

目 录

【论文】

- 等值没收及可追缴资产评估规则探析 黄 风 (1)
- 法国公诉替代程序研究
- 兼评“自然演进”型的司法改革观 施鹏鹏 (15)
- 显失公平与乘人之危的现实困境与制度重构 冉克平 (30)
- 侵权法中的法益区分保护:思想与技术 朱 虎 (44)
- 公众人物理论与真实恶意规则之检讨 郑晓剑 (60)
- 保险法中的合理期待:从规则向原则的回归 马 宁 (76)
- 德国刑法中的安乐死
- 围绕联邦最高法院第二刑事审判庭2010年判决的展开 王 钢 (89)
- 可罚的违法性论纲 王彦强 (108)
- 论英格兰“王在法下”法治理念的生成 陈 刚 (125)
- 欧盟转基因食品管制机制的历史演进与现实分析
- 以美国为比较对象 胡加祥 (140)
- 国际条约解释:变量、方法与走向
- 《条约法公约》第31条第3款(c)项研究 吴 卡 (149)

【法政时评】

- 派生诉讼资金激励问题研究 王 丹 (165)
- 法国刑罚执行法官及其启示 张亚平 (177)

【人文对话】

- 美国媒体视野中的民事诉讼 吴如巧 (190)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 141 Sept. 2015 No. 5

Contents

Articles

- Research on Assessment Rules of *Confisca per equivalente* and Recoverable Assets *Huang Feng* (1)
- A Study on *Procédures Alternatives aux Poursuites* in France *Shi Pengpeng* (15)
- The Realistic Difficulties and System Reconstruction of Unconscionability and Position of Vulnerability
..... *Ran Keping* (30)
- The Distinct Protection of Different Legal Interests in Tort Law: Thought and Technique *Zhu Hu* (44)
- Review on the Theory of Public Figure and Actual Malice Rule *Zheng Xiaojian* (60)
- The Reasonable Expectation in Insurance Law: From Rules to Principles *Ma Ning* (76)
- Euthanasia in German Criminal Law: A Research Based on the Judgment of the Second Criminal Panel
of the Federal Court of Justice on June 25, 2010 *Wang Gang* (89)
- Research on the Theory of Culpable Illegality *Wang Yanqiang* (108)
- The Development of England's "King Under Law" Idea *Chen Gang* (125)
- On the Historical Evolution and Realistic Analysis of EU Regulation on GM Food *Hu Jiaxiang* (140)
- Treaty Interpretation: Variation, Technique and Trend: A Study of Article 31(3)(c) of the VCLT 1969
..... *Wu Ka* (149)

Comments on Legislation and Jurisdiction

- The Analysis of Establishing Adequate Funding Incentive of Shareholder Derivative Litigation
..... *Wang Dan* (165)
- The Judge of Penalty Application of France and Its Inspiration *Zhang Yaping* (177)

Humanistic Dialogue

- Civil Litigation in the Eyes of US Media *Wu Ruqiao* (190)

等值没收及可追缴资产评估规则探析

黄 风*

摘 要: 广义的等值没收在吸收和借鉴狭义等值没收规则的基础上, 创立了一整套缜密的规范体系, 对各种不同形态的犯罪所得及其收益进行精准估值, 计算出可追缴资产数额并将此数额确定为没收的上限。在可追缴资产中, 特别值得研究的犯罪所得特殊形态是: 推定的犯罪所得和污点赠与。在根据被害人的财产损失评估犯罪所得的数额时, 切忌简单行事, 需要本着公平、合理的原则进行具体分析和认定。对可追缴资产的甄别、认定和估算应当自刑事扣押、冻结或查封措施采用之时开始。如果有关财产被转移到境外或者处于境外, 对犯罪资产的追踪、扣押、冻结、没收和处置以及相关的国际合作成功与否, 还将取决于外国法和国际法关于当事人权利保障规则的适用。

关键词: 等值没收 可追缴资产 推定的犯罪所得 污点赠与

自 21 世纪初开始, 世界各国的刑事没收制度发生了深刻的变革, 体现这一变革的最具代表性的立法有两项: 一项是俄罗斯 2003 年对《刑法典》中没收财产刑的废除并代之以独立的没收措施, 由此引起匈牙利、捷克、马其顿、塞尔维亚、斯洛文尼亚、阿尔巴尼亚等一些原东欧国家的刑事没收制度发生连锁反应; 另一项是英国《2002 年犯罪收益追缴法》, 它以数学的精确度调整刑事没收的对象、范围及规则, 并为此指定了专门的法院审理刑事没收问题, 由此促使澳大利亚、加拿大、新西兰、爱尔兰、牙买加、巴哈马、毛里求斯等一大批英美法系国家针对犯罪资产的没收推出特别立法。上述立法改革的趋势可以概括为: 将刑事没收的标的和范围限定为犯罪资产的价值, 力求实现刑事正义与民事正义的有机结合。

一、等值没收的形态、特点与性质

在刑事诉讼中, 所谓等值没收是指没收的数额与犯罪所得及其收益的数额相对等, 或者说, 没收的数额以犯罪所得及其收益的数额为其上限。等值没收可以表现为两种不同的形态, 一种是狭义的或者严格意义上的等值没收, 即当犯罪所得被挥霍、转让、贬值或者灭失时, 按照该犯罪所得的价值, 以充抵的方式对犯罪人的个人财产实行没收。狭义等值没收的适用范围比较有限, 仅表现为对已灭失犯罪所得的替代性追缴, 在我国《刑法》第 64 条中被称为“责令退赔”。另一种是广义的或者一般意义上的等值没收, 即以准确计算的犯罪所得及其收益的数额为限度, 对犯罪人的可支配财产实行没收, 不问此种可支配财产是否直接来源于犯罪。广义等值没收将现代刑事没收制度的“比例性”或者

* 北京师范大学刑事法律科学研究院教授。本文系笔者主持的国家社科基金 2015 年一般项目“境外追逃追赃国际司法合作与国内立法完善研究”(项目批准号:15BFX188)的研究成果之一。

“对称性”原则贯穿于始终,使得刑事没收紧紧与犯罪资产的数额挂钩,从而消除或者淡化了刑事处罚的功能。

狭义的等值没收(*confisca per equivalente*)^[1]在一些国家的刑事立法中也被称为“等价物的没收”(forfeiture of value)^[2]或者“折价款的没收”,例如,《德国刑法典》第74条C第1款规定:“如正犯或共犯可能知道将要没收行为时属于其所有或其享有处分权的物品,而于判决前用尽该物品,尤其是出售或耗损,或以其他方式致使无法没收该物的,法院可命令正犯或共犯交付与该物价值相当的折价款。”^[3]这里所说的“折价款”指的正是不能直接予以没收的犯罪所得的变价款,此种折价往往适用于下列“直接没收不能”的情形:

(1) 犯罪所得,尤其是表现为特定物的犯罪所得(如:被窃取的汽车、文物等)已被挥霍、转让、藏匿或者以其他方式灭失。这是比较常见的情形,对此《俄罗斯联邦刑法典》第104-2条规定:“如果本法典第104-1条所列财产中的特定物,由于使用、变卖或其他原因在法院作出没收该物品的判决时已经不可能没收,则法院应作出判决,没收与该物品价值相当的金钱。”^[4]

(2) 犯罪所得表现为隐形收益或者说“财产节省”,^[5]例如,因走私犯罪而偷逃的关税。正如一位意大利刑法专家所指出的,“在下列情况中确实不可能采取直接的没收措施:犯罪人的收益不是来自于获取某一财物,而是来自于对此类财物的节省,大部分财税犯罪就是如此,犯罪人在实施非法行为后获得的是不支付应缴纳税款的利益;此种节省由于不表现为直接获取某一看得见的财物,而表现为拒不承担在不犯罪情况下本应承担的费用,因而,无法成为没收的标的物”^[6]。在此情况下,则对上述隐形收益实行等值没收。

(3) 有关财物因犯罪而被获取后发生了贬值情况。从犯罪中获利的数额通常以有关经济利益取得时的价值为准,有时候,犯罪所得财物在使用过程中或者随着市场价格的波动可能发生贬值,例如:某人在2010年因受贿获得的某名牌手机按照当时的市场价格为6000元,而3年后同一品牌和型号市场价格仅为3000元,在没收犯罪所得时,除没收该手机外,可以对贬值部分实行等值没收。对此,《德国刑法典》第73条a规定:“如被追缴的物品的价值低于最初的取得物的价值,法院除命令追缴该物外,还命令追缴差价。”^[7]

(4) 犯罪所得与合法所得融合成难以分割的财产。例如:某人将抢劫获得的财产变现后,与其个人和家人的合法财产一起购置房产,在此种情况下,如果“应没收财产无法从其他财产中区分出来,或者将其区分出来存在超出合理限度的困难”,^[8]在进行资产追缴和没收时,应对其抢劫所得财产进行估值,并可以对其个人拥有的存款进行等值没收,“没收价值最高可以达到混合于其中的犯罪所得的

[1] 在我国台湾地区的刑事法律中,狭义的等价没收被称为“追征其价额”。参见李锡栋:“中国台湾地区没收不能时决定追征价额之标准”,载赵秉志主编:《刑罚体系结构的改革与完善》,北京师范大学出版社2012年版,第134页。

[2] 《芬兰刑法典》(肖怡译)第10章第8条,北京大学出版社2005年版,第37页。

[3] 《德国刑法典》(徐久生、庄敬华译),中国方正出版社2004年版,第41页。

[4] 《俄罗斯联邦刑法典》(黄道秀译),北京大学出版社2008年版,第47页。

[5] 荷兰《刑法典》第36e条第4款明确规定:“非法所得包括所节省的费用。”见《荷兰刑法典》(于志刚、龚馨译),中国方正出版社2007年版,第28页。

[6] Gian Luca Soana, *La confisca per equivalente*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 6.

[7] 同注3引书,第39页。

[8] 《匈牙利刑法典》(陈志军译),中国人民公安大学出版社2008年版,第77条C第1款b),第29页。

估计价值”〔9〕

广义的等值没收则是基于对各种不同形式的犯罪所得及其收益的精准估值,计算出可追缴资产数额并将此数额确定为资产追缴的上限,采用钱款折算的方式实行的没收。它一方面参照了狭义等值没收的折算规则,另一方面,本着任何人不得从犯罪和违法行为中获利的原则和公平正义的精神,对所有产生于犯罪的财物、报酬、权益或者其他形式的经济利益,无论是否可以对其直接实行实物没收,均加以合理计算,以科学的量化标准规范追缴与没收活动。

“可追缴款额”(recoverable amount)是广义等值没收制度的一个基本概念,〔10〕它是指可追缴资产的价款数额,或者说,是与从犯罪活动中获取的或者同犯罪实施有关的财物相对等的钱款数额,《联合国反腐败公约》第31条将其表述为“与所得财物相当的价值”(property the value of which corresponds to that of such proceeds)。随着这一概念的确立,司法机关在对犯罪所得及其收益进行追缴时,不仅对于已挥霍、损坏、灭失或转让的特定物,而且对于一切尚存的财物,包括可替代物,除作为证据使用外,均不必逐一地辨别和追踪犯罪所得的原物,只要根据有关物的价值确定可追缴款额即可,“在法庭签发任何没收令时,应当确定没收令签发时所认为的没收令指定财产(金钱除外)的价值”〔11〕

广义的等值没收,在吸收和借鉴狭义等值没收规则的基础上,创立了一整套缜密的规范体系,使得对犯罪资产的追缴与没收成为一项相对独立的制度,并表现出以下主要特点:

第一,使没收与犯罪所得的数额紧密挂钩,并受制于可追缴款额的上限,超出该上限的追缴与没收将被视为不公正的财产剥夺。由此凸显刑事没收的“适当性原则”,即没收的强度应当与非法获利的程度相对称。因而,在刑事诉讼中适用没收手段首先应当查清两个问题:一是被告人是否从有关犯罪中获利;二是被告人从有关犯罪中获利的程度及其数额。如果被告人没有从犯罪中获利或者获利数额微不足道,从诉讼成本的角度考虑,则不应作出没收裁决;刑事没收的范围也不应当超出被告人非法获利的范围。〔12〕

第二,等值没收紧紧围绕的是有关财物的来源和性质问题,不再具有刑事处罚的性质,可以在被告人逃匿或死亡的情况下适用,有着附带民事诉讼的色彩。司法机关通常采用民事诉讼的证明标准或者“优势证据”标准就有关财物是否与犯罪有关或来源非法问题作出认定,允许被告人及利害关系人参与相关的诉讼活动,以确保对犯罪所得及其收益的认定和估算符合公平原则,并平等保障被害人与善意第三人的权利。这样的权利保障机制自对财物执行冻结或扣押措施时起即可启动,一切与被冻结或扣押财产有利害关系的人均有权针对财产保全措施的适用依据以及扣押、冻结的数额提出异议,或者依照民事诉讼的程序申请司法审查。

第三,将对犯罪所得的实物没收转化为支付义务,此种支付义务的履行接受“司法之债”规则的调整,更加注重实际经济效果。采用货币尺度衡量和折算犯罪所得及其收益的数量将使资产扣押、冻结、追缴与没收更为精准和易于操作,使此种“司法之债”的执行更符合公平、公正原则。比如,如果某人根据没收令应当支付的钱款未予支付,则可以要求该人按照民事裁决债务利率的标准,就迟延期间

〔9〕 《联合国反腐败公约》第31条第5款。

〔10〕 《英国2002年犯罪收益追缴法》(张磊等译)第7条,中国政法大学出版社2010年版,第5页。

〔11〕 《澳大利亚2002年犯罪收益追缴法》(张磊等译)第56条,中国政法大学出版社2008年版,第46页。

〔12〕 关于刑事没收的“适当性原则”可参阅《德国刑法典》第74条b和《奥地利联邦共和国刑法典》(徐久生译)第20条a第2款,中国方正出版社2004年版,第9页。

尚未支付的款额支付利息。^[13] 一些国家的犯罪收益追缴法甚至允许当事人在一定条件下采用支付折价款的方式赎回被没收的财物。^[14]

等值没收和罚金,从一定意义上讲,都属于“司法之债”,都要求犯罪人向司法机关支付特定数额的钱款,不同的是,等值没收要求支付的是犯罪所得及其收益的折价款,而罚金则要求在犯罪获利范围之外支付一笔惩罚性的钱款。在等值没收的情况下,如果直接来源于犯罪行为的财物已被挥霍、损耗或转让,犯罪人有义务以自己的合法财产支付相对应的折价款,但是,随着对没收标的物及其数额的精准界定,“没收就失去了其惩罚性功能,而变成了一项修复性法律制裁”。^[15] 因此,就法律性质而言,等值没收已完全不同于传统的没收财产刑,它对犯罪人合法财产的剥夺不得超越犯罪所得及其收益的范围,是对受到犯罪侵害的原有合法经济与财产状态的恢复,因而不再具有刑事处罚的性质。由于针对犯罪资产的等值没收不具有刑事处罚的性质,一些国家的相关立法明确规定对其不适用刑法的不溯及既往原则,例如,澳大利亚《2002年犯罪收益追缴法》第14条规定:“本法适用于:(1)任何时间实施的犯罪(不论是否有人被定罪);和(2)任何时间被判决的犯罪,不论该犯罪或定罪发生在本法生效之前还是之后。”

同时需要注意的是,等值没收也存在着比较严厉的一面,在一些情况下,严格执行等值没收也可能造成以犯罪人的全部合法财产折抵已被挥霍或损耗的犯罪所得的局面,甚至可能致使犯罪人为履行“司法之债”而倾家荡产。尤其在那些把没收犯罪资产作为保安处分加以适用的国家,等值没收有可能实际超出财产性保安处分的预防性功能而具有惩罚性,^[16]“正是由于它较强的穿透性并且可能对与实施犯罪无关的财产也造成影响,人们一般认为它具有较为明显的制裁性质”。^[17] 因而,一些国家的刑事立法规定:如果等值没收超出了财产保安处分的预防功能并可能对有关人员的合法财产造成剥夺,一般只针对刑法典分则特别列举的某些犯罪(通常为贪利性犯罪和腐败犯罪)并且在对被告人定罪(包括通过辩诉交易定罪)之后适用;对于上述新引入的、针对特定犯罪适用等值没收的法律规定,需要考虑遵循不溯及既往的原则。^[18]

二、可追缴资产的构成与确定

可追缴资产是刑事没收以及相关的扣押、冻结、查封措施的对象,并构成确定“可追缴款额”的基础。一般来说,可追缴资产由两大范畴组成:一是犯罪所得及其收益,二是犯罪工具。

犯罪所得及其收益在《联合国反腐败公约》和许多国家的立法中被表述为“proceeds of crime”,即指“通过实施犯罪而直接或间接产生或者获得的任何财物”,包括由犯罪所得派生的收入或者其他利

[13] 开曼群岛《2008年犯罪收益追缴法》(The Proceeds of Crime Law, 2008)第21条。

[14] 同注11引书,第79页。

[15] 珀尔特·彼得主编:《匈牙利新<刑法典>述评》(第1-2卷),郭晓晶,宋晨晨译,上海社会科学院出版社2014年版,第232页。

[16] 在许多大陆法系国家刑法中,没收属于“财产性保安处分”,它是针对犯罪所得及其收益的“危险性”而采取的预防措施,因为,犯罪所得及其收益具有引诱和鼓励人们犯罪的“危险作用”,没收是对此种危险性的消除。

[17] Emanuele Nicosia, *La confisca, le confische — Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, G. Giappichelli Editore - Torino, 2012, p. 16.

[18] 1995年2月9日,欧洲人权法院在Welch诉英国一案的判决中认定:英国法院于1988年8月24日对Welch判处的等值没收,由于可以转换为监禁刑,具有刑罚的性质,对此种构成刑事处罚的没收应当遵循《欧洲人权公约》第7条规定的溯及既往原则。See European Court of Human Rights, 9 February 1995, n. 307/A. Welch v. United Kingdom.

益,即所谓“利益收益”。^[19]一些国家的刑事立法将犯罪所得划分为不同的类别,包括:(1)犯罪获利(profitto del reato),即从犯罪中直接获得的经济利益,无论该经济利益是由犯罪行为人获得的,还是由任何其他他人获得的,例如,索贿犯罪的贿赂款受益人也可能是犯罪人的亲友或者任何第三人。^[20](2)犯罪报酬(prezzo del reato),即因实施犯罪行为而得到的酬金或奖励(例如:因泄露内幕信息而从受益方获得的钱款,因介绍贿赂而取得的佣金,等等),包括由他人得到报酬。^[21](3)犯罪产物(prodotto del reato),即犯罪人通过犯罪所制造、变造或者改造的物品,例如通过假冒商标犯罪制造的服装,使用有害原料生产的食品或药品,等等。^[22]

犯罪工具是旨在为实施犯罪服务或者为犯罪提供便利的财物,它既可以是“被设计用于实施犯罪的专门物品”或者“它们的特征特别适合于作为故意犯罪的工具”的物品,^[23]例如:为窃取商业秘密而安装的窃听设备或者用于谋杀的砍刀,也可以是被用于实施犯罪的普通物品,例如:用于购买毒品或者资助恐怖犯罪的资金。将犯罪工具列为可追缴资产通常以其属于犯罪人的个人财产为条件,如果被用于犯罪的财物“全部或部分地属于其他人而非犯罪人”,一般不对其实行没收,^[24]但是,如果存在下列情形,则不受此条件的限制:(1)有关财物的权利人具有一定过错,“知道该物品的目的或用途与犯罪有关”、^[25]曾经以应受谴责的方式共同参与使用,或者从他人行为中获取利益;(2)该财物有可能被继续用于实施犯罪;(3)出于人身或财产安全方面的考虑或者基于公序良俗方面的原因,没收具有绝对必要性。^[26]除(1)所列情况外,物的合法所有人可以向犯罪人就被没收之物提出赔偿请求。

在可追缴资产中,犯罪所得及其收益是最为主要并且最为复杂的范畴。就其构成而言,该范畴还包含一些特殊形态,之所以说“特殊”是因为,对于此类犯罪所得形态的认定,须把握某些特殊的条件。综合各国比较新近的没收立法,特别值得研究的犯罪所得特殊形态是“推定的犯罪所得”和“污点赠与”。

一般形态的犯罪所得均可证明与特定的犯罪之间存在着直接的联系,即在认定时需要证明有关财产来源于特定的犯罪。然而,对于推定的犯罪所得,在对其进行认定时,则无需证明有关财物与特定犯罪之间存在着联系,只需根据法律规定的条件,对被告人在特定时间段持有或者支付的财物作出来源非法的推定。在最近十几年中,不少国家关于追缴犯罪收益的立法开始注重对推定的犯罪所得实行没收,为相关推定的运用确立了一些法定条件。这些法定条件可归纳如下:

第一,法院认定被告人具有“犯罪生活方式”(criminal lifestyle)。这是英国《2002年犯罪收益追缴法》创制的一项推定。一旦法院认定被告人具有“犯罪生活方式”,即其生活对犯罪收益具有依赖性,则可以推定该人在一定期限内获得的财产或者发生的开销均来自于犯罪收益并将其计入可追缴数额,无需证明犯罪收益与特定犯罪之间存在联系,该“一定期限”最长可为自被告人受追诉之日起向前

[19] 《联合国反腐败公约》第2条(五)和第31条第6款。我国《刑法》第191条将其表述为“犯罪的所得及其产生的收益”。

[20] 例如,匈牙利《刑法典》(2012年修订)第74条第2款规定:“在犯罪当中产生的、在犯罪过程中或以与犯罪相关联的方式被其他人所获得的财产也应被没收。”同注15引书,第235页。

[21] 参见《葡萄牙刑法典》(陈志军译)第111条,中国人民公安大学出版社2010年版,第54页。

[22] 上述关于犯罪所得的分类可参阅《最新意大利刑法典》(黄风译)第240条,法律出版社2007年版,第87页。

[23] 《黑山刑法典》第75条第1款,中国人民公安大学出版社2012年版,第36页;《芬兰刑法典》(肖怡译)第10章第4条第2款,北京大学出版社2005年版,第36页。

[24] 《芬兰刑法典》第10章第6条第1款;同注23引书,第37页。

[25] 同注5引书,第25页。

[26] 《葡萄牙刑法典》第110条第2款,同注21引书,第53页。

回溯的6年的时间段。推定犯罪生活方式所依据的具体条件是:(1)被告人犯有犯罪收益法附表所列举的9类罪行之一,这9类罪行分别是:贩毒罪、洗钱罪、领导恐怖活动罪、贩卖人口罪、贩卖武器罪、走私罪、侵犯知识产权罪、组织卖淫活动罪、敲诈勒索罪;或者(2)被告人在6个月以上的时间内持续犯有任何罪行并且从中受益;或者(3)在现行刑事诉讼中被定罪的行为构成其犯罪活动进程的组成部分。^[27]

第二,被告人被认定实施了特定的经济犯罪,且综合各种情形有理由推定其财产来源于犯罪。此种推定比较常见于毒品犯罪案件,例如,根据韩国《关于预防非法贩运毒品特别问题法律》的规定,在评估毒品犯罪的获利时,如果犯罪人在其持续实施毒品犯罪活动期间所取得的财产,相对于其根据法律和相关规章在相应期间的财产交易状况和支付状况,被发现明显超出,并且考虑到非法收益的数量以及取得财产的时间等各种情形,有合理根据认为所取得的财产来自于毒品犯罪的非法收益,有关财产应当被推定为与毒品犯罪相关的非法收益并对其予以没收。^[28]不少英美法系国家法律均允许对毒品犯罪的犯罪收益实行推定,其模式与英国《2002年犯罪收益追缴法》相似,但将“犯罪生活方式”转换为因贩毒行为而被定罪。^[29]推定的此种法定条件也被一些国家扩展适用于某些严重犯罪活动,例如,匈牙利法律规定:行为人在参与有组织犯罪期间所获得的所有财产,在被证实来源合法之前,一律予以没收。^[30]意大利2012年《反腐败法》规定:对于因贪污、索贿、受贿、介绍贿赂等行为而被定罪的人员,一律没收被判刑人不能说明其合法来源的钱款、财物或其他利益,以及被判刑人享有的包括通过自然人或法人享有的或者以任何名义支配的、与其缴纳所得税时申报的收入不相符合或者与其经济活动不相符合的钱款、财物或其他利益。^[31]

第三,被告人具有特定身份且不能对其财产的合法来源作出合理解释。此种推定的法定条件通常是针对有可能利用职权实施腐败行为的公职人员设定的,例如,根据爱尔兰《2005年犯罪收益追缴(修正)法》的规定,如果被告人涉嫌腐败行为,对于其因腐败增加的财产,法官可签发“腐败致富没收令”(corrupt enrichment order),无需证明有关财产增加与特定腐败犯罪之间的联系。具体来说,认定涉嫌腐败行为以及“财产因腐败增加”须具备以下三项条件:(1)被告人可以因行使其公共职权使他人受益;(2)其他人已因被告人行使上述职权而受益;(3)被告人不能对其财产、经济资源、收入及其来源作出合理说明。^[32]缅甸2013年《反腐败法》第53条也规定:对于公职人员,只有“能够提供确凿证据”证明有关财产“是合法途径获得的”,才可以将该财产归还本人。^[33]实际上,这一法定推定条件正是参考《联合国反腐败公约》第22条提出的立法建议而制定,该建议提请各国考虑将“公职人员的资产显著增加,而本人无法以其合法收入作出合理解释”规定为犯罪。

以推定的方式认定犯罪所得及其数额是一种比较严厉的做法,为确保司法公正,法官在实行有关

[27] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第10条、第75条(2)款(a)、(b)和(c),同注10引书。

[28] 韩国《关于预防非法贩运毒品特别问题法律》(Act on Special Cases concerning the Prevention of Illegal Trafficking in Narcotics, etc.)第17条。

[29] 例如:格林纳达《2012年犯罪收益追缴法》(Proceeds of Crime Act, 2012)第9条,巴哈马2000年《犯罪收益追缴法》(Proceeds of Crime Act)第11条,特立尼达和多巴《2000年犯罪收益追缴法》(the Proceeds of Crime Act, 2000)第6条,等等。

[30] 《匈牙利刑法典》第77条B第4款和第5款,同注8引书,第29页。

[31] 《意大利反腐败法》(黄风译),中国方正出版社2013年版,第91页。

[32] 爱尔兰《2005年犯罪收益追缴(修正)法》[Proceeds of Crime (Amendment) Act 2005]第16B条。

[33] 李晨阳、全洪涛主编:《缅甸法律法规汇编(2008-2013年)》,经济管理出版社2014年版,第439页。

推定时应当遵守以下限度:(1)当存在相反证据,尤其是存在关于财物合法来源的证据时,应当放弃推定的适用。对此,加拿大马尼托巴省2004年《犯罪财产追缴法》(Criminal Property Forfeiture Act)第17.15条第1款规定:采用推定方式认定犯罪所得只适用于“不存在相反证据”的情况。(2)应当对各种因素进行综合考量,如果认为实行推定将有失公平和公正,则应当放弃推定的适用。在这方面,巴哈马2000年《犯罪收益追缴法》(Proceeds of Crime Act)第11条第4款规定:如果法院根据案件的具体情况认为实行推定显得不正当(is shown to be incorrect),则不得对被告人的任何财产或花费实行有关推定。(3)应当确保被告人等利害关系人的诉讼权利,在被告人逃匿情况下慎重适用或者不适用类推认定。根据开曼群岛《2008年犯罪收益追缴法》(The Proceeds of Crime Law,2008)第37条第2款的规定,在被告人逃匿的情况下,一般不依据关于“犯罪生活方式”的推定签发没收令,除非“总检察长采取了合理步骤与被告人进行了接触”。

犯罪所得的另一种特殊形态被称为污点赠与。污点赠与(tainted gifts)这一概念是由英国《2002年犯罪收益追缴法》特别提出的,它是指被告人将犯罪所得财产“以明显低于当时该财产价值的对价移交给另一人”。^[34] 污点赠与概念的引入为刑事没收确立了这样一项原则:没收应当紧紧追踪犯罪所得及其收益的去向,不让任何人从犯罪中受益。刑事没收的属人特性因此而淡化,其“对物之诉”的特征则更为彰显。

在对污点赠与的认定问题上,各国相关立法的标准是一致的,即只考虑有关财物的接受者在受让时是否支付了合理对价,在没有支付对价或者所支付的对价明显低于市场价的情况下,则应将所接受的、来源于犯罪的财物认定为污点赠与,不问受赠人是否具有“善意”,也就是说,不问受赠人是否知晓或者应该知晓有关财物的来源,而且也不问赠与人以无偿或明显低价方式转让财物的动机与目的。需要注意的是,污点赠与有偿转让有时候可能出现交叉的情况,这主要表现为低价转让来源于犯罪的财物,在这种情况下需要考量“低价”的幅度,如果转让价与市场价之间的差价并不悬殊,在受让人具有善意的情况下,可以允许其保留被转让物,并应向司法机关适当支付差价;如果上述差价悬殊,所支付的对价“明显低于该财产利益的实际价值”,则应当将被转让的财物作为污点赠与予以没收。^[35] 也有的国家法律则干脆规定:如果受让人在转让时支付的对价低于市场价,其差价部分以“赠与”论。^[36]

对于污点赠与,也可采用推定的方式予以认定,其前提条件是,对有关被告人在一定时段的财产、收入和花费可以推定为犯罪所得。在采用推定的方式认定污点赠与的情况下,无需证明被赠与的财物与特定犯罪之间存在联系,只要相关的赠与行为发生在特定的时间段,即可推定被赠与物属于污点赠与。例如,根据英国《2002年犯罪收益法》第77条(1)和(5)款的规定,如果法院认定被告人具有“犯罪生活方式”,那么,在现行诉讼开始前的6年期限内被告人所实行的任何赠与均可被判定为“污点赠与”,并构成追缴和没收的对象。

三、可追缴资产的数额计算

在对可追缴资产进行评估时,首先遇到的一个问题是:如何估算犯罪所得财物的价值。这里所说

[34] 同注10引书,第66页。

[35] 《斯洛文尼亚共和国刑法典》(王立志译)第77条,中国人民公安大学出版社2012年版,第34页。

[36] 毛里求斯《2011年资产追缴法》(Asset Recovery Act 2011)第2条关于术语“gift”的解释。

的“价值”通常被理解为依据“市场价”(market value)对有关财物作出的估值,^[37]或者表现为“公开拍卖销售的收入”。^[38]

(一) 评估犯罪所得财物价值的时间点

评估犯罪所得财物的价值涉及两个不同的时间点,一个是司法机关在作出没收裁决时的时间,可称为“裁判时”,另一个是被告人因犯罪行为而获得有关财物的时间,可称为“获得时”。从各国立法和司法的情况看,一般要求司法机关按照犯罪所得在裁判时的价值认定可追缴资产的数额,例如,《荷兰刑法典》第36e条第4款规定:“法官认为属于非法所得的物品价值应当按照作出司法决定时的市场价值确定。”如果犯罪所得财物在裁判时的价值超过了获得时的价值,对超过部分应当作为产生于犯罪所得的收益加以没收,对此,《联合国反腐败公约》第31条第6款要求各国对于犯罪所得的升值部分也予没收,“其方式及程度与处置犯罪所得相同”。但是,如果犯罪所得财物在获得时的价值高于裁判时的价值,则应当按照获得时的价值确定可追缴资产的数额。因此,在估算犯罪所得财物的价值时,对于“裁判时”和“获得时”这两个时间点,应当本着“就高不就低”的原则进行选择,也就是说,应当选择犯罪所得财物价值较高的时点。^[39]估算犯罪资产价值的“就高不就低”规则也得到我国的确认,最高人民法院于2015年5月11日颁布的《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条第1款规定:“掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益的数额,应当以实施掩饰、隐瞒行为时为准。收购或者代为销售财物的价格高于其实际价值的,以收购或者代为销售的价格计算。”

需要进一步说明的是,所谓“裁判时”不宜机械地理解为仅指法官作出没收裁决的时间,准确地说,在对犯罪所得采取了保全措施的情况下,它是指有关财物被查获时的时间,即犯罪所得财物受到扣押、冻结或查封的时间。在从扣押、冻结或查封到作出没收裁决期间,如果有关财物的价值发生了变化,比较公正的做法是以扣押、冻结或查封时的价值为准;对于被查获后发生的资产贬值部分,在评估犯罪所得价值时一般不再适用“就高不就低”的原则。资产冻结期间发生的增值或产生的孳息则添附于该资产,在法院裁决时与资产本金一并予以没收或者返还。^[40]关于这一点,可以从各国刑事诉讼立法和实践中找到充分依据,例如,在刑事诉讼中允许当事人向司法机关提供“与被扣押物价值相当”的保证金,司法机关有权对不宜保管的物品进行折价处理,^[41]而且,司法机关对犯罪资产销毁、废弃相当于没收,^[42]等等。

(二) 犯罪所得与犯罪被害人的财产损失之间的联系

另一个在评估可追缴资产的数额时需要特别加以考虑的要素是:犯罪所得与犯罪被害人的财产损失之间的联系。在许多情况下,犯罪所得与被害人遭受的财产损失是相互重合的,例如:在盗窃犯罪中,犯罪人通过盗窃行为所取得的财物恰恰构成被害人的财产损失。在有些情况下,被害人的财产损失也可能大于或者小于犯罪人的获利,例如:犯罪人窃取正在使用的输电线路电缆,除给国家带来电缆价值的直接损失外,还会给国家和社会带来各种各样的间接经济损失,在此情况下,犯罪所得的

[37] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第79条(2)款,同注10引书,第66页。

[38] 《荷兰刑法典》第36e条第4款,同注5引书,第28页。

[39] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第80条(2)款,同注10引书,第67页。

[40] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第296条,同注10引书,第232页。

[41] 意大利《刑事诉讼法典》(2014年修订本)第260条和第319条。

[42] 《德国刑事诉讼法典》(宗玉琨译)第442条第1款,知识产权出版社2004年版,第39页。

数额小于被害人的财产损失;但也会出现相反的情况,即犯罪所得的数额大于被害人的财产损失,例如:犯罪人用价值100元的镀金饰品冒充24k纯金饰品诈骗被害人5000元,在此情况下,犯罪所得为5000元,被害人实际财产损失为4900元。因此,在根据被害人的财产损失评估犯罪所得的数额时,切忌简单行事,需要本着公平、合理的原则,对具体情况进行具体分析和认定,为此,各国相关立法和司法实践提供了以下可供借鉴的规则。

1. 已向被害人偿还的财产数额应当从可追缴款额中扣除

在作出没收裁判决前,被告人向被害人退还财产,虽然一般不影响有关犯罪的成立及犯罪所得数额的认定,但直接影响没收数额的计算,“已经归还受害方的这部分收益”不得计入没收数额。^[43]这里所说的退还,既包括被告人主动退还,也包括司法机关在刑事诉讼过程中使用被扣押、冻结的财产向被害人返还,或者被告人已经“根据民事判决”向被害人实行返还或者赔付,^[44]或者“满足了因其行为而产生的民法上的请求权,或以可执行的方式通过合同使自己负有满足对方请求权的义务”。^[45]

2. 间接经济损失或第三方经济损失不计入可追缴资产数额

这里所说的“间接经济损失”是指除直接由犯罪人获取的财产利益外,被害人因犯罪遭受的其他经济损失,例如因就医用款被窃而导致病情加重并支出更高数额的医药费。所谓“第三方经济损失”是指除犯罪所得财物直接来源方以外的其他人员或机构遭受的经济损失,例如:受贿人因接受某企业行贿并为其谋取非法利益而致使国家遭受经济损失;这里的第三方可能构成有关犯罪的被害人,但不构成使犯罪人获得经济利益的财产来源方。被害人间接经济损失和第三方经济损失,虽然不纳入可追缴资产数额中计算,但却构成犯罪人赔偿的对象,而且,由此而产生的赔偿权优先于刑事没收和罚金,也就是说,“法院应当首先作出赔偿裁定,然后根据案情,考虑是否作出及在多大程度上作出没收令或罚金令是适当的”。^[46]

3. 为实施犯罪付出的费用一般不从可追缴资产数额中扣除

犯罪人为实施犯罪行为而付出的费用,包括以诈欺方式向被害人给付的财物,当是为犯罪活动服务、提供便利或者施放诱饵时,应当认为属于被用于实施犯罪或者为实施犯罪提供便利的工具,同样属于可追缴财物的范围。对此,新西兰《2009年犯罪收益追缴法》明确规定:在计算犯罪财产、所得或者获利的价值时,“与实施犯罪行为相关的费用和开支”不得加以扣除。^[47]澳大利亚《2002年犯罪收益追缴法》第126条也规定:因违法行为所产生的费用或者开支,不得从违法行为所获利益的价值中扣除。但是,作为例外情形,如果发生在犯罪过程中的某些支付是善意第三人“以诚信方式作为报酬取得的财产”,则应当从可追缴资产数额中予以扣除,^[48]例如在实施某些经济犯罪过程中为划拨资金而向银行支付的汇费或者向税务机关缴纳的合法税费。

4. 被害人在相关交易中的受益数额应当从可追缴资产数额中扣除

对于经济犯罪或贪利性犯罪,在认定和计算犯罪所得时需要区分两种不同的形态,一种是“交易中犯罪”,另一种是“犯罪交易”。前一种犯罪发生在合法交易进程中,犯罪人与被害人在双务交易中

[43] 《芬兰刑法典》第10章第2条第3款,同注23引书,第35页。

[44] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第308条(3)款(a)项,同注10引书,第238页。

[45] 《奥地利联邦共和国刑法典》(徐久生译)第20条a第1款,中国方正出版社2004年版,第9页。

[46] 《加拿大刑事法典》(卞建林等译)第727.3条,中国政法大学出版社1999年版,第483页。

[47] 新西兰《2009年犯罪收益追缴法》[Criminal Proceeds (Recovery) Act 2009]第6条第3款。

[48] 匈牙利《刑法典》(2012年修订)第74条第5款b)项,同注15引书,第235页。

互相负有给付义务,在此情况下,“在犯罪过程中被用来抵消有效民事权利请求的财产”,不应计入可追缴资产数额之内,^[49]也就是说,应当从可追缴资产数额中减去被害人方面在交易中取得收益。例如,某甲通过贿赂活动从政府采购评审委员会获得一项中标额为1000万元的采购计划,行贿获利的净额应当为犯罪人所接受的1000万元采购价款减去被害人(政府机关)所采购物品的真实市场价格。而在后一种“犯罪交易”形态中,犯罪人所进行的整个交易均为违法行为,不产生任何合法、有效的民事请求权,例如:毒品买卖、合同诈骗等犯罪,交易的全部所得额均应计入可追缴资产的数额,“无需在整个所得与利润之间进行切分,”“不能采用企业的估价标准,尤其不能去区分收益和‘净利’,即犯罪人实际获得的盈利”。^[50]

可追缴资产的数额在认定和计算时有着自己的上限,即从犯罪中获得的财产性利益的总和;同时,也有着自己的下限,在一些关于犯罪资产追缴的法律当中,这个下限被表述为被告人的“可支配款额”(available amount)。^[51]所谓可支配款额,即指被告人在法院签发没收令时实际拥有的个人财产,不问该财产的来源和持有是否合法。从这个意义上,在追缴和没收犯罪资产,尤其在实行等值没收时,也可以没收犯罪者的个人全部财产。但是,在现代刑事没收制度中,这种对个人全部可支配财产的没收,就其性质而言,完全不同于传统刑法(如我国刑法)中的“没收个人全部财产”。这里所说的“可支配款额”必须低于“可追缴款额”,也就是说,只有当被告人所拥有的财产不足以涵盖本应依法追缴的财产数额时,才根据现实可能性减少追缴与没收的数额,将其限制在被告人实际拥有的财产范围内,因而,这是一种基于可追缴资产数额下限的没收,是对被告人或犯罪人的“克减”待遇,而不构成超越可追缴资产数额范围的财产性处罚。

可支配款额作为可追缴资产的下限,在计算时首先应扣除用于向被害人赔偿经济损失的数额,因为,正如前面所论证的,此种损害赔偿有着优先于没收的地位。随后还应当扣除其他一些需优先偿付的款额,例如:被告人在已开始的破产清算程序中应当清偿的优先债权等。^[52]经过必要扣除后的可支配款额,无论最后剩下多少,均代表经过调整后的可追缴款额,对该款额的没收构成相关“司法之债”的消灭。如果可支配款额为零,可追缴款额则为犯罪所得的“名义款额”,即无实际没收可能的纸面数字,法院可以因此而撤销没收令。^[53]

犯罪所得财产也可能由于某些法定原因而改变其性质,转变为持有人的合法财产,并且从可追缴资产的数额中扣除。这种使犯罪所得财产性质消灭的法定原因主要表现为时限,也就是说,为了避免已趋平稳的民事财产关系和社会秩序再经动荡,如果来源于犯罪行为的财产在经过一定期限后仍未受到追缴和没收,则不再被视为犯罪所得,并不再构成追缴与没收的对象。例如,挪威《刑法典》规定:“犯罪收益的没收期限不少于10年。”^[54]英国《2002年犯罪收益法》第88条(1)款为追缴犯罪收益规定的时限为12年,自“该财产被获得时”计算。^[55]澳大利亚《2002年犯罪收益追缴法》则规定:如果

[49] 匈牙利《刑法典》第74条第5款a)项,同注15引书,第235页。

[50] 参见意大利最高法院2012年2月22日第20976号判决,转引自 Gian Luca Soana, *La confisca per equivalente*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 第31页。

[51] 开曼群岛《2008年犯罪收益追缴法》第18条(1)款。

[52] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第288条(1)款,同注10引书,第224页。

[53] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第174条,同注10引书,第147页。

[54] 《挪威一般公民刑法典》(马松建译)第70条,北京大学出版社2005年版,第18页。

[55] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第288条,同注10引书,第224页。

来源于犯罪或者被用于犯罪的财产经过两轮的合法继承,也就是说,“当财产仍是犯罪的收益或工具时被死者作为遗产授予某人,该人去世后又将该遗产再授予第三人”,则“停止作为犯罪的收益或犯罪的工具”,不再构成没收的对象。^[56]

四、没收程序中的权利保障

现代刑事没收制度,基于等值没收的理念,形成对犯罪资产的追踪、甄别、认定和剥夺,随着有关犯罪资产不断发生形态的变化以及在不同人员之间流转,等值没收的实现已不能仅仅依赖于对刑事被告人的定罪以及对其个人获利数额的认定,有时候需要查清其他问题,例如:可追缴资产的直接受益人是否为除被告人以外的其他人?可追缴资产是否与其他合法资产相互混合形成了新的财产形态?可追缴资产获取之后在估值方面发生了怎样的变化?可追缴资产是否被有偿或者无偿转让,有偿受让人是否属于善意第三人?犯罪被害人对于可追缴资产享有怎样的权利?在可追缴资产上是否也附着其他人的合法权利?等等。因而,对犯罪资产的追缴和没收已大大超出或者相对独立于对被告人的定罪和处罚问题,关系到方方面面的权利与利益,也事关民事公平与正义的实现。

现代刑事没收中的权利保障贯穿于整个相关进程当中,从对有关财物采取诉讼保全措施开始,到对相关的没收问题作出司法裁决之时,均应当为利害关系人设置和提供相应的法律救济手段,允许其参与相关的诉讼活动并确保其诉讼权利。对可追缴资产的甄别、认定和估算自刑事扣押、冻结或查封措施采用之时就应当开始,并且对这类保全措施的适用发挥限制作用。如果有关财产被转移到境外或者处于境外,这种权利保障还将受到财产所在地法律制度和相关国际法规范的调整与维护,对犯罪资产的追踪、扣押、冻结、没收和处置以及相关的国际合作成功与否,还将取决于外国法和国际法关于当事人权利保障规则的适用。

刑事诉讼中对物的扣押、冻结主要基于三种目的:一是财产保全的目的,保障可能判处的财产性处罚或措施以及因犯罪而产生的民事赔偿裁决的执行;二是预防的目的,防范任何与犯罪有关的财物被动用并防止其继续产生引诱或者服务于犯罪的作用;三是举证的目的,防止作为犯罪证据的物品被销毁、转移、改变或者灭失。对可追缴财物的扣押、冻结主要是出于前两种目的而实行的,相关诉讼程序中的权利保障机制可以归结为以下三个方面。

第一,由法官裁决适用对物的保全或预防措施。对物的扣押、冻结或查封涉及人的基本权利——财产权,因此现代刑事诉讼法制不再将其视为一般的“侦查行为”任由刑事侦查或检察机关自行采用,而是将对财产权的限制措施交由法官裁量适用。刑事侦查机关和检察机关只是作为提请法官适用上述财产强制措施的申请方。就连检察机关在刑事诉讼中有着较大权力的俄罗斯也确立了对财产保全措施的司法审查原则,要求侦查机关或检察机关在经检察长同意后,“向法院提出申请扣押犯罪嫌疑人、刑事被告人或依法对其行为负有财产责任的人的财产”。^[57]一些国家法律即使允许司法警察或者检察官在紧急情况下决定采取扣押、冻结措施,也要求须在法定期限内得到法官确认,否则应解除相关保全措施。^[58]根据各国刑事诉讼制度和犯罪资产追缴制度的不同,针对可追缴资产的扣押、冻

[56] 同注11引书,第232页。

[57] 《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》(黄道秀译)第115条,中国政法大学出版社2003年版,第89页。

[58] 意大利《刑事诉讼法典》(2014年修订本)第321条第3款-2和第3款-3。

结措施,包括英美法系法制所说的限制令(restraint orders 或 restraining orders),既可由审理刑事案件的法官(法院)裁决适用,也可由负责预审法官^[59]或初期侦查的法官裁决适用,^[60]还可以由专门审理犯罪资产追缴事项的指定法院裁决适用。^[61]

第二,与被扣押、冻结财物有关的人员享有知情权和请求权。确保与被扣押、冻结财物有关的人员知晓保全措施的适用情况,可以采用不同方式加以实现。有的国家法律将有关的通知程序安排在财产保全裁决作出之前,要求检察官在向法官提出财产保全申请时应当将该申请也通知一切关系人,在一般情况下,只有当法官“确信申请所涉财产的所有人已经收到合理的关于申请的通知”时,才对相关的限制令申请进行审理。^[62]有的国家则将通知程序安排在裁决之后,要求刑事侦查或检察机关将法官签发的财产保全令立即送达不动产的所有人、动产所有人或持有人、相关财产权利的债务人和债权人,在后一种情况下,为资产追缴目的而签发的财产保全令“自向债务人送达之时起生效”。^[63]不少国家的刑事诉讼法允许当事人(主要是犯罪被害人)向法官提出扣押、冻结财物的申请,以确保自己因犯罪而失去的财产得到返还或者所遭受的财产损失得到赔偿;当事人关于扣押、冻结的请求,虽然是向刑事法官提出的,但通常依照民事诉讼法规定的程序加以执行。^[64]这些关于知情权和请求权的法律规范为刑事财产保全制度增添了民事公平公正的标准,使该制度的适用能够兼顾到各方当事人或利害关系人的权益,自程序之初就将他们纳入到“没收参与者”的行列。^[65]

第三,可应请求单独开展复查或变更保全措施的司法审查程序。相对于其他司法裁决而言,法官在刑事诉讼过程中签发的扣押令或者限制令具有显著的可变性特点,即在作出没收裁决之前,可随时应请求对其进行复查或变更。对上述财产保全措施的复查或变更请求既可以由被告人提出,也可以由其他对被扣押、冻结的财物享有财产性利益的人员提出,还可以由犯罪被害人或者刑事检察机关提出。复查请求既可以基于被冻结或扣押的财物不属于可追缴资产、财物持有人属于没有从有关犯罪中获利的善意第三人等理由,要求将某些财物排除在保全措施适用范围之外,^[66]也可以基于恢复受到犯罪侵害的合法所有权、保护第三人对可追缴资产享有的合法债权(如抵押权)等理由,要求从被扣押、冻结的财产中获得返还、赔偿、债务清偿,或者要求扩展财产保全措施的适用范围。^[67]针对刑事保全措施的司法审查程序具有一定的独立性,可以在作出刑事判决之前的任何诉讼阶段提起,对于相关的司法审查裁决,当事人及利害关系人可以单独地提出上诉,甚至可以针对上诉裁决单独地向最高法院提出上诉。^[68]对于检控方提出的关于扩展保全措施适用范围或者延长其适用期限的申请,法官还可以要求申请方承担损害赔偿或担负费用的责任。^[69]在上述司法审查中,被告人有权获得辩护人的帮助,其他诉讼当事人和利害关系人也有权得到律师或者法律顾问的帮助和代理。

[59] 《法国刑法典 刑事诉讼法典》(罗结珍译)第97条,国际文化出版社1997年版,第398页。

[60] 《意大利刑事诉讼法典》(黄凤译)第321条,中国政法大学出版社1994年版,第112页。

[61] 新西兰《2009年犯罪收益追缴法》第20条。

[62] 《澳大利亚2002年犯罪收益追缴法》第26条,同注11引书,第23页。

[63] 韩国《关于预防非法贩运毒品特别问题法律》第37条、第39条和第40条。

[64] 《意大利刑事诉讼法典》第317条第3款,同注60引书,第111页。

[65] 关于“没收参与者”的概念,参见《德国刑事诉讼法典》第431条,同注42引书,第293页。

[66] 《澳大利亚2002年犯罪收益追缴法》第29条,同注11引书;新西兰《2009年犯罪收益追缴法》第30条。

[67] 法国《刑事诉讼法典》第99条,同注59引书,第398页;新西兰《2009年犯罪收益追缴法》第31条和第33条。

[68] 意大利《刑事诉讼法典》(2014年修订本)第322条-2和第325条。

[69] 参见新西兰《2009年犯罪收益追缴法》第29条。

刑事没收裁决的作出可以出现在不同的程序中,一般来说,是由审理刑事案件的法官在刑事审判中与定罪处罚问题一并作出;在某些特殊情况下,也可以由审理犯罪资产追缴与没收案件的法官采用特别程序在刑事审判之前或者之后单独作出。在前一种情况下,定罪构成没收的基础,较为严格的刑事证据制度足以确保对可追缴资产及其数额的正确认定和估算;同时,除被告人以外的“没收参与者”也有权向审理刑事案件的法官提出并证明自己的权利主张,在资产追缴与没收问题上,“享有被告人享有的权利”。^[70]而在后一种情况下,对犯罪资产的没收不以定罪为基础,而且可能存在被告人逃匿和死亡情形,因而,特别没收程序通常采用民事诉讼的程序规则和证明标准,以便最大限度地保护所有与没收标的物有利害关系的人的权益。同时,上述特别没收程序还设置了必要的纠错机制,如果曾经逃匿的被告人重返相关的诉讼程序且认为没收数额过大,可以在被定罪之日起的法定期限内申请变更没收令;^[71]如果曾经逃匿的被告人在审判中被宣告无罪并向刑事法院申请撤销没收令,则法院必须撤销没收令。^[72]

将刑事没收的范围限定于可追缴资产,这一广义等值没收观念的普及也为关于没收事宜的国际合作确立了更为严格的条件,被请求国在对请求国的没收裁决进行审查时将特别注意“是否存在合理根据认为有关财产来源于犯罪行为”,^[73]并通过相应的诉讼程序听取有关各方的意见和主张,确保所有与没收标的物有关的人员享有平等的请求权。虽然承认与执行外国没收裁决具有刑事司法协助的性质,但我们看到,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,比较常见的是采用民事诉讼的规则对外国没收裁决以及相关的资产保全请求进行司法审查,^[74]有的国家甚至要求请求国直接作为原告采用民事执行程序(exequatur)向主管法院提出执行没收裁决的请求。^[75]即使在外国的没收裁决已得到被请求国法院的承认或者被允许登记的情况下,一些国家法律仍允许对被没收的财产主张权益的人在一定期限内向被请求国法院申请获得司法救济,^[76]如果审理此救济请求的法院查明申请人在请求国的没收程序中没有得到合法传唤或适当代理,或者其相关权利没有得到足够保障,则可以接受其司法救济请求,裁定从被没收的财产中扣除该申请人所主张的财产利益。

最后,笔者想特别提到的是,那种超出可追缴款额的范围“没收个人全部财产”的裁决在大多数国家是不可能得到承认和执行的,因为此种没收裁决违背了等值没收的基本限度,可能构成对当事人或者其他利害关系人合法财产的侵犯。在来源于犯罪或者与犯罪有关的可追缴资产已全额没收或者可追缴款额已清退的情况下,针对犯罪人其他财产的没收请求将被排除在国际合作范围之外。对此,一些国家法律明确规定:如果法院认为“没收令所针对的人已支付了相应数额,或未支付但以其他方式

[70] 《德国刑事诉讼法典》第433条,同注42引书,第293页。

[71] 根据开曼群岛《2008年犯罪收益追缴法》第38条的规定,该期限为28日。

[72] 《英国2002年犯罪收益追缴法》第30条,同注10引书,第28页。

[73] 塞尔维亚《扣押和没收犯罪所得法(Law on Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime)》第54条第2款。

[74] 法国《刑事诉讼法典》第695-9-15条,引自司法部司法协助与外事司编译:《国际刑事司法协助立法资料汇编(一)》,法律出版社2011年版,第205页。

[75] 哥伦比亚是采取此制度的国家之一,参见 Contributed by Sáchica & Sáchica Abogados Colombia - Law & Practice, 转引自 <http://www.chambersandpartners.com/partners.com/global/firm/343740/sáchica-sáchica-abogados>, 2015年1月28日访问。

[76] 例如根据新西兰《2009年犯罪收益追缴法》第143条和第148条的规定,上述司法救济申请应当自外国没收裁决登记之日起6个月内向新西兰高等法院提出。

履行义务的情况下已经服刑完毕的,应当撤销对该没收令的登记”。^[77]

五、结语

我国《刑法》第64条规定:“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔”,这里所说的“责令退赔”,不可与第36条提到的“赔偿经济损失”相混淆,应当理解为仅仅针对被挥霍或者已灭失的违法所得,因而构成“狭义等值没收”的表现形式。随着逃匿、死亡案件违法所得没收程序的引入,“依法应追缴的违法所得及其他涉案财产”开始在我国刑事法律表述中与“没收”建立起直接的、具有排他性的联系,从而为“广义等值没收”的适用奠定了立法基础。然而,在关于可追缴资产的构成、确定与计算方面以及相关的权利保障问题上,我国刑事立法与司法实践仍存在着严重的欠缺和一些随意性较强的认定标准,亟需研究和借鉴国际上先进的法制成果和经验,创建一套科学的和统一的犯罪资产追缴与没收制度,并从加强人权司法保障的角度,“规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序”。^[78]

Research on Assessment Rules of *Confisca per equivalente* and Recoverable Assets

Huang Feng

Abstract: The broad sense of *confisca per equivalente*, based on absorbing and learning from the rules of narrowly defined *confisca per equivalente*, has constituted a well – established legal system, aiming at calculating the amount of recoverable assets from the proceeds and gains of variously criminal forms which then serves as the ceiling of criminal confiscation. There are two particular patterns of criminal proceeds deserving our dedicated devotion in the study of recoverable assets, including presumptive criminal proceeds and tainted gifts. When assessing the amount of criminal proceeds on the premises of victims’ property damage, we should perform it under the principle of justice and fairness and try not to be arbitrary. The moment to discern, identify and estimate recoverable assets should start from the beginning of criminal seizure, freezing and detention. Provided that any assets in question is in or has been transferred to foreign country, our intention to take measures to trace, seize, freeze, confiscate and dispose the criminal proceeds and the success of international cooperation will be greatly subject to the provisions of protecting the parties’ rights in the relating foreign and international laws.

Keywords: *confisca per equivalente*; recoverable assets; presumptive criminal proceeds; tainted gifts

(责任编辑:幸颜静)

[77] 马来西亚《2002年刑事司法互助法》第32条第2款,载《马来西亚刑法》(杨振发译),中国政法大学出版社2014年版,第254页。

[78] 见2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第四部分(五)。

法国公诉替代程序研究

——兼评“自然演进”型的司法改革观

施鹏鹏*

摘要:法国公诉替代程序是司法实务部门为应对法庭堵塞、效率低下而创设的刑事应对机制,包括刑事和解、刑事调解、赔偿受害人损失等一系列替代措施。从司法数据看,公诉替代程序在刑事诉讼中的适用呈逐年稳步上升趋势,但也存在诸多隐忧,包括体系混乱、衔接无序、刑事处罚司法化、鼓励认罪以及权利保障不足等问题。法国公诉替代程序的演变蕴涵了近年来欧洲“自然演进型”的司法改革观,这是对传统“理性建构”的有益补充,值得关注。

关键词:公诉替代程序 刑事和解 刑事调解 诉讼效率 自然演进

一、起诉便宜主义理念在法国的兴起

大革命后,法国奉行严格的起诉法定主义(*principe de légalité des poursuites*),其思想渊源主要来自刑罚报应论和诉、审权力分立的诉讼构架:前者要求司法职权机关应代表国家惩罚犯罪,“有罪必诉”、“有罪必罚”,并由此延伸出追诉强制^[1]及起诉强制^[2]等基本原则;后者则要求公诉机关不得参与分割裁判权,在机构功能上杜绝了刑事诉讼中检察官参与实质定罪量刑的可能。1791年9月16日至19日的法律、共和历四年的《雾月法典》以及1808年的《重罪法典》均明确规定“负责案件审查的检察官有义务将刑事案件移送至预审法官处”(…le procureur, instruit qu’il a été commis un crime ou un délit…, sera tenu de requérir le juge d’instruction…)。主流的法国刑法学家认为,这些规定在根本上排除了检察官行使起诉裁量权的可能。^[3]但在司法实践中,起诉法定主义具有明显的弊端,其最直接的后果便是刑事案件急剧增加,司法资源耗费严重。在刑事犯罪的追究中,微罪必诉使检察官和法官面临极大的办案压力,法庭堵塞现象日趋严重。且检察官无论微罪、重罪均应提起公诉,法院依罪刑相适应原则往往须对轻微犯罪行为的实施者科以短期徒刑,此亦造成狱政部门极大压力,犯罪交叉感染现象十分严重。故检察官在个案起诉中“变相”废法的现象时有发生,也引发了社会的一些反响。

法国理论界及实务界对这一现象作出了类似的反应。刑罚学学者开始全面反思报应刑刑罚观,并逐渐以目的刑刑罚观取而代之。目的刑论者认为,刑罚除了惩罚功能外,还在于教育和预防,故惩

* “2011 计划”司法文明协同创新中心成员,中国政法大学证据科学教育部重点实验室教授,法学博士。

[1] “追诉强制”,指存在犯罪事实时,检察官有启动侦查程序的义务。

[2] “起诉强制”,指证据确凿时,检察官或预审法官有提起公诉的义务。

[3] Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome II, 4^e éd., Éditions Cujas, Paris 1989, p. 331, n° 278.

戒措施应充分考虑犯罪时的环境要素、罪犯个人品格、前科以及悔罪表现等。这为起诉便宜主义理念的兴起提供了必要的智识支撑。而诉讼经济的刑事政策也在一定程度上消解了诉、审分立的框架设定,检察官在微罪案件中的程序处分权开始从幕后走向台前,并展现出了勃勃生机。法国最高法院刑事庭在1826年12月8日的一起判决中^[4]以默示的方式承认了共和国检察官在公诉案件中的自由裁量权:

依总检察长的起诉书(基于法之利益的撤销之诉)

C先生对L先生提起控诉,阿让(Agen)轻罪法庭在5月24日作出判决,认为L先生此前向司法警官提交了诬告C的书面材料,并已构成诬告罪,科处1个月的监禁刑、100法郎的罚金以及200法郎的损害赔偿金。L先生对此判决提起上诉,案件遂移送至阿让王室法庭。阿让王室法庭于6月30日作出裁定,下令暂缓执行原告所提交的诬告罪指控,直至对指控行为进行预审及判决。

阿让王室法院遵守了一些法律原则,但应有限度。但阿让王室法院显然超过了这一限度。它审查了驻阿让轻罪法庭国王检察官的行为,并在其中的一条判决理由中写到,国王检察官在案件中无视其权利或义务。阿让王室法院遂下令由预审法官就L诬告C的行为进行预审。最后,阿让王室法院原则上裁定,对所提交的指控,国王检察官应请求进行预审。总检察长就此判决提起撤销之诉。

首先,审查检察官的权力不属于法院。法律仅将此权力^[5]赋予总检察长和司法部部长。在此案件中,阿让王室法庭擅用了此权力,违反了1810年4月20日的法律第60条及第61条;其次,阿让王室法庭作出裁定,要求国王检察官和预审法官对L诬告C的指控进行预审,此举属越权行为。阿让王室法庭无视其管辖权限,行使了仅属于控诉庭的权力;最后,阿让王室法庭无视并限制了检察官的职权和特权,并错误解释了《重罪法典》第47条,裁定对所提交的指控,国王检察官应请求进行预审。

事实上,此观点在一般意义上似乎不允许检察官适用《重罪法典》第182条所规定的直接传唤程序,但显然有悖法典的精神,尤其是第1条、第22条、第53条及第54条。在未有民事当事人参与的情况,立法者不拟限制检察官依职权提起公诉……

是以,本院决定撤销阿让王室法院的裁决。

法国学界普遍将最高法院的这一判决视为共和国检察官享有公诉自由裁量权的最早渊源。判例明确了法国刑事诉讼中法院和检察院在审判权和起诉权上的分离,暗示检察官享有独立的诉讼地位以及不受法院干预的起诉裁量权。但该判决具有三大缺陷:其一,判例在法国并非正式的法律渊源,对诉讼当事人不具有强制力,而仅因层级设置而对下级法院具有事实上的决定效力;^[6]其二,法国最高法院在判决中采用了默示的表述,措辞和观点均较为模糊,对《重罪法典》中共和国检察官权力的边

[4] Cass. crim. 8 décembre 1826, Sirey chronologique.

[5] 原判决使用了“权利”(droits)的表述,应为误用,此处笔者按上下文译为“权力”,参见 Cass. crim. 8 décembre 1826, Sirey chronologique.

[6] W. Fikentscher, « Etat de la doctrine de la force obligatoire des précédents en droit privé allemand », in *Journées de la société de législation comparée*, 1984, p. 189 et s.

界及基本理念亦缺乏更精确、延展的论述;其三,适用直接传唤程序仅涉及共和国检察官的部分程序处分权,与现代意义上的公诉裁量权内涵还有较大差距。不过自此,共和国检察官在公诉实践中的权限得以逐渐扩大,总检察长和司法部部长均持默许态度。

在真正意义上确立共和国检察官起诉裁量权的法律文本为1946年的法国《刑事诉讼法典》(亦为现行的刑事诉讼法典)。该法典第40条第1款规定,“共和国检察官接受检举与控告,并予以评估以作出答复”:或提起公诉,或不予起诉。但公诉替代程序仍未正式载入法典,仅在部分地区的检察院作为司法实践中的“潜”规则进行适用,不时地受到律师及法学家的批判。直至20世纪90年代,法国立法者方正式在“提起公诉”与“不予起诉”之间确立“第三种路径”(une troisième voie),^[7]谋求“诉讼效率”与“教育惩戒”的协调平衡。例如1993年1月4日,法国立法者将刑事和解程序^[8]正式纳入《刑事诉讼法典》41-1条,允许“在第三者介入的情况下,由双方当事人通过自由协商寻求解决犯罪冲突的方案”;1999年6月23日,法国立法者又颁布了《关于提高刑事诉讼效率的法律》(la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale),^[9]创设了在法国理论界颇受争议、但在实务界却颇受欢迎的刑事调解制度(《刑事诉讼法典》第41-2条)。自此,法国的公诉替代程序已成体系,主要体现为三大条款:其一,《刑事诉讼法典》第41-1条涵盖了如重申法律义务、罚金、将犯罪工具或犯罪所得上缴国库、机动车封存、扣押驾驶执照、扣押狩猎许可证、在公共机构从事义务劳动、在卫生、社会或专业部门或机构参加实习或培训、暂停支票或信用卡支付、不得出现于犯罪现场或检察官所指点的地点、不得联系或约见共和国检察官所指名的受害人、扣押护照且不得离开本国、自费参加并完成公民资格的实习培训、刑事和解等多种公诉替代程序;其二,《刑事诉讼法典》第41-2条规定了刑事调解程序及其附带的惩戒义务。《刑事诉讼法典》第41-1条最后1款规定:“因犯罪行为人态度而不执行第41-1条所规定之相关措施的,共和国检察官应启动刑事调解或公诉程序,但出现新因素的除外。”故刑事调解程序系最为严厉的公诉替代措施;其三,“1945年2月2日第45-174号关于未成年犯罪的裁定”第7-1条、第7-2条及第12-1条所规定的仅适用未成年人的公诉替代程序。

从司法统计数据看,公诉替代程序在法国的司法实践中占据日益重要的地位。在2004年,公诉替代程序的适用比例为78.4%,2008年为85.4%,2010年则为88.4%。而直接提起公诉的案件数量则年年下滑:2004年为366414起;2008年为219520起;2010年为163039起;比例为11.6%。除庭前认罪答辩程序所占的比例外,^[10]正式审判程序较之于公诉替代程序的比例逐年下滑:2010年,在639317起刑事案件中,有527530起通过公诉替代解决程序解决,72785起成功适用刑事调解程序,而2004年的刑事案件为674522起,有388944起通过公诉替代解决程序,25777起适用刑事调解程序。有超过半数的刑事案件通过《刑事诉讼法典》第41-1条予以处理。^[11]

[7] J-Y, Chevallier, « Le parquetier et la troisième voie », *Rev. Pénit.*, 2003, p. 629.

[8] 在法语中,“médiation”和“composition”均有“和解”和“调解”之意。但法语语境下的“médiation pénale”指的是“通过第三者的引导召集犯罪行为实施者与受害人会见,以在两者之间建立联系并在赔偿的具体细则和重新修复关系上达成合意,尽可能促进确立不再重新犯罪条件”的程序机制,故更宜翻译为“刑事和解”;而“composition pénale”则指“某些犯罪中,检察官以被告人认罪为条件,同意给被告人适用较低量刑的程序设计”,可区分译为“刑事调解”。参见施鹏鹏:“刑事调解抑或刑事和解——与罗结珍教授商榷”,载《法国研究》2009年第4期。

[9] Loi n° 99-515 du 23 juin 1999, D. 1999, lég., p. 134.

[10] Source: Les chiffres clés de la justice, 2011, ministère de la Justice.

[11] Muriel Giacopelli, « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale », in *RSC* 2012, p. 505 et s.

二、公诉替代程序的制度体系及运行机制

(一) 制度体系

一如前述,法国《刑事诉讼法典》及“1945年2月2日第45-174号关于未成年犯罪的裁定”规定了如下几种公诉替代程序。

1. 重申法律义务(*rappel à la loi*)

重申法律义务主要适用于无特定受害人的轻微刑事案件,如携带禁止的武器、驾驶摩托时未佩戴头盔等。这是一项“消极”的举措,^[12]是共和国检察官所建议的处罚程度最轻的公诉替代措施。在司法实践中,这一措施的适用数量较多,占据一半比例以上。共和国检察官在适用此一程序时可直接或通过司法警官传唤犯罪行为实施者并告知其所涉嫌违反的法律条款、可能造成的扰乱社会秩序的后果以及可能承担的刑事及民事责任,敦促犯罪行为实施者严格遵守法律以及对社会的义务。如果涉及未成年人的,亦应传唤其父母,以保证后者了解可能因未成年子女的违法行为承担民事责任。重申法律义务并非有罪判决,不会作为犯罪记录载入档案,可中止但不消灭公诉时效。换言之,未遵守此一程序相关规定的,检察官可再次提起公诉。由此可见,重申法律义务的核心目的是为了预防累犯。

2. 在卫生、社会或专业部门或机构参加实习或培训(*l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle*)

此项措施要求犯罪行为实施者与法定类型的某一专门机构进行联系,并自费承担实习及培训费用。犯罪行为的实施者应向检察机关通报所联系机构的具体地址,并提交由该机构所提供的完成相关实习或培训的证明材料。如果涉及驾驶陆路机动车辆时所实施的犯罪,则犯罪行为实施者应自费参加并完成公路安全意识的实习培训。从实习及培训内容看,该公诉替代措施应与强制治疗令作一区分,前者并不需要进行专门的形体或精神治疗。

3. 纠正犯罪行为(*la régularisation d'une situation constitutive d'une infraction*)

此项措施要求犯罪行为实施者立即有效矫正法律及条例所规定的犯罪行为(例如补办手续),并承诺在将来遵守既定规范。

4. 赔偿因犯罪行为所造成的损失(*la réparation du dommage résultant des faits*)

在司法实践中,赔偿犯罪行为所造成的损失包括恢复原状、对受害人进行有效赔偿以及支付具有罚金性质的款项。但此一公诉替代措施不得以无偿劳动或完成某一作为义务取而代之。当然,所谓的“赔偿”自然也涵盖了对受害人精神层面的抚慰,以获得其谅解。

5. 刑事和解(*la médiation pénale*)

刑事和解程序在正式载入法国《刑事诉讼法典》前已在司法实践中广泛应用。但各个司法机关在刑事和解方面的实践形式多样、差别甚大,有些固然达到较好的效果,但也有不少和解活动涉嫌违法甚至违宪。故1992年10月,法国司法部颁布了关于规范刑事和解程序的行政通令(*circulaire*),对刑事和解的目的及其基本法律框架进行了规定。此后,法国立法者又通过1993年1

[12] Selon l'expression de S. Detraz, note ss Crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, D. 2011. 2379, note F. Desprez; *ibid.* 2349, point de vue J. - B. Perrier; *ibid.* 2012. 2118, obs. J. Pradel; AJ pénal 2011. 584, note L. Belfanti; RSC 2011. 660, obs. J. Danet; Gaz. Pal., 17-19 juill. 2011, p. 18.

月4日的法律将刑事和解程序正式纳入《刑事诉讼法典》，将其作为一种重要的公诉替代程序，并进一步明确了其运作的细则。依据1992年行政通令之规定，所谓刑事和解，指“在第三者介入的情况下，由双方当事人通过自由协商寻求解决犯罪冲突的方案”。2004年3月16日的行政通令对此作出了进一步的解释，指出，“刑事和解指通过第三者的引导召集犯罪行为实施者与受害人会见，以在两者之间建立联系并在赔偿的具体细则和重新修复关系上达成合意，尽可能促进确立不再重新犯罪的条件”。^[13]

6. 刑事调解 (la composition pénale)

刑事调解，又有法国学者称之为审前的“辩诉交易程序”，^[14]指共和国检察官在公诉启动前对承认实施了一项或数项主刑为罚金刑或5年及以下监禁刑轻罪的自然人，或者在可能情况下对承认实施了一项或数项关联性违警罪的自然人，可直接或通过授权者建议适用法定措施以作为犯罪解决方案。刑事调解制度在法国的确立并非一蹴而就，而是经历了较长时间的酝酿和准备。其核心原因是立法者担心这种带有浓厚域外色彩的“辩诉交易”程序将催生严重的司法腐败行为，并可能损及审判权以及导致量刑不公。但随着诉讼案件的剧增，法庭堵塞的压力迫使立法者不得不作出让步，由此催生了1999年6月23日的《关于提高刑事诉讼效率的法律》(la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale)。此后，法国立法者又分别于2001年11月15日、2002年9月9日以及2004年3月8日对该制度进行了持续改革，扩大了这一程序机制的适用范围，并进一步对该程序的适用细则进行明确和规范。

依法国《刑事诉讼法典》第41-2条之规定，这些措施包括：(1)向国库缴纳调解罚金。该罚金的总额不得超过当处罚金刑的最高金额，并依犯罪行为的严重程度及犯罪人的收入与负担予以确定。调解罚金可按共和国检察官设定的日程分期支付，但应在1年内缴纳完毕；(2)将实施或旨在实施犯罪的工具或者犯罪所得收缴国库；(3)将车辆交付固定，最长期限为6个月；(4)将驾照交付大审法院书记室，最长期限为6个月；(5)将狩猎许可证交付大审法院书记室，最长期限为6个月；(6)在6个月的期限内为社区进行最长60小时的无薪劳动；(7)在18个月的期限内到卫生、社会或专业服务部门及机构进行3个月以内的实习或培训；(8)在6个月的期限内不得使用信用卡，亦不得签支票，但出票人在付款人处提取款项或者支票已经核实确认的不在此列；(9)在6个月的期限内不得出现于犯罪行为实施地以及共和国检察官所指定的区域，但当事人的常住地除外；(10)在6个月的期限内不得会见或接待共和国检察官所明示的犯罪受害人，或者与之取得联系；(11)在6个月的期限内不得会见或接待共和国检察官所明示的共犯或从犯，或者与之取得联系；(12)在6个月的期限内不得离开国境并上交护照；(13)参加公民培训，如需费用，自行负责。^[15]尤其值得注意的是，前五项举措更多基于赔偿的目的，而刑事调解则相对倾向于惩罚目的。^[16]

7. 强制医疗令 (l'injonction thérapeutique)

强制医疗令，指由司法职权机关依法作出裁决，对毒品吸食者进行强制隔离并由医师或精神病医

[13] 更详尽的介绍，参见施鹏鹏：“法国刑事和解制度研究——兼论对中国的借鉴意义”，载《社会科学辑刊》2006年第6期。

[14] Jean Pradel, « Un consécration du plea bargaining à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99 - 515 du 23 juin 1999 », *Recueil Dalloz*. 1999, chron. p. 379.

[15] 更详尽的介绍，参见施鹏鹏：“在正当与效率之间：法国刑事调解程序述评”，载《环球法律评论》2008年第2期。

[16] 例如刑事调解程序中的罚款，类似于《刑法典》中所规定的罚金刑，罚款(金)数额均应符合刑罚个别化原则。这在某种程度上赋予共和国检察官刑事处罚权，这也是为何法国立法者对刑事调解适用严格的司法审查制度。

生进行药物治疗,直至毒瘾治愈。强制医疗令依犯罪行为的严重程度可适用于刑事诉讼的不同阶段:如果犯罪行为较为轻微,则共和国检察官可建议适用强制医疗令以作为公诉替代措施;如果犯罪行为较为严重,则预审法官可裁定在司法管制中附带强制医疗令。犯罪嫌疑人违背强制医疗令的,将适用临时羁押;强制医疗令还可在刑事判决中由法官以附加刑的形式作出。

8. 未成年人公诉替代程序的特殊机制

法国未成年人刑事程序法始于20世纪初,是意大利实证主义犯罪学影响的直接产物。19世纪中后期,以龙勃罗梭、菲利为代表的实证主义犯罪学派认为,人的犯罪行为并非由自由意志所决定,而是受到客观环境的影响,因此刑罚的目的应是使罪犯脱离犯罪环境,而非纯粹的惩罚。受这一理论影响,法国未成年人适用独立的刑事程序法,奉行独特的诉讼原则与程序机制,这是因为未成年人的社会心理成熟度、是非判断力以及自我控制能力等远不及成年人,其受家庭、学校以及社会等客观环境的影响更大。未成年人的公诉替代程序亦设有一些特殊的机制。其一,未成年人法定代理人到场制度。“如果共和国检察官对未成年人适用《刑事诉讼法典》第41-1条之规定,则应传唤未成年人的法定代理人。未回应此一传唤的未成年人法定代理人,将科处第10-1条第2款所规定之刑罚,即数额不超过3750欧元的罚金或者要求对其进行父母责任的培训。”(第7-1条)其二,特殊的刑事调解机制。“如果《刑事诉讼法典》第41-2条及第41-3条所规定的刑事调解程序适合利害关系人的人格,则依本条所规定之条件可对十三周岁及以上的未成年人适用该程序。共和国检察官亦应向未成年人的法定代理人提出适用刑事调解程序的建议,并获得其同意。未成年人及其法定代理人同意适用刑事调解程序的,应有第4-1条第2款所规定的一名指定律师在场”。在确定刑事调解有效前,青少年法官可依职权或者依未成年人或其法定代理人的请求听取其供述。在此一情况下,提供供述是一项权利。青少年法官的裁决应送达犯罪行为实施者及其法定代理人,必要时还应送达受害人。共和国检察官还可在刑事调解程序中建议对未成年人适用如下措施:(1)完成公民培训实习;(2)定期追踪学业或职业培训情况;(3)遵守此前法官所作出的将未成年人收容于有资格的、公立或私立的教育或职业培训机构或组织的裁决;(4)咨询精神病学专家或心理学专家;(5)执行日活动措施;(6)未成年人年满十六周岁的,履行《国务法典》第L130-1条至第L130-5条所规定的公共防务机构的服务合同;对未成年人所建议适用的措施,执行期限不得超过1年(第7-2条)。其三,特殊的受害人赔偿和救济制度。“共和国检察官、负责案件预审的法院或者庭审法院有权建议对未成年人适用某种对受害人进行帮助或赔偿的措施或活动或者某种有益集体的措施或活动。在裁定适用对受害人进行帮助或赔偿的措施或活动前,必须获得受害人的同意。如果在提起公诉前建议适用这一措施或活动,则共和国检察官应事先获得未成年人及其亲权享有者的同意。笔录应确认这一同意,并附入诉讼案卷。负责预审的法院遵循相同的程序细则。如果帮助或赔偿的措施或活动是由判决作出,则法院应事先听取未成年人及其亲权享有者的意见。这一措施或活动的运行可委托青少年司法保护公共部门或者具有此一专门法律资格之法人所属的自然人、机构或部门在法令所规定的条件下负责。在裁决所确定的期限届满后,相关的负责部门或人员应向作出这一帮助或赔偿措施或活动裁决的法官提交报告。”(第12-1条)

(二) 运行机制

1. 程序要件

公诉替代程序的适用应严格遵守《刑事诉讼法典》所设定的各项程序要件,具体包括两方面:一方

面,在适用公诉替代程序前,司法警察所主导的侦查程序应对犯罪事实进行查证。故直接提交检察机关的刑事案件不得适用公诉替代程序,仅得适用简易程序(如笔录传唤程序及立即出庭程序)。警察侦查程序之于公诉替代程序的意义既包括对案件基本事实的证明,还包括获悉犯罪嫌疑人对案件事实的基本态度,后者是适用公诉替代程序的基本前提。特别需要注意的是,如果警察侦查程序存在程序无效事由,^[17]则检察官不得适用公诉替代程序,而应归档不诉;另一方面,所有可能适用公诉替代程序的案件均须进行系统的登记(un enregistrement systématique),尤其是犯罪嫌疑人的品格、前科、精神状况等。警察在卷宗移送时应将登记材料一并移送,以供共和国检察官在适用公诉替代程序时参照。

2. 实体要件

实体要件主要包括三方面:

其一,认罪。^[18]《刑事诉讼法典》第41-1条作了默示规定:“因犯罪行为人态度而不执行相关措施的,共和国检察官应启动刑事调解或公诉程序……”^[19]行政通令则更为明晰直接,例如2004年3月16日的行政通令明确规定,实施刑事和解至少必须具备三个前提条件:“一,检察官拥有足够的证据证明犯罪行为存在且是被告人所为;二,当事人明确存在;三,当事人双方同意以和解的方式解决刑事纠纷。”而《刑事诉讼法典》第41-2条则明文规定“认罪”是适用刑事调解程序的前提。为避免犯罪嫌疑人在侦查阶段因受到不当压力而不能“自由地”表达意志,1999年的法律曾明文禁止司法警官在拘留期限向犯罪嫌疑人提出刑事调解建议,否则程序归于无效。但2002年9月9日的法律取消了这一规定。立法者主要还是基于诉讼效率的考量。此举遭到法国学界的普遍质疑。例如,冉·布拉戴尔教授便认为,在侦查阶段,被拘留者是“脆弱的人”(une personne fragile),“容易受到侵害”(en situation de vulnérabilité),因此,“禁止司法警官在拘留期限向犯罪嫌疑人提出刑事调解建议”的规定依然有其正当依据。^[20]特别是在一些特殊的轻罪案件中(如酒醉驾车或非法使用麻醉品),犯罪嫌疑人在拘留阶段经常处于神智不清的状态,根本不可能“明确”地表达自己的意志。

其二,法定的适用范围。依立法目的,公诉替代程序仅适用于情节轻微的刑事案件。尽管《刑事诉讼法典》并未详尽规定每种程序所应适用的特定案件类型,但在司法实践中,各公诉替代程序均有其主要的适用范围。例如,重申法律义务主要适用于无特定受害人的轻微刑事案件;在卫生、社会或专业部门或机构参加实习或培训主要适用于行业领域发生的轻微刑事案件;纠正犯罪行为主要适用于违反技术规范及安全条例的轻微刑事案件;赔偿因犯罪行为所造成的损失主要适用于轻微的人身伤害或财产损害案件;刑事和解主要适用于家事诉讼,还适用于轻微的暴力伤害案件(《法国刑法典》第222-7条及以下;第R625-1条)、盗窃案件(《法国刑法典》第311-1条及以下)、诈骗案件(《法国刑法典》第313-1条)、破坏、毁誉及毁损案件(《法国刑法典》第322-1条及以下)、威胁案件(《法国刑法典》第222-17条及以下)、伤害案件(《法国刑法典》第R621-2条)以及恶意电话案件(《法国刑法典》第222-16条)等等;强制医疗令则适用于涉及吸食毒品的轻微刑事案件。比较特殊的是刑

[17] 更详尽的介绍,参见施鹏鹏:“法国刑事程序无效理论研究——兼谈中国如何建立‘刚性’程序”,载《中国法学》2010年第3期。

[18] “认罪”(l'aveu)在法国并不直接导致有罪判决,而仅是可证明案件事实的某种证据形式,故法国学术界通常将其归为实体要件。例如参见 Muriel Giacomelli, *op. cit.*, p. 505 et s.

[19] F. Debove, «L'aveu», in *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 347.

[20] Jean Pradel, *op. cit.*, p. 379. 类似观点,参见 P. Poncela, «Quand le procureur compose avec la peine (bis)», *RSC*, 2003, p. 140.

事调解程序。在2004年3月8日的贝尔本第二号法令(PERBEN II)颁布前,法国《刑事诉讼法典》原第41-2条第1款明确列举了可适用刑事调解程序的各种罪名,主要包括量刑三年以下、针对人身及财产的轻罪和违警罪。但2004年的贝尔本第二号法令扩大了刑事调解的适用范围,规定“应处罚金刑或五年及以下监禁刑的轻罪或违警罪”均可适用刑事调解程序。这一改革举措事实上将刑事调解程序的适用范围一般化:不再受罪名列表的限制;最高量刑幅度也由“三年”跨越至“五年”。但各地检察长可在这一框架下自主确立程序的“适用范围”。在司法实践中,适用刑事调解程序的刑事案件依然以原法条列表中所确立的刑事轻罪及违警罪为主。^[21]

其三,人格信息。依“刑罚”个别化(personnalisation)原则,公诉替代程序的适用必须与犯罪嫌疑人的人格相称。在司法实践中,共和国检察官通常委托司法警官或专门的社会调查机构负责收集犯罪嫌疑人的相关信息,包括前科、品格、精神状况、教育程度、家庭状况、收入水平、工作情况等。一些特殊的公诉替代程序还必须通过精神鉴定机构,如强制医疗令。

3. 程序适用

公诉替代程序适用特殊的程序细则,既有别于归档不诉(classement sans suite),也不同于公诉程序。从本质上讲,归档不诉是司法管理举措(MAJ:une mesure d'administration judiciaire),具有行政性和单方性。^[22]共和国检察官决定归档不诉的,无需征得犯罪嫌疑人同意。公诉程序虽具有“司法性”,但仍属“单方行为”。共和国检察官启动公诉的,由预审庭或刑事法庭受理,无需考虑被追诉者的意愿。且提起公诉则意味着检察官放弃起诉裁量权,不可撤销,不可逆转。而公诉替代程序则兼具“司法性”和“合意性”,共和国检察官在适用相关替代举措时需与犯罪嫌疑人达成某种“默契”或获得其明示的“同意”。最具代表性的当属刑事和解程序及刑事调解程序:前者受害人与犯罪嫌疑人之间应达成和解协议,并经共和国检察官确认。后者则由共和国检察官或共和国检察官所委托的代表提出刑事调解建议,犯罪嫌疑人可自主决定是否接受检察官或检察官代表所提出的量刑建议。如果犯罪嫌疑人拒绝检察官或检察官代表所提出的量刑建议,则检察官应提起公诉,除非发现新的证据。如果犯罪嫌疑人接受检察官或检察官代表所提出的量刑建议,则由庭审法官对刑事调解的有效性进行确认。

4. 效力

《刑事诉讼法典》对公诉替代程序的效力进行了分层规定,即如果未执行第41-1条所规定之公诉替代措施的,共和国检察官可启动刑事调解或公诉程序;但如果未执行第41-2条所规定之调解协议的,则共和国检察官必须启动公诉程序,除非存在新的要素。可见,刑事调解程序是公诉程序与其他公诉替代程序之间的“中间”程序。

《刑事诉讼法典》亦对公诉替代程序与公诉时效的关系作了不同的规定。第41-1条倒数第2款明确规定,“本条所规定的程序中止公诉时效”。第41-2条则规定,“旨在实施或执行刑事调解的行为具有中断公诉时效的效力”,且刑事调解得到执行的,公诉即告消灭,受害人不得提起上诉。由此必然引发一个追问:执行《刑事诉讼法典》第41-1条所规定之措施的,是否产生公诉消灭效力?对此,法律未作规定,但法国最高法院的立场是明确的。2011年6月21日,最高法院刑事庭在一起刑事案

[21] Sylvie Grunvald et Jean Danet, Une première évaluation de la composition pénale, Recherche subventionnée par le GIP “Mission de Recherche Droit et Justice”, *Rapport Final*, janvier 2004, p. 149 et s.

[22] P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit criminel et de criminologie*, t. II, Procédure Pénale, 2^e éd., 1979, éd. Dalloz; Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, T. II, Procédure pénale, 5^e éd., Cujas, 2001, n° 329.

件的判决中指出,即便成功适用第 41-1 条所规定之公诉替代程序,亦不禁止共和国检察官重新启动公诉。^[23] 2012 年 1 月 17 日,最高法院刑事庭又在另一起刑事案件的判决中将这一做法扩大及民事当事人。^[24] 这意味着最高法院认为,执行第 41-1 条所规定之措施并不消灭公诉时效,共和国检察官和民事当事人均可重新启动公诉程序。但法国大部分学者对这一观点持批判态度,认为最高法院的立场与公诉替代程序的立法哲学并不契合,也和主流学说普遍将第 41-1 条视为“附条件不起诉”的核心观点相冲突。^[25] 笔者亦同意法国学界的主流观点:从既判力的基本理论看,公诉替代程序的裁决是否具有既判力,主要取决于是否经过直接、言辞、对席的严格证明程序。而无论是认罪程序,还是司法审核程序,均符合严格证明的要求,故应产生“类”既判力,检察机关不得就同一事实再次提起公诉。^[26]

三、公诉替代程序的适用情况及隐忧

(一) 适用情况^[27]

从司法数据看,公诉替代程序在刑事诉讼中的适用呈逐年稳步上升趋势,2011 年,法国检察院共收到 5 243 334 起控诉案件,但仅有 2 052 125 起刑事案件找到犯罪嫌疑人。扣除不予受理以及此前已经受理的案件,2011 年检察院所处理的案件总数为 4 751 586 起,比 2008 年及 2009 年略有增长(参见表 1)。所处理的案件包括撤销的案件以及继续起诉案件。70% 的案件因司法理由未提起公诉,包括未证实犯罪、证据不充分(前两者共 490 298 起)以及侦查阶段未发现犯罪嫌疑人的案件(2 842 722 起)。30% 的继续起诉的案件按结果又分为三类:归档不诉、公诉替代程序以及提起公诉。继续起诉的案件增长至 1 418 566 起。但在未成年人刑事案件中,继续起诉的案件高达 84%,因为很少有未成年涉案的刑事案件未找到犯罪嫌疑人。起诉未成年的案件(151 000 余起)占据案件总数 10.6%。成功适用公诉替代程序的案件比例逼近 50%(参见表 2)。

表 1 移送至检察院的案件

	2007 年	2008 年	2009 年	2010 年	2011 年
移送至检察院的案件(起)	5 273 909	5 101 119	5 030 578	4 966 994	5 243 334
数量浮动比例(100%)	-0.7	-3.3	-1.4	-1.3	+5.6
未发现犯罪嫌疑人的案件(起)	3 082 620 (58%)	2 843 310 (56%)	2 833 641 (56%)	2 870 645 (58%)	3 191 209 (61%)
发现犯罪嫌疑人的案件(起)	2 191 289 (42%)	2 257 809 (44%)	2 196 937 (44%)	2 096 349 (42%)	2 052 125 (39%)

[23] Crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, préc.

[24] Crim., 17 janv. 2012, n° 10-88.226, D. 2012. 2118, obs. J. Pradel.

[25] Muriel Giacomelli, *op. cit.*, p. 505 et s.

[26] 施鹏鹏:“刑事既判力理论及其中国化”,载《法学研究》2014 年第 1 期。

[27] Rapport 2012 de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, Sous la direction de Alain Bauer et Christophe Soulez.

表2 公诉案件程序分流的情况

	2007年	2008年	2009年	2010年	2011年
处理的案件总数(起)	4 903 537	4 726 539	4 667 943	4 502 363	4 751 586
撤销的案件(起)	3 427 002	3 226 128	3 180 268	3 099 692	3 333 020
(1) 未发生犯罪事实、证据不足以 及法定事由的案件	449 496	482 429	496 635	481 832	490 298
(2) 未有调查结果的案件	2 977 506	2 743 699	2 683 633	2 617 860	2 842 722
继续追诉的案件(起)	1 476 535 (30.1%)	1 500 411 (31.7%)	1 487 675 (31.9%)	1 402 671 (31.2%)	1 418 566 (29.9%)
(1) 提起公诉的案件	684 734 (46.4%)	668 946 (44.6%)	673 684 (45.3%)	639 317 (45.6%)	628 368 (44.3%)
(2) 成功适用公诉替代程序的 案件	550 204 (37.2%)	611 945 (40.8%)	631 439 (42.4%)	600 315 (42.8%)	630 522 (44.4%)
(3) 归档不诉的案件	241 597 (83.6%)	219 520 (85.4%)	182 552 (87.7%)	163 039 (88.4%)	159 676 (88.7%)

但对于每一具体公诉替代措施的适用比例及数量,法国司法部并未一一列明,仅是作了大体表述,情况如下(图1):刑事调解程序72 519起,占成功适用公诉替代程序案件的11.5%(起诉案件总数的5.1%);重申法律约占51%,刑事和解及赔偿受害人约占4%,在卫生、社会或专业部门或机构参加实习或培训约占4%,纠正犯罪行为约占20%,其余主要针对非法入境外国人^[28]的公诉替代程序(涵盖了前述各种措施)大约占21%。

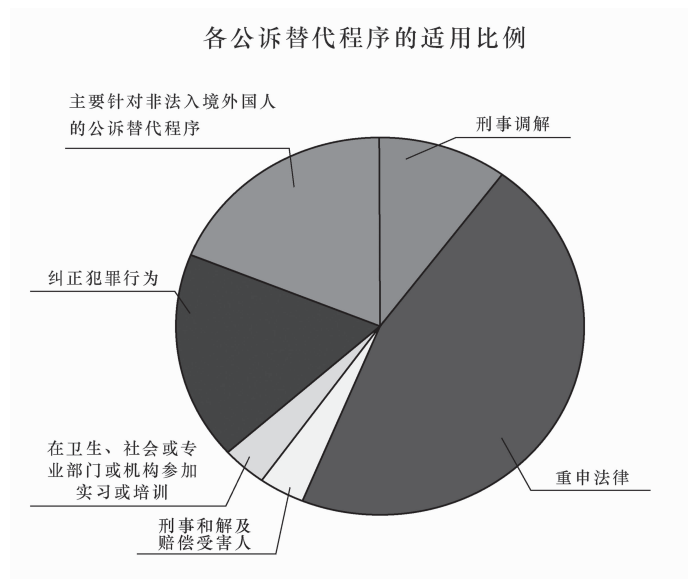


图1 各公诉替代程序的适用比例

[28] 近几年,法国政府对非法移民问题日趋重视,故司法部的官方报告在所有涉及刑事犯罪的统计数据上将非法入境的外国人单列一栏。

(二) 制度的隐忧

尽管公诉替代程序在法国的刑事司法实践中呈勃勃生机,但制度运行背后仍存在极大隐忧,概而言之主要涉及五大方面。

其一,体系混乱与性质之争。在笔者研究法国刑事诉讼十余年的时间里,大概没有一项域外制度如法国公诉替代程序那般混乱。甚至在很多情况下,法国的官方立法文件、最高法院以及主流学说使用不同的措辞以指代各种公诉替代程序。例如,法国司法部2012年的官方报告便将刑事调解排除在公诉替代程序之外。刑事案件与特赦局(DACG: Direction des affaires criminelles et des grâces)局长马任(J. - C. MARIN)则持相反观点,认为刑事调解是最严厉的公诉替代程序。还有一些官方机构(如法国公共服务局)、辞典及教材将“在卫生、社会或专业部门或机构参加实习或培训”、“纠正犯罪行为”以及“赔偿因犯罪行为所造成的损失”这三种措施统称为“附条件不起诉”(classement sous condition),以区别于未附任何条件的“重申法律义务”和以“合意”为核心的刑事和解及刑事调解。

当然,术语使用上的混乱仅是表象,反映了不同机构及学者对公诉替代程序性质理解的差异。例如有学者便认为,不能简单以是否启动公诉为标准,^[29]应将第41-1条所规定的公诉替代程序与刑事调解程序区分开来,前者以赔偿^[30]或预防^[31]为目的,后者则以刑罚为目的。安布瓦兹·卡斯特罗(C. Ambroise - Castérot)和邦费斯(Ph. Bonfils)教授则认为,应将附条件不起诉与“真正”的刑事纠纷解决替代模式区分开来,后者从严格意义上讲仅为刑事和解和刑事调解。^[32]孔特(Conte)教授则认为,刑事调解不能界定为公诉替代程序,而是某种特殊的公诉形式,可称为“具有公诉目的的诉讼”(d'action à fin publique)。^[33]

但不能简单地将各种措辞和学说之争归结为某种纯理论的概念推演,甚至诟之为“空洞的教义之争”。^[34]依笔者之见,公诉替代程序之所以出现体系混乱及性质之争,原因主要有三:其一,法国公诉替代程序体系的形成,并非源自立法者及学者的制度构建,而是实务界积极探索的结果,并最终写入法典。故很难保证每种措施在性质及功能上协调如一;其二,刑事调解制度设立的原因则更为复杂,既有应对法庭堵塞、提高诉讼效率的考虑,也有受美国刑事司法体制(辩诉交易制度)影响的结果。从比较法的角度看,移植域外制度本身势必影响本国原先较为协调自治的制度逻辑;其三,近二十余年来,各种公诉替代程序的创设速度确实惊人,这在客观上给许多官方机构及实务人员造成极大的困扰,一些传统的表述因此保留了下来,不免与实际的内涵及外延产生冲突。但从适用情况看,体系性不足甚至性质杂糅的缺憾丝毫不影响实务工作者的热情。逐年上升的程序适用率既凸显了一线法官在面对数量巨大刑事案件时的无奈,也隐约反映了一种新的“司法实用主义”思潮。而欧陆传统上“从理论至立法、再从立法至实践”的制度建构线条,也在某种意义上受到了挑战。

[29] D. Dechenaud, « Les voies alternatives », in V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli, *Droit pénal le temps des réformes*, actes du colloque des 7 - 9 oct 2009, Bordeaux IV, Litec 2011, coll. Colloques et débats, p. 218.

[30] J. Buisson et S. Guinchard, *Procédure pénale*, Litec, 8e éd., n° 13330.

[31] M. - C. Desdevises, « L'option entre prévention et répression; les alternatives aux poursuites; un nouveau droit pénal des majeurs », in *Mélanges en l' honneur du Pr. Ottenhof*, D. 2006. 167.

[32] C. Ambroise - Castérot et Ph. Bonfils, *Procédure pénale*, Thémis droit, PUF, 1re éd. n° 129 à 136.

[33] Ph. Conte, La nature juridique des procédures : « alternatives aux poursuites de l' action publique à l' action à fin publique », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, p. 190, spéc. n° 12, PUAM, 2007.

[34] Muriel Giacomelli, *op. cit.*, p. 505 et s.

其二,公诉替代程序与刑事诉讼其他快捷处理程序的衔接问题。从立法上看,公诉替代程序与其他一些速决程序在适用范围上存在交叉与重叠,因此,如何协调适用各种速决机制以达到最佳践行效果,这是法国立法界及实务界所面临的一大难题。通常而论,实务部门秉承三大原则:首先是法定原则。法律有规定的,依法律规定的处理。例如,刑事处罚令程序并非“合意型审判程序”(la justice négociée):法官据以裁判的基本前提也非被告人认罪,而是相对完整及确定的司法侦查,被告人甚至可对法官的判决提出异议(opposition)。故在违警罪案件中,被告人未认罪的,可考虑适用刑事处罚令程序,而被告人认罪的,则可考虑公诉替代程序或庭前认罪答辩程序。其次是便捷原则。法律没有规定的,选择最方便快捷的处理方式。例如在司法实践中,被告人认罪的轻微刑事案件,通常倾向于适用公诉替代程序,而非庭前认罪答辩程序,因为前者更为快速便捷。最后则是恰当原则。一些特殊的案件应适用特别的速决程序。例如涉及家事的轻微刑事案件通常适用刑事和解程序。被告人认罪但案情相对复杂的刑事案件,通常适用庭前认罪答辩程序。当然,司法部门尤其是检察机关在程序的选择和适用上享有较大的裁量权。因此,为实现规范化和统一化,各地方的检察机关往往会在充分咨询各方意见(尤其是法官)后制订适用于本地的刑事政策,以决定何种类型的案件适用哪一种速决程序。这里引发另一个担心,即地方性规则的盛行可能导致法律适用不一,进而损及刑事处罚的平等性。法国宪法委员会对此也存有疑虑,并多次在违宪审查的判决中重申了法国宪法性文件(bloc de la constitutionnalité)所秉承的诸多正当性原则。^[35]对此,法国刑事案件与特赦局一直密切关注各地检察机关在适用公诉替代程序上的做法,避免制度适用上出现偏差。但从适用报告上看,处理结果引发较大争议的刑事案件目前尚未出现。

其三,刑事处罚的司法化问题。这一问题争议已久。早在1995年,法国立法者便曾确立刑事强制令程序(l'injonction pénale,1995年2月8日第95-125号法律),^[36]授权共和国检察官对某些经侦查证实的轻微犯罪建议适用罚金刑或公益劳动以终止诉讼。但法国宪法委员会随即通过违宪审查撤销了这一程序机制,认为公诉机关在刑事强制令程序中侵犯了法官的审判权,违反了公诉权与审判权相分离的宪法规定。尽管立法者在后续的程序设计中确立了补救措施,即引入了法官的司法审查机制,但这并不能消除理论界及实务界对检察官享有“准司法权”(pouvoirs quasi juridictionnel)^[37]的普遍质疑,因为法官在刑事调解程序中的审核确认并不能使裁决成为真正的司法判决,且在司法实践中,法官的审核有形式化之嫌,几乎未有审核不过的案例(例如,2002年南特轻罪法院的审核成功率为98%):一方面,庭审法官为缓解自身压力而不愿驳回不合法或不恰当的刑事调解建议;另一方面,各地检察长在制订有关刑事调解的基本政策前大抵会征询法官的意见,因此,法官和检察官或检察官代表在个案刑事调解程序运作前事实上已达成一般的默契。对于这一现象,有法国学者评价道:“(审

[35] Décision n° 95-360 DC, 2 févr. 1995, JORF 7 févr. 1995, p. 2097 et 2098. B. Bourdeau, «L'injonction pénale avortée; scories sur une question de confiance», *ALD* 1995, comm. p. 45 et s.; J. Pradel, «D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale», *Recueil Dalloz* 1995, chron. p. 172 et 173; J. Volf, «Un coup pour rien! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel», *Recueil Dalloz* 1995, chron. p. 203.

[36] B. Bourdeau, *op. cit.*, p. 45.

[37] Perrocheau, «La composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: quelles limites à l'omnipotence du parquet?», *Droit et Société* 2010, n° 44, p. 55; C. Saas, «De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur», *Droit et Société*, 2004, p. 827.

核)原本是刑事调解制度合宪的根本前提,如今却被立法者以渐进的方式加以磨灭。”^[38]可见,检察官的程序处分权与刑事处罚的司法化存在学理的矛盾。尽管如著名的法哲学家保罗·利科(Paul Ricoeur)所言,“司法应是多元的”,^[39]但诉讼效率与刑罚依据之间的冲突绝非简单的价值抉择问题,而涉及刑事诉讼的深层法理,不可等闲视之。这也是为何法国理论界对各种速决程序始终持相当保守的态度,既严格限制范围,又增设诸多审核监督机制。

其四,司法实践中的“鼓励认罪”(强制合意)现象。在未设立公诉替代程序前,共和国检察官常囿于办案压力而倾向于将一些可诉的案件归档不诉。^[40]立法者认为,这种“轻率”的不诉^[41]给犯罪行为实施者相当不好的信号,^[42]在某种意义上鼓励“再犯”,且严重违反罪刑法定原则。社会公众以及民意代表(两院议员)对过高的不起诉率尤为敏感,认为这是司法职权机关严重职责懈怠,不利于社会秩序的维护。公诉替代程序引入后,同样囿于办案压力,共和国检察官对该机制的依赖程度与日剧增,由此引发另一个严重的问题,即“鼓励认罪”现象。依法典规定,所有的公诉替代程序以“认罪”为基本前提。故在司法实践中,共和国检察官对可能适用公诉替代程序的案件几乎均不再收集各种客观的“司法证据”,^[43]而更多立足于司法警察所作的笔录。也因为如此,司法警察普遍在刑事拘留阶段便促成“认罪”,这在很大程度上是法国刑事拘留数量急剧膨胀的根本原因,宪法委员会在2010年7月30日的判决中对这一现象进行了严厉的批判,并重申了“自由意愿”(la libre volonté)的基本理念。^[44]法国学界的主流观点认为,公诉替代程序以“认罪”为适用前提,但并非唯一的适用前提,应以侦查阶段所收集的实物证据予以补强,如持有毒品或者被盗赃物等,后者可避免“鼓励认罪”成为法国刑事司法中的怪象。^[45]

其五,辩护权与受害人权利的保障问题。从理论上讲,公诉替代程序在辩护权设置上并未作特殊规定。故犯罪嫌疑人在接受共和国检察官所提出的量刑建议前可请求获得律师的帮助,但这并不是一个强制要件。在司法实践中,大部分的犯罪嫌疑人并不会聘请律师。而作为普通公民,犯罪嫌疑人根本无能力权衡检察官或检察官代表所提出的量刑建议是否合理(应与轻罪法院对同类案件的判例进行比较),也无能力了解自身所享有的诉讼权利。故一些法国议员提出,应仿效庭前认罪答辩程序,设立律师强制参与机制。^[46]但律师参与权的确立,又势必减损公诉替代程序的效率,进而陷入“程序正当化”与“程序简约化”的逻辑悖论。所幸的是时下这一矛盾并不尖锐,这主要是因为公诉替代程序

[38] Aurore Bureau, «Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique: la composition pénale», in *Archives de Politiques Criminelles*, 2005, n° 27, p. 139.

[39] P. Ricoeur, *Le juste*, Paris, Esprit, 2000.

[40] F. Desportes et L. Lazerges - Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 1re éd. 2009, n° 1152 s.

[41] C. Lazerges, «Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle», *RSC* 1997. 186.

[42] B. Brunet, «Le traitement en temps réel: la justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale», *Droit et Société* 1998, n° 38, p. 91 - 107.

[43] C. Ambroise - Castérot, *Rép. Pén.* Dalloz, v° Aveu, 2004.

[44] Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010 - 14/22 QPC, *AJDA* 2010. 1556; *D.* 2010. 1928, entretien C. Charrière - Bournazel; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel; *ibid.*, p. 2696, entretien Y. Mayaud; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay; *AJ pénal* 2010. 470, étude J. - B. Perrier; *Constitutions* 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier; *ibid.* 2011. 58, obs. S. De La Rosa; cette *Revue* 2011. 139, obs. A. Giudicelli; *ibid.*, p. 165, obs. B. de Lamy; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges; *RTD civ.* 2010. 513, obs. P. Puig; *ibid.* 517, obs. P. Puig.

[45] Muriel Giacobelli, *op. cit.*, p. 505 et s.

[46] M. Vaxes lors de la discussion à l'Assemblée Nationale, séance du 22 mai 2003, *J. O. A. N.*, p. 4112.

的适用范围仅限于情节较为轻微且事实较为清楚的案件,检察官的客观、中立义务也在某种程度上消解了辩护权虚化所带来的弊端。受害人权利保障亦是公诉替代程序适用中的另一棘手问题。目前刑事诉讼法典仅规定了受害人在公诉替代程序中(主要是刑事调解)的知情权,而未过多涉及其他权利。事实上,在一些公诉替代程序的适用中(尤其是刑事和解与赔偿因犯罪行为所造成的损失),受害人的有效参与是其获得充分补偿的前提条件,应以立法的形式予以保障。毕竟,刑事和解是犯罪行为实施者与受害人之间通过自由协商以寻求解决刑事冲突的程序,因此,主导权理应交由犯罪行为的实施者与受害人,强化诉讼中的合意,削弱职权主义色彩。

四、评论:从“理性建构”型至“自然演进”型的司法改革观?

笔者前述已对法国公诉替代程序的制度设计、运行原理、实践适用以及体系弊端等作了较为详细的梳理。笔者在法国公诉替代程序的演变过程中发现近年来欧洲极为有趣且值得引起中国关注的立法现象,即“自然演进型”的司法改革观。

传统意义上,学界倾向于将人类制度文明的推进模式一分为二:“理性建构”和“自然演进”,分别对应于欧陆的理性主义传统和英美的经验主义传统。反映在“法律品格”(mentalité juridique)上,欧陆法倾向于“学院派品格”,而英美法则倾向于“实务派品格”。^[47]“学院派”侧重于秩序、逻辑、宏大理论和理性建构,如德国学者埃里希·卡勒尔在描述法国时所言,“理性主义和用理性驾驭自然的愿望是法国哲学的主调,而且我们看到它们影响了法国生活的各个方面。笛卡尔的认识论法则以仿佛无穷尽的变化形态,不断重复出现。这一法则揭示了路易十四的政治学,柯尔柏的经济学,蒙太涅的新心理学以及法国人的行为标准,即法兰西贵族们渴望的那种对精神、身体和情感的完全的控制。法国的洛可可式园林的几何结构,是将自然置于理性控制之下,并且为了人的享受而加以重构的理性冲动的鲜明例证”。^[48]而“实务派”则注重解决日常生活的无序,避免现实生活的不确定性。^[49]他们对宏大的建构及一般原则的形成无动于衷。法律源自于实践,聚焦于具体的问题,立足于具体事由的评估,而非一般原则。

但近年来,法国司法改革开始出现“自然演进”型的立法思潮。决策者不再立足宏大的法治目标,凭借学术化、逻辑化的理性推导以设计出一套理想法治社会的蓝图,并作为国民行为的价值依据及行动指南。相反,司法实践所面临的具体问题以及所反馈的经验教训开始在制度的改革推进中占据极为重要的地位。时下,法国的许多司法制度的确立远非立法者或者学者理性设计的结果,而是实务部门在多年的实践过程中反复试错以逐步确立并最终法典化。以公诉替代程序为例,几乎所有的公诉替代措施均是司法实务部门在处理轻微刑事案件时的经验所得,并最终凝练升华为某种通用的处理模式,如刑事和解、刑事调解等。有些措施甚至最初仅是司法实践中的“潜规则”,与法律规定存在潜在的冲突,却最终因其“实用性”(效率)改变了现行法的规定。对于这一立法现象,法国最高法院、最高行政法院尤其是宪法委员会在一开始持较为保守的态度,但迫于一线司法人员的办案压力,近年来也逐渐改变立场,并有扩及至其他司法改革领域的倾向。

[47] Sir Basil Markesinis, «Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets», in *RTD Civ.* 2005 p. 47.

[48] [德]埃里希·卡勒尔:《德意志人》,黄正柏等译,商务印书馆1999年版,第252页。

[49] Cf. les remarques de Lord Goff dans *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] AC 241, 280.

较之于“理性建构”型，“自然演进”型的司法改革观带有明显的实用主义色彩，每一次改革虽未能惊世骇俗，但稳步推进，风险较小，更为微观，也更面向实践。但这与欧陆的传统法律文化尤其是司法实务人员在近代欧陆法形成过程中的作用产生一定的冲突。从比较法的角度看，欧陆的立法传统更多是学者推进型，侧重于建构、理论以及在既定学科内对判例的结构性的阐释，“传统倾向于文本研究（旨在构造原则，随即通过抽象的过程进行司法建构），而非探究事实……”^[50] 个案的判决以及司法实务经验很少作为新法建构的基石，而通常仅是作为例证，用以阐释某一普遍原则的适用。故在欧陆的教材与论著中，学者虽然也会会在脚注中广泛援引判决，但读者很难推知某一制度在实践中的具体运用情况及可能的反思。故不难发现，“理性建构”的立法模型掩盖了司法判决的真正基础，很难及时准确回应司法实践的需求，并人为地在学者和实务人员之间制造理论的鸿沟。

当然，“自然演进”型的立法模式也有其弊端，容易导致改革零碎化、制度内在逻辑失序，甚至还会致使路径依赖，使刑事诉讼的发展偏离正当程序的航道。但无可否认，欧陆“自然演进”型的司法改革与英美法存在某种“渐进式的趋同”，^[51] 这虽很难说是对传统“理性建构”的颠覆，但至少是极为有益的补充，这一立法模式值得引起高度关注。

A Study on *Procédures Alternatives aux Poursuites* in France

Shi Pengpeng

Abstract: *Procédures Alternatives aux Poursuites* in France, including *Médiation Pénale*, *Composition Pénale*, *Réparation du Dommage*, etc., were created to increase the procedural efficiency. In practice, these procedures have a more and more important influence according to the judicial data. However, there are some defects which were criticized by the scholars, including the disorder of system, the out-of-order in procedural connection, the weak judicial control in criminal sanction, the encouragement to plead guilty in practice and the vulnerable guarantee of rights. The development of *Procédures Alternatives aux Poursuites* reflects an interesting phenomenon in Europe: the natural evolution in legislations. It is an useful supplement to the traditional model of “rational construction.”

Keywords: *Procédures Alternatives aux Poursuites*; *Médiation Pénale*; *Composition Pénale*; procedural efficiency; natural evolution

（责任编辑：辛颜静）

[50] Sir Basil Markesinis, *op. cit.*, p. 47.

[51] Basil Markesinis ed., *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford University Press, 1994, spéc. chap. 1.

显失公平与乘人之危的现实困境与制度重构

冉克平*

摘要:对于一方利用其优势致使给付显著失衡的现象,德国法上的暴利行为与美国法上的显失公平规则所持的主、客观要素综合评价的观点代表了比较法上的发展趋势。我国《民法通则》虽开创了显失公平与乘人之危分立的立法例,但两者各自的适用范围不仅未臻明确,反而出现相互重叠的现象,并未达到立法者预设的目标。乘人之危不足以成为意思表示瑕疵的独立类型,其规范功能可分别被显失公平与胁迫所涵盖。我国未来民法典总则应当废除乘人之危,确立兼有主客观要件的显失公平制度,以凸显该制度保障意思自决原则兼及给付等价原则的目的。

关键词:显失公平 乘人之危 暴利行为 意思表示瑕疵 等价公平 私人自治

一、问题的提出

我国《民法通则》在“民事法律行为”章分别规定了乘人之危与显失公平。前者与欺诈、胁迫等并列作为无效民事行为的类型;后者则构成可撤销民事行为的原因。乘人之危与显失公平分别作为法律行为的瑕疵,被认为是《民法通则》的创新之举。^[1]我国1999年《合同法》为限制国家对私人自治的干预,虽将乘人之危改为合同可撤销的原因,但仍然维持乘人之危与显失公平分别作为合同可撤销原因的体例。2002年《民法典(草案)》第69条也沿袭这一立法例。

近年来,虽有学者认为《民法通则》所开创的显失公平与乘人之危分立的立法体例值得肯定。^[2]但是越来越多的学者对此展开质疑与批判。主张对其修正的学者认为,应将显失公平制度塑造为一种主要以实质公平为判断标准的制度,乘人之危则应解释为一种类似于德国法系上的“暴利行为”制度;^[3]主张“显失公平取代乘人之危”的学者认为,显失公平的结果可能不全由乘人之危引起,如果乘人之危没有引起显失公平的结果,法律救济就是多余的,因而没有必要单独规定乘人之危;^[4]由此形成的“学说”与“立法”的二元结构现象,对显失公平与乘人之危各自的法律适用及其相互关系产生了很大的困扰。

* 华中科技大学法学院副教授,法学博士。本文系华中科技大学人文社科基金项目(中央高校基本科研业务费资助)的研究成果之一,以及2015年国家社会科学重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善研究”的阶段性成果之一。

[1] 参见佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第233页。

[2] 参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2011年版,第713页。

[3] 参见朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社2012年版,第240页。

[4] 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》(孙宪忠执笔),法律出版社2013年版,第257页;徐涤宇:“非常损失规则的比较研究”,载《法律科学》2001年第3期,第111-119页;李永军:《民法总论》,法律出版社2009年版,第556页。

在民法典编纂的背景之下,全国人大常委会法工委已正式启动了民法典编纂工作,决定首先起草民法总则。^[5] 法律行为制度无疑是民法总则之中极为重要与复杂的内容。在制度设计之前,前述问题必然会导致一系列理论上的疑难:(1)显失公平与乘人之危的构成要件如何界定?(2)对于意思表示瑕疵,除欺诈与胁迫之外,立法上另辟蹊径增加“乘人之危”是否具有足够的合理性?(3)如何取舍乘人之危、显失公平与暴利行为?(4)在体系安排上,是将显失公平或者乘人之危作为总则编中公序良俗的特殊形态,还是作为意思表示的瑕疵类型?笔者拟从比较法的角度,对代表性国家或地区有关显失公平与暴利行为的学说及相关判例进行梳理,以现有理论为基础并结合相关的审判实践,对我国显失公平与乘人之危规范的构成要件及体系构建予以探讨,以期促进我国未来民法典法律行为制度更具科学性。

二、比较法上显失公平与暴利行为的立法例

在罗马古典时期,由于契约领域奉行形式主义与自由主义,契约的订立过程只要没有瑕疵,即使交易价格与市价相去甚远,这一行为也不违反诚信原则。^[6] 罗马帝国后期,因金钱持续贬值而常发生问题,优帝法典创制了土地买卖的限价敕令,规定在土地的商定价格尚不足于其实际价格的一半时,出卖人表面上虽系自愿买卖,而实际上其非完全自由的真实意思,因此法律赋予受损失的出卖人有权请求撤销契约或要求买受人补足价款的权利,由此形成罗马法上的“非常损失规则(*laesio enormis*)”^[7]

在大陆法系,罗马法上的“非常损失规则”首先为19世纪初的《法国民法典》所继受。法国民法将“非常损失规则”称之为“合同损害”,意指由于合同双方当事人相互所获利益上的严重不等价而使一方当事人所遭受的损失。^[8] 《法国民法典》第1118条规定:“因显失公平致使一方当事人遭受损失之事实……对某些契约或对某些人,构成取消契约的原因。”显然,这种纯粹“客观”的显失公平规则与19世纪占支配地位的自由主义观念相冲突。在当时的学者看来,合同当事人是自身利益的最佳判断者,其自愿接受义务是满足当事人的利益需求、实现交易公正的最佳方法。因此不得以所谓“客观公平价格”否认当事人自由约定的价格,即个人意志不应当屈从于所谓“客观上公正”的规定。^[9] 为了调和两者的冲突,《法国民法典》对显失公平的行为采取了严格限制的立场,而且客观标准被量化为确定的数字比例。该条中的“某些契约”,是指第1674条关于在不动产买卖中出卖人损失超过不动产价款的7/12时,以及第887条关于共同继承人在分割遗产继承分的数额短少超过1/4时;“某些人”是指第1305条规定的未成年人依法不能独立实施的各种行为。

但是,纯粹“客观”的显失公平规则在20世纪以来的民法典中不再出现。开创新立法例的是《德国民法典》。该法第138条第2款虽然以“暴利行为”的形式部分继受了“非常损失规则”,但其首先将暴利行为视为违反善良风俗的特殊情况,而是否构成暴利行为,不但要考虑给付与对待给付之间明

[5] “民法典应从中国土壤中生长”,载《人民日报》2015年5月6日,第17版。

[6] 参见陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第198页。

[7] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1992, S. 176f., 258 f., 268f., 717 f.

[8] 参见《法国民法典》(下),罗结珍译,法律出版社2005年版,第806页。

[9] 参见伊田:《法国现代合同法》,法律出版社2009年版,第26页。

显不对称这一实质性要件外,而且要求主观要件即获得暴利者利用了对方的急迫情事、无经验、欠缺判断力或意志显著薄弱。^[10] 在解释上,客观上的给付明显不相称应考虑个案中的全部情况,例如风险分担、行为的投机性、一般的市场情况、市场常规等;主观方面的所谓利用,意指为获取过度利润故意使用行为相对方的窘境。获得暴利的一方不仅应当知道所约定的给付明显不相称,而且知道相对方的急迫情事、没有经验、缺乏判断力或者意志薄弱。^[11] 德国民法上“暴利行为”的主、客观标准为大陆法系的多数国家或地区民法所继受。略有不同的是,德国法上的暴利行为无效,但其后的瑞士债务法,意大利、葡萄牙、巴西等民法,均将暴利行为作为可撤销的原因。^[12] 从体系上看,德国法系的暴利行为处于通常善良风俗之下,所规制的系法律行为内容的妥当性,而非意思表示的瑕疵问题。这是因为,获得暴利者只是利用行为人的急迫等情形获取暴利,行为人则以自由意思为给付或给付之约定相对人。如获得暴利者使用欺诈或胁迫的方式获得暴利时,可以迳行适用相关规范撤销其法律行为。^[13]

与法国民法相比,德国民法上的暴利行为以善良风俗为基础,适用对象上亦无限制,其客观标准是一个高度抽象的不确定概念,这无疑使其具有广阔的适用空间,同时也为法官根据社会的发展适时发展法律提供了平台。因为在以契约自由与自主竞争为基础的近现代市民社会中,占据主导地位的信念认为,人们能够非常实际和明智地照顾自己,任何允许法官基于实质不平等为由而宣布合同无效的规则都是家长式的做法,并有损于法律的确定性。^[14] 因此,以德国法上的暴利行为在“显失公平”制度中增添主观判断标准,能够有效地兼顾法律上实质的自由与公平。^[15]

在英美法系,依据古典英国合同法理论,当事人仅受其自由、自愿订立合同的约束,只要存在公平的程序就必须尊重由此产生的结果。除非一方当事人存在欺诈、虚假陈述或者胁迫的行为,合同结果是一个实质公平的问题,其不受法律的关注。^[16] 因此,传统英国法缺乏一个允许一方当事人从对方当事人利用其危机或其他交易不利条件所签订的明显不利的合同中解脱出来的一般原则。然而,在一方当事人因为无知或不成熟而致使合同给付极不均衡的情形,现代英国法通过对价不充分为弱小的一方当事人提供类似于大陆法系规定的救济。^[17] 此外,依据衡平法,若是一方当事人通过对另一方当事人的意思的控制而实质性地影响了另一方当事人的独立决定权,或者当事人之间具有特殊关系,一方寄予另一方的信任达到了前者依赖后者的建议或者信息的程度,合同就可因“不当影响”而被宣告无效。^[18] 在美国,显失公平为衡平法上所创立。通常认为,显失公平的要件包括一方当事人无

[10] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,法律出版社2000年版,第541-542页。

[11] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., 2010, Rn. 345 f.

[12] 参见《瑞士债务法》第21条、《葡萄牙民法典》第282条、《巴西民法典》第157条、《俄罗斯联邦民法典》第179条、《韩国民法典》第104条规定以及我国台湾地区“民法”第74条、《澳门民法典》第275条等。《意大利民法典》第1448条一方面强调一方利用了对方的需要乘机牟取利益这一主观要件,另一方面规定给付不均衡表现为“损害应当超过被损害给付或者契约订立时承诺给付的价值的1/2”。这兼具法、德民法的特征。

[13] 施启扬:《民法总则》,中国法制出版社2010年版,第214页。

[14] Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz & Denis Tallon, *Contract Law* 466 (Hart Publishing 2002).

[15] 王泽鉴:《民法概要》,法律出版社2009年版,第77页。

[16] [英]P. S. 阿蒂亚:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社2002年版,第300-301页。

[17] *Lloyd's Bank Ltd v. Bundy*, QB 326, 339 (1975); *Cresswell v. Potter*, 1 WLR 225n (1978); *Backhouse v. Backhouse*, 1 WLR 243 (1978).

[18] Treitel, *The Law of Contract* 201 (13th ed., Sweet & Maxwell 2011).

法作出有意义的选择以及合同条款对另一方当事人过分有利这两个方面的要件。^[19]前者称为“程序上”的显失公平,后者称为“实体上”的显失公平。程序上的显失公平被认为是一个宽泛的概念,不仅可以包括一方当事人使用不正当的谈判手段、使用极小号字体或者费解的语言,还包括不理解合同内容以及谈判能力的不平等。^[20]依据《美国统一商法典》第2-302条的规定,显失公平意在允许法院直接判断合同或者其某项具体条款是否明显有悖公正,所遵循的是那种禁止强迫与防止不公平意外的原则,而不是要打乱因优越的谈判实力而造成的风险划分。^[21]由此可见,英国法上的“不当影响”有别于显失公平与暴利行为,而美国法上的显失公平与德国法上的暴利行为比较类似,都注重主客观两个方面的要素。

三、暴利行为与显失公平的新发展

20世纪中叶以来,暴利行为规则出现了新的发展动向。依据《德国民法典》第138条第2款,暴利行为的举证责任应由主张无效的一方承担。司法实践为了改善遭受不利的那一方法律行为当事人的境况,根据联邦最高法院判决,如果可以确定在给付与对待给付之间客观上不仅存在明显的,而且是特别重大的不相称,则推定存在肆意利用的状况。^[22]比如一个消费者向银行举借分期付款,而此项贷款符合了第138条第1款规定的客观要件,即在给付与对待给付之间存在一种明显的不相称关系,就可推定该行为符合主观要件。^[23]据此,德国联邦最高法院基本上是在逐渐淡化暴利行为的主观要件。但是只有在给付和对待给付之间存在特别重大的不相称关系的情况下,才可推知行为人主观上具有利用的意图。总的来说,从司法判例中可以观察到如下趋势,价值不相称越严重,对肆意利用的实际证明及其主观倚重就越少。^[24]美国衡平法也认为,如果实体上的显失公平得到了高度证明,则可以补偿在程序上的显失公平问题上证明的欠缺。大多数关于显失公平的案件涉及程序性和实体性显失公平的结合,并且得到普遍赞同的是,如果其中之一很严重,那么另一个的要求程度可以轻一些。^[25]

日本民法虽然没有对暴利行为作出一般性规定,但在理论上,暴利行为被认为属于违反公序良俗行为的类型,亦即“乘他人急迫、轻率、无经验等,使他人承诺不相当财物之给付者,其行为无效”。^[26]在20世纪80年代中期,日本为了处理有关消费者交易和投资交易的纷争,判例和学说中也出现了更积极灵活地运用暴利行为准则的动向。具体表现为,暴利行为的主观要素的充足程度越高,就越不能认为当事人自由地作出了决定,当事人之间的利益失衡即使达不到“显著过当”的程度,只要内容是获取能算得上“不当”这个程度的利益,就可以否定该法律行为的效力。^[27]这表明,可以将给付与对待

[19] *William v. Walker - Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 449 (D. C. Cir. 1965).

[20] 参见[美]E. 艾伦·范思沃斯:《美国合同法》,葛云松等译,法律出版社2004年版,第310页。

[21] 参见《〈美国统一商法典〉及其正式评述》(1),孙新强译,中国人民大学出版社2004年版,第73页。

[22] 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第482页。

[23] 同注10引书,第543页。

[24] 同注22引书,第481页。

[25] *Ellinghaus*, *In Defense of Unconscionability*, 78 Yale L.J. 757 (1969).

[26] 参见[日]四宫和夫:《日本民法总则》,台湾五南图书出版公司1995年版,第122页。

[27] 参见[日]山本敬三:《民法讲义 I 总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第219-220页。

给付的极不相称视为暴利行为已经符合主观要件的标志。

近年来,法国法也受德国法的影响。现代学者大多赞成不同意传统理论有关“只要存在对待给付的不平衡,即可推定当事人的同意具有瑕疵的非常损失规则”。他们认为,合同因“合同损害”而无效必须具备两个条件:一是当事人处于不利地位;二是另一方当事人利用对方的危难、轻率或者无经验而牟取暴利。但也有学者认为,德国法对暴利行为所作的规定都只不过是咬文嚼字的游戏而已,其在审判实践中都极少得到运用。因为要想证明当事人利用对方的危难、轻率或无经验是极其困难的。如依此种证明方法,在“合同损害”得到证明的同时,一方当事人的误解、欺诈或者胁迫往往也已得到确认。因此,合同损害对于确认合同的无效也就失去了任何意义。这些学者指出,为确保合同的公正,在现代合同法上,应当更多依赖于法律对于合同的内容直接进行干预,而不能依赖于某些一般规则。^[28] 原本与法国民法类似的、仅考虑客观要件的《奥地利民法典》(第934条),其第879条也增设了类似于德国法的的暴利行为规定。

由此可见,近年来大陆法与英美法有关暴利行为的规则存在以下发展趋势:一是纯粹的客观的显失公平逐渐不被承认,法国法上限于客观要素的显失公平逐渐与德国法兼具主客观要件的暴利行为合流;二是暴利行为的主、客观要件呈现弹性化,若获得暴利者的主观要素很明显,可以不要求当事人之间的给付显著不当。相应地,若当事人之间的给付显著不当,则可以推定主观要素的存在。

暴利行为的上述发展趋势,究其原因大体如下:随着社会经济条件的变迁,意思自治及合同自由遭受到严重的挑战,“法律上所谓契约自由,在现实生活中,成为社会上强者之专制的自由以及社会上弱者之专制的服从”。^[29] 纯粹客观的显失公平,并不足以应对工商业社会中屡见不鲜的不公正给付行为,主客观兼有的暴利行为逐渐取代显失公平规则。同时,为了缓和受害人在证明“给付明显不对称”以及暴利者“利用”自己方面存在的举证困难,法律适用推定规则,以保护受害人的利益。

四、我国法上显失公平判定的学说与实务分歧

(一) 显失公平判定的学说分歧

依据佟柔先生的观点,在传统民法中,乘人之危与显失公平共同构成一种行为,前者是前提,后者是结果。《民法通则》将乘人之危和显失公平分开,作为两种在构成要件和法律效果上有所不同的行为看待。^[30] 因此,《民法通则》实际上将德国法上的暴利行为一分为二:以客观要件为基础,确立了显失公平规则;以主观要件为基础,确立了乘人之危规则。为了指导司法实践,最高法院《民法通则意见》第72条对显失公平的适用进行了界定,认为一方当事人利用优势或者利用对方没有经验,致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的,可以认定为显失公平。因为立法设想与司法解释之间并不一致,由此引发了关于显失公平的构成是“单一要件”还是“双重要件”的学说争议。

单一要件说认为,只要合同的履行利益严重失衡,即可认定为显失公平的合同。处于不利地位的当事人即可请求变更、撤销合同,至于产生不公平后果的主观原因如何,则在所不问。因为此类合同

[28] 参见尹田:《法国现代合同法》,法律出版社2009年版,第571页。

[29] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第647页。

[30] 同注1引书,第233页。

所欠缺的不是表示要素而是标的公平性。^[31] 持这一观点的主要论据在于:(1)德国民法上的暴利行为要求过于严格,在个案中难以构成。将暴利行为构成的主观要件“当事人急迫、轻率或无经验”剥离,免除了受害人就显失公平的原因进行举证的责任,可以更好地保护消费者利益及规制定式交易约款。^[32] (2)从体系上观察,显失公平是从结果着眼的,没有考虑形成显失公平的原因,包括酿成显失公平在内的影响合同效力的原因如恶意串通、欺诈、胁迫、乘人之危等。作为独立的可撤销原因,显失公平应是上述类型以外的类型。(3)《民法通则意见》第72条的规定应视为对显失公平类型的列举而非定义。换句话说,从整体上对显失公平的构成不要求主观因素,但不妨碍具体的显失公平案件存在着主观因素。^[33]

双重要件说则认为,显失公平行为的构成包括主客观要件两个方面:一是客观要件,即客观上当事人之间的利益不平衡;二是主观要件,即一方故意利用其优势或另一方的轻率、无经验等从事显失公平的民事行为。^[34] 主要理由在于:(1)显失公平具备主观要件有利于维护交易安全和经济秩序的稳定。倘若符合客观要件即可以主张变更或撤销合同,而不考虑主观原因如何,则大量已经成立、正在履行甚至履行完毕的合同将会被推翻,这就为当事人的投机性行为制造了便利,容易诱使当事人借口显失公平而终止履行合同;(2)强调显失公平的主观要件,符合《民法通则意见》第72条的本意。^[35]

(二) 显失公平判定的判例分歧

从我国《最高人民法院公报》刊载的有关典型案例看,对于显失公平的判断明显存在分歧。有采取双重要件说的,例如在“家园公司诉森得瑞公司合同纠纷案”中,法院认为,“合同显失公平应具备如下条件:一是客观上订立的合同造成了当事人之间的利益不平衡,二是主观上一方当事人故意利用其优势或者另一方当事人的草率、无经验等订立了合同。……原、被告房屋买卖交易价格畸高,至远高于同时期该房屋的市场价值,形成过于悬殊的状况,违背了诉争房屋作为商品应遵循的一般市场价值规律,造成原告作为购买方承担过多的义务在经济利益上遭受重大损失,被告则以较少的代价获得了极大的利益,双方在利益上严重失衡,这种不平衡违反了民法通则中的等价公平原则,也违反了当事人的自主自愿;另一方面,从合同签订的身份、磋商过程以及合同签订的形式及条款简单、价款不明确等内容考察,也可认定本案原告签订该买卖合同确过于草率。综合上述两方面特点,法院推论认为可以认定原被告签订的房屋买卖合同存在显失公平的情形”。^[36] 但是,在“黄仲华诉刘三明债权人撤销权纠纷案”中,法院却认为,“所谓显失公平,是指双方当事人的权利义务明显不对等,使一方遭受重大不利。其构成要件为:双方当事人的权利义务明显不对等;这种不对等违反公平原则超过了法律允许的限度;不属于因欺诈、胁迫、乘人之危、恶意串通损害他人利益等原因导致的显失公平……故综合考虑以上因素,双方签订的赔偿协议导致双方权利义务不对等,使黄仲华遭受重大利益损失,构

[31] 参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年版,第264页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第202页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第201页。

[32] 梁慧星:同注31引书,第202页。

[33] 崔建远:“合同效力瑕疵探微”,载《政治与法律》2007年第2期。

[34] 参见王利明:《民法总论研究》,法律出版社2012年版,第613页;龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第472页;同注4李永军引书,第554页。

[35] 参见曾大鹏:“论显失公平的构成要件与体系定位”,载《法学》2011年第3期,第133-140页。

[36] 参见《最高人民法院公报》2007年第2期。

成显失公平”。^[37] 从地方法院的判决看,也有对显失公平适用单一要件的。例如有法院判决认为,“对于是否显失公平,主要看协议内容中的赔偿金额与原告依法可获得赔偿的金额是否存在利益失衡,一方当事人合法利益得不到保护加以认定”。^[38]

《最高人民法院公报》所刊载的典型裁判范例,通常可以被视为最高人民法院的立场。在大陆法系,法院的裁判仅是对法律的适用而非法的渊源。然而,最高法院在个案的裁判中所表达的“法律见解”,基于法的平等性、信赖保护以及安定性的要求,仍然有其事实上的拘束力。^[39] 最高人民法院对显失公平判定的上述分歧,有违“相似案件应作类似处理”的原则,极大地影响了法的安定性。

(三) 显失公平双重要件说的合理性论证

虽然学说上对于显失公平的构成存在单一要件说与双重要件说的分歧,但比较而言,双重要件说更为合理。主要理由在于:首先,从立法资料来看,在《合同法》的制定过程中,“合同法草案”第三稿第39条规定的显失公平存在主观要件的限制。^[40] 虽然正式的《合同法》又沿袭《民法通则》的立法模式,对显失公平的主、客观要件未作任何规定。但是依据立法资料的解释,显失公平的合同被认为是一方当事人在紧迫或者缺乏经验的情况下订立的使当事人之间享有的权利和承担的义务严重不对等的合同。^[41] 这显然是双重要件说。其次,单一要件说将显失公平的衡量标准仅仅限于客观上的不公平,这有违合同自由。卡纳里斯指出,“若谈到契约自由的话,以前也好,现在也好,重点都在程序的,亦即形式条件的改善之上,这与多元开放的社会是相调和的。因为多元主义的社会中,法应规制市民行动的程序,而非应仅就内容为最低限度的规制”。^[42] 如果否认显失公平的主观要件,那么买卖合同与赠与合同之间的合同类型,可能会因为给付不相称而无效;再次,从前述比较法上显失公平规则的发展来看,法国法上认定“合同损害”的客观判断标准已渐趋被双重要件说取代,无论是大陆法系的德国、意大利等,还是英美法系的美国、加拿大等,均对显失公平行为采取双重要件说。所谓单一要件说可以更好地保护消费者利益的说法缺乏必要的论据;^[43] 最后,从前述《最高人民法院公报》刊载的采取单一要件说的案件看,其如此判决的主要动因,是因为该案的处理并非针对简单的债权债务关系,而是涉及劳动者的生存权益。为保障弱势群体基本生存权利,法院运用显失公平制度对受害人的权益予以救济。因此,相比这一特例,前一个公报案件所采取的双重要件说对显失公平的适用更具有典型的意义,其裁判要旨可以被视为显失公平构成的一般适用规则。

五、乘人之危的构成要件之争

《民法通则》颁布之前的民法理论,将乘人之危与显失公平联系在一起,称为“乘人之危而显失公

[37] 参见《最高人民法院公报》2013年第2期。

[38] 参见福建省人民法院(2010)连民初字第1858号民事判决书。从该判决看,一方面引用《民法通则意见》第72条,另一方面又以客观要件作为显失公平的判断标准,其本身存在说理不充分及矛盾之处。

[39] *Ger mann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2. Aufl., 1967, S. 246 ff. (273).

[40] 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,国家行政学院出版社1999年版,第143页。

[41] 参见胡康生:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2009年版,第98页。

[42] 参见[德]卡纳里斯:“民法法的发展及立法”,林美惠译,载《台大法学论丛》第6卷第28卷(1999年)第3期。

[43] 同注35引文,第133-140页。

平”的民事行为。^[44] 后来考虑到“乘人危难”使对方接受显失公平的合同条款,其性质与欺诈、胁迫并无二致,因此《民法通则》第59条将乘人之危并入第58条与欺诈、胁迫均为民事行为无效之原因,显失公平则被作为民事行为可撤销的原因。^[45] 《合同法》第54条沿袭了这一规定,只是将法律效果改为可撤销或可变更。虽然《民法通则意见》第70条规定:“一方当事人乘对方处于危难之机,为牟取不正当利益,迫使对方作出不真实的意思表示,严重损害对方利益的,可以认定为乘人之危。”但是,理论上对于乘人之危的构成要件争议极大。概括而言,主要包括三种观点:

其一,认为乘人之危的构成要件既要求行为人主观恶意上乘对方危难处境,也要求客观上双方当事人间的利益显著失衡。乘人之危的法律行为是出于非自愿的原因,对一方当事人过分有利、对他方当事人过分不利的法律行为。^[46] 乘人之危是为了获取过分的利益,如果行为人没有获得过分利益即合同并非显失公平,合同的效力应当维持。^[47]

其二,认为乘人之危的构成既要求行为人主观恶意上乘对方危难处境,也要求客观上严重损害对方利益,但并不以当事人间的利益显失公平为必要。乘人之危是表意人因对方乘己危难,陷于违背真实意思而为民事法律行为。^[48] 乘人之危的合同大多形成双方利益极不均衡的结果,因此乘人之危的合同也可能是显失公平的,但在乘人之危情况下,行为人致对方损害并不一定使自己获得利益,只要造成对方的损害,就应当构成乘人之危。^[49]

其三,认为乘人之危的类型涵盖前述两种构成。有学者考察乘人之危法律规定的文义、立法目的、损害后果以及相关民法学说之后提出乘人之危的二元论,认为其包括两个方面,第一种类型的乘人之危的构成要件既要求行为人主观恶意,又要求客观上双方当事人间的权益显著失衡;第二种类型的乘人之危,重在强调行为人主观上恶意,客观方面不再强调双方当事人间的权益关系显失公平,只要有所失衡即可。我国《民法通则意见》第70条的规定是对乘人之危类型的列举,而非对乘人之危的定义。^[50]

笔者认为,理论上对乘人之危构成要件的论争,源于前述乘人之危的司法解释改变了立法的规定。(1)就立法史看,《民法通则》将德国法上的暴利行为分解为乘人之危与显失公平,前者系从暴利行为的意思表示瑕疵出发,而后者系从暴利行为的结果要件着眼;(2)从《民法通则》及《合同法》的体系看,乘人之危与欺诈、胁迫相并列,同属于意思表示不自由的民事行为,其规范依据不是一方乘危侵害他人的不义,而是受损害方的意思表示不真实。既然欺诈、胁迫不以结果要件为必要,乘人之危也无需一方当事人受有损害或者当事人间利益显著失衡为要件;(3)在立法目的上,乘人之危之所以被《民法通则》列为法律行为绝对无效的事由,是为彰显法律对恶意行为的制裁功能,而单纯描述利益失衡结果的行为属于“显失公平”或者“重大误解”的范畴。^[51] 因此,《民法通则》规定的乘人之危只要

[44] 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第351-352页。

[45] 参见梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,法律出版社1991年版,第249-250页。

[46] 参见徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第364-365页。

[47] 参见隋彭生:《合同法要义》,中国政法大学出版社2005年版,第190页;参见刘庆法、贺秀凤:“‘乘人之危’行为的构成要件及效力”,载《长安大学学报》(社会科学版)2006年第1期。

[48] 龙卫球:同注34引书,第514页。

[49] 同注2引书,第238页;孙宪忠主编:《中国民法总论》,中国社会科学出版社2009年版,第238页。

[50] 参见崔建远:《合同法总论》(上),中国人民大学出版社2011年版,第349-350页。

[51] 参见尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2009年版,第574页。

一方实施了乘人之危的行为使他方被迫作出了违背真意的意思表示即可,至于是否造成他方利益严重受损、一方获得不正当利益、双方利益显失公平等结果应不予考虑,以维护当事人意志自由和意思自治。

但是,《民法通则意见》第70条并未完全依从《民法通则》第58条第1款第3项的规定,在认定乘人之危时,它不仅要求,一方须“乘对方处于危难之机”而“迫使对方作出不真实的意思表示”,而且向乘人之危一方提出两项要求:一是须“为牟取不正当理由”,二是须“严重损害对方利益”。由于牟取不正当理由而严重损害对方是一种更强制地干预私人自治的政策理由,因此,该司法解释在很大程度上改变了《民法通则》关于乘人之危的规范架构。^[52] 乘人之危的构成要件从《民法通则》规定的程序性要件转变为《民法通则意见》规定的程序与结果相结合的规范。其结果包括两种情形:一是当事人一方的利益受有严重损害;二是当事人间的利益显失公平。就乘人之危的形式来看,其必须表现为“作为”,即行为人以拒绝提供给付向对方施加压力,迫使对方满足其不正当的利益。如果行为人虽明知相对方陷入危难境地,但未实施任何主动的、积极的行为对其施加压力,只是消极地、被动地接受了对方提出的给付,则其行为不构成乘人之危。

六、显失公平与乘人之危的现实困境及理论根源

(一) 显失公平与乘人之危适用范围的重叠

如前所述,显失公平的判定虽有分歧,但在解释上宜认为采取的是双重要件说,不仅要求客观上当事人之间的利益不平衡,而且存在一方故意利用其优势或另一方的轻率、无经验的主观情事。但是,如此一来,乘人之危与显失公平的适用范围发生重叠。具体而言:(1)若是认为乘人之危的构成要件既要求行为人主观上恶意乘对方危难处境,也要求客观上双方当事人间的利益显著失衡,那么这将会与显失公平的构成要件完全重合;(2)若是认为乘人之危的构成既要求行为人主观上恶意乘对方危难处境,也要求客观上严重损害对方利益,但并不以当事人间的利益显失公平为必要。于此情形,乘人之危的主观要件与显失公平的主观要件就会发生重合,因为依据《民法通则意见》第70、72条的规定,乘人之危的主观构成要件“一方当事人乘对方处于危难之机,为牟取不正当利益”本身也可以作为显失公平的主观要件“一方利用优势”的具体表现形式。因此,若是因乘人之危发生显失公平的结果,则乘人之危与显失公平的构成要件就会重叠;若是因乘人之危受有损害,但当事人之间的利益尚未显著失衡的,行为人的主观要素充足,可以推定为显失公平。

概言之,相对于显失公平,乘人之危所具有的射程范围,仅限于行为人乘对方危难之际,致对方损害但又并未使自己获得显著利益,而且行为人主观恶意并不充分的情形。

(二) 乘人之危不足以成为意思表示瑕疵的独立类型

在私法范围内,自由与责任密不可分,个人自由的范围同时也是个人责任的范围,自由的人必须为其行为承担责任,不自由的人无须承担责任。^[53] 因此,自罗马法以降,表意人非自由的状态即意思表示瑕疵可以分为两类:一是意思与表示不一致,如心中保留、虚伪表示、错误;二是意思表示不自由,

[52] 同注3引书,第238页。

[53] 参见[英]哈耶克:《自由宪章》,杨玉生等译,中国社会科学出版社1998年版,第215页。

包括欺诈与胁迫。^[54] 这一认识亦为我国一些学者所采纳。^[55] 然而,比较法上有关意思表示的瑕疵并无乘人之危这一类型。《民法通则》将乘人之危作为意思表示瑕疵的类型之一,其立法理由在于:乘人之危的行为有时产生显失公平的后果,有时则不一定;法律评价显失公平行为的基础是该行为的内容不适当,而评价乘人之危行为的基础是相对人采取违法手段而造成表意人的意思表示不真实;虽然乘人之危与胁迫行为在相对人利用表意人处于危难境地这一点相同,但表意人陷入危难境地的原因相异。^[56]

笔者认为,乘人之危与欺诈、胁迫并列为意思表示瑕疵的独立类型,缺乏足够的正当性。主要理由如下:

其一,乘人之危的适用范围可以被胁迫所取代。乘人之危所具有的射程范围,仅限于行为人乘对方危难之际,致对方损害但又并未使自己获得显著利益,而且行为人主观恶意并不充分的情形,这可以归入胁迫的范畴。法国最高法院第一民事庭近年认为,利用他人担心其正当利益直接受到威胁的心态,滥用经济上所处的优势地位,此种经济上的强制构成胁迫,致使其对法律行为所表示的同意存在瑕疵。^[57] 英美法系自 20 世纪 60 年代以来逐渐发展的经济胁迫 (economic duress), 针对的就是当事人一方滥用其优势地位,采取除暴力强制以外的其他压力,压制对方的意志迫使对方违背自主意志而订立合同。^[58] 这是随着古典契约自由原则的衰落以及格式合同的大量出现,而由法院通过判决所创设,并形成了固定的判例规则。^[59] 我国学者认为,《民法通则意见》第 70 条规定的乘人之危所列举的判断标准,与法国和美国对经济胁迫的判定标准是一致的。^[60] 从我国司法实践来看,“经济胁迫”作为胁迫的类型之一已开始为我国审判实务所认可。^[61]

其次,从意思表示的角度看,乘人之危虽然受到乘危人的不当影响,但相比欺诈、胁迫而言,乘危人未参与危难状态的形成,仅仅是对该状态加以恶意利用而已,行为人的可归责性相对较小。正是因为如此,在欺诈或胁迫的情形,不要求表意人受有损害作为结果要件。准此以言,乘人之危必须以受害人所受损失为结果要件,以弥补行为可归责性之不足,否则有违“不同事项应作相异对待”的原则。但是,若乘人之危以结果为要件,势必又会与显失公平及经济胁迫的构成要件产生重合,这样其完全缺乏独立适用的空间。从我国司法实践来看,以乘人之危作为请求权基础的法院的相关判决极为罕见,审判实践几无案例可循。^[62] 这也表明“乘人之危”的法律规范几乎已成为具文,当初立法者所设想的效用没有得到发挥。

(三) 现实困境的理论根源

立法者当初将暴利行为分解为乘人之危与显失公平,前者强调一方利用对方处于危急等不利情势,即学说上所称的主观要件,而后者不强调主观要件,且在法律效果上,前者属于无效,后者属于可

[54] Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Spring-Verlag, Berlin, 1992, S. 476.

[55] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2011 年版,第 180-182 页;陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社 2011 年版,第 396 页。

[56] 同注 1 引书,第 241 页。

[57] 同注 8 引书,第 799 页。

[58] 参见何宝玉:《合同法原理与判例》,中国法制出版社 2013 年版,第 398 页。

[59] 同注 16 引书,第 284 页。

[60] 李永军:同注 4 引书,第 532 页。

[61] 参见上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民三(民)终字第 1096 号民事判决书。

[62] 笔者通过对北大法意网(www.lawyee.net)与北大法宝(chinalawinfo.com)两个数据库进行搜寻,发现近十年来没有一份法院裁判文书以乘人之危规范作为请求权基础。

撤销。从逻辑上说,这样的区别规定并非没有道理。但是,法律规范并非立法者逻辑思考的单纯结果。正如学者所言,所谓的理性法,首先不是逻辑的范畴,而是“遵循目的论”和“世界观的价值”的结果。^[63]对规范对象而言,任何法律规范都必须达到最低限度的理性清晰性。^[64]

作为矫正法律行为的制度,暴利行为的规范意义在于法律行为内容的妥当性,即等价公平原则,同时兼及意思自治原则。等价公平原则要求给付与对待给付之间具有同等价值,而现代社会人们较普遍地信守主观价值标准,意指只要每一方合同当事人根据其自己的判断,认为另一方提供的给付与自己所提供的给付具有相等的价值,即可认定给付与对待给付之间具有等价关系。^[65]主观价值的实质乃是诉诸交易者的自主判断,只要其基于自主意思认为交易对方所提供的对待给付与其自己所为的给付等值,交易即可达成。在相当大的程度上可以说,主观价值标准其实也就是私人自治标准。因此,即使当事人之间的给付非常悬殊,只要其是源自当事人的自主意思,法律并无干预的必要。但是,若当事人之间的利益失衡是因为一方当事人故意利用其优势或者另一方当事人的草率、无经验等而导致,则兼具等价公平与自主决定自由的主观价值标准即遭受破坏。此时,当事人之间的利益失衡状态应当以客观价值即给付的交易价值为标准判断。^[66]因此,暴利行为的主客观要件,兼顾民法中自由和等价公平两大价值目标,可谓顺应现代立法和当代社会哲学中的公正与自由并重的思潮。

相反,我国立法者预设的乘人之危与显失公平制度,割裂了等价公平与自由的关系。在具体的适用过程中,虽经司法解释与判例的发展,但乘人之危与显失公平各自的适用范围不仅未臻明确,反而相互之间发生重叠的现象。即使对乘人之危的构成要件予以限定,也不可避免地与胁迫之间出现重合,从而导致规范的最低限度的清晰性都难以达成。

七、未来民法典乘人之危与显失公平的制度重构

(一) 乘人之危与显失公平、暴利行为的制度取舍

《民法通则》所开创的乘人之危与显失公平分立的立法例,并未达到立法者当初预设的目标,反而产生了不必要的混乱。学说上对于未来民法典应当如何取舍乘人之危、显失公平以及暴利行为认识不一,大体存在以下两种观点:一是认为应以乘人之危取代显失公平。由于乘人之危与显失公平的原因相同,应将乘人之危中的“危难”略作扩张,使无经验、缺乏判断能力或明显的意志薄弱等情形一并被纳入乘人之危之下作统一规范。^[67]二是认为应恢复暴利行为的概念,以取代显失公平与乘人之危。鉴于乘人之危的构成须以行为结果显失公平为要件,其与显失公平同为导致法律行为相对无效的事由,应将其重新回归暴利行为的发生范围是合理的选择。^[68]

就学者建议稿来看,王利明教授领衔的中国法学会民法典编纂项目领导小组起草的建议稿仍然

[63] Rütters, Die Wendexperten, München 1995, S. 32 ff.

[64] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第268页。

[65] 参见易军:“民法公平原则新诠释”,载《法学家》2012年第4期。

[66] Bydlinski, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Wien/New York 2010, S. 203.

[67] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第283-284页;颜炜:“显失公平立法探讨”,载《华东政法学院学报》2002年第4期。

[68] 同注51引书,第576页。

将乘人之危与显失公平分别规定。^[69] 梁慧星教授负责的《中国民法典草案建议稿附理由》(第 137 条)与徐国栋教授主编的《绿色民法典》(第 79 条)均主张采纳显失公平,同时废除了乘人之危。对于显失公平的构成则采取主、客观相结合的判断标准,并为法官裁断显失公平留下自由裁量的空间。^[70] 杨立新教授起草的《中华人民共和国民法总则(草案)》(2.0 版)建议稿则废除显失公平,采纳的是乘人之危的概念,采取主客观相结合的方式予以判断。^[71]

笔者认为,从前述分析可知,德国法规定的暴利行为与美国法所规定的显失公平行为均要求主、客观要件,这代表了暴利行为或显失公平行为的发展趋势。就我国现行法而言,如果以“双重要件说”作为显失公平的基础,其与暴利行为的规范功能就相同,而乘人之危的规范功能完全可以分别被显失公平与胁迫所替代。我国学者起草的前述民法典草案大都认识到了此点,因而没有采用《民法通则》及《合同法》所规范的乘人之危与显失公平分别立法的体例,而代之以单一的显失公平规范。考虑到长期以来“显失公平”的概念已被我国司法机关及民众广为接受,而暴利行为与显失公平又具有相同的涵义与功能,因而在未来民法典上使用显失公平这一概念更为妥当。具有广泛的示范意义的《欧洲合同法原则》、《国际商事合同通则》以及《欧洲示范民法典草案》,所采用的均是“显失公平”这一术语。^[72]

在构成要件上,显失公平应兼具主、客观两个方面,具体而言:(1)主观要件是指一方当事人恶意利用对方的困境、无经验、缺乏判断能力或明显的意志薄弱。其中,恶意利用是指有意利用法律行为对方当事人的困难情境牟取过度利益;困境是指因暂时的急迫窘境而对于物或金钱给付存在迫切需求;无经验是指生活或交易经验缺乏;缺乏判断能力是指行为人明显缺乏理智考虑而实施法律行为或正确评判双方对待给付与法律行为经济后果之能力;明显的意志薄弱则是指微弱的抵御能力。^[73] 在判断当事人的主观要件时,若交易发生在商事主体之间,由于商事主体应当具有必要的知识和技能,因此对主观要件的认定相比消费者应当趋于严格。(2)客观要件给付明显不相称应以市场通行的情况来衡量,不相称必须达到这样一个程度,即以市场活动的本质无法对之作出解释的程度,更确切地说是该程度使人可以通过反推得出,遭受不利的那一方当事人的自由意志的形成受到了限制。^[74] 给付的不相称以订立合同时为准,至于合同订立之后交易价格上涨属于商业风险,这一点已为我国审判实践所承认。^[75] (3)比较法上显失公平的发展趋势,即行为人的主观要素较充分,可以不要求当事人之间的给付显著不当;当事人之间的给付显著不当,则可以推定主观要素的存在,可为我国相关立法与司法借鉴。

[69] 《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》第 146 条(乘人之危)规定:“一方乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下实施法律行为,受害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。一方乘对方处于危难之机,为牟取不正当利益,迫使对方作出不真实的意思表示,严重损害对方利益的,可以认定为乘人之危。”第 147 条(显失公平)规定:“显失公平的法律行为,一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”

[70] 第 137 条(显失公平)规定:“显失公平,是指当事人一方乘他方无经验、判断力欠缺、显著意志薄弱或者处于强制状态而订立双方权利义务显失均衡的法律行为。”参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》(孙宪忠执笔),法律出版社 2013 年版,第 257 页。徐国栋教授起草的条文与之类似,参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 15 页。

[71] 《中华人民共和国民法总则(草案)》建议稿(2.0 版)第 142 条(乘人之危)规定:“利用他人的危难处境或紧迫需要,强迫其接受某种明显不公平的条件,并作出违背其真意的意思表示的,受害人可以撤销其意思表示。”

[72] 参见《欧洲合同法原则》第 4:109 条、《国际商事合同通则》第 3.8 条以及《欧洲示范民法典草案》第 2-7:207 条。

[73] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., 2010, Rn. 344 f.

[74] 同注 22 引书,第 480 页。

[75] 参见《最高人民法院公报》2006 年第 5 期。

(二) 显失公平的体系安排

显失公平或暴利行为在民法典中所处的体系位置,有两种不同的立法例:一是属于意思表示的瑕疵。《法国民法典》第1118条将合同损害规定于误解、欺诈以及胁迫之后,多数学者认为,合同损害应为意思表示瑕疵之一,该规则实际上是建立在当事人意思表示的瑕疵的推定之上。^[76]《巴西民法典》第157条即是将显失公平作为意思表示瑕疵的类型予以规范。二是属于法律行为内容妥当性的问题,被归为属于善良风俗的重要类型。^[77]德国学说认为,暴利行为的构成虽然包括主观要件即当事人一方利用对方的劣势地位,这一点和意思表示的瑕疵有相近之处。但这里有瑕疵的意思表示不是来自暴利行为的相对人,而是源于获得暴利者,相反,相对人的意思表示被推定是完整的。^[78]我国台湾地区相关学说认为,暴利行为中,意思表示本身无瑕疵或不自由之情形,仅指其给付系因急迫、轻率或无经验而为。^[79]获得暴利者只是利用行为人的急迫等情形获取暴利,行为人则依自由意思为给付。如获得暴利者是使用欺诈或胁迫的方式获得暴利的,则法院可依受害人的请求依法撤销相关法律行为。^[80]

显失公平应当规定在民法典的何处,取决于立法政策上认为显失公平主客观要件中哪个要件是更为根本的要素。具体而言:(1)如果着眼于暴利行为的客观要件,认为暴利获得者一方虽然利用了对方的劣势,但是对方的意思自由并未受到显著影响,这也是显失公平与欺诈、胁迫的界限。相反,当事人之间的给付显著失衡有悖于公序良俗,该显失公平行为当属公序良俗的类型。(2)若是着眼于暴利行为的主观要件,由于当事人之间经济上的势力不均、需求上的急缓不一、交易经验的参差不齐,在此意义上,“他主决定”随处可见,从而构成对合同一方当事人自主决定的严重背离。^[81]当事人之间给付的显著失衡只是合同自由被破坏的结果,因而将显失公平行为作为意思表示瑕疵类型实属正当。

笔者认为,由于悖于公序良俗的法律行为应为无效,相反,显失公平或暴利行为通常仅关乎当事人的利益,因而不必纳入公共秩序的范畴予以调整,由当事人自决更符合意思自治理念。因此,将显失公平作为意思表示瑕疵的类型更为妥当,这也符合我国《民法通则》与《合同法》多年来的立法体例。民法典总则中的显失公平有别于《合同法》第39条规定的格式条款的显失公平。后者属于客观上或者结果的有失公平,无论使用格式条款的一方事实上是否利用此种优势地位,只要缔约当事人双方的对待给付有失均衡,皆违背公平原则。^[82]

八、结论

依据比德林斯基的观点,法律行为制度涉及意思自决、交易安全尤其是信赖保护、给付等价以及契约信守原则。^[83]私人自治理念所设想的最为理想的合同当事人,是他们在利益维护方面处于大致

[76] 同注51引书,第571页。

[77] Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rn. 707.

[78] 参见龙卫球:《民法总则》,中国法制出版社2002年版,第475页。

[79] 参见林诚二:《民法总则》(下),法律出版社2008年版,第312页。

[80] 参见施启扬:《民法总则》,中国法制出版社2010年版,第214页。

[81] 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第486页。

[82] 同注3引书,第118页。

[83] Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien, Springer-Verlag, 1996. 156-157. 107-118.

对等的状况,从而所订立的合同可以作为公平的利益平衡的结果而出现。然而,现实生活中的他主决定而不是自主决定俯拾皆是,一方当事人的私人自治似乎构成另一方私人自治的障碍。

乘人之危与显失公平均是法律干预私人自治、均衡当事人相互对立的意思的法技术工具。然而,我国多年以来的理论争论与实践分歧表明,由于乘人之危与显失公平两个制度之间界限不清晰,在构成要件与规范功能上出现重叠的现象,由此造成现行制度运行上的困境。为解开现行法上的症结,我国未来民法典应当顺应比较法上相关制度的发展趋势,舍弃乘人之危而保留显失公平,并从主、客观要素两个方面构建显失公平的构成要件,以保障意思自决原则并兼及给付等价原则。

The Realistic Difficulties and System Reconstruction of Unconscionability and Position of Vulnerability

Ran Keping

Abstract: To tackle the situation that one party significantly imbalance payment by taking its advantages, comprehensive evaluation of subjective and objective elements that bolstered by the profiteering of German law and the unconscionability rule of American law represents a dominant viewpoint in the development of the Comparative Law. Though the Civil Law has acted as a starter to part unconscionability with position of vulnerability, their application scope remains unclear with some contents repeated and fails to reach the expectation. Position of vulnerability is unable to become an individual part of insufficiency of will and its normalization function has been covered by unconscionability and coercion. The coming general civil code of China should erase position of vulnerability and establish the system of unconscionability to further principle of autonomy and equivalent payment security.

Keywords: the unconscionability rule; position of vulnerability; profiteering; insufficiency of will; equivalent payment security; principle of autonomy

(责任编辑:丁洁琳)

侵权法中的法益区分保护:思想与技术

朱 虎*

摘 要:侵权法中的法益区分保护具有思想和技术两个层面,分别对应着是否要区分保护以及如何区分保护这两个不同的问题。就是否要区分保护而言,法益区分保护思想是一种制度共识,具有体系理性和价值理性,仍值得肯定。就如何区分保护而言,以制定法实证主义为方法基础的德国法规范技术会带来保护不足等问题;我国侵权法并未采取此种规范技术,妥当的解释方案应以动态系统作为方法基础,以“具有法律相关性的损害”概念作为规范前提,认为规范中隐含了法益的区分标准是法益的价值和社会典型公开性,容纳了多元化的考量因素,并承认实质性的论证规则,授权司法者进行更为动态和弹性化的综合权衡。

关键词:侵权 保护对象 法益区分保护

一、问题的提出

我国《侵权责任法》第6条第1款规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”同时,该法第2条第2款明确规定了“民事权益”包括18种权利“等人身、财产权益”。由此《侵权责任法》的保护对象既包括权利也包括利益。但是,即便如此,解释上仍存在诸多疑问。第一个疑问是,《侵权责任法》对权利和利益的保护是否完全等同?一种解释方案是认为《侵权责任法》对权利和利益的保护完全等同,该方案可被称为“法益平等保护”理论;^[1]而另一种解释方案认为,虽然《侵权责任法》的保护对象包括权利和利益,但对不同类型的法益的保护程度并不相同,该方案可被称为“法益区分保护”理论。^[2]

即使在赞同采纳法益区分保护理论的论述中,对法益的区分标准和对不同法益的侵权法保护程度仍存在较大争论。这些争论围绕着德国法规范技术的合理性展开,即是否应仅依据法益是否是绝对权而进行不同程度的侵权法保护,对其他法益是否仅应在违反保护性法律和故意违反善良风俗这

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员,中国人民大学法学院副教授,法学博士。本文系笔者承担的北京高等学校青年英才计划项目(Beijing Higher Education Young Elite Teacher Project)和教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心自主项目的研究成果。

[1] 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第10页。

[2] 参见王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第77页;王利明:《侵权责任法研究》(上),中国人民大学出版社2010年版,第99页;杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第19页以下;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第61页以下;张谷:“作为救济法的侵权法,也是自由保障法”,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2009年第2期;方新军:“权益区分保护的合理性证明”,载《清华法学》2013年第1期。

两种情形下才予以侵权法保护。^{〔3〕}同时,对实现法益区分保护的解释技术也同样存在争论。有主张通过违法性要件的控制来实现区分保护;^{〔4〕}有主张以损害概念作为出发点,通过分析损害概念包含的“违法性”要件,推导出对法益的区分保护;^{〔5〕}还有主张设置“权益侵害”作为独立的构成要件。^{〔6〕}

所有这些争论都围绕着一个问题,即对《侵权责任法》第6条第1款的何种解释方案更为合理,这也构成了本文的中心议题。根据上述争论,该中心议题又可以被细分为三个问题:第一,是否要进行法益区分保护?第二,如何进行法益区分保护,即法益的区分标准和区分保护的程度为何?第三,在对前两个问题进行回答的基础上,妥当的解释技术为何?本文的结构即围绕这三个问题予以详细展开。

二、法益区分保护思想及其正当化理由

所谓法益区分保护,就是对不同类型和性质的法益进行不同程度的侵权法保护。此种法益区分保护思想是德国侵权法体系的基础,卡纳里斯(Canaris)教授就认为在《德国民法典》之中,过错责任法的三个基本要素之一就是法益区分保护思想,在他看来,《德国民法典》的重要特色之一就是并非所有的法益都得到相同程度的侵权法保护,而要区分保护。^{〔7〕}

具体而言,《德国民法典》第823条第1款所保护的主体包括了条文中明确列举的“生命、身体、健康、自由、所有权”和“其他权利”。所谓的“其他权利”以所有权作为原型,必须具有“归属功能”(Zuweisungsfunktion)和“排他功能”(Ausschlussfunktion)。^{〔8〕}在德国学者看来,“归属功能和排他功能是侵权保护的最好基础。如果权利或利益主体基于法律规定能够对这些权利和利益进行任意处分,这就意味着法秩序为他提供了一个固定和明确的保护范围,并在该范围内保护其免受第三人侵害;并且,如果他能够排除他人的任何干涉,则显而易见的是,他人一般应对其地位予以尊重”。^{〔9〕}由此,归属功能排除了一般财产利益等不具有确定归属内容的利益,而排他功能排除了相对权,这两者都并非绝对权,侵犯它们而产生的经济损失被称为“纯粹经济损失”,侵权法对包括纯粹经济损失在内的不具有归属和排他功能的法益的保护在责任构成上要求更为严格的要件,即“过错违反保护他人法律”(第823条第2款)或者“故意违反善良风俗”(第826条)。

由此,第823条第1款明确保护法律明确规定的所有权和其他物权,而在制定《德国民法典》时,存在生命、身体、健康、自由是否能够被法律规定为权利的争论,因此立法者没有明确从正面角度将之

〔3〕 葛云松教授主张按照德国法的规范技术解释《侵权责任法》第6条第1款的构成要件,并对此进行了极为深入的分析。参见葛云松:“《侵权责任法》保护的民事权益”,载《中国法学》2010年第3期;葛云松:“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,载《中外法学》2009年第5期。对该观点最为全面系统地予以阐述的是,于飞:《侵权与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版。

〔4〕 参见李承亮:“侵权责任的违法性要件及其类型化”,载《清华法学》2010年第5期;廖焕国:“侵权构成要件的不法性功能论”,载《现代法学》2010年第1期。

〔5〕 参见薛军:“损害的概念与中国侵权责任制度的体系化构建”,载《广东社会科学》2011年第1期。

〔6〕 参见龙俊:“权益侵害之要件化”,载《法学研究》2010年第4期。

〔7〕 Canaris, Schutzgesetz – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 30 f.; 同样的观点,参见[德]齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法》,常鹏翱译,北京大学出版社2009年版,第60页。

〔8〕 Vgl. MünchKomm/Wagner, 4. Aufl., 2001, § 823, Rn. 143.

〔9〕 Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil, Halbband. 2, 13. Aufl., 1994, S. 373 ff.

规定为权利,但却从保护角度对之进行与所有权同等程度的侵权法保护。^[10]因此,第823条第1款所保护的主体原则上是法律明确规定的绝对权。虽然在司法中创设承认了一般人格权、营业权等作为第823条第1款所规定的“其他权利”,但是从立法原意上看,如果认为德国法中的法益区分就是区分法定绝对权和法定绝对权之外的其他法益,或者将前者称为权利,而将后者称为利益,对两者进行不同程度的侵权法保护,虽然并不十分准确,但却差之不远。无论如何,德国侵权法对不同性质和类型的法益进行了不同程度的保护,以法益区分保护思想作为立法和司法的基础,而具体的规范技术则是对不同性质的法益明确规定适用不同的责任构成要件。

德国法所体现的这种法益区分保护思想自从产生出来之后就产生了重大影响,许多国家和地区的侵权法立法和修改草案受到了德国法的法益区分保护立法模式的影响。^[11]这些国家和地区的制定法规定和草案具有不同的规范方式,但都共享一个思想,即对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护。

法国的侵权法立法模式与德国法完全不同,采取了大的一般条款模式,对于所保护的主体至少在文本上没有进行限制,而是完全开放,未强调法益区分保护。但是,瓦格纳(Wagner)教授对此认为,“我们并不能从《法国民法典》第1382条和第1383条的宽泛且富有激发力的简洁表述中得出以下结论:在法国,每个因过错行为导致的损失都将引起责任。……这两条指导性原则的适用并不是绝对的,因为,无论是在理论上,还是在实践中,与其相反的原则也是有可能被适用”。^[12]以最重要的对纯粹经济损失的保护而言,法国法同样认为,纯粹经济损失不能与人身伤害和财产损害相提并论,因而通过变化“过错”概念、限制“可赔偿损害”、合同责任和侵权责任的“非竞合原则”来实现保护。换言之,在法国侵权法中,对不同类型法益的保护程度同样并不相同,因而在实质上也是区分保护的,不过并非如德国法那样对不同类型的法益规定不同的构成要件,而是通过过错、损害以及因果关系等范畴,在个案中依不同的事实群组及政策需要,弹性地进行价值取舍,相对地决定对不同类型的法益是否或如何加以保护。^[13]意大利法中,则通过损害的不法性概念,同样实现了对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护。^[14]

在日本法中,自1925年“大学汤事件判决”以来,对《日本民法典》修正前的原第709条规定的解释改以侵害行为的违法性判断;而修正后的第709条明文将“侵害权利”改为“侵害他人之权利或法律上保护之利益”,导致权益侵害要件的重新主张。^[15]但如何判断违法性或法律上保护之利益?按照日本学者的主张,“被侵害利益是强固的场合下,是所谓绝对权侵害的案例,侵害行为的不法性较大的场合是指违反刑罚法规、违反保护法规、违反善良风俗”。^[16]由此,不同类型的法益对应不同判断基

[10] Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, S. 127.

[11] 立法上受到影响的,例如《荷兰民法典》第6:162条第2款;《瑞士债法典》第41条;《奥地利民法典》第1311条和第1295条;《葡萄牙民法典》第483条第1款和第334条;《埃塞俄比亚民法典》第2027、2030条第1款和2035条第1款;我国台湾地区“民法”第184条等。侵权法修改草案受到影响的,例如《奥地利损害赔偿法学者建议稿草案》第1295条第1款、《瑞士侵权法草案》第46条等。对此的系统梳理,参见方新军:同注2引文。

[12] [德]瓦格纳:“当代侵权法比较研究”,高圣平、熊丙万译,载《法学家》2010年第2期;石佳友:“《法国民法典》过错责任一般条款的历史演变”,载《比较法研究》2014年第6期。

[13] 陈忠五:《契约责任与侵权责任的保护对象》,北京大学出版社2013年版,第81页。

[14] 同注5引文。

[15] 同注6引文;修法前的学说,参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第144页以下。

[16] [日]圆谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第69页。

准的过错和违法性,实现了不同程度的侵权法保护,实质上仍是采纳了法益区分保护思想。

因此,不同国家和地区的侵权法都采纳了对不同类型的法益要进行不同程度的侵权法保护这种法益区分保护思想,虽然具体实现该思想的规范技术并不相同。瓦格纳教授通过对不同国家的侵权法的细致考察,得出结论:“事实上,一般条款模式和限制受保护利益的模式之间的差异远没有表象呈现出来的那么大……虽然那些实行限制性制度的国家(如德国、英国和美国)已经发展出各种制度去调整纯粹经济损失和人格尊严损害,但法国一般条款的解释活动也呈现出如下特点:一方面,要反映人身伤害和财产损害之间的差异;另一方面,要反映经济损害和人格利益损害之间的差异。”^[17]

实质性的法益区分保护思想在各国侵权法中都存在。在德国法族中,在立法上区分不同类型的法益保护直接规定了不同的构成要件,从而采纳了法益区分保护思想;而有些国家并未在立法上对不同类型的法益保护规定了不同的构成要件,但在具体司法实践中,仍然要区分不同类型的法益采取不同程度的侵权法保护,只不过是其他要件,例如损害的不法性、权益侵害等规范技术予以实现。换言之,对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护的这种法益区分保护思想是各国侵权法的制度共识,而与采取法国式的一般条款立法模式或者德国法式的类型化立法模式之间并无必然关系,因此采纳法益区分保护思想并不必然导致德国侵权法的立法模式,也不能推断出法益区分保护思想仅仅存在于德国侵权法的立法模式之中。^[18]

(二) 法益区分保护思想的正当化理由

1. 体系理性:违约责任和侵权责任的区分

如果法益区分保护思想是一种制度共识,那么为何会存在此种制度共识?其正当性理由为何?对此多从体系理由上予以说明。违约责任^[19]和侵权责任是民事责任法中最为重要的体系区分,两者的价值考量、义务来源、责任主体范围、构成要件和法律效果等均具有相当程度的差异,^[20]这种区分和差异也同样体现于保护对象的界定上。

具体而言,为了贯彻此体系区分,违约责任是对“履行利益”的赔偿,而侵权责任是对“固有利益”的赔偿。这种区别最为典型地体现在纯粹经济损失的赔偿上,如果该纯粹经济损失属于当事人的履行利益,那么原则上通过违约责任予以赔偿。原因在于,当事人能够通过合同中的特殊约定对这种损失进行特殊的风险分配安排,而在违约责任中势必要考虑当事人的此种特殊安排;但是,侵权责任的“概括性格”,使其在民事责任法上具有“普通法”地位,而有可能随时侵蚀违约责任适用范围,甚至有取代违约责任规范功能的倾向,如果任何一般财产上的损失都会产生侵权损害赔偿请求权,那么合同法中的风险分配和限制机制就会落空,为了避免这种可能性,并进一步损害到私法自治,对纯粹经济损失的赔偿一般应通过违约责任予以实现,而不应绕道通过侵权责任予以实现,架空违约责任。^[21]

[17] [德]瓦格纳:同注12引文。

[18] 需要特别说明的是,无过错责任以及不要求过错的法定补偿责任所保护的对象,除非存在特别规定(例如《侵权责任法》第41条规定),本来就不应包括非绝对权的利益在内,否则对行为自由的影响太过剧烈,故当然也就不发生所谓的法益区分保护问题。因此,侵权责任法中的法益区分保护问题,只有在过错责任下所产生的侵权责任才会发生。具体参见于飞:同注3引书,第六章。

[19] 之所以在此选择“违约责任”概念,而不用“合同责任”概念,是因为合同责任还可能包含了缔约过失责任,而缔约过失责任的定性却是含糊不清的。

[20] 参见王利明:“侵权责任法与合同法的界分”,载《中国法学》2011年第3期。

[21] 同注13引书,第203页。

侵权法区分不同类型的法益予以区别保护,有助于防止侵权责任的过分扩大化,进一步实现违约责任和侵权责任的体系区分。

但是,在特别法所规定的侵权责任中,似乎均不严格区分不同类型的法益而适用不同的构成要件,这些特别法中的侵权责任规范越来越多,甚至成为原则,“其特色在于跳脱传统契约责任与侵权责任‘绝对二分’的观点,依其特有的规范功能或规范目的,平等保护契约当事人及第三人,形塑其独自的责任要件与法律效果”。^[22]在违约责任中,加害给付也使得违约责任的保护对象大大扩充至履行利益之外的固有利益之上,附随义务中的保护义务的违反也会产生违约责任,从而涉及到对对方当事人之固有利益的维护,此种保护义务和侵权法中的安全保障义务难以区分;^[23]这导致违约责任的保护对象已经扩展到固有利益的保护上,而德国法之所以扩充给付障碍责任,其原因也恰恰在于其侵权法保护对象的极大限制所导致的侵权法保护不足。在产品责任中,按照立法者的解释,我国《侵权责任法》第41条中的“损害”指产品缺陷造成的各种损害,包含缺陷产品自身的损害这种纯粹经济损失在内,从而将侵权法的保护对象扩充至纯粹经济损失上。^[24]所有这些都使得违约责任和侵权责任的区分并非绝对化。即使如此,违约责任和侵权责任仍存在相当程度的差异,为了避免规范矛盾,区分仍然有必要,从而同一法律事实可能会构成请求权竞合,但请求权相互影响理论或请求权基础竞合理论就其实质而言,已经是对违约责任和侵权责任绝对区分的缓和方式。

当然,这些论述并非是反对违约责任和侵权责任的体系区分,也绝非主张“合同的死亡”,而是进一步追问,此种体系区分的正当性为何?即使该体系区分具有正当性,但是否有必要通过侵权法中的法益区分保护思想予以实现?这些问题必然会涉及到更为实质性的理由构建。

2. 价值理性:行为自由与法益保护的合理权衡

“任何侵权法秩序的基本问题在于法益保护和行为自由之间的紧张关系。”^[25]侵权法的主要任务就是平衡行为自由和法益保护这两个可能会产生冲突的利益,“以下问题可能是侵权法的原问题,即在双方自由空间之维护的前提下平衡受害人和侵害人之利益,所有明智的立法都要予以妥当的解决,不仅要在价值评价层面而且也要在事实构成层面为法发现和法续造作出相当清晰的规定”。^[26]

法益区分保护思想试图通过对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护来实现这种平衡。较之其他法益,绝对权具有较高的位阶,人格权对于保护人格自由和人格尊严具有不可替代的价值,而所有权以及其他权利具有一种对个人和整体经济的物质保障作用;^[27]更为重要的是,在侵权责任法扩张的背景下,遵循法益保护区分思想,有助于防止侵权责任法保护对象的过度膨胀,防止相对人承担过重的法律责任,遭受不必要的损害,从而危害到行为自由。

以纯粹经济损失为例,根据法益区分保护思想,在侵权法中,对纯粹经济损失原则上不予赔偿,其理由通常被认为是以下几点:“诉讼闸门”理论,如果一般意义上允许对纯粹经济损失的赔偿,那么就会引发无数诉讼,法院就会不堪重负;防止责任漫无边际,导致加害人承担过重的责任,从而不利于人

[22] 参见同注13引书,第54、117页。

[23] 参见李昊:《交易安全义务论》,北京大学出版社2008年版,第167页以下;张家勇:“合同保护义务的体系定位”,载《环球法律评论》2012年第6期。

[24] 参见同注1引书,第216页。

[25] *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 360.

[26] *Canaris*, *Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts*, *VersR* (2005), S. 584.

[27] *Canaris* (Fn. 7), S. 31.

们的基本行为自由;防止合同法规被架空,避免使得合同法规淹没到侵权法的汪洋大海之中。^[28]但最为重要的理由事实上是第二个理由,因为行为自由涉及到人格发展、市场竞争机制和经济发展、营业自由问题,按照英国莱德(Reid)勋爵的观点,“竞争意味着交易者有权通过增加自己的利益而损害其他竞争者的利益”,^[29]从而“如果对纯粹财产和一般行为自由以类似于最高标准的全面保护,这是极为令人疑虑的,且在实践中也根本无法实施,因为这种保护总是与加害人同等位阶的财产和自由利益相冲突”。^[30]

因此,法益区分保护并非是单纯地维护侵权责任与违约责任体系区分的技术手段,而恰恰涉及到民法的实质价值判断。“加害人的一般财产和行为自由与受害人的一般财产和行为自由原则上是同等位阶,为何仅仅为了照顾一个人同样的利益,而要求另一个人承受行为自由上的限制或一般财产的损失?!……自由空间的开放和维护行为自由免受损害赔偿风险的过度干预,这毋宁描述了法秩序的一个基本任务,该任务的完成绝非仅仅是一个涉及‘技术性的’合目的性问题,也完全是一个涉及更高尊严的正义问题;因为自由保护也是一个正义目标,而无自由的正义最终根本不可想象。”^[31]法益区分保护思想的价值基础是试图构建行为自由和法益保护之间的合理关系。

3. 体系理性和价值理性的中介:社会典型公开性

如果法益区分保护的价值基础是行为自由和法益保护之间的平衡,那么为何德国法中以是否是绝对权作为法益的区分标准呢?最为实质性的理由恐怕还是绝对权和其他法益对潜在责任人而言的社会典型公开性(sozialtypische Offenkundigung)和由此所导致的预见可能性不同。绝对权具有社会典型的公开性,“其使得他人能够从相关客体的可感知性推导出对相关权利或法益的保护,并由此发展出对潜在侵权人的警告功能,由此考虑到对潜在侵权人的行为自由的尊重”,^[32]由此就可以使得潜在加害人更为容易地认识到侵害的可能性,采取合理的预防措施加以避免;而其他法益一般不具有社会典型公开性,从而不能合理地期待第三人去防范加害。^[33]因此,法益本身所蕴含的社会典型公开性有助于实现行为自由和法益保护之间的平衡,而上文所述的“归属功能”和“排他功能”不外是对社会典型公开性的一种描述而已。

通过社会典型公开性或预见可能性以及其所想要实现的行为自由和法益保护之间的平衡,违约责任和侵权责任的体系区分也同样能够得到说明。违约责任以存在有效的合同为基础,其所保护的履行利益的产生基础是合同当事人的自由约定,该利益是否存在、主体为何、内容如何、范围多大等,即使不是任何人都可事先加以预见,但对债务人而言仍然是相当具体、特定并能够加以预见;基于这种对履行利益是否存在、内容和范围的预见和期待,债务人或者在订立合同时就能够进行合理的约定

[28] Kötz/Wagner, Deliktrecht, 10. Aufl., 2006, S. 33; Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition* 1022 f. (Oxford University Press 2005); [意]布萨尼、帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第13页以下,第87页;王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第305页以下。还有许多学者对此进行了经济分析,参见葛云松:“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,载《中外法学》2009年第5期。

[29] *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, AC 1004, 1027 (1970).

[30] *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 375.

[31] *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 375.

[32] Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 373 ff.; *Fabricius*, Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäss § 823 Abs. 1 BGB, AcP 160, S. 291 f.

[33] *Canaris* (Fn. 7), S. 31.; 苏永钦:“再论一般侵权行为的类型”,载《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第306页。

进而分配风险,或者能够通过价格机能,反映在交易对价上,或者通过保险机制,分散转嫁风险。^[34]即使某些履行利益尤其是可得利益中的一部分,债务人在订立合同时无法预见和期待,按照我国《合同法》第113条的规定,对这部分可得利益无需进行违约赔偿。因此,即使违约责任对绝对权和绝对权之外的其他法益进行平等保护,通常亦在债务人可合理预见的范围内,其侵害所生的损害赔偿,亦不至于对债务人造成赔偿负担过重,赔偿范围巨大到无法承受的地步,反而是对行为自由的间接确认。^[35]同时,这也是违约责任原则上具有相对性的理由,因为对于这些履行利益,往往只有债务人才能够预见,并通过自由约定予以分配和分散风险,而其他第三人则往往无法做到这一点,因此,违约责任原则上具有相对性,使得只有债权人才能够且仅能够向债务人请求违约责任,从而便利债务人能够进行核算和考虑风险分散机制,保障了其他第三人的行为自由,不至于使得责任过于泛滥,同样具有平衡行为自由和法益保护的价值。

反之,侵权责任则并非如此。与违约责任不同,侵权责任的当事人不存在事先协商的可能性,也无法建立事先的风险分配机制。物权等绝对权的权利主体、内容或范围一般可以具体特定,具有社会典型公开性,使得潜在责任人具有预见可能性,因此原则上无需对其所可能承担的侵权责任作出特别限制。但是,绝对权之外的其他法益的具体利益主体、内容和范围极为不确定,往往不具有社会典型公开性,甚至是否造成损害、被害人是谁以及人数有多少、损害范围和规模等也是极为不确定的,潜在责任人对此通常不具有预见可能性,此时如果不对侵犯这些法益的侵权责任作出特别限制,很容易发生责任的泛滥,进而影响到行为自由。^[36]由此,对不同类型的法益进行侵权法上的区分保护,就具有相当正当的理由。

三、法益区分保护思想实现的规范技术

对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护,这种法益区分保护思想具有正当理由,但是,是否要区分保护与如何区分保护是不同的问题,即使承认法益区分保护思想是正当的,但并不能反推实现法益区分保护思想的规范技术就一定是正当的。目前的讨论围绕德国法的规范技术的妥当性而展开,因此这里所可能涉及到的问题是,如果法益区分保护思想是正当的,那么德国法实现该法思想的规范技术是否妥当? 如果对此的回答是否定的,那么何种规范技术更具有妥当性?

(一) 德国法规范技术的不足

德国法实现法益区分保护思想的规范技术就是区分法定绝对权和法定绝对权之外的其他法益,对两者进行不同程度的侵权法保护,划定不同的构成要件,并据此构建过错侵权的三种不同类型。区分标准至少包括三个层次,即是否是“法定”绝对权、法定“绝对”权和法定绝对“权”。这意味着对于法定绝对权进行较高等度的侵权法保护,而对非属于法定绝对权的其他法益——包括除法律具体明定之人格权之外的其他人格和身份利益、相对权和其他财产利益——等进行较低程度的侵权法保护,除非有违反保护性法律和故意违反善良风俗的情形,否则行为人对这些法益的侵犯不负侵权责任。

这对现代社会中越来越多值得保护的正当利益,显然保护不足,为了缓解此种状况,德国法创造

[34] 同注13引书,第50、51页。

[35] 同注13引书,第51、118页。

[36] 同样的观点,参见同注20引文。

出了许多润滑机制以更为适应现代社会的需求,概括而言主要有四种方式。第一,通过司法扩大侵权法所保护的“绝对权”的种类和范围,例如认为有权占有、一般人格权、营业权等属于第 823 条所规定的“其他权利”,对某些身份利益也予以权利化,同时扩张所有权的保护范围,例如在所有权侵害中运用所谓的“继续侵蚀性”概念,并将对物之使用的阻碍也认为是对所有权的侵害。第二,立法补充,通过立法直接创设新的权利;或者立法规定行为义务,从而使得这些规范构成保护性法律,适用第 823 条第 2 款实现对其他法益的保护。第三,扩张适用第 826 条所规定的故意违反善良风俗侵权类型。第四,扩张合同责任,义务范围在时间上前后延伸,采纳广义债之关系的概念,合同义务内容增加以形成义务群,请求主体上也有所扩大,由此产生了缔约过失、后契约过失、积极侵害债权、附保护第三人契约、第三人损害清算等理论。^[37]

但是,即使存在这些润滑缓和机制,侵权法保护仍然有所不足,具体而言:第一,就立法和司法上对新型权利的承认和扩大既有权利的保护范围而言,该种承认和扩大能够部分解决保护不足的问题,但是姑且不论由此所产生的“权利爆炸”问题,其扩张作用仍然非常有限和令人疑虑。首先,对于立法所直接创设的新型权利而言,暂且不考虑立法的滞后性和质量问题,但必须注意到,这些立法的立法者往往没有考虑体系效应,因此对立法新创设的这些权利能否一概受到侵权法的保护仍要进行进一步甄别。^[38] 其次,对新型权利的承认往往牵一发而动全身,例如,就侵权责任构成的不法性要件而言,对侵权法定绝对权采取“结果不法”理论,以结果征引不法;而对于这些新型权利,性质上无法与法定绝对权完全等同,因此被称为“框架权”,对此的侵犯无法采取结果不法理论,而需要“积极确定违法性”,由此产生诸多疑难和矛盾。再次,由于立法者和司法者的理性有限,所创设之新权利的主体、内容等仍非常空洞,对既有权利保护范围的扩张也往往欠缺具体特定,司法操作难度未减,无法实现权利的社会典型公开性。例如一般人格权,已经与利益难以区分,其“在受保护的范围内承载了什么内容,是无法用一个统一的公式,甚至是根本无法创立一个可以用于归入法的公式来表达的”。^[39] 营业权也同样如此,这种权利缺乏其他绝对权的一切特征,仅仅取决于当事人的意愿给予保护的实施,还不能够使其成为一个主观性的权利。^[40] 并且,即使承认营业权,对于非营业或企业的一般人民在经济生活领域上的利益仍无法提供完整的保障,因此为弥补该规范漏洞,有学者主张应将营业权予以一般化而创设所谓的“经济人格权”(das Wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht),但如果真是这样,则德国法

[37] See *Markesinis & Unberath, The German Law of Torts* 51, 70 f., 74 f. (4th ed., Hart Publishing 2002). [德]齐默尔曼:同注 7 引书,第 63 页以下。

[38] 例如国家通过发放营业许可创设新的财产权(如出租车营运证、烟草专卖证等)以及在公共资源上创设不同于传统物权的新类型权利(如采矿权等“准物权”),自然可以成为侵权法的保护对象;但是国家针对特定的人群赋予特定的权利,例如残疾人补助金、失业救济金等,权利人只能向国家主张,第三人无侵犯的可能,没有成为侵权法保护对象的必要。参见方新军:“利益保护的解释论问题”,载《华东政法大学学报》2013 年第 6 期。

[39] [德]福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,第 52 页。

[40] 参见[德]克默雷尔:“侵权行为法的变迁”(中),李静译,载《中德私法研究》第 4 卷,北京大学出版社 2008 年版,第 78 页。因此,在德国,虽然通说观点继续采纳营业权概念,但对营业权的反对声音一直不断,Larenz 和 Canaris 就认为营业权缺乏社会典型公开性、归属功能和排除功能,因此没有必要存在,而应通过《德国民法典》第 826 条实现保护。Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 560 ff. 这导致了对营业权进行了一些要件限制,例如受害人方面必须是已经设立且实施经营的企业、侵害行为必须是直接侵害、侵害客体是与企业经营具有直接性和内在关联性的营业利益而非可以分离的企业财产或其成员固有利益、违法性采取行为不法理论以及将之作为一种辅助性方式故不与其他请求权基础竞合等等,避免适用范围过度扩张,参见林美惠:“侵权行为法上交易安全义务的保护对象”,载《政法法学评论》2002 年总第 70 期,第 66 页以下;中国大陆地区对营业权的反对意见,参见于飞:“论德国侵权法中的框架权”,载《比较法研究》2012 年第 2 期。

法益区分保护的规范架构将几乎丧失殆尽。^[41]

第二,就立法创设保护性法律而言,同样一方面存在立法滞后性的问题;另一方面也存在因立法理性有限所存在的立法质量和欠缺体系效应考虑问题,就哪些规范构成保护性法律而言,判断较为困难,如果动辄任意将各种法律均纳入保护性法律范围,进而减轻过失和因果关系的举证责任,可能会破坏平衡行为自由和法益保护的侵权法价值机制。

第三,就故意违反善良风俗的侵权类型而言,也存在诸多不足。首先,必须要证明故意的存在,单纯的过失不足以构成,而证明故意较为困难。针对这些不足,德国学说越来越认为,“故意”要件已成为侵权法对正当利益保护的阻碍,因此主张进一步放宽《德国民法典》第826条的规定,将故意予以扩张解释至包含重大过失情形,这尤其体现在过失不当陈述的情形中。^[42]但这显然违反文义,“故意”要件就等同于被抛弃和架空。即使放弃“故意”要件,但是进一步的要求是,侵害行为仅仅不妥并不足够,必须严重到悖于善良风俗的程度,而善良风俗的内涵并不清晰,证明也的确不易。

第四,就扩张合同责任保护而言,这一方面导致了合同责任的肥大化,导致“侵权法淹没于合同法的汪洋大海中”,另一方面,即使如此扩张,仍然不足以完全解决对法益的保护问题。例如,缔约过失责任在适用范围和责任要件上,存在解释适用上的诸多疑义;^[43]附保护第三人契约理论则在要件上要求第三人与债务人的给付之间存在接近性(Leistungsnähe),即债务人可以合理预见“第三人利益的存在”和“第三人的范围”,这相当广泛且不确定,并且债务人基于合同关系对债权人可主张的各种抗辩,原则上似乎也可对该第三人主张。^[44]

(二) 规范技术和方法理性

1. 制定法实证主义的不足

可以看出,德国法实现法益区分保护思想的规范技术存在诸多缺陷,当然,这些规范技术的缺陷并不能导致作为基础的法益区分保护思想的无价值,这种存在缺陷的规范技术背后所蕴含的方法理性也仍然值得进一步省思。

德国法之所以区分法定绝对权和其他法益而进行不同程度的侵权法保护,是受到了制定法实证主义的影响,即所有的法都是由国家立法者所创造的制定法,制定法是完全客观的,并且非常完备,司法者完全不需要自己对制定法添加任何东西,他只能理解而不能进行创造性的法律续造。与制定法实证主义联系在一起的是权利的法定化,即权利是由制定法所明确规定的权利。^[45]制定法实证主义所意图实现的是一种分权体制,即立法和司法的分权,以立法来限制司法者的自由裁量,避免司法者的专权,实现法律的可预期性。

在侵权法的规范方式上,《德国民法典》第一草案制定时,第一委员会以《法国民法典》的概括性条款作为蓝本,而第二委员会认为,概括性条款未准确地提出损害赔偿请求权的条件,这只会遮蔽责

[41] 同注13引书,第166页,注174。

[42] Vgl. MünchKomm/Wagner (Fn. 8), § 826, Rn. 3.

[43] 例如,就我国法而言,缔约过失责任是否限于故意和合同未成立或未生效,关于该问题的论述,参见张家勇:“论前合同责任的归责标准”,载《法学家》2014年第1期。

[44] 参见王泽鉴:“契约关系对第三人之保护效力”,载《民法学说与判例研究》(二),中国政法大学出版社1998年版。

[45] 关于制定法实证主义和权利法定化的论述,参见朱虎:“萨维尼法学方法论述评”,载《环球法律评论》2010年第1期;朱庆育:“权利的非伦理化:客观权利理论及其在中国的命运”,载《比较法研究》2001年第3期。

任确定中的困难并将此困难移交给法官,但扩大法官的职权非常令人疑虑。^[46] 由此,《德国民法典》最终形成了三个小的一般条款,为法官裁判案件提供一套客观的标准,意图实现概念清晰、要件明确、体系严谨,从而可以减轻法律解释时的思维负担,提高判决的预测可能性,实现法秩序的安定。

可以看出,对法定绝对权进行较高程度的侵权法保护,这体现了权利的法定化和制定法实证主义,此时虽然能够通过扩大法定权利的类型和保护范围实现侵权责任的扩大,但较之法国法,德国法中司法者裁量的空间要小得多。因此总体上来说,德国法中,制定法实证主义限定了司法者的裁量空间,试图划定立法权和司法权之间的合理界限。但是,此种方法理性虽然备极严肃,但却不免虚弱无力,而其意图本身也几乎是一个“不可能的任务”。这种规范技术首先会带来大量的疑问,例如何种权利是绝对性权利?绝对性权利的保护内容和范围为何?最为典型的就是对人格权的保护,人格权本身必然蕴含了一种非实证化倾向,对人格权的制定法实证化也只能是在一定限度上的。^[47] 这一方面是因为人格权无法完全被法定化,另一方面是因为即使被法定化的人格权的具体内容由于必须考虑到言论自由等其他公共价值,因此具体内容和范围仍无法完全确定。这导致对人格权的侵权法保护的司法实践极为困难,也必然存在司法者的裁量空间。同样需要进行具体分析才能够确定对之进行何种程度的侵权法保护的还包括监护权、继承权和基于配偶关系的身份利益,以及物权法方面的物权期待权和占有等等。股权也同样如此,有限责任公司中的股权被第三人无权处分、股权中所蕴含的财产减少或营利能力降低、公司不向股东派发股息红利是否全部构成对股权的侵害,从而给予侵权赔偿,并非都能够当然地作出肯定回答。^[48] 即使是侵犯所有权,剥夺占有和对物进行处分毫无疑问属于侵犯所有权,但对物之使用的妨碍是否构成所有权侵害,抑或仅仅是纯粹经济损失,仍然存在大量争议。^[49] 其他诸如妨碍或干扰他人精神活动自由是权利还是利益、欺诈和证券欺诈发行等是否侵犯了精神上的自由权利抑或利益、性自主是权利抑或利益,这些同样无可避免地需要倚仗司法者来予以判断。^[50]

因此,哪些法定权利属于绝对权,以及法定绝对权中的哪些内容应受到更高层次的侵权法保护,并非显而易见,也并非能够由立法者完全决定。此时,制定法实证主义所想要实现的法秩序安定性,可能必须因此打一大折扣。各国法律尤其是侵权法的实践已然表明,侵权法是案例法的天堂,必然使得法官在案例中运用裁量权实现法的发展,一个良好的法治社会的构建也必然需要立法者和司法者的携手,司法者必然要在实质上做一个“立法之下的立法者”。德国法的前述发展也已摆脱了制定法实证主义,通过司法判例承认一般人格权、营业权等新型权利。当然,法官专权的可能性仍然需要避免,以实现法秩序安定性,但是,是否必须要通过制定法实证主义这种方式来实现就仍然值得进一步思考了。制定法实证主义和权利法定化当然有助于法秩序的安定性,但是对于法秩序的安定性而言,制定法实证主义和权利法定化既非充分条件,也非必要条件。之所以说并非充分条件,是因为还需要整体的司法制度予以保障;之所以说并非必要条件,是因为即使不采取制定法实证主义,仍可通过其他方式予以实现。

[46] Vgl. *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 1075.; [德]齐默尔曼:同注7引书,第59页以下。

[47] 参见龙卫球:“人格权立法面面观:走出理念主义与实证主义之争”,载《比较法研究》2011年第6期。

[48] Vgl. *MünchKomm/Wagner* (Fn. 8), § 823, Rn. 171.

[49] 相关的案例,参见德国法中的“孵化场案”(BGHZ 41, 123ff.)、“内河水道案”(BGHZ 55, 153ff.)。

[50] 同注13引书,第104页。

2. 动态系统方法和法益区分

德国法规范技术试图用划定固定要件的方式,限制司法者的裁量空间,实现分权体制,但侵权法甚至法律本身的特点使得立法者无法一劳永逸地通过制定法解决所有问题,司法者的裁量空间必不可少。德国法之后的发展就是针对该规范技术所带来的问题,但是如上文所述,这些发展对法益的侵权法保护仍有些捉襟见肘,并且这些发展中的相当部分在实践中仍然是有些晦暗不明和令人捉摸不定的。但是,如果承认司法者裁量的必要性,采取完全开放的概括条款思路,那么仍然会产生如何实现法秩序安定性的质疑。在此,我们要看到一个困境,一方面要承认司法者裁量的必要性,但另一方面必须要对司法者裁量进行合理限制,实现法秩序的安定性。

摆脱这种困境的具有说服力的方式是威尔伯格(Wilburg)所提出的动态系统理论。^[51] 其以日常生活和事实的多样性所导致的固定规则的不可能性作为出发点,主要方式是明示价值基础,划出寻求合理解决方案时的相关考量因素,在个案适用时则需要对各个考量因素进行综合考量,具体结果取决于各个考量因素相比较后的综合权衡。由此,动态系统理论承认了司法者的裁量,从而能够顾及到不同案件的不同情况,并适应社会发展;但又通过立法者对考量因素的划定实现对司法者裁量的限制,司法者要在立法者所划定的考量因素范围内进行思考、论证和判决理由的说明。这样,法秩序安定性由立法和司法携手,通过司法者在立法者所划定的考量因素基础上进行论证所取得的共识而予以实现。

此时,考量因素也迥异于固定要件,固定要件要求司法者在个案中逐个进行审查,是法律后果产生的充分且必要条件,其之所以充分,是因为只要满足了全部要件,法律后果必然产生,其之所以必要,是因为欠缺任何一个要件,法律后果即绝对不会产生,因此法律后果是全有或全无;而在动态系统理论中,根据价值基础可以划定多个考量因素,这些考量因素指导司法者在个案中进行权衡,司法者要综合权衡各个考量因素的不同影响,法律后果也摆脱了僵硬的全有或全无的思考模式,由此实现弹性而非固定,开放而非封闭的模式。

这种动态系统的方法反映在侵权法中,可能的推论之一就是侵权责任成立的各个要件在一些情形中也同样仅仅是考量因素而已,此时,个案中侵权责任是否成立,需要对各个具体要件进行综合权衡,这一方面导致各个具体要件的强度互补,例如,在替代因果关系情形中,因果关系仅需在有限的程度上具备即可,此时如果要使得侵权责任成立,则其他考量因素必须要在更大的程度上存在。^[52] 另一方面导致各个具体要件之间的互相参酌,例如,过错要件中的行为标准在个案中如何划定,同样需要考量受保护法益的性质和价值。^[53]

如果进一步将动态系统的方法具体到法益区分保护理论中,可以看到,不同类型的法益自然要受到不同程度的侵权法保护,但并非如同德国法那样在判断某个被侵犯的法益是否要受到侵权法保护时仅仅单纯地依据其是否是法定绝对权,而是要划定更多的考量因素,其中也注意到过错等其他要件的强度互补和互相参酌。这意味着,被侵犯法益是否是法定绝对权,仅仅是判断该法益是否应受到侵权法保护的考量因素之一而非唯一、排他性要件,因此判断最终并非取决于是否是法定绝对权这种

[51] 对此的具体介绍,参见[日]山本敬三:“民法中的动态系统论”,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第23卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版;[奥]库齐奥:“动态系统论导论”,张玉东译,载《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

[52] 参见[奥]库齐奥:“替代因果关系的解决路径”,朱岩、张玉东译,载《中外法学》2009年第5期。

[53] 参见《欧洲侵权法原则》第4:102条。

形式化区分,而是要对多种考量因素及其权重进行综合权衡和实质化论证。

这种方式已经被欧洲侵权法的一些草案所采纳。《欧洲侵权法原则》(PETL)第2:101条明确规定损害须是对法律保护的利益造成的物质损失或非物质损失,但何为受法律保护的利益呢?第2:102条基于动态系统理论,规定了更为动态和多元化的考量因素,此时,对利益进行侵权法保护并非仅仅取决于其性质,而是取决于多个因素以及这些因素的整体权衡以及相互之间的关联,每一个因素的分量会发生变化,因而,它们常常只能结合另一个非常重要的因素或者几个其他因素才能确定一个保护对象。^[54]《欧洲示范民法典草案》(DCFR)则明确规定了具有法律相关性的损害(legally relevant damage)的特别类型(第6-2:201条至2:211条),但除此之外,侵犯法律所赋予的权利以及值得法律保护的利益在救济措施是公平合理的情况下,也同样构成具有法律相关性的损害,在判断何为公平合理的情况下,第6-2:101条同样采用了动态系统理论,规定了多种考量因素,构成弹性和开放的条款以把握生活的多样性。^[55]

四、我国《侵权责任法》中法益区分保护的思想与技术

在法益区分保护这个问题上,我国《侵权责任法》第6条第1款可能会有三种解释方案:第一,未采纳法益区分思想,对所有的利益进行同等保护;第二,采纳了法益区分思想,且应对之进行德国法规范技术的解释;第三,采纳了法益区分思想,但不应对之进行德国法规范技术的解释,而应认为其采纳了动态系统的规范技术,且通过具体的例示隐晦地提出了一些具体的考量因素,授权司法者进行综合权衡和评价。由于法益区分保护思想具有正当性,因此第一种解释方案不应被采纳。第二种和第三种解释方案都以法益区分保护思想为基础,但在实现该思想的规范技术上存在较大区别。概括而言,就是是否要区分法益进行保护形成了一种主流观点,对此作出肯定回答;但就如何区分保护这个问题仍未形成一致意见,而后面这个问题又包含了两个分问题,即区分的标准为何,以及如何对不同的法益进行侵权法保护,即保护的程度为何。最后还涉及到解释技术上的争论。

(一) 法益区分的标准

从理论上而言,结合PETL和DCFR的规定,对法益进行区分的标准可以认为至少有两个:受保护法益的价值和社会典型公开性。受保护的法益价值越高,所得到的侵权法保护越全面,生命、健康以及涉及到人的尊严和自由的人格权受最全面的保护。社会典型公开性指的是被侵害法益所具备的客观性的、典型性的公开性和可识别性,法律对被侵害法益的界定越精确和明显,该法益就越具有社会典型公开性,所得到的侵权法保护就越全面。例如物权由于物权法定和公示手段的存在,较之合同债权,其得到的侵权法保护就要更为全面和程度更强。法律可通过具体明确地规定一些法定损失(例如丧葬费、亲属误工费等)、一些法定绝对权的法定明确保护范围以及法定行为义务而使得一些法益具有较强的社会典型公开性。

通过这些区分标准,司法者可以首先区分不同的法益,虽然司法者的裁量空间仍然存在。因

[54] [奥]考茨欧主编:《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,法律出版社2009年版,第35、19页;欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第64页。

[55] 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著:《欧洲私法的原则、定义和示范规则》(第五、六、七卷),王文胜等译,法律出版社2014年版,第227页以下。

此,法律所明确规定的人格权、物权和知识产权中被明确保护的法益得到的侵权法保护较强,法律所明确规定的行为义务所保护的法益以及法律所明确规定的一些法定损失得到的侵权法保护同样较强。《侵权责任法》第2条第2款列举了一些人格权以及物权和知识产权,而并未提及合同债权,但其隐含的法益区分标准并不应当是是否是绝对权,因为在第2条第2款中所同样列举的监护权、继承权、股权等无法简单地用绝对权予以界定,因此必然隐含了其他区分标准,即受保护法益的价值和社会典型公开性。社会典型公开性较强和价值较高的法益绝不限于“绝对”权和绝对“权”。同样,即使是绝对权,虽然其核心保护范围是明确的,但是一些边缘地带的法益在未被法律所明确规定的情况下,其社会典型公开性仍然较弱,最为典型的就被法律所明确规定的一些人格权的保护范围,例如身体健康权中是否包含决定是否生育的法益。^[56] 监护权、继承权、基于配偶关系的身份利益、物权期待权和占有、股权则同样需要根据这两个标准进行更为具体的分析,换言之,这些权利中所包含的价值较大以及社会典型公开性较强的法益得到的侵权法保护较强,而所包含的其他法益得到的侵权法保护要弱一些,由此实现行为自由和法益保护之间的价值平衡。至于第2条第2款中的“等人身、财产权益”自然也依据上述两个标准予以细致界定。

但必须要注意的是,该款所包含的“民事权益”内容极为宽泛,绝非仅仅包含价值较大和社会典型公开性较强的法益,还包括价值较低和社会典型公开性较弱的法益,简单而言就是所有法益。该条第1款规定了“侵害民事权益,应当依据本法承担侵权责任”,换言之,侵害“民事权益”仍然要“依据本法”承担侵权责任。因此,本文仅仅是认为该条第2款隐含了法益区分的标准,意味着要区分价值较高、社会典型公开性较强的法益以及其他法益,对这两种法益要进行区分保护而非同等程度的保护,但这两种法益都属于该条所规定的“民事权益”,至于是否要使得加害人最终承担侵权责任仍需要“依据本法”。但未解决的问题是,在区分开这两种法益的前提下,对这两种法益进行侵权法保护的程度为何,而所谓“依据本法”中的“本法”无疑就是《侵权责任法》,那么问题就转换成,《侵权责任法》对这两种法益所采取或应采取的区分保护的程度为何。

(二) 区分保护的度

如前所述,即使辅之以各种润滑机制,德国法的规范技术也仍存在诸多缺陷。同样值得怀疑的是,德国法之后的实践发展以其既定的规范技术作为规范前提,这些发展的目的无外乎是为了解决德国法规范技术所带来的问题,这犹如下棋,前一手出现了漏洞,之后的每一手都是为了弥补前手的漏洞,在德国法语境中这并无问题,因为历史是既定的而非可选择的。但在中国法语境中,我们所下的这一步棋和德国法的下法并不相同,在明知德国法的这一步棋已经出现了诸多漏洞的情况下,并无理由要秉承德国法的规范技术选择。

以最具争议的纯粹经济损失为例,一个可能的共识就是纯粹经济损失的侵权法保护较之法定绝对权的侵权法保护而言要弱,但并非绝对不受侵权法的保护。在判断纯粹经济损失应受到何种程度的侵权法保护而言,有学者采纳德国法的规范技术,主张扩张所有权的保护范围,或者在违反保护性法律或者故意违反善良风俗的情形下予以保护,但是内在理由却并不十分清晰。同样在破坏电缆的情形中,孵化器停工导致孵化器中的小鸡畸形这种损失,与营业停止的损失,究竟有何不同,导致前者是所有权侵害,后者却是纯粹经济损失? 被告过错导致运河堵塞,使得原告的一艘船被困于河道中,

[56] 对此的论述,参见朱晓喆、徐刚:“民法上生育权的表象与本质”,载《法学研究》2010年第5期。

另外三艘船也无法到达原告处,为何前者构成了侵害所有权,而后者不构成侵害所有权?这些都会引起极大的争议。^[57]即使认为背后隐藏了政策判断,即纯粹经济损失情形中,可能的受损者人数众多且损失不确定,但是,受损者人数有限、损失也能够确定的纯粹经济损失,例如商品自损、建筑物自身存在的缺陷,对此的赔偿为何仍迟疑甚至否定,而如核电厂泄露这样的大规模侵权,受损者人数众多且损失不确定,为何实践中仍然可能予以赔偿?举个极端的例子,在挖断电缆的情形中,如果加害人是以前以管线安装为业的职业人员,且其对于管线设施的正常运作背后所存在的诸多利益能够事先预见,对于挖断电缆所可能造成的损害,其也可以通过责任保险机制或价格机制予以分散转嫁,此时,加害人对其过失挖断电缆所造成的损失应否予以赔偿?^[58]因此,有学者指出,绝对权的侵害与是否构成纯粹经济损失之间没有逻辑上的联系,“哪些财产属于纯粹经济损失,这体现的是一种对可赔偿范围的技术限定,与权利本身并没有本质的联系,权利此时体现的只是一种‘基准点’的作用。”^[59]一些学者根据动态系统方法,提出了判断纯粹经济损失是否以及如何受到侵权法保护时的多项考量因素,并辅助以类型化,这种方法在美国的一些法院中也被采纳,而在《欧洲侵权法原则》和《欧洲示范民法典草案》中也采取了同样的方法。^[60]

因此,第三种解释方案,也即以动态系统作为方法基础的解释方案,是值得考虑的。简单来说,就是在区分开价值较高、社会典型公开性较强的法益以及其他法益的前提下,对前者进行较强的侵权法保护,而对后者进行较弱的侵权法保护,但这种较弱的侵权法保护不限于德国法的“违反保护他人法律”和“故意违反善良风俗”两种保护途径,而是要综合权衡各种考量因素予以判断。^[61]

在此存在两个实质论证规则。实质论证规则之一就是,如果社会典型公开性较强、价值较高的法益,例如法律所明确规定的人格权、物权和知识产权中的被法律明确保护的法益以及法律所明确规定的行为义务所保护的法益受到侵害导致损失,以及法律所明确规定的一些法定损失发生,则这些损失一般应得到侵权法的保护,除非有其他公共政策的理由。毕竟加害人是否承担侵权损害赔偿 responsibility 仍要取决于过错、因果关系和公共利益等所有要素的整体权重,因此,具有社会典型公开性和较高价值的法益受到轻微侵害,也同样无法获得侵权法的保护,例如被传染普通的感冒。^[62]

实质论证规则之二就是,社会典型公开性较弱、价值较低的法益受到侵害所致的损失一般不予以侵权法保护,除非有充分且正当的理由。^[63]因此,对这些法益并非完全不予以侵权法上的保护,在具有充分理由的情况下仍然要对之进行侵权法保护。在充分理由的构建过程中,按照动态系统的方法,需要考虑多种因素,包括归责基础、损害性质、因果关系和公共利益等,以及这些因素之间的相互补强和影响。具体而言,如果加害人是故意或重大过失、损害为人身损害、行为人与受害人关系紧密,以及

[57] Larenz/Canaris (Fn. 9), S. 389.

[58] 参见同注13引书,第141页。

[59] 梅夏英:“侵权法一般条款与纯粹经济损失的责任限制”,载《中州学刊》2009年第4期。

[60] 例如,Kozioł提出了十项考量因素,参见[奥]库齐奥:“欧盟纯粹经济损失赔偿研究”,朱岩、张玉东译,载《北大法律评论》2009年第1期;美国加州法院则提出了六项考量因素。See *J' Aire Corp. v. Gregory*, 24 Cal. App. 3d 799, 598 P.2d 60, 157 Cal. Rptr. 407 (1979);我国学者也基于类似方法,提出了一些原则或考量因素,参见满洪杰:“论纯粹经济利益损失保护”,载《法学论坛》2011年第2期;杨雪飞:“反射型纯粹经济损失的赔偿问题”,载《云南民族大学学报》(哲学社会科学版)2010年第3期。

[61] 对于这种动态系统的解释方法,可能的主张者是朱岩教授。参见朱岩:《侵权责任法通论:总论》(上册),法律出版社2011年版,第131页以下,第161页以下。

[62] [奥]库齐奥:同注51引文。

[63] 关于该论证规则,参见张新宝、张小义:“论纯粹经济损失的几个基本问题”,载《法学杂志》2007年第4期。

言论自由、竞争自由等公共利益较为欠缺,则这些法益更有理由得到侵权法保护;反之,如果加害人仅具有一般过失甚至轻过失、损害为纯粹经济损失、行为人与受害人关系较为疏远以及公共利益较强,^[64]这些法益更有理由不受到侵权法保护。需要再次强调的是,所列举的这些因素都仅仅是考量因素而非要件,司法者要在个案中对这些考量因素进行综合权衡。^[65]

(三)解释技术

即使承认法益区分保护思想以及上述的区分标准和区分保护程度是正当的,但如前文所述,在《侵权责任法》的规范前提下,如何为上述观点的实现寻找到妥当的规范基础,仍然存在争论。按照《侵权责任法》的规范逻辑,是否包含违法性要件是存在较大疑问的,^[66]同时,权益侵害要件和损害概念所包含的违法性要件在实质上并无不同。《侵权责任法》第6条第1款并非仅针对侵权损害赔偿责任,因此有意识地采纳了“侵害”这个表述,以与第15条规定的多种“承担侵权责任的方式”相对应。但是,在侵权损害赔偿责任中,固然应当包含损害概念;即使是在预防性侵权责任中,也同样能够包含损害概念,第21条规定的“侵权行为危及他人人身、财产安全的”,可以被解释为“侵权行为导致损害发生之危险的”。因此,在侵权责任的构成中,损害是一个重要的概念。在一般的意义上,损害是指受害人的**人身和财产在社会事实层面上所遭受的一种不利影响,这种一般意义上的损害事实要转化为可以导致侵权救济的法律意义上的损害,必须接受法律上的筛选和评价,从而表现为一种“可赔偿的损害”(PETL第2:101条)或者“具有法律相关性的损害”(DCFR第6-2:101条)。^[67]在侵权损害赔偿责任的构成中,这毫无疑问,即使是在预防性侵权责任的构成中,也同样需要“具有法律相关性的损害”发生的危险或迫近。^[68]

因此,在文义上,《侵权责任法》第6条第1款似乎并未包含损害概念,但根据上述解释,该款应当包含了“具有法律相关性的损害”这个构成,而这个构成又取决于对侵权法保护之法益的判断,即并非所有损害都是具有法律相关性的损害,后者是侵犯侵权法保护之法益所导致的物质和非物质损失(PETL第2:101条),由此,在“具有法律相关性的损害”这个构成中能够容纳上文所述的区分标准、区分保护程度以及具体的考量因素。

五、结论

侵权法中的法益区分保护具有思想和技术两个层面,分别对应着是否要区分保护以及如何区分保护这两个不同的问题。作为一种思想的法益区分保护着眼于对不同类型的法益进行不同程度的侵

[64] 对于公共利益这种考量因素,举例而言,最为典型的就是一物二卖情形,后买受人一般不成立侵权责任的原因是因为市场竞争这种公共利益。除此之外,还有言论自由等公共利益。

[65] 有学者主张,侵害人身利益的仍以过错为主观要件,侵犯财产利益的应以故意为要件,参见同注38引文。但是这种观点似乎仍然把考量因素当成了要件,由此仍然会带来诸多问题,例如,专家因过失导致第三人的纯粹经济损失如何处理,按照比较法,此时仅要求专家具有专家过失即可构成,而非必然要求专家的故意,参见周友军:《专家对第三人责任论》,经济管理出版社2014年版,第61页以下。

[66] 持否定态度的观点,参见王利明:“我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗?”,载《中外法学》2012年第1期;朱虎:“过错侵权责任的发生基础”,载《法学家》2011年第1期。

[67] 同注5引文。当然,他这里使用的概念是具有“不法性”的损害,含义大致相同。

[68] 同注55引书,第199页。必须承认的是,在侵权损害赔偿责任和预防性责任中,“具有法律相关性的损害”的具体界定可能有所不同,但其中的考量因素应当是相同的,参见《欧洲示范民法典》第6-2:101条。

权法保护,该思想是一种制度共识,有助于通过社会典型公开性妥当协调行为自由和法益保护的价
值,具有体系理性和价值理性的正当基础。

但是,在承认法益区分保护思想的前提下,如何区分保护仍是需要进一步讨论的问题,其规范技
术是多元化的。根据思想和技术或目的和手段的两分,采纳法益区分保护思想并不必然导致德国侵
权法的规范技术,也不能推断出法益区分保护思想仅存在于德国侵权法的规范技术之中。德国法
的规范技术以制定法实证主义为方法基础,目的在于限制司法者的裁量空间,实现分权体制,但侵权法
本身的特点使得司法者的裁量空间必不可少,因此其意图的实际效果不佳,且会带来保护不足的问题。
为了解决德国法规范技术所带来的上述问题,更为妥当的方式是以动态系统作为方法基础构建
动态、弹性的法益区分保护规范技术。

《侵权责任法》第2条第2款隐含了法益区分的标准是法益的价值和社会典型公开性,但并非意
味着价值较低、社会典型公开性较弱的法益完全不受侵权法保护,或者仅如同德国法那样以“违反保
护性法律”和“故意违反善良风俗”作为保护途径。更为妥当的方式是,以《侵权责任法》第6条第1
款所隐含的“具有法律相关性的损害”这个概念作为解释的规范基础,确定两个实质性的论证规则,即
“社会典型公开性较强、价值较高的法益一般应受到侵权法保护,除非具有充分且正当的理由”和“社
会典型公开性较弱和价值较低的法益一般不受到侵权法保护,除非具有充分且正当的理由”,而在充
分且正当的理由构建过程中,划定多元化的考量因素,授权司法者进行更为动态和弹性化的综合
权衡。

The Distinct Protection of Different Legal Interests in Tort Law: Thought and Technique

Zhu Hu

Abstract: The distinct protection of different legal interests in the tort law has two aspects, which
are thought and technique, respectively corresponding to two different issues, i. e., whether to distin-
guish and how to distinguish. As to the first issue, this thought is a kind of institutional consensus, and
is worthy of approval because it has the rationality of system and value. As to the second issue, the
normative technique adopted by German law, which is based on the legal positivism, causes some disad-
vantages including insufficient protection. The Chinese tort law adopts a different technique, so the more
appropriate interpretation scheme should base on the method of dynamic system, and take the concept of
“legally relevant damage” as the premise of interpretation. In this scheme, the Chinese normative sys-
tem implies that the legal criteria of distinguishing the legal interests are the value and social typical Ob-
viousness, and contains multiple considerations. This scheme also recognizes two substantial rules in ar-
gument, and authorizes judges to undertake a more dynamic and flexible integrated balance.

Keywords: tort; object of protection; distinct protection of different legal interests

(责任编辑:丁洁琳)

公众人物理论与真实恶意规则之检讨

郑晓剑*

摘要:近年来,美国法上的公众人物理论与真实恶意规则对我国理论界和实务界产生了深刻影响,这种现象是否合理,值得反思。真实恶意规则的适用主体包括公务员和公众人物。该规则源自于普通法上的诽谤规则难于有效保护言论自由和新闻自由的制度背景,诞生于民权斗争日趋高涨的时代背景,因而被寄予了通过优先保护言论自由来促进人权平等的“重任”。但是,一方面,公众人物理论缺乏明晰的内涵与判断标准,难以将其与普通私人妥当地区分开;另一方面,真实恶意规则的用词并不精确,其既不能妥当地保护个体的名誉,也不能周延地保护新闻媒体,而对言论自由的过度保护在实际效果上可能适得其反。当前我国并不存在类似的制度背景和时代背景,亦无通过优先保护言论自由来促进人权平等的迫切诉求。既有的规范框架足以妥当解决公众人物的名誉权与言论自由之间的冲突问题,引进公众人物理论与真实恶意规则并无必要。

关键词:公众人物 真实恶意规则 名誉权 言论自由

一、问题的提出

《法学研究》2014年第4期刊登了郭春镇教授所作的《公共人物理论视角下网络谣言的规制》一文。在该文中,作者认为,根据传统的公共人物理论,公共人物的名誉权和隐私权都要受制于媒体的表达自由,“除非他们能够证明媒体的相关行为满足‘实质恶意’的标准”;^[1]但是在自媒体时代这种规则已经不适应社会发展的需要了,因此,作者主张在定性相关的侵权行为时,应当区分实质恶意与一般恶意,如果双方实力均衡或相差无几,则可以考虑不构成侵权。^[2]

该文立足于自媒体日益普及、网络谣言满天飞的当下,提出了应从公共人物理论的角度对网络谣言进行妥当的规制,自有其理论与实践上的价值,但是该文所提出的若干论点是否合理、可行,却值得反思。例如,如何区分所谓的公共人物与私人?我国民法上是否同样存在美国法上的实质恶意标准(或规则)?实质恶意与一般恶意的区分标准何在?侵权构成以双方的实力大小为依据是否妥当?等等。应当说,这些问题基本上涵盖了近年来我国学者探讨人格权(尤其是公众人物的名誉权)与言论

* 厦门大学法学院助理教授,法学博士。本文系笔者主持的福建省社会科学规划项目“侵权责任能力制度原理及功能研究”(项目编号:2014C140)和中央高校基本科研业务费项目“法典化背景下民事行为能力制度立法研究”(项目编号:T2013221005)的阶段性成果。需要说明的是,笔者在厦门大学卓越法律人沙龙活动中,组织学生对该文进行了研讨,本文的很多思想就获益于在上述活动中与学生的交流,同时本文的写作也获益于同事郭春镇教授所作的《公共人物理论视角下网络谣言的规制》一文,特此一并致谢。

[1] 郭春镇:“公共人物理论视角下网络谣言的规制”,载《法学研究》2014年第4期,第162页。

[2] 同注1引文,第171页。

自由之关系的主要领域。

当然,学界讨论公众人物理论(theory of public figure)的目的,^[3]并不是因为公众人物看起来要比普罗大众“高端、大气、上档次”,^[4]而是为限制其人格权提供理论基础,尤其是当公众人物的名誉因媒体的不实新闻报道而毁损时,通过对其适用真实恶意规则(actual malice rule)来限制其权利主张,以保护媒体的言论自由。^[5]事实上,主张在名誉侵权案件中引入真实恶意规则的观点在我国学界由来已久。1996年苏力即已指出,“在一般情况下,至少当他们不是有意或恶意利用这种言论自由伤害他人或有重大过失并从中获利时,即使他们的权利行使损害了他人的某些利益,也应当受宪法的保障”。^[6]1998年贺卫方教授在其作品中更是明确指出,“除非公务员或公众人物能够证明传媒或相关文章的作者具有实际恶意——这通常是极其难以找到证据的——否则将不可能获得法律救济”。^[7]汪庆华先生在其2008年发表的作品中也持同一观点。^[8]

在学界的大力推动下,我国法院在司法实践中也开始频繁地运用公众人物理论处理名誉权纠纷,如在轰动一时的“范志毅诉文汇新民联合报业集团名誉纠纷案”中,上海市静安区人民法院就认为,“本案原告系中国著名球星,自然是社会公众人物……即使原告认为争议报道点名道姓称其涉嫌赌球有损其名誉,但作为公众人物的原告,对媒体在行使正当舆论监督的过程中可能造成的轻微损害应当予以容忍与理解。”^[9]根据相关最新的实证分析资料,在名誉权纠纷审理中明确涉及公众人物理论的有效案例就达21个!^[10]

由是观之,公众人物理论及其背后的真实恶意规则已不再停留于学者的著述中,而是早就对司法实践产生了实质影响。由于我国学者主要是从公法尤其是宪法的角度讨论名誉权与言论自由之间的关系问题,使得公众人物理论及真实恶意规则在我国的传播从一开始就不是在既有的民法理论和民法制度框架下进行,因而难以与现有的理论及制度相契合。无视本土做法与忽视域外文明,都是两种不可取的极端做法,对此,本文将采取一种中间立场的进路,通过回归公众人物理论及真实恶意规则之本源,立足于我国既有的民法理论及制度架构,反思并检讨相关观点及做法的妥当性,以期能收抛砖引玉之功效。

二、正本清源:真实恶意规则之定位

任何规则都不是凭空产生的,而是有着深刻的文化及社会背景。要对真实恶意规则作出妥当的

[3] 关于“public figure”一词的翻译,有的将其译为“公共人物”,有的译为“公众人物”。本文赞同后一种译法,因为根据英美法的相关判例及理论文献,“public figure”往往是与“public official”(公务员)相并列的意义上使用的,其是指除公务员之外的其他有一定的社会影响力的人士,而公共人物一词的涵括范围太广,其不仅包括了公务员,还包括了一般性的公众人物,因而无法凸显“public figure”的特征及价值。

[4] 君不见,近年来有关娱乐明星等公众人物涉嫌赌博吸毒、卖淫嫖娼等丑闻的新闻报道,可谓不绝于耳!

[5] 关于“actual malice”一词的翻译,我国学者有不同的译法,如译为“实质恶意”、“实际恶意”、“确实恶意”等等。王泽鉴老师在其著作中将其翻译为“真实恶意”(参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第116页),本文采纳此译法。

[6] 苏力:“《秋菊打官司》案、邱氏鼠药案和言论自由”,载《法学研究》1996年第3期,第73页。

[7] 贺卫方:“传媒与司法三题”,载《法学研究》1998年第6期,第26页。

[8] 汪庆华先生认为,“在公共人物的名誉权官司中,原告必须证明被告的实质恶意或者是对事实的贸然不顾”。参见汪庆华:“名誉权、言论自由和宪法抗辩”,载《政法论坛》2008年第1期,第24页。

[9] 参见上海市静安区人民法院(2002)静民一(民)初字第1776号判决书。

[10] 参见刘迎霜:“名誉权中‘公众人物理论’省思”,载《社会科学》2014年第6期。考虑到统计的偏好、遗漏以及时效性,实际涉及公众人物理论的名誉权纠纷案例无疑更多。

定位及评价,必须要回归到普通法,通过考察普通法上的诽谤侵权构成,探知孕育真实恶意规则的内生原因。此外,亦须考察20世纪中期在美国蓬勃兴起的民权运动,因为,正是在这场运动的推动下,最终催生出了著名的“真实恶意规则”。

(一) 普通法上的诽谤侵权

在英美普通法上,诽谤侵权(defamation)主要是为了保护名誉利益免受不真实的陈述侵害而构造出来的。^[11] 在普通法发展的早期,诽谤侵权就已经被区分为两种不同的类型,即文书诽谤(libel)与口头诽谤(slander),从而形成了甚为复杂的规则体系。^[12] 要提起一项诽谤诉讼,原告通常需要证明以下要素:须存在一项诽谤性陈述;该陈述须指向特定的原告(对关于某一阶层的诽谤不能提起诽谤之诉);须有传播,即该诽谤性陈述须传达给第三人而不能仅为原告所知。^[13]

相应地,原告无需证明被告主观上有过错、自己遭受了多大的损害以及被告的陈述为虚假等要素。根据普通法,诽谤责任具有严格责任的特质,即无需被告知晓或因过失而不知其陈述为不实或具有诽谤性。^[14] 原告也无需证明其所遭受的损害程度,法律许可陪审团根据原告先前的名誉进行推定。^[15] 被告陈述的不真实性由法律推定,其目的是减轻原告的举证负担,被告可提出证据证明其所陈述内容为真实而抗辩免责。^[16]

为了平衡原告的诽谤诉求,普通法也为被告设置了多重抗辩事由(Defenses),如真实抗辩(truth or justification)、绝对的特权抗辩(absolute privilege)、授予的特权抗辩(qualified privilege)、公正评论抗辩(fair comment)等。其中,“真实抗辩”要求被告能够证明其所述内容完全属实而没有虚假内容;“绝对的特权抗辩”适用于表达自由的利益完全超出了名誉利益的情形,如在国会议事程序上的发言;“授予的特权抗辩”则取决于传播者与受众之间准许自由表达的更为有限的利益,如关于国会议事程序或司法程序的报道。^[17]

早期普通法上的诽谤侵权抗辩事由主要包括“真实”与“特权”抗辩两种,对于二者的关系,萨尔蒙德(Salmond)认为,“一旦诽谤性陈述被证明是真实的,那么特权抗辩就不必要了……只有当陈述是虚假的,或者不能被证明是真实的时候,才有必要考察是否存在特权抗辩的问题”。^[18] 后来由于担心超负荷的诽谤法会阻碍有价值的公共讨论,“公正评论”才作为一项独立的抗辩事由被纳入到了普通法中。^[19]

由此可见,根据普通法上的诽谤规则,相较于被告,原告在法律上的地位更为优越:其只要证明被告的陈述具有诽谤性并且与己相关,就不用再劳神费力去搜证举证了,但是被告为了洗脱“罪责”,不得已四处搜寻证据,到头来可能仍免不了要承担责任——由于诽谤侵权实行严格责任,这意味着即使被告在发表或传播相关诽谤性言论时没有过失,其可能仍然需要承担责任!因此,在原告的名誉权保护与被告的言论自由保护之间,普通法上的诽谤规则更多地偏惠于前者,这就为真实恶意规则的诞生埋下了制度性的伏笔。

[11] See Graham Stephenson, *Sourcebook on Torts* 501 (2d ed., Cavendish Publishing Limited 2000).

[12] See Sir Frederick Pollock, *A Treatise on the Law of Torts* 286 (3d ed., F. H. Thomas Law Book Co. 1894).

[13] Stephenson, *supra* note 11, at 507-511.

[14] 参见[美]爱德华·J.柯恩卡:《侵权法》(英文影印本),法律出版社1999年版,第387页。

[15] See John D. Zelezny, *Communications Law* 154 (6th ed., Wadworth 2011).

[16] See James A. Henderson, Jr., Richard N. Pearson & John A. Siliciano, *The Torts Process* 696 (6th ed., Aspen Publishers 2003).

[17] *Id.* at 695-696.

[18] John Salmond, *The Law of Torts* 477 (5th ed., Sweet & Maxwell 1920).

[19] Henderson, Pearson & Siliciano, *supra* note 16, at 734.

(二) 真实恶意规则确立的背景及过程

普通法上的诽谤规则平静而自足地发展了数百年,直到1964年美国联邦最高法院作出的一则判例才打破了这一平静,并促其发生了革命性变化。这则判例就是在中外法学界及新闻界享有盛名的“《纽约时报》诉沙利文案”(New York Times Co. v. Sullivan)(下文简称为《纽约时报》案)。^[20] 该案的基本案情是:1960年3月29日《纽约时报》刊登了一则有数十位著名民权人士署名的付费政治广告,该广告的标题虽简洁但足够吸引眼球——“倾听他们的声音”(Heed Their Rising Voice),其目的是抨击南方各级政府及公务员滥用公权镇压民权运动,并呼吁读者捐款援助民权运动的“带头大哥”——马丁·路德·金博士(Dr. Martin Luther King)及其他受迫害的南方黑人。但是该广告的若干细节与实情不符,如金博士被逮捕的次数只有四次而不是广告中所说的七次,警察并未包围学校也未阻止学生进入食堂就餐,学生领袖被开除的原因并不是因为唱国歌而是因为其发起静坐抗议等。蒙哥马利市警察局长沙利文认为这则广告虽然没有直接提及他的名字,但是其中的不实内容足以毁损他的名誉。在协商无果的情况下,他将《纽约时报》起诉到了阿拉巴马州地区法院。

阿拉巴马州的诽谤法适用的是普通法上的诽谤规则,而《纽约时报》所刊登的这则广告完全符合普通法上的诽谤侵权之构成:广告虽未直接点名,但是其对警察滥用公权的报道足以构成对主管警察事务的沙利文的“影射”,并使其名誉低落;广告中所描述的细节并不符合事实,相关的评论亦未尽公正,此外也没有任何特权抗辩可以帮助《纽约时报》逃脱责任追索。该案在阿拉巴马州走完了全部的诉讼程序,历经三审,《纽约时报》均告败诉。《纽约时报》不服,于是向美国联邦最高法院提起了上诉——这是它的最后一根救命稻草!

联邦最高法院认为,阿拉巴马州的诽谤法与联邦宪法修正案第1条和第14条的意旨未尽相符,不能充分保障人民批评政府的言论自由权利,因而需要从宪法的高度省察诽谤侵权的构成,最终催生出了著名的真实恶意规则(actual malice rule)——“吾人认为宪法的保障要求有一个联邦规则,禁止公务员就有关公务行为而为之的诽谤性不实陈述请求损害赔偿,除非证明该项陈述系以有真实恶意而为之,即明知其陈述为不实或轻率地不顾其是否真实”。^[21] 据此,联邦最高法院全体大法官一致同意推翻阿拉巴马州最高法院的判决,发回重审。

有学者指出,“《纽约时报》案”的判决乃基于这样一个承诺,即民主国家必须对重要的公共问题进行不受抑制的讨论,而为了避免公民对其批评政府的行为进行自我审查,有必要考虑存在一个宪法上的维度,因为普通法上的真实抗辩并不足以实现上述要求。^[22] 真实恶意规则的提出,极大地改变了普通法上的诽谤侵权的构成——原先原告无需证明被告有过错,也无需证明被告陈述内容为虚假,但是现在“不但免除了被告举证其言论真实性的负担,取消了惩罚性赔偿,而且反过来要求原告去承担证明被告‘确实恶意’的责任,而这一举证是如此困难,几乎使美国各地诽谤法中对执行公务而招致批评的官员的保护难以执行”。^[23] 因而,有学者评价这一判决是“民权运动和新闻自由的双重胜利”。^[24]

[20] 对该案的详细介绍,参见[美]安东尼·刘易斯:《批评官员的尺度:〈纽约时报〉诉警察局长沙利文案》,何帆译,北京大学出版社2011年版。值得一提的是,该书的作者刘易斯曾是《纽约时报》的专线记者,亲历了“《纽约时报》案”的全过程。多年之后,刘易斯将该段经历形之于文字,使人们能够全方位地了解这场著名诉讼的来龙去脉及其背后的诸多精彩花絮。

[21] See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 280 (1964). 在此处笔者参考了王泽鉴教授在其《人格权法》一书中对该段英文的翻译,特此致谢! 参见王泽鉴:《人格权法》,北京大学出版社2013年版,第322页。

[22] See Henderson, Pearson & Siliciano, *supra* note 16, at 720-721.

[23] 任东来:“新闻自由与个人名誉的艰难平衡”,载《南京大学学报》2004年第3期,第25页。

[24] Lyrrisa Barnett Lidsky & R. George Wright, *Freedom of the Press* 68 (Greenwood Publishing Group 2004).

(三) 真实恶意规则的扩张

真实恶意规则的本意是限制公务员就他人对其公务行为所作的不实陈述提起诽谤之诉,但是在“《纽约时报》案”判决作出仅仅三年之后,在 *Curtis Publishing Co. v. Butts* 和 *Associated Press v. Walker* 案中,这一规则适用的主体范围就从“public official”(公务员)扩张到了“public figure”(公众人物)。^[25] 在这两个案子中,Butts 是一所大学的体育主管, Walker 是一名退役的将军,二人都被媒体不实的报道所困扰。由于二人并非是执行政府公务的公务员而是所谓的社会公众人物,那么可否对二人也适用真实恶意规则呢? 这在美国联邦最高法院内部引起了争论。

大法官哈兰(Harlan)反对将真实恶意规则适用于公众人物,他建议对有关公众人物的诽谤侵权创设一个新的责任标准,该标准既不像真实恶意标准那么严格,同时也高于普通法上的诽谤要求。但是,沃伦(Warren)大法官认为,即使原告是公众人物,也应对其适用“《纽约时报》案”中确立的真实恶意标准,因为随着社会私领域权力的不断集中,许多不是公务员的公众人物也深度卷入了许多重要的公共论题之解决,或者利用其名望在相当大的程度上影响社会的各种事务。^[26] 最终,沃伦的意见获得了其他多数大法官的支持。

那么,在原告为普通私人(private)的诽谤案件中,是否也有真实恶意规则的适用呢? 对此,美国联邦最高法院在 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 一案中作出了回应。在该案中,原告 Gertz 是一个知名律师,在一起警察谋杀案中其受被害人家属的委托担任诉讼代理人,被告是一家传媒商,经营有一份杂志,在 Gertz 受委托担任代理人后,该杂志刊载了一篇文章指称 Gertz 曾加入过共产党组织,有众多的犯罪记录等等。Gertz 以该报道内容严重不实为由对被告提起了诽谤之诉,被告以所报道内容事关公共关切且 Gertz 系公众人物为由提出抗辩,认为本案应适用“《纽约时报》案”中确立的真实恶意标准。

在 Gertz 案中,联邦最高法院首先对相关的事实和法律问题进行了探讨,进而区分了两类不同的公众人物:一类是在所有场合都赢得了普遍的名声或恶名的人,一类是自愿使自身卷入或被牵连进一项特定的公共争论,从而在一个有限的范围内成为一名公众人物;与第一类公众人物相比,第二类公众人物更为常见。就本案而言,法院认为,尽管原告活跃于社会和专业领域,并在当地的民间机构和各种专业组织中任职,也发表了许多著作和论文,但是在社会上其并非誉满天下或恶名昭著之人,因而不能认为其是一名公众人物而对其适用真实恶意规则。^[27]

Gertz 案的一个重要意义在于,其在普通法上的诽谤规则和适用于公务员及公众人物的真实恶意规则之外,创设了一个新的以宪法为依据的诽谤规则,即当诽谤诉讼的原告为私人,且相关陈述涉及公共关切事项时,根据美国联邦宪法第一修正案的要求,只有在原告证明被告主观上存在过失,且能够证明自己因被告的诽谤性言论而遭受损失的情况下,其才能获得法律上的救济,从而提出了适用于私人原告的宪法上的过失标准。^[28] 如果对私人原告的诽谤性陈述无关公益,此时方才适用普通法上的诽谤规则。

(四) 评价

真实恶意规则产生于 1960 年代美国的民权运动日益高涨之际,因而具有鲜明的时代特色和价值

[25] See Arthur Best & David W. Barnes, *Basic Tort Law* 803 (2d ed., Aspen Publishers 2007).

[26] See *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Associated Press v. Walker*, 389 U.S. 28 (1967).

[27] See *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974).

[28] Lidsky & Wright, *supra* note 24, at 72; Steven L. Emanuel, *Constitutional Law* 126 (7th ed., Aspen Publishers 2008).

倾向。^[29] 面对当时层出不穷的种族歧视现象,有责任担当的新闻媒体充分利用自身的影响力对一些社会丑恶现象进行了报道和揭露,这对唤起人们的良知,形成社会共识,并最终实现种族平等和人权平等起到了至关重要的作用。为了使公众及时了解及参与相关公共事务的讨论,在新闻报道的过程中,不可避免地会存在一些误差,如果根据普通法上的诽谤规则,要求媒体被告必须证明其所报道的内容全属真实,无疑会压制媒体自由报道所赖以生存的“呼吸空间”(breathing space),形成“寒蝉效应”(chilling effect)。^[30]

有鉴于此,美国联邦最高法院决心在普通法上的诽谤规则之外,以宪法为依据,另辟蹊径,以确保人民享有对于公共关切事项进行充分讨论和发表意见的言论自由,从而在“《纽约时报》案”中一举创设了举世闻名的真实恶意规则。^[31] 德沃金对此评论道:“它使美国新闻机构在保护民主制度的奋斗中扮演着比世界上任何一个国家和地区的新闻机构都更为骁勇自信的角色。”^[32] 后来,联邦最高法院更是将这一规则扩及于公众人物,提高了公众人物提起诽谤诉讼的证明要求和标准。相较于普通法上的诽谤规则偏惠于个人的名誉权之保护,真实恶意规则更多地倾向于保护言论自由及媒体的新闻自由。^[33] 然而时过境迁之后,当初作为某种“应急对策”面貌出现的真实恶意规则,在适用中也产生了诸多问题,引发了人们的反思和讨论。

三、瑕瑜互见:公众人物理论与真实恶意规则之“不足”

如前所述,近年来,不断有学者主张我国应采纳公众人物理论、引入真实恶意规则,以限制公众人物的名誉权,保护言论自由。这种观点甚至已浸润入我国的司法实践之中,对法官的审判思维产生了深刻影响,成为其自觉或不自觉地进行分析论证的工具。那么,公众人物理论与真实恶意规则是否就是妥当解决言论自由与名誉权保护之冲突的“灵丹妙药”呢?在回答这个问题之前,我们还是应该先把目光放在美国,看看在它的“发祥地”的人们是如何认识与评价这一理论和规则的。

(一) 公众人物理论面临的问题

“人格保护和大众媒体之间关系的全部问题的症结都集结于公众人物身上。”^[34] 这是名誉的本质使然,只不过在公众人物身上表现得更为突出罢了。就其本质而言,名誉是在人们的社会交往活动中形成的对于某一特定主体之人格的综合评价。因此,名誉“是社会交际活动的产物,它并非仅只与这

[29] See Otis H. Stephens, Jr. & John M. Scheb, *American Constitutional Law, Volume II: Civil Rights and Liberties* 140 (4th ed., Thomson Wadsworth 2008).

[30] “呼吸空间”、“寒蝉效应”等词语是由布伦南(Brennan)大法官主笔的“《纽约时报》诉沙利文案”判决书中使用的词汇。随着岁月流逝,早已成为了新闻学和法学领域流行的经典词汇。

[31] 尽管新闻媒体战斗在与种族歧视现象作斗争的第一线,但是如果没有美国联邦最高法院的大法官们在背后的默默支持,最终结果难以想象。《纽约时报》资深记者刘易斯在其所著的《批评官员的尺度》一书中,高度评价了联邦最高法院大法官们的卓越贡献:“在与‘《纽约时报》诉沙利文案’相关的一系列案件中,大法官们殚精竭虑,将今时今日美国社会的各种需求,纳入制宪先贤两百年前创立的基本大法中。他们的所作所为,源自他们对社会的真切感受。当今社会之传统、需求,乃至日新月异的文化变迁,都是他们判决的指引。”参见同注20引书,第244页。

[32] [美]罗纳德·德沃金:《自由的法:对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2013年版,第214页。

[33] 真实恶意规则不仅保护媒体的新闻自由,而且也适用于被告为非媒体的场合,参见 *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964)。当然,最终决定是否适用真实恶意规则的唯一准据还是在于提起诽谤诉讼的原告的身份是否为公务员或公众人物。

[34] [德]于尔根·冯·格拉赫:《针对大众媒体侵害人格权的保护》,载[奥]赫尔穆特·考茨欧、亚历山大·瓦齐莱克主编:《针对大众媒体侵害人格权的保护:各种制度与实践》,匡敦校、余佳楠等译,中国法制出版社2012年版,第552页。

个人相关,而是同时也与其他人相关”。^[35]“名誉的生成需依恃意见,而意见又是在人们的观点和信息的交流中产生”。^[36]这就决定了名誉权与意见表达(言论自由)之间具有天然的亲近性,也暗含了二者之间发生冲突的必然性。频繁出没于聚光灯之下的公众人物,助长了这种冲突发生的可能性,使其更有机会成为学者研究和民众关注的焦点。

有学者认为,“‘公众人物理论’的核心思想是,对公众人物名誉权保护作适当弱化处理,只要求传播的事实基本或大致真实以及评论的基本妥当。”^[37]实质上,公众人物理论只有在与真实恶意规则相联系时才有意义——提出公众人物理论的目的,就是要对公务员或公众人物适用真实恶意规则以限制其名誉权之主张,防止其动辄对不实陈述提起诽谤之诉(名誉侵权之诉)。脱离了真实恶意规则的语境,公众人物理论就成为了无源之水、无本之木。不过,要想准确地界定公众人物,尤其是要将其与私人作出妥当的区分,似乎不是一件容易的事。

美国联邦最高法院之所以将公众人物与公务员相提并论,对前者也适用真实恶意规则,是因为主流观点认为名人充当了“角色模范”(role models),并能对相关政策的制定及社会事务的处理予以较大的影响力,因而民众对其行为的关注和评价具有公共利益。在大多数情况下,公众人物也是自愿将自己置身于接受公众密切监督的风险之下。而且,与普通的黎民百姓相比,公众人物更容易接触大众传媒,并能藉此减轻或消除相关的诽谤性言论对自己所造成的损害。^[38]与手握众多资源的公众人物相比,普通民众更容易遭受诽谤性言论的损害,其通常也无力影响公共政策,在遭受诽谤性言论时更不容易接近媒体来发声辩护,因此只能依恃法律的保护。^[39]因此,一旦公务员和公众人物卷入了诽谤诉讼,那么在保护名誉和保护表达的利益平衡上就强烈地倾向于后者;如果是私人卷入了诽谤纠纷,则更多地倾向于保护其名誉。^[40]

本来公众人物与普通私人属于同一条战线的“战友”——二者均为“无(公)权人士”,但是在真实恶意规则的语境中,二者的法律处境却天差地别,自然需要审慎为之。对此,理论和实务上也相应地发展出了不同的分类方法:完全目的型公众人物和有限的公众人物(general purpose public figures and limited public figures);^[41]自愿型或偏好型公众人物与非自愿型公众人物(partial public figure and involuntary public figure)。^[42]但是,这些分类毋宁说只能起到“事后诸葛亮式”的分析效果,而无法作为事前的有效解决纠纷的操作指南。因为,“公众人物”的认定具有相对性、易变性和模糊性等特质,无法藉此构建出一套稳定的甄别标准和操作机制。

虽然在理论上可以很简单地将公众人物与普通私人区分开,但是一旦进入实践操作层面就完全不是那么一回事了:由于“从任何一件发生在个人身上的事件中都可以找出对社会情况的示范性,并由此而使之与公众发生关联”,^[43]因此,每个人身上都有着不同程度的“公共性”,即都有可能成为公

[35] [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第216页。

[36] See J. F. Clerk & W. H. B. Lindsell, *The Law of Torts* 549 (4th ed., Sweet & Maxwell 1906).

[37] 同注10引文,第94页。

[38] See Zelezny, *supra* note 15, at 147-148.

[39] See Lidsky & Wright, *supra* note 24, at 71.

[40] *Id.*

[41] See *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974); *Gray v. St. Martin's Press*, 1999 WL 813909 (D.N.H. 1999).

[42] See Emanuel, *supra* note 28, at 126.

[43] 同注35引书,第217页。

众人物;^[44]认为公众人物便于接近媒体从而可以抵消诽谤言论对其的侵害的观点也站不住脚,因为可能越描越黑,效果适得其反,而普通私人也未必难于接近媒体(尤其是在自媒体日益发达的当下)。这样一来,原先所设想的公众人物与普通私人之间存在的种种差别也就不复存在了(起码也没有之前设想的那么严重了)。

事实上,由于缺乏明确的判断标准,使得相关的判例也充满了争论。^[45]对此,有学者评价道,“要认定原告是否是一名公众人物,这对法院来说是最为困难的事项之一”。^[46]一名联邦法官在一则判例中更是形象地说道,“要对公众人物作出界定,其难度甚于将水母钉在墙上”。^[47]尽管法律概念需要具备一定程度的不确定性和开放性,使得法律既可适用于新的事实,也可适用于新的社会与政治的价值观。^[48]但是,如果过分仰仗过于弹性和不确定的法律概念,将会因为缺乏可操作性而失去应有的规范功能。

公众人物理论在其发源地的美国尚且存在如此巨大的争议,如果忽视我国既有的概念及规范体系,贸然地将其移植于我国,是否妥当,不无探讨之余地。对此,有学者即已明确指出,“欧陆法系已经有较为完善的民法概念体系,在这种情形下,诉诸更为不确定的概念来解决这种纠纷,实际上是一种倒退”。^[49]而笔者之所以对移植公众人物理论持保留态度,除了中美两国的历史背景殊异、制度格局迥然、相关理论难以付诸操作等因素外,更重要的理由还在于作为公众人物理论之必备配套措施的真实恶意规则本身亦非尽善尽美。

(二) 真实恶意规则之不足

如前所述,真实恶意规则是20世纪中期美国民权运动的产物,面对普通法上的诽谤规则难以对新闻媒体提供有效的保护,美国联邦最高法院的大法官们巧妙地运用联邦宪法修正案的相关条款和原理创设了真实恶意规则,要求作为公务员或公众人物的原告只有在证明被告对于其所陈述的诽谤性言论具有“真实恶意”时,其才能获得名誉保护,从而冲破了普通诽谤法一统天下的局面,为美国最终实现新闻自由、人权平等立下了汗马功劳。但是,作为某种应急对策的产物,真实恶意规则在构造和适用中也存在诸多不足。

首先,真实恶意规则的用词并不精确。在普通法上,“恶意”(malice)是比故意(intention)更为严重、也更受法律谴责的一种主观心理状态,其通常意味着对他人怀有仇恨,从而蓄意给他人造成某种损害后果。但是,在真实恶意规则的语境中,所谓的“恶意”,仅指被告“明知其陈述为不实或轻率地不顾其是否真实”,其囊括了故意(“明知”)和重大过失(“轻率”)两种类型,并且被告的主观心态并不是指向原告而是针对陈述本身,^[50]从而完全迥异于一般意义上的恶意。

有学者指出,“如果要问别人‘malice’的涵义是什么,相信绝大多数的回答是‘恶意’、‘不良的意志’、‘仇恨’、‘卑鄙’、‘蓄意损害’及‘邪恶的动机’等。数百年来,‘malice’这个单词在诽谤法上就是

[44] 布伦南大法官也曾在一则判例中明确指出,“由于每个人都在一定程度上参与社会事务,因此可以说每一个人都是一个公共的人,其言行也会受到他人或媒体的传播”。See *Time v. Hill*, 385 U. S. 374 (1967).

[45] 例如,人们会问:为何一位大学的体育主管可以被认定为公众人物,而一位在社会上具有一定的知名度且在专业领域负有盛名的专业律师却被认定为私人?

[46] Michael J. Gunnison, *General Public Figures Since Gertz v. Robert Welch*, 58 St. John's Law Review 355, 378 (1984).

[47] See *Rosanova v. Playboy Enters*, 411 F. Supp. 440, 443 (S. D. Ga. 1976).

[48] 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第85页。

[49] 熊静波:“利益衡量抑或要件思考”,载《华东政法大学学报》2011年第6期,第40页。

[50] See Henderson, Pearson & Siliciano, *supra* note 16, at 721.

在上述意义上使用的。但是在1964年联邦最高法院所判决的‘《纽约时报》诉沙利文案’中,一个与上述意义完全不同的‘malice’被创设了出来。也就从那时起,诽谤法就一直困扰在对‘malice’一词的误解中”。^[51]

其次,在实践中,真实恶意规则既不能妥当地保护个体的名誉,也不能周延地保护新闻媒体。根据这一规则,原告要获得法律救济,必须要证明被告存在真实恶意,其必须提出明确且有说服力的证据证明被告明知其陈述为不实或者对其陈述的真实性具有重大怀疑。^[52]这就极大地加重了原告的证明负担,使其在与被告尤其是与媒体被告的对抗中难以获胜。作为平衡,必须确保原告有向被告进行调查取证的权利,尤其是当媒体被告发布了关于原告的诽谤性言论时,被告必须要向原告提供与此相关的诸种素材,允许原告对被告的相关人员进行询问、调查,以判断被告对于相关的诽谤性言论是否存在“真实恶意”。^[53]

这样一来,新闻媒体仍难以免受诽谤诉讼的威胁,只要原告的财力足够雄厚,负担得起诉讼和调查的费用,其就可以启动对被告的调查。被告即使赢了官司,但是与其相关的一些机密“军情”如新闻素材、采编程序、消息来源等可能早已泄露出去。在媒体竞争如此激烈的时代,这无疑会危及到媒体自身的竞争力乃至生存。因此,在美国,媒体编辑在作出报道之前会经常向主攻诽谤业务的律师请教,有的时候也会对一些文章作出修改,从而使被诉的可能性降至最低。^[54]由此可见,真实恶意规则绝非新闻媒体的“守护神”。

最后,真实恶意规则对言论自由的过度保护可能会适得其反。尽管原告可以启动对媒体被告的调查,但这所费不貲且耗时费力,一般的原告难以承受,媒体的优势地位依然强固。在这样的制度激励效应之下,为了扩大影响、增加销路,媒体总会使用一些吸引眼球的标题、词汇对一些公众关注的事件或人物作“显微镜式”的报道,而不去认真探究所报道的内容是否真实、客观,有无足够的事实依据。受众在接受了这些片面信息之后,一方面固然可以满足自身的猎奇心理,另一方面显然又为“谣言”的再生产制造了温床,最终损害的将是公民的知情权和言论自由本身!对此,著名学者爱泼斯坦(Epstein)一针见血地指出,“一个没有为对抗诽谤提供任何保护的世界,必定是一个充满诽谤、充满错误信息的世界——一言以蔽之,充满了公共欺骗”。^[55]米勒(Milo)在其著作中更是直接指出,“在意图支持言论自由方面,真实恶意规则走得太远了,对此应予拒绝”。^[56]

真实恶意规则被创设至今已有50年,迄今仍适用于美国。但是,我们需要清醒地看到,这一规则的产生有着特定的背景:其源于普通法上的诽谤规则难以有效保护言论自由和新闻自由的制度背景,诞生于民权斗争日趋高涨的时代背景,因而被寄予了通过优先保护言论自由来促进人权平等的“重任”。反观我国,是否存在同样的制度背景?有无类似的时代背景?有无必要引入这样一项规则来担当同样的“重任”?只有首先廓清了这些问题,才谈得上进一步的法律移植问题。

因为,法律移植从来就不是单纯的法律条文或法律规则的移植,毋宁说这是一项综合性的系统工程,需要考量方方面面的因素。强世功教授认为,“如果我们把法律理解为人们在生活中作为生活方

[51] See Mark Sableman, *More Speech, Not Less* 95 (Southern Illinois University Press 1997).

[52] See *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S.*, 466 U.S. 485, 511 (1984).

[53] See *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153 (1979).

[54] See Russell L. Weaver & Geoffrey Bennett, *Is The New York Times "Actual Malice" Standard Really Necessary?* 53 Louisiana Law Review 1153, 1189-1190 (1993).

[55] Richard A. Epstein, *Was New York Times v. Sullivan Wrong?* 53 University of Chicago Law Review 782, 799 (1986).

[56] Dario Milo, *Defamation and Freedom of Speech* 220 (Oxford University Press 2008).

式来共同信守的规则,那么,只要生活方式没有发生变化,‘法律移植’就是不可能的。”^[57]比较法学者也指出,“法律是一种文化的表现形式,如果不经某种本土化的过程,它便不可能轻易地从一种文化移植到另一种文化”^[58]。公众人物理论及真实恶意规则有其特定的文化背景和价值考量,其是否契合我国的国情及制度框架,实值三思。

四、高下有别抑或平等无二:名誉权与言论自由之价值位阶

支持引进公众人物理论和真实恶意规则的真实用意在于,这样可以架构起一套偏惠于言论自由之保护的价值和规范体系,从而可以一劳永逸地解决在名誉权与言论自由发生冲突的场合如何进行价值判断和规范选择的问题。这个问题涉及到名誉权与言论自由之间的价值位阶,因而价值取向异常明显。尽管对价值问题的讨论难以完全客观,其中或多或少地夹杂着言说者的主观态度,但是我们不能由此低估价值讨论的重要性,其是增进价值共识、谋求更好的法律治理的重要途径,而且“继续寻找关于价值问题的科学性共识,也即在可能的范围内进行验证工作,是科学理论和一切以规范为研究对象的科学的任务”^[59]。

价值判断及价值讨论的过程,也是一个对相关利益的甄别、筛选及评价的过程,而“法律的主要作用之一就是调整及调和种种相互冲突的利益,无论是个人的利益还是社会的利益”^[60]。关于名誉权与言论自由之间的价值位阶,比较法上大抵存在如下两种不同的价值位阶观,即倡导言论自由相对优先的“高下有别的价值位阶观”和主张平等无二的“平等主义的价值位阶观”^[61]。下文将分别探讨这两种观点。

(一)“高下有别的价值位阶观”

“高下有别的价值位阶观”强调,在特定人物(公务员或公众人物)的名誉权与言论自由相冲突的场合,言论自由较之于名誉权更应受到法律的优先保护。这种观点和做法滥觞于美国,其确立的标志即是由美国联邦最高法院所作的“《纽约时报》案”及与其相关的一系列判决。德沃金指出,“林立于所有的民主制国家之中,美国是一个将言论和新闻自由的宪法保护置于至高无上的地位的国家,而联邦最高法院于1964年对《纽约时报》诉沙利文一案的重要判决则是那一宪法保护机制的中心部分”^[62]。

本来普通法上的诽谤规则侧重于个人的名誉权之保护,而“《纽约时报》案”则意图“除旧布新”,通过创设真实恶意规则将法律保护的重点由个人名誉转向言论自由,但是这一转向并不彻底:其只适用于原告为公务员和公众人物的场合,在原告为私人的场合,则视诽谤事项是否事关公益而分别有宪法上的过失标准(“私人公事”)和普通法上的诽谤规则(“私人私事”)的适用。^[63]在后两种情形,言

[57] 强世功:《立法者的法理学》,生活·读书·新知三联书店2007年版,第4页。

[58] [美]格林顿、戈登、奥萨魁:《比较法律传统》,米健、贺卫方、高鸿均译,中国政法大学出版社1993年版,第6-7页。

[59] 同注48引书,第132页。

[60] [美]E·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第398页。

[61] 事实上,关于名誉权与言论自由之间的价值位阶,相关的学术观点可能有十几种甚至几十种,但是归根结底都可以被纳入到“高下有别的价值位阶观”和“平等主义的价值位阶观”两种观点之下。同时还需指出的是,在笔者的视域内,尚未发现有学者主张名誉权享有绝对高于言论自由之地位的观点,即便有,相信也是个别观点。因此,本文中所称的“高下有别的价值位阶观”,特指相较于特定人物的名誉权,言论自由为“高”的观点。

[62] 同注32引书,第197页。

[63] 对此,美国著名学者爱泼斯坦认为,诽谤法的逻辑制造了一张“纠缠之网”(a tangled web)。See Epstein, *supra* note 55, at 785.

论自由并不当然优于名誉权之保护。因此,以美国为代表的“高下有别的价值位阶观”,只是一种相对意义上的“高下有别”,切不可以为在所有的领域都如此。

真实恶意规则在具体适用中采用的是“定义性衡量的模式”(definitional balancing approach)或者“两阶分析法”(two-tier approach),即首先识别原告的身份究竟是公共原告(公务员或公众人物)抑或私人原告,进而决定是适用真实恶意规则优先保护言论自由,还是适用其他规则。这是因为在这之前美国联邦最高法院经常受到两种极端模式的影响——“绝对主义模式”(absolutism)和“个案衡量模式”(ad hoc balancing),但这两种模式均招致了激烈的批评:在“绝对主义模式”下,言论自由优于与之相竞争的其他一切价值,显非合理;在“个案衡量模式”下,法官会在考量一系列特定事实的基础上,仔细权衡个体与社会之间相互冲突的诸种利益诉求,但是这种个案决疑式方法太过具体,往往产生出不确定的结果,难于为宪法解释提供任何明晰一贯的理论。^[64] 将上述两种模式结合在一起的观点越来越占上风。在这种背景下,“定义性衡量的模式”或“两阶分析法”应运而生。由此也催生出了相对意义上的“高下有别的价值位阶观”。

(二)“平等主义的价值位阶观”

“平等主义的价值位阶观”强调,无论是个体的名誉权,还是言论自由,都处于受宪法保护的基本权利地位,二者在维护人格尊严、促进社会进步、实现多元意见沟通等方面都发挥着至关重要的作用,并无价值上的高低优劣之分,在制度设计上预先向任何一方进行偏袒的做法都是不妥当的。^[65] 目前,这种观点在比较法上占据了主导地位。即使同为普通法系国家的英国也未接受美国法上的真实恶意规则及其背后所反映的“高下有别的价值位阶观”。英国学者哈普伍德(Harpwood)指出,“在英国,法官在实践中所扮演的角色是致力于在表达自由权及个体的名誉保护需求之间谋求一个恰当的平衡。……尽管各种不同的相互冲突的利益之平衡,也会根据政治气候随时而异,但诽谤法的功能就在于,确保言论自由不会凌驾于个体的其他利益之上”。^[66]

在日本,法院也一般性地否定了这样一种观点,即“为了确保媒体的报道自由,仿照美国《纽约时报》案的判决,提出这样的观点:如果(被告)没有‘现实的恶意’,名誉毁损就不成立”。^[67] 在德国,联邦最高法院和理论界的基本态度是,虽然言论自由具有重要价值,但是绝不意味着其在一般意义上拥有相对于人格权之保护的优先地位,因为这两个基本权利原则上是处于同等位阶的。^[68] 因为这些国家并不存在如同当初美国社会孕育真实恶意规则的制度背景和时代背景,并无通过优先保护言论自由来促进人权平等的迫切诉求,自然无需专门对言论自由予以倾斜保护。^[69]

(三)评价

拉伦茨指出,“权利也好,原则也罢,假使其界限不能一次确定,而毋宁多少是‘开放的’,具‘流动

[64] See Donald P. Kommers, John E. Finn & Gary J. Jacobsohn, *American Constitutional Law* 361-362 (2d ed., Rowman & Littlefield Publishers 2004).

[65] 对此,张新宝教授形象地指出,“正如我们不能说吃饭和穿衣哪一方面更为重要一样,也无法说明名誉权保护抑或言论表述、新闻出版自由哪一方面更为重要”。参见张新宝:《名誉权的法律保护》,中国政法大学出版社1997年版,第104页。

[66] Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law* 365 (4th ed., Cavendish Publishing Limited 2000).

[67] [日]五十岚清:《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第22页。

[68] 参见同注34引书,第549-550页。

[69] 尽管在其他的英美法国家均适用基本相同的诽谤规则,因而都面临着言论自由受保护不足的困境,为此纷纷采取措施增加被告可以依恃和主张的抗辩事由,如英国通过制定专门的成文法(如《诽谤法案》等)规定了种类繁多的授予特权以对抗原告的诽谤诉求,基本实现了名誉权与言论自由之间的平衡保护。

性’的,其彼此就特别容易发生冲突,因其效力范围无法自始确定”。〔70〕面对权利冲突的情况,“人的确不可能依据哲学方法对那些应当得到法律承认和保护的利益作出一种普遍有效的权威性的位序安排”。〔71〕因为言论自由和名誉权都是一种道德上的“善”,二者都是构建自由民主多元的法治社会所必备的要素,因而产生了在二者发生冲突时如何进行价值取舍的艰难选择。

如果不去理会理论上的“百家争鸣”,单就迄今为止的制度实践而言,关于名誉权与言论自由之间的价值位阶,比较法上大抵存在两种模式,即强调高下有别的价值位阶观和主张平等无二的价值位阶观。由于这两种模式的价值位阶观都是正在被实践着的制度文明和人类理性的结果,因而一般性地断言孰优孰劣并不客观,重要的是需要比较、考量哪一种模式在保护名誉权和维护言论自由之间能够实现“帕累托最优”,〔72〕而不能作“零和博弈式”的简单取舍。〔73〕

“高下有别的价值位阶观”倡导言论自由相对优先,一方面将真实恶意规则的适用主体仅限于公务员和公众人物,提高原告的证明标准以维护被告的言论自由尤其是媒体的新闻自由;另一方面为了平衡原告的利益,赋予其对被告尤其是媒体被告的调查取证权。实践证明,这种看似构思精巧的设计往往难以令原被告双方满意:无钱无势的原告只能坐等败诉判决,而有钱有势的原告则可启动对被告的调查程序,获取被告的情报素材,到头来被告可能赢了官司输了前途。更重要的是,所谓的“公众人物理论”缺乏明晰的内涵与判断标准,将其与普通私人区分开的难度甚于“把水母钉在墙上”,而真实恶意规则的用语也存在歧义,使人们一直为误解所困,对言论自由的过度保护反而损及了公众的知情权和言论自由本身。种种迹象表明,“高下有别的价值位阶观”实非一种妥当的模式。

“平等主义的价值位阶观”强调名誉权与言论自由处于同等位阶、同受法律的平等保护,这就为个案中妥当地协调二者间的冲突、实现“帕累托最优”提供了可能性:由于谁都不是老大,有事商量着办,从而能够更加灵活地因应个案的诉求,更加弹性地容纳不同价值之间的堆叠,更加开放地与社会价值体系的变迁相接续。德沃金指出,“对于言论自由和保护私人声誉之间所存在的不可避免的冲突,没有什么法律架构能够提供一种理想的解决方案……但是,与现行的这套复杂而易变的规则相比,一种将原告和被告同等对待的统一的制度似乎更符合每个人的利益,包括新闻界以及知名的或不知名的公民”。〔74〕

如果说德沃金为我们指出了一条通往正确道路的方向,那么拉伦茨则为我们绘制了具体的“路线图”。在对权利冲突进行界定的基础上,拉伦茨提出了其著名的解决方案:“个案中之法益衡量”的方法,即“一旦冲突发生,为重建法律和平状态,或者一种权利必须向另一种权利(或有关的利益)让步,或者两者在某一程度上必须各自让步。于此,司法裁判根据它在具体情况下赋予各该法益的‘重要性’,来从事权利或法益的‘衡量’”。〔75〕

在“平等主义的价值位阶观”模式下,采用“个案中之法益衡量”的冲突解决方法的确十分诱人,

〔70〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第279页。

〔71〕 同注60引书,第400页。

〔72〕 “帕累托最优”(Pareto Optimality),是经济学的专用术语,指的是资源分配的一种理想状态,假定固有的一群人和可分配的资源,从一种分配状态到另一种状态的变化中,在没有使任何人的境况变坏的前提下,使得其中至少一个人的境况变得更好。这意味着在保护名誉权或维护言论自由的过程中,不会损害与之相冲突的利益,至少不会使其固有的利益状况降低。

〔73〕 “零和博弈”(Zero-Sum Game),是博弈论中的一个概念,属非合作博弈的范畴,指的是参与博弈的各方,在严格竞争下,一方的收益必然意味着另一方的损失,博弈各方的收益和损失相加总和永远为“零”,双方不存在合作的可能。这意味着无论是保护名誉权抑或维护言论自由,都必定会损及与之相冲突的其他利益。

〔74〕 同注32引书,第214页。

〔75〕 同注70引书,第279页。

但也可能招致如下指责:这种方法对法制体系和法官素质的要求较高,我国目前难以实现;这种方法可能导致法官享有过大的自由裁量权,危及法律的稳定性和可预见性;这种方法产生出不确定的结果,难以构建明晰一贯的解释规则和操作体系。

对此,笔者需作如下回应:法制体系的完善与法官素质的提高毋宁是一个只有进行时而没有完成时的范畴,如果只能等到体系完善和素质提高的那一刻才能运用这种方法,那么我们将永远无法追上法治发达国家的脚步;法官在个案中进行利益衡量不可避免地会享有一定的自由裁量权,只要将衡量限定在一定的可操作的框架内并强化其说理论证的义务,就可在很大程度上降低这一权力被滥用的可能性;^[76]不确定的裁判结果是现代社会的必然现象,随着社会关系的复杂化和利益冲突的多元化,指望法律为每一起纠纷预先提供确定无疑的答案是不可能的,也是不现实的。就此而言,“个案中之法益衡量”的方法仍不失为一种能够妥当协调名誉权与言论自由之冲突的法律方案。

五、一孔之见:反思公众人物理论及真实恶意规则在我国的适用

自从学界把美国“《纽约时报》案”及相关判例所创设的公众人物理论和真实恶意规则介绍到我国以来,我国法官很早就将其应用到了司法实践中,作为论证公众人物的名誉权等人格权应受限制的理由。不仅在被告提出抗辩时有公众人物理论的适用,甚至在被告没有提出抗辩时也有其适用。例如,在“张艺谋诉华夏出版社、黄晓阳名誉侵权案”中,被告并未提出原告是公众人物的免责抗辩,但是一审法院认为,“较之普通的社会公民而言,由于公众人物所承负着更多的社会责任与义务,其必然会受到社会舆论的关注、监督甚至是批评,其自身所享有的权利也会因此受到一定程度的影响,对此,公众人物应该负有一定程度的容忍义务”。^[77]总体而言,我国司法实践中所运用的公众人物理论并不纯正,对真实恶意规则的适用更是存在“违法”之嫌。

(一) 被“瘦身”了的公众人物理论

如前所述,提出公众人物理论的目的是扩张真实恶意规则的适用,如果脱离真实恶意规则的语境,单独提出并适用公众人物理论毫无意义。但是,就我国迄今所审理的相关案例而言,绝大部分都只在判决书的说理部分提及公众人物负有一定的容忍义务,其名誉权保护应受限制,但是应该如何限制——是否要求原告提出证据证明被告具有“真实恶意”,却不甚明了,至少从相关判决书的内容本身看不出有这样的要求。既然如此,那适用公众人物理论的意义何在?有无必要?

另外,法院在适用公众人物理论的过程中也存在某种绝对化的倾向和自由裁量权过大的弊端。如果原告是某一领域的知名人士而被认定为是公众人物,其名誉权似乎当然就需向言论自由退让,好像不这样做就说不过去,而且一旦社会大众对其言行具有浓厚兴趣,即使相关言论具有诽谤性,也有可能被认定为具有“公共利益”而受到优待。例如,在“张靓颖诉文汇报新民联合报业集团名誉权纠纷案”中,^[78]被告所属的《东方早报》刊登了一篇署名文章,称到沪参加演出的张靓颖做出了一些颇让演

[76] 德国著名学者瓦格纳(Wagner)指出,在个案中对名誉权和言论自由之间的冲突进行利益衡量时,需要考量如下要素:相关信息与公共争论是否相关;相关信息是通过合法或非法的手段获取;待考量的行为中,明示或隐含的事实陈述是真实的还是虚假的;该陈述是以私密的方式,还是面对少量的观众、封闭的群体,抑或向大范围的公众散布。只有在综合考量上述因素的基础上,才能妥当地决定优先保护哪种利益。参见同注34引书,第188页。

[77] 参见北京市第一中级人民法院(2009)一中民初字第1030号判决书。

[78] 参见上海市静安区人民法院(2006)静民一(民)初字第2845号判决书。

出主办方头痛的“耍大牌”言行,^[79]但是面对原告的起诉,被告居然举不出任何证据证明自己报道的来源和真实性,即便如此,法院仍然以该则诽谤性报道事关公益(“歌迷对于相关艺人的一言一行也有知晓的渴求”)、原告作为公众人物对于由此带来的轻微损害应予容忍为由判决其败诉。^[80]

“歌迷对于艺人的言行也有知晓的渴求”,说到底这是一种猎奇心理在作祟,作为国家审判机关的法院不能动辄拿原告是公众人物从而有容忍义务来说事,不能随意动用国家公权来满足公众的这种无处不在且无孔不入的猎奇心理。当然,该案也在一定程度上暴露了我国法院在运用公众人物理论过程中所存在的诸多弊端(下文还将提及此案)。

(二)“违法”适用的真实恶意规则

在笔者的视域内,真正触及真实恶意规则的只有两则案例,即前文中所提到的“范志毅案”和“张靓颖案”。在“范志毅案”中,法院认为,“争议报道中没有对原告进行批评、诽谤,不存在恶意,故其行为也无违法性”。在“张靓颖案”中,法院也认为,“仅从涉案文章而言,显然无法认定被告存在侵害原告名誉的故意,文章内容也尚未构成对原告名誉的侵害”。在上述两个案例中,法院直接将公众人物理论与真实恶意规则相挂钩,提高了原告的证明要求,在法益衡量上优先保护被告的言论自由,但这并不意味着其在法理及逻辑上就圆融妥当。

其一,其所适用的并非真正意义上的真实恶意规则。由于学界对真实恶意规则的内涵、背景缺乏深入探究,极易使人望文生义地认为“真实恶意”就是指“真实的恶意”、“真实恶意规则”就是要求原告证明被告具有“真实的恶意的规则”。事实上,“真实恶意”中的“恶意”完全迥异于一般意义上的恶意,其特指被告“明知其陈述为不实或轻率地不顾其是否真实”,换句话说,就是要证明被告主观上具有故意(“明知”)或重大过失(“轻率”)。不过,这种故意或重大过失并不是指被告对待原告的态度,而是指其对待虚假陈述的态度。^[81]显然,在“范志毅案”和“张靓颖案”中,法官对真实恶意规则之内涵发生了“重大误解”。

其二,其适用存在“违法”之嫌。尽管最高人民法院就审判活动所作的司法解释并非严格意义上的法律,但是其对法院的审判活动具有约束力,具有法律规范的性质。在狭义上的法律不备时,司法解释往往发挥了“造法”的作用。就名誉权案件而言,最高人民法院先后颁布了两个专门性的司法解释,即《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》(下文简称为《名誉权解答》)和《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》(下文简称为《名誉权解释》)。

《名誉权解答》第7条明确规定:“是否构成侵害名誉权责任,应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人的行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。”因此,要构成名誉侵权需要行为人主观上具有过错,而对于侵害名誉权的主观过错,通说认为包括了故意和过失两种形式。^[82]在“范志毅案”和“张靓颖案”中,法院公然分别将过错限缩为“恶意”和“故意”,从

[79] 例如,该报道列举了张靓颖“耍大牌”的种种细节:其向主办方提出了“我要一个总统套房,我的四个助理每人要一间标准间”等要求,在上述要求未获满足后,其在“自己入住的房间内无度地呼叫客房服务,其中大部分叫进房间的食物都仅仅只是品尝了几口而已”等等。

[80] 在该判决书中,法院认为,“自‘超女’大热以来,原告的知名度日益提高,歌迷对于相关艺人的一言一行也有知晓的渴求,被告遵循新闻报道的规律,追逐热点,采写相关报道满足社会大众对‘超女’活动的知情权,本无可厚非,但对于报道新闻来源及内容的真实性显然应加强审核,以免以讹传讹,造成不良影响。而原告作为演艺人士,对于歌迷的热情和媒体的追逐,以及由此可能带来的轻微损害亦应给予适度的理解和宽容,以满足公众需求,并共同促进新闻行业的自律和进步”。

[81] See Henderson, Pearson & Siliciano, *supra* note 16, at 721.

[82] 参见杨立新:《人身权法论》,人民法院出版社2006年版,第597页。

而排除了具有过失(甚至是重大过失)的行为人的侵权责任。这种做法是否合法、妥当,值得深思。

此外,本来,美国联邦最高法院在“《纽约时报》案”中创设真实恶意规则的本意,在于允许民众和媒体对公务员的公务行为进行自由充分的批评报道,即使所报道的内容与实情并不完全吻合,被批评的公务员也不能动辄提起诽谤之诉,其目的是通过优先保护言论自由来促进人权平等,尽管后来这一规则的适用主体扩张到了公众人物,但是由于在实践中难于将其与普通私人区分开,因而实际的适用主体仍然主要是手握公权的公务员。反观我国,在已有的数十件涉及公众人物理论的案例中,没有一件是由政府官员起诉的,更谈不上对其适用所谓的真实恶意规则。^[83]

(三)路在何方?

如前所述,我国法院在审理有关公众人物的名誉权侵权案件时,往往自觉不自觉地适用实质上并不纯正的公众人物理论,那么,这是否意味着我国现有的相关制度规范不完备或者存在根本性的缺陷呢?笔者以为,事实可能并非如此。《名誉权解答》第7条第1款对名誉侵权的构成要件作了明确规定,即需要具备“四要件”。在此基础上,第8条进一步对因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷,应当如何认定侵权之问题作了细化,即“文章反映的问题基本真实,没有侮辱他人人格的内容的,不应认定为侵害他人名誉权。文章反映的问题虽基本属实,但有侮辱他人人格的内容,使他人名誉受到侵害的,应认定为侵害他人名誉权。文章的基本内容失实,使他人名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权”。

虽然该条针对的是因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷,但是其揭示了一条在言论自由与名誉权发生冲突时如何判定侵权构成的普遍原理:其将相关言论区分为事实陈述(“反映的问题”或“基本内容”)和意见表达(“侮辱”)两部分,并分别为其设立了不同的违法性和过错认定标准(或抗辩事由)。^[84] 具体而言,如果相关言论属于客观的事实陈述,那么行为人需要尽到合理查证的义务,确保其“基本属实”;如果相关言论属于主观的意见表达,则行为人需要尽到合理评论的义务,确保其“没有侮辱他人人格的内容”。如果引起争讼的言论有叙(事实陈述)有议(意见表达),则行为人只有同时尽到合理查证义务及合理评论义务才能免责(《名誉权解答》第8条第1款);只要有一项义务没有尽到,使他人名誉受到损害的,行为人都将构成侵权(《名誉权解答》第8条第2款、第3款)。

据此,在实际的案件审理过程中,法官需要往一些不确定的概念(如“基本真实”、“基本属实”等)中填充相关的材料以便对侵权与否作出判断,这就为法官在个案中妥当地进行利益衡量和价值判断提供了广阔的空间和余地。在这样弹性的规范要件框架下,公众人物的名誉权与言论自由之间的冲突也可得到灵活、妥当的处理,而无必要去求之于域外的公众人物理论和真实恶意规则。当然,《名誉权解答》第8条也存在诸多可完善之处,例如,其将意见表达仅限于“侮辱”这一种类型,显然过于狭窄,无法涵括实践中存在的其他侵权类型(如“影射”),而且其所针对的问题域显然也有待拓宽(其仅限于因文章引起的名誉权纠纷),如果引起名誉侵权的事由乃一档电视节目,是否也有该条的适用余地?等等。这些问题都值得我们深入思考。

六、结论

近年来,美国法上的公众人物理论及真实恶意规则对我国理论界和实务界产生了深刻影响,这种现

[83] 同注10引文,第101页。

[84] 将言论区分为事实陈述和意见表达,并为其分别设立不同的违法性和过错认定标准,是比较法上的通行做法。参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第58页;同注66引书,第57-58页。因主题和篇幅所限,相关探讨兹不展开。

象是否合理,值得反思。通过本文的分析可以发现,真实恶意规则源自于普通法上的诽谤规则难于有效保护言论自由和新闻自由的制度背景,诞生于民权斗争日趋高涨的时代背景,因而被寄予了通过优先保护言论自由来促进人权平等的“重任”。真实恶意规则最初只适用于公务员,后来扩大到了公众人物。因此脱离真实恶意规则的语境,单独提出并适用公众人物理论并无意义。但是,公众人物理论及真实恶意规则并非完美无缺:一方面,“公众人物理论”缺乏明晰的内涵与判断标准,将其与普通私人区分开的难度甚至“把水母钉在墙上”;另一方面,真实恶意规则的用词并不精确,其既不能妥当地保护个体的名誉,也不能周延地保护新闻媒体,而对言论自由的过度保护在实际效果上可能适得其反。

公众人物理论及真实恶意规则背后蕴含的是倡导言论自由相对优先的“高下有别的价值位阶观”,但是这种观点过于僵化,难以妥当适应个案的需求和社会的变迁,往往发生“零和博弈”的结果。而强调名誉权与言论自由处于同等位阶、同受法律平等保护的“平等主义的价值位阶观”,在个案中则有可能达致“帕累托最优”。当前我国并不存在与当初美国孕育真实恶意规则时相类似的制度背景和时代背景,亦无通过优先保护言论自由来促进人权平等的迫切诉求。既有的规范框架足以妥当解决公众人物的名誉权与言论自由之间的冲突问题,引进公众人物理论及真实恶意规则并无必要。

Review on the Theory of Public Figure and Actual Malice Rule

Zheng Xiaojian

Abstract: In recent years, the theory of public figure and actual malice rule which arise from America get the reputation in our country's legal theory and judicial practice, but we should rethink whether such phenomenon reasonable or not. The applicable subjects of actual malice rule include public official and public figure. Such rule was constructed on two reasons, for one thing, the traditional defamation law cannot protect freedom of speech and freedom of the press effectively; for another, the struggle for civil rights was carried out throughout the US. By token of this, the society was thirsty for a new rule which can promote the equality of human rights by protecting freedom of speech in priority. But the theory of public figure and actual malice rule are not perfect. On the one hand, the connotation and criterion of theory of public figure is not clear, we are hard to discern public figure from private; On the other hand, the words of actual malice rule is not accurate, and such rule can neither protect personal reputation properly nor protect news media completely. Overprotection on freedom of speech may cause damage to itself in practice. At present, there is no similar systematical background and historical background similar to America in our country, and there is no urgent need to promote the equality of human rights by protecting freedom of speech in priority. The existing legal framework can resolve the conflict between public figure's right of reputation and freedom of speech properly, so there is no need to introduce the theory of public figure and actual malice rule in our country.

Keywords: public figure; actual malice rule; right of reputation; freedom of speech

(责任编辑:丁洁琳)

保险法中的合理期待:从规则向原则的回归

马 宁*

摘 要:保护当事人合理期待是合同法隐含的基本原则,但20世纪70年代以来,美国法院开始将之作为解释保险合同时普遍适用的方法,据此否定合同中对承保范围的明确规定,重构合同权利义务。将这一作为兜底性条款的抽象法律原则事实上转化为优先适用的具体法律规则。这种做法既未能消减不公平条款,也有悖于保险营业的技术特性,因而不值采行。但另一方面,保险作为公共物品的属性和保险市场固有的结构性利益失衡表明,仍有必要实现合理期待从具体解释规则向如给付均衡一般的抽象矫正原则回归。这也可弥补基于给付均衡原则的司法审查不及于核心给付条款的局限。

关键词:合理期待 说明义务 不利解释 法律规则 法律原则

在一国法律体系中,商法的地位通常并不突出。湮没于其中的保险法更是籍籍无闻。关于保险法问题的讨论很难激起学者与法官的兴趣,但罗伯特·基廷(Robert E. Keeton)1970年在《哈佛法律评论》上发表的《保险法中存在的与保单规定相冲突的权利》一文中提出的,应当“满足被保险人合理期待”的主张却绝对是一个例外。该文发表后引发了广泛关注,对美国保险实践与司法实务产生了巨大影响。在其他普通法国家的判例法中也可发现其踪迹。^[1]近年来,我国学者也多有主张引入此一制度。^[2]然而考察其在美国法中的历史演进,我们会发现关于“合理期待”的概念与适用要件迄今仍未形成共识,否定其正当性的观点亦频繁出现。这不能不令人感到疑惑。这一制度真如我国有些学者所宣称的那样体现了保险法学的发展方向吗?即便确然如此,它能融入我国既有法律体系吗?

需要指出的是,各方对基廷提出的“满足被保险人合理期待”的称谓并不一致,有称之为“规则或标准(rule or test)”,有称之为“原理或原则(doctrine or principle)”,而不同称谓的背后往往包含着不同的价值评判和功能定位。为便于论述,下文将采取更为中性的“合理期待制度”一词涵摄前述分歧。再者,鉴于保险法合理期待制度发展于美国,因而本文对其历史背景的考察也是以美国法为中心展开的。

一、合理期待制度的历史演进

(一) 合同法中的“合理期待”:从古典契约法到新古典契约法

* 西北政法大学副教授,法学博士。本文系笔者主持的国家法治与法学理论项目“保险合同法结构性变革与制度创新”(13SFB3028)的阶段性成果。

[1] See The (Ireland) Law Reform Commission, *Insurance Contracts Consultation Paper* 143-145 (December 2011).

[2] 参见孙宏涛:“保险合同解释中的合理期待原则探析”,载《当代法学》2009年第4期,第23页;樊启荣:“美国保险法上‘合理期待原则’评析”,载《法商研究》2004年第3期,第117页;李利、许崇苗:“论在我国保险法上确立合理期待原则”,载《保险研究》2011年第4期,第104页。

保险合同适用合同法一般原理,包括合理期待。^[3]因此,对“满足被保险人合理期待”的考察需以了解其在合同法背景下的历史演进为前提,否则,这种研究只是浮光掠影,无法触及问题实质。“保护当事人合理期待”是合同法的根本目的与基本原则。这一点,无论是以威灵斯顿(Samuel Williston)为代表的古典契约法(或称法律形式主义),还是以科宾(Arthur Corbin)为代表的新古典契约法(或称法律功能主义)都是肯认无误的。^[4]社会分工使交换成为必要,建立在合意基础上的交换能促使资源合理分配,合同就是实现前述目标的工具。满足合理期待则构成了合同关系的核心。这种核心地位主要体现在其作为一种抽象原则和终极价值追求,能通过自身控制下的一系列具体合同法规则来决定合同的成立和效力,确定救济范围和方式,指导条款解释。例如,合同成立至少要包含一方将按约定履行给付的允诺,以及他方对该允诺将会得到履行的合理期待。如果允诺方能够预见受诺方信赖己方的履行承诺,这种信赖以及与其关联的实现特定法律效果的合理期待就值得保护,进而向允诺方施加了禁止反言的义务。事后,如果期待落空,合同法允许守约方获取双方承诺均完全履行后其所应得的利益。而古典契约法与新古典契约法对待合理期待的差异仅仅体现在,是否承认合理期待作为原则有排除具体规则适用的例外情形。

受兰代尔(Langdell)的影响,古典契约法学者倾向于使法律的方法与科学的方法相吻合,有明显的将法律等同于可见、可知和可验证的客观科学的哲学倾向,^[5]这导致了古典契约法的客观性和标准化倾向。^[6]古典契约法还有不证自明(axiomatic)与逻辑演绎(deductive)的法学品性,^[7]内在结构包括一些不证自明的法律原则(如合理期待)以及一些经由演绎推理从法律原则中推导出来的法律规则。它将合同当事人均假设为抽象平等的理性人。在做出决定时,通过将所有未来的收益和成本折算为现实价值,行为人能将其主观预期效用理性地予以最大化。签字即意味着行为人已经阅读、理解并接受交易条件。在不存在欺诈等情况时,法院不会也不应对其公平性进行检讨。古典契约法的形成主要是源自于对法律确定性的追求,以回应当时因为法律人在普通法的基本原理上缺乏一致意见,以及缺乏对法律术语的精确使用导致的不确定性与复杂性痼疾。^[8]上述特质集中体现在,其将合同条款视为基于当事人意思表示一致确立的权利义务的外在表达,因而合同“明示条款必须遵守”;不允许以合同缔结前或与之同时存在的其他证据更改业已成立的合同;合同文本也被视为决定性的解释依据,法院不得随意对之重新解释或修订。而且,为维护确定性,通常不允许以抽象的法律原则替代法律规则直接作为裁判依据。这一点也适用于合理期待。^[9]

但20世纪20年代以后,古典契约法理论开始受到质疑。卢埃林(Karl Llewellyn)认为,古典契约法未曾考虑到当事人社会行为的复杂性和经济权力的不公平分配,因而其主张的契约自由是一种极其形式化的自由,在现实背景中日益蜕化为一种不切实际的臆想。以诺内特为首的“回应型”法律社

[3] See David S. Miller, *Insurance as Contract: The Argument for Abandoning the Ambiguity Doctrine*, 88 Colum. L. Rev. 1849, 1872 (1988); Nicholas Leigh-Jones, John Birds & David Owen, *MacGillivray on Insurance Law* 293 (11th ed., Sweet & Maxwell 2008).

[4] See Robert H. Jerry, II, *Insurance, Contract, and the Doctrine of Reasonable Expectation*, 5 Conn. Ins. L. J. 21, 23-24, 55-57 (1998).

[5] See Melvin A. Eisenberg, *The Responsive Model of Contract Law*, 36 Stan. L. Rev. 1107, 1108 (1984).

[6] See Melvin A. Eisenberg, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 Nw. U. L. Rev. 807, 816 (2000).

[7] 参见[美]迈尔文·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光等译,法律出版社2004年版,第20页。

[8] 参见刘承魁:“论美国契约法理论演化‘三部曲’”,载《比较法研究》2010年第1期,第25页。

[9] See Peter Nash Swisher, *A Realistic Consensus Approach to the Insurance Law Doctrine of Reasonable Expectations*, 35 Tort & Ins. L. J. 729, 750 (2000).

会学则力求让法律适应社会需求、解决现实问题,试图在法律的稳定与发展变革间寻求平衡。^[10] 受此影响,新古典契约法学者开始将当事人未约定的“社会标准”引入契约关系中来。再者,除合同条款外,他们还承认商业习惯和交易惯例对合同效力与解释的作用,认为协议不仅仅表现为合同中的语言文字,还体现为此前的交易过程、履约过程以及其他相关情形。^[11] 对古典契约法追求的法律的绝对确定性,新古典契约法学者也质疑其是否存在。^[12]

相较而言,古典契约法在适用上几乎都表现为“客观的”和“标准化的”法律规则,而新古典契约法是规则和原则的混合。原则是规则的正当性基础,而规则是原则的具体化和外在化,其适用就是为了实现原则确定的价值目标,适用结果自不得有悖于此。由于规则有严密的逻辑结构,会对某种事实状态的法律意义作出明确规定,因而在适用上一般具有优先性。^[13] 以第一次合同法重述为代表的古典契约法是典型的规则中心主义,秉持形式主义司法立场,判决结果以对规则的逻辑演绎得出。第二次合同法重述则讲究弹性标准和实质推理,大大增加了更富灵活性的法律原则在法律适用中的比重。它将当事人利益置于交易背景和社会价值中,强调其可能需要与外部的社会政策协调一致。而原则正是使法律制度与社会政策的联结变得容易的最佳方式。^[14] 古典契约法反对将合理期待作为裁判的直接依据,认为单纯执行基于该原则演绎出的既定法律规则就可以实现当事人的合理期待,视之为隐身于规则之后的沉默的原则。而在新古典契约法中,满足合理期待开始受到关注。卡多佐在著名的博德诉圣保罗海上火灾保险公司(Bird v. St. Paul Fire and Marine Insurance)案^[15]中就明确指出,“指引我们(解释合同)的是普通商人签订普通商事合同时的目的与合理期待,是他明确表示出来或被合理推断出来的意图”。1925年,卢埃林提出,法院在研读定式合同时,应分析处于弱势地位的一方当事人期望合同包含何种内容。他以保险合同为例来阐述他的观点。称自己提倡应尽量给予“被保险人合理确信的、自己已经购买的保护,而不必过分关注保单的除外责任”。^[16] 1943年,凯斯勒(Kessler)也指出,“在处理标准合同时,法院必须确定合同弱势一方依据相对方所宣称提供的服务能合理地期待获取什么,以及服务提供方在多大程度上使前述期待难以实现”。^[17] 即便如此,此时法院大都是通过适用禁止反言、不利解释等方法来矫正具体个案中因严格遵循合同条款可能导致的、有违当事人合理期待的不公平结果。仅在穷尽现有规则仍不足以达成目标的有限个案中,才会直接以有违合理期待之名进行纠正。毕竟,新古典契约法仅仅是以“承认例外的方式”对古典契约法加以调整

[10] 参见[美]诺内特·塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第20页。

[11] See John E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 *Fordham L. Rev.* 869, 870 (2002).

[12] 卡多佐(Cardozo)就曾写到:“在担任法官的最初几年,我发现在我航行的大海上没有任何航迹,为此我烦恼不已,因为我所寻求的是确定性。当我发现这种追求徒劳无益时,我感到万分压抑和沮丧。我试图到达陆地,到达有固定且确定规则的坚实的陆地,到达正义的乐园,在那里司法将以比它在我迟疑不决的心灵和良知中苍白的且微弱的反射更为简单明了且更加威严的方式宣告其自身。……随着岁月流逝,随着我越来越多地反思司法过程的性质,我已变得甘心于这种不确定性了,因为我已经渐渐理解它是不可避免的。司法过程的最高境界并非发现法律,而是创造法律:所有的怀疑和担忧,希望和畏惧都是内心的折磨、死亡的悲恸和出生的痛苦的组成部分,在此,那些曾经服务于自己时代的原则死亡了,而新的原则诞生了。”See B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 166 (Yale University Press 1921).

[13] 参见张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第61-64、71-74页。

[14] See Jay M. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 *NW. U. L. Rev.* 738, 740 (2000).

[15] 120 *N. E.* 86 (N. Y. 1918).

[16] See Karl Llewellyn, *The Effect of Legal Institutions upon Economics*, 15 *Am. Econ. Rev.* 665, 670 (1925).

[17] See Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion — Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 *Colum. L. Rev.* 629, 630 (1943).

和改造,旨在加强契约法的灵活性和社会回应性,而并非对其的颠覆。^[18] 斯威舍教授(Swisher)因此将之统称为“以合同为基础的传统合理期待”。^[19] 概言之,在合同法中,将合理期待作为裁判纠纷的直接依据并非常态。它始终是以一种指导、协调规则适用的抽象原则的面目出现,而非蜕化为普遍且优先适用于具体个案的法律规则。

(二) 保险法中的“合理期待”:从形式主义到功能主义

由于被视为合同法的一部分,满足被保险人合理期待的理念在保险法中早已存在。例如,在1896年的桑斯特受托人诉一般事故保险公司(Sangster's Trustee v. General Accident Assurance Corp. Ltd.)案中,法院就曾主张以此来解释保险合同。^[20] 但是,彼时基于相互磋商达成合意是合同订立的常态,通常能保证合同条款设计满足当事人对特定交易结果的追求。对于例外情形,也有根本违约等规则予以匡正。无需援引“合理期待”这一上位抽象原理。况且,“合理期待”作为原则自身具有的内涵与外延的不确定性也加大了法院适用的难度。“合理期待原则的缺点在于它取决于‘合理’这个概念,其以理性第三人在相似情形下所具有的客观期待为标准。而不管司法用多大的努力来寻找具有理性的人,这个具理性的人还是可望而不可及”。^[21] 另一方面,在保险业发展早期,被保险人多为商人,保险人则是自然人或自然人的松散联合,二者具有相对平等的谈判能力。并且保险交易类型简单,当事人对合同权利义务可以有较为清晰的认知。保险合同甚至时常是由被保险人单方拟定好条款后交给愿意承保的保险人。^[22] 这一时期保险业的逐利性也并不明显,保险更像商人们保护其合同利益的工具,保险人与被保险人之间也经常会出现身份互换。^[23] 总之,保险合同具备古典契约法赖以构建的前提,并未充分彰显其特性,因而也无需在古典契约法一般规则外作例外处理。事实上,古典契约法冀望的实现法律确定性的目标在保险领域更为迫切。万斯(Vance)曾写到,“保单中的保证条款和其他限制保障范围的条款急剧增加……投保人的权利可能因此无法实现……法院不顾保单明文规定,对合同随意进行解释,有时则完全扭曲保单的语言,造成了大量的诉讼和混乱的先例,这种现象在我们的其他法律领域内还从未如此严重”。^[24]

然而,随着社会经济情势的变更,古典契约法逐渐无法确保当事人合理期待的满足,这一点在保险合同中表现得尤为突出。保险业的发展使保险人演化为以从事风险经营为营利手段的商事公司,并夺回了对保险条款的制定权。而对保险知识一无所知的普通消费者开始成为被保险人的主体。缔约能力的巨大差距使之无法对保险人施加影响,迫使其将符合自身利益期待的权利义务构造引入保险产品。另一方面,为分析既往索赔,预测未来损失,并为其销售的保险产品精确定价,保险人需要统一和标准化的保险产品,以便在相同统计基础上进行保险精算。因而保险人极为青睐定式合同。而基于利益偏好所诱发的道德风险使保险人表现出利用合同草拟权在标准化条款中对交易风险作出不

[18] 参见刘承魁:“契约法理论的历史嬗迭与现代发展:以英美契约法为核心的考察”,载《中外法学》2011年第4期,第780页。

[19] Swisher, *supra* note 9, at 734.

[20] 李利、许崇苗:同注2引文,第104页。

[21] 参见[英]M. A. 克拉克:《保险合同法》,何美欢等译,北京大学出版社2002年版,第355页。

[22] 严格来讲,应当是投保人与保险人缔结保险合同,被保险人和受益人享有保险金请求权。但被保险人与投保人时常为同一主体,在财产保险中更是如此。因此,英美法系保险法通常用被保险人指代投保人。而将为第三人利益合同的情形作例外规定。当然,这一做法也与保险早期皆为为自己利益合同有关。为便于论述,本文也将遵循这一做法。

[23] See Mark M. Bell, *A Concurrent Mess and a Call for Clarity in First-Party Property Insurance Coverage Analysis*, 18 Conn. Ins. L.J. 73, 91 (2011).

[24] See William Vance, *The History of the Development of the Warranty in Insurance Law*, 20 Yale. L.J. 523, 534 (1911).

合理分配的倾向。再者,保险合同的定式化又促成了合同术语的专业化,使得条款要么晦涩艰深,要么其涵义与通常理解相异。被保险人既难以察觉不公平条款的存在,亦无法明晰其法律效果。卢埃林、凯斯勒等学者都敏锐地发现了“明示条款必须遵守”与满足当事人合理期待间的冲突问题,纷纷以保险合同为例主张法院应优先满足合理期待。因为“贯穿于合同法的一个原理是,诚实的人的合理期待应当得到保护,这不是法律规则。这是合同法的目的。它过去是,现在是,(并将)一直是塑造我们合同法的要素”。^[25]一些法官受此影响,开始通过解释合同方式来矫正这种利益失衡。在1961年的凯威特诉忠诚人寿保险公司(Kievit v. Loyal Protection Life Insurance Company)案^[26]中,新泽西州最高法院判定,虽然被保险人购买的意外伤害保单中明确规定,仅承保直接和单独由于意外事故造成的身体伤害,并排除源自于或可归因于任何疾病造成的损失。被保险人的伤残也确实是由于帕金森氏病和意外事件共同造成的,但保险人仍应承担责任。因为“当公众购买保险时,他们有权获取……期待的保障,他们不应遭受技术非难和隐藏的陷阱……应当在任何公平解释所允许的范围内给予保障”。当时,这些以保护消费者合理期待为定位的判决基本都遵循合同法的一般实践,援引不利解释、显失公平、禁止反言等作为其判决依据。

1970年,时任哈佛大学教授的基廷发表了《保险法中存在的与保单规定相冲突的权利》一文。在系统分析了从1930年至1970年间众多判例的基础上,基廷指出,这些判例虽然判决名义不一,但实质上都体现了一种共同的原理和判断,这就是以满足被保险人的合理期待为导向。他明确主张:(1)保险人不应通过保险交易获得任何不当利益;(2)投保人与未来受益人的客观合理期待应当得到满足,即使通过深入细致(painstaking)研究保单条款发现条款其实并不保障他们的期待。^[27]前述观点是对合同法中合理期待原则的归纳与重申。一来,保障其实现的弃权与禁止反言、显失公平等规则的援引有赖于特定事实的存在,是一种例外。通常情形下,当事人的权利义务,以及相应的合理期待都是由合同来确定的。二来“painstaking”一词也表明,合理期待只是一个适用位阶上最为靠后的工具,它是一个指导和矫正规则偏差的法律原则。^[28]基廷仅仅是选择坚定地站在了功能主义一边。^[29]

二、合理期待制度的外在表达

要对美国保险法中合理期待的概念作出界定几乎是不可能完成的任务,因为各方缺乏共同的逻辑起点——针对同一事物。^[30]基廷的文章发表后,尽管学者间存在分歧,但大多数美国法院却乐于以此“时髦理念”为据作出裁判。^[31]然而,合理期待内涵的不确定性,特别是法官所持的形式主义或功能主义的不同司法立场,导致其对制度的理解并不一致,法官们按照自己的认知与意愿演绎出了不

[25] *Youell v. Bland Welch & Co. Ltd.* [1992] 2 Lloyd's Rep. 127.

[26] *Kievit v. Loyal Protection Life Insurance Company*, 170 A.2d 22 (N.J. 1961).

[27] See Robert E. Keeton, *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions (Parts I and II)*, 83 Harv. L. Rev. 961, 963, 967 (1970).

[28] Swisher, *supra* note 9, at 733.

[29] Jerry, *supra* note 4, at 56.

[30] See Mark C. Rahdert, *Reasonable Expectations Revisited*, 5 Conn. Ins. L.J. 107, 111 (1998).

[31] See Kenneth S. Abraham, *Judge-Made Law and Judge-Made Insurance: Honoring the Reasonable Expectations of the Insured*, 67 Va. L. Rev. 1151, 1153 (1981).

同形态的合理期待。^[32]

(1) 弱化版合理期待, 即当诉争条款存在两种以上的合理解释时, 法院应依照被保险人的合理期待确定条款含义。“它告诉保险人, 你可以承保你想要承保的风险, 排除你想排除的风险, 但你必须明确清楚地去实施决定”,^[33] 藉此确保当事人在合同上签字时理解自己行为的意义和后果, 真正实现意思表示的合致。反向视之, 若合同条款不存在歧义, 则当事人必须严格遵守之, 它体现了古典契约法的形式主义立场。这种版本在学者看来与不利解释规则并无区别, “它是一种假合理期待原则之名而采取的最为审慎的解释方法。除了提供额外的正当性, 即满足被保险人合理期待, 它等同于不利解释。……采用这种版本的州在处理案件时, 也完全等同于那些拒绝采纳(基廷提出的)合理期待的州, 都主张合同语言对于判决起决定作用”。^[34]

(2) 折衷版合理期待, 依据这一版本, 法院应当满足被保险人对承保范围的合理期待, 即便其有悖于保单清楚无误的规定。这种期待不仅来自于保单语言的不明确或保单存在结构性缺陷, 还可来自于一般交易实践。它的核心功能是确保保单条款与交易程序公平。其主要适用于程序性不公平与结构性不公平的情形。前者指实践中存在的使被保险人不可能阅读, 更无法理解保险语言, 从而导致被保险人产生了与保单规定相悖的承保期待的情形。如通过自动售卖机销售航空保险和通过电话方式销售机动车保险。后者主要指除外责任条款以较小字体印刷, 或未作突出显示, 或湮没在冗长的条文中, 令被保险人难以察觉。但是, 保险人可以通过如下方式推翻前述期待: ①修订保单用语或保单结构, 使被保险人对承保范围的期待变得不再合理; ②在缔约过程中采取措施, 确保关于承保范围限制的条款已经向产品购买人进行了充分解释。^[35] 这意味着, 当保险人起草了对己偏颇的条款时, 法院会矫正利益失衡, 并要求保险人为自己行为创造的混淆的期待承担责任, 保险人则有机会修改条款或向被保险人阐明承保范围, 以消除后者的期待。^[36]

(3) 强化版合理期待, 指当法院认为若严格执行合同条款将导致被保险人——不仅针对诉讼中的特定被保险人, 还包括绝大多数购买类似保险的被保险人——购买保险的目的落空, 或者使那些非被保险人的第三人, 如被保险人的家庭成员、商业合伙人、雇员, 以及被保险人不当行为的受害者无法得到充分赔偿, 则不管条款如何清楚明确, 法院都可援引合理期待否定其效力。这一版本的合理期待不允许保险人通过解释承保范围和修改合同来阻止合理期待的适用。此时, 法院不仅关注争议条款的实施是否引起不公平的结果, 还期望充分发挥保险机制移转和分散风险的功能, 确保受害人获得应有的赔偿。

总之, 美国司法实践中存在着不同版本的合理期待, 法院不仅在保险人误导被保险人, 使之产生对承保范围期待的背景下援用该制度——例如, 保险人将自己销售的保险产品称之为“一切险”、“全险”等概括性极强的用语, 但实际上在条款中却广泛设计除外责任, 使得其实际承保的风险远远小于标题所标榜的范围——还在保险人对被保险人的承保范围的错误理解不存在过错时适用该制度。此时, 法院事实上已不再受被保险人的期待是否合理的限制, 而只是藉合理期待之名, 强制保险人承担

[32] Rahdert, *supra* note 30, at 112 – 114.

[33] *Id.* at 117.

[34] See Stephen J. Ware, *A Critique of the Reasonable Expectations Doctrine*, 56 U. Chi. L. Rev. 1461, 1468 (1989).

[35] Rahdert, *supra* note 30, at 113 – 114, 128.

[36] Keeton, *supra* note 27, at 968.

责任,特别是在被保险人无法通过其他渠道获取争议条款试图否定的承保事项的背景下更是如此。^[37] 因而将“合理期待”简单概括为一个与被保险人处于同样地位的、不懂保险知识的第三人对于保险保障范围的期待,^[38]可能并不妥当。

三、合理期待制度的是非之辩

(一) 合理期待制度的正当性

基廷的合理期待制度引发了广泛争论,支持者坚称其具有充分的正当性,主要包括:

第一,合理期待可以使被保险人在获得充分信息后作出深思熟虑的判断,这既有助于提升市场效率,也符合契约自由的本意;经济学理论认为,个人对自己的需求有着最为准确的了解,因此,对自我利益的追求将最终实现资源的最有效分配。但是,如果缺乏充分的信息,当事人将无法作出符合其利益的决定。现代社会中,由于被保险人难以理解条款,进而不再阅读,导致其事实上是在对产品信息知之甚少的背景下决定购买保险的。^[39] 而当被保险人对承保范围存在不准确理解时,合理期待制度要求保险人对此承担责任,这将迫使保险人提供更加精确和充分的信息。其次,在充分信息基础上作出决策本身也是一个值得追求的目标。契约自由的本意是自由选择,^[40]缺乏信息的决策更像凭空猜测。提供信息促进了真正意义上选择的实现,对于契约自由颇有裨益。

第二,合理期待有助于实现利益衡平;在保险法中,公平尤为重要。因为保险市场存在结构性利益失衡,“需要适用合理期待原则避免保险人获取这种不公平的或有昧良心的利益”。^[41] 虽然公平原则演化出一系列规则,可向由于错误信息而遭受损失的当事人提供救济,但其皆存在局限性。如一些规则要求审视提供信息一方是否存在过错,或是否善尽合理注意义务。很多时候,前述条件无法满足或满足条件的成本过高。况且,前述规则间的关系相当复杂,难以获得统一标准,有损法律适用的安定性。再者,前述规则的功效仅是从当事人间的相对性出发,着眼于纠纷的解决,并不具有宣示某种社会基本价值的功能,也无法为社会带来普遍的积极影响。^[42] 而合理期待则可摆脱前述束缚,按照当事人间对错误信息产生和流动的相对可归责程度给予救济,实现利益衡平。

第三,合理期待有助于分散损失,促进产品多样化。保险是一个在面临相同风险的多个个体间分配风险和损失的机制,合理期待制度的适用有助于利用保险人的专业知识更有效地分散和削减风险。它将保单规定的不予承保的损失以合理期待之名予以确认,实践了深口袋(deep pocket)理论。法院因此向被保险人,以及那些受保险影响的利害第三人提供了更为稳固和雄厚的经济保障,避免了因加害人赔偿能力不足给受害人造成的不利影响,有效地在全社会分散了风险。此外,合理期待制度还有助于通过促进信息披露与流动来揭示市场中风险产品的空缺,使保险人开发新产品,为消费者提供更

[37] Abraham, *supra* note 31, at 1153 - 1155.

[38] 参见梁鹏:“保险法合理期待原则研究”,载《国家检察官学院学报》2007年第5期,第143-144页。

[39] See Joseph E. Minnock, *Protecting the Insured from an Adhesion Insurance Policy: The Doctrine of Reasonable Expectations in Utah*, 1991, Utah. L. Rev. 837, 841 (1991).

[40] 参见李永军:《合同法》,法律出版社2004年版,第39页。

[41] See David J. Seno, *The Doctrine of Reasonable in Insurance Law: What to Expect in Wisconsin*, 85 Marq. L. Rev. 859, 867 (2002).

[42] 樊启荣:同注2引文,第122页。

多选择。^[43]

(二) 对合理期待制度的质疑

在获得赞誉的同时,基廷的主张也受到质疑。“施行合理期待原则对经济效率、契约自由,以及法律的确定性均造成了损害。”^[44]

第一,在经济效率层面;批评者认为,标准格式合同的适用可以大幅削减交易成本,因而更有可能使双方得益,而非一方损害另一方的利益。“产品提供者以要么接受要么走开方式销售产品并不是市场交易力量(失衡)的证据,而是表明产品制造者和消费者的利益都因逐个交易协商而产生的成本受损。”^[45]更重要的是,它还能削减对那些与被保险人商谈合同的保险代理人进行监管的成本。如果不采用格式合同,市场上为消费者提供的保险产品将大为减少,对于这将引发保险人制订对己更为有利条款的担心也是不必要的。波斯纳(Posner)认为,“如果一方销售不吸引人的保险条款,它的竞争对手则会销售更富吸引力的条款。这一过程将一直持续到该条款实现完全优化”^[46]

第二,在契约自由层面;批评者认为,除尊重他人人身和财产权利外,我们的义务只应来自于合同中的自我承诺,而不应由威权施加。签字是自愿承担义务的外在表现。这一规则能确保法律公平适用,使我们不至于被操纵在权力的横鞭之下。它通过给予经济活动参与者以自己能预测到公权力如何行使的信心来鼓励长期性决策和投资,有助于促进经济增长。相较而言,合理期待却迫使保险人承担自己并未同意的、合同规定以外的义务。它事实上赋予了某些人拥有保险的权利,等于间接要求其他投保人缴纳保费形成风险基金,而后向特定被保险人进行补偿。这不仅侵害了保险人,也侵害了多数社会个体的契约自由。

第三,法律的不确定性;批评者认为,合理期待事实上允许法院假解释合同之名,行重建合同之实。法官是在纠纷发生后才去确定被保险人在纠纷发生以前的期待内容,这为那些倾向于被保险人,或者基于某种目的希望向被保险人提供保单中本不存在的保障的法官提供了操作空间。毕竟,绝大多数被保险人此时都会期望自己遭受的所有损失得到理赔,绝大多数被保险人此时也都会声称,自己在缔约时存在与保单规定相悖的期待。于此,法院拒绝执行书面条款事实上与被保险人的期待毫无关系,而是法院自己的期待。它充斥着过多的主观性,进而引发了法律适用结果的不确定。^[47]

四、合理期待制度的逻辑归位

(一) 作为具体法律规则的合理期待制度的失败

肯定与否定的观点相当程度上是形式主义或功能主义不同司法立场的反映。就经济效率而言,

[43] See Eugene R. Anderson & James J. Fournier, *Why Court Enforce Insurance Policyholders' Objectively Reasonable Expectations of Insurance Coverage*, 5 Conn. Ins. L.J. 335, 339 (1998).

[44] See Jeffrey W. Stempel, *Interpretation of Insurance Contracts: Law and Strategy for Insurers and Policyholders* 314-316 (Little, Brown and Company 1994).

[45] See M. J. Trebilcock, *The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lord*, 26 U. Toronto L.J. 359, 364 (1976).

[46] See Richard A. Posner, *Economic Analysis of the Law* 102 (Little, Brown and Company 1986).

[47] See Susan M. Popic & Carol D. Quackenbos, *Reasonable Expectations after Thirty Years: A Failed Doctrine*, 5 Conn. Ins. L.J. 425, 444-445 (1998).

在一个信息完全公开、充分竞争的市场上,交易主体的理性选择确实能在总体上实现效益最大化。然而,保险市场的结构远未达到理想状态。消费者并非是拥有专业知识的理性人,即便保险人愿意充分披露信息,消费者也无从判断不同保险人提供的、饱含专业术语并经精算后确定的保险产品的性价比高低——价格的比较相对容易,但承保范围的比较却超出绝大多数人的能力范畴。格式合同的使用确实一定程度上节约了交易成本,但之中有相当部分属于保险人的运营成本,本身即应由其承担,如代理人监管成本。再者,即便消费者的缔约成本因此压缩,但格式合同却使保险人控制了交易过程,其有能力也有动力起草对风险作出不公平分配的条款,以攫取更多利润,从而抵消了消费者的收益。^[48] 实践也证明,格式合同的广泛采用并未导致产品的多样化,反而使产品日益趋同,压缩了消费者的选择空间。^[49] 波斯纳期望的竞争导致的市场最优化并未出现。

就契约自由而言,合理期待确实有强迫保险人接受自己并未同意的义务的嫌疑,但保险人引入格式合同又何尝不是如此呢? 契约自由的前提是个人意思的自由,但这种自由任何时候都不是绝对的。契约的达成本身就是对个人意思的限制,是一种对等妥协的结果。唯有如此,才能实现公平与正义。当一方当事人利用自己的优势将己方的意愿强加给对方时,司法矫正恰恰能还原契约的妥协本质,实现利益的衡平。当这种介入是为了实现公共政策时,正当性就更加充分。至于特定主体的保险权利也可理解,既然基于公共政策的考量,立法向投保人施加了强制缔约义务,如机动车责任保险,那又为何不能对保险人施加对等约束呢?

合理期待制度真正的问题在于它引发了高度的不确定性。基廷提出合理期待的年代,正是功能主义占绝对上风的时期。因而除少数秉持形式主义立场的法院选择弱化版合理期待外,多数法院采纳了后两种版本。但是,判例法的传统使得法官不甘心于成为学者所创造的学术思想的单纯实践者,他们进一步演绎和发展了合理期待制度。实践中,法院完全抛弃了功能主义秉持的合理期待原则仅适用于例外情形的准则,而将之作为优先适用,甚至唯一的解释方法。事实上将一个作为兜底条款的抽象原则转化为优先适用的解释规则。这被斯威舍称为“现代版合理期待”。^[50] 而作为原则,合理期待内涵与外延的不确定性决定了这种适用难以建立在统一的标准之上。实践中,只要法官认为保单中的某些条款是自己未曾预料到的,或自己厌恶这些条款,就会借合理期待之名否定其效力。这是毫无掩饰的司法立场。^[51] 甚至一些法院为了适用该原则而热衷于发现被保险人的期待,他们事先创造这种期待,之后又援引该制度来证明对被保险人提供保护具有正当性。这就如同将马车放在马的前面,把教条置于事实之前。^[52]

美国保险业者对此作出了激烈反应,一方面,他们尽量拖延诉讼,收缩营业范围,并重新起草保险条款,尤其在缩小承保范围方面更是费尽心思;另一方面,保险人将因为法院过度适用合理期待给自己带来的额外成本,以提高保费的方式又转嫁给了全体被保险人。最终,被保险人“从法院对过时的

[48] See The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Consumer Insurance Law: Pre-Contract Disclosure and Misrepresentation* 6 (December 2009).

[49] See The (Australia) Treasury, *Unfair Terms in Insurance Contracts (Regulation Impact Statement)* 1-5 (Nov. 2012).

[50] Swisher, *supra* note 9, at 733.

[51] See Abraham, *Freedom Contract and Choice of Law in Insurance*, 93 Harv. L. Rev. 109 (1981). 转引自孙宏涛:“保险合同解释中的合理期待原则探析”,载《当代法学》2009年第4期,第25页。

[52] 樊启荣:同注2引文,第123页。

合同条款的宽泛的解释中所获得的,只不过是付出过大代价而获取的胜利。(事实上他们)得不偿失”。^[53] 在经历了十年的辉煌后,自20世纪80年代开始,一些州改而采纳弱化版合理期待,如加利福尼亚、宾夕法尼亚等,还有一些州直接拒绝接受该原则,如佛罗里达等。^[54] 究其原因,保险是一种移转和削减不确定损失风险的机制。消费者将自己面临的风险移转给保险人,保险人则通过集合与分散的方式将风险损失确定化,随后又以收取保费为对价将补偿承诺销售给消费者。保费数额不得少于经保险精算得出的、预期自己将为特定被保险人承担的损失数额,^[55] 因此,准确测定特定主体的损失风险水准是保险营业维持的关键。而“合理期待规则化”引发的不确定与不可预测性恰恰损害了保险人的这种核心竞争力。

(二) 作为抽象原则的合理期待制度的正当性

为了避免保险营业忌讳的不确定性,是否需要否定合理期待制度的正当性? 答案是否定的。不确定性主要来自于合理期待的规则化,而作为原则的合理期待的例外适用所引发的不确定性是极为有限的。再者,确定性的追求不应被赋予绝对的意味,利益的平衡要求同时关注被保险人的诉求,而给付均衡原则无法完全达致前述目标。况且,公共政策的实现也是必须考虑的问题。因而合理期待有必要以矫正原则的面目存在于保险法中。

首先,合理期待原则有助于实现使当事人获取必要保险产品的公共政策;在人类进入风险社会的背景下,保险产品开始被赋予公共物品属性,“它不仅是一种经济补偿和社会再分配的手段,也不仅是以物质财富保障为中心,而是逐渐转向以人的生存发展和提高为中心”。^[56] 它可将个体所面临的难以承受的风险在共同体成员间进行分摊,帮助被保险人应对未来的不测,完成其对日后生活的合理规划,维持其内心的平静和安宁。此外,获取保险赔付对于非被保险人的利害第三人也具有相当的意义,这一点在责任保险中尤为突出。因而确保消费者能够获取其所需的保险产品就成了一项公共政策。合理期待原则的确立有助于法院贯彻前述政策。当然,这并不必然意味着要求保险人承担责任,法院需要在满足被保险人需求与照顾保险人能力间寻求平衡,达成给付均衡。例如,法院显然不宜抛开合同条款,支持被保险人因空气中PM 2.5超标而遭受损害的理赔请求。

合理期待原则还有助于矫正保险市场天然的结构性的利益失衡;保险市场中利益失衡的可能性较之普通商品市场明显为大。保险商品的实质是风险移转服务,其具有无形性,缺乏评定其价值的外形和质地等要素,消费者的交易判断几乎完全仰赖于保险人一方所提供的信息。保险商品还具有专业性和技术性,消费者难以了解条款含义。前述特性与交易约定式化的结合使得保险消费者与一般消费者相比,交易弱势特点更为突出。再者,保险合同是射幸合同,被保险人缴纳保费的义务是确定和在先的,而保险人给付义务并不确定,时间上亦具有滞后性,这种不对称加剧了保险人的结构性优势,也使得保险监管难度加大。况且,行政机构对保费水准和保单条款的审核并不能消除不公平情形的出现。许多被保险人正是因为保险人不当的营销手段而产生了对于承保范围的误解。这种结构性的利益失衡使得穷尽一切规则也可能无法确保消费者的合法利益。因为法律规则有严密的逻辑结构,

[53] 同注21引书,第356页。

[54] See Roger C. Henderson, *The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law after Two Decades*, 51 Ohio St. L. J. 823, 834-835 (1990).

[55] 参见袁宗蔚:《保险学——危险与保险》,首都经济贸易大学出版社2000年版,第12页。

[56] 参见田玲、徐竞、许滢方:“基于权益视角的保险人契约责任探析”,载《保险研究》2012年第5期,第85页。

包含假定、处理与后果,即其援用需满足前提要件,考察具体案情。而合理期待作为原则使得法院可以抛开具体合同条款与当事人的具体情形,在一般意义上贯彻司法政策,实现了对被保险人利益和作为整体的保险市场需求在更高层面的考虑与衡量。^[57] 这一抽象原则的确立也可以指导各个规则的适用,消弭其冲突。

合理期待原则虽然也是一种将公平理念带入损失分配体系的方法,^[58]但其与给付均衡原则的作用并不等同。首先,给付均衡始终关注法院面前的具体当事人的认知能力和对条款的理解。因而其援用受到具体案情的限制。次之,合理期待还有维护保险产品公共物品属性的追求,因而在某些情形下,即便保险人拒绝赔偿并非不公平,法院仍得依据合理期待原则强制保险人承担责任。^[59] 最后,二者可作用的范围不同。依据给付均衡原则,消费者可以要求对保险条款的公平性进行司法审查,但这种审查具有局限性,主要是不及于核心给付条款。^[60] 因为市场竞争机制通常虽不能作用于附随条款,但却能作用于核心给付条款。^[61] 而合理期待原则的审查却不受前述限制。爱尔兰法律改革委员会就明确指出,“这种(免于公平性审查的核心)条款必须满足下列两个关键要求:(1)必须以简单易懂的语言表达……(2)不违背消费者的合理期待”。^[62] 合理期待原则与给付均衡原则也不会出现冲突。因为原理与规则不同,不是要么充足,要么不充足,而是期待被尽可能的充足。它承认相互间的补充关系,即就同一事项而言都具有妥当性的原理之间在一定程度内可以互相补充,以一个原理的充盈来弥补另一相制约原理的亏缺。^[63]

五、代结论:合理期待制度的中国路径

国内学者多对合理期待制度持肯定态度,建议将之引入,以为权益保障更为堪忧的我国保险消费者提供助益。但前述建议多是泛泛而论,并未分析具体版本和适用方式。如前所述,合理期待制度的价值要旨在于矫正结构性利益失衡与确保保险产品的可获取性。就此而言,强化版合理期待可能是更为妥当的选择。况且,我国保险法中的既有制度也可以替代弱化版与折衷版合理期待。

弱化版合理期待直接建立在合同文本之上,无法摆脱具体条款与当事人现实情形的限制,这决定了其难以实现合理期待制度的根本价值。而弱化版的功能也完全被不利解释规则所覆盖。适用不利解释的前提是保单用语存在模糊性(歧义)。在此基础上,部分美国法院会审视“保险人是否原本能消除条款含义的不确定性”。^[64] 如不存在这种可能,其就不愿作出不利于保险人的解释,这显然是要求保险人承担过错责任。其他法院则认为只要存在歧义,就应作出不利于保险人的解释,即便保险人事

[57] See James M. Fisher, *Why Are Insurance Contracts Subject to Special Rules of Interpretation? Text versus Context*, 24 Ariz. St. L. J. 1004, 1005 (1992).

[58] See James M. Fisher, *The Doctrine of Reasonable Expectations Is Indispensable, If We Only Knew What For?* 5 Conn. Ins. L. J. 151, 152 (1998).

[59] Abraham, *supra* note 32, at 1184 - 1185.

[60] The Law Commission and the Scottish Law Commission, *supra* note 48, at 48. 但此类立法为了增强指引性,都详细列举了违反该原则的表现形态、适用要件和位阶,这表明给付均衡原则也并非直接成为裁判纠纷时优先和普遍适用的“法律规则”。

[61] 参见[日]石川博康:《「契約の本性」の法理論》,有斐阁2010年版,第28-29页。

[62] The (Ireland) Law Reform Commission, *supra* note 1, at 145 - 146.

[63] 参见解巨:“格式条款内容规制的规范体系”,载《法学研究》2013年第2期,第107页。

[64] Stempel, *supra* note 44, at 186.

实上无法合理地削减条款含义的不确定性。这是一种无过错责任。接着,法院还会考虑保险人适用歧义保险条款的行为与被保险人因该条款适用而造成的损害后果之间的关联性。在合同法语境下,对歧义条款作不利解释被视为是向被保险人提供的、获取保险赔付的期待利益的救济。那么,假如被保险人事先知道或应当知道自己的损失不会获得理赔时,立法应否允许作出这种解释呢?采取肯定观点的可称之为惩罚性标准,它意味着被保险人无需证明其对获取此种保障存在合理信赖,或者无需证明自己因该条款存在歧义而遭受了损害。因而暗含着对保险人控制条款起草权但又未能消除歧义的惩罚。持否定态度的可称为合理性标准。规定仅在大多数被保险人倾向于在公平精算的基础上购买与争议条款有涉的保障时,被保险人才能依据不利解释获取该种保障。在此,弱化版的价值完全可以通过合理性标准实现。我国《保险法》第30条规定:“采用保险人提供的格式条款订立的保险合同,保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的,应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的,人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释。”仅从字面分析,我国法在此采取了无过错责任与惩罚性标准的结合。实践数据也证明了此点。作者通过北大法宝检索到,截止2012年12月31日共有57件案例涉及该制度。保险人败诉的47件,比例高达82.4%。其中,不涉及条款理解争议而涉嫌滥用的就有30件,占64%,其余17件中也有13件存在误用。表现为法院一经被保险人对条款提出不同见解即直接适用该规则,而不管该异议是否合理。^[65]显然,弱化版合理期待所能向被保险人提供的保障远远不及我国现行立法与司法所给予的程度,将之引入并无意义。

折衷版合理期待本质上也是以合同文本为基础的,只不过适用条件相对宽松,仅仅要求语言晦涩或内容令人惊奇,而非存在歧义。这表明其同样在实现合理期待根本价值方面力所不逮。更重要的是,它可以为保险人的说明义务所排除。说明义务给保险人向被保险人提供更加详细和精确的信息提供了动力。它有助于把抽象无形的保险产品转化成更加具体直观的、能为当事人理解的普通消费产品,如此一来,一个从保险人处获取充分信息的被保险人将无法证明自己期待的合理性。^[66]再者,依照我国《保险法》第17条的规定,保险人履行说明义务时,不仅要作出足以引起投保人注意的提示,还要以书面或口头形式向投保人作出明确说明。这一规定较之排除合理期待适用时需尽的解释要求更为严格。通过北大法宝检索,截止2012年12月31日,2009年保险法修订以来涉及保险人说明义务的案件约有2500件,保险人败诉的约有2430件,败诉率高达97%。这表明说明义务足以实现折衷版合理期待所能给予消费者的保护。

与直接或间接建立在合同文本上,因而受之限制的弱化版与折衷版合理期待不同,强化版合理期待能超越直接纠纷,摆脱当事人间合同内容的束缚,将视线投向保险市场的本质或特定种类保险必须实现的目标,甚而去填补行政机关对保险业规制的空白。它能适用于若司法不施加干预,会导致消费者系统性的缺乏相应保险产品,或者免除保险人责任就个案而言并非不公平,但却在保险业整体层面上使保险人攫取了不当利益的情形。前者如在健康保险中,保险人对“疾病”范围的严重限缩与消费者寻求更广阔的疾病风险保障需求之间的矛盾,后者如被保险人重大过失违反如实告知义务时,保险

[65] 典型案件如(2010)平民三终字第628号;(2009)临民初字第149号;(2010)杭萧商初字第2150号;(2010)芷民二初字第206号。

[66] Stempel, *supra* note 44, at 321.

人得依据风险不可分原则免除全部责任,而非依比例进行赔付。^[67]自长远而言,强化版合理期待还可将授予被保险人保障的范围限制在整个行业层次上保险人能够支付且无损于财务稳健的程度内,这对保险人也是有利的。因此,其是确保作为原则的合理期待价值实现的最佳路径。至于适用方式,则应将满足合理期待视为引导保险合同构建与解释的一种理念,完成其从法律规则向法律原则的回归。具体而言,合理期待不仅不是一种普遍适用的解释规则,而且在适用位阶上也不具有优先性。它应与给付均衡原则作为保险合同的兜底性条款。仅在穷尽一切手段仍无法达成给付均衡和实现公共政策目标时方可适用。这也能回应保险营业技术性所需要的确定性追求。一些国家已然作出这一选择。^[68]总之,“合理期待作为一个原则对立法者和法官的意义要远远超过其作为规则的影响”。^[69]

The Reasonable Expectation in Insurance Law: From Rules to Principles

Ma Ning

Abstract: Protecting the reasonable expectations of parties is the basic principle implied in the contract law, but since the 1970s, the U. S. court began to take it as an interpretation method of widely used in the insurance contract. On the basis of it, the courts can deny coverage provisions in the contract and reconstruct the contract rights and obligations. In fact, it transfers abstract principle which can play supplement role into specific legal rules of being prevalently used. This kind of practice not only fails to undercut existed unfair terms, but also goes against the technical characteristics of insurance business, so it isn't worth adopting. But on the other hand, insurance, as the attribute of quasi-public goods, as well as inherent structural benefit imbalance of the insurance market shows that it is necessary to realize the reasonable expectation, returning from specific rules to general abstract correction principle such as payment balance of both parties. This can also fill the gap of fair judicial review based on payment balance of both parties principles other than acting on the core payment terms.

Keywords: reasonable expectation; explanation obligation; contra proferentem; legal rules; legal principles

(责任编辑:杨琦萍)

[67] See John Lowry, *Whither the Duty of Good Faith in UK Insurance Contracts*, 16 Conn. Ins. L. J. 97, 115 (2009). 不实告知固然使保险人无法精确地承保特定风险,但并不意味每一个存在不实告知的投保申请都是不可承保的。每一个因重大过失而实施不实告知的被保险人也并非都会提起索赔。例如当保险事故未发生时,因为其不存在骗取保险金的意图。当事先无法确定不实告知的被保险人会否遭受损害时,事后行使解除权的自由使保险人可以保留那些未发生保险事故的被保险人所缴纳的保险费,同时拒绝向遭受损害的被保险人承担保险责任,进而在整个体系层面合法地获得了超出其损害范围的补偿。

[68] See C. Brown, *Insurance Law in Canada* 8-12 (3d ed., Thompson Carswell 2005).

[69] See Kenneth S. Abraham, *The Expectations Principle as a Regulative Ideal*, 5 Conn. Ins. L. J. 59, 64 (1998).

德国刑法中的安乐死

——围绕联邦最高法院第二刑事审判庭 2010 年判决的展开

王 钢*

摘 要:德国传统刑法理论将安乐死区分为积极安乐死、间接安乐死与消极安乐死三种情形。其中,间接安乐死与消极安乐死并不构成刑事犯罪,但积极安乐死原则上依据德国刑法第 216 条受嘱托杀人罪或者第 212 条故意杀人罪受到处罚。然而,德国联邦最高法院第二刑事审判庭在其 2010 年的判决中对这种传统见解提出了挑战。该判决主张在医事领域放弃积极安乐死与消极安乐死的区分,转而认为但凡构成“中断治疗”的安乐死都属于合法行为。第二刑事审判庭的这种立场转变有其内在原因,也与德国近年来特殊的立法背景相关。其虽然具有积极意义,但同时也带来了许多未解的难题。我国对之借鉴应当慎重。

关键词:安乐死 中断治疗 自主决定 受嘱托杀人 不作为

安乐死是否可以以及在何种情况下可以合法化,长期以来一直是我国刑法理论所关注的问题。德国学界对此也有着深入的研究,并且形成了处理安乐死案件的精细规则。然而,2010 年以来,德国联邦最高法院第二刑事审判庭在安乐死合法性问题上的立场又有了新的变化,由此也引发了德国学者们的讨论。本文试图详细介绍联邦最高法院第二刑事审判庭的新立场、阐释其立场转换的内在原因、评析这种立场转换的优点以及其对刑法教义学造成的冲击,以求为我国学界的相应研究提供借鉴与参考。基于这一目标,下文首先将介绍德国对安乐死合法化问题处理的传统见解,随后介绍联邦最高法院第二刑事审判庭 2010 年判决的主旨,评析该判决与德国传统见解之间的异同,最后,还将探讨德国安乐死案件的处理方式对我国的借鉴意义。

一、德国传统见解及争议

(一) 传统见解概述

在二战期间,德国纳粹政府曾经试图消灭所谓没有存活价值的生命(譬如犹太人等),并美其名曰“安乐死”(Euthanasie)。这种出于卑劣动机实施的杀害行为应当被认定为谋杀,其显然与现今德国司法判例和学界所讨论的、也是这里所关注的医学意义上的安乐死完全不同。因为后者仅指包括医生在内的医护人员或患者的照管人(根据联邦最高法院第二刑事审判庭 2010 年的判决,还包括协助医疗或护理的其他第三人)基于患者意志促进其死亡的情形。为了与纳粹罪行相区分,现今德国司法判

* 清华大学法学院讲师,德国弗莱堡大学法学博士。

例和学者在讨论医学意义上的安乐死时多用“Sterbehilfe”(按字面意义翻译为“死亡帮助”)一词。

在德国刑法体系下处理被害人意欲导致自己死亡的案件时,首先需要判断被害人是否成立自杀。倘若得出肯定结论,则行为人最多被认定为教唆或者帮助自杀,不应受到刑事处罚。相反,如果认定构成他杀,就需要进一步考虑,行为人是构成刑法第216条规定的受嘱托杀人罪或第212条规定的故意杀人罪,还是只实施了法律所允许的安乐死。如何在刑法第216条、第212条和法律允许的安乐死之间进行区分,或者说如何处理安乐死案件,则是德国刑法中的重点争议问题。通过长期的论战,通说大致达成了共识,认为对于安乐死的刑法处理不能一概而论,而应当区分积极的直接安乐死、积极的间接安乐死和消极的安乐死三种情形。

1. 积极的直接安乐死

积极的直接安乐死又称为积极安乐死,是指为了减轻患者痛苦,刻意终结其生命或者加速其死亡的情形。尽管德国宪法学界有为数不少的学者从尊重个人自主决定的角度出发,主张积极安乐死也应该是合法的,^[1]但是传统见解却仍然认为,为了有效地保护生命,防止积极安乐死被滥用的风险,必须禁止杀害他人的行为。因此,在涉及对生命的处分时应当对个人的自主决定权加以限制,积极安乐死不能被合法化。^[2]换言之,此时患者无权将自己的生命交由他人处置,其放弃自己生命的承诺无效(承诺禁止原则)。与此相应,正如德国刑法第216条的规定所表明的,基于患者请托将其杀害的行为人构成受嘱托杀人罪。^[3]即便被害人承受着巨大痛苦、毫无康复希望,或者行为人甚至只是致使患者提前一个小时死亡,即仅缩短了其一个小时的生命,亦同样如此。^[4]虽然也有学者主张,此时的杀害行为应当可以通过紧急避险合法化,因为在极端情况下,相比短暂地继续生存而言,免除以忍受的痛苦明显是更为重要的利益。^[5]但是,德国司法判例^[6]和学界的多数见解^[7]却都否认了这种可能性,因为在通说看来,生命属于最高级别的法益。部分学者则以紧急避险只能在损害其他第三人利益时成立,不能适用于为保护被害人利益而损害其自身更小利益的场合为由,得出了同样的结论。^[8]最后,根据通说的见解,在积极安乐死的场合下,行为人也不能因为超法规的责任阻却事由免责。^[9]

2. 积极的间接安乐死

积极的间接安乐死简称为间接安乐死,是指为减轻患者痛苦采用虽然符合医疗行业规范、但却可能具有缩短生命之副作用的药物为之进行医疗镇痛。此时行为人的目的和动机在于缓解患者的痛苦,只是以间接故意的心态容忍了加速患者死亡的后果。德国司法判例和学界虽然几乎一致认为间

[1] Vgl. *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6. Aufl., 2011, Art. 2 Rn. 212a; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Kommentar, 12. Aufl., 2012, Art. 2 Rn. 100.

[2] Vgl. *Hufen*, *In dubio pro dignitate: Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens*, NJW 2001, S. 849 (855).

[3] Vgl. BGHSt 37, 376 (379); BGH NSZ 2003, 537 f.

[4] Vgl. BGH NJW 1987, 1092.

[5] Vgl. *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, 4. Aufl., 2013, § 34 Rn. 85; *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar, StGB*, Band 4, 2. Aufl., 2012, Vor §§ 211 ff. Rn. 91; *Merkel*, *Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom*, ZStW 107 (1995), S. 545 (572); *Jakobs*, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, 1998, S. 29.

[6] Vgl. BGHSt 46, 279 (285).

[7] Vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder Kommentar, StGB*, 28. Aufl., 2010, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 25. Siehe auch *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Aufl., 2010, Vor §§ 211–216 Rn. 17 m. w. N.

[8] Vgl. *Engländer*, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch*, JZ 2011, S. 513 (517).

[9] 学界不同的见解,譬如 *Tröndle*, *Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?* ZStW 99 (1987), S. 25 (42).

接安乐死为法律所允许,但是论证理由却各不相同。

少数见解认为,这里以缓解痛楚为目标的治疗行为符合患者(推定的)承诺,并不为故意杀人或者受嘱托杀人等条文的规范保护目的所涵括,由于其本身符合医疗行业规范,也不能认为其创设了不容许的风险,因此,缩短生命的不幸结果不能被归责于该行为。这种治疗行为从其社会意义上来看已经不能被认定为杀害行为,从一开始就不符合故意杀人或受嘱托杀人罪的构成要件。^[10]相反,通说则认为这种治疗行为毕竟加速了患者的死亡,故而仍然是对患者生命的侵犯。不过,由于患者所承受的难以忍受的痛苦足以摧毁其尊严,应当认为这种治疗行为可依据紧急避险合法化。因为“相比让病人在极度的、尤其是所谓毁灭性的痛楚之下再短暂地存活而言,根据其明示的或者推定的意志让其有尊严且免于痛苦地死亡是具有更高价值的法益”。^[11]

当然,就具体细节而言,在支持通说的学者之间也仍然存在着诸多争议。譬如,部分学者主张,间接安乐死只有在患者已经进入不可逆转的死亡进程时,才能被合法化。^[12]但是这种见解导致病情尚未发展到死亡阶段的病人即便身患绝症、同样忍受巨大痛苦也无法获得镇痛治疗,因而并不妥当。^[13]此外,虽然成立被允许的间接安乐死以行为人并非直接追求缩短患者生命为前提,但是,倘若医护人员明知镇痛治疗会加速患者的死亡(譬如,当加速死亡是镇痛治疗不可避免的副作用时),其行为是否仍然成立合法的间接安乐死?司法判例和部分学者否定这一点,认为合法的间接安乐死仅限于间接故意的行为,否则就难以与积极安乐死相区分。^[14]另一部分学者则认为,此时医护人员出于二级直接故意的心态(即明知会发生危害结果)实施的医疗行为仍然属于合法的间接安乐死。因为紧急避险的成立与否并不取决于行为人主观上的故意形态。^[15]

3. 消极安乐死

消极安乐死是指基于无望康复的患者所确实表达了或者推定的意志,放弃或者中断可以延长其生命的治疗措施,从而使其有尊严地自然死亡的情形。在德国法律体系中,消极安乐死也是被允许的。^[16]其根据在于患者的自主决定权。早在1957年,德国联邦最高法院就已经判定,如果医生无视患者可能的反对意见擅自对其进行手术治疗,那么即便治疗行为本身符合医学行业规范,也因为侵犯患者的人性尊严而违法。^[17]这就意味着,只有患者自己才能决定是否接受治疗。当患者(即便是不理性地)拒绝治疗时,医护人员就必须尊重患者自主决定的权利,放弃对其采取治疗措施;倘若医护人员此时穷尽医学上的一切可能对患者加以救助,反而是违法行为,因为严重的疾病本身并不赋予其对

[10] Vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band I, 15. Aufl., 2012, Rn. 13; *Schroth*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 5. Aufl., 2010, S. 52.

[11] BGHSt 42, 301 (305). Vgl. auch BGHSt 46, 279 (285); *Kutzer*, *Strafrechtliche Grenzen der Sterbehilfe*, NSiZ 1994, S. 110 (114 f.).

[12] Vgl. *Dölling*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15. 11. 1996, JR 1998, S. 160 (162).

[13] Vgl. *Ingelfinger*, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, JZ 2006, S. 821 (824).

[14] Vgl. BGHSt 42, 301 (305); *Duttge*, *Der Alternativ – Entwurf Sterbebegleitung (AE – StB) 2005*, GA 2006, S. 573 (578 f.); *Kutzer* (Fn. 11), S. 115. 此外亦可参见 *Schöch*, *Die erste Entscheidung des BGH zur sog. indirekten Sterbehilfe*, NSiZ 1997, S. 409 (410 f.),但其后来放弃了这一立场。

[15] Vgl. *Schöch/Verrel* u. a., *Alternativ – Entwurf Sterbebegleitung (AE – StB)*, GA 2005, S. 553 (575 f.); *Kutsch*, *Tabu Sterbehilfe*, NJW 2006, S. 261; *Sinn*, in: *Rudolphi u. a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar, StGB*, 8. Aufl., 131. Lieferung, 2012, § 212 Rn. 58 Fn. 350 m. w. N.; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte*, 7. Aufl., 2005, § 6 Rn. 41 f.

[16] Vgl. BGHSt 37, 376 (379).

[17] Vgl. BGHSt 11, 111 (114).

患者进行治疗的权利。简言之,决定是否进行治疗和医疗措施的范围及程度的,并不是医学的客观发展水平,而仅仅是患者的意志。在患者不愿意延长自己生命时,也同样如此。否则就会使得法律对于生命法益的保护不恰当地转化为了患者忍受疼痛继续生存的“义务”。

德国司法判例最初仅承认严格意义上的消极安乐死,即将消极安乐死限制在患者已经进入不可逆转的死亡进程、马上就会出现死亡结果的场合。因为只有在这种严格限制的场合下才能认为,再对患者进行抢救已经没有医学上的意义,医生只是放任患者自然死亡;此时医生没有义务不惜一切代价维持已经处于直接的死亡过程中的生命,^[18]其也不成立不作为犯。随后,出于对患者自主决定权的重视,司法判例也开始承认广义上的消极安乐死。联邦最高法院在1994年的判决中认定,如果身患绝症的患者再无康复可能并且明示或者可以推定其不欲延长自己的生命,那么即便此时的病情尚未引发不可逆转的死亡进程,医护人员也同样可以中断延长生命的治疗措施。^[19]之所以可以认为此时医护人员不需要承担刑事责任,是因为其举动不能构成不作为犯。

首先,这里中断治疗的行为只能被认定为不作为。倘若医护人员只是不对患者加以救治或者放弃进一步的救治措施(譬如不再对患者进行诊断、不再为其注射药物等),则显然应当被认定为不作为。在医护人员积极地中断了可以延长患者生命的医疗措施的场合(譬如关闭呼吸机或者输养设备等),也应当得出相同的结论。虽然这些行为从其外观来看是积极的举动,似乎应当被认定为作为,但是,从其社会意义和规范意义来看,由于存在着患者明示或者推定的承诺,这类行为不能被认定为对患者自主决定权的积极干预,此外,其不法内涵和与刑法的相关性都源自没有继续对患者加以救治这一点,^[20]因此仍然应当被认定为不作为(所谓“通过作为实施的不作为”)。^[21]换言之,医护人员此时的积极举动从其价值评价来看,也只是等同于不对患者继续进行治疗,亦即不作为地放任患者自然死亡。

其次,这里的不作为也不构成不作为犯。因为如前所述,由于患者自主决定权的限制,医护人员不能违背患者意志对之进行治疗,自然也同样不能违背患者意志继续已经开始的治疗措施。鉴于患者明示或推定的不愿延长生命的意志,医护人员此时已经不负有继续对其进行治疗的作为义务。当然,由于事关生命法益,此时确定患者推定的承诺需要遵循严格的证明标准。这里应当首要考虑患者之前书面或口头的意思表示、宗教信仰、个人的价值观、基于其年纪的生活展望和疾病的痛苦程度等等。如果没有具体的依据确定患者的意志,就必须从一般价值观念出发考察患者是否可能意欲放弃治疗。让患者继续有尊严地生活的可能性越小、其生命再持续的时间越短,就越可能认定放弃治疗符合患者的意志。^[22]

(二)对传统见解的批评

综上所述,按照传统见解,积极安乐死应当受到刑事处罚,而间接的和消极的安乐死则为法律所允许。这种传统见解虽然大体上可以解决安乐死的问题,但也存在着诸多争议。譬如,部分德国学者

[18] Vgl. *Otto*, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, NJW 2006, S. 2217 (2218); BGHSt 32, 367 (379).

[19] Vgl. BGHSt 40, 257 (260).

[20] Vgl. BGHSt 40, 257 (265 f.). 根据该判例,吩咐护理人员关闭相应医疗仪器的医生,也只成立不作为。

[21] Vgl. *Roxin*, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, NSiZ 1987, S. 345 (349); *Schöch*, *Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen – Zugleich eine Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 13.9.1994*, NSiZ 1995, S. 153 (154).

[22] Vgl. BGHSt 35, 246 (249); 40, 257 (263).

指出,既然可以通过紧急避险解释间接安乐死的合法性,为何却又认为积极安乐死一概不能成立紧急避险?^[23] 最为主要的、也是和本文紧密相关的问题则是传统见解对积极和消极安乐死的界分。由于一方面要坚守刑法第 216 条的规定,认为即便在患者请求下积极缩短其生命的行为也构成犯罪,另一方面又希望避免对相关医护人员科处刑罚,传统见解就不得不将医护人员基于患者意志关闭延长生命的医疗仪器(譬如呼吸机、输养设备等)这种积极的身体举动评价为“通过作为实施的不作为”,并进而通过否定医护人员在这种场合下的作为义务免除其刑事责任。这种论证虽然尽可能地维护了刑法第 216 条(至少在作为犯的场合中)的效力,也确实获得了符合一般正义观念的结果,但却导致作为与不作为的区分成为了界定积极和消极安乐死的重要标准,因而也存在着一定的疑问。

首先,将关闭维持生命的医疗仪器这样一种积极的身体举动认定为不作为的见解,遭到了相当一部分德国学者的质疑。在这些学者看来,所谓“通过作为实施的不作为”这个概念本身就有自相矛盾的嫌疑。因为在刑法评价上,作为和不作为是相互排斥的关系,一个行为不可能既是作为又是不作为。^[24] 即便承认这一概念,其也只能是指:行为人通过实施并非指向所需救助之法益的其他举动而不对该法益加以救助。譬如,行为人对被害人负有救助义务,但却弃之逃跑;这里的逃跑行为本身并非直接指向被害人的法益,因此仍然可以被认定为不作为。然而,在关闭维持生命的医疗仪器时却并非如此:这里行为人通过自己身体的举动干涉并且中断了医疗仪器的自动运行,并由此缩短了患者的生存时间,直接侵犯了其生命法益。这应当与积极阻止对被害人实施救援行为、使其丧失客观上已经存在之获救机会的举动一样被认定为作为。^[25]

其次,除了造成上述刑法理论上的争论之外,传统见解还可能导致法安定性的欠缺。因为其过于重视作为与不作为的区分,而这种区分本来就是连刑法学者都争论不休的问题,医护人员在医疗实务中更加不可能准确地判断自己行为究竟是属于作为(从而成立被禁止的积极安乐死)还是不作为(从而成立被允许的消极安乐死)。况且,即便是持传统见解、认为基于患者意志关闭延长生命之医疗仪器的医护人员只成立不作为的学者,也未能就是否能将这一准则适用于并未参与或帮助治疗的第三人达成统一意见。其中绝大部分论者主张,当第三人基于患者意志关闭医疗仪器时,应当成立作为。因为原本就不对医疗行为负责的第三人根本不可能以不作为的方式放弃对患者的进一步治疗;从规范意义上来看,对其行为的评价重点并不在于放弃治疗,而在于积极地缩短了患者的生命。^[26] 另一部分学者则坚持认为,此时第三人同样构成不作为,因为其只是意图阻止(由于违背患者意志而违法的)继续治疗,实现放弃治疗的结果。^[27] 这种争议也会导致相关人员在现实场景中无所适从。

[23] Vgl. *Roxin*, Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie, in: *Wolter* (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 177 (188).

[24] Vgl. *Otto* (Fn. 15), § 9 Rn. 3. 当然,部分德国学者对作为与不作为之间的关系持“竞合说”,认为一个行为可以同时是作为和不作为。Vgl. *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 28/4.

[25] Vgl. *Brammsen*, Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft, *NSiZ* 2000, S. 337 (341 f.); *Sinn* (Fn. 15), § 212 Rn. 51; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 604; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 15 Rn. 33; *Jähnke*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Band 5, 11. Aufl., 2005, Vor § 211 Rn. 18; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., 2007, Rn. 37; *Gropp*, Das Abschalten des Respirators – Ein Unterlassen durch Tun? in: *Duttge u. a.* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, S. 173 (181 ff.). 当然持这种见解的学者大多也会通过客观归责或者违法阻却事由论证此时医护人员不构成犯罪。

[26] Vgl. *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl., 2012, Rn. 161.

[27] Vgl. *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 14. Aufl., 2013, § 7 Rn. 8.

二、联邦最高法院的新判决

上述传统见解虽有争议之处,但多年来在德国一直处于通说的地位,不仅获得了诸多学者的支持,也为德国司法判例所采纳。然而,基于民事法律的新发展,德国联邦最高法院第二刑事审判庭2010年6月的判决却对安乐死问题的处理提出了不同于以往传统见解的方案,随后,其2010年11月的另一份裁定又再度对此加以确认,从而引起了学界的广泛关注。

(一) 基本案情

被告人是K女士的子女G和PK的律师,专攻于医事法律方向。K从2002年10月份开始处于植物人状态,无法再说话,只能在养老院中通过从腹部插入的胃管输送含有卡路里的液体维持生命,已经不可能再恢复健康。在2002年9月份的一次谈话中,K曾经向其女儿G表示,倘若自己日后失去知觉、无法再表达意愿的话,不希望通过人工方式维持生命,也不希望自己身体被插上任何一种“管子”。但是,K却并未对此以书面方式加以记录。基于K的这一意愿,G于2006年3月要求K的照管人拔除胃管,以便K有尊严地死去。然而,由于缺乏书面材料证明K的意志,照管人拒绝了G的请求。随后,被告人与G和PK一起计划关闭输养设备。在其动议下,G和PK于2007年8月成为了K的照管人。此外,为K治疗的家庭医生也认为,继续人工输养不具有医学上的理由,因此其也支持他们的计划。然而,他们中断输养的努力却遭到了养老院主管和工作人员的反对。虽然医生明确命令终止输养,养老院的护理人员却拒绝执行这一指令。最终,为了缓和各方冲突,养老院主管提出了一个折中方案:由G和PK自己关闭输养设备、为K镇痛,从而帮助K死亡。在和被告人商议之后,G和PK也同意了该方案。因此,2007年12月20日,G中断了对K的输养。然而,第二天,养老院所属企业的上级业务主管却责令养老院重新开始对K输养,并且警告G和PK,如果他们不同意继续输养,就禁止二人再进入养老院。与此相对,被告人当天亦电话通知G和PK,继续输养的命令是违法的,但是鉴于短期内无法通过法律途径对此加以阻止,他们可以直接切断胃管。根据被告人的估计,养老院不会擅自启用新的胃管继续输养,因而K最终会死亡。G听从了被告人的建议,数分钟之后在PK的帮助下切断了胃管。然而,养老院的护理人员很快就发现了这一情况,养老院主管也通知了警方,随后,在检察院的命令下,K被转移到医院并且继续输养。2008年1月5日,K因为自身疾病在医院死亡。

富尔达地方法院判决被告人与G成立共同正犯,构成故意杀人未遂,G则由于陷入不可避免的容许错误(即间接的禁止错误)不成立犯罪。被告人上诉至联邦最高法院。

(二) 法院判决主旨

联邦最高法院第二刑事审判庭于2010年6月25日对该案进行了判决。^[28]其在判决中首先指出,消极安乐死的认定不以患者病情导致了不可逆转的死亡进程为前提,故而本案中G第一次中断对K的人工输养属于被允许的消极安乐死,养老院重新恢复对K的输养则构成对后者身体法益和自主决定权的侵犯。然而,第二刑事审判庭随即强调,G后来在被告人的建议下切断胃管的举止虽然阻止了养老院的非法输养措施,但却不能通过正当防卫或紧急避险合法化,其毋宁只能从被害人K的承诺中寻得合法化依据,而德国立法者于2009年对民事法律的修改也确证了这一点。在此

[28] Vgl. BGHSt 55, 191 ff.

基础上,第二刑事审判庭否定了通过区分作为与不作为认定安乐死合法性的传统见解,转而主张以相应行为是否构成“中断治疗”为判断标准:只要符合了中断治疗的构成要件,不论是以作为还是不作为的方式实施的安乐死,都不具有违法性。本案判决理由主要由四部分内容构成,现分述如下:

1. 第一次中断输养的法律评价

联邦最高法院第二刑事审判庭在判决理由的第一部分探讨了对第一次中断输养的法律评价。其援引联邦最高法院1994年的判决认定,并非只有在患者已经陷入了不可逆转的死亡进程时才允许医生放弃治疗。其论述道:“早在1994年9月13日的判决(1 StR 357/94 = BGHSt 40, 275, 261)中,联邦最高法院第一刑事审判庭就已经涉及了类似案件。在该案中,严重脑损伤的病人已经不可能恢复健康,也无法再作出意志决定,其负责护理的儿子和治疗医生遂共同终止了对其人工输养。由于基本病症——与本案情形相似——尚不足以导致直接的死亡进程,因而恰如第一刑事审判庭所认定的那样,这里并不存在当年德国医生协会《安乐死准则》中所规定的‘消极安乐死’的情形……尽管如此,联邦最高法院还是认定:‘鉴于本案所涉及之特殊情形,如果可以推定病人同意中断治疗,就不能一概排除允许通过中断医生治疗致使病人死亡的可能性。因为此时也需要重视病人的自主决定权,原则上不得违反病人意志进行或者继续医学治疗。’”在第二刑事审判庭看来,联邦最高法院第一刑事审判庭正是通过该判决将消极安乐死的范围扩张到了尚未出现死亡进程的场所,而这一判决的主旨日后也为民事司法判决和立法所继受。虽然在2003年3月17日有关一位去皮质综合症患者的裁定(BGHZ 154, 205)中,联邦最高法院第十二民事审判庭曾经认为,假如病人已经无法再作出意志决定,那么就只有当与其事实上明确表达的或者可推定的意志相一致、并且基本病情也已经导致了“不可逆转的死亡进程”时,才允许放弃维持或者延续生命的措施。然而,该庭随后在其2005年6月8日的裁定(BGHZ 163, 195)中放弃了这一立场,转而认为,“如果照管人和医生能够就终止人工输养达成一致,那么无法作出决定的去皮质综合症患者通过照管人所表达的意志仍然有效,养老院的经营者无权违背该意志决定继续人工输养”。至此,联邦最高法院的民事判决也开始承认消极安乐死并不以患者陷入不可逆转的死亡进程为前提条件。而2009年7月29日的照管法第三修正案(BGBI I 2286)则更是从立法上对此加以确证。该修正案所增设的《民法典》第1901a条第3款的规定表明,患者病情的类型和阶段已经不再是认定安乐死合法与否的决定性的因素。

基于这些考虑,联邦最高法院第二刑事审判庭在本案的审理中认为,“G和其兄弟PK之前通过不作为,或者说通过减少含有卡路里的液体流入被害人体内而实现的中断输养行为,即便根据行为时的法律也是被允许的”。因为当时已经存在着通过“消极安乐死”合法地中断治疗的前提条件:本案中被害人在陷入无法作出意思决定的状态之前就已经明确地表达过自己的真实意志,此外,照管人和治疗医生也对于中断治疗符合病人意志这一点达成了一致。在这些条件下,即便没有或者没有申请监护法院的授权,放弃继续输养也由于构成消极安乐死而被允许。与此相应,养老院主管后来所命令的继续输养则是对患者身体完整性和自主决定权的不法侵犯。因为根据学界通行的见解,无论是疗养合同还是养老院主管或者护理人员的良知自由(基本法第4条第1款)都不能使其无视患者的自主决定权损害被害人的身体完整这一为宪法所保护的基本权利。

2. 正当防卫与紧急避险之否定

既然养老院重新恢复对K的输养构成对后者身体法益和自主决定权的侵犯,G后来在被告人的

建议下切断胃管的举止便是阻止了养老院的非法输养措施。那么,切断胃管的行为能否根据正当防卫或者紧急避险合法化?联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中对此明确加以否定。在其看来,G切断胃管的举止不能构成正当防卫,因为该行为“并非或者并非仅仅针对不法侵害者的法益(通过切断胃管造成的财物毁坏),而是首要地针对着被害人自身的更高级别的法益。对被害人生命法益的侵害显然不可能被视为抵御对其身体完整性和自主决定权之不法侵害的合法防卫行为”。同时,G切断胃管的行为也不能根据德国刑法第34条的规定成立合法的紧急避险。因为“正是被害人遭受了刑法第34条意义上的正在发生的危险(对其身体完整性和自主决定权等法益的威胁),而G的举止却侵犯了被害人最高级别的法益(生命)”。换言之,第二刑事审判庭认为,G切断胃管的举动虽然保护了被害人的身体完整性和自主决定权,但却损害了后者更为重要的生命法益,故而不能满足紧急避险中利益权衡的要求。

3. 民事法律规范的变更

在否定G的行为可以构成正当防卫或紧急避险之后,联邦最高法院第二刑事审判庭随即主张,“只有从作为照管人的K的子女所主张的K的意志决定,也即其中断并且不再继续或者重新开始人工输养的承诺中才能得出本案杀害行为的合法化依据”。当然,第二刑事审判庭也清楚地认识到,“与联邦最高法院迄今为止所判决的案件不同,本案中原共同被告人G阻止恢复人工输养、刻意缩短被害人生命的行为应当根据一般规则被认定为积极的作为,而非不作为……司法判例至今并不将这种直接缩短生命的情形视为可以被合法化的‘安乐死’”。然而,考虑到2009年7月29日照管法第三修正案对民事法律造成的变更,第二刑事审判庭决定不再坚持德国司法判例的传统立场。

在本案判决书中,第二刑事审判庭回顾了照管法修正案对民事法律的修改:“立法者通过2009年7月29日的立法——所谓的患者处分法(Patientenverfügungsgesetz)——(BGBl I 2286)设定了照管人在基于病人意志对治疗行为加以限制的场合中的权限范围。该法于2009年9月1日生效,其首要目的在于实现法律和行为指引的确定性”。第二刑事审判庭认为,这种法律变更主要考虑了两方面的标准:“一方面是宪法所保障的患者自主决定权,其中包括拒绝医学治疗乃至放弃延长生命之措施的权利,另一方面则是同样为宪法所要求、也通过刑法第212条和第216条所体现的对生命的保护。”立法者在对这两个宪法原则进行细致、全面的权衡之后决定,“已经无法表达意志的病人事实上的或者推定的意愿,譬如其之前在具体治疗愿望中所体现的意见,对照管人和治疗医生具有约束力,其病症的种类和所处阶段则在所不问(《民法典》第1901a条第3款)……只有在医生和照管人或代理人对于无法表达意志之患者的意愿或者对相关措施的医学理由不能达成一致意见时,才需要监护法院的授权决定是否放弃或者终止医疗措施(《民法典》第1904条第2款和第4款)”。此外,《民法典》第1901a条以下的条文还规定了特定的程序以便在具体案件中确定患者真实的或者推定的意志。

在第二刑事审判庭看来,这些新的民事法律规定“从程序上保障不(再)能进行意思表示的患者的自主决定权亦可得以实现。其确保这些患者的意志在其陷入无法表达意愿的状态之后仍然有效并且获得重视。这些法律规定意在为所有相关人员创设确定的行为指引,根据法秩序的统一性……在确定结束生命之因果行为是否可以被合法化时,也应当对之加以考虑”。但是另一方面,第二刑事审判庭也指出,不能简单地一概依据这些民事法律规定处理刑法问题:“有关照管法的条文并不影响刑法第212条和第216条的效力,因为其文本所涉及的案件类型远多于刑法第212条和第216条的规定,立法者也并不希望将照管法视为区分被容许的安乐死和被禁止的杀人行为的特殊刑法条款……鉴于

《民法典》第 1901a 条的文本几乎没有限制地涵括了各种与照管相关的情形,也不能将刑法中杀害行为能否合法化的难题作为从属于民法的问题加以对待。”其还特别强调:“究竟何时超出了被害人承诺合法化效力的边界、应当由于受嘱托杀人而受处罚,就如同被害人承诺在何种程度上可以使身体伤害行为合法化(刑法第 228 条)这个问题一样,是特殊的刑法问题。该问题的解决虽然要顾及宪法规范和其他部门法的相应规定,但是原则上仍然应当遵循实体刑法的标准……立法者也不认为《民法典》第 1901a 条及其以下的规定可以更改这里合法化的界限。”

4. 被害人承诺与中断治疗

富尔达地方法院在对本案的审理中认定,G 切断胃管的行为并非不作为地放弃人工输养,不构成法律所允许的消极安乐死。切断输养胃管的举动毋宁属于作为,不能基于患者的承诺合法化。联邦最高法院第二刑事审判庭肯定了地方法院的这种见解符合德国司法判例和刑法学说的传统立场。因为根据这种传统立场,“应当区分(在特定条件下)被允许的‘消极’和‘间接’安乐死以及一律被禁止的‘积极’安乐死……被允许的‘消极安乐死’以不作为(刑法第 13 条)为前提;自然意义上的作为则应当一律成立违法的杀害行为,根据刑法第 212 条和第 216 条受到处罚”。但是,第二刑事审判庭随即指出,这种传统立场存在缺陷,因此,当存在被害人承诺或者推定的承诺时,其不再通过作为和不作为的外在表现形式判断导致被害人死亡的行为是否合法,而是考察相应行为是否能构成合法的“中断治疗”。

(1)“中断治疗”概念的提出。第二刑事审判庭在这一部分的判决理由中首先对上述传统立场进行了批评。其指出,联邦最高法院之前的判例也并非毫无例外地遵循了这种区分标准。因为根据联邦最高法院的司法判例,“违法的不作为同样可以符合刑法第 216 条的构成要件……这就已经表明,行为是否被允许并非单纯地取决于其外在的实施方式”。虽然刑法第 13 条第 2 款规定,由于不作为而导致结果的,可以减轻处罚,这确实意味着法律原则上对违法的不作为和积极的作为赋予了不同的价值评价。但是,既然对不作为只是“可以”减轻处罚,那么这种价值评判就并不排除在特定情况下可以将作为与不作为等同处理的可能性。因此,依据作为或不作为进行区分的标准并不妥当。此外,第二刑事审判庭还认为,“允许的安乐死和根据刑法第 212 条和第 216 条处罚的杀人行为之间的界限也不可能根据作为与不作为的自然区分而确定”。因为,一方面,这种界分在学理上不无疑问:“将类似于关闭呼吸机的积极举动视为‘规范意义上理解的不作为’,以便能够将这种行为认定为法律所允许的‘消极安乐死’的见解,是扭曲了客观真实的规范评价。这种见解……是教义学上所不允许的‘诡计’……”另一方面,这种界分也不能契合医疗实务的实际情况。因为“中断治疗”就其自然和社会意义而言,并不仅仅是一种不作为;其也完全可能包括众多积极和消极的行为在内。“将这些行为一概认定为不作为,不仅难以与学说和判例针对刑法第 13 条规定的不作为犯所发展出来的判断标准相符,而且也可能导致判断结果部分地取决于偶然。”

在对传统立场进行批评的基础上,第二刑事审判庭进而主张:“通过中断治疗这一上位概念总括全部与结束医学治疗相关的行为才是合理和必要的做法。所谓的中断治疗不仅受到客观行为要素的限制,而且主观上也要求行为人是根据患者的意志整体上结束已经开始的医学治疗措施,或者根据患者或其照管人的意志将治疗措施的范围限于必要程度的护理和照料……因为既然病人可以从一开始就拒绝接受治疗,那么其必然同样也可以要求结束已经不再为己所欲的治疗措施。至于这种医疗措施的终止是通过不作为地放弃进一步治疗还是通过积极的行为(譬如关闭呼吸机或者移除输养设备)

而实现,则在所不问。在恢复不(再)符合患者意志之医疗措施的场合,也同样如此……这种违背病人意志的做法应当被阻止。”

(2)“中断治疗”的成立条件。既然认为通过外在标准区分作为和不作为并不能合理界定何时才能基于患者放弃或中断治疗行为的意愿使相应行为合法化,那么就应当寻求其他的界分标准。在联邦最高法院第二刑事审判庭看来,妥当的界分标准“可以从‘安乐死’和‘中断治疗’概念本身并且依据在宪法规范背景下对所涉及法益的权衡而获得”。特别是“中断治疗这一概念本身已经蕴含了特定的标准,即相应行为必须与治疗相关并且所实现的是患者对治疗行为的意志等”。在本案判决中,第二刑事审判庭也强调了几点认定“中断治疗”的前提条件:

首先,其认为,“通过放弃、限制或者终止治疗而实现的安乐死以被害人身患危及生命的绝症以及相应的医疗措施可以维持或延长生命为前提”。因为只有在这种被严格限定的情形下,“安乐死”概念才有其体系上的意义并且能被视为为刑法所允许。“在这种情形之外的故意结束生命的行为,即便与医疗相关,也不可能通过被害人的承诺合法化;从刑法第216条和第228条的规定以及这些条文背后法律体系的价值决定出发,也必然得出同样的结论。”

其次,“基于患者承诺合法化的安乐死还要求其客观和主观方面都必须直接与上述意义上的治疗行为相联系”。第二刑事审判庭认为,“只有放弃或者终止延长生命之医疗措施的行为,以及所谓的‘间接安乐死’即容忍可能缩短生命的副作用进行医学镇痛的情形,才能符合这一条件”。

最后,虽然德国基本法第1条第1款和第2条第1款所确定的自主决定权保护个人免受其所不欲的对其身体完整性的侵害,也使其可以要求不受干扰地自然死亡,但是,“自主决定权却并不使个人享有在与医疗无关的场合下让他人侵犯自己生命的权利”。因此,“只有当相应行为仅仅创设(或者恢复)了使已经存在的病症自然地继续发展的状态,也即虽然减轻了患者的痛苦但却并未对病症(再)加以治疗,从而最终使得患者自然死亡时,才可能通过患者的承诺合法化。与病症发展进程无关的刻意终结生命的行为则不在此列”。

第二刑事审判庭认为,通过这些标准进行区分,要优于迄今为止以区分作为或不作为为标准的传统界分方式:“后者不仅在教义学上颇有疑问,在实务中难以执行,而且不利于在权衡中顾及相关的法益,亦无法为相关各方提供明确的法律指引。”当然,第二刑事审判庭也在此处再度强调:“刑法第216条构成要件的范围并不因此受到影响。这符合照管法第三修正案的立法者将基于患者意志拒绝医疗措施或者禁止医疗措施继续实施的行为与刑法第216条所规定的受嘱托杀人行为严格区分开来的意图。”

(3)证明标准与适用范围。由于涉及生命这一重大法益,联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中也与之前其他德国司法判例一样主张,“确定与医疗行为相关的患者意志必须遵循严格的证明标准”。特别是在缺乏书面的患者处分、需要确定通过口头表达的患者意思时尤其如此。在这一点上,应当重视民事法律的相应规定:“《民法典》第1901a条及其以下的程序性规定,特别是其中关于照管人或代理人必须与医生以及在特定情况下与监护法庭共同确定患者意志的规定,可以确保严格证明标准得以重视和贯彻。”此外,第二刑事审判庭还确定了“中断治疗”的适用范围:“上述中断治疗的合法化原则并不仅仅适用于对患者进行治疗的医生以及照管人和代理人,其对帮助医生、照管人或代理人进行治疗或护理的第三人也同样适用。因为中断治疗原则上并不仅仅是单一的一次作为或者不作为,而是包括医疗镇痛在内的一系列措施,而这些措施并不必然由医生亲自实施。”

(三) 判决结果

不同于传统见解,联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中主张通过考察相应行为是否构成“中断治疗”来确定行为人在安乐死案件中的刑事责任。从这一立场出发,第二刑事审判庭推翻了富尔达地方法院对本案的判决结果。其认为,G 切断胃管的举动符合被害人的意志,由于构成“中断治疗”而合法化。与此相应,被告人为 G 提供建议的行为也同样欠缺违法性。第二刑事审判庭最后指出,无需在判决理由中讨论其对刑法第 216 条的解释和在安乐死范围内对被害人承诺合法化效力的认可是否偏离了联邦最高法院其他刑事审判庭之前的判决。因为对本案的判决是基于《民法典》第 1901a 条以下的新规定作出的,这里的法律状况与以往不同。

三、判决评析

(一) 自主决定与安乐死

如前文所述,德国刑法处理安乐死案件的传统见解并非毫无争议。事实上,也早已有德国学者呼吁放弃作为与不作为的区分,而单纯以患者自主决定权,即其明示或推定的承诺为标准认定是否成立法律所允许的安乐死。^[29] 但是对于如何在刑法理论体系中贯彻这一界分标准,则仍然存在着不同的见解。有学者认为,基于患者意志结束治疗行为并不违背故意杀人罪或者受嘱托杀人罪的规范保护目的,这种行为与死亡结果之间欠缺归责关系,因而否定此时的行为符合构成要件。有学者认为此时应当可以适用紧急避险的规定。^[30] 还有学者则认为此处应该赋予患者承诺合法化的效力。甚至在司法判例中也零星存在着类似的见解。例如拉文斯堡地方法院(LG Ravensburg)在其 1986 年的判决中即认为,禁止杀人的刑法规范的目的和意义在于保护生命,但这并不意味着应当违背无望康复并且濒临死亡的患者的意志强行阻止其死亡。相反,出于对患者自主决定权及其生命的尊重,根据其意志中断维持生命之医疗措施的行为不能被认定为(受嘱托的)杀害行为。至于是医生、护理人员还是患者家属实施了这一行为,其是应当被认定为作为还是不作为,则无关紧要。^[31] 这大体上是通过规范保护目的否定构成要件符合性的思路。肯普滕地方法院(LG Kempten)1995 年的判决则采纳了违法阻却事由的方案,认为基于患者推定的意愿减少输血供给并因此导致其死亡的医生和患者家属不成立犯罪,因为该行为由于患者推定的承诺而合法化。^[32]

以 2009 年照管法第三修正案对《民法典》第 1901a 条及其以下条文的修订为契机,联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中也(至少部分地)背离了传统见解。这些修订后的民事法律条文表明,患者事实上的或者推定的意愿对医生、护理人员、照管人、代理人以及患者家属均具有约束力,^[33] 其病症的种类和所处阶段则在所不问。^[34] 虽然这一规定并非专门针对安乐死问题,其也适用于所有涉

[29] Vgl. Neumann (Fn. 5), Vor § 211 Rn. 123; Otto (Fn. 15), § 9 Rn. 5.

[30] Vgl. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, § 11 Rn. 70.

[31] Vgl. LG Ravensburg NSiZ 1987, 229.

[32] Vgl. LG Kempten, Urteil vom 17.5.1995 - 2 Ks 13 Js 13155/93, in: Schell, Sterbebegleitung und Sterbehilfe, 3. Aufl., 2002, S. 96 - 103. 该案一审判决被告人成立不作为的故意杀人未遂,被告人上诉至联邦最高法院。1994 年,联邦最高法院第一刑事审判庭将该案发回重审(BGHSt 40, 275)。肯普滕地方法院重审后作出上述判决。

[33] Vgl. Diederichsen, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., 2010, § 1901a Rn. 20 ff.

[34] 参见上文判决理由 3 a)。参见郑冲:“德国联邦最高法院作出与病人处分相关的最新判决”,载《比较法研究》2010 年第 5 期,第 159 页。

及医学治疗的情形。但是,从法秩序统一性的立场出发,民事法律规范所允许的行为不可能为刑事法律规范所禁止,因此,联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中也正确地考虑到了这一民事法律规范的变动,并且充分强调了患者意志在安乐死问题中的重要地位。然而,刑法并非从属于民法的部门法,如何将对患者意志的考虑融合到刑法体系中,使之在处理安乐死的可罚性问题上获得相应的重视,则仍然是实体刑法理论的任务。

仔细考察就不难发现,德国传统见解在处理安乐死问题时其实也并未忽视患者的意志。譬如,在确定间接安乐死的合法性时,司法判例认为,只有在根据患者意志让其有尊严且免于痛苦地死亡时,才能认为维护了相比让其在痛楚之下短暂存活而言更加重要的利益。^[35]换言之,认定间接安乐死恰恰以遵从了患者的意志为前提。因此许多学者认为,实际上只有结合被害人承诺和紧急避险两种违法阻却事由,并且充分肯定前者在紧急避险利益权衡中的作用,才能说明间接安乐死的合法性。^[36]在消极安乐死的场合,传统见解对于患者意志的肯认就更加明显:正是出于对患者意志的尊重,医护人员关闭维持生命之医疗设备的积极举动才可能被认定为不作为;也正是由于患者此时要求自然死亡的自主决定排除了医护人员的作为义务,才使得后者的这种不作为不能构成不作为犯。由此可见,传统见解之所以认为医护人员在消极安乐死的场合不负刑事责任,其根本原因仍然在于对患者意志或者说其自主决定权的重视。然而,在传统的论述中,患者的自主意志虽然也拥有重要影响,但却一直深处“幕后”。由于要坚守刑法第216条的规定,认定被害人将自己生命交由他人处置的承诺无效,传统见解不愿直接通过患者的自主决定权论证间接和消极安乐死不应受到刑事处罚。因为一旦肯定患者在间接或消极安乐死的场合将自己生命交由医护人员处置的承诺是有效的、可以阻却缩短其生命之行为的违法性,就难以说明为何同样的承诺在积极安乐死时甚至在其他受嘱托杀人的场合无效,从而会导致和刑法第216条的直接冲突。

与此相反,联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中却部分地突破了传统见解刻意维持的这一界限。根据本案判决,基于患者意志结束其生命是否导致刑事责任,主要要看该行为是否能够被认定为“中断治疗”。中断治疗的行为,即便积极地危及了患者生命,也可以被合法化。构成中断治疗的前提有四点:首先,患者必须患有危及生命的绝症,其虽然可以通过医疗措施维持生命,但再无康复可能;其次,患者的承诺所涉及的必须是治疗行为或者医疗措施,患者承诺他人以与医疗无关的举动结束自己生命的,该承诺无效;再次,患者必须是明确承诺或者可以推定其承诺不接受或中断延长生命的医疗行为,从而放任疾病或死亡进程自然发展;最后,中断治疗的行为应当由负责治疗的医护人员或者患者的照管人或代理人,或者帮助医护人员、照管人或代理人进行治疗或护理的第三人实施。当然,承继司法判例的一贯立场,本案判决也正确地强调,在确定患者中断医疗行为的意志时,尤其是在确定其推定的意愿时,必须遵循严格的证明标准。大约5个月之后,在其2010年11月份的裁定中,联邦最高法院第二刑事审判庭再次从反面确证了在本案判决中所确立的原则。在该案中,被害人(行为人的岳母)由于肺炎和心脏功能方面的问题住院,随后在医院病情恶化,陷入昏迷状态,于是被转移到监护病房,依靠注射泵持续注射肾上腺素和呼吸机维持生命。行为人被医生告知,被害人的病情虽然很严重,但从医学角度来看并非毫无救治希望;而且其也明知,被害人决定只有在全无治愈可能时才

[35] Vgl. BGHSt 42, 301 (305).

[36] Vgl. Schöch/Verrel (Fn. 15), S. 574.

放弃急救措施。然而,为了避免家庭陷入负担,其却仍然出于致使被害人死亡的故意,不顾医生阻拦擅自中断了注射泵的运行。在其试图继续关闭呼吸机时,由于医护人员的阻扰未能得逞。联邦最高法院第二刑事审判庭在该判决中认定行为人的行为不符合“中断治疗”的情形,成立故意杀人未遂。因为行为人关闭医疗设备的举动并不符合被害人之前明确表达的意愿,而且其也并没有按照《民法典》第 1901a 条和第 1901b 条的程序性规定确定患者的意志。^[37]

显而易见,联邦最高法院第二刑事审判庭的这种立场与传统见解最大的区别在于,其至少在“中断治疗”的场合下明确认定,患者明示或者推定的承诺可以使中断医疗措施、缩短其生命的行为合法化。由此,该判决使患者的自主决定权在处理安乐死的问题中终于从“幕后”走向了“前台”。由于采取了强调患者承诺、立足于违法性层面的解决方式,作为与不作为这种构成要件层面的区分自然也就不再具有重要意义。因此,一部分根据传统见解应当成立积极安乐死受到刑事处罚的行为,就由于符合了中断治疗的前提条件不再成立犯罪。本案即为其中一例。相比传统见解“颇费周折”地为患者意志在安乐死问题中觅得一席之地做法而言,这种在违法性层面解决问题的方案不可不谓“简洁明快”。从实务角度来看,这种解决方案也极大地改善了医护和其他相关人员在安乐死案件中的处境。因为相比传统见解区分作为与不作为的立场,通过“中断治疗”这一标准判断行为人是否应当承担刑事责任的做法明显拥有更高的确定性,也可以为相关人员在医疗实践中提供明确的行为指引。

(二) 不明确的问题

联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中所主张的这种解决方案虽然有利于医疗实务,但是其试图在违法性阶层通过承认患者承诺的效力来体现对其意志的尊重,也引发了诸多学理上的难题。

首先,最显著的问题当然是所谓“中断治疗”与刑法第 216 条受嘱托杀人之间究竟是何种关系。由于本案判决认定患者承诺在中断治疗的场合拥有使缩短自己生命的杀害行为合法化的效力,这就难免与刑法第 216 条的规定发生冲突。与部分德国学者的见解^[38]相反,联邦最高法院第二刑事审判庭显然并不想放弃个人不得将生命交由他人处置这一原则。因为其在本案判决中明确指出刑法第 216 条并不因此受到影响,并且强调患者在中断治疗的场合之外所作出的结束自己生命的承诺无效,此外还一再重申,必须将中断治疗行为与受嘱托杀人行为严格区分开来。然而,本案判决毕竟首次承认了,对积极的杀害行为的承诺——即便只是在中断治疗的场合——也是有效的;其 2010 年 11 月份的裁定亦表明,患者的这种意志可以使结束生命的行为合法化。^[39]这明显不符合刑法第 216 条的文义。^[40]倘若严格根据第 216 条的表述,就应当像传统见解所主张的那样,认定一切让他人杀害自己的承诺都属无效。这就是之前司法判例和学界普遍认可的(对杀害行为的)承诺禁止原则(Einwilligungssperre)。而联邦最高法院第二刑事审判庭却显然在本案判决中肯定了对该原则的例外:在涉及中断治疗时,让他人杀害自己的承诺阻却违法。^[41]因此,其在判决中所作的“刑法第 216 条构成要件的

[37] Vgl. BGH, NStZ 2011, 274 ff.

[38] Vgl. Brunhöber, Sterbehilfe aus strafrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht, JuS 2011, S. 401 (406).

[39] Vgl. BGH NStZ 2011, 274 (276).

[40] Vgl. Rosenau, Die Neuausrichtung der passiven Sterbehilfe; Der Fall Putz im Urteil des BGH vom 25. 6. 2010 – 2 StR 454/09, in: Bernsmann/Fischer (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing – van Saan zum 65. Geburtstag, 2011, S. 547 (558 f.).

[41] Vgl. Eschelbach, in: von Heintschel – Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online – Kommentar, Edition 23, Stand 22. 7. 2013, § 216 Rn. 4; Eidam, Wider die Bevormundung eines selbstbestimmten Sterbens, GA 2011, S. 233 (241).

范围并不因此受到影响”的声明并不符合事实。^[42] 如果一定要主张本案判决与刑法第 216 条之间没有冲突,就只能认为,联邦最高法院第二刑事审判庭实际上通过该判例对刑法第 216 条进行了目的性限缩解释,即将中断治疗的情形排除在了该条文义所涵括的范围之外。鉴于德国基本法第 1 条第 1 款结合第 2 条第 1 款所保护的公民自治与自主决定的权利,这种目的性限缩解释并非没有道理。^[43] 但是,既然已经限缩性地解释了第 216 条的构成要件,似乎就应当顺理成章地在构成要件层面解决问题,认为中断治疗的行为根本不能符合该条的构成要件。这样就没有必要再依据患者承诺来否定中断治疗行为的违法性。由此可见,本案判决在该问题上的论说实际上并没有达成逻辑上的自洽。

其次,所谓“中断治疗”与民事法律规范之间的关系也并不明确。尤其是,成立“中断治疗”是否以遵循了《民法典》第 1901a 条及其以下条文所规定的确定患者意志的形式程序为前提?譬如,是否应当先由照管人或监护人确认患者当前的生命状况和治疗状况符合其放弃治疗之意志决定所设定的前提条件,并进而主张患者意志的有效性,而后再由照管人或代理人与医生共同决定中断治疗?联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中并未就此表明自己的态度,但是在其 2010 年 11 月的裁定中则对此加以肯定。诚然,这些民事法律上的程序性规范对于确保患者真实意志的实现有着重要意义,但是,如果将其认定为实体刑法中合法化事由的前提,则并不妥当。因为既然以患者承诺为由阻却中断治疗行为的违法性,那么决定性的因素就应当是行为人主观上和客观上是否遵守了患者的意志,而不是其是否遵循了民事法律所规定的相应程序。^[44] 如果此时赋予民事法律上的程序性规定排除违法阻却事由适用的效力,从而使得违反这些程序性规定即导致刑事可罚性,那么就难免使刑法成为了民事照管法律的“附庸”,这也违背了联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中的立场(上文法院判决主旨 3)。同样有问题的是,既然要从被害人承诺的角度论证中断治疗行为的合法性,就不应当限定行为人的范围。因为就被害人承诺而言,重要的只是行为实现了其自身的意志,除非被害人例外地决定了实施行为的人选,否则就无关乎究竟是谁实施了行为。^[45] 然而,联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中却明确将中断治疗的行为人限定为负责治疗的医护人员或者患者的照管人或代理人以及帮助医护人员、照管人或代理人进行治疗或者护理的第三人。这仍然是重视民事法律相应规定的结果,偏离了刑法中的被害人承诺理论。^[46]

再次,联邦最高法院第二刑事审判庭这种立足违法性层面的解决方案本身也有疑问。其要求成立中断治疗必须以存在着患者承诺为前提,也即患者承诺才能使中断医疗措施的行为合法化。但是实际上,并不是中断治疗需要患者承诺来合法化,正好相反:是医生只有在获得了患者的承诺时才能对其实施治疗行为。当患者不愿意接受或者不愿意继续接受治疗时,其只需不对治疗行为加以承诺或者撤回之前的承诺即可,无需对中断治疗行为再度进行承诺。这里的区别在于,成立有效的承诺总

[42] Vgl. *Gaede*, Durchbruch ohne Dammbrech – Rechtssichere Neuvermessung der Grenzen strafloser Sterbehilfe, NJW 2010, S. 2925 (2927).

[43] Vgl. *Walter*, Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik, ZIS 2011, S. 76 (81 f.).

[44] Vgl. *Verrel*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10. 11. 2010, NStZ 2011, S. 276 (277); *Hirsch*, Anmerkung zu BGH, Urteil von 25. 6. 2010, JR 2011, S. 32 (38); *Engländer* (Fn. 8), S. 519.

[45] Vgl. *Verrel*, Ein Grundsatzurteil? – Jedenfalls bitter nötig! Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 25. 6. 2010 – BGH 25. 06. 2010 Aktenzeichen 2 StR 454/09 (Fall Fulda), NStZ 2010, S. 671 (674).

[46] Vgl. *Walter* (Fn. 43), S. 79 f.

是以被害人的意思表示没有重大瑕疵为前提,而不给予承诺或者撤回承诺则原则上并没有这种限制。譬如,当患者虽然正确认识到了与治疗相关的全部信息,但却不理性地误信自己不需要医疗亦可生存时,如果根据本案判决的立场,这种不进行治疗的“承诺”因为存在着与法益相关的错误而无效,医护人员仍然应当(强行)对患者加以治疗(或者继续对其的医治)。这种结论显然会导致忽视患者自主决定权的后果。正确的解决方式是,此时由于患者没有对医疗行为加以承诺,医护人员就不负有救治其生命的作为义务,也不得擅自对其加以治疗。否则其治疗行为就会因为无法通过患者承诺合法化而成立故意的身体伤害。至于患者不对医疗行为加以承诺这一决定是否理性,则在所不问。^[47]换言之,正如联邦最高法院在20世纪50年代的判决中就已经承认的那样,即使当患者不理性地拒绝治疗时,医护人员也必须尊重患者自主决定的权利,放弃对其采取治疗措施。^[48]而如上所述,联邦最高法院第二刑事审判庭在本案判决中的见解则会与这一立场相矛盾。^[49]

最后,本案判决中还有很多其他问题。譬如,联邦最高法院第二刑事审判庭认为,G第一次关闭输养设备的举止属于行为时的法律所允许的消极安乐死。这不无疑问。因为G并非医护人员,其原本就不负担医治被害人的社会角色。与此相应,其行为从社会意义上看正是积极地终止了对被害人的救助措施,应当被评价为作为而非不作为。^[50]又如,本案判决过于草率地否定了G后来切断胃管的行为构成正当防卫或紧急避险的可能性。事实上,如果从完全尊重被害人自主决定权的基本立场出发,切断胃管的行为顺应了被害人的意志,不能再被认定为对其生命法益的侵犯。但本案判决却以该行为侵害了被害人的生命法益为由否认其可以构成正当防卫或紧急避险,这未免与之后强调被害人承诺合法化效力的立场自相矛盾。^[51]再如,联邦最高法院第二刑事审判庭宣称,从安乐死和中断治疗的概念本身就可以得出本案判决中所主张的标准。这也并不正确。因为这些概念本身并未包括任何法律评价在内,从其本身也无法得出相应行为是否具有可罚性的结论。还如,本案判决中的立场是否可以用于解释间接安乐死的合法性,也并不明确。联邦最高法院第二刑事审判庭虽然在判决中顺带提到了间接安乐死,但却并未明言是否应当将之认定为“中断治疗”的下属情形。此外,在本案中只是给予建议的被告人却被认定为共同正犯,这也与刑法总则中的共犯理论不符。^[52]

(三)小结

总而言之,联邦最高法院第二刑事审判庭顾及法秩序统一性、为医疗实务创设较为确定的指导规则的努力值得肯定,但是,其通过“中断治疗”概念使一部分积极安乐死合法化的解决方案也引发了诸多未解难题。这一方案是否能够获得联邦最高法院其他刑事审判庭和刑法学界的认同,从而实现德国刑法在处理安乐死问题上的转向,仍然有待观察。根据联邦最高法院第二刑事审判庭的立场,认定安乐死的可罚性应当遵循以下规则。首先,构成中断治疗的行为,因患者明示或推定的承诺合法化。

[47] Vgl. *Engländer* (Fn. 8), S. 517 f.

[48] Vgl. BGHSt 11, 111 (114).

[49] 因此亦有学者建议从构成要件层面解决问题,譬如认为消极中断治疗的行为由于医护人员不负作为义务而不成立不作为犯,积极中断治疗的行为则因为不符合客观归责的要求同样不符合作为犯的构成要件。Vgl. *Engländer* (Fn. 8), S. 518; *Gaede* (Fn. 42), S. 2927.

[50] Vgl. *Dölling*, *Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen*; Zu BGH, Ur. v. 25. 6. 2010 – 2 StR 454/09, ZIS 2011, S. 345 (346 f.).

[51] Vgl. *Schneider* (Fn. 5), Vor §§ 211 ff. Rn. 173.

[52] Vgl. *Walter* (Fn. 43), S. 79.

传统见解中的消极安乐死均属于这一情形,部分积极安乐死亦属此列。其次,间接安乐死也同样合法。联邦最高法院第二刑事审判庭并未明确说明间接安乐死是否属于中断治疗,但这一点对这里的结论没有影响。如果肯定其属于中断治疗,则根据患者承诺合法化,反之,则根据传统见解由于紧急避险合法化。最后,积极安乐死,如果不能被例外地认定为中断治疗,原则上应当受到处罚。

四、对我国的借鉴意义

自从安乐死问题进入我国学界的视野以来,我国学者已经对于安乐死是否以及可以在何种范围内合法化的难题进行了较为全面的研究。然而,我国目前的相关研究仍然存在一些误区。尽管在故意杀人罪的刑事立法上有着显著差别,但是,上述德国处理安乐死问题的传统见解以及司法判例的新发展对我国仍然具有相当的借鉴意义。

(一) 自杀与安乐死的区分

德国刑法理论与司法实务均严格区分自杀和安乐死。然而,我国学者和司法判例在讨论安乐死问题时却往往将自杀与安乐死混为一谈,甚至视自杀为安乐死的一种下属情形。^[53]这种做法是错误的。虽然自杀与安乐死在一定程度上具有共性,尤其是二者在主观方面都以被害人出于自身的自由意志自主决定选择死亡为前提。但是,在客观方面,自杀与安乐死却存在着重大差别:在自杀的场合,是被害人自己支配着直接导致死亡的行为,其在不可逆转地造成死亡结果的最后关键时刻自己控制着事态发展,因此,是被害人自己杀死了自己;^[54]相反,安乐死则意味着被害人将自己的生命交由他人支配,让他人杀死自己,在最后关键时刻支配直接导致死亡之行为的不是被害人自己,而是其他行为人。正是由于这一客观方面的差别,对自杀和安乐死的法律评价并不相同。既然自杀意味着自己杀死自己,被害人在实施自杀行为的过程中随时可以回心转意选择放弃,与此相应,自杀者的死亡结果也就更容易被认定为是其真实意志的体现。从尊重自杀者自主决定权的角度出发,也就更容易肯定自杀是合法行为。但是在安乐死的场合,由于是其他行为人支配了导致死亡结果的行为,要认定死亡结果符合被害人的真实意志就困难得多。因为当行为人剥夺被害人生命时,总是存在着妨害被害人在最后一刻自由决定生死的(即便是抽象的)危险。^[55]因此,法规范在肯定安乐死的合法性时会更加谨慎。正是由于这种差别的存在,虽然可以认为自杀是合法行为,但安乐死却并不一定合法。

(二) 安乐死与不作为

与德国的传统见解类似,我国学者往往也将安乐死区分为积极安乐死、间接安乐死与消极安乐死三种情形分别探讨其合法性与可罚性。^[56]从上文对德国传统见解的评述中可以看出,这种区分虽然在细节上并非毫无疑问,但是总体上仍然可以算是处理安乐死案件的妥当思路。诚然,如前述部分德国学者所批评的那样,如此划分安乐死就会面临积极和消极安乐死、作为与不作为的区分等难题。但是在本文看来,前述批评意见并不能否定这种区分的合理性。

[53] 例如刘建利:“死亡自我决定权与社会决定权”,载《法律科学》2013年第5期,第66页。论者将诸多自杀案件视为安乐死事件。

[54] 参见王钢:“自杀的认定及其相关行为的刑法评价”,载《法学研究》2012年第4期,第161页。

[55] 参见王钢:“自杀行为违法性之否定”,载《清华法学》2013年第3期,第164页。

[56] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第758页。

首先应当承认,作为与不作的区分确实是刑法理论中最为困难的问题之一。本文无法对此展开论述,但可以确定的是,单纯以行为人外在的身体动静为标准判断作为与不作的见解今天已经过时。换言之,既不能但凡在行为人积极实施了行为时,就认定其构成作为,也不应将不作为限于行为人未实施任何举止的情形。在这个意义上,“通过作为实施的不作为”其实并非自相矛盾的概念,因为这里的“作为”原本就不是在与“不作为”相对的行为方式的意义上所使用的术语,其只是表示行为人积极地实施了一定的身体举动而已。事实上,在刑法中,通过积极的身体举动实现的不作为并不鲜见。尤其是在行为人撤回自己之前实施的救援行为时,经常如此。例如,负有救助义务的行为人将救生圈抛向落水的被害人,但却在被害人能够抓住救生圈之前又将救生圈拉回的,也只构成不作为。虽然其拉回救生圈的行为表现为积极的身体举动,但实质上却与从一开始就不对被害人采取任何救助措施并无差别。^[57] 与此相应,虽然在医疗实务中,医护人员放弃对患者的救助也往往体现为一系列外在的积极举动(例如关闭呼吸机或者移除输养设备),但这并不意味着这些举止在刑法中就应当被评价为作为。实际上,这些举止应当等同于医护人员放弃之前采取的医疗措施,其社会意义更接近于不作为。当然,需要注意的是,即便行为人只是撤回自己实施的救援行为,特定情况下也有构成作为的可能性。例如在上述救助落水被害人的例子中,倘若救生圈已经到达了被害人身边,行为人再将救生圈拉回的,就应当构成作为。因为此时被害人随时可以抓住救生圈,其法益客观上已经处于确定地获得救助的安全状态,行为人再拉回救生圈,就是通过自己的举动排除了被害人法益的获救机会,积极地恶化了其处境。^[58] 然而,如若据此否定医护人员中断治疗的举止属于不作为,则并不恰当。因为两种情形有着本质上的不同:当救生圈已经进入被害人的支配范围之后,其便在规范意义上成为了被害人自身权利领域内的有利条件。此时被害人无需行为人的配合就可以进行自我救助,行为人再通过拉回救生圈排除了被害人的这种救助条件的,便是积极地侵入了被害人的权利领域。相反,医疗设备虽然可以维系患者的生命,但这种防止死亡结果出现的救助条件在规范意义上却并不属于患者可以自行支配的范畴。因为即便是自动运行的医疗设备,也只有在医护人员的维护下才能正常运转。此时医护人员关闭医疗仪器的,只是没有继续向患者提供救助条件,而并未积极侵入患者的权利领域。因此,将前者视为作为,将后者评价为不作为,其实并无矛盾。^[59] 从其他角度也可以得出相同的结论。就行为对结果的原因力而言,医护人员关闭医疗设备使患者自然死亡的举止并不是积极地“缩短”后者生命,而是放任病症自然发展,没有继续“延长”其生存时间。医护人员只是没有阻止自然的死亡进程,并未对死亡结果提供原因力,故而构成不作为。^[60] 从医疗实务来看,医护人员可能以多种不同的方式放弃对患者的救治,关闭医疗设备也只是其中的一个环节。医护人员在抢救过程中放弃手术的,或者一开始就给医疗仪器设置固定的运行时间,之后不再重新启动医疗仪器的,显然成立不作为。关闭医疗仪器与这些放弃治疗的措施在效果上并无差别。既然如此,为何医护人员关闭医疗仪器的举止却应当导致完全不同的法律评价,便难以理解。^[61]

其次,虽然医护人员关闭医疗设备的举动属于不作为,在符合患者意志的前提下构成消极安乐

[57] Vgl. *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2005, § 18 Rn. 21.

[58] Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 31 Rn. 110.

[59] Vgl. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 134.

[60] Vgl. *Engisch*, Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 309 (326 f.).

[61] Vgl. *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder Kommentar, StGB, 28. Aufl., 2010, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 160.

死,但是,不承担医护工作的第三人擅自关闭维系患者生命的医疗仪器的,却应当属于作为。从权利领域的划分来看,此时行为人是超出自身领域范围对存在于患者和医护人员之间的救助关系加以干涉。就行为的社会意义和对结果的原因力而言,原本就不对患者负担医治责任的行为人自然也无法主张自己的举止只是“放弃”对患者的治疗,相反,其行为与开枪射杀处于抢救过程中的患者无异,属于积极地造成了患者的死亡结果。^[62]事实上,类似的积极阻止他人对被害人进行救助的举止(例如妨碍营救人员赶往现场,或将营救人员抛向被害人的绳索剪断等)也都被德国学者正确地评价为作为。^[63]在第三人介入、中断医疗措施的场合应当坚持相同的结论,认定其行为构成积极安乐死。诚然,对于非法学专业的医护人员和其他人而言,了解这种作为与不作为的区分确实并非易事。但是,从德国和我国的实践经验来看,这一点对医疗实务的影响有限。因为在涉及患者生死的场合,一般的医护人员即便只是出于对自身责任的顾虑也会谨慎行事,不至于草率认定自己的举止属于不作为并据此随意中断维系患者生命的医疗措施。而且,刑法理论不为外行人所理解的情形也并不少见,例如,参与共同犯罪的行为人也未必会明了自己到底是会被认定为帮助犯还是共同正犯。因此,这种医疗实务上的不确定性应当属于可以被接受的缺憾。

(三) 安乐死的处理

正如通过上文对德国传统见解和司法判例的解析所阐明的,刑法中的安乐死问题,本质上是如何在尊重患者自主决定权与保护患者生命法益之间寻求平衡的问题。在能够保障安乐死始终是患者自主决定之结果的理想情况下,自然应当肯定安乐死的合法性;然而,立足于现实,笼统肯定安乐死合法化又势必导致滥用的风险、削弱对生命法益的保护。^[64]这两种利益相互权衡的结果,决定着何种类型的安乐死可以被合法化或非犯罪化。而这种权衡结果,又往往与一国的法律制度、社会现状和文化观念相关。考虑到我国的社会和立法现状,本文认为我国在安乐死问题上宜采用近似德国传统见解的立场。

首先,消极安乐死(包括所谓的“尊严死”)基本上可以为我国国民所接受,当前我国司法实务原则上也并不将消极安乐死视为犯罪。因此,可以从患者(推定的)承诺阻却医护人员治疗义务的角度出发,认为撤除维持患者生命的医疗设备使其按照自身意志自然死亡的医护人员不能构成不作为犯。^[65]

其次,间接安乐死虽然蕴含着缩短患者生命的危险,但也应当认定其属于合法行为。按照我国和德国通说的见解,此时缓解患者的痛楚是更为重要的利益,故而可以认定间接安乐死通过紧急避险合法化。这种论证虽然也得出了正确的结论,但并不妥当。因为紧急避险的正当化依据并不在于功利主义式的利益权衡,而在于社会成员相互之间自愿承担的社会团结义务。^[66]由于任何人都不对自己承担社会团结义务,所以紧急避险并不能适用于同一权利主体自身不同利益相互冲突的场合。这种冲突的解决应当完全遵从当事人自己现实的或者推定的意愿,而并不取决于任何依据社会一般观念进行的利益权衡。因此,间接安乐死仍然只能基于患者承诺或者其推定的承诺合法化。虽然医护人员根据医疗规范采取的镇痛措施可能具有缩短患者生命的副作用,但是,如果患者愿意承担这种风

[62] Vgl. Engisch (Fn. 60), S. 328.

[63] Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl., 2007, Rn. 701.

[64] 参见梁根林:“刑事政策视野中的安乐死出罪机制”,载《政法论坛》2003年第4期,第131页。

[65] 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第637页。

[66] 参见王钢:“紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度——兼论紧急避险的正当化根据”,载《中外法学》2011年第3期,第617-625页。

险,法秩序仍然应当尊重其意志决定。因为这些镇痛措施的危险程度较低,而法秩序原本也部分地承认公民对较低程度死亡风险的承诺具有有效性。例如,可能导致受试者死亡的药物临床试验在特定范围内为法秩序所允许,拳击等蕴含死亡风险的体育运动也并不违法。此外,间接安乐死不会直接造成患者死亡,事后仍然能够查证医护人员的行为是否符合患者意志,故而可以有效排除其违反患者真实意愿的危险。这也就使得法秩序没有必要基于软家长主义的立场对之加以禁止。

最后,积极安乐死会直接终结患者的生命,始终存在着妨害其自主决定的危险,目前在我国仍然应当被严格禁止。虽然德国联邦最高法院第二刑事审判庭试图在“中断治疗”这一概念下部分地肯定积极安乐死的合法性,但是,必须看到第二刑事审判庭这种立场的转变有其特定的条件与原因。一方面,德国传统见解半个多世纪以来持续强调对患者自主决定权的尊重,为司法判例采取这种立场奠定了良好的基础;另一方面,这种立场的转换也与德国民事立法的进展直接相关。正是德国《民法典》第1901a条和第1901b条明文规定了患者的照管人和医生协商确定患者(推定)承诺的程序,极大程度上保证了患者即便已经身处无法进行意思决定的状态也能实现自身意志,才导致第二刑事审判庭基于法秩序统一性的考量开始偏离德国传统见解。然而,尽管如此,第二刑事审判庭的这种见解还是造成了诸多难题。相比之下,上述条件目前我国都不具备,因而在借鉴第二刑事审判庭的立场时必须极为谨慎。虽然我国刑法并未规定受嘱托杀人罪,但是,既然我国尚未形成确保实现患者真实意志的普遍有效的经验与规则,也同样只能暂且否定积极安乐死的合法性从而严格保护患者生命。如果承认自杀的合法性,那么作为妥协方案,特殊情况下,可以为确实处于极度痛苦之中的患者提供自杀的建议或工具,让其以自杀的方式摆脱痛楚。

Euthanasia in German Criminal Law: A Research Based on the Judgment of the Second Criminal Panel of the Federal Court of Justice on June 25, 2010

Wang Gang

Abstract: Euthanasia is divided into active euthanasia, indirect euthanasia and passive euthanasia in the traditional theory of German Criminal Law, among which indirect euthanasia and passive euthanasia do not constitute a criminal offence while active euthanasia should be punished in principle according to the Article 216 of homicide on request or Article 212 of intentional homicide in German Criminal Law. However, the Second Criminal Panel of the Federal Court of Justice had raised a challenge to the traditional view in the legal judgment in 2010. The judgment advocated abandoning the differentiation of active euthanasia and passive euthanasia in medical field and turned to admitting that euthanasia is not against the law as long as it constitutes “treatment interruption.” The standpoint shifting of the Second Criminal Panel not only has its inherent reasons but relates to the special legislative background of Germany in recent years as well. In spite of the positive significances, the shifting also presents us with many unsolved problems and should be carefully evaluated when used for reference.

Keywords: euthanasia; treatment interruption; autonomy; homicide on request; omission

(责任编辑:幸颜静)

可罚的违法性论纲

王彦强*

摘要:日本刑法中的可罚的违法性论,旨在将尚未达到可罚的违法程度的微罪行为排除在刑法不法之外。可罚的违法性理论,形成了以佐伯千仞博士为代表的违法性阻却型和以藤木英雄博士为代表的构成要件符合性阻却型两大谱系。绝对轻微型、相对轻微型和违法相对型事案是这一理论适用的主要范围。尽管可罚的违法性理论体现了犯罪成立的罪量要求,与我国刑法中的罪量规定可谓异曲同工,但立法模式、犯罪论体系等方面的巨大差异,表明借鉴的意义可能是有限的;不过,该理论的发展历程也给予我们诸多价值观念和方法论意义上的启示。

关键词:可罚的违法性 违法性阻却 构成要件该当性阻却 适用范围 借鉴

法不理会琐碎之事,尤其是对刑事法而言,刑法本来即是以实现分配正义为基本理念的,对于触犯法律之行为,唯有在确实值得处罚之时,方有动用刑罚制裁之必要。一则,这是刑法最后手段性、补充性、谦抑性等基本性质之使然;二则,这是有效防止刑罚权扩张,防治立法的“泛刑法化”趋势,合理控制刑法与刑罚之“恶”的当然态度;三则,这也是基于提高司法效率、节约司法资源等政策性、效率性的考量;四则,也同样不违背社会民众普通的法感情。诚如日本学者指出,如果把全部轻微的违法行为都作为刑事法的对象,也即全部起诉、处罚这样大量的行为时,对起诉机关和裁判所会造成过重的负担,产生司法经济及诉讼经济的问题,同时,刑事处罚的滥用会导致刑法权威的降低,更甚至,恐怕会过多、过剩地给人打上前科的烙印;另外,特别是与实体刑法理论相关联,必罚主义的法运用与刑法的谦抑性原则相抵触,解释论上限定处罚范围的努力恐怕也归于徒劳。^{〔1〕}

一般说来,在大陆法系国家,刑法规定的犯罪成立要件并不存在明确表征行为程度、罪量要求的构成要素,刑事立法普遍采“单纯定性分析”的“行为类型”模式。^{〔2〕}在这种模式下,盗采一支花、侵占一张纸的行为,原则上也是该当盗窃罪、侵占罪构成要件的,可是对这种轻微的该当行为一律追究刑事责任,未免严苛,于情于理都不合适,如何排除该当之轻微行为的犯罪性(即微罪出罪),就成为刑事司法实践和理论研究的重要课题。在日本,肇始于“一厘事件”的可罚的违法性理论,着力为排除轻微行为的犯罪性提供实体法上的理论支撑,可谓微罪出罪问题上的经典理论。本文着重介绍和评议这一理论,以期对我国犯罪论体系有所裨益。

* 曾用名王强,南京师范大学法学院副教授,法学博士。本文系笔者主持的国家社科基金青年项目“犯罪成立罪量因素研究”(12CFX033)的阶段性成果,并受江苏高校优势学科建设工程资助项目(PAPD)的资助。

〔1〕 [日]丹羽正夫:“奥地利轻微事犯的展开(1)”,载《法政理论》第28卷(1995年)第2号。

〔2〕 区别于我国刑法典中较普遍存在的“定性+定量分析”的“行为类型+行为程度”模式。参见储槐植、汪永乐:“再论我国刑法中犯罪概念的定量因素”,载《法学研究》2000年第2期。

一、可罚的违法性的基本含义

可罚的违法性理论在初始的、典型的意义上,即是基于“法律不理睬琐碎之事”的考虑,将虽然具有违法性,但尚未达到可罚程度的微罪行为排除在刑法不法范围之外。微罪处置可谓是可罚的违法性理论的核心。

可罚的违法性论,乃系日本刑法理论的创新之作,是以探求刑法中违法性实质的实质违法性论(规范违反说、法益侵害说)和主张违法性具有程度之分的见解为基础,以刑法中的谦抑主义思想为背景,以防止国家滥用刑罚权为目的,就各个具体事件,意图获得具体的妥当性的理论。^[3]自二战前宫本英脩博士以一厘事件为始加以论述后,经由其高徒佐伯千仞博士的阐扬,再至二战后针对当时日本社会的混乱状况(群众示威运动、劳资纠纷之劳工运动蜂起),分别由佐伯博士与藤木英雄博士先后完成其可罚的违法性理论,因为甚为符合当时社会的一般规范感情和当时社会所需,该理论很快为日本司法实务所普遍采用,尤其藤木博士之理论,在构成要件该当性判断阶段即得否定犯罪之成立,更为实务家所乐于采用。^[4]因此,可罚的违法性理论可以说是“实务提出问题,之后藉由学说加以发展”的典型例子,并非标本式象牙塔中的理论,而为日本司法实务所曾热烈推行的理论。

所谓可罚的违法性,依据佐伯教授的说法,乃是“构成要件该当之后,违法性层次本身质与量的要件之充足问题”。^[5]藤木教授则称可罚的违法性是“具有形式及外观上符合刑罚法规的构成要件之行为,因欠缺该构成要件所预想的可罚程度的实质违法性,而得否定其构成要件该当性”。^[6]虽在“阻却违法”抑或“阻却构成要件该当”的体系定位(层次)上存在分歧,但皆有“欠缺可罚的违法性,则不成立犯罪”的共同基调。故可笼统定义可罚的违法性概念,即“关于违法行为,实质地考察其违法性之后,以未达到值得处罚程度为理由,藉此否定犯罪之成立”。^[7]

二、可罚的违法性理论的基本内容

可罚的违法性理论,最早由宫本英脩教授提出,又经由佐伯千仞与藤木英雄两位教授承继完善,形成以佐伯博士为代表的采法益侵害说·结果无价值论立场的可罚的违法性理论谱系和以藤木博士为代表的采二元的行为无价值立场的可罚的违法性理论谱系两大类型。前者称违法性阻却型可罚的违法性论;后者称构成要件该当性阻却型可罚的违法性论。^[8]

[3] [日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第215页。

[4] 根据前田雅英《可罚的违法性论研究》一书(1982年)的统计,截至昭和55年(1980年),日本司法实务上采用可罚的违法性理论而宣告无罪的判决共计132件;肯定其具有可罚的违法性而宣告有罪的判决共计168件。在132件无罪判决中,以构成要件不当为由而谕知无罪者即占92件,约占2/3强,且其中明确使用藤木博士所揭“结果之轻微性与逸脱之轻微性”此种判断基准者亦有69件,其余判决之用语与判断基准亦多与藤木说出于同一派络。足见藤木理论影响日本司法实务层面之深之广。

[5] [日]佐伯千仞:《刑法讲义总论》(3订版),有斐阁1977年版,第177页。

[6] [日]藤木英雄:《可罚的违法性论理论》,有信堂1967年版,第3页;[日]前田雅英:《可罚的违法性论研究》,东京大学出版会1982年版,第182页。

[7] [日]前田雅英:同注6引书,第8页。

[8] [日]伊东研佑:《刑法讲义总论》,日本评论社2010年版,第230页。

(一) 违法性阻却型可罚的违法性论(佐伯学说)

作为宫本英脩教授的高徒,佐伯千仞博士在二战前就继承发展了可罚的违法性理论,始于昭和13年(1938年)《刑法犯与警察犯》一文提出,后经昭和37年(1962年)《可罚的违法性》与《可罚的违法性序说》等论文,完成其可罚的违法性理论。^[9] 佐伯学说的特色有如下几点。

1. 客观违法论·法益侵害论

相较于其师宫本的主观违法论,佐伯主张客观违法论。^[10] 依据客观违法理论,法规范具有评价规范与决定规范两种面向,但评价规范在论理上先于意思决定规范,违法论乃就此种法的评价规范而成立的。评价规范是客观上当为的评价标准,法律先评价某种行为当为或不当为;之后方为行为人得否主观决定自己的行为,此属于责任非难的层次。故而,客观违法性理论乃是客观地去评价事实有无违背法的秩序,并不区分行为人是否具有责任能力、主观要件如何。简言之,先看侵害行为有无抵触法秩序,之后才是行为人可否归责的问题。

基于客观违法论的立场,佐伯教授极为重视结果无价值,主张实质违法性的基准在于法益的侵害或危险,佐伯教授反对将违法性的实质求诸于义务违反的立场,认为所谓的行为无价值实际上并非独立存在于法益侵害之外,而是可以回归到法益本身考量。例如,盗窃、强盗、诈欺、侵占等行为样态之所谓行为无价值,仍均可还原为占有、自由或信赖关系等的法益侵害。进言之,结果无价值为法益之侵害,即实害;相反,行为无价值则是指对法益之威胁,亦即危险。此时所谓行为无价值正是因有惹起结果无价值之危险而被当作无价值,实则仍可归于结果无价值(或有发生结果的危险的行为)。^[11]

客观违法论和法益侵害论,可谓佐伯可罚的违法性论的理论基础,尤与其可罚的违法性理论之违法“量”的问题密切关联。

2. 可罚的违法性之“质”与“量”

佐伯教授所谓可罚的违法性,乃是行为之违法性具有加以刑罚此种强力对策之必要,且亦具有适合刑罚之违法性的“质”与“量”者。

所谓违法性的“量”,乃是佐伯教授二战前可罚违法性论的核心。在《刑法犯与警察犯》一文^[12]中,佐伯教授对照了当时日本旧警察犯处罚令与刑法之条文,认为二者处罚轻重程度有别乃是因违法性程度不同所致,违法本身应有阶段、轻重之分。举例而言,旧警察犯处罚令第2条第29项规定于他人田野或果园采摘花卉、果蔬者,处拘留或罚款,从行为形式上看,此等行为似已符合刑法上盗窃罪之构成要件,得处有期徒刑。对此可否成立盗窃罪之疑问,佐伯教授采否定的看法,认为该采摘花卉、果蔬罪如同森林盗窃罪,在占有支配上远不比一般盗窃那样强而有力,因此破坏此种微弱的占有支配,其行为的违法性远低于一般盗窃,甚至认为是否该当“财物”之要件亦有问题,故主张此种侵害法益非常细微的情况下,即便形式上该当盗窃罪,也因违法性过低而不成立该罪。

佐伯教授更进一步主张,这种违法性的程度不仅影响到处罚效果的轻重,更重要的是也影响是否

[9] 参见[日]垣口克彦:“可罚的违法性论的展开过程”,载《阪南论集》第11卷(1975年)第2号。

[10] 参见[日]佐伯千仞:《刑法的违法性理论》,有斐阁1974年版,第32-33页。

[11] 同注5引书,第174-175页;同注10引书,第14页。

[12] 原载于《祝贺牧野教授还历刑事论集》(昭和13年),收录于注10引书。

予以处罚的区别,违法性轻微时即欠缺可罚性。易言之,每个犯罪类型都是一可罚违法类型,有其预设的违法程度,若不具备该程度的违法性,则当然不成立犯罪。此种因为法益侵害的量过于轻微,而认为不具备可罚的违法性,不是犯罪的立场,可谓佐伯教授早期的想法。违法性的量的立场,在当时主要用于处理诸如采摘花卉果蔬、烟草耕作者将应当向政府缴纳的烟叶(价格约一厘)私自吞没消费的“一厘事件”等绝对轻微型事例;而二战后,针对日本当时突出的公安、劳动案件,佐伯教授拓展了“违法性的量”的适用面,认为“三友炭坑事件”的日本最高裁判决也属于违法性的量轻微的类型,这实际上是将“违法性的量”的适用范围扩展至法益冲突之相当轻微型事例。^[13]

而所谓违法性的“质”轻微,乃是佐伯教授战后提出的新观念,在《可罚的违法序说》一文^[14]中,佐伯教授认为,一个行为即便违反了其他法律,仍可能因为违法性的“质”而不具有可罚性。对此,佐伯教授举例加以佐证:(1)通奸、近亲奸不罚;(2)无照行医(密医)之手术行为并非伤害;(3)行政犯与刑事犯(行政违反与刑法犯罪);(4)公安劳动事件与刑事罚。

当然,佐伯教授提出“质”的观念,最主要是为了解决当时日本禁止公务员、公共企业体职员的劳动争议行为(简称“官公劳动争议案件”、“禁止的争议行为”)而产生的相关问题。相较于一般劳动者的劳动争议活动既未被禁止,且法律规定得依法令的行为阻却违法性,国家和地方公务员法(国公法、地公法)、公共企业体等劳动关系法(公劳法)等法令明文禁止公务员、公共企业体职员为争议行为,并规定有民事上解雇与行政上惩戒的处罚,因此产生“如果该争议行为符合刑法或其他特别刑法上的犯罪构成要件时,能否就此加以刑事处罚?”这一问题,对此,佐伯教授认为,即便行为在形式上该当犯罪类型,也应当比照一般劳动争议,只要该行为若由一般劳动者施行时未脱逸争议行为的框架、属于正当争议行为的范围内时,虽可谓解雇等的理由,但应当以欠缺可罚的违法性为由不受刑罚制裁。因此,就“东京中邮事件”、“都教组事件”判决,佐伯教授给予了高度评价。

3. 缓和的违法一元论

关于违法性的“质”的观念,给我们一种印象,似乎佐伯教授乃违法相对性、多元论者。但其实不然,佐伯教授承继了宫本教授的违法一元论主张,提倡一种缓和的(柔软的)违法一元论。^[15]佐伯教授认为,违法乃全体法秩序所共通统一的,不可能出现在民法上适法、刑法上却是违法的状况,换言之,一个行为只要违反法律,在各法领域间自然也获得违法的评价,刑法也不例外。只不过因为刑罚的严苛性,基于刑法谦抑的考量,应当尽量抑制刑罚的适用,因此即便是违法,仍必须具备可罚性时,该行为才可能成立犯罪、处以刑罚。再加上佐伯教授所持违法阶段论思想,认为违法的态样有轻重大小之分,不仅刑法领域内各罪之间有违法的轻重大小,在各法域之间也不例外,例如民法与刑法之间。因此,民法上违法之行为,在刑法上虽亦为违法,若不具有可罚的违法性,仍不成立犯罪。此种缓和的违法一元论为日本多数学者所赞同。^[16]

4. 正当化事由与可罚的违法阻却事由的区分

基于缓和的违法一元论的主张,佐伯教授对阻却违法事由也有不同理解:认为阻却违法事由可区

[13] 同注10引书,第18-19页;[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,成文堂2009年第4版,第104页。

[14] 原载于《权利的滥用(上)》(昭和37年),收录于注10引书。

[15] 注10引书中收录的多篇论文均有体现。

[16] 同注3引书,第213页以下;[日]松宫孝明:同注13引书,第107页。

分为正当化事由与违法减轻事由、可罚的违法阻却事由,前者是将该当行为完全正当化之事由,即从全体法秩序的观点来看,该行为的违法性完全被阻却,而成为一彻底适法的行为,包括正当防卫、紧急避险、业务上的正当行为等;而后者则是该当行为虽未完全阻却其违法性,但因违法性的“量”与“质”而未达预定程度,故欠缺可罚违法性的情形(因违法的量轻微而阻却刑罚的,称违法减轻事由;因违法的质相异而阻却可罚违法性的,称可罚的违法阻却事由)。^[17] 此种分类,前者乃完全适法的行为,后者仍属违法行为,故面对得否正当防卫时,会产生完全不同的结论。^[18]

5. 可罚的违法性论在犯罪论体系中的定位

关于可罚的违法性理论在犯罪论体系中的位置问题,佐伯教授一直着墨不多,不过面对藤木英雄教授坚持构成要件该当性阻却说的坚定立场,至昭和43年(1968年)后,佐伯教授开始陆续表明其立场,指出当一行为无可罚的违法性时,可能是属于构成要件不该当的解释问题,如花卉并非盗窃罪之“财物”;也可能是属于违法性阻却的问题,也就是许多无法利用构成要件解释予以概括的状况,就只能在违法性中判断是否欠缺可罚的违法性。^[19] 不过,纵览佐伯学说的内容,其大部分着重于第二种类型上,相较于藤木学说,学者一般仍将佐伯教授视为违法性阻却说的代表。

综上,立足于客观违法·法益侵害的立场,坚持缓和的违法一元论的理论基础,佐伯教授的可罚的违法性论,在日本得到了学界的广泛赞同。当然,也不乏少数说立足于“严格的违法一元论”(木村龟二)抑或“违法相对性论”(前田雅英)的立场,对佐伯的可罚的违法性及其缓和一元论的根基提出质疑。更重要的是,在佐伯理论中,对可罚的违法性的判断标准问题,不论是量的方面还是质的方面都未提及,这一点也成为学者批判佐伯理论暧昧性的表现之一,^[20] 并且,“判断标准的不明确”这一难题不断成为反对者攻击可罚的违法性理论的利器,并成为日后影响该理论发展的关键性因素。

(二) 构成要件该当性阻却型可罚的违法性论(藤木学说)

与佐伯学说并驾齐驱的可罚的违法性论,当属藤木英雄的学说。藤木教授的可罚的违法性理论是于二战后逐渐形成,自昭和32年(1957年)《社会的相当行为杂考》一文^[21] 始起,以社会相当性理论为出发点逐渐架构其理论,之后陆续发表若干论文讨论可罚的违法性理论,并最终形成《可罚的违法性的理论》(有信堂1967年版)和《可罚的违法性》(学阳书房1975年版)等著作。

关于可罚的违法性的定义,藤木教授明确指出,“可罚的违法性理论为何,因各人的理解不同而有所不同。我主张之可罚的违法性理论是指,某行为虽看上去在外观上具备构成要件该当之形式,但当其行为并不具备该犯罪类型内所预设的值得处罚程度的实质违法性时,即欠缺定型性、认定构成要件不该当的理论”。^[22] 藤木学说的特色表现如下。

1. 违法观——社会相当性理论

藤木教授的可罚的违法性理论发端于其关于社会相当性理论的思考(《社会的相当行为杂考》一

[17] 参见[日]佐伯千仞:《刑法讲义总论》(昭和43年),第182-184页;转引自林尚音:《可罚的违法性理论之研究》,中国文化大学法律学研究所1993年硕士论文,第41-42页。

[18] 参见[日]内藤谦:《刑法讲义总论(中)》,有斐阁1986年版,第671页。

[19] 参见[日]佐伯千仞:《刑法讲义总论》(昭和43年),第179页;转引自林尚音:同注17引文,第42页。

[20] 参见[日]前田雅英:同注6引书,第176-177页。

[21] 原载于《警察研究》第28卷第1号,收录于[日]藤木英雄:《可罚的违法性理论》,有信堂1967年版。

[22] [日]藤木英雄:《可罚的违法性》,学阳书房1975年版,“序章”第9页。

文)。受到德国学者韦尔策尔的影响,藤木教授承继发展了社会相当性理论。藤木认为,将违法性的实质认为是对法益的侵害或危险并不合适,因为并非所有的法益侵害或危险都对社会有害,只有逸脱社会相当性之法益侵害,才是违法。

所谓社会相当行为,就是行为本身属于某种社会类型,该类型之行为在通常的社会生活中被认为是正当的行为,如医疗行为、运动竞技、同盟罢工等行为。将社会相当行为与紧急行为区分开来,而将其当成是构成要件该当性的问题,此即藤木学说的雏形。藤木教授赞同构成要件是违法类型的主张,由于构成要件被视为违法的定型化,社会相当行为被类型化成为社会上具有相当性的行为,所以原则上不该当构成要件。^[23] 并且藤木教授主张,就社会的相当行为,首先应具体判断其相当性,如果判断认为其为违法行为,再依序探讨其构成要件该当性、违法性及有责性,即形成“行为的实质违法性(通常情事下该行为的反社会性)——构成要件该当性——违法性(指正当防卫、紧急避险等阻却违法事由)——有责任”的序列。^[24] 此种社会相当性理论的特色在于:认为社会相当行为完全是“定型化”、“类型化”的行为,并且认为合乎此种类型、定型的行为需于构成要件该当性之前先判断其实质违法性。^[25]

之后,为了在劳动刑法中适用社会相当性理论,将劳动争议行为亦视为社会相当行为的一种,从而维护其“争议行为不该当构成要件而阻却犯罪成立”的结论,藤木教授扩张了其社会相当性概念,即将此概念从早期的已确定其正当性之类型化行为,扩张至“加入行为进行之际对各种情事的考虑,而判断该行为于同种行为反复实施的通常的社会生活中,认为其行为属于社会常规者,亦属社会相当行为”。^[26] 如此,在构成要件的解释之际,还得进行“社会的相当性之有无”此种实质性的违法判断。扩展后的社会相当性内容,后均改由可罚的违法性理论加以论述,但实质内容并未变动,社会相当性理论成为藤木教授可罚的违法性理论的重要组成部分(另一部分为违法的相对性理论)。正如藤木教授自己所言,“社会的相当性理论与可罚的违法性理论,其基础共通且立于表里一致之关系”。^[27]

不仅如此,如后所述,社会相当性理论及其背后的行为无价值观念,对于藤木的可罚的违法性理论判断标准问题亦产生了重大影响。

2. 超法规违法阻却事由与可罚的违法性

藤木教授的可罚违法性理论的提出,与其对超法规违法阻却事由的消极态度之间关系密切,可以说正是在对超法规的违法阻却事由的严厉批评之下,藤木教授才主张可罚的违法性理论的有效性。

针对战后在公安事件中适用超法规违法阻却事由的情况,藤木教授表现出消极的态度。超法规违法阻却事由的实体法根据,是日本刑法第35条的“正当行为”,对此,藤木教授深入分析后认为,这里的“正当行为”(违法阻却事由)包括两类:一类是上文所揭社会相当行为(一般正当行为),另一类则是紧急行为,即类似正当防卫、紧急避险,具有权利冲突并带有紧急特征的行为。而超法规违法阻却事由即属于后者。因此,对超法规违法阻却事由之要件,应以正当防卫、紧急避险为准,“应课以较正当防卫、紧急避险更严格,至少亦应与紧急避险成立要件相同程度的严格要件”,故除法益权衡原则

[23] 参见[日]前田雅英:同注6引书,第186页。

[24] 参见[日]藤木英雄:同注6引书,第51页以下。

[25] 参见林尚音:同注17引文,第47页。

[26] [日]藤木英雄:同注6引书,第103页。

[27] [日]藤木英雄:同注6引书,第28页。

外,更强调其不得已之唯一手段此种补充性原则,否则,过度重视实质违法性判断会有坠入“感情法学”的危险。正因如此,藤木教授对推翻原审之以超法规违法阻却事由而为无罪判决的舞鹤事件的上诉审判决给予高度评价。

在此背景下,藤木认为,即使是不符合违法阻却事由之情形,亦可以实质的违法性之微弱为由,认为不符合构成要件的该当性而否定其刑事责任。此种违法性薄弱的情况下,即可谓“无可罚的违法性”,藤木教授之可罚的违法性论于是在否定超法规违法阻却事由的背景下登场。^[28]

藤木教授还明确了可罚的违法性理论与超法规违法阻却事由两者的区别。^[29]首先,超法规违法阻却事由属于紧急行为,因此经常对法益造成重大的损害,而可罚的违法性理论则是处理违法性实质轻微的情况;其次,超法规违法阻却事由是完全阻却违法的正当行为,用颜色作比喻的话,可以说是纯白,而欠缺可罚的违法性只是因违法性轻微,不能借此正当化其行为,故可谓介于白与黑之间的灰色地带。

3. 违法的相对性

受其师团藤重光教授的影响,藤木教授明确主张违法相对性论。^[30]他认为,必须从各法域的目的来衡量违法性,即使采全体法秩序的观点可谓违法时,也不能直接与法效果连结,刑法上的违法性必须从刑法的角度观察,故在其他法域认为违法者,并不能直接推论出刑法上亦属违法,至多只能当作刑法上是否违法的一个参考。例如,紧急避险在民法上并不否定其损害赔偿请求权而仍为违法,但在刑法上则阻却违法。不仅不同法域之间有违法的相对性,即便是各个刑罚法条之间(尤其是刑事犯与行政犯之间)也有相对性问题,即每个罚则都有其守备范围和射程距离,外型上该当某一罚则的构成要件,但若查明该行为造成之恶害与罚则所要禁止之恶害性质不相同,则应当认为行为是在该罚则守备范围之外,而否定其构成要件该当性。此即违法的相对性问题。例如,无照行医,依照医师法当处2年以下惩役^[31]或科2万日元以下罚金,而该非法行医所为之外科手术等处置行为则不应当刑法之伤害罪。^[32]

社会相当性理论与违法相对性理论相结合,即完成藤木教授之可罚的违法性理论,两个理论相结合,透过违法相对性去考量社会相当性之有无,就不必依照行为与全法秩序的关系而为判断,而仅需参照可能适用之具体刑罚法规所欲保护法益的目的,考量该行为的侵害性是否具有该法条所预设的实质违法性,其逸脱社会常规的程度是否达到该法条预设的不利益程度,仅考察这些即已足够。^[33]因此,藤木教授的可罚的违法性理论,更进一步扩大了刑事免责的适用范围。

4. 可罚违法性论在犯罪论体系中的定位

藤木学说的最大特色,即是可将可罚的违法性论定位在构成要件层次。在构成要件与违法性的关

[28] 参见[日]藤木英雄:“关于超法规的阻却违法事由”,载《警察学论集》第16卷(1963年)第6号;转引自谢静恒:《可罚的违法性理论之研究》,中国文化大学法律学研究所1992年硕士论文,第147-148页。

[29] 同注22引书,第132-133页。

[30] 同注22引书,第107页以下。

[31] 惩役,乃日本刑法中自由刑的一种,相当于我国的徒刑。根据日本刑法第12条,惩役分无期和有期徒刑两种。有期徒刑为一个月以下二十年以下。惩役是拘禁在刑事设施内服一定劳役(参见《日本刑法典》,张明楷译,法律出版社2006年版,第11页)。

[32] 此相对性论主张,亦得到前田雅英、山口厚等学者的赞同,参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第5版),东京大学出版会2011年版,第87页;[日]山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第177页。

[33] [日]藤木英雄:同注6引书,第30页。

系问题上,藤木教授赞同梅兹格(Mezger)所主张的违法类型说,认为社会相当性虽为违法的问题,而构成要件又为违法的定型化,因此在理论上可以认为,一行为既然具备社会相当性,则当然欠缺违法性行为的定型,而阻却该行为犯罪构成要件的该当性。^[34]以医疗行为为例,医疗行为虽然在形式上该当伤害罪之构成要件,但只要是限于治疗目的,施以符合医学上妥当之手段,即属于社会观念上正当之行为,并不超出社会相当性的范围,故从一开始就当然不应受刑法归责,亦即该医疗行为并不该当“伤害”的概念。

如前所述,社会相当性理论乃是藤木教授可罚的违法性理论的基石。因此,关于社会相当性论属于构成要件该当性问题的体系定位,也自然而然为藤木在可罚的违法性理论中承继。因此,即便行为在外观上符合构成要件之描述,但因违法轻微而欠缺可罚性时,该行为仍属不该当犯罪构成要件。藤木认为,此种处理方式的实益在于:一则,可弥补构成要件解释的一定局限(如受语义的限制);二则,仅能针对个案适用,较适用宽广的超法规违法阻却事由而言,比较不容易被滥用。^[35]

5. 可罚的违法性的判断标准

与佐伯学说不同,藤木教授明确提出了可罚的违法性具体的判断标准:^[36]一为被害的轻微性,二为行为的相当性(或称行为逸脱之轻微性),也即综合法益侵害与行为形态。可以看到,藤木学说强调结果无价值与行为无价值的综合立场。

(1)被害的轻微性,即所谓结果无价值或结果不法的问题。此乃承继宫本、佐伯二位教授的看法。

(2)行为逸脱的轻微性。藤木认为此所谓行为无价值或行为不法的问题,包括目的正当性和手段的相当性两个层次。目的正当性不仅是指在法秩序上得到容许,也包括出于保护其他法益的行为意图。至于手段相当,藤木认为惹起实害的样态也会影响处罚的必要性,如果手段方法残虐、粗暴、恶辣或者使常人在情绪上或正直情感上感到显著的刺激等,该手段即不具备相当性。

(3)二者关系。藤木认为,被害的轻微性与行为逸脱的轻微性,两者不能偏废,应首先重视结果无价值性,然后再加上行为无价值性,二者综合判断。倘若被害轻微性极低、接近于零时,即使其逸脱性上并非程度甚低,仍得判断为无违法性;如果逸脱性的无价值判断极为微弱,即使其法益侵害性方面的违法性稍强,就全体判断仍得认为无可罚的违法性。

综上,立足于结果无价值·行为无价值的二元立场,在以行为无价值为基础的社会相当性理论之上构筑可罚的违法性可谓藤木理论的最大特征。藤木学说,因为其“一开始就阻却构成要件该当性”这种适用上的便利性和提出了具有指导意义的判断标准,而在司法实务中备受追捧。不过,学界批评的声浪也不绝于耳:一则,将可罚的违法性放在构成要件层次,被认为将实质判断过度导入构成要件之中,将使得刑法丧失人权保障的机能;^[37]亦如植田博士所言,将可罚的违法阻却原因同违法阻却原因一起共同视为“保护法益的不存在”,这样从一开始就缺乏类型性的见解恐怕是不妥当的。^[38]二则,在社会相当性理论与可罚的违法性理论的关系上纠缠不清;三则,可罚的违法性理论处理的对象,是

[34] 参见[日]藤木英雄:同注6引书,第21-22页。

[35] 参见[日]藤木英雄:同注6引书,第49页。

[36] 同注22引书,第94页以下。

[37] [日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第220页。

[38] 参见[日]三枝有:“关于可罚的违法性的一考察”,载《中京大学大学院生法学研究论集》1983年第3号。

仅限于社会相当性类型,还是紧急行为类型,教授自身似乎也摇摆不定。^[39]

三、可罚的违法性理论的适用范围

可罚的违法性的适用范围,实际上就是对该理论适用的案件类型加以分类。在日本司法实务中,包涵可罚的违法性思想的判决肇始于二战前大审院时代的“一厘事件”判决,战后被实务界在处理公安事件、^[40]劳动争议事件^[41]以及禁止争议事件(官公劳动争议事件)^[42]中广泛适用。对此,学者间对适用判例的分类存在分歧:有的区分为绝对轻微型与相对轻微型;^[43]有的区分为宪法论的限定解释型、目的论的限定解释型、违法相对型、紧急行为型、单纯微罪事件处理型等;^[44]有的区分为绝对轻微型、相对轻微型、违法的相对型、合宪限制解释型;^[45]不过,更多的学者还是参照佐伯教授违法性的“量”与“质”的观点,区分为违法的轻微型(也称狭义的可罚的违法性,可复分为绝对轻微型和相对轻微型)和违法的相对型(或称违法性的一元性与多元性)两类或者绝对轻微型、相对轻微型与违法的相对型三类。^[46]

(一) 绝对轻微型

绝对轻微型,即由于所引起的结果是轻微的从而否定构成要件该当性的场合。对法益侵害绝对轻微的类型,以不该当构成要件为由,否定其可罚的违法性,阻却犯罪成立。对此,违法性阻却型可罚的违法性论与构成要件该当性阻却型可罚的违法性论,已达成共识。^[47]

可罚的违法性观念的萌芽正是源于绝对轻微型事例,即著名的“一厘事件”。这一事件乃一烟草

[39] 参见林尚音:同注17引文,第51-52页;刘育琳:《可罚违法性之理论与运用》,台湾大学法律学院法律研究所2007年硕士论文,第34页。

[40] 自昭和23年(1948年)大阪市《关于行进及集团示威运动条例》开始,各地效仿纷纷制定地方公安条例,主要内容为集会等的事前许可制,对未申请许可以及未接许可条件进行群众活动之主办者、指导者、煽动者科以重刑;此规定涉及与宪法第21条规定的“集会、结社、言论、出版及其他一切表达自由”的宪法性权利之间的关系如何协调,该公安条例是否违宪,违反公安条例的行为是否一律处置等问题。此统称“公安事件”。

[41] 战后日本新宪法第28条规定:“劳动者之团结权利、团体交涉及其他团体行动之权利应受保障。”昭和24年(1949年)《劳动组合法》(劳组法)第1条第2项规定:刑法第35条之规定,于劳动组合之团体交涉或其他行为系为达成前项之目的(即促进劳动者与雇佣人之间交涉对等立场,提高劳动者地位,拥护劳动者交涉劳动条件,助成缔结规制雇主与劳动者间关系的劳动协约等)而为时,系为正当并有该条规定的适用。但无论如何情形,暴力的行使都不能解释为劳动组合之正当行为。由此产生:“正当”如何界定,劳动争议所可能涉及的妨害自由与刑法威力业务妨害罪等关联时,何时适用刑法第35条之规定?若伴有轻微暴力时,是否属于正当行为?此即所谓“劳动争议事件”。

[42] 战后昭和23年(1948年)、27年(1952年)公布的《公共企业体等劳动关系法》(公劳法)、《地方公营企业劳动关系法》禁止公用事业、国营事业和地方公营企业职工及劳动组合为同盟罢工、怠工及其他有害业务正常运营之行为,亦不得对此等禁止行为有共谋、唆使或煽动的行为;违反之职员得予解雇;而昭和22年(1947年)、25年(1950年)公布的《国家公务员法》、《地方公务员法》(简称国公法、地公法),均规定公务员不得为同盟罢工、怠工或其他争议行为,任何人均不得策划此等违法行为或对此等行为有共谋、唆使、煽动之行为;违反前述规定而为争议行为时,其策划者或共谋、唆使或煽动之人,均应处3年以下拘役或10万日元以下罚金。可是,宪法第28条明确保障劳动者的争议权,如此,违反上述规定为争议行为时或为共谋、煽动等行为时,是否还有劳组法第1条第2项亦即刑法第35条之适用?此即所谓“禁止争议事件”、“官公劳动争议事件”。

[43] 参见[日]曾根威彦:“可罚的违法性”,载[日]西原春夫等编:《判例刑法研究》(第2卷),有斐阁1981年版,第235页以下。

[44] 参见[日]米田泰邦:《犯罪与可罚的评价》,成文堂1983年版,第296-297页。

[45] 同注18引书,第654-658页。

[46] 参见[日]井田良、丸山雅夫:《判例研究刑法》,日本评论社2011年第3版,第170-172页;[日]高桥则夫:《刑法总论》,成文堂2010年版,第237-241页;[日]前田雅英:同注32引书,第328页;[日]山口厚:同注32引书,第174-181页。

[47] 同注8引书,第231页。

耕作者,将应当向政府缴纳的烟叶(价格约一厘)私自吞没消费,此被控违反当时的日本烟草专卖法第48条1项。第一审、第二审均认定被告人有罪,而上诉至大审院,大审院认为原判决失当,予以撤销改判无罪。判决要旨指出:“刑罚法规乃是用来规制共同生活条件的法规,以维持国家秩序为唯一目的。故而在解释刑罚法规时,应当以该国所拥有的共同生活的观念为判断基准,而不得仅依物理学上的观念。因此,就轻微之违法行为,除非犯人被认为具有危险性的特殊情况外,从共同生活的理念出发来考虑,就没有予以刑罚制裁的必要,并且刑罚法的立法宗旨也不能包含对此种轻微违法行为给予刑罚制裁的内容。”^[48]

此判例在“一罚百戒主义”为宗旨的明治时代官僚主义的法解释背景下,可谓难能可贵。宫本英脩博士对此判决所提示之法理,予以高度评价,作为构成其所谓“被害法益极轻微的情形”之阻却可罚的类型事由的理论。“此种情形,法虽无明文,但在解释上亦可解释为具有阻却可罚的类型原因之情形,例如,某人于散步之际,顺手摘取路旁或庭院中所栽种的鲜花一枝,或以立即返还的意识而为所谓‘使用盗窃’等,此种情形,虽皆系侵害他人之所有权,而在一般规范上系属违法;然因被害法益极为轻微,在刑法上以不构成盗窃罪。”^[49]宫本此阻却可罚类型原因之理论,即可罚违法性论的先驱,尽管宫本理论处在其主观主义刑法之下,但出于刑法谦抑性和人权拥护背景的可罚违法性论,得到广泛的肯定。

二战后,关于“采摘他人田园果菜花卉与盗窃罪的区别”的判例(最判昭和26年3月15日刑集5卷4号512页)、“旅馆购置香烟转卖旅客案”(最判昭和32年3月28日刑集11卷3号1275页)、“不法持有香烟五支案”(最判昭和30年11月11日刑集9卷12号2420页)等判决,也以“未达到应当作为‘财物’而予以保护的度”、“未违反烟草专卖法制定之旨趣及目的,而系在社会共同生活上可容许,不能解释为‘贩卖’、‘贩卖之准备’”等旨趣为由,否定犯罪的成立。

(二)相对轻微型

相对轻微型,即实施了该当构成要件的行为,由于该行为被认为是为保护其他的法益而必要的,由于结果无价值的大幅度中性化,而只能认可其只有轻微的违法性,即可能肯定其属于违法性阻却事由(藤木说解释为构成要件该当性阻却)。

相对轻微型事例,最著名的当属“三友炭坑事件”:本案乃三友炭坑工会,因改善福利要求未果宣布罢工。然部分矿工与矿主关系较深,组织“生产同志会”而退出罢工。罢工派会员对此深感愤慨,某日得知生产同志会会员正驾驶煤车出煤,便集结多名罢工工友前往阻止,多名女性会员于煤车路线前或站或坐或横卧,被告人乃罢工前刚被选任之工会妇女部部长,得知此事后赶赴现场并立于路中高喊“若要从此通过,先碾死我们再说”,终使煤车不敢前进。对此,检方以违反日本刑法234条“使用威力妨害业务罪”对被告人提起公诉。

一审法院以被告人之行为,并未脱逸正当的劳资争议行为的范围为由,而宣告无罪;检方上诉至二审,二审法院则以“被告人之行为虽构成威力妨害业务罪,且不能阻却其违法性,但以并无其他的适法行为的期待可能性”为由,同样宣告无罪。检方上诉至三审,最高裁仍支持原审无罪之结论,驳回上诉,判决理由是:纵观本案前后经过,被告人是在多数会员已阻止煤车行进之后,奔赴现场参加,且仅

[48] 日本大审院刑事判决录第16辑,第1620页。转引自洪福增:《刑法理论之基础》,台湾刑事法杂志社1977年版,第280-281页。

[49] [日]宫本英脩:《刑法大纲》,第126页。转引自洪福增:同注48引书,第275页。

高声怒吼以阻止其行驶而已,被告人基于此等情况下所为之行为,尚不足以被认定为刑法第234条之威力妨害业务罪,因此原判决就被告人所为认定并无罪责而为无罪之宣告,系属正当(最判昭和31年12月11日刑集10卷12号1605页)。

之后的札幌市电事件判决(最决昭和45年6月23日刑集24卷6号311页)、大阪学艺大学事件判决(最决昭和48年3月20日判例时报701号25页)等,均以类似意旨,维持了无罪判决。

(三) 违法相对型[违法的一元性与多元性(相对性)]

违法的相对性问题,即一个在刑法以外的其他法领域中评价为违法的行为,当它在形式上该当某一刑罚法规之构成要件时,是否还有阻却违法、否定犯罪成立的余地。对此,在公安事件、禁止争议事件中比较常见。

违法的统一性与相对性问题,在刑法上从以下两个方面表现出来:(1)符合构成要件的行为,在民法或行政法中被允许的话,在刑法中是不是也要认定为正当呢?相反,(2)在民法或者行政法中被禁止的行为,符合刑法上的构成要件时,该行为在刑法上是不是也具有违法性而可罚?^[50]严格的违法一元论的观点,主张在整个法领域中对违法性作一元的理解,在某个法领域中属于违法的行为在刑法上也是违法的;即对(1)、(2)命题均予以肯定。此种严格的违法一元论主张在“国劳松山丸事件”判决(即著名的“三一五判决”,最判昭和38年3月15日刑集17卷2号23页)中表现无疑。被告人是(旧)国铁职员,在实施被禁止的争议行为之际侵入青森-函馆联运船内。判决认为,公劳法第17条禁止争议行为之规定并不违反宪法第28条,业已经本裁判所著为判例(即三鹰事件判例)。既然公共企业体职员的争议行为已被禁止,争议权本身被否定,自然根本没有讨论争议行为正当性界限如何的余地,因此认为劳组法第1条第2项不得适用。

不过,此判决一出,不仅遭到学者的批判,也多为当时下级审所抵抗而有所谓“造反判决”出现,至三年后最高裁东京中邮事件^[51]判决,则彻底改变其见解。

最高裁东京中邮事件判决(最大判昭和41年10月26日刑集20卷8号901页)推翻了二审依据“松山丸事件判决”作出的有罪判决。首先,判决从宪法层次肯定公务员、公共企业体职员的基本劳动权亦受宪法第28条的保障,但鉴于其职务行为的公共性,其基本劳动权应受其职务公共性相应的内在制约,即俗称劳动基本权限制四条件:(1)劳动基本权的限制,必须在保障该权利与国民全体生活之利益维持之间比较衡量,考虑到劳动基本权是劳动者生存权的具体化,故该限制须在合理认可的必要最小限度内;(2)该限制必须限于职务或业务的高度公共性,是为避免对国民生活招致重大损害,而不得已作出的限制;(3)对违反规定者,科处的不利益不得超过必要的限度,尤其是科以刑罚更应当限制在必要不得已的情形;(4)如不得已而限制基本劳动权时,必须设置有相应之替代补偿措施。其次,就是承认违法的相对性,认为即便是违反公劳法的争议行为,若其属于为了达到劳动组合法第1条第1项的目的而为之行为,只要其没有伴有不当性的情形(出于政治目的、伴有暴力、依社会通念不当且长

[50] 同注3引书,第214-215页。

[51] 案情概要:昭和33年(1958年)1月日本全国邮递工会向邮政当局要求加薪未果,预定于3月20日召开职工大会,被告等8人遂分别游说东京中央邮局职员(均为工会会员)参加大会,大多数职员自当日凌晨2点纷纷脱离岗位准备会议直至会议结束,数小时内约20万件邮件未予处理。检方以日本邮政法第79条第1项“从事邮政业务者特意不处理邮件或使邮件迟延者,处1年以下惩役或2万日元以下罚金”的规定起诉,并起诉其中七人教唆之罪。

期地对国民生活造成重大障害等情形),则不为刑事制裁的对象。此判决重要意义在于,肯定了即便是在刑法之外的其他法域中被认定为违法的行为,在刑法中也有阻却违法性的余地。尤其在本判决松田裁判官的补充意见中,更明确指出:即便是公劳法上的违法行为,但只要该争议行为仍在正当范围之内,应该认为其违法性并未达到一般刑罚法规之违法性程度,也就是欠缺所谓的可罚的违法性。

这种对处罚争议行为的谦抑态度,在随后的都教组事件^[52]判决和全司法仙台事件^[53]判决中,具体化为“二重限定论”的合宪性解释。都教组事件判决(最大判昭和44年4月2日刑集23卷5号305页)认为,关于“煽动”等行为,必须是:首先,作为煽动对象之争议行为本身具有强烈的违法性;其次,煽动行为本身也必须超过争议行为通常所伴随限度的具有高度违法性的煽动行为,二者同时考虑方需受到处罚。同日而为的全司法仙台事件判决(最大判昭和44年4月2日刑集23卷5号685页)也运用相同的双重限制标准,不过不同于都教组事件的无罪判决结果,全司法仙台事件判决认为,本案是为政治目的而为争议行为,对国民生活造成重大障害,争议行为本身违法性强,且煽动行为有非裁判所职员的其他三被告人参与,四人共谋,故其煽动行为亦不能被认为属于争议行为通常伴随的煽动,故亦有强违法性,被告人仍属有罪。

(四) 现状

以上即是可罚的违法性理论适用的主要类型及各类型的典型案例。^[54]但值得注意的是,至昭和48年(1973年)以后,最高裁改变态度,推翻其就可罚的违法性论所著的判例(尤其是无罪判决)。

率先开启逆转的正是违法相对型类型,其中最早也是最著名的即是全农林警职事件^[55]的最高裁判决(最大判昭和48年4月25日刑集27卷4号547页)。判决首先认为,公务员禁止争议行为的规定皆属合宪,根本理由是公务员的雇主乃是全体国民,对之负有提供劳务的义务,从国民全体共同利益的角度来看,必须对公务员劳动基本权加以不得已的限制。这种直接将国民全体的共同利益作为独立的外部制约原理,抽象化、形式化的去限制公务员的劳动基本权,与东京中邮事件、都教组事件确立的内在制约四条件,形成鲜明反差,被认为与昭和初期“公共福祉论”、“全体奉仕者论”等已无实质差异。其次,最重要的是,本判决否定了都教组事件确立的“双重限制理论”,而对“煽动”等行为采传统的“原动力论”,即认为,煽动者乃赋予违法争议行为原动力的人,相较于单纯参与争议行为者而言,应负有更重的社会责任,因此法律规定给予处罚,具有相当的合理性。既然如此,就不应当因为争议行为违法性的强弱、煽动行为本身违法性的强弱、煽动行为是否伴随性等因素而区分可罚与否,简言

[52] 案情概要:日本文部省计划对公立学校教职工实施勤务评定,引起日本教职员工会不满,东京都教职员工会(都教组)乃决定于昭和33年(1958年)3月23日举行集体休假以表抗议。当日工会所属约24000余人均依工会指令办理带薪休假,使各校校务陷入停顿。检方将执行委员长谷川等七名发送指令的被告人依违反地公法第61条起诉。

[53] 案情概要:为反对日本政府当局召开国民会议改订安保条约,开展全国统一行动,来自全国税工会、全农林工会、全司法工会的四被告,共同在仙台高等裁判所内召开职工大会一个多小时,并布置纠察人员号召协力及参加会议,接到退去要求亦不退去,四人被检方依国公法第110条1项17款的煽动争议罪及侵入住宅罪起诉。

[54] 关于与可罚的违法性理论关联的更多案例的介绍,可参见[日]前田雅英:同注6引书;中文文献可参见林尚音:同注17引文;洪福增:同注48引书。

[55] 案情概要:全农林工会参加了各界为反对昭和33年(1958年)发布的警察官职务执行法的修正草案的联合行动,被告等人作为劳动组合的干部,乃号召组成员参加职场大会,故在勤务时间的上午10点至11点40分之间,2000余名职员遵照其指示离开职务岗位参加集会。检方以违反国公法110条1项17款之公务员争议行为的煽动起诉。第一审法院采都教组事件之双重限定解释,判处全体无罪;二审则以争议行为系政治性罢工,认定有罪,经被告人上诉至最高裁。

之,既然是原动力性质,那么煽动行为本身就含有较高的违法性,当一律予以处罚。而且判决还认为,区分违法性强弱的想法本身就十分暧昧,使条文丧失明确性;即便是认为关于一律禁止争议行为与处罚煽动者的规定确有不妥,那也是属于与裁判者无关的立法事项。判决明确推翻了全司法仙台事件的判决。

全农林警职事件的最高裁判表现出对可罚的违法性理论的否定,至少是限制、严格化的立场。这一立场,在之后的名古屋中邮事件判决、岩手教组事件判决中得以承继,名古屋中邮事件判决(最大判昭和52年5月4日刑集31卷3号182页)变更了东京中邮事件判决;而岩手教组事件判决(最大判昭和51年5月21日刑集30卷5号1178页)则是对都教组事件判决的直接替代。

如果说全农林警职事件判决的影响,主要是就“禁止争议事件”这种违法相对型事例,对可罚的违法性理论的适用改采严格限制态度的话,那么,与全农林警职事件判决同一天作出的久留米车站事件^[56]判决所确立的“久留米车站事件判决方式”(久留米方式),^[57]则影响到公安事件和一般劳动事件。这种严格限制的态度,也扩展到相对轻微型事例。

久留米车站事件判决(最大判昭和48年4月25日刑集27卷3号418页)指出:于劳动者以组织化的集团行动而为争议,就其间所为该当犯罪构成要件之行为,判断其是否有刑法上的违法性阻却事由时,包括该行为系于争议行为之际所为在内,该行为的具体状况等诸般情事均应予以考虑,而判定其就法秩序全体的立场是否得予容许。尽管从文字上看不出限制可罚违法性论的态度,但之后,最高裁判接二连三的借由此种考量“诸般情事”的方式,撤销了原审法院所作出的无罪判决,如属于一般劳动案件的日本铁工所事件(最判昭和50年8月27日刑集29卷7号442页)、光文社事件(最判昭和50年11月25日刑集29卷10号928页)、每日放送事件(最高裁昭和51年5月6日第一小法庭判决,判例时报813号12页);属于公安事件的东北大学事件(最高裁昭和50年12月25日第一小法庭判决,判例时报801号15页)。^[58]

最后,严格限制的态度甚至也殃及“绝对轻微型”事例。在魔术电话事件^[59]中,第一审法院认定甲的行为虽该当各构成要件,但“科以刑罚并不相当……缺乏可罚的违法性,违法性本身阻却”,因而宣告无罪。二审法院则以假计业务妨害罪与有线电气通信妨害罪乃抽象危险犯为由,改判有罪;最高裁也以“纵使被告人只有1次通话尝试即取下该机器的情况,那也不能否定行为的违法性”为由,肯定犯罪成立(最决昭和61年6月24日刑集40卷4号292页)。该事件的最高裁决定,被学者认为是判

[56] 案情概要:为要求年度津贴,日本国铁工会决定于昭和37年(1962年)3月31日到4月1日实行二个小时罢工,该工会门司地方本部即下令以久留米车站为据点实行罢工,当局为确保运转,乃策划反纠察,欲采取禁止出入措施,工会得知后,20余名会员事先闯入行车控制中心进行罢工纠察,当局派局内公安职员约60余人拟以实力排除,被告人等为抵抗之,以水桶盛水浇于公安职员身上。检方以侵入建筑物罪及妨害公务罪起诉。一审认定建筑物侵入罪成立,妨害公务部分无罪;二审将侵入建筑物部分亦改判无罪。

[57] 参见[日]前田雅英:同注6引书,第401页。

[58] 案件详情及判决情况,可参见林尚音:同注17引文,第112-114页。

[59] 案情概要:甲从朋友处得知可免费通话的叫“魔术电话”的电气产品上市,便以约15万日元购入2台。为试其性能而安装在电话线路上通话1回(10日元通话费不能征收)。而甲倍感不安,立刻取下放进橱柜未再使用。甲被以假计业务妨害罪(233条)以及有线电气通信妨害罪(当时的有线电气通信法21条)起诉。

例对绝对轻微型事例的态度变化的实例。^[60] 不过,亦有认为,魔术电话事件的最高裁决定,即使在被害轻微的场合,“只要犯人有危险性就是可罚的”这一论理,可以说是对一厘事件之在被害轻微的场合,“犯人没有特别的危险性即是不可罚的”的论理的逆转。在这一点上,也被认为是最高裁对相对轻微性事案的消极态度。^[61]

这种来自实务的关于可罚违法性理论的消极、保守态度,最直接的原因就是最高裁的保守势力、法官人事上的变动,学者甚至认为其背后有政治因素的影响,因为在东京中邮事件判决与都教组事件判决出现之后,日本政府与执政党内部曾认为此二者乃属于“偏差判决”,主张其内容极为不当,当时自民党甚至还为此特地设置“关于裁判制度之调查特别委员会”加以调查;相反,在全农林警职事件判决之后,当日总理府则对此发表谈话,不但给予该判决高度肯定的评价,认为借由此判决作为契机,替公务员争议行为的争论画上休止符,并期待日后秩序化的劳动运动的展开,言下之意也是借此警告即将展开的春斗罢工。相较两种态度,加上最高裁法官的产生乃是经由内阁任命,因此关于人事变更时可能受到政治干扰的联想也就不言而喻了。^[62]

不过,这种反对仅限于实务界,学界对于可罚的违法性的观念大多还是持肯定态度的,即便是面对实务界如此的反对,也从未认为这是对可罚的违法性理论的否定,而是认为这仅仅是在可罚的违法性的判断标准和适用条件上更加严格了而已。正如有学者所言,可罚的违法性论如今正迎来严峻的考验期,正因如此,透过对现状的冷静分析,客观地把握问题状况,为使对将来的展开成为可能,此时正是武装理论的大好时机。^[63]

不得不承认,可罚的违法性理论遭受如此境遇,也有其自身的原因,其中最重要的莫过于可罚的违法性理论判断标准的不明确性,有导致过分扩大或滥用的危险。对此,前田雅英教授的研究是值得注意的,在1982年出版的《可罚的违法性论的研究》一书中,前田对于可罚的违法性理论的再构成,最大的课题就是如何去限定处罚范围,亦即如何使得该理论判断基准确化。对此,前田通过对昭和20年代至50年代因可罚的违法性而判处无罪的130余件判决,按照犯罪类型逐一总结,由此得出较为具体化的适用标准,前田区分绝对轻微型和相对轻微型两大类型,对于绝对轻微型,即前田主张通过实质构成要件解释的部分,绝大多数主要是考量结果的轻微,并着重就伤害罪、暴行罪、妨害公务执行罪、逮捕、监禁罪、毁损建筑物罪等个罪讨论它们各自的绝对轻微的标准;而对于相对轻微型,即作为实质的违法阻却事由的情形,前田认为传统的法益侵害说、社会相当性说、目的说等并无择一的必要,因为它们在理论上并非完全对立,在实务中也彼此混用,在此基础上,结合判例的分析,前田分析归纳出五个标准,包括轻微性、目的的正当性、手段的相当性、法益衡量以及必要性与紧急性。^[64]

[60] 参见[日]山口厚:同注32引书,第179-180页;[日]高桥则夫:同注46引书,第238页。高桥教科书还例举:东京高判平成10年(1998年)4月8日判时1640号166页判示,夫妇间的暴力事件,从暴行形态、程度本身来看不能说是欠缺可罚的违法性的情况;神户地判平成18年(2006年)3月14日判示,从寺院捐钱箱中窃取现金2日元的事案,无论是从基本的支付手段还是作为经济价值的金钱数量本身,都是社会观念上值得保护的而承认盗窃罪罪的成立。[日]高桥则夫:同注46引书,第238页注14。

[61] 参见[日]井田良、丸山雅夫:同注46引书,第174页;另有学者以此事件为例,探讨包含“违法性程度”和“有责性程度”的“处罚相当性”概念的可能性。参见[日]青木孝之:“‘处罚相当性’概念的可能性”,载《琉大法学》2006年第76号。

[62] 参见刘育琳:同注39引文,第56页。类似意旨亦见赖正直:“日本的治安体制与可罚的违法性理论”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第29卷),法律出版社2012年版,第336页以下。

[63] [日]中山研一:“最近之可罚的违法性论批判”,载《同志社法学》第30卷(1978年)第2·3号。

[64] 亦可参见[日]前田雅英:同注32引书,第330-332页。

四、借鉴及评议

日本刑法中的可罚的违法性理论,可谓是为(形式上)该当构成要件之轻微行为量身定制的,乃是轻微行为出罪之典型的实体法理论。通过可罚的违法性判断限制对轻微行为的刑罚处置,亦被看作刑法谦抑、人权拥护、违法相对性、实质违法观的表征。正因如此,尽管这一理论在近些年日本司法实践中遭遇“寒流”、尽管对于“可罚的”违法性的表述(或者说这一新概念提出的科学性和必要性)理论界还存在异议,^[65]但包含“法不理睬琐碎之事”、“微罪出罪”之可罚的违法性的核心观念,在犯罪论体系中仍占据着重要位置。

毫无疑问,可罚的违法性理论(观念)与我国刑法中表征犯罪成立罪量(程度)要求的第13条但书规定和个罪中规定的“数额较大”、“情节严重”等罪量因素,具有相当的契合性。正因如此,国内学者认为该理论的借鉴意义主要集中在:立法论上,作为刑法中的罪量因素(尤其是13条但书)规定及其背后以行为量区分犯罪与一般违法的“刑罚+行政处罚”二元社会治安制裁模式的正当合法性证成;解释论上,借鉴此理论及其判断基准,将但书理解为可罚性阻却事由,提倡在司法阶段予以具体的个案判断。^[66]但值得注意的是:将可罚的违法性这一纯粹的刑法解释学原理,用于立法论层面的立法规定、立法模式的科学性证成,本身即存在适用场域的“严重错位”。

作为可罚的违法性理论基础的违法相对性(抑或缓和的违法一元论)概念,是建立在大陆法系国家刑法仅作定性规定、由刑法(刑罚)统辖的社会治安一元制裁模式背景之下的,这不同于我国以行为量区分犯罪与一般违法的二元社会治安制裁模式。倘若认为二元模式及作为其表征的刑法罪量规定明确体现了违法相对性观念,显然已经不是在本来意义上使用的违法相对性概念了;换言之,作为可罚违法性理论基础的违法相对论概念,不能直接(无修正的)用于二元制裁模式及其表征——我国刑法中的罪量规定存在之合理性的证明。

借鉴可罚的违法性理论,将但书理解为可罚性阻却事由用于具体的个案判断,尽管正确把握了可罚的违法性理论解释学原理的基本定位,但将作为犯罪概念的但书规定直接作为排除行为犯罪性的依据,势必突破“犯罪构成是认定犯罪成立与否的唯一且全部标准”的基本命题。“犯罪概念不是认定犯罪的具体标准,同样,刑法第13条但书也不是宣告无罪的具体标准。”^[67]

毫无疑问,可罚的违法性理论建立在三阶层的犯罪论体系平台之上,对于当下仍处在通说地位的

[65] 例如,前田雅英教授认为,站在违法相对性论(多元论)的立场,可能不使用形式的可罚的违法性概念,因为多元论认为刑法上的违法性本来就是值得处罚意义上的违法性,使用可罚的违法性概念反而可能引起误解。可罚的违法性概念完全可以化解在刑法的违法性(实质的违法性阻却事由)概念当中(参见[日]前田雅英:同注6引书,第383、520页以下;[日]前田雅英:同注32引书,第328-330页)。关于对可罚的违法性理论批判的介绍,可参见于改之:“可罚的违法性理论及其在中国的适用”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第12卷),法律出版社2007年版,第36页以下。

[66] 参见刘为波:“可罚的违法性论——兼论我国犯罪概念中的但书规定”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第10卷),中国政法大学出版社2002年版,第94页以下;彭泽君:“日本刑法中的可罚的违法性理论及其对我国的借鉴”,载《法学评论》2005年第6期;于改之:同注65引文,第43页以下;包雯、郝志超:“可罚的违法性理论及其对我国刑法‘但书’的启示”,载《学习论坛》2009年第7期;孙战国:《论日本刑法理论中“可罚的违法性”——兼评我国刑法第十三条“但书”规定》,郑州大学硕士学位论文2004年5月印行,第19页以下;等。

[67] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第93页。

耦合式四要件犯罪构成体系而言,兼容性就成为引入这一理论所必须重视的首要问题。对此,有学者表示:“由于日本的犯罪论体系采用构成要件该当性——违法性——有责性的三维框架,于是,关于可罚的违法性理论的评判,也就存在与传统犯罪论体系不协调的批评。如果说这种批评还能在日本成为可罚违法性理论适用的一个问题,那么在中国,由于犯罪论体系采用全构成要件式的体系框架,从而上述批判也就不可能成为问题。”^[68] 不过,这一论断未免太过乐观。众所周知,对于可罚的违法性论(尤其是以藤木为代表的构成要件该当性阻却型可罚的违法性)最重要的批判是认为该观念有招致刑法适用的主观化、恣意化之虞。^[69] “的确,将可罚的违法性作为构成要件符合性问题对待,以对法益侵害的轻微性等为理由论及不存在构成要件符合性时,刑法适用就容易被论者的感觉所左右,这种弊端不能否定。”^[70] 显然,可罚的违法性论可能导致构成要件的过度实质化,使其招致适用的主观化、恣意化的责难,难以想象在一个“没有构成要件的犯罪构成”^[71] 体系下嫁接可罚的违法性论,这种主观化、恣意化将发展到何等极致? 刑法的安定性将受到何等冲击?

如前所述,日本刑法中的可罚的违法性论及其理论基础——违法的相对性(多元论)抑或缓和的违法一元论,其存在环境是刑罚一元制裁模式。在一元模式下,犯罪与一般违法的区别是质的不同——“只要某类行为被规定为犯罪,即使极其轻微,可以不认为是犯罪,也不能因其轻微而出于刑法而入于其他法,被科以行政罚;反之,规定科以行政罚的行为,也绝不会因为行为严重而构成犯罪”。^[72] 而在我国二元模式下,以单纯的行为程度区分犯罪与一般违法的立法例比比皆是;该当犯罪行为类型之行为,因情节轻微出刑法而入行政法现象也相当普遍。在这种立法模式背景下,引入作为解释学原理的可罚的违法性,必然存在适用的广度宽度、判断标准的宽严程度等方面的适应性问题,因此,这一表面上看似契合度颇高的域外理论,实际情况恐怕未必如此。

可罚的违法性理论的确突出体现了犯罪成立的罪量要求,不过,可罚的违法性之价值判断、阻却犯罪(出罪属性)和超法规性等特质,与我国刑法分则中“情节严重”、“数额较大”等体现犯罪罪量要求的规定所具有的事实符合、成立犯罪(入罪属性)和成文性质,形成鲜明对比,而后者才是我国刑法真正不同于其他大陆法系刑事立法、独树一帜的“特色”内容。因此,中国刑法中的罪量问题,首当其冲的恐怕是“情节严重”、“数额较大”等罪量规定的规范解读及其犯罪论体系建构问题。此问题明显具有原发性,非域外理论所能提供借鉴。

综上,尽管可罚的违法性论之罪量要求的基本观念与我国刑法中的罪量规定存在明显的契合,但立法模式、犯罪构成体系等方面的显著差异,必将引发移植借鉴之兼容性问题;同时,作为考虑罪量的、超法规的违法性(或构成要件符合性)阻却事由,可罚的违法性理论在我国刑法已经成文规定犯罪成立罪量因素的前提下,究竟还有多大的适用空间? 即便适用,其判断标准又当进行怎样的针对性调试? 这些问题都将是需要仔细揣摩的棘手难题。从这点意义上讲,作为规范解释学原理的可罚的违

[68] 于改之:同注65引文,第49页。

[69] [日]白井滋夫:“对‘可罚的违法性论’的批判性研讨”,载《刑事法今日的诸问题》(昭58)第134以下。转引自[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第318页。

[70] [日]大塚仁:同注69引书,第318页。

[71] “没有构成要件的犯罪构成”乃是陈兴良教授归纳的四要件犯罪构成体系的特征之一。参见陈兴良:“四要件:没有构成要件的犯罪构成”,载《法学家》2010年第1期。

[72] 李洁:“中日涉罪之轻微行为处理模式比较研究”,载《法律科学》2002年第4期。

法性理论,对我国刑事立法而言,其借鉴意义恐怕是有限的。

但是,纵观可罚的违法性论的体系结构和发展历程,其中的价值观念和方法论意义上的启示是值得我们注意的。首先,作为可罚的违法性理论基础的刑法谦抑、人权关怀、违法相对、实质违法等观念和立场,是我们刑法理论研究和实务工作所必须坚持的基本理念。其次,可罚的违法性理论的产生和发展,体现了理论与司法实务之间的良性互动和相对独立性,这一点值得目前仍然基本维持理论研究和实务操作“两张皮”状况的我们反思,以案例指导制度建设为契机,探索我国刑法理论研究和实务工作的良性互动和交流,应当成为理论界和实务界共同努力的方向。最后,可罚的违法性理论从理论基础到具体内容,无不充溢着鲜明的立场博弈和学派学说对抗。学术繁荣需要学术之争、立场之争、学派之争。这不能只是口号,更应当付诸行动。

Research on the Theory of Culpable Illegality

Wang Yanqiang

Abstract: In Japan, the theory of culpable illegality is used to exclude the slight behavior which has not reached the degree of culpable illegality from the range of criminal law. This theory generally formed two types: one kind considered that the culpable illegality eliminated illegitimacy, represented by Dr. Chihiro SAEKI; the other kind is considered the culpable illegality eliminated the conformity of constitutive requirements, represented by Dr. Hideo FUJIKI. This theory is mainly applied to absolutely slight cases; relatively slight cases and the cases of illegal relativity. This theory embodies the criminal quantitative requirement, which is similar to the quantitative provisions in Chinese criminal law. But in our country, the significance drawing lessons from this theory is limited, because of the great differences in legislative mode, criminal constitutive system, etc. Of course, we can get much enlightenment about values and methodology from this theory.

Keywords: culpable illegality; eliminating illegitimacy; eliminating the conformity of constitutive requirements; scope of application; use for reference

(责任编辑: 辛颜静)

论英格兰“王在法下”法治理念的生成

陈刚*

摘要:近现代宪政文明造端于英格兰。英格兰何以能率先觐知宪政的密码,走出一条崭新的治国之路?借由比较法的视野,可以发现在西欧中世纪国王被视为贵族中的一员,国王须遵守封建习惯的观念广为流传,英格兰同样受此观念的深刻影响,为国王须遵守法律提供了传统的支撑。与其他诸国不同的是,英格兰王权与贵族势力在中世纪长期保持均势,使得国王无力实施君主专制统治,在征税等问题上不得不与贵族妥协,明确划定彼此的权利义务分界,为国王须遵守法律提供了现实的政治土壤。与此同时,“教皇革命”及“双剑论”的神学教义,以及英格兰王权与教会的“二元对立统一”,为国王须遵守法律提供了神学的理据。在权力多元的政治格局中,以限制王权为目的的“王在法下”的理念逐渐生成,并最终成为了现代宪政理念的源头。

关键词:王在法下 封建习惯 王权 贵族 教会

那里是近代社会和近代生活方式的摇篮。

——基佐^[1]

一、引言

英格兰文明在人类整体历史进程中独具个性,这种个性在宪政与法治的领域展现得最为突出。在该领域中,英国人凭借其善于妥协、讲求务实的行事风格,在经历了中世纪激烈而频繁的政治斗争后,并未陷入“治乱循环”的发展陷阱,而是突破瓶颈,在传统的土壤中培育出了“王在法下”的法治理念。在此基础上,发展出了世界文明史上第一部宪法性文件——1215年《大宪章》,成为近现代宪政理念的源头。此后,为保证国王遵守《大宪章》所规定的权利义务分界,英国又逐渐发展出了议会制度的雏形。并最终在14世纪确立了今天我们所习见、为各国所普遍效仿的两院制的议会制度。英国的宪法与议会,因而也被称为世界各国的“宪法之母”与“议会之母”。然而,让人颇为惊奇的也正是此点,何以这个孤悬大西洋一隅的海外孤岛,竟能率先觐知现代宪政法治的文明密码?作为英格兰宪政观念源头及其核心价值的“王在法下”的理念又是从何而来?要想解开这一谜题,我们必须穿透覆盖在该理念表层的充满现代性的面纱,进入该理念得以孕育的英格兰的封建时代。沿袭自欧洲大陆的封建习惯,英格兰自身的社会权力结构,由战争所引发的国王与贵族间的征税权归属之争,独特的权力斗争形式,以及王权与教权的冲突,对英格兰“王在法下”理念的形成与长期维系,都发挥了极为关

* 上海海事大学讲师,法学博士。

[1] [法]基佐:《法国文明史》(第3卷),沅芷、伊信译,商务印书馆2009年版,第12页。

键的作用。

二、封建习惯的延续：国王是贵族中的一员

如果我们进入英格兰中世纪早期的历史,我们就会发现两个颇为吊诡的地方。首先,在我们看来,如此具有现代法治气息的“王在法下”的理念,与我们一贯以为的陈旧的、腐朽的封建习惯之间居然存在千丝万缕的联系。其次,治英国史的学者长期以来强调英格兰的特殊性,主张英格兰的宪政与法治是在其独特的传统中生发出来的。但是,如果放眼整个西欧大陆,从西欧中世纪通行的封建理论着眼,“王在法下”的观念本身就是欧洲各民族曾经普遍持有的观念,是西欧封建传统的一部分。该理念是在西欧中世纪独特的封建分层结构的基础上自然形成的,是对当时社会结构的直观表达。其实,英格兰法律史权威学者梅特兰早就提点我们:“尽管孤立,英国法仍是欧洲大家族的一员,这个族群的成员之间具有强烈的家族相似性。”他进而指出,英国和欧洲大陆的封建法背后所蕴藏着的观念与原则,将英国法与大陆诸国法紧密相连。^[2]就本论题而言,至少在关于国王的地位及其权利义务的认知上,英格兰与西欧大陆共享着同一套封建习惯及理念。

(一) 国王:贵族中的第一人

1. 国王是贵族中的一员

西罗马帝国灭亡后,日耳曼各部族纷纷建立自己的国家,欧洲进入封建时代。^[3]法国学者菲利普·内莫指出,“在11和12世纪,封建制乃是欧洲的普遍现象”。^[4]法国史学名家基佐曾就封建制的特征作过深入研究,指出,“封建主义所特有的一般特性……是人民和权力被分割成为许许多多的小国家和小君主”。^[5]这许许多多的大小君主彼此之间,又通过土地分封建立起错综复杂的封建关系,共同构成中世纪欧洲的国王与贵族阶层。根据传统的日耳曼封建习惯,国王与贵族之间并非地位悬绝、相隔天堑般的两个不同社会等级。相反,国王置身于贵族之中,他与其他贵族一样归属于这一阶层,而并非高于贵族之上。这一封建习惯及其理念,为中世纪西欧各地区普遍遵循。在德意志地区,“东法兰克从一开始就是多元统治,多元的部族结构决定了统治阶层内部没有形成明确的、公认的隶属关系”。^[6]德国中世纪史名家丹内鲍尔(H. Dannenbauer)明确指出,中古国家是贵族与国王共治的国家,“国王本人也是贵族当中的一员,是贵族中的第一人”。^[7]在法国,托克维尔(Tocqueville)也曾在法兰西的历史中发现同样的现象,在那里“国王以首领而不是以主子的口吻对国民讲话”。^[8]托克维尔的这一发现,同样可以在基佐有关法国史的经典研究中得到印证,在多卷本的《法国文明史》中,基佐明确指出,法国中世纪卡佩王朝时期的国王,在时人的心目中,“他只是他们中的一员,他们自己这个等级中的一员”。^[9]

[2] [英]梅特兰:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版,第93-94页。

[3] [法]马克·布洛赫:《封建社会》(下卷),李增洪、侯树栋、张绪山译,商务印书馆2009年版,第605页。

[4] [法]菲利普·内莫:《教会法与神圣帝国的兴衰——中世纪政治思想史讲稿》,张竝译,华东师范大学出版社2011年版,第184页。

[5] 同注1引书,第4页。

[6] T. Reuter, *Medieval Politics and Modern Mentalities* 402 (Cambridge University Press 2010).

[7] 侯树栋:“国家、王权与帝国:中古德意志政治史研究的回顾与反思”,载《中国社会科学》2013年第2期,第191页。

[8] [法]托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆2013年版,第157页。

[9] 同注1引书,第232页。

事实上,中世纪西欧的等级制时常表现出让后人极度惊异的逻辑混乱,从这种混乱中,我们也可以对国王的封建地位有更深入的理解。卡内冈(R. C. Van Canegen)就指出,“我们发现法国国王为了得到一块战略上重要的采邑,就这样成了自己手下封臣的封臣:路易六世于1124年成了圣德尼修道院的封臣……同样,菲利普·奥古斯都(Philippe Auguste)也于1185年得到了亚眠主教辖区内亚眠伯爵的采邑”。^[10] 欧洲大陆的这一封建习惯,同样为海峡对岸的英格兰人所分享。梅特兰在其英格兰宪政史讲义的“课程大纲”中开宗明义揭橥:“国王只是众多贵族中的第一个(primus inter pares)。”钱乘旦先生也曾指出,“由于他(指国王——引者注)分封土地,贵族便承认他的高超;但也由于他分封土地,贵族便分享了他的权力,从而把他看成是自己队伍中的最高者,贵族中的第一位贵族。中古英国人尊称国王为Sire(陛下),这个词与现代英语中Sir(先生、爵士)同源,可见‘陛下’与‘爵士’相差不是太远”。^[11] 国王对于他的封臣而言,不过是一个大领主而已。故而,施莱辛格(W. Schlesinger)就说:“王权在王国范围内也是一种领主权。”^[12]

2. 国王须受封建习惯的制约

既然国王不过是贵族中的一员,是贵族的大领主,那么国王的行为就如王国境内的所有领主一般,必须受到封建习惯的制约。法国年鉴史学的肇基者、欧洲封建史研究巨擘马克·布洛赫(Marc Bloch)就曾告诫我们:“不要把封建政府描绘成一种法律上或实际上的个人绝对专制体制。按照当时人们普遍接受的好政府的准则,无论哪个等级的首领,没有事先的协商,都不能作出任何重大决定。”^[13] 布洛赫的观点已经为当代中世纪史学者的深入研究所证明。根据学者们的研究,国王须受封建习惯制约的观念与实践,确实通行于西欧各国。德国史学者阿尔特霍夫(G. Althoff)、莱泽(K. Leyser)等人就曾指出,“主要不是法律和制度而是不成文的准则和习惯,主导着中古早期德意志的政治生活。国王和权贵的行为方式,很大程度上正是建立在不成文的准则和习惯之上”。^[14] 阿尔特霍夫进而认为德国奥托王朝时期统治权分散于国王与贵族之间,王朝的统治基于习惯,国王与贵族的统治义务皆由习惯确定。^[15] 领主一旦将封地分封给了封臣,除了根据封建习惯征收合理的赋税和封建役务之外,就不得任意干涉封臣管理领地的内部事物。在法国,正如前述马克·布洛赫所言,君主的绝对权威在中世纪早期从未出现,“法兰西王权即使在国家已经复兴以后,似乎还永久地带有那种聚合体——伯爵领、堡领和对教会的权利的聚合体——的痕迹,法国王权以非常‘封建的’方式使这种聚合体成为其权力的基础”。^[16] 对于法国君主须受封建习惯制约的情形,基佐说得更为直白,他指出,在中世纪,“如果封臣是忠诚的,那么,封地的占有应该是稳定的、安宁的;这是法律,是人们心目中既定的道德律”。^[17] 封臣在其领地中享有独立的行政管理权、司法权,国王不得任意干涉。“封建制度一旦确立,大大小小的封地所有主便在自己的领地内都拥有一切无上的权力。任何外界的或远处的势力都不能在那里制定法律、规定税收或执行法律;只有业主拥有这一切权利。”^[18] 根据封建惯例,国王

[10] 同注4引书,第192-193页。

[11] 钱乘旦、陈晓律:《在传统与变革之间:英国文化模式溯源》,江苏人民出版社2010年版,第11页。

[12] 同注7引文,第191页。

[13] 同注3引书,第665页。

[14] 同注7引文,第199页。

[15] 同注7引文,第200页。

[16] 同注3引书,第678页。

[17] 同注1引书,第29页。

[18] 同注1引书,第45页。

只有在下述两种情形下方可干涉封臣的司法管辖:其一,如果封建领主法庭未能主持正义,相关当事人求告于国王,国王作为最高领主有权要求其下属封臣维持正义;其二,国王的直属封臣间发生法律纠纷,国王作为领主,如同王国内的其他领主一样,对其所属封臣间的纠纷享有司法管辖权。此时,国王的案件管辖权并非基于王权,而是基于封建领主主权。在中世纪的欧洲,我们甚至可以看到确凿无疑的“王在法下”理念的明确表达。如公元869年兰斯主教在为秃头查理主持加冕礼时,国王当众宣誓:“我将遵守属于我们每个人的教会或民事的法律。”一位修道院院长在1179年记录了一份国王加冕时的誓词:“我将维护教会法、法律和正义应有的特权……国王在他自己的王国内受法律约束。”^[19]

因此,根据传统的封建习惯,国王在王国内也并非可以任意妄为,他必须信守封建习惯加诸其上的权利与义务的分界。国王将土地分封给贵族,因而享有征收封建役务的权利,同时也必须承担维持王国内的和平与正义的义务。反之,贵族在承担封建义务的同时,也相应地享有国王所提供的和平与正义的权利。“不管两方存在的义务是怎样的不平等,这些义务却是相互依存的:附庸服从的条件是,领主认真履行契约规定的义务。”布洛赫还援引法兰西中世纪学者博马努瓦尔(Beaumanoir)的话说:“由于臣服礼,附庸对领主负有多少效忠和忠诚,领主对附庸就承担多少义务。”^[20]在一份8世纪中叶的封建契约中有如下规定:“需约定若我们中有一人试图背离这项契约,那此人就需向对方(他的合作者)支付足额的补偿金。”菲利普·内莫在谈及该契约时,特别指明封臣自认为是领主的“对等方”,拥有对等的社会条件。^[21]如果国王横征暴敛,或者随意侵犯臣民的固有封建权利,根据封建习惯,贵族拥有天然的反抗权,包括组织武装叛乱。“封臣和封建主的职责和义务,不论是物质的还是道义的,以及加于他们身上的相互的服务和责任都订得毫不含糊、非常明确而有所限制。新封臣在向封建主行效忠礼时就确切地知道自己做了什么事,获得了什么权利,承担了什么义务。”^[22]德国史学者布伦南(Brunner)在中世纪的德意志贵族中也曾看到如下心理:“我们看到拿起武器反对皇帝、领地诸侯、封建宗主的贵族领主(noble lords)——所有人都符合严格规定的程序规则,所有人的行为都在有关暴力的法律所限定的范围内。我们看到这些贵族领主是如何认为他们的行为是完全正当的。”^[23]

(二) 英格兰沿袭封建习惯

马克·布洛赫认为,像英国这样的由外部“输入封建制度的国家中,封建主义的组织较之封建主义纯粹自然发展的国家更为系统化”。^[24]英国在仿照欧洲大陆建立封建制度的同时,连同西欧大陆的封建习惯也一并沿袭了下来。格兰维尔(Glanvill)就曾明确指出,“主公与臣属之间应该有一种相互的忠诚义务,除敬重之外,封臣对主公应尽的臣服并不比主公对封臣所持的领主权更多”。^[25]格兰维尔此言,恰是对英格兰传统封建习惯的精当描述。

众所周知,自公元407年君士坦丁率领罗马军团离开英格兰之后,欧洲大陆的盎格鲁-撒克逊人就开始陆续侵入,最终彻底征服了这片土地,并仿照大陆建立了封建制度。1066年,诺曼底公爵经黑

[19] 同注4引书,第210页。

[20] 同注3引书,第655页。

[21] 同注4引书,第188页。

[22] 同注1引书,第212页。

[23] O. Brunner, *Land and Lordship Structures of Governance in Medieval Austria* 13 (University of Pennsylvania Press 1992).

[24] 同注3引书,第310页。

[25] 转引自注11引书,第11页。这种国王必须尊重贵族的封建特权的观念,在法国中世纪初期就被国王以法律的形式予以确认。《秃头查理的法规》中规定:“……今后任何人,不论其身份地位如何,他的封地都不得由于我们专断的意志或任何人的阴谋诡计或不义的贪婪,没有经过受公道和理智指导的公正审判而被剥夺。”参见注1引书,第30页。

斯廷斯一役,斩杀盎格鲁-撒克逊贤人会议所推选的国王哈罗德(Harold),遂即征服英格兰,成为新任国王,史称“威廉一世”(King William I)。尽管凭恃征服之威,威廉一世建立了远较同时代其他西欧国家更为强大的王权。但是,威廉一世依然不得不延续传统的封建制度,将大大小小的封地分封给麾下的诺曼贵族。同时,为向盎格鲁-撒克逊人彰显他的王位来源的合法性,他宣布信守“忏悔者”爱德华国王所实施的旧法的效力。^[26]而在封建时代,所谓“旧法”其主体就是确定领主与封臣之间封建权利义务归属的封建习惯。作为诺曼王朝的开创者,威廉一世是一位强势的君主。在他统治的末期,曾召开索尔兹伯里效忠大会,强迫英格兰的大小贵族不分直属封臣还是间接封臣,都须向国王行效忠礼,从而,变欧洲大陆的封建原则“封臣的封臣不是我的封臣”为新的封建原则“封臣的封臣还是我的封臣”,在此基础上“建立了更完善的君主体制……巩固国家组织结构中的权力”。^[27]但是,面对封建习惯,他也无力全面抗拒,只能延续并遵循传统的封建习惯。

威廉一世以降的英格兰诸王同样步其先祖的后尘,受到封建习惯的牢牢限制。即便英武如亨利二世,他曾在行政与司法领域都极大地扩张了王权。梅特兰就曾极力推许亨利二世在普通法发展史上重要地位,褒美“他是一位伟大的立法者,同时也是一位伟大的行政管理者”。^[28]在行政领域,他曾于1077年一举罢免了全英格兰境内已然出现世袭化倾向的郡守,并对他们的施政行为进行调查,剥夺了其中绝大多数人的职位。但是,面对封建习惯,他也不得不在即位后多次颁布特许状,诏告天下自己将尊重民众依据先前时代的习惯所拥有的权利。在其王权稳固之后,他推行司法改革以扩张王室法院的管辖权。但是,面对封建习惯赋予贵族的司法特权,依然不得不充分尊重贵族们固有的司法权能。他在创建权利令状时规定,只有封建领主法庭确实未能主持正义的情形下,当事人方可申请该令状,将案件转移至王室法院审理。^[29]

因此,尽管在英格兰历史的早期,并无明确的“王在法下”观念的提出,但是根据传统的封建习惯,国王与贵族同属一个社会等级,国王不过是贵族中最大的贵族。因此,国王与贵族都须根据封建习惯来调整自己的行为,国王在享受封建权利的同时,也必须承担相应的义务。而国王的义务,也就是贵族的权利。国王如果不履行自己的封建义务,根据封建习惯,贵族享有合法反抗的天然权利。这一封建习惯,在其原初意义上,不过是用来调整封建体系中大小贵族间的权利义务的惯例,并不具备任何现代宪政、法治观念的意涵。但是,这种视国王为贵族中的一员、国王亦须遵守封建习惯的理念,确实成为了贵族对抗专制王权的有力武器,为“王在法下”宪政法治理念的形成提供了文化土壤。

三、国王与贵族的势均力敌:“王在法下”理念的现实土壤

然而,如前所述,国王与贵族须一体遵守封建习惯,是欧洲各国当时的通例,那何以唯独在英格兰

[26] 同注2引书,第5页。

[27] 同注3引书,第352-353页。事实上,威廉一世强迫大小贵族向其行效忠礼,在西欧各国率先解决了一个封臣却拥有多个领主,即“一仆数主”所引发的封建难题。通过主张全英格兰的贵族,不管其在封建体系中的地位与层级如何,必须优先效忠于国王,威廉一世垄断了贵族的效忠义务。

[28] 同注2引书,第7页。

[29] William Sharp McKechnie, *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John* 347 (2d ed., James Maclehoose and Sons 1914).

形成了“王在法下”的理念,并最终生长出了近现代的宪政法治理念呢?对这一问题的解答,同样须着眼于英格兰独特的国王与贵族的政治斗争形势。事实上,国王与贵族间的政治斗争及其最终走向,确实深刻影响了欧洲各国的政治走势。德国史家米泰斯(H. Mitteis)指出,如何通过维护封建宗主主权以克服封建主义的破坏性因素,是中古西欧所有国家面临的关键问题。“在很大程度上——虽非绝对——这些国家的发展是由应对这一问题的具体实践决定的。”^[30]

(一) 英格兰:国王与贵族的均势

1. 国王与贵族间的依存与斗争

尽管英国与西欧诸国一样,在中世纪面对着封建主义的共同政治背景。但是,英国国王与贵族间政治斗争的解决途径,却明显不同于法、德等国。他们之间的斗争不是采用一方完全压倒对方,一方消灭对方的方式予以解决,而是走上了一条相互妥协、彼此制约的道路。而国王与贵族之间之所以能够在政治斗争中彼此妥协,又与双方的政治诉求和政治力量的均势存在直接的关联。

自诺曼征服以后,英格兰就建立了强大的王权。威廉一世通过没收盎格鲁-撒克逊贵族的土地,占据了全国1/5的土地,成为全国最大的封建领主。同时,他在分封土地时,有意将大贵族的封地打散,防止某一区域整体落入单一贵族之手,以此削弱贵族的政治势力。据学者统计,当时英格兰最大的两个贵族的领地零散地分布于20个左右不同的郡内。^[31]这就有效防止了贵族以自己的封地为根据地,形成国中之国,对抗王权。单个的贵族,即便是领有众多封地的大贵族,在面对国王时,也表现得力有不逮,只能俯首称臣。但是,如若众多贵族联手对抗国王,却又足以形成一定的优势,以此逼迫国王不敢轻举妄动,或者向贵族们保证将尊重他们的传统权利。

事实上,国王与贵族的关系是多元复杂的,既彼此依存,又彼此敌对。一方面,贵族与国王相互依存,需要相互扶持。强大的王权,对贵族而言,也并非坏事。在中世纪,强大的王权是政局稳定的保证。而政局的稳定,有利于减轻贵族们所承担的封建义务。否则的话,大小贵族必须缴纳更多的军役税乃至直接承担军事义务。和平的社会环境、稳定的政治局面,不仅是贵族所乐见的,同时也能惠及包括城市自由民在内的各个阶层。有论者就指出,“它们(指城市——引者注)的基本利益取决于和平的贸易和交通,而这就需要强大、集权的中央政权”^[32]同时,贵族的经济利益在和平的国内环境下,也可以获得更好的保障。而贵族的义务得以减轻、权利获得保障,对于王权的稳固也不乏促进作用。在此意义上,国王与贵族紧密依存,互惠双赢。

而另一方面,国王与贵族间的关系并非永远这般和谐。托克维尔曾一针见血地指出,“贵族在当时是与王权敌对的阶级,他们绝不会容忍损害他们利益的革新”^[33]当国王试图扩张自己权利的边界,难免就会侵犯贵族的传统权利。国王与贵族之间就会陷入对立,有时这种对立甚至会激化为武装冲突。^[34]在英格兰中世纪史上,国王与贵族之间的军事冲突屡有发生。而最容易引发国王与贵族之

[30] H. Mitteis, *The State in Middle Ages: A Comparative Constitutional History of Feudal Europe* 21 (North-Holland Publishing Company 1975).

[31] 程汉大:《英国政治制度史》,中国社会科学出版社1995年版,第43页;孟广林:“中世纪前期的英国封建王权与基督教会”,载《历史研究》2000年第2期,第137页。

[32] 同注7引文,第193页。

[33] 同注8引书,第141页。

[34] 基佐甚至认为,战争的性质成为了定义中世纪社会性质的根本性要素之一。封建时代的主要历史事件就是战争,而战争并不表现为国家之间的战争,更多的是封建主义内部的战争,包括封臣与领主之间的战争、封臣与封臣之间的战争。同注1引书,第5-6页。

间激烈冲突的,则是因国王海外用兵,为筹措军费而试图加征赋税导致的。

2. 战争、征税与有限王权

查尔斯·蒂利(Charles Tilly)曾经不无深刻地指出,“战争导致国家的改变”,“从1066年到1815年,和法国君主的大战形成了英国国家”。^[35]无独有偶,詹姆斯·汤普逊也极为重视战争在西欧历史进程中的作用。在他看来,正是战争以及由此引发的征税权的问题,奠定了英国议会政治的基础。^[36]在这一问题上,汤普逊可谓目光如炬,如果从宪政史的视野审视英格兰“王在法下”理念的生成,战争与征税无疑是其中极为要害的关节。在英国历史上,王权始终与赋税问题紧密交织在一起,国王与教俗贵族的斗争在很大程度上紧紧围绕该问题展开。甚至在一定意义上,我们可以说征税问题是英格兰“王在法下”理念发轫、生成的催化剂。正是围绕着战争与征税,国王与贵族、教会、骑士及市民之间展开了长达数百年的争吵、较量与妥协,最终在争论的各方中都牢固树立起了“王在法下”的理念,更为关键的是赋予了该理念以外在的、制度化的表现形式。

如前所述,根据日耳曼封建习惯,国王不过是贵族中的第一人。此时的“国王”概念与民族国家形成之后作为国家主权象征的国家元首,具有本质上的差异。国王的权力与其治下的封建领主在其封地内的权力,尽管在威势、范围等方面存在差异,但是在性质上并无本质差别,同属封建特权。国王管理国家,就如同封建领主打理自己的封地一样,是一种私人事务。因此,正像任何一位封建领主,应当依靠自己的封地所得来安排自己的事务一样,国王也应当依靠自己的财产收入来负责王室及各项公共开支。在当时的英格兰,“公共支出与私人支出并没有法律上的明显界限”。^[37]“国家的税收和王室的税收并无区别;王国的收入就是国王的收入。”^[38]社会上长期延续的依然是一个古老的传统税收观念:“国王应该靠自己生活。”

事实上,自诺曼征服以来颇长的一段时间,英格兰国王在财政上基本可以做到自给有余。这一方面是由于在中世纪早期,国家机构简单、政府职能较为单一,政府开支有限。另一方面则是由于根据英格兰传统习惯,国王可以通过王室领地及其他封建特权,获得不菲的财产收入。这些收入的主要来源包括:(1)王室领地的收入。英格兰国王不仅是全国所有土地的最高封建领主,他本人还直接保有广袤的王室领地。据编撰于1086年的《末日审判书》统计,全英格兰约有1/5的土地直接属于国王。^[39]王室领地的地租收入,占全英格兰封建领主地租总收入的1/5强。巨额的地租收入,确保了国王的各项开支具有充足的财政保障。更何况,除了封建地租之外,国王尚其他的生财之道。(2)封建协助金。根据封建习惯法,在以下三种情形中,封臣应当向国王供奉封建协助金,即国王长子获封骑士,长女出阁及国王被俘须缴纳赎金。(3)司法性收入。包括诉讼当事人提起诉讼时所缴纳的诉讼费及判决下达后相关当事人须缴纳的罚金。(4)出售封建权利获得的收入。国王作为封建领主,享有对未成年的封臣的监护权及婚姻支配权,对寡妇地产的保有及其婚姻也享有支配权,相关封臣若想取得对财产和婚姻的自主权,则须向国王缴纳一定数额的金钱。此外,城市市民的自治权亦可花钱购买。这都成为了国王经济收入的重要来源。^[40]

[35] [美]查尔斯·蒂利:《强制、资本和欧洲国家(公元990-1992年)》,魏洪钟译,上海人民出版社2012年版,第37、33页。

[36] [美]詹姆斯·汤普逊:《中世纪晚期欧洲经济社会史》,徐家玲等译,商务印书馆1996年版,第145页。

[37] 朱福惠:《宪法与制度创新》,法律出版社2000年版,第287页。

[38] 同注2引书,第63页。

[39] 同注11引书,第10页。

[40] 同注2引书,第62页。

依靠上述种种经济收入,中世纪早期的英格兰国王掌握了充足的财源,足以保障王室的日常消费及政府的正常开支。国王也就无需突破封建习惯的束缚,额外征收赋税。因此,国王与贵族之间大体保持和平。然而,这种情况却在战争来临之际发生了改变,国王与贵族就征税权的归属问题展开了长达数个世纪的较量,最终将“王在法下”法治理念成功制度化,彻底改变了英格兰政制的格局和发展方向。

自安茹王朝的亨利二世(Henry II)统治末期以来,英格兰就卷入了与法兰西漫长的政治斗争的泥淖之中抽身不得。其中还交织着与爱尔兰、苏格兰及威尔士的征服与反抗。英法两国在海峡两岸合纵连横,互争雌雄,诚如查尔斯·蒂利所言,这是一场持续了千年的斗争。^[41]这场斗争,尽管点缀着些许和亲联姻的粉饰,但是激烈的军事战争从未曾停歇过。1214年的布汶战役、1337-1453年的英法百年战争不过是其中较为引人注目的例子,其余大小战事可谓史不绝书。“长期以来,战争和准备战争导致了欧洲国家的主要构件的产生,这种活动远比其他活动的影响要大得多。”^[42]

频繁的战事,导致巨额的军费开支,单凭传统的王室经济收入,国王根本无力应付经济上捉襟见肘的窘境。面对财政危机,国王不得不另谋开源之策。战争导致税赋加重几乎是各国历史的通例,“战争和准备战争就使统治者从那些拥有必要资源(人员、武器、供应或者购买这些的金钱)的其他人或者那些如果没有强大的压力或补偿就不愿意投降的人处榨取战争的资源”。^[43]但是,在此过程中所引发的抗争、冲突与妥协,却最终塑造了不同的国家文明形态。诚如查尔斯·蒂利一再强调的,“对战争资源的榨取和斗争产生了国家的中央组织机构”。^[44]

在英格兰历史上,最先在征税问题上突破传统的是无地王约翰(King John Lackland),而约翰王之所以要冒天下之大不韪承担横征暴敛的骂名,根源还是战争。“准备战争,特别是大规模战争,使得统治者不可避免地陷入巧取豪夺。”^[45]约翰国王在即位之初,就因为王位继承问题与法国国王腓力二世明争暗斗,最终演变为军事冲突。其在位的十余年时间里,英法两国又围绕着英王在欧洲大陆的属地归属问题爆发持续战争。连年的战事,导致巨额的军事开支,让约翰王入不敷出,纾解财政之困唯有提高税收。据统计,约翰在位期间,将世俗贵族的免兵役税提高了16倍,城市市民也被课以重税,甚至连教会也难逃国王的经济压榨,1209-1211年间,约翰从教会手中强行征收了2.8万英镑财富。^[46]尽管聚敛了巨额军费,但是英格兰军队在欧洲大陆却连吃败仗,1214年的布汶战役最终导致英王在法国诺曼底的世袭领地彻底落入敌手。面对志大才疏,还妄想要重整旧山河的约翰王,贵族们再也不堪重负,纠集徒众,竖起了反叛的大旗,兵锋直抵伦敦城下。

贵族们凭战胜之余威,迫使大肆侵犯贵族权益的约翰王签订城下之盟,这就是被视为英国宪法源头的《大宪章》。《大宪章》洋洋洒洒万余言,其核心主旨就是要求约翰王遵守传统的封建习惯,尊重贵族的固有封建权利。但是,正是这样一份封建契约,却包含了后世宪政理念最重要的基本原则。诸如召开议会、“征税须经议会批准”、人身自由不受非法剥夺、财产权利神圣不可侵犯等原则,都可以在这份文件中找到它们最初的形态。如《大宪章》第12条就征税问题作出明确规定,除传统封建税赋,

[41] 同注35引书,第187页。

[42] 同注35引书,第35页。

[43] 同注35引书,第18页。

[44] 同注35引书,第19页。

[45] 同注35引书,第25页。

[46] 参见阎照祥:《英国政治制度史》,人民出版社2012年版,第43页。

其余任何税赋的征收须征得“全国一致同意”。《大宪章》第14条又专门规定,为求得全国公议,国王应当召集全国教俗两界贵族及相关人士举行会议进行商讨。自此,英格兰历史上长期流传的传统税收观念:“国王靠自己养活”及征税须经全体人民一致同意,第一次以成文的书面形式被规定在了法律文件中。《大宪章》第61条甚至明确规定,当国王对臣民施加暴政时,贵族拥有反抗的自由,贵族可以通过夺取国王的城堡、土地和财产的方式迫使国王纠正暴行。但贵族也明确承诺,在反抗国王的暴政时,不得伤害国王与王室成员的身体。一俟国王废除暴政,贵族就应恢复对国王的忠诚。^[47]

3. 征税权:给国王戴上笼头

约翰王在签署《大宪章》之后不久就抑郁而终,此后历代君主,依旧不断卷入各色战争,强征赋税的念头从未彻底打消,但是经由《大宪章》所确认的传统税收观念成为了牢牢套在国王脑袋上的笼头。在贵族的压力下,《大宪章》不断被历代国王所重新颁布与确认,成为了贵族及平民维护自身权利的法律基础。比如1224年亨利三世召开贵族大会议协商征税事宜,却遭到贵族们的反对。贵族们要求国王先确认《大宪章》,才能同意他的征税计划。亨利三世迫于无奈只得重新颁布《大宪章》。^[48]此后,1242年、1244年、1254年,亨利三世为与法国开战想要征收新税,不得不召集贵族召开大会议,结果却连遭贵族们的反对。贵族们抓住国王渴求通过征税议案的迫切心理,迫使国王不断做出让步,比如确保贵族的参政权、定期召开大会议、选举高级朝臣等。在此过程中,英格兰议会得以最终形成。至1297年,议会通过了《未经同意不得征税法》,明确规定:“非经大主教、主教、高级教士、伯爵、骑士、自治市市民及王国其他自由民众的同意,国王不得征收任何税金和协助金。”^[49]至此,英格兰“王在法下”法治理念借由议会之手,以征税权为突破口,终于获得了制度化的外在形式,在英格兰宪政发展史上迈出了坚实的一步。

此后,国王与贵族的冲突与较量在英国历史上一再上演,而恰恰在这一次次的冲突中,国王与贵族间的权利义务界限得到了一次次的界定、确认和宣示,原本模糊不清、仅仅停留在习惯层面的国王须遵守封建习惯的观念,经过这一次次的确认,并用法律文件的形式向全国公开宣示,最终上升为体现国王与贵族混合意志的、社会契约式的法律。

当我们细看英格兰中世纪史时,我们会发现一个奇异的逻辑怪圈:雄心勃勃的国王总想依靠战争开疆拓土、扩展王权;要打仗就要征税;贵族们一方面不敢过分违拗国王,但是往往又抓住时机要挟国王、火中取栗,迫使国王以相关权力安排上的让步来换取征税议案的通过。“和国民中的不同阶级的斗争和讨价还价极大地塑造了国家。”^[50]历史的吊诡之处在此展露无遗,英格兰国王为了拓展王权而不断卷入战争,而战争的结果却是王权受到越来越多的限制。“英格兰的国王并不想形成一个议会来承担更大的权力;其在劝说为战争筹钱的过程中,先向男爵们让步,然后向僧侣们、贵族们和资产阶级让步。”^[51]也正是在这一次次的讨价还价和妥协退让中,英格兰贵族借助议会的形式争得了越来越多的权力。当然,在国王与贵族最初的斗争中,双方的头脑中绝无半点宪政法治的思想蕴藏其间。贵族们念兹在兹的不外乎最大化己方的权益,而对国王可能实施的侵犯行为施以尽可能多的限制与约束。

[47] 参见齐延平:《自由大宪章研究》,“附录二”,中国政法大学出版社2007年版,第323-330页。

[48] 同注47引书,第189页。

[49] 同注2引书,第64页。

[50] 同注35引书,第27页。

[51] 同注35引书,第77页。

然而,就是这种朴素的限权思想,恰恰成为了后世宪政思想的核心内核。如果缺乏贵族与国王之间的均势,缺乏妥协包容的精神,也就不可能在多元权力并存、制约的基础上形成权力的约束机制。其结局要么就是专制王权的产生,要么就是沦为无政府主义式的一盘散沙。正是在国王与贵族的角力中,正是基于双方力量的均势,正是双方在斗争中所秉持的妥协宽容的精神,使得斗争双方的理念与诉求在冲突中得以充分表达。双方的诉求在彼此对抗、彼此退让的基础上实现融合,一种新的政治治理模式才得以生成,宪政法治的理念才有了现实的历史载体。于是,在13世纪中叶,布拉克顿才可以掷地有声地说出他的名言:“国王不应服从任何人,但应服从上帝和法律。”“如果国王超越法律,同伴们应给他带上笼头。”^[52]

(二) 欧洲大陆:封建权力的失衡

反观西欧诸国,尽管同处封建时代,王权同样需要面对封建体制所固有的贵族的离心倾向。国王与贵族间的政治斗争同样频繁,但是斗争的结局却与英国截然不同。以德国为例,在13世纪以后,原本一度强大的德意志王权忽然被削弱,德意志几乎在欧洲的历史舞台上消失,只剩下邦国林立的割据局面。而这几乎是德国史家始终困惑不已、争执不休的一个话题。主流的解释认为,这与德意志王权与贵族之间未能保持起码的均势有着直接的关联。在中世纪早期的德意志,存在一个名为“强制封土”的封建习惯。根据这一封建习惯,当国王与贵族之间爆发战争时,国王即便赢得了战争的胜利,剥夺了反叛贵族的封地,也不能将该封地收归己有。他必须在收回封地时间届满一年零一天之前,将该封地再次分封给其他的贵族。最为显著的一个例证就是,公元1180年1月“红胡子”腓特烈(Friedrich I)终于设法取消了“狮子”亨利(Henry the Lion)的封土,消除了他对王权的巨大威胁。但是,基于“强制封土”的封建习惯,腓特烈却不得不在一年后将原属亨利的萨克森公国和巴伐利亚公国分封给了其他贵族。因此,有论者就指出,腓特烈与亨利之间的斗争,可谓两败俱伤。亨利痛失世袭封地,腓特烈则丧失了整合王领、强化王权的机会。在这场斗争中,真正获利的是贵族。^[53] 马克·布洛赫在评论德意志的“强制封土”原则时,明确指出,“由于没收或属权未定而暂时归属王权的所有职位采邑,都必须毫不迟疑地作为采邑重新分封。德意志帝国的这一独特原则对其发展是特别有害的”。由于“强制封土”的封建习惯,德意志的国王不可能依靠剥夺贵族的封地扩大王室领地,王权也就失去了强化的物质基础。“由于王权的结构缺乏支持力量,而且不适当时的各种力量,所以,即使在当时也经不起最轻微的一击。”^[54] 最终,在1248年,出自霍亨斯陶芬家族的弗里德里希二世被教皇英诺森四世击败,德意志从此陷入了无休止的军事冲突中,王权彻底虚化。诚如论者所言,“自13世纪下半叶起,霍亨斯陶芬败给教廷之后,帝国在面对诸亲王时便失去了其全部的政治分量”。^[55]

而在法国,情况恰与德意志截然相反。“在法国,谁反对封建主义? 两种力量:一方面是王族,另一方面是平民。靠着王族,在法国成立了一个中央政府。”^[56] 法兰西王权在10世纪末时,曾经非常虚弱,这与同一时期的德意志恰成对比。当时,仅有一批中小骑士直接臣服于国王,有时一两个公爵或颇有势力的伯爵也会给国王提供一部分军队,但此时他们更多的是被作为国王的盟友而非臣民。当

[52] W. S. Holdsworth, *A History of English Law* vol. II, 253 (Methuen & Co. Ltd. 1956).

[53] 同注7引文,第193-194页。

[54] 同注3引书,第681-682页。

[55] 同注4引书,第185页。

[56] 同注1引书,第5页。

时,2/3 以上的主教区已经被诸侯所掌控,王权的衰微由此可见一斑。然而,法兰西国王在随后的与封建贵族的斗争中却力挽颓势,渐次居于主导地位,并最终压倒封建贵族,形成了强有力的王权,为法兰西的君主专制奠定了基础。从胖子路易开始,法兰西王族掀起了王权的“革命”(基佐语)。尤其是在菲利普·奥古斯都在位时期,他一方面利用封建关系将大贵族拉拢在自己身边,另一方面又竭力抬高国王的地位与尊严。他不再任命任何新的伯爵去管理自己的领地,而是任命地位不高的代理人作为王权的代表管理这些领地,同时对代理人的权限作出明确限定。此外,他还深化了王权的社会管理职能,将王权渗透进社会生活的各个领域,包括修桥铺路、建造水渠、医院、教堂、集市等公共工程。王权开始将自己的权力根基建立在平民的拥戴上,并由此从封建的原则和礼仪中挣脱出来,开始以自己的名义行使对抗命者的惩罚。“国王都有长长的胳膊”,这一反映当时王权强大的观念开始为人们深刻意识到。“王权在人们的头脑中再度作为一个到处有权、到处能实施那个权的一个普遍的权力而出现。”^[57]王权挣脱了封建权利义务体系的束缚,成为了凌驾于一切力量之上的主宰,法国的专制王权得以形成,到路易十四说出“朕即国家”时,他只不过是在描述一个再自然不过的事实了。

四、国王与教会的斗争与妥协

在西欧各国多元权力的政治格局中,除了国王与世俗贵族之外,尚有一个极为重要政治权力主体,即以教皇为首的基督教会。在中世纪,教皇权无论在理念上还是在政治实践中,都是对王权的限制性因素。教会所宣称的国王在教皇之下、代表上帝意志的神法高于代表国王意志的人法的理念,以及在教皇权与王权的斗争中所彰显的教皇权威,为英格兰“王在法下”的宪政理念提供了神学的理论渊源与实践基础。

(一) 教皇革命与“双剑论”:教权高于王权的理念及实践

在罗马帝国时代,教会始终未能摆脱世俗统治者的掌控,甚至连教皇也不过是皇帝治下的臣民。^[58]罗马帝国解体后,蛮族国家林立,政治权力对社会及宗教的控制减弱,罗马教会乘机扩大影响。当中世纪大小邦国旋起旋灭时,罗马教会却凭借科层化、常规化的教会组织架构,长期维系着组织内部的世系传承。随着越来越多的民众成为教会的信徒,随着教会领地的急速扩张,教会已经不再仅仅是一个关注信仰问题的宗教组织,它已经成了一个完全意义上的国家。有学者甚至认为,“事实上,中世纪欧洲是一个只有‘领地’而没有‘国家’的大世界,整个西欧是一个天主教大王国,教皇则是这个大王国的精神首脑”^[59]。

在 10-11 世纪,随着教会势力的强大,教会终于不再甘于与世俗权力平等共享世间的统治权。教皇格里高利七世依托克吕尼运动,极力扩张教会的权力,提升教皇的权威。1075 年,格里高利七世拟定《教皇如是说》,系统阐述了自己的政治主张,包括:惟有教皇有权废黜和恢复主教职位;各国教会皆须服从罗马教廷的权威;教皇有权废黜国王;教皇有权解除臣民对国王的效忠义务等等。伯尔曼认

[57] 同注 1 引书,第 246 页。

[58] 参见刘城:“中世纪欧洲的教皇权与英国王权”,载《历史研究》1998 年第 1 期,第 97 页。

[59] 同注 11 引书,第 15 页。近现代意义上的民族国家、主权国家的观念在中世纪的欧洲并不存在,当时整个西欧就是一个“基督教世界”(Christianitas),这个世界奉行如下原则:教皇是最高领袖;宗教事务与世俗事务二元并立;精神高于物质。参见彭小瑜:“中世纪西欧教会法对教会与国家关系的理解与规范”,载《历史研究》2000 年第 2 期。

为,格里高利七世的“这一文件是革命性的”,并将他的上述主张及相关举措称为“教皇革命”。教皇革命在欧洲各国教俗两界掀起了广泛的影响。在欧洲大陆,神圣罗马帝国皇帝亨利四世激烈反对上述举措,甚至召开宗教会议试图废黜教皇。格里高利七世则予以严厉回击,宣布革除亨利的教籍。与此同时,亨利在德意志境内的敌对势力乘机蠢蠢欲动,意图剥夺他的皇帝宝座。在内外交困的情势下,亨利四世不得不前往教皇驻蹕的卡诺萨城堡,匍匐在教皇脚下表示忏悔,史称“卡诺萨悔罪”。1078年,教皇再次颁布教令,宣布僧侣不得由包括皇帝、国王在内的任何俗界人士手中接受教会职位,否则将被革除教籍。此举再次引起世俗统治者的反对,引发“授权权之争”。这场因为宗教引发的政治冲突致使欧洲政局陷入持续震荡,直到1122年各方达成“沃尔姆斯教皇-皇帝协定”,教皇与君主之间才最终以妥协的方式解决了彼此的争执。尽管教会并未真正彻底实现自己的神权政治理想,但是罗马教廷却得以借此重树自己的道德威信,由此开启的宗教觉醒运动将罗马教廷推向了精神领域的最高权威的位置。“宗教意识的发展削弱了过去赋予王权的神圣性,使教士不愿意屈从于统治企图,这种企图是与他们已经提高了的精神力量的优越感相抵触的。”^[60]经过斗争与妥协,教会法学家们鉴于现实的政治情势,明了单凭教会不足以建立政教合一的神权政治统治,同时又充分吸收了由公元5世纪末期的教皇格雷西乌斯一世所系统阐发的教皇与君主并立的神学理论,结合“教皇革命”时期的相关教义,提出了完整的“双剑论”的主张。

“双剑论”的核心要义,由中世纪权威教会法学家格兰西进行了经典论述。在其《教会法汇要》中,格兰西明确指出,“如下事实不容忽视。世界是由君王和神职人员这两种人统治的。君王们在世俗事务上做主,神父们则在圣事上当家。国家负责刑罚,教会则给予信徒们宗教处分”。在格兰西看来,教权与王权皆直接源于上帝的授权,两者的使命都是为了引导基督徒信仰基督、洗刷原罪,最终获得救赎。因此,无论是教皇还是国王,首先都不能违背神法;其次,国王也必须服从自己所制定的法令,给臣民做出榜样。格兰西写道:“君主服从他自己制定的法令是符合正义的。当他自己尊重这些法令时,他其实是告诉所有的人守法。君主们应受他们自己法令的制约,他们颁布给臣民的法令自己也不应该违反。如果君主们不允许自己去做臣民被禁止做的事情,他们的统治就是正义的。”^[61]格兰西的神学观在中世纪产生了巨大的影响力,在15世纪末甚至与另五部《教皇教令集》被教会合编为《教会法大全》,成为罗马教廷认可的阐释教会法要义的官方经典。不仅如此,他的观点在随后不久就被教皇英诺森三世所吸收并加以实践,对欧洲中世纪各国的政治实践与法律理念都产生了直接而深远的影响。以英格兰为例,正是这位在博洛尼亚学习法律出身、吸收了国王须受法律限制观点的教皇,在1205-1213年间,与英格兰那位最终签署《大宪章》的约翰国王之间爆发了长时间的冲突,最终迫使约翰王不得不承认教皇的权威,奉教皇为自己的领主。而在这场激烈的斗争中,教会法中关于国王须信守法律的要义也获得了广泛的传播。

(二) 英格兰王权与基督教会的“二元对立统一”

1. 英格兰王权与教会彼此依存

尽管英诺森三世与约翰王之间曾经爆发激烈冲突,但是英格兰王权与基督教会的关系更多的是

[60] 同注3引书,第682页。

[61] 同注59引文,第124页。

处于一种“二元对立统一”状态,两者之间时有对立,但更多的时候是利益的统一体。^[62]事实上,英格兰早年因海峡隔绝之故,与罗马教廷的联系并不紧密。直到诺曼征服,“征服者”威廉为彰显军事行动的合法性,曾向教皇请求赠予圣彼得赐福旗,并向教皇承诺将进行克吕尼式的宗教改革,英格兰教会与罗马教廷间的联系从此才变得更加紧密。然而,威廉一世取得英格兰王位后,并未兑现对教皇的承诺,反而强化王权对教会的控制。在他的相关宗教举措的推动下,英格兰王权与本土教会长期保持极为密切的关系。为实现对英格兰教会的控制,排除罗马教廷的外部干预,威廉一世于1080年下令英格兰教士未经国王准许,不得擅自出入英格兰。与此同时,他也加紧拉拢英格兰本土教会,将全国26%的土地赐予教会,并重用各阶层教士参与国政,大主教、修道院院长等高级僧侣常被任命为重要朝臣,参加王廷会议,签署王廷法令。如坎特伯雷大主教弗兰克就曾被任命为王廷摄政官。自此以后,重用教士的做法,在英格兰中世纪成为惯例,无论谁占据英格兰国王的宝座,都离不开教士朝臣的辅佐。教士几乎在每一位国王的御前会议中都担当主要职责,是御前会议的核心成员。王廷的内政、外交事务,几乎皆由教士负责处理。^[63]据学者统计,在1100-1135年间,在总共93名朝臣中,高级教士就占了29人,而大贵族仅为11人。^[64]上述现象也就说明了,在英格兰国王与教会之间彼此配合、相互依赖的程度之高。

2. 英格兰王权与教会时有冲突

然而,就如同国王与世俗贵族之间存在利益的冲突一样,国王与教会之间同样会爆发激烈冲突。这种冲突有时因为彼此理念的分歧而起,有时则因现实的政治利益而发;有时起于国王侵吞教产,有时起于教会反抗王权。英格兰国王在重用教士的同时,也常常觊觎、侵占教会利益,从而导致国王与教会之间的尖锐对立。与此同时,英格兰的教士,在身份上具有的双重性,同样会引发教会与王权的冲突。作为国王的臣民,教士负有效忠国王的义务;作为教职人士,教士又须服从教皇的指令。因此,一旦教皇与国王之间发生政治纷争,教士很难置身事外,教会往往会发生分裂,支持教皇者也会与国王发生激烈冲突。

在教会与国王的冲突中,双方的主要着眼点有三:一是征税权;二为圣职推荐权;三为司法权。所谓征税权之争,是指国王是否有权在未经教皇许可的情况下向教会征税。在13世纪末,教皇与英格兰国王之间曾经就此议题发生过激烈冲突。1294年,英王爱德华一世为筹措对法战争军费,向英国教会课征巨额税款。1296年,教皇卜尼法斯八世发布敕令,勒令教会人士在未经教皇许可时,不得向国王纳税,违者将被革除教籍。英国坎特伯雷大主教温切爾西据此抵制国王的征税命令。爱德华一世对此予以猛烈回击,将教职界所持有的全部世俗性地产没收,宣布只有同意国王征税权的教士才能恢复地产保有。^[65]同时他还发布命令,将拒绝纳税的教士置于国王法律保护之外。双方由此陷入长达数月之久的政治僵局,经过各方调停,才最终达成妥协,英格兰国王取得了在紧急情况下无需教皇批

[62] 同注31引文,第141页。彭小瑜也认为,在整个西欧中世纪,尽管偶尔的矛盾冲突时有发生,但是教会与国家间关系的主流是互相依赖与扶持。因为国王本身就是基督徒,基督教是其立国的基本意识形态与合法性来源,所以他们缺乏在原则上与教会对抗的意图。同注59引文,第133页。

[63] 同注58引文,第102页。

[64] 同注31引文,第139页。

[65] 教会地产大致分为两类:宗教性地产与世俗性地产。前者是捐赠给教会,用以维系教职人士生活所需的地产;后者的封授对象为主教、修道院院长等高级教士个人。高级教士一旦以个人身份接受封地,就与地产封授人之间建立了封君与封臣的关系。封君就对封臣享有了各种封建性权力:如主教职位空缺时对地产实行监护,享有地产收益;收回地产以惩戒主教的过失;安排继任者等等。参见注58引文,第101页。

准即可向教会征税的权力。这在一定程度上对国王干预教会的权力进行了限制,同时也为此后类似斗争的解决提供了可资借鉴的模式,即在充分考量双方诉求的基础上达成妥协。甚至可以说,教会在陷入与世俗政权政治斗争的泥潭时,总是倾向于协商解决,各方妥协退让、召集大公会议、签订协议是中世纪教会解决各类纠纷的惯行模式。作为中世纪意识形态的权威及文化精英,教会的行事风格无疑会对世俗世界产生深刻影响。

圣职推荐权是引发教会与国王斗争的另一重要因素。所谓圣职推荐权,是指当教职出现空缺时,继任者推选权的归属问题。圣职推荐权不仅事关教会人事,而且还牵涉重大经济利益,因为圣职的背后附随着巨额的“圣俸”及世俗性地产收益。根据封建惯例,英格兰各教区如因高级教士亡故出现职位空缺时,如若死者是国王封授的世俗性地产的保有人,则应由国王亲自主持宗教会议、决定继任人选并授予职位。但是,国王经常无理拖延职位授予程序,以便攫取教会封地收益及相关教产。如威廉二世在位期间,英格兰最为重要的教职——坎特伯雷大主教一职空缺长达5年之久,导致教会事务废弛、教产流失,引发教会及信徒的极大不满。随着教皇革命的开展,欧洲大陆的授职权之争也波及英格兰。教会自由的理念受到了教会理论家们的大力阐扬,其影响也越来越大。1093年,安瑟伦成为新任坎特伯雷大主教,对国王干涉教会自由、剥夺教会财产的做法予以批评,并要求前往罗马参拜教皇。威廉二世拒绝批准,导致安瑟伦出走罗马,教俗矛盾尖锐化。最终双方于1107年达成妥协:主教由本教区的教士团体选举产生;但是选举须经国王同意,并在王廷的小教堂内在国王监督下进行;新主教须向国王行效忠礼。

此后围绕着教会司法权问题,教皇、英格兰教会与国王之间依旧龃龉不断,时而演变为激烈的政治斗争。在亨利二世统治时期,围绕着教会法庭的独立司法权,亨利二世与贝克特大主教之间爆发激烈冲突,最终导致贝克特遭人暗杀,震惊基督教世界。亨利二世面对重重压力,不得不做出妥协,规定除涉及封建义务或侵犯王室森林的案件外,教会法庭对教士犯罪案件享有独立司法管辖权,使得英格兰王权受到了教会法的极大限制。^[66]

尽管英格兰王权与教会之间冲突时有发生,但是在二者间“二元统一对立”的模式中,双方的对立始终是居于从属地位的,占据支配地位的是双方利益的统一。教会的利益,只有在稳定的政治秩序与社会制度的基础上才能得到最大程度的保护。即便是在双方因利益分歧而激烈对抗时,教会依然宣称:“没有国王保护,教会不能享有和平。”因此,“英国教会即便在与王权抗争时,也远未偏离维护国王权威、反对封建割据的基本立场”。^[67]事实上,在混乱的中世纪,教会始终在努力寻求和平,教士们总是试图用宣誓的方式促使各方停止暴力。

正是因为教会的这一基本立场,及其一贯的解决与国王之间矛盾的传统做法,使得1215年贵族发起对约翰王的大叛乱时,英格兰的大主教们努力发挥自身的影响,将武装叛乱导向政治谈判与妥协的轨道中去。在谈判中,有9位大主教代表国王一方。兰顿大主教仿照亨利一世加冕誓词所写的《佚名英国特许恩赐状》成为了《大宪章》的直接蓝本。英国国王与教会间的“二元统一对立”模式,一方面使得国王的权力受到了教会特权的极大限制。另一方面,教士们深邃的学养、丰富的政治经验及高超的政治远见,又将国王与贵族间的矛盾导向了通过妥协予以最终解决的方向,为现代宪政法治理念及实践的展开开辟了可资依循的道路。

[66] 同注59引文,第128页。

[67] 同注31引文,第146页。

五、结论

毫无疑问,英格兰中世纪时期所秉持的“王在法下”的理念,是现代宪政理念的直接历史源头。但是,在追溯“王在法下”理念本身的起源时,一方面须着眼于英格兰历史进程的特殊性;另一方面却也必须将之放置在西欧的共同传统与整体进程中。唯其如此,我们对该理念的解读才是全面且真实的。着眼于西欧的整体历史进程,不难发现英格兰“王在法下”的理念,在一定程度上是西欧封建习惯与理念的传承与延续。依据封建习惯,国王并不高于贵族阶层,而是贵族中的一员,他必须信守封建契约所划定的权利义务分界。而西欧中世纪的“教皇革命”及“双剑论”的教会法理念,明确提出了精神高于物质、教皇可以废黜国王、国王须信守神法及自身订立的法律的观点。历任教皇与各阶层教士秉承这一理念,与世俗王权展开了激烈的斗争,限制了王权的任意倾向,为“王在法下”理念提供了神学基础及现实土壤。西欧各国在中世纪时期,同时经历了上述的封建文化及教会理念的浸染,但是唯有英格兰维系且发扬了“王在法下”的理念,最终绽放出了最初的宪政之花。这又须落实在英格兰国王与贵族间特殊的斗争模式上,正是英格兰国王与贵族间的均势,使得双方的斗争采取了彼此妥协的解决模式而该模式的核心要义就在于,对立双方在充分表达己方观点、最大可能地包容对方观点的基础上达成一致,并用法律的形式明确彼此的权利义务。“王在法下”的理念与焉而生,宪政的理念与焉而起。

The Development of England's "King Under Law" Idea

Chen Gang

Abstract: The modern constitutionalism originated from England. But how England could figure out the secret of constitutionalism and find a brand - new way to manage the country? From the comparative law perspective, we can find that during the Medieval Western Europe, the king was regarded as a member of feudal nobles, and a feudal conception was widely spread that he must obey the feudal convention. England was no exception from this tradition, which provided the traditional support for the king to abide by the law. But it is different from other countries, the power between the king and the nobles kept balance for a long time in England during the middle ages, so that the king had to make a compromise with the nobles on the distribution of right and obligations which supplied the realistic and political support for the king to comply with the law, and in order that he couldn't implement autocratic monarchy. At the same time, the "Pope revolution," the "Two Swords theory" as well as the "dual unity of opposites" of the kingship and the church offered a theological foundation. The concept about "king under law" was developed gradually during the multi - polarization of political power situation, and became the origination of constitutionalism of modern society eventually.

Keywords: king under law; feudal convention; kingship; noble; the church

(责任编辑:刘馨)

欧盟转基因食品管制机制的历史演进与现实分析

——以美国为比较对象

胡加祥*

摘要: 欧盟目前的风险管制类似于美国 20 世纪 60 年代至 80 年代的做法:一些有影响的精英人士和公共舆论对于社会风险特别敏感,经常质疑新技术的危害,却忽视其给人们带来的好处。美国在经历了与欧盟相似的公共危机后,建立了较为完备的安全监管体系,公众对于政府防范风险能力的质疑逐渐减少。这是转基因生物的研究和产业化在美国得以顺利发展的客观条件。相比之下,欧盟的体制建设仍处于进行之中。虽然预防原则可以给欧盟及其成员国保护环境和公共安全暂时提供一项有效的挡箭牌,但是面对转基因生物这样新科技产品,一味采取回避态度不是长久之计。只有通过建立和健全监管机制,在有效防范风险的同时,积极推动技术进步,这才是符合提高人民生活水平的根本目的。

关键词: 欧盟 转基因食品 管制机制 历史演进 现实分析

欧盟与美国是世界上最早研究和开发转基因技术的地区和国家,两者的科研投入与技术产业化水平也不相上下。但是,经过近半个世纪的发展,它们对待转基因食品管制的态度却相去甚远。美国遵循的是“实质等同原则”,^[1]认为在目前的科学技术条件下,没有证据证明转基因食品是有害的,因此推定转基因食品与传统的非转基因食品一样是安全的。欧盟在此问题上遵循的是“预防原则”,认为在人们能够证明转基因食品绝对安全之前,应采取谨慎态度,先将转基因食品与非转基因食品相区别,对转基因食品给予特别管制甚至禁止销售。可见,美国的态度是以“科学依据为导向”,侧重点是转基因食品提供稳定、可预见的市场准入规则;欧盟的态度则以“社会反应为导向”,侧重结合消费者意愿等各种社会因素,在此基础上,对转基因食品作出相应管制。事实上,在 20 世纪 80 年代,当人们刚开始将转基因技术用于食品生产和加工时,美国的相关制度都要比欧盟严格得多。为何欧盟现在对待转基因食品采取如此严苛的态度?其监管制度演进的背后有着复杂的政治原因和现实考量。

一、欧美风险管制机制的历史比较

对于公共卫生和安全以及环境保护,美国以往出台的管制措施要比欧盟的同类措施更容易引起

* 上海交通大学凯原法学院教授,英国爱丁堡大学法学博士。本文是国家社科基金重点课题“世界各国对转基因食品的政策和法律规制比较研究”(课题编号:14AGJ004)的阶段性成果。

[1] “实质等同原则”由经合组织(OECD)于 1993 年提出。它的基本含义是“如果人们对转基因食品各种主要营养成分、主要抗营养物质、毒性物质及过敏性成分等物质的种类与含量进行分析测定,发现它们与同类传统食品无差异,则可以认为两者具有实质等同性,不存在安全性问题;若无实质等同性,人们需逐条进行安全性评价”。目前,美国等部分国家以此作为转基因食品安全评价的一项基本原则。

人们的争议。从历史传统角度讲,美国人对政府官员更缺乏信任感,对新技术给人类带来的好处也心存疑虑。^[2] 因此,美国政府在出台管制措施时,也更加注重程序的合法和公开透明,其中非政府组织的影响也显而易见。相比之下,欧盟以前的风险管控决策大多是在封闭状态下作出的,民众对此并不了解,非政府组织对决策制定的影响也有限。^[3] 因此,美国的管制措施能够反映非政府组织、企业和管理者不同的声音和态度,而欧盟的政策则更多体现了企业与政府聘请的专家之间达成的共识。在这样的导向下,美国的公共决策机构对风险更加敏感,对未来有可能出现的风险也更加看重,尤其是当民众认为这种风险是不可忍受的时候。例如,自1962年美国修改了《联邦药品法案》之后,美国对新药的批准一直持非常谨慎的态度,一般要比英国、德国等欧洲国家晚几年。^[4] 美国的《食品、药品和化妆品法案》也禁止使用有研究表明可能导致无法挽回损害的添加剂。正如有学者所指出的,“世界上没有第二个像美国这样的国家,一方面批评欧盟对转基因食品管制所持的‘预防原则’;另一方面,在其国内法中,‘预防原则’又是如此根深蒂固”。^[5]

二、美国转基因食品管制机制的演变及其法理依据

欧盟与美国对于通过生物技术生产农产品的管制始于相同时间,但是,两者的态度很快就变得大相径庭。美国开始的态度也是非常谨慎的。1974年,一批资深科学家呼吁暂停基因工程研究。1976年,美国国家卫生研究机构引入了实验室进行由联邦政府资助的基因重组实验的规范条例。然而当人们了解到该技术的商业价值后,美国科学界对这一问题所持的严厉态度很快被弱化了。与此同时,大量企业资助的实验由于不受上述条例的约束,这使得基因工程研究在美国的限制进一步减少。

在考虑如何规范转基因生物及其研究时,美国政府面临两个棘手问题:第一,政府是否拥有足够的法律授权来规范生物技术。如果生物技术是一项独特的、新的农业技术,那么,它需要有新的立法来规范。第二,现有的条例能否规范转基因产品的生产过程,因为用转基因种子和非转基因种子种植的农作物,从产品的成分看,并没有什么本质区别。对此,美国政府中形成了两派观点。白宫科学技术政策办公室、农业部、食品药品管理署等部门热衷于宣传生物技术的潜在价值,认为应该从产品入手管理生物技术,即强调“产品管理”。另一方面,美国环境保护署则坚持对转基因生物采用新的风险评估程序,即强调“过程管理”。

1984年,白宫指派其下属的经济事务委员(而非环境保护署)负责管理生物技术事项。这一机构成立伊始做的第一件事情就是设立一个由政府各部门代表组成的工作小组,起草了《生物技术管理的协调框架》(Coordinated Framework for the Regulation of Biotechnology),作为美国政府至今仍然是最主

[2] See David Vogel, *National Style of Regulation: Environmental Policy in Great Britain and the United States* (Cornell University Press 1986).

[3] See Sheila Jasanoff, *American Exceptionalism and the Political Acknowledgement of Risk*, in *Risk* 66 (Edward J. Burger ed., University of Michigan Press 1993).

[4] 这方面还有很多其他例子。例如,20世纪70年代,美国环境保护署(EPA)禁止使用阿耳德林、氧桥氯甲桥萘这两种农用杀虫剂,而英国基于科学证据,却允许使用。另一个例子是美国由于环保人士的反对,成为世界唯一一个禁止果农在种植苹果时采用一种名为“阿拉尔”(Alar)的催生剂。See Kathryn Harrison & George Hoberg, *Risk Science and Politics* ch. 4 (McGill Queen's University Press 1994).

[5] James Cameron, *The Precautionary Principle*, in *Trade, Environment and the Millennium* 250 (Gary Sampson & W. Bradnee Chambers eds., United Nations University Press 1999).

要的规范生物技术的政府文件。依据该规范,美国政府成立了一个生物技术工作小组——“生物技术科学协调委员会”,明确环境保护署、农业部、食品药品管理署作为管理生物技术的三家主要机构,其中环境保护署负责管理具有抗除草剂性能的农作物和通过基因工程合成的微生物农药;农业部负责管理经过基因转移的植物;食品药品管理署负责管理通过生物技术提炼的药品。根据协调框架的解释,现有法律规定已经足以规范生物技术,不需要制定新的法律规范。这一规定奠定了美国的转基因食品无需特别标注的法理基础。食品药品管理署也规定,除非新产品对消费者构成安全问题,通过基因工程生产的食品无需强制标注。

1999年5月,美国康奈尔大学研究人员在《科学》杂志上发表论文,宣布其研究表明转基因大豆不仅可以抗病虫,也可以杀死蝴蝶。这一结论引起了美国立法机构的重视。国会为此在当年11月专门举行转基因食品的听证会。农业部也在全国举行多次听证会,重新评估转基因食品是否属于“添加食品”,需要强制标注以及是否需要对其安全性进行重新测试。环境保护署也开始评估是否需要将转基因种子纳入病虫害控制管理的范畴。2000年1月,在环境保护署的指导下,销售转基因大豆的公司帮助农民在自愿的基础上,对转基因大豆种植采取隔离的方式。^[6]

《科学》杂志引发的转基因生物危机直到第二年才有所缓和。2000年5月,美国科学院的一个专家小组发布其研究报告,认为市场上销售的转基因产品是安全的,他们认为在一种植物内植入另一种植物的基因并不构成内在的危害。^[7] 这一观点与先前的“转基因食品与非转基因食品没有本质区别”的观点是相吻合的,同时也成为美国确立转基因食品管制所依据的“实质等同原则”的科学依据。

三、欧盟转基因食品管制机制差异的经济与文化原因

相比之下,欧盟对待生物技术的态度,无论是在联盟层面,还是在其成员国层面,都与美国有很大的差异。欧盟与美国民众对待转基因食品的态度差异由来已久。早在1995年,一项调查显示,只有21%的美国消费者认为转基因工程会对人类健康构成严重危害。相比之下,瑞典的这一数据是85%,奥地利是60%,德国是57%,荷兰是48%,英国是39%,法国是38%。^[8] 米斯蒂安娜和布克做的另一份调查也得出类似结论:大约2/3到3/4的美国消费者支持生物技术,表示愿意消费通过生物技术生产的食品。而在英国,61%的受访者表示不愿意吃转基因食品,法国的这一数字是76%。^[9] 到了20世纪90年代末,这种差异变得更加明显,欧洲人对转基因食品的好感没有增加,而美国人中的反对者比例则进一步减少。^[10] 如此显著分歧的背后是复杂的社会和经济原因。

(一) 经济的影响

如果欧盟的管制措施反映了欧洲农业生产者的利益,那么欧盟成员中对利益最敏感的法国理应

[6] See Carol Kaesuk Yoon, *E. P. A. Announces New Rules in Genetically Altered Corn*, *The New York Times*, January 17, 2000.

[7] See Carol Yoon & Melody Petersen, *Cautious Support on Biotech Foods by Science Panel*, *The New York Times*, April 6, 2000; Paul Raeburn, *Biotech Foods Aren't Out of the Woods Yet*, *Business Weekly*, April 17, 2000, at 56.

[8] See Tomas Hoban, *Consumer Acceptance of Biotechnology: An International Perspective*, *Nature Biotechnology*, March 1997, at 233.

[9] See Veronique Mistianen & Isabelle Boucq, *A War Against Techno-Food*, *San Francisco Chronicle*, August 16, 1999, at A6.

[10] 认为食品的基因被改良会导致严重危害的消费者比例,瑞典是65%,奥地利是69%,德国是50%,英国是39%,而美国只有14%。See T. Ayers, *A Tomato by Any Other Name? U. S. and EC Grapple with Labeling*, *Science*, July 30, 1998, at 714.

站在反对转基因生物的最前沿。^[11]然而在 20 世纪 90 年代初期,时任法国总理朱佩是欧盟内部农业生物技术最坚定的支持者之一。他领导的法国政府意识到这种新技术对于拥有强大农业食品加工业的法国具有潜在的好处。1996 年,在种植工业协会和主要的农场主联合会支持下,法国农业部批准了转基因玉米的销售。在 1997 年 6 月召开的欧洲理事会上,法国是唯一投票赞成授权耕种转基因玉米的国家。然而到了 1998 年,受疯牛病的影响,法国政府不顾部分农场主联合会的反对,在其国内市场撤出转基因玉米。英国的情形多少与法国有点相似。因此,可以这么认为,尽管欧盟国家农场主联合会支持转基因食品的标签制度,他们这样做的主要原因是满足消费者的要求。换言之,如果大多数国家没有禁止转基因作物的种植,而是让农民自由选择,那么,即使转基因种子的使用范围没有美国那么普及,至少也要比现在广得多。

然而为何事态发展到了后来,在欧洲形成了一边倒的反美或反全球化情绪?有三方面原因可以对此作出解释:第一,美国孟山都公司是转基因生物技术的第一个推手,即第一批在欧洲种植的转基因种子是来自美国,并非由欧盟成员自己培育的。不仅如此,孟山都公司没有对转基因作物用标签加以识别,这引起欧洲消费者的不满,他们觉得自己的选择权被剥夺了。第二,孟山都公司在欧洲收购了一大批种子以及转基因种子的“绝育”特点给欧洲许多农民带来不安。他们把孟山都公司推广转基因种子视为美国控制欧洲农业战略的一部分。第三,美国第一批出口欧洲的转基因种子恰好是在“激素牛肉案”裁决生效后,欧盟拒绝履行裁决,美国对欧盟征收价值一亿美元惩罚性关税这个敏感时期达到的,而这些惩罚措施主要针对欧盟出口至美国的农产品。^[12]

事实上,正当孟山都公司在欧洲遭遇强烈抵制的时候,欧盟严厉的管制措施和消费者的抵制行为也给欧洲从事转基因生物开发的公司带来巨大的损失。虽然像 Novartis、Rhone - Poulenc、AgrEvo/Aventis 和 Zeneca 这些欧洲公司还可以在美国销售它们生产的转基因作物,但是它们却无法在家门口销售自己的产品。为此,包括时任英国首相托尼·布莱尔在内的一些欧洲国家领导人多次表示,欧盟对待转基因生物严厉的管制政策正在损害欧洲农业生物技术领域的长远发展。这些政策让许多欧洲公司付出了高昂的机会成本。

(二) 文化的影响

除了政治因素,文化差异也是导致欧盟与美国在转基因生物管制措施方面有很大区别的重要原因。据《华盛顿邮报》报道,“尽管欧盟各国在饮食烹饪习惯上有差异,他们都崇尚天然食物,对食品中掺杂任何杂物怀有深深的敌意,例如,含有激素的牛肉和基因被改良过的西红柿等。^[13]这方面与习惯于“加工食品”和“快餐文化”的美国人有很大的不同。这种饮食习惯差异折射的是美国人求新求快的生活方式和欧洲人崇尚自然生活方式的不同。^[14]

不同的生活方式源于对大自然的不同认识。正如《金融时报》记者库克森和赫尔德所描述的,“当欧洲人谈到原野生活和乡村环境时,他们会联想到自己的农场。转基因技术对于欧洲人来说似乎是未来以一种规模化、集约式方式耕作农业的不受欢迎的发展趋势”。欧洲人的乡村情结使他们对任何

[11] See David Vogel & Olivier Cadot, *France, the United States, and the Biotechnology Dispute*, Brookings, January 2001.

[12] See European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WTO/DS26.

[13] See Anne Swardson, *Round 2 of the Food Fight: Genetically Altered Items*, Washington Post National Weekly Edition, April 5, 1999, at 20.

[14] See Daniel Greenberg, *The Right to Know What We Eat*, Washington Post National Weekly Edition, July 7, 1999, at 27.

改变农业方式的企图有着很深的抵触情绪。相反,“美国人谈到原野和乡村环境时,则联想国家公园。他们把农场视为工业体系的一部分”。^[15]可见,美国人把休闲场所与农业生产场所相区别。因此,欧洲人对转基因作物“侵蚀”他们的家园的担心在美国人中是不存在的。^[16]

四、欧盟转基因食品管制机制的成因分析

与经济和文化差异相比,欧盟与美国对转基因食品管制更大的区别体现在他们对待风险管控的态度上。20世纪90年代以前,美国不仅是国际环境保护的积极倡导者,还是诸如《濒危野生动植物种国际贸易公约》、《蒙特利尔议定书》、《国际捕鲸公约》等国际公约制定的直接推动者。然而,美国的这种领袖地位正逐渐被欧盟取代。欧盟已经正式批准加入《生物安全议定书》、《控制危险废料越境转移及其处置巴塞尔公约》等新近签订的国际环保条约,美国在这方面则落后于欧盟。这种管制态度的嬗变也可以从欧美的贸易争端历史中得到印证。20世纪80年代,欧共体(欧盟前身)在关贸总协定诉美国的“汽油标准案”、“金枪鱼案”大多涉及美国更严格的环境保护标准。然而自20世纪90年代以来,美国在世贸组织诉欧盟的“激素牛肉案”、“转基因产品案”等一系列贸易纠纷中,争议的焦点都是欧盟更加严格的环保措施,其中欧美有关转基因生物的控制分歧已经成为双方讨论的政治议题的一部分,其实质是欧盟严厉措施已经影响到美国农民的利益。欧盟这种管制机制的形成原因,我们可以从三个层面进行剖析:“公民”意识的崛起,欧盟不断完善的管制角色,以及一系列管制失败动摇了民众的信心。

(一)“公民”意识的崛起

从成员国角度讲,德国、荷兰、丹麦等国家历来赞成对环境、卫生和安全议题采取更加严格的风险管控措施,而英国、法国、意大利则一直反对这样做。20世纪七八十年代,欧共体许多公共政策的制定都会遭遇这两派意见的交锋。尽管从趋势看,欧洲的标准在逐渐趋严,但是欧盟制定的汽车尾气排放、产品循环利用等标准则在一定程度上反映了成员国之间不同意见的妥协。然而,包括英国、法国在内的越来越多成员国的立场逐渐地开始转向保守。英国还正式将“预防原则”作为支持可持续发展的基本目标和原则之一。^[17]法国的态度转变虽然没有英国那么激烈,但是朱佩内阁的环保部长考利纳·拉佩奇却是一位转基因生物的反对者。1997年,强调环保的法国“绿党”(Green Party)首次加入若斯潘组建的法国政府内阁,绿党出身的环保部长多米尼克·维厄耐坚决反对转基因生物在法国和欧洲的种植和销售。1999年,法国建立了一家独立的食品安全监测机构。2001年,为了避免疯牛病的扩散,法国成为第二个禁止牧场使用人工合成饲料的欧洲国家。这一决定就是基于“预防原则”作出的,因为没有确凿证据表明饲料中的添加剂(farines)对人体和动物有害。法国民众现在已经是欧洲反对转基因生物态度最坚决的。^[18]

作为欧盟影响最大的两个国家,英国和法国的态度转变直接影响了欧盟转基因生物管制政策的

[15] Clive Cookson & Vanesse Houlder, *An Uncontrolled Experiment*, Financial Times, February 13/14, 1999, at 7.

[16] See *Sticky Label*, Economist, May 1, 1999, at 75.

[17] “预防原则”是德国首先提出并适用于其制定的环保政策之中。See Andrew Jordan & Timothy O’ Riordan, *The Precautionary Principle in UK Environmental Law and Policy*, in *UK Environmental Policy in the 1990s* 70-71 (Tim S. Gray ed., Macmillan Press Ltd. 1995).

[18] *Le gouvernement peaufine un plan d’ interdiction des farines animales*, Le Monde, November 12-13, 2001, p. 6.

走向。与此同时,另一个重要国家意大利,由于民众对公共健康的担心,第一个禁止在牛饲料中放入添加剂。绿党也加入到比利时政府内阁,开始影响其政府制定的公共卫生健康与环境保护的政策。此外,非政府组织也开始发挥越来越重要的作用。受欧洲消费者联盟事务局(European Bureau of Consumers Unions)要求对牛饲料禁止添加激素规定的启发,欧盟各成员国消费者组织纷纷给本国政府施压,要求对转基因生物用标签标示。“地球之友”和“绿色和平组织”等非政府环保组织以及各成员政府内和欧洲议会内的绿党成员也在推动公众反对转基因食品方面起了关键作用。尽管这种影响在各成员国不尽相同,但是在奥地利、芬兰、瑞典这些一向较“绿”的国家加入欧盟后,其影响还是非常显著的。建立一个“安全、环保”家园的公民意识正在欧盟兴起。

(二) 欧盟组织架构的特点

从1987生效的《单一欧洲法案》开始,包括其前身欧共体,欧盟对《罗马条约》的每一次修订都强调在政策制定过程中给予“欧洲公民”更多的考量。^[19]《单一欧洲法案》第一次以国际条约形式制定欧洲的环境政策,强调预防措施的必要性和在各成员国之间建立高标准的统一环境保护措施。1993年生效的《马斯特里赫特条约》第一次将预防原则作为欧盟环保政策的指导原则,同时,消费者权益保护也上升至条约规定。^[20]1995年,在欧盟委员会下属的“消费者政策署”和“环境理事会”(第九总理事会)(DG IX)基础上,欧盟成立了一个涵盖消费者权益保护、环境保护等多项职能的“第二十四总理事会”(DG XXIV)。从2000年起,专门负责管理食品新品种的机构也从工业理事会划归到第二十四总理事会。1997年生效的《阿姆斯特丹条约》要求欧洲理事会和欧洲议会通过欧盟的单一的市场立法实现高标准的健康、安全、环境和消费者保护。^[21]不断修订的欧盟条约也扩大了欧洲议会的权力。由于议会代表都是各成员国选民直接选举产生的,这些代表自然更关注选民的利益。例如,原先《单一欧洲法案》赋予议会在“合作程序”方面的立法权,《马斯特里赫特条约》将此延伸至“共同决定”程序,赋予欧洲议会和欧洲理事会在立法时的共同责任,^[22]进一步扩大了民众在欧盟立法中的参与权。

正如马农指出的,欧盟主要是一个管理性质的联盟,制定规则是其形成欧洲公共政策的主要途径。^[23]尽管有时会被指责缺乏民主,欧盟各部门在代表各阶层民意方面所发挥的作用正变得越来越大。这些民意由原来的国家意志上升为欧盟意志。与美国宪法对各州处理跨州事务权限有明确限制不同,欧盟各成员国在推动制定统一的消费者保护和环境保护立法方面一直发挥着重要作用。与其他公共管理事务一样,转基因食品管制最严厉的措施最早出现在国家层面,由于成员国之间以及成员国与欧盟之间的政策冲突,这使得欧盟制定统一政策时的基本立场是适用标准“就高不就低”,因为越是高的标准冲突越少。为了倾听欧盟各国民众的意见和协调各国的立场,一个成员国的立法很快会成为欧盟的立法议案。这种成员国之间的相互影响在统一市场建立后日趋明显。即使是对本国政府食品监管放心的民众也无法信任所有其他成员国的产品质量,然而其他成员国产品在本国市场流通,与本国产品并没有区别。于是,欧盟这种统一市场结构无意间导致了消费者信任的缺失,这又迫使许多国家政府以及欧盟本身采取更加严格的产品标准。

[19] 1957年3月25日,在欧洲煤钢共同体的基础上,法国、前联邦德国、意大利、荷兰、比利时和卢森堡6国在罗马签署《欧洲经济共同体条约》和《欧洲原子能共同体条约》,后人称之为《罗马条约》。这是由欧盟前身——欧共体成立的法律基础。

[20] 参见条约第三部分(Union policies and internal actions)。

[21] 条约的第153条明确规定对消费者健康保护是欧洲民众的“权利”。

[22] See Elizabeth Bomberg, *Green Parties and Politics in the European Union* (Routledge 1998).

[23] Giandomenico Majone, *Regulating Europe* (Routledge 1996).

(三) 管制失败

除了上述两方面原因,第三个导致欧盟对转基因食品采取严格管制措施的原因是欧盟近年来一系列的管制失败导致公众对本国政府及欧盟能否有效保护公众健康与安全的能力产生怀疑。20世纪90年代后半期,欧盟对于食品安全的管制缺陷因疯牛病爆发而暴露无遗。第一例疯牛病是1982年在英国被查出的。当时的欧共体委员会听信英国农业部的保证,该病不会对人类构成威胁。当后来的研究表明,这种病有可能传播给老鼠时,英国被迫向欧盟其他成员国通报疯牛病给食品安全带来的潜在威胁。疯牛病在20世纪80年代末至90年代初大规模爆发时,欧共体委员会只是禁止销售病牛肉,而不是所有英国牛肉。当英国民众对疯牛病对人体健康危害的质疑在20世纪90年代持续发酵时,英国政府却否定公众这些质疑的合法性。英国政府的立场得到欧共体委员会的支持,英国牛肉在欧共体成员国内的销售也没有受到任何限制。

1996年,英国政府宣布在患者中查出10例库贾氏病(Creutzfeldt - Jakob disease)有可能与疯牛病有关时,疯牛病危机在欧盟全面爆发。欧盟委员会下令禁止英国牛肉出口到任何国家,并且要求在英国全部销毁被确诊的病牛。当疯牛病过后,欧盟委员会及其科学咨询委员会给英国签发安全证书时,欧盟前期的迟缓行动已经严重动摇了欧洲民众对欧盟食品安全监管及科学水平的信心。然而恰恰在这个时候,转基因食品被引入欧洲,这更加唤起了欧洲民众的食品安全意识。疯牛病使得欧洲人对食品加工行业采用的新技术非常敏感,人们对于科学家和政府为树立民众对转基因食品所作的努力自然也持谨慎的态度。^[24] 社会学家尼杰尔·威廉姆斯指出,“疯牛病是这个国家(英国)食品行业的水岭。人们第一次意识到,仅仅试图去相信我们厨房里的食品可以放心食用,这不是明智的态度。我们必须了解食品的整个生产过程”。^[25]

疯牛病虽然主要发生在英国,但是在欧盟委员会发出禁令之前,英国牛肉在欧盟其他成员国的销售并没有受到任何限制,这是由欧盟统一市场的特点决定的。疯牛病让欧洲人开始意识到,欧盟任何一个成员国出现食品安全问题,受影响的不仅仅是这个国家的消费者,而是所有成员国的消费者。然而在疯牛病爆发之前,欧盟还没有确保统一市场内销售的食品安全的机制,这导致了“一人得病,大伙一块吃药”这样尴尬的局面。在经历了这场食品安全危机之后,欧盟不仅强化了第二十四总理事会的职能,还于2000年12月在法国尼斯召开的欧盟领导人峰会上决定成立欧盟食品安全局。该机构成立后不久便质疑欧盟委员会所依赖的专家咨询机构——兽医科学委员会出具的咨询意见,因为该委员会主席是一名英国科学家,咨询意见也主要反映英国农业、渔业和食品部的立场,然而事实证明这些意见是有缺陷的。^[26] 由于欧盟组织的官员不可能取代成员国监管机构的官员,包括新成立的食品安全局在内的欧盟监管和咨询机构与欧盟委员会之间的关系就一直处于不断变化的状态之中。欧盟官员希望通过机构设计来避免监管盲点。^[27] 与此同时,疯牛病的爆发也影响到各成员国内监管机制和决策机制的调整。例如,德国进一步提升保护消费者权益的内阁部委的地位,英国和法国负责食品安全监督机构的权力也得到相应扩大。

[24] See Cookson & Houlder, *supra* note 15.

[25] Nigel Williams, *Plant Genetics: Agricultural Biotech Faces Backlash in Europe*, *Science*, August 7, 1998, at 768 - 771.

[26] See Graham R. Chambers, *The BSE Crisis and the European Parliament*, in *EU Committees: Social Regulation. Law and Politics* 95, 95 - 108 (Christian Joerges & Ellen Vos eds., Hart Publishing 1999).

[27] *Id.*

疯牛病事件之后,欧洲还经历了比利时的“二恶英食品污染事件”^[28]部分国家的“口蹄疫事件”^[29]等一系列公共安全事件。加上稍早传出的“可乐丑闻”^[30]“法国输血丑闻”^[31]欧洲人产生了对转基因食品潜在危害的担忧,尤其是对环境和人类健康的威胁。这种担忧促使人们对食品安全提出更高的要求。目前,绝大多数欧洲人都赞同对转基因食品采取标签标注,因为他们觉得这样做,至少选择权在消费者手里,而不是在政府或企业那里。

五、结语:预防原则——欧盟转基因食品管制机制的合理逻辑

欧盟成立的法律文件——《马斯特里赫特条约》只是提到“预防原则”,但是没有对此作出界定。2000年2月,欧盟委员会在一份公报中解释,该原则已经从最初的环保领域延伸至人类、动植物健康保护等领域。当人们从“某种现象、产品及其生产过程中发现潜在危害……而科学评估由于没有充分证据或者被评估对象性质的不确定性,还无法对此作出肯定结论时”,可适用“预防原则”。^[32]预防原则从两个方面改变了欧盟的决策思维:第一,在欧盟委员会强调全面、科学的风险评估重要性时,该原则给决策者一个更宽泛的视角,在缺乏足够证据或者危险临近时,评估不一定是必须进行的。第二,该原则使得更广泛的民众参与风险评估成为可能。公民参与要体现“跨部门、独立和公开透明”的特点,确保所有的观点都能够被听到。

尽管强调预防原则不能偏离科学,因为风险评估的基础是证据。然而人们普遍认为,政府作出的管理决策缺乏科学常识。^[33]决策者往往在两种相互矛盾的逻辑中作出平衡:前者是“科学思维”逻辑,后者是“科学不足”逻辑。^[34]这种决策思维的逻辑矛盾传导给消费者的是一种信任危机:一方面是寄希望于科学,依靠科学证据来作出判断;另一方面总是对已有的科学发现持怀疑态度。事实上,这种信任危机导致了欧盟公共决策作出之前适用科学评估门槛的降低。在制定公共政策时,决策者在有关危害被证实之前,不能以“科学不确定性”作为回避或拖延采取更严格保护措施的合法借口和理由。^[35]虽然这种变化在欧盟和各成员国的具体体现还没有一个权威统计数据,但是有一点变化却

[28] 1999年4月,比利时农户使用的鸡饲料被查出二恶英含量超出世界卫生组织规定的140倍,不仅导致欧盟各国下架所有比利时食品,也直接导致当时的比利时政府下台。

[29] 2001年2月20日,英国发现首例猪口蹄疫,给欧洲大陆国家造成极大恐慌,纷纷采取紧急措施。德国在从英国进口的羊身上发现口蹄疫病毒抗体后,立即决定将这批羊全部杀掉,并在机场海关设了严格检疫防线;荷兰也宰杀了大批从英国进口的羊、牛、猪、鹿,并下令暂时关闭所有牲畜交易市场;法国对当年2月1日以后从英国进口的两万只羊进行宰杀和销毁。

[30] 1985年,《新英格兰医学杂志》报道,哈佛大学医学院的专家对市面上销售的3种不同配方的可乐饮料进行“杀精”实验。他们将冷冻精子放入试管内,分别倒入不同的可乐饮料。经过反复测试,得出结论:可乐确实具有杀死精子的效果。对于男性来说,饮用可乐会影响生殖能力。这一研究结果公开后,很多要做爸爸的年轻人都不敢喝可乐了。对此,可口可乐公司发言人称,其他研究人员在后来的实验中不能证实哈佛大学的结论。See John Lanchester, *Mad Coke Disease*, *The New York Times Magazine*, July 4, 1999, at 7-8.

[31] 1985年5月,法国全国输血中心决定允许已受艾滋病病毒污染的血液制品在市场出售,导致三百多人因输入被污染的血液而死亡。这一事件导致包括总理在内的多名内阁成员辞职和多名高管被刑事指控。

[32] *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*, February 2, 2000, p. 15.

[33] See Cameron, *supra* note 5, at 244.

[34] See Oliver Godard, *Social Decision - Making under Conditions of Scientific Controversy, Expertise and the Precautionary Principle, Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision - Making* 39, 65 (Christain Joerges, Karl - Heinz & Ellen Vos eds., Nomos Verlagsgesellschaft 1997).

[35] See Jordan & O' Riordan, *supra* note 17, at 71.

是明显的,那就是现在的政府决策并不都需要科学评估结论作出后才能制定,这使得管理决策的“政治化”变得合法化,同时也使得决策者更加在乎公众的意见,而不是一味尊崇科学结论。就像乔丹和奥利欧丹两位学者指出的,“预防原则执行的松紧程度折射的是社会和经济变化的程度。如果公众本能地或者通过了解真相,对某项事物持反对意见,预防措施就有可能被采用”。^[36]从某种意义上讲,预防原则不仅为欧盟的普通民众,也为决策者找到了一个有效的挡箭牌。

On the Historical Evolution and Realistic Analysis of EU Regulation on GM Food

Hu Jiexiang

Abstract: The current risk control practice of EU is similar to that adopted by the United States from the 1960s to the 1980s. Some influential elite and the public media were extremely sensitive to the social risks and often suspicious of the safety of new technologies, but ignored the benefits of them brought to the human beings. After experiencing the public crises like those EU encountered in the 1990s, the United States has established a complete public safety monitoring system. The suspicion of the public to the government capacity against risks has declined. All these have provided favorable conditions for the research and industrialization of GMO. In contrast, the systemic regulations of GMO in EU are still under construction. Although the principle of precaution may give EU and its Members a good excuse for the protection of environment and public safety, it is not a long-term strategy to avoid such issue in the face of new products like GMO. Only through the establishment of a complete monitoring system, can we achieve the fundamental target to raise the people's living standard provided that the risks are effectively controlled while the new technologies are significantly promoted.

Keywords: GM food, regulation mechanism, historical evolution, practical analysis

(责任编辑:丁洁琳)

[36] *Id.*

国际条约解释:变量、方法与走向

——《条约法公约》第31条第3款(c)项研究

吴 卡*

摘 要:《条约法公约》第31条第3款(c)项引发了“有关国际法规则”的范围和时际疑问,在国际司法实践中,它们具体表现为对条约解释关联性变量和时间点变量的不同做法,关联性变量涉及自体解释与系统解释,而时间点变量则包含原始解释与演化解释。这些条约解释方法在实践中都得到了运用,其中系统解释和演化解释由于各有其适用的现实基础、原因或条件,所以日益成为当今条约解释的重要方法,而系统解释尤其会成为条约解释的一种趋势,但它们在实践适用都还存在一些疑问和不确定性,值得进一步关注和研究。这两种方法虽然整体上并行不悖,但通过《条约法公约》第31条第3款(c)项,它们紧密联系在一起。

关键词:条约解释 系统解释 演化解释 《维也纳条约法公约》

条约解释是指“对一个条约的具体规定的正确意义的剖析明白”。^[1] 在当今国际争端解决实践中,条约解释及其规则日益重要。这主要表现为,在“国际法院和大多数国际仲裁中”“提起的几乎所有案件最后都要通过条约解释来解决”,而且,“当今所有法院和法庭都将《维也纳条约法公约》(以下称为《条约法公约》)第31-33条作为解释的起点(或明示或暗示),这些条款如今已经被确立为习惯国际法规则,适用于新旧条约的解释”。^[2] 条约目前已经成为联结国家关系、承载国家权利义务的最重要载体,国际争端在很多情况下都是由于国家对其缔结或参加的条约存在不同理解造成的,因此这些争端的解决最终都要落实到国际司法机构对条约的解释上来。就我国而言,随着我国参与国际关系向广度和深度拓展,我国缔结或参加的国际条约的数量急剧增长,在国际关系中需要解释和适用条约的情形日益增多,由国际司法机构通过条约解释解决国际争端的情形也不断出现。由此,探讨条约解释具有重要的现实意义。

《条约法公约》第31-33条如今已是条约解释的习惯国际法规则,^[3] 具有普遍拘束力,但这些条款存在诸多不明之处,值得关注和研究。这其中就包括第31条第3款第3项所规定的“适用于当事国间关系的任何有关国际法规则”。^[4] 这一规定原本是“维也纳公约解释规则中最容易被忽视的

* 浙江师范大学法政学院副教授,法学博士。本文是2014年浙江省“钱江人才计划”C类项目“国际条约解释五大基本变量研究”的阶段性研究成果。

[1] 李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第334页。

[2] Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Foreword (Oxford U. Press 2009).

[3] See Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* 232 (2d ed., Cambridge U. Press 2007).

[4] 《条约法公约》第31条第3款具体为:“应与上下文一并考虑者尚有:(a)当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;(b)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例;(c)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。”

角落”,^[5]但“近年来开始受到越来越多的关注”。^[6]究其原因,主要是近些年随着国际法不成体系问题的广受重视,该项规定被普遍视为缓解此问题的一剂良药。但这项简短的规定应受关注,还另有一个重要原因,这就是它实际上潜伏着当今条约解释的两个变量和四种方法。由于这一规定没有明确“有关国际法规则”所涉的范围和时间,所以就自然产生两个疑问:其一是范围疑问,即“有关国际法规则”是仅指特殊国际法规则(如当事国之间的其他条约)还是也包含一般国际法规则(如习惯国际法规则)?其二是时际疑问,即“有关国际法规则”是何时的国际法规则?是缔约当时的国际法规则,还是争端发生之时的国际法规则?基于这两个疑问,在《条约法公约》第31条第3款第3项形成了条约解释的两个变量:关联性变量和时间点变量,不同的国际司法机构在实践中对这两个变量又分别采用自体解释与系统解释、原始解释与演化解解释这两对条约解释方法。目前我国国际法学界对于条约解释的研究正日益深入,既有对条约解释一般规则的探讨,^[7]又有对联合国宪章、世界贸易组织、国际投资和国际人权等专门领域内条约解释的讨论,^[8]但对条约解释变量和方法的专门分析则略显不足。^[9]鉴于此,本文在分析《条约法公约》第31条第3款(c)项所隐藏的两个变量的基础上,结合国际司法机构的条约解释实践,探讨两个变量分别包含的两对条约解释方法,其中着重讨论系统解释和演化解解释。

[5] Campbell McLachlan, *The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 (2) I. C. L. Q. 279, 279 (2005).

[6] Richard Gardiner, *The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation*, in *The Oxford Guide to Treaties* 475, 499 (Duncan B. Hollis ed., Oxford U. Press 2012).

[7] 代表性文献有,冯寿波:“规则的解释与解释的规则——《维也纳条约法公约》第31.1条‘Context’实证研究”,载《西部法学评论》2013年第6期;吴卡:“条约解释的新动向:当代意义解释对当时意义解释”,载《法学评论》2013年第2期;郝鲁怡:“论国际条约的解释规则”,载《世界贸易组织动态与研究》2009年第4期;廖诗评:“条约解释方法在解决条约冲突中的运用”,载《外交评论》2008年第5期;韩燕煦:“条约解释的特点——同国内法解释的比较研究”,载《环球法律评论》2008年第1期;宋杰:“对《维也纳条约法公约》关于条约解释规则的再认识”,载《孝感学院学报》2007年第1期;黄东黎:“主张一定的灵活性——国际法条约解释理论与研究”,载《国际贸易》2005年第3期。

[8] 这方面的代表性文献:(1)涉及《联合国宪章》的有,韩燕煦:“《联合国宪章》解释对传统条约解释规则的影响和发展”,载《环球法律评论》2010年第3期;司平平:“联合国大会维护和平职能的扩展——对《联合国宪章》第12条逐步扩大的解释”,载《法学评论》2007年第2期;黄瑶:“论《联合国宪章》的解释方法问题”,载《中国法学》2003年第6期;黄瑶:“联合国宪章的解释权问题”,载《法学研究》2003年第2期。(2)涉及国际投资的有,赵红梅:“投资条约保护伞条款的解释及其启示——结合晚近投资仲裁实践的分析”,载《法商研究》2014年第1期;陈正健:“国际投资条约中不排除措施条款的解释”,载《法学论坛》2013年第6期。(3)涉及WTO的有,张乃根:“电子支付案中GATS减让表的条约解释”,载《上海对外经贸大学学报》2014年第1期;房东:“对‘文本’的扬弃:WTO条约解释方法的一种修正——以服务贸易具体承诺表的解释为分析起点”,载《法律科学》2011年第3期;曾令良:“从‘中美出版物市场准入案’上诉机构裁决看条约解释的新趋势”,载《法学》2010年第4期;蒋奋:“WTO反补贴案件中条约解释方法实证研究”,载《世界贸易组织动态与研究》2012年第2期;王毅:“WTO争端解决中的法律解释”,载《法学研究》2009年第5期。(4)涉及国际人权的有,万鄂湘、黄赞琴:“国际人权条约的特点及其解释的特殊性——以迪亚洛案为例”,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2012年第6期;辛崇阳、曹嘉嘉:“有关个人权利的条约解释方法——评日本最高法院西松建设公司案判决”,载《清华法学》2009年第6期。

[9] 不多见的文献有,吴卡:“条约演化解解释的‘因’与‘果’——兼答曾令良教授”,载范宇文主编:《北大国际法与比较法评论》(第11卷),北京大学出版社2014年版;姜世波、张雪莹:“条约的动态解释方法研究:兼及法律修辞在法律方法体系中的定位”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第14卷),山东人民出版社2013年版;赵建文:“条约法上的善意原则”,载《当代法学》2013年第4期;吴卡:“条约演化解解释方法的最新实践及其反思”,载《法学家》2012年第1期;李滨:“世贸组织争端解决实践中的条约目的解释”,载《世界贸易组织动态与研究》2010年第6期。

一、条约解释的关联性变量及其解释方法

关联性变量涉及国际司法机构如何定位自己与外部世界的关系。从《条约法公约》第31条第3款(c)项的角度看,就是指国际司法机构如何理解“有关国际法规则”的范围以及如何处理所解释条约和这一范围的关系。《条约法公约》草案曾经规定“条约应根据缔约当时有效的一般国际法规则进行解释”。^[10] 这里使用了“一般(general)”一词,此外还有人建议将该词语替换成“习惯(customary)”。但正如《条约法公约》第31条第3款(c)项所表明的,这个草案条款后来作了重大修改,不仅剔除了时际因素,而且删除了“一般”,也没有使用“习惯”,这就产生了“有关国际法规则”范围的疑问。对此,国际司法机构有较大的酌处空间。在实践中,有的国际司法机构在解释条约时将所考虑的“有关国际法规则”的范围限定在其所属体系的内部,因此在解释时采用一种封闭的、自体性解释方法;而有的国际司法机构对“有关国际法规则”的理解则要广泛得多,在解释条约时采用一种开放的、系统性解释方法。

(一) 自体解释方法

采用自体解释的主要是 GATT 专家组和欧洲法院。豪斯(Howse)在考察 GATT 专家组的条约解释实践后,得出如下结论:1995 年之前的 GATT 专家组,将解释所考虑的法律局限在 GATT 范围内,只有在例外情况下才引用包括《条约法公约》在内的一般国际法,或像国际环境条约等国际法分支。^[11] 欧洲法院也是如此,它在实践中“反复强调了欧共体法律秩序应有的自治性,指责了对可能与这个‘自成一体’体制相冲突或导致其混乱或损坏的其他多个规则和公约”。^[12] 在近期审理的一个案件中,欧洲法院又重申了这一点,指出欧共体法“在级别上优先于国际法规则”,“欧共体法律制度具有独立性”。^[13] 因此,这两个机构将所考虑和适用的法律规则限制在其自身所属的法律体系内,通常不考虑其他国际法规则,采用的是一种封闭的自体解释方法。

(二) 系统解释方法

与 GATT 专家组和欧洲法院不同,一些国际司法机构采用系统解释方法。首先是 WTO 上诉机构。在其审理的 WTO 首例上诉案“美国汽油标准”案中,上诉机构就强调,WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第3条第2款的规定表明,对 GATT 的解释不能与国际公法相隔绝。^[14] 鲍威林(Pauwelyn)在研究 WTO 上诉机构的相关案例后指出,该机构在举证责任、比例性和国家的归因性等

[10] 该条由《条约法公约》特别报告员沃尔多克(Waldock)提出,规定在公约草案第70条第1款(b)项中。

[11] Robert Howse, *Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of the WTO*, in *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?* 35, 50 (J. Weiler ed., Oxford U. Press 2000).

[12] Henri de Waele, *The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment*, 6 *Hanse L. Rev.* 1, 8 (No. 1, 2010).

[13] *Kadi and Al Barakat International Foundation v. Council and Commission*, Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, ECJ 331, 376 (2008).

[14] See *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R 1, 17 (1996). DSU 第3条第2款规定:“WTO 解决争端制度是为这个多边贸易体制提供保障和可预见性的中心环节。各成员方认识到,它可用来保持成员方在各个涵盖协议中的权利与义务,并用按国际公法解释的习惯规则来阐明这些协议中的现有规则。DSB 的各项建议与裁决不得增加或减少各涵盖协议规定的权利和义务。”由于目前国际法理论与实践普遍认为《条约法公约》第31-33条已经成为习惯国际法规则,所以这个“国际公法解释的习惯规则”就是指这些条款。

问题上,不仅援引了《条约法公约》和一般国际法,而且也大量援引了环境条约、关税分类条约和区域贸易条约等。^[15] 例如,在“美国虾案”中,上诉机构就考虑了现今许多国际条约就“自然资源”一词的新解读,包括《联合国国际海洋法公约》、《21世纪议程》、《保护迁徙野生动物物种公约》和《濒危野生动植物种国际贸易公约》等,这表明了该机构在条约系统解释上的努力。

其次是国际法院。国际法院是具有—般管辖权的法院,这决定了其必须“向外看”,考虑案件所涉的其他国际法规则。但国际法院一直到2003年对“美伊石油平台案”作出判决时才首次明确根据《条约法公约》第31条第3款(c)项援引“相关国际法规则”。法院在该案中指出,“根据由1969年《维也纳条约法公约》所体现的条约解释一般规则,解释必须考虑‘适用于当事国间关系的任何有关国际法规则’(第31条第3款(c)项)。本法院因此不认为1955年第20条第1款第4项原本旨在完全脱离关于使用武力的相关国际法规则而独立运行……与本问题有关的相关国际法规则因此成为由1955年条约交付本法院的解释任务的不可分割的组成部分”^[16]

再次是人权法院。欧洲人权法院和美洲人权法院也都选择一种向外看、系统化的条约解释方法,“这两个法院在其判决中都引用了其他条约法义务,范围从联合国人权条约到国际刑事法院规约等。这种关注一般和区域人权条约背景的做法有利于这些解释者固化并协调人权条约条款之间的含义”^[17] 例如,在同一天作出判决的“艾尔阿得萨尼诉英国”、“福格蒂诉英国”和“麦克尔希尼诉爱尔兰”这三个案件中,欧洲人权法院一致指出:“(欧洲人权)公约必须根据维也纳公约所阐明的规则来解释……《条约法公约》第31条第3款(c)项要求……考虑‘适用于当事国间关系的任何有关国际法规则’。本公约,包括第6条,不能在真空中予以解释。本法院必须注意本公约作为人权条约的特殊性质,必须考虑相关的国际法规则……本公约的解释必须与其作为组成部分的其他国际法规则尽可能地协调一致,包括与授予国家豁免的那些规则”^[18]

最后,《国际刑事法院罗马规约》第21条规定了一个国际刑事法院应适用法律的等级,从该规约本身向外辐射,其中包括“条约及国际法原则和规则”、“一般法律原则”等,^[19] 这表明国际刑事法院也采用系统解释。

上述国际司法机构对“其他国际法规则”都持一种开放立场,它们考虑适用的国际法规则超越了其自身所处的法律体系,将一般国际法规则如习惯国际法规则、特殊国际法规则如当事国间的其他条约和一般法律原则都作为条约解释所考虑适用的对象,这实际上就把《国际法院规约》第38条所指的三项国际法主要渊源都包括进来,因此采用的是系统解释方法。

不仅如此,国际司法机构对“其他国际法规则”所持的立场,也延伸到《国际法院规约》第38条中

[15] Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* 233 (Cambridge U. press 2003).

[16] *Case concerning Oil Platforms (Iran v. U. S.)*, ICJ 41 (2003).

[17] Basak Cali, *Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights*, in *The Oxford Guide to Treaties* 525, 542 (Duncan B. Hollis ed., Oxford U. Press 2012).

[18] *Al-Adsani v. The United Kingdom*, ECtHR (2001) 55-56; *Forgarty v. The United Kingdom*, ECtHR (2001) 35-36; *McElhinney v. Ireland*, ECtHR 36-37 (2001).

[19] 《国际刑事法院罗马规约》第21条“适用的法律”第1款规定:“本法院应适用的法律依次为:1. 首先适用本规约、《犯罪要件》和本法院的《程序和证据规则》;2. 其次视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则,包括武装冲突国际法规确定的原则;3. 无法适用上述法律时,适用本法院从世界各法系的国内法,包括适当时从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则,但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范 and 标准。”

的两项国际法辅助渊源。其一是其他国际司法机构的判例。采用自体解释的国际司法机构通常也不会考虑其他机构的判例,而采用系统解释的国际司法机构则往往也会考虑其他机构对相关术语的解释,也就是说它们在条约解释上会相互借鉴。这方面的典型是在“中美出版物市场准入案”中,WTO 上诉机构援引了国际法院的“哥尼航行权案”,认为相关条约术语在性质上具有相似性,即都具有“一般性”,因而应进行演化解释。^[20] WTO 上诉机构和国际法院分处两种不同的法律制度,这两个机构处理的是性质完全不同的争端。这种不同国际司法机构在条约解释上相互借鉴的做法,验证了泰特尔(Teitel)和豪斯(Howse)的观察:国际法庭之间也在进行“大量解释上的对话”,相互借鉴彼此对条约的解释,甚至跨越不同的法律制度。^[21] 因此,国际司法机构对某一条约术语的解释,对其他机构解释其他条约中的相同或相似术语可能会产生较强的说服力。其二是国际法学说。就国际法学说而言,虽然它本身是《国际法院规约》第 38 条所阐明的国际法的辅助渊源之一,因而国际司法机构援引其来解释条约并不存在任何法理障碍,但国际司法机构实际上很少使用这一渊源。范戴姆(Van Damme)在考察 WTO 争端解决机构对国际法学说的引用情况后指出:WTO 专家组和上诉机构很少援引学术著作,即使有也主要是援用那些关于一般国际法的比较旧的著作。^[22] 国际法院也存在类似情况,它在“直接引用知名国际公法学家学说以支持其法律主张时表现得很谨慎”。^[23]

综上,在条约解释关联性变量的选择上,除了之前的 GATT 专家组和现在的欧洲法院,一些主要国际司法机构都更愿意“向外看”,对《国际法院规约》第 38 条所指的各项国际法渊源采取一种更开放和包容的姿态,在解释条约时除了重点考虑其他条约、习惯国际法规则和一般法律原则之外,对其他司法机构的判例也会予以考虑和援引,但对国际法学说相对而言都比较保守。

二、条约解释的时间点变量及其解释方法

条约解释的时间点变量涉及国际司法机构如何回应随时间的流逝条约术语的意义所发生的变化。就《条约法公约》第 31 条第 3 款(c)项而言,就是既然国际司法机构解释条约时要考虑其他国际法规则,那么如果其他国际法规则中相关术语的含义出现了变化,那么这种变化对被解释条约中的相同或相似术语的解释会不会产生影响?《条约法公约》草案曾明确要求“一般国际法规则”必须是“缔约当时有效的”,但国际法委员会认为,严格适用该理论会导致“过分的限制”,因此在最后的《条约法公约》文本中删除了“缔约当时有效的”这一定语,对条约解释的时际法问题作了规避处理。这事实上也给予国际司法机构较大的裁量权来考虑援引何时的国际法规则。在解释条约术语时,国际司法机构可以采用其他条约相同或相似术语在缔约时的含义,也可以采用其经过发展演化后的新含义。如

[20] 在“中美出版物市场准入案”中,为了进一步证明其对“录音产品”和“分销”等术语解释的正确性以及解释方法的前后一致,上诉机构援用了其在“美国虾案”中对“可用竭自然资源”的解释,以及国际法院在“航行权案”中对“商业”的解释,认为在这两个案件中相关术语都具有“一般性”,因此都根据其当前的意义作了解释。See *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, footnote 705.

[21] See Ruti Teitel & Bob Howse, *Cross – Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order*, 41 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 959 (2009).

[22] Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* 231 (Oxford U. Press 2009).

[23] Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920 – 2005: Procedure* vol. III, 1558 (4th ed., Martinus Nijhoff Publishers 2006).

果是前者,那么国际司法机构进行的是原始解释,如果是后者则是演化解释,这样在时间点变量上就形成了这两种条约解释方法。

对于“相关国际法规则”的时际问题,国际法委员会曾经提出建议,指出该问题应通过对特定条约的适当解释来解决,即“时际因素的正确适用通常要通过善意解释条约术语来展示”。^[24] 由此,国际法委员会将部分时际问题交给《条约法公约》第31条第1款处理。^[25] 《条约法公约》特别报告员沃尔多克(Waldock)也曾经建议通过确定当事国的缔约意图来解决条约解释中的时际法问题,他指出,“所使用的(条约)术语是打算有固定的内容还是其含义可以随着法律的演变而发生变化,只能通过解释当事国的意图来确定”。^[26] 沃尔多克的这一建议被现在的一些国际司法机构所接受。如下所述,它们已经发展出一套主要根据条约术语的一般性质来推断条约当事国在缔约时有演化意图,进而进行演化解释的做法。

(一) 原始解释方法

原始解释方法可以追溯到胡伯(Huber)的时际法理论。在“帕尔马斯岛仲裁案”中,胡伯提出该理论,认为“司法行为必须根据其产生之时的法律来评判,而不是根据与其相关的争端产生或寻求解决时有效的法律”。^[27] 这一理论延伸到条约解释,就是条约解释应依据条约缔结时而不是解释时的国际法规则进行。国际法院前院长菲茨莫里斯(Fitzmaurice)根据国际法院在20世纪五六十年代的判例,曾经总结出六项主要的条约解释原则,^[28] 其中有一项是“同时原则”：“条约用语必须根据该条约原来缔结时所具有的或应可以具有的含义,并参照当时的语文使用惯例,予以解释”,这也就是条约的原始解释方法,可见该方法在当时被视为条约解释的一种基本方法。但在国际司法实践中,明确援引条约缔结时的其他相关国际法规则的案件似乎并不多,比较典型的是1952年“在摩洛哥的美国国民权利案”。该案涉及美国在当时法属摩洛哥的领事裁判权的范围问题。美国和摩洛哥曾于1787年签订条约,后来又于1836年签订新约取代前者,但二者内容基本一致,包括新约中的第20条。为了确定该条中“争议”的范围,国际法院认为必须考虑这两个条约缔结时“争议”的含义。为此,法院援引了1787年前后摩洛哥缔结的不同条约中“争议”的含义,这些条约包括摩洛哥与法国之间的1631年和1682年条约,摩洛哥与英国之间的1721年、1750年、1751年、1760年和1801年条约等。在这些条约中,法院认为很明显“争议”一词既包括了民事也包括了刑事争议。^[29] 在本案中,国际法院明确根据1787年条约缔结时的其他相关条约来解释。此外,根据《国际刑事法院罗马规约》第22条“法无明文不为罪”第1、2款,该法院也采用原始解释,因为这两款规定“只有当某人的有关行为在发生时”而不是审判时“构成本法院管辖权内的犯罪,该人才根据本规约负刑事责任”,“犯罪定义应予以严格解释,不得类推延伸”。这就表明对定罪问题该法院只使用原始解释。该条第3款“本条不影响依照本规约以外的国际法将任何行为定性为犯罪行为”的规定,既再次表明法院采用的是系统解释,从第1、2款对定罪严格适用原始解释来看,又表明这款中的“依照本规约以外的国际法”应该也是指相关犯罪

[24] ILC, *Yearbook of International Law Commission* vol. II, 222 (1966).

[25] 《条约法公约》第31条第1款规定:“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。”

[26] ILC, *Yearbook of International Law Commission* vol. I(2), 190 (1966).

[27] See *Island of Palmas (Netherlands v. United States)*, vol. II, RIAA. 845 (1928).

[28] 这六项原则分别是:实际原则(或约文原则)、自然和通常意义的原则、综合的原则、实效原则、嗣后惯例的原则和同时原则。同注1引书,第349-350页。

[29] See *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, ICJ 176 (1952).

行为发生时而不是审判时的国际法。

对于这种依据之前的其他相关国际法规则进行原始解释的做法,詹宁斯和瓦茨曾经作出解释,“条约应参照缔结条约时有效的一般国际规则加以解释——所谓时际法。这是从下列原则而来的,即法律行为必须参照与该行为同时的法律加以理解。同样,条约的规定通常要在缔结条约时它们意义的基础上并参照当时的情况加以解释”^[30]。虽然这一论述中的“一般国际规则”与《条约法公约》第31条第3款(c)项中的“相关国际法规则”有出入,但这里所强调的“缔结条约时有效”旗帜鲜明地表明了他们对原始解释的支持立场,他们的这一立场和胡伯的时际法理论也是一脉相承的。

(二) 演化解释方法

WTO 上诉机构、国际人权法院和国际法院等都有援引其他相关国际法规则对条约进行演化解释的实例。

首先来看 WTO 的实践。在“美国虾案”中,就 GATT 第 20 条第 7 款中“可用竭自然资源”这一术语的解释问题,上诉机构指出该条款是 50 多年前拟订的,“条约解释者”应当“根据国际社会现在对环境保护和保全的关注”对其进行解读;“自然资源”这个“一般术语”不是“静态的”,而是“概念上具有演化性”,现在许多国际公约和宣言对这一术语的理解都是既包括生物和非生物资源。上诉机构最后据此认为对“自然资源”应按现在的含义进行解释。^[31]

其次,欧洲人权法院将《欧洲人权公约》视为“鲜活的法律文件”,认为要维护其目的和宗旨的有效,必须对其进行目的解释和演化解释。^[32]“蒂尔诉英国案”是欧洲人权法院采用演化解释的首起案件,在该案中它强调“(欧洲人权)公约是一个鲜活的法律文件……必须根据现在的情况进行解释。在本案中,本法院不能不受欧洲议会各成员国在刑事政策上的新发展和共同接受的标准的影响。”^[33]由此,该法院考虑了新的区域性刑事规则和标准。在艾尔阿得萨尼诉英国、福格蒂诉英国和迈克尔希尼诉爱尔兰等三个案件中,欧洲人权法院认为欧洲人权公约“不能在真空中予以解释”,“必须注意本公约作为人权条约的特殊性质,必须考虑相关的国际法规则”,这里所指的“国际法规则”从该法院对演化解释的一贯立场来看,显然也是指解释当时的国际法规则。

再次是国际法院。在“加布其科沃 - 大毛罗斯工程案”中,国际法院指出匈牙利和斯洛伐克之间的 1977 年条约中的第 15、19 和 20 条都是“演化性条款”,“这些条款……要求当事国在履行义务保证多瑙河水质不受损害和保护自然时,应考虑采用新的环境保护标准……”“新的环境保护标准与该条约的实施是相关的”,“因此,该条约不是静止的,应是开放的,以适应新出现的国际法规范”。^[34]

最后,国际仲裁实践也有根据《条约法公约》第 31 条第 3 款(c)项援引其他现有国际法规则的情况。例如,在“莫克斯工厂案”中,仲裁庭指出,在解释《保护北大西洋海洋环境公约》第 9 条中的相

[30] [英]詹宁斯、瓦茨:《奥本海国际法》(第一卷第二分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 667 - 668 页。

[31] *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (hereinafter *Shrimp*), WT/DS58/AB/R 129 - 130 (1998).

[32] 在“罗兹都诉土耳其案”中,欧洲人权法院曾就其对《欧洲人权公约》进行演化解释的立场作了总结,指出:“(欧洲人权)公约是一个鲜活的法律文件,因而必须根据现在的情况进行解释,这一点已经深植于本法院的判例法之中。这就表明,这些条款不能只根据其 40 多年前订立时的缔约者的意图进行解释……此外,公约作为一个保护个人的法律文件的目的和宗旨要求其条款应按能使这种保护实际和有效的方式进行解释。” See *Loizidou v. Turkey*, 20 EHRR, 71 - 74 (1995).

[33] *Tyrer v. United Kingdom*, 2 EHRR, 31 (1978).

[34] *Case concerning the Gabătkovo - Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ 112 (1997).

关义务时,明确参考了《条约法公约》第31条第3款(c)项,指出它有权使用现有的国际法和国际惯例。^[35]这也反映了其支持演化解释的立场。

以上是与《条约法公约》第31条第3款(c)项相关的条约解释时间点变量的实践情况。除了国际法规则,其他因素也会影响国际司法机构对原始解释和演化解释的选择。其一是国际司法机构采用的主要条约解释方法。文本解释、目的解释和意图解释被认为是条约解释的三种主要方法。主要进行目的解释的国际司法机构,如人权法院,也往往采用演化解释。主要采用意图解释方法的机构很少,如历史上的GATT专家组,因为“传统上,GATT利用补充资料作为普遍的、无可争议的解释做法”。^[36]这种强调GATT缔约方的原始意图,主要利用补充资料对其进行意图解释的方法,排除了专家组进行演化解释的可能性。主要进行文本解释的国际司法机构则不确定,可能进行原始解释,如国际刑事法院,但也可能进行演化解释,如WTO上述机构和国际法院。

其二,社会政策的发展、社会观念的更新和科技的进步等也都会影响国际司法机构对时间点变量的选择。其一,社会政策的发展。例如在“美国虾案”中,WTO上诉机构从1994年WTO协定序言所主张的“可持续发展”政策的角度,指出GATT第20条第7款中的“自然资源”这个“一般术语”不是“静态的”,而是“概念上具有演化性”。^[37]其二,社会观念的更新。例如,在“达吉恩诉英国案”中,欧洲人权法院根据“大多数欧洲理事会成员国对同性性行为采取越来越容忍的态度”,裁定北爱尔兰关于禁止男性之间自愿性行为的立法不符合《欧洲人权公约》关于保护个人私生活的第8条。^[38]其三,科技的进步。如常设仲裁法院在“艾恩莱茵案”中主要考虑了“与铁路运行和运力相关的新技术的发展”,认为对此“更应适用演化解释,因为这样能够确保条约根据其目的和宗旨得到有效适用”。^[39]

基于上述条约解释时间点变量实践的考察,可以发现导致国际司法机构进行演化解释的原因是多元的,而且当面临条约原始意义和演化后的新意义的选择时,一些国际司法机构似乎更倾向于采用后者,这也包括援引争端发生时而不是缔约时的相关国际法规则来阐明这种新意义。

三、作为当今条约解释重要方法的系统解释和演化解释

《条约法公约》第31条第3款(c)项所潜伏的两个条约解释变量,随着当代条约关系和条约解释实践的发展,其中的演化解释和系统解释日益成为当今条约解释的重要方法,而系统解释尤其会成为条约解释的一种趋势。

(一) 条约的系统解释

1. 条约系统解释的现实基础

条约系统解释的现实基础是“条约本身就是国际法的产物”,^[40]是国际法体系的一部分,因此条约解释应当在国际法体系的大背景下进行。国际法院前院长希金斯(Higgins)主张“国际法最好被理解为一个规范体系和一个过程,而不是众多规则”,这就要求“在识别各渊源和适用规范时要付出更多

[35] *Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*, (Ireland v. the United Kingdom), PCA, 99 (2003).

[36] Howse, *supra* note 11, at 57.

[37] *Shrimp*, *supra* note 31, at 129.

[38] *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (ser. A) (1981).

[39] *Arbitration Regarding the Iron Rhine Railway (Belgium/Netherlands)*, PCA 80 (2005).

[40] McLachlan, *supra* note 5, at 280.

的努力,因为(国际法中)没有什么是机械不变的,对背景的考虑总是很重要的”。^[41] 由此,条约解释“不能在真空中进行”,“国际义务要通过参考其规范性环境来解释”,^[42] 也就是说要置于整个国际法体系的大背景下进行,考虑其他相关的国际法规则。国际法委员在其《国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难》报告(以下简称《国际法不成体系问题报告》)中就建议“争端解决机构和想弄明白‘法律是什么’的法律工作者要确定相关方使用的规则在与案件相关的其他规则和原则的背景中所处的位置。在这一过程中,较具体或直接可得的渊源应相互对照,并根据‘幕后的’一般法进行解释”,这个“幕后的”一般法指的就是“整个国际法‘体系’”。^[43] 也就是说,要把条约放到整个国际法体系的大幕中参照其他国际法规则进行系统解释。

2. 条约系统解释的原因

与下述国际司法机构明确说明条约演化解释的条件不同,它们没有阐明系统解释的条件,但我们可以从国际司法机构自身及其系统解释实践的相关背景中探寻其原因。

其一,国际司法机构自身的原因。一方面,有些国际司法机构的组织约章要求进行系统解释。例如,WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第3条第2款明确要求“按照国际公法解释的习惯规则”来解释WTO规则,而“国际公法解释的习惯规则”通常被认为是《条约法公约》中有关条约解释的第31-33条,因此实践中WTO争端解决机构在实践中一改“GATT专家组传统上利用补充资料作为普遍的、无可争议的释法”,^[44] 而是按照《条约法公约》条约解释规则的要求,优先考虑文本而不是补充资料,并考虑第31条第3款第3项所规定的“适用于当事国间关系的任何有关国际法规则”进行系统解释。另一方面,有些国际司法机构的受案范围也要求进行系统解释。例如,国际法院是具有管辖权的法院,从技术上讲可以受理当事国提交的任何主题的争端,^[45] 这决定了其必须“向外看”,考虑案件所涉的其他国际法规则。欧洲人权法院和美洲人权法院虽然是特殊性与区域性司法机构,但它们也采用一种向外看、系统化的条约解释方法,其原因主要有二:一是人权案件经常涉及其他国际人权条约如联合国人权条约和《国际刑事法院规约》,因此必须对这些人权条约予以考虑;二是“这种关注一般和区域人权条约背景的做法有利于这些解释者固化并协调人权条约条款之间的含义”。^[46] 欧洲法院也具有特殊性与区域性,但“它越来越接近一个国内法院而不是真正的国际性法庭”,^[47] 反复强调欧共体法律秩序应有的自治性,排斥与这个‘自成一体’体制相冲突或导致其混乱或损坏的其他多个规则和公约,^[48] 因此采用一种封闭的自体性解释方法。

其二,对国际法不成体系的担忧。如本文开头所言,近年来对《条约法公约》第31条第3款(c)项

[41] Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* 8 (Oxford U. Press 1995).

[42] Martti Koskenniemi, Study Group of the International Law Commission, *Report on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 13 April 2006, para. 413.

[43] *Id.* at 479.

[44] Howse, *supra* note 11, at 57.

[45] 《国际法院规约》第36条第1款规定:“法院之管辖包括各当事国提交之一切案件及联合国宪章或现行条约及协约中所特定之一切事件。”

[46] Cali, *supra* note 17.

[47] Joost Pauwelyn & Manfred Elsig, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals*, in *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations* 458 (Jeffrey Dunoff & Mark Pollark eds., Cambridge U. Press 2013).

[48] Waele, *supra* note 12, at 8.

的关注在很大程度上源自对国际法不成体系的担忧。这种担忧不仅表现为援引该条款的“相关判例不断涌现”,^[49]而且还表现为国际法委员会对这个问题的重视:在2005年5月举行的国际法委员会第57届会议上,成立了以科斯肯涅米(Koskeniemi)为主席的“国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难”研究组,对这一专题进行研究并提交了《国际法不成体系问题报告》。其中有一部分专门用来讨论“体系整合与《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)项”,强调该条款所表达的体系整合原则在解决国际法不成体系中的重要性。如果国际司法机构能够进行系统解释,从而“为支离破碎的国际法版图注入一点点的黏合剂”,那么无疑将有助于缓解国际法不成体系问题。^[50]

其三,条约解释过程的辩证性。法律解释一方面是解释法律文本以适用于特定的事实,另一方面也是法律文本所在法律体系不可分割的组成部分。科斯肯涅米曾指出,“法律解释和由此进行的法律推理,通过将规则和原则视为人类的某些努力或目的的一部分,而在它们之间构建起系统关系。系统性思维绝非仅仅是法律技能中的‘学术’方面,而是浸润于所有的法律推理之中,包括法官和行政人员的法律适用过程”。^[51]简言之,法律解释不仅仅是一种对法律文本的解释活动,而且还担负着系统整合整个法律体系的任务。法律文本和法律体系之间的这一辩证关系,要求解释者必须运用系统性思维,在解释时将其他相关的法律规则也考虑在内。在这方面,国内法解释是如此,条约解释也不例外。

其四,系统解释在条约解释中的重要作用。麦克拉克伦(McLachlan)认为《条约法公约》第31条第3款(c)项所表达的系统解释原则“在国际法体系中具有宪法性规范的地位”。^[52]在《国际法不成体系问题报告》中,特意提到了当时中国籍国际法委员会委员薛捍勤女士就《条约法公约》第31条第3款(c)项所作的一个形象比喻:“该条款的作用就像开启国际法这座大厦的一把‘万能钥匙’。假如有体系问题——两个或两个以上的规范之间存在不一致、冲突、重叠等——而且没有其他任何解释手段能提供解决办法,那么就可能始终得诉诸此条,以便以一种经缜密分析的方法来处理问题”。^[53]也就是说,系统解释并不是一种轻易适用的解释方法。在通常情形下,一般的条约解释问题可以通过《条约法公约》第31条第1款中的其他解释办法(如通常意义、直接的上下文和目的与宗旨解释等)解决,但在有些疑难案件中,则需要解释者摆脱被解释条约的局限而“向外看”,考虑该条约在整个国际法体系中的位置,为此就需要运用系统解释。

3. 条约系统解释的走向

国际司法机构的组织约章或受案范围的要求、条约本身就是国际法体系的组成部分、对国际法不成体系的担忧及为此所作的“黏合”努力、条约解释过程中文本解释和国际法体系系统整合的辩证统一,以及系统解释自身在条约解释中的“宪法性规范”地位和“万能钥匙”作用,这些条约系统解释的现实基础和原因表明,系统解释在国际条约解释实践中必将继续下去。可以设想,除了欧洲法院,由于“正变得越来越像国内法庭而不是真正的国际法庭”,^[54]所以将继续采用自体解释之外,其他一些

[49] Gardiner, *supra* note 2, at 251.

[50] Andrea Bianchi, *Textual Interpretation and (International) Law Reading: The Myth of (in) Determinacy and the Genealogy of Meaning*, in *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts* 45 (Pieter H. F. Bekker et al. eds., Cambridge U. Press 2010).

[51] Koskeniemi, *supra* note 42, at 35.

[52] McLachlan, *supra* note 5, at 280.

[53] Koskeniemi, *supra* note 42, at 420.

[54] Pauwelyn & Elsig, *supra* note 47, at 458.

国际司法机构随着“国际法多样化和扩展”进程的继续推进、“相互间没有明确关系的专门规则和规则体系的”不断“兴起”,^[55]其继续适用系统解释的趋势不仅不会被遏制,反而会得到进一步加强。

(二) 条约的演化解释

1. 条约演化解释的现实基础

条约演化解释的现实基础是国际社会和国际法的变动性。一方面,国际社会处于不断变动之中。社会政策的发展、社会观念的更新和科技的进步都可能产生条约演化解释的后果。另一方面,包括条约在内的国际法也经常变化,以适应国际社会不断变化的需要。条约数量的急剧增加、其规范领域的日益扩大、多边管控条约的不断涌现和非国家行为体在国际法发展进程中所扮演的重要角色等,都是国际法本身变动性的具体体现。据此,希金斯才主张将国际法“理解为一个规范体系和一个过程”,在国际法中“没有什么是机械不变的,对背景的考虑总是很重要的”。条约的解释必须充分认识到这一现实。首先,国际法是一个规范体系,任何条约都只是这个体系的一部分,因此条约解释必须放到整个国际法体系的大背景中进行,考虑其他相关的国际法规则。其次,国际法身处变动不居的过程之中,其内容不断发展变化,因此,解释者在考虑其他相关的国际法规则的时候,必须考虑国际法的这种动态性。最后,如下所述,有些条约本身就是动态性条约,当事国在条约中的权利义务是发展变化的,因此必须对条约中的这种权利义务进行演化解释。

2. 条约演化解释的条件

除了国际社会和国际法变化中的各项具体原因,国际司法机构还明确了条约演化解释的条件,主要有三方面:一是根据条约术语的“一般性”;二是条约的“无期限性”;三是根据条约的目的和宗旨。

其一是条约术语的“一般性”。如上所述,《条约法公约》特别报告员沃尔多克曾建议“通过解释当事国的意图”来判断条约术语的含义能否发展演化。这一建议被一些国际司法机构接受,它们在实践中根据条约术语的“一般性”来推定缔约国有这种演化意图,从而对该术语进行演化解释。例如,在“哥尼航行权案”中,国际法院明确指出,“当缔约国在条约中使用一般术语时,其必然已经意识到这些术语的含义有可能与时俱进,而且条约已经缔结了非常长的时间或者说具有‘无期限性’,作为一般原则,必须据此认为缔约国有意使这些术语的含义具有演化性”^[56]也就是说,“当条约术语‘不是静态的而是演变的’,或者‘一般性的’,就可以合理推定当事国有意让其含义与时俱进”^[57]就援引其他国际法规则而言,“在解释就其性质而言具有演化性而非静态性的一般法律术语时,一个必然的推论就是,缔约国有意让其获得其根据国际法的发展演变而可以取得的含义”^[58]因此,只要条约中使用了一般术语,国际司法机构就可据此推定当事国在缔约时就有意让该条约作演化解释,包括援引发展演变后的新的国际法规则,这一点已经得到了广泛承认。按照国际法院在“哥尼航行权案”中的解释,条约中的一般术语是指“用来指代一类活动”的术语,^[59]“如果……条约中使用了一般术语,原封不动

[55] Koskenniemi, *supra* note 42, at 483.

[56] *Case concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (hereinafter *Costa Rica v. Nicaragua*), ICJ 67 (2009).

[57] Leena Grover, *A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 21 EJIL 543, 581 (2010).

[58] Frank Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law, A Study of Articles 31, 32, and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Their Application to Tax Treaties* 285–286 (International Bureau of Fiscal Documentation 2004).

[59] *Costa Rica v. Nicaragua*, *supra* note 56, at 66.

达几十年都没有修正,那么国际法庭……就很可能通过演化解释来更新条约”。^[60]从条约演化解释的国际实践来看,“商业”、“可用竭自然资源”、“录音产品”、“分销”、“神圣信托”和“领土地位”等术语都被认为具有“一般性”。

其二是条约的“无期限性”。在“中美出版物市场准入案”和“哥尼航行权案”等案件中,国际法庭也明确把条约自身的“无期限性”作为条约演化解释的条件。之所以如此,是因为条约的“无期限性”表明该条约很可能是一种动态条约。维塞尔(Wessel)根据条约当事国是否有保持持续性关系的意愿,将条约分为动态性条约和终结性条约。他认为动态性条约为当事国规定了动态的权利义务,以维持当事国之间的友好关系,它有这样一些特点:该条约具有一个相当长的或不确定的期限,有大量的开放性术语,有交易明确的投资,有对未来合作的预期,双方间的紧密关系是条约不可分割的组成部分等等。^[61]按照这一区分,国际司法机构进行演化解释的都是这种动态性条约,双边条约如“哥尼航行权案”中哥尼两国之间的边界条约等,多边条约有WTO条约、欧共体条约、《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》和《联合国宪章》等。这些动态条约表明条约当事国有保持一种持续性关系的意愿,他们依据条约所承受的权利义务是动态演变的,因此也应当根据条约术语发展演化后的新的含义进行解释。本哈德(Bernhard)也认为,“如果条约旨在为缔约国建立长期、持续和稳定的关系,或保证本国公民和外国人的个人自由,那么在条约解释时如果不考虑那些新的发展变化,就会与条约的这一目的不相符。建立国际组织的多边条约和人权公约是需要演化解释的典型例子”。^[62]这里所指的“新的发展变化”当然也包括所援引的相关国际法规则的发展变化。维塞尔还指出,与动态性条约相对应的是终结性条约,如在伊朗人质危机后订立的建立美伊仲裁法庭的《阿尔及尔协定》,它是由不太友好的国家之间缔结的,目的是为终止其各方面的关系;它以当事国之间非持续性的条约义务为基本特点,与上述动态性条约的特点完全相反,如缺乏开放性术语,没有对未来合作的预期,双方间的紧密关系不构成条约不可分割的组成部分等。终结性条约表明当事国不愿继续保持关系,解释性条约术语只能按照其缔结当时的含义进行。

三是条约的目的和宗旨。这有两种情形:一是条约目的的特殊性直接要求采用演化解释,以保证该目的的有效性,实践中以目的解释方法为主的机构采用这一做法。例如,欧洲人权法院和美洲国家间人权法院对人权条约作演化解释,“来源于人权条约作为‘鲜活法律文件’的理念,因此,法院必须使人权‘实用和有效’,为保护个人必须考虑‘现在的情况’”。^[63]也就是说,人权条约保护人权的性质和“有效保护人权”的目的直接要求人权法院对其进行演化解释。欧洲法院也采用这一做法。例如在“希尔菲特案”中,当谈到对欧共体法的解释时,该法院强调“欧共体法的每一个条款必须……根据其目的和该条款适用时的演化状态进行解释”。^[64]二是相关事实已经发生重大变化,但为了保证条约目的的有效性,仍需采用演化解释。这方面的典型是“艾恩莱茵铁路案”和“对尼加拉瓜军事行动案”

[60] Pauwelyn & Elsig, *supra* note 47, at 462.

[61] 但维塞尔又指出,一个动态条约中并不需要同时具备这些要素。See Jared Wessel, *Relational Contract Theory and Treaty Interpretation: End - Game Treaties v. Dynamic Obligations*, 60 N. Y. U. Annual Survey of Am. L. 149, 178 (2004).

[62] R. Bernhard, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, 42 Ger. Yb. Int'l L. 56, 67 (1999).

[63] Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* 81 (Intersentia Publishing 2003).

[64] *Cilfit v. Ministero della Sanita*, Case C-283/81, E. C. R., 3415 (1982).

等。常设仲裁法院在前一案件中主要考虑的是“与铁路运行和运力相关的新技术的发展”,认为对此“更应适用演化解释,因为这样能够确保条约根据其目的和宗旨得到有效适用”。^[65] 国际法院在后一案件中考虑的主要是国际法的嗣后发展,即1970年联合国大会2625号决议对禁止使用武力的新的界定,其对该原则所作的宽泛的、演化的解释,是为了维护《联合国宪章》维护国际和平与安全这一目的的有效性。

根据条约目的进行演化解释,既适用于条约术语,也适用于条约的整体解释。但根据条约术语的“一般性”和条约的“无期限性”进行解释则通常只适用于条约术语。国际司法机构在解释条约术语时,将这两个条件结合起来适用,很可能是考虑到并不是所有的一般术语都很容易地被认定为具有演变性,所以对缔约国演化意图的评估,只凭该术语的“一般性”可能不足以令人信服,于是国际司法机构又增加了条约“无期限性”这一条件。通过借助“无期限性”条约所表达的条约当事国之间有保持长期性关系的意愿以及他们所承受权利义务本身的动态演变性,就可以名正言顺地对条约术语根据其发展演化后的新含义进行解释。

3. 条约演化解释的走向

针对WTO上诉机构在“中美出版物市场准入案”和国际法院在“哥尼航行权案”等案件中的条约演化解释实践,曾令良教授曾撰文指出这种解释方法表明了“条约解释方法的一种新趋势”。^[66] 这一观点,对于欧洲人权法院和欧洲法院等以演化解释作为条约解释主要方法的国际司法机构而言,自然是适用的。欧洲人权法院就明确指出,“(欧洲人权)公约是一个鲜活的法律文件,因而必须根据现在的情况进行解释,这一点已经深植于本法院的判例法之中”。^[67] 就欧洲法院而言,“解释的动态标准无疑是欧洲法院进行法律推理的最显著特征:它不是唯一使用动态和演化解释方法的法院,但广为接受的事实是,欧洲法院在一些具有里程碑意义的判决和大多数创造性的、出人意料的判决中都反复使用了该方法”。^[68] 因此,演化解释在这些法院的今后实践中无疑还将大量运用。但是,曾令良教授的上述预言对于其他国际司法机构,如WTO上诉机构和国际法院,则是有疑问的。对WTO上诉机构来说,虽然早在2002年,当时该机构秘书处法律顾问约斯特·鲍威林教授针对1998年“美国虾案”中WTO上诉机构对“可用竭自然资源”进行演化解释的做法,就曾断言演化解释将成为WTO条约解释的“规则”而非“例外”。^[69] 但从WTO建立迄今近20年的时间里,WTO争端解决机构审理的案件数以千计,但其中使用演化解释方法的只有两件,即“美国虾案”和“中美出版物市场准入案”。因此,对于WTO上诉机构而言,根本不能说演化解释将成为其条约解释的趋势。对于国际法院来说,在其条约解释实践中演化解释和原始解释仍然在博弈,因此也很难说演化解释将成为其条约解释的趋势。但从总体上看,演化解释在博弈中似乎略占了上风。据笔者统计,当面临原始解释和演化解释的选择时,国际法院在“在摩洛哥的美国国民权利案”、“印度领土通过权案”和“卡西基利/塞杜杜岛案”等案件中采用了原始解释方法,在“西南非洲案”、“爱琴海大陆架案”、“对尼加拉瓜军事和准军事行动

[65] *Arbitration Regarding the Iron Rhine Railway (Belgium/Netherlands)*, PCA 80 (2005).

[66] 曾令良:“从‘中美出版物市场准入案’上诉机构裁决看条约解释的新趋势”,载《法学》2010年第8期,第12页。在该文中,曾令良教授对演化解释使用了“当时意义解释”一词。

[67] *Loizidou v. Turkey*, *supra* note 32, at 71.

[68] Giulio Itzcovich, *The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice*, 10 *Ger. L. Rev.* 537, 555 (2009).

[69] Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* 267 (Cambridge U. Press 2003).

案”、“在刚果境内的武力行动案”、“加布其科沃-大毛罗斯工程案”、“美伊石油平台案”和“哥尼航行权案”等更多案件中使用了演化解释方法。鉴于演化解释案例在数量上的优势,它在国际法院的条约解释实践中已经成为一种非常重要的方法。

四、余论

《条约法公约》第31条第3款(c)项引发了“有关国际法规则”的范围和时际疑问,具体表现为国际司法机构在条约解释关联性变量和时间点变量上的不同实践,而这两个变量又各自涉及自体解释与系统解释、原始解释与演化解释这两对条约解释方法。其中,系统解释和演化解释代表了当今国际司法机构在条约解释上的两大重要方法,系统解释尤其会成为今后条约解释的一种趋势。

这两种方法之间既有区别又有联系。一方面,总体而言,它们是两种并行不悖的条约解释方法,存在重要的区别。它们首先都是一个更大范围条约解释过程中的一部分,因为根据《条约法公约》第31条第1款,条约解释的“起点是条约本身,然后解释过程经过一个从较具体和明显的过程(词典和上下文)到不太具体和明显的(目的和宗旨,类似的条约等)过程,从而给文本以正当的含义”。^[70] 在一般案件中,条约解释在这个“较具体和明显的”阶段就基本完成了,因为根据条约术语在词典中的含义和考虑该术语在条约中的上下文,就已经能够将其含义确定下来,或者也可以像人权法院那样,对条约术语或条款直接进行使人权公约“实用和有效”的解释。但在一些复杂案件中,则还需进入“不太具体和明显的”阶段,考虑那些可能导致条约术语或条款的含义发生变化的变量,如关联性变量或时间点变量,进而考虑运用相应的解释方法,如运用演化解释或使用系统解释这把“万能钥匙”,而这些方法的使用往往都是不重叠、不交叉的。其次,关联性变量关涉国际司法机构对其他相关国际法规则在条约解释中地位和作用的认同问题,而时间点变量则涉及国际司法机构对条约订立和争端发生这分属时空两端中的可能导致条约术语的含义发生变化的各种因素的认同问题;系统解释要求在解释条约时考虑“有关国际法规则”,而“有关国际法规则”则只是演化解释所考虑的众多因素之一,其他因素还包括社会政策的发展、社会观念的更新和科技的进步等。^[71] 但另一方面,演化解释和系统解释又有密切的联系。通过考虑和援引其他相关国际法规则,国际司法机构可将其作为证据来证明相关术语是否已经发生了变化,从而决定是否进行演化解释,而进行这种演化解释反过来又增强了系统解释。因此,通过《条约法公约》第31条第3款(c)项这座桥梁,系统解释和演化解释这两个似乎毫无联系的条约解释方法紧密联系在一起。

系统解释和演化解释日益成为当今条约解释的重要方法,但它们仍有一些疑问或不确定性,值得继续关注和研究。首先是系统解释所援引条约的范围问题。在“欧共体-生物技术产品案”中,WTO专家组认为在解释WTO协定时,只有所有WTO成员方也是其缔约方的条约才能在第31条第3款(c)项下予以考虑。但国际法委员会却指出,这一结论会导致一个“令人啼笑皆非的结果”,即“一个

[70] Koskenniemi, *supra* note 42, at 464.

[71] 除了这些因素,根据《条约法公约》第31条第3款(a)、(b)两项,当事国间的嗣后协定和嗣后惯例等也可能造成条约术语或条约本身在缔约后发生变化。演化解释和基于嗣后协定或嗣后惯例进行解释有其相似性,它们都是随着时间的推移当条约术语或条约的含义发生变化后对其进行解释的方法。但它们之间又有重大区别:前者是基于缔约国在缔约时的意图,而后者则是基于缔约国的嗣后意图。

多边条约,如 WTO 协定,其成员越多,它与国际法其余部分之间的隔断就越强。这在实践中的结果就是各个多边条约被隔离开来,成为在适用中不能相互参照的‘孤岛’”。^[72] 国际法委员会对此给出的建议是:“一个更好的解决办法是允许参照另一条约,只要争端当事方也是另一条约的缔约方。”^[73] 但是也有人认为,即使是争端当事方之间未生效的条约也可以援引,因为该条约可以用作当事方之间就所要解释的条约术语已达成一致理解的证明。^[74] 对于依《条约法公约》第 31 条第 3 款(c)项援引的条约的范围,我们可以继续关注国际司法实践在这一问题上的发展。

其次是如何处理国际司法机构的推定意图与条约当事国的真实意图的冲突。舍尔维(Thirlway)曾指出,“只要能够证明当事方有意让条约术语或语句的含义或范围遵循法律的发展,那么该条约就必须按照使该意图生效的方式解释”。^[75] 这就是说,只要有真实证据证明当事国的意图,那么条约解释就应依该意图执行。如上所述,国际司法机构已经发展出一种依据条约术语的“一般性”来直接推定当事国有演化意图的做法。但这一做法很容易忽略甚至掩盖当事国的真实意图。例如,在“中美出版物市场准入案”中,中方曾提醒 WTO 上诉机构注意,根据《服务贸易总协定》的目的和宗旨及中国政府提交的其实施该协定的相关文件,应当认定中国对“录音产品分销服务”的承诺是基于其缔约时的含义来解释。“但反观上诉机构报告,它只从当代意义上考察《服务贸易总协定》的宗旨和目的,不考察或至少是忽略中国在《服务贸易总协定》承诺表中的目的,更不考察中国当时作此等承诺的本来意图。”因此,“上诉机构在这个问题上的分析和解释,如果不是错误的,至少也是片面的”。^[76] 在“哥尼航行权案”中,也存在类似的对机械根据条约术语的“一般性”来推定当事方的意图但却忽视能够证明当事方真实意图的证据的做法,对此也有一些批评意见。^[77] 国际司法机构如何处理其推断意图与当事国真实意图之间的不一致,是否继续采用推断意图而忽略当事国与之相反的真实意图,也值得进一步观察。

最后是条约演化解释的界限问题。对条约进行演化解释能够赋予国际司法机构一定程度的立法功能。在讨论欧洲法院的演化解释时,伊兹科维奇(Itzovich)曾指出,“动态标准让解释者承担了促进共同体法演化的责任,它赋予法官某种立法功能和职责,即超越字面意思、立法者的原意和既有体系,创设新的法律规范的责任”。^[78] 国际司法机构通过演化解释,包括援引其他相关条约中对有关术语意义的界定,能够赋予被解释条约术语先前不存在的新含义,从而实际上达到修改条约甚至制订新约的效果,而这无疑会在当事国间创设新的权利义务关系。但是,一些国际司法机构又被要求不能创设新的权利义务。例如,DSU 第 3 条第 2 款规定,“DSB 的建议和裁决不能增加或减少涵盖协定所规定的权利和义务”,这表明 WTO 专家组和上诉机构在对 WTO 条约进行演化解释时也不能给 WTO 缔约方添加新的权利义务。在“戈尔德诉英国案”中,欧洲人权法院也暗示演化解释不能给缔约国添加新

[72] Koskenniemi, *supra* note 42, at 471.

[73] *Id.* at 472.

[74] McLachlan, *supra* note 5, at 315.

[75] Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960 - 1989 (Part III)*, 62 *Brit. Yb. Int'l L.* 20, 57 (1991).

[76] 同注 61 引文,第 17 页。

[77] 例如,参与审理该案的斯科特尼科夫法官就批评国际法院的做法机械地运用了条约解释理论,忽视了尼加拉瓜所提交的证明“根据本条约缔结时‘商业’所具有的内容授予哥斯达黎加航行权”这一意图的证据。See *Costa Rica v. Nicaragua*, *supra* note 56, Separate Opinion of Judge Skotnikov.

[78] Itzovich, *supra* note 68, at 556.

的义务。^[79] 因此,一方面,在理论上国际司法机构通过演化解释可以轻易对条约进行修改甚至达到制定新约的效果;但另一方面,一些国际司法机构在实践中又被要求不能通过演化解释为缔约国创设新的权利义务。不同国际司法机构如何把握条约演化解释上的这个“度”,也值得我们继续关注和研究它们在实际中的进一步发展。

**Treaty Interpretation: Variation, Technique and Trend:
A Study of Article 31(3)(c) of the VCLT 1969**

Wu Ka

Abstract: Article 31(3)(c) of the VCLT 1969 has invoked questions about the scope and timing of “relevant international rules,” which in international judicial practice embody the different practices in two variations, linkage and timing, of treaty interpretation. The linkage variation involves self – contained interpretation and systematic interpretation, and the timing variation includes original interpretation and evolutive interpretation. All these interpretative techniques have been applied, of which systematic interpretation and evolutive interpretation, thanks to their specific realistic foundation and causes or conditions, have been increasingly becoming important interpretative techniques of modern treaties, with systematic interpretation especially being a trend of treaty interpretation. There are still, however, some doubts and uncertainty regarding these two techniques, which are worthy of further concern and research. Generally these two techniques run in parallel, but they interact closely due to Article 31(3)(c) of the VCLT 1969.

Keywords: treaty interpretation; systematic interpretation; evolutive interpretation; the VCLT 1969

(责任编辑:倪鑫煜)

[79] *Golder v. the United Kingdom*, 18 Eur. Ct. H. R. (ser. A) 36 (1975).

派生诉讼资金激励问题研究

王 丹*

摘 要:充分而适当的诉讼激励能够有效解决公司派生诉讼提起动力不足的问题。对原告的诉讼激励体现为对原告本人的激励和对原告律师的激励。当原告是善意时,可以要求公司对其诉讼费用进行补偿;在原告为公司取得实质性利益时,公司可以根据一定比例给予原告回报;在特定情形下允许股东直接受偿;将派生诉讼定性为非财产案件,法院只收取少量的诉讼费用;这些均为对原告股东的激励。有条件付费规则和或然性报酬规则是对诉讼有巨大操控能力的律师的激励机制。这些都反映了实务界和理论界对提高股东提起派生诉讼积极性的有益探索。其中最具有效果也最有争议的是或然性报酬规则,其引发的滥诉和无价值和解问题具有深入探讨的必要性。对这些规则的利弊进行比较分析后,取其精华兼收并蓄,对我国派生诉讼制度的构建将产生积极作用。

关键词:资金激励 派生诉讼 或然性报酬 有条件付费

派生诉讼是公司治理的重要手段之一。其功能通过两方面来实现:一是赔偿,使受到损害的公司获得救济,回复到损害未发生时的状态;二是阻遏,通过给公司高管层和控制股东以诉讼和惩罚的威胁,对公司的潜在错误行为人形成威慑。正当提起的派生诉讼能够有效减少公司的代理成本,对公司来说是可欲的。

但派生诉讼中股东提起诉讼的利益考虑与公司是不同的。股东既可能出于不良动机,仅仅为了自身利益最大化的目的而提起不利于公司的诉讼,也有可能能够在能够给公司带来利益的情况下决定不起诉。派生诉讼对于股东来说不具有经济理性。提起诉讼是有成本的,这一成本即使可能小于股东的总体收益,但必定高于单个股东所获得的收益。^[1]即使诉讼胜利,公司能够获得较多的补偿,但起诉股东从中获得的利益远低于其付出的成本;何况大多数派生诉讼能否胜诉前景不明,股东在理性考虑之下都会拒绝代表公司诉讼。于是,即使能够增加公司利益,股东仍不愿启动诉讼,派生诉讼作为监督公司管理者、改善公司治理的重要机制的功能无法实现,派生诉讼制度的有效性被集体行动问题所阻碍。

可以说,派生诉讼的激励不足问题能否解决直接关系该制度的生存与发展。在一个利益和风险广泛存在的庞大体系中,从公司利益最大化的标准来看,股东提起诉讼的激励或者是过剩的,或者是不足的。^[2]法律制度的设计可以纠正和克服股东提起诉讼的不良动机。通过法律的支持与限制,可

* 北京建筑大学文法学院法律系讲师,法学博士。本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“上市公司股东直接诉讼与派生诉讼的选择提起问题研究”(编号:12SFB5039)的研究成果。

[1] Roberta Romano, *The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?* 7 J. L. Econ. & Org. 55 (1991).

[2] Arad Reisberg, *Derivative Actions and Corporate Governance* 63 (Oxford University Press 2007).

以调整个人对自己行为中可能产生的利益与责任的衡量,并进一步作出判断。如果限制不足,派生诉讼被滥用的危险将大大增加,危害公司利益;而如果法律的限制过剩、激励不足,也会使派生诉讼制度救济公司和股东的功能无法发挥。在此情况下,即使不考虑股东进行诉讼的成本,也因为通过诉讼获得的利益过低而使诉讼欠缺正当性。^[3]

确立适当的资金激励机制可以改善提起诉讼的股东的处境,使诉讼符合股东个体的经济理性。本文将对几种诉讼激励机制的内容和利弊进行讨论,在此基础上提出一种较为可行的模型作为我国立法和司法的参考。

一、公司对原告的费用补偿

(一) 自由裁量型费用补偿命令

对原告成本进行费用补偿是对派生诉讼原告进行资金激励的传统方法。最初起源于著名的“摩尔诉沃勒斯戴尔(Moir v. Wallersteiner)”一案。该案又被称为“固执的摩尔先生的战争”。在该案中,被告沃勒斯戴尔持有公司80%的股权,他利用控股股东的地位,违法使用公司财产。原告摩尔先生是剩余的持有20%股份的股东之一。他代表公司提起了诉讼。被告沃勒斯戴尔将案件拖延了十年,原告摩尔先生几乎耗尽了他的时间、精力和财产。最终法院判决被告败诉,但能够获得救济的只有公司。法官意识到原告的财务困难,但是无计可施。在上诉法庭,摩尔先生的困境受到了法官邓宁(Lord Denning)的注意和同情。邓宁法官判决,允许原告从公司所取得的利益中获得一定的赔偿。其说明的理由是,少数股东提起派生诉讼时,是“作为公司的代理人而行为”,因而他“有权就他在代理过程中合理产生的所有花费和支出从公司处获得补偿。这种补偿不是来自于合同明示或暗示的规定,它来自于衡平法最普通的规则。……如果诉讼成功,所有的利益都归公司所有,因而只有少数股东代表公司所产生的费用能够获得补偿才是正义的。做出过错行为的董事将被命令支付费用;如果这些费用无法从董事那里获得,那么应该由公司支付……假定少数股东有合理理由提起诉讼——为了公司利益采取的理性和谨慎的措施——理应不负责支付对方费用,公司应当对此负责,因为他是为公司行为而不是为自己所作出的”。^[4] 法庭还认为,即使诉讼失败,公司也应补偿原告。一个公认的法律规则是:享受胜利利益的人也应承担失败的风险。^[5] 此后,法庭形成了一个程序,由派生诉讼中的原告提出“原告费用补偿”的申请,多数法庭同意发出命令使公司赔偿原告,用以平衡少数股东与公司之间的利益。

之后的程序进一步修改:法庭被明确授予其认为适当的时候给予原告补偿命令的权力,同时原告也要获得法庭的许可以继续诉讼,获得补偿的申请和继续派生诉讼的申请被联结到一起。这意味着公司是否给予派生诉讼原告财产支持以及具体数额均要受到法庭的司法审查。^[6]

对提起诉讼的股东进行费用补偿,一定程度上可以改善原告股东的财务处境,但显然不够充分。法庭在判断公司是否应给予原告补偿时,享有广泛的自由裁量权,其标准是“认为适当的时候”。这一

[3] *Id.* at 75.

[4] 樊云慧:《英国少数股东权诉讼救济制度研究》,中国法制出版社2005年版,第88页。

[5] John Lowry & Alan Dignam, *Company Law* 176(2d ed., LexisNexis UK 2003).

[6] Reisberg, *supra* note 2, at 231.

标准十分宽泛,不够明确;在司法实务中各法院的标准不统一,引起股东极大的顾虑。此外,将补偿许可申请和继续诉讼申请联系在一起,使法院在审理派生诉讼案件的同时要审查费用补偿及继续诉讼的请求的合理性与可行性,相当于增加一个昂贵的“迷你诉讼”(mini suit),加重了股东和公司的负担。

(二) 强制公司补偿诉讼费用

为了克服法庭对诉讼费用补偿自由裁量机制的不足,一种新的诉讼补偿制度逐渐产生并发展——强制公司对股东进行诉讼费用补偿。这一制度在立法中直接规定了公司补偿股东诉讼费用的条件,只要派生诉讼的原告满足这些条件,公司就必须支付诉讼费用,对原告的成本进行补偿。立法确立的条件是:原告是善意的,并是为了促进公司利益而提起诉讼。相比之前的法官“在认为适当的时候”判定公司补偿股东而言,此时的标准更加明确和细化。无论诉讼最终的结果如何,只要股东是基于内心的善意并出于为公司利益考虑,公司就应当对原告进行补偿,这是公司获得的收益与付出的代价之间的合理平衡。如果将成本补偿问题交由诉讼的结果而定,就会导致善意的原告的利益处于不确定的状态,阻碍原告提起诉讼的积极性。同时,在英美法上,许多其他诉因的案件中,公司都为其代表人承担费用,将代表人的行为视为公司的行为,其成本与责任的承担也当然归属于公司。这样的案例事实中所显示的公平正义也应当适用于派生诉讼的场合。在提起派生诉讼时,原告与公司的关系也类似于代理人与本人或者被信托人与受益人。^[7] 原告的成本支出应当是公司保护自身利益的合理支出。

尽管强制的费用补偿一定程度上克服了法院自由裁量进行费用补偿的不确定性问题,但是这一机制仅仅是为股东提起派生诉讼排除了部分障碍,而没有提供任何激励。移除诉讼障碍仅仅是使得提起诉讼的股东处于与其他未提起诉讼的股东同样的起点位置而已,即使诉讼最终胜利,原告股东也不会比其他股东得到更多。他们的回报仅仅只是反映于其所持有的少量股份上,这根本不足以折抵他们为公司起诉所付出的成本。更何况,并不是所有的派生诉讼都能够胜利并取得有形的利益。根据美国学者的调查,在随机抽取了 535 个公众公司的样本进行考察后发现,派生诉讼大多数以和解结案,派生诉讼案件的平均补偿额仅为共同诉讼案件平均补偿额的一半。^[8] 公司获得的救济常常是非财产性的、不确定的。一个派生诉讼案件显示,被告没有拿出任何金钱赔偿,公司获得的救济是制度改进:公开信息、修改章程、新的董事会程序等。^[9] 在此种情况下,原告股东能够从公司胜诉中获得的利益回报是非常有限的。此外,原告股东为诉讼付出的时间和精力的巨大成本是无法得到补偿的。可见,诉讼补偿制度的出发点是假设所有股东都愿意为公司利益而起诉,事实上这种假设毫无根据,公司的少数股东没有动力为公司整体利益起诉。

因此,必须有更大的利益回报才能构成对股东提起派生诉讼的有效激励。

二、根据案件胜败回报股东

此种对派生诉讼原告股东激励的方式是将派生诉讼取得成功后获得的赔偿金按一定比例奖励给

[7] Reisberg, *supra* note 2, at 248.

[8] Romano, *supra* note 1, at 7.

[9] John C. Coffee, Jr., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions*, 86 Columbia L. Rev. 716 (1986).

原告,可以通过立法强制规定,亦可以由法庭使用自由裁量权确定是否给予回报以及具体回报的数额。

这种方法与派生诉讼的基本规则表面上看来有一定的冲突。因为派生诉讼的主要特征在于,原告是利益没有直接受到侵害的股东,他是代表公司提起诉讼,其所得的救济应当属于公司。而根据案件胜败回报股东似乎构成了对这一基本规则的颠覆。但是从以下几个角度去考察这一机制会发现其具有实质上的正当性、合理性及有效性。

首先,从公司结构来看,在公司作为胜利者得到补偿背后,是一个或少数几个原告股东在为整个公司和其他股东利益而工作。每个股东在公司中都持有一定的有形利益,将公司的全部财产划分为相应的比例,那么每个股东在诉讼中获得的间接利益也可以标记为精确的份额。如果每个股东获得利益与其投资比例相符,显然构成对原告股东的不公平。原告股东在诉讼中做出努力,他们被授予合理的补偿是从那些“接受了他们的劳动成果的人”手中。

其次,根据案件胜败回报股东背后的原因与成本补偿命令是一致的,与派生诉讼的性质也是相符的。派生诉讼制度设计的初衷就是期望股东能够充当诉讼开始者的角色。派生诉讼如果未曾提起,公司和其他股东什么都得不到。因此在诉讼时对于原告股东进行适当的回报是合理的。假如诉讼失败,原告股东有合理理由提起诉讼并满足法律要求,他就不应当自己承受成本,而应由公司承担。但是此时公司未能从诉讼中获益,就不能给予原告股东额外的奖励。这样就能有效解决广大股东“集体行动”和“搭便车”的问题。

再次,善意的股东即使愿意为公司利益而诉讼,他也不愿意拿自己的财产冒风险。诉讼胜利后,如果仅依靠费用补偿命令,原告股东为诉讼付出的成本被补偿,每个股东都能够根据其持有的投资份额分享公司取得的利益。原告只是处于与其他未提起诉讼的股东同样的位置之上,原告股东没有比其他股东取得更多,但其在诉讼中消耗的一些隐性利益,如时间、精力、名誉风险等都是费用补偿命令无法补偿的。给予原告回报会使做出努力的股东处于更安全、更有保障甚至能获得更多利益的位置,这无疑会促进一个理性的个人提起诉讼的积极性。如果这些股东取得的利益不能重新配置,任何一个人股东都没有充分的激励来提起诉讼。

总之,将股东的回报与公司从诉讼中获得的利益相联系,才能使那些真正想要使公司收益的股东乐于踏上为公司冒险的征程。当然原告股东所获得的回报要限制于一定的合理比例,否则就会背离派生诉讼制度设立的初衷。法庭在判断给予原告回报的比例和数额时,可以借助必要的指标和综合考虑相关因素,如问题的新颖性或复杂性、派生诉讼的质量、风险和可能性等。^[10]可见,在此方式下,原告股东获得的回报来自于其为公司带来的利益而非直接来源于被告的赔偿。由于这一回报只占公司取得的利益中的很小部分,这一机制并未从根本上冲击诉讼结果归于公司的基本规则。

三、特定情形下的直接受偿权

在美国司法判例中,一些例外情形下,原告股东甚至可以直接取得由派生诉讼获得的救济。第一

[10] Reisberg, *supra* note 2, at 247.

种情况是当派生诉讼针对的是滥用公司财产的公司控制人时。^[11] 由于公司的控制人对于公司财产有着控制权,而且之前就有对公司财产的滥用行为,如果将派生诉讼中所获得的赔偿交回公司,就相当于将该赔偿又交回到控制人手中,很难保证该赔偿金不会被再次滥用。因此法院在此种情况下可判定将赔偿金按照各自的持股比例直接交付给股东。

第二种情况是派生诉讼的被告是公司中的大多数股东时。此时将原告辛苦诉讼得来的赔偿金交回公司,就会使该财产直接处于被告控制之下,或者会使其间接受益,对于原告显失公平。

第三种情况是公司中既有善意股东又有有过错的股东时。^[12] 如果此时将赔偿金交付公司,善意股东和恶意股东被平等对待,都可以间接地从提起诉讼的股东的行为中获益,那么既没有体现出对损害公司利益的恶意股东的惩罚,也没有对善意股东的优先待遇,对于善意股东特别是提起诉讼的股东明显不公平。

第四种情况是公司已经不再是运营良好的企业时。^[13] 当公司濒于破产清算时,如果将胜诉所得归于公司,原告股东间接受益的希望会落空,那么股东完全没有提起诉讼的兴趣,也会使派生诉讼的社会功能无法发挥出来。在此种情况下准予对股东直接偿付,会起到鼓励诉讼的作用。如果没有股东提起诉讼,这笔赔偿金原本也不会产生,所以对债权人来说也不存在不公平的问题。

以上几种情况将诉讼所得的赔偿直接支付给股东,是符合公司和善意股东利益的。但是,此种手段不能作为一般性的鼓励股东提起派生诉讼的手段。一是因为这与派生诉讼的基本规则不相符。派生诉讼是为公司寻求救济,是一种代表性的、代位性的诉讼。不能将诉讼所得交付股东是其一般原则,只有在特殊情况下才可以将赔偿金直接交付股东。毕竟公司还有债权人等其他利害关系人的利益需要保护。二是因为此种方法是将赔偿金按照持股比例交付公司中的善意股东,而不是对于提起诉讼的股东的特别给付。所以,股东直接受偿并不是一种常规的激励手段,而只是在特殊情况下的一种公平机制而已。

四、按照非财产案件收费

在日本法学界有一种学说,被称为“95万日元说”,认为派生诉讼请求被确定后,全体股东从中受益,要算定原告股东所主张的利益非常困难,应当类推适用《民事诉讼费用法》第4条第2项的规定,一律将代位诉讼标的额视为95万日元,并以此为基准,决定原告股东提起派生诉讼的手续费为8200日元。1993年日本修改商法典时采纳了95万日元说,在第267条第4项规定:“应当将诉讼请求看成是非财产权上的请求。”^[14] 而韩国“民事诉讼等印花税法”也将派生诉讼视为无法知道诉价的诉讼,不考虑请求金额,一律将诉价作为1000万韩元,计算印纸税。^[15] 我国也有学者建议采用“非财产案件计费”的方式,不考虑案件的标的额而一律按照非财产案件收取诉讼费用,以达到鼓励诉讼的

[11] *Easton v. Robinson*, 19 R.I. 146, 32 A. 339 (1895).

[12] *Brown v. Young*, 167 Ill. 549, 47 N.E. 863 (1897).

[13] *Bailey v. Jacobs*, 325 Pa. 187, 189 A. 320 (1937).

[14] 许美丽:“日本商法上股东代位诉讼之和解”,载《财经法专论:赖源河教授六十华诞祝寿论文集》,台湾五南图书出版公司1997年版,第24页。

[15] 章晓洪:《股东派生诉讼研究》,西南政法大学2006年博士论文,第108页。

目的。^[16]

这种方法能够在一定程度上减轻原告的负担,但是“治标不治本”。毕竟,股东除了支出诉讼费外,还有律师费,以及时间、精力等方面的消耗,不可能仅仅通过这一制度得到补偿。试想,就连股东诉讼费用补偿制度尚且不能起到充分的激励作用,只是移除了股东诉讼的一个障碍,更何况仅是诉讼费的降低呢?单纯依靠这一制度不可能达到鼓励诉讼的目标。可以说,这一制度是基础性的,是必要的,但是不充分。

五、有条件付费规则(conditional fees)

以上的方法都是用于提升原告提起派生诉讼的积极性的,但实践中,原告的利益显示在结果产出中往往是非常分散和遥远的,特别是在英美这样资本证券市场高度发达、公司持股高度分散的国家,股东在提起派生诉讼中的作用日渐微弱,取而代之的是职业的律师团体对诉讼的参与度越来越高。例如,二战后的美国,很多律师在发现公司管理层违规后,便找一个合适的原告股东,代理其提起派生诉讼。^[17]不再是股东寻找律师,而是律师寻找股东,此时“律师运转如一个企业,诉讼宛如律师自己的诉讼,事实上没有股东的监督,股东的名字仅仅是作为进入法庭的钥匙”。^[18]这样,原告律师成为了派生诉讼的发动机。于是,将诉讼激励提供给法律职业者而非股东也成为了一种鼓励派生诉讼的重要途径。这一机制的优势在于:第一,给分散的、只遭受了较小损害的客户以代表,避免了集体行动、搭便车等问题;第二,律师胜诉时获得费用可以使他们更积极地寻求法律上的冲突,而不是被动地等待客户,从而成为了独立的监控力量。^[19]

目前英国对律师的激励机制是“有条件付费规则”,该规则的内容是:律师和原告可签订协议,约定律师在案件失败时不能索取报酬,而假如胜利,律师可以在其一般成本上再索要一个“成功酬金”以补偿其承担的可能不能获得支付的风险。在这一制度之上,律师会更关注案件成功的可能性。律师会花费相当多的时间解决具有很高价值的案件,而假如没有为当事人获得财产利益,他就什么也得不到。^[20]“有条件付费规则”经常与保险机制相联系,假如案件失败,保险会支付对方的成本以及原告已支付的费用,但是不包括他自己的律师费。

这一制度一定程度上对律师胜诉的积极性有所激励,但是律师承担的风险也比较大。有英国学者对这一制度的批评是:“希望律师一直承担诉讼风险的想法是不现实的、不合理的。”^[21]律师并不愿意主动从口袋中掏出钱来,实践中往往会由于律师不愿承担诉前成本而结束诉讼。此外,即便律师胜诉,其所得与所获得的赔偿也并不匹配,无论获得的赔偿多少,律师的收益均为一个固定的“胜诉酬金”,这就限制了律师为公司利益最大化努力的积极性。所以在英国该制度被认为“只是一个过渡阶段,是时候讨论什么能取代它了”。^[22]

[16] 参见刘金华:《股东代位诉讼制度研究》,中国政法大学2007年博士论文,第85页;同注8引文,第108页。

[17] Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 法律出版社1999年影印本第4版,第463页。

[18] Reisberg, *supra* note 2, at 263.

[19] Coffee, *supra* note 9, at 675.

[20] Reisberg, *supra* note 2, at 252.

[21] *Id.* at 254.

[22] *Id.* at 255.

六、或然性报酬规则(contingency fees)

(一) 内容介绍

“或然性报酬”规则是一种在美国派生诉讼中广泛实行的律师收费规则,又被称为“比例付费原则”。根据该规则,律师同意假如案件失败他不取得酬金,假如胜利,他可以要求所获得的补偿中的一定比例作为酬金,一般来说,是其所获得赔偿的第一百美元的20% - 25% 以及此后获得赔偿的比例逐渐降低。^[23] 此外,与这一制度相伴随的还有两个美国法上的特殊规则。一是美国诉讼费承担的特别规则,又被称为“美国规则”,即各方承担自己的诉讼费,这意味着原告律师即使败诉也只承担时间损失和已投入诉讼中的费用,而无需承担胜利方的法律费用。可见,在这一规则之下,原告股东不承担任何风险,风险转移给了律师。二是“共同基金”(the common funds)规则,即原告创设一个有利于他人的基金,其诉讼费用可从基金中获得补偿。^[24] 如果原告胜诉的话,诉讼的结果将使得公司获得赔偿,该种赔偿形成一种基金,通常公司将从其所获得的基金中向原告进行支付。这种做法对原告较公平,让所有从该种诉讼中受益的人按照比例分摊成本。如果未获赔偿,但公司从诉讼中获得了实质性利益,公司仍对原告费用进行补偿。这一理论的主要理念是只要原告律师的行为使大家受益,律师费就应当由大家共同分担。

但并不是每个诉讼都能产生有形的救济。如果除了一般的比例收费规则外没有例外,对律师也会构成抑制。美国的应对之道是实质利益测试(the substantial benefit test)和启明星酬金计算法(lodestar methods),后者是或然性收费规则的例外。在此基础上,用两个方法确定律师酬金。首先,对于产生有形金钱救济的案件,采用或然性报酬规则。其次,对于产生无形利益的案件,采用替代性方法——启明星酬金计算法,当派生诉讼对公司产生实质利益时,无论是通过判决还是和解,允许律师按工作时间收费,将重点放在律师所花费的时间上,再乘以工作难度系数,以此“启明星指导方针”反映其中的风险和所需的特殊技能。^[25]

(二) 制度评价

或然性报酬制度最大的价值就在于驱逐出困扰派生诉讼的最大问题——缺乏激励。通过将风险转移给律师,由律师来衡量诉讼成功之可能性以及是否会有实质性的利益流入公司从而决定是否提起诉讼,这会因原告的个人风险降低而消除派生诉讼被过度阻遏的问题。由于“或然性报酬”允许律师从公司所获赔偿中按比例获益,这意味着律师越努力使公司获得更多的赔偿收益,他也就越能获得更多的报酬,这当然极大地促进了律师提起诉讼的积极性。由此在美国催生出了一个强大的利益团体以寻求广泛的救济,甚至对法律规则的设计也有影响。而这种风险加在律师身上并未改变诉讼费用对派生诉讼产生的基本阻遏作用,它只是转移了面对失败的风险或者利益最终是非实质性时的风险。

相比英国的“有条件付费”规则,美国的“或然性报酬”规则从理论上和实践上看都能更好地发挥

[23] John C. Coffee, Jr. & Donald E. Schwartz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 81 Colum. L. Rev. 316 (1981).

[24] Coffee, *supra* note 9, at 670.

[25] Coffee & Schwartz, *supra* note 23, at 316.

激励派生诉讼的作用。首先,有条件付费规则仅仅是一个律师酬金的提升,而或然性费用规则是允许律师分享成功诉讼的成果。或然性费用规则创造了一个激励来鼓励律师尽最大可能为顾客争取好的结果,而非仅仅是胜诉。其次,英国规则可以减少通常在救济中只持有很少份额的原告股东的风险,但并没有像美国机制那样真正扭转了风险的承担。在英国规则下,败诉方仍要承担胜诉方的部分法律费用,有条件付费规则其实只是对过度阻遏的一定的矫正而非完全消灭。在美国规则下,即使原告对提起诉讼态度冷漠,诉讼的期待利益仍能够得以实现。即便原告在诉讼中无利可图,律师费也不会因此受到影响。相比费用补偿命令规则,“或然性报酬”规则显然能使股东处于更有保障的地位,提起诉讼的股东基本上不承担任何成本,只是名义上引起诉讼发生的人。与给予原告股东一定的回报相比,该规则能够消灭冗长而昂贵的程序,不需要调查判断案件的价值从而决定是否给予原告一定的奖励和回报,因此节省了诉讼的时间和成本。

既然“或然性报酬”规则有这样强的激励作用,为什么其他国家一直对适用该制度踟躇不前呢?主要原因有:(1)它可能会诱发当事人进行无价值的诉讼,导致诉讼资源的浪费。^[26]这反映了对律师煽动诉讼而非仅仅是提供客观的、回复性的职业意见的忧虑。(2)它可能会在律师与顾客的利益之间产生冲突。^[27]律师在诉讼结果中的直接的财产利益可能会影响他给予真正的无偏见的建议,如他可能会被诱惑去进行违反原告利益的和解,原本有价值的案件也会被廉价地以和解方式结案。^[28]一方面是律师“做得太多”而造成的滥诉风险,另一方面是律师“做得太少”,为了尽快获得报酬而导致的不公平和解。^[29]

(三) 引发的问题

1. 无价值的诉讼泛滥

原告律师和其他律师不同,表现在存在冲突的程度和机会主义的潜在可能上。^[30]派生诉讼饱受争议很大程度上在于其特殊性造成了两个层次的代理成本:第一个层次是提起诉讼的股东与公司之间的代理成本,第二个层次是原告股东与代理律师之间的代理成本。这是一个特殊的现象:派生诉讼本来是为了减少和消除公司中的代理成本的,但其本身又产生了新的代理成本。如果这两个层次的代理成本问题不能很好地解决,派生诉讼就不可能实现其立法的初衷。通过对原告股东资格的限制以及筛查机制的设置,第一层次的问题能够得到比较妥当的解决。而第二个层次的代理成本问题,在一般的律师代理和收费制度下,其矛盾并不尖锐;但是在“或然性报酬”制度下,问题凸显出来。

在“或然性报酬”规则下,律师在胜诉时获得的报酬非常可观,这就产生了很强的激励。律师在发现公司管理层违规后,便找一个合适的股东作为名义上的原告,代理其提起派生诉讼。但此诉讼的目的并不是为了追究被告对公司的责任,而是想通过诉讼和解获得一笔数目不菲的律师费。^[31]此种情况下,原告通常会受到律师的操纵,仅仅是“开启诉讼的一把钥匙”,整个过程都由律师决定和控制。这种利益的刺激使得律师的动机发生了扭曲,律师不再仅仅是提供客观的、回复性的职业意见,而成

[26] Coffee, *supra* note 9, at 670.

[27] *Id.* at 680.

[28] Jill E. Fisch, *Teaching Corporate Governance through Shareholder Litigation*, 34 Ga. L. Rev. 751 (1999-2000).

[29] Amy M. Koopmann, *A Necessary Gatekeeper: The Fiduciary Duties of the Lead Plaintiff in Shareholder Derivative Litigation*, 34 J. Corp. L. 900 (2008-2009).

[30] Coffee, *supra* note 9, at 726.

[31] Hamilton, *supra* note 17, at 463.

为了积极的、主动的引起和推动诉讼进行的主导者,“原告的律师成为与案件存在真正的利害关系的一方”,^[32] 律师与案件的利害关系甚至高于原告股东,^[33] 这可能会诱发当事人提起无价值的诉讼,导致诉讼资源的浪费。

由于诉讼结果直接决定了律师利益的有无,那么如果诉讼能够保证公正进行,诉讼程序妥当设置,对律师的过分激励就不会产生不当的后果,毕竟无价值的诉讼只会让律师白忙一场,对诉讼泛滥的担心就是不必要的。但是经验却显示,与此相伴随而出现的是派生诉讼中广泛存在的过度而不公正的和解,这一现象加剧了律师的不良动机引发的滥诉问题,也成为了派生诉讼的一个顽疾。

2. 过度而不公正的和解

(1) 和解现状及原因分析

根据美国学者的实证调查,派生诉讼中绝大多数案件都是以和解结案的。在他所调查的派生诉讼案件中,不到1%的案件原告胜诉,25%的案件被法庭驳回起诉或者被告胜诉,其余案件都是和解。^[34] 另有学者调查了一系列公司诉讼案件,发现其中很大一部分都有过早期和解的经历,其中一个案件甚至在公开审判前已经有过三次私下的和解,而此次审判最终导致的结果也是以被告向公司支付150万美元而和解。^[35]

一系列因素导致当事人并不考虑诉讼的价值而和解:被告厌恶风险、极大的预期赔偿数额、律师收费体制、代理问题、责任保险规则^[36]等。^[37] 各方当事人都有很强的动机避免诉讼。对于被告来说,他当然不愿意走向判决,一旦败诉,就会对他的声誉产生巨大的影响,他很可能要在承担高额赔偿的同时,结束他的经营管理者职业生涯。在衡量风险时,厌恶风险的人常把很少可能出现的情况看得很重,因为这种情况一旦出现,结局就是毁灭性的。^[38] 就算没有败诉,但派生诉讼的持续进行仍然可能会对依靠声誉的被告造成很大的伤害。^[39] 因此被告迫切希望诉讼能够尽快结束。原告事实上在决定关键问题上没有什么意义。^[40] 而且和解对原告也是有利的。根据董事补偿和保险的规则,如果案件是和解的,董事应承担的责任要由公司进行补偿或者由保险公司进行赔偿;而如果案件是判决结案的,往往意味着被告存在故意欺诈的情形,保险公司将拒绝赔付。这就意味着尽管判决原告胜诉,但被告却很可能无力承担巨额赔偿金,原告的诉求也会落空。更何况判决还可能会有相反的结果。而对于律师来说,诉讼隐含的风险导致原告损失和其律师损失间的巨大反差,因为有利于被告的判决对于原告的影响微不足道,但却意味着律师数年工作的失败。原告律师愿意以低廉的和解换取高额律师费的情况在派生诉讼中非常普遍。^[41]

关键原因仍在于,派生诉讼中包含了一个内在的利益冲突:遭受损害的主体与提起诉讼的主体不

[32] Coffee & Schwartz, *supra* note 23, at 309.

[33] Fisch, *supra* note 23, at 751.

[34] Coffee, *supra* note 9, at 685.

[35] George D. Hornstein, *The Death Knell of Stockholders Derivative Suits in New York*, 32 Cal. L. Rev. 134 (1944).

[36] 赔偿金来源于责任保险的保险金而不由当事人本人支付,而保险金只有在和解时才会支付,在被告(即公司高管人员)败诉时则拒绝支付。

[37] Janet Cooper Alexander, *Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions*, 49 Stan. L. Rev. 500 (1991).

[38] *Id.* at 531.

[39] Notes, *Pleading Securities Fraud Claims with Particularity under Rule 9(b)*, 97 Harv. L. Rev. 1432 (1983-1984).

[40] Alexander, *supra* note 37, at 531.

[41] [美]美国法学会:《公司治理原则:分析与建议》,楼建波、陈伟恒等译,法律出版社2006年版,第645页。

同一,而提起诉讼的主体与在诉讼中真正发挥主导作用的主体也不同一。基于此,和解中的串通广泛存在。被告可以提供和解,包括名义上的救济或者小额的金钱救济,但包含了较多的律师可获得的利益。律师与他所代表的股东利益发生冲突,而大部分股东由于在诉讼中所占份额利益太少而不会去过多地关注。^[42] 被告给出的代价无需自己承担,因为根据公司补偿制度和董事责任保险制度,被告的责任由公司来补偿或者由保险来承担。这样,一个和解协议的达成,对于参加诉讼的各方都是有利益的,原告律师获得了可观的酬金,被告免除了败诉的风险;而公司往往要承担双方的法律费用,其中原告通过法院裁定从公司获得其支付的律师费,被告则通过公司的补偿获得其支付的律师费。这样,派生诉讼本来是为了保护公司和股东,但通过和解最后达成的结局却是由公司和股东承担诉讼中的所有费用。也正因此有学者甚至认定“派生诉讼是不反映案件的是非曲直的、没有内在价值的诉讼”。^[43]

(2) 过度和解的危害性

和解在其他诉讼中可能是求之不得的,因为和解往往代表着当事人的妥协,通过相互协商得到一个双方满意的结局,相比裁判来说,和解协议更容易得到当事人的认可也更能被顺利执行。为什么派生诉讼中的和解令人焦虑?

我们通常不质疑和解的准确和公正性的两个原因是:一是和解协议的合法性是双方同意赋予的;二是理想的和解被假设为结果是近似于裁判的。特别是当原告有很充分的理由时,更有条件获取一个好的和解条件,否则就会继续诉讼来威胁对方。^[44] 能够自由地选择返回诉讼的能力是保证和解反映裁判结果的关键。如果一方被剥夺了这种能力,二者间的联系就会断裂。^[45] 但是在派生诉讼中,真正承担成本的公司和股东,并没有参与到和解的谈判之中,其中蕴含着巨大的代理成本,和解协议的达成并非公司和股东的真实意愿。由于缺少裁判,法官对和解过程进行的调查不够充分,诉求中的关键性因素——如证据、过错等都没有经过认真衡量和考虑,因此案件很难在价值基础上解决。^[46] 可见,和解既非“自愿”的,也非“准确”的。最终导致了一个立法者不愿看到的结果:在派生诉讼中,并不由案件的是非曲直来决定和解金额的大小,也就是有较强的诉讼理由的案件并不比没有多少理由的案件能获得的赔偿更多。^[47]

由此,原告律师鼓励的串通和解损坏了原告和公司本应获得的赔偿,这是在派生诉讼中必须要解决的问题之一。^[48] 基于此,改革的基本目标就是减少由律师-顾客关系产生的代理成本。^[49]

(四) 解决对策

1. 加强法庭对和解的审查

应对之策是加强法庭对和解的审查。美国民事诉讼法要求派生诉讼的和解、妥协、中止诉讼等要

[42] Coffee & Schwartz, *supra* note 23, at 318.

[43] Alexander, *supra* note 37, at 505.

[44] *Id.* at 499.

[45] *Id.* at 505.

[46] *Id.* at 524.

[47] *Id.* at 504.

[48] Donald E. Schwartz, *In Praise of Derivative Suits: A Commentary on the Paper of Professors Fischel and Bradley*, 71 Cornell L. Rev. 323 (1985-1986).

[49] Coffee, *supra* note 9, at 726.

经过司法审查同意。法庭的审查要注意以下几方面的问题:(1)对和解的内容进行价值判断,考察和解的内容与原告诉求是否有很强的联系。(2)特别要对律师费的给付数额进行审查。只有当和解对公司产生了“实质性的或通常的”利益时,才判令给付律师诉讼费用。^[50]这一利益并非一定是有形的金钱救济,如果和解产生了一个无形的却具有很大价值的利益时,当然也属于此种情况。^[51]

2. 建立原被告双方(包括律师)的利益对抗机制

司法审查是必要的,但却不充分。法官解决这一问题是有局限性的。正如法官福瑞德里(Friendly)所言,“当原告律师和被告沆瀣一气时,这是一根很弱的救命稻草”。^[52]解决这一问题需要从内部着手。基本的思路是使原被告双方(包括律师)的利益直接对立,^[53]通过保持双方利益的对抗性来保证和解结果接近判决结果。为此,可采取以下两项措施。

措施之一是要求倾向于和解的被告承担一定的最小限度的支出,对于和解的自由要有一个下限的规定。目前的状况是,被告躲在董事保险责任的保护伞下,不用为诉讼失败付出代价,损失由公司承担。当被告在和解中的支出低于预设的支出时,法庭就要引起注意,并拒绝和解。通过此种方式,在公司获得重要的非金钱救济时,人们在未给原告增加负担的同时,又有了补偿原告律师的方式,当然也减少了被告逃避责任的可能。这样还会使被告与原告的对抗趋向激烈,也能引导原告律师更慎重地提起诉讼。^[54]

措施之二是给原告律师很强的利益引诱来防控和解方案中公司给予被告过度的补偿。将被告获得的补偿与支付给律师的费用直接对立起来,“此消彼长”,公司支付给被告的补偿越多,用来支付原告的赔偿就越少,而原告所能获得的补偿是律师收入的直接来源。程序上来说,这样一个解决方案要求双方在举行听证时要将补偿或诉讼赔偿的数额通知法庭。如果缺乏这样一个条款,双方都有夸大和解规模的动机,法庭同意和解和高额的律师费就被正当化了。^[55]

可见,一方面要求被告支付原告律师的费用,另一方面给原告律师竞争性的补偿,这样双方利益更具有对抗性,无疑对串通一气的和解问题的解决具有直接的作用。当然,诉讼中的双方都会抵制这一建议,但立法规定和法庭意见会使他们被迫斗争而非和解,^[56]这样,背后的公司和股东的利益就会得到真正的保护。

七、结论——建立我国的派生诉讼资金激励制度

以上讨论的所有机制,都反映了实务界和理论界对提高股东提起派生诉讼积极性的有益探索。对这些规则进行分析,取其利去其弊,兼收并蓄,对于我国的制度构建会产生积极的作用。建立适合我国国情的派生诉讼资金激励制度要从以下几方面来考虑。

首先,明确规定当提起诉讼的股东是善意时,公司应当对原告进行诉讼费用补偿。这是对原告基

[50] Mark J. Loewenstein, *Shareholder Derivative Litigation and Corporate Governance*, 24 Del. J. Corp. L., 3 (1999).

[51] *Id.* at 6.

[52] *Saylor v. Lindsley*, 456 F.2d 896, 899-900 (2d Cir. 1972).

[53] Coffee & Schwartz, *supra* note 23, at 309.

[54] Ehud Kamar, *Shareholder Litigation under Indeterminate Corporate Law*, 66 U. Chi. L. Rev. 909 (1999).

[55] Coffee & Schwartz, *supra* note 23, at 318.

[56] *Id.* at 326.

础性的补救,尚不足以成为激励。

其次,通过立法规定或允许法庭使用自由裁量对成功的派生诉讼中的原告给予回报,将公司在派生诉讼成功后获得的赔偿金的一定比例的数额作为奖励给予原告。对原告进行奖励与费用补偿的前提条件是不同的,只要提起诉讼的股东是善意的就应由公司进行费用补偿,而对原告进行奖励限于诉讼取得成功。

再次,最具有激励意义的莫过于美国法上的“或然性报酬”规则。这一制度所产生的激励效果是其他制度难以匹敌的。如果实行该规则,可能产生的现实问题主要是律师引导下的过度诉讼以及串通一气的和解。主要对策是使原被告双方(包括律师)的利益直接对立起来。此外也要加强法庭的审查,只有当和解对公司产生了“实质性的或通常的”利益时——无论是通过司法裁判还是和解,才判令给付律师诉讼费用。

总的来看,在传统公司理论观念的束缚下,立法和司法体系对派生诉讼抱有敌视的态度,对派生诉讼的限制和禁锢远多于鼓励和支持。派生诉讼作为监管机制的有效性被成本问题所阻碍。对股东提供充分的诉讼激励可以有效解决股东提起派生诉讼的怠惰问题,实现派生诉讼制度预设的功能。

The Analysis of Establishing Adequate Funding Incentive of Shareholder Derivative Litigation

Wang Dan

Abstract: The article is devoted to the analysis of establishing adequate funding incentive of shareholder derivative litigation. The following issues have been covered in this article, such as important solutions of various countries on litigation, compensation on the plaintiff, returns on stockholders on the basis of failure and success, direct compensation receiving rights in the particular situation, conditional fees, and contingency fees. In the above - mentioned models, both capital stimulation to stockholders and encouragement of lawyers of plaintiff are all involved. In particular, solutions are offered to issues like over suits and settlement without merits resulted from contingency fees rule.

Keywords: funding incentive; derivative litigation; contingency fees; conditional fees

(责任编辑:杨琦萍)

法国刑罚执行法官及其启示

张亚平*

摘要:第二次世界大战以后,在多种因素作用下,法国开始设立刑罚执行法官,后经多次立法而不断调整其法律地位和职权范围。2000年以后,刑罚执行法官不再是司法行政官员,而是真正的初级司法官。当前,刑罚执行法官是法国刑罚执行的核心角色,规划并监督监狱内剥夺自由刑的执行条件和执行方式,以司法程序决定刑罚执行调整措施,并负责对开放环境下的刑罚执行进行跟踪监督。我国也应当设立刑罚执行法官,使其负责自由刑变更执行措施的审理及撤销,并对刑罚执行进行监督。设立刑罚执行法官还必须解决好制度衔接问题及现实问题。

关键词:刑罚执行法官 刑罚执行司法化 自由刑变更执行

受社会防卫思想和人道主义刑事政策影响,法国刑罚执行问题一直颇受重视。法国学者一般不研究刑事犯罪的一般理论,^[1]而对刑事政策及刑罚执行更感兴趣。^[2]刑罚执行法官在刑罚执行中起决定性的作用,是刑罚执行的核心角色,是法国刑事司法制度的一大特色,也是刑罚执行中司法公正、人权保障、刑罚个别化和促进被判刑人再社会化等一系列价值追求的制度保证。鉴于此,本文对法国刑罚执行法官的设立及其职权进行详细考察,以期能为当前我国颇受关注的刑罚执行公正及犯罪人权利保障等问题提供思考的角度和有益的启示。

一、法国刑罚执行法官的设立

(一)刑罚执行法官的设立背景及立法演进

法国刑罚执行法官的设立及其职能分工的确定经历了长期而反复的探索。

在法国,长期以来刑罚执行一直被视为行政机关,尤其是监狱行政机关的事,法官仅负责刑事案件的审理判决,判决宣告以后,法官的任务随之完成,并退出整个刑事程序。克里斯蒂娜·拉塞杰教授曾将此描述为:“裁判机关止步于判决宣告。”^[3]而后行政程序启动,由行政机关负责刑事判决的执行。这一状况在缓慢发生变化,其最初表现可以追溯至1911年,当年法国的监狱管理部门从内政部

* 河南大学法学院副教授,法学博士。本文系国家社会科学基金一般项目“自由刑变更执行研究”(项目号:13BFX076)的研究成果。

[1] [法]雅克·博里康:《法国二元论体系的形成和演变》,朱琳译,中国民主法制出版社2011年版,引言。

[2] 据笔者对法国《监狱与刑法学杂志》及《刑事科学与比较刑法学杂志》两家主要刑事法杂志统计,在截至2010年的近二十年的所有文章中,“理论”部分的文章主要涉及刑事政策、刑罚执行基本理论、国际刑法、欧盟刑法、刑法国际化等问题,“专栏”部分则主要涉及分则类罪问题、刑罚制度问题等。

[3] Pascal Faucher, «La juridictionnalisation de l'application des peines, un'évolution tranquille?», *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, janvier 2001, p. 216 - 220.

转至司法部,这一转变意义重大,带来了一系列后果,“其他所有变化都源于此”。〔4〕可以说,这一转变直接促成了监督刑罚执行的法官的设立。

安塞尔的新社会防卫思想下的刑罚人道主义为刑罚执行法官的设立提供了思想基础。新社会防卫思想本质上是一场“人道主义的刑事政策运动”,强调犯罪人具有复归社会的权利,国家有使犯罪人复归社会的义务,认为使犯罪人复归社会是最高的人道主义,保障犯罪人的权利是刑罚执行人道主义的现实表现。新社会防卫思想认为,法官是公民个人自由的保护者,是主要司法程序的执行者,因而在整个刑事诉讼过程中,应当发挥法官的职能,保证刑罚的公正执行,充分实现刑罚执行的个别化和再社会化。〔5〕

刑罚执行法官的设立与人权保障观念的上升密不可分。第二次世界大战前后,人权保障观念越来越受到重视,“公民犯罪人”思想逐渐萌生。这一思想认为,所有的犯罪人都拥有除被剥夺自由外的与其他人相同的作为一个公民的权利。“监禁期间仅仅且只能是剥夺自由的一段时间,除此以外不得剥夺其他任何权利。”〔6〕而对此必须有法官的参与,以提供强有力的监督和保障。

刑罚执行法官的设立也受刑罚个别化思想的深刻影响。法国是刑罚个别化思想的主要发源地之一,刑罚个别化的概念就是由法国学者雷蒙·萨雷伊于1898年首先提出。在法国近现代刑罚制度改革中,个别化思想始终贯穿其中,尤其在刑罚执行制度改革中,刑罚个别化是其核心推动力。〔7〕正如福柯所指出的,“在现代刑罚历史中,个别化举足轻重”。〔8〕个别化要求对不同的犯罪人予以不同的惩罚,也要求根据被判刑人个人情况的变化而适当调整惩罚的方式和强度。在刑罚调整过程中,有两个问题需要解决:其一是刑罚调整的正当性问题,即何以能改变法院的生效判决?其二是刑罚调整的强度和方式的现实根据问题。这两个问题的解决都呼唤法官参与到刑罚的执行过程中。

刑罚执行法官的设立与其他国家的先例示范也不无关系。在其他一些国家,类似的法官较法国更早出现。如意大利1930年的《刑法典》第144条就规定了监控法官,负责进行刑罚执行的司法监督,同时其刑事诉讼法还规定有执行法官,负责对刑罚执行中的事项进行裁决。〔9〕设立刑罚执行法官负责决定刑罚执行措施的问题在1932年就已提交至国际监狱协会,随后引起了激烈讨论。1937年在巴黎召开的国际刑法学大会上,与会者一致希望对刑罚执行进行司法监督。〔10〕

1945年,法国监狱管理部门正式指定一名司法官负责在实行累进制的中心监狱内监督刑罚执行。尽管此负责监督刑罚执行的司法官没有任何自己的独立权力,他仅根据监狱管理部门的指定履行职责,但毕竟刑罚执行法官事实上已经存在,剩下的仅是法律根据问题了。这一问题在1958年《刑事诉讼法典》修订时得到了解决。1958年的《刑事诉讼法典》第721条及第722条正式规定了刑罚执行法官,负责对刑罚执行进行跟踪监督,“刑罚执行法官”这一术语也第一次正式出现。自此以后,有多部

〔4〕 Georges Levasseur, « Aperçus sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, mars 1983, p. 331 - 346.

〔5〕 [法]雅克·博里康、朱琳:《法国当代刑事政策研究及借鉴》,中国人民公安大学出版社2012年版,第93页。

〔6〕 Philippe Lemaire, « Préface », in O. Cligman et al., *Le Droit en Prison*, Paris, Dalloz, 2001, p. VII.

〔7〕 Marjorie Mouren, *La réforme du droit de l'application des peines*, Mémoire pour le master II, Université Paul Cézanne Aix - en - provence III, 2005, p. 11.

〔8〕 Michel Foucault, *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 360.

〔9〕 Bernard Bouloc, *Pénologie*, Paris, Dalloz, 2005, p. 97.

〔10〕 *Ibid.*

法律(主要有1970年7月17日法、1972年9月29日法、1975年7月11日法、2000年6月15日法、2004年3月9日法、2009年11月24日法等)不断调整刑罚执行法官的法律地位和职权范围,使得刑罚执行法官制度日趋完善。

(二) 刑罚执行法官的任命与管辖

刑罚执行法官并非自始至终担任该职,而是由大审法院的坐席法官受指定而担任,并由司法部长在征询法官高等委员会的意见后,以政令的形式正式任命。每次任命任期三年,可以更续,因此也可以说刑罚执行法官的任期是不确定的,这保证了该司法官能像预审法官那样稳定地履行自己的职权。但是与预审法官不同的是,刑罚执行法官并非不可撤职,而可以根据与任命相同的形式终止其职权。

1986年3月14日的一份政令规定(《刑事诉讼法典》第R. 57-1条),在上诉法院的层面由上诉法院院长在征询法官大会的意见后,指定一名或几名法官负责对刑罚执行进行追迹监督,该上诉法官应与其辖区内的刑罚执行法官进行沟通联络。由于没有更精确的说明,他们似乎只是接受刑罚执行法官的年度报告。

刑罚执行法官依照属地原则行使管辖权,其职权范围限于所属的大审法院的管辖范围。如果被判刑人是自由的,则根据其是否登记于监狱囚犯名录而分别由不同的刑罚执行法官负责跟踪监督。当其保留囚犯登记记录,如监外执行、半自由的情况,则由名录登记的监狱所在地的大审法院辖区内的刑罚执行法官负责监督;当其不再保留囚犯名录登记,如假释,则由被判刑人惯常居住地的大审法院辖区内的刑罚执行法官负责监督。

二、法国刑罚执行法官的法律地位

(一) 2000年6月15日法前刑罚执行法官的法律地位

法国刑罚执行法官在1945年便已在事实上存在,但此时法官参与刑罚执行尚处于试行阶段,参与刑罚执行的法官还未被称为刑罚执行法官,且仅负责监狱内部刑罚执行的监督,主要是监督监狱内刑罚执行的条件,避免囚犯被恶劣对待。1958年12月23日法在《刑事诉讼法典》中明确规定了刑罚执行法官,并使用了“矫正”(amendement)和“再融入”(réinsertion)等概念,因而使得刑罚执行的目的观念获得重要进展。该法中,刑罚执行法官的职权范围获得较大扩展,既介入监狱内部刑罚的执行,确定监狱处遇的主要方式,同时还负责开放环境下刑罚的执行,对假释犯及缓刑犯等进行监督,甚至还可以在刑罚后对被判刑人进行跟踪监督。^[11]

1972年12月29日法进一步明确了刑罚执行法官的法律地位,并规定,每一个大审法院至少要有一名刑罚执行法官。同时,刑罚执行法官的职权范围进一步扩展,除此前的职权外,还负责决定允许外出、普通减刑及剩余刑期为5年以下的被判刑人的假释。在附考验的缓刑中,刑罚执行法官有权取消或增加轻罪法庭确定的缓刑犯的特定义务。1975年5月23日法进一步延续这一趋势,扩大了刑罚执行法官在减刑程序中的权限,并有权决定刑罚的分期执行和暂停执行。至此,刑罚执行法官成为了刑罚执行的核心角色。

1978年11月22日法则在某种程度上削减和限制了刑罚执行法官的职权。该法在《刑事诉讼法

[11] Pascal Faucher, *op. cit.*, p. 216-228.

典》第733-1条首次规定：“刑罚执行法官的决定是司法行政措施。”这一规定明确了刑罚执行法官的法律地位，但却从源头上否定了刑罚执行法官所作决定的司法性，从而也否定了刑罚执行法官的真正法官地位。与此相应，刑罚执行法官不再单独决定允许外出等刑罚执行措施。同时，该法还规定了另一重要的限制刑罚执行法官的刑罚个别化的权限的制度，即保安期制度。

1983年6月10日法抑制了刑罚执行法官权限范围不断削减的趋势，转而在多种刑罚执行措施中赋予刑罚执行法官以决定权。这次立法重又开启了刑罚执行法官权限范围不断扩张的趋势，在随后增加的刑罚执行措施中，都可以看见刑罚执行法官的身影，如公益活动、额外减刑、电子监控等。

但是在2000年以前，刑罚执行法官一直没有获得独立的法律地位，很难算得上真正的法官，而是附属于行政机关。他的决定被定性为“司法行政措施”。他的决定不需说明理由，他作出决定不要经过对席辩论等司法程序，对他的决定不能上诉，尤其是刑事诉讼法明确规定“刑罚执行法官的决定是司法行政措施”。其职权的行使也很受限制，以至于学者普遍对刑罚执行法官颇感失望，称其为“圣诞老人”、“奶嘴”、“刑罚不执行法官”、“怪物”、“行政部门的配角”、“讨厌鬼”，甚至是“奴仆”等等。^[12]

(二) 2000年6月15日法后刑罚执行法官的法律地位

2000年6月15日的《无罪推定法》实质性地改变了刑罚执行法官的地位。该法在刑罚执行司法化思想的影响下，努力提高刑罚执行法官的法律地位，删除了“刑罚执行法官的决定是司法行政措施”的规定。与此相对应，刑罚执行法官的决定也不再是司法行政决定，而是实质意义上的司法性质的决定。对刑罚执行法官的决定可以向上级法院提起上诉，在其决定作出过程中，当事人可以聘请律师提供帮助，可以进行对席辩论等司法程序。因此，2000年6月15日法后刑罚执行法官的权限、地位都得到根本改变，从而成为了刑罚执行的“乐队指挥”。^[13]

2004年3月9日的《使司法适应犯罪变化法》一方面进一步明确刑罚执行法官的法律地位，规定“刑罚执行法官（和刑罚执行法庭）是初级裁判机关”，另一方面又对刑罚执行法官的职权范围进行了限制和削减，刑罚执行法官的地位开始呈边缘化趋势。表现在以下几方面。

第一是有些措施不再需要刑罚执行法官的决定，主要是信用减刑和短期刑监外执行、半自由和电子监控。2004年3月9日法将普通减刑改为信用减刑，给予这种减刑是“自动的”，不需要任何法官的介入，仅由监狱书记员根据判决的刑期进行计算。^[14]另外，该法为了避免被判处短期剥夺自由刑的被判刑人没有任何过渡形式，没有任何后续监督措施的“干出狱”（*sortie sèche*），规定由监狱社会融入与观护工作处（*service pénitentiaire d'insertion et de probation*，以下简称Spip）直接报刑罚执行法官批准，给予此类被判刑人监外执行、半自由、电子监控等监狱外执行措施，特定情况下，Spip也可不经刑罚执行法官批准而直接作出该决定。2009年11月24日《监狱法》将此进一步调整为“刑罚调整的简化程序”，即对被判处短期监禁刑的被判刑人，由监狱社会融入与观护工作处主任（以下简称D-spip）在征询监狱长的意见后，提出最适宜的刑罚调整措施的建议，并将该建议交共和国检察官，由共和国检察官提交刑罚执行法官批准。新的程序既减轻了刑罚执行法官的工作负担，同时也增加了程序制约机制，保证了刑罚执行调整措施的严肃性。

第二是Spip的权限的扩张。Spip是1999年的一项法令所设立的部门，接替此前的监狱外的刑释

[12] Marie Elisabeth Cartier, « La judiciarisation de L' exécution des Peines », *Revue de science criminelle*, Janvier 2001, p. 87 - 106.

[13] Virginie Lecoite, *La juridictionnalisation de l' exécution des peines*, Mémoire de recherche du DEA, Université de Lille II, 2002, p. 56.

[14] 张亚平：“法国减刑制度的最新发展”，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第26卷），法律出版社2011年版，第349页。

犯考察与帮助委员会和监狱内部的观护部门,即将二者合并成一个机构,行使对监狱内和监狱外被判刑人的具体考察和帮助。此前的刑罚犯考察与帮助委员会实际上是由刑罚执行法官直接领导,合并后,Spip 则由 D - spip 直接领导,刑罚执行法官虽然仍然行使对 Spip 的原则上领导和监督职权,但是并不直接领导这一机构。在一些刑罚执行调整措施的适用方面,准备阶段的决定权由 D - spip 行使,刑罚执行法官仅仅行使最后的批准权,并且这一批准权也仅是形式上的。

第三是其他专门法院职权范围的扩大,相对缩小了刑罚执行法官的职权范围。近些年,一些特别法院设立,或者是获取了刑罚执行方面的权力,比如少年法院、反恐怖主义法院,或者是级别更高的法院(法庭),如地区保安措施法庭、国家保安措施法庭等,剩余给刑罚执行法官的仅仅是中短期的剥夺或限制自由刑的执行决定权。检察院也获取了刑罚执行中的某些权力,可以作为中间人向 Spip 提出刑罚执行调整的建议,并代替 Spip 提请刑罚执行法官作出批准决定。

2009 年 11 月 24 日的《监狱法》进一步加强了刑罚执行法官的去司法化趋势。该法扩大了短期自由刑强制性调整措施的范围,将假释也纳入其中,加强了 Spip 在短期自由刑执行的程序中的权力,同时还将被判刑人必须待在半开放环境的时间及地点的决定权交与监狱长及 D - spip。

三、法国刑罚执行法官的职权

刑罚执行法官实际上并不具体负责刑罚“执行”。^[15] 经过半个多世纪的不断调整完善,法国刑罚执行法官职权范围已基本确定,可以概括为三个方面:第一,决定或批准刑罚变更执行措施;第二,对监狱内外的刑罚执行情况进行监督;第三,对开放环境下刑罚及保安措施的执行(社区矫正)进行跟踪监督。

(一) 刑罚变更执行措施的决定或批准权

在刑罚执行过程中,刑罚执行法官享有很大的决定权,2000 年 6 月 15 日法就在刑事诉讼法第 722 条第 6 款明确规定:“刑罚执行法官可以依职权或根据被判刑人的请求或检察官的要求,通过说明理由的决定,给予、推迟、拒绝、撤回、取消监外执行、半自由、刑罚的分期执行和暂停执行、电子监控及假释。该决定在征询监狱管理部门的代表的意见后,在评议室经对席辩论后作出。辩论过程中,刑罚执行法官听取检察官的要求和被判刑人及其律师的意见。该决定可以由被判刑人、共和国检察官以及检察长在接到通知后 10 日内向轻罪上诉法庭提出上诉。”这一规定基本勾勒出了刑罚执行法官的职权,同时更重要的是,这一规定表明刑罚执行法官的决定全面迈向了司法化:第一,决定应当说明理由;第二,作出决定必须经对席辩论程序;第三,对其决定可以提出上诉。不过,2000 年 6 月 15 日法以后,刑罚执行法官的某些决定仍保留其行政性,包括减刑、允许外出、许可看护下外出。这一问题在 2004 年 3 月 9 日法中得到了较好解决。

[15] “刑罚执行法官”的法语表述是“juge de l' applications des peines”,直译为“刑罚适用法官”。实际上,我国也有学者将其译为“刑罚适用法官”,但考虑到以下因素,笔者依然称其为“刑罚执行法官”:第一,该法官主要负责减刑、假释等刑罚执行调整措施的法律适用问题,而刑罚执行调整措施依然属刑罚执行;第二,该法官除负责决定刑罚执行调整措施外,还负责对监狱内外的刑罚执行情况进行监督,而此职责并非“刑罚适用”;第三,除“刑罚执行法官”外,类似的机构还有“刑罚执行法庭”(tribunal de l' application des peines,初级法庭)及“刑罚执行庭”(Chambre de l' application des peines,设于上诉法院,负责刑罚执行上诉案件审理),而后两者称为“刑罚适用法庭”或“刑罚适用庭”显然不恰当,因而为了保持术语翻译的一致,将此法官称为“刑罚执行法官”更为合适。

除了对上诉措施直接作出决定外,刑罚执行法官还对其他一些措施行使批准权。为了更彻底贯彻刑罚个别化原则,促进被判刑人融入社会,2004年3月9日法在刑事诉讼法中增加一节,名为“适用于在最后服刑时间里的被判刑人的规定”,其适用对象是那些被判处较短刑期的被判刑人。这些人刑期较短,很难有机会获得刑罚执行调整措施,因而就可能出现不经任何过渡且没有任何后续监督的“干出狱”。避免此类被判刑人“干出狱”的最好途径就是实行“渐进式”释放,即经过“出狱过渡闸”(sas de sortie)的一段时间的考验后,再最终释放。适用于这些短期剥夺自由刑的被判刑人的“出狱过渡闸”包括监外执行、半自由、电子监控(2009年的《监狱法》又增加了假释)。对这些措施的适用,2004年3月9日法规定了特殊的程序,其基本架构是,由D-spip对符合条件的被判刑人的材料进行审查,在征询监狱长的意见后,向刑罚执行法官提出刑罚执行调整的具体建议,刑罚执行法官在三周内以裁定的形式作出批准或拒绝的决定。三周内未作出任何决定的,则由D-spip直接将建议的内容交付执行。可见,这一程序减轻了刑罚执行法官的负担,分散了刑罚执行调整措施的决定权,从而有效促进了刑罚执行调整措施的广泛使用。但是,这一程序也表现出刑罚执行的去司法化的趋势,同时也使得刑罚执行调整措施之决定的性质变得混乱,尤其是作为纯行政人员的D-spip也可以直接决定刑罚执行调整措施,这严重损害了刑事判决的既判力,有损司法的公正和公信。为此,2009年11月24日的《监狱法》对此进行进一步改革,D-spip的建议不再直接交刑罚执行法官,而是经由共和国检察官交刑罚执行法官批准。如果刑罚执行法官保持沉默,由共和国检察官通知D-spip将该建议的内容交付执行。在这一程序中,刑罚执行法官行使的仅仅是批准权,尽管这一批准权有司法权的属性,但本质上更像是行政审批权,因而成为了登记式的司法官。^[16]

为了行使决定权及批准权,刑罚执行法官有权对刑罚执行措施的妥适性进行事前调查。为此,《刑事诉讼法典》第712-6条规定,刑罚执行的裁判机关可以在全国范围内,进行或委托别人进行审查、听证、调查、鉴定等,以便能作出个别化措施的决定,或者保证被判刑人能遵守据此决定所施加的义务。

(二) 监督刑罚执行权

刑罚执行法官有权对监狱内封闭环境下刑罚的执行和监狱外开放环境下刑罚的执行进行监督,监督的形式表现为定期造访监狱及Spip等行刑机构。2009年11月24日的《监狱法》以前,《刑事诉讼法》第727条规定,刑罚执行法官应当造访监狱机构;第D.176条则进一步详细明确,每月至少造访一次。但是实践中,刑罚执行法官并没有真正地行使此造访的监督权,他们事务繁忙,很少有时间履行此额外增加的造访任务;他们没有能力对监狱机构的决定行使最低限度的权力,也无力解决其物质上的困难,因此这种造访显得毫无用处。

2009年《监狱法》废除了《刑事诉讼法》第727条,但是却并没有相应地废除此造访制度。《监狱法》在一条没有被法典化的条文中,即该法第10条,保留了刑罚执行法官每年造访一次监狱机构的职权。这一义务不仅赋予刑罚执行法官,而且还赋予其他司法官,如上诉法院院长、驻上诉法院检察长、预审法庭庭长、大审法院院长、共和国检察官、自由与羁押法官、预审法官及少年法官等。

除了造访监狱机构外,《刑事诉讼法》第D.578条还赋予刑罚执行法官在D-spip的陪伴下,每年造访一次中途之家(des foyers d'hébergement)的职权。

[16] MartineHerzog - evans, *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz, 2011, p. 163.

(三) 刑罚及保安措施执行中追迹监督权

首先,刑罚执行法官负责对所有剥夺自由刑和某些限制自由刑的执行进行追迹监督。《刑事诉讼法典》第 712-1 条以总则的形式宣称:刑罚执行法官负责“确定所有剥夺自由刑和某些限制自由刑的执行方式,规划并监督其执行的条件”。另外,第 712-8 条规定,刑罚执行法官以裁定的形式变更或拒绝第 712-6 条第 1 款及第 4 款所规定的措施,或者是变更或拒绝这些措施所附加的义务。在作出此裁定时,刑罚执行法官需要特别说明理由,被判刑人对这些裁定不服的,可以上诉至上诉法院。同时下列规定也进一步确认,限制自由刑的追迹监督由刑罚执行法官负责:《刑事诉讼法典》第 739 条第 1 款关于附考验的缓刑的规定;第 747-3 条关于社会内司法追迹的规定;第 763-1 条关于附考验的推迟宣告的规定;《刑法典》第 132-26-1 条关于电子监控的规定。实践中,则由 Spip 人员负责对被判刑人进行直接具体监督,刑罚执行法官仅仅负责变更特定义务,在被判刑人违反义务时或再犯罪时进行制裁,或者是对 Spip 的追迹监督进行审查。同样,理论上,尽管刑罚执行法官负责在限制自由刑开始执行时,告知被判刑人他们的义务,然而实践中,也常常是 Spip 负责告知。

其次,刑罚执行法官还负责对法人判处的司法监控进行追迹监督。为了实现对《刑法典》第 131-39 条第 3 项所规定的刑罚的执行,判决法院需要指定司法代理人,该代理人至少每六个月向刑罚执行法官汇报一次其义务履行情况。根据这一汇报,并根据被判刑的法人的变化情况,刑罚执行法官提请判决法院宣告新的判决,或者撤销对法人的监督措施。

再次,刑罚执行法官还负责对某些保安措施进行追迹监督,这些保安措施由 2005 年 12 月 12 日的《累犯处置法》设立,包括危险犯罪人的司法监控、移动电子监控、登记于 FJNAIS。2007 年 3 月 5 日的《犯罪预防法》以来,刑罚执行法官可以要求当事人每月都向其汇报说明住所情况。不过,对于 2008 年 2 月 25 日的《保安拘留法》所设立的保安措施,即保安拘留和保安监控,刑罚执行法官则不享有相应的追迹监督权,这两种保安措施由地区保安拘留法庭的庭长负责监督,并由其变更当事人的特定义务。

四、启示:我国刑罚执行法官的设立

(一) 我国设立刑罚执行法官的正当性

1. 自由刑变更执行措施的司法性决定应设立刑罚执行法官

受三权分立思想影响,法国传统上一直认为刑罚执行属行政权范畴,与司法权无关。法国 1945 年开始设立刑罚执行法官,其思想基础在于社会防卫论下的刑罚人道主义刑事政策和犯罪人的权利保障观念,而并非基于刑罚执行是司法行为;此时的刑罚执行法官实际上行使的也不是司法判断权,而是司法监督权,监督监狱内刑罚执行情况,避免犯罪人被恶劣对待。此后经过几次立法调整,刑罚执行法官的职权范围逐渐扩大,对刑罚执行调整措施享有决定权,但直到 2000 年 6 月 15 日的《无罪推定法》之前,此项权力依然被定性为行政权,而非真正意义上的司法裁判权,因而此时的刑罚执行法官空有法官之名,而非真正的司法官。

然而随着刑罚执行司法化逐渐深入人心,这一观念也悄然发生变化,刑罚执行不再被认为是纯粹的行政活动,而是刑事诉讼过程的一部分。这也是《欧洲人权公约》第 6 条的应有之义。该条所规定的接受公正审理的权利既包括接受法院的公正审判的权利,也包括接受公正执行的权利。1997 年欧

洲法院通过“豪恩斯彼诉希腊”一案表明,刑事诉讼并非止于刑事判决的确定生效阶段,刑事判决的执行是刑事诉讼的一部分。^[17]正是在此观念支配下,法国2000年6月15日法正式实现了刑罚执行司法化,由法官依照司法程序决定刑罚执行事项。

刑罚执行法官参与刑罚执行,并非要其完全替代监狱工作人员而实际“执行”刑罚,具体的对犯罪人进行管理、教育、矫正的刑罚执行活动依然由监狱工作人员及监狱管理部门负责。刑罚执行法官作为法官而行使裁判权,仅针对减刑、假释等刑罚执行调整措施。只有当给予或撤销刑罚执行调整措施时,才由刑罚执行法官依司法程序作出裁判。之所以如此,其根本原因在于刑罚执行调整措施已经触及原判决的内容。

刑罚执行法官除对刑罚执行调整措施作出裁判之外,对刑罚执行进行监督以及对犯罪人进行后续跟踪监督也具有重要意义,其目的在于促进监狱刑罚执行人道化,避免犯罪人被恶劣对待。

同样的问题也存在于我国。对于刑罚执行权的性质,我国学者几乎无一例外地认为是行政权,而非司法权。例如陈兴良教授认为,“行刑是一种司法行政活动,因而行刑权属于行政权的范畴而不具有司法权的性质”。^[18]然而,作为自由刑变更执行措施的减刑和假释的性质并不如此明了,学界对此聚讼不休。笔者认为,减刑和假释不论在应然层面还是在实然层面,均是司法活动,而非行政活动。

从应然层面看,减刑和假释并非单纯的对原判决的执行,而是对原判决内容的变更,因而应属司法活动。有学者认为,减刑、假释仅是对原判决执行场所或执行方式的变更,因而属行政性的刑罚执行活动。^[19]笔者对此不敢苟同。减刑、假释的来源基本相同,都是近代以来监狱刑罚改革的产物,也都得到了实证学派教育刑思想的支撑。教育刑思想认为,刑罚的目的不是报应犯罪,而是教育矫正犯罪人。犯罪人在刑罚执行过程中,其危险性发生变化或者已经消除,则应适当调整其刑罚的期限。因而,在教育刑思想看来,最初的判决只能反应判决时犯罪人的危险性程度,或者更极端地说,法院只应当判决是否有罪,而不应当判处固定期限的刑罚,实际需要执行多长时间的刑罚,要根据实际情况决定。当然,这种不定期刑思想过于极端,并且也很快因教育刑思想的广受质疑而被抛弃,然而,在功效和实际运行上相当于不定期刑的减刑和假释制度则被世界各国普遍接纳。^[20]由此可见,减刑、假释作为刑罚变更执行制度,与不定期刑具有异曲同工之妙,变更的并非刑罚执行场所或方式,而是对原判刑罚内容的变更。

认为减刑、假释是对原判刑罚内容的变更,最大的挑战是刑事既判力理论和罪刑法定原则。

既判力是诉讼法学的基本理论,其目的在于解决判决生效后即决事由的效力范围及程序安定性等问题。一旦法庭对争讼事由作出终局判决,该判决即产生程序和实体的双重效力:于程序而言,任何一方都不得随意就即决事实再行提起诉讼;于实体而言,该判决产生执行力,任何人都不得随意撤销、推翻原判决。因而涉及到减刑、假释时,既判力所遭遇的问题是,既然法院的终局判决已确定,缘何又能在执行过程中缩减原判决的期限?如法国学者雷蒙·加赞就指出,“在刑法领域,随着刑事司法理念的转变,尤其是刑罚个别化的兴起,既判力已呈衰微之势,较之于民事领域,刑事判决的既判力

[17] VirginieLecoite, *op. cit.*, p. 13.

[18] 陈兴良:《规范刑法学》,中国政法人学出版社2003年版,第254页。

[19] 陈敏:《减刑制度比较研究》,北京大学出版社2001年版,第134-135页。

[20] 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社2000年版,第82页。

效力微弱,不仅因为发现真相,还因为刑罚效力”。^[21] 或者反过来,既然承认既判力,就不得认为减刑、假释改变了原判决的内容。如我国有学者认为,“如果承认法院终审判决的既判力,就不应当把减刑作为审判的内容”。^[22]

笔者认为,既判力与减刑、假释等刑罚个别化的变更执行措施并不互相排斥。既判力是争讼事项终局裁判的拘束力,它的适用有严格的主观、客观及时间范围的限定。就主观范围而言,既判力原则上只是及于案件的当事人,当事人以外的第三者不受当事人间诉讼结果的既判力约束。就客观范围而言,既判力原则上以判决主文中的判断事项为限。就时间范围而言,判决仅对基准时之前的事实有拘束力,在基准时之后,若有新事由发生,当事人可以根据新事由提起诉讼。^[23] 从既判力三方面的适用范围来看,刑事案件原判决的效力并不能拘束刑罚执行过程中的变更执行措施;换言之,刑罚执行过程中的减刑、假释等变更执行措施并不否定原判决的既判力。因为减刑、假释的提起主体不是原判决诉讼主体;减刑、假释的审理对象也不是原判决所确定的事实,而是刑罚执行过程中犯罪人是否具备悔改表现或立功表现等新的事实;减刑、假释也是针对原判决的基准时之后所发生的事实,即犯罪人在刑罚执行过程中的表现,而不考虑原判决所确定的事实。概言之,减刑、假释并非对原判决的否定,而是基于新的事由提起的新的诉讼。

同样,减刑、假释等刑罚变更执行措施对罪刑法定原则也提出了挑战。罪刑法定原则要求法律必须明确具体,法官只能按照法律的规定定罪量刑,而不能随意地解释法律,也不具有刑罚裁量的能动性。然而,这种严格规则主义指导下的绝对的罪刑法定原则随着实证学派的出现已不具有太多意义,从而被相对罪刑法定原则所取代。相对罪刑法定原则在捍卫“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”之核心内容的同时,容许一定程度的相对不定期刑,并给予法官一定范围的自由裁量的空间,刑罚执行过程中也可根据犯罪人的危险性变化情况而适当调整变更刑罚的内容和期限,但是不得有利于犯罪人。

总之,既判力理论和罪刑法定原则均无法否定减刑、假释是对原判决刑罚内容的变更,但这并不表明减刑、假释可以随意地由任何人决定。给予或者剥夺减刑、假释是对原判决内容的变更,本质上与新的判决无疑。给予减刑、假释是对犯罪人权利的确认,不给予减刑或假释实际上是对权利的剥夺,因而需要司法官依据司法程序审理裁判。同样,撤销减刑或假释更是直接对犯罪人权利的剥夺,更需要法院依据法定程序审理裁判。给予或剥夺减刑、假释都需要一系列证据支持,对这些证据的真实性、关联性及其证明力也需要中立的第三方进行审查判断。

从实然层面看,我国当前法律也是将减刑、假释作为司法活动。我国《刑事诉讼法》第 221 条规定,减刑、假释“由执行机关提出建议书,报请人民法院审核裁定”,而《刑法》第 79 条和第 82 条则进一步明确规定,减刑、假释“由执行机关向中级以上人民法院提出减刑(假释)建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理,对确有悔改或者立功表现的,裁定予以减刑(假释)”。《刑法》和《刑事诉讼法》均将减刑、假释交由人民法院“审核裁定”或“组成合议庭进行审理”,显然是将减刑、假释视为司法活动。

综上所述,刑罚执行并非单纯的犯罪人的管理、教育和矫正,而且还包括刑罚的变更执行。前者

[21] 施鹏鹏:“刑事既判力理论及其中国化”,载《法学研究》2014 年第 1 期,第 159 页。

[22] 同注 19 引书,第 135 页。

[23] 翁晓斌:“我国民事判决既判力的范围研究”,载《现代法学》2004 年第 6 期,第 78 - 86 页。

属行政执法活动,而后者既有法律的适用,也有证据的调查、质证,还涉及犯罪人的正当合法权利。属行政执法活动的刑罚执行应当由行政机关负责,而属司法活动的刑罚变更执行,则应当由司法官依照法定程序审理决定。

2. 自由刑变更执行程序中法官职能的虚化呼唤设立刑罚执行法官

或许有人认为,虽然我国各级法院没有设被称为刑罚执行法官的司法官,但事实上由法官负责审理减刑、假释案件,这些法官也担当起了刑罚执行法官的部分职责。既然如此,还有无必要专设刑罚执行法官呢?笔者认为,尽管事实上由法官负责审理减刑、假释案件,但设立专职刑罚执行法官依然有必要。

第一,我国减刑、假释审理法官是临时抽调法官,不专业也不专职。当前,绝大多数减刑、假释案件都由中级人民法院负责审理,而绝大多数中级人民法院并没有专门的减刑、假释庭。当执行机关报送减刑、假释案件时,法院就临时从审判监督庭或其他业务庭抽调法官负责审理。这些法官既不专业,也不专职。不专业导致他们不了解减刑、假释案件的审理规律,不利于发现虚假的减刑、假释情况;不专职则可能导致他们不負責任。再一方面,刑罚执行法官不仅负责减刑、假释案件的审理,而且还对刑罚执行情况进行监督,并跟踪监督监狱外犯罪人遵守义务、接受监督情况。因此,即使专设减刑、假释庭,也不能完全替代刑罚执行法官。当然,如果设立专门的减刑、假释庭,并使该法庭的法官负责对监狱刑罚执行进行监督,并跟踪监督监狱外犯罪人的表现情况,那么该法官实际上就是本文所指的刑罚执行法官。

第二,我国减刑、假释审理法官并非行使真正的司法职能。我国《刑法》和《刑事诉讼法》均规定,减刑、假释案件由中级以上人民法院组成合议庭审理。表面上看,这一程序是司法程序,但实际上减刑、假释的决定权完全由执行机关操控,法官仅书面审查执行机关提交的材料是否齐备,材料之间是否相互矛盾,减刑、假释形式上是否符合法律规定等。可见,在此程序中法官的司法审判职能基本上没有得到体现,司法官实际上沦为了行政审批官员,因而所谓的减刑、假释审理程序实际上沦为了行政审批程序。

为了改变这一状况,有学者建议开庭审理减刑、假释案件,各地司法机关也积极进行探索尝试。最高人民法院也对此予以充分肯定,多次强调对减刑、假释案件要有选择地开庭审理,选择的标准一般是案件的重要性程度、案件当事人的身份以及对案件是否有异议。选择性开庭审理大幅减少了实际开庭审理的减刑、假释案件数量,因而具有现实可行性,但其能否真正发现真相,实现减刑、假释公正,却值得怀疑。减刑、假释案件的审理程序与一般刑事案件的审理程序不同,是“权利享受型的程序运作过程”,“与剥夺权利的程序运作过程是不能相提并论的”。^[24]在此程序中,几乎所有的参与人,甚至包括检察机关和法院,都目标一致,试图证明犯罪人应当获得减刑或假释?由检察机关和执行机关形成对抗的诉讼格局其实不可能存在,因为检察机关对当事人情况的了解也只能限于执行机关所提供的材料?并且更关键的是,检察机关为什么要与执行机关“对抗”?证人也是由监狱机关提供,并且证人与申请减刑或假释的服刑犯关系亲密,以后还将继续在一块儿服刑,证人不可能提供和监狱机关意见不同的证明。唯一可能例外的犯罪被害人,由于对服刑犯在刑罚执行期间的表现一无所知,也无法与其他参与方形成“两造对抗”的诉讼格局。这种所有参与方目标一致的诉讼过程只能是“演戏

[24] 卞建林、张国轩:《刑事诉讼制度的科学构建》,中国人民公安大学出版社2009年版,第575页。

走过场”。

法官职能的虚化也体现在假释的撤销程序中。^[25] 根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第356及第357条之规定,犯新罪或发现漏罪时撤销假释,“由审判新罪的人民法院在审判新罪时,对原判决、裁定宣告的缓刑、假释予以撤销”;违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定而撤销假释时,“原作出缓刑、假释裁判的人民法院应当自收到同级公安机关提出的撤销缓刑、假释建议书之日起一个月内依法作出裁定”。在这两种假释撤销程序中,法官不调查取证,不开庭审理,甚至服刑犯也无权上诉。可见在此程序中,法官行使的职权依然只是行政审批权,而非司法审判权;服刑犯的正当权利没有任何保障,完全被忽略了。

3. 刑罚执行个别化和服刑犯权利保障也要求设立刑罚执行法官

刑罚执行的目的在于教育矫正犯罪人,使其顺利回归社会。每一名犯罪人的犯罪原因、个人素质、服刑时间等均不相同,因而执行机关应当对其采取个别化的教育矫正措施。个别化措施包括刑罚变更执行措施(减刑、假释等)及个别处遇措施,而后者则进一步可分为监管个别化、教育个别化、劳动个别化以及心理矫治个别化等方面。然而,刑罚执行机关的工作人员本身能力、素质可能有限,无力制定和执行详细的个别化处遇措施;或者其不愿意为自己增加工作负担,因而采取更加省心省力的大集体式的处遇措施。这种情况下,就需要由司法官对执行机关的具体刑罚执行方式进行监督,指导其制定个别化教育矫正方案,监督个别化教育矫正方案的实际实施。同样,在社区矫正过程中尤其需要个别化的矫正措施,而当前我国社区矫正主体、机构、设施等均不完善,因而导致社区矫正的方式也比较单调。法官的监督无疑更有利于改变这一状况。

当前,我国刑罚执行中服刑犯的权利保障问题也较为突出。服刑犯享有除被剥夺自由外的其他与正常人相同的所有权利,然而毋庸讳言,我国监狱服刑犯的权利保障还存在一些较为突出的问题。例如,有些监狱中服刑犯的劳动负荷较重,有些监狱中安全生产和卫生条件有待加强。^[26] 甚至在有些监狱中,服刑犯的生命健康权、人格尊严、受教育权、政治权利及宗教信仰权利也得不到有效保障。^[27] 为了保障监狱服刑犯的权利,我国学者一般认为应当加强监狱执法监督,包括人民群众监督和检察监督。^[28] 显然,人民群众监督监狱执法只能是原则规定,实践中很难具体落实。而人民检察院也只是“对监狱执行刑罚的活动是否合法,依法实行监督”,其直接目的也并非保障服刑犯的权利。对监狱刑罚执行过程中服刑犯权利保障的监督,最恰当的主体莫过于司法官,因为“司法权是法治社会里最重要的权力,它是法律的生命之所系,是权力正常运行的基本保障,也是权利的最后屏障”。^[29]

(二) 我国刑罚执行法官的职权

在我国设立刑罚执行法官,也并非要其替代监狱工作人员或监狱管理部门工作人员具体对犯罪人进行管理、教育、矫正,而是使其负责减刑、假释等刑罚变更执行措施的审理裁判,并对监狱内外刑罚执行活动进行监督。具体说,刑罚执行法官应当行使以下职权。

第一,对刑罚变更执行措施的决定权。这是刑罚执行法官最主要的权力,包括给予和撤销减刑、

[25] 我国减刑制度缺乏后续监督和撤销机制,这是其致命缺陷。这也是本文建议减刑、假释合并的基本理由之一。

[26] 冯建仓、陈文彬:《国际人权公约与中国监狱罪犯人权保障》,中国检察出版社2006年版,第22-25页。

[27] 冯建仓主编:《中国监狱服刑人员基本权利研究》,中国检察出版社2008年版,第49、72、110、119、136页。

[28] 同注27引书,第33页。

[29] 周永坤:“司法权的性质与司法改革战略”,载《金陵法律评论》2003年秋季卷,第35页。

假释等刑罚变更执行措施的决定权。如前所述,刑罚变更执行是对原判决刑罚内容的变更,因而不应由刑罚执行机关最终决定。这一权力属司法判断权,应严格遵循司法程序。这一权力本质上也是一种监督权,因为刑罚变更执行措施由刑罚执行机关提出建议,刑罚执行法官依照司法程序对该建议的真实性及妥适性进行审查判断,实际上也是对刑罚执行机关提出的建议进行监督。为此,刑罚执行法官应当主持法庭辩论,充分了解案件事实,并作出说明理由的判决或裁定。对刑罚执行法官的裁判,检察机关、刑罚执行机关、双方当事人均可向上级司法机关提起上诉。如果变更执行措施仅涉及刑罚执行场所或执行方式的变更,如监外执行,则仅由刑罚执行法官进行一般司法审查即可,而不必经由严格的司法程序审理裁判,因为此种刑罚变更执行并不涉及对原判决内容的变更,纯粹属行政性的刑罚执行活动。

第二,对监狱内外刑罚执行的监督权。刑罚执行法官有权监督监狱内外刑罚个别化措施的执行情况、对服刑犯的教育矫正情况、服刑犯的权利保障及人道主义待遇的保障情况,以及监狱内外的刑罚执行条件等。为此,刑罚执行法官应经常造访监狱及社区矫正机构,了解刑罚执行情况,并就此向监狱及社区矫正部门提出意见和建议。

应当说明的是,刑罚执行法官对刑罚执行的监督与检察监督不同。检察监督的目的在于督促刑罚执行机关的国家工作人员依法执行公务,避免其在刑罚执行过程中实施职务犯罪。而刑罚执行法官对刑罚执行活动进行监督,其目的在于促进执行机关更合理、更有效地执行刑罚,从而促进被判刑人更好接受教育、矫正。

第三,对社区矫正人员平时表现的监督权。社区矫正人员的义务内容及监督措施由判决时的法官或刑罚执行法官确定,当然也应当受到刑罚执行法官的监督。刑罚执行法官对社区矫正人员遵守义务及接受监督情况进行监督,目的当然在于促进社区矫正人员更好地接受矫正,早日融入社会。为此,社区矫正执行机构应当将社区矫正人员的刑罚执行情况,尤其是遵守义务及接受监督情况及时向刑罚执行法官汇报。情节严重的,则启动社区矫正措施的撤销程序。

(三)我国设立刑罚执行法官所要解决的问题

刑罚执行法官的设立不可能是孤立性的事件,无疑会引发一系列制度衔接及现实操作等问题。这些问题如不能很好解决,刑罚执行法官的设立也将成为空谈。

首先,设立刑罚执行法官必须以自由刑变更执行的制度变革为基础。刑罚执行法官的首要任务是对减刑、假释等自由刑变更执行案件进行审理裁判。然而,在当前的减刑、假释制度下,刑罚执行法官开庭审理所有的减刑、假释案件并不现实,因为减刑、假释案件数量众多,而设立的刑罚执行法官毕竟数量有限。因此,必须对当前的减刑、假释制度进行大规模改革。当然,改革现有的减刑、假释制度不仅仅是为了配合刑罚执行法官的设立,而是因为当前减刑、假释制度本身就存在诸多缺陷,已经无法满足自由刑变更执行公正性的要求,也不利于有效促进被判刑人的再社会化。为此,笔者的基本设想是,合并现有的减刑和假释,建立信用减刑基础上的假释制度,原则上每个服刑犯都可以基于信用减刑而获得假释的机会,因而其获得减刑和假释是自动的,不需要司法官的介入,这大大减少了刑罚执行法官的工作负担。只有当其因不良行为甚至再犯罪而被撤销假释时,才由刑罚执行法官开庭审理。在普通的信用减刑基础上的假释之外,再设立因特别突出表现而获得的特别减刑基础上的假释。给予此假释需要司法官开庭审理,但毕竟特别减刑基础上的假释数量不可能太多,并且都是基于特别的客观表现,刑罚执行法官“有据可查”,因而这种开庭审理是现实的,也是可行的。当然,这一制度构

建还涉及诸多问题,笔者将另行阐述。

其次,设立刑罚执行法官还必须解决好可能伴生的现实问题。刑罚执行法官在作出决定时,遵循的是司法程序,这一程序将大幅增加刑罚执行法官的工作负担,因而会产生公正与效率的矛盾问题。法国在其刑罚执行司法化过程中也曾产生这一问题,因而不得不大量招录刑罚执行法官和书记员。仅2002年的《财政法》就增加147个刑罚执行法官职位,138个书记员职位。截止到2004年底,法国共有8779名司法官,其中刑罚执行法官为295人,占司法官的比例是3.5%。到2007年,刑罚执行法官的人数则上升到353人。^[30] 尽管如此,仍难以彻底解决司法化所带来的人员不足的现实问题。因此,法国在增加刑罚执行法官数量的同时,另一方面也设法降低刑罚执行法官的工作负担,其突出表现就是信用减刑和强制性假释制度的设立。信用减刑制度中,给予减刑是自动的,不需要司法官的介入;强制性假释也是强制性地给予符合条件的被判处短期监禁刑的被判刑人。同样,我国设立刑罚执行法官也必须解决好这一问题。也正因为如此,笔者建议合并现有的减刑和假释,构建信用减刑基础上的信用假释制度以及特别减刑基础上的假释。只有当给予特别减刑基础上的假释及撤销两种假释时,才需要刑罚执行法官以司法化程序开庭审理。

The Judge of Penalty Application of France and Its Inspiration

Zhang Yaping

Abstract: After World War II, the judge of penalty application was instituted in France under the influence of multiple factors, and thereafter several laws intervened in its legal status and competence. After the year of 2000, the judge of penalty application is no longer judicial administrative officer, but has become authentic primary judiciary. At present, the judge of penalty application plays the central role in the penalty application and execution in France, and is the typical feature of the judicial system of France. The judge of penalty application plans and controls the executive conditions and manners of the penalty of deprivation of freedom in prisons, decides the executive adjustment measures, determines and adjusts the specific obligations of the offenders outside the prisons, and is responsible for the tracking and oversight of the penalty execution in the open environment. In our country, the procedure of parole and reduction of penalty is essentially administrative, the judge of penalty application should also be instituted to decide the judgement of alternative execution measures of freedom penalty, and to supervise penalty execution. To institute this judge we should solve the problems of link of systems and practical problems.

Keywords: judge of penalty application; judicialization of penalty application; alternative execution of freedom penalty

(责任编辑:刘馨)

[30] EmilieDubourg, *Aménager la fin de peine*, Paris, L' Harmattan, 2007, p. 31.

美国媒体视野中的民事诉讼

吴如巧*

摘要:媒体对民事诉讼制度具有强大的影响力,它不仅影响特定情况下民事诉讼裁判的作出,也影响更广泛的民事诉讼制度,因为媒体的报道影响民事诉讼中不同参与者决定的作出。本文探讨媒体对民事诉讼所作报道的本质,公众和法律从业者对民事诉讼制度的看法,以及媒体报道对于陪审团成员、法官、民事诉讼当事人和政策决策者在作出有关决定时的潜在影响。总体而言,该研究表明,目前美国媒体对民事诉讼的报道大多都曲解了事实,并在不同角度影响了人们对民事诉讼制度的认识,也影响了民事诉讼结果的作出。然而,现有的研究仍有很多空白需要填补。

关键词:媒体 民事诉讼 扭曲 影响

在美国,民事诉讼制度近年来不断遭到抨击。批评者指出人们正变得越来越“好讼”,而当前也正处在一个“诉讼爆炸”的时代。在他们看来,美国的民事诉讼制度正不断表现出如下特点:陪审团已“失去控制”,对责任的认定毫无原则可循,以及屡创新高的损害赔偿裁判。人们普遍认为,这种“赌徒式”的诉讼制度已经到了危险的境地,给其他事物中保险的覆盖和商业革新带来了很不利的影响。^[1]尽管有经验性的证据对此予以反驳,但这些关于民事诉讼制度的描述仍然在大众的通俗文化中找到了其立足点。面对即将到来的“危机”,如何改革现行民事诉讼制度,已经成为美国媒体讨论的焦点。从臭名昭彰的“麦当劳咖啡溢出案”,到“福特和凡士通因轮胎胎面分离导致损伤案”,再到烟草诉讼,高风险的民事案件已经成为媒体报道的主要对象。在媒体上发布关于民事诉讼制度的信息事关重大,因为对普通公众而言,媒体是他们了解法院诉讼制度的主要信息来源,是比直接接触法院本身更为重要的渠道。媒体不仅控制着提供给社会公众的关于民事诉讼制度的大量信息,也潜在地影响着这些信息的内涵以及从信息中所得出的结论。^[2]从这个角度来说,媒体的力量对民事诉讼制度的影响巨大,它不仅影响特定案件裁判的作出,也影响更广泛意义上的民事诉讼制度,因为媒体报道影响民事诉讼中不同参与者决定的作出。

关于媒体在民事诉讼裁判中所发挥的影响力,美国学界已在各个领域对其展开探讨,如媒体的审前报道、媒体对诉讼风险的认知、媒体与法院的沟通、媒体对法院赔偿裁判的影响等。本文目的在于回顾美国学界已有的关于媒体与民事诉讼制度关系的实证研究,提出一种整合前述成果的框架,以期为我国的相关研究提供镜鉴。

* 重庆大学法学院副教授,法学博士。本文是重庆大学“中央高校基本科研业务费重点项目”(编号:CQDXWL-2013-Z021)、重庆大学“自主科研重点项目”(编号:CDJSK 11013)的阶段性成果。

[1] S. Daniels & J. Martin, *Civil Juries and the Politics of Reform* (Northwestern University Press 1995).

[2] D. L. Rhode, *A Bad Press on Bad Lawyers: The Media Sees Research, Research Sees the Media*, in *Social Science, Social Policy, and the Law* 139-169 (P. Ewick, R. A. Kagan & A. Sarat eds., Russell Sage Foundation 1999).

一、媒体报道对民事诉讼的扭曲及其原因

(一) 媒体报道对民事诉讼的扭曲

对媒体关于民事诉讼报道的研究表明,这些报道已经系统性地扭曲了民事诉讼制度。威尔金斯和帕特森(L. Wilkins & P. Patterson)曾指出,新闻报道是“以事件为中心”的,因此,“具体事件所在的体制”很少被考虑。^[3] 基于这个原因,尽管事实是大多数民事纠纷通过别的方式而不是通过审判得以解决,但媒体仍然将报道重点放在了对具体案件的审判上。同时,与其他进入审判程序的案件相比,涉及大规模经济损害赔偿的案件获得了媒体更多的关注。

贝利斯和麦克考恩(D. S. Bailis & R. J. MacCoun)针对20世纪80年代在美国全国性新闻杂志中出现的关于侵权诉讼的报道进行了内容分析。当时的侵权案件中大多是汽车交通事故案件,而产品责任和医疗事故案件相对较少。但当时的新闻报道却大多集中在了产品责任和医疗事故案件上,对汽车交通事故案件提及甚少。^[4] 此外,一些对美国民事侵权制度加以评论的文章,通过援引民事诉讼对当事人造成的经济损失,以及由此产生的诉讼费用,表达出对民事诉讼制度的批评和不满。研究表明,若某一案件的原告获得了胜诉,且法官对被告判处了惩罚性赔偿,则该案更容易获得媒体的关注。在被告胜诉的案件中,只有3%受到了媒体的报道;而在原告胜诉的案件中,则有41%受到了媒体的报道;如果判决中包含有惩罚性赔偿的内容,则这一比例会上升到63%。在一个判决中,随着赔偿金额的增加,报纸关于该案的报道也会随之上升。^[5] 总的来说,最初的赔偿判决比以后赔偿金额减少的判决得到了媒体更多的报道。纽约的两家报纸在一个为期六年的研究中发现,报纸报道中的损害赔偿额无论在均值上还是中间值上,都远远超过在同一时间段内实际判决的赔偿数额。^[6]

民事诉讼制度的这种被扭曲的形象,也通过行业团体和侵权法改革团体的政策广告,呈现在了媒体上。丹尼尔斯和马丁(S. Daniels & J. Martin)对诸如“保险信息研究会”等团体所举行的广告运动进行了描述,在这些广告中,民事司法被涂上了“深陷危机”的色彩。这些广告中说,“诉讼危机对婴儿是不利的”,“诉讼危机在惩罚学校体育”,“即使是神职人员也无法逃避诉讼危机”,这些广告出现在了各大报纸和全国性新闻杂志中。^[7]

(二) 媒体报道为何扭曲了民事诉讼

从媒体的报道中人们可能对民事诉讼制度形成这样一种印象:频繁而又轻率的诉讼、贪婪的原告以及高额的损害赔偿判决。前述现象的存在,有着多方面的原因。

首先,记录保存和数据收集系统的缺乏,导致了媒体和社会中出现的对民事诉讼的歪曲报道。事实上,那些用来描述民事诉讼制度的稳固的、经验性的数据一直以来都是缺乏的,这种缺失无疑会带来不利后果。很明显,缺乏认真收集并仔细分析的关于民事诉讼制度的代表性数据,则记者、政策倡导者以及法律决策制定者将不可避免地依赖于他们自己获悉的个别案件的信息,而这给媒体扭曲民

[3] L. Wilkins & P. Patterson, *Risk Analysis and the Construction of News*, 37 *Journal of Communication* 80-92 (1987).

[4] D. S. Bailis & R. J. MacCoun, *Estimating Liability Risks with the Media as Your Guide: A Content Analysis of Media Coverage of Tort Litigation*, 20 *Law and Human Behavior* 419-429 (1996).

[5] S. Garber, *Product Liability, Punitive Damages, Business Decisions, and Economic Outcomes*, 1998 *Wisconsin Law Review* 237-295.

[6] O. G. Chase, *Helping Jurors Determine Pain and Suffering Awards*, 23 *Hofstra Law Review* 763-790 (1995).

[7] Daniels & Martin, *supra* note 1, at 34.

事诉讼制度创造了契机。

其次,即使有代表性的数据可用,媒体呈现在公众面前的仍然可能是被歪曲了的民事诉讼制度。正如有人所指出的,传媒业的发展主要依赖于吸引听众(观众)的注意,因此,媒体对民事诉讼案件的报道有着强烈的功利性,它们必须从大量的民事案件中进行筛选,有选择性地报道那些有可能引起消费者关注的民事案件,以及有关民事诉讼制度的其他信息。传统且多发的民事案件是不可能被认为有吸引力或有新闻价值的。贝利斯和麦克考恩指出,在对听众(观众)的吸引力方面,“很可能陪审团的审判要高于法官的裁判,陪审团所作出的不寻常的大额裁决要高于非常适中的裁决”。〔8〕此外,某些案件中这些引人关注的因素可能会同时出现,这就使得这些案件特别容易受到媒体的报道。而媒体的报道流程,比如在报道期限和版面方面的限制,都不允许对民事案件进行详细的报道。

虽然在媒体的商业化对媒体报道民事诉讼案件时的影响方面,已经有文献进行了关注和探讨,但至今仍然没有资料具体表明这一影响过程究竟是怎样的。同样地,在消费者的偏好对媒体报道的影响方面,也有文献对其加以关注,但尚未经实证检验过。需要指出的是,媒体消费者并非完全是被动的,他们也具有很强的主动性:他们有时候只是简单地对媒体的报道作出反应,有时候则会明确声明他们想看到什么、听到什么。

此外,有些游说团体试图对公众关于民事诉讼争论的基调和内容产生影响。这些团体试图说服“政策制定者、包括媒体在内的精英人群和公众”,使他们相信危机的存在,好进行一次具体的改革。〔9〕在笔者看来,未来的研究应继续关注民事诉讼新闻报道的频率和内容,并发掘和传递有关民事诉讼制度更加完整的信息。需要讨论的问题包括:影响媒体追逐何种案件的因素是什么;影响案件是否被报道的因素是什么;影响某一案件被重视程度(如在报纸上所占据的位置、被报道的时间或空间)的因素是什么,以及影响报纸头条所传达信息的因素又是什么。很显然,无论是在被选择出来加以报道的案件或话题上,还是在报道所采用的风格(如所用的语言、图片或图形的类型等)上,媒体都经常因煽情而受到指责。然而,就算煽情是一种激励因素,但其也只是一种次要的而不是主要的激励因素。公众认为什么是重要的,这也许才是媒体决定报道什么内容的最重要的推动力。

二、公众对民事诉讼的扭曲理解及其媒体因素

(一) 公众对民事诉讼的扭曲理解

公众对民事诉讼制度的认知及理解,一部分是由媒体对民事诉讼的扭曲报道塑造的。在其他语境下的研究已经将媒体报道同媒体消费者的判断与态度联系起来。费金森和贝利斯(N. R. Feigenson & D. S. Bailis)在一项调查中发现,当参与者只接触介绍安全气囊风险的媒体文章时,他们对安全气囊的态度更为负面;而当参与者同时接触介绍安全气囊风险和优点的媒体文章时,他们对安全气囊的态度则相对正面一些。〔10〕库克等人(F. L. Cook, T. R. Tyler, E. G. Goetz, M. T. Gordon, D. Protes

〔8〕 Bailis & MacCoun, *supra* note 4, at 420.

〔9〕 S. Daniels & J. Martin, *Punitive Damages, Change, and the Politics of Ideas: Defining Public Policy Problems*, 1998 Wisconsin Law Review 77.

〔10〕 N. R. Feigenson & D. S. Bailis, *Air Bag Safety: Media Coverage, Popular Conceptions, and Public Policy*, 7 Psychology, Public Policy, and Law 444-481 (2001).

& D. R. Leff) 发现, 观众收看一则由政府支持的家庭医疗保健项目中存在欺诈行为的报道, 会影响观众对医疗保健的重要性、政府支持该项目的重要性以及欺诈程度的评估。^[11]

虽然公众(通过作为当事人或陪审员)可以直接获得关于民事诉讼制度的部分信息, 但是新闻媒体仍然是公众获得法院信息的最主要来源。因此, 民众对民事诉讼制度的扭曲性理解与媒体报道的一些非典型性案例如出一辙, 就显得不足为奇了。例如, 萨克斯(M. J. Saks)发现, 法律系一年级学生大大高估了非致命性伤害的受害者通过提起侵权诉讼所能获得的赔偿金额, 也大大高估了因医疗事故伤害而提起诉讼的比例, 但他们却大大低估了死于医疗事故的人数。^[12] 虽然法院收集的数据显示, 在陪审团支持损害赔偿的案例中, 只有约 8% 左右的案件陪审团作出了大于 100 万美元的损害赔偿金裁决(不考虑裁判后减少的金额); 在所有会产生金钱损害赔偿结果的民事案件中, 只有大概 6% 左右的案件会有惩罚性损害赔偿。然而, 仍然有许多人认为大额的损害赔偿及惩罚性赔偿是常见的。格林、古德曼和洛夫特斯(E. Greene, J. Goodman & E. F. Loftus) 在一项关于陪审团如何作出决定的研究中发现, 参与调查的人员很少有人会认为损害赔偿金超过 100 万美元是正常的, 11% 的人认为至少有 50% 的原告会受到陪审团超过 100 万美元损害赔偿的判决。^[13] 同样, 罗本诺特(J. K. Robbennolt) 发现, 公众认为超过 30% 的陪审团裁决中损害赔偿金会大于 100 万美元, 并且认为几乎一半的陪审团裁决中会包含有惩罚性赔偿。^[14]

不仅是普通公民, 连一些专业的法律人士都会有这样的误解。20 世纪 80 年代末在南卡罗来纳州(South Carolina) 的一项调查中, 律师、医生、立法者都倾向于高估能进入陪审团审判的案件的比例, 也高估了陪审团支持原告方的案件的比例。^[15] 而在 1990 年进行的一项调查中, 研究者发现医生们高估了诉讼的风险。在一个跨州的调查中, 威斯勒、赫德和萨克斯(R. L. Wissler, A. J. Hart & M. J. Saks) 发现, 陪审团、法官以及辩护律师都预测, “普通陪审员” 会比他们自己作出金额更大的赔偿判决。值得注意的是, 研究结果显示, 陪审员作出的判决金额一般要低于法官和律师对其的预测。^[16]

(二) 造成公众扭曲理解的媒体因素

就新闻媒体影响公众对民事诉讼制度看法的程度而言, 可能是“判断启发法”(judging heuristic method) 在平衡着二者的关系。其中一种启发法是“可利用性启发法”(availability heuristic method), 通过这一方法, 一个人能够依靠他所回想到的一些相类似的事件来判断某件事情的可能性。^[17] 难忘的事件或者容易回想的事件往往被认为很平常。由于媒体对一些不具代表性民事案件的报道, 加上前述“可利用性启发法”的作用, 人们往往会对民事诉讼制度产生偏见。

已发现的可影响“可利用性”心理的因素包括信息的过剩和信息的生动性。信息过剩与“可利用

[11] F. L. Cook et al., *Media and Agenda Setting: Effects on the Public, Interest Group Leaders, Policy Makers, and Policy*, 47 *Public Opinion Quarterly* 16-35 (1983).

[12] M. J. Saks, *Public Opinion about the Civil Jury: Can Reality Be Found in the Illusions?* 48 *DePaul Law Review* 221-245 (1998).

[13] E. Greene, J. Goodman & E. F. Loftus, *Jurors' Attitudes about Civil Litigation and the Size of Damage Awards*, 40 *American University Law Review* 805-820 (1991).

[14] J. K. Robbennolt, *Punitive Damages Decision Making: The Decisions of Citizens and Trial Court Judges*, 26 *Law and Human Behavior* 315-341 (2002b).

[15] D. R. Songer, *Tort Reform in South Carolina: The Effect of Empirical Research on Elite Perceptions Concerning Jury Verdicts*, 39 *South Carolina Law Review* 585-603 (1988).

[16] R. L. Wissler, A. J. Hart & M. J. Saks, *Decisionmaking about General Damages: A Comparison of Jurors, Judges, and Lawyers*, 98 *Michigan Law Review* 751-826 (1999).

[17] A. Tversky & D. Kahneman, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* 163-178 (D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky eds., Cambridge University Press 1982a).

性”之间的关系很简单:某件事被重复的次数越多,就越容易被记忆。而当某件事被重复的频率(如新闻报道中某一标题出现的次数)与其实际重复的频率之间不对称的时候,就可能发生判断错误。另外,与苍白而单一的信息相比,生动的信息更容易被记住和回忆。尽管某些类型的单一信息,如汇总的统计信息,具有很高的证明价值,但因为它们缺乏具体性或无法引起人们的兴趣,所以很难被记住。与此相对,那些对行为人、动作及环境背景的细节和特征进行了较为详细描述的信息,或能引起受众兴趣的信息,因为其更为生动,所以也就更有影响力。从理论上讲,新闻报道可以为读者提供新闻报道主题方面的基础信息以及例证信息。正如对民事诉讼新闻报道的内容分析所表明的那样,新闻报道所选用的范例往往并非是传统民事纠纷的代表,而是更为极端的例子。由于这些范例的细节及特殊性,它们比民事诉讼制度本身给人的总体印象更为生动,但同时它们又不太可靠。

除了会影响人们对案件发生频率的估计外,“可利用性启发法”还会影响人们对因果关系的判断。某一案件越被人们认为常见,则越会被认为其中存在因果关系。因此,关于陪审团所作的大额损害赔偿判决的报道所占的比例过高,可能导致许多人认为“诉讼爆炸”在很大程度上是由陪审员引起的。事实上,陪审员们已经承受了人们对所谓“诉讼爆炸”的诸多指责。

另一种判断启发法,即基本归因误差(the fundamental attribution error),也可能会让媒体的消费者认为“诉讼爆炸”应当归咎于不受控制的陪审员们。观察者们倾向于将人们的态度和行为归因于性格因素,而不是情境因素,由此导致的结果是,当人们读到陪审团在民事诉讼中作出大额损害赔偿判决的报道时,他们很容易将陪审团的这种行为归因于陪审员自身的缺陷(如该陪审员是不称职的,该陪审员容易被说服,该陪审员过于慷慨,等等),而不是案件本身的情况(如原告受到了严重的损害,被告的行为恶名昭彰等)。

关于公众对刑事量刑看法的研究与前述倾向性具有某种关联。罗伯特和杜波(J. V. Roberts & A. N. Doob)在研究中安排了这样一些参与者,他们对某个刑事案件事实的知悉程度并不相同。那些通过阅读新闻报道来寻求案件事实的人,往往会觉得法官的判决实在是太过仁慈;而那些对案件证据有所了解的人,则倾向于认为该判决较为合理。^[18] 将来的研究同样应对民事案件中基本归因误差带给人们观念认知和对案件事实判断的影响加以关注。在涉及民事案件的报道中,鉴于媒体只提供了极少的案件事实,因此,观察者们将判决归因于作出判决的人的性格特征就不足为奇。

三、媒体报道对民事诉讼各主体作出决定的影响

外行裁判者和专家所持有的错误观点,可能会影响各种与法律有关的决定的作出,因为公众认知形塑了决定的作出。除了可能会使人们对法律权威和公正性的信心涂上一层阴暗的色彩之外,民事诉讼中很多在不确定的状况下作出的裁判,都是根据裁判者对民事诉讼程序的理解以及对相似案件判决结果的参考所作出的。对民事诉讼程序的这些理解和期待可能会潜在地影响审判人员的审判、诉讼当事人的决定,以及那些日后可能会卷入到民事诉讼中来的人的决定。此外,还可能影响那些负责制定有关民事诉讼制度方针政策的人的决定。

(一)对裁判者作出判决的影响

[18] J. V. Roberts & A. N. Doob, *News Media Influences on Public Views of Sentencing*, 14 *Law and Human Behavior* 451-468 (1990).

新闻媒体对民事诉讼观念的影响已经潜在地影响着民事判决的作出。如果判决的作出者没有认识到媒体对案件的报道是扭曲的以及非典型的,那么新闻报道就有可能反而被视为一个可以用来评判其他案件的标准。这会给裁判的作出带来各种不利后果,包括可能会使陪审团作出高于平均额度的损害赔偿金的裁判,而这一裁判可能会导致媒体作出更多关于诉讼危机和失控的陪审团等方面的报道。

1. 陪审团损害赔偿裁判作出时的媒体影响

如前所述,因为媒体的频繁报道,涉及高额损害赔偿金的案件比其他类型的案件更容易引起人们的关注,也更容易被记住。媒体关于原告赢得高额赔偿的报道可能会使陪审团开始考虑在以后的案件中把赔偿金额恢复到合理的范围。更具体地说,媒体报道的高额损害赔偿可能会是今后审判的裁判标尺。确定和调整是裁判者从最初的估价逐渐调整到最后判决所必经的认知过程。通常情况下,裁判者都未能充分调整开始所确定的价额。因此,如果陪审员把他们头脑中所记住的案例(这些案例在媒体上被报道过)作为判决基准的话,则可能会判处更高的赔偿金额。

与此推理相一致的是,数项研究已经发现对高额损害赔偿出现频率所形成的印象与赔偿判决之间的积极关系。格林等人(E. Greene, J. Goodman & E. F. Loftus)发现,参与者对大额损害赔偿频率的估计与他们作出的损害赔偿金额之间有着显著的正相关关系。那些对大额损害赔偿频率估计越高的人,最后裁定的损害赔偿金额就越高。^[19] 罗本诺特(J. K. Robbennolt)发现,参与者对惩罚性赔偿频率的估计,以及对陪审团作出高额损害赔偿频率的估计,影响了他们作出的补偿性损害赔偿的金额,虽然这些估计并没有影响惩罚性损害赔偿的金额。^[20]

与此类似,维斯库斯(W. K. Viscusi)专门研究了媒体对大额损害赔偿判决的报道和惩罚性损害赔偿之间的关系。其中一些参与者被告知他们已经阅读了这样一个报道,即在一个相似的案例中,陪审团作出了5000万美元的惩罚性赔偿(上诉法院已经将其减少到2500万美元),与其中没有被告知这个情况的参与者相比,前者作出的惩罚性赔偿比后者要多。与这一发现相一致的是,陪审员也可能将他们知悉的损害赔偿额,作为判断手头案件中损害赔偿金额的基准。^[21]

与前述发现存在有趣对比的是,诸多实证研究已经表明,陪审员对现行民事诉讼制度状况的态度与其作出的损害赔偿之间存在某种关系。鉴于一些潜在的陪审员认为民事诉讼存在危机,以及损害赔偿金额过高,他们正试图调整所裁判的金额。汉斯和洛夫奎斯特(V. P. Hans & W. S. Lofquist)在一些陪审员审理完民事案件之后采访了他们,发现这些陪审员对民事案件发生的频率和合法性都持强烈的否定意见,并且这些陪审员认为民事损害赔偿的金额太高了。此外,他们还发现这些陪审员对其他民事案件中的陪审团都很熟悉,不管这些陪审团是真实存在的还是虚构的。这些陪审员还认为他们有责任让民事案件的损害赔偿额重新受到节制。研究发现陪审员越相信有诉讼危机,他们所裁判的损害赔偿额就越低。

其他研究人员调查了陪审员对侵权法改革的态度与法律裁判之间的关系,发现了相似的结果。在对有资格当选为陪审员的成年人进行电话采访后,莫兰、卡特勒和德丽莎(G. Moran, B. L. Cutler

[19] E. Greene, J. Goodman & E. F. Loftus, *Jurors' Attitudes about Civil Litigation and the Size of Damage Awards*, 40 *American University Law Review* 805 - 820 (1991).

[20] Robbennolt, *supra* note 14.

[21] W. K. Viscusi, *The Challenge of Punitive Damages Mathematics*, 30 *Journal of Legal Studies* 313 - 350 (2001).

& A. De Lisa)发现,从陪审员对侵权法改革的态度中能够预测今后民事案件和刑事案件的裁判。^[22] 同样,格林等人发现,对侵权法改革抱有积极态度的人往往会比抱有消极态度的人给出更低的赔偿金额。

这些研究大都没有触及媒体报道与损害赔偿裁判作出间的直接关系,洛夫特斯(E. Loftus)的研究是相较最靠近的一个。她发现那些接触过保险业宣传广告的模拟陪审员,往往会询问“你是否真的认为是由保险公司来支付所有的损害赔偿?”与没有接触过保险广告的人相比,这些模拟陪审员往往会对身心伤害作出较低的损害赔偿裁判。^[23] 类似地,费金森和贝利斯发现,媒体对安全气囊风险和优点的描述,会影响模拟陪审员对交通事故作出的损害赔偿判决。^[24] 同样,新闻媒体对民事诉讼的报道可能会在各种案件中对陪审团的裁判产生影响。未来的研究应当着重解决媒体在何种程度上影响着人们对诉讼危机的认知,以及哪些因素具有最大的影响力。

2. 特定案件中的审前报道对陪审团的影响

特定案件的媒体报道有可能会影响这些案件决定的作出以及审理结果,同时还会影响到具有相似特征的其他案件的审理结果。审前或审判中的媒体报道可以为个体提供一些超出法律之外的信息(即可能无法在审判中作为证据的信息),从而影响或干预他们的个人决策。然而所提供的信息不论是否超出了法律之外,审前报道都为审判者提供了关于案件的一些信息,而这些信息可能会使其在审判前对特定当事人抱有偏见。不论是刑事案件还是民事案件,审前报道对其潜在的影响都造成了一些值得我们关注的与信息处理和裁判有关的实证性问题。虽然迄今的研究仍着重放在审前和审判过程中媒体报道对刑事案件裁判的影响上,但对民事案件来说,这方面的研究也已经开始了。除了有关民事案件与刑事案件报道效果的共同问题之外,民事审判也有与刑事审判不同的特点——例如“优势证据”规则、对责任而非犯罪的裁决,以及裁判给予金钱赔偿——这些都要求我们应对民事案件加以关注。

一般而言,对刑事审判审前报道效果的研究表明,带有偏见的报道往往会使人们对被告人的看法产生不利影响,同时也会对审判前后关于被告人是否有罪的判决造成不利影响。在有限的关于审前报道对民事案件影响的研究中,发现了同样的效果。民事审判中的偏见性报道同样可以制造对原告任何一方不利的言论,从而以其复杂的方式影响着最终的裁决。

在较早前某个关于审前报道对民事案件影响的研究中,人们研究了关于被告先前犯罪记录的报道对陪审团裁判的影响。案情涉及一宗造成人身伤害的交通事故,在案件审理之前,有一半的模拟陪审员被告知被告曾经因为醉酒及鲁莽驾驶被捕,另一半的陪审员则被告知关于被告的一些不具负面性的信息。由于样本量太少(该研究总共包括了8组6人制陪审团),对陪审团判决进行统计分析是不现实的。但有趣的是,每个陪审团中都至少有一人在审前知悉了有关被告的负面新闻之后,在评议时将这一信息作为裁判依据。虽然在陪审团评议前法官会向他们作出相应的指示,以帮助他们认识到带有偏见的新闻报道不能作为裁判的依据,但这一指示仍然没能有效预防陪审员对负面信息的

[22] G. Moran, B. L. Cutler & A. De Lisa, *Attitudes toward Tort Reform, Scientific Jury Selection, and Juror Bias: Verdict Inclination in Criminal and Civil Trials*, 18 *Law and Psychology Review* 309-328 (1994).

[23] E. Loftus, *Insurance Advertising and Jury Awards*, 65 *American Bar Association Journal* 68-70 (1979).

[24] N. R. Feigenson & D. S. Bailis, *Air Bag Safety: Media Coverage, Popular Conceptions, and Public Policy*, 7 *Psychology, Public Policy, and Law* 444-481 (2001).

讨论。^[25]

奥托等人(Otto et al.)在一项研究中,操纵了民事案件中对原被告双方审前报道的展示。因为共同过失是案件事实引发的一个问题,所以参与者被要求要像判断被告过失一样判断原告的过失。审前报道对陪审员关于原、被告过失的判断都会产生影响。对原告的审前报道影响着陪审员对被告过失的裁判,当陪审员了解到有关原告先前的过失记录而非中立信息后,他们几乎不会归责于被告。关于被告的审前报道也会影响陪审员关于诉讼证据以及从证据中得出的推断的记忆。很明显,审前报道对民事案件的影响可能变得和待裁决的事项一样复杂。

如前所述,审前报道对民事审判的影响是很值得研究的,因为它包含了陪审团在其他情况下接触不到的一些超出法律之外的信息。如果报道中所涉及的信息是审判中不允许披露的,或者为了特定的目的才允许披露的话,则会引发一些严重的问题。研究表明,法官和陪审团的裁决确实受到了这些信息的影响。

兰斯曼和拉库斯(S. Landsman & R. F. Rakos)在一项测试中,将某个产品责任案件的案情摘要做成了三个版本,并将其中一个版本向法官和陪审团的一些成员进行了展示。试验性的测试表明,案情内容受到控制的版本有助于作出对被告有利的裁判。另外两个版本中则包含了一些非常有利于原告的额外信息。在其中一个版本中,法官被告知被告所提出的排除这些信息的审前动议已经被许可,而陪审员们则被告知这些信息已被裁定不予接受,并要求陪审员对其不予考虑。而在另一个版本中,法官被告知被告所提出的排除这些信息的审前动议已经被驳回,而陪审员们则被告知这些信息已被裁定可以接受,并要求陪审员们可以对其加以考虑。总体而言,与没有接触到有利于原告的额外信息相比,接触了有利于原告的额外信息的法官和陪审员们都更容易判决被告承担责任,即使他们已被告知对该信息应不予考虑。此外,同奥托等人的研究结果相似,接触具有偏见性的额外信息会影响参与者对核心审判事项的认知。^[26]

不管是否来自于审前报道,外来信息都会对民事案件的审判造成潜在的影响,这一点得到了公认。然而,未来仍然需要更多的研究,以更好地理解审前报道给事实裁判者所作判决造成的影响程度。

3. 法官司法裁判作出时的媒体影响

媒体对司法裁判进行报道所产生的潜在影响,并不局限于前述情形,也不局限于陪审员或陪审团裁判的作出上。如上所述,即使受过法律训练的专业人士也可能对民事诉讼制度存在误解。此外,最近的实证研究表明,法官同其他普通人一样,很容易受到相同的关于审判方面错误观念的影响。不过,相对于对陪审员的研究,关于媒体对法官司法裁判的试验性研究相对缺乏。未来的研究可能会涉及媒体报道如何影响法官在民事案件中有关裁判的作出(如关于案件管理方面的裁判,证据规则方面的裁判等)。例如,对于媒体报道的草率诉讼或者诉讼迟延和积压,法官在看到这些报道之后是否会更有可能拒绝受理案件,或者敦促各方当事人尽快解决他们之间的纠纷?另外,在法官对民事诉讼制度具有更多直接经验的情形下,未来的研究还应关注媒体报道对陪审员和法官所造成的不同影响。

(二) 当事人决定作出时的媒体影响

[25] F. G. Kline & P. H. Jess, *Prejudicial Publicity: Its Effects on Law School Mock Juries*, 43 *Journalism Quarterly* 113 - 116 (1966).

[26] S. Landsman & R. F. Rakos, *A Preliminary Inquiry into the Effects of Potentially Biasing Information on Judges and Jurors in Civil Litigation*, 12 *Behavioral Science and the Law* 113 - 126 (1994).

在民事诉讼中媒体报道的信息不仅影响着陪审员和法官裁判的作出,也可能对当事人决定的作出产生影响。重要的是,当事人(及其代理人)决定着是否以及在何种条件下来解决他们的纠纷,而他们从媒体报道中所获悉的有关信息则会影响他们决定的作出。在对威斯康辛州(Wisconsin)的一些律师进行观察和访谈之后,克雷泽(H. M. Kritzer)指出,大多数当事人作出决定时所依据的信息并非来源于其代理律师,而是主要来源于对大多数案件都充满广泛偏见的媒体报道,以及来源于他们的社交圈中的言论,而社交圈中的这些言论很可能也主要基于媒体的偏见报道。^[27]

通常,当事人对判决结果的可能性及金额大小的预测,会影响着他们对案件的处理。特别是争执双方会怀着达成和解协议的目的,以及带着对“保留价格”(底线)的想法,跟对方进行和解谈判。对于原告来说,这一“保留价格”是他们同意解决这一争议的价码;对于被告来说,这一“保留价格”是他们愿意支付的价额。争执双方对和解的期待及对“保留价格”的想法,部分取决于他们对有助于自愿解决争议的替代性纠纷解决方法的期待,亦即他们对案件真正走向审判自己会得到或失去什么的预测。因此,争议双方是在“法律的阴影”下进行讨价还价,而预期的审理结果则影响着双方的谈判地位和条件。在民事诉讼中,“参与谈判的双方当事人都会对法官或陪审团所认为的公正解决方案加以关注”。^[28]此外,有证据表明,争议双方的“保留价格”还会受到他们私下获知的其他案件判决的影响。

虽然信息与当事人对法院裁判结果及和解情况的预期之间的关系已经受到了实证研究的关注,但媒体对民事案件的报道与当事人和解情况之间的联系,却没有受到同样的关注。从理论上来说,不具代表性的媒体报道,连同前述“可利用性启发法”,可能导致当事人或其代理人形成对审判结果的过大期望。克雷泽转述了一名律师的说法,“一些当事人带来了关于某个遭受不当对待的人的剪报,说这个人在诉讼中获得了陪审团判决的一大笔赔偿”。^[29]然而,这个假设应该通过实证加以检验。此外,媒体对当事人及其代理律师影响方式的区别,以及这一区别对当事人-代理律师间关系,及对和解谈判来说意味着什么,都应当加以考虑。

(三)潜在当事人决定作出时的媒体影响

媒体对民事诉讼可能结果的报道,也会对那些潜在的诉讼当事人的决定造成影响,这种影响甚至在它们作为诉讼当事人而正式接触民事诉讼制度之前就产生了。正如前面所指出的,当事人是在“法律的阴影”下从事相关行为的,那些有可能成为原告和被告的人同样如此。因此,提起诉讼的可能性以及任何该种诉讼的可能结果,都被假定为潜在当事人作出决定时的影响因素。因为对结果的预期会对今后的行为产生影响,因此,相对于实际可能的结果而言,潜在当事人对诉讼可能性及可能的诉讼结果的看法,会更为重要。

相关研究确定了一些影响伤者提出索赔主张可能性的变量。伤者是否提出索赔主张会受如下因素的影响,如伤者是否确定受伤,是否可归责于第三方,是否感觉自己受到了不公正对待,以及是否知道如何去索赔。维德马尔和舒勒(N. Vidmar & R. A. Schuller)发现,伤者在何种程度上会意识到权利受到侵害并进而主张索赔,存在个体差异。他们指出,人们在是否提出索赔主张方面也会受到别的因

[27] H. M. Kritzer, *Contingent - Fee Lawyers and Their Clients: Settlement Expectations, Settlement Realities, and Issues of Control in the Lawyer Client Relationship*, 23 Law and Social Inquiry 801 (1998).

[28] M. J. Saks, *Do We Really Know Anything about the Behavior of the Tort Litigation System - And Why Not?* 140 University of Pennsylvania Law Review 1212 (1992).

[29] Kritzer, *supra* note 27, at 803.

素的影响,如对“该在何地以及如何提出索赔主张,何种主张才是适当的”等的考虑。^[30] 媒体在对民事案件以及前述影响因素进行报道时所产生的潜在影响,对此加以探讨可以更好地加深人们对当事人索赔主张行为的理解。

潜在原告对民事诉讼制度本质的理解,以及他们可能获得的赔偿,有可能会对他们是否提出一项法律主张造成影响。格斯(C. Guthrie)认为,人们之所以会轻率地提起诉讼,原因在于“那些听起来比较轻率的诉讼(例如‘麦当劳咖啡溢出案’)似乎特别容易流连于准原告的头脑中。因为准原告能够获得这些诉讼中的大额判决方面的生动且突出的信息,因此他们容易高估自己获得胜诉的概率”。^[31] 林德等人(E. A. Lind, J. Greenberg, K. S. Scott & T. D. Welchans)在一项调查中采访了996名失业的成年人,发现在是否考虑提出一项终止不法行为的诉讼主张,以及实际行动方面,都与他们对该项主张结果的期望有关。^[32] 如上所述,在潜在原告评估自己所提主张能否成功时,媒体给他们提供了太多的诱导性提示。考虑到那些潜在的原告都高估了自己获得胜诉以及大额损害赔偿的可能性,因此,可能有更多的人提起索赔诉讼。

(四) 政策制定者决策时的媒体影响

最后,媒体关于民事诉讼的报道,可以使政策制定者将多少注意力放在改革整个民事诉讼制度以及改革的方向上都具有重要的影响。学者们指出,一般而言,“大众传媒的关注发挥了调动国会、立法者和立法机构注意的关键作用”。^[33] 类似地,丹尼尔斯和马丁(S. Daniels & J. Martin)指出,“政策问题并不是不证自明的,而是由社会建构的”。^[34] 从这个意义上来说,若政策制定者对民事诉讼所持的观念与经验数据表明的一致,那么很难指望他们能作出改善民事诉讼制度的适当努力。松格(D. R. Songer)曾经指出,“在政治上,相对于现实本身而言,对现实的看法和理解更会对立法行动产生影响”。^[35] 更具体地说,正如许多学者所指出的,对民事诉讼的媒体报道并不利于今后对民事诉讼制度的改革。

媒体报道已被证实会影响决策者的态度和观念。库克等人就某个电视新闻节目报道的由政府支持的家庭健康护理项目中存在欺诈行为一事,对包括政府的决策制定者在内的观众进行了调查,以期发现这一报道对他们有关观念的影响。收看或听说这一报道影响了决策者对家庭健康护理项目重要性的评估,影响了决策者对公众关于这一项目看法的评估,也影响了决策者对借助警方行动可能性的预测,虽然它并没有影响到决策者对这一项目所赋予的优先地位。^[36]

今后的研究应聚焦于如下问题,即政策制定者关于民事诉讼制度的态度和观念会在多大程度上受到媒体报道的影响,媒体报道会在多大程度上影响政策的最终制定,以及发生前述效果所依赖的心理机制。

[30] N. Vidmar & R. A. Schuller, *Individual Differences and the Pursuit of Legal Rights*, 11 Law and Human Behavior 315 (1987).

[31] C. Guthrie, *Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*, 67 (1) University of Chicago Law Review 163, 204 (2000).

[32] E. A. Lind, J. Greenberg, K. S. Scott & T. D. Welchans, *The Winding Road from Employee to Complainant: Situational and Psychological Determinants of Wrongful - Termination Claims*, 45 Administrative Science Quarterly 557 - 590 (2000).

[33] S. Garber, *Product Liability, Punitive Damages, Business Decisions, and Economic Outcomes*, 1998 Wisconsin Law Review 245.

[34] Daniels & Martin, *supra* note 7, at 29.

[35] D. R. Songer, *Tort Reform in South Carolina: The Effect of Empirical Research on Elite Perceptions Concerning Jury Verdicts*, 39 South Carolina Law Review 594 (1988).

[36] F. L. Cook et al., *supra* note 11.

四、结语

从前文的分析中我们不难发现,美国媒体的夸张及选择性报道已在很大程度上扭曲了民事诉讼的形象,并误导了民众对民事诉讼的理解和认识。而对民事诉讼程序的这种不正确的理解和期待,事实上已经潜在地影响了法官、陪审员等审判人员的审判,诉讼当事人的决定,以及那些日后可能会卷入到民事诉讼中来的人们的决定。不仅如此,它还可能影响有关民事诉讼制度方针政策制定者的决定。虽然这种影响并不显著,而是潜移默化的,但其对美国民事诉讼制度所造成的冲击却是实实在在的,它在一定程度上形塑了美国民事诉讼程序的未来面貌,也在一定程度上决定了美国民事诉讼制度的未来走向。正是充分认识到媒体在民事诉讼程序中所具有的重要影响力,因此美国学界对“媒体与民事诉讼程序的关系”这一论题展开了深入探讨,并试图从多个角度揭示二者之间的应有关系。就当前而言,虽然仍存在不少研究的盲点,但在诸如媒体的审前报道、媒体对诉讼风险的认知、媒体与法院的沟通、媒体对法院赔偿裁判的影响等方面,美国学界已取得的研究成果不容忽视。就我国而言,“媒体与民事诉讼程序的关系”这一论题远未引起学界的应有重视,相关深入研究更是付诸阙如。在对我国民事诉讼程序的未来完善中,充分关注媒体报道所可能带来的影响是题中应有之意,而在这一方面,美国学界的相关研究成果可以带给我们不少启示。

Civil Litigation in the Eyes of US Media

Wu Ruqiao

Abstract: The news media have the potential to act as a powerful influence on the civil litigation system, influencing decision making in particular cases and on the system more generally as media reports influence the decision making of various participants in the system. This paper discusses the nature of media reporting on civil litigation, perceptions of the civil litigation system held by the public and legal actors, and the potential influence of news reporting about civil litigation on the decision making of jurors, judges, civil litigants, and policymakers. Overall, the research suggests that news reporting of civil litigation present a systematically distorted picture of civil litigation and that this reporting can influence perceptions and outcomes of civil litigation in various ways. However, there are many gaps in the existing research that need to be filled.

Keywords: media; civil litigation; distortion; affect

(责任编辑:倪鑫煜)