

目 录

【论文】

- 论自然之债在我国未来民法典债法体系中的地位 李永军(1)
- 罗马法中客服设施经营人的承保责及其在现代法中的继受和发展 徐国栋(18)
- 贪污受贿犯罪之量刑标准的再界定 姜 涛(35)
- 美国刑事审前听证程序公开及对我国的借鉴意义 高一飞(50)
- 环境侵权 INUS 条件因果关系论 陈 伟(65)
- 论国有企业主权豁免资格
- 以美国 FSIA、英国 SIA 和 UN 公约为视角 梁一新(82)
- 外国人在美国担任行政职务的宪法争议
- 对美国最高法院平等保护案件的考察 邹 奕(95)
- 论美国印第安部落的自治权
- 联邦宪制分权的另一种样态 顾 元(114)

【民法典编纂】

- 论监护关系中不当财产管理行为的救济
- 兼论“利益相反”之概念的必要性 解 亘(136)
- 物权法定缓和的可能性及其边界 张志坡(157)

【法政时评】

- 论澳大利亚检察官的职权与职业保障 李 新 季美君(170)
- 州际竞争与美国公司法的发展 杨成良(183)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 149 Jan. 2017 No. 1

Contents

Articles

- On the Position of Natural Obligation in Obligation Law System of Future China Civil Law Code
..... *Li Yongjun* (1)
- The Security Guaranty Liability of Customer Service Facility Operators in Roman Law and Its Reception and
Development in Modern Law *Xu Guodong* (18)
- Redefining the Sentencing Standards of Corruption and Bribery *Jiang Tao* (35)
- The Pretrial Hearings of American Criminal Proceedings Openly and Its Significance to China
..... *Gao Yifei* (50)
- On the INUS Causation Theory in Environmental Tort *Chen Wei* (65)
- The Standing of SOEs in Sovereign Immunity: The Comparative Study of US FISA, UK SIA and UN Convention
..... *Liang Yixin* (82)
- A Constitutional Controversy about Aliens' Holding Executive Positions in the United States: The Supreme
Court's Equal Protection Cases Revisited *Zou Yi* (95)
- On Self-governance Powers of American Indian Tribes: Another Modality of Constitutional Powers Separation
in the United States *Gu Yuan* (114)

Codification of Civil Law

- On the Remedy to the Guardian's Improper Supervise of the Ward's Property; Concurrently on the Necessity
of the Principle of "Conflict of Interest" *Xie Gen* (136)
- Possibility and Its Boundary of Numerus Clausus Relaxation *Zhang Zhipo* (157)

Comments on Legislation and Jurisdiction

- On the Prosecuting Powers and the Occupational Security in Australia *Li Xin & Ji Meijun* (170)
- Interstate Competition and Development of U. S. Corporate Law *Yang Chengliang* (183)

论自然之债在我国未来民法典债法体系中的地位

李永军*

摘要:自然之债所要规范的是一些介于法律义务与纯粹的社会、道德义务之间的义务,是法律义务与非法律义务的中间地带,其在欧洲国家民法典中都有规范,仅仅是规范方式不同。大致有德国式规范模式与法国式规范模式。在我国,自然之债也是现实存在的现象,如民间借贷在24%至36%之间的约定利息、超过诉讼时效期间后被债务人抗辩后的债权、缔结婚姻的彩礼等。另外,由于无因管理的法律后果仅仅是让被管理人支付费用等成本,而不当得利制度中的善意获利者也仅仅以利益的现存为限,这样必然会在法律义务与社会义务之间存在自然债务。我国民法典正在编纂过程中,不可能无视自然之债的存在。由于我国许多学者主张未来民法典将合同与侵权独立成编,必然会有“债法总则”,从这种情况看,采取法国式的方式,即“一般规定+具体的个别化处理”模式来规范自然之债更适合我国实际。

关键词:自然之债 不完全债权 民法典 债法体系 契约自由

一、问题的提出及研究意义

之所以研究自然之债在我国未来民法典中的地位,是因为如下几个方面的原因:(1)在民法债的体系中,自然之债是一个真实的存在,可以说是债的一种“亚类型”,大部分国家都以不同方式在民法典中加以规范。在我国,虽然说《民法通则》与《合同法》或者《物权法》等都没有规定自然之债,但在司法实践和理论中,也是实实在在地存在的,例如,最高人民法院发布的民间借贷司法解释关于在24%至36%之间的利率之规定^[1]、超过诉讼时效期间后被债务人抗辩后的债权等,民法教科书中也都有“自然之债”这一概念^[2]。(2)虽然说,大部分国家的民法典与民法理论都不能无视自然之债这样一种重要的债的亚类,但如何承认和规范却是不同的,大致可以分为两类:一是直接在法典中规定“自然之债”,如法国民法典、荷兰民法典、意大利民法典等;二是不直接规定“自然之债”,但关于自然之债的问题在法典的相关部分规定,学理上称为“不完全债务”,如德国民法典及我国台湾地区“民法”及其学理。我国正在编纂的民法典将如何对待这一问题?对于我国民法典的编排存在争议,有许多学者建议将侵权与合同独立成编,那就必然会有“债法总则”。“自然之债”是否应当规定在总则中?(3)自然之债的概念很不统一,甚至在我国很少有人研究这一问题,甚至有些理解是与传统民法

* 中国政法大学教授,法学博士;中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职研究员。

[1] 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(2015年6月23日最高人民法院审判委员会第1655次会议通过,2015年9月1日起施行)第26条。

[2] 江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2011年版,第401页;王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2012年版,第268-269页。

关于自然之债的概念具有极大的差别,例如,超过诉讼时效的债是否就是“自然之债”?我国教科书上大部分都是肯定的答案。但实际上,这种理解是错误的。因此,我们不仅要研究比较法上的自然之债的概念,还要按照我国的债法体系安排符合中国国情、逻辑体系统一的体例。(4)我国现实生活中已经存在许多自然之债,如何按照中国的实际情况,将这些类型有机整合进民法典之债权法体系中去,是一个重大课题。

基于以上理由,我认为,这一问题是值得探讨和研究的,或许对于理论和司法实践具有意义,更重要的是,或许对于民法典立法有许些助益。

二、自然之债的概念

“自然之债”这一概念起源于罗马法,或许有人会产生这样一种疑惑:为什么罗马人将这一类义务冠以“自然之债”的名称?让我们来看看罗马人是如何看待自然之债中的“自然”二字的。意大利研究罗马法的学者彼德罗指出:市民法与自然法之间的对立更为微妙。“自然”、“自然的”、“自然地”是指世界上存在或者发生的、无需主动劳作的一切情形,比如,自然河床、自然堤堰是非人建造的。自然法是指“不是为体现立法者意志而产生的法”,这一类规范由于立法者没有主动施加任何主动的作用,因而确实像是自然的产物;而市民法却是表现或者至少是部分表现立法者意图的规范。这些债有时被优士丁尼法的编纂者们称为自然债务,“自然”这个词完全是同“法”相对应而使用的,人们使用“自然”表示这些债的原因和根据存在于“公道”、“道德”义务等之中,而不是存在于法之中。^[3] 我个人认为,“自然之债”在罗马法上要表达的要义是:(1)强调这一类债的债因不源于市民法,而是在市民法外发展起来的。这是自然之债的一个重要标志,即这些债的债因与民事债是不同的,从而是自然之债与民事债成为有重大区别的类型。这一点对后世影响也非常巨大,成为定义和判断自然之债的重要标准;(2)只要履行或者承诺履行就不得请求返还,因为这一类债具有“债因”(这些债因虽然来自于市民法之外或者说是来自于“自然”),一方面它不同于赠与,需要严格的形式;另一方面也不是没有“债因”(尽管不是法律规定的法定之债的债因)的“无债清偿”。因此,是不能要求返还的。无论是罗马法还是受到其影响的法国民法典或者意大利民法典,都特别强调“债因”(可能产生债的关系的法律事实被称为债的渊源,或者用罗马法的术语被称为债因^[4]);(3)用“自然”一词有两个含义:一是它不同于一般民事债,无论是债因还是效力;二是它不同于非债,不是纯粹的道德或者宗教义务,用“自然之债”将“债”与“自然”连接就可以体现出:这一类债的债务人可以拒绝履行,但一旦履行它就是债的履行而非不当得利或者赠与。这一点与罗马人将契约与“准契约”的区分思路同出一辙。因此,我同意有学者对“自然之债”所作的本质定性:“自然债”这一个词指称在市民法上没有诉权的债^[5]。

今天如何来给自然之债定义呢?日本学者我妻荣认为:债务人非自愿给付,债权人不得请求给付的债务称为自然债务。^[6] 我国学者也有认为:依现代民法学者的定义,自然债务指债权人不得对债务人提出诉讼、请求强制执行,但如果债务人愿意履行给付,即不得援用不当得利之规定,请求返还的

[3] [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第19、304页。

[4] [意]彼德罗·彭梵得,同注3引书,第306页;《法国民法典》第1131条至第1133条明确规定了债的“原因”是债有效的要件;《意大利民法典》第1325条也将原因作为契约有效的条件,第1343条至第1345条又从反面具体了债的原因对债的影响。

[5] 方新军:《自然债的起源》,载费安玲主编:《第四届罗马法、中国法与民法法典化国际研讨会论文集》,2009年10月。

[6] [日]我妻荣:《新订债法总论》,王蕊译,中国法制出版社2008年版,第60页。

一种不完全债务。^{〔7〕} 这一观点有一点是值得思考的:自然债务的债权人是可以对债务人提起诉讼的,也能够获得判决,仅仅是享有不可强制执行的债权而已。^{〔8〕} 我国台湾地区学理之主流观点认为:自然债务即为不完整请求权,债务人得拒绝履行,但如果债务人已为给付,债权人得基于权利而受领,非为不当得利,债务人不得请求返还。^{〔9〕} 以上这些定义无疑都是正确的,但没有全面反映自然之债的质的规定性,甚至有的可能是值得商榷的,例如,我国台湾地区的主流观点中所谓的“自然债务即为不完整请求权,债务人得拒绝履行”,这一说法的正确性就值得怀疑:自然债务从本质上说,是否是债务人仅仅享有抗辩权的问题?即使是超过诉讼时效期间的债务,在债权人提出债务履行要求而被债务人第一次抗辩后即成为自然债务,以后的抗辩内容与第一次是一样的吗?另外,这些概念大多都是从“不能返还”这样的后果或者效力方面来描述自然债务,这仅仅是自然债务的一个最明显的质的规定性,甚至可以说是自然债务的一个表里如一的特征,是迎合德国法为代表的以“不完全债权”来涵盖自然债务的做法的一种表述方法。说到底,自然债务根本就不是民法上的债务,因为自然债务的根本问题是“债因”,即其权利义务的来源与一般民法上的债(罗马法上的市民法上的债)是不同的,其权利义务根本就不是民法要保护的权利义务关系,不能上升到民事法律关系的重要性,属于民法的“法外空间”,但是,由于这些权利义务只有具备特殊情况时,才具有民法上的意义,即自愿履行后就不能视为不当得利。

因此我认为:自然之债是指缺乏法定之债的债因,不产生法定义务,故不能经由诉讼获得满足,但债务人自愿履行的,不得请求不当得利返还的债。也就是说,自然之债的债权人可以起诉债务人,但法院是不可能判决对债务人进行强制执行的。债务人自愿履行或者承诺履行的,债权人即可保有给付或者因债务人的承诺获得强制执行力而不视为不当得利。同时,我赞成使用“自然之债”的概念,比较使用“不完全债务”来说,更加贴切和更具涵摄性,使其与非债、赠与、不当得利和无因管理区别开来,使得民法债法体系更加清晰。

三、自然之债与债法体系中契约自由原则的协调 ——对自然之债是否可以通过约定产生之疑问的说明

契约自由原则与自然之债之间是否存在一种天然的联系呢?如果从罗马法的历史上看,确实是耐人寻味。从债的意义上看,罗马法上能够产生债的效果的契约自由是受到严格限制的:仅仅是那些具备法律认可的债因(交易类型)受到法律的承认和保护,这些类型的交易确实是有契约自由的。但是,那些不被法律认可的交易是不会产生债的效果的,因此,契约自由与债是分离的。依据这种自由所产生的协议不被定义为“契约”,而是被定义为“合意”或者“协议”,它们不产生债。它们产生什么呢?是否是自然之债呢?而当现代社会承认契约自由的时候,不再把产生债的契约局限于法律规定的类型化之后,约定是否能够产生自然之债呢?德国学者弗卢梅指出,罗马法通过将债权行为类型限定于法定类型对其进行明确划分。我国法律秩序是建立在以内容形式自由为主旨的合同自由原则之上,从这一角度看,罗马法的规则似乎很原始。然而,罗马法通过对合同类型的限制达到了两个目的:一方面,明确区分了具有法律拘束力的法律行为约定与那些未能形成具有法律拘束力的债之关系的

〔7〕 王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2007年版,第321页。

〔8〕 参见注6引书,第60页。

〔9〕 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(2),中国政法大学出版社1998年版,第125页。

允诺。此外,它使合同内容轮廓清晰,因为它由法律秩序确定的某一合同类型应当具备的内容所决定。另一方面,大部分债权合同的法律问题源自于那些合同当事人虽未就其予以约定但对债权债务关系产生影响的情形。此处涉及的是所谓自然属性条款:正如罗马人所做的那样,如果人们将债法上的合同自由仅仅限于缔结那些为法律秩序所认可的、其内容由法律秩序所确定的特定类型的合同的自由,那么人们就可以按照类别来拟定自然属性条款并对其进行一般性的规定。反之,如果允许人们自由地形成债权债务的内容,那么,只要涉及行为的具体特征,人们就无法就自然条款而言追溯那些具有普适性的法律传统。^[10]也就是说,罗马法由于严格限制形成债的约定自由,因此,对自然债务的约定就非常广泛,但现在各国都承认契约自由,不再严格限制债的类型,通过约定设计自然债务的传统就受到极大的限制。但“度”应如何把握呢?

按照契约自由的原则,人们可以依自己的意志自由地形成各种债的关系,只要不违反法律的效力性强制性规定,法律就保护这种约定所产生的法律后果。那么,在这些所谓的依自由意志所形成的债的关系中,是否包括“自然债务”或者说“自然之债的关系”?这一问题涉及到债法体系的整体性安排及契约自由原则的适用领域,故有特别说明之必要。值得注意的是,如果合同当事人按照契约自由的原则将合同义务约定为无强制执行力的民法外义务,则双方根本就没有发生民法或者合同法上的权利义务关系,那么,无论是按照法律行为中的意思表示规则,还是按照合同法中的“要约-承诺”规则,都是无法接受的,即不构成法律行为或者合同。这样一来,这种约定本身与契约自由或者意思自治原则还有涵摄关系吗?因此,自然债务能否通过约定而产生,就成为债法中的一个“结”,需要解开之。

对于约定能否产生自然债务的问题,学者之间看法并不一致。德国学者梅迪库斯指出,可诉请履行性是否可以通过协议排除,并非没有疑义。依通说,如果双方当事人可能会处分请求权,特别是可能免除请求权,则准予排除。在这种情况下,相对于免除而言,排除可诉请履行性被看作是一个欠缺。相反的见解则认为,应当将完全排除一切诉讼管辖的行为限制在一个更加严格的范围之内才是正确的。^[11]

弗卢梅则认为,不仅有关单方给付的约定中,而且有关双方给付的约定中,当事人都有可能明确规定他们之间的约定不具有法律拘束力,也不产生法律上的权利和义务。在这种情形中,关于这种允诺的约定不构成法律行为,因为按照这一约定,当事人恰恰不希望形成法律关系。履行以这种方式约定的单方给付的行为构成赠与,除非该给付基于约定以外的原因非为无偿。当涉及双方给付的约定不具有法律拘束力时,如果其中一方履行给付而另一方却拒绝履行对待给付时,则履行一方可以根据第812条的规定基于不当得利请求返还已为的给付。理由是,作为给付目的的另一方当事人的对待给付并未履行。事实上,有关排除双方给付法律拘束力的约定仍然构成法律行为,这是因为,它规定对待给付的履行是给付的原因。反之,先行给付的人不能请求对待给付的履行,因为按照双方的约定恰恰不应存在这一请求权。当双方都已履行给付时,任何一方都不能请求返还其所为的给付,双方所获得的给付均具有“法律上的原因”。这是因为,就此而言,作为生效的法律行为规则,约定使给付的保留具有正当性。经常出现有关排除法律拘束力的约定,人们也可以通过订立“绅士协议”或者“以名誉担保”承担义务的方式来排除约定的法律拘束力。他们的共同之处在于所约定的规则不以形成符合约定的法律关系为标的。^[12]德国德累斯顿州高等法院于1909年判决的一个案件,就是一个典型:

[10] [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第193页。

[11] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第22页。

[12] 同注10引书,第107-108页。

原告为被告提供了某项服务,为了对此行为予以奖励,被告拟定包含下列内容的保证书:“鉴于 S 先生提供的服务令我非常满意,所以我欠他 1500 马克。该款项应以下列方式予以支付……此外,我明确声明,该酬劳属于我自愿支付,S 先生不能通过法院提起诉讼的方式来实现自己的请求权。”州法院和州高等法院在后来的诉讼中对 S 的起诉予以驳回。^[13] 在这一类情形中,人们可以借用从普通法继受而来的术语称其为非完全之债、自然之债。^[14]

我认为,弗卢梅的观点大致是正确的。依我之见:(一)应该直截了当地说,当事人可以约定一个自然债务,但是,这种约定属于“君子协定”,而与意思自治或者契约自由无涉,与法律行为、合同、法律关系不沾边,双方约定了一个民法管辖外的关系,基本上属于“民法外空间”,只有履行完毕后才与民法发生关系——不得请求返还。因为:(1)法律关系是民法纳入到自己调整范围内的社会关系的一部分,而自然债务根本不属于民法调整,而是只有履行完毕后才与民法的保护发生关系,如果不履行,则不能请求民法上的保护或者请求履行,即其履行和请求与民法无关;(2)从法律行为的基本构成看,法律行为的核心是意思表示,而意思表示的核心是其中的“效果意思”,而效果意思则是指该行为在民法上发生的权利义务后果。但自然之债根本不可能发生民法上的权利义务后果,所以,上述弗卢梅的话是正确的:这种“约定不具有法律拘束力,也不产生法律上的权利和义务。在这种情形中,关于这种允诺的约定不构成法律行为”;(3)从合同法规看,合同的目的在于产生民法上的权利与义务,如果不能产生这种后果,则不能说是合同法或者民法上的约定。例如,我国《合同法》第 2 条就规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”显然这种约定不是合同行为。(4)我之所以说“弗卢梅的观点大致是正确的”,是因为,在其上述观点中,有些地方显然是不符合逻辑一贯性的,例如,他说:“履行以这种方式约定的单方给付的行为构成赠与,除非该给付基于约定以外的原因非为无偿。当涉及双方给付的约定不具有法律拘束力时,如果其中一方履行给付而另一方却拒绝履行对待给付时,则履行一方可以根据第 812 条的规定基于不当得利请求返还已为的给付。”这显然存在问题:①“赠与”或者“不当得利”与自然债务存在巨大的差异,履行自然债务何以成为“赠与”?当自然之债的一方给付而另一方拒绝给付时,如何会成为“不当得利”?假如 A 与 B 约定了自然债务,各自对对方负担自然债务,按照自然债务的理论和规则,任何一方履行后都不能依不当得利请求返还。如果 A 履行了自然债务而 B 未履行,A 如何可以请求民法上的不当得利?B 履行完毕也是如此。在这里,弗卢梅并没有说清楚,双方的权利义务本是“民法外空间”,是如何进入到“法内空间”的。当然,如果将之解释为赠与或者不当得利并不是没有可能,但弗卢梅用这种方式说明显然难谓周全。②弗卢梅说:“事实上,有关排除双方给付法律拘束力的约定仍然构成法律行为,这是因为,它规定对待给付的履行是给付的原因。反之,先行给付的人不能请求对待给付的履行,因为按照双方的约定恰恰不应存在这一请求权。当双方都已履行给付时,任何一方都不能请求返还其所为的给付,双方所获得的给付均具有“法律上的原因”。这是因为,就此而言,作为生效的法律行为规则,约定使给付的保留具有正当性。”我们不能否认,这种约定本身可以是法律行为,因为其后果是“排除请求权”。但是,至于其履行后保留的正当性却没有必要通过法律行为规则来说明,因为,自然债务的履行和保有履行的后果,本身就是具有法律原因,因而也就是正当的。我们前面一直在论述一个重要的问题:自然之债是有债因的,而债因恰恰就是债权人保留履行结果正当性的根

[13] 同注 10 引书,第 110 页。

[14] 同注 10 引书,第 111 页。

据。(二)这种约定的效力还与双方约定的范围与内容等因素相关。我认为,双方约定的诉请履行的请求权的排除,即无法律约束力的权利义务,应该有一定的限制。例如,我国《合同法》上15种有名合同,就难以排除法律拘束力。因为,这些合同都具有法律上保护的民事债的债因。如果一旦排除这些有名合同的约束力,使以前的合同之法定义务的属性变为非法律义务,或者社会义务或者道德义务,那么这些合同的“债因”其实就已经发生了变化,这些合同的性质也就发生了变化,其立刻从法律领域逃逸出来而进入非法律调整的领域。契约自由或者合同法的规则就统统不再对其起作用了。也就无所谓《合同法》上的合同了。因此,合同法上的合同之约束力是不能被排除的。“君子协定”或者说“绅士协议”并不是法律上的契约。另外,弗卢梅先生所举的上述例子中的德国德累斯顿州高等法院1909年的判决中,“服务生S已经履行了自己的义务而被告将自己的允诺排除了请求权”这种案例中,需要另外说明的是:(1)被告的行为不是赠与,因为,赠与是指赠与人对受赠人无任何义务,而自然之债的债务人对债权人虽然无民法上的法定义务,即无法定义务产生的原因,但有道德、社会或者宗教等方面的义务。本案中,被告对S先生无法定义务,但却因其服务很好而具有感激之情,是自然债务。(2)由于S已经履行了自己的服务,而且在服务时并不知道被告要感激并酬谢他,所以,如果在英美法上可能被法院认为“无约因”而不支持S的请求。在大陆法系,被告的这种义务不能被看成是一种对提供的服务之对应的义务(对价),因此,也是不能被支持的。当然,该案件是否可能用“单方行为”的效力来获得解决呢?因为,在大陆法系的法律行为理论中,任何单方意思表示一般都不具有法律效力,而被告对S的这种允诺也仅仅是单方意思表示,因此,也不一定具有效力。

另外,我们假定这样一个例子:A与B签定“买卖合同”,约定A交付电脑一台,于2017年10月5日前交付。B支付货款的义务可以根据B的自愿,A不能通过诉讼或者其他法律途径来实现自己的货款请求权。则下列问题需要讨论:(1)A与B签定的合同是否属于民法上的合同的范畴?效力如何?(2)A与B的义务属性各属于什么性质?(3)A能否获得法律的救济以及获得什么救济?

对于问题(1),应该说,A与B签定的合同很难说属于民法上的“买卖合同”,因为,其中一方的义务已经显然不属于民法上的义务,而属于自然债务。A的义务属于无对价,是无偿的,当然不属于民法上的“买卖合同”。在这种情况下,可以按照当事人的真实意思及法律行为的构成要件,认定为“赠与合同”。这正是弗卢梅上面所说的赠与的特殊情况。至于合同的效力,在罗马法上,因其“债因”与买卖合同的债因不同,而与其他各类合同也不同,因此,肯定是无效的。根据法国民法典第1108条及第1131条的规定,因合同不具备原因而无效。^[15]在英美法上,因合同不具备对价(约因)而不能得到执行。在我国现行合同法及理论上,会无效吗?应该不会。一般会按照赠与合同认定。这一点,类似德国法上的做法。这种认定也有一定道理,因为A的对价(B的义务)已经不属于民法上的义务,而是法律外义务,故A的履行是无民法上的对价的,属于无偿合同,视同赠与是说得通的。但问题是,如果没有“自然之债”这一概念,就难以认定B的义务为民法外义务。因此,从这里也说明,自然债务在我

[15] 《法国民法典》第1108条规定:“下列四项条件为契约有效成立的主要条件:承担义务的当事人的同意;当事人的同意;构成义务客体的确定标的;债的合法原因。”第1131条规定:“无原因的债,基于错误原因或不法原因的债,不发生任何效力。”法国判例认为,如果合同双方的义务显然不对等或者一方义务微不足道时,视为无原因。法国最高法院在一判决中认为,销售商承担义务,保证在5年的时间里向供应商独家订购确定数量的货品,供应商承担的义务是为对方当事人取得贷款并为其提供担保(卖方担保)。与销售商承担的义务相比,供应商的义务微不足道。因此,该合同视为无原因而无效(最高法院商事庭,1997年10月1日)。在无形权利转让合同中,由于转让的权利没有任何严肃的价值,为此支付“加入公司补偿费”并无任何实际对价,因此,该合同因缺乏原因而无效(最高法院第一民事庭1994年6月15日)。参见《法国民法典》(下册),罗国珍译,法律出版社2005年版,第826页。

国法上是有意义和价值的。

关于问题(2),A 的义务显然属于民法上的义务,是有执行性的。而 B 的义务因无强制执行性,属于自然债务,即民法外的义务,该义务不受法律管辖。

关于问题(3),当然在罗马法、法国法、英美法国家都可以得到上述救济,而德国,就如弗卢梅所说,可以视同赠与而适用赠与的救济规则。在我国合同法上如何?也应适用《合同法》关于赠与合同的规则,即第 186 条的规定:赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。而 B 的义务就是自然债务。但我国法律现在缺乏的是对于自然债务应如何对待的规范。

在谈到自然之债与契约自由或者意思自治的关系时,还有一个不得不讨论的问题是:自然之债与单方法律行为的关系问题,更直接地说,就是一个疑问:单方法律行为能否产生自然之债?这一问题直接关系到民法理论中一个很大的问题:单方法律行为的效力问题。我们常常讨论契约自由或者意思自治,将法律行为作为意思自治的手段,更将法律行为分为单方法律行为与双方法律行为。但是,我们常常忽略的问题恰恰就是:意思自治与单方法律行为的关系问题。这给司法实践带来了许多疑惑,许多判例不问是否单方行为,直接赋予其效力,例如,A 直接告诉 C 的债权人 B:“我愿意为 C 对你的债务承担担保责任。”这种单方行为是否具有法律上的效力?如果没有法律上的效力,是否还具有自然债务意义上的效力?

德国学者拉伦茨指出,单方法律行为是原则上由一个人即可单独有效地(即能够发生法律效力)从事的行为。^[16] 由于一个人的意思就能够决定这种行为的法律效力,因此,单方法律行为必须受到严格的限制才具有法律上的合理性。为此,德国学者施瓦布指出,有效做出一项单方法律行为的前提是表意人具有一项形成权,该权利要么是直接以法律制度为依据,要么以一项法律行为为依据。^[17] 施瓦布所说的“形成权是单方行为的前提”,应该说,绝大多数情况下是正确的,但在有的情况下,法律也允许在“仅对他人给予权利”的限度内承认单方法律行为的效力,例如,立遗嘱、代理权授予等等。但法律往往对这些单方法律行为有特别的要求,例如德国民法典第 2229 条至第 2254 条就专门对遗嘱形式作了特别规定。比较而言,拉伦茨的说法更为周到:如果单方法律行为仅仅涉及到行为人的个人权利领域,其有效性是没有疑问的。如果单方法律行为涉及到另一个人的权利领域时,有可能损害这个人的利益时,行为人就必须具备一项特别的法律权利,这种权利可以产生于先前订立的合同,也可以直接产生于法律。^[18] 但施瓦布的下列观点特别引起我们的注意:法律特别是在这样一些情形允许一项单方法律行为发生效力,其中表意人除了可能给自己造成不利之外,不会给任何人造成不利,比如,抛弃对一块土地的所有权、抛弃一份遗产。但是,即使在这种关系中,对于导致产生单方面法律后果的可能性,法律仍然是非常谨慎的。《德国民法典》只是对于特殊情况才认可对一项权利的单方面有效地放弃这种法律制度,并且并不把它作为一般性的工具。比如,如果一个债权人想要免除债务人的债务,仅有其抛弃表示尚不够,而是还必须要有债权人和债务人的免除合同(第 397 条)。^[19]

在我国,学理上也持有与德国学理同样的观点,单方法律行为是意思自治的一个例外,其效力要受到严格的限制。更可喜的是,最高人民法院也已经注意到了这样一个问题,在关于《担保法》的司法解释中,专门就保证的单方性效力作出了一个限缩性解释:“第三人单方以书面形式向债权人出具担

[16] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法总论》(下册),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 432 页。

[17] [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 296 页。

[18] 同注 16 引书,第 432 页。

[19] 同注 17 引书,第 296-297 页。

保书,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立。”^[20]如果不发生法律效力的单方法律行为,能否产生自然债务呢?

我们应该正确理解“单方行为不一般地发生法律效力”的真正含义:不发生法律上的效力,但并非等于不发生法律外效力。也就是说,单方法律行为一般不创设民法上的民事法律义务,但并非没有“自然”意义上的社会、道德等义务。这也恰恰就是自然之债发生的空间和根据。弗卢梅先生所举的上述例子中的德国德累斯顿州高等法院 1909 年的判决中,被告对 S 的义务就可以看成是因单方行为而发生的自然债务。例如,即使按照上述我国最高人民法院关于担保法之保证的司法解释,如果保证合同没有成立,债权人当然不能请求保证人履行保证义务。但是,如果保证人据此履行了保证义务后,后果如何呢?按照当下我国民法学理的解释可能有三种不同的处理方式:(1)因为保证没有成立,因此,保证人履行使债权人不当得利,保证人应该能够请求返还;(2)虽然保证没有成立,但保证人履行保证责任的,可以视为对债务人的债务承担(因为债权人接受履行视为同意);(3)可以将保证人的这种行为视为“无因管理”,保证人的履行费用由债务人偿还。但可能很少有人用自然之债去解释这一问题,即保证人对债权人的这一义务是否可以视为自然债务呢?我认为可以。但是,必须强调的是,保证人对债权人的保证履行仅仅可以视为对债权人的自然债务,一旦履行不能视为不当得利而请求返还,但是,对于债务人来说,其对保证人的偿还义务不能视为自然债务。

四、自然之债与无因管理之间的关系

自然之债与无因管理有着某种天然的关系,但由于无因管理在大陆法系与英美法系有着不同的命运,当然,是否产生自然债务也就完全不同。

无因管理是我们非常熟悉的大陆法系国家债法中债的发生原因之一,因未受委托而为他人管理事务,结果同契约相似,但却无委托契约,故称为“准契约”。在民法典的立法模式上,大陆法系国家有两种模式:一是法国式,二是德国式。法国模式是将“无因管理”归于“准契约”中,而在德国模式,则直接称为“无因管理”。但这种债的原因在普通法系与大陆法系国家有着截然不同的地位。

在普通法系国家,从来没有发展出一种源自无因管理的法律关系的概念。在普通法上,原则认为,若某人未受委托向他人提供服务而请求提供报酬或者费用或者补偿是完全不妥当的。英格兰法官 Bowen 在 *Falcke v. Scottish Imperial Insurance Co.* 一案中进行了经典描述:“毫无疑问,一般原则是,根据英格兰法,某人为了保护他人的财产或者使之受益而付出的工作或者劳动或者支出的金钱对所挽救的或者获益的财产并未创设一项担保权,甚至,也未创设一项偿还费用的债务。责任不能背着人们而予以强加。”^[21]这一立场在美国法上被称为“禁止好管闲事原则”,这一原则的经典表述在 1887 年俄勒冈州最高法院审理的 *Glenn v. Savage* 一案中。在该案中,1880 年,在俄勒冈州的达拉斯市,大量的珍贵木材落入哥伦比亚河上并将被急流冲走,木材的主人 Savage 当时并不在场。当时,正在旁边工作的 Glenn 为其提供了帮助和服务,避免了木材被冲走。7 年后,Glenn 向法院提出请求,请求 Savage 提供与服务相当的合理价值。俄勒冈州最高法院认为,让 Savage 承担责任,需要他曾经要求提供服务或者知道所提供的服务时,曾经承诺过偿付这些服务。否则,法律将把未经他人请求时,为他人

[20] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》([2000]44 号法释)(2000 年 9 月 29 日最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过)第 22 条第 1 款。

[21] 转引自李昊:《论英美法上的“好撒马利亚人”》,载《华东政法大学学报》2014 年第 4 期,第 64 页。

的利益的行为视为自愿的好意行为,对此提起的诉讼不能得到法院认可。法律不应允许将值得称赞的慷慨行为事后转变为对金钱的要求。^[22] 普通法系国家反对类似大陆法系国家无因管理可以产生债的一个重大理由还在于:未经他人同意而介入他人事务者,只不过是一个侵入者,尽管他可能仅仅旨在为所有人做好事,但他的良好意图是无关的,因为在普通法上,在侵入侵权中,动机是无关的,因此,内在地构成侵入的事务并不会仅仅因为侵入者的动机是良好的而发生改变。^[23] 但是,如果被管理人给予了管理人以费用等,又当如何呢? 因为普通法系没有自然债务的概念,也只能用赠与来解释了。

普通法系的这种做法也许有其道理,在大陆法系的无因管理制度中,的确出现了普通法担心的“动机”问题,即有时对“管理人的管理意思”难以确定的问题:是否有为他人管理事务的意思。但总体上看,大陆法系的做法比普通法更缓和及适应社会需求,特别适合中国国情。但从无因管理的历史上看,却是为了避免更多的侵权而设立的。古罗马时,在《艾布体亚法》以前,无因管理并不受法律的调整,但从社会道德和经济两方面看,这种行为都是有利的,既体现了互助的美德,又可以减少个人和社会的财产损失。但是,如果毫无限制,则任何人都可以藉此而干涉他人的事务,侵犯他人的自由和利益。在法定诉讼时期,《霍斯体利亚法》曾规定,凡因公出差或者作战被俘,如其财物被盗,所有市民均可以被害人的名义对窃贼提起盗窃之诉。据此,在程式诉讼时期,大法官处理无因管理时,即比照该法,允许因各种原因离家的人,回来后有权要求管理其事务的人交回其管理的事务,管理事务者付出的费用也可以要求偿还。共和国末年,无因管理已由市民法正式予以调整,具体规定了双方的权利和义务。管理事务的人不再限于诉讼中消极地防卫,而是有了积极的诉权,因而在无因管理当事人之间产生了准契约关系。^[24] 之后的法国民法典与德国民法典都继受了这种债的发生原因。

从大陆法系这种限制的角度看,并不鼓励人们进行无因管理,因此,在大陆法系国家普遍地认为,无因管理人只能请求被管理人支付费用或者因此而负担的债或者自己因此造成的损失,而不得要求对价或者报酬。这一点很重要,恰恰在这里需要讨论自然债务的发端:尽管被管理者从法律上讲,没有支付报酬或者对价的义务,但如果被管理者认为,管理人贡献很大,仅仅给予其费用和成本是不能表达感激之情的,另外给予报酬或者奖励之类的,是属于自然债务还是赠与? 我们知道,自然之债同赠与的一个很大的不同就是双方之间是否存在一种“亚债务关系”,即这种关系虽然不是民法调整的权利义务关系,但具有道德或者良心等义务。我认为,这种情况下恰恰管理人与被管理人之间具有这种产生自然债务的“债因”基础,而不能仅仅用赠与来解释,从而不适用我国《合同法》第186条的“任意撤销权”。以自然债务的制度来解决这种问题,符合现实的要求,即如果管理人通过诉讼要求报酬或者对价的,法院不应支持,因为,从法律上说,管理人没有这种权利,被管理人也没有这一义务。但在法律外,被管理人还是有良心或者道德义务的,一旦履行了支付报酬或者其他给付义务,即不得请求管理人予以返还。正是有人看到了许多见义勇为者的遭遇,又没有自然债务的缓冲,因此,提出了法律应确立无因管理人的报酬请求权的必要性。^[25] 但这种观点又过于极端,背离了自罗马法以来无因管理制度的基本价值与作用,会成为鼓励人们进行无因管理行为的制度性工具,导致无因管理的滥用。

[22] 转引自李昊:《论英美法上的“好撒马利亚人”》,载《华东政法大学学报》2014年第4期,第64-65页。

[23] 转引自李昊:《论英美法上的“好撒马利亚人”》,载《华东政法大学学报》2014年第4期,第65页。

[24] 周楠:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第773页。

[25] 郑诗洁、叶怀民:《论无因管理人的报酬请求权》,载《中国外资》2012年第148期,第198页。

有学者提出了另外一个新的概念——“情谊性无因管理”，认为，无因管理是法律对需要进行调整的“情谊行为”所作的理论和立法概括，情谊行为是无因管理的基础，或者说无因管理行为都是情谊行为，无因管理是需要法律进行调整的情谊行为。将无因管理定性为情谊行为的原因如下：(1)二者均为无偿行为；(2)二者原则上都属于无私的利他行为；(3)二者都无受法律约束的意思，也即，虽然法律要求无因管理者具有为他人管理事务的意思，但却不要求其对管理后的法律后果具有意思或者意思表示。^[26] 该学者敏锐地观察到在无因管理的后果方面，涉及到债与非债的关联，无因管理关涉到民法调整的空间与民法外空间，似乎应该是一种连接器，这一点无疑是正确和可贵的，其所发现的民法内空间的东西就是民事债，而法外空间恰恰就是自然债。但是，其关于无因管理的定性是不准确的，不能说情谊行为是无因管理的基础，就如我们不能说“友谊是民间借贷的基础一样”，这种说法在民法或者契约法上是没有意义的，无因管理是有自己的“债因”的，是被法律特别纳入到自己调整范围内的关系，就如意大利学者所说，这种事实同“债因”或者客观关系意义上的委托很相似，当罗马人说债产生于准契约时，他们指的正是无因管理。^[27] 而情谊关系则完全是在债法之外的关系，不受民法调整，其并不具有民事债务之“债因”，因而，不能上升到法律保护的法律关系上去。但根据这种义务所发生的义务，为自然债务，只要履行完毕，即不得请求返还，在这里刚刚与民法沾边，即民法只保护履行的结果。

五、自然之债与不当得利的关系

不当得利作为债的发生原因，在大陆法系国家及我国的学理与立法中普遍得到承认，但何为得利之“不当”？学理上却存在争议，有“统一说”与“非统一说”。^[28] 我国《民法通则》第92条规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还给受损失的人。”从这一规定看，似乎采取“统一说”，但如果仔细分析，却不免有点不周延：因法律规定而取得的利益，应当如何？例如，在动产附合于不动产时，不动产所有权人为有合法根据的取得，但必须返还不当得利。因此，德国民法理论及我国台湾地区民法学理都采取“非统一说”，将不当得利分为“给付型不当得利”与“非给付型不当得利”而分别分析原因。^[29] 其实，罗马法上债的分类是建立在各种债的“债因”是不同的基础之上的，而这里的“债因”恰恰就与自然之债有极大的关系。例如，意大利的罗马法学者彼德罗指出，建立在不正当的原因或者法律关系基础之上的财产增加叫做不当得利。这种情况一般是因取得的近原因偶然地同一个在法律上不存在或者无效的远原因相结合而发生。产生这种债和诉权的某些事实同实物契约很相似，但是，应加以注意的是“债因”，注意使债合法化的客观关系，即当事人一方取得而由另一方付出的财产增加。^[30] 比较来看，如果通过对我国《民法通则》关于不当得利规定中的无“合法根据”进行解释，可以认为，在给付型不当得利就是指无合法的给付原因，而在非给付型不当得利，则应是指无正当基础。其实，这些统统可以归属于罗马法的“原因与正当原因”之中，而这些原因中其中就包括自然债务的产生根据。

[26] 王雷：《民法学视野中的情谊行为》，北京大学出版社2014年版，第153-154页。

[27] [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第396页。

[28] 王泽鉴：《民法债编总论——不当得利》（第二册），三民书局1990年版，第17页。

[29] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2007年版，第525-587页；王泽鉴：《民法债编总论——不当得利》（第二册），三民书局1990年版，第22-182页。

[30] 同注27引书，第399页。

例如,德国民法典在第 814 条所规定的对“不当得利返还请求权的排除”中,特别规定,若给付符合道德义务或者礼仪上的考虑者,不得请求返还。比如,侄子对叔叔无法定赡养义务,但如果出于道德义务而赡养者,不得以对方不当得利而请求返还,这就是典型的自然之债进入民法领域的考虑。另外,由于不当得利返还的范围有具体规定,可能导致义务人负担道德或者良心义务。例如,我国台湾地区“民法”第 182 条第 1 款规定:“不当得利之受领人不知无法律上的原因,而其所受的利益已不存在者,免负返还或偿还价额之责任。”虽然可以将这种规定看成是对善意不当得利者的鼓励,但对于受损害者,不当得利人是否存在法律外的道德义务?若基于这种道德义而给予受损害人以补偿或者其他给付,效力如何?我认为,这里应用自然之债的概念来解决:如果仅仅作出许诺而未履行的,受损害人不得请求履行。但已经履行的,履行人不得以无正当根据为由而请求返还。

另外,自然债务的一个最大的作用和意义在于,能够适应和平衡社会的需求,并且能够使民法义务与社会义务的界限有缓和的余地。我国最高人民法院关于民间借贷的司法解释就很好地解决了法定义务、自然债务与非法高利贷之间的关系。最高人民法院关于民间借贷司法解释^[31]第 26 条规定:“借贷双方约定的利率未超过年利率 24%,出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的,人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率 36%,超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的,人民法院应予支持。”该规定说明:(1)借贷双方约定的利率未超过年利率 24% 的,该约定不仅有效,而且有实体法上的请求权,即如果证据能够证明以上事实的,法院在实体判决中应该支持;(2)借贷双方约定的利率超过年利率 24%,但未超过 36% 的,该约定有效,但无实体法上的请求权,即如果出借人请求借款人偿还该利息的,人民法院不予支持;然而,如果借款人已经偿还了该部分利息而请求返还的,法院不予支持;实际上属于自然债务。(3)借贷双方约定的利率超过年利率 36% 的,超出部分不仅无效,而且,即使借款人已经支付的,也可以请求返还。超过 36% 的部分为非法的高利贷,法律不予保护。

另外,在自然之债与不法、不当得利返还之间一直存在一个具有争议的问题:不法是否能够成立自然之债?赌债就是一个很好的例子。如我国台湾地区学者郑玉波、王泽鉴先生等都认为,如赌债这样的非法或者违反善良风俗行为产生的“债”不应是自然之债。因为,自然债务给付的不得请求返还,非属不当得利,而不法原因之给付则并无债务之存在。^[32]故不法原因产生的义务不应属于自然之债的范畴。^[33]但许多国家的立法和判例仍然将赌博产生的债务视为自然债务,例如,《法国民法典》第 1965 条规定:“法律对于赌博的债务或者打赌的偿付,不赋予任何诉权。”第 1967 条规定:“在任何情况下,输方不得追索其自愿支付的金额,但赢方有欺诈、欺瞒或者骗取情形时,不在此限。”法国民法典的规定与德国民法典第 762 条、意大利民法典的第 1933 条比较,并无区别。意大利学者解释说:在赌博中,赢者不得向输者提起诉讼索取赌债;然而,如果在赌博中并无诈欺,输者自动偿还赌债后不得要求返还。^[34]许多国家的法律之所以对因赌博发生的债务采取这种态度,实际上是欲在法律的调整和社会道德规范的调整之间划出一条界限。就如德国学者所言,对于上述法律关系采取此种处理方法的原因,是因为立法者反对因赌博、打赌等使人遭受损害。但另一方面,人们有时会将这种债务视为

[31] “最高人民法院关于民间借贷司法解释”具体是指《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(2015 年 6 月 23 日最高人民法院审判委员会第 1655 次会议通过,2015 年 9 月 1 日起施行。)

[32] 同注 9 引书,第 126 页。

[33] 同注 9 引书,第 120、139 页。

[34] [意]恺撒·米拉拜利:《自然之债》,载杨振山主编:《罗马法·中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 386 页。

名誉债务,甚至会以特别的激情去履行,但法律并不能够阻止人们去实施这种行为。^[35]

对于赌博的非法性与不当得利及自然债务的这种令人纠结的关系可以解释为:(1)应区分刑事违法与民事违法的关系,刑事违法并不必然导致民法上的关系无效,就如非法集资是违法的,但各个借款合同是有效的。(2)将赌博所发生的债定义为自然债务,就已经对这种行为的违法性作出了调和性惩罚:赢者不得请求对方主动履行;对方履行的,不得请求返还。这种办法反倒比绝对无效的效果好。

六、自然之债在民法典债法中的体例

(一)民法理论与立法体例的比较法观察

在民法理论及民法典体例上,关于债法如何规范自然之债的问题,存在“四种学说”和“两种模式”。这“四种学说”为否定说、肯定说、不完全债权替代说及折衷说;两种模式是直接规范与间接规范(不完全债权替代)。

1. 四种学说

在我国,“否定说”以前辈学者黄右昌为代表,现代学者也有主张者。黄先生认为,罗马法之所以承认自然债务,一是由于当时法律不完备,二是由于存在特殊的家庭制度。现代的情形与罗马法远远不同,在现代编纂民法典时,如果存在法律应保护价值的,都应认为有诉权的债权,以使其完全有效。而如果没有法律保护价值的,即可不认为是债务,没有必要保留无强制力的自然债而滋生烦扰。而且,法律行为自由是现代债权法上的原则,如果当事人意思表示真实,就产生法律行为的效力。所以,当事人之间约定履行某种义务的,其义务常常是有效的,不必再去依据自然债。比如,当事人不想援用时效去主张债务消灭,而与债权人仍然约定归还的,就可以认为有负担义务的意思,属于有效的义务。^[36] 张广兴教授也持否定的观点。^[37]

“肯定说”以法国立法及学理为代表。^[38] 日本学者我妻荣也持肯定的观点,他认为,日本旧民法对自然之债有详细规定,而(现行)民法中无相应规定。学说中,否定说为多数说。其后,肯定说渐强,现代判例对此予以承认。在今日,通说及判例都以债权原则上具有诉权及强制执行效力,抛弃了欠缺两点之债权作为例外或者个别的处理态度,对于债权的效力认识到存在差异,努力作出统一的解释。^[39]

“不完全债权替代说”以德国民法典及学理为代表。德国民法典未直接规定“自然之债”,而是通过对请求权效力的阻却而赋予债务人以不履行之权利,来达到与自然债务相同的效果,即将自然之债的债权人之债权定义为“不完全债权”,从而使债权无强制执行效力。德国学者梅迪库斯指出,如果债权人不享有债权的全部权能,则可将这种债权称作不完全债权。但在多数情况下,这一称谓(以及常常同义使用的“自然债务”一词)仅限于法律否定有债务存在的情况。依第 762 条、第 764 条和第 656 条,赌博、差额交易和约定婚姻居间报酬均不设定债务。但是,对于因此种原因所为的给付,不得以不

[35] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社 2004 年版,第 20 页。

[36] (何勤华等主编系列丛书《华东政法学院珍藏民国法律名著丛书第二辑》)黄右昌:《罗马法与现代》,中国方正出版社 2006 年版,第 281 页。

[37] 张广兴:《债法总论》,法律出版社 1997 年版,第 35 页。

[38] 参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社 2004 年版,第 687 页;《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 949-950 页。

[39] 同注 6 引书,第 61 页。

存在债务为由而请求返还。就是说,在这种法律关系中,债权人不得请求给付,特别是可诉请履行性。^[40]

我国台湾地区“民法”虽然从德国民法典,对自然之债以不完全债权替代,但有学者对此持有折衷态度,^[41]例如,王泽鉴教授就认为,自然债务这一概念,有时用于不能依诉讼请求的给付义务,有时指基于道德上义务的债务;有时指因不法原因而生的债务。有时更不加以区别,兼指诸此各种情形而言。用语分歧,殊失原义,实不宜再为使用。倘若使用,亦须明辨其究竟指何种情形而言,尤其应避免由此而导出不合理的推论。^[42] 王先生的上述论断可以有两点理解:(1)自然之债最好是不要使用,如果使用的话,也应明确其具体含义,避免概念上发生分歧。因而,可以认为,先生的态度是折衷的。(2)先生的上述否定理由似乎不十分充分:如果不用“自然债务”而使用“不完全债务”,是否就能够解决先生所说的时而指东、时而指西的问题呢?不完全债务似乎也是一个与自然债务十分相似的概念,不是指一种情况,而是指多种情况,更像是一个大箩筐。

2. 两种模式

综观大陆法系具有代表性的民法典,其立法模式大概可以分为两种:一是德国式的(间接规定,以不完全债权替代),二是法国与意大利式的(直接规定)。

德国民法典的模式是:不明确规定自然债务,也没有一般性的规定,而是在具体制度中个别处理。虽然从该法典的第二编(债务关系法)之第四章(各种债务关系)的第19节“不完全债务”(第762条至第764条)看,似乎是对“不完全债务”作出一个概括性规定,但实际上却不是这样,^[43]实际上是对赌博、打赌和射幸合同等具体问题的规定,而不是一般性规定。另外,通过第214条第2款、814条对具体的自然债务作出个别化处理。我国台湾地区的民法体系就是德国式的。

法国民法典及意大利民法典的模式是“一般规定+具体的个别化处理”模式,即首先规定一个关于“自然债务”的概括条款,然后再在具体条文中规定个别化处理的规则。《法国民法典》第1235条第1款规定:“清偿必须以债务为前提,无债务而清偿者,得请求返还。”该条第2款规定:“对于自然债务

[40] 同注11引书,第19-20页。

[41] 甚至许多台湾地区学者将“自然债务”与“不完全债务”等同使用,例如,台湾地区郑玉波教授认为,债务以其效力为标准,可分为完全债务与不完全债务。所谓完全债务,乃在法律上具有完全效力的债务,此种债务,如不履行时,则债权人得依诉权及强制执行请求权,请求公权力之援助者是也。所谓不完全债务,即自然债务或者称为无责任之债务〔郑玉波著、陈隆荣修订:《民法债编总论》,三民书局2002年版,第9-10页〕;台湾地区学者黄立教授认为,不完全债务也被称为自然债务,德国民法典第762条规定的赌博及打赌等不能发生债务。但已为给付者,不得以债务不存在为理由,请求返还。这种债务因被法律规定任其自生自灭,所以也可以称为自然债务。我国台湾地区“民法”对这种债务虽然没有明文,但应采相同立场。就这种法律关系,债权人不能请求给付,这种债权性质上欠缺可诉性、可执行性及自力救济的机会,欲依旧构成保有给付的原因。对于这种债权的处分仍予以肯定,唯债权原有的弱点不因移转而排除〔黄立:《民法债编总论》,元照出版社2006年版,第9页。不过,黄立教授说“自然债务属于被法律规定任其自生自灭”,恐怕与自然债务的确切的法律含义有别,容易引起误解。自然之债绝对不是在法律上自生自灭的东西。这种过分口语化的称呼,余认为似有不妥。〕;我国台湾地区学者丘聪智先生也认为,请求力固然为债之效力之主要内容,惟因特定事由存在,有时请求力减弱,有时甚而根本丧失。前者如消灭时效后之债权,后者如因给付赌债后对受领人之债权是。由于此类债权之效力尚不完全,故学理上或称不完全债权或者自然债权(债务)。反之,其请求力尚有减弱或者丧失情事者,则为完全债权债务〔丘聪智:《新订民法债编总则》,中国人民大学出版社2003年版,第6-7页〕。但也有持不同见解者,例如,林诚二教授则认为,一般学者依债务之效力为标准,将债务分为完全债务与不完全债务,前者指在法律上具有完全效力之债务,故又称为法定债务;后者指债务之履行与否,唯债务人之意思是视,法律不加干涉,通常是指自然债务而言,或者称为无责任债务。余以为,自然债务与无责任债务相区别,良以自然债务系指无诉权保护之债务,而无责任债务,则系债与责任分离之问题。从而无责任债务,在成文法上乃系肯定或者否定债权之问题,并非谓有责任之债务与无责任之债务系一种加减关系〔林诚二:《债法总论新解》(上),瑞兴图书股份有限公司2010年版,第374-375页〕。

[42] 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第20页。

[43] 如果是这样的话,它与法国法就没有实质的差别,仅仅是如何称呼自然债务的问题了。

作自愿清偿者,不得请求返还。”这里实际上指出了两点:(1)自然债务不是民法上的债务;(2)即使对于这种不是民法上债务的自然债务,一旦自愿清偿即不得请求返还。从《法国民法典》的总体结构看,第1235条所在的位置,大概相当于“债法总论”的位置。在第1965-1967条的“射幸契约”中又有具体的个别化处理。从《法国民法典》的结构看,其位置相当于债法分论。

意大利民法典也采取法国模式,在其第四编“债”的第七章“非债给付”中专门规定了“自然之债”,而且在具体的各种债中,对各种具体的自然债务作出个别化处理,如第1933-1935条规定的赌博与博彩、第940条规定的时效届满后的债务等。荷兰民法也从之,《荷兰民法典》第六编第一章第一节第3条就明确规定:“有下列情形的债为自然之债:a.因法律或者法律行为丧失可强制执行性;b.一方对另一方负有不可推卸的道德义务,尽管在法律上不可强制执行,但按照一般观念应认为另一方有权获得该项给付的履行。”^[44]

(二)关于我国未来民法典债法体系中的自然之债规范模式之我见

如果要对于上面的两种模式和四种学说作一个简单的评价的话,我觉得,否定说所坚持的对自然之债的理解,与我们在这里讨论的自然之债可能语义上有重大差别,而且目前理论上尚未找到一个可以替代自然债务的名词,因此,这种观点过于绝对,值得商榷。不完全债权替代说、折衷说实际上是承认有自然之债这种现实存在的,只是以什么名义来规范的问题:是冠以“不完全债权”还是用“自然债务”,即直接规范还是间接规范的问题。像德国民法典中,其实也是有对自然之债的规范制度的,仅仅是不称之为自然债务。这恐怕与德国民法典及德国关于债的理论有关系,因为德国债法是以“请求权”为核心建构起来的,因此,合同与侵权可以放在“债法”中加以规定,因为它们的结果都产生“请求权”。就如有的德国学者所指出的,“人们很容易将同种类的法律后果归结到同样的法律基础之上,以满足教义学的体系构造”^[45]。茨威格特也指出,债法是关于“债的”权利的,它是某人基于契约、不当得利或者侵权行为而获得的、只是针对特定人的一种请求权。^[46]对于自然债务,如果从阻却请求权的角度看,无疑也是正确的。但法国式的规范方式也有其优点,将自然债务统一规定,以利于对自然债务的整体把握,然后再分别规定,更利于理解和司法。

我认为,我国未来的民法典中的债法部分应该采取法国与意大利法典模式,直接适用“自然债务”的概念,并采取“一般规定+具体的个别化处理”模式。因为:

1. 在债法总论部分或者相当于总论部分的位置规定“自然债务”可以为裁判提供依据

也许反对将自然债务直接规定于债法的一个重要理由,就是它不能为请求权提供法律上的基础,因为自然债务本身就不具备法律上的请求效力,即使履行了,也仅仅是消极保有。我们必须承认,这种质疑的出发点无疑是非常正确的。因为,法律规范的一个重要功能就是为请求权提供法律基础。但是,这不是规范的唯一功能,除此之外,规范还有其他功能,支持一项反对请求权的抗辩也是其功能,也是可以作为裁判规范来适用的,至少是辅助性规范。例如,我国《合同法》第117条就是关于“不可抗力”的抗辩规定,第68条是关于“不安抗辩”的规定等。在任何一部法律中,这种辅助性规范很多。有关自然债务的规范也具有对已经履行者的返还请求权的阻却功能,不仅是规定,而且是有必要规定的。法国民法典第1235条就具有这样的裁判性功能。

[44] 参见《荷兰民法典》,王卫国等译,中国政法大学出版社2006年版,第161页。

[45] [德]弗兰茨·比德林斯基:《损害赔偿中的共同行为》,李云琦、吴训译,载《中德私法研究》(12),2015年12月版,第54页。

[46] [德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第269页。

2. 对自然债务作出正面且一般性规定符合我国习惯及当代社会的多元化需求

首先,使用“自然债务”这一术语既符合传统,也符合我国新中国建立以来的习惯用法。说到传统,自罗马法以来,自然债务就是一个通常的用语,法国民法典就是采用这一称呼。只是到了德国民法典才改用“不完全债务”,但后世大陆法系国家采用“自然债务”这一术语的要远远多于采用“不完全债务”这一术语的国家。从我国历史上看,我国1929年的民法典依从德国民法典,称为“不完全债务”,但台湾学理上仍然有许多人反对这一称呼。新中国建立之后,我国的民法教科书一般都采用“自然债务”或者“自然之债”,少有使用“不完全债务”者。因此,无论从罗马法传统,还是我国习惯,还是适用“自然债务”或者“自然之债”更好。另外,采用“自然债务”或者“自然之债”更符合这些债务自身性质。

其次,对自然债务作出正面且一般性规定符合当代社会的多元化需求,而且,易于对自然债务产生原因的掌握和理解。当今社会的道德标准已经多元化,对法律的诉求也呈现出多元化。例如,过去社会中的非婚同居被视为违反善良风俗,因而其相互之间的权利义务并不为法律所正视,不仅中国如此,几乎整个欧洲国家也是如此。而如今,大部分欧洲国家的法律无不正视这一问题,关注这种至少是具有社会或者道德义务的人们之间的相互关系在法律上的地位,大部分自然债务其实就是这种社会关系与法律的碰撞而产生的。例如,在意大利,法官通常将在非因婚姻而同居之人之间产生的财产性给付视为自然之债;对因事实婚而同居之人进行扶助的义务不是法定义务,因此,不得请求强制执行,但是,法律将履行扶助义务的行为认定为自然之债中的财产性给付。尽管该义务属于自然之债财产性给付的范畴,不具有强制执行的效力,但是,因同居仍然产生相互给予精神和物质扶助的义务和分担共同生活必要开支的义务;以前,法官曾经将给予因婚外关系而遭受损害的女性的财产性补偿视为报酬性赠与,也就是说,当事人是出于慷慨而作出的给付,而不是履行某一确定的给付义务。随后,法官又将这一给付界定为自然之债。^[47]而在法国,已经离婚的双方之间有相互扶助的自然债务关系,而法律并不强制要求此种给付。这一原则被司法实践所认可;在同居双方之间亦是如此;在非婚生子女与生父的亲子关系未得到确认前,生父对其负有给付抚养费的自然债务;父母无偿地为刚刚参加工作的年轻劳动者提供住所,属于自然债务;情人在抛弃与其具有姘居关系的女子时,对该女子负有“保证其将来生活”的自然债务,等等。^[48]

在我国,以上债务是否能够认定为自然债务,需要研究。最高人民法院正在起草的关于《婚姻法》司法解释(三)(草案)第2条规定:“有配偶者与他人同居,为解除同居关系约定了财产性补偿,一方要求支付该补偿或支付补偿后反悔主张返还的,人民法院不予支持。”有学者认为,该规定包含了两层含义:第一层意思是对婚外同居补偿协议,钱款未支付的,同居一方向法院起诉要求支付该补偿的,法院不予支持;第二层意思则是若补偿钱款已支付,支付人反悔而主张返还的,人民法院也不予支持。这条解释依据的是自然债务原理。^[49]除此之外,还有一种情形是可以讨论的,即我国社会普遍存在的“彩礼”问题。因我国长期的习惯,认可女方在订婚或者结婚时,男方要给付彩礼。在今天大的城市已经淡化,但广大农村仍有此习惯认同,且发生纠纷者众多,也可以用自然之债来解决其中的问题。

[47] [意]恺撒·米拉拜利:《自然之债》,载杨振山主编:《罗马法·中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社2001年版,第382-383页。

[48] [法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第687页;《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版,第949-950页。

[49] 金眉:《婚外同居关系的补偿》,载《法学》2010年第12期。

“要么是债,要么是非债”,这种非此即彼的做法已经不能适应当今社会,需要一种缓冲。自然债务其实就是这种非此即彼的中间地带:自然债务仍然不属于法律上的义务,游离于法律上的债权债务关系之外。但一旦履行,就受到法律上的保护。例如,我国最高人民法院关于民间借贷司法解释中,涉及约定利率在24%至36%之间的利息部分就属于这种情况,也是为适应现代中国融资的社会现实需求作出的。

3. 法国式的立法模式更符合民法典的外在形式要求及裁判需求

如果“债法”是带有“债总”模式时,在债的总论中规定“自然债务”或者“自然之债”就等于在债法体系中为其留出了空间和位置,在其统领下,再规定各种具体的自然债务的效力,就显得更顺理成章。其次,即使在不带有“总则”模式的情况下,先规定自然之债,再规定其具体类型及效力,也比较符合“一般到具体”的思维模式,如法国民法典即是如此。

其实,德国法与法国法对同一问题采取的应对方法有差别,但都承认这种现象的存在。但是,由于任何立法都不可能自然债务或者不完全债务列出一个详细的、包揽无余的清单,因此,需要法官在实际案件中自由裁量。两者相比,法国法的模式更具有开放性,利于法官裁判。法国实践中,法官正是根据第1235条通过判例发展出许多不同的自然债务:(1)即使亲子关系并未得到确认的非婚生子女,其生父亦负有提供抚养费的自然债务(最高法院第三民事庭,1976年6月30日);(2)父母无偿为刚刚参加工作的年轻劳动者提供住所,属于自然债务(最高法院第一民事庭,1983年4月5日);(3)情人,只有在打算抛弃与之姘居的女子时,才负有“保证该女子未来生活”的自然债务(最高法院第一民事庭,1959年10月6日),等等。^[50]

(三)我国未来民法典债法中的自然之债的规范模式设计

我一直主张,我国未来民法典应该制定带有“债总”的民法债法体系。而在债总中,构建自然债务的一般规范。该规范在整体上按照法国民法典与意大利民法典的模式规定“自然之债”,即遵循“一般规定+具体的个别化处理”模式来宏观规划我国未来民法典中的自然债务规范体系。在“债总”中,对自然之债作一般性规范。我不建议在一般性规定中简单列举哪些是自然债务,而是应交给法官去判断。但对于具体的一些典型的自然债务,在各个部分分别作个别化处理。例如,诉讼时效期间届满后债务人抗辩后的债务、不当得利中涉及到的因自然债务而排除请求权的情况、赌博与博彩等。

我建议“在‘债总’中用一章或者一节来规定自然债务的一般性规范,具体设计章(节)及条文如下:

第XX章(或节) 自然之债

第X条 自然债务的权利人对债务人无民法上的请求权,但义务人一经履行即不得以自然债务为由请求返还,债权人有权接受履行并合法取得履行及利益。

第X条 自然债务可因当事人的约定产生,但该约定不适用本法关于法律行为及合同的规定。

第X条 自然债务的部分履行并不改变未履行部分自然债务的性质,债权人对其余部分不具有民法或者诉讼法上的请求权。^[51]

第X条 第三人对自然债务设定的担保,不得以所担保的债务为自然债务而主张无效。自然债务人本人所提供担保者,亦同。

[50] 参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第950页。

[51] 该条参考了徐国栋教授的《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第458页。

七、结论

自然之债是一种工具性概念,它描述和表达的是处在法定义务与社会、道德义务之间的一种“亚类义务”,用“自然”加“债”表明了这种义务的边缘性和跨域性(法律领域与社会道德领域)特征。因此,意大利学者说“自然之债不过是有财产性的社会债”^[52],是有一定道理的。也许有人对于用“自然之债”这种表达和统领这些义务颇有微词,但除此之外,还有什么概念能够更确切或者更合适用来表彰这一灰色地带呢?我们最好能够借助于历史上形成的这样一种概念,赋予其较为确定的内涵,能够为我们的司法实践提供一种顺手的工具来规范处在法律与社会之间的这些义务。不管用哪种模式规范这一类义务,仅仅是模式问题。我觉得,法国和意大利模式更适合我国未来民法典的债法体系。

On the Position of Natural Obligation in Obligation Law System of Future China Civil Law Code

Li Yongjun

Abstract: Natural obligation intends to provide duty between legal duty and pure social or moral duty, laying in the middle ground between legal duty and non-legal duty. Natural obligation exists in most of European countries' civil law code, but the specific way of provisions is different. In general, the ways of provisions can be classified as Germany provision mode and French provision mode. In China, natural obligation also exists, such as agreed rates of private lending limited to 24% - 36%, obligation plead by debtor for exceeding the limitation of action, betrothal gifts for marriage. Besides, the legal consequence of no cause management is to pay for the cost by being managed beneficiary. And in unjust enrichment system, bona fides beneficiary is limited to acquire existing benefit, so natural obligation exists between legal duty and social duty. It is impossible to ignore the existence of natural obligation during the period of making China Civil Law Code. There must be general principles of obligation in China Civil Law Code because many scholars agree with both contract and tort as an independent part. According to this viewpoint, it is more practical to adapt French provision mode, which is the provision mode of general provisions & specific individualized treatment.

Keywords: natural obligation; incomplete obligation right; civil law code; obligation law system; freedom of contract.

(责任编辑:丁洁琳)

[52] 同注3引书。

罗马法中客服设施经营人的承保责任 及其在现代法中的继受和发展

徐国栋*

摘要:古罗马的客服设施包括船舶、客栈、车马店三种,公元前2世纪,裁判官颁布告示,在把财物交给这些设施的经营人保管的情况下被盗时授予旅客对抗此等经营人的诉权,课加他们严格责任,按准私犯定性他们的行为。尔后,法学家不断扩张这一告示的适用范围,从而达成了对旅客财产的更完善保护。现代国家在民法典或商法典中继受了这一制度,并进一步扩张其适用范围,使其涵盖对旅客人身安全的承保。但多数国家把客服设施经营人的责任改为合同责任,按照紧急寄托处理,并设定了经营人责任的上限。我国关于客服设施经营人对旅客人身和财产承担的保全责任采用经验型立法方式,十分零碎,漏洞很多,而且采用过错责任,对旅客的保护强度不够。而继受型立法可以继承先驱者的经验,少走弯路,故未来民法典宜在客服设施经营人的承保责任问题上采用继受型立法模式,并课加经营人严格责任。

关键词:承保责任 客服设施经营人 严格责任 合同责任 准私犯责任

罗马法中客服设施经营人的承保责任是对旅客随身携带的物品的安全承担严格责任。它与当下得到热门研究的许多制度有关。这些制度有:(1)旅游合同履行辅助人责任制度。船舶经营人、客栈主、车马店主当然是旅游合同的履行辅助人,如果当时有旅游合同的话。(2)经营场所的安保责任制度,这是指经营者在提供商品或服务时,因为经营场所的安全未能达到保障消费者人身、财产安全的法定要求或者合同约定的标准,导致消费者人身、财产遭受损害,从而应当承担的民事责任。^[1]我国在这方面的研究成果很多,但少有人^[2]研究这一制度的罗马法起源。(3)严格责任制度,这是一种结果责任和无过错责任,后文将述,罗马裁判官课加客服设施经营人的是严格责任。(4)不作为侵权制度。按照罗马裁判官的设计,客服设施的经营人什么都没做,只要在他们地盘内的旅客的财产蒙受了损害,他们就要担责,他们的这种无为而担责的情势是不作为侵权的类型之一。(5)为他人侵权行为代负责任制度。客服设施的经营人为其雇员的侵权行为甚至其他旅客的行为承担责任,有人认为是代负责任。^[3](6)消费者保护制度。客服设施经营人的承保责任是对服务的消费者的加强版保护。这六个制度的起源都可追溯到罗马法中的客服设施经营人的承保责任制度,但令我惊异的是,这六个领域的研究者都极少或根本未谈及这些制度的罗马法起

* 厦门大学法学院教授,法学博士。

[1] 参见汤啸天:《经营者场所安全责任的合理边界》,载《法律科学》2004年第3期,第121页。

[2] 史尚宽这样做过。参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第527页。

[3] 窦海阳的意大利语博士论文涉及这一方面(Hai Yang Dou, Responsabilità per fatto altrui, Università di Roma, Tor Vergata, 2009/2010)。另外, Claudia Alesandra dos Santos Madaleno 的葡萄牙语博士论文也涉及这一方面(Responsabilidade Obrigacional Objetiva por fatto de Outrem, Universidade de Lisboa, 2014)。

源,为了填补这个空白,写作此文,在这方面做一些开拓,也为我正在以集腋成裘的方式撰写的《罗马商法要论》著作贡献一章。

一、客服设施经营人的承保责任制度产生的时代背景

公元前2世纪,裁判官颁布了关于船舶经营人、客栈主、车马店主的承保责任的告示。^[4]它规定:经营船舶、客栈、车马店的人,要对发生在其经营场所的盗窃行为对旅客承担责任。^[5]这个告示证明,在公元前2世纪,罗马人的旅行和旅游已十分普遍,船舶、客栈和车马店是基本的服务旅客的设施,其间经常发生盗窃旅客财产的事,为了保护旅客的利益,营造安全的旅行环境,裁判官才颁布了这个告示。换言之,在公元前2世纪之前,要么因为旅行尚不普遍,要么因为尽管旅行普遍但针对旅客的盗窃不普遍,裁判官没有必要颁布这样的告示,因为法律只调整形成了规模的生活事实。

那么,公元前2世纪是个什么时间,那个时候的罗马是个什么样子?只要看一下罗马史年表,就可快速回答上述问题。要言之,罗马人在这100年中做了以下大事。

其一,战胜陆上霸主马其顿。公元前200至公元前197年,罗马人在第二次马其顿战争中战胜菲利普二世。公元前196年,罗马人宣布希腊已摆脱马其顿的霸权。公元前171至公元前167年,战胜马其顿并把它分裂为四个小共和国。公元前147年,在巴尔干半岛组建马其顿行省。

其二,彻底毁灭自己的海上对手迦太基。在公元前146年完成此业,在迦太基的废墟上建立了阿非利加行省。

其三,修建艾米利亚大道改善意大利北方的道路系统。这条大道从里米尼开端,沿着亚得里亚海到波伦纳、雷焦·艾米利亚、皮亚琴察,然后用另外的名字,一头至帕维亚、奥斯塔以及皮科洛和格兰·圣·贝尔纳多的一些村庄,另一头至拉文纳、的里雅斯特和波拉。^[6]

三件大事两武(其一和其二)一文(其三),实际上彼此关联,武为文因。征服自己的陆上海上对手,就改善了自己的陆上海上交通,过去去不得或如果去要护照签证的地方,现在可以自由去了。尤其是摧毁迦太基对于罗马人交通之改善的意义至大。曾几何时,地中海属于迦太基,故迦太基的大使说,没有我们的允许,罗马人不得在地中海洗手。^[7]现在,罗马人把地中海变成了自己的内海(“我们的海”),从意大利出发,可以直航希腊。而艾米利亚大道除了具有经济意义外,也有军事意义。公元前2世纪,日耳曼人尚未被罗马征服(后来从未被征服,除了一些部分),这条大道对于运送军队和战争物资具有重要意义。

由于持续的征服,到公元前2世纪,罗马已有8个行省。它们是:科西嘉和撒丁(Corsica et Sardinia,公元前238年)、近西班牙(Hispania Citerior,公元前197年)、远西班牙(Hispania Ulterior,公元前197年)、马其顿(Macedonia,公元前146年)、埃皮鲁斯(Epirus,公元前148年)、阿非力加(Africa,公元前146年)、亚细亚(Asia,公元前133年)、以纳尔波为首府的高卢(Gallia Narbonensis,公元前121年)。^[8]这些行省与意大利构成一个共同体,人财物可在其中自由流通。

在这样的条件下,公元前2世纪开启了罗马的商业时代,这一时代持续至公元3世纪。其时,罗马放弃

[4] Cfr. Aldo Petrucci, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Giappichelli, Torino, 2007, p. 120.

[5] 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第241页。

[6] 参见[意]格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第467页及以次。

[7] Cfr. Benito Mussolini, *Roma Antica sul Mare*, <http://www.romaeterna.org/altri/mussolini.html>, 2016年3月2日访问。

[8] 参见徐国栋:《罗马公法要论》,北京大学出版社2014年版,第146页。

了农牧经济,以交换为基础的市场经济得到了形成和发展,营业(negotiatio)和企业(taberna instructa)的概念得到了法律承认,并且创立了与商业、金融、运输和服务以及小规模的生产门类的企业活动相联的制度和诉权。^[9]

在这样的地缘政治条件下,罗马人为了经商或旅游,通过水路旱路来往于帝国的各个部分之间,为此要利用各种客服设施,在利用中发生问题,裁判官为此颁布告示进行调整,就不是什么奇怪的事情了。

二、公元前2世纪罗马的客服设施

裁判官告示中提到的客服设施有船舶、客栈和车马店三者,前者为水运客服设施,后者为陆运客服设施。以下按类分述。

(一)水运客服设施

水运客服设施即船舶。罗马人原为陆地人民,不谙造船。与迦太基人展开第一次布匿战争后,为海战的需要开始造船。取得地中海的制海权后,罗马人成为海上人民,制造并拥有多种船舶。计有:长船,它依靠划桨推行,但也有帆利用风力推进。^[10]既然是长船,到底有多长?答曰最长35米,最短的15米。^[11]长船可用来运货,也可用来作战。其次有轻船(Liburnicae),它适合于快跑,原来为海盗所用,后来被借用过来。其三是重船(Onerariae),适合于运送商品。又次分为酒船、粮船和马船,分别用于运送其冠名商品。但也有综合重船(Corbitae),它是最慢最重的商船,用来运送其他种类的大宗商品。^[12]其四是快船(Actuariae),它有桨,一可用来转运大船上的货物。例如,用大船从阿非利加运到奥斯提亚港口的小麦要在这里换快船才能溯台伯河而上到达罗马城。二可用来专门运客。^[13]当然,除了如上类型的船外,还有渔船、河船和战船。^[14]它们都不是海商法的调整对象,故存而不论。

重船的吨位从150吨到350吨不等。^[15]到了图拉真皇帝时代,造船技术进步,运粮船的载重量提高到1200吨到1300吨。^[16]

那个时候的运客船很少,客运航线也少,例如从现在的阿尔巴尼亚的Dyrrachium到布林迪西的航线处在其中。多数的情形是货船带客。乘客像多数船员一样生活在甲板上或住在帐篷中。他们自带食材,可以在船上的厨房里煮熟。用水从大木槽中取。条件最好的是从埃及的亚历山大到罗马的运粮船。好处之一是直达;好处之二是空间够大,可以装几百人。^[17]圣保罗坐过这样的船,他的同行乘客有287人。^[18]

根据罗得海商法,乘客可带两个孩子同乘。男乘客可占用3腕尺的船上空间,女乘客可占用一腕尺。小孩可占用0.5腕尺。乘客可按量取水。他们不得实施威胁船只安全的行为,为携带的孩子买票,并进行

[9] 参见[意]阿尔多·贝特鲁奇:《保护与企业主缔约的第三人制度的起源——对古典时期罗马法的一些规范的分析》,徐国栋译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第3卷,中国法制出版社2002年版,第31页。

[10] Cfr. Enrico Gandolfo, *La nave nel diritto romano*, Genova, 1888, p. 87.

[11] See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, *Handbook to Life in Ancient Rome*, infobase Publishing, 2014, p. 206.

[12] Cfr. Enrico Gandolfo, *La nave nel diritto romano*, Genova, 1888, p. 88.

[13] Cfr. Enrico Gandolfo, *La nave nel diritto romano*, Genova, 1888, p. 89.

[14] Cfr. Enrico Gandolfo, *La nave nel diritto romano*, Genova, 1888, p. 89.

[15] See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, *Handbook to Life in Ancient Rome*, infobase Publishing, 2014, p. 206.

[16] See Julian Bennett, *Trajan, Optimus Princeps*, Routledge, London and New York, 1997, pp. 139s.

[17] See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, *Handbook to Life in Ancient Rome*, infobase Publishing, 2014, p. 207.

[18] 参见《圣经·使徒行传》第27章,载《新旧约全书》,南京爱德印刷厂印,1988年,第188页及以次。

宣誓。^[19]

为小孩买票的义务有一个例外。乌尔比安在其《告示评注》第 32 卷(D. 19, 2, 19, 7)中说,如果一个女乘客在被运送过程中分娩,她不必为新生儿付运费,因为为小小的孩子给付的运费微不足道,而且他们不能利用为乘客们提供的一切服务。^[20]

船舶经营人的承保责任只与客运有关,无关货运,但货运中也有船员带上船的财产被其他船员盗走的问题,这种情况不归船舶经营人的承保责任制度处理,而应按《罗得海商法》第 57 条处理:被发现的盗窃者要双倍赔偿受害人的损失,并丧失其所有的收益。^[21]

船舶经营人并不见得是船舶所有人,而是经营船舶每日为收支的人,他们可能是船舶所有人,也可能是船舶的承租人(乌尔比安:《告示评注》第 28 卷. D. 14, 1, 1, 15),^[22]其职掌在于选任人员并组织经营。在后种情形,船舶的所有人因为不参与选任人员和组织经营,不承担在经营中对旅客造成损害的责任。因此,船舶经营人承保责任制度采用的原则是“谁管事,谁负责”。

(二)陆运客服设施

上面讲到的船舶是水上客栈,因为在运送过程中旅客住在船上。在陆运中,旅客除了露营,就要住在客栈或车马店里了,前者为不驾车的旅人使用,后者为驾车的旅人使用。

陆上客运主要通过公路进行。公元前 2 世纪,罗马已有如下大道:阿庇亚大道(公元前 312 年),全长 212 公里,从罗马通往意大利南方的加普亚,后来延伸到港口城市布林迪西;奥里略大道(公元前 241 年),从罗马在第勒尼安海一侧通往意大利北方城市 Vada,后来延伸至比萨。弗拉米尼大道(公元前 220 年),从罗马在亚得里亚海一侧通往意大利北方城市阿里米昂,全长 368 公里。艾格纳提亚大道(公元前 147 年),又名东方大道,从罗马沿亚得里亚海岸通往马其顿,直达希腊北部。^[23]这四条大道,前三条在意大利的范围内,第四条就走出了意大利,远至希腊。对于旅行者来说,这是条国际公路。总之,这些大道成为后来的著名的罗马道路网的基础。这个网络的干线部分长达 8 万公里,包括 375 条大路,全部铺石板。加上只铺砂石的支线道路,全长有 15 万公里。^[24]

既然公路上行客运,自然要配备相应的设施,诸如餐馆、客栈和车马店等。公元前 2 世纪的这方面设施的情况如何,已不可考。公元 333 年,一位从波尔多往耶路撒冷朝圣的人留下的一份旅行地图 *itinerarium hierosolymitanum burdigalense* 记下了他途径之地的所有客服设施,作者用城门的图案表示城镇,用马厩的图案表示具备换马及马车修理设施的地方,用房屋的图案表示客栈,用葡萄酒杯的图案表示用餐的地方。基本的格局是客栈与车马店间隔设立。从都灵到瓦兰斯,凡 247 罗马里,合 365 公里。计有 11 个客栈,12 个车马店,12 个就餐点。^[25]算下来,隔 33 公里余有一家客栈,隔 30 公里余有一家车马店,并有一家餐馆。三种设施彼此独立,客栈似乎只提供住宿,并不供餐。车马店主要提供以马匹为中心的客服,也不供餐。公元前 2 世纪罗马公路的服务设施大概也是这样的格局。我这是以“近古”推“远古”了。

[19] 参见王小波:《〈罗得海商法〉研究》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 84 页及以次。

[20] 参见[意]阿尔多·贝特鲁奇:《运送合同从古罗马到现行意大利民法典的发展》,徐国栋译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第 1 卷,中国法制出版社 2000 年版,第 232 页。

[21] 参见王小波:《〈罗得海商法〉研究》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 218 页。

[22] See The Digest of Justinian, Vol. 1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 416.

[23] 参见王允:《浅析罗马道路建设及其历史作用》,东北师范大学硕士学位论文,2007 年,第 3 页及以次。

[24] 参见[日]盐野七生:《罗马人的故事 X:条条大道通罗马》,郑维欣译,三民书局 2004 年版,第 3 页。

[25] 参见[日]盐野七生:《罗马人的故事 X:条条大道通罗马》,郑维欣译,三民书局 2004 年版,第 75 页及以次。

裁判官关于客服设施经营人的承保责任的告示同时提到了客栈和车马店,两者的关系如何,学者们各陈己见。有人认为两者同义词,为了风格的关系裁判官并列两者。但也有人认为两者有别,客栈处在城镇中,而车马店处在郊区或沿路而设。^[26]从朝圣者留下的旅行地图来看,客栈与车马店不是一回事,两者被分别标示。但要说车马店都处在城郊,并不确切,因为都灵、苏萨、第戎、瓦兰斯四个地方的车马店都处在城中,而且这些地方都是既有客栈,又有车马店。

陆运客服设施的经营人也可以是它们的所有人,也可能是租赁这些设施进行经营的人。

三、客服设施经营人的承保责任

(一)裁判官告示的文本以及法学家对它的解释

在上述客运条件下,裁判官于公元前2世纪颁布告示明确了客服设施经营人的承保责任。其辞曰:船舶、客栈、车马店的经营人,如果不返还任何人为保全而收受的财产,我将授予对抗他们的诉权。^[27]

这个告示明确了三种客服设施的经营人的承保责任,事实上,这个告示原来只规定了船舶经营人的此等责任,不久,扩展到客栈老板和车马店老板。之所以如此认为,乃因为这三种经营人的角色并不完全相同。按照罗马人的法律观,船舶经营人是工作的租赁中的出租人,而客栈经营人和车马店经营人是物的租赁的出租人。^[28]先规定船舶经营人的责任乃因为航运企业比关联的陆上服务企业重要。所以,上述告示是接续发布的系列告示的合成,后来的法学家把它们当作一个告示看待。^[29]尽管如此,从后世法学家对这个告示内容的阐述来看,船舶经营人承保责任仍是这个告示的核心,因为这种责任处在本座的地位,其他两种承保责任都具有准用的性质。

富有趣味的是,餐馆也是客服设施,这个告示却未言及餐馆老板对食客财物的承保责任,这可能因为旅客这餐馆逗留的时间较短,不过夜,所以,他们只好仔细看管好自已的随身财物。幸运的是,这个罗马人留下的漏洞被后世立法者填补了(参见后文)。

“不返还任何人为保全而收受的财产”指经营人本人或其辅助人(两者构成“任何人”)收受的旅客的财物,旅客托付此等财物的目的是求其安全,根据《罗得海商法》^[30]第32条的规定,旅客携带金币或其他物品登船,应交与船长保管。如果不交保管丢失,船长不负责人。^[31]可以设想,旅客也有义务把自己的贵重财物交客栈主和车马店主保管。不交保管发生丢失的,客栈主和车马店主本可不承担责任。

但三大客服设施的老板接受了旅客交付保管的财物却不想返还的,就犯了詐欺了,这时,倒霉的旅客就遇到了黑船黑店。这是一种情形,第二种情形是想返还却不能,因为被保管物被盗了,或遭遇灾难灭失了。无论哪种情形,裁判官都授予诉权对抗他们。这时的诉权是事实诉权而非市民法诉权。这意味着市民法过去对此无规定,裁判官以这一告示填补了一个法律漏洞。

[26] Voir Marie - Adeline Le Guennec, *Le Stabulum romain, ecurie ou etablissement hotelier? La Langue juridique et l'usage a Rome*, En Aux Sources de la Mediterranee antique, 2014, Presses Universitaires de Provence, p. 220.

[27] D. 4, 9, 1pr.。参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第241页,译文有改动。

[28] See Stanislaw Kordasiewicz, *Receptum nautarum and «Custodiam praestare» revisited*, In *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, LVIII (2011), p. 195.

[29] Cfr. Aldo Petrucci, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 120s.

[30] 《罗得海商法》到8世纪才编成法典,但在公元前3世纪已经形成并被罗马人采用。参见王小波:《〈罗得海商法〉研究》,中国政法大学出版社2011年版,第3页。

[31] 参见王小波:《〈罗得海商法〉研究》,中国政法大学出版社2011年版,第215页。

上述告示的文句并未告诉我们授予的诉权的倍数。乌尔比安在对这一告示的评注中告诉我们,它是双倍罚金之诉(D. 47,5,1,2。乌尔比安:《告示评注》第38卷),这是课加给非现行盗窃者的诉权(I. 4,6,23)。^[32] 这个倍数告诉我们,立法者把旅客交付的财物不还的经营者看作盗窃者。同时,这也是针对否认曾发生过寄托的保管人的诉权的倍数,这种雷同为后世人把承保责任纳入紧急寄托开了路。但否认别人曾让自己保管东西,也是盗窃的一种形式。^[33]

在诉讼系属中原告或被告死亡了怎么办? 在原告死亡的情形,其继承人可承担诉讼,这实际上是把被继承人开启的诉讼当作诉讼体物继承之。在被告死亡的情形,其继承人不必承担诉讼,因为他们并未实施引起责任的行为(D. 4,9,7,6。乌尔比安:《告示评注》第18卷)。

另外,如果很快发现了旅客财物的盗贼怎么办? 对于客服设施的经营人来说,如果加害人是他雇佣的自由人,他要代其承担责任;但如果加害人是其奴隶,他可通过交出加害人使自己免除责任(D. 47,5,1,5。乌尔比安:《告示评注》第38卷),这意味着此等加害人将成为受害人的奴隶,直到他们劳动的价值达到了被盗物的价值为止。但如果经营人使用的是他人的奴隶,他要像使用自由人一样自己承担责任。可以想象,在加害人为经营人自己奴隶的情形,如果经营人选择损害投偿解决,一个行旅之中的人要携带一名奴隶赶路,是极为不便的。

但经营人的上述选择权是有条件的,即他们不知道自己的属员实施盗窃的情况,如果他们知情,甚至教唆或协助自己的奴隶去盗窃旅客,他们必须自己承担责任,不能通过交出实际实施加害行为的奴隶使自己免责(D. 47,5,1pr.。乌尔比安:《告示评注》第38卷;D. 47,6,1,1。乌尔比安:《告示评注》第38卷)。

在加害人为自由人的情形,并不见得一定是经营人承担责任,这要取决于受害人的选择,如果他选择诉追经营人,当然是经营人根据裁判官法先承担责任,然后他们对盗贼提起盗窃之诉;受害人选择诉追加害人本人的,他们可直接根据市民法诉追之。(D. 47,5,1,3。乌尔比安:《告示评注》第38卷;D. 47,5,1,4。乌尔比安:《告示评注》第38卷)。对于一个行旅之中的人来说,摺下正在进行的旅行去告一个贼,很不方便,而且此等贼的责任能力很可能不如一个老板的相应能力。由此可见,课加客服设施经营人责任的裁判官告示的主旨是方便旅客得到损失的赔偿。

那么,如果加害人是其他旅客,怎么办? 这要看客服设施是船还是客栈和车马店。在船的情形,经营人不对旅客的行为负责,但他们参与了接受物品的情形除外。在客栈和车马店的情形,要看旅客属于哪种,经营人要长住旅客的行为承担责任,不对短住旅客的行为承担此等责任。对长住旅客的行为负责,乃因为经营人有选择是否接待他们的机会。不对短客的行为负责,就像不对乘船者的行为负责一样,是因为经营人不能选择旅客,作为公共服务设施,他们不能拒绝任何愿意利用的人,所以他们不能代加害旅客承担责任。所以,受害旅客只能诉追加害的其他旅客(D. 47,5,1,6。乌尔比安:《告示评注》第38卷;D. 4,9,1,8。乌尔比安:《告示评注》第14卷)。^[34]

在罗马法中,诉权分为有期的和永久的,前者必须在一定的期限内行使,此等期限实际上就是诉权的除斥期间,后者可以无限期行使。承保之诉是永久性的(D. 4,9,7,6。乌尔比安:《告示评注》第18卷)。这种安排有利于旅客:遭受损失后由于任务的压迫必须赶下一段路程的,可以先赶路,等下一次再跟同样的

[32] 但课加否认紧急寄托者的诉权也是双倍罚金之诉。参见[古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》(第2版),徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第469页。

[33] 罗马人的盗窃概念是“以获利为目的诈欺地接触物”。保罗:《告示评注》第39卷(D. 47,2,1,3),参见桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·债·私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第55页。

[34] 参见桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·债·私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第73页。也参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第243页。

客服设施经营人打交道时再起诉他。“这一次”与“下一次”的时间间隔在罗马时代的旅行条件下(依靠人力畜力而已)可能很长,超过一年。

那么,在罗马法看来,旅客乘船也好,住店也好,都与这些客服设施的经营人订立了一个工作的租赁合同;如果物品是免费接收的,则成立一个寄托合同。这些合同也要给旅客提供一定的保障,为何裁判官不依据合同课加经营人责任,而是依据准私犯课加经营人此等责任呢? 乌尔比安在其《告示评注》第14卷中对此作出了回答:因为按照租赁合同,承运人只对过失负责;按照寄托合同,保管人只对故意负责。所以,这两种合同对于物的所有人的保护力度偏小,为了加大保护力度,裁判官课加客服设施的经营人特殊的看管责任,这是一种严格责任,收受物品的人即使无任何自己的过错,也要承担责任,发生不可抗力的情形除外。这里的不可抗力,包括船难、海盗攻击等情形(D.4,9,3,1。乌尔比安:《告示评注》第14卷)。^[35]

但这种严格责任只是相对的,乌尔比安同时提到,一个允许如此坏的奴隶呆在船上的经营人不被定罪是奇怪的(D.47,5,1,5。乌尔比安:《告示评注》第38卷)。这意味着,经营人还是有用人不当的过失,所以,从某个角度讲,上述严格责任实际上还是过错责任,或者像丁玫教授正确地指出的,是推定过错责任,其目的是避免旅客的举证困难。^[36]

这样的举证豁免对于一个行色匆匆的旅客来说,是十分必要的。但对于船舶经营人来说是苛重的,所以,允许此等经营人使用免责条款:如果他事先宣布每个旅客应当对自己的物品采取安全措施,并宣布他不对损害负责,而且旅客同意此等宣告,则他免除承保责任(D.4,9,7pr。乌尔比安:《告示评注》第18卷)。^[37] 由于要取得旅客的同意免责条款才能生效,免责条款严格说来是免责合意。但航运企业是强势的一方,旅客是弱势的一方,在前者要求免责的情况下,旅客要么同意,要么上不了船,从而完不成自己的旅行,所以只好同意。这样的情境暴露出古罗马就有格式合同问题,以及相应的消费者保护问题。当代意大利学者阿尔多·贝特鲁奇教授敏感地注意到了这一点,着力于研究罗马法对消费者的保护。贤哉斯人!现代法注意改变这一状况,故《埃塞俄比亚民法典》第2669条规定:任何排除或限制旅店主责任的规定无效。^[38] 尽管该条的规制对象并非船舶经营人而是旅店主,但法意是一样的。

(二) 法学家们对告示的适用范围的目性扩张

裁判官确立客服设施经营人的承保责任制度后,法学家们不断扩张其适用范围,以达成对消费者的高保护。此等扩张包括保护客体的扩张、致害原因的扩张、加害人范围的扩张等方面。以下分述之。

有关裁判官告示保护的客体是什么? 从告示的文句来看,是旅客交付经营人保管的物品,这种交付由旅客的“交”和经营人的“收”两个动作构成,换言之,旅客未交保管的随身物品,不在保护范围之内。但这是我的理解,奇怪的是无有先驱者。接近我的这一观点的是“旅客行李说”,为德国学者C. H. Brecht、智利学者古斯曼·布里托、意大利学者安托钮·瓜里诺所持。^[39] 实际上,未交保管的物受裁判官告示的保护是1世纪末的学者维维安扩张的结果。他对裁判官告示中的“任何人为保全而收受的财产”一语进行解释,说此语“也包括商品类的物,诸如衣服和一切在船上日用的物”(D.4,9,1,6。乌尔比安:《告示评注》第14卷)。^[40] “衣服”无需解释,“一切在船上日用的物”中的最重要者是食物,在罗马时代,旅客是在船上的厨

[35] 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第245页。

[36] 参见丁玫:《罗马法契约责任》,中国政法大学出版社1998年版,第251页。

[37] 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第251页。

[38] 参见《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,厦门大学出版社2013年版,第380页。

[39] Cfr. Aldo Petrucci, Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori, I, Giappichelli, Torino, 2007, p. 127, nota 11.

[40] 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第243页。

房自己做饭吃的,^[41]所以得携带食材上船。这些物被作为运送的物的从物看待。按照这一扩张,旅客的随身行李,即使未交托经营人保管,后者也要承担看管义务。

致害的原因也得到了扩张。尽管告示的文句无明显言,它原初考虑的致害原因是船舶经营人手下人的盗窃,按照乌尔比安的解释,严格说来是经营人的手下人与盗贼相勾结实施的盗窃(D.4,9,1,1。乌尔比安:《告示评注》第14卷)。盖尤斯对此扩张,不仅把盗窃,而且把损害也当作致害原因(D.4,9,5,1。盖尤斯:《行省告示评注》第5卷),例如经营人的奴隶实施的损害,老鼠的咬坏,雨水的泡坏,等等。这样的扩张当然更有利于旅客。

加害人的范围得到了扩张。有关告示原本考虑的加害人是经营人的役使人(自由人或奴隶),乌尔比安把参与接受物品的乘客、长住旅客也扩张为加害人,经营人也要对他们的致害行为承担责任(D.4,9,1,8。乌尔比安:《告示评注》第14卷)。

经营人的责任空间也得到了扩张。告示原来设想的经营人的责任空间是船上,这个空间的起点是上船,终点是下船,但乌尔比安把海滩扩张进了责任空间,即使被接收的物品在海滩上,其风险和危险都由经营人承担(D.4,9,3pr。乌尔比安:《告示评注》第14卷)。

基础关系的范围也得到了扩张。告示原来考虑的是有偿的客运关系或住宿关系,保罗把它的适用范围扩张到无偿的乘船或免费住旅店关系(D.4,9,6pr。保罗:《告示评注》第22卷)。

船的所指也得到了扩张。告示原来考虑的是运用较大的船舶实施的客运,未考虑木筏和河中小艇实施的同样业务,拉贝奥把告示的适用范围扩张到了后者(D.4,9,1,4。乌尔比安:《告示评注》第14卷)^[42]

(三) 客服设施经营人承保责任的归属定性

裁判官确立客服设施经营人的承保责任制度后,发生该制度在市民法体系中的位置问题。很容易的定位是把它作为合同责任的一种类型看待,正如现代作者大都是在“罗马法合同责任”的框架下研究该制度,^[43]但自公元前161年的盖尤斯《法学阶梯》起,它被作为准私犯的一种与法官错判案件、倒泼行为、悬挂物致人损害行为并列。^[44]优士丁尼《法学阶梯》从之。这意味着至少盖尤斯之后的罗马人不把客服设施经营人的承保责任看作合同法问题,而看作侵权法问题。这意味着罗马立法者不再把合同关系作为承保责任的基础,由此,经营人承担并违反的并非约定义务,而是法定义务。

准私犯就是我们现在讲的准侵权行为,客服设施的经营人毫无作为,怎么就侵犯了旅客的权利?现代学者杨垠红将此解释为不作为侵权。^[45]是为一说也。

那么,罗马人为何要把上述四个制度放在一起类称为准私犯?中世纪以来这就是一个聚讼纷纭的问题,比较有效的解答是上述四个制度中的责任人承担的都是无过错责任。^[46]我赞成此说,但要补充一点:每一种准私犯都是对一种私犯的类比,经营人的承保责任这种私犯类比的是盗窃这种私犯。确实,有关的裁判官告示最初考虑的旅客财产损失的原因是盗窃,而且是客服设施的经营人与小偷合伙实施的盗窃,经过法学家的积极解释,告示的内容才渐渐也涵盖非盗窃原因造成的旅客财产损失。当然,承保之诉的诉权

[41] See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, Handbook to Life in Ancient Rome, infobase Publishing, 2014, p. 207.

[42] 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第243页。

[43] 例如我如上引述其著作的丁玫教授就是如此。就意大利学者而言,有Vicenzo Arancio - Ruiz (Responsabilità contrattuale in diritto romano, Jovene, Napoli, 1933), Francesco M. de Robertis (Responsabilità contrattuale nel diritto romano, Cacuci, Bari, 1996), Adolfo di Majo (Responsabilità contrattuale, Giappichelli, Torino, 1997)。

[44] 参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第235页。

[45] 参见杨垠红:《不作为侵权责任之比较研究》,法律出版社2012年版,第60页。

[46] 参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第236页。

倍数也暗示了该诉把侵害旅客财产的行为按盗窃处理。

四、现代法对罗马法客服设施经营人的承保制度的继受和改变

(一) 概述

现代国家和地区多数继受了罗马法客服设施经营人的承保制度,甚至有相关的国际公约或其草案实施了此等继受^[47],但将该制度纳入自己法律体系的方式多种多样。第一种方式是把该制度纳入民法典。又分为两种子方式。两种子方式都将其诸元打散。^[48]第一种子方式把船舶经营人的承保责任规定在租赁合同中,而把旅店主的承保责任作为紧急寄托处理,同时甩掉车马店主的承保责任制度——这或许反映了专门的车马店作为一种独立的客服设施已被淘汰。法国是这一模式的开创者,德国、意大利等国随之。第二种子方式是把船舶经营人(被一般化为水陆承运人)的责任规定在运输合同中,把旅店主的承保责任规定在侵权法中。马耳他是这一模式的开创者。第二种方式是把该制度纳入商法典,具体来说,也是把该制度的诸元打散,把运送人的承保责任规定在运输合同中,把旅店主的承保责任规定在住宿合同中,例如日本、韩国、澳门等国家和地区这样做。第三种方式是分别在民法典和商法典中规定不同客服设施经营人的责任。把承运人的责任规定在商法典中,把旅店主的责任规定在民法典中,例如埃塞俄比亚这样做。

上述诸种方式的共同点是把经营人的承保责任定位为合同责任,这完全背离了罗马法把此等责任定位为私犯责任的蓝本,只有马耳他是个例外。

以下分述各种继受模式。

(二) 民法典继受模式

1. 法国子模式

如前所述,裁判官把三种客服设施的经营人的承保责任捏在一起是有问题的,因为船舶经营人是工作的租赁中的出租人,而客栈经营人和车马店经营人是物的租赁的出租人。在我的阅读范围内,是《法国民法典》带头克服罗马人留下的逻辑缺憾,把船舶经营人的承保责任规定在运输合同(工作的租赁的一种具体形式)中,把客栈经营人的承保责任作为紧急寄托规定在寄托合同的名下。

《法国民法典》设有“水陆运输者的租赁”的单元,其第1782条规定:水陆运输者,对交付其保管与照管之物,负有与旅店经营者相同的义务。第1783条规定:水陆运输者,不仅对其已经接收、装入车船之物负有责任,而且对已交至码头或库房,等待装车、装船的货物负有责任。第1784条规定:水陆运输者,对已向其交付之物的灭失与毁损应承担赔偿责任,但如其能证明物之灭失与毁损系由于意外事故或不可抗力造成者,不在此限。^[49] 这些规定在细节上都忠实地继承了罗马法蓝本并发扬之。说“细节上”,乃因为这些规定的起草者在大方向上背离了罗马法蓝本,因为“蓝本”是把运输者的责任定位侵权责任的,“摹本”只把此等责任定位为合同责任。说“发扬”,乃因为“蓝本”只规定了水运者的责任,“摹本”补充规定了陆运者的同样责任,尽管仍未达到规定运输者对旅客的人身的责任的程度。

富有趣味的是,法国在1807年颁布了《商法典》,法国立法者却不把这些规定安排在商法典中。

至于旅店主的承保责任,如前所述,《法国民法典》把它作为紧急寄托看待。所谓紧急寄托,是在发生

[47] 例如,1978年,国际私法协会起草并原则通过了《关于旅馆合同的国际协定草案》。

[48] 也有例外,《阿根廷民法典》不打散两者,而是采用以旅店主的承保责任为主(第1118条),以承运人的承保责任为从的方式把两者在一起规定(第1119条)。这完全是反罗马法蓝本之道而行之。

[49] 参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第1331页。

灾害情况下把自己的物交给他人保管的行为。灾害的情形有船难、建筑物倒塌、海盗攻击等。^[50] 把旅店主在平和情况下承担的看管旅客物品的责任纳入紧急寄托,有些不伦不类。但法国学者特罗龙(Raimond Theodor Troplong, 1795 - 1869年)为此辩解:旅客不能选择自己住的旅店,他们疲劳地抵达,不了解当地情况,只能信赖自己偶遇的旅店主,这种情景颇类似于紧急寄托者的情境。^[51] 特罗龙的这种说法至少在网络时代不适用,现在,人们可以网上订房,选择的范围很大,并能根据曾入住者的评价作出自己的选择。

那么,是谁最早把旅店主的承保责任改造为寄托的?是路易十四时代制定的1667年的《为了司法改革而制定的民事条例》,其第20题第4条规定:不得排除证人就寄托已在旅店实施、入住旅店的旅客已把寄托物交到男店主或女店主手中的证据,此等证据可以依据法官的命令,根据当事人的身份和行为的情境提交。^[52] 该条在证据可采性的情境中规定旅店主的承保责任,明确使用了寄托的术语,而罗马法学家一直使用“看管”的术语,从而把“看管”寄托化了,进而把寄托紧急寄托化了,因为紧急寄托在灾害中实施,难免形式简陋或不完备,受寄托人很容易否认曾受领寄托物,所以需要举证曾发生这种受领,《民事条例》正是从这个角度切入旅店主的承保责任问题的。但证人可以作伪证。如果不曾发生紧急寄托,但无良的证人一口咬定发生了,则旅店主就处在百口难辩的地位,于是法官需要考虑证人的身份和行为的情境衡量其证言的真实性。通常情况下,身份越卑贱的人越容易说谎。情境越平和越容易查清真相,例如,如果旅店来往的客人不多,容易查清是否发生了寄托。相反,如果适逢大节,店内人潮汹涌,查清是否发生了寄托就难。在这种情形,如果一个证人说看到了寄托之实施,他的话就值得怀疑。

无论如何,《民事条例》通过使用寄托的术语把旅店主承担的准私犯责任改造成了合同责任,把一个本来的侵权法问题改变成了一个合同法问题,这样的改变成为以后的法国法学家立论的制定法前提。尽管这个前提有点不伦不类,因为把在平和中发生的旅店寄托财物与店主与在灾害中发生的把抢救出来的财物随手交给身边的人,情境的性质差异过大。而且这样的安排只考虑了旅客交付店家保管的财物,未考虑他们未交付店家保管的随身财物,由此缩小了罗马法规则的适用范围。

《法国民法典》的父亲之一波捷(Robert - Joseph Pothier, 1699 - 1772年)基于上述前提工作。在其《寄托合同》的专论中,在紧急寄托的节后安排了“旅店主寄托”的节,暗示两种寄托的同质性。并对《民事条例》第20题第4条的最后一句话作了解释。谓:此语旨在告知法官仅采用情境性的证据,例如涉及到旅店主或旅客品行好坏的证据,如果不加区分地采用各种人提供的证据,则旅店主就成了骗子宰割的对象:一个骗子入住旅店,诈称自己把物品交给了旅店主保管,如果同伙骗子证明旅店主受领了寄托物,那后者就陷入了悲惨的境地。^[53] 时代真是变了,罗马人制定旅店主承保责任的时候主要考虑的是盗贼,法国人制定相应规则的时候主要考虑的是骗子,看来,同样是拉丁人民,犯罪在向智能型转化。

波捷对《法国民法典》有巨大影响,他的学说转化为《法国民法典》的相应条文。第1952条在寄托的标题下规定:旅馆或旅店主人对于寄居旅客携带的物品,负受寄人的责任;此种物品的寄托视为紧急寄托。第1953条规定:如旅客的物品被盗或被损害,不问出于旅馆仆人或雇佣人的行为,或出于其他出入旅馆之人的行为,旅馆或旅店主应负赔偿之责。第1954条规定:旅馆或旅店主对于携带武器或以其他不可抗拒的手段造成的损害,不负责任。^[54] 这三个条文从实体法的角度规定旅店主的看管旅客随身携带物品的责任,

[50] 参见周枬:《罗马法原论》(下),商务印书馆1994年版,第684页。

[51] Voir R. Theodor Troplong, *Commentaire du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires*, Meline, Bruxelles, 1845, p. 391.

[52] Voir *Oeuvres de Pothier*, Tome Sixieme, Chanson, Paris, 1821, p. 52.

[53] Voir *Oeuvres de Pothier*, Tome Sixieme, Chanson, Paris, 1821, 53.

[54] 参见《拿破仑法典》,李浩培等译,商务印书馆1979年版,第270页。

不仅交付店家保管的物品,而且未交保管的物品都是责任的对象,这比《民事条例》进步。旅店主不仅对自己的雇员的行为负责,而且对其他旅客的盗窃或损害行为负责,这比较符合罗马法。如果说,对于雇员的行为承担责任可以有用人不当的过错来解释,对于其他旅客行为承担的责任就不能如此解释了,所以,旅店主承担的还是罗马式的严格责任。最后,第1954条也把不可抗力作为旅店主的免责事由,另外还加了旅客武器致害的新的免责事由,这可能包括持枪抢劫对其他旅客的财产造成的损害。这是一点创新,但可惜没有星火燎原。持枪抢劫更可能杀人伤人,如此造成的损害如何承担?《法国民法典》对此沉默。

上述条文在1973年12月24日经受了修改。在维持旅店主责任在紧急寄托的框架内之余,对于第1953条,详列了旅客带进旅店的物品的类型:衣服、行李和其他物品。但波尔多法院1952年的判例对此扩张,把停放在旅店围栏内的旅客汽车也包括其中。对于第1953条,补充了第2款和第3款。其内容要言之,就是区分旅客带进旅店的物品的类型而定旅店主的责任。对于交付旅店主保管的物品或虽交保管但被无理拒绝的物品,让他们承担无限责任,也就是损失了多少赔多少,不许设立免责或限责条款。而对于旅客未交店家保管的物品,旅店主只承担有限责任,也就是赔偿额不得超过旅客住客房日租价的100倍。但损害由经营人或其役使人的过错引起的,不适用此等有限责任。对于第1954条,增加了物的性质或缺陷造成的损失免责类型。并吸收了波尔多法院1952年的扩张。并规定旅店主的承保责任不及于活的动物。^[55]不难看出,1974年的修改反映了当代人开车旅行、带宠物旅行的新现实。

显然,《法国民法典》瓦解了罗马人对水运旅客和陆运旅客适用统一的承保制度的做法,其模式至少有如下国家或地区遵循:意大利,其民法典第1681条规定承运人的承保责任,第1783条及以下数条规定旅店主的承保责任。^[56] 菲律宾,其民法典第1754条规定承运人的承保责任,第1998条及以下数条规定旅店主的承保责任。^[57] 俄罗斯,其民法典第796条规定承运人的承保责任,第925条规定旅店主的承保责任。^[58] 魁北克,其民法典第2038条规定承运人的承保责任,第2298条及以下数条规定旅店主的承保责任。^[59] 我国台湾地区“民法”第658条规定承运人的承保责任,第606条及以下数条规定旅店主的承保责任。^[60]

另外,如下民法典至少在紧急寄托的框架内规定了旅店主的承保责任。它们是:《奥地利民法典》(第970条)、《德国民法典》(第701条及以下数条)、《智利民法典》(第2241条及以下数条)、《阿根廷民法典》(第1118条及以下数条)、《路易斯安那民法典》(第2941条及以下数条)、《西班牙民法典》(第1783条及以下数条)、《埃及民法典》(第599条及以下数条)、《阿尔及利亚民法典》(第599条及以下数条)、《荷兰民法典》(第7·609条)、《巴西新民法典》(第649条及以下数条)、《土库曼斯坦民法典》(第817条及以下数条)。

2. 马耳他子模式

1870年的《马耳他民法典》在运输合同的框架内规定承运人的承保责任。规定水陆承运人对在运输工具上的旅客之物(包括交付保管的、在运输工具之内的、在运输工具之外交付代运的)承担严格责任(第1628、1629、1630条)。另外在侵权与准侵权的框架内规定旅店主的承保责任。此等责任与未成年人和精神病人致人损害的责任、动物致人损害的责任、建筑物致人损害的责任等并列,完全脱离了合同法的语境。这样的安排十分符合罗马法。但把承运人的责任定为合同责任就不符合罗马法了。同样的情形,不同的

[55] 参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第1421页及以次。

[56] 参见《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第401页,第424页。

[57] 参见《菲律宾民法典》,蒋军洲译,厦门大学出版社2011年版,第233页,第271页。

[58] 参见《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀译,北京大学出版社2007年版,第280页,第319页。

[59] 参见《魁北克民法典》,孙建江等译,中国人民大学出版社2005年版,第251页,第281页。

[60] 参见吴庚等编:《月旦六法全书》,元照出版公司2000年版,第2-153页,第2-143页。

处理,匪夷所思。

旅店主的责任分为无限责任和有限责任两种情形,前者适用于交付旅店主保管的物品,后者适用于未交旅店主保管的物品,责任额是 174.7 欧元(第 1039 条)。^[61] 如果考虑欧洲普通旅馆的日租价位 100 欧元以上,这个责任额很低。《法国民法典》把旅店主的责任额的天花板设定为所住房间日租价的 100 倍,那就是 10000 欧元多,以意大利的副教授月薪 2500 欧元计,相当于副教授四个月的工资,相当高了。

(三) 商法典继受模式

1899 年的《日本商法典》在“运输营业”一章中规定了承运人的承保责任。另外,在同一法典的“寄托”一章中规定了“以招徕顾客为目的而设置的场所的主人的责任”(第 594 - 596 条)。在商法典中作这些规定很有道理,因为客服设施的经营人都是以营利为目的,是商人。故阿尔多·贝特鲁奇(Aldo Petrucci)等意大利教授在罗马商法的框架内研究客服设施经营人的承保责任。^[62] 但在民商分立的国家,立法者并不一定把旅店主的承保责任规定在商法典中,例如德国、阿根廷、西班牙,就把这一责任规定在其民法典中。

《日本商法典》第 590 条规定了承运人对旅客人身损害的赔偿责任。^[63] 这填补了罗马法的一个漏洞,因为罗马法是只考虑旅客的财产损失,不考虑其人身损失的,故非常进步。第 591 条规定了承运人对旅客已交托的行李的责任;第 592 条规定了承运人对旅客未交托的行李的责任。^[64] 另外,在同一法典的“寄托”一章中规定了“以招徕顾客为目的而设置的场所的主人的责任”(第 594 - 596 条),其内容主要是旅店主的承保责任,但还包括饭店主、浴池主等的此等责任。^[65] 如此,填补了罗马法不规定餐馆主人的承保责任的漏洞。《日本商法典》填补了罗马法两处漏洞,对于客服设施经营人承保责任制度的发展,贡献不小。

1962 年的《韩国商法典》首先规定了承运人的承保责任。规定的要旨是:对于托运的行李的灭失或毁损,承担货运人的责任,对于未托运的行李,承担过错责任(第 149、150 条)。^[66] 后一规定比罗马法退步,因为它对这种行李的灭失、毁损,也是课加严格责任的。

接下来,《韩国商法典》在公共接待业的框架下规定了旅店主的承保责任。公共接待业的外延大于旅店合同的外延,除了旅馆,还包括剧场、餐馆等众客集中的设施(第 151 条)。接待业者不仅要对旅客寄存的物品,而且要对未寄存的物品的灭失、损坏担责。对前种物品承担严格责任,只有不可抗力可导致免责,免责的宣告无效(第 152 条)。但旅客的贵重物品交付寄存时未表明其种类和价值的,接待业者不对其灭失、损坏担责(第 153 条)。^[67]

《澳门商法典》首先在旅客运送合同的框架内规定了运送人的承保责任(第 758 条)。其次,在旅客住宿合同的框架内规定旅店主的承保责任。第 810 条第 1 款规定:住客携带至旅舍之物品毁损、灭失或遗失,旅舍主须承担责任。非独此也,第 809 条第 1 款还规定:旅舍主须对旅客及其伴侣逗留旅舍及其附属建筑物期间之伤亡承担责任,但导致伤亡之原因不可归责于旅舍主者除外。^[68] 此款把旅店主的承保责任扩及于旅客的人身损害。

须指出的是,上述制度安排系澳门原创,《葡萄牙商法典》并无旅客住宿合同的规定。

[61] 参见《马耳他民法典》,李飞译,厦门大学出版社 2012 年版,第 223 页。

[62] Cfr. Pietro Cerami, Andrea Di Porto, Aldo Petrucci, *Diritto Commercial Romano: Profilo Storico*, Giappichelli, Torino, 2004.

[63] 参见《日本商法典》,丁耀堂译,法律出版社 1982 年版,第 167 页。

[64] 参见《日本商法典》,丁耀堂译,法律出版社 1982 年版,第 167 页。

[65] 参见《日本商法典》,丁耀堂译,法律出版社 1982 年版,第 168 页。

[66] 参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 31 页及以次。

[67] 参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 32 页。

[68] 参见赵秉志总编:《澳门商法典》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 241 页。

(四) 民法典和商法典分别继受模式

首先,1960年的《埃塞俄比亚商法典》规定了运送人的承保责任。第590条规定承运人对旅客的登记行李的灭失承担责任,但第589条规定运送人对旅客的手提行李的灭失不承担责任。^[69]该条过分保护承运人。其次,也是1960年的《埃塞俄比亚民法典》把旅店主的承保责任作为旅店合同的一个条款处理,而旅店合同又是提供服务的合同的一种,属于此类的还有雇佣合同、学徒合同、附试用期的合同、住家家庭工合同、农业工作合同、承揽合同、脑力劳动的雇佣合同、医疗或住院合同、出版合同。不难看出,这些合同都属于罗马法中的工作的租赁。罗马法中的客服设施的经营人的承保责任是从租赁合同责任发展出来的,所以,《埃塞俄比亚民法典》的这种安排有认祖归宗之旨趣。其起草者勒内·达维德看出了《法国民法典》把旅店主的承保责任定位为紧急寄托的不伦不类,遂遵循《法国民法典》把运输者的责任定位为租赁合同责任的路子,把此等责任还原为租赁合同责任。尽管如此,它与《法国民法典》的选择具有相似性:都把承保责任定位为合同责任。

(五) 继受者相较于罗马法蓝本的新规定小结

前文已讲到过的继受者对罗马法蓝本的发展有:(1)增加了对旅客人身的承保责任。(2)把汽车纳入旅客带人物的范畴;(3)区分旅客携带物是否交店家保管后者是承担无限责任还是有限责任;(4)增加了拒绝接受保管的店家行为形态;(5)设定了以单日住宿费为基准以倍数计算的店家有限责任的最高限度,这对于保护公用事业的正常运作具有意义,并有利于消解严格责任制度的毒性;(6)排除旅客携带的活动中为店家的承保对象;(7)增加了物的自身缺陷造成的灭失作为店家免责的事由;(8)增加了持枪抢劫造成的旅客人身财产损害作为店家免责的事由;(9)把责任主体扩张到饭店主、浴池主、剧院老板、医院主、疗养院主、寄宿处主、卧铺车主等(自医院主到卧铺车主的规定来自《埃塞俄比亚民法典》第2671条)。^[70]

前文未讲到的继受者对罗马法蓝本的发展有:(1)增加了旅客诉权的消灭事由。旅客在其物遭受损害后不及时告诉店家的,请求权消灭(《德国民法典》第703条)。^[71](2)增加了蒙受财产损失的旅客证明自己已把财产带进旅店的责任(《埃塞俄比亚民法典》第2663条)或证明丧失的物的数量、质量和价值的责任(《智利民法典》第2244条第1款)。^[72](3)增加了旅客向店家展示贵重物品、提醒其特别注意的义务,未尽此等义务的,店家免责(《智利民法典》第2245、2246条)。^[73](4)增加了旅客行使诉权的消灭时效,例如6个月(《阿尔及利亚民法典》第601条)。^[74](5)增加了客服设施由多人共有时承保责任的分担,令其承担按份责任(《阿根廷民法典》第1121条)。^[75](6)增加了紧急寄托是有酬的规定,认为保管费包含在住宿费中(《巴西新民法典》第651条)。^[76](7)增加旅客的伴侣、来宾故意或过失造成的损害为旅店主的免责事由(《台湾民法典》第606条)。^[77]

在继受者之间也有分歧,例如,《法国民法典》把旅客停在店家控制地面的汽车作为店家责任的对象,《德国民法典》就持相反的立场,规定车辆、留在车内的物不在承保的范围内(第701条第4款)。^[78]又如,

[69] See Commercial Code of the Empire of Ethiopia, p. 127.

[70] 参见《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,厦门大学出版社2013年版,第380页。

[71] 参见《德国民法典》(第四版),陈卫佐译,法律出版社2015年版,第292页。

[72] 参见《智利共和国民法典》,徐涤宇译,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第422页。

[73] 参见《智利共和国民法典》,徐涤宇译,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第422页。

[74] 参见《阿尔及利亚民法典》,尹田译,厦门大学出版社2013年版,第82页。

[75] 参见《最新阿根廷共和国民法典》,徐涤宇译,法律出版社2007年版,第276页。

[76] 参见《巴西新民法典》,齐云译,中国法制出版社2009年版,第93页。

[77] 参见吴庚等编:《月旦六法全书》,元照出版公司2000年版,第2-143页。

[78] 参见《德国民法典》(第四版),陈卫佐译,法律出版社2015年版,第291页。

《巴西新民法典》第 649 条规定抢劫(这当然包括持枪抢劫)不是旅店主的免责理由^[79],但《法国民法典》把持枪抢劫作为此等事由。

由此看来,现代诸民法典或商法典并非机械地继受罗马法蓝本,而是颇有创新和发展。

五、中国法中的客服设施经营人的承保责任

(一) 实在法的规定

令人诧异的是,我国实在法关于客服设施经营人承保责任的规定极不均衡,关于承运人承保责任的规定较为完备,但关于旅店主承保责任的规定很不完备。

先看承运人责任方面的规定。《海商法》第 114 条第 1 款规定:“……因承运人或者承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的过失引起事故,造成旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏的,承运人应当负赔偿责任。该条比罗马法的相应规定进步,因为增加了船舶经营人对旅客人身的承保责任。另外,《合同法》第 303 条规定:“在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失,承运人有过错的,应当承担损害赔偿责任;旅客托运的行李毁损、灭失的,适用货物运输的有关规定。《海商法》和《合同法》的上述规定涵盖了水陆承运人旅客自带行李的灭失、毁损承担的责任,但采取过错归责标准,比罗马法的严格责任落后。

再看旅店主的承保责任。在这方面,只有一些接近的规定散布于众多的立法中。它们有:(1)1987年公安部颁布的《旅馆业治安管理办法》,其第 7 条规定:“旅馆应当设置旅客财物保管箱、柜或者保管室、保险柜,指定专人负责保管工作。对旅客寄存的财物,要建立登记、领取和交接制度。该条只涉及旅客交旅馆保管的行李问题,不涉及未交保管的行李问题,很不完善。它与我国旅馆的这样的告示形成呼应:“贵重物品请交前台保管,否则丢失概不负责。”(2)《消费者权益保护法》,其第 7 条规定:“消费者在……接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求……提供的服务,符合保障人身、财产安全的要求。”该条非常空泛,好歹可以与旅店主的承保责任扯得上。(3)《侵权责任法》,其第 37 条规定:“①宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。②因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;管理人或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。该条甚至不要求宾馆管理人对第三人的行为造成的损害代负责任,非常落后,但把承保责任定位为侵权责任的做法符合罗马法蓝本。(4)《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003 年),其第 6 条规定:“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。”该条只涉及旅店主对旅客人身的承保义务,不涉及对其财产的承保义务,但暗示公共接待业的经营人可就第三人造成的损害代负责任。

(二) 学者民法典草案建议稿的有关规定

与实在法中关于客服设施经营人承保责任的零碎性规定形成对比的是三大民法典草案关于这个问题的系统规定。

梁慧星教授主持的民法典草案首先在客运合同的框架下规定了承运人的承保责任。第 1202 条规定对旅客人身的承保责任,要求承运人对他们的伤亡担责,除非此等伤亡是旅客自身的健康原因或故意、重过

[79] 参见《巴西新民法典》,齐云译,中国法制出版社 2009 年版,第 92 页。

失造成的。这明显是严格责任。第1203条规定对旅客行李的承保责任,只要求承运人有过错的才担责,^[80]这明显与《合同法》第303条的规定一致,而与罗马法的规定不一致。然后在住宿合同的框架内规定了旅店主的承保责任。其辞曰:(1)旅店业经营人应当提供物品寄存服务。(2)住宿人存放在住宿房间的物品丢失、被盗窃的,由旅店业经营人承担赔偿责任,但旅店业经营人证明该损失是住宿人故意或者重大过失造成的除外(第1390条)。^[81]显然,第1款规定的是旅客交店家保管的物品,但未规定此等物品灭失或损害的责任。第2款规定的是未交店家保管的物品,规定了店家的严格责任。

王利明教授主持的民法典草案也首先在客运合同的框架下规定了承运人的承保责任,用了第1563条和第1564条两个条文,前者规定人身承保,采严格责任;后者规定财产承保,采过错责任。^[82]然后在住宿合同的框架内规定了旅店主的承保责任。其辞曰:(1)顾客在住宿期间遭受人身损害的,旅店业者应承担赔偿责任,但旅店业者证明自己没有过错的除外;(2)顾客随身携带的物品丢失、被盗的、旅店业者应承担赔偿责任,但旅店业者证明自己没有过错的除外。^[83]该条不仅规定了店家的财产承保责任,而且规定了其人身承保责任,对罗马法的规定是个发展。两种情形的店家责任都是过错推定责任。

我主持的《绿色民法典草案》首先在运输合同的框架内规定了承运人的安全保障义务。其辞曰:承运人应保障旅客的人身和财产安全,对其在运送过程中自带行李的毁损灭失承担赔偿责任,但旅客自身对此等损害的发生有故意或过失的除外(第八分编第963条)。^[84]该条课加承运人的是严格责任;其次在寄托合同的框架内规定了旅店主的承保责任。第八分编第903条辞曰:(1)商店、旅店、饮食店、浴室等营业场所的经营者对消费者带进的物品负有法定保管义务。(2)带进营业场所的物品包括:①消费者携入的置于经营场所内的物品;②消费者携带的置于经营者或其受雇人指定的经营场所外的物品;③消费者交经营者保管的物品。第八分编第904条辞曰:经营者对于消费者带进营业场所的物品的毁损灭失或被盗承担赔偿责任,但如果他们能证明有下列情形之一,不承担责任:(1)损失是由消费者及其同伴或探望者造成的;(2)由不可抗力造成的;(3)由物自身的性质造成的。^[85]显然,该条对旅店主课加的也是严格责任。

由上可见,以上学者民法典草案建议稿只有《绿色民法典草案》遵循了罗马法传统不加区分地对客服设施的经营人课加严格责任,梁慧星主持的草案建议稿只课加承运人针对旅客人身伤亡的严格责任,针对旅客的财产损失,只课加他们过错责任。对旅店主针对旅客的行李课加了严格责任。王利明主持的草案建议稿在承运人责任的课加方式上与梁慧星主持的草案建议稿一致。对于旅店主的承保责任,采用了推定过错的归责方式。这两个草案建议稿的规定都或多或少地背离了罗马法传统,在有的情形对消费者不利。

六、结论

客服设施经营人的承保责任无论在法史学者中还是实在法学者中都有被作为商法问题处理的例子,由此可证罗马商法的存在。

罗马的客服设施的经营人是商人,他们以法人的方式运作。经营人是法人的法定代表人,其手下的奴

[80] 参见中国民法典立法研究课题组:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,第232页。

[81] 参见中国民法典立法研究课题组:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,第270页。

[82] 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第206页。

[83] 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第212页。

[84] 参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社科文献出版社2004年版,第633页。

[85] 参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社科文献出版社2004年版,第626页。

隶或自由人为其役使人。在经营人与役使人之间形成一种内部代理关系,役使人的行为被视为法人的行为,经营人出面承担责任。所以,客服设施经营人承保制度暗示罗马企业法人的存在以及代理制度的存在。

就船舶经营人的承保责任而言,罗马的一条商船上的所有人员构成一个法人,船舶经营人是法定代表人,其他船员是法人的机关,他们的行为被视为法人的行为,由法人承担责任。既然如此,经营人不是对第三人的行为承担责任,而是对自己的成员的行为承担责任,所以,那种把客服设施经营人的承保责任解释为对第三人行为的责任的观点,是可商榷的。

罗马的客服设施经营人只承保旅客的财产的安全,不承保其人身的安全。这里的人,是自由人,因为奴隶被作为物看待,他们如果随主人被客运,遭遇死亡、损害时,主人可以得到赔偿,但主人遭遇死亡时却不可赔偿,因为罗马人有自由人是无价的理念。^[86]《日本商法典》克服了这一理念,于是承保责任的范围扩张到了旅客的人身。

罗马的客服设施经营人的承保责任是客观责任而非过错责任,简言之,只要有损害就有责任,除非有不可抗力和受害人自身的原因作为抗辩。这种严格责任与工业化无关,它的存在对客观责任起源于工业革命的传统说法^[87]提出了挑战。实际上,客观责任不过是抑强扶弱的一种手段,它让强者对弱者承担更多的责任。

非独此也,在罗马法中,客服设施经营人承担的是准私犯责任,现代立法者大多只课加此等经营人合同责任,但有例外,《马耳他民法典》仍维持承保责任的准侵权责任地位。孰优孰劣?请看现代学者的评论:合同责任的保障力度有限,侵权责任具有更强大的保障功能,保护范围也更广泛。^[88]此乃因为侵权责任突破了合同相对性原则的限制。

客服设施的经营人的承保责任在罗马时代是一个统一的制度,到了近现代被打散为两支:承运人的承保责任和旅店主的承保责任。罗马人的承运人承保责任制度是以海运为中心的,这是一种缓慢、不安全的旅行方式,随着火车、汽车的发明与普遍使用,陆运逐步取得了重要的地位,所以,船舶经营人的承保责任演变为水陆承运人的相应责任。旅店主的承保责任也得到了扩张,发展为公共接待业者的承保责任。

在现代社会,乘飞机旅行变得日益普遍,不时有旅客的行李在客舱中被盗的报道,^[89]但似乎尚未见到研究飞机经营人对旅客行李的承保责任的研究成果,这需要加强。进而言之,人类未来要乘宇航器进行星际旅行,在这样的旅行空间里由宇航器的经营人承担旅客行李的安保责任,是一个可以未雨绸缪的问题。

客服设施的经营人的承保责任在当代被扩张为经营场所的安保责任,担责的地点也从船舶、旅舍扩展到剧场、银行、餐馆等经营场所。这也是发展。

或问,承保责任与旅游辅助人制度有何关联?答曰有关联。现代学者已证明古罗马有旅游业。^[90]假设那时候的旅行社与船舶经营人、住宿设施的经营人签订了协作合同保证旅游活动的顺利实施,它们构成旅游辅助人,一旦在这些辅助人的经营场所发生了旅客财产的被盗、毁损,预计的旅游岂不泡汤?如果旅客要求旅行社赔偿,旅行社在担责以后,岂不追究这些辅助人的责任?当然,这些只是推测,罗马的旅行社

[86] 《阿奎流斯法》只规定杀害他人奴隶和牲畜的赔偿,不规定杀害自由人的赔偿。只有裁判官在这方面有所突破,在抛掷物和倒泼物杀害自由人的情形,课加50个金币的赔偿(I.4,5,1)。

[87] 参见李仁玉:《西方侵权法中严格责任的产生》,载《法学研究》1987年第3期,第84页。

[88] 参见李静:《从合同责任到侵权责任:论违反安全保障义务的责任》,载《湖南医科大学学报》(社会科学版)2009年第2期,第87页。

[89] 例见余建文:《飞机上也出现窃贼》,载 <http://news.cnnb.com.cn/system/2006/06/15/005127145.shtml>,2016年4月4日访问。

[90] Vgl. Michael Has, Klemens Ludwig, Martin Neuer, Der neue Tourismus, Beck Verlag, 1998, S. 30.

与客服设施的经营人法律关系的真相还需要进一步的实证研究来求得。

最后自问制定民法典时怎么处理客服设施经营人的承保责任问题？首先要解决基本思路问题。上述已证明，我国在这方面的经验型立法挂一漏万，采用继受的路子可省思维、省麻烦，把前人的经验教训尽为我用。其次要解决细节问题。基于多国的实践以及我国长期的传统，在我国未来民法典中，客服设施经营人的承保责任可以规定在其合同法部分，分别处于运送合同和住宿合同中，不宜再把旅店主的承保责任规定在寄托合同中，另外要课加经营人严格责任，改变现有法律对承运人针对旅客的财产只课加过错责任的做法，同时建立经营人对于未交保管的旅客行李只承担有限责任制度，以消解严格责任对于经营人的严苛性。

The Security Guaranty Liability of Customer Service Facility Operators in Roman Law and Its Reception and Development in Modern Law

Xu Guodong

Abstract: In ancient Rome, the customer service facilities include ship, hotel, stable. In the 2nd century BC, one praetor issued an edictum, and awarded passenger action against operator of the facilities when the property that they hand over to above – said operator for custody was stolen, making them to assume a strict liability, qualifying their actions as quasi delictum. Then, the jurists expanded constantly the scope of application so as to reach a more perfect protection to the property of passengers. Modern countries received this system or in the civil code or in the commercial code, and further expanded its scope of application so that it covers the personal safety of the passengers. But in most countries, the customer service facility operator's responsibility is viewed as a contract liability, dealing with it in the frame of emergency deposit, and setting the upper limit of liability of operators. China made legislation about the liability of safety of personal and property of customer service facility operator in experience way, and in fragmental way, so they have many loopholes, furthermore they only made the above – said operator assume a fault liability, resulting in an insufficient strength for protection of passengers. Meanwhile a legislation in way of reception may inherit the experience of pioneers and go less detours. Therefore, the future civil code of China should use the reception legislation pattern, making the operator assume a strict liability.

Keywords: liability of receptum; customer service facility operator; strict liability; contract liability; quasi delictum liability

(责任编辑: 丁洁琳)

贪污受贿犯罪之量刑标准的再界定

姜涛*

摘要:“数额+情节”量刑标准虽相比于传统的“计赃量刑”模式有一定的进步,但无法完全解决贪污受贿犯罪之量刑标准的体系性困境。突破这一困境的教义学路径在于:立足于报应和预防的二元刑罚目的观,认真对待“原点报应+罪刑阶梯”的量刑标准,其中,原点报应是实现预防犯罪之目标所需的刑罚量,其不在于架设罪、责、刑之间的阶梯,而是根据数额或情节对预防刑进行适度考虑,以免出现惩罚报应带来的刑罚过剩现象。而罪刑阶梯的架设,需要重视罚金等财产刑对实现量刑公正的意义。以原点报应实现犯罪预防和以财产刑架设罪刑阶梯,应成为贪污贿赂犯罪之法定刑的内在标准。

关键词:贪污受贿犯罪 量刑标准 原点报应 罪刑阶梯 计赃量刑 刑罚过剩

一直以来,贪污受贿犯罪的量刑标准问题备受争议。为了矫正贪污受贿犯罪“计赃论罪”之量刑标准过于机械化的缺陷,^[1]《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称“《刑法修正案(九)》”)对贪污受贿犯罪采取“数额+情节”的定罪量刑模式,并提高了贪污受贿犯罪入罪与量刑的标准。与此同时,最高人民法院、最高人民检察院2016年4月18日颁布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)对“数额+情节”量刑标准等予以明确,将3万、20万和300万分别规定为数额较大、数额巨大和数额特别巨大的起点,加大了罚金刑的适用力度。同时,明确了情节在定罪与量刑中的规范意义。面对这种改变,理论界面临的问题是:《刑法修正案(九)》新规定的“数额+情节”量刑标准是否是克服困境的一剂良方?这一全新的量刑标准是否也存在现实困境?如果有的话,我们应该以何种理论建构为司法解释克服这一困境提供理论解释?本文并不是批判立法、司法解释有关贪污受贿量刑标准的修正,而是针对立法、司法解释上的最新变化,从刑法教义学上给出不同于以往理论的解答方案:重新思考“报应+预防”二元化刑罚目的论在贪污受贿犯罪量刑标准建构中的基底意义,进而主张一种“以原点报应实现犯罪预防,以财产刑架设罪刑阶梯”的全新量刑标准,以弥补“数额+情节”量刑标准的不足。

* 南京师范大学法学院教授,法学博士。本文系“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)和江苏高校区域法治发展协同创新中心项目“法治中国建设与区域法治发展研究”(项目编号:JCLL14002)的阶段性成果,并受国家社科基金重点项目“建设社会主义法治文化研究”(14AZD144)、司法部委托项目“刑法解释的基本原理研究”(14SFB4005)和中国法学会项目“刑法修正的理论模型与实践研判研究”[CLS(2015)C79]的资助。

[1] 全国人大常委会2014年11月3日对外公布的《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》指出:“现行刑法对贪污受贿犯罪的定罪量刑标准规定了具体数额。这样规定是1988年全国人大常委会根据当时惩治贪污贿赂犯罪的实际需要和司法机关的要求作出的。从实践的情况看,规定数额虽然明确具体,但此类犯罪情节差别很大,情况复杂,单纯考虑数额,难以全面反映具体个罪的社会危害性。同时,数额规定过死,有时难以根据案件的不同情况做到罪刑相适应,量刑不统一……”

一、“数额 + 情节”复合型量刑标准的体系性困境

“数额 + 情节”量刑标准虽然相对于传统的“计赃定刑”模式有一定的进步,但并没有完全解决贪污受贿罪量刑标准的体系性困境,存在着解释力不足等问题。

贪污贿赂罪与财产犯罪不同,尽管会以犯罪数额体现出来,但主要侵犯的是国家公职人员的廉洁性。随着近年来贪污受贿大案、要案的逐步增加,刑罚阶梯假设存在难题:1997年《刑法》规定的法定刑,5万元以上10万元以下,需要在5-10年幅度内判刑,基本上1万元1年有期徒刑;10万元以上需要在10年以上幅度内判刑,刑法递增的标准可能是几十万、上百万或上千万,贪污、受贿十万元和数十万元、数百万或数千万在量刑上并无实质性不同,轻罪重判、重罪轻判现象迭出,以至于出现了“宽严皆失”的格局,有失量刑公正。这是唯“数额中心论”无法解决的。

为改变传统“计赃论刑”模式的弊端,《刑法修正案(九)》在贪污受贿犯罪量刑中注入“情节”的因素,即把数额与情节并列,在具有“贪污数额较大或者有其他较重情节的”、“贪污数额巨大或者有其他严重情节的”、“贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的”、“数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的”等情形下,逐步增加刑罚量,从而改变了单纯“计赃论罚”的做法,突出了数额之外其他情节在定罪量刑中的作用,这就以立法方式建构了一种全新的“数额 + 情节”的定罪量刑模式。对此,赵秉志教授指出,《刑法修正案(九)》完善了贪污受贿犯罪的定罪量刑标准,原则规定了数额较大或者情节较重、数额巨大或者情节严重、数额特别巨大或者情节特别严重三种情况,并设置相应的刑罚幅度,可以说是确立了真正意义上的“数额 + 情节”的复合定罪量刑标准,更加科学合理,更符合贪污受贿犯罪的实际危害情况及其惩治的需要。^[2]可见,学界部分学者对立法者采取的“数额 + 情节”模式表示认可。

其实,不只是学者的主张,早年的司法实践亦是如此。比如,国家食品药品监督管理局原局长郑筱萸受贿694万余元被判处死刑和周永康受贿1.29亿被判处无期徒刑,充分说明了情节的量刑价值。其中,郑筱萸案件受贿数额694万,被判处死刑的原因在于受贿数额特别巨大、情节特别严重和社会危害性极大。一审法院判决指出:“被告人郑筱萸身为国家药品监管部门的主要负责人,本应认真行使国家和人民赋予的权力,为保障与国计民生有重大关系的药品的使用安全和生产经营秩序,尽职尽责,廉洁从政,但其却置国家和人民的重要利益于不顾,为有关企业在获得相关许可证、药品进口,注册、审批等方面谋取利益,直接或者通过其妻、子多次收受贿赂,严重地侵害了国家工作人员的职务廉洁性,严重地破坏了国家药品监管的正常工作秩序,危害人民群众的生命、健康安全,造成了极其恶劣的社会影响。被告人郑筱萸受贿数额特别巨大,犯罪情节特别严重,社会危害性极大。其虽有坦白部分受贿事实、受贿钱款已退缴情节,但不足以从轻处罚,应依法严惩。”^[3]

应该说,这一量刑标准与1979年《刑法》、1997年《刑法》有关贪污受贿犯罪的量刑标准有很大区别。1979年《刑法》第155条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,贪污公共财物的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大、情节严重的,处五年以上有期徒刑;情节特别严重的,处无期徒刑或者死刑。犯前款罪的,并处没收财产,或者判令退赔。受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员犯第一款罪的,依照前两款的规定处罚。”在这一规定中,刑法没有情节较重的规定,情节

[2] 参见赵秉志:《贪污受贿犯罪定罪量刑标准问题研究》,载《中国法学》2015年第1期,第30页。

[3] 北京市第一中级人民法院(2007)一中刑初字第1599号刑事判决书。

严重与数额巨大并列,是5年以上15年以下有期徒刑适用的条件;而且“情节特别严重”是法定刑升格为无期徒刑或者死刑的必要条件。1979年《刑法》第185条有关受贿罪的规定也并不涉及情节严重、情节特别严重,^[4]只是把“致使国家或者公民利益遭受严重损失的”作为法定刑升格为处5年以上有期徒刑的条件。可见,在1979年《刑法》的规定之中,情节严重、情节特别严重是法定刑升格的必要条件。在1997年《刑法》第383条的规定中,^[5]“情节较重”具有入罪的意义,当数额没有达到5000元标准,但情节较重的,仍然可以定贪污贿赂罪,尽管在司法实践中这类情况至为罕见。而“情节严重”、“情节特别严重”则是加重处罚情况:一是个人贪污数额在5000元以上不满5万元的,具有情节严重的情形,处七年以上十年以下有期徒刑;二是个人贪污数额在5万元以上不满10万元的,具有情节特别严重的情形,处无期徒刑,并处没收财产;三是个人贪污数额在10万元以上的,具有情节特别严重情形,处死刑,并处没收财产。1997年《刑法》存在的问题是:5000元、5万元、10万元存在机械化问题,且这里的数额规定,与社会经济发展的状况脱钩,属于刑法不正义,因此带来了《刑法修正案(九)》的改变。但是,在《刑法修正案(九)》犯罪数额与犯罪情节并存或二择一的量刑标准体系中,也存在如下问题:

其一,这种情节如何确定,是一个司法不能承受之重。立法中作为量刑情节的“情节严重”、“情节特别严重”,如果没有相应司法解释或司法判例予以明确,则是一种欠缺范畴型的不明确规定,立法的这种“简单粗暴”,会使量刑情节成为一个量刑口袋,无所不包,从而带来司法恣意。即使司法解释对此作出规定,也有以司法权僭越立法权之嫌,司法机关会以自身便利性的考虑而作出有利于司法操作的解释结论。不难看出,《刑法修正案(九)》有关“情节”的规定具有三重意义:一是情节较重的,在数额没有达到较大标准的,亦可以按照贪污受贿罪定罪,即以情节较重的存在折抵数额要求,数额较大与情节较重两者在入罪问题上属于二选一的选项;二是把情节严重、情节特别严重作为法定刑升格的原因,即在数额较大情况下情节严重的、在数额巨大的情况下情节特别严重的,上升一格法定刑判刑,这里的“情节严重”、“情节特别严重”,都是导致重判的因素;三是情节较重、情节严重、情节特别严重的,在某一格次的法定刑内部,也会导致重判,比如,具有多个情节严重情形的,本应该判处3年有期徒刑,但可能会判处5年有期徒刑。可见,如何评判情节对量刑的影响,会导致司法操作的五花八门,甚至是司法恣意。

其二,“数额+情节”量刑模式也不具有周延性。尽管量刑情节的增加对改变单一“计赃论刑”具有突破意义,但在没有量刑情节的情况下,如何架设罪刑阶梯仍然是一个问题,这并不是“数额+情节”量刑模式所能包含的。就此而言,在贪污受贿犯罪的量刑中纳入“情节较重”、“情节严重”、“情节特别严重”的考量,只是从某种意义上解决了部分犯罪的量刑失衡问题,并不能对所有的贪污受贿犯罪的量刑具有适用效力,因此,在方法论上存在疑问。比如,在数额较大,但犯罪情节特别严重的情况,必须要被判处十年以上有期徒刑或无期徒刑,这就无法与渎职罪法定最高刑为七年有期徒刑之间

[4] 1979年《刑法》第185条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,收受贿赂的,处五年以下有期徒刑或者拘役。赃款、赃物没收,公款、公物追还。犯前款罪,致使国家或者公民利益遭受严重损失的,处五年以上有期徒刑。”

[5] 1997年《刑法》第383条规定:“对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:(一)个人贪污数额在十万元以上的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。(二)个人贪污数额在五万元以上不满十万元的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处无期徒刑,并处没收财产。(三)个人贪污数额在五千元以上不满五万元的,处一年以上七年以下有期徒刑;情节严重的,处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在五千元以上不满一万元,犯罪后有悔改表现、积极退赃的,可以减轻处罚或者免于刑事处罚,由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。(四)个人贪污数额不满五千元,情节较重的,处二年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚。”

保持协调性。再比如,如果大幅度提高贪污受贿罪数额巨大的数字标准,比如,把这一数字标准提高到100万至300万之间,则会使本来比盗窃、诈骗、侵占等侵犯财产罪法益侵害性更大的贪污受贿罪,在法定刑设置上反而比盗窃、诈骗、侵占等侵犯财产罪更轻,因为盗窃数额特别巨大的标准是30-50万,也就是说数额超过上述标准,就要被判处10年有期徒刑或无期徒刑,这违背了刑法平等原则。毕竟,我们在观念上认为,贪污受贿犯罪既侵犯财产法益,又损害国家公职人员的职务廉洁性、公正性或不可收买性,行为的危害要大于常规意义(暴力型取财除外)上的盗窃、诈骗等财产犯罪。

其三,数额与情节属于两个不同的量刑范畴,具有不同的量刑意义。数额与情节均与行为的法益侵害程度有关,但两者具有不同的量刑意义,前者对架设刑罚阶梯具有意义,后者主要是作为基准刑确定后的一个调节因素,具有量刑情节的,会给行为人带来一个从宽、从严或加重处罚的效果。在我国现行刑法的规定中,数额仍是决定犯罪的重要因素,情节主要具有量刑意义,例外情况下对定罪会有影响。^[6]尤其是在后两格量刑幅度内,情节严重、情节特别严重仅具有量刑意义,并不涉及定罪问题。在数额与情节对量刑结果的选择问题上,我们不能扩大情节的影响。贪污受贿犯罪属于渎职和非法占有财产的复合模式,犯罪嫌疑人往往不仅会实施渎职的行为,而且会利用职权非法占有公共财产或他人财产。贪污贿赂罪在客观上与滥用职权、徇私枉法等渎职行为并无区别,但在主观上行为人是出于非法占有目的。以渎职罪中滥用职权罪为例,其最高刑为7年有期徒刑,同时在结果上要求“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”。贪污受贿罪的法定最高刑为死刑,这显然是基于犯罪数额而增加的刑罚量。举例来说,对郑筱萸受贿案来说,它包括两个行为:一是滥用职权行为;二是非法占有他人财产行为,如果两者单独评价的话,则滥用职权行为最多被判处7年有期徒刑,占有他人财产的行为即使按照盗窃、诈骗判刑,最多也不会超过无期徒刑。但是,如果把两者合并成一个独立的受贿罪,则法院可以情节特别严重为由对其以受贿罪判处死刑。

其四,即使立法不规定情节,情节也自然发挥制约与影响量刑的规范意义。从全球范围来看,无论是大陆法系的德国、法国,抑或英美法系的美国、英国,或介于两大法系之间的日本、意大利,立法有关贪污受贿的规定都是对行为的类型化规定,而没有量刑情节的直接规定。对量刑情节规定比较详尽的是俄罗斯,2008年修订的《俄罗斯联邦刑法典》第290条规定了受贿罪,对受贿罪采取定性模式,但在量刑问题上,不仅包括了主体和主观要素(是否是事前通谋的犯罪团伙或有组织犯罪团伙实施)、行为方式(是否索要贿赂)、犯罪数额(是否数额巨大)、是否违反职责义务(是否实施非法行为)等复合化的因素,而且区别对待,对公职人员因实施非法行为(或不作为)而收受贿赂的处罚,要重于因实施合法行为(或不作为)而收受贿赂的处罚;公职人员收受贿赂,但同时具有事前通谋的犯罪团伙或有组织犯罪团伙实施,或者索要贿赂,或者具有数额巨大情形的,则要加重处罚。^[7]刑法中贪污受贿犯罪量刑标准中量刑情节有法定量刑情节与酌定量刑情节之分,酌定量刑情节包含可以影响量刑的各种要素,比如退赃、认罪态度、被害人过错等。我国《刑法》第61条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时

[6] 情节影响定罪,最典型的是2000年最高人民法院颁布的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,该解释第2条规定:“交通肇事具有下列情形之一的,处三年以下有期徒刑或者拘役:(一)死亡一人或者重伤三人以上,负事故全部或者主要责任的;(二)死亡三人以上,负事故同等责任的;(三)造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在三十万元以上的。交通肇事致一人以上重伤,负事故全部或者主要责任,并具有下列情形之一的,以交通肇事罪定罪处罚:(一)酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的;(二)无驾驶资格驾驶机动车辆的;(三)明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的;(四)明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的;(五)严重超载驾驶的;(六)为逃避法律追究逃离事故现场的。”这就把本不属于交通肇事的行为,但情节严重的六种特殊情形纳入到犯罪圈,这一司法解释的模式对正确对待贪污受贿犯罪的入罪门槛具有借鉴意义。

[7] 同注2引文,第32页。

候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”就此而言,《刑法修正案(九)》有关情节较重、情节严重和情节特别严重的规定只能属于注意规定,并不是法律拟制。问题是:对于犯罪次数这些最能体现行为主观恶性的量刑情节,目前采取“数额累计”的方式进行评价,这种处理方法对达到入罪边界的情况具有意义,可以避免数罪并罚带来的不断重复等问题,但也把数额累计之后没有达到入罪边界的行为一并排除在犯罪之外,这就不符合从严治吏腐败的刑事政策的要求。

其五,带来新的不可化解的矛盾。将犯罪的情节和数额综合,以二选一的模式作为定罪量刑标准,可能带来如下矛盾:(1)如果受贿数额较大与受贿情节较重并存、受贿数额巨大与受贿情节严重并存、受贿数额特别巨大与受贿情节特别严重并存,这就出现数额与情节之间的竞合,法官如何量刑,这是一个难以调和的矛盾。也因此,有学者以受贿罪为例建议:“受贿数额较大与受贿情节较重竞合、受贿数额巨大与受贿情节严重竞合、受贿数额特别巨大与受贿情节特别严重竞合的,在本刑以上加重二分之一刑罚,但不得超过拘役或者有期徒刑最高刑期的限制,法定刑为无期徒刑的,处无期徒刑,并处没收财产。受贿数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。”〔8〕(2)将犯罪的情节和数额综合、并列作为定罪量刑的标准,在特定情况下可能导致“情节较重”的一身二用,即情节较重既是入罪的依据,又是量刑的依据,这就存在重复评价的问题。比如,在数额没有达到较大标准,但情节特别严重的,需要在10年以上量刑,因为情节特别严重包含情节较重的情况,则这种情节的存在就不仅是入罪的情节,又是法定刑升高的情节,等于一只羊被剥了两次皮,存在着明显的重复评价问题。(3)数额没有达到较大标准,但情节特别严重的,需要在10年以上量刑,也可能出现与滥用职权等渎职犯罪之法定刑的不协调问题,鉴于前文已经论述,在此不赘。

域外国家对贪污受贿犯罪采取“立法定性+司法定量”模式,即立法上以行为为标准界定犯罪,司法上以可罚的违法性限定犯罪。这和我国刑法“立法概括定量,司法具体定量”模式是殊途同归的。司法如何定量,以犯罪数额架设罪刑阶梯,以量刑情节调节法定刑,这是一种常见的做法。〔9〕只是贪污受贿犯罪涉及犯罪数额、犯罪情节、量刑情节,其量刑标准的设置比一般犯罪难度更大。如何突破这一难关,则需要我们回到量刑标准设置的内在根据上,认真对待贪污受贿犯罪之量刑标准的目的选择。

二、报应与预防并重:贪污受贿犯罪之量刑标准的目的选择

贪污受贿罪的法定刑设置是一个与刑罚目的相关的范畴,刑罚目的是法定刑设定的内在根据,法定刑是刑罚目的作用于立法的具体表现。尽管当代各国刑法基本上在总则中确认量刑中的责任主义原则,但这种责任主义原则最终还是受制于立法者对刑罚目的的取舍,因此我们尚需首先回到刑罚目的问题的讨论,并对贪污受贿这一特殊犯罪的刑罚目的作出取舍。

刑罚本身并无存在的理由,它之所以成为国家制度,乃是能够实现一定的目的。反过来,这种目的是什么,则决定着刑罚以什么面目而存在。报应主义和预防主义是刑罚目的论中早期的解释框架,前者属于刑事古典学派的主张,这一学派立足于道义责任论,把犯罪与刑罚都视为一种恶,认为刑罚

〔8〕 梁根林:《贪污受贿定罪量刑标准的立法完善》,载《中国法律评论》2015年第2期,第165页。

〔9〕 事实上,被视为韩国历史上最严的反腐法案——金英兰反腐法,也把行贿受贿的定罪标准界定为100万韩元(折合人民币约5700元)。

属于以恶报恶,需要一定强度的刑罚才能实现这一目的,报应代表对犯罪人的谴责;后者则属于刑事社会学派的观点,这一学派立足于社会责任论,把刑罚视为预防犯罪的砝码,为预防犯罪,则需要采取包括保安处分和刑罚在内的各种手段,预防代表着决策者的功利考虑。后因为刑事古典学派与刑事社会学派握手言和,综合主义成为大体上各方接受的理论,即刑罚以报应为基础,兼顾预防的需要。

其实,刑罚目的是一个与刑罚功能相关但又必须符合现代责任主义原则要求的范畴。就刑罚功能来看,大体有三:一是具有满足社会报应情感的功能,即具有镇定社会一般人所持的公愤和满足被害人报复情绪的功能;二是具有依据其恐吓作用而产生的一般预防功能;三是具有矫正犯罪人并防止其再犯罪的功能。第一种功能乃是报应的体现,第二、三种功能则可归纳到预防的范畴,其中,一般预防乃是报应的附属成果,并无特别单独强调的必要。长期以来,我们把刑罚的报应功能贴上意识形态或重刑主义的标签,因此,通说只谈预防,而回避报应。长期以来,我国刑法学主流观点把刑罚目的界定为预防说,主张刑罚目的在于犯罪预防,并区分出一般预防与特殊预防。^[10] 在这种预防说之下,报应主义的痕迹被一般预防取代了,把一般预防置于和特殊预防并列重要的位置。笔者认为,这种取代存在着正当性疑问,即不仅把犯罪人当作预防犯罪的工具,而且可能将所谓的一般预防目的置换为社会治安形势、维护社会稳定的需要而采取重刑主义,导致的罪刑结构比例失衡现象。

积极的一般预防说与分阶段预防说,都与我国传统的刑罚目的理论具有关联,它们都是为了避免一般预防带来的弊病,并逐步发展成为一种有力的学说。其中,分阶段预防论主张立法阶段以一般预防为主,司法阶段需要一般预防和特殊预防并重,执行阶段以特殊预防为主。^[11] 积极的一般预防不是用高举的棍棒相威胁,而是针对能够作出清醒的决定且有能力在服从还是违反规范之间作出选择的人,主张通过在总体上强化民众的法律信仰来实现刑罚目的:一方面,它不考虑通过针对特定犯罪规定刑罚来威慑具体的犯罪行为人,所以是一般预防;另一方面,它并不想通过威慑潜在的犯罪行为人,而通过增强其他民众对法律的忠诚来预防犯罪,所以它又是积极的。同时,它与威慑(deeternee)不同,目的是预防。这一理论建立在对威慑论的反思的基础上:通过威慑进行预防是不正当的,它损害了应受威慑的人的尊严,把人当作实现某种目的的手段。^[12]

我们今天所处的时代自然不同于古典学派或社会学派所处的时期,刑法理论中的责任概念,也已经由原来的道德责任论、社会责任论,转向规范责任论和功能责任论。报应主义、预防主义、社会防卫论、新社会防卫论、积极的一般预防论等在我们的论著中形成一种竞争进化的格局。在多种刑法知识并存、竞争的背景下,立法者应作出何种取舍,就有“乱花渐欲迷人眼”的困惑。学界基本上没有争议的是,单一的报应主义或预防主义自然是片面的,这就是综合主义理论得以形成的原因。关于这一过程及详尽原因属于学界共识,无须赘述。分阶段的预防论坚持刑罚目的综合主义,只是对立法、司法和执行阶段目的取舍的重心有所区别。积极的一般预防理论把刑罚目的界定为强化民众对法律的忠诚度,其实是把刑事司法目的移植到刑罚目的中来,两者虽然具有关联,但多少有些“射偏靶子”的嫌疑,模糊了“刑罚目的是什么”的理论视野。同时,德国学界主张的积极的一般预防,也具有不同的刑罚文化背景。我们知道,德国属于法治发达国家,具有较好的法治氛围,法治思维与方式早已深入人心,民众的规范意识、法治习惯已经成为一种生活方式,同时,在德国刑事司法中量刑宽缓化实践较为普遍,最好的社会政策就是最好的刑事政策的理念也已深入人心,刑罚福利主义也已经植入民众的法

[10] 参见高铭喧、马克昌:《刑法学》,高等教育出版社、北京大学出版社2005年版,第241页。

[11] 参见王世洲:《现代刑罚目的理论与中国的选择》,载《法学研究》2003年第3期,第127页。

[12] 参见[美]马库斯·德克·达博:《积极的一般预防与法益理论——一个美国人眼里的德国刑法学的两个重要成就》,杨荫译,徐久生校,载《刑事法评论》2007年第21卷第4期,第445-447页。

律意识,一般民众报应情感相对弱化和理性。这都是当前中国所不具有的法律文化基础,如果采取积极的一般预防理论,必然带来水土不服问题。

笔者认为,刑罚目的理论不是追求真理,而是需要达成共识,这种共识并不是法学家的观点的汇聚,也不是外国理论的“中国复制”,而是一个政治抉择与民众认同问题,报应代表着民众朴素的刑罚观,对报应的正名有利于增加民众对法律的信仰,而预防代表着国家惩治犯罪的功利考量,是国家政治抉择的范畴。由此决定,报应和预防并重的二元化刑罚目的观应该成为我们的选择。报应代表着量刑公正,主要是通过罪刑阶梯体现的,而预防包含一般预防需要的原点报应和特殊预防所需要的特殊措施(比如剥夺政治权利),主要是国家基于效能的考虑而实施的特殊处遇措施。关于这一主张的进一步理由是:

其一,符合中国法治发展现状。当代刑罚目的理论不应该在报应与预防两个极端之间徘徊,而是需要在宽大与严厉、公正与效用之间寻找平衡。二元化目的观不是对相互独立的刑罚目的理论进行简单堆砌,预防反映决策者的政治抉择,报应体现民众的公正理念,因而这种刑罚目的观更加符合中国现实。政治抉择意味着执政党、立法者与司法者对刑罚目的的取舍,我国建设的法治是一种权力主导型法治(具体体现为党的领导与群众路线),立法与司法同样是一种权力主导型的,而不是一种民主协商型的。国家承担着维护公共安全、社会安全的重任,维稳的政治需要决定了决策者必须把打击和预防犯罪作为重要任务来抓,国家在这里是一个主动作为的角色。而民众认同主要是一个法律文化问题,它深深扎根于中国社会的土壤之中,是中国“历史传承、文化传统、经济社会发展基础上长期发展、渐进改进、内在性演化的结果”。^[13]不难看出,在目前民众的刑法观中,“杀人偿命”、“惩恶扬善”等报应情感还比较普遍,而“信访不信法”、“大闹法庭”、“诉诸媒体”等非常规处理方式的普遍存在,也意味着达到“民众信仰刑法”的目标,还有很长的一段路要走。这就是我国立法与司法在定位刑罚目的时绕不过去的文化背景。

其二,具有初步的学术共识。一般预防与报应主义并非等同概念,一般预防把被告人作为工具看待,有侵犯人权之嫌,并不可取,而报应意味着以刑罚满足社会的报应情感,这是刑罚最原始的目的,应该得到肯定。在后续刑法理论发展中,由于刑事实证学派的兴起,犯罪发生的社会原因、国家原因与个体原因一道,成为法学家们认识犯罪的砝码,因此,预防犯罪理论被提出并受到决策者的关注,这就是综合主义形成的原因。国外学者认为,量定刑罚的基础不是与报应对立的预防(Vorbeugung neben Vergeltung),而是处在报应中的预防(Prävention innerhalb Vergeltung)。^[14]在国内学界,不少学者也坚持报应和预防的二元刑罚目的观,陈兴良教授指出,刑罚在总体上应以报应为主要目的,预防为附属目的,报应保持刑罚的公正性,预防确保刑罚的功利性。^[15]这一观点在赵秉志教授的著述中也有体现,他认为,一般预防不是刑罚的目的,刑罚目的应当是特殊预防与报应的统一。^[16]尽管两者都是在十年前所提出,但并没有过时。关于两者之间的关系,正如邱兴隆教授所指出的,“报应与功利的关系是手段正当与目的正当的关系。单纯的报应因为使刑罚具有公正性而是正当的,但又因使刑罚不具有目的性而是不完全正当的,单纯的功利因为使刑罚具有目的性而是正当的,但又因使刑罚不具有公正性而不是完全正当的。只有将报应作为限制功利的手段,才能使刑罚既因为是公正的而具

[13] 参见习近平:《在庆祝全国人民代表大会成立60周年大会上的讲话》,人民出版社2014年版,第16页。

[14] 转引自[日]大冢仁:《刑法概论(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第470页。

[15] 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社2000年版,第436页以下;陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第637页以下。

[16] 参见赵秉志:《刑法基本理论专题研究》,法律出版社2005年版,第589页以下。

有作为预防犯罪的手段正当性,又因为具有正当的目的而是正当的。因此,将报应作为限制功利的手段,正确反映了对正当目的的追求受制于手段正当性的必要性”^[17]。

其三,能满足惩治腐败的需要。作为前提,刑罚目的理论的建构是以普遍命题适用于所有犯罪,还是需要立足于不同犯罪的特殊情况,有不同的建构,这是一个方法论问题。刑法分则涉及的犯罪有十大类型,近500个具体罪名,自然犯与法定犯并存,并无法统一于单一的刑罚目的范畴。比如,对于法定犯中的逃税罪,立法者就采取了“先行政、后刑事”的二元化犯罪模式,这就把预防置于比报应重要的位置。而对于传统的故意杀人、盗窃等自然犯,则把报应置于比预防更重要的位置。对于家庭内部的虐待、为教育子女而伤害、反抗家庭暴力杀人等犯罪,预防也优先报应而成为立法与司法的基本选择。众所周知,腐败犯罪的社会关注度很高,这是其他犯罪所不具有的,从严治理腐败也是当前刑事政策的基本选择。民众关注的是贪污腐败犯罪的惩罚是否高于一般意义的渎职犯罪和财产犯罪,是否能够做到“同类案件、同类处理”的协同性,比如,在掏鸟窝案发生后,民众就会追问,掏几个鸟窝被判刑十年,不少贪污腐败分子贪污受贿上千万,也不过十年有期徒刑,刑法还有公正可言吗?就此而言,主张报应和预防二元化刑罚目的观,报应代表刑罚的谴责性,是由责任所决定的,以报应制约预防,有利于避免司法者打着预防的旗号作出不公正的量刑判决,确保罪责刑相适应原则得以实施。同时,刑罚如果没有预防的价值,则以刑罚谴责行为可能面临正当性疑问。

其四,符合犯罪的发生结构。刑罚目的不仅是面向被告人的,而且需要面向被害人与社会一般民众,对于被告人而言,主要是考虑特殊预防问题,而对于被害人而言,主要是考虑报应问题,对于一般民众来说,这涉及一个公正与否的问题,主要是通过司法的协同性体现出来的。如何在这种观点对立中寻求一个最佳平衡点,实现量刑公正突破口。公正是一个比较的概念,与重刑主义或轻刑主义没有什么关系,量刑固然要考虑道义、预防等需要,但主要是一个公正问题,无论什么刑罚,只要能够做到人人平等,该宽都宽,要严均严,之后再考虑人道与预防,如果做不到公正,则很有可能在选择性情节与选择性对象等所谓的法官自由裁量判断中出现貌似合理、实则被滥用的风险。

总之,贪污受贿犯罪的量刑标准模式需要在报应与预防之间寻求一个平衡点,这种平衡点不是德国超前的一般预防理论,也不是分阶段预防论对立法、司法与执行阶段的不同取舍,更不是预防论那种对一般预防与特殊预防的简单相加,而是报应代表的公正和预防代表的功效之间的相互分工、相互协作,两者共同决定着具体个罪的法定刑存在的合理性。其中,报应涉及的是罪刑阶梯架构决定的量刑公正问题,而预防涉及的是原点报应所决定的刑罚目的实现问题。

三、原点报应 + 罪刑阶梯:贪污受贿犯罪之量刑标准的应有选择

以原点报应实现犯罪预防的刑罚目的,以财产刑架设罪刑阶梯,以满足民众报应的需要,这是本文有关贪污受贿犯罪之量刑标准的未来规划。

(一)以原点报应实现犯罪预防的刑罚目的

量刑是实现刑罚目的的活动,这是一个兼顾报应与预防的司法活动。职务犯罪的主体只能是国家工作人员,而国家工作人员属于真正的身份犯,从犯罪预防的角度,行为人如不具有国家工作人员身份,则无法继续实施贪污受贿犯罪,这是不言而喻的,因此,法官对职务犯罪的量刑主要是一个一般预防问题。问题是,何种程度的刑罚对职务犯罪行为具有威慑力。

[17] 邱兴隆:《穿行于报应与功利之间——刑罚“一体论”的解构》,载《现代法学》2000年第6期,第30页。

不难看出,目前《刑法修正案(九)》虽然调高了贪污贿赂犯罪的量刑起点,但是,仍在追求数额巨大型贪污贿赂犯罪的罪刑阶梯,即意图用10年以上有期徒刑、无期徒刑、死缓、死缓限制减刑、终身监禁和死刑之间的这种阶梯,实现数额巨大型犯罪之间罪、责、刑之间的对应。这还是一种典型的报应刑理念,而不是预防刑理念。当然,能够体现预防刑内容的是从业禁止,即禁止行为人在出狱后从事某种职业,这有利于实现特殊预防。

笔者认为,犯罪预防应该重视原点报应,即何种意义上的刑罚或刑期对被告人具有威慑力,这涉及惩罚强度与惩罚几率之间的辩证关系。惩罚几率意味着刑罚的及时性,行为人犯罪后被发现的几率,惩罚强度意味着行为人犯罪后被判刑的轻重。对于贪污受贿罪这类理性的白领犯罪而言,惩罚几率对行为人的威慑力往往比惩罚强度更为重要。在惩罚几率比较低的情况下,报应意义上的惩罚强度才具有意义。不难看出,就贪污贿赂犯罪的罪刑结构而言,学术界有“又严又厉”与“严而不厉”两种主张,前者主张以严密的法网和严厉的刑罚对待贪污贿赂犯罪,以体现从严治理腐败的刑事政策;后者则认为贪污贿赂犯罪的法网要严密,但惩罚强度需要降低。两者的分歧在于,刑法要不要以严厉的刑罚惩治贪污贿赂犯罪。

毋庸置疑,从一般预防的角度来看,似乎刑罚愈重,则威慑力愈强,因此严厉的刑罚在预防犯罪上效果更好。可问题是:(1)目前中国刑法对贪污贿赂犯罪规定有死刑和重刑,但贪污贿赂犯罪在近十年来呈现出高发态势,是重刑威慑效应抑或重刑防线的失败,这是不言而喻的。同时,刑法规定重刑,但基本上存而不用,比如贪污贿赂罪最高可判处死刑,但近年来判处死刑者寥寥无几,这反而给民众留下刑法不公的印象。(2)过重的刑罚非但不会促进刑罚目的的实现,反而会带来司法资源的浪费,实属得不偿失。毕竟,过于严苛的法网,除了侵害公民的基本权利之外,亦无法赢得一般人民对法律公正的信赖,反倒使人民可能会怜悯那些本应该受到惩罚的罪犯,甚至协助罪犯逃避法律制裁,法官、检察官和警察也可能基于怜悯而曲解法律与事实真相,以避免对民众执行过于严苛的刑罚。^[18](3)从体系解释的角度看,重刑会导致刑法体系失衡。《刑法修正案(八)》新增加的利用影响力受贿罪的法定最高刑为15年有期徒刑。利用影响力受贿罪属于在收受财物中没有和国家工作人员共谋,但其在利用影响力问题上存在共谋,也就是利用国家工作人员给相关人员打招呼等,可以说,受贿罪与利用影响力受贿罪均涉及到滥用职权等渎职行为,唯一的区别是前者自己收受财物,而后者是和国家工作人员关系密切的人收受财物,但国家工作人员对此并不知情。如果对前者施以重刑的话,自然会导致刑法体系失衡、不公。(4)过重的刑罚不具有国际上的一致性。从域外考察的角度分析,大部分国家刑法有关贪污受贿罪的法定刑在6年至15年有期徒刑之间,^[19]比如,德国《刑法》有关受贿

[18] 参见许泽天:《刑法规范的基本审查权》,载黄舒芄主编:《宪法解释之理论与实务》(第七辑),新学林出版股份有限公司2010年版,第315页。

[19] 笔者查阅了比利时、古巴、西班牙、斯洛文尼亚、瑞士、奥地利、日本、德国、澳大利亚、意大利、芬兰、墨西哥、荷兰、捷克、土耳其、黑山、丹麦、阿根廷、新西兰、马其顿、保加利亚、希腊、葡萄牙、加拿大、埃及、克罗地亚、塞尔维亚、罗马尼亚、俄罗斯、新加坡、匈牙利、尼日利亚等32个国家的现行刑法典,这些国家对贪污受贿犯罪处罚最重的是《埃及刑法典》,最高刑可判处终身监禁。较重的有:《马其顿共和国刑法典》,最高可以判处30年监禁;《古巴刑法典》和《西班牙刑法典》,最高可以判处20年监禁。较轻的是《奥地利联邦共和国刑法典》,最高刑为3年监禁。《芬兰刑法典》的法定最高刑不超过4年监禁,《瑞士刑法典》和《日本刑法典》法定最高刑不超过5年监禁。绝大部分国家的法定最高刑在6-15年监禁之间,其中,《丹麦刑法典》的法定最高刑在6年监禁,《尼日利亚刑法典》的法定最高刑在7年监禁,《葡萄牙刑法典》的法定最高刑在8年监禁,《澳大利亚联邦刑法典》、《马其顿共和国刑法典》、《保加利亚刑法典》、《希腊刑法典》、《俄罗斯联邦刑法典》、《比利时刑法典》、《匈牙利刑法典》的法定最高刑在10年监禁,《意大利刑法典》、《捷克刑法典》、《土耳其刑法典》、《阿根廷刑法典》、《荷兰刑法典》的法定最高刑在12年监禁,《墨西哥联邦刑法典》、《加拿大刑法典》和《新西兰刑法典》的法定最高刑在14年监禁,《黑山刑法典》、《克罗地亚共和国刑法典》、《罗马尼亚刑法典》、《塞尔维亚共和国刑法典》的法定最高刑在15年监禁。

罪的最高法定刑为10年有期徒刑,具体体现在第332条第2款的规定,即“法官或仲裁人,就其已经实施或者将要实施的,因而违法或者将要违反其职务义务的法官性质行为,作为回报,为自己或者第三者要求、约定或者收受利益的,处1年以上10年以下自由刑。情节较轻的,处6个月以上5年以下自由刑”。《美国法典》的法定刑也是不超过10年的监禁,或者罚金,或者两者并处。^[20]

原点报应即意味着对某种性质的犯罪判处何种刑罚或多长时间,就可以达到一般预防的效果。同时,原点报应主要是立足于一般预防与特殊预防,强调刑罚目的对量刑的制约意义。以许霆案为例,这是一个千年不遇的案件,同时,如果银行今后加强自我管理的话,则不会出现自动取款机吐钱现象,对其判处刑罚对实现一般预防并无意义。就特殊预防而言,如果司法机关对许霆加强教育,则许霆并不会再以身试法。就此而言,对于许霆“盗窃”自动取款机的行为,并无以刑罚处罚的必要性,其原点报应应为零。^[21]再比如,在我国目前死刑文化中,一般民众“杀人偿命”的观念根深蒂固,且故意杀人罪属于剥夺他人生命的行为,就目前来看,死刑基本上与故意杀人行为的原点报应要求相符合,除非具有从轻或减轻处罚情节,对于故意杀人的被害人来说,判处死刑并不存在合法性危机。

原点报应是借助于主刑并立足于责任主义原则来实现的。根据责任主义原则的要求,刑罚既然是作为有责的违法行为的抵偿,就必须保持责任内容、责任程度与刑种、刑度的适当的比例或者均衡关系。除非基于预防的需要,国家不得基于任何功利主义的考虑,超越责任程度所容许的刑罚上限,适用与罪行及其罪责不成比例的刑罚。^[22]因此,原点报应有利于避免刑罚过剩。刑罚过剩意味着法官对被告人判处的刑罚对实现预防犯罪的目的并无价值,而是单纯把这种过剩的刑罚用来满足报应犯罪的需要。刑罚过剩现象,这是一个报应主义所主张,但为预防主义所抛弃的概念。

事实上,在“严打”时期,我们往往借着维护治安、保护人民的名义,依赖重刑,制造太多刑罚过剩问题。有学者指出,我国目前的刑罚总的来说偏重,而且刑罚机制不顺畅,容易造成“刑罚过剩”现象。对刑罚过剩问题的反思,是刑罚轻缓化与协商主义司法发展的推进器。刑罚轻缓化如德国,现在有超过50%的刑事案件通过非正式的“转处”途径处理,真正以正式刑罚途径处理的只有一小半;而在这一小半中,又有高达80%的案件最终以罚金处理,另外14%处以缓刑,监禁的比例大约只占到6%。^[23]协商主义司法如美国的认罪协商制度,是指检察官与被告人(或其律师)通过某种形式的磋商,达成一致协议,不经审判程序而解决被告人之刑事追究的特别程序。按照美国学者乔治·费雪(George Fisher)的研究,认罪协商在美国始于19世纪早期,并且主要适用于酒类管制法(liquor law)及谋杀案件的领域,检察官有权以协商换取被告人认罪而无需法院审判,这一时期的认罪协商属于罪的协商(charge bargaining),由被告人对其中一项以上的罪名承认有罪,检察官则以放弃其他罪名的诉追

[20] 《美国法典》中只对贪贿行为的性质和方式进行了描述,其犯罪构成中并不包含数量成分,只要行为人实施或者蓄意实施《美国法典》第18编第201条到第209条规定的行为,就应当依照其第216条的规定处罚,或是判处1年以下监禁(蓄意实施,5年以下监禁),或是按规定的数额罚款,或是有期徒刑和罚款并罚。2011年7月1日,英国《2010年反贿赂法》开始正式实施,该法在废除此前普通法与成文法规定的相关贿赂犯罪的同时,规定了行贿罪、受贿罪、贿赂外国公职人员罪、商业组织不履行预防贿赂义务罪等四项新的贿赂犯罪,对犯受贿者的刑罚处罚,根据该法第11条第1款的规定,分两种情况:(1)经简易程序,处不超过10个月的监禁,或者不超过成文法上限的罚金,或者两者并处;(2)经公诉定罪,处不超过10年的监禁,或者罚金,或者两者并处。同注2引文,第30-31页。

[21] 2012年5月7日,英国邮政时报报道,英国汉普郡小镇米尔福德一台ATM自动取款机发生故障——取一赠一,双倍吐钱,200多民众排队共同品尝“天上掉下来的馅饼”。事发后银行表示,顾客们可以保留这笔“飞来横财”,不会追究顾客“欺诈罪”或“盗窃罪”,因为错在银行自己。参见郭文婧、张海英:《英国人不还钱PK中国的许霆案》,载《法制日报》2012年5月22日,第007页。

[22] 参见梁根林:《责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的考察》,载《清华法学》2009年第2期,第41页。

[23] 参见刘仁文:《“见危不救”到底该不该入刑》,载《文汇报》2011年12月21日,第005版。

或(于谋杀案件)改以较轻罪名追诉为交换。^[24] 19世纪后期,法官亦在审判中实行认罪协商制度。只是这一时期认罪协商的内容发生重大转变,即由罪之协商逐渐转变为刑的协商(sentence bargaining),即被告人以认罪换取较轻的刑罚。在法官、检察官的共同支持下,认罪协商突破原先酒类管制法及谋杀案件的狭窄领域,逐渐适用于所有刑事犯罪。以马萨诸塞州密德萨斯郡(Middlesex County)为例,至19世纪末,已有约87%刑事判决系基于被告的有罪答辩而结束。美国最高法院首席大法官 Burger 曾说,如果认罪协商的案件减少10%,则法院需增加两倍以上的人力及设备才足以应付。^[25] 这一制度也有利于避免刑罚过剩现象。

原点报应是实现一般预防所需要的刑罚量。在预防刑的视野中,具体个罪法定刑只需与原点报应对应的刑罚量即可,这种刑罚量需要综合考虑一般预防和特殊预防的需要。对于贪污受贿犯罪来说,如果被剥夺公权力的话,这种犯罪实施的条件就不具备了,因此从特殊预防角度来说,对被告人剥夺政治权利即可。那么,为何各个国家没有这么做?原因就在于还有一般预防所需要的原点报应问题,这种原点报应是实现一般预防的必要条件。尽管本文不主张一般预防属于刑罚目的,但一般预防却是原点报应的附带效果,只是我们不能为实现一般预防而带来刑罚过剩问题。原点报应需要的刑量与报应刑需要的刑量不同,原点报应是基于对报应刑反思的产物。

长期以来,我们有种观念认为,因贪污受贿犯罪存在着选择性立法、选择性司法问题,被抓住的腐败分子属于“大多数中的小部分”,因此,需要以严刑去威慑罪犯,以期他们能望而却步。笔者认为,这种观念是极其错误的。首先,把被抓住的小部分作为实现威慑大多数的砝码,违反现代法治的基本精神,人是目的,不是手段,刑罚不可以把人作为实现某种制度目的的手段。其次,我国刑法一直对贪污受贿犯罪采取重刑主义,贪污腐败犯罪率不降反升,表明不重视惩罚几率的刑罚目的建构是存在重大缺陷的,也表明以严刑阻止对贪污受贿罪的手段并不合理。再次,对一般预防具有重要意义的是惩罚的几率,而不是惩罚的强度,过高的惩罚强度,会带来犯罪更加隐蔽、侦查阻力更大等问题,反而进一步强化了犯罪人的机会主义心理,带来“前腐后继”现象。最后,违反对法定身份犯惩罚的限度。法定身份犯的身份来自于法律的授予,这种身份是行为人实施犯罪的必要条件,犯罪预防实现的条件即在于身份的剥夺,过于严苛的刑罚反而带来刑罚过剩问题。

如何确立这种原点报应对应的刑罚量,是一个理论难题。鉴于篇幅所限,笔者只能作出一个初步的设想:贪污受贿犯罪的原点报应对应的刑罚量,原则上应该是15年以下有期徒刑。可以说,这是一个折中的刑罚量,即高于西方国家原则上不超过10年有期徒刑的制度设计,但相对于我国目前贪污受贿罪的法定刑而言,又有所降低。之所以如此安排,一方面,贪污受贿犯罪虽是社会发展的“顽疾”,但却是由复杂问题导致的复杂现象,这一犯罪之所以在我国快速蔓延,主要是由于社会管理创新能力低下所导致的,社会原因在贪污、受贿犯罪发生的原因中占据不可替代的地位,如果以重刑报应此类犯罪,那是一种双重的制度不正义。另一方面,我国刑罚轻缓化的历程还有一个深化的过程,决策者对刑罚目的的认识与民众报应情感的降低也有一个刑罚文化融通与创新的阶段,目前把原点报应对应的刑罚降低到10年以下有期徒刑,难以在决策者和一般民众之间达成共识。

当然,这一观点的疑问在于,在贪污受贿罪存在无期徒刑、终审监禁和死刑的情况下,死刑、无期徒刑等重刑是否也在原点报应之列?笔者认为,上述重刑也在原点报应之列,但是对犯罪情节的考

[24] See George Fisher, *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America* 12-16 (Stanford University Press 2003).

[25] 参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,台湾元照出版有限公司2004年版,第539页。

量,应该局限于情节极其严重的情况,单纯的数额特别巨大可以作为无期徒刑的原点报应,但不可以把终审监禁和死刑作为原点报应对应的刑罚种类和刑罚强度。众所周知,财产犯罪的刑罚阶梯的架设是以数额为基准来进行的,藉此实现刑罚的公正、报应功能。照此逻辑,作为具有渎职和贪财双重性质之贪污贿赂犯罪,同样应遵循这一原理,即不能忽视数额对量刑的决定作用,但鉴于贪污受贿犯罪的特殊性,同时应重视其他情节于刑罚的意义。从体系解释的角度看,盗窃罪、诈骗罪等财产犯罪最高法定刑为无期徒刑,只有抢劫罪这种侵犯双重法益的财产犯罪,才有死刑,也就是说,单纯侵犯财产法益的犯罪,并不适用死刑。为了实现量刑公正,贪污受贿犯罪的量刑一般应为15年以下有期徒刑,惟有对于数额特别巨大的少数情形,贪污受贿犯罪的量刑可以是无期徒刑,也就是说,如果单纯只是数额特别巨大,贪污受贿犯罪并不可以被判处死刑或死缓后的终身监禁,只是在少数情节极其严重的特定情况下,贪污受贿犯罪也可以处以死刑或死缓后的终身监禁,情节极其严重包含损害人的生命、健康或对国家秩序、社会秩序带来严重破坏,这与故意杀人、故意伤害、危害公共安全或国家安全等犯罪之原点报应要求的刑罚并无区别。事实上,前述郑筱萸案被判处死刑,其原点报应的刑罚乃是死刑,原因在于其受贿后实施的滥用职权行为,给国家的药品管理秩序、国家和人民的利益等造成了严重的损害,这种损害并不比单一的侵犯生命权或健康权的危害性小,涉及不特定人的健康、生命等公共安全。但是如果仅系犯罪数额特别巨大而没有达到情节极其严重的贪污受贿行为,其原点报应对应的刑罚量原则上不应该超过无期徒刑,一般应为15年有期徒刑以下。

值得特别指出的是,超过这种原点报应所需刑罚的刑罚,则属于惩罚报应,即为了单纯地惩罚犯罪而增加的刑罚量,这种刑罚的施加,目的在于惩罚行为人,而不是预防行为人犯罪,对实现一般预防也没有意义。比如,古代刑法中的车裂、弃市,都包含了羞辱的成分。而现代刑法中的终身监禁,也存在明显的刑罚过剩问题,属于惩罚报应,而不是以此实现刑罚目的或替代死刑。在重视刑罚人道化的今天,惩罚报应既不人道,也无必要,应该在法定刑设置中予以排除。

(二)以财产刑架设罪刑阶梯

与原点报应对应的概念是罪刑阶梯问题,这是实现量刑公正的重要体现,也是实现刑罚报应的应有选择。对于贪污受贿这类职务犯罪而言,财产数额仍是量刑强度增加的主要因素,对于自由刑、生命刑这些影响人身权益比较大的刑罚种类,主要应立足于原点报应来建构,并不适于来架设罪刑之间的阶梯,这种罪刑阶梯应该由罚金、没收财产等附加刑来实现。^[26]

以附加刑构建经济犯罪的罪刑阶梯,并满足报应所需的量刑公正,是一个新的尝试。很显然,《刑法修正案(九)》期待以10年以上有期徒刑、无期徒刑、终身监禁和死刑(包括死缓、死缓限制减刑、死刑立即执行)这四个刑罚种类,实现数额特别巨大类型的贪污受贿犯罪之量刑规范化。然而,却带来了如下几个矛盾:第一,终身监禁与死缓限制减刑的矛盾。终身监禁意味着对罪犯实行终身关押,罪犯人没有减刑、假释的机会,因此,它比死缓限制减刑的惩罚力度更大。但是终身监禁和死缓限制减刑、死缓之间的界限如何把握,并没有一个规范依据,更多是考虑非规范因素的影响。第二,分则自首与总则自首适用上的矛盾。《刑法》第67条规定:“犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。”而《刑法修正案(九)》规定“犯第一款罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退

[26] 事实上,最高人民法院、最高人民检察院2016年4月18日颁布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》已经扩大了罚金刑的适用力度,这是一个好的开端。

赃,避免、减少损害结果的发生,有第一项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有第二项、第三项规定情形的,可以从轻处罚”。这就对自首从宽处罚的幅度作出了限定,即如果应被判处3年以上有期徒刑的话,则只可以从轻处罚,并不能减轻或免除处罚,以应对司法实践中大量的自首减轻处罚的乱象,以立法避免司法恣意的意图十分明显。第三,即是采取“数额+情节”定罪量刑模式,也只能解决部分问题,即在具有情节较重、情节严重和情节特别严重的情况下,对计赃论罪的弊端适当矫正,但在不具有上述情节的情况下,罪刑阶梯失衡问题仍然是存在的。同时,当这种加重处罚情节与从宽量刑情节冲突时,司法解释如何选择,也是一个解释难题。

在原点报应确定之后,剩下的就是罪刑阶梯的架设问题了,这有利于解决单纯预防刑的“基因缺陷”。尽管贪污贿赂犯罪与单纯的财产犯罪不同,但行为人的主观目的是为了金钱,计赃量刑并没有失去意义,而是需要以创新思维对待这种罪刑阶梯架构。笔者认为,罚金与没收财产作为财产刑,对实现罪刑关系具有重要意义,它们可以解决原点报应之外的罪刑阶梯架构问题。有种观点认为:“在当前国情下刑罚应该限制于以自由刑为主的刑罚体系而不应扩大到罚金刑;凡以财产方式能够有效承担的法律 responsibility,则应统统划归行政或民事责任范畴。”^[27]这一观点在限定刑法中的犯罪圈的同时,也一并否定了财产刑的独立价值。

众所周知,贪污受贿罪属于典型的贪利性、经济性白领犯罪,以权谋私属于犯罪的基本形式,谋取利益则是犯罪的最终目标,且犯罪人属于理性的犯罪人,行为人实施受贿犯罪前会进行简单的成本与效益分析,“拼坐几年牢、捞取万贯财”、“机会主义”、“上有保护伞”等均是犯罪人的经济理性,惩罚的几率、惩罚的强度、失业、波及家人等要素均会成为行为人考量的要素。重视罚金刑的运用不仅有利于增加受贿犯罪的成本,在实现特殊预防上具有价值,有利于剥夺行为人犯罪的物质基础,给基于营利目的的犯罪以迎头痛击,而且有利于架设财产犯罪的罪刑阶梯,在刑罚轻缓化的时代背景下,尤其具有意义。长期以来,我们从观念上认为,罪刑阶梯主要是通过主刑架设的,不仅死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役和管制之间轻重有序,而且在有期徒刑、拘役、管制内部期限长短以数字关系整齐排列。不难看出,这种观点存在着过于依赖主刑的问题。

从方法论上来看,主刑是以生命、自由等为报应砝码的,这种刑罚对传统的故意杀人、抢劫、伤害等侵犯人身权利、公共安全、国家安全、社会秩序等犯罪具有无可替代的作用。但是,在面对贪污受贿等经济犯罪时,主刑往往体现了刑罚的报应功能,并不能对实现刑罚目的和量刑公正有多大助益,因为贪污受贿犯罪是贪利性的,也是身份性的,预防犯罪的核心在于身份的有无,与判处何种、多重主刑无关,量刑公正的难题在于犯罪数额与罚金等财产刑之间的不对应,否则难以抑制这种贪利性犯罪。对贪污受贿犯罪过于强调主刑的报应功能而不重视财产刑在架设罪刑阶梯中的功能,就会带来刑罚过剩与量刑不公的问题,自然对实现刑罚目的没有多大裨益。因此,以原点报应体现实现一般预防所需的刑罚强度,以财产刑架设量刑公正所需的罪刑阶梯,正是贪污受贿犯罪的量刑标准体系建构应该重视的。

问题在于:如何实现这一罪刑阶梯?《刑法修正案(九)》将《刑法》第383条修改为:“对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:(一)贪污数额较大或者有其他较重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。(二)贪污数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。(三)贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,

[27] 冯亚东:《罪刑关系的反思与重构——兼谈罚金刑在中国现阶段之适用》,载《中国社会科学》2006年第5期,第125页。

处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚。”可见,《刑法修正案(九)》一改1997年《刑法》漠视财产刑的法定刑模式,对贪污受贿犯罪采取无数额限制的罚金刑。这种无数额限制的罚金刑,在扩大财产刑的处罚力度外,不仅会带来如何实现罪刑阶梯的问题,而且会带来司法操作上的混乱。为了避免这一乱象,《解释》第19条规定:“对贪污罪、受贿罪判处三年以下有期徒刑或者拘役的,应当并处十万元以上五十万元以下的罚金;判处三年以上十年以下有期徒刑的,应当并处二十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产;判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的,应当并处五十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产。对刑法规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪,应当在十万元以上犯罪数额二倍以下判处罚金。”这一规定基本上明确了法官如何适用财产刑及其幅度,是值得肯定的。但是,这一解释并没有明确这种罪刑阶梯应如何实现,而在司法实践中往往是交由法官在最低与最高的限度内进行自由裁量。如前所述,在主刑的任务在于实现原点报应的前提下,罚金刑的功能不仅在于特殊预防,而且也需要架设罪刑阶梯。就司法操作而言,法官在罚金刑裁量时不可以“就低不就高”,^[28]而是需要以罚金的数额差异架设罪刑阶梯,使罚金刑不再是一种“象征性刑罚”:法官判处罚金之时,具体可以以犯罪数额为基础考虑罚金数额与犯罪数额之间的协同性,犯罪数额大的,判处更多的罚金;犯罪数额小的,则判处较少的罚金,做到罚金数额与犯罪数额之间的合比例性,实现“五两罪、五两责和五两罚”之间的对应,而不是相反。当然,就罚金刑的适用而言,仍需考虑案件本身有无法定与酌定量刑情节,从而对罚金数额进行一个动态的微调。

此外,就没收财产的适用来说,《刑法修正案(九)》规定了两种类型:一是与罚金同时存在。两者在适用中是一种互斥关系。如《刑法修正案(九)》规定:“贪污数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。”就这种情况来说,法官必须认真对待是选择罚金或没收财产,因没收财产的范围只能是被告人的财产,是以现实的财产为范围的,罚金可以是违法犯罪数额的两倍,可能会超过被告人的财产总和,故其处罚力度可能会大于没收财产。对此,法官应选择一种更加有利于实现罪刑阶梯的财产刑,而不是一味地选择罚金刑或没收财产。比如,被告人贪污80万,依据《解释》,法官如果选择罚金的话,只能在20万至160万的范围内选择,但如果选择没收财产,则可能会超过160万。相反,如果行为人受贿250万,则罚金的范围是20万至500万,如果选择没收财产,则可能会低于500万。如何选择,法官并不可以就低不就高,而是需要重视财产刑在罪刑阶梯架设中的法治意义,以犯罪数额为基础作出合理选择。二是单独存在。《刑法修正案(九)》规定:“数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。”对此情况,法官必须判处没收财产,同时,在适用中要避免也需要正确对待部分没收和全部没收在罪刑阶梯架设中的作用,并明确两者之间的界限、标准与方式。

综上,贪污受贿犯罪的量刑标准应该重视财产刑,把以往由主刑承担的罪刑阶梯、量刑公正任务,交给罚金、没收财产等财产刑去承担,这一量刑标准已经体现在两高司法解释之中,是一种值得肯定的制度性努力。这种以财产刑数额对应犯罪数额的计算方法,就是一个简单的数学计算问题。除此而外,刑法理论应严格区分原点报应与惩罚报应,以原点报应需要的刑罚量,作为贪污受贿犯罪法定刑设置的重要参数,且这种原点报应所需要的刑罚量原则上不能超过15年有期徒刑。就此而言,司法解释大幅度提高贪污受贿犯罪数额带来的刑期下降现象并不可怕,它有利于真正发挥原点报应在实现犯罪预防上的积极作用,有利于开启我国刑罚轻缓化历程。只是,在提高刑期升格的数额标准的

[28] 目前司法实践对贪污受贿罪虽然判处罚金,但判最低数额罚金刑的现象比较普遍,甚至出现行为人受贿200万,仍然判处20万元罚金的情况。这并不是一种正常的现象,也不是在《刑法修正案(九)》提高贪污受贿罪之量刑标准后,司法实践应有的立场。

同时,立法者不能遗忘财产刑在架设罪刑阶梯中的积极意义。

四、结语

本文并不是批判《刑法修正案(九)》有关贪污受贿犯罪之量刑标准的修改,也并不是否定司法解释对“数额+情节”之量刑标准的调整,而是立足于“数额+情节”量刑标准之现实困境,主张从一种创新的、更加符合反腐需要且兼顾困境突围的理论,对贪污受贿犯罪之量刑标准建构的内在根据及规则模式等作出合理界定。以原点报应实现犯罪预防,以财产刑架设罪刑阶梯,这是贪污受贿罪的量刑标准应该重视的。在刑罚轻缓化的时代背景下,这种理论架构无疑具有突破的意义:“原点报应+罪刑阶梯”之间的制度合力,不仅有利于避免刑罚过剩带来的改造成本太高、浪费等问题,而且以财产刑架设罪刑阶梯,可以改变刑法理论以往对量刑公正的评判标准,有利于破解量刑规范化过程中的罪刑均衡难题。同时,把贪污受贿犯罪的法定刑原则上下调为15年以下有期徒刑,也许会成为刑法分则个罪之刑罚结构调整的标杆,从而真正开启中国刑罚轻缓化的变革性历程。

Redefining the Sentencing Standards of Corruption and Bribery

Jiang Tao

Abstract: Compared with the traditional sentencing standard “counting illicit money”, the sentencing standard “amount + circumstances” has improved a lot, but it still can't solve completely the systematic dilemma of the sentencing standards of corruption and bribery. The dogmatic path to break through the dilemma is to take the sentencing standard “origin of retribution + ladder of charges and punishment” seriously, established in the binary purposes of retribution and prevention. “Origin of retribution” means the amount of punishments to realize the purpose of prevention of crime and moderate consideration of preventive punishment based on amount and circumstance in case of surplus punishment brought by punishing for retribution, rather than establishing the ladder among crime, responsibility and punishment while establishing the ladder between charges and punishment needs to give priority to the meaning of fine and other property punishments to realize the justice of measurement of penalty. In so, it is the prevention of crime by origin of retribution and the ladder between charges and punishment by property punishment that becomes the inner standard of legal penalty of corruption and bribery.

Keywords: corruption and bribery; sentencing standard; origin of retribution; ladder between charges and punishment; counting illicit money; surplus punishment

(责任编辑:幸颜静)

美国刑事审前听证程序公开及对我国的借鉴意义

高一飞*

摘要:美国刑事诉讼中的审前听证主要包括治安法官对可能侵害被告人宪法性权利的执法行为进行司法审查,如扣押听证、羁押听证、保释听证、预审听证,也包括审判前的陪审员选任听证等。审前听证公开有利于保障公民知情权,但有可能对被告人公正审判的利益造成不利影响。经过一系列判例,在美国逐渐形成了审前听证公开为常态、不公开为例外的规则。美国审前听证公开对我国刑事审前听证公开有重大的借鉴意义,我国应当增加刑事审前听证的法定种类、扩大听证公开的程度、赋予听证当事人以救济权、允许媒体对刑事审前听证旁听和采访。

关键词:刑事审前听证 听证公开 言论自由 公正审判

听证最早源于英美法系,是指有权机关在作出影响利害关系人利益的决定前必须听取利害关系人的意见。听证制度从类型上分为立法听证、司法听证和行政听证。“任何一种听证形式,必须包括正当程序的核心内容:当事人有得到通知及辩护的权利,是否具备这两种权利是区别公正程序与不公正程序的分水岭。”〔1〕

刑事诉讼审前听证是司法听证的一种。审前听证与预审程序有相同之处,但两者并不相同。一般而言,预审只是审前听证的一种,刑事审前听证程序主要包括提出控告、逮捕、在警察局登记、聆讯、预审、正式起诉、传讯、被追诉人答辩等。这里的预审仅指“由法官来审查对被告人的指控是否有充分证据,从而决定是否应将被告人交付审判的程序”〔2〕而审前听证程序不仅包含由法官对证据进行审查,而且还包括对被告人进行批捕〔3〕、羁押,对涉案物品扣押等一系列审前活动。

研究美国审前听证程序对我国的积极意义在于:我国没有西方式的审前司法审查程序,主要依靠检察机关的检察监督来完成对侦查和自身公诉行为的监督,虽然在将来建立中国特色的司法审查程序是大势所趋,〔4〕但是,在建立这一程序之前,完善已有的检察机关听证程序是发挥现有制度优势的最佳选择;法院在正式审判前的听证程序能否公开、以何种形式公开,当然也是必须面对的问题。审前听证程序的构建对于保障公民司法知情权、使公众通过参与审前听证监督司法机关的行为、提升司法公信力都具有重大的意义。审前程序公开在我国还没有立法上的规定,如何对我国司法机关已有的审前程序公开实践进行理论分析、拓展刑事诉讼领域内的审前听证程序,可以借鉴对此已经具有较长历史和丰富经验的美国实践。

* 西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心教授,法学博士。本文是笔者主持的2014年度国家社科基金重点项目“司法公开实施机制研究”(立项号:14AFX013)、2014年度最高人民法院重大理论课题“司法领域公民知情权研究”(2014sp010)、2015年中国法学会“深入研究党的十八届四中全会精神”重点专项课题“司法公开实施状况评估和建议”[CLS(2015)ZDZX10]的阶段性成果。

〔1〕 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第410页。

〔2〕 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1079页。

〔3〕 由治安法官决定批捕仅指有证逮捕,无证逮捕的被告人会被带到治安法官处接受初次聆讯,其后决定是否对被告人进行羁押。

〔4〕 刘计划:《逮捕审查制度的中国模式及其改革》,载《法学研究》2012年第2期,第140-142页。

一、美国审前听证程序公开的发展历程

美国为保障公民的知情权,传统上对案件采取公开审判的方式,主要是在审判阶段允许公众参与旁听,但是对审前阶段案件信息是否公开没有明确规定。最初,对审前听证程序公开与否的探讨是在判断是否对陪审员有所影响的基础上进行的,包括对陪审员个人隐私的泄露以及对陪审员公正审判的影响。如1976年的“内布拉斯加州新闻协会案”(Nebraska Press Ass'n v. Stuart)中,被告人被提起多项刑事指控,初审法院和二审法院均下达了限制令,要求推迟公布被告的供述、供认还有其他与该被告人有关的证据,直到陪审员选定为止,以防止潜在陪审员受到审前案件信息的不当影响。^[5]直到1979年的“甘纳特公司诉德帕斯奎尔案”(Gannett v. DePasquale)(以下简称“甘纳特案”)中,才首次针对审前听证程序是否公开予以探讨,并初步提出公开与否的判断标准。

在美国,为何审前听证程序公开需要独立于庭审公开而单独论证?审前听证公开的制度障碍在于:第一,审前听证公开,导致被预审法官排除的、不能出现于陪审团面前的证据公之于众,影响公正审判。第二,将案件信息由审判阶段公布提前到审前阶段,对案件程序的进行存在不利影响,如公布逮捕文书可能导致犯罪嫌疑人逃跑、妨碍诉讼程序进行等。既然审前听证公开会对案件程序推进、公正审判有所妨碍,为什么美国还要执着追求对其公开?一是公民知情权在美国具有强大的力量,在庭审阶段公开案件信息具有滞后性,因而对及时获知信息的渴望推动审前听证公开。二是审前听证程序关闭会导致公民无法知晓程序的详细情况,无法对其进行监督,为维护公民对司法的信任,监督是必要的,公民对司法进行监督的权利促进了审前听证公开。即使审前听证程序封闭对审判案件本身存在一定的合理性,但是却剥夺了美国民众的知情、监督的权利,而后者会对美国司法造成更大的不利。所以,美国在“甘纳特案”之后,开始逐步推动审前程序公开。

审前听证本身是审前程序公开的一种方式,因为听证是就某一事项听取特定当事人或者公众的意见。在国家刑事执法机关决定的事项上,存在向听证人公开的情况,这类似于我国的点对点公开。而审前听证程序公开,则是在对参与听证的人公开相关信息的基础上,再将听取意见的过程向社会公开,体现了民众对执法机关决定事项的民主监督,有利于促进执法机关谨慎行使权力、保护人权。

(一) 审前听证程序公开的发端

美国最高法院在1979年的“甘纳特案”中提出媒体是否有权进入司法审判各阶段的问题,第一次对审前会议是否应当公开进行回应。在本案中,被告人面临着二级谋杀的指控,他提出动议将媒体和公众从审前证据排除会议中驱逐出去。初审法官在预审中认为,如果公开该审前会议,将存在“合理的可能性”给被告人的权利带来损害。法官认定被告人接受公正审判的权利高于媒体和公众存在于审判公开中的利益。^[6]

最高法院在本案中认为审前会议中应当排除公众参与。第一,防止不可采的证据公之于众使陪审员受到干扰而影响公正审判;第二,审判是否公开属于被告人的个人权利,公众没有要求公开审判的相关权利,公众不能听审以及参与审前证据排除会议。

该案中,虽然最终决定封闭审前会议,但是法院的意见分歧很大,且提出审前会议并非一律禁止,而是在权衡之后作出决定,提出了不公开听证的标准。第一,多数意见认为如果“存在合理的可能性”表明进行

[5] *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539, 542-43 (1976).

[6] *Gannett v. DePasquale*, 443 U.S. 368, 375 (1979).

审前听证会对被告人的权利造成损害,那么初审法院法官可以不公开。第二,鲍威尔(Powell)法官提出只要被告人证明“公开性有可能会损害判决的公正性”即可提出动议阻止公开。第三,布莱克曼(Blackmun)法官在反对意见中认为要想动议被批准,那么被告人应当证明“存在很大可能性,其接受公正判决的权利会遭受难以弥补的损害”。布莱克曼法官的意见对被告人负担最重,他认为“初审法院判断是否公开的逻辑起点应该是宪法第六修正案要求审前证据排除会议应当公开,只有在被告人履行了其证明责任,满足了不公开的严格要求之后方能获得允许”。〔7〕

这一阶段,第一次提出了审前听证程序的公开问题。审前听证程序公开因审判公正而受到限制,并设定了不公开的标准,但标准尚未统一,当被告人无法负担最轻的证明责任——其权利受到损害“存在合理的可能性”时,审前程序应当公开。

(二)审前听证程序公开的确立

在“甘纳特案”判决不到一年后,1980年的“里士满报业公司诉弗吉尼亚案”(Richmond Newspaper, Inc. v. Virginia)中,最高法院向布莱克曼法官在“甘纳特案”中提出的意见靠拢,即被告人在证明“存在很大可能性,其接受公正判决的权利会遭受难以弥补的损害”时封闭预审听证程序,限制审前听证程序封闭的范围。

在该案中,最高法院认为宪法第一修正案暗含了媒体和公众接触审判的权利(包含审前听证程序)。法院纵观刑事审判的历史得出结论:“从前后连贯的历史中,公开经得起历史和现实的考验,对公开的要求天然地存在于我们的司法制度之中。因此,如无事实显示存在压倒一切的利益,刑事审判必须对公众开放。”〔8〕但是法院很谨慎地指出宪法第一修正案的权利不是绝对的,如果可以认定有“压倒一切的利益”存在,初审法院法官可以依据公正审判的需要,对审判的公开性施加一定的限制。但是这一标准却失去实践的价值,因为对于什么是“压倒一切的利益”没有清楚的定义,由法官自由裁量,这导致审前听证程序公开几乎不受限制;被告方很难证明不公开审前听证程序存在压倒性的利益,且法官在论证时也很难证明什么属于压倒性的利益。

在1982年的“环球报业公司诉高级法院案”(Globe Newspaper Co. v. Superior Court)中,最高法院将其在“里士满报业公司案”中的判决扩展到了公众依据宪法第一修正案有权参加到对陪审员资格审查的程序中。最高法院对陪审员资格审查程序的公开引用了两个因素——公开的历史传统和公开对于特别程序的运用价值。第一,陪审员公开选取是历史传统做法。坚持该传统会让受害人和公众确信,被告人将在公正公开情况下选取的陪审员前对自己的行为负责,会对社会起到治疗和修复作用。第二,陪审员公开选取有很大的价值:一是保证公民知情权并使陪审员选取受到监督;二是陪审员公开选取会促进审判公正。“公开性强化了刑事判决根本的公正性,以及表面的公正性,而这一点对于公众信仰法律是非常重要的。”〔9〕

公开陪审员资格审查程序导致陪审员隐私泄露问题,法院认为可以通过在庭外核实隐私问题的方式解决。主审法官应事先告知陪审团,如果他们需要防止隐私泄露,可以要求获得在公众的视野外与法官讨论问题的机会。不公开陪审员资格审查不仅影响到宪法第一修正案赋予公众的知情权,同时也影响到宪法第六修正案赋予刑事被告人的公开审判权。因此,公众对陪审员的隐私产生兴趣不足以成为关闭审前听证程序的理由。

1984年的“报业公司I案”(Press - Enterprise Co. v. Superior Court, “Press - Enterprise I”)对封闭审前

〔7〕 *Id.* at 442 - 43.

〔8〕 *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555, 573 (1980).

〔9〕 *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 605, 608 (1982).

听证程序的标准——“存在压倒一切的利益”进行了补充。在该案中,最高法院一致裁决预先审核陪审员的程序应向报界和公众公开,媒体有权利进入,除非那些申请封闭这一程序的人能够证明:第一,存在压倒一切的利益且此利益会因公开程序而受到不利影响;第二,封闭程序仅限于必不可少地保障那一特定利益的范围;第三,考虑过合理替代封闭程序的办法;第四,初审法院作出足以支持封闭程序的调查结果。^[10]因此,“报业公司 I 案”对判断审前听证程序不公开的“压倒一切的利益”标准进行了补充与限制,要求初审法院采用的不公开范围尽可能缩小。

这一阶段明确提出了审前程序应当公开的问题,且扩大了公开的范围,将预审程序的公开扩大到对陪审员资格审查程序的公开。美国联邦最高法院在权衡公正审判与言论自由上更倾向于保护公开的权利。

(三) 审前听证程序公开的发展

审前听证程序的发展趋势是公开的范畴扩大,不公开受到合理限制,封闭审前听证程序的标准也趋于具体。

在 1982 年至 1984 年之间,先后有 5 个巡回法院将公众的权利扩展至审前程序,包含预审听证、保释听证、陪审员资格审查听证以及审前羁押听证,被允许公开的审前听证程序种类增加。

1986 年的“报业公司 II 案”(Press - Enterprise Co. v. Superior Court of California, “Press - Enterprise II”)使预审听证公开是否可以有媒体记者参加的问题摆到了桌面。1981 年 12 月 23 日,加利福尼亚州提起诉讼指控罗伯特·迪亚兹(Robert·Diaz)12 项谋杀罪名并希望将其处以死刑。该诉讼称护士迪亚兹通过注射大剂量的名为“利多卡因”的心脏麻醉药物导致 12 名患者死亡。该案的预审听证会于 1982 年 7 月 6 日开始进行,初审法院根据迪亚兹的要求封闭了预审审讯。预审听证会持续了 41 天。在预审听证会结束时,报业公司要求公开预审听证程序的记录,但法官拒绝了该请求并把该记录封存。报业公司抗议法院的封闭令并最终上诉至美国最高法院。最高法院以 7:2 的票数裁决默认推翻了最高法院在“甘纳特案”中作出的刑事预审审讯排除媒介和公众在外的裁决,确定了公众和媒介附条件享有参加预审听证的宪法第一修正案权利。^[11]

在确定宪法第一修正案是否赋予、什么情况下赋予公众旁听刑事审前听证的权利的问题上,最高法院第一次明确地采纳了从之前的案例中发展起来的标准:经验与逻辑。确定了公众的信息获取权应扩展到明显不是审判程序的审前听证程序。在“报业公司 II 案”判决后,各地方的下级法院的观点也有所改变,在“逻辑”标准的应用上,下级法院更加注意预审公开在功能上的作用,采取了功利主义的标准,即判断公开程序是否具备以下一种或几种对社会的好处:“第一,通过为公众提供对司法系统的更加完整的理解来促进其对公共事物的广泛讨论;第二,提高公众对正义的领悟,而正义只能通过允许对程序全面的公开认识来获得;第三,提供一种重要的社区价值,作为社区的忧虑、敌意和激情的释放口;第四,通过将司法程序暴露于公开的检验之下,是对腐败行为的制止方式;第五,对司法程序本身是否有改善;第六,能否有利于阻止伪证罪的发生。”^[12]下级法院不仅通过判决的实践从正面驳斥预审听证不公开的理由不成立,还通过公开听证情况下预审功能的实现反面验证预审公开的正当性。

1993 年的“波多黎各报诉波多黎各案”(EL Vocero de Puerto Rico v. Puerto Rico)中,最高法院再次强调了预审听证公开的重要性,对“经验”标准上的模糊问题再次进行澄清。最高法院在评估经验标准上,强调法院不是关注任何一个司法辖区的个别经验,而是全美国同种类型或者性质的听证的经验;审前程序对于

[10] Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 464 U.S. 501, 509 (1984).

[11] Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1, 2 (1986).

[12] Press - Enterprise v. Riverside County Superior Court, 106 S. Ct. 27, 35 (1986).

审判的重要意义在最近两百年有巨大的发展,必须根据当今的价值和条件对宪法第一修正案进行解释。^[13]因此,最高法院将传统与现实融合,强调了预审听证公开在当代的重要性。

(四) 审前听证程序封闭的标准

“报业公司 I 案”提出“压倒一切的利益”的标准由于过于严格,导致被告方无法负担证明责任而不具有可操作性。“报业公司 II 案”确立的“很大可能性”标准,使封闭审前听证程序的证明要求降低,被告人为审判公正的需要而封闭审前程序更容易操作。

发生于 1984 年的“沃勒诉佐治亚案”(Waller v. Georgia)是连接“报业公司 I 案”与“报业公司 II 案”的桥梁。佐治亚州在一个案件里试图封闭预审审讯,便利控方使用从同一个电话线路上窃取的情报证据来指控其他尚未受到指控的人。但被告人沃勒(Waller)希望预审听证能够公开进行。最高法院推定,审讯应当公开且不得违背被告人的意愿予以封闭,当被告人反对封闭预审听证程序时,该程序必须公开,宪法第六修正案赋予被告人的公开审判权延展至预审审讯,除非请求封闭审讯的当事人能够符合在上述“报业公司 I 案”里概述的四个方面的检验标准。^[14]本案与其他案件不同之处在于本案被告人主张公开听证。当被告人主张公开预审听证时,法院应当公开,除非希望不公开的主体承担“报业公司 I 案”中所要求的证明责任。

“报业公司 II 案”不仅提出“经验与逻辑”的标准判断公众是否有权进入审前程序,且提出将封闭审前程序的标准确定为“公开后有很大可能性侵害被告人的公正审判权”。法院认为预审不公开的条件为:第一,存在很大的可能性,被告人接受公正审判的权利会因公开审判而受到侵害,而不公开则可以避免此侵害;第二,其他的合理替代方式都不能充分保护被告人接受公正审判的权利。^[15]如果法官认定有出现偏见的实际可能,他们只能以最有限但又是有效的方式命令封闭听证。比如,如果在为期 4 天的预审审讯期间,3 小时的作证有可能造成偏见,那么只可在那 3 小时期间封闭审讯。^[16]此案确立的“很大可能性”标准在一定程度上对“报业公司 I 案”中确立的“压倒一切的利益”标准进行限制,且遵循必要性原则,对案件尽可能缩小封闭听证程序的范围。

纵观美国刑事审前程序的历史与现状,可以发现,美国审前程序听证公开的发展特点有:第一,公民享有的信息获知权的范围逐步扩大。案件审判公开扩展至审前、审判和审后程序,包括扣押听证、保释听证、变更审判地听证、资格听证、司法回避听证、答辩听证、减刑动议听证等。第二,对审前听证程序封闭的判断标准具体化,在减少对审判公正不利影响的前提下,尽可能地保障审前听证公开。

二、美国审前听证程序公开的限制

对于审前听证程序,一般而言应当公开。但由大陪审团负责审查案件时,预审听证绝对不公开。由大陪审团主持的预审一般只有检察官或控方证人参与,很多时候辩方都不能有效地参与预审听证,公众更无法参与。^[17]大陪审团听证有久远的保密历史,有学者指出,“大陪审团预审最受抨击之处就是其秘密性。媒体和公众被排除于该程序,被告人和律师也是如此,甚至法官也不允许进入大陪审团的评议室。那些参

[13] *EL Vocero de Puerto Rico v. Puerto Rico*, 508 U.S. 147, 152 (1993).

[14] *Waller v. Georgia*, 467 U.S. 39, 47 (1984).

[15] *Press - Enterprise Co.*, 478 U.S. at 14.

[16] [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,黄列译,中国社会科学出版社 1997 年版,第 166 页。

[17] 高一飞:《上帝的声音——陪审团法理》,中国民主法制出版社 2016 年版,第 223 页。

与大陪审团预审听证的人必须宣誓保密”。^[18]虽然大陪审团的封闭性遭受质疑与抨击,但是其封闭性仍然受保护,属于绝对不公开的范畴。

除大陪审团听证程序之外,其他的审前听证程序原则上公开,在一定程度上受到限制。

(一) 案件性质的限制

案件的特殊性质决定了听证公开受到影响。如涉及未成年人、个人隐私、公共利益等的案件,这些案件是否公开需要考虑更多的因素,也对法官的自由裁量权施加更多的限制。

第一,未成年人案件并非必然受到封闭,而是由法官根据案件的性质裁量是否公之于众。1982年,罗德岛州最高法院认为未成年人的利益通常体现在案件的匿名性和机密性上,法官可以拒绝刑事案件都应公开审判的观念。但近年来,在美国针对未成年人案件,各地强制性和封闭推定规则已经不再适用,开始推行青少年犯罪案件的公开审判。在联邦法院体系,第一巡回法院在1995年裁定《未成年人犯罪法》中将未成年犯罪嫌疑人从联邦成年人刑事审判系统中移出,不能被认定为是对少年法庭的强制关闭;国会并未打算通过否认法官的自由裁量权来决定开放或关闭他们的法庭。另外,2006年,爱荷华州北部地区的联邦法官在审理一个青少年因负责分配海洛因致死案件中,权衡避免少年尴尬、获取有关“敏感问题”证据的需要、公众的知情权与程序参与权三者的关系,最终让案卷向公众公开,而此时对该少年的听证会已结束。与20世纪80年代以来许多上诉法院处理未成年人参与法庭问题的方法类似:为寻求司法自由裁量权或是公开性假设的立法依据,法院通过衡平测验以权衡程序中公共利益与不公开审判中未成年人的利益。^[19]

由法官通过权衡公共利益和未成年人利益来决定是否公开,表明对未成年人刑事案件并未预先规定封闭听证程序,意味着未成年人案件预审听证程序也有机会公开。一般情况下,未成年人刑事案件预审听证也属于公开的范畴,当存在特殊利益时方可闭庭,而是否存在特殊利益应当由法官自由裁量并说明理由。

第二,涉及个人隐私案件可以不公开或者采用部分公开的方式。在一起强奸案中,不满18岁的被害人愿意公开站出来作证,主审法官在被害人作证时将媒体和公众排除于法庭之外。鼓励性犯罪中的未成年被害人向法庭提供准确材料是美国联邦政府所维护的利益,但最高法院认为,没有任何证据表明闭庭会增进该利益,且不能为了政府的利益而封闭整个程序。至于保护性犯罪中未成年被害人远离更多的精神创伤和尴尬,最高法院则认为这是一个不得不遵从的利益,但是,即使为了保护该利益,也允许初审法官“以个案为基础来确定闭庭对于保护未成年受害人的福利是否必要”。这里“保护未成年人的福利”即保护未成年人的个人隐私等利益,避免对未成年人的第二次伤害。最高法院明确:为了维护性犯罪中被害人的个人隐私而采取闭庭的方式,但是也应当个案审查闭庭的必要性。^[20]

涉及个人隐私的案件并非所有的事实都属于隐私。涉及个人隐私的案件应当区分为整个案件事实和部分案件事实涉及个人隐私。对于前者,应当对整个案件预审程序进行封闭;对于后者,应当坚持必要性原则,对涉及个人隐私部分封闭预审程序,其他情况下应当公开。即使是强奸案件,也可以在隐去被害人信息情况下对案情适当公开。当然在涉及未成年人性侵案中,如果公开会导致对未成年人成长造成很大不利,且即使采取隐去被害人信息的做法也不能达到保护被害人的效果,则整个案件都属于不公开范畴。

第三,涉及公共利益案件应当认为其存在“压倒一切的利益”而决定不公开审前听证程序。当审前听证公开会对公共利益、人身安全有所侵害时,应当封闭程序。在1993年的“人民诉马丁内斯和皮尔森

[18] Ronakld Jay Allen et al., *Comprehensive Criminal Procedure* 946 (1st ed., Citic Publishing House 2003).

[19] Kathleen Culminant, *Juvenile Justice and Openness*, 33 (3) *The News Media & The Law* 4 (2009).

[20] 同注16引书,第166页。

案”(People v. Martinez & Pearson)中,因控方的一个关键性证人担心她作为卧底的毒品经纪人的身份一旦公开,将引发公众愤怒,威胁其安全而没有公开审理,受到上诉法院的支持;^[21]在1995年的“明尼苏达州诉鲍尔斯案”(State v. Bowles)中提出,当有理由担心被告人所在犯罪团伙的成员或者其他同情被告人的人的报复时,法院有时也命令对陪审员的姓名保密。^[22]因此,对于涉及证人、陪审员、被害人等人身安危的案件,应当认为生命权高于公开审判的利益而采取闭庭措施;当案件涉及国家秘密、公共利益,应当认为存在“压倒一切的利益”而封闭预审程序。

在讨论案件的预审听证是否应当公开时,除了判断案件的性质以决定是否公开,还应当坚持必要性原则,即封闭的范围应当对公民知情权的损害最小,当封闭一部分程序信息可以实现对特殊利益的保护时,尽可能地公开其他部分。

(二)公开内容的限制

在审前听证程序公开的案件中,某些内容的公开可能会对程序的运行等造成不利影响,在一些案件中法官可能基于特殊的目的而封闭或暂时封闭某些信息,而这些信息是否公开属于法官的自由裁量权。

第一,与审前听证程序有关材料的延迟公开。“报业公司Ⅱ案”确定了宪法第一修正案权利包含法院所拥有或控制的副本、文件以及与刑事程序有关的其他材料的适用,认为“所提交的与司法程序有关的材料,本身即暗含了信息获知权”。^[23]因此,宪法第一修正案信息获知权扩展至在一系列审前听证中提出的与一系列动议有关的文件。然而,判决程序有着保密的历史,而且相关内容也可能并未在听证中被泄露,这些材料不公开,具有特殊重要的作用,如封闭控告书以防止尚未被逮捕的人逃跑。因此,有关文件可能会因为保障程序的进行而不公开,但是这种不公开应当在一定时间段内,当程序完成时该类程序性文件也应当属于公开的范畴。

第二,审前听证的记录和文件公开由法院裁决。法院的记录和文件在传统上被当作是秘密而被密封放置。普通法信息获知权的依据是1978年的“尼克松诉沃纳通讯股份有限公司案”(Nixon v. Warner Communications, Inc.),该案中最高法院注意到普通法上的一项“检查和复制公开的记录和文件,包括法院的记录和文件”的权利,这种权利被看作是灵活的、受审判法院合理自由裁量权的限制。^[24]即使遵从宪法第一修正案的信息获知权,公开并非绝对,正如联邦最高法院在“环球报业公司诉高级法院案”中认为,“信息获知权不是绝对的,但能排除它的情形是有限的,必须证明该排除是由于不可抗拒的政府利益,并且范围也是非常有限的”。^[25]因此,法院的记录和文件也属于公开的范畴,由法官决定是否公开,在公开时应当秉持“保密有限度”的原则。对于审前听证的文件和材料,特别是没有在听证程序中展现的材料,法院在决定其是否公开的问题上,持更加保守的态度。

第三,在同案犯分案审理中,前案证据材料的揭露应当适当考虑对后案审判影响的大小以决定公开的范围。2010年的“托莱多·波莱德公司诉亨利县案”(Toledo Blade Company v. Henry County)中,一位母亲和她的男友被指控导致孩子死亡的过失杀人罪和危害儿童罪。在被告人的要求下,审判庭下令将被告人分别独立审判。首先进行的是对母亲的审判,俄亥俄州法庭禁止媒体对其进行报道,原因是对第一被告人的审判报道影响接下来对第二被告人的审判。但是不能仅仅因前案审判会对后案审判造成影响就对所有审前听证和审判程序采取闭庭措施。在审前听证中,在涉及两个及以上被告人的刑事案件中,如果被告人

[21] *People v. Martinez & Pearson*, 82 N.Y.3d 436, 443 (Ct. App. 1993).

[22] *State v. Bowles*, 530 N.W.2d 521, 530 (Minn. 1995).

[23] *Press - Enterprise Co.*, 478 U.S. at 6.

[24] *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 98 S. Ct. 1306 (1978).

[25] *Globe Newspaper Co.*, 457 U.S. at 609.

均被采取了不同程度的强制措施,那么在前案的预审阶段,与后案无关的证据属于可以公开的范畴。但是,为了后案侦查、逮捕等程序的进行,对前案的证据材料、程序性文件可以相应地延迟公开。^[26]

(三) 公开方式的限制

公开方式有直接和间接两种。间接公开指以文字、图像等方式对在听证现场收集的资料进行转播;而直接公开属于对听证进行录音录像后播放或者是通过现场转播的方式对听证全程公开。间接报道方式本身不受限制,而直接报道方式本身就受到限制。本文分析的主要是在听证现场使用摄像机是否受法官许可。

《新闻媒体与法》杂志针对在特里·尼科尔斯(Terry Nichols)案件的听证会上能否使用摄像机的问题进行了报道。俄克拉荷马地方法院墨菲法官(Robert Murphy)允许媒体对该城爆炸案的被告人尼科尔斯的审前听证会使用摄像机。尼科尔斯认为使用摄像机将产生更多的审前宣传而上诉,要求上诉法院终止诉讼并取消墨菲法官允许在听证会上使用摄像机的决定。俄克拉荷马州刑事上诉法院支持上诉,取消了允许媒体使用摄像机的裁定。上诉法院认为宪法第六修正案属于对被告人的公开审理的保障,没有“保障转播审判权的宪法规定”。^[27]然而,根据《新闻媒体与法》在2002年的报道,在新罕布什尔州达特茅斯听证会上允许摄像机进入。新罕布什尔州最高法院下令摄像机可以采访关于青少年塔尔洛奇(Tulloch)和帕克(Parker)谋杀达特茅斯学院两名教授的抗辩听证会。之前,格拉夫顿高等法院史密斯法官(Peter Smith)否认了新闻机构要求允许使用摄像机采访被告人塔尔洛奇审判的请求,原因在于摄像机可能会影响陪审员。但在媒体要求只采访认罪听证会后,新罕布什尔州最高法院发布紧急命令,允许媒体使用摄像机采访塔尔洛奇的听证会。^[28]

使用摄像机对审前听证程序进行采访是否应当受到许可?在审前程序公开的前提下,应当允许媒体使用摄像机。第一,既然审前听证属于公开范畴,那么并不存在需要保密的信息,媒体使用摄像机属于媒体的采访自由,法院没有理由限制媒体的报道方式。第二,媒体利用摄像机进行听证符合对公民知情权的保障以及时代发展的要求,对审前听证进行摄像可以使公众了解听证全过程,避免参加者对听证信息的误传。当然,对于涉及个人隐私时,可以采取不暴露当事人信息等方式,但是,并不需要从原则上对审前听证一律禁止摄像。

三、美国审前听证程序公开的适用与救济

审前听证程序公开不仅需要从理论上界定公开的标准,还应当在具体案件中正确判断对案件是否进行公开或封闭。因此,在明确公开或限制标准的基础上,应当赋予法官对个案进行自由裁量的权利;同时在封闭审前程序之前,给予申请人表达意见的权利,合理抑制法官的自由裁量权。

(一) 审前听证程序公开的个案判断

审前听证程序是否可以公开由法官确定,法官对案件公开与否应当采取个案判断的方法。初审法官的一项闭庭命令要想得到赞成必须有具体理由的支持,包括闭庭的利益和是否考虑替代措施,还应当揭示在实现该利益时对其他利益的影响。这些理由的重要性不仅体现在确保法官注意到所有相关的因素,而且有助于上诉法院重新审查闭庭命令的有效性。

[26] Derek D. Green, *Is the "Most Extraordinary Remedy" Becoming More Common?* 34 (4) *The News Media & The Law* 26 (2010).

[27] RPF, *Controversies Continue Over Camera Access to Courts*, 24 (3) *The News Media & The Law* 19 (2000).

[28] Kevin Capp, *Journalists Efforts to Roll Cameras into Courtrooms Get Mixed Results*, 26 (2) *The News Media & The Law* 19 (2002).

法官在对个案进行审查时,应当立足于公开的立场,对当事人提出的封闭听证的理由进行审查,检验是否存在替代措施,在权衡利益的基础上进行判断。即使封闭听证,也应当增加两个限制:一是恰当地限制闭庭的范围;二是一旦公正审判的需要得到满足,之前不公开程序的记录副本等应当公布。如“甘纳特案”中,审判法院在被告人作出有罪答辩后随即公布了扣押听证的记录副本,最高法院依此认为,“如果重大的司法决定在关闭的门后面作出,而且根本不透露他们的事实根据,仅以结论性的词句向公众宣布,那么公众的信任则不会保持太久”。^[29]因此,即使封闭听证程序也应当属于延迟披露而非绝对保密。

(二) 审前听证中是否可发布媒体缄口令

审前听证逐步公开之后,一些法院又对媒体采取缄口令的方式限制审前报道,虽然该预先限制也存在不同程度上的例外,但是不同时期的司法实践导致审前听证公开标准十分混乱。

在1994年的“哥伦比亚广播公司诉戴维斯”(CBS v. Davis)案中,南达科他州初审法院命令拥有肉制品包装厂私密录音带者不要发布案情细节,哥伦比亚广播公司不服而上诉,州最高法院驳回了哥伦比亚广播公司的上诉。案件上诉到最高法院后,布莱克曼(Blackmun)大法官发表了与最高法院最终裁判结论不同的独立意见,认为法院的禁令“对广播的无限制的延迟将给新闻媒体带来无法忍受的伤害”,与之前确立的言论自由优先于公正审判的精神相违背。^[30]

在2003年的“美联社诉科罗拉多州第五审判区地区法院”(Associated Press v. District Court for the Fifth Judicial District of Colorado)案中,出版社对事先限制发布著名的“科比性侵案”的非公开听证会笔录表示反对并上诉。斯蒂芬·布雷耶(Stephen Breyer, Blackmun法官的继任者)法官驳回了出版社的申请,他认为公开听证会笔录的前提——披露听证笔录是“迫在眉睫的”,但现在媒体无法证明披露信息达到该要求,并希望给科罗拉多州法庭更多时间澄清以避免在此问题上的争论。^[31]1986年“报业公司II案”确立的“很大可能性”标准中提出审前程序应当公开,除非主张不公开者证明公开“很大可能性”侵害到其公正审判权时才封闭审前程序。但现在,媒体公开审前程序需要自己承担证明责任,证明公开是“迫在眉睫”的。这体现出近来美国法院对审前程序公开态度的转变,审前公开的利益必须要得到证明之后才能得到支持。

在2005年,“第一海岸新闻”(First Coast News)报道被告人巴伯(Justin M. Barber)在大陪审团前的证词受到预审法庭的禁止,预审法庭还颁布指令,即一旦媒体再次发布巴伯在大陪审团所作的证词就对之提起藐视法庭罪的刑事诉讼。“第一海岸新闻”向佛罗里达州上诉法院申请撤销该指令,遭受拒绝后,向巡回法官肯尼迪(Anthony M. Kennedy)申诉。肯尼迪发现美国最高法院受理该案几乎没有可能性,因此,即使肯尼迪认为“威胁对媒体起诉或者针对特定出版物的藐视法庭罪引起了宪法第一修正案的担忧”,但其仍然驳回了“第一海岸新闻”的申请,没有对媒体受到的预先限制进行救济。^[32]通过对媒体起诉或定藐视法庭罪来威胁媒体,这一做法导致了天平严重倾向于法官认为的“公正审判的需要”,公众言论自由、知情权等利益受到损害。

其实在1966年至1976年十年期间,美国法院也通过颁布预先命令的方式限制媒体报道,如不准媒体进入法庭,或禁止携带照相、录像及录音设备进入法庭,或下令不准媒体报道任何就该案可能造成误导的消息。^[33]但是,预先限制对言论和出版的事先禁止涉嫌违宪,导致其于1976年被废弃。为何在审前程序中司法缄口令又死灰复燃呢?预先限制导致天平极度向公正审判的利益倾斜,使媒体利益遭受重大打击。

[29] Gannett, 443 U. S. at 390.

[30] RPFC, *Informal Court Action Can Be Prior Restraint*, Kennedy Says, 29 (2) The News Media & The Law 15 (2005).

[31] *Id.*

[32] *Id.*

[33] 高一飞:《互联网时代的媒体与司法关系》,载《中外法学》2016年第2期,第488-489页。

在美国,对言论不能给予任何事先审查,是没有例外的,这一做法如果上诉到联邦最高法院,会出现什么样的结果,有待观察。

(三) 申请者对听证不公开决定的救济

法院决定不公开审前程序时,应当给予申请公开者表达意见的机会。“甘纳特案”中,在扣留听证程序被关闭之前,上诉的报业方得到了一个接受听证的机会,鲍威尔大法官认为“公众应在作出闭庭动议时提出反对意见,不然就没有机会了”。^[34]下级法院超越“甘纳特案”的程序性要求,承认媒体和公众在信息获知上享有利益,即使闭庭动议作出时不在场,在听证闭庭动议之前,必须将该动议详尽地记入备忘录,从而为利益相关的公众提供介入并向法庭提出自己观点的机会。

法院在作出审前听证程序不公开的决定之前,应当给予公众、媒体听证的机会,只有当利害关系者有机会提出自己的意见时,法院的决定才能得到认同。但是这种听证机会无须设置得过于麻烦:首先,不需要采取证据调查听证的形式,只需听取意见即可;其次,该机会无须围绕那些会造成拖延的、持久的法律争议;最后,不必提前通知公众法院会在某一既定的时间和地点考虑一项闭庭命令,如果公众提出反对,法庭应当及时让他们陈述其反对意见。

四、美国审前听证程序对我国的借鉴意义

我国狭义的审前程序包含侦查、采取强制措施、起诉等程序,我国审前听证程序与美国审前听证程序最大的区别在于我国审前听证一般由检察机关展开。

美国对审前听证程序较为重视,审前听证是由中立的治安法官参与,基本上采取公开的方式进行。我国审前程序所作出的对犯罪嫌疑人人身、财产权利有影响的决定基本上采取行政化审批方式完成,具有单方性以及封闭性,不利于公众参与以及对司法机关进行监督。但是,司法改革中也开始出现审前听证,而且这一程序也有公开的趋势。目前,检察机关已经出现的听证程序有四种形式:不起诉听证、羁押必要性审查听证、刑事申诉听证和民事申诉听证^[35]。申诉可能引起新的审判程序,也属于广义上的审前程序,民事申诉听证属于民事诉讼法的范围,不在本文讨论之列,所以,检察机关刑事审前听证程序有三种:

第一种是不起诉听证。2001年3月实行的《人民检察院办理不起诉案件公开审查规则(试行)》(以下简称“《规则》”)第7条规定:“人民检察院对不起诉案件进行公开审查,应当听取侦查机关(部门),犯罪嫌疑人及其法定代理人、辩护人,被害人及法定代理人、诉讼代理人的意见。听取意见可以分别进行,也可以同时进行。”尽管《规则》全文没有使用“听证”一词,但是,同时听取意见正是听证的另一种表述,实际上创设了不起诉听证制度。《规则》第10条对不起诉案件进行公开听证的公开方式进行了详细规定:“不起诉案件公开审查时,允许公民旁听;可以邀请人大代表、政协委员、特约检察员参加;可以根据案件需要或者当事人的请求,邀请有关专家及与案件有关的人参加;经人民检察院许可,新闻记者可以旁听和采访。”其公开的方式和程度,可以说与审判公开无异。“新闻记者可以旁听和采访”的效果当然是允许报道和评论。这是我国最高检察机关结合我国检察机关的性质和职权所采取的具有中国特色的检察机关信息公开制度。

[34] *Gannett*, 443 U. S. at 392.

[35] 检察机关的民事申诉听证程序,因其不属于刑事诉讼的范围,故不在本文的讨论中。2013年底,最高人民检察院根据新修改的《民事诉讼法》发布了《人民检察院民事诉讼监督规则(试行)》,其中专门对案件审查公开听证作出了明确规定,并将其作为着力推进民事诉讼监督公开透明性的重要方式。

第二种是羁押必要性审查听证。2016年1月13日最高人民检察院颁布施行的《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定(试行)》在审查的方式上没有直接规定听证的方式,但是在第13条“人民检察院进行羁押必要性审查,可以采取以下方式”的内容中规定了“其他方式”,对实践中已经采用的“批捕听证”或者“羁押必要性审查听证”^[36]事实上予以认可。

第三种是刑事申诉听证。2012年最高人民检察院颁布了《人民检察院刑事申诉案件公开审查程序规定》,该规定对人民检察院刑事申诉案件的听证制度进行了具体化规范,规定公开审查包括公开听证、公开示证、公开论证和公开答复等形式。直接明确了公开听证这一审前听证形式。

刑事诉讼中,人民法院举行的审前听证法律上只规定了一种。^[37]2012年我国在修改《刑事诉讼法》时,在法院正式审判程序之前增加了庭前会议制度,^[38]属于广义上的、由法院展开的审前听证程序。

但是实践中出现了法院举办的再审申诉听证。刑事案件再审申诉听证是指在法院决定是否对案件进行再审之前,公开听取意见,在此基础上决定是否对案件进行再审。因再审程序属于对案件的全面、重新审查,属于新的审判,所以决定是否开展再审的申诉听证属于广义的审前听证。2015年4月28日,山东省高级人民法院召开了关于聂树斌案的再审申诉听证。^[39]聂树斌案的听证是由山东省高级人民法院召开,主持人由山东省高级人民法院负责审查此案的合议庭担任;听证人员有15名,分别由专家学者、全国人大代表、全国政协委员、人民法院监督员、妇女代表和基层群众代表组成,听证会对社会不再公开。山东省高级人民法院听取意见后作出决定并报请最高人民法院审核。最高人民法院经审查,同意山东省高级人民法院的复查意见,认为原审判决据以定罪量刑的证据不确实、不充分,并于2016年6月6日决定对聂树斌案提审。

我国现阶段主要由检察机关开展听证,但是由法院举行的庭前会议也逐渐增多。现在我国刑事诉讼中开展听证饱受争议之处在于两机关开展听证具有随意性,这与美国预审听证存在差异。美国的预审听证是法定程序,一旦当事人选择,法院必须开展,当事人对是否开展听证具有决定权。我国听证随意性较大,一方面,对司法机关何时、对什么案件开展听证不具有预期性。原因在于我国现阶段的法律和司法解释仅对司法机关能否开展听证作原则性的规定,尚未对听证的具体种类、听证的程序进行规定,导致开展听证无法可依。另一方面,司法机关自由裁量决定开展听证具有合理性,听证是司法机关听取意见的行为,对于什么案件在何时需要听取意见,司法机关有绝对的掌控。对于认为开展听证必须要法律事先规定的情况下才能开展的观点,笔者不赞同。原因在于即使事先对听证程序进行规定,实践中案件程序的复杂性、多样性导致法律必然无法面面俱到,必然会要求司法人员发挥主观能动性。

总体观察我国审前程序听证的现状,存在以下特点:

第一,法院、检察院都有权启动审前听证程序,当然检察院在审前听证中发挥主要作用。

第二,在公开程序上存在问题。对什么案件可以公开,某一案件公开的范围、方式等不明确。

第三,听证程序并非当事人的权利。对于有些听证程序如庭前会议,不是必经程序,并不会对当事人

[36] 各地的试点情况,参见高一飞等:《检务公开基本原理》,中国检察出版社2015年版,第155-157页。

[37] 至于减刑、假释程序,也有人使用“听证”一词,但我国《刑事诉讼法》将其作为审判程序的一种。我国《刑事诉讼法》第263条规定:“人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当,应当在收到裁定书副本后二十日以内,向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后一个月以内重新组成合议庭进行审理,作出最终裁定。”而且其并非审前听证,所以不在本文讨论之列。

[38] 我国《刑事诉讼法》第182条规定:“在开庭以前,审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人,对回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题,了解情况,听取意见。”

[39] 关于听证会具体内容,参见:《聂树斌案听证会》,载凤凰资讯:<http://news.ifeng.com/society/special/nsbatzh/>,2016年6月20日访问。

的权利造成实质影响,但是对于法院开展的再审听证、检察机关的不起诉听证、羁押必要性审查听证和刑事申诉听证,关系到公民的基本权利,应当规定为当事人的权利。

第四,我国基本上由检察机关代替法院开展司法审查性质的审前听证,但是检察机关召开的审前听证数量有限,审前听证并未纳入检察机关的日常工作机制,听证也未对检察机关的决定起到实质影响。

因此,可以借鉴美国审前听证的经验,完善我国的听证程序。

(一)增加听证的法定种类

由美国的审前听证的发展历史可以看出,随着时代的发展,听证的法定种类越来越多,审判公开的范围越来越大,案件审判公开贯穿审前、审判期间和审后程序;且审前程序,也从预审听证拓展到包含保释听证、陪审员资格选任听证以及审前羁押听证等程序。

狭义上的听证公开属于点对点的公开,即向参与听证的当事人公开,以及向特定受邀的社会人员公开。听证本身是公开的一种方式,在审判公开、检务公开背景下,应当大力拓展法定听证的范畴,使听证成为常态化的公开方式。现阶段我国刑事诉讼领域首先要完善听证的法定种类。

第一,将实践中的听证类型法定化。对于现有的几种实践中的听证类型,如不起诉听证、变更强制措施听证、批捕听证、再审申诉听证等,可以吸取实践中的经验,将这几种听证类型通过法律进行规定,且应规定得更为具体,更具有可操作性,从而实现听证制度的立法化、常态化,使司法机关开展听证具有明确的法律依据。

第二,将我国人民监督员制度与听证相结合,更好地实现人民监督员的监督职能。2015年最高人民法院和最高人民检察院颁布的《深化人民监督员制度改革方案》中规定了人民监督员的11项监督事项,^[40]现阶段检察机关对其中的两项监督内容允许进行听证,即羁押必要性审查与拟不起诉案件,虽然没有达到立法的高度,但是对于检察机关仍具有约束力。对于其他的监督事项,当涉及重大利益时,也应当进行听证。

我国行政法规定,当涉及公民的重大利益——一般为人身或财产利益时,^[41]行政机关应当进行听证。刑事诉讼主要涉及当事人的人身自由,其对当事人的不利影响甚于行政法对公民的影响,所以,更有理由对涉及人身利益、重大财产利益的事项进行听证。所以刑事诉讼法应当规定:对逮捕、搜查、扣押、冻结决定程序,当涉及犯罪嫌疑人的重大人身与财产权利,应当进行听证。当然,为了节约诉讼资源,应当对财产利益的大小进行适当的限制。

第三,对于案件的结果有实质影响的一些程序,也应当规定必须进行听证。如对于涉及当事人重大利益的鉴定人资格进行听证,有利于增强鉴定意见的可接受性。

(二)扩大听证程序公开的程度

听证本身就包含着公开听取意见,是针对一些案件因特殊情况而不能公开,但是又需要吸纳他人意见的。听证不对参与听证之外的人公开。扩大听证程序公开的程度包含两个方面:一是尽可能扩大公开听证的案件的范畴;二是对于可以公开听证的案件尽可能使公众参与。

第一,扩大公开听证,限制不公开听证案件的范畴。

[40] 具体内容为:(1)应当立案而不立案或者不应当立案而立案的;(2)超期羁押或者检察机关延长羁押期限决定不正确的;(3)违法搜查、扣押、冻结或者违法处理扣押、冻结款物的;(4)拟撤销案件的;(5)拟不起诉的;(6)应当给予刑事赔偿而不依法予以赔偿的;(7)检察人员在办案中有徇私舞弊、贪赃枉法、刑讯逼供、暴力取证等违法违纪情况的;(8)犯罪嫌疑人不服逮捕决定的;(9)采取指定居所监视居住强制措施违法的;(10)阻碍律师或其他诉讼参与人依法行使诉讼权利的;(11)应当退还取保候审保证金而不退还的。

[41] 如《中华人民共和国行政许可法》第46条、第47条,《中华人民共和国行政处罚法》第42条等。

美国在审前听证中对案件的公开以是否影响公正审判为标准。美国封闭审前程序是为了在言论自由与案件的公正审判中寻找平衡,主要是为了防止陪审团对被告人形成预断。但我国不是由陪审团而是由专业法官或专业法官和陪审员审理刑事案件,法官判决需要对证据等进行评析,对结果进行论证,与美国陪审团审判只有结论没有说理并不相同。我国听证程序公开对法官公正审判造成的影响远小于美国,为保障听证的公开,应当严格限制不公开听证的案件范畴。

首先,如果刑事案件属于不公开审判的案件,如涉及个人隐私、商业秘密、国家秘密的案件,则应当原则上不公开审查。

其次,如果刑事案件信息披露会对被害人、证人保护等造成不利后果,则不应当公开案件的信息,防止被害人、证人遭受打击报复。

再次,当案件公开会对后续侦查行为造成障碍,或案件存在多个被告人,且其他被告人尚未被抓捕时,为保障程序的进行,不公开或延迟公开案件的相关信息。

最后,有其他特殊利益存在时,应当慎重考虑。当案件涉及公共利益、公开会对公共利益造成威胁时,也应当原则上封闭听证程序,不公开听取意见;未成年人案件,基于对未成年人特殊保护的需要,可以不公开听证,如《人民检察院办理不起诉案件公开审查规则》第5条规定对于未成年人的不起诉听证不公开审查。^[42]

但是,即使是上述四种情形,除涉及国家秘密、公共利益外,^[43]也不应当一律关闭听证程序,即使某一案件涉及个人隐私、商业秘密或未成年人利益,司法机关封闭听证程序也应当尽可能遵循必要性原则,采取部分公开的方式。对于公开听证会影响后续程序进行的,当程序完成时,应当公开听证内容。因此,确定听证是否公开的原则为:听证公开是否会对侦查、审判活动、特殊利益造成不利影响。但是即使是不公开,也应当在降低不公开的程度或延迟一定时间后公开适当内容。

第二,尽可能让公民参与听证,是听证公开的应有之义。

听证不仅是向特定参与听证的人公开,也应当向公众公开。在美国审前听证程序中,除了为公正审判的利益封闭听证之外,其他的听证程序基本上都允许公民参与,这是因为公民有知情和监督司法机关的权利。但参与听证的前提是要知晓案件听证的时间、地点等信息,否则谈不上参与听证,更无法达到监督司法机关的目的。我国刑事审前程序现阶段的听证基本属于封闭性的听证。听证在其产生之初便蕴含着公众参与的理念,现阶段,在我国应当回归听证的本质属性,尽可能地让公民参与旁听。司法机关应当制定措施便利公民参与听证,且在举行听证之前,必须将听证的事项、时间、地点进行公布,便于公民知晓听证信息。

(三) 赋予听证当事人以救济权利

在美国,听证属于法定必经程序,当事人选择后,法官必须进行听证而没有拒绝的权力,因此,当事人听证的权利受到法律的保障。但对于听证而言,不仅包含法定程序,且包含非法定程序,而法定程序又可以分为法定必经程序和法定可选择程序。在审前听证中,我国法律仅对庭前会议作出了明确规定,但是当事人并不具有决定举行庭前会议的权利,庭前会议属于法定可选择程序。对于不起诉听证、刑事申诉听证、羁押必要性听证,是由最高人民检察院发布的规则确立的,其效力低于法律,且该三种听证属于检察机

[42] 该条规定:“对下列案件不进行公开审查:(一)案情简单,没有争议的案件;(二)涉及国家秘密或者个人隐私的案件;(三)十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件;十六岁以上不满十八岁未成年犯罪的案件,一般也不进行公开审查;(四)其他没有必要进行公开审查的案件。”

[43] 现阶段,涉及国家秘密案件属于绝对不公开的范畴,但是对“国家秘密”的范畴应当进行合理限制;对公共利益范畴也认为其属于“压倒一切的利益”而予以保护,但对公共利益范畴也应当进行限制。

关裁量的听证,当事人无决定权。至于法院再审申诉听证,是实践的产物,并没有法律和司法解释予以确认。因此,我国刑事诉讼中没有法定必经程序的听证,司法机关没有开展听证的强制性义务。

为了落实听证程序,第一,需要在立法中设置法定必经程序的听证种类,对涉及当事人人身利益及重大财产利益的事项,关系到当事人的基本权利,赋予当事人举行听证的决定权。除非相关当事人放弃听证权,否则司法机关应当根据其请求举行听证。

第二,对于不属于法定必经程序的听证,即对于超出当事人基本权利范围以外的事项,赋予当事人以救济权利是约束司法机关行为的重要方式。当事人申请举行听证时,司法机关应当及时审查听取当事人意见,对不听证的决定向当事人说明理由,当事人不服的,还可以申请复议一次。救济的程序可以学习美国的做法,首先,听取意见不需要采取正式的程序,口头说明即可;对于复议,也只需听取意见;其次,该程序只需围绕是否举行听证的问题开展,对于案件的其他争议不应当涉及;最后,当事人对司法机关决定不进行听证的理由提出反对意见的,应当让他们陈述其反对意见,司法机关应当在考虑该反对意见的情况下及时作出维持或改变原意见的决定,并及时告知当事人。

如前所述,在救济的主体上,美国最高法院在“甘纳特案”中认为审判是否公开属于被告人的个人权利,公众没有要求公开审判的相关权利,公众不能听审以及参与审前证据排除会议。在之后的案件当中,美国最高法院对宪法第一修正案给予高度关注,对公民知情权、媒体的言论自由予以保障,认为公众也有权利参与案件的审判,对听证是否公开也听取公众特别是媒体的意见。这是公众司法知情权发展的结果。在我国,是否公开听证也应当听取公众及媒体意见,这对保障公民知情权、监督权具有重要意义。

(四) 允许媒体对听证旁听和采访

美国在“报业公司Ⅱ案”后,允许媒体参与审前听证,且在之后发展出媒体可以通过使用摄像机直接采访。美国媒体对审前听证程序参与程度高,不仅对案件进行报道,而且遇到阻碍其报道的事项时通过行使诉权的方式捍卫自己的权利。而现阶段我国媒体对听证的参与却存在很大的问题,一是媒体不能参与听证程序,二是媒体很少对刑事案件听证进行实质性的报道。我国应拓展媒体对刑事案件听证的参与及报道以提升听证的公开性。

第一,允许媒体旁听听证程序。在不起听听证中,最高人民检察院创造性地规定“经人民检察院许可,新闻记者可以旁听和采访”,媒体虽然被允许参与不起听听证,但参与之前需要获得许可,且未对许可的条件进行具体规定,导致媒体的参与权可能会受到检察机关的不当限制与剥夺。但是,在不起听中赋予媒体参与听证的权力具有进步意义,在下一阶段,应当逐步确立媒体参与各种听证的权力:一是在法律法规中明确规定不允许媒体参与听证的案件类型,其余的案件原则上允许媒体参与;二是为了保持听证秩序,司法机关可以限制参与听证的媒体数量,通过事先预约、现场抽签等方式确定,以保证公平。

第二,增强媒体对听证的实质性报道。由于媒体无法参与听证,使其报道具有片面、抽象性,媒体报道司法机关的听证更多是属于对听证事件的报道,如“2013年8月20日,北京市丰台区检察院召开刑事案件不起听听证会,对该院办理的一起涉嫌招考培训诈骗案进行听证,这是新刑事诉讼法实施后,北京检方在创新检察工作监督机制方面,首次以听证会形式进行的尝试和探索”,^[44]并未对案件的详细情况、当事人、听证过程、结果等实质内容进行公开。媒体仅对无关紧要的信息进行报道远不能满足公民对听证信息知情的要求。因此,应当增强媒体对听证活动的实质报道。

增强媒体对听证的实质性报道的方法有:一是应当扩大媒体参与案件听证的实质程度,即除了实际参

[44] 高鑫:《北京检方首次就刑事案件不起听召开听证会》,载 http://news.jcrb.com/jxsw/201308/t20130820_1184234.html, 2016年2月27日访问。

加听证的人之外,检察机关应当将公开听证案件的详细情况告知旁听群众和媒体,使媒体能够在保证对案件详细情况了解的基础上做到当庭对听证的监督和事后对公众报道听证的详细过程。二是改变新闻媒体的报道方式。现阶段媒体报道采取的是间接报道的方式,无法做到对听证全程录制和播放,应当加大媒体对听证的直接报道。对于不涉及特殊利益的案件,采用何种方式公开是媒体的自由,媒体应尽可能地采取全程录音录像方式还原听证过程,便利公众了解听证的全貌。对于部分公开的案件,因特殊利益的存在,检察院、法院会对公开方式进行限制,应当在采取技术手段后进行全程报道。如聂树斌案的再审申诉听证,虽然因涉及隐私不允许旁听,但允许凤凰网站进行转播,对于听证的内容公开比较彻底,且隐私信息经过技术处理后公之于众,既保障了公民知情权,又保障了当事人隐私权,是现阶段我国媒体对听证程序最成功的一次报道。以后的听证可以借鉴聂树斌案的听证,保障媒体对听证的实质性报道。

值得一提的是,在美国,听证程序是由法院完成的,其性质是司法审判,我们通常称其为程序性审判,公开是审判的基本要求;而我国刑事诉讼中的审前听证基本上是由检察机关来完成的,检察机关对其举行的听证是否公开有很大的自由裁量权。值得期待的是,中国共产党十八届四中全会在其《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中的“加强人权司法保障”部分提出要“完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督”,为将来对强制措施和侦查行为进行司法审查提供了改革的空间。可以预见,在不久的将来,对限制人身自由的司法措施和侦查手段的审查权将有很大一部分移交给法院,法院将有专门负责审前听证的法官对上述措施和手段举行听证,进行审查。这样的审查,其本质是程序性审判,而审判应当公开举行才是其常态,因此,目前由检察机关进行的审前听证一般不公开的局面也将会得到改变。

The Pretrial Hearings of American Criminal Proceedings Openly and Its Significance to China

Gao Yifei

Abstract: The pretrial hearings of American criminal Proceedings refers to a Judicial examination conducted by the magistrate for the law – enforcement behavior which violates the defendant’s constitutional rights, including arrest hearing, detention hearing, bail hearing, preliminary hearing and voir dire. Pretrial hearings openly protect citizens’ right to know, but may adversely affect the defendant’s fair trial right. Through a series of precedents, a rule that “The pretrial hearings openly as normal, not openly as exceptions” was gradually formed in the United States. The American pretrial hearings openly has great significance to our country. We should increase the legal category of criminal pretrial hearings, expand the extent of the publicity of hearing, give the litigants rights of relief, allow the media to attend and interview the criminal pretrial hearings.

Keywords: the criminal pretrial hearing; hearing openly; freedom of expression; fair trial

(责任编辑: 幸颜静)

环境侵权 INUS 条件因果关系论

陈 伟*

摘 要:无论学界还是司法实务界,对环境侵权因果关系的认识都存在不少混乱之处。一方面无法用传统的充分或必要条件原因解释环境侵权中因果关系的性质,而对能够解释环境侵权因果关系性质的部分因果关系理论又缺乏深入研究。另一方面,对判断环境侵权因果关系的理论或方法的适用范围缺少系统的分析,诸多理论或方法之间的关系并不十分清楚。把 INUS 条件因果关系理论应用在对环境侵权因果关系性质的分析上,并通过对原因行为与污染物之间因果关系的 INUS 最小充分条件集,以及污染物与损害结果之间因果关系的 INUS 最小充分条件集的研究,不但可以揭示环境侵权因果关系的本质,还能够清晰显示环境侵权因果关系诸理论或方法在判断因果关系的过程中所处的解题位置。

关键词:INUS 条件因果 环境侵权 一般因果关系 疫学因果关系 部分因果关系

因果关系的性质及其判断问题是法学研究中的难点,在存在累积性、潜伏性、科技性的环境侵权案件中,对因果关系的判断更为困难。由此发展出一些不同于传统侵权因果关系理论的新的理论或方法,^[1]加之传统侵权理论中的相当因果关系论、实质要素说等判断法律因果关系的理论,使得有关环境侵权因果关系的理论呈现出十分复杂甚至混乱的局面。环境侵权因果关系的性质究竟如何?上述种种因果关系理论之间的关系又是怎样?如何在司法实践中根据不同情况正确运用这些因果关系理论?为了解决这些疑难问题,本文拟以“INUS 条件因果关系理论”^[2]为基础,建立环境侵权因果关系的认识论模型,根据认识和判断过程中的不同情境分析环境侵权因果关系诸理论的适用范围。与此同时,希望能够澄清某些对因果关系命题认识上的混乱,解决全称因果命题之盖然性与单称因果命题之必然性之间的“矛盾”,这是认识环境侵权中一般因果关系之本质的前提条件。为此,本文将以下述逻辑展开论证:首先介绍 INUS 条件因果关系理论的具体内容,并分析为何环境侵权因果关系应以 INUS 条件因果关系为认识论基础;在此基础上,以 INUS 条件因果关系论为概念工具,分析环境侵权盖然因果关系的实质;在澄清理论误解的基础上,进一步研究 INUS 条件因果关系在判断“一般因”和“特定因”过程中在认识论层面上的具体功能;最后,以 INUS 因果关系论为认识论基础,给出有关环境侵权因果关系各种理论和方法的适用范围。由于因果关系这一概念的复杂性和多义性,在研究中完全使用自然语言将会使得描述过于繁琐,为此,本文将借助形式逻辑和数理逻辑的一些描述工具,以便

* 南京大学法学院副教授,哲学博士。

[1] 参见邹雄:《论环境侵权的因果关系》,载《中国法学》2004年第5期,第97-104页;陈伟:《疫学因果关系及其证明》,载《法学研究》2015年第4期,第127-146页。

[2] 该理论系美国哲学家约翰·麦基提出的有关因果关系条件论的认识论,具体参见 J. L. Mackie, *Causes and Conditions*, 2 (4) *American Philosophical Quarterly* 245 (1965); J. L. Mackie, *The Cement of the Universe: A Study of Causation* 29-58 (Oxford University Press 1980).

更能清晰简明地论述问题。

一、环境侵权 INUS 条件因果关系认识论

自有哲学思维以来,人类就已经开始思考因果关系的本质问题。从近代科学诞生之日起,人们对因果关系的逻辑分析就没有中断过。^[3] 虽然经过漫长的研究,哲学家对这一问题仍未能取得根本上的共识,但却发展了一些可以使研究继续进行下去的概念和分类,并对因果关系的多元性问题有了一定认识。现实世界中的因果关系其本体类型并不单一,遵从充足理由律的经典因果关系论(必然因果关系)^[4] 仅适用于日常生活的物理世界和以经典物理学和化学等为代表的经典科学领域。而在涉及精神事件的自由选择领域,是否存在决定论意义上的因果关系存在较大争论;^[5] 在微观领域,有可能出现因果关系的不确定性,因果关系表现出盖然性(概率)特征;^[6] 在复杂系统中,“突现”现象已经引发了有关下向因果关系的争论。^[7] 然而,法律上因果关系之判断是建立在经典因果关系论之上的,法律上因果关系赖以存在的事实上的因果关系,其在物理世界中具有“封闭性”,^[8] 因此,本文的研究范围仅涉及必然因果关系论,下文所用“因果关系”如无特别指明,都是指经典因果关系或建立在经典因果关系基础之上的因果关系理论。^[9]

在诸多对因果关系的本体解释中,条件说是最有影响的一种,即把原因视为引起结果的必要条件、充分条件或充分必要条件,^[10] 这也是在法学研究中最有影响的因果关系理论。^[11] 然而传统条件说的“必要条件公式”,“若无 A 则无 B”或“but for 检验法”,不但无法解释原因与结果之间存在盖然性的因果关系问题,也难以涵盖大多数现实事件因果关联的特征。^[12] 事实上,由于现实条件变量的

[3] 何向东、王磊:《中西哲学因果关系研究的回顾及其启示》,载《哲学研究》2010年第2期,第71-78页。

[4] 对必然因果关系概念的经典描述为休谟的经验因果论,即把因果关系视为现象之间的“恒常的连续”,满足于研究现象之间的规律性而不再关心其内在“动因”。参见倪培民:《再铸因果概念》,载《世界哲学》2004年第1期,第57-66页。

[5] 参见陈刚:《附生性,因果性,还原性》,载《哲学研究》2005年第3期,第80-85页。冯艳霞:《心理因果性与意向性》,载《哲学动态》2014年第3期,第104-111页。

[6] 参见鲁品越:《因果性与统计关联:量子哲学的根本问题》,载《科学技术哲学研究》2014年第1期,第109-112页。

[7] 参见范冬萍:《论突现性质的下向因果关系》,载《哲学研究》2005年第7期,第108-114页。

[8] 物理世界的因果封闭性(或简称为物理完备性)是经典因果关系论最为重要的前提,简单说来,物理世界的因果封闭性是指每一个物理结果都有一个充分的物理原因。参见黄益民:《物理世界的因果封闭性、心灵因果性以及物理主义》,载《世界哲学》2014年第6期,第111-120页。

[9] 根据下文的分析,在受经典因果关系制约的宏观世界中,盖然(概率)因果关系论只是因为忽略了因果关系中的某些必要条件而产生的错误认识。在本体论层面因果关系并不具有盖然性,而在需要进行因果判断的经验层面,盖然因果论作为一种具有实用价值的判断因果关系的方法则具有合理性。也就是说,必然因果关系论并不排除现实世界中联系的偶然性,但这种偶然性在信息完备的条件下(这种条件在现实中可能不存在但在理论上可以设想)仍然严格满足充足理由律。

[10] 张小天:《因果关系在相关关系上的表现:一个基于其含义的分析》,载《浙江大学学报》1994年第8卷第2期,第43-51页。

[11] 在刑法学领域,条件说通行于德国、奥地利、意大利、日本等国,而英美法系的“事实原因”实际上也是一种条件说,参见储槐植、汪永乐:《刑法因果关系研究》,载《中国法学》2001年第2期,第145-156页。在民法学领域,判断相当因果关系的前提是存在事实上的条件原因,在诸多“等值条件”中择取显著增加损害发生之可能性的条件作为法律上的原因。参见叶金强:《相当因果关系的展开》,载《中国法学》2008年第1期,第34-51页。

[12] 这些传统公式或方法的适用范围是事实层面的诸条件可以确定(必然)的情况,而环境侵权在有些情况下其事实层面的条件因果本身即需要进一步判断,此时如果采用对因果关系传统的必要条件判断方法可能会产生一些问题。例如,根据“but for”公式,如果没有原因行为,则不会有损害结果,即如果原因行为是损害结果的一个必要条件,则行为与结果之间存在因果关系。然而,在原因行为与损害结果之间存在疫学(流行病学)因果关系的情况下,行为与结果之间的因果关系存在一定程度的盖然性,并非每一个暴露于特定污染物的个体都一定会受到损害,且个体所受损害(例如个体患某种疾病)也可能并非因暴露于特定污染物所致,在这种情况下,运用“若无……则不”公式来判断事实因果关系,实际上是不可能的。

复杂性,事件与事件之间的关联绝大多数都不具备充分条件或必要条件的特征,更绝少存在具备充分必要条件的因果关联。

为厘清条件与原因之间的关系,哈特和奥诺尔于1959年发表《法律中的因果关系》一书(1985年推出综合各方意见并改进后的第二版),^[13]在休谟和穆勒有关因果关系哲学论述的基础上,以日常语言的使用分析为主要方法,详细讨论了法律因果关系诸问题。1985年,赖特发表《侵权法中的因果关系》一文,^[14]试图在哈特和奥诺尔研究的基础上解决英美法中“but for”判断公式在“原因超定”(overdetermined-causation)^[15]案件中所遇到的问题,提出了NESS判断公式(Necessary Element of a Sufficient Set)。^[16]与此同时,麦基于1965年发表了引起哲学界持续关注的论述因果关系的论文《条件与原因》,在此文中,麦基提出了INUS因果关系理论,^[17]麦基并没有引用哈特和奥诺尔的观点,却得出了与赖特相似的结论。虽然赖特本人后来认为有关因果关系的NESS论比INUS论更具解释力,^[18]但根据多数学者的理解,赖特(NESS论)与麦基(INUS论)的理论在对事实因果关系的理解上本质是一致的。^[19]由于NESS论的问题切入点是无法用判断因果关系的传统公式所解释的“原因超定”案例,而INUS论的问题切入点则是对传统因果关系条件论的批判,本文研究的主题“环境侵权因果关系”的疑难之处并不在原因超定,而在于对事实因果关系本身的判断即存在疑难,因此,更加适合用INUS论加以分析。此外,从理论表述的风格上看,INUS论更具形式逻辑的符号特征,而NESS论则以文字表述为主,本文涉及对存在盖然性的全称因果问题的研究,这一研究更加适合使用符号分析以使问题明确化。

麦基认为,原因是结果的一个INUS条件(Cause is an *insufficient but necessary* part of a condition which is itself *unnecessary but sufficient* for the result, INUS为句中斜体字的首字母缩写),即原因A是某一组条件的必要但不充分的组成部分,而这一组条件对结果P而言则是充分但不必要的。^[20]开关短路A是房屋失火P的INUS条件,分析如下:开关短路A和其他条件,例如存在易燃物品B、消防喷淋失灵C等一起构成房屋失火的充分条件(sufficient for the result),即 $A \wedge B \wedge C \rightarrow P$ 。但 $A \wedge B \wedge C$ 不是房屋失火的必要条件(unnecessary for the result),因为还存在其他可能引起房屋失火的各种条件原因,例如煤气泄漏D以及窗户房门紧闭E,壁炉明火F等条件构成的一组条件 $D \wedge E \wedge F$ 。但对于条件组而言,A是该条件组的必要(necessary part of the condition,就这组条件而言,离开了A房屋不会失火)但不充分(insufficient part of the condition,就这组条件而言,仅有A但没有B和C,房屋也不会失火)的组成部分。可见,条件组 $A \wedge B \wedge C$ 和条件组 $D \wedge E \wedge F$ 以及其他所有可能引起房屋失火的条件组(简化记为“……”)共同构成了结果P的充分必要条件。对此进行普遍化和符号化可得:

$$(A \wedge B \wedge C) \vee (D \wedge E \wedge F) \vee \dots \leftrightarrow P$$

[13] H. L. A. Hart & Tony Honore, *Causation in the Law* (2d ed., Oxford University Press 1985). 中译本见[美]H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》(第2版),张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版。

[14] Richard W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 Cal. L. Rev. 1735 (1985).

[15] “原因超定案件是指那些存在两个或更多原因的案件,其中每一个原因对损害结果的发生而言都是充分的,从而每一个原因都不是损害发生的必要条件。” *Id.* at 1740.

[16] 对此公式的解释与批判,参见冯珏:《英美侵权法中的因果关系》,中国社会科学出版社2009年版,第234页。

[17] J. L. Mackie, *Causes and Conditions*, 2 (4) American Philosophical Quarterly 245 (1965).

[18] Richard W. Wright, *The NESS Account of Natural Causation: A Response to Criticisms*, in *Perspectives on Causation* 285-322 (Richard Goldberg ed., Hart Publishing 2011).

[19] “很多反对NESS解释的理论都假设其和哈特与奥诺尔的‘原因相关因素’论及麦基的INUS论在本质上是相同的。” *Id.* at 285.

[20] Mackie, *supra* note 17, at 246.

为更清楚地突出原因 A 与结果 P 之间的关系,可把 $B \wedge C$ 记为 X, $(D \wedge E \wedge F) \vee \dots$ 记为 Y,则有:

$$(A \wedge X) \vee Y \longleftrightarrow P$$

可见,“A 是 P 的 INUS 条件,当且仅当存在条件 X 与 Y, $(A \wedge X) \vee Y$ 是 P 的充分必要条件,但 A 不是 P 的充分条件, X 不是 P 的充分条件”。^[21] $A \wedge X$ 和 Y 中的一组元素(例如 $D \wedge E \wedge F$)为 P 的最小充分条件,可称为一组 INUS 条件集,条件 X 是除原因 A 之外满足一组 INUS 条件的集合,可称为“最小充分条件集”。由此,A 是 P 的 INUS 条件在很好地解释了现实因果关系的同时,还兼容了必要条件、充分条件、充分必要条件因果关系,传统条件论对因果关系的解释只是 INUS 条件论的某些特例:当 X 不存在时,则 $A \vee Y \longleftrightarrow P$, A 为 P 的充分条件原因;当 Y 不存在时,则 $A \wedge X \longleftrightarrow P$, A 为 P 的必要条件原因;当 X 和 Y 都不存在时,则 $A \longleftrightarrow P$, A 为 P 的充分必要条件原因。INUS 条件因果关系说在没有放弃传统条件说逻辑的前提下较好地弥补了条件说的缺陷,并因此得到了哲学界的广泛注意,^[22]是理解环境侵权因果关系真实性质的合适模型。^[23]

环境侵权中的因果关系是典型的 INUS 条件因果关系,污染物 A 并非损害结果 P 的充分条件,造成损害结果还需要具备最小充分条件集 X;^[24] 污染物 A 也不是损害结果 P 的必要条件,除少数例外,^[25] 损害结果还可由其他原因引发。^[26] 因此,污染物 A 是损害 P 的 INUS 条件原因。下文的分析还将表明,侵权行为 H 也是损害结果 P 的 INUS 条件原因,为符合我国学术表达习惯,可把 INUS 条件因果关系称为“部分因果关系”,^[27] 环境侵权行为 H 是损害结果 P 的部分原因。

现实因果链条十分繁杂,并非所有与因果关系有关的条件都可以成为 INUS 条件,例如可以把易燃物品和消防喷淋失灵列为 INUS 条件,但却不能把房屋的存在、氧气的存在乃至地球的存在等无穷无尽的必要因素都列为 INUS 条件。寻找 INUS 条件必须局限在一定的领域内(称作原因域, causal field),否则将会使分析陷入无穷无尽的条件因素中而无法找到所需要的原因。如果我们要问是什么物质引发张三患间皮瘤,则原因域为张三的经历(例如职业生涯),张三患间皮瘤之前都经历了些什么以至于在经历这些之前张三没有患间皮瘤而在经历这些之后张三患了间皮瘤。只有在张三的个人经历 F 中才能找到 P 的 INUS 条件原因,例如,可能的原因为张三曾在工作中暴露于石棉污染,石棉污染是引发间皮瘤的原因,至于其他人的个人经历或其他与张三个人经历无关的条件则不属于 F。而如果我们问为何同样暴露于石棉污染,张三患间皮瘤而张三的同事们没有患间皮瘤,其原因何在? 则原

[21] *Id.*

[22] *The Oxford Handbook of Causation* 150 - 151 (Helen BeeBee, Christopher Hitchcock & Peter Menzies eds., Oxford University Press 2012). 我国学者张华夏较早对麦基 INUS 条件因果关系论进行了研究,参见张华夏:《因果性究竟是什么》,载《中山大学学报》1992年第1期,第46-54页。近期研究,参见冉奎、陈刚:《论因果关系的 INUS 理论》,载《自然辩证法研究》2015年第6期,第26-31页。

[23] 胡学军:《环境侵权中的因果关系及其证明问题评析》,载《中国法学》2013年第5期,第170页。

[24] 例如,致病因子 A 引发特定疾病 P,可能的最小充分条件集 X 为:一定的暴露量、特定的体质特征等。

[25] 例如在武汉市 2227 户梨农诉武汉市交通委员会等环境损害赔偿纠纷一案中,据华中农业大学园艺林学院的罗正荣教授介绍,“梨园周围 107 国道栽种的桧柏是致病的必要条件,没有桧柏就不可能大规模爆发梨锈病”。黎昌政、李正国:《武汉梨农状告“行道树”栽种单位案一审判决》,载新华网: http://news.xinhuanet.com/legal/2005-03/18/content_2715640.htm, 最后访问时间:2015年5月31日。根据科学研究,梨树周围必须存在桧柏,梨树才有可能患上锈梨病,因此种植桧柏是梨农梨树患病的必要条件。又如,长期暴露于石棉污染是引发石棉肺的必要原因(但却不是引发间皮瘤的必要原因)。

[26] 例如,污染物是引发养殖鱼类死亡的 INUS 条件原因,鱼类还可能因为其他原因,例如水质自然的变化,养殖技术问题等原因而死亡。

[27] 同注 23 引文,第 170 页。

因域 F 不再是张三的个人经历,而是暴露于石棉污染的张三和张三同事们之间的区别,可能的原因是张三具备某些与同事们不同的、尚未或无法被医学认知的体质条件。麦基本人并未给出原因域的精确定义,但这并不影响我们在科学研究或日常生活中使用或确定原因域,^[28]原因域的最大功能是阻止那些“没有必要关注的必要条件”进入寻找因果关系的视野。

就环境侵权因果关系而论,由于最终要寻找的是法律上的原因,因此原因域为污染者的行为而不是某种污染物质,需要问的问题是“何种行为是损害结果的原因”,而不是“何种污染物是损害结果的原因”。^[29]然而,对后一问题的回答是判断前一问题的基础,在环境污染与损害结果之间因果关系的判断上,后一问题更为关键也更为疑难,对特定污染物质与损害结果之间因果关系的判断是首先需要解决的问题。环境侵权因果关系在性质上为 INUS 条件因果,其精确含义是:“污染者的排放行为 H 是损害后果 P 的 INUS 条件原因”,然而作为该命题的前提,存在盖然性或科学不确定性的却是:“特定污染物 A 是不是引发损害后果 P 的原因”。因此,从逻辑上看,首先需要回答的是诸如“石棉污染是否是引发间皮瘤的原因”,“二噁英污染是否是引发新生儿脑瘫的原因”诸如此类存在不确定性的事实层面的因果关系问题。之后再判断污染物排放是否是被告所为,排放的污染物如何到达原告的生活环境等问题,因此被告的行为 H 与损害结果 P 之间的因果链条要长于原因物质 A 与损害结果 P 之间的链条。 $H \wedge Z \rightarrow A$,即侵权行为 H 是生活环境中存在污染物 A 的 INUS 条件原因:并非每一次排放污染物 A 的行为 H 都会引发生活环境中存在足以导致损害的污染物 A,还必须有相应的最小充分条件集 Z,例如污染物有相应渠道到达生活环境,特定的水流或气候等条件,环境容量达到承载极限等。对表示污染物与损害结果之间因果关系的公式 $A \wedge X \rightarrow P$ 进行基于侵权行为 H 的完善,有 $H \wedge Z \wedge X \rightarrow P$,即 Z, X 都是 H 引发 P 的必要条件,用 Y 替代 $Z \wedge X$ 则有 $H \wedge Y \rightarrow P$, H 是 P 的 INUS 条件原因, Y 为最小充分条件集。

以 INUS 条件因果论看待环境侵权案件,传统的必要条件论将丧失在判断因果关系上的说服力。以“梨锈病案”^[30]为例,被告种植桧柏的行为是梨树患锈梨病从而导致梨减产的 INUS 条件原因,梨树周围存在桧柏(A)是梨树患病(P)的 INUS 条件原因,最小充分条件集 X 包括:特定的气候条件,梨树品种的抗性等, $AX \rightarrow P$ 。^[31]而法院的判决却认为:“桧柏的存在仅是梨锈病发生的条件之一,而梨锈病也只是原告方梨树减产的原因之一。对于梨锈病的发病原理,相关科研部门出具的分析报告和技术咨询报告均认为仅有桧柏的存在,并不会必然发生梨锈病,……梨树的减产与桧柏并无必然因果关系。”^[32]法院对“梨树的减产与桧柏并无必然因果关系”的判断是正确的,但却不能由此推断梨树的减产与桧柏并无事实上的因果关系——梨树的减产与桧柏之间存在 INUS 条件因果关系,因此存在事实

[28] Mackie, *supra* note 17, at 250.

[29] 因此,环境侵权因果关系之判断应分为两个步骤:首先是判断“环境暴露与环境损害的因果关系”,其次则是“暴露路径的建立和验证”。参见环境保护部环境规划院:《环境损害鉴定评估推荐方法(第 II 版)》(2014 年 10 月),第 12-13 页。

[30] 同注 25 引文。

[31] 我国已通过对《环境保护法》的修订把破坏生态的行为纳入环境侵权法的调整范围。参见竺效:《论环境侵权原因行为的立法拓展》,载《中国法学》2015 年第 2 期,第 248 页。

[32] 同注 25 引文。

上的因果关系。^[33] 该案的特殊性在于,桧柏的存在是梨树患锈梨病的必要原因,在任意一组 INUS 条件集中,都必须要有“桧柏的存在”这一必要条件才可能引发梨锈病。

二、环境侵权盖然因果关系的实质

现实中,纯粹的必要条件、充分条件、充分必要条件这三种条件状态并不常见,“人们所经常面临(即重复出现)的绝大多数都是部分因果关系”,^[34]即 INUS 条件因果关系,特定环境侵权案件中的因果关系为典型的 INUS 条件因果关系,当属无疑。^[35] 然而,若跳开具体的侵权案件,不再从具体的角度说:“石棉污染是张三患间皮瘤的原因”,而是从一般的角度说:“石棉污染是人类患间皮瘤的原因”,则会出现必然性与盖然性之间的矛盾:石棉污染必然引发张三患间皮瘤,而石棉污染却只是可能在人群中引发间皮瘤。究竟是什么原因造成了描述特定事件之间关系的单称因果命题的必然性与描述类型之间关系的全称因果命题的盖然性之间的矛盾,是值得研究的问题。^[36] 这一矛盾在环境侵权中表现为一般因果关系的盖然性与特定因果关系的必然性之间的矛盾。在环境侵权案中,“一般因果关系”是指某类事件与某类损害之间是否存在因果关系,其关注污染源致害的可能性,即某种物质是否有可能引发某种损害。与之相对,“特定因果关系”则是指特定事件在事实上引起或可能引起了特定原告的特定损害,其关注的是污染源致害的现实性,即某种物质实际上造成了特定个体的损害。^[37] 根据欧美国家的经验,原告要证明环境侵权中特定因果关系的成立,其前提是要证明一般因果关系的成立,否则应承担举证不能的法律后果。我国虽尚未在立法或司法解释中提及对此概念的区分,但审判实践中,在认定因果关系存在科学不确定性的案件时,实际上已有个案按此概念区分操作。^[38] 如何理解一般因果关系(全称因果命题)的可能性与特定因果关系(单称因果命题)的现实性之间的关系?当我们说污染物与损害结果之间存在一般因果关系时,其精确含义究竟是什么?这些问题既与环境侵权一般因果关系的性质有关,也与一般意义上的全称因果命题的性质有关,本质上是一个全称因果命题与单称因果命题之间关系的问题。^[39] 为清楚地看清问题所在,首先应对一般因果关系与特定因果关系的概念进行精确的符号化:

[33] 由于我国环境侵权采用无过错归责原则,因此对于责任承担之判断完全依附于对因果关系之判断,这就造成了法院在审理案件时对于因果关系的判断过于“主观化”。法律上因果关系的判断首先考虑的并非事实上究竟是否存在因果关系,而是考虑被告究竟是否应该承担责任,之后再通过因果判断这一“调节工具”达到“说理”的目的,这种做法会产生很多与常理或科学因果关系判断相违背的判断结论。在存在事实上的 INUS 条件因果关系的基础上,于法律上的因果关系之判断,应采用相当因果关系说,桧柏的存在的确在根本上提高了梨锈病发病的盖然性,没有桧柏之存在,根本不可能发生梨锈病。因此,仅从侵权法因果关系理论的角度考虑,该案的判决是错误的。

[34] 同注 23 引文,第 171 页。

[35] 同注 23 引文,第 170 页。

[36] See Christopher Read Hitchcock, *The Mishap at Reichenbach Fall: Singular vs. General Causation*, 78 *Philosophical Studies* 257, 257-291 (1995).

[37] 陈伟,同注 1 引文,第 128 页。

[38] 例如在我国“垃圾焚烧第一案”的二审判决中,法院认为“在涉及人身健康损害的环境侵权案件中,由污染者就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任的前提是污染行为有导致损害结果发生的疫学上的因果关系,这一因果关系须是普遍的、公认的结论,而不能是基于个案的、推断性的结论。”(江苏省南通市中级人民法院 2011 通中民终字第 0700 号)。这里“疫学上的因果关系”指的就是一般因果关系,只有在存在一般因果关系的前提下,才谈得上进一步判断特定受害人所受损害与特定企业排放二噁英之间是否存在特定因果关系。

[39] 对单称因果判断与全称因果判断之间的关系问题的其他解答(表现为具体事件的单称因果关系命题与表现为普遍适用的自然法则的全称因果关系,究竟哪种因果关系才是基础),参见 Christopher Read Hitchcock, *supra* note 36, at 257-291.

全称因果命题(命题 I),是对类型因果关系的判断,其逻辑形式为:对类型 T 而言,A 以概率 W 是 P 的原因,记作 $A(W) \rightarrow P$ 。命题 I 的例子:“抽烟是患肺癌的原因”,对这一命题进行精确化,其实际意思是“对人类(T)而言,抽烟(A)有可能(可能性为概率 W, W 只是代表可能性参数,并不一定可以进行精确的量化)是患肺癌(P)的原因”。^[40]

单称因果命题(命题 II),是对个体因果关系的判断,其逻辑形式为:对个体 t 而言,当存在条件 X 时,A 是 P 的 INUS 条件原因,记作 $AX \rightarrow P$ 。命题 II 的例子:“抽烟是张三患上肺癌的原因”,对这一命题进行精确化,其实际意思是“对张三(t)而言,当存在例如不规律生活及遗传因素等最小充分条件集(X)时,抽烟(A)是患肺癌(P)的原因”。

现在我们可以更为清楚地看到问题所在:命题 I 与命题 II 都是对因果关系的判断,既然 INUS 单称因果关系的逻辑仍然是基于必要、充分、充要等必然条件,为何在全称因果关系命题 I 中却出现了并不符合必然性要求的概率参数 W?^[41] 本文认为,解决这一矛盾的关键即在于认清概率 W 与最小充分条件集 X 的关系。

全称因果命题“对人类 T 而言,抽烟(A)可能(以概率 W)引发肺癌(P)”表明:第一,存在一些单称因果命题,其值为真,即的确有些个体是因为抽烟而患肺癌,对这些个体而言,抽烟是患肺癌的 INUS 条件原因(抽烟这一行为单独不足以导致肺癌,显然还必须与其他一些条件 X 共同组成一组患肺癌的充分条件)。如果根本没有任何人类个体会因为抽烟患上肺癌($W = 0$),则全称因果命题不成立。第二,抽烟在人类(T)中引发肺癌的概率之所以为 W,是因为对因抽烟引发肺癌的个体而言,^[42] 其具备 INUS 条件中的最小充分条件集 X;对虽然抽烟但并没有因此患上肺癌的个体而言(其概率为 $1 - W$),其不具备 INUS 条件中的 X(或是具备 $-X$),显然,对于以概率($1 - W$)出现的单称因果命题的除外情况也属于全称因果命题的真值范围,这说明了全称因果命题与单称因果命题并非普遍与特殊、共相与殊相之间的关系。

对抽烟的例子进行一般符号化分析可得,如果条件 A 是在集合 $T(t_1, t_2, t_3 \dots)$ 中引发结果 P 的一般原因,则(1)在 T 中至少存在一个元素 t_n ,对 t_n 而言,A 是 P 的 INUS 条件原因;(2)设 A 在 T 中引发 P 的概率为 W_1 ,T 中具有最小充分条件集 $X(x_1, x_2, x_3 \dots)$ 的元素占总元素的比例为 W_2 ,则有 $W_1 = W_2$ 。

由此可见,存在概率问题的并非因果关系,而是条件 X 在 T 中的分布。全称因果命题只是在无法确定单称因果命题中 X 分布的情况下为实用目的构造出来的概念工具,其重要意义在于在信息不完备的情况下,可以用统计学概率的方法避开对单称因果命题的直接判断,对于信息不完备下有效率的预测、判断因果关系有重要的现实意义。全称因果关系本身并非真正的因果关系,全称因果命题只是用来判断单称因果命题的方法。全称因果命题与单称因果命题并非普遍与特殊之间的关系,全称因果命题只是构造出来用以表明单称因果命题是否成立的概念工具。单称因果命题的共相不是表明可能性的全称因果命题,而是所有单称因果命题“A 在具备最小充分条件集 X 的 T 元素中引起 P”的集

[40] 除了用可能性 W 来表示一般因果关系的盖然性之外,还可以用相对危险度 RR 来表示一般因果关系的盖然性,即“对人类(T)而言,抽烟(A)提升了患肺癌(P)的可能性,其相对危险度为 RR”。相对危险度 RR(relative risk)是流行病学队列研究中暴露组的发病率与非暴露组的发病率之间的比值,这一比值可以用来衡量暴露与疾病之间的关联强度。参见王建民主编:《流行病学》,人民卫生出版社 2008 年版,第 54 页。

[41] 在 A 不需要 X 而直接是 P 的充分条件原因时,即 $A \rightarrow P$ 时,可以通过三段论由全称因果命题直接推导出单称因果命题,此时的全称因果命题才是真正意义上的全称因果命题,是所有单称因果命题的集合,此时 W 为 100%,不存在盖然性问题。

[42] 并非所有的肺癌都是由抽烟引发的,此处概率 W 仅指由抽烟在人群中引发肺癌的概率,下文 W 皆指因原因 A 在集合 T 中引发结果 P 的概率。

合,即只有当 $W1 = W2 = 100\%$ 时,全称因果关系才是单称因果关系的共相。

因此,可以把类似于“抽烟是引发肺癌的原因”“暴露于石棉污染是引发间皮瘤的原因”之类隐含盖然性的全称因果命题称为“不真正全称因果命题”,而把“抽烟在具备条件 X 的情况下(必然)是肺癌的原因”“暴露于石棉污染在具备条件 X 的情况下(必然)是间皮瘤的原因”之类明确指出最小充分条件集 X 并剔除了盖然性的命题称为“真正全称因果命题”。以石棉污染与患间皮瘤之间的关系为例,不真正全称命题“石棉污染是患间皮瘤的原因”的真正含义是,当石棉污染 A 与最小充分条件集 X 同时具备时, A 是患间皮瘤 P 的充分原因,这是必然因果关系,不存在盖然性的问题。而由于最小充分条件集 X 在普通人群中并不经常具备,因此暴露于石棉污染并不经常引发间皮瘤,暴露于石棉污染引发间皮瘤的概率 W1 等于 X 在人群中的分布概率 W2。暴露于石棉污染与患间皮瘤之间存在一般因果关系表明:(1)经科学研究证明,石棉污染是某些个体患间皮瘤的 INUS 条件原因;(2)虽无法确知最小充分条件集 X 的全部具体内容(例如易感个体的体质特征),但可以确定条件集 X 中的某些元素(例如易感个体的体质特征)以一定的盖然性(概率为 W2)分布在人群中,这一盖然性解释了因暴露于石棉污染而患间皮瘤之盖然性其概率之所以为 W1 的原因。

之所以会存在不真正全称因果命题,是因为在一些案例中无法或很难确定 X 在 T 中的分布,那么反过来说,如果可以根据日常经验或已知科学理论确定 X 的分布和内容,则不真正全称因果命题将失去实用价值。为进一步说明问题,考查如下三组命题:

I. 不真正全称因果命题:从 10 楼跳下是致人死亡的原因。

单称因果命题:从 10 楼跳下是甲死亡的原因。

单称陈述:乙从 10 楼跳下,没有死亡。

II. 不真正全称因果命题:服用砒霜是致人中毒的原因。

单称因果命题:服用砒霜是甲中毒的原因。

单称陈述:乙服用了砒霜,乙没有中毒。

III. 不真正全称因果命题:石棉污染是人类患间皮瘤的原因。

单称因果命题:甲暴露于石棉污染,甲患间皮瘤。

单称陈述:乙暴露于石棉污染,乙未患间皮瘤。

与第 I、II 组命题中的不真正全称因果命题相比,第 III 组命题的不真正全称因果命题有三个特征:第一,概率较小。几乎所有从 10 楼坠下的人都会死亡,几乎所有服用一定量砒霜的人都会中毒,但却只有少量暴露于石棉污染的人会患间皮瘤。在前两组命题中,一般因果关系是作为背景知识存在的,没有作为特定知识被提起的必要:一般情况下从 10 楼坠下的人会死亡,一般情况下服用砒霜的人会上毒,这些都是大概率事件,现象与现象之间的联系表现出典型的恒常的连续性。而在第三组的不真正全称因果命题中,现象与现象之间的联系并没有表现出恒常的连续性,而是表现为较小的盖然性。现象之间的恒常的连续性被概率数值的恒常性所取代。这似乎与“因果关系表现为现象之间的恒常连续”相矛盾,然而,一旦把一般因果关系视为只是为判断真实的特定因果关系所构造的概念工具,这一矛盾也就不存在了。第二,现象与现象之间的盖然联系不能直接通过日常经验观察予以确认,而必须借助流行病学统计学等科学手段予以确认。需要事先单独就“一般因果关系”进行判断的现象之间的联系往往具有累积性、潜伏性、科技性,无法单独就某一个个案直接从个案层面上确定特定因果关系的存在。从 10 楼跳下死亡和服用砒霜中毒,就特定的个案而言,可以不需要借助于一般因果关系对盖然性的确认而直接从生物学或其他与特定因果关系有关的学科乃至日常经验中找到原因。然而如果不能从科学理论或科学证据的层面确定间皮瘤的一般发病原因,仅凭对病患个体的诊

断,无法确定发病的特定原因。当然,在确定了间皮瘤发病的具体病理机制之后,现在已经可以确定间皮瘤的具体发病原因为暴露于石棉污染。第三,最重要的特征在于现实疾病的致病机理十分复杂,甲患间皮瘤的最小充分条件集 X(基因、体质、性别、年龄、其他疾病等)或乙未患间皮瘤的最小充分条件集 $\neg X$ 无法或难以由经验或科学确定。而从 10 楼跳下的甲如果没有死亡,则一定可以找出没有死亡的阻碍条件 $\neg X$ (例如被晾衣架挡住,落点安放了消防气垫等),服用大量砒霜的乙没有中毒,也一定可以找出没有中毒的阻碍条件 $\neg X$ (例如服用解药或及时呕吐出等),但暴露于石棉污染中的丙没有患上间皮瘤,则难以准确找出没有患病的条件 $\neg X$ 。为免除对 X 或 $\neg X$ 确定的困难,在无法或难以确定 X($\neg X$)的条件下仍可以在一般意义上预测或处理因果关系问题,才有提出以概率表示的不真正全称因果命题(一般因果关系)的必要。如果对于每一个暴露于石棉污染患间皮瘤的病人都可以清楚明确地从生物学或病理学层面表明其致病原因系石棉污染,对于每一个暴露于石棉污染没有患间皮瘤的病人都可以清楚明确地从生物学或病理学层面确认其未致病的阻碍条件 $\neg X$,那么也就根本没有必要从流行病学的层面研究间皮瘤的发病概率问题,直接从个体的生物学层面确定特定因果关系即可。

对 X 掌握得越充分(最充分的情况是完全掌握 X 和 X 等于或接近于 0),就越不需要不真正全称因果命题,也就越不存在盖然性问题。当 X 接近于不存在时,消除 X,得到 $A \rightarrow P$, 概率 W 接近于 100%,即原因 A 单独就是 P 的充分原因,有 A 则一定有 P,盖然性转化为必然性。而当 X($x_1, x_2, x_3 \dots$)可以被充分掌握时,^[43]可以把 X 直接明确写入全称因果命题,全称因果命题由“原因 A 以概率 W 导致结果 P”转变为“原因 A 在条件 X 下导致 P”或是“原因 A 必然引起 T 中具有条件 X 的子集 T 产生 P”,转变后的真正全称因果命题已与概率无关,而是与单称因果命题同样表现为原因是结果的一个 INUS 条件:在出现 INUS 条件集 $A \wedge X$ 的情况下(即原因 A 与最小充分条件集 X 同时出现的情况下),必然出现结果 P。

需要指出的是,本文并没有否认盖然因果关系在微观(例如不确定性原理)或宏观层面(例如突现)的存在,也不反对把由充足理由律统帅的日常生活世界中的因果关系视为其盖然性为百分之百的一种盖然因果关系特例。然而,必须要明确,日常生活世界中的因果关系是严格受充足理由律制约的必然关系,其本身并不存在盖然性的问题,^[44]存在盖然性的只是成就因果关系的最小充分条件集 X 在全部样本中的分布。哲学或法学研究中把盖然性视为因果关系本身的性质的理论都混淆了因果关系与对因果关系的判断,这些理论把微观层面的盖然性因果直接移植到了对日常因果关系的理解上,才导致了因果关系理解上的矛盾:一方面,根据常识或内心确信,在生活世界的尺度内,因果关系显然受充足理由律支配,表现出无可置疑的必然性;另一方面,根据全称因果命题的盖然性理论,因果关系却又表现出盖然的性质。总之,全称因果命题并非对因果关系本身性质的描述,而只是在信息不完备的情况下判断是否可能存在单称或特定因果关系的有效的概念工具。日常世界中的因果关系本身并不具有“盖然性”特征,这不但对于单称因果命题是成立的,对全称因果命题同样如此,具有盖然性特征的全称因果命题实际上并非因果命题而是判断因果关系的方法的命题,一旦对通常理解的全称因果命题(不真正因果命题)进行基于 INUS 条件中最小充分条件集 X 的转化,就可以得到不含盖然

[43] 一般而言, X 是由不同的最小充分条件集($x_1, x_2, x_3 \dots$)组成的集合,在可能空间中不同的最小充分条件集与原因 A 的合取共同构成结果 P 的充分条件。

[44] 对其判断可能存在盖然性问题,有可能判断错了也有可能判断对了。这里讨论的盖然性就是就因果关系本身的性质而言的,并未涉及到具体的判断层面。通常所说的盖然因果理论是在信息不完备的条件下判断因果关系的方法,绝不意味着因果关系本身存在盖然性,根据唯物主义基本原理,真实的因果关系并不因为判断方法的改变而跟着改变。

性的真正全称因果命题。原因 A 与 X 的共存是结果 P 的充分条件($AX \rightarrow P$),与概率无关,与概率有关的只是 X 在可能空间中的分布概率 W,该概率等于不真正全称因果命题判断盖然性的概率。

三、INUS 条件因果关系与环境侵权一般因的判断

由于 INUS 条件因果关系范式在增加了对因果关系性质解释力的同时,又很好地把必要条件因果关系、充分条件因果关系、充分必要条件因果关系这些经典的条件论作为特例包含进自身的解释体系,因此可以将其视为对因果关系经典条件理论的“科学革命”,这类似于相对论对牛顿力学的革命。INUS 条件因果关系实际上是因果关系认识论的一种模型,这一模型虽然是基于经验而抽象出来的,但模型本身并不涉及具体的经验判断,只是提供了一种对“因果关系是什么”这一问题的范式理解。不真正全称因果命题同样只是用来预测、判断特定因果关系的概念工具,只有把这种命题形式运用到对现实因果关系的判断,为命题形式注入经验内容,才能判断命题值的真假或盖然性的程度。把不真正全称因果命题运用在环境侵权因果关系的判断上,即可以根据科学理论或科学证据来判断一般因果关系命题是否成立,一般因果关系命题通常表述为“某类污染是某类损害的原因”。只有首先确定某类污染是某类损害的“一般原因”,才能在此基础上进一步认定特定案件中原告个体的损害是否是由特定的污染所引起,从而认定是否存在特定因果关系。这种情况在传统的侵权案件中是很少见到的,传统的侵权案件并不存在一般因果关系的证明问题,而一般因果关系的证明问题恰恰是某些环境侵权案件的关键。^[45] 法院不会要求当事人证明从五楼掉下的花瓶砸中头部会增加脑震荡的可能性,当事人只需要证明自己的确被五楼掉下的花瓶砸中并的确产生了脑震荡即完成了有关因果关系的举证责任,在通常情况下,行为与损害结果之间的一般因果关系是作为不证自明的常识而存在的。然而,在环境侵权案中仅仅证明受害人曾暴露于某种污染并患上某种疾病,显然不能据此证明污染与疾病之间存在因果关系。污染与疾病之间的因果关系在很多情况下并非常识,必须通过科学证据、科学研究才有可能揭示,因此,原告必须首先证明暴露于某种污染物与患有某种疾病之间存在一般因果关系才能满足对事实因果证明的最基本的条件。^[46]

照理说,判断一般因果关系是否存在应该完全是科学领域的事情,例如只有在科学界确认了石棉污染与间皮瘤之间存在一般因果关系之后,法院才能在此基础上进一步对是否存在特定因果关系进行判断:张三患的间皮瘤是否是由甲企业的石棉污染所致。然而现实中的有些环境侵权案件往往表现为科学界本身对是否存在一般因果关系并没有达成共识,有些科学研究或证据表明一般因果关系存在,而另外一些则表明一般因果关系不存在。此时,法院必须首先对一般因果关系是否存在作出司法判断,进行事实认定,即由法律而不是科学来决定与个案相关的一般因果关系是否存在。以有毒物质污染引发疾病的侵权类型为例,^[47] 如果对一般因果关系存在科学共识,当事人只要证明该种共识的存在即可完成对一般因果关系的举证责任。而如果一般因果关系的存在与否并不存在科学共识,

[45] 陈伟,同注1引文,第129页。

[46] 《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条规定:“被侵权人根据侵权责任法第65条规定请求赔偿的,应当提供证明以下事实的证据材料:……(三)污染者排放的污染物或者其次生污染物与损害之间具有关联性。”在一般因果关系无法被常识或经验予以确定的案件中,初步证明存在一般因果关系应当是证明存在“关联性”的重要内容之一。

[47] “一般因”的概念适用于所有因果关系存在科学不确定性的情形,并不限于人身损害环境侵权,之所以以人身损害环境侵权为例,是因为美国有毒物质侵权法在这方面积累了较多可资借鉴的经验。

则当事人应提供一般因果关系存在的科学证据,由法院来认定是否存在一般因果关系。

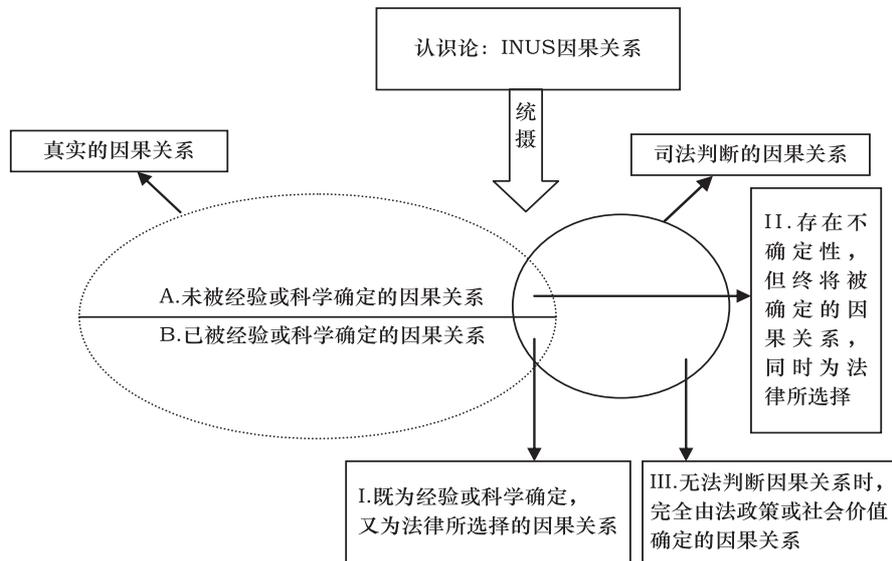


图1 对环境侵权因果关系的司法判断

判断一般因果关系是否存在,需要用到判断事实因果关系的各种理论和方法,可具体分为如下几种情况:(1)对于可以根据常识、经验作出的事实判断,可以直接确认事实上的因果关系,不需要对一般因果关系进行判断。(2)对于无法根据常识、经验作出的事实判断,但经鉴定人或专家辅助人证明已取得科学界共识的一般因果关系,可以不经进一步司法审查予以确认一般因果关系存在。例如美国的石棉诉讼案,日本的水俣病案等,科学界已经明确了石棉是导致间皮瘤的一般因,甲基汞是导致水俣病的一般原因。(3)对于既无法根据常识、经验作出事实判断,科学界虽未取得共识,但有研究表明可能存在一般因果关系的,则需要对科学证据本身进行司法审查后作出事实判断。由于是对科学证据的司法判断,难免涉及法律政策、价值判断的考量,且由于科学界本身都存在争论,因此法官作出的事实判断可能反映了真实的因果关系状态(落在区间 II),也可能没有反映真实的因果关系状态(落在区间 III)。出现这种情况的案件,大多是仅有流行病学或其他科学统计上的证据,缺乏在个案层面造成损害具体机理的证据,而科学界对流行病学证据又存在不同的看法。也唯有在此种情况下,法官才有对科学证据的证明力进行自由裁量的权力,在其他情况下,法律没有任何理由对科学或经验共识进行实质上的司法审查。此时,对于具体案件而言,是由法官而不是由科学家根据流行病学或其他科学证据来确定是否存在一般因果关系,法官在科学家尚有争议的情况下判断一般因果关系是否存在,其目的并非为了解决科学争议,而是为了在有限的时间、空间内实现个案正义。虽然此时一般因果关系的科学基础可能并不牢固,但经过法官的事实判断之后,其在个案审判中的法律基础已经牢固,可以把对具体因果关系的判断建立在这个基础之上。例如在四日市哮喘案中,法院在硫酸化合物与哮喘病之间一般因果关系尚未得到科学界共识的情况下,运用流行病学方法推定事实因果关系的存在。^[48] (4)常识、经验、科学都无法表明因果关系的,应认定一般因果关系不存在,例如在我国的垃圾

[48] 参见周江洪:《日本侵权法中的因果关系理论述评》,载《厦门大学法律评论》第8辑,厦门大学出版社2004年版,第185-222页。

焚烧第一案中,法院认为:“关于二噁英暴露与小儿脑瘫的相关性,目前国际上并无流行病学统计数据予以支持。在国际上出现的几次重大的二噁英污染事件中,亦无新生儿脑瘫发病率上升的报道。在国外有关焚化炉对人体健康影响的研究中,怀疑新生儿口面部裂、脊柱裂、尿道下裂个案的增加可能与临近焚化炉居住有关,但并无脑瘫病例增加的现象。”^[49]并因此判断一般因果关系不存在。

就最为疑难也最值得讨论的第(3)种情况而言,认定一般因果关系除了需要统计学上有关关联性的数据之外,也离不开特定因果关系的印证。实践中对一般因果关系和特定因果关系的认定过程往往彼此交织,并非两个逻辑上独立的进程。为了深入认识一般因果关系与特定因果关系的关系,为司法判断提供参考,试描述这一复杂过程:(1)在个例中出现结果P,推测P的可能INUS条件原因A(通过流行病学、生态学等相关的科学研究方法)(2)建立A与P的统计学相关关系,例如通过流行病学的“队列研究”,^[50]在相关关系的基础上推断A是否是P的INUS条件原因,例如根据流行病学中的“希尔标准”进行推断。^[51](3)通过相关科学研究在个案上确定A是否为P的INUS条件原因,例如通过生物学层次上的基因研究。(4)为预测个体存在INUS条件因果关系建立一般因果关系工具模型:原因A在集合S中导致结果P的概率,概率即为最小充分条件集X在S中的分布概率。(5)通过一般因果关系及个体的暴露情况推定特定个体的损害结果P与原因物质A之间的特定因果关系。(6)进一步验证特定因果关系,排除其他原因。在这一过程中,需要注意如下两个问题:第一,现实中对因果关系的确定并不一定需要所有步骤,例如2010年IARC(国际癌症研究机构)把马兜铃酸(aristolochic acid)列为人类致癌物,所依靠的方法并非宏观层面的流行病学统计数据,而是科学实验室里微观层面的基因分析。^[52]因此,并不存在有关一般因果关系的判断步骤,一般因果关系直接由特定因果关系所确定,这和正常情况下由一般因果关系推断特定因果关系正好相反。第二,在存在科学不确定性的案例中,有的步骤依靠现有科学水平无法完成,例如在步骤(3)中,并非所有一般因果关系已经得到确认的原因与损害都能在个例中得到生物学上的完整证明,然而,这正是一般因果关系具有实用价值的原因所在。

四、运用INUS条件公式判断环境侵权的特定因

污染物与损害结果之间的一般因果关系既已确定,接下来则是在此基础上针对具体个案判断侵权行为与损害结果之间是否存在特定因果关系。由于一般因果命题为不真正全称因果命题,因此并不能由一般因果关系的存在直接推断特定因果关系的存在,特定因果关系是否存在,还需要判断是否存在最小充分条件集X。判断特定因果关系的过程在某种程度上就是寻找或推断X中的某些部分是否存在的过程。由于经验或科学的有限性,不可能捕获X的所有部分的信息,因此对X的证明要求根据具体情况随着个案的不同而不同。例如石棉污染既可能引发间皮瘤,又可能引发石棉肺,引发间皮

[49] 江苏省南通市中级人民法院(2011)通中民终字第0700号判决书。

[50] 队列研究是指“将某一特定人群按是否暴露于某可疑因素或按不同暴露水平分为亚组,追踪观察一定时间,比较两组或各组发病率或死亡率的差异,以检验该因素与某疾病有无因果关联及关联强度大小的一种观察性研究方法”。队列研究的结论往往表现为暴露组的发病率与非暴露组的发病率之比率的相对危险度RR。同注40引书,第39页。

[51] 希尔标准包括关联的时间顺序、关联的强度、剂量-反映关系等九条参考标准,严格说来,希尔标准只是推断一般因果关系的参考标准,而非决定标准,不满足其中的一些标准并不代表不存在因果关系,满足全部的标准也不一定代表存在因果关系。See Austin Bradford Hill, *The Environment and Disease: Association or Causation?* 58 Proc. Royal Soc'y Med. 295 (1965).

[52] See Carl F. Cranor, *Milward v. Acuity Specialty Products: Advances in General Causation Testimony in Toxic Tort Litigation*, 3 Wake Forest Journal of Law and Policy 105, 137-138 (2013).

瘤所需石棉暴露阈值很低,只需要很少的石棉污染很短的暴露时间就有可能引发间皮瘤,^[53]而引发石棉肺所需的暴露阈值则相对较高,需要较长的暴露时间和频率。因此,证明石棉污染与间皮瘤之间的特定因果关系,宜采用“任意暴露量规则”,^[54]原告只需要证明曾接触过石棉产品(最小充分条件集 X 中的一个元素),例如在含有石棉产品的工厂里工作过,即完成具体因果关系的举证责任。而证明石棉污染与石棉肺之间的具体因果关系则宜适用“劳赫曼检验法”,^[55]原告必须就暴露频率,暴露时间和暴露距离的远近(条件 X)进行举证,即石棉污染 A,和最小充分条件集 X(暴露频率,暴露时间,暴露距离为 X 中的部分元素)形成一组引发特定个体患石棉肺的 INUS 条件。如前文所述,构造不真正全称因果命题是为了解决科学或经验上无法确定最小充分条件集 X 中的某些部分的信息,此两例中,这部分信息即病患区别于其他虽然暴露于石棉污染但没有患病的人的个体体质特征(健康状况、遗传基因等无法精确确定的因素),原被告都不需要也不可能对这些信息进行证明,因此 X 的这些不确定性部分不属于需要证明的范畴。原告只要能够证明除无法确定部分之外的 X 的其他部分,就可以推定存在特定因果关系。

此外,如前文所述,与一般因果关系限于污染物与损害结果之间的关系不同,特定因果关系还涉及到对侵权行为与受害者生活或工作环境中存在的污染物之间是否存在因果关系的判断。因此,在证明一般因果关系存在的基础上,还要能够同时证明:(1)侵权行为(H)与环境中的特定污染物(A)之间存在因果关系($H \wedge Z \rightarrow A$),即 H 是 A 的 INUS 条件原因,以及(2)该特定污染物与特定损害结果之间存在因果关系($A \wedge X \rightarrow P$),即 A 是 P 的 INUS 条件原因,才能最终证明事实因果关系的存在($H \wedge Y \rightarrow P, Y = Z \wedge X$),即 H 是 P 的 INUS 条件原因。(1)与(2)之间的区分仅仅是逻辑上的,在实际案件的证明中,对这两个命题的证明,无论是证据还是推理,往往都是交织在一起的。如图 2 所示,对特定因果关系的判断逻辑上可以分为两个紧密相连的部分:

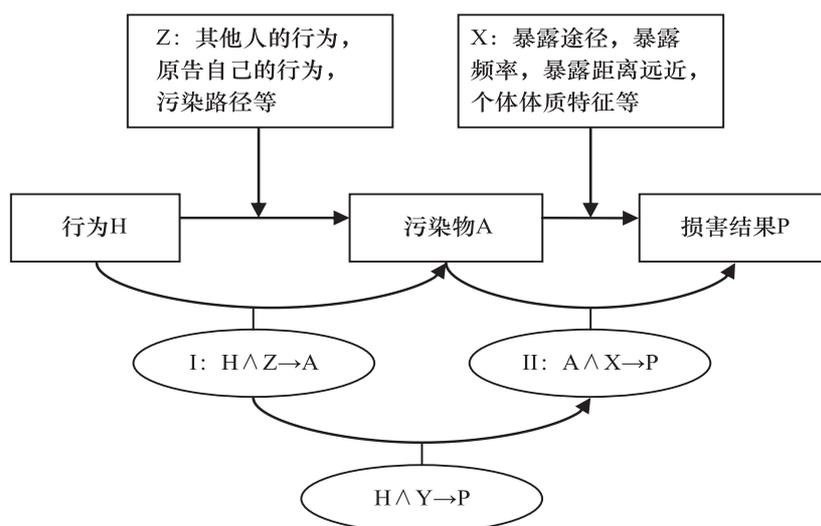


图2 环境侵权中行为与损害结果之间因果关系

[53] Chris Miller, *Causation in Personal Injury Law: The Case for a Probabilistic Approach*, 33 *Topoi* 385 – 396 (2014).

[54] *Celotex Corp. v. Tate*, 797 S. W. 2d 197 (Tex. App. – Corpus Christi 1990).

[55] *Lohrmann v. Pittsburgh Corning Corp.*, 782 F. 2d 1156 (4th Cir. 1986).

特定因果关系 I:排污行为与污染物之间的因果关系。排污行为并非都会造成生活环境中出现特定的污染物,根据 INUS 条件论,排污行为 H 必须结合最小充分条件集 Z 才是导致生活环境中出现污染物 A 的一组充分条件。最小充分条件集 Z 包括如下几种情况:第一,其他排放主体的行为。被告单独的排污行为可能并不足以导致生活环境中出现足够的造成损害的污染物质,实践中经常出现被告的排污行为与其他主体的排污行为以诸多可能共同导致损害的出现。^[56] 在这种情况下,对因果关系的判断涉及到侵权责任的具体分配,法官应根据原被告双方提供的证据根据具体案情确定被告行为事实上的原因力。^[57] 第二,原告自己的行为。如果原告自己对污染物到达生活环境存在过错,当然应当减轻被告的责任,在这种情况下,如果没有原告自己的行为,则被告的污染物不可能到达生活环境。第三,第三人的行为。如果污染物到达生活环境系第三人所为,则缺少第三人的行为,污染物也不可能到达生活环境。第四,污染物到达生活环境的途径。污染物虽然系排污者排放,然而如果污染物缺少到达生活环境的途径,则排放行为不可能造成污染,例如下游排污企业排放的污水一般而言不可能造成上游居民生活用水的污染。为平衡原被告举证能力,实践中可采用“间接反证法”^[58]降低对原告的证明要求,例如原告只需要证明上游企业排放污染物质,下游生活用水水域中含有该种物质即可,不需要证明污染物到达生活环境的具体路径,即可推定特定因果关系 I 成立。^[59] H 是 A 的 INUS 条件原因,缺少最小充分条件集 Z,被告的排污行为 H 无法单独构成污染物到达原告生活环境(A)的原因。

特定因果关系 II:污染物与损害结果之间的特定因果关系。在确定一般因果关系成立的基础上,进一步判断污染物与损害结果之间是否存在特定因果关系:特定原告的损害是否是由被告的行为所引发。一般因果关系成立,说明污染物 A 有可能引起损害结果 P,如何从一般因果关系的可能性推断特定因果关系的现实性? 经过前文的分析,现在应该清楚,这一推断过程实际上是对最小充分条件集 X 的某些部分进行证明的过程,为清楚起见,可以把最小充分条件集 X 分为需要证明的最小充分条件集 X1 和不需要也无法证明的最小充分条件集 X2,即 X(X1, X2)。X1 为与具体损害机制无关的最小充分条件集, X2 则为与具体损害机制有关的最小充分条件集。X1 只涉及特定因果关系成立的外部条件,至于在满足这些外部条件的前提下,特定因果关系是否成立,还需要看受害个体是否满足最小充分条件集 X2。然而,一般情况下,由于 X2 无法被科学或经验精确确定,因此只要原告能够证明外部条件集 X1 的存在,即可推断 X 的存在,从而推断原因物质 A 与损害结果 P 之间存在特定因果关系。例如,在确定石棉污染与患间皮瘤之间存在一般因果关系的前提下,原告只需要能够证明与暴露于石棉污染有关的最小充分条件集 X1(暴露量,暴露强度等外部条件)存在,即可推定特定因果关系

[56] 竺效:《论无过错联系之数人环境侵权行为的类型》,载《中国法学》2011年第5期,第97-112页。

[57] 《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定:“两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害,被侵权人根据侵权责任法第11条规定请求污染者承担连带责任的,人民法院应予支持。两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害,被侵权人根据侵权责任法第12条规定请求污染者承担责任的,人民法院应予支持。两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,部分污染者的污染行为足以造成全部损害,部分污染者的污染行为只造成部分损害,被侵权人根据侵权责任法第11条规定请求足以造成全部损害的污染者与其他污染者就共同造成的损害部分承担连带责任,并对全部损害承担责任的,人民法院应予支持。”

[58] 参见侯茜、宋宗宇:《环境侵权因果关系理论中的间接反证说》,载《西南民族大学学报》2008年第10期,第211-215页。

[59] 如果被告对此能够提出反证,则可以认定不存在因果关系,《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第7条第2款规定:“污染者举证证明下列情形之一的,人民法院应当认定其污染行为与损害之间不存在因果关系:(二)排放的可造成该损害的污染物未到达该损害发生地的。”

存在,而不需要证明为何自己患上间皮瘤而同样暴露于石棉污染的其他人没有患上间皮瘤,因为这涉及不同个体的无法确定的体质特征(X2)和具体的医学或生物学上复杂甚至不确定的致病机理。一般因果关系的实用价值就是为了减轻推断特定因果关系所需要的证据负担,证明特定因果关系的完整过程应为: $AX = AX1 \wedge AX2 \rightarrow P$,然而在一般因果关系成立的情况下,推断过程可简化为 $AX1 \rightarrow P$ 。

在完成事实层面的一般因果关系和特定因果关系的判断之后,可以进入到因果关系判断的最后一步,即在事实因果关系的基础上,判断是否存在法律上的因果关系。^[60]众所周知,法律上因果关系之判断深受法政策或社会价值选择的影响,存在事实上的因果关系并不一定表明存在法律上的因果关系,在此意义上,法律因果关系的本质并非因果关系而是对因果关系的法律选择,无论采用“相当因果关系说”^[61]还是“可预见说”^[62],都不影响法律因果判断系价值选择的根本性质。例如,在“银狐案”中,根据 INUS 部分因果关系论,飞机噪音是银狐死亡的 INUS 条件原因,事实上的因果关系十分明显,然而法院却认为“原告饲养的银狐因飞机噪音受惊而咬死幼狐源于动物本身的极度敏感性,与被告行为无因果关系”。^[63]本文认为,随着生态文明建设的推进 and 环境保护观念的深入人心,对环境侵权法律因果关系的选择标准应逐步向事实因果关系靠拢,尤其是在涉及到人身损害的案件中,如果可以确定存在事实上的 INUS 条件因果关系(而不需要是传统的充分必然因果关系),且可以认定确实存在污染,就应该承认存在法律上的因果关系。至于承担责任的多少,如果损害系由单个污染者造成,可根据具体案情并考虑政策因素综合确定;如果损害系由两个以上污染者造成,则应根据每个污染者造成损害的原因力的大小和具体案情并考虑政策因素综合确定。^[64]

五、环境侵权因果关系诸理论与方法的适用范围

通过研究 INUS 条件因果关系理论及其在环境侵权中之应用,可以发现,有关环境侵权因果关系的不同理论或方法是针对环境侵权因果关系的不同层面,根据判断过程中的不同需要而分别发展出来的,这些理论之间具有相对独立的分工领域,分别用来处理判断过程中不同节点上的不同问题。虽然最终只有通过对这些理论的综合理解与运用才能正确判断疑难环境侵权案件中的法律因果关系究竟是否存在,然而首先需要厘清不同理论或方法之间的界限,把握彼此之间的关系。

本文认为,对如下两个相互联系但却相对独立的概念未加区分,是造成对环境侵权因果关系诸理

[60] 对环境侵权因果关系判断最为重要的是对事实因果关系的判断,绝大多数的因果关系的理论和方法都是针对事实上的因果关系判断而提出的,这与传统侵权因果关系判断的重点在诸多已经确定的事实条件中选择法律上的因果关系有很大不同。事实上的因果关系和法律上的因果关系之区分标准,并非看因果关系是否由法院认定,实际上,即便事实上的因果关系也是由法院认定的。例如,在一般因果关系的认定存在科学不确定性的情形下,由法院认定一般因果关系是否存在,属于事实认定的领域,即便一般因果关系的存在已经取得科学共识,仍需由原告举证(专家证言)加以证明,由法院认定。因此,事实上的因果关系与法律上的因果关系之区分标准,其关键不在于由谁来认定,而在于看待因果关系的视角是事实的视角还是法律的视角。一般因果关系和特定因果关系关涉的是污染物与损害之间的关系,这一关系显然是事实上的关系,与法律无关,即便不是由法院来认定,也可以由其他主体(例如鉴定人)从客观视角加以判断。当认定一般因果关系和特定因果关系在事实上已经存在之后,再从法律的角度判断特定因果关系是否属于法律上的因果关系,这才是专属法官的法律视角。

[61] 叶金强,同注 11 引文,第 34 页;同注 23 引文,第 173 页。

[62] 邹雄:《论环境侵权中因果关系的认定》,载《中国政法大学学报》2010 年第 2 期,第 83 页。

[63] 叶金强,同注 11 引文,第 44 页。

[64] 例如,《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 4 条规定:“两个以上污染者污染环境,对污染者承担责任的大小,人民法院应当根据污染物的种类、排放量、危害性以及有无排污许可证、是否超过污染物排放标准、是否超过重点污染物排放总量控制指标等因素确定。”

论产生认识混乱的主要原因之一:(1)因果关系本身的性质;(2)判断因果关系是否存在的方法。虽然 INUS 条件部分因果关系理论对如何从事实或法律上判断因果关系有指导、统摄作用,但不能直接用部分因果关系论来作为判断因果关系是否存在或者因果关系链条是否完整的方法;反之,也不能用判断因果关系是否存在的经验或法律方法来界定因果关系的性质。^[65] 就因果关系本身的性质而言, INUS 条件因果关系理论适用于对环境侵权乃至整个侵权因果关系的本质特征的认识,是认识论层次的理论,是理解环境侵权因果关系性质的范式理论。然而范式只是观察、理解某一问题的整体图景,仅仅依靠范式无法判断现实的因果关系究竟是否存在。依靠机械物理学范式无法制造出具体的内燃机,制造内燃机需要物理学、材料学、化学等具体的经验知识和达到一定水平的生产工艺,同样,判断环境侵权法律因果关系是否存在,既需要流行病学、法医学、暴露学、生态科学、环境科学等经验科学对因果关系的研究,也需间接反证法、相当因果说等法律上的判断方法。就判断因果关系的方法而言,应该根据所需要判断的因果关系和需要解决的实际问题之不同,选择适用不同的环境侵权因果关系理论。例如,相当因果关系理论所要解决的是在产生损害结果之所有条件已经确定或可以确定的前提下,判断哪个或哪些条件才是导致损害结果的法律上的原因。间接反证法所要解决的是因果关系链条因客观原因无法完整呈现时,原告通过何种方法即可使得事实上的因果关系得以推定(原告提供部分证据即可推定因果链条的完整性)。疫学因果关系理论解决的则是在排污者排放的污染物与受害者的疾病或其他损害之间的因果关系不明确(无法获得科学界或医学界的共识)时,通过流行病学的方法判断因果关系是否存在。由于这些问题处于同一个环境侵权案件的不同过程,因此完全可以在同一个环境侵权诉讼中综合运用各种方法,并不存在使用某一种方法就要排除使用其他方法的问题。在需要综合运用各种方法解决问题的疑难案件中,不同的方法应根据“从事实判断到法律判断,从一般因果关系判断到特定因果关系判断”的原则分别适用。如果原告不能证明或法官无法推定存在事实上的因果关系,则法律上的因果关系根本无从谈起,因此适用于认定事实的判断因果关系的方法先行适用于认定法律因果关系的方法。而如果不能从一般层面证明或推定因果关系的存在,则因果关系链条是否完整也再无证明的必要,因此认定污染物与损害结果之间因果关系的方法在逻辑上先行于认定侵权行为与污染物之间因果关系的方法。各种方法的适用范围整理如下图:

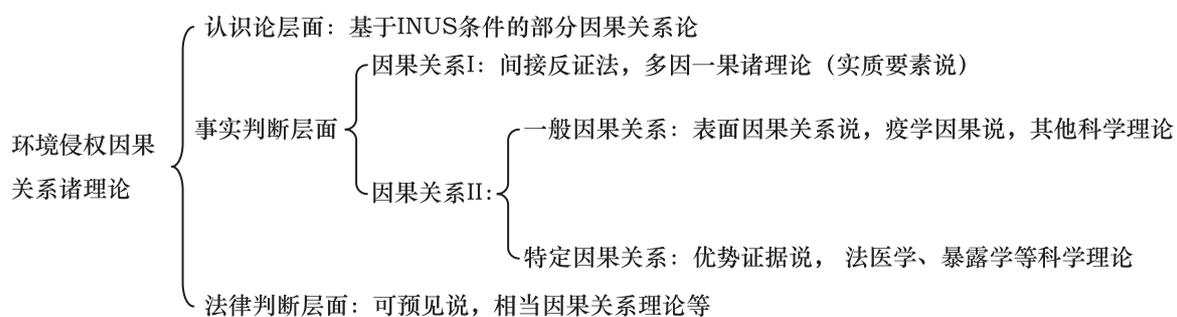


图3 基于层次和需求的环境侵权因果关系诸理论

[65] 判断因果关系是否存在的方法往往被冠以“某某因果关系理论”的名称,十分容易让人误认为该方法是一种有关因果关系本身性质的理论,例如“疫学因果关系理论”实际上是判断某种因子是否是引发特定疾病原因的具体方法,而不是对因果关系性质的界定,其背后对因果关系性质的认识仍然是 INUS 部分因果关系论。

六、结语

环境侵权事实因果关系在性质上属于部分因果关系(INUS 条件因果关系)。为判断此种因果关系是否存在,首先需要判断污染物与损害结果之间的因果关系是否存在,为此需要区分一般因果关系与特定因果关系;其次是判断侵权行为与污染物之间的因果关系是否存在。在确定已经存在事实因果关系的基础上,进一步判断是否存在法律因果关系,以完成整个因果关系的判断。在环境侵权因果关系的判断过程中,不同的理论或方法有不同的适用范围,针对不同的认识或判断需要,没有哪一个理论或方法可以单独承担所有的认识或判断任务,对环境侵权因果关系的判断需要综合适用相应理论。以 INUS 条件因果关系理论为基础,结合判断环境侵权因果关系的逻辑过程,才有可能清楚揭示环境侵权因果关系本身的性质及对其判断之诸理论或方法的适用范围。

On the INUS Causation Theory in Environmental Tort

Chen Wei

Abstract: Either in academic or practical field, there are respectable confusions of ideas about the causation of environmental tort. On the one hand, the classical sufficient or necessary condition theory could not be applied to interpret the causation in environment tort. And there are no deep researches in partial causation theory which could fit this causation type. On the other hand, lacking analysis to the applicable scope of the theories and methods which could be used to judge the causation has resulted in some misunderstandings in the relations between these theories and methods. Applying INUS condition causation theory to environmental tort field and researching the minimum sufficient condition in the causation between conduct and agent and the causation between agent and damage could not only explain the nature of the environmental tort causation but also show the right positions of all kinds of judging theories and methods in the whole judging process.

Keywords: INUS condition causation; environmental tort; general causation; epidemiological causation; partial causation

(责任编辑:倪鑫煜)

论国有企业主权豁免资格

——以美国 FSIA、英国 SIA 和 UN 公约为视角

梁一新*

摘要:近年来,随着国有企业议题的兴起,国有企业主权豁免重新成为国际社会的关注热点。美国 FSIA、英国 SIA 和 UN 公约对国有企业主权豁免资格的界定在主体地位及举证责任方面存在显著区别。尤其美国模式不但存在法理缺陷,且对中国可能产生不利影响。中国没有专门的主权豁免立法,仅仅通过外交声明等方式确定“国家绝对豁免+国企不豁免”的立场。未来应该借鉴 UN 公约和英国模式,突出国有企业主权豁免“主权利力”行使这一本质属性。同时针对美国模式对我国的不利影响,可以考虑在中美 BIT 谈判中,明示放弃国企主权豁免的方式换取国企在美国的公平公正待遇的议价空间。

关键词: 国企 主权豁免 FSIA SIA UN 公约 主权利力 BIT

一、问题的提出

近年来,美欧国家高度关注国有企业议题,国有企业主权豁免资格这一颇具历史渊源的国际法问题^[1]也正在重新成为国际社会的关注热点,^[2]不仅众多英美判例涉及这一问题,^[3]OECD 的国际投

* 工信部赛迪研究院助理研究员,法学博士。

[1] 国际法的大多数综合性论著都会阐述主权豁免问题,比如:Rebecca MM Wallace & Olga Martin - Ortega, *International Law* 140 - 143 (7th ed., Sweet & Maxwell 2013); 周鲠生:《国际法》,武汉大学出版社 2007 年版,第 190 - 196 页。中文专门论著参见:黄进:《国家及其财产豁免问题研究》,中国政法大学出版社 1987 年版;陈纯一:《国家豁免问题之研究——兼论美国的立场与实践》,三民书局(台北)1990 年版;龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》,北京大学出版社 2005 年版;近几年的英文专著,参见:Hazel Fox & Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3d ed., Oxford University Press 2013); Yang Xiaodong, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press 2012)。

[2] 近年来,欧美国家探讨国有企业主权豁免问题的学术文章比较多,包括但不限于:Phillip Riblett, *A Legal Regime for State - Owned Companies in the Modern Era*, 18 J. Transnat'l L. & Pol'y 1 (2008 - 2009); Andrew Dickinson, *State Immunity and State - Owned Enterprises*, 10 Bus. L. Int'l 97 (2009); Tom McNamara, *Foreign Sovereign Immunity During the New Nationalization Wave*, 11 Bus. L. Int'l 5 (2010); Tai - Heng CHENG & Ivo ENTACHEV, *State Incapacity and Sovereign Immunity in International Arbitration*, 26 SAeLJ 942 (2014)。

[3] 仅美国法院涉及中国国有企业主权豁免的案例包括但不限于: *Transatlantic Schiffahrtsgesellschaft GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corporation*, 204 F.3d 384 (2d Cir. 2000); *Lehman Bros. Commercial Corp. v. Minmetals Intern Non - Ferrous Metals Trading Co.*, 169 F. Supp. 2d 186 (S. D. N. Y. 2001); *Voest - Alpine Trading USA Corp. v. Bank of China*, 142 F.3d 887 (5th Cir. 1998); *Rosner v. Bank of China*, 528 F. Supp. 2d 419 (S. D. N. Y. 2007); *Animal Science Products, Inc. et al. v. China National Metals & Minerals Import & Export Corporation et al.*, No. 2: 2005cv04376 - Doc. 163 (D. N. J. 2010); *Orient Mineral Co. v. Bank of China*, 506 F.3d 980 (10th Cir. 2007)。

资工作组报告也就国家控制投资者(包含国有企业)的主权豁免问题发布专题研究报告。^[4]

但长期以来,包括国有企业主权豁免资格在内的主权豁免领域尚未形成统一的、有约束力的国际规则,其法律渊源主要是国际习惯法及法院地法。^[5]事实上,国际社会一直在试图努力达成统一的国际条约。^[6]应联合国大会要求,1977年联合国国际法委员会(UN International Law Commission)开始起草有关国家及其财产豁免方面的公约。经过多年努力,2004年12月联合国大会通过《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property,下文简称UN公约),并开放供成员方签字,但公约短期内生效可能性不大。^[7]

我国一贯采取主权绝对豁免立场,同时区分国家本身活动和国有企业活动,认为国有企业是具有独立法律人格的经济实体,不享有豁免资格。^[8]但实践中不乏中国国有企业声称自己是“国家机构一部分”,进而主张享受法院地国主权豁免。^[9]这也表明,国有企业的主权豁免资格问题,并非我国传统意义上“国家享受绝对主权豁免,国有企业不享受主权豁免”的简单主张与声明就能界定清楚的。

随着中国国有企业海外投资规模的不断扩大,国有企业经常成为国外法院被诉的主体。加之,未来我国与“一带一路”国家的交往趋于频繁,而“一带一路”沿线国家不乏像沙特阿拉伯、科威特、新加坡、马来西亚等国有经济占比很高的国家。尽管目前我国法院尚未受理过国有企业主权豁免案件,不排除将来出现此类案件的可能。此外,由于目前我国国有企业议题处于“牵一发而动全身”的特殊时期,国有企业主权豁免资格的界定应该与国有企业在反补贴中“公共机构”界定以及国有企业责任归因于国家等统一起来,形成我国国有企业主体资格界定的统一立场。基于此,有必要在比较典型国家立法和国际公约的基础上,剖析出国有企业主权豁免的本质属性。

本文首先考察《美国外国主权豁免法》(Foreign Sovereign Immunity Act,下文简称FSIA)、《英国国家豁免法案》(State Immunity Act,下文简称SIA)以及UN公约^[10]对国有企业的主权豁免资格的界定,比较三种模式之间的区别,特别是分析美国模式存在的问题。然后,本文通过案例的形式分析中国政府和国有企业关于国有企业主权豁免问题的实践与立场,并指出此类实践和立场可能存在的问

[4] D. Gaukrodger, *Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors*, OECD Working Papers on International Investment (OECD Publishing 2010).

[5] *Id.* at 5.

[6] 最早的多边努力是1976年的《欧洲国家豁免公约》,然而仅有8个国家加入该公约,包括奥地利、比利时、塞浦路斯、德国、卢森堡、荷兰、瑞士和英国。

[7] 根据公约规定,其在第30个国家批准之后生效。但目前只有28个国家签署,其中8个国家批准,公约生效难度较大。

[8] 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第72页。比如在中国与国家豁免问题的第一次接触“湖广债券案”中,1983年初,中国外交部部长吴学谦向美国递交备忘录,主张主权豁免是重要的国际法原则,以联合国宪章确认的国家主权平等原则为基础,中国作为一个主权国家无可争辩地享有司法豁免权。

[9] 比如2007年的“东方矿产公司诉中国银行案”和“罗斯纳诉中国银行案”;2010年的“动物科学产品公司诉中国钢铁公司”等案例中都有所体现。具体案例名称分别为:*Orient Mineral Co. v. Bank of China*, 506 F.3d 980 (10th Cir. 2007); *Rosner v. Bank of China*, 528 F. Supp. 2d 419 (S. D. N. Y. 2007); *Animal Science Products, Inc. et al. v. China National Metals & Minerals Import & Export Corporation et al.*, No. 2: 2005cv04376 - Doc. 163 (D. N. J. 2010)。据《美中经济与安全评估委员会贸易与投资月报》2016年6月,中国航空工业集团和中国建材集团在美涉诉案件中,再次提出国家豁免主张。

[10] 考察美国和英国的主权豁免立法,一方面是因为两国主权豁免是成文法,且英国是《欧洲国家豁免公约》的成员国,其立场也是《欧洲国家豁免公约》的最新表达;另一方面是因为两国的主权豁免立法对澳大利亚等国家的主权豁免立法以及对《UN豁免公约》的起草和文本都产生重要影响。考察《UN豁免公约》是因为尽管公约尚未生效,但公约作为统一国家豁免适用的国际条约尝试,是当前国际社会中有有关限制主权豁免的最权威表达,其已经并将持续对国际法实践以及相关国家立法和司法实践产生重要影响。比如英国已经在案例中直接引用《UN豁免公约》,如 *Jones v. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, UKHL 26, 26 (2006); [2007] 1 AC 270.

题。最后本文提出两点思考:一是未来中国应该突出国有企业主权豁免“主权利”行使这一本质属性,融合 UN 模式和英国模式,明确国有企业不是主权豁免的当然主体,只有授权行使并实际行使“主权利”时才能在具体案件中豁免;二是针对美国模式对中国国有企业的不利影响,可以考虑通过在中美 BIT 明示放弃国有企业主权豁免资格的方式换取中国国企在美的公平公正待遇。

二、美国 FSIA、英国 SIA 和 UN 公约对国有企业主权豁免资格的界定

(一)美国模式:外国政府拥有多数股份的国有企业是主权豁免的当然主体

自 1812 年美国最高法院“麦克法登诉交易号案”^[11]之后,美国法院一直坚持主权绝对豁免。此后,在最高法院审理涉及主权豁免的案件中,美国国务院的意见成为其重要的考量因素。1952 年美国国务院法律顾问泰特(Lack B. Tate)致函美国司法部(史称“泰特公函”),主张外国政府的商业行为不能享受主权豁免,表明美国政府转向限制豁免理论。^[12]但泰特公函的限制豁免理论属于行政机关的主张,法院在适用限制豁免理论过程中需要考虑行政机关的意见,这给美国法院审理案件带来不确定性和不一致性。1976 年国会通过了《外国主权豁免法案》(FSIA),以成文法的形式将限制豁免理论确定下来,使 FSIA 成为美国法院确定主权豁免的唯一依据,同时也使法院而非行政机关成为主权豁免的决定机关。

FSIA 是美国法院处理有关外国国家主权豁免的唯一法律渊源,其基本逻辑是外国国家在美国享有主权豁免资格,除非符合 FSIA 的例外情形。FSIA 第 1603 条规定,“外国”包括外国的政治分支(political subdivision of a foreign state)或者外国的代理机构或媒介(an agency or instrumentality)。其中,“外国的代理机构或媒介”是指下列任何实体:(1)独立的法人、社团或其他;以及(2)隶属外国或其政治分支的机关(organ),或其多数股份或其他所有权属于外国或其政治分支的实体;以及(3)既非美国某州公民,亦非依照任何第三国法律设立的实体。^[13]从前述条文看出,FSIA 的主权豁免主体不仅包括主权国家本身,还包括国家的政治分支以及国家及其政治分支的代理机构或媒介。FSIA 并没有区分代理机构(agencies)和媒介(instrumentalities),而是规定代理机构或媒介必须满足前述三个条件。

对于第一个条件,根据美国 FSIA 的立法报告,“独立的法人或社团”的本意是要包含一个公司、协会、基金会或者任何其他实体,其根据外国国家法律设立,并可以自身名义起诉或被诉,拥有独立财

[11] See *The Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812). 马歇尔大法官在判决中写到:国家在其领土范围内的管辖权必须是绝对和排他的。只有国家自己才能加以限制。任何来自外界的限制,都意味着是对主权的削弱。

[12] Letter from Jack B. Tate, Acting Legal Advisor for the Secretary of State, to Philip B. Perlman, Acting Attorney General (May 19, 1952), in *Changed Policy Concerning the Granting of Sovereign Immunity to Foreign Governments*, 26 Dep't St. Bull. 969, 984-85 (1952).

[13] 其原文如下:

(a) A “foreign state” ...includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).

(b) An “agency or instrumentality of a foreign state” means any entity—

(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and

(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and

(3) Which is neither a citizen of a State of the United States ..., nor created under the laws of any third country.

产,并可以自己名义缔结条约。^[14] 在司法实践中,美国法院会考察“该实体的核心功能是政府性的还是商业性的”,如果是“政府性的”,则该实体不被认为是“独立的”。^[15] 从 FSIA 的立法和实践可以看出,大部分的国有企业都符合该条件。对于第三个条件,该实体只能是依据申请主权豁免资格的外国法律建立的,不能是按照美国或者第三国家法律建立的实体。这个条件也比较容易满足,依据外国法律建立的国有企业基本都符合该条件。

需要着重分析的是第二个条件,即该实体必须是“隶属于外国或政治分支的机关,或者其多数股份或其他所有权属于外国或其政治分支的实体”。美国的判例实践对于“隶属于外国或政治分支的机关”的探讨不多,有关国有企业的主体资格界定主要集中在“多数股份或其他所有权属于外国或其政治分支”。关于多数股份,2003 年之前,有判例认为:由某一“代理机构或媒介”拥有多数股份的实体,也符合多数股份由“外国”所有,即外国国家间接多数所有也符合条件。^[16] 但 2003 年“都乐食品公司诉帕克里森案”中,美国最高法院判定:“代理机构或媒介”必须是外国国家直接拥有多数股份或其他所有权,间接所有权控制不满足“多数股份或其他所有权”的要求;^[17] “多数股份或其他所有权”,而非“控制”,是衡量“代理机构或媒介”的唯一标准。^[18] 这也就意味着,在提起诉讼时,由外国国家直接拥有多数股份或其他所有权的企业,不管其是否受到国家的控制,都符合 FSIA 第 1603 条中的“代理机构或媒介”的构成要求。

通过对“代理机构和媒介”三个条件的分析可知,大部分情形下,外国国家拥有多数股份的国有企业是 FSIA 主权豁免的当然主体,具有与主权国家本身基本相同的权利义务。FSIA 的立法报告也指出,“满足‘代理机构或媒介’的实体可能会呈现出多样的形式,包括国家贸易公司、采矿企业、航运或航空等运输机构、钢铁公司、中央银行、出口协会、政府采购机构以及其他可以自己名义行为和诉讼的部门”。^[19]

(二) 英国模式:国有企业不是英国主权豁免的当然主体

英国在第二次世界大战之前明确采取绝对豁免主义立场,二战后少数判例采纳限制豁免主义,但绝对豁免一直占支配地位。^[20] 然而到了 1975 年的“泰欧淀粉供应有限公司诉农业产品董事会案”,不同法官之间就是否实行限制豁免主义产生分歧。^[21] 限制豁免主义和绝对豁免主义的分歧一直持续到 1978 年英国议会通过《国家豁免法案》(SIA),该法案确定了英国法院在管辖和执行方面的限制豁免主义立场。^[22]

SIA 共 3 编 23 条。第 1 条规定,外国国家不受联合王国法院的管辖。第 2 条到第 11 条规定了外

[14] 原文为: The concept is intended to include a corporation, association, foundation or any other entity which, under the law of the foreign state where it was created, can sue or be sued in its own name. See H. R. REP. No. 94-1487, 15 (1976), as reprinted in 1976 U. S. C. C. A. N. 6604, 6614.

[15] *Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana*, 30 F.3d 148, 151 (DC Cir. 1994); *Garb v. Republic of Poland*, 440 F.3d 579, 591 (2d Cir. 2006).

[16] *In re Air Crash Disaster Near Roselawn*, 96 F.3d 932, 939-41 (7th Cir. 1996).

[17] *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468, 473-476 (2003).

[18] *Id.* at 477.

[19] H. R. REP. No. 94-1487, 15-16 (1976), as reprinted in U. S. C. C. A. N. 6604, 6614.

[20] 龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》,北京大学出版社 2005 年版,第 84 页。

[21] 同注 20 引书,第 85 页。

[22] 同注 20 引书,第 87 页。

国国家享受主权豁免的例外。第14条界定了主权豁免的主体,其中第14条(1)款规定,享有豁免权与特权的国家包括:主权国家本身;该国行使公职的君主或其他元首;该国政府以及该国政府各部。该条特别规定,享有主权豁免资格的“国家”不包括同该国家政府行政机构有别并具有起诉、被诉能力的任何实体(以下称“独立实体”)。SIA第14条(2)款进一步规定,独立实体只有在满足如下两个条件时,才享有主权豁免资格:(1)诉讼涉及该独立实体行使主权利力的行为;(2)并且外国国家于同样情形下可享有豁免。^[23]

根据SIA第14条,包括国有企业在内的“单独实体”不是SIA下的主权豁免的主体。但是当“独立实体”满足一定条件时,也有权享有主权豁免资格,同时享受一定的诉讼程序特权。根据14条(2)款规定,当“独立实体”行使主权利力,并且在同样情形下,国家本身也可以享有豁免时,“独立实体”具有主权豁免资格。

第一个条件是独立实体必须行使主权利力。英国SIA并没有对主权利力进行进一步界定,实践中法院会根据国际习惯法区分主权行为和私法行为。在英国上议院“*I Congreso del Partido*”一案中,上诉法官 lord Wiberforce 认为:“仅仅存在政府目的或动机并不能使私人的非主权行为转化为主权行为;在识别行为的属性时,应该从行为的整体大背景(whole context)出发,识别其是主权行为还是私法行为”。^[24]这意味着,英国法院不是简单通过“行为性质”或者“行为目的”来判定是主权行为还是私法行为。在英国上议院另一案件“*Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.*”中,上诉法官 Lord Goff 认为:“主权行为意味着该行为本身只能是政府管理行为,而非私人主体都可以从事的行为;一个实体仅仅基于政府或者国家的指示从事的行为不一定就是主权行为,因为该行为本身可能不具有主权行为的性质”。^[25]这意味着,在英国SIA框架下,行为的主权利力属性是判定“独立实体”是否具有主权豁免资格的先决条件,而非像美国一样不考虑行为的主权属性直接基于股权将国有企业视为主权豁免主体。

[23] 其英文原文为:States entitled to immunities and privileges.

(1) The immunities and privileges conferred by this Part of this Act apply to any foreign or commonwealth State other than the United Kingdom; and references to a State include references to—

(a) the sovereign or other head of that State in his public capacity;

(b) the government of that State; and

(c) any department of that government, but not to any entity (hereafter referred to as a “separate entity”) which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued.

(2) A separate entity is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom if, and only if—

(a) the proceedings relate to anything done by it in the exercise of sovereign authority; and

(b) the circumstances are such that a State ……would have been so immune.

[24] *I Congreso del Partido*, 1 AC 244, 64 ILR 307 (1983). 原文为:The activities of states cannot always be compartmentalised into trading or governmental activities. A state may have displayed both a commercial and a sovereign or governmental interest. The court or tribunal must ask To which is the critical action to be attributed? The mere existence of a governmental purpose or motive will not convert what would otherwise be a private, non – sovereign act into a sovereign act. In characterising the acts on which the claim is based, the court must consider the whole context in which the claim against the state is made, with a view to deciding whether those acts should, in that context, be considered as fairly within an area of activity, trading or commercial, or otherwise of a private law character, in which the state has chosen to engage, or whether the relevant acts should be considered as having been done outside that area, and within the sphere of governmental or sovereign activity.

[25] *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Co.*, 1 WLR 1147, 1161 (Lord Goff 1995). 原文为:The ultimate test of what constitutes an act jure imperii is whether the act in question is of its own character a governmental act, as opposed to an act which any private citizen can perform. It is not enough that the entity should have acted on the directions of the state (ie, literally with the authority of the sovereign), because such an act need not possess the character of a sovereign act.

第二个条件是在相同情形下主权国家本身也具有豁免资格。该条件意味着,当存在英国 SIA 第 2-11 条的主权豁免例外时,^[26]“独立实体”即使行使了主权权力,也犹如主权国家一样,不能享有主权豁免资格。尽管英国法院对该要件的讨论较少,^[27]但该条的重要意义在于,当被告证明其行使主权权力时,原告还可以寻求适用主权豁免例外。

前述分析表明以商业交易为宗旨的国有企业不是 SIA 的主权豁免的当然主体。只有在满足前述两个条件时,国有企业才有可能享有主权豁免。比如前述“Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.”一案:伊拉克 1990 年入侵科威特以后,伊拉克航空公司(IAC)根据本国交通部长指令控制了科威特航空公司(KAC)的 10 架飞机。同年 9 月,伊拉克政府正式解散了 KAC。IAC 将 KAC 的 10 架飞机投入商业运营。KAC 在英国起诉 IAC,主张返还飞机并进行赔偿。IAC 在英国主张主权豁免。英国上议院终审认定,IAC 在交通部长的命令下护送 10 架飞机回国的行为是行使主权权力的行为,享受主权豁免资格;而 IAC 此后对飞机进行的商业运营并非行使主权权力的行为,不享受主权豁免资格。^[28]

(三) UN 公约:国有企业仍包含在“国家”定义中,但不被预先推定为行使主权权力

为了降低主权豁免领域法律适用的不确定性,1977 年联合国国际法委员会(UNILC)应联合国大会要求开始起草有关国家及其财产豁免方面的公约。由于公约起草之时,很多国家仍然坚持主权绝对豁免,相关利益难以协调,公约起草过程异常艰难。经过 1986 年的一读草案和 1991 年的二读草案后,2004 年 12 月联合国大会最终通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(UN 公约)。为使公约被更多国家接受,UN 公约的最终文本体现了不同国家之间,尤其是发展中国家和发达国家之间的妥协。尽管公约存在众多不足,且短期内难以生效,但考虑到公约起草过程中参与国家众多,其作为统一国家豁免适用国际条约的尝试,基本上代表了主权豁免领域的国际权威表述,必定会对国际法实践以及相关国家立法和司法实践产生重要影响。^[29]

公约明确采用限制豁免主义,除非存在条文规定的例外情形,一国本身及其财产在另一国法院享有管辖豁免。关于主权豁免的主体,公约第 2 条的“国家”包括:(1) 国家及其政府的各种机关(organs);(2) 有权行使主权权力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治分支;(3) 国家的代理机构或媒介或其他实体(agency or instrumentalities of the State or other entities),但须他们有权行使并实际在行使国家的主权权力;(4) 以国家代表身份行事的代表。^[30]

[26] 英国 SIA 的主权豁免例外包括自愿接收管辖、在联合王国履行的商业行为和契约、雇佣契约、人身伤害和财产损害、财产所有、占有及使用、专利及商标、法人等团体的成员资格、仲裁、适用商业目的船舶、增值税和关税。

[27] *Id.* at 1159. 原文为: The exclusion of acta iuregestionis by the first requirement leaves little scope for the operation under s 14 (2) (b) of the commercial transactions exception in s 3.

[28] *Id.* at 1161.

[29] 比如英国已经在案例中直接引用《UN 豁免公约》,如 *Jones v. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, UKHL 26, 26 (2006); [2007] 1 AC 270.

[30] 其英文原文为:

“State” means:

(i) the State and its various organs of government;

(ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;

(iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;

(iv) representatives of the State acting in that capacity.

UN 公约对于主权豁免主体的界定与美国 FSIA 和英国 SIA 都有所区别,但又具有一定的相似之处。如美国 FSIA 一样,对“代理机构或媒介”的界定是放在“国家”这一概念里面的,这与英国明确区分“国家”与“独立实体”不同;但与此同时,UN 公约又与英国 SIA 一样,规定“代理机构或媒介”只有在行使“主权利力”时才有资格享受主权豁免。

具体到国有企业,在美国 FSIA 的语境下,国家直接拥有多数股份的国有企业是当然的“代理机构或媒介”,也是享受国家主权豁免的当然主体。在 UN 公约下,尽管“代理机构和媒介”包含国有企业,但国有企业不应被推定为主权豁免的当然主体。根据《1991 年联合国国家及其财产管辖豁免公约草案的评注》(下文简称“《公约评注 1991》”),“‘国家代理机构或媒介或其他实体’理论上包括国有企业和国家建立的用于商业交易的其他实体。但是为了公约的目的,国有企业和其他实体^[31]不应被预先推定为授权行使政府职能。因此,作为一个规则,国有企业及其他实体也不应推定为有权援引主权豁免”。^[32] 这就意味着,与美国 FSIA 不同,在 UN 公约下,国有企业或其他实体需要承担证明其授权行使并实际行使主权利力的证明责任。UN 公约并未进一步界定“授权行使并实际行使主权利力”,但“授权”一词暗示可能需要考察国有企业在其母国法律中的资格或能力,以及其与母国的关系,“行使”一词则可能要求国有企业的行为必须有主权行为的外在表现。^[33] 同时,UN 公约第 10 条(3)款规定:“当国有企业或其他实体具有独立的法人资格,并有能力起诉或被诉以及获得、拥有或占有和处置财产,包括国家授权其经营或管理的财产,其卷入与其从事的商业交易有关的诉讼时,该国享有的管辖豁免不应受影响。”由此也更加印证,国有企业不具备当然的主权豁免资格,只有其行使主权利力时,才有可能在具体案件中享有主权豁免。

(四) 三种模式之间的区别

从前述对美国 FSIA、英国 SIA 和 UN 公约的解读可知,三者 in 界定国有企业主体资格方面至少有两个方面的区别。

一是国有企业主权管辖豁免主体地位的区别。在美国 FSIA 中,大部分股份等所有权由政府直接拥有的国有企业与外国国家本身享有基本上相同的主权管辖豁免权力,国有企业是主权豁免的当然主体;在英国 SIA 下,明确规定包含国有企业在内的单独实体不是外国国家的组成部分,不是主权豁免的主体。只有当单独实体行使主权利力时,其可以享受以自己名义拥有的衍生的豁免资格;而 UN 公约的规定则具有一定的模糊性,一方面仍然在“国家”定义中直接涵盖包括国有企业在内的“代理机构或媒介”,同时又直接在定义中规定“代理机构”只有在授权行使且实际行使主权利力时才享有主权豁免资格。尽管通过考察公约的缔约历史,国有企业或其他实体不被预先推定为授予主权利力,但 UN 公约模式对国有企业主权豁免主体的界定仍存一定模糊性,不如英国 SIA 模式的界定清晰和明确。

[31] 根据《公约评注 1991》,“其他实体”意指在例外情况下国家授予政府职能的非政府主体,比如被政府授权进行进出口许可的商业银行。原文为:The reference to “other entities” has been added on second reading and is intended to cover nongovernmental entities when in exceptional cases endowed with governmental authority. 详见:Commentary on 1991 ILC Draft Articles (Yearbook ILC (43rd Session), Volume II, Part 2), Art. 2, para. (15).

[32] 原文为:The concept of “agencies or instrumentalities of the State or other entities” could theoretically include State enterprises or other entities established by the State performing commercial transactions. For the purpose of the present articles, however, such State enterprises or other entities are presumed not to be entitled to perform governmental functions, and accordingly, as a rule, are not entitled to invoke immunity from jurisdiction of the courts of another State. 详见:Commentary on 1991 ILC Draft Articles (Yearbook ILC (43rd Session), Volume II, Part 2, Art. 2, para. (15).

[33] Andrew Dickinson, *State Immunity and State - Owned Enterprises*, 10 Bus. L. Int'l 197, 117 (2009).

二是举证责任的区别。在美国 FSIA 下,因为国有企业享有当然的主权豁免资格,因此国有企业只需要提供初始证据,证明其是政府拥有多数股份的“代理机构或媒介”基本就可以享受主权豁免。此后,证明责任转移到原告,原告要主张国有企业不能享有主权豁免,必需证明存在 FSIA 第 1605 条至第 1607 条的主权豁免例外。一般而言,国有企业要证明多数股份直接由国家控制进而证明其是“代理机构或媒介”是比较容易的,但原告要证明存在不适用主权豁免的例外情形则有一定的困难;在英国 SIA 下,由于包含国有企业在内的单独实体不是主权豁免的主体,因此国有企业需要首先提供证据证明其行为是行使主权利力的行为,且需要证明主权国家在同样情形下也有权享受主权豁免。如果国有企业不能证明,则承担不利后果,不享有主权豁免;在 UN 公约下,由于国有企业和其他实体不被预先推定为授权行使主权利力,因此,国有企业也需要首先证明其被授权行使且实际行使主权利力。但与英国 SIA 有所区别,其不用预先证明主权国家在同样情形下也有权享受主权豁免。这就意味着,国有企业在证明自身被授权且实际行使主权利力之后,证明责任转移到原告,原告想否决其主权豁免资格,则需证明存在主权豁免的例外。相比之下,英国 SIA 模式明确国有企业以自己名义享受主权豁免的条件,强化国有企业自身的证明责任,更加体现了国有企业的独立性。

(五) 美国模式存在的问题

美国 FSIA 直接将国有企业视为主权豁免的当然主体,不仅与英国 SIA 和 UN 公约存在区别,而且与国际惯例也存在一些不一致之处,在现实中会产生诸多问题。

一是将国有企业视为主权豁免的当然主体与主权豁免的本质不符。主权豁免是主权国家享有的特权,其国际公认的理论根据是“平等者之间无统治权”(par in parem non habet imperium)^[34] 这意味着主权豁免只能由主权国家或者从事主权行为的国家代理人享有。二战之后,不论是发达国家还是发展中国家,都建立起大量的具有独立法人资格的国有企业,但国家建立国有企业的主要目的并不是行使主权利力,而主要是希望国有企业以自己的名义从事商业活动,参与市场自由竞争。不考虑主权豁免主体的主权利力属性,直接将具有独立资格的国有企业视为主权豁免的当然主体与主权豁免的本质不符。

二是将国有企业视为主权豁免的当然主体与美国法院践行的承认国有企业独立性原则相矛盾。承认国有企业的独立性已经得到国际社会及美国法院的认可。联合国国际法委员会在《国家对国际不法行为责任条款草案及评注(2001)》中特别提到“国际法认可国有企业与国家是相互分离的实体,除非公司仅仅是用来欺诈或者逃避的工具。国家建立国有企业本身不是把国有企业的行为归因于国家的充分依据。”^[35] 美国在司法实践中也承认并推崇国有企业的独立地位,要求国有企业独立承担责任。比如美国最高法院早在 1983 年的 *Bancec* 案中就确认“国有企业的独立性是基本原则,‘刺破公司面纱’是例外”。^[36] 美国最高法院指出,如果美国法院不尊重不同机构之间的独立法律实体地位,

[34] 同注 20 引书,第 24 页。

[35] International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: General Commentary*, in Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. No. A/56/10 (2001) 31 at 47, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

[36] 该案的焦点问题是国家主权豁免是否影响国有企业的责任归因于国家,以及国有企业的责任归因于国家的条件。基本案情为:1960 年古巴政府设立 Bancec 银行作为官方外贸信用机构,同年 9 月 Bancec 因为信用证纠纷在美国起诉花旗银行,同时古巴政府将花旗银行在古巴的全部财产没收。随后古巴政府解散了 Bancec,将其资产转移给古巴国家银行等其他实体。花旗银行在美国提起反诉,而 Bancec 以自己是美国 FSIA 下的‘instrumentality’为由主张主权豁免。See *FNC Bank v. Banco ParaelComercio*, 462 U. S. 611, 613-615 (1983).

外国也可能会无视美国公司之间以及美国公司与其子公司之间的独立性。^[37] 本案中,美国最高法院提出否认公司独立性的两个条件:一是国家对国有企业实行了日常运营控制,以至于形成了当事人—代理人关系;二是承认国有企业独立性会导致欺诈或者不公平。^[38] 要证明这两个例外条件需要大量的事实证据,而高难度的“刺破公司面纱”标准正是美国最高法院的意图所在。由此看出,美国法院也认为随意忽视国有企业的独立性将导致很大的不确定性,并可能影响主权国家通过有效率的国有企业组织商业活动的企图。^[39] 但与承认国有企业独立性相矛盾,在主权豁免领域,美国 FSIA 又赋予国有企业基本等同于主权国家的豁免主体地位。享有独立法律地位的国有企业成为 FSIA 下当然的主权豁免主体会给法律适用带来不确定性。

三是将国有企业视为主权豁免的当然主体混淆了主权豁免主体的主权属性判定和豁免例外中的“商业活动”行为判定。在众多的主权豁免案件中,美国法院通常首先肯定国有企业等同于国家的主权豁免资格,然后再通过“商业活动”例外,以国有企业从事的行为属于商业交易为由,排除国有企业在具体案件中享受主权豁免。^[40] 由于国家设立国有企业的主要目的就是让其以独立身份参与商业竞争,因此国有企业很容易被界定为从事商业交易,从而排除其享受主权豁免。尽管大部分情况下,首先考察主权豁免的主权权力属性与仅考察“商业活动”例外会得出同样的结果。但不考虑主权豁免主体的主权属性,通过豁免例外中的“商业活动”例外来排除主权豁免适用的界定模式存在着重大的法律逻辑缺陷。

主权豁免作为“平等者之间无统治权”的反映,其主体最重要特征应该是具备国家权力属性,是国家主权的象征。因此判定一个主体是否具备主权豁免资格,应该首先考察国家豁免主体的主权权力属性,只有在国有企业行使主权权力时才具有主权豁免资格。此后,再考察是否存在主权豁免例外,包括自愿接受管辖以及从事商业交易等。美国将国有企业视为主权豁免的当然主体,此后又在具体案件中通过商业交易例外来排除豁免适用,实际上暗示了其仍然依据所有制结构界定国有企业的内在逻辑,也体现了美国社会对国有企业这一所有制形式的不信任。

四是将国有企业视为主权豁免的当然主体使国有企业处于名义优势地位。从证明责任上看,国有企业只要提供初步证据证明其是政府拥有多数股份的“代理机构或媒介”,就能被预先推定为具有主权豁免资格。原告要想否定其主权豁免资格,必须证明存在 FSIA 第 1605 条至第 1607 条的例外情形。^[41] 而实践中,原告要证明例外情形的存在是有一定难度的。以商业活动例外为例,原告必须证明商业活动与美国有联系。其具体包括三种情形:基于该外国在美国进行的商业活动;基于与该外国在别处的商业活动有关而在美国完成的行为;基于与该外国在别处的商业活动有关,而且在美国领土以外进行但在美国引起直接影响的行为。^[42] 根据美国的判例,要证明“基于”前述三种情形,需要大

[37] *Id.* at 629.

[38] *Id.* at 629.

[39] *Id.* at 626.

[40] 比如,一直到 2007 年,美国法院都将中国银行视作中国政府的组成部分,然后再通过认定“中国银行从事的行为是商业行为”来否定其在具体案件中的豁免权。参见:*Orient Mineral Co. v. Bank of China*, 506 F.3d 980, 991 (10th Cir. 2007); *Rosner v. Bank of China*, 528 F. Supp. 2d 419 (S. D. N. Y. 2007). 再比如,2010 年,美国“动物科学产品诉中国钢铁和中国五矿公司案”中,美国法院认定中国钢铁和五矿公司是当然的主权豁免主体,但因为其从事了商业活动,因而不享受主权豁免。参见:*Animal Science Products, Inc. et al. v. China National Metals & Minerals Import & Export Corporation et al.*, No. 2: 2005cv04376 - Doc. 163 (D. N. J. 2010).

[41] 28 U. S. C. §§ 1605 - 1607.

[42] 28 U. S. C. § 1605 (a) (2).

量的事实证据,加重原告的举证负担,使国有企业处于举证责任上的名义优势地位。^[43]

三、中国实践与立场

(一) 中国政府的实践与立场

中国没有主权豁免立法,有关主权豁免的立场主要是通过外交声明或者在具体案件中声明的方式体现的。比如1983年在“湖广债券案”中,时任中国外交部部长吴学谦向美国递交备忘录,主张主权豁免是国际法的重要原则,中国作为主权国家拥有无可争辩的司法豁免权。尽管众多中国学者主张实行限制豁免更符合中国利益,中国也于2005年签署了UN公约,^[44]但2011年香港法院审理的“刚果金案”则是中国在走上限制豁免道路上的倒退。^[45]

配合中国的绝对豁免主张,我国严格区分国家本身的活动和国有企业的活动,认为国有企业是具有独立法律人格的经济实体,不享有豁免资格。比如在第一起美国政府将中国国有企业视为中国政府的“烟花案”中,中国政府表示中国土畜产进出口公司作为独立主体,独自承担产品责任,以自己的名义参与诉讼,中国政府享有主权豁免,国有企业不是主权豁免的主体。^[46]

(二) 中国国有企业的实践与立场

尽管我国政府主张国有企业不享有主权豁免资格,但实践中不乏中国国有企业声称自己是“国家机构的一部分”,进而主张享受法院地国主权豁免的先例。比如,在2000年的上海贸易公司案中,法院首先确认上海贸易公司是“代理机构或媒介”,从而具有主权豁免资格。同时指出由于原告公司没能证明被告的商业活动对美国有直接影响,从而没能证明存在商业活动例外,认可上海贸易公司在本案中享有主权豁免;^[47]中国银行在1998年的案件中,就主张其享有主权豁免资格,^[48]美国法院一直到2007年的“东方矿产公司案”也仍然认为中国银行享有主权豁免资格;^[49]还比如,2010年的中美“菱镁矿反垄断案”中,“主权豁免”是中方五矿公司的抗辩理由之一,在该案中,美国法院认可五矿公司是美国FSIA定义的“代理机构或媒介”。^[50]但在后两个案件中,美国法院最终都以五矿集团和中国银行从事商业交易为理由,排除了主权豁免适用。整体而言,中国国有企业经常性地在美国主张主

[43] “基于”一词意味着引起诉因的行为与建立管辖之间的关联性要大于普通法中一般的诉因联系,参见: *Transatlantic Shiffahrtskontor GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corporation*, 204 F.3d 384, 390 (2d Cir. 2000).

[44] 我国虽然于2005年签署了主张限制主权豁免的UN公约,但从目前看,法院将UN公约视为《民法通则》第142条意义上的“国际惯例”而直接在国内法院引用尚存难度。

[45] Hazel Fox & Philippa Webb, *The Law of State Immunity* 162 (3d ed., Oxford University Press 2013). 在该案中,美国基金公司在香港法院起诉刚果金政府。刚果金政府认为其作为主权国家,享有豁免权。此观点得到初审法官的认可。上诉阶段,上诉庭坚持香港主权豁免应遵循英国普通法,主张刚果金的行为属于商业交易,不能享受主权豁免。刚果金不服上诉审判,将案件上诉至香港特区终审法院,并要求终审法院就主权豁免提请全国人大释法。2011年8月26日,全国人大常委会作出解释,认为国家豁免直接关系到国家的对外关系和利益,属于香港基本法第13条第1款的“外交事务”,中央人民政府有权决定此事项立场并在全国范围内统一实施。基于此,2011年9月8日,香港终审法院作出裁决,认定香港法院对刚果金政府无管辖权。

[46] 参见龚柏华:《中国政府及国有企业在美国法院面临的主权豁免问题分析——兼评美国Walters夫妇就“中国制造”手枪质量问题导致儿子死亡告中华人民共和国政府缺席判决执行案》,载《国际商务研究》2010年第4期,第24页。

[47] *Transatlantic Shiffahrtskontor GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corp.*, 204 F.3d 384 (2d Cir. 2000).

[48] *Voest - Alpine Trading USA Corp. v. Bank of China*, 142 F.3d 887 (5th Cir. 1998).

[49] *Orient Mineral Co. v. Bank of China*, 506 F.3d 980 (10th Cir. 2007); *Rosner v. Bank of China*, 528 F. Supp. 2d 419 (S. D. N. Y. 2007); No. 2: 2005cv04376 - Doc. 163 (D. N. J. 2010).

[50] *Animal Science Products, Inc. et al. v. China National Metals & Minerals Import & Export Corporation et al.*, No. 2: 2005cv04376 - Doc. 163 (D. N. J. 2010).

权豁免,美国法院也认可中国国有企业是FSIA项下的“代理机构或媒介”,享有基本等同于国家本身的主权豁免资格。但美国法院随后一般都会以中国国有企业从事商业交易为理由,排除主权豁免的适用。

(三)对中国政府立场和国有企业实践的反思

从中国立场看,我国关于国有企业主权豁免资格的立场主要为了配合主权绝对豁免原则,确保国有企业独立承担责任,避免责任归因于国家。但这一立场可能存在以下几个问题:

一是特殊情况下的确存在国有企业被授权履行政府职能的情形。对此问题中国立场无法准确回答和界定。特别是随着国家推动的“一带一路”战略的深入推进,众多项目落地都需依托国内国有企业。尽管国有企业主要从事商业交易,但也不排除特殊情况下被授权行使政府权力的可能,不作区分完全拒绝国有企业的主权豁免资格也不符合我国利益。

二是中国立场很难适应未来实践。随着“一带一路”战略的不断推进,“一带一路”沿线很多国家(比如沙特阿拉伯、科威特、马来西亚、新加坡等)的国有经济及国有企业的比重都非常大,不排除将来我国法院处理国有企业主权豁免案件的可能性。

三是中国立场与主权利限制豁免的趋势也不相符。尽管由于“刚果金案”,中国的限制豁免立场出现了一定的反复,但从长远趋势看,限制豁免立场更符合中国整体利益。限制豁免的主要特征是将国家行为分为享有管辖权的“主权行为”和不享有管辖权的“管理权行为”。^[51]配合限制豁免的立场,也需要对国有企业主权豁免资格作出界定,突出国有企业的独立主体地位,但当国有企业授权从事“统治权行为”时也应认可其主权豁免权。

四是中国立场不利于国有企业主体资格的统一界定。由于当前我国国有企业受到美国等发达国家的内外夹击,^[52]国有企业议题处于牵一发而动全身的状态,对国有企业主权豁免资格也需要从整体角度进行界定和统一。尽管在实践中存在一定的差别,但“国有企业主权豁免资格”与“国有企业责任归因于国家”、“反补贴中‘公共机构’界定”等都涉及到国有企业行使“主权权力”的问题,其背后蕴含的法律逻辑是一致的。对这三个领域,我们应该秉持的一致立场是:“国有企业具有独立的法律人格,其只有在被授权并实际行使了主权权力或者被国家实际控制从而成为国家代理人时,才丧失独立主体地位。多数股份由国家控制不是国有企业享受主权豁免的理由、不是国有企业责任归因于国家的理由、也不是国有企业被界定为‘公共机构’的理由。”中国对国有企业主权豁免资格的立场界定应该与“责任归因于国家”、“公共机构”界定的立场统一起来,不界定国有企业的“主权权力”属性的主权豁免立场不利于国有企业主体资格的统一解读。

从中国国有企业实践看,在某些情况下,我国部分国有企业在美国法院主张其是“代理机构或媒介”,的确避免了美国法院的管辖,在个案中获得了有利的诉讼地位。^[53]但从我国整体利益考虑,却可能产生一系列负面的不利效果:

[51] 同注20引书,第142页。

[52] 美国等发达国家一方面通过国内的国家安全审查为我国国有企业海外投资设置障碍,同时又通过TPP等新型自贸区协定对国有企业竞争中立等问题设立新规则,从而对我国国有企业发展形成内外夹击的态势。

[53] 如在2000年的“Transatlantic Shiffahrtsskontor GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corp.”案中,美国法院认可上海外贸公司的主权豁免资格。在2001年的“Lehman Bros. Commercial Corp. v. Minmetals Intern. Non - Ferrous Metals Trading Co.”案中,美国法院确认中国有色金属公司有权享有主权豁免。参见:Transatlantic Shiffahrtsskontor GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corporation, 204 F. 3d 384, 387 (2d Cir. 2000); Lehman Bros. Commercial Corp. v. Minmetals Intern. Non - Ferrous Metals Trading Co., 169 F. Supp. 2d 186, 190 - 193 (S. D. N. Y. 2001)。

一是可能会影响我国国有企业在美国的竞争环境。中国国有企业已经成为中美经贸交流中的重点议题,美国社会对中国国有企业充满警惕,不仅通过 TPP、TTIP 等新一代自贸协定加入国有企业议题来重塑国有企业规则,而且在国家安全审查、政府采购及反补贴领域也加大对中国国有企业的审查力度,使中国国有企业在美国的竞争环境并不友好。由于 FSIA 赋予政府直接拥有多数股份的国有企业当然的主权豁免资格,使得中国部分国有企业经常在美国民事案件中主张主权豁免。美国舆论普遍认为中国国有企业利用美国 FSIA 享受到普通市场竞争者无法享受到的待遇,使美国的市场竞争者陷于不利地位。比如美中经济安全评估委员会在其 2016 年 6 月的《贸易投资监测月报》中,重点关注了涉及中航工业和中国建材集团在美国主张主权豁免的问题,并对中国国有企业利用 FSIA 获得不公平竞争优势的问题表达了担忧。^[54] 然而,在大部分的案件中,美国法院尽管认定中国国有企业是主权的一部分,但随后又会通过界定其从事“商业交易”而排除其享受豁免权利。结果是中国国有企业可能并没有实际受益,反倒因为主张主权豁免而引起交易方的反感。事实上,我国国有企业在美国需要的不是名义上的主权豁免资格,而是需要美国平等对待中国国有企业,将其视为独立的市场竞争主体。美国 FSIA 赋予国有企业主权豁免资格,使得中国国有企业获得了名义上的竞争优势,导致竞争对手对中国国有企业更加警惕。^[55]

二是不利于中国对国有企业行使“主权利力”立场的统一解读。美国 FSIA 将国有企业视为主权豁免的当然主体与美国商务部将中国国有企业视为 WTO《补贴与反补贴协议》(SCM)中的“公共机构”的背后逻辑是一样,都是将“所有权”属性而非行使“主权利力”作为衡量国有企业主体资格的主要标准。主权豁免的主体和有可能实施补贴的“公共机构”的本质属性应该是行使主权利力,这种权力属性必须是一般的私法主体所不具备的。国有企业被视为主权豁免主体的前提应该是其被赋予主权利力并实际行使主权利力。然而,在 FSIA 框架下,国有企业被界定为“代理机构或媒介”的主要决定因素是“政府直接拥有多数股份或其他所有权”。“多数股份或其他所有权”,是衡量“代理机构或媒介”的唯一标准。^[56] 美国这种以所有制形式界定应该具备主权利力要素的主权豁免主体资格尽管在少数案件中使某些国有企业逃过美国法院管辖,但却给我国国有企业主体资格的整体解读带来了巨大障碍,中美双反案(DS379)^[57]就是美国此种思路和逻辑的反映。

四、思考与建议

(一)突出国有企业主权豁免资格的“主权利力”属性

鉴于中国目前有国有企业主权豁免资格立场存在的问题,本文认为有必要突出国有企业主权

[54] 中航工业的管辖权豁免问题所涉案件指的是“Global Technology, Inc. v. Yubei (Xin Xiang) Power Steering System. Co.”一案。目前该案被美国第六巡回法院发回地区法院重审,美国第六巡回法院认为中航工业作为中国政府控股的国有企业,符合“代理机构或媒介”的定义,有权享受主权豁免。中国建材集团管辖权豁免问题所涉案件指的是 MDL - 2047 Chinese - Manufactured Drywall Products Liability Litigation, 该案正在美国路易斯安那州东部地区法院审理中。中航工业和中国建材在两个案件中都主张享有主权豁免。详见: http://origin.www.uscc.gov/sites/default/files/trade_bulletins/June%202016%20Trade%20Bulletin.pdf.

[55] 美国已经有学者主张全面取消国有企业的主权豁免资格。See Phillip Riblett, *A Legal Regime for State - Owned Companies in the Modern Era*, 18 J. Transnat'l L. & Pol'y 1, 38 - 40 (2008 - 2009).

[56] *Dole*, 538 U. S. at 477.

[57] 在该案中,美方认为所有权控制是界定公共机构的主要标准,而中方认为“公共机构”应该与“国家”一样具有政府权力属性。最终上诉机构认为,界定“公共机构”的核心标准应该是“政府权力”。详见: *United States - Definitive Anti - Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, WT/DS379/AB/R.

豁免资格的“主权权力”属性。通过前文对美国模式、英国模式和 UN 公约模式的解读和比较,本文认为应该坚决抛弃美国的所有权模式,融合英国和 UN 公约模式来界定国有企业主权豁免资格,只有当国有企业被授权行使并实际行使“主权权力”时才具有主权豁免资格。

具体来说,UN 公约模式虽然相比美国模式进步很大,规定国有企业必须被授权行使且实际行使主权权力时才享有主权豁免。但在 UN 模式下,国有企业仍然在“国家”这一概念范畴之下。尽管考察联合国国际法委员会关于 UN 公约的 1991 年草案注释可知,国有企业不被预先推定为履行政府职能。但“国有企业”仍然在“国家”的定义中,未来的国际司法实践中,很可能因为举证责任而产生众多问题。英国模式则清晰得多,在“国家”定义中明确规定“单独实体”不享有主权豁免资格,将国有企业排除在主权豁免的主体之外。接着规定当单独实体“行使主权权力且在同样情形下主权国家也享有主权豁免”时,可以享受主权豁免。具体到国有企业“主权权力”的界定,英国 SIA 仅要求证明“行使主权权力”,而 UN 公约要求证明被授权行使并实际行使主权权力。与前者相比,UN 公约模式对举证责任的要求更严格。因此,授权行使并实际行使“主权权力”应成为国有企业主权豁免资格的本质属性。

(二)通过明示放弃国有企业主权豁免换取国有企业在美国的公平公正待遇

尽管中国国有企业在美国主张主权豁免,基本都被认定为国家的“代理机构或媒介”,具有主权豁免资格。在实践中,美国法院一般都会通过“商业交易”例外,排除国有企业的主权豁免。如前所述,我国国有企业表面上获得了举证责任等程序优势,但实际上并没有多少国有企业能够在个案中实际获益,反倒引起美国交易伙伴的反感,恶化国有企业在美国的竞争环境。为此,中国可以考虑在中美 BIT 谈判中,主动明示放弃中国国有企业在美国的主权豁免资格,以此为对价,换取美国公平对待国有企业在美国的投资和交易。

The Standing of SOEs in Sovereign Immunity: The Comparative Study of US FSIA, UK SIA and UN Convention

Liang Yixin

Abstract: With the including of SOEs issues in TPP and TTIP, the standing of SOEs in sovereign immunity re – attracts the attention of the international community. Significant differences about the standing of SOEs in sovereign immunity exist between the US FSIA, UK SIA and UN Convention. Especially, the US FSIA mode has a negative impact on China. China has no specific legislation sovereign immunity, only diplomatic statement which demonstrate that the state enjoys the absolute immunity and the SOEs do not enjoy immunity. China should unite the UN model and UK model to highlight the exercise of sovereign authority as the essence of the standing of SOEs in sovereign immunity. At the same time, in order to ease the negative impact of US model on China, we can try to give up the immunity of SOEs in the U. S. expressly through Sino – US BIT in order to exchange the fair and equitable treatment for the SOEs.

Keywords: SOEs; sovereign immunity; FSIA; SIA; UN Convention; sovereign authority; BIT

(责任编辑:倪鑫煜)

外国人在美国担任行政职务的宪法争议

——对美国最高法院平等保护案件的考察

邹 奕*

摘要:在美国,外国人是否有权担任行政职务是涉及平等保护的宪法议题。美国最高法院不曾否定公民身份与政治忠诚之间的基本联系,但在一定程度上接受了外国人参与公共治理、融入美国社会的诉求。在一部分案件中,最高法院采用严格审查基准,认为州法不应禁止特定外国人担任一般的非选任性行政职务;而在另一部分案件中,最高法院采用合理性审查基准,认为州法可以禁止特定外国人担任选任性行政职务以及重要的非选任性行政职务。此外,较之于州的立法,联邦立法在这一问题上得到了更高层次的司法尊让。然而,最高法院的平等保护分析存在逻辑悖论,有待于进一步完善。一方面,最高法院对于审查基准的选择完全依赖个案衡量,严格审查基准未能得到一贯坚持;另一方面,最高法院对于审查基准的适用具有明显的结果导向,相关司法论证在很大程度上徒具形式意义。

关键词:外国人 行政职务 宪法问题 美国最高法院 平等保护

一、引言

外国人在其侨居国是否享有担任行政职务的权利?换句话说,侨居国的行政职务是否可以对外国人开放?对此,包括我国在内的许多国家均持有相对消极的立场。依据主权国家对外独立和对内自治的传统法理,外国人应当被隔绝于政治共同体之外。由此推论,侨居国完全可以严格限制甚至一概否定外国人在该国担任公职的权利诉求。长期以来,主权国家的独立和自治就一直被认为是界分“公民”和“外国人”这两个概念的题中应有之义。然而,基于“无代表不纳税”(no taxation without representation)、“无代表不统治”(no government without representation)等固有观念,在侨居国接受管理、缴纳税赋甚至应征服役的外国人应该被允许选派自身的代表进入该国政府,这是其表达诉求、伸张权益的重要渠道。在全球化时代,面对上述吊诡的提问,各国不得不在主权与人权、秩序与自由、自治与共治、利己与互惠等多重价值的冲突中进行权衡,从而构建本国相关的法律制度。

作为举世公认的法治国家和移民国家,美国在外国人治理方面具有丰富且独特的法治经验。在美国,外国人能否担任行政职务既是法律问题又是宪法问题,既经过了立法部门的政治决断又经过了

* 四川大学法学院讲师,法学博士。本文系2016年度四川大学中央高校基本科研业务费研究专项(哲学社会科学)项目区域与国别研究项目“美国宪法解释方法研究——以推进我国实践为导向的考察”(skgh201607)以及四川大学美国研究中心2016年度课题国别问题“美国递解出境制度中的外国人权利保障问题研究”(ASC201601)的研究成果。学友丁晓东、李松锋、郑海平以及《比较法研究》的匿名评审专家为本文的修改提出了宝贵的意见和建议,特此致谢。

司法部门的个案裁量。经由五个标志性判决,^[1]美国最高法院较为全面地回应了这一颇具政治色彩的“楔子问题”。他山之石,可以攻玉。考察和检视美国的相关法治经验,可以为我国的相关法治实践提供借鉴。

二、平等保护:外国人担任行政职务的宪法依据

外国人能否担任行政职务是不是宪法问题?或者说,外国人能否基于《美国宪法》要求担任特定的行政职务?对此,美国最高法院以及其他法院基本上都持有肯定的立场。那么,外国人担任行政职务的宪法依据何在呢?美国最高法院将其锁定于宪法第十四修正案第一款的平等保护条款(equal protection clause)。

(一)直接文本依据的缺失

综观《美国宪法》全文,无论是宪法原文中的权利条款还是“权利法案”及其之后的宪法修正案都没有关于外国人担任行政职务的明文规定。不仅如此,宪法文本实际上排除了外国人甚至入籍公民(naturalized citizens)^[2]担任美国总统、副总统的可能性。《美国宪法》第二条第一款第五项规定,“除非生为美国公民,或者在本《宪法》批准生效时已经是美国公民,任何人都没有资格担任美国总统”。^[3]而宪法第十二修正案则规定,“根据《宪法》无资格担任总统的人也没有资格担任美国副总统”。^[4]较之于国会两院议员的任职条件,^[5]美国正副总统的任职条件更为严格。鉴于美国立国前后维护国家安全的必要性以及正副总统职位的重要性,《美国宪法》明确将本生公民身份作为正副总统的一般任职条件。^[6]由此观之,当选为美国正副总统既不是外国人的宪法权利,也不可能成为其法律权利。如果联邦立法授权外国人竞选美国正副总统反倒将构成违宪。

至于外国人身份是不是联邦行政职务的任职条件,《美国宪法》本身并未明示。但是,国会的法律、总统的行政命令以及行政机关的规章均有可能拒绝外国人担任上述职务。正是由于宪法文本语焉不详,美国最高法院方才能够而且需要对其进行解释。另外,由于《美国宪法》是联邦宪法(a federal Constitution)而非州宪法(a state Constitution),它没有限定各州州长以及其他州级行政职务的任职条件。但是,这并不意味着各州的宪法、法律以及其他立法从未将美国公民身份(U. S. citizenship)甚至本州公民(U. S. state citizenship)身份作为担任本州行政职务的前提条件。相关立法不乏其例。

[1] 这五个案件具体包括:休格曼诉杜格案(Sugarman v. Dougall)、汉普顿诉王案(Hampton v. Mow Sun Wong)、福利诉坎奈列案(Foley v. Connelie)、卡贝尔诉查维斯-萨利多案(Cabell v. Chaves-Salido)以及伯纳尔诉芬特案(Bernal v. Fainter)。

[2] 入籍公民区别于本生公民(born citizens),前者因入籍而取得公民身份,后者因出生而取得公民身份。

[3] U. S. Const. Art. II, § 1, Cl. 5.

[4] U. S. Const. Amend. XII.

[5] 担任美国国会的众议员和参议员必须分别具备七年和九年的美国公民身份。See U. S. Const. Art. I, § 2, Cl. 2 & § 3, Cl. 3. 但这里的“公民”并不限于本生公民。

[6] 根据《美国宪法》第二条第一款的规定,该宪法批准生效前加入美国国籍的非本生公民有可能担任美国的正副总统。但是,《美国宪法》是于1788年批准通过的,20世纪以后,这种可能性实际上不复存在。2004年10月5日,参议院曾就一项宪法修正案举行听证,该提案允许入籍时间较长的公民竞选总统。印裔美国学者阿基尔·阿玛(Akhil R. Amar)教授认为,《美国宪法》的文本在这一点上应该适当向非本生公民开放。See Akhil R. Amar, *America's Unwritten Constitution* 453-455 (Basic Books 2012).

(二) 平等保护条款的支持

平等保护条款列于美国宪法第十四修正案第一款之中,其字面表述是:“任何一州……在其管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以法律的平等保护。”^[7]根据该条款,“在类似情况下,政府必须如对待其他个人或群体一样对待特定的个人或群体”。^[8]在美国的司法实践中,平等保护条款堪称最为活跃的宪法条款之一。特别是自沃伦法院^[9](1953-1969)以来,美国最高法院经常以“法律的平等保护”(equal protection of laws)为由推翻政府的立法分类,这其中就包括了基于外国人身份(alienage)的立法分类。政治共同体意义上的国家不可避免地会在本国公民和外国人之间实行厚此薄彼、亲疏有别的差别对待。当其他宪法条款对外国人的救济无能为力时,平等保护条款依然可能成为法院质疑立法或执法之合宪性的“最后依据”。^[10]综观美国最高法院审理的外国人案件,大法官们通常都会依据字面规则(literal rule)将各类外国人群体纳入平等保护条款的保障对象之中。^[11]

美国学者威廉·格思里(William D. Guthrie)曾指出:“尽管有色人种遭遇的不公曾经是宪法第十四修正案得以制定的直接动因,但这并不意味着该友善的条款只向那个种族提供保障;因此,在宪法第十四修正案的守护之下,每一种族、阶级、阶层的人——不仅是公民也包括外国人曾寻求并获得保障以免受不平等法律的侵犯。”^[12]此言不虚,无论是从宪法文义来看还是修宪原意来看,^[13]平等保护条款均可及于外国人。另外,自1868年批准生效至今,该条款在司法实践中始终是外国人寻求平等保护的唯一宪法依据。这里值得一提的是,《美国宪法》的特权与豁免权条款(privileges and immunities clauses)^[14]在许多情形之下同样具有平等保护的功效。但是,外国人却无法据此条款要求法院的司法救济。就该条款的规范表述来看,享有特权与豁免权的主体仅限于联邦公民以及各州公民。^[15]根据美国最高法院的解释,特权与豁免权条款旨在规制各州对于外州人士的不利差别对待。^[16]而这里所谓的“外州人士”在外延上是有所限定的,其没有涵盖外国人。

就外国人的平等保护问题而言,平等保护条款在社会经济领域的适用明显早于其在政治参与领域的适用。从1971年的格雷厄姆诉理查森案(Graham v. Richardson)开始,最高法院明确采用严格审

[7] U. S. Const. Amend. XIV, § 1.

[8] *Black's Law Dictionary* 654 (Bryan A. Garner et al. eds., 9th ed., Thomson Reuters 2014).

[9] 作为一种英文的习惯表达,“沃伦法院”(the Warren Court)是指由沃伦(Earl Warren)担任首席大法官(the Chief Justice)时的美国最高法院。下文的类似概念均是在这个意义上使用的。

[10] 平等保护条款曾被霍姆斯大法官(Holmes, J.)称为“宪法辩论中通常的最后依据”。See *Buck v. Bell*, 274 U. S. 200, 207-208 (1927).

[11] See *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356, 369 (1886); *Truax v. Raich*, 239 U. S. 33, 39 (1915); *Oyama v. California*, 332 U. S. 633, 662-663 (1948).

[12] William D. Guthrie, *Lectures on the Fourteenth Article of Amendment to the Constitution of the United States* 110-111 (7th ed., Little, Brown and Company 1898).

[13] 笔者曾对平等保护条款的提案者原意和批准者原意进行过较为系统的探求,并未发现足够的修宪史资料可以证明:平等保护条款完全不涉及对外国人的平等保护。事实上,某些国会议员在讨论平等保护条款的草案时就认为:该修正案可以为加州的华人移民提供迟到已久的保护。See Chester James Antieau, *The Intended Significance of the Fourteenth Amendment* 237 (William S. Hein & Co., Inc. 1997).

[14] 《美国宪法》有两个“特权与豁免权条款”,分别位于第四条第二款第一项和第十四修正案第一款之中。前者规定:“每个州的公民享有各州公民的一切特权和豁免权。”后者规定:“任何一州都不得制定或者实施限制美国公民特权或豁免权的法律。”U. S. Const. Art. IV, § 2, Cl. 1 & Amend. XIV, § 1.

[15] 根据美国当代主流的法学理论和司法实践,州的公民身份是以联邦公民身份为基础的。由于外国人不是联邦公民,所以他们也不是任何州的公民。

[16] See Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law* 509-510 (3d ed., Wolters Kluwer 2009).

查基准(strict scrutiny)陆续推翻州法在社会经济领域给予外国人的不利差别对待。而事实上,外国人在社会经济领域的平等保护案件可以一直追溯到1886年的益和诉霍普金斯案(Yick Wo v. Hopkins),该案是以前外国当事人的胜诉而告终的。^[17]至于在政治参与领域,美国最高法院的司法实践起步较晚。直到1973年的休格曼诉杜格尔案,美国最高法院方才在政治参与领域开启平等保护审查。从争议焦点来看,这类案件无一涉及外国人平等投票的问题,^[18]它们所涉及的都是外国人平等担任行政职务的问题。综上所述,除了伦奎斯特(Rehnquist, J.)等极少数大法官以外,^[19]大法官们基本上都承认:外国人担任行政职务确系宪法上的平等保护问题。换言之,排斥外国人担任行政职务的立法有可能因无法通过平等保护审查而被判违宪。

(三)“反向吸收”技术的运用

平等保护条款针对联邦立法的适用存在显而易见的文本障碍:它所规制的对象仅限于各州而不包括联邦。若拘泥于这一文本主义(textualism)的解读,外国人确实无法援引平等保护条款来挑战对其不利的联邦立法。然而,为了规制联邦立法的不当差别对待,美国最高法院于20世纪60年代正式提出了“反向吸收”(reverse incorporation)的司法理论,主张将宪法第十四修正案中的平等保护条款“反向吸收”到宪法第五修正案的正当程序条款之中。这一司法技术当然离不开美国最高法院对于正当程序条款的扩张解释。应该看到,“反向吸收”理论的提出实际上反映了美国宪法的历时性发展。平等保护条款写入《美国宪法》之初,主要的平等问题当属种族平等问题。对于种族平等的主要威胁来自南部诸州而非联邦。然而,时移势易,到了20世纪中叶,最高法院发现联邦的差别对待(federal discrimination)同样有可能对特定的公民群体或外国人群体构成歧视。

《美国宪法》含有两个“正当程序条款”(due process clauses),^[20]分别位于宪法第五修正案和宪法第十四修正案第一款之中。前者规定,“任何人”“非经法律的正当程序,不得被剥夺生命、自由或财产”。后者规定,“任何一州”“非经法律的正当程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。二者各有分工,前者针对的是联邦,后者针对的是各州。经由美国最高法院的扩张解释,它们衍生出“实体性正当程序”(substantive due process)这一概念,从而得以对生命、自由和财产进行实体性保护。最高法院进一步认为,“权利法案”所保障的部分权利属于第二个正当程序条款所规定的“自由”的范畴,因而这部分权利得以对抗各州,此谓之正向“吸收”(incorporation);反之,宪法第十四修正案所保障的平等是第二个正当程序条款所规定的“自由”的一个方面,因而平等权利也得以对抗联邦,此谓之“反向吸收”。“尽管从字面上看,宪法第十四修正案的平等保护要求仅针对州行为,但司法解释使其同样针对联邦政府,将其作为宪法第五修正案中正当程序的一个方面。”^[21]换句话说,“正如宪法第十四修正

[17] See *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

[18] 由于各州的许可,从美国立国到20世纪20年代,部分外国人一直享有投票权。但是,随着各州立法的逐渐限制,外国人在20世纪20年代以后不复享有投票权。美国最高法院一方面拒绝受理关于各州禁止外国人投票的案件,称其不涉及实质性的联邦问题;另一方面则数次表示:公民身份对于投票者而言是可以被允许的资格限制。See Gerald M. Rosberg, *Aliens and Equal Protection: Why Not the Right to Vote?* 75 Mich. L. Rev. 1092, 1092, 1101 (1977).

[19] 基于原旨主义的宪法解读,伦奎斯特大法官坚决主张:平等保护条款的原初意图仅在于禁止基于种族和肤色的不当差别对待,基于外国人身份的不当差别对待不在其禁止范围之内。他断言:“没有必要具体探讨国会通过宪法第十四修正案中的公民资格条款意欲何为。修改宪法的最主要原因在于明确否决德雷德·斯科特判决。”*Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 652 (1972). 伦奎斯特大法官的这一论断确实有失偏颇。严格说来,平等保护条款的原初意图并不全然否定对外国人的平等保护。

[20] U.S. Const. Amend. V & Amend. XIV, § 1.

[21] Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law* 601 (14th ed., Foundation Press 2001).

案约束各州,宪法第五修正案的平等保护要素也约束国会”。^[22] 正是由于“反向吸收”技术在美国司法实践中的运用,外国当事人方才能够依据平等保护条款对禁止其担任联邦职务的联邦立法提出合宪性挑战,美国最高法院于1976年审理的汉普顿诉王案便是应用该技术的典型例证。

三、左右摇摆:美国最高法院的两种审查基准

面对外国人担任行政职务的宪法争议,美国最高法院既不曾借助政治问题原则(political question doctrine)回避司法审查,也并未一次性地提供彻底的解决方案。最高法院选择了一条个案衡量的司法路径,试图在宪法框架之内逐个解决具体争议,同时提出一系列司法原则。

表1 美国最高法院审理的关于外国人平等担任行政职务的宪法案件

案件名称	判决时间	涉案立法的层级	涉案立法禁止外国人担任的行政职务	针对涉案立法确定的审查基准	判决结果及投票情况
休格曼诉杜格案 (Sugarman v. Dougall) (413 U. S. 634)	1973年 6月25日	纽约州法律	纽约州竞争性文官	严格审查	对外籍当事人有利(8:1) ^[23]
汉普顿诉王案 (Hampton v. Mow Sun Wong) (426 U. S. 88)	1976年 6月1日	联邦行政规章	联邦大部分文官	严格审查	对外籍当事人有利(6:3) ^[24]
福利诉坎奈列案 (Foley v. Connelie) (435 U. S. 291)	1978年 3月22日	纽约州法律	纽约州警察	合理性审查	对外籍当事人不利(6:3) ^[25]
卡贝尔诉查维斯-萨利多案 (Cabell v. Chaves - Salido) (454 U. S. 432)	1982年 1月12日	加利福尼亚州法律	加利福尼亚州缓刑监护官	合理性审查	对外籍当事人不利(5:4) ^[26]
伯纳尔诉芬特案 (Bernal v. Fainter) (467 U. S. 216)	1984年 5月30日	德克萨斯州法律	德克萨斯州公证员	严格审查	对外籍当事人有利(8:1) ^[27]

从判决时间来看,该表所示的五个案件均是由伯格法院(the Burger Court)(1969-1986)审结的。

[22] Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 1552 (2d ed., Foundation Press 1988).

[23] 该判决维持了美国纽约南区地区法院的上一审判决。布莱克门大法官(Blackmun, J.)发表法院意见(the opinion of the Court),伯格首席大法官(Burger, C. J.)以及道格拉斯、布伦南、斯图尔特、怀特、马歇尔、鲍威尔大法官(Douglas, Brennan, Stewart, White, Marshall, Powell, JJ.)加入其法院意见;伦奎斯特大法官发表反对意见(a dissenting opinion)。

[24] 该判决维持了美国第九巡回区上诉法院的上一审判决。史蒂文斯大法官(Stevens, J.)发表法院意见,布伦南、斯图尔特、马歇尔、鲍威尔大法官加入其法院意见;布伦南大法官发表协同意见(a concurring statement),马歇尔大法官加入其协同意见;伦奎斯特大法官发表反对意见,伯格首席大法官、怀特、布莱克门大法官加入其反对意见。

[25] 该判决维持了美国纽约南区地区法院的上一审判决。伯格首席大法官发表法院意见,斯图尔特、怀特、鲍威尔、伦奎斯特大法官加入其法院意见;斯图尔特和布莱克门大法官发表协同意见;马歇尔大法官发表反对意见,布伦南和史蒂文斯大法官加入其反对意见;史蒂文斯大法官发表反对意见,布伦南大法官加入其反对意见。

[26] 该判决撤销了美国加利福尼亚中区地区法院的上一审判决。怀特大法官发表法院意见,伯格首席大法官以及鲍威尔、伦奎斯特、奥康纳大法官(O'Connor, J.)加入其法院意见;布莱克门大法官发表反对意见,布伦南、马歇尔、史蒂文斯大法官加入其反对意见。

[27] 该判决撤销了美国第五巡回区上诉法院的上一审判决。马歇尔大法官发表法院意见,伯格首席大法官以及布伦南、怀特、布莱克门、鲍威尔、史蒂文斯、奥康纳大法官加入其法院意见;伦奎斯特大法官发表反对意见。

更准确地说,这些案件都是在1973年至1984年间审结的。^[28] 根据笔者的查证,1973年以前以及1984年以后,美国最高法院几乎没有受理关于外国人担任行政职务的宪法案件。如何解释这一“前不见古人,后不见来者”的司法现象呢?一方面,1973年以前,美国最高法院关于平等保护之司法实践的发展有限。在很长一段时间内,外国人的平等保护问题一直未受到大法官们足够的关注。20世纪50年代,沃伦法院确立了“新平等保护”(new equal protection)的司法理论。由此,最高法院不仅格外关注有色人种的平等保护问题,也开始检视政府给予其他群体的不利差别对待。然而,直到伯格法院时期,大法官们才开始利用平等保护条款来逐步解决外国人担任行政职务的问题。另一方面,依据美国学者的解释,1984年以后,美国最高法院不曾再次审查州法的外国人身份分类,主要原因有二:其一是关于最高法院上诉管辖权的司法改革。国会于1988年通过的联邦法律取消了最高法院对各州最高层级法院所审案件之强制性上诉管辖的义务。^[29] “而在此前,各州大部分的外国人案件均通过强制性上诉管辖进入了美国最高法院。”^[30] 其二是各州立法的调整。“当最高法院通过一系列判决强化外国人身份作为可疑分类的定性后,各州试图避免制定有可能被推翻的立法。”^[31] 当然,以上两点理由无法解释最高法院为何鲜有审查相关联邦立法的司法实践。而在笔者看来,另外一种理由或许也可以成立,即1984年以后,有意改变相关司法理论的大法官在最高法院始终未能构成相对多数。^[32]

综观表1可知,在休格曼诉杜格尔案、汉普顿诉王案以及伯纳尔诉芬特尔案中,美国最高法院针对州和联邦的立法采用了严格审查基准,作出了对外籍当事人有利的判决;而在福利诉坎奈列案和卡贝尔诉查维斯-萨利多案中,最高法院针对州的立法采用了合理性审查基准(rational basis test),^[33] 作出了对外籍当事人不利的判决。在上述五个案件中,美国最高法院并未一以贯之地采用严格审查或者合理性审查,而判决结果也随着审查基准的变化而变化。诚然,这样一种就事论事的实用主义路径或许值得称许,但最高法院在采用审查基准上的变化使得相关的司法实践缺乏稳定性。^[34] 显然,这一模式过分地倚重经验从而忽视了基本的逻辑。那么,根据主流的司法先例以及理论学说,美国最高法院究竟应当如何选择并适用平等保护的审查基准的呢?下文将就此予以展开。

(一) 平等保护分析中的审查基准问题

相对于大陆法系的宪法理论,美国的宪法理论更加关注程序和注重经验。然而,经过法律人共同体的长期经营,美国的宪法理论在诸多实体问题上已经取得了显著的体系化成就,绝非一味地“零敲碎打”。美国最高法院经由司法实践所构建的平等保护分析框架堪称美国宪法理论体系化的代表性

[28] 这一期间,美国最高法院不仅审理了关于外国人担任行政职务的宪法案件,而且审理了关于外国人担任公立学校教师的宪法案件,如阿姆巴赫诉诺维克案(Ambach v. Norwick)。在该案中,最高法院以五比四的票数作出了对外籍当事人不利的判决。See *Ambach v. Norwick*, 441 U. S. 68 (1979).

[29] See Act of Jun. 27, 1888, Pub. L. No. 100-352, 102 Stat. 662.

[30] Jennifer Huffman, *Justice Renquist and Alienage as a Suspect Classification*, 7 *Geo. Immigr. L. J.* 845, 862-863 (1993).

[31] *Id.* at 863.

[32] 只有当四名以上的大法官投票赞成时,美国最高法院才能向下级法院发出调卷令状(the Writ of Certiorari),从而审理上诉案件。这个“四人规则”(Rule of Four)是长期持续发展并被大法官们遵守的非正式规则。参见[美]克米特·L.霍尔主编:《牛津美国联邦最高法院指南》,许明月、夏登峻等译,北京大学出版社2009年版,第145页。

[33] “rational basis test”也被译为“合理关联审查”、“合理基础审查”、“理性基础审查”或“合理依据审查”。

[34] 尽管只有区区五个案件,美国最高法院却特意采用了两种宽松有别的审查基准。从裁判第一个案件到裁判最后一个案件期间,仅有两名大法官的席位发生了更迭。相当一部分大法官主张视情况采用不同的审查基准。

成就之一。

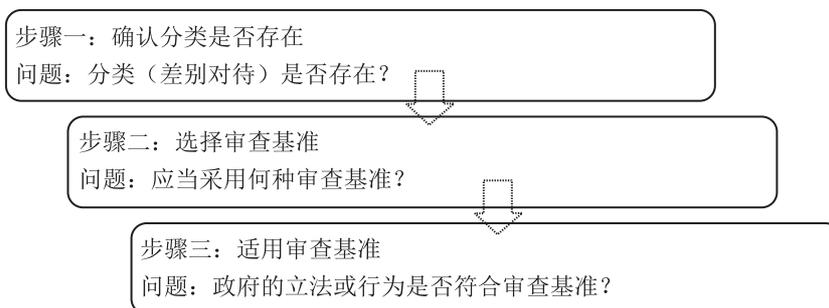


图1 美国最高法院关于平等保护的一般分析框架

作为宪法意义上的平等保护问题,特定外国人是否有权担任特定行政职务需要依次经历如图1所示的三个步骤的分析。显然,禁止外国人担任特定行政职务的立法无疑构成了基于外国人身份的分类,^[35]外国人群体因此受到了不利的差别对待。步骤一至此结束,接下来便是步骤二以及步骤三了。这里仅就二者的分析范式进行一般性介绍。

先说审查基准的确定。一旦确定政府的分类存在,法院通常会依据如下三个问题的答案确定特定分类的嫌疑程度。

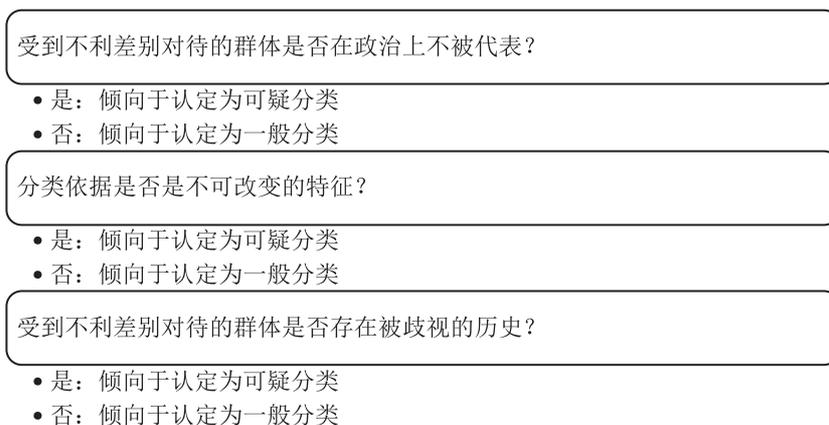


图2 美国最高法院确定分类之嫌疑程度的主要指标^[36]

关于如何确定分类的嫌疑程度,《美国宪法》并未提供现成的答案。随着司法经验的长期累积,大法官们对此进行了富有逻辑性的构建。图2所示的三个问题都在某种意义上体现了司法对于立法的

[35] 依据美国宪法的平等保护理论,政府的分类(classification)或者差别对待(discrimination)存在三种形式:其一为基于法律字面的分类(Classification on the Face of a Law)或字面上的差别对待(Facial Discrimination);其二为法律的效果或目的所造成的差别对待(Classification from the Impact or Purpose of a Law)或有意的差别对待(Discrimination by Design);其三为法律实施中的分类(Classification in the Enforcement of a Law)或有差别的实施(Discriminatory Application)。See Allan Ides & Christopher N. May, *Constitutional Law – Individual Rights: Examples & Explanations* 208–210 (6th ed., Wolters Kluwer 2013). 其中,第一种分类最为明显。而禁止外国人担任特定行政职务的立法即属于这种形式的分类。

[36] See Chemerinsky, *supra* note 16, at 720.

的谦抑和自制。问题一的逻辑在于:如果受到不利差别对待的群体在政治上已被代表,他们就完全有可能凭藉政治过程来消除这一差别;问题二的逻辑在于:如果分类依据是可以改变的特征,那么受到不利差别对待的群体就有可能通过改变相关特征来改善自身的处境;问题三的逻辑在于:如果受到不利差别对待的群体不存在被歧视的历史,那么该群体在政治、经济或观念层面就未必处于历史性的弱势地位,其争取平等待遇也就相对容易。综上所述,除非确有必要,法院不宜随意将立法分类作为可疑分类从而对其采用强度过高的审查基准。毕竟,法院是司法机关,其所能实现的仅仅是矫正正义而非分配正义。在最高法院的司法实践中,种族、宗教、祖籍国(national origin)分类往往会被认为是可疑分类(suspect classification),而性别、年龄分类则一般被认为是准可疑分类(quasi-suspect classification)。

对于可疑分类、准可疑分类以及一般分类(ordinary classification),法院将分别采用严格审查基准、中度审查基准(intermediate scrutiny)以及合理性审查基准。由此,不同嫌疑程度的分类与不同强度的审查基准一一对应。^[37]较之于准可疑分类和其他分类,可疑分类必须接受强度最高的严格审查。

表2 美国最高法院适用三重审查基准的裁量要求

审查基准	符合要求的手段	符合要求的目的(政府利益)	符合要求的手段与目的之关联	推定结果
合理性审查基准	可以是限制最大的手段(允许过大涵盖)	正当的目的	合理的关联:手段不必完全达成目的(允许过小涵盖)	合宪
中度审查基准	必须是限制较小的手段(一般禁止过大涵盖)	重要的目的	实质的关联:手段一般需要完全达成目的(一般禁止过小涵盖)	一般倾向违宪,但允许较大的个案衡量
严格审查基准 ^[38]	必须是限制最小的手段(禁止过大涵盖)	非常重要的 ^[39] 目的	必要的关联:手段必须完全达成目的(禁止过小涵盖)	违宪

早在1868年,平等保护条款就随着宪法第十四修正案的批准而生效。但此后的很长一段时间里,美国最高法院一直未能就平等保护审查构建多元的审查基准。1930年代,斯通大法官(Stone, J.)的“第四脚注”(Footnote 4)为双重审查基准——合理性审查与严格审查的二分——埋下了伏笔。^[40]直到第二次世界大战期间的是松诉合众国案(Korematsu v. United States),布莱克大法官(Black, J.)

[37] 这只是确定审查基准的两个标准之一。立法或执法所影响之具体权利的重要程度则是另一个标准。如果被影响的具体权利属于基本的权利(fundamental rights),法院通常将采用严格审查,否则一般会采用合理性审查。See *A Dual Standard for State Discrimination against Aliens*, 92 Harv. L. Rev. 1516, 1518 (1979). 在平等保护案件中,两个标准可同时运用,法院倾向于采用较高的审查基准。由于外国人担任行政职务并非一项基本的权利,故而本文仅就其中的一个标准展开讨论。

[38] 在三个审查基准当中,严格审查基准与德国比例原则在内涵上比较接近。前者关于“手段”的要求类同于后者的必要性原则。前者关于“目的”的要求体现了后者的狭义比例原则,“目的”必须是非常重要的,一般而言,政府实现的利益应该大于私人损失的利益。当然,何种“目的”才称得上是非常重要的目的有赖于法院的经验判断。前者关于“关联”的要求则要高于后者的适当性原则,“手段”必须完全达成“目的”而不能只是部分达成“目的”或者有助于“目的”的实现。对此,下文提出了检讨。另外两个审查基准特别是合理性审查基准的要求要低于比例原则。由此观之,美国法院更加注重司法节制,将许多立法分类的问题留给了政治过程。

[39] 英文表述为“compelling”或“overriding”,也被译为“令人信服的”、“急迫的”或“压倒性的”。

[40] See *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-152 n. 4 (1938).

方才正式采用严格审查。^[41] 相比之下,中度审查作为正式的审查基准产生较晚,它首度被最高法院运用于1976年的克雷格诉博伦案(*Craig v. Boren*)^[42]中。

需要说明的是,除了非法移民子女^[43]的就学问题以外,^[44]美国最高法院审理的其他外国人平等保护案件均未曾采用中度审查基准。而合理性审查基准与严格审查基准在强度上相差悬殊。因此,嫌疑程度不同的差别对待(分类)在司法审查中也将受到法院的“差别对待”。那么,同样是禁止外国人担任行政职务的立法,它们是不是具有相同嫌疑程度的分类,因而得以接受相同强度的审查基准?美国最高法院通过五个案件给出了自己的答案。

(二)引入严格审查基准:休格曼案与伯纳尔案

1971年的格雷厄姆诉理查森案是美国最高法院采用严格审查基准所审理的第一个外国人平等保护案件。自此以后,对于社会经济领域的外国人平等保护案件,该法院基本上都选择严格审查基准。正是在这个意义上,外国人身份分类一般被认为是可疑分类。在格雷厄姆案中,亚利桑那州和宾夕法尼亚州的法律规定:公共福利的受益人必须是美国公民或者是在美国居住达一定年限的外国人。基于该规定,外国当事人因未满足定居年限而无法享受州所提供的公共福利。美国最高法院以九比零的票数判决:上述州法的规定不符合“法律的平等保护”。布莱克门大法官撰写的法院意见指出:“正如血统或种族分类一样,该分类在本质上是可疑的,应受到严密的司法审查。作为一个群体,外国人是‘隔绝而孤立的少数群体’的主要例子,如此强化的司法关注适于这一群体。”^[45]

在仅仅两年之后的休格曼诉杜格尔案中,美国最高法院将严格审查基准从社会经济领域引入政治参与领域。在该案中,纽约州的《文职法》(*Civil Service Law*)禁止所有外国人在该州担任竞争类(competitive class)的职位。八名大法官认为:州法不符合平等保护条款的要求。布莱克门大法官的法院意见沿用了格雷厄姆案的严格审查基准,进而确认:“对外国人任职的一概禁止与州的正当利益少有关联——如果还有的话,这一禁止无法经受宪法第十四修正案之下的严格审查。”^[46]针对州政府所提出的两个主要的抗辩理由,法院意见分别进行了反驳。

一方面,州政府将竞争类职位作为社会经济领域的普通工作岗位。依据最高法院先前提出的“特别公共利益”理论(“special public interest” doctrine),政府主张,“一州可以合宪地将公共职位保留给公民”。^[47]但是,法院意见立场明确:“我们没有理由认为,无法适用于格雷厄姆案的‘特别公共利益’理论在本案中仍可适用、仍具有拘束力。”^[48]法院意见强调:“外籍居民可以长期地在纽约合法定居。

[41] 在是松案中,布莱克大法官发表的法院意见指出:“所有对某一种族的个人权利加以剥夺的法律限制都会立即遭到怀疑”,并且“应当受到最严格的审查”。See *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944). 有论著称:“这个案件是联邦最高法院对种族限制适用‘严格审查标准’并且又支持了该限制性法律的唯一案例。”[美]克米特·L·霍尔主编:《牛津美国联邦最高法院指南》,许明月、夏登峻等译,北京大学出版社2009年版,第523页。

[42] See *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976).

[43] 这里所说的“非法移民子女”既不具有美国公民身份,也不具有合法的外国人身份。他们随其父母非法进入美国或在美国非法逗留。

[44] 最具代表性的案件当属1981年的普莱勒诉多伊案(*Plyler v. Doe*)。在该案中,德克萨斯州的法律禁止非法外国人子女在公立学校就读。多数派大法官决定采用类似于中度审查基准(intermediate scrutiny)的“加强审查基准”(heightened scrutiny)来检验相关州法的合宪性。See *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 238 (1981).

[45] *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 371-372 (1971).

[46] *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 646-647 (1973).

[47] *Id.* at 643.

[48] *Id.* at 645.

他必须纳税。而且,他也要在我国的武装部队中服役。”^[49]

另一方面,州政府将竞争类职位作为政治参与领域的一种成员身份。州政府声称:文职人员“直接参加到了政府之政策的制定和执行当中”,^[50]本州在雇佣忠诚不二的政府雇员方面的利益是实质性的,雇佣外国公民的要求“可能会影响其决定的执行或危及公众对其客观性的信任”^[51]。但是,通过比较《文职法》所设置的四类公共职位——免除文官考试类(exempt class)职位、非竞争类(non-competitive class)职位、工勤类(labor class)职位以及竞争类职位,法院意见指出:除了竞争类职位以外,其他三类公共职位均不存在公民身份的要求。而较之于竞争类职位,免除文官考试类职位对于政治决策的影响力更大。^[52]由此观之,《文职法》禁止外国人担任竞争类职位却允许其担任更为重要的免除文官考试类职位,构成了过小涵盖的分类(under-inclusive classification),^[53]其手段和目的之间缺乏必要的关联。另外,并非所有的竞争类职位都直接关系到该州政策的制定和执行,这类职位也包括许多纯粹的事务性岗位。^[54]从这个意义上说,《文职法》对外国人担任竞争类职位的一概禁止又构成了过大涵盖的分类(over-inclusive classification),^[55]其并未采取限制最小的手段。

1984年的伯纳尔诉芬特案再度采用了严格审查基准。在该案中,德克萨斯州的法律规定,该州公证员(notaries public)必须具有美国公民身份。美国最高法院判决这一规定违反了平等保护条款。马歇尔大法官发表的法院意见指出:“一般来讲,只有能够经受住严格的司法审查,州法基于外国人身份之立法分类才能得以维持。为了通过严格审查,该法必须以可能采用的限制最小的手段促进非常重要的州利益。”^[56]基于严格审查基准,法院意见认为,禁止外国人担任公证员对于州政府所声称的目的来说并不是限制最小的手段。州政府所宣称的立法目的是确保公证员熟悉该州的法律。但是,州政府不能证明,所有外籍居民均没有能力使自己熟悉该州的法律。因此,州政府对于这一群体的禁止过于绝对和宽泛。即使上述政府目的是非常重要的,州政府也应当通过测试来评估外籍居民对德克萨斯州法律的熟悉程度。然而,州政府并未提供这种测试。

但需要注意的是,在法院意见看来,并非所有的外国人平等保护案件都必须一律采用严格审查基准,相关司法审查在政治参与领域存在一种例外——“政治职能例外”(political function exception)。^[57]基于这一司法理论,法院意见承认:如果法院所评估的立法只是将重要的非选任性职务和选任性职务保留给公民,由于这些职务“与代议政体之核心相关”,司法审查的强度将会降低。^[58]换言之,在此类案件中,严格审查的采用并不是无条件的。一旦特定立法因“禁止外国人担任与民主自治进程密切相关之职务”而受到挑战,^[59]那么严格审查基准将让位于合理性审查基准。当然,法院意

[49] *Id.*

[50] *Id.* at 641.

[51] *Id.*

[52] 这类职位包括:该州行政部门的高级官员、特定的市政官员、特定的司法雇员。See 413 U.S. 634, 642 (1973).

[53] 由于存在过小涵盖的分类,本应受到不利差别对待的对象在外延上包括且不限于实际受到不利差别的对象。See Joseph Tussman & Jacobus tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 Cal. L. Rev. 341, 347-351 (1949).

[54] See *supra* note 46, at 643.

[55] 由于存在过大涵盖的分类,实际受到不利差别对待的对象在外延上包括且不限于本应受到不利差别的对象。See Tussman & tenBroek, *supra* note 53, at 347, 351-352.

[56] *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 219 (1984).

[57] “政治职能例外”理论首次由美国最高法院在1982年的卡贝尔诉查维斯-萨利多案中明确提出。

[58] See *supra* note 56, at 221.

[59] *Id.* at 220.

见认为“政治职能例外”理论并不适用于伯纳尔案。“我们承认,公证员正确和诚信地履行其职责是社会所必需的。虽然公证员的职责很重要,但是它们几乎没有涉及与代议政体之核心相关的责任。相反,这些职责事实上是文书性的和事务性的。”^[60]在他看来,公证员既不具备制定政策的责任,对于公共政策的执行也不具有广泛的裁量权。^[61]

综上,通过审理休格曼案与伯纳尔案,美国最高法院得出了这一结论:如果各州非选任性的行政职务在公共政策的制定过程不具有决定权,在这些政策的执行过程中也不具有广泛的裁量权,那么这些职务原则上就应当向外国人开放。

(三) 倒向合理性审查基准:福利案与卡贝尔案

早在1973年的休格曼案中,严格审查基准就有松动的迹象。该案的法院意见曾指出:“当我们面对的事务确属于州的宪法特权之内,我们审查的要求就不会如此之高。”^[62]言下之意,如果州法禁止外国人担任某类行政职务确实涉及该州民主自治等宪法权利,严格审查就不再适合作为司法审查的基准了。在1978年的福利诉坎奈列案以及1982年的卡贝尔诉查维斯-萨利多案中,考虑到相关行政职务的特定性质以及职能,美国最高法院的立场发生了变化:微弱的多数派认为严格审查基准过于严厉,转而选择合理性审查基准。

在福利案中,纽约州的《执行法》(*Executive Law*)规定:“除美国公民外,任何人都不得被任命为纽约州警察。”^[63]最高法院认为该规定并不违反“法律的平等保护”。伯格首席大法官发表的法院意见拒绝采用严格审查基准,其指出:“要求禁止外国人担任职务的每项立法都跨越‘严格审查’这一如此高的障碍并不合理,因为这将‘消除公民和外国人之间的所有差别,从而使公民这一概念丧失历史价值’”^[64]。法院意见认为,重要的非选任性职务可能对政策的制定、执行和审查产生实质性的影响,它们关系到政治共同体的自治,所以,这些职位应当专门由公民来担任。“同样地,我们已经认可:对于那些‘重要但非选任的行政、立法和司法职务’,公民资格是有意义的资格限制,担任这些职务的‘官员直接参与制定、执行和审查广泛的公共政策’。……这样做并不是因为我们的社会意图将这些职位留给它的成员,而是因为我国将最为重要的政策责任委托给了这些官员,通常,他们对于自由裁量权的行使较之于选民的投票和立法者的选择能更加直接地影响公民的生活。”^[65]法院意见强调了警察职务的重要性和特殊性:“一名被赋予了我们所说的充分自由裁量权的警察不同于担任常规职务或从事社会中其他‘普通职业’的私人,后者一般不能针对人民行使广泛的权力。”^[66]“警察权的存在要求高度的决断和自由裁量,而二者的滥用和误用却可能严重地影响到个人。”^[67]

在卡贝尔案中,加利福尼亚州的法律禁止外国当事人担任缓刑监护官(*probation officers*)。^[68]在该案中,怀特大法官发表的法院意见不仅首次提出了“政治职能例外”理论(“*political function excep-*

[60] *Id.* at 225.

[61] *See Id.* at 226.

[62] *Supra* note 46, at 648.

[63] *Foley v. Connelie*, 435 U. S. 291, 292 (1978).

[64] *Id.* at 295.

[65] *Id.* at 296.

[66] *Id.* at 298-299.

[67] *Id.* at 298.

[68] *See Cabell v. Chaves-Salido*, 454 U. S. 432, 433 (1982).

tion” doctrine),还分别阐发了“政治—经济界限”理论(“political/economic distinction” doctrine)和“政治共同体”理论(political community theory)。基于“政治—经济界限”理论,法院意见声称:“我们不放弃这一立场:若合法外籍居民的主要影响在于经济利益,对他们的限制会受到严格的司法审查,但我们同时认为:若这一限制主要服务于政治职能,严格审查就并不适宜了。”^[69]基于“政治共同体”理论,法院意见主张:“拒绝外国人参与基本政治过程并非民主制度的缺陷,而是共同体政治自我定义过程的必然结果。……自治均始于界定被治者与治者这一共同体的范围。而外国人被认为处于这一共同体之外。”^[70]“从缓刑犯的角度来看,缓刑监护官代表着州主权;从更大范围群体的角度来看,缓刑监护官代行着政治共同体管控涉嫌违反社会秩序者的职权。”^[71]综上,合理性审查基准取代了严格审查基准,从而使州法得以轻松地通过司法审查。^[72]

(四) 尊让联邦立法:作为例外的汉普顿案

综观表1中的五个宪法案件,就涉案立法的性质来看,汉普顿案与其他四个案件存在明显的区别。在该案中,美国最高法院所审查的是联邦立法而非州的立法,此其一;最高法院所审查的是行政规章而非法律,此其二。作为联邦文官委员会(Civil Service Commission)^[73]的行政规章,涉案立法禁止除美国公民以及美国萨摩亚土著人以外的所有人担任联邦政府的大部分文官职务。^[74]政府方面为此提出了四个理由。^[75]结果,该禁止性规定仍因一票之差未能通过最高法院的司法审查。单单从法院意见的直接表述来看,最高法院所采用的审查基准并不十分清楚。但就法院意见的论证逻辑而言,最高法院实际上采用了严格审查基准。

应该看到,就联邦立法的外国人身份分类而言,汉普顿案只是一个例外,而且,其作为司法先例的意义是相当有限的。假设最高法院所审查的并非联邦行政机关的行政规章而是总统的行政命令甚至是国会的法律,最高法院将表现出明显更高层次的谦抑。^[76]大法官们在许多案件中都曾有类似表态。事实上,即便是对于联邦行政规章在社会经济领域的分类,最高法院也表示过支持。就在1976年的马修斯诉迪亚兹案(Mathews v. Diaz)中,^[77]联邦健康、教育与福利部(Department of Health, Edu-

[69] *Id.* at 439.

[70] *Id.* at 439-440.

[71] *Id.* at 447.

[72] 布莱克门大法官发表了由其他三名大法官加入的反对意见。他主张采用严格审查基准并认为州法无法经受其检验:“正如同在休格曼案中被推翻的立法一样,加利福尼亚州法律拒绝外国人(担任缓刑监护官)不可避免地构成了过大和过小涵盖。它禁止外国人担任许多职务,而州所主张的理由与这一禁止之间几乎没有联系。同时,它允许外国人担任其他职务,而根据该州所声明的目的,这些职务却不应对外国人开放。”*Cabell v. Chaves - Salido*, 454 U.S. 432, 455 (1982).

[73] 从性质来看,文官委员会为独立机构(an independent agency)。其相对于总统具有较大的独立性,但仍属于联邦政府的行政分支。

[74] *See Hampton v. Wong*, 426 U.S. 88, 90 (1976). 由于联邦政府是美国最大的雇主之一,这一规定导致外国人群体丧失了许多就业岗位和参政机会。

[75] 其一,这一做法更便于总统进行有关条约的谈判。通过为特定国家的公民提供这类任职机会,可以使该国作出相应的让步。其二,这一做法可以适当地吸引外国人寻求入籍以及更有效地参与到我们的社会中来。其三,这一做法已经持续了一百多年,并与国际法以及大多数国家的实践相符合。其四,这一做法有利于实现有效行政的目标。特定的敏感职位,包括一部分联邦职位要求对美国忠诚专一,因此设置了公民资格的任职要求。如此也可以避免对有关职位进行分类的困难和成本。*See Hampton v. Wong*, 426 U.S. 88, 104 (1976).

[76] 除了汉普顿案以外,最高法院在同类案件中不曾推翻进行相关分类的行政规章。而且,最高法院在同类案件中也没有推翻过进行相关分类的法律和行政命令。

[77] 马修斯案与汉普顿案均是于1976年审结的。

ation, and Welfare)的行政规章规定:除非被准予永久居留且连续在美国居住达五年,适龄外国人不能和适龄公民一样参加联邦的医疗保险项目。^[78] 九名大法官一致认为这一规定合宪。于是,不少主流的美国宪法学教科书得出了如下结论:“由联邦法律创设的外国人身份之分类仅受到合理性审查。虽然最高法院在这些案件中并未明示所选择的审查基准,但看起来,只要声称与联邦的利益存在联系,联邦政府就可以采用合理性审查基准。”“大多数——如果并非全部——由联邦所创设的外国人身份之分类都得到了支持。”^[79]从这个意义上说,各州和联邦针对外国人的差别对待在司法审查中也将经受“差别对待”。那么,最高法院降低审查联邦立法之强度的理据何在呢? 本文认为可以从两个方面加以解释。

其一是平等保护条款的语言限定。史蒂文斯大法官为汉普顿案撰写了如下法院意见:“法律之下的平等正义这一概念既受到宪法第五修正案中正当程序条款的保障,也受到宪法第十四修正案中平等保护条款的保障。尽管对这两条修正案均需进行相同的分析,……但这两种保障并非总是具有相同的外延。两条修正案的语言存在差别。”^[80]该意见认为,从规范表述来看,宪法第五修正案和宪法第十四修正案的约束对象分别是联邦和各州。宪法第十四修正案的平等保护条款对联邦的规制并不是基于美国宪法的字面规定,而是基于“反向吸收”理论。美国最高法院在其司法实践中认为,正如“权利法案”的特定条款可以被“吸收”到宪法第十四修正案之下的正当程序条款中,该修正案的平等保护条款也可以被“反向”地“吸收”到“权利法案”之下的另一个正当程序条款中。有学者评论道:“初看起来,这一推论似乎显得奇怪”,“但是将美国宪法解释成一个统一连贯的体系,该体系将适用于各州政府的平等保护之基本原则同样适用于联邦政府,这一点很有意义”。^[81]当然,平等保护条款对于各州和联邦的约束确实存在区别。对于各州的约束具备直接的宪法文本依据,因而相对较强;对于联邦的约束仅仅依靠推断而得,因而相对较弱。

其二是两大司法理论的深刻影响。最高法院提出并发展的两大司法理论——联邦优先原则(federal preemption doctrine)和国会全权原则(plenary congressional power doctrine)——深刻地影响着有关外国人平等保护的司法实践。这两大理论分别涉及美国的纵向分权和横向分权。根据联邦优先原则,在包括外国人事务在内的诸多事项上,联邦的法律通常优先于各州的法律。而根据国会全权原则,国会享有充分的专属权力管理外国人的入境、入籍及其他事项。基于这两个原则,最高法院认为,管理外国人的权力一方面集中于联邦政府而非各州政府,另一方面集中于政治部门——尤其是其中的立法分支——而非司法部门。这一司法立场在很大程度上削弱了甚至基本否定了对联联邦立法的平等保护审查。时至今日,作为最高法院的司法理论,联邦优先原则和国会全权原则均未从根本上被动摇,大法官们习惯性地将其与外国人的平等保护问题相勾连。

四、正本清源:平等保护分析的检讨与重构

针对外国人是否有权担任行政职务这一难题,美国最高法院通过五个宪法案件得出了一般性结

[78] See *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 69 (1976).

[79] John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* 940 (6th ed., Thomson Reuters 2010).

[80] *Supra* note 74, at 100.

[81] Walter F. Murphy et al., *American Constitutional Interpretation* 934 (5th ed., Foundation Press 2014).

论:外国人可以担任一般的非选任性行政职务,而选任性行政职务以及重要的非选任性行政职务则应当保留给公民。至于哪些非选任性行政职务是“重要的”,最高法院并未给出精确的区分标准。但依据法院意见的表述,凡是在行政立法、行政执法和行政裁决中具有较大裁量权和决策权的非选任性行政职务都是重要的。若以此为标准,在各州的行政分支中,上到政务类的行政机关首长(他们通常是委任而非选任的)、下到事务类的部分文职人员都可以归入这一类别。公允地说,在包括外国人群体在内的美国社会中,该结论本身并未引起广泛和激烈的争议。但是,在法学理论界和法律实务界,支撑这一结论的机理却屡受质疑和批评。就上述五个案件的平等保护分析来看,无论是审查基准的选择还是审查基准的适用均存在逻辑上的悖论。其一,最高法院对于审查基准的选择完全依赖个案衡量,严格审查基准未能得到一贯坚持。其二,最高法院对于审查基准的适用具有明显的结果导向,相关司法论证在很大程度上徒具形式意义。正如前文所述,美国最高法院在1984年以后基本上不曾受理有关外国人担任行政职务的宪法案件,该法院自然没有机会纠正上述问题。有鉴于此,针对美国最高法院有关外国人担任行政职务的平等保护分析,笔者试图加以检讨并进行重构。

(一) 确定统一的审查基准

就美国最高法院的司法实践而言,在社会经济领域,外国人平等保护的审查基准基本上是统一的,严格审查占据着无可争辩的主导地位;^[82]而在政治参与领域,审查基准则呈现出明显的二元化。针对同一群体的平等保护问题,最高法院先后采用了两种强弱悬殊的审查基准。

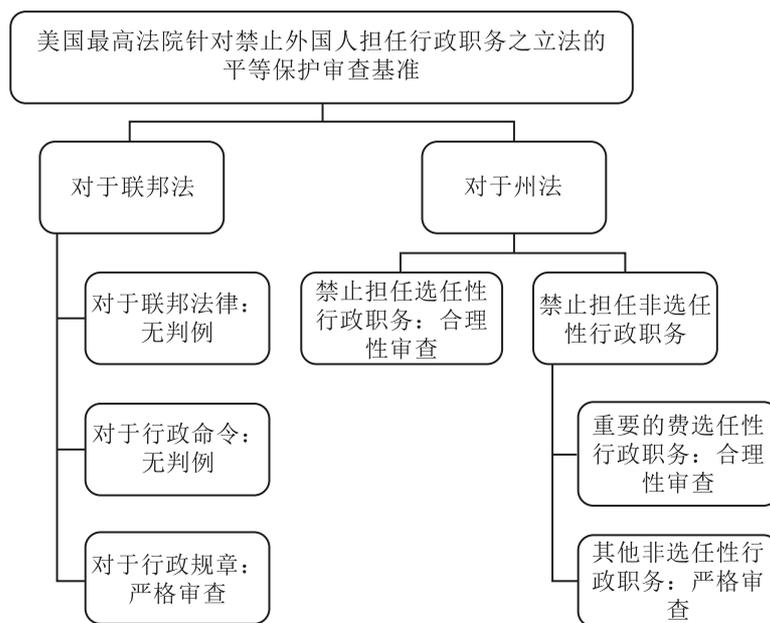


图3 美国最高法院针对禁止外国人担任行政职务之立法的平等保护审查基准

法律的生命既在于经验也在于逻辑。然而,出于对经验主义的偏好,美国最高法院在选择审查基准之时带有一定程度的司法恣意。让我们重访图2所示的三个问题,回顾最高法院确定分类之嫌疑程度的主要指标:受到不利差别对待的群体是否在政治上不被代表?此其一。分类依据是否是不可

[82] 美国最高法院在非法移民子女就学问题上采用了类似于“中度审查”的“加强审查”,但这只是极其有限的个例。

改变的特征?此其二。受到不利差别对待的群体是否存在被歧视的历史?此其三。从最高法院的司法实践来看,以下两点容易被人忽视,有必要在此予以强调。第一,三个指标的影响并不是等量齐观的,而是依次递减的。因此,第一个指标最为重要。第二,法院基于这三个指标的评估并不是绝对的定性判断而是相对的定量分析。也就是说,特定分类的嫌疑程度是基于三个“参数”确定的:其一是政治过程的封闭程度;其二是改变分类特征的困难程度;其三是遭受歧视的时间长度。虽然最高法院并未由此构建精确的数学模型,但可以肯定的是,正是依据这样三个“参数”,最高法院在多数案件中将与外国人身份分类确定为可疑分类,从而对其采用严格审查基准。

在三个“参数”中,政治过程的封闭性是最为重要的“参数”。20世纪20年代以后,由于外国人最终在各州丧失了投票权,联邦和各州的政治过程对于这一群体呈现出高度封闭的状态。^[83]就这一点而言,外国人身份分类在嫌疑程度上得以超过种族分类和性别分类。1870年生效的宪法第十五修正案禁止因种族、肤色或被迫劳役经历而剥夺或限制投票权,而1920年生效的宪法第十九修正案则禁止因性别而剥夺或限制投票权。这两条宪法修正案分别保障有色人种和妇女平等充分地融入政治过程。经历了20世纪下半叶的民权运动(Civil Rights Movement)和女权运动(Feminist Movement),黑人和妇女得以普遍地进入联邦和各州的政治过程之中。^[84]20世纪70年代以后,分别占美国人口总数约50%和10%的妇女和黑人基本上都享有了实际上的投票权,但另一方面,包括外籍居民在内的所有外国人却无法享有该权利。

改变分类特征的困难程度是第二个“参数”。在美国这样一个移民国家,外国人加入该国国籍似乎并非难事。正是基于这一点,伦奎斯特大法官始终拒绝将外国人身份分类作为一种可疑分类。^[85]相比之下,黑人难以改变自身的肤色,而妇女也难以改变自身的性别。二者或许能够通过医学手段改变各自的体征,但此举显然有违自然规律,他们自身及其家庭往往将为此付出巨大的代价。^[86]不过,对于许多外国人而言,通过入籍来摆脱外国人身份也并非易事,尤其是在美国收紧其入籍政策的时期。众所周知,外国人入籍必须符合包括居住年限和移民配额在内的诸多条件。

遭受歧视的时间长度是第三个“参数”。较之于外国人,黑人和妇女受到歧视的历史更加久远,一直可以追溯至制宪立国的年代。当时,在政治精英和普通民众的主流观念中,妇女从属于男子,不具有法律上的独立性,而身处奴役状态的黑人则根本不具有法律上的人格。但应该看到,外国人遭遇歧视的历史也可以追溯到19世纪中叶。各州和联邦在这一时期针对华工所制定的一系列排华立法(Chinese Exclusion Acts)即为明证。正如约翰·哈特·伊利(John H. Ely)教授所言,“同情外国人的良好环境”“正是我们社会所缺乏的”。“对‘外国人’具有敌意,是一个历史悠久的美国传统。而且,我们立法机关中几乎都是由带有此种敌意的公民所组成。”^[87]

[83] 享有投票权是进入政治过程的主要表征。

[84] 通过对外国人与黑人、妇女之投票权的比较,美国学者提出:“我们通常将投票权的发展想象为主体不断扩大、不断进步的过程,其目标是普遍选举和人民主权。而非公民投票的历史却为这一观念提出了一个强有力的反例。”Jamin B. Raskin, *Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meaning of Alien Suffrage*, 141 U. Pa. L. Rev. 1391, 1470 (1993).

[85] 在休格曼案中,伦奎斯特大法官指出:“在诸如非婚生、祖籍国或种族这些不能由个人所变更的身份或状况与(这些外籍居民)的‘身份’之间,存在着显著的区别。”“案卷中没有证据表明,他们作为外国人的身份不能通过其积极的行为而改变。”*Sugarman v. Dougall*, 413 U. S. 634, 650 (1973).

[86] 从基因学的角度来看,黑人和妇女即便可以通过医疗手段分别改变肤色和性别,二者作为黑人和妇女的本质依然没有改变。

[87] John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 161 (Harvard University Press 1981). 中文译本可见[美]伊利:《民主与不信任:司法审查的一个理论》,张卓明译,法律出版社2011年版,第157-158页。

令人遗憾的是,在美国最高法院审理的外国人平等保护案件中,外国人身份分类并非一律被定性为可疑分类。^[88] 在涉及外国人担任行政职务的部分案件中,合理性审查基准取代了严格审查基准。问题的症结在于,最高法院在选择审查基准时不必要且不恰当地考虑了三个“参数”以外的因素。更确切地说,最高法院将审查基准的适用问题不适时地“前置”了。处理这一类案件时会遭遇各种复杂的情形,它们可以统一归结为:何种立法禁止何种外国人担任何种行政职务有悖于平等保护条款?一旦具体情形不同,审查结果就可能存在差别。其中,涉案的立法既可能是联邦立法也可能是州的立法,既可能是法律也可能是行政立法;涉案的外国人既可能是具有永久居留资格的外国人,也可能是其他合法外国人,还可能是非法外国人;涉案的行政职务既可能是选任性职务,也可能是重要的非选任性职务,还可能是其他非选任性职务。然而,这些因素所影响的应该是审查基准的适用而非审查基准的选择。最高法院过早地考虑了这些因素,故而在选择审查基准时出现了混乱。^[89]

(二) 落实虚化的审查基准

假若将外国人身份分类一律确定为可疑分类,进而一律采用严格审查基准,这是否意味着:任何立法禁止任何外国人担任任何行政职务都将被判违宪呢?从既有的司法经验来看,绝大多数立法的确都有被判违宪的可能。综观美国最高法院适用严格审查基准的实践,除了是松诉合众国案等屈指可数的判例以外,任何情形的分类均无法通过严格审查基准的检验。该审查基准因而被称之为“理论上严格而事实上致命”(“strict” in theory and fatal in fact)。^[90] 也许正因为如此,许多大法官们不愿意无一例外地针对相关立法采用严格审查基准。

由此观之,最高法院对严格审查基准的适用过于僵化以致被虚置。平等保护分析的步骤二越俎代庖地承担了步骤三的论证任务。审查结果经过步骤二就几乎已经尘埃落定了,步骤三则在很大程度上沦为了徒具形式、全无实质的过场。由此观之,落实严格审查基准的关键就在于:将原本属于步骤三的论证任务交还步骤三。也就是说,最高法院应当实质性地运用严格审查基准具体分析:何种立法可以禁止何种外国人担任何种行政职务。面对不同类别的立法、不同类别的外国人以及不同类别的行政职务,最高法院应该作出不同的判断:一方面,联邦立法相对于州的立法、法律相对于行政立法更容易得到合宪性支持;另一方面,对非法外国人的禁止最容易得到合宪性支持,对不具备永久居留资格之合法外国人的禁止次之,对具备永久居留资格之外国人的禁止又次之;再一方面,对选任性行政职务的禁止最容易得到合宪性支持,对重要的非选任性行政职务的禁止次之,对其他非选任性行政职务的禁止又次之。

另外,最高法院有必要适度软化严格审查基准的“手段与目的之关联”,将“手段必须达成目的”修正为“手段可以达成目的”。立法禁止外国人担任行政职务往往具有多元的政府目的,譬如民主自

[88] 在一些美国宪法学教科书中,外国人身份分类被称为“间或可疑”的分类(“sometimes suspect” classification)。See Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, *Constitutional Law* 335-337 (8th ed., West 2010)。

[89] 20世纪90年代,奥康纳等大法官开始主张:最高法院对于同一分类应当采用同一审查基准。其强调的“一致性”包括“差别对待对象的一致性”(consistency)和“差别对待主体的一致性”(congruency)。其中,“‘差别对待对象的一致性’意味着:对于任一族群的差别对待都必须以相同的基准加以判断,‘差别对待主体的一致性’意味着:类似的基准应该用以针对州和联邦的行为”。Gerald L. Neuman, *Aliens as Outlaw: Government Services, Proposition 187, and the Structure of the Equal Protection Doctrine*, 42 UCLA L. Rev. 1425, 1433 (1995)。尽管如此,奥康纳等大法官主要是针对种族分类提出上述主张的。而且,奥康纳大法官本人明确承认:“差别对待主体的一致性”存在例外,而外国人身份分类就属此列。

[90] 相对于严格审查基准的适用,合理性审查基准的适用则是另一个极端。在司法实践中,该审查基准几乎无法推翻任何立法,因而被称为“理论上要求最低而事实上虚置”(“minimal” in theory and none in fact)。

治、国家安全、社会公正以及行政效率。为了达成这些目的,立法所应当排斥的对象通常不限于外国人,还可能包括一部分本国公民。可是,由于立法成本的局限性以及未来情形的不可预测性,立法无法就哪一部分公民群体不适合担任行政职务一次性地、整体性地加以规定,而只能渐次地、零碎地予以规定。因此,即使是严格审查也不应要求立法一劳永逸地完成这一重任。对立法提出如此之高的要求无疑是不切实际的。早已有美国学者指出,即使这样的立法属于过小涵盖的分类,也应当是可以被容许的。^[91] 综上所述,通过充分考虑相关立法的目的并适度软化“手段与目的之关联”,严格审查基准的适用有望进一步科学化,从而得以避免先入为主的结果导向。基于这样一种改良,最高法院即使采用了严格审查基准,福利案与卡贝尔案中的立法依然有可能通过司法审查。最高法院无需刻意为此降低审查基准。

最后需要讨论的是严格审查基准之适用可能存在的循环论证问题。有论者犀利地提出:“禁止外国人进入政治过程的合宪性本身就是系争的问题,依据这一实践的存在而采用某种审查基准来对这一实践进行审查,这是不合逻辑的。”^[92] 诚哉斯言,一方面,最高法院选择审查基准必须重点考虑政治过程对外国人的封闭程度;另一方面,最高法院适用审查基准却恰恰是为了使得外国人融入政治过程。由此观之,严格审查基准在此种情况下的适用将构成一种循环论证。尽管如此,本文认为,这一悖论应该存在于外国人投票权问题而非外国人担任行政职务问题。毕竟,严格说来,进入政治过程主要表现为享有选举权,特别是享有选举联邦和州的立法职务、行政职务的权利。^[93]

(三) 破解联邦立法问题

诚如前文所述,如果相关的联邦立法和州的立法同时遭遇严格审查,那么前者通过司法审查的可能性一般要大于后者。相对于州的立法,联邦立法具有更为广泛的地域效力,它所规范的联邦职务通常具有更大的影响力。总的来说,联邦立法与非常重要的政府目的存在更为密切的联系。从这个意义上说,汉普顿案无疑是最高法院尊让联邦立法的一个例外。在该案中,如果接受司法审查的立法是国会的法律、总统的行政命令乃至经国会和总统授权制定的行政规章,其结果则很可能另当别论。

另外一个相关问题也值得探究:最高法院是否应当针对联邦立法和州的立法采用不同的审查基准,更确切地说,前者的性质是否会导致审查基准的降低呢? 在司法实践中,很少有法官否认这一点,其主要理据正如前文所述:其一是平等保护条款的语言限定。其二是两大司法理论的深刻影响。而在本文看来,以上理据均无法成立。

一方面,宪法第十四修正案之平等保护条款的约束对象原本是各州而非联邦,而后通过最高法院所阐发“反向吸收”理论,该条款同样可以规制联邦分类。在外国人平等保护案件中,如果最高法院又因为宪法文本之语言限定而自动降低对联邦分类的审查力度,那么无疑会陷入前后矛盾的境地。如若仅仅出于司法政策的考虑而将“反向吸收”理论任意“揉搓”,最高法院势必将损害司法实践的逻辑性和稳定性。另一方面,无论是联邦优先原则还是国会全权原则都不足以支持最高法院对联邦立法的宽松审查。

[91] See Tussman & tenBroek, *supra* note 53, at 349.

[92] *Supra* note 37, at 1528.

[93] 值得一提的是,劳伦斯·却伯(Laurence H. Tribe)教授也注意到了这一悖论,但他只是在外国人投票权问题上提及该悖论的:“有人可能认为外国人不能投票说明了他们缺乏政治权力;但是,如果人们只是质疑外国人被剥夺了投票权,那么仅凭这一被质疑的实践而确立对其严格审查的正当性又似乎会陷入奇怪的循环当中。” Tribe, *supra* note 22, at 1545.

先看国会全权原则。自19世纪80年代由最高法院提出至今,该原则一直受到美国法学理论界和法律实务界的质疑和批评。它基本上否定了法院在移民法领域针对联邦法律的司法监督,可以说是政治问题原则在该领域的集中体现。国会全权原则的基本意旨在于:无论在战时还是平时,国会均享有充分而绝对的权力,以其认为适当的理由禁止任何外国人群体入境,或递解其出境,这些权力可以授予给行政机关予以实施,对此,司法部门不宜进行干预。由此观之,该原则主要强调的是国会管理移民事务尤其是外国人入出境事宜的权力,它并不涉及外国人担任行政职务这一事项。不仅如此,假设国会的法律直接禁止外国人担任某一州的行政职务,它还有可能因侵犯州权而构成违宪。

再论联邦优先原则。该原则可以概括为:“当国会行使被授予的权力时,联邦法律可以取代州的法律并优先于州的权力。”^[94] 联邦优先原则具有明确而直接的文本依据——联邦至上条款(supremacy clause)。^[95] 在很大程度上,该原则使得各州管理外国人事务的权力向联邦集中,它已经成为联邦制定和调整外国人政策的重要依据。最高法院对于联邦优先原则的倚重在实践中导致了最高法院对联邦法律的谦抑。尽管如此,对于相关联邦立法而言,联邦优先原则并不宜作为最高法院拒绝采用严格审查基准的凭据。该原则适用于联邦和各州之间的纵向分权关系,它并不意味着联邦法院必须尊让一切联邦立法——即便最高法院认为联邦移民立法应受到极大的司法尊重。因此,即使禁止外国人担任行政职务的立法属于联邦层次,这一点依然不能改变外国人身份分类作为可疑分类的定性,严格审查基准的采用依然不可避免。

五、余论:美国经验与中国实践

作为“隔绝而孤立的少数群体”,外国人在其侨居国是否有权担任行政职务,从而由被动的“治民”之民转变为主动的“民治”之民?对此,美国最高法院不仅做到了政治问题法律化,而且基本上也做到了法律问题技术化。基于抽象的平等保护条款,最高法院的司法审查逐步推进。综观一系列相关案件,最高法院虽然不曾否定公民身份与政治忠诚之间的基本联系,但仍一定程度上尊重了外国人参与公共治理和融入美国社会的诉求。面对这一全球化时代的法治议题,法律人不仅要关注司法审查的结论,也要关注司法审查的机理。应当看到,最高法院在确定和适用审查基准时存在明显的逻辑悖论。需要加以检讨和调整。当然,正如《美国宪法》序言中“更加完善”(a more perfect Union)一语的修辞,除非存在足够明确的宪法规范,司法审查只能不断地提供更加完善的方案,而无法一次性地提供唯一正确的解答。

若将视域从大洋彼岸转向我国,外国人担任行政职务同样是有待于研讨的议题。不同于美国,我国并未建立普通法院模式的司法审查制度。尽管如此,我国《宪法》对于外国人的基本立场也应当贯彻到下位法之中。根据我国《公务员法》第11条第1项的规定,“具有中华人民共和国国籍”是公务员应当具备的条件之一。由于我国不承认双重国籍,这一规定完全排除了外国人在我国内地担任行政

[94] Sullivan & Gunther, *supra* note 21, at 314.

[95] 联邦至上条款居于《美国宪法》第六条之中,其具体表述为:“本宪法和依照本宪法所制定的联邦法律,以及美国已缔结或将缔结的一切条约,都是全国的最高法;每个州的法官都受其约束,即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。” U. S. Const. Art. VI, § 2. 其中,第一个分句明确了联邦法律作为全国最高法的地位,第二个分句还特别提到了联邦法律对于各州法官的拘束力以及相对于州的宪法和法律的优先效力。

职务的可能性。^[96] 不同于美国宪法第十四修正案第一款的平等保护条款,我国《宪法》第33条第2款的平等条款对于权利主体存在明确的限定,其表述为:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”若仅从字面来看,该条款显然无法为外国人担任行政职务提供平等保护。然而,我国《宪法》第32条第1款规定:“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益”,第33条第3款则规定:“国家尊重和保障人权。”平等权既可以作为外国人的一种权利,又可以作为人权的一种类型。因此,我国《宪法》的外国人权利条款和人权条款都可以使得其相对封闭的平等条款适度地向外国人开放。基于这一宪法解释,法律、行政法规以及其他下位法均不宜一概禁止任何外国人担任任何行政职务。诚然,选任制、委任制行政职务通常被授予了相对广泛或相对重要的行政权,甚至还享有一定的准立法权和准司法权,它们与我国的国家安全和民主自治存在较为密切的联系。因此,这些职务一般不宜允许外国人担任。但是,许多考任制、聘任制的行政职务并不具有重大的决策权、宽泛的裁量权以及保密义务,它们应当可以向特定外国人开放。当然,有资格担任行政职务的外国人一般应限于在华长期定居特别是具有在华永久居留资格的外国人。允许特定外国人担任部分行政职务不仅有利于外国人群体表达诉求、伸张权益,而且有利于我国更好地吸引国际人才、实施人才战略。

A Constitutional Controversy about Aliens' Holding Executive Positions in the United States: The Supreme Court's Equal Protection Cases Revisited

Zou Yi

Abstract: In the United States, whether or not aliens have the right to hold executive positions is a constitutional issue concerning equal protection. The Supreme Court has not severed the connection between citizenship and political loyalty but to some extent it accepted aliens' appeal for involvement in public governance and integration into American society. In some cases, employing the strict scrutiny, the Supreme Court declared that state laws shall not exclude certain aliens from unimportant nonselective executive positions; in other cases, employing the rational basis test, the Court held that state laws might exclude aliens from selective executive positions and important nonselective executive ones. Moreover, comparing to state laws, federal laws could gain more judicial deference on this issue. However, the Court's equal protection analysis fell into logical paradox and remains to be perfected. On one hand, the choice of levels of scrutiny relied completely on a case by case basis, so the strict scrutiny as an appropriate level has not been maintained. On the other hand, the application of levels of scrutiny was obviously result-oriented, so the judicial argument was reduced to a form to a great degree.

Keywords: aliens; executive position; constitutional issue; the U.S. Supreme Court; equal protection

(责任编辑:刘馨)

[96] 我国香港特别行政区和澳门特别行政区存在外国人担任行政职务的权利。根据《香港特别行政区基本法》第101条第1款和《澳门特别行政区基本法》第99条第1款,特定外籍人士可以担任政府部门的各级公务人员。

论美国印第安部落的自治权

——联邦宪制分权的另一种样态

顾元*

摘要:印第安部落与美国联邦、州之间独特的法律关系,是在两百多年的历史中由联邦宪法确认,通过联邦与部落缔结的一系列条约、国会立法、行政命令、司法判决、协议契约共同建构的。部落自治权力的确认及其在联邦宪法架构内的展开,体现了宪制分权的另一种样态,是美国宪政、历史、文化和社会共同塑造的独特的权力形态。印第安人认为其自治权力是天然的、内在的固有主权,但部落自治权的恢复与落实充满了曲折和坎坷,未能遵循其本身固有的逻辑而发展,其变迁过程更缠结了复杂的历史诸因素。部落文明开化与自治自决相伴相生,部落文化的冲突与自治的回归皆非单向度的逻辑运动,其历史与现实皆充满了悖论,其归宿亦面临令人困惑的两难。

关键词:印第安部落 自治权力 美国宪法 分权

题记

有什么能比他们的历史更让人伤感呢?……白人所到之处,他们消失了。我们听到他们的脚步声远去,如同秋日枯落的黄叶。

——约瑟夫·斯托里(Joseph Story)^[1]

回溯历史,在种族和文化冲突的复杂背景之下,美国印第安人(American Indian)^[2]的历史命运充满了深重的悲剧色彩。19世纪以降,以征服和改造土著文化为宗旨的“文明开化”和“强制同化”运动,令印第安人面临生存危机和文化崩溃,成为“自己土地的陌生人”。^[3]部落迁移之路交织着血与泪的辛酸苦痛,偶然目睹此情此景的阿历克西·德·托克维尔(Alexis - Charles - Henri Clérel de Tocqueville)说:“美国人‘亲切地’拉着印第安人的手,把他们领到远离祖辈之地的墓场去了。”^[4]

20世纪30年代,以承认土著文化价值和部落自治(self-governance)为宗旨的印第安人新政次第

* 中国政法大学法律史学研究院教授,法学博士。本文为中国政法大学校级课题项目“美国1787年联邦制宪会议研究”的阶段性成果。

[1] 1828年9月18日最高法院大法官斯托里在纪念马萨诸塞萨莱姆殖民地建立大会上的讲演。Dippie Brian, *The Washington American* 1 (Wesleyan University Press 1952).

[2] 或称土著美国人(Native American)。20世纪60年代以来,针对美国原住民的称谓问题,围绕着“美国印第安人”和“土著美国人”这两个词产生了激烈争议。关于这两个词的源起以及赞成和反对使用理由的分析,参见邱惠林:《美国原住民的称谓之争——当今美国“美国印第安人”与“土著美国人”的争议》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2007年第2期,第52-59页。

[3] *The American Indian: Past and Present* 201 (Nichols L. Roger ed., John Wiley & Sons, Inc. 1981).

[4] [日]富田武男:《美国的“开拓精神”与印第安人的命运》,武尚清译,载《民族译丛》1994年第3期,第20页。

展开,20世纪60年代后在民权运动和印第安人争取自决运动的进一步推动下,部落自治权逐步确立落实。如今,联邦政府正式承认的印第安部落超过550个。这些因种族、语言和历史而共同联系在一起部落,控制着超过5200万英亩土地的保留领地,称为“印第安国”(Indian Nations)。^[5]他们设计宪制,选举领导人,行使政府管理权。正如美国印第安人学者所指出,“美洲印第安人代表着一种在全新的现代文明已输入其中而仍行使着自治政府权力形式的土著民族,这在世界上可谓独一无二”。^[6]尽管行使上述权力的主要依据仍是联邦最高法院首席大法官约翰·马歇尔(John Marshall)在1831年切诺基族诉佐治亚案(*Cherokee Nation v. Georgia*)判决意见中所建构的“国内依附族群”(Domestic Dependent Nations)理论。^[7]

本文以印第安部落的自治权力为中心,探讨美国联邦宪制架构下另一种不同样态的权力划分,即在联邦与州分权之外,联邦、州与印第安部落之间的权力划分,其核心是部落自治政府的权力来源、形态和范围。与联邦与州的分权不同,部落的自治权力显然更多不是基于联邦宪法的明确界定,而是长期围绕着印第安人的民族与种族、战争与和平、同化与自治、文化遗产与断裂等问题,在联邦宪制的基础架构下,通过众多的条约、国会立法、司法判例、行政命令、协议契约和政治惯例等实现的。厘清此国内学界关注甚少的问题,对于理解美国的宪制实践和印第安人权利地位的发展演进具有重要意义,对于认知和解决全世界范围内敏感而尖锐的民族问题或许也不无助益。

一、印第安部落与合众国宪法

在欧洲殖民早期,北美印第安人的数量估计有1200万。^[8]土著文化整体上以使用石器工具和直接占用资源为特征,社会结构以血缘为基石,由众多氏族和胞族结成的部落是最高政治和社会单位。部落间语言各异,风俗不同,信仰有别,生产方式上或依狩猎采集,或事农耕渔业。部落财产实行公有制,无个人所有观念和制度。政治体制从易洛魁联盟式(*Iroquois Federation*)复杂的联邦制安排到许多部落非正式的松散结构,迥然有异。^[9]

欧洲殖民者对于印第安部落采取了不无悖反的政策立场:一方面通过与部落签订条约承认其独立主权地位,并通过购买其土地承认部落的财产权利;另一方面又以“土地无主”(territorial res nullius)为原则主张领土权利,借由旨在“发现”无主的荒芜大陆,否认这些部族国家地位,并宣称对其“发现”的土地拥有占有和统治权,从而拒绝承认印第安人财产权利。“发现原则”(doctrine of discovery)被后来的联邦最高法院抽绎出来,成为理解和确定印第安部落权利渊源和演变的关键因素。^[10]就英国殖

[5] 据2000年人口普查,美国印第安人人口数为1865119。基于对民族性差异的认定,印第安人或可划分为三类:纯正印第安人、复合世系印第安人、印第安血统美国人。据1980年人口普查,上述人口分别为:94.75万、26.97万和553.76万。See Joane Nagel, *American Indian Ethnic Renewal: Red Power and the Resurgence of Identity and Culture*, ch. 4 (Oxford University Press 1996).

[6] Vine Deloria, Jr. & Clifford Lytle, *The Nations Within: The Past and Future of American Indian Sovereignty* 2 (Pantheon Books 1984).

[7] 30 U. S. 1, 17 (1831). 关于马歇尔此判例之阐释,参见 Jill Norgren, *The Cherokee Cases: The Confrontation of Law and Politics* (McGraw-Hill 1996).

[8] See Henry F. Dobyns, *The Number Become Thinned: Native American Population Dynamics in Eastern North America* (University of Tennessee Press 1983). 早期美洲缺乏人口统计数字,受各种因素影响,对土著人口数量的估算亦多有差别和争议。See also Russel Thornton, *American Indian Holocaust Survival: A Population History since 1492*, at 26 (University of Oklahoma Press 1987).

[9] 参见李剑鸣:《美国土著部落地位的演变与印第安人的公民权问题》,载《美国研究》1994年第2期,第31-35页。

[10] See Robert A. Williams, Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses Peoples of Conquest* (Oxford University Press 1996).

民政府而言,既承认印第安人独立地位和部族主权,又将其置于被保护地位。如承认印第安人有权得到土地赔偿金;保留为购买部落土地而举行谈判的绝对权利;使用各种条约作为重要交易的手段;保留部落占据地区;保护与印第安人的贸易。

独立后的美国大体上援引殖民地时代英人之成例。联邦把与印第安部落的关系当作外交事务处理,表现为:承认各部落为拥有主权的实体(较大部族称为“nation”);与部落谈判签订条约以解决有关土地、贸易和司法等具体交涉问题;禁绝各州插手印第安事务;向部落派驻与驻外使节职能近似的代表;部落酋长与联邦总统的交往遵循国际惯例;依通行国际规范履行联邦和部落间条约签订和批准程序。

1781年的《邦联条例》明确规定:国会“独享决定战争与和平的全权,……独享派出和接受大使、缔结条约和加入盟约的全权”(第9条第1款)、“管理不属于任何邦成员的印第安人的贸易和各项事务,但不得侵犯和违反各邦在其限度以内的立法权力”(第9条第4款)。同时规定“任何邦不得派出或接受使馆,不得与任何国王、君主或国家举行会议、达成协议、结成同盟、缔结条约”(第6条第1款)。可见处理一切印第安事务的权力绝对属于国会。

1787年联邦宪法亦将处理印第安部落的权力排他性地授予了联邦。^[11] 宪法最直接的授权是在贸易条款(commerce clause,第1条第8款第3项),赋予国会以“管理对外贸易、州际贸易及与印第安人部落之间的贸易”之权。这一条款表明在宪法规制的管理体制架构内部部落的特殊地位——它们不是简单的“外国(foreign nations)”,否则“与印第安人部落之间(with the Indian Tribes)”的表述就成为多余,但与他们的贸易也不简单是国内贸易,否则就会将其纳入到“州际贸易(among the several States)”中去。

联邦宪法提到印第安人的另一处,是关于众议院议员分配和直接税的方案(第1条第2款第3项):“众议员名额和直接税税额,在本联邦可包括的各州中,按照各自人口比例分配。各州人口数,按自由人总数加上所有其他人口的五分之三。自由人总数包括必须服一定年限劳役的人,但不包括未被征税的印第安人。”该条将“未被征税的印第安人”从人口基数中排除出去。这个相当含糊的表述,在宪法第十四修正案中再度出现:“众议员名额,应按各州人口比例进行分配,此人口数包括一州的全部人口数。但不包括未被征税的印第安人。”它实际上承认了印第安部落的地位,至少是隐晦地暗示:纳税的印第安人,因其已同化并成为美国政治实体的一部分,他们应在政府中被代表;反之,那些未纳税的印第安人则不能被代表,因其不是合众国的一部分,而更应是另一个国家成员。

联邦宪法其他授权或禁止性的规定,尽管并没有直接地聚焦于联邦与印第安部落的关系,但皆确认这样的关系排他性地属于联邦的权力范围。譬如,合众国与印第安部落间的协议可能采取条约的方式,而联邦宪法既授予总统在参议院建议和同意情况下缔结条约的权力(第2条第2款第2项),又禁止各州订立条约(第1条第10款第1项)。同样,联邦宪法赋予国会以管理属于合众国领土的独立权力(第4条第3款第2项),因而使其能够为合众国境内由印第安部落所主张和占有的地域建立规则,此权力因州向联邦让渡土地股份而加强。同时,它又当然地赋予联邦以针对外来敌对者采取军事行动的权力(第1条第8款第11项),以及保护各州免受在其边界内出现的暴力侵害(第4条第4款)。

尤其值得注意的是,联邦宪法特别申明宪法制定之前的债务和责任的有效性并由联邦承担(第6条第1节),并明确规定,“宪法、为实现宪法而制定的联邦立法、根据联邦授权已经缔结和将要缔结的

[11] See Vine Deloria, Jr. & David E. Wilkins, *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations* (University of Texas Press 1999).

条约,为联邦最高法律;各州宪法和立法若与联邦最高法律抵触,各州法官应受最高法律约束”(第6条第2款)。这对于先前缔结的条约尤其重要,因为这些条约大多数都是与印第安部落签订的。因此,联邦宪法这一规定显然肯定了部落的主权先于宪法,并在宪法通过后继续存在。

尽管联邦宪法授予联邦以处理印第安人部落事务排他性的权力,这一点是明确的,但联邦宪法并没有清楚地界定联邦这种权力,或划定部落保留权力即其自治政府权力的范围。这种“遗漏”乃刻意为之,并不令人惊奇。既然部落之地位已至近似于“外国”的程度,那么联邦宪法就没有理由为其界定权力,就像宪法没有理由为法国或俄国界定权力一样。部落与外国的这种地位之类比,在建国时期乃历史传统与现实形势交织作用的必然,与军事实力和文化认同亦密切相关。实际上,联邦宪法的主要目标是致力于界定联邦与州各自的权力范围,即在联邦与州之间分配权力。由于联邦宪法对于权力的重新分配并不会对部落权力产生影响——这些权力是“既存在于宪法之前的,又额外存于宪法之外”——所以联邦宪法的通过并未对界定部落权力范围提供契机。^[12] 只有当部落的地位从近似平等蜕变为“国内附属族群”时,界定联邦与部落各自权力范围——或换言之,部落自治政府的权力何时不受联邦的约束或侵扰——才变得必要,并真正浮现成为一个重要的问题。

立宪者的逻辑同样体现于建国初期国会立法和联邦最高法院的判例之中。1787年《西北法令》(*Northwest Ordinance*)规定:“对待印第安人要持最善良美好的意愿;不得未经其允许剥夺其土地和财产,不得践踏其财产权和自由权利,除非以国会首肯的公平而合法的战争形式;要不断制定公平的法律来阻止对印第安人进行迫害,并与其保持和平友好关系。”1790年《印第安人贸易与交往法》重申:“只有联邦立法机关而非各州地方政府能够同土著部落举行谈判和订立条约。”^[13]

联邦宪法第1条的规定显然未将印第安人作为公民对待,后来随着部落地位的变化和联邦印第安政策的变迁,印第安人逐渐从“化外之民”发展为“美国公民”,这种部族居民法律地位的变迁,也显现出了部落主权地位衰亡的悖论。1880年苏族人(Sioux Indian)约翰·伊尔克(John Ilg)上诉最高法院,要求根据宪法第十五修正案享有公民权,理由是他与原部落早已脱离关系,且在白人社区工作。最高法院在判决中解释:印第安人出生于美国主权所辖范围之外,首先是属于部落的;而部落则是非美国的实体,美国政府没有为他们制订归化程序,故印第安人不能自动成为美国公民;而且确定印第安人是否获得“文明开化”,从而有资格享有美国公民的特权和责任,不能根据印第安人自己的判断和选择,而只能由美国来做出决定。这个判决把印第安人与其他移民或民族区别开来,强调须经美国的特别程序,印第安人才能获得公民权。^[14]

联邦对印第安人政策的实施和管理,亦体现了从“外交”到“内政”的变迁。1789年联邦政府将印第安事务管理职权赋予负责对外战争事务的陆军部,由陆军部派出督察员和联络员同各部落直接联系。1806年陆军部内设督察员办公室,统一指导其活动。1824年成立印第安事务署,1849年该署转归新设的内政部管辖。

总之,在联邦宪法构建的宪制之下,印第安部落从近似独立平等、拥有固有权力的“外国”,到联邦主权管辖下拥有一定自治权的实体,其中经历了诸多时移世易的复杂历史变迁。联邦与印第安人在1871年前所签订的上百个条约、国会颁布的大量法令和联邦法院作出的诸多裁决等,共同构筑了联邦制下印第安部落自治体制的基本权力架构。

[12] Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* 112 (Yale University Press 1987).

[13] See also William Meyger, *Native Americans: The New Indian Resistance* 24, 32, 20 (International Publishers 1971).

[14] 参见注9引文,第40-41页。

二、部落主权理论及部落与联邦的关系

(一) 印第安部落主权概念

“印第安国”主权是基于印第安部落与欧洲殖民者及独立后的合众国政府签订的各种条约基础上形成的,其核心是部落对土地的控制权。“Nation”是早期涉及印第安人政治法律文献中最常见的表达,是印第安部落主导意识形态的重要体现。部落主权的观念也源于此。它的使用虽习见,但实际内涵并不相同,可译为“国族”或“族群”。早期土著社会往往视己为“国族”,是因具体人际关系和职责关系连接在一起的人民之同义语,非现代意义上的民族或国家概念,但应已有主权意识的萌生。这对部落来说意义重大。独立后的美国称印第安人为“族群”,乃指称其为不同于主体居民、脱离母体的非本土族体,反客为主和视土著为异己的意味浓厚。^[15] 印第安学者也认为,“国族”概念是早期土著人与欧洲人之间关系的延续,但18世纪后期美国与部落以独立主权国家身份所建立的条约关系,只能说是印第安人的精神遗产,而非实际意义上的政治或物质遗产,因为它从来都不是联邦印第安政策和立法的主要依据。^[16]

印第安人是具有独特文化体系、价值观和世界观的族群,主权、自治与部落传统相辅相成,其关系的演变是印第安人现代化进程的重要标志,也是维系部落文化独立性和整一性的主要依托。由于历史的原因,殖民关系仍然决定着土著人与非土著人间的关系,部落对自治、主权与传统的维护不仅步履维艰,而且充满了矛盾。^[17] 切诺基族人类学家罗伯特·托马斯(Robert K. Thomas)则把印第安保留地界定为美国政府的内部殖民地。^[18] 因为即使得到联邦的承认,印第安部落主权与自治问题仍然要受到国会、法院及各级联邦机构的制约。

政治自治和文化主权只有在特定语境和关系中才具有意义。^[19] 部落自治是基于部落与联邦及州在不同层面上进行谈判所达成的物质的、实质性的和有形的结果,而这又发生在部落文化传统与欧美主流文化直接接触、冲突和对话的特定语境和关系之中。因此,印第安部落主权及其自治权力只有置于这样的语境中才能得到准确的理解与合理的解释。

或可说,印第安部落主权很大程度上是西方价值观“赋予”的命题。因为以西方政治法律理论观之,印第安人没有建立真正意义上的国家,其原始的土地伦理和归属权利难以从根本上得到西方法律的承认和保护。另一方面,面对欧美主流政治话语的压力,部落主权、自治、土地、血统等政治话语不可避免地缠绕在一起,其不同立场构成了该领域内部的张力。^[20] 与部落主权不可分割的是印第安人身份的确定问题,而无论是外在的界定,还是内部的认同,皆隐含着土著社会对部落主权的坚定诉求。^[21]

[15] 参见朱伦:《西方的“族体”概念系统》,载《中国社会科学》2005年第4期,第86页。

[16] *American Indian Policy in the Twentieth Century* 10 (Vine Deloria ed., University of Oklahoma Press 1992).

[17] 王建平:《美国印第安人研究的现状》,载《美国研究》2010年第3期,第133页。

[18] Robert K. Thomas, *Colonialism: Internal and Classic*, 6 *New University Thought* 37, 44 (1966); Robert K. Thomas, *Powerless Politics*, 6 *New University Thought* 44, 53 (1966).

[19] Anold Krupat, *The Turn to the Native Studies in Criticism and Culture* 16 (University of Nebraska Press 1996).

[20] 同注17引文,第132页。

[21] *Indigenizing the Academy: Transforming Scholarship and Empowering Communities* 16 (Devon Mihesuah & Angela Cavender Wilson eds., University of Nebraska Press 2004).

(二) 联邦处理印第安事务的理论模式与实践

在美国印第安人政策史上,联邦处理印第安事务的理论模式可概括为:“父权主义(paternalism)”、“监护人-被监护人(ward-guardian)”和“托管者-受惠人(trustee beneficial)”,这三种模式在不同时期产生了不同影响。^[22] 这里关涉印第安部落最基本的宪法问题就是自决权(self-determination),即决定其基本性质、地位、成员资格及其未来政治社会生活的权力。部落自决权不可避免地受限于其“国内附属”之地位,这事关重大。约翰·马歇尔法院对1831年切诺基族诉佐治亚案和1832年沃塞斯特族诉佐治亚案(Worcester v. Georgia)^[23]的判决,形成部落与联邦关系史上两个经典性判例,被认为是联邦对部落地位作出的崭新的权威阐释。“国内依附族群”理论成为联邦长期以来处理印第安人政策的圭臬。马歇尔在沃塞斯特族案判决中说:“一个孱弱的国家,为寻求自身的安全,可能会将自己置于更强大国家的保护之下,只要它不至于被剥夺其政府权力,并不至于丧失为一个国家。”因此法庭判决佐治亚州的法律对于切诺基国“不具拘束力”,因为后者“乃为一个拥有其领土的独立的实体”,同时“佐治亚州的公民无权进入其中,除非征得切诺基人的同意,或根据有关条约及国会的法令行事。根据我们的宪法和法律,美利坚合众国与这一国家间的整个关系,都被授予了合众国政府”。

马歇尔在判词中指出,印第安人与美国的关系,属于世界上任何地方都不曾有过的特殊类型:一个部落对美国来说,既不是“外国”,又是拥有特定地域和独立主权的“族群”;某一州的法律不能在部落领地内生效,处理与印第安人关系的职权乃系联邦专有;部落乃既非独立又非从属的“国家”,属于“国内依附族群”,类似“被监护者与监护人”的关系。马歇尔对部落法律地位的解释,一方面否定部落属于“国中之国”,同时又不能不承认部落拥有独立主权的现实。马歇尔用“国内依附族群”这个新创概念来限定部落与联邦的关系,反映出联邦在这一难题上的理论困惑与矛盾。但马歇尔判决所确立的“被监护者与监护人”关系模式,使殖民地时期一直存在的“父权主义”获得法理上的意义。^[24] “父权主义”主导了早期美国印第安人关系,其内涵在于:联邦政府应像父亲一样手把手地教给印第安人文明的生活方式,引导其信仰基督教从而进入文明社会。^[25] “被监护者与监护人”关系模式的确立,为联邦夺占部落土地和推行文明开化作了理论铺垫,也为部落主权的沦落埋下伏笔。

马歇尔在沃塞斯特族案判决中坚持认为,印第安国家这种附属的地位,连同它们让与领土的行为,实际上强加于联邦一种信托的义务。以“监护论”为基础,以“父权主义”为特征的“托管权原则”(Doctrine of Trust Responsibility),演变成联邦处理与部落关系的主导原则,即联邦在认为部落尚不具备管理其财产能力的情况下,对其土地或其他自然资源提供监管与保护,以确保部落人民的生存和福利。

联邦对部落行使托管权,很大程度上乃是自我授予的。1877年最高法院的一项判决宣布印第安人对其土地没有所有权,联邦有权任意处置印第安人的土地;因为“在这一问题上,美国是出于正义的考虑而行使的,而这种正义则支配着一个基督教民族对待一个愚昧和依附的种族的姿态”。^[26] 托管原则一经确立,深远地影响着联邦印第安人政策,特别是在1887年《道斯法案》生效后,印第安人所获得的份地,均按这一原则由联邦托管25年,而被解散的部落政府原拥有的财产,亦以托管之名落入联邦的掌握之中。联邦托管保护的承诺,逐渐转变为对部落的控制甚至征服,即打破被视为野蛮落后象

[22] 杨恕、曾向红:《美国印第安人保留地制度现状研究》,载《美国研究》2007年第3期,第53页。

[23] 31 U. S. (6 Pet.) 515, 8 L. Ed. 483 (1832).

[24] 同注9引文,第34-35页。

[25] 自英国殖民北美始,即有土著部落称白人为“父亲”,白人使节则称印第安人为“我的孩子”。独立后这种“父子”称谓被承袭,并发展成相互关系的缩影。

[26] 同注9引文,第38页。

征和文明开化障碍的部落制,根除部落习惯和风俗信仰,消除公有土地所有制,令印第安人放弃其传统的生活方式,最终将其改造成为美国公民。

最高法院在1886年合众国诉卡伽马案(United States v. Kagama)^[27]和1903年隆尼·沃尔夫诉希区考克案(Lone Wolf v. Hitchcock)^[28]中,支持了国会权力的巨大扩张。在卡伽马案判决意见中,大法官塞缪尔·米勒(Samuel Miller)将印第安部落描述为“这个国家的被监护人。它们是依赖于合众国的团体。依赖于获取他们日常的食品,依赖于获取他们的政治权利”。由此他得出结论:国会拥有保护部落的“完全权力”(plenary powers)。这是此后联邦处理印第安人事务最重要的理论工具。

20世纪60年代以降,在印第安人争取“红色权力(red power)”运动的推动下,^[29]印第安人自决和自治成为主旋律,“托管者-受惠人”模式逐渐成为联邦处理印第安事务的主要导向。

不论是“父权主义”,还是“监护人-被监护者”和“托管者-受惠人”关系模式,其背后的逻辑都意味着印第安人没有能力享受完全主权,其生存与发展须依赖联邦的帮助和指导。所谓的部落自治与联邦托管本质上是自相矛盾的。而国会拥有处理印第安事务“完全权力”则是实实在在的,覆盖所有的部落政府、成员及其财产,甚至可撤销整个部落。

自然,国会权力会受到来自于宪法第五修正案中的“正当法律程序条款”(due process clause)和“公正补偿条款”(just compensation clauses)的限制,联邦法院在对印第安人条约进行解释时也必须遵循“条约解释准则”(canons of treaty construction)的限制,^[30]这些限制客观上有利于维护印第安人的权利。但司法救济仅仅是对权利被侵犯的事后补偿,没有也不可能从根本上削弱国会对印第安事务的全面控制。

(三) 联邦与部落政府的权力划分

下面试列表说明联邦与部落政府之间的权力分配:^[31]

表1 联邦权力与印第安部落政府的自治权

	联邦权力	印第安部落政府的自治权
立法权力	①建构联邦印第安政策和法律框架;②全面监管和指导部落事务的“完全权力”;③为印第安人拨款、制定发展计划和颁布管理基本法律;④规定联邦各机构涉及印第安部落事务的具体职权;⑤可终止印第安人的部落地位;⑥监督部落政府的组建和选举;⑦保留部落政府入籍标准的否决权;⑧有权在给予适当补偿的情况下处置印第安人份地	①根据自身具体情况选择部落政府的组织形式,制定部落宪法;②建立部落的法律体系;③组建并选举政府;④享有主权豁免权,即除国会通过立法明确宣布废除或部落主动放弃外,享有免被其他政府、部落、州政府或个人起诉的权利;⑤确立成为部落成员的资格、待遇和条件;⑥通过自治立法约束部落成员的行为;⑦保障印第安人个人私有财产不容剥夺;⑧除国会明确予以限制外,拥有处理印第安保留地内部事务“固有的”和排他性的权力

[27] 118 U. S. 375, 6 S. Ct. 1109, 30 L. Ed. 228 (1886).

[28] 118 U. S. 553, 23 S. Ct. 216, 47 L. Ed. 299 (1903).

[29] 又称“红种人权力”运动,是印第安人为争取民族自决和自治而开展的示威抗议运动,是美国印第安人历史上的重大事件之一。20世纪50年代后期,文化多元主义在美国开始盛行。按照文化多元主义,印第安人有权保留自己的种族特征和生活方式,并改善处境。此后民权运动兴起,印第安人也广泛开展了一系列争取自决的示威运动,产生了重大影响,推动了印第安人族裔意识的认同和勃兴。运动中建立了诸多全国性土著组织,如1968年成立于明尼阿波利斯的“美国印第安人运动”(American Indian Movement)等。

[30] 三个准则是:由条约含混引起的争议须按照有利于印第安人的方式加以解决;条约解释须使印第安人能够很好地理解之;条约解释须使其字面意义有利于印第安人。

[31] 本表参考注22引文,第50-69页。

行政权力	①监督部落政府的活动;②管理部落土地、财物、资源及其他财产;③管理联邦政府向部落提供的各种服务和资助;④通过内政部管理部落的托管地和部落成员个人所有的托管地,包括土地的出售、租赁、继承、线路通行等;⑤依照国会授权管理印第安人领地上的贸易,包括发放许可证、规定销售商品和服务的种类、销售模式等	①在自治政府的形式下行使与其他地方政府相似的政府管理职能;②管理内部成员之间的关系;③拥有托管地与印第安人所有地,并管理开发土地上的资源;④确定私人土地的继承和征用;⑤组建公司和进行商业贸易活动;⑥对非印第安人个人在印第安人保留地内的活动进行管理;⑦征税;⑧在部落管辖范围内管理财产;⑨制定教育、卫生、安全和就业等方面的法令;⑩依照授权管理酒类制品的销售和使用
司法权力	①监督部落司法权的行使;②依据 1832 年《印第安人领地犯罪法》、1885 年《重罪法》和 1953 年《第 280 号公共法》等法律的规定,行使对印第安人的刑事司法权	①建立部落司法组织体制,行使审判职权;②部落法庭对保留地上的印第安人拥有排他的民事司法权和部分刑事司法权;③对保留地上非印第安人一般无刑事司法管辖权

需说明的是,由于联邦印第安人政策的变化,部落权力前后变化较大,且不同部落亦存差异,故上表所列主要指现行宪制下的一般法律规定和原则。而且,部落政府权力与联邦权力多有重合或交叉,但前者处于国会“完全权力”的制约之下,即只有国会不予干预时部落政府的权力才是“固有的”。

此外,根据“蒙大拿例外”(Montana Exceptions)原则,除非非印第安人与部落或其成员形成共识关系(如开办合资企业),或非印第安人从事的活动对部落的政治统一、经济安全或社会卫生福利带来危害,否则部落政府不能管理保留地非印第安人在其所有的土地上的活动。

三、联邦印第安人政策的历史变迁

联邦印第安政策总体上呈现矛盾态度,两百余年间摇摆于根除部落政治实体地位与致力于实现部落自治之间。建国初期,印第安部落享有主权国家政府的自治地位,尽管有限并受到国会制约。联邦以谈判缔约作为处理印第安事务的主要手段,并建立印第安事务署,作为实施国会法令、落实联邦各项印第安政策的专门管理机构。同时联邦政府不惜用武力征服和战争灭绝的办法,迫使印第安人签订“平等条约”。19世纪末以前,战争一直是联邦推行印第安人政策的重要选项。

1830年国会通过的《印第安人迁移法案》,是联邦对印第安人实行种族隔离政策的标志。该法案授权总统以土地交换为条件,将印第安人强制迁移到保留地,丧失土地、家园、独立及主权的印第安人,沦为联邦监护与管理的对象。印第安人踏上迁移的“眼泪之路”,意味着其与主流社会间的关系发生历史性转折。

1887年《道斯法案》以土地私有化和打破部落制为核心内容,在保留地实行份地分配制,经25年托管期后,印第安人可获得份地的绝对私有权,同时登记为美国公民。这项法令使得部落土地迅速流失:1881年印第安人共有的土地有155 632 312英亩,到1900年仅为77 865 373英亩,一半易主;至1930年更减至4800万英亩,不及法案生效前的1/3。土地的流失致使作为土著社会与文化核心的部落制被打破,印第安人社会演进的载体和象征不复存在,文化认同的标志和民族归宿感也丧失殆尽。^[32] 1906年国会通过两院联合决议,尽管仍承认部落政府,但将部落官员任免权授予总统。部落政府的存在只具象征性了。

同时,全面同化政策实施包括对印第安人推行同化教育;实行领地私有化、宗教改宗;授予印第安

[32] 同注9引文,第39页。

人以公民权等。^[33] 实施全面同化政策的根本原因在于联邦对印第安人土地的觊觎,也体现了白人社会的文化偏见和种族优越感,给印第安人带来了严重的文化危机和民族灾难。

进入20世纪后,印第安人政策出现了分水岭。1933年富兰克林·罗斯福(Franklin Roosevelt)总统任命社会改革家约翰·科利尔(John Collier)为印第安人事务专员,开始实施印第安人新政。印第安人新政是在罗斯福新政的总体框架内进行的,其指导思想是承认土著人的文化传统与价值,恢复部落制,实施紧急经济援助。新政的核心是改组部落政治体制,落实部落自治权,保证印第安人的基本人权,以实现部落的政治经济与文化复兴。1934年国会颁布被称作“印第安大宪章”的《印第安人重组法》,开启了部落重组和自决的新时期。^[34]

印第安人新政虽然改变了同化印第安人的政策,但它无法同时满足在印第安人内部存在的两种完全不同的基本诉求即同化和自治,因而反遭许多印第安人的抵制。这种基本诉求的矛盾性和解决的两难,乃是几百年来印第安人政策发展所留下的历史重负。^[35]

20世纪50年代,联邦转向“印第安人终止政策(Indian Termination Policy)”,即单方面终止部落与联邦间的特殊关系。1953年国会通过《108号两院共同决议》,中止部落的政治地位和联邦与其资助关系,结束印第安人作为合众国被监护者的地位,授予其美国公民的一切权利。终止政策结束了印第安人在国内所处的特殊地位,废除保留地,解散部落,终止与联邦的托管关系。1953-1968年间,一百多个印第安部落从法律上终结,超过136万英亩的部落土地转变为公众土地,被私有化并被出售。

20世纪60年代,受多元文化主义和民权运动影响,泛印第安人抗议运动推动了印第安人族裔意识的勃兴。联邦政策遂改弦更张,加大资金、项目和行政支持来解决印第安人问题,承认并保障印第安人的公民权利。1968年《印第安民法》扩大了保留地内印第安人的自治权,承认基于印第安人文化传统而制定的各部落法律的存在,增强和扩大部落管理机构的职权范围。承认印第安人具有“双重公民身份”,即在保留地内受部落法律保护,在保留地外受联邦法律保护。民法本意是将宪法前10条修正案的原则平等施于印第安人,但一些部落则以其干涉部落主权而加以抵制,使得最高法院不得不在1978年的一项判决中,提出用部落习俗和传统来解释民法,使该法与自决趋势调和起来。^[36]

1970年尼克松政府宣布实施新印第安人政策,强调民族自决和部落自治。印第安人政策重新回到一体化、多元化轨道,文化多元主义最终取代种族同化而成为联邦印第安人政策的精神原则,部落的合法权利获得一定保障。自治政策的推行对保留地的发展带来了积极影响。尼克松后的联邦政府沿续其尊重部落自决权力政策,重新强调信托关系,抛弃终止论调。1975年的《印第安人自决法》和《印第安人自决和教育援助法》,皆鼓励和保障保留地内的印第安人实行自决自治。

20世纪80年代后,历届联邦政府均强调:政府对政府的独一无二关系是联邦印第安人政策的基础,主权独立的部落政府是国家的有机组成部分。同时继续落实部落内的警察、税收等自治权力,如1982年《部落政府税收法》规定,在某些特定情况下部落可作为与州平等的行政实体来对待。

从总的历史趋势看,自印第安人新政实施以来,部落文化与传统逐渐受到尊重,自治权力逐步落实到位。这与美国人权运动的发展与宪政精神的要求是相适应的。但是,由于历史与现实多方面复

[33] See Henry E. Fritz, *The Movement for Indian Assimilation, 1860-1890* (University of Pennsylvania Press 1963); Francis P. Prucha, *American Indian Policy in Crisis: Christian Reformers and the Indian, 1865-1900* (University of Oklahoma Press 1976); Frederick E. Hoxie, *A Final Promise: The Campaign to Assimilate the Indians, 1880-1920* (Cambridge University Press 1984).

[34] 参见喻冰峰:《美国印第安“新政”的实施及其影响》,载《乐山师范学院学报》2007年第9期,第106-108页。

[35] 丁见民:《试论美国土著民族反对印第安人新政的原因》,载《世界历史》2006年第6期,第73页。

[36] 同注9引文,第48-49页。

杂因素的影响和制约,事实上,印第安人事务的最终决定权仍很大程度上掌握于联邦,尤其是部落难以实现经济自给而不得不要求联邦继续其“托管”职责,部落的重要行动仍受内政部和印第安人事务署的制约和管辖。最高法院主要判例依然认可国会作为部落受托人所行使的权力是没有宪法性限制的。因此,部落的自治权似乎只是国会的恩惠而非主权,且取决于政策的莫测变化。^[37]

表2 美国印第安人政策及联邦与部落关系变迁

阶段与年代	联邦主要政策要点	联邦颁布的主要法律	主要措施与影响	联邦与部落的关系
第一阶段 (1778 - 1829)	怀柔笼络与武力高压	①西北法令(1787); ②印第安人贸易与交往法(1790)	①开化政策实施;②印第安人逐渐受到联邦的政治控制;③设置印第安事务署;④联邦以谈判缔约作为处理印第安事务的主要手段	①土著部落被视为主权实体,处于近乎“外国”的地位;②印第安人基本上属美国政治体系以外的居民,但开始逐步受到“保护”
第二阶段 (1830 - 1886)	强力驱赶与重新安置	①印第安人迁移法案(1830);②印第安人安置法(1854);③家园法(1862);④铁路法(1862)	①印第安部落被迫远离家园,联邦通过部落西迁的“眼泪之路”建立保留地;②联邦出于实际需求改造土著社会,逐步剥夺部落主权	①最高法院“国内依附族群”理论出笼;②联邦与部落沦为监护与被监护关系
第三阶段 (1887 - 1932)	份地分配与强制同化	①道斯法案(1887); ②伯克法案(1906); ③印第安人公民权法(1924)	①实行份地制和土地私有化,分配部落土地,造成土地流失和部落迁移;②推行教育文化和宗教信仰等方面强制同化政策;③部落政治功能丧失殆尽,社会和文化流于破碎和混杂;④印第安人陷入贫困化而更加依赖福利;⑤印第安人取得公民权	①国会的“完全权力”理论主宰联邦与部落关系;②联邦与部落主要呈现托管与被托管关系
第四阶段 (1933 - 1945)	部落重组与政府自治(印第安人新政)	印第安人重组法(1934)	①部落逐步获得自决和自治权利;②承认多元文化并存,尊重土著人文化传统与价值观;③开展诉讼运动;④土著部落的政治、经济与文化得以一定程度复兴	①传统的部落社会和政治组织形式改变,依照联邦宪法模式建立部落政府;②部落主权逐步恢复,地位近乎“国中之国”,但仍受制于国会的“监管”
第五阶段 (1946 - 1961)	终止政策与重新安置	①印第安人土地权利委员会法(1946); ②108号两院共同决议(1953);③自愿移民计划(1953); ④108号同期住房决议(1954);⑤BIA直接就业计划	①中止联邦基金对一些印第安部落和成员的资助;②印第安人城市化迅速发展,教育和就业等面临新的挑战	①结束了印第安人在国内所处的特殊地位,废除保留地,解散部落,终止与联邦政府的“托管”关系;②部落自治权得到进一步落实,但仍受联邦的监管

[37] 参见胡锦涛山:《二十世纪美国印第安人政策之演变与印第安人事务的发展》,载《世界民族》2004年第2期,第25-34页。

第六阶段 (1962年 至现在)	民族自 决与部 落自治	①印第安民法 (1968);②印第安人 教育法(1972);③全 面就业和职业培训 法(1973)④印第安 财政法(1974)⑤印 第安人自决法 (1975)⑥印第安人 自决与教育援助法 (1975);⑦印第安人 犯罪法(1975);⑧印 第安人健康法 (1976);⑨美国印第 安人宗教自由法 (1978);⑩印第安人 儿童福利法(1978); ⑪部落政府税收法 (1982);⑫印第安人 博彩业管理法 (1988)	①印第安部落基本实现自决; ②中止强制性的迁移;③联邦对 部落政府给予财政、教育和就业 等方面支持;④印第安人运动兴 起;⑤部落人口增多,城市化加 快,教育程度提高,生活福利改 善;⑥印第安人的文化传统与生 活方式同化于主流社会的趋势 显著,甚至加快	①部落政府的自我管理职能在国会 的监督下基本得以实现;②由于印 第安部落的大部分资金来自联邦等 原因,部落政府的独立性与自治权 仍受限制;③博彩业的开设和迅速 发展使得一些印第安人保留地逐渐 实现经济自足,有利于保障部落自 治权力
------------------------	-------------------	--	---	--

四、部落政府自治权力范围

(一)部落创建政府的权力

早在欧洲殖民以前,印第安各部族就建立了自己的政治组织体制。北美独立后各部族从未放弃其创建或重建政治机构的权力,联邦宪法也没有限制这些政府所采取的形式。宪法第4条第4款规定:“合众国保证本联邦各州实行共和政体。”但并未对部落政府施加这样的要求。部落中或推选长老或祭司管理部族事务,或以部落大会为领导机构。开化较早的大部落则多按现代方式产生政府,如选举产生有任期的行政长官。人数最多的纳瓦霍部落拥有议会、总统、警察,自称“纳瓦霍国”(Navajo Nation)。而俄克拉何马州内的切诺基族,1827年即模仿联邦宪法拟定了切诺基宪法,建立了以选举制为基础的立宪政府,以与白人相类的方式组织管理部落事务。在分权的联邦制下,部落一般拥有较大的经济自主权。^[38]

19世纪上半叶,土著政治制度一度为白人社会所打碎,至19世纪后期印第安人事务署已很大程度上取代了部落政府,成为在部落有效行使统治权的机构。1934年国会颁布的《印第安人重组法》,试图扭转印第安人由自治人民沦为被统治者、部落权力为华盛顿官僚机构操控的局面,振兴部落自治政府。为此规定:印第安人应享有自决权;可以制定宪法和成立部落政府;印第安人宗教不受政府干涉;允许部落根据自己的意愿成立合法的委员会,并在法令允许范围内可与联邦、州和当地政府进行谈判。^[39]但法案仍使部落权力受到限制,因为自愿遵从重组法的部落,其宪法之制定及修改,皆需征得印第安人事务署的同意。甚至当1999年切诺基人修改宪法,以寻求取消这种宪法审查时,他们发现事务署并不情愿。

[38] 参见王铁志:《美国的民族问题和民族政策》,载《西北民族研究》1998年第1期,第124-138页。

[39] Vine Deloria, Jr. & Clifford M. Lytle, *American Indians, American Justice* 14 (University of Texas Press 1984).

并非所有的部落都愿意接受重组法。该法颁布后有 189 个部落表示接受,77 个部落表示拒绝。只有 153 个印第安部落根据这项法令制定了宪法。^[40] 坚持传统的印第安人认为重组法只是把白人的体制强加于部落而已,反对遵循陌生深奥的民主制度体系。尽管随着城市化和人口格局的变动,血缘纽带在土著社会的作用有所弱化,但印第安人的生活方式和社会结构,仍与主流政治文化有着鲜明的差异,很多部族依旧维持传统的家族血亲制度,以部落作为社会和政治系统的核心,信奉传统的价值观念。^[41]

但不可否认,20 世纪 60 年代以来,印第安部落在现代化道路上与时俱进,自治和自决取得显著进展,公共管理趋向细致而复杂,甚至党派政治也传入部落。部落政府对于保留地事务的控制,与州政府在本州的地位近似。

(二) 处置部落土地的权力

围绕土地问题而展开的冲突,长期构成联邦与印第安人关系的核心内容。印第安人传统实行部落公有制,不存在财产私有观念。而近代殖民主义要求绝对财产私有制,与土著的土地占有状态截然对立。虽然早期从印第安部族购买土地的做法,有助于灵活策略地处理土地所有权问题——至少最初确是如此,因此 1787 年《西北法令》规定了最初的印第安人政策:“不经他们的同意,他们的土地和财产不得被攫取;他们的财产、权利和自由永不受侵犯或干扰。”但进入 19 世纪后,美国人扩展领土的渴望与印第安人的土地权利要求日益冲突,西进运动是最突出的表现,部落的土地权利受到极大抑制。詹姆斯·门罗(James Monroe)总统即声称:“狩猎或野蛮状态需要很大范围的土地来加以维持,而这超出了文明生活的进步及正当权利的要求所能允许的限度,故必须服从于文明生活。”^[42]

马歇尔法院在一系列判决中进一步概括了有关部落土地权利有限的原则。在 1810 年弗莱彻诉派克案(Fletcher v. Peck)中,最高法院的结论是:部落拥有“占有的权利”(right of occupancy),而非土地的完全物权,尽管在土地占有权利消灭以前,部落的同意是必要条件。^[43] 在 1823 年约翰逊诉麦克因图什案(Johnson v. McIntosh)中,马歇尔详述了这一观点:部落“依照其自己意愿处理土地,即他们愿意如何转让就如何转让的权利,是不被那条原始的基本原则承认的,即被发现物给予发现者以排他性的所有权”。马歇尔拒绝就这一原则的公正性进行讨论:“我们无意进行这样的辩论,即在抽象的原则基础上,农人、商人和制造商是否有权驱逐他们所拥有的土地上的狩猎者,或者在他们的法律权限范围内订立契约。无论在已成功宣称的权利主张之原初正义方面,个人的见解和意见可能是什么,征服都赋予了一种征服者的法庭不能否定的所有权。”^[44]

正如马歇尔在约翰逊案中所指出的,“发现原则”不仅令殖民者有目的地攫取了部落占有的土地,更削弱了印第安部族缔结条约的权力。“发现原则”的要素是,欧洲人发现和占有土地的权力,使他们赢得对该土地排他性的所有权。拥有所有权的国家可将土地转让给另一个国家,就像在独立战争结束之际英国将领地退让给美国一样。但印第安部落仅仅是一种主权利下的土地占有者,它们不能将土地转让给另一主权利。所以,尽管部族国家可以为处置其土地而签订协定,但依照“发现原则”,它们只能转让其占有(hodling)给对该土地拥有所有权(title)的国家。在 1831 年切诺基族案中,最高法院进一步限制了部落处置其自有土地的权力:“他们占有土地,我们确认其所有权独立于他们

[40] Arrel M. Gibson, *The American Indian Prehistory to the Present* 542 (Oklahoma University Press 1980).

[41] 参见李剑鸣:《文化接触与美国印第安人社会文化的变迁》,载《中国社会科学》1994 年第 3 期,第 157-174 页。

[42] 转引自李剑鸣:《两个世界文明汇合与北美印第安人的历史命运》,载《历史研究》1992 年第 1 期,第 25 页。

[43] *Fletcher v. Peck*, 10 U. S. (6 Cranch) 87 (1810).

[44] 21 U. S. (8 Wheat.) 543, 5 L. Ed. 681 (1823).

的意愿,当他们占有的权利一旦终止,所有权就必须在占有这一点上生效。”^[45]

国会立法进一步抑制已有限的部落土地权力,以1887年《道斯法案》为最。无论法案背后潜在的动机是什么——是促进土著社会进步的“印第安人的解放宣言”,抑或是“打破部落团体的强大的碾碎机”^[46]——其影响都是非同寻常且是灾难性的。《道斯法案》把土地私有制强加给印第安人,致使公有土地严重流失,破坏了印第安人相沿成习的传统生活方式。而通过开放保留地用于非印第安人的殖民(有时候甚至占到保留地居民的多数),毁坏了关系紧密的部族社会,损害了部落政府的权威和凝聚力,动摇了印第安文化的根基和构架,使其日益陷入孤绝之境。这正是立法者所要达到的目的:“随着土地根据地再一次被削减和大多数保留地内陌生的新鲜面孔的出现,部落议会和法庭进入休眠期。联邦印第安事务局作为实际上的政府在行动。”^[47]

《道斯法案》是体现了欧洲个人主义价值观和私有财产所有权观念的“利己主义与理想主义的混合产物”。它使部落关系、生活方式和生存手段等发生文化位移,成为将印第安人同化和融入文明社会的基石。然而,“无论清教徒花费多大气力去改变印第安人,也无论印第安人改变得多么彻底,事业最终是无望的,因为印第安人根本不能成为白人”^[48]

(三)部落缔结条约的权力

早期印第安部族国家地位的属性,乃表现为与主权国家通过谈判缔结条约或协定。但后来条约签订多有军事和政治压力之背景,加之印第安人既无文字更无国际法观念,以致缔约方得上下其手,威逼欺蒙和单方毁约之事层出不穷。

19世纪30年代后土著部落充满血泪的西迁,皆通过一系列条约实现。条约大多包括向印第安人支付赔偿金或永久性租金,及在部落新聚居地区提供卫生教育和福利事业等内容。对印第安人进行监护的保护主义倾向也借由条约占据上风,部落起初的独立和主权则退居次要地位。

事实上,土地权利中的“发现原则”已令印第安人的缔约权利大受制约。正如马歇尔在切诺基族案中所阐释的,对于部落缔约的限制已超越了土地的转让:“他们和他们的国家被外国及我们自己看作是如此完全地处在合众国的主权统治之下,以至于任何企图获取他们的土地,或建立与他们之间的政治联系的行为,均将被所有人视为对于我们领土的侵犯,以及敌意的行动。”^[49]

对于与部落缔约的办法,美国社会一直存在非议。安德鲁·杰克逊(Andrew Jackson)在任总统前即曾说,印第安人乃是“美国的臣民”,他们并无独立的主权,因而不能与美国签订条约。内战后要求废止与部落缔约之声更是不绝于耳。至19世纪70年代,绝大多数土著部落都被征服或控制,条约之意义已荡然无存。1871年国会遂通过《印第安人拨款法》,宣布:“所有美国境内的印第安族群或部落,不应被承认或被认为是独立的族群(nation)、部落或国家(power),不能与美国政府用条约方式建立关系;但此前已签订的所有条约中的规定,不得废除或损害。”这意味着联邦不再承认印第安部落是可以签订条约的独立实体,而且联邦有权处理印第安人事务,无需取得部落同意,印第安人在法律上也不再是“化外之民”,开始受到联邦法律的管辖。这是联邦印第安政策的重大转折点。此后,联邦政府与部落的交涉,均以双边协定(须经国会两院批准)和法令方式进行,至1940年这类文件共约500

[45] 30 U. S. (5 Pet.) 1, 8 L. Ed. 25 (1831).

[46] 西奥多·罗斯福(Theodore Roosevelt)总统语。Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* 19 (Yale University Press 1987).

[47] Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* 21 (Yale University Press 1987).

[48] 转引自胡锦涛:《试论1887年道斯法案及其作用》,载《东北师大学报》(哲学社会科学版)1991年第2期,第51页。

[49] 30 U. S. (5 Pet.) 1, 8 L. Ed. 25 (1831).

余项。^[50] 而从 1778 年同特拉华人签订第一个条约起,到 1871 年共签订了 370 项条约。^[51]

20 世纪初在隆尼·沃尔夫诉希区考克案中,最高法院甚至削弱了部落谈判签订契约的权力。^[52] 最高法院拒绝质疑国会违背一项条约的行动:国会可通过后续的立法单方面废除与印第安部落订立的条约,因为它在处理印第安人事务方面具有“完全权力”。这个裁决使得合众国与部落间的条约,实质上只对缔约的部落具有拘束力。

隆尼·沃尔夫案裁判产生了这样的危险性:当国会通过并未明确涉及部落的一般性立法时,这些法律也可能被牵强地解释为推翻了条约的义务,从而置部落特权于危险境地。但近些年最高法院已在寻求避免这样的结果,其方法是按照部落与联邦间特殊的信托关系及联邦对于部落自治政府的承诺来解释法律,同时一般性拒绝废除契约权利,除非有明确清楚的立法语言表明国会可以如此行事。^[53] 因此,在 1976 年布莱恩诉伊萨卡县案(Bryan v. Itasca County)中,最高法院通过坚持须按照有利于保护部族自治政府特权的原则解释法律,以严格限制《第 280 号公共法案》的适用范围。最高法院判决,国会只能将印第安部族的私人性诉因增入州法院的管辖范围,而不能增入州税务或行政管辖权内。若国会意图如此,它必须已有明确的规定。^[54]

在 1974 年莫顿诉曼卡瑞案(Morton v. Mancari)中,最高法院也作出了有利于部落特权的判决:印第安人优先受雇于印第安人事务局,乃是代表着 1972 年《平等就业法》要求在联邦雇佣中实行平等原则的例外。^[55] 法院之所以如此裁决,是因为国会于该法案中并未特别地规定适用于印第安部落的问题,反之国会曾在 1934 年的一项法案中具体规定了这种优先雇佣。在 1978 年圣克拉克·皮尤贝罗诉马丁内斯案(Santa Clara Pueblo v. Martinez)中,最高法院驳回了一项在联邦法院提起的针对部落的性别歧视诉讼,理由是:1968 年《印第安民权法》并没有明确地授予在联邦法院提起针对部落的民事诉讼的权利。

通过上述判例,最高法院已表明了这样的立场,即只要存在着国会是否有限制印第安自治政府权力之意图的争议时,该法院都会谨记加之于前者的信托责任,以最严格的标准对于部落自治政府权力的设定进行审查。总之,联邦最高法院仍坚持这一立场,即国会握有关于部落自治政府具体权限的最高判断标准。

20 世纪 70 年代初,一些印第安人部落又倡议与联邦恢复缔结条约。然而时过境迁,缔约权力已随着印第安人与联邦关系的非国际化而变得不仅没有必要,而且也没有可能。

(四) 部落司法管辖权力

1. 部落司法权概述

司法权力是印第安部落自治法律地位的重要内容和标志。显然,部落政府自治权力包括在其政治和社会边界内管辖民事纠纷和刑事犯罪司法之权,这被视为“部落主权的奠基石”。^[56] 但在实践中,只有联邦拥有处理印第安事务的全权,故印第安部落司法主权是受到限制的:既存在着联邦的制

[50] Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* 8 (Yale University Press 1987).

[51] 张友伦:《美国印第安人历史研究中应当澄清的几个问题》,载《南开学报》1999 年第 5 期,第 146 页。

[52] 这一裁决受到严厉批评。See David E. Wilkins, *The U. S. Supreme Court's Explication of "Federal Plenary Power": An Analysis of Case Law Affecting Tribal Sovereignty, 1886-1914*, in *Native American Sovereignty* (John R. Wunder ed., Garland 1996).

[53] Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* 46-52 (Yale University Press 1987).

[54] 426 U.S. 323 (1976).

[55] 417 U.S. 535 (1974).

[56] Robert B. Porter, *Strengthening Tribal Sovereignty through Peacemaking: How the Anglo-American Legal Tradition Destroys Indigenous Societies*, 28 Columbia; Human Rights Law Review 238 (1997).

约,也有来自各州的干预。

在部落保留地,司法权的分配和行使是极复杂的问题,历史与现实因素纠缠在一起,使得许多时候权力界定不清,争议颇多。总体而言,部落的司法权由联邦、州及部落政府共同行使,是由一系列联邦法、州法、部落法律规定及法院的司法判决共同构成,任何一方都不具有垄断保留地司法的权力。部落政府行使的司法权,主要是民事司法权和部分刑事司法权。

对于那些两造皆为部落成员的案件,在19世纪的多数时间里,部落保留着民事和刑事案件的司法管辖权。因此,在1883年克罗·道格案(Ex Parte Crow Dog)中,最高法院承认部落制定刑事法律的排他性权力,并拥有对在保留地惩治印第安人之间犯罪案件的司法管辖权。^[57] 对于那些非印第安人与其他部落成员的案件,合众国和印第安部落分别依照条约在它们的司法机构间分配司法管辖权。如1866年的《乔克托族和契卡索族条约》(Choctaw and Chickasaw Treaty)就授予这些部落管辖非印第安人与在其领地上的印第安人之间的民事与刑事诉讼。

2. 部落刑事司法权(Criminal Jurisdiction)

印第安部落在其保留地上的刑事司法权很不完整,不仅不具有对刑事案件排他的管辖权,而且随着联邦对印第安事务控制的加强和各州介入的增多,部落政府的刑事司法权呈现日益弱化趋势。

一般而言,印第安人在部落内犯罪,由部落管辖;非印第安人在部落内和印第安人在部落外犯罪,由州政府管辖。部落最早拥有终审权,但自19世纪后期以降,部落的司法管辖权遭受严重侵夺。

在部落保留地的刑事管辖问题上,联邦立法主要有三:1834年《印第安人领地犯罪法》、1885年《严重犯罪法》和1953年《第280号公共法案》。这三个法案对于部落刑事司法权产生了重大影响。《印第安人领地犯罪法》是联邦侵蚀部落司法主权的开始,但它仍很大程度上尊重了联邦与部落签订的条约,对于维护部落的司法权仍具积极意义。由于部落传统上没有死刑制度,对于杀人案件仅处以赔偿牲畜等,引起主流社会的不满,促使1885年国会通过《严重犯罪法》,撤销了部落对于谋杀、强奸和抢劫等严重犯罪案件的管辖权,无论受害人或嫌疑犯是否为印第安人,此类案件的管辖权皆被赋予联邦法院。^[58] 这个法案是国会对于克罗·道格案判决的反应,^[59] 它的通过是联邦全面介入部落刑事司法权的标志,部落司法权受到显著削弱。该法几经修订后,规定须由联邦法院审理的刑事案件远超过去。^[60]

联邦还于印第安人事务署之下创立印第安人犯罪案件法庭(Courts of Indian Offenses),取代传统的印第安人法庭。1898年国会通过《同化犯罪法》,进一步规定所有不属各州司法管辖范围内的刑事犯罪均归联邦管辖,这就意味保留地上的所有刑事案件均可被纳入联邦司法管辖范围。同年通过的《柯蒂斯法》,把联邦司法权扩大到向来享有自治权的五大文明部落印第安人,取消其部落法庭,宣布部落法在联邦法庭不能生效。

1953年国会通过《第280号公共法案》,授予阿拉斯加、加利福尼亚、明尼苏达、内布拉斯加、俄勒冈和威斯康星6个“强制州”(Mandatory States)在保留地实施其刑事法律,并赋予它们拥有对于印第安人之间发生的民事诉因案件(比如侵权)或当事人皆为保留地印第安人案件的司法管辖权。法案授

[57] 109 U.S. 556 (1883).

[58] 18 U.S.C. sec. 1153. 该法案受到最高法院1886年合众国诉卡伽马案判决的支持。

[59] 1885年,克罗·道格(Crow Dog)杀死部落内一名印第安人男子,部落对其的处罚仅仅是赔偿死者家属17匹马,抚养死者遗孀1年。此案裁判反映了部落传统刑事责任与民事侵权责任混同的特性,这种原始的裁判法引起了舆论和国会的强烈不满,成为1885年《严重犯罪法》最终通过的主要动因。

[60] 参见注22引文,第59页。

权其他 44 个“选择州”(Option States)亦可行使此类民事和刑事诉讼管辖权,即它们可根据本州实际情况和意愿选择在保留地上行使部分乃至全面的刑事司法权。在这些州中,除佛罗里达对保留地全面行使刑事司法权外,其他各州只对特定地域的某些特定刑事案件行使司法权。^[61] 1968 年国会修改该法案,要求州取得上述司法管辖权须经部落同意。这一立法通过后,没有印第安部落做出这样的同意。^[62]

《第 280 号公共法案》是联邦对印第安人采取“终止”政策的产物,为州在保留地行使刑事司法权开辟了道路,1832 年最高法院在沃塞斯特族诉佐治亚案中所确立的各州法律在保留地上“不具效力”的原则,已被历史性地突破。部落司法主权渐流于无形。

1968 年的《印第安民法》将部落法庭的管辖权限制在判处不超过 1 年监禁和 5000 美元以下的罚金,并试图将《权利法案》中诸人权保障原则特别是第四、第五和第六修正案扩展到印第安部族,对部落发展其自身关于正当程序标准的权力进行限制。^[63]

最高法院亦以国会拥“完全权力”支持联邦侵夺部落司法权。如在 1978 年奥利范特诉萨魁米希印第安人部落案(Oliphant v. Suquamish Indian Tribe)中,最高法院裁定印第安部落对发生在部落内的非印第安人案件也没有一般意义的刑事管辖权。^[64]

总之,印第安部落刑事司法权已支离破碎,在实践中可寻求的“庇护”只能是联邦法院所确立的“联邦优先”(Federal Preemption)和“侵犯部落主权”(Infringement)原则了,即在关涉部落自决自治问题时联邦法较州法优先适用,同时各州行使保留地上的司法权不能侵犯部落固有的自决权。部落刑事司法权只能以此来抵抗州的权力侵袭,却依然要仰赖于联邦法院的解释。

3. 部落民事司法权(Civil Jurisdiction)

部落对于保留地上的印第安人(包括非部落成员印第安人)拥有广泛的民事司法权,这一点疑义不大。但也有印第安部落对保留地上非印第安人行使民事司法权者,更有州政府介入某些特定保留地上印第安人民事诉讼活动者,甚至还有部落主动向联邦移交民事司法权的案例。部落对保留地上印第安人行使的民事司法权,涉及婚姻、监护收养、征税、土地使用、财产继承、商品销售及赌场营运管理等,这对于维护印第安人的文化与认同具有重要意义,故为部落政府所极力维护。联邦对保留地民事活动的管理仅限于印第安人的贸易、托管地的使用或继承、资源开发使用及环境保护等。^[65] 根据国会授权,部落政府可在这些领域制定法律进行管理,只要不与联邦法律相抵触。

民事司法权存在的主要争议,是对保留地上非印第安人诉讼的管辖。近年来,部落政府对非印第安人行使民事司法权受到限制的趋势日益明显。州介入保留地民事司法权的主要依据是国会立法的授权,如《道斯法案》、《第 280 号公共法案》及 1953 年实施的“终止政策”,尤其是被终止部落地位的印第安人,都须服从保留地所在州司法权的管辖。^[66]

[61] 18 U. S. C. sec. 1162. See Carole Goldberg - Ambrose, *Planting Tail Feathers: Tribal Survival and Public Law 280* (American Indian Studies Center 1998).

[62] 18 U. S. C. sec. 1326. See Carole Goldberg, *Public Law 280 and the Problem of 'Lawless' in California Indian Country*, in *Contemporary Native American Political Issues* 198 (Troy Johnson ed., Alta Mira Press 1999).

[63] 18 U. S. C. sec. 1301 et seq. 有关部落法庭刑事管辖权问题,参见 Robert N. Clinton, *Criminal Jurisdiction over Indian Lands: A Journey Through a Jurisdictional Maze*, 18 *Arizona Law Review* 503, 583 (1976).

[64] 435 U. S. 191 (1978).

[65] William C. Canby, Jr., *American Indians Law* 181 (4th ed., West Publishing Co. 2004).

[66] 同注 22 引文,第 61 - 62 页。

表3 部落与联邦、州的司法权分配

	联邦司法权	州司法权	印第安部落司法权
刑事案件	主要原则:①国会拥有决定在印第安人保留地上行使刑事司法权的主体及其权力范围,并拥有扩大或限制联邦、州或部落政府刑事司法权大小的权力;②除非得到国会明确授权,联邦无权对在保留地上犯罪的部落成员行使司法权	主要原则:①除非得到国会明确授权,各州无权对在保留地上犯罪的部落成员行使司法权;②对发生于保留地的非印第安人针对非印第安人的犯罪,各州有权行使司法管辖权	主要原则:①部落有对其成员行使司法权的固有权力;②除非得到国会授权,否则部落无权对非印第安人行使刑事司法权
	具体管辖权:①除特定情况外,国会授权联邦政府将联邦刑法适用于印第安人保留地的所有犯罪行为(《印第安人领地犯罪法》);②在保留地上发生的谋杀、叛乱、盗窃邮件、人身伤害、绑架、强奸、抢劫、乱伦、对未成年人的性侵犯及使用危险武器对他人和物体进行攻击等案件,均须移交联邦法院进行审理,不管所犯这些罪行的人是否为印第安人(《严重犯罪法》);③保留地上所有刑事案件均可纳入联邦司法管辖范围(《同化犯罪法》)	具体管辖权:①六个“强制州”有权在本州的所有印第安人保留地上全面行使刑事司法权;②44个“选择州”可根据本州实际情况和意愿选择在保留地上行使部分乃至全面的刑事司法权。但应受“联邦法律优先”和“侵犯部落主权”原则及对印第安刑事司法权“保护”条款的限制(《第280号公共法案》)	具体管辖权:①印第安人针对其他印第安人的身体或其财产的犯罪;②根据条约的规定,属于部落司法管辖权范围内的犯罪;③印第安人被告人已得到部落法庭惩罚的犯罪(《印第安人领地犯罪法》);④除被国会排他性地授予联邦或州法院管辖外,理论上对其他所有刑事案件拥有管辖权,并受《第280号公共法案》及其他相关法律的保护
民事案件	基本原则:联邦未经国会同意不得在保留地上行使民事司法权	基本原则:①州对保留地上非印第安人一般拥有民事司法管辖权。②如州法院的管辖权严重影响印第安人的利益,则州法院无权审理此类案件	基本原则:部落对于保留地的印第安人(包括非部落成员印第安人)拥有广泛的民事司法权
	具体管辖权:①部落可主动向联邦法院移交民事诉讼的司法管辖权;②若满足相应的法律条件,案件当事人可申请将案件纳入联邦法院的管辖范围	具体管辖权:①6个“强制州”在保留地全面行使民事司法权(《第280号公共法》,但须受该法1968年修正案的限制);②可根据国会明确授权对保留地上印第安人或其部落的某些活动(如酒类销售或征税、土地征用和补偿等)行使民事司法权	具体管辖权:属于部落内部事务的民事案件,如由部落的入籍标准、组建部落政府的选举程序、选民资格的确定、保留地印第安儿童的监护和抚养等事项引起的纠纷和诉讼活动,部落司法机关享有专属的司法管辖权,各州一般都没有司法权

(五) 部落开设博彩业的权力

博彩是印第安人传统文化的一部分,与部落议事会议、仪式或庆典(pow wow)联系在一起,不需联邦干预和管理。但1979年佛罗里达塞米诺部落在其保留地开设了第一家“高风险”的宾戈赌场(Bingo Casino),引起了该州立法者的注意。佛罗里达州担忧博彩业会被犯罪因素渗透,遂引用国会《第280号公共法案》有关授予民事管理权的规定,努力寻求在1981年的塞米诺族诉巴特沃斯案(Seminole v. Butterworth)中关闭塞米诺人的赌场。^[67]但联邦第五巡回上诉法院通过着重阐述“民事(管理)对犯罪(禁止)分析(civil/regulatory versus criminal/prohibitory analysis)”理论,判决允许塞米诺人保留其赌场。理由是佛罗里达州并未将“宾戈”作为该州公共政策的对立面予以禁止,而仅仅是对其

[67] 659 F.2d 3110 (Court of Appeals, Fifth Circuit 1981).

进行管理,故它无权在保留地做出反对印第安人博彩业的行动。后来其他联邦法院的判决也肯定了这一解释,部落赌场遂在 20 世纪 80 年代初迅速发展起来。

在塞米诺族案后数年,联邦对于部落赌场的爆炸性发展并未太在意。联邦政府的政策和关切颇有自我矛盾之处:一方面,印第安人事务署认识到宾戈给部落带来的潜在经济利益,因而采支持政策;另一方面,司法部反犯罪部门担忧印第安博彩业会滋生犯罪,并为有组织犯罪所控制。特别是随着“内华达式”老虎机在保留地的引入,这种关切进一步加剧。

国会的争论反映了这种意见上的分歧。很多议员认为,博彩业的收入能够帮助部落建立自足的手段,为部落成员提供基本的政府服务,而不再完全依赖于联邦援助。这对于捉襟见肘的联邦资金来说,是不可忽视的重要事实。但亦有议员对博彩业疑虑重重,不愿意授予部落全权发展其赌场,因为大多数州并不允许其(印第安人以外)公民开设赌场。但这些意见并未聚集成足够的能量推动国会立法。尽管争论后来进一步扩大,但 1987 年最高法院在加利福尼亚诉卡巴桑印第安人案(California v. Cabazon Band of Mission Indians)^[68](以下简称“卡巴桑案”)中裁决,塞米诺族案的判决及其后巡回法院在其他相关案例中确立的推论是正确的,因此支持印第安人在其部落土地上从事博彩业的主权权力,并将此政策统一地运用于联邦司法系统。自那时起,部落赌场遍及全国各地。如今联邦承认的 562 个印第安部落中,有 201 个经营部落赌场。1989-2001 年间,部落赌场收入从 2.12 亿美元增加到 127 亿美元。

依据最高法院在卡巴桑案中确立的判例,各州缺乏限制其境内印第安人赌场的法律手段。而 1988 年国会通过的《印第安人博彩业管理法》改变了这一点。尽管多数议员对该法抱持的是一种漠不关心的态度,国会中甚至罕有人仔细读过它,但是这个法案却给印第安部落自治权力带来了实质性的影响。^[69]

支持者宣称,博彩业管理法是为部落主权张目的,也为印第安人提升自我独立能力提供了手段。该法规定联邦政策的一个原则目标是推动部落的经济发展,建立部落自给自足和强有力的政府;部落享有在保留地上监管博彩活动的独家权力——只要该活动不为联邦法律所明令禁止,只要所在州的法律和公共政策并不禁止。

然而,这部法律实际上的作用是相反的,它限制了印第安人的主权而不是扩大了它。该法将部落博彩业分为三类,每类采取不同的管理办法。第一类是社交性博彩。作为部落传统仪式或庆典的一部分,对于这类奖金价值很小的博彩,其管理权完全由部落掌握。第二类是州政府并不禁止的宾戈及其他类似的纸牌游戏等。只要一州允许其州的任何人从事博彩业,那么这类博彩都可开办。虽然部落须遵守州法律关于营业时间和赌注规模限制的一般规定,但州对此类博彩的管理并未扮演正式角色。这些博彩活动由部落与国家印第安人博彩委员会(National Indian Gaming Commission)共同管理。第三类涵盖了前两类外的所有博彩项目,包括投币机、赛马赛狗、老虎机及同注分彩等项目。此类项目管理与第二类管理应符合同样条件,但增加了一个重要条件:为开办第三类博彩业,部落须与州谈判签订一项契约,并应得到内政部长的同意。契约实际上等同于部落与州政府在怎样经营博彩业问题上谈判达成的协定,其条款可能规定游戏的规模数量以及州政府和地方政府利益分成。这引起了部落的恐慌,本希望通过开办博彩业以实现自给自足的部落可能变得任由各州支配,而部落先前是独立于州的,后者却常对部落的困境熟视无睹。

博彩业管理法之所以会如此规定,是因为在卡巴桑案判决后赌博业发达的内华达和新泽西的州

[68] 480 U. S. 202, 107 S. Ct. 1083, 94 L. Ed. 2d 244 (1987).

[69] *Indian Gaming and the Law* 33 (William R. Eddington ed., Institute for the Study of Gambling and Commercial Gaming 1988).

政府及赌博利益集团在国会游说的结果,意在限制部落经营博彩,保护自身免受竞争。国会通过该法案正是为了寻求印第安人的自治权利与各州及博彩产业利益之间的平衡。但与州政府签订的协议会损害部落的部分主权,可能使部落以前所未有的方式沦于州权控制,这与经营赌场的收益相比并非微不足道。

该法的拥护者辩解说,国会并非意图令印第安部落受制于州的指示而变得脆弱不堪,因为国会是期望强加于州与部落谈判的义务,以达成两者间的契约,同时授权部落为强使义务得到履行,可在联邦法院起诉州。但1996年最高法院对于佛罗里达塞米诺部落诉佛罗里达案(*Seminole Tribe of Florida v. Florida*)^[70]的判决,移除了这一保护性规定。当塞米诺部落因佛罗里达州拒绝与之进行真心实意的谈判而对其起诉时,佛罗里达州请求撤销原告的控诉,理由是国会关于起诉的该项授权违背了其免于在联邦法院被诉的主权豁免原则。联邦地区法院驳回了州的该项请求,但联邦第十一巡回上诉法院撤销了该判决,裁定根据宪法第十一条修正案,联邦法院没有司法管辖权。最高法院以5人的多数意见支持了巡回上诉法院的裁定,认定国会在宪法贸易条款之下无权废除州的主权豁免权。塞米诺部落案成为伦奎斯特法院(Rehnquist Court)建立其备受争议的宪法第十一修正案之法理(Eleventh Amendment Jurisprudence)的基础判例。这个判例也向印第安部落发出了信号:若欲寻求为部落博彩业的种类和等级提供保障契约,就须积极参与联邦和州两级院外集团或竞选捐款等政治活动。而这些对于部落获得政治独立与经济自足的地位十分必要。在塞米诺部落案基础上,1999年末最高法院又以5:4的同样票数宣布了三项独立的关于州主权豁免的判决。^[71]

部落经营赌场在创造就业、改善生活、减少对联邦福利的依赖等方面成效显著。但赌博引发的道德和有组织犯罪等问题,也成为人们关注的焦点。赌博所滋生的物欲在本质上也与部落文化背道而驰,并对部落传统的价值观、生活方式和社会文化体系构成威胁。而州与部落间围绕着谈判协议等引发的争端,将继续使部落经营博彩成为部落与联邦、州及地方政府间的一个重要法律问题。

五、部落与各州之间的关系

如前所述,依照《邦联条例》第9条和联邦宪法第1条,与印第安人的贸易及其他事务之权被排他性地授予国会。此后诸多法律文件坚持了这一立场。建国初11个西部州的宪法都包含了“弃权条款(Disclaimer Provision)”,明白地承认它们对于印第安部落缺乏管辖权,作为承认联盟的条件。^[72]

至少在形式和理论上,印第安部落是与州政府并行的独立系统,与州政府不相隶属,部落不论大小都拥有州政府所拥有的一切权力。事实上,宪法或法律对于联邦独占管理印第安人事务的授权,并不像它看起来那么大。因为许多州坚称其对于西部土地的权利要求,而多数部落皆在其领土境内。

尽管马歇尔法院在1832年沃塞斯特族案裁判中已清楚地阐明,州法律在印第安人国“不能生效”,但后来的法院并未持续地坚守此案判例的精神。事实上,在将近75年的时间里,最高法院根本没有承认印第安部落独立于各州的主权地位。最高法院在1881年合众国诉麦克布兰特尼案(*United States v. McBratney*)中裁定,州对发生于部落土地上的非印第安人之间的犯罪案件具有管辖权,尽管

[70] 517 U.S. 44 (1996).

[71] 三案分别是:*Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Savings Bank* (1999); *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board* (1999); *Alden v. Maine* (1999).

[72] David E. Wilkins, *Tribal - State Affairs: American States as 'Disclaiming' Sovereigns*, in *Publius: The Journal of Federalism* 28, 55, 81 (Fall 1998).

国会在此问题上并未对州作出过明确的授权。^[73] 在 1886 年合众国诉卡伽马案中,最高法院指出,主权的实体仅存两个,即联邦和州。在 1890 年切诺基族诉南堪萨斯铁路公司案(*Cherokee Nation v. Southern Kansas Ry. Co.*)中,最高法院的判词写道:“那种认为切诺基国家是一个合众国意义上的主权国家,或是如同各州意义上的主权国家的意见,是没有依据的。”^[74]

只是在 1959 年威廉姆斯诉李案(*Williams v. Lee*)中,最高法院才开始重申各州不得干涉部落自治政府的理念,表现出了与联邦政府立场的某种一致性。在该案中,最高法院判定亚利桑那州对于有关纳瓦霍人土地的民事争议没有司法管辖权——只有部落法院才有这种管辖权。^[75] 在 1965 年沃伦商栈诉亚利桑那税务委员会案(*Warren Trading Post Company v. Arizona State Tax Commission*)中,最高法院判决部落享有经营其保留地极大的自由而并不受州的控制。^[76] 在 1973 年麦克兰纳汉诉亚利桑那税务委员会案(*McClanahan v. Arizona State Tax Commission*)判决中,最高法院认为对印第安人在保留地上获取的收入,各州没有征税管辖权。

但是,麦克兰纳汉案判决并不是一个部落独立于州控制的完全的胜利,因为最高法院并没有在主权的基础上作出有利于部落的裁判。相反,最高法院宣称其基本指导原则乃是“联邦优先”。正如瑟古德·马歇尔(*Thurgood Marshall*)大法官所声明的,“作为阻碍州管辖权的固有的印第安人主权观念已经渐行渐远,而倚重于联邦优先原则正成为发展趋势……因此,现代的判例倾向于摆脱依赖柏拉图式的印第安主权观念,转而仰赖于那些界定州权界限的可适用的条约和立法”^[77]

麦克兰纳汉案法院裁判的基础是印第安人贸易条款。实质上,各州并不能干涉印第安人的内部事务,因为那是国会独占的领域。国会管理与印第安部落进行贸易的权力,预先阻止了州干涉印第安人事务的能力。所以麦克兰纳汉案裁判显示的是对于国会主权而非部落主权的证明。实际上,两年以后在合众国诉玛祖瑞案(*United States v. Mazurie*)中,最高法院支持部落拥有发行许可证的权利,但这仅仅是因为国会先前曾向部落授予了这种权力。^[78]

近些年的司法判例比较倾向于承认印第安人是在美国政治生活中享有自决地位的特殊群体,允许和鼓励部落进行自决与自治。2002 年联邦上诉法庭的裁决指出:“印第安部落既不是美国的州,也不是联邦政府的一部分,更不是上述两者的分支机构。相反,各部落都是拥有主权的政治实体,这种主权权威并非来自于美利坚合众国的授予,而是古已有之。鉴于它们源远流长的部落主权,印第安部落有行使自决的权力。”^[79]

实践中,有巨大权威的州政府往往被印第安部落视为“最坏的敌人”,其权力触角时时伸到部落。而维护部落与各州之间关系平衡的重要力量无疑来自于联邦司法系统。这其中,联邦管理与控制印第安人事务权力的排他性,在某种程度上又成为部落排斥州权侵袭的主要屏障。

近年来,为和平共处,互利双赢,一些州与印第安部落开始探索建立起一种平等协商的关系,就诸如高速公路修建、水资源管理、避免双重征税等问题建立沟通协商机制,力求建立相互信任和相互尊

[73] 104 U. S. 621 (1881).

[74] 135 U. S. 641 (1890).

[75] 358 U. S. 217 (1959).

[76] 380 U. S. 685 (1865).

[77] 411 U. S. 164, 93 S. Ct. 1257, 36 L. Ed. 2d 129 (1973).

[78] 419 U. S. 544 (1975).

[79] Stephen L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes* 87 (3d ed., Southern Illinois University Press 2002). 转引自杨恕、曾向红:《美国印第安人保留地制度现状研究》,载《美国研究》2007 年第 3 期,第 55 页。

重的合作伙伴关系,并取得了一定的成效。^[80]

六、结语:文明开化与自决自治的悖论

印第安人在美国的身份和地位,从“土著”到“外国”,再到“自治”,其演进的历史轨迹尽管曲折,但自治终得确立,这无疑得益于美国统一的宪法体制、民主的政治传统、多元的文化属性、包容的社会氛围等诸多因素,与可追溯于殖民时代悠远的地方自治社会传统也不无关系。可以说,印第安人部落的自治是美国历史与文化的必然选择。从宪制分权的角度观之,印第安部落自治是联邦与州分权之外的另一种权力分立与平衡的重要机制,部落自治权力就其性质、渊源、内容、范围而言,皆具有某种独特性,既不同于联邦权力,也不同于州权,是美国宪政、政治、文化与社会共同塑造的权力形态。

在印第安人看来,其自治权力不是国会赐予的,而是印第安人天然的、内在的和固有的主权,包括除制币权、战争权、外交权外的所有主权。然而,部落自治权力的恢复与落实充满了挫折和坎坷,其过程更缠结了复杂的历史诸因素,反映了印第安传统文化与西方文明世界价值观相互碰撞之下的历史宿命。显然,土著文明开化与部落自治、自决始终相伴相生,而且文化的冲突与自治的回归都不是单向度的逻辑运动,其历史与现实皆充满了复杂的悖论,其归宿亦面临令人困惑的两难。

数百年种族交往与文化接触,使印第安人陷入深刻的历史困境:作为一个原始文化群体,他们处于主流社会高度现代文明的裹挟之中,既无法摆脱主流社会的影响,又很难融入其中。因此文明开化过程痛苦而代价沉重。主流社会也同样面临两难之境:既不能抛弃印第安人,又不能完全接纳这个拥有独特文化的种族。印第安人的未来取决于他们能在何种程度上既保持自己的文化传统而又取得主流社会的认同。这是个复杂微妙的问题,须由印第安人自主做出选择。^[81]

印第安人问题不仅仅是一个种族问题,而更多的是一个文化与历史问题。^[82] 印第安人拥有完整独特的文化传统和价值体系,他们在价值观、伦理观、社会风习及宗教信仰等方面与现代社会存在的距离,严重地制约着他们对主流社会生活的参与。人类历史进程的加速,未能赋予印第安人完全按照自己社会的发展道路而走出原始状态的机会与时间,不得不以传统的社会组织、原始的价值观和落后的工具与技术面对一个深刻变动的新世界。^[83] 文化的冲突使土著社会自身的演化逻辑遇到严峻挑战。

对印第安人而言,文明开化与自决自治是相伴相生的矛盾统一体。长期以来联邦推行文明开化,企图将印第安人融入主流社会。而土著民族则顽强地坚持自己的生活方式和价值观念,固守其传统和文化,努力争取自治。^[84] 一方面,强制性文明开化给印第安人带来过巨大灾难,争取民族的自决自治和种族的平等自由也成为世界范围内的人权共识,因此部落自治是印第安人生存和发展的必由之路;另一方面,印第安人及其部落经过长期的文化冲突与融合,已不可能脱离美国社会而独立存在,而且部分已为主流社会同化的印第安人并不赞成完全自治,在文化和民族自觉方面难以回复传统。因此印第安部落自治无论是其广度还是其深度都是有限度的,在联邦宪制的分权架构之下,必然接受宪法和国会“完全权力”的制约。因此,印第安部落自治在坚守传统文化和价值观与艰难融入主流社会

[80] 同注38引文,第133页。

[81] 同注42引文,第30页。

[82] 同注41引文,第157-174页。

[83] 同注42引文,第34页。

[84] 丁见民:《美国的印第安人新政研究》,载《史学月刊》2006年第5期,第99页。

的两难处境中进退维谷、摇摆不定,这是今后主流社会和土著部落都须面对的问题。

以更宽阔的视野来看,美国印第安人自治的历史语境尽管独特,难以复制,但是其经验和路径仍具有某种普遍意义,或可为世界其他国家或地区解决民族问题提供可能的镜鉴价值。民族问题向为近代以来各国政治与宪制的重中之重,关乎国家稳定和社会和谐,而民族自决、自治更是民族问题之核心。美国印第安人所曾遭遇的历史际遇与困境,也常常为其他民族所共有。在一般或传统意义上,许多未开化民族或少数族裔在步入现代化过程中皆面临着与主流社会的文化冲突与融合契机,其自身亦须经历生存与发展的艰难抉择。这些问题的认知与解决,也许都可以从美国印第安人自治的历程中得到启迪。

On Self-governance Powers of American Indian Tribes: Another Modality of Constitutional Powers Separation in the United States

Gu Yuan

Abstract: The legal relationship among Indian tribes, the federal government and states in the United States is unique, which was constructed by the Federal Constitution, treaties between the federal government and the Indian tribes, congressional legislation, administrative orders, judicial decisions, together with agreements during more than two hundred years. The confirmation of self-governance powers of American Indian tribes and its expansion in the framework under the Federal Constitution reflect another modality of constitutional powers separation. It has been a peculiar power formation which was built by the constitutionalism, history, culture and society of the United States. American Indians consider their self-governance powers as a sort of natural and inherent sovereignty, but the recovery and implement of self-governance powers have been encountered difficulties and frustrations, and Indian tribes can't follow their own inherent logic for development, entangling themselves in a lot of historical factors during the evolution process. The civilization of Indian tribes was accompanied with their self-governance and self-determination, and both of the cultural conflict and self-governance returning will be not one-dimensional logic movement. There is full of complex paradoxes no matter in its history or reality, while its destination will be confronted with difficult choices.

Keywords: Indian tribes; self-governance powers; American Constitution; separation of powers

(责任编辑:刘馨)

【民法典编纂】

论监护关系中不当财产管理行为的救济

——兼论“利益相反”之概念的必要性

解 巨*

摘 要:在监护人不当管理被监护人财产之情形,存在着被监护人利益、交易安全以及监护人自由裁量之尊重三种价值之间的冲突。如何兼顾才是问题的核心。我国《民法通则》第18条第1款是限制监护人法定代理权的一般条款。违反该条款的行为,或构成无权代理或构成代理权滥用。引入基于形式判断基准的利益相反概念,有利于明晰论证负担的分配。未来的监护制度中需要为形式上构成利益相反实质上却有利于被监护人的财产管理行为预留具有实效的通道。

关键词:监护 财产管理 利益相反 《民法通则》第18条第1款

一、问题的提起

(一)问题之所在

作为被监护人的法定代理人,监护人被赋予了法定的、概括性的管理被监护人财产^[1]的权限。不过,概括性并不意味着监护人可以不受限制地管理被监护人的财产。我国《民法通则》第18条第1款从正面为监护人的财产管理权限划定了范围——“监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产”。也就是,此概括性的权限以“为被监护人的利益”为边界。该条第3款第一句则从反面规定了违反第1款损害被监护人利益的后果:“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。”表面上看,第1款与第3款相互照应,共同构成一个完全规范,在逻辑上似乎完美无缺。但细想一下却并非如此。

首先,构成被监护人之不利益的财产管理行为,可能会发生内外两方面的效果。首先是对外效果,即该管理行为的效力如何?有无可能无效、可撤销、效力待定?其次是对内效果,即监护人对被监护人承担何种责任?第18条第3款仅仅着眼于监护人与被监护人之间的利益调整,这种立法体例很容易掩盖管理行为的对外效果。实际上,对内效果往往取决于对外效果。如果管理行为的效力被否

* 南京大学法学院教授,法学博士。

[1] 到底什么才是被监护人的财产这个前提性问题,答案未必一目了然。即便是有明确的登记名义的不动产,也可能是父母基于特殊的考虑“挂”在未成年子女名下的,即借名登记,未必都有赠与的意思。在司法实践中,法院有时便基于这样的判断而判定父母处分子女财产的行为有效,或者将这种登记在未成年子女名下的财产定性为家庭财产。为避免笔墨分散,本文仅以真正意义上的被监护人财产的管理作为研究的对象。

定,财产回转,那么通常情况下被监护人不会有财产损失。可见,针对违反第18条第1款之不当财产管理行为该采取何种法律构成,并非不证自明。既然监护人是法定代理人,那么从代理的角度去构成,通过无权代理或者代理权滥用的法律构成限制交易的效力,从而实现流失财产的回转,或许是一种不错的选择。但是,这种进路也不得不面临另一个难题,即如何兼顾被监护人的利益与交易的安全,毕竟法定代理权是一种概括性的代理权限,交易的相对人如何能够不相信?其次,监护人所享有的代理权之所以法定,制度的背后应该有一种基本的价值判断,即鉴于监护人与被监护人之间的亲情,一般而言,监护人所实施的财产管理行为大都是符合被监护人的根本利益的。在某一财产管理行为上表现出来的“失”,有可能却在整体上被评价为“得”。例如,紧急情况下贱卖被监护人财产的行为可能是为了筹措用途更为重要的资金。加之法定监护的无偿性,动辄否认监护人管理行为的效力甚至追究其损害赔偿的责任,难免诱发监护人的消极情绪,进而会损害到被监护人的利益。由此又可以自然地引出另一种需要关注的利益——监护人的自由裁量权。从监护制度的目的看,监护人的财产管理行为理应受到尽可能的尊重。可见,在监护人违背被监护人利益管理其财产的救济问题上,实际上存在着三种价值之间的紧张关系:被监护人的财产利益、交易安全(相对人的信赖)以及监护人的自由裁量权。当然,如果监护人实施的是没有相对人的单方法律行为,则交易安全这一要素基本可以忽略。

不难推测,由于时代的局限性,立法技术的落后,再加上《民法通则》本身的简约特征,当初立法者只是将第18条笼统地作为一个纲领性的规范设计出来,至于日后如何适用当初未必经过深思熟虑。从已公布的文献中很难判断当初的起草者们是如何考虑的。佟柔先生撰写的代表性教科书《中国民法学·民法总则》甚至都没有提到第18条。但令人遗憾的是,其后学界对第18条的关注也不多。直到今天,在一些比较有影响的民法总则或者家族法教科书中要么对该条文只字不提,^[2]要么只简单罗列。^[3]而已有的涉及此规范的文献大都叙述单薄,几乎找不到专门探讨第18条之解释的学术论文。

监护人的财产管理权触及法定代理的根本,围绕第18条特别是其第1款如何展开解释论,是学界的历史使命。

(二)问题的限定

究竟什么行为才属于违背被监护人利益的财产管理行为呢?首先能想到的自然是对被监护人财产的事实性加害(例如直接损毁或者将其消费),以及怠于保护其财产不受他人侵害的行为。这两类加害行为相比于一般的侵权行为以及物权侵害,并无特殊之处。因此,这两类加害行为在学理上并无多少探讨的价值。另一类加害,则是通过法律行为以及准法律行为不当管理被监护人的财产引发。这里所说的财产管理,既包括有相对人的法律行为以及准法律行为,例如向被监护人借款、代理被监护人为他人乃至监护人的债务提供担保、代理处分不动产以及重要动产、代理和解、遗产分割^[4];还包括没有相对人的法律行为以及准法律行为,例如代理放弃继承、代理拒绝接受赠与或遗赠等。第二

[2] 例如,潘新喆:《婚姻家庭法新论》,中国民主法制出版社2006年版;张杰、董新忠:《婚姻家庭与继承法学》,南海出版公司2001年版。

[3] 例如,可参见傅静坤主编:《民法总论》,中山大学出版社2002年版,第68页;佟丽华:《未成年人法学》,中国民主法制出版社2001年版,第82页;王丽萍主编:《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2004年版,第286页;杨大文主编:《婚姻家庭法学》,复旦大学出版社2002年版,第297页(曹诗权执笔);谢怀栻:《民法总则讲要》,北京大学出版社2007年版,第88页。

[4] 遗产分割通常都会构成形式上的利益相反,除非是监护人本人不参与分割,同时也没有其他被监护人参与分割的例外情形。

大类中的前者涉及到交易相对人的信赖保护乃至交易安全,后者涉及到利害关系人的利益,不同的利益交织其中,具有相当的复杂性,值得特别的关注。本文仅以这类管理行为作为研究的对象。

以法律行为管理被监护人的财产,在现实中会存在两种方式。^[5]一种方式是监护人直接以自己的名义实施财产管理行为。这种行为在法理上似应属于无权处分。另一种方式则是代理。本文仅以其中的代理作为考察的对象,换言之,本文就第18条第1款所展开的解释论,仅仅围绕探讨监护人以代理方式不当管理被监护人财产之行为的效力。当然,这并不意味着第18条第1款的法律构成中就排斥侵权行为和纯粹无权处分。

之所以将考察对象进一步限定于代理的情形,理由有如下三点:首先,从规范的角度看,监护权限的行使应采用代理的形式。虽然监护人的财产管理权限是法定的,但法定代理权毕竟只是代理权。特别是在监护人处分被监护人名义下的不动产、股权等重大财产时,无法绕开代理制度。其次,监护人的无权处分与通常的无权处分并无本质上的差异。第三,有一些表面上看是无权处分的财产管理行为在本质上仍属于代理。在法定代理的情形,由于被代理人往往没有事前同意、事后追认的余地。既然法秩序已经将概括性的财产管理权限赋予了法定代理人,那么至少对被代理人来说,法定代理人是否显名其实在实际效果上差别不大。因此,在相对人明知监护人在处分被监护人财产的情形,即使监护人不显名,仍应定性为代理。

(三) 本文的构成

本文拟在第二部分首先确认学界和法院的立场,由此分析我国法目前存在的问题。随后在第三部分,将较为详细地介绍日本法上的相关状况。本文的最后,将以日本法的经验和教训来反思我国法,尝试着开具有针对性的处方。实际上,日本法与我国法在立法体例上有着相当的差异。但尽管如此,本文依然以日本法作为比较法研究的对象,是因为在监护人不当管理被监护人财产之情形如何在有效救济被监护人的同时,兼顾交易安全和监护人的裁量权,是一个具有普遍性意义的难题。在如何解决具有普遍意义的问题上,体例的可比性应当让位于观点的启发性。

二、我国法的状况及其评价

(一) 学说及其评价

1. 法律构成

学界似乎有一个潜在的共识,即我国《民法通则》第18条并未创设一种独立的法律构成。各种主张在此前提下展开。

(1) 侵权行为说

一些文献将监护人的不当财产管理行为一律视作侵权行为。^[6]从我国《民法通则》第18条第3

[5] 现实中还有一类适用《民法通则》第18条的纷争,由监护人受领应当支付给被监护人的金钱而引发。例如,父亲领取了未成年子女的土地征用补偿款,用于修建房屋及偿还自己对外的债务,法院判决父亲应当赔偿。参见林某诉林某一返还财产纠纷案[浙江省丽水市莲都区人民法院(2003)莲民初字第1166号]。严格来讲,监护人受领和支出金钱并不属于法律行为,仅是事实行为,不属于第18条第1款的适用范围。

[6] 参见杨大文主编:《婚姻家庭法学》,复旦大学出版社2002年版,第299页;吴竹群主编:《亲属与继承法》,浙江大学出版社2003年,第198页;蒋月、何丽新:《婚姻家庭与继承法》,厦门大学出版社2013年版,第208页;陶毅主编:《新编婚姻家庭法》,高等教育出版社2002年版,第218页。

款的文义看,当初的立法者似乎着眼于监护人与被监护人之间的利益调整。然而,这样的着眼点在很多情形不足以救济被监护人。首先,从救济的现实可能性角度看,监护人可能没有足够的财产;其次,从亲情的角度看,被监护人往往不愿意追究其亲人的损害赔偿;第三,侵权行为的构成要件未必满足。由于财产管理行为往往涉及交易的相对人,将救济一律限定于监护人与被监护人之间明显不妥。在监护人以法律行为管理财产的情形,侵权行为构成不一定能给被监护人以切实的救济。

(2) 监护人自身的法律行为说

顾名思义,这种观点将监护人的财产管理行为理解为监护人自身实施的法律行为,再在此基础上进一步探讨该法律行为的效力。持这种立场的文献往往使用“处分行为”这样的表述。

较之于侵权行为构成,这种观点的可取之处,在于意识到了令法律行为归于无效或许是更好的救济。不过,这种定性本身既非法律构成,也不指向特定的法律构成。因此还需要进一步探明具体的法律构成。

① 无权处分说

既然第 18 条第 1 款规定,除了为被监护人的利益外不得处分被监护人的财产,那么构成被监护人之不利益的财产管理行为就属于无权处分。^[7]

且不论无权处分 = 无效这种等式对负担行为与处分行为二分法的忽视,“无权处分”这样的表述本身就颇为奇异。其背后的潜台词是,倘若是为了被监护人的利益,监护人实施的财产管理行为就是有权处分。尽管管理权限来自法定,但法定代理毕竟还是代理,法定代理人拥有的仅仅是代理权限,并不能取代被监护人的权利主体地位。

之所以会陷入上述误区,首先恐怕与人们对家庭财产制的理解有关。我国现行的私法体制总体上以个人主义为其理论前提,这一点应不存在疑义。然而,当我们将目光聚焦于家的内部时,就会发现在此微观领域状况迥异。虽然现行法承认家庭成员的个人财产,但立场并不稳固。在监护人责任问题上,现行法坚持这样的立场:无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任;监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任;有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用;不足部分,由监护人赔偿(《民法通则》第 133 条、《侵权责任法》第 32 条)。这里实际上已悄然将家理解为一种对外统一承担责任的团体(类似于日本法在战前的“家团”的理论^[8])。而在高空抛物物、坠落物致人损害的救济制度中,家更是直接走到了前台(《侵权责任法》第 87 条)。其次,恐怕也与第 18 条的非专业表述——“处理”——有关,这种表述模糊了财产管理行为的定性。

② 违反强制性规定说

有的文献主张违反第 18 条第 1 款的财产管理行为无效,却没有指明理由。其潜台词或许是第 18 条第 1 款属于《民法通则》第 58 条第 5 项之“法律”,或者属于《合同法》第 52 条第 5 项中的“强制性规定”。既然违反了强制性规定,该法律行为归于无效。

然而,《合同法》第 52 条前四项均旨在从公共秩序的角度限制合同的效力,第 5 项之“强制性规

[7] 参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社 2007 年版,第 462-463 页;孟令志:《未成年人财产权保护的几个基本问题研究》,载《法商研究》2007 年第 3 期,第 82 页;蒋月主编:《婚姻家庭法:案例评析与问题研究》,中国法制出版社 2009 年版,第 115-116 页(蒋月执笔)。

[8] 利谷信義「家团論に関する覚書——成立の契機と性格」社会科学研究 11 卷 3 号 89-109 页(1959 年)。

定”理应作相同的理解。从比较法的角度看,德国民法第134条以及我国台湾地区“民法”第71条的表述与《合同法》第52条第5项的表述接近,而前两者中的“法律”均被理解为公法规范。^[9]实际上,按照学界的有力说,第5项之“强制性规定”应当仅限于公法规范,不包括私法规范。^[10]

③个案判断说

还有的文献完全不探究管理行为无效的法律构成为何,而仅依据个案中的价值判断来决定管理行为的效力。例如,依相对人主观上的善意、恶意来判断财产管理行为的效力。^[11]

这种完全放弃法律构成,赤裸裸地作利益衡量的立场,其最大问题在于非合理主义。由于不存在客观的价值序列,在多种价值都需要实现的情形,人们在如何取舍上很难形成共识。这样形成的结论不具有反驳可能性。^[12]

(3)代理关系说

代理关系说着眼于监护人的法定代理人身份,主张监护人的财产管理行为属于代理。^[13]

这种观点抓住了监护人不当管理被监护人财产问题的本质,值得肯定。不过,主张这种观点的个别文献仅仅停留于行为规范式的注解:“监护人不得代理被监护人为赠与行为,不得为监护人或其他人使用监护人的财产,不得代理被监护人与自己为民事行为。”^[14]尽管作者没有点明,我们还是可以顺着作者的思路设想,如果监护人违背了这些“不得”违背的规范,将会有何种法律效果呢?无非两种可能,一种选项是无权代理,另一种选项则是代理权滥用。前者有明确的法律规定,毋庸赘言;至于后者,由于我国法上没有明文规定,其内涵和要件并不明晰。此外,若忠实地主张代理说,则在法律效果上也应当遵循代理制度。但在违反第18条的情形,代理关系说中却有代理行为无效的观点。^[15]

2. 被监护人之不利益的判断基准

《民法通则》第18条第1款的核心要件,便是对被监护人利益的违背,或者说构成被监护人之不利益。这本是至关重要的学术问题,但遗憾的是,围绕这一点学界远未形成共识。

从上文对法律构成的分析可知,侵权行为构成未能抓住问题的本质。因此,凡是坚持在侵权行为构成的基础上将对被监护人利益的违背作为侵权行为的构成要件(或者落脚于违法性,或者落脚于过错)来探讨的主张,^[16]在本文的问题意识下均不予以关注。

持监护人自身之法律行为说的学者们基本都意识到了被监护人的利益保护与交易安全之间的紧张关系。例如,有人认为,一律有效危及未成年子女的利益,一律无效有损交易安全,主张在两者之间

[9] 参见苏永钦:《违反强制或者禁止规定的法律行为》,载苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年,第30-52页。

[10] 参见孙鹏:《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》,载《法商研究》2006年第5期,第124页;谢鸿飞:《论法律行为生效的“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度》,载《中国社会科学》2007年第6期,第104页。

[11] 参见王丽萍:《亲子法研究》,法律出版社2004年版,第173页。

[12] 关于法解释领域强调利益衡量或者利益考量之观点的不当性,可参见平井宜雄『法律学基礎論の研究』(有斐閣,2010年)(初出1988年)。中文文献,可参见张利春:《星野英一与平井宜雄的民法解释论之争》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第40卷),法律出版社2008年版,第397-460页。

[13] 参见杨立新:《家事法》,法律出版社2013年版,第257页。

[14] 陶毅,同注6引书,第218页。

[15] 参见注13引书,第257页。

[16] 例如,有观点以管理行为是否以财产的增值为目的来判断侵权行为的成立与否。参见陶毅,同注6引书,第218页。

取得平衡,^[17]尝试着摸索该如何判断财产管理行为的效力。不过,从是否承认存在一般性的判断基准这一点看,还存在着根本的分歧。

(1) 一般基准否定说

至于什么才是“被监护人是不利益”,或许是认为根本不存在一般性的判断基准,一些文献仅仅止步于对具体情形的罗列。^[18]常见的有,被监护人继承权之抛弃行为、遗产分割行为、放弃遗赠行为、不接受财产赠与的行为;以未成年子女财产为自己清偿债务,或以未成年子女的财产为自己的债务设立质押、抵押、提供保证等。^[19]

这样的罗列在个案中也许具有一定的正当性,但却不能升华到理论的高度,难以给纷繁复杂的现实世界一个清晰的指针。

(2) 一般基准肯定说

也有一些文献给出了一般性的判断基准。具体有以下几种:

① 有偿无偿基准

监护关系存在于家庭内部,其内部财产关系不易为第三人知悉;一律判定为有效,则可能危及被监护人的利益;但一律判定为无效又有害于交易安全,为此,应以处分有偿还是无偿作为有效与无效的界分标准。^[20]

这种立场所设想的财产管理行为估计是买卖和赠与这类的交易型态。然而,现实中更为典型的却是担保物权的设定、保证的提供等。在监护人代理被监护人借款的同时以被监护人名义提供保证或者设定担保物权的情形,这种无偿行为有益于被监护人,没有理由否定其效力。可见,这种基准过于简陋,不具有说服力。

② 相对人之主观状态基准

这种观点主张,若相对人主观为善意——不知监护人的财产管理行为构成被监护人之不利益,则管理行为有效;若相对人主观为恶意,则管理行为无效。^[21]

这种观点较好地顾及了交易安全,但何种情形构成被监护人之不利益这个前提性的问题依然没有得到解决。

3. 学说的共同缺陷

在法律构成上,各种学说除了自身的不足外,还存在着一个共通的缺陷:都试图以一种法律构成来应对所有的不当财产管理行为。而从下文对日本法的介绍可知,不当财产管理行为的类型多样,仅凭一种法律构成实难周全涵盖。

(二) 法院的立场

为避免与前文中学说之评价的重复,以下仅于必要处指出法院立场中存在的特殊问题。

[17] 参见夏吟兰、蒋月、薛宁兰:《21世纪婚姻家庭关系新規制》,中国检察出版社2001年,第315-316页(蒋月执笔)。

[18] 其中,个别文献从立法论的角度罗列了几种常见的违背被监护人利益的财产管理行为,并将利益相反行为作为一个与其他个别情形并列的情形。参见刘金霞:《社会转型背景下我国监护制度的立法完善》,人民法院出版社2014年版,第321页。

[19] 例如,可参见叶英萍:《婚姻法学新探》,法律出版社2004年版,280页;马忆南:《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2007年版,第227页。

[20] 参见注17引书,第315-316页。

[21] 参见注11引书,第173页。

1. 法律构成

不同于学术研究,由于受到处分权主义的束缚,法院作裁判时不能无视当事人的诉讼请求另行裁判。因此,法官在法律构成的选择上远不如学者自由。如果当事人选择了侵权救济,法院自然无法采取其他的法律构成来否定财产管理行为的效力。尽管如此,法院的判决还是能在一定程度上反映出法院的立场,因为毕竟还是有大量的当事人选择否定财产管理行为效力之救济路径的案例。

(1) 定性为监护人自身的行为

① 违反强制性规定的构成

有些裁判例将监护人的财产管理行为理解为其自身的法律行为,在此基础上考察是否违反了《民法通则》第18条第1款的规定,以此来判断行为的效力。

裁判例1:“丁耀泉在未与另一监护人协商一致并征求其他兄弟姐妹意见的情况下,擅自以监护人的身份代表丁亚泉在《职工家庭购买公有住房协议书》上签名盖章,其行为侵害了被监护人的利益,应属无效行为。”^[22]

裁判例2:丈夫在遗嘱中擅自处分患病之妻的财产,违反了第18条第1款,“应系无效民事行为”,遗嘱部分有效。^[23]

这里,从违反第18条第1款到无效之间发生了逻辑的跳跃。如前文所述,较为合理的解释,当是对强制性规定的违反。

还有的裁判例在裁判理由中索性直接点明了这一逻辑。

裁判例3:“《民法通则》第十八条明确规定,监护人除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。该规定属于禁止性规定,目的在于保护被监护人的利益。”^[24]

② 无权处分构成

裁判例4:母亲擅自处分其与未成年子女共有的遗产(房屋),属于无权处分,部分无效。^[25]

此外,最高人民法院在《关于中国信达资产管理公司福州办事处与张景宗、雷珊珊、张琪琪、厦门正丰源保税有限公司借款合同纠纷一案请示的复函》(2001)民一他字第34号中采取的似乎也是这种立场。批复前半段强调是有权处分,但接下来的表述却偏离了这个逻辑。似乎又像是善意取得构成。无论是有权处分还是无权处分中的善意取得,都是将监护人的财产管理行为看作其自身的法律行为,不涉及代理。然而,该批复又注意到了监护人的法定代理人身份,似乎又在暗示按照代理关系处理的可能。不难看出其中逻辑的混乱,法律构成的摇摆。

关于监护人自身的法律行为说的不当性,前文已作分析,不再重复。

(2) 代理构成

有相当多的裁判例采取的是代理构成。不过,其中既有判定为有权代理的,也有被判定为表见代理的。

[22] 丁耀泉与丁亚泉买卖合同纠纷案[上海市静安区人民法院(2005)静一(民)初字第3114号,上海市第二中级人民法院(2006)沪二中民二(民)终字第1132号]。

[23] 李晓林等与李晓蕙等遗嘱、遗赠、继承纠纷上诉案[东营市中级人民法院民事判决书(2004)东民一终字第135号]。

[24] 中国建设银行股份有限公司佛山市分行诉佛山市南海志宏电工材料有限公司等金融借款合同纠纷案[佛山市禅城区人民法院(2014)佛城法民三初字第2182号民事判决书,【法宝引证码】CLI.C.4119659]。

[25] 赵某兰与赵某群等房屋确权纠纷案[重庆市江北区人民法院(2009)江法民初字第891号,重庆市第一中级人民法院(2010)渝一中法民终字第1709号]。

裁判例 5:母亲当年将含有其女儿应继承份额的共同财产出卖给了女儿的伯父,其后女儿要求确认交易无效。法院认为母亲代理实施的出售行为是为了女儿的生活需要,其代理行为有效。^[26]

裁判例 6:母亲借款时代理儿子作物上担保。其后,父母主张抵押无效。一审认为,母亲借款是为扩大再生产以赚取利润,直接服务于家庭利益,故其将儿子名下的房产抵押,并未违反第 18 条第 1 款。^[27] 不过,二审却认为:“除非为了被监护人的利益,否则,监护人不得处分被监护人的财产。上述法律明确规定,监护人没有权利私自处分被监护人的合法财产,更没有权利将监护人的合法财产用于冒风险的民事行为。”^[28]

裁判例 7:监护人(被监护人的兄长)代理被监护人将其房产出售给自己的配偶及女儿的交易无效。^[29]

尽管在该案中法官并没有点明法律构成,但本案实际上属于变形的自己契约,因为交易的相对人与代理人为配偶和亲子关系,属于同一经济共同体,在学理上通常将这种代理扩张解释为自己契约。^[30]

裁判例 8:被告赵某一因企业经营困难出让未成年子女所有的营业房。法院认为,其企业经营状况好坏关乎抚养能力状态,也可以说是间接为了子女利益,且善意的原告无法知道被告赵某一处分财产真正目的。……赵某一作为赵某的法定代理人代理民事活动,符合表见代理的规定。^[31]

关于法定代理中能否发生表见代理,在学理上素有争论。如果不以本人的归责事由作为表见代理的要件,则有可能成立超越代理权的表见代理。但以本人的归责事由作为要件的观点能够兼顾交易安全与意思自治的原理,更具有说服力。在法定代理的情形,由于被代理人不具有归责事由,因而不可能满足表见代理的要件。^[32]

2. 被监护人之一利益的判断基准

由于我国的法官没有在裁判理由中阐述抽象论的传统,从判决书中抽取判断基准具有一定的难度。本文只能在个案中推测零星的基准。实际上,由于思路不清晰,有时同一个案件中法院会给出多个基准。

(1) 一律无效说

一些裁判例认为监护人无(代理)处分被监护人财产的权限,(代理)处分行为一律无效。^[33] 这种判断背后的潜台词是,监护人(代理)处分被监护人财产的行为一定会给被监护人带来不利益,因而根本无需另设判断基准。

观点简单直白,却缺乏基本的说服力。监护制度的目的,是为保护一定范围之意思能力薄弱者的利益以及交易安全,而剥夺其独立实施有效法律行为的能力。如果监护人的财产管理权限中不包括

[26] 封某某与封某等确认协议无效纠纷再审案[南阳市中级人民法院(2009)南民再字第 55 号]。

[27] 徐肖英等与广州新华农村信用合作社借款合同纠纷案[广州市花都区人民法院(2004)花法民一初字第 523 号]。

[28] 徐肖英等与广州新华农村信用合作社借款合同纠纷案[广州市中级人民法院(2004)穗中法民二终字 1217 号]。

[29] 朱 A 等诉朱 C 等房屋买卖合同纠纷案[上海市闸北区人民法院(2013)闸民三(民)初字第 1102 号,【法宝引证码】CLI. C. 2166946]。

[30] 参见[日]山本敬三:《民法讲义 I:总则》(第 3 版),解亘译,北京大学出版社 2012 年版,第 294 页。

[31] 施某诉赵某等房屋买卖合同案(家事代理、被监护人利益)[新昌县人民法院(2007)新民一初字第 797 号]。

[32] 对两种立场的简洁概括,可参见注 30 引书,第 352-353 页。

[33] 例如,张雪骏等诉缪甫山等返还财产纠纷案[常州市新北区人民法院(2010)新民初字第 832 号,【法宝引证码】CLI. C. 369257];徐肖英等与广州新华农村信用合作社借款合同纠纷案[广州市中级人民法院(2004)穗中法民二终字 1217 号]。

(代理)处分权限,那么被监护人的财产便无法投入交易,遭受机会损害的恰恰是被监护人。因此,监护人当然拥有代理处分被监护人财产的权限。

(2)行为目的基准

第二种较为常见的判断基准指向监护人的行为目的。上述“裁判例5”从反面划定了被监护人之不利益的范围:基于被监护人生活需要的财产管理行为不构成被监护人之不利益。法院以财产管理行为是否属于“冒风险”的法律行为作为判断基准。

在监护人以被监护人之不动产为自己的债务提供担保(抵押)的情形,还有所谓的借款用途基准。

裁判例9:“该《贷款抵押合同》的约定虽然以与未成年人阙承斌的共有房产作为购房贷款抵押,但…借款用途是改善或提高被监护人阙承斌的生活学习条件(着重号为笔者加注),…不存在损害阙承斌利益的任何行为。”^[34]

以交易目的作为判断基准固然可以在相当程度上维护被监护人的利益,但由于行为目的通常不为交易相对人所知悉,这样的基准会损害相对人的信赖,破坏交易安全。

(3)必要性基准

裁判例10:儿子代理痴呆母亲诉讼时聘请了律师。围绕律师费是否应当由母亲承担,子女之间发生争执。法院认为:律师费并非诉讼中必须要支出的费用,且律师费的支出也必然导致痴呆母亲财产的减少,侵害了其利益。因此,聘请律师代理诉讼应视为子女个人的行为,不能由母亲承担相应的后果。^[35]

此案中,法院判断代理行为的效果是否归属于监护人时采取的是必要性基准,即财产管理中代理订立的委托合同是否必要。至于必要性的具体判断,并没有给出明确的基准。如果承认监护人具有概括性的代理权,照理应当尊重监护人的裁量从宽判断行为是否必要。

(4)有无承诺书基准

法院在判断被监护人为监护人的债务提供物上担保的效力时,有时会以监护人是否向银行出具过“为未成年子女利益”或“不损害未成年子女利益”的承诺书作基准。

裁判例11:“魏伟(父亲)将其所购买的房屋抵押给江苏银行南京城西支行,该抵押行为已征得共同产权人王玉倩(母亲)、魏某甲、魏某乙的同意,且魏伟、王玉倩已书面声明不损害魏某甲、魏某乙的利益,该抵押行为应合法有效。”^[36]

以监护人的承诺书作为抵押行为有效的要件这一立场明显站不住脚。这是因为,若交易会給被监护人带来不利益,这时监护人的承诺根本无从矫正被监护人之不利益状态。

(5)抽象的损益基准

裁判例12:父亲生前作为投保人以未成年子女作为被保险人投保了“少儿一生幸福保险”。数年后父亲死亡。依保险条款此刻起保险费豁免,但继母迫于生计还是代理继子解除了该保险合同,取回

[34] 无锡市惠山区人民法院(2013)惠商初字第1185号民事判决书,引自何杨梅、陈汉:《未成年人财产抵押的效力之实证分析》, <http://www.aiweibang.com/u/44917? page=7>,最后访问时间:2016年5月15日。

[35] 孙宏与李秀不当得利纠纷案[上海市闸北区人民法院(2008)闸民一(民)初字第2551号,上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民一(民)终字第289号]。

[36] 江苏银行股份有限公司南京城西支行与被告魏远、王玉倩、魏瑶瑶、魏伟金融借款合同纠纷案[南京市鼓楼区人民法院(2013)鼓商初字第224号民事判决书];黄韵妃与华夏银行股份有限公司深圳天安支行、昶皓照明股份有限公司、上赫股份有限公司借款担保合同纠纷案[广东省高级人民法院(2013)粤高法民二终字第97号民事判决书]。

所缴纳的保费用于生计。两审法院均以继母与保险人的合意解除行为违背了被监护人的利益为由,判决合意解除无效。^[37]

具有投保人和被保险人双重地位的未成年人本可以在保费豁免的情况下继续享受保险利益,抽象地看,继母的行为只会给被监护人带来不利益。

(6) 现实的损益基准

裁判例 13: 监护人将被监护人生活所需的唯一住宅出卖给他人,在收取大部分房款之后随即下落不明,该行为显然严重损害了被监护人的合法权益。故而该买卖合同无效。^[38]

裁判例 14: 兄弟姐妹中的一人购买其他兄弟姐妹及父母共有的房产时,大姐作为有精神疾患之妹妹的监护人代理其签订了买卖合同,价金由父母收取,监护人在交易中并未获利,且被监护人亦一直与父母共同居住于另一套安置房屋内,监护人客观上并未损害被监护人的人身和财产权益,故交易有效。^[39]

这种以最终的现实利益作为基准的做法,显然不可取。这种观点忽略了在第 18 条第 1 款的解释问题上,还要兼顾交易安全以及监护人的自由裁量。

(三) 小结——对我国法的总体评价

1. 法律构成

由于未能认清监护人财产管理的实质是代理,才有那么多的文献和裁判例将监护人的财产管理行为理解为其自身的法律行为。换言之,《民法通则》第 18 条第 1 款作为法定代理权限制的功能定位未被认清。

至于代理关系的定性之下,违背被监护人利益的财产管理行为是否都可以被纳入无权代理的范畴,有无例外,也未有清醒的认知。

2. 判断基准

有关被监护人之不利益的判断基准,不仅共识还远未形成,甚至究竟该采取形式基准还是实质基准这样的问题意识,都不清晰。

关于监护人之财产管理行为的效力问题,日本法有着极其丰富的理论和实践积累,其中既有宝贵的经验,也有惨痛的教训,或许值得借鉴和汲取。

三、日本法的状况

(一) 法律规定

日本民法有关亲子之间利益冲突的制度设计与我国有很大的不同。日本民法总则上没有限制监护人权限的一般性规定,而是在亲属编设置了特别代理人制度(第 826 条):

[37] 韩信与中国人寿保险股份有限公司江苏省分公司保险合同纠纷案[南京市鼓楼区人民法院(2006)鼓民二初字第 622 号,南京市中级人民法院(2006)宁民二终字第 846 号]。

[38] 张某某与方某某等房屋买卖合同纠纷上诉案[宁波市中级人民法院(2011)浙甬民二终字第 107 号,【法宝引证码】CLI.C.880458]。此案中还有一项补强的判决理由:被处分财产系被监护人与他人共有的财产,监护人与相对人的交易并未得到共有人的追认。

[39] 邹芝芳诉邹贤德等房屋买卖合同纠纷案[上海市宝山区人民法院(2013)宝民三(民)初字第 1056 号,【法宝引证码】CLI.C.2280223]。

针对行使亲权之父亲或者母亲与子女利益相反的行为,行使亲权者应当为子女的利益请求家庭法院选任特别代理人。

行使亲权者对数子女行使亲权的情形,就其中一人与其他子女利益相反的行为,为该方的利益,准用前款的规定。

此规则在学理上被称为“亲权人的利益相反规则”,不仅适用于亲子之间,而且还被准用于对监护人财产管理权的限制(日本民法第860条)。中日两国法对监护的理解有所不同。日本法严格区分亲权和监护权,而我国法则以监护权一统。为避免叙述繁琐,以下仅以亲权规范(第826条)为例。

围绕日本民法第826条的解释,日本法经历了一个漫长的演变,无论是判例还是学说都留下了丰厚的积累。

(二)民法起草者的初衷

日本现行民法第826条脱胎于一直施行到二战结束的明治民法^[40]第888条。由于明治民法第888条规定特别代理人的选任需要向亲族会申请,且仅对母亲行使亲权作了限制,违背了二战后家族法修改的基本理念,所以该条文在战后重新制定民法典亲属编时被修改,但其主干部分依然被保留了下来,成为了现行民法第826条。因此,仍然可以将明治民法888条的起草宗旨作为第826条的起草初衷看待。

民法起草者们创设这一制度的目的,主要是为了回应民法总则第108条。第108条是有关自己契约和双方代理的规范:“不得就同一法律行为担任相对人的代理人或者当事人双方的代理人。但债务的履行以及本人预先许诺的行为不在此限。”

既然第108条是有关代理的一般规则,那么亲权人就不能代理子女与自己订立契约,也不能同时代理数名子女彼此交易。在任意代理的情形,本人既可以亲自实施法律行为,也可以另外选任代理人来规避第108条;但是在法定代理的情形,未成年的子女自己却不能单独实施法律行为,也无法自行选任其他代理人,如此一来,其实施交易的途径完全被封杀。而由于亲子之间存在亲情,人们毋宁相信亲子之间的交易以及父母代理多个子女之间的交易在很多情形反而有利于子女。为了打开这种局面,立法者特别设置了第826条,通过选任特别代理人的方式来实现子女的财产管理,即在亲权人实施某一财产管理行为将构成自己契约或者双方代理的情形,需要选任特别代理人,由该特别代理人站在维护未成年子女利益的立场判断是否应当实施该代理行为,如果认为可以,则由特别代理人代理实施。

起草者所确立的第826条内容可以归纳为三点:第一,所谓利益相反,就是指第108条规定的自己契约和双方代理的情形,即亲权人成为相对人的代理人或者当事人双方(数子女的情形)的代理人。第二,所有的利益相反行为,仅限于未成年子女的财产管理,不包括身份行为。此两点涉及第826条的适用范围。第三,尽管没有明文规定,但未选任特别代理人而实施的利益相反的法律行为的效力,

[40] 明治民法中的总则编、物权编和债权编战后得以保留,构成现行民法财产法部分的核心。

设想为可撤销。^[41] 此点涉及法律构成和效果。但如下文将述,这三点后来均被判例改变。^[42]

(三) 特别代理人制度的缺陷

立法者试图通过家庭法院介入特别代理人的选任,来解决父母需要与未成年子女实施至少不损害子女利益之交易的情形以及需要在数名未成年子女之间实施不损害其利益之交易的情形所面临的法律障碍。然而,这个制度的运行效果远不如预想的那般理想。

首先,针对某一特定的交易,家庭法院的法官无从得知什么样的人能够胜任特别代理人的职责,事实上只能由亲权人推荐。^[43] 而亲权人为了使交易得以实现,推荐的一定是对自己言听计从之人。^[44] 如此一来,特别代理人便沦为了亲权人的傀儡。^[45]

其次,如果某一交易构成了利益相反,那么即便选任了特别代理人,照理依然不可为。但该制度并未给家庭法院预留不选任特别代理人的自由。如此一来,被选任的特别代理人只有两个选择,要么按照亲权人的意图去实施利益相反的代理行为,要么拒绝实施该行为。在前者的情形,特别代理人制度异化为使利益相反行为有效化的制度;在后者的情形,亲权人或者请求法院重新选任,或者索性亲自出马,直接实施代理行为。

实际上,该制度的运用远谈不上充分。现实中更多的亲权人并不会启动特别代理人制度,而是径直亲自实施代理行为。这或许是因为民众不了解这个制度,或许是制度的利用过于繁琐,或者兼而有之。

正因为如此,在实践中该规范往往被普通法院逆向运用,即法院更多面对的是有可能构成利益相反本应选任特别代理人的,亲权人却径直实施代理行为之情形法律行为的效力问题。^[46]

(四) 判例立场的演进

1. 利益相反的涵义及判断基准

(1) 初期的理解

如前文所述,民法典的起草者所设想的利益相反,就是自己契约和双方代理。民法典施行的初期,判例忠实地按照起草者的意图来解释第 826 条(实际当时是明治民法第 888 条,以下不作区分)。早期判例所理解的利益相反行为包括:亲权人与未成年子女之间的契约;数个未成年子女之间的遗产分割;甚至连亲权人对未成年子女的赠与也属于利益相反行为,只不过经本人(未成年子女)成年后的

[41] 冲野真己「民法八二六条(親権者の利益相反行為)」広中俊雄、星野英一編集代表『民法典の百年Ⅳ』(有斐閣,1998年)122-123頁。

[42] 其中关于该规范在身份行为领域的适用,例如有母亲代理非婚生子对生父提起认领之诉的行为(不构成利益相反行为,大判大正15年11月2日法律新聞2635号9頁),亲权人代理未成年非婚生子与自己成立收养关系的户籍登记行为(构成利益相反行为,昭和23年11月30日民事甲第3186号回答),转引自我妻采『親族法』(有斐閣,1961年)344頁、阿部徹「利益相反行為の成否」川井健編『判例と学説4・民法Ⅲ』(日本評論社,1976年)207頁。

[43] 据日本学者的调查,东京家庭法院1983年三个月内选任的特别代理人100%都是亲权人推荐的,其中63%都是未成年子女的亲属。参见岡本和雄「利益相反の場合における特別代理人の選任(下)」金融法務事情1085号(1985年)22-25頁,转引自注(41)文,153頁。

[44] 当然,如果被选任的特别代理人与未成年子女构成利益相反关系,则其所代理实施的法律行为照样会构成无权代理,在此情形,仍需适用第826条。参见最判昭和57年11月18日民集36卷11号2274頁。

[45] 糟谷忠男「民法八二六条について」司法研修所創立十周年記念論文集(司法研修所,1958年)373頁,转引自注(41)文,153頁。

[46] 还包括因为家庭法院的疏忽,被选任的特别代理人仍然构成与未成年子女之间的利益相反,却未进一步再选任特别代理人而径直实施代理行为的情形,参见最判昭和57年11月18日民集36卷11号2274頁。相关评论,可参见家永真三郎「特別代理人と未成年者との利益相反行為」別冊ジュリスト『家族法判例百選(第6版)』(有斐閣,2002年)84-85頁。

追认而发生效力。反之,没有相对人的单方法律行为(最为典型的,如继承的放弃),以及第三人与未成年子女之间的契约都不属于利益相反行为。^[47]

(2) 扩张

然而,若忠实地按照当初的立法目的适用第 826 条,亲权人及相对人很容易规避,因为只要在形式上避开自己契约或者双方代理即可。此外,自己契约和双方代理限于契约和有相对人的单方法律行为,在代理实施没有相对人之单方法律行为的情形,即使显然违背未成年子女的利益也无从应对。^[48]为此,从 20 世纪初叶开始,判例便开始偏离起草者的初衷,将第 826 条理解为为保护未成年人利益而限制亲权的规范。

在这一演变中具有里程碑意义的判例可简化为如下:

父亲借钱时代理未成年的孩子担任连带债务人,并在孩子所有的不动产上为债权人设定了抵押权。后来,孩子要求涂销抵押权登记。大审院(二战结束前的最高法院)透过此案确立了全新的理解:所谓利益相反行为,不限于亲权人与未成年子女之间为契约双方当事人的情形,还包括其他有利于亲权人而不利于未成年人的法律行为。^[49]

判例突破了最初狭隘的形式化理解,不仅拓展了第 826 条的适用范围,而且从根本上变更了对该条文的定性,使得第 826 条演变成为限制亲权的一般性规定。此后这一立场得以维持至今。

2. 法律构成及效果

第 826 条的初衷是从正面为亲权人的特定财产管理开辟一条可行的路径,但事与愿违,判例适用第 826 条都是针对亲权人亲自实施利益相反的代理行为的情形。如此一来,违反利益相反之规则的法律构成及效果便成为了问题。

(1) 早期的立场

早期(到 20 世纪初叶为止)的判例将第 826 条理解为第 108 条的适用,因此,违反第 108 条正文的效果便是违反第 826 条的效果。不过,第 108 条并未明确自己契约和双方代理的效果。受民法起草者观点的影响,判例认为有关自己契约和双方代理的第 108 条属于公益性规范,加之契约在本质上需要两个当事人的意思表示,而自己契约和双方代理不满足这一要求,违背了契约的根本属性,因此其法律效果为绝对无效。^[50]不久,判例的立场又改为可撤销。^[51]

然而,认为自己契约和双方代理违背契约之根本属性的观点在当时的学界也不是主流,学界的主流倒是强调第 108 条的设置是出于对滥用的担心,是为了保护本人的利益,因此,在本人认可的情形没有必要将代理行为归于无效,因此应当理解为无权代理。受此影响,判例旋即改变了立场,^[52]并维持至今。

(2) 如今的立场——无权代理

违背第 826 条的财产管理行为被定性为无权代理行为。^[53]日本法对于无权代理的法律效果是效

[47] 同注 41 引文,第 124 - 125 页。

[48] 久贵忠彦「判批」民商法雜誌 79 卷 6 号(1979 年)83 - 84 页。

[49] 大判大正 10 年 8 月 10 日民録 27 卷 1476 页。

[50] 大判大正 4 年 7 月 28 日刑録 21 輯 1170 页。参照中川淳、久贵忠彦編『親族・相統』有斐閣,1977 年 135 页。

[51] 大判昭和 6 年 3 月 9 日民集 10 卷 108 页。

[52] 大判昭和 11 年 8 月 7 日民集 15 卷 1630 页。

[53] 同注 41 引文,第 144 页。

果不归属,但可以追认可以撤销,与我国法的效力待定大致相同。

3. 判断基准

围绕着利益相反行为的判断,日本学界一直存在着形式基准说与实质基准说的争论。所谓形式基准说,是指是否构成利益相反仅仅从行为的外观来判断,不考虑行为的缘由、动机以及行为的结果。而所谓实质基准说,则是指在判断亲权人的财产管理行为是否构成利益相反时不能拘泥于行为的外观,还要考虑行为的缘由、动机以及行为的结果。

尽管一直面临着来自实质基准说的批判,判例却始终毫不动摇地坚持形式基准说。^[54] 这种立场体现得最为鲜明的情形,当属放弃继承的情形。日本判例在亲权人自己放弃继承并代理某一未成年子女放弃继承的纠纷类型中,根据放弃继承的先后顺序来判断是否构成利益相反:在亲权人先于未成年子女放弃继承,或者同时放弃继承的情形,不构成利益相反;反之,在亲权人先代理未成年子女放弃继承后自己再放弃继承的情形,以及两者同时放弃继承的情形,则构成利益相反。^[55]

坚持形式基准的理由主要有如下三点:^[56]

第一,为了保护善意的交易相对人。这一点在判决理由中有明文的阐述。^[57] 如果在判断是否构成利益相反时考虑行为的缘由、动机和结果等一切事项,交易相对人难以明察,会危害交易安全,进而缩减未成年人的交易机会。

第二,第 826 条开辟了通过特别代理人实现利益相反行为的途径。至少在选任特别代理人的阶段,采取形式基准,可以避免无谓的选任程序。因为如果采取实质基准,那么被选任的特别代理人也不能代理,这样的选任毫无意义。

第三,一般而言,代理权的具体范围或由法律规定(法定代理的情形)或经代理权授予行为(任意代理的情形)来划定,该范围必须依照行为的种类、性质等客观地判断。这是因为,代理权的范围昭示了可以实施有效交易的范围,有必要考虑对交易相对人之客观期待的保护。

4. “利益相反”之外的不当财产管理——代理权滥用

经扩张解释的第 826 条,依然不能应对所有的不当管理,因为还会存在不利于未成年人的行为但并不构成亲权人利益的情形。若以利益相反规则应对,不仅过分偏离“利益相反”应有之义,而且有危害交易安全之虞。受学说影响,判例采用代理权滥用的法理来应对“利益相反”边界之外的不当财产管理行为。其经典判例(平成 4 年判例)如下:

父亲死后,叔叔一直照顾着孤儿寡母。为表达谢意,在叔叔担任董事长的公司向他人借款时,母亲代理孩子用其房产提供了抵押担保。成年后的孩子以叔叔公司的借债行为又不是给自己所用为由,主张抵押无效。

此案中亲权人所代理实施的抵押权设定行为尽管危害到未成年子女的利益,但至少在法律层面

[54] 例如,大判大正 7 年 9 月 13 日民录 24 辑 1684 页,大判昭和 49 年 9 月 27 日金融 736 号 26 页等。

[55] 参见最判昭和 53 年 2 月 24 日民集 32 卷 1 号 98 页。不过,这种立场在日本法上稍显粗糙。这是因为,依家事审判法第 9 条第 1 款甲类 29 号,继承的放弃属于家事审判事项,申述后还要经过形式和实质审查才会被受理。最高裁判所在此判例中并未明确区分这两个时点。学界通说主张应以受理时作为基准点。而少数有力说则认为,在继承的情形无需关注交易安全,无需坚持形式基准,而应当采用实质基准。参见久贵忠彦「判批」民商法杂志 79 卷 6 号(1979 年)87-91 页。由于我国现行继承法对于继承的放弃并未规定需要公权力的介入,这种精细化的分析尚无必要。

[56] 同注 41 引文,第 136-137、148 页。

[57] 例如,大判昭和 9 年 12 月 21 日新闻 3800 号 8 页。

上并不会使得亲权人自身受益,因而不满足之前判例所确立的利益相反基准,无法纳入第826条的适用范围。然而,这样的为第三人利益实施的代理行为,却有可能构成代理权的滥用。所谓代理权滥用,是指代理人所实施的法律行为在形式上满足有权代理的要件,即所实施之法律行为在代理权的范围之内,但代理人在主观上不是为了本人的利益,而是为了谋取自己或者第三人的利益而恶意利用代理权限的行为。日本民法典中并没有专门针对代理权滥用的规定,学界的主流观点主张类推适用心中保留(第93条^[58])但书。^[59]判例也接受这一观点。对于代理权的滥用,判例早已在一般论层面确立了类推适用心中保留但书的立场。^[60]在此案中,最高裁判所在抽象论层面主张,在亲权人滥用代理权的情形,如果相对人明知或者应当知道滥用的事实,则应当类推适用心中保留规则的但书,使得该行为的效果不及于未成年子女。^[61]不过,就本案的具体事实而言,最高裁判所认为,亲权的行使具有广泛的裁量空间,用未成年子女的不动产为第三人提供担保的行为,只要不显著违反亲权制度的宗旨,无视未成年子女的利益仅仅为第三人谋利,就不构成代理权的滥用。

(五) 学界的立场

1. 法律构成

在法律构成问题上,日本学界没有多少争论,基本都将本文所关注的财产管理行为看作代理。对于构成利益相反之交易,通说采无权代理说。^[62]至于在外观上不构成利益相反,但亲权人带着不利于未成年子女的意图而实施的行为,如果相对人知道或者应当知道该意图,则主张运用代理权滥用的法理来应对。^[63]不过,针对上述平成4年判例确立的代理权滥用的要件,反对意见认为标准过于严苛,实际上是过时的传统观念在作祟,不利于保护未成年人的利益。^[64]还有个别观点主张将亲权人解释为真实的债务人。^[65]

2. 基准

(1) 形式基准说

形式基准说的主要理由:第一,若将亲权人的动机纳入考察范围,将损害相对人的信赖,^[66]危害交易安全,进而导致相对人不愿意与未成年人交易,最终受损害的还是未成年人。^[67]第二,既然特别代理人制度不起作用,即便采取实质判断说也未必有助于未成年子女的保护。^[68]第三,实质基准说超出了解释论的界限。^[69]第四,尽管实质基准说主张可以通过表见代理制度来保护相对人的信赖,

[58] 日本民法第93条:“表意人明知非其真意而作意思表示时,不影响意思表示的效力。但相对人知道或者能够知道表意人的真意时,意思表示无效。”

[59] 同注42,阿部微文,214页;同注42,我妻荣书,335页;我妻荣《新订民法总则》(岩波书店,1965年)345页,平井宜雄「判批」法学协会雑誌85卷4号640-641页(1968年),幾代通《民法総則》(青林書院,第2版,1984年)312页,近江幸治《民法讲义I民法总则》(成文堂,第6版,2008年)258页以下。

[60] 最判昭和38年9月5日民集17卷8号909页,最判昭和42年4月20日民集21卷3号697页。

[61] 最判平成4年12月10日民集46卷9号2727页。

[62] 同注42,我妻荣书,345-346页。

[63] 同注42,我妻荣书,335页;磯村保「連帯保証等と利益相反行為」別冊ジュリスト『家族法判例百選(第3版)』(有斐閣,1980年)135页。

[64] 米倉明「判批」法学協会雑誌111卷3号(1994年)120-125页。

[65] 阿部徹「親子間の利益相反行為(-)」民商法雑誌57卷1号(1967年)52页。

[66] 同注42,我妻荣书,342页。

[67] 角紀代恵「連帯保証等と利益相反行為」別冊ジュリスト『家族法判例百選(第6版)』81页。

[68] 同注67;同注41文,137页。

[69] 同注63,磯村保文,135页。

但是法定代理恐怕难以成立表见代理。^[70] 第五,从逻辑上讲,形式基准也是必然选择。之所以选任特别代理人,正是为了能够中立地判断亲权人原打算代理实施的法律行为是否会给未成年人带来不利益,因此在选任代理人的时刻已经确定法律行为将会给未成年人带来实质上的不利益,被选任的特别代理人只能拒绝实施法律行为。那么选任特别代理人的意义便丧失殆尽。^[71] 若采实质基准说,亲权人自己也有可能没有确信,为求稳妥便会向家庭法院申请选任特别代理人。若事后普通法院判定该代理行为不构成利益相反,那么经由特别代理人实施之代理行为的效力将重新受到质疑:既然不构成利益相反,本不该选任特别代理人。^[72]

(2) 实质基准说

实质基准说则认为利益相反制度重在保护未成年人的利益,因此,在判断是否构成利益相反时需要将亲权人的缘由、动机和行为结果均纳入考虑;^[73] 至于交易安全的问题,可以通过表见代理制度来保障。其主要理由如下:第一,仅从外观上判断,显然保护不充分;^[74] 第二,对相对人的保护是有限度的,即仅在相对人善意无过失的情形才值得保护;^[75] 第三,若形式基准,容易被恶意的亲权人规避;^[76] 第四,行为的内容与动机无法明确区分,纳入考虑是妥当的。^[77] 至于相对人的保护,则主张通过表见代理制度来实现。^[78]

(3) 折衷说

也有学者主张在判断利益相反之范围上维持形式基准说的同时,在利益和不利益的判断上引入偏“实质”性的考量,将在实质上发生利益对立之可能性较高的行为予以类型化,再依据是否属于特定类型来判断。^[79] 例如,就亲权人代理未成年子女为第三人之债务提供担保的行为而言,通常很难认为未成年人因此会获益,这类行为主要是缘于亲权人与第三人的人际关系。在这个意义上认为构成亲权人的利益也未尝不可。而且一旦类型稳固确立后,由于债权人了解担保人是否为未成年人这一事实并不困难,因此交易安全不会受到冲击。^[80]

3. 评价

由于有第 826 条的存在,日本的判例和学说论均紧紧围绕着“利益相反”这一概念的理解展开各自的解释论。形式基准很好地契合了代理制度的本性,即为了使得代理制度得以充分运用,代理权限的范围应当尽可能地作客观判断;而以对应于形式基准的无权代理构成为原则,以对应于实质基准的

[70] 生野正刚「親子間の利益相反行為の成否」長崎大学教養部紀要(人文科学篇)30 卷 2 号(1990 年)15 頁,转引自陈中顺《法定代理人與未成年人間利益相反行為之研究》,台湾政治大学硕士论文,第 56 頁。

[71] 道垣内弘人「判批」民商法雜誌 108 卷 6 号 121 頁(1993 年)。

[72] 同注 42,阿部徹文,213 頁。

[73] 例如,谷口知平「利益相反行為」柚木馨、谷口知平、加藤一郎、泉久雄編『判例演習〔親族・相続法〕』(增補版,1973 年)284 頁;注 63,磯村保文 135 頁;國府剛「親權」星野英一編集代表『民法講座(7)』(有斐閣,1984 年)276 頁。

[74] 山島正男、泉久雄編『演習民法(親族)』[新演習法律學講座 6](青林書院,1985 年)299 頁;中川淳、於保不二雄『新版注釈民法(25)』(有斐閣;改訂版(2004))138 頁;阿部徹「親子間の利益相反行為(二・完)」民商法雜誌 57 卷 3 号(1968 年)80-81 頁。

[75] 同注 74,山島正男、泉久雄書,299 頁。

[76] 中川淳編『財産法と家族法との交錯』(立花書房,1984 年)262 頁;青山邦夫「利益相反行為の成否」判例タイムズ 554 号(1985 年)64 頁。

[77] 同注 74,中川淳、於保不二雄書,141 頁。

[78] 幾代通『民法總則[第 2 版]』(青林書院,1984 年)349 頁。

[79] 同注 41 文,156 頁。

[80] 同注 65 文,65-66 頁。

代理权滥用构成为例外的二分法,能够最大限度地兼顾未成年子女的利益、相对人的信赖以及亲权人的自由裁量权。至于折衷说所主张的类型化修正,其实是将判例和通说中部分由代理权滥用法理应对的类型划归到无权代理构成之下,与判例和通说并无本质的区别。

不过,日本法上的规定也存在显著的缺陷,即没有交待针对特别代理人的行为不当该如何救济。当然,如果特别代理人与未成年子女之间也构成利益相反,固然可以类推第826条之规定。但如果不构成形式上的利益相反,未成年人恐怕只能依据适用门槛较高的代理权滥用法理寻求救济了。

四、对我国法的反思

如前文所述,我国法存在明显的问题。首先,法律构成不清晰。其次,判断基准不明确。当然,这两点都可以通过法解释来应对。如果说日本法所面临的问题是如何扩张解释其民法第826条以弥补文义解释所带来的对未成年人等行为无能力人的保护不足,我国法所面临的问题则是采用何种判断基准以及何种法律构成来限缩解释我国《民法通则》第18条第1款,以兼顾对交易安全的维护以及对监护人自由裁量的尊重。那么,日本法的经验和教训能否为我国法所借鉴呢?

(一)可比性

尽管日本民法第826条的初衷在于通过选任特别代理人来规避自己契约和双方代理在法定代理中造成的不便,但日本的学说和判例实际上却将该规范主要用作亲权人自己实施可能构成利益相反行为的情形,其功能已经从程序性的转化为实体性的。如此一来,日本民法第826条就与我国《民法通则》第18条第1款在解释论层面都具有实体法的属性,具备了初步的比较基础。

不过,尽管功能发生了转变,日本民法第826条应对的依然是在利益相反时亲权人未选任特别代理人却径直亲自代理未成年人的情形。至于被选任的特别代理人所实施的财产管理行为在实质上仍然损害到未成年人利益的情形如何救济,并不属于日本民法第826条的适用范围。而我国法上并不存在这样的制度,因此,即便在构成利益相反的情形,监护人亲自代理本身并不违反任何明文的规范,除非构成自己契约或者双方代理(假定自己契约或者双方代理构成无权代理已经成为法律共同体的共识)。若从我国《民法通则》第18条第1款的立法目的看,似乎只需要从实质角度来判断是否损害被监护人的利益即可。即便如此,日本法与我国法似乎仍不具有可比性。

就适用范围而言,较之于日本民法第826条,我国《民法通则》第18条的表述更为直接,适用范围也更宽,因而对未成年人的保护理应比前者更为周延。因为有了“利益相反”这一表述的约束,使得我国法在解释论上可以更加自由,针对给被监护人带来不利益却并不有利于监护人的财产管理行为,也可于必要时直接进行规制。

然而,如本文开篇所述,保护被监护人的利益不能无视监护人的自由裁量权限,更不能忽略对交易安全的保护。从这个意义上看,虽然在规范构造上我国法与日本法存在较大差异,但面对的核心问题——处理这类纠纷时如何处理被监护人的救济、法定代理之自由裁量的尊重以及交易安全的维护这三点之间的紧张关系——却是相同的。可以说,如何处理上述三种价值之间的平衡关系,是任何立法例都不得不面对的普适性问题。因此,日本法丰富的经验和惨痛的教训,对我国法仍具有相当的启示和警醒意义。

（二）我国《民法通则》第 18 条第 1 款的定性

如前文所述,围绕我国《民法通则》第 18 条第 1 款适用中的法律构成,无论是学界还是法院,立场五花八门,远未统一。从日本法上所采取的法律构成的演变中可以得到的启示是,目前学界和法院对《民法通则》第 18 条第 1 款的定性不精准。

日本民法典施行之初,判例曾侧重于从代理人之忠实义务的角度来探求利益相反行为的效力,也曾将日本民法第 108 条理解为强行规范,这种立场在我国法上也能看到。日本法之所以不久便开始采取无权代理构成并维持至今,是因为日本民法第 826 条被定性为限制亲权的一般条款。第 826 条的初衷,是为保障亲权人贯彻其管理未成年子女财产的特定意志同时又不违背第 108 条而设计的,归根到底还是为了便于亲权的行使,还是将未成年子女的利益寄托于父母对未成年子女的亲情。早期,亲权主要还是被定位为“为亲权人之利益的亲权”。未成年子女的利益只需要维系于父母对子女的亲情即可,属于第二位的。但如前文所述,实际上第 826 条的适用侧重于对利益相反之代理行为的甄别和否定,完全背离了起草者的初衷,其背后隐含的是有关亲权之理念的变化,即不再期待通过亲情来维护未成年子女的利益,于是亲权从“为亲权人之利益的亲权”转变为“为未成年子女之利益的亲权”。^[81]因此,第 826 条自便然而然地变身为限制亲权的一般条款。

在我国,基本并不存在从维护监护人利益的角度来理解监护权的思想,尽管没有刻意强调,但监护权似乎从来都被理解为“为被监护人利益的监护权”。将《民法通则》第 18 条第 1 款看作限制监护权的一般性规定,在我国法上不存在任何障碍。而且,除了本条之外,至少在《民法通则》层面找不到其他更能堪此大任的规范。不过,不同于日本民法第 826 条局限于对“利益相反行为”的限制,不构成利益相反的财产管理行为只能另外通过代理权滥用理论来应对。而我国《民法通则》第 18 条第 1 款对监护权的限制更为干净、彻底,完全不留死角。

（三）利益相反概念的必要性

既然我国《民法通则》第 18 条第 1 款是限制监护权范围的更为一般的规定,那么至少在解释论层面,似乎所有的相关纷争都可以透过被监护人之不利益这一要件判断来实现,而无需像日本法那样区分利益相反的情形(以日本民法第 826 条应对)以及代理权滥用的情形,也无需区别对待契约、有相对人的单方法律行为与无相对人的单方法律行为。由此似乎可以得出结论:在解释论上没有引入利益相反这一概念的必要性。

然而,从对日本法的介绍可知,亲权人以代理形式实施的不当财产管理行为,无非利益相反行为和代理权滥用行为两大类型。因此,我国《民法通则》第 18 条第 1 款所针对的监护人所有以代理形式实施的不当财产管理行为实际上内含的也是这两种类型。尽管较之于日本法,我国法实现了实定法依据的一元化,但如果在论证负担、法律构成和判断基准上两种类型存在显著的差异,那么日本法上的两分法对我国《民法通则》第 18 条第 1 款的适用仍然具有启发意义。

1. 法律构成

利益相反行为属于无权代理,这一点当无争议。问题是代理权滥用是否也属于无权代理呢?如果属于,则说明两者没有区别。

尽管存在着少数不同意见,但日本的判例和通说还是坚持代理权滥用行为属于有权代理的立

[81] 同注 74, 國府剛文, 235 - 237 頁。

场。其根本理由在于代理制度需要客观地划定代理权的范围,这样才可以确保交易的顺利进行。^[82] 代理权滥用行为在客观上属于代理权的范围,只是主观上缺乏为了被代理人之利益的心理。既然代理权的范围依客观判断,代理权滥用自然属于有权代理,在法律构成上完全不同于利益相反行为。

2. 判断基准

(1) 利益相反的判断基准

对于利益相反型的财产管理行为的认定,涉及到代理人有效代理被代理人实施法律行为的范围问题,应当尽可能地作形式化的判断。这里不涉及任意代理,所以在确定代理权的范围时无需以本人的授权行为作为基础,只需要作客观的划定。因此,不仅自己契约和双方代理原则上属于代理权范围之外,而且那些具有抽象危险性的、不利于被监护人但却有利于代理人的代理行为,也理所当然地属于无权代理行为。

(2) 代理权滥用的判断基准

对于代理权滥用型的财产管理行为,由于难以作形式化的提炼,因此不仅需要代理行为在客观上属于代理权的范围,以及主观上具有仅仅为代理人或者第三人谋取利益的意图(即实质性基准),还需要关照到相对人的信赖。这里的难点,是滥用意图的判断标准。门槛设定得低,有利于保护被监护人的利益,却不利于交易安全,不利于对监护人自由裁量权的尊重。反之亦然。监护人只负担与针对自己之财产相同程度的注意义务,有广泛的自由裁量空间,不存在监督机关,其资格仅仅在极端情形会被剥夺,义务色彩很淡。因此,在一般论的层面而言,至少较之于任意代理的情形,被监护人理应得到优厚的保护,^[83] 代理权滥用的判定应当从宽。即使未来我国法上创设了明文的代理权滥用制度,在涉及到监护权的滥用时,不能与任意代理中的代理权滥用作同等的判断。此外,尽管传统观念持续不断地受到冲击,但较之于西方社会,我国仍然是一个重视亲情的国度。基于这样的国情,法定代理中代理权滥用的门槛应当偏高设置为妥。当然,关于这一点难以明文化,最好通过指导案例的方式来统一司法立场。

至于具体的考量因素,主要包括争议财产在被监护人总财产中的比重,财产的种类(不动产的权重应当大于动产),提供担保的合理性,监护人与被监护人身份上的亲疏,被监护人获利,相对人的资产状况和信用程度,相对人承诺给被监护人的回报(生活费、教育费等)的合理性,等等。^[84]

关于代理权的滥用,由于没有专门的制度,日本法上通常有两种法律构成。主流的立场如前文所述,采取的是类推心中保留但书的手法;另一派意见则主张适用诚信原则:就代理权滥用的相对人存在恶意或者重过失时,这样的相对人主张代理行为的效果归属于本人,违反诚实信用原则,不能容许。^[85] 两者的差异在于相对人的归责程度:按照类推心中保留说,相对人有过失时本人免责;而按照诚实信用原则说,相对人有重过失时本人才免责。

我国法也不存在代理权滥用的规则,但与日本法不同的是,我国法上没有心中保留制度。至少在

[82] 同注30文,第349页。

[83] 米倉明「判批」法学協会雑誌111卷3号(1994年)124-125頁。

[84] 同注83文,124頁。

[85] 四宮和夫『民法總則(第4版)』(弘文堂,1986年)240頁以下,川井健『民法概論1(民法總則)(第4版)』(有斐閣,2008年)216頁以下,四宮和夫、能見善久『民法總則(第8版)』(弘文堂,2010年)307頁以下。

心中保留制度建立之前,暂时只能透过诚信原则来解释《民法通则》第18条第1款。

3. 论证负担

区分利益相反行为与代理权滥用行为,更为重要的意义在于论证负担分配的类型化。既然在利益相反的情形下被监护人利益受损的危险性较高,因此,只要某一财产管理行为符合利益相反的状态,交易相对人或者监护人(在无相对人之情形)就应当负担论证责任,证明此交易仍然不违背被监护人的利益,从而构成有权代理;而代理权滥用属于有权代理中的非常态,因此在适用代理权滥用法理否定交易效力时,需要被监护人证明相对人的主观状态。

可见,利益相反作为一个类型化的工具,有着积极的意义,在解释论上完全有必要引入。

4. 利益相反的常见形态^[86]

(1) 监护人与被监护人之间的自己契约和双方代理

这类行为属于典型的利益相反行为。

(2) 单纯对第三人负担债务的行为

单纯对第三人负担债务的行为,例如免责的债务承担、保证,通常并不满足利益相反的判断基准,除非该行为在形式上与监护人的利益结合在一起,例如监护人也一道负担连带债务或者提供共同担保,因为这时监护人与被监护人之间存在着求偿关系。不过,单纯对第三人负担债务的行为有可能构成代理权滥用,其要件除了不利于被监护人以及相对人的明知或者应知外,还应当考虑监护人偏离正常裁量权限的程度。当然,若对利益相反的判断基准采折衷说,则其中部分内容可被利益相反所吸收。

(3) 处分被监护人财产的行为

常见的处分被监护人财产的行为有不动产的处分(出售、设定抵押)、债权的转让、他人债务的免除、时效利益的放弃、遗产的分割,等等。同前一类型,只有当该行为在形式上与监护人的利益结合在一起时,例如为监护人的债务设定抵押,放弃被监护人的债权以换得该债务人放弃其对监护人的债权,监护人与被监护人同时参与遗产分割等,才构成利益相反。至于构成代理权滥用的可能性、要件,以及采折衷说是构成利益相反的可能性同前一段落所述。

(4) 没有相对人的单方法律行为

没有相对人的单方法律行为,一般不构成利益相反。较之于其他类型的财产管理行为——契约以及有相对人的单方法律行为——不存在保护交易安全的直接需求,在判断是否构成代理权滥用时,只需要考虑被监护人的利益与监护人自由裁量权之间的冲突,相对而言,天平应向被监护人倾斜。

(四) 实质上有利于被监护人利益的法律行为

我国未来的民法典很可能会引入自己契约和双方代理这样的在外域法上已经成熟的制度。考虑到交易安全的需要,自己契约和双方代理的判定只能采取形式基准。在任意代理的情形,本人确要实施某种法律行为时,既可事后追认也可事前授权,或者干脆另行选任代理人或亲历亲为。然而,法定代理却与此不同,法定代理的被代理人既无法另行选任代理人也无从事前授权监护人,而且除非被监护人将来获得行为能力[对于精神疾患的无(限制)行为能力人来说这一时刻能否到来、何时到来具有

[86] 同注42,我妻荣书,342-344页。

非常大的不确定性],该无权代理行为无从得到治愈。既然《民法通则》第18条第1款的解释论应当坚持形式基准来判断利益相反行为,那么势必会存在某项法律行为形式上构成利益相反但实质上却有利于被监护人利益的情形。特别是,法定代理人与被代理人之间因为存在着基于血亲或者姻亲的亲情纽带,即使监护人实施自己契约或者双方代理,对于本人来说其危险性一般要低于任意代理。然而,现行法上却找不到应对方法。这无疑明显的法律漏洞。

鉴于此,针对法定代理,未来的民法典显然不能无条件地适用民法总则中的自己契约和双方代理的规则,而应当预留一扇可以变通的后门,即从正面为那些为被监护人利益而不得不实施自己契约或者双方代理的监护人设计一条适法的路径。到那时,我国法在体例上也将与日本法具有相似性,从而具有更大的可比性。然而,日本民法第826条带来的教训足够深刻,值得汲取。要避免特别代理人沦为监护人的傀儡,就有必要公权力的介入,例如法院的个别许可,或者引入监护监督人制度。这无疑是对现行监护制度颠覆性的改革。

On the Remedy to the Guardian's Improper Supervise of the Ward's Property: Concurrently on the Necessity of the Principle of "Conflict of Interest"

Xie Gen

Abstract: It may be difficult to deal with the problem caused by a guardian who supervises his ward's property improperly. And there would be conflicts of interests between the benefit of the ward, the security of transaction and the rationality of the discretion of the guardian. The key point to solve the problem is to keep the balance of the above interests. Subsection 1 of Article 18 of the general principles of civil law is the general clause to restrict the guardian's right as a legal agent. Any behavior against this clause should be regarded as unauthorized agency or abuse of right of agency. So the principle based on the formalistic estimation should be adopted and it would allocate the liability of argument much more clearly than the current rule. On the other hand, the situation should be noticed that the behavior of a guardian apparently against the "conflict of interest" principle may be substantially beneficial to the ward. So there should be some effective rule to maintain the legitimacy of such a behavior in future regime of guardianship.

Keywords: guardianship; supervise of property; conflict of interest; Subsection 1 of Article 18 of the general principles of civil law

(责任编辑:丁洁琳)

物权法定缓和的可能性及其边界

张志坡*

摘要:我国《物权法》第5条物权法定之“法”的字面含义为法律,而“法律”具有多义性,这为物权法定缓和提供了可能空间;体系解释、沿革解释、比较法解释支持缓和的物权法定,生活需要、交易习惯和类型视角的观察表明严格的物权法定具有不周延性。因此,物权法定可以并且应当作出相对宽松的解释。物权法定之“法”以涵盖行政法规,乃至司法解释为妥。物权法定之“法”不包括习惯法;但法院可根据习惯或者交易需要认定物权性权利,在条件成熟时,可以司法解释加以规定,及时修法更佳。在肯认物权法定应当并可以作出宽松解释的背景下,应严守其缓和的界限,在认定物权性权利的过程中需要考虑事实标准、形式标准、实质标准、必要性标准和排除性标准等五项标准。

关键词:物权法定 解释 类型 习惯法 物权性权利

一、问题的提出

在我国《物权法》的框架下,是物权法定还是物权自由,不是一个问题。严格的物权法定,过于僵化,应予缓和,^[1]也不会有很大争论。^[2]但主张物权法定缓和者面临的诘难是:在解释论的视角下,我国《物权法》是否容许缓和?如果容许缓和,习惯法可否堪其重任?缓和的边界又在哪里?毕竟,物权法定缓和的结果不应走向物权自由。以笔者的视野来看,既有的研究尚未深入及此,而这却是当下物权法定原则的核心课题,本文对此尝试作出解答。^[3]

物权法定是否容许缓和,这需要对我国《物权法》第5条进行解释论的研究,以辨析其缓和的可能性。本文第二部分从文义解释、体系解释、沿革解释、比较法解释等方面阐释物权法定之“法”扩张的可能性和妥当性,并从类型思维的角度反思物权法定的不足以及适当开放物权性权利的正当性,从而

* 南开大学法学院讲师,法学博士,南开大学人权研究中心兼职研究员。本文为天津市哲学社会科学规划课题“物权类型的梳理与思考——类型视域下的物权法研究”(批准号:TJFX11-039)、2015年度中央高校基本科研业务费专项资金项目“法治中国建设的理论与实践问题研究”(63152008)的阶段性成果。感谢《比较法研究》匿名评审专家对本文提出的修改意见。

[1] 最短的理由是:“物权永远少一件”。苏永钦:《从以房养老看物权的自由化》,载龙卫球、王文杰主编:《两岸民商法前沿》(第3辑),中国法制出版社2015年版,第22页。

[2] 当前,主张宽松的物权法定已是学界主流。如龙卫球教授认为,鉴于立法绝对武断的弊害,物权法定在规范技术上应注意规范的适度开放性。参见龙卫球:《物权法定原则之辨:一种兼顾财产正义的自由论视角》,载《比较法研究》2010年第6期,第20页。杨代雄教授亦主张应通过法律解释对物权法定原则予以矫正,扩展物权保护的范同,唯其并未进行专门的解释论研究。参见杨代雄:《法律解释与物权法定原则的矫正》,载《月旦民商法杂志》第30卷(2010年),第64-80页。感谢杨代雄教授惠赠该文。但是,也有学者从物债二分的角度主张严格的物权法定。参见陈本寒、陈英:《也论物权法定原则——兼评我国〈物权法〉第5条之规定》,载《法学评论》2009年第4期,第36页。

[3] 杨立新教授呼吁,“应当提出适用物权法定缓和的办法,实事求是地解决这些矛盾”。杨立新:《物权法》,法律出版社2013年版,第32页。本文也算是对此的一个积极响应。

得出物权法定原则可以并且应当作出宽松解释的结论。第三部分则探讨物权法定之“法”包括习惯法的可能性和物权习惯应有的待遇;第四部分指出法院,特别是最高人民法院在物权法定缓和中的重要角色,并阐明物权法定缓和的边界,笔者为此提出了五项标准。最后,总结全文,得出结论。

二、物权法定之“法”可以并应作扩大解释

根据我国《物权法》第5条之规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”从文义上看,物权法定之“法”应为“法律”无疑。这清晰明确,甚至无需解释。这种解说具有明显的概念法学的色彩,除了显示我们思维的机械或是对民主立法的尊重外,对于实际问题的解决了无实益。实际上,对此处之“法律”应进行多层次的符合实际需要的解释论探讨,盖法律只是手段,生活才是目的。

(一)文义解释

物权法定之“法”为“法律”,那么,接下来的问题便是何为“法律”?一种观点认为“依照立法法的规定,民事基本制度只能由法律规定。”^[4]物权制度是民事基本制度,《物权法》第5条里的“法律”就是《立法法》上的法律,而不是行政法规、地方性法规、条例或者规章,更不是其他效力层级的规范性文件。^[5]民事一般法、民事特别法均可,但只有属于法律方足当之,例如《物权法》、《合同法》、《海商法》等均属之。具体而言,根据《立法法》第7条第1款的规定,法律是并且只能是由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权通过的。这在一定程度上可以保证“从国家整体利益出发,维护社会主义法制的统一和尊严”(《立法法》第4条后段)。

然而,这只是狭义的法律,作为专业术语,广义的法律与“法”同义,在《法律辞典》中,法律在广义上“是国家机关制定或认可的,由国家强制力保证实施的,具有普遍的法的效力的行为规范的总称。”^[6]具体而言,其泛指法律、法令、条例、规则、决议、决定、命令等。^[7]而巨型法学大辞书《法学辞海》第3卷的“法律”词条中则直接指出,法律与“法”一词通用,今泛指法规、法令、条例等。^[8]这虽然有贬低狭义的“法律”地位之嫌,但是,却真实地反映了“法律”一词的基本且通常的内涵,因为即便在法律人眼里,当我们提及法律——特别是在司法适用——针对事实适用法律时,我们所指的法律也是广义的法律,其不仅包括狭义的法律,而且也包括行政法规、部门规章、司法解释,甚至还包括判例法。实际上,“一个概念的外延指的是它所使用的那些事物”,^[9]因此,将“法律”作扩大解释、作广义理解并未超出“法律”文义的射程,这不仅可能而且也是相对妥当的。

(二)体系解释

在我国台湾地区,学界对物权法定之“法”作严格的限制(2010年修订第757条之前),“盖因物权有关人之权利义务者甚大,许以命令创设,殊不适宜”,结合我国台湾地区“法律”,其“民法”条文如包括命令时每标明“法令”字样,而关于物权法定之条文既未标明,则解释上自不能包含命令在内。^[10]我国大陆《物权法》除使用“法律”以强调其效力层次外,还先后使用“行政法规”字样14次,而于《物

[4] 王胜明主编:《中华人民共和国物权法解读》,中国法制出版社2007年版,第13页。

[5] 日本、我国台湾地区亦有学者对物权法定之“法”持狭义的理解,参见郑玉波:《民法物权》,黄宗乐修订,三民书局2007年版,第24页。

[6] 《法律辞典》,上海辞书出版社2009年版,第1页。

[7] 参见《法学词典》,上海辞书出版社1980年版,第459页。

[8] 参见《法学辞海》(第3卷),蓝天出版社1998年版,第1876页。

[9] [瑞士]丹尼尔·卡拉曼尼:《基于布尔代数的比较法导论》,蒋勤译,格致出版社、上海人民出版社2012年版,第54页。

[10] 参见注5引书,第23页。

权法》第5条并未附带行政法规字样,因此,按照前后一贯之体系解释亦应不包含行政法规在内,否则立法应予明示。这一解释与狭义的文义解释获得了相同的结论,即将物权法定之“法”限定于“法律”。

不过,也有学者敏锐地观察到,按照《立法法》第9条的规定,未排除全国人民代表大会及其常务委员会授权国务院制定有关民事制度方面的行政法规。故而,尚存在授权制法、规范物权的空间。^[11]笔者以为,严格的物权法定趋于僵化,虽然经常修法可以弥补法律与现实之间的“缺口”^[12],但是,这一缺口始终存在,甚至在法律生效之时便注定了其已经过时的命运。然而,立法不易,修法亦难,尤其是《物权法》等基本法的修订,并非一朝一夕之功。因此,等待立法确认新的物权并非良策,否则,真是“我等到花儿也谢了”,法律还是那部法律,规则还是那个规则。《立法法》第9条的这一授权条款固然为国务院在物权领域的积极作为提供了某种可能,然而,这种可能变成现实并不比法律的制定或者修订更为简单。但即便如此,在《立法法》支持的背景下,肯认行政法规作为物权法定之“法”源的属性,亦可以降低物权法定的僵硬性。

实际上,《物权法》先后使用“行政法规”字样14次,这本身也表明了《物权法》在调整物权关系上的宽容和谦抑,容许行政法规参与“伴舞”,而非“法律”一家的独角戏。在《物权法》上,涉及行政法规的内容主要可以分为五类:(1)关于不动产程序法的规则,如《物权法》第10条第2款后段、第12条第1款之(四)、第246条;(2)关于物权行使的规则,如《物权法》第61条、第68条、第137条第3款后段;(3)关于集体成员的知情权规则,如《物权法》第62条;(4)关于不动产归属的规则,如《物权法》第149条第2款后段;(5)关于财产抵押、出质的限制与认可的规则,如《物权法》第180条第1款之(七)、第184条之(六)、第209条、第223条之(七),行政法规对新型财产权的出质认可能够达到扩充物权种类——权利质权之下的子类型的效果。从这些规定来看,行政法规调整基本的物权关系不仅是可能的(《立法法》的授权),而且是现实的。行政法规已经切实地介入了物权关系,并在一定程度上拓宽着物权的子类型,以行政法规创设物权之种类及其内容,不仅可行,而且并无制度障碍。在抽象的逻辑推理(单纯观察法律与行政法规并列使用与否)与具体的实证规则(行政法规是否调整着物权的种类和内容)发生矛盾时,具体的实证规则更能表明法律的真意,盖实践优于理论、具体优于抽象之故也。因此,按照《立法法》和《物权法》之规定和精神来看,行政法规完全可以包含于物权法定之“法”中。

(三)沿革解释

《物权法》要规定哪些物权,无论是民法学界抑或是物权法几次草案,对这一问题都没有统一的、让所有人满意的答案。学界对物权法定的反思和批判在一定程度上影响了立法,当然,既有的反思和批判也是有相当道理的。否则,就不会出现物权法草案物权法定的松动这一现象。

2006年8月物权法草案第五次审议稿第3条规定:“物权的种类和内容,由法律规定;法律未作规定的,符合物权特征的权利,视为物权。”2006年10月的物权法草案第六次审议稿第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定;法律未作规定的,符合物权性质的权利,视为物权。”伴随着这种物权法定的宽松甚至自由化的规定,典权、居住权、优先权、让与担保等淡出物权法的视野,这本无可厚非,盖宽松的物权法定已经能够解决这些权利的定位问题,并得到强有力的保护。然而,最终通过的物权法草

[11] 参见梁上上:《物权法定主义——在自由与强制之间》,载《法学研究》2003年第3期,第57页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,第20-21页。

[12] [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第15页。

案第七次审议稿在文义上却未显示出这种缓和。杨立新教授对这一过程有详细的记述：“在前几次的《物权法草案》中，关于典权要不要规定在《物权法》中，居住权要不要规定在《物权法》中，以及非典型担保如优先权、让与担保和所有权保留等要不要明确规定，曾争论得热火朝天。现在不用争论了，因为《物权法草案》作出了物权法定原则缓和的规定，在现实生活中，法律未作规定的权利，只要符合物权特征，就视为物权，就是非法定物权”，那么，典权、居住权、让与担保、所有权保留以及优先权等，这些具有物权特征的权利也都是物权，是非法定物权，它们都可以获得物权的地位。^[13]可以发现，宽松的物权法定是促成诸多争议消失，也是促成诸多物权性权利从《物权法》中消失的重要原因之一，物权法草案虚晃两枪，以形式上严格的物权法定出台，确实出乎很多人的意外。

宽松的物权法定的退场，并不是要否定物权性质的权利，而是因为参与立法者认为：(1)“哪些权利可以视为物权，谁来认定‘符合物权性质’都不够清楚”。(2)“哪些权利‘符合物权的性质’还需要通过立法解释予以明确”，而法律解释与法律具有同等效力。^[14]这些理由最终让宽松的物权法定烟消云散。实际上，哪些权利可以视为物权，主要是依物权之典型特征为断，在国外的司法实践中则由法院来认定一项权利是否符合物权的性质，当然，法院需要参考典型物权之特征以及学界之通说或者多数说，并从价值法学的角度作出符合社会公平要求的决定。此外，通过立法解释或者立法方式确认新的物权，固然为一种救济之道，但是，立法成本高昂，更非个人可以启动之易事，远水不解近渴。立法者作此严格的物权法定构成预见的法律漏洞，其“本意是随着实践的发展为物权的种类留下一定的空间”将无法有效实现，^[15]立法过程表明，其并不绝对排斥对“法律”作宽松解释，或对物权法定作目的性扩张，从而实现认可实践中的物权性权利的目的。

(四) 比较法解释

物权法定在德国的形成和发展也许可以给我们提供些许启示。19世纪初德国私法体系的根本变革之一就是所有权概念的重新界定，特别是将其界定为整体的不可分割的绝对的所有权，^[16]由于其适应并体现了时代精神，满足了经济发展的需要，故而，这种所有权观念快速而稳固地被确认下来。以所有权为代表的物权乃对物之支配，直接指向物；债权则为对人请求权，直接指向人，间接指向物。而对物之概念的限制又导致了对所有权概念进行限制和修改，从而物权、债权形成较为清晰的体系。而为了防止物权、债权之间的混淆，便有了物权类型应予封闭的思想，物权、债权的二分体系排斥混合类型。可以说，抽象的所有权概念和物权的自治性要求所有权的形成自由不能放弃，就像法律对所有权的限制一样，故而，与仅有当事人之间的效力的契约自由相对，对物的意志支配只能通过法律来形成。除此之外，该原则还是在考量交易利益和交易安全的基础上的结果。这些要素是物权法定的前提，同时，只有物权法定才能更好地保障这些条件的实现。^[17]另外，德国民法典是站在统一私法的角度选择将在全国通用的、纯私法性的部分权利确认为物权，而并未排除甚至是以立法保留的方式由地方认可地方性的物权，^[18]从这一点可以看出，物权法定在德国立法之初就放开了口子。不仅如此，

[13] 参见杨立新：《物权法定原则缓和与非法定物权》，载《法学论坛》2007年第1期，第13页。

[14] 王胜明主编：《中华人民共和国物权法解读》，中国法制出版社2007年版，第13页。

[15] 同注14引书，第13页。

[16] 所有权的单一化、绝对化的结果是只认可少数的法定限制，此即物权法定。参见[日]大村敦志『基本民法I 総則・物権総論』273頁(有斐閣、2001年)。

[17] 参见[德]沃尔夫冈·维甘德：《物权类型法定原则》，迟颖译，王洪亮校，载张双根、田士永、王洪亮主编：《中德私法研究》(第2卷)，北京大学出版社2007年版，第91-101页。

[18] 参见[日]七戸克彦「物権法定主義：比較法の・沿革の考察」慶應義塾大学法学部編集『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集(法律学科篇)』592頁(慶應義塾大学出版会、1990年)。

今天被认为具有重要意义的某些权利,则通过立法或者联邦法有统一的倾向;除此之外,德国学说一般认为物权的产生还可以基于习惯法。^[19]

物权法定的立法政策被德国学者称为是一种“决断”,这种立法者的自负很可能陷入保守和僵化的危机,^[20]然而,只有将物权法定严格解释,这一担忧才是有依据的。实际上,德国物权法定产生和发展的历史告诉我们,这并不符合立法目的。相反,立法者努力将符合交易需求和社会需要的物上权利加以选择并确定为物权。物权类型法定并没有排除通过立法或者是法律续造来创设和准许更多的新型物权的可能性;只要不能根据当事人的意思创设任意的物上权利,那么便遵守了物权类型法定原则。^[21]例如,所有权保留中的物之期待权就是由法官法在不违背物权种类强制的基础上发展起来的。^[22]

由此可见,德国的物权种类可以来源于联邦立法、地方性立法、习惯法以及法律续造,这种宽松中带有保守的物权法定从其产生时即是如此,而非应对严格的物权法定弊端的结果。不仅如此,德国并未在民法典中规定物权法定原则,其只是作为一个立法原则出现的,因此,德国学者也不用担忧突破立法、弃现行法而不顾之讥。事实上,宽松的物权法定满足了德国经济迅猛发展、交易日新月异的需要,而且很好地保护了相关当事人的合法权益,物权法定并非难解的法学题。难,就难在严格的物权法定。从这一视角来看,我们的物权法定可以宽松些,允许行政法规,甚至司法解释、个案认定创设新的物权种类亦有经验可循。

(五) 类型思维的观察

《物权法》为物权作了概念性规定,按照对概念的通常理解,其应揭示物权的本质特征,只要符合物权概念的界定者即为物权。但是,以笔者的观察视野来看,世界上其他国家并无一国民法典为物权下定义,而是将其归入学理加以探讨,盖典型物权与典型债权之间固然存在很大的差别,然而,在具体的权利构造上,简单划一的界定则显得令人难以信服。实际上,物权是对所有权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权等权利的概括,并不存在某种独立的称为“物权”的权利存在,将物权概念化的结果是:高度抽象的物权概念无法适用于所有的具体类型的物权,不仅如此,其也掩盖了各种物权之间的巨大(虽然不是根本的)差异。与其说物权概念概括了所有物权的特征,不如说各种物权之间在分享着某种家族相似性,这种家族相似性意味着,各类物权之间乃至物权与债权之间的界限并不像想象的那么清晰,^[23]正因为如此,在法定的物权类型之外存在债权物权化、物权债权化的现象。

在概念体系下,一旦出现债权物权化、物权债权化的中间状态,概念法学便面临着无解的危险,因为,“在抽象概念的思考中没有‘或多或少’,只有‘非此即彼’可言”^[24]。对于租赁权等中间形态的权利究竟是物权、抑或是债权的争论,即源于对物权、债权概念、性质的认识,实际上,物权、债权并非概

[19] 参见段匡:《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第7卷),法律出版社1997年版,第262页、第264页。

[20] 这也是当代法学者对物权法定所作的批评,然而,也有学者适切地指出,很多时候我们的争论仅仅限于概念的层面,而关键是要理解概念的功能目标。赵廉慧:《财产权视野中的物权法定原则》,载梁治平主编:《洪范评论》(第10辑),北京大学出版社2008年版,第72页。

[21] 参见注17引文,第102-103页。

[22] 参见[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第14页。

[23] 最近有学者敏锐地指出,特定物上物权、债权的“共质性”问题,参见张鹏:《物债二分体系下的物权法定》,载《中国法学》2013年第6期,第72页。

[24] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第331页。

念,而是类型;^[25]只是立法者意图将物权抽象为概念,物权法定是物权概念化的工具之一,^[26]但同时多样化的典型物权也破坏着统一的物权概念。抽象化了的物权概念无法改变其事实上的类型属性,而类型的“要素具有可变性,借着若干要素的全然消退、新的要素的加入或居于重要地位,一类型可以交错地过渡到另一种类型,而类型间的过渡又是‘流动的’”^[27]。这种流动性为中间现象的存在提供了法理基础和存在的可能,从而在法定物权之间以及物权与债权之间存在过渡性的中间形态在理论上是完全可能的,在实践中更是大量存在。在区分物权和债权时,物权的主要考虑要素有对物性、支配性和绝对性,这些要素的不同强度和结合关系会影响到物权的典型性,债权的考虑要素则是对人性、请求性和相对性,如果一个权利具备物权要素越多,这些要素的特征越鲜明,那么它将具有很强的物权性,或者说人们更倾向于将该权利作为物权或规定为物权;相反,如果符合债权的三个要素,那么我们更倾向于将该权利称为债权;如果只具备物权要素中的部分,而且又略显鲜明,正犹如租赁权的情形,这就出现了“债权物权化”。物权的类型属性使得物权类型之间可能存在着过渡,而且类型的列举不可能完全;在完全的所有权与忠于法律的占有质权之间出现的新的独立的法类型,即是突破物权法定原则的担保性所有权亦属此种中间现象。^[28]由此可见,物权法定所规定的是并且主要是典型的物权类型,在法律之外、类型之间依然蕴藏着某种可能。就此而言,法律亦应作扩大化的解释,以及时将成熟权利物权化,法院站在司法实践的最前沿,对于实践中权利之设计与保护具有深刻的体会,因此,从这一角度考虑,应当允许最高人民法院将实践中发生的、具有支配性、并且有特别保护(赋予对抗第三人效力)之必要的权利以司法解释的方式加以明确。

法定的物权类型是特定历史时期典型的生活关系的反映,而随着经济发展和社会变迁,原来非典型的生活关系可能逐渐居于重要地位,此时,新兴的物权性权利即应获得其应有的名分,从生活类型(习惯物权)进入规范类型(有名物权),进入物权的家族谱系中,而这一过程是通过立法或司法实现的。考夫曼妥适地指出,“立法以及法律发现的成功或失败,端赖能否正确地掌握类型”^[29]。这意味着,在已经采取物权法定原则的情形下,采取缓和的物权法定及时捕捉新的物权类型与及时修法都是必要的,但较为明显的是,前者更具有现实性和可操作性。

三、物权法定缓和与习惯法

从物权性质来看,物权以法定为宜,尤其是某一时期,根据社会结构和经济发展的需要,“不可或缺的权利必须用法律来规定”^[30],但是,由于人类智慧和预见力的有限,制定法律之时不可能将一切重要的支配性权利均规定为物权,而且,社会是不断发展变化的,原有的法定物权类型可能不敷使用,

[25] 物权作为“概念”(法学方法上的法律概念),是指其特征已经被穷尽地列举,而且它列举的特征属于在该概念的涵摄上所不可缺少、不可替代的特征。而“类型”则是法学方法上的法律类型,其具有层级性、开放性、意义性、直观性、整体性的特点,其与法律概念存在着诸多区别,其详细讨论参见吴从周:《论法学上“类型”思维》,载杨日然教授纪念论文集编辑委员会:《法理学论集》,月旦出版社1997年版,第305-307页、第315-330页。

[26] 对此,黄茂荣先生描述道:各种物权虽亦具有法上之结构类型的特征,由立法者增益其特征而构成,但基于物权法定主义对于物权种类及物权内容法定之规定,使物权之类型具有“概念”之意义。黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第501-502页。

[27] 同注24引书,第345页。

[28] *Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II, 2, S. 148.* 转引自注24引书,第312页。

[29] [德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第115页。

[30] [日]田山辉明:《物权法》,陆庆胜译,法律出版社2001年版,第5页。

而债权性的保护又对当事人不利。此时,严格固守物权“法”(制定法之法律)定无疑只会阻碍社会经济的发展。因此,物权法定之法是否包含习惯法便成为问题。

《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”然而,何谓“法律”,是否仅指成文法而言,并不明确。《物权法》作为文本的存在,其无法像当事人一样直接回答我们,因为它只会沉默。《立法法》的适用对象为制定法,因此,其同样无法为我们提供更多的指引。或许先前的经验可以给我们提供些许参考。

我国民国时期民法亦有物权法定之规定,其所谓法律,仅指成文法而言,不包括习惯法在内(民国时期最高法院1941年上字第2040号判例)。^[31]盖物权法定的目的之一即在于清理习惯法上之物权,将习惯法包括在内,有违物权法定原则之立法目的,这在立法之初尤其如此。历史上,各国通过物权法定整理旧物权,^[32]以适用社会之需要。德国继受罗马法,对物权种类加以限制,与其农地改革有关;^[33]日本制定民法时,除入会权外以前习惯法承认之物权,全部加以修正;^[34]我国民国时期民法采物权法定主义,确立了典权,而否认了习惯法中的铺底权。^[35]依此而论,法律不应包括习惯法,然而,物权法定反对的是旧有之封建习惯物权,而非针对尚未生成的或者已初步形成但未成熟的新型物权。

对于习惯法上的新型物权,是否予以认可,学界主要有三种认识:

(一) 习惯法优先说

此说以我妻荣(我妻荣)、末弘严太郎(末弘嚴太郎)为代表,其认为应根本否定物权法定之规定,盖物权法定主义整理旧物权制度,以防止封建时代旧物权复活的机能已经实现,^[36]习惯法乃应社会需要而生,不仅无法阻止,且即便阻止也有害无益,从保护土地利用人之立场言之,认为习惯法有废止现行法之效力。^[37]该说从法社会学或方法论来看,固非无据,但如此解释显然逾越物权法定法条之文义。

(二) 习惯法包含说

此说以川岛武宜(川島武宜)、刘志勋、张企泰为代表。该说认为,依日本或者我国民国时期民法之法例,民事法律所未规定者,无悖于公序良俗之习惯有法之效力。故而,习惯法亦包括在法律含义之内。刘志勋则根据我国实情,地广人多,习惯各异,法律对此付之阙如,社会生活不容将其悬而不决,且习惯法之本质与施程序与法律皆无差异,因此,应包括习惯法在内。^[38]然而,习惯法上之物权多多,是否均认可为物权,赋予其对世效力,笔者以为,尚需进一步判断、斟酌。然而,将习惯法涵盖于法律之内,则可以有效地增加物权法定的弹性,并且,由于其符合人们日常生活之交易习惯,并不会因此影响当事人权益过巨,相反,通过物权法定化,当事人(特别是弱势一方当事人)的权益得到了保障,并有利于敦促当事人秉持诚实信用的良好风尚。

实际上,近来我国台湾地区“民法”第757条修订为:“物权除依法律或习惯外,不得创设。”其立

[31] 参见杨与龄:《民法概要》,中国政法大学出版社2002年版,第262页。

[32] 我国有学者甚至认为“物权法定最重要的作用在于整理旧物权。”王成:《物权法定与物权整理》,载《浙江社会科学》2005年第6期,第89页。笔者赞同整理旧物权是物权法定的重要作用之一,但对于“最重要”这一定位则持保留态度。

[33] 参见王泽鉴:《民法物权 通则 所有权》,中国政法大学出版社2001年版,第45页。

[34] 参见[日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,五南图书出版公司1999年版,第23页。

[35] 关于铺底权的详细讨论,参见倪宝森:《铺底权要论》,倪宝森律师事务所1942年版,第1-82页;胡长清:《铺底权之研究》,载《法律评论》第6卷第52号(1929年),第5-10页。

[36] 参见[日]近江幸治:《民法讲义II:物权法》,王茵译,北京大学出版社2006年版,第7页。

[37] 参见谢在全:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社1999年版,第46页。

[38] 参见刘志勋:《民法物权编》,中国政法大学出版社2006年版,第14页。

法说明谓：“为确保交易安全及以所有权之完全性为基础所建立之物权体系及其特性，物权法定主义仍有维持之必要，然为免过于僵化，妨碍社会之发展，若新物权秩序法律未及补充时，自应许习惯予以填补，故习惯形成新物权，若明确合理，无违物权法定存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公示者，法律应予承认，以促进社会之经济发展，并维护法秩序之安定，爰仿《韩国民法》第185条修正本条。又本条所称‘习惯’系指具备惯行之事实及法的确信，即具有法律上效力之习惯法而言，并予指明。”^[39]这一做法无疑有利于及时确认社会经济生活中的新型物权，并给予强有力的保护，且可以避免法律适用的困难和法律解释的牵强，这是物权法定在立法论上的新动向。

(三) 习惯法包含之物权有限承认说

此说以舟桥淳一(舟橋淳一)、郑玉波、王泽鉴、谢在全为代表。该说认为，物权法定所指的法虽然不包括习惯法在内，但从物权法定主义的存在理由来看，如果依社会惯行所产生的物权：(1)并非妨害自由的所有之封建物权，(2)有某种公示方法，特别是存在一定的公示手段，且为地方周知时(例如入会权)，则物权法定原则即失其适用的合理性。此时，习惯法产生的物权不应受此拘束，而应予承认。^[40]

如上各说各有所长，而第三说以目的解释的方法来诠释物权法定原则的适用范围，较前两说为优。然而，即便如此，习惯法能够创设物权的可能性值得怀疑，盖习惯法乃实践中有此惯行，且人民对之有法之确信。如果说，在德国无物权法定明文或者立法之初的情况下，容易发生对习惯法物权的确信；那么，在严格的物权法定框架下，至少相当多的人相信物权法定，从而，要求人们对实践中的新生权利均有物权之确信几乎为不可能，^[41]从而，习惯法物权无由发生。以此而论，物权法定之“法”无法涵盖习惯法。

与侧重将习惯法引入物权法定的内涵不同，法国最高法院晚近以来的判例认为，基于物权法定而创设的某些新型的权利可以具有物权的性质和效力，其中尤其是基于役权、所有权或者用益权而创设的新的权利(如狩猎权、相邻不动产的标界)，可能会具有物权的性质和效力。^[42] 尽管日本民法的起草者否定习惯法上的物权，但现在看来，日本判例和通说均认为习惯上的物权可以成立，^[43] 日本判例亦对水利权、温泉权和让与担保权予以认可，^[44] 唯需特别注意的是，判例个别有限地将具有物权效力的权利作为物权性权利对待，与《日本民法典》第175条的物权法定主义并无抵触，判例对这种予以承认的权利使用的是“物权性权利”，而非“物权”。^[45] 日本判例中的修辞“物权性权利”有效地避免了与物权法定之明文相冲突，较好地协调了立法与司法的关系，其同样达到了将习惯中的部分权利给予物权性保护的的目的，实现了当事人之间的利益平衡。不能忽视的是，日本判例在认可了部分习惯上的物权之外，否定了表土权等权利的物权性质，^[46] 这表明习惯上的物权要进入物权家族并非水到渠成，

[39] 王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2010年版，第36页。

[40] 参见[日]舟橋淳一『物權法』18頁(有斐閣、1960年)。这也是日本最近的通说，相同观点者再如中俊雄、水本浩、鈴木祿彌，参见[日]林良平ほか編『注解判例民法物權法』27頁[田中康博](青林書院、1999年)。

[41] 张永健先生对此有较详细之论述，参见张永健，同注1引文，第154页。

[42] See Cass. civ. 3e, 22 juin 1976, Bull. civ. III, n 280; Cass. civ. 3e, 18 juin 1984, Bull. civ. III, n 356; V. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Droit civil, Les biens. Defrénois*, 2003, pp. 85-86. 转引自王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2007年版，第165页。

[43] 参见[日]能見善久=加藤新太郎編『論点体系判例民法2物權』26頁(第一法規、2009年)。

[44] 参见[日]田中整爾編『物權法』15頁(法律文化社、1998年)。

[45] 参见注36引书，第10页。

[46] 参见注43引书，第26页。

相反,其需要符合一定的标准,与物权法定的规范意旨相一致,对于物权性权利的认定标准,将在本文第四部分予以探讨。

在我国《物权法》的框架下,物权法定确实起到了确立地役权、浮动抵押权、商事留置权等新物权,肯认建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权、抵押权、质权、留置权等已有物权的目的,发挥了整理旧物权的功能。然而,这一整理工作并不到位,因为《物权法》要规定哪些物权曾存在较大的争执,而这又与物权法定密切相关。我国的物权法草案几经更易,在物权法定缓和的背景下放弃了对典权、居住权等内容的规定,而最终通过的《物权法》并未延续缓和的草案,而就是在这最后审议通过的《物权法》中,本欲规定的典权、居住权没有机会再次进入全国人民代表大会讨论的视野。如此,我们并无法得出立法要否定典权、居住权、让与担保权等的物权效力。在《物权法》生效后,原有的关于典权的司法解释也失去效力,严格按照物权法定原则,典权将无法享受物权待遇。然而,这种规定并不符合典权人之所欲,甚至会造成典权人的弱势地位。学者对典权的认识也许是与时俱进、与法俱进的,^[47]而民众对典权的认识也许更多地是基于传统认识和民间习惯,因此,作为民间习惯存在的典权,同样应当具有物权的效力,只是其效力来源并非法律规定,而是源于习惯做法和习惯认知。如果说合同是当事人之间的法律的话,那么,交易习惯则是当事人群体的法律。实际上,《物权法》第5条之“法律”乃制定法,故有“规定”的问题;习惯乃生成的,只有确认的问题,认可习惯中的物权性权利与《物权法》第5条之文义与意旨均无冲突,而且更能实现物权法定的目的。

在此,需要言明者,笔者主张法院认可的是习惯上的物权性权利,而非习惯法上的物权性权利。此时的疑问是,法院的法律续造在方法论上如何正当化。笔者以为,在此涉及形式上的证成和法益衡量的实质性判断。在形式上,物权法定原则的解释论已表明,物权法定可以并应予缓和。在实质上,物权性权利的确认是一种财富的再分配,承担着实现财产正义的功能,因此,是否认可系争权利为物权,是一种关乎公平正义、是否需要物权性保护的价值判断,这一判断不能由法官恣意为,相反,法官应探寻物权法定的规范意旨、参考法秩序中已经明示或者隐藏着的价值判断和政策倾向(如给予土地承包经营权人、不动产承租人强有力的保护)以为断,将系争权利与典型物权对比,是否在重要之点上法律评价相同或者相近,以致于给予物权性保护符合“相同事物相同对待”的原则。不仅如此,尚需衡量的是,“是否应把这个问题交给立法者去解决(de lege ferenda),还是应当由法官自己去处理(de lege lata)”^[48]具体到此种情境,其重点是:系争权利的物权性保护是否具有急迫性,以致于等待立法规定构成对权利人利益的重大侵害或者明显不公,当系争权利呈现出类型的属性(反复出现)时,认可系争权利为物权性权利就是法所容许、也是法所要求的。因此,谨慎地认定物权性权利,无论是在形式上,抑或是在实质上,均具有相当的正当性。

需要注意的是,物权应采取抽象的概念法学的思考方式个案认定,而非采取类型化的思考方式,认可物权与债权之间广泛存在的某些权利为物权。^[49]日本学界的新近研究与此结论类似,亦即物权以外的权利可以通过个别保护加以保障,民法第175条物权法定之规定并无变更的必要。^[50]换言之,

[47] 在典权未得到《物权法》确认的背景下,有学者将典权归入“用益债权”。参见隋彭生:《民法新角度:“用益债权原论”阶段性成果》,北京大学出版社2012年版,第65-82页。然而,也有学者认为,在《物权法》之框架下,不能否定典权可以由其他物权或债权制度替代;宜通过缓和物权法定之运作,仍将典权作为习惯法上的物权予以承认,并继续交由习惯法调整。参见哇鸿明、解维克、丁璐:《回归习惯法视野的典权制度与物权法定》,载《理论月刊》2010年第12期,第112页。

[48] [德]莱因荷德·齐佩利乌斯:《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,第292页。

[49] 参见[德]カナリス(赤松秀岳紹介)「債権の物権化」同法35卷1号101頁(昭58)。实际上,笔者前文已暗示,批发式的认可物权性权利应属于立法的任务,已逾越了法院的职权。

[50] 参见[日]加藤雅信「日本民法改正試案の基本方向」ジュリ1355号92頁(平20)。

要达到确保所有权绝对并兼顾交易便捷之需要,物权法定实有必要,唯物权法定的目的并非排斥交易中多发、无碍交易秩序的权利物权化。故而,尽管德国、日本对物权法定的规范模式存在差异,然而,二者均在实践中发展了物权法定原则,恢复了这一原则的本来或者应有的面貌,通过立法、习惯法的肯定以及法院的个案认定,实现了物权法定的开放性,但是又不是过于恣意的开放性,这种做法既无违立法宗旨,又因符合社会和交易的需要,从法制发展来看是一种可预期的良性发展的路径。我国形式上严格的物权法定原则,同样有必要透过这种方式,确认习惯上的物权性权利,并逐渐成文化。

四、物权法定缓和的边界

如前所述,通过将“法律”扩张解释为包括行政法规乃至司法解释,物权法定可以大幅缓和,但是,要发生缓和的实效,则以相关行政法规或司法解释的及时颁布为前提。这意味着,在行政法规或司法解释确认新型物权之前,缓和物权法定的重任将落在法院的身上。如果说司法解释重在总结经验、统一认识,那么,法院在个案中对物权性权利的认定就显得更加重要,因为,单一的案件很难触动最高人民法院为此个案颁布司法解释,而法院的个案认定则可以为当事人提供快捷的处理。法院在个案中缓和物权法定具有相当的正当性:第一,在权限上,全国人民代表大会及其常务委员会具有优先的立法权,法院则具有“候补”的立法权——在法律存在漏洞之处进行个案造法的尝试;^[51]而法律必有漏洞,物权法定造成的类型不足属于立法者预见的漏洞,法院应依法秩序之精神补充漏洞。第二,法院在个案中认定物权性权利与物权法定原则并不冲突。尽管我国《物权法》第5条并未明示,但是,域外的立法例大多明定“当事人不得创设法律没有规定的物权”,即物权法定的规范意旨仅在于限制当事人创设物权,法院认定并不在禁止之列,^[52]德、日等国也允许法院发展习惯物权。我国的物权法定原则是学说继受的产物,亦应作相同理解。第三,法院有义务裁判当事人之间的纠纷。在当事人将案件诉至法院时,法院有义务而不能回避对系争权利之性质进行认定,并依法合理确定当事人间的权利义务。第四,法律的历史性要求法院有所作为。正如有学者所指出的,“法律的解释是持续的过程,其中在法律中表达的意图被继续和进一步思考,这一过程的起点是法律,但只要法律还有效,就没有终点”^[53]。因此,法律实为一部未完成且永远不会完成的作品,有学者称此为“立法的待续本质”,^[54]法律作为一个动态系统的进化功能使得其透过法官之手在立法者指明的大方向上不断地自我完善、渐次地向正义靠拢。在物权法定的问题上,法官只有在不违反物权法定规范意旨的情况下,将符合特定条件的权利认定为物权性权利,方能克服物权法定之不足,回应生活实践的同时推动法律进步。

在肯认物权法定应当并可以扩大解释、缓和化的背景下,更应注意其边界问题。笔者以为,认定物权性权利应依次考察如下五项标准:(1)系争权利是否具有了物权的典型特征,特别是其支配性或排他性,使得其在整体上观察更接近典型物权,且不能为其他物权所涵盖。这是认定物权性权利的事实标准,以此标准对权利作出归属或者认定,能够在理论上与有名物权保持一致;符合相同事物相同

[51] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第456-457页。

[52] 参见注17引文,第102-103页;注22引书,第14页;谢在全:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社2011年版,第36页。

[53] 张青波:《理性实践法律——当代德国的法之适用理论》,法律出版社2012年版,第29-30页。

[54] 周赞:《论立法的待续本质——从用法者角度看立法的本质》,载《哲学研究》2014年第6期,第95页。

对待原则。(2)系争权利是否具有公示方法,以致于能够从外界识别,^[55]认定其为物权不会危害到交易安全,唯这里的公示方法并非必然限于登记,盖登记需要具备登记能力,经登记者固然可以构成有效的公示,虽未登记但直接占有亦可构成对不动产权利的公示。^[56]这是认定物权性权利的形式标准,其与事实标准相呼应,盖对物的支配权一般均以一定的外观表现出来,反之,当一项权利具备支配物的外观时,其更接近于典型物权,且有助于对抗力的发生。(3)认定系争权利为物权性权利有利于实现对弱者的保护,能够更大程度地实现财产的分配正义。这是认定物权性权利的实质标准。实际上,他物权的产生,既是物之利用、充分发挥物的效用之需要(在这一点上,债权性的利用权与物权性的利用权相同),又是强化弱者保护、二次分配资源的需要,通过规定为物权,他物权人便有了可以对抗一切人,特别是所有权人的武器。由此可见,是否规定为或者认定为物权,不是简单的约定或者公示问题,而是法律或司法者对公平正义的审慎判断问题。换言之,规定一项权利为物权或债权,赋予其更多的物权性效力抑或是更多的债权性效力,不仅仅是一个事实判断问题,更是一个价值判断问题,这最终取决于该种权利给予强力保护的必要性程度。物权性权利的认定同样需要遵循这一标准,以在与时俱进中实现公平正义。(4)系争权利并非出现一次,而是多次或者反复出现,这多次或者反复出现的个别权利在整体上共同形成一种类型(生活类型),^[57]只有如此,方有专门认可的必要(使之转化为规范类型)。这是认定物权性权利的必要性标准。司法固然关注个案,但是制度性的物权并不调整只出现一次的事物,只出现一次的权利没有资格成为独立的物权类型。(5)系争权利不会将所有权过渡分割,以致于严重影响所有权的自由转让。^[58]这是认定物权性权利的排除标准。所有权的绝对性、圆满性是近代民事立法的重要成果,其有利于建立顺畅的交易秩序、促进物之利用的效益最大化。尽管出现了“所有权社会化”的趋势和“从所有到利用”的转向,但是,财产的可转让性或者易于转让性,仍是财产(权)——特别是物上权利——的重要属性,^[59]也是设计财产权制度的核心考量因素之一。此外,学者已经证实,权能强大的所有权之存在,有效地避免了公地与反公地悲剧的发生。^[60]因此,过度限制所有权、设置后所有权的圆满性不易回复的权利不宜认定为物权性权利。

在满足前述五项标准的情况下,法院可根据民间习惯或者交易需要认定物权性权利,在此过程中,域内外的物权立法、判例认可之物权或者物权性权利亦可提供相当的参考,通说或者有力的学说亦会有所助益。例如,我国旧时之典权,法国民法之居住权,德国民法之用益权、限制的人役权、先买权,德国判例和学说认可的让与担保权(日本判例亦认可让与担保权)^[61]、物权的期待权^[62],日本和

[55] 对于不动产尤其如此,动产则较为特殊。Heck 称让与担保为“隐藏的质权”,参见陈本寒:《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社 2003 年版,第 367 页。最近有学者论证并指出,无论是现实交付还是观念交付,都不可能实现动产物权变动的公示,动产物权本身是否可以被公示也值得怀疑。参见聂卫锋:《交付公示:一个幻象》,载《现代法学》2014 年第 4 期,第 49-61 页。

[56] 有学者指出,英国土地登记法采用了一种有限的公信力,该公信力模式十分强调对占有人的保护。详细讨论,参见陈永强:《登记公信力与占有保护》,载《环球法律评论》2012 年第 3 期,第 129-140 页。

[57] 类型论者指出,类型与具体个物不同,它是透过直观的抽象作用抽取个物之共同特征而形成,只出现过一次的东西绝非典型的事物。参见注 25 引文,第 330 页。

[58] 相似观点,参见[日]佐久间毅『民法の基礎 2 物権』6 頁(有斐閣、2007 年)。佐久间毅指出,构成自由所有权障碍的封建式物权不得承认其有物权的效力。

[59] 可转让性、普遍性和排他性是有效率的财产权制度的三大标准。参见[美]约翰·E. 克里贝特、科温·W. 约翰逊、罗杰·W. 芬德利、欧内斯特·E. 史密斯:《财产法:案例与材料》,齐东祥、陈刚译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 8-9 页。

[60] 简资修:《物权外部性问题》,载《中研院法学期刊》第 8 期(2011 年),第 245 页。

[61] 参见[日]平井一雄編『民法 II (物権)』9 頁(青林書院、2002 年);同注 58 引书,第 5 页。

[62] J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., 1986, S. 26. (Hans Hermann Seiler) Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, 1963, S. 2; Bd. II, 1965, S. 4. 转引自[日]鳥谷部茂『非典型担保の法理』51 頁(信山社、2009 年)。

韩国习惯法上的墓地使用权^[63],葡萄牙之分时度假所有权等,^[64]当这些权利在我国有一定的应用,满足前述标准时,均可审慎地认定为物权或者物权性权利,“从特别的需要出发赋予必要的物权效果”^[65]。考虑到不动产租赁人的不利地位,为了强化其居住利益及稳定性,必要时设立或认可物权性的住家权,^[66]亦属调控房屋租赁关系的重要手段。此外,法官可以视社会变迁所生的新需要扩张某些债权的物权效力。这种被归类于具有某种物权效力的债权,包括预告登记的债权、得为占有的债权、信托债权人对受托人的债权、占有人就费用偿还请求权的扣留权及行纪委托人对行纪人的债权,^[67]这些权利同样应予重视。

为了保障物权法定规范意旨的贯彻,法院对物权性权利认定的介入应慎之又慎,因此,物权性权利的确认以报最高人民法院讨论决定为宜,最高人民法院可以以答复或者指导性案例的方式发布,既可以起到审判指南、统一操作的作用,又可以防止地方各级法院随意认定物权。^[68]在相关交易常规化和理论较为成熟后,最高人民法院以司法解释加以规定亦无不可,^[69]从而实现判决例向成文法的过渡,而及时修法确定实践中的新型物权当属最佳。唯在司法中,最高人民法院的态度至关重要,其是消极地担任法律的精致复制者,还是在法教义学的框架下积极地担任法律疆土的开拓者,直接决定了物权法定的严格与缓和。对于承租人的优先购买权,最高人民法院内部人士在解读最高人民法院《关于审理房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》时认为:“《解释》将承租人的优先购买权定性为债权。依照物权法规定的‘物权法定原则’,在法律未规定承租人的优先购买权为物权的情形下,该权利不应纳入物权保护的范畴,不具有排他性权利。”^[70]并废弃了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第118条中认可的房屋承租人优先购买权可以对抗第三人的绝对效力。这被认为是最高人民法院对物权法定原则的牛刀小试,从形式上看,其给予了物权法定原则高度的尊重,在以后的司法实践中,当无名的物权性权利遭遇物权法定时,其命运如何,还需拭目以待。

从某种意义上说,严格的物权法定原则体现了立法者的“傲慢与偏见”,^[71]其持有的是一种思维至上主义的认识论,^[72]立法万能主义、静态而僵化的发展观,^[73]其无法应对社会发展及物之利用多样化的需要。对此,我国部分地方不动产登记机关已经走在了前头,如《南京市城镇房屋权属登记条例》

[63] 参见注43引书,第26页;许茹媛:《原住民族传统土地权利与习惯法物权》,台湾大学法律学研究所2013年硕士学位论文,第130页。我国有学者主张确立坟墓的所有权以及建设用地使用权,以强化对墓主及墓主近亲属利益的保护。参见宋刚:《我国墓地不动产权利的确立》,载《法学》2013年第11期,第74页。

[64] 葡萄牙已经立法承认其为有期物权。参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上),张双根译,法律出版社2004年版,第679页。

[65] [日]遠藤浩ほか監修『民法注解 財産法』第2卷46頁[多田利隆](青林書院、1997年)。

[66] 参见苏永钦:《物权法定主义的再思考》,载苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社,第95页。

[67] 卡纳里斯认为,物权法定主义可以适用于具有物权性的债权关系,但是这一原则“只拘束当事人,不能拘束法律适用者”。参阅Canaris, FS Flume, 1978, S. 371-427. 转引自注66引文,第92页。

[68] 在日本,地方法院也认可了一些物权性权利,如墓地使用权、盐田使用权。参见注65引书,第44页。

[69] 张弛、董东认为,以司法解释方法为补救物权法定弊端的缓冲机制,是正确贯彻执行我国《物权法》所确立的物权法定原则的明智选择。参见张弛、董东:《我国〈物权法〉中物权法定原则之探究》,载《法学》2007年第10期,第90页。然而,二人并未提出司法解释认定物权的标准。

[70] 关丽:《最高人民法院〈关于审理房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉涉及的若干问题解析》,载《法律适用》2009年第10期,第28页。

[71] 杨代雄:《物权法定原则批判》,载《法制与社会发展》2007年第4期,第27页。

[72] 参见刘雪斌:《质疑物权法定原则》,载《求是学刊》2003年第6期,第87页。

[73] 参见李国强:《相对所有权的私法逻辑》,社会科学文献出版社2013年版,第126页。

(2001)第29条明确认可“约定优先购买权的”、“约定回购房屋的”当事人可以申请预告登记,在2010年修订时仍予以保留,这实质上奠定了这些购买权的物权性质。最高人民法院“若绝对严守物权法定主义而不予承认,则法律不免与社会脱节,若竟视若无睹,不加可否,则又将贻人以掩耳盗铃之讥”^[74]。因此,最高人民法院应该相信“法律比立法者更聪明”^[75],从而通过自身的审慎判断,在保守中承认物权种类的开放性,在开放中固守物权法定的规范意旨。

五、结论

在《物权法》第5条的框架下,物权法定可以缓和,但应注意缓和的界限。本文从“法律”的文义出发,在其具有多义的情况下,综合运用各种解释因素,探讨了物权法定缓和的可能性:体系解释、沿革解释、比较法解释均支持物权法定的缓和,类型视角的观察则从反面支持物权法定的缓和。这意味着,缓和物权法定并无制度障碍,不仅如此,缓和物权法定似乎更符合立法的规范意旨。在此基础上,物权法定之“法”以涵盖行政法规,乃至司法解释为妥。物权法定之“法”不包括习惯法,但法院可根据习惯或者交易需要,借助于事实标准、形式标准、实质标准、必要性标准和排除性标准审慎地认定物权性权利。在个案中,最高人民法院既可以直接认定物权性权利,又可以对下级法院的认定提供指导,唯无论最高人民法院以何种方式介入,实践期待着其积极回应生活的需要。

Possibility and Its Boundary of Numerus Clausus Relaxation

Zhang Zhipo

Abstract: The article 5 of the Chinese Real Right Law is about the principle of Numerus Clausus. Literally, the “law” in this article means legal rules, which is ambiguous, and in this way the interpretation could be more flexible. We found that it’s possible to make a relaxed Numerus Clausus through the system interpretation, history interpretation and comparative law interpretation. The observation of life needs, practice of dealings and the type perspective manifested that the strict Numerus Clausus is incomplete, so the Numerus Clausus principle is able to and should be made a relative relaxed interpretation. To be concrete, the “law” of Numerus Clausus Principle could be laws, administrative regulations and judicial interpretations, but the customary law is not included. We should recognize that with the consideration of practice and dealings needs, the court could decide the quasi real right. We could make judicial interpretation or amend the law to deal with it when we have enough experience. Meanwhile, it’s necessary to stick the boundary line. There are five criteria could be follow in the process, de facto criteria, formal criteria, substantial criteria, necessity criteria and exclusion criteria.

Keywords: numerus clausus; interpretation; type; customary law; quasi real right

(责任编辑:杨琦萍)

[74] 同注5引书,第25页。

[75] Vgl. Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart/Berlin/Köln, 8. Aufl., 1989, S. 90. 转引自林立:《法学方法论与德沃金》,学林文化事业有限公司2000年版,第126页。

论澳大利亚检察官的职权与职业保障

李 新 季美君*

摘 要: 检察官是检察权行使的主体。世界各国赋予检察官职权的大小与该国的历史文化传统、宪政制度和司法制度等因素密切相关。而检察官职业保障制度是促进检察官依法独立行使检察权,实现司法公正的重要条件。澳大利亚检察官的主要职权为提起公诉权,但不同级别的检察官可行使的权力大小不同,其在职业保障方面的特色为高职位的终身制与高工资高福利待遇,而这也是世界上主要国家在检察官职业保障方面的共同特点。我国当前的检察改革,应以我国国情及传统习惯为基础,遵循司法权的发展规律,合理配置检察权,适当提高检察官的福利待遇,以促进检察队伍的精英化、专业化,增强检察官的职业自豪感与荣誉感。

关键词: 检察官 职权 职业保障 改革建议

检察官是检察权行使的主体,其在检察组织体系中的地位直接决定了检察权行使的有效性与充分性,法律赋予检察机关的各项职权,最终都是通过检察官的职能活动实现的。因历史文化传统、政治经济制度及民族心理习性等诸多因素的不同,以及相应的宪政制度、司法制度和诉讼制度的差异,可以说世界上几乎没有两个国家的检察制度是一模一样的,相反却呈现出五花八门、丰富多彩的面貌,因而在检察官的职权配置与职业保障方面也各具特色。由于起源的复杂性和历史发展的独特性,我国检察官所享有的职权相当广泛,可谓独树一帜,但我国检察官的职业保障如何呢?是不是检察官所拥有的职权越大,其所享受的职业保障就越强?或者说,两者之间是否一定成正比的关系?这是一个值得深入思考与研究的问题。本文主要通过考察研究澳大利亚检察官的职权及其职业保障方面的特色,比较世界上主要国家在检察官职权与职业保障方面的共同特点,为完善我国检察官的职权与职业保障提出一些合理可行的改革建议。

一、澳大利亚检察官的职权

澳大利亚是一个多民族多元文化融合的联邦制国家,它是从一个荒岛、英国罪犯的流放地,逐渐发展成为一个朝气蓬勃、自由、富足的新国家的。^[1] 澳大利亚全国由六州二区组成,政体上实行三权分立。由于历史上曾是英国的殖民地,其司法制度深受普通法系传统的影响,刑事案件的起诉权一直由警察行使。直至20世纪80年代初期,因犯罪率不断增长,欺诈、抢劫、贩卖毒品、打架斗殴、滥用武器和恐怖主义活动等犯罪越来越猖獗,公众由此对政府是如何侦查犯罪、如何起诉,以及能否抑制犯罪增长等问题感到茫然和困惑。为了提高刑事司法的公正性与效率,增强公众对司法机关的信任,随着普通法系国家侦查权与起

* 李新,最高人民检察院国际合作局副局长;季美君,最高人民检察院检察理论研究所研究员,法学博士。

[1] Stuart Macintyre, *A Concise History of Australia* 1 (2d ed., Cambridge University Press 2004).

诉权分开改革风潮的掀起,继英国成立皇家检察总署(the Crown Prosecution Service)之后,澳大利亚各州和联邦也相继设立了独立的起诉机构——检察院。虽然各州起诉机构的名称略有不同,但检察官所享有的职权及相关的职业保障则大同小异,本文主要以澳大利亚最大的州——新南威尔士州为例来阐述检察官的具体职能与职业保障方面的特色。

(一) 澳大利亚检察机关概况

在澳大利亚,检察机关分联邦和州两大系统,互相毫无隶属关系。在联邦一级,设有联邦检察总署(the Office of the Commonwealth Director of Public Prosecutions,简称CDPP),是一家全国性的机构,总部(a Head Office)设在首都堪培拉,同时在各州设有地方办公室(Regional Offices),由一名副检察长领导其工作。总部内设立法律实践部、社区事务部、社区保护部和其他服务部门等,其职责是为检察长提供建议,并协调各地方办公室的工作,目前,有600多名员工。

各州设有自己的检察机关,通常在州府设州检察总署,同时按地域划分为数个办公室,负责各地刑事案件的起诉工作。如新南威尔士州起诉办公室(the Office of the Director of Public Prosecutions,下称新南威尔士州检察总署)是根据《1986年检察长法》(the Director of Public Prosecutions Act 1986,以下简称《检察长法》)的规定,于1987年7月13日设立并开始运作的。目前,该州共有10个检察院(新南威尔士州的人口大约700万,其中400万左右居住在悉尼),其中州检察总署设在悉尼市,悉尼的西部地区有3个检察院,另外6个检察院设在新南威尔士州乡下的较大城镇里,如利斯摩(Lismore)、纽卡斯托尔(Newcastle)和高斯夫德(Gosford)等。^[2]

(二) 澳大利亚检察官的职权

澳大利亚沿袭的是英美法系的检察制度,其对检察机关的定位是公诉机关,检察官的主要职能就是对警察侦查终结移送的刑事案件进行审查并决定是否提起公诉,因而检察官所拥有的最为基本的职权就是公诉权。具体说来,澳大利亚检察官行使的职权主要有:一是代表国家对所有的刑事犯罪提起诉讼(比较严重的犯罪在区法院和最高法院由一名法官和陪审团共同审理);二是参加治安法官在地方法院审理的刑事案件;三是代表国家对刑事案件提起上诉;四是处理与刑事起诉有关的其他诉讼事务。另外,可以在特定的侦查中就证据方面的问题给警察和其他侦查机构提供建议,如控告是否恰当、支持起诉的证据是否充足有效等。当然,检察官还可以为刑事审判改革机构,如刑法修改委员会以及总检察长办公室中的立法与政策部门,提供建议或进行评论。

在澳大利亚,检察官通常被称为公诉律师,在刑事诉讼程序中扮演的角色就是法庭上的控诉人。但与私人执业律师不同的是,检察官是代表国家或者说政府提起公诉的,其职责是发现案件事实。基于检察官作为“国家与公共利益代表”和“准司法官”的角色定位,也为了平衡控辩双方实力、恰当行使起诉裁量权的需要,检察官具有客观公正义务是各国法律规定的普遍现象,^[3]澳大利亚的检察官也不例外。因此,作为检察官,在履行职责作出是否起诉决定时,应排除一切其他因素的影响,如个人感情偏见、被追诉人的具体地位、政治因素等,他必须对案件中的证据、被告人等作出客观的评价,^[4]以公正无私的形象展现在社会公众面前。

因此,澳大利亚检察官在刑事诉讼中的作用主要表现在四个方面:一是开始指控和结束指控;二是向法庭提供控方证人,陈述案件的相关事实和证据,以及控方的观点等;三是进行交叉询问;四是向法官出示

[2] 本文有关新南威尔士州检察总署的资料除了由该署的前检察长提供外,多来自网站:<http://www.odpp.nsw.gov.au>。

[3] 参见朱孝清:《检察官客观公正义务及其在中国的发展完善》,载《中国法学》2009年第2期,第159页。

[4] 参见宋远升、闵银龙编著:《最新国外刑事司法制度研究》,东南大学出版社2007年版,第321页。

证据。^[5]当然,检察总署与各地区检察院所负责的案件会有所不同。以新南威尔士州检察总署为例,根据新南威尔士州相关法律的规定,检察总署负责的是严重犯罪的起诉。因此,在检察总署工作的检察官们的主要工作就是在新南威尔士州的地区法院和最高法院起诉严重的刑事犯罪,如果认为法院判处的刑罚太轻,也可以提出上诉。除刑事审判外,检察官还参加预审听证程序(preliminary or committal hearings),法院举行听证程序的目的是决定案件是否应该进行审判,其依据是案件提交审判的证据是否充足。

需要特别指出的是,虽然警察与检察官的作用完全不同,前者负责刑事案件的侦查并逮捕犯罪嫌疑人,而后者是在侦查结束以后,向法院提起诉讼。但两者之间的分工也存在例外情况,即在地方法院,一些比较轻微的犯罪仍由警察起诉,这些警察不但负责案件的侦查,同时也负责起诉,他们被称为警察局的检察官(police prosecutors)。另外,在澳大利亚,检察官也是分级别的,如大检察官(Senior Crown Prosecutor)、高级检察官(Deputy Senior Crown Prosecutor)、皇家检察官(Crown Prosecutor)和助理检察官(Assistant Prosecutor),加上行政级别上的差异,如检察长、副检察长和大律师等。不同级别的检察官在处理刑事案件时,其可以行使的职权大小不等,尽管在具体工作中,出于办案需要,在不少情况下,经授权,上一级检察官的职权可以由下一级别的检察官来代为行使。具体分工如下:

1. 检察长的职权

检察长(Director of Public Prosecutions)是新南威尔士州检察总署的最高长官。根据《检察长法》第4条规定,检察长由总督任命,向总检察长(Attorney-General)负责,但总检察长不得在准备、提起和进行刑事指控方面影响检察长的职权。检察长的职权由《检察长法》和其他法律明文规定,如《1989年犯罪收益没收法》(the Confiscation of Proceeds of Crime Act 1989)授予检察长一些与没收犯罪财产有关的权力。

《检察长法》第7条(1)规定检察长的主要职权为:一是根据新南威尔士州法律的规定,在最高法院和地区法院代表国家(on behalf of the Crown),对可起诉犯罪提起并进行指控;二是在任何法院,代表国家,对此类案件提出上诉并进行指控;三是代表国家提起、指导或终结任一刑事起诉(包括由警察提起的简易起诉案件);四是接管由他人提起的刑事诉讼;五是就犯罪起诉问题向副检察长、皇家检察官、起诉律师和警察总署发布指导方针;六是向警察总署发布命令要求其提供有利于检察长考虑起诉或进行诉讼所需要的特殊材料;七是有权指导研究所的工作;八是下放自己的权力,授权其他检察官代为行使自己的职权;九是根据与联邦检察总署(the Office of the Commonwealth Director of Public Prosecutions,简称CDPP)签订的协议,在某些案件中,检察长可对违反联邦法律的犯罪进行起诉;根据需要,检察长还可对来自州的诉讼,向澳大利亚的终审上诉法院联邦法院和澳大利亚高等法院(设在堪培拉,是澳洲的最高法院)提起上诉。另外,该法第20条(1)还进一步强调检察长除了履行上述所规定的各项职能外,还应负责处理任何偶发的或有益于履行检察长职责的相关事宜。最后,作为检察总署的行政领导,检察长还担负着行政上和管理上的职责。

需要强调的一点是,检察总署办理的所有刑事案件,在起诉书上必须以检察长的名义起诉,至于具体案件的处理,检察长可以授权不同级别的检察官来办理相应的案件,但重要的决策,如上所述,只能由检察长来作出决定。

2. 副检察长的职权

《检察长法》第5条规定了副检察长(Deputy Director)的任命、职权及责任。副检察长也由总督任命,其职权由《检察长法》和其他法律作出规定,并就是否正确履行职责向检察长负责。根据《检察长法》第22条的规定,副检察长应协助检察长的工作,并按照检察长的要求,与皇家检察官行使相同的职权。根据该法第33条规定,检察长可以委托被推荐的人行使其职权,该条第2款规定了可以委托副检察长履行以下职

[5] 参见 Mark Tedeschi:《澳大利亚皇家检察官在刑事司法中的作用》,京师刑事法网,访问时间为2016年10月25日。

责:一是在相关人已犯了应审判之罪的情况下,决定不审查与可起诉犯罪有关的起诉书;二是对犯了罪应审判或判刑的人提出不再继续进行诉讼的指导;三是在某人没有犯应提交审判之罪的情况下,审查刑事起诉书;四是根据《1912年刑事上诉法》的规定,针对刑罚向刑事上诉法院提起上诉。

事实上,副检察长经常代表国家在高等法院和其他受理上诉的法院出庭。当检察长空缺时,副检察长行使检察长的职权。另外,在检察长的委托下,副检察长也要担任一部分行政和管理上的职责。

新南威尔士州检察总署目前有两名副检察长,他们并不具体分管哪些部门,如上所述,其主要工作是在高等法院、州最高法院和审理刑事上诉案件的法院中代表控方出庭应诉。

3. 皇家检察官的职权

皇家检察官是根据《1986年皇家检察官法》(the Crown Prosecutors Act 1986,以下简称《检察官法》)任命的,该法第5条规定皇家检察官的职责有:一是代表检察长,以律师的身份出庭进行诉讼;二是审查可起诉犯罪的起诉书;三是应检察长的要求,对某些事情提出建议;四是经检察长批准,履行作为律师的其他职责。需要强调的是,作为皇家检察官,无权决定不审查起诉书。如果出现皇家检察官审查起诉书的情况,他或她肯定是代表检察长并以检察长的名义行使这一职权的。

目前,在新南威尔士州共有84名皇家检察官,是该州出庭律师中最大的组成成员之一。根据《检察官法》的规定,皇家检察官是法定的正式职位,在由陪审团审判或在最高法院和地区法院以及其他上诉法院中,由法官单独审理的刑事案件中,由皇家检察官出庭支持公诉。他们是精通案件的律师。在新南威尔士州,大量的由陪审团审理的刑事案件,都由皇家检察官来起诉,并经常就继续还是终结诉讼问题为检察长提供建议。

4. 大律师的职权(相当于检察院内的法律顾问)

根据《检察长法》第6条的规定,为公诉服务的大律师(Solicitor for Public Prosecutors)也是法定的职位,其职权由《检察长法》或其他法律赋予,在正确履行职责方面向检察长负责。《检察长法》第23条规定,大律师享有的职权为:一是在检察长行使检察长职权时担任法律顾问;二是代表检察长指导皇家检察官和其他律师。出于各自履行职责的需要,该法还赋予检察长和大律师可以根据《公共事务管理法》的规定聘用工作人员。

5. 皇家检察官与事务律师之间的职责分工

根据《检察官法》的规定,尽管皇家检察官是专门为检察长工作的,但具有一定的独立性。皇家检察官是检察长办公室中的高级辩护律师。当检察长没有合适的皇家检察官时,通常会定期从私人律师事务所中雇佣出庭律师来起诉一些案件。事务律师也是检察长办公室的雇员,他们为皇家检察官起诉案件做准备工作。事务律师的职责通常有:(1)审查由警察提交的新案件;(2)在地方法院起诉案件;(3)为审判做准备工作;(4)在被告人作有罪答辩或经审判后确定被告人有罪时,提起量刑听证;(4)在审判中帮助皇家检察官;(5)在轻微的刑事案件中针对地方法院所作出的判决提起上诉。而作为皇家检察官,其职责通常为:(1)审查提交审判的案件并对将要审判的被告人的指控作出决定;(2)起诉案件;(3)向最高法院提起上诉。

由上可见,在新南威尔士州,每一级别的检察官,其职权都是由《检察长法》或《检察官法》和其他法律明确予以规定的。在办理具体案件时,检察官必须根据法律规定的权限来行使,检察长、副检察长、皇家检察官和大律师是法定的职位,事务律师和其他工作人员是根据《公共事务管理法》的规定聘用的。如果某一时期的案件量特别大,在职的皇家检察官们忙不过来,经检察长决定,还可以从私人律师事务所雇佣出庭律师来起诉案件,这一做法进一步表明澳大利亚的检察官就是政府律师,而检察官当事人化是基于控辩

平等对抗的要求,只是仍应承担客观公正义务,与辩护律师的职责并非完全等同。^[6] 澳大利亚其他州和联邦检察官的职权也基本如此。由于检察工作的艰巨性、挑战性与专业性,与之相对应,澳大利亚在职业保障方面也给予检察官以相当优厚的待遇。

二、澳大利亚检察官的职业保障

检察官的职业保障是检察官依法行使检察权的前提条件,是检察权在司法实践中得以有效落实的基础,也是确保检察官队伍职业化、专业化、正规化的必要条件。检察官职业保障水平的高低,不仅关系到检察官群体职业素养的高低与荣誉感的强弱,还直接关涉到司法公正这一最终目标能否顺利实现。有人将检察官职业保障定义为:“检察官职业保障是指以检察官职业化建设为核心,通过建立和完善检察机关内部、外部的相关制度体系,切实保证和落实检察官的职业权力、职业地位和职业素养,以达到增强检察官职业荣誉、维护国家法律尊严和司法权威之目的。”^[7] 因此,在澳大利亚,为了确保检察官们能够毫无顾虑地依法行使检察权以实现司法公正,联邦和各州都建立了相关的制度性保障措施,主要表现在以下几个方面:

(一) 职权方面的保障

检察官的职业保障,从制度层面来看,首先是行使职权方面的保障,即法律赋予的职权在司法实践中是能够预期实现的。作为一个发达的法治国家,澳大利亚的做法为:

1. 确保检察官的独立性

在澳大利亚,无论是联邦检察官还是州检察官,都具有很强的独立性。这种独立性源于检察长的独立性。独立性是公正起诉的保障。作为检察长,其职位的一个重要特征就是它的独立性,它独立于行政机关,这意味着政府不能在检察长作出是否起诉案件时指手划脚。因而,检察长在决定是否起诉时,只需以案件本身为依据,仅需考虑公共利益和证据是否充分,同时可以免除政治上的压力、既得利益集团的压力以及媒体的压力等。

检察官在行使自己的职权时也是独立的。作为一个整体,他代表的是国家而不是某一个人的利益,如被害人、证人等,必须在其他不正当的影响面前保持独立(如媒体或社会游说团体等),且不受政治家们的干涉。可以说,检察官是一位司法大臣,他的职责是确保审判对所有相关的人都是公正的,包括被告人。检察官必须根据法律及检察院制定的起诉准则来行使自己的职权,在法庭上,检察官必须依法公正地呈现与起诉案件相关的所有证据,绝不允许隐藏对被告人有利的任何材料。^[8] 皇家检察官作为律师,其独立性受到《检察官法》的保障,如该法第5(1)条规定皇家检察官是代表检察长,以律师的身份出庭进行指控,同时经检察长批准,还可履行作为律师的其他职责。检察长虽可以就案件的起诉工作对皇家检察官提出指导,但不能对某一具体案件提出任何指导意见。因此,在很多方面,皇家检察官就是一位独立的律师,只不过用检察长的名义行使职权而已。

2. 确保起诉政策与准则的适时性

澳大利亚的检察官在行使职权时,除了必须遵守相关的制订法和判例法的规定外,通常还要依据专门为起诉工作制订的政策和指南来办理案件。为此,各州都根据自己的实际情况制订了相应的起诉政策。

[6] 参见谢佑平、万毅:《检察官当事人化与客观公正义务——对我国检察制度改革的一点反思》,载《人民检察》2002年第5期,第16页。

[7] 何强、凌雯:《加强检察官职业保障的几点建议》,载《人民检察》2014年第18期,第75页。

[8] See David Robinson, Speech on “The Prosecution System in New South Wales, Australia”, 2004.

这些起诉政策都会根据犯罪情况、社会环境及相关法律的变化不断地进行修订,以便使起诉工作适应时代发展的需要。如澳大利亚《联邦起诉政策》,在其前言中就声明:《联邦起诉政策》规定了就联邦犯罪作出起诉决定时应遵循的指南,它反映了自《1983年检察长法》(the Director of Public Prosecutions Act 1983)实施以来联邦起诉程序中的重大变化。^[9]

新南威尔士州的《检察长起诉政策与准则》^[10](DPP Prosecution Policy and Guidelines,以下简称《起诉政策与准则》)由有关起诉方面的政策性文件和相关的准则两部分组成。政策性文件主要为检察官设立基本的要求,而准则则针对案件的特殊情形制定具体的适用标准,包括行使特殊职权方面的准则,但并不针对某一特定的案件。起诉政策主要涉及以下几个主题:一是检察官的作用和职责;二是影响决定起诉以及不继续诉讼的因素;三是指控协商;四是审判的模式(包括对案件的简易处理);五是线人及豁免问题(刑事诉讼法规定的赔偿及承诺问题)(indemnities and undertakings under the Criminal Procedure Act);六是犯罪的被害人;七是由皇家检察官提起的针对量刑的上诉;八是判决理由的出版,等等。

准则是具体细化并反映政策中提到的主题,政策中涉及的主题都会有相应的准则来阐释,如公正问题、迅速审判问题、指控实践问题,案件筛选、无议案申请(no bill application)以及终止诉讼、给警察的建议、诉讼移交、证据开示、线人、豁免以及犯罪的被害人等,所有这些方面,都会在准则中作出详细的规定。

根据《检察长法》第14条的规定,在修改完善《起诉准则》时,检察长可以与警察局长商讨与可起诉犯罪或规定的简易审犯罪有关的起诉问题,但是检察长必须先与总检察长进行商讨,且《起诉准则》的修改不会针对某一特定的具体案件。

(二)身份方面的保障

若想检察权在现实中能够顺利运行,除了职权方面的保障外,还必须为行使检察权的检察官们提供身份方面的保障。由于澳大利亚的检察官都是律师,在刑事诉讼程序中,皇家检察官是主力,案件的起诉工作主要由皇家检察官来承担,皇家检察官是检察长办公室中的高级辩护律师。因此,在澳大利亚,有关皇家检察官的身份保障主要体现为:

1. 职位的终身制

皇家检察官,与检察长、副检察长和大律师一样,也是法定的职位,他们的职权都是由制定法以及其他法律来规定或授予的。根据《检察官法》第4条规定,皇家检察官也属于终身任职制的职位。这些法定职位都由新南威尔士州的州长根据政府的提议来任命,每届任期7年,并应续聘至被任命者一直担任到72岁退休为止,除非出现法定的免职情形。一旦出现职位空缺,就公开招聘,符合任职资格的人都可以申请。申请皇家检察官职位的,一般至少应有10年的律师从业辩护经验,既可以是为控方辩护,也可以是为被告方辩护,或者两者兼而有之。招聘程序上的公开透明与任职的终身保障无疑有利于确保检察官们履职时的独立性与公正性。

2. 免职条件明文规定

在澳大利亚,一旦被任命为皇家检察官,就享有了终身的职业保障,可以一直任职至退休。只有在被任命者出现法律明文规定的情形时,如精神错乱、无能力、刑事犯罪、放弃任职或破产等情况,才可能被免职解雇。具体被免职的情形规定在《检察官法》第9条中,主要分4种情况:

[9] 有关澳大利亚《联邦起诉政策》的详细内容,可参见《世界各国刑事诉讼法》(大洋洲卷),中国检察出版社2016年版。

[10] 新南威尔士州在1987年成立检察总署时就制订了《起诉政策与准则》。此后,根据犯罪情况、社会环境及相关法律的变化不断地进行修订,以便使起诉工作适应时代发展的需要。如2003年修订时,根据现实需要,正式采用了“指控协商”这一名称。事实上,这一名称的改变不仅仅是称谓上的不同,其所强调的目的和原则也大不相同,而且在具体的运作程序上也与美国的辩诉交易存在着不少差别。有关澳大利亚指控协商制度,可参见季美君:《澳大利亚指控协商制度透视》,载《华东政法大学学报》2011年第3期。

- (1) 皇家检察官去世,或者向州长以书面形式提出辞职,或者年龄满72岁,或者不再是澳大利亚律师;
- (2) 没有正当合适的理由,皇家检察官未能遵守《检察官法》第10条不得在外兼职从事获得报酬的工作的规定,被州长免职的;
- (3) 若皇家检察官无能力(*incapacity*)、不能胜任(*incompetence*)、行为不端(*misbehaviour*)或者不称职(*unsatisfactory performance*),州长可以免除其职位;
- (4) 如果皇家检察官破产,或出现精神错乱,或在12个月内无故旷工14天(不管是连续的还是累计的,得到总检察长同意或偶尔生病或其他不可避免的因素除外),或在新南威尔士州内犯罪被判刑12月或以上的,州长可以免除其职位。

由此可见,澳大利亚对检察官的身份保障是非常具体到位的,一方面规定皇家检察官(也包括级别更高的大检察官和高级检察官)享有职位的终身制,但为了督促他们尽职尽责,又进一步规定了明确的免职条件,在这些条件中,第(1)和(2)两种情形是必须要免职的,但第(3)和(4)两种情形是可以免职的,最后是否被免职,视具体情况而定。一旦出现免职理由,检察长就可能会让皇家检察官暂停履行职责。在暂停期间,其工资也会被扣除并由政府予以没收。当然,检察官被免职解雇的情形,都是无法继续履职或出现了非常严重的情况。

事实上,除检察官外,即便是检察院中的其他雇员,被招聘试用期满后12个月后,一旦转为正式工作人员,也只有在其行为不当、犯了严重的罪行或者其职位被撤销的情况下,才有可能被解职。这种身份上的稳定性和保障性,自然有利于检察队伍的精英化和专业化建设。

(三) 物质方面的保障

澳大利亚的检察官在社会和民众中享有极高的威信和荣誉,除了与检察官的高素质相关外,也与检察官所享受的优厚的物质待遇密不可分。

1. 优厚的薪水

在澳大利亚当一名检察官,其薪水是十分丰厚的,而且还有很好的假期。以新南威尔士州为例,其检察官的工资和工作环境与全州其他公共部门适用同样的标准。皇家检察官的任职直至退休,其薪水是固定的,由法律和其他报酬裁判所办公室来决定,但他们无权进行私人执业。在司法实践中,检察长通常由皇家检察官或法律顾问聘请的律师作代表,有时检察长也会由私人律师(*private counsel*)或皇家律师(*the Crown Solicitor*)或皇家辩护律师(*the Crown Advocate*)来作代表。在新南威尔士州,根据《检察官法》第12条规定,皇家检察官、大检察官和高级检察官的薪水是依据《1975年法定的及其他职位薪水法》(*the Statutory and Other Offices Remuneration Act 1975*)来确定的,差旅费、工资津贴与补贴以及假期等则由总检察长来确定。而检察总署内其他工作人员的工资每年都由独立的机构来决定,其工作环境则通常根据总署与工作人员之间签订的企业合同(*Enterprise Agreement*)来确定(通过他们的联合代表)。

2. 丰厚的福利待遇

检察官的福利待遇制度,也是检察官保障制度中的重要组成部分。一个国家检察官福利待遇的高低也可以从一个侧面反映出该职业的受重视度和欢迎度。福利待遇指的是除固定工资和津贴之外的各种物质上的补助享受、发展的机会及工作环境等。鉴于检察工作的艰巨性和特殊性,在澳大利亚,检察官的福利待遇也是相当不错的,主要表现在:

(1) 众多的培训机会

在澳大利亚,由于检察官是令人尊敬和羡慕的职业,为了维护这份荣耀和自身的精英角色,除了在工资上予以保障并相当丰厚外,还为检察官提供各种学习培训机会,以便他们及时更新知识,提高业务能力。

为确保培训目标的实现和培训质量,在新南威尔士州检察总署内,设立了专门的培训部门,被称为学习与提高部(*Service Improvement Unit*),它主要负责检察总署内部的培训活动,工作人员仅两三人,其职责

是负责系统内外的联系工作,安排学习课程和培训项目、研讨会等,为检察总署 700 多人提供各类信息和音像资料等。除了学习与提高部外,还有职业持续发展部(the Continuing Professional Development),专门负责大检察官的专业培训工作。

每年,管理人员会与检察官共同商量制定一个双方认可的工作标准和计划,检察官可以根据自己的需要提出培训需求,由管理者作出相应的安排后,填表提交给学习与提高部。学习与提高部根据检察官们提出的培训内容、要求、时间与人数,安排相应的集中培训,或者根据个人的不同需求,提供相关的培训信息和机会。培训部门提供的培训内容十分丰富,除了法律知识方面的培训和计算机技能方面的培训外,还有岗位职能培训和行政管理培训等。近年来,交流性的培训越来越受青睐,如提供学历教育机会和资金、与研究机构进行合作和交流讲学以及接受海外人员的来访、交流和学习等。为在职人员提供内容丰富、形式多样的学习培训机会以提高其专业水平和管理能力,从某种意义上说,是最大的福利待遇。

(2) 安全的工作环境

新南威尔士检察总署内还设有一位职业健康与安全官员(an Occupational Health and Safety Officer),负责福利事务,同时还设有 24 小时的保密电话援助热线(雇员援助项目),所有的员工都可以使用。人身保障问题,一旦有需要,如紧急事件发生,可以拨打警察专线。另外,办公场所受到保护,而检察总署的总部则有自己的安全保障和监听系统。^[11] 总署的办公地点在一座大厦里面,酒店式管理,环境整洁安静,出门就是海德公园,那柔和的山丘、上百年的参天大树、整洁翠绿的草坪有如置身郊外。

毫无疑问,上述的种种待遇与措施都为检察官们秉公执法、忠于职守提供了保障条件,也解除了他们的后顾之忧。在新南威尔士州,皇家检察官是特别令人尊敬的职业。这些检察官以能力强、富有智慧、办事公正、为人正直而著称,在全社会享有极佳的口碑和声誉。一旦被任命为皇家检察官,每个人都会从心底里感到无尚的光荣。而且,从职业的满意度来看,其他行业中也难得有与皇家检察官在工作中遇到的挑战及日常工作的高质量相比。^[12]

三、比较视野下我国检察官的职权与职业保障

因历史文化传统与司法制度方面的差异,综观世界各国的检察制度,可以发现无论是检察关的定位,抑或是检察机关的设置、职权的配置、检察官的资格条件等,几乎没有两个国家是一模一样的,这一点与审判制度大为不同。

(一) 西方主要国家检察官的职权

总的说来,大陆法系国家检察官所拥有的职权大于英美法系国家赋予检察官的职权,这自然与两大法系对检察机关的定位不同密切相关。如法国,认为检察官是“站着的法官”,其在刑事诉讼中的职权就有:受理犯罪举报、领导和监督侦查、调控公诉范围、出庭支持公诉以及监督刑罚执行等;^[13]而德国的检察机关,在宪法上属于行政机关,但又属于刑事诉讼法上的司法机关。^[14]在法律规定上,德国检察官享有指挥侦查权、起诉权、上诉权和刑罚执行权,在整个侦查程序中处于主导者和指挥者的地位,可以调遣和指挥警察部门侦查,但现实情况是,绝大多数刑事案件都由警察部门自行侦查,只在一些数量有限的疑难、复杂案件中,检察机关才发挥控制侦查活动和结束侦查阶段的作用。^[15]相比之下,俄罗斯和白俄罗斯等以前实行

[11] 此资料由新南威尔士州检察总署前检察长 Nicholas Cowdery QC 提供。

[12] 参见 Mark Tedeschi:《澳大利亚皇家检察官在刑事司法中的作用》,京师刑事法网,访问时间为 2016 年 10 月 25 日。

[13] 参见甄贞等:《检察制度比较研究》,法律出版社 2010 年版,第 37 页。

[14] 参见万毅:《德国检察官“与法官一样独立”》,载《检察日报》2015 年 6 月 23 日。

[15] 参见何家弘主编:《检察制度比较研究》,中国检察出版社 2008 年版,第 167 - 169 页。

社会主义制度的国家的检察官享有的职权是最为广泛的。在俄罗斯,检察机关主要享有法律监督权、刑事追诉权、参与民事诉讼权;^[16]而白俄罗斯的检察官既享有审查起诉权、案件侦查权和批准逮捕权,还拥有一般监督权和参加会议权,尤其是一般监督权,检察官对属于监督范围内的所有法人、自然人在执行法律的统一性和准确性方面都有权进行监督,^[17]可以说是检察官拥有职权最为广泛的国家之一。

(二) 职业保障

因各国的国情不同,不但各国检察机关或检察官所拥有的职权差异很大,而且与行使职权密切相关的职业保障水平也各不相同。职业保障可以分为身份保障和物质保障两个方面。为确保检察官能够独立自主地对刑事起诉作出客观公正的决定而不受外界的干预或影响,多数国家都在法律上明确规定检察院或检察官的独立性,或者在司法实务中实际享有相当大的独立性,如德国检察官的独立性与法官的审判独立性几乎没有什么区别,检察机关被认为是“与法官一样独立的机关”。^[18]另外,为保障检察官这一独立性在现实中能真正得以实现,不少国家还进一步规定检察官任命的终身制与优厚的物质待遇。如新南威尔士州《1986年检察长法》和《皇家检察官法》规定,该州的检察长、副检察长、起诉律师和皇家检察官的职位,都是法定的终身职位。实现终身制的目的是帮助他们维护自己的独立性,同时也免除了检察官们的后顾之忧,在办案时可以不畏政治上的干扰与威胁。

除了澳大利亚的检察官享受终身职位与优厚的物质待遇外,从横向比较来看,世界上赋予检察官待遇最好的国家可能要数白俄罗斯了。在白俄罗斯,检察官可以享受的待遇为:一是高工资;二是休假时间长,一般检察官每年有30天的假期,工作满20年的,还可额外享有15天的带薪假期;三是住房福利以及子女入学方面的安排;四是完善的社会保障措施,如人身安全方面的保护、物质财产方面的资助等。身为一位白俄罗斯检察官,不但工作中的方方面面,甚至连生活中的住房保险、通讯出行等,国家都为其安排得妥妥帖帖。因而,白俄罗斯检察官在社会中享有极高的威信和职业荣誉感也在情理之中!

(三) 我国检察官的职权、待遇之检视与改革思路

由上可知,西方主要国家在规定检察机关或检察官的职权问题上并无统一的标准,都是根据自身检察实践的需要,在法律上作出相应规定的。只是从中亦可看出一个共同点,即起诉权是各国检察机关的主要职责,无论是定位为公诉机关的英美法系国家的检察机关,还是作为法律守护人的大陆法系国家的检察机关,都是由检察官来承担刑事诉讼中的控诉职能,代表国家提起公诉的。

1. 我国检察官的职权及其改革思路

由于我国检察制度的起源与发展历程具有复杂性,以苏联为模板建立而成的现行的检察制度在职权配置上也具有相当的广泛性,主要包括起诉权、职务犯罪侦查权、批捕权和诉讼监督权,相比世界上多数国家,我国检察官所享有的职权还是比较广泛的。但由于种种现实因素的限制与法律规定上的不完善,有些职权长期以来没有落实到位,如侦查监督权、审判监督权等。在当前的司法改革中,我国的检察权究竟应该扩大还是缩小,笔者认为应注意以下两点:

(1) 不可盲目地模仿或移植

从前文的考察中可以看出,世界上各国检察官的职权有大有小,可以说没有什么现成的经验或者说模式可以仿照,因为“作为司法制度的一部分,检察制度具有卓异的多样化的特色,肇因于政治文化、历史传统、民族特性等社会、人文因素,世界范围内几乎难以找到完全一致的检察制度,各国检察制度或貌合神

[16] 参见甄贞等:《检察制度比较研究》,法律出版社2010年版,第256-267页。

[17] 参见季美君、萨齐科·保罗:《白俄罗斯检察制度的发展》,载《国家检察官学院学报》2012年第6期,第153页。

[18] 参见万毅:《德国检察官“与法官一样独立”》,载《检察日报》2015年6月23日。

离,或形殊神似,呈现五光十色、丰富多彩而又纷繁复杂、千差万别的面貌”^[19]。因此,在改革中,我国的检察权该如何科学合理地配置,我们只能从自己的国情和现实需要出发,走有中国特色的检察之路。如法律监督问题,无论是从历史来看,还是在普通百姓的心目中,我国检察机关都是老百姓伸冤讨说法的地方。在司法改革中,如何更好地发挥检察监督职能,做到打击犯罪与保护人权并重,都需深入研究并提出有效措施。而涉及反腐败及职务犯罪侦查权的改革,要合理借鉴世界各国一些好的经验和做法。纵观世界各国反腐败机构,既有统一的,也有分散的。如:澳大利亚科学设置了分工细密的廉政监督机构,对公职部门及其工作人员形成全方位的监督,构成了严密的监督网络。在联邦层面,联邦政府设立的行政监察专员,受理对政府不合理决定,不良行政的投诉,对受理的投诉案件进行调查,对改善行政管理提出建议;根据公务员法设立的公务员服务委员会,负责受理对公务员的举报和投诉,并监督公务员遵守必要的职业操守。在各州层面,新南威尔士州、昆士兰州、西澳洲都效法香港模式,设立了州廉政公署,负责监督公职人员腐败行为。又如:马来西亚、印度尼西亚、柬埔寨和泰国都设立了独立的国家反腐败委员会,在打击腐败犯罪方面享有广泛的职权。如:英国的反腐败机构就是分散的,其指导思想为各人自扫门前雪,如英国的警察局、反重大欺诈局(the Serious Fraud Office)、投诉警方独立委员会(Independent Police Complaints Commission)、海关和税务局等都享有职务犯罪的侦查权,但英国却能保持好几百年的廉政名声,在历年透明国际的排名中,基本位于前十左右,是一个相当清廉的国家。^[20]

因此,一个国家的公权力该如何合理地配置、应由哪些国家机关来行使,其内部机构应如何设立,等等,既要受到传统文化观念的影响,又不可避免地会受到司法制度运作现状的制约,而不是决策者或立法者拍拍脑门就可以确定或移植他国做法就能达到预期效果的。相反,每一项检察改革措施的出台,除了先要在理论上具有合理性外,还要在现实中具有可行性,同时还要配以一定时间的试点工作。因我国地域辽阔,东西部的经济发展水平、风土人情都差别很大,同样的方案在东部检察机关运作良好的,在西部地区有可能需要假以时日才行,如数年前推广的职务犯罪讯问录音录像制度问题。因此,只有进行适当的试点工作,尔后再全方位总结相关的经验并予以不断修正完善,方能作出正确的决策并予以改革推广。

(2) 不可急切地推进或普及

从多年来的检察改革实践来看,即便是经试点实践证明是可行的改革方案,在全面推广时也要注意节奏与步伐,走得太快、步子太大,有时也会事与愿违。因为“在人类社会的大棋盘上,每个个体都有其自身的行动规律,和立法者试图施加的规则不是一回事。如果它们能够相互一致,按同一方向作用,人类社会的博弈就会如行云流水,结局圆满。但如果两者相互抵牾,那博弈的结果将苦不堪言,社会在任何时候都会陷入高度的混乱之中”^[21]。司法制度是为解决社会问题而存在的,作为我国司法制度重要组成部分的检察改革的最终目的自然是更好地行使检察权服务广大民众,以实现司法公正。因此,只有得到检察官们的切实支持与配合,具体的改革措施才能落实。事实上,每一项改革都会涉及到部分人的切身利益,无论是权力的再分配还是利益的再分配,都必须考虑最终结果的公正性问题,否则就会遇到相当大的阻力而举步维艰。如最近几年正在推行的检察官员额制改革。实现员额制是世界各国检察机关的共同发展趋向,其初衷是为了将检察队伍中的精英集中到办案一线上来。这一改革的合理性和必要性亦可从澳大利亚检察官职权的运作特点中得到证明,其主要特点为:

一是无论是哪一级别的检察官负责具体案件的起诉工作,在起诉书上都必须以检察长的名义起诉,这

[19] 甄贞等:《检察制度比较研究》,法律出版社2010年版,“前言”第3页。

[20] 详情可参见季美君:《未曾发生严重腐败的老牌帝国》,载《检察日报》2016年10月11日;《反重大欺诈局是重要反腐败机构》,载《检察日报》2016年11月1日。

[21] See Adam Smith LLD, *The Theory of Moral Sentiments* 234 (Edinburgh 1759).

是检察长负责制的具体体现。

二是不同级别的检察官可以行使的职权大小不同,权力最大的是检察长,其次是副检察长,随后是皇家检察官。而且,每一级别检察官能够享有的具体职权都是由法律明文规定的。当然,上一级的职权可以授权给下一级行使,但必须经过法定程序。

三是不管什么级别的检察官,如检察长,都必须从事起诉工作,而不是单纯地担任行政领导职务。如副检察长的主要工作就是在高等法院、州最高法院和审理刑事上诉案件的法院中代表控方出庭应诉。

由此可见,在澳大利亚,即便是检察长、副检察长,也是办理案件的骨干力量。但我国检察长的情况却完全不同,因工作出色,检察官一旦升职为检察机关的领导,就不再在一线办理案件,这无疑人才的极大浪费。因此,无论是从长远发展来看,还是出于人尽其才的需要,当前的员额制改革都是非常必要的。但在改革时,具体应如何推进,如员额的比例多少、入额的数量及资格条件等,就必须全方位考虑,慎重决策,否则就会引发不少现实问题。如在检察机关的综合部门已工作20多年的检察官,当年是因其能干且素质高才被领导安排到办公室、研究室等综合部门的,而今实行员额制时,他们却没有资格参与竞争。这些检察官往往是检察机关的中层干部,若他们对这项改革心生忧虑,推行这一改革的难度就可想而知。^[22]当然,只要是涉及到切身利益的改革都不可能是一帆风顺的。

2. 我国检察官职业保障制度存在的问题及出路

检察官职业保障制度是当前我国深化检察工作体制改革的重要组成部分,对确保检察官独立行使职权、排除外来的各种干扰,实现司法公正具有十分重要的意义。如上所述,检察官的职业保障,其根本目的是为了能让检察官能切实履行法律赋予的检察权以实现公平正义,同时也是检察队伍正规化、专业化、精英化的前提和基础。因此,世界各国都根据自己的国情对检察官的职业保障制度作出了相应的规定。在身份保障方面,有超强保障型的,如俄罗斯、白俄罗斯等,除了终身的职位保障外,还配以完善的人身安全保护措施;有普通保障型的,如法国、德国等。但是在福利待遇方面,鉴于检察工作的艰巨性、复杂性、专业性和重要性,不少国家都十分重视,规定了高工资高福利待遇和优厚的物质条件等,如韩国。目前,我国《人民检察院组织法》正在修改,而《检察官法》的修改也在酝酿中。从比较视野来看,我国在检察官职业保障方面存在的主要问题为:

(1) 法律规定太简单、太笼统,缺乏具体操作程序

在涉及权利规定方面,我国法律习惯比较简单笼统,大而化之。有人认为,我国还没有建立真正意义上的检察官身份保障制度,仅有的几条原则性规定也没有与实际相结合而落到实处,在不少情况下,检察官有随时面临丧失身份的危机。^[23]这种看法过于偏激。事实上,目前,我国在法律层面已基本确立了检察官身份保障制度。如我国现行《检察官法》第4条规定,检察官依法履行职责,受法律保护;第9条又规定,检察官非因法定事由、非经法定程序,不被免职、降职、辞退或处分。可以说,我国检察官身份保障制度方面的这些规定,表明我国早就承认并确定了对检察官身份的保障。此外,《检察官法》还就检察官的任免、考核、惩戒、辞职辞退、退休制度、申诉控告权等具体事项作出了规定。

2007年,最高人民检察院通过的《检察人员执法过错责任追究条例(试行)》还进一步规定了检察人员的豁免权问题。^[24]毫无疑问,这些规定构成了检察官身份保障的基本内容,是检察官职业身份保障的法律基础。但是,在司法实践中,由于上级人民检察院对下级人民检察院检察长的任命没有提名权,法律规定

[22] 2015年年底,我们去一些基层检察院调研检察公信力问题时,不少资深检察官借机叙说了自己对员额制改革的看法与担忧。

[23] 参见杨薪玉:《检察官职业保障制度研究》,载《法制博览》2016.01(中),第174-175页。

[24] 该条例于2007年7月5日经最高人民检察院第十届检察委员会第七十九次会议通过,其第13条规定,在执法办案活动中,虽有错误发生,但具有下列情形之一的,不追究检察人员的执法过错责任:(一)检察人员没有故意或者过失的;(二)有关法律、纪律规定免于追究或者不予追究的。

上的“双重领导”即下级检察院既要产生它的国家权力机关负责,又要对上级人民检察院负责,在一定程度上就变成了基本上以地方党政领导为主的“一重领导”,加上检察院的日常运作经费来源于地方财政,这就不可避免地导致了某些地方检察机关地位的“附属化”和“检察权的”地方化,城门失火,殃及池鱼,检察官的身份保障也无法在现实中予以兑现。

另外,虽然《检察官法》就惩戒的事由、处分的类型作了列举规定,惩戒的权限和程序可以依检察机关内部的纪律处分条例、监察工作条例等规定执行,但由于检察机关内部行政色彩浓烈,对检察官的辞退和免职多按照普通公务员来对待,缺乏严格的程序约束,使检察官缺乏足够的身份保障。^[25] 这导致检察官在办理案件,尤其是职务犯罪案件时,很难做到无后顾之忧。笔者建议在《人民检察院组织法》修改时,增加规定:检察官依法独立履行职责受法律保护,非因精神错乱、无能力、刑事犯罪、放弃任职等原因或其他法定事由并依法定程序,不得被免职、降职、辞退或者处分。检察官被免职、撤职或调离的事由与事实应经检察官惩戒委员会调查并作出决定,拟被免职、撤职或调离的检察官享有知情权、陈述权和申辩权。检察官的人身、财产和住所安全受法律保护。

(2) 国家层面不够重视,物质待遇相对偏低

从法治建设的长远来看,为保障检察官公正廉洁,依法履职,其重要条件之一是这一职业在社会中是受人尊敬的,而从事该职业的人自身也有一种自豪感。这份尊敬和自豪感在很大程度上来自国家层面的重视与物质上的优厚待遇,当然与之对应的是入职资格上的严要求与高标准。如前所述,澳大利亚的皇家检察官就享受着这份自豪感。身为皇家检察官,无论是家人还是社会公众,都认为是一份相当不错的职业,当然,皇家检察官每月能领到一份丰厚的薪水、享受较长的假期是重要的因素之一。事实上,所谓国家层面的重视化为实际效应,在很大程度上也就体现在检察官的福利待遇上。如白俄罗斯,与世界上经济发达国家相比,独立后的白俄罗斯,其国库并不殷实,但举国上下都十分重视检察机关的建设,其“突出表现在检察机关的经费及物质技术保障均由国家财政预算承担。检察机关支付检察官的基本工资、交通费用和住房费用,有关专家、翻译和其他专业人士的劳动报酬,也由国家预算支出”^[26]。作为国家重要机构之一的检察机关,其唯一的任务就是客观公正地办理案件,而不必为办案经费的短缺、办公场所的拥挤和技术装备的落后而担忧,也无需为自己的住房、孩子入学等问题操心。因此,白俄罗斯检察官在身份和物质两方面的双重保障下,可以心无旁骛地为检察事业全力以赴地工作。相比之下,在我国国民经济生产总值近年来快速持续发展且已跃居世界第二的前提下,我国检察官的待遇是否应适当提高,以增强他们的职业自豪感与抗腐拒变能力,同时也为了留住检察队伍中的精英人才,这无疑是个值得思考的问题。

四、结语

“现代化”是当前人类面临的共同课题,“改革”已成为时代的主旋律,各行各业都在不同程度地开展改革运动,尤其是司法体制改革,更是世界各国关心的热门话题,也是我国当前举国上下的重要大事之一。只是发展中国家在探索现代化道路或进行司法改革时,总会或多或少地存在对西方模式进行模仿或移植的痕迹。在这一历史背景下,强调走“中国道路”便具有特殊意义,“它意味着我们要去探索一种既遵循现代化建设的一般规律、但又异于西方现代化而具有中国特色的现代化建设道路,也意味着要去挖掘促进中国成功背后所蕴含的‘中国逻辑’”。^[27] 因此,我国当前的检察改革,如检察权的重新配置,检察官员额制

[25] 高丽蓉、姜昕:《检察官身份保障制度之完善》,载《人民检察》2011年第6期,第58-60页。

[26] 季美君、萨齐科·保罗:《白俄罗斯给予检察官广泛的职权和保障》,载《检察日报》2015年1月27日。

[27] 韩庆祥、张健:《中国特色社会主义建设实践的内在逻辑与发展趋向》,载《中国社会科学》2012年第3期,第7页。

的推行等,必须以立足我国国情为前提,充分考虑各制度之间的配套与衔接,适当借鉴国外司法制度发达国家的相关经验,以逐步完善我国的检察制度与工作机制。

就检察官职业保障机制的探索、完善而言,“首先需要明确其立足点,抓准其着眼点,完善其基本点,注重其契合点,以渐进、稳妥的方式逼近预期效果”。^[28]从世界各国有关检察官职权与职业保障制度的共性来看,检察官享有职权较为广泛的国家,其对检察官的保障机制也相对完善,工资福利待遇也更高一些,相应地,检察官在社会中的地位也更高,其自身的职业荣誉感、成就感也更强,如澳大利亚的皇家检察官们,与之聊天时,你能明显地感受到他们身上散发出来的那份自豪与满足。由于检察官福利待遇的高低在一定程度上直接体现了该职业的专业性与重要性。而检察官职业保障体制是否科学到位,对于发挥检察官的积极性和主观能动性,保障检察职能的充分发挥,以及检察机关各项工作任务顺利完成等,都是至关重要的。但世界上又没有统一的检察机关模式,各国的检察机关设置五花八门,职权配置千差万别,工资待遇更是高低不一,因而,具体到某一国家,究竟应采用哪种模式以及赋予检察官多大职权才合适、享受多高的工资怎样的福利待遇才恰如其分,就要视一国的具体国情及传统习惯而定,既要遵循司法权的发展规律及多数国家的普遍做法,又要统筹兼顾并适应时代发展的需要。

On the Prosecuting Powers and the Occupational Security in Australia

Li Xin & Ji Meijun

Abstract: The prosecutors are the subjects to exercise those prosecuting powers. Due to different history, cultural traditions, constitutional systems and judicial systems, each country stipulates the extensive or narrow prosecuting powers for their prosecution service. The system of occupational security of prosecutors is an important condition in promoting the prosecutors to perform their powers independently as well as realizing the judicial justice. In Australia, the main powers of the prosecutors are to prosecute criminal cases. However, prosecutors with different ranks may perform different prosecuting powers. As to the occupational security, the Australian prosecutors enjoy high salaries and good welfares, which is a common characteristic of the occupational security in main west countries in the world. Therefore, during the process of current procuratorial reform in China, on the basis of national conditions and traditional accustoms as well as obeying by the developing rules of judicial powers, we should reasonably allocate the prosecuting powers and improve the welfares for prosecutors properly in order to promote the excellentization and specialization of the team of prosecutors and enhance their professional sense of pride and honour.

Keywords: prosecutors; prosecuting powers; occupational security; proposals of reform

(责任编辑:丁洁琳)

[28] 王守安:《论检察官职业保障机制的建构》,载《河南社会科学》2015年第6期,第36页。

州际竞争与美国公司法的发展

杨成良*

摘要:美国经历了两轮分别由新泽西州和特拉华州挑起的以吸引公司注册为目标的州际竞争。第一轮竞争发端于19世纪80年代,至20世纪30年代达到高潮。这轮竞争主要表现为公司法的自由化改革,结果是美国各州普通公司法基本完成了从“管制型”向“赋权型”的转变。第二轮竞争肇始于20世纪60年代,一直延续到现在。此轮竞争一方面使董事和高管诉讼费用补偿与责任保险范围明显扩大,并催生了直接免除或限制他们责任的条款,另一方面也推动反收购法不断更新。这些变化使美国各州公司法呈现浓厚的亲管理层色彩。很多人不满竞争结果,他们针对竞争根源进行了争取联邦公司法、统一各州公司法和反对“内部事务原则”的努力,但这些措施作用都不大,没能阻止竞争的发展。

关键词:美国 公司法 州际竞争 新泽西 特拉华

在美国,公司的成立与内部事务管理主要依据注册地州法律,而非联邦法律。另外,注册地不一定是总部所在地或主营业务地,一公司甚至可以到与之没有任何实际联系的州注册。^[1]在此背景下,为获得于己有利的法律环境,公司决策者会挑选自己认为合适的州去注册。相应地,为吸引更多公司来注册,以增加相关收入,^[2]各州会围绕公司法的制定展开竞争。这种为吸引或留住公司而进行的州际竞争在很大程度上决定了美国公司法的发展轨迹。

自19世纪末以来,州际竞争对公司法的影响持续受到关注。1974年后,此问题更是成为美国学界研究的热点。引发这一热潮的是哥伦比亚大学威廉·L·卡里(William L. Cary)教授发表在《耶鲁法律评论》上的一篇文章。^[3]至1989年,此文已被引211次,成为该刊被引用次数最多的文章之一。^[4]卡里认为,州际公司法竞争形成了损害股东利益的“逐底竞赛”(race for the bottom),须由联邦政府设定统一的公司法标准才能改变这种状况。随后的文章就此展开论战。有些赞同卡里,主张加强联邦管控;另一些则持相反观点,认为各州进行的是“争优竞赛”(race to the top),股东利益并未受损,所以无须联邦干预。^[5]本文不欲重复美国州际公司法竞争到底是“逐底竞赛”还是“争优竞赛”这

* 洛阳师范学院历史文化学院副教授,历史学博士。本文是教育部社科规划项目“美国横向联邦制的演进”(14YJA770016)的阶段性成果。

[1] 美国建国之初,某州成立的公司到外州营业是受限制的;内战之后,限制逐渐被取消。

[2] 与公司注册有关的收入主要是公司成立费(incorporation fees)和每年缴纳的特许税(franchise tax)或称执照费(license fee),二者都与额定股本(authorized capital)挂钩。另外,从中受益的还有代理公司注册机构和招揽公司诉讼的律师等相关群体。

[3] 此文为:William L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, 83 *The Yale Law Journal* 663, 663-705 (Mar. 1974).

[4] See Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Articles from The Yale Law Journal*, 100 *The Yale Law Journal* 1449, 1462 (Mar. 1991).

[5] 此派领军人物是耶鲁大学的拉尔夫·K·温特教授。奠基之作为:Ralph K. Winter, Jr., *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 6 *The Journal of Legal Studies* 251, 251-292 (June 1977).

个话题,而是要梳理州际竞争推动美国公司法发展的历史进程,^[6]以期揭示二者之间的真实关系。另外,本文探讨的事例虽然只发生在美国,“但从逻辑上讲,也适用于国际之间”,^[7]所以,本研究对分析全球经济一体化趋势下的国际公司法竞争以及我国的应对之策也有帮助。

美国州际公司法竞争的历史大致可划分为两个阶段:第一个阶段发端于19世纪80年代,肇始者是新泽西州;第二个阶段兴起于20世纪60年代,引发者是特拉华州。两轮竞争既一脉相承,又各具特色。

一、第一轮竞争与美国公司法的自由化进程

起初美国没有普通公司法,公司都是由州议会颁发特许状的方式成立。为反对这种特许公司制,美国在19世纪进行了一场以制定普通公司法为目标的民主化改革。到1875年,普通公司法在美国基本普及,采纳的州和领地超过90%。^[8]

普通公司法出现后,州际竞争并未马上展开。这是因为,当时公司被视为成立州的创造物,只合法地存在于该州,到外州会受排斥,所以制定吸引他州公司到本州注册的法律是没有意义的。^[9]1868年后,形势有所变化。在当年“保罗诉弗吉尼亚州”案的判决中,联邦最高法院强调,各州可以立法规范发生在本州内不具有州际贸易性质的地方性经营活动,即使从事该活动的是外州注册的公司。^[10]此判决其实还是一如既往地承认各州限制外州公司的权力,但由之得出的推论却是:各州无权排斥从事州际贸易的外州公司。如此一来,“从事州际贸易的企业现在可以寻找最有利的州去注册了”,^[11]州际公司法竞争也便有了可能。19世纪后期,随着从事州际贸易的大公司普遍兴起,美国州际公司法竞争逐渐由可能变为现实。

(一) 新泽西州挑起州际公司法竞争

内战之前,新泽西州通过授予垄断经营权和减免税费等方式支持铁路公司,同时也从铁路公司获得很大收益,该州因此可以在1848年后完全取消财产税。然而,内战改变了这一切。新泽西州虽于1864年恢复财产税,但依然不能摆脱巨额战费留下的沉重债务负担。为增加收入,新泽西州一方面于1875年彻底废除特许公司制,并通过长期艰苦的斗争逐渐取消曾给予铁路公司的税费优惠,另一方面相继在1883年和1884年通过了向所有在该州注册的公司征收成立费和特许税的法律。之后,新泽西州又取消了财产税。现在主要依靠公司收入,于是如何增加注册公司数量便成了当务之急。正当新泽西州的官员为此煞费苦心之时,著名公司律师詹姆斯·B·迪尔(James B. Dill)毛遂自荐,给他们

[6] 美国州际竞争与公司法发展的关系被广泛提及,但尚未有专门针对州际竞争推动公司法发展过程的系统研究。已有相关成果的关注点大多集中在早期的起始阶段。国内情况亦是如此。参见韩铁:《试论美国公司法向民主化和自由化方向的历史性演变》,载《美国研究》2003年第4期,第42-63页;王军、戴萍:《美国公司法的发展演变》,载沈四宝、王军主编:《国际商法论丛》第8卷,法律出版社2006年版,第12-71页。

[7] 黄辉:《略论公司法一体化:中国视角及启示》,载《比较法研究》2013年第5期,第64页。

[8] Susan P. Hamill, *From Special Privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations*, 49 *American University Law Review* 81, 104-105 (Oct. 1999).

[9] 在1839年“奥古斯塔银行诉厄尔案”(Bank of Augusta v. Earle)中,联邦最高法院指出,公司可在州际礼让原则下到外州从事经营活动,即只要外州没有以成文法加以禁止就可进入。但随后,很多州都通过了对外州公司加以限制、管制,甚至禁止的立法。参见韩铁,同注6引文,第53-54页。

[10] See *Paul v. State of Virginia*, 75 U.S. 168, 177-185 (1868).

[11] Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises* 26 (3d ed., West Publishing Co. 1983).

提出了解决方案。

迪尔方案的核心是公司法的自由化。在之前特许公司制转向普通公司法的过程中,主张改革的人虽然热衷于追求公司法的民主化,但他们对公司带来的资本大规模集聚还是心存疑虑,既担心公司的无序发展会危害公共利益,也“害怕公司会造成私人经济权力的集中,使权力分散的民主理念化为泡影”。^[12] 因此,当时各州普通公司法都包含许多限制性规定,比如限定公司成立目的、设置额定股本最高限额、规定公司存续年限、限定公司创立者和董事的州籍和限制公司权力等等。^[13] 各公司只能据此制定本公司章程,并在章程限定的范围内行事,否则即为“越权”。迪尔认为,只要取消这些限制,在新泽西州营造出公司友好型氛围,就能吸引公司来注册,达到增加收入的目的。

新泽西州当局接受了迪尔的方案,于1888年重新修订公司法,增加其自由化程度。之后,为进一步放宽对公司的限制、明确赋予公司的权力,新泽西州议会又相继在1889年、1893年、1896年、1897年和1898年对公司法作了几次大的修订。其中,1896年的修订影响最大,被称为美国公司法的里程碑。

修改后的新泽西州法律规定,三个或三个以上的人,只要按要求到州务卿处备案即可为任何(一个或几个)合法目的成立公司(银行、保险公司、电报公司、电话公司以及其他从事基础设施建设的公司另有规定),^[14] 它对“公司资产、寿命、经营目标和地点等不再有任何限制”。^[15] 这是吸引公司的一大亮点。当时,原本发展势头不错的西弗吉尼亚、缅因、康涅狄格、马萨诸塞、宾夕法尼亚和俄亥俄等州因固守限制性规定而不再受公司青睐,取消了诸多限制的新泽西州则成为“公司所喜欢的州”。^[16]

另外,新泽西州的新法还规定:任何两个或更多的公司都可以合并为一个公司;任何依据新泽西州法律成立的公司都可以购买并处置其他公司的股票。^[17] 这是吸引公司的另一亮点,它针对的目标是大型垄断组织。当时,以托拉斯为主要表现形式的垄断资本主义在美国已有相当程度发展,但反垄断情绪也很强烈。1889年后的短短几年中,30多个州颁布了宽严不等的反托拉斯法,联邦政府也在1890年通过《谢尔曼反托拉斯法》。路易斯安那、加利福尼亚、纽约、内布拉斯加、伊利诺伊、内布拉斯加等6个州的检察机关还旋即提起反托拉斯诉讼,而且都得到各自州法院的支持。就在垄断组织四处碰壁之时,新泽西州打开了方便之门,自然会引发、垄断组织争相投奔。

迪尔主导的新泽西州公司法改革达到了预期效果。之前,新泽西州虽已有不少公司,但与其他州相比并不突出。然而,经过上述改革后,新泽西州公司注册数量暴增,很快便把其他州远远甩到后面。^[18] 由于不限额定股本,而且允许公司合并与控股,所以新泽西州注册的公司不仅数量多,而且规模大。到1899年,新泽西州额定股本超过千万美元的公司至少有61个,而其他所有州只有60个。^[19] 至1904年1月1日,约翰·穆迪(John Moody)认定的7个大型工业托拉斯全都在新泽西州注册;298个较小的工业托拉斯中,在新泽西州注册的也有150个,占总数的50%多。^[20] 这使得新泽西州公司的额定股本总额明显高于其他州。

[12] 韩铁,同注6引文,第50页。

[13] *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517, 549-556 (1933).

[14] John J. Treacy & John Milton, *The General Corporation Act of New Jersey* 5-6 (Revision of 1896, Hudson Printing Company 1921).

[15] 韩铁,同注6引文,第58页。

[16] [美]劳伦斯·M.弗里德曼:《美国法律史》,苏彦新等译,中国社会科学出版社2007年版,第579页。

[17] Treacy & Milton, *supra* note 14, at 107-108.

[18] See George Heberton Evans, *Business Incorporations in the United States, 1800-1943*, at 99-151 (Waverly Press 1948).

[19] Edward Q. Keasbey, *New Jersey and the Great Corporations*, 13 *Harvard Law Review* 198, 201 (Nov. 1899).

[20] John Moody, *The Truth about Trusts* 453-467 (Moody Publishing Company 1904).

1887-1901年新泽西与俄亥俄两州公司之额定股本比较(单位:千美元)

	1887	1888	1897	1898	1899	1900	1901
新泽西	145 893	170 460	420 343	810 08	3 261 008	1 329 803	1 779 846
俄亥俄	225 281	114 433	51 013	52 812	130 579	79 633	126 262

数据来源:Evans, *supra* note 18, at 130-131, 137.

随着众多大公司争相注册,新泽西州收取的公司成立费和特许费大幅上涨,财务状况得到根本改善。1896年时,州长乔治·沃茨(George Werts)已可以自豪地讲,“新泽西州不用为州之目的征税,而且实际上已摆脱债务,这在其姊妹州中是独树一帜的”。^[21]到1905年,新泽西州经常性收入达到4 302 370.61美元,其中的78%,即3 355 849.08美元,来自铁路和其他商业公司。巨额收入使新泽西州在满足政府日常开支并提供良好公共服务后仍有大量财政盈余。最让新泽西州官员引以为傲的是,人民不用为此掏一份钱。时任州长爱德华·C.斯托克斯(Edward C. Stokes)总结说:“若没有我们当前的财政政策,所有这一切都将成为纳税者的负担。”^[22]

(二)州际公司法竞争蔓延

新泽西州进行公司法自由化改革后,其他州发现自己的限制性规定也失去了作用。这是因为,根据美国联邦宪法第一条中的“州际贸易条款”、第十四修正案中的“平等保护条款”和各级法院遵循的“内部事务原则”(internal affairs doctrine),各州不能排斥从事州际贸易的外州公司,也不能给予它们歧视性对待,而且,无论公司在何处营业,其内部事务管理都要依据注册地州的法律。这些因素造成的结果是:在某州受到限制的公司可以到新泽西州注册,然后回来作为外州公司在原地营业,该州便无权再干涉,而且还要尊重新泽西州管理该公司内部事务的法律。另外还有一个原因是1895年“合众国诉E.C.耐特”(U.S. v. E.C. Knight Co.)案的判决。在该判决中,联邦最高法院对《谢尔曼反托拉斯法》加以严格解释,使之“成为一纸空文”。^[23]既然联邦法律形同虚设,在别处被禁的托拉斯就可以基于前述原因不受限制地到新泽西州寻求安身之所。到1899年,之前被各州解散的所有托拉斯又全都到新泽西州注册为新公司。^[24]关键是,它们仍然可以在原来的州照常营业。糖业托拉斯就是一个典型的例子。被纽约州解散后,它到新泽西州注册为新公司,然后在纽约州的原办公场所开业,继续以托拉斯的形式经营往常的业务,纽约州对此却无可奈何。^[25]有人对此作出这样的总结:“占美国人口2%和财富1.3%的小小的新泽西州,只简单地修订了它的公司法,便使其他州的反托拉斯法统统归于无效”。^[26]

在此情形下,有些州认为,与其把公司赶到新泽西州注册,还不如自己放开限制。另外,公司注册数量增加带来的巨额收入对它们也极具诱惑。在两种因素共同作用下,州际公司法竞争开启。最先出场的是新泽西州的近邻特拉华州和纽约州,其余的州相继加入。

[21] Christopher Grandy, *New Jersey and the Fiscal Origins of Modern American Corporate Law* 45 (Garland Publishing, Inc. 1993).

[22] Lincoln Steffens, *New Jersey: A Traitor State*, in *The Struggle for Self-Government: Being An Attempt to Trace American Political Corruption to Its Sources in Six States of the United States, with a Dedication to the Czar* 209, 281 (McClure, Phillips & Co. 1906).

[23] [美]施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1990年版(1997年印刷),第151页。

[24] Charles W. McCurdy, *The Knight Sugar Decision of 1895 and the Modernization of American Corporation Law, 1869-1903*, 53 *The Business History Review* 304, 323 (Autumn 1979).

[25] Frederick Tung, *Before Competition: Origins of the Internal Affairs Doctrine*, 32 *Journal of Corporation Law* 33, 92-93 (Fall 2006).

[26] Edward S. Meade, *Trust Finance* 39 (D. Appleton and Company 1920).

1. 特拉华州加入公司法竞争

本来,特拉华州的公司法相当滞后。它 1883 年才施行第一部真正意义上的普通公司法,而且还是与特许公司制并存。这部法律的限制性规定很多,是当时“最严格的公司法之一”。^[27] 看到邻州新泽西州公司法改革的成就,特拉华人很羡慕。他们希望制订出比新泽西州更自由的公司法,以吸引公司注册,增加岁入。于是,该州 1897 年的修宪会议决定,彻底废除特许公司制,改进普通公司法。

为贯彻修宪会议确定的原则,特拉华州议会在 1898 年召开起草新公司法的特别会议。由于不能达成一致意见,这次会议陷入僵局。议员们的优柔寡断令很多人感到气愤。当地报纸纷纷发表社论,谴责议会没能通过自由化的公司法,使州财政失去急需的收入来源。州长滕内尔(Ebe Walter Tunnel)也沉不住气了。在给州议会的咨文中,他抱怨财政压力大,并指出问题所在和解决途径:“由于缺少合适的公司法,本州工商业发展受到阻碍,近 3 年时间中一直停滞不前,大量应得的收入因此丧失……具有这种公司法的其他州已经提供了经验,这是你们的有利条件。以此为指导,再加上对本州需求的了解,你们应该不难得出适当的结论。”^[28] 与此同时,期待从特拉华州公司发展中获益的几个人提出一份更激进的立法建议。特拉华州议会 1899 年再次开会时,这个非正式委员会草拟的议案被全票通过。

特拉华州 1899 年普通公司法基本是照搬新泽西州法律。二者相似度如此之高,以致特拉华州衡平法院 1900 年审理一个涉及此法的案件时认定,本州议会一定是想让法院遵循新泽西州的司法解释。^[29]

在模仿新泽西州的基础上,特拉华州法律还增加了一些更具吸引力的内容。其中最突出的一点是更低的收费标准。新泽西州的公司成立费为额定股本的万分之二,特拉华州的则只是万分之一点五;特许税的规定新泽西州为三百万美元以下的股本收千分之一,三百万至五百万美元收两千万分之一,五百万美元以上每百万美元加收 50 美元,而特拉华分别只收两千万分之一、四千万分之一和 30 美元。^[30] 此外,特拉华州的创新还包括:(1)公司发行股份收取的对价不仅可以是现金、动产、不动产和租金,而且可以是已提供的劳务;(2)股东会议和董事会开会地点可以是州内,也可以是州外;(3)股东登记簿和股份转让记录可以存放州外,只要在州内留有副本即可。^[31]

改革后,特拉华州对公司的吸引力大大增强,成为新泽西州强有力的竞争对手。到 1913 年,^[32] 特拉华州公司注册数量超过新泽西州。^[33]

取得明显优势后,特拉华州没有止步,继续推进公司法自由化改革。1915 年,它同意公司所有董

[27] Charles M. Yablon, *The Historical Race Competition for Corporate Charters and the Rise and Decline of New Jersey: 1880 - 1910*, 32 *The Journal of Corporation Law* 323, 359 (Winter 2007).

[28] Grandy, *supra* note 21, at 78.

[29] *Id.* at 76 - 78.

[30] Russell C. Larcum, *The Delaware Corporation* 17 - 19 (The Johns Hopkins Press 1937).

[31] William Jennings Bryan, *The Man Before the Dollar: Society Not Enthralled to an Institution Solely Because the Institution Exists: The Remedy of Congressional License*, in *Chicago Conference on Trusts: Speeches, Debates, Resolutions, List of the Delegates, Committees, etc.* 496, 504 - 505 (Franklin Head ed., R. R. Donnelley & Sons Company 1899).

[32] 1913 年,新泽西州在时任州长伍德罗·威尔逊推动下通过了以反垄断为目标的“七姊妹法”,取消曾赋予公司的很多权利,包括具有标志性意义的收购竞争对手股票的权利。这是导致新泽西州公司注册数量减少的一个因素。

[33] *See* Evans, *supra* note 18, at 101, 127.

事可以都是外州居民;1917年,它又允许公司发行无面额股票,等等。^[34]不断加大的自由化程度使该州公司法的吸引力愈来愈强,以至于原在新泽西州的一些大公司也被吸引过来。比如,仅在1916年,就有杜邦和通用汽车这两家大型公司离开新泽西州,到特拉华州重新注册。^[35]至1932年,纽约证券交易所挂牌的606家公司中,在特拉华州注册的达到209家,占总数的34%。^[36]

2. 纽约州加入公司法竞争

纽约州工商企业众多,但公司法一度偏严。一河之隔的新泽西州放松限制后,大批纽约州公司被吸引过去注册。到1894年时,新泽西州政府运转就已经“很大程度上是靠从纽约州公司身上获得的收入”。^[37]因此,纽约州可以说是受新泽西州公司法改革影响最大的州。纽约州方面对此表现出强烈不满和担忧,并采取了一些应对措施。1890年,纽约州取消对公司最高额定股本的限制;1892年,允许公司之间收购股票;同年,为挽留欲到新泽西州注册的通用电气公司,给它颁发很优惠的特别许可证。不过,这些零散的应急之策无关大局。持续流失的公司和收入让纽约州各级官员耿耿于怀。1899年,该州审计长在年度报告中慨叹:“过去一年横扫全国的组建公司浪潮在我们的税收单上几乎没有任何反映,而我们州为此比全国其他任何州都提供了更多的资金。”^[38]1901年,州长本杰明·B. 奥德尔(Benjamin B. Odell)在年度咨文中也将糟糕的财务状况归咎于严苛的公司法:“我们应当结合审计长的报告好好考虑本州公司法的效果和它们对州财政收入的影响,并考虑是否需要通过立法放松限制,使它们能更好地发挥作用。众所周知,公司在其他州受到的对待比在我们州更宽松。附加于本州公司的负担迫使资本流向拥有更优惠法律的州,纽约州因此失去应得的收入,而其他州却坐享其利。”^[39]面对严峻形势,利害相关的纽约州律师界也行动起来,开始对本州公司法进行全面评估,为综合性改革作准备。经多方呼吁和长期酝酿,纽约州议会终于在1901年对公司法进行了系统修订。

除保留之前的修订外,纽约州新公司法的自由化倾向还体现在其他很多方面,比如,取消公司债务水平限制和现金认购股份比例限制,以及放宽优先股发行条件和同意由非股东担任董事,等等。^[40]其中,很值得一提的是收费标准的变化。之前,纽约州公司的成立费为额定股本的八分之一,是新泽西州的六倍多,这被看作是纽约公司(尤其是大公司)纷纷跑到新泽西州注册的重要原因。^[41]时人讥之为“贪小失大”。^[42]对此,1901年的公司法修订作出回应,将公司成立费降至额定股本的两千分之一。^[43]另外,纽约州公司法以前还有一点颇受诟病,即它对内州公司的限制比对外州公司更严格,收费也更高,致使本州欲成立公司者只好求助于外州法律。^[44]1901年的公司法修订对此也作出调

[34] William E. Kirk, III, *A Case Study in Legislative Opportunism: How Delaware Used the Federal - State System to Attain Corporate Pre-eminence*, 10 *Journal of Corporation Law* 233, 255 (Fall 1984)。这些公司法自由化改革措施并不都是特拉华州首创,但在特拉华州公司法整体的竞争优势下,它们吸引公司注册的作用得到更充分的体现。

[35] Christopher Grandy, *The Economics of Multiple Governments: New Jersey Corporate Chartermongering 1875 - 1929*, 18 *Business and Economic History* 19, 19 (1989)。

[36] Larcom, *supra* note 30, at 175。

[37] William W. Cook, *A Treatise on Stock and Stockholders* vol. II, 1604 (Callaghan and Company 1894)。

[38] *Louis K. Liggett Co.*, 288 U.S. 517, at 563。

[39] Benjamin B. Odell, Jr., *Annual Message*, in *Public Papers of Benjamin B. Odell, Jr., for 1901*, 9, 13 - 14 (J. B. Lyon Company Printers 1907)。

[40] Frank White, *White's Manual for Business Corporations* xiv - xv (5th ed., White Law Book Company 1903)。

[41] Don C. Sowers, *The Financial History of New York State from 1789 to 1912*, at 165 - 166 (Longmans, Green & Co., Agents 1914)。

[42] Charles F. Bostwick, *Legislative Competition for Corporate Capital: Being Porptions of a Paper Read Before the New York State Bar Association*, Jan. 18, 1899, 7 *The American Lawyer* 136, 137 (Apr. 1899)。

[43] White, *supra* note 40, at xiv。

[44] Thomas Conyngton, *A Manual of Corporate Organization* 37 (The Ronald Press 1905)。

整,平衡了内、外州公司的负担。^[45]

纽约州 1901 年公司法没有完全模仿新泽西州,更不如特拉华州法律宽松,但相较以前自由化程度已大为提高。它虽然不至于让外州公司趋之若鹜,但起码能降低本州公司到外州注册的冲动。这就足以使纽约州公司注册数量大幅度攀升。

3. 州际公司法竞争扩散

工商业相对发达的新英格兰地区对公司法竞争很敏感,该地的缅因(1901年)、康涅狄格(1901年)和马萨诸塞(1903年)三州闻风而动,几乎与纽约州同时进行了公司法自由化改革。另外,亚利桑那(1901年)、西弗吉尼亚(1901年)和南达科他(1903年)等几个州也不甘落后,及时修订了各自的公司法。这些州的改革力度也很大,而且它们与新泽西州竞争以及相互竞争的意图也很清楚。充斥于媒体的广告很好地体现出这一点。1902年,缅因州的公司代理机构在《美国律师》上为本州公司法连续做了10期广告。广告词是:“根据1901年法律组建的公司有更广泛的权力,股东免责力度更大,纳税比新泽西州、纽约州、特拉华州和西弗吉尼亚州的公司更低。”在后面几期中,又有两个南达科他州公司法的广告与之出现在该刊物的同一个页面上。其中一个写道:“它的法律是自由的。与其他州相比,手续最简便、价格最低廉,但有更多特权。没有年税或执照费,费用非常低。董事会和股东会可在州外召开,公司被授权在任何地方营业,个人责任有限。”另一个则以醒目的字体直截了当地宣称:“这胜过新泽西。”^[46]

竞争气候一旦形成,“哪个州再坚守良知便无异于自断活路”。^[47]所以,虽然很多人仍对放松限制的后果心存疑虑,但公司法自由化改革还是全面铺开。到1912年,有42个州允许以任何“合法目的”组建公司;43个州取消了公司额定股本上限;24个州授予无限期公司许可证;18个州允许公司兼并与合并;19个州允许控股公司,7个有条件允许;40个州不再规定资本股的现金支付比例;41个州允许以财产为发行股份的对价,其中大多数还允许以劳务或服务;24个州不再限定公司会议地点;33个州取消董事的州籍限制;20个州放松了对公司年度财务报告的要求。^[48]

20世纪20年代,形势又发生了一些有利于公司法自由化改革的新变化。首要的一点是人们对大公司态度的转变。这一时期,美国经济持续快速发展,高度的繁荣平息了已延续几十年的有关公司社会影响的争论,享受到经济发展好处的美国人似乎接受了(至少默认了)大公司主导经济生活的现实。另外,少数尚未进行系统改革的州越来越强烈地感到,自己法律的限制性条款根本无助于消除公司弊端,只会促使本州公司到外州注册。正如密歇根州州长1921年给州议会的咨文中所说,通过严格的公司法没有用处,因为“所有我们的公司都会以外州公司的身份再回到我们这里来”。^[49]进入20世纪30年代以后,经济形势逆转,但公司法改革的趋势却没有改变。这是因为,经济危机导致的财政困难加剧了各州之间的竞争,那些有大量公司到外地注册的州愈发不能容忍这种状况,它们急于通过改革挽留本州公司。在这些因素的综合作用下,加利福尼亚、密歇根、伊利诺伊、印第安纳、明尼苏达、宾夕法尼亚和华盛顿等几个曾执着于传统的州也加快了公司法“现代化”的步伐。这些“保守”州的加

[45] Yablon, *supra* note 27, at 364.

[46] *Maine Corporations; Incorporate in South Dakota; This Beats New Jersey*, 124, 174, 222, 270, 318, 367, 417, 465, 513, 561 *The American Lawyer* (Stumpf & Steurer 1903).

[47] Raymond T. Zillmer, *State Laws: Survival of the Unfit*, 62 *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* 509, 510 (May 1914).

[48] J. Newton Baker, *The Evil of Special Privilege*, 22 *The Yale Law Journal* 220, 222-223 (Jan. 1913).

[49] Stanley A. Kaplan, *Foreign Corporations and Local Corporate Policy*, 21 *Vanderbilt Law Review* 433, 436 (1967-1968).

人标志着美国公司法自由化改革达到“高潮”。^[50]

经过第一轮竞争,美国普通公司法基本完成了从“管制型”向“赋权型”的转变。到20世纪30年代,这种新型公司法已在美国各地被普遍采用。^[51]随着赋权型公司法的发展,“曾经被严格限制、精心保护的公司特权,变得能让任何企业获得了”,^[52]用以限制公司行为的“越权”原则日渐衰落。到1931年,《弗莱彻公司法百科全书》已可以宣布,“公司不能超越权限行事的理论已经被这个国家大多数法院抛弃”。^[53]

二、第二轮竞争与美国公司法“亲管理层”倾向的发展

在第一轮竞争中,特拉华州脱颖而出,成为大公司注册数量最多的州。然而,经济大危机的爆发和联邦证券法的出台弱化了它的吸引力。二战结束后的十几年中,30多个州相继更新公司法,使特拉华州公司法的竞争优势受到进一步削弱,其公司注册数量因此逐渐减少,相关收入在总岁入中所占比重也不断下降。为扭转这种趋势,特拉华州议会于1963年底通过一个法案,决定拨款25000美元,责成州务卿组织人员研究公司法综合改革问题。该法案前言这样表述其动机:“鉴于,特拉华州具有作为全国知名公司注册地的悠久历史,并因此而受益;鉴于,特拉华州传统上为公司提供的有利环境一直是本州岁入的重要源泉;鉴于,为与特拉华州竞争,最近很多州制定了新的公司法;鉴于,自1898年出台以来,特拉华州公司法尚未作过综合修订;鉴于,特拉华州议会宣布,保持有利于企业的环境并鼓励公司到特拉华州注册是本州的政策……”^[54]这等于公开宣布,特拉华州修订公司法的目的就是要维持竞争优势,通过增加注册公司数量获取更多收入。依此法案成立的公司法修订委员会很慎重地对待这项工作,历时3年多才拿出最终提案。该提案由州议会全票通过,于1967年7月3日正式生效。

特拉华州公司法综合改革的效果可谓立竿见影。新法生效后第二年(即1968年),该州某位官员就得意地表示,公司的反应“超出了我们的期望”。^[55]同年年底,《比弗县时报》刊文指出:“在为满足现代需要而修订和自由化其公司法之后,特拉华州开始以破记录的速度给新公司颁发执照。1967年7月的修订之前,特拉华州成立公司的速度是平均每月300个”,“(现在)小小的特拉华州……以创纪录的每月800个的速度注册新公司,频度几乎是去年的两倍”。^[56]与早年的新泽西州一样,特拉华州现在吸引来的公司不仅数量巨大,而且其中不乏行业巨头。1967-1974年间,名列《财富》杂志的美国1000家最大公司中,有134家在特拉华州注册或由其他州转到特拉华州重新注册。到1974年底,这1000家大公司中,在特拉华州注册的达到448家,其中包括100强中的52家,500强中的251家。^[57]与公司注册数量增加相伴而来的是财政收入的增长。1966年,特拉华州源于公司注册的税收

[50] Wiley B. Rutledge, Jr., *Significant Trends in Modern Incorporation Statutes*, 3 *University of Pittsburgh Law Review* 273, 278 (Apr. 1937).

[51] James W. Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States 1780-1970*, at 70 (The Lawbook Exchange, Ltd. 2010).

[52] [美]乔纳森·休斯、路易斯·P.凯恩:《美国经济史》(第7版),邸晓燕、邢露等译,北京大学出版社2011版,第382页。

[53] Ralph Nader, et al., *Taming the Giant Corporation* 103 (W. W. Norton & Company Inc. 1976).

[54] Joel Seligman, *A Brief History of Delaware's General Corporation Law of 1899*, 1 *Delaware Journal of Corporate Law* 249, 280 (1976).

[55] *Business Bulletin: A Special Background Report on Trends in Industry and Finance*, *Wall Street Journal*, Nov. 21, 1968, at 1.

[56] Al Faustino, *Delaware Charting 800 Corporations Each Month*, *Beaver County Times*, Dec. 17, 1968, at A-2.

[57] Seligman, *supra* note 54, at 283.

只有 1400 多万美元,占总税收的 10.9%;到 1971 年,该项收入已达 5500 多万美元,占到总税收的 24.9%。^[58]

特拉华州的成功很快引来其他州的效仿,从而在美国掀起了第二轮州际公司法竞争。这次反应最快的是宾夕法尼亚州,该州在 1967 年 11 月 30 日即采取行动,直接将特拉华州修订的部分内容移植到自己的公司法中。第二年,田纳西、加利福尼亚、佐治亚、俄亥俄和弗吉尼亚等州也参照特拉华州的修订不同程度地改写了本州公司法。^[59] 随后,越来越多的州加入模仿特拉华州的行列。当然,其他州不满足于只模仿特拉华州,它们也想有所突破。反过来,为保住领先地位,特拉华州更不敢懈怠。它不仅频繁推出吸引公司的新条款,而且注重借鉴其他州的创新举措——“特拉华州如果不是某项公司法革新的开创者,它也会在最先仿效的州之中”。^[60] 这种反复的创新与模仿使竞争持续进行,推动着美国公司法不断向前发展。

在第二轮竞争中,公司法的自由化仍是重要内容。^[61] 除此之外,一直持续到现在的第二轮竞争还带来了另外两方面的变化:(1)扩大管理层权力和职业保障;(2)制定和改进反收购法。

(一) 扩大管理层权力和职业保障的改革

现代公司制度的基本特征之一是所有权与控制权分离,而且,基于现实需要,公司的控制权并不在所有者手中,而是在董事及高级职员手中。早在 20 世纪 30 年代,此现象即已引起关注。^[62] 后来,股民人数增加导致所有权大为分散和现代公司实体规模愈加庞大等因素使这种现象更为突出。据统计,1929 年时,美国最大的 200 家非金融类公司中,由管理层控制的占 44%;到 1963 年,此比例上升到 84.5%。^[63] 该变化带来的结果之一是公司注册地的选择权越来越集中到管理层手中,迎合管理层也随之成为州际公司法竞争的重要方面。^[64]

在这轮竞争中,迎合管理层的倾向主要体现在两方面:一是扩大管理层权力;二是为管理层提供更有职业保障。从发展进程看,此类竞争出现了两次高潮。第一次随特拉华州 1967 年的公司法而来,第二次萌动于 1985 年后。

1. 1967 年后美国各州公司法迎合管理层倾向的发展

特拉华州 1967 年的公司法就明显表现出迎合管理层的倾向,它“前所未有地”扩大了管理层的权力和与职业保障有关的优惠待遇。^[65]

在扩大管理层权力方面,特拉华州新公司法第 211 条第 2 款表现得就很突出。它规定,在选举董

[58] U. S. Census Bureau, *State Tax Collections*, http://www.census.gov/govs/statetax/historical_data.htm. 此处的公司注册收入指表中 T22 项下的内容。

[59] See *Law for Sale: A Study of the Delaware Corporation Law of 1967*, 1 University of Pennsylvania Law Review 861, 891-893 (Apr. 1969).

[60] Roberta Romano, *The Genius of American Corporate Law* 9 (The AEI Press 1993).

[61] See Roberta Romano, *The States as a Laboratory: Legal Innovation and State Competition for Corporate Charters*, 23 Yale Journal on Regulation 209, 216 (2006); Ernest L. Folk, III, *The Delaware General Corporation Law: A Commentary and Analysis* 4, 7, 8, 32-33 (Little, Brown 1972); *supra* note 59, at 892; Philip S. Garon, *Challenging Delaware's Desirability as a Haven for Incorporation* 32 William Mitchell Law Review 769, 771-772 (2006)。这轮公司法自由化竞争还催生了“有限责任公司”这种新的商业组织形式。怀俄明州于 1977 年第一个承认有限责任公司;佛罗里达州于 1982 年第二个承认,并赋予它更大的灵活性。美国的有限责任公司不同于我国的有限责任公司。参见宋永新:《新型的美国有限责任公司法评述》,载《外国法译评》1994 年第 4 期,第 76 页。

[62] See A. A. Berle, Jr. & G. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (Macmillan 1932).

[63] Robert J. Larner, *Ownership and Control in the 200 Largest Nonfinancial Corporations, 1929 and 1963*, 56 The American Economic Review 777, 780 (Sept. 1966).

[64] 此文中的管理层包括董事和高管,即 Directors and Officers。

[65] Nader et al., *supra* note 53, at 58.

事的股东年度会议上,“可以处理会议通知上注明的任何其他适宜的业务”。因为会议通知由管理层发出,所以,这就意味着股东不能在会上讨论任何管理层不想讨论的问题。由于这种规定迎合管理层的倾向过于露骨,即使在特拉华州也难被接受,因此1968年它又被改为“任何其他适宜的业务都可以在年度会议上处理”^[66]。

1967年后特拉华州公司法扩大管理层权力的倾向还体现在公司章程的修订方面。其第242条规定,只有董事会才有权提出公司章程修订案;第109条规定,“任何公司都可以在章程大纲中将通过、修订或者废止章程细则的权力授予董事会或者非股份公司的管理机构”^[67]。这等于既剥夺了一般股东修订公司章程的动议权,也基本剥夺了他们的表决权。另外,管理层在公司合并及资产出售等方面的决定权也有所扩大。^[68]

在扩大管理层优惠待遇方面,特拉华州新公司法第145条有关董事和高管诉讼费用补偿与责任保险的规定表现最突出。其目的是加大对董事和高管的保护,使他们尽量免于因职务行为而承担个人责任或损失。

有关董事与高管诉讼费用补偿和责任保险的法律虽然早已有之,但它们都很不完善。以特拉华州之前的补偿法为例,其最大的缺陷是仅仅“许可”,而非强制,^[69]或者说,它并没有将补偿定性为董事和高管应享的权利。另外,它适用范围的不确定也常常带来困扰。这些问题造成的后果是,公司章程细则确定的补偿范围有时会比法律实际授权的范围更窄。^[70]

特拉华州对公司法进行综合修订时,上述问题受到极大关注。“在修订委员会三年的调研过程中,公司律师们围绕董事和高管的诉讼费用补偿问题进行的讨论比对任何其他事项的讨论都多。”^[71]修订后的相关条款几乎是完全重写,与原来的内容没有多少相似之处。^[72]新法第145条第1款规定,任何人由于担任公司董事、高级职员、雇员或者公司代理人,“因而成为、曾经是或者可能成为某一诉讼或程序的当事人的,无论诉讼或者程序已经审结、尚在审理还是尚未提起,无论是民事、刑事、行政还是调查性的(除公司提起的或者公司有起诉权的诉讼以外)……公司有权补偿该人与诉讼程序有关的实际产生的合理费用(包括律师费用)、判决金额、罚款或者罚金以及和解支出”。第2款在沿用原先有关股东派生诉讼补偿规定的基础上,又增加一项内容,允许公司在法院核准的前提下对董事或高管因疏忽或履行义务时有不当行为而被判承担责任的索赔事项予以补偿。在第3款中,新法又特别强调,无论哪类诉讼,只要董事或者高级职员能够作出成功答辩或者辩护,实际产生的合理费用就“应该”得到补偿。^[73]通过此种调整,新法不但明确并极大扩展了公司补偿董事和高管的权力,而且使获得补偿成为胜诉的董事和高管们“应有”的权利。

[66] *Supra* note 59, at 872.

[67] *Id.*; 徐文彬等译:《特拉华普通公司法》,中国法制出版社2010版,第109、18页。

[68] See Ernest L. Folk, III, *State Statutes: Their Role in Prescribing Norms of Responsible Management Conduct*, 31 *The Business Lawyer* 1031, 1039-1041 (Feb. 1976).

[69] 意即只是“任意补偿”,而非“法定补偿”。

[70] Edward P. Welch et al., *Folk on the Delaware General Corporation Law* 328 (Wolters Kluwer Law & Business 2012).

[71] S. Samuel Arshat & Walter K. Stapleton, *Delaware's New General Corporation Law: Substantive Changes*, 23 *The Business Lawyer* 75, 77-78 (Nov. 1967).

[72] Ernest L. Folk, III, *supra* note 61, at 98.

[73] 同注67引书,第45-46页;Ernest L. Folk, III, *supra* note 61, at 98-101; *supra* note 59, at 876-881。

有关董事和高管责任保险的法律也经历了相似的变化。^[74] 新通过的条款规定：“对于公司现任或前任董事、高级职员、雇员或者代理人……公司有权力代表他们购买并持续拥有保险，承保其由于职务行为或者职务身份产生的责任，而无论公司是否有权针对该类责任给予本条规定的补偿。”^[75]

当然，迎合管理层的倾向不只体现在 1967 年后的特拉华州公司法中，类似条款也很快被其他州采纳。这种变化的影响是很明显的。以董事责任保险为例，从前因为购买者不多，所以很少有公司愿意经营该业务，致使来自英国的劳埃德（Lloyd）公司在此领域一家独大。^[76] 20 世纪 70 年代以后，随着各州相关法律的调整，“美国董事责任保险的市场需求不断升温，一些原本不经营董事责任保险的保险公司也相继推出该种保险业务，这使得董事责任保险的市场规模不断增大”^[77]。

2. 1985 年后美国各州公司法迎合管理层倾向的加强

1985 年后，美国各州法律在保护董事和高管免于因职务行为而承担个人责任或损失方面又有新突破。引发这次变革的导火索是当年特拉华州最高法院对“史密斯诉范戈科姆”（*Smith v. Van Gorkom*）案的判决。在此判决中，特拉华州最高法院避开长期遵循的“经营判断规则”（*business judgment rule*），以存在重大疏忽而未尽到注意义务为由判决一个公司的董事对股东的损失负责。该判决及随之出现的“董事与高管责任保险危机”令董事和高管们人心惶惶，很多人因此不敢再担任此类职务。^[78] 为应对这场危机，各州纷纷重修法律，以期通过为管理层提供更多保障的方式增加本州对公司的吸引力。

这次率先行动的是印第安纳州，它于 1986 年 4 月对公司法作了相应修订。特拉华州紧随其后，于同年 6 月完成修订。其他州反应也很快。1990 年底前完成修订的州已达 43 个。^[79] 各州修订不尽相同，但核心内容集中在两方面：一是扩大对董事和高管的补偿范围；二是直接免除或限制董事与高管的责任。

这一波对董事和高管补偿范围的扩大主要针对派生诉讼。相对于第三人诉讼，各州通常会对派生诉讼中董事和高管的补偿施加更多限制，特别是在和解或败诉的情况下。这波修订后，很多州淡化乃至取消了第三人诉讼与派生诉讼的区别，允许公司不经法院要求即可对满足各自标准的任何董事或高管的各类诉讼费用及和解产生的费用予以补偿。^[80] 印第安纳、缅因、马里兰、明尼苏达、北达科他和俄勒冈等州更激进，它们甚至允许派生诉讼中的被告就法院判定的“实体责任”从公司获得补偿。^[81] 特拉华州这次涉及派生诉讼补偿的修订是去掉了相应条款中的“疏忽或不当行为”几个

[74] See Sean J. Griffith, *Uncovering a Gatekeeper: Why the SEC Should Mandate Disclosure of Details concerning Directors' and Officers' Liability Insurance Policies*, 154 *University of Pennsylvania Law Review* 1147, 1162–1163 (May 2006).

[75] 同注 67 引书，第 48 页。

[76] Joseph F. Johnston, Jr., *Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers*, 33 *The Business Lawyer* 1993, 2012 (Apr. 1978).

[77] 孙宏涛：《美国董事责任保险市场研究》，载《江西财经大学学报》2009 年第 4 期，第 41 页。

[78] See Charles J. Hartmann & Pamela Gayle Rogers, *The Influence of Smith v. Van Gorkom on Director's and Officer's Liability*, 58 *The Journal of Risk and Insurance* 525, 530 (Sept. 1991); Tamar Lewin, *Director Insurance Drying Up*, *New York Times*, Mar. 7, 1986, at D1.

[79] Charles J. Hartmann & Pamela Gayle Rogers, *supra* note 78, at 532.

[80] See James J. Hanks, Jr., *Evaluating Recent State Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification*, 43 *The Business Lawyer* 1207, 1221–1224 (Aug. 1988).

[81] [美]美国法律研究院：《公司治理原则：分析与建议》（下卷），楼建波等译，法律出版社 2006 年版，第 882 页。

字。^[82]除了针对派生诉讼的修订外,其他方面也有所调整。比如,特拉华州新法增加了对董事和高管离任后补偿的规定;^[83]纽约州新法去掉了法定补偿项下的“完全”抗辩成功限制。^[84]

直接免除或限制管理层责任是这波公司法改革最突出的一个特点。以前,董事和高管能够免于承担责任完全有赖于法院所遵循的经营判断规则。“史密斯诉范戈科姆案”后,法院的保护不再可靠,各州议会便决定用成文法填补此漏洞。修订后的特拉华州公司法增加了一个新条款,授权公司在章程中载明免除或限制董事责任的规定。^[85]大部分州采纳了类似条款,也有部分州采用不同的规定。比如,印第安纳、俄亥俄、佛罗里达、威斯康星和缅因等州的规定属于自动生效型,在这些州,公司没有选择权,只能按照法律规定的标准免除董事责任。弗吉尼亚州则是一方面设定董事和高管的最高赔偿限额,另一方面又允许股东降低或取消该限额。^[86]各州免责条款的另一个重要差别是,有的州既适用于董事也适用于高管,有的州则只适用于董事。包括特拉华州在内的多数州属于前者,威斯康星、弗吉尼亚、新泽西、内华达、加利福尼亚、阿肯色、田纳西、路易斯安那和马里兰等州属于后者。^[87]

这波以免除管理层责任为主要特征的公司法改革也呈现出浓重的州际竞争色彩。在这场竞争中,内华达州的表现尤为引人注目。该州1987年的修订就比较激进,到2001年,为抵消拟大幅度提高公司特许税可能造成的不利影响,它进一步加大对管理层的保护力度,使他们几乎能免于承担任何责任。该修订的支持者指出,如果各州法律提供同等优惠条件,公司还是会选择特拉华州,所以,内华达州只有打破平衡才能够吸引公司来注册。^[88]正是基于这种考虑,内华达州制定出明显超过特拉华州的“无责任公司法”。

(二) 反收购法的发展

美国各州在竞争压力下不断推陈出新的反收购法是带动1967年后美国公司法发展的另一个要素。

1968年,弗吉尼亚州第一个出台反收购法。^[89]随后,其他州相继仿效。至1982年,通过反收购法的州已有37个。^[90]然而,就在这一年,联邦最高法院在“埃德加诉麦特公司”案中以违反联邦宪法州际贸易条款并与国会威廉姆斯法相冲突为由否定了伊利诺伊州的反收购法。^[91]与之类似的其他州的法律自然也不再有效。这给公司并购带来便利,推动美国规模空前的第四次并购浪潮在1980年代中期达到顶峰。^[92]

联邦最高法院虽然判决伊利诺伊州的反收购法违宪,但它并没有完全禁止各州在此领域的调控

[82] David S. Schaffer, Jr., *Delaware's Limit on Director Liability—How the Market for Incorporation Shapes Corporate Law*, 10 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 665, 667–668 (Summer 1987).

[83] Joseph W. Bishop, Jr., *The Law of Corporate Officers and Directors: Indemnification and Insurance* 425 (West 2011).

[84] See Paula Walter, *Statutory Indemnification and Insurance Provisions for Corporate Directors—To What End?* 38 *Drake Law Review* 241, 252 (1988–89).

[85] R. Franklin Balotti & Mark J. Gentile, *Elimination or Limitation of Director Liability for Delaware Corporations*, 12 *Delaware Journal of Corporation Law* 5, 5 (1987). 同注67引书,第8页。

[86] Hanks, Jr., *supra* note 80, at 1210–1219, 1246.

[87] Charles J. Hartmann & Pamela Gayle Rogers, *supra* note 78, at 534.

[88] Michal Barzuza, *Market Segmentation: The Rise of Nevada as a Liability-Free Jurisdiction*, 98 *Virginia Law Review* 935, 953–954 (Sept. 2012).

[89] 同一年,国会也通过了规范要约收购的《威廉姆斯法》(Williams Act)。

[90] Romano, *supra* note 61, at 226.

[91] See *Edgar v. Mite Corp.*, 457 U.S. 624 (1982).

[92] 参见任淮秀主编:《兼并与收购》,中国人民大学出版社2004年版(2011年印刷),第53页。

权。该判决的主要依据是联邦宪法中的州际贸易条款,而根据联邦最高法院当时遵循的解释该条款的“平衡利益原则”,“各州立法只要没有不合理地侵犯全国利益”就应当得到维持。^[93] 该判决也特别指出,伊利诺伊州的法律意图干预发生在全国任何地方的要约收购,或者说它意欲规制外州公司的内部事务,给州际贸易造成明显负担,所以才被制止。正如鲍威尔(Powell)大法官在补充意见中所说,对贸易条款的这种解释为各州规制要约收购留下了部分余地。^[94] 这部分余地让那些已经成为敌意收购目标或担心成为敌意收购目标的公司又看到了希望。应它们的要求,一些州很快又制定出第二代反收购法。

1982年11月,即“埃德加诉麦特公司”案判决仅几个月后,俄亥俄州就通过了新的反收购法。之后一年内,又有马里兰和宾夕法尼亚两州跟进。至1987年,通过第二代反收购法的州已有十几个。各州第二代反收购法有两个共同点,即它们只适用于本州注册的公司,并尽量不与国会的威廉姆斯法冲突。各州如此调整反收购法显然是为了避开麦特案判决的限制。它们的努力没有白费。在1987年的“CTS公司诉美国动力公司”案中,联邦最高法院肯定了印第安纳州此类法律的合宪性。^[95]

得到联邦最高法院的肯定之后,反收购法焕发出新的生机与活力,采纳的州数出现爆发式增长。仅在CTS公司案判决后大概6个月内,就有14个州出台了相关法律。^[96]

对于股东来说,公司的兼并与收购未尝不是好事,但对于被收购公司的管理层和公司所在地政府来说,这也许是场灾难(尤其是遭遇敌意收购的时候),因为前者可能会失去现有职位和专有性人力资本,而后者会面临公司总部迁移、工厂或子公司关闭等有损其经济利益的结果。由此可见,不管名义为何,各州热衷于制定反收购法的根本原因其实还是为了维护地方利益,并向在公司注册地选择方面拥有巨大影响力的在任管理层示好。而这两个目的最终都体现在吸引或留住公司这个总目标之中。所以,反收购法的发展也是州际公司法竞争的一种表现。另外,无论是第一代还是第二代反收购法,它们被各州采纳的过程都呈现出清晰的S型创新扩散曲线,^[97]这也是该领域存在州际竞争的证明。

在这番竞争中,马萨诸塞、俄亥俄和宾夕法尼亚等州表现最极端。除了控股条款(control share)、公平价格条款(fair price),限制排挤式合并条款(no freeze-outs)、毒丸条款(poison pill)和利益相关者条款(constituencies)等通常措施外,它们还采用了一些更有利于目标公司阻止敌意收购的条款。比如,宾夕法尼亚和俄亥俄两州采用了“偿还条款”(“disgorgement” or “recapture”),马萨诸塞州则采用了强制推行“交错董事会”(staggered board)制度的条款。位于另一极端的是加利福尼亚、亚拉巴马、阿拉斯加、阿肯色、蒙大拿、新罕布什尔和西弗吉尼亚等州,它们迟迟没有通过反收购法。内华达州不处于任一极端,但它采用的常规反收购条款是最多的(与另8个州并列),^[98]竞争势头依然强劲。最一反常态的是特拉华州。该州在别的方面往往显得急不可耐,但在制定反收购法方面却格外沉稳。它的第一代反收购法1976年5月1日才生效,比弗吉尼亚州晚了8年,在各州中位列17;^[99]其第二代反收购法直到“CTS公司诉美国动力公司”案判决后近10个月才于1988年2月2日正式签署,位次

[93] 张千帆:《美国联邦宪法》,法律出版社2011年版,第135页。

[94] *Edgar*, 457 U. S. 624, at 646.

[95] *See CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U. S. 69 (1987).

[96] Roberta Romano, *The Future of Hostile Takeovers: Legislation and Public Opinion*, 57 *Cincinnati Law Review* 457, 461 (1988). 这些新出台的法律有时被称作第三代反收购法,有时仍被称为第二代。

[97] Romano, *supra* note 61, at 226-227.

[98] *See Lucian A. Bebchuk & A. Ferrell, On Takeover Law and Regulatory Competition*, 57 *The Business Lawyer* 1047, 1054-1057 (May 2002).

[99] S. Samuel Arshat, *The Delaware Takeover Statute: Special Problems for Directors*, 32 *The Business Lawyer* 1461, 1461 (May 1977).

远在20名开外。^[100]另外,特拉华州的反收购法在限制恶意收购方面也不如其他州严格。^[101]这主要是因为,特拉华州虽然是很多公司的注册地,但不是它们的总部所在地和主营业务地,所以不必像其他州那样担心敌意收购导致的总部迁移或工厂关闭的后果。再者,特拉华州注册有很多大公司,在那里,“敌意收购者可能和被收购对象一样多”,^[102]融合双方诉求的该州反收购法自然较为平和。

纵观第二轮州际公司法竞争,除延续自由化改革外,“亲管理层”倾向的发展是其重要特点。各州竞相扩大管理层权力、为他们提供更全面的诉讼费用补偿与责任保险,进而直接限制甚至免除他们因职务行为而可能承担的个人责任,这无疑都是亲管理层倾向的体现;各州制定反收购法的主要目的之一就是维护在任管理层的利益,所以这也可以看作是亲管理层倾向的一种表现。

在第二轮竞争中,各州参与的积极性和力度同样影响到它们的公司注册数量。特拉华州是这轮竞争的发起者和积极推动者,也是最大的受益者。1967年修订给它带来的好处显而易见,1986年的修订同样给它带来丰厚回报。这次修订后,公司“像蜜蜂逐蜜一样”涌来,使该州的公司注册数量6个月内就增加28%,新增收入140万美元。^[103]截至2014年底,美国超过半数的上市公司和65.6%的500强公司都在特拉华州注册。^[104]此外,这轮竞争中还有一个州表现突出,它就是冠有“西部的特拉华”之名号的内华达州。该州亦得益于此,成功吸引到不少州外注册公司。^[105]其他一些采取了积极竞争措施并在某一方面居于领先地位的州也达到了吸引公司注册的目的。^[106]而某些没有跟上竞争步伐的州对公司的吸引力则相对较低。最典型的是加利福尼亚州。该州没有反收购法,对管理层补偿和免责的限制也很严格,而且素有强烈的亲股东倾向,这些因素使它成为公司管理层选择注册地时要躲避的对象。据统计,到1999年底,美国6530家非金融类上市公司中,总部设在加利福尼亚州的最多,有1254家,但这些公司在加利福尼亚州注册的却仅有273家,只占其中的21.77%。^[107]

三、抵制州际公司法竞争的努力与成效

美国州际公司法竞争一直伴随着争议和指责。新泽西州挑起第一轮竞争后便遭到广泛批评。美国工业委员会在其报告中曾不点名地批评它,^[108]新闻界的扒粪者们则更不留情面地斥之为“托拉斯之母”和“叛徒州”。多数州都加入这轮竞争后,由之造成的放松公司管制的结果招致更尖锐的抨击。

[100] See Ivy B. Dodes, *The Delaware Takeover Statute: Constitutionally Infirm Even Under the Market Participant Exception*, 17 Hofstra Law Review 203, 203-205 (Fall 1988).

[101] Roberta Romano, *Competition for Corporate Charters and the Lesson of Takeover Statutes*, 61 Fordham Law Review 843, 855 (Mar. 1993).

[102] *Delaware Plan on Takeover*, New York Times, Jun. 1, 1987, at D2, col. 1.

[103] Schaffer, Jr., *supra* note 82, at 688.

[104] 特拉华州州务卿现在每年都代表下属的公司事务处发布年度报告,总结该州上一年度与公司注册有关的信息。其发布信息的网址为:<http://corp.delaware.gov/newsroom.shtml>。特拉华州能成为公司之都,不只靠它的法律,其他因素也发挥了重要作用。See Lewis S. Black, Jr., *Why Corporations Choose Delaware* (Delaware Department of State 2007).

[105] See Keith Paul Bishop, *There Are Many Benefits to Incorporating in Nevada, But Tax Avoidance Is Not One of Them*, 31 Los Angeles Lawyer 32, 32 (Nov. 2008); Barzuza, *supra* note 88, at 948.

[106] See Roberta Romano, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, 1 Journal of Law, Economics & Organization 225, 246 (Autumn 1985); Mathias M. Siems, *Regulatory Competition in Partnership Law*, 58 International and Comparative Law Quarterly 767, 772 (Oct. 2009).

[107] Lucian A. Bebchuk & A. Ferrell, *supra* note 98, at 1056.

[108] See U. S. Industrial Commission, *Final Report of the Industrial Commission*, in *U. S. Industrial Commission's Reports* vol. 19, at 642-643 (Government Printing office 1902).

第二轮竞争引来的批评之声同样不绝于耳。有人指责特拉华州引领的州际公司法竞争形成损害股东利益的“逐底竞赛”，还有人将特拉华州的领先地位视作公司法领域劣币驱逐良币的结果，^[109]等等。反对州际公司法竞争及不满竞争后果者采取了种种抵制措施，其中影响较大的有争取联邦公司法、统一各州公司法和反对内部事务原则三种。

（一）争取联邦公司法的努力

州际公司法竞争的根源是各州法律不统一，所以，有人认为，只要制定出适用于全国的联邦公司法，这个问题便可迎刃而解。

呼吁制定联邦公司法的第一个高潮出现在进步运动时期。1901 - 1914 年间，国会收到至少两打相关提案。^[110]然而，它们都没能成为法律。反对意见简单但有力：创设公司是各州保留的权力，制定联邦公司法是侵害州权的违宪行为。西奥多·罗斯福等联邦公司法的支持者也认为，最好先修订宪法明确授予国会此项权力，然后再名正言顺地采取行动。但修宪谈何容易。随着时间的推移，再加上《谢尔曼反托拉斯法》因联邦最高法院态度的转变而效力大增，修宪的动力逐渐减弱，制定联邦公司法的呼声也慢慢淡去。美国参议院州际贸易委员会经过两年多反复听证后于 1913 年得出结论，认为由国会颁布法令组建从事州际贸易和跨国贸易之公司的做法在当时“既不必要也不可取”。^[111]

罗斯福新政时期，联邦公司法又成为热议话题。1935 - 1949 年，每届国会都能收到相关提案。虽然支持者众多，但反对者的势力也很大。比如，美国律师协会商贸事务常设委员会就明确表示不赞同。^[112]结果，相关提案都没能通过。^[113]“将控制这种体系的无限权力置于中央政府手中所带来的危害可能比试图避免的危害更大；应该而且无疑能够找出实现期望之目标的其他方法。”^[114]这句话揭示了反对者的普遍心态。

特拉华州挑起第二轮竞争后，争取联邦公司法的呼声再度高涨。卡里教授在 1974 年发表的那篇被广为引用的文章中提出由联邦政府设定统一公司法标准的见解；1976 年，62 所法学院的 80 位教授联名请愿，呼吁国会制定全国性公司法。^[115]之后，虽然仍不时有人撰文附和，但温特教授领衔的反对派也逐渐壮大。他们的主要观点是：卡里机械地套用所有权与管理权分离理论，却完全忽视了市场（特别是公司控制权市场）对管理层动机的约束作用；州际公司法竞争不会损害股东权益，扩大联邦干预的做法不仅无必要，而且会造成事与愿违的后果。^[116]另外，还有些研究通过证明公司到特拉华州

[109] See Richard W. Jennings, *Federalization of Corporation Law: Part Way or All the Way*, 31 *The Business Lawyer* 991, 994 (Feb. 1976).

[110] Melvin I. Urofsky, *Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era*, 26 *The American Journal of Legal History* 160, 176 (Apr. 1982).

[111] Committee on Interstate Commerce, *Control of Corporations, Persons, and Firms Engaged in Interstates Commerce*, in *Senate Report No. 1326*, at 2 (Feb. 26, 1913).

[112] See *Report of the Standing Committee on Commerce*, in *Annual Report of the American Bar Association* vol. 63, 222, 225 - 229 (Report of 1938, The Lord Baltimore Press 1939).

[113] 新政期间，联邦公司法虽然未能通过，但联邦政府确实采取了一些约束公司行为的措施，比如整顿银行和铁路，颁布 1933 年《证券法》(*The Securities Act*)、1934 年《证券交易法》(*The Securities Exchange Act*)和 1935 年《公用事业控股公司法》(*The Public Utility Holding Company Act*)。这些措施在一定程度上解决了各州公司法自由化带来的弊端。

[114] Harris Berlack, *Federal Incorporation and Securities Regulation*, 49 *Harvard Law Review* 396, 425 (Jan. 1936).

[115] Romano, *supra* note 60, at ix.

[116] See Winter, Jr., *supra* note 5, at 251 - 292; Daniel R. Fischel, *Race to the Bottom Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law*, 76 *Northwestern University Law Review* 913, 916 - 920 (1982); Frank H. Easterbook, *Managers' Discretion and Investors' Welfare: Theories and Evidence*, 9 *Delaware Journal of Corporate Law* 540, 540 - 571 (1984).

注册并未使股东利益受损的事实为温特的理论提供支撑。^[117] 从总体形势看, 卡里派在 20 世纪 70 年代声势很大, 而温特派在 80 年代和 90 年代风头日劲。^[118] 进入新世纪后, 安然等一批大公司不断爆出的丑闻似乎给卡里派带来了新的契机, 但国会 2002 年通过的《萨班斯·奥克斯利法》(The Sarbanes - Oxley Act) 还是沿袭新政时期的传统, 继续强化证券交易委员会的监管力度和公众公司的财务信息披露义务, 没有触及普通公司设立及内部事务管理等事项。

(二) 统一各州公司法的成就

即便没有联邦公司法, 如果各州能够采用相同的公司法, 公司就不用挑选法律, 各州也无须再竞争。所以, 统一各州公司法也是消除州际竞争的一种手段。

统一州法全国委员会下设的统一公司法委员会于 1910 年正式启动起草统一公司法的工作。历经十余年, 十易其稿, 他们终于在 1928 年拿出了《统一商事公司法》。但该法不能自动生效, 只有得到某州认可并通过立法程序将其转化为本州法律后它才能在该州发挥作用。然而, 一些州正是要利用与众不同的法律获得竞争优势, 它们对这个无益于吸引公司的统一法自然不感兴趣。结果, 该法出台后乏人问津, 最后只有三个州采用。^[119] 1943 年, 统一州法全国委员会决定撤回《统一商事公司法》, 改用“标准法”。^[120] “标准法”比“统一法”更宽松, 它不要求作为一个整体被接受, 各州可灵活采用其中的部分条款。这种转变说明, 统一州法全国委员会对推行统一公司法已感到无望, 只好退而求其次了。

几乎在同一时期, 美国律师协会公司、银行和商事法部也受命起草标准公司法。1946 年, 《标准州商事公司法》草案完成。1950 年, 修订后的《标准商事公司法》正式公布。^[121] 之后, 该法又不断被修订, 其中作过重大修改的有 1969 年版、1984 年版和 1999 年版。

《标准商事公司法》的采用情况还不错。1951 年, 威斯康星州就在大量吸收该法的基础上制定了本州全新的公司法。以后陆续有别的州采用。到 1979 年, 已有 35 个州实质性地采纳了《标准商事公司法》。^[122]

起草之时, 《标准商事公司法》被确立了与特拉华州公司法截然不同的方向, 它被看作为抵制各州愈演愈烈的公司法竞争而采取的一种手段。然而, 《标准商事公司法》从一开始就无法避开特拉华州公司法的影响,^[123] 它与特拉华州 1967 年公司法也密切相关。^[124] 该法随后的发展仍没离开对特拉华州公司法创新条款的借鉴和吸收。^[125] 所以, 《标准商事公司法》与特拉华州普通公司法已无显著差

[117] See Peter Dodd & Richard Leftwich, *The Market for Corporate Charters: "Unhealthy Competition" versus Federal Regulation*, 53 *The Journal of Business* 259, 259 - 283 (July 1980); Jeffrey Netter & Annette Poulsen, *State Corporation Laws and Shareholders: The Recent Experience*, 18 *Financial Management* 29, 29 - 40 (Autumn 1989).

[118] See Guhan Subramanian, *The Influence of Antitakeover Statutes on Incorporation Choice: Evidence on the "Race" Debate and Antitakeover Overreaching*, 150 *University of Pennsylvania Law Review* 1795, 1799 - 1800 (June 2002); Daniel R. Fischel, *The Business Judgment Rule and the Trans Union Case*, 40 *The Business Lawyer* 1437, 1454 (Aug. 1985).

[119] 沈四宝编译:《最新美国标准公司法》, 法律出版社 2006 年版, 第 281 页。还有一个州部分采用。

[120] Richard A. Booth, *A Chronology of the Evolution of the MBGA*, 56 *The Business Lawyer* 63, 63 (Nov. 2000). “Model Act”译法不一, 如“示范法”和“标准法”等。为与引用的相关论著保持一致, 本文自此以下采用“标准法”的译法。

[121] 统一州法全国委员会的标准公司法在 1958 年被撤销, 现存的标准公司法是美国律师协会的版本。

[122] 同注 119 引书, 第 278 页。

[123] See Jeffrey M. Gorris et al., *Delaware Corporate Law and the Model Business Corporation Act: A Study in Symbiosis*, 74 *Law and Contemporary Problems* 107, 109 - 110 (Winter 2011).

[124] See Orvel Sebring, *Recent Legislative Changes in the Law of Indemnification of Directors, Officers and Others*, 23 *The Business Lawyer* 95, 96 (Nov. 1967).

[125] See Gorris et al., *supra* note 123, at 112 - 114.

别,加入第二轮竞争的各州在选择追随对象时不会面临太大困难。截止1997年,《标准商事公司法》的142个重要条款平均被35.76个州(71.5%)采用,其中的78个条款被40个以上的州(80%以上)采用,另有56个条款被15至25个州(30%–50%)采用。^[126]

(三)反对“内部事务原则”的尝试

根据“内部事务原则”,^[127]无论公司总部、实物资产和主营业务位于何处,章程的制定与修订程序、决策过程、分红规则、合并与重组规则、董事信托责任和补偿制度等与股东、董事和管理人员权利义务相关的公司内部事务都必须遵从注册地州的法律,相关诉讼通常也要由注册地法院受理。这无疑会使公司决策者更看重注册地的选择,也促使各州在制定更能被公司决策者接受的法律方面展开竞争。所以,“内部事务原则”是导致州际公司法竞争的核心问题。因之而受到损害的州千方百计要废除它或限制它的适用范围,以缓解竞争压力。

最先向内部事务原则发起挑战的是纽约州。1897年,该州颁布新法,要求在该州营业的外州公司确定股东、董事及管理人员个人责任时应遵循适用于纽约州本地公司的规则,并允许本州法院受理相关诉讼。^[128]该法显然是针对新泽西州,新泽西州也很快予以反击,要求本州法院不得支持任何基于外州法律而追究内州公司股东、董事和管理人员个人责任的诉求。^[129]迪尔认为,新泽西州的反制“足以使纽约州法律失去作用”。^[130]此后,纽约州议会确实改变了策略,转而模仿新泽西州进行公司法自由化改革。

1915年,当时任职于纽约州上诉法院的本杰明·N.卡多佐(Benjamin N. Cardozo)法官也向内部事务原则发起挑战。在一判例中,他特别强调,外州公司如果想在纽约州营业,就应该遵从纽约州的法律。^[131]该判决没能动摇内部事务原则的根基,但它表达的观念还是被继承了下来。

20世纪50年代之后,内部事务原则受到更猛烈的冲击,突破口是那些总部和业务都在某州却仅出于选择法律的目的而到另一州注册的“伪外州公司”。^[132]然而,纯粹的伪外州公司毕竟是少数,真正造成困扰的是那些主要业务在某州却到别州注册的“半外州公司”。20世纪60年代之后,纽约和加利福尼亚两州相继通过法律,要将“半外州公司”的内部事务也置于自己的控制之下。

纽约州拟规制“半外州公司”的法律定型于1963年,具体内容为:没有在全国性证券交易所上市且连续三个财政年度内50%以上的应税收入发生在本州内的外州公司,其内部事务也要受本州法律规制。^[133]加利福尼亚州以规制“半外州公司”为目标的公司法第2115条通过于1976年,1977年1月1日生效。它规定的条件是:(1)过去一年中公司资产、雇员和营业额的50%以上都在加利福尼亚州;

[126] William J. Carney, *Explaining the Shape of Corporate Law: The Role of Competition*, 18 *Managerial and Decision Economics* 611, 616 (Nov. – Dec. 1997).

[127] “内部事务原则”兴起于19世纪中期,由各级法院通过司法判例形成。

[128] John H. Mann, *A Treatise on the Law of Foreign Business Corporations Doing Business in the State of New York* 205 (Banks & Company 1906).

[129] James B. Dill, *The Statutory and Case Law Applicable to Private Companies under the General Corporation Act of New Jersey and Corporation Precedents*, 127–128 (2d ed., Baker, Voorhis & Company 1899).

[130] James B. Dill, *National Incorporation Laws for Trusts*, in *Selected Articles on Federal Control of Interstate Corporations*, 107 (Edith M. Phelps ed., 2d ed., The H. W. Wilson Company 1915).

[131] See Jed Rubinfeld, *State Takeover Legislation and the Commerce Clause: The “Foreign” Corporations Problem*, 36 *Cleveland State Law Review* 355, 377–378 (1988).

[132] See Elvin R. Latty, *Pseudo-Foreign Corporations*, 65 *The Yale Law Journal* 137, 137 (Dec. 1955); *Mansfield Hardwood Lumber Co. v. Johnson*, 268 F.2d 317 (5th Cir. 1959).

[133] N. Y. BSC. Law §§ 1317–1320 (McKinney 2003).

(2)半数以上发行在外的表决权股股票为加利福尼亚州居民所有;(3)不适用于上市公司。^[134]

纽约州法律执行较为顺利,^[135]但加利福尼亚州公司法第2115条遭到特拉华州的强力抵制。正如当年的纽约州和新泽西州一样,现在的加利福尼亚州和特拉华州,一个是主要的公司营业地和总部所在地,另一个则是主要的公司注册地,二者在内部事务问题上的冲突在所难免。2005年的“优点资本诉艾格瑞曼公司”案就让双方处在了对立状态。此案的当事双方分别依据第2115条和内部事务原则各自向加利福尼亚州法院和特拉华州法院起诉,但加利福尼亚州法院中止审理,把主动权让给了特拉华州法院。结果,特拉华州法院根据内部事务原则行使管辖权,并依据本州法律作出裁决。^[136]

总起来看,尽管州际公司法竞争的反对者作出了艰苦努力,但各种抵制措施的作用都不大。联邦公司法始终没有出台,自然谈不上作用;《统一商事公司法》遭到冷遇,《标准商事公司法》的主要条款虽被部分州采用,但这只是加速了特拉华州创新条款的扩散,并不能阻止竞争;内部事务原则仍被普遍承认,敢于通过立法规制“半外州公司”的州只有两个,而且它们的法律不能强加于外州,效力受限。正因为如此,美国的州际公司法竞争一直持续到现在,并将延续下去。

Interstate Competition and Development of U. S. Corporate Law

Yang Chengliang

Abstract: The United States has experienced two rounds of interstate competition for corporate charters initiated by New Jersey and Delaware respectively. The first round started in the 1880s, and reached its climax in the 1930s. This round of competition was accompanied with reforms of liberalizing state corporate laws, and resulted in the transformation of the state corporation statute from a device to control into an enabling act. The second round commenced in the 1960s and has lasted till now. In addition to anti-takeover laws, this round of competition has promoted large expansion of indemnification and liability insurance for directors and officers, and induced clauses eliminating or limiting their liabilities, which made a pro-management tilt of U. S. corporate law. Lots of people dislike the consequences of the competition, and they have tried several ways to remove the roots of competition, including proposing federal incorporation law, enforcing uniform state law and confining the internal affairs doctrine. But their efforts had little effect, leaving the competition going on.

Keywords: the United States; corporate law; interstate competition; New Jersey; Delaware

(责任编辑:倪鑫煜)

[134] Cal. Corp. Code § 2115 (West 2008).

[135] See Matt Stevens, *Internal Affairs Doctrine—California Versus Delaware in a Fight for the Right to Regulate Foreign Corporations*, 48 Boston College Law Review 1047, 1062-1063 (Sept. 2007).

[136] See *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen, Inc.*, 871 A.2d 1108 (Del. 2005).