

## 目 录

## 【论文】

- 再论人格权的民法表达 ..... 邹海林(1)
- 股份投票权与收益权的分离及其法律规制 ..... 李安安(18)
- 法律社会学语境下新三板市场投资者准入限制制度的社会利益目标分析  
..... 徐冬根(36)
- 著作权集体管理中的集中许可强制规则 ..... 熊 琦(46)
- 英美刑法中的“危害原则”研究  
——兼与“社会危害性”比较 ..... 姜 敏(60)
- 诉讼实施权配置的模式构建 ..... 黄忠顺(75)
- 犯罪侦查中网络服务提供商的信息披露义务  
——以比例原则为指导 ..... 裴 炜(92)
- 英国被告人认罪制度研究 ..... 郑 曦(105)
- 1495年“帝国改革”与神圣罗马帝国和平秩序建构之制度困境的反思 ..... 王银宏(119)
- 我国宪法言论自由条款类似于美国宪法第一修正案吗? ..... 马得华(131)
- 国际投资仲裁中既判力原则的适用标准  
——从形式主义走向实质主义 ..... 傅攀峰(146)

## 【民法典编纂】

- 论“以合法形式掩盖非法目的”的法律行为 ..... 朱广新(162)
- 论法国民法典的演变与发展 ..... 耿 林(179)

## 【法学译介】

- 论过错侵权责任的一般原则  
..... [法]热娜维耶芙·威内(Geneviève Viney)/罗瑶 译(192)

# JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

---

---

Serial No. 146 July 2016 No. 4

---

---

## Contents

### Articles

- Re-discussion on Personality Right Express in Civil Law ..... *Zou Hailin* ( 1 )
- On the Separation between Voting Rights and Shares Ownership and Its Legal Regulation ..... *Li Anan* ( 18 )
- An Analysis on Social Interests Objectives of Restriction on Investors Access in New OTC Equity Market  
from the Perspective of Sociology of Law ..... *Xu Donggen* ( 36 )
- Prohibition Rules for Copyright Collective Management ..... *Xiong Qi* ( 46 )
- On the Harm Principle in Anglo-American Criminal Laws; And Compared with Social Harmfulness Principle  
..... *Jiang Min* ( 60 )
- Allocation Model Establishment of Right to Sue or Be Sued ..... *Huang Zhongshun* ( 75 )
- Internet Service Provider's Obligation of Disclosing Clients' Data during Criminal Investigation; From the  
Perspective of the Principle of Proportionality ..... *Pei Wei* ( 92 )
- On the System of Defendants' Pleas of Guilty in Britain ..... *Zheng Xi* ( 105 )
- Rethinking on the Imperial Reform in 1495 and the System Dilemma in Reconstruction of the Peaceful Order  
in the Holy Roman Empire ..... *Wang Yinhong* ( 119 )
- How Is the Free Speech Clause of Chinese Constitution like the First Amendment to the United States  
Constitution? ..... *Ma Dehua* ( 131 )
- The Test for Application of the Doctrine of *Res Judicata* in Investor-State Arbitration; From a Formalistic  
to a Substantive Approach ..... *Fu Panfeng* ( 146 )

### Codification of Civil Law

- On Juristic Act Whose Illegitimate Purpose Concealed under the Guise of Legitimate Acts  
..... *Zhu Guangxin* ( 162 )
- On the Evolution and Variation of French *Code Civile* ..... *Geng Lin* ( 179 )

### Translation and Introduction

- The General Principle of Tort Liability Based on Fault ..... *Geneviève Viney* ( trans. by *Luo Yao* ) ( 192 )

# 再论人格权的民法表达

邹海林\*

**摘要:**人格权概念的不确定性,对人格权的民法表达有重大影响。在民法典上,人格权的民法表达未呈规范体系化而是碎片化,这是科学表达内容和范围不确定的人格权之最有效方法。人格权的民法表达目的不是为了建构规范体系,也不是实现人格权的民事权利化,仅在于将自然人的固有人格利益纳入“民事权益”范围而受到民法的保护。人格权的民法表达应当体现人格权的固有性、专属性以及排除妨碍性特征。不具有专属性特征的姓名权和肖像权,以及不具有固有性特征的法人人格权,虽为民事权利但非人格权。人格利益的商业化利用与人格权无关,人格权的民法表达不应介入与自然人的利益有关的所有问题。

**关键词:**人格权 民法表达 人格利益 民事权利

人格权及其民法理论始创于德国。如今,人格权的民法表达,即人格权的民法理论以及民法上的人格权规范构造,已成为大陆法系民法理论和民法制度中的独特现象,亦为我国民法理论和民事权利保护制度建构的重大问题之一。随着我国民法典的编纂,人格权在民法典中应当以及如何进行规定,更成为我国民法学的前沿问题而被重量级的学术刊物反复提及。就人格权的民法表达而言,不论是基于人格权的立法论抑或解释论,我国学者的理论研究范式多多少少都带有“自说自话”的色彩,在人格权的民法表达方面远未形成共识。人格权的民法表达作为一种理论,要讲究科学性;但作为一种法律工具,不但要讲究科学性而且要讲究技术性。

## 一、人格权的民法表达现状

在世界范围内,有人格权,就有人格权的民法表达。学说上关于人格权及其相关民法制度的讨论,多出现在法典化的大陆法系民法学中;而相同或类似问题的讨论,却少见於英美法系的私法理论。法国、德国、瑞士以及日本等传统大陆法国家的民法(典)均没有正式使用人格权这一概念。新生代民法,如埃塞俄比亚民法、越南民法以及俄罗斯民法等,同样没有在其法典中正式使用人格权。再者,在这些法典中,更缺乏直接和完整表述人格权的规范,相应地也就没有建构以人格权为轴心且相对独立的“人格权法”。人格权及其保护作为一种法律现象,始终存在于这些法典中,但更多地则表现在民法学说和司法实务上。<sup>[1]</sup> 例如,《德国民法典》规定了自然人的姓名权,<sup>[2]</sup>学者称其为德国民法上的

---

\* 中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

[1] 参见[法]让·米歇尔·布律格耶尔:《人格权与民法典——人格权的概念和范围》,载《法学杂志》2011年第1期。

[2] 参见《德国民法典》第12条。德国民法上“姓名”的权利化与“生命、身体、健康和自由”的非权利化之法律处理技术的差别,反映出两者在与人的关系问题上的法律判断的差异,姓名与人的本体的距离要远于生命、身体、健康和自由,成为外在于人的事物。在这个意义上,德国民法规定的姓名权与自然人的利益因素有关,但与人的尊严无法相提并论。

“特别人格权”。<sup>[3]</sup>然而,德国民法对人格权的保护,则主要围绕《民法典》第823条规定的人格利益和其他受保护的权利展开,并经过司法实务创设了一般人格权。总体而言,在已有的民法典中,人格权的民法表达在民法典中是碎片化的。

民法典中的人格权规范,散见于民法典的总则以及相关的分则部分,主要是对人格权的确认和保护作出的宣示性表达。究竟是什么原因造成了人格权规范的碎片化,以至于到目前都难以在民法典中消除人格权规范的碎片化状态以实现人格权的民法表达的体系化?现有研究就其成因提供了许多线索,<sup>[4]</sup>而且也较深入地涉及到了复杂且处于纠结状态的法哲学和社会伦理命题,<sup>[5]</sup>但结论多少都让人觉得不怎么靠谱。必须承认的是,在民法制度的建构上向来都不缺乏理论支撑,人格权问题也是一样的。尤其是,自第二次世界大战以来,人格权问题被人们提升到优于财产性权利的地位,日益受到司法实务等社会各界的重视,形成了人格权保护扩张情形下的“造权”冲动,<sup>[6]</sup>呈现出加速推进人格权及其保护制度发展的趋势。然而,人格权的民法表达之法状态仍没有什么改观,至多是对人格权规范的碎片化有所增补,能否在概念和制度构成上形成得以同物权法或债权法相提并论的“人格权法”,答案仍然未知。

人格权的民法表达的规范碎片化状态,成因或许相当复杂以至经历了百余年的梳理,仍然难以解释清楚;原因或许十分简单以至于人们都不愿意承认。既有事实表明,《德国民法典》的立法者因为对人格权的“确定性”存疑而无法给一般人格权“划界”,如自然人的尊严,以至在法典中没有规定一般人格权。<sup>[7]</sup>如此一来,德国民法只能选择部分人格利益并将之法定为“特别人格权”,诸如姓名权、著作人身权、肖像权以及数据保护4种,<sup>[8]</sup>这些类型化的权利只好零散地表述在德国民法中,但它们是名副其实的民事权利。对于自然人的生命、身体、健康和自由这些人格利益,虽然其指向清楚而基本可以确定这些人格利益的边界,但因缺乏将其法定为民事权利的方法,德国民法始终未将其作为“特别人格权”对待,而是将之表述为侵权行为法保护的“法益”。<sup>[9]</sup>德国民法上的人格权,是由民法典已经表述的特定人格利益(自然人的生命、身体、健康和自由)、民法典规定的“特别人格权”和其他权利形成的混合体。人格权作为诸多利益和权利的混合体,人们无法从中抽象出能够反映人格权本质且又能准确表达人格权边界的概念,因此人格权一开始就成为一个模糊的、内容不确定的概念。经德国法院的实践而创设的“一般人格权”,虽可以表述为受尊重的权利、言论不受侵犯的权利以及不容他人干预私生活或隐私的权利,但仍然无法对之划定一个明确和无争议的界限。<sup>[10]</sup>到如今,人格权概念的不确定性在德国民法上仍没有实质性的改善。其他国家如法国、日本的民法(典)所表达的人格权,情形也基本相近或类似。在成文法上,概念是法典所规范的事项得以形成制度和体系的基础,人格权概念甚至其类型的不确定性使得人格权规范在概念高度抽象且结构严谨的民法典中难以有所表现。

[3] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第166页。

[4] 参见尹田:《论人格权的本质——兼论我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期;马俊驹、张翔:《人格权的理论基础及其立法体例》,载《法学研究》2004年第6期。

[5] 参见曾凡昌:《西方人格权发展的历史线索及其启示》,载《现代法学》2011年第2期。

[6] 例如,德国法院以《基本法》第1条和第2条、《德国民法典》第823条为基础而创设了“一般人格权”。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第806-807页。《法国民法典》先后补充规定有“私人生活得到尊重的权利”、“应得到无罪推定的权利”、“身体得到保护的權利”等。参见[法]让·米歇尔·布律格耶尔:《人格权与民法典——人格权的概念和范围》,载《法学杂志》2011年第1期。

[7] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第172页。林来梵、骆正言:《宪法上的人格权》,载《法学家》2008年第5期。

[8] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第807、800-803页。

[9] 参见《德国民法典》第823条第1款。

[10] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第171页。



人们在使用人格权这一概念时又带有很大的随意性,人格权几乎成为诸多人身非财产性权利和利益的代名词。与其说人格权是一个法律概念倒不如说其更像一个伞形术语,足以容纳与人格利益有关的所有权利和利益,而不论这些权利或者利益相互间是否彼此依存、性质上是否相同。在人格权概念或其类型难以确定的情形下,民法典不可能以民事权利的法定来构造人格权受保护的制度体系。因此,民法对人格权的碎片化规定是人格权概念的不确定性造成的。民法典难以利用民事权利法定主义的制度工具,实现对人格权在种类、内容、权利的享有和变动、权利消灭以及权利救济的体系化规定。人格权概念的不确定性促使民法典将许多具体的人格利益法定为民事权利,但立法技术上仍难以实现人格权整体向民事权利体系的融入,至今都难以改变民法表达人格权的规范碎片化命运。

在新生代民法上,人格权规范仍然呈现出碎片化的状态。<sup>[11]</sup> 例如,关于“人身权”或者“人格权”,《越南民法典》<sup>[12]</sup> 和《埃塞俄比亚民法典》<sup>[13]</sup> 都有相对集中的规定。暂且不论这些新生代民法典的集中规定在立法技术上的科学性,只是观察这些法典所规定的与人格利益有关的权利类型,就不难发现其人格权规范相互间联系松散,而且在权利类型的选择上存在很大差异。例如,越南民法规定的诸如确定民族权、国籍权、劳动权、自由经营权、自由创造权,就不曾见于埃塞俄比亚民法;而后者更加关注的则是自然人由“宪法所保障的人格权和自由权”,强调了民法上的人格权与宪法上规定的人格权之间的联系。<sup>[14]</sup> 这些新生代民法中的人格权规范,绝大多数仍然为宣示性条款,充其量只是对人格权的“类型化”作了一些更细致的表述,仍不足以形成确定人格权的概念及其边界的普适标准,仍然继续维持着人格权的民法表达的碎片化状态。在这些法典中,立法者选择应受保护的人格利益并将之集中规定,形式意义大于实质意义,形式上的集中并无助于消除人格权规范实质上的碎片化状态。在这些新生代民法中,人格权仍然没有摆脱其伞形术语的命运。总之,人格权概念的不确定性阻碍了这些新生代民法建构制度体系相对完整的“人格权法”,人格权的民法表达在这些法典上仍旧走在规范碎片化的老路上。

我国《民法通则》在“民事权利”一章(第5章)中单设“人身权”一节(第4节),在“人身权”一节中,用8个条文对人身权作了较为系统和集中的规定;在“公民”(第2章)和“法人”(第3章)、“民事责任”(第6章)中,也有许多涉及人身权的确认和保护的规定。在一个基本法中,规定如此众多的人格权条文,这在世界各国民事立法中是罕见的;将人身权与物权、债权、知识产权并列作出规定,是一个重大的体系突破。<sup>[15]</sup> 《民法通则》对我国的私法制度建设尤其是自然人的利益的保护具有划时代意义。但是,《民法通则》产生于20世纪80年代,如果说立法者当时就有以人格权统摄《民法通则》所规定的部分“民事权利”之意图,那不是事实。特别是,《民法通则》的上述规定列举的“人身权利”,并非都是性质相同的权利。如生命健康权、尊严以及名誉权并不是真正的民事权利,民事权利仅有姓名权、名称权、肖像权。《民法通则》虽在同一节中规定上述权利,但在法技术上不讲究这些权利的表达位序和逻辑,甚至对其他涉及自然人的固有人格利益,如隐私,都未加以表述。此外,《民法通则》在规定这些权利时,更没有在这些权利之间构建实质性的联系。故《民法通则》对人格权虽有形式

[11] 《乌克兰民法典》第二编“自然人的人身非财产权利”将人格权规范“独立成编”,有其特点,强调人身非财产权利的非经济性、专属性、自然人对这些权利的终身享有(第269条)以及人身非财产权利的类型开放性(第270条)。但就整编的内容为观察,不难发现其规定的人身非财产权利多为宣示性条款,并糅杂进大量的仅仅与人格利益沾边的内容,如虚假信息的反驳(第277条)、获得医疗服务的权利(第284条)、健康状况知悉权(第285条)、保持健康秘密的权利(第286条)、医疗期间的会见权(第287条)、捐赠器官的权利(第290条)等。《乌克兰民法典》第二编依然是一个拼盘式的人格权规范组合。

[12] 参见徐国栋主编:《越南社会主义共和国民法典》,吴尚芝译,卢蔚秋校,中国法制出版社2002年版,第12页。

[13] 参见徐国栋主编:《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,中国法制出版社2002年版,第96页。

[14] 《乌克兰民法典》第270条特别强调民法上的人格权之宪法依据。

[15] 参见王利明:《我国民法典中的人格权制度的构建》,载《法学家》2003年第4期。

上的集中规定但缺乏自成体系的价值中枢,仍表现为人格权规范的碎片化状态。

我国主流民法观点将《民法通则》规定的部分“人身权”定性为人格权,充其量只是以人格权概括表述《民法通则》规定的人身权而已。对于人格权的认识,我国民法理论虽有近30年的争论并提出了诸多独特的观点,如人格权不是民事权利而是宪法性权利,<sup>[16]</sup>人格权概念的确立以人的伦理价值外在化为前提,<sup>[17]</sup>人格权的概念是对某些具体人格权进行抽象概括而提炼出来的,也是为了在民法的权利体系中与物权、债权等相区分而提出的,<sup>[18]</sup>等等,但人格权概念应当表达的内容及其范围,却远未取得社会各方面的承认或接受。

在我国现阶段,人格权的民法表达与其说是一个立法或者实务的价值判断问题,倒不如说是一个理论认识问题。作为一个理论问题的人格权之民法表达,虽在我国民法上尚缺相应的规范论据,通过域外法的比较研究来解释我国的人格权的民法表达之“实然”和“应然”状态,因为缺乏比较和讨论人格权的共同观念平台,实际上也不怎么靠谱。在没有消除人格权规范的碎片化状态的成因之前,不具备条件去设想人格权的民法表达之体系化发展趋势。这就是说,民法典如何表达人格权概念的不确定性,规范碎片化或许是相对科学的方法,作为规范人格权概念不确定性的法律工具或许也是更有效的。

## 二、人格权的民法表达目的

人格权的民法表达目的,在于明确人格权的民法表达的正当性理由。民法表达人格权的目的是赋予自然人的固有人格利益受私法保护的效果,即以人格权规范将自然人应受保护的人格利益纳入民法规定的“民事权益”<sup>[19]</sup>领域,以使其切实受到民法的保护。在民法上,人格权只是一种同质于自然人的人格利益的“私权”。自然人“人之为人”不可或缺的人格利益,为自然人的固有人格利益,常表现为人的尊严、生命、自由、平等、生存(安全)、身体、健康、名誉和隐私。所有这些人格利益,不论其结构简单抑或复杂,都有边界模糊的问题存在。人格权的民法表达不是要消除人格利益的模糊边界,而是要将无法消除模糊边界的人格利益表达为受民法保护的“私权”。“人格权也需要通过法定的权利来保障。在民法中规定人格权,详细地确认其内涵、外延及保护方法等,并没有因此削弱其神圣权利的性质,相反能更好地保护人格权。从应然和实证关系的角度看,人格权是一个不断被‘发现’的权利,人类社会越发展,法治国家越成熟,人们对于人格权的理解就越充分、丰富,人格权实际上是与人类社会文明发展程度相适应,是一定的文明程度、文化传统、伦理道德和价值取向的法律表达,是一个永远开放,不能穷尽的观念与价值范畴。”<sup>[20]</sup>

民法典对人格权予以“民事权利”的规定,只是人格权的民法表达方法之一。民法典如何规定人格权,应当以人格利益应否以及如何受民法保护的状态相关,而与民法典采用什么样的结构形式规定人格权没有必然的关系。如前所述,人格权概念具有不确定性,人格权的民法表达只能表现为规范碎片化。但是,这样的表达形式并非人格权的民法表达之局限性,亦非人格权的民法表达之缺陷或短板,其恰恰是民法表达人格利益受民法保护的工具体之优势,将不能在民事权利体系中准确、完整表达的人格利益,都能纳入民法保护的“民事权益”范围。这就是说,人格权的民法表达未采用相对独立的规范体系或结构,并不影响而且也不会妨碍立法者依照人类良知和社会伦理将其发现并能够识别的

[16] 参见尹田:《论人格权的本质——兼论我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期。

[17] 参见马俊驹:《关于人格权基础理论问题的探讨》,载《法学杂志》2007年第5期。

[18] 李新天:《对人格权几个基本理论问题的认识》,载《法学评论》2009年第1期。

[19] 我国《侵权责任法》第2条使用了较民事权利范围更广的“民事权益”一词。

[20] 曾凡昌:《西方人格权发展的历史线索及其启示》,载《现代法学》2011年第2期。

具体人格利益纳入民法领域而加以保护。人格权规范的碎片化是民法典对人格权概念的不确定性的科学表达方式。在这个意义上,人格权的民法表达,不以形成相对独立或“形式完整”的人格权规范为目的,仅以实现民法对人格利益的保护为目的。

人格权不是我国民法理论独创和专用的概念。除民法外,其他法律理论(包括宪法)也都会涉及人格权及其保护的问题,人们在民法之外也广泛使用着人格权这一概念。在不同的法律领域,以同一用语表达相同或者类似的法律概念是有可能而且也是必要的,法律概念为“统一地和一致地调整或处理相同或基本相似的现象奠定了基础”,“可以被视为是用来以一种简略的方式辨识那些具有相同或共同要素的典型情形的工作性工具”。<sup>[21]</sup> 但就人格权而言,因为人格权概念的不确定性,人们在不同的法律领域使用的人格权是否表达了相同的含义,则要具体分析。

当讨论民法规定的人格权时,必涉及德国1949年颁布的《基本法》第1条(“人格尊严”条款)和第2条(“自由发展人格的权利”条款)。“德国基本法中的基本权利规定同时也是一种客观价值秩序,其作为宪法上的基本决定而对所有法领域发生效力。”<sup>[22]</sup> 故有学者认为,德国《基本法》的上述规定构筑了德国“人格权法”理论的基石,并开启了将人格尊严这一伦理价值实证化的立法先河,对世界“人格权法”的发展产生了深刻影响。<sup>[23]</sup> 依此表述,似乎没有区分宪法规定的人格权与民法上的人格权之必要,二者具有相同的法律含义,而宪法规定的人格权使得人格权的民法保护和发展平台更加广阔。但这是否意味着人格权的宪法表达使人格权的民法表达失去意义,并可以宪法上的人格权替代民法上的人格权?有学者断言,人格权在本质上为宪法上的权利而非民事权利,人格权的地位高于民事权利,人格权应该是宪法赋予的一切人的基本权利,民法的任务仅在于用产生损害赔偿之债的方式对之予以私法领域的法律保护。民法典应当从“保护”之角度出发而非从“设权”之角度出发,对一般人格权与各具体人格权作出规定。<sup>[24]</sup>

事实上,人格权的民法表达在先,宪法规定的人格权出现在后。相比德国民法理论提出的人格权和德国《民法典》规定的特别人格权,德国《基本法》的上述规定晚了半个世纪。宪法规定的人格权是否具有优于或者取代人格权的民法表达之效用,仍然值得讨论。<sup>[25]</sup> 除此以外,有两个基本事实应当引起注意:其一,德国《基本法》就“人格尊严”和“自由发展人格的权利”所作规定,并不具有创设私法上的“民事权利”的价值。在宪法理论上,宪法规范对人格权的表达,仅在于宣示“人格尊严”和“自由发展人格的权利”是一种国家都不得侵害而且还有义务确保其不受妨碍的公共秩序,其所要处理的关系是国家与个人之间的关系,此与民法所面对的私人领域的关系完全不同。德国《基本法》没有而且也不可能为自然人的利益之民法保护提供依据。故法院不得不在《基本法》的规定之外通过解释方法的运用,发展形成受民法保护的“一般人格权”。德国民法上的“一般人格权”并非德国《基本法》所表达的人格权。<sup>[26]</sup> 其二,德国《基本法》就“人格尊严”和“自由发展人格的权利”所为规定具有特定目的,即“《基本法》强调保护人的尊严,是对国家社会主义统治时期践踏人类尊严行为的回应”。<sup>[27]</sup> 德国民法上的人格权则不具有这样的特定目的。

[21] [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2004年版,第501页。

[22] 转引自王利明:《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,载《清华法学》2013年第5期。

[23] 参见王利明:《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,载《清华法学》2013年第5期。

[24] 参见尹田:《论人格权的本质——兼论我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期。

[25] “正是人格权固有的宪法性质,阻却了各国民法典编纂者对人格权作出正面的赋权性规定并将之独立成编的任何企图。”尹田:《论人格权的本质——兼论我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期。人格权的宪法规定和民法中的人格权规范碎片化之间难言存在因果关系。

[26] 参见姚辉、周云涛:《关于民事权利的宪法学思维——以一般人格权为对象的观察》,载《浙江社会科学》2007年第1期。

[27] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第38页。

以上两个事实表明,宪法规定的人格权与民法上的人格权是性质完全不同的“权利”或“利益”。这样一来,我们就可以很容易理解,宪法规定的人格权不是民法规定的“私权利”或者“民事权利”,其与《德国民法典》第12条所规定的姓名权(特别人格权)更有本质的差别。从这些事实中无法得出结论:人格权不是民法上的“权利”而仅是宪法上的权利。德国法院创设的一般人格权是通过解释德国《基本法》的“人格尊严”与“人格平等”的保护性规定并经由法院创设的人格权,属于《德国民法典》第823条第1款所称的“其他权利”中的“框架性的权利”。<sup>[28]</sup>这就是说,经由宪法规范表达的人格权,未经民法表达是难以受到民法保护的。人格权的民法表达是人格权获得受民法保护之地位的工具。

因此,对于自然人的人格利益,不论宪法规范或者其他法律是否有所规定,若要受到民法的保护,应当经由民法表达而将自然人的人格利益“法定”为受民法保护的利益;未经民法表达的人格利益,是不受民法保护的。人格尊严的宪法规范只是在宣示一种公共秩序而并不具有创设民事权利的效果,将宪法规范表达的人格权等同于民法上的人格权,多少都是不严谨的。我国《侵权责任法》第2条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”上述规定使用“民事权益”一词,就是民法对受民法保护的民事权利和利益的科学表达,十分精准地揭示了民法所保护的“权益”之性质。<sup>[29]</sup>不论人格权是否为宪法所规定之权利或者公共秩序,都有经由民法规范的技术性安排而规定为受民法保护的利益之可能甚至必要。

### 三、人格权的民法表达方法

人格权在民法上的概念具有不确定性。人格权概念的不确定,主要是指自然人的人格利益的边界不清晰而无法穷尽所有应受保护的人格利益。人格权的民法表达就是要在边界不清晰的人格利益中,发现和确认应受保护的人格利益。

民法上的权利具有确定的概念。确定的概念是指概念的特征已经被穷尽地列举,而且它所列举的特征属于在该概念的涵摄上所不可缺少、不可替代的特征。这些特征是将一个具体事项涵摄于某一概念下的充分必要条件。至于哪些特征是必不可少的、不可替代的,其取舍取决于创设该概念的目的性的考虑。<sup>[30]</sup>就人格权而言,人们无法穷尽地列举人格权不可或缺的特征,以致无法形成人格权的确定概念。或许德国民法学者已经放弃要将人格权概念确定化的尝试,因为在他们看来这是不可能的事情,德国民法并无任何意图要建构相对独立并成体系的“人格权法”。民法表达人格权的基本方法是将自然人应受民法保护的固有人格利益类型化或具体化。

关于人格权的民法表达方式,我国民法理论主张民法典应当规定一般人格权和具体人格权。有观点主张,仅自然人有人格权,民法应以自然人的自由、安全 and 人格尊严表达一般人格权,而具体人格权则应当包括生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权和隐私权等。<sup>[31]</sup>另有观点主张,人格权为一种独立的民事权利类型,自然人和法人均有人格权。民法典应当将自然人的人格尊严、人格平

[28] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第806-807页。

[29] 有学者提出不得为人格权的保护划定范围,应当将人格尊严的保护范围扩及至人们社会生活的全部领域,以强化和全面保护人格权,并对我国《侵权责任法》第2条将受民法保护的范限制于“民事权益”提出批评。参见尹田:《人格权独立成编的再批评》,载《比较法研究》2015年第6期。

[30] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第39页。

[31] 参见课题组负责人梁慧星:《中国民法典草案建议稿》(第二版),法律出版社2011年版,第4-5页。

等和人格自由表达为一般人格权,而将生命权、健康权、身体权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、信用权、荣誉权、自由权、隐私权、婚姻自主权等表达为具体人格权。<sup>[32]</sup> 由上述可知,学者对于民法表达的人格权类型仍然是存在较大分歧的,分歧仍然来自人格权概念的不确定性。人格权概念的不确定性,将决定人格权的民法表达方式,尤其是对于人格权可否借助民法特有的民事权利构造工具实现受民法保护的目的是具有决定性作用。

我国民法理论以人格权为民事权利的先验性结论,来解释和构造民法中的人格权规范。“人格权是一种独立的民事权利类型。”<sup>[33]</sup> 但是,《民法通则》有关人身权的集中规定,因为缺乏人格权规范自成体系的价值中枢,仍表现为人格权规范的碎片化。人格权规范的碎片化同时表明,人格权至多可以表述为《民法通则》规定受保护的多种形态之人格利益或民事权利的集合。仅以人格权概括民法规定的有关人格利益和人身权利,而不对其具体权利或利益进行性质上的区分,是无法消除人格权概念的不确定性的。正如一位法国学者对法国民法上的人格权作出的评价,从实体内容上看,通过权利的不断叠加,人格权出现在《法国民法典》中,但立法者却从来没有真正考虑过要对人格权的概念进行界定;在这些权利当中,很难观察出一种真正的人格权的理论。<sup>[34]</sup> 几乎相同的情形,同样发生在我国。从我国《民法通则》第5章有关“人身权”的规定中,除法定的姓名权、肖像权是名副其实的民事权利外,其他如生命权、身体权、健康权、隐私权、名誉权以及人格尊严等具体人格权,虽有可以基本确定的内涵,但其是否属于我国民法规定的民事权利? 将上述权利和利益归集在一起,是否就相等于人格权? 对此问题作肯定回答,估计没有那么简单。否则,人们对人格权的争论就不会这样长期持续着。人类社会对于自然人的固有人格利益的认识是无止境的,人格权概念的不确定性恐怕真的是一个无解的命题,人格权规范难以承载超出原则规定外的更多内容而不具有“独立成编”的条件,但这并不会影响人格权的民法表达方式。

人格权的民法表达方法,应当以人格权的必要特征为基础。对于人格权的特征而言,我们虽不能穷尽人格权的全部特征,但仍能归纳出人格权区别于民事权利的必要特征,以相对固定人格权的范围,这样就可以实现人格权的民法表达。一般而言,固有性、专属性和排除妨碍性为人格权所具有的必要特征。

人格权是自然人的固有人格利益。人格权通常被表述为“人之为人”固有的,并以维护“人之为人”的全部要素的权利。<sup>[35]</sup> 在这里,自然人的固有人格利益多为具体人格利益,如人的尊严、生命、自由、平等、生存(安全)、身体、健康、名誉和隐私等,其相互间呈现依存的状态。这些固有人格利益是自然人作为法律上的主体具有的内生性伦理价值,缺乏将其外化为权利客体的正当理由,以及将这些利益真正外化为权利客体的法律工具。在这个意义上,人格权根本就不可能是民法规定或创设的民事权利。因此,人格权的民法表达并不需要将自然人的固有人格利益法定为民事权利。

人格权为自然人的专属权利。人格权以自然人的固有人格利益为其内容,虽可以体现为人的尊严、生命、自由、平等、生存(安全)、身体、健康、名誉和隐私等诸种利益,但所有这些利益都无法脱离自然人的人格而独立存在。人格权是与自然人的人格不可分离的权利和利益。人格权的专属性表明自然人的固有人格利益不得和他人分享,其专属性不会因为人格权的具体表现形式的差异而有所不同。因此,人格权的专属性为民法表达人格权的固有内容,人格权的民法表达在内容上不得有悖于人格权

[32] 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第41-55页。

[33] 王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第319条。

[34] 参见[法]让·米歇尔·布律格耶尔:《人格权与民法典——人格权的概念和范围》,载《法学杂志》2011年第1期。

[35] 尹田:《论法人人格权》,载《法学研究》2004年第4期。

的专属性。

人格权为自然人排除他人一切妨碍的权利。在我国民法理论上,为了说明人格权为一种民事权利,多将人格权表述为支配权。需要注意的是,支配权为民事权利的一种类型,表现为人对权利客体的支配,而人格权恰恰不具有权利客体,当无支配性可言。有学者言,生命权、身体权、自由权等人格权,非直接支配自己之生命、身体、自由等人格之全部或一部分之权利,此等权利之内容,在不被他人侵害而享受生命、身体之安全、活动之自由。<sup>[36]</sup>事实上,人格权之所以受到法律保护,并不在于其是否为支配权,而仅在于人格权所具有的排除妨碍性。这就是说,人格权的民法表达无须关注人格权是否具有利益支配的功能,应当特别凸显的内容则在于人格权不受非法侵害。因此,人格权的民法表达应以排除妨碍性将自然人的固有人格利益纳入民法保护的范围为必要。

人格权的固有性、专属性和排除妨碍性,作为人格权的必要特征,使得人格权不仅区别于民事权利,而且超然于民事权利体系而存在,民法对人格权的表达应当体现出这些特征。这样,人格权又成为民法表达自然人的固有人格利益的法律工具。人格权的享有不取决于民法的规定,因其固有性而源于自然人的出生、死于自然人的死亡;人格权因其专属性而不得转让、处分、抛弃以及继承,并因其排除妨碍性而受民法的保护。人格权虽可以体现为自然人的尊严、生命、自由、平等、生存(安全)、身体、健康、名誉和隐私等具体人格利益,但因其概念的不确定性而呈现出具体人格利益的开放性。人格权的民法表达有区分一般人格权和具体人格权的必要,但这种区分仍应当以人格权的固有性、专属性和排除妨碍性为基础。因人格利益的扩张而衍生的、不失固有性和专属性的人格利益,仍为人格权的组成部分;否则,不得以人格权论。例如,民法上的姓名权和肖像权不应当以人格权论。人格权的民法表达若不能坚守人格权的上述必要特征,就会发生以民事权利统摄人格权而下移人格权位阶之现象,形成混淆人格权与民事权利的理论误区。例如,以权利法定主义的逻辑(人格权是民法规定的权利)替代人格权的固有性,以人格利益的外在化逻辑(某些人格利益外化为权利客体)缓和人格权的专属性,以人格权为支配权的逻辑定性人格权的民事权利性质等。

姓名、肖像作为自然人的人格利益或其外在化形式,是否属于自然人的固有人格利益,是可以讨论的。民法规定的姓名权、肖像权,有自然人的人格利益外化后的载体,如姓名、肖像、形象等。这些载体所表达的人格利益,均为自然人后天取得的利益,还可以与自然人的(主体地位)发生分离,其存在更不以公共秩序为必要,已成为民事权利支配的客体。姓名是自然人相互间进行识别的符号或标记。“姓名包括自然人的正式姓名、笔名、艺名、字、号、别名、职务称呼、民间习惯称呼、绰号及互联网网名等。”<sup>[37]</sup>自然人对其姓名享有的权利在排除妨碍性上呈现日益弱化的趋势。肖像为自然人的外在形象,也主要起识别自然人的作用,以之为客体的肖像权有支配性和收益性,对肖像权的保护与其说是保护自然人的精神利益不如说是保护其财产利益<sup>[38]</sup>。因此,自然人的姓名、肖像不同于自然人的固有人格利益,将姓名权和肖像权称为人格权,客观上有夸大其维护自然人人格利益作用的嫌疑。

姓名权和肖像权是民事权利法定主义的产物。姓名权、肖像权具有民事权利的特点或属性:绝对性、支配性和排除妨碍性。以民事权利表达的姓名权和肖像权,通过权利法定主义的工具固定其内容,属于封闭性权利,内涵和外延确定,权利边界清晰,民法权利体系可以对之予以清晰的表达。人格权所承载之自然人的固有人格利益,并非真正的民事权利而是一种公共秩序。人格权概念的不确定

[36] 参见龙显铭:《私法上人格权之保护》,中华书局1937年版,第2页。

[37] 张善斌、冯兴俊:《姓名权财产利益的法律保护》,载《法商研究》2002年第4期。

[38] 我国《民法通则》第100条规定:“公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。”

性,以及民法缺乏对人格权予以划界的有效法律工具,使得人格权具有开放性,这是民法典无法以法定主义对待人格权的重要原因。将自然人的姓名权、肖像权和人格权作同质化处理,在人格权的民法表达方式上混淆了姓名权、肖像权概念的确定性逻辑与人格权概念的不确定性逻辑;以此为基础建构相对独立和完整的“人格权法”制度或体系,在民法表达的科学与技术性上都会有所不足。人格权具有的公共秩序属性,非经民法表达,无法彰显其私权受民法保护的属性。在这个意义上,人格权不是民事权利,理论上将人格权作为民事权利的一种而将人格权和财产权并列,本身也是不严谨的。人格权的民法表达有必要对自然人的固有人格利益予以重新排列,不再把姓名权、肖像权作为具体人格权,姓名权、肖像权不应当继续留在人格权阵营中。以民事权利定性的姓名权、肖像权,与以自然人的固有人格利益为本体的人格权相比,几乎已经失去了所有的人格魅力。民法理论上所称法定化的“具体人格权”,以姓名权和肖像权为典型,实为一种无形财产权,但又因其涉及自然人的人格利益,有学说称其为“人格财产”。<sup>[39]</sup> 自然人的姓名权和肖像权既非物权亦非债权,不能规定于物权法或债权法中,较适合原则规定于“民法总则”有关自然人的章节部分,<sup>[40]</sup> 或者另行制定专门法律予以全面规定。

除此以外,人格利益因外化为权利客体者,不限于姓名和肖像,还包括自然人的身体以及身体的组成部分。自然人的身体以及身体的组成部分,诸如器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等,若其利用符合公序良俗或社会伦理,可以脱离自然人的人格而独立存在,成为民事权利的客体,<sup>[41]</sup> 因此而发生的权利并非人格权,或为物权或为债权。<sup>[42]</sup> 人格权的专属性,不允许本人对人格权承载的本人身体利益的处分和抛弃,尽管本人对自己的身体拥有无限的利益。在这个意义上,涉及自然人的身体或身体的组成部分的利用,不应当表达为人格权规范的内容,亦非人格权的内容的例外;依法利用身体或身体的组成部分,属于财产权法的规范内容。这就是说,当人格利益外化为权利客体时,民事主体如何实现对这些利益的支配,不是通过“人格权法”来完成的,多是通过其他的专门法律(如涉及知识产权、人体试验、器官移植、商业秘密、反不正当竞争等法律)来完成的。

在私法领域内,人格权维系个人与个人相互间的平等和有尊严的法律地位的基本价值或公共秩序。人格权的民法表达可以是原则性的,也可以是具体的,如何表达取决于立法者对自然人的固有人格利益的选择。人格权的民法表达,不以将自然人的固有人格利益“民事权利化”为必要,而是将其作为民法上的公共秩序予以贯彻,并将不得转让、处分、抛弃人格权的民法限制措施规定为人格权的内容。人格权的民法表达方式,不以民法典对自然人的固有人格利益予以明文规定为限,在民法典的规定外,还有法理、习惯甚至裁判解释(包括司法解释)亦可将民法典未规定的人格利益纳入受民法保护的“民事权益”之范围。宪法或者其他法律规定的受保护的人格利益,可以作为解释某种人格利益受民法保护的依据。<sup>[43]</sup>

人格权的民法表达并没有使得人格权规范在各国民法典的结构上获得与物权、债权以及亲属权之相同的独立地位,即人格权规范在民法典分则中独立成编。无论以“立法者不重视对人格的保护”或以“人格权与主体密不可分,故在主体制度中予以规定更为科学”等进行解释都很难有说服力。<sup>[44]</sup>

[39] 参见陈传法:《人格财产及其法律意义》,载《法商研究》2015年第2期。

[40] 参见课题组负责人梁慧星:《中国民法典草案建议稿》(第二版),法律出版社2011年版,第4页。

[41] 自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等,以不违背公共秩序与善良风俗为限,可以成为民事权利的客体。参见课题组负责人梁慧星:《中国民法典草案建议稿》(第二版),法律出版社2011年版,第19页。

[42] 除法律另有规定外,人体、人体各部分可以作为财产权利的标的。参见课题组负责人梁慧星:《中国民法典草案建议稿》(第二版),法律出版社2011年,第4页。

[43] 参见张千帆:《论宪法效力的界定及其对私法的影响》,载《比较法研究》2004年第2期。

[44] 尹田:《论人格权的本质——兼论我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期。

同样,在民法典中将人格权规范“独立成编”,就能更好地实现民事主体的人格权的保护,<sup>[45]</sup>也是一个未知数。在民法的结构体系上,人格权规范之所以不能像物权、债权、亲属权那样自成体系,主要还是因为缺乏将人格权规定为民事权利(主观权利)的手段和条件,以及人格权受妨碍时的救济不具有独特性和多样性,在已有的民法典结构体系中难以为人格权规范找到合适的发挥作用的空间,更不能为救济人格权受到妨碍时提供不同于民法规定的侵权责任救济的其他方法。人格权规范在我国民法典中应否“独立成编”,不当成为人格权的民法表达的核心问题。我国民法理论应当更多地关注人格权的民法表达之科学性和技术性,如人格权的必要特征、人格权的类型化及边界、人格权与民事权利的划界等问题。

#### 四、法人人格权的民法表达之检讨

我国民法理论将法人的民事权利区分为法人财产权和法人人格权。<sup>[46]</sup> 除法人的名称权和名誉权外,法人人格权还包括法人的信用权和荣誉权。<sup>[47]</sup> 法人人格权产生于民法立法的实践和经验。<sup>[48]</sup>

世界范围内的民事立法实践,是否为法人人格权的存在提供了立法例依据,并不能十分确定。因为人格权概念的不确定性,民法典不仅没有使用人格权来表达自然人的固有人格利益,更不会轻易用人格权来表达法人所享有的权利。因此,民法典中的人格权规范碎片化难以推导出法人人格权的存在,民法典中常有“法人不得享有专属于自然人的权利”之表达,也不能由此推断法人享有的名称权和名誉权(商誉权)同质于人格权。法人人格权,如同前文所讨论过的人格权,更多地是一种理论上的提法,以法人人格权简单概括法人享有的名称权和名誉权。这里应当注意,《乌克兰民法典》将自然人的权利集中规定而“独立成编”,其法典“第二编”使用“自然人的人身非财产权利”作为编名,并对自然人享有的“人身非财产权利”及其类型化作出了规定;但该法典“第一编”总则部分在规定法人的商誉、秘密和其他非财产权利时,使用了与该法典“第二编”专属于自然人的“人身非财产权利”相同的表述,即法人享有“人身非财产权利”。<sup>[49]</sup> 《乌克兰民法典》的上述规定或许可以作为民法承认法人享有人格权的依据。

法人人格权是我国民法理论上极具特色的话题。“法人人格权是以经营自由、平等与安全为中心确立的权利。”<sup>[50]</sup> 这个话题源自我国民法学者对《民法通则》规定的法人名称权、名誉权和荣誉权的定性解释,即法人享有名称权、名誉权、荣誉权等人格权。法人有其独立人格,能担当社会作用,具有社会价值。法人的名称权和名誉权与法人的主体本身具有密切的联系,民法学说及判例相继肯定法人有非财产损害赔偿请求权。法人名称权和名誉权具有财产和人格双重属性,与自然人的权利因商品化而产生的财产与人格双重属性有共同点,均为内涵人格利益和财产利益的民事权利。民法规定法人人格权是保护法人人格独立的无形财产利益的需要。<sup>[51]</sup>

学者起草的民法典草案建议稿,无例外地将法人享有的名称权和名誉权表述为法人人格权,同质

[45] 参见王利明:《我国民法典中的人格权制度的构建》,载《法学家》2003年第4期;曹险峰:《论德国民法中的人、人格与人格权——兼论我国民法典的应然立场》,载《法制与社会发展》2006年第4期;曾凡昌:《西方人格权发展的历史线索及其启示》,载《现代法学》2011年第2期。

[46] 参见马俊驹:《法人制度的基本理论和立法问题之探讨(下)》,载《法学评论》2004年第6期。

[47] 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第47-51页。

[48] 参见马俊驹:《法人制度的基本理论和立法问题之探讨(下)》,载《法学评论》2004年第6期。

[49] 参见《乌克兰民法典》第70条。

[50] 许中缘、颜克云:《论法人名誉权、法人人格权与我国民法典》,载《法学杂志》2016年第4期。

[51] 参见冉克平:《人格与人格权基本问题研究》,载《厦门大学法律评论》第12辑,厦门大学出版社2006年12月版。



于自然人享有的人格权。王利明先生主持起草的《中国民法典草案建议稿》将人格权的主体表述为自然人和法人,故法人享有人格权,法人人格权包括法人的名称权、名誉权、信用权和荣誉权。<sup>[52]</sup> 梁慧星先生主持起草的《中国民法典草案建议稿》在“民法总则”中的自然人章节明文规定了自然人的一般人格权和具体人格权;在其后的法人一章中明文规定法人享有名称权(第68条)和名誉权(第69条),在法人的名称权和名誉权同人格权之间没有技术上的规范联络,但立法理由仍然将法人的名称权和名誉权表述为人格权。<sup>[53]</sup>

我国也有学者否认法人人格权,认为人格权是一个历史的概念,专属于自然人,不存在法人有无人格权的问题。现代各国不断强化人格权保护的立法和司法措施,均以自然人的人格权保护为目标,而同样具有法律人格的团体,在人格权保护运动中则不被关注。法人具有人格,但这不是法人取得人格权的理由,法人的人格是用作区分法人团体有无民法上独立财产主体地位的纯法律技术工具,既无社会政治性,亦无伦理性,没有为法人创设以保护自然人的人格不可或缺的伦理性要素的人格权之条件。法人的名称权、名誉权等权利无精神利益,实质上是一种财产权,不具有专属性,并非为法人的人格存在之必须。<sup>[54]</sup>

人格权在历史上仅是针对自然人的固有人格利益而产生的民法保护问题,与法人本来没有关系。法人本体是法律拟制的,其所有的权利均是法律赋予或规定的。所以,法人的独立人格(主体地位)及其享有的权利,即便是非物质性的权利,也不可能是法人固有的权利。法人的名称权、名誉权(商誉权)和信誉权,即使民法将之规定为民事权利,也不是专属于法人的权利,而这些权利恰恰应当是法人的独立财产的组成部分,构成法人营业的基础和获取利益的手段,可以由法人予以处分而成为交易的标的,与法人的独立人格分离。“对法人人格的理解,只能局限于财产支配与财产交换领域,绝对不能超越这一领域,认为法人人格在经济生活之外还具有其他更为重要的社会意义。”<sup>[55]</sup> 与此不同的是,人格权为自然人的固有人格利益,本质上属于公共秩序而非民事权利;对专属于自然人的人格利益,法人不得享有。“法人人格不同于自然人人格,法人人格权也不同于自然人人格权。”<sup>[56]</sup> 因此,法人人格权与人格权具有本质上的差异,不可以相提并论。自然人的姓名权和肖像权,因不具有专属性而失去了人格权的品格,法人的名称权和名誉权本身就不具有人格权的品格。

人身权利(人格权)和财产权利的区分只具有相对的意义,不能作绝对的理解,更不能推演出这种区分可以适用于所有的民事主体。严格地说,人格权是专属于自然人的权利,法人不得享有,财产权利则没有这样的限制。法人的名称权和名誉权可以转让,表明其并不具有人格权的专属性,便不能称之为人格权。以“相对专属性”替代人格权的专属性,似乎具有缓和人格权的专属性之效用,但二者的意义并不相同,以“相对专属性”解释人格权的专属性,无异于否定人格权。对于法人而言,因其名称、信誉所附带的利益究竟为利益抑或财产利益,因为不具有专属性而在利益保护机制的选择上,无法与人格权的保护制度相提并论。人格权为自然人的固有权利,而法人得以享有的权利,没有一项可以说是法人固有的权利。在这一点上,人格权就不能对应于财产权利,后者是自然人和法人均可以享有的权利。况且,法人所享有的“名称权、名誉权”等民事权利,内涵具体确定,边界清晰,将其纳入人格权的范畴,将使原本确定的民事权利被概念不确定的人格权所包括,这并不利于法人名称权和名誉权的规范解释与适用。

[52] 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第43-51页。

[53] 参见课题组负责人梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》,法律出版社2013年版,第148-149页。

[54] 参见尹田:《论法人人格权》,载《法学研究》2004年第4期。

[55] 尹田:《论一般人格权》,载《法律科学》2002年第4期。

[56] 马俊驹:《法人制度的基本理论和立法问题之探讨(下)》,载《法学评论》2004年第6期。

人格权的民法表达应当围绕受民法保护的权利或利益的必要特征及其目的展开,因其内涵的社会伦理因素而受限于自然人。民事主体的不同决定其所享有的权利或者利益不同的民法表达方式。专属于自然人的人格权,不得由法人享有,这是民法法典化讲究科学性与技术性的基本要求。在民法典的结构上,将法人的名称权和名誉权并入人格权而一同表达,无异于混淆法人的名称权和名誉权与人格权之间存在的彼此区别的的必要特征。在不得不接受已经混淆的情形下,民法中的人格权规范如何科学地区别对待法人和自然人,问题可能更为复杂。例如,法人有名称权和名誉权,但法人具有的独立人格使其有理由取得较名称权和名誉权在价值判断上更具优势的“平等”、“自由”等非财产性利益,民法又当如何表达,估计在相当长的时期内都难以给出结论。<sup>[57]</sup> 法人人格和自然人人格存在本质的差异,法人人格和自然人人格的法律价值固然不同,“平等”、“自由”等抽象利益赋予法人一般人格权,不存在任何民法价值,更会造成自然人和法人的人格在理论上的混淆,以致会造成实务上的问题。<sup>[58]</sup>

我们已经清楚地知道法人人格权与人格权在本质上有不同,还是要将法人的名称权、名誉权、科学发现权、商事人格权等“财产性权利”称为人格权,多少有些不合逻辑;特别是,非要将法人的名称、名誉等利益等同于自然人的固有人格利益,也没有充分的理由。我国民法理论将法人的名称权和名誉权纳入人格权保护的制度体系,多少是让人困惑的。将法人人格权纳入人格权保护的框架中,至少可以增加人格权规范体系化发展的话语权。“法人人格权的范围越来越广泛。到目前为止,一些国家的民事立法已经把名称权、名誉权、荣誉权、商业秘密等列入到法人的人格权。从某种意义上说,法人的人格权已经开始逐步实现从个别人格权到一般人格权的转变。”<sup>[59]</sup> 因此,法人人格权的提出没有挑战人格权概念的不确定性,反而显著扩张了人格权的范围。法人有无人格权之争,表面上看是对人格权的范围之争,实质上则是在争取人格权的民法表达方法。为了“人格权法”在民法典中“独立成编”,极有必要将人格权由自然人扩张到法人,以维持人格权规范的体系完整性。“法人人格权规范以及体系建构,是我国人格权法独立成编所需要解决的一个重大问题。失去了法人人格权的存在,人格权法独立成编也就丧失了规范的基础。”<sup>[60]</sup> 如果为了人格权规范的独立成编而不顾人格权概念既有的不确定性,非要将法人所享有的名称权、名誉权(商誉)、信用权、荣誉权,<sup>[61]</sup> 以及还有什么“法人的一般人格权”、“商业信息权”,与人格权进行同质化处理而在民法典中作相对独立的规定,势必促使人格权的民法表达更加混乱,最终会导致民法权利制度的结构紊乱和法律适用障碍。我国人格权法应当如何发展,尤其是可否在民法典中独立成编,与法人的名称权和名誉权是否属于人格权无关。

基于前文民法所表达的人格权之必要特征以及人格权的民法表达方法,法人人格权实在没有理由继续留在人格权阵营中。法人的名称权和名誉权本质上为财产权,不仅有别于自然人的固有人格利益,而且不同于自然人的姓名权,这些民事权利之间也缺乏建立彼此联络的制度基础,非要将它们集中起来而作统一规定,形式意义大于实质意义。

[57] 就法人人格权的构造而言,王利明先生提出了法人的一般人格权构想。法人的一般人格权高度抽象与概括,为一种渊源权,可以从中引出各种具体的人格权,其客体是民法所保护的法人在社会关系中所享有的法人人格独立与人格平等的人格利益。参见王利明:《人格权法》,法律出版社1998年版,第39页。但是,王利明先生主持起草的《中国民法典草案建议稿》对法人的一般人格权未有任何尝试,只规定了自然人的一般人格权。参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第43页。

[58] 参见尹田:《论一般人格权》,载《法律科学》2002年第4期。

[59] 马骏驹、余延满:《试论法人人格权及其民法保护》,载《法制与社会发展》1995年第4期。

[60] 许中缘、颜克云:《论法人名誉权、法人人格权与我国民法典》,载《法学杂志》2016年第4期。

[61] 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第43页。

## 五、人格利益的商业化利用之思考路径

在大陆法系的民法上,人格利益的商业化利用起始于民法典对姓名权、肖像权的民事权利构造,演化的高潮为“人格权的商品化”理论或者人格利益的商业化利用引发的“造权”运动。而“法人人格权”命题的加入,又从外围助推了人格利益的商业化利用这个现象。人格利益的商业化利用,与人格权的民法表达之间是什么关系?

人格利益的商业化利用,是自然人的固有人格利益因为商业社会的发展以及社会伦理的变迁而外化或部分外化为民事权利可以支配的客体后所发生的“占有、使用、收益和处分”之法律现象。对于人格利益的商业化利用,我国学者提出了“商事人格权”<sup>[62]</sup>“真人形象权”<sup>[63]</sup>“人格标识商品化权”<sup>[64]</sup>“人格权的商品化”<sup>[65]</sup>“人格派生财产权”<sup>[66]</sup>“人格符号财产权”<sup>[67]</sup>以及“人格商业化利用权”<sup>[68]</sup>等许多观点,其中最有影响的说法是“人格权的商品化”。

随着社会经济的发展、科技的进步以及观念的转变,自然人的固有或衍生的人格利益被商业化利用的现象日益普遍和复杂。有学者断言,人格权的商品化使人格权与其主体分离,人格权的专属性日渐模糊,部分人格权的权能可以授权给他人使用,可以是具有财产价值属性的排他性权利。人格权的商品化是人格权在市场经济中的必然发展,是人文主义理念和市场经济发展相结合的产物。除了生命、健康、自由等权利之外,几乎其他所有的人格权都可以商品化。<sup>[69]</sup>人格利益的商业化利用并未颠覆人格权的权利属性,可以通过扩充人格权内涵的方式对商业化利用现象加以统摄。在人格权的范围内,以“人格权法”制度调整人格权或人格利益的商业化利用。人格权的商品化并没有产生一种特殊的权利,只是某些人格权的权能,特别是其利用权能发生了扩张。<sup>[70]</sup>例如,自然人的身体权具有自行处分或者允许他人处分自己的身体及其部分的权能,由此而发生的人体器官捐献、遗体捐献、遗体解剖、医疗检查和保健、人体试验属于人格权的权能之组成部分。<sup>[71]</sup>

人格利益的商业化利用被解释为人格权的权能扩张,系民法学者在理论上善意维持其人格权领地不受冲击的本能之举。人格利益的商业化利用“反映了人格要素作为稀缺资源在经济上的可利用性,也反映了社会经济变迁的事实。其危险性在于,由于没有厘清人格权与财产权的关系,颠覆了人们对人格权的传统观念,动摇了人们对人格权原有的逻辑判断和价值判断”。<sup>[72]</sup>人格权问题本来就是一个人云亦云而难以说清楚的法律问题,具有明显的历史局限性,当人们对于人格权概念的不确定性尚未达成共识的情形下,又产生了如此众多的人格利益的商业化利用问题,如何面对自然会有困惑。“权能扩张的理论虽然可以将商业化利用涵摄于人格权的概念内涵之下,进而清理了概念上的杂

[62] 参见程合红:《商事人格权刍议》,载《中国法学》2000年第5期。

[63] 参见郑成思:《商品化权刍议》,载《中华商标》1996年第2期。

[64] 参见刘春霖:《商品化权论》,载《西北大学学报》(哲学社会科学版)1999年第4期。商品化权是一种通过人格的符号语言固定化或者“物化”的权利,强调的是人格力量通过这些符号因素对社会公众的影响和吸引力,并非是人格因素的权利,而是人格因素符号化后的有关符号价值的权利。

[65] 参见王利明:《试论人格权的新发展》,载《法商研究》2006年第5期。

[66] 参见隋彭生:《人格派生财产权初探》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2013年第5期。

[67] 参见王坤:《人格符号财产权制度的建构及其法律意义》,载《浙江社会科学》2013年第11期。

[68] 参见刘召成:《人格商业化利用权的教义学构造》,载《清华法学》2014年第3期。

[69] 参见王利明:《试论人格权的新发展》,载《法商研究》2006年第5期。

[70] 参见王利明:《人格权法研究》,法律出版社2005年版,第282页。

[71] 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第45-46页。

[72] 隋彭生:《人格派生财产权初探》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2013年第5期。

荒,却未能终结权利性质之争,反而是直接将之引向了人格权本身:既然商业化利用中权利人经济利益的来源是人格权权能实现的结果,那是否意味着人格权本身便包含着直接的财产内容?包含了财产性利益且可以明码标价进行商事交易的人格权是否应该继续居留在非财产权的家族之中?”<sup>[73]</sup> 已如前述,人格权有区别于民事权利的必要特征,人格利益的商业化利用并不具有改变人格权所具有的这些特征的效果,至于其是否产生新的民事权利,对人格权的民法表达也不会产生颠覆性的影响,就如同人格利益的商业化利用的最原始形式姓名权和肖像权的出现没有动摇人格权的民法表达一样。

围绕人格利益的商业化利用是否产生了新类型的民事权利,已有太多的论述发表,无需赘言。但有一点我们应有所认识,那就是人格权的专属性足以阻却人格权的商业化利用。这就是说,人格利益的商业化利用不是在人格权的范畴内发生的,这种现象的出现更有助于我们划清人格权与人格利益商业化利用的边界。人格权具有专属性,即人格权不得转让、处分、抛弃以及继承。人格权的专属性排斥人格权的商业化利用;而人格权的商业化利用以权利主体与人格权的分离为基础,与权利主体无法分离的人格权,何以能够实现商业化利用?故提出人格权的商业化利用这个命题本身就违反人格权的专属性特征,不符合人格权的民法表达的基本要义。民事主体之所以能够许可他人对自己的某些人格利益进行商业化利用,以其对这些人格利益所享有的权利在本质上为财产性权利作为条件。人格利益的商业化利用实际上是在人格权之外,借助民事权利法定的制度工具将部分人格利益外化为“权利客体”,使这些人格利益与自然人的固有人格利益发生分离,以实现自然人对这些人格利益的处分。因为人格利益的商业化利用所产生的权利,如“基于商业上的名誉产生了商誉权,对姓名、肖像、形体的商业利用产生了形象权”,是区别于人格权的特殊财产权。<sup>[74]</sup> 总之,人格利益的商业化利用虽与人格权有一定的关联,但不属于人格权规范所要面对的问题,而是其他民法制度所要处理的问题。在人格权的范畴之外讨论人格利益的商业化利用,能够“避免人格权搭载过多的财产权内容,维持民法体系的安定”。<sup>[75]</sup>

对于人格利益的商业化利用现象,如果要找出这些现象与人格权的区别,或者凸显与人格权的区别性特征,各种说法或主张都有一定的合理成分。但有一个问题必须引起我们的足够重视:人格利益的商业化利用是否必须以人格权作为制度基础?我国民法学者多以肯定回答的立场对待这个问题,即人格利益的商业化以民事主体的人格权作为基础,应以人格权的制度体系对待人格利益的商业化应用,故称其为“人格权的商业化利用”。<sup>[76]</sup> 这一现象是引起争论或者混乱的节点。这些不同的说法“虽然一定程度上触及到了人格权与财产权的区分的某些方面,但大多是表象层面的。缺乏对权利本质的把握,而仅以二者表现出的某些差异性作出的判断是缺乏说服力的”。<sup>[77]</sup>

我国学者多认为,人格利益为人格权的客体,以此享有的人格权具有专属性,并有必要建构相应的制度体系来维护具有专属性的人格权。“各种具体人格权的客体是各种人格要素,如姓名、肖像、隐私、声音等。这些人格要素依生活观念且经类型化可以区分辨识,因此可以形成相对清晰的权利边界。”<sup>[78]</sup> 但我们不能由此得出一个结论:人格利益为人格权的“专属”客体,而不能成为财产权或其他法律行为(法律关系)的客体。例如,人体器官移植问题涉及身体健康权,但人体器官(人格利益)却

[73] 姚辉:《关于人格权性质的再思考》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第3期。

[74] 参见吴汉东:《试论人格利益和无形财产利益的权利构造——以法人人格权为研究对象》,载《法商研究》2012年第1期。

[75] 张平华:《人格权的利益结构与人格权法定》,载《中国法学》2013年第2期。

[76] 参见王利明:《人格权法研究》,法律出版社2005年版,第284页;杨立新、林旭霞:《论人格标识商品化权及其民法保护》,载《福建社会科学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期。

[77] 姚辉:《关于人格权商业化利用的若干问题》,载《法学论坛》2011年第6期。

[78] 郑永宽:《人格权的价值与体系研究》,知识产权出版社2008年版,第106页。

可以成为债权的客体,这显然不是“身体健康权”的商业化问题,充其量会发生人体器官(人格利益)的商业化利用是否与自然人对其身体所享有的身体健康权的专属性发生冲突的问题。在社会伦理的价值判断层面,人体器官移植、捐献是被社会伦理和医疗伦理接受的,而围绕器官移植、捐献等所展开的理论研究和制度建构并不是身体健康权的自然延伸,也不应当被纳入“人格权”制度体系的范围内。

再者,我国还有学者认为,“人格权的商品化”使得人格利益与财产利益相互结合起来,从而形成人格权和财产权的结合状态。在人格权制度范围内解决人格权益中经济价值的法律保护问题,而不将人格权中的经济价值作为一种独立的权利进行保护。<sup>[79]</sup> 暂且不论人格权与财产权是否能够结合,但将人格权的商品化作为人格权具有经济价值的缘由,似乎没有道理;相反,人格利益本身具有经济价值,才是人格利益的商业化利用的基础。因此,人格权不具有人身和财产的双重属性,但人格要素则“具有双重客体的性质”。<sup>[80]</sup> 在这意义上,将人格利益的商业化利用等同于人格权的商业化利用,本身也是一个逻辑性的错误。当我们认识到人格利益(人格要素)具有人身和财产双重属性,也就可以相应地解释为什么人格利益可以为人格权的客体,亦可以为其他民事权利的客体。人格权法本身不能对人格利益的财产属性的实现提供积极的帮助,这是民法以外的其他法律如商法、知识产权法等要完成的任务,以特别的法律行为将人格利益纳入交易标的之范畴而使之成为交易的对象,脱离“人格权法”的领域而在公序良俗或者人类伦理允许的范围内发挥积极的作用。例如,人体器官的交易、人体实验、人寿保险、伤害保险、健康保险等。王泽鉴先生曾经有过这样的表述:值得注意的是,因社会经济活动的扩大、科技的发展,特定的人格权(尤其是姓名权及肖像权)既已进入市场而商业化,如作为杂志的封面人物,推销商品或出版写真集等,具有一定经济利益的内涵,应肯定其具有财产权的性质。<sup>[81]</sup> 所以,人格利益的商业化利用不应当在人格权的制度框架下进行讨论。

因人格利益的商业化利用而出现的权利或利益,只能沿着人格权的权能扩张或自然延伸的路径来思考和解决问题,本身就是令人怀疑的。许多学者在讨论人格利益的商业化利用时,都先以人格权的商业化利用定性,然后再来讨论人格利益的商业化利用所面对的问题,其结果无非就是不断缓和人格权的必要特征,将人格权的必要特征相对化,同时极力扩张人格权发生作用的边界。在这样的逻辑思维之下,人们不去思考而且不敢承认这样的事实:人格利益的商业化利用结果会导致人格权与财产权的分野更加明确,作为财产权的“某些具体人格权”(包括那些被称为“权能扩张”的人格权)已经脱离了人格权阵营。以下所列现象不存在争议,也有助于证实此种事实的存在:人格符号或者标识(例如肖像、形象、姓名)的商业化利用所产生的注册商标专用权、外观设计专利、商业秘密、著作权、商誉权、“字号”或“商号”权等,均已经成为脱离人格权的无形财产权;而这些权利与人格权并不发生关联,在相应的法律制度体系的场景下,人们没有必要而且也不会将上述民事权利与人格权扯上联系。实际上,在人格利益的商业化利用和人格权之间是可以画出界限的。易言之,人格权为民法典中的人格权规范问题,应当由民法表达;但人格利益的权利客体化,使得部分人格利益脱离人格权的范畴而告别“人格权法”,则应当由其他法律(包括民法)来解决由此而出现的问题。人格权本身不存在商业化利用问题,而能够商业化利用的仅有可以计算的财产权益,例如姓名(字号或商号)、肖像(设计形象)、形体、声誉等可以估值的人格利益。

在这个意义上,人格利益的商业化利用只是一种现象,仅仅是借助于民事权利法定的制度工具将部分人格利益定性为一种财产性的利益或权利而可以成为处分或交易的对象;如果非要将这种现象

[79] 参见王利明:《论人格权商品化》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2013年第4期。

[80] 参见隋彭生:《人格派生财产权初探》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2013年第5期。

[81] 参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第134页。

与人格权挂钩,那也只能说是人格利益的商业化利用是否与人格权(公共秩序)发生冲突。在人格权规范的框架下,不存在人格权自身的商业化利用。有学者已经注意到这个问题,“与其说人格权有人身和财产双重性质,不如说某些人格要素(客体)具有人身和财产双重性质”,“某些人格要素具有双重客体的性质。所谓商品化,只能是客体的商品化,而决不能是人格权的商品化”。<sup>[82]</sup> 尽管有学者将人格利益的商业化利用作为人格权法“独立成编”的一个重要理由,<sup>[83]</sup> 但是,人格权与人格利益(人格要素)之间有本质上的差异,人格权不等于人格利益,人格利益的商业化利用亦非人格权的商业化利用,更不会产生人格权。“人格权的商业化利用”表象上极大地扩张了人格权的阵营,但其有违逻辑的思考路径没有实践基础,规范的科学性明显不足。这个命题对于发展人格权及其保护的民法制度并无帮助。

## 六、结论:人格权的民法表达之起点与归宿

人格权为一种原始的权利,是自然人与生俱来的权利,被当作自然人的固有权。人格权的专属性为人格权的首要性质,人格权作为整体由权利人专有,不得转让、抛弃或者继承,也不受他人的非法限制,不可与民事主体的人身相分离。抛弃、转让或者处分人格权的行为,属于无效行为。<sup>[84]</sup> 这样,人格权被表述为自然人固有和专属的权利,且不具有支配性而区别于民法规定的民事权利。人格权的民法表达,不当受民事权利(主观权利)的结构和观念的影响,应当以人格权概念的不确定性为起点,由此决定人格权规范在民法典中的独特地位,不以“独立成编”而是以规范碎片化的方式,科学地实现自然人的固有人格利益的民法表达。

人格权的民法表达以将自然人的固有人格利益纳入民法保护的领域为己任,并坚持人格权的公共秩序属性,以阻止意思自治对人格权规范所可能造成的解构。这样,法人人格权在民法表达上就不再属于人格权的一种类型。当自然人的固有人格利益以私权受民法保护的方式进入民事权利体系,人格权与民事权利的区别性特征就会凸显出来,民法典不可能再以民事权利的结构和观念来表达人格权的内容,通过人格权规范有无可能建构一种不同于民事权利的必要规则和制度,就成为人格权的民法表达所关注的核心问题。人格权的公共秩序本质,使其在民法上相对于权利人而言成为一种不具有支配性的消极权利,人格权的民法表达则要更多地反映稳定人格权状态的特有内容,即人格权的固有性、专有性和排除妨碍性。因此,人格权的民法表达不仅要使自然人的固有人格利益成为受民法保护的“民事权益”,而且最为重要的功能则在于维护这种人格权的稳定状态,防止任何妨碍人格权的行为发生。人格权概念的不确定性,并不影响民法典对人格权予以类型化处理,给已经发现或识别的自然人的具体人格利益划分出相对清晰的边界,以消除人格权的内容与范围在具体人格权上的不清晰状态,为人格权的保护提供可预期性。人格权概念的不确定性使其成为受民法保护的具有开放性品格的私权,不能使用民事权利法定主义的工具以固定人格权的整体内容,民法典规定自然人的一般人格权就是必要的手段。因此,人格权的民法表达可以是一般人格权和具体人格权的结合。但这里要注意的是,自然人的人格利益因为伦理价值的评价而外化为权利客体的,由此形成的以特定人格利益为客体的权利,就已经脱离人格权的射程。民法规定的姓名权、肖像权以及以后还有机会被发现和确定的其他民事权利,则应当由民法典建构的民事权利体系制度或者其他私法制度加以规范。这就

[82] 隋彭生:《人格派生财产权初探》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2013年第5期。

[83] 参见王利明:《论人格权商品化》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2013年第4期。

[84] 参见谢怀栻:《论民事权利体系》,载《法学研究》1996年第2期。

是说,人格权的民法表达应当区别人格权与以人格利益为客体的民事权利,如姓名权、肖像权,不再以人格权规范评价或调整以人格利益为客体的民事权利,而将后者按照民事权利的制度逻辑予以规范和发展。

民法固有的体系化逻辑轻视人格权规范的碎片化,未充分认识民法典中的人格权规范碎片化,在将概念不确定的人格权纳入受民法保护的“民事权益”过程中所发挥的巨大作用。人们试图以规范体系化或“独立成编”的“人格权法”来实现人格权的民法表达,在人格权的固有性和专属性上一再退让,希望以人格权的专属性相对化来重新定义或表达人格权,这加剧了对人格权的模糊认识。因为人格权的民法表达没有坚持人格权专属于自然人这一历史逻辑,法人人格权又强势闯入了人格权领域。所有这些不是推动了我国“人格权法”的发展,而是严重影响了“人格权法”的生存环境与科学发展。

人格权的民法表达是自然人的固有人格利益在民法上获得无限发展的基础,但其绝不是限制自然人实现人格利益无限发展的手段,更不是可以规范所有人格利益的制度工具。人格权的民法表达不要试图去解决所有与人格利益有关的“私权”归属和变动问题。如今我国民法理论讨论的人格权就如同一张蜘蛛网,网了不少“权利”,但总有一些道不清也说不明的现象存在,还真的有些像一位法国学者评价法国的人格权民法理论那样:“人格权这个领域曾是‘民法学上最荒谬的理论’之一,在该理论中他只看到了‘由毫无节制的想象所设计的有名无实的权利’。”<sup>[85]</sup>人格权的民法表达需要坚持人格权的必要特征,并清晰地展现出以下的制度逻辑:当自然人在发展或利用其人格利益的时候,其不是在行使什么人格权,而是在借助民法表达的民事权利工具或者其他私法制度,在行使其依法可以行使的民事权利。那么,人格利益的商业化利用问题,自然不属于“人格权法”的问题。

## Re-discussion on Personality Right Express in Civil Law

Zou Hailin

**Abstract:** The uncertainty of the personality right has produced continuous and material influences on the express of personality right in civil law. In the code of civil law, the personality right express in the way of segments, not an independent Book should be deemed as a scientific and effective method to describe the personality right which lacks definitive contents and certain scope. The personality right express in civil law is not to systemize the provisions of personality right and to transform the personality right into civil rights, but only to make the innate personal interests of natural person into “civil rights and interests” to be protected by civil law. Innateness, uniqueness and exclusiveness of personality right should be explicitly expressed in civil law. As civil rights are provided by civil law, the rights of name and portrait without uniqueness as well as the personal non-property rights of legal person without innateness, should not be deemed as personality right. In addition, the use of personality interests in commerce is not definitely related to the personality right, and the personality right express in civil law should not get involved in all the matters arising from personality interests.

**Keywords:** personality right; express in civil law; personality interests; civil rights

(责任编辑:丁洁琳)

[85] 参见[法]让·米歇尔·布律格耶尔:《人格权与民法典——人格权的概念和范围》,载《法学杂志》2011年第1期。

# 股份投票权与收益权的分离及其法律规制

李安安\*

**摘要:**在金融创新的冲击之下,禁止股份投票权与收益权分离的默示性规则被打破,分离的主要表现是空洞投票与隐性(变异)所有权,由此导致作为公司治理核心机制的股东投票制度失灵。股份投票权与收益权的分离,其实施主体以市场驱动型的机构投资者为主,在行为外观上表现为合同行为与技术操作行为的联结,在责任机制方面受到合同责任与侵权责任的双重制约。股份投票权与收益权的法律规制,需要引入合作规制的理念,将合约规制与公权规制进行合理搭配,通过对机构投资者的股东投票资格限制或剥夺条款、不当利益追回条款、信义义务条款的制度安排以及“实质主义”信息披露准则的确立,维护资本市场的法治秩序,实现金融创新与公司治理的竞争性平衡。

**关键词:**金融创新 投票权与收益权分离 空洞投票 隐性/变异所有权

自从1932年伯利与米恩斯的经典著述《现代公司与私有财产》问世以来,所有权与控制权“两权分离”的观念深刻影响了现代股份公司法律制度的塑造,由此产生的代理成本问题更是成为公司治理的核心话语范畴。作为公司法制度变迁的一条主线,权利的分离、配置与平衡并没有止步于“伯利-米恩斯命题”,而是在股权、债权等公司法的权利谱系中全面铺开,从根本上改变了公司法权利结构的秩序生成与规则建构。近年来,在金融创新滚滚洪流的不冲击之下,股份投票权的工具主义色彩日益凸显,逐步从股份中分离出来成为一项独立的权利,且朝着与股份收益权分离的方向发展。股份投票权与收益权的分离,映射出“有投票权的股东与公司没有经济利益”或“与公司有经济利益的股东没有投票权”的悖论,意味着股东的权利与义务不再是对应关系,股东投资的风险、利益与责任不再具有天然的耦合性,由此引发的公司治理利益冲突成为当前国际资本市场中最富有挑战性的命题之一。本文拟从观念史变迁的维度考察股份投票权与收益权分离的演进脉络,运用类型化思维研判股份投票权与收益权分离的具体样态,依循“主体-行为-责任”的法理分析范式解析股份投票权与收益权分离的制度构造,立足于合约与公权的二元视角探究股份投票权与收益权分离的规制路径,进而旨在为我国资本市场法制的变革与完善提供有益的镜鉴。

## 一、股份投票权与收益权分离的观念变迁

美国著名公司法学者伊斯特布鲁克和费希尔曾言:“如果说有限责任构成了公司法最显著的特征,那么在彰显公司法的特征方面,投票机制无疑稳居第二。”<sup>[1]</sup>作为公司所有与公司控制的连接点,

---

\* 武汉大学法学院讲师,法学博士。本文为教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“我国债券市场建立市场化法制化风险防范体系研究”(批准号:14JZD008)的阶段性成果,同时受2015年武汉大学自主科研(人文社会科学)青年项目“金融创新与公司治理法制的结构性变革”资助。

[1] [美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》(中译本第2版),罗培新、张建伟译,北京大学出版社2014年版,第62页。



投票权对于股东有着特别的意义,投票权与收益权的对应性,和股东同质化、所有权与控制权的两权分离、责权利的均衡化一道构成了公司治理理论的理性基础。<sup>[2]</sup>然而,投票权与收益权的对应性并非亘古不变的经验法则,二者正在经历从融合到分离的观念嬗变。

### (一)禁止投票权与收益权分离的知识传统及其松动

股权作为一种典型的“权利束”,具有丰富的权利内容,投票权与收益权无疑是其中的两项核心权利。从法理上讲,股权具体权利的行使不得有损于股权的整体性存在,股权的权利内容更不能从股权的载体——股份中分离出去,股份平等原则与“一股一票”原则为此确立了禁止股东权利分离的默示性规则。禁止股东权利分离规则的基本内涵包括三个方面:股权的具体权利不得与成员资格相分离、股权的经济性权利与参与性权利不得分离、股权的经济性权利与参与性权利的比例性配置。<sup>[3]</sup>由于投票权属于典型的参与性权利,收益权属于典型的经济性权利,禁止投票权与收益权分离无疑属于禁止股东权利分离规则的题中应有之义,其具体指向可以从两个方面进行理解:第一,拥有股东身份是股东行使投票权和收益权的前提,股东享有股份的多少与投票权的权重、收益权的大小呈正相关关系且配比需符合“比例性原则”,不允许存在投票权高于收益权或低于收益权之相应比例的股份设计。体现在公司法的文本中,这种比例性配置要求股份的发行必须“同股同权”、“同股同利”、一股一票、按持股比例或出资比例分配剩余财产等。股份收益权的一个核心内容是股东对公司的剩余索取权,法律经济学的研究表明,股份投票权的权重必须与股东的剩余索取权相匹配,即相同的剩余索取权必须带有相同的投票权重,否则将引发代理成本。<sup>[4]</sup>如果投票者的投票权与其剩余索取权不成比例,则他们无法获得自己努力所带来的等同于其投票权比例的利益份额,也无须按其投票权比例承担可能造成的损失,这种利益和风险机制的缺乏使得他们不可能作出最优的决策。<sup>[5]</sup>第二,投票权与收益权不得相互分离而单独转让,不允许投票权买卖。伊斯特布鲁克和费希尔对此坚信不疑地认为:“将投票权分离于股份收益权,这绝无可能……只有确保表决权与剩余股权利益结为一体,才能避免产生不必要的代理成本。股份和表决权的分离将导致投入与回报失衡。”<sup>[6]</sup>如果允许投票权的买卖,势必会造成投票权人和剩余索取权人的不一致,投票权人不负责任投票甚至投票敲诈等道德风险的滋生难以避免。为了防止这些问题的出现,不少国家和地区的公司法明确禁止出售投票权,或通过司法判例确认投票权不能独立于股份这一载体而单独转让。

然而,随着公司法实践的发展,禁止投票权与收益权分离这一看似不言自明、无须争辩的合理性解释正遭遇着严峻的考验。考验首先来自于投票权行使方式的不断推陈出新,尤其是伴随着作为公司控制权争夺工具的投票权征集、投票权信托、投票权拘束协议的出现,投票权与股份之间不再是水乳交融的有机整体而是分离开来,进而动摇了禁止投票权与收益权分离的法理基础。投票权征集存在无偿征集与有偿征集之分,在有偿征集投票权的情况下,投票权事实上沦为了不同地位股东之间利益交换的对象,不仅破坏了投票代理权制度的目的,而且严重影响股东对委托投票权的判断,不利于良好公司治理的形成。<sup>[7]</sup>尽管各国公司法对有偿征集投票权普遍持禁止态度,但实践中各种变相的有偿征集现象却大量存在且屡禁不止。作为投票代理权的内容之一,投票权征集与一般委托代理关系的最大区别在于,受益人往往是代理人而非被征集的股东,征集者在取得公司控制权之后可能会以

[2] 冯果、李安安:《金融创新视域下公司治理理论的法律重释》,载《法制与社会发展》2013年第6期,第64-67页。

[3] 汪青松:《论股份公司股东权利的分离——以一股一票原则的历史兴衰为背景》,载《清华法学》2014年第2期,第103页。

[4] 罗培新:《公司法的法律经济学研究》,北京大学出版社2008年版,第106页。

[5] [美]罗伯特·罗曼诺:《公司法基础》(第2版),罗培新译,北京大学出版社2013年版,第351页。

[6] 同注1引书,第74页。

[7] 伏军:《公司投票代理权法律制度研究》,北京大学出版社2005年版,第145页。

公司财产弥补其在征集行动中付出的代价,进而损害被征集股东甚至公司的利益,此时的投票权与收益权之间明显不再对应。与投票权征集相比,投票权信托在分离股份的投票权与收益权方面体现得更加明显,这是因为信托的实质是分割所有权,法律上的所有权属于受托人,衡平法上的所有权属于受益人,受托人和受益人都享有信托财产所有权。<sup>〔8〕</sup> 具体而言,投票权信托中的委托人必须将所有股份的法律所有权与投票权转让给受托人,委托人仅保留股份收益权,这样股权的权能已不完整,股息分配权与投票权发生分离属于委托人和受托人,委托人则变为“收益所有人”。<sup>〔9〕</sup> 由于投票权作为受托财产具有独立性,受托人在受托期间行使投票权不受原股东的干预,所以受托人持有的投票权与受益人所享有的股份所有权相互分离。由于投票权信托的这种特性有悖于传统公司法的基本原则,一度被认为是违反公共政策的违法行为。尽管后来的成文法规则赋予了投票权信托合法性,但附加了种种限制,如在美国,投票权信托的成立和生效需要满足采取书面形式、存续期一般不得超过十年、进行登记和公示等要件。<sup>〔10〕</sup> 投票权拘束协议是指股东之间、部分股东之间或者股东与公司外部的非股东之间以某种确定的方式,就特定事项达成的股份投票契约。投票权拘束协议的内容主要是围绕股东投票权的行使方法而作出的特别约定,如约定股东大会决议采取超多数决、股东否决权、超级投票权等特别条款。表面看来,投票权拘束协议是股东协议的一种,属于公司自治的范畴,似乎具有存在的合理性。但在实质上,投票权拘束协议将投票权视为合同的客体进而在不同主体之间进行让渡,预先限制了股东按照最符合公司利益的方式而投票的权利,使得投票权的行使与股东身份出现了分离。鉴于投票权拘束协议对股东民主权利的侵犯,早期的法院判决多以违反公共政策或公序良俗原则为由认定其无效。在晚近的发展中,投票权拘束协议的效力逐步被认可,如在美国,大多数州的成文法都明确允许缔结股东投票权协议,只要股东不是为了个人利益出售其投票权或允诺投票的权利,便可以就选举董事、不按照持股比例投票、就实施公司的特定决策投票等作出投票权拘束协议安排。<sup>〔11〕</sup>

禁止投票权与收益权分离的知识传统遭遇的另一方面考验来自于日益多元化的类别股份。类别股份是相对于普通股份而言的,指涉的是在股权具体权利方面有所扩张或限制的股份,这种股份因认购股份时间、认购价格、认购者身份、股份交易场所的不同而在流通性、权利、义务等方面有别于普通股份。最具有代表性的类别股份包括两类:第一类是在公司盈余分配或公司剩余财产分配方面有特殊安排的股份,如优先股份;第二类是在投票权方面有特殊安排的股份,如双层股权结构中的多重投票权股份。<sup>〔12〕</sup> 优先股份除了兼具股权属性和债权属性这一特性外,<sup>〔13〕</sup> 其特殊性还体现于其在红利分配或者公司清算时的可分配财产方面具有优先于普通股股东的受偿权利,这种优先性的获得往往以优先股股东参与性权利的限制或取消为对价,如我国证监会2014年颁布的《优先股试点管理办法》明确规定优先股参与公司决策管理等权利受到限制,即不享有投票权。当然,无论在理论上抑或在实践中,优先股份并不必然无投票权,法定无投票权模式亦非最佳立法模式。<sup>〔14〕</sup> 事实上,许多优先股份具有在特定情形下被赋予投票权的相机条款,一旦特定情形触发了这些权利,优先股股东就从非投票人

〔8〕 周小明:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,第63页。

〔9〕 郭富青:《公司权利与权力二元配置论》,法律出版社2010年版,第132页。

〔10〕 梁上上:《论股东表决权——以公司控制权争夺为中心展开》,法律出版社2005年版,第251-259页。

〔11〕 罗芳:《股东协议制度研究》,中国政法大学出版社2014年版,第113-114页。

〔12〕 朱慈蕴、沈朝晖:《类别股与中国公司法的演进》,载《中国社会科学》2013年第9期,第150页。

〔13〕 刘胜军:《类别表决权:类别股股东保护与公司行为自由的衡平》,载《法学评论》2015年第1期,第101页。

〔14〕 张志坡:《论优先股的发行》,载《法律科学》2015年第2期,第146页。

变成超级投票人。<sup>[15]</sup>而在双层股权结构中,普通股被划分为A、B两类:A类股每股附着一个投票权,B类股的投票权则被放大至A类股的数倍,即享有多重投票权。不难看出,无论是优先股份还是多重投票权股份,均不再遵循“一股一票”的公司法传统原则,股东的剩余索取权与投票权不再对等,股东投资的风险、利益与责任也不再对应。除了这两种较为常见的类别股份外,实践中还广泛存在着“黄金股份”<sup>[16]</sup>劣后股份、受限股份<sup>[17]</sup>有负担股份<sup>[18]</sup>等,这种日益多元化的类别股份打破了经济利益与投票权等比例的公司结构与激励基础,深刻影响了公司法制度变迁的轨迹。

## (二) 金融创新视域下投票权与收益权分离的常态化

如果说投票权征集、投票权信托、投票权拘束协议以及类别股份语境下的股份投票权与收益权分离只是零星现象的话,那么在金融创新这一“创造性破坏”力量的冲击之下,股份投票权与收益权的分离则成为了常态。伴随着金融衍生革命和股票出借市场的不断发展,尤其是股权互换市场和场外股权衍生工具的迅猛增长,股份投票权与收益权的分离不仅成本低廉,而且简便易行。美国学者亨利和布莱克将金融创新诱致的股份投票权与收益权分离的现象称为“新型投票权购买”(new voting buying),并将分离的样态概括为“空洞投票”(empty voting)与“隐性/变异所有权”(hidden/morphable ownership),前者如对冲基金通过股份出借市场借入股份,进而拥有比所对应股份更多但不享有经济利益的投票权;后者如对冲基金通过金融衍生品经销商中介获取非正式的投票权通道,其对此股份“隐匿”所有,无须履行信息披露义务,但能在公司投票的关键时刻横空出世。<sup>[19]</sup>简言之,空洞投票的主要特征是投票权大于收益权,而隐性/变异所有权的主要特征是投票权小于收益权,二者均属于股份投票权与股份收益权相分离的情形。在金融创新的背景下,股份的收益权与投票权不再当然地融为一体,完全可能由不同的主体行使和配置,投票权越来越明显地表现出独立性色彩,其摆脱收益权能而沦为对冲基金等机构投资者的投机工具的危险倾向正与日俱增。从表面看来,“新型投票权购买”指向的是股东投票权的权能分离;从实质上看,它指向的却是股东的风险、利益与责任的分离。“股市有风险,投资需谨慎”、“买者自负”等朴素观念表明,股东投资的风险、利益与责任具有高度的契合性,股东在享受投资利益的同时承担投资风险显得天经地义,股东为其投资行为承担相应的法律责任亦是理所当然。但金融创新的迅猛发展戏剧性地改变了股东的风险、利益与责任的配置结构,对冲基金等机构投资者完全可以借助于金融衍生工具转嫁风险、改变利益结构和规避法律责任,由此滋生的风险错配、利益扭曲和责任逃逸对资本市场法制构成了全新挑战。“新型投票权购买”作为一种特殊的股权权能分离机制,在法理上本应以不对其他股东的利益造成损害为前提,并不得违反法律的强制性规定,不得对公司利益造成损害,同时,股份的投票权与收益权的分离应当是暂时性的而非永久性的,否则就有损股权的整体性存在。然而,“新型投票权购买”恰恰是以损害其他股东的利益为前提的,其对股份平等、“一股一票”等公司法的基本原则和制度带来了严峻挑战,使得股东与股东之间、股东与公司之间、股东与债权人等利益相关者之间的利益冲突空前加剧,导致股东投票制度这一公司治理的核心机制不再行之有效而是遭遇了釜底抽薪式的现实拷问,直接威胁到了资本市场的公

[15] 汪青松:《股份公司股东异质化法律问题研究》,光明日报出版社2011年版,第117页。

[16] Larry Catá Backer, *The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law*, 82 Tulane Law Review 1, 13 (2008).

[17] 典型的受限股份如澳大利亚2001年《公司法》第606条规定:禁止任何收购一家澳大利亚上市公司(或者一家拥有超过50名股东的澳大利亚公司)的具有投票权的股份上的“相关权益”而使收购方在该公司拥有超过20%的投票权的行为,除非该收购适用某种法定豁免的情况。

[18] Shaun Martin & Frank Partnoy, *Encumbered Shares*, 2005 University of Illinois Law Review 775, 778-780 (2005).

[19] Henry T. C. Hu & Bernard Black, *The New Voting Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership*, 79 Southern California Law Review 811, 836-842 (2006).

共秩序与整体利益。因此,面向金融创新的资本市场法制必须对此作出及时回应并寻求有效的规制策略。

## 二、股份投票权与收益权分离的类型化检视

在新近的由次贷危机转化的全球金融风暴中,以对冲基金为代表的机构投资者和以信用违约互换为代表的金融衍生工具大行其道,对金融危机的扩散和深化起到了推波助澜的作用。金融危机也是公司治理危机甚至是公司法危机,由股东投票机制失灵引发的公司治理失灵对于金融危机的重创令人触目惊心。<sup>[20]</sup> 迄今为止,虽然金融创新诱致的股份投票权与收益权分离的现象已经在发达资本市场风起云涌,且深刻影响了很多国家和地区的公司控制权争夺大战,但对于我国而言仍属于陌生事物,其真实面向尚有待揭示和厘清。前述美国学者亨利和布莱克就“新型投票权购买”所作出的二元样态界分,对于正确认识和深入理解股份投票权与收益权分离具有重要的参考价值,有必要给予更加精细的类型化检视。

### (一) 空洞投票

空洞投票意味着投资者所享有的投票权多于其持有的股份,这种投票权所附随的经济利益是虚无的甚至是负的。<sup>[21]</sup> 空洞投票的行为过程一般是先购买或借入股票,然后利用衍生工具对冲掉这些股票的经济利益,以至于这些股票的购买者或借入者只享有相应的投票权却与公司之间不存在经济利益关联。空洞投票无疑会诱发投资者的道德风险,可能导致其以减损公司股票价值的方式投票,进而置公司和其他股东于不利境地。具体而言,空洞投票可以通过以下几种方式进行。

1. 通过股权衍生工具(equity derivatives)进行空洞投票。股权衍生工具是与货币衍生工具、利率衍生工具相并列的一种金融衍生工具,它是以前股票或股票指数为基础工具的金融衍生工具,主要包括股票期货(stock futures)、股票期权(stock option)、股票指数期货(share price index futures)、股票指数期权(stock index option)以及上述合约的混合交易合约。其中,股票期货是两个交易对手之间签订的一个在确定的将来时间按确定的价格购买或出售某只股票的合约;股票期权是公司授予其员工在一定期限内按照固定的期权价格购买一定份额公司股票的权利;股票指数期货(简称股指期货)是以股票价格指数作为标的物的金融期货合约;股票指数期权是以股票指数为标的物,买方在支付了期权费后即取得在合约有效期内或到期时以协议指数与市场实际指数进行盈亏结算的权利。投资者买卖这些期权或期货合约的目的不是为了让渡资产的所有权,而是为了规避风险或赚取收益,投资者完全可以利用对冲、卖空、套利等交易策略将风险集中并重新分配风险。这里的“投资者”主要是指对冲基金、私募股权投资基金等机构投资者以及以公司高管、控制股东为代表的公司内部人。由于公司高管时常持有巨额的公司股份,在道德风险和对不当利益的追逐下,其完全可能成为空洞投票的积极参与者。这是因为,公司高管比多元化的外部股东更加厌恶公司的特定风险,再加上公司高管和控制股东总是希望少披露其所持有的公司股份,并希望内部人接管、违反税法或控制股东放弃控制权等这些事情不引起公众的关注,所以其败德行为就难免发生。对冲基金等机构投资者为了赚取相关佣金,已经发展出了数量众多的策略来满足内部人对冲其经济风险的愿望,其中一个最常用的策略被称为零成

[20] Franklin A. Gevurtz, *The Role of Corporate Law in Preventing a Financial Crisis: Reflections on in re Citigroup INC., Shareholder Derivative Litigation*, 23 Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal 114, 130 (2010).

[21] Jonathan Cohen, *Negative Voting: Why It Destroys Shareholder Value and a Proposal to Prevent It*, 45 Harvard Journal on Legislation 237, 245 (2008).

本双限期权(zero-cost collar)交易,即买入一个卖出期权(目的是限制下行损失)的同时卖出一个看涨期权(以此减少潜在收益)。这样一种交易策略保留了股份的投票权但快速地减少了经济所有权。公司内部人的套期保值虽然缓和了经理层与多元股东之间风险承担的利益冲突,但助长了内部人获取投票控制权和赚取控制权收益的动机,使得公司控制权市场这一有效的约束机制出现了弱化。在此意义上,空洞投票的本质就是投资者利用金融衍生工具规避风险、重新分配风险和获取风险收益的一种手段。

2. 通过“股权登记日捕获”(record date capture)进行空洞投票。各国立法确定股东在股东大会上的投票权资格主要有两种方式,分别是“关闭股东名册”和“股权登记日”。所谓“关闭股东名册”是指通过一定期限关闭股东名册来确定股东会会议的通知对象,在会议召开前的某段时间内股东名册一旦关闭,会议的通知对象同时确定,且股东拥有的股份也被禁止交换和买卖。这种方式的缺陷是阻碍了股票的正常交易,世界上多数国家已经放弃了这种确定股东资格的方式。所谓“股权登记日”,又称基准日制度,即由法律规定股权登记日的具体时间,在该时间范围内登记的股东为有权获得会议通知和投票的股东。与“关闭股东名册”比较,这种制度的优点是股份不受股东名册闭锁期间不得转让的限制,采用固定的时间确定股东资格即投票权的资格。不过“股权登记日”可能导致空洞投票的产生,即在基准日之前在股东名册上登记为股东的人,在基准日之后、股东大会之前,将股票转让给第三人,其已非实际股东并和公司已没有利害关系。这种被称为“股权登记日捕获”的现象时常为对冲基金所利用,它们可以在投票登记日期间借入公司的股票并就特定事项进行投票,然后迅速卖空这些股票,虽然为此支付了往返的交易成本,但获取了一个短暂的经济所有权。投资者可以通过购买这些股份的看跌期权或者部分卖空股票指数的形式来完全对冲掉有限的风险,这种有限的所有权无疑削弱了经济所有权与投票权之间的关联,而短期所有权再加上对冲的手段就构成了完整意义上的空洞投票。由于投票登记日期位于正式投票日之前,与公司投票相关的信息难免会在投票登记日期间披露。等到投票结果公布之时,投资者就会摆脱所有的披露义务,并且无须为其投票导致公司价值减损的行为承担责任。

3. 通过“股票软存放”(shares soft parking)进行空洞投票。这种方式是指公司允许内部人或友好第三方利用本公司的股份进行投票,这些股份不存在经济风险或只有部分经济风险。“股票软存放”的优点是显而易见的,可以作为公司抵制外部攻击的有效手段,其潜在风险亦不容忽视,如衍生品经销商中介所持有的股票通常被等同于公司子公司或公司所控制的其他实体所持有的股票,但衍生品经销商中介往往不进行投票,如果公司对此视而不见的话,这些股票就面临着失去投票权的风险。“股票软存放”的具体方式多种多样,包括股权互换、远期交易、员工持股计划、发行限制性股份等。在股权互换方面,葡萄牙电信公司曾经用“库存股软存放”的方式成功抵制了 Sonaecom 公司的敌意收购,其手段主要是与英国巴克莱公司(British Barclays)签订了两份股权互换合约。<sup>[22]</sup> 库存股(treasury shares)指的是公司回购股份后并不注销这些股份,而是把这些股份留存在特定账户,用于股票期权持有人行权,它不再具备投票权等权能也不附带相关义务。公司可以将库存股“出售”给一个友好的证券经纪商,同时通过股权互换等保护性措施避免证券经纪商遭受损失,或者直接将库存股出借给友好型的第三方。在库存股出借中,借入者相当于公司的代理人,充当着空洞投票者的角色。在远期交易方面,瑞士联合银行(the Union Bank of Switzerland, UBS)与 Martin Ebner 的委托书征集大战最具代表性。在该案中,UBS 与两家大股东签订了远期合约,按照合约,UBS 将在一次至关重要的股东大会之后回购上述两家大股东持有的 UBS 股票。然而,在股份回购完成之后,两家大股东依然保留着投票

[22] Peter Wise, *Investors Block Sonaecom Bid for PT Telecoms*, Fin. Times, Mar. 3, 2007, at 19.

权,且至少有一家大股东按照 UBS 的意愿进行了投票。<sup>[23]</sup> 在员工持股计划方面,空洞投票主要分为两种情形:一是员工持股计划的受托人决定如何投票,此时的受托人就是空洞投票者;二是员工持股计划信托协议决定尚未被授予的股票将用于投票,即尚未被授予的股票将被偿付或将置换成同等比例的被合法授予的股票,此时公司雇员所持有的投票权就会超过股票本身的经济利益,公司雇员也部分成为了空洞投票者。与员工持股计划类似的是,对公司管理层和重要雇员授予有限制的股票也会产生空洞投票问题。这些限制性股票的特殊之处在于被授予的期限较长,往往高达数年,如果重要雇员离职,尚未被授予的股票将会注销。由于限制性股票附有投票权,所以这些股票的持有者所享有的投票权同样会超过股票本身的经济利益,空洞投票问题应运而生,限制性股票计划也由此成为空洞投票的重要诱因之一。<sup>[24]</sup>

## (二) 隐性/变异所有权

与空洞投票操作相反的是,投资者可以通过使用现金结算式的股权互换或其他股权衍生工具来获得没有投票权的经济所有权,即互换中的长期股权持有者从短期股权持有者手中获得没有投票权的股份的经济所有权,而短期股权持有者通过对冲其所持股份的经济风险来获取没有经济所有权的股份的投票权。<sup>[25]</sup> 股权互换作为一组股票远期协议的组合,是一种有效的全球投资和风险分散的工具,可以避开控制权纠纷,也可用于避税和逃避监管,实现风险对冲和降低投资成本。由于大股东所有权的信息披露是以投票所有权为依据,而通过现金结算式股权互换所得到的经济所有权一般不在信息披露范围之内,所以就会导致隐性所有权的产生,即无须履行信息披露义务的经济所有权的产生。在这个过程中,股权互换与其他场外金融衍生工具发挥着关键作用。假定一个投资者持有某股权互换的长头寸,他会从持有短头寸的投资者手中得到经济回报或者股份。持有短头寸的投资者往往通过持有“匹配性股份”(matched shares)的方式来规避信息披露的义务,并用股权互换的收益来抵消损失。此时,持有短头寸的投资者就成为了“空洞投票者”(empty voter),即只有投票权但没有经济利益,而持有长头寸的投资者就成为了“隐性所有者”(hidden owner),即只享有“纯经济的所有权”(economic-only ownership),但没有投票权,也无须承担信息披露义务。

投票权变异有时候意味着投票权在特定情形下的脱落,即投资者不再拥有正式或非正式的投票权,这一现象被称作“投票权脱落”(shedding voting rights),日本的活力门(Livedoor)敌意收购事件就是投票权脱落的典型案例。<sup>[26]</sup> 2005年2月,活力门公司宣布已经获得日本广播公司(Nippon Broadcasting System)35%的股权,活力门之所以要获得日本广播公司的股权是为了对日本富士电视网络公司(Fuji TV)施加影响,因为日本广播公司持有日本富士电视网络公司22.5%的股权。为了抵御活力门公司的敌意收购,日本广播公司将其持有的日本富士电视网络公司的股份出借给了 Softbank Investment 和 Daiwa Securities 两家公司,签订了期限长达数年的协议并保留了这些股份的经济所有权,但不同于一般性股份出借合同的是,日本广播公司不享有股份出借合同的解除权。如果日本广播公司能够赢得这场并购争夺战,唯一的可能性就在于股份借入者放松股份出借合同的限制并将日本富士电

[23] Claudio Loderer & Pius Zraggen, *When Shareholders Choose Not to Maximize Value: The Union Bank of Switzerland's 1994 Proxy Fight*, J. Applied Corp. Fin., Fall 1999, at 91.

[24] Janice Kay McClendon, *Bringing the Bulls to Bear: Regulating Executive Compensation to Realign Management and Shareholders' Interests and Promote Corporate Long-Term Productivity*, 39 Wake Forest Law Review 971, 1016-1027 (2004).

[25] Henry T. C. Hu, *Misunderstood Derivatives: The Causes of Informational Failure and the Promise of Regulatory Incrementalism*, 102 Yale Law Journal 1457, 1464-1465 (1993).

[26] 罗培新:《公司治理法律规则背后的经济与社会含义——以日本活力门收购事件为视角》,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第二卷),法律出版社2010年版,第21-24页。

视网络公司的股份返还给日本广播公司。如果活力门公司赢得这场并购争夺战的话,其也将面临 Softbank Investment 和 Daiwa Securities 拒绝放松股份出借合同的风险,活力门公司想获取日本富士电视网络公司股份投票权的设想也将落空。最终,活力门公司与日本富士电视网络公司达成了一个伙伴关系,活力门公司放弃了收购日本广播公司的努力,Softbank Investment 也及时将日本富士电视网络公司的股份返还给了日本广播公司。在这个案例中,隐性的投票权并没有被用于让股份的持有者获得投票权,也没有被用于规避信息披露的义务。相反,日本广播公司运用投票权隐性策略来否决活力门公司的投票权,而且在敌意收购威胁消失后还能获得这些投票权。

### 三、股份投票权与收益权分离的制度构造

类型化思维对于认知现象背后的事物本质固然重要,但并没有上升到制度分析层面廓清股份投票权与收益权分离的制度实相,而法理学的“主体-行为-责任”范式为进一步的认知努力提供了可能性框架。鉴于此,有必要从实施主体、行为表现、责任约束三个维度来解析股份投票权与收益权分离的制度构造。

#### (一) 实施主体

前文指出,股份投票权与收益权分离的常态化是在金融创新驱动之下呈现出来的,某种意义上是金融衍生革命的产物。金融衍生产品的复杂性决定了股份投票权与收益权分离的实施主体是机构投资者而不太可能是个人投资者,当然,包括董事、控制股东和高级管理人员在内的公司内部人在特定情形下也会成为实施主体。在现代资本市场上,机构投资者分为市场驱动型机构投资者、政治驱动型机构投资者和社会驱动型机构投资者。<sup>[27]</sup> 由于投资者分离投票权与收益权的动机无非是获取短期收益、转嫁风险或进行控制权争夺,这意味着分离行为的实施主体主要是以对冲基金、共同基金、私募股权投资基金和投资银行为代表的市场驱动型机构投资者。

1. 对冲基金。对冲基金是纯粹的市场驱动型机构投资者,也是股份投票权与收益权分离的最主要操纵者。目前,尽管对冲基金的统一定义尚未形成,但对冲基金的基本特征已为理论与实务界普遍认同,其特征包括:实行非公开发行,募集对象限于机构投资者和富裕人群;投资策略复杂而灵活,包括卖空、对冲、套利和杠杆交易等;采取特殊性的佣金结构,基金管理人可收取业绩表现费;信息披露义务较轻,受到的监管较少。<sup>[28]</sup> 我们可以用一个公式来描述对冲基金的构成要素,即“对冲基金 = 最先进的投资理论 + 最灵活的投资策略 + 最大胆的投资杠杆 + 最优秀的经理人”。其中,复杂而灵活的投资策略是对冲基金最显著的特点,它综合运用期权、股票指数、利率期货、互换等金融衍生工具,配以复杂的组合设计进行投资和关联操作,以规避风险和提高收益。当对冲基金运用卖空、对冲、套利等策略进行股权投资时,有负担股份必然会产生,股份的投票权与股份的经济利益出现分离在所难免,这便为空洞投票埋下了伏笔。同时,由于对冲基金的投资策略具有高度的隐蔽性,难以纳入信息披露范围和监管视野,这也为公司股份经济所有权的隐匿和变异留下了祸根。

2. 共同基金。共同基金的投资组合一般都会涵盖股票、债券和其他资产,这些投资组合交由专业的基金管理人管理,以短线投资为主。共同基金持有的股份实行场外交易,投资者可以直接从共同基金手中购买股票然后交由其管理,由于共同基金的投资实行净额结算制度,投资者对基金经理的管理

[27] K. A. D. Camara, *Classify Institutional Investors*, 30 *The Journal of Corporation Law* 219, 226 (2005).

[28] Anita K. Krug, *Institutionalization, Investment Adviser Regulation, and the Hedge Fund Problem*, 63 *Hastings Law Journal* 1, 12 - 17 (2011).



能力和盈利能力较容易判断,投资者如果不满意共同基金的市场表现可以随时撤回投资。<sup>[29]</sup> 高度的市场流动性既是共同基金吸引投资者之处,也有可能导致诸多负面影响,如共同基金的管理者为了吸引和留住投资者,必定会追求短期回报的最大化,诱使其过多从事短期行为,这难免会损害共同基金中的追求长期回报的投资者的利益。<sup>[30]</sup> 共同基金的上述特性与股份投票权与收益权分离的制度机理高度契合,其完全具备实施条件,对其短期行为所引发的利益冲突应保持清醒的认知。

3. 私募股权投资基金。私募股权投资基金作为资本市场上一种快速发展的金融创新工具,已经成为仅次于银行贷款和公开发行的第三大公司融资渠道。<sup>[31]</sup> 由于私募股权投资基金只能以非公开的方式募集资本,享受注册豁免,无须履行严格的信息披露义务,所以其在从事股权投资时具有一定的隐蔽性,再加上对赌协议的习惯性运用,私募股权投资基金往往出其不意地获取一个公司的控制权。公司控制权本来是一种从股东所有权中派生出来的经济性权利,以股东为本位,但对赌协议的出现打破了公司控制权与股权相对应的局面,私募股权投资基金完全可以通过协议的方式成为某公司的“实际控制人”,公司控制权也由此沦为了“冒险者的乐园”和“投机者的天堂”。在可预见的将来,私募股权投资基金完全可能利用对赌条款分离目标公司的投票权和经济利益,如何平衡融资便利和投资者保护成为公司面临的一个棘手难题。

4. 投资银行。作为资本配置的核心环节,投资银行创造了众多资本神话,为资本市场的发展作出过巨大贡献。但由于投资银行的贪婪无度和过度投机,其在2008年的金融风暴中成为千夫所指的对象,背负了“资本劫持法律”的骂名,并为此付出了惨痛代价,包括贝尔斯登遭遇贱卖、美林被低价收购、雷曼走向破产、高盛和摩根士丹利惨淡转型。投资银行失败的一个主要原因是其大量从事金融衍生品投资和实行高杠杆经营,如在2007年上述华尔街五大投资银行的杠杆水平都超过了30倍,俨然变成了追逐高风险、高回报、实行高财务杠杆的对冲基金,相当于为金融危机蓄积了一个巨大的风险“堰塞湖”。投资银行的高杠杆经营模式使其有动力也有能力实施分离股份投票权与收益权的行为,尤其是在对目标公司实施敌意收购的情况下,投资银行完全可能通过购买投票权或借入股份的形式获取目标公司的控制权,此时的投资银行充当着“黑衣骑士”(black knight)的角色。<sup>[32]</sup>

## (二)行为表现

股份投票权与收益权的分离伴随着一系列行为的发生,既有法律行为也有事实行为,前者如投票权购买、股份出借和股权互换等合同行为,后者如买空、卖空、对敲、套利等技术操作行为,厘清这些行为的发生机理对于认识股份投票权与收益权分离的法律本质无疑具有重要意义。

1. 投票权购买(vote buying)。投票权购买又称为投票权价购,是指以有偿方式从股东手中受让投票权的行为,其实质是将投票权作为买卖合同的标的。金融创新背景下的新型投票权购买不仅规模巨大、方式特殊而且交易成本大幅降低,呈现出与传统投票权购买完全不同的特点:传统的投票权购买交易主要由公司内部人和控制股东来实施,其手段主要包括利用投票权信托、投票权拘束协议、发行超级表决权股或无表决权股、分类投票制度等工具削弱外部股东的投票权,而新型的投票权购买交易主要由激进的外部机构投资者来实施,它们借助于金融衍生品和股份出借市场来获取与其在公司中的经济利益不相称的投票权。由于投票权购买违背了投票权与收益权不能分离的基本公司法理,

[29] David M. Geffen, *Mutual Fund Sales Notice Fees: Are a Handful of States Unconstitutionally Exacting \$200 Million Each Year?* 40  *Hastings Constitutional Law Quarterly* 65, 68 (2012).

[30] Iman Anabtawi & Lynn Stout, *Fiduciary Duties for Activist Shareholders*, 60 *Stanford Law Review* 1255, 1290 (2008).

[31] 王荣芳:《论我国私募股权投资基金监管制度之构建》,载《比较法研究》2012年第1期,第48页。

[32] Federico M. Mucciarelli, *White Knights and Black Knights—Does the Search for Competitive Bids Always Benefit the Shareholders of “Target” Companies?* 3 *European Company and Financial Law Review* 408, 425 (2006).



英美判例法总体上对其持否定性态度,认为如果公司股东以获取个人利益为交换条件而在涉及所有股东利益的事项上私下接受对价而出售投票权,属于违反公共政策的无效行为。具体理由包括两个方面:一是投票权购买因其实现了所有者利益与控制性投票权的分离而不具有正当性;二是投票权购买仅顾及了个别股东的利益,违反了对其他股东的信义义务。<sup>[33]</sup>但在1982年的 *Schreiber v. Carney* 案之后,美国法院对待投票权购买的严厉态度趋于宽松,认为投票权买卖本身并不属于当然违法行为,法院的态度并非放任自流,而是要求投票权购买符合“本质公平”原则,交易行为是否符合“本质公平”的要求则交由法院在事后进行个案裁量。<sup>[34]</sup>

2. 股份出借 (share borrowing)。股份出借属于证券借贷 (securities lending) 的一种。证券借贷是指双方签订证券借贷契约,借入者向出借者提供现金、政府债券或信用证作为抵押,出借者向借入者提供证券的行为。按照美国《1934年证券交易法》,证券借贷契约不能包含卖空、交付特定证券、规避信贷义务等特殊意图,但该法律在1996年经修改,证券经纪商已经从这些限制性的束缚中解放出来,时至今日,证券借贷已经很少受到监管,股份出借也变得异常普遍,这成为股份投票权与收益权分离的重要诱因之一,正如有人所言,“如同金融衍生品市场的管制缓和一样,证券出借市场的规制缓和也是推动空票交易迅猛增长的重要诱因”。<sup>[35]</sup>金融机构和资产管理公司作为长期的股票持有者,将股份出借给证券经纪商是其重要的利润来源之一。在近年的发展中,证券经纪商借入股份的动机中越来越多地夹杂着借入投票权的目的,实践中也出现了借入投票权的案例,由于这明显违反了美国《1996年国家证券市场改进法案》(the National Securities Markets Improvement Act of 1996)的规定,所以不少学者建议通过限制证券借贷来杜绝投票权借入现象的发生。<sup>[36]</sup>但鉴于证券借贷抵押品对证券清算与结算系统的巨大影响,通过监管证券借贷来预防和阻止投票权的出借是不切实际的,那种试图在投票登记日期间强制性地召回被借出股份以阻止通过证券借贷交易获取投票权的做法更是缺乏可行性,因为无论股份出借者与这些被借出股份的投票权之间是否存在利益关联,对股份出借行为的限制都将扼杀卖空交易和窒息市场活力,也会使证券经纪商或清算机构面临难以承受的重大风险。

3. 股权互换 (equity swaps)。作为金融互换 (financial swaps) 的一种,股权互换是指交易双方签订互换协议,规定在一定期限内甲方周期性地向乙方支付以一定名义本金为基础的与某种股票指数挂钩的回报,而乙方也周期性地向甲方支付基于同等名义本金的固定或浮动利率的回报,或与另一种股票指数挂钩的回报。<sup>[37]</sup>股权互换合约经常用来转嫁股份所有权的经济或价格风险,股权互换的一方并不需要拥有该股份的所有权,在特别情况下其虽然拥有该股份的所有权,但股权互换并不伴随着股份投票权或其他权利的移转。<sup>[38]</sup>正因如此,投资者基于税收、合同或监管限制等原因不能或不愿卖出股票的背景下,其完全可以利用股权互换来分散投资组合风险而不需要卖出这些股票。这些股票投资组合可以通过股权互换来降低信息披露义务,其方式是将一组证券的收益与另一组证券的收益进行置换,这样可以减少交易成本和增加杠杆率。不同于投资者利用卖出期权来对冲其头寸,进入股

[33] Thomas J. Andre, Jr., *A Preliminary Inquiry into the Utility of Vote Buying in the Market for Corporate Control*, 63 Southern California Law Review 533, 542-543 (1990).

[34] 夏戴乐:《上市公司表决权买卖之法律经济学分析——以代理成本问题为中心》,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第6卷),法律出版社2012年版,第435页。

[35] Omig H. Dombalagia, *Can Borrowing Shares Vindicate Shareholder Primacy?* 42 University of California Davis Law Review 1233, 1276 (2009).

[36] Henry T. C. Hu & Bernard Black, *supra* note 20, at 891-892.

[37] Michael Occhiolini, *Where to Draw the Line: Distinguishing between Restricted and Publicly Registered Securities in an Era of Equity Swaps*, 1 Stanford Journal of Law, Business & Finance 209, 210 (1995).

[38] Bernard J. Karol & Mary B. Lehman, *Equity Derivatives*, 27 The Review of SEC & Commodities Regulation 125 (1994).

权互换合约的投资者一般不认为具有短期资本收益的税收目的,这样投资者就可以利用股权互换获取实质性的短期资本收益而且又不被认为这些收益是通过出售股票得到的。由于股权互换允许投资者延迟确认通过关闭股票风险头寸所得到的超过一年的任何收入,所以进入股权互换的投资者总是被视为长期的资本收益者。股权互换的上述特性使得其在分离股份的投票权与收益权方面具有天然优势,容易滋生股票所有权的隐匿与变异现象,也容易诱致投票权与经济利益的背离。

4. 技术操作行为。(1)买空(buying long)与卖空(selling short)。买空是指投资者预测股价将会上涨,但自有资金有限不能购进大量股票,于是先缴纳部分保证金,并通过经纪人进行融资以买进股票,待股价上涨到某一价位时再卖出,以获取差额收益。卖空是与买空相反的过程,即投资者预测某种股票价格将会下跌,便从经纪人手中借入该股票抛出,日后该股票价格果然下落时,再以更低的价格买进股票归还经纪人,从而赚取中间差价。无论买空者还是卖空者均不一定是股票的真正所有者,也不享有当然的投票权,这部分股票的投票权与经济利益之间存在典型的不对称关系。其实,买空者与卖空者尽管从权利外观上看属于公司股东,但投票权对其来说可有可无,其对投票权的沉睡状态抱以理性冷漠的态度。(2)对冲(hedge)。对冲又称为“套期保值”,是指为降低市场波动风险,保证利润不受价格波动的影响,同时持有方向相反的两种或两种以上头寸的交易行为。<sup>[39]</sup>早期的对冲是为了真正的套期保值,从事对冲交易的也都是实际生产者和消费者,如拥有商品需要将来出售者、将来需要购进商品者、拥有债权将来需要收款者或负有债务将来需要偿还者。这些人为了规避商品价格变动所带来的风险,就运用对冲的手段进行操作,目的是将暴露的风险用期货或期权等形式回避掉或转嫁出去,从而使自己的资产组合中没有敞口风险。对冲与金融衍生工具的结合会产生巨大的杠杆效应,操作得当会带来巨额收益,操作不当则会导致惨痛后果。在现代资本市场上,由于机构投资者持有众多公司期限不同的股票和长短不一的头寸,其完全有能力借用股指期货等金融衍生工具进行对冲交易和杠杆操作,在股份中的经济利益被对冲掉之后,股份的投票权就沦为了纯粹的投机工具。(3)对敲(matched orders)与套利(arbitrage)。对敲的通俗含义是自买自卖,即行为人与他人合谋,以事先约定的方式或价格进行交易,其目的是制造市场假象,诱导投资者作出错误判断,借机谋取收益或避免损失。对敲与期权的结合形成了一种复杂的金融衍生工具——同价对敲期权(straddle),它是指同时买进具有相同执行价格和到期日的买入期权合约及卖出期权合约,通过同时持有买入期权和卖出期权,交易商可以利用股票价格朝着任何一个方向波动而盈利。<sup>[40]</sup>由于同价对敲期权里潜在的巨大收益是一种令人很难抗拒的诱惑,对冲基金、投资银行等专业机构投资者已经习以为常地通过看涨期权与看跌期权的交互买卖进行利益的获取和风险的规避,由此所导致的一个后果是游离于监管之外的机构投资者成为主要的利益享有者,而登记在册的股东沦为主要的风险承担者,投资者之间的权利、义务与责任出现了严重背离。套利则是指以较低的价格买进实物资产或金融资产,然后再以较高的价格卖出,从中获取盈利的过程。套利交易主要分为跨期套利、跨市套利和跨品种套利三种形式,三种形式都可能导致股权与剩余索取权的割裂,造成股东权利保护的真空。

### (三) 责任约束

为了防止股份投票权与收益权分离成为一匹“脱缰之马”,必须将其纳入到法律责任的约束范围,这其实涉及到对股份投票权与收益权分离行为的正当性与合法性的认定问题。作为金融创新的产物,股份投票权与收益权分离是在期权、互换等众多金融衍生工具参与下完成的行为过程,是合同行为与技术操作行为的联结。金融衍生工具的本质是一种合同,即一种标准化的和可转让的

[39] 李勋:《对冲基金监管的法律问题研究》,厦门大学出版社2010年版,第1-2页。

[40] [美]唐·M.钱斯:《衍生金融工具与风险管理》(第5版),郑磊译,中信出版社2004年版,第255页。

书面合同,其所代表的是以约定未来在当事人之间交换特定金融标的物为内容的买卖合同之债。<sup>[41]</sup> 金融衍生工具的合同属性主要体现为“当前订约、未来履行”,这种合同不仅设定权利义务,更直接产生盈亏,具有可计价性,合同的签订意味着当事人之间的“对赌”。<sup>[42]</sup> 按照合同自由的原则,无论是股份出借合同,还是股权互换合同,当事人可以依法设定双方的权利与义务,违反合同义务的当事人须承担合同责任。但具有“对赌”性质的金融衍生交易合约能否在法律上强制执行、金融衍生交易合约的条款安排是否公平、金融衍生交易合约是否适用情事变更原则都颇有争议,进而对合同责任的分配产生影响。更为重要的是,由于资本市场中的上市公司涉及到广泛的公共利益,私法自治在这一领域受到一定程度的限制,作为私法自治主体的上市公司越来越多地遭到来自国家的干预。<sup>[43]</sup> 股份投票权与收益权的分离不仅涉及到行为人的利益,还涉及到公司、股东和其他利益相关者的利益,引发了众多主体之间复杂的利益冲突,非当事人的意思自治空间所能包容,这便有了侵权责任介入的制度空间。

侵权责任制度的功能,是为那些被认定为违反法律规定或者违背社会公共秩序的交易行为提供纠正机制。<sup>[44]</sup> 由于股份投票权与收益权的分离主要违反的是“一股一票”的公司法基本原则,这里有必要在“一股一票”的视域下讨论投资者分离股份投票权与收益权行为的侵权责任承担问题。“一股一票”作为公司法的基本原则,是公司资本民主的重要体现,历来为各国公司法所遵循。如德国《股份公司法》第12条第1款规定,在股东大会中,每个股东原则上都享有与其参与相对应的表决权。<sup>[45]</sup> 美国《标准商事公司法》第7.21节第(a)小节规定,除非第(b)小节和第(d)小节或者公司章程另有规定,每股发行在外的股票,无论属于何种类别,对于股东会议上要求表决的事项具有一票表决权。<sup>[46]</sup> 我国《公司法》第103条也规定,股东出席股东大会会议,所持每一股份有一表决权。尽管各国公司法在一股一票问题上普遍作出了例外性的规定,但例外性规定的内容集中在限制大股东的投票权、保护中小股东权益和防止公司治理的利益冲突等方面,而股份投票权与收益权分离使得投票权沦为了大股东投机性的利益输送工具,背离了公司法的基本理念,破坏了资本市场法制历来维护的核心价值,所以难以获得法理上的正当性,也难以借助于“一股一票”的例外性规定为自己寻求合理性辩护。对此,有美国学者认为,平等投票权的重要性不仅仅是公平分配利润,还是约束公司经理们勤勉、负责的最终防御措施,它牵涉到公共政策,是不容放弃和出卖的。<sup>[47]</sup> 也有德国学者认为,由于股东在公司中担负着管理任务而且股东相互之间也存在紧密的依附关系,股东不可能无限制地行使投票权,即股东只能在符合公司共同利益的范围内进行投票表决,其投票权的行使必须受到公司章程中规定的义务、忠诚义务、平等待遇原则以及禁止滥用投票权原则的约束。<sup>[48]</sup> 综合上述分析,本文认为股份投票权与收益权的分离,导致了投票权的“形骸化”,使得股东投票制度这一公司治理的核心机制被掏空,严重背离了公司法基本原则,其本质是一种对经济公共秩序的违反,应属于无法律效力的行为。因此,机构投资者或公司内部人所进行的分离股份投票权与收益权的行为,须受到侵权责任的约束。

[41] 王旸:《衍生金融工具基础法律问题研究》,载《法学家》2008年第5期,第81页。

[42] 刘燕、楼建波:《金融衍生交易的法律解释——以合同为中心》,载《法学研究》2012年第1期,第60-62页。

[43] 于群:《上市公司治理的法学视角》,人民出版社2008年版,第7页。

[44] 徐冬根:《高风险金融交易法律规制研究》,上海交通大学出版社2015年版,第142页。

[45] [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》(第21版),殷盛译,法律出版社2010年版,第541页。

[46] 沈四宝编译:《最新美国标准公司法》,法律出版社2006年版,第71-72页。

[47] Louis Lowenstein, *Shareholder Voting Rights: A Response to SEC Rule 19c-4 and to Professor Gilson*, 89 *Columbia Law Review* 979, 1014 (1989).

[48] [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第3版),高旭军等译,法律出版社2005年版,第585页。

## 四、股份投票权与收益权分离的法律规制进路

股份投票权与收益权的分离使得公司治理的核心机制——投票机制——出现了严重失灵,由此引发的利益冲突成为资本市场法制亟待解决的现实课题。股份投票权与收益权分离的法律规制,一方面需要选择正确的规制路径,防止因路径选择的错误而付出额外的制度成本;另一方面需要设计合理的制度规则,实现金融创新与公司治理的良性互动。本文主张引入合作规制的理念,将合约规制与公权规制进行合理搭配,形成有效竞争,促进适时替代,进而使股份投票权与收益权的法律规制达致事半功倍之效。

### (一) 法律规制的路径选择

现代金融学试图把所有的市场交易都视为契约关系,每一项市场交易都由显性或隐性的契约来调节。无论是股份出借、股权互换还是投票权购买,均是交易双方就财产权利所作的契约安排,这些契约关于权利、义务、风险、责任的配置直接影响着公司治理的运作。从这个意义上讲,股份投票权与收益权的分离是私人之间的契约治理失败的产物。当契约治理捉襟见肘时,法律强制就应粉墨登场。对于股份投票权与收益权分离的治理,首先需要从内部视角切入,主动“深入敌后”,攻破私人治理者的“内部堡垒”,然后需要从外部视角切入,研究如何强化法律实施机制,如细化立法、强化监管、提高行为人责任标准等。两个视角的范式竞争与逻辑转换,事实上指向的是合约规制与公权规制的路径选择问题。

股份投票权与收益权分离的合约规制,属于一种典型的自我规制,它是私人主体自愿制定规则并在内部自愿实施,其内容、方式的选择以及内部监督激励机制的设计均由内部成员决定。这种自我规制的路径主要包括两种方式,即利用金融合约进行规制和利用公司章程进行规制。前者如对股份出借、股权互换等金融合约作出限制,后者如对在公司章程中设定对冲基金、投资银行等机构投资者的持股比例和投票权的限制条款。金融契约本是私法自治的产物,外部力量不宜轻易介入,但私法自治是有限度的,不能违背资本市场法制的基本原则和基本法理,否则就有外部力量介入之必要。在金融创新背景下,金融契约容易沦为公司内部人和机构投资者不当利益输送的工具,由此导致的投票权与收益权分离已经超出了私法自治的范畴,给公共利益造成了威胁,对其进行外部干预已经势在必行。立法者可以制定和出台股份出借、股权互换、信用衍生交易等方面的金融合约示范文本,克服可能导致股份投票权与收益权分离的合约陷阱,用权利义务的明确性强化行为人的心理预期,通过激励、约束或诱导机制供上市公司参照执行。在合约规制的过程中,公司章程充当着关键角色,公司完全可以借助于公司章程作出一些未雨绸缪式的规定,只要这些规定不违反法律的强制性规范即可。尤其是在金融创新的剧烈冲击之下,公司法的不周延性或漏洞日益增多,新型的公司治理利益冲突趋于复杂和严峻,公司章程更应注意发挥填补公司法的授权性空白并弥补公司法遗漏的功能。

股份投票权与收益权分离的公权规制,旨在弥补合约规制的不足,克服私法自治的缺陷。这一立场指向决定了公权规制的边界:凡是合约规制能有效运行之处,就没有公权规制存在的空间;凡是公权规制有不能克服私法自治缺陷之情形,就没有公权规制运作之余地;凡是存在公权规制克服私法自治缺陷不经济之情形,也没有公权规制存在之必要。<sup>[49]</sup>公权具有天生的扩张倾向,如果缺乏必要的制约,公权介入非但不能起到规制的效果,反而会加剧利益冲突的严重程度,这就需要对公权进行法

[49] 李昌麒:《论经济法语境中的国家干预》,载《重庆大学学报》(社会科学版)2008年第4期,第91页。

律控制。对于行政权而言,其规制重点应放在防止股份投票权与收益权分离演化成系统性的金融风险、维护资本市场的整体秩序、利用特别行政程序为受到损害的市场主体提供救济等方面,同时应当摒弃“法律父爱主义”的做法,以避免行政权的软约束、投机主义行为和道德风险滋生对资本市场法制的伤害,通过行政权的自我规制来实现行政法治,并将行政权规制工具选择的正当性问题纳入司法审查的视野。对于司法权而言,其规制重点应放在公司内部人与机构投资者的道德风险行为的裁判上,为股份投票权与收益权分离提供司法救济通道,发挥司法的定分止争功能,同时应当坚守司法的谦抑性立场,审慎介入公司治理,在司法能动与司法克制之间保持合理平衡。在公权规制的框架下,行政权与司法权惟有进行合作规制,实现无缝隙衔接,才能有效填补新型公司治理利益冲突的“克雷斯勒之孔”。<sup>[50]</sup>

## (二) 合约规制的具体展开

由于金融合约的不当约定是造成空洞投票的直接原因,调整和优化金融合约的权利、义务与责任配置无疑是股份投票权与收益权分离合约规制的第一要义。合约规制存在两层含义,一是立法者或监管者对金融合约作出限制性规定,二是公司本身对金融合约作出限制性规定。就前者而言,立法者或监管者应当规定禁止利益冲突投票的一般条款,通过列举和兜底性规定相结合的方式明确违法性的空洞投票情形,包括股份出借导致的空洞投票、股权互换导致的空洞投票、“股权登记日捕获”导致的空洞投票、“股票软存放”导致的空洞投票等,尤其是要对股份出借和股权互换的条件作出严格限定,如要求被出借的股份不能与该股份的投票权相分离、用于互换的股权必须保持统一头寸等。需要强调的是,在资本市场实践中,空洞投票所引起的利益冲突的情况通常是隐蔽的,机构股东容易借助替身规避禁止利益冲突投票的一般条款,这就需要公司在其章程中对一般条款作出细化,如针对对冲基金等市场驱动型机构投资者设定“投票权封顶”计划、针对“空洞投票者”设定股东投票资格限制或剥夺条款以及不当利益追回条款,以坚守股份投票权与收益权相对应的原则,重申“一股一票”的基础性地位。鉴于市场驱动型机构投资者是空洞投票的始作俑者,这里有必要针对机构投资者的股东投票资格限制或剥夺条款、不当利益追回条款以及信义义务条款予以展开。

从理论上讲,投票权作为一种法定股东权,不得以公司章程或股东大会决议的形式予以限制或剥夺,更不能轻易对股东资格予以“除名”,但这对于无投票权的优先权股以及导致投票权排除的情形,存在例外。事实上,对股东的投票权作出限制或剥夺是一种普遍现象,如我国台湾地区“公司法”规定了特别股股东、公司依法取得自己之股份、从属公司持有控制公司之股份、相互投资公司、股东有自身利害关系致有害于公司利益之虞等股东投票权行使限制的具体情形。机构投资者的空洞投票属于典型的利益冲突行为,可以将“股东有自身利害关系致有害于公司利益之虞”作为限制或剥夺其投票资格的法理依据,对此,有学者认为,如果股东享有的投票权给公司带来的利益,还不足以充抵因此给公司带来的成本,那么取消股东投票制的公司就应当相对繁荣昌盛。<sup>[51]</sup>当然,限制或剥夺败德股东的投票权也不乏成文法依据,如按照《德国股份法》第136条第1款、第405条第3款第5项的规定,倘若存在股东个人利益远远超过成员利益的危险,股东就不能参与投票,来源于其股份的投票权也不可以由他人行使。<sup>[52]</sup>在法律未就机构投资者进行空洞投票所产生的法律后果予以直接规定之前,公司可以运用合乎目的解释的方法在其章程中规定股东资格的限制或剥夺条款,以实现分配正义与矫正正义的统一。

[50] [美]戴维·斯基尔:《金融新政》,丁志杰等译,中国金融出版社2012年版,第143-145页。

[51] 罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版,第205页。

[52] [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》(第21版),殷盛译,法律出版社2010年版,第542-543页。

“追回条款”(clawback provision)本是一个有关高管薪酬的制度设计,最早出现在2002年的《萨班斯-奥克斯利法案》中。该法案第304节规定,如果存在与任何证券法不符的行为或错误,并导致会计报表重编时,公开发行证券公司的CEO和CFO应当归还在该公司首次发行证券或其在SEC备案后12个月内从公司收到的所有红利、激励性奖金、权益性酬金以及在该期间通过买卖公司证券而实现的收益。SEC在2006年修改《高管薪酬披露条例》时要求公司采取适当措施,对公司基于不正确的财务报表而给予高管的报酬,公司应当予以追回。<sup>[53]</sup>这一制度完全可以通过“创造性转化”成为空洞投票合约规制的重要制度安排。机构投资者与公司内部人从事空洞投票的目的无非是为了攫取不当收益,如果立法或公司章程规定了针对空洞投票的不当利益追回条款,机构投资者与公司内部人的道德风险有望得到根本性的遏制。作为一种事后的救济手段,公司、股东等相关主体可以提起代位诉讼,就机构投资者与公司内部人的不法行为追究其法律责任。

股份投票权与收益权分离的合约规制,还需要确立机构投资者的信义义务。如同股东投票权的制度机理一样,信义义务也具有典型的合约属性,它构成了公司合约漏洞的重要补充机制,正如有学者所言,也许是假借了上帝之手,小股东无法利用合约机制保护自己,却从“信义义务”这一强制性法律规定中获得了护佑;董事在“经营判断规则”的庇护下几乎无所不能,但却如孙悟空一样逃不脱信义原则这一如来佛之掌心。<sup>[54]</sup>各国公司法普遍确立了董事、高级管理人员以及控制股东的忠实义务和勤勉义务,当公司内部人通过空洞投票等手段侵害公司和中小股东利益时,可对其进行信义义务问责,或者追究其从事内部交易、操纵市场等法律责任。但由于股份投票权与收益权分离的主要行为主体是对冲基金、投资银行等机构投资者,它们不一定属于公司的控制股东,对公司和其他股东并不负有当然的信义义务,所以其侵害公司和中小股东利益的行为有可能面临责任追究的落空。本文建议扩充信义义务的涵摄范围,确立机构投资者对公司和中小股东的信义义务或者“忠实于公司最佳利益行为的义务”,这将会填补机构投资者信义义务问责的空白,有效遏制机构投资者的道德风险和逆向选择,减缓其冒险和投机取巧行为对公司的伤害。<sup>[55]</sup>

### (三)公权规制的具体展开

公权规制又称为公共规制,具体包括行政规制与司法规制。由于股份投票权与收益权分离属于国际资本市场上最新出现的现象,立法几乎处于空白状态,而司法规制又是以立法为前提,所以股份投票权与收益权分离的公权规制的重任就主要由行政权力来承担。股份投票权与收益权分离的行政规制,主要体现为金融监管机构对上市公司的股东投票权、“股权登记日捕获”、股份出借、“股票软存放”等问题作出细致性的监管规范。在股东投票权方面,金融监管机构应当明确规定,空洞投票属于禁止性行为,超过经济所有权部分的投票权不产生法律效力,消极经济所有权的股东则丧失投票权。为了防止这一规定成为“空中楼阁”,监管机构还应同时作出对从事空洞投票的股东和公司内部人进行行政处罚的规定,包括罚款、市场禁入等,对董事、高管等进行空洞投票的公司内部人还应及时启动信义义务的问责机制。为了防止“股权登记日捕获”,监管机构可以要求上市公司缩短登记基准日与投票日之间的时限,并在该期间加强对机构投资者的监管,尽量减少这段“法律真空期”被别有用心的人所利用。在股份出借方面,行政规制的重点是要求证券经纪商真实、充分、完整地披露股份出借的重大信息,并建立规范的股份回购制度,以填补非正式的投票权通道。证券经纪商有义务审查股份借入者的交易意图,对于有明显证据证明借入者属于“空洞投票者”的情形,证券经纪商应当拒绝股份

[53] 刘京海、陈新辉:《对萨班斯法案中“追回条款”的思考》,载《中国总会计师》2009年第4期,第28页。

[54] 同注52引书,第288页。

[55] [英]保罗·戴维斯:《英国公司法精要》,樊云慧译,法律出版社2007年版,第170页。

出借。对于“股票软存放”的行政规制,重点则在于还原员工持股计划的真实面相,防止假借增进员工福利之名行不正当利益输送之实。员工持股计划的资金来源应以提供增量“期权式”虚拟现金及抵税资金为主,尽量避免以降低员工现有薪酬为代价,并进一步强化打击财务粉饰、财务造假、内幕交易和虚假披露的执法力度。<sup>[56]</sup>此外,监管机构还可以要求对冲基金等市场驱动型的机构投资者在借入股份时必须履行信息披露义务,并对股份借入的时点加强监控。由于隐性/变异所有权的产生主要源于信息披露制度的缺陷,这里以信息披露监管为中心展开论述。

众所周知,信息是资本市场的生命线,构成了资本市场效率的核心要素,信息披露则是资本市场监管的核心环节。资本市场中之所以会出现隐性/变异所有权的现象,关键性的肇因是金融衍生品信息披露的“外观主义”准则诱致了机构投资者或内部人的经济所有权超过其外观的投票权现象的滋生以及非正式投票权通道的滥觞。传统的信息披露制度主要通过会计报表的形式实施,但是金融衍生工具具有特殊的定价方式,不能套用传统的会计准则对金融衍生品进行确认,也不能对金融衍生品进行合理计量,使得金融衍生品信息披露制度面临着重大的实施困境。<sup>[57]</sup>鉴于信息披露的“外观主义”准则是滋生隐性/变异所有权的温床,通过确立信息披露的“实质主义”准则来消除隐性/变异所有权的制度空间,已经迫在眉睫。确立信息披露的“实质主义”准则,关键在于强化信息披露的完整性与公平性。信息披露的基本要求包括真实性、准确性、及时性和完整性,其中信息披露完整性的缺失是导致隐性/变异所有权产生的关键原因之一。证券法上所要求的信息披露的完整性,包括质和量两方面的规定性:首先,在信息披露的质上必须是“重大信息”,即能够影响证券市场价格的信息;其次,在信息披露的量上,必须使投资者有足够的投资依据。<sup>[58]</sup>对投资者来说,信息披露的完整性,还意味着披露的信息具有可获性,即信息披露义务人应将披露的信息通过相关媒体和网站进行公开,或将招股说明书等法律性文件置备于证券监管机构、证券交易所等指定场所供投资者阅览。然而,信息披露的完整性要求主要是针对上市公司而言的,机构投资者并不受信息披露的完整性的束缚,正是这种脱法行为酿致了隐性/变异所有权现象的滋生。有学者认为,法律应当赋予机构投资者“完整性经济所有权的信息披露”(integrated ownership disclosure)义务,披露的内容涵盖股份或关联资产的投票权和经济所有权、积极经济所有权和消极经济所有权、股份出借和空洞投票等。<sup>[59]</sup>通过立法将这些事项列入强制性信息披露的范围后,公司还可以在其章程中对机构投资者显性或隐性的持股情况、借入或借出股份等事项作出更加细化的规定。除此之外,确立信息披露的“实质主义”准则,还需强化信息披露的公平性,防止机构投资者为获取个人利益而进行选择性的信息披露(selective disclosure),正如IOSCO在其2002年的《关于上市公司持续披露和重大事项报告的准则》所指出的,上市公司应该保证所有证券持有人在持续信息披露方面均应享有公平、平等的待遇,在向投资大众公开披露之前,不应该将信息披露给选定的投资者或关联方。

## 五、余论:中国资本市场的制度变革

股份投票权与收益权分离作为金融创新诱致的产物,对公司治理的影响复杂而深刻,使得包括公

[56] 李季先:《员工持股计划背后的法律隐喻》,载《中国证券报》2012年8月11日,第A03版。

[57] 冯博:《金融衍生品定价的法律规制》,法律出版社2013年版,第128页。

[58] 周友苏主编:《新证券法论》,法律出版社2007年版,第368页。

[59] Henry T. C. Hu & Bernard Black, *Equity and Debt Decoupling and Empty Voting II: Importance and Extensions*, 156 University of Pennsylvania Law Review 625, 682 (2008).



司法和证券法在内的资本市场法制面临巨大的挑战与变革压力。我国资本市场虽然发展时日有限且制度不健全,但也正在快速地“与国际惯例接轨”,难以游离于国际资本市场之外而独善其身。事实上,股份投票权与收益权的分离在我国资本市场已经初露端倪。如在鼎盛天工(600355)召开的2009年第二次临时股东大会上,出现了基准日之前在册股东清空所持股票后依然具备对公司重大事项“指手画脚”权力的尴尬局面,即“有股无投票权,无股却有投票权”,有投资者认为已无实际联系的挂名股东在股东大会上胡乱投票会危害到普通投资者的利益。<sup>[60]</sup>再如ST轻骑(600698)2011年重组方案被股东大会否决,其中一个引人关注之处在于“非公司股东”左右了投票结果。在该案中,向ST轻骑重组方案投出2800万股反对票的股东中,有部分股东在投票时已不具备股东身份,即其虽在股权登记日确认了股东身份,却赶在股东大会召开前出售了股权。仅该公司前十大股东中,就有四位股东如法炮制,其“先出仓、再否决”的股权数约达700万股,这也导致了ST轻骑重组方案最终未能获得通过。<sup>[61]</sup>此外,攀钢钒钛(000629)、黔源电力(002039)等也曾遇到过相同的问题。不难看出,这些空洞投票案例既不涉及到股权互换,也不涉及到股份出借,只是利用了法律的漏洞,与境外资本市场出现的空洞投票案例不可同日而语。但这并不意味着我国资本市场不具备股份投票权与收益权分离的现实条件,尤其是随着融资融券和转融通等金融业务的推出,我国的股份出借市场逐渐形成,标志着资本市场卖空时代的到来,这无疑为真正意义上的空洞投票埋下了伏笔。

值得关注的是,无论是证监会的《转融通业务监督管理试行办法》,还是沪深两家证券交易所的《转融通证券出借交易实施办法(试行)》,都没有对融券股票的股东投票权问题作出规定,这无疑会引发股东投票权归谁所有等诸多质疑。有学者认为,借出的证券应包括证券的所有权利,当然包含投票权,理由在于上市公司大股东的持股经证金公司和证券公司之手,很可能被融券者借入后在市场抛空,这些股票为二级市场其他投资者所买入,二级市场投资者所得到的股票理应是完完整整的股票,其所持股份自然包括投票权在内的股票的所有权利,假如大股东借出股票后仍享有股票的投票权,那么上市公司的投票权总数就将超过公司总股本所对应的投票权数,岂不荒谬?<sup>[62]</sup>当然,这仅属于理论上的推演,实践中的投资者、证券公司和证金公司完全可能利用法律文本的含混不清之处作出相反的约定。此外,转融通业务中担保物证券的投票权如何行使,也是一个颇值得讨论的问题。按照《中国证券金融股份有限公司转融通业务规则(试行)》第7章的规定,证券公司向中国证券金融股份有限公司(以下简称“证金公司”)借入资金或证券,应向证金公司提交保证金,保证金可以证券充抵。该保证金以信托的方式设立,证金公司与证券公司应当约定,转融通担保证券账户内的证券和转融通担保资金账户内的资金,均为担保证金公司因向证券公司转融通所生债权的信托财产。《转融通业务监督管理试行办法》第33条规定:“对转融通担保证券账户内记录的证券,由证金公司以自己的名义,行使对证券发行人的权利。证金公司行使对证券发行人的权利,应当事先征求委托其持有该证券的证券公司意见,并按照其意见办理。前款所称对证券发行人的权利,是指请求召开证券持有人会议、参加证券持有人会议、提案、表决、配售股份的认购、请求分配投资收益等因持有证券而产生的权利。”由此可以看出,作为“名义持有人”的证金公司和作为“权益拥有人”的证券公司之间是投票代理关系,证金公司将其股票出借给证券公司后并未丧失投票权,只是改变了投票权的行使方式,这事实上形成了非正式的投票权通道,造成了投票权与股份经济利益的分离。

对于中国资本市场法制而言,如何因应股份投票权与收益权的分离,是一个关乎金融创新与法律

[60] 参见《荒唐 不是股东却有股东大会表决权》,载《重庆商报》2009年6月24日,第26版。

[61] 参见《ST轻骑重组遭“山寨股东”否决 专家建议向法院申请撤销股东大会表决》,载《证券日报》2011年4月1日,第D01版。

[62] 熊锦秋:《转融通股票的股东投票权属于谁》,载《上海证券报》2012年9月6日,第12版。



变革的重大理论及实践课题。2008年的金融危机之后,反思和批判金融创新的言论甚嚣尘上,普遍性地将金融创新视为金融危机的罪魁祸首,甚至有不少人认为这场资本主义的危机标志着新自由主义时代的终结。但回到我国的现实语境,我们面临的现状不是创新过度而是创新不足,金融创新所依赖的法制权威性、法制整合力、法制公信力、法制执行力、法制创新力等因素尚未齐备,金融创新与法制变革的良性互动关系尚未形成。<sup>[63]</sup> 因此,我们需要在加强金融监管的前提下鼓励、培育和引导金融创新,而不是因噎废食地抑制、阻却甚至扼杀金融创新。正如有学者所言,我国未来经济的发展如果要得到金融资本全面的支撑,那么政府就必须因时制宜地对金融市场松绑,就必须学会在监管与创新中寻求均衡,就必须勇于接受金融创新的挑战并探究我国金融法律制度的创新之路。<sup>[64]</sup> 我国的资本市场法制必须未雨绸缪,在机构投资者的股东投票资格限制或剥夺条款、不当利益追回条款、信义义务条款以及“实质主义”的信息披露准则等方面作出制度调整与变革,及时回应股份投票权与收益权分离这一新型的公司治理利益冲突,实现公司治理与金融创新的互动,进而坚守资本市场法制的时代适应性品格。

## On the Separation between Voting Rights and Shares Ownership and Its Legal Regulation

Li Anan

**Abstract:** Under the impact of financial innovation, the rule of prohibiting separation between voting rights and shares ownership has been broken. Empty voting and hidden/morphable ownership are mainly performance of the separation between voting rights and shares ownership, which leads to failure of shareholder voting system as the core mechanism of corporate governance. The implementers of the separation are market-driven institutional investors, the behavioral manifestations of the separation include contract behavior and technical operation behavior, and the liability mechanism of the separation include contract liability and tort liability. In order to maintain legal order of capital market and achieve competitive balance between financial innovation and corporate governance, we need to introduce the concept of co-regulation during the process of regulating the separation between voting rights and shares ownership, reasonably deploy contract regulation and public rights regulation, establish legal provisions of limiting or depriving voting qualifications, recovering improper benefits and fiduciary duty towards institutional investors, and establish information disclosure guidelines with substance doctrine.

**Keywords:** financial innovation; separation between voting rights and shares ownership; empty voting; hidden/morphable ownership

(责任编辑:幸颜静)

[63] 蔡奕:《法制变革与金融创新——兼评〈证券法〉、〈公司法〉修订实施后的金融创新法制环境》,载《中国金融》2006年第1期,第54页。

[64] 黎四奇:《〈多德-弗兰克华尔街改革和消费者保护法〉之透析及对中国的启示》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第10期,第77页。

# 法律社会学语境下新三板市场投资者 准入限制制度的社会利益目标分析

徐冬根\*

**摘要:**我国新三板市场所实施的投资者准入限制制度,从法律社会学视角检视,是资本市场的一项特殊制度安排,其目的不是要限制投资者的入市权利,而是在于保护投资者免受重大损失。这种以利益为法律价值、以目的为导向的法律规范,在我国新三板市场监管中的运用具有特殊的意义,它使得我国新三板市场监管法律规范的制订和实施更具有针对性,有利于提高市场效率,更好地保护投资者,实现法律的实质正义和社会正义,体现社会利益目标。

**关键词:**新三板市场 投资者准入 社会利益

法律社会学(sociology of law)的产生和发展,<sup>[1]</sup>大大改变了法和法律发展的生态,使法和法律从注重其形式性和规范价值走向注重实质性和功能意义。法律社会学理论强调社会利益(social interests)目标分析。法律社会学代表人物罗斯科·庞德(Roscoe Pound)在批判抽象个人主义观念的基础上,建立起其利益理论(theory of interests),<sup>[2]</sup>并主张追求和维护社会利益和社会正义。<sup>[3]</sup>庞德认为,利益是社会历史变迁的内在动力,站在利益的角度可以透视整个人类社会。法律社会学的另一位代表人物耶林(Rudolph von Jhering)也认为,法律的目的就是维护社会利益,社会利益是法律的创造者,是法律的唯一根源,所有的法律都是为了社会利益的目的而产生。<sup>[4]</sup>法律社会学所谓的“社会利益”是指为维护社会秩序和社会正常生活所提出的主张(claims)、要求(demands)或愿望(desires)。<sup>[5]</sup>社会利益是个人利益在一定层面上的集合,是个人利益在整体上的体现。<sup>[6]</sup>当不同个人之间权利或者利益发生冲突的时候,个体之间必须限制彼此各自的个体行为,从达到社会资源整合的目的。社会

\* 上海交通大学凯原法学院教授,法学博士。

[1] 有关法律社会学的产生和发展的历程,庞德专门撰写了长篇系列论文,分三次分别刊载于《哈佛法学评论》。See Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 24 Harv. L. Rev. 591, 591-619 (1911); 25 Harv. L. Rev. 140, 140-168 (1911); 25 Harv. L. Rev. 489, 489-616 (1912). 有关法律社会学在欧洲和美国的不同流派和晚近的发展, See Mauricio García-Villegas, *Comparative Sociology of Law: Legal Fields, Legal Scholarships, and Social Sciences in Europe and the United States*, 31 Law & Soc. Inquiry 343, 343-375 (2006).

[2] 庞德有关社会利益的思想与理念散见于其以下学术作品: *Social Control through Law* (1942) 63-80; *The Spirit of the Common Law* (1921) 91-93, 197-203; *Introduction to the Philosophy of Law* (1922) 90-96; *Interpretations of Legal History* (1923) 158-64. See Roscoe Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 Harv. L. Rev. 1, 1, note 1 (1943).

[3] 参见杨晓畅:《社会正义抑或个人自由?——庞德利益理论根本诉求的探究》,载《法制与社会发展》2010年第1期。

[4] 参见段威、曹胜亮:《经济法价值目标——社会整体利益》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第4期。

[5] See Roscoe Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 Harv. L. Rev. 1, 2 (1943).

[6] 在法律社会学语境下,社会利益是个人利益的集合体,社会利益不同于公共利益。公共利益是指与国家有关的利益,如国家的统一、国家的政权和国家安全等, See Roscoe Pound, *A Survey of Public Interests*, 58 Harv. L. Rev. 909, 910 (1945).

利益概念的引入,改变了传统法学研究中注重分析法律结构内在的逻辑一致性的思维惯习,提供了从法律与外部世界的关系来考察法律的外部视角。<sup>[7]</sup> 法律社会学关注的是法律对于自身之外的这个社会系统所具备的功能,将关注重点放到法律与外部世界的关系、法律在社会中所发挥的功能等一系列问题上。<sup>[8]</sup> 就新三板市场<sup>[9]</sup>投资者<sup>[10]</sup>准入限制制度的检视而言,法律社会学“所强调的是法律有助益于的那些社会目的,而非制裁”;<sup>[11]</sup>注重的是这样的法律规范是否符合社会利益目标;<sup>[12]</sup>观察法律规范“是否适合社会发展的要求”。<sup>[13]</sup>

## 一、新三板市场投资者准入限制制度的基本规则

任何一个法律规范都有一个确定的立法目的,有明确需要法律保护的制度利益。同时,法律制度不仅与其生存环境、社会状况紧密联系在一起,而且与社会利益存在紧密关联。“社会是法律发展的基础。”<sup>[14]</sup> 社会利益对法律制度的发展具有重要的引导作用。社会利益就像一座灯塔,引领着法律制度的发展方向。而且,社会利益是法律制度发展的最强动力,牵引着法律制度沿着符合社会利益的道路向前演进。<sup>[15]</sup> 法律在规制市场秩序和金融行为的过程中,应体现出一种与当时正在兴起的金融创新相适应并与社会发展相兼容的法律风格。<sup>[16]</sup> 规制新三板市场的法律和法规,承载着重要的历史使命,承担着组织、协调和管理新三板市场金融活动,保障新三板市场秩序和社会利益的历史重任。2013年12月13日颁布的《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》(以下简称“《决定》”)就是承担着这样一个使命的法律规范。《决定》规定在新三板市场投资者准入方面,建立和完善投资者适当性管理制度,对入市投资者的资格实施一定的限制。该《决定》规定:“建立与投资者风险识别和承受能力相适应的投资者适当性管理制度。中小企业具有业绩波动大、风险较高的特点,应当严格自然人投资者的准入条件。积极培育和发展机构投资者队伍,鼓励证券公司、保险公司、证券投资基金、私募股权投资基金、风险投资基金、合格境外机构投资者、企业年金等机构投资者参与市场,逐步将全国股份转让系统建成以机构投资者为主体的证券交易场所。”<sup>[17]</sup> 作为我国新三板市场的一项特殊制度安排,自然人投资者准入限制制度承载着这样的历史使命和社会利益目标。

### (一) 投资者市场准入限制制度的法律特征

凯尔森(Hans Kelsen)在法学方法与社会学方法之间设定了一条明确的分界线。他指出,法学方法只关注对这些规范的逻辑批判,它导向了一种纯粹的法律理论,而这种理论的主要任务就是在那些

[7] 参见张万洪、丁鹏:《法律社会学视野下的宪法解释制度——一个功能主义的分析》,载《国外社会科学》2013年第2期。

[8] 参见马姝:《论功能主义思想之于西方法社会学发展的影响》,载《北方法学》2008年第2期。

[9] 新三板市场是全国中小企业股份转让系统的简称或习惯称法,是中国证券监督管理委员会为便于中小微企业融资而于2013年1月16日在北京设立的一个场外交易市场。

[10] 本文中所称的“投资者”均指“自然人投资者”。

[11] [美]罗斯科·庞德:《社会学法理学》,邓正来译,载《法制与社会发展》2003年第5期。

[12] See Kathleen M. Sullivan, *Dueling Sovereignities: U. S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 109 Harv. L. Rev. 78, 93-94 (1995).

[13] 参见陈叶军:《法律社会学以“外在的视角”研究法律现象》,载《中国社会科学报》2015年2月9日,第A02版。

[14] 公玉祥:《法制现代化的分析工具》,载《中国法学》2002年第5期。

[15] 参见梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,载《中国法学》2012年第4期。

[16] 参见[英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第191页。

[17] 参见《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》第4条。

构成一种法律体的规范之间建构起逻辑上的相互依凭关系,因而它所采取的首要手段是逻辑分析。但是,社会学方法所关注的却是那些制定规范的人(与那些适用规范的人相区别)的需要,以及那些规范的内容——而这与规范的系统安排、逻辑相互依凭关系及其历史沿革相区别。<sup>[18]</sup>可见,“规范的内容”对法律社会学分析方法来说是不可或缺的基本要素。在对新三板市场投资者市场准入限制制度的社会利益目标进行法律社会学分析之前,我们先来归纳一下我国新三板市场法律规范中有关投资者市场准入限制制度的具体内容及其法律特征。

第一,投资者准入限制对象具有针对性,它不是对全体投资者的限制,而是对部分投资者(自然人投资者)的限制,是对不符合特定量化标准的投资者的准入限制。我国最新颁布的新三板市场业务规则中,将自然人投资者的准入标准调整为“名下前一交易日日终证券类资产市值500万元人民币以上”。<sup>[19]</sup>自然人投资者的证券类资产市值如果达到或者超过500万元人民币以上,则符合新三板市场的投资者准入要求,可以进入新三板市场进行股权交易;反之,如果达不到500万元人民币的,自然人投资者不得进入新三板市场参与股权交易。新三板市场致力于发展成为专业投资市场,投资人大多数为创业投资基金、股权投资基金和产业资本等专业机构,以长期投资为主。通过制订具体规则,设定一定的市场准入标准,可以将不符合这个政策导向的自然人投资者排除在新三板市场之外。

第二,投资者准入限制制度在准入评估环节上设置了风险评估和检测要求。一个合格的投资者,应在进入新三板市场之前,对新三板市场具有相关的知识和对资本市场有一个比较深入的认识,同时对自己的风险承受能力有一个定量检测和评估。我国资本市场管理层在合格投资者制度建设方面一直在做不懈的努力,比如2008年9月,上海证券交易所发布实施的《上海证券交易所个人投资者行为指引》,对投资者在实践中容易忽视或发生的具体问题,提出了针对性要求,引导投资者妥善评估自身的风险能力,谨慎参与高风险的证券品种和业务,依法自我保护。<sup>[20]</sup>现在很多证券公司对新开户的投资者,要求其填写《个人情况表》、签署《风险承受能力评估表》,并对客户风险承受能力进行评估,贯彻了法律规范中要求对投资者进行风险评估和检测的规定。

第三,赋予了被限制准入的投资者可以采取变通方式进行投资的权利。目前,新三板市场正积极培育和发展机构投资者队伍,鼓励和推动证券公司、保险公司、证券投资基金、私募股权投资基金、风险投资基金、合格境外机构投资者、企业年金等机构投资者参与市场,引导和鼓励证券公司、基金公司等金融机构推出定向投资产品。证券类资产达不到500万元标准的自然人投资者,法律规范赋予其可以通过上述定向投资产品间接参与新三板市场的投资。

## (二) 市场准入限制与投资者适当性管理制度

我国新三板市场投资者市场准入限制制度的社会利益目标是通过投资者适当性管理制度来实施的。投资者适当性管理制度是我国新三板市场投资者市场准入限制制度的一个重要组成部分。所谓“投资者适当性”,即证券公司应区别投资者的不同市场风险认知水平和承受能力,为投资者提供差异化并具有针对性的产品和服务。<sup>[21]</sup>建立投资者适当性管理制度的目的是为了为了保护投资者利益,避免投资者购买超出自己风险承受能力的产品而遭受重大损失。美国甚至将投资者适当性管理制度设定

[18] 参见注11引文。

[19] 左永刚:《新三板投资者准入门槛提高 自然人证券类资产市值提升至500万元》,载《证券日报》2013年12月31日,第A02版。

[20] 参见孙清岩:《投资者准入制度该如何设立》,载《上海证券报》2009年4月8日,第006版。

[21] See Lewis D. Lowenfels, Alan R. Bromberg, *Suitability in Securities Transactions*, 54 Bus. Law. 1557, 1557 (1999).

为“始终以投资者利益最大化为目标”。<sup>[22]</sup> 投资者适当性管理制度是新三板市场投资者市场准入限制制度设计者实现投资者市场准入限制制度的社会利益目标的载体。投资者适当性规则起源于美国,至今已经形成了包括自律性规范、监管规则、司法判例在内的一套完整的法律规范体系。<sup>[23]</sup> 纽约证券交易所(NYSE)通过“了解你的客户”(know your customer)规则,来体现投资者适当性管理要求。<sup>[24]</sup> 2009年5月15日,美国最大的非政府证券业自律监管机构——金融业监管局(FINRA)<sup>[25]</sup>通过新的适当性规则FINRA Rule 2111 (Suitability)<sup>[26]</sup>融合了先前全美证券交易商协会和纽约证券交易所规则中的要求证券公司等证券中介机构履行适当性管理的义务,承担勤勉职责,负责收集投资者的相关信息,确定投资者参与证券交易是否适当。目前,金融业监管局的适当性规则成为其他自律性证券机构的范本。<sup>[27]</sup>

投资者适当性管理制度是实施投资者市场准入目标的一套监管法律规则体系:第一,通过投资者适当性管理建立投资者准入的定性或者定量的法定准入衡量标准。在投资者准入制度方面,目前我国新三板市场不允许普通个人投资者参与。2009年中国证券业协会发布的《证券公司代办股份转让系统中关村科技园区非上市股份有限公司股份报价转让试点办法(暂行)》第6条规定:“参与挂牌公司股份报价转让的投资者,应当具备相应的风险识别和承担能力,可以是下列人员或机构:(一)机构投资者,包括法人、信托、合伙企业等;(二)公司挂牌前的自然人股东;(三)通过定向增资或股权激励持有公司股份的自然人股东;(四)因继承或司法裁决等原因持有公司股份的自然人股东;(五)协会认定的其他投资者。挂牌公司自然人股东只能买卖其持股公司的股份。”第二,证券公司是新三板市场投资者市场准入监管法律规则的实施者,负责在投资者的开户、买卖、证券投资咨询环节中进行把关和实施,尤其是在投资者申请开立证券账户时,对投资者的资质和能力进行检验和测试,将不符合法律要求的投资者阻挡在新三板市场之外,以避免不适当的投资者参与证券交易而出现重大亏损。<sup>[28]</sup> 证券公司有责任对投资者以往的交易有没有违法违规的记录,是否属于《证券法》规定的市场禁入者等情况,作出调查与评估。第三,对投资者的准入进行检验既是证券公司的权利,也是证券公司的法律义务。证券公司违反该法律义务,会受到证券监督管理部门的惩处。如在美国,证券公司违反投资者适当性规则会被美国证券交易委员会认定为证券欺诈行为。<sup>[29]</sup>

通过适当性管理制度对特定投资者的入市资格作出特定的限制,并不是中国金融法律规则制订者的首创,而是发达资本市场普遍采用的一种方式。如日本“东京高增长市场”(Alternative Investment

[22] FINRA Regulatory Notice 12-25 (May 2012), at 3-4. See also Michelle Lichtor, *How “Suitable” Is the Language of Suitability in the Modern Era?* 39 J. Corp. L. 201, 216 (2013).

[23] 投资者适当性规则最早是美国全国证券交易商协会(NASD)为了回应1938年马洛尼法案(the Maloney Act),以公平交易条款(Rules of Fair Practice)为载体确立的。参见赵晓钧:《中国资本市场投资者适当性规则的完善——兼论〈证券法〉中投资者适当性规则的构建》,载《证券市场导报》2012年第2期,第42页。

[24] N. Y. Stock Exchange, NYSE Rule 405.

[25] 2007年全美证券交易商协会(NASD)与纽约证券交易所监管委员会(New York Stock Exchange's regulation committee)合并成立金融业监管局(Financial Industry Regulatory Authority, FINRA)。

[26] 有关FINRA Rule 2111(Suitability)的条款, See Ronald J. Colombo, *Merit Regulation via the Suitability Rules*, 12 J. Int'l Bus. & L. 1, 10 (2013).

[27] See Jennifer A. Frederick, *Not Just for Widows & Orphans anymore: The Inadequacy of the Current Suitability Rules for the Derivatives Market*, 64 Fordham L. Rev. 97, 110, note 79 (1995).

[28] See Ronald J. Colombo, *Merit Regulation via the Suitability Rules*, 12 J. Int'l Bus. & L. 1, 1 (2013).

[29] 参见武俊桥:《证券市场投资者原则初探》,载《证券法苑》2010年第2期,第138页。

Market,简称Tokyo AIM)上的“特定投资者”准入制度就是一个典型的例子。日本东京高增长市场上的有价证券只限于在风险操控能力强的特定投资者之间流通,不得分销给其他普通投资者,后者只能通过投资公司或者信托公司等进行间接投资。东京高增长市场明显区别于日本国内其他证券交易市场。不仅如此,东京高增长市场也是世界范围内对投资者进行准入管理的公开市场。<sup>[30]</sup> 东京高增长市场特定投资者准入制度的建立带有一定的利益导向,是日本资本市场监管法律规范承载维护社会利益的目标和功能的体现,它既是东京高增长市场为贯彻日本政府竞争战略而实施特殊信息披露法律制度的产物,也是制订金融法律规则时权衡效率与公平利害关系之后的优化选择。

从法律社会学的视角看,通过适当性管理制度对特定投资者的入市资格作出特定的限制,是法律承载维护社会利益的监管理念在我国新三板市场监管法律规范中的一个体现。庞德认为,法律的目的是产生最大数量利益,或在最低程度地牺牲其他利益的情况下实现对社会整体利益的保障。<sup>[31]</sup> 适当性管理制度是我国法律体现产生最大数量利益,实现新三板市场投资者准入限制的社会利益目标和功能的载体。

## 二、新三板市场实施投资者准入限制的目的是保护投资者免受重大损失

以目的为导向来理解和分析相关的法律规范,是法律社会学分析的重要视角。在法律社会学语境下,“法律”有两层含义,第一,是指一般意义上的法律(如*ius*, *Recht*, *droit*, *diritto*, *derecho*),第二是特定意义上的法律(如*lex*, *Gesetz*, *loi*, *legge*, *ley*),前者主要是指权利或者正义,核心理念可以用“合乎道德”来表示;后者主要是指制定法,或者具体的法律规范。<sup>[32]</sup> 本文所指向的法律规范,主要是指后者意义上的制订法。通过具体的法律规范来限制投资者的市场准入,是立法的一种利益导向,以投资者保护为社会目标。“法律是社会各种利益冲突的表现,是人们对各种冲突的利益进行评价后制定出来的,实际上是利益的安排和平衡。”<sup>[33]</sup> 法律对利益冲突的平衡和控制具有特殊作用。<sup>[34]</sup> 投资者准入限制法律制度是理性构建的产物,也是新三板市场参与者各方利益平衡的产物。分析人士认为,对于像股指期货、创业板、新三板等高风险市场,建立一定的限制门槛有利于防范资本市场风险、保护自然人投资者免受重大损害。<sup>[35]</sup> 新三板严格自然人投资者的市场准入限制的出发点,不应该被看作是对投资者权利的限制,而应该被视为是对投资者风险的把控,<sup>[36]</sup> 其前提是在新三板市场挂牌的中小微企业具有业绩波动大、风险较高,而其中最主要的一个因素是新三板市场采取特殊的差异化信息披露法律制度。

法律社会学关注社会的基本条件对法律制度的影响。我国新三板市场实施的投资者准入限制法

[30] 日本“东京高增长市场”,又称“东京创业板市场”,参见郭东:《东京创业板“特定投资者”准入制度及其启示》,载《证券市场导报》2010年第6期。

[31] 参见王海波、马玉收:《浅析庞德的利益论与社会控制论》,载《开封大学学报》2010年第2期。

[32] See Roscoe Pound, *Theories of Law*, 22 Yale L.J. 114, 115-116 (1912).

[33] Philipp Heck 语。参见何勤华:《西方法律思想史》,复旦大学出版社2005年版,第255页。

[34] 参见陆平辉:《利益冲突的法律控制》,载《法制与社会发展》2003年第2期。

[35] 参见注20引文,第006版。

[36] 据全国股转系统公司有关负责人介绍,经过系统测算,将自然人投资者的准入标准调整至500万元证券类资产符合市场发展和风险防控的要求。参见注19引文,第A02版。

律制度,事实上是与在新三板市场实施特殊差异化信息披露法律制度相配套的一种制度安排。所谓信息披露差异化,是指针对不同类型的公司及不同情况的同一类公司采取不同的信息披露标准和要求,使其信息披露的内容和方式不完全相同。信息披露差异化的本质不是面向特定群体进行信息披露,而是面向所有投资者进行信息披露的一种信息披露方式。对市场的投资者而言,他们所获得的某一特定公司披露的信息是相同的,即在获得信息的内容、方式和时间等方面都是平等和公平的。因而在本质上,差异化信息披露是一种公平的信息披露方式,对所有投资者而言是一种实质上的公平。<sup>[37]</sup> 在新三板市场实施差异化信息披露方式的目的是为了降低信息披露义务人的信息披露成本。在美国,规则 D(Regulation D)<sup>[38]</sup> 允许以私募方式发行证券免于向美国证券交易委员会进行登记,并进行差异化信息披露。但是,在实践中,发行人和证券公司仍然仅仅只向机构投资者或者符合资格的投资者发行私募证券,而将普通投资者拒之门外。<sup>[39]</sup> 如果私募证券向普通投资者发行,则美国法律要求发行人承担信息充分披露的责任。<sup>[40]</sup> 这里发行人和证券公司对普通投资者拒之门外的原因是为了降低信息披露和发行的成本。显然,新三板市场实施特殊的差异化信息披露法律制度,相对于主板、中小板和创业板等其他公开市场而言,能够大大降低在新三板挂牌的中小微企业的信息披露成本,而特定投资者由于其具有比较强的专业投资判断能力,因此能够适应这样的特殊信息披露法律制度。而自然人投资者,如果进入这类实行灵活的差异化信息披露法律制度的新三板市场,可能面临信息不对称,投资决策缺乏依据等困境。在这样的社会基本条件下,如果新三板市场对所有投资者开放,必然会对自然人投资者的利益造成重大不利影响,明显违背公开市场上法律对投资者的公平性保障要求。为了减少对自然人投资者的这种不利影响,法律必须有所作为。如何利用法律规范的控制作用,<sup>[41]</sup> 解决好中国当前社会新三板市场的这个特殊问题,这是法律社会学所关注的一个焦点。为确保差异化信息披露这种能够体现证券市场公平与效率,有助于全面保护投资者利益,降低上市公司信息披露成本,增加监管针对性的措施能够顺利实施,限制不符合法定条件的普通个人投资者进入市场,既是新三板市场实行特殊差异化信息披露法律制度的一个前提,也是以法律体现社会利益目标和功能的监管理念为指引所作出的法律规范和法律制度的优化选择。

可见,设立新三板市场投资者准入限制,目的是保护投资者免受重大损失。以社会利益目标为导向,制订有明确的目的性和功能性的法律规范,有利于体现法律的立法旨趣。显然,在投资风险比较大的新三板市场,设立投资者准入制度,对我国新三板市场建设平稳起步、稳健推进具有保驾护航的作用,同时起到了保护投资者利益的立法目的。

### 三、新三板市场实施投资者准入限制所体现的是市场参与主体的整体利益

如何调整新三板市场不同市场参与主体之间的利益问题,是我国新三板市场法律规制中的一个严肃的法学理论问题,同时也是我国新三板市场立法和监管者所面临的一个重大的现实问题。对利

[37] 参见徐聪:《试论我国上市公司差异化信息披露制度之构建》,载《证券法苑》(2011年)第4卷,第333页。

[38] 17 C. F. R. § 230.501 (2013).

[39] See Frederick Rosenberg, *About NCLs, Reg. D, and Suitability*, 21 No. 2 PIABA B. J. 187, 187-188 (2014).

[40] Rule 502(b)2 of Reg. D. 17 C. F. R. § 230.502(b)2 (2013).

[41] 法律社会学家将法律规范视为社会控制的特殊形式。See Roscoe Pound, *The Progress of the Law*, 41 Yale L.J. 174, 174 (1921).

益的追求,形成新三板市场不同市场参与主体的动机,成为推动新三板市场投资行为和活动的动因。

我国新三板市场的建立,是我国多层次资本市场体系建设和完善的基本要求。经过多年的发展,专门为中小企业提供资本市场服务的新三板,在2014年1月将市场服务范围从北京、上海、天津和武汉四地的试点高新园区扩容到了全国,中小微企业资本市场迎来重大发展机遇。<sup>[42]</sup>截止2016年6月30日,在新三板市场挂牌的公司数量达到7685家。<sup>[43]</sup>

立法机关有广泛的权力通过适当的法律条款来设置政府职能部门,并设定政府职能部门的权限。<sup>[44]</sup>同样,政府职能部门也有权通过制订适应社会发展需要和体现社会利益的法规来规制金融市场和金融行为。社会利益的法律确认与法律调整是当下中国法治实践中面对的一个重要问题,由社会发展所带来的社会关系的复杂化以及社会利益更大程度地剥离于个体利益决定了当代法治实践的目标应更多地注重维护社会利益并调整个体权利与社会利益的关系。<sup>[45]</sup>作为面向专业投资者的新三板市场,实行更为灵活的信息披露法律制度,可以降低在新三板市场上挂牌的中小微企业的信息披露成本,提高中小微企业到新三板市场挂牌融资的积极性,从而吸引更多的中小微企业到新三板市场挂牌,实现不同层级的资本市场为不同需求的企业提供融资便利的目标,繁荣我国多层次资本市场。法律社会学以社会利益为法律价值来理解和应用相关的法律制度。法律社会学派的代表人物狄骥(Léon Duguit)认为,人无法摆脱社会而单独存在,每个人都有一定的社会责任,而维护社会利益是人的基本责任。<sup>[46]</sup>法律社会学家既关注个人的权利和权益,<sup>[47]</sup>更注重社会利益和社会秩序。按照法律社会学的理念,每一个自然人投资者都应当承担一定的社会责任。庞德认为,为了实现社会的有序运转,减少或避免人们之间的冲突,社会需要法律这种工具对各种利益进行分配,对人性进行控制。法律调整的对象就是人类内在本性的外在表现。<sup>[48]</sup>

新三板市场实施投资者准入限制所体现的就是自然人投资者约束自己投资权的社会责任,在不符合法律设定的投资者市场准入要求的情况下,暂时不参与新三板市场的投资交易。因此,在法律社会学语境下,新三板市场实施投资者准入限制,对不符合法定要求的部分投资者的新三板市场投资权利作出一定的制约,其所体现的是市场参与主体的整体利益。庞德在他的利益理论中提出立法或者司法造法都应该被视为社会工程。<sup>[49]</sup>在法律社会学语境下,社会是作为一个内在功能完备的系统而存在的,社会的整体利益高于一切。有学者认为,即便是在美国等西方发达国家也有诸多的投资者限制和要求,并且还有禁止入市的规定。我国资本市场还远无法达到像美国等西方发达国家那样通过一系列体制性措施去维护投资者利益的水平。因此,在没有任何实践的背景下,新三板市场的监管层采取一定的条件对投资者入市作出一定的限制是理性的。<sup>[50]</sup>新三板市场的信息披露标准低于创业

[42] 参见刘锬:《海通证券:开拓新三板蓝海》,载《解放日报》2014年11月21日,第4版。

[43] 参见《6月30日新三板日报:挂牌公司增至7685家,成交额达47426.49万元》,资料来源:全国中小企业股份转让系统, <http://www.neeq.com.cn/static/statisticdata.html>。访问日期:2016年7月1日。

[44] See John F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, 124 Harv. L. Rev. 1939, 1951 (2011).

[45] 参见张明新:《通过法律调整利益关系:以构建和谐社会为目标》,载《江苏警官学院学报》2008年第2期。

[46] See Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, 2d ed., Paris, 1920, pp. 24-25.

[47] 法律社会学视角下有关个人权利和权益的保护问题, See Roscoe Pound, *Individual Interests of Substance—Promised Advantages*, 59 Harv. L. Rev. 1, 1-42 (1945).

[48] 参见注31引文。

[49] 参见注31引文。

[50] 参见袁华江:《从德国二板市场关闭看我国创业板投资者准入标准》,载《产权导刊》2009年第9期。



板的要求,因此,对新三板市场的入市投资者作出限制,完全是适当的,既是对自然人投资者的一种保护,也是符合市场整体利益的。

自然人投资者个体利益与新三板市场社会利益是矛盾的两个方面。首先,它们存在着统一性。新三板市场社会利益是通过众多自然人投资者个体利益表现出来的,自然人投资者个体利益在一定条件下可以转化为新三板市场社会利益,特别是在新三板市场自然人投资者个体利益遭受的侵害具有经济秩序或社会正义的普遍性和典型性意义时,就可能转化为新三板市场社会利益。其次,新三板市场社会利益与自然人投资者个体利益又是相互冲突的,这种冲突构成矛盾的次要方面。在新三板市场法律规制中,利益冲突主要表现为自然人投资者个体利益与新三板市场社会利益之间的冲突,这种冲突是由于自然人投资者个体与新三板市场社会整体利益需求的差异性所引起的。从法律社会学的角度来讲,这种利益冲突是利益主体基于利益差别和利益矛盾而产生的利益纠纷和利益争夺。<sup>[51]</sup>法律作为调整社会关系的一种手段,作为保护利益的一种方式,必须对利益的价值进行判断和比较,以求在最小的成本消耗下获得整个社会利益的最大化。社会利益高于个人利益,利益关系的调整最终都会涉及社会利益的权衡与平衡。所以,在新三板市场法律规制利益选择时,必须站在社会利益的高度上,必须考虑到新三板市场全体参与者的共同利益。党的十八届四中全会明确提出依法治国,维护人民利益是国家治理的切入点,是法治国的基础策略。中国特色社会主义的现代化建设和改革必须维护人民利益,这是社会主义本质的体现。<sup>[52]</sup>以保护投资者利益为导向,以投资者适当性管理为制度安排,设定自然人投资者的新三板市场入市门槛,是在资本市场法律体系建设中维护人民利益的具体表现。

在法律社会学语境下,在风险程度不同的市场,实行市场准入的差别性待遇,是政府证券监管部门以投资者利益保护为导向而采取的一种特殊法律措施和制度安排。通过投资者准入限制,新三板市场既可以达到实行有效差异性信息披露法律制度,降低小微挂牌公司的信息披露成本,促进新三板市场发展目标的实现,又可以达到保护投资者免受重大损害的目的。新三板市场实施投资者准入限制,能够一举多得,妥善协调各方的利益,实现规范证券市场秩序和维护社会稳定的社会利益目标。

#### 四、新三板市场实施投资者准入限制:对公平原则的挑战?

新三板市场与主板、中小板和创业板市场相比,其差异化的市场定位,必须解决好市场效率与市场公平之间的冲突。市场准入限制制度是否会引发不公平的社会利益问题,是本文需要阐述的又一个基本法律问题。学者们对此有不同的看法。有学者认为“对小资金、刚入市不久的投资者可能不公平,如果说资金量大说明抗风险能力强、开户时间长说明经验丰富,这实在是有点想当然了”。<sup>[53]</sup>也有学者提出相反的看法并认为:信息披露差异化与公平披露规则,与证券市场的三公原则(公平、公正、公开)并不矛盾。在一定程度上,信息披露差异化不但是对公平披露规则的补充,体现了信息披露的公平与正义,还进一步提高了信息披露的有效性,促进了证券市场的效率。<sup>[54]</sup>事实经验证明,人总

[51] 陆平辉:《利益冲突的法律控制》,载《法制与社会发展》2003年第2期。

[52] 参见元光:《用法治推进国家治理现代化》,载《中国社会科学报》2014年11月7日,B02版。

[53] 同注20引文,第006版。

[54] 参见注37引文,第329页。

是追求利益的最大化,以最少的投入追求最大的产出,即在各种约束的限制下,追求目标函数最大化,这就是经济学上所谓的“经济人”。<sup>[55]</sup> 对法律社会学而言,法律以承载社会利益为目标导向,以体现社会利益为标准,这就决定了在市场制度设计中“将利益作为制度设计的核心”,<sup>[56]</sup> 法律要将贯彻和实现社会利益的这一任务交付于某个具体的市场监管机构,并设定社会利益的标准,且由这些机构决定利益的大小和取舍。立法者根据社会现实需要而不是权利来规范并组织社会运行。<sup>[57]</sup> 在法律社会学语境下,社会利益目标代替了权利,选择性处理代替了法律的常规性的自我运行。

公平与效率始终是法律的两大基本价值。公平与效率的实现也成为当代政府职能部门的两大任务,成为新三板市场投资者市场准入限制制度社会利益目标分析所必须关注的一个重要话题。在法律上,“公平是指证券市场的参与者在法律上地位平等,在市场中机会平等”,<sup>[58]</sup> 在证券市场上,公平的含义更多的是指“市场机会平等、交易平等、竞争平等的公平”。<sup>[59]</sup> 对于证券市场来说,“效率与公平同样是隐含于政府监管目标中的焦点”。<sup>[60]</sup> “效率是法律的生产价值”,<sup>[61]</sup> 法律的制定、监管的执行在保证公平正义的前提下,追求效率就变得十分重要。法律应确认效率优先,“在涉及效率与公平的各个环节,把效率放在优先的位置”。<sup>[62]</sup> 如果仅仅从形式正义的立场出发,一味强调形式上的绝对公平,就无法建立一个有效的新三板市场的运行机制和法律监管体系。为此,法律社会学主张对法律形式主义的纠正,从实质正义的视角来看待公平问题。从法律社会学视角看,市场准入限制制度所追求的是整个新三板运作系统的整体效率,其所关注的是新三板市场全体参与主体的整体利益和社会正义。市场准入限制制度所追求的新三板市场的效率,属于实质正义和社会正义的范畴,是真正的公平价值所在,符合整体的社会利益目标。市场准入限制,不但没有影响公平原则在新三板市场的贯彻和体现,而且还有助于促进公平原则从形式正义向实质正义和社会正义的升华,更好地体现社会利益目标。

## 五、结语

在法律社会学的视角下,法律规范是实现一定社会目的或价值的工具。就我国新三板市场投资者准入法律规范来说,法律规范的工具性表现为:一方面授予证券监管机构合法权威,使之能够公平、有效地配置新三板市场资源,为中小微企业融资提供便利,促进我国改革创新发展和经济稳定增长。另一方面,赋予新三板市场投资者进行股权投资的权利和权益,把握投资者市场准入的条件和要求,维护新三板市场投资者的合法权益和新三板市场的秩序。我国规制新三板市场的法律规范实行投资者准入限制制度,是特定历史阶段的制度安排。新三板市场实行投资者准入限制制度,是与我国新三

[55] 参见《新帕尔格雷夫经济学大辞典》第2卷,经济科学出版社1992年版,第57-58页。

[56] 强世功:《法理学视野中的公平与效率》,载《中国法学》1994年第4期。

[57] 参见徐强胜:《我国金融法功能主义倾向的反思》,载《中国商法年刊:金融法制的现代化(2008)》,北京大学出版社2009年版,第219页。

[58] 徐明、黄来纪主编:《新证券法解读》,上海社会科学院出版社2005年版,第8页。

[59] 张维达、宋冬林:《社会主义市场经济条件下的市场公平和社会公平》,载《经济研究》1995年第8期。

[60] 洪伟力:《证券监管:理论与实践》,上海财经大学出版社2000年版,第9页。

[61] 胡平仁等:《法律社会学》,湖南人民出版社2006年版,第167页。

[62] 同注61引书,第168-169页。

板市场实行差异化信息披露制度相关联的。新三板市场所实施的特殊的信息披露法律制度,有利于简化信息披露程序和要求,降低信息披露标准,从而降低在新三板挂牌的中小微企业的信息披露成本和费用,提高新三板市场的效率。同时,该制度限制不符合法律要求的投资者参与新三板市场交易还体现了保护自然人投资者免受投资重大损失,维护新三板市场秩序的社会利益目标。新三板市场的制度设计,以限制自然人投资者市场准入为代价,来维护灵活的信息披露法律制度,妥善解决了效率与公平的冲突问题。从法律社会学的视角,我们可以看出,我国新三板市场准入限制制度,在立法的社会利益目标上,不但注重发挥“法律法规本身所蕴含的内在的公共价值(public value)”,<sup>[63]</sup>而且还强调法律对各方利益的平衡:既考虑到各个市场主体的相关利益,同时也尽可能将国家政策、法律的公平正义和可操作性集于一体。<sup>[64]</sup>我国新三板市场自然人投资者准入限制的法律规范,“将解决社会现实问题作为法律规范的价值目标来促进社会发展”<sup>[65]</sup>,体现了法律以维护、规范和稳定新三板市场秩序为社会利益目标的时代品格。

### **An Analysis on Social Interests Objectives of Restriction on Investors Access in New OTC Equity Market from the Perspective of Sociology of Law**

Xu Donggen

**Abstract:** Restriction on investors access performed in China's new OTC equity market is a special institutional arrangement of the capital market from perspective of sociology of law. The purpose of such arrangement is not to restrict the right of access into market of investors, but to protect investors from suffering heavy losses. The legal functionalism with interest as legal value and purpose as orientation has the specific functions in regulation of China's new OTC equity market. It makes enactment and performance of laws and regulations more targeted in new OTC equity market. It is also served as to improve market efficiency, to protect better investors, to realize substantive justice of law and social justice, as well as to reflect the objectives of social benefits.

**Keywords:** new OTC equity market; investor access; social interests

(责任编辑:丁洁琳)

[63] See Thomas O. Sargentich, *The Delegation Debate and Competing Ideals of the Administrative Process*, 36 Am. U. L. Rev. 419, 433 (1987).

[64] See William N. Eskridge, Jr., *Panel I: Relationships between Formalism and Functionalism in Separation of Powers Cases*, 22 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 21, 21-22 (1998).

[65] 参见朱维究、徐文星:《英国公法传统中的“功能主义学派”及其启示——兼论中国二十一世纪“统一公法学”的走向》,载《浙江学刊》2005年第6期。

# 著作权集体管理中的集中许可强制规则

熊琦\*

**摘要:**集中许可强制规则的意义,旨在抑制集体管理组织因权利集中获得的市场支配力,以避免权利人或使用人遭遇集体管理组织的歧视。但随着网络时代著作权商业模式的变革,现行强制规则已成为阻碍版权产业发展的制度瓶颈。调整强制规则,允许权利人在集体管理组织之外独立实施许可,不但能为解决集中许可版税标准争议提供参照,而且能促进不同许可主体和许可机制的良性竞争。我国有必要重新设定集中许可强制规则的立法目标,使其回归限制集体管理组织市场支配力的价值预设,同时在制度设计上放宽权利人自治,补充对使用者的保护,使强制规则适应网络商业模式。

**关键词:**著作权集体管理 集中许可 强制规则 版税标准

## 一、问题的提出

著作权集体管理制度的价值,在于解决作品传播范围和使用频率提高的前提下,著作权人无法完成大规模许可,以及使用者难以合理成本获取授权的问题。自录音和广播技术普及以来,集体管理制度基本实现了集合多数作品来源,统一授权协议内容和降低使用者获取作品成本的目标,但随着网络服务提供者的加入,著作权人开始抵制和退出集体管理组织,并试图以直接授权的方式重新控制作品的网络传播。我国网络环境下的作品许可和维权基本由著作权人自行完成,大量权利人从开始就拒绝授权集体管理组织行使信息网络传播权,且至今缺乏加入集体管理组织的意向。<sup>[1]</sup> 美国著作权集体管理组织虽已成功地集合了绝大多数著作权人,但也频繁遭遇著作权人撤出权利的申请,进而引发网络服务提供者的诉讼。<sup>[2]</sup> 这种现象致使集体管理制度陷入两难境地:一方面集体管理组织只有具备广泛代表性才能发挥集中许可的交易成本优势,权利人的抵制和退出将导致其丧失存在意义;另一方面著作权作为私权,授权行为本是建立在自愿的基础上,如果强迫权利人接受集中许可协议的内

\* 中南财经政法大学法学院、知识产权研究中心教授,法学博士,德国马克斯-普朗克创新与竞争研究所客座研究员。本文系国家社科基金重大攻关项目“中国特色知识产权理论体系研究”(11&ZD076)的阶段性成果。

[1] 一直以来,我国针对网络著作权侵权的维权和诉讼都是由著作权人自行发起,集体管理组织并未参与其中。代表性判例参见“十一大唱片公司诉雅虎”案,北京市高级人民法院(2007)高民终字1184号民事判决书,“泛亚公司诉百度”案,最高人民法院(2009)民三终字第2号民事判决书,“庄则栋等诉上海隐志网络科技有限公司”案,上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民五(知)终字第33号民事判决书,“腾讯诉网易云”,武汉市中级人民法院(2014)鄂武汉中(知)禁字第00005号裁定书。

[2] 自2011年开始,美国发生了一系列权利人企图绕过集体管理组织直接授权网络服务提供者的法律争议,一方面著作权人希望将网络环境下利用作品的相关权益掌握在自己手中,因而提出退出或部分退出集体管理组织,实现权利人与使用者之间的直接授权许可,另一方面网络服务提供者则希望借助集体管理制度中限制集体管理组织的条款来低价获取作品。代表性判例,参见 *BMI v. DMX Inc.*, 683 F.3d 32 (2d Cir. 2012), *In re Pandora Media, Inc.*, No. 12 CIV. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927 (S.D. N.Y. 2013), *In re Pandora Media, Inc.*, 6 F. Supp. 3d 317 (S.D. N.Y. 2014), *Pandora Media, Inc. v. ASCAP*, Nos. 14-1158-CV (L) (2d Cir. 2015).

容,必然违背权利排他性和私人自治的立法价值。

著作权人宁可牺牲集中许可的交易成本优势也要回归直接授权,目的是摆脱集体管理制度针对集中许可合同的强制规则。集中许可强制规则的意义,旨在通过限制集中许可合同条款来防止集体管理组织滥用市场支配地位,在各国的著作权集体管理制度中皆有明确的规定。然而,我国集中许可强制规则却未能实现上述目标,导致实践中我国集体管理组织从未取得多数权利人的信息网络传播权授权。我国著作权人认为,现行立法设定的强制规则过于强化集体管理组织的垄断地位,导致权利人毫无与之协商的资本。<sup>[3]</sup> 美国著作权人要求独立授权的原因虽不是与集体管理组织直接冲突,但同样源自对集中许可强制规则的不满。<sup>[4]</sup> 权利人和集体管理组织皆认为,既有强制规则设计阻碍了权利人通过合同构建适应网络时代的商业模式,唯有回归直接授权才能将符合自身利益的条件加入许可协议。<sup>[5]</sup> 由此可见,集中许可强制规则已成为权利人拒绝集体管理组织的主要原因,对此我国采取了通过增加延伸性集体管理倒逼著作权人加入集体管理组织的做法,并导致权利人与集体管理组织的矛盾进一步加深,<sup>[6]</sup> 美国法院也在 2015 年否定了权利人直接授权的请求。<sup>[7]</sup> 因此如何调整集中许可强制规则,已成为集体管理制度能否再次用来解决网络时代大规模许可难题的关键前提。<sup>[8]</sup> 我国集体管理制度成型于缺乏著作权产业的环境下,如何在现今本土产业基础上为权利人提供高效率的许可途径,更需要通过比较法充分认识先行国家已有的经验和教训,选择既可以限制自身市场支配力滥用,亦能够降低网络环境下大规模许可交易成本的规则设计。

## 二、集中许可强制规则立法蕴意之解读

著作权集体管理中的集中许可强制规则,是指在立法上强制要求集体管理组织向权利人或使用人提供特定类型和内容的集中许可合同。由于集体管理组织的运作需要集中著作权市场中大部分的作品来源,所以无论是权利人抑或使用者,都难以与之在许可方式和版税的协商问题上取得平等地

[3] 权利人认为自己完全缺乏制定集中许可方式和版税标准的参与渠道,版税分配也完全是集体管理组织自行决定。参见蓝方等:《解析中国式集体管理》,载《财新周刊》2012 年第 15 期,第 84 页。更有甚者,著作权人还以诉讼的方式禁止集体管理组织代理其权利。参见“上海水田商务信息咨询有限公司诉中国音像著作权集体管理协会”案,宁波市中级人民法院(2011)浙甬知初字第 498 号民事判决书,浙江省高级人民法院(2012)浙知终字第 165 号民事判决书。在本案中,著作权人明确拒绝了集体管理组织未经许可代理非会员许可作品的“好意”,宁波市中院和浙江省高院亦将此认定为侵权行为。

[4] 与我国权利人与集体管理组织存在大量分歧不同,美国集体管理组织在不同场合均公开支持权利人自由将部分权利撤出其管理范围,具体内容可参见美国两个主要音乐作品公开表演权集体管理组织负责人在修法听证会上提交的书面陈述。See *Hearing on Music Licensing Under Title 17 (pt. 2)*, Before the U. S. House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on Courts, Intellectual Property and the Internet (June 25, 2014). (Written Statement of Paul Williams, President and Chairman of the Board ASCAP); *Hearing on Music Licensing Under Title 17 (pt. 1)*, before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet of the U. S. House of Representatives Committee on the Judiciary (June 10, 2014). (Written Statement of Michael O' Neill, Chief Executive Officer of BMI).

[5] See *BMI's Comments on Copyright Office Music Licensing Study*, Before the U. S. Copyright Office, Docket No. 2014-03 (May 23, 2014).

[6] 熊琦:《著作权延伸性集体管理制度何为》,载《知识产权》2015 年第 6 期,第 24 页。

[7] 我国著作权法第三次修改草案征求意见过程中,作为著作权法修改草案起草者的国家版权局试图将延伸性集体管理制度加入著作权法中,赋权集体管理组织在未经许可的前提下直接“代表全体权利人行使著作权或者相关权”。这种做法明显是以立法的方式强制扩大集体管理组织的代表范围。具体草案条文参见 2014 年著作权法第三次修改草案(送审稿)第 63 条。美国法院拒绝权利人以部分退出集体管理组织的方式直接授权的判例参见 *Pandora Media, Inc. v. ASCAP*, Nos. 14-1158 (2d Cir. 2015).

[8] See Joan M. McGivern, *A Performing Rights Organization Perspective: The Challenges of Enforcement in the Digital Environment*, 34 *Colum. J. L. & Arts* 631, 642-643 (2011).

位。立法上设立对集体管理组织集中许可合同的强制,目的即在于通过法律手段纠正交易地位上的不平等。<sup>[9]</sup>对权利人而言,集中许可强制规则能够防止集体管理组织被少数占市场支配地位的权利人控制,从而避免处于弱势地位的权利人因集体管理组织设定的条件过于苛刻而受到损害;对使用者而言,集中许可强制规则可以保障不同使用者能够选择符合自身需求的合同,禁止集体管理组织因控制作品获取渠道来源而获取垄断利益。我国《著作权集体管理条例》直到2005年才出台,由于我国当时仅有一个由政府主导成立的集体管理组织,且缺乏广泛代表性,因此《著作权集体管理条例》对集中许可的强制性规定,更多是帮助集体管理组织树立专有许可的地位,例如第20条将集体管理组织的集中许可设定为专有许可,权利人在授权集体管理组织后不得自行行使权利。这显然与集中许可强制规则应蕴含的立法目的相悖,并成为如今我国集体管理组织与权利人对立的诱因。相比之下,对上述目标体现最为直接的立法类型,来源于美国司法部与本土相关集体管理组织订立的和解协议。美国著作权法并无任何针对集体管理组织的法律规范,集体管理组织所遵守的规则,皆来自于与司法部在一系列反垄断诉讼后达成的和解协议。<sup>[10]</sup>由于协议内容完全基于政府与集体管理组织的协商,因此与以直接立法规制相比,更贴近著作权产业和市场不断发展的实际,也更值得后来者借鉴。根据上述和解协议,集中许可强制规则主要表现在以下几个方面:

第一,缔约对象的平等性强制,即要求集体管理组织在缔约时平等对待所有使用者,不得借助在作品传播渠道上的支配力歧视缔约对象。根据和解协议的规定,在缔约对象的选择上,集体管理组织不得拒绝符合条件的使用者的缔约请求,其所提供的所有合同类型,也必须向同类型的使用者以无差别的方式提供。<sup>[11]</sup>平等性强制类似于民法中适用于涉及日常生活必需或国家垄断领域的强制缔约制度,其目的在于保障任何符合条件的主体皆能在上述领域获得服务。与集中了大量作品来源的集体管理组织相比,使用者可能在交易中处于弱势地位,使用者如果不通过集体管理组织,就无法从其他渠道一次性获得多数作品的授权。在此前提下,强制集体管理组织平等对待同类型使用者的缔约请求,可以避免其因集体管理组织的歧视而无法缔约。另外,平等对待所有许可对象的强制规则,还体现在集体管理组织在其所有类型的集中许可合同中向使用者开放提供全部作品,不得以任何理由将其管理的作品排除于任何许可合同的范围之外。<sup>[12]</sup>集体管理制度为著作权市场提供的便利之一,是通过一站式许可降低大规模交易的高额交易成本。如果集体管理组织拒绝向使用者提供其有权许可的所有作品,那么集体管理制度将失去存在意义,集体管理组织也可能成为权利人达成垄断协议和滥用市场支配力的工具。为防止上述情况出现,和解协议要求集体管理组织通过集中许可向使用者提供所有作品。<sup>[13]</sup>

第二,版税标准的合理性强制,即要求集体管理组织提供的版税标准和分配方式必须公平合理,如果使用者对此存在异议,将交由法院裁决版税标准。虽然版税标准应属于集体管理组织与使用者自由协商的内容,但鉴于集体管理组织的市场支配力,和解协议在版税标准的确定上施加了严格的限制条件。从定价标准上看,和解协议明文规定集中许可协议的版税标准必须合理。集体管理组织在

[9] See *ASCAP v. MobiTV, Incorporation*, 681 F.3d 76, 78 (2d Cir. 2012).

[10] 美国司法部与集体管理组织的首个和解协议订立于1941年,随着传播技术和著作权市场的发展,和解协议经历了多次修订,最新的版本施行于2001年。具体参见 *United States v. ASCAP*, 1940-1943 Trade Cas. (CCH) ¶ 56104 (S. D. N. Y. 1941); *United States v. BMI*, 1940-43 Trade Cas. (CCH) ¶ 56096 (S. D. N. Y. 1941); *United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999 (S. D. N. Y. 2001).

[11] *The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § IV (C) (S. D. N. Y. 2001).

[12] *The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § VI, § II (K) (S. D. N. Y. 2001).

[13] *The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § II (C) (S. D. N. Y. 2001).

收到使用者的缔约申请后,应根据申请内容来确定版税标准。如果缔约者提供的信息不足,集体管理组织可要求其补充相关信息或直接提供版税标准的建议。<sup>[14]</sup> 如果双方在法定期间内未能确定版税标准或无法与缔约者达成合意,都可以请求法院裁定版税标准。使用者在版税标准未定期间内,即可按法院裁定的临时价格标准支付版税并使用作品。<sup>[15]</sup> 一旦法院最终确定版税标准,集体管理组织必须对类似使用者适用相同价格。即使如此,为进一步抑制集体管理组织的市场支配力,和解协议还要求许可合同的期限不得超过五年,以保证使用者可以在该期间后再次调整版税标准。从分配标准上看,集体管理组织还必须平等对待作品的创作者与实际著作权人,与权利人缔结的任何许可协议中,都需要依法强制性地将近一半的版税分配给创作者,而无论其是否仍然是著作权人。<sup>[16]</sup> 这种设定意图,旨在保障将著作权让渡给图书出版者、唱片和电影发行者的创作者仍然能够从作品传播中获得收益。

第三,许可类型的区分性强制,即要求集体管理组织必须根据使用者使用作品方式的差异提供不同许可合同类型,且不得禁止权利人自行实施许可。区分性强制可分为两类,一类涉及集体管理组织与著作权人之间的许可权限,另一类涉及集体管理组织向使用者提供的许可类型。在权利人与集体管理组织的法律关系上,集体管理组织只能取得权利人的非专有许可授权,这意味权利人亦能自行许可他人使用作品。<sup>[17]</sup> 如此强制性规定旨在保障权利人和使用者有机会绕开集体管理组织,根据自身需要设定有别于集中许可的协议内容,以满足部分使用者小范围使用作品的需要。其次,在集体管理组织与使用者的法律关系上,集体管理组织必须根据使用方式的变化提供相应类型的许可合同。在1941年和解协议文本中“概括许可”(blanket license)和“按节目许可”(per-program license)的基础上,<sup>[18]</sup>陆续加入“关联许可”(through-to-the-audience license)和“按领域许可”(per-segment license)等类型。<sup>[19]</sup> 关联许可是指以一个许可合同涵盖多个主体之间的使用协议,<sup>[20]</sup>旨在解决广播和电视节目的转播需要。按次许可是将实际使用次数与版税标准挂钩,让使用者避免支付超出使用范围的版税。<sup>[21]</sup> 按领域许可则意味着使用者可以在特定领域内使用集体管理组织的任意作品,以适应网络流媒体和会员制订购等新兴服务类型。<sup>[22]</sup>

### 三、集中许可强制规则适用争议之梳理

#### (一) 商业模式变革引起的主体利益分歧

由于美国强制规则的制定过程始终征求权利人和使用者的建议,因此历次调整基本取得了预期

[14] *The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § IX (A) (S. D. N. Y. 2001).

[15] 法院临时裁定的版税标准,往往基于前一次双方适用的协议内容。See *The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § IX (F) (S. D. N. Y. 2001).

[16] See *United States v. ASCAP*, 442 F.2d 601 (2d Cir. 1971).

[17] *The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § IV (A), (B) (S. D. N. Y. 2001).

[18] 概括许可是指使用者通过每年向集体管理组织支付其所获广告收入的固定比例,即可任意使用集体管理组织拥有授权的所有作品;“按节目许可”同样为使用者每年固定向集体管理组织支付一定比例的广告收入,但差别在于作品使用范围和广告收入范围的界定仅限于特定节目。*Columbia Broadcasting System v. American Soc’y of Composers, Authors & Publishers*, 400 F. Supp. 737, 742 (S. D. N. Y. 1975).

[19] *Broad. Music, Inc. v. DMX Inc.*, 683 F.3d 32, 36 (2d Cir. 2012).

[20] 根据字面含义,through-to-the-audience license 应被译为“通向观众的许可”,但简单直译无法反映该许可模式的本质,本文选择意译为“关联许可”,以体现该许可类型的本质特征。

[21] See Michael A. Einhorn, *Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights in Broadcasting*, 24 Colum. - VLA J. L. & Arts 349, 354 (2001).

[22] See *The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999 (S. D. N. Y. 2001).



效果。但当互联网成为作品传播的主要途径后,权利人和使用者却同时对现行规则提出质疑。作为使用者的网络服务提供者主张严格执行和解协议对集中许可的强制规则,以阻止著作权人提高版税标准;而作为内容提供者的著作权人主张在版税标准的决策上拥有更多自治空间,以从互联网带来的新兴使用方式中获取更多收益。

和解协议中关于版税标准的合理性强制,使著作权人和集体管理组织在议价环节上缺少选择空间。一旦使用者认为版税标准不合理,即有权一方面申请法院重新裁定许可价格,另一方面在支付临时版税标准的前提下合法使用作品,而无须等待法院最终裁决的生效。由于整个著作权产业逐步转向围绕互联网传输展开,著作权人希望从中获取比传统许可渠道更多的版税收益,以弥补其他著作权市场消亡带来的损失,但由于网络服务提供者拒绝提高版税标准并申请法院裁决,著作权人只得将涉及数字传输的著作权类型回归权利人自行许可,以规避集中许可强制规则中对版税标准的限制,即以直接实施授权许可的方式排除强制性规则的适用,将版税标准的决定权控制在自己手中。<sup>[23]</sup> 本来强制规则已明确规定权利人在授权集体管理组织之后仍可以自行许可,但权利人这次的选择是将一种权利在网上行使的部分撤出集体管理组织,而非网络环境下的许可仍由集体管理组织实施。<sup>[24]</sup> 对此,网络服务提供者为了控制成本,向法院提出阻止权利人部分退出集体管理组织,并延续既有版税标准的请求。网络服务提供者认为,集体管理组织允许著作权人将涉及数字传输的权利撤回的行为,违背了解和协议对许可类型的强制性规定。即使著作权人有权部分退出集体管理组织,网络服务提供者仍能从集体管理组织那里获得网络传输作品的权利许可。<sup>[25]</sup> 网络服务提供者之所以要求法院严格解释和解协议的内容,乃是因为上述和解协议中平等性强制和合理性强制,能够保证其一方面在许可价格上借助法院裁判对抗集体管理组织,另一方面有权获得所有会员的作品。权利人如果有权将涉及数字传输的著作权撤回,不但会增加网络服务提供者与权利人个别协商的交易成本,而且无法通过法院裁决实现对定价权的限制。著作权人的规避和网络服务提供者的坚持,使得集体管理制度陷入两难困境。权利人一旦撤出部分权利,将导致集体管理组织丧失其在特定著作权领域的广泛代表性,而使用者延续和解协议所设定强制规则的请求,则可能扼杀新兴商业模式的发展。<sup>[26]</sup> 根据双方的诉求,对集中许可强制规则的争议主要表现在两点上:

第一,关于平等性强制中允许使用者获取作品范围的解释问题。为避免集体管理组织歧视使用者,强制规则要求集体管理组织在所有的许可合同中向使用者开放所有“作品名录”(repertory)。然而“作品名录”这一表述并非严谨的法律术语,各方都从对自己有利的方式来加以解释,双方争议焦点并非集体管理组织是否应该提供全部作品,而是是否应该提供全部作品所含的完整权利。<sup>[27]</sup> 集体管理组织从著作权人的角度出发,认为平等性强制中要求开放所有“作品名录”,是指所有作品上由著作

[23] 2011年5月,当时尚未被 Sony 收购的 EMI 首先将涉及数字传输的著作权撤出集体管理组织,随后 BMG 等著作权人也相继效仿,这迫使网络服务提供者 Pandora Media 不得不在与集体管理组织 ASCAP 展开谈判的同时,还要分别和上述几个掌握大量作品来源的著作权人商议许可条款。

[24] *In re Pandora Media, Inc.*, 12 Civ. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927, 7 (S. D. N. Y. 2013). 需要说明的是,由于美国著作权法并未单独规定网络环境下的传播权,而是通过扩大现有法律中的权利类型来涵盖,撤回网络环境下的著作权,意味着相同的权利类型著作权人和集体管理组织同时可以行使,只是网络环境下的使用单独由著作权人许可。其实美国一直允许权利人在授权集体管理组织之后,自己仍然自行实施许可,因此这里“部分撤回”权利的说法,是指权利人在授权集体管理组织后排除后者许可针对网络环境下的使用。由于我国单独设立了信息网络传播权,因此相应的行为只涉及该项权利是否授予集体管理组织的问题,而不存在分别行使。

[25] *See In re Pandora Media, Inc.*, 12 Civ. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927, 8 (S. D. N. Y. 2013).

[26] 美国音乐出版者协会主席甚至认为,法院对这一争议的认定结果将决定音乐产业的未来,并可能颠覆一个世纪以来形成的集体管理组织运作规则。*See Ben Sisario, Pandora Suit May Upend Century—Old Royalty Plan*, New York Times, Feb. 14, 2014, at B1.

[27] *United States v. Broadcast Music, Inc.*, 275 F.3d 168, 175 (2d Cir. 2001).



权人明确授权的权利,这意味着虽然集体管理组织对使用者的授权对象必须涵盖所有作品,但授权作品所含权利却受限于著作权人的许可范围,这使得权利人有权将撤回的权利控制在自己手中。使用者则把“作品名录”解释为所有作品所含的完整权利。集体管理组织一旦从权利人处取得作品授权,那么即可向使用者授权完整的作品权利,不得任由著作权人提出保留。<sup>[28]</sup> 这意味着即使权利人将部分权利撤回,使用者仍然能够从集体管理组织处获得完整的授权。质言之,上述“作品名录”解释的本质区别,在于权利人是否有权自行决定将哪些权利授于集体管组织来行使。针对上述分歧,美国法院采取了历史解释、体系解释和严格解释的方法,最终认定平等性强制中要求提供全部的“作品名录”,是指作品上所包含的所有权利类型,支持了网络服务提供者的见解。<sup>[29]</sup> 根据以往判例,法院认定之前判例中已经把作品名录解释为作品本身,而不是指作品上的特定权利。<sup>[30]</sup> 同时,法院根据和解协议中的其他条文,也从整体上认定整个和解协议将“作品名录”统一界定为客体而非权利。<sup>[31]</sup>

第二,关于合理性强制中版税标准合理条款的适用问题。为了避免集体管理组织肆意提高定价,强制规则要求双方在协商不成的情况下,有权将版税标准交由法院裁定。然而法院如何选择裁判版税标准的要件,一直是最具争议的问题。<sup>[32]</sup> 对于何谓“合理版税”,也并无任何法律文本加以描述,<sup>[33]</sup> 法院因此出现了嬗变的裁量标准。根据和解协议和判例法,美国法院裁定合理版税标准所预设的前提,是集体管理组织具有市场支配力,该领域的著作权市场也并非一个竞争性市场,因此法院应模拟公平协商机制,拿出一个接近“合理市场价值”(fair market value)的定价。<sup>[34]</sup> 所谓合理市场价值,是指市场上无关联的买方和卖方都愿意在自愿的基础上以该价格交易,但大规模许可市场缺乏完全竞争性,法院在模拟市场交易时只得参照之前成功的协商定价。<sup>[35]</sup> 在实际审理过程中,为使版税标准接近市场定价,法院会首先选择特定的参照标准,然后将该标准与本案中争议的许可权利类型、著作权市场条件和双方经济地位等加以比对,最终得出符合本案的版税标准。上述参照标准一般由诉讼当事人提供,在当事人举证不力的情况下,再由法院根据现有材料来判定。对于集体管理组织要求逐年递增版税的请求,法院认为不符合“合理”标准,最终驳回了集体管理组织提高版税标准的请求。<sup>[36]</sup> 因为集体管理组提供的参照标准虽然高于使用者认同的标准,但该标准来源于使用者与权利人撤回权利后的直接许可,著作权人事实上仍然处于垄断地位,因此不符合版税标准与市场价格接轨的要件。

[28] See *In re Pandora Media, Inc.*, 12 Civ. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927, 12 (S. D. N. Y. 2013).

[29] *Pandora Media, Inc. v. ASCAP*, Nos. 14-1158, 17 (2d Cir. 2015).

[30] See *Major League Baseball Properties, Inc. v. Salvino, Inc.*, 542 F.3d 290, 321 (2d Cir. 2008); *In re Application of Karmen*, 32 F.3d 727, 728 (2d Cir. 1994); *Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1160 (2d Cir. 1971).

[31] See *The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § II (U), § VI, § IX (E) (S. D. N. Y. 2001).

[32] 美国两个主要的音乐作品公开表演权集体管理组织 ASCAP 和 BMI 分别就与 Pandora Media 的版税标准争议提请同一法院裁决,而最终结果却完全不同。法院判决 Pandora 向 ASCAP 支付的版税标准为每年净利润的 1.85%,而向 BMI 支付的版税标准却为 2.5%,两家集体管理组织上诉后仍被维持原判。See *Pandora Media, Inc. v. ASCAP*, Nos. 14-1158, 15 (2d Cir. 2015).

[33] 在何谓合理版税标准的认定问题上,广播组织协会曾提出,除了通货膨胀或物价上涨的原因之外,集体管理组织不得以任何理由提高版税标准,但这一提议遭到了美国司法部的反对。司法部认为,既然最终以法院裁决为准,那么就不应该增加这种限制法院作出裁决的规定,因此和解协议中未能明确定义合理性。See *Memorandum of the United States in Response to Public Comments on the Joint Motion to Enter Second Amended Final Judgment*, *United States v. ASCAP*, No. 41-1395, 2001 WL 1589999 (S. D. N. Y. 2001).

[34] See *ASCAP v. MobiTV, Inc.*, 681 F.3d 76, 82 (2d Cir. 2012); *ASCAP v. Showtime/The Movie Channel*, 912 F.2d 563, 577 (2d Cir. 1990).

[35] See *In re Application of Music Choice*, 316 F.3d 189, 194 (2d Cir. 2003).

[36] *In re Pandora Media, Inc.*, 6 F. Supp. 3d 317, 375 (S. D. N. Y. 2014).

## (二)本土产业勃兴引起的制度安排失灵

对于我国而言,虽然著作权体系和许可方式与美国存在差异,但集中许可强制规则失灵问题却是同步呈现。在2001年信息网络传播权成为我国法定著作权财产权类型后,无论是当时唯一的集体管理组织中国音乐著作权协会,还是后来陆续成立的文字作品、音像制品和电影作品等领域的集体管理组织,实际都未获得权利人的信息网络传播权许可。换言之,我国并非是权利人将部分著作权撤出,而是权利人从未授权。权利人意图自行许可的原因,同样是对集中许可强制规则的反对。与美国抑制集体管理组织市场支配力为目的的强制规则相反,我国集中许可强制规则的目标是增强这种市场支配力,这使得集体管理组织既不重视在许可过程中实现作品效用的最大化,也未能保障权利人对集中许可条件的决定权。

首先,权利人质疑强制规则在主体设立上的准入限制。主体设立上的准入,是指著作权集体管理条例严格限制了集体管理组织的设立门槛,以实现既有集体管理组织垄断。在设立数量上,条例要求设立集体管理组织不但“不得与已经依法登记的著作权集体管理组织的业务范围交叉、重合”,而且任何其他组织和个人不得从事著作权集体管理活动;在设立程序上,条例采取行政许可主义,即集体管理组织须由版权局和民政局两个国家主管机关先后批准后方可设立,而且设立条件除条例已有的规定外,还须经过上述机关的考察和认可,而申请者此时应满足何种条件,条例中并未明确,只能等待主管机关在个案中提出。<sup>[37]</sup> 对于企业从事著作权大规模许可活动的情况,国家版权局则以“损害权利人利益和扰乱市场秩序”为由以行政命令禁止和处罚。<sup>[38]</sup> 如此显然在制度层面上制约了权利人自行创制新集体管理组织的可能。然而,获得国家版权局批准,且作为非营利性社会团体的中国音像著作权协会(以下简称“音集协”),却以“公益组织缺乏权力”为理由,直接许可营利性的“天合文化集团有限公司”代理收费,这种许可方式明显不符合我国著作权集体管理条例的规定。<sup>[39]</sup> 如果现有集体管理组织缺乏有效许可和维权的能力,为何不能允许著作权人直接授权营利性法人,而是坚持保留音集协这一增加交易成本的多余许可环节?

其次,权利人质疑强制规则在许可条件上的专有安排。为保障集体管理组织作为唯一许可渠道,我国《著作权集体管理条例》第20条要求著作权人对集体管理组织的许可必须为专有许可,权利人无法自行实施授权。中国文字著作权协会提供的《文字作品著作权集体管理合同》中,也要求著作权人应“以信托的方式向集体管理组织独家授权”。<sup>[40]</sup> 在影视著作权领域,集体管理组织甚至可以“延伸性集体管理”。<sup>[41]</sup> 另外,在版税标准的确定上,我国集中许可强制规则亦存在行政干预。我国《著作权集体管理条例》第25条已要求著作权集体管理组织的定价范围,须局限于国务院著作权管理部门

[37] 参见我国《著作权集体管理条例》(2013)第6条、第9条、第10条。

[38] 国家版权局曾于2005年向江苏省版权局发出通知,要求后者制止本地企业从事著作权大规模许可活动。通知指出,企业的这种行为“会损害权利人的合法权益,给使用者合法使用作品造成混乱,对正在建立的我国著作权集体管理制度造成严重冲击,严重扰乱市场秩序”。参见《国家版权局关于制止未经批准从事集体管理活动的通知》,国权办(2005)49号。2015年被誉为我国“非法集体管理第一案”的“声影网络诉侨声娱乐”案(苏知民[2015]终字第100号),法院明确认定企业不得从事集体管理行为。

[39] 据媒体报道,音集协所选择合作的天合文化集团有限公司,主要负责向全国各地的KTV收费、提起系列诉讼,其服务费占到所有版税收益的24.84%。参见蓝方等:《解析中国式集体管理》,载《财新周刊》2012年第15期,第84页。

[40] 要求以信托的方式获得授权的合同范本,参见中国文字著作权协会《文字作品著作权集体管理合同》(2010)第2条第1款:缔约人应独家授予集体管理组织以信托的方式管理文字作品的复制权、信息网络传播权、广播权、汇编权、法定许可获酬权和表演权。

[41] 我国《电影作品著作权集体管理使用费转付办法》(国家版权局公告2010年第1号)第5条已经对非会员的管理费作出了明确规定:非会员电影作品的著作权使用费,协会按实收使用费提取15%作为管理费。这意味着中国电影著作权协会有权代表非会员收取版税。

公告的标准内。国家版权局也先后出台了一系列规章,旨在明确规定各类许可版税的定价区间。<sup>[42]</sup>上述安排完全剥夺了权利人参与决定集中许可各项条件的权利,特别是以信托方式授权的要求,更使得权利人几乎没有对许可方式和价格协商的空间。<sup>[43]</sup>自集体管理制度在法国诞生以来,集体管理组织基本由著作权人的代表组成,所以权利人与集体管理组织之间极少存在矛盾,权利人的诉求也能及时在集中许可合同中表现出来。由于我国集体管理组织是在缺乏产业基础的阶段由著作权主管机关发起设立,因而自始缺乏权利人参与规则设计。在无其他集体管理组织可供选择的情况下,权利人只能在被迫加入与自行许可中间选择。连同权利人自己的维权行为,亦被视为“浪费现有诉讼资源和扰乱市场秩序”。<sup>[44]</sup>

由此可见,虽然美国式和中国式的集中许可强制规则同时遭遇制度失灵的问题,但两者的引发原因却是共性与个性并存。从共性上看,随着互联网成为作品的主要传播渠道,产生于前网络时代的集中许可强制规则已无法适应著作权商业模式的更新,权利人撤回或拒绝授权集体管理组织,意味着权利人意图摆脱强制规则的约束,版税标准和许可方式上的争议成为中美集体管理组织同步面对的难题。从个性上看,美国式的强制规则主要来自于政府对集体管理组织市场支配力的抑制,只是限制方式已不适应网络时代的商业模式。相比之下,我国的强制规则却是基于政府对集体管理组织市场支配力的扶持。换言之,在美国模式下,权利人与集体管理组织之间并无矛盾,权利人退出集体管理组织的目的,乃是为了规避施加于集体管理组织的强制规则,而在中国模式下,权利人却与集体管理组织之间存在无法调和的矛盾,权利人自行实施许可的原因,在于阻止集体管理组织借助垄断地位不当获取本属于自己的权利收益。

#### 四、集中许可强制规则本土设计之考量

中国模式和美国模式的双双失灵,意味着我国集中许可强制规则既不能延续现行立法,也无法完全移植异域已有经验,而是要在反思本土产业特点和制度实施缺陷的前提下,发掘他国已被历史证明的普适性规范模式,特别是长期以来形成的产业与立法的互动机制,为我国网络环境下集体管理制度的构建提供理论基础和立法范本。根据上文已梳理的共性与个性争议,我国集中许可强制规则需要再作出以下回应:第一,现有集中许可强制规则价值基础如何定位。美国同类案例中集体管理组织皆持协助权利人自行许可的态度,相比之下我国相关争议同时存在于“集体管理组织-权利人”和“集体管理组织-使用者”两类法律关系中,其中原因就在于我国以扶持市场支配力为目标。如何取舍两种截然相反的立法价值基础,是我国需要解决的首要问题。第二,现有集中许可强制规则如何回应商业模式的变革。既有强制规则是否延续,如何针对权利人和使用者的不同诉求作出调整,需要正确理解互联网商业模式对著作权市场交易成本和法律关系的变化。强制规则中安排的版税标准和许可方式,需要基于新兴商业模式的运作规律。既然集体管理的意义在于降低大规模许可的交易成本,如果互联网商业模式自身能够克服该成本,那么集中许可强制规则当然应退出规制。

[42] 具体参见《使用音乐作品进行表演的著作权许可使用费标准》(2011),《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》(2011),《电影作品著作权集体管理使用费收取标准》(2010)。

[43] 我国最高人民法院也曾在早期将权利人授权集体管理组织的性质认定为“信托”,参见《最高人民法院民事审判庭关于中国音乐著作权协会与音乐著作权人之间几个法律问题的复函》(法民[1993]35号),但该司法解释已于2013年被废止,参见《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第九批)的决定》(法释[2013]2号)。

[44] 蓝方等:《解析中国式集体管理》,载《财新周刊》2012年第15期,第86页。

### (一) 强制规则立法目标转向: 集体管理组织市场支配力反思

在某种程度上,对集中许可强制规则立法本意的误读,在我国集体管理制度立法和研究中被长期忽略。我国集中许可强制规则的设计目标,始终是以立法和行政手段加强集体管理组织的市场支配力,导致在版税标准和许可类型等方面的制度设计上缺少权利人参与的渠道。在著作权法第三次修改征求意见的过程中,著作权人对延伸性集体管理条款的激烈反对,其实是长期不满集体管理制度的一次集中表达。根据立法者在官方渠道的表述,集中许可强制规则保障集体管理组织市场支配力的原因,在于通过树立集体管理组织的唯一性和垄断性,尽快解决“使用者愿意合法使用作品却找不到权利人的情况”,同时鉴于“著作权不仅仅是私权”,所以需要集体管理组织代表权利人来促进作品的广泛传播,使广大公众最大限度地分享这些财富。<sup>[45]</sup>

不可否认的是,政府主导模式帮助实现了我国集体管理组织和规则从无到有的变化。在著作权产业发展初期,权利人无意识亦无力量组建集体管理组织实现许可和维权,著作权主管机关主导创设集体管理组织和设定集中许可规则,客观上使著作权大规模许可市场有既成规则可供适用。然而,随着著作权市场的繁荣和著作权产业的逐步发达,权利人的自我诉求逐步多元化,更多希望从各领域差异化的商业模式中获益。对于权利人的诉求,如果主管机关不参与著作权市场行为,那么其通过强制规则对集体管理组织的管控,就会因为缺乏接触市场信息而无法令权利人认同。历史上集体管理组织成功实施大规模许可的主要前提之一,即在于由权利人直接参与集体管理组织的运作和决策,保证了版税标准和许可方式皆能实现作品效用最大化。相反,如果主管机关能够参与或影响著作权市场交易,则会因为管理者和交易参与者两种身份的统一性而出现寻租行为。一旦主管机关有权在集体管理组织设立和集中许可条件设定上加入自己的意志,不可避免地会出现从中获取利益的诉求。在我国 KTV 收费初期,文化部和版权局在介入时即产生矛盾,其原因在于两个涉及 KTV 收费问题的主管机关都希望推行自己的版权管理系统,并由与自己相关联的主体代理收费,集中反映出相关主管部门存在从中获益的意图。<sup>[46]</sup> 在此前提下,不难发现我国著作权人不愿将信息网络传播权授权给集体管理组织的原因,正是担心主管机关利用现行立法中的强制规则来对集体管理组织施加不当影响,使其脱离代表权利人许可权利和保障收益的定位,转而成为主管机关介入私人权利配置与利益分享的工具。

因此,我国集体管理制度调整最迫切的任务,应为破除上述阻碍著作权大规模许可市场形成的立法价值观,将强制规则从帮助集体管理组织获取广泛代表性转为抑制其市场支配力,以形成竞争性市场环境的方式提高集体管理组织的传播和许可效率。立法者对“使用者愿意合法使用却找不到权利人”的忧虑,<sup>[47]</sup> 根源并非没有集体管理组织,而是集体管理组织因权利人抵触而缺乏代表性。《著作权集体管理条例》要求不同集体管理组织的业务范围不得重合,我国五个集体管理组织也正是分布在五个作品类型上。著作权主管机关和民政部门双重审批的行政许可主义设立方式,也导致不受上述部门认可和控制的集中许可中介机构无法成为合法的集体管理组织。甚至可以认为,著作权之所以“难以行使”和“无法控制”,<sup>[48]</sup> 根本就是权利人无法自行设立权利管理机构所致。所以立法者更应关

[45] 相关官方表述,参见国家版权局:《关于中华人民共和国著作权法(修改草案)的简要说明》(2012年3月),第18-19页;王自强:《关于著作权人“被代表”问题的思考》,载《中国新闻出版报》2012年4月16日,第4版;胡建辉:《著作权不仅仅是私权——国家版权局法制司司长王自强就著作权法修改草案热点答记者问》,载《法制日报》2012年5月3日,第6版。

[46] 有关该事件的报道,参见谭翊飞:《KTV版权利益分配浮出水面》,载《南方周末》2010年3月25日,A01版。

[47] 参见康沛:《国家版权局:著作权法不是恶法》,载《新京报》2012年4月26日,C08版。

[48] 王自强:《关于著作权人“被代表”问题的思考》,载《中国新闻出版报》2012年4月16日,第4版。

注的,不应是“使用者愿意合法使用却找不到权利人”的困境,而是权利人希望授权却无权构建合理渠道的立法缺陷。集中许可强制规则立法目标转向,就是要将强制规则定位为抑制集体管理组织市场支配力的工具。在这一点上,美国始终坚持以反垄断为强制规则的立法目标,欧盟2015年颁布的《著作权集体管理指令》,亦致力于破除欧盟境内各国因集体管理组织唯一性所形成的垄断。根据我国现行集体管理制度的“特色”,我国集中许可强制规则必须放弃集体管理组织设立上的行政许可和地位上的绝对垄断,构建集中许可主体上的竞争性强制,使制度目标从促进垄断转型为抑制垄断。

首先,放弃行政许可主义,旨在通过引入设立要件上的准则主义,使符合要件者即可通过申请设立集体管理组织,避免著作权主管机关利用在设立环节的审批权来控制集体管理组织。国家版权局的主管职能,必须在法律中明文列举,不能有自由决定的权项。然而,我国集体管理组织被限定为社会团体,需要符合《社会团体登记管理条例》规定的要件,意味着设立上必须得到主管机关和民政部门的双重行政审批,所以无法排除行政许可主义的设立条件。<sup>[49]</sup>但从著作权法的角度出发,在社会团体法人设立制度在短期内无法调整的前提下,完全可以允许营利性法人成为集体管理组织来解决。我国集体管理组织运作实践中,音像著作权集体管理协会长期授权天合公司实施KTV的版税收取工作,说明营利性社团法人早已实际参与到了集体管理行为中。既然集体管理组织承认“缺乏能力”,那么允许著作权人直接授权营利性法人取而代之,显然有利于进一步降低交易成本。集体管理组织的合法性来源于著作权人的许可,而非以能否营利作为绝对标准。因此集体管理组织只要是在自由协商的基础上获得权利人的授权,即拥有了代理权利人行使著作权的合法性,法律应介入的部分,仅仅是防止集体管理组织利用权利集中的优势歧视使用者或权利人。无论是美国还是欧盟皆允许营利性社团法人作为著作权集体管理组织,亦实现了与非营利性集体管理组织的良性竞争。<sup>[50]</sup>

其次,放弃集体管理组织的唯一性限制,旨在通过引入同一领域内多个集体管理组织之间的竞争,保证集体管理组织不会因为垄断许可渠道而产生绝对的市场支配力。允许同一领域存在数个集体管理组织的意义,并非向使用者提供更为多元的选择,而是限制集体管理组织对权利人滥用市场支配力,保障权利人在与集体管理组织协商时的选择权。对此问题,他国集中许可强制规则中极少涉及,原因在于其集体管理组织皆由权利人创制,基本不存在集体管理组织对权利人的歧视。我国由政府主导创制的集体管理组织,却存在和权利人的重大分歧,因此更需要多元化集体管理组织。如果特定领域的集体管理组织具有唯一性,意味着所有著作权人要想实现大规模许可,只能接受该集体管理组织的条件,一方面造成权利人在不满集体管理组织时无法与之协商改进,只能通过效率更低的调解或诉讼方式表达诉求,另一方面也导致集体管理组织丧失了根据权利人意愿和市场情势调整许可内容的动力。在不可能撤销既有集体管理组织的前提下,允许其他组织代理权利人实施大规模许可,可以实现集体管理组织之间的竞争。<sup>[51]</sup>

当然,上述立法目标转向带来的直接后果,可能是相当一段时间内出现权利人与集体管理组织之

[49] 事实上,我国《著作权集体管理条例》中对集体管理组织成立条件的设定,即严格根据《社会团体登记管理办法》的规定设置,要求设立集体管理组织必须经过主管机关和民政部门的双重许可。

[50] 美国1939年由美国广播组织协会设立的集体管理组织“音乐广播公司”(BMI)即为社团法人,集体管理组织与司法部的和解协议第2条第(1)款亦规定集体管理组织可以是公司(Corporation)或非营利性社团(Association)。欧盟2015年颁布的“著作权、邻接权与国内市场的跨境音乐作品著作权在线使用许可指令”(Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market)中,亦在第3条第1款明确规定,集体管理组织只要由权利人控制,即可无须限定为非营利性组织。

[51] 实践中,我国音乐著作权人已经有自行设立集体管理组织的意愿和行动,但由于集体管理条例中强制规则在设立上的限制而无法实现。

间,以及不同集体管理组织之间的大量博弈和矛盾,但这并非立法者惯常认为的市场乱象和权利人缺乏控制力,而是产业成熟运作前必经的试错过程,且无法直接通过法定安排的利益分配方式所跳过。对于立法者而言,法定安排无法真正模拟由市场供求关系决定的交易条件和版税标准。而版税标准唯有反映市场供求关系,才能实现交易双方收益的最大化。根据他国集体管理组织发展的历史经验,由著作权人自行设立的集体管理组织在规模上也不可能一蹴而就,必须经历一个长期的扩张和发展过程。这既是私立组织的发展规律使然,也是集体管理组织通过参与市场交易逐步完善许可机制的现实需要。概言之,我国著作权领域确实存在权利人难以行使权利的情形,但因立法者未能理解私人自治在其中的蕴意,造成现行集体管理的运作方式背离了制度设计的初衷。<sup>[52]</sup> 所以我国调整集中许可强制规则的第一步,应将强制规则的立法目标设定为限制而非加强集体管理组织市场支配力的工具。

## (二)强制规则中的自治与限制:集体管理组织市场支配力调整

著作权人退出集体管理组织的原因究竟是规则僵化导致商业模式构建受阻,还是权利人规避法律尝试垄断许可渠道的新方法,需要结合互联网带来的法律关系和商业模式转变来考量。上文所论关于能否撤回部分权利独立行使,以及如何界定合理版税标准的争议,本质原因是著作权人希望重新以恢复权利排他性的方式掌控作品,以提高网络环境下的版税收益。著作权人加入集体管理组织,意味着作品的利用方式要受到集中许可强制规则的约束,在许可合同类型和版税价格区间等协议事项上难以加入自己的主张。权利人普遍认为,现行强制规则形成于互联网产业急速发展之前,已完全无法适应新兴商业模式的需求,因此希望撤出涉及网络传播的权利类型以自行设定许可条件。<sup>[53]</sup> 我国著作权人拒绝将信息网络传播权交由集体管理组织,同样也是基于摆脱集中许可强制规则的约束。

互联网商业模式介入著作权大规模许可所产生的影响,主要表现为网络服务提供者作为新使用者的加入,以及商业模式因此产生的变化。在传统发行、广播和公开表演等商业模式已陷入困境的情况下,著作权人显然希望从网络服务提供者那里获得弥补传统许可渠道损失的版税收益,但网络服务提供者却利用既有强制规则在“合理”版税标准界定上的模糊性,阻止权利人以撤出集体管理组织的方式提高许可价格,使强制规则从抑制垄断的制度异化为维持现有对价的工具。<sup>[54]</sup> 因此,在集中许可强制规则如何调整的路径选择上,仍然要以实现强制规则的基本功能,即抑制垄断和激励竞争为判定标准,如果强制规则抑制了更有效率的许可机制,则应选择放松规制,扬弃阻碍商业模式更新的旧制度;如果强制规则忽略了对网络环境下新垄断行为的规制,则应选择加强规制,以继续阻止集体管理组织利用市场支配地位损害权利人或使用者的利益。

大规模许可的版税标准取决于作品的使用方式和范围,在网络服务提供者成为作品的主要传播

[52] 熊琦:《著作权集体管理制度中的私人自治》,载《法律科学》2013年第1期,第147页。

[53] 美国司法部与两大音乐作品公开表演权集体管理组织 ASCAP 和 BMI 达成的和解协议最新文本,分别生效于 2001 年和 1994 年,皆未曾根据技术和市场条件变化加以修订。2014 年 7 月,美国司法部开始就和解协议的修改问题向社会各界征求意见,具体参见美国司法部网站上公布的 Public Comments on ASCAP and BMI Content Decree, <http://www.justice.gov/atr/public-comments> (最后访问时间:2015 年 7 月 30 日)。

[54] 在如何调整旨在应对前网络时代集中许可机制的强制规则问题上,美国正在反思。根据集体管理组织的诉请,美国法院已多次重新审视现行和解协议中的集中许可强制规则,在国会多次涉及著作权许可修法的立法听证中,各方也发出了自己的声音。主要判例参见 *In re Pandora Media, Inc.*, 6 F. Supp. 3d 317 (S. D. N. Y. 2014), *Pandora Media, Inc. v. ASCAP*, Nos. 14-1158 (2d Cir. 2015), 听证会官方法律文本参见集体管理组织 ASCAP、BMI 和网络服务提供者 Pandora Media 在两次听证会上的陈述,以及上述由司法部召集的和解协议修改调研。See *Hearing on Music Licensing Under Title 17 (pts. 1 & 2)*, Before the U. S. House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on Courts, Intellectual Property and the Internet (2014); U. S. Department of Justice, *Public Comments on ASCAP and BMI Content Decree* (July 2014)。

者后,作品的使用方式和范围皆产生了很大变化。前网络时代的传播方式,仅由广播组织等商业性机构向最终用户实现单向传播,最终用户成为被动的接收者,在技术上对作品并无再传播的可能。因此版税标准的判定一直无需考虑最终用户,仅控制商业机构的使用,以播放时长、播放范围或发行数量为基础计算。网络时代的传播特点,体现于最终用户之间的交互式传播,作品往往被储存于网络云端,最终用户能够通过不同设备接触和获取作品,替代了传统的发行和广播等使用方式,<sup>[55]</sup>使原有版税标准及其计算方式无法适用。

当集体管理组织与使用者无法达成合意时,法律要求引入“版税标准的合理性强制”,即由法院“以类似主体之间的市场化交易为基础来拟定一个合理的价格标准”。<sup>[56]</sup>其中所指的市场化交易,要求参照著作权人与使用者在自由协商基础上的直接许可,意味着权利人能够基于排他性权利自由决定是否许可使用者。<sup>[57]</sup>真实的市场交易价格,需要正确及时地反映市场供求关系,唯有权利人能够自由决定是否接受交易,真实的供求关系才可能体现。由于集中许可强制规则要求不得拒绝使用者的缔约申请,集体管理组织在权利排他性上受到了极大限制,著作权人加入集体管理组织后就不再有拒绝许可的可能,所以无法产生强制规则所要求的合理版税标准,集体管理组织亦难以向法院或主管机关提交合理定价的法律依据。<sup>[58]</sup>定价参照标准的缺失,造成利用法院裁定版税的效率低下。由于强制规则设定法院裁决期间使用者即能通过支付临时版税标准来使用作品,网络服务提供者往往利用这一规则和冗长的审判流程阻止版税标准的提高。<sup>[59]</sup>定价问题在任何情况下都难以在立法中直接规定,因为对市场情势的判断无法以法律要件的形式在立法中体现。强制规则一方面要求定价必须“合理”,另一方面却无法恰当定义合理,只得留待司法机关自由裁量,不但造成裁判过程冗长使各方均耗费极高的诉讼成本,而且因缺乏标准难以令各方认同。<sup>[60]</sup>鉴于上述弊端,我国对集中许可强制规则的设计,不应照搬美国法院的做法,而应从以下两个方面重新规制市场支配力。

首先,在著作权人与集体管理组织的关系上,强制规则应从禁止权利人独立许可改为禁止集体管理组织以信托方式获得许可,允许权利人在授权集体管理组织后,仍然有权自行实施许可。保障权利人“自治”有两方面意义:第一,开放权利人独立许可的权限,有利于达成合理的版税定价,亦符合强制规则原初的制度目标。在大规模许可市场中,由于直接许可会产生难以承受的交易成本,所以不可能存在完全竞争的状态,只可能是寡头垄断或自然垄断。法院在缺乏直接交易作为合理版税标准参照对象的情况下,其裁决注定不可能获得全面认同。<sup>[61]</sup>有能力独立许可的权利人,一般拥有数量较多作品的著作权,且能承受独立许可的交易成本。在此前提下订立的授权许可合同,无论是许可条件抑

[55] See Jessica Wang, *A Brave New Step: Why The Music Industry Should Follow The Hulu Model*, 51 *Idea* 511, 527 (2011).

[56] *In re Application of Music Choice*, 316 F.3d 189, 194 (2d Cir. 2003).

[57] 在一些判决中,法院已经明确承认权利人对使用者的直接许可中的定价是版税裁决的最佳参照。See *BMI v. DMX, Inc.*, 683 F.3d 32, 47 (2d Cir. 2012); *ASCAP v. Showtime/The Movie Channel, Inc.*, 912 F.2d 563, 569 (2d Cir. 1990).

[58] 美国法院在一系列网络服务提供者诉集体管理组织的案件中,皆判定著作权人不得单独将涉及网络传播的相关权利撤出单独行使,只有全部授权或全部退出两种选择。See *In re Petition of Pandora Media, Inc.*, No. 12 Civ. 8035 (S. D. N. Y. 2013); *BMI v. Pandora Media, Inc.*, No. 13 Civ. 4037 (S. D. N. Y. 2013). 我国集体管理条例亦明文规定,权利人在授权著作权集体管理组织后不得自行行使权利。

[59] 我国著作权法第三次修订送审稿的第62条也专门规定,著作权集体管理组织或使用者对版税标准有异议的,由国务院著作权行政管理部门组织专门委员会裁定,裁定为最终结果,裁定期间使用费标准不停止执行。可见我国未来也有引入此强制规则的意图。现阶段我国著作权领域对版税标准不满的,则同时包含了缺乏定价机制知情权的著作权人和缺乏议价能力的使用者。

[60] 从时间上看,虽然强制规则要求法院定价必须在一年内实现,但实践中基本没有案件按时完成,有的案件审理时间接近50个月。See *In re THP Capstar Acquisition Corp.*, 756 F. Supp. 2d 516 (S. D. N. Y. 2010).

[61] See *ASCAP v. Showtime/The Movie Channel, Inc.*, 912 F.2d 563, 577 (2d Cir. 1990).



或版税标准,都能直接体现该领域著作权市场的真实供求关系。同样由于交易成本的原因,其他拥有作品数量规模较小的著作权人需要继续由集体管理组织统一许可,但前述著作权人与使用者之间已有的版税标准,可以为后者提供版税标准的参照,从而解决了各方不满法院或主管机关裁决结果的问题。<sup>[62]</sup> 第二,数字与网络技术的运用,使著作权人与集体管理组织分别许可带来的交易成本得以有效降低。网络环境下的作品是以数字化的形式传播,无论网络服务提供者还是著作权人,如今都能够借助技术手段清晰地计算作品播放或下载的数量和时间,作品权利归属等相关信息也完全能够以权利管理信息的形式记载于数字化作品中,不会因作品的传播而消失,所以权利人与集体管理组织分别实施许可,不会因使用者难以确定授权作品范围而导致侵权风险。概言之,前网络时代分别许可带来的交易成本,如今已被技术手段克服,强制规则没有必要继续限制权利人在授权集体管理组织之后的独立许可行为。<sup>[63]</sup> 以我国集体管理运用最多的音乐著作权领域为例,音乐著作权与录音制品制作者邻接权基本掌握在唱片公司手中,著作权本身即处于相对集中的状态。因此与美国音乐作品和录音制品著作权分别由出版者和唱片公司控制的分散状态不同,我国著作权相对集中的特殊产业现状,使得权利人有能力利用著作权已相对集中的优势,与集体管理组织展开竞争,实践中也能完全做到不通过集体管理组织即能实现许可。鉴于上述优势,我国应禁止要求权利人以信托方式授权集体管理组织,进而将两者间的法律关系界定为一般代理。<sup>[64]</sup>

其次,在集体管理组织与使用者的关系上,强制规则应要求集体管理组织增加关于许可类型的规定,并建立版税定价裁决机制。对于使用者而言,即使存在权利人独立许可的情况,也并不意味着集体管理组织完全丧失了市场支配力。特别是我国音乐著作权人与网络服务提供者之间纷纷订立专有许可合同,这使集体管理组织的集中许可对无法直接获得权利人授权的使用者而言更为关键,集体管理组织也并非其自身所描述的那样已经不具备市场支配力。<sup>[65]</sup> 因此,对于使用者而言,强制规则一方面应要求集体管理组织增加符合网络商业模式需求的许可类型,另一方面完善可供使用者申诉的争议解决渠道,保证使用者以合理版税标准从相对集中的许可渠道获取作品。对于许可类型强制,我国著作权法和集体管理条例皆没有提出要求,只笼统地规定了集体管理组织制定和修改章程需要经过主管部门和民政部门的审批,如此立法安排显然不利于保护使用者的目的。特别是在网络环境下使用作品,使用者直接授权的最终用户已在很大程度上对数字化作品有分享或再传播的能力,因而,强制规则应配合网络商业模式要求集体管理组织提供更多许可类型。除了广播、发行等传统传播方式所需要的概括许可和按次许可这两种主要类型必须向使用者提供之外,还应增加能赋予使用者一定许可自由度的“关联许可”,允许以网络服务提供者为代表的使用者在商业模式需要的范围内,有权再许可最终用户在一定范围内以一定方式使用作品。如此可以解决最终用户各类平台同步接触或

[62] See *Hearing on Music Licensing Under Title 17 (pt. 1)*, before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet of the U. S. House of Representatives Committee on the Judiciary (June 10, 2014) (Written Statement of Michael O' Neill, Chief Executive Officer of BMI).

[63] 美国法院之所以禁止权利人部分撤回权利,乃是必须严守强制规则的设定。如今美国司法部已认识到了这一问题,已经开始启动新一轮的和解协议修订。

[64] 当年我国在制定集体管理条例时,就是为了排除其他主体代理权利人,才将权利人与集体管理组织之间的法律关系定位为信托。立法者对此问题的相关表述,可参见金武卫:《著作权集体管理条例主要问题评述》,载《电子知识产权》2005年第2期,第20页。

[65] 美国集体管理组织曾在向司法部的建议书中提出,和解协议的强制规则所针对的市场支配力在网络时代已不存在。See *Hearing on Music Licensing Under Title 17 (pt. 1)*, before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet of the U. S. House of Representatives Committee on the Judiciary (June 10, 2014) (Written Statement of Michael O' Neill, Chief Executive Officer of BMI).



分享作品的合法性问题。对于版税定价裁决机制的选择,我国既应吸取美国法院裁决机制低效率和高成本的弊病,也要警惕我国试图以主管机关主导纠纷解决的机制选择,而最好以仲裁而非法院审判的方式解决版税纠纷,在提高效率的同时,也最大程度上保证了裁决的中立性。<sup>[66]</sup>

## 六、结论

著作权人部分撤出或拒绝集体管理组织,集中体现了集中许可强制规则在网络环境下面对新兴商业模式的失灵。无论是我国还是美国,都需要以放松规制为方向调整强制规则的约束方式和范围。对于我国而言,首要任务是实现强制规则立法价值转型,放弃以维持垄断为目的的立法安排,转而以抑制集体管理组织市场支配力为目标。在制度设计上,强制规则调整应考虑权利人自治与限制的协调。首先,鉴于网络环境下权利人在集体管理组织外独立许可的可能性与优势,我国应放弃要求权利人以信托形式向集体管理组织授权,以实现集体管理组织与权利人之间在许可条件上的竞争,并为集中许可定价提供市场化交易的参照标准;其次,为了抑制集体管理组织仍然延续着的市场支配力,有必要贯彻许可类型强制,要求集体管理组织按照现行商业模式提供最常用的合同类型,并将版税争议解决机制建立在仲裁的基础上,排除主管机关的干涉和法院审判效率低下的缺陷。

### Prohibition Rules for Copyright Collective Management

Xiong Qi

**Abstract:** The purpose of prohibition rules for copyright collective management, is to prevent copyright collective management organizations from discriminating against copyright owners or users. When internet industry conflicts with copyright industry on business modes, old statutory rules have become the obstacle for new media use of works. Allowing copyright owners to directly license to end users after they have license their rights to collective management organizations can help provide benchmark for rate court proceedings, and there will be a competitive market between two different licensing channels. Prohibition rules for copyright collective management in China should abandon the old legislative objective, which is to help build the market dominant position of copyright collective management organizations. Meanwhile new prohibition rules on restricting collective management societies and copyright owners should be deregulated, so that business modes of internet industry can be adopted by collective licensing societies.

**Keywords:** collective management; collective licensing; statutory rules; royalty rates

(责任编辑:杨琦萍)

[66] 由于我国著作权主管机关与集体管理组织的特殊关系,从1992年我国第一个著作权集体管理组织成立至今,作为主管机关的国家版权局几乎从未在官方文献中批评过集体管理组织的工作,使得以美国式由政府发起对集体管理组织的反垄断诉讼或主管机关中立裁决版税争议皆不可能实现。

# 英美刑法中的“危害原则”研究

## ——兼与“社会危害性”比较

姜 敏\*

**摘 要:**危害原则是英美刑法的核心原则,其以对他人利益造成危害为国家刑罚权划定边界。危害原则的旨意在于保护公民自由,从而保证公民享有寻求发展和追求幸福的自主权。危害原则亦蕴含着公民在选择行为实现自我权益时不得危害他人利益。因此,危害原则既是国家刑法强制干预的道德标准,亦是公民个人行为选择的道德标准。与中国刑法的社会危害性相较,二者表面上有相似之处,但在内涵、价值和终极诉求上存有显著差异。中国刑法在走向法治化的道路上,应借鉴英美刑法危害原则体现的法治精神,尊重公民寻求幸福的正当自主权,从而淡化重秩序的浓烈工具主义色彩。

**关键词:**危害原则 社会危害性 自由 公民自主权

在前苏联和中国刑法、大陆法系刑法中,都有一个为惩罚提供正当根据的核心原则。前苏联刑法和中国刑法的核心原则是社会危害性原则,德日等大陆法系刑法的核心原则是法益侵害原则。与之相较,在中国刑法学界对英美法系刑法的研究中,没有提及过英美刑法中为惩罚提供正当根据的核心原则。但中国刑法学界没有提及,并不意味着英美刑法就缺失为惩罚提供正当根据的核心原则。事实上,在英美法系刑法中,也存在为惩罚提供正当根据的核心原则,即危害原则(harm principle)<sup>[1]</sup>。从危害原则在英美法系的地位、作用和影响看,不亚于社会危害性原则在前苏联和中国刑法中的地位、作用和影响,也不亚于法益侵害原则在德日刑法中的地位、作用和影响。从这个意义看,危害原则

---

\* 西南政法大学法学院副教授,法学博士,西南政法大学外国及比较刑法研究中心主任。本文系笔者主持的国家社科基金项目“交通风险语境下间接危害行为犯罪化研究”(批准号:13CFX046)的阶段性研究成果。

[1] 危害原则在英美法系的英语表达是 harm principle。对此原则英语表达的翻译,国内有几种翻译。其翻译的差异主要在于如何翻译“harm”。从《元照英美法词典》对 harm 的翻译看,其翻译为危害、损害和伤害。参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 628 页。据此,国内学者对 harm principle 翻译不同。比如梵文教授翻译为“损害原则”,王耀忠、劳东燕教授翻译为“危害性原则”。陈兴良教授亦认为应翻译为“危害原则”。参见安德鲁·冯·赫尔希:《“法益概念”与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 24 卷),北京大学出版社 2009 年版,第 19 页;王耀忠:《现代风险社会中危害性原则的角色定位》,载《现代法学》2012 年第 3 期。劳东燕:《危害性原则的当代命运》,载《中外法学》2008 年第 3 期;陈兴良:《风险刑法理论的法教义学批判》,载《中外法学》2014 年第 1 期。而权威的英语法律词典 Black's Law Dictionary 对 harm 的解释是:injury, loss, damage。在这几个英语单词中,injury 一般是指受伤,通常是指生理上的伤害,loss 是指各种损失,damage 一般是指物理上的损害。所以从英语解释看,harm 既包括精神上的伤害,也包括物理上的损害和损失。损害的汉语意思是使事业、利益、健康、名誉等蒙受损失,伤害的汉语意思是使身体组织或思想感情受到损害,危害的汉语意思是使受破坏、损害。三者的区别是:(1)伤害着重在使蒙受损失,损害着重在使蒙受损失,危害着重在危及安全;(2)伤害适用于有生命的东西,人与人的思想感情有关的抽象事物;损害适用于抽象的概括性的事物;危害适用于人或事物的有关生存、发展方面的事物;(3)危害是危及根本、整体,语义最重;伤害是伤及整体或局部,轻于危害;损害是损及局部,语义轻些。所以从英语解释以及翻译后对应的汉语词语的汉语意思看,既包括精神上的伤害又包括物理上的损害的词语是危害。所以笔者认为,harm 翻译成“危害”更为恰当(See Black's Law Dictionary 784 (Bryan A. Garner ed., 9th ed., Thomson Business 1999));冯志纯、周行健主编:《新编现代汉语多功能词典》,当代中国出版社 1991 年版,第 1019、1029 页。

和社会危害性原则及法益侵害原则,虽然属于不同的法系,但具有同等地位和同质性。<sup>[2]</sup> 危害原则不仅是英美法系刑法的核心原则,而且还被英国杰出的法理学家莫里森评价为“现代自由国家的根本原则之一”,<sup>[3]</sup>甚至被视为是民主社会最普遍被认可的界定犯罪的标准。<sup>[4]</sup> 因此,危害原则在法治、民主、自由国家被赋予崇高地位,享有盛赞和美誉。而中国刑法学界却对其较为冷落,未免不是一种理论上的缺失。据此,本文拟从危害原则的历史渊源、概念、发展及与社会危害性原则比较的角度,对英美刑法中的危害原则进行研究和探讨。

## 一、“危害原则”学术发展史简考

### (一)危害原则的起源:约翰·密尔之《论自由》

1859年,英国著名哲学家约翰·密尔出版了专著《论自由》。密尔在《论自由》中认为:“仅只有为阻止社会成员对他人造成危害时,违背文明社会的个体成员意愿对其施加刑罚才具有正当性。”<sup>[5]</sup> 因此,国家对公民施加刑罚的正当性,根植于“威慑公民实施的对他具有危害或邪恶的行为”。<sup>[6]</sup> 这就是英美刑法危害原则的起源。密尔的危害原则的核心旨意是:如果公民个体实施了危害他人的行为,那么公民的行为在本质上就应受到惩罚,据此,公民的个人自由才应受到限制和干预。

密尔是自由主义者,但在密尔的语境下,真正的自由是公民享有决定自己追求利益的方式:“唯一真正能名副其实的自由,是通过我们自己的方式追求我们的利益,只要我们不剥夺其他人的利益或者阻止其他人努力获得他们自己的利益。”<sup>[7]</sup> 密尔进一步认为,如果不危害他人,那么“只考虑自己利益的行为是绝对正确的”,而且“对于公民自己的身体和思想,公民个体是主宰”。<sup>[8]</sup> 密尔提出危害原则,把公民对他人造成危害视为国家干预公民自由是否具有合法性的唯一有效根据,其目的就在于捍卫公民享有的这种决定追求幸福、发展自我的自由。

据此,密尔反对刑罚家长主义,特别是反对吸毒行为、赌博行为及自愿性行为的犯罪化。无论是吸毒、自愿性行为还是赌博行为,都是公民可以自我决定的行为,且没有侵害他人。即使国家或其他公民要进行干预,也只能通过建议、引导、劝说的方式进行,但不能通过国家强制性措施干预。密尔的危害原则坚信个体自主权的重要性,并认为个体的自主权是幸福的首要基本要素之一,其不仅是与文明、教导、教育、文化相协调的要素,而且也是所有这些事务的必要组成部分和条件。从这个角度看,密尔的危害原则现实地界定了国家所能正当地对个人行使权力的性质和限度,并使公民享有最大化的自由生活成为可能。

### (二)危害原则的发展:赫伯特·哈特与帕特里克·德夫林论战

在20世纪60年代,哈特和德夫林勋爵就同性恋、卖淫等关乎性道德的行为是否应被视为犯罪展开了激烈的论战。论战的起因来自英国1957年发布的“沃尔芬登报告”,即《委员会关于同性恋罪错和卖淫问题的报告》。“沃尔芬登报告”针对当时英国出现的猥亵、同性恋、卖淫等行为被大量视为犯

[2] 陈兴良:《风险刑法理论的法教义学批判》,载《中外法学》2014年第1期,第113页。

[3] [英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2002年版,第213页。

[4] D. Dripps, *The Liberal Critique of the Harm Principle*, 17 *Criminal Justice Ethics* 3, 3 (1998).

[5] J. S. Mill, *On Liberty* 73 (J. M. Dent & Sons Ltd. 1910).

[6] *Id.* at 74.

[7] *Id.* at 54.

[8] *Id.* at 73.

罪的现象,提出报告,并建议取消对同性恋行为的刑事制裁。该报告认为同性恋行为是公民私下的行为,其自主权在公民个人,甚至从某种意义上讲,其仅仅是不道德行为,并没有危害他人。因此,该报告认为国家不能通过强制力对此类行为加以禁止。

但保守派德夫林基于当时社会道德的崩溃,提出社会共享道德是社会存在的基石,而同性恋、卖淫等不道德性行为是对社会共享道德的危害,侵害了坚信社会共享道德者的感情,给社会共同体造成了普遍的精神与感情伤害。因此,德夫林认为法律应该强制执行和维护社会存在必需的作为社会基石的共享道德,并应惩罚无害但不道德的同性恋和卖淫行为。而自由主义的哈特对德夫林的观点进行了批判,认为社会道德应区分为维存社会最根本的核心道德与一般的个人多元化的道德。同时,哈特援引密尔的危害原则,提出国家应当尊重个人自由,且只有在为了阻止或惩罚造成明显危害的行为时,国家才能通过强制力干预公民的自由选择和自主权。因此,哈特把危害原则作为理论基础和依据,证成通过法律强制执行和维护社会道德的非正当性,进而证成诸如同性恋这类属于个体多元化的道德行为不受法律强制的论点。最终这场论战以哈特胜利德夫林失败告终。而危害原则对哈特的胜利起了关键作用,所以有学者认为哈德之战亦是关于危害原则的战役。<sup>[9]</sup> 因此,哈特对德夫林的胜利,亦被视为是危害原则胜利的标志。此后,危害原则在20世纪60年代到70年代的关于道德执行的哲学讨论中处于主导和核心地位,成为英美法系法律哲学划分法律和道德分界线的重要原则,参与这种区分道德和法律论战的著名学者要么以危害原则为根据,要么青睐参照危害原则。<sup>[10]</sup> 这使危害原则得到广泛传播和发展。

### (三) 危害原则的成熟: 乔尔·范伯格之《刑法的道德限制》

密尔和哈特对危害原则的论述,停留在从法理上为何限制刑罚权的发动,是宏大叙事。在刑法领域,全面细致入微地论及危害原则,并把其视为是限制刑罚权的道德法则的任务,是由美国学者乔尔·范伯格完成的。

范伯格为了限制刑法的边界和犯罪化,认为应把危害原则视为刑法的道德法则,由此写成《刑法的道德限制》专著。范伯格的《刑法的道德限制》包括四卷:第一卷《危害他人》(*Harm to Others*),第二卷《冒犯他人》(*Offense to Others*),第三卷《危害自己》(*Harm to Self*)和第四卷《没有危害的不法行为》(*Harmless Wrongdoing*)。四卷对危害原则进行了专门的全面的论述和分析,特别是在第一卷《危害他人》中,范伯格认为:“阻止对私人或公众的危害需要,而不是阻止对行为人的危害需要,是国家施加法律强制的正当理由。”<sup>[11]</sup> 该原则也被乔尔·范伯格称为“危害他人原则(harm to others principle)”<sup>[12]</sup> 范伯格同时认为阻止对别人的危害是强制性立法的合法目的,应以危害(他人)原则限制刑法边界的扩张,限制刑法入侵公民权的屏障。《刑法的道德限制》对危害原则进行了系统性的研究,使危害原则发展成熟。

范伯格把危害原则视为刑事责任成立的客观根据,刑事不法的可罚起点。根据危害原则,人类如果没有任何危害他人的行为,那么就享有免受刑法约束的权利。因此,范伯格的危害原则的旨意是为刑法设立道德基础,限制国家刑法强制对公民个人生活的干预。

[9] Steven D. Smith, *Is the Harm Principle Illiberal?* 51 Am. J. Juris. 1, 17 (2006).

[10] Bernard Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 Journal of Criminal Law and Criminology 109, 131 (1999).

[11] Joel Feinberg, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law* 11 (Oxford University Press 1984).

[12] *Id.*

## 二、“危害”之概念和范畴

“危害”概念的界定和危害的范畴大小,决定了可以被刑法立法规制的行为范畴。因此,“危害”概念及其范畴关系刑法的范畴问题,其重要性不言而喻。

### (一)规范意义的危害:对利益的不法侵害

危害原则中的“危害”是一个含义模糊不清的词。如果要使危害原则发挥限制刑罚权的作用且产生良好的效果,就必须精准界定危害原则的核心要素:危害。密尔和范伯格等均对危害原则中的“危害”进行了界定。密尔认为,“社会用法律规制‘侵犯他人利益’的行为,或者侵犯法律规定的或默许的可以被视作权利的利益的利益的行为”。<sup>[13]</sup> 即密尔认为只有“公民的行为带有偏见地影响了他人的利益,则国家就有对公民进行管辖的权力”。<sup>[14]</sup> 从密尔的表述看,其把危害视为是对他人利益的侵犯。后继者范伯格认为,危害是“对某种利益的阻碍、阻止和损害”。<sup>[15]</sup> 因此,范伯格对“危害”也持“利益侵害”论,而“侵害”包括阻碍、阻止和损害等方式。

范伯格继承了危害原则的基本旨意,但二者的“利益侵害”论仍然无法避免“危害”的泛化、含混和模糊。正是基于此,范伯格超越了密尔,对危害概念进行了理清——这是范伯格的最大贡献之一。<sup>[16]</sup> “危害”是对诸多复杂事物的综合表述,仍然不能避免其泛化和混乱:“如果不作进一步解释,仅仅从词而顾名思义,危害原则仅仅是很多其他事情,包括道德判断和各种事物的价值判断的复杂陈述的简短缩略语。”<sup>[17]</sup> 范伯格认为要进一步对该词语进行精准界定,应在法之视野中进行必须“在其普通意义上选择一二来表达我们的规范性目的”。<sup>[18]</sup> 因此,要保证“危害”的含义是在法之视野中且具有规范性目的,就必须对危害进行限制,祛除不属于刑法规制范畴的所谓“危害”。

前述论及,范伯格认为危害是对他人利益的阻碍、阻止或妨碍。但并不是所有对他人利益的妨碍均是危害,“只有不法地对利益的阻碍及对利益造成阻碍的不法”,才能被视为危害原则中的“危害”。<sup>[19]</sup> 据此,当侵犯利益的行为具有规范意义上的不法性时,才能被视为危害。比如甲伤害了乙,但并不必然意味着甲的伤害行为就应当作为犯罪处理。只有当甲对乙的伤害行为是规范意义上的伤害,即只有当甲“通过不法的或不公正的方式”伤害了乙,才可能是刑法中的伤害。<sup>[20]</sup> 如果甲是出于正当防卫而伤乙,其对乙的伤害,即对乙的健康利益的侵犯,就不是规范意义上的伤害,不能视为犯罪。再如,在正当竞争的情况下,某甲可能会使乙的利益受损,但乙没有受到甲的不法行为侵害或是不公正的对待,甲的行为是公平的合法行为,所以甲的行为不应视为犯罪。从规范意义出发,范伯格明确指出具有正当化事由和可宽宥事由地侵犯他人利益,不能被视为危害。因此,刑法语境中的危害,应指规范意义上的“危害”,即对他人利益的不法侵害,而不是所有的危害。

[13] Mill, *supra* note 5, at 141.

[14] *Id.*

[15] Feinberg, *supra* note 11, at 15.

[16] *Id.* at 32.

[17] *Id.*

[18] *Id.*

[19] *Id.* at 34.

[20] *Id.*

## (二)具有规范意义危害的范畴:限缩与扩大

危害是对利益的不法侵害,这仅通过概念赋予了危害规范意义。但并不是具有规范意义的任何危害,都需要通过刑法进行干预。同时,危害用语的普通含义主要是指实害,且危害原则的表达也是指对“他人”的危害,但在实践中,很多具有危害风险或危害可能性的行为,以及对某些公共机构或秩序的危害,也应是刑法规制的对象。因此,要真正使危害原则成为刑法立法的指导性原则,就应如范伯格认为的那样,通过“调和性原理、利益位阶、正义原理等等”的辅助,从而使危害原则真正适用于解决立法问题。<sup>[21]</sup>这就需要对规范意义基础上的危害进行适当的限缩和扩大,从而保证据此进行的刑法立法具有正当性。

### 1. 具有规范意义的危害的限缩

(1) 危害自己的行为不应被视为犯罪,只有牵涉到他人利益时才可能被视为犯罪

密尔和范伯格都反对惩罚危害自己的行为。比如密尔认为:“出于为公民个人的善,无论是身体的还是道德的善,都不是国家对公民使用权力的充要条件。”<sup>[22]</sup>对于牵涉到危害自己的行为,一般根据自主权原则排除。比如吸食毒品行为、自杀行为、安乐死等,都不应视为犯罪,因为这些行为没有危害他人,仅仅是公民实施的危害自己权益的行为,属于公民自由主宰的领域。所以密尔和范伯格反对刑罚家长主义,特别是反对吸毒行为、赌博等行为的犯罪化。坚持危害原则的胡萨克教授也反对刑罚家长主义,其还以危害原则为根据,主张毒品合法化。<sup>[23]</sup>基于此,危害原则对抵制法律家长主义造成大量对公民个人自由的过度干涉,有积极意义。

但是,公民危害自己的行为不应受国家强制干预是有条件的,即只有当公民危害自己的行为没有牵涉到他人的利益,国家才不能强制公民放弃该行为。作为社会个体的人,“没有人是绝对孤立地存在”,<sup>[24]</sup>所以公民有时候在危害自己时,会影响危害其他人的利益。因此,当公民危害自己的行为涉及到他人或其他方的利益,比如某人应承担特殊的义务,对自己的伤害行为则会危害他人,这种伤害自己的行为亦应受到国家强制力的规制。密尔列举了很多此类受限制的自主性行为,比如某公民过度浪费或放纵,导致其不能偿还债务,或者导致不能让家庭成员受到教育或承担应对家庭承担的义务,那么对该行为人进行惩罚是公正的。但惩罚是其不能对家庭尽义务,而不是惩罚其浪费行为或放纵行为,这也是不作为行为。再比如当个人使自己残废——这是纯粹的自主性行为,使其应当对公众或其他公民承担的义务不能履行,如任何人不能仅仅因醉酒而受到惩罚,但军人或警察在执行职务时酗酒则应受到惩罚。<sup>[25]</sup>

(2) 公民间自愿同意的危害行为,一般也不宜视为犯罪

如果侵犯了他人的权益,但却是其他公民同意的行为,也不宜视为犯罪。比如被害人同意的帮助自杀行为和同性间性行为,都是公民自我决定的自治性体现,不宜视为犯罪。但和危害自己的行为不宜视为犯罪行为一样,公民间同意的伤害行为不视为犯罪也是有条件的,即不侵害他人的权益。比如通奸行为虽然是双方自愿的性行为,似乎是行使自主权的表现。但是,通奸行为是在婚姻外的性行

[21] *Id.* at 35 - 36.

[22] Mill, *supra* note 5, at 28.

[23] See Douglas Husak, *Drugs and rights* (Cambridge University Press 1992); See also Douglas Husak, *The Legalization of Drugs* (Cambridge University Press 2005).

[24] Mill, *supra* note 5, at 146.

[25] *Id.* at 138.

为,必然对婚姻中另一方造成巨大的感情伤害。虽然感情伤害属于精神伤害,不是物质损害,但作为社会中的特殊的婚姻关系,对婚姻的忠诚是婚姻存续的最重要条件,这与朋友或陌生人之间的精神伤害是不同的。甚至也可以说,对婚姻的忠诚是社会最基本的道德伦理关系。与此相同的行为,还包括重婚行为。笔者以为对这类行为还是应该予以犯罪化。当然,这并不是主张刑法应执行道德,亦是基于通奸行为本身对婚姻关系,亦即是对婚姻中相对方的权益造成的侵犯,主张把这种行为纳入刑法规制。

### (3) 轻微危害应排除在危害原则之外

危害不是简单的数字相加,不是行为造成的损失的数字越大,就一定会增加受到刑法惩罚的可能性。但是,虽然危害不是具体的绝对值或绝对量,如果行为造成的损失非常微小或细小,程度非常轻微不值一提,还是不能视为危害原则中的“危害”。这也体现在诸多国家的刑法中,比如我国《刑法》第13条规定“情节显著轻微,危害不大,不视为犯罪”。《美国模范刑法典》第2.12条也规定了“轻微违反”:①行为在通常的许可或容忍限度内,并且没有被利益受侵害的人明确否定,也不与规定犯罪的法律的意旨相抵触;或者②行为实际上没有产生或者没有威胁产生规定犯罪的法律意欲防止的恶害,或者所产生或者可能产生的恶害过于轻微,无需刑事判决谴责,等等。根据功利主义道德哲学,刑事立法都应追求利益的最大化。因此,把轻微危害排除在危害原则中的危害之外符合功利主义道德哲学:对轻微危害通过国家强制性禁令进行干预的损耗,大于其所保护的利益。范伯格把刑法对轻微危害的干预,形象地比喻为“大棒打蚊子”的做法,<sup>[26]</sup>是不恰当的措施。

## 2. 具有规范意义的危害的扩大

### (1) 对他人的危害不能仅理解为对个人的危害,应理解为还包括对“社会、集体和国家”的危害

前文论及,范伯格对危害原则的表示是“harm to others principle”,“harm principle”仅仅是省略表述,所以危害原则的全称是“危害他人原则”。但这里的“他人”不能完全理解为一般意义上的“他人”,比如范伯格认为还包括对“公众的危害”,对社会、集体等的危害。这亦符合现代刑法的体系,因为现代无论那个国家的刑法都会惩罚侵犯“社会、集体和国家”的行为。这些行为主要是对公众、经济、气候和环境等造成的危害,比如各个国家现行刑法中的蔑视法律、经济秩序、侵害环境、扰乱或危害公共秩序等犯罪,就属于这种犯罪。但从另一个角度分析,虽然这些犯罪没有直接危害公民个人的人身或财产权益,但间接侵害公民的人身和财产权益。甚至可以认为,这些犯罪侵害的是更多他人,或曰公众的人身或财产权益。特别是针对环境、公共秩序的犯罪,亦即是可以被贴上侵犯“公众”的犯罪,比如我国刑法中的重大环境污染罪、逃税罪等,给公民个人造成的危害是非常巨大的。但和直接侵犯公民个人人身和财产的犯罪相比,这些犯罪对个体的危害被稀释,或者不容易引起个体注意。因此,导致其对个体的侵害性,不那么明显。

在实践中,还存在针对社会机构、国家机构和公共机构的侵害行为。比如胡萨克教授认为:“危害指的是行为对个人或机构造成的影响。”<sup>[27]</sup>这些公共机构包括国家机关、事业单位和团体组织,比如各级政府机关、医院、学校等,都被赋予某种职能。比如学校的职能是育人,医院的职能是治病,国家机关的职能是从事管理。实践中的走私、逃税、扰乱教学秩序、扰乱交通秩序、冲撞国家机关等行为,就妨碍了公共机构职能的履行。如果严重侵犯这些公共机构的正常、合法的工作秩序的行为,不被视

[26] Feinberg, *supra* note 11, at 190.

[27] Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* 70 (Oxford University Press 2007).

为危害,不受到刑法的禁止,则公民个人不能享有良性的实现自我发展的秩序。公民个人的某些权益,比如受教育的权利、被救治的权利等等,也会受到侵害。所以在实践中,也应把不法侵害公共机构的行为视为危害,纳入刑法可能规制的范畴。

### (2) 附条件地把某些危害风险行为纳入危害原则的范畴

从概念看,范伯格和密尔的概念中涵涉了危害可能性,即危害风险行为。如范伯格在对危害论述时就认为其包括“企图造成的危害或者遭受的风险”,<sup>[28]</sup>而密尔认为:“对他人利益的危害或危害可能性,是唯一使社会干预公民个人自由的正当理由。”<sup>[29]</sup>所以密尔和范伯格的危害概念,不仅指对公民利益的实质危害,也包括危害可能性。后继者在对危害原则进行论述时,也没有排除危害原则包括危害性风险。如胡萨克教授在阐述该原则时就认为:“在所有合理解释中,危害限制不应该被解释为不允许国家禁止导致危害风险。”<sup>[30]</sup>在所有合理解释中,危害限制不应该被解释为不允许国家禁止导致危害性风险的行为。<sup>[31]</sup>下文笔者还会论及到,这种危害可能性或危害风险,被后来的一些英美刑法学者称为间接危害。

但把危害可能性或危害风险行为视为危害是有条件的。这首先表现在应考量危害发生的可能性大小,即如果危害发生的可能性很大,则受到刑事禁止的可能性就高。其次,考量导致的实际危害的大小,即如果实际损害巨大,即使危害发生的可能性很小,也应予以刑事禁止。正因为如此,国家可正当地禁止公民随意对空中射击,因为这种行为一旦造成实害结果,后果极其严重。同理,国家亦可禁止危险驾驶行为。第三,还应考量危害风险行为的价值,即有一些行为虽然具有危害可能性,但却具有重要的价值,因此,在衡量是否应视为危害原则中的危害从而纳入刑法规制的时候,则应衡量这种行为的价值。如范伯格认为,某种危险行为的价值越大,无论是对行为者还是对他人,其危害风险就越可合理接受,对极具价值的行为,任何风险都是合理的,除非危险已达到清楚确定的程度。<sup>[32]</sup>换言之,如果行为的危害风险越合理,则该行为就越不应受到禁止。

## 三、社会生态演化语境下危害原则面临的挑战

社会的发展改变了密尔和范伯格提出危害原则的社会生态。内在于工业社会与现代社会的各种风险,特别是很多涉及公共法益的领域,刑罚权基于公共政策和风险管理的需要,把很多风险行为也视为犯罪。这似乎改变了危害原则的内涵,导致和传统的实害结果不同的危害。特别在危害原则的基础上,衍生了间接危害(the remote harm)概念,<sup>[33]</sup>导致危害的范畴扩大。安德鲁·阿什沃斯、安德鲁·冯·赫希和丹尼斯·J. 贝克都对间接危害进行了界定和分析,如安德鲁·阿什沃斯认为:“间接危害是指行为本身不具有过错和危害,但是为最终导致严重危害结果创造了机会。”<sup>[34]</sup>安德鲁·冯·赫

[28] Itzhak Kugler, *Direct and Oblique Intention in the Criminal Law: An Inquiry into Degrees of Blameworthiness* 57 (Ashgate 2002).

[29] Mill, *supra* note 5, at 150.

[30] Feinberg, *supra* note 11, at 70.

[31] *Id.* at ch. III.

[32] *Id.* at 216.

[33] remote harm,是由 remote 和 harm 合成。《元照英美法词典》对 remote 的解释是:(在时间、空间或关系上)远的。而该词和其他词结合时,《元照英美法词典》翻译是“间接的”。比如 remote damage 翻译为间接损害,remote material man 翻译为间接材料供应商,remote parties 翻译为间接关系人。

[34] Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* 49 (5th ed., Oxford University Press 2006).



希认为：“间接危害行为是涉及多种偶然性因素的风险行为。”<sup>[35]</sup>学者丹尼斯·J. 贝克认为：“如果行为人的行为不具有危害，但是事实上诱使其他独立主体实施具有危害性的犯罪行为，则该行为是间接危害行为。”<sup>[36]</sup>上述学者从不同纬度对间接危害行为进行了界定和描述，但无论哪种维度，间接危害行为的实质是本身没有造成实害结果的风险行为。也就是说，间接危害行为仅具有导致危害的可能性或者说风险，而危害后果并不一定会发生。

在高风险的社会生态环境下，很多间接危害行为被犯罪化，继而使刑法惩罚的范畴扩大。刑法惩罚范畴的扩大，导致诸多学者对危害原则提出质疑。如有学者认为，危害原则“不再用来保障个体的自由，而成为保护法益的有力工具”，使个人权利处于工具化之地位。<sup>[37]</sup>也有学者认为风险社会语境下危害概念扩张和内涵裂变，导致危害概念“失去外在边界的意义限制”<sup>[38]</sup>和“规范维度之丧失”。<sup>[39]</sup>学者伯纳德·哈考特甚至认为已出现“危害原则崩溃”的表象，<sup>[40]</sup>并由此认为危害原则已使密尔的自由主义理想落空，和危害原则作为自由保证工具的不可能。

其实，风险社会中间接危害行为的犯罪化，并不违背密尔及范伯格对危害原则的界定。在前所述的密尔及范伯格对危害的界定中，实际上也包含危害可能性或危害风险。因此，风险社会中间接危害行为的高频犯罪化，并没有突破危害原则的危害范畴。而只是危害原则存在的社会生态环境变化了，危害原则以前没有显示出的某方面凸显出来了而已。从另一方面分析，社会语境不同，价值观念不同，人之权利意识和感知不同，这本身亦会导致对危害的界定不同，所以有学者认为：“随着社会的变迁，刑法中的危害概念也发生了重大的变化，这是理所当然的。”<sup>[41]</sup>因此，即使间接危害被高频犯罪化使惩罚范畴扩大，但并没有突破危害原则的范畴，并不必然意味着不合理。

间接危害行为的高频犯罪化并没有导致国家刑罚权对公民个人自由的蚕食，亦并非意味着危害原则的崩溃。风险社会语境下，间接危害行为的高频犯罪化涉及的实质问题是：如何把给间接危害行为施加的罪责，限制在公平归责的范畴内？从现代社会与古典自由主义所处的社会语境相比较看，不同的社会语境下，国家为公民自由创设条件的方式是不同的。在密尔古典自由主义的时代，对公民的自由侵蚀主要来自于传统的极权国家和教会势力。因此，密尔以危害原则为利剑，试图破除刑法的伦理性与宗教化，为自由创设条件主要是抵制极权国家和教会势力对公民个人自由的干预。而在现代风险社会，国家要为公民自由的发展创设条件，则应给公民提供更多的安全保障。从这个层面分析，古典自由主义所依附的社会和现代社会之形态是不同的。现代社会的形态亦呼吁通过对社会安全的维护，从而保护公民的自由。当然，在风险社会语境下，为了维护社会秩序，亦存在立法者对风险行为和间接危害行为不加区分，导致把更多的风险行为纳入刑法规制的情况。因此，实际上危害原则崩溃的本质“在于国家权力凭借风险控制的正当理由不断蚕食公民自由”。<sup>[42]</sup>风险社会不断把风险行为犯罪化，导致犯罪圈的扩大限缩公民的个人自由，这种现象本身并不是危害原则有问题，恰好反应的

[35] Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle, "Remote" Harms and Fair Imputation*, in *Harm and Culpability* 259, 263 (A. P. Simester & A. T. H. Smith eds., Oxford University Press 1996).

[36] Dennis J. Baker, *The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms*, 10 (3) *New Criminal Law Review* 370, 370 (2007).

[37] 董邦俊、王振：《风险社会中刑法人权保障机能之危机》，载《云南大学学报》（法学版）2010年第1期，第57页。

[38] 劳东燕：《危害性原则的当代使命》，载《中外法学》2008年第3期，第406页。

[39] 同注38引文，第403页。

[40] Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 (1) *Journal of Criminal Law and Criminology* 109 (1999).

[41] 同注2引文，第114页。

[42] 王钧、冀莹：《危害性原则的崩溃与安全刑法的兴起》，载《中国刑事法杂志》2009年第9期，第24页。

是国家在维护社会安全和秩序时,没有遵守危害原则设置的道德底线。有学者还认为,任何原则亦都有弊端,虽危害原则在发展和演化中出现了一些弊端,但其以保障自由为出发点,这一正面功能是为该原则的属性而存在,所剩的问题就是如何防止或杜绝其弊害而不是全盘否定该原则。<sup>[43]</sup>因此,要真正捍卫公民个体享有的自由,更应该提倡、坚持和贯彻危害原则,才能坚持刑法的道德底线。

#### 四、危害原则宪法化现象:加拿大 Malmo-Levine 案与 美国 Lawrence v. Texas 案

虽然危害原则受到了挑战,但不影响危害原则对英美法系刑法的影响。不仅如此,危害原则在美国及加拿大的司法实践中,还呈现出宪法化的现象。

在加拿大,法院努力将危害原则变为宪法性限制原则:“加拿大法院已经对将危害原则视为一项宪法限制,进行了许多有用的考察。”<sup>[44]</sup>特别是在著名的 Malmo-Levine 案中,Malmo-Levine 因私人用途持有大麻,并被根据加拿大 1985 年颁布的麻醉药品控制法定罪。被告人不服提起上诉。Malmo-Levine 在上诉中对《加拿大权利和自由宪章》第 7 章的禁止大麻的规定提出了质疑,并认为:“每个人都有生命权、自由权、安全权,并且除非与基本公正原则一致,这些权利不能被剥夺。”<sup>[45]</sup>在 Malmo-Levine 上诉案中,争议问题的焦点在于:有罪判决依据的 1985 年麻醉药品控制法是否违背上诉人应拥有的宪法规定的生命权、自由权和安全权?根据加拿大宪法,除非剥夺这些基本权利不违背基本公正原则,否则这些权利不能被剥夺。所以案件最终的纷争是:因持有大麻而被判监禁这种对公民自由权的剥夺,是否背离“基本公正原则”?

上诉人认为危害原则包含于基本公正原则,但剥夺拥有大麻的自由违背了危害原则,因为个人出于私人用途而持有少量大麻不会对他人造成危害。因此,剥夺公民因私人用途而持有大麻的行为,违背基本公正原则。最重要的是上诉人认为,对他人造成危害是将一个人予以监禁的唯一的充分条件,国家不能在没有充分理由的情况下监禁他人,从而剥夺他人的自由权。<sup>[46]</sup>在此争议中,还涉及另一个问题:危害原则是否构成加拿大宪章第 7 章规定的基本公正原则?Braidwood 法官认为如果某项原则构成加拿大宪章第 7 章规定的基本公正原则,则其至少应包括三点:(1)是一项法定原则;(2)是明确的;(3)有行为能力的人一致同意这项原则对于公正体系至关重要。Braidwood 法官根据该标准对危害原则进行了判断,认为危害原则符合上述标准,是属于加拿大宪章第 7 章规定的基本公正原则之一。Braidwood 法官甚至认为,除非行为人的行为对他人造成危害,否则不应被监禁,这是一种常识。

法官 Braidwood 的标准与德沃金定律的方法是一致的,其从道德角度看危害原则是一项公正的原则,因为它为确保刑事拘留符合公平与公正的要求提供了客观的标准。因此,法官 Braidwood 依据危害原则对因私人用途持有大麻而对行为人判处监禁是剥夺自由权的解释,符合权利的整体道德合理性。<sup>[47]</sup>但加拿大联邦最高法院否认危害原则是加拿大宪章第 7 章规定的基本公正原则之一,因为某

[43] 马荣春:《刑法立法的正当性根基》,载《中国刑事法杂志》2013年第3期,第12页。

[44] Dennis J. Baker, *Constitutionalizing the Harm Principle*, 27 (2) Criminal Justice Ethics 3, 13 (2008).

[45] *Id.*

[46] *Id.*

[47] *Id.*

一行为是否定罪并不必然要求该行为对他人造成了危害。<sup>[48]</sup> 因此,尽管加拿大诸多学者呼吁危害原则的宪法化,但最终没有成功。

在美国也存在危害原则是否是宪法原则的问题,而对该问题具有重大影响的事件是2003年的劳伦斯诉德克萨斯案(Lawrence v. Texas)。在1998年9月,劳伦斯在其公寓被发现与他人肛交被捕,后根据德克萨斯州的法律被定罪。但在2003年劳伦斯向美国联邦法院提起上诉,认为德克萨斯州的法律侵犯了公民依照宪法享有的自由权,且违背美国宪法应对公民平等保护,禁止基于性别、种族、肤色、信仰或民族等歧视的原则。最终,美国联邦法院以六票多数意见对劳伦斯诉德克萨斯案作出判决,认为德克萨斯州的鸡奸法违背宪法第十四条正当程序规定和平等保护原则,并认为同性夫妻“享有不受政府干预其行为的充分权利”,<sup>[49]</sup>因此,德克萨斯州的鸡奸法是无效的。联邦法院之所以认为私人间合意的性行为不应被视为犯罪,其重要的根据是《美国模范刑法典》反对对合意私人性行为施加刑罚,因为这种行为本质上对他人没有危害,是正当的行为。<sup>[50]</sup> 在劳伦斯诉德克萨斯案中,促使美国联邦法院判决德克萨斯州鸡奸法违背宪法的因素中,行为是否对他人有危害起了决定性作用。因此,学者 Dan M. Kahan 认为,在劳伦斯诉德克萨斯案中,“危害原则被有效地宪法化了”。<sup>[51]</sup> 劳伦斯诉德克萨斯案不仅被学者视为是危害原则在司法中的宪法话,而且继之后,美国的其他13个州根据危害原则的精神,废止了鸡奸法,使同性间的性行为合法化。因此,美国联邦法院对劳伦斯诉德克萨斯案的判决具有里程碑意义。

## 五、“危害原则”与“社会危害性”比较

危害原则与中国刑法的“社会危害性”原则,在表面上具有相似性,因此,有学人认为:“我国语境下的‘社会危害性’与西方伤害原则的‘伤害’其实是一个意思。”<sup>[52]</sup> 笔者认为这种观点是值得商榷的。从价值追求、内涵和法治精神看,“危害原则”与“社会危害性”是不同的。

### (一)概念区别:“利益侵害论”VS“社会关系侵害论”

无论是中国刑法还是在前苏联刑法中,社会危害性均具有核心地位,是两国刑法体系的基石。<sup>[53]</sup> 严格而言,我国刑法的社会危害性概念是从前苏联刑法引进的。我国刑法学界对社会危害性进行了界定,比如高铭喧教授认为:“社会危害性是犯罪行为对我国刑法所保护的一定社会关系的侵犯。”<sup>[54]</sup> 马克昌教授认为:“社会危害性是指行为对我国的社会主义社会关系实际造成的损害或可能造成的损害。”<sup>[55]</sup> 因此,中国刑法学界对社会危害性的通说解读是“社会关系侵害”论。前苏联刑法学

[48] *Id.* at 14.

[49] *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

[50] *Id.* at 572.

[51] Dan M. Kahan, *The Supreme Court 2010 Term—Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law*, 125 Harv. L. Rev. 1, 50 (2011).

[52] 陈雨禾:《论犯罪化过程的阶层化构造——从社会危害性到法益侵害性的进阶》,载《犯罪研究》2014年第6期,第5页。该作者提及的“伤害”就是 harm 翻译过来的,但笔者认为不应译为“伤害”,译为“危害”更妥当。

[53] 陈兴良:《社会危害性——进一步的批判性清理》,载《中国法学》2006年第4期,第3页;薛双喜:《苏俄刑法学关于社会危害性理论的论争》,载《中国刑事法杂志》2010年第3期,第1页;陈兴良:《社会危害性——一个反思性思考》,载《法学研究》2000年第1期,第8页。

[54] 高铭喧:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第384页。

[55] 马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第20页。

界对社会危害性的界定,也是社会关系侵害论。

前述论及,密尔和范伯格均对“危害”持利益侵害观。因此,从概念看,虽然危害原则和社会危害性都以危害作为惩罚起点,但二者指向的实质内容是不同的。危害原则中的危害指向的是对利益的侵害,而社会危害性中的危害指向的是对社会关系的侵害。“关系”一词的基本含义是事物之间相互作用、相互影响的状态,社会关系就是社会事物之间的在共同活动中结成的相互作用、相互影响的各种关系的总称。因此,社会关系是一种抽象概念,其隐晦和抽象,很难担当解释社会危害性的重担。据此,有学者对其进行了批判,认为其不利于“指导司法实践当中对犯罪行为性质的认定”。<sup>[56]</sup> 犯罪行为指向的对象必然是客观的定在,这种抽象的精神化概念会导致犯罪对象指向的虚无。另一方面,从社会关系涵盖的范畴看,是指人与人之间的关系。因此,社会关系说不能涵盖环境安全、食品安全等等。何秉松教授就认为:“社会生产力和自然环境等这些因素,就不是用‘社会关系’所能全部涵盖的。”<sup>[57]</sup> 但从刑法应该保护的范畴看,却不能仅仅局限于对人与人之间关系的保护。

从实质看,社会关系是社会各参与者的各种利益的固化,其蕴含的利益才具有实质价值。如有学者认为:“社会关系最首要的表现是社会利益。”<sup>[58]</sup> 对某种社会关系的保护,实际上保护的是利益。作为寻求发展的人类,也是以永久的利益为基础。<sup>[59]</sup> 刑法应对人类的利益进行保护,而不是保护某种抽象的社会关系。所以笔者认为,法之设置目的是服务于利益保护,刑法只有在接受社会利益衡量的基础上,才能设置刑事禁令。所以以利益侵害解释危害,更为合理和恰当。另一方面,社会的利益和个体的利益是不同的,比如个体有生命权,而社会是没有生命权的。用由个体组成的“社会”这样的群体性概念界定危害,是将危害视为对由个体组成的某个整体的侵害,这会导致对个体侵害的忽略或对个体的降格,从而导致对个体权益的忽视或降格。而对个体权益的忽视或降格,亦会使社会危害性缺乏人权保障机能。

## (二)价值诉求区别:个人本位 VS 国家/社会本位

危害原则体现的是个人本位思想,该思想主要体现在两个方面。首先,危害原则的旨意是保护公民自由,限制国家刑罚权的发动。密尔的论述、哈特对德夫林的论战及范伯格把危害原则视为刑法的道德限制,均是围绕此旨意展开的。其次,危害原则的个人本位思想还体现在其把对公民个人利益的保护置于首要位置,其全称“危害他人”而不是“危害社会”的表述,就体现了这种思想。不仅如此,危害原则影响下的英美法系刑法,也体现了这种思想,比如《美国模范刑法典》的分则排列是:人身安全的犯罪、侵犯财产的犯罪、侵害家庭的犯罪、侵害公共管理的犯罪、侵害公共秩序和有伤风化的犯罪。<sup>[60]</sup> 因此,《美国模范刑法典》是把侵害个人权益的犯罪排在首位。不仅如此,美国各个州的刑法也是把对侵害公民个人利益的犯罪排在前面,体现了对公民个人权益的高度重视。

从社会关系说在前苏联和中国刑法的历史渊源看,深受政治评价和阶级评价的影响。前述的学者,比如马克昌教授,在阐述社会关系时,在其前面修饰有“社会主义”。深受政治评价和阶级评价影响的社会危害性,“其理论的话语背景被诠释为社会主义社会关系,从而在一开始就被注入了革命的

[56] 汪火良、从其福:《论公民自由权的刑法保护》,载《湖北师范学院学报》2011年第6期,第23页。

[57] 何秉松:《论犯罪客体》,载《北京大学学报》1987年第3期,第15页。

[58] 李晓明:《论对犯罪客体的质疑》,载《法学杂志》2001年第5期,第24页。

[59] Mill, *supra* note 5, at 70.

[60] 《美国模范刑法典》,刘仁文译,法律出版社2005年版,“目录”第6-10页。

情绪与政治的意识”<sup>[61]</sup> 陈兴良教授深刻地解读认为：“社会危害性实际上就是阶级危害性。”<sup>[62]</sup> 前苏联学者沃尔科夫亦持同样的观点：“在刑法中，特别是在犯罪问题上，主要的一环是社会危害性，也可以理解为阶级危害性。”<sup>[63]</sup> 这种解释不可避免地使社会危害性具有浓厚的社会本位或国家本位思想，如有学者就评价认为：“传统的社会危害性理论依附于国家本位主义。”<sup>[64]</sup> 另一方面，“社会危害性”的“社会”修饰语，亦明显是社会本位或国家本位思想，这导致首先考虑的是对国家和社会保护，追求的是社会秩序。虽然按照“社会危害”构建的中国刑法和前苏联刑法，亦会惩罚侵犯公民个人的利益，但这会导致价值位阶的不同：国家、集体或社会利益在先，公民个人利益居于次要地位。这种价值追求也反映在刑法分则的体系构建上，比如我国刑法分则体系的犯罪依次为：危害国家安全罪、危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯公民人身权利、民主权利罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪、危害国防利益罪、贪污贿赂罪、渎职罪、军人违反职责罪，在此排列中，首先是侵犯国家、集体或社会利益的犯罪，针对公民个人权益的犯罪居后。因此，我国刑法分则体系就体现了“社会危害”这种国家本位、集体本位思想的影响。

### （三）终极旨意：保护自由 VS 维护秩序

危害原则的核心要义是：公民个人的行为只有在危害他人利益时，国家才能对公民个人的行为适用刑法进行强制干预。因此，危害原则的实质是保护公民个人自由。从危害原则的起源看，危害原则具有根深蒂固的自由主义血统，比如在密尔的话语下，强调公民的自主权和自我决定权。哈特通过对德夫林的法律道德主义保守派的猛烈进攻，明确赋予危害原则保护自由之目的。<sup>[65]</sup> 范伯格彻底视危害原则的旨意是保护自由。<sup>[66]</sup> 因此，危害原则是保护自由的有力武器。

社会危害性的国家本位/社会本位思想，导致其终极的旨意是追求秩序和控制。前面论及社会危害性具有强烈的阶级性和政治性，这导致在界定犯罪时，也使对犯罪的界定具有浓重的政治性和阶级性。这可能会导致中国刑法违背以人权保障为价值取向的法治精神，使中国刑法成为社会防卫工具。这也是中国刑法带有浓重的“刀把子”和工具色彩的重要原因，也潜意识地导致中国刑法重“秩序”。

重秩序的刑法重视对社会中公民的控制，并追求从国家本位出发的功利价值。但“在现代民主法治语境下，刑法视域中的公民应被看作是现代国家的基础”，<sup>[67]</sup> 所以刑法追求的不是从国家本位出发的国家功利——秩序，而是为公民追求幸福和发展的正当自主权提供保障。从这个维度分析，刑法对个人生活的干预是一种例外，且这种例外需要正当性和合法性，对个体的惩罚才具有道德谴责基础。因此，危害原则的终极意义，更符合现代文明国家的法治精神。

## 六、危害原则对中国刑法发展的启迪

经过半个多世纪的不断完善和发展，新中国刑法从当初的奠基阶段逐步进入成熟发展的阶段，比

[61] 杨兴培：《“犯罪客体”非法治成分批评》，载《政法论坛》2009年第5期，第47页。

[62] 同注53引文，第6页。

[63] 孟沙金主编：《苏联刑法总论》，彭仲文译，大东书局1950年版，第311-312页。转引自陈兴良：《社会危害性——进一步的批判性清理》，载《中国法学》2006年第4期，第6页。

[64] 苏青：《社会危害性理论的反思与改造——以法益视角为进路》，载《法学评论》2011年第3期，第35页。

[65] H. L. Hart, *Law, Liberty, and Morality* (Stanford University Press 1963).

[66] Feinberg, *supra* note 11.

[67] 姜敏：《英美法系罪刑法定原则的维度和启示——兼与大陆法系罪刑法定原则比较》，载《四川大学学报》（哲学社会科学版）2015年第3期，第133页。

如从开始刑法散乱的状态发展到有统一的刑法典的状态。但是,虽然新中国刑法在不断变化和完善,其强烈的维护秩序的工具主义色彩始终非常浓郁。特别是最近几次刑法修正案的大量犯罪化,引起学界高度警示,并不断追问:刑法到底是应犯罪化还是不应犯罪化?因此,犯罪化与非犯罪化的问题,是当代中国刑法必须面对的重大问题。<sup>[68]</sup> 学界对此问题的回答有两种立场:犯罪化与非犯罪化。但无论是犯罪化的立场还是非犯罪化的立场,其背后所折射的问题是:国家如何在公民个人自由与秩序维护之间决策的问题。

无论是在法治国家还是在正走向法治的国家,都始终存在社会秩序和个人自由之间的博弈。这场博弈指向的根本问题是:在社会秩序与个人自由很难两全的困境下,国家如何平衡与取舍才具有正当性?在现代自由社会,道德模糊不清,行为模式多元,因此,刑法必须确立一个选择原则或标准,从而决定哪些行为应被国家强制干预,并保证这种干预的合理性和正当性。在中国刑法中,社会危害性原则是站在国家本位的立场,从秩序维护的角度判断国家是否应发动刑罚权,这注定其会轻自由重秩序。也正因为如此,社会危害性不断受到挑战和批判,甚至有学者认为,社会危害性“在实践中对于国家法治起着反作用”。<sup>[69]</sup> 中国正走在实现法治的道路上,中国刑法也同样应参与到中国实现法治的进程中。这需要中国刑法摒弃国家本位思想,不要一味充当维护社会秩序的工具,扮演“刀把子”的角色。

与社会危害性的意旨相比,危害原则的自由主义和个体本位思想使其有减少个体正当行为被惩罚的风险,增加个人实现自我价值之机会。学者斯蒂芬认为,危害原则是“让每个人满足自己而不危害他的邻居。任何旨在为社会谋取福利会最大限度地超过为个人谋取利益或者对被影响的公民带来的利益的道德制度,都是错误的”。<sup>[70]</sup> 从实质看,危害原则的本质就在于尊重个体的自主性。大卫·理查德评价了危害原则的这种道德性:“以危害原则为基础的道德性戒律只有在必要保护牵涉到的他人的权益时,才能限制个体自主权,否则个体应拥有自主性的一般权利。”<sup>[71]</sup> 但同时危害原则亦蕴含着公民在行使自己权利的时候,不能危害他人的利益。因此,危害原则既是对国家行为的限制,亦是对公民个人行为的限制,即危害原则在限制国家刑罚权的同时,也限制公民不当行使权利。所以危害原则不仅在实质上体现了对自主权的尊重,同时还赋予了自主权的道德约束——自主权的行使不能危害他人,否则国家刑罚权的施加就是正当的。

因此,危害原则通过对国家刑罚权和对公民行使权利的限制,从而保护公民寻求幸福的正当自主权。为此目的,危害原则包括两个要义:一是预防危害是政府干预的唯一理由,这是危害原则的核心观点;二是反对家长主义,即国家只能调整个人行为中影响他人的那部分行为,除此之外,是公民个体对自己、对他自己的身体和思想的支配领域。而正是个人主宰领域的划分,给公民反思国家干预行为提供了可能。换句话说,国家对公民生活,包括行为选择的干预,被限制在防止危害他人的范围内。因此,危害原则作为一种法律控制最低限度的道德理论,在充分尊重个体的选择和自由的基础上,明确国家强制干预的范畴,实现了法治国家刑法的中心任务:在国家秩序和个人自由之间实现利益

[68] 姜敏:《刑法修正案犯罪化及限制》,中国法制出版社2015年版,第3-4页。

[69] 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第8页。

[70] J. F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, in Peter Radcliff, *Limits of Liberty: Studies of Mill's on Liberty* 43 (Wadsworth Publishing Company, Inc. 1966).

[71] David A. J. Richards, *Human Rights and Moral Ideals: An Essay on the Moral Theory of Liberalism*, 5 *Social Theory and Practice* Tallahassee 461, 461 (1979).

平衡。

在法治语境中的中国刑法,“应尽可能防止腐烂本身对自由的伤害,最大限度尊重个人的自由意志及在此支配下的行为”。<sup>[72]</sup> 在转型社会和社会风险剧增的当代中国,固然应顺应社会变化把新危害现象纳入刑法规制,从而不断完善刑法,维护良性秩序和保证公民的安全。但是,这种顺应并不是无原则的顺应,而是在坚持法治精神下的顺应。这首先就要求中国刑法应削弱其秩序维护的工具主义色彩,增加维护公民寻求幸福和自我发展的正当自主权。而危害原则的价值倾向和终极诉求,对中国刑法实现法治就具有这种启迪意义。特别是转型社会刑法是犯罪化还是非犯罪化的回答,应尊重社会中的独立个体,尊重个体追求幸福和实现自己价值的诉求。这正如卢梭所认为的,“不伤害他人的寻求快乐避免痛苦是一种自然权利”,这是一条“不言而喻的绝对准则”,如果不遵守该准则,任何人“不能被认为是犯罪”。<sup>[73]</sup> 公民在实现自己的价值诉求时,其前提条件是享有决定自己命运的权利,即自我实现的自主权。如果没有这个基本前提,一切皆空。从国家存在的应然价值看,国家不能禁止公民实现自身的价值和追求自己向往的幸福。因此,中国刑法在决定是否把某种现象视为犯罪时,应借鉴危害的不干预公民的正当自主权精神,避免对个体自主性人格的侵蚀。

另外,作为一种扩大公民自主权的政府管理模式,危害原则追求刑法上的价值评价独立于国家与社会,从被侵害的对象本身去考察行为的特征。其不需要以某种国家理论为基础,直接考察以国家强制为后盾的刑法应受到何种限制,以及刑法作为独立部门法对公民个人权利的干预的正当性界限是什么的问题。所以危害原则所体现的平等对待每个人,尊重个体寻求实现其目的的基本能力,也是重秩序的中国刑法应重视的重要价值。

## 七、余论

某种行为具有危害,仅是施加刑事责任的必要条件而非充要条件。无论是密尔还是范伯格,均持这种观点。<sup>[74]</sup> 这意味着如果公民的行为具有危害,会落入国家可通过强制力干预的范畴,但国家是否进行强制干预取决于多种因素。比如,刑法禁止是一种法律强制,但真正的实现需要实践可能性。但并不是所有法律强制都具有可践行性,有许多事物是不适合作为法律强制的对象。所以落入危害原则的危害行为,最终是否应被刑法规制,必须考虑其在实践中的可行性问题。从此意义看,危害原则虽是“解决国家刑罚管辖权问题,而非解决国家何时适用权力的问题”。<sup>[75]</sup> 因此,危害原则仅限制政府,而非赋予政府义务。范伯格在论述危害原则时,亦明确指出其目的“不是要确定具体应把何种行为纳入理想的智慧而有用的刑法典中,而是确定:假如刑法的立法决定要受道德约束,则刑法应包括哪些行为?”<sup>[76]</sup> 换言之,危害原则仅是思考是否对公民行为施加刑罚限制的始点,而不能提供刑罚强制的所有正当事由。因此,如果刑法坚守最低的道德限制,在公民自由和国家权力博弈之间合理取舍,维护刑法的正当性,则危害原则划定的刑法可干预的范畴,一定是大于或等于刑法最终确定的犯

[72] 同注 68 引书,第 189 页。

[73] Jean - Jacques Rousseau, *La Nouvelle Heloise* 264 (Judith H. McDowell trans., Pennsylvania State Univ. Press 1968).

[74] Jorge Menezes Oliveira, *Harm and Offence in Mill's Conception of Liberty*, <http://www.trinitinture.com/documents/oliveira.pdf>, p. 3. 最后访问时间为 2016 年 4 月 13 日。Feinberg, *supra* note 11, at 10.

[75] Gerald Dworkin, *Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality*, 40 *William and Mary Law Review* 927, 934 (1999).

[76] Feinberg, *supra* note 11, at 4.

罪圈的范畴。

危害原则要求刑法应禁止的行为是从危害原则划定的范畴中进行选择,这是刑法应坚持的最低道德限制。但危害原则的非充要性特征决定了危害原则与其具有对等身份的德国的法益侵害原则一样,不是提供刑罚正当性的唯一原则:“正如赫尔希教授所指出,无论是德国刑法中的法益概念,还是英美刑法中的危害原则,都不能独自完成为刑事惩罚提供根据的任务,还需要有其他原则的辅助。”<sup>[77]</sup>因此,在危害原则划定的边界内,刑法应选择哪种危害行为作为犯罪,则是各种力量博弈的结果。在博弈的过程中,刑法到底选择哪种行为作为犯罪,笔者赞成罗尔斯提出的“合理多元主义”——国家权力正当适用的问题,适用单一的学说永远不可能解决分歧的存在,因为公民永远不会通过一个全面的学说而形成共识。<sup>[78]</sup>比如中国刑法修正案的犯罪化,在把危害原则作为最低道德底线的前提下,对于某种新危害现象或新危害行为,到底是否应进行犯罪化,则应综合参考各种学说,考量涉及的各种因素。即对于某种新危害现象或新危害行为,刑法修正案是否进行犯罪化,应考量外部限制和内部限制,在综合衡量下作出正当合理的决定。<sup>[79]</sup>但无论如何,遵守危害原则划定的刑法外部边界,则是刑法及其修正案必须坚守的最低道德。

### On the Harm Principle in Anglo-American Criminal Laws: And Compared with Social Harmfulness Principle

Jiang Min

**Abstract:** The harm principle, with the purpose to protect the freedom of the citizens so as to assure that people have autonomy rights to develop themselves and purchase life of happiness, is the core principle in Anglo-American criminal laws, and sets the boundary for criminal law. The harm principle also implies that people can not harm others' benefit when they choose what they do to realize themselves. Therefore, The harm principle is not only the moral standard for state's coercion but also the moral standard for the citizen's individual behavior choice. Compared with social harmfulness principle in Chinese criminal law, the two are prima facie similar, but they are substantially different in the connotation, value and the ultimate pursuit. Chinese criminal law is on the road to realize the rule by law, so it should learn the spirit of the rule by law in harm principle, respecting the justified autonomy rights of the citizens to eliminate strong instrumentalism focusing on social order.

**Keywords:** harm principle; social harmfulness; freedom; autonomy rights of the citizens

(责任编辑:丁洁琳)

[77] 同注2引文,第113页。

[78] See John Rawls, *Political Liberalism* 3-11 (Columbia University Press 1993). 转引自注68引书,第189页。

[79] 参见注68引书,第245-247页。



# 诉讼实施权配置的模式构建

黄忠顺\*

**摘要:**传统当事人适格理论仅对谁有权提出或者抗辩诉讼请求问题进行静态研究,没有同时解决重复赋权引起的诉讼实施权竞合问题。而诉讼实施权配置理论不仅从动态的角度重新归纳和拓展赋权模式,还对赋权模式引发的复数诉讼实施权竞合问题的解决进行模式构建。诉讼实施权的赋权模式可以区分为实体法定赋权、实体意定赋权、程序法定赋权、程序意定赋权等四种基本模式。固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系协调模式可以区分为替代性诉讼实施权配置模式与共享性诉讼实施权配置模式,而复数新设诉讼实施权的关系协调模式可以分为排他性诉讼实施权配置模式和复合性诉讼实施权配置模式。

**关键词:**诉讼实施权 当事人适格 法定诉讼担当 意定诉讼担当 诉讼信托

相对于诉讼实施权配置而言,民事诉讼法学界更倾向于通过诉权或者当事人适格等传统理论来阐释相关问题。然而,诉权多元化、当事人适格泛化,使得当事人针对特定纷争提起或者抗辩诉讼请求的权利不再适宜表述为诉权或者当事人适格。鉴于传统当事人适格理论难以阐释形成之诉、消极确认之诉等新型民事诉讼类型以及现代型诉讼中的适格主体问题,诉的利益与纠纷管理权理论逐渐形成,传统当事人适格理论不断受到冲击。实际上,当事人适格理论的形成建立在日本学者混同德语 Prozesslegitimation 与 Sachlegitimation 的基础之上,两者均被译为当事人适格。从词根上讲,“Prozess”是指“诉讼”,而“Sach”对应的是“实体”,故“Prozesslegitimation”应为“诉讼资格”,而“Sachlegitimation”则为“本案适格”。诚如陈荣宗教授所指出的,Prozesslegitimation 是奥地利所使用的术语,德国法的相应表述是 Prozessführungsrecht 或者 Prozessführungsbefugnis,其准确的翻译为诉讼实施权。<sup>[1]</sup> 受日本法影响,我国学者普遍将 Sachlegitimation 翻译为“当事人适格”,<sup>[2]</sup> 有些学者认识到其实体内涵而将其翻译为“当事人适格/本案适格”,<sup>[3]</sup> 使得当事人适格的内涵与外延均不清晰。显而易见,我国当前盛行的当事人适格理论的真正源头是德国法上的诉讼实施权理论。民事诉讼法学者普遍存在抵制诉讼实施权理论的情绪,在某种意义上是学术惰性和理论惯性所致。为正本溯源,笔者不揣浅陋,写作此文,从诉讼实施权理论的研究视角出发,对诉讼实施权配置现象及其规则进行重新归纳和理论抽象,对诉讼实施权配置的固有途径进行模式构建,使之成为立法者配置诉讼实施权和司法者认定诉讼

\* 清华大学法学院博士后研究人员,法学博士。本文系国家社会科学基金青年项目(编号:14CFX028)、中国博士后科学基金资助项目(编号:2015M580074)的阶段成果。

[1] 参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(上),修订八版,三民书局2013年版,第169页。

[2] [德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第286-287页。

[3] [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第74页。

实施权配置效果的基本样式。<sup>[4]</sup>

## 一、模式演变:诉讼实施权配置一元模式向多元模式的发展

诚如学者所指出的,模式的本质是解决某一类问题的方法论,即系统化解决问题方案所呈现出的总体风格。<sup>[5]</sup>然而,在特定环境中不断出现的问题并非永恒不变,伴随着环境的变迁以及实践的发展,建立在研究者对特定时期的特定环境条件有限认识基础上的原有理论模式可能不再有效,而有必要构建或者更新模式,以促进人类对社会现象认识的深化。<sup>[6]</sup>相应地,诉讼实施权配置模式的构建系以研究者对特定时空范围内诉讼实施权配置现象的有限认知为基础,伴随着客观环境的改变或主观认识的拓展,诉讼实施权配置模式也呈现出不断发展的趋势。

在实体当事人语境下,只有作为诉讼标的的实体权利义务关系主体才享有诉讼实施权,其他任何主体均不得以自己名义为保护他人权益而进行诉讼活动(一元模式)。然而,鉴于实体当事人概念无法对诸如破产管理人等非实体权利义务归属主体得以自己名义为他人权益起诉或者应诉作出合理的解释,民事诉讼法学者提出以“权利保护当事人”概念替代“实体当事人”概念,将实体当事人以及对诉讼标的享有管理处分权的主体作为适格当事人。<sup>[7]</sup>为进一步阐述对诉讼标的的享有管理处分权的非实体权利义务归属主体提起民事诉讼的正当性基础,民事诉讼法学者将“权利保护当事人”更新为“形式当事人”,并将非实体权利义务归属主体享有诉讼实施权的现象称为“第三人诉讼担当”。至此,各国民事诉讼当事人适格理论普遍存在直接利害关系人基于固有诉讼实施权而成为适格当事人以及第三人被赋予法定或者意定诉讼实施权而成为适格当事人的两种基本模式(二元模式)。<sup>[8]</sup>

然而,伴随着民事诉讼法的发展,实体权利义务归属主体未必与诉讼结果之间存在直接利害关系(如享有不作为请求权的消费者团体本身与诉讼结果之间并不存在直接利害关系),而与诉讼结果不存在直接利害关系的形式当事人也未必不能表现为实体权利义务归属主体(如第三人基于诉讼信托而在名义上成为实体权利义务归属主体,但却与诉讼结果之间不存在直接利害关系)。<sup>[9]</sup>显而易见,诉讼实施权配置的二元模式已经不能涵盖所有类型的诉讼实施权配置现象,因此确有必要与时俱进地更新诉讼实施权配置模式。鉴于直接利害关系人享有诉讼实施权的正当性基础不证自明,只有诉

[4] 按照通常的理解,模式是指一定事物通过自身程式化的努力使之形成同类事物的样式或典范。相应地,诉讼实施权配置模式可以为立法者设计或者司法者适用诉讼实施权配置规则提供参考,据此其具有减轻论证负担的功能。参见李述一、姚休主编:《当代新观念要览》,杭州大学出版社1993年版,第456页。

[5] 参见邓刚宏:《论我国行政诉讼功能模式及其理论价值》,载《中国法学》2009年第5期,第53页。

[6] 参见[德]马克思·韦伯:《社会科学方法论》,韩水法等译,中央编译出版社2002年版,第19页。

[7] 按照陈计男教授的归纳,当事人适格的判断基准可以整理出以下两个原则:其一,诉讼标的之主体,通常为适格的当事人;其二,虽非诉讼标的主体,但就该诉讼标的之权利或法律关系有管理权或处分权者,亦为适格之当事人,常见情形包括破产管理人、遗嘱执行人、遗产管理人、不动产付强制管理时之管理人、取得收取命令之债权人。参见陈计男:《民事诉讼法论》(上),修订六版,三民书局2014年版,第107-109页。

[8] 参见陈贵贤:《当事人适格问题研究》,厦门大学出版社2013年版,第25-31页。

[9] 民事诉讼法学界主流观点认为,诉讼上形式当事人系具有诉讼实施权的诉讼担当人,而非诉讼标的的法律关系的实体上归属主体,其所主张之权利亦表明系他人之权利,而非自己之权利。参见沈冠伶:《程序保障与当事人》,元照出版公司2012年版,第232页。概言之,传统大陆法系民事诉讼法通说将形式当事人等同于诉讼担当人。然而,在立法者赋予消费者团体以不作为请求权、撤去不法收益请求权等新型实体请求权的语境下,消费者团体虽然表现为争议法律关系主体,但与诉讼结果之间并不存在法律上的利害关系,其所扮演的角色仅为形式当事人(而非实质当事人)。与此相似,在诉讼信托的语境下,充当适格当事人的受托人在表面上体现为争讼法律关系主体,但其与诉讼结果之间并不存在法律上的利害关系,其所扮演的角色界定为形式当事人更为妥当。

讼实施权非常态配置模式才是本文的研究重点。<sup>[10]</sup>相同的法律现象可以从不同的角度进行理论升华和模式构建,诉讼实施权配置的非常态配置现象也可以从不同角度进行类型化与定型化研究。诉讼实施权非常态配置实际上包含赋予第三人诉讼实施权以及协调复数诉讼实施权关系等两方面内容,诉讼实施权非常态配置模式相应地可以从赋权模式与限权模式两个角度展开研究。其中,赋权模式主要解决通过何种方式向第三人赋予诉讼实施权,具体包括创设新型实体请求权、法定诉讼担当、意定诉讼担当以及诉讼信托。其中,创设新型实体请求权、法定诉讼担当属于诉讼实施权法定配置模式,而意定诉讼担当以及诉讼信托属于诉讼实施权意定配置模式。新型实体请求权、诉讼信托属于程序实施权实体配置模式,而法定诉讼担当、意定诉讼担当属于诉讼实施权程序配置模式。<sup>[11]</sup>限权模式主要检讨如何协调复数诉讼实施权之间的关系,具体包括固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系、复数新设诉讼实施权之间的关系两方面内容。

如前所述,赋权模式主要探讨第三人(非直接利害关系人)享有诉讼实施权的基本路径。根据第三人取得诉讼实施权是基于立法者意志抑或固有诉讼实施权人意志,赋权模式可以区分为法定赋权模式与意定赋权模式两种子模式,在外观上表现为法定诉讼实施权与意定诉讼实施权的配置关系。根据第三人取得诉讼实施权是否同时(至少在名义上)成为实体权利义务归属主体,赋权模式则可以区分为实体赋权模式与程序赋权模式两种子模式,在外观上表现为实体诉讼实施权与程序诉讼实施权的配置关系。与此相似,限权模式主要协调固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系以及复数新设诉讼实施权之间的关系。前者主要关涉的是应否限制乃至剥夺固有诉讼实施权,理论上存在共享配置与替代配置两种解决方案,在外观上表现为共享性诉讼实施权与替代性诉讼实施权的配置关系。后者在本质上属于如何从诸多处于相同或者相似法律地位的主体中筛选最佳纠纷解决当事人的问题,理论上存在复合配置与排他配置两种解决方案,表征为复合性诉讼实施权与排他性诉讼实施权的配置关系。

## 二、赋权模式之一:法定诉讼实施权与意定诉讼实施权的配置

非直接利害关系人并非总是直接依据法律享有诉讼实施权,在理论上还存在根据固有诉讼实施权人的授权而享有诉讼实施权的情形。其中,前者属于诉讼实施权的法定配置模式,形式当事人据此享有的诉讼实施权就是所谓的“法定诉讼实施权”;后者属于诉讼实施权的意定配置模式,形式当事人

[10] 实际上,诉讼实施权理论的形成主要就是为了解释实体权利义务归属主体被剥夺诉讼实施权以及非实体权利义务归属主体或者部分实体权利义务归属主体享有诉讼实施权的现象。只有在争议法律关系主体被剥夺诉讼实施权或者非(全部)实体权利义务归属主体享有诉讼实施权的情形下,具备诉讼实施权或者缺乏诉讼实施权才有意义。参见注2引书,第287页。换言之,依照自己的陈述没有实体权利,而是主张了他人的权利的人,并且既未根据法律也不是根据授权获得了诉讼实施权,则他提起了不合法的诉。[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第105页。

[11] 尽管笔者将借助实体法或者程序法工具赋予非直接利害关系人以诉讼实施权的现象称为赋权模式,但这并不意味着给被赋予诉讼实施权的非直接利害关系人带来实体利益或者程序利益。一方面,虽然被赋予消极诉讼实施权的非直接利害关系人在其败诉情形不必履行生效裁判确定的义务,但被卷入诉讼后积极防御意味着承受诉累,除非其与诉讼结果之间存在法律上或者事实上的利害关系,否则难以指望被赋予消极诉讼实施权的非直接利害关系人积极防御。另一方面,被赋予积极诉讼实施权的非直接利害关系人在是否提起诉讼方面具有决定权,除非其与诉讼结果之间存在法律上或者事实上的利害关系,否则也难以指望作为经济理性人的非直接利害关系人会提起诉讼并积极攻击对方当事人。由此可见,在形式当事人与诉讼结果不存在法律上或者事实上利害关系的情形下,赋予非直接利害关系人以积极诉讼实施权抑或消极诉讼实施权都不能给形式当事人带来类型化的自由,反而徒增诉累。鉴于此,立法者向非直接利害关系人赋予积极诉讼实施权抑或消极诉讼实施权,原则上均以其享有值得提供司法保护的法律上或者事实上的利害关系为限制条件。

据此享有的诉讼实施权则是所谓的“意定诉讼实施权”。<sup>[12]</sup> 法定诉讼实施权配置与意定诉讼实施权配置各具优势,而且相互之间的关系也较为微妙。

### (一) 法定诉讼实施权的配置

相对于意定诉讼实施权配置而言,法定诉讼实施权配置也具有自身的优势,主要表现为以下几方面:(1)诉讼实施权的法定配置结论明确规定于实定法,具有公示性、稳定性和可预测性,符合程序安定原则的要求,有助于交易的安全与稳定。尽管诉讼实施权的非常态配置必然减损程序安定性价值,但相对于当事人根据自己的意志将诉讼实施权移转给他人的意定诉讼实施权配置模式而言,立法者通过制定法明确将诉讼实施权非常态配置的效果公之于众的法定诉讼实施权配置模式对程序安定性的冲击要小得多。(2)诉讼实施权的法定配置更有利于维护律师代理制度、保障对方当事人的平等诉讼地位以及确保纠纷解决效率。按照传统大陆法系民事诉讼法学界的通常理解,限制意定诉讼实施权配置适用空间的主要目的在于维护律师代理制度、保护对方当事人的合法权益、确保有限司法资源的运行效率。法定诉讼实施权配置模式仅将诉讼实施权配置给与诉讼结果之间存在法律上或者事实上利害关系或者负担有保护直接利害关系人法定职责的主体,故能够避免或者减轻对律师代理制度、对方当事人程序利益、司法资源的运行效率造成冲击。(3)诉讼实施权的法定配置更有利于立法者对周边制度进行必要协调,避免民事诉讼制度之间的“内部消耗”。相对于意定诉讼实施权配置形式和内容具有高度自治性和灵活性而言,法定诉讼实施权配置的形式和内容具有稳定性,其与周边制度之间存在的冲突也较为明显,立法者可以通过特别立法对相关制度进行适当的必要调整,使之运行通畅。显而易见,法定诉讼实施权配置模式的本质是立法者在综合权衡其他影响因素的基础上将诉讼实施权非常态配置定型化,具有节约诉讼实施权非常态配置成本(当事人无须授权,法院无须再行权衡)和防范滥用诉讼实施权的功能。然而,民事纠纷的多元化、解纷需求的多元化以及法律语言的模糊性共同决定了法定诉讼实施权配置难以穷尽司法实践中的现实需要,而且法定诉讼实施权配置在保障固有诉讼实施权人程序自由方面不如意定诉讼实施权配置模式充分。

### (二) 意定诉讼实施权的配置

相对于法定诉讼实施权配置而言,意定诉讼实施权配置更有利于贯彻固有诉讼实施权人与新设诉讼实施权人的程序自由,因为双方当事人可以通过民事合同与诉讼契约的个别化安排实现诉讼实施权配置最优的效果。然而,意定移转诉讼实施权的合意不仅谋求拘束固有诉讼实施权人与新设诉讼实施权人(内部效力),而且必将对其他民事诉讼法律关系主体产生实质性影响,可能给其他当事人的程序利益以及法院的审判效益造成威胁(外部效力)。如果说其他当事人(包括共同诉讼人、对方当事人、诉讼参加人等)的程序利益可以放弃(不行使责问权),司法效率的维系则具有公益性质而不允许因诉讼实施权的意定移转而受有减损。鉴于此,在不影响其他民事诉讼法律关系主体(如共同诉讼人间的诉讼实施权意定移转)或者影响其他民事诉讼法律关系主体具有足够充分且正当理由(如基于实质正义而允许消费者将其损害赔偿请求权或者其所对应的诉讼实施权移转给消费者团体)或者对方当事人对诉讼实施权意定移转不提出抗辩且法院认为诉讼实施权意定移转不减损司法效益价值(如商标权、专利权、著作权、品种权的权利人以及商业秘密的持有人将其诉讼实施权移转给普通使用许可合同的被许可人)的情形下,立法者或者司法者应当认可诉讼实施权意定移转效力。

[12] 诚然,根据实体法规定而享有民事权利或者承担民事义务的直接利害关系人,除非法律另有规定,享有为保护自身合法权益而以自己名义起诉或者应诉的固有诉讼实施权。因而,固有诉讼实施权遵循法定配置模式,直接利害关系人依据实体法规定享有的固有诉讼实施权在理论上也属于“法定诉讼实施权”,但因直接利害关系人、实体权利义务归属主体以及法定诉讼实施权人“三位一体”,其诉讼实施权配置极为简单,故不在本文检讨范围之内。

### (三) 法定诉讼实施权配置与意定诉讼实施权配置的关系

法定诉讼实施权配置与意定诉讼实施权配置在授权主体和授权方式方面存在着显著的区别,通常两者之间的界限较为明显。然而,鉴于意定诉讼实施权配置涉嫌损害对方当事人平等诉讼地位、减损有效司法资源的运行效益并对周边民事诉讼制度造成冲击,意定诉讼实施权配置模式的适用以立法者预先允许适用为前提,并受法定条件制约。这使得意定诉讼实施权配置与法定诉讼实施权配置存在着某种程度的相似性,尤其是我国司法解释以法定诉讼实施权配置补充意定诉讼实施权配置的立法例更是使得意定诉讼实施权配置与法定诉讼实施权配置的边界较为模糊。例如,我国《民事诉讼法》第54条第2款规定人数不确定的代表人诉讼中代表人产生方式为“向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼;推选不出代表人的,人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人”,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2015]5号,以下简称《民事诉讼法适用解释》)第77条补充规定“协商不成的,也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人”。<sup>[13]</sup>对此,笔者并不认为这是法定诉讼实施权配置与意定诉讼实施权配置的“中间地带”,而应当理解为法定诉讼实施权配置模式与意定诉讼实施权配置模式之间的衔接。鉴于当事人一方人数众多且起诉时不确定,基于提高纠纷解决效率的考量,决策者认为应当采取诉讼实施权非常态配置措施。为兼顾程序自由价值的实现,决策者优先采取意定诉讼实施权配置模式,允许当事人自行或者在法院的协助下确定诉讼代表人。然而,人数众多的当事人(尤其是彼此陌生而不存在信任关系的复数当事人)在选任代表人方面达成共识并非易事,为预防当事人达不成共识导致意定诉讼实施权配置模式运行不畅,并从反向促使人数众多的当事人尽可能地达成共识,立法者将法定诉讼实施权配置模式作为补充性规范,授权法院在起诉的当事人中指定代表人。此外,司法解释中还存在着另一种“披着意定诉讼实施权配置外衣的法定诉讼实施权配置”情形,即《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]6号)第4条第2款直接规定农户成员众多的代表人诉讼中的农户代表人的确定顺序,而没有将农户成员无法自行或者在法院协助下选任诉讼代表人作为法院指定农户代表的必要条件。据此,农户代表人的产生方式并不取决于复数当事人的主观意志,相关权利证书上记载的名义权利人以及未取得相关权利证书的承包合同签订人系根据司法解释的规定直接成为其他农户成员的诉讼担当人,在解释论上更加接近法定诉讼实施权配置模式。诚然,前述两种情形也存在着区别,前者的代表人虽然并非当事人选定但也并非法律或者司法解释明确规定(而是司法解释授权法院在复数当事人中指定代表人),而后者所谓的诉讼代表人则是司法解释所明确赋予法定诉讼实施权的。因而,有学者质疑法定诉讼实施权与意定诉讼实施权二元划分的科学性,并参照法定诉讼代理权、指定诉讼代理权、意定诉讼代理权三元划分模式,主张在法定诉讼实施权与意定诉讼实施权之间尚存在中间过渡模式——指定诉讼实施权。尽管指定诉讼实施权确实与意定诉讼实施权、法定诉讼实施权并不完全相同,但法院的指定代表人的行为既可以解释为法院替代当事人选任代表人,也可以解释为法院替代立法者确定代表人。因而,意定诉讼实施权配置模式、法定诉讼实施权配置模式、指定诉讼实施权配置模式三种解释方案均可以实现类似解释效果。尽管解释效果相同,但解释成本并不相同:意定诉讼实施权解释方案面临着法院替代当事人选任代表人的正当性论证难题,涉嫌违背程序自由与自我责任原则。指定诉讼实施权配置模式的确立意味着承认法院在诉讼实施权非常态配置方面具有广泛的自由裁量权,这要求存在较高水平的司法公信力和司法权威与之相适应,而且在通过传统理

[13] 《关于审理农业承包合同纠纷案件适用法律若干问题的规定(试行)》(法释[1999]15号)第4条规定,共同承包人人数众多的,应当推选代表人进行诉讼。共同承包人推选不出代表人的,由人民法院提出代表人名单,要求共同承包人协商,协商不成的,由人民法院在共同承包人中指定代表人。

论和现有制度的解释足以实现类似效果的情形下,采取打破学界既有基本共识的指定诉讼实施权解释方案不符合比例原则。法定诉讼实施权解释方案认为此时本应当采取法定诉讼实施权配置模式,但为兼顾程序自由等其他价值的实现而允许复数当事人尝试自行推选代表人。在当事人无法达成共识的情形下,立法者本应当采取补充性法定诉讼实施权立法模式明确规定适格当事人,由于复数当事人均属于具有相同或者相似法律地位但在纠纷解决动力与纠纷解决实际能力等方面却千差万别的部分实质当事人,立法者无法穷尽列举现实纠纷解决中可能出现的各种情形,不得不授权司法机关在个案中具体判断。鉴于此,本文坚持法定诉讼实施权与意定诉讼实施权二元论,而将所谓的“指定代表人”现象解释为特定类型的法定诉讼实施权配置模式的特殊形态。<sup>[14]</sup>

### 三、赋权模式之二:实体诉讼实施权与程序诉讼实施权的配置

赋予非直接利害关系人以诉讼实施权并非总是意味着实体当事人与形式当事人的分离。在理论上,赋予非直接利害关系人以诉讼实施权,既可以采取仅赋予其诉讼实施权的程序赋权模式,也可以采取使之成为实体权利义务归属主体的实体赋权模式。其中,非直接利害关系人根据程序赋权模式而享有的诉讼实施权就是所谓的“程序诉讼实施权”,而根据实体赋权模式而享有的诉讼实施权则是所谓的“实体诉讼实施权”。程序诉讼实施权配置与实体诉讼实施权配置之间各自存在优势,并且存在相互衔接与转化的情形。

#### (一) 实体诉讼实施权的配置

实体诉讼实施权配置,是指基于诉讼实施权非常态配置的目的而赋予非直接利害关系人以实体权利义务,间接实现使之成为适格当事人的目的。根据非直接利害关系人取得实体权利义务的路径,实体诉讼实施权配置模式存在实体法定赋权与实体意定赋权两种模式,前者是实体权利义务的法定移转或者立法者另行创设实体权利义务,后者是实体权利义务的意定移转。

##### 1. 实体法定赋权模式

如前所述,实体法定赋权模式存在实体权利义务法定移转和另行创设实体权利义务两种情形。然而,以诉讼实施权非常态配置为目的的实体权利义务法定移转(法定诉讼信托),尽管与保留实体权利义务归属主体不变而直接对诉讼实施权作出法定非常态配置具有相同的诉讼实施权非常态配置效果,但在限制直接利害关系人自由方面,实体权利义务法定移转方式的限制程度远远超过诉讼实施权法定移转方式。换言之,鉴于立法者基于移转诉讼实施权目的而移转实体权利义务将违背比例原则中的适当性要求,实体权利义务的法定移转应当排除在法定实体赋权模式之外。<sup>[15]</sup>立法者另行创设的实体权利义务存在实质性实体权利义务与形式性实体权利义务之分,前者是指该实体权利义务主体与诉讼结果之间存在直接利害关系(享受胜诉收益和承担败诉风险),如《侵权责任法》第47条、《消保法》第55条、《食品安全法》第96条等规定的惩罚性赔偿请求权以及《侵权责任法》第20条、

[14] 韩国学者直接将法院指定诉讼实施权人纳入法定诉讼担当的研究范畴,即将法定诉讼担当理解为“第三人依据法律规定或者法院任命而取得当事人适格”。[韩]孙汉琦:《韩国民事诉讼法导论》,陈刚审译,中国法制出版社2010年版,第123页。

[15] 实际上,鉴于实体权利义务的法定移转违背私法自治原则,实体权利义务的法定移转在民事立法中本来就很罕见,学说上仅承认以下类型的实体权利义务法定移转:在存在法律上利害关系的第三人替代债务人向债权人履行给付义务后,债权人对债务人享有的在第三人清偿范围内的债权当然移转给该第三人,使得该第三人依清偿代位制度取得所谓的“求偿权”。参见王轶:《代位清偿制度论纲》,载《法学评论》1995年第1期,第21页。尽管我国现行民事立法尚未承认这种制度,但解释论上均认为我国《保险法》第60条第1款的规定就是清偿代位制度的体现。参见许凯:《清偿代位语境下仲裁协议效力扩张的法理透析》,载《商事仲裁》(第7集),法律出版社2010年版,第15页。

《著作权法》第49条、《专利法》第65条、《商标法》第63条规定的“利润剥夺”的请求权;<sup>[16]</sup>后者是指该实体权利义务主体仅仅在名义上成为争议法律关系主体(不享有诉讼成果和不承担诉讼费用以外的其他败诉风险),如《德国不作为诉讼法》第3条、《德国不正当竞争防止法》第8条、《日本消费者契约法》第12条等规定的不作为请求权<sup>[17]</sup>以及《德国反不正当竞争法》第10条规定的撤去不法收益请求权。<sup>[18]</sup>然而,立法者赋予非直接利害关系人以实质性实体权利义务的本质是对民事权利义务本身进行了非常态配置,其所谋求实现的宗旨绝不局限于创设诉讼实施权,而是为了实现实质正义或者社会公益而突破实体请求权的相对性原则,权利主体被赋予实现超越其个人利害关系范围的额外利益的实体请求权,而对方当事人则在基于自我责任原则应当承担的民事责任之外被立法者苛加额外义务。鉴于此,尽管创立实质性实体权利义务在客观上具有导致诉讼实施权有别于传统民事诉讼当事人适格规则的效果,但这种效果是立法者对实体权利义务进行实质性非常态配置模式所引起的,不在本文讨论范围之内。<sup>[19]</sup>与此不同的是,立法者另行设立形式性实体权利义务在表面上是实体权利义务的非常态配置,但在实质上并不引起直接利害关系人的变更,立法者创立此类形式性实体权利义务的宗旨仅在于引起诉讼实施权的非常态配置,而诉讼结果的享有者以及败诉风险的主要承担者并不因此而发生改变,因而,笔者将其作为诉讼实施权非常态配置的基本模式加以研究。尽管在理论上立法者另行设立形式性实体权利或者实体义务均有可能,但截至目前,各国立法例仅存在另行创设形式性实体权利,而另行创设形式性实体义务尚未进入研究者视野,因而,此种类型的诉讼实施权非常态配置也被称为创设新型实体请求权。

## 2. 实体意定赋权模式

在外观上,作为诉讼实施权实体配置模式的实体权利义务意定移转与传统民事权利的意定移转并没有区别,但前者系以移转诉讼实施权为目的而移转实体权利义务(意定诉讼信托),而后者系以市场交易为目的,受让特定财产或者承继特定法律关系的主体替代原实体权利义务归属主体成为与本案诉讼结果存在直接利害关系的固有诉讼实施权人。诚然,当事人移转实体权利义务的动机在于移转诉讼实施权抑或变动民事法律关系在司法实践中有时是很难区分开来的,其外观判断标准是移转实体权利义务的时间。如果当事人在与对方当事人发生本案纠纷之前将其实体权利义务移转给第三人,除非有相反证据证明,通常认为当事人并非为了移转诉讼实施权而移转实体权利义务。如果当事人在与对方当事人发生纠纷之后(甚至在案件系属法院后)将作为诉讼标的的实体权利义务移转给第三人,则通常推定当事人是为了移转诉讼实施权而移转实体权利义务。对于第二种情形,尽管当事人处分实体权利义务行为的内部法律效力不受影响,但各法域立法者通常采取当事人恒定主义。

### (二) 程序诉讼实施权的配置

程序诉讼实施权配置,是指立法者基于解纷效率、实质正义、程序安定等方面的考量而赋予第三人(间接利害关系人、部分利害关系人、对特定权益负担有保护职责的无利害关系人等)以诉讼实施权

[16] 参见朱岩:《“利润剥夺”的请求权基础——兼评〈中华人民共和国侵权责任法〉第20条》,载《法商研究》2011年第3期,第138-145页。

[17] 我国台湾地区“民事诉讼法”第44-3条以及“消费者保护法”第53条规定的不作为之诉制度并没有明确表明不作为请求权的归属主体,而且理论界存在固有权利说和诉讼担当说两种不同观点,但将不作为请求权归属于公益团体的固有权利说是通说。参见姜世明:《选定当事人制度之变革——兼论团体诉讼》,载《月旦法学杂志》2003年第5期,第20页。

[18] 参见吴泽勇:《论德国〈反不正当竞争法〉上的撤去不法收益之诉》,载《当代法学》2010年第3期,第71-85页。

[19] 诚然,尽管另行创设实质性实体权利义务并不属于诉讼实施权配置理论的研究范畴,但创设实质性实体权利义务(实体权利义务实质性配置模式)与创设形式性实体权利义务(实体权利义务形式性配置模式)均能引起适格当事人的变化,实体权利义务实质性配置模式与实体权利义务形式性配置模式所能发挥的功能在某种程度上可以相互替代。因而,纵观各国立法例,实体权利义务实质性配置模式与实体权利义务形式性配置模式存在相互转化的现象。



(程序法定赋权模式),或者固有诉讼实施权人基于自身意志而在法律允许的范围内将其诉讼实施权移转给第三人(程序意定赋权模式)。程序诉讼实施权配置的主要特点是维持实体权利义务归属主体不变的情形下,立法者或者实体权利义务归属主体单独赋予第三人以诉讼实施权,因而,这种诉讼实施权配置模式也被称为第三人诉讼担当。其中,第三人直接依据法律规定而享有诉讼实施权的情形,就是所谓的法定诉讼担当;第三人在法律允许的范围内依据实体权利义务归属主体的授权而享有诉讼实施权的情形,则被称为意定诉讼担当。<sup>[20]</sup>诚然,尽管法定诉讼担当与意定诉讼担当的结果均表现为非实体权利义务归属主体享有诉讼实施权,但两者的本质及其原理并不完全相同。第三人依据法定诉讼担当获得程序诉讼实施权并不必然排斥实体权利义务归属主体继续享有固有诉讼实施权,但第三人依据意定诉讼担当获得程序诉讼实施权则必然意味着实体权利义务归属主体丧失固有诉讼实施权。

### (三) 实体诉讼实施权配置与程序诉讼实施权配置的关系

相对于程序诉讼实施权配置而言,实体诉讼实施权配置在形式上避免了实体权利义务归属主体与诉讼实施权拥有主体的分离,具有简化诉讼程序和提高司法效益的相对优势。相对于法定诉讼实施权配置而言,意定诉讼实施权配置模式更加彰显实体权利义务归属主体的程序主体性,具有贯彻程序自由和自我责任原则的相对优势。因而,在抽象价值层面上探讨实体诉讼实施权配置与程序诉讼实施权配置孰优孰劣是得不出确切答案的。如前所述,将诉讼实施权配置的“实体-程序”因素与“法定-意定”因素相结合,赋予第三人以诉讼实施权的基本路径有实体法定赋权、实体意定赋权(意定诉讼信托)、程序法定赋权(法定诉讼担当)、程序意定赋权(意定诉讼担当)四种方式。其中,实体法定诉讼实施权配置存在法定诉讼信托(移转型)和立法者另行创设的实体权利义务(创设型)两种类型,但采取法定诉讼信托模式违背比例原则而不宜作为诉讼实施权非常态配置方式。立法者另行创设的实体权利义务存在实质性实体权利义务与形式性实体权利义务之分,但创设实质性实体权利义务并非纯粹以移转诉讼实施权为宗旨,故也不宜纳入诉讼实施权非常态配置模式的研究范畴,而创设形式性实体权利义务则通常表现为立法者创设新型实体请求权。因而,诉讼实施权非常态配置的基本模式主要是创设新型实体请求权、意定诉讼信托、法定诉讼担当、意定诉讼担当,前两者属于实体赋权模式,后两者属于程序赋权模式。在实体赋权模式与程序赋权模式孰优孰劣难以在抽象价值理念作出确切判断的情形下,对创设新型实体请求权、意定诉讼信托、法定诉讼担当、意定诉讼担当四种类型的优劣势进行比较并大致确定适用顺位,在某种程度上也能对实体赋权模式与程序赋权模式之间的适用关系间接作出回应。

首先,公益性诉讼实施权配置领域应当优先考虑创设新型实体请求权模式。相对于其他三种诉讼实施权配置模式而言,创设新型实体请求权并不对实体权利义务归属主体的固有诉讼实施权造成妨碍或者限制,反而有利于实体权利义务归属主体合法权益之保护。<sup>[21]</sup>因而,从保护实体权利义务归属主体的程序自由的角度来分析,创设新型实体请求权模式应当优先于其他三种类型的诉讼实施权配置模式。然而,传统实体请求权与新型实体请求权聚合导致被告陷入重复应诉和重复赔偿的危

[20] 我国学者受日文表述影响而将“意定诉讼担当”表述为“任意诉讼担当”。但相对于“任意诉讼担当”而言,采取“意定诉讼担当”的称谓更为妥当。由李大雪先生翻译的《德国民事诉讼法》一书就采纳了“意定诉讼担当”的提法。一方面,相对于“任意诉讼担当”而言,“意定诉讼担当”与“法定诉讼担当”显得更为对称。另一方面,诉讼实施权意定移转的自由受到相当程度的限制,而“任意诉讼担当”的表述容易使人误认为诉讼实施权意定移转可以自由进行。

[21] 消费者团体以立法者所赋予的不作为请求权为依据提出不作为之诉,鉴于不作为之诉旨在保护不特定消费者的合法权益,消费者团体胜诉通常意味着消费者再也没有必要提起个别性不作为诉讼。此外,基于公益诉讼与私益诉讼之间在事实认定与法律适用方面具有共通性,消费者提起个别性损害赔偿诉讼时,还得援引消费者团体不作为之诉的确定判决。



险,涉嫌损害被告的程序利益和实体利益。也正因为如此,创设新型实体请求权模式仅适用于公益诉讼与私益诉讼相融合的领域,立法者所赋予的新型实体请求权通常仅限于作为或者不作为请求权,但在例外情形下也可能包括旨在实现公益目的且胜诉收益不归原告所有的损害赔偿新型实体请求权,如德国反不正当竞争法规定的撤去不法收益之诉。<sup>[22]</sup> 概言之,对于公益性诉讼实施权的配置,应当优先采取创设新型实体请求权的立法模式,以确保不对私益性固有诉讼实施权造成不必要的妨碍,并且有助于简化诉讼程序。诚然,诉讼实施权非常态配置功能也可以通过竞合性法定诉讼担当模式予以实现,但创设新型实体请求权模式有利于节约立法成本和维护实体权利义务归属主体诉讼自由,应当予以优先考虑。顾名思义,创设新型实体请求权模式以立法者在成文法中明确创设新型实体请求权为必要条件,在法律仅规定特定主体有权提起公益诉讼但并未明确实体请求权归属的情形下,在解释论上通常只能解释为法定诉讼担当。鉴于创设新型实体请求权模式属于新近出现的新型诉讼实施权非常态配置模式,且逐渐被人们所接受,对于原本通过法定诉讼担当原理予以阐述的诉讼实施权非常态配置现象,立法者可能转而采取新设诉讼实施权非常态配置模式,如消费者团体在不作为之诉中的原告适格基础已经从法定诉讼担当(程序赋权)向创设新型实体请求权(实体赋权)转化。<sup>[23]</sup>

其次,意定诉讼担当优先于意定诉讼信托。尽管意定诉讼信托与意定诉讼担当所发生的诉讼实施权非常态配置效果均建立在实体权利义务归属主体的自由意志基础之上,但是,相对于同时移转实体权利义务和诉讼实施权的意定诉讼信托而言,仅移转诉讼实施权的意定诉讼担当对实体权利义务归属主体的限制程度较轻,也更有利于实体权利义务归属主体对形式当事人进行监督(意定诉讼担当的撤销相对于意定诉讼信托的撤销要方便得多)。鉴于此,在允许当事人追求诉讼实施权非常态配置效果的情形下,应当优先考虑采取意定诉讼担当模式。也正因为如此,传统大陆法系国家和地区普遍禁止意定诉讼信托,只有基于实质正义或者公共利益的情形下,才允许实体权利义务归属主体采取意定诉讼信托模式对其诉讼实施权作出非常态配置。即使具备采用意定诉讼信托模式的正当性基础,通常也只有在立法者尚未明确授权实体权利义务归属主体得向第三人移转诉讼实施权的情形下,才有运用意定诉讼信托作为诉讼实施权非常态配置手段之必要。

最后,意定诉讼担当优先于法定诉讼担当。在意定诉讼担当与法定诉讼担当可以实现相同诉讼实施权非常态配置的情形下,基于尽可能维系诉讼自由与自我责任原则的需要,意定诉讼担当应当优先于法定诉讼担当。然而,基于以下两方面因素的考量,意定诉讼担当与法定诉讼担当产生相同的诉讼实施权非常态配置效果几乎是不可能的:其一,立法者规定意定诉讼担当制度并不能自动引起诉讼实施权的非常态配置,诉讼实施权非常态配置效果能否实现取决于实体权利义务归属主体的主观意

[22] 德国《反不正当竞争法》第10条第1款规定,经营者故意从事违法行为并由此损害众多消费者利益的,除竞争者以外的不作为请求权人可以要求其停止侵害并且将违法所得利润上交联邦财政。

[23] 我国台湾地区“民事诉讼法”第44条之三第1项规定,以公益为目的之社团法人或财团法人,经其目的事业主管机关许可,于章程所定目的范围内,得对侵害多数人利益之行为人,提起不作为之诉。学者认为,根据前述规定,公益财团法人为保护多数被害人利益对侵害行为人提起不作为之诉属于法定诉讼担当。参见注1引书,第172页。台湾地区也有学者反对将不作为团体诉讼理解为法定诉讼担当,如雷万来教授就倡导将其理解为“某种提诉权之赋予”(而非法定诉讼担当)。参见许士宦等:《法定诉讼担当之判决效力扩张——以第三人之程序保障为中心》,载民事诉讼法研究基金会:《民事诉讼法之研讨(十五)》,元照出版有限公司2008年版,第82页。范光群教授曾经对诉讼法在实体法未创设不作为请求权的情形下规定不作为之诉提出质疑,其理由是法定诉讼担当必然意味着被担当人享有固有诉讼实施权,但法律并没有规定消费者可以提起旨在保护不特定消费者合法权益的请求权基础。参见王甲乙等:《当事人适格之扩张与界限》,载民事诉讼法研究基金会:《民事诉讼法之研讨(六)》,三民书局1997年版,第51-52页。德国《反不正当竞争法》第8条则直接创设不作为请求权、排除请求权以及信息请求权三种新型实体请求权。参见吴泽勇:《论德国法上的团体不作为之诉——以〈不作为之诉法〉和〈反不正当竞争法〉为例》,载《清华法学》2010年第4期,第135-136页。

志,但立法者规定法定诉讼担当的,则可以直接发生其所期待发生的诉讼实施权非常态配置效果;其二,意定诉讼担当与法定诉讼担当在某种意义上反映的是程序自由价值与程序安定价值之间的冲突,而不同诉讼价值之间的权衡需要结合具体案情进行具体分析,无法得出确切的结论。尽管如此,意定诉讼担当优先于法定诉讼担当的结论并不因此而动摇。这是因为,意定诉讼担当固然不能自动产生诉讼实施权非常态配置的效果,但可以将法定诉讼担当作为意定诉讼担当的补充性规范,这同样彰显意定诉讼担当优先于法定诉讼担当原则。综上所述,诉讼实施权非常态配置基本上应当遵循“创设新型实体请求权—意定诉讼担当—法定诉讼担当—意定诉讼信托”的适用顺位。

#### 四、限权模式之一:共享性诉讼实施权与替代性诉讼实施权的配置

尽管意定诉讼担当与法定诉讼担当均属于赋予第三人以程序诉讼实施权的模式,但意定诉讼担当的本质是诉讼实施权的意定移转,法定诉讼担当的本质是立法者另行赋予第三人以诉讼实施权。法定诉讼担当在赋权的同时还需要协调固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系。前文仅从赋权的角度对法定诉讼担当进行解读,而没有论及固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系处理问题。实际上,如何协调固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系才是法定诉讼担当研究的重点和难点所在。尽管法定诉讼担当的首要任务是赋予第三人以诉讼实施权,但如果没有配套解决固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系,法定诉讼担当的适用结果只能是引发司法混乱和违背争讼程序基本原理。因而,固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系协调问题向来吸引着传统大陆法系国家和地区学者的关注:德国学者将法定诉讼实施权区分为替代性诉讼实施权与共享性诉讼实施权,前者强调新设诉讼实施权人替代固有诉讼实施权人成为本案适格当事人,而后者则强调新设诉讼实施权之赋予并不意味着剥夺权利人或者其他共同权利人的诉讼实施权。<sup>[24]</sup> 日本学者将法定诉讼担当区分为吸收型法定诉讼担当和对立型法定诉讼担当,<sup>[25]</sup>前者大致对应着替代性诉讼实施权,而后者大致对应着共享性诉讼实施权。德国文献上的替代性诉讼实施权与日本文献上的吸收型法定诉讼担当均认为判决效力及于被担当人,而德国文献上的共享性诉讼实施权与日本文献上的对立型法定诉讼担当均以保障实质当事人的最低限度程序正义为依据,限制确定判决效力向被担当人扩张。<sup>[26]</sup> 由此可见,固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系处理在外观上可以表现在新设诉讼实施权的称谓上:替代性诉讼实施权意味着担当人取代被担当人成为适格当事人,确定判决效力及于被担当人;共享性诉讼实施权意味着保留固有诉讼实施权,确定判决效力是否及于被担当人取决于被担当人是否获得正当程序保障。然而,共享性诉讼实施权仅意味着不剥夺被担当人的固有诉讼实施权,但并没有表明是否以及如何对固有诉讼实施权进行限制,因而,共享性诉讼实施权尚有进一步类型化分析之必要。

[24] 参见注2引书,第295页。需要说明的是,译者使用的表达是“排他性诉讼实施权”、“竞争性诉讼实施权”,本文则将其相应调整为“替代性诉讼实施权”与“共享性诉讼实施权”,主要原因在于以下两方面:其一,替代性诉讼实施权与“共享性诉讼实施权”更能彰显固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系;其二,如后文所揭示的,竞争性诉讼实施权充其量只能是共享性诉讼实施权的下位概念。此外,我国也有人将“共享性法定诉讼担当”称为“诉讼实施权法定授予的法定诉讼担当”,而将“替代性法定诉讼担当”称为“诉讼实施权法定移转的法定诉讼担当”。参见颜月英:《民事诉讼担当制度研究》,重庆大学2014年硕士学位论文,第16页。对此,笔者认为,“诉讼实施权法定授予的法定诉讼担当—诉讼实施权法定移转的法定诉讼担当”的区分大致上可以实现类似解释效果,但“共享性法定诉讼担当—替代性法定诉讼担当”的解释框架更具优势。除了表达上更为简洁外,更有利于从“赋权模式—限权模式”的角度对法定诉讼担当的类型作出一体化解释。

[25] 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第218页。

[26] 参见沈冠伶:《程序保障与当事人》,元照出版公司2012年版,第276页。

### (一) 共享性诉讼实施权的配置

共享性诉讼实施权配置模式的本质是固有诉讼实施权与新设诉讼实施权并存。鉴于固有诉讼实施权并没有被剥夺,共享性诉讼实施权配置模式中存在着指向相同诉讼标的之复数诉讼实施权。如果不妥善协调固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系,客观上存在着对方当事人被重复卷入诉讼和重复承担民事责任的风险。从理想模式构建上来分析,在共享性诉讼实施权配置模式下,新设诉讼实施权与固有诉讼实施权之间的关系存在着以下几种类型:(1)固有诉讼实施权优先于新设诉讼实施权。只有固有诉讼实施权运行不畅的情形下,新设诉讼实施权的行使条件才成就。此种类型的新设诉讼实施权也被称为补充性诉讼实施权,其旨在解决实体权利义务归属主体不愿或者不能(妥善)行使固有诉讼实施权而损害第三人合法权益或者社会公共利益的问题,如债权人代位权诉讼就是为了保护债权人合法权益才赋予其以补充性诉讼实施权。(2)固有诉讼实施权平行于新设诉讼实施权。固有诉讼实施权与新设诉讼实施权处于平等地位,但为防止重复诉讼、保护对方诉讼利益、实现司法效率价值,处于竞合状态的固有诉讼实施权与新设诉讼实施权的适用关系存在“先到先得”、“共同诉讼”、“辅助参加”三种解决机制。第一种解决机制意味着固有诉讼实施权之行使将消灭新设诉讼实施权,反之亦然;<sup>[27]</sup>第二种解决机制允许或者强制固有诉讼实施权人以共同原告或者共同被告身份参加诉讼活动,反之亦然;<sup>[28]</sup>第三种解决机制则允许未提起诉讼或者被提起诉讼的固有诉讼实施权人或新设诉讼实施权人以辅助参加人(共同诉讼的辅助参加人或通常意义上的辅助参加人)的身份参加诉讼活动。<sup>[29]</sup>(3)新设诉讼实施权优先于固有诉讼实施权。担当人不(妥善)行使新设诉讼实施权或者(部分)被担当人不信任担当人而选择退出代表诉讼关系的,被担当人得行使固有诉讼实施权而成为适格当事人。退出制集团诉讼在某种意义上属于此种类型,名义原告通过法院审查后成为其他集团成员的法定诉讼担当人,但集团成员可以选择退出的方式获得自行参加诉讼的机会。从保障实体权利义务归属主体程序自由的角度出发,从“固有诉讼实施权优先于新设诉讼实施权”到“固有诉讼实施权平行于新设诉讼实施权”再到“新设诉讼实施权优先于固有诉讼实施权”,对固有诉讼实施权的限制程度逐渐加强。其中,在“固有诉讼实施权平行于新设诉讼实施权”模式的三种处理固有诉讼实施权与新设诉讼实施权关系的方式中,“共同诉讼”、“辅助参加”、“先到先得”在保护固有诉讼实施权的强度方面孰优孰劣并没有固定的结论,在实体权利义务归属主体先行行使固有诉讼实施权的情形下,“先到先得”、“辅助参加”、“共同诉讼”在保障固有诉讼实施权方面力度渐小,而在形式当

[27] 例如,按照我国《侵权责任法》第43条、第44条第1款以及《产品质量法》第43条的规定,因产品缺陷受有人身或财产损害而谋求损害赔偿的侵权人可以选择将生产者或者销售者作为被告。在侵权人要求经营者承担赔偿责任但产品缺陷系由生产者造成、被侵权人要求生产者承担赔偿责任但产品缺陷系由销售者造成、被侵权人以经营者(或者生产者)为被告要求其承担赔偿责任,但产品缺陷系由生产者与销售者共同造成等三种情形下,作为被告的经营者(或者生产者)得以自己名义行使销售者(或者经营者)固有的攻击防御权。

[28] 例如,根据《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2012]19号)第25条的规定,法院审理被侵权人提起的道路交通事故赔偿案件时,应当依职权追加承保交强险的保险公司为共同被告,但是否将承保商业三者险的保险公司追加为共同被告则取决于当事人(原告)的意志。

[29] 例如,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第4条的规定,股东提起解散公司诉讼应当以公司为被告,原告以其他股东作为被告,属于被告不适格,原告将公司与其他股东或者有关利害关系人作为共同被告的,法院应当告知原告将其他股东或者有关利害关系人变更为第三人,原告坚持不予变更的,法院仅受理其对公司所提起的诉讼。支持解散公司的其他股东或者有关利害关系人可申请以共同原告身份参加诉讼,而反对解散公司的其他股东或者有关利害关系人可第三人身份参加诉讼。实际上,“以共同原告或者第三人身份参加诉讼”的其他股东或者有关利害关系人在诉讼中的角色均为辅助参加人,前者为共同诉讼的辅助参加,而后者为通常意义上的辅助参加。诚然,公司解散纠纷案件中的当事人适格问题在司法实践中向来存在着广泛的争议,最高人民法院通过司法解释的方式作出统一规定将来可能还存在调整或者修正的必要。参见林劲标、游春亮:《法官学者激辩公司僵局破解三难题》,载《法制日报》2006年7月25日,第10版。

事人先行行使新设诉讼实施权的情形下,结论则恰好相反。

## (二) 替代性诉讼实施权的配置

顾名思义,替代性诉讼实施权配置模式是第三人替代实体权利义务归属主体成为适格当事人,其本质是立法者在赋予第三人以诉讼实施权的同时剥夺实体权利义务归属主体的固有诉讼实施权。其结果是,相互之间发生民事纠纷的实体权利义务归属主体不能以自己的名义通过诉讼的形式解决纷争,涉嫌侵犯司法行为请求权。不过,尽管司法行为请求权属于“一项不可剥夺的基本人权”,<sup>[30]</sup>但是,即使是采取绝对保障模式的基本人权也并不意味着不能予以限制。<sup>[31]</sup>因而,即使我国宪法将来明确将司法行为请求权作为基本权利加以保护并强调其不可侵犯性,也并不意味着司法行为请求权不受任何限制。<sup>[32]</sup>实际上,鉴于诉讼实施权是实体权利在纠纷解决中的延伸,剥夺诉讼实施权在某种意义上就是对实体权利的限制,只要限制权利的目的不在于取消或者削减权利而在于实现或者扩大权利,就具备正当性基础。<sup>[33]</sup>鉴于此,替代性诉讼实施权配置模式的立足点在于保护实体权利义务归属主体的利益,而第三人享有替代性诉讼实施权的法定诉讼担当被称为“为了权利义务归属主体的法定诉讼担当”。<sup>[34]</sup>由此可见,在所有类型的法定诉讼担当中,只有替代性法定诉讼担当在诉讼实施权配置效果方面与意定诉讼担当相似,即实体权利义务归属主体均丧失固有诉讼实施权,但前者是立法者剥夺固有诉讼实施权所引起的,而后者则是实体权利义务归属主体将其诉讼实施权移转给第三人的结果。

## (三) 共享性诉讼实施权配置与替代性诉讼实施权配置的关系

与替代性诉讼实施权配置模式剥夺固有诉讼实施权不同,共享性诉讼实施权配置模式仅对固有诉讼实施权进行必要的限制。从保障实体权利义务归属主体的程序正义的角度来分析,鉴于固有诉讼实施权被限制、剥夺并非源自实体权利义务归属主体的主观意志,在具备法定诉讼担当必要性的情形下,应当优先考虑采取共享性诉讼实施权配置模式。此外,相对于从根本上剥夺固有诉讼实施权的替代性诉讼实施权配置模式而言,仅对固有诉讼实施权进行配置的共享性诉讼实施权配置模式所负担的证明责任较轻。基于前述两方面因素的考量,共享性诉讼实施权模式优先于替代性诉讼实施权模式。结合前文对共享性诉讼实施权配置模式的类型化分析,在诉讼实施权的程序法定配置模式(法定诉讼担当)的若干种子模式中,立法者应当按照“补充性诉讼实施权(固有诉讼实施权优先于新设诉讼实施权)——竞合性诉讼实施权(固有诉讼实施权平行于新设诉讼实施权)——前置性诉讼实施权(新设诉讼实施权优先于固有诉讼实施权)——替代性诉讼实施权(新设诉讼实施权替代固有诉讼实施权)”的顺序,并结合其他影响因素决定赋予第三人以何种法定诉讼实施权。诚然,前述的结论仅仅是笔者在理论层面得出的理想化结论,与法定诉讼担当理论研究及立法现实尚且存在着较大的差距。尽管传统大陆法系国家和地区均意识到法定诉讼担当存在替代性法定诉讼担当与共享性法定诉讼担

[30] 胡肖华、徐靖:《论公民基本权利限制的正当性与限制原则》,载《法学评论》2005年第6期,第10页。

[31] 《世界人权宣言》第29条第2项规定,人人在行使他的权利和自由时,只受法律所确定的限制,确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重,并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。

[32] 参见刘敏:《论裁判请求权——民事诉讼的宪法理念》,载《中国法学》2002年第6期,第140页。

[33] 参见程燎原、王人博:《权利及其救济通论》,山东人民出版社1998年版,第211页。

[34] 为了权利义务归属主体的法定诉讼担当是指,一方面诉讼标的的权利义务的归属主体不能或难以或不适于实施诉讼,但另一方面有必要解决有关该权利义务之纠纷,在这种情况下,为了可以进行诉讼,由在法律上一般负有应保护(其归属主体利益)职责之人进行的诉讼担当,这种诉讼担当人被称为职务上的当事人。参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第209页。

当之分,<sup>[35]</sup>但研究者与立法者的重心均放在替代性法定诉讼担当,共享性法定诉讼担当的类型化分析基本无人问津。而我国台湾地区的理论与立法实践均在实质意义上充分彰显了共享性诉讼实施权配置模式的重要性。以邱联恭教授和许士宦教授为代表的新程序保障论者主张,“在担当人就其诉讼标的的完全不具完全之实体处分权及程序处分权,而不能適切代表上开受判决效力扩张所及第三人之情形,法院应依职权以书面或者公告将诉讼事件及进行程度适时通知之,俾使受通知者有参与诉讼、提出相关事证、意见或辩论之机会,藉此使判决效力之不利扩张获得正当化根据”。<sup>[36]</sup>这与本文主张共享性法定诉讼担当的基本精神不谋而合,尽管笔者并不认为所有情形下的法定诉讼担当都应当设置成共享性法定诉讼担当,也不认为所有类型的法定诉讼担当的判决效力都及于实体权利义务归属主体,但坚信共享性法定诉讼担当优先于替代性法定诉讼担当原则将是法定诉讼担当理论与制度构建的发展趋势。

## 五、限权模式之二:复合性诉讼实施权与排他性诉讼实施权的配置

诉讼实施权的非常态配置存在意定赋权模式与法定赋权模式两种。在意定赋权模式中,第三人成为适格当事人的原因在于实体权利义务归属主体通过移转实体权利义务或者诉讼实施权的方式间接或者直接地将诉讼实施权移转给该第三人。既然意定赋权模式的本质是诉讼实施权的意定移转,那么,即使符合法律规定而可以被赋予意定诉讼实施权的主体系属复数,实体权利义务归属主体通常只能将其诉讼实施权移转给其中的一个,实体权利义务归属主体自行从诸多处于相同或者相似地位的潜在形式当事人之中筛选出最佳解纷当事人。与此不同的是,在法定赋权模式中,筛选最佳解纷当事人的任务则落在立法者身上。尽管在理论上立法者可以在综合权衡的基础上筛选出最佳解纷当事人,但是,基于以下两方面的原因,法定赋权模式通常无法将新设诉讼实施权排他性赋予特定主体:(1)影响诉讼实施权配置的因素错综复杂,潜在形式当事人孰优孰劣通常需要结合特定案情进行分析,但国家法律具有概括性、内容抽象性、对象不特定性、规则重复适用性等特征,<sup>[37]</sup>使得通过制定法将法定诉讼实施权赋予特定主体不具有现实性。(2)在复数主体充当解纷当事人优劣对比并不明显或者符合法律规定某种身份的体系属复数(如依法有权提起债权人代位权诉讼的债权人系属复数或者复数省级以上消费者协会均享有公益性诉讼实施权)的情形下,制定法只能笼统将诉讼实施权赋予某类主体。如前所述,法定赋权模式存在程序法定赋权与实体法定赋权两种情形,程序法定赋权也就是法定诉讼担当,而实体法定赋权主要表现为创设新型实体请求权。在法定赋权模式中,除了需要协调固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系外,立法者还面临着如何处理复数主体之间的关系。尽管创设新型实体请求权模式因不妨碍实体权利义务归属主体自行提起诉讼而不存在协调新设

[35] 日本学者将法定诉讼担当分为两种类型:(1)法律规定对他人法律上的权利享有一定的财产管理处分权的第三人因掌握部分权利而拥有有关该权利的诉讼实施权,如破产管理人、遗嘱执行人;(2)因特殊的理由被认定具有应对他人的权利义务负责的一般职务的人,其诉讼实施权得以认可,即职务当事人。参见[日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版公司1985年版,第227页。韩国则将法定诉讼担当分为三种类型:(1)第三人与权利主体并存取得当事人适格,即第三人在权利或者法律关系的争议主体不丧失当事人适格的情形下取得当事人适格;(2)第三人代替权利主体取得当事人适格;(3)职务型诉讼担当,即当事人因其职务在诉讼上取得当事人适格。参见注14引书,第123-124页。前两种类型与本文所谓的“共享性诉讼实施权配置模式”与“替代性诉讼实施权配置模式”分别对应,考虑到职务型诉讼担当与前两种法定诉讼担当的划分标准并不相同,其诉讼实施权配置效果通常也表现为新设诉讼实施权人取代固有诉讼实施权人成为适格当事人。因而,笔者将法定诉讼担当分为共享性法定诉讼担当与替代性法定诉讼担当两种类型。

[36] 许士宦等:同注23引文,第45页。

[37] 参见高其才:《试论农村习惯法与国家制定法的关系》,载《现代法学》2008年第3期,第17页。

诉讼实施权与固有诉讼实施权关系的必要,但是,在符合法定条件而享有新型实体请求权的主体系属复数的情形下,复数诉讼实施权并存的局面不可避免。因而,创设新型实体请求权与法定诉讼担当均存在立法者如何筛选出最佳纠纷解决当事人以及立法者如何处理复数主体之间的关系两方面的问题。如何筛选最佳解纷当事人的问题,笔者将在其他论文中进行研究,这里仅探讨复数新设诉讼实施权的协调问题。根据复数新设诉讼实施权之间的依存关系,复数新设诉讼实施权之间的关系可以类型化为以下两种模式:其一,某项新设诉讼实施权的行使或者实现并不能使其他新设诉讼实施权归于消灭(复合性诉讼实施权配置模式);其二,某项新设诉讼实施权的行使或者实现将使其他新设诉讼实施权归于消灭(排他性诉讼实施权配置模式)。显而易见,复合性诉讼实施权配置模式有助于平等保护处于相同或者相似法律地位的主体的合法权益,但对方当事人却因此蒙受重复诉讼和重复赔偿的风险。简言之,复合性诉讼实施权配置模式有利于保护复数新设诉讼实施权主体或者其所代表的利益,而排他性诉讼实施权配置模式则更有利于保护对方当事人合法利益。鉴于复数新设诉讼实施权主体或者其所代表的合法利益与对方当事人的合法利益之间的权衡需要结合具体情形,复合性诉讼实施权配置模式与排他性诉讼实施权配置模式之间孰优孰劣有必要进行类型化分析。需要事先予以说明的是,复数新设诉讼实施权人依据法律规定享有诉讼实施权,这里所谓的“排他性诉讼实施权配置模式”与“复合性诉讼实施权配置模式”是从诉讼实施权行使条件的层面对复数新设诉讼实施权之间的关系进行研究。

#### (一)排他性诉讼实施权配置模式

排他性诉讼实施权配置模式,是指复数新设诉讼实施权之间处于相互排斥关系,某新设诉讼实施权主体行使或者成功行使新设诉讼实施权将导致其他新设诉讼实施权归于消灭的诉讼实施权配置模式。换言之,复数新设诉讼实施权相互独立,但共同指向某项民事法律关系和某起民事纠纷,只要某项新设诉讼实施权获得实现,其他新设诉讼实施权人提起的诉讼都将被认定为缺乏诉的利益。排他性诉讼实施权配置模式存在以下两种类型:其一,绝对排他性诉讼实施权配置模式。只要某新设诉讼实施权人行使诉讼实施权,其他新设诉讼实施权即告归于消灭。换言之,复数新设诉讼实施权人中最终只能由其中一个行使诉讼实施权,而其他新设诉讼实施权人则只能通过先行起诉或者应诉的新设诉讼实施权人间接影响诉讼程序。从某种意义上理解,复数新设诉讼实施权之间成立法定诉讼担当关系,最先起诉或者被告的新设诉讼实施权人成为其他新设诉讼实施权人的法定诉讼担当人,其他新设诉讼实施权人既不能参加诉讼程序也不能另行诉讼,其主张、请求、抗辩均得由最先起诉或者被告的新设诉讼实施权人以自己名义提出。其二,相对排他性诉讼实施权配置模式。根据相对排他性的具体表现,相对排他性诉讼实施权配置模式涵盖以下两种情形:(1)某新设诉讼实施权人先行起诉或应诉将暂时排斥其他新设诉讼实施权,如果先行起诉或应诉者胜诉,则暂时性排斥效力转化为永久性排斥效力;如果先行起诉或应诉者败诉,则暂时性排斥效力归于解除。换言之,某新设诉讼实施权人先行起诉或者应诉的,其他新设诉讼实施权暂时不能行使,先行起诉或者应诉的新设诉讼实施权人胜诉的,其他新设诉讼实施权归于消灭;败诉的,其他新设诉讼实施权得另行诉讼。这种诉讼实施权配置模式侧重于解纷效率价值,以确定判决效力主观范围片面扩张理论作为依据,在理论上倡导由先行起诉或者应诉者担当其他新设诉讼实施权人进行诉讼,并向作为被担当人的其他新设诉讼实施权人提供附条件后置性正当程序保障。(2)某新设诉讼实施权人先行起诉或应诉尽管排斥其他新设诉讼实施权人另行起诉或者以共同原告或者共同被告的身份参加诉讼,但并不从根本上排斥其他新设诉讼实施权人参加诉讼程序。换言之,通过诉讼告知或者诉讼通知制度知悉案件系属和程序进度等事项的新设诉讼实施权人有以辅助参加人的身份参加诉讼程序,而因不可归责于己之事由未参加诉讼的其他新设诉讼实施权只能通过第三人撤销之诉谋求救济。尽管这种诉讼实施权配置模式也侧重

于纠纷解决效率而排斥其他新设诉讼实施权人参加诉讼,但更为兼顾其他新设诉讼实施权人的最低限度程序保障要求。在某新设诉讼实施权人先行起诉或应诉之前,所有新设诉讼实施权人均享有完全诉讼实施权,但在某新设诉讼实施权人先行起诉或应诉后,其他新设诉讼实施权人所享有的完全诉讼实施权受到限制,其只能以辅助参加人的身份参加诉讼活动,而不能以共同原告或者共同被告的身份参加诉讼活动,属于对其他新设诉讼实施权的法定限制。诚然,鉴于先行起诉或应诉的新设诉讼实施权人得以自己名义提出未辅助参加诉讼活动的其他新设诉讼实施权人所可提出的主张、请求、抗辩等,在这种意义上,先行起诉或应诉的新设诉讼实施权人成为没有辅助参加诉讼的其他新设诉讼实施权人的法定诉讼担当人。综上所述,排他性诉讼实施权配置模式存在绝对排斥和相对排斥两种类型,后者又存在确定判决效力片面扩张和辅助诉讼参加两种情形,但均以复数新设诉讼实施权人之间的法定诉讼担当作理论基础,只是两者向其他新设诉讼实施权人提供的正当程序保障程度有所区别。

## (二) 复合性诉讼实施权配置模式

复合性诉讼实施权配置模式,是指复数新设诉讼实施权之间并不相互排斥,某新设诉讼实施权主体行使或者成功行使其新设诉讼实施权并不导致其他新设诉讼实施权归于消灭,但有可能对其他新设诉讼实施权的行使方式造成限制的诉讼实施权配置模式。换言之,复数新设诉讼实施权相互独立,其他新设诉讼实施权并不因某项新设诉讼实施权的行使或者成功行使而归于消灭,但鉴于复数新设诉讼实施权所指向的民事法律关系相同或者存在密切联系,为防止给对方当事人实体利益或程序利益造成不必要的影响,立法者可能对其他新设诉讼实施权的行使方式加以必要的限制。在理论上,根据限制其他新设诉讼实施权的具体行使方式的不同,复合性诉讼实施权配置模式包括以下几种类型:(1)完全平等模式。各新设诉讼实施权处于完全平等状态,某新设诉讼实施权人先行起诉或者应诉的,其他新设诉讼实施权人既可以另行诉讼,也可以被追加为共同原告或者共同被告。以这种方式处理复数新设诉讼实施权之间的关系,有利于最大限度地保障处于相同或者相似法律地位的主体的程序主体性,但重复诉讼的风险不仅给对方当事人造成不利影响,而且减损纠纷解决效率价值的实现。(2)强制合并模式。各新设诉讼实施权处于绑定状态,某新设诉讼实施权人先行起诉或者应诉的,法院应当依职权追加其他新设诉讼实施权人作为共同原告或者共同被告,只有全部新设诉讼实施权人作为共同原告或者共同被告,法院才能认定当事人适格。以这种方式处理复数新设诉讼实施权之间的关系,有利于贯彻纠纷一次性解决原则,但可能导致众多当事人参加诉讼而不利于实现诉讼实施权非常态配置所追求的简化诉讼程序和提高纠纷解决效率的宗旨。诚然,为了避免复数新设诉讼实施权人参加诉讼的局面发生,构成固有必要共同诉讼人的复数新设诉讼实施权人之间得成立意定诉讼担当与法定诉讼担当。<sup>[38]</sup>此外,需要说明的是,在复数新设诉讼实施权系属积极诉讼实施权的情形下,倘若有部分(某个)新设诉讼实施权人反对提起共同诉讼,其他新设诉讼实施权人得将其转化为被告,以避免“诉讼僵局”的出现。(3)选择合并模式。各新设诉讼实施权处于完全平等状态,一旦某新设诉讼实施权人先行起诉或者应诉,尽管其他新设诉讼实施权并不因此受到限制而转化为受限诉讼实施权,但其他新设诉讼实施权只能以共同原告或者共同被告的形式参加到诉讼程序中:复数新设诉讼实施权属于消极诉讼实施权的,其他新设诉讼实施权人是否卷入诉讼取决于对方当事人(原告)的主观意愿;复数新设诉讼实施权属于积极诉讼实施权的,经当事人告知或者法院通知而知悉案件系属

[38] 复数新设诉讼实施权人之间得成立意定诉讼担当的例子,如以特定次债务人为被告提起代位权诉讼的复数债权人之间得基于各自存在固有利益而设立意定诉讼担当。复数新设诉讼实施权人之间得成立法定诉讼担当的例子,如以特定次债务人为被告提起代位权诉讼的复数债权人之间得基于家事代理权成立法定诉讼担当,即夫妻共同债权的债权人得以夫妻一方名义对次债务人提起代位权诉讼。



和诉讼进程事项的其他新设诉讼实施权人既可以申请法院将其追加为共同原告,也可以根据补充性法定诉讼担当规则以提起诉讼的新设诉讼实施权人为其诉讼担当人。<sup>[39]</sup> (4)法定顺位模式。立法者对不同新设诉讼实施权设置适用顺位,只有在前顺位主体怠于行使或者滥用其新设诉讼实施权或者法律明确规定后顺位主体可以超越前顺位主体起诉或应诉的情形下,后顺位新设诉讼实施权的行使条件才成就。对不同类型的新设诉讼实施权人设置不同的诉讼实施权行使顺位,有利于贯彻立法者在综合权衡各种影响因素的基础上尽可能将诉讼实施权交由最有利于纠纷解决的主体具体行使。我国现行立法采取这种方式协调复数新设诉讼实施权关系的典型例子是《公司法》第151条规定的股东派生诉讼制度,即监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事、董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事属于第一顺位法定诉讼担当人,而股东属于第二顺位法定诉讼担当人,只有在第一顺位法定诉讼担当人怠于起诉或者存在“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害”情形下,股东才能提起股东派生诉讼。<sup>[40]</sup>

### (三)排他性诉讼实施权配置与复合性诉讼实施权配置的关系

尽管赋予第三人以诉讼实施权存在意定赋权与法定赋权两种方式,但鉴于诉讼实施权的意定转移只能发生在特定主体之间,只有法定赋权模式才可能引发复数新设诉讼实施权并存的局面。因而,排他性诉讼实施权配置与复合性诉讼实施权配置的适用范围仅限于立法者赋予第三人以新型实体请求权或者诉讼实施权的情形。尽管复数形式当事人都是根据法律的规定而分别享有新设诉讼实施权,但某新设诉讼实施权起诉或者应诉(的行为或者结果)对其他新设诉讼实施权本身或者其行使方式是否造成影响以及造成何种影响则存在不同理论模式。如前所述,排他性诉讼实施权配置模式偏向于一次性纠纷解决价值,而复合性诉讼实施权配置模式侧重保护处于相同或者相似法律地位的主体的程序自由,两者在价值理念上并不存在孰优孰劣的问题。因而,排他性诉讼实施权配置模式与复合性诉讼实施权配置模式的选择适用问题,只有在不同诉讼实施权非常态配置的具体情形下,才具有比较分析的价值。

## 六、结语

诉讼实施权非常态配置的首要任务是赋予第三人以诉讼实施权,其次是协调固有诉讼实施权与新设诉讼实施权以及复数新设诉讼实施权之间的关系。在赋权环节,根据第三人是直接依据法律规定取得诉讼实施权抑或在法律允许的范围内根据实体权利义务归属主体的授权而取得诉讼实施权,诉讼实施权非常态配置可以区分为法定赋权模式与意定赋权模式。根据被赋予诉讼实施权的第三人是否同时构成争讼法律关系主体(实体权利义务归属主体),诉讼实施权非常态配置可以区分为实体赋权模式与程序赋权模式。前述两种模式交叉形成实体法定赋权、实体意定赋权、程序法定赋权、程序意定赋权等四种基本模式,分别主要对应创设新型实体请求权、诉讼信托、法定诉讼担当、意定诉讼

[39] 例如,根据《民事诉讼法适用解释》第285条第3款以及第287、292条的规定,依法享有公益性诉讼实施权的主体系属复数的,某适格主体先行起诉后,其他公益性诉讼实施权人不得另行起诉,但可以在开庭前向法院申请以共同原告的身份参加诉讼。其他公益性诉讼实施权人不申请参加诉讼或者其申请未经法院准许而不能参加诉讼活动的,则成为已经提起以及参加诉讼的公益性诉讼实施权人的法定被担当人。

[40] 此外,公益性诉讼实施权主体之间的行使顺位问题素来为学界所关注。尽管我国现行法律并没有明确规定不同类型主体之公益诉讼实施权的行使顺位,但我国民事诉讼法学者与环境保护法学者普遍主张对不同主体的公益性诉讼实施权设置不同的行使顺位。参见肖建国、黄忠顺:《环境公益诉讼基本问题研究》,载《法律适用》2014年第4期,第11-13页;杨朝霞:《论环境公益诉讼的权利基础和起诉顺位——兼谈自然资源物和环境权的理论要点》,载《法学论坛》2013年第3期,第110-111页。



担当等四种具体赋权途径。从贯彻程序保障与自我责任原则的角度出发,前述四种赋权途径的适用顺位应为“创设新型实体请求权——意定诉讼担当——诉讼信托——法定诉讼担当”。诚然,鉴于不同赋权途径各自具备相对优势以及诉讼实施权非常态配置所牵涉价值的复杂性,立法者应当综合权衡影响诉讼实施权配置的各种因素,以决定在哪些情形下采取何种赋权模式。在限权环节,鉴于诉讼实施权的意定移转只能发生在特定主体之间,意定赋权模式的运行结果是被实体权利义务归属主体赋予诉讼实施权的形式当事人具有唯一性,故无须协调固有诉讼实施权与新设诉讼实施权以及复数新设诉讼实施权之间的关系。因而,限权模式的研究对象是立法者直接赋予第三人以诉讼实施权的诉讼实施权非常态配置现象。在固有诉讼实施权与新设诉讼实施权之间的关系协调方面,主要表现为立法者对实体权利义务归属主体的固有诉讼实施权进行限制乃至剥夺,立法者赋予第三人以新设诉讼实施权并剥夺固有诉讼实施权的本质是第三人替代实体权利义务归属主体成为适格当事人,故笔者将其称为替代性诉讼实施权配置模式;立法者赋予第三人以新设诉讼实施权但保留并限制固有诉讼实施权的本质是使得实体权利义务归属主体与第三人均享有诉讼实施权,故笔者将其称为共享性诉讼实施权配置模式。尽管法定赋权模式必然涉及固有诉讼实施权与新设诉讼实施权的关系协调问题,但法定赋权模式的运行结果并不必然导致复数新设诉讼实施权的存在。在赋予具有不同法律身份的复数主体或者处于相同/相似法律地位的复数主体以诉讼实施权的情形下,立法者在理论上还有必要协调复数新设诉讼实施权之间的关系。根据某新设诉讼实施权人先行起诉或应诉的行为是否合法以及该起诉或应诉行为是否对其他新设诉讼实施权或其行使方式造成影响,复数新设诉讼实施权的关系协调模式可以分为排他性诉讼实施权配置模式和复合性诉讼实施权配置模式,前者又可以细分为绝对排他性诉讼实施权配置模式和相对排他性诉讼实施权配置模式两种,后者也可以分为完全平等模式、强制合并模式、选择合并模式、法定顺位等四种。鉴于协调复数新设诉讼实施权关系的不同模式各具有优、劣势以及诉讼实施权非常态配置牵涉价值的多元化,选择复数新设诉讼实施权的基本模式需要具体问题具体分析,而不能仅从价值取向上对不同处理模式的适用顺位作出安排。

## Allocation Model Establishment of Right to Sue or Be Sued

Huang Zhongshun

**Abstract:** The traditional standing theory only seeks static solution to the question of who has the right to raise or to defend the claim, leaving the problem that plural subjects enjoy the right to sue or be sued unsolved. The allocation theory of right to sue or be sued tries to solve the above two major problems. Authorization mode can be divided into four sub-modes: substantive & statutory authorization, substantive & agreed authorization, procedural & statutory authorization, and procedural & agreed authorization. The coordination mode of the relationship between the inherent right to sue or be sued and the newly established right to sue or be sued can be distinguished as alternative sub-mode and sharing sub-mode, while the coordination mode of the relationship between plural newly established rights to sue or be sued can be divided into exclusiveness sub-mode and concurrent sub-mode.

**Keywords:** right to sue or be sued; standing; statutory undertaking; agreed undertaking; litigation trust

(责任编辑:幸颜静)

# 犯罪侦查中网络服务提供商的信息披露义务

## ——以比例原则为指导

裴 炜\*

**摘 要:**互联网与云计算的发展使网络服务提供商掌握了大量客户个人信息,这些信息通常在网络犯罪侦查过程中成为证据或重大线索。要在保障个人隐私与促进网络犯罪侦查之间寻求平衡,立法在设置侦查过程中网络服务提供商信息披露义务时需要借助比例原则,对侦查手段的必要性、合目的性及对隐私权的侵害最小化进行审查。通过参考《网络犯罪公约》成员国近年来的立法与司法实践,可以看出比例原则的运用体现在实体和程序两个层面,实体上需要以隐私权受侵害程度为标准,对信息披露义务涉及的数据进行分类;程序上则需要以数据分类为基础,在数据存留和披露两个层面对个人权益设置相应的程序性保障。

**关键词:**犯罪侦查 比例原则 网络服务提供商 信息存留 信息披露

### 一、问题的提出

2016年年初,一则浙江省高级人民法院与阿里巴巴数据平台合作,联手打造“智慧法院”的消息引起了广泛关注。通过该项合作,法院可以掌握案件当事人的身份信息、联系信息、消费数据、金融数据等,以便于文书送达、资产冻结、划扣等。<sup>[1]</sup> 该项措施的出台与最高人民法院提出的“加快建成人民法院信息化3.0版”相契合,<sup>[2]</sup>但是如此大规模的私人信息共享也引发了人们对于信息滥用或信息安全的担忧,而核心问题就在于:司法机关在哪些条件下、何种程度上可以要求网络服务提供商披露客户的私人信息。

之所以会产生这样的疑虑,与当前互联网发展状况紧密相关。云计算技术的发展和广泛应用,使得传统的信息形成、存储、传播、交流等模式产生了巨变,其中一个突出特征是网络服务提供商在以上活动中扮演着中枢神经的角色。电子邮件、即时通讯、网盘资料上传下载、电商及网络银行的资金划转等网络服务中,每一条信息的变动必然要经过网络服务平台,从而使得当事人不再垄断对私人信息的控制。个人能够接受这样一种弱化的信息控制,允许信息交流双方以外的第三方的介入,是基于网络服务商对于所涉信息的保密义务,非在特定情形下经专门程序不得对外泄露。

---

\* 北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。

[1] 参见《浙江高院联手阿里巴巴打造“智慧法院”》,浙江法院新闻网,2015年11月24日,[http://www.zjcourt.cn/art/2015/11/24/art\\_82\\_8843.html](http://www.zjcourt.cn/art/2015/11/24/art_82_8843.html),访问日期:2015年11月26日。

[2] 参见《加快建成人民法院信息化3.0版》,法制网,2015年11月4日,[http://www.legaldaily.com.cn/index\\_article/content/2015-11/04/content\\_6339079.htm](http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2015-11/04/content_6339079.htm),访问日期:2015年11月26日。

网络服务商的信息保密义务在我国相关立法中也有所体现。在宪法层面,《中华人民共和国宪法》第43条明确规定公民的通信自由和通信秘密受法律保护。在部门法层面,《中华人民共和国刑法修正案九》再次加大公民个人信息保护的力度,修改了“侵犯公民个人信息罪”(第253条之一),并增加“拒不履行信息网络安全管理义务罪”(第286条之一)。根据2015年《中华人民共和国网络安全法(草案)》(下文简称《国家网络安全法(草案)》),网络经营者对其收集的公民个人信息“必须严格保密,不得泄露、篡改、毁损,不得出售或非法向他人提供”(第36条)。除此之外,还有其他相关政策或规定专门涉及网络中的个人信息保护,例如,2000年《互联网电子公告服务管理规定》第12条规定“电子公告服务提供者应当对上网用户的个人信息保密,未经上网用户同意不得向他人泄露,但法律另有规定的除外”;2010年《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》第16条规定“网络商品经营者和网络服务经营者对收集的消费者信息,负有安全保管、合理使用、限期持有和妥善销毁义务”,第25条规定“提供网络交易平台服务的经营者应当采取必要措施保护涉及经营者商业秘密或者消费者个人信息的数据资料信息的安全。非经交易当事人同意,不得向任何第三方披露、转让、出租或者出售交易当事人名单、交易记录等涉及经营者商业秘密或者消费者个人信息的数据。但是法律、法规另有规定的除外”;2012年《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》(下文简称《加强网络信息保护的决定》)第3条明确规定“网络服务提供者……在业务活动中收集的公民个人电子信息必须严格保密,不得泄露、篡改、毁损,不得出售或者非法向他人提供”。从行业自治的角度,互联网协会自成立以来,通过发布行业自律规范(例如,2002年《中国互联网行业自律公约》、2004年《互联网公共电子邮件服务规范(施行)》、2007年《博客服务自律公约》、2011年《互联网终端软件服务行业自律公约》、2013年《互联网搜索引擎服务自律公约》等),逐步在各个网络服务领域建立起对用户个人信息安全与隐私权保护的基本要求。

然而,在网络案件中,公民个人信息对于提高司法效率或形成完整证据链条具有重要意义,这一点在网络犯罪中尤为明显。在某些特殊情况下,出于寻求案件真相进而保护公共利益的需求,往往需要服务商向侦查人员披露客户身份或通讯内容的相关信息。就侦查取证而言,我国现行《刑事诉讼法》第52条在原则上规定了司法机关享有向有关单位、个人手机调取证据的权力,并规定了相对人“如实提供证据”的义务。具体到网络犯罪领域,《国家网络安全法(草案)》第23条明确规定“为国家和侦查犯罪的需要,侦查机关依照法律规定,可以要求网络运营者提供必要的支持与协助”。在这种情况下,服务商一方面负有保护客户电子信息的义务,另一方面负有协助司法机关查明案件事实的义务,两种义务之间难以避免地存在着紧张关系。

接下来的一个问题是,在网络案件调查审判过程中,如何平衡保护公民隐私权与发现案件事实真相、节约司法资源这几种价值。在微观层面上,这种平衡则涉及到向谁提供信息、提供哪些信息、如何提供信息、如何使用信息等诸多程序性细节。从宪法和法治的宏观角度出发,国家对于公民权利的任何限制措施都应当遵循比例原则,这一原则同样适用于服务商的信息披露义务。基于此,本文从网络犯罪这一公权力与私权利关系最为紧张的领域入手,以比较法为基本研究方法,主要通过借鉴《网络犯罪公约》成员国<sup>[3]</sup>相关立法与司法实践经验,为完善我国当前网络犯罪侦查中服务商信息披露义务相关法律制度抛砖引玉。

[3] 这三十个成员国包括欧盟二十六个成员国以及美国、加拿大、日本和南非四国。

## 二、刑事侦查中的比例原则

在现代国家治理语境下,公权力与私权利的平衡是核心课题。在刑事司法领域,国家刑罚权的行使具有高度强制性,而所涉私权又往往是生命权、自由权等基本人权,因此保持前者的谦抑性以保障后者的实现就成为程序设计的基本出发点。比例原则正是在这一语境下发挥作用。衡量一项国家行为是否符合比例原则,不仅要检验手段与目的之间的匹配度,同时还要对该行为所针对的公民权利的性质进行分析。<sup>[4]</sup>在刑事司法领域,从侦查到起诉再到审判,犯罪嫌疑人在每个环节都有可能面临个人权利受限的情形,需要通过比例原则确认相关限制措施的必要性并为之划定界限,从而将基本权利所受侵害最小化。<sup>[5]</sup>

这一原则包含两层含义。首先,该项措施必须具有适当性。进一步细分,该层含义又包含两项要求:第一项要求是目的的正当性,尽管存在争议,但判断目的的正当性的一个重要指标是该目的是否为法律所许可;第二项要求是手段的合理性,即通过该项措施在逻辑上可以实现相关目的。其次,对公民权利的限制或侵犯必须具有必要性。换言之,如果存在其他不侵犯基本权利或侵犯性较小的替代性措施,则应使用替代性措施。例如,如果可以通过保释方式保全犯罪嫌疑人,逮捕则无必要。

这里需要进一步探讨的问题是,高昂的司法运行成本能否成为必要性的构成要件。以集团犯罪为例,多项研究已经证明,相对于侦查人员自行搜集证据,使用污点证人的侦查成本更低。这种成本上的差异使得侦查人员与犯罪嫌疑人之间的协助协议(assistance agreement)在许多司法领域中得以应用。但是由于这种协议在某种程度上会侵犯犯罪嫌疑人不被强迫自证其罪的权利,同时考虑到虚假陈述的风险,各国一般将这种侦查手段列为最后使用的方式。<sup>[6]</sup>

从这个角度讲,一项措施是否符合比例原则,是基于综合判断得出的结论,它不仅要对所涉权利的性质、该项措施的性质进行评价,还需要考量权利保护以外的其他价值,例如司法效率等。一般认为,所涉权利越根本,则其他考量因素的影响力就越弱。<sup>[7]</sup>

那么,如何在具体措施与所涉权利之间建立起比例关系呢? Andrew von Hirsch 和 Andrew Ashworth 在讨论量刑中的比例原则时,将该原则划分为两种类型:基于层级的比例原则(ordinal proportionality)和基于性质的比例原则(cardinal proportionality)。前者是指对不同类型的犯罪依其严重程度划分等级,并依此确定相应刑罚之轻重;后者是指针对某一类型犯罪,刑罚之轻重应当与具体犯罪行为之轻重成比例。<sup>[8]</sup>

我们可以借用这一理论来分析侦查程序中的比例原则。一方面,不同的权利类型之间存在着某

[4] Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* 132 - 133 (Doron Kalir trans., Cambridge University Press 2012).

[5] Andrew Ashworth & Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law* 56 (Oxford University Press 2013).

[6] 相关研究,参见 Wei Pei, *Criminal Procedural Agreements* 29 - 30 (Wolf Legal Publisher 2015).

[7] Aharon Barak 在探讨宪法权利与比例原则时,将权利划分为两种基本类型:绝对权利(absolute rights)和相对权利(relative rights),针对不同类型的权利,符合比例原则的措施亦应有所区别。See Barak, *supra* note 4, at 27 - 36.

[8] Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* 137 - 141 (Oxford University Press 2013).

种程度的层级差异,<sup>[9]</sup>例如生命权往往被认为高于隐私权,基于此,法律对于所涉措施的制约程度亦应更为严格,这可以称之为基于权利层级的比例原则。另一方面,就同一类型的权利而言,其受侵害程度亦可有所区别,而立法上应当有所区分,此为基于权利性质的比例原则。

就第三方信息披露义务而言,由于其主要涉及的是隐私权问题,因此本文关注的重点是基于权利性质的比例原则。但是这里仍有必要对第一种类型稍加分析,即隐私权作为一个类权利,在整体上对于侦查措施的阻却程度问题。就我国当前立法规范来看,《刑事诉讼法》第52条仅从原则上规定了有关单位和个人的证据提供义务,上文提及的相关规定亦只规定了服务商的协助义务。从这个角度讲,我国当前的刑事立法与政策尚未直接涉及到这一命题。

从国际层面来看,司法实践中曾出现争议,其中比较典型的一个案例是2008年欧洲人权法院的K. U. v. Finland一案。<sup>[10]</sup>该案中,加害人在未告知年仅12岁的受害人的情况下,在某网站上虚构了该受害人的性交易广告。当时芬兰相关立法对服务商设定了保密条款,该条款虽在新法法案中予以修改,但案发时该法案尚未生效。据此,涉案服务商拒绝向侦查人员提供加害人的相关注册信息。受害人在穷尽本国救济手段后,将案件提交给欧洲人权法院。法院认为芬兰相关立法违反了《欧洲人权公约》第8条对私人和家庭生活、家庭和通讯权利的保护,并认为仅仅追究服务商的民事和刑事责任并不足以遏制相关犯罪行为并保护受害人。本案判决中指出,当前世界各国一般认为服务商基于隐私权保护所产生的保密义务不足以阻却侦查机关获取相关信息的要求。

在立法层面上对服务商施加信息披露义务,其本质是对刑事侦查手段的扩展和延伸。目前在我国刑事司法领域,具体程序设计仍显苍白。从以上比例原则的相关论述出发,要想在公民隐私权与司法机关侦查权之间寻求符合程序正义要求的平衡点,需要从实体和程序两个层面进行考量。在实体层面,需要对服务商信息披露义务所指向的对象的性质进行分析。从程序的角度来看,服务商披露信息可能存在两种状态,一种是服务商对其已经控制的静态数据进行披露,另一种则是通过固定或追踪动态数据从而进行披露。对于动态信息披露可能分为两个阶段,第一是数据的存留阶段,第二是信息披露阶段。第一阶段又可细分为三种类型:基于营业或提供服务需要进行的存留、基于自愿协议进行的存留,以及基于法律规定或指令的强制存留。前两种类型由于其任意性与短期性的特征,往往难以满足案件侦破等特定需要,而强制存留正是基于此产生,在特定情况下成为服务商信息披露义务的附加义务。鉴于此,下文分别从实体层面和程序层面的两个阶段这三个角度,结合国际现有制度体系,来分析比例原则下的服务商信息披露义务。

### 三、信息的类型化

要想划定服务商的义务范围,首先需要明确网络犯罪侦查通常需要其提供哪些信息。网络犯罪公约委员会(Cybercrime Convention Committee)2015年5月的调查报告对成员国相关立法进行了调查,网络犯罪侦查过程中所需信息可以概括为三种类型:注册人信息(subscriber information)、交互信

[9] 不同类型的权利之间是否存在高低差异,以及如何划分权利等级,学界并未形成统一论述。以Abraham H. Maslow为代表的部分社会心理学家倾向于将人的基本需求划分为不同的层次。

[10] K. U. v. Finland, no. 2872/02, ECHR 2 December 2008.

息(traffic data)以及内容信息(content data)。<sup>[11]</sup>

所谓“注册人信息”,一般是指单位或个人在获取网络服务时向服务商提交的,或者在使用服务过程中显示的与个人身份相关的信息。《网络犯罪公约》第18条第三款将注册人信息划分为以下三种类型:(1)服务类型、技术条款以及服务期限;(2)根据服务协议获取的注册人身份、邮寄地址或居住地址、电话或其他号码、账单或支付信息;(3)其他根据服务协议获取的有关服务设备的信息。如下表所示,不同国家或地区针对这一类型信息的规定有所区别:

各国网络犯罪侦查所需注册人信息类型

国家/地区	姓名/身份	地址	电话号码	账单/支付	服务协议	电邮	交互设备
澳大利亚	√	√	√		√		
法国	√	√	√	√	√	√	
德国	√		√		√		
挪威			√		√	√	
葡萄牙	√	√	√	√	√		√
西班牙	√	√		√	√		√
美国	√	√	√	√		√	√
芬兰		√			√		√
日本	√	√	√		√		√

说明:数据来源于网络犯罪公约委员会2014年调查报告《Rules on Obtaining Subscriber Information》。<sup>[12]</sup>

第二类信息是“交互信息”,它是指“基于计算机系统进行交流产生的,任何用以表明该交流的起始位置、路径、时间、日期、体量、时长或类型的数据”,<sup>[13]</sup>其功能主要在于识别计算机系统的实际位置,并由此确定相应用户身份。根据欧盟2006年出台的《数据存留指令》第5条,交互信息主要包括六种类型:(1)交互信息的来源方;(2)交互信息的接收方;(3)交互活动的日期、时间及时长;(4)交互活动的类型;(5)交互工具;(6)移动交互工具所在地。<sup>[14]</sup>

第三类信息是“内容信息”。根据《网络犯罪公约解释报告》(Explanatory Report of the Budapest Convention)第209条之说明,“内容信息”是指某项沟通交流行为所传递的实质内容。<sup>[15]</sup>然而就什么是“实质内容”而言,仍存在争议。以电子邮件为例,其主题属于内容信息还是交互信息,在性质上并不明确,而其对邮件内容的揭示程度可能不亚于邮件的主体部分。

内容信息可以被划分为两种类型。一种是已经储存于服务商设备中的信息(存储内容信息),这类信息通常有确定的保存期限,服务商有义务定期予以清理。另一种是未来可能发生的交流信息(监

[11] Cybercrime Convention Committee (T-CY), *Criminal Justice Access to Data in the Cloud: Challenges*, at 7-9, issued 26 May 2015.

[12] Cybercrime Convention Committee (T-CY), *Rules on Obtaining Subscriber Information*, report adopted by the T-CY at its 12th Plenary (2-3 December 2014), 28-116.

[13] 本概念引自《网络犯罪公约》第1条d款。

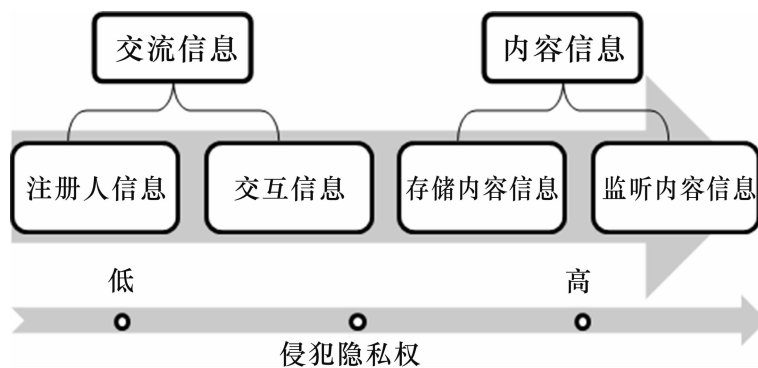
[14] Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council, issued on 15 March 2006. 该指令已于2014年在欧洲法院的判决中被宣布无效。参见 ECJ Judgment in Joint Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, issued on 8 April 2014.

[15] 《网络犯罪公约》本身并未对内容信息作出解释。

听内容信息),对于此类信息的采集,则需要侦查人员依照法定程序对信息进行监听或截留。再进一步细分,监听内容信息又可以划分为两大类,一类是针对专门对象或事项的监听(specific interception),另一类是没有专门对象或事项的监听(non-specific interception,或者又称 bulk interception)。

这里需要就两个问题作进一步的说明。首先,就分类方法而言,“三分法”是网络犯罪委员会基于多国立法与司法实践得出的概括性的分类方法,并非唯一或标准化的分类方法。例如英国相关立法主要采用的是两分法,依据信息涉及交流背景或内容区分为交流信息(communication data)[或非内容信息(non-content data)]与内容信息(content data),前者大致涵盖三分法中的“注册人信息”和“交互信息”。<sup>[16]</sup> 澳大利亚和法国等也采类似模式。<sup>[17]</sup> 其次是特殊数据的分类问题。这里主要涉及到 IP 地址,并进一步包含两个问题,其一是 IP 地址是否属于个人信息,其次是如果属于,则应归入哪一类信息。就第一个问题而言,根据 1981 年《互联网协议 DARPA 互联网程序协议规范》(Internet Protocol - DARPA Internet Program Protocol Specification),<sup>[18]</sup> IP 地址的功能在于“披露姓名、发现地址以及揭示路径”。<sup>[19]</sup> 基于此,各国立法一般将 IP 地址视为个人信息加以保护。<sup>[20]</sup> 对于第二个问题,核心在于 IP 地址属于注册人信息还是交互信息。区分标准在于确定获取该 IP 地址的目的,即用于确定特定人员身份还是获取与信息交流背景、方式、时间等附属信息。

结合两分法和三分法的信息类型,以及内容信息的两种情形,服务商披露信息对隐私权的影响如下图所示:



不同类型信息对隐私权的影响

之所以对网络犯罪侦查所需信息进行如上分类,是因为披露不同类型的信息,对隐私权的侵犯程度有所不同,进而基于比例原则,立法对相应侦查措施的限制程度亦应有所区别。无论采用三分法还

[16] Sophie Stalla - Bourdillon, Evangelia Papadaki & Tim Chown, *Metadata, Traffic Data, Communications Data, Service Use Information... What Is the Difference? Does the Difference Matter? An Interdisciplinary View from the UK*, in *Data Protection on the Move: Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection 1, 1* (Serge Gutwirth, Ronald Leenes & Paul De Hurt eds., Springer 2015).

[17] Cybercrime Convention Committee (T - CY), *supra* note 12, at 8 - 14.

[18] DARPA 是美国国防部先进研究项目局(Defense Advanced Research Projects Agency)的简称,其所创立的 ARPANET 是现代互联网的前身。

[19] Information Sciences Institute of the University of Southern California, *Internet Protocol - DAPRA Internet Program Protocol Specification (RFC 791)*, at 7 - 9, issued September 1981.

[20] 并非所有 IP 地址均可以视为个人信息。欧盟数据保护工作组(Data Protection Working Party)在 2007 年关于“个人数据含义”的报告中通过举例方式对此加以说明,在不要求客户提供个人信息便可使用计算机的网吧中,相关人员搜集的在特定时段内使用某台设备的信息并不足以揭示使用者的个人身份,因而此时的 IP 地址不视为个人信息。澳大利亚、丹麦、芬兰、挪威等国也将“可以确定个人身份”作为将 IP 地址视为个人信息的前提条件。

是两分法,都建立在一个假设之上,即相对于内容信息,非内容信息或由当事人主动提供(注册人信息),或处于半公开状态(交互信息),因此一般人对于此类信息的“隐私权合理期待”较低。相反地,一般认为内容信息直接接触及私人通信自由与通信秘密的核心。对这一假设体现得较为充分的是美国的“第三方条款”(third-party doctrine),即在当事人明知的情况下将信息透露给第三方时,宪法第四修正案针对搜查和扣押设置的限制不再适用。基于此,美国相关立法形成了上文提及的针对内容信息和非内容信息的程序差异。从《网络犯罪公约》各成员国当前的立法规范来看,对于注册人信息披露的限制最低,对于内容信息的提取限制最高,交互信息则多位于两者之间。<sup>[21]</sup>

然而,这一假设是否成立仍有待商榷。事实上,已经有研究证明,注册人信息和交互信息可能揭露比内容信息更为丰富的个人信息。以加拿大隐私专员办公室(The Office of Privacy Commissioner of Canada)在2013年的调查为例,仅仅通过特定目标的IP地址、电话号码或电子邮箱地址,调查人员已经可以获知该目标的真实姓名、地理位置、使用设备、社交圈、生活模式、知识构成、雇主等信息。<sup>[22]</sup>同时,即便不查看邮件的具体内容,很多情况下内容信息也可以通过调查接收方、发件方近期网络活动、双方通讯时间等加以了解。分类上的争议直接体现在司法判决的犹疑之中。以加拿大为例,地方法院在一些案件中认为当事人对于注册人信息不享有合理的隐私期待,<sup>[23]</sup>然而在另一些案件中又采取了相反的态度。<sup>[24]</sup>2014年,加拿大最高法院在R. v. Spencer一案中明确表示披露注册人信息通常将直接导致个人私密或敏感信息的泄露,因此应当认定当事人对此类信息享有合理隐私期待。<sup>[25]</sup>本案被视为加拿大网络个人隐私权保护的里程碑案件。<sup>[26]</sup>

#### 四、网络服务提供商的强制数据存留义务

在进一步讨论之前,首先需要说明的是,数据存留(data retention)和数据保全(data preservation)是两个不同的概念,前者是指对一段时间内处理或接收的数据静态化并进行保存归档,后者则是指对已经静态化的数据通过加密等措施保证其完整性和真实性。在世界范围内,欧盟及其成员国的探索起步较早且相对成熟,这主要是因为欧盟在1995年出台的指令中要求所有通讯服务商在数据不符合其商业目的时全部予以删除,<sup>[27]</sup>现有探索是对这一指令的矫正。在美国,有关服务商数据存留义

[21] Cybercrime Convention Committee (T-CY), *Criminal Justice Access to Data in the Cloud: Challenges*, at 7, issued 26 May 2015. 英国相关立法采用两分法,其中侦查人员在获取交流信息(包括注册人信息和交互信息)时,一般不要求签发令状,但涉及国家秘密的除外。

[22] Office of the Privacy Commissioner of Canada, *What an IP Address Can Reveal About You?* at 7-9, issued May 2013.

[23] 例如 *R. v. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (B. C. S. C.); *R. v. Brousseau*, 2010 ONSC 6753 (Ont. S. C. J.); *R. v. Vasic* (2009), 185 C. R. R. (2d) 286 (Ont. S. C. J.).

[24] 例如, *R. v. Cuttell*, 2009 ONCJ 471, 247 C. C. C. (3d) 424 (Ont. C. J.); *R. v. Nguyen* (2004), 20 C. R. (6th) 135 (B. C. S. C.).

[25] *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43 (S. C. R.).

[26] 关于本案的讨论以及在互联网语境下“合理隐私期待”的含义, See Jordan Casey, *The Reasonable Expectation of Privacy in the Information Age: R v Spencer*, issued on 11 September 2014, available at [http://www.thecourt.ca/2014/09/11/decision-on-the-reasonable-expectation-of-privacy-in-the-information-age-2/?subscribe=success#blog\\_subscription-2](http://www.thecourt.ca/2014/09/11/decision-on-the-reasonable-expectation-of-privacy-in-the-information-age-2/?subscribe=success#blog_subscription-2). Accessed 22 December 2015.

[27] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995.



务首先明确于《存储通讯法案》(Stored Communications Act)中。<sup>[28]</sup> 近些年美国通过提交一系列议案以图强化这种义务,例如2009年提交议会审查的《互联网安全法案》(Internet Safety Act)和《防止成年人协助剥削青少年的互联网法案》(Internet Stopping Adults Facilitating the Exploitation of Today's Youth Act)均规定了电子通讯服务商或远程计算机服务商的数据存留义务。两项法案虽未获通过,但2011年提交审议的《针对互联网色情的儿童保护法案》(Protecting Children from Internet Pornographers Act of 2011)再次提出针对注册人信息的服务商强制数据存留。在这一领域的最新立法进展是澳大利亚于2015年制定的《电信(拦截和访问)修正案(数据保存)法案》[Telecommunications (Interception and Access) Amendment (Data Retention) Bill 2015,下文简称“2015年《TIA修正案》”]。

强制数据存留义务主要涉及三个问题。

首先是数据类型,各国立法目前主要涉及非内容信息(包括注册人信息和交互信息),例如《网络安全公约》第20条规定了交互数据的服务商强制存留义务。内容信息一般被区别对待。欧盟2006年出台的《数据保留指令》(Data Retention Directive)旨在便利严重犯罪侦查、起诉、审判过程中的数据取得,但这些便利措施并不适用于内容信息。与之相类似,澳大利亚2015年《TIA修正案》为了确保遵守比例原则,明确将内容信息排除在拦截和访问的适用范围之外。<sup>[29]</sup> 英国2014年的《数据保存与侦查权法案》(Data Retention and Investigatory Powers Act)也采用了类似的限制。<sup>[30]</sup> 对于非内容信息,一些立法进行了进一步细分,例如澳大利亚2015年《TIA修正案》第187条A款(4)项将网页浏览记录排除在强制存留范围之外。

其次是存留期限,各国立法主要包括四种类型。第一种是设立固定期限,例如美国当前刑事诉讼程序一般规则规定了九十天的存留时间;<sup>[31]</sup> 澳大利亚2015年《TIA修正案》规定了两年的固定存留期限;在荷兰交通数据和位置数据的保存时间是固定的十二个月,<sup>[32]</sup> 这与英国在2014年之前采用的期限相同。第二种是设立最高保存期限,例如《网络犯罪公约》规定了至多九十天的存留期限。在英国,2014年《数据保存与侦查权法案》规定交流数据存留期限最多为十二个月。第三种类型是设立最低存留期限,上文提及的各项美国相关立法提案采用的就是这种模式,只不过期限从2009年的“至少两年”缩短为2011年的“至少一年”。第四种模式是区间模式,欧盟2006年《数据存留指令》规定的是至少六个月至多两年的强制数据存留期间。

这里需要指出的是,根据欧盟委员会在九个成员国中进行的调查,<sup>[33]</sup> 在2008年被存储并披露的数据中,67%的数据存储时间少于三个月,另有19%为三个月至六个月之间,只有2%的数据在被使用时存储时间超过了一年。<sup>[34]</sup> 该数据表明,九成以上的有用数据是存储不足一年的数据,而大部分按照《网络犯罪公约》规定的存储期限存储的数据处于闲置状态。长期存留虽然有助于打击犯罪,但对于服务商而言则会产生额外的成本,如何平衡两者,不同国家采取了不同方式。例如出于平衡制度执行的成本与打击犯罪所获得社会效益的考量,芬兰和英国的相关立法均规定强制数据存留义务不

[28] 18 U. S. C. Chapter 121 § § 2701 - 2712

[29] 澳大利亚相关立法采用的是“metadata”一词,用于描述区别于内容信息的各类信息。

[30] 修改法案的议案尚未生效。

[31] 18 U. S. C. Chapter 121 § 2703(f)

[32] 荷兰《电信法案》第13.2a条。

[33] 这九个成员国为英国、丹麦、捷克、西班牙、爱沙尼亚、爱尔兰、塞浦路斯、拉脱维亚、马耳他。

[34] European Commission, *Evaluation Report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC)*, at 6, last modified 19 April 2011.

适用于小型网络服务提供商。<sup>[35]</sup> 加拿大虽未确立强制数据存留义务,但是就交互信息的截存而言,《侦查与预防电子交流犯罪法案》(Investigating and Preventing Criminal Electronic Communications Act, 即 Bill C-52)已经涉及到对服务商的经济补偿问题。

第三是适用的犯罪类型。对此,《网络犯罪公约》本身没有给出明确限制,而欧盟的《数据保护指令》则将强制数据存留义务限定在针对严重犯罪的侦查与起诉活动中。根据欧洲委员会2011年的调查,在目前引入服务商强制数据存留立法的欧盟成员国中,主要分成两种情形,一种是采用类似“严重犯罪”的限制;另一种则是不加区分地将该义务运用于各类犯罪。前者为大多数成员国接受,后者则适用于法国、比利时、丹麦、意大利、拉脱维亚、波兰、斯洛文尼亚、斯洛伐克等。<sup>[36]</sup> 在美国,尽管2011年《互联网儿童色情法案》的制定目的是打击网络儿童色情犯罪,但是一旦通过,其规定的服务商数据存留义务可以适用于任何类型的犯罪。

从当前各国的立法现状和趋势来看,存在两个特征。首先,随着《网络犯罪公约》和欧盟一系列指令的出台,设立服务商强制数据存留义务是一个普遍的趋势。其次,尽管存在这样一种趋势,立法争议和相关阻力仍然很大。如前所述,美国2009年的两项立法议案均遭否定。2011年欧盟就其成员国对《数据保留指令》的实施情况进行了调查,其中德国、捷克和罗马尼亚的宪法法院都宣布转化该指令的国内法无效。<sup>[37]</sup> 2014年欧洲法院在其判决中否决了2006年欧盟《数据保留指令》,其核心理由是,尽管要求服务商保留数据以备司法机关提取是出于打击严重犯罪的需要,但是这项指令未能对不同数据类型加以区分并设置相应的程序性保障,因此“逾越了比例原则设定的界限”。<sup>[38]</sup> 鉴于此,2015年9月欧洲委员会发布通告,明确声称“既不反对也不支持一国引入数据存留立法”。<sup>[39]</sup>

## 五、网络服务提供商的数据披露义务

在刑事司法语境下,数据存留的目的在于在必要时可为司法机关使用,因此以上涉及强制数据存留义务的法律法规通常也包含着数据披露条款。如前所述,司法机关使用的数据并不限于根据强制存留义务所保存的数据,也可能仅仅是服务商根据服务或营业需要所保存的数据。但无论针对的是何种类型,都要在侦查犯罪案件与保护个人隐私之间寻求平衡。《〈网络犯罪公约〉说明报告》<sup>[40]</sup>明确强调了比例原则在达至平衡中的关键作用,而这在许多国家立法中已有所体现。例如英国《调查权规则法案》(Regulation of Investigatory Powers Act 2000)在第22条第一款中明确要求对于交流信息的获取需具备必要性,同时该条第五款进一步要求在授权获取信息之前,相关权力机关应当对手段与目的之间的合比例性进行审查。

[35] See Thilo Weichert & Kirsten Bock, *Data Retention in Europe and Germany*, available at <https://www.datenschutzzentrum.de/vorratsdatenspeicherung/20110614-data-retention-in-europe-and-germany.pdf>. Accessed 23 December 2015.

[36] European Commission, *supra* note 35, at 7.

[37] *Id.* at 5.

[38] ECJ Judgment in Joint Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, issued on 8 April 2014.

[39] European Commission, *Statement on National Data Retention Laws*, issued 16 September 2015, available at [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-15-5654\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-5654_en.htm). Accessed 24 May 2016.

[40] Council of Europe, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime (ETS No. 185)*, para. 146, issued 8 November 2001 and validated on 23 November 2001.

要满足比例原则的要求,就要在程序上作出相应限制。《网络犯罪公约》虽然没有规定具体措施,但特别提及了三类限制公权力、保障隐私权的方式,即充分的行使公权力的依据、对范围及期限等披露范围的限制以及司法或其他适格机构的审查。以下分别从这三个方面来审视各国的立法。

首先来看公权力行使的依据。根据网络犯罪公约委员会 2014 年在 30 个成员国中进行的调查,披露注册人信息的基本要求是至少怀疑某人实施了某项犯罪行为。<sup>[41]</sup> 鉴于披露注册人信息对于隐私权的影响最低,对于交互信息和内容信息的披露条件更高。例如美国的《存储通讯法案》要求披露交互信息时要以具体事实 (specific and articulable facts) 为依据,而对于内容信息则更进一步要求有合理根据 (probable cause)。有些国家更进一步确立了谦抑性原则,例如捷克相关立法规定只有当所需信息无法从其他途径获得,或者获取过于困难时,才能要求服务商进行披露;<sup>[42]</sup> 在荷兰,这项原则适用于包括服务商信息披露在内的任何强制措施。

其次是数据披露的范围。从类型上看,《网络犯罪公约》再次体现出针对三种不同类型数据的区别对待。对于注册人信息的披露,《公约》没有设定具体限制 (第 18 条)。就交互信息和内容信息而言,无论是针对服务商已经存储的还是实时收集的数据,都需要针对某一具体的交流过程 (第 20 条、第 21 条)。绝大多数公约成员国在要求服务商披露数据时都规定了相应的令状程序,而这些令状中一般要求包含信息披露所针对的特定案件、事项或相对人。<sup>[43]</sup>

再次是权力机关要求信息披露的程序。在这个方面,《网络犯罪公约》提出的最核心的一点是程序监督。怎样才算有效的监督呢? 对此,荷兰阿姆斯特丹大学信息法律研究所 (Institute for Information Law of the University of Amsterdam) 通过观察《网络犯罪公约》各成员国立法,总结欧洲人权法院和欧洲法院的相关判决,于 2015 年提出了十项标准,即完全监督 (包括多主体监督,事前、事中及事后监督,基于合法性和有效性审查签发的令状)、全程监督 (包括信息采集、存储、筛选、分析等)、独立监督、监督先于措施进行、监督者有权宣布措施非法并要求救济、纳入对抗制因素、有充分资源保证有效监督、分层的透明性、监督主体及市民社会有接触监督信息的渠道、被要求披露信息的主体可以公开权力机关的指令。<sup>[44]</sup>

从当前《网络犯罪公约》各成员国的刑事司法立法与实践来看,警察、检察官和法官均有可能要求服务商披露用户个人信息,但是针对不同类型的信息,程序设计亦有所区分。例如同样是针对注册人信息,奥地利、丹麦与斯洛文尼亚均对静态 IP 地址和动态 IP 地址进行了区分,前者基于警察的要求,而后者则需基于检察官 (奥地利) 或法官 (丹麦和斯洛文尼亚) 的指令。<sup>[45]</sup> 交互信息的披露门槛相对更高,例如在奥地利,针对此类信息的披露需要由检察官提出;在芬兰,注册人信息和交互信息的披露申请权分属于警察和法官;而在日本,这种区别主要体现在是否需要法院指令。<sup>[46]</sup> 相对于注册人信息和交互信息,内容信息的获取程序通常更为严格,例如,在荷兰,对于内容信息的监听必须由检察官向侦查法官申请,并由后者签发书面令状,令状内容必须包括具体罪名、尽可能具体的犯罪嫌疑人描

[41] Cybercrime Convention Committee (T-CY), *supra* note 12, 15.

[42] *Id.* at 16.

[43] *Id.*

[44] Sarah Eskens et al., *Ten Standards for Oversight and Transparency of National Intelligence Services*, available at <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1591>. Accessed 16 December 2015.

[45] Cybercrime Convention Committee (T-CY), *supra* note 12, 16.

[46] *Id.*

述、对犯罪严重程度的审查、可能获取的注册人信息以及令状有效期间。<sup>[47]</sup> 在美国,要求服务商披露注册人信息只需出具传票(subpoena)并事先通知,披露交互信息则需要至少有法院的命令(order)或者披露信息相对人的同意。内容信息的披露区分两种情形,对于存储时间少于180天的信息,必须有法官出具的含有具体和详细阐述的事实搜查令(search warrant);而存储时间超过180天的信息则可以通过附提前通知的传票、法院命令或搜查令要求披露。

## 六、网络服务提供商信息披露义务的发展趋势及启示

从过去十年的发展趋势来看,就服务商的数据披露义务而言,世界各国的立法呈现出两大特征。

其一是服务商的披露义务以及辅助其履行此类义务的措施在不断强化,其背景主要是恐怖主义犯罪、有组织犯罪等严重犯罪在网络的催化之下在模式上发生了质变,对原有侦查、起诉、审判提出了新的挑战。换言之,网络化的犯罪需要有网络化的侦查手段。欧盟委员会2011年的调查显示,在德国44.5%的案件涉及对历史交互数据的提取,但由于德国未批准此类立法,导致相关信息无法获取。<sup>[48]</sup>

其二是新兴侦查手段与公民个人权利特别是隐私权之间的冲突在不断加剧。对于隐私权的传统保护是建立在有形世界的框架之下。无论采用“场所”还是“人”的视角,隐私权所针对的对象始终是信息,而网络环境恰恰由信息编制而成,在这个环境里,信息脱离个体的掌控离散于各处,进而将其所有者还原再解构成近乎赤裸的状态。如果说“人肉”一词在十年前针对的是特定个体,那么如今它可以适用于任何一个被互联网联接起来的人。在网络语境下,罪犯和司法机关的力量都有所扩张,与之形成反差的是,个人隐私在双方对抗过程中变得岌岌可危。本文探讨的服务商信息披露义务就是这种反差的一个最佳例证,潜藏其身后的关键问题在于,以打击犯罪之名,我们是否愿意进入Austin Sarat所称的“没有隐私的世界”(a world without privacy)?<sup>[49]</sup> 如果答案是否定的,那么界限在哪里?

比例原则为回答这一问题提供了一条思路,其核心在于强调侦查手段的必要性、合目的性以及个人隐私权的最小侵害性。要遵守比例原则,首要条件是以侵犯隐私权的程度为标准对信息类型化,上文中无论是强制信息存留义务还是强制信息披露义务,其相关制度的设立均建立在这一基础上。以《网络犯罪公约》为框架建立起的注册人信息、交互信息以及内容信息的分类,或者其他法域中内容信息与非内容信息的分野,正是对比例原则的践行。

目前我国尚未有相关法律规定对网络服务提供商所应披露的信息进行分类。《互联网电子公告服务管理规定》(第15条)和《互联网信息服务管理办法》(第14条)主要列举了上网时间、用户账号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息,而《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》则笼统提及“登记信息、交易数据备份等资料”(第28条)。针对以上信息类型,相关规定亦未根据所涉隐私权之严重程度加以区分。

就数据存留和披露义务而言,早在2000年,国务院出台的《互联网信息服务管理办法》(下文简称

[47] Henrik Kaspersen, *Procedural Powers, Safeguards and Conditions in the Netherlands*, in COE, *Report on Conditions and Safeguards under the Budapest Convention on Cybercrime*, at 16, 31, issued 29 March 2012, available at <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680303194>. Accessed 16 December 2015.

[48] European Commission, *Evidence for Necessity of Data Retention in the EU*, issued 2 August 2013.

[49] *A World without Privacy: What Law Can and Should Do?* 1 (Austin Sara ed., Cambridge University Press 2015).

《管理办法》)就要求互联网介入服务提供者“记录上网用户的上网时间、用户账号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息……并在国家有关机关依法查询时,予以提供”(第14条)。就存留期限而言,《管理办法》要求“互联网信息服务提供者和互联网介入服务提供者的记录备份应当保存60日”(第14条)。该条文可以视为从一般意义上确立了中国服务商对非内容信息的强制存留及披露义务。除此之外,当服务商发现其网站传输的信息属于《管理办法》第15条规定的情形时,<sup>[50]</sup>应当“立即停止传输,保存有关记录,并向国家有关机关报告”(第16条)。审视该条文,《管理办法》似乎将服务商的相关义务进一步扩展到内容信息领域。此后,《国家网络安全法(草案)》虽然规定“网络运营者不得收集与其提供的服务无关的公民个人信息”(第35条第二款),但该条未能明确“与其提供的服务无关”这一表述的具体含义,因此很难说其与《管理办法》的相关规定发生冲突,同时该条也并不阻却《刑事诉讼法》与《国家网络安全法(草案)》中规定的服务商支持与协助义务。

通过参考其他国家的相关经验,并总结我国强制数据存留义务方面的法律法规,可以得出我国现行法律规范的四个主要特征。首先,现有制度没有区分数据类型并以此规定相应的适用情形。其次,与其他国家相比,我国的数据存留期限采用的是固定期限,且时间相对较短。第三,尚未有相关规定确保强制服务商信息披露得到有效的事前、事中及事后监督。第四,相关规定中服务商的信息存留和披露并非针对个案需要,而是具有概括性审查的性质。

以上特征相互勾连,共同反映出的一个问题是,比例原则尚未在我国相关法律规定中建立起来,对于何种数据在何种情况下由何人申请依何种程序进行披露的问题,立法尚未提供明确答案。然而更令人担忧的不是没有规定,而是尚未意识到比例原则缺位时可能引发的公权力对个人信息的滥用。本文于开篇时提及的事件虽反映了司法能动性与积极探索的态度,但这种探索需要相关规则保驾护航,而第一步就是充分认识互联网语境下个人隐私权面临的来自公权力的挑战,并在此基础上以比例原则为指导加以应对。

具体到为服务商划定合理的信息披露义务范围时,就意味着要从以下三个步骤着手。

首先要对三大类信息进行更为细化的区分。从以上各国立法与司法实践可以看出,尽管存在争议,内容信息与非内容信息的划分是普遍趋势。我国立法可以参考这种分类方法,在立法的大框架上对两种信息的披露程序分列章节。

其次要在分类的基础上重新评估各类信息对隐私权的影响程度,这主要是针对非内容信息而言。对于可能直接揭示内容的非内容信息,例如邮件主题,或以大数据形式速写出个人日常生活模式与行为习惯的信息,立法可考虑与普通数据作进一步区分。

第三要根据影响程度来合比例地设置犯罪侦查程序,并特别针对内容信息以及可能直接揭露个人私密或敏感信息的披露设置完善且充分的程序性保障。首先,应当将当前立法中一般性的服务商主动披露义务转变为依据个案进行判断的被动配合义务。其次,针对不同类型数据的披露义务应当与案件所涉犯罪严重程度相适应,特别是将内容数据的披露限定在危害国家安全、涉及国家秘密或者其他严重或有组织犯罪案件中。第三,根据数据类型进一步设置相应的启动要求,对于内容数据可以

[50] 这些情形包括:(1)反对宪法所确定的基本原则的;(2)危害国家安全,泄露国家秘密,颠覆国家政权,破坏国家统一的;(3)损害国家荣誉和利益的;(4)煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结的;(5)破坏国家宗教政策,宣扬邪教和封建迷信的;(6)散布谣言,扰乱社会秩序,破坏社会稳定的;(7)散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或者教唆犯罪的;(8)侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;(9)含有法律、行政法规禁止的其他内容的。

要求由负责该案件的检察机关或法院出具令状。第四,就数据存留期限而言,应当进行充分的实证调查,对服务商信息披露义务的履行成本以及实际效用进行分析。

## 七、结语

互联网与云计算的发展,并非单纯更新了传统社会交互模式的渠道或方式,而是对模式本身形成了挑战。在“互联网+”的催化之下,传统刑事司法运行中的“国家—个人”关系之间出现了诸如网络服务提供商等的多个中间层。网络世界是信息世界,信息世界的核心是信息,当经过各种中间层渲染或变形之后,精准获取原始信息的难度大为提升,网络犯罪变得更加难以追踪和侦破。这种“互联网+”犯罪模式不可避免地要求强化司法机关对于信息的掌控,其中重要的途径就是大规模的数据存留和披露。本文探讨的网络服务商信息披露义务仅仅是这种掌控的冰山一角,但是已经入侵到公民的个人信息范畴。可以说,当前的互联网仍处于规则建设的初期,极容易陷入到丛林法则中去。如何将丛林进化到高级文明状态,需要技术与制度的双重发展。在技术尚不足以充分保护个人这个社会最基本但又最弱小的元素时,制度建设理应成为核心。同时,无论技术如何变化,制度建设必将诉诸于人类社会最基本的价值体系,在保障社会个体安全与自由之间寻得平衡。

### **Internet Service Provider's Obligation of Disclosing Clients' Data during Criminal Investigation: From the Perspective of the Principle of Proportionality**

Pei Wei

**Abstract:** The development of Internet and cloud computing enables Internet service providers (ISPs) to retain huge amount of clients' private information, which are of great importance as evidence or clues during criminal investigation. To balance the protection of privacy of individuals on the one hand and the facilitation of crime control during investigation on the other, the legislator needs to follow the principle of proportionality to construct the legal regime concerning the ISPs' duties. Under the guidance of this principle, the necessity and properness of the investigative measures shall be assessed and the damage to privacy is expected to be minimized. Through examining the legislative and judicial experience of the member States of the Convention of Cyber crime, one can observe two dimensions of the principle of proportionality. From the substantive dimension, information disclosed by ISPs should be categorized according to their tension with individual's privacy. Based on this categorization, procedural rules on regulating investigative power, either during data retention or disclosure, should be constructed correspondingly, which is the procedural dimension.

**Keywords:** criminal investigation; principle of proportionality; ISPs; data retention; information disclosure

(责任编辑: 幸颜静)

# 英国被告人认罪制度研究

郑 曦\*

**摘 要:**根据英国法律的规定,被告人认罪可以对刑事案件的程序和量刑产生重要的影响。一旦其自愿认罪即无需审判而直接进入量刑阶段,且被告人享受法定的“量刑折扣”优惠。在刑事诉讼中,被告人在不同阶段认罪将获得不同的量刑折扣,越早认罪则折扣幅度越高。这样的制度使得刑事诉讼中大多数被告人选择认罪,大大减轻了法院的案件审理负担,确保对抗制诉讼能够顺利运转。英国的被告人认罪制度可以为我国刑事司法中认罪认罚从宽制度的构建提供借鉴。

**关键词:**英国 被告人 认罪答辩 量刑折扣

当前各国均面临刑事案件数量增多之困扰,我国亦不例外。为缓解此问题给公安司法机关带来的巨大压力,我国试图通过“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”<sup>[1]</sup>实现案件分流,然而对于如何构建认罪认罚从宽制度尚存争议。英国的被告人认罪制度体系完整、规则明晰,可以为我们提供一些参考的思路。

## 一、英国被告人认罪制度的背景

在英美法系国家,绝大多数案件的审理终结于被告人的认罪答辩而非审判。<sup>[2]</sup>包括英国在内的这些国家里,当事人主义的刑事诉讼模式极其尊重当事人的自愿选择,被告人一旦自愿作出认罪答辩通常即意味着审判程序的省略,法院可以直接对被告人定罪量刑。被告人认罪可以大大缓解法院的案件审理负担,也表明了被告人认罪悔罪的态度,对于减轻其自身讼累也有好处,因此得到了包括法官、检察官、警察甚至被告人及其辩护律师的欢迎,法官们也往往根据法律的规定给予认罪的被告人一定的量刑优惠。

然而,与人们的一般想象不同,英国的刑事司法机制并非从一开始就对被告人认罪持积极态度的。在17世纪,如果被告人打算认罪,法官常常会对其进行阻拦,建议其继续接受审判,甚至不将其认罪的供述记录下来;<sup>[3]</sup>在1743年的Stephen Wright案中,被告人本已打算认罪,但法官告诉其如果认罪则有利于其的情况将无法为法庭所得知,因此不如继续接受审判。<sup>[4]</sup>被告人的认罪不受欢迎,其中一个重要的原因即在于其认罪对于加速案件审理并无实质性的帮助。在当时的审判中,没有辩

---

\* 北京外国语大学法学院副教授,法学博士。本文系笔者主持的北京市社会科学基金项目“刑事司法领域被遗忘权研究”(编号:16FXC034)的研究成果。

[1] 参见中国共产党十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

[2] Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. Pa. L. Rev 1, 46 (1964).

[3] Mathew Hale, *The History of the Pleas of the Crown* 225 (E. and R. Nutt, and R. Gosling 1736).

[4] John Langbein, *The Criminal Trial before the Lawyers*, 45 U. Chi. L. Rev. 263, 278 (1978).

护律师的参与,陪审团审理并非如现今般耗时费力,通常一个案件的法庭审理加上陪审团审议的时间也不过15分钟至20分钟,到了18世纪中叶,每个案件的平均审理时间也不过半小时。<sup>[5]</sup>如此快速的审理,法院自然不在意被告人是否认罪。

这种对被告人认罪持消极态度的状态一直持续到19世纪后半段,<sup>[6]</sup>此时被告人的诉讼权利逐渐得到重视,举证责任和证明标准为法律所明确,证据规则日趋完善,辩护律师发挥越来越大的作用,交叉询问规则基本成熟,从而导致陪审团审判这种经典的英美法审判方式耗时变长、所需人力物力成本不断增加,倘若每个案件均通过陪审团审判,则刑事司法制度将无法运转,于是迫切需要一种快速的案件分流解决机制,因此传统的被告人认罪处刑程序得到了充分的重视。例如1970年著名的Turner案判决对被告人认罪的自愿性作出了明确的要求。在Turner案中,被告人答辩无罪后审理休庭期间律师会见了法官,回来后律师建议被告人答辩有罪以换取罚款或非羁押刑的处罚,于是被告人便答辩认罪了。该案上诉后上诉法院撤销了定罪并裁定重审,上诉判决明确禁止法官在审理中明示如果答辩认罪会比陪审团判罚有罪获得更宽大的处罚,从而强调被告人认罪的自愿性。<sup>[7]</sup>

除了传统的认罪模式之外,在美国产生了一种新型的认罪方式,即辩方与控方就指控罪名、建议量刑进行协商后被告人认罪的辩诉交易,也对英国的被告人认罪制度产生了重大影响。在很长一段时间里,英国法官们始终不愿正视辩诉交易制度,直至Turner案时辩诉交易仍被称为“令人为难的问题”。<sup>[8]</sup>然而,在实践中广泛运用的辩诉交易逐渐为法院有条件地承认,例如在1980年的Coward案中,法官即授权控方决定是否接受被告人的答辩。<sup>[9]</sup>在辩诉交易中,控方可以接受被告人对被指控数项罪名中部分罪名的认罪而放弃对其他罪名的指控,但是英国法院一般不允许控方在被告人认罪时向法院提出量刑建议。

被告人认罪在英国被承认或受到欢迎的原因主要有以下几个方面:第一,当事人主义诉讼模式允许被告人自己选择案件的处理方式,如果被告人作出了认罪答辩,则意味着其行使了程序选择权而选择了放弃受正式审判尤其是陪审团审判的权利。第二,案件数量的急剧增加和正式审判所耗费的时间不断变长,使得对被告人认罪答辩的积极态度成为必然,例如根据英国司法部2014年9月25日公布的《2014年4月至6月法院数据季度报告》显示,2014年第二季度刑事案件处理完成所需的平均时间已经长达317天,<sup>[10]</sup>因此鼓励被告人认罪、加快案件处理进程是必然的选择。第三,随着社会的进步,刑罚的轻缓化成为了法治国家刑事司法制度的发展趋势,对于自愿认罪悔罪的被告人施以较轻的刑罚符合这一文明趋势的要求,因此英国刑事司法制度对被告人认罪的鼓励态度就不足为奇了。

[5] John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* 16-17 (Oxford University Press 2003).

[6] Albert Alschuler, *Plea Bargaining and Its History*, 79 Colum L. Rev. 1, 5 (1979).

[7] *R v Turner* [1970] 2 QB 321.

[8] *Id.*

[9] *R v Coward* [1980] 70 Cr App R 70.

[10] Ministry of Justice Statistics Bulletin, *Court Statistics (Quarterly): April to June 2014*, at 3, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/358230/court-statistics-quarterly-april-to-june-2014.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/358230/court-statistics-quarterly-april-to-june-2014.pdf), 访问日期:2016年1月31日。



## 二、英国被告人认罪制度的制度框架和具体运作

### (一) 被告人认罪对程序的影响

#### 1. 在治安法院的认罪答辩

英国的刑事审判主要分为简易审判和起诉书审判两种类型,其中起诉书审判在皇室法院进行,用于审理较为严重的犯罪,而简易审判在治安法院进行。这样的程序划分是与实体法上“简易罪行”、“可选择方式审判的罪行”和“可公诉罪行”这三类罪行等级相适应的。

“简易罪行”依照简易审判方式在治安法院中审理。在首次听证时,被告人就有作出有罪或无罪答辩的机会,此种听证程序应在被告人出庭的情况下进行,治安法院会在同一个法庭上对数起甚至更多的案件依次进行此种听证,被告人和律师会在指定的法庭外会面并做好准备,等待书记员召其入庭进行答辩。如果被告人是成年人,此听证程序一般允许公众旁听。被告人入庭听证开始后,将被首先要求确认其个人信息,例如姓名、住址、出生日期等。而后书记员会向被告宣读指控书,而被告人必须针对指控书作出有罪或无罪的答辩,且此种答辩必须直接针对指控书所指控的罪名,不得对指控书指控的罪名答辩无罪而承认其他较为轻微的罪名。<sup>[11]</sup> 如果被告人作出了“毫不含糊”的认罪答辩,那么案件直接进入量刑程序,此时被告人或其律师可以向法院陈述犯罪的相关细节,以确保治安法官对其犯罪的情况有准确的认识,从而希望获得较好的量刑结果。治安法官常常会很快作出一个给予罚款等较轻的处罚,但有时候也会选择休庭以准备量刑报告。

在量刑之前,如果被告人要求撤回其先前的认罪答辩,对于是否允许此种撤回的请求,治安法官享有裁量权。<sup>[12]</sup> 根据2015年10月公布的《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》(The Criminal Procedure Rules and The Criminal Practice Directions 2015)第24.10条的规定,此种撤回需遵循以下几方面的要求:第一,被告人必须在知道其有撤回的理由时尽快提出撤回的申请,且必须在量刑之前提出;第二,除非法院有特别的指示,否则此种撤回申请必须以书面形式提出;第三,撤回的申请必须解释为何不允许撤回先前的认罪答辩将导致不公,明确提出其欲呈交的相关证据和证人,并说明是否放弃相关特权保护。

值得注意的是,在治安法院,除了被告人出庭作出认罪答辩之外,根据《1980年治安法院法》(Magistrates' Courts Act 1980)第12条的规定,在最高刑不超过三个月监禁的简易罪行中,成年被告人还可以通过书面方式进行认罪答辩,其效果与出庭作出的认罪答辩效果相同,这一规则也被《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》第24.8条再次肯认,且被扩张适用于16岁以上的被告人。目前,此种书面认罪答辩的方式被广泛适用于轻微刑事案件,例如道路交通犯罪中。其具体程序是:检察官在向被告人送达传票时告知被告人通过书面进行答辩的方式及其法律后果,并通知治安法院书记员已经作了此种告知;被告人如果希望不出庭答辩认罪,就向书记员发送书面的认罪答辩,届时治安法官直接量刑;如果在此之前被告人改变主意,可以书面通知书记员撤回先前的认罪答辩,则案件按照正常程序进行;治安法官对于被告人通过书面作出的认罪答辩有接受与不接受的自由裁量权。

[11] 而在起诉书审判中可以对指控罪名答辩无罪而承认较为轻微的犯罪,对此下文有述。

[12] *S v Recorder of Manchester* [1971] AC 481; *Bristol Justices ex p Sawyers* [1988] Crim LR 754.

如果被告人作出了“模棱两可的答辩”,例如尽管答辩认罪却又提出自卫的辩护,则治安法官应向其解释相关法律,要求其根据重新提出的起诉书再次进行答辩,如果被告人此时作出了明确的认罪答辩就可以进入量刑程序,如果其再次作出“模棱两可的答辩”,则应被视为作出了无罪答辩;如果其在答辩程序中保持沉默拒绝答辩,也被视为其作出了无罪答辩。<sup>[13]</sup> 无论被告人作出明确的无罪答辩或被视为作出无罪答辩,且控方决定继续起诉,则案件将进入正式的审判程序,此时法院就需要确定正式审理的时间,以便控辩双方进行准备。

针对“可选择方式审判的罪行”,被告人是否认罪是决定案件审判方式的重要因素。原本根据《1980年治安法院法》第18条至第21条的规定,由治安法官决定此类案件的审判方式时需要举行听证,法庭在针对其的指控被宣读之后需告知被告人有权答辩认罪或无罪。一旦被告人作出认罪答辩,那么案件将按照简易程序的方式审理,且与简易程序中被告人答辩认罪的后处理程序相同,即直接进入量刑程序。但是,值得注意的是,为了加快诉讼进程、提高庭审效率,2013年英国在全国范围内取消了为移交审判而举行的听证程序,<sup>[14]</sup> 如果“可选择方式审判的罪行”的案情十分清楚,已经达到由皇室法院审理的严重性要求,则可以直接移送给皇室法院进行审理,而无需先举行听证决定审判方式。

被告人作出认罪答辩而被治安法院定罪量刑后一般只能就量刑提出上诉。但是,如果被告人主张其作出的“并非真正的有罪答辩”,有时候皇室法院会同意接受就认罪问题的上诉,并将案件发回治安法院重新按照无罪答辩进行审理。此种“并非真正的有罪答辩”,主要包括三种情形:一是答辩时模棱两可,例如答辩时虽承认有罪但立即加了辩护理由;二是后来显示该答辩模棱两可,即刚开始虽作出明确的认罪答辩,但随后根据相关信息发现其答辩实际是模棱两可的;三是受胁迫而作出的认罪答辩,此种认罪答辩本身就不具有合法性,因此不能阻止其向皇室法院上诉。由此可见,被告人在作出认罪答辩后,通常只能就量刑问题上诉,只在很有限的情形下才可以就定罪问题上诉,其上诉权受到严格的限制。

## 2. 在皇室法院的认罪答辩

在皇室法院的起诉书审判中,有一个被称为“案件管理”(Case Management)的阶段。根据《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》第3.13条的规定,在此阶段,皇室法院必须举行答辩和审判准备听证,且此种听证一般必须公开进行,除非法院有特别指令可以将听证完全或部分地转为不公开进行,如果不公开进行听证,法院需公开其关于不公开的决定。在此阶段中,被告人即可以答辩认罪以获得较为优惠的量刑。

在决定答辩之前,被告人可以向法院提出书面申请,要求法院告知如果其答辩认罪将可能判处的最高刑罚。此时被告人的申请必须指明其意欲答辩认罪的具体罪名、其认罪答辩的事实根据,并且提供检察官对此认罪答辩的同意意见;检察官则需提供与量刑相关的信息,如被告人有无前科、案件相关情况、被害人及其家人或其他人的陈述等,并明确与量刑相关的其他事项,如适用的法律、量刑指南、指导性判例、加重或减轻情节等。根据《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》第3.23条的规定,收到控辩双方提供的材料后,法院可以在被告人不出席的情况下召开听证,以确定如果被告人答

[13] John Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure* 177 (14th ed., Oxford University Press 2012).

[14] 参见英国政府网站 <https://www.gov.uk/government/news/faster-justice-as-unnecessary-committal-hearings-are-abolished>, 访问时间:2016年1月31日。

辩认罪后可能判处的最高刑罚,但控辩双方律师必须出席听证。

上述程序完成后,案件进入传讯程序(arrainment),以便接受被告人的答辩。根据《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》第3.24条的规定,法院必须保证被告人对起诉书有正确的理解,因此要向被告人宣读或以书面形式向其展示起诉书的每一项指控,并就每一项指控询问被告人是否答辩认罪。如果被告人拒绝答辩,则法院需视其为作出了无罪答辩。如果被告人作出了“模棱两可的答辩”,则法官应向被告人就法律的规定进行解释,然后要求向被告人再次提出起诉书;如果被告人再次作出“模棱两可的答辩”,则应视为其作出了无罪答辩,否则上诉时将被撤销定罪和量刑。无论认罪答辩还是无罪答辩,均必须由被告人本人作出,而不能由其律师代而为之。

如果被告人答辩认罪,则可以按照认罪答辩后的处理规定,不需要组成陪审团进行审理,通常法官可以对其径行量刑或休庭而为量刑准备报告。共同犯罪中,如果其中部分被告人作出认罪答辩,则对其的指控休庭,待其他作出无罪答辩的被告人审理结束后再作判决。但是被告人可以就被指控的罪名作出较轻的认罪答辩,例如被告人针对谋杀的指控答辩无罪但答辩承认自己犯有过失杀人罪,一旦此种答辩被检察官和法院所接受,法院就将按照其认罪的较轻罪名进行量刑。但是控方并非必须接受此种认罪答辩,检察官应当接受与其罪行相符的认罪答辩。

认罪答辩必须自愿作出,如果认罪答辩是迫于压力而作出,或者其认罪答辩因认识能力等原因并非其真实意思表示,则该答辩无效,且一旦被告人上诉,则上诉法院将撤销定罪而裁定重审。另外,如果被告人在传讯程序中答辩无罪,也可以在其后任何阶段认罪,但在不同阶段答辩认罪所能获得的量刑优惠有所差别,对此下文有详述。根据《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》第25.4条的规定,如果法院认为被告人的认罪答辩已经明确说明其罪名,而愿意接受此种认罪答辩,则法院就不再需要除了与决定量刑相关的其他证据。

英国法律允许被告人在法定情况下改变其答辩。如果是将无罪答辩改为认罪答辩,则可以在审判过程的任何阶段提出,只需由辩护律师要求再次向被告提出起诉书后被告人即可答辩认罪,如果此时因之前的无罪答辩已选出陪审团,则需由陪审团作出有罪的正式判决。如果是将认罪答辩改为无罪答辩,则需由法官根据案件情况决定是否同意。根据《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》第25.5条的规定,控辩双方均可以要求法院撤销被告人先前的认罪答辩,但必须在获知其合理根据之后尽快以书面形式向法院提出,且必须在案件被最终处理(例如法院作出量刑决定)之前提出;除非法院另有指令,否则,撤销认罪答辩的申请必须解释为何不改变先前的认罪答辩是不合理的,必须指明申请人意欲提交的证据或证人,必须说明是否放弃了相应的法律特权。

## (二)被告人认罪对量刑的影响

被告人作出认罪答辩可以比作出无罪答辩而被定罪后获得较轻的刑罚,这是普通法稳固的基础性原则,<sup>[15]</sup>而且这项原则已经得到了成文法的明确规定。《1994年刑事审判与公共秩序法》(Criminal Justice and Public Order Act 1994)第48条和《2000年刑事法院量刑权限法》(Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000)第152条均规定了认罪答辩后的量刑折扣。2004年量刑指南委员会还专门制定了一个名为《认罪答辩量刑减免规定》(Reduction in Sentence for a Guilty Plea)的文件,并于2007年对该文件进行了修改,该文件详细规定了针对认罪答辩的量刑制度。

[15] *R v Cain* [1976] QB 496.

### 1. 治安法院对认罪被告人的量刑

如果被告人在治安法院作出认罪答辩,案件一般即进入量刑程序。法院会在听取控方提供的犯罪事实和辩方提供的减轻处罚理由后考虑量刑。根据治安法院协会于2008年颁布的《治安法院量刑指南》(Magistrates' Court Sentencing Guidelines)第3条(“考虑认罪答辩后量刑折减”)的规定,法院必须明确指出其因被告人认罪答辩而给予的量刑折减,通常还要指明若非此种认罪答辩导致的折减被告人将被判处的刑罚。

根据《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》第24.11条的规定,如果被告人作出认罪答辩,但希望法院不要按照控方提供的案件情况考虑量刑,则其必须以书面提出请求,并指明控辩双方的争议点。法院可以要求双方就争议问题作出表述,以确定该争议是否对量刑有实质性影响;如果有实质性影响,则法院必须要求双方进一步说明或提供证据,从而解决此争议。

在大多数治安法院审理的轻微案件中,如果只需要对被告人处罚款等较轻的处罚,则一般会在被告人答辩认罪后立刻作出量刑判罚。但如果案件较为严重,可能被判处社区矫正刑甚至监禁刑,则往往需要延期,以便相关部门访问被告人并提出量刑建议报告;量刑时法院会参考该量刑建议报告,并同时考虑被告人提出的减轻处罚理由后作出适当的判罚。

在被告人认罪后的量刑折扣幅度问题上,如果是治安法院量刑,根据《治安法院量刑指南》第3条的规定,治安法院最高可以因为被告人作出认罪答辩而给出高达1/3的量刑折扣。然而,由于治安法官的量刑权力有限,例如根据《2003年刑事审判法》(Criminal Justice Act 2003)第154条的规定,治安法院无权对任何一种犯罪判处超过12个月的监禁,因此当被告人答辩认罪而被定罪后,治安法官认为其针对该案的量刑权力不足时,治安法官可以将案件移交皇室法院量刑。

### 2. 皇室法院对认罪被告人的量刑

在皇室法院进行的量刑中,被告人答辩认罪的行为可以成为法官考虑量刑所依据的重要因素,这在Howells案中即已为大法官宾汉勋爵所明确。<sup>[16]</sup>而根据《2000年刑事法院量刑权限法》第144条的规定,法院针对已经在本法院或其他法院对被指控的罪名作出认罪答辩的被告人进行量刑时应当考虑两方面因素:第一,被告人是在哪一诉讼阶段表明其有意作出认罪答辩的;第二,此种认罪答辩意思作出的环境。如果法院因考虑上述两方面因素给予了较轻的量刑,应当在公开的法庭上对此进行声明。这些规定明确允许法院在量刑时考虑被告人作出认罪答辩的事项而对其作出较轻的判罚。

根据《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南》第25.16条的规定,在被告人作出认罪答辩的情况下,如果被告人就量刑与检察官达成一致意见,或者被告人未能与检察官达成一致意见而要求根据不同于检察官提供的事实进行量刑时,可以由法官决定量刑所依据的事实。

20世纪80年代曾有判例<sup>[17]</sup>允许法院因被告人认罪给予其最高达到1/3的量刑折扣,<sup>[18]</sup>这一量刑折扣幅度一直被视为英国针对被告人认罪答辩行为所能给出的最大量刑优惠。但《2003年刑事审判法》就监禁刑减少了针对认罪答辩的量刑折扣幅度,根据该法第144条的规定,在考虑被告人作出认罪答辩的意思表示的阶段和环境两方面因素外,对于应当根据量刑法第110条第2款或者第111条

[16] *R v Howells* [1998] Crim LR 836.

[17] *R v Buffery* [1992] 14 Cr App R (S) 511.

[18] 该指南称:“及时的认罪答辩可能导致多达1/3的量刑折扣,但具体的折扣量取决于个案的事实。”

第2款判处刑罚的犯罪,<sup>[19]</sup>在考虑上述两方面因素后,允许法院判处不低于上述两款规定刑期80%的刑罚。

### 3. 量刑“逐级折扣”制度

由于被告人在哪一诉讼阶段表明其有意作出认罪答辩是量刑的重要考虑因素,因此被告人越早作出认罪答辩,就可能取得更优惠的量刑折扣,即所谓“逐级折扣”。例如针对“可选择方式审判的罪行”,如果被告人在治安法院审理决定该案审判方式时就答辩有罪,则其取得的量刑折扣要比该案被移到皇室法院以起诉书审判方式审理时再作出认罪答辩要优惠得多。

这种关于认罪答辩作出时间越早获得折扣越大的原则,最早起源于上诉法院的 *Hollington* 案判决,在该案的判决书中,法院指出可以根据被告人认罪的时间和阶段给予不同的量刑折扣。<sup>[20]</sup> 这一量刑折扣方式不断为后续判决和《1994年刑事审判与公共秩序法》、《2000年刑事法院量刑权限法》、《2003年刑事审判法》等成文法所确认。

“逐级折扣”原则在《治安法院量刑指南》第3条有着最为清晰的表述:“量刑折扣应当对被告人系在哪一阶段作出认罪答辩的意思表示有所反映,且应按比例相应增减,建议其折扣幅度从1/3(被告人在第一个合理机会下即已作出认罪答辩的)逐级减至1/4(被告人在审判日已被确定后方作认罪答辩的)和1/10(被告人在“法院门口”或审判已经开始后方作认罪答辩的)。”

而根据2007年修改后的《认罪答辩量刑减免规定》的规定,“逐级折扣”原则按照如下方式实施:<sup>[21]</sup> (1)如果被告人是在本案的第一个合理机会中就作出了认罪答辩,则最高可以得到1/3的量刑折扣;此处的第一个合理机会可以指被告人首次出庭而获得作出认罪答辩机会之时,但法院也可以考虑其在此前(例如在接受警方问话时)即已经明确表明愿意作出认罪答辩的意愿;无论在何种情况下作出的认罪答辩,法院都必须确保被告人和其辩护律师就指控获得足够的信息。(2)如果是被交由皇室法院审理的“可选择方式审判的罪行”,被告人若在案件到达皇室法院后的第一个合理机会下就作出认罪答辩,则可以获得不超过30%的量刑折扣。(3)如果被告人在审判日期已经被确定后才作出认罪答辩,可以获得不超过1/4的量刑折扣。(4)如果被告人在审判即将开始或已经开始之后才作出认罪答辩,可以获得不超过1/10的量刑折扣。(5)谋杀案件中,判断被告人因认罪答辩所获得的量刑折扣的程序不同于其他案件,简而言之,此种案件的任何量刑折扣均不得超过1/6,且所减刑期不得超过5年。

## 三、被告人认罪的几个特殊问题及相关争议

### (一) 辩诉交易

在 *Hollington* 案中判决已经明确指出,如果一个人被捕后立即告诉警察他承认有罪并愿意与警察合作从而帮助追回财产或辨认同案犯,则可以获得很高的量刑折扣。<sup>[22]</sup> 根据2007年《认罪答辩量刑

[19] 《2000年刑事法院量刑权限法》第110条第2款和第111条第2款分别规定了应当处以7年以上监禁刑和3年以上监禁刑的情形。

[20] *R v Hollington* [1985] 7 Cr App R (S) 364.

[21] 参见2007年《认罪答辩量刑减免规定》第3(c)、4.2、6.1至6.6、annex 1条。

[22] *R v Hollington* [1985] 7 Cr App R (S) 364.

减免规定》第4.2条和附件一第3条的规定,法律上所承认的被告人作出认罪答辩的最高时间一般是其在法院首次出庭之时,也就是说其首次正式听证时;但是该规定允许法官在考虑量刑折扣时将时间点往前推至被告人先前明确表示有作出认罪答辩的意思表示时,即可以早至其接受警察问话时。这些规定使得审前的认罪表示能够对量刑产生一定的积极影响,也为审前的辩诉交易提供了空间。

然而,长期以来法律对辩诉交易均持“视而不见”的态度,尽管实践中辩诉交易并不少见,但法律对于辩诉交易鲜有系统性的正式规定。这是因为英国法学界向来对来自美国的辩诉交易制度持怀疑态度,认为其可能导致对被告人认罪自愿性的损害,因此不适合英国的法律土壤,“在英国刑事法中没有任何位置”。<sup>[23]</sup>英国法官甚至声称:“我们对于美国司法机关所实施的辩诉交易有一定的厌恶感,这并不是什么秘密。检察官可以引诱被告人作出认罪答辩,如果被告人不服从就会丧失实质性利益,这种观念以英国法院的角度看来是令人深恶痛绝的。”<sup>[24]</sup>

英国法官和学者对辩诉交易的消极甚至否定态度,主要是源于以下几方面的原因:第一,辩诉交易可能促使控方恶意地增加指控罪名的数量或提高指控罪名的严重程度,以获得在交易中的较大砝码,从而使得刑事诉讼偏离对事实真相的查明目标。第二,辩诉交易可能损害被告人认罪答辩的自愿性,无论来自控方的压力还是辩方律师的游说,都可能使得被告人的认罪自愿性受到减损,甚至可能使其在受胁迫的状态下被迫认罪;尤其可能使得无辜的被告人陷入两难境地,要么选择审判承受可能遭受更重量刑的风险,要么无奈承认有罪以获取较轻的刑罚。第三,辩诉交易的透明度极低,尤其此种交易不是在公开环境下进行的,往往依赖于控辩双方律师的协商,甚至被告人自己对于此种交易的参与度都极低,难以保障自己的利益。

在这样的情况下,加之由于量刑折扣最高不得超过1/3的限制,这种提前与控方的合作并不能使其在量刑上获得太大的优惠,<sup>[25]</sup>英国的辩诉交易远远不如美国那般重要,数量也要少得多。审前的辩诉交易基本是由控辩双方在私下进行的,直至2008年,英国授权严重欺诈案办公室(Serious Fraud Office)在严重欺诈案中与辩方进行认罪答辩的协商,成为英国历史上第一个正式被授权和规制的协商交易制度。<sup>[26]</sup>然而,目前大部分的辩诉交易仍是非正式的,即便是严重欺诈案中的正式认罪答辩协商,也被要求小心避免“美式”辩诉交易,防止这种交易成为对被告人的胁迫,导致其作出认罪答辩并非自愿而为的。

总体而言,英国对于辩诉交易持极为审慎甚至否定的官方立场,对传统的定罪处刑的模式态度更为积极。这一方面体现出英国刑事司法制度保守性的一面,另一方面也表明英国极其重视被告人认罪的自愿性。

## (二) 检警对轻微案件被告人(犯罪嫌疑人)认罪的直接处罚

在较轻微的案件中,如果被告人(犯罪嫌疑人)向警察承认有罪,且此种认罪符合案件事实,则警察可以对案件直接作出处罚决定,主要包括两种类型,一是实施正式的警告,二是签发定罚通知。

正式警告的作出有两方面条件,一是证据足以证明案件达到了可以起诉的标准,二是被告人(犯

[23] *R v Atkinson* [1978] 1 W. L. R 425.

[24] *McKinnon v USA & Anor* [2007] EWHC 762.

[25] John Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure* 405 (14th ed., Oxford University Press 2012).

[26] Daniele Alge, *Negotiated Plea Agreements in Cases of Serious and Complex Fraud in England and Wales: A New Conceptualisation of Plea Bargaining?* 19 Web JCLI 1, 1 (2013).

罪嫌疑人)承认犯罪。一般而言,作为警察直接处罚方式的正式警告只能被用于较为轻微的案件,不能用于“可控诉罪行”和其他不适宜使用警告处罚的案件。除了正式的警告之外,还有专门针对未成年人的训诫和警告的惩罚措施。另一种直接处罚措施是定罚通知,定罚通知仅限于在道路交通犯罪中适用,因此这种惩罚的适用范围非常窄,对刑事司法制度的影响极小,因而也不严格要求被告人(犯罪嫌疑人)正式认罪。

除了警察之外,根据《2003年刑事审判法》第22条、第27条的规定,检察官也可以对轻微案件作出“附条件的警告”这种直接处罚。所谓“附条件的警告”是指在给予被告人(犯罪嫌疑人)警告的同时附加相关条件要求被告人(犯罪嫌疑人)必须遵守,如若其不遵守就可能对其提起刑事追诉。给予“附条件的警告”需满足五项要求:(1)有证据证明被告人(犯罪嫌疑人)实施了犯罪;(2)检察官认定证据已经达到起诉的要求,但在本案中只需给予“附条件的警告”即可,无需起诉;(3)被告人(犯罪嫌疑人)承认其犯有此罪;(4)检察官应向被告人(犯罪嫌疑人)解释此种“附条件的警告”的效果,并警告其如果不遵守这些条件将有可能被提起刑事追诉;(5)被告人(犯罪嫌疑人)签署相应文件,该文件应包括案件细节、被告人(犯罪嫌疑人)承认犯罪和其同意接受“附条件的警告”、附加的条件等内容。

给予检警直接处罚的权力,可以使得被告人(犯罪嫌疑人)认罪的轻微案件得到更为迅速的解决,对于被告人(犯罪嫌疑人)而言也可以减轻其讼累并获得极其轻微的惩罚。但是对于检警直接处罚也有质疑,批判主要集中在此种权力可能侵犯了法官定罪量刑的权力方面。

### (三) 检察官对被告人认罪接受

在被告人认罪案件中,检察官是否接受其认罪对于案件的进展有着极其重要的影响。尤其在被告人就被指控的罪名作出较轻的认罪答辩时,如果检察官不接受此种针对较轻罪名的认罪,则可以坚持对此案的审判,于是被告人就较轻罪名的认罪答辩就被视为撤回,审判程序继续进行。

由于检察官在被告人认罪案件中拥有如此重要的权力,因此《2013年皇家检察官守则》(The Code for Crown Prosecutors)对检察官接受被告人认罪的规则进行了专门规定。根据该守则第9节的规定,如果被告人只针对指控作出对较轻罪名的认罪答辩或只承认部分犯罪,则检察官只能在认定法院会作出与被告人犯罪严重程度相符合的量刑时才能接受此种认罪答辩,而决不能只因方便之考虑而接受认罪答辩;在考虑是否接受被告人的认罪答辩时,检察官应确保被害人的利益,考虑被害人及其家属的观点,并考虑接受认罪答辩是否符合公共利益,但最终决定权由检察官作出;检察官需向法院明确表明其系基于何种理由接受认罪答辩的,如果被告人尽管作出认罪答辩,但却系基于有别于检察官提出的案件事实的,若此种对案件事实的不同认识将对量刑产生重大影响,则检察官应邀请法官对证据进行听证以确定案件事实并以其为基础作出量刑;如果被告人先前表示将向法院承认某一罪名以供量刑参考,但后来在法庭上未作承认,则检察官应考虑是否起诉此罪名,此时检察官可以向辩方律师和法院解释就此罪名的起诉可能需要进一步审查,必要时需与警察或其他调查人员协商;如果被告人的认罪答辩可能导致其被处以低于强制性最低刑期的刑罚时,检察官接受此种认罪答辩就应特别谨慎,此时检察官须知法院只会对一些而非所有罪名并处辅助性惩罚。<sup>[27]</sup>

尽管《2013年皇家检察官守则》对于检察官接受认罪答辩提出了严格的要求,规定其必须履行极其审慎的义务,但在实践中,无论法院还是检察官,对于认罪答辩都持积极的支持态度,尤其鼓励被告

[27] 《2013年皇家检察官守则》第9.1-9.6条。

人尽早作出认罪答辩,从而得到较为优惠的量刑折扣,以避免案件审理到陪审团作出裁决前一刻被告人才作出认罪答辩这种浪费司法资源的情形。

#### (四) 律师在被告人认罪案件中的作用

有罪答辩只能由被告人本人作出,律师不能代替其答辩认罪。上诉法院曾经在判决中明确指出:“认罪答辩必须由认识到自己有罪之人作出,对于这一规则不允许有任何限制或偏离。如果在刑事审判中背离了这一规则,则必然使得整个程序无效或白费。”<sup>[28]</sup> 尽管如此,由于被告人是否答辩认罪的决定在程序选择和量刑方面都有重大影响,作为法律专业人士的律师还是在被告人认罪案件中发挥着重要的作用。

律师在被告人认罪案件中的一项重要职责是确保其认罪答辩不是迫于控方的压力而非自愿作出的,除此之外,律师的责任主要体现在答辩建议方面。律师在被告人认罪之前至少应当就以下两方面问题作充分的调查:第一,被告人关于被指控犯罪相关事实的陈述及其犯罪主观情况(故意/过失/自卫等);第二,被告人希望作出无罪答辩还是认罪答辩。<sup>[29]</sup> 如果被告人关于事实的陈述和其希望作出的答辩是相符合的,则律师应当就答辩给出相关建议,此种建议应当是明晰且合理的,律师需向被告人解释为何给出此种建议,但律师的建议只供被告人参考,给出建议时要向被告人强调最终的决定系由其自己作出。如果被告人意欲作出无罪答辩,则律师需要着重指出控辩双方所述事实的要点和薄弱环节,应解释被告人举证或未能举证对于其辩护可能造成的后果,需调查先前定罪之前科对本案的可能影响,但是如果案情确实显示被告人是无罪的,则应建议被告人答辩无罪。但是有时候被告人意欲作出的答辩和律师建议的答辩可能不一致。一种情况是,如果律师发现被告人陈述的事实显示其是无罪的但其却意欲答辩认罪,则律师应调查其动机,并查明以下情况:被告人是否理解刑事定罪的后果?被告人是否知晓答辩必须与其实际是否有罪基于同样的事实基础?假如被告人坚持按照自己的意愿答辩,则律师需确保在书面文件上写明被告人的答辩意愿和律师的建议,并署名被告人的答辩是其自由意志下不顾律师建议作出的。<sup>[30]</sup> 另一种情况则是,被告人尽管已经向律师承认自己有罪,但希望答辩无罪,则律师应向其解释证明其有罪的举证责任系由控方承担,但需向其说明一旦被定罪的相关后果。

正是由于律师在被告人答辩案件中能够发挥如此重要的作用,因此尽管法律没有强制规定被告人必须有律师才能作出认罪答辩,但大多数被告人会在答辩认罪前咨询律师的意见。

## 四、英国被告人认罪制度的基本特征和实施效果

### (一) 英国被告人认罪制度的基本特征

英国的被告人认罪制度主要有以下几个基本特征:

第一,极其强调被告人认罪的自愿性。自愿性是被告人认罪的核心要求,只有自愿作出的认罪答辩方能为检察官和法官所接受;违反自愿性原则逼迫被告人认罪属于违法行为,非自愿作出的认罪答辩将可能被撤销且导致案件被发回重审。除了自愿的要求外,还要求被告人作出认罪答辩时对于答

[28] *R v Williams* [1978] QB 373.

[29] John Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure* 3 (14th ed., Oxford University Press 2012).

[30] *Id.* at 4.



辩的法律效果需有正确的理解,因此重视律师在被告人认罪案件中的作用。

第二,有条件地认可辩诉交易和检警直接处罚等特殊认罪制度。正是由于对被告人认罪自愿性的强调,英国对辩诉交易制度的重视程度远远不及美国,正式承认的辩诉交易的适用范围有限,实践中的辩诉交易尽管不少见却鲜有相关的法律依据。另外,对于轻微案件中被告人认罪后由检察官或警察直接作出处罚的制度,英国也持较为审慎的态度,不但可适用的案件类型较少,而且在适用时有许多限制性条件。

第三,重视被告人认罪对程序的简化意义。英国被告人认罪制度在程序方面的原则性做法是,一旦被告人承认有罪而作出认罪答辩,就无需进行正式的审判程序尤其是陪审团审判,法官可以直接对其定罪而进入量刑程序,从而使得程序得到大大的简化,有效地减少了正式审判在时间、物力、人力方面的资源投入,提高了诉讼效率。对此,英国刑事司法制度给予了极大的重视。

第四,给予认罪被告人有限的“逐级折扣”式的量刑优惠。英国关于被告人作出认罪答辩后能够得到的量刑折扣优惠的规定极具特色,一方面规定因认罪可以得到的最高折扣优惠,从而限制了认罪答辩对量刑的影响,另一方面根据被告人在何种诉讼阶段作出认罪答辩的不同而给予不同的量刑折扣优惠,越早作出认罪答辩即可获得越大的量刑折扣,从而鼓励被告人尽早认罪并促进案件尽快解决。

第五,被告人认罪后反悔和上诉的权利受到限制。被告人如果在作出认罪答辩后反悔,必须就其为何撤回认罪答辩进行解释并提供相关证据,并且需要在法院量刑前提出,由法官裁量是否允许撤回。一旦作出认罪答辩,其上诉权也受到限制,通常只能就量刑问题上诉而不能就定罪问题上诉,除非符合法定的特殊情形。

## (二)英国被告人认罪制度的实施效果

正如2007年《认罪答辩量刑减免规定》第2.2条所指出的,被告人认罪制度对于英国刑事司法体制有着超乎寻常的重要意义。具有上述特点的被告人认罪制度至少有以下三个方面的意义:

第一,缩小了指控事实、辩护事实和定罪量刑事实之间的差距。如果被告人作出无罪答辩而使案件进入正式的审判程序,控方指控的案件事实和辩方提出的辩护事实显然存在较大差距,案件最后认定的事实也可能与二者存在差距。然而一旦被告人针对指控事实答辩认罪,则表明其认可该事实,法院最终定罪量刑的事实与该事实实现同一,可以有效地减少争议。

第二,节约了大量的司法资源。对于警察和检察官而言,如果被告人不愿答辩认罪,则需要花费大量的时间准备正式的法庭审理,而法院也需要花费大量的人力物力资源准备正式的审理,包括挑选陪审团成员、传召证人出庭、开庭审理等等。而一旦被告人答辩认罪,则这些工作和时间与物力的投入均可以得到减省,从而节约了大量的司法资源。例如曾经有过一个指控被告人 Counsell 制造爆炸性物品的案件:2012年5月11日在其租用的两个仓库中发现了其自制的炸弹,于是约600名群众被迫疏散;被告人被捕后于5月18日首次在治安法院出庭,由于案件极其复杂,该案被移送至皇室法院进行答辩听证,听证会上被告人答辩有罪,于是7月17日法院就作出了量刑,对其判处2年半监禁;如此复杂的涉恐案件,倘若不是由于被告人在答辩听证时就作出认罪答辩,恐怕难免要经历旷日持久的诉讼程序才能结案。<sup>[31]</sup>

[31] 参见英国皇家检控署网站 [http://www.cps.gov.uk/southwest/cps\\_southwest\\_news/news\\_articles/in\\_the\\_dock\\_early\\_guilty\\_plea\\_scheme\\_speeds\\_up\\_justice\\_for\\_victims/\(2016-1-31\)](http://www.cps.gov.uk/southwest/cps_southwest_news/news_articles/in_the_dock_early_guilty_plea_scheme_speeds_up_justice_for_victims/(2016-1-31))。

第三,对被害人而言有一定的抚慰效果。被告人在较早的阶段就答辩认罪,可以有效减轻被害人等待法院审判结果而带来的焦虑和不确定感,使其尽快得到相应的物质和情感上的补偿,从而实现对其的抚慰效果。

由于具有上述效果,被告人认罪制度在英国得到了良好的运作和实施。在皇室法院中,大多数案件最后以被告人作出认罪答辩而得到解决,例如在格洛斯特郡,2012年皇室法院审理的案件中有77%的案件通过被告人认罪答辩得到解决,<sup>[32]</sup>在布里斯托尔、利物浦、温彻斯特、雷丁等地区,被告人认罪制度也得到了很好的实施。

更为重要的是,被告人认罪答辩率呈现出稳中有升的趋势。根据《2014-2015皇家检控署年度报告》附件D的统计数据显示,在治安法院,2012年至2013年度被告人作出认罪答辩案件共484130件,认罪答辩率为68.4%,2013年至2014年度被告人作出认罪答辩案件共462930件,认罪答辩率为72.2%,2014年至2015年度被告人作出认罪答辩案件共432033件,认罪答辩率为76.7%;在皇室法院,2012年至2013年度被告人作出认罪答辩案件共70743件,认罪答辩率为71.8%,2013年至2014年度被告人作出认罪答辩案件共69684件,认罪答辩率为72.8%,2014年至2015年度被告人作出认罪答辩案件共72527件,认罪答辩率为71.9%。<sup>[33]</sup>可见近年来无论在治安法院还是皇室法院,被告人作出认罪答辩的案件比例都在70%左右。

被告人认罪答辩案件在英国刑事案件中所占比例如此之高,对于英国刑事司法制度的正常运转有着无可替代的重要意义。正如斯宾塞教授指出的,“如果不是因为多数被告人答辩有罪,因而使法院无需再听取口头举证,那么,英国的刑事司法制度基本上无法运转”。<sup>[34]</sup>

## 五、英国被告人认罪制度对中国的借鉴意义

对于我国目前正在努力建立的被告人认罪认罚从宽制度而言,英国的被告人认罪制度可以提供以下几方面的借鉴意义。

第一,应当高度重视被告人认罪的自愿性,加强检察院、法院对被告人认罪自愿性的审查。自愿性是被告人认罪的核心要求,保证被告人系在自愿的情况下作出认罪答辩,就是保证被告人认罪案件最低限度的公正。即便刑事诉讼中为了提高司法效率而鼓励被告人认罪,也不能违背公正的基本要求,否则不免有“得了芝麻,丢了西瓜”之嫌。而且违背被告人自由意志强迫其认罪,实际上也违反了反对强迫自证其罪这一国际公认的刑事司法原则。为了保证被告人认罪的自愿性,应当由负有中立义务的检察院和中立无偏倚的法院对被告人认罪是否自愿问题进行两次审查。检察院作为国家法律监督部门首先对认罪自愿性进行审查,而后法院再次进行审查,对于违背自愿性要求的认罪不予接受。审查认罪自愿性可以通过包括但不限于以下的方式进行:讯问被告人、听取辩护律师意见、听取侦查机关和起诉方意见等等。

[32] *Id.*

[33] *Crown Prosecution Service Annual Report and Accounts 2014-15*, at 67, [https://www.cps.gov.uk/publications/docs/annual\\_report\\_2014\\_15.pdf](https://www.cps.gov.uk/publications/docs/annual_report_2014_15.pdf), 访问时间:2016年1月31日。

[34] John Spencer, *Criminal Procedure in England—A Summary of Its Merits and Defects—The Outline of the System*, in *The Criminal Process and Human Rights: Toward a European Consciousness* 67, 75 (Mireille Delmas-Marty ed., Martinus Nijhoff Publishers 1995).

第二,对于辩诉交易的适用应当持非常审慎的态度,暂时不宜鼓励辩诉交易的正式实施。辩诉交易制度固然有其自身优势,但其存在一个致命的缺陷,即可能导致案件处理的结果偏离事实真相。在辩诉交易中,检察官可以不顾事实地降低指控罪名、减少指控数量,例如明明是一起故意杀人的案件,检方可以为了胜诉而仅以过失杀人提出指控。这是因为在当事人主义模式下,控方被视为当事人,其以胜诉为重要追求,检察官的中立客观义务相对薄弱。而这种做法,与我国刑事诉讼“实事求是”的基本理念和“以事实为依据、以法律为准绳”的基本原则显然存在重大冲突,因此我国在参考借鉴辩诉交易制度时应当十分谨慎。除此之外,辩诉交易可能使无辜被告人陷于两难境地,使得其被迫要么选择错误定罪而获得较轻惩罚,要么选择继续审判而承受被定罪处以重刑的风险。正因为辩诉交易有这些制度缺陷,即便在英国这样一个传统的当事人主义国家,辩诉交易也受到了诸多限制,往往难以得到承认和支持;而在我国由于缺乏当事人主义传统,且无论政府还是民众对于案件真相的查明都有很高的需求,目前恐怕难以接受刑事诉讼中的“交易”观念,因此此项制度在我国似乎尚无植根的土地。

第三,完善律师辩护的保障机制。一般来说,在有律师帮助的情况下,被告人作出非自愿认罪的可能性将大大降低,因为律师可以为其提供法律咨询,替其抵挡来自控方的压力。正是由于律师在被告人认罪案件中能够发挥重要的作用,因此在英国,尽管法律没有规定所有被告人认罪案件中被告人都必须有律师为其提供帮助,但大多数人在认罪之前都会咨询律师意见以寻求法律帮助。而在我国,我国律师参与刑事诉讼的比例过低,全国刑事案件律师参与的比例不足30%,<sup>[35]</sup>这严重影响了包括被告人认罪案件在内的刑事案件中被告人权利的保护水平。因此,为确保认罪被告人的认罪自愿性、保护其相关实体和程序性权利,应当大力完善律师辩护制度,提高辩护率,从而保障被告人认罪案件的公正处理。

第四,允许被告人认罪后的程序进一步简化。我国2012年新修改的《刑事诉讼法》对简易程序的相关规定进行了调整和修改,把“被告人承认自己所犯罪行,对指控的犯罪事实没有异议的”,符合被告人认罪后简化程序的要求。但目前的简易程序仍然存在一些问题,尤其是简易程序不够“简易”,使得当前各个法院对使用简易程序的热情不高,其程序分流的效果十分有限。2014年全国人大常委会通过决议,授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件速裁程序试点,“对事实清楚,证据充分,被告人自愿认罪,当事人对适用法律没有争议的”部分案件采用刑事速裁程序,取得了一定成效。但速裁程序仍然存在中间快、两头慢的现象,仍有进一步提速的空间。例如可以规定限制速裁程序被告人的上诉权,仅准许其对量刑上诉;可以允许将其在侦查阶段的认罪表示作为程序简化的依据,降低此类案件的证明标准,从而使得侦查速度加快、减少被告人受羁押的必要性。当然,简化程序并非一味求快,仍然要重视对案件的审查,只不过可以将审查重点从对案件事实的审查转向对被告人认罪自愿性的审查。

第五,给予认罪被告人更为明确、优惠的量刑折扣。我国法律对于给予认罪被告人一定的量刑优惠是有规定的,我国《刑法》第67条第3款规定:“犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节,但是如实供述自己罪行的,可以从轻处罚;因其如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减轻处罚。”2014年最高人民法院发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定:“对于坦白情节,综合考虑如实供述罪行的阶段、程度、罪行轻重以及悔罪程度等情况,确定从宽的幅度。(1)如实供述自己罪行

[35] 数据来源于中华全国律师协会会长于宁在全国政协十一届五次会议上的发言。

的,可以减少基准刑的20%以下;(2)如实供述司法机关尚未掌握的同种较重罪行的,可以减少基准刑的10%—30%;(3)因如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减少基准刑的30%—50%。对于当庭自愿认罪的,根据犯罪的性质、罪行的轻重、认罪程度以及悔罪表现等情况,可以减少基准刑的10%以下。依法认定自首、坦白的除外。”目前的规定对于单一认罪的量刑折扣相对较低,普通的坦白最高可以获得20%的量刑折扣,而当庭认罪最多可以获得10%的量刑折扣。可以考虑适当提高针对认罪的量刑折扣的幅度,并明确规定在不同阶段认罪可以取得的逐级递减的折扣幅度,以鼓励被告人尽早认罪。

### On the System of Defendants' Pleas of Guilty in Britain

Zheng Xi

**Abstract:** According to the laws in Britain, the defendants' pleas of guilty will have a significant effect on the procedure and sentencing of the certain criminal case. Once the defendant plead guilty voluntarily, there would be no more trial, and the case would be processed directly to the sentencing stage in which the defendant could enjoy certain "sentencing discount" according to the law. The defendants' plea guilty in different stages of criminal procedure would bring different sentencing discount. The earlier they plead guilty, the better discount could they get. This system makes most of the defendants choose plea guilty which relieves the case load for courts and guarantees that the adversary trial system works successfully. The system of defendants' pleas of guilty in Britain can be referred by China and become a mirror for us in constructing similar system to encourage defendants to plead guilty for lenience in criminal justice.

**Keywords:** Britain; defendants; pleas of guilty; sentencing discount

(责任编辑:刘馨)

# 1495年“帝国改革”与神圣罗马帝国 和平秩序建构之制度困境的反思

王银宏\*

**摘要:**为重构帝国的权力秩序,神圣罗马帝国皇帝马克西米利安一世不得不与帝国阶层妥协,通过在全帝国范围内执行《永久和平条例》、征收“公共芬尼”税、设立帝国最高法院等改革措施来维持帝国内部的和平与秩序。但是,由于神圣罗马帝国本身自始即存在的诸多制度性缺陷,1495年的帝国改革并未取得较多的预想成果。尽管如此,1495年沃尔姆斯帝国议会所确立的“帝国改革”初步建构起维护帝国和平与秩序的制度化机制,皇帝与邦国诸侯逐渐在改革所确立的制度框架内以和平的方式解决纷争,为其后帝国和平与秩序的发展奠定了基础。

**关键词:**1495年沃尔姆斯帝国议会 帝国改革 和平秩序 司法国家

在德意志法律史上,中世纪晚期的1495年对于神圣罗马帝国具有重要意义。海因茨·杜赫哈特(Heinz Duchhardt)教授将1495年称为神圣罗马帝国制度发展的“转捩点”。自1495年起,当时的德意志国王、后加冕为神圣罗马帝国皇帝的马克西米利安一世(Maximilian I)或主动或被动地通过沃尔姆斯帝国议会(Wormser Reichstag)采取了多项措施来进行“帝国改革”(Reichsreform):在全帝国的范围内征收一种新的税赋[公共芬尼(Gemeiner Pfennig)]以增强财政基础;通过《永久和平条例》(Der Ewige Landfriede)以确立维持帝国和平的法律基础;设立帝国最高法院(Reichskammergericht)以解决帝国内部的纷争。1495年沃尔姆斯帝国议会所确立的“帝国改革”是维护帝国“永久和平”的重要措施,也奠定了其后神圣罗马帝国宪法政治制度化发展的重要基础。然而,我国学者几乎没有对此进行深入探究和论析。本文试在前人研究的基础上,依据相关原始文献,反思和论述1495年沃尔姆斯帝国议会及其决议对神圣罗马帝国在中世纪晚期和平秩序建构的影响,以期更为明晰地认识“帝国改革”与和平秩序的建构,进而明确神圣罗马帝国宪法政治的发展及其制度基础。

## 一、“帝国改革”的意涵

在一般意义上,“改革”一词蕴涵了“革新”和“进步”之意,自1495年开始的德意志民族的神圣罗马帝国的“帝国改革”也可以作如是理解。“帝国改革”这一概念在德语学术界有着较为明确的涵义,即通常是指神圣罗马帝国在15和16世纪进行的、力图使国家结构和宪法秩序适应近代国家发展之要求的尝试,是“政治制度方面由中世纪向近代的过渡”,<sup>[1]</sup>其目的是希望通过改革使帝国能有效地

\* 中国政法大学法律史学研究院讲师,法学博士。

[1] Heinz Duchhardt, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1495 - 1806*, Stuttgart - Berlin - Köln 1991, S. 13.

协调各邦国领地之间的关系,从而实现维护帝国内部和平与外部安全的目的。“帝国改革”的首要目的是建立和维护帝国内部的和平与秩序,通过设立有组织的司法机构以和平的方式解决帝国内部各邦国及等级之间的“武力自卫”问题,同时亦想借此增强帝国的行政(执行)权力,改善帝国的财政状况和军事力量,以应对来自帝国外部的安全威胁。<sup>[2]</sup>“帝国改革”不仅展现出帝国各阶层追求和平与更好的法律秩序的目的,同时也反映出皇帝与帝国阶层(Reichsstände)之间的政治斗争,而这在更高的层面上涉及帝国的“统一”和存续问题。<sup>[3]</sup>应当指出的是,时人所要求进行的“帝国改革”和“宪法运动”(Verfassungsbewegung)并不是要创造新的宪法形式,其目的毋宁是祛滥除弊,以“恢复古代的正常秩序”。<sup>[4]</sup>实际上,对这种“古代的正常秩序”的追求在最低的限度上就是对帝国内部和平与外部安全的追求。

然而,“帝国改革”的时间跨度并没有得到广泛的认同,多数学者将其限定为1495年至1521年(或者延至“第二帝国咨政院”结束),但是众所周知,此时的帝国改革远未结束,也有少数学者将其下限延至1555年《奥格斯堡宗教和约》的达成。这里存在的一个重要问题是,直至1648年的《威斯特伐利亚和约》才对帝国的相关问题,特别是帝国改革所涉及的诸多问题作出终局性的规定。<sup>[5]</sup>这是“帝国改革”的概念范围未能得到一致认同的重要原因。虽然多数学者将“帝国改革”的起始时间定为1495年,但是在1495“帝国改革”之前,一些世俗和宗教人士即主张神圣罗马帝国应进行改革,并且帝国实际上也进行了一些改革,因而1495的“帝国改革”可以看作是之前改革的“成果”。

## 二、1495年“帝国改革”前的“和平共识”与改革努力

神圣罗马帝国的改革与宗教改革(Kirchenreform)有着密切的联系。<sup>[6]</sup>根据卡尔-弗里德里希·克里格(Karl-Friedrich Krieger)的观点,几乎所有早期关于帝国改革方面的文献都出自于当时参加康斯坦茨宗教会议(Konstanzer Konzil)(1414-1418年)和巴塞尔宗教会议(Basler Konzil)(1431-1449年)的代表成员之手。这些关于宗教改革的讨论也针对当时帝国制度存在的弊病提出了诸多改革建议和解决方案。

约布·维内尔(Job Vener)于1417年6月在康斯坦茨宗教会议上即提出,各地区应由世俗领主、贵族及城市的代表选举各自的“委员会”(Rat),这些委员会享有一些完全独立于皇帝的权力,但是只能依据皇帝的命令颁布法律、制定司法规章。维内尔最后也指出,若想自由受到保障,进行帝国改革是必需的,如此,则神圣的上帝和神圣的君主不必再为臣民担忧;若不进行改革,帝国将很快灭亡,世俗和教会的诸侯也不会再支持帝国,因为他们都担心一个强大的帝国会强加给他们一些不堪忍受的

[2] Hans Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte* (Band 1) (3. Aufl.), München 1994, S. 254.

[3] Heinz Angermeier, *Reichsreform und Reformation*, München 1983, S. 3.

[4] 很多政治文献中所称的“宪法运动”亦即通常所谓的“帝国改革”。Vgl. Karl-Friedrich Krieger, *König, Reich und Reichsreform im Spätmittelalter* (2. Aufl.), München 2005, S. 49.

[5] Hans Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte* (Band 1) (3. Aufl.), München 1994, S. 255.

[6] 这里的“宗教改革”(或曰教会改革)(Kirchenreform)并非马丁·路德发起的宗教改革(Reformation),而是指更为广泛意义上的“宗教改革”。神圣罗马帝国的帝国改革不可避免地涉及宗教改革和宗教问题,限于主题,本文不予详述。

税赋。<sup>[7]</sup> 约翰内斯·施勒(Johannes Schele)在巴塞尔宗教会议期间(1433年)也提出了一些关于世俗改革的主张,包括对鳏寡幼孤等人予以保障、只有经领主们同意并经既定的程序才能进行武力自卫、世俗权力应对宗教裁判者给予协助、城市颁布的关于宗教自由的法令应在两个月之内予以取消、禁止收取利息、禁止外人参与宗教事务、禁止血亲复仇和个人行使司法性权力、在有确切证据的情况下禁止使用誓言、教皇和皇帝可以发动十字军东征以收复神圣的帝国土地等。<sup>[8]</sup>

对于帝国的改革具有特殊意义的是,当时的神学家、后来成为枢机主教的尼古拉斯·冯·库伊斯(Nikolaus von Kues)于1433年在巴塞尔宗教会议上所提出的改革建议。在他看来,帝国的司法机制已经失去效用,因为争端各方宁可使用武力解决,也不求助于皇帝的法律保护。他的建议是,将帝国分为12个或者更多的司法和行政区域。在各区,由神职人员、贵族和市民担任法官的法院来行使地区最高的司法权,地区的法官须与选侯、城市代表一起参加帝国的国民大会,但是他没有说明,各个阶层的法官应当如何产生。为改善司法状况,库伊斯还建议搜集各地的习惯法,由学者予以编纂汇编。为贯彻“禁止复仇条例”和增强皇帝的权威,帝国应设立常备军和征收普遍性的税赋等。<sup>[9]</sup> 这些建议多为1495年沃尔姆斯帝国议会通过的改革决议所涵括,只不过在一些具体的细节方面有些许不同。应当指出的是,库伊斯提出的关于帝国的改革主张是从属于基督教世界的普遍秩序的,其最终目的是建立一个新的普世性的基督教世界秩序。<sup>[10]</sup>

此外,一位无名氏于1439年秋在名为《皇帝西吉斯蒙德的改革》(Reformatio Sigismundi)的著作中激进地提出,教会应在国家之下并且仅管辖宗教事务,此外还应免去教会官员的职位,收回其领地,按照有利于帝国城市和低级贵族的原则重新分配。在司法方面,应由法院承担调解纷争的任务,帝国城市负有维护帝国的和平之责,武力自卫不能作为解决纷争的法律手段。<sup>[11]</sup> 由这些主张可以看出,这位无名氏应是当时较低阶层贵族和城市利益的支持者和维护者,同时,他也洞悉当时教会制度的诸多缺陷和陋习,因而激进地主张“世俗化”,主张以世俗的制度方式维护帝国的和平与秩序。

上述改革建议涉及帝国制度的诸多方面,具体内容亦多有不同,但是对于帝国内部的和平与秩序问题,他们有着共同的体认:帝国不应继续处于一种无序和无政府状态。他们已经认识到,帝国的司法机制存在很大的缺陷,帝国已无法贯彻执行“禁止复仇条例”,无力调停施用武力的各方,因而争端各方宁可自己使用武力来解决彼此之间的争端。此外,对帝国造成很大破坏和震荡的胡斯战争(Hussitenkriegen)<sup>[12]</sup>以及帝国针对土耳其人和匈牙利人的侵犯所进行的防御战争亦没有取得成效,所有这些问题都指向帝国的宪法、司法和财政制度的缺陷,认为帝国皇帝没有能力阻止战争和维持和平,改

[7] Job Vener, Avisamentum (Juni 1417), in: Lorenz Weinrich (Hrsg.), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 85–86.

[8] Johannes Schele, Avisamentum. Vorschläge zur Reform (1433), in: Lorenz Weinrich (Hrsg.), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 169.

[9] Nikolaus von Kues, Concordantia catholica, Auswahl aus Buch 3 (1433/34), in: Lorenz Weinrich (Hrsg.), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 170–225; Karl-Friedrich Krieger, König, Reich und Reichsreform im Spätmittelalter (2. Aufl.), München 2005, S. 50–51.

[10] Karl Kroeschell, Albrecht Cordes, Karin Nehlsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte (Band 2, 9. Aufl.), Köln-Weimar-Wien 2008, S. 265.

[11] Anonymus, Reformatio Sigismundi (Auswahl) (1439 Herbst), in: Lorenz Weinrich (Hrsg.), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 226–247; Karl-Friedrich Krieger, König, Reich und Reichsreform im Spätmittelalter (2. Aufl.), München 2005, S. 51.

[12] 胡斯战争(1419–1434年),又称捷克农民战争,是一场具有民族和宗教性质的战争。

革已是势在必行。<sup>[13]</sup> 在寻求和平的共识下,以法律和司法达至和平成为一种较好的选择:由有组织的司法机构以和平的方式来解决各等级及各领地之间的纷争,皇帝不应再享有独断的最高司法权力。由此,皇帝的司法权力会受到相当程度的侵削。边沁曾言:“没有国家愿意放弃任何一点自己的利益,也没有国家愿意做出任何让步。在任何两国大使不能达成一致意见的场合,战争将是最终结果。”<sup>[14]</sup> 对于神圣罗马帝国的皇帝与各领地诸侯来说,这一原则也同样适用,因为无论是皇帝,还是领地诸侯中的任何一方都不想自己的权力与利益受到过多限制或损害。

在实践中,皇帝西吉斯蒙德(Sigismund)曾在1434至1438年的帝国议会上试图进行帝国的改革——禁止武力自卫、针对选侯的铸币权和护卫权(Geleitrecht)进行改革以及对帝国统治的区域进行重新划分等,但是这些涉及帝国皇帝和诸侯之间利益关系的改革几乎均以失败告终。从15世纪中叶开始,皇帝弗里德里希三世(Friedrich III)在其近五十年的统治时期(1444-1493年)几乎仅专注于哈布斯堡家族自己的领地权力,忽视了帝国各领主的权益,低估了帝国所存在的问题,并且将所有的军事和财政方面的改革都看作是在宪法和法律上的让步和妥协,因而,他拒绝进行改革,这引起了地方领主的反对和不满。<sup>[15]</sup> 故此,到15世纪末,被称为“最后的骑士”的马克西米利安一世继其父当选为帝国皇帝之后,帝国内部的和平与秩序问题已愈发突显出来,进行改革已是不得不为之事。

马克西米利安一世有着建立“世界帝国的理想”,其改革是与意欲加强帝国的中央权力和改变帝国权力在欧洲政治格局中的地位相联系的,<sup>[16]</sup> 因而,“为重构帝国权力新秩序而进行斗争”是他统治时期的重要标志。<sup>[17]</sup> 马克西米利安一世“重构帝国权力新秩序”所面临的首先是内外两方面的权力秩序问题:一是在帝国层面上,与地方领主之间的权力关系问题,特别是与巴伐利亚和施瓦本联盟(Schwäbischer Bund)之间的关系问题;二是在对外关系方面,特别是与法国的关系问题是神圣罗马帝国自始至终面临的一个重要问题。<sup>[18]</sup> 此外,帝国内部权力秩序的重构还涉及皇帝的司法权力问题,或曰帝国的司法机制问题。如前所述,帝国司法机制的改革在15世纪上半叶就成为诸多世俗和宗教人士呼吁帝国进行改革的重要方面。

与其父弗里德里希三世拒斥妥协不同,马克西米利安一世懂得妥协和让步,他亦知要使帝国改革取得成果就不得不作出一些让步和妥协。可以说,马克西米利安一世改革成果之取得是在让步和妥协的基础上实现的。在此意义上,帝国改革并非仅是由帝国阶层发起和推动的,马克西米利安一世也是一个“令人信服的改革者”(H. Wiesflecker),帝国改革也是他的“统治规划”之一。<sup>[19]</sup> 马克西米利安一世的改革成果主要表现为1495年沃尔姆斯帝国议会上通过的具有重要意义的改革决议,即试图通过制度和法律来达到维持帝国内部的和平与秩序的目的。

[13] Karl-Friedrich Krieger, König, Reich und Reichsreform im Spätmittelalter (2. Aufl.), München 2005, S. 49-50.

[14] 何俊毅:《论边沁的普遍永久和平计划》,载《人大法律评论》2016年卷第1辑。

[15] Hans Boldt, Deutsche Verfassungsgeschichte (Band 1) (3. Aufl.), München 1994, S. 255.

[16] Heinz Angermeier, Die Reichsreform 1410-1555, München 1984, S. 149.

[17] Micheal Kotulla, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934), Berlin-Heidelberg 2008, S. 19.

[18] Lorenz Weinrich (Hrsg.), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 371.

[19] Heinz Angermeier, Die Reichsreform 1410-1555, München 1984, S. 149.



### 三、1495年沃尔姆斯帝国议会与和平秩序的建构

1495年的沃尔姆斯帝国议会处于“帝国改革”之中心,被看作是“帝国改革之基石”,是“15世纪和16世纪帝国改革运动的顶峰”,皮特·沃尔夫特(Peter Wolfert)将此次帝国议会视为“帝国历史上最重要的国家事件”。<sup>[20]</sup>在1495年沃尔姆斯帝国议会上,帝国首席总理、美因茨大主教贝尔托德·冯·亨内贝格(Berthold von Henneberg)在推进改革方面发挥了比皇帝马克西米利安一世更为重要的作用。他被视为“改革派”的首领,也是帝国各阶层参与帝国政治的坚决的支持者。<sup>[21]</sup>他的一些主张得到皇帝马克西米利安一世和出席帝国议会的帝国阶层的同意,帝国议会以此通过了一些具有深远意义的改革决议:一是颁布《永久和平条例》,武力自卫被无条件地禁止,以此作为确立帝国内部和平秩序之基础;二是颁布《公共芬尼条例》,在全帝国范围内征收一种普遍的、帝国各阶层都缴纳的帝国赋税——公共芬尼,以改善帝国的财政;三是颁布《帝国最高法院条例》,设立帝国最高法院来解决帝国各领地邦国之间的纷争,同时也在一定程度上取代了皇帝及其王室的司法权力。这些改革决议想要针对性地解决帝国的内部秩序问题、财政匮乏问题和司法机制问题,以实现帝国的和平与秩序。

#### (一)《永久和平条例》:达至帝国和平的法律基础

《永久和平条例》被看作是1495年沃尔姆斯帝国议会颁布的“最重要的法律”,是保障帝国和平的基础,也是帝国改革的基础。其目的,如该条例的“序言”所述,是“保障、促进、维护神圣帝国和德意志民族的普遍和平”。《永久和平条例》共12条,<sup>[22]</sup>其中前11条主要是对该《永久和平条例》的地位、作用、效力以及违反后果的强调,而第12条则是对于《永久和平条例》之效力的限制性规定:不能依此条例而废除帝国现存的其他法律。依据《永久和平条例》,所有公开的武力自卫和武力性的私力救济在全帝国范围内被禁止和废除(第2条)。任何人都不得建议、帮助或者以其他方式实施犯罪,任何人无论其社会地位如何,都不得对他人发动战争或者使其遭受灾祸,受到侵害者将受到帝国最高法院和帝国议会的救济和帮助(第1条、第6条)。若违反该条例,可由皇帝宣告违反者不受帝国法律的保护,也将失去其特权和其他权利,并要受到相关的刑罚(第3条、第5条、第10条)。违反教会的法律,与违反世俗的法律一样,要受到处罚(第8条)。任何人,无论其特权和地位如何,都不得藐视该条例,任何法律亦不能废除该条例,与此相对立的特权、习俗和结盟亦被禁止(第9条、第11条)。

《永久和平条例》成为帝国继续改革的基础,依此,武力自卫和肆意的私力救济在全帝国的范围内被无条件地禁止,帝国内的冲突各方不能以武力来自行解决争端,而是由司法机构——帝国最高法院来最终进行裁决,帝国最高法院亦需承担起维护《永久和平条例》实施的职责。帝国以此在宪法范围内宣告对这种司法权力的垄断,至少在形式上满足了帝国各阶层对和平与法律的吁求,形成了一个以法律规范为基础的“和平与法律共同体”。<sup>[23]</sup>帝国的选侯、侯爵和帝国城市亦有义务保障《永久和平

[20] Peter Wolfert, *Geschichte der Veränderungen des deutschen Reichsstaates*, Zürich 1789, S. 344.

[21] Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands* (6. Aufl.), München 2009, S. 101.

[22] Karl Zeumer, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, Tübingen 1913, S. 281 - 284.

[23] Vgl. Micheal Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495 - 1934)*, Berlin - Heidelberg 2008, S. 21 - 22.

条例》的贯彻实施,需在其权力范围内维持帝国的和平。基于此,帝国内和平的生活和有序的秩序成为可能,《永久和平条例》对于帝国的重要意义,无论如何强调都是不过分的。<sup>[24]</sup>但是,《永久和平条例》的颁布并不必然意味着帝国内部的和平:在莱茵河、多瑙河和美因河畔的小邦继续采取武力自卫的方式来实现其权利和诉求,因为一些违反《永久和平条例》的邦国总是可以找到支持者和庇护者。<sup>[25]</sup>直到17世纪70年代,地方领主才普遍摒弃“武力自卫”的纠纷解决方式,通过司法机构来解决纠纷才成为帝国的常态。<sup>[26]</sup>

## (二)《公共芬尼条例》:谋求帝国和平的财政基础

1495年沃尔姆斯帝国议会的另一项重要决议是,在帝国范围内征收一种为期四年的普遍性赋税——公共芬尼。依据1495年8月7日《公共芬尼条例》,<sup>[27]</sup>年满15周岁的帝国臣民,无论男女、老幼、犹太人,抑或侯爵、伯爵、男爵、教士等,均需缴纳这种赋税(第1条至第4条)。由皇帝、选侯、诸侯、伯爵、男爵、骑士等分别任命的七位司库(Schatzmeister)和赋税征收专员(Comissarien)须根据规定和誓言来履行职务,《公共芬尼条例》还规定了这些官员以及各级领主在税收方面的义务和责任(第6条至第11条)。第13条还规定,任何人不得帮助、建议或者企图帮助土耳其人或其他人为不利于基督教世界、帝国和德意志民族之事。第14条申明了增进基督教信仰、维护帝国和平和保障人民权利的原则。

公共芬尼是帝国第一次(未经地方诸侯之手)直接征收的普遍性赋税,其首要目的不是用于军队,而是作为帝国机构的财政基础,<sup>[28]</sup>特别是作为帝国最高法院的财政支出。<sup>[29]</sup>由此,《公共芬尼条例》的颁布与赋税的征收是服务于帝国的和平秩序的,但是由于帝国缺乏自己的执行机构,这种税收甚至要依靠教会的地方组织进行征收,因而公共芬尼的征收并未得到完全的实施。此外,这种赋税的征收导致了一些与其目的相反的后果——引起了地方邦国,特别是瑞士的一些邦的反对。在1499年的施瓦本战争(Schwabenkrieg)之后,哈布斯堡王室被迫取消对瑞士各邦征收帝国赋税,瑞士各邦实际上从此独立于神圣罗马帝国之外。

## (三)帝国最高法院的设立:实现帝国和平的司法保障

1495年帝国最高法院<sup>[30]</sup>的设立与《永久和平条例》的实施有着密切的联系。在1495年的沃尔姆斯帝国议会上,皇帝和各邦要求在全帝国范围内消除武力自卫,通过法律和司法程序来解决彼此之间的冲突和争端。因而,设立帝国最高法院的主要目的之一就是通过司法程序保障《永久和平条例》的实施,以实现帝国内部的和平,这也体现在《帝国最高法院条例》的“序言”中:“我们有各种不同的理

[24] Heinz Angermeier, Die Reichsreform 1410 – 1555, München 1984, S. 174.

[25] Georg Schmidt, Geschichte des alten Reiches. Staat und Nation in der frühen Neuzeit 1495 – 1806, München 1999, S. 34.

[26] [英]彼得·威尔逊:《神圣罗马帝国1495 – 1806》,殷宏译,北京大学出版社2013年版,第79页。

[27] Karl Zeumer, Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, Tübingen 1913, S. 295 – 296.

[28] Heinz Angermeier, Die Reichsreform 1410 – 1555, München 1984, S. 169.

[29] 在结束征收公共芬尼之后,1507年的康斯坦茨帝国议会决议(Konstanzer Reichsabschied)征收一种由皇帝和帝国阶层均缴纳的帝国税——为维持帝国最高法院正常运转而征收的赋税(Kammerzieler),其目的是负担帝国最高法院的财政费用,因为当时的帝国财政已经不能负担帝国最高法院的日常支出。这种税赋的征收至1544年结束,并且后来只有帝国阶层缴纳,因为帝国最高法院作为一个独立于皇帝的机构,不可能得到皇帝的支持,故只能由帝国阶层维持其财政支出。

[30] 有学者将“帝国最高法院”(Reichskammergericht)译为“帝国枢密法院”,笔者认为,这是不合适的,因为“Reichskammergericht”一词中没有任何“枢密”之意,并且它被看作是一个限制皇帝司法权力、体现了帝国阶层利益的司法机构,反而是被称为“帝国王室法院”的“Reichshofrat”含有“枢密”之意。依其实际地位和作用,笔者将“Reichskammergericht”称为“帝国最高法院”。

由为罗马帝国和德意志民族创立一种普遍的和平,但是没有正义、良善和有益的法律,这是很难实现的,为了诸位和我们帝国的共同利益,我们在沃尔姆斯举行集会,通过神圣帝国的议会设立一个帝国最高法院……”正是基于帝国最高法院的设立及其司法职能,安格梅尔(H. Angermeier)将1495年看作是德意志“司法国家”的产生时期。<sup>[31]</sup>

《帝国最高法院条例》共32条。<sup>[32]</sup>依据第1条的规定,帝国最高法院的院长(须为教会或世俗的侯爵、伯爵或者男爵)由皇帝任命,由16位法官(Beisitzer/Urteiler)<sup>[33]</sup>组成(1570年增为41位),其中半数须为精通法律之人,半数为贵族(至少为骑士阶层出身)。帝国最高法院的下级机构仍为各领地的法院,这些法院依据各自领地的法律、习俗与惯例进行审判(第29条)。而帝国最高法院须依据“帝国的普通法”以及诸侯、领主及其法院呈递的正义、良善与合理的条例、规章和习惯进行判决(第3条)。这里的“帝国普通法”,即罗马法——在德意志地区继受的罗马法。对于帝国最高法院而言,地方的法律和习惯只是附属性的法律渊源。通过帝国最高法院,罗马法亦逐渐渗入地方领地的立法和司法裁判之中,促进了罗马法在德意志地区的继受。

帝国最高法院最重要的职能是通过确定的司法程序解决武力自卫(Fehde)和武力争端问题,以保障帝国内部的和平与秩序。与帝国的和平和秩序有关的争端,帝国最高法院有初审管辖权,对于直属帝国中央和皇帝管辖的领地或个人之间的争端以及因地方领地拒绝权利保障而提起的诉讼,帝国最高法院则是作为上诉法院行使职权,而一些大的领地,如选侯领地,则继续保留其司法上的上诉地位。<sup>[34]</sup>帝国最高法院的所在地均是选在远离皇帝的帝国城市(《帝国最高法院条例》第18条规定的是“一个合适的城市”),最初是在美茵河畔的法兰克福,1507年起在雷根斯堡(Regensburg),自1509年在沃尔姆斯(Worms),1527年迁至斯派耶(Speyer),1693年起在韦茨拉尔(Wetzlar)。这些“合适的城市”的选择均体现了帝国阶层的利益,也显现出帝国阶层的影响以及他们想要从皇帝手中夺取帝国最高司法权力的努力。在帝国最高法院设立之前,司法的最高审判权共同归于皇帝和地方诸侯,皇帝的司法权力受到地方诸侯的司法权的限制。在帝国最高法院设立之后,皇帝的最高司法审判权进一步受到侵削,因为帝国最高法院对案件的判决无需皇帝的同意或参与。基于此,马克西米利安一世于1498年又将帝国王室法院(Reichshofrat)<sup>[35]</sup>改造成为隶属于自己的帝国司法机构。直至1806年神圣罗马帝国灭亡,帝国王室法院与帝国最高法院均为帝国的最高司法机构,两者的职能之间部分地存在竞合关系。

帝国最高法院在设立最初的几十年间并未发挥出所预想的职能,而阻碍其履行职能的,虽有外在的因素,但是其自身的制度性缺陷亦不容忽视:法官人数太少。鉴于当时帝国内部的秩序紊乱状况,帝国最高法院所担负的维护帝国和平与秩序的重要职责是与其法官人数不成比例的,仅仅16位法官

[31] Heinz Duchhardt, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1495 – 1806*, Stuttgart – Berlin – Köln 1991, S. 15.

[32] Karl Zeumer, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, Tübingen 1913, S. 284 – 291.

[33] 1495年《帝国最高法院条例》原文中使用的是“Beisitzer”,现在意为“陪审法官”,但是这里的“Beisitzer”实际上就是行使审判权的“法官”,一些德语学者在论述中直接使用“Urteiler”(即“审判者”)。为避免引起歧义,本文直接使用“法官”一词。

[34] Micheal Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495 – 1934)*, Berlin – Heidelberg 2008, S. 22.

[35] 帝国王室法院(Reichshofrat)(亦可译为“帝国枢密院”),并非仅是一个司法机构,同时也是帝国的最高决策机构,亦为奥地利领地的最高机构,其主要任务是维护皇帝的特权,其成员由皇帝任命。帝国枢密院起初是皇帝的咨询机构,之后亦具有司法职能,成为除帝国最高法院之外的另一个解决帝国冲突的最高机构。帝国等级也曾试图占据该机构的职位,对其施加影响,但未获成功。Vgl. Hans Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte (Band 1) (3. Aufl.)*, München 1994, S. 269.

根本担负不起维护全帝国的和平与秩序的职能。后来的法官人数虽有成倍增加,但是由于帝国财政匮乏,有相当一部分法官并未实际到岗工作。<sup>[36]</sup> 歌德认为,这是帝国最高法院的一个根本性缺陷,即“以不充分的人力财力来办大事”。<sup>[37]</sup> 另外,帝国最高法院还存在着因繁冗的程序所带来的效率低下等严重问题(相形之下,帝国王室法院的工作效率比迟钝的帝国最高法院要高得多)。尽管如此,帝国最高法院的设立为帝国内部纷争的解决提供了一种制度化的解决机制,特别是那些没有能力继续军备、将纠纷的解决寄希望于帝国制度和法律的较小邦国将此视为维护自己权益的和平之道。彼得·克劳斯·哈特曼亦评论道,帝国最高法院“特别保障了帝国的和平秩序与受尊重的权利秩序,为各种大小不一的领地邦国和城市之间和平相处提供了保证”,使得帝国的法律与和平秩序“继续为人们所承认和尊重”,也为“各领地之间的合法统一”奠定了司法和法律基础,同时也在一定程度上限制了邦君的违法行为和对司法权的滥用。<sup>[38]</sup>

罗伯特·吉尔平曾论道,在帝国时代,“维持秩序的主要手段是领土控制和势力范围。这些帝国秩序仅仅组成了一种国家间的制度”。<sup>[39]</sup> 鉴于神圣罗马帝国的实质,神圣罗马帝国内部的秩序在很大程度上仍可以看作是“一种国家间的制度”,但是1495年沃尔姆斯帝国议会所进行的和平秩序之建构却是超越了“领土控制”和“势力范围”的范畴,促进了帝国权力的制度化和以法律为基础的规范化发展,为维持帝国的法律、和平和安全提供了必要的基础。米歇尔·考图拉(Micheal Kotulla)教授认为,沃尔姆斯帝国议会开始了“帝国宪法的法律化和制度化”进程,帝国由此成为一个“法律共同体”。<sup>[40]</sup> 此论虽有过分赞誉之嫌,但1495年沃尔姆斯帝国议会决议,特别是维护帝国和平和设立帝国最高法院使帝国具有了一种稳定性的结构,以此确立了帝国和平与秩序的法律基础却是不争的事实。

#### 四、追求和平的理想与现实之间的紧张:帝国的权力秩序问题

从无序向有序的发展是神圣帝国政治制度发展的一个趋势,而“有序化”首先意味着帝国内部的和平与秩序。实现帝国内部的和平与秩序的基础,首先在于解决帝国皇帝与领地邦国之间的关系问题,更准确地说是在解决皇帝的权力要求与帝国的政治现实——地方邦国享有广泛权力之间的矛盾。易言之,帝国阶层与帝国皇帝之间的权力秩序需要重新确立。<sup>[41]</sup> 神圣罗马帝国内部权力秩序之确立可以分为两个主要层面:一是在制度层面,以制度和法律确认各领地邦国之间的权力关系,增进彼此的信赖与合作,实现帝国权力的秩序化;二是在思想意识层面,通过“身份认同”和“制度认同”来达到“帝国认同”,亦即诸多论者所谓的“统一的民族国家”。1495年的“帝国改革”主要集中于前者,试图

[36] Karl Kroeschell, *Albrecht Cordes, Karin Nehlsen - von Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte (Band 2, 9. Aufl.), Köln - Weimar - Wien 2008, S. 278.

[37] [德]歌德:《歌德自传:诗与真》,刘思慕译,华文出版社2013年版,第500页。

[38] [德]彼得·克劳斯·哈特曼:《神圣罗马帝国文化史1648-1806年:帝国法、宗教和文化》,刘新利、陈晓春、赵杰译,东方出版社2005年版,第37-38页。

[39] [美]罗伯特·吉尔平:《世界政治中的战争与变革》,朱新宁、杜建平译,邓正来、乔娅校,世纪出版集团上海人民出版社2007年版,第117页。

[40] Vgl. Micheal Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495 - 1934)*, Berlin - Heidelberg 2008, S. 23.

[41] Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands (6. Auflage)*, München 2009, S. 102.

通过“制度化”和“法律化”来达至权力的“秩序化”。

“帝国改革”在很大程度上是帝国的权力关系重新调整的过程,通过“帝国改革”确立和平与秩序的过程也是处于统治地位的皇帝和处于参与地位的帝国阶层相互妥协和博弈的过程,可以说,“帝国改革”既是权力斗争的手段,亦是权力妥协的结果,让步和妥协是帝国和平秩序得以建构之基础。妥协之达成至少需要两个方面的基本前提:一是妥协各方势均力敌,任何一方都不可能完全压制另一方;二是要有达成妥协的主观意愿,存在妥协各方都认可的“共识”。戈特曼和汤普森在《妥协的精神》中指出,妥协涵括了“有原则的审慎”和“互相尊重”两方面的精神。<sup>[42]</sup> 神圣罗马帝国于1495年开始的“帝国改革”亦显现出妥协的精神与原则:皇帝与领地诸侯都是帝国不可或缺的制度性存在,任何一方都不可能凌驾于另一方之上,各方都有着自己的利益原则,通常都须给予对方一定的尊重,再加上帝国本身存在的诸多问题,“和平共识”与“改革共识”的达成合乎各方的利益,亦是各方所努力追求的。正如安格梅尔(Heinz Angermeier)所指出的,此时帝国各阶层所追求的是帝国的和平与法律秩序。<sup>[43]</sup> 基于此,1495年沃尔姆斯帝国议会“新颁初试”,初步建立起保障和平的制度机制,但是该制度实际功能之发挥,则要依赖于帝国内部的权力秩序状况。

实际上,神圣罗马帝国几乎从未被视为一个独立的“主权国家”,而是被视为“诸侯的联盟”(Fürstentföderation)或者“选侯共和国”(Kurfürstenrepublik)<sup>[44]</sup>。被誉为神圣罗马帝国最伟大的国家法专家的约翰·斯蒂芬·皮特(Johann Stephan Pütter)(1725-1807)在1784年论道:“帝国是由联系松散的主权国家组成,如同欧洲国家之联合。”这一语道出了神圣罗马帝国的实质。众所周知,作为“帝国基本法”(Reichsgrundgesetz)的1356年《金玺诏书》不仅规定了德意志国王(加冕后神圣罗马帝国皇帝)由选侯选举产生的制度,同时也在很大程度上确认了选侯们的“领地主权”,选侯们在领地内享有铸币权、关税权、领地内的最高司法权等权力。从宗教改革时期的萨克森公爵敢于站在教皇和皇帝的对立面,支持马丁·路德的改革运动,即可看出地方领地诸侯所享有的权力之大。相形之下,中世纪的神圣帝国皇帝的权力则与承袭其名号的真正的罗马帝国皇帝的权力相去甚远,帝国皇帝在更多的情形下只是被视为德意志国家名义上的代表,甚至被一些学者称为“没有统治权的统治者”。<sup>[45]</sup> 随着世俗和教会邦国之领地化的进展以及“中央权力”与“离心力量”之间的冲突,神圣罗马帝国皇帝在帝国层面的“中央权力”亦逐渐丧失。若选侯们“选举”产生的帝国皇帝想在帝国有所作为,则势必会引起皇帝与邦国诸侯之间权力关系的紧张。

神圣罗马帝国自始就面临着内外两方面的秩序问题:在帝国内部,主要是皇帝与领地邦国之间以及各邦国之间的权力关系问题;在帝国外部,则主要是面临帝国西部的法国与东南部的奥斯曼帝国的威胁。关于当时帝国内部的秩序状况,歌德在其自传中指出:由于德意志人,特别是骑士阶层的“寻仇好斗”的心理,德意志地区连年的内部纷争使得“小邦们彼此间增加了麻烦,如果它们联合起来,连大的邻邦也受威胁,结果德国国内秩序紊乱,对外的战斗力也濒于瘫痪”。<sup>[46]</sup> 15世纪时,帝国在很大程

[42] [美]艾米·戈特曼·丹尼斯·汤普森:《妥协的精神》,启蒙编译所译,上海社会科学院出版社2014年版,第14页。

[43] Heinz Angermeier, Reichsreform und Reformation, München 1983, S. 3.

[44] Eckhard Müller - Mertens, Geschichtliche Würdigung der Goldenen Bulle, in: Wolfgang D. Fritz, Die Goldene Bulle. Das Reichsgesetz Kaiser Karls IV. vom Jahre 1356, Weimar 1978, S. 19.

[45] Arno Buschmann, Kaiser und Reichsverfassung. Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Kaisers am Ende des 18. Jahrhunderts, in: Wilhelm Brauneder (Hrsg.), Heiliges Römisches Reich und moderne Staatlichkeit, Frankfurt am Main u. a. 1993, S. 41.

[46] 同注37引书,第500页。

度上已无力维持内部的和平和保障帝国的安全,帝国首先需要通过“改革”来实现帝国内部的和平与秩序,即“攘外必先安内”。鉴于帝国内部的秩序紊乱状况,和平与秩序之实现不可能一蹴而就,即使是基于“和平共识”而设立的制度也未能完全发挥出维护和平与秩序之功能。为维护帝国的和平与秩序,1356年《金玺诏书》就曾规定禁止复仇、禁止不正义的战争与不当地宣告武力自卫(第17章),还禁止各种形式的联合和结盟并规定了相应的处罚措施(第15章),但是帝国内部的紊乱状况一仍其旧,和平与秩序远未达成。安格梅尔亦指出,由于帝国的政治传统、权力结构和地理位置,维持帝国内部和平的难度也许并不比维持帝国外部安全的难度小。<sup>[47]</sup>

对于1495年开始的“帝国改革”,皇帝和帝国阶层的出发点是不一样的:皇帝马克西米利安一世想要通过改革来增强自己和帝国中央的权力,确立帝国在欧洲的霸权地位;大部分领地诸侯则是想要通过改革来限制和控制皇帝的权力,扩大自己的权力和政治参与,将自己的领地利益最大化,而帝国内部的和平与秩序是其共同的基础和最低限度的共识。当代国际关系现实主义理论家爱德华·卡尔教授特别强调权力在政治秩序中的重要意义:“在任何政治秩序中,权力都是不可或缺的组成部分。”<sup>[48]</sup>权力的分配是权力秩序构成中的一个基础性要素,只有以共识基础上的妥协为前提,达成了最低限度共识的权力分配才能形成较为稳定的权力秩序,进而实现和平与秩序,而和平与秩序的实现又依赖于制度化的保障。这或许就是1495年“帝国改革”的逻辑。

## 五、帝国的制度性缺陷与1495年“帝国改革”的得与失

在15世纪,帝国议会成为帝国各阶层行使政治权力的重要场所。自1495年沃尔姆斯帝国议会始,皇帝和帝国阶层之间的权力关系得到了重新调整,帝国议会的地位亦得到了加强。<sup>[49]</sup>总的看来,帝国议会逐渐成为皇帝与帝国阶层进行政治决策和权力博弈的重要集会。在1495年的沃尔姆斯帝国议会上,帝国首席总理、美因茨大主教贝尔托德·冯·亨内贝格还提议设立帝国咨政院(Reichsregiment)<sup>[50]</sup>。帝国咨政院被设计为一个独立于皇帝的、由帝国各阶层掌握权力的“帝国政府”,其目的是将皇帝的统治权力排除在外,独立行使帝国的行政权力。<sup>[51]</sup>由于这一机构明显侵害了皇帝的权力,而且上巴伐利亚公爵阿尔布莱希特(Herzog Albrecht von Oberbayern)在1495年即要求成为帝国咨政院的总理,<sup>[52]</sup>因而马克西米利安一世一直反对帝国咨政院的设立。<sup>[53]</sup>之后,马克西米利安一世不得不与帝国阶层妥协,于1500年7月2日奥格斯堡帝国议会(Reichstag zu Augsburg)上颁布《帝国咨政

[47] Heinz Angermeier, Die Reichsreform 1410 – 1555, München 1984, S. 150.

[48] [英]爱德华·卡尔:《20年危机(1919 – 1939):国际关系研究导论》,秦亚青译,世界知识出版社2005年版,第210页。但是,任何秩序的建构都不能仅仅依赖于权力与强制,“普遍认可”也是稳定的秩序建构之基础。

[49] Heinz Duchhardt, Deutsche Verfassungsgeschichte 1495 – 1806, Stuttgart – Berlin – Köln 1991, S. 14.

[50] 帝国咨政院是帝国各阶层参与帝国政治的一个重要方式,但是在帝国的政治实践中并未发挥出其所设想的那些职能,亦有学者将其译为“帝国最高执政”、“帝国执政府”等。根据“帝国咨政院”在帝国权力架构中所处的地位和实际发挥的作用,笔者认为将其译为“帝国咨政院”较为适宜。由于卡尔五世时期(1521 – 1531年)亦曾设立过帝国咨政院,故此次设立的帝国咨政院被称为“第一帝国咨政院”,卡尔五世时设立的帝国咨政院被称为“第二帝国咨政院”。

[51] Heinz Angermeier, Die Reichsreform 1410 – 1555, München 1984, S. 169.

[52] Herzog Albrechts Anspruch auf das Präsidentenamt 1495, in: Lorenz Weinrich (Hrsg.), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 425.

[53] 关于马克西米利安一世的反对意见, Vgl. Gegenentwurf König Maximilians 1495, in: Lorenz Weinrich (Hrsg.), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 427 – 433.

院条例》，帝国咨政院才在形式上设立起来。<sup>[54]</sup>

通过1495年的“帝国改革”，神圣罗马帝国初步规划建立起一个类似于近代“三权分立”的权力架构：帝国议会、帝国最高法院以及初以皇帝为代表的帝国行政权力和之后曾经设立的帝国咨政院。与今日的议会不同，帝国议会中的代表只代表自己，不代表特定的社会阶层，更不代表其臣民或者帝国的居民，所以，其合法性不是基于“民主”，而是基于其出身或者职位。<sup>[55]</sup> 尽管如此，帝国议会还是具有较为广泛的参与性和代表性，它在实际上成为体现帝国各阶层利益和诉求的重要机制。帝国最高法院在其初设时期没能发挥真正的司法职能，但是17世纪之后，帝国最高法院成为帝国最具活力的制度之一，逐渐成为帝国常态化的纠纷解决机构。帝国的行政权力是帝国诸权力之中最弱的一种，帝国的皇帝被一些学者称为“没有统治权的统治者”，而后来曾经设立的帝国咨政院虽然是规划为帝国政府，但是其设立自始即受到皇帝的反对，同时也缺乏自己的执行机构和必要的财政基础，因而没有真正行使过帝国的行政权力，帝国行政权力的行使主要还是系于“没有统治权”的皇帝及其代理人。

和平与秩序是人类面临的永恒课题。在15世纪，维护神圣帝国内部的和平与秩序已成为时人的共识，而其关键在于，以何种方式维持帝国内部的和平与秩序。1495年的沃尔姆斯帝国议会从法律、财政和司法制度方面为帝国和平秩序的建构作出了努力，在制度设计层面初步建构起一种“三位一体”的和平秩序保障体系，各邦国领地逐渐在这种和平秩序的基础上形成了一种“超领地”的“帝国认同”。但是由于神圣罗马帝国本身自始即存在的诸多制度性缺陷，1495年的帝国改革并未取得预想的成果，其重要原因在于，神圣罗马帝国缺少一个具有执行职能的帝国（行政）机构，帝国决议和法律的贯彻与执行在很大程度上依赖于地方领主和帝国各阶层，由于帝国的邦国数量太多且大小不一，行政能力各异，因而帝国决议的执行逐渐依赖于之后在帝国范围内划分的跨领地的帝国大区（Reichskreise）。<sup>[56]</sup> 相对而言，神圣罗马帝国在帝国层面上颁布的法律性文件并不多，其中多数没有得到很好的遵从，而1495年沃尔姆斯帝国议会所通过的法律文件是其少数例外，特别是《永久和平条例》和《帝国最高法院条例》在总体上得到了较好的执行。这同时也反映出，帝国的和平与安定不仅是帝国皇帝的愿望，也是地方领主和帝国阶层的共同追求，因为和平与安定的帝国秩序符合皇帝及帝国各阶层的共同利益。

然而，《永久和平条例》的颁布没有立即为帝国带来意想中的和平，除帝国本身的制度性缺陷之外，一方面是因为《永久和平条例》像之前的“禁止复仇条例”一样，最初并没有得到地方领地诸侯的确信，加上之后不久宗教改革运动引起的教派分裂以及农民起义与骑士战争，帝国内部和平秩序的建立更非一朝一夕之事，另一方面是帝国最高法院除存在着因繁冗的程序所带来的效率低下问题之外，还存在判决的执行难问题。帝国最高法院判决的执行开始时也主要是依赖各领地邦国，在帝国大区设立之后，则主要依赖于帝国大区，授权相关大区的一位或多位诸侯以特派员的身份执行，必要时可实施处罚并可诉诸武力。但是，特派员的任命又受到政治的影响，这就会造成相关判决执行的拖延或者得不到执行；另一方面，基于必要的共识和利益权衡，当事各方会形成一个折中方案，而非严格依据

[54] 帝国咨政院的设立明确地体现出帝国阶层谋求帝国权力的努力。但是，在内外矛盾的侵扰之下，帝国咨政院最终仅存在两年之后即于1502年宣告解散。

[55] Vgl. Micheal Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495 – 1934)*, Berlin – Heidelberg 2008, S. 20.

[56] 帝国大区（Reichskreise）是在1500年开始将帝国范围内的领地在总体上按照地理位置来划分的，每个大区包括多个地方诸侯的领地，这可以看作是帝国针对邦国的“领地化”和“离心化”所采取的重要措施。帝国大区的中心机构为大区会议（Kreistag），由大区内的诸侯（侯爵）召集。Vgl. *Hans Boldt, Deutsche Verfassungsgeschichte (Band 1) (3. Aufl.)*, München 1994, S. 270.

法律或者判决执行。<sup>[57]</sup> 这是人们对1495年的“帝国改革”批评较多的一个方面,即此时的帝国改革只产生了诸如设立制度和颁布法令等形式上的成果,而没有切实使制度和法律发挥功效以真正实现帝国的和平与秩序。时人也抱怨道,1495年沃尔姆斯帝国议会只是在形式上敦促帝国的各阶层遵循关于“帝国改革”的协定和决议,而并没有实质性地予以执行。<sup>[58]</sup>

对于帝国的骑士和农民阶层而言,1495年的“帝国改革”也是失败的,<sup>[59]</sup>因为他们几乎没有享受到“帝国改革”所带来的“制度红利”,而改革所带来的赋税和司法性的纠纷解决机制反而加重了他们的生存负担。无论如何,通过“帝国改革”所建立的制度化机制,皇帝与邦国诸侯逐渐在改革所确立的制度框架内以和平的方式解决纷争,促进了帝国的司法化和制度化发展,成为帝国和平秩序发展之基础。1495年沃尔姆斯帝国议会所确立的新制度亦被视为“德意志国家形态的起点”。<sup>[60]</sup>

## Rethinking on the Imperial Reform in 1495 and the System Dilemma in Reconstruction of the Peaceful Order in the Holy Roman Empire

Wang Yinhong

**Abstract:** In order to reconstruct the order of power of the Holy Roman Empire of the German Nation, the Emperor Maximilian I of Habsburg had to compromise with the Imperial State. He intended to keep the inner peace of the empire by means of execution of “Perpetual Public Peace” (der Ewiger Landfriede) and levy of a “Common Penny” (Gemeiner Pfennig) tax within the empire as well as the establishment of the Supreme Court (Reichskammergericht). But because of the problems overloaded of the empire in itself, Maximilian I did not achieve all his anticipated results by the Imperial Reform (Reichsreform) in 1495. Even so, the Imperial Reform adopted by the Imperial Diet in the City of Worms in 1495 (Wormser Reichstag von 1495) promoted the institutionalization of the constitutional politics of the Empire and laid the foundation for the development of the peaceful order in the Holy Roman Empire.

**Keywords:** Wormser Reichstag in 1495; the Imperial Reform; the peaceful order; judicial commonwealth

(责任编辑:丁洁琳)

[57] 参见注26引书,第79页。

[58] *Heinz Angermeier, Reichsreform und Reformation, München 1983, S. 10.*

[59] *Karl Kroeschell, Albrecht Cordes, Karin Nehlsen - von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte (Band 2, 9. Aufl.), Köln - Weimar - Wien 2008, S. 266.*

[60] *Georg Schmidt, Geschichte des alten Reiches. Staat und Nation in der frühen Neuzeit 1495 - 1806, München 1999, S. 33.*



# 我国宪法言论自由条款类似于 美国宪法第一修正案吗？

马得华\*

**摘要:**言论自由的法律保护离不开宪法视角,解释宪法需要考虑文本、结构和历史。我国宪法言论自由条款和美国宪法第一修正案既相像又有所不同。美国宪法文本没有规定言论自由应承担的宪法义务,但由最高法院划定言论自由的界限;我国宪法文本规定了言论自由及其界限。美国采用“不得立法”模式,禁止立法剥夺,法院可直接援引宪法;我国采用“经由立法”模式,先将宪法言论自由具体化为法律,然后法院援引法律。美国宪法属于“差别保护”,公共言论的保护优于私人言论;我国宪法承认这一区分,但具体化为法律后消除了这一区分。中美两国宪法均承认人民主权,这为我国言论自由条款的重新解释提供了可能。民法和刑法有关言论的规定应予以重新解释。

**关键词:**言论自由 第一修正案 诽谤罪 名誉权 公众人物

近年来,言论自由俨然成为吸引公众眼球的社会热点议题。最高人民法院和最高人民检察院2013年专门出台《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律问题的解释》(以下简称“两高”司法解释),试图利用刑罚手段打击和遏止日益严峻的网络谣言。2014年网络红人“秦火火”被判诽谤罪和寻衅滋事罪,成为“两高”司法解释出台后因散布谣言而获罪的第一人,该案入选当年“首都十大网络案件”。<sup>[1]</sup>2015年,言论自由议题又有了新的变化,网络谣言引发的公诉案件悄然隐退,刑事自诉案件和民事案件迅速登上新闻头条。6月18日,知名教授、《今日说法》常客洪道德教授自诉网络红人、聂树斌案代理律师陈光武诽谤案在北京市海淀区人民法院立案。作为法律共同体成员的法学家和律师竟然对簿公堂,出现“法学家告律师”的奇事,不过这恰好为理清和界定言论自由提供了最好的研究素材。<sup>[2]</sup>同年6月25日,“打假斗士”方舟子与“前央视著名主持人”崔永元互诉名誉侵权案一审宣判,法庭对双方各打五十大板,判决互相侵权并互负赔偿责任。<sup>[3]</sup>频频出现的言论自由案件表明,言论自由议题已经成为当下中国不得不面对的公共话题。公众、名人、官员、政府、立法机关和法院也不得不就何为言论自由以及言论自由的保护和限制表明立场,为此有必要将目光对准涉及言论自由的宪法和法律。

本文的主题是言论自由的宪法保护,试图重新理解我国宪法上的言论自由条款,兼与美国宪法言论自由保护作比较。有人常常混淆言论自由的宪法保护和法律保护,以为法律已经规定了言论的范围和界限,法官只需充当“说出法律的嘴巴”、严格依据法律办案即可。其实,宪法保护和法律保护是两回事。一种言论可能会违反法律,但却符合宪法,因为法律存在违宪可能性。应当将宪法精神和原

\* 山东大学法学院讲师,法学博士。本文是山东省社会科学规划研究项目(批准号:12DFXJ03)的研究成果。

[1] 张雷:《首都网络安全日警方公布“十大网络案件”——秦火火诽谤案受网民关注》,载《法制晚报》2014年4月30日,第A11版。

[2] 李曙明:《法学专家诉律师诽谤案的价值》,载《检察日报》2015年6月18日,第4版。

[3] 王巍:《“方、崔骂战”宣判互道歉各赔4.5万》,载《新京报》2015年6月26日,第A1版。

则注入法律解释之中,选择符合宪法的法律解释,而不得径行适用不符合宪法精神的法律。这便是法律解释的合宪性要求。<sup>[4]</sup> 如果尽最大努力仍无法得出符合宪法的解释,那么这一法律就可以被认为是违反宪法的。例如,无论是刑法上的诽谤罪还是民法上的名誉权侵权,均涉及宪法上的言论自由,这些规定保护的法益是人的名誉而非言论自由,它们是对言论自由的限制而非保护。如果它们对言论自由的限制明显不当、显然不合理,无论如何无法作出符合宪法的解释,那么这一法律条款就会因违宪而不得适用。因为宪法的效力高于法律,应当由宪法控制法律对宪法权利的限制,即所谓“限制的限制”,否则法律可能架空宪法。引入宪法批判和解释法律,仍属于宪法教义学的研究范畴。不要忘记,法教义学也允许批判,只不过这种批判是现有法秩序内的批判,不是超越现有法秩序的批判。<sup>[5]</sup>

我国言论自由的宪法保护,严格地说,是指中国现行宪法对言论自由的保护,而不是美国宪法对中国言论自由的保护。有学者常常不自觉地直接根据美国宪法和言论自由理论分析和解决中国言论自由问题,忘记了中国宪法文本,这是宪法教义学首先要反对的一种倾向。认真对待中国宪法文本,根据中国宪法文本解决中国言论自由问题是宪法教义学的基本立场。我国现行宪法始于1982年,即便从1954年开始算起,也不过一甲子的时间,言论自由的宪法保护仍属初级阶段,当然在今天已经取得巨大成就。

本文从四个方面比较了中美两国言论自由的宪法保护。第一,宪法上的言论自由条款属于“权利法案”还是“基本权利和义务”,即宪法文本自身是否规定了言论自由的限制;第二,言论自由的宪法保护是采用“不得立法”模式,还是采用“经由立法”模式;第三,言论自由的宪法保护属于“差别保护”还是“一体保护”,是否区分公共言论与私人言论并给予不同程度的保护;第四,美国宪法承认人民主权,这是言论自由差别保护的政治基础,我国宪法同样强调人民主权,对我国宪法的重新理解包括“差别保护”的可能性,而且这一可能性也得到我国宪法文本的支持。正是在承认上述三点区别和一点相同的基础之上,本文提出言论自由的双重性——公共性和私人性,根据这一理论重构我国宪法的言论自由条款,并运用于民法上的名誉侵权和刑法上的诽谤罪,为相关法律条款提供新的解释可能性。

成文宪法不仅意味着宪法是成文的,还意味着应当只解释这个文本,而不能从文本之外进行解释。解释始于文本,文本解释具有天然合法性。从文本出发绝不是孤立地看待宪法条款,把宪法条款看作相互分割、没有关联的独立单元,而是假定存在一个完整的规范体系。对于宪法条款的解释需要在宪法整体中进行,这就是宪法的结构解释。正如哲学解释学提出的“解释学循环”——部分只有在整体中才可被把握,而要理解整体又必须理解部分。法哲学家施塔姆勒(Stammmler)的名言更为精到,“一旦有人适用法典的一个条文,他就是在适用这个法典”。<sup>[6]</sup> 宪法解释同样如此,单个宪法条款取决于它所属的宪法整体结构和意义脉络。宪法的解释还离不开历史,因为文字的意义随时间而流变,历史为解释文字提供了新的可能。文本、结构和历史构成解释宪法的基本方法。

## 一、言论自由是属于“权利法案”还是属于“公民的基本权利和义务”

我国《宪法》第35条规定,“中华人民共和国公民有言论……自由”。美国宪法第一修正案规定,

[4] 关于合宪性解释,可参见苏永钦:《合宪性解释原则——从功能法上考量其运作界限与效力问题》,载苏永钦:《合宪性解释的理论与实际》,月旦出版公司1994年版,第84页。王书成:《论合宪性解释方法》,载《法学研究》2012年第5期,第50-68页。黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,载《中国法学》2014年第1期,第285-302页。上述学者对合宪性解释的认识各有侧重,但强调法律解释应当注入宪法精神和原则是“最大公约数”。

[5] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第3页。[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,“引言”21页。

[6] 转引自[德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第73页。

“国会不得立法……剥夺言论自由”。我国《宪法》第35条类似于美国宪法第一修正案吗？初看宪法文本，两部宪法均规定了言论自由，似乎没有区别。但是，文本只是解释的起点，如果对宪法文本进行结构和历史解释，就可以发现两部宪法有关言论自由的条款各有特色，存在精妙的区别。

我国1982年宪法是以1954年宪法为底本修改的，相比于1975年宪法和1978年宪法，有“焕然一新”的变化。如果把目光对准整部宪法而不是断章取义地看待宪法，就可以发现宪法第35条“只是故事的一部分”。这是耶鲁大学宪法学教授欧文·费斯(Owen Fiss)30年前的一个发现。1985年，也就是现行宪法刚刚颁布3年，他应邀来到我国武汉大学和北京大学进行学术考察。当中国学者自豪地向费斯介绍中国宪法的成就特别是《宪法》第35条时，他发现中国宪法除了言论自由的规定外，还存在许多义务性规定，这些规定限制了第35条的言论自由。<sup>[7]</sup>例如，第51条规定，“公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”，此外还有宪法第38条、第53条和第54条。第38条规定，“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”。第53条规定，“公民必须遵守宪法和法律，保守国家秘密……尊重社会公德”。第54条规定，“公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为”。可以认为，宪法第38条规定的义务是针对公民个人名誉的义务，第53条是针对社会的义务，第54条是针对国家的义务。第51条则是包括言论自由在内所有权利的总体性限制，是“宪法对基本权利活动进行限制的总的原则和标准”，“具有基本权利概括限制条款的性质”。<sup>[8]</sup>因此，《宪法》第35条和上述条款结合起来才是一个完整的言论自由规范。与费斯同行的耶鲁大学约瑟夫·戈德斯坦(Joseph Goldstein)教授一语中的，“我们所讲的宪法是‘权利法案’，而不是‘公民的基本权利和义务’”。<sup>[9]</sup>

美国宪法文本没有明确规定言论自由负有义务，而只是规定“国会不得立法剥夺……言论自由”。对这一条款的恰当解读需要我们穿越时空回到制宪时刻，从宪法诞生的历史寻求答案。本文认为，1776年《独立宣言》、1787年的《原初宪法》(为了将1787年宪法草案和权利法案区分，本文将前者称作原初宪法)和1791年《权利法案》(宪法前十条修正案)是“三位一体”结构。这一结构体现了保障人权、限制公权的宪法精神。美国宪法只规定言论的自由而不规定言论的义务或限制，正是这一宪法精神的体现。

首先，《独立宣言》是自然权利和社会契约理论的现实化。杰斐逊起草的《独立宣言》几乎照搬了洛克的政府理论，将洛克的“生命、自由和财产”改造为“生命、自由和追求幸福”，作为“造物主赋予他们若干不可剥夺的权利”，为了保障这些权利人民才建立政府。《独立宣言》明确了人民和政府之间的社会契约关系，人民拥有天赋人权，政府为保障人权而存在。但是，《独立宣言》在性质上属于对英国政府的血泪控诉书，而不是建国契约。直到1787年的《原初宪法》才将《独立宣言》追求的自然权利和社会契约精神实证化为一部可以操作的宪法，外化为一架可以运转的机器。作为社会契约，宪法的目的是保障人权，而不是要求人民履行义务，只有政府才有义务——保障人权的义务。

其次，《原初宪法》彰显了《独立宣言》的天赋人权和社会契约精神，摒弃世袭的君主政体而采纳共和政体，由人民选举有名望和有德性的官员组成政府进行统治。环顾1787年的世界格局，那一年是乾隆五十二年，英国尚处于乔治三世统治之下，路易十六还是法国国王。美国人能够“摸着石头过河”草创一个只有经过人民同意才可以统治的共和政府的确是一个“奇迹”。即便是共和政府，“宪法之父”麦迪逊依然担忧政府权力过大存在侵犯人民权利之可能性，为此他将孟德斯鸠的三权分立思想

[7] See Owen M. Fiss, *Two Constitutions*, 11 *Yale Journal of International Law* 492, 493 (Spring 1986).

[8] 韩大元：《宪法实施与社会治理模式的转型》，载《中国法学》2012年第4期，第18页。

[9] Fiss, *supra* note 7, at 494.

作为蓝图构建了权力分立和权力制衡的政府,作为“辅助性的预防措施”。<sup>[10]</sup> 孟德斯鸠是《联邦党人文集》中引用率最高的一位思想家,其分权思想贯穿于宪法文本字里行间。至此我们可以理解为什么汉密尔顿自信地表示根本不需要所谓的权利法案,因为政府本身是人民选举的政府,这一政府拥有的只是人民委托的有限的权力,人民未委托的权力依然保留在人民手中,而且政府权力本身还是分权制衡的,根本不需要权利法案。<sup>[11]</sup> 《原初宪法》的核心是政府组织法,其目的是建立一个有限政府,保障人权而不是规定人民的义务。

最后,《权利法案》是反联邦党人的遗产,是为了保障公民权利、限制联邦政府权力,自然也不会列举人民的义务。《权利法案》总计十条,采用结构解释的方法,可以发现第一修正案、第九修正案和第十修正案构成一个完整的权利声明。第一修正案明确列举国会不得立法侵犯的个人权利,第九修正案规定个人享有的权利不限于前述明确列举的权利还包括未列举权利,第十修正案规定政府的权力仅限于宪法明确列举的而不包括未列举的权力。第九修正案和第十修正案恰好形成鲜明对比:对于个人权利,未列举的仍属个人;对于政府权力,未列举的政府不得拥有。《权利法案》进一步明确了有限政府和保障人权的宪法精神。至此,我们可以理解为什么美国宪法只规定言论自由而未规定其界限,这是从《独立宣言》到《原初宪法》再到《权利法案》一脉相承的人权保障和有限政府精神的结果。

当然,美国也存在对言论自由的限制,只不过这一限制不是宪法明文规定的,而是法院特别是美国联邦最高法院在漫长的释宪过程中解释出来的。《权利法案》1791年通过,但是直到128年后美国联邦最高法院才第一次遇到需要运用宪法上言论自由条款审查国会立法是否违宪的案件,即“申克诉合众国案”,霍姆斯大法官在该案中首次提出“清楚而现实的危险”(a clear and present danger)作为检验言论是否受到惩罚的标准——如果一种言论会导致清楚而现实的危险,那么国会便有权立法对该言论进行惩罚。为了防止法院夸大言论的危险而限制言论,霍姆斯自己在“艾布拉姆诉合众国案”中为这一标准增加了两个限制条件——“迫在眉睫”(imminent)和“刻不容缓”(forthwith)。在具有里程碑意义的“《纽约时报》诉沙利文案”中,布伦南大法官判决,“对公共事务的辩论应当不受抑制、富有活力、广泛公开”,但是宪法不保护出于“实际恶意或者贸然不顾”的言论。<sup>[12]</sup> 一生坚持言论自由绝对主义的布莱克大法官,尽管反对针对言论自由的任何限制,但是他的立场从来都未能获得联邦最高法院的多数支持,而是常常作为并行意见或异议存在。<sup>[13]</sup> 公允地说,世界各国的言论自由都有限制或界限,只是限制的方式或者手段不同。美国宪法文本没有限制言论自由,并禁止国会剥夺言论自由,但是允许最高法院通过宪法解释划定言论自由的界限。这一区别的背后体现了对宪法、司法和立法之关系的不同理解。

我国宪法的结构包括“序言”、第一章“总纲”、第二章“公民的基本权利和义务”、第三章“国家机构”和第四章“国旗、国徽、首都”。宪法第35条言论自由条款属于第二章“公民的基本权利和义务”。费斯教授和戈德斯坦教授提醒我们,宪法不但规定了言论自由,还包括与言论自由有关的义务性条款,牢记“公民的基本权利和义务”而不是“权利法案”。宪法第38条规定了“不得诽谤”的义务,这是针对言论自由进行的限制。当人们在享受言论自由的时候,不得诽谤他人。一位国内刑法学者文章的标题即是“言论自由的边界:不得诽谤他人”。<sup>[14]</sup> 为什么我国宪法文本既规定言论自由又规定言论自由的宪法限制呢?费斯教授指出,这一方面与中国宪法的社会主义性质相关,另一方面与中国曾经

[10] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆2007年版,第264页。

[11] 同注10引书,第264页。

[12] 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,第181页。

[13] 参见[美]霍华德·鲍:《铁面大法官胡果·L·布莱克》,王保军译,法律出版社2004年版,第223页。

[14] 谢望原:《言论自由的边界:不得诽谤他人》,载《人民日报》2013年9月12日,第004版。

长期处于封建社会有关。<sup>[15]</sup> 的确,许多社会主义国家新制定的宪法不仅规定公民的权利,也规定公民的义务。封建社会强调人民遵守法律的义务,而较少强调人民的权利。此外,从理论上讲,这种规定与我国法学界坚持“权利义务统一说”,即“没有无义务的权利,也没有无权利的义务”有一定的相关性。这一理论体现于我国《宪法》第33条第4款,“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务”,也体现于该章的标题“公民的基本权利和义务”。

但是,我们应当思考:宪法义务是否等同于法律义务?公民是否和应当具有宪法义务?我们想当然地把宪法当作普通的法律,从而认为宪法权利与宪法义务是对应的,但是,普通公民违宪应当承担什么责任呢?时至今日,我们还没有看到要求公民承担违宪责任的判决。如果说我国的司法实践不鼓励法院引用宪法,那么法院也无法引用宪法判决公民承担违宪责任。

我们应当反思宪法学的基本范畴——宪法权利与宪法义务。本文认为,法学的核心范畴不是“权利和义务”,而是“权利和权力”,权利本位对应的是权力本位而非义务本位。如果以权力为本位,结果必然是义务本位而非权利本位。如果说宪法主要处理的是权利和权力之间的关系,那么法学特别是宪法学应当处理权利和权力之间的关系。1215年自由大宪章被称作近代法治的开始,是因为最高权力开始受到限制,而不是英国公民的义务少了。人治和法治的区分标准并不是公民是否遵守法律,而是官员是否遵守法律。亚里士多德的经典公式——法治包括两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律本身又是制定良好的法律,应当予以重新解释:法治=良法+官员守法。正是在这个意义上,我们才可以理解为什么富勒把官员服从法律作为“内在道德”中最重要的一项。因此,权利与权力,公民与政府,才是宪法必须处理的两对范畴。尽管法国先有人权宣言后有宪法(狭义宪法,即政府组织法),美国先有宪法(狭义宪法,即政府组织法)后有权利法案,但是两国宪法(广义宪法,包括政府组织法和公民权利)处理的是权利和权力,而非权利和义务。各国宪法研究的主流也是宪法权利,而非宪法义务。因此,宪法义务不是宪法学的核心范畴。我国宪法尽管规定了宪法义务,但是实践中并没有法院判决公民因违宪而承担违宪责任,从而公民的宪法义务更多属于道义责任而非法律责任。<sup>[16]</sup>

中美两国有言论自由的规定还与对宪法的理解有关。美国宪法的核心是限权宪法,只有政府才是基本权利的义务主体,个人没有资格违宪。<sup>[17]</sup> 如果把宪法理解为限制政府、保障人权的“公法”,那么,宪法没有必要规定言论自由的限制性条款,公民可以违法但不会违宪。如果把宪法理解为“母法”,法律必须依据宪法的规定而予以具体化,那么,宪法必须规定某些宪法义务,否则法律义务成为无源之水、无本之木。但是,可以发现,我国宪法并没有规定所有的法律义务,而只是规定了某些义务而且也没有规定违反这些宪法义务的违宪责任。从这个意义上说,尽管我国宪法言论自由条款包括了费斯教授所讲的宪法义务。但是,这些条款的意义是为立法机关制定法律限制言论自由提供宪法依据,而不是直接适用于公民行为。

## 二、是“不得立法”保护还是“经由立法”保护

所谓“不得立法”(make no law)保护,是指立法机关不得立法剥夺公民的言论自由,法院可以直

[15] Fiss, *supra* note 7, at 495.

[16] 国内关于宪法义务的研究相当少见,可参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第242页。

[17] 关于公民有无资格违宪以及宪法义务性质的论述,可参见张千帆:《宪法不应该规定什么》,载《华东政法学院学报》2005年第3期,第25-33页。姜峰:《公民宪法义务条款的理论基础问题》,载《中外法学》2013年第2期,第284-299页。

接援引宪法保护公民的言论自由,甚至可以宣布剥夺言论自由的立法因违反宪法而无效。“经由立法”保护,是指立法机关根据宪法制定法律从而保护言论自由,法院不得直接援引宪法保护言论自由,而必须引用立法机关的法律。

美国宪法第一修正案规定,“国会不得立法(Congress shall make no law)剥夺……言论自由”。这里采用了一种特别的表达方式——不是从正面规定公民享有言论自由,而是从反面规定禁止国会剥夺公民的言论自由。这一表达方式反映了立宪者对国会的不信任。值得注意的是,根据美国宪法第1条第2款和第3款的规定,众议院由各州人民选举产生、参议院由各州议会选举产生,既然组成国会的众议院和参议院均由选举产生,为什么国会还是得不到立宪者的信任?

第一,美国人对英国议会滥用权力的记忆深刻。美国建国史权威戈登·伍德(Gordon Wood)的研究表明,独立战争之前的美国,比18世纪任何地方的人们更加自由,更少受到封建与君主制的沉重束缚,他们似乎没有闹独立的理由和动力,但是他们竟然还要闹独立,这是因为他们信奉“无代表不纳税”。<sup>[18]</sup>英国议会不经过殖民地人民的同意,一次次对殖民地征税,引发殖民地人民的不满情绪。1773年,当英国议会颁布《茶叶税法》,人民的愤怒终于喷涌而出,波士顿倾茶事件发生,独立战争来临。

第二,选举不等于无条件的信任。汉密尔顿在《联邦党人文集》第78篇里最清晰地表达了这一观点。议员不过是人民的代表,而不是人民本身。如果认为国会可以通过违反宪法的立法,“则无异于说:代表的地位反高于所代表的主体,仆役反高于主人,人民的代表反高于人民”。<sup>[19]</sup>宪法是人民意志的体现,法律是人民代表意志的体现。人民意志高于人民代表意志,宪法高于法律,国会自然不能制定剥夺人民宪法权利的法律。在行使选举权之后,人民依然是主权者,拥有对人民代表的控制权,否则,人民只有在选举的时候才是主权者。

第三,宪法第一修正案禁止国会立法权,也是反联邦党人斗争的结果。如果说《原初宪法》是联邦党人的政治遗产,那么可以说,《权利法案》是反联邦党人的政治遗产。联邦党人的首要目的是建立一个强大的联邦政府,反联邦党人则担忧强大的联邦政府可能侵犯州权和个人权利。反联邦党人要求各州拒绝批准《原初宪法》,除非增加《权利法案》作为完整宪法的一部分。麦迪逊最初拒绝增加《权利法案》,在杰斐逊的建议下,终于同意增加《权利法案》作为宪法前十条修正案。宪法前十条修正案体现的是反联邦党人的主张——限制联邦政府的权力,所以规定“国会不得立法”,但未规定州议会不得立法。直到内战后通过第十四修正案,州的立法才开始受到第一修正案的约束。反联邦党人的担心并不是多余的,1798年7月4日,联邦党人为了在总统大选前阻止杰斐逊为首的共和党人,只花了10天时间就通过了《反煽动叛乱法》,禁止散布蔑视和丑化联邦政府或总统的言论。吊诡的是,联邦党人搬起石头砸了自己的脚,该法激起了人民的强烈愤怒,联邦党人不但失去总统宝座,还失去国会两院控制权,从此一蹶不振,消失在历史长河中。<sup>[20]</sup>

美国法院是宪法的守护者,也是言论自由的守护者,可以直接援引宪法保护公民的言论自由。如果立法机关的立法剥夺了言论自由,法院可以行使违宪审查权,宣布法律违宪而无效。立法机关自己是没有动力和意愿消除自己制定的法律,所以,最好由司法机关行使宣布法律违宪的权力。另一方面,司法机关是三个权力里面最弱的部门,必须公正才能获得尊重。因此,司法机关最有资格解释宪法。此外,由于议员有再次当选的意愿,所以为了满足选民的一时意愿而可能剥夺言论自由,法官没

[18] 参见[美]戈登·S.伍德:《美国革命的激进主义》,傅国英译,商务印书馆2011年版,“导言”第4页。

[19] 同注10引书,第392页。

[20] 参见[美]安东尼·刘易斯:《言论的边界:美国宪法第一修正案简史》,徐爽译,法律出版社2013年版,第17-21页。

有选举的压力,只要行为正当即可终身任职。因此,立法常常追求短期后果,有可能侵犯言论自由;而法院追求宪法长久价值,是言论自由的守护者。

在美国言论自由的历史上,最初很少有案件进入联邦最高法院的视野。直到宪法第一修正案通过一个世纪之后,最高法院才面临言论自由的保护范围和限制案件。1917年,美国加入第一次世界大战,国会制定《防治间谍法》,将发表“反战言论”和“蓄意妨碍政府征兵”作为犯罪行为处理。霍姆斯大法官在1919年的“申克诉合众国案”中首次提出“清楚而现实的危险”标准,主张国会有权立法禁止此种言论。霍姆斯和联邦最高法院的判决遭到了学术界的批评和质疑。1919年10月的“艾布拉姆斯诉合众国案”为霍姆斯大法官改变立场提供了机会,他对自己提出的“清楚而现实的危险”标准增加了两个重要的限定性条件——“迫在眉睫”和“刻不容缓”,转而支持原告的言论自由,但是联邦最高法院中的多数依然坚持原来的标准。到了1931年,联邦最高法院终于改变立场,在“尼尔诉明尼苏达州案”中判决言论自由一方获胜。从此之后,言论自由在联邦最高法院屡次得到维护。最高法院真正成为言论自由的守护者。

我国宪法权利保护采用的是“经由立法”的方式,宪法有关宪法权利的规定只有具体化为法律后才可被法院援引和适用。这意味着立法机关有根据宪法权利进行具体化立法的义务,也意味着法院只能援引法律而无法直接援引宪法保护宪法权利。2001年,齐玉苓诉陈晓琪侵犯宪法上受教育权案被称为我国“宪法司法化第一案”,最高人民法院专门出台《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利应承担民事责任的批复》,允许法院援引宪法保护公民的受教育权。这一批复引发了国内法学界有关宪法司法适用的热烈争论。但是,2008年12月18日,最高人民法院发布《关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》,宣告该司法解释“已停止适用”。这表明我国法院依然无权直接援引宪法保护公民的宪法权利。

我国法院之所以无权直接援引宪法保护公民宪法权利,是因为宪法的政治性和原则性。宪法规定的是一个国家最重要的内容,特别是有关国体和政体的规定具有根本性,法院不能予以司法适用;宪法规范与法律规范相比,具有原则性和概括性,常常未规定宪法规范的法律后果,所以难以直接适用,只有经过具体化为法律,法院引用法律予以适用和保护。<sup>[21]</sup>例如,我国《宪法》第35条除了规定言论自由外,还规定了“集会、游行和示威的自由”,为了保障这些自由,全国人大常委会制定了《中华人民共和国集会游行示威法》。法院可以通过援引该法保护公民集会、游行和示威的自由。但是,我国现在还未制定言论自由法或者新闻自由法,我国在言论自由保护方面还有很多工作要做。据新闻立法参与者孙旭培回顾,新闻立法之路已经走了30年,但是新闻立法是我国最困难也是最需要的立法,亟待全国人大早日将新闻立法纳入立法规划。<sup>[22]</sup>

宪法权利的“经由立法”保护模式存在固有的难题。第一,如果宪法权利只有通过具体化为法律才可以得到保护,那么,一旦立法机关不作为,未将宪法上的自由具体化为法律,该自由就难以获得保护。受教育权是一个典型的例子,备受瞩目的“宪法司法化第一案”——齐玉苓案件——就是因为宪法上规定的受教育权未在民法中具体化,所以需要援引宪法予以保护。一言以蔽之,除非宪法权利已具体化为法律权利,否则宪法上的权利将无法被法院保护。也许,这也可以说明为什么司法实践中当事人很少援引宪法上的言论自由为自己的诽谤行为辩护。

[21] 参见黄松有:《宪法司法化及其意义》,载《人民法院报》2001年8月13日,B01版。黄松有总结了宪法不能司法适用的种种理由。当然,他认为上述理由是不成立的,宪法可以司法化作为裁判的依据。他混淆了作为裁判依据的宪法司法化和违宪审查意义上的宪法司法化。

[22] 参见孙旭培:《三十年新闻立法历程与思考》,载《炎黄春秋》2012年第2期,第1-7页。

第二,立法机关即便制定了言论自由法或新闻自由法,也有可能在对宪法上的言论自由作出过分限制,实质上剥夺了言论自由。言论自由作为宪法上的基本自由,属于法律保留的领域。只有制定法律才可以进行规范和保护,但不等于说只要立法机关制定法律即符合宪法。立法机关还应当按照比例原则制定言论自由法,不能过分限制公民的言论自由。我国立法上的“科学立法”可以作为比例原则的文本依据。立法法为审查行政法规以下的法律文件提供了审查机制,但是未明确规定是否可以要求或建议全国人大常委会审查法律。根据宪法第62条的规定,全国人大可以改变或撤销全国人大常委会不适当的决定,这为全国人大审查全国人大常委会的法律提供了宪法依据。但是,全国人大自己的立法从宪法上看没有其他主体可以审查。而且,全国人大依据宪法还拥有修改宪法的权力。因此,有学者认为全国人大自己的立法是不可能违宪的,因为它可以修改宪法。<sup>[23]</sup>事实上,拥有修宪权的全国人大并不等同于拥有立法权的全国人大,因为修改宪法的程序比制定法律的程序更加严格,即便可以制定法律也有可能达不到修改宪法的条件。为了解决全国人大立法可能违反宪法无法被纠正的难题,法学界日益关注宪法监督制度的启动。也许将来在全国人大下设宪法委员会审查全国人大的立法是一个可行的选择。1982年宪法修改过程中,曾经对设立宪法委员会进行过慎重讨论但未建立,今天的条件要比当时更加成熟。<sup>[24]</sup>如果有了这一宪法监督机制,言论自由可以更好地受到宪法保护,避免立法机关侵犯言论自由。

第三,立法机关如果懈怠立法,有可能出现行政机关僭越立法权的情形。行政法规和地方性法规及规章等都不能限制和剥夺言论自由。我国立法法规定的备案审查制度为全国人大常委会撤销违反法律的行政法规和地方性法规提供了救济途径。但是,从孙志刚案件以来,备案审查制度还未出现撤销行政法规的事例。只有激活立法法规定的备案审查制度,言论自由的法律保留才可以真正实现。

综上,我国对宪法上言论自由采取的是“经由立法”的保护模式,言论自由只有具体化为法律才会得到保护。如果坚决落实和完善我国的宪法监督制度、备案审查制度、法律保留原则和比例原则,我国“经由立法”的保护方式完全可以比肩美国“不得立法”方式。鉴于我国还未制定言论自由法或新闻自由法,本文建议全国人大尽快启动相关立法工作,当然这一立法应当符合比例原则和宪法精神,不得过分限制宪法上的言论自由。同时,全国人大常委会应当根据立法法的规定,及时撤销可能与宪法言论自由相抵触的行政法规、地方性法规,国务院应当及时撤销或变更与言论自由相抵触的部门规章和地方政府规章。

### 三、是“差别保护”还是“一体保护”

以宪法和法律是否将言论区分为不同性质并予以差别对待为标准,可将言论自由的保护模式划分为“差别保护”模式和“一体保护”模式。“差别保护”是指,将言论区分为公共言论和私人言论并予以差别保护,对公共言论予以更高程度的保护。“一体保护”是指,不区分公共言论和私人言论,也不区分针对官员的言论和针对公民的言论,而是对所有的言论一视同仁。美国宪法对言论自由的保护属于“差别保护”模式,我国宪法和法律对言论自由的保护属于“一体保护”模式。

美国宪法,从文本视角来看,只是抽象和概括地规定国会不得立法剥夺言论自由,并没有明确规定何谓言论自由,也未区分言论的性质并予以不同程度的保护。但是,由于美国联邦最高法院大法官

[23] 费斯教授持有这一观点,国内学者如陈斯喜、翟小波也持这一观点,参见翟小波:《论我国宪法的实施制度》,中国法制出版社2009年版,第1-59页。

[24] 参见刘松山:《1981:胎动而未形的宪法委员会设计》,载《政法论坛》2010年第5期,第104-106页。



拥有宪法解释权，大法官可以根据社会变迁对宪法进行创造性解释，他们说第一修正案是什么，第一修正案就是什么。结果，美国宪法发展出公共言论和私人言论或针对官员和针对公民之言论的区分，并对公共言论或针对官员的言论提供更高标准的保护。1964年的“《纽约时报》诉沙利文案”第一次作出了这一区分，成为美国言论自由发展史上的里程碑。

此案发生在美国民权运动时期。民权运动领袖马丁·路德·金通过发起善良违法运动揭露南方的种族歧视，抵制种族歧视法律。为了声援金的抗议活动，《纽约时报》刊发了一则社论性广告，描述了发生在南方的种族歧视行为。但是，广告在事实描述方面与真相有所出入，例如，广告说金被逮捕的次数是七次，实际是四次；广告说警察封锁食堂逼迫学生就范，但警察并未封锁食堂。广告还指出，蒙哥马利警方处置不当，玩忽职守。警察局长沙利文看到这则广告后怒不可遏，愤而起诉《纽约时报》诽谤并索赔50万美元。根据亚拉巴马州法的规定，第一，涉嫌诽谤的出版物承担举证责任；第二，推定损害存在，无需证明实际损害；第三，推定出版商有错，不需考虑其是否存在主观故意。沙利文局长自认为胜券在握，他希望通过这次行动狠狠打击《纽约时报》对南方种族歧视法律的批评声音，杀鸡吓猴，封住所有批评者的嘴巴。由于《纽约时报》的广告存在事实出入，属于诽谤言论，因此问题来了：违反州法的诽谤言论是否受到宪法的保护。此前，诽谤言论被认为在宪法保护范围之外。今天，结果会有所不同吗？是的。联邦最高法院开创性地作出了有利于言论自由的历史性判决。布伦南大法官撰写的法庭意见第一次系统阐述了宪法对言论的差别保护原则。他指出：该案涉及到的是关于公共事务的言论，“对公共事务的辩论应当不受抑制、充满活力并广泛公开”；错误言论不可避免，必须获得“呼吸空间”；因此，宪法禁止政府官员因针对他的职务行为进行的诽谤提出损害赔偿，除非他能证明：被告的虚假陈述确有恶意、故意为之或者不管不顾，罔顾真相。<sup>[25]</sup>

布伦南还将压制批评官员的州法等同于1798年的《反煽动叛乱法》，并宣布166年前的法案因违反宪法而无效。这是对美国宪法第一修正案之核心意义的完整阐述。宪法保护的不是对政府官员的赞美，而是对政府官员职务行为的批评甚至错误批评。从人性角度看，所有的人都喜欢被赞美而不喜欢被批评，官员也不例外。如果言论自由的意义是只允许赞美之词，那么，言论自由毫无意义。官员容忍批评的尺度才是言论自由高低的标准。一个只听进去赞美听不得批评的官员一定不是良好的官员，一个只允许赞美而禁止批评的法律一定不是良好的法律。布伦南的判决针对的是公共事务和针对官员的言论，我们可以将其称作公共言论，对这类言论宪法要格外保护，给予更高程度的保护；从举证责任上看，官员要证明被告存在实际恶意或者罔顾真相，而不是由被告证明自己出于善意。这一意见可以称作“沙利文标准”，它改变了美国各州有关诽谤的法律，将诽谤案件宪法化，从而为公共事务的辩论创造了宽松的环境。后来，“沙利文标准”更加泛化，从政府官员扩展到公众人物，包括体育明星和影视明星以及主动卷入公共事务讨论的人，可称之为“公众人物”原则。当然，联邦最高法院的这一扩张并非毫无争议，毕竟，明星不同于官员，对明星行为的批评不能等同于对官员行为的批评。

我国《宪法》第35条抽象和概括地规定了公民享有言论自由，没有区分公共言论和私人言论。第38条规定“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”。如果第38条的“公民”是指包括官员在内的所有具有中华人民共和国国籍的人，那么，该条款就没有区分针对官员的言论和针对普通公民的言论并给予不同的保护。宪法第41条第1款规定：“公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”这一条款似乎区分了官员和公民，但是具有模糊性。从“但书”来看，“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”限制的是分号前面

[25] 同注20引书，第176-192页。

一段还是后面一段呢?如果“但书”既限制前面一段也限制后面一段,那么41条和38条之间就没有区别,无论对国家机关工作人员还是公民都不得诬告陷害,不存在区别对待。如果只是限制后面一段,那么,批评和建议权就没有但书,也许可以将这一权利解释为绝对性权利,存在这种解释可能性。<sup>[26]</sup>

本文认为,宪法之所以分别在第35条和第41条规定了言论自由和对官员的批评建议权,就是因为官员不同于公民,对批评官员的言论予以更高程度的保护。宪法是承认两种言论的划分并进行差别保护的。但是,当宪法具体化为刑法和民法后,这一区分消失了。例如,刑法第246条规定了诽谤罪,指故意捏造并散布虚构的事实,足以贬损他人人格,破坏他人名誉,情节严重的行为。该条没有区分针对官员的诽谤和针对普通公民的诽谤,也没有要求对涉及官员的诽谤言论进行更高标准的保护,而是将官员置于和公民相同的标准。批评建议权是宪法性权利,但是批评建议的尺度在哪里却没有严格的界定。批评者是否一定掌握了所有真相才可以批评?谁又有可能确信自己完全掌握真相?即便自己认为掌握了真相,法院会采信吗?所有这些问题都需要我们反思。言论自由的重要意义恐怕不是保护人们说正确的话,而是允许人们说自己不那么确信的话,甚至是错误的话。否则,必然带来自我审查和“寒蝉效应”——谁都不敢说话,道路以目,或者只说违心的假话。由于官员行使的是公权力,人民有权对官员的职务行为进行批评和建议,而批评几乎意味着官员的名誉受到侵犯。因此,为了宽容和鼓励人民监督官员的职务行为,应当对批评言论给予更高程度的保障,可以考虑提高入罪标准。我国《民法通则》对名誉权的保护,同样没有考虑宪法第41条的规定,也没有区分官员名誉和公民名誉的区别。最高人民法院1998年发布了《关于审理名誉权案件若干问题的解释》,在名誉权和言论自由的保护上似乎开始倾向于言论自由。“公民依法向有关部门检举、控告他人的违法违纪行为,他人以检举、控告侵害其名誉权向人民法院提起诉讼的,人民法院不予受理。如果借检举、控告之名侮辱、诽谤他人,造成他人名誉损害,当事人以其名誉权受到侵害向人民法院提起诉讼的,人民法院应当受理。”但是,这一条款同样未区分官员名誉和公民名誉,对诽谤官员和诽谤公民仍予以同等保护而非差别保护。

#### 四、异中有同:人民主权

前文分析了中美两国言论自由宪法保护的三点区别,留给读者的印象似乎是:这是两部完全不同的宪法,就如同两条永远无法交叉的平行线。其实,这一印象是初步的、表面的,也是一个误解。尽管中美两国言论自由宪法保护的具体机制和模式有所不同,但是两国宪法在言论自由的政治基础上存在根本的共识:两部宪法都承认人民主权——国家的一切权力属于人民。美国的《独立宣言》、《原初宪法》和《权利法案》,自始至终承认国家的合法性来自于人民的同意,国家的权力来自人民的授予。我国宪法序言和正文以国家权力属于人民为红线,将总纲、公民的基本权利和义务以及政府机构的组织等连接成为一个完整的宪法结构,特别是宪法第2条明确规定国家的一切权力属于人民。既然权力属于人民,政府建立在人民的同意之上,那么人民的言论自由就应当得到宪法的充分保护,包括立法机关、行政机关和司法机关在内的所有国家机关均不得侵犯宪法上的言论自由。立法机关有义务积极立法保护言论自由,法院也应遵循宪法保护言论自由的精神适用法律。当立法机关制定法律限制宪法上言论自由的时候必须遵循科学立法、民主立法原则,不得过分限制言论自由,否则立法机关的立法涉嫌违宪。

美国《独立宣言》完全接受了洛克的自然权利和政府理论,承认人民拥有自然权利,政府存在的目

[26] 参见侯健:《诽谤罪、批评权与宪法的民主之维》,载《法制与社会发展》2011年第4期,第149页。

的是保障人民的自然权利。《独立宣言》的作者杰斐逊不但继承了洛克,还超越了洛克,他比洛克更加珍视人民的言论自由,将言论自由作为政府存在的前提和监督者。在致爱德华·卡林顿的信中,他写道:“如果让我来决定,到底应该有政府而没有报纸,还是应该有报纸而没有政府,我将毫不犹豫地选择后者。”<sup>[27]</sup>这句耳熟能详的话表明,政府的合法性来自人民的同意,只有人民了解了有关统治的各类信息,人民才有可能选择信任的政府官员并撤换不负责任的政府官员;而且,言论自由是人民监督政府的重要手段,只有充分的言论自由才能防止政府腐败、作恶。当杰斐逊得知1787年美国宪法草案缺少一个包括言论自由在内的权利法案之时,他立刻写信给麦迪逊,明确指出这是宪法草案最大的遗憾,他建议麦迪逊增补权利法案,甚至还提议各州延缓批准宪法草案直至增补权利法案。杰斐逊自己还是1798年联邦党人炮制《反煽动叛乱法》的“受害者”,该法不允许人民批评总统和国会,但允许批评副总统,而时任副总统就是杰斐逊。1800年杰斐逊当选总统,联邦党人惨败,这标志着人民选择了杰斐逊和言论自由。杰斐逊不但理论上支持人民的言论自由,当他成为总统后在行动上依然支持言论自由。他时常成为新闻嘲讽和讽刺的靶子,对此他也非常恼火,但是他并没有制定或实施诽谤立法以保护自己,而是号召人民做一个实验:看看一个廉洁的、依据宪法行事的政府,是否能被虚假和诽谤贬低。结果表明,廉洁的、法治的政府从来不害怕言论自由,也不害怕批评。<sup>[28]</sup>

麦迪逊根据杰斐逊的建议,起草了宪法前十条修正案作为《权利法案》。从宪法结构来看,第一、第九和第十修正案最直接地反映了人民和政府之间的关系。这三个条款的核心意旨是:人民拥有权利,政府权力有限。所以,宪法从性质上看属于“限权宪法”:限制联邦权力,保障人民权利。政府权力必须有宪法明确授权才可行使,人民权利即使未明确列举仍属人民。联邦党人1798年制定的《反煽动叛乱法》恰好违反了“限权宪法”,激起了麦迪逊的怒火,他起草“弗吉尼亚决议”抗议联邦党人的违宪行为。麦迪逊指出:《反煽动叛乱法》行使的是联邦宪法未明确授予的权力,是第一修正案明确禁止的权力,应当引起普遍的警觉;它剥夺了人民自由审查公众人物和公共政策的权利,而这一权利是所有其他权利的唯一守护者。<sup>[29]</sup>

杰斐逊和麦迪逊属于建国的一代,如果说立宪者为美国宪法播下了保护言论自由的种子,那么这颗种子随着联邦最高法院的宪法解释茁壮成长。1964年的“《纽约时报》诉沙利文案”是言论自由成长史上的里程碑。布伦南大法官撰写的多数意见,除了援引杰斐逊和麦迪逊对《反煽动叛乱法》的谴责,宣布这部166年前的法律因侵犯言论自由而违宪外,还吸收了教育家米克尔约翰(Meiklejohn)的言论自由思想。米克尔约翰主张,人民根据自己的意志创造了政府,根据宪法赋予政府有限权力,同时保留了部分权力,第一修正案就是人们保留的权力,这些权力具有“统治意义”,它们有关公共权力和政府责任,而与私人权利无关。公共事务领域的言论自由是绝对的。“公共议题的公共讨论以及信息和意见的传播对那些议题的影响必须有不被剥夺的自由。”<sup>[30]</sup>可以发现,米克尔约翰这句有关公共言论的表述和布伦南大法官有关公共辩论的表述几乎具有相同的意义。在米克尔约翰看来,言论可以分为两类:公共言论与统治事务有关,受第一修正案的绝对保护,不得立法剥夺;私人言论则与统治事务无关,不受第一修正案保护,而受第五修正案保护,可以通过正当程序立法剥夺。<sup>[31]</sup> 本文将杰斐逊、麦迪逊、米克尔约翰和布伦南有关人民、政府与言论自由的观点称作言论自由共和主义——强调

[27] 参见[美]托马斯·杰斐逊:《杰斐逊选集》,朱增汶译,商务印书馆2011年版,第405页。

[28] 同注27引书,第339页。

[29] See Madison, *Kentucky and Virginia Resolutions of 1798*, in *The Documents of American History* 179, 180 (Henry S. Commager ed., Prentice-Hall 1973).

[30] See Alexander Meiklejohn, *The First Amendment Is an Absolute*, 1961 *The Supreme Court Review* 245, 257.

[31] *Id.*

人民的自我统治和公共辩论的民主保障功能。

我国宪法比美国宪法更加明确和真实地强调人民主权。1982 宪法序言回顾了 20 世纪中国发生的伟大历史变革,尤其是 1949 年新中国的成立,从此以后“中国人民掌握了国家的权力,成为国家的主人”。宪法第 1 条将我国定位于人民民主专政的社会主义国家。第 2 条规定,“中华人民共和国的一切权力属于人民”。人民代表大会是人民行使国家权力的机关,政府要对人民代表大会负责并报告工作。除了通过人民代表大会行使权力之外,人民还可以通过多种途径参与国家事务的管理,其中就包括行使言论自由,对公共事务进行辩论。如果说人大代表在人大会议期间可以就公共事务畅所欲言拥有言论免责权,那么人民自己当然可以就公共事务进行辩论并拥有言论免责权。人大代表拥有的言论免责权来源于人民拥有的言论免责权,如果人民自己没有言论免责权,人民怎么可能将自己没有的权力授权给人大代表呢?公共事务之内,人民的言论自由应当广泛公开;公共事务之外,人民的言论自由可以受到法律的限制。但是,人民的地位高于人大代表,宪法的效力高于法律,因此,法律对私人言论的规范和限制不得逾越宪法的界限,应当符合法律保留原则和比例原则,不得没有宪法和法律依据而剥夺人民的言论自由,也不得过分限制人民的言论自由。从我国宪法结构来看,《宪法》第 35 条规定的是一般意义上的言论自由,第 41 条列举了特殊意义上的言论自由,即“公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利”,本文将这一规定理解为公共言论条款。为什么宪法特别规定批评国家工作人员,而没有规定批评普通公民?其中,最根本的理由就是,人民是国家的主人,官员是人民的代理人,官员的权力来源于人民的授权。如果不是人民拥有主权,而是官员拥有主权,那么人民怎么可能有权批评官员。言论自由的本质就是保护批评官员的言论。如果宪法只允许赞美官员,而不允许批评官员,那么这个国家就没有真正的言论自由。我国《宪法》第 41 条明确规定了公民批评官员的权利,在世界宪法史上居于先进地位。

## 五、言论自由的双重性与名誉权和诽谤罪的重构

言论可以划分为公共言论和私人言论。公共言论是指与公共利益有关的言论,尤其是有关官员行使职权行为的言论。对于公共言论,宪法应当提高保护标准,以利于充分实现人民主权和民主价值,正如我国《宪法》第 41 条规定的,允许公民对官员职权行为进行批评和建议。此时,言论自由是一张“王牌”,官员不可以因被批评而提起名誉权诉讼,更不能滥用职权操纵其他机关提起公诉。私人言论,则无关公共权力的运行,也无关政府官员行使职权的行为,此时,言论自由不必然高于其他权利和自由如名誉权,存在的是两种权利之间的冲突,不能一概要求其他权利退让,而必须由法官根据具体情况、采用价值衡量的方式予以确定。据此,言论自由具有双重性——公共性和私人性。公共性言论具有优先保障的地位,私人性言论则与其他权利一视同仁,通过法官个案衡量确定。根据这一理论,下面试讨论我国民法上的名誉权保护和刑法上的诽谤罪及其重构。

言论自由与名誉权保护之间存在权利冲突并不鲜见,关键问题是如何划定言论自由的界限。范志毅名誉侵权案的判决,第一次引入公众人物的概念并作出了有利于言论自由的判决。王利明教授对该案件进行了分析,梳理了公众人物理论在美国的发展,并提出公众人物的名誉权应当受到限制。<sup>[32]</sup> 杨立新教授也使用公众人物的概念以解决言论自由和名誉权之间的冲突。应当指出,第一,国内学界引进公共人物概念以保护言论自由具有明显的进步意义,彰显了言论自由的价值。但是,对于公众人物的概念却存有分歧,这些分歧反映了更深刻的价值冲突,理清分歧有利于我们更清晰地认

[32] 参见王利明:《公众人物人格权的限制和保护》,载《中州学刊》2005年第2期,第92-93页。

识言论自由的价值。例如,王利明教授将公众人物分为三类:一类是政府官员和公益组织领导人,另一类是娱乐界和体育界明星,第三类是文学家、科学家、知名学者、劳动模范等知名人士。<sup>[33]</sup> 杨立新教授在起草人格权法时,也希望引入公众人物概念,包括政治人物,历史人物,文艺、体育明星等。<sup>[34]</sup> 两位教授实际上采纳的是广义的公众人物概念,既包括政府官员(狭义的公众人物)也包括社会公众人物。本文借用英国法哲学家哈特关于语词具有“核心事例”和“边缘事例”的理论,<sup>[35]</sup> 主张公众人物的核心事例是政府官员,其他社会名流只是它的边缘事例。第二,美国公众人物原则的发展,的确经历了从公共官员(public official)到包括影视明星在内的公众人物(public figure)的过程。1964年的“《纽约时报》诉沙利文案”首先确定了公共官员的诽谤标准——“实际恶意”,而且要求原告负担举证责任;1967年的“足球教练和退休将军案”扩展到不掌握公共权力的足球教练;1971年的“裸体杂志案”则扩展到私人,只要诉讼事件的性质与公共利益有关即可。<sup>[36]</sup> 但是,本文认为,美国公众人物的扩张和发展背离了公共辩论的性质,无助于言论自由民主价值的体现。一个明星的日常起居或者其婚姻状况或者其演技的高低与公共利益之间没有紧密的联系,最多具有松散的联系。因此,本文更倾向于从狭义的视角界定公众人物,即政府官员等掌握和行使政府权力的人。他们的行为与民主价值紧密相关。即使像两位教授建议的那样,把针对社会性公众人物的言论和针对政府官员的言论予以同等保护,其背后的价值理念也应有所不同。为了民主价值,需要保护针对政府官员的言论。针对影视明星的言论,并非出于民主价值。两位教授未说明究竟基于什么价值要将这两类人予以同等对待。可以肯定的是,针对影星等社会性公众人物的言论予以特殊保护,一定是出于某一社会价值,但这一价值与民主没有直接和紧密的联系。第三,中国宪法文本所支持的也是狭义上的政府官员——“国家机关和国家机关工作人员”。从文本的角度看,无法当然解释出针对社会性公众人物的言论具有优先保护的结果。第四,从司法实践角度来看,中国法院似乎将范志毅等影视体育明星作为公众人物的核心事例,而很少将政府官员作为公众人物。因此,如果盲目引入公众人物概念,那么人们批评和评论影视明星的言论有了更宽的尺度,但是,这却背离了我国《宪法》第41条的意旨——监督公共权力。批评官员的尺度并未获得实质性放宽。最后,宪法并非保护针对公众人物的一切言论,而是保护与行使国家权力和公共利益相关的言论。因此,公共言论的概念优于公共人物的概念。即使采纳公众人物概念,也应当将目光对准狭义的公众人物。一言以蔽之,公众人物概念的核心是公共官员,而不是社会名流。

我国《民法通则》第101条和《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》规定了个人的名誉权保护。从公共言论和公众人物角度来看,似乎可以对我国相关法律规定和司法解释作有区别和类型化的重构。我们认为,大体上看,可以分为三种类型:针对政府官员行使公共权力的公共言论,予以特殊保护,原则上不作为名誉权侵权;针对社会性公众人物的言论,予以中等程度的保护;针对个人的与公共利益无关的言论不需要特殊保护,法官予以个案衡量确定保护言论自由抑或名誉权。以上是基于言论的性质和价值作出的原则性划分,立法者和法官应当将其作为解决名誉权和言论自由冲突的重要考虑因素。

我国《刑法》第246条和《最高人民法院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)均规定了诽谤罪,但没有区分公共官员和非公共官员,在举证责任上也没有差别对待。尽管许多学者认为相关法条和《解释》存在缺陷,但并未从区分公共言论和私人

[33] 同注32引文,第93-94页。

[34] 李秀卿:《画家范曾起诉3人侵害公众人物名誉权索赔540万》,载《法治周末》2010年11月10日。

[35] 关于语词具有“核心事例”和“边缘事例”的理论,可参见哈特:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第112页。

[36] 参见张千帆:《美国联邦宪法》,法律出版社2011年版,第444-445页。

言论的角度予以分析。例如,高铭暄和张海梅认为,《解释》体现了对各类被害人名誉权的平等保护,并无不妥。<sup>[37]</sup> 根据本文提出的言论自由的双重性,可以对我国有关诽谤罪的规定予以重新解释。第一,应当限制诽谤罪的“但书”条款。刑法对名誉权的保护包括自诉和公诉,以自诉为原则,以公诉为例外。表面上看,诽谤罪对所有的人平等对待,但现实中存在的公权力主体常常会滥用公诉权,被诽谤者是普通百姓的时候却不得不选择自诉。近年来“诽官案”呈现大幅攀升趋势。因此,对于我国《刑法》第246条的“但书”规定,应当作严格解释。公安部《关于严格依法办理侮辱诽谤罪的通知》体现了这一精神,对“严重危害社会秩序和国家利益”作了列举,但仍然留有较大的解释空间,还需作更加严格的界定和列举,明确列举之外的不得公诉。当然,根本的方法是取消“但书”规定,让诽谤罪彻底“自诉化”,不允许公诉。第二,批评官员的公共言论入罪标准应提高。允许公众批评官员,即使事实陈述不完全符合真相,即使使用尖刻甚至刺耳的语言。这是为了保障社会的公共利益,属于言论自由的公共性,而不只是出于保障发言者自己利益。当然,并非所有批评官员的言论均无法构成诽谤罪,但是,不当将对官员的批评与对公民个人的批评同等对待。可以考虑下面两个必不可少的要件:一是事实完全捏造,完全不符合真相,而不是部分事实不符合真相;二是批评者的目的只是为了损毁官员的名誉,而没有追求公共利益和舆论监督的目的。<sup>[38]</sup> 此外,官员或公诉方应承担举证责任。

上述根据言论自由所作的类型化是初步的和方向性的,对名誉权和诽谤罪的重构也只是尝试性的和原则性的,更加精致的讨论需要在此方向上进行,不能在方向上有背离。言论自由双重性的价值在于,提醒我们处理公民-官员言论与公民-公民言论应采用不同标准。如果承认人民当家作主,那么,人民批评官员正是行使言论自由的典范。“天下兴亡,匹夫有责”才是言论自由公共性的传统文化表达,“莫谈国是”则背离了言论自由的公共性。“天下”与“国是”之外,属于私人之间的私人言论,可以通过立法予以限制,并由法院予以个案衡量。

## 六、结语

言论自由的宪法保护不同于言论自由的法律保护,违反法律的言论也许符合宪法。因此,应当认真对待宪法上的言论自由条款。根据文本、结构和历史的解释方法,我国宪法言论自由条款不仅包括第35条和第41条,还包括第38条、第51条、第53条、第54条。前两个条款属于一般意义的言论自由和特殊的公共言论自由,后面的四个条款属于言论自由的义务和限制性规定。这六个条款构成我国宪法完整意义上的言论自由条款。宪法的核心是尊重和保障人权。因此,言论自由的义务性和限制性规定不宜解释为公民的宪法义务,宜于解释为立法机关制定法律限制公民言论自由的宪法根据。公民不因违反宪法言论自由条款而承担违宪责任,但可能因违反立法机关制定的法律而承担法律责任。当然,由于宪法的效力高于法律,立法机关制定法律限制公民言论自由的同时,还必须接受宪法的限制,不得过分限制言论自由。

中美两国在言论自由的宪法保护方面存在差异,也有共识。主要区别如下:第一,美国宪法上的言论自由条款属于《权利法案》,宪法文本没有规定言论自由的限制,而是由法院在释宪过程中划定言论自由的界限;我国宪法文本规定了言论自由的限制,这些限制为立法机关制定法律提供了宪法根据,但不直接约束公民。第二,美国言论自由采用“不得立法”模式,禁止国会立法剥夺言论自由,法院可以直接援引宪法保护言论自由;我国采用“经由立法”保护模式,宪法上的言论自由条款需要具体化

[37] 参见高铭暄、张海梅:《网络诽谤构成诽谤罪之要件》,载《国家检察官学院学报》2015年第4期,第121页。

[38] 参见张明楷:《网络诽谤的争议问题探究》,载《中国法学》2015年第3期,第70页。

为法律才可被法院援引适用。由于我国还未制定言论自由保护法或者新闻自由法,言论自由的法治化还有相当长的路要走。第三,美国言论自由的宪法保护属于“差别保护”,区分公共言论和私人言论,并给予不同程度的保护;我国宪法可以解释为“差别保护”,但是当具体化为法律后没有表现为“差别保护”,而是体现为“一体保护”,不区分公共言论和私人言论。第四,基于中美两国国情和宪法文化的不同,中美两国在言论自由的宪法保护上存在上述机制和模式上的区别,但是两国宪法均承认人民主权,这是言论自由“差别保护”的政治基础。我国宪法更加强调人民主权,对我国宪法的重新理解包括“差别保护”的可能性,而且这一可能性也得到我国宪法文本的支持。我国《宪法》第41条是有关公共事务的公共言论,特别是有关官员职权行为的言论,对这类言论应当给予更高层次的保护,充分体现人民和政府官员之间的委托-代理关系。我国《宪法》第35条可以解释为一般意义上的言论自由,关涉私人言论,与公共事务无关。如果私人言论与其他公民的名誉权、隐私权等权利之间发生冲突,属于平等的权利之间的冲突,应进行个案衡量。这一重构体现了公民-政府、公民-公民两种不同类型的法律关系。既然我国宪法的言论自由条款可以区分为公共言论和私人言论,那么整个法律秩序特别是民法和刑法也应当沐浴在宪法价值之下。据此,如果公共言论涉及官员职务行为,那么,即使言论存在错误或者诽谤,也应当得到更高层次的保护,不认为侵犯官员名誉权或隐私权;如果言论与公共事务无关,那么它应当与其他公民民法上的名誉权和隐私权平等地予以个案衡量。对官员职务行为的批评与对公民个人的诽谤也应当在刑法的诽谤罪上进行区分,前者原则上不作为犯罪行为处理或者应提高入罪标准。

在法治社会,批评官员的尺度大于批评个人的尺度;在人治社会,批评个人的尺度大于批评官员的尺度。

### How Is the Free Speech Clause of Chinese Constitution like the First Amendment to the United States Constitution?

Ma Dehua

**Abstract:** The law relating to free speech must comply with the constitution. Constitutional interpretation should be based on text, structure and history of the document. There is difference and similarity between the free speech clause of Chinese constitution and the United States Constitution. First, there is no duty-rule about free speech in the United States constitution text. Chinese constitution includes freedom of speech and its duty. Second, the first amendment adopts make-no-law pattern and the court can apply the constitution directly. However, Chinese constitution adopts by-legislation pattern. The freedom of speech of the constitution muse be transformed into laws. Then, the court can apply the laws directly. Third, the supreme court of the United States gives public speech much more protection than private speech. There is no difference between the two speeches in Chinese laws. Last, both Chinese constitution and the United States constitution believe in popular sovereign. The free speech clause of Chinese constitution can be reinterpreted into two-level protection. Accordingly, Chinese criminal law and civil law relating to free speech should be reinterpreted.

**Keywords:** free speech; the First Amendment to the United States Constitution; defamation; reputation; public figure

(责任编辑:刘馨)

# 国际投资仲裁中既判力原则的适用标准

## ——从形式主义走向实质主义

傅攀峰\*

**摘要:**国际投资仲裁因裁决不一致现象频繁而饱受批评,而在特定情形下,适用既判力原则是一条确保前后裁决一致的有效途径。在既判力原则的适用标准上,传统的三重因素一致标准乃为两大法系所公认。然而,倘若投资仲裁庭对这一标准作机械解释,既判力原则将面临无法得到适用的僵局,进而无法避免后诉仲裁庭对前诉仲裁庭已裁断的同一请求或同一争点作重复裁断。通过对当事人、诉因以及请求这三重因素中的每一重因素作实质分析,适当软化三重因素一致性的要求,可避免诸多不合理的实践推论,从而达到平衡正当程序考量与满足既判力原则适用的双重目的。

**关键词:**投资仲裁 既判力原则 适用标准 三重因素一致

晚近,国际投资仲裁遭到来自不少主权国家、民间团体以及学者的激烈批评,<sup>[1]</sup>其中的一个重要原因在于,投资仲裁庭在相同问题上作出不一致裁决的现象反复出现。对此,学者们提出了一系列有助于确保裁决结果一致的建议,包括建立上诉机制、确立裁决先例制度、引入多方当事人仲裁机制等等。然而,在特定的情形下,通过在后一关联仲裁中适用既判力原则,亦可达到避免裁决冲突、实现裁决一致的目的,而这往往为不少学者所忽视。对于既判力原则的适用,实践中的一个核心问题是,在何种条件下,前一裁决所裁断的请求与争点能够对后一仲裁庭产生“一事不再理”的效力?此即既判力原则的适用标准问题。传统上,“三重因素一致”(triple identity)标准,即当事人的一致、诉因的一致与请求的一致,构成既判力原则的普遍适用标准。然而,考察近年国际投资仲裁实践,在如何理解并适用“三重因素一致”标准上,统一、连贯的处理方式仍未出现。不过,可喜的是,从著名的Lauder案到新近的Apotex案,国际投资仲裁庭在适用“三重因素一致”标准上,方法发生了根本转变。形式主义的分析模式已逐渐失去影响,代之的是,仲裁庭基于个案对三重因素中的每一重因素作实质分析,从而为合理运用既判力原则规避裁决的冲突铺砖引路。鉴于此,深入探究传统“三重因素一致”标准的内容,并通过案例呈现投资仲裁庭适用这一标准的方法转变,必将有助于人们深入理解既判力原则的适用在解决当今国际投资仲裁中的一系列突出问题所具有的独特价值与意义,本文的目的即在于此。

\* 中国社会科学院法学研究所博士后研究人员,法学博士。

[1] 就主权国家而言,南美洲的玻利维亚、委内瑞拉以及厄瓜多尔已宣布退出ICSID协定,澳大利亚已决定拒绝在其今后缔结的投资协定中将仲裁机制纳入。就学界而言,2010年加拿大投资法专家Gus van Harten教授召集全球相关学者发布了一份名为《关于国际投资体制的公共声明》的文件,对国际投资仲裁机制进行了猛烈的批评与反思,这份名单签名中包括三名中国学者,分别是中南财经政法大学的刘笋教授,厦门大学的韩秀丽教授与蔡从燕教授。就公共媒体而言,2012年由欧洲的CEO(Corporate Europe Observatory)与TNI(Transnational Institute)两家非政府组织发布的一份名为《谋利于“非正义”:律所、仲裁员以及金融家是如何在助推投资仲裁热的?》揭露了国际投资仲裁界的各种利益关联与消极方面,在业界引起了极大的反响。



## 一、传统的适用标准：三重因素一致

既判力原则乃古今几乎所有法律文明所共同认可的一项法律原则。<sup>[2]</sup>词源上,现代意义上的既判力一词源自于罗马法,<sup>[3]</sup>但作为一种观念形态和一项法律原则,既判力却有着更为久远的历史,有法官甚至在判决书中直接将既判力界定为一项源自于已无法追溯的远古时期(time immemorial)的原则。<sup>[4]</sup>Peter Barnett指出:“事实上,在古代的判例中,我们可以清晰地看到裁判的终局性对于争议解决的重要性:它体现在由古印度法学家所阐述的法律的精神中,它体现在希腊的民俗中,它还体现在罗马法学家所阐述的法律原则中。”<sup>[5]</sup>两则著名的拉丁法谚非常中肯地道出了既判力的意义:第一则是“interest reipublicae ut sit finis litium”,其意为“诉有终乃公共利益之要求”;第二则是“nemo debet bis vexari pro una et eadem causa”,其意为“任何人不可遭受基于同一原因的重复起诉”。

既然裁判的既判力具有如此重要的意义,那么,如何适用既判力原则,自然便是司法实践中的一个核心问题。在既判力原则的适用上,事实上亦存在一项普遍的标准。这项普遍的标准即通常所谓的“三重因素一致”标准,亦即当事人、诉因与请求的一致。无论是在大陆法系,还是在普通法系,这项标准都得到了立法或司法实践的肯定。<sup>[6]</sup>不过,由于当今国际仲裁在程序上主要受普通法系,尤其是美国法的影响,<sup>[7]</sup>而既判力原则的适用问题亦普遍被识别为程序上的问题,因此,对三重因素中的每一重因素的分析,下文将遵循普通法系特别是美国法的理解。

### (一) 当事人的一致

仲裁中,当事人乃指作为仲裁协议的签约者,以仲裁申请人或被申请人的身份实际参与仲裁程序的人。由于仲裁的发生以当事人所签订的仲裁协议为基础,因此,仲裁当事人首先必须是仲裁协议的签约人,而仲裁协议的非签约人(non-signatory)则不具备提起仲裁的主体资格。在缺乏具体仲裁协议的投资仲裁中,<sup>[8]</sup>仲裁庭的管辖权实际上来自于抽象的双边投资协定、多边投资协定或者国家投

[2] Peter Barnett 指出:“事实上,在古代的判例中,我们可以清晰看到裁判的终局性对于争议解决的重要性:它体现在由古印度法学家所阐述的法律的精神中,它体现在希腊的民俗中,它还体现在罗马法学家所阐述的法律原则中。”Peter Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments: The Preclusive Effects of Foreign Judgments in Private International Law* 8 (Oxford University Press 2001).

[3] “既判力”一词源自拉丁语的“res judicata”,经日文翻译后直接转借过来。在拉丁语中,“res”为名词,意为“物”;“judicata”为动词被动形态,意为“被裁决了的”,由此,“res judicata”意为“已被裁决之物”。就拉丁语一词“res judicata”而言,其本身既可以指有形的终局裁断,亦可指无形的由这一终局裁断所衍生的“一事不再理”之效力。在后一情形中,“res judicata”作为一项法律原则而存在。汉语中的“既判力”一词似乎只能指代终局裁断的无形效力,不过,由于此种无形效力是“res judicata”一词被使用得最为广泛的,因此,将“res judicata”译作“既判力”而非直译为“已被裁决之物”,可以说既文雅又贴切。

[4] See *Iselin v. La Coste*, 147 F.2d 791, 794 (5th Cir. 1945); See *Iselin v. Meng*, 307 F.2d 455, 457 (5th Cir. 1962).

[5] Barnett, *supra* note 2, at 8.

[6] 在大陆法系国家,既判力原则是一项相当重要的法律原则,绝大多数大陆法系国家都以立法的形式将既判力原则明确规定在法典中。这些国家的法律一般都规定,判决一经作出即对双方产生约束力,并且可以阻止任何一方当事人就同一争议再行起诉。总体而言,大陆法系与普通法系对既判力的宗旨、价值以及内涵等方面的理解高度一致,所不同的是,两大法律传统对于既判力的类型、既判力的范围(特别是客观范围),以及既判力的适用标准等方面,存在着较大的差异。究其原因,大陆法系传统上较为注重立法的严谨性和逻辑性,在实践中更偏向于追求法律在形式上的正义;而普通法系则更注重法律制度的实用性。不过,两大法系并非孤立存在,两者之间在既判力的制度实践上,亦相互借鉴与吸收,特别是大陆法系对普通法系既判力规则的借鉴与吸收。例见:《法国民事诉讼法典》第480条、《比利时司法法典》第23至27条、《德国民事訴訟法典》第322至327条、《意大利民事訴訟法典》第324条,等等。

[7] 当今国际仲裁,无论是国际商事仲裁,还是本文所着重探讨的国际投资仲裁,程序上都深受普通法,特别是美国法的影响,国际仲裁界将这种现象称之为仲裁的“美国化”(Americanization)。

[8] See Jan Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10 (2) ICSID Review 232, 257 (1995).

资立法。在这种情形下,作为仲裁的当事人,申请人一般都是投资者,而被申请人则是主权国家。

既判力原则得以适用的首要条件是,前后关联之诉中的当事人必须具备同一性。问题是,如何判断此种同一性?

法国法对当事人的同一性作出了如下解释:首先,关联案件所涉之前后程序中的当事人必须一致,<sup>[9]</sup>一般而言,当事人仅与裁判结果有利害关系并不能使其获得既判力的抗辩权利;其次,既判力原则不仅要求前后程序的当事人一致,而且更进一步要求在前后程序所涉法律关系中,当事人的行为能力的内容也必须一致。举例来说,同一当事人在前一程序中以雇主的身分出现,而在后一程序中却以代理人身分出现,在这种情形下,前诉就无法对后诉产生既判力。针对当事人这一因素,意大利民事诉讼法要求前后程序中的当事人绝对一致。在普通法系,特别是在美国,在后诉中出现的与前诉当事人具有密切联系的人(privy)亦可被视为与前诉当事人具有同一性。在 *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd* 案中, Lord Reid 法官指出,密切联系可以三种不同的形式呈现:第一种形式是血缘上的密切联系,如上代人和下代人之间的关系;第二种形式是产权上的密切联系,如因破产而导致破产者与破产债权和债务继承者之间的关系;第三种形式是利益上的密切联系,如信托人和受益人之间的联系。<sup>[10]</sup>

实际上,当事人在前后关联之诉中,如果身份完全一致,且实际上亦以同样的行为能力介入相关法律关系,人们能够很快判断出此种同一性。然而,在仲裁实践中,常常出现的一个问题是,当一方当事人为一家作为母公司的大型集团公司,其子公司在后续关联案件中针对同一相对当事人提起仲裁,仲裁庭能否将该子公司视为与前案的母公司具有在当事人上的同一性?对于这一问题,目前国际仲裁界尚未有定论,而且实践中亦存在分歧,但一般认为,在此种情形下,仲裁庭必须对子公司与母公司在个案中的实际联系作具体分析,如果两者存在足够的联系,以致于人们无法对此将子公司的行为与母公司的行为在结果上作区分,那么,人们有理由在后一关联仲裁案中认定其与前一关联案件在当事人上具有同一性。<sup>[11]</sup>

另外一个常被讨论的问题是,案外第三人能否援引前一关联裁判所认定的结论作为其在后一案件中的证据?换言之,前一关联裁决的终局效力能否被后一案件所援引,而不论此两案之当事人是否存在同一性?<sup>[12]</sup> 美国法院曾多次面对此问题,而且人们对这一问题的争议比较大。这个问题实际上涉及到所谓的“相互原则”(principle of mutuality),根据该原则,只有当事人在前后关联案件中都形成了同样的相互关系,相关当事人方可在后案中援引前案的结论作为抗辩依据。然而,在1942年,美国加州法院著名的 *Bernhard v. Bank of America* 案<sup>[13]</sup> 却冲破了长久以来美国法院所奉行的“相互原则”。在该案中,法院认为,案外第三人亦可援引前一关联裁决之结论作为一项争点禁反言抗辩在后案中提出,以阻止对前案已决争点再作审理,并在后案中直接适用前一关联裁决之结论。不过, Bern-

[9] 后一程序当事人如果是前一程序当事人的继承人,在一定条件下,此种情形亦可能被视为前后程序的当事人一致。

[10] See *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd*, [1967] 1 AC 853, at 909-910. 利益上的密切联系人是最难被界定的概念,在英国法律中,对于如何在实践中界定某人或某一实体是利益上的密切联系人, Peter Barnett 作出了精炼的概括,他指出,在认定关乎某一当事人的一项裁判应对其他程序中的另一当事人具有约束力之前,裁判者必须对相关当事人的利益以及当事人之间是否存在充足的同一性进行考察。此外,前一诉讼所牵涉的利益或争议主题必须受到法律的肯定或对他人具有受益性。他人对于诉讼仅表示关心或好奇,或者对诉讼结果只有些许利益不能使其成为利益上的密切联系人。See Barnett, *supra* note 2, at 69.

[11] 此问题在投资仲裁中出现得更相当频繁,这是因为作为提起投资仲裁之诉的投资者往往是知名的大型跨国公司,而这些跨国公司的母公司与其旗下的子公司都可能会不同程度地在前后关联仲裁中相继参与到仲裁程序之中。

[12] See Stavros Brekoulakis, *The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited*, 16 (1) Am. Rev. Int'l Arb. 177, 209 (2005).

[13] See *Bernhard v. Bank of America*, 19 Cal. 2d 449 (1941).

hard v. Bank of America 案之方法后来一直受到不少人士的批评。<sup>[14]</sup>

在涉及仲裁的案外第三人问题上,美国加州法院在 Vandenberg v. Superior Court 案中给出了具有较大影响的法律意见,为后来的一些法院所借鉴与援引,其认为,“一项私人性质的仲裁裁决,即使其已获得了法院的司法确认,亦不可对第三人产生对其有利的争点效,除非在特定仲裁案中,当事人同意仲裁裁决可产生此种效果”<sup>[15]</sup> 另一方面,在仲裁中,案外第三人能否被前一关联裁决的排斥效力所阻断,而在后面其所参与的案件中不可再提出相关问题或请求? 答案显然应为否定,因为案外第三人未参与仲裁程序,这意味着其未得到充分表达自己的辩护意见的机会,因而,由该仲裁程序所产生的裁决不可对其产生阻断效力。在新近的 Silber v. Hanover Builders 案<sup>[16]</sup> 中,美国第二巡回法院所作出的判决认为,针对仲裁案外第三人,涉案仲裁当事人既不可援引裁决的请求排除效,亦不可援引裁决的争点排除效。

## (二) 诉因的一致

诉因(cause of action)是普通法系中重要的法律概念,<sup>[17]</sup> 按照《牛津法律大辞典》的解释,诉因是指“某人据以行使其提起诉讼权利的某一事实或系列事实”,<sup>[18]</sup> 《牛津现代法律用语词典》亦作此解。<sup>[19]</sup> 一方面,它是指能构成通过起诉他人以实现自己的法律权利或利益的某一事实或系列事实;另一方面,它还指当事人起诉他人的法律根据,如违约、侵权等等。因此,诉因实际上包含两个方面,即事实方面与法律方面。单纯的某一方面并不能构成诉因。诉因必须是这两方面的结合方可成就。这点不难理解,因为在日常生活中人们所遇到的绝大多数事实或事件,如找别人借东西、在路上不小心摔倒,或者遗失了某一件随身物品等等,它们并不能当然地转化为诉因。当然,静态的法律规定也不能构成诉因。当事人提起诉讼,一般是将具体事实陈述出来,然后通过相关法律论证这一事实以使另一方当事人承担法律责任,从而说服法院支持其诉讼请求。在民事纠纷的背景下,诉因的具体种类有很多,如违约、侵权、不当得利等等。其中每一项还可以根据具体情形再作细分。在仲裁中,诉因的范围较之于民事诉讼要小,其主要限定在关于合同或财产的纠纷领域,涉及公共利益的民事纠纷一般会被排除在仲裁之外,此即所谓的可仲裁性(arbitrability)。

一项清晰、准确的诉因对于确定当事人的诉权、恰当的诉讼请求以及法院的审理范围具有关键的意义。没有诉因,当事人就没有诉权(locus standi),因而无法提出恰当的诉讼请求,或者其诉讼请求无法得到法院的支持。由于司法奉行不告不理的原则,如果没有诉因,或诉因不清晰,法院就无法确定审理的范围。某一事实或系列事实,根据不同性质的法律,可被识别为具有多重诉因,如存在诉因竞合的情况,此时选择一个恰当的诉因对于实现当事人诉讼利益的最大化具有相当重要的价值。值得注意的是,在诉因竞合的情形下,当事人基于其中某一个诉因提出请求,且法院所作出的裁判满足了此种请求后,由于该当事人的实体权利已经得到完全的救济,诉讼目的已经实现,此时,该当事人不可再基于另一诉因提出新的请求。诉因的重要性不仅仅体现在这些方面,它还在确定裁判的既判力的客观范围上扮演着突出的角色,因为适用既判力原则的前提条件是前诉与后诉在诉因上的一致。

[14] See Edwin H. Greenebaum, *In Defense of the Doctrine of Mutuality of Estoppel*, 45 (1) Ind. L. J. 1, 19 (1969); See William S. Byassee, *Collateral Estoppel Without Mutuality: Accepting the Bernhard Doctrine*, 35 Vand. L. Rev. 1423, 1452 (1982).

[15] *Vandenberg v. Superior Court*, 21 Cal. 4th 815, 834 (1999).

[16] See *Silber v. Hanover Builders*, Case No. B246975 (2d Dist. Div. 7 May 12, 2014).

[17] “诉因”与大陆法系德日等国的“诉讼标的”概念存在不少关联,不过,由于普通法与大陆法两大传统在法律发展路径上存在较大差异,因此,两概念的具体内涵差别甚大。由于国际投资仲裁在程序上深受普通法系的影响,因此,对于诉因的理解,本文亦遵循普通法系的标准。

[18] 参见[英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第178页。

[19] 参见[美]布莱恩·A. 加纳:《牛津现代法律用语词典》,法律出版社2003年版,第140页。

那么,如何判断前诉与后诉之诉因具有一致性呢?

在美国法律中,法院一般同时采纳两种检验方法来判断前后两诉是否在诉因上存在一致,以判断是否应将前诉判决视为对当前之诉具有终局约束力。这两种检验方法分别是“证据检验”与“交易检验”。

在“证据检验”的方法下,如果维系后诉之存在的证据同样是维系前诉之存在的证据,或者同样的事实(即事实证据)对当事人提起前后两诉具有核心意义,那么,在其他条件满足的情形下,前诉判决的既判力能产生阻却后诉进行的效果。在 *American National Bank 上诉案*<sup>[20]</sup> 中,Robert D. McLaren 法官(代表法庭的意见)认为,原审法院错误地适用了既判力原则而导致案件被驳回,由于在前后两诉中,当事人所提出的请求存在明显的差异,而支持两种请求分别需要不同的证据,因此,前诉之判决不能对后诉产生阻却效力,原审法院将案件驳回的决定是错误的。

在既判力的适用问题上,单纯的“证据检验”方法还不足以判断前后两诉是否存在诉因一致,更为重要的一种检验方法则是“交易检验”(transactional test)。理解“交易检验”方法之关键在于理解“交易”这一概念。此处的“交易”与买卖性质的交易有所区别,前者不仅仅包括所有市场性质的交易或其他类型的交易,还包括引起法律关系产生的事件(incident)、事实性情况(factual situation),因此它的外延要比一般的交易更广。对于什么可以构成此处所谓的“交易”,美国第五巡回法院认为应采取一种实用主义的态度。其在 *Petro - Hunt, LLC v. United States* 案中指出,判断“交易”是否成立,应考虑到各种各样的因素,如“两案所涉及之事实时间在时间、空间、起源或动机上是否相互联系,它们是否构成一个方便的审理单元,以及将其作为一个审理单元来处理是否符合当事人的期望或者符合商业上的一般理解或惯例”。<sup>[21]</sup> 该法院在后来的 *Davis v. Dallas Area Rapid Transit* 案中重申了以上这一点。<sup>[22]</sup> 由此,不难发现,在“交易检验”方法下,前诉判决对后诉产生阻却效力的前提是,当事人提起后诉乃源自于与当事人提起前诉相同的事实背景。

### (三) 请求的一致

在仲裁中,请求(claim)乃仲裁申请人通过仲裁申请书要求仲裁庭裁定被申请人向其满足法律上的一定利益。仲裁被申请人在一定条件下亦可向仲裁申请人提出请求,此谓“反请求”(counter claim)。<sup>[23]</sup> 在既判力原则的适用上,请求的一致是指,当事人在后一关联仲裁中所提出的请求,须与其在前一关联仲裁(或诉讼)中所提出的请求具有同一性。倘若缺乏此种同一性,即使前后关联两案在当事人与诉因两方面具有一致性,前案所生裁判之既判力亦不得适用于后案之中。

在美国,人们习惯于将狭义上的既判力理解为“请求排除效”(claim preclusion),因为在普通法系,广义上,裁判所处理的争点在一定条件下亦可产生既判力,此即与“请求排除效”相对应的“争点排除效”(issue preclusion)。而在大陆法系,由于法律一般只认可裁判主文的既判力,既判力不及于判决理由,而裁判主文的内容限定于对相关请求所作出的最终处理,由此,确定了请求的范围,从某种意义上也确定了既判力的范围(客观范围)。请求的类型多种多样,但在仲裁中,金钱请求乃最为常见之请求形态。判断前后关联案件所涉之请求是否存在同一性,显然不取决于前后两案中一方当事人是否

[20] See *American National Bank & Trust Company of Chicago v. Village of Libertyville*, 645 N. E. 2d 1013 (1995).

[21] *Petro - Hunt, LLC v. United States*, 365 F. 3d 395, 396 (5th Cir. 2004).

[22] *Davis v. Dallas Area Rapid Transit*, 383 F. 3d 309, 313 (5th Cir. 2004).

[23] 在国际商事仲裁中,仲裁被申请人提出反请求(counterclaim)乃常见现象,然而,在国际投资仲裁中,作为被申请人的国家能否提出反请求,则是一个颇具争议的问题。近年的 *Spyridon Roussalis v. Romania* 案乃是关于这一问题的焦点案件。在该案中,作为一方当事人委任的仲裁员,Michael Reisman 教授对仲裁庭的裁决提出了异议,他认为,投资者根据一项双边投资协定提起一项ICSID投资仲裁,即充分表明其已接受作为仲裁被申请人的国家亦可针对其提起反请求这一点,而这也是另一个焦点案件——*Goetz v. Burundi* 案的仲裁庭所表达的一致意见。See *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1 (7 Dec. 2011); See *Goetz v. Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2 (21 June 2012).

请求对方作等量的金钱赔偿,而是需要结合请求所基于的原因事实作判断,因为基于不同的原因事实,一方当事人可能向对方当事人提出数项请求,且形式往往都是金钱请求。正因为判断请求的一致离不开对请求背后的原因事实,即诉因一致性的考察,因此,人们不难理解美国普通法中的“请求排除效”在大洋彼岸的英国被称作“诉因禁反言”(cause of action estoppel),两者在概念与内容上实际相差无几。

判断请求的一致,虽然看似简单,然而,在实践中,出现与前一关联案件在表面上完全一致的请求,往往少见。颇多时候,请求的一致需要裁判者对请求的内容作仔细分析,考察前后请求是否具有实质上的同一性,或者前后请求是否在内容上具有重叠性。例如,我国法院在近年处理的“中天仲裁案”中即基于后一裁决(JACC 07-11号裁决)所处理的请求被前一裁决(JACC 04-05号裁决)已处理的请求所包含,从而认为后一裁决违背了前一裁决的终局效力,遂拒绝承认与执行该项裁决。<sup>[24]</sup>

另一方面,正如前文所述,在普通法系,案件的争点在特定条件下亦能产生既判力。因此,请求的一致在判断争点能否产生既判力的问题上不应当成为裁判者的桎梏。如果在适用“争点禁反言”规则上,请求的一致亦必须无条件得到满足,那么,当事人很容易通过在前后关联之诉中人为地撕裂请求(claim splitting)达到避免让前一程序所裁断的关键争点在后一程序中产生既判力的目的。例如,在1910年的英美求偿仲裁案<sup>[25]</sup>中,仲裁庭即认为既判力原则仅涉及两个因素,即当事人与案件所涉问题是否存在同一性。在早期常设仲裁院的Pious Fund案<sup>[26]</sup>中,仲裁庭同样适用了此种方法,并强调在本案中,不仅仅当事人具有一致性,而且本案所涉之争议主题(subject matter)在前一仲裁裁决中已被裁断。新近Apotex案<sup>[27]</sup>中,仲裁庭非常鲜明地表达了支持此种方法的意见,认为裁决的请求及其所基于的理由不应当被分开予以考察,即使当事人在后一案件中提出了新的请求,倘若此项新的请求所基于的原因争点已被前一关联裁决所裁断,那么,后一仲裁庭亦可援引前一关联裁决的相关结论,作出是否支持或拒绝新的请求的决定。这一案件极具典型意义,其与十多年前的Lauder/CME v. Czech案的裁判方法形成了极为强烈的对比,且受到了国际投资仲裁界的高度关注,后文对此将作更为详细的探讨与解析。

## 二、传统“三重因素一致标准”的适用陷阱

Lauder v. Czech案<sup>[28]</sup>与CME v. Czech案<sup>[29]</sup>是国际投资仲裁领域涉及既判力问题的著名案例。<sup>[30]</sup>在这两个仲裁案中,Lauder先生(Ronal S. Lauder)与CME公司分别对捷克共和国提起了两项

[24] 关于具体案情,可参见最高人民法院《关于不予承认日本商事仲裁协会东京04-05号仲裁裁决的报告》的复函(2008年3月3日[2007]民四他字第26号);最高人民法院《关于不予承认日本商事仲裁协会东京07-11号仲裁裁决一案的请示》的复函(2010年6月29日[2010]民四他字第32号)。

[25] See *Great Britain v. United States*, Arbitral Tribunal constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 (18 June 1913 to 22 January 1926), available at [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_VI/17-190\\_Arbitral.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/17-190_Arbitral.pdf). 裁决中的相关原文如下:It is a well-established rule of law that the doctrine of res judicata applies only where there is identity of the parties and of the question at issue.

[26] See *The Pious Fund of the Californias*, PCA Award (14 Oct. 1902).

[27] See *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. USA*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1.

[28] See *Ronal S. Lauder v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976 (3 Sept. 2001).

[29] See *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976 (14 Mar. 2003).

[30] 在Lauder v. Czech案中,组成仲裁庭的三位仲裁员分别是Robert Briner(瑞士)、Lloyd Cutler(美国)、Bohuslav Klein(捷克),其中,Robert Briner为首席仲裁员。在CME v. Czech案中,组成仲裁庭的三位仲裁员分别是,Wolfgang Kühn(德国)、Stephen M. Schwebel(美国)、Jaroslav Hándl(捷克),其中,Wolfgang Kühn为首席仲裁员。值得注意的是,在CME v. Czech案中,仲裁程序被划分为两个阶段:前一阶段,仲裁庭对案件实体问题作审理,明确责任归属,作出部分裁决;后一阶段,仲裁庭对赔偿数额作审理,明确具体赔偿额,作出最终裁决。在前一阶段作出的部分裁决中,捷克方面委任的Jaroslav Hándl对裁决结果强烈不满,并辞去该案仲裁员一职,后来,捷克方面委任英国的Ian Brownlie代替Jaroslav Hándl。虽然仲裁庭作出的最终裁决乃为一项一致裁决,但Ian Brownlie单独发表了一份个人意见,针对裁决赔偿数额计算的许多方面提出了质疑。

仲裁,仲裁地分别位于伦敦与斯德哥尔摩,所适用的仲裁规则皆为 UNCITRAL(联合国国际贸易法委员会)仲裁规则。<sup>[31]</sup> 两个仲裁案涉及到几乎完全相同的事实及仲裁请求,涉及互为关联的仲裁请求人,仲裁请求乃针对同一对象,即捷克。然而,两仲裁庭针对相关事实的认定及其所作出的裁决却出现了完全不同的结果,这引发了极大争议,有的著作甚至将这起仲裁裁决的冲突事件形容为“投资仲裁的终极惨败”(ultimate fiasco in investment arbitration)。<sup>[32]</sup>

### (一)基本案情

1989年天鹅绒革命(Velvet Revolution)后,为吸引外国投资,当时的捷克斯洛伐克与其他国家签署了好几项双边投资协定,包括1991年分别与美国以及荷兰签订的双边投资协定。同年,该国通过了一项新的传媒法案。根据该法,该国政府设立了传媒委员会,以审查与批准广播许可申请。1993年,捷克斯洛伐克一分为二,新成立的捷克共和国继承了原先捷克斯洛伐克所签订的双边投资协定。

1992年,一群捷克公民创立了一所名为 CET21(Central European Television 21)的公司,以申请获取广播许可。CEDC(Central European Development Corporation)是一家事实上由 CME 公司所控制的公司,而 CME 公司的多数股权持有人是美国公民 Lauder 先生。此时,CET21 公司与 CEDC 公司正开展合作。然而,捷克政府传媒委员会担心外国投资者直接入股全国性广播许可持有人 CET21 公司,因此,反对 CEDC 直接持有 CET21 公司的股份。于是,CET21 公司、CEDC 公司与一家捷克银行一起创立了一家名为 ČNTS(Česká nezávislá televizní společnost)的合作公司。CET21 公司以广播许可权入股,占 ČNTS 公司股权 12%,而 CEDC 公司与捷克银行以出资的形式入股,CEDC 公司股权占 66%,捷克银行股权占 22%。Vladimír Železný 则是 CET21 公司与新成立的 ČNTS 公司的最高负责人。ČNTS 公司新开播的 TV Nova 电视台颇受欢迎,因此收益率也非常高。

1995年,捷克传媒法被修订,该法对与本案有关的两个方面作了修改:第一,传媒委员会在决定批准一项广播许可申请时,不得在许可中纳入条件项;其次,新法对“广播者”(broadcaster)一词作了更为狭窄的定义,规定其必须是广播许可的被授予对象。法律被修订后,CET21 公司被要求去掉其广播许可证中的第 17 项条件,该条件项可确保广播许可的持有者与广播运营商在管理结构上可被分离。传媒委员会对此请求捷克学者 Jan Barta 博士提供专家意见,该专家意见作出了以下结论:CET21 公司从未经营广播活动,而 ČNTS 公司则是在未获授权的情况下经营广播活动。

为应对这一专家意见,这些公司对它们的关系重新作了安排,最终,在 1996 年 5 月对它们的法律关系达成了如下协议:实质上,CET21 既是广播许可证的持有人,亦是广播活动的经营者;而 ČNTS 公司的角色则转变为对广播活动作安排。然而,同年 6 月,捷克传媒委员会告知 CET21 公司,后者由于

[31] 根据投资仲裁的案件管理机构是否为总部设在华盛顿的 ICSID(国际投资争端解决中心),业界通常将投资仲裁划分为 ICSID 投资仲裁与非 ICSID 投资仲裁,后者包括 PCA(常设仲裁院)受理的一般依据 UNCITRAL《仲裁规则》开展的投资仲裁(PCA 的主要角色乃指定仲裁员委任机构)、诸如 ICC、SCC、LCIA 等传统国际商事仲裁机构受理的投资仲裁,以及无任何案件管理机构并通常依据 UNCITRAL《仲裁规则》开展的临时仲裁(ad hoc arbitration)。非 ICSID 投资仲裁与 ICSID 投资仲裁最大不同之处在于,当事人可针对非 ICSID 裁决在仲裁地向当地法院提起撤销裁决的诉讼,而 ICSID 裁决仅受《华盛顿公约》下内部审查机制的监督,主权国家不能受理 ICSID 裁决的撤销申请。就 Lauder v. Czech 案与 CME v. Czech 案而言,两者都属于非 ICSID 投资仲裁案,因此,裁决都受仲裁地法院的监督。前者仲裁地位于英国伦敦,后者仲裁地位于瑞典斯德哥尔摩,因此,在仲裁庭作出裁决后,当事人可分别向英国法院和瑞典法院申请撤销相应的仲裁裁决。虽然两案仲裁地分别位于英国与瑞典,但是仲裁庭的组成人员却来自全球不同的国家,这在国际投资仲裁中乃一般现象。对于仲裁程序的开展,在尊重当事人意思自治的基础上,仲裁庭拥有相当大的裁量权。在诸如既判力原则的适用等问题上,仲裁庭亦存在极大的解释空间,并不会因为仲裁地位于某国而必然受到该国程序法的约束。

[32] August Reinisch, *The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration*, in *International Law Between Universalism and Fragmentation* 166, 166 (Isabelle Buffard et al. eds., Brill Nijhoff 2008)



未向其通报新协议在注册资金、立约过程以及公司的注册办公处的变化事项,因而违反了广播许可证的规定。捷克传媒委员会指令 CET21 公司与 ČNTS 公司向捷克商业局更改它们的注册登记,并更改 ČNTS 公司的关于“电视广播”的经营活动。同时,捷克开始向 CET21 公司与 ČNTS 公司管理 TV Nova 电视台的活动进行刑事调查;同年 7 月,捷克传媒委员会针对 ČNTS 公司的未获授权经营广播活动的行为提起了行政诉讼。同时,在该年 8 月,CME 公司与 Vladimír Železný 达成了一项借款协议,由前者向后者出借 470 万美元,以使后者从 CET21 公司的其他个人股东中收购该公司 47% 的股份。该协议规定,在贷款还清前,Vladimír Železný 应按照 CME 公司的指示行使他所拥有的所有的股东投票权。在 11 月,各个相关公司之间业已达成的协议得到进一步补充,ČNTS 公司获得了无条件、不可撤销且独享的使用、维护与广播许可相关的技术并以此为该公司获利的权利。此外,ČNTS 公司还获得了在法律管制规则及法律界对此作出的主流解释出现变化时,从 CET21 公司处购得广播许可证的权利。然而,1999 年,Vladimír Železný 被解除了其在 ČNTS 公司的职务,随后,CET21 公司因 ČNTS 公司未向其提交其为第二天广播所准备的日志,而解除了其与 ČNTS 公司的合同关系。而这造成了 CME 公司在捷克的投资损失,该损失最终传导至 Lauder 先生。

根据 CME 公司及其多数股东持有人 Lauder 先生的意见,捷克政府传媒委员需要对其在捷克的投资损失负责,因为无论是该委员会在 1992 和 1993 年间审查与批准广播许可之时,还是在新传媒法于 1996 年生效之时,还是最后在 1999 年 CET21 公司与 ČNTS 公司间出现违约情形之时,捷克政府传媒委员会一直试图影响 CET21 公司与 ČNTS 公司之间的关系。1999 年 8 月,Lauder 先生,作为 CME 公司的多数股东,在伦敦根据美国-捷克双边投资协定针对捷克提起了一项适用 UNCITRAL 仲裁规则的投资仲裁(即 Lauder v. Czech 案,简称“伦敦仲裁庭”);同时,2000 年 2 月,CME 公司在斯德哥尔摩根据荷兰-捷克双边投资协定针对捷克提起了另一项平行的适用 UNCITRAL 仲裁规则的投资仲裁(即 CME v. Czech 案,简称“斯德哥尔摩仲裁庭”)。

## (二) 互相冲突的两项裁决

对于以上所述案情,伦敦仲裁庭与斯德哥尔摩仲裁庭对诸多关键之处作出了明显不同的认定与判断。

伦敦仲裁庭认为,所有事实都容易让人们们对 ČNTS 公司与 CET21 公司所扮演的角色产生模糊感,而捷克传媒委员会可合理怀疑以下情形,即 CET21 公司的广播许可在事实上(de facto)已经转让给了 ČNTS 公司。捷克传媒委员会因 ČNTS 公司涉嫌无权广播而针对该公司所提起的行政诉讼乃捷克传媒委员会正常行使其管制性职权的体现,而不是随意的行为。捷克传媒委员会指令 CME 公司、CET21 公司以及 ČNTS 公司对它们之间的协议作修改,其中的主要原因与捷克传媒委员会提起行政诉讼的原因是相同的,即捷克传媒委员会担心模糊的法律与事实情状可能实际上构成了 CET21 公司在事实上将其广播许可转让给了 ČNTS 公司,而这是违反传媒法的。然而,斯德哥尔摩仲裁庭则认为,1996 年所发生的事件强有力地支撑了以下这一结论,即捷克传媒委员会在 1996 年强迫 ČNTS 公司与 CME 公司达成减损对 CME 公司的投资进行保护的协议。所有这些行为的目的在于使捷克传媒委员会重新确立其对 CET21/ČNTS 广播运营的控制,因为新修订的捷克传媒法剥夺了捷克传媒委员会有条件地批准广播许可的权力,致使后者失去了对 CET21/ČNTS 广播运营控制。斯德哥尔摩仲裁庭甚至还认为,基于原先在 1993 年确立的 ČNTS/CET21/CEDC 的合作结构而成功吸引外资进入捷克之后,捷克传媒委员会有义务确保与维护此种结构。而逼迫 CME 公司与 ČNTS 公司放弃对 CME 公司在捷克投资的法律安全保障,这违反了荷兰-捷克双边投资协议。

伦敦仲裁庭认为,捷克在任何时期都未采取任何对 Lauder 先生的财产进行征收或无异于征收的

措施,因为对于Lauder先生对其财产的使用与受益,捷克并未作直接或间接的干涉,捷克传媒委员会的作为与不作为都未给Lauder先生的投资造成直接或间接的损失,而事实上,造成Lauder先生的投资受到部分损失的原因是,1999年CET21公司解除了其与ČNTS公司之间的合同关系。然而,斯德哥尔摩仲裁庭则认为,1999年CET21公司解除了其与ČNTS公司之间的合同关系导致CME公司在捷克投资的毁灭,这正是捷克传媒委员会的作为与不作为所造成的后果。

这两项仲裁一直平行进行着,直到2001年9月13日,伦敦仲裁庭作出了最终裁决,认为捷克(虽然其在1993年的行为存在违背美国-捷克双边投资协定的情形)不需为其行为负责,并驳回仲裁申请人的所有赔偿请求。仅10天过后,斯德哥尔摩仲裁庭作出了一项部分裁决,得出了与伦敦仲裁庭所作出的最终裁决完全相反的结论,认为捷克需要对其违反荷兰-捷克双边投资协定的行为负责。在2003年3月14日作出的最终裁决中,斯德哥尔摩仲裁庭作出了一项要求捷克向CME公司支付高达近2.7亿美元赔偿金的最终裁决。

### (三) 裁决冲突原因之分析:传统“三重因素一致”标准的适用陷阱

Lauder/CME v. Czech案裁决不一致的荒谬结果引来了人们的广泛评论,该案至今已过去十年有余,人们对其反思依然未停止。不少评论人士常援引此案对当前国际投资仲裁体制进行猛烈的批评,并呼吁建立投资仲裁上诉机制,<sup>[33]</sup>甚至建立国际投资法庭。<sup>[34]</sup>然而,如果仔细考察该案中伦敦仲裁庭与斯德哥尔摩仲裁庭对相关程序问题所发表的意见,我们很容易发现,在现行国际投资仲裁体制下,该案裁决不一致的结果,未必不可避免。究其原因,两仲裁庭对传统“三重因素一致”标准的适用过于机械,导致既判力原则或平行诉讼原则(lis pendens)最终无法得到适用,进而无法避免裁决不一致结果的产生。

首先,两仲裁庭对案件所涉及的既判力问题都发表了意见,它们都采纳了传统“三重因素一致”标准来分析适用既判力原则的可能性。在对待传统“三重因素一致”标准问题上,斯德哥尔摩仲裁庭甚至声称,既判力原则的适用要求前后关联案件涉及相同的争议、相同的当事人、相同的请求以及相同的诉因。该仲裁庭得出了如下结论:“Lauder v. Czech仲裁案所涉当事人不同于本仲裁案的当事人。Lauder先生是CME Media Ltd公司的控股股东,而本仲裁案中,CME公司作为CME Media Ltd公司的一部分的荷兰持股公司,是仲裁申请人。两项仲裁乃基于不同的双边投资协定,虽然两项双边投资协定在给予投资保护方面具有可比性,然而,两者并非完全相同……由于两项双边投资协定创立了一些并非在所有方面都严格相同的权利,这必然意味着仲裁申请人所提出的请求不同。”<sup>[35]</sup>

此种结论显然经不起推敲,因为Lauder v. Czech仲裁案与CME v. Czech仲裁案所涉及的当事人虽然在表面上不同,但斯德哥尔摩仲裁庭并未注意以下这点,即CME公司作为CME Media Ltd公司的荷兰持股公司,它实际上是CME Media Ltd公司无可争议的控股公司。而Lauder公司又是CME公司的控股股东,因此,如果对两案所涉及的当事人作实质性分析,那么,既判力适用的条件之一,即当事人具有同一性,显然能够得到满足。另一方面,斯德哥尔摩仲裁庭认为,在这两项关联仲裁案中,仲裁申请人所提出的请求乃基于不同的投资仲裁协定,因此,这必然意味着他们所提出的请求不同。此种分析显然也是停留在表面,因为请求的不同,并非单纯源于其所依据之法律的不同,更是源于请求本身的内容及其所基于的案件基本事实的不同。通过以下简单的例子我们就能认识到这一点,例如,在

[33] See Asif H. Qureshi, *An Appellate System in International Investment Arbitration?* in *The Oxford Handbook of International Investment Law* 1154, 1171 (Peter Muchlinski et al. eds., Oxford University Press 2008)

[34] See Gus van Harten, *A Case for an International Investment Court*, in *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference (Archive)* (Working Paper No. 22/08, 30 June 2008)

[35] *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976 (14 March 2003), paras. 432-433.



出现侵权与违约竞合的情形时,当事人通过选择侵权作为依据向对方当事人提起诉讼,获得救济后,该当事人随后再次向相同的对方当事人以违约为依据提起诉讼,如果后案法官认为本案的请求与前案的请求所依据的法律基础不同而拒绝适用既判力的话,这会导致极为荒谬的结果。

伦敦仲裁庭在机械适用传统“三重因素一致”标准的路上甚至走得更远。该仲裁庭表示:“仲裁庭认为,被请求人提出适用平行程序原则的请求毫无意义,因为所有其他法院与仲裁程序<sup>[36]</sup>都牵涉到不同的当事人与不同的诉因……”<sup>[37]</sup>伦敦仲裁庭所发表的此番意见,单纯从形式上来看,并没有错,因为表面上该案的确牵涉到与其他程序不同的当事人与诉因。然而,正如前面所分析的,如果对这些关联程序所牵涉的当事人与诉因作一番实质分析,人们很容易发现,就伦敦仲裁庭所处理的 *Lauder v. Czech* 仲裁案与斯德哥尔摩仲裁庭所处理的 *CME v. Czech* 仲裁案而言,两案在当事人与诉因方面完全具有一致性,完全满足适用既判力原则或平行程序原则的相关条件。伦敦仲裁庭进而指出:“因此,该案不存在任何其他法院或其他仲裁庭会作出一项与本仲裁庭将会作出的裁决相似或不一致的裁判的可能……”<sup>[38]</sup>然而,现实的结果显然背离了这一判断,因为正如前文所描述的,最后,伦敦仲裁庭与斯德哥尔摩仲裁庭分别作出的裁决在结果上存在显著的冲突。

实际上,伦敦仲裁庭对于其所处理的 *Lauder v. Czech* 案与斯德哥尔摩仲裁庭所处理的 *CME v. Czech* 案是否会出现裁决不一致的后果,伦敦仲裁庭的态度是矛盾的。前面伦敦仲裁庭指出,不存在任何其他法院或仲裁庭会作出一项与该仲裁庭将会作出的裁决不一致的裁判的可能。然而,后面该仲裁庭却又表达了此种忧虑,其表示:“本仲裁庭与荷兰-捷克双边投资协定项下的斯德哥尔摩仲裁庭所作出的裁决可能存在对一些事项与问题出现冲突认定的可能性。”<sup>[39]</sup>其接着表示:“很明显,这两项仲裁程序的仲裁申请人是不同的。然而,本仲裁庭明白,在本仲裁中,*Lauder* 先生提出的请求乃先于 *CME* 公司在斯德哥尔摩仲裁中所提出的请求。而且,特别值得注意的是,通过坚持要求不同的仲裁庭来审理 *CME* 公司所提出的请求,被申请人(捷克)本身是不同意在事实上实现这两项仲裁程序的合并的。”<sup>[40]</sup>由此可见,伦敦仲裁庭实际上希望通过先受理原则将 *CME* 公司随后所提出的请求合并至该仲裁庭,然而,合并的提议却因捷克的反对而无法实现。

不过,对于该案,合并仲裁并非避免裁决冲突的唯一途径,既判力原则的适用便是避免此案出现裁决冲突的另一极为合适的途径。由于既判力原则乃一项由后诉裁判者针对前诉裁判所适用的原则,因此,本案中,受理案件、作出裁决以及结案在前的伦敦仲裁庭在事实上无法针对斯德哥尔摩仲裁庭尚未作出的裁决适用既判力原则,只有后者方可针对伦敦仲裁庭事先作出的裁决适用既判力原则,以避免其作出的裁决与伦敦仲裁庭的裁决发生冲突。<sup>[41]</sup>但正如前文所述,斯德哥尔摩仲裁庭对既判力原则的适用条件——“三重因素一致”标准的过于形式化的分析,导致其认为伦敦仲裁庭作出的裁决无法对本案相关问题的裁断产生既判力,最终作出了与伦敦仲裁庭相冲突的裁决。

[36] 该案还牵涉到除 *Lauder/CME v. Czech* 两仲裁案外的其他大约 20 件诉讼案与仲裁案。

[37] *Ronal S. Lauder v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976 (3 Sept. 2001), para. 171.

[38] *Id.*

[39] *Id.* at para. 173.

[40] *Id.*

[41] 事实上,倘若斯德哥尔摩仲裁庭通过适用既判力原则,从而在此案中遵循伦敦仲裁庭先前作出的裁决的判案路径,那么斯德哥尔摩仲裁庭将面临一个棘手的问题,因为在伦敦仲裁庭作出最终裁决数天之后,斯德哥尔摩仲裁庭事先作出了一项部分裁决,而该部分裁决对责任问题的认定即已与伦敦仲裁庭的最终裁决存在冲突。如果斯德哥尔摩仲裁庭希望避免两仲裁庭的裁决最终出现不一致的情形,那么,它必须在其将要作出的最终裁决中决定推翻其业已作出的部分裁决,而这显然对其是一项重大挑战。

### 三、对传统“三重因素一致”标准的扬弃

如果说十多年前著名的 *Lauder/CME v. Czech* 案所出现的严重背离裁决一致性的荒谬结果促使国际仲裁界人士对既判力原则在国际仲裁领域的适用进行反思与研究,并通过国际法律组织对此发布相应的指南建议,<sup>[42]</sup>那么,新近的 *Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc. v. USA* 案<sup>[43]</sup>则是仲裁庭通过既判力原则的巧妙适用,从而避免了裁决不一致情形出现的极佳案例。<sup>[44]</sup>虽然既判力原则的价值远不止于保证裁决的一致性,但在当今裁决的一致性日益受关注的背景下,既判力原则在此方面的价值不应被人们轻易忽视。在该案中,仲裁庭<sup>[45]</sup>确认了先前 *Apotex Inc. v. USA* 案<sup>[46]</sup>的仲裁庭于2013年6月14日对相关问题已作出裁断的仲裁裁决(简称“前一 *Apotex* 裁决”)对该案中相关问题之判定的既判力。该案仲裁庭关于既判力原则的适用具有典型性,且极可能在相当大的程度上通过间接的方式影响未来国际投资仲裁领域关于既判力原则适用的实践。

#### (一)基本案情

在2008年和2009年,为回应美国的患者、医生以及药剂师等对 *Apotex* 药物的投诉,美国食品药品监督管理局(FDA)对 *Apotex Inc.* 在加拿大安大略省 *Etobicoke* 与 *Signet* 两处制造工厂进行了检查。检查结果显示,两处药品制造工厂的作业都明显偏离了当前被普遍采纳的良好制造惯例。2009年8月,FDA对该两处制造工厂实施了进口警报(import alert)制裁,同时对FDA在美国各地区的办公处传达了如下通告:从上述制造工厂进口的药物被视为掺假药物,并且可以被边检在不作物理检查的前提下扣留。

2012年2月,*Apotex Holdings Inc.* 与 *Apotex Inc.* (分别为第一、第二仲裁请求者;下文中,若不对两者作单独区分,则合称为 *Apotex* 公司)针对美国提起了一项基于NAFTA协议、由ICSID进行管理、适用ICSID附加便利规则的仲裁,并声称,美国2009年课加于 *Apotex* 公司在加拿大两处制造工厂的进口警报,违反了根据NAFTA协定第11章美国给予 *Apotex* 公司及其在美投资以国民待遇与最惠国待遇的义务。*Apotex* 公司还声称,美国未遵守正当程序(due process)的要求而采取进口警报,有违习惯国际法上的最低待遇标准。

在投资仲裁中,为判定其对案件是否拥有管辖权,仲裁庭首先需要判定的一个问题是,作为“投资者”的相关活动是否真正构成“投资”。对此,*Apotex Inc.* 声称,根据NAFTA协定第1139条,该公司已被FDA最终批准了的某些“简化新药申请”(Abbreviated New Drug Applications,以下简称ANDAs)构

[42] See Filip De Ly & Audley Sheppard, *ILA Recommendations on Lis Pendens and Res Judicata and Arbitration*, 25 (1) *Arbitration International* 83, 85 (2009); See Filip De Ly & Audley Sheppard, *ILA Interim Report on Lis Pendens and Arbitration*, 25 (1) *Arbitration International* 35, 66 (2009); See Filip De Ly & Audley Sheppard, *ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration*, 25 (1) *Arbitration International* 3, 34 (2009).

[43] ICSID Case No. ARB(AF)/12/1.

[44] 该案仲裁裁决被认为是首个适用了既判力原则的NAFTA项下的仲裁裁决。参见 Nicole Thorton, *Apotex III's Application of Res Judicata Ensures Finality: Legal Security and Judicial Economy*, Oct. 13, 2014. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/10/13/apotex-iii-application-of-res-judicata-ensures-finality-legal-security-and-judicial-economy/>, 2016年1月4日最后访问。

[45] 仲裁庭由 John R. Crook, J. William Rowley 与 V. V. Veeder(首席仲裁员)组成。J. William Rowley(系仲裁申请人委任的仲裁员)对这一问题提出了异议,其不认为“前一 *Apotex* 裁决”对此案中的相关问题已作出了裁断。

[46] 该仲裁案为NAFTA协定下根据UNCITRAL《仲裁规则》进行仲裁的案件。在该案中,*Apotex Inc.* 向仲裁庭先后提出了两项请求,最终仲裁庭对管辖权以及仲裁请求的可接受性作出了否定性的裁定。仲裁庭由 Clifford M. Davidson, Fern Smith 与 Toby Landau(首席仲裁员)组成,仲裁庭作出了意见一致的裁决。

成了“投资”,而 FDA 的行为构成了对其投资利益的侵害,据此,仲裁庭对此案完全拥有管辖权。而美国则对 Apotex 公司的仲裁请求提出了管辖权异议,认为仲裁庭不可基于 Apotex 公司的此点声称而拥有审理 Apotex 公司在本案中提出的请求的管辖权,其提出的理由有如下几项:首先,仲裁申请人 Apotex 公司无法确立以下这一点,即 Apotex Inc. 在美国已经作出或寻求作出 NAFTA 协定第 11 章项下的投资;Apotex Inc. 并未声称在美生产或只是试验任何药品,也未声称在美拥有任何营业所或雇员;Apotex Inc. 并未对其所谓的投资(包括与 ANDAs 相关的活动)向美国缴纳税款。<sup>[47]</sup> 第二,仲裁庭对 Apotex Inc. 是否拥有管辖权,关键取决于对 ANDAs 性质的识别,而无论是暂时被批准的 ANDAs 抑或是最终被批准的 ANDAs,在 NAFTA 协定第 11 章的相关项下皆不能构成“投资”,即使 ANDAs 获得了批准,其也可被 FDA 撤销;ANDAs 只不过是一个外国药品生产厂家为获得向美国出口药品的许可而作出的一项申请。第三,“前一 Apotex 裁决”已对 Apotex Inc. 提出的与暂被批准的 ANDAs 有关的请求作出了裁决,而该裁决认为暂被批准的 ANDAs 不构成“投资”;在考察“前一 Apotex 裁决”之时,应将裁决的理由纳入考虑范围之内,对于该裁决对暂被批准的 ANDAs 的定性,实际上同样适用于本案中对最终被批准的 ANDAs 的定性;至于未参加前一仲裁的 Apotex Holdings,其提出的相关(虽非全部)请求亦能被“前一 Apotex 裁决”的既判力所排斥。

## (二) 仲裁庭的裁决意见

仲裁庭在其作出的裁决中支持了美国所提出的驳斥意见。颇为引人注意的是,仲裁庭在其裁决书中从既判力的角度出发,单辟一章对仲裁庭的管辖权问题进行了详细的分析,并且对一般国际法、NAFTA 协定以及 UNCITRAL 仲裁规则背景下既判力原则的地位及其相关适用作出了重要的阐明与裁断。

首先,对于仲裁申请人声称 NAFTA 协定第 1136 条第 1 项<sup>[48]</sup>具有阻止既判力原则适用之效力的意见,仲裁庭不予接受。根据该项规定,仲裁庭作出的裁决仅在争议当事人之间以及仅对于当下的特定案件具有约束力。该项规定与《国际法院规约》第 59 条<sup>[49]</sup>极为相近,后者被解释为国际法院不受先例之约束(stare decisis)。然而,国际法院不受先例之约束,并非意味着国际法院在特定案件中亦不受既判力原则之约束。鉴于国际法院曾适用过既判力原则这一事实,<sup>[50]</sup>仲裁庭认为,NAFTA 协定第 1136 条第 1 项亦不排除在该协定背景下仲裁庭适用既判力原则的可能。倘若不作此种解释,那么,接受仲裁申请人的意见则意味着它可以一而再再而三地在不同的关联仲裁中针对相同的当事人反复提起相同的请求,这无疑会导致仲裁程序出现荒谬的结果。

其次,仲裁庭认为,既判力原则乃一项一般法律原则,因而,在 NAFTA 第 1131 条(准据法条款)背景下,其可以作为准据法规则得到适用。至于传统的关于既判力原则适用的“三重因素一致”标准,即当事人、请求与诉因的一致,仲裁庭对每一重因素的判断逐一表达了意见。对于当事人这一因素,仲裁庭认为,Apotex Inc. 与美国皆为前仲裁与本仲裁中的当事人,这一点毫无争议,而 Apotex Holdings 则构成 Apotex Inc. 的密切联系人(privy),只要 Apotex Holdings 的请求有赖于 ANDAs 为 NAFTA 协定下的投资这一点主张,那么“前一 Apotex 裁决”的既判力就可以及于 Apotex Holdings。对于请求与诉因这两点因素,仲裁庭注意到,要求后一仲裁与前一仲裁中的请求与诉因完全一致,很容易导致当事人

[47] 在美国看来,FDA 针对 Apotex 公司在加两处制造工厂所实施的制裁乃一项贸易措施,而 Apotex 公司将可能在 NAFTA 协定第 20 章项下成立的与贸易相关的请求转化为一项在 NAFTA 协定第 11 章项下方能成立的投资请求。

[48] NAFTA 协定第 1136 条第 1 项规定:“仲裁庭裁决仅对争端双方和所涉特定案件具有约束力。”

[49] 《国际法院规约》第 59 条规定:“法院之裁判除对于当事人及本案外,无拘束力。”

[50] 早在 1928 年的 Chorzow Factory 案中,常设国际法院 Anzilotti 法官作出了既判力原则为文明国家中的一项一般法律原则的经典论断。

通过在后一仲裁中稍微改变其请求之救济内容或请求之法律根据,而规避既判力原则的适用。<sup>[51]</sup> 考虑到这一点,仲裁庭并未严格适用“三重因素一致”的标准,而是采用一种只要求当事人与诉因两重因素一致的标准,以此判断是否应适用既判力原则。<sup>[52]</sup>

第三,仲裁庭发现,国际法院与国际仲裁庭常会考察前一关联裁决的理由部分以判断裁决主文的范围及排斥效力。在此点上,仲裁庭认为,根据1976年UNCITRAL《仲裁规则》第32条,<sup>[53]</sup>为适用既判力原则,“前一Apotex裁决”的相关理由可与裁决主文联系起来作解读。换言之,在适用既判力问题上,仲裁庭不应将裁决理由与裁决主文人为地撕裂。除了从仲裁庭所适用的UNCITRAL《仲裁规则》寻找根据外,仲裁庭还援引了NAFTA协定第1131条第1项<sup>[54]</sup>以及相关国际法规则,以支撑其所得出的以下结论,即“前一Apotex裁决”的裁决主文连同裁决理由在本仲裁中对双方当事人皆产生既判力。

然后,仲裁庭便开始分析“前一Apotex裁决”是如何对本仲裁中Apotex公司提出的请求产生阻却效力的。首先,Apotex Inc.在“前一Apotex裁决”中所提出的特定请求与其在本仲裁中所提出的请求存在差异,即前者涉及暂时被批准的ANDAs,而后者涉及最终被批准的ANDAs。对于这一差异,仲裁庭表示认可。然而,在对“前一Apotex裁决”的裁决理由进行分析时,仲裁庭表示,“……当事人清晰地从一般意义上将ANDAs作为争议问题提出,换言之,当事人提出的争议问题不局限于暂时被批准的ANDAs,而是还包括最终被批准的ANDAs;前案仲裁庭事实上亦对那一问题作了裁断;而且,在其看来,对这一问题的裁断,对解决当事人所提交给其解决的纠纷具有必要意义……”<sup>[55]</sup>据此,仲裁庭认为,“前一Apotex裁决”的理由应适用于所有关于ANDAs争议问题中。而“前一Apotex裁决”对ANDAs的根本性质作了判定,认为其不过是作为支撑Apotex公司向美国输出在加拿大生产的医药产品的准进口许可而发挥作用,Apotex公司出售或转让ANDAs的行为,即使其可被撤销以及仍然在地域上仅针对指定的生产厂商,亦不会改变这些ANDAs的内在性质,它在美国境内不构成商品。由此,仲裁庭便适用争点禁反言(issue estoppel)规则,<sup>[56]</sup>阻止当事人所提出的新的请求,因为其请求之依据已被前面的关联仲裁裁决判定为不能成立。

### (三)分析与评论:传统“三重因素一致标准”之扬弃

将Lauder/CME v. Czech案与本案的处理方式作对照,人们似乎可以得出这样的结论,即既判力原则的适用在实现国际投资仲裁裁决的一致性方面能够起到独到的作用。然而,问题不在于仲裁庭是否认识到既判力原则的此种价值,事实上,在Lauder/CME v. Czech案中,仲裁庭也承认既判力原则在避免裁决冲突中的作用。问题在于,通过何种标准适用既判力原则。如果该案能够持续给人们带来启示,那么,最大的启示莫过于仲裁庭在适用既判力原则时,宜采用实质主义的判断方法,而不是教条地遵从形式主义色彩浓厚的“三重因素一致”标准。

仲裁庭在考察当事人一致这一条件时,运用了普通法系关于既判力原则的适用方法,即后诉当事人若构成前诉当事人的“密切联系人”(privy),那么,在既判力原则的适用上,仲裁庭可将前诉与后诉

[51] 人们把此种战术称为“撕裂请求”(claim-splitting)。

[52] 仲裁庭援引了Pious Fund of the Californias案的裁决以论证此种标准之合理性。

[53] 根据1976年UNCITRAL《仲裁规则》第32条(现今2010年修订版第34条),仲裁裁决是终局的,对各方当事人均具有拘束力,而且仲裁庭应说明裁决所依据之理由,除非各方当事人另有约定。

[54] NAFTA协定第1131条第1项规定:“根据本节组成的仲裁庭,应当依据本协定和可适用的国际法规则对争端的争议事项进行裁决。”

[55] ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, para. 7.50.

[56] 在该仲裁案中,仲裁庭虽未明确使用“争点禁反言”一词,但实质上采纳了“争点禁反言”的法理。

的当事人视为一致。本案中, Apotex Holdings 通过间接的方式控制了前一仲裁的 Apotex Inc., 且 Apotex Inc. 为本仲裁的第二请求人, 因此, 将 Apotex Holdings 视为 Apotex Inc. 的密切接触者完全合适, 两公司之间实际上是通过利益的方式紧密相连。<sup>[57]</sup>

不过, Apotex Holdings 与 Apotex Inc. 相互之间存在密切的联系, 以至于两者构成“密切接触者”, 这并非必然意味着未将 Apotex Holdings 列为当事人的“前一 Apotex 裁决”必然会对其产生既判力, 因为当事人的同一性仅为既判力原则得以适用的必要条件, 而非充分条件。仲裁庭随即对传统“三重因素一致”标准的另外两重因素, 即诉因与请求进行了考察。在考察这两重因素之时, 仲裁庭发现了传统“三重因素一致”标准的缺陷。

首先, 对于前后两项关联之诉, 诉因与请求两者间常常产生分离, 即在同一诉因之下, 当事人可能基于某种诉讼战术考量而将请求人为地分裂, 分别在前后不同程序中提出。此种做法所导致的逻辑后果是: 如果法庭或仲裁庭采用传统的“三重一致标准”来判断是否应当适用既判力原则, 那么, 既判力原则将无法得到适用。对此, 仲裁庭援引了相关学者的论述加以论证。例如, Christoph Schreuer 等曾指出, “国际仲裁庭已经意识到此种风险, 即如果他们对诉因与请求这两项因素采纳过于严格的适用标准, 那么, 既判力原则几乎无法被适用。如果在后诉中, 只有基于与前诉完全一致的法律理由而提出与前诉完全一致的诉求, 才能被前诉裁判既判力的排斥效力所阻却, 那么, 诉讼申请者很容易通过对其诉求或诉求所依赖的法律理由稍作修改而逃避既判力的约束”<sup>[58]</sup> William Dodge 亦曾表达过相同的担忧, 其同时指出, 仲裁庭从未允许申请人为避免前一关联裁决排斥效力的适用而作出“撕裂请求”之举,<sup>[59]</sup> 这一点 Christoph Schreuer 亦曾清晰指出。<sup>[60]</sup>

其次, 从裁判实践角度来看, 仲裁庭注意到, 在以往的案件中, 不少仲裁庭在考虑既判力原则的适用时, 都曾抛弃传统的“三重因素一致”标准, 而采纳仅考虑两重因素一致性的更简单而又合理的做法。例如, 在美英求偿仲裁案中, 仲裁庭将既判力原则的适用视为仅涉及两重因素的问题, 并明确表达了以下意见, 即当仅存在当事人一致以及争议问题一致之时, 既判力原则亦得适用。<sup>[61]</sup> 在常设仲裁院早期著名的 Pious Fund 案<sup>[62]</sup> 中, 仲裁庭也运用了两重因素一致标准, 并且强调, 在前一关联仲裁裁决中, 不仅当事人与本诉一致, 而且被裁判了的争议主题亦与本诉一致。显然, 此处两重因素一致乃为当事人的一致以及诉因的一致。综合考察这两个案例, 我们很容易发现, 处理两案的仲裁庭所分别适用的两重因素一致标准都未要求前后裁决中的请求亦必须一致。

## 四、结论

当事人、诉因以及请求的一致乃既判力原则适用的传统标准。这一标准在大陆法系更是被不少国家以立法的方式予以确认。在国际层面, 无论是国际法院的判决、常设仲裁院的裁决, 抑或诸如国

[57] 关于密切联系的构成基础, 前文曾作说明。

[58] Christoph Schreuer & August Reinisch, Legal Opinion 80, CME Czech Republic B. V. v. Czech Republic, UNCITRAL (20 June 2002). Available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0960.pdf>.

[59] See William Dodge, *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter 11 of NAFTA*, 23 *Hastings Int'l Comp. L.* 366, 366 (2000).

[60] See Schreuer & Reinisch, *supra* note 58, at 80.

[61] See *Great Britain v. United States*, Arbitral Tribunal constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 (18 June 1913 - 22 January 1926). Available at [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_VI/17-190\\_Arbitral.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/17-190_Arbitral.pdf).

[62] See *The Pious Fund of the Californias (United States of America v. Mexico)*, PCA Award (14 Oct. 1902), available at [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IX/1-14.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/1-14.pdf). 该案为常设仲裁院适用既判力的第一个案件, 且被视为早期在此方面非常突出的案件。

际法协会等组织所发布的具有指南意义的相关文件,都确定了以下这一点,即裁判者在处理涉及前一关联裁判的既判力之时,应当考虑这三重因素在前后案件中是否具有同一性。如果在具体案件中,前一关联案件与当下仲裁庭所处理的案件在当事人、诉因与请求这三方面具有完全的同质性,在此种条件下,前一关联案件的裁判毫无疑问能够对当下案件产生包括积极与消极两方面的既判力。然而,实践中极难出现前一关联案件与当下案件在这三方面具有完全同质性的情形。首先,由于实践中经常出现母公司与子公司或者隶属同一集团不同的子公司分别作为当事人参与前后关联案件的情形,因而,针对当事人的一致,如果法院或仲裁庭采纳绝对的标准,那么,此种情形下,前后关联案件所涉相关当事人基本上无法被认为具有同一性。其次,即使前后当事人一致已被确定,由于当事人可能基于各种利益考虑而人为地将请求撕裂,而分别在前后不同的程序中提起相关请求,这会使得请求的一致无法得到满足。再次,即使诉因的一致这项较为容易判断的要求,在实践中也可能由于当事人故意保留某些其能够在前一程序中提出而未提出的争点或事实,而变得扑朔迷离。基于此,如果在仲裁实践中,法院或仲裁庭机械地适用传统的“三重因素一致”标准,那么,这极易导致既判力原则无法得到合理的适用,从而无法借此避免重复裁判,减少裁决不一致的风险,以及提高仲裁的效率。

故此,我们需要对传统“三重因素一致”标准重新定位。一方面,传统“三重因素一致”标准有其内在合理性,乃为人类法律文明在适用既判力原则的长年历史积累中所形成的共识;另一方面,正如实践显示,机械适用“三重因素一致”标准的后果乃是既判力原则在绝大多数情形下无法得到适用。因此,人们需要寻找一个平衡点。本文认为,法院或仲裁庭在具体案件中分析既判力原则能否得到适用时,不应当寻求当事人、诉因与请求这“三重因素”的绝对同一性,而应当对既判力原则背后所涉之深层次价值因素与既判力原则之外的其他价值因素作一平衡考量,以定夺前一关联裁决能否对当下案件的处理产生既判力。<sup>[63]</sup>

实际上,传统“三重因素一致”标准的最大意义在于,其能够为判断既判力原则的适用提供一个整体的分析框架,法院或仲裁庭在分析前后关联案件所涉既判力问题之时,应以这“三重因素”为出发点,对其同一性进行实质考察,并对背后所涉及的价值因素进行综合分析,而不应当教条地适用传统的“三重因素一致”标准。

确定了传统“三重因素一致”标准作为既判力原则适用的分析框架后,在个案中,裁判者考察既判力的适用条件时需意识到,当事人、诉因与请求这“三重因素”并非在任何条件下都应当具有同一性。

首先,同一性不能从形式上或者表面上去判断,而应当从前后关联案件中所涉及的当事人、诉因以及请求这三项因素的实质方面去判断,如此方可避免当事人故意在后一关联案件中对这三项因素中的任意一项进行变通以防止前一关联案件裁决的既判力对后一关联案件产生既判力。从裁判者的角度观之,采用实质主义的方法判断这三项因素的同一性,从而合理地适用既判力原则,还可以达到避免重复裁判、节约审理时间的效率目的,并且还可以因此避免裁决不一致结果的发生,以及保护前案胜诉一方当事人的既得合法利益。

其次,在普通法系,“争点禁反言”规则乃其既判力制度的重要构成。法院或仲裁庭在判断前一关联案件裁决的关键争点是否对后一关联案件产生既判力时,不需要考察这两个关联案件在请求方面

[63] 例如,当事人一致这一要求的核心考量在于,每一位当事人都有权利参与程序,并在程序中表达自己的法律意见,因而,后案当事人若未能参与前案之程序,那么,将前案裁判之既判力强加于该当事人存在违反正当程序之虞。然而,正如前面所述,实践中可能存在下面这种情况,即前后两案相关当事人乃母公司或子公司之关系,或隶属同一集团的子公司,而且它们都能以这样或那样的方式间接参与前案之程序,因而,在此种情形下,即使将前后两案相关当事人视为同一当事人,亦不违反正当程序,或者仅为一种细微的程度问题,而非实质违反正当程序。相反,在此种情况下,如果裁判者以前后两案当事人不一致为由排除既判力原则的适用,这显然会导致对相同问题或相同请求的重复审理,进而可能造成裁判的冲突以及效率的损失。

是否具有 consistency。只要两案中的关键争点一致,而且涉及相同的当事人,那么,“争点禁反言”规则即可适用。另一方面,虽然大陆法系一般将裁判的既判力限于主文,因而认为判决理由不具备既判力,争点亦不可获得既判力,但事实上,某些大陆法系国家的司法实践也承认在考察裁判既判力的范围时往往需要考察裁判理由,并且承认在一定条件下,案件的重大争点亦可产生既判力。因此,在涉及争点既判力的问题上,要求前后两关联案件在请求上具有同一性,往往没有必要。大陆法系之所以严格适用“三重因素一致”标准,其中一个关键原因在于,大陆法系国家不存在普通法系的“争点禁反言”规则,而通常将既判力理解为普通法系中的“请求禁反言”,因此,当事人、诉因以及请求这三方面的一致性应缺一不可。基于此,法院或仲裁庭在考虑将既判力适用于案件的关键争点之时,理应突破传统“三重因素一致”标准的界限,而主要对当事人与诉因这两项因素进行考察,并考察本案中的关键争点与前一关联案件的关键争点是否具有 consistency。

最后,在仲裁领域,仲裁庭或相关法院在适用既判力原则之时,应当考虑到仲裁的双边性以及保密性等特点,在决定是否应当在个案中合理突破传统“三重因素一致”标准之时,应特别注意前后关联案件所涉当事人是否具有足够的同一性。仲裁不同于诉讼,双边性与保密性意味着非仲裁协议签约主体通常情况下既不可参与仲裁程序,亦不能得知裁决的内容。因此,在判断作为后一关联仲裁案件中的当事人与前一关联仲裁案件中的一方当事人是否具有同一性时,裁判者应考虑到前者是否真正与后者在参与前一仲裁程序时形成实质上的“你中有我、我中有你”的密切关联。若不存在此种实质上的密切联系,则不宜认定前一案件裁决对后一案件相关当事人具有既判力。

### The Test for Application of the Doctrine of *Res Judicata* in Investor-State Arbitration: From a Formalistic to a Substantive Approach

Fu Panfeng

**Abstract:** Investor-state arbitration has been suffering from severe criticism for frequent inconsistencies between arbitral awards. The Doctrine of *Res Judicata*, however, can serve as an effective means to ensure consistency between a former and latter arbitral award under specific circumstances. With respect to its application, the traditional triple identity test is widely recognized by both the common law and the civil law systems. But if arbitral tribunals interpret this test mechanically, the Doctrine of *Res Judicata* risks never having the chance to be applied, thus unable to avoid double adjudication on the same issue or claim in closely related arbitrations. Through a substantive analysis of the parties, the cause of action and the claim and through the softening of the requirement for identity of each element, unreasonable inference in the arbitral tribunal's adjudicating process could be avoided and a balance between the consideration for due process and the application of the Doctrine of *Res Judicata* could be achieved.

**Keywords:** investor-state arbitration; doctrine of *Res Judicata*; test for application; triple identity

(责任编辑:倪鑫煜)

## 论“以合法形式掩盖非法目的”的法律行为

朱广新\*

**摘要:**“以合法形式掩盖非法目的”的法律行为是《民法通则》与《合同法》关于法律行为制度的一种独特规定。由于法律用语较为模糊、概括,我国民法学说与判决在理解该规定上意见至今相当混乱。一些民事裁决有时将其与恶意串通行为、违反强制性规定的法律行为混淆在一起。总的看来,近年越来越多的学者倾向于以规避行为理论来理解该规定,而法院判决以虚伪行为理论对之加以理解者居多。由立法形成史看,该规定是深受前苏联民法上“伪装的法律行为”概念影响的结果。而伪装的法律行为则是对德国民法上虚伪行为制度予以拆分改造的产物。我国民法总则立法应响应科学立法的要求,摒弃“以合法形式掩盖非法目的”规定,对虚伪意思表示作出明确规定。为防止法律适用的混乱,不应把恶意串通行为规定为一种独立的无效民事法律行为。

**关键词:**法律行为 虚伪表示 规避行为

我国近三十多年的民事立法是在巨大经济社会转型过程中渐次完成的,在强烈的实用主义与鲜明的经验主义主导下,大多数民事法律不仅在内外体系上千疮百孔,而且具体到特定的法律规范或规定,亦存在这样或那样的规范缺陷。民法典编纂为从内在的精神气质与外在的规范设计两方面深刻反思、系统整理、修改完善现行民法赢得重要契机。就当下正加紧推进的民法总则立法来说,如何对作为我国民事共同法或一般法的《民法通则》的一些颇具时代特色或中国特色的规定展开批评性研究,既关乎民法总则的立法质量又可能对后续的民法分则立法起到重要示范作用。本文拟对《民法通则》第四章第一节“民事法律行为”规定中的“以合法形式掩盖非法目的”的民事行为(法律行为)从学说、判决、立法缘由等方面予以系统思考,其目的不仅想全面反思该规定的合理性、可继承性,而且想借此立法个案说明科学立法对法律理解与适用的极端重要性,以警惕民法典编纂重蹈覆辙。

### 一、“以合法形式掩盖非法目的”法律行为的法律解释乱象

我国法律行为制度系统形成于《民法通则》(1986年),该法第四章第一节以“民事法律行为”为名对法律行为制度作了一般性规定。在此之前,《经济合同法》(1981年)关于经济合同无效的规定(第7条)及《继承法》(1984年)关于遗嘱、遗赠的规定,只是对个别法律行为作了特别规定。众所周知,法律行为制度肇端于《德国民法典》,其后成为大陆法系之德国法支系的显著标识。比较而言,《民法通则》关于法律行为制度的规定,不仅在对法律行为概念的界定上颇具特色,而且其所创造的“民事

\* 中国社会科学院法学研究所编审,法学博士。本文系国家哲学社会科学基金重大项目“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”(项目编号:14ZDC018)的阶段性成果。



行为”概念以及以该概念为基础而对法律行为无效、可撤销的规定,亦非常与众不同。《民法通则》施行一年后,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干意见问题的意见》(试行)以法律解释之名,对《民法通则》关于民事法律行为的规定作了解释性、补充性规定。该司法解释实际上强化了《民法通则》关于民事法律行为制度的司法适用。十多年后,《合同法》(1999年)第三章所作“合同的效力”的规定,是对作为法律行为典型形态的合同的专门规定,由于法律行为主要表现为合同,所以《合同法》第三章在理解、适用法律行为制度上占据重要地位。

《合同法》虽然对《民法通则》有重大超越,但在很多具体规则设计上其实际上仍然沿袭着《民法通则》的做法,“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效,即是一个典型表现。自《民法通则》第58条第1款第7项将“以合法形式掩盖非法目的”明确规定为民事行为无效的一种法定事由后,尽管学界在理解该规定上一开始即存在很大争议,但《合同法》第52条第3项仍然将其一字不改地规定为合同无效的情形之一。在《民法通则》颁布之前后制定的《涉外经济合同法》(1985年)与《技术合同法》(1987年)皆未设立像《合同法》第52条第3项那样的规定。

也许是因为这种规定在比较法上甚为少见,且其立法用语十分模糊之故,多年来习惯于以其他国家或地区的民事立法、学说与判例为参考理解或解释我国民法的学者,在不同的知识背景、思维方式或学术偏好下,对其作出了相当分歧、混乱的理解。

概括地讲,目前学界或实务界对“以合法形式掩盖非法目的”法律行为至少存在以下五种不同观点:

一是认为,其基本上属于《德国民法典》及我国台湾地区“民法”、《日本民法典》上的“虚伪表示”,只不过,虚伪表示可能是用一个合法的形式掩盖一个合法的目的,也可能掩盖一个非法的目的。<sup>[1]</sup>

二是认为,其是为达非法目的而规避法律的“伪装合同”。<sup>[2]</sup>

三是认为,其为“脱法行为”<sup>[3]</sup>或“法律规避”<sup>[4]</sup>行为,即为避开强制性规定而实施规定所禁止的行为。更进一步讲,持此种观点者,或直接认为,脱法行为是虚伪表示的一种特殊形态,<sup>[5]</sup>或直接以虚伪行为来理解法律规避行为。<sup>[6]</sup>

四是认为,这种行为是具有规避法律故意的“隐匿行为”,但其不完全等同于规避法律行为,只是规避法律行为的两种类型之一。<sup>[7]</sup>

五是认为,其是伪装行为,是法律行为违法的一种特殊情形。<sup>[8]</sup>

上述各种意见,在分析、解释“以合法形式掩盖非法目的”法律行为上,使用了“虚伪表示”、“伪装行为”(“伪装合同”)、“脱法行为”、“法律规避”、“虚伪行为”、“隐匿行为”等不同法律概念,如果将功能完全相同只是因翻译之故而采用不同称谓的情况排除掉,学者们至少使用了“虚伪行为”、“伪装行为”、“脱法行为”、“隐匿行为”等四种概念。法律行为制度是民法理论与立法高度精致化、体系化的产物,其规范群所涉各种法律概念不仅承载着不同的规范功能,而且有时意味着迥异的法律思维。

在德国法系中,“虚伪行为”是立足于意思与表示是否一致而根据意思与表示故意不一致而对意

[1] 参见李永军:《民法总论》,法律出版社2006年版,第514页;江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,第177页。

[2] 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2010年版,第92页。

[3] 参见崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第263页。

[4] 参见耿林:《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》,中国民主法制出版社2009年版,第137页。

[5] 吴汉东、陈小君主编:《民法学》,法律出版社2013年版,第152页。

[6] 同注4引书,第137页。

[7] 参见王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2002年版,第650-652页。

[8] 参见龙卫球:《民法总论》,法制出版社2002年版,第517页。

思表示之有效性作出的规定,虚伪行为之所以被规定为无效,是因为在意思表示上当事人双方通谋而无意使其表示发生效力。在此,法律政策及思维关注之重点是,意思与表示是否相一致,至于意思表示的内容、目的或形式如何,则不作考虑。因此,学说通常把虚伪行为看作意思表示瑕疵的一种重要形态。

“脱法行为”,是被我国台湾地区大多数学者使用的概念,<sup>[9]</sup>我国大陆地区学者在翻译德国民法著作大多将其称为“规避法律行为”、<sup>[10]</sup>“规避法律”(Gesetzesumgehung)<sup>[11]</sup>或“规避行为”(Umgehungs-geschaeft)。<sup>[12]</sup>规避法律概念渊源于罗马法,古罗马法学家保罗对规避法律曾作如下界定:“为法律所禁止之行为者,即违反法律;未违反法律之文意而避开法律之意义者,即规避法律。”<sup>[13]</sup>德国民法典编纂时以规避法律属于一个法律解释问题而未对之予以明文规定,德国学者至今仍认为,根本不存在独立的法律规避理论,法律规避是一个法律解释问题。<sup>[14]</sup>师法德国民法典的日本民法典及我国台湾地区“民法”继受了德国民法的立法与学说。<sup>[15]</sup>因为对于规避行为的法律效力一般按照是否属于可直接或间接适用强行性法规的情形予以判断,所以,德国、日本及我国台湾地区学者多在“法律行为的内容限制”之下或之后附带地论述规避法律行为问题。相比于以意思表示瑕疵为分析范式决定意思表示或法律行为的效力形态,以是否违反强制性或禁止性规定确定法律行为的效力,是意思表示或法律行为在意思表示方面无任何瑕疵之后,以交易内容是否违反强制性或禁止性规定展开法律思维的。故而,“虚伪行为”与“脱法行为”是两个完全于不同思维轨道上运行的法律概念。

“隐匿行为”概念由来于德国民法典第117条(虚伪行为)第2款及我国台湾地区“民法”第87条(虚伪表示)第2款,其并非一种独立的法律行为形态。以我国台湾地区“民法”第87条第2款为例,所谓“虚伪意思表示,隐藏他项法律行为者,适用关于该项法律行为之规定”,旨在以参照性或引用性法条的立法技术为被虚伪表示隐藏的其他法律行为的效力之判断指明法律适用依据。至于隐匿行为本身的法律效力状况如何,实际上应像一般法律行为或意思表示的效力判断那样予以决定。以买卖隐匿赠与为例,作为虚伪表示的买卖合同应当无效,而对于被买卖隐藏的赠与行为,其效力状况除须依据法律行为有效性的一般标准予以一般性判断外,还须考虑法律关于赠与的特别规定。因此,同样受德国民法典影响的日本民法典在规定虚伪表示时对被虚伪表示隐藏的其他法律行为的效力判断问题,干脆未作任何规定,因为即使不作任何规定,亦不妨碍对被隐藏的法律行为的效力的判断。<sup>[16]</sup>

“伪装行为”不是德国民法上的概念,即使从翻译的角度看,没有任何人将德国民法典第117条的条名译为“伪装行为”。追根溯源,该概念由来于苏俄民法典。1923年苏俄民法典第34条规定了假装(虚伪)的法律行为、第35条规定了伪装的伪装的法律行为,1964年苏俄民法典第53条对假装的法律行为与伪装的伪装的法律行为一并进行了规定。我国编撰于1950年代的第一本民法教科书即明确继受了苏俄民法典上的伪装的伪装的法律行为与假装的法律行为概念,<sup>[17]</sup>《民法通则》颁布前的重要民法教科书(《民法

[9] 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第199页;史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第333页;郑玉波:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第309页。

[10] 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为》,迟颖译,法律出版社2013年版,第484页以下。

[11] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第493页以下。

[12] 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第214页。

[13] 同注11引书,第493-494页。

[14] 同注10引书,第414页;同注11引书,第494页。

[15] [日]山本敬三:《民法讲义I总论》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第210-211页。

[16] 日本学者认为,隐匿行为,依作为其自身是否具备作为意思表示和契约的要件,其效力得到确定,不是遵从特别的原理,没有特别作为问题的必要。参见[日]我妻荣:《新订民法总论》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第276页。

[17] 参见中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第80-81页。

原理》)同样接受了苏联民法上的“虚伪的法律行为”与“伪装的法律行为”概念。<sup>[18]</sup>《民法通则》在法律规定法律行为时虽然既未采用“虚伪的法律行为”与“伪装的法律行为”概念,又未作出像1964年苏俄民法典第53条那样的规定,但《民法通则》施行不久编写的一些民法学教科书,仍然采用“虚伪的法律行为”与“伪装的法律行为”概念分析、解说《民法通则》,并将《民法通则》第58条第1款第7项所作“以合法形式掩盖非法目的”民事行为无效,看作伪装的民事行为。<sup>[19]</sup>

据上分析,学界关于“以合法形式掩盖非法目的”法律行为的理解虽然有些众说纷纭,但总体看来分歧主要表现为,到底是立足于意思表示瑕疵还是法律行为的内容规制来展开法律思维,或者说,是以德国法系的虚伪行为概念还是以脱法行为或规避法律行为理论进行理解。尽管最近几年一些年轻学者多倾向于以“脱法行为”或“规避行为”理论来理解它,但主流学说仍然存在虚伪表示与脱法行为之争议。

由于虚伪行为与规避行为是立足点及分析框架完全相异的两个概念,因此,就上述五种不同意见而言,认为“以合法形式掩盖非法目的”法律行为是伪装行为并且是法律行为违法的一种特殊情形的观点,以及将虚伪行为与规避行为相提并论或完全混为一谈的观点,皆值得反思。

坦诚地讲,上述分析充其量只是减轻了解“以合法形式掩盖非法目的”法律行为的学说乱象,根本不足以使法律解释呈现拨云见日的明快感。单纯地以脱法行为或规避行为在德国、日本及我国台湾地区立法或学说上皆不被当作一个独立法律问题否定以规避行为理论来理解“以合法形式掩盖非法目的”法律行为的思路,也难以令人信服,毕竟在世界法制史上也不乏对规避行为作出明确规定的立法(如1923年苏俄民法典)。更何况,仍然有很多人将规避行为与虚伪行为混为一谈!因此,要想完全拨开“以合法形式掩盖非法目的”法律行为的迷雾,至少尚需澄清以下三个问题:一是“以合法形式掩盖非法目的”的规定在审判实践上适用状况如何;二是《民法通则》缘何独树一帜地将“以合法形式掩盖非法目的”规定为法律行为无效的一种法定事由;三是虚伪行为与脱法行为的关系。

## 二、“以合法形式掩盖非法目的”规定的法律适用状况

作为否定法律行为效力的一种重要法定事由,“以合法形式掩盖非法目的”的规定,在民事纠纷裁判中得到了相当普遍的应用。在中国裁判文书网公开的民事案件中,以“以合法形式掩盖非法目的”作为检索词予以检索,如果从2011年6月8日算起,截止到2016年6月8日上午8时,可以搜索到24127个裁判结果。这些裁判结果的具体情况为:

按法院层级筛选		按审判程序筛选		按裁判年份筛选	
法院层级	裁判文书份数	审判程序	裁判文书份数	裁判文书年份	裁判文书份数
最高人民法院	92	一审	16901	2016	1888
高级人民法院	686	二审	6269	2015	7159
中级人民法院	6956	再审	595	2014	8961
基层人民法院	16393	再审审查与审判监督	317	2013	1848
		其他	45	2012	358
				2011	67

[18] 参见佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第90-91页。

[19] 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243页;马原主编:《中国民法教程》,人民法院出版社1989年版,第133页。

由上表可明显看出,从基层法院到最高法院的各个层级的法院审判的民事诉讼,以及从一审、二审、再审、再审查与审判监督等各种审判程序的民事诉讼,皆涉及到“以合法形式掩盖非法目的”的规定。尤其是,基层法院与一审案件涉及这种规定者,数量极其庞大。由不告不理的民事纠纷解决机制可知,“以合法形式掩盖非法目的”规定是诉讼当事人用以主张合同无效的一种重要法律依据。但是,就最高人民法院审理或裁决的92份纠纷来看,法院真正接受当事人的主张,用“以合法形式掩盖非法目的”规定否定合同效力的判决则相当少。法院拒绝当事人一方用“以合法形式掩盖非法目的”规定主张合同无效的主要理由是,当事人不能提供证据证明其主张,尤其不能对“非法目的”予以证明。<sup>[20]</sup>民法奉行私人自治,且民事纠纷以不告不理为原则,民法规范的作用因而主要体现在民事纠纷裁判中。故而,考察、分析法院依据某一法律规定对案件作出裁决时的法理阐释或法律论证(裁判要旨),是探知该法律规定的意义、性质或价值的重要渠道。

根据公开的民事判决书,法院在理解、适用“以合法形式掩盖非法目的”规定上亦呈现相当混乱的状态,法官在裁判文书中使用了“虚假意思表示”、“伪装行为”、“虚伪表示”、“虚假合同”、“脱法行为”等概念来阐释适用该规定的基本理由。总体而言,法官对“以合法形式掩盖非法目的”规定主要作出了三种理解。

#### (一)指德国民法法系上的虚伪表示

在很多民事判决中,法院直接或间接地以虚伪表示理论理解“以合法形式掩盖非法目的”法律行为,他们采用的法律概念大多数为虚假意思表示,只有少量判决使用了虚伪表示、伪装行为或虚假合同概念。另有一些判决,虽然未采纳像虚假意思表示之类的概念,但明显可以看出法官是以虚伪表示理论阐述判决要旨的。法官分析、论证案件的方式,通常有两种:一是采用“名为某某合同,实为某某合同”的分析框架。例如,在最高人民法院判决的“伟龙置业有限公司、罗定市人民政府、罗定市财政局因担保合同纠纷”一案中,判决书认为:“分析上述合同所设立的投资合作关系,其实质是伟龙公司仅提供资金,但不参与经营,亦不承担经营风险,无论屏风山水泥厂处于盈利或亏损状态,伟龙公司均按月享有固定的投资回报,以达到回收投入资金本息的目的。该种合作模式违反了合作行为应共负盈亏、共担风险的基本原则,属于名为合作,实为借贷。企业之间的借贷因违反我国内地有关金融法规而属无效行为,屏风山水泥厂和伟龙公司以合作方式掩盖企业非法借贷的事实,系以合法形式掩盖非法目的。根据《中华人民共和国民法通则》第五十八条第一款第(七)项的规定,以合法形式掩盖非法目的的合同为无效合同。”<sup>[21]</sup>

二是使用“虚假意思表示”概念。例如,重庆市高级人民法院在一起民事判决中认为:《重庆市房

[20] 参见“高海洲与宁夏河东综合工业园区华能投资置业有限公司、王春玲等股权转让纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国民事判决书(2014)民二终字第269号;“洋浦恒盛投资咨询有限公司与华林证券有限责任公司、大新华航空有限公司服务合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2015)民二终字第91号;“广州钢铁企业集团金钧国际贸易有限公司与津西国际贸易有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2014)民二终字第242号;“王嘉庸与陈春蕊、云南金福地房地产开发经营有限公司等民间借贷纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2015)民一终字第12号;“华夏银行股份有限公司天津分行与天津桦科置业投资发展有限公司、天津市津南区利盛煤建有限责任公司等金融借贷合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2014)民二终字第269号;“薛惠珺与陆阿生、江苏苏浙皖边界市场发展有限公司、江苏明恒房地产开发有限公司委托代理合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2013)民一终字第138号;“大连华成天宇房地产开发有限公司与大连沙河口银丰小额贷款有限公司借款合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2013)民二终字第36号;“宁波剌界岭高速公路有限公司与艾尔皮内建筑有限责任公司其他合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2013)民四终字第12号。

[21] 参见“伟龙置业有限公司、罗定市人民政府、罗定市财政局因担保合同纠纷民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2011)民四终字第40号。

屋买卖合同》系曾长峰、蒋国帅为避税而作出的虚假意思表示,根据《中华人民共和国合同法》第52条的规定,以合法形式掩盖非法目的的合同,应为无效,因此,蒋国帅与曾长峰签订的《重庆市房屋买卖合同》本身就是为了逃避缴纳税费而签订,并非当事人的真实意思表示,应为无效合同。<sup>[22]</sup>又如,在审理一起房屋买卖案件时,一审法院认为,当事人签订的房屋买卖合同,是为了套取银行贷款,而非进行真实的房屋买卖,系通谋虚假意思表示,依照《中华人民共和国合同法》第52条第(三)项应属无效;<sup>[23]</sup>二审认为,当事人双方签订房屋买卖合同,将诉争房屋由吕晶名下过户至吕平名下,并非真实的房屋买卖意思表示,而是借订立买卖合同之名,以达到套取银行贷款的目的。原审法院据此认定双方不存在真实的买卖合同关系、所签房屋买卖合同无效,具有事实依据,本院对此予以确认。<sup>[24]</sup>这些判决在确定合同效力上明显采纳了虚伪表示制度的法律思维。据此,可以确定地认为,一些法院将“以合法形式掩盖非法目的”完全当作了关于虚伪表示的规定。

在有些案件中,法官在判决时虽然未明确使用以上两种分析方式,但其判决思维则与上述案件的分析基本一致。例如,在最高人民法院审理的一起买卖合同纠纷中,法院判决认为,当事人签订的销售合同中虚增部分销售价格,存在以合法形式掩盖非法目的之情形,虚增销售价格条款无效。<sup>[25]</sup>

然而,对于以虚假合同或虚伪意思表示规避违反法律、行政法规的强制性规定的问题,一些法院以虚假意思表示理论对案件予以分析后,则依《民法通则》第55条关于民事法律行为有效条件的规定为据进行裁断。例一,对于当事人为逃避税收而在房屋买卖合同中约定较低购房款的行为,法院认为,这是当事人“为规避税收而作出的虚假意思表示”,关于房屋价款的约定应当无效。<sup>[26]</sup>例二,有法院认为:根据《中华人民共和国民法通则》第55条的规定,民事法律行为应当同时具备行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律或者社会公共利益等条件。行为人意思表示真实是民事法律行为的基本条件之一。合同属于双方民事法律行为,故意思表示真实亦是合同的一般有效要件之一。在虚假合同中,存在两个虚假意思表示,双方通谋后相互作出与各自内心真实意思不一致的表示,且相互形成了虚假意思表示一致。曹德荣、倪黎相互形成了虚假买卖房屋、土地的意思表示,且不属于恶意串通,损害国家、集体或第三人的利益和以合法形式掩盖非法目的情形,应当属于通谋虚伪意思表示,当事人的协议应当无效。<sup>[27]</sup>例三,在由最高人民法院审判的一起公司股权转让纠纷案件中,法院认为:作为股权受让方的盈科集团在订立相关《股权转让协议》时,其真实意思表示并不是为实际经营工贸公司而持有公司股权;作为股权转让方的刘步书等人,其真实意思表示也并非将工贸公司股权和资产全部转让从而退出经营,且双方对该掩藏在股权转让形式下的真实意思表示在主观上均明知。盈科公司签订股权转让协议的真实意思表示是为控制和支配工贸公司所有的建设用地使用权和占有的土地。由此可以认定,双方在签订本案所涉股权转让协议时所作意思表示构成虚

[22] 参见“曾长峰与蒋国帅、梁艳芝债权人撤销权纠纷二审民事判决书”,重庆市高级人民法院民事判决书(2014)渝高法民终字第00391号。

[23] 参见“吕晶与吕平房屋买卖合同纠纷一审民事判决书”,北京市朝阳区人民法院民事判决书(2013)朝民初字第19616号。

[24] 参见“吕平与吕晶房屋买卖合同纠纷二审民事判决书”,北京市第三中级人民法院民事判决书(2014)三中民终字第11919号。

[25] 参见“北大荒鑫亚经贸有限责任公司与北大荒青枫亚麻纺织有限公司、王熙刚等买卖合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2015)民二终字第69号。

[26] 参见“王全富、中房集团安阳市房地产开发有限责任公司与柴俊霞、刘东升房屋买卖合同纠纷再审民事判决书”,河南省高级人民法院民事判决书(2014)豫法民提字第118号。

[27] 参见“倪黎、曹姗姗与彭作芝、曹琳琳等确认合同无效纠纷二审民事判决书”,重庆市第四中级人民法院民事判决书(2015)渝四中法终字第00865号。

伪表示。根据《民法通则》第55条的规定,本案所涉股权转让协议因缺乏真实意思表示而应认定无效。<sup>[28]</sup>

亦存在这样一种情况,一审法院以虚假意思表示分析、裁定纠纷,二审认为原审法院认定合同无效于法有据时却断言,当事人通过签订《商品房买卖合同》的合法形式,掩盖了获取银行贷款的真实目的,违反了我国合同法关于合同无效的强制性规定。<sup>[29]</sup>

据上不难得出这样的结论,如果说虚伪表示是不可避免的法律行为问题,那么,我国法院在以哪一种法律规定裁定该问题上则存在不同意见,一些法院认为“以合法形式掩盖非法目的”是关于虚伪表示的规定,而另有一些法院则依《民法通则》第55条关于民事法律行为有效条件的规定为据处理该问题。这说明,应否将“以合法形式掩盖非法目的”理解为关于虚伪表示的规定,在法官之间存在重大分歧,以虚伪表示制度对此加以理解只是理解“以合法形式掩盖非法目的”规定的选择之一。

## (二)指规避法律行为

理解“以合法形式掩盖非法目的”法律行为的另一种理论是规避法律行为,即当事人以迂回方式逃避法律、行政法规的强制性或禁止性规定。例如,在浙江省高级人民法院审理的一起委托合同纠纷案中,审判者认为:从总承包协议解除、总代建协议签订的规程及两份合同确定的阿尔皮内公司可获得的经济利益看,总代建协议主要是为了规避招标投标法的相关规定。具体讲,本案代建费条款是为确保阿尔皮内公司可获得的经济利益,将因违反招标投标法而无效的总承包合同协议项下阿尔皮内公司的利益直接嫁接至总代建协议项下,该代建费条款属《中华人民共和国合同法》第52条第(三)项规定的“以合法形式掩盖非法目的”之情形,总代建协议及补充协议中有关代建费条款应依法认定无效。<sup>[30]</sup>再如,在一起居间合同纠纷案中,原审法院认为:从居间中介费支付的实际后果看,30%的借款年利息加上20%的所谓年度居间中介费,出借人将获得年利息50%的高额借款利息。居间条款合并于借款合同之中,居间中介费与借款本金同步支付、居间中介费向出借人支付,结合考虑到民间借贷出借人追求高息的普遍状况,应该可以认定,花艺轩公司与鑫汇公司签订所谓的居间合同条款是为了规避高息的禁止性规定,花艺轩公司所谓的居间中介费实质上是出借人收取的借款利息。花艺轩公司与鑫汇公司签订的居间合同条款系以合法形式掩盖非法目的,根据《合同法》第52条第(三)项规定,无效。二审法院认为,原审判决认定事实清楚,适用法律正确,驳回上诉,维持原判。<sup>[31]</sup>

上述两项判决关于“以合法形式掩盖非法目的”的理解,并非因为裁判要旨提到“规避”招标投标法或禁止性规定而被定性为规避法律行为,主要原因在于,在这两起案件中,被法院看作合法形式的“代建费条款”与“居间条款”皆是当事人真实的意思表示,当事人作出这样的意思表示,才可能发生规避强制性规定的问题。不过,亦必须指出的是,将此两种案件归纳为对规避行为理论的使用,只是对案件实情与法院裁判要旨予以总结的结果,法院实际上在判决中并未直接提到规避法律行为或规避行为概念,而且在后一个案件中甚至使用了通谋虚伪表示概念。尽管有法院认为,“以合法形式掩盖非法目的是规避行为”,但由其“虚伪意思表示下掩盖有真实意思所欲所为的违反法律法规效力

[28] 参见“石艳春、刘春华、刘瑛、刘冬英、刘文英、刘步书与新疆盈科投资集团有限公司、新疆盈科房地产开发有限公司股权转让纠纷二审判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2013)民二终字第40号。

[29] 参见“高晓莉与北京世桥房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷二审民事判决书”,北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第01184号。

[30] 参见“宁波剡界岭高速公路有限公司与阿尔皮内建筑有限责任公司委托合同纠纷一审民事判决书”,浙江省高级人民法院民事判决书(2008)浙民一初字第3号。

[31] 参见“武汉花艺轩家具有限公司与湖北鑫汇置业发展有限公司、武汉文华集团有限公司居间合同纠纷二审民事判决书”,湖北省高级人民法院民事判决书(2016)鄂民终201号。

性规定的非法目的”的表述看,<sup>[32]</sup>该法院实际上将虚伪意思表示与规避行为混为一谈。

### (三)指具有“非法目的”的法律行为(非法行为)

法院理解“以合法形式掩盖非法目的”的另一种思路或做法是,以合同目的为着眼点、以合同旨在追求或实现的“非法目的”为根据,否定具有“合法形式”外观的合同的效力。例一,在一起借款合同纠纷案件中,法院认为:为偿还2001-055号及2002-003号合同欠款而签订的2003-015号合同,实质上是李光春票据诈骗犯罪行为的延续,目的是一个新的合法借贷形式来掩盖诈骗犯罪事实,将不能偿还欠款的不利后果转嫁给被欺骗的保证人向阳化工厂。因此,2003-015号合同也应认定为以合法形式掩盖非法目的的无效合同。<sup>[33]</sup>例二,在一起抵押合同纠纷案中,法院认为:“因该《固定资产借款合同》的形成过程中,农行岫岩支行工作人员存在上述刑事判决书和裁定书认定的犯罪行为,双方当事人明显以合法形式掩盖非法目的,侵犯了国家的金融制度,构成犯罪,依据《合同法》第五十二条第(三)项的规定关于‘以合法形式掩盖非法目的’的规定,农行岫岩支行与岩田木业公司签订的《固定资产借款合同》应当认定无效,原审判决书在该院认为部分认为该合同合法有效不妥,本院予以纠正。”<sup>[34]</sup>例三,法院认为:“根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第(三)项规定,以合法形式掩盖非法目的的合同无效。张继新与建设银行、成铭公司签订的借款合同,系以合法形式掩盖了王国华实施犯罪的非法目的,一审法院据此认定该借款合同无效并无不妥,本院对此予以支持。”<sup>[35]</sup>

然而,也有法院将旨在追求非法目的(如骗取银行贷款)的合同理解为,因存在非法目的而属于虚伪意思表示。例如,在一起借款合同纠纷案中,法院认为:“由于沈绪红与王亚丽以重复抵押和以他人名义伪造购房合同、首付款发票等手段,诈骗建行怀柔支行的购房按揭贷款,即当事人订立借款合同并非基于真实的借款意图,签订借款合同成为沈绪红、王亚丽实施其刑事犯罪行为的一种形式和手段,因此,签订借款合同确系以合法形式掩盖非法目的,属于合同无效的法定情形之一,应确认本案借款合同无效,飞腾公司提供担保亦无效。”<sup>[36]</sup>实际上,在此种情况下,合同无效的根据不是当事人无订立借款的真实意思表示,而是借款合同违背了法律的强制性规定。

相比于以虚伪意思表示理论作出的理解,这种理解思路的最大特点是,合同或意思表示是当事人真实的意思表示,合同或意思表示无效的根本理由,不是意思表示存在瑕疵,而是合同追求的目的是非法的。这实际上是对意思表示或法律行为的目的或内容限制为思维架构对意思表示或法律行为的有效性所作出的判断。由于从目的或内容限制入手确定法律行为或意思表示的法律效力的根据,只存在违反法律、行政法规的强制性或禁止性规定与违背公序良俗两种情况,“非法目的”的思维方式实质上表现为要么以违反强制性或禁止性规定否定合同的效力,要么以违背公序良俗为据否定合同的效力。

[32] 参见“原告商丘市梁园区前进街道梁园社区居委会(原三里村居委会)与被告李永泉、董长海确认合同无效纠纷一案一审民事判决书”,河南省商丘市梁园区人民法院民事判决书(2015)商梁民初字第00202号。

[33] 参见“再申请人中国长城资产管理公司大连办事处与被申请人营口市老边区交电公司、营口光金服装有限公司、营口市向阳化工厂总长,一审第三人中国工商银行股份有限公司营口分行借款合同纠纷一案申请再审民事裁定书”,中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2013)民申字第235号。

[34] 参见“中国农业银行股份有限公司岫岩满族自治县支行与兰翎、鞍山万兴隆岩田木业有限公司借款、抵押合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2013)民二终字第51号。

[35] 参见“中国建设银行股份有限公司北京西单支行与张继新、北京成铭大厦有限公司借款合同纠纷案”,北京市第一中级人民法院民事判决书(2009)一中民终字第6320号。

[36] 参见“北京飞腾房地产开发有限公司与中国建设银行股份有限公司北京怀柔支行一般借款合同纠纷案”,北京市第二中级人民法院民事判决书(2009)二中民终字第3832号。

#### (四)《合同法》第52条第2项与第3项之间的适用关系

总结法院关于“以合法形式掩盖非法目的”规定的上述三种理解,除可得出法院的理解同样甚为混乱的结论外,还可发现如下重要问题:对于《合同法》第52条第2至5项规定的四种合同无效事由,应如何处理“以合法形式掩盖非法目的”这种事由与其他三种法定事由的法律适用关系?下文仅以法院对“以合法形式掩盖非法目的”与“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”这两种合同无效事由的适用关系作出分析。

值得关注的一种情况是,在裁决合同纠纷时,法院有时甚至判定当事人的同一交易行为既属于“恶意串通,损害国家利益”又属于“以合法形式掩盖非法目的”的情形。例如,在最高人民法院判决的一起股权转让纠纷案中,法院认为:“本案股权转让系外国投资者并购境内企业,农产品公司以发行可换股票据方式支付部分转让价款,实质上是外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司,即‘股权并购’。商务部等部门联合发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》(2006)对‘股权并购’的文件申报与程序有更严格的要求。当事人串通签订《0.89 亿股权转让协议》,目的是规避必要的较为严格的行政审批要求,破坏了国家对外商投资、对外投资的监管秩序与外汇管理秩序,属于双方恶意串通,损害国家利益;也属于以合法形式掩盖规避更严格审批要求的非法目的,应依照合同法第五十二第二项、第三项的规定,认定该协议无效。”<sup>[37]</sup> 该案主要事实为,当事人双方签订《11.56 亿股权买卖协议》后,为规避商务部的审批,串通一气,以虚假材料炮制出《0.89 亿股权转让协议》,并以此向商务部报批。从法律方面看,《0.89 亿股权转让协议》其实是当事人为欺骗第三人(审批机关)而作出的虚伪表示,属于虚伪表示的典型形态。不过,法院并未以“虚伪表示”理论分析该案。其之所以认为该案可同时适用于《合同法》第52条第2、3项规定,一方面是因为对第52条的两项规定作了相当形式化的解读,另一方面是因为对“国家利益”作了极其宽泛的解释。从立法形式上看,《0.89 亿股权转让协议》具备“合法形式”的外观,欺骗商务部的审批也无疑存在“非法目的”;当事人双方相互串通签订虚假《0.89 亿股权买卖协议》的行为,亦同样符合“恶意串通”的法律规定,逃避商务部较为严格的专项审查似乎也因损害对外投资的监管秩序而损害国家利益。<sup>[38]</sup> 如不受法律语言局限,立足于法律行为制度理解《合同法》第52条第2、3项的规定,由上述判决不难发现,“合法形式”完全可以涵盖“恶意串通”,“非法目的”亦可容纳“损害国家、集体或者第三人利益”的情况。“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”的合同,亦存在以虚伪表示理论予以理解的可能性。在审判实践中,同样存在这样的判决。例如,在一起合同纠纷案中,一审法院认为,王 X1、温 XX 无买卖 103 号房的真实意思表示,双方虚假的房屋买卖行为,侵犯了马 XX 作为共有权人的利益,故根据《合同法》第52条第(二)项,王 X1、温 XX 签订的《存量房屋买卖合同》无效;二审法院在作出“驳回上诉,维持原判”的决定时认为,王 X1 与温 XX 虽就 103 号房签订买卖合同,但双方并不具有真实的房屋买卖意思,房屋买卖合同属于双方通谋虚伪表示应属无效。<sup>[39]</sup> 再如,在审理一起合作合同纠纷案时,法院明确指出:“所谓恶意串通订立的合同是当事人、代理人在订立合同过程中串通合谋实施的与其内心意思不一致的意思表

[37] 参见“王秀群、武汉天九工贸发展有限公司与中国农产品交易有限公司股权转让纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2014)民四终字第33号。

[38] 不过,就该案判决而言,法院在理解国家利益上可能犯了一个错误。欺骗审批机关事实上不能看作一种损害国家利益的情形,理由在于,法律、行政法规关于合同须经批准才能发生效力的规定,不属于强制性规定,只是关于合同生效要件的特别规定。逃避这样的法律规定不能宽泛地理解损害国家利益。

[39] 参见“王 X1 等与马 XX 确认合同无效纠纷二审民事判决书”,北京市第一中级人民法院民事判决书(2014)一中民终字第1862号。



示;以合法形式掩盖非法目的的行为,是一种内容违法的虚假行为,又称伪装行为。”<sup>[40]</sup>

因此,至少由上述案件看,《合同法》第52条第2、3项实际上是立足于不同视角或以不同措辞对相同规范问题予以表达的结果,二者实际上存在相互混淆甚至并行适用的可能性。例如,在一起商品房买卖合同纠纷案中,法院认为:“弘丰公司与邓记恶意串通,以签订商品房买卖合同的合法形式,掩盖其套取银行按揭贷款的非法目的,其行为危害了国家房地产交易和金融管理秩序,损害了社会公共利益,因此,案涉《商品房买卖合同》依法应当确认为无效。”<sup>[41]</sup>该判决要旨相当自然、顺畅地将“恶意串通”、“合法形式”、“非法目的”、“损害社会公共利益”结合在一起阐述了判定合同无效的根据。

综合以上调查、分析,法院对“以合法形式掩盖非法目的”规定的理解可以总结如下:

“合法形式”,指外观上具备合同有效要素的合同,如委托管理合同、购销合同、房屋买卖合同等;“非法目的”,具体包括四种情况:一是存在隐匿行为时,指隐匿行为违反了法律、行政法规的强制性或禁止性规定,如以委托管理合同掩盖企业间资金借贷、以购销合同隐藏企业间借贷时,企业间借贷合同违反了强制性规定。二是不存在隐匿行为,当事人实施意思表示或订立合同,旨在通过该意思表示或合同之实现,达到规避法律、行政法规的强制性或禁止性规定的目的,如通过在借贷合同中附加居间费条款,以规避关于利息最高限额的强制性规定。<sup>[42]</sup>三是不存在隐匿行为,当事人实施法律行为或订立合同,不是为了真正履行该法律行为或合同,而是想以此实现非法目的,换言之,合同或法律行为只是实现当事人之非法目的的必要手段与方式,如为骗取贷款或行政审批欺骗第三人(银行、审批机关),<sup>[43]</sup>或损害他人利益。<sup>[44]</sup>四是不存在隐匿行为,当事人实施法律行为或订立合同之目的,旨在实现该法律行为或合同,从而获得某种利益,但法律行为的实施或合同的订立过程违法,如以虚假材料并向银行工作人员行贿骗取贷款。<sup>[45]</sup>

在第一种情况下,“以合法形式掩盖非法目的”实际上指大陆法系上的虚伪表示,一些判决事实上也明确指明了这一点,只是分别使用了“虚伪意思表示”、“虚伪表示”、“伪装行为”、“虚假合同”等不同概念。第二种情况是典型的规避行为或脱法行为,但此类判决并不多见。第三种情况亦是虚伪表示的典型形态,这方面的案件相当多。第四种情况归入违反法律、行政法规的强制性或禁止性规定的

[40] 参见“上海三星康程通信设备有限公司与北京科迈易通科技有限公司合作合同纠纷一案”,北京市第一中级人民法院民事判决书(2009)一中终字第18082号。

[41] 参见“湖南弘丰房地产开发有限公司与邓记商品房买卖合同纠纷二审民事判决书”,湖南省高级人民法院民事判决书(2013)湘高法民一终字第53号。

[42] 参见“武汉花艺轩家具有限公司与湖北鑫汇置业发展有限公司、武汉文华集团有限公司居间合同纠纷二审民事判决书”,湖北省高级人民法院民事判决书(2016)鄂民终201号。

[43] 参见“再申请人中国长城资产管理公司大连办事处与被申请人营口市老边区交电公司、营口光金服装有限公司、营口市向阳化工厂总长,一审第三人中国工商银行股份有限公司营口分行借款合同纠纷一案申请再审民事裁定书”,中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2013)民申字第235号;“王秀群、武汉天九工贸发展有限公司与中国农产品交易有限公司股权转让纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2014)民四终字第33号;“北京飞腾房地产开发有限公司与中国建设银行股份有限公司北京怀柔支行一般借款合同纠纷案”,北京市第二中级人民法院民事判决书(2009)二中民终字第3832号。

[44] 参见“余盛与贵州秦邦生物制品有限责任公司、贵阳大林生物技术有限公司、贵州益康制药有限公司等股权确认、盈余分配纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2013)民二终字第19号。

[45] 例如,在一起合同纠纷案中,法院认为:“因该《固定资产借款合同》的形成过程中,农行岫岩支行工作人员存在上述刑事判决书和裁定书认定的犯罪行为,双方当事人明显以合法形式掩盖非法目的,侵犯了国家的金融制度,构成犯罪,依据《合同法》第五十二条第(三)项的规定关于‘以合法形式掩盖非法目的’的规定,农行岫岩支行与岩田木业公司签订的《固定资产借款合同》应当认定无效,原审判决书在该院认为部分认为该合同合法有效不妥,本院予以纠正。”参见“中国农业银行股份有限公司岫岩满族自治县支行与兰翎、鞍山万兴隆岩田木业有限公司借款、抵押合同纠纷二审民事判决书”,中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2013)民二终字第51号。另外参见“中国建设银行股份有限公司北京西单支行与张继新、北京成铭大厦有限公司借款合同纠纷案”,北京市第一中级人民法院民事判决书(2009)一中民终字第6320号。

情形则比较合适,但法院绝大多数根据“以合法形式掩盖非法目的”规定予以判决。

总之,“以合法形式掩盖非法目的”规定在审判实践中被广泛适用于案型不一的合同纠纷,造成此种法律适用混乱状况的原因,从立法上看,主要是“合法形式”与“非法目的”的法律用语皆十分概括、抽象,可作相当宽泛的理解,具有相当强的事实包容性。

### 三、“以合法形式掩盖非法目的”规定的由来

法律虽是人类调整社会关系高度理性化的成果,但其不是一种客观性知识,同一历史时期的不同地域的相同法律往往表现出鲜明的地域特色,同一国家或地区的同一部法律于不同历史时期亦时常呈现出不太相同的面貌。尤其是,历史有时会使同一法律规定在不同时代的法律解释者或适用者那里显现不同意义,当法律规定较为模糊或概括时,这种情况表现得愈发明显,以至于若干年后人们不知道该法律规定或概念到底意味着什么或到底应作何种理解。此时,追根溯源的历史研究会成为冲出迷雾、发现光明的方法之一。

学界与实务界在认识“以合法形式掩盖非法目的”规定上的解释乱象,同样提出了对该规定予以历史性回溯探究的现实需求。

众所周知,我国现有民法学说与立法是通过学习、借鉴其他国家或地区的学说、立法与判例逐渐发展起来的。<sup>[46]</sup> 在20世纪50-80年代期间,前苏联民法是我国民法的主要效仿、继受对象,在1982年5月1日完成的《中华人民共和国民法草案(第四稿)》的基础上制定的《民法通则》主要参考了1962年《苏联民事立法纲要》、1964年《苏俄民法典》和1978年修订的《匈牙利民法典》。<sup>[47]</sup> 因此,如果从法律继受方面考察“以合法形式掩盖非法目的”规定的由来,前苏联民法及我国学者对前苏联民法的理解与汲取方式应当作为重点研究目标。

苏联于1991年解体之前,曾编纂过两部民法典,即1923年苏俄民法典和1964年苏俄民法典,这两部民法典对我国民法学说与立法都曾产生相当大的影响。由于主要参考了德国民法典,两部苏俄民法典皆专章规定了法律行为制度。不过,为与资本主义法学划清界限,在规定法律行为时,苏俄民法典从法律概念、规范内容及规则设计上对德国民法典的相应内容作了不同程度的“改造”。1923年苏俄民法典将德国法上的虚伪行为拆分改造为“假装的法律行为”<sup>[48]</sup>与“伪装的法律行为”<sup>[49]</sup>、对违反法律与规避法律的行为并行作出规定,即是典型例证。假装的法律行为,指其实施目的只专为形式而无意产生法律后果的法律行为。在实施假装的法律行为时,当事人只希望造成一种法权关系的外表或外形,而不造成有效的法权关系。伪装的法律行为,指其实施目的在于掩盖另一法律行为的法律行为。伪装的法律行为一般都是以掩盖违法的法律行为为目的的,但被掩盖的法律行为也可能是不违法的。这两个概念实际上以法律行为的目的为着眼点,并以法律行为是否存在掩盖其他法律行为的情形为标准,对德国民法上的虚伪行为制度进行了拆分改造,并将它们一同视为意思表示与真实意思不相符的法律行为。<sup>[50]</sup> 但是,以意思与表示是否相一致为标准看,虚假的法律行为与伪装的法律行为之间实际上并不存在什么差异。为证成拆分改造的必要性,前苏联学者通常认为,在大多数情况

[46] 参见孙宪忠:《中国近现代继受西方民法的效果评述》,载《中国法学》2006年第3期。

[47] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第20-22页。

[48] 亦有人将其译为“虚构的法律行为”或“虚假的法律行为”。

[49] 亦有人将其译为“虚伪的法律行为”或者“伪造的法律行为”。

[50] 参见[前苏联]Л. М. 坚金主编:《苏维埃民法》(第一册),中国人民大学民法教研室译,法律出版社1956年版,第290页。

下,伪装的法律行为都是以规避法律、掩盖某一为法律所禁止的法律行为为目的的。<sup>[51]</sup>

1923年苏俄民法典第30条对规避法律的法律行为亦有明确规定,这就是,“凡以违反法律或规避法律为目的所为法律行为,以及显然于国家有损害的法律行为,皆属无效。”根据前苏联学者的解释,“规避法律,即是受禁止的法律行为的参与人,为了达到法律所禁止的结果,选择某些法律所允许的法律行为,企图藉以达到违法的目的”,<sup>[52]</sup>或者,“规避法律而办理的法律行为,在形式上并不违反法律,但是它所引起的法律后果是违反法律的”。<sup>[53]</sup>我国中央政法干部学校民法教研室于1950年代学习、借鉴苏俄民法典时将第30条理解为,“违反法律的行为,就是直接和法律的规定相抵触的行为。规避法律的行为就是利用合法的形式达到非法的目的的行为”。<sup>[54]</sup>“利用合法的形式达到非法目的”之表述与“以合法形式掩盖非法目的”虽然在语言形式上稍有不同,但是它们之间的意义及二者的思维方式则几乎完全相同。

1964年苏俄民法典在法律规定法律行为时沿袭了1923年苏俄民法典关于假装的法律行为与伪装的法律行为的规定,但删除了旧民法典关于规避法律的法律行为的规定。前苏联学者解释1964年民法典第53条第2款规定的假装的法律行为时,不再将其与法律规避问题纠缠在一起,而是作了如同德国民法典第117条关于虚伪行为的规定那样的法律解释。<sup>[55]</sup>这也许说明,苏联民事立法与学说已改弦易辙,不再将法律规避看作一个值得单独规定的问题。<sup>[56]</sup>

前苏联民事立法与学说对于规避法律行为的态度转变,对我国民法学说亦产生重要影响,这表现在,我国学者也不再将规避法律行为看作法律行为无效的一种独立事由。然而,迥异于前苏联学者的是,我国民法在对继受于苏俄民法典的“假装的法律行为”与“伪装的法律行为”两概念进行学说建构时,却把规避法律行为明确看作“伪装的法律行为”的一种情形。<sup>[57]</sup>而同一时期的前苏联民法学教科书,则对伪装的法律行为作出了几乎完全类似于德国民法上的虚伪行为的解释。联系到前文提到的我国学者于1950年代提出的“规避法律的行为就是利用合法的形式达到非法的目的的行为”的观点,大家也许会明白,《民法通则》施行后集民法学界之精英集体编著的重要民法学教科书,为何会将“以合法形式掩盖非法”的民事行为理解为“伪装的民事行为”或“规避法律的行为”。<sup>[58]</sup>同年出版的另一部民法体系书(《中国民法学·民法总则》)则将“以合法形式掩盖非法目的”的民事行为纳入伪装的民事行为概念中并以德国民法法系上的虚伪行为制度进行了该民事行为因意思表示不真实而无效的解釋。<sup>[59]</sup>这两种解释由于主要为法律施行而作,且出于立法重要参与者之手,所以可看作对“以合

[51] 例如,有著作认为,在大多数情况下,虚伪法律行为都是以规避法律、掩盖某种法律所禁止的法律行为为目的的。同注50引书,第290页。再如,有学者认为,“在多数情况下,伪造的法律行为是掩盖着某种受法律禁止的法律行为,也就是说,伪造的法律行为是为规避法律而而为的法律行为”。[前苏联]C. H. 布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1955年版,第157页。

[52] [前苏联]C. H. 布拉都西主编,同注51引书,第150-151页。

[53] 同注50引书,第286页。

[54] 参见中央政法干部学校民法教研室:《苏维埃民法的几个基本问题讲稿提纲》,1955年6月,中华人民共和国司法部图书资料,第23页。

[55] 参见[前苏联]B. Л. 格里巴诺夫、C. M. 科尔涅耶夫:《苏联民法》(上册),中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社1984年版,第227-228页。

[56] 1995年《俄罗斯联邦民法典》(第一部分)同样未对法律规避行为作出单独规定。

[57] 我国学者认为,伪装的法律行为有两种情况:一是被掩盖的行为具有违反法律、规避法律的目的;二是被掩盖的行为并不具有违法的性质。参见佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第90-91页;佟柔:《佟柔中国民法讲稿》,北京大学出版社2008年版,第206页。

[58] 参见佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第183页。

[59] 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242-243页。

法形式掩盖非法目的”规定所作出的最接近立法目的的权威解释。这两种解释意见虽然稍有偏差,但总的看来,以前苏联民法上的伪装的法律行为为参照,则是理解“以合法形式掩盖非法目的”规定的基本选择。客观地看,“以合法形式掩盖非法目的”与苏俄民法典关于伪装的法律行为的规定,在法条文义或外形上也确实存在相似之处。

但话又说回来,自1964年苏俄民法典不再对规避法律行为作出明确规定之后,前苏联学者在理解虚假的法律行为与伪装的法律行为时,越来越不顾法条文义的刚性约束而以意思表示不真实为着眼点作出类似于德国民法典上虚伪行为的解释。而我国《民法通则》既未接受我国民法学说对苏俄民法典之“虚假的法律行为”、“伪装的法律行为”概念的继受,又未借鉴德国民法典上的“虚伪行为”制度,只是依目的论观念,独创性地将“以合法形式掩盖非法目的”规定为民事行为或合同无效的一种法定事由。由于缺乏像“虚假的法律行为”这样的法律概念的统领或限制,所以如果完全撇开与前苏联民法在立法与学说上的历史关联,“以合法形式掩盖非法目的”这种规定,确实会给法律解释带来相当大的难题。从规范的法律解释看,如果不想陷于主观主义的法律适用泥潭,以保证法律交往的安定性,所谓“非法目的”,只能解释为,违反法律的强制性规定。而如果沿着这种思路来解释,以合法形式掩盖非法目的的法律行为,无意更近似于规避法律行为。这可能是最近几年来越来越多的人倾向于以规避行为理论理解“以合法形式掩盖非法目的”规定的基本原因。<sup>[60]</sup>

总之,历史地看,“以合法形式掩盖非法目的”规定是受苏俄民法典上“伪装的法律行为”制度影响的结果,因“伪装的法律行为”由来于对德国民法上虚伪行为的拆分改造,所以以“虚伪行为”或“虚伪表示”理论来解释“以合法形式掩盖非法目的”规定的意见不无道理。而以规避法律行为理论解释“以合法形式掩盖非法目的”意见,是无视立法史、立法目的而纯粹立足于法条外观对法律予以解释的结果。

#### 四、虚伪表示与规避行为及二者之间的关系

无论是就将虚伪表示与脱法行为混为一谈的学术意见,还是就对“以合法形式掩盖非法目的”规定作出混乱理解的法院裁决来说,不无提出这样一个重要问题:在对法律概念或制度的认知上,理论与实务界很多人不能对虚伪表示与脱法行为的关系作出较为清晰的认识。因此,研讨“以合法形式掩盖非法目的”规定必须进一步澄清虚伪表示与脱法行为概念的关系,只有这样才能在认识或法律思维上更进一步简化乃至净化对“以合法形式掩盖非法目的”规定的理解和适用。

虚伪表示是立足于意思与表示是否一致之观念,并以意思与表示不一致为据,否定法律行为效力的一种法定事由。在虚伪表示情形下,表意人与相对人不仅皆故意作出缺乏真意的表示,而且这种非真意的表示是双方当事人通谋的结果。由于这种意思表示在双方当事人方面皆缺乏效果意思,所以根据私人自治原则,法律规定该通谋虚伪表示于双方当事人之间无效。在大多数情况下,当事人实施虚伪表示,是为了共同对第三人实施欺骗。“在这种情况下,表意人和受领人进行通谋后并不希望发生所表示的内容,而希望发生另一种法律后果。”<sup>[61]</sup>以现实交易情景看,虚伪表示时常掩盖着另一个当事人真正期待发生法律效力的法律行为。相比于显现于外部、旨在达到欺骗目的的虚伪表示,这种

[60] 胡康生主编,同注2引书,第92页;同注6引书,第651页;崔建远,同注3引书,第263页;吴汉东、陈小君主编,同注5引书,第152页;王军:《法律规避行为及其裁判方法》,载《中外法学》2015年第3期;董淳铎:《合法形式掩盖下的非法合同问题研究》,载《华东政法大学学报》2014年第2期。

[61] [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克,同注14引书,第242页。

被掩盖的法律行为,被称为隐匿行为。对于该隐匿行为,德国民法典第117条第2款规定:“另一法律行为被虚伪行为所隐藏的,适用关于被隐藏的法律行为的规定。”我国台湾地区“民法”第87条在规定的虚伪表示时,像德国民法典那样,对隐匿行为的法律适用亦作了明确规定(第2款)。

由德国民法典第117条第2款不难看出,隐藏行为是一个与虚伪表示相关联而其法律效力则不受虚伪表示之效力的影响的独立行为。例如,对于以买卖隐藏赠与,作为虚伪行为的买卖无效,该无效并不牵涉到被隐藏的赠与行为,赠与行为是否有效,需要视其是否违反了法律的强制性规定或是否违背公序良俗,以及是否满足法定的形式要件。据此可知,民法关于虚伪表示的规定,根本目的在于确定,虚伪表示是法律行为无效的一种法定事由。至于被虚伪表示掩盖的隐匿行为,由德国民法典及我国台湾地区“民法”所采用的引用或参照性立法技术看,它属于与虚伪表示的法律效力完全无关的问题,其有效性需要根据法律行为之有效性的一般规则及法律关于该隐匿行为的独特规定予以判定。以此而言,将“以合法行为形式掩盖非法目的”的法律行为解释为“隐匿行为”,不太妥当。没有虚伪表示,隐匿行为无从谈起,法律不可能在没有规定虚伪表示的情况下仅对隐匿行为作出规定。

从法条文义看,“以合法形式掩盖非法目的”之用语,与德国民法法系上虚伪表示或虚伪行为的立法用语,根本风马牛不相及。法律在规定的虚伪表示时,是以法律行为的核心要素——意思表示——的构成为基础,并以意思与表示故意不一致而展开法律思维的,这充分彰显了立法对私人自治或意思自治的尊重。以目的论而言,在虚伪表示情形下,确实存在以意思表示之外形掩盖真实目的或意图的现象。但是,该“意思表示之外形”,因缺乏效果意思,事实上只是满足了意思表示构成中的“表示要素”,根本不能构成一种有效的意思表示。或者说,该种缺乏效果意思的“表示”根本无法满足意思表示或法律行为的一般生效条件。因此,如前所言,我国有些法院依据《民法通则》第55条规定,以双方当事人的意思表示无法满足“意思表示真实”这个生效条件为由,否定虚假意思表示的效力。以目的论的思维看,当事人以“虚伪意思表示”掩盖其实施行为的真实目的时,该“虚伪意思表示”至多只能被看作一种广义的“合法”,即法律容许当事人以意思表示或法律行为践行私人自治,而不是一般意义上的合法。这可能是一些学者或法官不愿将“以合法形式掩盖非法目的”理解为关于虚伪表示的规定的原因。

另外,由德国民法看,在虚伪表示情形下,法律仅仅关注意思与表示是否一致,至于当事人作出意思表示的真正目的是什么,则非关键要素。意思表示或法律行为如果存在目的非法的情形,其法律效力应依据关于善良风俗的规定予以判断。因此,虚伪表示制度实际上仅仅关注法律行为构成要件中的意思表示要素,至于该意思表示在形式、内容等方面是否不违背法律的强制性规定,则是另外一个问题。在现实形态上,虚伪表示既可能表现为整个法律行为皆是双方当事人通谋虚伪表示的结果,即通常所说的“虚假合同”,又可能表现为法律行为中的一个或几个具有独立意义的意思表示(如买卖合同中的价格条款)是双方当事人通谋虚伪表示的结果,即有些法院所说的“虚假意思表示”。在后一种情形下,法律行为的效力通常为,虚伪意思表示无效,法律行为的其他部分可能仍然有效。

据上分析,在理解或解释“以合法形式掩盖非法目的”规定时,如果完全撇开该规定的历史缘由,而纯粹以条文文义为基础,无论是以“合法形式”或“非法目的”为立足点还是以“掩盖”为着眼点,实际上皆不太容易将其与虚伪表示联系在一起。一些法院之所以选择依《民法通则》第55条规定为据来解决虚假意思表示的法律行为问题,不可能没有考虑到这种情况。

规避行为是指以实施某种不受法律禁止的行为而达到实现某种受法律禁止行为的行为。所谓“规避”,实质上指当事人为达到实现某种受法律禁止的行为的目的,以某种不受法律禁止的行为,避免遭受适用法律的强制性或禁止性规定的结果。相比于直接违反法律的禁止性规定的法律行为,规避行为只是表现为,以间接或迂回方式违反法律的禁止性规定。

规避行为理论是对法律采取严格的文义解释的产物,在进行法律解释时,如果无须区分法律的文义与法律的本意(本义),规避行为就属于法律解释问题。<sup>[62]</sup>因此,德国民法学者认为,规避行为问题属于德国民法典第134条(法定禁止)的规范对象。<sup>[63]</sup>

在欧洲法律传统中,规避行为理论与虚伪行为理论曾紧密联系在一起。在中世纪,曾存在“虚伪行为的种类与规避法律行为的种类一样多”的法谚。<sup>[64]</sup>但是,至德国民法典编纂时,将虚伪行为与规避行为混为一谈者已甚为少见,立法与学说已明确将虚伪行为与规避行为区别开来。

从实施法律行为的目的看,某些虚伪行为确实存在规避法律的问题。例如,在名为合作实为企业间借贷的交易情形中,当事人订立虚假合作合同的真正目的,是为了规避关于禁止企业间相互借贷的强制性规定。法院在阐述判决理由时,事实上也常常认为,当事人订立的合同旨在规避法律的强制性或禁止性规定。但须指出的是,此种情形下的“规避法律”,指虚伪行为的目的或结果存在规避法律的事实,而虚伪行为本身作为一个独立的意思表示,其法律效力之判断则与是否存在规避法律之问题无关。实际上,从行为目的或结果看,大量的虚伪表示与规避法律完全无任何关联。前苏联学者之所以将伪装的法律行为与规避法律行为相提并论,根本原因正在于,立法者明确将法律行为实施目的作为规定虚伪的法律行为的出发点。<sup>[65]</sup>

规避行为理论中的规避法律,指规避行为本身即表现为对法律强制性或禁止性法律的规避。下以德国的一个案例予以说明。饭店老板W因酗酒被吊销了饭店经营许可,根据德国《餐饮业法》,W不得再经营餐饮业。于是,W将饭店出售给K,并与之约定自己作为K的经理进行经营。依据德国民法典第134条,该合同规避了禁止性法律条款,因而被法院判决无效。<sup>[66]</sup>在该案中,W与K订立的合同,不仅目的是为了规避法律,而且其内容直接表现为对禁止性规定条款的迂回逃避,如果W能够经由与K的约定而经营餐饮业,那么,《餐饮业法》关于W不得经营餐饮业的禁止性规定就被规避。法院之所以判决W与K订立的合同无效,不是该合同条款存在意思与表示不一致(意思表示存在瑕疵),而是合同条款本身违反法律的禁止性规定。

另外,如前所言,虚伪行为是双方当事人一致同意其表示事项不应该发生效力,法律规定虚伪行为无效只是尊重当事人意思自治的结果。然而,“依其性质而言,规避法律行为属于当事人所真正希望的法律行为。这是因为,只有当事人真正希望这一行为,该行为的实施从其规避目的来看才具有意义”。<sup>[67]</sup>因此,规避行为是双方当事人意思与表示完全一致的真实意思表示,因为,当事人只有实施此种真实意思表示,才可能实现对禁止性规定的规避。相比于虚伪行为对禁止性规定的规避,规避行为实际上是以真实意思表示巧妙、变通或迂回地规避法律。由于不需要借助任何隐匿行为,规避行为实际上是对法律禁止性规定的直接、公开的规避。相比于对禁止性规定的直接违反,规避行为只不过是间接或迂回方法违反禁止性规定而已,因而,其与直接违背法律的禁止性规定的行为在本质上没有什么差异。当禁止性规定对法律行为的完全阻止,并不取决于当事人到底以直接或间接方法违反该禁止性规定时,区分规避禁止性规定的行为与违反禁止性规定的行为则丧失规范意义。因此,当目

[62] 同注10引书,第414页。

[63] [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克,同注12引书,第212页。

[64] 同注10引书,第414页。

[65] 1964年苏俄民法典第53条(虚假的法律行为与伪装的法律行为无效)规定:“法律行为,如果其实施目的只是为了徒具形式而无意产生法律后果,则一律无效。法律行为,如果其实施目的在于掩盖另一法律行为,则适用对双方真正欲为的法律行为规定的准则。”

[66] [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克,同注12引书,第212页。

[67] 同注10引书,第484页。

的解释甚至类推解释方法得到普遍应用时,规避行为在立法、学说上则完全失去作为一种独立制度或理论的价值。

依上所言,虚伪行为与规避行为虽然皆存在规避法律之现象,但二者在规避法律的方式上却存在巨大差异。<sup>[68]</sup> 法院在以虚伪行为与规避行为理论阐述判决要旨时,虽然有时皆可能使用规避法律之用语,但该用语实际上可能在两种不同意义被加以使用。由于并非一切虚伪行为都是为了规避法律,所以虚伪行为仅在部分情形下存在规避法律的现象。规避行为乃出于当事人真实的意思表示,法律之所以否定其效力,不是因为意思表示存在瑕疵,而是法律行为的内容违反法律的禁止性规定。虚伪行为的效力则完全是因意思表示瑕疵而被否定。因此,规避行为问题不可能依虚伪行为的规定加以解决,虚伪行为与规避行为是两个在问题意识与规范方式上完全不同的概念,不可将二者混为一谈。<sup>[69]</sup> 同时以虚伪行为与规避行为理论来解释“以合法形式掩盖非法目的”规定,是错误的。

在把“以合法形式掩盖非法目的”规定解释为规避行为或脱法行为的看法中,有学者认为:“‘合法形式’是迂回之手段,‘非法目的’是法律上强制规范的禁止。这完全符合法律规避的要件特征。”<sup>[70]</sup> 相比于以虚伪行为理论作出的远远超越法条文义的解释,这种解释明显限缩了“非法目的”的文义——对禁止性规定的违反。这与法院多倾向于对“非法目的”作宽泛解释的法律适用状况形成强烈反差。

## 五、以虚伪表示替代“以合法形式掩盖非法目的”(代结语)

《民法通则》第58条关于“以合法形式掩盖非法目的”的规定是改造性吸收前苏联民事立法与学说的结果。在《民法通则》施行初期,学界在理解该规定上共识明显大于分歧。进入20世纪90年代,由于前苏联民事立法与学说的影响日趋式微,学界与实务界在理解、适用“以合法形式掩盖非法目的”规定上分歧逐渐增大。尽管如此,《合同法》仍然原封不动地将“以合法形式掩盖非法目的”规定为合同无效的一种情形。立法在“以合法形式掩盖非法目的”规定上的固执已见,非但没有在法律理解与适用上起到增进共识、消除混乱的作用,反而使学说与判决在理解与适用“以合法形式掩盖非法目的”规定上意见更为杂乱,有人以虚伪表示理论理解它,有人则以规避行为理论理解它,有人甚至同时以虚伪表示与规避行为理论理解它。总体看来,学说与判决之间的分歧越来越大。受法条文义之限,学说近年来越来越倾向于以规避行为理论来解释它,而判决则更多地将其理解为关于虚假意思表示的规定。更为甚者,法院在适用“以合法形式掩盖非法目的”规定上,时常无法廓清其与“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”规定之间的界线,有时甚至将其“违反法律、行政法规的强制性规定”的规定混为一谈。为贯彻落实“科学立法”的政策要求,我国民法总则立法应审慎、批判性地对待法律继承,不能无视学说与判决现状,惟既有立法为上,并在现有法律面前故步自封。为保证法律规则的明确性,并由此增强法律交往的安定性,我国民法总则立法应彻底摒弃“以合法形式掩盖非法目的”规定,按照意思与表示故意不一致的法律思维,对虚伪意思表示作出明确规定。《中华人民共和国民法

[68] 关于较为类似的想法,参见杨代雄:《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为视角》,载《比较法研究》2014年第4期。

[69] 王泽鉴认为:“虚伪意思表示非属脱法行为,而脱法行为亦不能依‘民法’虚伪意思表示规定解决之,二者应予区别,不可混为一谈。”王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第228页。

[70] 同注4引书,第137页。

总则(草案)》虽然以虚假意思表示的规定<sup>[71]</sup>取代了“以合法形式掩盖非法目的”的规定,但其沿袭《民法通则》与《合同法》对恶意串通行为亦作出明确规定的做法,<sup>[72]</sup>却非常值得检讨。正如一些法院判决所示,在虚假意思表示情形下,同样存在行为人与相对人恶意串通、损害他人合法权益的情形。即使一些恶意串通行为不能纳入虚假意思表示之中予以规制,只要其损害了他人合法权益,完全可以违背公序良俗为由否定其效力。<sup>[73]</sup>因此,在对虚假意思表示与违背公序良俗的行为作出明确规定时,没有必要再因循旧法规定恶意串通行为。法律的废止、增补与修改须作体系性思考,不能只顾局部而忽视整体。另外,为增强法律适用的明确性,建议将《中华人民共和国民法总则(草案)》第124条规定中“串通”修改为“通谋”,后者更能准确显示虚假意思表示的特性,且学理上一直使用该概念。

### On Juristic Act Whose Illegitimate Purpose Concealed under the Guise of Legitimate Acts

Zhu Guangxin

**Abstract:** The juristic act whose illegitimate purpose concealed under the guise of legitimate acts is a distinctive provision on the system of juristic acts in General Civil Law of the People's Republic of China and Contract Law of the People's Republic of China. Chinese civil law doctrines and judicial decisions are quite confusing for understanding of the provision so far, because the legal terms of it are too vague and general. Some judicial decisions are often confused with malicious acts of collusion and violation of mandatory provisions of the law. In general, in recent years, more and more scholars tend to understand the provision with the theory of avoidance behavior, while most of judicial decisions made according to the theory of simulation declaration of intention. The provision is the result of the strong influence of the concept of simulated juristic act in Soviet Civil Law from a historical perspective. The simulated juristic act is the product of the separation and transformation of the simulation declaration of intention in German Civil Code. The general provisions of Chinese Civil Code legislation should meet the requirements of scientific legislation, abandoning the provision whose illegitimate purpose concealed under the guise of legitimate acts, and make clear regulations on simulation declaration of intention. Malicious collusion should not be regarded as a separate invalid civil juristic act in order to prevent the confusion of the application of law.

**Keywords:** juristic acts; simulation declaration of intention; avoidance behavior

(责任编辑:丁洁琳)

[71] 《中华人民共和国民法总则(草案)》第124条第1款规定:“行为人与相对人串通,以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效,但是双方均不得以此对抗善意第三人。”

[72] 《中华人民共和国民法总则(草案)》第133条规定:“行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

[73] 《中华人民共和国民法总则(草案)》第132条规定:“违反法律、行政法规的效力强制性规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效。”



# 论法国民法典的演变与发展

耿 林\*

**摘 要:**任何法典的制定都必须面对不断发展变化的社会需求。法国民法典的演变与发展经验告诉人们,成文化法典的稳定性,与因应时代步伐的法解释理论的发展密不可分,也需要由司法判例伴随左右。同时,成文化法典也必然离不开法律的修改活动,且法典的存续时间越长,修改的幅度也越大。他山之石,可以攻玉。我国正在制定自己的民法典,法国民法典的演变与发展之路,对我国民法典的制定以及未来民法典的发展将会有一定的借鉴意义:民法典要立足于确定的法律基本思想、合理的法典框架与结构以及坚实的民法基本理论,此外,也要避免法律规则过于琐碎。只有这样,才能充分照顾到民法典的稳定性,又能为未来法律发展留下足够空间。

**关键词:**法国民法典 法学方法论 司法判例 法律修订 法国担保法

法国民法典自颁布以来已有 200 多年的历史,作为当初民法典基本结构的主要部分仍未有根本改变。这种形式保持本身显示了法律对传统的尊重,显示了法律稳定性的重要性,哪怕是形式上的稳定。法国民法典起初有三卷,共 2281 条,由篇、章、节、条构成。其篇章结构近 200 年来始终保持未变,仅条文数目在 1975 年时增加了 2 条,即第 2282 和 2283 条。当然,随着社会的发展,条文的内容会不断因修订而变化。但是,即使必要的条文增加,也都努力采取某种技术处理方法,使原条文尽量保持不变。这些技术手段是,一些条文的编号成为空白编号,其内容或者被取消,或者被替代;有些条文则被扩展,比如关于父母亲权的第 371 条被扩展为从第 371 - 1 条到第 371 - 4 条,关于未成年人的辅佐被扩展为从第 375 - 1 条到第 375 - 8 条。<sup>[1]</sup>

但是,这并不意味着,这些条文在今天的法律含义仍与当年立法者的意思一样。社会的变化,必然要求法律作相应变化。因此,法国民法典能够至今仍保持其当初的基本形式,也无法避免平静表面下来自实践的激流汹涌的改革呼声。实际上,法国的学者、法官与立法者从未中断过对当初的法国民法典作出适应时代变化的努力。

法国民法典的发展主要沿着三个方向展开:方法的转变、判例对法典的发展和法典条文修改。本文以下即从这三方面加以阐述。

## 一、方法的转变:从注释法学派到历史的或演进的解释方法

在所有使法典适应社会需要的努力中,对法律解释方法的变化,是最及时、基本的方法。在民法典开始适用的很长时间里,法国学者与法官采取严守法律条文含义,按照立法者主观意思解释法律,

\* 清华大学法学院副教授,法学博士。

[1] Irene Bessette, *French Civil Law System since 1804*, 73 *Law Libr. J.* 336, 337 (1980).

法律适用的基本态度,其目的在于限制法官的权利,维护立法者的权威。此时,注释法学派大行其道。该学派主张,法完全包含在成文法律中,法学家只需要通过寻求立法者的意图将法提取出来即可。民法的教学成了对法典作简单的逐条评析。这种倾向一直持续到大约1880年。

注释法学派也并不否认法律需要解释,但是,它试图排斥在解释时带进解释者的主观意见,尤其反对对法律适用结果作出法律适用者的评判。因为,任何对法律的解释都不得超出立法者的意志,不得超出立法者的意志去解释法律。严格的法律适用之后,其结果的公正与否不属于法官所要考虑的因素。可见,早期的法律适用体现了对法律的极度尊重,也体现了对法官权力的严格限制。这与比法国民法典稍早诞生的《普鲁士一般邦法》(1794年)的基本思想几乎如出一辙。后者采用了近2万个条文的鸿篇巨制,目的正是在于试图把法官当作无需思考的办案工具。

在这种解释方法之下,文法解释、逻辑解释等解释方法是最基本也是最重要的解释方法,目的在于以此来探究立法者的动机与目标,发掘立法者的理性意志。同样,法律适用只需要简单的三段论运用。法律规则是大前提,经确证的案件事实是小前提,法院的判决本身就是结论。无论是违约纠纷,还是侵权纠纷,都会在法律规定中找到包含若干要件的法律大前提。法官在查明案件事实之后对照大前提来得出处理结论。尽管这种三段论推理中,有时也会包含有内部小的三段论适用关系。比如,某一作为小前提的案件事实——过错——是否存在,需要从关于特定场合下法律规则对过错标准的规定来得出结论。但是,严格的三段论推理是得到遵守的。这种态度体现了法官对法律规则的服从。

随着社会条件的变化,这种对法律的理解方法日益显得捉襟见肘,批评的声音也就不绝于耳,其中尤其受到惹尼(Gény)教授的批判。他指出,这种解释方法虚伪地将解释者的意志掩藏在推测的立法者意志的背后,而这种推测的意志只有在与其与当时的现实社会关系结合在一起时,才有意义。由此,注释法学派的方法被历史的或演进的解释方法所代替。后者强调,法律解释唯一重要的是法律条文而不是立法者的意志,解释需要根据解释时的社会需求来决定。尽管这种方法也受到一些批评,认为它人为地将法律条文与其所表达的意志割裂开来,并将法官的意志置于立法者的意志之上,但这种方法此后一直为人们所接受。<sup>[2]</sup> 因为表面上,这一方法有着一个十分明显的好处,即它便于使旧条文适应新情况,省却对它们的定期修订,而且更为重要的是,在实际上法律不可能提前适时修订的前提下,通过灵活的解释方法快速对在法律适用中对法律规则作出调整,确保个案在审理中的公正,而其对立法者意志的凌驾也会由公权力的分配学说来解决,其对法律稳定性的冲击则由学术共同体的学术精神来克服。

法国民法典演变与发展的方向要求使用新的解释方法。从个人主义到社会、集体主义(所有权、劳工保护);从自由到管制(合同);从主观意思到客观归责(外观与过错推定),<sup>[3]</sup>莫不体现方法上的新变化。契约自由的削弱,劳动合同的产生即是其例。个人责任的衰落与集体承担风险,这在雇员因工作关系受到伤害的赔偿责任中有明显体现。原来需要证明雇主过错才可要求雇主承担赔偿责任,通过判例,不再需要证明雇主过错。进一步发展,这一损害已完全由社会保险来承担。所有权的限制增多,比如为了发展交通、通讯、能源等实行公共利益的征用或设定公用地役,此外,来自建筑、城市规

[2] [法]雅克·盖斯坦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏译,法律出版社2004年版,第110-111页。

[3] [法]狄骥:《拿破仑法典》以来私法的普通变迁,徐砥平译,中国政法大学出版社2003年版,第107页以下。

划方面的限制也越来越多。<sup>[4]</sup>

在新的方法之下,法律不再被刻板地遵守,而是在遵守时更多地考虑解决方案的妥当性。原初作为法官对法律尊重与服从的三段论方法,也发生了趋向于相对性的变化。严谨的三段论成为一种形式。因为,法官在对作为裁判大前提的法律选择适用时,会通过新的解释方法对法律条文作出符合时代要求的理解。因此,法官具有了更大的解释法律的空间。此外,法官在小前提对大前提的适用时,不是简单地采用代入方法,而是采用了德国法学家恩吉施(Engisch)所形象称呼的目光穿梭法,即法官为了求得对案件的公正解决,其目光总是在法律规定与案件事实之间来回穿梭。此外,法官有时甚至会采取从结果出发来寻找适当法律依据(大前提)的方法。当事实和法律因素不确定时,法官就常常会从他直觉地认为公平的解决方案出发,只是到了司法判决的形式起草阶段才使用三段论推理。这时的推理方法就成了倒置的三段论推理。<sup>[5]</sup>

## 二、从成文法渊源到判例的发展

在大陆法系国家,成文法是主要的法律渊源,判例显然不像在英美法系国家那样重要。与制定的成文法相比,判例从来都不是主要法律渊源,法院也不实行“遵从先例(stare decisis)”的原则。但是,毫无疑问在大陆法系国家的法国,判例却始终存在并发挥着一定的作用,且在发挥着越来越大的作用。

对早期的法国民法典而言,当旧条文不合时宜,以及整个立法体系逻辑上存在不协调时,判例的存在可以避免法律威信受到削弱。<sup>[6]</sup> 其实,哪怕就早期的注释法学派阶段而言,判例也始终对民法典的适用起到伴随作用。只不过受到当时注释法学派的影响,判例的作用主要体现在对民法典条文理解产生争议时,能对这些争议起到最终解决的作用。比如,法院会通过判例中使用“原因(cause)”或者“合意瑕疵(vices du consentement)这些概念来加强合同关系的道德性。<sup>[7]</sup>

与法律解释方法的改变相联系,判例首先充当实践历史解释方法的重要阵地。民法典之后大量法律的出现,使得法律的统一性受到威胁,作为以维护法律统一为职责的最高法院,即通过判例来从立法中整理出一些适应社会变化的原则,来指导下级法院审理案件。这种仍然迂回到成文法条文的做法,虽然与注释法学派观念类似,但是,它在成文法规则与个案解决方案之间,加入了各种灵活变通、补充和纠正措施,因此成为法律的必要补充。<sup>[8]</sup>

对现代法国来说,先例已经成为法律渊源,司法实践并不援引或者明示参照某一具体先例,但一系列先例会在司法判决中成为重要的、常常也是决定性的考虑因素。法院和学者都倾向于接受存在所谓先例所确定的法律原则。<sup>[9]</sup>

比如,现代的劳工问题在法典中并无预见。最高法院在1859年对粗暴解除劳动合同判令给予赔

[4] 同注2引书,第115-117页。

[5] 同注2引书,第41页。

[6] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔:《法国财产法》,中国法制出版社2008年版,第110页。

[7] 同注2引书,第107页。

[8] 同注6引书,第111-112页。

[9] Vincy Fon & Francesco Parisi, *Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis*, 26 *International Review of Law and Economics* 519, 523 (2006).

偿,这比后来的法律规定提前30年。强制继续履行、对劳工的损害赔偿以及不正当竞争的整个学说等,都是由法院通过判例发展出来的。<sup>[10]</sup>

面对立法的情性,法院承担起使民法典适应现代环境的任务。法院的立法作用越来越明显,这被普遍认为纯粹是对19世纪和20世纪前半期议会作用的补充。特别是在合同法与侵权法领域,最高法院塑造了所有新学说。司法机关成了法律改革的发动机。最近,立法机关在债法领域中的干预几乎都是被动与消极的,而非主动与前瞻的。这一事实足以说明问题。因此,有点像英美法中的制定法那样,立法主要是对判例法所确立的规则进行重述或条文化。<sup>[11]</sup>

我们可以理解成,法典的每一个条文也都附着有无数案例和习惯做法,这些案例与习惯做法补充着条文的含义,使条文能适应当前社会的需要。

学者对法院判决也起到理论支持作用。比如,很多学者,包括波蒂埃(Pothier),都认为人身保险合同并非是不道德的赌博,1818年最高行政法院对此予以确认。这类例证很多:对非婚生子女的粗暴态度通过法院允许母亲支持自己的实践得到减轻,法院在侵权诉讼中支持子女对父亲提出诉讼等。

因此,正像1945年民法典改革委员会主席、法兰西学会(人文学院)院士Léon Juilliot de la Morandière在民法典修订草案起草说明中所说的那样,在私法领域,审判机构特别是最高法院的判决(jurisprudence)才使得民事法律能够适应变化万千的社会发展。<sup>[12]</sup>

### 三、从金科玉律的法典化到法典的零星修改

因应社会的变化,修改法律是最直接有效的手段。但是,由于法律修订程序上的限制,以及其他社会、政治、心理等因素的影响,200多年来,民法典的修订相对于庞大的法典内容来说也十分有限,特别是在法典制定后的前近一个世纪时光中。此时,与注释法学派的思想相一致,法典被奉为金科玉律,是一个时代精神的体现,是一个民族荣耀的象征。因此,对法典的修改一开始十分谨慎。但是,随着社会的变迁,法律修订也就不可避免。金科玉律迟早要打破。就绝对修订数而言,则大小小,修订有100多次,可谓多如牛毛,非本文所能详尽列举。总体而言,法典的修订主要呈现两种形式:一是在法典内部对法典内容或结构所作的修订,二是在法典外部制定单行法。这是长期以来法国民法典的修订状况。

#### (一) 法典的内部修订

法典内部的修订又可分为两种形式,即对内部条文的零散修订与对法典作综合性与结构性调整。这里仅就内部零散修订及其背景作一分析,综合修订与结构调整将在下一个标题“从零星修改到付诸实践的全面改革计划”之下展开。

早在1837年和1865年,对法典进行全面修订的主张在学说上就由当时著名的学者Bathie和Du-

[10] Ernst Rabel, *Private Laws of Western Civilization: Part II. The French Civil Code*, 10 La. L. Rev. 107, 111 (1950).

[11] Stefan Vogenauer, *The Avant-projet de réforme: An Overview*, in *Reforming the French Law of Obligations* 5-6 (Cartwright, Vogenauer & Whittaker eds., Oxford and Portland, Oregon 2009)

[12] Léon Juilliot de la Morandière & Joseph Dainow, *Preliminary Report of the Civil Code Reform Commission of France*, trans. by Joseph Dainow, 16 Louisiana Law Review 1, 7 (1955).

vergieer 提出过。他们均通过向法国最高文化组织“法兰西学会”<sup>[13]</sup> 提出和以公开发表学术论文的方式敦促对法典作符合个人行为与合同自由的结构重塑。与此同时, Accollas 呼吁有必要以更民主的方式重新改写拿破仑民法典, 并且一个民主党人的委员会要求 Herold 依此方针正式立项。此外, 1876 年 Joubaire、1886 年 Ambroise Colin 均曾尝试过修订民法典。但是, 政府对这些提议都没有予以严肃认真对待。<sup>[14]</sup>

直到 1904 年民法典 100 周年纪念时, 立法研究会出版的一本优秀著作, 记述了最著名学者对法典修订问题的讨论。对过时的、理念不足的民法典, 是用一部全新的法典来替代, 还是一个世纪以来的权宜手段即已够用? 这些手段主要是: 学者与法院对旧条文一再所作的新解释; 司法实践与司法外对新规则的直接创造; 通过立法修订对具体条文的不断现代化。几乎所有重要学者都发表了意见, 但意见并不统一。<sup>[15]</sup> 为回应这种改革呼声, 司法部还是任命了一个委员会来准备初步草案。但是, 由于该委员会人员太多, 有近一百人, 包括官员、律师、公证员、教授、议员、工业界人士, 甚至文学家。因此, 在工作仅几个月之后, 起草工作即因不断增长的倦怠情绪而流产, 完成的工作只有一点零散草案。

因此, 经历百岁时的民法典, 法典内部的条文修订主要是以零散方式进行的, 并且, 在前 80 年左右的时间里, 法典内部的修订很少, 所作出的修订也主要是技术性的。百年中较重要的修订主要有: 1819 年的法律废止了第 726 与第 912 条, 从而使外国人在继承法上和法国人处于完全平等的地位; 1816 年 7 月 28 日更正了对司法助理人员职位财产性的规定; 1854 年的法律废止了第 22 ~ 33 条的民事死亡制和第 2059 ~ 2070 条的民事拘留制; 1855 年的《登记法》改进了关于抵押权的规定; 1855 年 3 月 23 日作出了关于调整土地转移和抵押公告的法律等。<sup>[16]</sup> 1871 年开始的第三共和国得到巩固以后, 进行了范围广泛的法典改革运动。该运动主要针对婚姻法和亲属法, 结果是, 关于结婚的形式要件和实质要件的修改, 特别是放松了对父母同意的要求, 对当事人较为方便。离婚制度一度于 1816 年废除, 1884 年得到恢复, 但基于夫妻共同同意的离婚到 1945 年才得到恢复。关于亲权的行使, 在 1889 年、1910 年、1921 年的《受虐待或遗弃的未成年人保护法》中规定, 亲权在一定条件下可予以剥夺或限制。

通常认为, 民法典的黄金时代在 100 周年时达到其高峰。这个在 100 周年纪念时, 总的基调仍是乐观的, 尽管已经带有淡淡的忧虑。<sup>[17]</sup> 直到此时, 改革民法典的压力其实并不是很大。

100 周年以后的半个世纪里, 法典修订的迫切性发生了显著变化。一方面, 德国民法典对法国民法典的竞争优势日益体现, 瑞士、希腊, 以至土耳其、意大利等国的民法典最终都深受德国法的影响, 法国法的国际影响力正在迅速减退; 另一方面, 法国国内社会经济形势的变化, 也使得当初的民法典日益与社会现实脱节。这些都重新激起法国对民法改革的动力。但是, 总体而言, 动力仍有不足。1926 年, 政府虽然对一个由意大利和法国学者共同负责的债法修正案予以鼓励, 但最终该草案也只是停留在学术层面上。并且, 1945 年的一次改革也未能如愿以偿。

[13] 法兰西学会 (Institut de France) 是法国的学术权威机构, 设立于 1795 年, 由 5 个院组成, 即法兰西学术院、法兰西科学院、法兰西艺术院、法兰西文学院以及法兰西人文院, 其中最出名和权威的是法兰西学术院 (Académie française)。法兰西人文院, 正式名称为精神与政治科学学院 (Académie des Sciences morales et politiques), 下设六个分部, 其中的立法、公法与裁决分部负责讨论有关立法问题。

[14] Morandière & Dainow, *supra* note 12, at 2.

[15] Rabel, *supra* note 10, at 116.

[16] 同注 2 引书, 第 102 - 103 页。

[17] Guy Canivet, *French Civil Law between Past and Revival*, 51 *Loy. L. Rev* 39, 41 (2005).

法国维希政府垮台后,迎来了法国在二战中的解放。1944年底,一个名叫亨利·卡皮当协会(As-sociation Henry – Capitant)的组织,以保持法国法文化影响为己任,建议司法部修改民法典,并得到当时的司法部长 Menthon 的支持。几个月后,即 1945 年 6 月 7 日,新生的第四共和国即在其司法部内设立了一个专门负责修订民法的委员会。

吸取 1900 年修改失败时的教训,这次组织了一个比拿破仑时的 4 人委员会人数多,但显然又比 1900 年时人数少的 12 人委员会,并均由法律专业人员组成,且在人员构成上照顾到了政府、法院、学者和律师界等各方面。12 名成员分成四个分委员会:总论、人与家庭、财产、合同与债。<sup>[18]</sup> 但是,这个委员会工作效率极其低下。到 1953 年,委员会只完成很小一部分工作,即只将涉及序言和家庭的部分草案提交给了政府。当时的起草委员会主席 Léon Juilliot de la Morandière 教授不无遗憾地将这种拖拉首先归咎于起草人数过多,如果像智利、瑞士、埃及和荷兰民法典起草那样交由一个人完成,就不会出现这种拖而不决的现象。<sup>[19]</sup> 最终,因成员之间对社会改革目标的分歧,导致委员会解散,法典改革再次流产,仅起草出来的部分草案也没能提交至议会,<sup>[20]</sup> 尽管家庭法草案在后来的民法典修订中成为重要参考资料。因此,在 1954 年民法典 150 周年的时候,法国人仍然躺着历史的功劳簿上,对法典因应时代的变革依旧乏善可陈。

从 19 世纪初至二战结束前,民法典也有不少内部小规模修订。如,1923 年的法律曾对收养的规定作了重大修正。关于夫妻相互继承遗产的权利,1891 年、1917 年、1925 年的法律由于补充规定了对配偶遗产的一部分享有有益权,因而有所扩大。1938 年 2 月 18 日的法律以及 1942 年 9 月 22 日的法律赋予已婚妇女完全法律行为能力,使其从丈夫的监护之下解放出来。

至此,150 年来,法国民法典在风雨飘摇中仍屹立未动。这很大程度上也因其凝聚了强烈的民族感情。法国民法典被看作是崇敬、自豪以及统一与永恒价值的象征。因此,有人用归功于 19 世纪末的法国著名法学家 Demolombe 的话,把民法典看成是法国的民事宪法。但实际上,法国民法典的稳定性远超宪法,因为法国在两个世纪中共有 15 部宪法,而民法典只有一部!<sup>[21]</sup> 正像拿破仑在其生命的最后时光中说过的那样:“我真正的荣耀不是我赢得了四十场战斗,……将永存下去的是我的民法典”。<sup>[22]</sup> 这句话,不仅记载着拿破仑的自豪,也写下了法国人的荣耀;它不仅镌刻在大理石上,也铭刻在人们的记忆中。

## (二) 法典外的单行法

法典外的单行法是法国立法在未系统修改民法典时应对社会变迁的最便宜之举,因为它是补缀式地对社会立法需求的简单应对。由于可以方便地随手而出,其数量也众多。结果,它也留下与其他已有法律在内容与法律体系上如何协调的众多难题。

在个人和家庭领域,许多新的法律规范出现在公共卫生法典和社会及家庭法典中,如病人的权利和尊严、通过医学辅助手段生育的权利、终止妊娠的权利、个人寻找亲生父母的权利、妇女匿名生育的

[18] Morandière & Dainow, *supra* note 12, at 12.

[19] *Id.* at 13.

[20] Stefan Vogenauer, *The Avant – projet de réforme: An Overview*, in *Reforming the French Law of Obligations* 5 (Cartwright, Vogenauer & Whittaker eds., Oxford and Portland, Oregon 2009).

[21] Xavier Blanc – Jouvan, *Towards the Reform of the Law of Obligations in France: The Reasons for the Reform*, 83 Tul. L. Rev., footnote 2, 853, 876 (2009).

[22] Jude Wanniski, *The Way the World Works* 184 (4th ed., Regnery Publishing, Inc. 1998)

权利等。在财产及所有权领域,虽然法典的基本内容没有修改,也有多个法律规范对其加以补充,如1992年颁布的知识产权法典、地役权规定在法典中没有大的变化,但在农村法典、城市规范法典、环境法典以及建筑与居住法典等单行法中有许多关于地役权的规定。债法中,法典外的法律发展也非常迅速,比如,有调整劳动关系的劳动法典、有弥补民法典缺漏的保险法典、农村法典中有关农村用房租约合同、1948年与1989年有关居住用途的租赁合同、建筑与居住法典以及1967年不动产转让法典中有关建筑合同、在建房屋销售合同、房地产开发合同等的规定。1985年关于交通事故责任的单行法,以及规定在公共卫生法典中的医疗责任等,也属于单行法中的民事规范。<sup>[23]</sup>

不过,所有这些修改,都不是以修订法典的系统形式进行的,而是以零星的修改或者特别法的形式进行的。比如在私法领域的一些重要特别法有劳动法、保险法、消费者法、不正当竞争法以及一些特殊类型的合同等。这些都没有融入到法典之中。

#### 四、从零星修改到付诸实践的全面改革计划

当法典理想与现实完全不符时,改革就是必然的。但如果说二战结束前对法律的修改,或者是简单的修修补补,或者仅是对民法典进行综合与系统改革方面的失败尝试,那么,二战之后的法律全面修订则是一步一个脚印地在逐步推进。因此,这也是一次最成功的大规模法典修订活动。

##### (一)20世纪60年代开始的家庭法与继承法的改革

在1958年法国第五共和国建立之后,法典改革的压力有增无减。第五共和国宪法削弱了议会的立法权力,将主要立法权分配给了行政机构。这导致政府制定的法律越来越多,且质量也越来越差。制定法的零散与缺乏统一,严重地侵蚀着民法典。<sup>[24]</sup>

在此背景下,新一轮的改革浪潮又重新掀起,而这将是一次彻底汲取以往教训的新尝试,一次真正变成现实的尝试。

与以往改革尝试不同的主要有两点:一是放弃了一揽子对民法典作全面修订的方案,改为化整为零的分步走方针,即按照家庭法、财产法、合同法、民事责任法等部分进行逐个击破;二是将某个需要修订部分的起草工作授权给一个人或者少数专家进行,从而避免人数众多、议而不决的低效率再次发生。

主要由于卡博尼尔(Jean Carbonnier)教授的努力,从20世纪60年代开始,首先在家庭法与继承法领域展开了系统的实质修订工作。家庭法、家庭财产制、未成年人及精神障碍者保护、继承法等被全面修订,有些甚至是完全重新改写。但是,民法典的基本结构仍被保留。<sup>[25]</sup>

这些综合修订的法律不是以整体方式将家庭法律一次提出的,而是又分为一部分一部分地完成的。这些分次陆续修订的家庭方面的法律有:

1964年12月14日的法律作出了对监护和解除监护的修订。1965年7月13日的法律根本变更了在丈夫单独控制下的夫妻共同财产制,废除了奩产制,并且许可妻子在不经其夫同意下开立银行帐户,并管理其个人财产,但仍残留一种不平等因素,这些因素直到1985年12月23日的法律才被最后

[23] 谢晓:《法国民法典需要重新编纂的原因及方式考查》,载《法治论丛》2005年第2期,第137页。

[24] Vogenauer, *supra* note 11, at 4.

[25] Blanc - Jouvan, *supra* note 21, at 856.

消除。1966年7月11日和1976年12月22日的法律再次对收养制度进行了修改。1970年的法律废除了丈夫是一家之长的原则。1972年的法律废除了婚生子女和非婚生子女的不平等地位。此外,法律还在亲权(1970年6月4日和1987年7月22日)、亲子关系(1972年1月3日)、成年年龄(1974年7月5日)、离婚(1975年7月15日)和失踪(1977年12月28日)等方面作了修订。<sup>[26]</sup>

在继承方面,生存配偶的继承权状况如今已得到不断改善。根据1972年1月3日的法律(1972年修订之第767条),在无遗嘱继承时,如死者遗有子女,无论是否婚生,生存配偶作为正常继承人都享有1/4遗产的终身用益权;如死者仅遗有兄弟姐妹及其子女等,则生存配偶可享有半数的终身用益权。在没有有继承权的亲属,或仅遗有除兄弟姐妹或他们的直系卑亲属以外的旁系血亲时,配偶享有完全继承权(修订之第765条)。此外,1972年1月的法律还增加了第207-1条,规定先死亡的夫妻一方的继承人有着赡养生存一方配偶的义务,该赡养费从遗产中先行提取,由全体继承人负担。

通过这些修订,婚姻与继承方面的法律已基本实现现代化。

## (二)200周年时开始的担保法改革

2002年以来,法典内部结构由于修改而发生重大变化。这一方面是由于内容的特殊性,另一方面是法典部分内容上全面系统修改的需要。

因内容特殊性而导致结构重大变化的是2002年新增加一卷,即第四卷“在马约特适用的条款”(Dispositions applicables à Mayotte)。该卷原系根据2002年12月19日的第2002-1476号法令而增加到民法典中,作为民法典的第四卷,当初共有条文19条,自2004年6月1日生效。根据2006年3月23日的法令而增订至46条,即从第2489条至第2534条,并在2006年担保法独立编成一卷之后,该卷即变更为第五卷。<sup>[27]</sup>现该卷分为四编,基本上是按照前四卷的次序,依次对适用于马约特的条款予以列举、说明或补充规定。因此,民法典第2489条规定:“除本卷中另行设定的条件以外,本法典也适用于马约特。”

马约特(Mayotte)是位于非洲东南部莫桑比克海峡中,即非洲东海岸与马达加斯加之间的印度洋上的一个岛屿,是法国海外殖民的残余。2001年成为法国的一个“省级领地”(Collectivité départementale, COM),亦即第101个省。在2009年3月29日的公民投票中,马约特人以95.2%的赞成票通过其从2011年起成为法国海外省(Département d'outre-mer, DOM)。2012年,欧盟的欧洲委员会正式批准马约特自2014年1月1日起成为欧盟领土的一部分,即欧盟成员国的外部领土(Outermost regions, OMR)。因此,马约特需要接受与法国其他地方相同的法律与社会制度,但是整个过渡时间为20年。民法典第一次较大幅度变更结构,增加19条相关条款,并作为增加的民法典第四卷“在马约特适用的条款”,即为此目的。

最为重要的结构调整,是2006年法国担保制度的重新修订。这是因全面系统修改法典内容而发生的重大结构调整。

在2006年法国担保法重新修订之前,法国调整担保关系的法律主要规定在1804年民法典以及大量的特别规定中。担保方面的法院判例也不稳定。为给债权人提供一个更好的担保,并为统一与简化已有的零乱担保制度,法国担保法急需改革。

2003年法国司法部决定成立一个以米歇尔·格里马尔蒂(Grimaldi)教授为主席的担保法改革特

[26] 同注2引书,第117页。

[27] 李世刚:《法国担保法改革》,法律出版社2011年版,第280页“注释1”。



别委员会。该委员会由各方面专家组成,于2005年即提出了有关担保法改革的法案。由于争取到了2005年7月26日的关于信任与经济现代化法律的第24条,得以授权法国政府修改担保法,因此,政府成功绕开了议会对草案的审议。2006年3月23日法国部长会议即以“法令”形式通过并由法国总统随即签署的第2006-346号关于担保法修改的命令。<sup>[28]</sup>担保法因此成为民法典的一部分,即新的第四卷。<sup>[29]</sup>这也揭开了新世纪对民法典(部分)内容进行系统修订的序幕!

形式上的重要变更是新设立了民法典的第四卷“担保”(Des sûretés)。原第四卷“在马约特适用的条款”(Dispositions applicables à Mayotte)相应地变更为第五卷。第四卷下设两编,分别规定了人的担保(Des sûretés personnelles)和物的担保(Des sûretés réelles)两编。条文从第2284条至第2488条,共205条。两编之前是未设标题的一般规定(第2284至第2287条)。人的担保编,下设三章:保证、独立担保和支持函。物的担保编之下再设“分编”:分编1,一般规定;分编2,动产担保;分编3,不动产担保。分编之下依次设有章、节和条。

### 1. 关于人的担保

尽管改革中更多的改变是在物的担保中,人的担保也深受影响。

保证(cautionnement)。这一部分原来规定在民法典的第2011条至第2043条,现在位于第2288条至第2320条,在内容上没有什么变化。在新规定中,法典将原来分别在民法典和消费者法典中分散规定的内容都统一规定在民法典中,具有清晰化的作用。

独立担保(garantie autonome)及支持函(lettre d'intention)。这两种人的担保权利在过去的法律中并无规定,主要是在实践中使用的。根据意思自治精神,当事人自然有权利作出这种担保权利的约定。新的担保法将这种担保方式规定进法典中(第2321条至第2322条)。立法的作用是使其适用范围更加清晰与确定。独立担保是指保证人保证,主债权人一旦要求支付,保证人须即行支付,而不以主债务人的履行情况或其他理由作为抗辩。它是招投标实践中替代招标人所要求缴纳竞标押金的一种替代担保方式。需要注意的是,独立担保不可以作为消费者信贷担保(消费者法典第L. 313-10-1条)。

对于支持函,新的第2322条作出如下定义:是签发人(保证人)“为支持债务人履行其义务的做或不做的义务”,而无须特别规定担保人的义务是构成“手段之债”(obligation de moyen)还是“结果之债”(obligation de résultats),但不可能是给付之债,如替代支付。支持函的签发人也不是在主债务人不履行时代替债务人履行,而是在主债务人履行主债务的过程中履行其自己的支持义务。<sup>[30]</sup>

### 2. 关于物的担保

首先是动产物的担保。动产物的担保规则几乎全部重写,还有些创新的方案。新法区分两种动产物的担保:有体动产质(gage)和无体动产质(nantissement<sup>[31]</sup>)。有体动产质并不像以往的法律那样要求以转移占有为要件,占有仅为对第三人的对抗要件,且占有还可以登记来代替。<sup>[32]</sup>新法将可以用于设立动产质的标的扩展到未来动产之上。此外,动产担保中的禁止流质契约(pacte commissaire)

[28] Hanna Chalhoub, *Study of the French Law of Security Interests on Movable*, a Thesis for Master of Law in International Trade Law the University of Arizona 14 (2009).

[29] 该卷的内容此后又被数次立法删除、添加或修订。

[30] 同注27引书,第78页。

[31] 该词在原民法典中用来统称动产质权与不动产质权。在新法中,该词专门用于指称无体动产质权。

[32] Chalhoub, *supra* note 28, at 20. 同注27引书,第93页。

这一罗马法传统被新法所废弃(第2348条),不过,所有权转移的约定并不妨碍事后的差额清算,且在消费者信贷中流质禁止仍然保留。无体动产质本质上是权利质权,且在新修订的担保法中,在各种可用于设质的权利中,仅被允许用应收账款设定权利质权。

不动产物的担保,主要有两种形式:一是不动产质(2006年修订时称之为 *antichrèse*,根据2009年5月12日第2009-526号法律,被称之为 *gage immobilier*);二是抵押(*hypothèque*)。不动产质实际是一种用益质,因此也以转移占有为要件。抵押主要指不动产抵押,船舶、航空器等特殊动产抵押依特别规定设立。抵押制度的主要创新之处在于:抵押权具有追及性(第2393条第3款),用日后取得的每一项财产可随其取得即用于债权清偿(第2420条第1项),担保可针对将来可确定的债权、最高额抵押(第2422条)。<sup>[33]</sup>

2009年5月12日“关于程序减负以及法律清晰与简化的法律”增补了让与担保的内容,使信托让与担保法律化,成为动产担保编的一部分内容。

此外,信托法的修订,也使得民法典的内部结构发生了一些较小的变化。

像其他大多数大陆法系国家一样,法国原民法典原来并不存在一般意义上的信托制度。在2003年司法部成立担保法改革委员会时,也决定成立一个独立的工作组,负责信托的立法工作。<sup>[34]</sup>至2005年2月,专家组完成、公布了草案,并提交议会讨论。2007年2月7日,议会经过研究与讨论最终通过该法律,并以2007年2月19日第2007-211号“关于设立信托制度的法律”,将信托制度规定在民法典第三卷第十四章,名称为“信托”(fiducie)(第2011-2030条)。这是法国民法中第一次关于信托制度的规定。该法律创造性地将法国民法典所坚持的完整所有理论与英美法信托制度中资产剥离技术结合起来,发展了罗马法上的信托含义,为丰富资产管理与利用手段提供了必要的法律武器。

在物权的其他方面,民法典对“共有”也作了较大修订。原第六章“遗产的分割与返还”,根据1976年12月31日第76-1286号法律,将其修订为19条,即第851条至第851-18条。这一重大修订,明确将在位于第三卷第一编继承中的共有制度改造成适用于一切原因的一般共有规则。2006年6月23日第2006-728号法律又将其进一步明晰化,修改为第七章“共有的法定制度”,并区分为四节,同时也对一些前修订条文内容又作了较大修订。<sup>[35]</sup>需要注意的是,对该条的修订远不止这两次,不过是这两次改动较大而已。由此可见,内部修订与结构调整也并非截然分明的划分。2006年6月23日颁布、2007年1月1日生效的第2006-728号“关于改革继承与无偿处分的法律”还对处于债法位置的这两部分(即第三卷第一、第二编)内容作出全面修订,其中第二编题目由原来的“生前赠与和遗赠”变更为“无偿处分”。

### (三)如火如荼的债法改革及其最新成果

债法是民法典改革中最后未被触及的领域。首先打破这一寂静的,不是政府组织,而是一个私人学术团体。不同于民法典100周年时的修订计划,也不同于150周年前夕的修订尝试,在民法典200周年之际,民法典迎来其第三次大规模修订规划。这些修订目标,虽然是分步实施,但已正在不断变成现实。

[33] Catherine Nommick, *Reform of the French Law Governing Security Interests*, Order dated March 23, 2006, [http://www.soulier-avocats.com/upload/documents/reforme\\_suretes\\_ANG.pdf](http://www.soulier-avocats.com/upload/documents/reforme_suretes_ANG.pdf) (last visited on 2013-10-3).

[34] 同注27引书,第4页。

[35] 同注6引书,附目一(该附目系译者所加),第1103-1111页。

法国民法典中已成功修订的部分已如前述。作为这次宏大修订计划重要部分的债法修订,是尚未实施完成的对民法典的最新系统修订。在法国民法典 200 周年纪念前的一些国家的法律修订,如 1992 年荷兰民法典的修订、1994 年加拿大魁北克民法典的修订,2002 年德国债法的修订,以及欧洲和国际上一些法律制定活动,如欧盟的《共同参照框架草案》(DCFR)、《国际商事合同通则》(Unidroit Principles)等,是这次修订计划的动因与楷模。但是,最直接的诱因是 2003 年 1 月一次关于法国合同法与《欧洲合同法原则》(PECL)比较的研讨会。一个由民间组织支持发起的、由学者参与的关于债法与生效改革的“初步计划”(Avant-projet),也称 Catala 计划,也在此时产生。这一民间发起的民法典改革意图,是想将传统债法下的所有问题都纳入修订计划一并考虑,因此,改革的内容涉及民法典第三卷的第三、六和二十编,即合同、准合同、民事责任(侵权之债)与时效。亨利·卡皮当协会提供组织与资金支持。政府虽未直接参与,但也给予了极大的支持与帮助,司法部提供技术支持,草案文本得以在官方的政府出版物上发表。法国总统在民法典 200 周年讲话中甚至表示债法改革应在五年内完成。

一开始,改革小组分成两个组,一个由巴黎二大的 Catala 教授领导,负责合同与准合同部分的修订;另一个由维尼(Viney)教授和德鲁里(Drury)教授领导,负责民事责任部分。此外,Malaurie 教授负责时效部分。不到八个月初稿提出后,由全体改革小组成员予以讨论,最后再交由最初负责的成员予以完善与协调。共有 37 位专家直接参加草案起草。大部分文稿最后都由以精通法律写作而著名的 Cornu 教授润色和改写。全部修订草案工作用时 30 个月,于 2005 年 9 月完成。<sup>[36]</sup> 随即,由总序、每一部分的序以及修订后的条文构成的草案提交给政府及法学界讨论。此外,由法国司法部支持、由法兰西学院院士泰雷(François Terré)所主持并完成的《泰雷合同法草案》(2008 年)也适时问世。最终,政府机关决定分步提交立法机构通过这些草案。最先提交通过的是时效部分(已于 2008 年 6 月 17 日以 2008-561 号法律正式公布)。2008 年,司法部在学者草案的基础上,就合同部分提出了一个“临时草案”向社会公开征求意见。<sup>[37]</sup> 2011 年 5 月 9 日,已就合同法部分正式向议会提出修改建议。关于民事责任部分,司法部已征求意见,截止日期是 2012 年 1 月。<sup>[38]</sup> 完全有理由期待,在不远的几年中,债法剩余部分的改革法案都将得到通过。

最新的债法修订进展<sup>[39]</sup>是,根据 2015 年 2 月 16 日“关于简化与现代化国内商业与司法领域的法律与程序之法律”第 8 条的规定,法国议会授权政府以“法令”的方式修订《法国民法典》债法部分的相关内容。据此,法国政府于 2016 年 2 月 10 日通过了《关于合同法、债法一般规则与证明的改革法令》,对法国民法典中属于债法内容部分的债法总则、债的渊源部分成功地作出了修订,这些修订部分将从 2016 年 10 月 1 日起生效。虽然由议会授权政府立法方式能够避免在议会立法审查时的许多争议,加快了立法进程,从而使得长久准备的债法修订终于取得了初步立法成效,但是同属于债法部分的特别合同(即各种具体合同部分)以及侵权法部分仍处在等待之中。

债法部分的修订仍在原法典框架的第三卷“取得所有权的不同方式”中进行。<sup>[40]</sup> 不过,由于旧债

[36] Vogenauer, *supra* note 12, at 7-10.

[37] Blanc-Jouvan, *supra* note 22, at 856.

[38] Christelle Coslin, *Preparation of a Reform of Civil Liability in France*, in *For the Defense*, Sept. 2012, Vol. 54, No. 9, p. 83.

[39] 关于债法修改的最新进展,感谢复旦大学李世刚副教授惠赐相关资料,尤其是其慷慨地将自己正在联系发表中的近 3 万字的大作《法国债法体系重构的比较研究》一文惠赐笔者参考,特此志记并鸣谢。

[40] 关于法国新债法修订的具体内容(纳入民法典以后的结构与内容),参见法国政府官方网站:<https://www.legifrance.gouv.fr>。

法内容的庞杂与逻辑不清,新修订的部分首先是对其作了结构整理,即将原来第三卷中的第三编“契约或合意之债的一般规定”与第四编“非因合意发生的债”调整为第三编“债之渊源”、第四编“债之通则”,增加一编,即第四编之二“债的证明”。本卷其他各编(即第1-2编、5-21编)仍保持本次修订前的状态,未予变动。

与2006年新增的担保卷第二编一样,修订立法者在第三编“债之渊源”之下采用设置“副编(Sous-titre)”的技术。因此,第三编下有三个副编:“合同”、“非合同责任”与“其他债之渊源”。其中,“非合同责任”主要是讲原第四编“非因合意发生的债”中的第1章“准契约”抽出,留下第2章“侵权行为与准侵权行为”,并与原第四编(二)“有缺陷的产品引起的责任”合并。也就是说,这一副编虽然位置作了调整,但内容修订正在进行之中,尚未经立法程序通过。第三副编“其他债之渊源”规定了无因管理、非债清偿以及不当得利。这些原本在民法典中已规定的内容,在新的位置中被规定得更为清晰。从形式到内容修订幅度较大的主要还是第一副编“合同”,下分四章:“一般规定”(主要涉及合同类型与合同法的基本原则)、“合同的订立”、“合同的解释”以及“合同的效力”(下设“合同对当事人的效力”、“合同对第三人的效力”、“合同期限”、“合同转让”和“合同的不履行”四节)。就内容而言,最重要的改革还是法国民法典采纳了潘德克吞学说以及被德国民法典所首先使用的“法律行为”(d'actes juridiques)的概念。尽管修订者并未将其在条文结构上予以突出,但在第三编的第一条即予以规定,且置于第三编之下的第一副编之外(从第1101条开始),意在强调其适用范围并不限于合同。此外,在原民法典中第1108条与第1131条所规定的著名的法国法上的原因行为,也被删除。

第四编“债之通则”之下由五章构成,即“债的类型”(规定有附条件债、附期限债以及多数人债)、“债的运转”(规定有债权转让、债务转让、更新、债务指示承担)、“债权人的诉权”、“债的消灭”以及“返还”。

可见,第三次全面修订计划与以往不同的是,这次是自法国民法典颁布以来规模最大、最彻底的一次修订。在新形势的压力之下,它正在一步一步变成现实。

当然,就整个法典的整体修订而言,分步实施的方案也显然有缺陷,即无法将整个法典,甚至完整的某一卷作为统一的体系予以考虑。比如,即便新增加的担保卷,由于立法权限限制,也未能对优先权作出适当修订。但是,新修订过的法典,无疑将大大缓解其社会适用性上的不足,同样,它也将大大缩小与其他法典在法文化影响上的差距,提高法国法文化的国际竞争力。

## 五、结语

任何法典的制定都必须面对不断发展变化的社会需求。法国民法典演变与发展的经验告诉人们,成文化法典的稳定性,与因应时代步伐的法解释理论的发展密不可分,也需要由司法判例伴随左右。同时,成文化法典也必然离不开法律的修改活动,且法典的存续时间越长,修改的幅度也越大。他山之石,可以攻玉。

我国正在制定自己的民法典,法国民法典的演变与发展之路,对我国民法典的制定以及未来民法典的发展将会有一定的借鉴意义。为此,我们需要从中汲取以下经验与教训:

首先,民法典的制定要立足于确定的法律基本思想。这里的法律基本思想既包括对法律基本认识的哲学思想与观念,也包括在根本上影响法律制度的一国成熟稳定的政治、经济制度等社会条件。没有这些基本条件,民法典的基本稳定性将会受到威胁。法国民法典建立在自由思想基础之上的这

些理念,基本立足点可谓正确,但是现代社会化思想也对其产生相当大的冲击。而且,开放的经济制度在法国社会也一直未有根本性变化。

第二,民法典要有一个合理的法典框架与结构。法律的基本框架结构是法律体系的基础。它取决于立法当时的法学理论研究的水平。18世纪的自然法学思想深深影响着法国民法典的制订,但法学的研究水平尚未达到19世纪的科学化程度。因此,表现在法国民法典上的自然、通俗与流畅的亲民特点与后来的科学化的潘德克吞法学以及概念法学还是存在一定的差距。因此,债法到目前为止的部分修订,正反映出当时立法技术的相对简陋,因此在法典结构上的大量调整,就足以说明了这一点。若考虑到法国民法典近年来已由当初的三卷一下扩展到五卷这一事实,则更应引起我们高度重视。我国未来民法典的制订,应当引以为戒,为此需要对民法体系的整体结构从理论、教学、司法实践等不同方面予以正确把握、科学设计,方可以保持长久稳定。

第三,民法典制度必须依赖于本国所掌握的坚实的民法基本理论。民法自身的基本理论是民法典编纂的基础,如法律行为理论、信托理论等。

最后,民法典中的规则要尽量避免过于琐碎。社会是要不断发展进步的。为社会服务的民法典只有保持开放性才能与之相适应。过于琐碎的规则设计容易跟不上时代的要求,而由于自身规则的特殊性,这些具体规则常常也缺乏必要的解释空间。因此,法国民法典制订时即以原则规定为导向,是一个成功的经验。去除琐碎规则的抽象规定更容易为法解释留下空间,也更呼唤司法判例的存在与发挥作用。这样,在尽量减少修订法律从而尽量维护法律稳定性的同时,法律发展的重任也自然由法解释与司法判例来合理承担。

只有这样,我们才会看到,一个既能充分照顾到民法典的稳定性,又能为未来法律发展留下足够空间的民法典,就会呈现在人们的眼前。

## On the Evolution and Variation of French *Code Civile*

Geng Lin

**Abstract:** To meet the demand of ever-developing society is needed for any civil code. The evolution and variation of French *Code civile* shows us that the realization of the goal of certainty for civil code often goes along with the evolution of hermeneutic theory, the judicial cases and the amendment of the civil code itself. The longer a civil code exists, the more times and huger amount it is amended. To learn from the outwards, the experiences in evolution of French *Code Civile* can show us its intonations for our coming Civil Code as well; the civil code should be based on the certainty of general legal theory, the rationality of code' framework and the command of theory in civil law itself, furthermore it should avoid detailed regulations as possible. Thus both the certainty of civil code and the enough space for the future development of the civil code, can be well regarded.

**Keywords:** French *Code Civile*; legal methodical theory; judicial cases; legal amendment; French guarantee law

(责任编辑:丁洁琳)

## 论过错侵权责任的一般原则

[法]热娜维耶芙·威内(Geneviève Viney)\*

罗 瑶\*\*/译

**摘 要:**法国民法典第 1382 条确立的过错侵权责任的一般原则,其主要的优点是能够迅速地适应社会发展,及时规范随着工业发展出现的各种新型损害,同时有助于推动现行法的发展,为某些权利的创设提供途径,从而能够更好地保护个人权利。然而,这一过错侵权责任一般原则也存在两方面的缺点:一方面,没有给法官提供任何有效的法律技术工具以限制民事责任的适用;另一方面,一般原则还导致在区别过错侵权责任和特殊侵权责任时,出现了一些敏感问题。

**关键词:**过错侵权责任 一般原则 优点 缺点

法国民法典第 1382 条确立了过错侵权责任的一般原则,<sup>[1]</sup>该条规定:“任何行为使他人遭受损害时,因自己的过错而致损害发生之人对该他人负赔偿责任。”尽管最近已经有学者对这一原则提出了批评,<sup>[2]</sup>但是对于大多数法国学者而言,它是显而易见的真理。事实上,自从《拿破仑民法典》的编纂者在 1804 年确立这一原则以来,人们基本上没有对它产生过怀疑。

然而,我们只要简单回顾一下历史就会发现,过错侵权责任的一般原则,即使在法国,也不是一开始就存在的。它是 1789 年法国大革命的历史产物,在法国大革命之前,法国习惯法沿袭罗马法,用以规范过错侵权责任的方式是具体列举式(casuistique)。

过错侵权责任的规范方式从具体列举式演变为一般原则式,是学术界长期积累的结果,尤其离不开教会法学派和自然法学派的发展,而正是自然法学派深刻地影响了拿破仑民法典的编纂者。事实上,早在 17 世纪早期,格老秀斯(Grotius)就设计出了过错侵权责任的一般原则,数十年之后,多马(Domat)在其重要著作《自然秩序中的民法》中重述了这一原则,他写道:“无论是违反还是未履行某种义务给他人造成损害,都应该进行赔偿,这是特定义务或‘不得损害他人’的一般义务的自然推论。”

然而,多马等学者所设计的规则和当时的法律之间差异巨大。当时,尽管学者们常常运用过错侵权责任一般原则来解释、指导具体案件,但是,这并不意味着这一原则本身已经具有了法律效力。只要立法者还没有信服这一原则,那么它就仅仅在处理具体案件时发挥解释作用。然而,一旦过错侵权责任的一般原则被写入法律,法官们就将之作为弹性条款加以运用,其适用范围也就完全不同了。

\* 热娜维耶芙·威内(Geneviève Viney)是法国巴黎第一大学荣休教授。原文载于《20 世纪末的法国私法:皮埃尔·卡达纳合集》,Litec 出版社 2001 年版,第 555-568 页。

\*\* 罗瑶,中国政法大学比较法学研究院副教授,法学博士。

[1] 2016 年 10 月 1 日关于债法改革的法律生效后,法国民法典第 1382 条将变为第 1240 条。(译者注)

[2] 批评性文章参见:Ph. Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droits et cultures*, 1996, p. 31 et s., spéc., p. 34 et s.

将过错侵权责任的一般原则确立于民法典中,对法国民事责任法的发展影响重大。

由于拿破仑民法典第 1382 条、第 1383 条拒绝将“损害的性质”和“过错的程度”作为衡量民事责任的依据,<sup>[3]</sup>因此,这两个条款的确立,极大地扩展了民事责任的适用范围。

更让人吃惊的是,尽管在当时这两个条款被认为是最终规定,但是,它们从未停止过其演变过程,并且始终朝着有利于受害人的方向发展。

事实上,从 19 世纪 60 年代开始,人身损害事故——尤其是工伤事故和交通事故——迅速增加。在这些事故中,要求受害人提供证据以证明行为人具有过错,显得过于苛刻。人们发现,由于这些事故具有迅捷性和技术性特征,这种证明往往是不可能的。在此背景下,受学术理论的影响,法官逐渐从民法典第 1384 条中发展出另一条民事责任的一般原则,<sup>[4]</sup>即物的责任的一般原则。这一原则不同于过错侵权责任的一般原则,但同样具有非常广泛的适用范围。上述发展始于 19 世纪末期,<sup>[5]</sup>直至 1930 年才最终完成。<sup>[6]</sup>

大约一个世纪之后,在他人责任领域也发生了类似的变化。1991 年,他人责任的一般原则被确立。尽管直到今天,这一原则的适用范围还不甚清楚,但是,它已经成为独立于过错侵权责任的另一种侵权责任类型。<sup>[7]</sup>

此外,在合同领域,判例还发展出了“结果之债”制度,在“结果之债”中免除了债权人须要举证证明债务人的违约行为具有过错的证明责任。

在立法方面,法国法也和其他大多数国家一样,确立了特殊侵权责任制度以规范特定类型的损害(交通事故、核事故、家庭事故、某些专业责任……)。并且,在特殊侵权责任领域,同样没有采用一般原则式的规范方式。

然而,令人惊讶的是,在很多情况下,过错侵权责任的一般原则都可以被当作特殊侵权责任的补充工具加以运用,即如果某一特殊侵权责任法不能充分保护受害人,那么就可以适用过错侵权责任的一般原则。例如,关于产品责任的 1998 年 5 月 19 日法律就明确规定,<sup>[8]</sup>在产品流通届满 10 年后,尽管不能再适用以“产品缺陷”为基础的特殊侵权责任规则,但是可以继续援用过错侵权责任一般原则以救济受害人。

在上述背景下,过错侵权责任一般原则的作用发生了某些变化。在今天,它不仅仅调整特定当事人之间的关系,而且为无法通过其他有效方法获得救济的受害人提供最低限度的保护。

过错侵权责任一般原则的上述最低保护功能,奠定了其在法国法中的基础性地位。宪法委员会已经通过判例明确确认了这一最低保护功能,它认为,如果一部法律完全排除了受害人利益,而且没有规定其他的救济体系,那么这一法律是违宪的。<sup>[9]</sup>

尽管法国学者并没有对过错侵权责任的一般原则提出质疑,<sup>[10]</sup>但是,这一原则却是统一欧洲国

[3] 2016 年 10 月 1 日关于债法改革的法律生效后,法国民法典第 1383 条将变为第 1241 条。(译者注)

[4] 2016 年 10 月 1 日关于债法改革的法律生效后,法国民法典第 1384 条将变为第 1242 条。(译者注)

[5] Par l'arrêt *Teffaine*, 18 juin 1896 : S. 1897, 1, 17, note A. Esmein ; D. 1897, 1, 433, concl. Sarrut, note Saleilles.

[6] Par l'arrêt *Jand'heur*, Ch. réunies, 13 févr. 1930 : DP 1930, 1, 57, note G. Ripert, rapport *Le Marc'Hadour* : S. 1930, 1, 121, note P. Esmein.

[7] Arrêt *Consorts Blicek*, 29 mars 1991 : JCP 1991, II, 21637, concl. Dontenville, note J. Ghestin ; D. 1991, p. 324, note Chr. Larroumet.

[8] C. civ., art. 1386-16.

[9] Cons. const., 22 oct. 1982 : JO 23 oct. 1982 ; *Gaz. Pal.*, 1983, 1, p. 60, note F. Chabas. V. également la décision du Conseil constitutionnel rendue le 9 novembre 1999 à propos de la loi sur le pacte civil de solidarité, considérant n° 70.

[10] 值得注意的例外观点参见: Ph. Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droits et cultures*, 1996, p. 34 et s.



家侵权责任法的首要障碍。事实上,这一法国法基本原则,在多个重要的欧洲国家并不存在:有的国家的法律从未规定过相关原则,例如,对于过错侵权责任,英国仍然采用传统的具体列举规范方式;有的国家的法律则明确否定这一原则,例如德国民法典的编纂者就认为受侵权责任法保护的法益是有限的,因此更愿意一一列举这些法益。

可见,在统一欧洲侵权责任法的背景下,通过考察民法典近两百年来的历史,以探讨民法典编纂者所确立的过错侵权责任一般原则的优点和缺点,具有重要的意义。

## 一、一般原则的优点

法国民法典第1382条所确立的过错侵权责任的一般原则,其主要的优点是能够迅速地适应社会发展,尤其是能够及时规范随着工业发展出现的各种新型损害。此外,过错侵权责任的一般原则还有助于推动现行法的发展,为某些权利的创设提供途径,从而能够更好地保护个人权利。

### (一) 适应性

由于民法典第1382条的规定非常原则,因此它首要的优点就是具有灵活性,能够迅速地适应新的情况。即使是对于那些从未听说过的全新的损害类型,在立法机关甚至判例都还没有来得及规范的情况下,“一般原则”也能够迅速地进行调整。正如我的同事图尔诺(Tourneau)教授所言,“即使是那些因技术发展而出现的新型损害,民法典第1382条和第1383条也能为受害人提供保护……主观责任具有万能作用:只要没有其他司法途径,它就可供援引”。<sup>[11]</sup>

我们列举下述例子以说明过错侵权责任一般原则所具有的适应性优点。

#### 1. 适应社会经济结构的发展

19世纪,随着工业资本主义的出现和发展,社会经济结构发生了重大变化。这种建立在自由竞争基础上的经济体制,常常诱使商人们使用不太诚信的方法以获取有利的竞争条件:仿造商品,诋毁他人,联合抵制,升级销售等等。

立法之时,民法典的编纂者并未预见到会出现上述情况,但是,由于有第1382条的存在,只要受害人能够证明不正当竞争行为成立,即使这些行为尚未构成犯罪,法官也能对之进行处罚。对不正当竞争行为提起的诉讼属于民事责任之诉,法院很快就通过这种诉讼来调整商人之间的关系。

不正当竞争之诉非常灵活,法官可以利用这种诉讼来处罚所有的以不诚信手段抢夺他人顾客的行为。例如,在15年前,法官就开始借助不正当竞争之诉以处罚“寄生虫行为”。所谓“寄生虫行为”,<sup>[12]</sup>是指模仿他人产品的名称或商标以骗取他人顾客。

在工业资本主义背景下,商家们常常利用虚假广告等手段吹嘘产品、欺骗顾客。在这些情况下,民法典第1382条同样能够有效地救济受害人。我们可以以下述最近常常发生的案子为例:商家写信给顾客,让顾客相信他中了大奖,然而所谓的大奖根本就不存在,商家写信的目的只是想引诱顾客购买商品。最高法院在多个上诉案中认定这种行为具有过错,并且肯定了下级法院以民法典第1382

[11] Ph. Le Tourneau, *Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective in Les métamorphoses de la responsabilité*, 6<sup>e</sup> journées René Savatier, PUF 1998, p. 31 et 32.

[12] V. P. Le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. 2000, n° 6082 et s.; Ph. Le Tourneau, *Responsabilité*, Litec 1998.



条为依据要求商家承担赔偿责任的判决。<sup>[13]</sup>

## 2. 适应现代信息技术的发展

报纸、广播、电视等传媒的迅速发展同样加重了泄漏隐私、诬蔑诽谤、散布谣言等侵权行为的发生。对于记者、编辑、媒体的上述滥用新闻自由权的行为,法官迅速地肯定了受害人可以援引民法典第 1382 条以请求赔偿。

此外,在资讯的利用传播领域,过错侵权责任的一般原则也发挥着重要作用。例如,公司自己发布的或者咨询事务所、信息机构基于合同关系发布的资讯信息,不准确或不完整,给受害人造成了经济上的损失,受害人就可以援引过错侵权责任的一般原则以请求赔偿。

需要补充的是,近来,在网络信息领域,民法典第 1382 条又出现了新的运用方式,这种运用方式的前景十分广阔。这里主要针对通过网络散布谬误信息以损害他人人格权的行为,尤其是那些损害他人隐私权的行为。最初,对于上述行为,法官主要以民法典第 1382 条为依据处罚网络服务提供商。<sup>[14]</sup>此后,在立法者还未作出任何明确规定的情况下,<sup>[15]</sup>法官又以民法典第 1382 条、第 1383 条为依据要求服务器提供商承担责任。<sup>[16]</sup>

上文列举的例子,尽管只是一部分,但是也充分证明了过错侵权责任一般原则能够迅速地适应社会发展。可见,即使是那些民法典的编纂者在 1804 年没有预见到的社会新问题,过错侵权责任的一般原则也能为受害人提供保护。

民法典的适应性,源于第 1382 条的一般原则性。

## (二) 权利创设

过错侵权责任的一般原则不仅具有上述适应性优点,而且还能创设权利以保护个人。它所创设的权利,事后往往都被立法机关予以确认。

事实上,正是由于过错侵权责任的一般原则至今仍然发挥着高效的创设功能,法国法最初才没有提出“一般人格权理论”。

最初,在一些判决中,法官以民法典第 1382 条为依据,要求侵害他人名誉、姓名、人身自由的行为人对受害人进行精神损害赔偿。从这些判决出发,学术界开始论述一般人格权理论,并且认为“一般人格权”是人人都享有的主体性权利。一般人格权理论为上述民事责任提供了正当性基础:一方面,它说明了侵害他人名誉、姓名、人身自由的行为具有过错;另一方面,它也论证了精神损害的成立,以及精神损害赔偿金的基础。

可以说,正是学术和判例的交替发展,促成了一般人格权理论的形成。当然,立法者也明确规定了某些人格权,但是比较有限。例如,很多判决都认为盗用他人姓名应该承担责任,从而确立了姓名

[13] Cass. 2<sup>e</sup> civ. , 3 mars 1998 : *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 57 ; *JCP* 1989, II, 21313, obs. G. Virassamy ; *D.* 1988, somm. comm. , p. 405, obs. J. L. Aubert. Cass. 2<sup>e</sup> civ. , 7 juin 1990 : *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 130. Cass. 2<sup>e</sup> civ. , 28 juin 1995 : *D.* 1996, p. 181. , note J. L. Mouralis ; Cass. 2<sup>e</sup> civ. , 18 déc. 1996 : *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 307. Cass. 1<sup>e</sup> civ. , 19 oct. 1999 : *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 289.

[14] V. par ex. , TGI Bar - le - Duc, 16 janv. 1997 : *D. Aff.* 1997, 317 ; T. com. Paris, 3 mars 1997 : *JCP* 1997, II, 22840, note F. Olivier et E. Barbary.

[15] 为了解决这一问题,第 2000 - 719 号法律,修改了 1986 年 9 月 30 日第 86 - 1067 号法律关于信息自由的规定,但是宪法委员会在 2000 年 7 月 27 日的判决中认为这一规定违反宪法。

[16] CA Paris, 10 févr. 1999 : *JCP* 1999 E, p. 953, n<sup>o</sup> 21, obs. Vivant et Le Stanc ; *D.* 1999, p. 390, note Mallet - Poujol ; *JCP* 1999 G, II, 10101, note F. Olivier et E. Barbary, *Lamy Dr. Affaires*, 1999, n<sup>o</sup> 14, ch. n<sup>o</sup> 857 ; TGI Nanterre, 8 déc. 1999 et CA Versailles, 8 juin 2000 inédits, cités par E. Jez et F. J. Pansier, « Responsabilité des hébergeurs à l' aune de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 » : *Gaz. Pal.* 8 - 9 sept. 2000.

权,但是,立法却没有规定姓名权。同样地,对于大部分自由权,例如言论自由或者信息自由,立法也没有予以确立。

就立法方面而言,1881年的新闻自由法确立了新闻答辩权,1957年3月11日的法律肯定了著作权人对自己作品享有精神权利,1970年7月17日的法律则更直接地规定了一般人格权。这一法律后来被列入民法典中,即民法典新第9条。根据这一法律,“任何人均享有私生活受尊重的权利”,“法官可以采取冻结、扣押等一切手段,以预防或制止侵害他人隐私的行为,上述措施不影响损害赔偿请求权的行使”。这些规定为法官处罚那些通过书籍、文章、图片、电影、电视侵害他人隐私的行为提供了依据。在此基础之上,法官还通过判决认定隐私权包括肖像权,对未经允许公布、利用其肖像、照片或影视片断的行为,受害人可以请求赔偿。此外,法官还认为通信秘密权属于隐私权的内容之一,任何侵害他人通信秘密的行为,都可能导致民事责任。

在法国法中,1970年7月17日法律事实上发挥着保护一般人格权的作用,然而,它也并没有排斥民法典第1382条的适用。在实务中,法官对侵害隐私权的行为判处损害赔偿金,往往同时以这两个法律为依据。

1970年之后,立法机关还多次通过立法确立了一些人格权,例如,1972年法律规定了对电台或电视的答辩权;又如,1993年1月4日法律确立了尊重无罪推定的权利,这一法律后来被纳入民法典中,即民法典新第9条第1款。此后的2000年6月15日法律则进一步强化了对这一权利的保护。

可见,民法典第1382条为一般人格权理论的发展提供了途径,而一般人格权理论本身则为个人精神权利提供了系统的、完全的保护。

需要补充的是,过错侵权责任一般原则创设权利的功能不仅表现在一般人格权领域,而且表现在其他领域。例如,法官正是依据过错侵权责任一般原则才认定,消费者无论是在合同缔结之前还是在合同履行过程中,都享有知情权。立法机关后来也通过立法确认了消费者的上述知情权。

综上所述,过错侵权责任的一般原则具有一些积极的、重要的优点。然而,“勋章总有其背面”。事实上,如果说民法典第1382条、第1383条这样的原则性规定,有利于强化对受害人的保护的话,那么,相应地,它们也大大扩张了侵权责任在法国法中的适用。这种扩张,在今天看来,甚至显得过于泛滥了——至少在某些领域是如此。

## 二、一般原则的缺点

今天人们所讨论的过错侵权责任一般原则的缺点,集中在两方面:一方面,和英国、德国等法律体系不同,一般原则没有给法官提供任何有效的法律技术工具以限制民事责任的适用;另一方面,一般原则还导致在区别过错侵权责任和特殊侵权责任时,出现了一些敏感问题。

### (一)无法有效限制民事责任的适用

如果我们将法国民事责任体系和邻近的英国、德国民事责任体系相比较,立即会惊讶地发现,无论英国法还是德国法都创设了相应的法律技术工具以限制民事责任的适用,这些国家还通过区分损害的性质等方法以调节对受害人的保护力度。然而,由于民法典确立了过错侵权责任的一般原则,法国法中并不存在上述法律技术工具。<sup>[17]</sup>

[17] 关于三种法律体系的比较研究参见:W. van. Gerven, *Tort Law, Scope of Protection*, Hart Publishing, Oxford 1998, General introduction, p. 1 et s.

### 1. “损害”概念

如前所述,民法典第 1382 条的规定非常原则,其最直接的表现就是未对“损害”概念作任何区分。换言之,在法国法中“损害”是一个统一的、未加区分的概念:“任何行为使他人遭受损害时”——无论是何种“损害”——“因自己的过错而致损害发生之人对该他人负赔偿责任”。

民法典的编纂者在立法之时也明确地表明了他们不愿意区分“损害”的态度。在向议会汇报时,达赫贝勒委员(Tarrible)如此阐释第 1382 条中的“损害”概念:“这一条款适用范围广泛,它包括所有类型的损害,并且所有类型的损害都应以同样的赔偿。从杀人到最轻的伤害,从建筑物纵火到毁坏破旧不堪的房屋,都由同一法律予以调整。无论是何种损害,都可能会被评估并要求予以赔偿。”

可见,法国法并不区别损害的类型,不存在说某些类型的损害,相对于其他损害而言,就应该优先予以赔偿。在法国法中,只要行为人具有“过错”,他就应该赔偿其行为造成的所有损害。

在司法实务中,很自然地,法官所理解的“损害”,范围也非常广泛。除了人身损害、财产所有权损害之外,法官毫不犹豫地认定了纯粹经济损失和精神损害。他们确认的精神损害范围也十分广泛,不仅认为侵害人身权会导致精神损害,而且认为生活愉悦程度,甚至情感感受,也属于精神损害。

需要补充的是,民法典第 1382 条既不区分损害的类型,认为所有类型的损害都可能导致民事责任,而且还进一步规定这种民事责任具有统一性。所谓“统一性”,具体说来就是指,无论是何种类型的损害,它所导致的民事责任,构成要件相同,法律效果也一致。换言之,法国法不区分损害的类型,并且都适用“完全赔偿原则”。

然而,法国民法典编纂者确立的上述规则很快就遭到了反对和批评。1900 年德国民法典的编纂者对此就持否定态度。德国民法典通过一般性规定将民事责任的范围限定于对某些权利的侵害,并具体列举了这些被保护的权利:生命、身体、健康、自由以及财产所有权,对于其他权利,是否应予以保护,则交由判例进行衡量。这里的“其他权利”,此后主要通过一般人格权理论进行了扩张解释。

此外,需要补充的是,德国法并不保护所有的法益。依据德国法,某些法益具有绝对性,这些法益一旦遭受了过错的、不法的行为的侵害,就可以请求赔偿;然而,对于那些不具有绝对性的法益,德国法对其赔偿请求则课以了非常严格的条件(例如不正当竞争领域中的损害赔偿)。

可见,德国民法典将损害区分为不同的类型,这样,德国法官就可以根据损害性质的不同,以调节对受害人的保护程度。然而,法国法中并不存在类似的法律技术工具。

当然,也有法国学者曾质疑法国法不区分损害类型的做法。这些学者建议区分人身损害、财产损害以及精神损害,并分别赋予不同的民事责任后果。可见,他们建议以社会需要为基础,建立一个等级制的损害赔偿体系。斯塔克(Stack)教授早在 50 多年前就提出这一观点,<sup>[18]</sup>此后,另一些学者也不时地倡导这一观点,<sup>[19]</sup>然而,至今它对法国理论界的影响也很小。

当然,准确地说,特殊侵权责任制度在一定程度上也区分了损害类型。不过,过错侵权责任的一般原则严重地限制了特殊侵权责任规则的适用。事实上,正如我们上文所述,即使特殊侵权责任制度不认可某些损害赔偿请求,受害人仍然可以援引著名的一般原则以寻求救济,这样一来,特殊侵权责任制度只能起到强化受害人保护的作用,基本上无法限制民事责任。

### 2. 过错相对性

民法典第 1382 条的规定过于原则,除了表现为没有区分“损害”的类型外,还表现为没有区分受

[18] Dans sa célèbre thèse, publiée en 1946, sur « La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée ».

[19] V. Ph. Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droits et cultures*, 1996, p. 31 et s. G. Viney, « Les métamorphoses de la responsabilité civile »,  *Journées Savatier*, 1998, PUF 1998, p. 331 et s.

害人。民法典第1382条既不考虑受害人和行为人事前是否存在法律关系,也不考虑受害人与行为人之间关系的亲疏远近,而是将所有可能的受害人置于同一法律地位,给予同等的保护。

这种做法同样可能导致民事责任的过度扩张。因为,按照这一规定,即使行为人不能预见其行为会给他人造成损害,并且其行为在通常情况下也不会给他人造成损害,各种受害人还是可以向他请求损害赔偿。

可见,在法国法中,侵权过错概念不同于合同过错概念,它并不具有相对性。有些国家,例如比利时,受“阿奎那相对性理论”的影响,<sup>[20]</sup>已经开始确认侵权过错具有相对性。然而,在法国,法官们仅在例外的情况下承认这一规则,他们从不认为这是一项一般性的原则。“阿奎那相对性理论”强调每一法规都具有确定的立法目的,因此,如果提出损害赔偿请求的受害人并不是这一法规的保护对象,或者他们所遭受的损害并不属于这一法规的保护范围,那么行为人就不用承担相应的民事责任。

事实上,英国法和德国法都利用“过错”概念以抑制过度的侵权损害赔偿请求,然而,法国法却没有提供类似的法律技术工具。

在英国法中,发挥着上述功能的是“注意义务”概念。“注意义务”是英国过失侵权责任的构成要件之一。尽管英国法中的过失侵权责任类似于法国民法典第1382条,适用范围非常广泛,但是,通过判例对“注意义务”概念的解释,英国法能够有效地限定享有损害赔偿请求权的受害人的范围。

德国法确立了“阿奎那相对性原则”。依据德国法,如果某一法规的目的并不在于保护受害人所主张的利益,那么行为人不承担民事责任。通过这一法律技术工具,德国法排除了大量的损害赔偿请求权。

当然,对于英国法和德国法所采用的上述法律技术工具,并非毫无争议。特别是这些法律技术工具产生了一个著名的后果,即它排除了对纯粹经济损失的救济,这一点遭到了很多批评。但是,在某些情况下,这些法律技术工具确实非常有效。

如前所述,法国法中并未设置类似的法律技术工具,这就意味着,至少在某些领域,法国法无法避免滥用民事责任的现象发生。例如,即使连续受害人与直接受害人关系疏远,今天的法国法官也常常承认其提出的精神损害赔偿请求,这就显得过度了。

## (二) 无法清晰界定过错侵权责任和特殊侵权责任

过错侵权责任一般原则引发的第二个问题是:在特殊侵权责任越来越多的今天,它使得过错侵权责任与特殊侵权责任之间难于区分。

一般来说,按照“特别法优先”原则,如果特别法对某一领域作出了特殊规定,那么就适用特别法,不能适用一般法或者一般原则。只有在特别法没有作出特殊规定的情况下,过错侵权责任的一般原则才能发挥作用。

然而,司法实践并未严格遵守上述原则。在司法实践中,究竟是适用特别法还是适用过错侵权责任的一般原则,在很大程度上取决于适用的法律效果(是否有利于受害人)。

如果特别法旨在为受害人提供特别保护,但它又不能有效地实现这种保护,那么,即使特别法设置了特殊规定,法官仍然可以援用过错侵权责任的一般原则以救济受害人。

我们可以以工伤和职业病领域为例。最高法院在其1990年2月2日的判决认为,<sup>[21]</sup>尽管受害人

[20] J. Limpens, *La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé*, in *Mélanges offerts à R. Savatier*, p. 539. D. Philippe, *La théorie de la relativité aquilienne*, in *Mélanges Dalcq*, p. 467 et s.

[21] Ass. plén., 2 févr. 1990 : *Dr. soc.* 1990, p. 449, concl. L. JOINET ; *JCP* 1990, II, 21558, concl. L. Joinet et Y. Saint Jours ; *D.* 1992, p. 49, note F. Chabas.

的近亲属不能依据社会保险法——以特别法的名义——获得救济,但是却可以在一般过错侵权责任的框架下请求赔偿。

上述判决结果令人震惊:因为它将过错侵权责任的一般原则运用于本该属于特别法调整的领域,并由此明显加重了雇主的责任。另一个例子是最高法院社会法庭于1997年10月28日作出的判决。<sup>[22]</sup>在这一判决中,最高法院认为:“如果雇员的损害不能依据关于工伤和职业病的法律获得救济,那么他可以援引民事责任一般法向雇主提起诉讼。”最高法院的上述论述过于原则,它并没有清楚地说明为什么不援用社会保险法来救济受害雇员:受害人之所以不能通过社会保险法获得赔偿,有的时候,是因为损害本身并不属于职业疾病,在这种情况下,援用一般法进行救济应该是没有疑义的;但是,有的时候,却是因为受害人根本就不符合社会保险法规定的赔偿条件。其实,在应该适用特别法的领域适用一般法,其目的在于强化受害人保护。

最高法院上述判决的指导思想,很明显就是希望能够赋予受害人更多的赔偿机会。可见,社会中的立法者(法官们)试图通过这种方法以加强对受害人的救济,在他们看来,在上述情况下,把一般法授予所有人的救济手段都剥夺了,是不合逻辑的。

然而,从相反方面观察,就会得出不同——甚至是相反——的观点。这是因为,特别法不仅关注行为人为人造成的偶然性损害,而且还需要确保行为人的行为自由。

以新闻特别法为例,1881年法律在将某些滥用新闻自由的行为(例如侮辱、诽谤)认定为犯罪的同时,事实上承认了新闻自由权。

然而,在适用这一法律的过程中,很快就产生了下述问题:在行为尚不构成刑事犯罪的情况下,因新闻文章或电视媒体而遭受损害的人,是否可以以民法典第1382条为依据向民事法庭提出赔偿请求?

显然,这一问题的答案非常重要,其解决也并不容易:事实上,如果我们大范围地允许这种民事诉讼,那么新闻自由原则必然会遭受破坏;然而,相反地,如果我们完全否定这种民事赔偿请求,那么公民权利也会遭致滥用的新闻自由权的玩弄。

由此,我们就可以理解为什么在这一问题上立法者曾经那么犹豫,而他们现在所提供的解决方案又是如此的微妙。

最后,对于在上述情况下是否可以以民法典第1382条为依据提起民事诉讼的问题,最高法院给出了肯定回答,然而,最高法院又通过数个著名判决,<sup>[23]</sup>缓和了这种可能性。最高法院认为,如果侵权行为本身属于1881年法律所规定的犯罪行为,即侮辱或诽谤行为,那么民事法官必须严格适用1881年法律所规定的程序和实体规则。可见,对于违反1881年法律的犯罪行为,就无民法典第1382条适用的余地。<sup>[24]</sup>

相反地,如果民事诉讼的对象是一般的作为或不作为行为,并不属于1881年法律所规定的犯罪行为,那么就不需要遵循这一法律所规定的严格条件,而可以援引民法典第1382条。不过,为了避免过度限制新闻自由,在适用这一条文时法官非常严格地解释记者或媒体的“过错”:只有明显滥用新闻

[22] *D.* 1998, p. 219, note Ch. Rade.

[23] *Cass.* 2° civ., 17 févr. 1993 : *Bull. civ.* II, n° 16 ; *Cass.* 2° civ., 5 févr. 1992 : *D.* 1992, p. 442, note J. F. Burgelin ; *Cass.* 2° civ., 22 juin 1994 : *Gaz. Pal.* 1995, J. p. 163, obs. Bruntz et Dumingo ; *Cass.* 2° civ., 19 févr. 1997 : *JCP* 1997, II, 22900, note M. Pierchon ; Paris, 3 oct. 1997 : *D.* 1997, IR. p. 236 ; Ch. mixte, 3 juin 1998 : *JCP* 1998, II, 10137, note E. Derieux.

[24] 最高法院全体委员会通过2000年7月12日的两个判决正式确立:*JCP* 2000. IV. 2524 et 2525 ; *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 8.

自由权的行为,才构成过错,成立民事责任;对于单纯的轻率行为,<sup>[25]</sup>尽管在其他领域可以援用民法典第1382条,但在新闻领域,却无适用的余地。

上述例子表明,过错侵权责任和特殊侵权责任的区分问题,是一个敏感问题,它源于一般原则的扩张性。很多情况下,一般原则不仅损害了特别法的独立性而且还威胁到特别法内部的利益衡量。<sup>[26]</sup>

从上文可以看出,1804年民法典编纂者确立的“一般原则式”的规范方式,既具有优点,也具有缺点。如果一定要对此作一个评价的话,我认为任何缺点都是可以补正的。诚然,民法典第1382条过于原则、灵活的规定,在授予法官权力的同时,赋予了他们太多的自由。然而,应该注意到,法官滥用这一权力的主要目的在于保护受害人,因此,只要他们意识到自己在这方向上走得太远,就会反过来关注那些可能承担民事责任的人的合法利益。法官可以通过严格定义“可赔偿的损害”概念,严格评估因果关系,甚至在某些领域严格定义“过错”概念,以纠正上述缺点。<sup>[27]</sup>

在我看来,过错侵权责任的一般原则源于法国的司法传统,甚至源于法国文化,因此,即使以协调欧洲立法为名,也不能希望废除它。

要改变滥用或错误使用一般原则的情况,我认为更好的方法是通过判例进行重新解释。通过这种方法,我们既可以利用欧洲邻国的某些有用的法律技术工具,又不伤害被视为现代法国法基石的过错侵权责任一般原则。

## The General Principle of Tort Liability Based on Fault

Geneviève Viney

**Abstract:** The article 1382 of French Civil Code establishes the general principle of tort liability based on fault. Its main advantage is that it can quickly adapt to social development, and regulate timely various new type of damage with the industrial development, and meanwhile it can also help promote the development of the existing law, providing approach for creation of some rights, so as to better protect the rights of the individual. However, the general principles of the tort liability based on fault has two shortcomings: on the one hand, it doesn't provide judges any effective legal tools to limit the application of civil liability; on the other hand, the general principle brings about some sensitive and delicate issues when making a distinction between tort based on fault and special tort liability.

**Keywords:** tort liability based on fault; the general principle; advantages; shortcomings

(责任编辑:丁洁琳)

[25] V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 janv. 1994 : *Bull. civ.* II, n° 33 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juin 1994 : *Bull. civ.* I, n° 218 ; V. également Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 avr. 1997 : *JCP* 1998, II, 10010 ; V. également l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000, *Sté automobiles Citroën c/ Sté Canal Plus*, *JCP* 2000. IV. 2527 ; *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 7.

[26] 还可以举出的例子是:以民法典第1382条为依据的不正当竞争诉讼和关于保护知识产权的特别法之间的关系。参见: J. Passa, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, *Dalloz* 2000, C. D. A. Ch. p. 297, 以及 Ph. Le Tourneau 的回应文章: *Retour sur le parasitisme économique*, *Dalloz* 2000, C. D. A. Ch. p. 403. 关于过度扩张过错侵权责任一般条款会损害私法其他规则的分析,同样参见: H. Mazeaud, *L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, *D. H.* 1935, Ch. p. 5.

[27] 这还表现在新闻出版领域: V. *supra*, notamment l'arrêt précité de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000 : *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 7 ; *JCP* 2000, IV. 2527. 如果行为人的行为是在行使自由权,那么只有当他的行为逾越了权利或自由的界限的时候,才能判定他具有过错。