

目 录

【专题研讨】

刑事冤错案件的制度防范与纠正

——基于聂树斌案的思考 汪海燕(1)

刑事冤错案件的程序法分析

——以聂树斌案为例 刘计划(20)

【论文】

论反不正当竞争法的现代化 孔祥俊(37)

口供的自由、自愿原则研究

——法国模式及评价 施鹏鹏(56)

系统论视角下刑法修正案犯罪化限制及其根据 姜 敏(71)

论德国电信监听的法律规制

——基于基本权利的分析 黄 河(88)

德国司法裁判中的“法感情”理论

——以米夏埃尔·比勒的法感情理论为核心 赵 希(102)

中日古代神明裁判制度比较研究 郑显文(117)

国际卡特尔与我国反垄断法的域外适用 王晓晔 吴倩兰(132)

论海洋油污损害赔偿责任的社会化分担 王 军 张海枫(146)

罗马私法拟制研究 谢 潇(155)

【民法典编纂】

我国《民法总则》的制度创新及历史意义 崔建远(180)

【人文对话】

网络虚拟人格保护的困境与前路 李佳伦(193)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 151 May 2017 No. 3

Contents

Topic Discussion

- The Institutional Prevention and Correction of Misjudged Cases: Based on the Thinking of the Case of Nie Shubin *Wang Haiyan* (1)
- Criminal Procedural Analysis of Misjudged Cases: Taking Nie Shubin Case as an Example
..... *Liu Jihua* (20)

Articles

- Modernization of Anti – unfair Competition Law *Kong Xiangjun* (37)
- Principle of Free and Voluntary Confession
——French Model and Evaluation *Shi Pengpeng* (56)
- The Limits and Basis of Criminalization of Criminal Law under the Perspective of Systematic Approach
..... *Jiang Min* (71)
- The Legal Regulation about Telecommunications Surveillance in Germany: An Analysis Based on Fundamental Rights *Huang He* (88)
- The Theory of the Sense of Justice in German Judicial Practice: Focusing on the Theory of the Sense of Justice by Michael Bihler *Zhao Xi* (102)
- The Comparison between Ancient Chinese and Ancient Japanese Trial by Ordeal Regime
..... *Zheng Xianwen* (117)
- International Cartel and Extraterritorial Application of Chinese Antimonopoly Law
..... *Wang Xiaoye & Wu Qianlan* (132)
- The Social Sharing System of the Responsibility of Ocean Oil Pollution Compensation
..... *Wang Jun & Zhang Haifeng* (146)
- On Legal Fictions in Roman Private Law *Xie Xiao* (155)

Codification of Civil Law

- On the System Innovation and Historical Significance of General Provisions of the Civil Law
..... *Cui Jianyuan* (180)

Humanistic Dialogue

- Difficult Position and Ways out of Cyber Virtual Personality *Li Jialun* (193)

【专题研讨】

刑事冤错案件的制度防范与纠正

——基于聂树斌案的思考

汪海燕*

摘要:聂树斌案再次引发各界对于刑事冤错案件的警醒与反思。鉴于冤错案件成因的复杂性,应当秉持立体化思路,从司法体制、诉讼制度和证据制度以及法律适用等“多重面向”完善冤错案件的防范与纠正机制。在保障审判权独立运行的基础上,应当推进以审判为中心的诉讼制度改革,在法律上确立无罪推定原则,完善刑事再审启动程序,探索启动模式的法治化转型,并明确刑事诉讼法适用遵循“从新兼有利”原则。

关键词:聂树斌案 刑事冤错案件 审判中心 无罪推定 再审启动

一、引言

在执行死刑21年后,2016年12月2日,聂树斌终被再审宣告无罪。无论从案件本身之复杂程度、案情之离奇程度,还是从申诉过程之曲折程度,再审启动、纠正之艰难程度,学界及实务部门均认为聂树斌案(下文简称“聂案”)应当载入史册。^[1]

聂案自1994年案发至2016年再审改判无罪,其间不仅国家和社会发生了沧桑巨变,我国刑事诉讼法也经历了1996年和2012年两次较大规模的修订。聂案如一座墓志铭,不仅记载了当事人命运的悲歌,映射出我国刑事司法理念与制度存在的缺陷,也在呼号程序法治、司法文明与公正。

聂案所涉问题繁杂,限于论述主旨与篇幅,本文仅从司法体制、诉讼制度与法律适用等维度,在梳理案件相关资料的基础上,重点探讨完善刑事冤错案件的制度防范与纠正。一方面,从历史的维度审视聂案的成因,既要看到表象的证据法问题,更要刺穿表象认知其背后包括单核化犯罪控制诉讼理念、侦查中心等“无形的手”;另一方面,我们也应当承认聂案再审改判无罪之法治意义,尤其应当重视其对于我国今后防范和纠正刑事冤错案件、完善刑事诉讼结构或改革相关诉讼制度所具有的积极价值。下文以聂案为线索,探讨推进以审判为中心、确立无罪推定原则、完善再审启动程序以及明确刑事诉讼法之时间效力等问题。

* “2011”司法文明协同创新中心教授,中国政法大学刑事司法学院教授,法学博士。本文为国家社科基金重点项目“刑事庭审实质化研究”(15AFX015)、中国政法大学青年教师学术创新团队项目“刑事审判中心研究”的阶段性成果。

[1] 参见单晓玉:《陈光中:聂树斌案应当载入史册》,财新网 <http://china.caixin.com/2016-12-02/101022284.html>,最后访问时间2017年3月22日;丁咖:《人民法院报评出2016年度人民法院十大刑事案件》,中国法院网 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2017/01/id/2508918.shtml>,最后访问时间2017年3月22日。

二、防范刑事冤错案件的基石:以审判为中心的诉讼制度

其实,近年来曝光的有影响的刑事冤错案件除聂案之外,还有余祥林案、赵作海案、于英生案、呼格吉勒图案等。刑事冤假错案是最大的司法不公。刑事冤假错案轻则使无辜者身陷囹圄,重则使其被剥夺生命,而且,对于我国司法形象和司法权威的破坏力十分巨大,甚至会动摇普通公众的法治信念。^[2]

客观地说,立法者为防范刑事冤错案件的发生也设计或完善了诸多制度:从2007年最高人民法院收回死刑复核权到2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部(以下简称“两高三部”)出台《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《两个证据规定》),从2012年修改《刑事诉讼法》到2013年中央政法委、公安部、最高人民检察院、最高人民法院等先后颁布实施关于防止冤假错案的工作办法,^[3]再到2013年、2014年党的十八届三中全会、四中全会明确提出“深化司法体制改革”、“全面推进依法治国”、“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,及至2016年6月中央深改组审议通过《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》,2016年7月两高三部联合印发该意见,2017年2月最高人民法院印发《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》等。对上述制度或规范进行梳理,不难发现,刑事冤错案件的纠正与防范已悄然成为我国新一轮司法改革的基本指向及重要内容。而在这些制度中,“审判中心”又成为防范刑事冤错案件的立足点与落脚点。诚如有学者所言,“以审判为中心归结到一点就是为了实现司法公正,落脚点是防范冤假错案。以审判为中心的诉讼制度改革若无法成功聚焦于冤假错案的防范,这种改革就有可能失焦而违背改革的初衷”。^[4]但是,何谓“以审判为中心”,无论是理论界还是实务界,均莫衷一是。因此,为了防范冤错案件目标的实现,首先要对“以审判为中心”的内涵与要求加以科学的厘定。

(一)“以审判为中心”的内涵:从“单一视角”转向“多维把握”

我国学界和实务部门对于“以审判为中心”的内涵聚讼不已,概言之,主要有三种观点:第一种观点将“以审判为中心”等同于“以庭审为中心”,认为以审判为中心的诉讼制度改革究其本质而言就是“以庭审为中心”,改革的目的即实现庭审实质化。第二种观点认为“以审判为中心”不仅意味着“以庭审为中心”,同时也内含着“以审判程序为中心”,即审判程序应当成为整个刑事诉讼程序的核心环节,以充分发挥对审前程序的制约。第三种观点认为,前两种观点将以审判为中心的改革集中限定于诉讼法制层面,属于一种“技术型审判中心论”,而罔顾真正意义上的“以审判为中心”所蕴含的司法体制、司法权力结构方面的改革,而后者才是确保“庭审实质化”、“审判程序中心化”目标实现的前提,从某种程度而言,甚至直接决定着“以审判为中心”诉讼制度改革的方向及最终成效。^[5]

由于主张者视角不同,其对“以审判为中心”内涵的界定也不尽相同。但是,如果以聂案为分析对

[2] 沈德咏:《我们应当如何防范冤假错案》,载《人民法院报》2013年5月6日,第2版。

[3] 2013年6月,公安部下发《关于进一步加强和改进刑事执法办案工作切实防止发生冤假错案的通知》(公通字[2013]19号);2013年8月,中央政法委出台《中央政法委关于切实防止冤假错案的规定》(中政委[2013]27号);2013年9月,最高人民检察院颁布《关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见》;2013年10月,最高人民法院印发《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》(法发[2013]11号)。

[4] 张建伟:《以审判为中心的认识误区与实践难点》,载《国家检察官学院学报》2016年第1期。

[5] 参见左卫民:《审判如何成为中心:误区与正道》,载《法学》2016年第6期;汪海燕:《庭前会议制度若干问题研究——以“审判中心”为视角》,载《中国政法大学学报》2016年第5期。

象,也许能更清晰地得出当下我国所“需要的”以审判为中心的制度。毫无疑问,聂案的形成与侦查中心主义、庭审虚化等有直接关系,本文将在相关部分详述。但同样值得警醒的是,与其他很多刑事冤错案件相同,法外因素也在干扰着聂案的纠错与平反。

根据媒体的相关报道,2005年疑似“真凶”的王书金因其他案件归案后,主动供述了多起强奸、杀人犯罪事实,其中就包括1994年在石家庄西郊玉米地的奸杀案。而且王书金所供述的作案细节与聂案具有较高的吻合度,且因其能够供述出案发现场的一串钥匙,属于“非亲历不可知”、“非亲为不可述”的证据类型,且能够与聂案的现场勘查笔录相印证,故负责侦办王书金案的郑成月坚持认为王书金才是石家庄西郊玉米地奸杀案真正的凶手。随即,河南商报第一时间披露了《一案两凶:谁是真凶》的相关报道,引起了社会的广泛关注。^[6]河北省政法委也在第一时间成立专案组,立即介入聂树斌案。^[7]此后,虽然聂树斌家属不断申诉,但是河北方面一直未有任何实质性进展。2007年3月,石家庄市中级人民法院一审判决王书金死刑,王书金及其律师上诉,认为王书金主动供述了石家庄西郊玉米地的奸杀案,属于重大立功情节。据媒体报道,一审结束后长达六年的时间,王书金“被神秘地消失了”,没人知道他被关何地。他的律师再次见到他,是在2013年二审的法庭上。二审第一次开庭时,王书金坚持要求追究自己在石家庄西郊玉米地所犯下的奸杀罪行,但公诉方坚持否认该罪行系王书金所为,案件审理陷入僵持。^[8]另据媒体报道,王书金在二审第二次开庭前,曾向其律师透露,河北方面曾派工作组进驻看守所做其“思想工作”,逼其翻供,以否认石家庄西郊玉米地奸杀一案系其所为,但被王书金拒绝,后其遭到了工作组人员的殴打。^[9]从2005年3月聂案被曝光到2014年12月最高人民法院决定异地复查之前,河北方面在长达9年多的时间里迟迟未能作出最终的复查结论,其中各方力量的角力程度可见一斑。

通过对聂案相关报道简单梳理不难发现,如欲仅通过“庭审”方式甚至是在诉讼制度内纠正聂案,无异于水中探月。在一种“前法治状态”下,庭审往往并不是决定被告人刑责的场域,尤其是在有影响或者比较敏感的案件中——庭审之外的角力也许更为关键。换言之,庭审甚至是审判程序并不具有自动生成裁判结果的功能。因此,前述第一、二种观点基于诉讼法制单一视角对“以审判为中心”加以解读,主张“以庭审为中心”、“以审判程序为中心”,尽管有利于在诉讼程序以及庭审场域内对“以审判为中心”进行程序方面的技术优化,但其终究只是“技术型审判中心”的一种体现。“应当说,审判中心的外延与内涵已超出庭审中心的承载,即庭审中心或庭审实质化是审判中心的核心内容与基本要义,但除此之外,审判中心命题不仅涉及诉讼权力的配置,而且还关乎庭审中心或庭审实质化的外部环境保障,如审判独立、去审判行政化等。”^[10]

考虑到我国司法实践中刑事冤错案件的成因十分复杂,既包含庭审层面的虚化、诉讼程序层面的侦查中心化,同时更包括制约司法权依法独立公正行使的司法体制因素,而这些制约因素往往才是造成刑事冤错案件发生甚至阻碍纠错的真正“幕后黑手”。鉴于此,笔者认为,对“以审判为中心”的内涵进行科学厘定,要求研究视角从“单一式”向“多维式”转型,要求从诉讼法制“单一视角”转向包括宏观司法体制、中观司法职权配置、微观诉讼程序的立体化视角。唯有如此,才能精准把握“以审判为

[6] 马云龙:《一案两凶:谁是真凶》,载《河南商报》2005年3月15日,第1版。

[7] 央视网:《央视首次披露“聂树斌案”十年调查诸多细节》,http://www.china.com.cn/legal/2016-12/10/content_39890252.htm,最后访问时间2017年3月22日。

[8] 杨海:《王书金:卡在死刑复核的日子》,载《中国青年报》2016年12月7日,第10版。

[9] 李显峰:《山东高院5名法官看守所提审王书金》,载《京华时报》2015年3月16日,第18版。

[10] 汪海燕,同注5引文。

中心”诉讼制度改革之内涵及精神。

(二) 审判独立：“以审判为中心”的应有之义

正如前文所述,推进以审判为中心的诉讼制度是一项系统工程,如果没有包括司法体制改革在内的配套制度和措施,仅仅从诉讼制度层面或其他技术层面实现审判中心的改革目标,无异于缘木求鱼。在构建审判中心的系统工程中,审判独立是前提和基础。如果没有审判独立,审判程序乃至庭审皆被虚化,也不可能有实质意义上的审判中心。当然,影响审判独立的因素很多,如舆情对司法的不当影响、地方领导对案件的干预、法院科层化行政管理体制等。在这些因素中,有学者研究得出结论,一些冤错案件的形成与政法委对具体个案的介入有直接或间接的关系。^[11] 同样,如上文所提及,在聂案中,干预案件纠正的主要因素之一是“河北方面的工作组”。缘于我国国情,在推进以审判为中心的诉讼制度改革中,如何科学厘定政法委与审判的关系,对于实现审判独立,尤为关键。

政法委作为引领我国政法工作方向的党的机构,在本质上体现了党对政法工作的领导,这是由我国政治基础和政党制度所决定的。但问题的关键在于,政法委究竟应当以何种方式领导我国的政法工作?是应当秉持宏观上思想、政治和组织上的领导,还是亦可对具体案件进行协调甚至直接决定?政法委对政法工作的领导如何恪守法治底线?其实这可以从历史的维度找寻答案。结合我国相关制度与司法实践来看,政法委对我国司法工作的领导方式历经了三个阶段、两次转型。

第一个阶段是从1979年党的十一届三中全会后至1983年“严打”开始前。1979年中共中央发布了《关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》(中共中央1979年第64号文件)。该文件是在对文革期间的经验教训进行总结后制定的。该文件不仅深刻指出了不遵守法制的历史教训和危害,而且还进一步明确了党和法律(包括司法)之间的关系,明确宣布取消各级党委审批案件的制度,改变党对司法工作的领导方式,“党对司法工作的领导,最重要的就是切实保证法律的实施”,“党对司法工作的领导,主要是方针、政策的领导。各级党委要坚决改变过去那种以党代政、以言代法、不按法律规定办事、包揽司法行政事务的做法。……党委与司法机关各有专责,不能互相代替,不能互相混淆。今后,加强党对司法工作的领导,最重要的一条,就是切实保证法律的实施,充分发挥司法机关的作用,保证法院、检察院依法独立行使职权,不受其他行政机关、团体和个人的干涉”。^[12] 应当说,此文件明确了政法委对政法工作的领导方式与内容,并且强调政法委应当保证审判权和检察权独立行使。在我国法制建设过程中,该文件具有里程碑的意义。

第二个阶段是从1983年“严打”开始至2012年党的十八大召开前。尤其是20世纪90年代以后,随着“严打”政策的实施和推进,“从重从快打击犯罪”的理念占据主导地位,“重犯罪,轻保护”成为了当时刑事司法实践的一个显性特征。与之相对应,这一时期政法委的职能亦有所扩大。1995年,中共中央办公厅转发《中共中央政法委员会关于加强各级党委政法委员会工作的通知》(厅字[1995]28号文件),将政法委的职能从1980年规定的5项增加到10项,其中明确规定“研究协调有争议的重大、疑难案件”。此阶段,随着政法委“研究、协调”工作在实际操作中的逐步异化,其对于司法工作的领导已经偏离了“参谋、助手”的角色定位,而是积极介入具体案件,干预个案处理,有时甚至扮演着“一锤定音”的角色。政法委协调具体案件,严重违背了司法规律,也导致了冤错案件的发生。其中,

[11] 参见陈永生:《我国刑事误判问题透视——以20起震惊全国的刑事冤案为样本的分析》,载《中国法学》2007年第4期。

[12] 关于对中共中央1979年第64号文件内容的评介,具体参见李雅云:《中国法治建设里程碑式的党的文件——纪念中共中央发布〈关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示〉25周年》,载《法学》2004年第9期;汪海燕:《刑事诉讼法律移植研究》,中国政法大学出版社2015年版,第102页。

余祥林案就是典型的例证。^[13]

第三个阶段是自2012年党的十八大、2013年中央政法委出台《关于切实防止冤假错案的规定》后,历经十八届三中、四中全会至今。由于此前的一系列冤错案件被陆续披露和纠正,因此,在这一阶段,中央高层以及社会各界充分认识到政法委协调具体案件这一诉讼潜规则存在诸多弊端,不仅严重违背刑事诉讼原理,而且僭越了司法职权,导致本应依法独立公正行使的审判权、检察权被实质性地分享甚至转移,致使庭审流于形式,辩护权被虚置。鉴于此,一系列旨在确保实现司法权独立行使、防止法外因素不当干预司法案件的制度规范陆续出台。首先,中央政法委于2013年出台《关于切实防止冤假错案的规定》,其中明确要求各级政法委“应当支持人民法院、人民检察院依法独立公正行使审判权、检察权。对事实不清、证据不足的案件,不予协调;协调案件时,一般不对案件定性和实体处理提出意见”。2014年党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称“《决定》”)明确提出“建立领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度。任何司法机关都不得执行党政机关和领导干部违法干预司法活动的要求。对干预司法机关办案的,给予党纪政纪处分;造成冤假错案或者其他严重后果的,依法追究刑事责任”。2015年3月30日,中共中央办公厅、国务院办公厅公布《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》,试图通过明确记录、通报和责任追究等规定,为司法机关依法独立公正行使职权提供制度性保障。为落实上述文件精神,最高人民法院在2015年8月20日施行《人民法院落实〈领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定〉的实施办法》,其中明确要求“不得执行任何组织、个人违反法定职责或者法定程序、有碍司法公正的要求”,并规定“人民法院以外的组织、个人在诉讼程序之外递转的涉及具体案件的函文、信件或者口头意见,人民法院工作人员均应当全面、如实、及时地予以记录,并留存相关材料,做到全程留痕、永久存储、有据可查”。^[14] 2016年10月,党的十八届六中全会通过《关于新形势下党内政治生活的若干准则》,其中明确提出:“党的各级组织和领导干部必须在宪法法律范围内活动,增加法治意识、弘扬法治精神,自觉按法定权限、规则、程序办事,决不能以言代法、以权压法、徇私枉法,决不能违规干预司法”。^[15] 此外,党的十八届六中全会通过的《中国共产党党内监督条例》亦明确规定:“各级党委应当支持和保证同级人大、政府、监察机关、司法机关等对国家机关及公职人员依法进行监督。”^[16]

通过上述对政法委领导司法工作的历史脉络进行梳理,不难发现,党对司法工作的领导,主要是

[13] 在余祥林案件中,在湖北省高级人民法院以事实不清、证据不足为由发回重审之后,荆门市政法委召开了由荆门市法院和检察院、京山县政法委和有关单位负责人参加的协调会议,决定对余祥林判处15年有期徒刑,从而导致了“亡者归来”冤案戏剧性的发生。在案件纠正后召开的“湖北省政法工作座谈会”上,荆门市政法委认为余祥林“杀妻”冤案的教训是十分深刻的,其中第一项就是“要深刻汲取党对政法工作的领导主要是指导、协调、督促政法部门开展工作,支持、监督政法部门依法独立行使职权”。

[14] 汪海燕,同注12引文,第103页。

[15] 党的十八届六中全会后,最高人民法院周强院长指出:“要正确处理好党的领导与司法机关依法独立行使职权的关系。党对司法机关的领导,是党作为一个整体的领导,主要是政治、思想和组织领导,决不能以党委决定改变、代替司法裁判,更不能包办、代替司法机关对具体案件作出处理。”具体参见周强:《党的各级组织和领导干部必须在宪法法律范围内活动》,载《人民日报》2016年11月22日第6版。

[16] 党的十八届六中全会后,最高人民检察院曹建明检察长指出:“各级党委要加强司法工作的领导,定期听取司法机关工作汇报,确保司法工作正确方向。党委对司法工作的领导,首先是管方向、管政策、管原则。各级领导干部要对法律怀有敬畏之心,牢记法律红线不可逾越、法律底线不可触碰,带头遵守法律,带头依法办事,不得违法行使权力,更不能借党对政法工作的领导之名对司法工作进行不当干预。”具体参见曹建明:《各级党委应当支持和保证同级司法机关对国家机关及公职人员依法进行监督》,载《人民日报》2016年11月23日,第6版。

思想、方针、政策的领导,而不能干预司法活动、插手具体案件的处理。这是司法规律的要求,也是全面建设法治国家的正确选择。唯有如此,才能在政治上确保审判独立之实现,从而实质性推进“以审判为中心”的诉讼制度改革,进而有效防范和纠正冤错案件。

(三)庭审实质化:“以审判为中心”的基本要义

庭审实质化强调的是审判程序尤其是庭审的场域,从内涵及外延的角度而言,虽其并非以审判为中心的全部含义,但确是以审判为中心的基本要义,对于防范冤错案件的制度构建无疑具有举足轻重的作用。^[17]

庭审实质化是相对于庭审虚化而言的。我国刑事司法实践中,庭审虚化问题由来已久。从1996年《刑事诉讼法》修改到2012年《刑事诉讼法》再修改,及至今日,先定后审、审判走过场等问题依然存在。尤其从近些年曝光的冤错案件中可以看出,庭审严重虚化,审前阶段的错误(包括证据和法律方面的错误)大量充斥法庭,审判程序非但没有对其予以纠正,有的甚至视而不见,完全沦为对审前程序的“背书”。

根据聂案再判决书,该案存在九大问题,既有案卷证据本身的问题,亦有办案程序不合法的问题。^[18]其中,“聂树斌被抓获之后前5天讯问笔录缺失、案发之后前50天内多名重要证人询问笔录缺失、重要原始书证考勤表缺失”等问题,属于较为明显、容易发现且可能影响案件定罪的关键性问题,本应当引起原审法官的注意,从而对上述问题进行核实。但遗憾的是,上述明显存在的、可能致命性的问题却“顺利”通过了一审、二审、死刑复核的“关卡”。^[19]由此可见,聂案的原审程序已被严重虚置,庭审亦流于形式。

造成庭审虚化的原因众多,既有司法体制层面的阻碍因素,如前文所述之法外干预等;也有司法职权配置不合理、权力运行机制不健全等因素,突出表现为“侦查中心主义”,公检法三机关在刑事司法实践中的关系异化,配合有余而制约不足,控方提交的证据材料几乎全部成为审判程序定案的依据,审判程序沦为对侦查阶段卷宗笔录的“确认”甚至是“宣读”程序;此外,亦有庭审制度层面的原因,如直言词原则缺失,关键证人不出庭,但其证言仍可作为定案依据,加之质证规则不健全、庭前会议实质化、辩护权难以充分行使等因素,共同加剧了庭审程序的虚化。

鉴于此,笔者认为,完善制度防范冤错案件的重要之举在于实现庭审实质化。具体而言,应从宏观司法体制层面、中观司法职权配置与权力运行机制层面以及微观庭审制度层面立体化推进,不可偏

[17] 参见汪海燕:《论刑事庭审实质化》,载《中国社会科学》2015年第2期。

[18] 聂树斌案再判决书中所列明的九大问题是指:“一、聂树斌被抓获之时无任何证据或线索指向其与康某被害案存在关联;二、聂树斌被抓获之后前5天的讯问笔录缺失,严重影响在卷讯问笔录的完整性和真实性;三、聂树斌有罪供述的真实性存疑,且不能排除指供、诱供可能;四、原审卷宗内案发之后前50天内证明被害人遇害前后情况的证人证言缺失,严重影响在案证人证言的证明力;五、聂树斌所在车间案发当月的考勤表缺失,导致认定聂树斌有无作案时间失去重要原始书证;六、原审认定的聂树斌作案时间存在重大疑问,不能确认;七、原审认定的作案工具存在重大疑问;八、原审认定康某死亡时间和死亡原因的证据不确实、不充分;九、原办案程序存在明显缺陷,严重影响相关证据的证明力。”具体参见北大法律信息网:《聂树斌故意杀人、强奸案再刑事判决书》(2016)最高法刑再3号, http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324845630525.html?keywords=聂树斌&match=Exact,最后访问时间2017年3月22日。

[19] 彼时最高人民法院尚未统一收回死刑复核权,河北省高级人民法院根据最高人民法院相关授权的规定核准聂树斌死刑。聂树斌案一审判决书、二审判决书中的判决理由均认为,本案事实清楚,证据充分。具体参见北大法律信息网:《聂树斌故意杀人、强奸案一审刑事附带民事判决书》(1995)石刑初字第53号, http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324845630533.html?keywords=聂树斌&match=Exact,最后访问时间2017年3月22日;北大法律信息网:《聂树斌故意杀人、强奸案二审刑事附带民事判决书》(1995)冀刑一初字第129号, http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324845630534.html?keywords=聂树斌&match=Exact,最后访问时间2017年3月22日。

废。宏观层面的改革,前文已有评介,不再赘述,现仅就中观及微观层面予以阐述。首先,就中观层面而言,一方面应当从遵循司法规律的角度出发,对我国公检法三机关之间“分工负责、互相配合、互相制约”的宪法原则予以完善,将“以审判为中心”作为其并列原则,即将《宪法》第135条和《刑事诉讼法》第7条修改为:“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当以审判为中心,在分工负责的基础上,依法配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”^[20]另一方面,从完善诉讼构造、促进诉讼模式科学转型的角度考量,在完善公检法三机关关系的同时,进一步强调对辩护权的尊重和保障,明确审前程序中辩护律师所享有的各项诉讼权利,完善有助于落实辩护权的实施机制以及便利律师参与诉讼的工作机制。^[21]其次,就微观层面而言,应当在立法上明确确立直接言词原则,并在此基础上进一步实现庭前审查与法庭审判主体的二元化,改进证人应当出庭作证的条件,即当控辩双方对证人证言有异议,且该证人证言对定罪量刑有重大影响的,证人就应当出庭作证,同时明确应当出庭作证的证人无正当理由不出庭,其庭外证言不具有证据能力的规定,并在此基础上进一步细化质证规则,完善证人保护与经济补偿制度。^[22]

三、防范刑事冤错案件的关键:确立无罪推定原则

作为现代刑事法治的一项重要原则,无罪推定不仅是人权保障理念的内在要求,亦是程序法治的重要体现,更是防范刑事冤错案件的关键。无罪推定原则的核心内容和基本要求之一即为疑罪从无。因此,健全防范与纠正刑事冤错案件的制度体系,应当首先在立法层面确立无罪推定原则,赋予被追诉人为无罪者的诉讼主体地位,并在此基础上严格落实疑罪从无原则。

(一) 无罪推定应当入法

受犯罪控制单核式传统诉讼理念的深远影响,有罪推定思想一直在我国刑事司法实践中占据着主导地位,并演绎出一系列悖离司法规律和刑事诉讼原理的执法办案模式,如以口供为中心的办案思路、由供到证的取证方式、虚假的印证证明模式等,这些有罪推定的孳生物最终必然酿成冤错案件。

聂案即为典型例证。从最初的破案到侦查终结,该案侦查的全过程几乎都是在有罪推定的指导思想下完成的。例如,关于侦查机关的破案过程,该案的再审判决书中明确指出,“聂树斌被抓获之时无任何证据或线索指向其与康某被害案存在关联”,仅因其疑似群众所反映的骑蓝色山地车可能有流氓行为的男子,而直接被侦查机关锁定为康某被奸杀案的犯罪嫌疑人,不得不是说是有罪推定思想的体现。此外,侦查机关的取证方式同样遵循有罪推定的逻辑。聂案的再审判决书明确指出不能排除侦查讯问过程中指供、诱供的可能。“聂树斌曾经供述自己本来想不说,后在办案人员‘劝说和帮助下说清整个过程’;聂树斌供述偷花上衣的地点存在随证而变的情形;一些笔录显示讯问内容指向明确;参与现场勘查的办案人员曾称被安排到讯问场所与聂树斌核对案发现场情况等,故不能排除存在指供、诱供的可能。”^[23]此案正是以有罪推定思想为指导而异化形成的口供中心主义办案模式。与此一脉

[20] 我国现行《宪法》第135条和《刑事诉讼法》第7条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”

[21] 沈德咏主编:《严格司法与诉讼制度改革:推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革策论》,法律出版社2017年版,第52页。

[22] 同注17引文。2017年2月,最高人民法院印发《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》,其中第四部分虽对证据认定规则作出了进一步的细化和完善,但并未确立实质意义上的直接言词原则或传闻证据规则。

[23] 北大法律信息网:《聂树斌故意杀人、强奸案再刑事判决书》(2016)最高法刑再3号, http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324845630525.html?keywords=聂树斌&match=Exact,最后访问时间2017年3月22日。

相承,在此案中,相关媒体有罪推定的报道也起到了推波助澜的作用。1994年10月26日,《石家庄日报》在第二版刊发了一篇题为“青纱帐迷案”的报道。该篇报道中明确记载:“经审查,此人叫聂树斌,……拒不交待其他问题。干警们巧妙运用攻心战术和证据,经过一个星期的突审,这个凶残的犯罪分子终于在9月29日供述了拦路强奸杀人的罪行……”^[24]正是在有罪推定的思维模式下,有关机关和媒体早早将聂树斌烙上强奸杀人犯的标签,此后的程序又补强了侦查程序和媒体的有罪认定。

与有罪推定相对的无罪推定原则,在现代法治国家一直被视为刑事诉讼的基石和王冠明珠。^[25]《联合国公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款的规定一般被视为无罪推定原则的国际通行含义,即“凡受刑事指控者,在未依法证实有罪之前,应有权被视为无罪”。从上述定义可以看出,无罪推定不仅是公民的一项基本人权,同时也是包括国家司法机关在内的公共机构在追诉犯罪过程中所应当恪守的一项基本义务和责任。^[26]虽然,我国刑事诉讼法历经两次修改后吸收了无罪推定的部分内容和精神,但客观来讲,我国法律层面的相关规定仍未呈现该原则的全部内容,更未对无罪推定原则本身作出明确规定。^[27]

为彻底革除我国司法实践中的有罪推定错误观念,夯实制度防范冤错案件的思想根基,在摒弃有罪推定的同时,还应当从观念上对无罪推定有客观的认识与评价。“作为一个国家,在错误观念没有得到改变之前来修正我们的制度是非常艰难的。然而,改变了相关的错误观念后,我们能够大幅减少冤案,并在这一过程中创造一个更加安全的国家。”^[28]有些观点将无罪推定与国家性质“捆绑”,将其与传统刑事政策“实事求是”对立。“封建社会采取有罪推定原则,资产阶级针对有罪推定,提出了无罪推定,我们坚决反对有罪推定,但也不是西方国家那种无罪推定,而是以客观事实为依据。”^[29]“我们反对有罪推定,但也不是西方国家的那种无罪推定,而是实事求是地进行侦查,客观地收集有罪或无罪、罪轻或罪重的各种证据。在人民法院作出有罪判决以前,我们不称被告人是罪犯,但也不是说他没有罪或者假定他无罪。如果假定他无罪,那么侦查机关对他进行侦查、采取强制措施就没有根据了。因此,我们的原则是实事求是地进行侦查。”^[30]我们应当认识到,无罪推定是一项兼具诉讼技术层面与法律层面的基本人权保障制度,其本质上仍然属于一种法律拟制,并非关乎国家性质的诉讼原则,亦与“实事求是”、“客观事实”并不冲突,“其目的是解决裁判生效前程序中被追诉人的主体身份和应享有哪些诉讼权利问题,并不直接关乎证明标准”。^[31]随着“依法治国”和“人权保障”的入宪,以及我国《刑事诉讼法》两次修改对相关诉讼原则、制度和规则进行的确立和完善,再结合近年来我国

[24] 撰写此篇报道的正是当年侦办聂树斌案的侦查人员之一。具体参见人民网:《河北高院:聂树斌案仍在复查 工作难度大》, <http://legal.people.com.cn/n/2013/0320/c42510-20847254.html>,最后访问时间2017年3月22日。

[25] 陈光中、张佳华、肖沛权:《论无罪推定原则及其在中国的适用》,载《法学杂志》2013年第10期。

[26] 杨宇冠:《重论无罪推定》,载《国家检察官学院学报》2005年第3期。

[27] 通常认为,无罪推定原则的内涵至少包括四要素:一是被追诉人不承担证明自己已有罪或无罪的证明责任;二是证明被追诉人有罪的责任由指控方承担;三是当指控方提出的证据达不到证明被追诉人有罪的证明标准时,不能确定被追诉人有罪;四是被追诉人在被审判机构依法确定有罪之前,其有权被视为无罪,任何公众部门不得预断其有罪。我国《刑事诉讼法》第12条所规定的“法院定罪权”、第50条规定的“不得强迫自证其罪”原则以及其他相关的条文虽然在一定程度上体现了无罪推定原则的精神,贯彻了无罪推定原则的一些基本要求,但其并非无罪推定原则的全部内涵,从立法意图、规范表述等方面亦与真正意义上的无罪推定原则存在一定的差别。参见陈光中主编:《〈公民权利与政治权利国际公约〉与我国刑事诉讼》,商务印书馆2005年版,第25-26页。

[28] [美]吉姆·佩特罗、南希·佩特罗:《冤案何以发生:导致冤假错案的八大司法迷信》,苑宁宇译,北京大学出版社2012年版,第83页。

[29] 顾昂然:《关于刑事诉讼法的修改原则》,载《法制日报》1996年2月3日,第2版。

[30] 胡康生、李福生主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社1996年版,第15页。

[31] 汪海燕,同注12引文。

司法体制改革的推进以及一系列冤错案件的纠正,可以说我国在立法上确立无罪推定原则的时机已经成熟。考虑到该原则调整关系之基础性、重要性,故建议将其同时写入我国《宪法》和《刑事诉讼法》。此外,进一步完善相关的制度配套,确保无罪推定原则真正落到实处。例如,在确保口供合法性与自愿性方面,可探索完善“不得强迫自证其罪”原则的法治化路径,建立符合我国当前实际的有限沉默权规则,同时可探索确立律师在场权,逐步实行对所有案件讯问过程的全程同步录音录像。

(二) 落实疑罪从无原则

无罪推定的落脚点之一是疑罪从无。疑罪从无,通常而言是指虽然已有相当的证据证明被告人有重大犯罪嫌疑,但是综合全案证据仍未达到法定的有罪证明标准,尚无法确定被告人就是真正的罪犯,因而基于人权保障理念以及存疑有利于被告人的原则,对被告人作无罪处理,以避免冤错案件的发生。^[32]

最高人民法院在聂树斌案再审判决书中予以明确:“聂树斌有罪供述的真实性存疑,且不能排除指供、诱供可能”,“原审认定原审被告人聂树斌犯故意杀人罪、强奸妇女罪的主要依据是聂树斌的有罪供述,以及聂树斌的有罪供述与在案其他证据印证一致。但综观全案,……聂树斌被抓获之后前5天讯问笔录缺失,……聂树斌有罪供述的真实性、合法性存疑,有罪供述与在卷其他证据供证一致的真实性、可靠性存疑,本案是否另有他人作案存疑;原判据以定案的证据没有形成完整锁链,没有达到证据确实、充分的法定证明标准,也没有达到基本事实清楚、基本证据确凿的定罪要求”。^[33] 由上可知,聂树斌案再审改判无罪,正是对严格落实疑罪从无原则所作的最强有力的背书。

疑罪从无原则作为刑事诉讼领域的一项基础性原则,其价值功能不仅限于审判环节实现个案司法公正的直接意义,同时亦有利于在普遍意义上统一刑事裁判基准,突出审判职能的中心定位,以充分发挥对刑事审前程序的制约和引导作用,有利于从源头上提高案件质量,有效防止冤错案件。

鉴于此,两高三部于2016年出台的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》中明确提出:“严格依照法律规定的证据裁判要求,没有证据不得认定犯罪事实。侦查机关侦查终结,人民检察院提起公诉,人民法院作出有罪判决,都应当做到犯罪事实清楚、证据确实充分。侦查机关、人民检察院应当按照裁判的要求和标准收集、固定、审查、运用证据。”因此,欲实现疑罪从无原则的落地生根,需将其纳入以审判为中心的诉讼制度改革中予以同步推进,以进一步强化坚决贯彻疑罪从无原则对审前程序之制约与引导功能,切实防止“起点错、跟着错、错到底”的局面再次发生。^[34]

贯彻疑罪从无原则,要求完善与之相关的配套保障机制。鉴于疑罪从无兼具司法理念、诉讼原则以及裁判规则三重含义,因此,相关配套保障机制的完善亦应当突出立体化架构,即应当以宏观层面的刑事政策、司法体制改革为基点,同时将中观层面的诉讼制度、证据规则之改良作为着力点,并辅之以微观层面案例指导制度之完善,从而在整体上推进疑罪从无原则真正落到实处。鉴于前文已对上述配套保障机制中的部分内容作过相应的评介,故不再赘述,在此仅就刑事政策之调整以及案例指导制度之完善进行简要阐述。

疑罪从无原则与公正、文明、理性、平和的刑事政策相辅相成。一方面,良善而又平和的刑事政策是贯彻落实疑罪从无原则之基础;另一方面,疑罪从无原则的贯彻落实反过来亦对良善而又平和的刑事政策具有重要的形塑作用。我国近年来纠正的冤错案件中大部分均发生在20世纪八九十年代的

[32] 沈德咏:《论疑罪从无》,载《中国法学》2013年第5期。

[33] 北大法律信息网:《聂树斌故意杀人、强奸案再审刑事判决书》(2016)最高法刑再3号, http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324845630525.html?keywords=聂树斌&match=Exact,最后访问时间2017年3月22日。

[34] 沈德咏:《论严格司法》,载《政法论坛》2016年第4期。

“严打”时期,“从重从快、从严打击”成为了当时刑事政策最主要的特征,^[35]这也是导致刑事司法实践中诉讼过程失衡、权力异化且缺乏制约的根本所在。因此,在“严打”的刑事政策下,强调人权保障和法官自由心证的疑罪从无原则无法发挥其自身的价值和功能。鉴于此,有学者指出,对刑事政策进行再调整,使其在归于平和化基本特征之基础上,兼具“轻轻重重”与“严而不厉”的双重属性,应当是实现疑罪从无的突破口。^[36]

疑罪从无的适用依赖于法官的严格司法,就其过程而言本质上系法官自由心证的一种外化体现。但是,目前我国对于法官自由心证的形成缺乏相关的指导与约束机制,因此,这在一定程度上亦导致疑罪从无在司法实践中缺乏适用基准,可操作性大打折扣。笔者认为,通过完善我国当前的刑事案例指导制度,可为疑罪从无所存在的上述适用问题提供解决路径。具体而言,最高人民法院可选取典型的疑罪从无判决作为指导性案例在全国发布,进一步完善指导性案例中的裁判说理机制,突出法官对于“罪疑”自由心证的形成过程,并在此基础上“探索建立诉讼化的指导性案例生成机制以及法律解释机制”,^[37]从而为疑罪从无在刑事司法实践中的适用提供基准和参照。正如有学者所言,判例的累积有利于达成丰富而精准的裁量共识,而这亦是严格落实疑罪从无之关键所在。^[38]

四、刑事再审启动程序的完善:救济本位的回归

聂案自2005年进入公众视野直至再审改判无罪,十多年来一直备受社会关注。漫长的诉讼经历致使申诉人及社会公众的期待长期空悬,这也直接引起社会各界对于我国刑事再审程序尤其是再审启动程序的质疑和反思。

刑事再审程序具有特殊的功能定位。有学者曾言:“如果说司法是实现社会公正的最后一道防线,那么作为特殊救济程序的再审程序则是维护司法公正的最后一道防线。”^[39]鉴于再审程序功能的发挥首先取决于再审程序的启动,因此,从这一角度考察,再审启动程序的完善便成为了纠正冤错案件、维护司法公正、健全人权保障机制的“重中之重”。

然而,遗憾的是,我国的刑事再审启动程序以权力信任哲学为制度构建基础,^[40]以纠错功能为定位,存在着启动主体设定不科学、诉权保障失位、审查程序正当性不足、启动标准失范等问题,致使再审启动“基本依赖于真凶出现或者‘亡者归来’,否则启动再审将是一项不可能的任务”。^[41]鉴于此,应立足于我国当前的刑事司法实践,在促成刑事再审程序回归救济本位之基础上,逐步实现启动模式的转型,具体包括三个方面:从权力垄断型转向诉权保障型、从程序闭合型转向程序正当型、从标准失范型转向权利优先型。

[35] 同注34引文。

[36] “在诸多案外因素中,刑事政策是中枢:它影响着刑事司法,同时又属社会防卫体系的重要环节;它上接民情民意,又能反作用于民众的法治意识与认知水平,它还能下引侦查资源及技术的配置。因此,对其进行调整,将是实现疑罪从无的突破口。”具体参见朱桐辉:《案外因素与案内裁量:疑罪难从无之谜》,载《当代法学》2011年第5期。

[37] 同注34引文。

[38] 朱桐辉,同注36引文。

[39] 陈光中主编:《刑事再审程序与人权保障》,北京大学出版社2005年版,第199页。

[40] 关于权力信任哲学的论述,参见汪海燕:《刑事诉讼法律移植研究》,中国政法大学出版社2015年版,第88-101页。

[41] 李训虎:《刑事再审程序改革检讨》,载《政法论坛》2014年第3期。客观而言,就聂树斌案来讲,疑似“真凶”王书金的出现,对于聂树斌案从申诉到复查,从立案再审到最终改判无罪的全过程具有重要的推动作用。因此,聂树斌案同样属于依赖“偶然因素”的出现才得以最终平反的冤错案件。

(一)从权力垄断型转向诉权保障型

“实事求是,有错必纠”是我国刑事再审程序长期秉持的价值理念。受此定位影响,我国的刑事再审启动程序渗透着浓重的权力垄断色彩,有权启动再审的主体仅为审判机关和检察机关,而权利人的申诉并不必然引起再审程序的启动。因此,我国的刑事再审程序就启动特征而言,体现出较强的“职权启动性”而非“诉权驱动性”。

我国关于再审启动程序的主体范围分为直接启动主体和间接启动主体。人民法院、人民检察院均是可以直接引起再审程序启动的主体。其中,人民法院在发现原判确有错误时,有权直接、单方面启动再审程序;人民检察院在发现原判确有错误时,亦可通过抗诉权的行使直接启动再审程序。而对于当事人及其法定代理人、近亲属等与原审有着直接利害关系的人,我国《刑事诉讼法》将其定位于再审程序启动的间接主体,即权利人的申诉只有在符合特定条件时,人民法院才会启动再审程序。^[42]

客观来讲,上述关于将法院作为直接启动主体的制度设计,确实曾经在我国的法制发展进程中起到过积极作用,^[43]但是从遵循司法规律以及保障人权的角度出发,由法院直接启动再审程序的规定不仅无法契合当今关于再审程序的多元化价值定位,而且亦不符合国际司法潮流。^[44]对此,有学者认为,由法院主动启动再审,不仅违背了控审分离、审判中立的基本原则,也违反了“不能自以为非”的诉讼规律,严重破坏了生效裁判的权威性和稳定性。^[45]还有论者基于我国《刑事诉讼法》未确立禁止双重危险原则为切入点,从人权保障以及法的安定性与公正性之间的平衡角度出发,认为我国当前的刑事再审程序由于缺乏禁止双重危险原则的指导而造成再审程序启动的多重困境,诸如反复的申诉、缠诉、多次重审以及申诉立案难等,最终导致再审的价值功能难以实现。^[46]鉴于此,针对法院依职权而直接启动再审程序的问题,笔者认为,由于当下我国纠正冤错案件的形势依然严峻,人权保障机制尚不健全,故应当立足于我国的刑事司法实践,在探索建立分类再审机制的基础上,适度保留法院依职权启动再审的权力,即法院可直接启动的再审范围仅限于对原审被告人有利的再审,从而取消其不利于原审被告人的再审启动权。

此外,针对检察机关通过行使抗诉权而实际成为再审程序启动主体的问题,考虑到检察机关在我国是法律监督机关的宪法定位,笔者建议,应当区分具体情形区别对待:一方面,为了更好地保障人权,保留检察机关有利于原审被告人的再审抗诉权;另一方面,对检察机关不利于原审被告人的再审抗诉权加以严格限制,即原则上检察机关不可再针对不利于原审被告人的情形提起再审抗诉,但为保

[42] 我国现行《刑事诉讼法》第242条规定:“当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的,人民法院应当重新审判:(一)有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误,可能影响定罪量刑的;(二)据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当予以排除,或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的;(三)原判决、裁定适用法律确有错误的;(四)违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的;(五)审判人员在审理该案件的时候,有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。”

[43] “在革命战争年代以及历次政治运动过后的平反昭雪工作中,尤其是‘文化大革命’过后,通过法院决定再审权,曾使一大批沉冤多年的错案得到纠正,增强了人民群众对司法的信任,树立了法律的权威。”具体参见虞政平:《我国再审制度的渊源、弊端及完善建议》,载《政法论坛》2003年第2期。

[44] 无论是大陆法系还是英美法系,在其刑事法治中均将一事不再理或禁止双重危险作为诉讼程序的重要原则之一,强调刑事再审程序应当兼具保障人权、维护司法权威、体现程序正义等多重价值。然而,我国刑事再审程序以“实事求是,有错必纠”为指导理念,具有一定的历史局限性,过于强调单一化的纠错功能和追求实体真实的目标,不利于再审程序的启动以及多元化价值功能的形塑。具体参见汪海燕:《刑事诉讼法律移植研究》,中国政法大学出版社2015年版,第172页;王敏远:《刑事诉讼法学研究的转型——以刑事再审问题为例的分析》,载《法学研究》2011年第5期。

[45] 向泽选:《刑事再审程序启动权的归属》,载《人民检察》2005年第20期。

[46] 卞建林、桂梦美:《启动刑事审判监督程序的困境与出路》,载《法学》2016年第4期。

护重大的国家利益和社会公共利益除外。同时,对检察机关不利于原审被告人的再审抗诉效力作出调整,即明确规定此种再审抗诉权本质上属于再审申请权,与权利人的申诉权并无二致,仍需由法院予以审查后决定是否启动再审。此外,为更好地保障申诉人的合法权益、切实防范与纠正冤错案件,可探索建立检察机关办理重大、疑难、复杂刑事申诉案件的异地审查机制,以进一步规范并完善检察机关申诉审查权与再审抗诉权的行使。^[47]

对于申诉的效力,笔者认为,一方面,基于再审程序的功能定位,我国现行法律关于申诉不能直接启动再审的规定无疑是合理的;但在另一方面,则需指出,申诉虽不能直接启动再审,但其本质上仍是权利人行使诉权的重要途径和方式,必须给予充分的重视和必要的保障。而在我国相关立法与实践,对申诉行为的性质和效力长期缺乏准确的定位和全面的认识,“致使权利人的申诉与一般意义上的‘来信’、‘来访’并无实质差别”。^[48]这使得申诉非但难以启动再审,甚至申诉本身能否立案、受理都成为问题。

根据相关媒体的报道,聂树斌母亲张焕枝自2005年开始申诉之路,前两年因为无法提供原审判决书,河北省高级人民法院(以下简称“河北高院”)一直拒绝受理。2007年,从被害人家属处获得原审判决书后,张焕枝依次向河北高院和最高人民法院提出申诉。然而,河北高院仍然拒绝受理。此后,2007年11月5日,张焕枝收到了最高人民法院寄来的信函:“张焕枝:收到你对聂树斌故意杀人、强奸一案的申诉材料后,根据我院关于分级负责处理申诉案件的规定,已函转河北省高级人民法院处理,请你与该院联系。此复”。^[49]仅从上述信函的形式及内容上看,无法判断其是否属于法律文书性质,因而更无从得知法院是否已经实际“受理”张焕枝的申诉。自此之后,直至2014年12月最高人民法院指令异地再审前,河北高院一直未能作出最终的申诉审查决定。

鉴于此述,笔者认为,我国立法应当在认可再审申诉权的基础上,进一步完善法院对再审申诉的立案、受理程序,特别是明确法院对再审申诉进行审查和受理的期限以及对相关处理决定的告知义务,以强化申诉权的保障,推动刑事再审启动程序从权力垄断模式向权利保障模式的转型。具体而言,建议立法规定:对权利人的申诉,法院应当在十五日内审查完毕。经审查,符合申诉受理条件的,应当决定立案审查,并书面通知申诉人;对于不符合申诉受理条件的,应当说服申诉人撤回申诉;申诉人不予撤回的,应当决定不予受理,并书面通知申诉人。当然,申诉案件的立案和受理还只是启动再审的初步环节,在此环节加强申诉权的保障尚不足以为权利人提供全面而充分的救济,申诉案件立案后的审查及其中的权利保障亦很关键,容后文详述。

(二)从程序闭合型转向程序正当型

申诉案件审查程序(又称申诉审查程序)是我国刑事再审启动程序的核心内容,因其肩负着审查原审判决是否符合启动再审的标准,因此对于再审程序的启动具有决定性作用。而且,考虑到再审申诉的诉权性质,申诉审查程序理应被形塑为兼具正当程序与权利救济的双重载体。但遗憾的是,我国

[47] 据媒体报道,最高人民检察院刑事申诉检察厅于2017年2月研究起草了《人民检察院刑事申诉案件异地审查规定》,明确提出对有重大冤错可能的申诉案件交由异地进行办理,以消除阻力和干扰,切实发挥检察监督的职能。据介绍,目前,该规定已起草了初稿,将在进一步征求意见和修改完善后出台。具体参见新华网:《最高检官员:已研究起草刑事申诉案件异地审查规定》, http://news.xinhuanet.com/politics/2017-02/10/c_129475023.htm,最后访问时间2017年3月22日。

[48] 陈瑞华:《刑事再审程序研究》,载《政法论坛》2000年第6期。此外,需要特别指出的是,在2012年《刑事诉讼法》实施之前,最高人民法院在执行1996年《刑事诉讼法》的司法解释中,即明确提出:“人民法院经审查,对不符合刑事诉讼法第二百零三条规定的申诉,按来信、来访处理。”

[49] 刘长、赵蕾、习宜豪:《聂树斌案:河北复查十年,山东再来一遍》,载《南方周末》2014年11月25日, <http://www.infzm.com/content/106573>,最后访问时间2017年3月22日。

的申诉审查程序无论在制度层面亦或司法实践层面均呈现出明显的闭合性特征,程序的正当性严重不足,主要体现在以下两个方面:一是申诉审查主体设置不科学;二是申诉审查的过程缺乏参与性。

第一,关于申诉审查的主体。根据我国相关司法解释的规定,对于一般案件,申诉审查以终审法院审查为主,以第一审法院和终审法院的上一级法院审查为辅。其中,上一级法院可作为申诉审查主体的情形仅限于案情疑难、复杂、重大。对于死刑案件的申诉,可以由原核准法院直接审查处理,也可以交由原审法院审查并报原核准法院审查处理。^[50] 就其本质而言,我国当前以终审法院作为主要申诉审查主体的制度设计,具有明显的行政化内部审查色彩,并非真正意义上的司法程序。这样的制度设计不仅违背了审判中立的诉讼原理,同时也造成法院的角色重叠,违反了自然正义所要求的“任何人不得做自己案件的法官”,这也是导致我国刑事司法实践中申诉审查与再审启动关系异化的根源之一。聂案就是典型的例证。河北高院作为终审判决以及死刑复核的裁判主体,由其来复查聂树斌案件,难以为公众所信服。而河北高院超期复查且长期无果,亦凸显了上述制度设计的弊端。鉴于此,2014年12月,最高人民法院将聂树斌案指令由山东省高级人民法院(以下简称“山东高院”)异地复查,开创了我国再审启动程序异地复查制度之先河,亦促成了聂案的正义转向,因而得到了社会各界的广泛认同和普遍赞许。^[51] 因此,我国立法需要对申诉审查的主体进行调整。笔者建议,取消由终审法院及第一审法院作为审查主体的规定,改为统一由终审法院的上一级法院负责申诉审查,上一级法院也可以指令终审法院的同级法院审查。在案情特别重大、疑难、复杂时,可提请最高人民法院进行审查,最高人民法院既可自行审查,也可指令与终审法院同级的异地人民法院予以审查。

第二,关于申诉审查的参与性。我国立法对申诉审查的程序并未进行具体规定,对申诉人、代理律师等能否参与审查程序没有作出明确规定,而在司法实践中,我国的刑事再审启动程序具有明显的权力垄断、程序闭合等特征,法院在审查程序中表现出严重的行政化倾向,致使申诉审查的过程和方式异化为法院系统内部的工作流程,与正当程序所要求的公开、公平、公正相差甚远。加之权利人的诉权定位不明确,权利人及其律师的有效参与机制以及独立、自由表达意见的保障机制尚未建立,共同导致其诉讼主体地位在刑事再审启动程序中难以彰显,进而更加恶化了刑事再审启动难的实践困境。聂树斌案即是如此,聂家人的申诉经历异常艰难,让我们深刻感受到刑事再审申诉审查程序中所存在的“痛点”。^[52] 但与此同时,聂案的后续发展,尤其是山东高院在异地复查过程中通过保障律师阅卷权、举行听证会等方式,对申诉审查的过程以及审查方式进行诉讼化改造,为我们提供了程序改

[50] 我国《刑事诉讼法》未对申诉审查主体作出规定。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第373条规定:“申诉由终审人民法院审查处理。但是,第二审人民法院准许撤回上诉的案件,申诉人对第一审判决提出申诉的,可以由第一审人民法院审查处理。上一级人民法院对未经终审人民法院审查处理的申诉,可以告知申诉人向终审人民法院提出申诉,或者直接交终审人民法院审查处理,并告知申诉人;案情疑难、复杂、重大的,也可以直接审查处理。对未经终审人民法院及其上一级人民法院审查处理,直接向上级人民法院申诉的,上级人民法院可以告知申诉人向下级人民法院提出。”

[51] 最高人民法院指令异地复查聂树斌案,既是对民生民意、社会关切的一种积极回应,同时也是对司法文明、程序正义的一种坚定实践,因此能够为社会各阶层一致认可。具体参见孙静:《法学专家建议设立冤错案异地再审制度》,人民网 <http://legal.people.com.cn/n/2015/1207/c42510-27895504.html>,最后访问时间2017年3月22日。卢建平:《聂案平反中的诸多第一次及其法治意义》,中国法院网 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/12/id/2363457.shtml>,最后访问时间2017年3月22日。刘婧、李强、荆龙:《程序创新+理念更新=正义“加速度”》,中国法院网 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/12/id/2363322.shtml>,最后访问时间2017年3月22日。莫洪宪:《聂树斌案改判无罪的法治意义》,人民网 <http://opinion.people.com.cn/n1/2016/1202/c1003-28921181.html>,最后访问时间2017年3月22日。

[52] 据媒体报道,自2005年至2014年这十年间,聂树斌的母亲张焕枝每个月都要在鹿泉家里和石家庄市里之间往返,但河北省高级人民法院等接待法院给她的说法十年不变:“再等等。”具体参见刘长、赵蕾、刁宜豪:《聂树斌案:河北复查十年,山东再来一遍》,载《南方周末》2014年11月25日, <http://www.infzm.com/content/106573>,最后访问时间2017年3月22日。

良与制度创新的“样本”,具有很好的法治示范效应。^[53]

鉴于上述,笔者认为,当前应当对申诉审查程序进行诉讼化改造,确立申诉人及其代理律师的有效参与机制以及诉讼权利保障机制,使申诉审查程序回归司法程序本位。但需要指出的是,申诉不同于上诉,申诉审查程序也仅仅是决定是否启动再审的先决程序,其本身也不等同于再审,不是典型意义上的审判程序,由此也决定了,申诉人及其代理律师对申诉审查程序的参与范围和程度不可完全比照审判程序中当事人、辩护人和诉讼代理人对审判的参与,而应适度。据此,笔者建议立法规定,法院对申诉案件进行审查,应当听取申诉人及其代理律师的意见。

(三)从标准失范型转向权利优先型

我国刑事再审程序以“实事求是,有错必纠”为指导思想,在制度设计以及司法实践层面长期落入片面追求实体真实主义的窠臼,致使权利救济、司法权威乃至司法公信力全部让位于对事实真相的发现,从而偏离了再审程序制度发展的现代化轨道。^[54]上述弊端在我国刑事再审启动程序中表现尤甚。具言之,我国刑事再审的启动程序具有明显的标准失范性,主要表现在两个方面:一是再审启动的标准过高;二是启动事由宽泛且未作类型区分。

首先,关于再审启动的标准问题。案件是否符合启动的标准是我国再审启动前复查程序的主要对象。我国2012年修改后的《刑事诉讼法》虽然在再审程序的启动事由方面有所拓宽,但是关于再审程序的启动标准问题几乎未有改变,均采用诸如“确有错误”、“不确实”、“不充分”等确定性表述,^[55]即无论是在申诉再审的复查程序中,亦或人民法院、人民检察院依职权启动再审程序前,均应首先“确定无疑”地查明原审判决在事实认定或者法律适用或者定案根据(指主要证据及其相互印证关系)上确有错误,否则将无法启动再审程序。这种“以再审启动程序之名”行“再审程序之实”的制度规定致使再审启动标准过高,不仅与启动程序的基本定位相悖离,同时亦造成启动程序与再审程序之间内在逻辑的混乱,致使再审程序被虚置,案件后续进展呈现出明显的结果单一性,即案件一旦启动再审程序,一般均会被改判。由此可见,“启动程序中心主义”已成为真正制约我国当前再审制度发展的“瓶颈”。

“启动程序中心主义”违背了刑事诉讼原理,忽视了再审启动证明标准与再审认定错判证明标准之间应有的阶梯递进性关系,^[56]不仅加剧了我国实践中再审程序启动难的困境,更致使再审程序应

[53] 山东省高级人民法院在案件复查过程中,充分保障代理律师的阅卷权,确保其能够完整复印、拍摄聂树斌案及与之紧密相关的王书金案卷宗。举行聂树斌案复查工作听证会也是一种有益的制度创新。听证会邀请了专家学者、人大代表、政协委员、人民法院监督员、妇女代表和基层群众代表等广泛参与,检察院派员监督,法院官方微博全程图文直播,听证人员填写不记名意见表等做法,都体现了处理重大、复杂、疑难案件的法治思维和法治精神。具体参见莫洪宪:《聂树斌案改判无罪的法治意义》,中国法院网 <http://opinion.people.com.cn/n1/2016/1202/c1003-28921181.html>,最后访问时间2017年3月22日。

[54] 陈光中、郑未媚:《论我国刑事审判监督程序之改革》,载《中国法学》2005年第2期。

[55] 1996年《刑事诉讼法》第204条规定:“当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的,人民法院应当重新审判:(一)有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误;(二)据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的;(三)原判决、裁定适用法律确有错误的;(四)审判人员在审理该案件的时候,有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。”2012年《刑事诉讼法》第242条规定:“当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的,人民法院应当重新审判:(一)有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误,可能影响定罪量刑的;(二)据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当予以排除,或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的;(三)原判决、裁定适用法律确有错误的;(四)违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的;(五)审判人员在审理该案件的时候,有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。”

[56] 有学者认为,中国的刑事再审程序应当对启动再审的证明标准与再审认定错判的证明标准予以明确区分,二者处于不同的层级,前者对于证明标准的要求应当低于后者,这是符合司法规律和再审程序的内在逻辑与价值功能的。具体参见何家弘:《刑事错判证明标准的名案解析》,载《中国法学》2012年第1期。

有的权利救济功能难以发挥。^[57]以聂树斌案为例,原审河北高院自2005年至2014年在长达近十年的时间里始终复查无果,不仅与上文所述的“审查主体设定不科学”有关,同时亦与再审启动标准过高有直接关系。而且,这一问题同样给山东高院的异地复查造成过困惑。根据媒体的报道,2016年3月7日下午,有记者在第十二届全国人大四次会议山东团开放团组会议结束后,曾专门就聂树斌案为何四次延期复查一事采访过时任山东高院院长白泉民。白院长当时表示,之所以“四次延期”是因为按照法律的规定,只有在原审判决必须达到确有错误的情况下,才能启动再审。^[58]不过,值得肯定的是,聂树斌案在后续的发展进程中,尤其是山东高院在依法作出建议最高人民法院启动再审程序决定时,以及最高人民法院依法决定再审时,二者对于再审启动的标准问题有了更为科学、更符合诉讼规律的认知,实现了由“有错才纠”向“有疑即纠”的观念转变,有利于再审程序人权保障功能的发挥,这一点从相关法律文书中即可窥之。^[59]

其次,关于再审启动事由宽泛且未作类型区分的问题。一方面,我国《刑事诉讼法》第242条规定了因申诉而应当启动再审的五种情形,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》第375条将其扩展为九种情形,同时第376条规定四种情形下均可认定为“新的证据”。^[60]另外,最高人民法院《关于规范人民法院再审立案的若干意见(试行)》第7条亦规定了应当再审的九种申诉情形。尽管上述法律、司法解释对于再审启动事由的规定较之1996年《刑事诉讼法》进步明显,但是相关词语的使用和表述方式仍然存在笼统、抽象、缺乏操作性的问题,如“新的证据”在具体情形下如何准确界定,“证据不确实、不充分”应当如何理解,“适用法律确有错误”、“违反法律规定的诉讼程序”究竟指哪些具体情形等等。另一方面,我国《刑事诉讼法》及其相关司法解释未对再审程序的启动事由进行类型划分,即没有从再审事由是否有利于原审被告人的角度进行区分,更没有在分类基础上建构与之相对应的再审主体及具体程序。

综上,欲实现我国刑事再审启动模式从“标准失范型”转向“权利优先型”,笔者建议,应当从以下两个方面予以完善:第一,首先应当从观念上强调再审程序的制度价值应当以人权保障、权利优先为第一要义,进而实现从“有错才纠”向“有疑即纠”的理念转变,即申诉材料或新证据如果能破坏原有的定罪证据体系,使案件达不到“事实清楚,证据确实、充分”、“排除合理怀疑”的证明标准,即应启动再审程序。基于此,建议可将再审启动标准中的“确有错误”表述改为“确有错误可能”,以降低再审启动的证明标准,切实改变“启动程序中心主义”的现状,促使再审程序真正回归制度设计的核心之

[57] 陈艳风:《刑事再审程序启动条件辨思——以“聂树斌案”为焦点》,载《广西社会科学》2016年第4期。

[58] 泓翔:《山东高院回应“聂树斌案为何数次延期未再审”》,新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2016-03/08/c_128781886.htm,最后访问时间2017年3月22日。

[59] 最高人民法院在聂树斌案的再审决定书中记载:“山东省高级人民法院经复查认为,原审判决缺少能够锁定聂树斌作案的客观证据,在被告人作案时间、作案工具、被害人死因等方面存在重大疑问,不能排除他人作案的可能性……建议本院启动审判监督程序重新审判,并报请本院审查。”由此看出,山东高院的上述复查决定表明再审启动标准正由“有错才纠”向“有疑即纠”方向迈进。

[60] 《刑事诉讼法》第242条规定:“当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的,人民法院应当重新审判:(一)有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误,可能影响定罪量刑的;(二)据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当予以排除,或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的;(三)原判决、裁定适用法律确有错误的;(四)违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的;(五)审判人员在审理该案件的时候,有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。”《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》第375条第2款规定:“经审查,具有下列情形之一的,应当根据刑事诉讼法第二百四十二条的规定,决定重新审判:(一)有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误,可能影响定罪量刑的;(二)据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当排除的;(三)证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的;(四)主要事实依据被依法变更或者撤销的;(五)认定罪名错误的;(六)量刑明显不当的;(七)违反法律关于溯及力规定的;(八)违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正裁判的;(九)审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。”

位。第二,考虑到当前我国的司法实践,建议将禁止双重危险原则纳入我国刑事诉讼基本原则的范畴,合理吸收该原则的精神内涵,突出再审程序中的人权保障功能,并在此基础上对刑事再审启动事由中的相关概念进行明确界定,同时对再审启动事由从是否有利于原审被告人的角度予以类型划分。在划分为有利于原审被告人的再审情形与不利于原审被告人的再审情形的基础上,合理借鉴域外的相关立法经验,进一步划分事实认定错误的再审和适用法律错误的再审。^[61]此外,还应在再审事由分类的基础之上,对相应的再审主体以及具体程序的设计予以改良,以促使我国的刑事再审程序真正回归现代化、法治化的发展正轨。

五、刑事再审程序之规则适用:法律溯及既往问题

当前我国对于法律溯及力问题的研究主要集中于实体法学和法理学领域,尤其刑法从立法层面对刑事实体法之溯及力问题进行了明确规定,为刑事司法实践的有序进行提供了方向指引。与刑事实体法领域不同,我国刑事诉讼法学界对于程序法之溯及力尤其是新旧刑事诉讼法之适用问题的研究几近空白,而且制度规范层面亦对此付之阙如,既无法律层面的原则性规定,亦无具体的司法解释可循。进入21世纪以来,尤其是十八大以后,在深化司法体制改革、全面推进依法治国的新形势下,我国陆续纠正了一批刑事冤错案件,这些案件均具有案发时间久远、持续时间长、社会关注度高、影响重大等特征。由于我国《刑事诉讼法》自1979年颁布实施以来,已历经1996年、2012年两次修订,因此,在冤错案件的再审过程中不可避免地遇到刑事诉讼法如何适用、应当“从新”还是“从旧”的实际问题,而这一问题在聂案2015年的异地复查听证会上以及2016年的再审过程中更是展露无遗。一种观点认为,聂树斌案并非错判,审查的标准应当以当时所适用的1979年《刑事诉讼法》以及1983年《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》等为依据。另一种观点则认为,刑事再审程序应当适用现行2012年《刑事诉讼法》,并应以此为依据评判聂树斌案是否系错判。^[62]因此,亟需对刑事诉讼法之溯及力问题予以厘清。与此同时,如果相关案件涉及到办案人员追责问题,同样涉及适用何时的追责条款问题。鉴于此,下文拟结合聂案的相关内容,对刑事再审程序中新旧法的适用问题以及相关人员追责规范的适用问题进行探讨。^[63]

(一) 刑事程序法之再审适用:从新兼有利原则

应当说,“实体从旧、程序从新”是诸多国家或地区在刑事诉讼法的时间效力问题上所遵循的一项基本原则。例如,俄罗斯联邦刑事诉讼法典第4条规定:“在进行刑事案件的诉讼时,适用有关诉讼行为进行时或有关诉讼决定作出时有有效的刑事法律,但本法典有不同规定的除外。”又如,法国新刑法典第112条规定:“新法的即行适用对依据旧法完成之法律行为的有效性不产生影响。”再如,我国台湾地区“刑事诉讼法施行法”第2条“程序从新原则”规定:“修正刑事诉讼法施行前,已经开始侦查或审判之案件,除有特别规定外,其以后之诉讼程序,应依修正刑事诉讼法终结之。”^[64]程序从新原则在刑事诉讼法领域兼具三方面的含义:第一,新法施行后对于其生效前已经依据旧法而终结的诉讼程序不发生法律效力;第二,新法施行后一般而言只适用于其生效后开始的诉讼程序;第三,新法施行后,对于依据旧法已经启动但尚未终结的诉讼程序,应当适用新法,但是之前已经依据旧法而完成的

[61] 同注46引文。

[62] 宋志军:《从旧与从新:刑事再审之程序法适用论》,载《政法论丛》2016年第4期。

[63] 刑事实体法再审采用“从旧兼从轻”原则,已成为理论界及实务界的通识,在此不赘。

[64] 瓮怡杰、许京文:《刑事诉讼法时间效力的程序从新原则》,载《人民司法》2016年第10期。

诉讼行为,其效力不受影响。^[65]

刑事诉讼法之适用采“从新原则”而不采实体法之“从旧”原则,是由二者的调整对象不同决定的。刑事实体法以犯罪行为为调整对象,而刑事诉讼法的调整对象是当下正在发生的刑事诉讼法律关系,具体而言是指控辩裁等各方诉讼主体当前正在进行的某项诉讼程序或者诉讼行为。因此,调整对象的特殊性,决定了刑事诉讼法从新适用的根本属性。此外,相较于静态单一化的犯罪行为而言,刑事诉讼法所调整的诉讼程序与诉讼行为处于不断的动态发展过程中,这也就决定了刑事诉讼法的时间效力不仅不同于刑法,而且新旧刑事诉讼法之适用复杂程度亦要远超刑法之适用,这也是造成刑事诉讼法被误认为具有溯及力的重要原因所在。

但是,需要强调的是,从法理层面而言,法之溯及力是指“具有溯及力的法律把过去的法律事实的后果纳入它的管辖范围并因此影响这些后果”。^[66]换言之,判断新法是否具有溯及力并不在于其是否对于生效前行为能否适用,而在于其适用于生效前行为后是否会改变该行为此前的法律效力,而这才是界定新法是否具有溯及力的核心和关键所在。结合上述关于刑事诉讼法从新适用的内涵来看,其首先强调新法对于生效前已经终结的诉讼程序不发生法律效力,而且所适用的诉讼程序就本质而言均系其生效后才开始或正处于进行中而尚未终结之时,而此时适用新法是由刑事诉讼法作为程序法而言的本质特征所决定的。因此,从这一角度而言,刑事诉讼法从新适用既不是法不溯及既往原则之例外规定,也不是对法不溯及既往之否定。相反,刑事诉讼法从新适用原则可被视为对法不溯及既往原则的一种特殊体现和自然延伸。

关于我国刑事再审程序中新旧刑事诉讼法究竟应当如何适用的问题,笔者认为,应当在坚持刑事诉讼法从新适用原则之基础上兼采有利于原审被告人的原则,即应当确立“从新兼有利原则”作为我国刑事再审程序中刑事诉讼法时间效力的基本原则。

首先,刑事诉讼法从新原则是刑事再审程序中的“从新兼有利原则”的适用基础。以聂树斌案为例,该案从案发到再审改判无罪时间跨度极大,期间既涵盖了1979年《刑事诉讼法》的实施,同时也覆盖了1996年和2012年《刑事诉讼法》的两次修改,而且两次修法在诉讼程序、诉讼行为以及证据规则上变化较大,因此,聂树斌案的再审究竟应当如何适用《刑事诉讼法》,成为困扰我国刑事诉讼的实践难题。笔者认为,聂树斌案的再审以及再审审理程序均应当根据前文所述的刑事诉讼法从新原则,首先适用现行2012年《刑事诉讼法》之相关规定。这是因为最高人民法院作出聂树斌案的再审决定以及进行再审审理和相关程序,均发生在2012年《刑事诉讼法》生效后,属于新法生效后开始的诉讼程序,因此当然适用新法。^[67]

其次,再审期间,对于原审中相关证据以及再审期间新证据的证据能力、证明力之评价,以及其他实体性证据规则的审查判断,均应本着有利于原审被告人的原则从旧法与新法中选择适用。具体到聂树斌案,笔者认为,对相关证据之评判以及其他实体性证据规则之运用等,均应适用更有利于保

[65] 何赖杰:《论刑事诉讼之程序从新原则——以刑法第三二三条修正为视角》,载(台湾地区)《刑事法杂志》第四卷第三期,第110页。转引自瓮怡杰、许京文:《刑事诉讼法时间效力的程序从新原则》,载《人民司法》2016年第10期。

[66] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元、张茂等译,法律出版社1999年版,第206页。

[67] 从聂树斌案的再审决定书中可以看出,最高人民法院决定对聂树斌案再审的法律依据正是2012年《刑事诉讼法》第242条之规定。从聂树斌案的再审判决书中亦可看出,最高人民法院再审审理程序的法律依据同样是2012年《刑事诉讼法》第245条之规定。

障原审被告人之合法权益的2012年《刑事诉讼法》,而非1979年《刑事诉讼法》。^[68]这是由证据法之特有属性以及再审程序的价值功能所决定的。一方面,“虽然证据法属于广义上的程序法,但是证据规则并不完全仅具有程序属性。证据规则作为衔接实体法与程序法的桥梁,直接体现程序的公正性并在很大程度上决定着实体权利的实际享有”。^[69]另一方面,刑事再审程序虽然兼具保障人权、维护司法权威、纠正错案等多重功能,但是人权保障应当成为我国当前法治状态下刑事再审程序的首要价值和功能定位。^[70]鉴于此,笔者认为,针对再审程序中的证据规则适用问题,应当本着有利于原审被告人的原则在旧法与新法中作出选择,以确保准确、及时地纠正冤错案件,从而推动保障人权的宪法任务得以真正落实。^[71]

最后,需要指出的是,刑事再审期间,对于原审程序以及此前原侦查、审查起诉等诉讼程序与诉讼行为之合法性进行评价应当适用1979年《刑事诉讼法》以及当时其他相关的法律法规,而非1996年、2012年《刑事诉讼法》。这是因为聂树斌案自1994年案发至1995年被执行死刑这一时期,系1979年《刑事诉讼法》的生效实施期。因此,对原办案机关诉讼行为合法性之评价亦应当以行为时之法律予以评价,而不得以1996年和2012年《刑事诉讼法》予以评价,否则不仅违反禁止事后法原则,同时亦是对法不溯及既往原则的背离。聂树斌案再审判决书中记载,最高人民法院在再审审理程序中,对原办案机关相关诉讼行为之合法性评价的法律依据是1979年《刑事诉讼法》、1979年《公安部刑事案件现场勘查规则》、1987年《公安机关办理刑事案件程序规定》以及1991年《公安业务档案管理办法》等相关法律规定。上述法律规范属于“旧法”范畴,原办案机关的相关诉讼行为已依据上述旧法而完成并具有法律效力,因此,在再审审理程序中,最高人民法院依据旧法对其进行评价,具有合理性。

(二) 错案责任追究之法律适用:从旧兼从轻原则

对原审办案机关工作人员进行错案责任追究,离不开刑事再审程序中对案件相关情况的评判,尤其对于原审办案机关诉讼行为之合法性评价,是启动错案责任追究程序的前提条件。鉴于对错案责任进行认定以及追究同样亦是办案,^[72]其调查程序与追责结果直接涉及相关责任人的实体权益,故笔者认为,根据法不溯及既往原则,对原办案人员诉讼行为之合法性评价应当严格遵循从旧兼从轻原则,即原则上应当以行为时法即旧法作为其合法性评价之依据,而不能以评判时之法即新法为依据,除非新法认为相关行为不是违法行为时,或者认为相关行为之违法程度低于旧法的评价时,可适用新

[68] 有学者认为,在刑事诉讼中,处于后一阶段的国家机关对前一阶段国家机关相关诉讼行为的评价,其实暗含着两个方面:一是对前一阶段国家机关诉讼行为合法性之评价;二是对前一阶段国家机关收集证据的证据能力之评价。这是完全不同的两方面评价,因此,应当适用不同的标准和依据,即对于诉讼行为合法性之评价,应当以行为时法即旧法为依据;而对于证据能力之评价应当以审查判断时法即新法为依据,否则不仅不利于纠正冤错案件,甚至可能导致冤错案件永远无法得以平反,不利于公民个人权利的保障。具体参见瓮怡杰、许京文:《刑事诉讼法时间效力的程序从新原则》,载《人民司法》2016年第10期。

[69] 樊崇义:《刑事诉讼法实施问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第169页。

[70] 正如龙宗智教授所言,法的安定性与法的公正性都是司法需要尊重的价值,但在不同的司法环境中对再审政策的把握应当有所区别。鉴于我国的司法传统以及当前的司法实践,法院不独立、不中立的问题依旧突出,司法公正状况远低于预期,因此,此时应当更注重法之公正性,进一步突出其通过纠正冤错案件以实现人权保障的价值功能。具体参见龙宗智:《聂树斌案法理研判》,载《法学》2013年第8期。

[71] 总体而言,刑事诉讼法制的发展更有利于实现人权保障,体现国家司法的文明与进步。尤其进入现代社会以来,正常情况下,新颁布实施的刑事诉讼法比此前的旧法更先进,这种先进性不仅表现在更便于各方诉讼主体参与刑事诉讼,同时亦表现在相关证据规则的制定和完善更加科学化,而且这种先进性更表现在对于公正审判、正当程序等价值的体现,以及对司法公正目标的追求方面。相较于旧法而言,新刑事诉讼法一般而言对于公民个人权利的保护也更加细致和周密。因此,有利于原审被告人的原则在大部分情形下,其实就是对新刑事诉讼法的选择适用。参见瓮怡杰、许京文:《刑事诉讼法时间效力的程序从新原则》,载《人民司法》2016年第10期。

[72] 同注34引文。

法之规定予以评价。

此外,即使在认定原办案机关相关的诉讼行为是违法行为后,亦不能直接对其进行追责。相应的追责程序同样应当按照“从旧兼从轻的原则”实施,即按照行为时关于如何具体追责的法律规定进行,如果旧法没有规定相应的责任情形,或者新法所规定的法律责任轻于旧法时,应当按照新法进行追责。

客观来讲,错案责任追究制是一个十分复杂的问题,其中不仅涉及对于错案的界定、认定错案的依据、构成错案责任的必要因素以及错案责任豁免等具体问题,而且学界以及实务部门对于当前我国刑事司法实践中的上述问题仍未形成共识,相关的制度规范中亦无科学、明确的条款可循。此外,我国司法实践中一系列潜规则的客观存在,对司法权依法独立、公正行使造成了实质性的影响和干预。因此,笔者认为,对错案责任进行追究应当依法、审慎为之。具言之,应当严格遵循“从旧兼从轻”以及主客观相统一的原则,^[73]根据案件具体情形以及相关责任人主观过错、行为性质、损害结果等对原侦查人员、检察人员、审判人员进行责任区分,同时对追责程序进行诉讼化改造,增强其正当性基础,进一步强化被追责人的权利保障,并根据司法公开的要求,将错案责任追究的进程和结果及时向社会公开,避免在错案追责过程中造成新的错案。^[74]

The Institutional Prevention and Correction of Misjudged Cases: Based on the Thinking of the Case of Nie Shubin

Wang Haiyan

Abstract: The case of Nie Shubin again put a spotlight on the alert and rethinking of wronged and misjudged cases. Whereas the reasons for wronged and misjudged cases are complex, the idea of legislation shall be upheld, and the perspectives from the judicial system, litigation system, evidence system and the application of law shall be adopted, so as to improve the mechanism for the prevention and correction of wronged and misjudged cases. On the basis of guaranteeing the independent exercise of the judicial power by the people's courts, the reform of the trial - centered litigation system shall be promoted, the principle of presumption of innocence shall be established in law, the initiation of retrial shall be improved by exploring a pattern which moves towards the rule of law, and the principle of observing new laws and old ones which are beneficial to defendant shall be abided by in the application of Criminal Procedure Law.

Keywords: the case of Nie Shubin; wronged and misjudged cases; trial - centered; presumption of innocence; initiation of retrial

(责任编辑:倪鑫煜)

[73] 朱孝清:《错案责任追究与豁免》,载《中国法学》2016年第2期。

[74] 同注34引文。

刑事冤错案件的程序法分析

——以聂树斌案为例

刘计划*

摘要:聂树斌案具有我国刑事冤错案件成因的共性,即公安机关违法获取虚假的认罪供述,进而编造所谓有罪证据,检察机关审查逮捕、审查起诉和法院审判仅进行形式化的审查与审理。公安机关、检察机关、法院接力协作,法定制约关系下的层层把关沦为关关失守,可谓共同铸成冤错。为了预防冤错发生,需要废除分工负责关系原则,建构以审判为中心的刑事诉讼制度。聂树斌虽获改判无罪,但该案的申诉审查、申诉复查、再审程序均值得检讨。已决案件因发现新证据而出现重大疑点时,如权利人提出申诉,法院应当启动再审程序予以纠错。为了有效纠正冤错案件,应当完善申诉制度,发挥再审程序的救济功能,而最高人民法院、最高人民检察院责无旁贷,应承担起最高的法律责任。

关键词:聂树斌 冤错成因 以审判为中心 申诉 再审

一、引言

2016年12月2日上午,最高人民法院第二巡回法庭在辽宁沈阳对原审被告聂树斌被控故意杀人、强奸妇女再审查公开宣判,宣告撤销原审判决,改判聂树斌无罪。^[1]至此,历经11年漫长的申诉过程,终于完成了该案的再审纠错程序,也使得这起备受社会关注的刑事案件终于尘埃落定。^[2]

聂树斌案真正进入公众视野,始于2005年初疑似该案真凶王书金被河南警方发现并供述聂树斌案被控犯罪事实乃其所为。^[3]自此开始一直到再审宣判的11年间,聂树斌案引起了包括法学界、律师界、司法实务界、新闻媒体和社会公众等在内的全社会持续关注。虽然该案系由最高人民法院(以下简称“最高法院”)启动再审程序予以改判,即通过国家主导的司法程序完成纠错,但如果没有杀人恶魔王书金带有偶然性的归案及稳定的供述,似乎很难想象聂树斌能够得以沉冤昭雪。甚至在王书金归案供认后,如果没有聂树斌的父母家人特别是其母张焕芝女士的执着申诉,没有专业与敬业的代

* 中国人民大学法学院教授,中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员,法学博士。本文为国家社科基金重点项目“刑事审判中心主义模式研究”(项目批准号:15AFX0140)、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国刑事诉讼法的现代转型”(项目批准号:14JJD820020)的阶段性研究成果。

[1] 参见罗沙、白阳:《最高人民法院再审改判聂树斌无罪》,载《人民法院报》2016年12月3日,第1-2版。最高人民法院(2016)最高法刑再3号刑事判决书指原审认定事实不清、证据不足,不予确认,并作了说理详尽的评判。

[2] 龙宗智教授即认为,“聂树斌案可谓中国现代司法史上有重要影响的案件”。参见龙宗智:《聂树斌案法理研判》,载《法学》2013年第8期,第3页。2017年2月17日,中国法院博物馆举行仪式,第二巡回法庭向中国法院博物馆赠送了聂树斌再审查公开宣判时用的法槌、公开宣判的录像等资料和有合议庭全体组成人员签名的判决书。由此可见该案所具有的历史意义。参见赵春晓:《最高法第二巡回法庭向中国法院博物馆移交聂树斌再审查物品资料》,载《人民法院报》2017年2月19日,第1版。

[3] 参见马云龙、范友峰、楚阳:《一案两凶 谁是真凶》,载《河南商报》2005年3月15日,第8版。

理律师、负有正义感的警察、仗义执言的记者、捍卫公平正义的学者、追求事实真相的新闻媒体以及无数呼唤司法正义的民众的持续关注和共同努力,似乎也很难相信该案能获得再审及改判。在该案的申诉与再审过程中,舆情民意与司法权力的互动达到了空前的程度。即便该案最终获得了改判,但充满猜疑、结果难料、尤显漫长的申诉等待程序,至今仍令人不寒而栗。究其原因,整个司法系统缺乏纠错的能力,对于纠错可谓顾虑重重。在我国,因办理案件的机关担心被司法问责,期待其自我纠错无疑是困难的。如果河北司法系统承认造成了冤错,不仅审判法官和承办案件的检察人员、侦查人员面临被追责的现实,参与过该案讨论、决策的领导似乎也难辞其咎。即便是河北司法系统内与聂案无直接关系的现任领导似乎也担心投鼠忌器而罔顾左右,不愿启动再审予以纠错。而最高法院在指令山东省高级人民法院(以下简称“山东高院”)复查之前,似乎也没有对该案给予应有的重视,以致引起民意的持续发酵,乃至对司法公信力质疑的加剧。

最高人民法院第二巡回法庭对聂树斌案在诉讼程序上完成了再审改判,从而在实体上予以纠错,这对聂树斌及其家人而言意义重大。毕竟聂树斌沉冤昭雪,终获清白,其家人也得以走出阴霾并行使申请国家赔偿的权利,这一切虽无法修复给聂家人造成的伤害,不过亦能够获得些许情感慰藉。尤其需要指出的是,该案已然超越普通刑案而成为一起具有标本意义的典型案件,从中可以检视中国刑事司法之弊,值得深入系统的探究,以发现我国刑事司法体制与诉讼程序存在的缺陷及再审纠错程序存在的不足。

对于该案我们需要追问,是什么原因酿成冤错?导致冤错的原因在司法实践中是否依然存在?如何才能消除导致冤错的因素?虽然该案未能逃脱近年来冤案或因真凶出现或因被害人复活而改判的模式,但为何在2005年初真凶出现后,连被害人家人都不相信聂树斌为真凶,“真凶”王书金亦认为这是一起“挺简单”的案子,而司法机关的复查纠错程序却耗时11年?这几乎耗尽了历经艰辛的申诉人的心力、物力和财力,又浪费了多少社会资源?更为严重的是,刑事司法系统持续遭受质疑,人们对司法公正的信心一再遭受考验,国家为此付出的代价太过沉重。就实体而言,聂树斌案经过11年的波折终于得以改判,对此应予以充分肯定,正义虽姗姗来迟,但终究到来。^[4]有学者则对该案的纠错程序给予了积极的肯定与评价,认为该案平反中出现了多个第一次。^[5]毋庸讳言,该案程序上虽有“创新”,不过存在值得探讨之处。从聂树斌家人无法提供判决书,河北高院因此不受理申诉,到申诉人获得判决书提出申诉,河北高级人民法院(以下简称“河北高院”)仍然拒绝受理申诉,河北高院接待法官给聂母的说法十年不变:“正在复查,很快出结果”,“再等等”。2014年12月12日,河北高院以一句“本着对事实、法律和当事人高度负责的精神,做了大量工作”为过去十年的复查作结。^[6]进而最高法院并未履行申诉复查之责,而是并无先例地将一起生效裁判实行异地审查,即交由山东高院先行复查申诉。在山东高院复查过程中,河北法、检、公组成的原办案单位作为一方出席听证会,仍主张聂树斌案定罪证据充分而竭力自辩。山东省高级人民法院经过一年半的复查得出认定聂树斌故意杀人、强奸犯罪证据不确实、不充分的结论,最高法院虽最终决定再审,但不是指令山东高院再审,也不是由最高法院本部再审,而是交由不属于巡回地且距离更远的第二巡回法庭再审,又有何考量?第二巡回法庭再审该案并未采开庭审理方式,亦不无争议。本文将尝试对该案程序法问题进行分析,希

[4] 据悉,法院系统内仍有法官认为聂树斌是该案真凶,原审判决并无错误。即便余祥林、呼格吉勒图等案件,法、检、公系统内仍有认为该人为真凶的声音。

[5] 参见卢建平:《聂案平反中的诸多第一次及其法治意义》,载《人民法院报》2016年12月4日,第2版。

[6] 参见刘长、赵蕾、习宜豪:《聂树斌案:河北复查十年,山东重来一遍》,载《南方周末》2014年12月25日,第A4版。

冀有助于完善我国刑事诉讼制度与程序,从而有效发挥防错纠错的功能。

二、聂树斌案错判的程序追因

任何一起刑事冤错案件的形成,皆因诉讼程序道道出错。首先,侦查机关错误认定犯罪嫌疑人,进而网罗罪证,检察机关审查起诉不过是接过追诉犯罪的接力棒,而法院进行的第一审程序、上诉审程序流于形式,失去了防冤及纠错功能。聂树斌案同样如此。

聂树斌案,源于1994年发生在河北石家庄西郊玉米地的一起强奸杀人案。当年8月5日,被害人康某被强奸杀害,11日尸体被发现。案发1个多月后的9月23日下午,在石家庄市电化厂宿舍区,聂树斌被石家庄市公安局郊区分局民警“抓获”,9月24日被监视居住,10月1日被刑事拘留,10月9日被逮捕。1995年3月3日,石家庄市人民检察院以聂树斌犯故意杀人罪、强奸妇女罪,向石家庄市中级人民法院提起公诉。石家庄市中级人民法院不公开开庭审理此案,于1995年3月15日作出(1995)石刑初字第53号刑事附带民事判决。石家庄中院认定:“聂树斌于1994年8月5日17时许,骑自行车尾随下班的石家庄市液压件厂女工康某,至石郊孔寨村的石粉路中段,聂故意用自行车将骑车前行的康某别倒,拖至路东玉米地内,用拳猛击康的头、面部,致康昏迷后,将康强奸。尔后用随身携带的花上衣猛勒康的颈部,致康窒息死亡。”由此,判决聂树斌犯故意杀人罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,犯强奸妇女罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,决定执行死刑,剥夺政治权利终身。聂树斌不服,向河北高院提出上诉。4月25日,河北高院作出(1995)冀刑一终字第129号刑事附带民事判决。河北高院认为,“上诉人聂树斌拦截强奸妇女、杀人灭口,情节和后果均特别严重。原判决认定事实正确,对被告人聂树斌犯故意杀人罪的量刑及民事赔偿数额适当;对强奸妇女罪量刑重”,判决“维持石家庄市中级人民法院(1995)石刑初字第53号刑事附带民事判决以故意杀人罪判处聂树斌死刑,剥夺政治权利终身及原判决第(二)项赔偿附带民事诉讼原告人丧葬费及其他费用2000元整;撤销石家庄市中级人民法院(1995)石刑初字第53号刑事附带民事判决对被告人聂树斌犯强奸妇女罪的量刑部分;上诉人聂树斌犯强奸妇女罪,判处有期徒刑15年。与故意杀人罪并罚,决定执行死刑,剥夺政治权利终身”。同时,“本判决并为核准以故意杀人罪判处被告人聂树斌死刑,剥夺政治权利终身;以强奸妇女罪判处被告人聂树斌有期徒刑15年,决定执行死刑,剥夺政治权利终身的判决”。回顾该案的诉讼过程不难发现,从认定聂树斌为犯罪嫌疑人开始,所有诉讼程序均值得反思。

(一) 侦查机关草率认定犯罪嫌疑人,进而获取不实供述并编造证据

《石家庄日报》刊载的一篇题为《青纱帐静悄悄》的通讯详细地描述了“抓捕”聂树斌的过程。1994年8月11日被害人康某被发现遇害后,经过一个多月的侦查调查,“侦查人员先后查访了8个村庄、12个工厂企业1000余人次,先后摸出了13名嫌疑人,但经过工作,都一一排除了”。“侦破工作一时陷入僵局。……没有线索,犹如大海捞针,困难和压力接踵而来……根据新的侦破方案,侦查员们踏遍了案发地周围十里三乡,时刻捕捉着一切可疑的迹象。”9月8日,侦查员在市电化厂宿舍区调查时,一位退休工人谈到:入夏以来,在电化厂平房宿舍区周围,常有一个20来岁的男青年来转悠,鬼鬼祟祟,总是在发现有女同志上公共厕所时便跟过去。老工人几次上前盘问训斥。据老工人讲,8月初还在孔寨方向见过这个男青年。这家伙常骑一辆兰色山地车,留平头,长方脸,小眼睛,不像市里人。一位农村妇女反映:大约在七月底的一天中午,其在孔寨村西菜地浇水时,发现一名骑兰色山地车的男青年悄悄骑到菜地边土路上,不怀好意地看着她。“……很快地,一张丑恶的画像摆在侦查人员面

前,又深深地引入脑海之中。”9月23日下午6时20分,侦查员张日强、杜同福在电化厂宿舍区发现了这个“久违”了的骑车人。经初步审讯,“聂犯”交待:“我偷过东西,调戏过妇女,别的没干过。”“9月29日,在侦查人员强有力的政策攻心和确凿的证据面前,聂树斌自知再无法抵赖,终于缴械投降,供认了拦路强奸杀人的全部犯罪事实。”“天理昭昭,法网恢恢。青纱帐里的迷案终于真相大白。”〔7〕

由上可知,公安机关确定该案的犯罪嫌疑人并不是从现场收集生物学证据通过DNA鉴定进行同一认定或者其他有效的侦查确认程序,而是漫无边际地广撒网寻找所谓“可疑”的人。在寻人不得的情况下,公安机关感受到越来越大的压力,由此急于求成而失去了理性。一个多月后,公安机关仅“根据群众反映”即确认聂树斌作案。所谓“群众反映”就是老工人和农村妇女的叙述,仅凭二人所述,公安机关即将聂树斌描绘成“一张丑恶的画像”进而认定为犯罪嫌疑人,无疑太过牵强草率,因为“群众”反映的事实与康某被害案并无关联。再者,聂树斌出生于1974年11月6日,案发时尚不足20岁。一个不足20岁的青年,且体质较弱,其能否对36岁且练过跆拳道康某行凶,可信性有多大?早在聂树斌被逮捕时,康家人就对聂树斌是否为真凶提出过质疑,而公安机关竟然置若罔闻。尤其令人匪夷所思的是,在聂树斌仅承认偷过东西、调戏过妇女的情况下,侦查人员竟自诩有“确凿的证据”,其实不过是主观臆断而已。

公安机关即便面临巨大的侦查压力,也不能仅凭怀疑草草认定犯罪嫌疑人。可以说,聂树斌被认定为犯罪嫌疑人是公安机关急于破案使然。这种急于破案的心理,使得公安机关在获知聂树斌的信息后如获至宝,从而急于将此案坐实。聂树斌案体现了公安机关有时极为简单的侦查模式。无疑地,仅仅根据老工人和农村妇女陈述的内容,显然不能建立起聂树斌与康某被害案的联系。再如呼格吉勒图案、王玉雷案,公安机关胡乱生疑就将报案人认定为犯罪嫌疑人。又如云南卢荣新案,仅因卢荣新离婚多年,于是就认定其具有实施强奸犯罪的动机。公安机关一旦“确定”犯罪嫌疑人,于是乎就不再收集审查其他证据。对嫌疑人采取强制措施后,通过非法讯问手段获得认罪供述,进而编造所谓的有罪证据,公安机关便宣布成功告破、大功告成,而辨认、现场指认、鉴定等侦查程序尽可造假。公安机关侦查中一旦造假,检察机关和法院在后续的审查逮捕、审查起诉、法庭审判中似乎无力发现疑点,或者即使有所怀疑,也有意无意地忽视了。这似乎一再应验了坊间“公安定案、检察照办、法院宣判”的传言。

聂树斌案侦查卷第2页《刑事案件破案报告表》载明:聂树斌被“抓获”以后,经过四天五夜的讯问,于9月28日第一次做出有罪供述。讯问地点在留营派出所,本次讯问笔录没有注明讯问次数(侦查卷第44页至53页)。第一次有罪供述讯问笔录明确记载,在9月28日第一次讲“实话”之前,聂树斌“想隐瞒,抱着逃避打击的心理”而“不讲实话”。聂树斌在这四天五夜“不讲实话”和“没有交代”的讯问笔录在聂树斌案侦查卷中不见一字。1994年担任石家庄郊区公安分局副局长的尚中华于2015年3月11日回答山东高院法官的调查时说:“2004年之前,副卷管理很不规范,非常乱,不知副卷在哪。”(见山东高院对尚中华调查笔录第11页)这说明,公安机关往往会藏匿或者毁弃无罪辩解笔录,而只留下“认罪”口供。正卷没有,副卷不知在哪里。那么,聂树斌在经过四天五夜的讯问后,是如何从“不讲实话”到“讲实话”、从“没有交代”到“交代”强奸杀人的?2015年4月28日,在山东高院召开的聂树斌案听证会上,申诉方和河北方面“原办案单位代表”就聂树斌是否受到刑讯逼供展开交锋。

〔7〕 1994年11月30日,河北省石家庄市《社会治安报》(月末版)刊登通讯《青纱帐静悄悄》,该侦破通讯为当时石家庄市公安局郊区分局干警、“8·11”专案组侦查人员焦辉广采写,真实地记录了该案所谓的“侦破”过程。

申诉方的意见是,聂案中许多证据,尤其聂树斌的口供,是通过刑讯逼供的非法手段取得的,依法不具有法律效力。聂母张女士说,聂树斌的一审辩护律师曾问聂树斌:“为什么你第二次承认了?”聂树斌说:“打哩。”当年与聂树斌关在同一看守所的纪某某证词表示,其与聂树斌一同关在看守所105监号,经常聊天,聂树斌曾向其表示曾经遭到刑讯逼供。原办案单位代表则称,2005年3月,河北省检察院成立调查组对是否存在刑讯逼供进行调查,结论是没有对聂树斌进行刑讯逼供。不过,该调查因主体不中立、程序非公开等原因而缺乏可信性与公信力。

近年来的冤错案件似乎都绕不过刑讯逼供这一“元凶”。杜培武案、余祥林案、赵作海案、张氏叔侄案、呼格吉勒图案等莫不如此。这些无辜者在被侦查人员讯问时“认罪”的背后,无不存在刑讯逼供。难以想象,一个无辜者未遭受刑讯会承认杀人。如余祥林被拘留10天10夜后,竟先后“交代”了四种不同的作案经过、五种杀妻动机,非遭受刑讯这怎么可能发生^[8]又如被称为山西“余祥林”的岳兔元“杀人案”,案件证据甚为离奇:不但有“杀人凶手”岳兔元本人的供词,有“被害人尸体”,还有DNA的鉴定结果,一切都显得证据确凿,确定无疑。但偏偏被“杀”的人在一年后突然活着回来了。至此,这起荒唐的“杀人案”才不攻自破。^[9]虽然我国1979年刑事诉讼法第32条即规定,严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据,然而,“刑讯有理”、“刑讯有用”、“刑讯难免”等论调仍然为某些侦查人员所信奉。

2012年刑事诉讼法修改后,确立了“不得强迫任何人证实自己有罪”的取证规则(第50条),规范了拘留、逮捕及讯问犯罪嫌疑人程序。如规定,拘留、逮捕后,应当立即将被拘留、逮捕人送看守所羁押,至迟不得超过24小时(第83条、第91条);犯罪嫌疑人被送交看守所羁押以后,侦查人员对其进行讯问,应当在看守所内进行(第116条);对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件,应当对讯问过程进行录音或者录像。录音或者录像应当全程进行,保持完整性(第121条)。如果上述规定得到执行,刑讯逼供就可以避免。但现实是,刑事诉讼法的规定极易被公安机关规避。这在2014年发生于河北保定顺平县的王玉雷案中再次得到验证。这一年已是2012年刑事诉讼法实施的第二年,然而刑讯逼供仍然在王玉雷身上发生了。王玉雷在被拘留的7天时间里共做了9次笔录,前5次笔录都是无罪辩解,直到第6次才“招供”。更奇怪的是,4次有罪供述,王玉雷就说了3种不同的作案工具,即斧子、锤子、刨簪,而这些“作案工具”根本找不到,也都不能与尸体照片显示的‘U型’创口同一认定。此外,王玉雷对“作案”时所穿的衣服也有不同的供述,去向不明。不可理解的是,警方现场提取的手套、烟头以及血迹均没有进行DNA鉴定。在这种情况下,公安机关竟然认定王玉雷为犯罪嫌疑人,并向检察机关提请逮捕。由此可见,公安机关对杀人案件的侦查模式似乎没有改变和进步。一旦发生了杀人案件,侦查人员仅凭主观怀疑就确定犯罪嫌疑人,而对犯罪嫌疑人拘留后获取认罪口供似乎轻而易举,这怎能不引起立法者、学者及公众的疑虑和担心?刑事诉讼法的强制性规定怎么就被侦查人员轻松规避了呢?如果公安机关不遵守刑事诉讼法规定的程序,会不会再次出现“张玉雷”案、“李玉雷”案?而对于王玉雷案,至今未见检察机关和上级公安机关对明显存在刑讯逼供嫌疑的这一案件进行调查和追责。侦查机关滥用侦查权,是地地道道的违法乃至犯罪行为,极易导致冤错

[8] 一直以来,公安机关对刑讯逼供讳莫如深,似乎总是试图掩盖。不过,2017年3月13日,河南省温县公安局通过微博发布一则“警情通报”,主动披露该局刑侦大队办案民警12日涉嫌刑讯逼供取证被立案调查,被称为“中国警方首次主动承认刑讯逼供致死嫌犯”,获得千万网民点赞。这说明,公众更关注的是公安机关对刑讯逼供的态度,越是积极的态度,越能获得认可,越能彰显执法公信力。

[9] 参见刘建林:《疑凶岳兔元的离奇遭遇》,载《中国青年报》2005年6月7日,第A3版。

的发生。因此,必须对侦查权滥用保持足够的警惕,必须建构正当程序防范侦查权滥用,特别是必须对侦查讯问程序施加更为有力的合法性控制。^[10]

(二) 侦查监督形同虚设

根据刑事诉讼法的规定,检察机关作为唯一的法定侦查监督权主体,承担着对侦查活动进行监督的职责。然而,检察机关的侦查监督往往流于形式,这源于检察机关监督侦查模式存在无法克服的缺陷。^[11] 检察机关的侦查监督主要围绕审查逮捕进行,沦为逮捕的审查批准程序而已,反而导致以捕代侦。因为检察机关在审查逮捕时,往往将关注点放在全面审查犯罪嫌疑人是否构成犯罪的证据上,疏于对逮捕必要性的审查,流于构罪即捕。公安机关与检察机关之间构成犯罪追诉接力关系,从职权配置来看,检察机关对公安机关侦查的案件可以不批捕、不起诉,但公安机关则构成很强的反向制约。因不参与公安机关的侦查过程,检察机关不能对侦查活动发挥防止、发现、纠正违法的功能,反映出检察机关监督侦查模式的无效性。检察机关所谓的侦查监督因实施不力、形同虚设而导致侦查权近乎完全失控。聂树斌案即是如此。侦查人员一旦犯错,除非发生真凶落网、被害人复活的情形,检察机关极难发现及阻止。检察机关在对王玉雷案审查逮捕时发挥了一定的作用,即在发现可疑之处之后作出不批准逮捕的决定,不过这只是个例,后来也未见检察机关对涉嫌刑讯逼供的侦查人员进行调查。最高人民检察院(以下简称“最高检察院”)表示,要强化刑事侦查活动监督,切实落实疑罪从无、非法证据排除等制度,坚决核查刑讯逼供、暴力取证行为,强化冤错案件源头预防。^[12] 这一表态是积极的,但与实操相距甚远。2013年年底,最高检察院侦查监督厅下发《关于侦查监督部门调查核实侦查违法行为的意见(试行)》,似乎也就限于发文而已,未见得到执行。

(三) 检察机关审查起诉难以发挥过滤作用

检察机关审查起诉的目的是过滤不符合起诉条件的案件。刑事诉讼法规定,检察机关审查起诉,应当审查犯罪事实、情节是否清楚,证据是否确实、充分。但现实往往是,检察机关对于公安机关侦查终结认定的事实即使有所怀疑,往往作退回补充侦查处理,极少作出不起起诉决定。而检察机关一旦提起公诉,似乎开弓没有回头箭,只能坚持到底,因为如果撤回起诉,按照检察系统内的考核机制,意味着就是错案,就要被扣分。于是乎,检察机关一旦提起公诉,就会强化自身的追诉倾向,即使指控错误,似乎也要错下去,可以说检察机关和公安机关的利益已经捆绑在一起。为了谋求对被告人定罪,检察机关会向法院施加各种不正当的影响,诸如进行审判监督,甚至以对审判人员启动职务犯罪调查相威胁。此外,检、法负责人之间存在着非正常的沟通与联系机制,使得公诉得以非正当地影响审判。

2017年2月9日,最高检察院公布《关于聂树斌故意杀人、强奸妇女一案的检察意见》。该书面意见于2016年11月26日向最高法院提出,从六个方面对聂案进行了分析,认为原审判决事实不清、证据不足,应改判聂树斌无罪。据载,经过认真审查聂树斌案在案全部卷宗,并赴河北询问原案侦查阶段的主办人员,对相关证据进行复核,实地查看案发现场,最高检察院认为,原审判决采信的证据中,直接证据只有原审被告人聂树斌的有罪供述,现场勘察笔录、尸体检验报告、物证及证人证言等证据均为间接证据,而聂树斌有罪供述的真实性、合法性存疑。作出上述认定,理由主要包括六个方面:(1)被害人死亡原因不具有确定性,原审判决所采信的尸体检验报告证明力不足。尸体检验仅对头皮

[10] 参见刘计划:《侦查监督制度的中国模式及其改革》,载《中国法学》2014年第1期,第260-264页。

[11] 参见注10引文,第250-259页。

[12] 参见王治国、王地、徐盈雁:《最高检:构建以抗诉为中心的刑事审判监督格局》,载《检察日报》2017年1月15日,第2版。

进行了剥离,没有对尸体进行全面解剖,尸检报告认定“全身未发现明显创口及骨折”缺乏依据。(2)作案工具来源不清,原审判决认定花上衣系作案工具存在重大疑问。对于现场提取的花衬衣与聂树斌辨认、随案移送的花衬衣是否同一,存在重大疑问;聂树斌供述偷拿花衬衣动机不合常理。(3)聂树斌始终未供述出被害人携带钥匙的情节。根据聂树斌多次供述,并与被害人有过较长时间的近距离接触,在被害人未带其他物品、只穿一件连衣裙的情形下,却无法供出该情节,致使认定聂树斌为作案人存在重大疑问。(4)原审判决所采信的指认笔录和辨认笔录存在重大瑕疵,不具有证明力。据辨认笔录记载,聂树斌对被害人及花衬衣的辨认,是采取将被害人生前照片及其他两张女性照片等按顺序排列进行辨认,但在案卷宗均无相应的照片附卷;对被害人自行车的辨认违反了混同原则,丧失了对被告人口供的印证作用。(5)证实聂树斌实施强奸的证据严重不足。原审判决认定聂树斌实施强奸行为的证据只有被告人的有罪供述,而无其他任何证据予以证实。(6)聂树斌供述的真实性、合法性存在疑问。聂树斌到案经过与原案缺乏直接关联,确定其为犯罪嫌疑人缺乏充分证据;聂树斌的有罪供述前后矛盾,说法不一。基于以上六个方面的考量,最高检察院认为,聂树斌有罪供述的证明力较弱,可信度不高,且与物证、鉴定意见和辨认笔录之间不能形成相互印证关系,原案的定罪证据之间没有形成完整封闭的证据锁链,不能排除他人作案可能,应当依法改判聂树斌无罪。最高检察院对聂案证据的分析是严谨的,不过,追根溯源,该案是由检察机关审查起诉后提起公诉的。我们需要反思的是,当初检察机关审查起诉时为何不能有这种严谨的态度?

(四) 第一审程序庭审流于形式,难以发挥证据审查与事实认定的应有功能

所有刑事冤错案件都反映出法院对指控方认定的案件事实不能进行有效审理的窘境。这源于庭审存在形式化的弊病。法庭上证据调查流于书面化,并无真正的质证。公诉人举证主要以宣读侦查阶段制作的供述笔录与证人证言笔录为主,被告人若以遭受刑讯逼供为由否认侦讯中的认罪供述,法庭则不予接受,证人普遍不出庭致辩护方对证人证言无法进行有效质证,于是法庭基本上全盘接受控方提供的证据。其结果是,法庭审理走过场,审判结论为侦查卷证所决定,一旦侦查机关犯错,法院也就跟着错。2013年10月,第六次全国刑事审判工作会议提出,“要坚持以庭审为中心,充分发挥庭审功能,全面提高庭审质量”。这是对庭审流于形式之积弊进行反思的结果。以庭审为中心,就是要将控辩双方关于案件证据、事实的争议置于庭审中进行言词审理,保障控辩双方充分质证的权利,真正发挥庭审的事实认定功能。

聂树斌案的一审成为控方的独角戏,法院庭审无所作为。如1995年3月15日,石家庄市中级人民法院对聂树斌案一审开庭,被害人康某家人作为刑事附带民事诉讼的当事人出庭。在审判过程中,康家人提出了对该案的五点质疑,其中之一是,受害人康某生前曾习防身术,聂树斌正常状态下难以制服康某并予以杀害。庭审中,康家人还曾质问聂树斌,“是否是受人指使作案?”而法官竟以“这些事不属于你问的事”为由制止发问,对康家的五点质疑置之不理。再如对于认定案件事实至关重要的案发时间问题。被害人丈夫说被害人1994年8月5日中午吃完饭差5分钟一点离开家,案件发生的时间应在此后,而侦查机关提供的被害人同事证词认为案发时间应为8月5日下午下班后。那么,案发时间就需要通过法庭调查进行确认。被害人8月5日下午有无上班,聂树斌当天有无上班及上班、下班的时间,法庭应当审查两人出勤的原始记录,并通知单位同事出庭作证。法庭上仅凭公诉方提供的侦查机关制作的被害人同事证词来认定案发时间,无疑流于书面审查,得出的结论难免武断,极易被虚假侦查所蒙蔽。又如,在没有直接证据的情况下,被告人口供是如何获得的?是否具有真实性?法庭不予调查即予以认定。一审是基础,需要全面审查证据,并据此认定案件事实,在此基础上适用法

律。然而,石家庄市中级人民法院作为一审法院,未能对案件证据进行有效的法庭调查,认定案件事实完全被指控方所左右。一审判决书记载:“石家庄市郊区分局在侦破此案时根据群众反映,将聂树斌抓获后聂即交代了强奸后勒死康某的犯罪经过,并带领公安人员指认了作案现场及埋藏被害人衣物的地点与现场勘查一致。被告人聂树斌对康某被害现场提取物及生前照片进行辨认,均确认系被害人照片及其所穿衣物。聂树斌所供被害妇女体态、所穿衣物与被害人之夫侯金尧、证人余秀琴所证一致。据此足以认定康某系聂树斌强奸后杀死无疑。”今天看来,该判决书关于犯罪事实的认定是多么的苍白!一审法院无视庭审中被告人的无罪辩解及辩护人提出的辩护意见,将侦查认定、检察指控的案件事实及所依证据,简单化地予以确认,判决书对案件事实的表述信誓旦旦、确定无疑。由此,人们不能不对法院审判程序的有效性产生怀疑。正如聂母所言,一个连杀鸡都不敢的不足 20 岁的青年对一个 36 岁曾习防身术的妇女实施强奸杀害有无可能性?一审法院草率地认定聂树斌有罪,庭审的功能是如何发挥的?因此,庭审功能丧失无疑是一个严峻的问题。

(五) 第二审程序难以发挥救济功能

聂树斌案一审判决作出后,河北高院在很短的时间内完成二审,且采取不开庭审理的方式,即作出维持死刑立即执行的二审判决。而两天后,聂树斌即被河北高院核准并执行死刑。值得注意的是,此时已经不是 20 世纪 80 年代初“严打”时期,而是已经到了 1995 年,一个高级法院竟然如此草率地对待二审程序,如此草率地对待一个生命,着实令人震惊。高级法院是地方法院的最高审级,对待庭审竟是如此的态度,究竟给下级法院树立了怎样的“榜样”?法院对行使审判权如此懈怠,折射出正当程序意识的淡漠。由于时值死刑核准权下放期,聂案失去了获得最高法院复核纠错的机会。^[13]

1995 年 4 月 20 日,河北高院法官赵桂云、刘光辉对聂树斌的讯问笔录记载,聂树斌在回答法官“你到底在 9 月 28 日前,交待没交待”的发问时,聂树斌明确回答“没有交待”。由此看出,法官自始至终都在围绕口供进行调查和认定事实。高级法院往往是死刑案件的二审法院,加之我国实行两审终审制,因此,高级法院防范冤错案件的责任尤重。但是,在聂树斌案的二审中,河北高院的审级救济功能未能得到发挥。再如余祥林案二审时,湖北高院认为至少有五大疑点:被告人的交代前后矛盾,时供时翻,间接证据无法形成证据链,不足以定案;被告人供述杀妻的方式多达四五种,仅择其一种认定没有依据;仅凭被告人的口供认定凶器是石头,依据不足;张在玉换下的衣物去向不明;定罪量刑的重要依据提审笔录,经向该案侦查员了解与事实不符。因此,并不排除“死者”出走的可能性。尽管如此,湖北高院并没有宣告余祥林无罪,而是撤销一审判决,以事实不清、证据不足为由发回重审。以至后来,该案被改变级别管辖从而规避了湖北高院二审,湖北高院对余祥林的申诉也未能予以救济。试想,湖北高院对余祥林冤案的酿成是否也有责任呢?

(六) 刑事司法体制与诉讼制度违背诉讼规律

与公、检、法相继一致认定聂树斌作案形成鲜明对比的是,被害人康某家人对认定聂树斌作案则不断进行质疑,并提出上诉、申诉、控告。^[14]这一反差颇值深思。何以“普通人”能作出正确判断的问题,公、检、法却为何集体“失明”?可以说,这源于我国公、检、法的分工体制。所谓分工体制,是指公安机关、检察机关、法院为了追求惩罚犯罪的共同目的,分别进行侦查、起诉、审判,从而形成前后接力

[13] 应当说,最高法院于 20 世纪 80 年代初下放死刑核准权,使得死刑立即执行案件失去了最后的防错屏障,教训深刻。而 2007 年最高法院收回下放的死刑核准权,无疑为死刑立即执行案件设置了坚固的屏障,能够最大限度地防止死刑冤错案件的发生。

[14] 对于被害人家属的质疑与上诉、申诉、上访的报道,参见刘长:《聂树斌案,拖痛两个不幸家庭》,载《南方周末》2012 年 2 月 10 日,第 A4 版。

的流水作业模式。分工体制运行的结果是,公安机关一旦滥权犯错,检察机关极易放任,而法院也将无所作为,于是三机关构成了草率定案的合意。

被害人康某家人提出聂树斌并非真凶的疑问,公安机关、检察机关和法院置若罔闻,这印证了我国刑事司法面临的困境:公安机关一旦启动追诉程序并确定犯罪嫌疑人,那么整个司法机器即开始运转,似乎无法停止,检察机关和法院相继接过接力棒,直至将侦查结果转化为审判结论。聂树斌案等冤错案件表明,侦查人员编造证据、制造冤案已不是个例。在分工体制下,我国形成纠问式侦查模式,侦查讯问程序失控,刑讯逼供难以避免,导致产生虚假口供,而现场辨认、指认、鉴定尽可人为造假。检察机关行使的侦查监督职能以及审查起诉过滤功能落空,其公诉又形成对审判极强的预决影响。法官存在对侦查机关及侦查人员盲目信任的心理,对侦查结论轻信盲从。由于并不贯彻言词审理原则,导致法庭审理流于形式。在证明标准的掌握上,法官无视“证据确实充分”的法定要求,奉行两个“基本”,也就是“差不多”,导致法定证明标准的任意降低。“差不多”往往滑入“差很多”,于是在证据不足时依然作出有罪判决。由此,法院丧失了独立审判、防错纠错的应有功能。

分工体制使得我国刑事诉讼无以形成控、辩、审三方构造,辩护律师被分工体制内的公、检、法视为外人而加以防范、排斥。因为审判不中立,导致辩护职能萎缩,律师辩护难以发挥作用。律师提出侦查、审判程序中存在的错误与问题,是发现疑点与纠错的重要机制,但是由于辩护律师无法获得中立法院的公平对待,也就无法获得与检察机关平等对抗的权利,使得辩护制度的功能无以发挥。而无视律师质疑意见的刑事司法必然制造冤错。总之,分工体制违背诉讼规律,损害了司法公正,必然蕴藏错案危机,终将付出沉重的代价。

三、聂树斌案申诉再审程序检讨

聂树斌案之所以备受关注,不仅因为这是一起一案两“凶”的冤错案件,更重要的原因是,该案申诉与再审程序历经波折,使得公众对司法救济程序的有效性产生严重质疑。

(一)河北高院消极对待申诉,一拖再拖致使司法公信力尽失

河北高院消极对待聂树斌家人的申诉似乎是一贯的态度。当王书金归案供述聂案犯罪事实为其所为时,聂案才获得再审转机。对王书金供述聂案犯行系其所为这一极可能影响聂树斌案再审改判的新证据,河北高院一开始即采取了令人费解的态度,即当聂树斌家人提出申诉时,竟以申诉人不能提供原审判决书为由加以拒绝。《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》第371条规定,当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力判决、裁定提出申诉的,人民法院应当审查处理。第372条规定,向人民法院申诉,应当提交以下材料:(1)申诉状;(2)原一、二审判判决书、裁定书等法律文书;(3)其他相关材料。申诉不符合前款规定的,人民法院应当告知申诉人补充材料;申诉人对必要材料拒绝补充且无正当理由的,不予审查。而聂案申诉人确属有正当理由不能提交原审判决书的情形,河北高院专横地以申诉人不能提交原审判决书为由拒绝受理申诉,实难想象。申诉人之所以不能提交原审判决书,是因为河北高院从未向申诉人送达判决书。因此,申诉人不能提交判决书是有正当理由的。河北高院竟然以申诉人不能提供原审判决书为由拒绝受理申诉,这不禁让人质疑,难道这不是在故意刁难吗?聂树斌案确实存在且为河北高院所判决,其近亲属提出申诉,河北高院理应受理审查并作出结论。

2007年4月,代理律师从被害人康某家人处复印了一审和二审判决书。即便申诉人提供了原审

判决书,河北高院仍一再拖延受理。从王书金案二审判决结果可以看出,河北高院不可能作出再审聂案的決定。值得一提的是,自2005年聂家人开始申诉一直到2014年最高法院指定山东高院复查该案的10年间,河北高院从未允许律师阅卷。这或许基于河北高院认为聂案并无错误无需再审判断,但其不遵守法定程序、不尊重律师权利的态度显露无遗。

最高法院司法解释规定了申诉审查期限。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(法释[1998]23号)第302条规定,人民法院受理申诉后,应当在3个月内作出决定,至迟不得超过6个月。经审查,认为有民事诉讼法第204条规定的情形之一的,由院长提请审判委员会决定重新审判;对不符合民事诉讼法第204条规定的申诉,应当说服申诉人撤回申诉;对仍然坚持申诉的,应当书面通知驳回。然而,河北高院无视上述规定,一再施行拖延术,终致司法公信力尽失。

(二) 山东高院的申诉复查听证程序有违程序正义

河北高院未能对聂树斌家人的申诉给予有效审查与回应。依据司法解释的规定,申诉人有权向最高法院申诉。《最高人民法院关于规范人民法院再审立案的若干意见(试行)》(法发[2002]13号)第6条即规定,“申诉一般由终审人民法院审查处理”,“上一级人民法院对未经终审人民法院审查处理的申诉,一般交终审人民法院审查;对经终审人民法院审查处理后仍坚持申诉的,应当受理。”为此,聂树斌家人有权在河北高院不支持申诉的情况下向最高法院提出申诉。最高法院应当有所担当,自行审查。不过,最高法院受理后并未直接对申诉进行审查,而是交由山东高院复查。

2014年12月12日,最高法院审监庭负责人就最高法院指令山东高院复查聂树斌案答记者问。据解释,最高法院是根据河北高院申请和有关法律规定精神,决定对聂树斌案指令山东高院异地复查的。民事诉讼法第243条第2款、第244条规定,最高法院对各级法院生效判决和裁定,如果发现确有错误,有权提审或者指令下级法院再审。指令下级法院再审的,应当指令原审法院以外的下级法院审理;由原审法院审理更为适宜的,也可以指令原审法院审理。由此可知,最高法院指定下级法院再审的前提是已经认定生效裁判确有错误。而最高法院指定山东高院复查申诉案件,并无法律依据,是否符合法律规定精神,不无疑问。

山东高院立案复查当天,复查合议庭法官会见了聂树斌近亲属和代理人,向聂树斌母亲张焕枝送达了立案复查决定书。山东高院对聂树斌案进行再审复查,历时1年半,自2014年12月开始,经过2015年6月、9月、12月和2016年3月四次延期,直至2016年6月完成。应予肯定的是,山东高院保障了申诉代理律师阅卷、提出代理申诉意见等诉讼权利,并及时向申诉人告知了诉讼进程。申诉审查虽多次延期导致时间过长,不过似乎具有必要性,且经最高法院批准。对此似可理解。

山东高院进行申诉复查采用了阅卷等形式,其中值得讨论的是听证会。2015年4月28日13时30分,聂树斌案复查听证会在山东高院开始,听证会持续了11个小时。主持听证会的是合议庭成员即5名法官,此外,听取意见的人还包括其他人员,即山东省人民检察院2位检察官,还有15位听证人员,包括专家学者5人、人大代表、政协委员、妇女代表、人民法院监督员、基层群众代表各2人。据说,“选取这些代表是按照统一标准进行的”,不过是何标准则不甚了了。15位听证人员听取了双方即聂案的申诉人和代理律师,以及河北承办案件相关单位的代表的意见。申诉审查采用听证会形式或许是一种程序探索,不过值得探讨。法院复查申诉,如需听取诉讼双方意见,就应采用开庭审理的方式,称为听证会显得不伦不类。而听证会的程序也显示出法院对自身行使裁判权的不自信,因为合议庭本有5位法官,却“邀请”来检察官及其他15位听证人员,这也体现出对自身权威性不足的顾虑。所谓听证会,实则应为申诉审查庭的庭审,亦可认为是再审庭审的预演。听证会程序存在不足之处,如

不允许申诉人及律师全程在场,不允许辩论,没有充分尊重和保障申诉方的权利,没有通知相关人员如一审辩护律师及申诉方提及的与聂树斌曾同监室羁押的纪某某到场,导致原办案单位代表直接否认相关证词,使得事实真伪难辨,留下了程序正义不足的缺憾。^[15]

尽管申诉复查程序存在值得商榷之处,不过,山东高院得出的申诉复查结果是值得肯定的。山东高院经复查认为,原审判决缺少能够锁定聂树斌作案的客观证据,在被告人作案时间、作案工具、被害人死因等方面存在重大疑问,不能排除他人作案的可能性,原审认定聂树斌犯故意杀人罪、强奸妇女罪的证据不确实、不充分,建议启动审判监督程序重新审判,并报请最高法院审查。

(三)最高法院第二巡回法庭再审未能开庭审理有违审判公开原则

最高法院经审查,同意山东高院意见,认为原审判决据以定罪量刑的证据不确实、不充分,决定提审该案。^[16]根据刑事诉讼法第243条第2款和第244条的规定,最高法院如果认为该案需要再审,既可提审,也可指令下级法院再审;既可以指令河北高院再审,也可以指令其他高级法院再审。鉴于河北高院对该案申诉的态度及其在山东高院听证会上所发表的意见,河北高院不适于再审此案。^[17]最高法院可以指令河北高院之外的其他高级法院再审,既然最高法院指令山东高院进行复查,为何不指令山东高院再审此案?^[18]应当说,在河北高院坚持原判正确的情况下,该案由其他高院再审可能产生公信力不足的质疑,而最高法院作为最高审级,其再审无疑权威性更强,且案件已经最高法院审查,无需再行指定山东高院再审。

最高法院内部设有审判监督庭,职责之一是,审判不服下级法院刑事生效裁判的审判监督案件,即审判监督庭为最高法院再审案件的业务庭。不过,该案却未由最高法院审判监督庭再审,而是交由设在辽宁省沈阳市的最高法院第二巡回法庭进行再审,在程序上也有可探讨之处。由最高法院本部审判监督庭再审此案,具有以下理由:首先,最高法院作为终审法院,有权审理所有再审案件,且其再审该案,符合审级制度原理,能够彰显司法权威。其次,最高法院本部在北京,距离原审法院比第二巡回法庭更近,便于申诉人及最高检察院派员参与再审。再次,审判监督庭有27名审判员,完全有审判力量审理此案。第四,从最高法院第二巡回法庭再审聂树斌案的判决书字号即“(2016)最高法刑再3号”来看,最高法院再审的刑事案件极少,当仅有区区几件。由此,最高法院本部审理该案再合适不过,而将该案交由第二巡回法庭进行审理值得讨论。因为第二巡回法庭于2015年1月31日在辽宁省沈阳市挂牌,其仅负责审理辽宁、吉林、黑龙江三省的相关案件,而河北高院原审的聂树斌案并非其管

[15] 申诉人代理律师陈光武称,纪某某谈到2015年4月28日山东高院听证会上,原办案单位代表辩称不实。原办案单位代表辩称“原卷显示聂树斌进入看守所后一直在102室羁押,纪某某当时因犯诈骗罪一直被关押在105室,二人不可能经常聊天”,此情况不实。纪某某说,当年聂树斌和他都被关押在石家庄看守所105室,而非河北方面说的102室。“他肯定地说,当年的102室系女监,聂树斌不可能被关在那里。河北方面在说谎。”他表示,自从接受李树亭律师会见谈到聂树斌受刑讯逼供的情况后,监狱曾有领导多次找他谈话,让他闭嘴。参见张曼双:《聂树斌狱友曾被要求闭嘴》,载《法制时报》2016年4月1日,第6版。

[16] 参见罗沙、白阳:《最高人民法院决定依法再审聂树斌故意杀人、强奸妇女一案》,载《法制日报》2016年6月9日,第1版。

[17] 关于聂树斌和王书金谁是真凶的问题,原办案单位代表称,对比有关作案时间和作案路径的供述,王书金的供述不可信,聂树斌的可信。原办案单位代表称,聂树斌供述作案时间是1994年8月上旬某天被车间主任批评走后,当天下午5点多,该供述有聂树斌父母及获鹿县冶金机械厂等证言佐证,而被害人父亲、丈夫、同事证明的被害人失踪时间为1994年8月5日下午下班后。而王书金供述的作案时间为中午2点左右,庭审中供述的时间为下午1点30分左右。证人证言、现场勘查、尸检报告描述被害人衣着、案发地点、埋藏衣服地点、作案手段与聂树斌供述的被害人衣着相符,聂树斌供述被害人颈部花衬衣的来源与证人证言一致,聂树斌的辨认笔录与现场勘查等相关证据一致。参见《聂树斌案听证会连开11小时 原办案单位称证据充足》,载《京华时报》2015年4月29日,第14版。

[18] 事实上,山东高院申诉复查的结果已经揭示了其对该案应启动再审并改判聂树斌无罪的态度。其申诉复查程序的实质就是再审。

辖区域。^[19] 该案由最高法院第二巡回法庭而非审判监督庭再审,体现了最高法院进退有据的考虑。值得注意的是,2016年底,最高法院六个巡回法庭全部设立之后,河北省并不属于任一巡回法庭管辖区域,而是由最高法院本部直接管辖。^[20] 现在看来,根据最高法院本部和六个巡回法庭的管辖划分,聂树斌案的再审无疑应由本部再审,而不能由第二巡回法庭再审。事实上,第二巡回法庭再审此案的合议庭成员中,除了审判长胡云腾大法官为第二巡回法庭庭长外,其余法官夏道虎、虞政平、管应时、罗智勇分别为审判监督庭庭长、审判监督庭副庭长、刑一庭副庭长、审判监督庭审判长。虽然夏道虎与虞政平、管应时、罗智勇同时为第二巡回法庭副庭长、审判员,不过似乎是为了专门再审聂案而双重任职,最高法院本部职务方为本职。由此可以认为,合议庭成员系从最高法院本部挑选,且主要为审判监督庭法官。虽然最高法院审判庭和巡回法庭都属内设机构,法官可以流动,但跨审判庭组成合议庭似乎不同寻常。如果合议庭5名法官中有4名来自最高法院本部,由最高法院本部再审该案,岂非更为合理?而且由最高法院本部再审此案更为便利,因为距离案发地石家庄更近,便于申诉人、最高检察院检察官以及原审证人等参与庭审。或许最高法院将该案交由第二巡回法庭审理自有考量,如可以减少舆情民意对最高法院的直接影响,可以形成压力缓冲区,最高法院由此能够做到进退有据。从相关信息来看,最高法院对聂案的再审宣判也进行了精心安排,不过存在犹疑。一方面,巡回法庭再审宣判时邀请了多名学者主要是北京学者、刑事诉讼法学者到庭旁听,相信自有其用意;另一方面,有学者曾在宣判前接到就聂案再审改判做电视访谈节目的通知,不过在学者临行前又被通知取消了。可以看出,最高法院对聂案的再审宣判及宣传的安排是精心设计的,似乎既希望获得专家学者的支持,又试图拿捏宣传分寸。由此,该案再审及宣判似乎有更多的政治考量,而并非仅作为一起普通个案来对待。

最高法院第二巡回法庭再审聂树斌案,未能开庭审理以贯彻以庭审为中心,程序上存在不足。再审程序属于审判程序,刑事诉讼法第245条规定,根据再审案件原来是第一审案件、第二审案件而分别适用第一审程序、第二审程序。聂树斌案系河北高院二审及核准的案件,因此再审此案应适用第二审程序。据报道,再审期间,最高法院第二巡回法庭再审合议庭查阅了该案全部卷宗及相关材料,赴石家庄察看案发现场、核实相关证据、询问原办案人员,咨询了刑侦、法学专家,并多次约谈申诉人及其代理人,听取其意见,保障其诉讼权利,多次听取最高检察院意见。由上可知,整个再审过程更多地体现为书面审及合议庭单方庭外调查的方式,虽听取申诉方与最高检察院意见,但为分别听取,而未采开庭审理、双方到庭的方式。这也是值得讨论的。最高人民法院《关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定(试行)》第5条规定,依照第二审程序需要对事实或者证据进行审理的再审案件,应当依法开庭审理。第6条虽然规定,原审被告(原审上诉人)已经死亡的再审案件可以不开庭审理,不过基于以庭审为中心的理念,该案再审有开庭审理的必要。再审合议庭需要就聂案重大争议问题进行法庭调查,如案发时间的确定,需通知被害人单位同事作为证人出庭作证,需侦查人员出庭就被害人、被告人出勤原始记录的调取、保管及去向作出说明;就是否存在刑讯逼供问题,需通知侦查人员就讯问过程作证,需通知申诉方提出的同监室关押人员纪某某出庭作证;侦查人员应出庭就指认、辨认的过程进行说明,以证明指认、辨认程序是否合法合规;就该案的作案人认定,需提王书金到庭作证;就

[19] 《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》第3条规定:“巡回法庭审理或者办理巡回区内应当由最高人民法院受理的以下案件:……(5)刑事申诉案件……”

[20] 最高人民法院本部负责审理北京、天津、河北、山东、内蒙古5省区市有关案件。

申诉方质疑的聂树斌被执行死刑的时间,应通知执行时在场人员出庭作证,等等。以上争议事项需要在法庭上进行调查,通过公开的庭审予以核实澄清,这是贯彻公开审判原则的要求。聂树斌案极具典型意义,再审合议庭如果能贯彻以庭审为中心的理念,无疑会产生很强的示范意义,其价值就不限于在实体上纠正一起冤错案件,而是能够全面彰显法院审判功能,对侦查取证及检察公诉必然产生直接的引导作用。否则,不仅难以向公众澄清疑问,“原办案单位”亦可能并不接受再审结果。

再审程序中,最高检察院虽发表意见,但是以检察建议书的形式提出的。最高检察院采用检察建议书的形式而非采取抗诉的方式,即未能在最高法院启动再审之前提出抗诉,而是在最高法院决定再审之后才进行审查,这也说明最高检察院职能之行使具有消极性、滞后性。就检察权行使而言,检察建议书的形式亦属不当,在最高法院再审程序中,最高检察院所提的不再是检察建议,而只能是对该案再审的意见,包括对原判事实认定的意见、对申诉意见的意见,并不存在“建议”的问题。

最高检察院也是通过单方阅卷、实地调查得出的结论。据报道,最高法院决定再审后,最高检察院成立再审办案组,审阅在案全部卷宗,形成20余万字的阅卷笔录,赴河北全面复核调查案件证据,提讯了与本案相关的另案被告人王书金,实地走访查看了案发现场,制作调查询问笔录200余页。在梳理案件疑点、综合研究分析的基础上,向最高法院提出聂树斌案事实不清、证据不足、不排除有他人作案的可能,应依法改判聂树斌无罪的检察建议。^[21]由此可以看出,最高检察院和最高法院进行了近乎重复的庭外调查活动。笔者认为,再审法庭应当和检辩双方在法庭上共同进行调查,而不是由最高法院、最高检察院各自进行庭外调查核实活动。

聂树斌案虽已再审改判,但仍留下悬而未决的问题。第二巡回法庭作出的刑事判决指出,对申诉人及其代理人提出的王书金系本案真凶的意见,因王书金案不属于本案审理范围,不予采纳。事实上,该案申诉的提起及再审程序的启动,与王书金有密切关系。设若王书金不是真凶,康某被害案就没有刑事责任承担者,该案是否需要继续侦查就成为一个问题。笔者认为,王书金能否被认定为真凶,是一个需要全面评价的问题。王书金作为一个作案多起,能够清楚地供述所有犯案包括聂案的事实,理应予以认定。如该案存在争议的案发时间,结合农村生活经验进行判断,王书金的供述更为可信。该案案发于8月初,正值炎热的夏季,中午尤其炎热,田间地头劳作的人以及行人也往往很少,行为人在这一时间作案更为可信。而下午5点,田地里劳作或者下班、过路的行人往往会多,犯罪嫌疑人此时作案的可能性小。被害人康某丈夫说,被害人是中午吃饭后1点左右出的门,这和王书金供述的作案时间相吻合。王书金供述自始至终自愿且稳定,真实可靠性强。再有当时当地仅发生一起强奸杀人案,从王书金归案后指认现场及供出现场钥匙这些隐蔽证据来看,应足以认定王书金为该案真凶。认定该案为王书金所为,则使该案得以圆满解决,被害人近亲属20余年的诉求也得以实现。一旦王书金被核准并被执行死刑,康某被害案将永远失去真相大白的可能。鉴于河北高院一直坚称聂树斌为真凶的态度,以及河北检察机关对王书金起诉指控排除了聂案的犯罪事实,王书金案应实行异地起诉、审判。建议最高法院指定管辖,交由其他省市区的中级法院进行一审,高级法院进行二审,再由最高法院进行死刑复核,以确定王书金是否为本案真凶。异地审判王书金案,就需要由异地检察院审查起诉。最近,最高检察院刑事申诉检察厅厅长尹伊君表示,重大刑事申诉案件在本地监督纠正面临阻力,单纯依靠原案所在地检察机关的力量纠正案件存在诸多无法解决的障碍。为此,最高检察院

[21] 参见刘萍:《监督纠正一批有重大影响的冤错案——最高检刑事申诉检察厅厅长尹伊君做客高检网正义网接受访谈》,载《检察日报》2017年2月15日,第2版。

刑事申诉检察厅研究起草了《人民检察院刑事申诉案件异地审查规定》，提出对有重大冤错可能的申诉案件交由异地进行办理，以消除阻力和干扰，切实发挥检察监督的职能作用。^[22] 最高检察院的判断是务实的，王书金案应当适用这一规定。

四、反思与改革

聂树斌案因王书金的供认致一案“两凶”，从而引发全社会 11 年的持续关注，成为一起非同寻常、影响深远、具有标本意义的案件。公众不能容忍冤错的发生，尤其不能容忍无辜生命被司法错误剥夺，更不能容忍死刑冤案纠错时遭遇重重阻力。聂树斌是不幸的，不过聂树斌案却提供了反思与改革刑事司法体制与诉讼制度的难得机会。

近年来，被害人复活的冤案纠错相对容易，如余祥林案、赵作海案，都在第一时间获得了纠正，^[23] 而“真凶”出现的案件，纠错似乎并不顺利。这既有需要对原判认定的证据进行重新审查的原因，更有存在纠错阻力的原因。聂树斌案与呼格吉勒图案案一样，是因真凶出现而得以纠正的，两起案件的纠正，都历经 9 年以上的时间。^[24] 在真凶出现后案件进入申诉期间，社会力量也都一直在推动着纠错进程。不同的是，呼格吉勒图案案是由内蒙古自治区高级人民法院再审纠错的；而聂树斌案则先经山东高院异地复查，再由最高法院巡回法庭再审纠正，这表明聂树斌案再审纠错的阻力更大，特别是原审法院已不能实现自我纠错。而值得深思的是，如果不存在被害人复活或者真凶出现的情形，冤错案件的纠正可能更为困难乃至不可能。冤错案件尤其是死刑冤案带给当事人与其家人的影响以及带给社会的冲击是巨大的、深远的。面对聂树斌案，我们必须痛定思痛，直面刑事司法体制、诉讼制度与程序存在的所有缺陷与问题，更新司法理念，完善司法体制与诉讼制度及程序，做到有效防错、冤错必纠。

（一）更新司法理念

我国《刑事诉讼法》制定于 1979 年，特别强调惩罚犯罪的任务。惩罚犯罪近乎成为我国刑事诉讼的唯一目的，^[25] 仿佛发生了犯罪就必须有人承担刑事责任，且确定嫌疑人越快越好，似乎只有如此，公安机关才算尽职尽责，政府才能获得公信力，就连检察机关和法院也被裹挟其中。为此，形成了特有的公、检、法分工体制。法院的审判流于形式，被侦查结论所左右，失去了中立公正裁判的应有功能。在刑事诉讼中，正确认识法院及审判程序的功能，真正贯彻疑罪从无，是必须确立的司法理念。

[22] 参见史兆珉：《最高检：拟将对重大冤错可能的申诉案件交由异地进行办理》，载《检察日报》2017 年 2 月 25 日，第 2 版。

[23] 如余祥林案，2005 年 3 月 28 日，其妻张在玉出现；4 月 1 日，余祥林出狱；4 月 13 日，京山县法院宣判余祥林无罪。又如赵作海案，2010 年 4 月 30 日，赵振响回到赵楼村；5 月 5 日下午，河南高院决定启动再审程序；5 月 7 日下午，商丘中院递交了对赵振响身份确认的证据材料；5 月 8 日下午，省法院召开审委会，认为赵作海故意杀人一案是一起明显的错案，审委会决定：“一、撤销省法院（2003）豫法刑一复字第 13 号刑事裁定和商丘市中级人民法院（2002）商刑初字第 84 号刑事判决，宣告赵作海无罪。二、省法院连夜制作法律文书，派员立即送达判决书，并和监狱管理机关联系放人。三、安排好赵作海出狱后的生活，并启动国家赔偿程序”；5 月 13 日上午，河南高院召开新闻发布会宣布：给予赵作海国家赔偿及生活困难补助共计 65 万元，商丘中院院长亲手交付给了赵作海。

[24] 呼格吉勒图案案，2005 年 10 月，真凶赵志红出现，但是直到 2014 年 3 月初，内蒙古政法委才成立呼格吉勒图案案件复查组。该案因呼格吉勒图的父母申诉，内蒙古自治区高院于 2014 年 11 月 19 日决定启动再审程序，12 月 15 日，内蒙古自治区高院对呼格吉勒图故意杀人、流氓罪一案作出再审判决。至于聂树斌案，2005 年 1 月，王书金供述聂案犯行为其所为，直到 2014 年 12 月，最高法院指令山东法院复查，2016 年 6 月，最高法院审监庭一位副庭长和一位法官将再审决定书送达申诉人，至 12 月 2 日再审查判聂树斌无罪。

[25] 我国现行刑事诉讼法第 1 条确立了刑事诉讼目的一元论，即惩罚犯罪。“尊重和保障人权”虽被写入刑事诉讼法第 2 条，但仅作为刑事诉讼法的一项任务，而且在“刑事诉讼法的任务”之后的十个分句中位列第八，极为靠后，意义甚为有限。

中共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》提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,即要求树立以庭审为中心、以审判为中心的诉讼理念。

对于冤错案件,一经发现存在重大疑问,及时复查、纠错是公正司法的应有之义。“要强化有错必纠理念。既要尽最大努力有效避免冤假错案,又要勇于纠正已经发现的冤假错案。对当事人的申诉,一定要认真细致、尽职尽责进行审查;对确有冤情的申诉,要及时依法进行审理。”^[26]那种将司法问题上升为政治问题,认为纠错损害司法公信力,甚至认为个体的权利与社会的稳定相比无足轻重的观念必须予以摒弃。为了维护社会稳定,为了政府、“政法机关”的“面子”,而不及及时纠错的观念是错误的,只会严重侵蚀司法的根基。法院只有做到冤错必纠,才能真正维护司法权威。让每一个体的基本权利得到充分的保护与救济,“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”,这是必须信守的司法理念。

(二) 建立以审判为中心的刑事诉讼制度

2013年7月,中央政法委出台《关于切实防止冤假错案的指导意见》,同年9月最高检察院公布《关于切实履行检察职能、防止和纠正冤假错案的若干意见》,11月最高法院颁布《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》。上述意见的内容基本上是从落实刑事诉讼法已有规定出发而提出的。为了防范冤错案件的发生,需要推进刑事诉讼制度的改革,废除公、检、法分工体制,建立以审判为中心的诉讼制度。

在公、检、法分工体制下,公安机关、检察机关、人民法院被定位为共同完成惩罚犯罪任务的机关。整个刑事诉讼法的结构都体现了这一点。我国冤错案件被告人在侦查中几乎都因遭到刑讯逼供“认罪”,这可谓造成冤错案件的主因。一旦侦查中曾经“认罪”,检察机关和法院往往认为被告人之所以“翻供”就是为了逃避惩罚,由此对“翻供”不予理睬,而盲目地采信侦讯“口供”。这就极易形成公安定案、检察照办、法院宣判的局面。为了克服侦查中心主义,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了“推进以审判为中心的诉讼制度改革”的基本方向。推进以审判为中心的诉讼制度改革,必须解决诸多认识问题,^[27]必须从刑事诉讼法结构的调整出发。改革的核心是,必须废除公、检、法分工体制,建立法院对侦查的司法审查体制,即逮捕、搜查、扣押、监听等强制侦查与秘密侦查措施由法院审查决定,大大缩短刑事拘留期限,并改变看守所隶属于公安机关的体制。^[28]只有建立以审判为中心的诉讼制度,落实法院的中立裁判地位,律师辩护也才能发挥应有的作用。

为了预防冤错的发生,还需要对侦查行为实施严格的程序规制。如因刑讯逼供是造成冤错的主因,必须激活《刑事诉讼法》第50条“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定,建立自愿供述的保障机制,防止刑讯、变相刑讯的发生。这些措施包括:(1)明确赋予被指控者沉默权,删除《刑事诉讼法》第118条“应当如实回答”的规定;(2)规定侦查人员讯问时的权利告知义务。侦查人员应当告知被讯问人保持沉默的权利及自愿供述的法律后果,否则,口供不能作为证据;(3)建立讯问时律师在场制度;(4)落实讯问过程全程同步录音录像制度,确立恶意规避录音录像规定导致讯问无效的规则;(5)对讯问时间进行规范与限制,如为防止“疲劳审讯”,规定侦查人员每次讯问犯罪嫌疑人的时间(如不得超过4小时),及两次讯问之间的间隔时间(如至少1小时),以及原则上禁止夜间讯问等。

[26] 刘婧、李强、荆龙:《依法改判无罪 汲取深刻教训——最高人民法院负责人就聂树斌再审案答记者问》,载《人民法院报》2016年12月3日,第4版。

[27] 参见刘计划:《以审判为中心刑事诉讼制度改革中的几个认识问题》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2017年第1期,第44-52页。

[28] 参见注10引文,第262-264页。

（三）改革政法委介入刑事诉讼的机制

司法实践中,地方党委的政法委作为党领导和管理政法工作的职能部门,对社会关注度较高的刑事案件有时会深度参与。这主要表现为,对公安机关、检察机关和法院认识不一致的案件组织召开“三长会”,就程序与实体问题进行协调甚至拍板定案。如余祥林案,1997年10月,荆门市政法委召开了由荆门市法院和检察院、京山县政法委和有关单位负责人参加的协调会议。会议决定:此案由京山县检察院向京山县法院提起公诉;因为省高院提出的问题中有三个无法查清,对余祥林判处有期徒刑,“一审拉满”,即判15年,中院二审维持原判。该案再审纠错后,却不见政法委承担任何法律责任。此外,在冤错案件的申诉与再审程序中,政法委也有参与。如聂树斌案,河北省政法委曾成立专案组,不过却得出聂案无错的结论,甚至有报道称专案组对王书金施加压力。^[29]

有观点认为,政法委协调案件机制不能完全否定,有其现实必要性,有助于缓解法院的压力特别是来自当事人上访的压力。这种说法值得商榷。人民法院独立审判是宪法的规定,是实现司法公正的保证。政法委协调案件的结果往往是对被告人定罪,从而代行了法院的审判权,这也是违反以审判为中心诉讼理念的。政法委协调案件容易形成冤案,如余祥林案、赵作海案,这源于政法委相对于法院没有任何专业优势可言,政法委协调个案都是在法院不同意检察机关指控意见的情况下进行的,使得法院丧失了独立裁判权。有人认为,政法委对案件的协调甚至拍板定案是党领导政法工作的方式,这是重大的认识误区。其实质是,违背了人民法院依法独立行使审判权的宪法原则,破坏了法定的刑事诉讼制度。2013年7月,中央政法委《关于切实防止冤假错案的指导意见》第15条已明确要求各级党委政法委,应当支持人民法院依法独立公正行使审判权。对事实不清、证据不足的案件,不予协调。政法委不能取代法院的裁判者地位,而应当支持法院依法裁判。此外,政法委亦不宜成立专案组调查冤错案件或者进行法律追责。

（四）完善刑事申诉制度

聂树斌案的申诉过程表明,即便真凶出现的案件,再审纠错也极其困难。聂树斌母亲张焕枝女士十年间无数次的申诉才引起最高法院决定再审,显示现行申诉程序的实效性存疑。

一旦发现冤错案件,应立即启动再审程序予以纠错。及时纠正冤错案件,有助于增进公众对司法的信心。冤错案件久拖不纠,只会消磨公众对司法的信心,并耗费更多的司法资源。聂树斌案再审改判固然令人欣慰,但也有太多值得反思之处。如为何是在等待长达11年的时间之后才获得改判的结果?虽然刑事诉讼法规定了申诉制度,但人民法院、人民检察院却未能给予申诉人及时、有效的回应与救济。2007年11月,最高法院曾复函聂树斌家人,其申诉交由河北高院处理。河北高院对待申诉仍一拖再拖。河北高院何以敢于违反申诉审查期限的规定且无任何法律后果?而最高法院为何未能发挥监督作用?最高检察院为何也未能发挥应有的职能?如果最高法院、最高检察院在河北高院一再拖延的情况下根据申诉人的申诉进行审查,那么就可能在短则3个月、半年,长则1年、2年的时间里作出再审判决或检察建议书里聂树斌无罪的判断,此案就会在2008年前或更早地完成再审改判,正义就不会到2016年12月才实现。

为了有效发挥再审程序的特别救济功能,必须进一步完善申诉制度,建立有效的申诉程序,保障再审程序能够及时启动。首先,为了防止申诉流于滥诉,建议建立律师代理申诉制度。凡有两名律师签署申诉书的,或者有两名律师代理提出申诉的,法院应当受理审查。其次,实行逐级申诉制。申诉

[29] 参见李相蓉:《郑成月:正义来得有些迟》,载《新京报》2016年12月3日,第A10版。

应依次向作出生效裁判的原审法院及其上级法院提出。原审及上级法院必须受理,并负有审查及结果告知义务。受理申诉的法院应当在3个月内作出决定,需要延长审查期限的,须向上一级法院申请。未在期限内作出审查决定也未申请延长审查期限的,申诉人有权向上一级法院继续申诉,上一级法院必须受理。申诉人向人民检察院申诉的,参照上述向法院申诉的规则。最后,申诉权人穷尽地方各级法院、检察院的申诉程序后,有权向最高法院、最高检察院提出申诉,最高法院、最高检察院应当受理。最高法院本部及六个巡回法庭根据管辖分工,对各自管辖的省、直辖市、自治区内的申诉案件分别受理审查及再审。根据需要,也可在巡回区内指定异地审查、异地再审。

五、结语

见微知著,一叶知秋。聂树斌案作为冤错个案,全面暴露出我国刑事司法体制与制度之弊。聂树斌案虽最终得以改判昭雪,但以其为样本全面检讨冤错案件的程序法问题,无疑具有亡羊补牢之意义。本文的目的绝非批评、指责,而是希望通过提出并分析既存问题,推动刑事司法体制和诉讼制度的完善,健全防止冤错案件发生的体制与制度,实现无罪。同时也希望能够推动申诉制度的完善,司法机关能够坚定纠错的决心和勇气,消除顾虑,让已存的冤错案件得以有效纠正,真正让人民群众在司法个案中感受到公平正义。

Criminal Procedural Analysis of Misjudged Cases: Taking Nie Shubin Case as an Example

Liu Jihua

Abstract: Nie Shubin case has the common causes of misjudged cases in China: the public security organ illegally obtained false confession, then fabricated the so-called guilty evidence, and the procuratorial organ reviewed arrest and prosecution formally then the court also judged in form. Public security organs, procuratorial organs and courts relay and cooperate with each other, resulting in the failure of constraint. Above all organs jointly lead to misjudged cases. In order to prevent the occurrence of misjudged cases, the principle that division of responsibility for their own work shall be abolished, and trial-centered reform of litigation system needs to be promoted. Nie Shubin was sentenced to acquittal finally, but the examination and review of the complaint as well as the retrial procedure are worth to be discussed. If significant doubts occurred as a result of newly discovered evidence in decided cases, when the right holder lodges a complaint, the court shall initiate a retrial procedure to correct the wrong judgement in accordance with the law. In order to rectify misjudged cases effectively, complaint system shall be completed, and retrial system shall perform the function of relief, and the Supreme Court and the Supreme Procuratorate should bear the highest legal liability.

Keywords: Nie Shubin; causes of misjudged cases; trial-centered model; complaint; retrial

(责任编辑:丁洁琳)

论反不正当竞争法的现代化

孔祥俊*

摘要:国际范围内的反不正当竞争法已有一百余年的发展史,在历经前巴黎公约时期和巴黎公约推动发展时期的基础上,于20世纪中期以后的后巴黎公约时期,开启了现代化的制度变革,形成了以保护对象多元化等为标志的现代反不正当竞争制度,在理念和制度上呈现出新的阶段性特征。我国《反不正当竞争法》吸收了现代元素,但仍需要适应现代经济社会发展的需求,在法律的准确定位、保护对象的多元化和具体制度设计上,进行进一步的现代化改造和制度创新。

关键词:反不正当竞争法 现代化 多元保护目标

当今世界的反不正当竞争制度既保留了发展初期的基本构架,又与时俱进地吸收了新内容。大体上说,20世纪中期以降,世界范围内的反不正当竞争法通过一系列观念和制度的变革,开启了其现代化的进程。无论是通过国际推动还是国内发展,这一现代化进程仍在继续。我国《反不正当竞争法》吸收了传统反不正当竞争法的基本内核,体现了现代反不正当竞争法的核心元素,并结合国情形成了自己的特色,但在基本理念和制度设计上仍有许多不适应现代发展需求的方面。无论是当前的法律修订还是法律的具体施行,都需要站在当今世界的历史起点之上,积极推动法律的全面现代化。鉴此,本文拟在总结历史经验和分析当今国际趋势的基础上,从理念和制度设计上对我国反不正当竞争法的现代化问题进行探讨。

一、由传统到现代:历史阶段及现代化特征

世界范围内的反不正当竞争法已有百余年的发展历程,期间无论是基本理念还是具体制度,都历经了多次变革和多个发展阶段,每一阶段都有其阶段性标志和特征。当然,历史都有其延续性,变革和创新从来都是在继承与扬弃的基础上进行。近现代反不正当竞争法经历了前巴黎公约(即1883年缔结的《保护工业产权巴黎公约》)工业化时期、巴黎公约推动发展时期和后巴黎公约现代化时期。1900年巴黎公约修订时引进反不正当竞争条款之前,当时的欧洲工业化国家已有形式不一的反不正当竞争立法和实践。1900年至20世纪五六十年代,巴黎公约反不正当竞争条款在推动世界反不正当竞争法的发展中发挥了关键作用,但此后未再继续修订和发展。20世纪五六十年代以后,反不正当竞争法又进入后巴黎公约的现代化发展阶段。

(一)前巴黎公约工业化时期

19世纪后半期,随着自由贸易观念的确立(1791年法国大革命时率先确立),近代反不正当竞争

* 上海交通大学凯原讲席教授,法学博士,知识产权与竞争法研究院院长。

法在欧洲工业化国家应运而生。^[1] 此前是由基尔特通过铁腕手段维护商业上的公平秩序,自由贸易观念瓦解了基尔特制度,但在自由贸易中期望“理性的”商人自觉自愿地公平对待竞争对手,这注定是一种幻想,因而自由贸易必然伴随不公平竞争,需要建立遏制不正当竞争的相应规则。因此,反不正当竞争是随着行业协会(基尔特)制度瓦解和自由竞争兴起而产生的,当时多数欧洲工业化国家很快感到必须建立维护公平竞争的规则,并以不同方式迅速应对和解决不正当竞争问题。

例如,法国率先运用其民法典第1382条侵权责任一般条款,快速而灵活地发展出反不正当竞争(action en concurrence deloyale)的判例法体系,为商人提供防止混淆危险、模仿、诋毁、泄露秘密、寄生竞争的保护。^[2] 德国于1896和1909年制定了“反不正当竞争法”,开创了反不正当竞争专门立法的先河。英国既未确立不正当竞争诉讼,又无专门法,但其传统的衡平法和普通法可以实质性解决一些不正当竞争问题,特别是passing off之类的诉讼。^[3] 很显然,前巴黎公约时代的反不正当竞争法是维护市场竞争或者竞争秩序的,并无突出的保护工业产权色彩。

(二) 巴黎公约推动发展时期

完成工业化之后的英国、法国和德国等欧洲国家开始进入后工业化时代,国际贸易随之增多,但他们的企业在对外贸易中经常遭遇不正当竞争,尤其是遭遇国内企业优先的歧视待遇。而且,他们也认识到国际工业产权保护并不足以公平保障其企业的利益,因而需要再增加更多更灵活的补充保护。将巴黎公约的国民待遇原则扩张到反不正当竞争,也就引起这些国家的关注。

例如,英国国内传统上并无专门的反不正当竞争制度,但却是将反不正当竞争条款纳入保护工业产权巴黎公约的积极倡导者和推动者。这显然是出于维护英国国际商业利益的需要。19世纪后半叶和20世纪初期,英国主要的国际贸易利益是保护其制造品(制造业产品),即18世纪的工业革命使英国成为世界工厂,其国内已制定1862年商标法,但其国内普遍抱怨,随着与美国尤其是德国在国际市场上的竞争日益增多,英国制造商和出口商的国外利益不能得到充分保护。英国产业界的主要抱怨是各种原始形式的假冒和仿造(特别是在那些市场中没有注册商标保护、保护不力、保护上受歧视等情形);滥用英国国家和地方名称,如谢菲尔德钢铁、曼彻斯特棉花;通过短斤缺两制造虚假价格优势;处心积虑或者简单粗暴地滥用注册商标制度,如代理人将委托人的商标注册为自己的商标,地方制造商将国家标志、质量标志甚至产品特征注册为自己的商标。^[4] 在工业产权国际保护还不足以保障对外贸易利益的情况下,英国政府积极推动反不正当竞争的国际保护。

出于更好地保护本国企业的共同目标,主要工业化国家克服各自国内保护方法的差异,而于20世纪初在巴黎公约中引入反不正当竞争条款,这是当时克服国内法的差异而达成的最大公约数。例如,巴黎公约能够规定被它们所接受的宽泛的一般条款。^[5] 缔约国法国、德国、奥地利、英国是当时的主要工业和贸易国,其国内均有形式不一的反不正当竞争基本规范。这些规范并不限于工业产权保护。1900年在巴黎公约中纳入反不正当竞争的内容,当时的主要工业化国家显然不是为了构建国际反不正当竞争体系,而纯属出于保护自身国际贸易利益的实用主义需要,有针对性和选择性地规定

[1] Rogier W. de Vry, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash between Legal Families* 150-151 (Martinus Nijhoff Publishers 2006).

[2] 法国反不正当竞争法理对大多数欧洲国家产生了影响,但法国本身并无系统融贯的反不正当竞争规范,而主要基于判例法。Frauke Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law: European Union and Member States* 113 (Kluwer Law International 2006).

[3] *Id.* at 2.

[4] Christopher Wadlow, *The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation* 66-67 (Sweet & Maxwell 2011).

[5] See Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig, *Law against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?* 55 (Springer 2007).

不正当竞争条款。而且,巴黎公约是保护商标、专利等专门性工业产权的,这些权利构成其核心内容,反不正当竞争只具有补充和辅助作用,不是其保护上的优先选项。^[6]

1883年缔结的巴黎公约并未规定反不正当竞争条款。1897年至1900年外交会议期间,法国代表团曾经建议新增第10条之二,明确将国民待遇原则适用于反不正当竞争法,这几乎没有争议地被采纳。采纳该规定意味着成员国在反不正当竞争法的适用时不得搞歧视,但并未要求任何特定程度或种类的保护。即使成员国并无反不正当竞争法,也并不违反该条规定。^[7]

1911年至1925年之间,巴黎公约只是对国民待遇及一般性保护要求进行了规定。在1911年华盛顿会议上,根据巴黎联盟国际局的建议,“制止不正当竞争”被纳入巴黎公约第2条列举的工业产权名单之中,使其与其他工业产权一样自动适用国民待遇原则。而且,在英国建议的基础上,第10条之二修改为:“所有缔约国应当确保提供有效的反不正当竞争保护。”^[8]此次英国关于增设行为类型的建议未被采纳。

1925年海牙修订会议之前,制止欺诈性商业竞争行为是一个重要关注点。此次会议形成了一般条款与例举特定行为的条文结构,基本形成了现在这种模式,但不正当竞争的规定还仅限于针对商品的行为,且只规定了市场混淆和商业诋毁行为。例如,其中第(1)、(2)项分别为:“以任何方式造成与竞争者的商品(goods)混淆的所有行为”;“在商业中诋毁竞争者商品的虚假表示”。同时,增加了要求成员国提供有效救济的第10条之三(巴黎公约第10条之三)。此次会议对于是否将虚假广告列举进来进行了讨论,根本的分歧是此种行为是属于反不正当竞争法还是消费者保护法的范围问题,主张后者的成员国认为这属于国内法的问题,不适宜纳入国际条约。这种分歧使得该讨论无果而终。^[9]

1934年伦敦修订会议就广泛的修订内容进行了讨论,但收效甚微,最后只是扩展了行为的作用对象,即认为1925年海牙文本只适用于对商品的混淆和诋毁,而服务、企业或者工商业活动本身也需要如此保护,因而将“商品”扩展为“企业、商品或者工商业活动”。此次会议上德国提出禁止一些比较广告的建议,以及丹麦、法国、挪威、瑞典和瑞士提出禁止有关来源、性质、制造商、产品销售或者商业服务质量等虚假宣传的建议,均未被采纳。^[10]

1958年里斯本会议增加了误导宣传行为。1967年斯德哥尔摩修订会议又进行了一些修订之后,巴黎公约第10条之二一直未再改变。

巴黎公约原则上只涉及与工业产权保护有关的内容,但这些只是反不正当竞争法的一部分,它本身还有其他与工业产权保护无关的内容。例如,在1925年荷兰修订会议期间,英国政府对其谈判代表发出如下指令:“你要特别阻止旨在将无关工业产权的内容(如保护新闻信息、商业诽谤、贿赂等),或者在国际贸易中不太突出的抱怨,纳入(第10条之二)不正当竞争条款之内。”^[11]该指令的实用主义态度昭然若揭。

巴黎公约反不正当竞争条款对成员国的立法产生重大影响,许多成员国国内立法将巴黎公约第10条之二作为效法的模板。特别是,许多国家的立法都采纳了“诚实的商业习惯做法”(honest trade practices)的表达及三类具体行为。至今欧洲等许多国家的反不正当竞争法显然都与巴黎公约第10

[6] See *Id.* at 54. 虽然巴黎公约将反不正当竞争纳入工业产权范围,但对于其是否属于知识产权始终存在争议。如欧盟法院就不认为反不正当竞争属于知识产权范围。See EJC, June 17, 1981 Case C-113/80, 1981 ECR I-01625.

[7] Wadlow, *supra* note 4, at 68-69.

[8] 原第10条之二关于国民待遇的规定已无必要,国际局建议直接删除该条,但未被采纳,而采纳了英国的该建议。*Id.* at 69-70.

[9] Wadlow, *supra* note 4, at 85.

[10] See Hilty & Henning-Bodewig, *supra* note 5, at 63.

[11] Wadlow, *supra* note 4, at 82.

条之二有渊源关系。^[12]至少到20世纪中期,大多数工业化国家一直都在巴黎公约第10条之二的基础上衍生发展,^[13]形成自己的反不正当竞争法,当然也根据各自市场的需求增加了一些新内容。英国等仍在其国内法拒绝采纳此种不正当竞争制度。后来,巴黎公约第10条之二又对发展中国家的反不正当竞争立法产生重要影响。而且,为满足发展中国家的立法需求,世界知识产权组织开始总结反不正当竞争法经验,并组织制定示范条款。^[14]

巴黎公约反不正当竞争条款在很大程度上是工业化时代欧洲国家反不正当竞争法的总结、吸收和延伸,在两者交互作用的基础上形成了传统的反不正当竞争法。其突出的标志主要是:与工业产权结缘,被纳入工业产权领域,二者客观上虽有密切联系,但更多是实用主义考虑;将保护对象限定为经营者或者竞争者,而不是消费者;^[15]巴黎公约支撑和推进了反不正当竞争规范的国际一体化。

(三)后巴黎公约现代化时期

后巴黎公约时期,全球知识产权保护发展到由世界知识产权组织主导的时代,但从国际层面上看,Trips协定并未全面吸收巴黎公约反不正当竞争条款[即其“巴黎公约+”模式(“paris-plus” approach)并不包括反不正当竞争法],只是在地理标志和未披露信息部分提及巴黎公约第10条之二。^[16]反不正当竞争法现代化主要由欧美国家通过改革国内法而推动的。

例如,早期比利时反不正当竞争依据的是法国民法典第1382条侵权责任一般条款,不正当竞争行为被界定为商人为竞争目的,因故意或者过失侵害竞争者在工商业活动中产生的权利的行为。^[17]比利时于1934年颁布法令,旨在落实巴黎公约的规定,将一般条款规定为损害竞争者商誉或者竞争能力的违反诚实商业习惯做法,并列举了部分行为,规定了禁令救济。这是一种严格意义上的反不正当竞争法。比利时于1971年颁布市场行为法,将其并入1934年法律。该法规定的行为包括一些销售方式、广告等,并将一般条款规定为一个商人损害或者试图损害一个或者多个其他商人的职业利益的、违反诚实商业惯例的行为。与1934年法律相比,该法在一般条款的规定中舍去了损害商誉和竞争能力的限制,扩展了其范围;任何职业利益均可纳入保护范围,原被告无需具有直接的竞争关系,如制造商与零售商之间的关系亦无不可。当然,即便消费者系1971年法律的保护对象,所给予的保护也是次要的,保护消费者的实体条款有限,只有消费者组织可以提起禁令救济的集体诉讼。后来比利时又进行了法律变革,于1991年制定《贸易行为、信息与消费者保护法》,主要是新的消费者保护规定,包括引入有关消费者保护的新的—般条款,即禁止销售商损害或者可能损害一个或者多个消费者的利益的、违反诚实商业习惯做法的行为。1991法律具有实施欧盟有关保护消费者的指令的意图。^[18]这是比利时反不正当竞争法由狭义到广义、由竞争者保护到范围更广泛的经营者和消费者保

[12] See Hilty & Henning - Bodewig, *supra* note 5, at 57 - 58.

[13] 巴黎公约只是规定了灵活的和开放的反不正当竞争最低标准,并不要求制定特别法。各国可以根据自己的传统和情况实施条约的规定。法国、德国、英国等自始即采取了不同的路径。

[14] See Hilty & Henning - Bodewig, *supra* note 5, at 58.

[15] “传统的反不正当竞争法保护经营活动,而不保护消费者利益。”See *International Handbook on Unfair Competition* 208 (Frauke Henning - Bodewig ed., C. H. Beck · Hart · Nomos 2013).

[16] 当然,Trips协定将巴黎公约第2条关于知识产权种类的规定纳入“巴黎公约加”之中,是否由此认为WTO成员有义务遵循巴黎公约第10条之二,并不清楚。至少就其明确包括的工业产权条款看,并不一般性地包括不正当竞争,而只包括所提及的具体情形。但是,WTO上诉机构对于“Havanna Club”案的裁决(Panel Report, Us - section 211 Omnibus Appropriation Act of 1998 of August, 2001 and February),就商号保护问题扩张了巴黎公约的适用范围。See Hilty & Henning - Bodewig, *supra* note 5, at 59.

[17] Moreau, “Traite de la concurrence illicite” (1904). See Hilty & Henning - Bodewig, *supra* note 5, at 139.

[18] See *Id.*

护,以及由竞争法到贸易行为法的转变过程。^[19]

21世纪以来,反不正当竞争法继续发生一些重大变化。例如,欧盟于2005年发布“不公平商业行为指令”,虽然调整的是经营者与消费者之间的行为,重在保护消费者利益,但对于统一和发展反不正当竞争规则具有重要意义。德国等为此还通过修订反不正当竞争法,实施该指令的规定。德国对于反不正当竞争法的新修订也产生了一般理论观念的转变,即由传统的诚实习惯做法标准,转向为竞争目的的不正当竞争行为标准(the criterion of unfair activity for competition purposes)。除明确保护竞争者和消费者利益外,市场竞争不受扭曲的公共利益被明确承认为受反不正当竞争法保护的目的地。^[20]

1967年后,巴黎公约反不正当竞争条款未再变动,但世界知识产权组织仍在努力发展和统一反不正当竞争标准。1990年代世界知识产权组织(WIPO)组织专家对世界反不正当竞争的发展状况进行了研究,于1994年提出“反不正当竞争保护:当今世界状况”专题报告,^[21]着重分析了有关成员国反不正当竞争立法现代化的做法,并旨在进一步推动反不正当竞争国际协调发展。在此基础上,世界知识产权组织于1996年提出《反不正当竞争示范条款》。^[22]该示范条款是为实施反不正当竞争领域的国际义务而提供指南。^[23]这些文件反映了1960年代以后世界反不正当竞争法的新发展。例如,首先,巴黎公约第10条之二采取的是传统界定模式,其诚实商业习惯做法的标准仅适用于竞争行为,但《反不正当竞争示范条款》放弃了这种限制,拓宽了所调整行为的范围,认为“放弃竞争行为的要求,澄清了消费者也属于保护之列”。^[24]1958年虚假宣传条款被纳入巴黎公约第10条之二,实际上已引入消费者保护元素。《反不正当竞争示范条款》还规定,有权请求的救济者包括“受到损害或者有损害之虞的任何自然人或者法人”,这表明不仅限于竞争者及其联盟,还可以是消费者及其协会。这也超出了巴黎公约第10条之二的范围。《反不正当竞争示范条款》不再要求行为人之间具有竞争关系,不具有直接竞争关系的当事人之间也可以构成不正当竞争行为。其次,《反不正当竞争示范条款》细化了巴黎公约列举的三类行为,但在具体界定中反映了现代发展,如采取广义的混淆概念。再次,将侵犯商业秘密等一些新的行为纳入列举的行为类型之中。《反不正当竞争示范条款》是基于巴黎公约反不正当竞争条款的开放态度,所作出的示范性规定,体现了“国际反不正当竞争法对于实际问题和需要的适应性”。“引入消费者保护、放弃竞争关系要求、采取宽泛的混淆方法、诋毁和误导行为的新构造

[19] See *Id.* at 139 - 141.

[20] See Henning - Bodewig, A New Act against Unfair Competition in Germany, 36 ITC 421 - 432, 425 - 426 (2005); See *Id.* at 74.

[21] *Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, presented by the International Bureau of WIPO, WIPO publication No. 725, Geneva 1994. 该研究报告初稿系委托德国马普所两位研究人员撰写,并在听取来自12位成员国的12位专家的意见以后而予以发布。该报告对于1990年代世界范围内的反不正当竞争状况进行了比较分析。

[22] *Model Provisions on Protection against Unfair Competition*, presented by the International Bureau of WIPO, WIPO publication No. 832, Geneva 1996. “示范条款”是世界知识产权组织推动相关法律领域的国际规则国际协调统一的重要方式。统一相关领域国际规则的方式有多种。首先是通过国际条约的方式,如保护工业产权巴黎公约,条约具有法律拘束力。其次是“软法”(soft law)方式,近年来世界知识产权组织以这种方式对于一些领域的新发展快速做出反应,以尽可能防止各国各行其是而妨碍相关法律领域的国际协调统一。例如,在商标法领域,巴黎联盟和世界知识产权组织大会通过了三个联合建议,即分别为有关驰名商标保护、商标许可问题以及因特网环境下商标和其他工业产权保护的联合建议。“软法”不具有法律拘束力,但表达了国际社会的共识,具有很强的说服力。国内立法和国内法院裁判可以遵循。再次是示范法方式。《反不正当竞争示范条款》既不是条约又不是“软法”文件,而是由世界知识产权组织国际局提供,而不是由联盟大会通过,目的是为成员国立法和裁判提供参考范本和指南。其实际影响力与“软法”文件类似。《反不正当竞争示范条款》就是为如何实施反不正当竞争国际条约义务提供一个有说服力的范本,促进国内立法的统一协调和国际共同原则的进一步发展。See Hilty & Henning - Bodewig, *supra* note 5, at 72 - 73.

[23] See *Id.* at 69.

[24] WIPO, *supra* note 22, at 10, note 1.06.

以及明确列举淡化和商业秘密的不正当竞争新情形,目的都是为了使传统的诚实商业习惯做法的原则跟上时代步伐。”^[25]

1994年世界知识产权组织研究报告之后,反不正当竞争法仍不断出现新的发展。例如,以功能性市场取向方法塑造不正当竞争认定标准,强调竞争自由和市场效率的观念和理论的转变,这些发展甚至已足可以改写该研究报告。^[26]

总之,这一时期是反不正当竞争法的现代化时期,主要标志是:20世纪中期消费者运动的影响与消费者元素的引入,使其保护对象扩大到经营者、消费者和公共利益,调整范围扩展到严格竞争关系以外的市场主体;引入了与工业产权关系不密切的行为和市场管理规则,甚至成为和称为市场行为法,或者与反垄断关系渐趋密切;出现了公、私法交织的现象,欧美均有以公权力管制竞争的规则和制度,如一些欧陆国家(德国、比利时等)对于折扣、有奖销售等的管制;英美法影响增强,反不正当竞争的目标实现了由公平到效率的转变。

二、反不正当竞争法现代化的理念与制度架构

现代化是对传统的突破和再造,是继承基础上的扬弃与创新。反不正当竞争法的传统与现代的对比,可以使我们的更加清晰地确定制度的定位和精神。当然,在现代化的过程中,各国立法依然呈现出理念和制度的多样化,而不可能只有一种模板,只是在差异化和多样化的基础上,还存在理念和制度上的共同趋向。

(一) 在法律体系中的定位问题

反不正当竞争法的传统内容具有相对的稳定性,同时又不发生新变化。至少在许多国家,反不正当竞争法具有独立性或者相对独立性,尤其是在德国等单独立法的国家更是如此。如荷兰学者所说,“传统上的反不正当竞争法被认为属于独立的法律分支,不同于知识产权法和反垄断法”^[27]。当然,反不正当竞争法的内容(调整对象)及其与其他法律之间的关系是发展变化的。比较突出的是,一方面,它常常以孵化新权利的方式补充保护知识产权;另一方面,又不断地在其他领域进行延展和扩张,尤其是通过适用一般条款而进入新领域和调整新行为。反不正当竞争法调整的行为不断增减变化和变动不居,与其他相关法律的边界时有变化,甚至在有些国家因进行市场行为法的改造,而不再是传统意义上的反不正当竞争法。

反不正当竞争法的现代化首先体现于它在现代法律体系中的定位,主要是与消费者保护法、知识产权法、反垄断法(反托拉斯法)和市场行为法的关系。这些关系折射了其基本的现代定位和现代特征。这些关系是由国际国内各种因素形成的,且就法律发展本身而言,它更多是历史传统与实用主义的产物,而通常不是理论设计的产物。换言之,我们不应该看其逻辑上应该是什么法律部门,而是有什么样的实际内容和实际的发展方向,以及形成实际状况的原因。在实际发展需求面前,理论上的完美性和严谨性往往是苍白无力的。前文回溯的发展史已或多或少地显示了这种特质。

1. 消费者保护引起的深刻变革

20世纪中期以后,受消费者运动的影响,发达国家反不正当竞争法纳入消费者元素,反不正当竞

[25] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 72.

[26] See *Id.* at 75.

[27] See *Id.* at 141.

争法由此受到深刻改造,^[28]范围得到拓展,边界变得模糊,工业产权保护只是其传统的一部分,而另外增加了新内容和被赋予新使命。消费者保护运动形成了极大的冲击,影响了反不正当竞争法的现代走向,在欧洲国家尤甚,但各国对此进行的应对不尽相同。例如,由于各国历史传统和国内立法差异极大,欧盟始终在反不正当竞争法的统一化方面没有太大的作为,^[29]但为保护消费者权益,在误导性广告以及贸易行为等领域制定了一些重要的法律,这些法律实质上涉及不正当竞争规则,即“实质上是以消费者保护法的形式统一成员国国内竞争法”,^[30]且成员国在落实欧盟指令时以直接或者间接的方式相应地改造了国内反不正当竞争法,形成了反不正当竞争法的新格局。

现代大陆法国家反不正当竞争法向不同的方向发展(又被称为不同的反不正当竞争路径),大体上有两种基本方向。其一是通过引入消费者和公共利益保护,而扩充和改变反不正当竞争法。如德国2004年对于反不正当竞争法进行了革命性修订,其中为落实欧盟不公平商业行为指令而引进消费者和公共利益保护,改变了法律的目标取向和制度设计。另外一些国家因引进消费者和公共利益保护,而将反不正当竞争法改造为市场行为法。这些国家之所以称其为“市场行为法”(market practices law),^[31]主要是因其为了经营者、消费者和一般公众的利益而管制各种市场行为。^[32]这些国家的典型不正当竞争行为既包括误导广告、对消费者的不正当影响行为,也包括诋毁竞争对手、不正当干预竞争者的业务或者侵占商业秘密。^[33]这些国家也赋予消费者及消费者社团对于不正当竞争行为的救济权。其二是采取消费者保护法与反不正当竞争法分立的做法,后者只保护经营者因竞争者的不正当竞争行为所遭受的损害。^[34]法国、意大利和一些中东欧国家采取此种做法。如法国依照民法典侵权责任一般条款保护诚实经营者,维持其保护竞争者的传统做法,但顺应消费者保护运动和保护消费者的需要,又另外构建了消费者保护法律体系。意大利与法国的情形类似,即依据民法典确立的反不正当竞争规则,要求竞争者之间须具有竞争关系,只有受损害的竞争者可以寻求反不正当竞争救济;消费者因不正当竞争行为受到损害的,只能依据合同或者侵权责任一般规定寻求救济;有关误导性广告和比较广告的专门法赋予消费者团体向普通法院寻求救济的权利。^[35]尽管这些国家采取了分立方式,但反不正当竞争与消费者保护相互之间仍有千丝万缕的联系。^[36]此外,美国联邦贸易委员会法同时适用于反垄断与反不正当竞争,而二者均具有保护消费者的目的。

例如,比利时1971年法律并入一些自身违法的规则,其中既包括由有关误导性、诋毁性和比较性

[28] “过去几十年,消费者保护法的发展推动了反不正当竞争法由纯粹的竞争者取向的法律,转变为保护经营者、消费者和公共利益的法律。(欧盟)大多数成员国适应消费者保护运动的需要,修改其国内公平交易法。过去几十年,消费者保护的地位异常突出。”Very, *supra* note 1, at 76.

[29] 如有的学者所说,反不正当竞争法过于难以捉摸,以至于很难标准化,遑论一体化了;尽管反不正当竞争法有其共同标准(巴黎公约反不正当竞争条款为其代表),但存在大量的难以类型化的模糊领域。Anselm Kamperman Sanders, *Unfair Competition Law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity* 1 (Clarendon Press 1997).

[30] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 10.

[31] 如奥地利、比利时、丹麦、德国、西班牙、瑞典等。“反不正当竞争法逐渐从纯粹的竞争者保护法,演化为同时保护消费者的法律。除法国以外,(欧洲)大多数国内反不正当竞争法对此予以规定。其结果,大多数国内反不正当竞争法渐变为‘市场行为’法。”See Very, *supra* note 1, at 150 – 151.

[32] 如西班牙1991年反不正当竞争法和德国2004年反不正当竞争法,均明确规定了该立法目的。

[33] *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity: Convergences and Development* 34 – 35 (Nari Lee, Guido Westkamp, Annette Kur & Ansgar Ohly eds., Edward Elgar 2014).

[34] *Id.* at 35.

[35] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 155 – 160.

[36] 如意大利学者所说,像意大利这样采取狭义的反不正当竞争与消费者保护各行其道的国家,与采取三元叠加保护的广义反不正当竞争法的国家,在实际效果上并无太大差异。See *Id.* at 160.

广告的现有判例类型化的行为,又将现有保护小商品主不受异常销售和促销方式侵害的规定扩展进来。以后的修订甚至引入更为严格限制打折(特别是进入夏季前和冬季结束前的换季销售打折)的规则。“随着1991年市场行为法的制定,现有的反不正当竞争法——当时已成为内容更为广泛的法律部门即贸易行为法——又并入了消费者保护的新条款。市场行为法已成为实施有关广告、不公平合同条款和远程销售的欧盟消费者指令的法律。”比利时反不正当竞争法或者贸易行为法包含了许多与竞争无关的条款,这些条款旨在保护小商店业主和消费者的个人和集体利益。比利时市场行为法已将原来的反不正当竞争法吸收成为其中的一部分,成为包括反不正当竞争以及其他营销行为(marketing practices)的市场法律“杂烩”,这些营销行为涉及价格标志、标签、广告、促销、销售方式、消费者信息、不正当竞争以及一般的不公平商业行为。^[37] 这些新引进的内容与工业产权保护渐行渐远,已突破了传统的反不正当竞争意义,这也是将反不正当竞争法称为贸易行为法或者市场行为法的重要原因。

2. 反不正当竞争法与知识产权法的关系

反不正当竞争法最初是为了管制市场竞争秩序和市场行为,1900年之后因主要工业化国家对外贸易的实用主义需要,在巴黎公约中纳入反不正当竞争条款,成为工业产权保护的一部分。纳入知识产权保护固然有其在保护属性上具有高关联度的客观基础,但实用主义考虑更为重要。例如,在早期反不正当竞争法就被视为保护商人用以从事市场活动必要元素(工业要素)的概称,这些元素就是商号、商标、产品设计、商誉、与供应商和客户的合同、制造方法等。工业产权和反不正当竞争都保护这些元素,只不过角度和方式有所不同,很难从性质上区分开来。^[38] 基于这种共性而将其纳入工业产权保护,并不显得突兀。总体上看,这一时期的反不正当竞争法的内容更多与工业产权相关联,其内容相对纯粹和具有明显的专门性。如比利时学者所言,“自从(比利时)1971年市场行为法制定之后,反不正当竞争法即丧失其专门性(specificity)。此前的反不正当竞争法是由巴黎公约第10条之二转化而来的一般条款,与民法典第1382条(侵权责任)具体化形成的行为类型所组成,并规定了专门的禁令救济。^[39]

根据历史发展和现实需要,反不正当竞争与知识产权保护形成了独特的关系。其一,它们是相互独立或者相对独立的法律分支。即便是笼统地将反不正当竞争法归入知识产权法,也只是其部分内容与知识产权保护有关,但该内容又不是其他知识产权法的组成部分,不能由其他知识产权法所包括。这部分内容与知识产权具有功能上的补充性,但属于不同的法律部门,且另有一些内容与知识产权保护无关。^[40] 而且,反不正当竞争法有一项重要的原则,即不能用以确立或者扩张专有权,^[41] 而只能以自身独特的方式立足于制止不正当竞争行为。其二,“孵化”知识产权的功能。一些知识产权开始先由反不正当竞争法调整,条件成熟后纳入知识产权专门法的保护之中。反不正当竞争法有时被称为新类型知识产权的“孵化器”(incubator)和前身(forerunner),或者使现有的知识产权扩展到新的保护领域或者对象。例如,德国1965年版权法之前,录音和表演受反不正当竞争法保护,德国法院依

[37] See *Id.* at 141 – 144.

[38] See *Id.* at 139. 为法律所禁止的部分不正当竞争对于知识产权专有权有补充作用,即“虽不构成侵害专有权行为,但所保护的是类似利益,特别是对于造成混淆可能性的禁止,以及对于利用竞争对手的商标或者其他识别标志的特性的禁止,更是如此。” *Id.* at 154.

[39] See *Id.* at 144.

[40] WIPO, *supra* note 21, at 26, para. 37.

[41] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 154.

据反不正当竞争法一般条款授予表演者拟制的“改编权”，后来上升为版权法上的权利。^[42]其三，保护范式和调整方法的重大区别。反不正当竞争法虽有补充保护知识产权的功能，但二者有不同的保护范式，在调整方法上有重大差异。反不正当竞争法是行为法，重在对于行为正当性的判断。^[43]除列举性规定的行为具有自身违法色彩而比较易于判断外，依照“违反诚实的商业习惯做法”之类的一般条款和抽象标准判断不正当竞争行为，往往需要平衡多种利益，因而“实际上，不正当竞争越来越具有利益平衡意蕴”。^[44]这与权益保护法属性的知识产权法有根本差异。如有的学者所说，二者的基本差别是，“侵害专有权的行为构成自身违法，并不涉及依据职业正当性 (professional correctness) 进行评估问题”。^[45]反不正当竞争法则需要在考量多种因素的基础上进行利益衡量，因而具有天然的灵活性和不确定性。灵活性 (flexible) 甚至被认为是反不正当竞争法实现其功能所必备的属性，且其保护不像知识产权法那样有注册登记之类的形式要求。^[46]

3. 反不正当竞争法向竞争法的日渐回归

反不正当竞争法与反垄断法同在管制市场竞争行为，其相互之间的关系日渐紧密。如比利时学者认为，“它与反垄断法的关系似乎日益紧密”^[47]。近几十年来甚至出现了反不正当竞争与反垄断合并立法的倾向。一些国家和地区将反不正当竞争法与反垄断法合并立法，并由同样的竞争执法机关执行（如美国、澳大利亚、我国台湾地区等），反不正当竞争与反垄断的法律标准更趋统一，因而无论是在内容上还是在形式上都实现了竞争法的深度融合。这是反不正当竞争法回归竞争法的重要迹象，直接影响着其法律定位、基本理念和执行方式。

例如，1914年制定的美国《联邦贸易委员会法》第5条属于一般条款，^[48]被司法判例拓展为三个领域，即保护竞争的效率、保护企业免受不正当竞争的危害以及保护消费者免受不正当竞争或者误导性做法的危害。^[49]该条既是反垄断（反托拉斯）的依据，又是联邦反不正当竞争的重要法源。但是，该条规定并未明确区分反垄断与反不正当竞争之间的界限，致使对其解读并不明确和统一。100多年来，美国的立法机构、执法机关、法官和学者，均做了大量的探索。联邦贸易委员会以前的执法实践经常将不正当竞争行为与垄断行为的认定割裂开来。2015年发布的联邦贸易委员会《关于〈联邦贸易委员会法〉第5条的执法原则声明》明确规定，依据该条规定进行执法或者解读时会依照传统的反垄断分析原则进行，将考虑对消费者福利的影响，评估对竞争过程造成的正负效应。该规定结束了百余年来关于不正当竞争行为是否应受反垄断基本原则约束的争议，且明确了对消费者利益和竞争过程

[42] *Supra* note 33, at 19.

[43] 反不正当竞争法是更多行为取向的规范 (the more conduct-oriented regulations), 其对“损害”的界定最终取决于公共利益和诚实商业习惯做法之类的基础观念。 *Id.* at 313.

[44] WIPO, *supra* note 21, at 26, para. 37.

[45] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 154.

[46] WIPO, *supra* note 21, at 13, para. 11.

[47] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 141.

[48] 该条禁止商业中或者影响商业的“不正当 (unfair) 的竞争方法”以及“不正当或者欺骗性的行为或做法”。

[49] 《联邦贸易委员会法》第5条规定“不正当竞争”非法，但没有对不正当竞争行为进行界定。美国联邦最高法院认为违反《谢尔曼法》的同样违反《联邦贸易委员会法》第5条，但该条还涵盖《谢尔曼法》调整范围以外的行为。联邦最高法院认为该条是对市场参与者和消费者免受任何形式的不正当竞争或者误导性做法危害的全面保护 (*FTC v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 U.S. 392 (1953))。[瑞士]安德烈亚斯·凯勒哈斯：《从华盛顿、布鲁塞尔、伯尔尼到北京——竞争法规范和功能比较》，杨华隆、武欣译，中国政法大学出版社2013年版，第11页。

影响的考量。^[50]

(二)由公平到效率的目标追求

反不正当竞争法产生于欧洲大陆法国家,先是由法国裁判确立反不正当竞争观念,后来德国率先制定了专门的反不正当竞争法,再后来反不正当竞争条款又被纳入巴黎公约。日本、韩国等主要继受欧陆反不正当竞争法,我国反不正当竞争立法之时深受欧陆法影响,也借鉴了一些东亚国家和地区的立法经验。因此,无论是国内法还是国际条约,欧陆国家都是先行者和发源地。欧陆国家传统的反不正当竞争法重视社会和谐理念,其立法的重要价值取向是维护社会和谐,而并不完全考虑市场效率,^[51] 主要体现为对市场管制和干预较多,如对于折扣附赠的管制,对于不具有混淆可能的逼真模仿的禁止。英美国家传统上一直重视自由和效率,不主张对市场有太多的管制,更为强调自由竞争和市场机制。^[52] 20世纪下半叶以降,欧陆国家的立法观念逐渐转变,已更多地转向市场效率,减少对市场的干预,而英美国家也在适当地扩展其“仿冒行为”(passing off)的范围,但总体上仍是强调市场观念。

欧陆国家传统的“诚实的商业习惯做法”标准是一种伦理标准,强调的是商业道德,而反不正当竞争法现代转变的一个重要标志,就是由此种传统方法转向“功能性的市场取向方法”(the functional market-based approach),即一种确保使有效率的市场竞争成为市场经济核心手段的方法。^[53] 换言之,传统的“诚实的商业习惯做法”概念被这种方法赋予新含义,也即以这种新方法进行解释。就其保护目的而言,以功能性市场取向方法解释“诚实的商业习惯做法”概念,就是引入经营者、消费者和公共利益的“三叠加”考量方式。如引入“三叠加”保护是德国2004年修订的反不正当竞争法的重要变革,其中除保护竞争者和消费者外,所保护的公共利益就是使竞争有效率地发挥作用(效能竞争, the efficient functioning of competition),其含义就是保护市场参与者行动和决定的自由。^[54] 世界知识产权组织2004年“反不正当竞争保护”专题报告注意到这种国内法上的趋势,提出“保护一般公共利益,特别是竞争自由的利益”。^[55]

体现这种新方法的典型事例是对待比较广告态度的转变。无论是为了保护优胜者还是保护市场成就等,严禁比较广告体现的是传统的和谐竞争观,保护的是竞争者利益,但引入消费者保护和市场效率之后,竞争者利益只是一个方面,如果对于竞争者利益的牺牲能够获取更大的竞争利益,例如使市场更为透明、更有效率和更有创新力,就适当允许牺牲竞争者利益,从而实现消费者与公共利益的最大化。^[56] 例如,1997年以前,德国等一些欧陆国家对于比较广告持怀疑或者严格限制的态度。

[50] 这是在长期执法经验的基础上总结出来的。首先,将“不正当”分析从反垄断基本原则中脱离出来很有可能会导致对消费者的不利后果。其次,有利于规制那些不属于反垄断法范畴但却损害竞争的行为。再次,对不正当竞争行为的规制应当与反垄断法的基本原则结合起来,确保对不正当竞争行为的规制与反垄断法的基本经济原则保持一致。针对不正当竞争行为的执法重点在于竞争损害评估,同时也应当考虑可能存在的效率及商业抗辩。Joshua D. Wright:《反垄断与反不正当竞争的关系》,载《竞争政策研究》2016年5月号,第7-8页。

[51] 参见[比]保罗·纽尔:《竞争与法律:权力机构、企业和消费者所处的地位》,刘利译,法律出版社2004年版,第4-5页。

[52] 例如,英国法官一直有不愿就市场行为进行裁判的传统,认为这些决定依赖政策考量(policy considerations),而这恰是议会的特权。Sanders, *supra* note 29, at 2.

[53] See Hilty & Henning - Bodewig, *supra* note 5, at 74.

[54] Henning - Bodewig, *supra* note 20, at 74 - 75.

[55] WIPO, *supra* note 21, at 24 - 25.

[56] 竞争者利益与公共利益(包括消费者利益)的关系恰如“数字”与“数据”的关系。在大数据时代,“数据”不同于“数字”。例如,一个学生考了88分,这是一个数字;如果把88分背后的因素考虑进去,如家庭背景、努力程度、学习态度、智力水平、老师教学效果等,将其与88分联系起来,就成了“数据”。同样,竞争者利益考量的是特定竞争者个人市场利益的得与失,而公共利益则考虑更大范围内和更深程度上对于竞争秩序和市场机制的影响,如果看似牺牲特定竞争者个体利益,而换来了市场竞争的更有活力和更高效率,则法律在利益取舍上应该考虑更大、更重要的利益。

1934年在修订巴黎公约的伦敦会议上,德国就建议增加禁止某些比较广告的规定,但未获支持。德国最高法院在早先的一个判决中认为,任何人不能成为自己的法官,而任何经营者均不能容忍被竞争对手用作广告的工具。^[57]后来欧盟制定了比较广告的指令,允许比较广告并限定了比较广告的条件。允许比较广告有利于增强市场透明度,体现了市场效率的取向。

荷兰传统的反不正当竞争法保护的是竞争者,体现为保护优胜的竞争者,保护竞争者已有的市场地位、市场成果,以及后来又保护弱势地位的当事方。法院对于市场功能的干预理所应当,如严格禁止比较广告。但是,后来认识到传统的公平竞争标准会形成市场进入的障碍,因而判例法开始逐渐改变态度。1983年比利时上诉法院的一个判决允许百事可乐与可口可乐进行默示比较广告,给严格禁止比较广告的规定开了口子。^[58]其他法院进行效法,允许为消费者提供准确信息而进行的比较广告。^[59]

再如,在处理反垄断与反不正当竞争的关系上,比利时法院采取了竞争自由和市场效率的态度。为落实欧盟竞争法(反垄断法)的需要,比利时制定了竞争法,其目标是维护效能竞争(effective competition)。随之而产生了与市场行为法规定的竞争规则的协调问题,核心是如何处理市场行为法有关禁止限制性行为(restrictive practices)与反不正当竞争一般条款的关系。此前法院将诸如选择性销售和拒绝交易之类的限制性行为,作为不正当竞争予以禁止。竞争法施行以后,有些“琐细”的限制性行为并不抵触效能竞争要求。比利时最高法院于2000年作出的一项判决认为,诸如拒绝供应之类的限制性行为如由不具有市场支配定位的经营者实施,并不违反竞争法(反垄断法),因而也并不需要由反不正当竞争法调整,除非该行为另外构成了滥用权利行为。^[60]此时不违反反垄断法的限制性行为,也就排除于反不正当竞争法的禁止之外。

(三)多元保护目标

保护目标是反不正当竞争法的基本问题,决定着法律的基本定位和基本法律标准。尤其是,反不正当竞争法的保护目标是确定市场竞争“不正当性”(也即竞争行为正当性)的最重要的因素。^[61]反不正当竞争法的保护目标经历了由单一到多元的过程。“反不正当竞争法最初是为了保护诚实商人。当今时代消费者保护已被认为同等重要。而且,有些国家特别强调一般公众的保护,特别是其竞争自由的利益。因此,现代反不正当竞争法具有三元叠加的目的,即保护竞争者、保护消费者和为一般公众利益而保障竞争。”^[62]如德国1909年反不正当竞争法主要适用于竞争者的行为,以后其拓宽到同时保护其他市场主体、消费者和一般公众。德国2004年反不正当竞争法第1条明确规定保护竞争者、男女消费者以及其他市场参与者,同时保护公众享受不被扭曲的利益。这是反不正当竞争法由传统到现代的转变。^[63]正如瑞士和西班牙反不正当竞争法规定,其目的是为所有相关方的利益而确保公平和不被扭曲的竞争。实际上这意味着也是功能性地(functionally)界定不正当竞争,特别是考虑市场运行中所涉各方即“相关方”的利益。^[64]有些行为乍看之下既不损害经营者,又不损害消费者,

[57] RG, GRUR 1931, 1299, 1301. *Supra* note 33, at 50.

[58] Court of Appeal, Brussels, June 7, 1983 *Journal des Tribunaux* (J. T.) 717 - Pepsi - Cola v. Coco - Cola; The Cour de Cassation (Cass.) confirmed this judgement: Cass., March 21, 1985, 1985 *Arresten van het Hof van Cassatie* 1001.

[59] See Hilty & Henning - Bodewig, *supra* note 5, at 142.

[60] Cass., January 7, 2000, 2001 *Revue Critique de Jurisprudence belge* (R. C. J. B.) 249. *See Id.*

[61] “决定市场中的‘不正当性’(‘unfairness’ in the marketplace)的最重要因素,来自反不正当竞争法的目的。”WIPO, *supra* note 21, at 24, para. 33.

[62] *See Id.* at 24 - 25, para. 33.

[63] Very, *supra* note 1, at 158 - 159.

[64] WIPO, *supra* note 21, at 24 - 25, para. 33.

但可能在整体上对经济产生不利后果。例如,以倾销的价格销售商品从长远看会损害中小型经营者,就对自由竞争不利。如果把这种经济因素考虑进来,就会认定其构成不正当竞争行为(比利时和匈牙利等反不正当竞争法对此有明文规定)。^[65]因此,决定“违反诚实的商业习惯做法”之类的不正当竞争行为判断标准时,三种利益都需要加以考虑。“实际上,不正当竞争越来越具有利益平衡意蕴”。当然,在认定是“正当”还是“不正当”时可能存在的差异,通常都是因为对三种目标权重的不同取向。例如,采取这种保护竞争者的传统观念的国家,与特别重视消费者和公共利益的国家,其法律对同样的行为会有不同的定性。^[66]

保护经营者及诚实商人标准是反不正当竞争的逻辑起点。反不正当竞争法最初是作为保护诚实商人(the honest businessman)的特别法而出现的,诚实商人是该法的传统保护对象,诚实商人的行为标准是判断不正当竞争行为的逻辑起点。所有诚实商人均必然认为不正当的行为,很难成为正当的行为。^[67]当然,现代法的背景下,仅考虑诚实商人利益是不够的。在决定是否构成违反“诚实的商业习惯做法”时,消费者是一项重要(甚至主要)的因素。^[68]

消费者利益是认定是否构成不正当竞争的重要考量因素。首先,引入消费者保护是反不正当竞争现代化的重要标志。巴黎公约第10条之二并未涉及消费者保护问题,而只是在纳入保护工业产权范围的情况下,规范“竞争行为”(competitive acts),保护的立足点是经营者的利益。^[69]巴黎公约所规定的不正当竞争行为仅限于竞争者之间的行为(conduct between competitors),即其所界定的“工商业活动中违反诚实的习惯做法”的“任何竞争行为”(any act of competition),此外不再属于其调整范围。但是,1958年里斯本会议修订巴黎公约时引入的误导公众行为,已开始突破仅保护竞争者利益的限制,而为保护消费者利益提供了路径。鉴此,也就既可以根据保护竞争者利益的目标解释公约规定的不正当竞争一般条款,也可以从保护消费者的视角进行解释。^[70]这就为扩张不正当竞争行为的范围埋下伏笔。《反不正当竞争示范条款》第1条一般条款规定在延续巴黎公约第10条之二“违反诚实和习惯做法”传统标准的同时,又将其置于更大的行为背景之下,而不再将其限定为巴黎公约所规定的竞争行为,并在注释中澄清,“不再要求应当限于竞争行为,旨在表明消费者也是受保护的”^[71]。这一旨在指导实施反不正当竞争国际义务的《反不正当竞争示范条款》扩展了保护目标,实现了反不正当竞争目标由一元(竞争者)向二元(竞争者和消费者)的转变。与此相适应,《反不正当竞争示范条款》扩展了可寻求救济者的范围,即“受到或者可能受到不正当竞争损害的任何自然人或者法人”。因此,不仅是竞争者及其联盟,而且包括消费者及其联盟,均可以获取救济。^[72]其次,消费者利益是不正当竞争的重要判断依据。有些行为在特定经营领域被普遍认可,但仍被其他市场主体认为具有“不正当性”。“在这种情况下,必须对实际的行为标准进行一些伦理矫正。伦理标准尤其意味着消费者利益不能受到无谓的损害,如无视真实原则(消费者以此为基础进行交易),或者引诱消费者实施不适当甚至损害性行为,或者侵害其隐私。”^[73]就不正当竞争的本性而言,“(经营者)不是通过凭据其产品或者

[65] *Id.* at 25, para. 36.

[66] *Id.* at 26, para. 37.

[67] *Id.* at 25, para. 34.

[68] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 57.

[69] See *Id.*

[70] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 67.

[71] WIPO, *supra* note 22, at 10, note 1.06.

[72] *Id.* at 12, note 1.10.

[73] WIPO, *supra* note 21, at 25, para. 35.

服务的质量和价格优势,而是通过不正当利用他人成果,或者以虚假或误导性宣传影响消费者需求,获取竞争上的成功”^[74]。经营者和消费者利益都是不可或缺的考量方面。

按照“功能性市场取向方法”的要求,除保护竞争者和消费者以外,所保护的公共利益存在于竞争的效率功能作用(the efficient functioning of competition)之中,即保障市场参与者的行动和决策自由。世界知识产权组织 1994 年研究报告已经注意这种国内法趋向,即成员国“保护公共利益,尤其是竞争自由的利益”。

(四) 竞争关系的宽解释与弃置

巴黎公约对于不正当竞争行为的界定是一种被广泛采用的经典性定义,当然也代表了界定不正当竞争行为的传统模式(the traditional formula)。巴黎公约第 10 条之二第(1)项规定:“在工商业事务中违反诚实的习惯做法的任何竞争行为,构成不正当竞争的行为。”^[75]巴黎公约的本意是规范竞争者之间的竞争行为,也即其主体之间具有同业竞争意义上的竞争关系。其所使用的“竞争行为”、“竞争者”之类的措辞,即指此意。这种过于严格的解释必然限制其适用范围,所以后来有关方面不断柔化这种要求,认为不同工商业领域的经营者之间可以构成竞争关系,甚至认为只要有间接的竞争关系即可。^[76]也有更进一步的观点认为,不正当竞争的构成并不要求当事人之间存在竞争关系(a competitive relationship),而只是要求不正当竞争行为应当与贸易有关(be trade-related),也即是“竞争行为”(an “act of competition”),因其扭曲自由竞争而应当承担责任。根据该规定,巴黎公约成员国可以自由给予制止不公平贸易行为的保护,即使当事人相互之间不具有竞争关系。其唯一要求是,不正当竞争行为(或者不公平贸易行为)违反“工商业领域的诚实惯行”^[77]。

《反不正当竞争示范条款》反映了这种发展变化,放弃了竞争行为的措辞,也就不再要求行为人与受损害者之间具有竞争关系。即使不正当竞争行为人与受该行为影响者没有直接的竞争关系,也可以被纳入反不正当竞争的调整范围。^[78]如《反不正当竞争示范条款》注释所说,巴黎公约第 10 条之二(2)讲到了“任何竞争行为”(any act of competition),《反不正当竞争示范条款》第 1 条(1)(a)并未要求所调整的行为必须是竞争行为,这意味着《反不正当竞争示范条款》也适用于行为人与利益受损害者之间没有直接竞争(direct competition)的情形。一个行为并非针对行为人的竞争对手,但可能增强行为人相对于竞争对手的市场竞争力。例如,驰名商标被他人擅自使用在完全不同的商品上,使用者并非商标所有人的竞争对手,但该使用使得使用者获得了相当于不使用的竞争对手的竞争优势,如获得销售的优势,因而该使用行为与竞争有关。而且,弃置竞争关系的要求,可以清楚地表明消费者也受保护。^[79]

当今大多数国家已不将竞争关系作为确定不正当竞争行为的要件,如德国、比利时、捷克、丹麦、荷兰等欧洲国家均是如此。放弃竞争关系的严格要求是与反不正当竞争法由保护竞争者到保护多元对象的直接结果。^[80]少数国家仍然要求以竞争关系为条件,如奥地利、法国、希腊等欧洲国家。还有一些国家视案件情况决定是否要求具有竞争关系,如卢森堡和葡萄牙。^[81]

[74] *Id.* at 24, para. 33.

[75] [奥地利]博登浩森:《保护工业产权巴黎公约指南》,汤宗舜、段瑞林译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 95 页。

[76] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 65.

[77] Very, *supra* note 1, at 13.

[78] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 70.

[79] WIPO, *supra* note 22, at 10, note 1.06.

[80] Very, *supra* note 1, at 158.

[81] See Hilty & Henning – Bodewig, *supra* note 5, at 10.

(五)具体制度层面的现代化

反不正当竞争法的现代化最终体现在制度现代化之上。其具体制度的变化体现在多个方面。比如,商业秘密被纳入反不正当竞争保护,这在巴黎公约之后被广泛承认并被Trips协定明确规定;不正当竞争行为具体内涵的不断扩展和变化,如仿冒行为中混淆标准的广义化;国内立法进行了适合自身的探索和发展,制度的差异性仍然极大,如涉及知名人物或者虚拟角色商品化权益、逼真模仿等情形,各国态度差异极大。

三、我国反不正当竞争制度现代化的基本构想

我国《反不正当竞争法》吸收了当今国际反不正当竞争法的现代元素,但仍残留一些需要扬弃的旧传统的痕迹。无论是法律修订还是法律施行,均需要进一步按照现代化要求进行塑造。

(一)在我国法律体系中的角色定位

《反不正当竞争法》与消费者保护、反垄断等相关法律的关系,直接涉及其在法律体系中的定位及基本制度架构。学界和实务界对这些关系已有较多探讨,但如何准确定位仍值得深入思考。

1. 反不正当竞争法中消费者保护的定位

《反不正当竞争法》第1条有“保护经营者和消费者的合法权益”的规定,但第2条规定了“损害其他经营者的合法权益”,而并未涉及消费者保护。该法第20条也仅授予经营者提起民事诉讼的权利。这就使该法在立法目的中引入消费者保护的现代元素,而与传统的反不正当竞争法有所不同,但与对消费者保护另辟蹊径的法国等国家的情形又不相同。该法第2条未将消费者保护作为不正当竞争的构成要素,仍使该法停留在经营者保护的定位,这又与将反不正当竞争法改造为市场行为法的国家有所差别。事实上,我国另外形成了消费者保护法,并对虚假广告等侵害消费者权益的情形,允许消费者及消费者协会请求民事救济,且消费者权益保护法涉及更为广泛的市场竞争和市场交易行为。鉴此,反不正当竞争法已不必要像欧洲一些国家那样扩展为市场行为法,亦已没有必要再实质性地为消费者及消费者团体提供救济。欧洲等一些国家在市场经济初期奉行自由放任,国家很少干预市场,竞争法在市场干预中一枝独秀。后来虽然对于市场的干预和管制有所增强,但毕竟干预面比较狭窄,因而有将反不正当竞争法适当扩张而改革为市场行为法的可能性,且改革之后的内容足以做到名副其实。但是,由于我国对于市场的相对广泛干预和管理,加上已经形成的市场法律体系,这决定了市场管理法或者市场行为法是一个更为宽泛的领域,《反不正当竞争法》只涉及部分市场行为和市场管理,将该法改造为一般的市场行为法既无可能也无必要,该法只能是管制部分市场行为的特别法,更不可能成为“经济宪法”。^[82]

在当前反不正当竞争法修订过程中,由国家工商行政管理总局主持起草并由国务院法制办公开征求意见的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(2016年2月25日)(以下简称“修订草案送审稿”)第2条第2款增加了消费者元素,将损害对象修改为“损害经营者或者消费者的合法权益”。该稿起草者显然认识到消费者保护的现代意义及其在不正当竞争行为认定中的作用。在行政执法实践中也确实早已感到,在定义性规范中明确消费者元素,更利于认定仿冒、虚假宣传等行为,并减少认定中的争议,这种修改也是对执法经验的总结。^[83]但是,“修订草案送审稿”又同时赋予消费者对不正

[82] 我国在立法之初曾有反不正当竞争法为“经济宪法”之说。

[83] 如《反不正当竞争法》第5条第(2)项是否适用于非类似商品上的仿冒行为问题,曾经有过争论,但如果从保护消费者的角度考量,足以引起消费者误认的,可以适用于非类似商品。

当竞争行为的民事救济权,这就与消费者保护法的现有制度不协调,即按照我国反不正当竞争法的定位,如此规定已无必要。国务院提请全国人大常委会审议的《反不正当竞争法(修订草案)》(2017年2月22日)(以下简称“修订草案”)第2条第2款删除了“消费者”字样,并删除消费者诉权规定。据笔者参与“修订草案送审稿”修改讨论中所了解,删除的原因是认为该法并不直接保护消费者,且消费者保护属于消费者权益保护法的范畴。这种认识不符合消费者保护在反不正当竞争中的现代定位。

2. 反不正当竞争法与反垄断法的界限

反垄断法旨在禁止限制或者消除竞争(妨碍或者消除竞争自由)的行为,它与反不正当竞争法同属维护竞争秩序的法律。但两者不能简单地替代或者互补,而两者之间的界限(划界)关涉竞争自由,在两者之间应当存在竞争自由的足够空间。例如,“修订草案送审稿”第6条^[84]规定了滥用相对优势地位强迫交易的规定,产生较大争议和受到较多批评,其中的核心问题是与反垄断法相关规定如何协调,在立法政策上是否妥当。如果一般性制止滥用相对优势地位行为,则必然架空反垄断法滥用市场支配地位行为,实质上挤占自由竞争的空间,即反垄断法之所以禁止滥用市场支配地位行为,是因为只有具有市场支配地位的经营者才可能左右市场竞争,而同样的行为由不具有市场支配地位的经营者实施,则属于自由竞争的范畴。^[85]再如,不具市场支配地位的企业实施搭售行为,^[86]通常属于自由竞争的范畴,不需要再通过反不正当竞争进行管制。当然,对于一些滥用知识产权的搭售或者附加不合理条件的行为,如果达不到垄断标准而又妨碍竞争和创新的,可以通过滥用权利的方式予以解决。^[87]

3. 反不正当竞争法在知识产权法中的独特角色

如前所述,反不正当竞争法之所以能够被归入工业产权法,客观上是因为它与知识产权法都保护经营者用以从事市场活动的必要元素(工业要素),即商号、商标、产品设计、商誉等元素,加之保护对外贸易利益等实用主义的政策考量。两者显然是以各自的方式和角度进行保护和调整,不能因其补充保护的功能,而忽视其相互独立性和差异性。尤其是,不能以反不正当竞争法变相扩张专有权,或者以专有权侵权方式认定不正当竞争行为。当前我国理论界对于与知识产权专门法的关系认识和把握混乱,甚至对于本属专门法调整 and 解决的问题,因为在专门法中有争议和认识不清,转而以反不正当竞争法取而代之,回避或者规避了专门法中的争议,并使反不正当竞争法成为扩张保护知识产权的“后门”,从而可能导致违背专门法的立法精神,变相地授予专有权或者不适当扩张专有权的保护范围,导致侵占公有领域和妨害创新,或者削弱专门法的法律调整功能。例如,当前有些互联网领域的不正当竞争裁判简单地保护“免费+广告”的商业模式,给予该商业模式形同专有权的保护,不利于维护动态竞争和鼓励创新。再如,当前信息网络传播权保护中由于一些法院固守原来的所谓“服务器标准”,使聚合盗链行为得不到名正言顺的直接侵权救济,转而选择反不正当竞争法保护,既使法律救济路径出现混乱和增加了不确定性,又搞乱了著作权法与反不正当竞争法的关系,使反不正当竞争法不

[84] 该条规定:“经营者不得利用相对优势地位,实施下列不公平交易行为:(一)没有正当理由,限定交易相对方的交易对象;……”

[85] 当然,不能把不正当竞争与垄断之间的自由竞争空间绝对化,其中间或许存在一些需要管制的中间状态的特殊情形,此时视情况可以按照特殊情形予以解决,但不能将滥用相对优势行为扩大化。否则会大大压缩自由竞争空间和损害市场效率。

[86] “修订草案”第11条仍保留了现行《反不正当竞争法》关于搭售的规定,即“经营者销售商品,不得违背购买者的意愿搭售商品,不得附加其他不合理的条件”。

[87] 《合同法》第329条规定了“非法垄断技术、妨碍技术进步”的情形,最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2004年11月30日)第10条对于这些情形的具体含义进行了解释。这些情形均属于滥用知识产权的行为。《反垄断法》将经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,纳入其调整范围。对于达不到《反垄断法》要求的滥用知识产权行为,可以按照上述民事法律和司法解释进行处理。

适当地承担起保护信息网络传播权的功能,实质上削弱了著作权法对于信息网络传播权的调整和保护。因为,如果在著作权法上某些盗链聚合或者深度链接行为不属于直接侵权,而无法获得信息网络传播权上的救济,则属于公有领域的自由行为,不应该再依照反不正当竞争法予以制止;如果属于直接侵害信息网络传播权行为,则不宜由反不正当竞争法介入该权利的保护。

(二) 保护对象的“三叠加”与行为法定位

《反不正当竞争法》第2条将“损害其他经营者的合法权益”和“扰乱社会经济秩序”界定为不正当竞争的构成元素,其中“经济秩序”可视为公共利益,该界定是将经营者和公共利益纳入保护对象,在构成要素上缺少了消费者。这种规定与传统的反不正当竞争法相契合,^[88]但与现代保护对象的“三叠加”不一致。《反不正当竞争法》可以不授予消费者救济权,但在不正当竞争行为构成要素中纳入消费者元素是必要的,消费者权益(福利)是认定竞争行为正当性的重要考量因素。这是我国反不正当竞争法现代化的重要标志。它不仅具有象征意义,更重要的是具有实质性操作意义。

首先,它符合市场主体的实际。市场主体包括经营者和消费者,市场竞争最终是为了争夺交易机会和消费者。只有同时考量各个市场主体的利益,才能够使竞争行为正当性的认定符合市场竞争的实际,否则会失之偏颇。例如,市场竞争具有天然的对抗性,市场利益的争夺经常是此消彼长和损人利己,相互“干扰”是常态,法律只禁止极端的“干扰”行为,而并不奉行“非公益不干扰”。^[89]为促进消费者福利和最大限度地激励市场竞争,恰恰需要限制经营者的静态的或者既得的利益,而不断地使市场利益处于变动不居状态,以此激发市场活力,鼓励动态的和对抗性的竞争,最终有利于实现消费者福利。

其次,它与反不正当竞争法的行为法属性更为协调。反不正当竞争法是行为法,不同于知识产权专门法之类的设权性法律。在设权性法律中,侵权行为的判定相对简单,只要特定的权利被侵害且没有免责事由,即构成侵权。^[90]行为法中行为正当性的判断则需要考量与行为有关的多种因素。反不正当竞争法对于不正当竞争行为的界定应包含其基本构成要素,包括违反竞争原则与所损害法益,后者则包括经营者和消费者利益以及公共利益。除了以竞争原则界定竞争行为正当性之外,损害法益的“三叠加”也具有足够的复杂性。在构成要素中忽视消费者元素,必然直接影响正当性判断的方向和结果。例如,对于互联网领域的“免费+广告”商业模式,如果简单地认为其属于合法权益,对其侵害即构成不正当竞争,就是一种一般侵权式的判断思路,并未体现行为正当性的判断特性,即未能从竞争原则和“三叠加”法益因素上进行综合考量,其结果会不适当地把非专有权的法益事实上当作专

[88] 当时的参与立法者曾说,“这是一个不正当竞争传统概念的定义”。参见孙琬钟主编:《反不正当竞争法实用全书》,中国法律年鉴社1993年版,第26-27页。

[89] 近年来我国法院在涉互联网领域的不正当竞争判断中,提出所谓的“非公益不干扰”原则,即非因特定公益(如杀毒)的必要,不得直接干预竞争对手的经营行为。例如,“百度与360插标不正当竞争案”,北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号民事判决书;“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”,参见北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第13155号民事判决书,北京知识产权法院(2014)京知民终字第79号民事判决书;“极路由”视频广告屏蔽不正当竞争案,参见北京市高级人民法院4月13日发布的“2015年度北京市法院知识产权司法保护十大创新性案例”之案例二。

[90] 实践中有法官主张根据反不正当竞争法的法律属性确定其法律适用标准。例如,反不正当竞争法的适用首先要界定其所保护的“合法权益”,“合法权益”是判断“不正当竞争”的基础要件。界定“合法权益”的一个路径是“从反不正当竞争法隶属于知识产权的整体框架出发,在确保‘合法权益’符合知识产权的整体理解之下,再根据反不正当竞争法的自身特点进行界定,从而既保证该法作为知识产权大类中的部门法在属性上的一致性,又能体现该法自身的独特性,更易被学界与实践所接受。”“在对‘合法权益’进行界定时,既要注重将其置于‘知识产权’这一大类范围内的考量,又不宜忽视其自身特有的属性。”陶钧:《论反不正当竞争法在“互联网+”经济模式下适用的正当性分析》,载《竞争政策研究》2016年5月号,第14页。这是一种形式主义的方式,即先确定反不正当竞争法的法律归属,即归属于知识产权法,然后按照“知识产权”的概念对于反不正当竞争法中的“合法权益”进行认定(即以按图索骥的方式根据“知识产权”概念衡量和认定“合法权益”);反不正当竞争法只具有知识产权下位法之下的独特性。这种判断方式容易走向一般侵权式思路。

有权保护。再如,就《反不正当竞争法》第5条第(2)项规定而言,如果比照《商标法》对于注册商标和驰名的未注册商标只在相同和类似商品上予以保护的規定精神,就不能适用于非类似商品上的仿冒行为。但是,《商标法》是设权性法律,它需要首先通过限定商品类别等确定专用权的固定范围;《反不正当竞争法》则是行为法,重在考量行为的正当性,如果非类似商品上的擅自使用行为足以误导消费者和损害竞争秩序,当然可以认定构成不正当竞争。^[91]

再次,符合反不正当竞争法的规范实际,并可避免不适当限制法律的调整范围。我国反不正当竞争法定位于竞争行为和竞争秩序,并未采取严格的保护竞争者的限制,也即不将严格的竞争关系作为一律的构成要件。^[92] 保护消费者利益是放弃严格竞争关系的重要支撑。而且,消费者在竞争行为中的显性程度不尽相同。在一些不正当竞争的构成中,消费者元素非常突出,如仿冒行为、虚假宣传行为等,消费者元素尤其突出和直接;在有些行为的构成中,如商业贿赂、商业诋毁、商业秘密保护等,损害经营者的利益更为直接和突出。将消费者元素纳入不正当竞争行为的界定,使那些消费者元素更为直接和突出的行为有了更加明确的法律依托和逻辑依据。

在一般条款开放性适用中,保护对象的“三叠加”定位尤其具有价值。已为反不正当竞争法列举的不正当竞争行为,其构成要素明确,确定性强,可以视为“自身违法行为”。依据《反不正当竞争法》第2条第1、2款一般性规定(一般条款)认定新的不正当竞争行为,则具有较大的裁量性和不确定性。“三叠加”保护目标是确定裁量方向的重要指引,甚至会作用裁判结果。例如,我国法院根据“非公益不干扰”原则,在肯定“免费+广告”商业模式合法性之后,即认为擅自屏蔽他人“广告”构成不正当竞争,实际上并未更多看重消费者福利。在类似裁判中,德国法院不太注重商业模式本身的可保护性,而着重进行消费者福利等因素考量,得出相反的裁判结论。^[93] 德国的这种做法更符合行为法的判断模式和要求。

(三)具体制度的现代化设计

反不正当竞争法的现代化最终要体现和落实在具体制度的设计上。

首先,具体制度要体现追求效率基础上的公平目标。反不正当竞争法所维护的公平竞争必须是效率前提之下的公平,而不是抽象的和孤立的公平。例如,搭售行为通常会限制购买者的交易自由,但从市场竞争机制而言,不具有市场支配地位的经营者实施搭售行为,应当交由市场机制去调节,属于自由竞争的范围,不予一般性禁止符合效率的要求。再如,由于市场竞争奉行模仿自由等原则,不

[91] 例如,针对在洗发水产品上逼真模仿他人“大湖”饮料特有包装装潢、导致市场混淆误认的行为,国家工商行政管理局《关于在非相同非类似商品上擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似使用的定性处理问题的答复》(1998年11月20日)指出:“仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为一般发生在相同或类似商品上,但经营者在非相同、非类似商品上,擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似的使用,造成或者足以造成混淆或者误认的,亦违反《反不正当竞争法》第二条规定的市场竞争原则,可以按照《反不正当竞争法》第五条第(二)项的规定认定为不正当竞争行为。”

[92] 司法裁判已意识到该问题。例如,“传统行业对竞争关系的理解一般限于同业间的直接竞争关系,但当前互联网经济由于行业分工细化、业务交叉重合的情况日益普遍,对竞争关系的理解则不应限定为某特定细分领域内的同业竞争关系,而应着重从是否存在经营利益角度出发进行考察。经营利益主要体现在对客户群体、交易机会等市场资源的争夺中所存在的利益。”参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第3283号民事判决书(2014年9月12日)。“在传统经济模式下,竞争关系的范围一般在于同一商品或者服务领域的竞争者。但是随着社会经济的迅速发展,尤其是随着互联网行业的出现和蓬勃壮大,出现了很多不同于传统经济模式的经营形态。而如果竞争关系的范围囿于同一商品或者服务领域的竞争者,则难以实现《反不正当竞争法》的立法目的。因此,在新经营形态不断出现的情形下,只要双方在最终利益方面存在竞争关系,则应当认定两者存在竞争关系,适用《反不正当竞争法》。”参见上海市杨浦区人民法院(2015)杨民三(知)初字第1号民事判决书。

[93] 参见德国最高法院2004年6月24日判决的“电视精灵”案(BGH, Urteil v. 24.06.2004, Az. I ZR 26/02);德国汉堡州法院第16民事庭2015年4月21日判决的“带有付费白名单的广告屏蔽案”(LG Hamburg 16. Kammer für Handelssachen, Urteil vom 21.04.2015, 416 HKO 159/14)采取了同样的态度。

能一般性地禁止“搭便车”、“食人而肥”等行为,只有在其具有特殊情形时才应当禁止,如导致市场混淆等。比如,网络信息的经营者对其未采取技术保护措施,而又不受专有权保护的网路信息,不能获得反不正当竞争保护,因为这涉及互联网上的信息自由和最大限度享受网络信息的消费者福利。^[94]

其次,列举性行为的规定应当与时俱进。例如,仿冒行为的结果性要件是引起市场混淆,《反不正当竞争法》第6条以“引人误认为是该知名商品”和“引人误认为是他人的商品”表达结果要件,这是一种传统的表达方式,限于最狭义的市场混淆即对产品本身的混淆误认。现代反不正当竞争实践已采取广义的市场混淆概念,除狭义的产品混淆外,还包括主体关联关系、认可关系等广泛意义上的混淆。^[95]而且,为了适应实践需求,司法解释已采取扩张解释,如《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第4条第1款规定:“足以使相关公众对商品的来源产生误认,包括误认为与知名商品的经营者具有许可使用、关联企业关系等特定联系的,应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的‘造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品’”。因此,可以借鉴《商标法》第57条的表述方法,以“容易导致混淆”取而代之。

再次,尽可能维护竞争自由和减少市场干预。我国《反不正当竞争法》虽较多地借鉴大陆法系国家立法经验,但在调整范围上却比较克制。反不正当竞争法只是规定了巴黎公约规定的三类行为(仿冒、虚假宣传和商业诋毁行为)及有较高国内外共识的行为(如商业贿赂、商业秘密和不正当有奖销售),这些行为都是遏制扭曲市场、降低交易成本和增强市场透明度所必须禁止的行为。同时,其本意也是不允许依据第2条认定未列举的行为。这种对于调整行为采取的列举式和封闭式的立法态度,体现了对于市场竞争进行审慎干预和有限干预的精神。《反不正当竞争法》修订仍应高度重视和充分贯彻有限干预和市场效率观念。其一,对于一般条款既要保持开放又要适当限制,即适应新形势需求,将该法第2条明确定位为可据以认定新行为的一般条款,但又适当加以限制,防止过宽过滥适用而过多干预竞争自由。^[96]这种意图在法律修订时应当尽可能明确规定出来,以便于准确把握和减少分歧。其二,能够纳入市场调节的行为尽可能交给市场去解决。市场机制具有强有力的自我修复和调整能力,市场自由能够确保资源优化配置和市场效率最大化,只有那些市场自身不能解决的问题,才需要法律予以干预。因此,要从最小程度干预的原则出发,确定构成不正当竞争的行为范围。例如,法律只禁止引人误解的宣传,真实而引人误解的宣传需要禁止,但虚假而不引人误解的宣传,就交给市场去识别和解决;市场竞争具有天然的对抗性,市场利益的争夺经常是此消彼长和损人利己,相互“干扰”是常态,法律只禁止极端的“干扰”行为,而并不奉行“非公益不干扰”。其三,需要贯彻有限政府的理念,尤其是对于行政强制措施和行政处罚进行必要的限制。如,对于行政机关责令暂停行为需要限制必要的条件;行政处罚最好限于损害公共利益的情形。需要适当扩展私法救济,如可以赋予行业协会对于损害行业利益的不正当竞争行为的起诉权。

[94] 但是,有些裁判持相反态度,如原告上海汉涛信息咨询有限公司与被告北京百度网讯科技有限公司、上海杰图软件技术有限公司不正当竞争纠纷一案,参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号民事判决书。

[95] 现代法上的市场混淆被划分为多种类型,虽然具体说法存在差异,但大体上的划分是比较一致的。例如,按照世界知识产权组织有关资料的看法,反不正当竞争法中的混淆分为三种类型,即商品来源的混淆(the commercial source of the goods or services)、关联关系的混淆(confusion as to affiliation)和认可关系的混淆(confusion as to sponsorship)。商品来源的混淆是指商业标识近似到足以使一般消费者对商品来源产生混淆,包括对商品的误认或者误认为商品来源于相同的市场主体;关联公司的混淆是指误认为相同或类似商品的使用者存在密切的商业联系(a strong business connection);认可关系的混淆是指虽不被误认为具有同一来源或者具有密切联系,但因商业标识的近似而认为此种协议认可使用的关系。WIPO, *supra* note 21, at 28-29.

[96] 一些国家采取了限制一般条款适用的态度。如在德国,反不正当竞争法一般条款不能成为认定“广泛的剩余行为类型”(a broad residual category)的依据,只能限于非常狭窄的范围,及适用于法律列举性规定之外的特定行为。而且,必须对竞争具有实质性损害。Very, *supra* note 1, at 155.

最后,可以适当提高构成不正当竞争的门槛性要求,特别是考虑引入竞争性损害要求。如可以要求不正当竞争行为的构成必须具有竞争损害,即对竞争秩序造成了损害。^[97]如将他人知名商标商品(如LV手提包)用于楼盘广告,虽然搭他人驰名商标便车,但并不损害其商标利益,这种“利己不损人”的行为未必损害竞争秩序,可以不认定其构成不正当竞争。^[98]

四、结语

钱穆在其《中国历代政治得失》中曾言,制度不会凭空从一种理论中产生,而是现实孕育了制度。^[99]制度是实际需求的产物,不太可能是纯粹理论的设想。在与强烈的实际需求相较中,理想化的和纯粹的理论构想往往苍白无力。理论可以对实践推波助澜,可以因势利导借势推动实践的发展,但不可能使实践削足适履,也不可能阻碍实践发展的潮流。无论是反不正当竞争法的发展历程,还是当今的现代化制度设计,都既有其制度本身的内在逻辑,又有实用主义的各种考量,许多制度都是在逻辑与实用的张力之下形成的。在我国反不正当竞争法现代化的过程中,对于世界范围内已经形成的理念和制度共识,要深入总结、思考和充分借鉴;对于各具特色的具体制度,需要理性分析和择善而从。我们不能墨守成规和固步自封,但归根结底要立足我国国情和符合实际。

Modernization of Anti – unfair Competition Law

Kong Xiangjun

Abstract: Anti – unfair competition law has been developing for more than 100 years at the international level. Based on the development in pre – *Paris Convention* era and the evolution after *Paris Convention* was ratified, in 1950s anti – unfair competition law started its modernization, and became an institution characterized with protecting multiple subject matters. Further, the modernization also renders anti – unfair competition law with new periodical characteristics in both ideological and institutional aspects. China Anti – unfair Competition Law has absorbed several modern elements, and needs to further adapt itself to the development of contemporary economy and society. To be specific, further modernization and institution creation have to be pushed forward from following aspects, including the precise orientation of Anti – unfair Competition Law, the diversification of subject matters and the design of concrete institutions.

Keywords: anti – unfair competition law; modernization; multiple protection targets

(责任编辑:倪鑫煜)

[97] 其他有些国家有此类做法。如适用德国反不正当竞争法一般条款有“忽略不计”要求(a ‘de minimis’ threshold),即便某种行为被认为“不正当”,如果不实质性影响竞争,也即可以忽略不计的损害行为,就不具有可诉性。*Id.* at 155 – 156.

[98] 司法实践中有相反的认可,如在原告路易威登马利蒂公司与被告上海鑫贵房地产开发有限公司、上海国际丽都置业有限公司商标侵权和不正当竞争纠纷案中,被告在一路口处的大楼上安装了一宣传其房地产的大型户外广告牌,其广告可分为三部分,左侧和右侧主要是其房地产的广告语,广告中间为一半蹲模特图像,模特手中拎一手提包,包身为均布的“LV花图形”图案,其中包含“LV”商标图案。上述广告中的文字为白色,模特和手提包的主色调为橙红色。原告起诉被告侵犯“LV”注册商标专用权,以及构成不正当竞争。法院认为不构成商标侵权,但因搭便车等而构成不正当竞争。参见上海市第二中级人民法院(2004)沪二中民五(知)初字第242号民事判决书。

[99] 钱穆:《中国历代政治得失》,九州出版社2012年版,第56页。

口供的自由、自愿原则研究

——法国模式及评价

施鹏鹏*

摘要:受欧洲人权法院的压力,法国于2011年出台了《刑事拘留法》,明确了口供的自由、自愿原则。在内容上,口供自由、自愿原则包括权利告知、获取口供的合法性限制以及非法口供排除的自由评价。从制度设计上,法国式的口供自由、自愿原则具有三大特点:以判例为主导的非法口供排除规则体系、“相对无效为主、绝对无效为辅”的排除标准以及以中立司法官为主要的权力监督机构。尽管口供的自由、自愿原则已在法国扎根并日渐成熟,但仍带有浓厚的职权主义色彩。从根本而论,“社会利益优先”、“国家权力主导”、“追求实质真实”等核心目标在法国刑事诉讼中未发生根本变化,公权力机构在刑事司法体系中还处于较优势的地位。

关键词:口供 自由、自愿原则 非法口供排除 实质真实

在传统的职权主义刑事诉讼中,被告人口供是最为重要的证据形式,长期被冠以“证据之王”的美誉。无论在成文法,还是在学者的著述中,被告人口供均占据重要地位。例如,法国1670年的《刑事法令》便专篇规定了“讯问被告人”,详细确立了讯问被告人的四大核心程序规则,包括:(1)宣誓制度。在接受讯问前,被告人应宣誓说真话(第14篇第7条)。被告人拒绝宣誓的,将视为“故意沉默”(muet volontaire)。法官在经三次督促并警醒沉默的后果后,将不再理会,并有权决定是否让拒绝回答的被告人出庭;(2)律师不得参与讯问过程。《刑事法令》第14编第8条规定,“被告人,无论何种身份,均有义务亲自回答问题,而不得有律师协助……所有与之相悖的惯例,予以废除……”。但对于可能判处自然死刑或身份死刑^[1]的案件,被告人在接受法官讯问后可与律师交流。但无论何种案件,被羁押的被告人在接受第一次讯问前不得与任何人交流;(3)禁止欺骗性讯问。^[2]法官在讯问被告人时,不得使用各种伎俩、欺骗性论断或者虚假承诺,不得暗示被告人应如何作答,或者打断被告人的回答;(4)酷刑。如果“被指控的罪名应判处死刑”,且“存在不利于被告人的重要证据”(1670年《刑事法令》第19编第1条),则可以启动预备刑讯程序,对被告人科处酷刑。这里所谓的“不利于被告人的重要证据”,可以是经两名证人证实的被告人庭外供认(la confession extrajudiciaire),也可以是一份

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

[1] 自然死刑即死刑,而身份死刑(mort civile)则包括终身苦役、终身禁止进入王国等终身剥夺正常公民身份的刑罚,主要涉及盗用公款、贪污、欺诈破产、盗窃或协同盗窃银行、伪造货币、伪造或其他涉及个人身份的犯罪。

[2] 在具体的司法实践中,不当取证与合法侦查策略之间的界限相当模糊。巴黎上诉法院所保留下来的卷宗材料表明,绝大部分法官在讯问被告人时均使用简单的问题,而不会拐弯抹角或采用复杂句式,以保证被告人可准确理解问题的含义,并直截了当地作出清晰的回答。但也有法官会采用一些讯问策略,包括恐吓、引诱、欺骗等。Jousse, *Traité de la justice criminelle*, 4 vol., 1771, tome 2, p. 271.

证人证言再辅以征凭(indice),^[3]尤其是证明被告人声名狼藉的征凭,也可以是所有确实的征凭。中世纪中后期,欧陆各国的司法实践普遍将被告人自愿的供述作为确实证据,法官可据此定罪甚至判处死刑。^[4]因此,为迫使被告人认罪,刑讯及酷刑制度在欧陆大陆的17世纪至18世纪达至鼎盛。而在学术研究中,中世纪欧洲大陆的证据法理论几乎均以口供和酷刑为中心,而鲜有涉及其他证据形式或者证据规则。较具代表性和影响力的作品如13世纪的佚名作品《论酷刑》(*Tractatus de tormentis*,大约写于1263年至1286年)、13世纪末阿尔伯特·甘迪努斯(Albert Gandinus)的《论犯罪》(*Tractatus de maleficiis*)、1484年海因里希·克雷默和耶科布所撰写的《女巫之槌》(*Malleus maleficarius*)、1580年冉·布丹(Jean Bodin)的《巫师的魔鬼附身狂想》(*Démonomanie des sorciers*)、1588年意大利罗马的律师法里纳修斯(Farinaccius)所撰写的《刑事理论与实务》(*Praxis et theorica criminalis*)等。此外,波伦亚学派在评注《狄奥多西法典》和《学说汇纂》时亦对罗马法中的酷刑理念作了较具深度的阐释。直至18世纪甚至19世纪,欧陆多数刑事诉讼法学家在研究证据形式时仍以口供为主要研究对象,^[5]足见“口供中心”为传统职权主义诉讼奉为圭臬。

法国大革命后,大陆法系国家开始在刑事司法领域中放弃法定证据体系,并转而适用自由心证制度。自由心证^[6]是探索事实真相的直觉感知模式,指法官通过证据自由评价实现从客观确信至判决责任伦理的跨越。自由心证以证据自由(*la liberté de la preuve*)及证据自由评价(*l'appréciation libre de la preuve*)为前提:前者指在刑事诉讼中,法律及判例原则上不对证据形式作特别要求,犯罪事实可通过各种形式的证据予以证明;后者则指法官通过理性推理对各种证据形式的证明力进行评断,以为判决提供客观依据。在自由心证体系下,口供成为一种普通的证据形式,不再具有特殊的证明力,如《法国刑事诉讼法典》第428条所明确规定的,“口供与其他证据形式相同,交由法官自由评价”。随着科技证据的兴起以及正当程序理念的普及,口供在欧陆刑事诉讼中的重要地位逐渐下降,获取口供的方式亦受到广泛关注,尤其是取证的合法性以及非法口供的排除。饶有趣味的是,在这些重要问题上,法国的国内法与国际条约以及欧洲人权公约存在一定的分歧,理论界与实务界也有明显的观点冲突。2011年4月14日,法国对刑事拘留制度进行了深入的改革,在立法上对口供的“自由”、“自愿”原则^[7]进行了确认,并设立了较严密的程序保障体系,但实务界对此反映强烈,在一些敏感案件中(如有组织犯罪、恐怖犯罪)仍自行其是,以各种方式变相架空法律的规定,非自愿性口供的确认及排除遂成为显命题,法国宪法委员会及最高法院亦参与其中的讨论,确立了一系列原则性框架,构建较具特色的法国模式,值得引起关注。当然,在比较法的立场上,我们不仅应关注法国在口供问题上

[3] 征凭是中世纪欧洲大陆重要的证据形式,外延极广,涵盖所有能间接证明被告人罪责的证据,包括传闻证据、品格证据等。

[4] 尽管法国1670年的《刑事法令》并未将被告人供述作为确实的证据,但司法实践中仅凭口供便定罪案件也相当之多。

[5] Mittermaier K. J. A., *Traité de la preuve en matière criminelle*, traduit par, C. - A. Alexandre, De Cosse et N. Delamotte, 1848, p. 240 - 300.

[6] 在学说上,自由心证具有广义、狭义之分。广义的自由心证,又称为自由心证的制度体系或者情感证据制度,包括证据自由、证据自由评价以及判决的责任伦理;狭义的自由心证又称为内心确信,专指判决的责任伦理。为避免术语混用,本文如未专门指出,则对自由心证作狭义解释。

[7] 在大陆法系国家,口供作最广义的理解,包括司法口供(*l'aveu judiciaire*)与司法外口供(*l'aveu extra-judiciaire*)。前者指犯罪嫌疑人、被告人在侦查阶段、起诉阶段、预审阶段以及审判阶段所作的各种认罪供述,而不仅仅局限于庭审。后者则指犯罪嫌疑人、被告人在诉讼程序外所作的认罪供述,在一些情况下仍具有证明力,交由法官自由评价。“自由任意性规则”是英美法的专有表述,在法国法中未有直接对应的概念。一个比较接近的表述是口供的自由(*libre*)、自愿(*volontaire*)原则。但两者在内涵、外延及性质上略有区别(参见本文第三部分)。本文采用一种更接近法国法原意的表述。

的制度构建,更应深入分析刑事司法多元目标背后复杂的价值冲突以及微妙的折衷考量。从根本而论,职权主义所秉承的“社会利益优先”、“国家权力主导”、“追求实质真实”等核心内涵虽历经磨砺,但依然发挥着主导作用。

一、口供“自由”、“自愿”原则的正式确立

刑事诉讼中,犯罪嫌疑人、被告人在面对侦查人员的讯问时,可以选择如实供述,也可以选择拒绝回答或者说谎。^[8] 但与英美法系不同,^[9]大陆法系国家(比如法国、德国)并不严格区分“沉默权”与口供的“自由”、“自愿”原则,两者在功能上基本一致:保障犯罪嫌疑人、被告人保持沉默的权利,即不得强迫其违背“自由”意志自我归罪,否则所获得的口供将予以排除。可以认为,沉默权与“口供”的自由、自愿原则共同构成对被告人无罪推定权以及自由辩护权的保护。学术作品通常也将沉默权与口供的自由、自愿原则作为相同的主题予以研究。^[10]

在法律渊源上,法国著名的刑法学家冉·布拉戴尔教授认为,不管是在国际法层面,^[11]还是在法国国内法层面,沉默权均是一种“毋庸置疑的存在”。^[12] 但情况远非如此。如果说在国际法层面,各种国际条约以及欧洲人权法院的判例早早地确立了沉默权的制度轮廓,则在国内法层面,法国立法界及司法界经历了长时间的争论,即便偶有推动,亦是一波三折。实务部门(尤其是司法警察)对沉默权持较敌对的态度。

在国际法方面,1966年联合国《公民权利与政治权利国际公约》第14条第3款规定,“任何刑事被告人不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”。1985年11月29日通过的《联合国少年司法最低限度标准规则》亦重申:根据法的正当过程,保持沉默的权利是“公正合理的审判”所应包括的基本保障之一。法国作为这些国际条约的缔约国,理应遵守条约所设定的各项义务,保障刑事被告人“不得强迫自证其罪”。而更有直接约束力的是《欧洲人权公约》以及欧洲人权法院的相关判例。众所周知,法国于1974年批准《欧洲人权公约》,于1981年承认“个人申诉”的权利(*le droit de recours individuel*)。几十年来,欧洲人权法院通过直接(对法国)或间接(对其他成员国)的有罪判决极大影响了法国的刑事立法和司法,沉默权便是范例。《欧洲人权公约》第6条规定:“在决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何刑事罪名时,任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯……凡受刑事罪指控者在未经依法证明为有罪之前,应当推定为无罪。”欧洲人权法院在1993年2月25日“范克诉法国”(FUNKE contre France)及1996年12月17日“桑德斯诉英国”(SAUNDERS contre Royaume - Uni)的判例^[13]中对《欧洲人权公约》第6条进行了

[8] Jean Pradel, «La mauvaise volonté du suspect au cours de l'enquête», in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, LGDJ, 2007, p. 305 et s.

[9] 例如在美国,侵犯沉默权,援引联邦宪法第五修正案“不得强迫自证其罪”条款予以排除,而对于自白是否符合任意性标准,则援引联邦宪法第十四条的“正当程序”条款。此外,沉默权与自白任意性法则在产生时间、理论依据、适用范围等也有区别。参见孙长永:《沉默权制度研究》,法律出版社2001年版,第7-8页。

[10] Gérald Pandelon, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse, 2012.

[11] Arrêt John Murray c. Royaume - Uni du 8 février 1996 et Saunders c. Royaume - Uni du 17 décembre 1996, RSC 1997, p. 476, arrêt Condron c. Royaume - Uni du 2 mai 2000, req. n°35718/97.

[12] Jean Pradel, «La mauvaise volonté du suspect au cours de l'enquête», in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, LGDJ, 2007, p. 308.

[13] CEDH, 25 fév. 1993, FUNKE c/ France (req. no10588/83); CEDH, 17 déc. 1996, SAUNDERS c/Royaume - Uni (req. n° 19187/91).

解释,明确认为沉默权是无罪推定原则和公正审判的核心内容,不仅适用于预审和审判阶段,也适用于警察讯问阶段。这些判例对法国的刑事拘留制度改革有着十分深刻的影响。

在国内法方面,法国决策层对沉默权的认可经历了漫长的历程。虽然1789年的《人权宣言》便已确定了“无罪推定原则”,即“任何人在未经判罪前均应假定其无罪,如非拘禁不可,法律应规定对他采取的严厉措施”(第9条),但在绝大部分的立法者及司法官看来,无罪推定仅是具有宪法效力的原则,并未实效化,且口供的自由、自愿原则与无罪推定并未存在直接的逻辑关系,获取被告人供述在刑事诉讼中具有正当性。^[14]1791年,法国立法者对传统的刑事诉讼进行了深入改革,采用二元化的程序设计:重罪适用从英国移植而来的陪审团审判程序,而轻罪依然采用传统的职业法官裁判程序。重罪庭审一改法国自1670年《刑事法令》以来以“书面审”、“秘密审”、“以被告人供述为中心”的诉讼传统,转而适用公开原则及言辞原则,被告人当庭作出供述,可查阅先前的笔录,且无须进行宣誓。^[15]尤值一提的是,依1791年法律之规定,被告人可获得辩护人的帮助。如有必要,法庭可依职权为被告人指定辩护人。辩护人亦可阅读被告人先前的口供笔录。但从1791年至1808年,法国对内政局混乱,对外战争不断。在这种特殊的环境下,新的程序设计难以发挥原有的效用。一方面,国内各种特别法院林立,并不适用新的庭审原则。比较典型的如1793年3月所设立的巴黎革命法院以及之后的特别刑事法院;另一方面,从1791年起,各届政府便经常出台与1791年法律或《犯罪与刑罚法典》相背的法令,变相摒弃庭审原则。例如热月党在共和历四年以及督政府在共和历五年所进行的一系列军事司法改革。^[16]1808年的《重罪法典》确立了所谓的“混合型”诉讼模式:审前程序以书面、秘密及非对抗为特征;审判程序则秉承言辞、公开及对抗原则。诉讼程序分为三大阶段:侦查、起诉阶段,由司法警官和检察官负责;预审阶段,由预审法官和预审庭负责;审判阶段,由法官负责。法官可采取所有可揭示案件真相的措施。被告人供述再次成为刑事诉讼最为重要的证据形式,尤其是在审前程序中。司法警察逐渐取代预审法官,成为讯问犯罪嫌疑人主要主体。即便是在庭审程序中,法官讯问被告人也是最为重要的组成部分,被告人时常受到审判长时间的质问、训斥和告诫。1897年12月8日,法国颁布新法对审前程序进行了重大修改,允许律师介入司法警官、检察官及法官的侦讯过程。例如,预审法官在讯问嫌疑人时必须告知其拒绝回答提问权和律师帮助权,随后每一次讯问,预审法官都必须事先通知辩护律师到场;律师与在押的犯罪嫌疑人在第一次讯问之后原则上可以自由会见往来;预审法官询问证人时如果没有犯罪嫌疑人或辩护律师在场,应当在事后尽快让他们查阅询问笔录;辩护一方也可以要求预审法官采取一切对于发现事实真相所必要的措施。但这并不意味着法国法已确立了现代意义的沉默权:一方面,在司法实践中,沉默并非辩护的最佳手段,因为法官会因被告人沉默作出不利推断。法国传统的刑法学者时常援引边沁的名言,“口供是言辞上的认罪,而沉默是行为上的认罪”(L'aveu est une confession de bouche; le silence est une confession de fait);^[17]另一方面,侦查人员在讯问犯罪嫌疑人、被告人时无须告知其享有沉默的权利。

20世纪90年代,受欧洲人权法院的压力,法国刑事诉讼法典作了一系列修改(尤其是1993年1

[14] Gérald Pandelon, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse, 2012, p. 138.

[15] 仅证人作证需要宣誓。讯问被告人时要求其进行宣誓的,构成公共秩序无效。

[16] Décret du 2ème jour complémentaire de l'an III (II septembre 1795) Duvergier, VIII, p. 279; Loi du 13 brumaire an V (3 novembre 1796), Duvergier IX, p. 214.

[17] Gérald Pandelon, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse, 2012, p. 178.

月4日及1993年8月24日的法律),对“刑事拘留程序”以及“预审程序”的讯问制度进行了改革,强化了刑事辩护权,允许律师在拘留期间介入诉讼,取消了犯罪嫌疑人回答警察提问的义务,并规定“预审法官应当告知受审查者,未经其本人同意,不得对他进行讯问”(《刑事诉讼法典》原第116条)。2000年6月15日,法国又进行了自1958年《法国刑事诉讼法典》颁布以来力度最大的一次刑事诉讼立法改革,正式明确地将沉默权载入刑事诉讼法典,“被拘留者应立即被告知,其可选择作出声明,回答向其所提问的问题,亦可以保持沉默”(《刑事诉讼法典》原第63-1条第1款)。侦查人员应在讯问前告知犯罪嫌疑人此一权利。犯罪嫌疑人自愿回答提问的,不在此列。但犯罪嫌疑人如果拒绝回答的,不应因此受到任何否定性的评价。侦查结果与犯罪嫌疑人是否配合无涉。但应特别注意的是,在法国,即便被拘留者一开始便明确主张行使沉默权,但侦查人员仍可以继续向其提问,尤其是非常精确的问题。相关问题应载入讯问笔录(《刑事诉讼法典》第429条第2款)。在规范层面,可以说,2000年的法律改革让法国的沉默权制度跨入与国际接轨的新阶段。但法国国内的许多政治人物以及实务人员并不认为沉默权是一项好的法律制度,尤其是认为该权利与保障实质真实的诉讼价值存在较大的冲突。正因为如此,2000年的法律实施不到2年,法国又通过了2003年3月18日的法律,取消了侦查人员的告知义务。立法理由书阐明了两项理由:其一,法国立法者认为取消侦查人员的告知义务,并不意味着剥夺犯罪嫌疑人的沉默权。事实上,法国法从未禁止犯罪嫌疑人保持沉默。因此,被拘留者当然有权拒绝回答侦查人员所提问的问题。但司法官有权据此得出否定性判断;^[18]其二,告知义务给犯罪侦查带来了极大的困难。实证数据表明,犯罪嫌疑人尤其是年轻的犯罪嫌疑人,一旦被告知其享有保持沉默的权利,则其在绝大部分的情况下不会吐露任何与案件有关的信息。2003年的立法改革让法国刑事拘留制度成为焦点问题,核心争议点便是犯罪嫌疑人在刑事拘留中应享有怎样的权利,尤其是沉默权和受律师帮助的权利。自2009年起,法国最高法院刑事庭、法国宪法委员会以及欧洲人权法院通过一系列判例参与了讨论。例如,2010年7月30日,法国宪法委员会通过合宪性审查(QPC)判定《法国刑事诉讼法典》第62条、第63-1条、第63-4条第1款至第6款、第77条等违宪,未保障犯罪嫌疑人保持沉默的权利以及有效获得律师帮助的权利。2010年10月14日,欧洲人权法院在布鲁斯科诉法国(Brusco contre France)一案中判处法国败诉,理由亦是法国国内法院在此案中未向申诉人告知享有沉默权,且未保障申诉人获得律师的援助。这些判例促成了2011年4月14日第2011-392号《刑事拘留法》的出台,明确了法国沉默权制度的法律轮廓。

二、口供自由、自愿原则的内容及保障

从辩护自由及正当程序的角度看,口供的核心应是自由、自愿,即侦查人员应在尊重犯罪嫌疑人、被告人意志自由的情况下获得认罪供述,犯罪嫌疑人、被告人有权拒绝回答侦查人员的提问,且不受不利评价。但这与刑事侦查的归因逻辑形成尖锐冲突:司法实践中,侦查人员在面对一起已发生的刑事案件时,犯罪嫌疑人、被告人的供述是还原案件真相最便捷也是最高效的途径,也是获取其他证据、防止犯罪损害结果扩大最有效的方式。因此,司法警察在刑事拘留这一阶段最容易滥用讯问权,以暴力、威胁、引诱、欺骗、不人道待遇等强制或不正当的方法迫使犯罪嫌疑人作出口供,且不受司法权的

[18] 这与欧洲人权法院的判例存有冲突。参见 *arrêt Averill c. Royaume - Uni* du 6 juin 2000, req. n°36408/97。

监督。故所有国家均高度关注警察讯问的合法性。但法国的刑事证据制度具有两大特征,直接影响了口供自由、自愿原则的内容及程序保障:一方面,《法国刑事诉讼法典》第427条规定了证据自由原则。^[19]所谓“证据自由”,是指证据形式自由,即将证据能力与证据形式作一清楚切割,允许通过任何证据形式证明犯罪事实。这意味着在法国,瑕疵口供、司法外口供等均可以进入刑事诉讼,在经对席辩论及法官自由评价后仍然可以作为定案的依据;另一方面,《法国刑事诉讼法典》第49条规定了起诉与预审相分离。预审法官在预审庭的监督下收集有罪及无罪证据。主流学说认为,预审法官至少应讯问一次犯罪嫌疑人,目的是“为了保护犯罪嫌疑人”,独立法官的介入比抽象的沉默权更能保护犯罪嫌疑人。^[20]这可以理解为对口供自由、自愿原则的探讨多数在警察讯问阶段(即刑事拘留),而较少涉及预审及庭审。

(一) 权利告知

获悉权利是犯罪嫌疑人、被告人充分行使权利的前提,因此司法职权机关在采取强制措施前应履行权利告知程序,这在世界各国均是通例。例如美国联邦最高法院在米兰达诉亚利桑那州一案后^[21]确立了“米兰达权利”宣告。《德国刑事诉讼法典》第163a条第4项及第136条第1项均规定,犯罪嫌疑人在接受讯问前应告知其享有律师帮助权和沉默权。在法国,依2011年《刑事拘留法》第3条之规定(修改了《刑事诉讼法典》原第63-1条)，“犯罪嫌疑人在被刑事拘留后,应立即由司法警官或者在其指挥下的司法警员以犯罪嫌疑人能听懂的一种语言,或者在必要时采用格式告知文书向其告知以下内容:……有权要求通知其家属和雇主、由医生进行身体检查以及获得律师的帮助。被拘留者在接受讯问时拒绝表明身份的,仍有权作出供述、回答有关问题或者保持沉默”。《刑事诉讼法典》第116条规定,“……预审法官应告知出庭人有权委任或请求指定一名律师。出庭人委任律师或请求指定律师的,预审法官应立即以各种方式通知律师公会会长。如果所委任的律师无法联系或不能出庭,则应告知出庭人有权请求为其指定一名律师以在第一次出庭程序中为其提供协助。律师可立即查阅案卷,并自由与当事人交流。随后,预审法官应告知当事人,其有权选择沉默,或作出声明,或接受讯问。此一告知应载入笔录。仅在律师在场的情况下,当事人方可同意接受讯问。当事人的律师可向预审法官陈述自己的意见”。《刑事诉讼法典》第328条规定,“审判长讯问被告人,并听取其所作的声明。审判长有责任对被告人是否有罪不表露自己的意见”。

依据这些条款的规定,我们可以将法国刑事诉讼中犯罪嫌疑人、被告人自由、自愿作出口供的权利告知制度概括如下:

(1) 权利告知的时间。在侦查阶段,权利告知的时间是采取刑事拘留措施后。在预审阶段,权利告知的时间是律师到场后。在审判阶段,《法国刑事诉讼法典》未明确规定权利告知制度;(2) 权利告知的对象:犯罪嫌疑人、被告人与受协助证人。这里需要特别阐明两个问题:其一,依《法国刑事诉讼法典》第62条、第78条以及第153条之规定,“对于未有合理理由怀疑实施或企图实施犯罪的个人,侦查人员认为必要的,可以听取供述,但不得采取强制性措施,且严格以必要的询问时间为限,不超过4个小时”,“因调查之必要而受到司法警官传唤的个人有义务到案。对不回复此项传唤或担心不回

[19] 施鹏鹏:《刑事诉讼中的证据自由原则及其限制》,载《浙江社会科学》2010年第4期,第40页。

[20] Jean Pradel, *Procédure Pénale*, 9th edition, 1997, p. 357; Volger, *Criminal Procedure in France*, in John Hatchard et al., *Comparative Criminal Procedure*, 1996, p. 31.

[21] 384 U.S. 436 (1966).

复传唤的个人,司法警官经共和国检察官之批准可以以公共力量强制其到案”。这一制度称为证人的“扣留”(réten-tion)。依2011年《刑事拘留法》第2条之规定,证人的“扣留”不属于刑事拘留,^[22]因此,并不享有犯罪嫌疑人、被告人的权利。但司法实践中时常出现一种情况,即在听取证人供述时,侦查人员发现“有合理理由怀疑该人实施或企图实施犯罪,且可能判处监禁刑”,则扣留随即转化为刑事拘留,司法警官应无延迟地告知犯罪嫌疑人所享有的各项权利,包括自由、自愿作出口供的权利(《刑事诉讼法典》第62条第5款)。但此前作出的供述是否应予以排除?法国刑事诉讼法典语焉不详。但从2011年《刑事拘留法》的改革精神看,先前的供述应予以排除;^[23]其二,“受协助证人”(le témoin assisté)问题。“受协助证人”是法国所特有的一种诉讼参与者,其身份介于受审查者(la mise en examen,即为重罪预审中的被告人)与普通证人之间。依2000年6月15日《关于加强无罪推定及被害人权利保护的律》的规定,任何被指控的个人均可向预审法官申请成为受协助证人,不仅包括附带民事诉讼中的被告,还包括刑事被告人。预审法官是否批准此一请求取决于“可否存在一般的证据证明被告人可能参与实施犯罪行为”。具体而言,如果预审法官认为存在“一般的证据”可证明被告人参与实施了犯罪行为,则应批准赋予被告人“受协助证人”的身份;但如果预审法官认为存在“重大或相互印证之证据”可证明被告人参与实施了犯罪行为,则应启动审查程序,被告人遂成为受审查者,应受到司法管制或临时羁押。在法国,受协助证人亦享有沉默权,预审法官应告知其“有权作出供述、回答有关问题或者保持沉默”(《刑事诉讼法典》第113-4条);(3)权利告知的内容。法国刑事诉讼法典及相关通令均未设定权利告知的标准化表述,只要求传达犯罪嫌疑人可自由、自愿作出供述的意思表示即可;(4)权利告知的方式:口头告知,必要的时候可采用书面告知,告知事项应载入笔录;(5)未进行权利告知的后果。在法国,司法职权机关未依法进行权利告知的,并不构成绝对的程序无效事由。所获得的供述经对席庭审后,交由法官进行自由评价,仍可作为定案的依据。^[24]

(二)获取口供的合法性限制

在法国刑事诉讼中,证据形式是自由的,但证据调查方式却必须合法、正当。法国著名的刑法学教授布扎先生对“取证的正当性”给出了一个十分准确的界定,“所谓取证的正当性,系证据调查所应秉承的方式,即尊重个人权利、合乎司法尊严”。^[25] 取证正当性亦适用于犯罪嫌疑人、被告人供述的获取。依口供的自由、自愿原则,司法职权机关不得采用违反犯罪嫌疑人、被告人意志的方式进行取证,否则构成程序无效。但哪些取证方式违反了口供的自由、自愿原则?与德国不同,^[26]《法国刑事

[22] 2011年《刑事拘留法》第2条对刑事拘留进行了界定,“在司法机关的监督下,对存在合理理由怀疑实施或企图实施重罪或可判处监禁刑之轻罪的个人,由司法警官决定对其人身自由进行限制以确保调查人员调查的一种强制措施”。

[23] 《意大利刑事诉讼法典》便作了十分明确的规定,“1. 既非犯罪嫌疑人也非被告人的个人在司法机关或司法警察前所作的陈述表明该人具有犯罪嫌疑,则本案的司法职权机关应当中止询问,并告知因该陈述而启动对他本人的刑事调查,要求他指定一名辩护人。在此之前作出的陈述不得作为陈述者的不利指控;2. 如果从一开始便将该人作为犯罪嫌疑人或被告人进行讯问,则相关陈述不得使用”(第63条)。

[24] 这与许多国家所秉承的“无效推定”(即未进行权利告知,便视为侵害了自白任意性原则,推定被告人供述违反自由意志)有着根本的区别。See Stephen Thaman, *Comparative criminal procedure*, second edition, Carolina Academic Press, 2008, p. 91 et s.

[25] Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale*. Recueil d'études en hommage à Louis Huguency, Paris, Sirey, 1964, p. 172.

[26] 《德国刑事诉讼法典》第136a条明确规定了“禁止的询问方法”,“(一)不得用虐待、疲劳战术、伤害身体、施用药物、折磨、欺詐或催眠等方法损害被指控人意思决定和意思确认之自由。强制只能在刑事诉讼法允许的范围内。禁止以刑事诉讼法不准许的措施相威胁,禁止以法律未规定的利益相许诺。(二)损害被指控人记忆力或理解力的措施,禁止使用。(三)不论被指控人同意与否,第一款和第二款禁止规定一律适用。违反这些禁止获得的陈述,即使被指控人同意,亦不得使用”。

诉讼法典》并未详细列举各种违法获取口供的情况,而仅作极为宽泛的界定,“违反本法典或其他刑事诉讼程序条款规定的某项实质性程序,已经危害到与诉讼有关的当事人的利益时,即产生无效”(第171条)。但这并不意味着法国未设严密、可参照的合法性标准。事实上,法国最高法院刑事庭很早便通过一系列周密的判例设定了口供获取的合法性框架,学说通过对这些判例的梳理构建面向实践的理论体系。在非法证据排除(不仅仅局限于非法口供)这一问题上,最高法院刑事庭的判例是统一法律适用、衔接理论与实务的重要桥梁,这是法国刑事证据制度的一大特色。此外,在法国,违反取证正当性,将导致程序无效,但程序无效的制裁程度有所区别。依法律及判例的规定,程序无效可能产生三种法律后果:其一,非法的程序无效,但不扩及其他程序;其二,法官依自由裁量权决定非法的程序及后续程序全部或部分无效;其三,非法的程序无效,且后续的程序自动无效。从制裁方式的严厉程度看,此三种做法依次递增。^[27] 法国的非法口供排除仅存在前两种制裁方式,“毒树之果”交由庭审法官进行自由评价,而不会主动排除。^[28]

因此,以法国最高法院刑事庭的判例为依托,我们可将最常见的非法口供获取方式总结如下:

(1)以酷刑、非人道待遇以及毁誉的方式获取口供。《欧洲人权公约》第3条规定,“不得对任何人施以酷刑或者是使其受到非人道的或者是侮辱的待遇或者惩罚”。2010年6月1日,欧洲人权法院在“格夫根诉德国”一案中完整地表达了在非法证据排除问题上的立场,即对通过酷刑获取的任何证据和以非法手段获取的言词证据实行自动排除,对以非人道待遇取得的实物证据根据比例原则决定是否排除,对非法证据的派生实物证据根据利益权衡原则决定是否排除,并以公正审判权作为适用排除规则的重要尺度。^[29] 法国最高法院刑事庭与欧洲人权法院在暴力获取口供问题上的立场完全一致,以酷刑、非人道待遇以及毁誉的方式获取口供的,构成程序的绝对无效,应予以排除。

(2)未遵守程序性保障获取的口供。比较典型的情况有三:①司法职权机关未按规定履行权利告知义务。如前所述,在这种情况下,所获得的供述并不进行排除,在经对席庭审后,交由法官进行自由评价,仍可作为定案的依据。法国的通说认为,权利告知并非保障口供自由、自愿原则的关键。^[30] 在刑事拘留期间,司法警察与犯罪嫌疑人处于完全不同的地位,犯罪嫌疑人处于封闭的状态之中,不了解司法警察所掌握的情况,对于侦查手段的强制性及侦查策略的隐蔽性均应对不足,故仅凭权利告知无法确保犯罪嫌疑人不落入侦查圈套、自证其罪。^[31] 真正能确保被告人自由、自愿作出口供的仅能是通过权力制约,主要体现为中立法官(包括庭审法官和预审法官)的介入以及辩护权的强化,这是2011年《刑事拘留法》改革的重点。此外,法国刑事诉讼奉行自由心证原则,强调证据自由与证据自由评价,职业法官应在“侵害自由、自愿原则的程度”和“指控犯罪的国家利益”(或者实质真实)之间寻求平衡,而不是简单地将所有侵害犯罪嫌疑人、被告人自由意志的证据均排除在刑事诉讼之外。②犯罪嫌疑人、被告人未受律师有效协助的。一如前述,法国宪法委员会在2010年7月30日的判决中指出,在法国刑事诉讼中,犯罪嫌疑人在刑事拘留措施实施过程中缺乏律师的有效帮助。2011年的

[27] 施鹏鹏:《法国刑事程序无效理论研究——兼谈中国如何建立“刚性”的程序》,载《中国法学》2010年第3期,第117页。

[28] 详见下文论述。

[29] 孙长永、闫召华:《欧洲人权法院视野中的非法证据排除制度——以“格夫根诉德国案”为例》,载《环球法律评论》2011年第2期,第149页。

[30] Jean Pradel, *Procédure Pénale*, 9th edition, 1997, p. 357; Volger, *Criminal Procedure in France*, in John Hatchard et al. *Comparative Criminal Procedure*, 1996, p. 31.

[31] Gérald Pandelon, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse, 2012, p. 150 et s.

《刑事拘留法》在这一方面作出了重大改革,强化了律师在刑事拘留阶段的权利,尤其是律师在讯问时的在场权和对质权。依修改后的《刑事诉讼法典》第63-4-2条之规定,在对犯罪嫌疑人进行第一次讯问时,律师应在场。如果律师自接到通知时起2个小时内未到场的,讯问不得开始。如果律师延迟到达且讯问已经开始,则应犯罪嫌疑人的请求,讯问可以中止。律师参与每次讯问或对质后,均可向当事人、司法警官甚至受对质人提问。律师可以以书面意见方式提出意见并将其附于诉讼案卷。在法国的宪法性文件(bloc de constitutionnalité)中,无罪推定权、辩护权以及个人自由不受侵犯的权利是“刑事宪法”的三大基石,^[32]侵害这些权利的取证行为构成绝对无效,所获得的口供应予以排除。因此,在刑事诉讼中,如果司法职权机关违反法律规定,在讯问时未保障犯罪嫌疑人、被告人受律师有效协助的,所获得的口供应予以排除。③讯问时未进行同步录音录像的。讯问时的同步录音录像制度系2000年6月15日《关于加强无罪推定及被害人权利保护的法律》的创设,一开始仅适用于未成年人犯罪,后扩大适用于成年人犯罪。依2000年法律第14条之规定,“在《1945年2月2日第45-174号关于未成年人犯罪的裁定》第4条增设第VI项,规定如下:‘VI. 未成年犯罪嫌疑人适用《刑事诉讼法典》第64条所规定之拘留的,其讯问过程应进行视频的录音录像。视频原件应封印保存,复件归入案卷材料。一方当事人在审前阶段对讯问笔录的内容存有异议的,可向预审法官或青少年法官提出申请,由其作出裁决公开讯问视频。第114条最后8款不再适用。任何人传播本条所规定之视频原件或复件的,处1年监禁刑及100000法郎罚金。自公诉终结之日起五年期限届满,视频原件及复件应在1个月内销毁’”。2000年法律第141条还规定,“在本法第14条生效后的1年,政府应向议会提交该法律机制实施一年来的状况报告,以明确将同步录音录像制度扩大适用成年人的程序细则”。司法实践中,如果司法职权机关在讯问时未依法律规定进行同步录音录像的,所获得的口供是否应予以排除?法国最高法院刑事庭在2008年的判例中指出,“如果对被拘留的未成年人进行录音录像因技术不可能而无法实施,则应在笔录中载明这种不可能原因的性質,并立即通知共和国检察官和预审法官”^[33]。依判例的精神,“技术不可能”应属于不可抗力,而非其他简单的技术原因。如果未有“技术不可能”的原因,则所获得的口供不可用。该判例亦适用于成年人犯罪。

(3)卧底讯问。卧底讯问主要涉及线人侦查。如果卧底的侦查人员在与犯罪嫌疑人交流过程中获得有罪的供述,该供述是否侵害了犯罪嫌疑人的意志自由,以及是否可用于未来的庭审?这里主要涉及对诱惑侦查合法性的认定。法国采用混合标准,即“以客观标准为主,主观标准为辅”。在具体案件中,法官首先会审查侦查人员的诱惑侦查行为是否符合取证正当性原则,是否依法定的程序要件及实体要件启动,是否符合比例原则,侦查的目的是否为了取证,而非诱发犯罪。但被侦查对象的犯罪倾向,尤其是诱惑侦查启动前的类似犯罪行为或犯罪嫌疑,也在考虑范围之内。如果法官判定诱惑侦查行为是合法的,则所获得的口供具有可采性,可作为定案的依据,但仍应由其他证据进行补强。

(4)司法外口供。1997年,法国发生了一起儿童失踪案件。1991年3月20日,7岁的孩子查尔斯·爱德华(Charles - Edouard)失踪,警察怀疑凶手是孩子的父亲冉·路易·图尔干(Jean - Louis Turquin),但一直未发现证据。在失踪的三周后,孩子的母亲米歇尔·巴朗杰·图尔干(Michèle Balanger - Turquin)开始在家偷偷录音,寻找冉·路易·图尔干作案的证据。在数月后的一次交谈中,

[32] Jean Pradel, «Les principes constitutionnels du procès pénal», in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 14, 2003, p. 112 et s.

[33] Cass. crim., 26 mars 2008, n° 07 - 88.554 ; AJ Pénal 2008, p. 286.

冉·路易·图尔干坦言,他勒死了冉·路易·图尔干,并弃尸于尼斯的沟壑中。此后,被告人又多次作了有罪供述,且有录音。这份证据材料最终提交阿尔卑斯滨海省重罪法庭。法庭面临两个问题:其一,米歇尔·巴朗杰·图尔干的行为涉嫌实施了《法国刑法典》第226-1条所规定的“非法监听、录制、拍摄私人性质谈话或秘密和私人场所形象”的犯罪行为。以犯罪行为所获得的证据是否可采,值得探讨。其二,在被告人不知情的情况下进行录音,是否有悖口供的自由、自愿原则?法国最高法院刑事庭最终判定,“一方当事人或证人以不当手段的方式提交文件或录音的,亦应进入庭审程序,进行对席辩论,由合议庭进行自由评价”。^[34]在2000年法国反种族主义组织SOS Racisme所进行的种族歧视测试(testing)案件中,最高法院刑事庭再次重申了立场,“考虑到没有任何法律条款允许法官仅因取证方式非法或不当便将证据排除,故法官应依《刑事诉讼法典》第427条的规定在将证据提交对席辩论后以决定证明力”。^[35]这一立场获得了立法的支持。2006年3月31日第2006-396号法律在刑法典中新设了第225-3-1条,该条明确规定,当事人提交的证据材料,只要可证明歧视行为存在,即可歧视罪,而无论该证据材料如何获得。

当然,司法实践的情况非常复杂,非法获取口供的方式也屡有翻新。^[36]这也是为何法国更多以最高法院判例的形式进行规制,而非成文法。毫无疑问,较之于成文法典,判例更具时效性、灵活性和可参照性的特点。当在一些典型的个案中,各方对适用规范的理解存在争议时,最高法院刑事庭通过判例予以阐明,可有效克服成文法相对抽象及滞后的缺点。值得特别注意的是,随着恐怖犯罪、有组织犯罪以及暴力性犯罪对法国威胁的与日俱增,以强制手段获取口供的可能也逐渐成为理论界及实务界热议的话题。^[37]

(三)非法口供排除的“自由评价”(libre appréciation)标准

大革命后,法国从法定证据制度转向自由心证制度,对证据可采性以及证据证明力均交由法官或陪审员进行自由评价。法律不再依证据形式设定证明力梯级,口供也不再具有特殊的证明力。为此,2011年的《刑事拘留法》在《法国刑事诉讼法典》的序言篇第III条中加入一款(第8款),规定“无论重罪案件还是轻罪案件,仅有被告人口供且被告人未与律师会见或受到律师协助,则不得就此作出有罪判决”。但对于比较法学者,自由心证制度时常带来两大难题:首先,在错综复杂、千变万化的刑事案件中,法官或陪审员的“自由评价”往往极为抽象,难以凝练特定的标准;其次,证据资格的自由评价时常与证明力的自由评价糅合混杂,难以完全切割却又秉承截然不同的裁判逻辑。因此,对于非法口供排除的“自由评价”,研究者更关注裁判者权衡的标准,有些问题可能还涉及证明力评价,在进行理论厘清的同时也必须一并作出回答。

1. 排除的标准:打击犯罪的国家利益与侵害个人意志自由之间的权衡

在理论上,口供的自由、自愿原则与口供的真实原则并没有特定的逻辑联系:被告人自愿作出的

[34] Cass. crim. 30 mars 1999.

[35] Cass. crim. 12 septembre 2000, n° 99-87.251, solution confirmée par Cass. crim. 11 juin 2002, n° 01-85.559, Bull. crim., n° 131; D. 2003, p. 1309, note COLLET-ASKRI, Jean PRADEL et André VARINARD.

[36] 例如使用欺骗手段获取口供的,应予以排除,参见 Cass. Crim 28 octobre 1991, JCP 1992;使用威胁手段获取口供的,等同使用了暴力,亦应予以排除,参见 Cass. Crim 26 février 1991, Bull. Crim n° 97.

[37] 例如格夫根诉德国案便在法国引起热议。警察为保证人质安全是否可对犯罪嫌疑人实施非常规的讯问手段?同理,在恐怖犯罪中,警察是否可对犯罪嫌疑人实施非常规的讯问手段以最大程度减小恐怖活动所带来的危害?参见 Gérald Pandelon, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse, 2012, p. 157 et s.

供述未必是真实的,而被告人作出真实供述的,也未必是自愿的。裁判者必须在“真实”与“正当”之间寻求某种平衡。法国是职权主义国家,虽然大革命后的数次重大改革在法国刑事诉讼中引入了当事人主义的诸多合理要素,但实质真实始终占据主导地位,贯穿程序的各个阶段:于审前程序,司法官(检察官及预审法官)负责查明案件真相,听取证人、受害人、犯罪嫌疑人等的供述及对质,并监督侦查者的工作以在必要时进行补充;于审判程序,“审判长享有自由裁量权,可以凭借自己的荣誉和良心,采取自己认为有助于查明真相的任何措施”(《法国刑事诉讼法典》第310条)。在证明制度上,法国刑事诉讼也是采用最便于“揭示案件真相”的“证据自由原则”。因此,与德国^[38]及意大利^[39]相比,法国对非法口供的排除标准较低。除非存在极端侵害人身完整或者自由辩护权的行为,否则所获取的口供均可进入庭审,经对席辩论后可作为定案的依据。但一个更直接的问题是:法官对非法口供进行自由评价的标准究竟是什么?立法或判例是否设有明确的标准?这是一个世界性的难题,因为侵害被告人意志自由是一个经验问题,需要法官借助专业素养,并结合具体案件的综合情况进行批判性审查和审慎认知,很难用一个非常具体、清晰、可操作的标准予以确定。无论是美国联邦最高法院所时常使用“压垮意志”的标准(the overborne will standard),还是意大利、西班牙所使用的“程序无效”与“证据不可用”的标准,^[40]均是抽象性的概念描述。从根本而论,尝试给法官的“自由评价”设立明确的标准本身便是违背了“自由评价”内在的逻辑,注定一无所获。

2. 重复性口供与翻供问题

从学理上讲,重复性口供与翻供主要与口供的证明力有关,而不涉及口供的证据资格问题,因此该主题与口供的自由、自愿原则无涉。但在中国的司法实践中,多份口供且前后不一的情况时常存在,哪份口供可以在法庭上使用并成为定案依据,这是困扰实务人员的一个难题,因此本文亦对法国的做法略作说明。与民事自白不同,^[41]法国刑事诉讼中的口供具有“可分性”(principe de divisibilité de l'aveu),即法官可以在总体上评价口供的证明力,也可以仅对他认为有证明力的部分进行评价,一切取决于犯罪发生时的主观情境及客观情境。因此,法国刑事诉讼法典及最高法院刑事庭的判例均允许被告人随时翻供,^[42]甚至是在庭审辩论结束后。^[43]翻供不影响法官对口供效力的认定。换言之,依刑事口供的可分原则,法官应结合其他证据对被告人的口供进行评价,既可采纳翻供前的口供,也可采纳翻供后的口供。在司法实践中,法官并不支持违法取证行为可能对犯罪嫌疑人、被告人产生持续影响的观点,前一口供不会对后一口供产生影响。因此,辩方不得主张:侦查人员对犯罪嫌疑人所实施的暴力取证行为已产生持续深远的影响,虽然后续的讯问已进行合法性矫正,但犯罪嫌疑人依然心怀恐惧,无法自由、自愿地作出口供。翻供行为不影响法官的事实认定,但司法实践中,职业法官

[38] Lucie Ménard, *Nullité de la preuve obtenue par l'emploi de méthodes coercitives lors d'un interrogatoire en France et en Allemagne*, site: <http://blogs.u-paris10.fr/content/nullité-de-la-preuve-obtenue-par-1-emploi-de-méthodes-coercitives-lors-d-un-interrogatoire-e>.

[39] Stephen Thaman, *Comparative criminal procedure*, second edition, Carolina Academic Press, 2008, p. 105 et s.

[40] Stephen Thaman, *Comparative criminal procedure*, second edition, Carolina Academic Press, 2008, p. 105 et s.

[41] 民事自白则具有不可分性。依《法国民法典》第1356条第3款之规定,对于为自认之人,裁判上的自认有充分的证据力。对于为自认之人,裁判上的自认不得分割。裁判上的自认非经证明系因事实错误而为之者,不得撤回。裁判上的自认亦不得以法律错误为理由而予撤回,民事自认是不可分的。

[42] 但庭前认罪答辩程序除外。

[43] Cass. crim. 19 août 1841, Bull. crim., n° 252; 28 juillet 1881, D. 1882, I, p. 185.

通常将翻供视为“说谎”行为,进而对被告人量刑产生不利的影响。^[44]

3. “毒树之果”问题

通过非法口供所获得的证据是否具有可采性?这是一个司法实践中极为常见且理论争议极大的问题。各代表性国家对该问题的立场差异较大,大体可分为三种观点:可采说、不可采说以及法官裁量说。法国是秉承第三种学说的代表性国家。依《法国刑事诉讼法典》第174条第2款之规定,“预审庭决定是否应当撤销全部或部分的程序文书及证据以及决定是否延及之后全部或部分的程序……”。如果衍生证据的可采性问题是庭审中提出,则分为两种情况:预审庭已作出裁决的,合议庭不再受理这一诉讼请求;预审庭未作出裁决的,合议庭应参照《刑事诉讼法典》174条第2款的规定作出判断。法官依然应在打击犯罪的国家利益与非法取证行为所侵害的法益之间作出权衡。

4. 口供的激励机制

尽管口供在法国刑事诉讼中的重要地位日益衰减,但一个不可否认的事实是:充分保障犯罪嫌疑人、被告人的沉默权,必然导致侦查效率下降,进而影响诉讼效率。从20世纪80年代起,随着犯罪率的上升以及正当程序理念的强化,法国的刑事诉讼开始变得拖沓冗长,法庭堵塞的现象十分严重。而司法资源的投入却未相应增加,司法官员超负荷工作的现象相当普遍。自2000年起,法国的司法界已进行过多次大罢工,国家机器几近瘫痪。为此,法国立法者开始寻求提高诉讼效率的方法,其中最为重要的举措便是在2004年3月9日创设了庭前认罪答辩程序(Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité),允许在一些轻罪案件中以量刑折扣“激励”被告人进行认罪。但庭前认罪答辩程序在法国理论界引发了极大的争议,焦点问题便是:以量刑折扣换取被告人认罪的做法,既可能损害了被告人的意志自由,也有悖法国刑事诉讼孜孜以求的实质真实。在许多案件中,被告人的认罪动机可能并不是因为他真正实施了犯罪,而是担心受到更严厉的刑罚。^[45]不过,庭前认罪答辩程序在法国的践行效果还是比较理想,在相当程度上缓解了法庭堵塞的局面,这可能也是现代刑事司法在面临公正与效率产生尖锐矛盾时所作的无奈妥协。^[46]

三、法国模式的特点及评价

尽管经过几个世纪的发展,口供的自由、自愿原则已在法国扎根并日渐成熟,但仍带有浓厚的职权主义色彩。从根本而论,“社会利益优先”、“国家权力主导”、“追求实质真实”等核心目标在法国刑事诉讼中未发生根本变化,公权力机构在刑事司法体系中还处于较优势的地位。司法实践对口供合法性标准的把握总体宽松。2011年所颁布的《刑事拘留法》对警察讯问权重新整伤,希望通过设立周密的程序保障机制以确保犯罪嫌疑人在侦查阶段不受胁迫,并能有效地获得律师的帮助。

在比较法上,法国的口供自由、自愿原则与英美法系的自白任意性规则功能基本一致,但存在细

[44] Gérald Pandelon, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse, 2012, p. 183 et s.

[45] François Desprez, «La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application à Montpellier (1^{er} octobre 2004—1^{er} avril 2006)», in *Politique criminelle appliquée* 2006.

[46] François Desprez, «La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application à Montpellier (1^{er} octobre 2004—1^{er} avril 2006)», in *Politique criminelle appliquée* 2006.

微区别,主要体现在:在法国,被告人口供是独立的证据形式,被告人陈述不需要宣誓,不会因说谎而受到伪证罪的追究。被告人的口供具有可分性,被告人在回答提问的过程中可以选择性回答而不会受到处罚。但在英美法系国家,被告人如果放弃沉默权而自愿作出陈述,则以辩方证人的身份向法庭提供证据,必须进行宣誓以保证如实回答问题。此外,大陆法系国家(包括法国)并不严格区分“沉默权”与口供的“自由”、“自愿”原则,两者并无实质区别,这与英美法系国家也有所不同。但从根本而论,两者的差异是相当微小的,更多是共性,尤其是在保障口供合法、真实以及限制公权力滥用的功能上。

如前所述,近年来,在欧洲人权法院以及法国宪法委员会的压力下,法国立法部门以及最高法院为口供的自由、自愿原则确立了较周密的保障机制,颇具本土特色,不少做法值得借鉴,可作一简要的总结、凝练。

(一)以判例为主导的非法口供排除规则体系

法国是成文法国家,判例在普通法院系统中不是法源,^[47]不得作为判决理由。但这并不意味着源自上级法院尤其是最高法院刑事庭的判决对下级法院没有拘束力。相反,最高法院或上诉法院在一些较典型的案件中以明示或默示方式阐明的制度法理对于下级法院具有事实上的拘束力。下级法院在类似案件的审理中违反这些基本法理的,将面临判决被撤销的风险。因此,上级法院尤其是最高法院刑事庭的判例具有准法律效力。如前所述,较之于成文法,判例更具时效性和可操作性的特点,更能及时、准确反映司法实践所出现的新情况。例如,在司法实践中,侵害犯罪嫌疑人、被告人意志自由的方式极多,法典显然难以一一枚举,不同方式对口供自由、自愿原则的侵害程度也不同,故应区别对待。以欺骗获取认罪口供为例。1887年,时任法国总统格雷维身陷政治丑闻,原因是他的女婿威尔森(Wilson)涉嫌策划奖章交易。负责案件调查的预审法官维纽(Vigneau)模仿威尔森朋友的声音与其通话,并录下认罪口供。1888年1月31日,最高法院作出判决,撤销了有罪判决,认为“任何司法调查均应遵守取证正当性规则”,不得实施“有悖法官义务和尊严的行为”。通过此一判例,法国学界创设了“司法尊严限制”(la dignité de la justice)原则,指“司法机关本身不得使用违法或违反社会伦理底线的手段以打击犯罪”。^[48]又如麻醉诊断。在1949年“戊硫巴比妥”案件(l'affaire du penthotal)中,^[49]塞纳轻罪法院在判决中详细区分了“麻醉诊断”与“麻醉讯问”:使用麻醉药物以摧毁犯罪嫌疑人、被告人意志获取口供的,构成非法取证,应予以排除。但如果麻醉药物仅是为了判断犯罪嫌疑人、被告人是否伪装成病人,则不构成非法取证,可作为定案依据。

可见,法国的非法口供排除规则(或者更宽泛地讲,非法证据排除规则)主要体现在判例中,并由学说进行抽象、归纳,以推及适用于类似的案件。这可能令许多比较法研究者感到迷惑,因为整部《法国刑事诉讼法典》涉及非法证据排除的几乎仅有一个条款(即第171条,“违反本法典或其他刑事诉讼程序条款规定的某项实质性程序,已经危害到与诉讼有关的当事人的利益时,即产生无效”),而未涉及更多的细则,这与大陆法系成文法的传统似乎格格不入。但以判例为主导的非法口供排除规则确实更具实用性,值得借鉴。

[47] 行政法院系统是例外。在法国,判例是行政法院系统的法源,具有规范上的效力。

[48] Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale*. Recueil d'études en hommage à Louis Huguency, Paris, Sirey, 1964, p. 155 - 156.

[49] Trib. Corr. Seine 23 févr. 1949, Rec. Sirey 1950, II, 149, note LÉGAL; C. Alger 18 déc. 1948, D. 1949. J. 382, note Vouin.

(二)“相对无效为主,绝对无效为辅”的排除标准

法国刑事诉讼奉行证据自由原则,即司法机关可通过各种证据形式证明犯罪事实,以提高打击犯罪的效率。通说认为,“证据越难获得,越应降低证据调查的难度”,刑事追诉拟推翻无罪推定,就要求对证据进行“最广泛”、“最有效”的收集。^[50] 因此,法国对非法口供的排除标准总体并不严格,以“相对无效为主,绝对无效为辅”,许多非法口供依然可以进入庭审,经对席辩论后成为法官心证的依据。对非法口供的认定与排除也更多由预审法官或法官负责,而非适用法律的结果。这与德国、意大利、西班牙等大陆法系国家形成较鲜明的对比。例如,《德国刑事诉讼法典》第 136a 条明确规定了“禁止的询问方法”,“(一)不得用虐待、疲劳战术、伤害身体、施用药物、折磨、欺诈或催眠等方法损害被指控人意思决定和意思确认之自由。强制只能在刑事诉讼法允许的范围内。禁止以刑事诉讼法不准许的措施相威胁,禁止以法律未规定的利益相许诺。(二)损害被指控人记忆力或理解力的措施,禁止使用。(三)不论被指控人同意与否,第一款和第二款的禁止规定一律适用。违反这些禁止获得的陈述,即使被指控人同意,亦不得使用”。《意大利刑事诉讼法典》第 191 条则作了最严厉的规定,“1. 违反法律禁令所获得的证据不可用;2. 证据不可用的请求,可在诉讼的任何阶段或任何层级依职权提出”。《西班牙司法机构组织法》(LOPJ)第 11 条第 1 款规定,“以侵害基本权利和自由之手段直接或间接获得的证据不产生任何效力”。可见,法国在非法口供的排除上给予法官极大的裁量权,这也可以说明为何法院判例在构建非法口供排除标准问题上发挥至关重要的作用。

(三)以中立司法官为主要的权力监督机构

在法国的刑事司法体系中,司法警官是主要的侦查主体,享有极为广泛的调查权,因此也与犯罪嫌疑人对立最为激烈。法国学说中的“口供自由、自愿原则”主要便是针对司法警官的讯问,而较少涉及预审与庭审。2011 年的《刑事拘留法》也以约束司法警察的权力为主要内容。对警察讯问权的约束主要通过两种方式,一种是设立严密的权利保障体系,防止警察侵害犯罪嫌疑人的自由意志,另一种是通过权力监督,主要是司法官的司法审查,包括事前介入与事后监督。两种方式虽各有侧重,但并没有严格的分界线。事实上,侵害权利后的程序制裁主体均为司法官。但与其他国家不同,法国对司法官的作用尤为重视,通说认为独立司法官的介入比抽象的沉默权更能保护犯罪嫌疑人和被告人。司法官的介入方式主要包括:其一,检察官指挥侦查,保障司法警官采取合法的讯问方式获取口供;其二,预审法官在重罪案件中审查讯问手段的合法性(至少讯问犯罪嫌疑人、被告人一次),并据此决定“是否应当撤销全部或部分的程序文书及证据以及决定是否延及之后全部或部分的程序”(《法国刑事诉讼法典》第 174 条第 2 款);其三,法官对进入庭审程序的口供进行证据资格审查及证明力评价。时下,法国 96% 的刑事案件中的侦查活动均由检察官负责监督和领导,而另外 4% 的案件则由预审法官负责。但欧洲人权法院在 2010 年 3 月 29 日对“梅德韦杰夫等诉法国”(Medvedyev et autres contre France)一案中对法国检察官作为独立司法官的地位表示严重质疑,认为检察官依附于行政机关,不具有独立性。在该案中,欧洲人权法院还肯定了预审法官作为独立司法官的地位。2010 年 11 月 23 日,欧洲人权法院在“莫兰诉法国”(Moulin contre France)一案中更直接指出,法国的检察官不属于《欧洲人权公约》第 5 条第 3 段意义上的司法官。因此,法国引以为傲的“检警一体”以防止警察滥

[50] Jean Pararin, «Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal», in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Étude de droit criminel* (sous la direction et avec une préface de G. Stefani), Dalloz, 1956, p. 44.

用讯问权的体制受到严重挑战。

行文至此,我们可以看到,法国围绕口供的“自由”、“自愿”原则设立了较严密的程序保障体系,司法官也时常以中立监督者的身份介入其中。但饶有趣味的是,法国刑事司法实践的真实情况并非如此理想。一些司法警官在敏感案件中(如有组织犯罪、恐怖犯罪以及累犯所实施的暴力型犯罪)仍自行其是,在侦查讯问时常夹杂威胁、引诱、欺骗等要素,以各种方式变相架空法律的规定。^[51]从帕特里克案(Patrick Dils)到乌特罗案,非法刑讯的现象仍时有发生,令法国政府蒙羞。如布扎教授所言,“刑事诉讼是一个国家民主状况最好的反映。刑事司法能让我们了解正直公民与犯罪者的行为。但不管是正直公民,还是犯罪者,他们均为人,社会忘却了他们的存在即否定了自身的基础。西方文明并不认同‘目的决定手段’(la fin justifie les moyens)。……取证的正当性原则理应成为侦查者不可违背的铁律”。^[52]

Principle of Free and Voluntary Confession

——French Model and Evaluation

Shi Pengpeng

Abstract: Under the pressure of European Court of Human Rights, France has issued Criminal Detention Law in 2011, defining the principle of free and voluntary confession. The content of this principle includes the requirement of admonitions, legal restrictions of acquiring confession and free evaluation of illegal confession. In aspect of system arrangements, the French model about the principle of free and voluntary confession has three main features: the precedents as main source about the exclusion of illegal confession, giving priority to relative invalidity with supplement of absolute invalidity and safeguard of the neutral magistrate. Even though the principle has rooted in France and matured gradually, it displays a strong color of inquisitorial system. Basically, there are no radical changes to the key target in French criminal procedure, such as “preference to public interest”, “the predominance of state power” and “pursuit of material truth”. The judicial authorities remain a predominate position in the criminal justice system.

Keywords: confession; principle of free and voluntary confession; exclusion of illegal confession; material truth

(责任编辑:丁洁琳)

[51] Mouhanna C., « Les relations police - parquet en France : un partenariat mis en cause ? », *Droit et société* 2004/3, N° 58, p. 505 - 520.

[52] Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale*. Recueil d'études en hommage à Louis Huguency, Paris, Sirey, 1964, p. 177.

系统论视角下刑法修正案犯罪化限制及其根据

姜 敏*

摘 要:中国刑法修正案活跃的犯罪化趋势引发学界热议,并形成支持和反对两种立场。两种立场表面有分歧,但实质殊途同归于如何规范犯罪化,从而保证其正当性。古今中外既有的各种规范犯罪化的原理、学说和原则,均从人类中心主义出发,以人类的价值取向为根据,且把刑法视为静态的孤立存在,忽视刑法内部及刑法与环境的动态关系。因此,既有的各种犯罪化学说或原理,均在走向实践的途中知行背离。而以系统论方法关注系统内部要素的运作图景及系统与环境的互动关系,据此研究如何限制刑法修正案的犯罪化,能克服既有理论学说的困境。又因其关注刑法系统当下面临的外部环境及刑法系统现状,所以遵守据之推演出的刑法修正案犯罪化的外部限制和内部限制,能实现理论和实践的知行合一。不仅如此,从系统论的角度考量最近几年中国刑法修正中旺盛的犯罪化,会让刑事立法者变得更为理性,对真正实现刑事法治也更具意义。

关键词:系统论 刑法修正案 犯罪化 自我创生 开放性 封闭性

刑法立法行为是重大国家行为,甚至被美国学者道格拉斯·胡萨克(Douglas Husak)认为是仅次于发动战争的行为。^[1]而在目前中国,刑法修正案是刑法立法的唯一方式,且在九个刑法修正案对刑法的较大规模的调整和完善中,最引人注目的是涉及公民个人基本权利和国家权力博弈的犯罪化趋势。中国刑法修正案的明显犯罪化趋势有转型社会、风险社会、高发犯罪态势等各种因素作为实践根据,因此,无论是理论还是实践,支持刑法修正案犯罪化已成为主流立场。当然,支持论各家亦提出或援引各种原则、原理或学说,限制刑法修正案的犯罪化,从而保证刑法修正案犯罪化的正当性。但学界既有的限制刑法修正案犯罪化的各种原则、原理或学说,要么是基于伦理学的视角,要么是基于道德哲学的视角,或者是基于教义学的视角。无论哪种视角,都是基于启蒙运动以来法学研究的人类中心主义,从人作为主体的角度理解刑法修正案的犯罪化,并为其正当性寻找根据。人类中心主义重视人之解放和人的主观能动性,其投射在对刑法修正案犯罪化之正当性探寻的研究上,就表现为学界对犯罪化抱有极高的自信,似乎只要找到一条充分的理由,比如犯罪化符合功利主义的原则,或犯罪化符合维护社会基本道德的期待,或者犯罪化符合刑法谦抑原则,那么该犯罪化就具有正当性。以人类中心主义思维模式构建的可以限制刑法修正案犯罪化的各种原理、学说或原则,期望通过人类某种共享的价值系统进行意义沟通,从而实现刑法的演化并构建社会所需之秩序。该路径没有跳出运用各种理论进行形式逻辑演绎的套路,因此总走不出用这个原理证明那个原理,用那个原理证明这个原理的循环困境,所以该路径很难为刑法立法或刑法修正案的犯罪化找到最终的正当理据。

* 西南政法大学法学院副教授,法学博士,西南政法大学法学院外国与比较刑法研究中心主任。本文是2016年度司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“中国刑法修正案中的犯罪化研究”(批准号:16SFB2018)的阶段性研究成果。

[1] [美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,“导论”第5页。

诚如谢望原教授所言,“刑法应当有自己完整的体系,在其自身内部必须协调”〔2〕。这种思想实质也是系统论的思维方法,把刑法视为一种系统,且认为其内部的组成要素必须协调。但不仅如此,刑法系统内部各要素协调和运行,还是一个动态的运行体系。而刑法学界的上述理论困境就是源于仅把刑法视为静态的存在,并以人类主体的动态,人为地、任意地为刑法系统输入各种新要素而构建或完善刑法规范。从实质看,刑法系统本身是动态的系统,刑法修正案犯罪化亦是刑法的动态运作过程。因此,要走出上述理论困境,需要能把刑法自身视为动态的运作系统,并以刑法自身的动态运作替代人类从外界强行为刑法系统输入各种要素。而在系统论视角下,法律包括刑法是动态运作的并实现社会赋予特定功能的系统。因此,以系统论为方法,探寻刑法修正案犯罪化应受到的限制和正当根据,能突破学界的理论困境。不仅如此,系统论中系统运作的封闭性和系统演化的自创生性,能赋予刑法更高层次的独立和自治,这对于中国真正实现法治,剔除人治具有重要的意义。

一、中国刑法修正案犯罪化与非(去)罪化之争

从1999年《刑法修正案》开始至2015年,中国立法机关共通过九个刑法修正案。九个刑法修正案的“犯罪化趋势已占据了绝对主导”〔3〕。从刑法修正案犯罪化的方式看,主要是通过对其具体犯罪之构成要素进行调整,抑或设置新罪的方式实现。但无论哪种方式,均涉及自由和秩序、权利和权力的博弈。因此,刑法修正案犯罪化趋势引起学界的热议和高度警惕,并形成两种立场:非(去)罪化与犯罪化。犯罪化还是非(去)罪化,不仅涉及自由和秩序、权利和权力的博弈,亦体现国家的价值选择:“犯罪化与非犯罪化蕴含着国家对社会大众权利和自由的关怀程度,同时也体现着国家对社会秩序的正确判断。”〔4〕因此,犯罪化还是非(去)犯罪化的问题是中国刑法必须面对的重大问题。

非(去)罪化立场是受20世纪中叶以来西方国家刑法改革运动的影响。从20世纪50年代开始,不少西方国家开始了非(去)罪化的刑法改革。1989年10月在维也纳召开的国际刑法学协会第14届代表大会上通过的《关于刑法与行政刑法之间的差异所导致法律和实践问题的决议》指出:“国际上存在一种潮流,把一些社会意义较小的违法行为从传统的刑法中删除。”受这种国际趋势影响,我国一些学者认为中国刑法亦应将轻微犯罪行为非刑事化或非(去)罪化。如赵秉志教授认为:“轻微违法行为的非刑事化,符合刑法只作为辅助性工具的原则,因而是值得欢迎的。”〔5〕已故的马克昌教授亦认为:“将轻微犯罪行为予以非(去)犯罪化是当今各国刑法发展的趋势;汲取外国刑事立法的这种有益的经验,是我国刑法现代化的要求。”〔6〕而中国刑法修正案的犯罪化趋势与国际上的非(去)罪化趋势背道而驰,据此,有学者认为我国如此大规模的犯罪化势头应当得到合理控制。〔7〕从实践看,风险社会诱发了高发犯罪态势,刑法修正案的犯罪化与此态势吻合。但有学者认为通过犯罪化规制社会风险,会导致蚕食公民个人自由的危险,由此导致国家权力与公民个人自由之间的紧张关系,据此,“应该审慎对待刑法价值重心的转变,不能盲目追求风险的应对而摧毁自由”〔8〕。有学者更是激进地认为,刑法

〔2〕 谢望原:《论刑事政策对刑法理论的影响》,载《中国法学》2009年第3期,第109页。

〔3〕 刘艳红:《我国应停止犯罪化的刑事立法》,载《法学》2011年第11期,第109页。

〔4〕 赵秉志、王鹏祥:《论我国宪法指导下刑法理念的更新》,载《河北法学》2013年第4期,第18页。

〔5〕 赵秉志:《我国刑事立法领域的若干重大现实问题探讨》,载《求是学刊》2009年第3期,第66页。

〔6〕 马克昌:《借鉴刑法立法例修改和完善我国刑法》,载《法学评论》1989年第2期,第102页。

〔7〕 苏惠渔、游伟:《树立科学思想,完善刑事立法》,载《政法论坛》1997年第1期,第154页。

〔8〕 龙敏:《秩序与自由的碰撞——论风险社会刑法的冲突与协调》,载《甘肃政法学院学报》2010年第5期,第149页。

“理应从属于西方的权利逻辑,赋予公民最大的自由,而不是妥协于源自新中国成立以来即形成的打击犯罪需要,从而盲目地扩大犯罪圈”,^[9]并明确主张“拒绝进一步犯罪化,实行有条件的非犯罪化”。^[10]

但基于高发犯罪态势、风险社会和我国刑法法网现状,诸多学者支持刑法修正案犯罪化。支持者主张应扩大中国刑法的犯罪圈,从而抗制社会变革中不断出现的严重社会危害行为。^[11]陈兴良教授即持犯罪化观:“从我国国情和现行刑事立法的现状出发,我们主要的问题不是非犯罪化,当务之急是犯罪化。”^[12]张明楷教授亦认为目前我国刑法并没有过罪化,因此不应去(非)罪化,而是应“实行有效的犯罪化,避免无效的犯罪化”,认为当务之急亦是“实行犯罪化,而不是去罪化”,以此满足刑法保护法益的目的并实现其功能。^[13]学者何庆仁亦从中国刑法现状分析出发认为:“和非犯罪化相比,我国刑法的结构性欠缺和大量游离于刑法之外的严重危害社会的行为决定了犯罪化是未来我国刑法的长期选择。”^[14]肖中华教授基于社会新情况亦持犯罪化立场:“对我国目前刑事立法状况进行考察……刑法在调控范围和调整方向上,着重进行犯罪化是必然要求。”^[15]

犯罪化和非(去)罪化的理论争鸣在学界并没有达成共识,但无论是学界还是立法实践,犯罪化立场是主流。社会发展中涌现出了一些新型危害行为,学界亦提出应将其进行犯罪化,比如主张虐童行为犯罪化、^[16]危险驾驶行为犯罪化、^[17]垄断行为犯罪化、^[18]人肉搜索犯罪化、^[19]见危不救犯罪化、^[20]背信行为犯罪化、^[21]婚内强奸行为犯罪化、^[22]传销行为犯罪化、^[23]吸食毒品行为犯罪化、^[24]不当得利行为犯罪化^[25]等。实践中,亦对上述行为中的一部分进行了犯罪化,比如危险驾驶行为、恶意欠薪行为、非法获取公民个人信息行为、组织未成年人进行违反治安管理活动、传销行为等都已入罪,顺应了理论呼声。

但是,无论是理论界的犯罪化立场,还是实践中活跃的犯罪化实践,都是在坚持一定的学说、原理或原则前提下的立场或实践,这也是为什么有些行为被犯罪化了,而有一些行为却没有被犯罪化的缘由。因此,主张犯罪化并不是主张无限制的恣意犯罪化,而是主张附条件的、在限制犯罪化的原则和学说的指导下,进行正当合理的犯罪化。而去(非)罪化立场的主要理由在于:刑法修正案高频犯罪化导致国家权力和公民权利之间处于紧张状态,产生了不断蚕食公民个人自由之态势。从现代文明国

[9] 同注3引文,第115页。

[10] 同注3引文,第115页。

[11] 同注5引文,第67页。

[12] 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第68页。

[13] 张明楷:《刑事立法的发展方向》,载《中国法学》2006年第4期,第20页以下。

[14] 何庆仁:《犯罪化的整体思考》,载陈兴良主编:《刑事法评论》,北京大学出版社2008年版,第525页。

[15] 肖中华:《适应市场经济,完善刑事立法》,载《政治与法律》1997年第1期,第15页。

[16] 赵秉志、徐文文:《关于虐待罪立法完善问题的研讨——兼论虐童行为的犯罪化》,载《法治研究》2013年第3期。

[17] 张光君:《酒后驾车行为犯罪化论》,载《武汉理工大学学报》2009年第5期,第178页。

[18] 时延安、马正楠:《以刑罚的力量维护自由竞争——论非法垄断行为犯罪化的必要性》,载《南都学坛》2009年第3期;蒋岩波、孙浩:《垄断行为犯罪化的司法实现》,载《江西财经大学学报》2010年第4期。

[19] 齐晓伶、张训:《“人肉搜索”与刑法规制》,载《贵州社会科学》2010年第5期。

[20] 马荣春、张妹、张承先:《再论增设见危不救罪》,载《广西社会科学》2009年第1期。

[21] 周文迪:《背信行为犯罪化的法理依据与路径选择》,载《法制与经济》2009年第1期。

[22] 陈兴良:《婚内强奸犯罪化:能与不能——一种法解释学的分析》,载《法学》2006年第2期。

[23] 姜德鑫:《传销行为的犯罪化问题探析》,载《政治与法律》2009年第8期。

[24] 孟莉:《吸毒行为犯罪化问题研究》,载《市场周刊》2014年第6期。

[25] 王启亮:《刍议不当得利的犯罪化——以许霆恶意取款案为例》,载《甘肃理论学刊》2008年第4期。

家的法治视角看,这种态势可能会导致不正当的犯罪化。因此,如果能限制犯罪化、保证犯罪化的正当性和合理性,并使其符合现代文明国家的法治要求,则反对犯罪化的立场也就师出无名。所以犯罪化还是非(去)罪化的分歧只是刑法修正案犯罪化的表面问题,而这种表面问题掩盖的实质问题是:如何限制刑法修正案的犯罪化,保证其合理性和正当性?

二、限制刑法立法犯罪化既有理论的困境与出路

要解决刑法修正案犯罪化趋势所引起的实质问题,必须思考:面对转型社会的高频犯罪态势,既要维护良性社会秩序又要保护公民正当自由,应如何限制刑法修正案的犯罪化,从而保证其正当性和合理性?在中外指导刑法立法的学说中,主要有康德(Kant)及黑格尔(Hegel)为代表的报应主义立法原理、贝卡利亚(Beccaria)及边沁(Bentham)为代表的功利主义立法原理、赫伯特·帕克(Herbert Parker)的限制刑罚制裁立法原理、理查德·波斯纳(Richard Posner)为代表的法经济学原理和帕特里克·德夫林(Patrick Devlin)和米歇尔·摩尔(Michel Moore)为代表的法律道德主义原理。中国刑法学界舶来了上述宏大原理,并借鉴、推演或构建了其他一些原则、学说或原理,比如严重社会危害性原则、法益侵害原则、迫不得已原则、谦抑原则、最后手段原则、刑法补充性原则、刑罚适度性原则、刑罚有效或/且可行原则和刑罚的不可避免性原则,等等。这些学说、理论或原则,对指导和规范刑法修正案的犯罪化具有一定的积极作用。

但这些指导刑法立法的原则或学说均存在局限。报应主义的复仇情绪、道德和法律界限的模糊及对社会宽恕的忽视,功利主义对个体的牺牲、如何确定报应刑罚之量的困境,法经济学原理不能解释非经济类犯罪的入罪及故意犯罪比过失犯罪应承担更重的责任的原因,法律道德主义原理不能解释很多行为严重违反了道德但却没有被犯罪化的原因,等等。同时,上述诸种原理和学说均是后果主义的视角,如康德及黑格尔期望的报应,贝卡利亚及边沁期望的功利,德夫林和摩尔期望的社会核心道德的维护。虽然波斯纳的法经济学原理非直接指向结果,但实质是功利论。帕克的原理亦指向的是刑罚制止犯罪是否可行。同样,我国的各种学说亦是站在后果主义法学的风口浪尖,其能演绎自己的逻辑自洽,并企图实现结果的正当。比如迫不得已原则、谦抑原则或最后手段原则,其理论自身的逻辑自洽,指向结果的正当,几乎已是不言而喻。理论演绎严密,前后逻辑推理精致,但却忽视了刑法外部和内部诸要素的互动和关联性,导致这些理论与实践显得抽象而疏离。因此,其结果实现的是理论上的“信度”,但却忽视了实践上的“效度”。

上述学说理论上“信度”的实现和实践上“效度”的缺失,还在于其存在根本性的缺陷。从实质看,上述各种学说或原则要么是伦理学的视角,要么是道德哲学的视角,或者是教义学的视角。但无论哪种视角,其根本的缺陷是把刑法视为静态的存在,以人类中心主义为思维模式,期望通过人类共享的某种价值系统进行意义沟通,从而实现刑法之演化并构建社会所需之秩序。从法学发展史看,自启蒙运动实现了人的解放和对人的主观能动性重视后,法学研究就是人类中心主义。人类把自身的能动性发挥得淋漓尽致,且对此无限自信。因此,人类亦对构建法律规范抱有极高的自信,似乎只要找到一条充分的理由,比如建构的刑法规范符合谦抑原则,或构建的规范符合维护社会基本道德的期待,那么就具有正当性。但这种人为寻找正当根据的路径因人类追究的价值位阶存在变数和差异,导致其很难找到最终的正当理据。

概言之,人类中心主义的法学研究范式以人类主观能动有意排除和替代了刑法的动态运作。同

时,虽然人类中心主义的各种学说关注刑法对外部环境犯罪态势的反映,从而主观能动构建、演绎或借鉴各种理论学说,并指向和追求实践的可行和实践结果的善与正当,但刑法在演化中主体地位的失落和刑法在运行实践中主体地位的不可或缺背离,导致人类设置的指向实践的理论学说仍然止于理论,无法达至实践。因此,传统的理论学说和实践是“知行背离”。如果用上述原则限制刑法修正案犯罪化从而保证其正当性,只能是镜花水月,并不是研究刑事立法指导原则的终结。

新的限制刑法立法犯罪化的路径应把刑法视为动态运作系统,复原刑法在刑法演化中的主体地位,避免“知行背离”,实现“知行合一”。而以系统论研究法律系统演化的路径,恰好可以避免上述理论困境。系统论视法律为动态的系统,且视法律的演化是自我创生的。以系统论的演化路径探寻刑法修正案犯罪化受到的限制,既非伦理学和道德哲学的视角,更非教义学的角度,而是从刑法系统动态运作的图景中寻找根据,恢复了刑法在自身演化中的主体地位。同时,虽然系统论视角也是结果主义导向,但其以时间社会学为基础,侧重的是刑法系统自身组成要素的现在与将来的关系,以及刑法系统与当下外部环境的互动关系。因此,从系统的时间社会学维度看,刑法系统所追求的正当或合理结果是根据刑法当下的组成要素的现状,依据刑法的内部运行法则和与外部环境信息的偶联交流所进行的观察和判断,不是人为输入的结果。因此,依据系统论方法探寻刑法修正案犯罪化受到的限制,是以既有刑法系统和外部环境现状,以及刑法系统与外界环境沟通的效度为根据,能实现知行合一。

三、系统论视角下的刑法:内部构造、外部环境、自我创生

系统论实质是一种方法论,其基本的思想方法是把所研究和处理的对象,当作一个系统,分析系统的结构和功能,研究系统、要素、环境三者的相互关系和变动规律。卢曼(Luhmann)是最早从系统论的角度研究法律的学者,他认为社会是由不同的功能子系统构成,法律仅是社会的一个功能子系统。^[26] 不仅法律是社会的独立子系统,且法律系统的不同部门法也是独立于社会的功能子系统。^[27] 据此,刑法系统亦是社会的独立功能子系统。

(一) 刑法系统内部构造:规范体系和理论体系

系统论的核心思想是系统的整体观念,即认为系统是由相互联系、相互作用着的一些要素组成的整体。^[28] 刑法系统亦是由诸多要素,比如各种原则、原理、规范等构成的整体。从宏观层面看,刑法系统是由规范体系和理论体系组成。规范体系一般是由总则和分则组成,理论体系是由保证刑法具有正当性的各种原则、原理、学说和理论组成。从微观层面看,无论是总则或分则都是由诸多刑法规范,包括诸多立法解释和司法解释等组成。而刑法理论体系的一些原则、原理、学说等,也可能再细化为辅助性原则,比如罪刑法定原则,就是由不溯及既往、禁止绝对不定期刑、禁止类推和禁止习惯法等更微观的原则组成。当然,规范体系和理论体系的分类并不绝对,有些组成要素既是规范体系的构成要素,又是理论体系的构成要素,比如罪刑法定原则和罪刑均衡原则,既是刑法规范又是我国刑法明文规定的基本原则。

[26] Luhmann Niklas, *A Sociological Theory of Law* 50 (Routledge & Kegan Paul plc. 1985).

[27] 杜健荣:《社会系统论视野中的法律演化——卢曼法律演化理论述评》,载《红河学院学报》2011年第4期,第83页。

[28] 王浣尘:《总体和整体》,载《系统工程理论与实践》1986年第4期,第79页。

系统论不仅强调系统的整体性,而且强调系统整体与局部、局部与局部的有机关联性及其组成要素的层次性,即系统论认为系统是一个有机的整体,各个要素并不是机械组合或简单相加,相反,每个要素在系统中有特定位置,起特定的作用,且要素之间相互关联。同样,刑法系统的各要素之间具有很大的相关性和联系,从而使刑法的各个要素组成相互依赖的统一整体。比如无论是刑法的规范体系还是理论体系,其组成要素并不是杂乱无章的堆砌,而是通过自身的规律和原则,按照一定的价值位阶,把各要素联系起来。首先,刑法的理论框架是有位阶性的,并影响刑法的构建和体系。刑法首先包括了公平、公正、正义等最高位阶的价值,其次是公平、公正、正义等法律的最高价值在刑法中被具体化的基本原则,比如罪刑法定原则、罪刑均衡原则等原则。从体系的位置看,这些基本原则还排在总则之首。刑法的其他原则,比如刑法不溯及既往、数罪并罚原则等,谦抑原则、刑法的补充性原则,等等,在没有特殊情况下,是衍生并受制于这些基本原则的。

其次,刑法的规范体系是由刑法总则和分则组成,总则、分则及其各个组成条文之间,也是按照一定规则形成体系。比如总则排在分则的前面,是因为总则规定对刑法分则具有指导作用,分则是按照总则的原则或原理制定,且受制于总则的约束和限制,刑法分则又对刑法总则进行具体化。总则和分则的内部的组成亦具有严密的结构特征,折射出法律体系的个性、结构层次。^[29] 比如中国刑法分则,立法者按照犯罪客体的重要性,把十类犯罪进行了井然有序的合理排列。虽然各国刑法分则的排序有区别,比如英美法系国家刑法一般把对个人权利的保护排在分则的前面,前苏联和我国刑法分则是把危害国家和集体法益的犯罪排在前面,但无论如何排列,都是按照国家在某段历史中所持的价值位阶的顺序进行的。我国分则所规定的十类犯罪,表象上是按照被侵犯的十类犯罪客体的重要性进行排列的,但其实质就是按照十类犯罪客体所承载的价值位阶顺序排列的。而每一类犯罪中,又按照具体行为侵犯的利益重要性,进行了有序的排列。概言之,刑法规范,无论是总则性规定还是分则性规定,都是按照一定的原则进行排列,从而使各个法律条文相互衔接,互相补充,共同构成了相对完善的刑法规范体系。

第三,刑法的规范体系和理论体系,在刑法系统的内部也是有价值位阶的。一般而言,刑法理论体系指导、约束刑法的规范体系,刑法的规范体系遵守或者反映刑法的理论体系。

(二) 刑法系统外部环境:社会的其他子系统

系统论不仅强调系统自身的整体性和系统内部各要素之间的关联性,同时,系统论还强调系统与外部环境之间的互动关系。而要更具体理解系统与外部环境之间的互动关系,首先要知道社会是一个大系统,社会行为通过若干子系统,包括法律、经济、道德等子系统相互作用而被调节。因此,社会的不同子系统有不同的分工,履行不同的特定功能。而这种社会分工恰是以系统论方法研究法律的前提,如果有学者评价卢曼以系统论研究法学时就认为社会功能分化理论是卢曼立论的前提,且“在卢曼的理论谱系中,功能占据核心的地位”。^[30] 因为只有功能分化的现代社会,社会才能分化为政治、宗教、道德、伦理和法律等功能子系统,才能建立系统/环境这一区分。^[31] 因此,各种功能子系统是系统的环境。不仅如此,“人也不过是系统的环境”。^[32]

根据系统/环境这一区分,社会诸多其他功能子系统,比如经济、文化和道德功能系统,构成了刑

[29] 文海林:《刑法分则结构及其理论基础》,载《法学研究》1996年第4期,第136页。

[30] 鲁楠、陆宇峰:《卢曼社会系统论视野中的法律自治》,载《清华法学》2008年第2期,第59页。

[31] 同注27引文,第83页。

[32] 周婧:《封闭与开放的法律系统如何可能?——读卢曼〈法律作为社会系统〉》,载《社会学研究》2009年第5期,第223页。

法系统的外部环境。人也是刑法系统的外部环境。因此,多层次的刑法系统,存在于同其他控制人类行为的系统相互作用的环境之中。虽然互相功能不同,但交互影响,产生关联。不仅如此,刑法所在的环境还是刑法系统存在和发展的条件。无论是生物系统还是社会的功能子系统,外部环境是其生存、成长或演化的条件。比如鱼作为生物体,水是其生存的外部环境。如果没有水,则鱼不能生存。同样,如果没有外部环境,则刑法不能发展和演化。从二者的互动关系看,外部环境的变化,比如经济、文化和道德的变化,会影响和搅动刑法系统,促使刑法不断演化,包括刑法修正案的犯罪化。从刑法发展史看,刑法也正是从社会变化,包括经济、政治、文化、宗教、道德及价值体系等的变化中汲取营养,反映该时代的进步思想、理念和文明,才取得不断完善和进步。因此,外部环境的变化为刑法修正案提供了可能,但也为其设置了限制。

(三)刑法修正案犯罪化图景:刑法系统自我创生及内外的预设条件

系统论不仅认为系统具有整体性、关联性和层次性,而且还认为系统具有“自(我)创生”性,^[33]即认为系统的生存、发展或演化是系统“自(我)创生”的结果,比如系统论者卢曼明确提出系统是通过组成要素的互动,循环实现组成要素生产。^[34] 拖布伊拉(Teubner)也认为系统是通过系统各个要素互相影响而生产和再生产自己的要素。^[35] 从起源看,自我创生这个术语很明显是起源于生物学,^[36]是用来描述生物体的发展变化。但在卢曼等学者的努力下,该概念被广泛运用于法学研究中,^[37]认为法律系统也如生物系统一样,具有自我创生性。^[38] 生物系统的自我创生是从外部环境吸取各种元素,从而在生物系统内部自我循环完成元素的创生。据此,如果刑法系统要实现自我创生,也必须具有外部环境和内部环境。根据前述提及的卢曼的社会功能分化理论,社会其他子系统是刑法系统的外部环境。而刑法系统的各个要素互相作用并形成边界,在这个边界的里层,是刑法系统的内部环境,所以刑法系统具有外部环境和内部环境。

据此,刑法修正案犯罪化虽然是通过改变自己既有规范的组成要素,或者重新设置新的规范等方式实现的,但在系统论视角下,都是刑法系统自我创生的结果。系统的变化和发展是自我创生的,并不意味着系统无凭无据就可随环境的变化而变化,更并不意味着系统毫无作为就能变化。同时,系统的独立自主也不意味着系统与外界环境隔绝,更不是“闭门造车”徒自发展演化。首先,刑法修正案犯罪化是根据外部环境的变化进行的演化和创新,是与外部环境合力的结果。其次,刑法修正案犯罪化是把外部要素纳入刑法系统的运作过程,而内部运作是内部组成要素按照内部运作规律进行的。因此,犯罪化虽是刑法系统自我创生的结果,但也是刑法系统内部运作和参与社会现实构建的结果。

上述刑法系统与外部环境及刑法系统内部要素的关系,决定了作为刑法自我创生方式之一的犯罪化,是一个多层次的协调问题。^[39] 多层次的协调包括系统与环境的协调、系统内部组成要素之间的协调。但刑法系统又如何内外协调从而自我创生?系统论认为系统与内外的协调是在“沟通”的基

[33] 魏宏森、曾国屏:《系统论》,清华大学出版社1995年版,第270页。

[34] Niklas Luhmann, *Essays on Self-reference 3* (Columbia University Press 1990).

[35] Teubner, *Introduction to Autopoietic Law*, in *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* 1, 3 (G. Teuber ed., Walter de Gruyter & Co. 1987); Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law* 108 (E. King & M. Albrow trans., 2d ed., 1985).

[36] 罗文波:《卢曼的自我创生法律系统研究——法律自治性追寻》,2008年山东大学博士论文,第20页。

[37] Teubner, *supra* note 35, at 35.

[38] Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, 83 *Northwestern Law Review* 123, 136 (1989).

[39] *Id.* at 137.

础上实现的,^[40]且“沟通”是“自我创生系统的运作方式”。^[41]卢曼甚至把“沟通”——而不是“人”视为系统的基本要素。^[42]但系统又如何沟通?就人类而言,沟通是通过语言、手势、眼神等进行,且由人类的某些器官执行。很显然,系统内外的沟通不是通过这些方式进行的。系统论认为系统是通过自我参照进行沟通的。系统沟通的自我参照方式有两个层次,且分别指向系统内部构成和外部环境。而正是系统的参照内部和外部的沟通方式,导致刑法修正案犯罪化的实现有了预先的条件——刑法系统自身设置的条件和社会系统设置的条件。而预先设置的条件使刑法修正案犯罪化受到限制——刑法内部各个要素的运作图景的限制,刑法与其他社会因素交互作用所形成的动态图景的限制,即受到外部限制和内部限制。

根据系统“自我创生”论,刑法修正案并不是通过人类主体的行动进行的,而是刑法系统各个要素与外界环境互相作用的结果,这具有重要意义。首先该路径超越前辈的人类中心主义思想,借助“自我创生”论还原了刑法系统在刑法修正案犯罪化中的主体地位。其次,“自我创生”强调法律的独立和自治,且赋予法律独立和自治更高的水平和地位。^[43]因此,“自我创生”论使刑法具有高度的独立和自治,其可抵御为了追求某种社会秩序通过修正案的犯罪化人为主观为刑法系统强行输入各种要素并赋予其规范性,从而不管其是否符合刑法的规律性发展而强行执行。这对于真正在刑法领域实现法律之治,具有重要导向作用。

四、刑法修正案犯罪化的前提、外部限制及其根据

系统除了具有前述的各种特征,系统还“既有开放性又有封闭性”,且“开闭双重属性影响甚至决定了系统的独立存续和与外界的互动”。^[44]刑法系统的封闭性设置刑法系统的边界,并保证刑法系统具有自治性和独立性。刑法系统的开放使其与外界环境互动。在该部分,笔者先从系统的开放性、外部环境与刑法系统的互动等方面,论述刑法修正案犯罪化与开放性及外部环境的关系。

(一)刑法修正案犯罪化之前提:刑法系统认知的开放

系统的演化是系统自我创生的,但任何系统的自我创生,都是与外界环境互动的结果。据此,有学者认为系统的自我创生性创设了系统对环境的认知性开放需求。^[45]系统的认知开放是系统与外部环境进行的信息、物质交流,其实质也就是系统选择、吸收和自己的构成要素能在运行上一致,且能帮助系统履行社会赋予的功能的要素的动态运作过程。^[46]从系统与外部环境的区分关系看,系统和其他子系统有各自的边界和封闭疆域,被赋予了不同的社会功能。但这并不意味着系统和环境的隔绝,相反,“系统不管是有生命的还是无生命的,无一不是与周围环境有着相互依存和相互作用的开放系统”。^[47]因此,系统不是通过机械运行而实现自我创设。在复杂的社会大系统中,这种机械孤立的

[40] 同注32引文,第216页。

[41] Teubner, *supra* note 35, at 3.

[42] *Id.*

[43] 王宏选:《作为一个自创生系统的法律——卢曼和托依布纳的法律概念》,载《黑龙江社会科学》2006年第5期,第186页。

[44] 陆镛鸣:《论系统的开闭两重性》,载《系统工程》1995年第1期,第3页。

[45] Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law* 283 (Martin Albrow ed., Elizabeth & Martin Albrow trans., China Social Science Publishing House & Chengcheng Books Ltd. 1999).

[46] 洪饯德:《法律社会学》,台北扬智文化事业股份有限公司2001年版,第386页。

[47] 乌杰:《系统辩证论》,人民出版社1991年版,第106页。

自我创生是不可能的。这种不可能性使系统必须具有开放性,与社会环境协调,服务于系统与环境的合作程序,^[48]从而实现与周围环境的相互连结、相互依赖、相互影响、相互作用和相互转化。

同样,刑法系统也是通过认知上的开放,从而感知外部环境的变化,并根据自身的结构和特性,对获得的信息进行理解和筛选,把符合自身结构和特性的要素传递到刑法系统内部。从这个意义看,刑法系统的开放性是刑法修正案犯罪化的前提,为刑法系统与外部环境的互动打开了一扇门,为修正案的犯罪化提供了可能。刑法修正案也正是借助于刑法系统的开放,通过犯罪化的方式对社会变化进行了回应。比如自现代中国权利本位成为法学的主流话语以来,保护公民权利即成为最强势的话语。在这种社会背景下,刑法修正案亦把新的侵犯权利的行为进行了犯罪化。比如《刑法修正案(七)》增设了非法获取公民个人信息罪,《刑法修正案(八)》增设了拒不支付劳动报酬罪,等等。再比如在刑法修正案的犯罪化中,还加强了对公民性权利的平等保护。比如《刑法修正案(九)》通过扩大犯罪对象的方式,把刑法第237条的“妇女”修改为“他人”,从而把男性纳入猥亵罪保护对象的范畴。从实践看,发生侵犯男性性权利的事件频繁发生。从国际社会的立法规定看,性权作为基本的普世人权,对性权利的男女平等保护已经得到国际社会的认可。因此,《刑法修正案(九)》扩大猥亵罪的保护对象,是公民个人权利的扩大,更具体讲,是公民性权利保护平等化的必然要求。因此,外部环境的新事实、新信息或新价值引起的刑法修正案的犯罪化,既弥补了刑法的疏漏,也避免了刑法的滞后。

(二) 刑法系统与外部子系统的互动模式: 双重偶联关系

根据系统论,刑法修正案犯罪化是刑法系统自我创生的,不是人为地有计划进行的,而是“没有计划地进行的”。^[49]从刑法系统与外部环境的沟通开始,到某个新要素被刑法修正案犯罪化,是“各种变数——选择——保留的循环模式运行的结果”。^[50]实质就是外部要素内在化的过程。外部环境子系统中的要素为刑法犯罪化提供了可能被犯罪化的变量,而刑法系统在与环境互动过程中,不是全部犯罪化这些变量,而是互相进行选择。因此,外部新要素是否会被刑法系统选择是受刑法系统与外部环境的互动关系制约的。

刑法系统外部环境中的子系统众多,并且这些诸多的子系统不仅与刑法系统是动态的关联关系,其之间也是互动的关联关系。因此,刑法与环境中的其他子系统在互动的过程中,形成的是网状关系而非直线关系。这导致在“各种变数——选择”过程中,刑法系统与各种社会子系统形成了双重偶联模式的互动关系,^[51]即在系统互动的过程中,系统的行动选择具有高度不确定性,高度依赖于另一子系统的选择可能性与实际作出的选择;而另一子系统的选择同样是高度不确定的,高度依赖于对方子系统选择的可能性与实际作出的选择。这导致系统互动的结果具有双重不确定性和双重依赖性——双重偶联互动模式。

因此,刑法系统在认知上的开放虽然保证了刑法系统能感受环境之扰,但某个子系统的变化是否能被刑法系统吸收,以及某个子系统是否会让刑法系统吸收都是不确定的。比如宗教、政治、道德和文化等其他子系统的变化,是否会被刑法系统选择是不确定的,其依赖于刑法系统的行动。同时,宗

[48] Teubner, *supra* note 35, at 20.

[49] Teubner, *supra* note 38, at 252.

[50] 同注36引文,第43页。

[51] “双重偶联”概念最早是由赛亚斯提出,并由帕森斯和希尔斯将其适用于社会学理论中,特别是分析社会系统理论中,后来系统论者卢曼又对该理论进行了继承、发展和超越。参见泮伟江:《双重偶联性问题与法律系统的生成——卢曼法社会学的问题结构及其启示》,载《中外法学》2014年第2期,第548-551页。

教、政治、道德和文化等其他子系统是否会选择刑法系统也是不确定的,依赖于这些子系统的行动。根据这种双重偶联关系,如果单从任何一方系统的视角分析系统间互动结果,是不能得出结论的,而必须同时将互动的双方子系统都考虑在内,甚至多方行动者的视角同时考虑在内,才能得出合理的结论。下面主要从外部环境的角度分析外部环境对刑法修正案的限制,之后分析刑法系统对外部环境采取的行动。

(三) 刑法修正案犯罪化之外部限制:物质能量和渗透选择的限制

外部环境为法律提供了基础,同时又对其构成了限制。^[52] 卢曼认为外部环境通过两种机制限制系统演化:“一种是物质连续性。物质连续性是意义系统的物质能量基础,这种物质能量基础会对意义系统产生很大的限制。第二种是在几个意义系统中同时出现的事件,自治运行的系统允许其在几个意义系统中渗透。”^[53] 简言之,外部环境从两方面限制系统运作——物质能量限制和渗透选择限制。

刑法与外部环境的偶联互动关系,决定了刑法修正案犯罪化也受到上述两种限制。首先,刑法修正案犯罪化受制于外部环境是否提供物质能量供给。这主要是指环境能否提供刑法存在和变化的条件和可能,其实质就是外部环境是否维持现状及是否能提供新的变化刺激刑法系统,即是否能给刑法系统提供犯罪化的根据和基础。一方面,外部环境变化会刺激刑法系统,并通过互动使刑法系统获得物质能量,或者说为刑法系统提供了犯罪化的根据。另一方面,即使外部环境没有新事件出现,这种稳定的状态也是刑法系统维持不变的物质基础。因此,在稳定的社会状态下,稳定的外界状态也限制了刑法系统应保持稳定,不能进行犯罪化。

其次,刑法修正案犯罪化受制于外部子系统的渗透选择限制。任何子系统与外部环境的互动,都面临与多个意义系统互相作用的关系,所以外部环境中出现的新事件应渗透到哪个系统中,是外部环境子系统自治运行选择的结果,即系统外部环境要素的变化到底是反映在哪个子系统中,本身就有多种可能选择。^[54] 因此,系统自治性导致外部子系统的新事件是否渗透到其他子系统,是由外部环境中的子系统自己选择。所以系统之间的偶联性关联决定了仅具有特定社会功能的刑法子系统与其他“社会存在”是“选择性关联”^[55] 式有机反映方式。在选择性关联中,刑法系统外部环境通过选择限制了刑法超越自己的功能。除非环境其他子系统中的某种要素的裂变符合刑法系统履行相应的功能,才会选择进入刑法系统。

五、刑法修正案犯罪化之内部限制:根据、规范和理论体系的不同功能

虽然外部环境对刑法修正案犯罪化有限制,但这并非环境直接操纵了刑法系统,^[56] 即刑法系统也并不是简单机械地接受环境的信息输入,或者镜像式地反映外部环境。在外部环境决定是否选择刑法系统时,刑法系统也在根据内部封闭的运行法则判断是否应输入某种新要素。因此,刑法系统也

[52] 杜健荣:《法律与社会的共同演化——基于卢曼的社会系统理论反思转型时期法律与社会的关系》,载《法制与社会发展》2009年第2期,第111页。

[53] Teubner, *supra* note 35, at 10.

[54] 同注52引文,第113页。

[55] [德]托依布纳:《法律刺激:英国法中的诚信条款或统一之法如何止于新的趋异》,马剑银译,载《清华法治论衡》2008年第5期,第169页。

[56] 宾凯:《社会系统论对法律论证的二阶观察》,载《华东政法大学学报》2011年第6期,第9页。

根据自己既有的内在理性与秩序,即根据刑法系统先前所作出的决定进行选择。更具体分析,刑法系统是根据先前所作出的选择被固化成的各种规范和理论、原则或学说进行判断。因此,刑法系统内部对犯罪化的限制主要表现为既有规范体系和理论体系的限制。

(一) 犯罪化内部限制之根据:刑法系统运行的封闭

卢曼认为:“法律系统是一个规范闭合的系统。”^[57]从实质看,法律系统规范闭合是指法律按照自己的规范、原则、原理、学说和规则等进行运作,不受外部环境的干扰。这种规范运行的封闭使法律独立且区别于其他社会系统:“没有系统的封闭性,各个系统将不会使自己的运行同其周围环境——其他系统的运行区别开。”^[58]而正是系统的封闭性决定刑法系统的自治,并使刑法系统有了边界,从而设置控制与环境进行物质和能量交换的标准和限度。

前述论及刑法修正案犯罪化是通过“各种变数——选择——保留”程序而内在化的过程。某种新要素是否会在系统间互动中被刑法系统“保留”,最后一步是由刑法系统决定的。而这最后一步是在刑法系统内部运行完成的,因此,刑法的封闭决定了某种要素是否被刑法系统“保留”,是刑法系统参照自己的规范体系和理论体系决定的。也就是组成刑法系统的各个要素之间,会通过内部的沟通程序,以及内部特定的解释和思考信息的行为方式进行决断。从宏观层面看,就是根据既有的规范体系和理论体系进行判断。因此,刑法修正案犯罪化受到刑法系统现有的规范体系和理论体系的限制。当然,根据系统的自我参照,赋予了规范体系和理论体系不同的功能和作用。

(二) 刑法规范体系的限制功能:“合法/不合法”判断

某种新现象进入刑法系统意味着某种刑法后果的赋予或刑事责任的施加,且这种后果赋予或责任施加是为了解决社会的冲突。因此,后果或责任的施加必须有标准来加以判断。对此,卢曼引入了“合法/不合法”的二维代码对此进行判断,^[59]即某种外部要素是否被允许进入法律系统,是法律系统通过“二维代码”之“合法/不合法”的标准进行判断。^[60]当然,何谓“合法”与“不合法”,是法律系统自我参照自身的规范要素进行判断。符合自身规范体系的要素就具有“合法”性,不符合自身规范体系的要素则“不合法”。不同的部门法,“合法/不合法”的具体内涵不同。对于刑法系统,“合法/不合法”具体是指合刑法规范/不合刑法规范。根据二维码“合法/不合法”判断,合法的要素则进入刑法系统,不合法的要素则不能进入刑法系统。因此,某种要素突破外部限制不意味着必然就可进入刑法系统,还要受到刑法系统内部“合法/不合法”的判断。只有经过刑法系统内部的“合法/不合法”的判断,该要素才有被刑法系统保留的可能。

刑法修正案犯罪化和制定一部新刑法不同,其不是彻底打破、消解甚至取缔刑法,相反是在现有刑法体系的基础上,根据社会系统的新犯罪现象,修剪现有刑法规范不合理的要素,即改变现有规范的构成要素,或者吸纳新的要素构建新的规范。但无论是改变现有规范的构成要素,还是建构新的规范,其都是在现有的刑法规范体系框架中进行。因此,刑法修正案犯罪化更应符合刑法规范体系和其运行法则。比如我国刑法总则有关于犯罪主体的规定,犯罪化过程中把新的主体纳入刑法规制的范畴,必须符合我国刑法第17条的规定。比如《刑法修正案(八)》第40条在刑法第274条中增加了“多次敲诈勒索的”情形,从而修正了该罪的客观行为要件,扩大了敲诈勒索罪的惩罚范围。但增加的客

[57] Luhmann, *supra* note 44, at 283.

[58] Luhmann, *supra* note 37, at 138.

[59] *Id.* at 140.

[60] *Id.* at 142.

观敲诈勒索行为,其必须符合原有规范的其他三个构成要素,也即“多次敲诈勒索”的主体必须是年满16周岁具有刑事责任能力的人。如行为人是年龄不满16岁,则其实施的“多次敲诈勒索”不能纳入刑法第274条的规制,因为主体不符合该条的规定。另一方面,《刑法修正案(八)》第40条修正了刑法第274条,其属于第五章的财产犯罪,因此,修正的内容还必须符合客体要件——是对刑法应保护和促进的财产权的侵犯。因此,如果年满16周岁的行为人实施的是“多次敲诈勒索”,但敲诈勒索的是荣誉、身份或地位,也不能纳入刑法第274条规制,因为第274条规定的敲诈勒索罪是对财产权的保护。

从上述分析可以看出,刑法系统通过“合法/不合法”二维代码进行判断,具有重要意义。第一,刑法系统的二维代码能对系统进行区分,即服务于维护刑法系统的一致性。虽然外部新要素可能被刑法犯罪化,但这种可能性严格受到刑法系统内部一致性的限制,并且这种限制的严格程度极为苛刻。^[61]而“合法/不合法”判断是以既有的规范体系为根据,因此,能对拟犯罪化的新事件进行是否符合刑法系统一致性的检测,避免和刑法规范体系不一致的要素进入。第二,“合法/不合法”二维代码判断,能维持刑法系统的边界和稳定。二维代码是以刑法规范体系为依据,避免了外界与刑法系统不一致要素的侵入,维护了刑法的边界,保持了刑法系统的稳定。第三,能真正限制刑罚权的随意扩张,保护公民的自由和权利。二维代码判断限制政府为了追求所谓的秩序随意通过刑法修正案对刑法系统进行信息输入,能避免恣意的不正当的犯罪化。如卢曼认为,以这种二维代码进行判断,能人为地排除其他价值(功利和政治权宜之计等)对法律系统的干扰。^[62]从这个意义看,“合法/不合法”二维代码判断,能帮助刑法修正案犯罪化符合刑事法治精神。

(三) 刑法理论体系的限制功能: 犯罪化的德性保障

罗尔斯(Rawls)认为,“正义是社会制度的首要德性”。^[63]法律制度之“德性”为正义性、公正性或正当性。在传统的伦理学视角、道德视角及教义学视角中,毫无疑问,刑法修正案的犯罪化是追求德性保证的。而在系统论视角下,刑法修正案犯罪化是刑法系统的自我创生,因此,没有人类主观能动为其注入各种原则或理论,确保其正当性。而系统论视角下的刑法修正案犯罪化是否舍弃了正当性追求?

在刑法系统对外沟通中,是因系统之间的偶联关联而使外部的某些要素突破外部限制,为要素进入刑法系统创设了条件,不涉及正当性问题。但在系统内部的沟通中,在判断某种要素是否应保留在系统内部时,除了前述的合法/非法的判断,还包括德性判断。法律系统论者卢曼认为,对稳定法律规范的道德性探讨,即对稳定规范正当性或人类对规范的认可性探讨,是通过以法律学说构成的“二阶观察”实现的。^[64]根据前述对刑法系统的构成分析,法律系统的范围要远远大于法律系统的规则体系。法律系统的构成除了法律规范外,还有各种非规范的原则和原理等。而法律系统的“二阶观察”就是“法律学说援引道德的、实用的、伦理的、政治的各种理由,以论证一条法律规范为何具有正当性”。^[65]当然,此处的“法律学说”是广义的概念,包括法律系统的原则和原理。同样,刑法系统的各种理论要素,则对犯罪化进行“二阶观察”,即刑法系统在自我指涉中,除了参照自身的规范体系外,还

[61] *Id.* at 146.

[62] *Id.* at 140.

[63] [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏译,中国社会科学出版社2009年版,第3页。

[64] [德]托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第49页。

[65] 同注30引文,第61页。

会参照自己的理论系统要素,从而判断拟犯罪化的要素犯罪化后是否符合正义、正当和合理要求,进一步判断是否应予以犯罪化。

概言之,刑法系统通过二阶观察,判断经过系统规范体系判断后的要素犯罪化是否具有德性。而这个观察最重要的就是根据刑法的基本原则或基本理论,判断对新行为、新现象的犯罪化是否与刑法内部的构成要素的刑法基本理论或基本原则相符合。一般而言,犯罪化会导致公民自由和安全之间的紧张关系,刑法的犯罪化如不能平衡好这种紧张关系,则会导致其中一方受损。如果刑法不顾德性,为了追求对安全的维护而不惜牺牲公民的自由,则会失去德性。因此,必须在犯罪化时维护安全和自由的平衡。对于这种平衡,刑法是通过其基本原则和基本原理予以实现的。这些原则是刑法内在德性要素,比如正当性、正义性、中立性和平等性等价值的具体化。基于法治理念的检视,应避免国家权力,包括国家刑罚权的滥用,也应禁止国家权力无缘由地对公民个人生活的恣意干预,这就要求刑法立法坚持正当性、中立性和平等性等价值追求。但在犯罪高压下,在工具主义立法思维影响下,刑法立法就会忽视这些价值。工具主义甚至不认为刑法是一套已被接受的权威规则和原则,而是一种服务于政府各种目的之实用工具,最终违反刑法是“为了促进公共善”^[66]之目的,导致对刑法基本原则和内在价值的严重忽视和破坏,使刑法丧失德性。

因此,刑法修正案的犯罪化要保持德性,则必须受刑法理论体系的约束。当代刑法理论体系表达的是社会共同体共同承认的基本价值,比如对自由、平等、公平、正义、正当等价值的表达。刑法立法遵守这些基本原则,就能把人类共同承认的这些基本价值注入指导人类行为的规范中。但实践中,迫于高频率犯罪的压力,刑法立法经常违背基本原则,导致刑法立法德性的缺失。比如各国刑法针对恐怖犯罪的立法,就出现了严重的违背基本原则的情况。其中,对罪刑均衡原则的违背就是一个典型。应该说,在恐怖犯罪肆虐下,合理加重对恐怖犯罪的惩罚,并不应受到质疑。但是,加重惩罚也应保持最低的道德底线——不违背罪责自负的刑事责任基本原理。但一些国家刑法反恐就突破了底线,这主要表现在:第一,连带责任的施加。比如,为了严惩恐怖活动犯罪,“2013年10月,俄罗斯国家杜马通过了严惩恐怖犯罪活动修正案,确定了连带责任”,规定“除了恐怖分子之外,其亲属和关系朋友也负有责任”,甚至“有关部门将对恐怖分子家属、朋友的财产进行严格检查”。^[67]在我国也有学者主张“遏制恐怖犯罪应适度引入责任不自负原则”,从而抑制恐怖犯罪泛滥的趋势,保障国家的基本秩序和民众的基本福祉。但是在实践中,中国刑法没有明文对此精神予以贯彻,保持了理性的克制立场。第二,在预防性立法中,刑法的触角伸展太远,导致惩罚无辜。比如预防性立法中不附条件地把持有宣扬恐怖主义、极端主义物品的行为视为犯罪,就可能导致对罪责自负原则的违反。比如,甲因某宣扬恐怖主义的书籍制作十分精良、美观而持有宣扬恐怖主义的书籍,但碰巧被乙看见并阅读了该书籍,且被书中对恐怖主义的渲染所影响,实施了恐怖犯罪。但如果由此而以非法持有宣扬恐怖主义物品罪而惩罚甲,则实属无辜。乙是具有意志自治的独立个体,其是否实施犯罪是由乙自己决定,甲并没有强迫或者唆使。因此,由此惩罚甲,显然违反罪责自负原则的刑事责任基本原则,是应进行反思的。而之所以出现这种违背罪刑均衡原则的立法,其原因就在于立法者无视刑法系统理论体系的统一性和封闭性特征,为了抑制恐怖犯罪而强行塞入了与罪刑均衡原则不符合的要素,引起了理论的分歧,也使刑法丧失了德性。

[66] B. Z. Tamanaha, *The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism* 67 (Schoordijk Instituut/Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2006).

[67] 李晓光:《恐怖主义犯罪规制的比较法之维》,载《甘肃政法学院学报》2014年第2期,第106页。

六、系统论方法对中国刑法修正案犯罪化的启迪

当代中国国家治理模式的变革主要体现为摆脱人治逐步走向法治。法治的本意在于依法治国,并通过约束权力从而摆脱人治。但法治的实现需要法律具有高度自治或独立,从而抵抗权力滥用对法律的腐蚀和侵害。刑法修正案的犯罪化也必须体现法治追求,但现行刑法修正案受犯罪上升趋势的影响,诸多新罪的设置或改变旧罪构成要素扩大其范畴的犯罪化,是刑事政策、功利及政治等各种因素对刑法强行干扰的结果。立法机关虽从伦理学、道德及教义学等视角为犯罪化的正当性找寻理据,但并未顾及刑法系统是否能真正接受这些强行输入的因素。因此,刑法修正案的犯罪化虽具有理据,但是否真正符合法治精神,是值得商榷的。从这个意义讲,从系统论的角度探寻刑法修正案犯罪化受到的限制,具有重要的启迪意义。

(一) 中国刑法修正案犯罪化的突出问题:工具主义立法思维造成犯罪化的结果与刑法系统不协调

中国刑法受中国社会转型、风险社会背景、犯罪新态势等各种因素的影响,其立法呈现出活性化现状。而这种活性化现状最突出的特点是犯罪化趋势和加重对个别类型犯罪的惩罚,因此,导致维护秩序与保护自由价值之间的紧张对立。而之所以产生这种紧张对立关系,不完全在于两种价值对刑法资源争夺的对立,而在于浓烈的工具主义立法思维造成国家立法对刑法系统的强行干扰,导致刑法立法的结果与刑法系统的构成要素发生冲突。虽然中国刑事法治建设已取得了一定的进展,刑法也得到了不断的完善,但“强烈的维护秩序的工具主义色彩始终非常浓郁”。^[68] 而社会转型、风险社会等引起的高发犯罪态势,也使立法者重视刑法的工具价值,从而使立法者在立法过程中,忽视或者轻视了刑法作为社会系统的一个亚系统,而其本身又独立成一个系统的事实。因此,也就忽视了其所受的内部限制和外部限制。而这种立法的盲视最终导致立法的自负,以为政府的各种目的和社会的各种问题都可以通过刑法解决。

而其中最典型的就是刑事立法严重受到刑事政策的干扰。刑事政策一般是指实现某种政府目的之政策,因此,一般不具有规范性,甚至也不具有共识性,更不一定符合法治精神。比如“严打”政策、“向恐怖犯罪”宣战的政策等,均是政府基于当时的犯罪现状制定的策略。虽然刑事政策在一定条件下确实是刑事立法的重要动力,但其前提是刑事政策本身必须是正确的,必须与刑法的基本原则相吻合,必须符合法治精神。但国家的诸多刑事政策并不具有这样的品质,因此,实践的结果非常糟糕。比如曾经辉煌无比的“严打”、“从重从快”等政策,虽然符合了国家对秩序追求的目的,但由于其过分突出其政策效用而忽视了刑法内部各要素的制约属性以及刑法内部基本原则的存在,导致其受到“刑法理论界的尖锐批评”。^[69] 不仅如此,实践结果造成诸多对人权的侵犯,社会效果十分差。而其重要的原因就是:基于刑事政策的号召,立法者不顾刑法系统的内部限制和外部限制,更不顾刑法内部系统和外部运行规律的限制,一厢情愿地为刑法系统输入各种要素,导致这些要素与刑法内部的组成部分不相容。比如,从刑法内部的理论系统看,刑法的立法不能违背前述人类共同追求的基本价值,而且也不能违背刑法立法的终极目的:“通过对自由的维护,保证个人享有自治权,使最大化的自主生活

[68] 姜敏:《英美刑法中的“危害原则”研究——兼与“社会危害性”比较》,载《比较法研究》2016年第4期,第72页。

[69] 同注2引文,第114页。

方式成为可能,从而为个人的发展、为人类的福祉创设条件。”^[70]此宗旨是刑法立法的内核和统帅,而“严打”或“从重”等刑事政策的执行,是为了维护秩序,而不是基于此宗旨,其中的重要原因包括把刑法视为“刀把子”的思想,和或明或暗的“人治”思想,从而导致仅把刑法视为掌握在政府手中的强制力工具,无视刑法系统的独立性和运行特征。

再以“向恐怖犯罪宣战”的刑事政策为例。确实,恐怖犯罪给世界各国人民带来了深重的灾难,需要进一步加强对这类犯罪的治理。但在“向恐怖犯罪宣战”的刑事政策影响下,针对恐怖犯罪的刑法立法也不能不顾及刑法的系统性,无视刑法系统受到的限制。除了前述提及的对罪刑均衡原则的突破外,还导致诸多犯罪的设置违反了宪法的规定。诸多国家为了预防恐怖犯罪,把宣扬、煽动恐怖活动或恐怖主义的行为进行了犯罪化。但宣扬、煽动行为的入罪涉及公民的言论自由,且在民主法治国家,言论自由都受到宪法的保护,因此,宣扬、煽动行为的入罪涉及安全与公民的言论自由权的博弈。从实践看,宣扬、煽动恐怖活动或者恐怖主义的行为是恐怖犯罪发生的重要诱因,而且这种诱因也确实有诱发实害恐怖活动罪的可能。甚至在实践中,个别这样的行为本身就不是言论自由行为,而是企图促使或者诱使他人实施恐怖主义、极端主义犯罪的行为,影响极其恶劣。基于此,联合国安理会第1624号决议也呼吁对煽动和宣传恐怖主义或恐怖活动的行为予以法律禁止。但该类行为的入罪也确实牵涉到宪法规定的公民的言论自由权。因此,在设罪上就必须慎重,既要做到对极端恶劣地宣扬恐怖主义、极端主义的规制,又要避免对言论自由权的侵犯。但以此反观我国《刑法》第120条之三的规定,在入罪门槛上,既没有主观罪过的限制,也没有入罪情节的限制(仅把严重情节视为法定刑加重的要件,而不是入罪要件),更没有目的上的要求。入罪门槛如此之低,罪过如此淡化、模糊,客观影响如此缺失的罪,和口袋罪并无二致。虽有一网打尽所有宣扬/煽动恐怖主义型行为之功能,做到了严密无漏,但如果司法实践中不出台相应的司法解释,对其作出合理的限制,恐怕又会由于刑法无底线而催生不少司法无良知的案件。因为根据该罪的规定,可能导致主观上仅仅只是表达自己的立场、观点和态度的行为,受到该罪的惩罚。比如甲说“本·拉登是英雄”,这仅仅是个人对客观世界中的一个特殊的具有轰动效应的个体的看法。同样,乙说“很多恐怖犯罪是出于高尚的目的,具有正义性”,也仅仅是乙自己的立场和观点。这些立场虽然间接具有美化恐怖主义的作用,但其不具有宣扬、煽动恐怖主义的直接故意,也不是以此为目的。但根据该罪的规定,其显然应入罪。因此,我国刑法第120条之三的规定,没有区分正常的言论行为和故意诱发恐怖犯罪的宣扬和煽动行为之间的区别,会造成对宪法赋予公民的基本权利的侵犯。

而从系统论的角度看,宪法是刑法系统的外部环境的构成要素,其对刑法立法有制约作用。外界在向刑法输入某种要素时,刑法会根据外在的宪法这一构成要素的限制,决定是否把新要素输入自己的内部系统。不涉及以鼓动恐怖主义犯罪为目的之所谓宣扬、煽动行为的入罪,因不符合外部宪法的限制,本身不应入罪。因此,从这个层面分析,该罪的设置应没有排除与宪法规定不融合的情况,是对刑法作为系统存在受到外部宪法限制的客观事实的忽视。虽然其他国家,比如美国,也是把宣扬/煽动恐怖主义的行为予以了犯罪化,但在实践中,尤其是在美国联邦最高法院的判例中,对宣扬/煽动恐怖主义行为的入罪进行了严格限制。比如,在布兰登堡诉俄亥俄州(Brandenburg v. State of Ohio)案中,联邦最高法院认为单纯的宣扬或煽动行为本身并不违法,除非这种宣扬/煽动行为引起了紧迫的

[70] 姜敏:《“危害原则”的法哲学意义及对中国刑法犯罪化趋势的警喻》,载《环球法律评论》2017年第1期,第119页。

不法活动。^[71]这就是从情节和客观危害后果上,对此罪进行了限制,从而保证了与宪法规定的融合,也就是保证了法律系统运行的一致性。更重要的是,通过这种客观方面的限制,保证了公民仍然享有正当的言论自由权。

(二)系统论方法对中国刑法立法的启迪

刑法立法“不能违背公平正义原则,其犯罪化亦必然受到限制”。^[72]而工具主义的盛行导致立法者对刑法独立性、自治性等作为系统的各种特征的忽视。因此,立法者眼中仅看到刑法背后的强制手段,而不顾刑法作为系统的独立品格,轻视保证刑法内在德性的基本原则和基本理论对刑法立法的约束,更不顾刑法外部要素对刑法立法的约束。最终,这种摆脱刑法内部约束和外部约束的立法,对刑事法治必然会造成严重破坏,此种现象是值得警惕的。从系统论角度出发,本文认为针对这种情况,至少有以下三点应予重视:

首先,重视刑法的系统性,赋予刑法更高度的自治和独立。传统可适用于限制刑法修正案犯罪化的原理和学说,是典型的以人类中心主义为视角的刑法学研究范式。该视角站在人类视角的高度,俯视刑法系统独立存在,为了人类期望的结果,人为主观为刑法系统输入新要素。以系统论研究刑法修正案犯罪化,认为其是刑法系统自我创生的结果,受到刑法外部环境和刑法内部构造的限制,据此,人只不过是刑法修正案犯罪化的环境,参与刑法修正案犯罪化的是刑法本身的操作结构和刑法与外部环境的偶联性互动,剔除了具体化的人类主体行为和主观能动性对刑法修正案犯罪化的作用。但这不是对人之作用的否定,而是认为刑法演化,特别是刑法修正案的犯罪化,不能人为寻找各种理据对其安排或设计。因此,其以系统论的自我创生法则代替人类的故意设计,才能真正使刑法系统享有高度自治和独立。

其次,赋予刑法高度自治和独立,有助于刑事法治的真正实现。现行刑法修正案的任何犯罪化都是有理据的,从选择这些理据的立法机关的角度看,其是正当的。某些情况下,以某些理据为根据的犯罪化确实是正当的。但某些情况下,国家立法机关为了追求某种秩序,为了规制某种人类行为而让其入罪,可以在多元价值衍生的各种原则和理由中,找到体现其所追求的价值原则和理由,并告示社会把这种行为犯罪化具有根据。但所谓的有根据是否意味着符合刑事法治精神,却值得商榷。如果国家在刑法立法中滥用权力,把各种不属于刑法系统的要素,人为硬性输入刑法系统并赋予其刑法规范属性,会使刑事法治之源遭到污染。因此,从本源看,刑事法治的实现需要限制立法机关滥用权力,才能从根源上避免刑法失去良性品格。而根据系统的封闭性和自我创生法则,承认刑法系统拥有独立品格和高度自治,使刑法系统是否犯罪化的决定过程免受多元价值和世俗权力的干预,才能摆脱与官僚制具有紧密联系的“法制”之治,真正有效约束国家刑罚权的启动。

第三,以系统论分析刑法修正案的犯罪化限制,更能看清楚刑法系统的深层结构与逻辑,亦更能展现刑法系统与其外部环境的互动图景。转型社会高发犯罪态势,风险社会的高风险,此语境中的传统逻辑和方法要求适用刑法这一工具抑制犯罪态势,预防社会风险。但从系统论的视角分析,刑法修正案犯罪化是把某种外部社会的新现象纳入刑法系统内的过程,这种纳新的过程受到刑法本身内部构成要素的限制,同时亦受到刑法系统与外部环境的偶联性互动的限制。刑法修正案犯罪化必须遵守刑法系统的构成结构和逻辑,必须遵守刑法系统与外界环境的偶联性互动关系,才能保证犯罪化的

[71] *Brandenburg v. State of Ohio*, 395 U.S. 444, 444 (1969).

[72] 姜敏:《危险驾驶行为犯罪化研究——从间接危害行为的视角》,载《现代法学》2016年第6期,第134页。

实践可行性。如果刑法修正案悖逆该内部限制和外部限制,为了追求刑法维护社会秩序的工具价值,犯罪化某种现象如不符合刑法的内部运行法则,也与刑法和外部环境互动原则不兼容,从长远看,其实践前途堪忧,必将不能实现知行合一。另一方面,在转型社会高发犯罪态势的挑战下,刑法把某些新型犯罪行为纳入自己的疆域确实具有目的上的正当性,但如果不顾及刑法系统的运作封闭和与环境的偶联互动关系,强行使刑法系统及时回应社会,无形中会造成刑法的负担过重,最终会导致刑法系统运作的崩溃。这对于转型社会和风险社会总是依赖刑法维护社会秩序是一种警示。

第四,应构建一种机制,以保障刑法系统具有自治性和独立性。比如,要让刑法系统内部的基本原则发挥实现正义之功能,就需要给刑法基本原则一定的空间,让基本原则真正能约束刑法立法。但就这个维度而言,目前各国刑法,包括中国刑法,在构建该约束制度的实践上,还有很长的路要走。在西方文明法治国家,虽然有违宪审查制度,但其主要是针对违反宪法相关规定的,可通过该制度宣布相关法律无效。而在中国的实践中,几乎还没有任何制度保障刑法立法遵守宪法或刑法基本原则。换言之,在中国刑法立法中,几乎没有制度限制立法权,因此,也就没有制度保障刑法立法权不被滥用。这是非常令人堪忧的事实。审查和监督立法机关立法之合法性和正当性机制的缺位,应当引起国家的重视,国家应为此做出有实质意义的努力。

The Limits and Basis of Criminalization of Criminal Law under the Perspective of Systematic Approach

Jiang Min

Abstract: The trend of criminalization of criminal law is the hot topic in China, and there are two positions of criminalization, which are different prima facie, but substantially are the same on how to regulate the criminalization, so as to assure the justification of criminalization. The present theories and doctrines in Chinese and world criminal law academic research and those in the past are from the perspectives of centre of anthropocentrism, treating the criminal law as a static system, ignoring the dynamic relationship between criminal law and outside environment. Therefore, the various present theories and doctrines are finally deviated from practice. However, the systematic approach focuses on the dynamic vision of inner elements of the system and the dynamic vision between system and outside environment. Based on the system approach to research the limits of criminalization of amendments of criminal law, the mentioned shortcomings above could be overcome. What is more, the system approach is based on the present conditions of criminal law system and outside environment, so the external and inner limits of criminalization of amendments could realize the unity of knowledge and action. Moreover, using system approach to research the limits of criminalization of amendments under the perspective of rule of law will enlighten on how the rule of law will come into being in criminal law area.

Keywords: system approach; amendments of criminal law; criminalization; autopoiesis; openness; closure

(责任编辑:幸颜静)

论德国电信监听的法律规制

——基于基本权利的分析

黄 河*

摘 要:通信自由和通信秘密属于德国基本法中具有较高保护位阶的法益,而刑事诉讼中的电信监听对公民的这一基本权利进行了限制。基于法律保留原则,德国刑事诉讼法中对电信监听作出了详细的程序性限制。另外,电信通讯过程中所产生的数据和通话内容,不能理所当然地适用电信监听的有关规定,针对不同的电信数据,德国刑事诉讼法中有不同的适用条款。此外,在反恐时代,刑事追诉机关是否有权通过植入“木马程序”来进行秘密侦查(例如“网络搜查”和“源端监听”),目前在德国尚存在较大的争议。

关键词:基本权利 电信数据 电信监听 网络搜查

在数字通讯时代,通信技术拉近了人与人之间的距离,提高了通信的效率,深刻地改变了人类的通信交往方式。现今,移动电话和电子邮件等通讯方式因其便捷性和及时性,广为犯罪嫌疑人所利用。在恐怖主义等严重的暴力犯罪中,犯罪嫌疑人也经常使用人们日常生活中普遍使用的通讯工具(例如 WhatsApp、Telegram 和 Facebook 等)进行联络。由于德国历来十分强调通信隐私保护和个人信息数据的保护,因此给侦查机关的破案和调查取证带来很大障碍。而在侦查阶段,如果刑事追诉机关不采取电信监听或者其他类似的秘密侦查措施,很难有效地发现案件事实真相和收集相关证据。在这一背景下,欧盟委员会于 2001 年制定了关于《计算机犯罪的协定》(Übereinkommen über Computerkriminalität),^[1]并于 2006 年专门制定了《数据存储指令》(Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung 2006/24/EG)。^[2]德国作为欧盟成员国,有义务将欧盟所制定的法律转化为国内法,这也促使德国立法者开始启动国内法修法工程。在刑事诉讼法领域,德国于 2008 年通过了刑事诉讼法修正案,该修正案主要对电信监听以及其他秘密侦查措施的相关规定进行修订,适度扩大了侦查机关秘密侦查的权限,同时也为该秘密侦查措施限定了严格的条件。由于刑事诉讼中不同的侦查措施所侵犯和干预公民基本权利的具体内容有所不同,导致针对不同的数据以及不同的通信阶段所适用的法律依据有所不同。换言之,在电信通讯中,借助通讯工具发送的所有数据和信息并不能理所当然地全部适用电信监听的相关规定。基于此,本文将对不同形式的数据所对应的不同侦查措施展开详细的论述。此外,网络搜查问题的合法性问题,以及网络搜查和传统意义上的搜查与电信监听(包括“源端

* 中国政法大学比较法学研究院讲师,德国波鸿鲁尔大学法学博士。

[1] <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008157a> (最后访问日期:2017年2月9日)。

[2] 参见 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063;DE:PDF> (最后访问日期:2017年2月9日)。

监听”)之间的区别问题也将有所论及。

一、作为基本权利的通信秘密权

通信自由和通信秘密属于德国基本法中具有较高保护位阶的法益,因为通信自由关涉人的尊严和隐私,属于个人人格自由发展的重要条件。^[3]德国联邦宪法法院(BVerfG)在判例中强调:德国《基本法》第10条所规定的公民享有通信自由和通信秘密的基本权利,确保了个人之间能够自由和秘密地进行信息、思想和意见的交流,维护了人作为有思维和自由行动的个体所具有的尊严。^[4]通信自由和通信秘密不仅对于个体而言具有上述基本法所保护的利益,对于民主国家而言,也具有重要的政治和社会意义。一方面,通信自由和通信秘密归根结底是保障言论自由,维护了自由和民主的国家制度和架构;另一方面,通信自由和通信秘密使得个体之间在进行意见和思想交流时,对社会存有合理可靠的信赖。没有自由和秘密的通信保障,可信赖的交流只能以面对面的方式来进行,极端情况下,社会可能将陷入人人自危的境地。另外,从经济发展的角度出发,有效地保护公民之间可信赖的沟通交流,也具有十分重要的意义,因为商业信息的交流同样需要可信赖的渠道,否则只会增加交易的成本。

当然,在德国基本法中,如此重视保护通信自由和通信秘密,与过往的历史教训是密不可分的。联邦宪法法院在判例中指出,正是国家以自身安全和民众安全为借口,频繁、恣意地干涉和侵犯公民基本权利的历史教训,才使得《基本法》第10条保障通信秘密的基本权利具有特别重要的意义。^[5]例如普鲁士时代的书报检查和两德分裂时期德意志民主共和国对公民密不透风的监听和书信检查等。正是因为这些历史教训,才使得通信自由和通信秘密的宪法保障,在德国人眼中显得弥足珍贵。

德国《基本法》第10条第1款规定:信件、邮政和电信秘密不可侵犯。基本法对这三种通信往来方式所共同保护的是个人交流的保密性(Vertraulichkeit individueller Kommunikation)。其中信件秘密(Briefgeheimnis)专指以书面形式来完成的通信交流,并限于尚未拆封的信件。信件在私人方式传递过程中,被他人拆开的,构成侵犯信件秘密。但如果信件在邮政部门所传递中,被邮政部门的公职人员所私自拆封的,则构成第二种形式的侵犯邮政秘密(Postgeheimnis)。邮政秘密所保障的时间范围从信件或包裹交给邮政部门开始,到专门递送至收件人时结束。而电信秘密(Fernmeldegeheimnis)^[6]则是指以电子形式而非书面形式所传递的内容,包括电话、手机、互联网和传真等。^[7]根据德国《电信法》(Telekommunikationsgesetz)第3条的定义,电信是指发送、传输和接受信号的技术过程。在这里所强调的是整个传输“过程”本身,而非传输之前的准备和传输完成之后的形态。结合德国《基本法》第10条的规定,电信秘密所保护的的范围仅限于传输过程的保密性(Vertraulichkeit des Übertragungsvorgangs)。^[8]在技术日益成熟和进步的背景下,个人之间为突破空间间隔的限制而进行

[3] BVerfG NJW 2006, S. 976 (977).

[4] BVerfG NJW 1985, S. 121 (122).

[5] BVerfG NJW 1992, S. 1875 (1875).

[6] 1949年制定基本法时,当时电子通信工具还只限于固定电话,并且远不如今天这么普及,因此立法者所用的是“远程通讯”(Fernmelde)这一词汇,现如今,随着科技的发展,电信交流方式日益普及并且方式多种多样,因此立法者在2004年制定《电信法》(Telekommunikationsgesetz)的时候选择了“电信”(Telekommunikation)这一术语,这两个术语的基本含义一致。但在法教义学中也开始逐渐放弃了旧的术语“远程通讯”(Fernmelde),转而使用新的术语“电信”(Telekommunikation)。

[7] Manssen, Staatsrecht II, 9. Aufl., 2012, Rn. 555 ff.

[8] Manssen, Staatsrecht II, 9. Aufl., 2012, Rn. 559.

有效的交流,很大程度上依赖于电子形式传输方式,但这种传输方式也最容易受到第三者的非法干预和侵犯,因为整个传输过程的干预可以在当事人完全不知情的情况下被秘密地掌控。因此,德国《基本法》第10条特别强调对于电信秘密这一基本权利的保障。

在德国,对电信秘密这一基本权利并非毫无限制,《基本法》第10条第2款专门针对通信秘密作出了限制性规定。其一,《基本法》第10条第2款第1句规定,通信秘密权利只能根据法律予以限制。法律之外的行政规范、命令和内部条例本身并不构成对基本权利进行干预和限制的合法基础。在具体实践中,任何国家机关只有依据法律的具体授权,才能对公民的此项基本权利进行限制。^[9]其二,因为通信秘密属于较高保护位阶的基本权利,所以立法者明确指出,该基本权利的限制属于特别法律保留事项(besonderer Gesetzesvorbehalt)。特别法律保留事项区别于一般法律保留事项(allgemeiner Gesetzesvorbehalt),后者指在基本法中对某一具体的基本权利进行限制时,立法者仅简单地提及此项权利只能根据法律予以限制,并没有对其他限制基本权利的前提作出进一步明确的要求。而特别法律保留事项则是指立法者在某一具体的基本权利条款中,特别指出法律对于基本权利进行限制时,应“满足一定的前提要件、追求特定的目的或是使用特定的方式”。^[10]针对通信秘密这一基本权利,立法者在《基本法》第10条第2款第2句明确规定:如果对此项基本权利的限制有利于保护联邦或州的自由民主的基本秩序或保障联邦和州的生存或安全时,法律可规定不将此项限制告知受限制人,由议会指定机构和辅助机构对有关情况进行审查以取代进行法律诉讼。由此看出,只有为了达到国家安全和维护基本的社会秩序的目的,国家机关才可以通过事先不告知的方式来监督和侦听公民的通信。

在过去几十年里,有组织犯罪、毒品犯罪,尤其是恐怖主义犯罪等严重犯罪活动的日益隐蔽性,给德国刑事侦查机关(包含反恐情报机关)的侦查活动以及相应的犯罪预防工作带来极大的挑战,因此立法者通过不断地修订刑事诉讼法以及制定专门法律,例如“G-10法案”(《信件、邮件和通信秘密限制法》, Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses),^[11]授权有关机关在特定的条件下对公民的通信秘密这一基本权利进行干预和限制,其中主要涉及到电信监听、通讯记录的扣押和搜查以及数据存储等问题,下文将进行专门论述。

二、刑事诉讼中的电信数据

德国刑事诉讼法针对电信数据,区分了不同的数据形态,不同的数据形态所适用的《刑事诉讼法》的规定是完全不同的,因此有必要对不同的数据形态分别进行论述。

(一)基本数据

根据德国《电信法》第3条第3项和第14条的规定,基本数据(Bestandsdaten)是指顾客与电信服

[9] 赵宏:《限制的限制:德国基本权利限制模式的内在机理》,载《法学家》2011年第2期,第153页。

[10] 同注9引文,第156页。

[11] 该法案于1968年制定,2001年立法者又对该法进行了大幅度的重新修订。根据“G-10法案”,如果有特定的事实表明,某人预谋或已经实施严重的有组织犯罪和恐怖主义犯罪,则联邦、州情报以及军队情报部门可以针对此人进行信件、邮件的监督和通信侦听。与《刑事诉讼法》第100a和100b条中的电信监听和第99条规定的邮件扣押(Postbeschlagnahme)相比,“G-10法案”中限制信件、邮件和通信秘密权只需要本部门的正职或副职领导批准即可,无须获得法官的批准授权。另外,邮政部门和电信运营商具有配合情报部门调取信息的义务,并且应当给予相应的配合,例如信件应当分类和单独存放并及时提交给情报部门进行检查。针对被执行监听的对象而言,电信运营商应当存储其往来通信数据至少六个月。情报部门的监听及信件和邮件的检查完全在秘密的情况下进行,电信和邮政部门的工作人员不得向被监听和监督之人透露相关信息。

务商之间缔结、变更和终止电信合同的相关信息。基本数据包括客户资料信息,但不包含客户的具体使用信息。具体而言,主要涵盖以下几个方面的信息:号码和其他识别码、开户人姓名、地址和出生年月、固话的装机地址、移动电话的设备标识码(IMEI)、合同缔结日期。上述基本数据信息并不涉及电信交流的过程本身,因此该数据不属于《基本法》第10条规定的通信秘密保护范围。侦查机关如需调取该信息,适用的法律依据是德国《刑事诉讼法》第100j条的规定,即侦查机关为了查明案件事实或者查获犯罪嫌疑人的逗留地点信息,可以要求电信运营商提供犯罪嫌疑人的基本数据,电信运营商有配合义务。调取基本数据需要获得法官的批准,紧急情况下,检察官可以发出该命令,但事后应当立即通知法官并获得其追认。调取基本数据与下文中将详细论及的电信监听的不同之处在于,前者并没有犯罪类型的限制,即无论是轻罪还是重罪,只要是侦查办案过程中所必须的,侦查机关都有权调取基本数据。

在实践中,有组织犯罪和恐怖主义犯罪嫌疑人经常更换手机号,以躲避警方的追查,为此,立法者于2008年在刑事诉讼法中新增第100i条的规定,允许侦查机关使用“国际移动用户识别码捕捉器”(IMSI catcher),通过虚拟的网络基站,侵入目标手机获取其机器识别码、卡号以及定位信息。即便是犯罪嫌疑人更换手机号码,侦查机关在犯罪嫌疑人开机之后仍然能够立即查获犯罪嫌疑人的新手机号和定位信息,并进而启动电信监听。由于“国际移动用户识别码捕捉器”所获取的信息并不属于通话内容本身,因此也不属于《刑事诉讼法》第100a和100b条电信监听的范畴。

(二) 往来数据

往来数据(Verkehrsdaten),也称“业务数据”(traffic data),^[12]根据德国《电信法》第3条第30项结合第96条所提供的定义,往来数据指运营商在提供和维持电信服务过程中所产生的所有数据。该数据主要是运营商为了计费目的而在通信系统中自动记录的数据和信息,包括主叫和被叫业务的号码及其他识别信息、通话起止时间和通话时长、客户所使用的具体业务、手机通话的地点信息以及动态IP地址信息等。^[13]因为往来数据不涉及通话过程中的内容信息,只涉及到通信过程中的背景数据,并且只是电信运行系统所自动产生的,因此与基本数据一样,也不属于《基本法》第10条规定的通信秘密所保护范围。侦查机关如需调取该往来数据,并非适用《刑事诉讼法》第100a和100b条电信监听以及第100j条调取基本数据的规定,而是应当适用第100g条的规定,即如果有一定的证据表明行为入涉嫌犯罪的,为了查明案件事实之需,侦查机关可以向电信运营商调取犯罪嫌疑人的电信往来数据,但调取该数据必须与查清犯罪事实的重要性之间构成适当的比例,即比例原则的限制。同时,第100g条明确规定,调取犯罪嫌疑人的往来数据,只能在其他的侦查措施显然无效的情况下进行,不能作为首要的侦查手段而使用。调取往来数据同样需要获得法官的批准,紧急情况下,检察官可以发出该命令,但事后应当立即通知法官并获得其追认。

在德国刑事诉讼中,近年来一直争议不断的一个问题是往来数据的存储问题(Vorratsdatenspeicherung)。根据德国《电信法》第96条的规定,为了计算资费的目的,电信运营商有权存储一定期限

[12] Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32002L0058&qid=1471435792858> (最后访问日期:2017年2月9日)。

[13] 因为静态的IP地址在进行通信之前已经固定分配给了使用者,而且具有很强的身份识别特征,因此,在德国刑事诉讼中,该静态IP地址属于基本数据,侦查机关要查询静态的IP地址,适用的法律依据是《刑事诉讼法》第100j条的规定。而动态的IP地址属于运营商在一定期限内分配给使用者的,可能随着通信过程的进行而不断变更,因此属于往来数据,刑事诉讼中要调取该数据,应当适用第100g条的规定。

内的客户的往来数据,《电信法》第97条则规定,在完成资费计算后,电信运营商应当及时删除该数据。对于该存储的最长期限,法律并没有作出硬性规定,而是交由各个电信运营商自行规定,但自通讯账单寄出后,最长不得超过6个月。^[14]这里涉及的问题是,电信运营商是否有义务存储相关往来数据,以及为了侦查案件事实的需要,侦查机关是否有权要求电信运营商提供该存储的数据。

2006年3月16日,在强化打击有组织犯罪、跨国犯罪和恐怖主义犯罪的背景下,欧盟发布指令,要求其成员国应该制定相应的法律依据,确保电信运营商至少应当保存六个月的往来数据信息。2008年1月,德国为了转化欧盟指令,对《电信法》作出相应的修改,新增了第113a和113b条的规定,根据该立法修正案,所有的电信运营商都有义务保存六个月以内的往来数据。

但德国联邦宪法法院在2010年3月2日的判决中认为,《电信法》第113a和113b条的规定违反德国《基本法》,属于无效的条款。联邦宪法法院的此项判决所带来的后果是,电信运营商没有存储往来数据的义务,而只有根据《电信法》第96、97条的规定,为了计算资费的目的,存储最长不超过6个月的客户往来数据的权利。在实践中,很多情况下德国电信运营商是给顾客提供的包月和包年的套餐,即运营商并不需要为了计算资费的目的而存储往来数据。另外,不少运营商提供给互联网使用者的是免费的服务,例如代理服务器。对于这种免费服务,根据德国《电信法》第100条的规定,电信服务商有权最多存储一周以内的往来数据。因此,立法上针对往来数据存储的限制性规定以及联邦宪法法院的判决导致了侦查机关在刑事诉讼中调取犯罪嫌疑人相关信息和数据受到很大程度的制约和限制。德国联邦参议院在《刑事诉讼法》修改草案中指出,2008年5月至8月期间,警察和检察官在刑事诉讼过程中作出的调取往来数据的决定中,共有449次没有获得该数据。^[15]而联邦刑警总局的统计数据显示,2010年3月至2011年4月,侦查机关提出的要求运营商提供往来数据申请5082次,85%的案件(4292次)中,侦查机关都没有获得任何相关往来数据信息。尤其是当用户通过代理而匿名使用互联网时,运营商更是无法提供有价值的相关信息。^[16]

2014年4月14日,欧洲法院在裁定中宣布欧盟委员会于2008年所作出的指令(Richtlinie 2006/24/EG.)违反《欧洲人权公约》,这意味着欧盟委员会之前的各个成员国应当将欧盟指令转化为国内法的要求无效。换言之,根据欧洲法院的判例,德国立法者已经没有义务将有关往来数据的存储义务转化为国内法,但鉴于目前日益严峻的反恐形势,立法者仍决定在2015年底,重新对《电信法》中第113a至113g条进行修改。根据《电信法》第113b条的规定,所有的电信运营商应当对往来数据存储10个星期,对于定位信息存储4个星期。同时,根据第150条的规定,该条款并非自新的《电信法》颁布之日起(2015年12月18日)开始生效,而是自2017年7月1日正式生效。该过渡性规则的目的在于给予电信运营商足够的时间更新存储和技术设备。总而言之,新的《电信法》的修订,将为刑事侦查机关和安全情报机关打击有组织犯罪和恐怖主义犯罪收集证据提供强有力的制度保障。

(三) 内容数据

内容数据(Inhaltsdaten)在德国立法中并没有明确的概念界定。主流观点认为,内容数据应当指在通信过程中所产生的所有信息和信号,即《电信法》第3条第22项所指的通信数据。内容数据不仅包括传统意义上的电话通话内容,而且包括通过电信设施所传输的数字和模拟信号,如电子邮件、短

[14] Bär, in: KMR – Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: 2016, vor §§ 100a ff. Rn. 22.

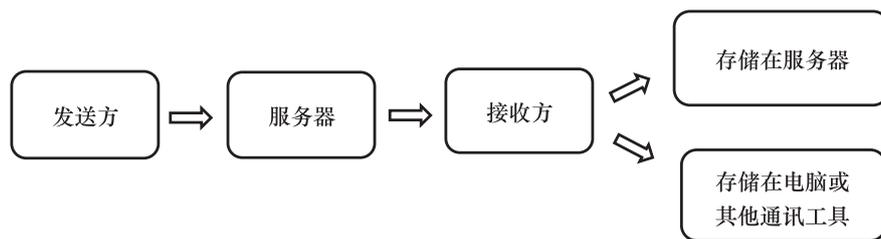
[15] BT – Drucks. 17/1482, S. 1 (3).

[16] Bundeskriminalamt, Abschlussbericht zur statistischen Datenerhebung Mindestspeicherfristen im BKA, 2011, S. 16.

信、彩信和语音消息等。

电话通信作为侦查机关侦听的对象,在范围的界定上没有多大的疑问,即指通话双方正式通话的整个过程。而电子邮件的通信过程,则需要进一步的界定。电子邮件通信从技术层面来讲,可以大致分为四个阶段,^[17]该四个阶段的区分对于刑事诉讼法中的强制措施和基本法所规定的公民的基本权利保护而言,实际上具有重要的区分意义,因为每一个阶段都对应着不同的基本权利所保护的目的是刑事诉讼法中强制措施所应当适用的具体条款。

如下图所示,电子邮件通信的第一个阶段指发送方通过自己的计算机或客户端将邮件发送至源端邮件服务器;第二个阶段指源端邮件服务器通过 TCP 连接,将邮件发动至目的端邮件服务器(也有可能源端邮件服务器与目的端邮件服务器属于同一个服务器);第三阶段指接收方通过自己的计算机或客户端连接目的端邮件服务器并查收邮件;第四个阶段中,接收方查收邮件后,将信息继续存储在目的端邮件服务器上,或者将邮件信息(如附件)下载保存在自己的电脑和其他通讯工具之上。



电子邮件通信的第一和第三阶段,由于数据正在传输过程中,毫无疑问应当属于电信通信的过程,如果侦查机关要对此阶段的通信进行侦听的话,则应当适用《刑事诉讼法》第 100a 和 100b 条电信监听的规定。而第二阶段和第四阶段是否属于通信过程,不无疑问。首先,就第二阶段而言,邮件从发件人处达到源端邮件服务器后,源端邮件服务器只是先把邮件临时存放在邮件缓存队列中,等待发送,然后,源端邮件服务器与目的端邮件服务器之间建立通讯连接,最后一步源端邮件服务器才将邮件缓存队列中的邮件依次发送出去,这一过程,是存在一定的时间差的。如果侦查机关只是介入了源端邮件服务器缓存队列中的电子邮件,则应该适用《刑事诉讼法》中哪一具体条款,在德国学界曾经争议不断。德国联邦最高法院(BGH)在判例中认为,这一阶段,侦查机关应当适用《刑事诉讼法》第 94 条保全(Sicherstellung)、第 99 条信件扣押(Postbeschlagnahme)以及第 102 条搜查(Durchsuchung)的规定,不应当适用电信监听(Telekommunikationsüberwachung)的规定,因为在这个过程中,邮件处于待发送状态,意味着属于“静止”状态而非通信的动态“过程”。^[18]但随后德国联邦宪法法院在这一争议问题上作出新的判决,认为不能人为地将第二阶段中的服务器临时存储邮件从整个的通信过程中割裂开来,整个的通信过程应当是一个完整的过程,即邮件从发送方到达接收方为止。如果将中间过程单独分裂出来,会导致《基本法》和《刑事诉讼法》中公民基本权利保障水平的降低,因为《刑事诉讼法》第 100a 和 100b 条中允许侦查机关进行电信听听的限制门槛较高,而且需要受到比例原则的限制。而保

[17] Kleszczewski, Straftataufklärung im Internet – Technische Möglichkeiten und rechtliche Grenzen von strafprozessualen Ermittlungseingriffen im Internet, ZStW 123 (2012), S. 737 (744); Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., 2012, Rn. 253b. 部分观点中,将电信通信的过程细分为 7 个阶段,以电子邮件为例,依次分为撰写、发送、到达服务器、服务器转递至收件人、到达收件人、收件人查收、查收后继续留存在服务器或者下载至电脑。Graf, in: BeckOK – StPO, Stand: 2017, § 100a Rn. 26.

[18] BGH NSiZ 2009, S. 397 (397).

全、扣押和搜查的门槛较低,例如搜查可以针对犯罪嫌疑人以外的第三人而实施。因此,联邦宪法法院认为,电子邮件通信的前三个阶段,都应当适用《刑事诉讼法》第100a和100b条的规定。^[19]

至于电子邮件通信的第四个阶段,通信过程已经结束,不论接收方是否已经查收,还是查收后将该邮件继续保留在服务器上或下载至个人电脑和客户端,都应当适用《刑事诉讼法》第94条保全(Sicherstellung)、第99条信件扣押(Postbeschlagnahme)以及第102条搜查(Durchsuchung)的规定。因为这个阶段,侦查机关介入服务器或者扣押个人电脑进行搜查,侵害的不再是通信秘密权。通信秘密权所保障的是公民通信的过程,如果通信双方并不在一起,很多情况下,人们完全依赖通信传输媒介,但这一传输过程很容易为通信双方之外的第三人(包括但不限于刑事侦查机关)通过秘密的方式侵入和干预,因此基本法和刑事诉讼法规定了较严格的保障制度。而通信过程结束后,通信双方完全可以自由地决定是立即删除自己的通信记录还是继续保留该消息,从通信安全保障需求的角度,这一阶段中“通信已经结束”与前三个阶段所涉及的正在进行的“通信过程”相比,后者更需要得到较高水平的保障。^[20]

基于同样的理由,手机中存储的短信和语音信息,也都不属于“内容数据”,如果侦查机关要调取这些数据,只能依据《刑事诉讼法》第94条保全(Sicherstellung)、第99条信件扣押(Postbeschlagnahme)以及第102条搜查(Durchsuchung)的规定来进行。

三、电信监听中的程序性问题

(一) 电信监听的前提要件

如上所述,立法者通过授权法律的形式,在《刑事诉讼法》专门规定了第100a和100b条,可以对电信通信过程进行监听。电信秘密权属于基本法所保护的重要范畴,因此立法者也对电信监听的前提要件作出如下的限制:

其一,犯罪嫌疑人可能涉嫌严重犯罪时,才允许侦查机关实施电信监听。为了防止侦查机关滥用电信监听的权力,《刑事诉讼法》第100a条第2款具体列举了42个严重犯罪的具体罪名,这一系列罪名的列举属于一个封闭式的结构(Katalog),立法技术上并没有采取“等严重犯罪”的兜底性条款。立法者在决定将哪种严重犯罪纳入第100a条规定之内时,一个参考因素是该犯罪通常情况下是否会被判处有期徒刑五年以上的自由刑。此外,立法者也会根据刑事政策的要求来决定某一类犯罪是否应当纳入本条中。事实上,在《刑事诉讼法》立法变迁史中,第100a条属于修订次数最多的一条。除了谋杀、抢劫、诈骗、洗钱、有组织犯罪和恐怖主义犯罪等11种犯罪没有变动之外,立法者根据不同年代的刑事政策的需求,及时地调整电信监听中所涉及的严重犯罪的具体罪名(到目前为止,立法者删除了19个罪名,新增了31个罪名)。^[21]

其二,电信监听应当遵循次属性原则的限制。由于电信监听侵犯到公民重要的通信秘密权,因此立法者在第100a条的法条原文中明确要求侦查机关必须是为查明案件事实和确定犯罪嫌疑人的行踪,在采取其他措施显然没有任何效果或者存在重大困难的情况下,才允许进行电信监听。因此电信

[19] BVerfG StV 2009, S. 617 (617).

[20] Beulke (Fn. 17), Rn. 253b.

[21] Bär (Fn. 14), § 100a Rn. 20.

监听是属于迫不得已的一种次属性手段(Subsidiarität),^[22]不应当是首要的侦查措施。如果采取其他的侦查措施会花费较长时间从而导致诉讼程序可能会延迟的,基于次属性原则的考虑,则可以采取电信监听的措施。^[23]除此之外,从相反的角度来思考,如果不采取通讯监听的措施,采取通常的其他侦查措施会给侦查机关造成重大的额外人力和物力上的消耗的,则采取电信监听的措施并不视为违反次属性原则。^[24]

其三,电信监听还应当遵循比例性原则的限制。德国联邦宪法法院在判例中认为,电信监听决定的作出还应当遵循比例原则的限制,犯罪嫌疑人的罪行和限制其基本权利的措施之间不应当显失比例。^[25]立法者于2008年在修订本条时,采纳了联邦宪法法院的该观点,在《刑事诉讼法》第100a条中新增了第四款,即在具体个案中,犯罪嫌疑人罪行应当是严重的,才可以对其电信监听。换言之,不是所有的犯罪嫌疑人,只要其涉嫌第100a条第2款所列举的严重犯罪,都毫无例外地可以实施电信监听,因为罪行的严重性并不等于罪名的严重性。

(二) 电信监听决定的作出和执行

根据德国《刑事诉讼法》第100b条第1款的规定,电信监听属于法官保留事项,即侦查机关事先应当获得侦查法官的批准。如果紧急情况,检察官可以作出临时的监听决定,但事后应当立即通知侦查法官并获得其同意。如果检察官作出临时监听决定后三日之内并没有获得侦查法官的同意或批准的,则检察官所作出的该决定失效,但是失效之前按照法定程序所获得证据可以作为证据使用。^[26]

在作出监听决定时,需要考虑犯罪嫌疑人是否具有第100a条所具体列举的严重犯罪的嫌疑。该嫌疑不能是凭空臆断,需具有特定的事实基础,法官在考虑是否应当作出电信监听的决定时,应当考虑刑事侦查中的基本经验(kriminalistische Erfahrung),^[27]即结合案件事实,并根据侦查机关的主观判断,本案中犯罪嫌疑人完全有可能实施了应当追究其刑事责任的犯罪行为。

2008年在对《刑事诉讼法》第100b条进行修订时,立法者强调电信监听决定必须以书面的形式作出,即便是由检察官在紧急情况下所作出的决定也不例外。在书面的决定中,法官和检察官应当说明采取电信监听的详细理由,以备事后对该决定的合法性进行审查。根据《刑事诉讼法》第100b条第2款的规定,在书面决定中,应当明确被监听的对象,尤其是涉及手机电信监听时,要列明移动电话的设备标识码(IMEI)。

在德国,电信监听措施的执行由检察官负责,而具体落实监听措施过程中,某些情况下可能需要电信运营商的协助才能完成,因此《刑事诉讼法》第100b条第3款专门就电信运营商的配合义务作出了原则性的规定,《电信法》和《电信监听条例》(Telekommunikations – Überwachungsverordnung)则对电信监听中的电信运营商的配合义务作了进一步的规定。根据《电信法》第110条以及《电信监听条例》第5条的规定,在德国境内的电信运营商应当配合侦查机关依据《刑事诉讼法》第100a、100b条的

[22] Meyer – Gofner, Strafprozessordnung, 57. Aufl., 2014, § 100a Rn. 12.

[23] Nack, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., 2013, § 100a Rn. 23.

[24] Schäfer, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl., 2013, § 100a Rn. 43.

[25] BVerfG NJW 2003, S. 1787 (1787).

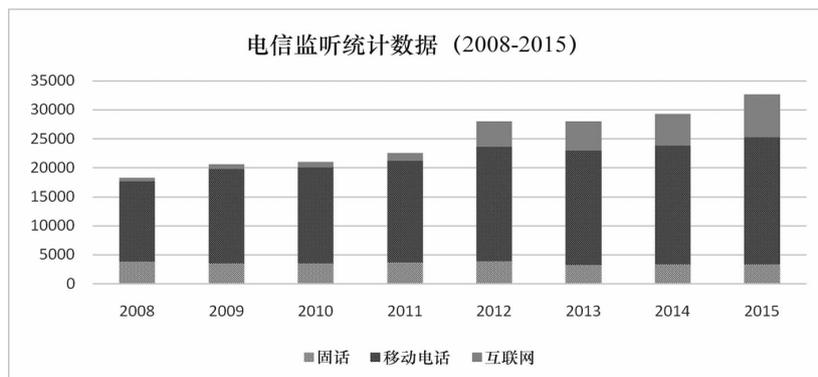
[26] Schnarr, Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung, NSiZ 1991, S. 214 (214 f.); Meyer – Gofner (Fn. 22), § 100b Rn. 1; 不同意见参见 Wolter, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, § 100d Rn. 5.

[27] Kinzig, Die Telefonüberwachung in Verfahren organisierter Kriminalität: Fehler bei der richterlichen Anordnung, Mängel des Gesetzes, StV 2004, S. 560 (563).

规定对犯罪嫌疑人进行电信监听,电信运营商应当配合侦查机关在监听过程中安装技术装置,以将特定的通讯信号的副本传输至侦查机关。侦查机关没有自行安装技术装置的,则电信运营商在条件允许的情况下,有义务向侦查机关提供通讯信号的副本。^[28] 如果电信运营商没有履行配合义务,根据《电信法》第115条的规定,联邦网络署(Bundesnetzagentur)可以对其作出50万欧元以下的罚款。

电信监听决定的有效期最长为三个月,如果电信监听的前提要件仍然存在的,根据实际案情的需要,每次最多可以延长三个月。在德国《刑事诉讼法》中,并没有对延长的次数进行限定,理论上可以无限次地延长。但是德国《刑事诉讼法》第100b条第4款规定,如果电信监听的前提要件不存在了,则应当及时地终止监听。该终止监听的决定由检察官作出。为了强化通信监听的法官保留原则以及对监听过程的控制,检察官在终止监听决定后,有义务向侦查法官报告监听过程中的基本情况,但是法律并没有强制要求检察官在监听终结后将所有的细节或收集到的证据详细地向侦查法官进行汇报。在司法实践中,检察官只需将简短的书面说明呈交给侦查法官。^[29]

由于监听过程的隐秘性,为了保障公民的通信自由和通信秘密权不至于因刑事追诉机关的滥权而被肆意地侵犯,德国立法者于2008年修订《刑事诉讼法》第100b条有关电信监听的规定时,新增了第5款和第6款的规定,即各个联邦州以及联邦总检察官应当向联邦司法部汇报每一年度(每一年度截止至6月30日)所作出的电信监听决定的基本情况。联邦司法部在其基础上汇总所有的数据后,通过官网对外公布相关的统计数据(参见下图)。^[30] 从2008年至2015年电信监听的统计数据来看,近年来在德国刑事诉讼中,电信监听的总量在逐年上升,从2011年起,互联网通信中被监听的次数有大幅度的上升。其中,2015年针对固话的监听次数为3332次,针对互联网的监听次数为7431次,涉及到对移动电话的电信监听次数为21905次,占整个电信监听中的绝大多数。



(三) 电信监听与证据禁止

电信监听中,并非只要违反刑事诉讼中的程序性规定都会直接导致证据的禁止使用,换言之,违反程序而获得的证据并非统统视为非法证据而被禁止使用,而是需要负责案件审理的法官根据违反程序的性质具体情况具体分析。

德国《刑事诉讼法》第100a条规定,只有犯罪嫌疑人可能涉嫌严重犯罪时,才允许侦查机关实施

[28] BGH NStZ – RR 2015, S. 345 (345).

[29] *Bär* (Fn. 14), § 100b Rn. 24.

[30] https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Telekommunikation/Telekommunikationsueberwachung_node.html(最新统计数据:2016年7月14日,最后访问日期:2017年2月9日)。

电信监听。如果犯罪嫌疑人并非涉嫌实施了本条第2款具体列举的42个严重犯罪的具体罪名的,则通过电信监听所获取的证据应当被禁止使用。

从德国联邦最高法院的判例和学界中主流观点来看,违反《刑事诉讼法》第100b条和101条的规定(电信监听的一般性程序要件)而收集到的证据仍然可以使用,例如违反管辖权的规定所作出的电信监听决定。^[31]另外,监听决定没有以书面形式作出,例如检察官以口头形式向侦查法官提出电信监听的申请,法官也以口头形式准许的,电信监听所获得的证据也并非直接属于非法证据而禁止使用。^[32]此外,侦查机关没有留意到电信监听决定最长三个月的规定,在决定失效后并没有立即向侦查法官申请延长监听决定,对于这种非故意的违反时间限制的行为,如果侦查机关补办延长申请的时间间隔较短的,则监听决定失效后至延长监听决定这一期间所获得的证据是可以使用的。^[33]

对于违反法官保留原则的电信监听而获取的证据,原则上属于非法证据而禁止使用,^[34]例如电信监听没有获得侦查法官的批准或者“紧急情况下”没有获得检察官的批准。根据德国联邦宪法法院2001年的判例,检察官故意规避法官保留原则,肆意地扩大解释“紧急情况下”检察官可以在没有获得侦查法官的准许下而直接作出电信监听决定的,所获得证据属于非法证据而禁止使用。^[35]但如果检察官只是错误地估计了形势,误认为属于“紧急情况”而率先作出电信监听决定的,所获得的证据可以作为证据使用。^[36]另外,检察官在紧急情况下所作出的电信监听决定,本应当在三日内报请侦查法官的批准,如果检察官只是稍微地拖延办理,例如第四天才向侦查法官申请,这一期间所获得的证据也可以作为证据使用。^[37]

如果电信监听过程中所收集的信息涉及到犯罪嫌疑人“私人生活的核心领域”(Kernbereich privater Lebensgestaltung),则属于非法证据而被禁止使用,侦查机关应当立即删除此类信息。“私人生活的核心领域”包括犯罪嫌疑人与自己非常信赖之人(神父、律师、医生和核心的家庭成员)之间的通信交流。

另外,需要指出的是,电信监听过程中,侦查机关如果发现犯罪嫌疑人有涉嫌其他犯罪的证据,只有该新犯罪也属于《刑事诉讼法》第100a条第2款所列之严重犯罪的,侦查机关所收集的证据才允许使用,否则也属于禁止使用的证据之一,这就排除了侦查机关“声东击西”规避法律的可能性。

四、电信监听中的特殊问题

在德国刑事诉讼中,如何有效地对网络通信进行侦查,一直以来属于实务界和法律界的重大争议问题,其中主要涉及到“源端监听”(Quellen-TKÜ)和网络搜查(Online-Durchsuchung)的合法性问题。

[31] Meyer - Gofner (Fn. 22), § 100a Rn. 35.

[32] BGH NJW 2005, S. 1060 (1060).

[33] BGH NJW 1999, S. 959 (959).

[34] BGH NJW 1988, S. 1223 (1223); BGH NJW 1983, S. 1570 (1570); Meyer - Gofner (Fn. 22), § 100a Rn. 35; Graf (Fn. 17), § 100a Rn. 82; Wohlers, Die Nichtbeachtung des Richtervorbehalts, Proberstein für die Dogmatik der unselbständigen Verwertungsverbote, StV 2008, S. 434 (436); Jäger, Zulässigkeit der Beschlagnahme und Verwertung von E - Mails, StV 2002, S. 243 (244).

[35] BVerfG NJW 2001, S. 1121 (1121).

[36] BGH StV 2008, S. 63 (63).

[37] Graf (Fn. 17), § 100a Rn. 82.

由于部分网络语音通话和视频通话在通讯过程中被电信运营商所加密,因此在实践中,很难对这一部分通讯内容进行有效的监听,典型的例子如 Skype 语音和视频通话。目前 Skype 采用的是端对端 256 位加密,即在语音和视频通话发送前进行加密,在通话对方收到后进行解密,整个的 Skype 软件之间的语音和视频通话过程并没有其他的节点中转,因此这一过程中,目前是没法进行解密和监听的。^[38] 因此,侦查机关能否采取所谓的“源端监听”(Quellen-TKÜ)技术,向目标电脑植入“木马”程序,以便于警方可以在电子设备的后台对加密通信内容进行监听,例如在 Skype 通话数据发送前未加密状态下进行侦听,或者在通话数据达到被接收方后,Skype 软件解密该通话数据之后进行侦听?这一问题在德国也存在相当大的争议。

在论述“源端监听”的合法性问题之前,有必要先对网络搜查(Online-Durchsuchung)问题进行说明。网络搜查是指通过网络的方式向目标电脑或手机等电子通讯设备植入“木马”程序或后台程序,以监控犯罪嫌疑人使用情况,并将犯罪嫌疑人硬盘和其他存储设备中的数据偷偷上传至刑事侦查机关的服务器中。德国联邦最高法院在 2007 年的判例中认为,网络搜查措施不属于德国《刑事诉讼法》第 102 条所规定的传统意义上的搜查措施和第 100a 和 100b 条所规定的电信监听,因而属于违法。法院认为,一方面,传统意义上的搜查指侦查机关对犯罪嫌疑人的住宅或者办公室进行的现场搜查,而网络搜查是通过秘密的方式对犯罪嫌疑人的电脑所实施,侦查机关并不在现场。另一方面,网络搜查也不能简单等同于电信监听,因为网络搜查在一定期限内始终处于“持续”状态,而电信监听的过程只涉及到从通信开始到通信结束的这一个有期限的“过程”,另外,网络搜查虽然也是通过电信设备将被调取电子设备中的资料传输至侦查机关,但这显然跟“通信过程”并没有直接相关性,因为通信过程要求的是通信的双方必须是“人”,而网络搜查所涉及的是“物”。^[39] 因此,《刑事诉讼法》第 102 条的搜查措施和第 100a 和 100b 条所规定的电信监听并不能成为网络搜查的合法性基础。

德国联邦宪法法院在 2008 年的裁定中遵循了联邦最高法院在上述判例中的观点,认为刑事诉讼中的网络搜查措施不合法,并在理由中进一步指出:虽然网络搜查不涉及公民的通信秘密这一基本权利(通过电信监听所限制和干预的公民基本权利),但从《基本法》第 2 条公民人格自由发展的权利和第 1 条人的尊严这两个基本权利中可以推导出一个新的基本权利,即信息技术系统的秘密和完整性的保障权利(Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)。在数字时代,公民人格自由发展的权利在很大程度上已经离不开电脑和网络,尤其是电脑等通信设备中存有公民大量的个人信息,通过获取这些信息,完全可以获得一个人完整的个性特征。如此一来,每一个人在侦查机关面前,完全是一个赤裸裸的形象。因此,如果国家不能给公民提供安全无漏洞的信息技术系统的保障,则最终会使人格的自由发展以及人的尊严受到严重侵害。另外,公民的信息自决权(informationelle Selbstbestimmung)也会因为网络搜查这一强制措施而遭受不当侵害,因为原则上,公民没有向国家提供个人信息的义务。^[40] 因此,由于联邦最高法院和联邦宪法法院就网络搜查问题的合法性和合宪性问题的判决,导致了目前在德国刑事诉讼中,对于网络搜查问题没有合法依据。2008 年,联邦参议院试图在《刑事诉讼法》中新增关于网络搜查的第 100k 条,但是立法动议最终无疾

[38] 而通过 Skype 软件向固定电话通话以及 Skype 软件之间的即时文本消息的发送之间因为需要经过其他节点进行中转,因此对这一过程进行监听完全是有可能的。

[39] BGH NJW 2007, S. 930 (930 ff.); vgl. auch Jahn/Kudlich, Die strafprozessuale Zulässigkeit der Online-Durchsuchung, JR 2007, S. 57 (57 ff.).

[40] BVerfG 27.2.2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, NJW 2008, S. 822 (822 ff.).

而终。^[41]

从技术层面而言,“源端监听”与前述所提及的“网络搜查”技术在本质上较为接近,即都是通过植入“木马”程序,因此,有的学者也将“源端监听”视为是“网络搜查”的下位概念。^[42]但是德国联邦宪法法院在上述2008年的裁定中明确将两者进行了区分。联邦宪法法院认为,虽然两者都是向目标电脑植入“木马”程序,但“网络搜查”所指向的是电脑中的文件,在犯罪嫌疑人毫不知情的情况下,侦查机关通过该“木马”程序遥控目标电脑,在电脑中搜寻相关信息或文件,并悄无声息地将其传输至侦查机关的电脑中。“源端监听”则指向的是犯罪嫌疑人通过目标电脑所正在进行的网络语音通话或视频通话,“木马”程序所针对的是犯罪嫌疑人与他人通信的过程。因此两者之间存在一定的区别。在该裁定中,联邦宪法法院认为,“源端监听”仍然属于德国《刑事诉讼法》第100a条所规定的电信监听的范畴。此外,通过“木马”程序所进行的“源端监听”,如果在技术层面能够保障该“木马”程序只是截取了犯罪嫌疑人的电信通话数据,而没有将目标电脑中的其他文件和个人信息传输至侦查机关的情况下,“源端监听”才具有合法性,否则就属于非法的“网络搜查”。^[43]

虽然联邦宪法法院的该裁定确认了“源端监听”的合法性,但侦查机关在“源端监听”中所使用的“木马”程序的功能在实践中是否仅仅截取了电信通话的数据,尚存在一定的质疑。2011年10月,德国一个名叫“混沌电脑俱乐部”(Chaos Computer Club,缩写为CCC)的私人团体对外发布消息称,德国联邦刑警总局在对犯罪嫌疑人进行监听时,普遍使用了所谓的“联邦木马”(Staatstrojaner)程序,并认为该“木马”软件存在诸多安全漏洞,联邦刑事侦查机关可以通过该软件秘密获取公民的个人信息。^[44]该报告在德国引发广泛的关注和不安,民众担心刑侦机关可能会超越法律的授权范围,进而对民众的个人隐私生活构成严重的侵犯,例如通过该木马程序在背后操控个人电脑的音频输入设备和摄像头或者自动地将硬盘里的所有文件偷偷上传。德国联邦刑警总局对此予以否认,并坚持认为在刑事案件的侦查过程中,警方并没有采取违背法律程序的做法,但这并不能打消民众对此的怀疑。2016年2月22日,德国联邦刑警总局和联邦内政部对外宣布,经过长时间的开发,联邦刑警总局已经成功开发出了一款新的“联邦木马”程序,该程序主要用于在电脑设备的后台对加密通信内容进行监听,并不会将目标电脑中的其他数据传输至侦查机关。联邦刑警总局认为,该木马程序已通过联邦数据保护专家委员会(BfDI)、联邦信息技术安全局(BSI)以及第三方专家的评估验收,今后在重大暴力犯罪案件的侦查过程中将投入使用。^[45]新的“联邦木马”程序投入使用,能否打消民众的疑虑,有待进一步的观察。

[41] BR - Drs. 365/08. 虽然刑事诉讼法中未能就网络搜查进行规制,但是在《联邦刑法法》(Bundeskriminalamtgesetz)第20k条中规定了“信息技术系统的秘密侦查”(Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme),即网络搜查,允许联邦刑事警察在特定的前提条件下,面对严重危险生命、身体和自由的犯罪时,可以采取网络搜查措施。在德国,警察和监狱执行机关都属于地方事务,其立法、人员配备和保障措施等由各个联邦州自行规定。联邦刑警总局的职责范围包括协调各个州警察的打击犯罪,以及对跨州的有组织犯罪和恐怖主义犯罪也有前期的侦查和采取预防措施的职责。因此,《联邦刑法法》中对网络搜查的许可,意味着联邦刑警总局完全可以采取网络搜查的措施来预防和打击恐怖主义犯罪。到目前为止,联邦宪法法院并没有宣布《联邦刑法法》中的网络搜查的规定违反德国《基本法》。当然,联邦刑警总局单纯通过网络搜查所获得的信息,在刑事诉讼中的主审阶段,并不能作为证据使用,因为刑事诉讼法中并没有对网络搜查进行合法化,因此该信息仍属于非法证据。

[42] Graf (Fn. 17), § 100a Rn. 27.

[43] BVerfG (Fn. 45), 822 ff.

[44] 参见:<http://www.ccc.de/de/updates/2012/schaar-bericht> (最后访问日期:2017年2月9日)。

[45] <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2016-02/staatstrojaner-bundestrojaner-bka-quellen-tkue> (最后访问日期:2017年2月9日)。

五、结语

在当今世界反恐形势日益严峻的背景下,各国都相应地采取措施积极应对恐怖主义等严重的暴力犯罪,在刑事政策、公共安全的预防体系等方面,采取多层次、多维度的反恐策略和处置措施,防范恐怖主义犯罪给人民的生命财产和国家安全带来危害。从德国联邦司法部发布的电信监听统计数据来看,每年德国刑事侦查机关依法作出的监听决定的数量在逐年上升,体现出电信监听作为重要的侦查手段越来越受到刑事追诉机关的“青睐”,但电信监听措施侵害到了《基本法》第10条所保护的公民通信秘密权。因此,立法者在《刑事诉讼法》中对各种电信数据进行了区分,并根据数据的本质和规范的保护目的,分别作出了详尽的规定,由此可以看出,德国刑事司法的“精细化”程度和水平是相当高的。同时,在《刑事诉讼法》第100a和100b条特别规定了相应的电信监听的前提要件,与侦查机关其他的数据采集强制措施相比,侦查机关采取电信监听的措施需要满足更为严格的前提要件。虽然侦查机关违反电信监听的程序性规定并不直接导致证据禁止使用,但如果侦查机关严重违反程序,例如故意规避电信监听中的法官保留原则,则原则上所获得的证据都属于非法证据而禁止使用,换言之,在电信监听过程中,侦查法官能够对检察官和警察的行为进行有效的制约和监督。总而言之,德国刑事诉讼中为电信监听专门设置的较高保护门槛,体现了德国立法者对公民通信秘密权的重视;另一方面也反映出,即便是在面对恐怖主义等严重暴力犯罪时,德国在打击犯罪和保障人权方面,天平的重心也并非完全偏向一方。

2015年6月,第十二届全国人大常委会第十五次会议初次审议了《中华人民共和国网络安全法(草案)》。2015年7月6日至2015年8月5日,网络安全法草案在中国人大网公布,向社会公开征求意见。之后,根据全国人大常委会组成人员和社会各方面的意见,对草案作了修改。2016年11月7日,全国人民代表大会常务委员会正式通过了《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》),该法自2017年6月1日起施行。《网络安全法》中规定,立法机关通过制定本法,旨在依法开展网络空间治理、强化打击网络违法犯罪,以建立多边、民主、透明的网络治理体系(《网络安全法》第7条)。另外,《网络安全法》第12条明确规定:“不得利用网络从事危害国家安全、荣誉和利益,煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度,煽动分裂国家、破坏国家统一,宣扬恐怖主义、极端主义,宣扬民族仇恨、民族歧视,传播暴力、淫秽色情信息,编造、传播虚假信息扰乱经济秩序和社会秩序,以及侵害他人名誉、隐私、知识产权和其他合法权益等活动。”虽然在互联网时代,国家强化打击利用网络从事的违法犯罪活动在任何一个国家都属于合法合理的,但令人疑惑的是,《网络安全法》中第48条第2款规定:“电子信息发送服务提供者和应用软件下载服务提供者,应当履行安全管理义务,知道其用户有前款规定行为的,应当停止提供服务,采取删除等处置措施,保存有关记录,并向有关主管部门报告。”换言之,立法者希望给电信运营商设定“安全管理义务”,即如果其发现电子通讯过程中存在法律、行政法规禁止发布或者传输的信息时,具有采取“删除措施、保存记录等具有明显公权力属性的行为方式,实际上是授予其监控公民私人生活的巨大权力”。^[46]

反观德国刑事诉讼中的电信监听以及德国《电信法》中有关电信运营商对电信监听的配合义务的规定,德国法并没有授权电信运营商有主动“过滤敏感信息”的权利,因为只有刑事侦查机关可以设置

[46] 张翔:《检查公民通信是谁的权力?》, <http://dxw.ifeng.com/xsc/zhangxiang/1.shtml> (最后访问日期:2017年2月9日)。

过滤机制(Filterung),而电信运营商被禁止在运营过程中获取通讯内容以及其他的信息(《电信法》第88条第1款),即只有侦查机关基于合法的电信监听的决定,才能获取公民通信过程中的具体内容,在这一点上,电信运营商有配合义务,将相关通信内容的副本交给侦查机关,除此之外,电信运营商没有任何的权利和义务获取公民具体通讯的内容。

在这一问题上,德国法中的相关规定值得我们认真反思和对待。即便是在“反恐战争”的背景下,侦查机关仍不能不惜一切代价地去查清案件事实真相。在数字和互联网时代,通信秘密和通信安全对于每一个公民而言,意义重大。人类社会发展的历史,也是一部个体之间相互往来,进行物质、精神交流的社会活动的历史,共同生活和相互交往是社会生活的基本形态。显然,当今社会人民之间的交流往来已经不可能依赖传统社会中的飞鸽传书和邮差的千里加急快报,面对面“四只眼睛注视下”的交流也完全不能满足我们的交流需求,人们只能更多地依赖远距离的通信传输技术。这也再次表明了通信秘密之于每个人的重要性,如果一个国家不能有效地保护社会群体中个人交往的信赖利益,最终只会导致人们生活在一个没有秘密的“透明”社会里。在这样一个社会中,极端情况下,无论是位居庙堂的官员还是江湖之远的平民,都不会感到安全和舒心,因为每个人都不希望自己成为他人眼中那个“穿着新衣服的皇帝”,不希望自己的生活成为“他人的生活”(Das Leben der Anderen)。^[47]

The Legal Regulation about Telecommunications Surveillance in Germany: An Analysis Based on Fundamental Rights

Huang He

Abstract: The freedom of communication and the privacy of communication are of high protection level in the Basic Law of the Federal Republic of Germany, however surveillance of telecommunication in the criminal procedure restricts this basic right of the citizen. Based on the principle of legal reservation, German Criminal Procedure Law set out some detailed procedural restrictions on telecommunication surveillance. In addition, the provisions of telecommunication surveillance cannot be applied to all the process of telecommunication and data generated in telecommunications. German Criminal Procedure Law has different applicable provisions for different types of telecommunications data. Besides, in the era of Anti-Terrorism, it remains a big controversy in Germany whether criminal prosecution authorities have the right to utilize “Trojan program” (e. g. Network search and Source telecommunication surveillance) to conduct a secret investigation.

Keywords: basic rights; telecommunication data; telecommunication monitoring; network search

(责任编辑:幸颜静)

[47] 2007年第79届奥斯卡金像奖最佳外语片《窃听风暴》的中文直译片名。

德国司法裁判中的“法感情”理论

——以米夏埃尔·比勒的法感情理论为核心

赵 希*

摘 要:德国的法感情理论最初是为了给一种“反传统的”司法实践寻找一种教义学上的理论支持。这样一种反传统的司法实践是指法官在实务中并没有完全遵循三段论的形式逻辑进行裁判,某些情感因素在裁判中发挥了作用。米夏埃尔·比勒的法感情理论认为,裁判者在司法冲突中,并不总是保持着中立第三方的态度,而是采取了一方当事人的观点。法感情并不仅仅是一种感情状态,它也是一种正义的表达。由于法感情被很好地隐藏在案件判决之中,但是它却对案件的结果产生了一种预先的判断,这种法感情既是隐晦的,又是有些危险的,需要法教义学加以控制。德国的法感情理论能够为反思我国司法裁判基本理念特别是如何处理民意问题等提供有益的参照。

关键词:法感情理论 三段论涵摄 法教义学 民意

作为规则之治的法治,一向以客观中立为赖以自豪的标签。诚然,现代法治源自科学主义和理性主义的启迪,强调法律规则的一般性和普遍适用性。而在司法裁判中,法官的客观中立也被视为其基本要求。德国学者韦伯的名言至今仍广为流传:“现代的法官是自动售货机,投进去的是诉状和诉讼费,吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由。”对于法官“自动售货机”的设想,意味着理性的法官应当是一个保持绝对客观的中立第三方,这样,案件的裁判者与涉案的当事人之间保持着一定距离,使裁判者足以不对任何一方“动情”,也因此保持了足够的理性和判断力,能够使他作出合法公正的裁判。

由是,法官的角色设计意味着任何对于案件以及当事人的“感情”因素都是应予坚决反对的。德国法学一向以严谨的法律思维以及高度逻辑化的法律教义学著称于世,然而正是在这片充满“理性”的土地上,存在着对于“法感情”理论^[1]的深入讨论,并已然形成体系性论证。本文意在德国司法裁判中的法感情理论,尤其是米夏埃尔·比勒(Michael Bilher)的法感情理论进行阐述和分析,进而为反思我国司法裁判基本理念特别是如何处理民意问题等提供有益的参照。

一、德国法感情理论的发展脉络

德国学者指出,德国对于“法感情”理论的讨论已经历时一百多年。这种讨论可以追溯至 19 世

* 中国社会科学院法学研究所博士后研究人员,法学博士。本文受国家留学基金(项目批准文号:201406010128)的资助。

[1] “法感情”所对应的德语单词是“Rechtsgefühl”,由于“Recht”既可以翻译为“法”,也可以翻译为“正义”,因此“Rechtsgefühl”也可以翻译为“正义感”,这说明这种感觉与正义的密切关联。但是鉴于“Rechtsgefühl”主要是为了说明一种司法裁判中的法发现的心理现象,而且此后的行文将着重介绍德国的法感情理论与教义学之间的关联,为了突出这个词与法律的关联性,因此本文翻译为“法感情”。

纪末,并且在20世纪20年代达到最高峰。对于“法感情”的讨论主要缘于19世纪末心理学和生物学的飞速发展,而且也源自于这样一个事实,当时的注重纯粹的逻辑加工的法学的古典规范方法论,与一种司法实务中存在的现实,即在法发现和法适用中,情感和非理性因素产生重要影响的现实,两者存在很大的分歧。这使得学者们产生了研究兴趣。^[2] 学者们对于“法感情”的本质提出了各种各样的观点,如古斯塔夫·鲁莫林(Gustav Rümelin)将法感情作为道德的秩序驱动的一部分,埃尔温·赫耶兹勒(Erwin Riezler)将法感情理解为三种方式,赫尔曼·伊塞(Hermann Isay)认为法感情缺乏理性因素,以及曼弗雷德·雷宾德(Manfred Rehbinde)和莱因荷德·齐佩利乌斯(Reinhold Zippelius)对法感情所持的相对主义等观点。^[3] 而其中埃尔温·赫耶兹勒对于法感情的三分法被视为对法感情理论的“突破性成果”,这部著作的影响力一直持续至今,目前对于法感情的讨论仍然没有突破他的观点。而他对于法感情的最主要的认识在于:法感情的内容的确定并不仅仅源自于感觉,而是取决于某种认识理论和法学方法论这些变量。^[4]

赫耶兹勒区分了三种意义上的法感情:法感情的第一层意义是,法感情是法律专家们基于其所受的教育,以及职业特殊的社会化,它是对于案件的“正确的”判决的一种直觉上的能力。虽然它也是一种感情成分,但是其重点在于理智因素。法感情的第二层意义则是,对于确定的符合感情的法律理念的倾向,它是以自己的正义理念的形式出现的,表现为个人的正义理念对法律相关事实做出评价,当事实上法律的过程与人们所设想的理念相协调时,人们就会感到满意——“法律就该是这样的!”其中也混合了理智和感情的因素。法感情的第三层含义则是指对现行法秩序的尊重,要求实施这种法律的感情,而这种法感情并不依赖于,实证法与某种正义理念相协调,也就是法秩序不应当依赖于个别的利益而被实现。赫耶兹勒认为上述含义中的第二个含义,即作为正义倾向的法感情,在法学方法论中是最重要的。他认为,对于所有的价值判断中涉及的“一致的”或“不一致”的判断都要诉诸法感情。也就是,法感情在利益衡量,也在类推当中,发挥了重要作用。^[5]

但是德国对于法感情理论的进一步研究,在20世纪80年代之后就逐渐停滞了。德国学者马克斯·鲁莫林(Max Rümelin)说:“对于法感情问题的整体观察,尤其是感觉在心理学上的深化,远远超越了法学家的能力。”^[6] 有论者提出,德国对于法感情问题的研究很少令人满意,因为首先,法感情在术语上并不准确,例如它与法观念、法意识等的关系很难厘清。^[7] 法感情内容的难以界定这一点,德国学者赫尔曼·伊塞说得很明确:“法感情这一用语不仅适用于情感的认知和状态,也适用于非理性的认识活动……这个单词是弹性的,它适合不同的设想,以及不同的观点,因此要求对法感情做出一个对它概念的明确的根本性解释,是不合理的,也是不可能的。”^[8] 其次,德国论者指出,感情是一个极其个人的、主观主义的感受,因此无法通过客观的科学性的方式加以把握,也无法进行一般性的描绘。这意味着,对于法感情的研究所存在的普遍问题,对于这种精神活动,无法通过实证方法加以研究。法感情的主观内核,使得客观上不具有可观察性。^[9]

[2] Vgl. Julia Valerie Tietze, Der objektive Charakter des Strafgesetzes im Widerstreit zum subjektiven Rechtsgefühl, Verlag GCA, Herdecke, 2004, S. 51.

[3] Vgl. Julia Valerie Tietze (Fn. 2), S. 61 – S68.

[4] Vgl. Michael Bihler, Rechtsgefühl, System und Wertung, Verlag Beck, München, 1979, S. 15.

[5] Zwei Zitate: von Julia Valerie Tietze (Fn. 2), S. 62 – 64; von Michael Bihler (Fn. 4), S. 15 – 17.

[6] Zwei Zitate: von Julia Valerie Tietze (Fn. 2), S. 53.

[7] Zwei Zitate: von Julia Valerie Tietze (Fn. 2), S. 54.

[8] Vgl. Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, Verlag Vahlen, Berlin, 1929, S. 87 – 88.

[9] Vgl. Julia Valerie Tietze (Fn. 2), S. 52.

在本文看来,法感情理论的提出,与反对纯粹的法条主义和绝对的概念法学的法学方法论背景有关,纯粹法条主义和绝对的概念法学的理念,要求法官在司法实务中绝对贯彻三段论推理模式,并且对法官的角色设定存在两个绝对刚性的论断:第一个论断是,法官被视为是“自动售货机”,输入程序就可“自动”得出判决,按照概念的层层推理就可以得到合法的判决结果;第二个论断是,法官是司法冲突中绝对中立的第三方,法官必须保持绝对的清醒和克制,绝对不能在案件的处理中加入个人的情感因素。然而,这两个绝对的论断,在实务当中都遭遇了挑战。完全按照概念法学的三段论推理、不考虑案件后果的思路,在实务中困难重重,因此德国法官在实践当中,对于上述两个绝对论断,也难免进行了某些“可做不可说”的调整。而实践中存在的这些与当时占据主流的概念法学相背离的“可做不可说”的活动,又反过来刺激了德国的理论界,进而使得“法感情”这个概念开始产生、发展。因此,这个理论的产生,主要是为了给一些违背传统三段论推理的司法实践活动,寻找一个刑法教义学理论的正当化根据。在与概念法学、法条主义相抗衡的利益法学、评价法学、自由主义法学以及法律实用主义这条法学方法论“维度”相对应,在司法实践的法发现理论中也存在着与三段论的机械司法相对立的法感情理论以及后来的能动性司法理论。两个维度的相互勾连是显而易见的,三段论逻辑推理是法条主义、概念法学的最重要的逻辑工具,而利益法学的启示者耶林,也明确指出了法感情理论的重要性。他认为,法感情的内容是“法历史的最高原则和事实”,法感情虽然是指向法律的,但是它有一个“超越的趋势”,耶林将法感情称为“进步的先驱”。他认为法感情一方面承担着对概念的批判性任务,将原有的法律原则进一步发展为新的,但已经在法律中植根的原则;另一方面,法感情也是一种主观的正义感受,它包含着情感因素,是当事人对不公正处理的一种反应。总之,耶林认为法感情使得对于法律原则的认识成为可能,它虽然不是一种独立的法律来源,但它却是一种重要的认识工具。^[10]可见,法感情理论与利益法学密切关联,它希望在司法实践这个具体层面上,证实利益法学的某种主张,同时作为司法裁判当中关于法发现的方法的理论,它又是一种独立的理论。但是,法感情理论想要融入进“理性”的刑法教义学理论当中,还面临着很多困难和问题。

通过前文对德国法感情理论的简单勾勒,可以看到,这个理论面对的核心问题在于,是否将法感情作为一种纯粹的“感情”或者“感觉”?换句话说,是否认为法感情是一种无关理性的东西?在这个问题上,学者们产生了分歧,伊塞代表了一个极端,即法感情是一种纯粹的感觉。它与道德感是相似的,即都源于道德个体的核心和本质,两者的区别仅仅在于,道德感是指向人们的内在生活的,然后再产生引导人们外在行为的意义;而法感情则直接作用于人们的外在行为。^[11]但是他又严肃指出,法感情绝对不是一种原始冲动(Urinstinkte),“法感情产生的前提条件是对共同体生活的承认,它不是一种孤立的个人的感受,而是作为共同体成员的个人的感受……法感情并不是一成不变的,它受到人们生活的极大影响,并被其所决定”。^[12]但是他又有些矛盾地认为法感情也是一个“天生”的法感情,正如道德感也是天生的一样。^[13]但是无论如何,伊塞将法感情作为纯粹的“感觉”,一方面偏离了法感情理论发展的初衷和目的:为那些背离了三段论的司法实践活动,寻找教义学上的正当化根据。因为一种纯粹的“感觉”,与教义学的理性主义根本特征,存在完全的不兼容性;同时,司法实践当中强调法官“感觉”因素的重要地位,虽然与伊塞的自由法学派的主张相契合,但是由于其对于规则约束的无视,不仅遭到了概念法学、法条主义的批评,而且也受到了利益法学的指责。例如利益法学的代表人

[10] Zwei Zitate: von Michael Bihler (Fn. 4), S. 8-9.

[11] Vgl. Hermann Isay (Fn. 8), S. 90.

[12] Vgl. Hermann Isay (Fn. 8), S. 97-112.

[13] Vgl. Hermann Isay (Fn. 8), S. 112-113.

物海克特别强调自己的主张与自由法学派的区别,强调“对制定法忠诚”,以及“法官应受制定法约束”。他虽然认为法官的“法律感觉”在利益法学的法律发现,即在利益探究和漏洞填补中,发挥着重要作用,但是这种下意识的直觉判断容易受到不当的因素的影响,因此还是需要用“理性考量之光”来加以检验与光照。^[14]此外,一方面将法感情作为纯粹的感觉,另一方面又认为它是社会共同体成员的感受,那么就很容易将法感情导入“民意”这个洪流之中,进而对于不稳定的民意的所有质疑和批评都会朝向这种法感情理论。

因此,可以肯定,法感情理论的持续发展,它的试图被法学教义学所接纳,它对于事实上违背逻辑三段论推理的司法实践的正当性证明,所有这些期盼和目的,都建立在法感情理论的“理性化”基础上。毕竟,教义学是理性的,按照德国学者耶塞克和维根特教授的理解,“教义学以刑罚法规为其基础和界限,致力于研究法条的概念性内容和构造,将法律素材体系化,并试图发现概念构造和体系化的新途径。通过解释现行法,对司法判决进行批判性检验、比较和归序,刑法教义学就作为法律和司法实践的桥梁,服务于法院稳定地、逐渐修复地适用刑法,从而在很大程度上服务于法安全和公正”。“传统教义学被认为是有利于法治国的,因为它为法官适用刑法提供了稳定的、可检测性的学术指导,从而排除了刑事司法的任意性。”^[15]因此,有些悖论的是,法感情理论的正当性,必须建立在它并不是一种纯粹的“感觉”基础上。至少,它需要融入理性因素。只有借助这种理性因素,法感情理论才有可能成为理性的教义学的一部分。因此,将法感情完全理解为纯粹“感觉”的尝试很难获得教义学的支持。

事实上,赫耶兹勒教授在对法感情进行三种意义上的区分这一重要研究当中,其最主要的认识恰恰就在于认为,法感情的内容并不仅仅是感觉,而是与某种认识理论和法学方法论变量存在密切关联。这就为法感情中理性因素的容纳,以及法感情与教义学的“对接”提供了某种可能。而赫耶兹勒对法感情的三种划分当中的第一种,也就是法学家的法感情,他认为其中主要是一种理智因素。可惜,他并未就此展开深入讨论,而是认为法感情的第二种意义,也就是人们对于正义的设想的情感才是法学方法论当中最重要的,而这种正义感又主要地是一种非理性的感觉,于是他的努力也间接地放弃了对于法感情中理性因素的讨论。正如比勒所评价指出的,“这里触及到的难题是,通过将理智因素纳入到法感情当中,那么法感情就丧失了它的内容”。没有办法确定的是,法官或司法裁判是基于一种感情作出的,这种感情反对理智;还是相反地,理智压抑了感情,最后使得裁判的运作机制变得不明确。^[16]

由此,法感情的研究最终面临的是这样一个问题:法感情最初是为了给这样一种“反传统的”司法实践——法官在实务当中并没有完全遵循三段论的形式逻辑进行裁判,某些情感因素在裁判中发挥了作用——寻找一种教义学上的理论支持。这也是对同时期的法学方法论从概念法学向利益法学过渡的一种呼应。由于教义学的“理性化”特质,法感情研究中,将法感情作为纯粹“感觉”的非理性因素的定义,注定无法获得成功;而将法感情本身注入一种理性因素的尝试,又很容易消解法感情自身。因此,法感情研究最终面临了这样一个似乎“无解”的十字路口,无论走向哪种观点,都无法找到出路。这也许也是法感情理论在德国也属于一种比较“冷门”的研究方向的内在原因。

然而,比勒于1979年发表的《法感情:体系和评价》一书,勇敢地对法感情理论的研究进行了再次

[14] 转引自吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版,第230-232、261-268页。

[15] 冯军:《刑法教义学的立场和方法》,载《中外法学》2014年第1期,第173、175页。

[16] Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 17-18.

尝试,而他的研究正是建立在法感情与理性因素互动的基础之上,尽管他对于法感情的定义仍然更多的侧重感情本身。正如比勒的自我评价,该书的最大特点在于:“本书致力于讨论法发现的心理学,试图解释,一个特殊个体因素,以及主观法感情如何达成一个裁判的合理性,以及在判决形成过程中,这种感情是如何发挥作用的……同时本书也试图探明,对法官行为的积极规范是否能够起到控制作用,以及能否对一个规范无涉(normfrei)的裁判理论以优先性?”^[17]比勒的研究成果,或许是法感情理论研究的一个“转机”。鉴于其理论的重要性,下文将对其著作进行详细阐述。

二、米夏埃尔·比勒的法感情理论

《法感情:体系和评价》一书的结尾对全书进行了总结,并提出了8个命题,本文归纳整理了其中的6个命题,通过这6个命题对该书的主要内容进行阐释,为了更好地理解,其中穿插一些案例进行说明。

(一)前三个命题:从法感情到裁判结果

第一个命题:法感情不能被理解为是一种理智的感情。^[18]

比勒认为,对于法感情进行研究的第一步,就是将“感情”与“法”互相抽离,而这样做的目的在于,被抽离之后的“感情”能够被更直观地审视,以观察它在司法裁判中究竟起到了怎样的作用,以及这种情感与裁判者的“理性”如何彼此影响着。而对于这种感情的探究,应当着眼于裁判者在司法冲突中所表现出来的行为。比勒指出,裁判者在司法冲突中,并不总是保持着中立第三方的态度,而是在冲突过程中,这个第三方离开了他的中立位置,采取了一方当事人的观点。当然,裁判者所做出的表态也很可能是基于法规范的力量,或者是一般的理性考虑,因此,比勒对其中仅仅由法感情所引起的裁判者的中立位置的偏移,找到了一个重要特征,那就是“自发性”。而触动裁判者产生这种“自发性”的法感情的,是源于具体个案的情状,包括案件当中当事人所代表的利益冲突。那么,比勒的第一个命题的关键点有两个,其一是法感情的内容要抽离掉理性因素;其二是法感情是裁判者的“自发地”偏离中立第三方的行为。

对于第一个关键点的理解如下:比勒对于法感情不能加诸理智因素的根据,主要在于,一方面,出于他对于法感情的不信任,他认为存在着“错误的”法感情,而如果假设法感情本身包含了理智因素,那么对法感情就不需要进行正当化证明了,这很可能导致不可欲的结果。比勒首先分析了其他学者对于法感情的研究,指出胡伯曼(Hubmann)和伊塞认为,法感情是绝对的、法价值所实现的正义的直接表述。比勒认为,如果按照这种理解,即法感情是绝对的和客观的正义的“近义词”的话,那么在其理论中就不存正当化问题了。法感情可以直接保证其内容的正当性。因此比勒担忧地表示:“但当这样的理论面对现实中存在的很多感情和思想时,它并没有指出,哪一种观点是正确的,而另一个则是错误的。”而另一方面,比勒认为,如果试图对法感情理论究竟在司法实践当中发挥了怎样的作用进行观察,就必须将法感情与理智相剥离,因为如果混合在一起讨论裁判者的认识根据,即认为法感情是混合着理智和情感的话,会发现,存在着一个法发现中认识上的灰色区域,使得裁判究竟是基于理智获得,还是基于感情获得,处于非常模糊的状态。但是,比勒也指出,这种将法感情与理智相互分离的做法,会产生一个问题,即这种法感情的正当化问题,但是他打算暂时搁置这一问题,在该书的最后一

[17] Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 1.

[18] Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 18-29, S. 147-148.

个章节进行讨论。

对于第二个关键点的理解是:感觉不能被观察,但是确定的行为可以被观察,因此对法感情的理解,应当以司法冲突中的裁判者的行为作为观测点。裁判者的裁判行为最终是对一方当事人利益的肯定,但是这种肯定,也许是出于法规范,也许是出于理性,而出于法感情的态度的标志就是“自发性”(Spontaneität),比勒明确指出“法律直觉,是法感情概念的第一个含义”。也就是,裁判者在并没有对案件进行理性思考的情况下,直觉性地感受到了对一方当事人的赞同时,这就属于法感情。当然,裁判者并非对每一个案件都会产生法感情,那么裁判者在怎样的情况下才会产生这种法感情呢?这就引出了比勒的第二个命题。

第二个命题:法感情的产生,是基于案件对裁判者产生的一种呼吁特征(Aufforderungscharakter)^[19]。

这个命题指出了法感情的来源,即案件事实使得裁判者产生了法感情,这样的案件事实具有一个特征,即它能够“刺激”裁判者,使得裁判者产生某种法感情,这被称为案件的呼吁特征。比勒引述了罗特洛伊特纳(Rottleuthner)的观点,即案件是首先通过裁判者的主观感受来进行建构的。拉伦茨也提出过相似的观点,即在对具体案件适用法条之前,首先要对案件事实加以陈述,而判决书中的“案件事实”并不是从一开始就“既存地”显现给了裁判者,事实上,裁判者是一方面考虑了已知事实,另一方面考虑了个别事实在法律上的重要性之后形成了“加工过的”案件事实。^[20]而个别事实之所以对裁判者来说比较“特殊”,不仅仅是因为案件的客观事实本身,而且也是出于裁判者的主观因素。也就是,这种案件对于裁判者法感情的感受的刺激,是裁判者与客观案件的交互过程中实现的。裁判者既是被动接受的,也是主动创造的。以本文写作时所发生的一个引起社会关注的案件为例,某个大学生将自家门口鸟窝里的国家二级保护动物燕隼掏出来,并且售卖,被人民法院一审以非法收购、猎捕珍贵、濒危野生动物罪判处有期徒刑十年零六个月。如果将案件事实认定为:“一个成年人非法捕获并出售国家所保护的濒危动物”,相信这种行为依照我国《刑法》的规定,判处上述刑期不会引起太多的“感觉”。但是,如果将案件事实认定为:“大学生掏鸟获刑十年半”——很多新闻报道所采用的标题,恐怕绝大多数人,包括法学学者乍看了都会自然而然地产生一种自发的“法感情”——对于那位大学生的同情。

这种基于案件的呼吁特征而产生的法感情,其原因是什么呢?对此,比勒以一种“识别”(Identifizierung)的过程来进行解释。他认为,“识别”是一种心理过程,指的是主体带着自身去识别他者,识别的发生,要求识别的主体能够预先感受到,自己和被识别的客体之间存在着某种共性。他从社会关系模式出发,认为如果两个个体之间的关系,根据密度被排列为“近的”、“一般的”以及“远的”这样的渐变关系,如果双方处于“最近”这个极点和“一般的”这个中间值之间时,就会在识别过程中触发一种“心理感染”,它的作用是,将其他个体同化,识别主体将会认为自己与被识别的客观之间存在一种一致性。比勒将识别理论运用在司法裁判当中,认为如果一个案件对于裁判者来说,具有一种呼吁特征,进而触发了裁判者的法感情,那么可以说,这种法感情也是裁判者对于案件涉及的当事人的一种“识别”所引起的后果——裁判者觉得自己和案件一方的当事人站得“更近”。在这里比勒强调,这并不意味着一种基于同情心的偏见或偏袒,更大可能是:案件中的某个可能的细节、当事人的陈述,以及当事人在冲突中的利益状态等,使得裁判者据此认为存在着一种特殊关系。他举例说,纯粹偶然地和

[19] Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 32-43, S. 148-150.

[20] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第160-161页。

某个案件当事人出生于同样的地点,或者处于同样的利益关系中,例如法官和案件被告一样,都是租赁合同中出租房屋的房主。正是因为裁判者感觉到自己和某一方当事人之间产生了一种“识别”,使得法官认为案件存在某种特殊性,这种特殊性就使得这个案件对裁判者产生了呼吁特征,既而产生了法感情。比勒补充道,这种“识别”往往是裁判者自己意识不到的,或者即使意识到了,但是认为和裁判没有什么关系——“一个直面案件的人,经常无法给出,为什么他会产生一个符合他自己感情的态度”。可以说,比勒的“识别理论”能够解释一部分法感情产生的原因,例如对于上文提到的“大学生掏鸟获刑十年半”的案件,很多民众在看过相关报道之后,产生了同情该名大学生的感觉,如果用识别理论进行解释的话,那就是民众在自己和大学生之间看到了某些“共同点”,一些媒体在报道时所使用的这两个词汇:“大学生”、“掏鸟”,都是普通民众最为熟悉的话语,很多人小时候淘气都做过“掏鸟”的事情,很多人也都是大学生,或者自己的亲戚朋友有大学生。因此,很容易产生认同感,继而产生同情大学生的法感情。但是,这种“识别理论”也存在明显的局限性,例如假设一个法官针对一个丈夫长期虐待妻子的案件中,判处了丈夫以虐待罪,然而这名法官与这个妻子之间毫无交集,那么该怎么进行解释呢?按照比勒的观点,他很可能会指出,要么在这个案件中,裁判者根本没有产生法感情,要么是他产生了法感情,这种“识别”是基于这名裁判者与这个妻子之间的某种隐含的心理交集。^[21]比勒的“识别理论”主要是为了解释裁判者的法感情产生的来源。其核心意思是,裁判者是出于对某方当事人或某个当事人所代表的利益关系的“认同”而产生法感情的。换句话说,裁判者“将心比心”,对于一方当事人的处境更加“理解”。用比勒的话来说就是:“与主观感受相符合的识别过程是移情(Empathie),是在我(Ich)和你(Du)之间的感觉的界限的混合,是与他者的情感的共通。”^[22]但是,他也强调,即使裁判者产生了法感情,他也很有可能在事实上作出违反其法感情的裁判。笔者认为,无论比勒的“识别理论”是否存在漏洞,都不影响其法感情理论的价值,因为就像下文所展示的,法感情的来源并非法感情理论最为关心的内容。

第三个命题:裁判者在法感情产生之后,作出了相应的法感情的表达:“正义表述”(die Gerechtigkeitsaussage)。^[23]

比勒认为,法感情并不仅仅是一种感情状态,它也是一种正义的表达。裁判者将其感情表达为:他的裁判是“正当的”。这种对法感情的表达,被比勒称为“正义表述”。正义表述的最简短的语言形式是:“这是正义的,当……”而且,正义表述的一个特别重要的特征在于,其中添加了某种理由和根据,以此确保正义宣称具有正当性。这种理由和根据往往来源于规范、事理或者法律原则。

具体来说,一个正义表述的结构是,一个具体案件的处理根据某个标准被评价为是“正义的”或“不正义的”。比勒解释道,这种正义表述并不是那种单纯地“感受到了法”、“感受到了正义”这样的感觉,而是说正义观念是服务于法感情的,与此同时,正义表述不仅表达了法感情,而且更多地展示了它是建立在一个理性基础上的感情,即通过对相关的法规则、原则的援引,使得裁判者的法感情得以“正当化”。他认为裁判者一旦出现了法感情,就会持续地为他的这种感情寻找根据,直到成功为止。

[21] 关于这个问题,比勒在其文中以“阶层正义”(Klassenjustiz)、“法官正义”(Kadijustiz)等为小标题进行了进一步的讨论,他引用了其他学者的实证研究成果,例如阶层正义理论是设想,如果法官与当事人处于同一阶层,那么他对于与他相同阶层的当事人的认同的概率,要高于与他不同阶层当事人的认同概率。而法官正义涉及的是法官对一方当事人存在着同情或者否定。其理论建立在社会心理学的研究结果,即大多数人对于彼此的观念具有相同或相似的感觉。Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 32-43, S. 43-48.

[22] Michael Bihler (Fn. 4), S. 32-43, S. 53.

[23] Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 32-43, S. 52-59, S. 150-151.

而这个寻找根据的强迫式过程,符合欧洲法律圈的主流观点,即裁判必须建立在可以追溯的理性的基础之上。他强调,如果在司法裁判过程中,裁判者对于一方当事人产生了“识别过程”,对一方当事人更加认同时,这样所建立的裁判为公众所接受,就只存在一种可能,即判决能够给出一个充分的、确定地满足理性要求的根据。这就要求判决理由必须在裁判者的法感情和成文法之间,在裁判者的“先见”以及教义学之间,建立一种抽象的关联。比勒认为,这种做法从心理分析来说,是主体将自己的个人因素和生活经历中的某些动机所导致的那些无法辨别的确定的感受,尝试给出一个逻辑上合理的解释。这种合理化的做法,具有一种防御性功能,因为它掩饰了某些真正的动机。判决可能看上去是理性统治了情感,但是从一种心理防御性出发,事实上是相反的。而且很重要的一点是,裁判者通过这样的对法感情的合理性行为,当他寻找到了有力的法律根据,使得他的法感情成功地正当化时,就能够阻止对他的法感情的有效性进行讨论。

比勒对于裁判者的“心路历程”也进行了颇有见地的分析,他指出,裁判者很明确地知道,自己有义务在裁判中不带偏见,他知道法律程序所要求的,是一个没有成见的、中立客观的法官形象。而一旦他认识到他对一方当事人产生了一种同情心,就与之前对法官的期待背道而驰了,因此,为了使他所产生的法感情与法官角色的要求再次相互协调,就只有一种方法,那就是,使得他的法感情在判决表述中,不能直接是一种表态,而必须追溯至确定的、可以接受的正义价值中去。这样,就把法官的法感情,从那种恣意以及不符合事实的污点当中解脱出来。举个可能不太恰当的例子:在“天价过路费案”中,行为人挂假军车牌骗取巨额过路费的行为,假设法官认为定诈骗罪可能判处无期徒刑,不符合他的法感情;而假设他认为以“非法使用武装部队标志罪”判处三年以下有期徒刑更为合理,而且他能够找到法律和教义学上的充分根据的话,那么他的法感情就可以被正当化了。司法实务其中的一个可能存在的法感情被正当化了的例子是“邓玉娇案”。在邓玉娇案的判决书中,可以确定的事实是,邓玉娇在持刀刺向被害人时,被害人并没有实施暴力伤害邓玉娇的行为,只是出现了言语侮辱和拉扯推搡行为,^[24]而邓玉娇杀死被害人的行为,由于我国缺乏类似德国刑法规定的、免责的紧急避免事由的规定,因此对于邓玉娇的出罪在一般情况下很难成为可能。这个案件在媒体宣传下,引起了网络上的热议。而最后的判决以邓玉娇为限制责任能力人为由对其进行免责的处理,不得不说有些令人惊讶。可能存在的一点推测是,裁判者倾向于不处罚邓玉娇,因此这种法感情在“限制责任能力人”这个法律制度中找到了根据,但是这个根据是否充分其实是颇为值得怀疑的。

比勒的前三个命题所表述的是,法感情不是一种理智的情感,它是裁判者在案件裁量过程中,由于案件对他产生的某种特殊意义,而产生了一种对一方当事人同情或赞同的感觉,裁判者通过寻找相关的法规范或原则试图对这种法感情进行正当化。比勒的法感情带有几个鲜明的特征,首先,他认为法感情与理智无关,而这种理智在他看来就是包含了法规范和法原则的教义学体系,说法感情并不是理智的,不在于说这种感情是完全非理性的、没有道理的,而只是说,这种感情是尚未开始进行教义学的正当化论证之前,裁判者所产生的一种感情。这种感情其实是裁判者本人的一种正义观念,他在这种观念的引导下已经对案件具有了某种“前见”,而之后所寻找的教义学根据,只是为了进行一种对“前见”的“正当化”,因为这是客观中立的法官形象对裁判者的要求。而这种法感情与规则适用的分离,前者事实上是一种主体,后者是它所寻求的客体,但是一份判决的合法性和正当性完全取决于裁判根据,这就掩饰了裁判背后可能产生的法感情,比勒在之后论证了这种法感情本身也需要进行正当化。而且诚如下文将阐释的,对与教义学无涉的法感情的专门讨论也有其独立意义,对法感情的审

[24] 参见刘燕:《缺少人物形象的案件事实——邓玉娇案事实认定的修辞研究》,载《甘肃社会科学》2011年第5期,第198页。

视,可以反过来作用于对教义学根据的讨论。毕竟,不同的法感情会倾向于不同的教义学结论。

一个可能的疑问在于,如果裁判者从始至终都没有产生法感情怎么办?对此,比勒也坦诚,这种情况完全可能存在。他指出,只要在裁判中并没有出现那种严重的利益分歧,而只是涉及某种技术性规范时,裁判者就不会产生认同,也就不会产生法感情。然而,他坚持认为,这种情况只是一小部分,对于司法冲突中的压倒性多数案件,对于裁判者来说都不是无涉感情的。^[25]

由于法感情被很好地隐藏在案件判决之中,这种法感情是比较模糊的、个人主义的,但是它却对案件结果产生了一种预先的判断,可以说这种法感情既是隐晦的,又是有些危险的,那么很自然地,比勒接下来的命题将逐步揭示对法感情的控制过程,同时,法感情对于教义学也存在反作用。

(二)第四、第五个命题:全面的法发现模型的建构

第四个命题:一个全面的法发现模型必须包括并且区分:外在因素和内在因素。

第五个命题:裁判的达成是阶段性的,其中理智和情感存在交互作用。^[26]

在前三个命题对法感情的内涵进行界定之后,比勒认为,在司法裁判当中,法发现的一个全面的模型就必须被区分为两种因素,一种是作为法感情的内在因素,此外,他认为除了法感情之外,内在因素还存在着“约束感”。而外在因素则是以法规范为主的对裁判者的命令。他认为,传统的法发现理论——涵摄理论——并不充分,但相反地,完全依赖于直觉的法发现理论也必须予以拒绝,因此,一个全面的法发现理论应当尝试将既有的涵摄三段论理论与法感情理论结合在一起,这种补充三段论的法感情模式就是,法官首先通过法感情得出一个预先存在的结论,然后通过理性的、实证法上的论证,对预先存在的结论进行正当化。这样的话,裁判者对于一个案件就可能出现两种情况:第一种是,裁判者首先产生了一个法感情,对案件结果存在了一个预判,然后他要对法感情进行理性的控制,即寻找合适的法规范,如果他成功了,那么就得出相应的判决;如果失败了,那就说明他的法感情的呼吁可能是不理智的。他要么应当对自己的法感情所指向的观点进行更为深入、理性的思考,要么抛弃这种观点。而第二种情况是,裁判者没有产生法感情,而是完全通过三段论形式逻辑获得了一个决定,那么这个理性所获得的结果也必须经过法感情的检验,这要求法官设想一下,案件的结果对于当事人来说是否公平?最后,裁判者会得出结论:“我认为涵摄的结论是正当的/不正当的。”可见,比勒的这种全面的法发现模式,并不是完全抛弃传统的三段论逻辑推理,而是认为法感情理论能够更好地对其进行补充,从而形成一个更为完善的包含了内在因素和外在因素的法发现模式。

在这一法发现模式中贯穿着理智和情感的相互作用,它们之间的互动关系也许复杂到无法精确分清彼此,但是如果像比勒这样,把理智界定为规范所代表的法感情的这种理性,那么这两者就容易区分了。进而,法发现的过程就变成了理智与情感——法规范与法感情之间的互动。具体来说,比勒认为,理智和情感存在一致性和不一致性。两者的一致性有两种情况,即情感控制理智时,以及理智居于主导时。前者与一种目的性的“结果导向”相契合,在法感情居于主导时,由于法规范对法感情的支持,两者并不矛盾,而是彼此强化。当理智主导时,裁判者通过涵摄发现的结果,得到了法感情的肯定,也进一步确认了裁判结果。此时不存在两者的对立。但是,在分歧案件当中,可能出现法感情与法规范的对立:法感情作为出发点的裁判,没能成功找到法规范根据(情感没有理智支撑);以及一个涵摄获得的结果没有得到法感情的承认(理智被情感所困)。

在法感情没能成功找到法规范根据这种情况下,比勒认为,此时裁判者心中存在两种感觉,一种

[25] Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 92.

[26] Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 64-84, S. 151-155.

是之前产生的法感情,而另一种则是所谓的“约束感”,他解释道,约束感是指裁判者对于实证法的某种“忠诚感”,是裁判者对于遵守形式逻辑所得出结论的尊重的感觉,约束感如果比法感情更强烈,那么更容易倾向支持涵摄所获得的结论。比勒将裁判者在法感情和约束感之间的选择,冠之为一种“和谐化”的过程。对于这点,我们可以联想关于“冒充军警抢劫”的解释,当真军警进行抢劫时,可否同样加重处罚?出于法感情(再次强调,法感情不是理智的,仅仅是说它暂时没有得到法规范的支撑,而不是说它真的毫无理性),真军警抢劫的危害性大于假军警,那么理应受到加重处罚。因此,法感情得出了一个前见:真军警抢劫按照抢劫罪的结果加重犯处罚,是正当的(即法感情的正义表述,见前文),接着,法感情开始寻找法规范的支持,即“真的”军警能否被解释为“冒充”军警?显然,如果根据一种形式逻辑推理,真军警和假军警之间存在着逻辑互斥关系,因此寻找法规范对法感情的支持非常困难。在这种情况下,裁判者的法感情和规则带来的约束感彼此对立,比勒指出,裁判者这时应当自我询问:他是否弄错了这种法感情,或者他并没有遵守立法中的意志?

而对于另一种情况,即一个涵摄获得的结果没有得到法感情的承认时,裁判者就应当回顾一下,自己对于规范的理解和适用是否存在一定问题。在这里,试举一例。德国刑法第 211 条规定了谋杀罪:(1)对于谋杀者处终身自由刑。(2)谋杀者是指出于杀人嗜好、性欲的满足、贪财或其他卑劣动机,以阴险、残暴或危害公共安全的方法,或意图实现或掩盖其他犯罪行为而杀人的人。第 212 条则规定了故意杀人罪:(1)非谋杀而故意杀人的,处 5 年以上自由刑。(2)情节特别严重的,处终身自由刑。^[27] 德国学者指出,终身监禁刑以及与此有关的谋杀罪的构成要件,自从二战之后,就一直是德国刑法中的争议性问题。^[28]

德国学者古特尔·韦德迈耶(Gunter Widmaier)运用法感情理论针对两则谋杀案进行了研究,其中一则案件是联邦最高法院 2003 年 2 月 12 日判决的“敲诈者之死”的案件。案件的基本情况是,一个被工厂解雇的男人 A 带着另一名同伙,进入了被告人 B 的房间,B 是这家工厂的工厂主。A 向 B 勒索 5000 德国马克,并威胁,如果不支付钱财就会败露 B 工厂的一些偷税行为,为此,A 事先偷偷保存了工厂的偷税过程。B 一开始试图劝解 A,邀请他一起喝酒,但是 A 开始暴躁起来,他粗暴地踩踏 B 在家里收藏的光盘,并且要求他必须立刻支付 5000 马克,否则就立刻毁了他的房子。最后 B 不堪忍受,从厨房里拿出一个装着 5000 马克以及 500 美元的钱袋,敲诈者 A 的同伙立即从 B 的手中抢走了钱袋。此时 A 得意洋洋地看着 B。这时 B 突然拿出从厨房里带出来的一把厨房用刀,猛地刺向 A 的脖子到颈椎,使得 A 当场死亡。A 的同伙则带着钱袋逃跑了。纽伦堡-菲尔特地方法院对这个案件进行了一审判决,认为 B 的行为构成了谋杀罪,判处终身监禁。理由是,首先认为 B 的行为并不属于正当防卫,因为在 A 的同伙拿走那个 5000 马克的钱袋时,不法侵害就已经结束了。其次,被告人 B 并不具有防卫意图,而是主要出于愤怒。他刺死 A 的行为无论如何都没有必要,当他允许 A 进入他的房间时,他对于整个事态的发展负有共同责任。而且 B 具备了谋杀罪中的“卑劣动机”,这表现在被害人在被害当时是毫不疑心、毫无恶意的,而且对于被告人的攻击毫无防备。^[29]

对此,韦德迈耶认为,该案的初审判决是缺乏对法感情的考虑的,而且导致了缺少教义学上的认真谨慎,即他首先认为,对被告人判处终身监禁是不公正的。接着,这种法感情要求对之前的涵摄过程做出重新的逐一的检查。他认为首先,正当防卫的前提是存在的,因为防卫权并不因为 B 允许 A 进

[27] 参见《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社 2004 年版,第 108 页。

[28] Vgl. Benjamin Steinhilber, Mord und Lebenslang, Verlag Nomos, Baden - Baden, 2012, S. 19.

[29] Vgl. Gunter Widmaier, Dogmatik und Rechtsgefühl - Tendenzen zur normativen Einschränkung des Mordtatbestands in der neueren BGH-Rechtsprechung, NJW2003, S. 2788.

入他的房屋而丧失,也不因为A的同伙拿走了钱袋就没有防卫余地了。至于B的愤怒,是可以与防卫意识并存的。但是,B的防卫行为超出了防卫的必要范围,他首先应当考虑的不是直接就要了A的命,而是采取至少更为轻微的手段。也就是,B的行为属于防卫过当,因此属于故意杀人行为。但是韦德迈耶指出,B并没有构成谋杀罪,因为他的行为并不属于出于“卑劣动机”的行为。他认为,谋杀罪中的卑劣要件必须进行规范性限制,具体到这个案件中,虽然A对B的攻击没有任何准备这一点,A在事实上是无辜的,但是在规范上不能将B对A的攻击视为是卑劣的。他赞同联邦最高法院对于这个案件的改判,即B不构成谋杀罪,理由是,A的敲诈行为赋予了B以防卫权,A在进行敲诈时应当考虑到这一点。相应地,防卫权普遍地植根于公民的法意识当中,因此敲诈者A并不是无辜的。韦德迈耶指出,法感情虽然不能独立存在,但它是一个精致的教义学的内在的主导思想。韦德迈耶强调一个案件的结论如果不符合法感情,就应当对案件所适用的规范进行进一步的审视,去检查是否推导的过程中存在对规范的误读。他对另一个判决的分析则是强调法感情需要法规范的支撑。^[30]

韦德迈耶的分析思路,与比勒所提出的纯粹涵摄得出的结论需要经过法感情的检验理论,是相互契合的。正如施坦因赫尔伯(Steinhilber)所指出的,谋杀罪中的卑劣动机特别强烈地导向了一个伦理道德价值。由于这种描述并不准确,越来越多的观点认为,只有当行为人追求的目标与他采取的手段存在一个明显的不平衡时,才符合卑劣动机,即只有当行为人对被害人毫不在意,连社会所要求的最低限度的尊重都达不到时,才符合卑劣动机的要求。^[31]显然,这种对卑劣动机的要求,是基于谋杀罪处刑(终身监禁)太重导致的。这正是一种法感情的要求。

至此,比勒的法感情理论已经指出了法感情的内容,以及在裁判过程中如何发挥作用以及受到限制。但是他并不仅仅满足于此,在他著作的最后一章中,他对于法感情进行了深刻讨论。他认为,法感情与正义、价值存在密切关联,他结合价值的不可知论、价值相对主义、价值绝对主义、实质的伦理价值等等,对法感情是否代表着客观的正义价值进行了哲学维度的讨论,他最终认为,一个超越了主体之间相互认同的价值评价的客观主义,是无法被证实的,法感情所表达的“正义”,无法脱离裁判者的主观主义。

(三)第六个命题:法感情的正当性基础

第六个命题:正义表述是一种价值判断,但是一个绝对的价值观是无法被证实的,作为法感情的正义表述因此无法脱离裁判者的主观主义,但可以通过其他主体的普遍认同来实现“客观化”(verobjektivieren)。^[32]

在前文的叙述中可以看到,比勒所阐释的所谓全面的司法裁判模式中,法感情发挥了很大的作用,它不仅是判决的出发点,还能对涵摄式的纯“理性”结论进行控制。法感情表达的是一种正义的观念,那么,被赋予了这样重大意义的法感情,其自身的正当性问题就很自然地受到了追问——“这是谁之正义?何种合理性?”

比勒对此进行了深入的探究,他认为,法感情就其产生而言,是主观的,但是就其吁求而言,它也是客观的以及理性的,裁判者确信,他的法感情被作为正义的理念,当然具有理性的基础,至少裁判者本人是这样确信的。但是,事实上,法感情的正义表述,是否也是正义的?这就涉及价值哲学的价值绝对主义和价值相对主义的观点。价值绝对主义认为价值是一种先验的存在,它不依赖于认识主体

[30] Vgl. Gunter Widmaier (Fn. 30), S. 2788.

[31] Vgl. Benjamin Steinhilber (Fn. 29), S. 49.

[32] Vgl. Michael Bihler (Fn. 4), S. 101-146, S. 155-156.

的经验,并且价值处于一种永恒的关系之中,它构成了一个理念的位序,并且覆盖了实然领域。人们可以感知这种“价值世界”,这并不是通过理性衡量获得的,而是在感觉中给定的。通过人们感觉的差异性,可以将价值排列为一个“价值刻度表”。如果这一前提是确定的,那么法学的任务就仅仅是将司法裁判导向一个价值领域。既而,从价值的永恒性、价值位序的永恒性中可以推导出裁判结果的永恒性。比勒认为,这种观点主要是通过海因里希·胡伯曼(Hinrich Hubmann)以及赫尔穆特·科因(Helmut Coing)所继受,并且与自然法思想相关联。然而,这种观点受到了广泛批评。一个客观的、实质的价值领域的存在是不可以被证明的。在历史发展过程中,一种价值秩序总是被另一种价值秩序所代替。比勒指出,价值绝对主义,只能是某种“哲学信仰”。相对而言,价值哲学中存在的一种折中观点认为,在确定的历史时期以及确定的文化圈中,存在一种确定的、或多或少保持稳定的价值观,即对于什么是好的、正确的或者值得追求的统一观点。对此,比勒认为即使如此,这种价值观仍然不能被证明,对这种价值的认识仍伴随着相对主义的污点。

与之相对的价值相对主义可以有很多种理解,比勒认为,诸多理解的共同之处在于,都拒绝一个绝对的客观价值的存在,也就是价值的认定无法脱离主观的价值认知。其中的一个激进观点即“价值虚无主义”认为,对于价值的表述完全不可能,因为所有对价值的主观的宣称在根本上都必然是平等的。那么对于价值的探寻也就是没有意义的。价值相对主义最终认为,对于“终极”价值的追求是毫无成果的。对此,比勒指出,价值相对主义的观望态度(只静观,而不作出判断),只有在不是必须作出裁判时才有可能得以维持,一旦人们作为裁判者,进入到司法冲突的解决当中,这种不可知论的态度就必须被放弃。因此,出于实践理由,拒绝作出价值判断是不可能的,此时应当采取怎样的观点?比勒认为,与价值绝对主义相比,价值相对主义“是一种更小的恶”,因为裁判者的正义观念虽然带有其主观主义的色彩,但是“裁判者的主观主义会通过听众的主观主义加以修正”。但是“裁判者的主观主义会通过听众的主观主义加以修正”,即唯一对裁判者法感情的有效控制方法,就是用其他人的法感情对抗裁判者的法感情。

也就是,比勒事实上认为,价值绝对主义和价值相对主义,都无法证明法感情中“正义表述”的客观性,但是相对而言,后者更为可取,因为它能够被其他主体的法感情检验。换句话说,裁判者的正义观念虽然是主观的,但是如果这种正义观念受到了普遍承认,那么这种主观的正义观念就可以被“客观化”——虽然不是客观主义的。裁判者的法感情所蕴含的“正义”,并不是客观的,也不是绝对的,而是裁判者所意欲达到的结果的这种“正义”。但这并不意味着完全放弃了理性化。而这种理性化就意味着,法感情的“正义”不仅仅限于裁判者本人,而且也同样适用于别的个体,为其他人所共享。因此,裁判者的法感情所表达的正义就是一种理性的、普遍的诉求。

比勒的法感情理论,是试图说明一种不同于以往的三段论推理的司法裁判模式。这种模式当中,混合了法感情因素。这种法感情出现在裁判者对案件的最初印象当中,使得裁判者形成了对案件结果的一种期待。在随后的寻找法规范的过程中,裁判者会倾向于找到那些支持自己法感情的规范。但是,在这一过程当中,裁判者很可能没有找到合适的规范,在他心中会存在约束感和法感情两种感觉,约束感是作为法规范的适用者的一种义务感,而法感情则是裁判者所认为的正义感,两者的此消彼长会导致裁判者作出不同的选择,但他必须择一。而当裁判者得出案件结论的全过程只是运用了形式逻辑的三段论推理时,法感情可以对这个结论进行检验。如果结论背离了法感情,裁判者觉得自己无法接受这个结论,那么就有必要再次审查他是否对所适用的规范存在误读,或者对于案件事实有很好的把握。

三、米夏埃尔·比勒法感情理论的启示

比勒的法感情理论更多地是对裁判行为的一种心理上的揭示,但是他的理论的最大意义,在笔者看来,就是将这种法感情与法规范之间进行了严格的区分,并且对于两者的互动作用进行了精彩的论证。

法感情理论的意义在于:其一,法感情可以帮助我们对于案件事实进行更好的把握。例如前面所论述的,“大学生掏鸟案”,如果概括为“成年人贩卖珍贵动物”,所引起的法感情可能是截然相反的,一个要求从宽处理,一个要求严惩。这就要求,面对一个案件时,一旦产生了某种法感情,就应当首先产生一种警惕:这种法感情的产生是否有明确的事实依据?例如,对“大学生掏鸟案”产生了同情大学生的感觉,那么事实果真如此吗?案件的真实情况可以概括为这样吗?还是存在的别的可能?否则的话,在一个不真实的法感情的引导下,很可能导向一个不正确的法律判决。这一点,张明楷教授也早有类似阐述,他指出,不能先确定案件事实的性质,然后寻找可以适用的刑法条文,而是应当以构成要件为指导归纳案件事实。例如不能将父母杀死子女首先定性为“大义灭亲”。^[33] 这一点运用法感情理论能够更好地解释:不同的法感情会倾向寻找不同的法律根据。

其二,法感情不仅对于案件事实的明确具有重要作用,而且对于法规则适用的反思和完善也有重要作用。通过对上述德国谋杀案的讨论,可以看到,正是基于谋杀罪的处刑太过严厉,按照三段论所获得的结论很可能背离法感情,使人产生同情被告人,觉得对被告人的处罚并不公正的法感情。那么反过来就说明,相关法规则的适用可能存在问题。如果不是在立法论上根本就需要废除的话,最起码需要进行一定的完善。多个例子都可以证明这个问题,例如许霆案中“盗窃金融机构”的法规范是否合理,在这一条款被废除之前该如何进行限制解释?在邓玉娇案中,限制责任能力人的认定是否存在问题?——这可能也涉及刑事诉讼法的相关问题;而且我国《刑法》并没有规定如德国刑法典第33条的“防卫人由于慌乱、恐惧、惊吓而防卫过当的,不负刑事责任”^[34] 这样的免责事由,而邓玉娇的行为很可能符合这样的免责情况,这时该如何处理?是否可以以限制责任能力人以外的原因来对邓玉娇进行免责?况且,在正当防卫中,这种情形绝不少见,但在我国司法实务当中,往往采取“唯结果论”的方法,只要造成了死亡、重伤,就认定为防卫过当,以故意犯罪论处。对此,劳东燕教授从对结果无价值逻辑进行透视的角度对这种实务做法进行了批评,^[35] 在笔者看来,从法感情对于法规范适用的反作用也能够很好地说明“唯结果论”的弊端。

其三,法感情不能被单独适用,意味着法感情必须得到法规范的有力支持。根据比勒著作最后一章对法感情和正义的讨论,可以看到,裁判者的法感情,无论如何都无法脱离他本人的主观主义色彩,裁判者所认为的“正义”最多是被多数人所认可的那种价值,因此,法感情至少不能完全代表正义,那么它对于案件结论的指引作用,就必须得到法规范的支撑。这就要求,法规范的适用不能是任意的。但是,鉴于规范用语本身的开放性,鉴于法律语言中充斥的大量的规范的构成要件要素,规范的适用本身也就不可避免地带有裁判者的价值判断。因此,对于法感情的约束,最终要涉及裁判的合法性和恣意性问题。法感情对于有效的法规范的支持这一点,促进了教义学的进一步精致化。

目前在我国的法学理论研究中,直接以法感情为题的讨论迄今为止可谓凤毛麟角。仅有的几篇涉

[33] 参见张明楷:《案件事实的认定方法》,载《法学杂志》2006年第2期,第30页。

[34] 参见《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第13页。

[35] 参见劳东燕:《结果无价值逻辑的实务透视:以防卫过当为视角的展开》,载《政治与法律》2015年第1期,第15-18页。

及法感情的论文在侧重于对耶林有关法感情的理论之外,主要将法感情理解为一种一般民众对于正义感的理解。例如认为,“公众法感情是以理性的法律意识和本国传统道德文化为基础,以实现法的法律效果与社会效果的统一为目的指向的情感诉求,它既反映了公众对法律理性和逻辑的尊重,也反映了公众对法院判决合社会性的期待”。^[36] 在论述其他问题时,间接涉及法感情的文章中,基本上将法感情直接等同于“民意”。如认为,“当民意普遍认为对某被告人判得太重的时候,我们就需要认真对待,因为此时容易造成刑罚的过剩和司法资源的浪费”。^[37] 还有论者提出:“在许霆案的判决中,尤其是一审判决,无疑指向的却是多数人的行为与少数精英认可的规则,或者说是常人的行为与圣人的行为发生了偏离。而这种判决的指向无异于对社会成员普遍赞同的情感行为发生了严重的偏离。”^[38] “民意”一词的提出,很自然地让人划分为理性的民意和非理性的民意,后者让人联想到互联网时代听信一些媒体片面报道,进而群情激昂的网民形象,使得这个不稳定词汇很难引起刑法教义学的尊重。例如有论者认为,“刑事司法的不可妥协性决定了民意在其中没有作用的空间,刑事案件的专业化特征则决定了民意的虚妄,在刑罚权不能让渡给被害人的情形下,让渡给民意是无法想象的。如果允许刑事司法向民意妥协,看起来似乎维护了社会的稳定,实际上是以牺牲整个法律正义为代价,是以牺牲法律的尊严和权威为代价,其最终的结果是法律可以被任意解释”。^[39] 也有论者从我国的实际情况出发,认为传统法官把自己完全当作老百姓的“父母官”,“把诉讼案件当作行政事务,把判决当作管理手段,把解纷结果当作合乎民意的政绩”。^[40] 在这种法律传统中,司法很大程度上受到应顺应民意的基本诉求的影响。但这种缺乏法律规范依托的平民化思维会直接导致判决结果的高度不确定性。^[41]

值得注意的是,周光权教授在《论刑法的公众认同》一文中,以“公众认同”作为关键词,他指出:“保持刑法与市民感觉、国民规范意识之间的一致性,以保持刑法的亲合力,并使之获得公众对刑法的认同感,在我国是一个比较突出的问题。”^[42] 他认为,对于犯罪的认定必须要考虑到国民的规范意识或刑法认同感,以此寻求结论的合理性。周教授在刑法的具体问题当中讨论公众认同,以因果关系、不作为犯、违法论、故意、共犯以及责任论等问题为例,对于公众认同在刑法教义学中的作用进行了具体阐释。例如他认为,正当防卫限度的标准掌握过于严格,使得不法侵害者死伤的,防卫人一定要负刑事责任;再如,在毒品数量大,但纯度很低微时,仍然以毒品数量为标准对罪犯判处极刑,而不以纯度计算等等。^[43] 周教授试图将公众认同与教义学的规范判断相互关联的尝试,很有启示性。但在上述文章中,对于这种“公众认同”的性质分析,以及如何与教义学产生具体关联、对于关联结果的控制和选择等问题,尚未进行详细阐释。在文中,他认为刑法公众认同的基本内容是“生活利益的重要性”以及“规范有效性”,前者涉及法益保护问题,后者则涉及规范认同问题,^[44] 这无疑与周教授一直以来所主张的“行为无价值的二元论立场”相呼应,所谓的“公众认同”,虽然换了一种说法,但与之前的“民意”似乎如出一辙。

如果将法发现中对于裁判后果的正当性的重视,转换为对民意的重视的话,那么裁判的思考进路

[36] 严义挺:《“公众法感情”评析》,载《福建法学》2014年第1期,第21页。

[37] 刘仁文:《法院判决缘何与公众的法感情背道而驰》,《法制日报》2008年1月11日,第3版。

[38] 周安平:《许霆案的民意:按照大数法则的分析》,载《中外法学》2009年第1期,第90页。

[39] 孙万怀:《论民意在刑事司法中的解构》,载《中外法学》2011年第1期,第143页。

[40] 孙笑侠、熊静波:《判决与民意——兼比较考察中美法官如何看待民意》,载《政法论坛》2005年第5期,第49页。

[41] 同注40引文,第49-51页。

[42] 周光权:《论刑法的公众认同》,载《中国法学》2003年第1期,第116页。

[43] 同注42引文,第120-121页。

[44] 同注42引文,第118-120页。

就可转换成:民意—正当结果的确定—教义学根据的寻找—最终得出结论(维护民意的结论)。事实上,高艳东教授在许霆案一文中的论证思路就是如此,当然他强调这里的民意是“理性的”民意。然而,且不说高教授所寻找到的教义学根据难以服众,另一个问题,理性民意和非理性民意究竟如何划分?如果很难找到一个标准对民意进行区分,那么民意就无法承担作为裁判后果“正当性”出发点的重任。“顺应民意”在我国可能有上千年的历史,最早应出自孟子,“民为贵,社稷次之,君为轻”是流传后世的名句,一直为人们所引用。但是“民意”如果作为一种科学意义上的国民心理的主流趋势加以理解的话,那么“民意”这个词可以追溯到民国时期。根据学者孙隆基的考证,在民国初年,集体心理学是政府部门通用的一个流行话语。法国的吕邦(亦被译为勒庞)是集体心理学的泰斗,著有《民族进化的心理法则》以及著名的《乌合之众》。他试图证明群众心理之非理性和革命心理的暴虐。他的集体心理学引入我国之后,被各路政治家、思想家广泛征引。“国民心理乃万灵丹,赞成民国者可以把共和政体说成符合国民心理,反对国民者亦可把共和政体说成与国民心理枘凿。甚至同一个人可在不同场合把它做因时制宜的运用。”^[45]“连清帝 1912 年 2 月 12 日逊位诏书中都在旧的天命人心说中夹杂最时髦的国民心理学词汇:‘今全国人民心理,多倾向共和,南中各省既倡议于前,北方诸将亦主张于后,人心所向,天命可知,予亦何忍因一姓之尊荣,拂兆民之好恶?’”^[46]可见民意不仅能被舆论所左右,而且能被政治所挟持。

如果“民意”无法成为“正义”的代表,那么,是否存在一个可能成为“正义”的落脚点,同时又能在教义学中进行规范讨论的东西呢?一个可能的理论借鉴是德国的“法感情”理论。它既与正义问题、价值判断紧密关联,同时又可以被规范化,进而被理性加以控制。

The Theory of the Sense of Justice in German Judicial Practice: Focusing on the Theory of the Sense of Justice by Michael Bihler

Zhao Xi

Abstract: The theory of the sense of justice in Germany was originally used for the theoretical support for the untraditional judicial practice which refers to the situation that the judge did not make a decision based on the logic of syllogism, instead based on some emotional factors. The theory of the sense of justice by Michael Bihler points out, the judge could not maintain the neutral position all the time, but to make a value judgment to support one party. The sense of justice refers not only to an emotional state, but also to an expression of justice. Due to the concealing way of the sense of justice by the judge, it actually could play a role by prejudging the case. For this reason, it should be under the control of dogmatics of law. The theory of the sense of justice in Germany could provide us some fruitful references for our judicial practice, especially when the case involves itself in the public opinion.

Keywords: the theory of the sense of justice; the logic of syllogism; dogmatics of law; the public opinion

(责任编辑:刘馨)

[45] [美]孙隆基:《历史学家的经线》,“两个革命的对话:1789 & 1911”,中信出版社 2015 年版,第 27 - 70 页。

[46] 同注 45 引书,第 43 页。

中日古代神明裁判制度比较研究

郑显文*

摘要:神明裁判是古代司法证据制度不发达的产物,当司法官员对于原、被告双方的是非曲直难以判明时,便借助于神意来裁判。神明裁判是一种非理性的审判方式,是基于人们对原始宗教的崇拜和对自然界的无知认识而产生的。中日两国在古代法制文明初期,都有过占卜裁判的情况,后来随着两国律令法体系的建立,有效地解决了疑难案件证据不足的问题,使神明裁判失去了存在的空间。从公元13世纪以后,随着中国古代专制主义中央集权的加强和日本幕府统治的确立,儒家“无讼是求”的观念和日本法律处于秘密的状态,严重制约了诉讼审判制度的发展,中日两国几乎同时出现了神明裁判复活的迹象。

关键词:神明裁判 宗教信仰 诉讼证据 幕府

在司法证据制度不发达的古代社会,当审判人员对原、被告双方的是非曲直难以判明时,往往借助于神意来审查证据和裁判案件,这就是所谓的神明裁判。神明裁判制度是古代证据制度和司法鉴定技术不发达的产物,是基于人们对于鬼神的崇拜和对自然界现象的无知认识以及对死亡的恐惧而产生的,没有任何科学性和合理性可言。古老的神明裁判方式在世界许多国家进入到文明社会之初长期施行,自然有其存在的法律土壤,它对提供虚假证据的犯罪嫌疑人能够在心理上给予一定的威慑,在人类法律文明早期的司法实践领域广为流行,几乎成为世界各民族法律文明初期的一种共性,因而一直是法律史学界关注的热点话题之一。当人类一旦摆脱了对神灵的盲目崇拜后,神明裁判也就失去了存在的社会基础。

神明裁判是人类法律史上最古老、适用范围最广泛、实施时间最长的一种审判方式。关于神明裁判的起源,有些学者认为可追溯到母系氏族社会的晚期。^[1] 由于当时的私有观念不发达,神明裁判的方式较为单一,主要有盟诅、占卜等形式。随着私有制的产生和阶级国家的出现,神明裁判的方式不断增多,一些野蛮的神判方式相继出现,如沸水神判、毒蛇神判等成为古代世界各国早期重要的裁判形式。

世界古代各国的神明裁判类型很多,日本学者穗积陈重把神明裁判分为诤宣和神裁两种类型,他指出:“诤宣者,争讼有嫌疑时,当事者或审判官,就僧侣、巫祝、卜者等之神意感通者,请神示其曲直,依之而下判断,此神意之启示,谓之神诤;神裁者,当争讼有疑难时,请神示其曲直,以奇迹之示显,为神意裁判。”^[2] 目前国内外法学界通常把神明裁判分为两大类:其一,神誓盟诅。具体的方法是,当原、被告就案件的事实提出相互矛盾的陈述时,审判官或诉讼双方的调解人以及原、被告一方提出向神宣誓,以保证其陈述的真实性。假如有另一方不敢对神宣誓盟诅,或者在宣誓后呈现出某种灾异谴

* 上海师范大学哲学与法政学院教授,历史学博士。本文是上海师范大学第九期校级重点学科法律史学的阶段性成果。

[1] 宋兆麟:《神明裁判与法的起源》,载《广西民族研究》1987年第3期。

[2] [日]穗积陈重:《法律进化论(法源论)》,黄尊三、萨孟武、陶汇曾、易家钺译,中国政法大学出版社2003年版,第18页。

告或报应的现象,便判定其陈述虚假。其二,神意裁判。神意裁判是在诉讼过程中以某种方式请求神示意裁决的方式,原、被告双方通常要经过肉体的考验来证明自己的“清白”。神明裁判是古代证据制度和司法勘验技术不发达的产物,对于请求伸张正义的诉讼一方来说是不公平的,随着人类认知水平的提高和证据学理论不断发展,神明裁判制度最终被世界各国的法律所摒弃。

古代东西方法律史上都有过神明裁判的记述。据古代两河流域的《苏美尔法典》记述:“引诱自由民之女离家外出,而女之父母知之者,则引诱此女之人应对神发誓云:‘彼实知情,过应在彼’。”〔3〕这是典型的神誓立证法。古代欧洲的日尔曼法中,也长期实行神明裁判,美国学者孟罗·斯密(Edmund Munroe Smich)在《欧陆法律发达史》一书中,对日尔曼人的神誓、神判作了如下论述:“既然在当时以为惟‘神’始能知是非曲直,故关于争端之解决,不外采用下列二种方法之一,或用某种足使神得藉以指明是非曲直之方法,如神判(ordeal)方法是;或用一种心理强制之方法,诉诸一方当事者之恐怖心,使之觉得如其故作虚伪,势将触犯神怒,因而不能不为真实之陈述。”〔4〕法国启蒙思想家孟德斯鸠在《论法的精神》一书中,也谈到了古代日尔曼人的神明裁判方式:“在被告把手放在热铁上或插进开水里之后,人们就把他的手用一个口袋包裹起来,加上封印。如果三天后没有烧伤的痕迹的话,就把这人宣告无罪。”〔5〕

古代东亚的中国和日本在历史上都曾施行过神明裁判。古代的中国和日本与古代欧洲又有所不同,在公元9世纪,欧洲的法兰克王国率先规定在涉及王室利益的案件中不再使用神明裁判的方式。在公元12世纪英国亨利二世(Henry II)时期,当时的司法审判也很少采取神明裁判的方法。公元1215年,罗马教皇英诺森三世在第四次拉特兰宗教会议上,认为神判与基督教的教义相违背,禁止教士参与神明裁判。从此,神明裁判的方法在欧洲大陆很快绝迹,再也没有复活。而古代东亚的中国和日本则有所不同,中国古代从春秋战国以后,随着律令法体系的确立,在民事法律活动中注重书证、物证和人证,采取了书证优先的原则,使古老的神明裁判失去了存在的基础。古代日本在公元7世纪中叶后,全面受容唐代的律令法体制,神明裁判的方式一度废绝。但是,在中国古代后期的元明清三代,由于专制主义中央集权的加强和司法制度的僵化,加之疑罪收赎制度的废除和司法官员法律素质的低下,许多地方司法机关对于疑难案件又采取了神明裁判的方式。古代日本在镰仓幕府以后,随着武家专权局面的形成和原始宗教神道教的复兴,出现了同态复仇和私刑主义的观念,〔6〕法律的神秘色彩浓厚,大化改新之后确立的律令制的审判模式遭到了严重破坏,神明裁判在日本很多地方又复活了。从公元13世纪镰仓幕府到江户幕府时期,神明裁判广泛适用于日本的民事、刑事诉讼审判活动中,一直到明治维新以后才加以废除。

中日两国古代的法律文化交流十分密切,两国古代的法律发展轨迹十分相似,中日两国古代的神明裁判既有相似之处,也有明显的不同。国内外法史学界对于中国和日本的古代神明裁判制度作了认真细致的研究,也发表了许多研究成果,中国学者的研究成果主要有:陈光中的《古代的神明裁判》,〔7〕夏之乾的《神判》,〔8〕杜文中的《神判与早期习惯法——兼及中西法律文化传统比较的一个侧

〔3〕 周一良、吴于谨主编:《世界通史资料选辑·上古部分》,中华书局1962年版,第43页。

〔4〕 [美]孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社1999年版,第45页。

〔5〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》下册,张雁深译,商务印书馆1963年版,第263页。

〔6〕 [日]中田薰:《德川刑法の論評》,载《法制史论集》第3卷,吉川弘文馆昭和46年版,第729-752页。

〔7〕 陈光中:《陈光中法学文集》,中国法制出版社2000年版,第129-135页。

〔8〕 夏之乾:《神判》,三联书店上海分店1990年版。

面》^[9] 吴海航的《日本古代神判法探析》等^[10] 日本学者的研究成果主要有:中田薰的《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判》、《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判補考》、《起請文雜考》等系列论文,^[11] 仁井田陞的《民間信仰と神判》,^[12] 曾我部静雄的《关于探汤》,^[13] 牧野信之助的《关于神誓裁判》,^[14] 伊藤清司的《铁火神判系谱杂记》^[15] 等。但是,到目前为止尚未见有学者对中日两国古代的神明裁判制度进行比较。中日两国古代都曾长期施行神明裁判,其实行神明裁判的原因是什么? 中日两国古代神明裁判的方式有何不同? 为什么在中日两国古代社会后期又出现了神明裁判复活的迹象? 神明裁判对中日两国古代的司法制度产生了怎样的影响? 对于上述这些问题,很少有学者进行专门论及。有鉴于此,笔者试图对中日两国古代的神明裁判制度进行比较,不妥之处,请求指正。

一、中日两国古代实行神明裁判的原因比较

神明裁判制度是古代证据制度不发达的产物。当人们对某一案件的真相不能判明时,便借助于神意来确定是非曲直。神明裁判并不科学合理,其所以能够在远古时代为世界许多民族所认同,自有其深厚的社会根源。古代许多国家和民族在历史上都曾施行过神明裁判,说明神明裁判与各民族的宗教信仰、生活禁忌、政治制度和法律文明程度有着密切的联系。

神明裁判是人类进入文明社会初期为了解决证据不足而出现的依靠神意裁判解决纠纷的一种审判模式,是一种非理性的审判方式,也是人类法律文明初期最原始的审判方式。世界许多文明古国如古代埃及、两河流域、印度以及欧洲的日尔曼蛮族国家等都在相当长一段时期里实行神明裁判。随着人类认知水平的提高和法制文明的发展,其缺乏理性的弊端逐渐显露出来,神明裁判渐渐失去了神秘的光环,为人们所摒弃,依靠神意裁判的方式逐渐为证据决定论所取代。新型的审判方式注重书证、物证和人证,依靠证据来判明是非,这种审判模式与依靠虚无缥缈的神意裁判相比,无疑具有进步性,也更能为人们所接受。古代欧洲从 12 世纪以后逐渐废除了神明裁判。当神明裁判制度一旦被废除,就很难再能复活。

当然,有时候也会出现一些例外的现象,例如有些国家和民族在进入文明社会初期施行过神明裁判,后来一度废止,但经过一段时期后又加以复活。古代的中国和日本便属于这种情况。纵观古代中日两国神明裁判的发展轨迹,有很多相似之处。古代东亚地区的中国和日本在律令制的法律体系确立之后,神明裁判的方式一度废绝。但到了中国古代后期的元、明、清三代和日本幕府时期以后,随着专制统治的不断加强和司法体制的僵化,许多地方又出现了神明裁判的方式。神明裁判在古代中国和日本长期施行,其原因是什么? 许多学者都发表过不同的看法。笔者认为,造成这种现象的原因是多方面的,但其中最重要的原因是受宗教因素的影响和司法制度的严重倒退。

(一) 中日两国的神明裁判都与本国的宗教信仰有密切的关系

神明裁判与该民族的宗教信仰是密不可分的。在世界古代,几乎所有民族都有信奉宗教的历史,而宗教信仰又与神明裁判有密切的关系。日本学者穗积陈重指出:“在信神心最深之社会,一般人民,

[9] 杜文中:《神判与早期习惯法——兼及中西法律文化传统比较的一个侧面》,载《法律史论集》第5卷,法律出版社2004年版。

[10] 吴海航:《日本古代神判法探析》,载《日本研究》2010年第2期。

[11] [日]中田薰:《法制史论集》第三卷下,岩波书店昭和46年版。

[12] [日]仁井田陞:《中国法制史研究·刑法》,东京大学出版会1980年补订版,第676-701页。

[13] [日]曾我部静雄:《关于探汤》,载《日本历史》第80号,实教出版社1950年版。

[14] [日]牧野信之助:《关于神誓裁判》,载《武家时代社会之研究》,刀江书院1943年版。

[15] [日]伊藤清司:《铁火神判系谱杂记》,杨德芳译,载《贵州民族研究》1986年第1期。

信神之全知全能而畏敬之,欺神者必受惩罚,故古代多以宣誓为判断诉之曲直、罪之有无为最确实之方法。”^[16]美国学者哈罗德·J.伯尔曼也认为,欧洲信奉的基督教支持了神明裁判和共誓涤罪裁判的日耳曼法律制度,当时的人们通常会认为上帝是无所不能的神,上帝参与审判,能客观公正地证明被告人有罪无罪。神明裁判很正式,由神父主持仪式,被告人在参加弥撒仪式之前必须向神父坦白。如果被告人有罪,在陈述的过程中隐藏罪行,在神父做弥撒时被告人接受了圣礼,被认为是犯了使灵魂死亡的罪恶。在这种巨大的心理压力下,当罪犯不能承受的时候,便坦白自己的罪行。弥撒之后,神父祈求神的指导,然后开始神明裁判。^[17]

中国古代是一个多神的国度,但主要是对天帝和鬼神的信仰。《吕氏春秋·顺民》说:“天神曰神,人神曰鬼。”早在夏商周时期,已有对天帝、鬼神的崇拜,夏商两代的统治者宣称“有夏服天命”,“有殷受天命”。《礼记·表记》记载:“殷人尊神,率民以事神,先鬼而后礼,先罚而后赏。”殷人迷信天命鬼神,已为传世的古代文献资料和殷墟出土的甲骨文所证实。

日本是中国的近邻,日本民族对天地神祇的信仰由来已久。据《日本纪略·前篇三》“崇神天皇”条记述,崇神天皇六年,因百姓流离,或有背叛,乃请罪神祇。“先是,天照大神,倭大国魂二神,祭于天皇大殿之内。”这里的“请罪神祇”,显然是神判的一种方式。在公元1世纪至7世纪,日本社会原始宗教、咒术盛行。日本古代的“罪”字,其含义不仅包括破坏田畦、毁坏水利设施等行为,也含有高津神灾(雷灾)、胡久美(瘤症灾)等天灾的意思,“罪”字也有天罚的含义,即由于人为的因素,招致神怒,天神降罪人间。

中日两国的神明裁判都受到过佛教信仰的影响。众所周知,佛教宣扬轮回转世和因果报应的理论,要求人们生前做善事,不说妄语,否则死后会遭到报应。在佛教的戒律《四分律》中,就有佛教徒不得说妄语的规定。佛教在汉代传入中国后,迅速在民间社会传播开来,形成了一个庞大的信仰阶层,佛教的因果报应理论也为广大的佛教徒所接受,若有人不遵守诺言,就会遭到报应。据《太平广记》卷434引《法苑珠林》记述,唐永徽年间,汾州义县人路伯达,负同县人钱一千文。后共钱主佛前为誓说:“我若未还公,吾死后,与公家作牛畜。”这说明在古代民间发生债权债务纠纷时,常常采取在佛像前盟诅的方式。在佛教的世界中,还虚构出了一幅地域审判的谱系,在敦煌藏经洞发现的文书《佛说十王经》中,描绘了阎王、判官审讯世间各种作恶之人的场景。^[18]

公元6世纪佛教从中国传入日本,也为日本古代民众所信仰。到平安时期,社会上广为流传的佛教宗派是禅宗,禅宗“不立文字,教外别传,直指人心,见性成佛”的成佛速成论,使佛教在日本社会迅速传播开来,无论是上层贵族还是下层百姓,都热心参禅。日本高僧最澄、空海等人以镇护国家为宗旨,提倡“为国忠,在家孝”,“为国念颂,为国祈祷,为国讲《般若》”,把佛教与日本的原始神道信仰相结合。到9世纪初,在越前的气比神宫、伊势的大神宫、尾张的热田神宫等都建造了神宫寺,在八幡神宫内出现了佛教的菩萨。据八幡神名“御託宣”记载:“得道来不动法性,示八正道垂榘迹,皆得解脱苦众生,故号八幡大菩萨。”^[19]

佛教对日本古代的神明裁判产生了重要影响,幕府时期许多神判经常在佛寺和神社进行,盟誓中

[16] 同注2引书,第41页。

[17] [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方、高鸿均、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版,第77页。

[18] [日]仁井田陞:《敦煌發現十王經圖卷に見えた刑法史料》,载《中国法制研究·刑法》,东京大学出版会1980年补订版,第597-614页;陈登武:《从人世间到幽冥界:唐代的法制、社会与国家》,北京大学出版社2007年版,第256-331页。

[19] [日]久宝田:《神道史の研究》,皇学馆大学出版部平成12年版,第4页。

也掺杂着诸神佛教的内容。^[20] 据《高野山文书》卷七记载：“神罚冥罚于沙弥法莲身上八万四千毛孔，今生受白癩黑癩重病，来世堕无间狱不可有出期。”可见，日本的神判和天罚是受到佛教因果报应和轮回转世观念的影响。

（二）不同的宗教信仰对中日两国神明裁判的形式产生了直接影响

中国土生土长的宗教是道教，道教的神仙谱系很多，有传说中的玉皇大帝、西王母等人们虚构的神仙系统；有民间广为颂扬的英雄人物如关圣帝君、三界圣神等；有为人们带来福祉的城隍、土地、灶神、药王等；有基于人们对自然界的某些现象认识模糊而产生的自然神，如风神、雨神、雷神等；还有人们畏惧的瘟神、蛇神等。古人认为神是无所不能的主宰，具有辨别善恶是非、赏贤罚暴的能力。战国时期的墨子认为：“民之为淫暴寇乱盗贼，以兵刃毒药水火，退无罪人乎道路率径，夺人车马衣裘以自利者，并作由此始，是以天下乱。此其故何以然也？则皆以疑惑鬼神之有与无之别，不明乎鬼神之能赏贤而罚暴也。今若使天下之人，偕若信鬼神之能赏贤而罚暴也，则夫天下岂乱哉！”^[21]

中国古代民间借助于城隍、关圣帝、三界神、温元帅神等信奉的鬼神进行神明裁判的事例很多。元朝大德二年（1298年），田滋在任浙西廉访使期间，有县尹张彧被诬以赃，“狱成，滋审之，但俛首泣而不语。滋以为疑，明日斋浴，诣城隍祠祷曰：‘张彧坐事有冤状，愿神相滋，明其诬。’守庙道士进曰：‘曩有王成等五人，同持誓状到祠焚祷，火未尽而去之，烬中得其遗稿，今藏于壁间，岂其人耶？’视之，果然。明日，诣县司诘成等，不服。因出所得火中誓状示之，皆惊愕伏辜。张彧得释”^[22] 明清之际，广东地区信奉三界神，清初屈大均的《广东新语》卷6记述了当地民众向三界神乞蛇神判之事：“广有三界神者，人有争斗，多向三界神乞蛇，以决曲直。蛇所向作咬人势则曲，背则直。或以香花钱米，迎蛇至家，囊蛇探之，曲侧蛇咬其指，直侧已。”

古代日本的原始宗教是神道教，最初以自然神崇拜和祖先崇拜为主，民众的宗教信仰十分复杂，号称有八十万神或一千五百万神，其中特别崇拜的是太阳神和皇祖神合一的天照大神。据《养老令·神祇令》记述，民众信奉的神有天照大神、地神、疫神、风神等。^[23] 古代日本的神道最初缺乏宗教理论基础，到镰仓、德川幕府时期，一些神道学者把神道的教义、中国的朱子学和佛教思想加以整合，完善了日本的神道理论体系。古代日本的神明裁判与民众的神道信仰有密切的关系，神判所恭请的神多为日本原始宗教所崇信的神，裁判的地点大多选择在神社进行。据《吾妻镜》卷30“嘉祯元年（1235年）闰六月廿八日”条记载：“今日被定起请失之篇目，所谓鼻血出事，书起请文后病事（但除本病者），鷄乌矢悬事，为鼠被衣裳事，自身中令下血事，重轻服事，父子罪科出来事，饮食时咽（但被打背之程，可定失者）、乘用马毙事。已上就个条，是于政道以无私为先，而论事有疑，决是非无论，故仰神道之冥虑，可被糾犯否云云。”

总之，古代的中国和日本社会都有对自然神和鬼神的崇拜。后来随着两国文化交流的频繁，中国的朱子学和佛教传入到日本，使两国古代的诉讼审判制度有许多相似的特征。但是，由于中日两国的地理环境和文化背景的差异，两国民众的宗教信仰不同，中国的本土宗教是道教，日本民众信仰的宗教是神道教，受不同宗教文化的影响，中日两国古代的神明裁判又有明显的差异。

[20] [日]中田薰：《起请文杂考》，载《法制史论集》第三卷，岩波书店昭和46年版，第1000页。

[21] 《墨子校注》卷8《明鬼下》，中华书局2006年版，第330-331页。

[22] 《元史》卷191《田滋传》。

[23] [日]新订增补国史大系《令义解》卷3《神祇令第六》，吉川弘文馆平成8年版，第77-80页。

二、中日两国古代神明裁判的方法比较

世界古代各国的神明裁判方式很多,有水审、火审、毒审、食审、触审、斗审等不同形式。有些学者把古代世界众多的神明裁判分为单审神裁法和对审神裁法两大类。^[24]但无论如何划分,神明裁判都是人们借助于神意来明辨是非的一种审判方式。

古代中日两国在法律文明初期都施行过神明裁判,神明裁判的方式也很单一,主要是占卜神判。随着中日两国律令制法律体系的衰落,在中国元明清三代,当某些司法官员面对疑难案件无法判明时,又采取了神明裁判的方式。古代日本从镰仓幕府以后,司法制度发生了重要转型,原来律令制下的诉讼审判模式遭到破坏,武家制定的法律文件《贞永式目》、《建武式目》、《武家诸法度》、《公事方御定书》等成为最重要的法律,原来的律、令、格、式成为补充法,大部分变成了死法,日本法律进入到以习惯和常理为主的不成文法时代。^[25]据《吾妻镜》记载,建长五年(1253)二月,关于儿童之间以刃伤人在《贞永式目》中未有规定,当时的明法家提出了“式目之外守法意”的判决意见。^[26]在幕府统治时期,由于武家专权局面的形成,日本的诉讼审判制度发生了明显的倒退,许多地方又出现了神明裁判的现象。

古代中日两国的神明裁判方式有相类似之处,也有明显的差异。总体来看,日本幕府时期神明裁判所适用的范围比中国广泛,神明裁判的种类也比中国多。而在中国明清时期,司法机关所采取的神明裁判方式只是极少数的个案现象。

(一) 古代中日两国神明裁判的方式比较

根据古代文献的记述,中国和日本古代的神判方式有许多相似之处,两国都有通过占卜的方式进行裁判的情况。据新出土的商代甲骨文记述,中国上古时期,商代占卜神判盛行,在殷墟出土的甲骨文中,多次出现通过占卜的形式定罪量刑,有些学者将其称为“卜筮决狱”。甲骨卜辞表明,对犯罪者定什么罪,处何种刑罚,贞人都要在神前卜问,然后按照卜兆,立即行刑。^[27]两汉时期也有卜筮裁判的情况,据《史记》卷127《日者列传》记载:“(孝武帝时)辨讼不决,以状闻。制曰:‘避诸死忌,以无行为主’。”这里的“辨讼不决,以状闻”,即是典型的占卜裁判。

古代日本也有占卜裁判的情况,据《后汉书》卷85《东夷传》记载,倭人迷信卜筮,每遇难事,则“灼骨以下,用决吉凶。”《隋书》卷81《倭国传》也记述:“(其俗)知卜筮,尤信巫覡。”日本古代文献《日本书纪》中,明确记述了占卜问罪的事例:“(允恭天皇)廿四年夏六月,御膳羹汁凝以作冰。天皇异之,卜其所由。卜者曰:‘有内乱。盖亲亲相奸乎?’时有人曰木梨轻太子奸同母妹轻大娘皇女,因以推问焉。辞既实也,太子是为储君,不得罪,则流轻大娘皇女于伊豫。”^[28]

古代中日两国都有神誓法,神誓法又称神誓立证法,是基于人们认为神能够维护正义、惩罚非正义的信念的一种审判方式,其主要功能是审查判断证据的“真实性”和“可靠性”。宣誓者向神宣誓后,若不遵守誓言,会在不久的将来遭到神的谴责和报应。中国古代的神誓法通常表现为盟诅,据《周礼·秋官·司盟》记述:“有狱讼者,则使之盟诅。凡盟诅,各以其地域之众庶,共其牲而致焉。既

[24] 同注2引书,第22-35页。

[25] [日]三浦周行:《歴代法制の公布と其公布式》,载《法制史の研究》,岩波书店大正13年版,第78页。

[26] 新订增补国史大系《吾妻镜》卷43,吉川弘文馆昭和65年版,第560页。

[27] 胡留元、冯卓慧:《夏商西周法制史》,商务印书馆2006年版,第42-44页。

[28] 新订增补国史大系《日本书纪》卷13,吉川弘文馆昭和58年版,第348页。

盟,则为司盟共祈酒脯。”贾公彦注疏说:“谓将来讼者,先使之盟诅,盟诅不信,自然不敢狱讼,所以省事也。”这段话的意思是:凡因事实不清而发生诉讼,先让原、被告双方盟诅,如果有一方不诚信,自然不敢进行诉讼。中国明清两代的神誓法案例很多,据《泰泉乡礼》卷5“乡社”条记述:“若乡老听一乡之讼,户婚、田土、财货、交易等情,不肯输服,与社仓出纳保甲疑难之类,皆要质于社而誓之。凡誓鸣鼓七声,社祝唱跪,誓者皆跪,社祝宣誓,词曰:‘某人为某事,某有某情,敬誓于神,甘受天殃遭瘟,招祸凶于其身,覆宗绝嗣,灭其家门,惟神其照察之。’誓毕,誓者三顿首而退。”宣誓人在神灵面前宣读重誓,如果说谎者承受不住心理的压力,便承认过错,使案情得以解决。

古代日本很早就有神誓法。在大化改新之初,日本天皇与皇族在“大槻树下”举行大盟会,向天地神祇盟誓:“天覆地载,帝道唯一,而末代浇薄,君臣失序。皇天假手于我,诛殄暴逆,今共沥心血,而自今以后,君无二政,臣无贰朝。若贰此盟,天灾地妖,鬼诛人伐,皎如日月也。”从镰仓到江户幕府时期,神誓法颇为流行,具体的方法是:凡裁判,先由诉讼人即原、被告双方提出证文。若证文证人,俱不分明时,则使双方同具起请文,在神祇前盟誓,宣誓自己所言真实,如有虚伪,甘愿接受神祇的惩罚。据《吾妻镜》卷27“宽喜二年(1230年)五月”条记述:“去夜盗人事,殊被惊愤之故也。于侍召集自去夜参候之辈被纠弹,其中恪勤一人,美女一人有疑殆兮。仍参笼于鹤冈神宫,可书进起请文之由,被仰舍毕。”

古代中国和日本都有毒审的记述。中国明清时期,南方某些地区有毒蛇裁判的案例,据清人屈大均的《广东新语》卷6记述:“广有三界神者,人有争斗,多向三界神乞蛇,以决曲直。蛇所向作咬人势则曲,背则直。或以香花钱米,迎蛇至家,囊蛇探之,曲侧蛇咬其指,直侧已。”

古代日本是否存在毒审,日本文献没有明确的记载,在中国的《隋书》卷81《东夷传》中有如下记述:“每讯狱讼,不承引者,以木压膝,或张强弓,以弦锯其项。……或置蛇瓮中,令取之,云:曲者即螫手矣。”^[29]日本学者藤泽卫彦所著的《日本刑罚风俗图史》一书中,收录了公元12世纪判处“蛇刑”的情况:加贺宰相被传藏和浅尾合谋害死,事发后,传藏被处以“钉牢”刑,浅尾则被处以“蛇刑”。行刑者把浅尾裸体扔到一个很深的坑穴中,然后倒入大大小小的无数条毒蛇,毒蛇或啃咬浅尾的皮肉,或钻入其体内吞食内脏,最后浅尾浑身是血,发疯而死。^[30]

古代中国和日本的神明裁判方式也有明显的不同。中国古代的神判方式主要有触审、毒审、占卜裁判、沸油神判等形式,神判的方式较为单一。古代日本在早期的固有法阶段神明裁判的方式与中国大体类似,但从镰仓幕府以后,随着武人专权局面的形成和受到宗教信仰的影响,神明裁判适用的范围非常广泛,神判的种类也很多,与中国明清时期的神明裁判相比,有明显的差异。

中国古代最古老的神明裁判方式是触审,裁判的方法是由神兽獬豸或神羊进行裁决。传说在尧舜禹时期,法官皋陶就利用神兽解廌裁判,东汉王充在《论衡》中说:“解廌者,一角羊,性知有罪,皋陶治狱,其罪疑者,令羊触之。”春秋战国时期,齐国对于证据不明的疑难案件也采取神羊裁判的方式,据《墨子·明鬼(下)》记载:“昔者齐庄公之臣有所谓王里国、中里微者。此二子者,讼三年而狱不断。齐君由谦杀之,恐不辜;犹谦释之,恐失有罪。乃使之人共一羊,盟齐之神社,二子许诺。……读王里国之辞既已终矣,读中里微之辞未半也,羊起而触之,折其脚,祧神之而彘之,殪之盟所。”在日本古代的文献中,未见有触审的裁判方式。

日本古代盟神探汤的审判方式颇为流行,盟神探汤也称为誓汤。所谓盟神,指向神宣誓,有些学

[29] 《北史》卷94《倭国传》。

[30] [日]藤泽卫彦:《日本刑罚风俗图史》,国书刊行会2010年版,第75-77页。

者将其称为宗教的告白过程,类似中国古代的盟诅。向神宣誓,首先要相信神,信仰神灵,对神的裁决深信不疑。为了恭迎神来主持裁决,所有参加仪式的人须预先斋戒。盟神以后,接下来的程序是探汤,为了表示对神的尊崇,在探汤之前,原、被告双方先洗手、洗口,然后将濡湿的手伸入煮沸的水中取物。古代日本文献记述盟神探汤的事例很多,据《日本书纪》卷10“应神天皇九年(278年)”条记载:天皇任命武内宿弥于筑紫监察百姓,其弟甘美内宿弥妒之,欲废兄自立,乃进谗言于天皇。双方争执激烈,天皇推问二人,是非难决。最后天皇下敕旨,“令请神祇探汤,是以武内宿弥与甘美内宿弥共出于矶城川湄为探汤。武内宿弥胜之”。在继体天皇二十四年(530年)九月,任那的毛野臣滥用职权,凡遇到民间争讼,每每施以盟神探汤,民众苦甚。^[31]这说明在大化改新以前,盟神探汤的裁判方式经常被用于司法审判之中。

中国古代汉族政权的司法审判中没有盟神探汤的方式,但在周边少数民族地区有沸捞神判的事例。在《南昭野史》卷下记述了古代西南少数民族沸捞裁判的情况:凡“有争者,告天,沸汤投物,以手捉之,曲则糜烂,直者无恙”。明清时期,南方一些偏僻的地区有捞油裁判的形式,据《续新齐谐》卷1“受私桥”条记载,李某借其友张某钱若干,张向李索取,李拒不承认。张忿曰:“汝明日若敢赴城隍庙盟誓摸钱,吾即休矣。”李应诺。该乡人信鬼神,相传城隍神最灵,“神前煎油锅,置钱中,理直者手摸不烂,否则必烂。”翌日,张李二人同往城隍庙,“撞钟鼓陈颠末,然后置钱铛熬沸油,掷一钱于油中,令人手摸,李竟取出,而手无恙。于是众咸非张,张亦不能再辩。”

中国古代南方地区有用鸡占卜裁判的事例。据范成大《桂海虞衡志》记述:“鸡卜,南人占法,以雄鸡雏执其两足,焚香祷所占,扑鸡杀之,拔两股骨,净洗,线束之,以竹筵插束处,使两骨相背于筵端,执竹再祝。左骨为依,我也。右骨为人,人,所占事也。”在日本的古代文献中,未见有用鸡占卜裁判的现象。

古代日本幕府时期,铁火裁判十分流行。铁火裁判又称火起请,具体的方法是:先将起请文放于手掌,然后在上面上放烧红的铁块,若没有烧伤,无罪;反之有罪。室町幕府至江户幕府时期,许多文献都记有铁火裁判的事例。文禄四年(1595年),在肥前的大村,因某基督教徒有偷盗嫌疑而被判以铁火神判,审判的结果是被告人没有被烧伤,证明无罪。另据《玉露丛》记述,庆长十九年(1614年),在骏河国(静冈县)的熊野森,对有杀兄嫌疑的弟弟施以铁火神判,江户幕府的重臣彦坂光政亲临现场监督。为了表示公正,主持人有时会让双方交换铁斧,被灼伤者如不堪忍受,则被判败诉。中国古代文献未见有铁火裁判的情况。

日本古代有落书起请和无名入文的神判方式。在镰仓中叶以后,日本兴起了一种新的审判方式落书起请。该审判方式虽非严格意义上的神判,但由于在落书中有“天罚起请文事”的字样,有些学者也将其视为一种神判的方式。^[32]从落书的内容看,“落书起请”类似于古代的盟诅。不过“落书起请”的过程又与神誓法不同,它只是神判的初始阶段,接下来的程序是“无名入文”,即以无记名投票的方式来决定犯罪嫌疑人。据《碧山日录》卷3“宽正二年(1461年)三月廿二日”条记载:“南禅寺近日有僧为党,火结讎者所居,源相公(将军足利义政)聆之,欲捕囚其徒而不知之。仍命大众于土地祠前,俾署为恶者名,以其多为验也。名之为无名之判也。”“无名入文”实际上是在神社前通过匿名调查的方式来确定犯罪嫌疑人,故名曰“无名之判。”日本的落书起请和无名入文的裁判方式在中国古代文献中没有出现。

[31] 同注15引文。

[32] [日]中田薰:《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判補考》,载《法制史论集》第三卷,岩波书店昭和46年版。

日本古代还有抓阄的裁判方式,但幕府时期采用抓阄神判的情况并不多。据《亲长卿记》“文明六年(1474年)六月廿九日”条记载:“次仰云此事可为如何哉?劝修寺大纳言、广桥大纳言,予等可申所存云云。就今度相论事被寻仰一社之处,两样申状也。犹以难决殊载罚文之上者,各虽不可有虚言,社司氏人等两样之申状不审事也。所论凡虑难计事,于神前以御阄子可被决欤?殊旧院之御时,就御不审事,被取御阄子了,可为如何哉云云。”通过抓阄的方式来确认犯罪嫌疑人是非常荒诞的,它不利于司法机关弄清案件的真相,也没有任何公正合理可言。

(二) 中日古代神明裁判的地点、参加人员之比较

古代神明裁判为了体现判决的公平性,对神判的地点和参加人员都有明确的要求。古代中日两国神判的地点通常选择在寺庙和神社进行,寺庙和神社被认为是神居住的场所,在神社裁判更能原、被告双方所接受。参加神明裁判的人员除原、被告双方外,还有司法官员、神职人员、当事人亲属以及邻里等。

中国古代神明裁判的地点大多选择在寺院、城隍庙、山神庙等地。元大德二年(1298年),田滋任浙西廉访使,有县尹张彧被诬以赃,田滋选择在城隍祠,说:“张彧坐事有冤状,愿神相滋,明其诬。”^[33]元至正年间,刘秉直为卫辉路总管,时“贼劫汲县民张聚钞一千二百锭而杀之,贼不获,秉直具词致祷城隍祠,而使人伺于死所,忽有村民阿莲者,战怖仆地,具言贼之姓名及所在,乃命袭之,果得贼于汴,遂正其罪。”^[34]

古代日本神判的地点通常也在寺院、神社进行。据《看闻日记》“永享八年(1437)五月十九日”条记载:“抑山前百姓与观音寺百姓,今日被书汤起请,于成佛寺书之,奉行饭尾肥前同大和以下四五人检知,定直同检知。两方取孔子,当方百姓取之,愿阿(山前古老百姓也)先书起请烧灰吞之,次沸汤之中取石。”另据《碧山日录》卷3“宽正二年(1461年)三月廿二日”条记述:“南禅寺近日有僧为党,火结讎者所居,源相公(将军足利义政)聆之,欲捕囚其徒而不知之。仍命大众于土地祠前,俾署为恶者名,以其多为验也。”上述两次神明裁判的地点选择在成佛寺和土地祠进行。

古代中日两国参加神明裁判的人员略有不同。中国古代参加神明裁判的人员主要有司法官员和双方当事人,神职人员很少参加。当原、被告双方向官府提出诉讼时,司法官员因无书证、人证和物证,无法做出明确的判断,便借助于神意裁判,选择的地点在寺庙或神社,能为原、被告双方所信服。在神判的过程中,司法官员居于主导作用。元朝时,彰德有一富商任甲,出行至睢阳,驴死,令邻乙剖之,任以怒殴邻,经俗而死。邻有妻王氏、妾孙氏,孙诉于官,官吏纳任贿,谓邻非伤死,反抵孙罪,置之狱。王来诉冤,观音奴立即释放孙出狱,呼府胥吏说:“吾为文具香币,若为吾以邻事祷诸城隍神,令神显于吾。”有睢阳小吏,亦预邻事,畏观音奴严明,也惧怕神显其事,乃以任所贿钞陈首,于是罪任商而释孙妾。^[35]

在日本古代,神明裁判大多由司法官员主持,神职人员通常也参与神判,所信奉的神为日本固有的神祇。据《贞永式目》“起请”记述:“梵天帝释四大天王惣日本国中六十余州大小神祇,别伊豆管根两所权现三崎大明神八幡大菩萨天满大自在天神部类眷属,神罚冥罚于各可罢蒙也。仍起请。”^[36]为了使神明裁判在公平的环境下进行,司法行政官员充当了监督或见证人的角色。据《倭训刊》记载,元和五年(1619年)九月,在近江国(滋贺县)蒲生郡日野乡的绵向神社举行了一次铁火神判,事情的起

[33] 《元史》卷191《田滋传》。

[34] 《元史》卷192《刘秉直传》。

[35] 《元史》卷192《观音奴传》。

[36] [日]佐藤进一、池内义资编:《中世法制史料集》第一卷《镰仓幕府法》,岩波书店昭和45年版,第30页。

因是这样的:日野的东九个村和西九个村因为会权的问题长年纷争,最终决定依靠神判来裁决,幕府和地方诸侯派遣检使役监督。双方在神社前搭起了一个木台,检使役命铁匠对双方的铁斧进行检查,其后,在木台东西两端燃烧炭火,将铁斧烧红,交给双方的代表。东方的代表是喜助,西方的代表为角卫兵。正当两人准备将烧红的铁斧放置手掌时,检使役突然改变了决定,东、西两方代表交换所握铁斧。东村的代表手握铁斧走了十八尺远,西村的代表因不堪忍受铁斧灼伤而逃跑。此次裁判的结果东村获胜。^[37]嘉吉三年(1443)八月廿五日,在京都东寺举行了一次神判:“昨日西院落书有之,其子细者定任汤起请手烧之处,验见隐之由有之,仍验见六人召寄被寻闻之处,公文所一人见乎,余人不见之由令申之间,言语道断次第也。”^[38]这里的“公文所一人”,是指地方的司法行政官吏。

中国古代的神明裁判有时是由双方当事人自行选择,没有司法官员和神职人员参加。由于中国古代的法律受到宗教的影响有限,神职人员的社会地位也不高,很少见到有神职人员参加裁判的情况。据清代《玉准输科辑要》卷5记载:瑞州上高县晏月楼,甚刁恶。同治甲子冬,将父遗业出售,召耿富荣向卖。彼时言定价银,书契出票。晏收票照造,存真发假。及契价两楚,复执真票,向荣索取。晏以笔迹为凭,众莫能解。有一乡耆立茂林,生平正直无私,斥晏说:“祇要尔到城隍殿,斩鸡鸣誓,不怕荣不出银。”晏不得已,执一雄鸡,到城隍案前,众亦在侧观之。晏跪地,将欲斩鸡,忽手指颤,鸡两翅高飞,张嘴乱啄,舞爪乱抓,晏被鸡啄得两目流血,乃瞎,痛不可当,大喊说:“城隍责我。”众亦惊骇。晏遂执票交还,荣累始休。”清朝光绪年间撰写的广西《上林县志》记述:“若争斗两不相下,则择显赫神灵叩庙社誓,限日求报。有验者讼即得理,众皆直之。”上述两条史料表明,明清时期的神判有时是双方当事人自主选择,并没有经过司法机关的诉讼程序。

日本古代在幕府后期是政教合一的政权,神社的神职人员在社会上有很高地位。在日本《养老令》中,神祇官居于太政官之前,排在首位,职责是“凡天地神祇者,神祇官皆依常典祭之”。^[39]由于神职人员在日本古代社会的特殊地位,凡进行神明裁判,经常有神职人员御子、女巫、阴阳师等参加。据《东寺百合文书》卷112永享十年十二月二十六日条记述:“去十四日夜,寺家土藏前南方破,代物首尾五十贯分令盗犯了,……仍评议之趣种种有之,仍廿六日于汤屋之前汤起请有之,寺中中房下部以下悉集,于其中危者三人取分及起请文,自七条边御子召请种种有仪式,仍三人去之了。”在本案中,神职人员“御子”主持了神明裁判的很多仪式。

三、神明裁判与中日古代诉讼审判制度之比较

神明裁判是古代证据制度不发达的产物,是在不能确定双方法律责任和过错的前提下出现的。如果凭诉讼证据能够辨明是非,神明裁判就失去了存在的基础,因此,神明裁判在民事和刑事诉讼领域所适用的情况很有限。在民事诉讼审判中,适用神明裁判的情况多出现于买卖、借贷、租赁和雇佣等民事法律行为中;在刑事诉讼审判活动中,适用神明裁判的事例多出现于盗窃、奸淫类的违法犯罪行为中。当人们在民事法律活动中注重书证、人证和物证,在刑事审判中采取疑罪从无和疑罪收赎的原则,提高司法勘验技术水平,选拔高素质的司法官员进行审判,神明裁判就失去了存在的空间。由此可见,创建文明先进的司法制度,可以有效地解决民事、刑律诉讼审判中证据不足的难题,避免神明裁判现象的发生。

[37] 同注15引文。

[38] 《东寺百合文书》卷153“嘉吉三年八月廿五日”条。

[39] 新订增补国史大系《令义解》卷2,吉川弘文馆平成8年版,第77页。

（一）古代中国和日本的律令法体系有效解决了诉讼证据不足的问题，使神明裁判的方式失去了存在的空间

中国古代从战国秦汉之际进入到律令法时代，经过魏晋南北朝时期的发展，到隋唐之际达到成熟和完善。古代日本在推古天皇时，由圣德太子制定了《十七条宪法》和“冠位十二阶制”，开启了古代日本全面受容唐代律令法的先河，^[40]《弘仁格式序》称“国家制法自兹始焉”。公元645年，日本孝德天皇进行大化改新，仿效唐朝的政治体制，建立了中央集权的政治体制。天智天皇在位期间（662-671），制定了《近江令》二十二卷，文武天皇四年（700），颁布了《大宝律令》，元正天皇养老二年（718），颁布了《养老律》和《养老令》各十卷，使日本走上了律令制国家的道路。律令制的法律体系有效解决了民事、刑事审判中因证据不足而出现疑难案件的情况，避免了神明裁判现象的发生。

首先，律令制下的民事活动，强调双方当事人注重证据，凡商品买卖、借贷、租赁、雇佣、婚姻、家庭财产继承等民事活动皆须制定法律文书。据《唐律疏议》卷26规定：“诸买奴婢、马牛驼骡驴，已过价，不立市券，过三日笞三十；卖者，减一等。”日本《养老令·杂令》“出举”条规定：“凡出举，两情和同。私契取利过正条者，任人纠告，利物并给纠告人。”^[41]近年来在中国和日本各地发现了许多中古时期的法律文书，从文书的内容看，不仅有文书制定的时间，买卖或借贷双方的姓名、标的、违约责任，还有保人和见证人等内容。有了规范的契约文书，在民事审判中就有了充足的证据，司法官员当然不会采用神判的方式。

其次，律令制下的刑事法律制度有效地解决了刑事诉讼证据不足的问题，在律典中明确规定断罪必须引用国家正式的法律条文。据《唐律疏议》卷30和日本《养老律·断狱律》规定：“凡断罪，皆须具引律、令、格、式正文，违者笞卅。若数事共条，止引所犯罪者，听。”^[42]这种近似于罪刑法定主义的原则，本身就是对神明裁判方式的彻底否定。

如果地方司法机关遇到疑难案件，可逐级向上奏谳。所谓奏谳，是指地方司法机关在审理案件时，对于事实认定不清或适用法律发生歧义的案件，为了维护法律的权威性，允许基层审判机关把所发生的疑难案件向上级司法机关逐级奏报，奏请上级审判机关或中央最高的司法机构裁决。中国和日本古代的法典皆有奏谳的规定，唐令《狱官令》规定：“诸州府有疑狱不决者，谳大理寺，若大理仍疑，申尚书省。”^[43]日本的《养老令·狱令》也规定：“凡国有疑狱不决者，谳刑部省。若刑部仍疑，申太政官。”^[44]奏谳制度为地方司法机关处理疑难案件找到了一条重要的解决路径，不仅避免了类似案件在各地出现不同判决结果的现象，维护了法律的严肃性，还有效地节约了司法成本。古代疑难案件奏谳制度的形成，直接促成了死刑复核制度的常态化。

若确实是疑似难明的案件，可以采取疑罪收赎的原则，让犯罪嫌疑人缴纳铜收赎。中日古代疑罪收赎的实施，是解决疑难案件的另一项重要措施。意大利著名法学家贝卡里亚指出：“证实犯罪的证据，可以分为完全的和不完全的。那些排除了无罪可能性的证据，我称之为完全的。这种证据，只要有一个，就足以定罪。不能排除无罪可能性的证据，则是不完全证据。这种证据要变成完全的，需要有足够的数量。”^[45]受此影响，近代西方的刑法理论通常采取二分法的形式，即分为有罪和无罪。如

[40] [日]泷川政次郎：《国家制法の始“上宮太子憲法十七個條”》，载《律令格式の研究》，角川书店昭和42年版；[日]泷川政次郎：《冠位十二階とその制定の意義》，载《律令格式の研究》，角川书店昭和42年版。

[41] 新订增补国史大系《令义解》卷10，吉川弘文馆平成8年版，第337页。

[42] 新订增补国史大系《律》，吉川弘文馆昭和53年版，第175页。

[43] [日]仁井田陞：《唐令拾遺》，栗劲、霍存福等译，长春出版社1989年版，第720页。

[44] 新订增补国史大系《令义解》，吉川弘文馆平成8年版，第328页。

[45] [意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第26页。

果证据不充分,则采取疑罪从无的原则。古代东亚的中国和日本,在有罪和无罪之间,又增加了疑罪的概念,《唐律疏议》卷30“疑罪”条对疑罪的含义作了明确的阐述:“诸疑罪,各依所犯,以赎论(注云:疑,谓虚实之证等,是非之理均,或事涉疑似,旁无证见;或旁有闻证,事非疑似之类)。即疑狱,法官执见不同者,得为疑议,议不得过三。”对于疑罪,则采取收赎的原则。疑罪收赎是中国古代基于慎刑和恤刑的观念而创制的,它具有一定的合理性。^[46] 疑罪收赎制度可以避免法官因证据不足而无法裁判的尴尬境地,也能弥补神明裁判所带来的错判或误判情况的发生。

在古代东亚的律令法时代,注重选拔高素质的司法官员,认真总结历代司法勘验技术的经验,也能解决一些具体的疑难案件。我国著名法学家燕树棠教授指出,立法、司法人员应具有“法律头脑”,须具备四个条件:第一,须要有社会的常识;第二,须要有剖辨的能力;第三,须要有远大的理想;第四,须要有历史的眼光。^[47] 司法审判人员的素质直接决定审判的质量,古今中外许多疑难案件都是依靠司法官员的法律智慧来解决的。先进的司法勘验技术为解决疑难案件提供了方便条件,在湖北云梦睡虎地出土的秦简《封诊式》和南宋宋慈所著的《洗冤集录》中,都详细记述了古代的司法勘验技术和方法,为司法官员利用已有的司法技术成果解决疑难案件提供了宝贵经验。

(二) 高度专制集权的政体和司法制度的倒退是中日两国古代神明裁判复活的重要原因

从公元13世纪以后,中国和日本的律令法体系走向了衰败,专制集权的政治体制得到不断加强。在中国明清两代,废除了战国秦汉以来实行的宰相制度,皇帝集行政、军事和司法大权于一身,专制主义中央集权制度发展到了顶峰。这种“君尊臣卑”、“君主臣奴”的统治模式严重制约了国家各级司法行政官吏的才能的发挥,对当时的诉讼审判制度也产生了消极影响。古代日本从13世纪进入到幕府统治以后,幕府的将军统揽一切大权,天皇实际上成了傀儡。在江户幕府时期,颁布了《禁中并公家诸法度》17条,规定天皇只许从事学问,不得过问政治,幕府派人监视皇室的活动。庆长二十年(1615),江户幕府颁布了《武家诸法度》,对武士的权利义务、生活规范等作了严格的限制,规定武士不得私婚、不得结党、不得蓄浪人、不得擅自修筑城池等行为。宽永十二年(1635),又严令各地大名“参觐交代”,规定大名必须隔年到江户谒见将军,一年在幕府值勤,一年驻守领地,妻子留在江户作为人质。幕府时期的专制政体严重阻碍了社会的进步,直接造成了日本封建社会后期司法制度的黑暗。

高度专制集权的政体也直接影响了古代中日两国的诉讼审判制度。在中国古代后期的元明清三代,对官吏的选拔不太重视对国家法律知识的考察,司法行政官员的法律素质低下,中国法学进入到了衰败时期。近代著名法学家沈家本对中国古代法学盛衰的过程作了认真分析,他认为自从元代废除了律博士之官,明、清两代研究法学之书,世上所知者仅有数十家,“刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚”,“此法学之所以日衰也”。^[48]

元明清三代法学的衰落影响到了当时的诉讼审判制度。在元明清时期的刑事审判中,唐律中“断罪皆须具引律、令、格、式正文”这种近似于罪刑法定主义的审判模式遭到了破坏。在明清两代的律典中,取消了疑罪收赎的制度,秦汉至唐宋以来形成的疑难案件的奏谳制度形同虚设,地方司法机关在处理疑难案件时失去了解决问题的重要路径。明清两代司法官员的法律责任很大,据瞿同祖先生研究,如果地方发生盗窃、强盗、人命等刑事案件,州县官须在法定的期限内破案和审结,若不能按期破案审结,将会被处以罚俸或降级的处罚。^[49] 在司法制度存在严重缺陷和面临严厉的法律责任追究面

[46] [日]泷川政次郎:《日唐律における疑罪の觀念》,载《律令格式の研究》,角川书店昭和42年版,第160-172页。

[47] 燕树棠:《法律教育之目的》,载《公道、自由与法》,清华大学出版社2006年版,第293-297页。

[48] 沈家本:《寄穆文存》卷3《法学盛衰说》,载《历代刑法考》,中华书局1985年版,第2143页。

[49] 瞿同祖:《清代地方政府》,法律出版社2003年版,第197-214页。

前,审判官员有时采取神明裁判的方式是迫不得已的事情。在民事诉讼审判中,地方司法官员的自由裁量权很大,可以根据天理、人情和国法进行判决,日本学者滋贺秀三指出:“(清代)所有判断都必须根据对国法的解释才能作出”这种思想方法,从根本上是不存在的,而且,并不认为判断必须受每一条法律条文的严格制约。^[50] 明清两代受儒家“无讼是求”观念的影响,对于地方发生的民事诉讼作了诸多限制,清代每月仅有六至九天专门受理民事诉讼的案件,在农忙季节的四月一日至七月三十日,凡涉及户婚、田土及各类轻微之事的争讼概不受理。^[51] 对于轻微的民事案件,通常由乡里等基层组织和宗族邻里进行调解。当调解不成时,则由双方当事人进行盟诅。可见,明清两代神明裁判现象的出现,也与当时社会对诉讼的限制有很大关系。

日本古代幕府时期的诉讼制度不很发达,传世文献的记述也十分匮乏,法律很少有明确的规定。^[52] 从镰仓幕府以后,司法行政不分,幕府的将军拥有绝对的司法权。在镰仓幕府时期,中央下设政所、问注所、侍所、引付方等机构;地方设立京都守护、六波罗探题、镇西奉行、镇西探题、奥州总奉行等司法行政机构。室町幕府时期,中央管领下设有评定众、引付众、政所、侍所、问注所;地方设有镰仓府,州探题,中国探题,奥州探题,羽州探题,守护、地头等机构,司法行政体制发生了明显变化。在江户幕府时期,将军之下设大老、老中、若年寄等职。大老是特任执行官,属于非常职,由谱代大名中选任;老中是常任执行官,相当于内阁,有四至六人,按月轮值主持大政,负责掌管皇室、公卿、大名、寺社等事务,由谱代大名选任。老中之下设三奉行,即寺社奉行、江户町奉行和勘定奉行。寺社奉行有四人,掌管寺院神社及寺社领地的行政、司法,处理关东八州以外幕府领地的诉讼;江户町奉行二人,分别掌管江户南北两区的行政、司法;勘定奉行,管理幕领内郡代和代官及一般行政、财政事务;在地方的京都、大阪、骏府等地,设置远国奉行,直接行使裁判权。

日本幕府时期没有制定统一的刑法典,《贞永式目》、《式目新编追加》等法令,皆为训令法,并不布告人民,法律处于秘密状态。甚至德川幕府时期的法令,也“布告其命令,而不公示其制裁”。^[53] 虽然幕府时期制定了许多法律文件,如《贞永式目》、《建武式目》、《武家诸法度》、《公事方御定书》等;一些地方政府也制定了地方性法规,如江户幕府初期京都所司代板仓父子制定的《板仓氏新式目》,和歌山藩侯吉宗制定的《纪州藩国律》,熊本藩制定的《熊本藩御刑法草书》等,但由于地方司法官员的自由裁量权很大,法官在审理案件时,除依据上述法律文件外,还可参酌判决例、评议、伺指令等作出判决。^[54] 武家专权的政治局面和法律的秘密状态造成了幕府时期的刑罚非常残酷。据《贞永式目》第12条“恶口咎事”条规定:“斗杀之基,起自恶口,其重者被处流罪;其轻者可被召笼也。”^[55] 在安土桃山时期,天正十八年(1590年)幕府颁布了强行检地的法令,规定强行检地,“务须善喻国人及农民同意。必有不愿服从之辈,如其为城主,则驱出城外,喻之不从,则尽杀之可也。如其为农民,不从者,一乡二乡尽杀之可也”。^[56]

幕府统治时期,司法制度十分混乱,在民事和刑事诉讼审判活动中,广泛采用起请宣誓的神判方

[50] [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,载《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、范愉、陈少峰译,法律出版社1998年版,第29页。

[51] 同注49引书,第196页。

[52] [日]三浦周行:《江戸時代の裁判制度》,载《法制史の研究》,岩波书店大正13年版,第1041页。

[53] 同注2引书,第147-163页。

[54] [日]三浦周行:《江戸時代の裁判制度》,载《法制史の研究》,岩波书店大正13年版,第1043页。

[55] [日]佐藤进一、池内义资编:《中世法制史料集》第一卷《镰仓幕府法》,岩波书店昭和45年版,第9页。

[56] 《日本史史料演习》,第204-205页,载周一良、吴于廑主编:《世界通史资料选集·中古部分》,商务印书馆1964年版,第455页。

式。所谓的起请,即在神面前对本人及他人宣誓诅咒。镰仓幕府以后,日本起请宣誓的现象非常普遍,镰仓幕府制定的《贞永式目》“起请”条规定:“梵天帝释四大天王惣日本国中六十余州大小神祇,别伊豆管根两所权现三嶋大明神八幡大菩萨天满大自在天神部类眷属,神罚冥罚于各可罢蒙也。仍起请。”^[57]

在幕府时期的民事诉讼审判活动中,起请是重要的法律程序。据日本学者中田薰研究,镰仓、室町时期的民事诉讼活动,司法人员(使节)在把传唤状送达被告的同时,也须保证把起请文送达;书面证言要附起请文;在没有书证和人证的情况下,诉讼当事人可把书写的起请文作为诉讼的证据;对实检使复命,也须添加起请文;有关其他所领所课之有无,令当地土著居民作证,须在证言中附起请文。^[58]在古代日本的《西大寺文书》卷5“西大寺敷地四至内检断规式”条中,收录了一件盗窃类刑事案件案件的起请文样式,现抄录如下:

敬白

天罚起请文事

右元者某甲财宝,某甲所盗也(若不知者,都不知之)。若伪申者,日本国大小神祇,殊春日四所别当所,镇守石落神,十五所八幡,三所清泷权现,辨才天、八王子,并四王御影御罚,蒙书手之身,现世成白癩黑癩,当来可堕三恶道者也,仍为后日起请文之状如件。

从该文书的内容看,笔者认为起请文是神誓盟诅的文书化过程。如果双方当事人或证人不如实陈述案件的事实,将会受到诸神的“天罚”。幕府时期的神明裁判,与日本飞鸟、奈良时期律令体制下的诉讼审判制度相比,无疑是巨大的倒退。

四、结语

综上所述,通过对古代中日两国神明裁判制度的比较,我们发现在中日两国古代法制文明初期,都有过占卜神判的情况。从战国秦汉至唐宋之际,中国进入到律令法时代,日本从公元7世纪大化改新后全面受容唐代的律令法体系,从《近江令》到大宝、养老律令的编纂完成,古代日本完成了律令法体系的创建过程。^[59]在律令体制下,对于重大疑难案件实行奏献和疑罪收赎的制度,在民事活动中重视书证的制作,在刑事侦查领域利用已有的先进司法勘验技术,选任优秀的人才担任司法审判人员,这些措施有效地解决了疑难案件证据不足的困境,使古老的神明裁判失去了存在的社会基础。但是,从13世纪以后,在中国的元明清三代和日本古代幕府统治时期,随着专制主义中央集权的强化和武人专权局面的形成,中日两国同时出现了诉讼审判制度的倒退,神明裁判在两国古代社会后期又出现了复活的迹象。

中国古代元明清时期与日本幕府时期的神明裁判又有所不同。中国明清两代的皇权一直凌驾于神权之上,宗教对世俗法律的影响十分有限。中国是一个多神信仰的国家,当地方司法官员面对疑难案件难以判明时,往往借助于神意裁判。总体来看,明清两代的司法机关审理民事、刑事案件绝大多数都是通过正常的诉讼程序进行,只有极个别的疑难案件采取神明裁判的方式。在神明裁判的过程

[57] [日]佐藤进一、池内义资编:《中世法制史料集》第一卷《镰仓幕府法》,岩波书店昭和45年版,第30页。

[58] [日]中田薰:《起请文杂考》,载《法制史论集》第3卷下,岩波书店昭和46年版,第966页。

[59] [日]泷川政次郎:《律令の研究》,刀江书院昭和41年版,第53-248页。

中,司法官员居于主导地位,很少有神职人员参与。而在日本古代幕府时期,从镰仓幕府以后,日本的本土宗教神道教融合了中国的朱子学和佛教的思想,丰富了日本的神道理论,使日本走向了政教合一的道路。在镰仓幕府以后,日本进入到以训令法为主的时期,武家的法律处于秘密状态。到江户幕府时期,在老中之下设立的“寺社奉行”机构,负责管理寺院神社和寺社领地的行政司法事务,处理关东八州以外幕领的诉讼事务。寺社奉行是一个带有宗教性质的司法行政机构,其地位比江户町奉行和勘定奉行高,拥有更广泛的裁判权,^[60]凡是关于神社、寺院领地所发生的诉讼案件归寺社奉行管辖。当司法人员对那些难以判明的民事、刑事疑难案件,由于证据缺失和司法勘验技术落后,往往采用神明裁判的方式。日本古代后期神明裁判的种类很多,实行神明裁判的地点通常选择在神社进行,除司法官员外,寺院神社的神职人员也经常参与,所适用的刑罚非常残酷。

众所周知,法律的最高理想是实现“正义”(Justice),正义的含义十分丰富,有学者认为它包含“真”、“善”、“美”三种成分。^[61]世界古代的神明裁判是一种非理性的审判方式,它既没有体现法律的“真”和“善”,也没有做到诉讼审判的“美”,是当时法律处于野蛮落后状态下的真实体现。中日两国古代后期神明裁判的复活,表明当时两国的政治制度已十分腐朽,两国的诉讼体制已严重阻碍了社会的发展。如果没有外来法律文化的影响,是很难打破这种固有的法律格局。日本在明治维新以后,全面学习和移植近代西方大陆法系国家的法律制度,使日本的法律由秘密转向公开,迅速走上了法律近代化的道路;中国在清末也进行了变法和修律的活动,缓慢地实现了从传统向近代的法律转型。

The Comparison between Ancient Chinese and Ancient Japanese Trial by Ordeal Regime

Zheng Xianwen

Abstract: The trial by ordeal is the product of lacking judicial evidence system. When the judicial officers cannot make judgments on the rights and wrongs between plaintiff and defendant they would refer to God's standards to make decisions. Obviously the trial by ordeal is an irrational method which can be attributed to people's ignorance on natural and the blind adoration of primitive religion. In the early stage of ancient Chinese and ancient Japanese legal civilization, making the judgment based on divination had once appeared. With establishment and development of laws and decrees of these two countries, the problem of lacking evidence on complicated cases was solved, leaving no space for the trial by ordeal. However since the 13th century, with the establishment of ancient Chinese centralized autocratic government and Japanese Shogunate, Confucianism's "aiming at no lawsuit" was highly recommended, meanwhile Japanese law disappeared. These social phenomena seriously restricted the development of civil trial proceeding. The Trial by ordeal resurged nearly at the same time in these two countries.

Keywords: the trial by ordeal; religion relief; evidence in litigation; Shogunate

(责任编辑:丁洁琳)

[60] [日]三浦周行:《江戸時代の裁判制度》,载《法制史の研究》,岩波书店大正13年版,第1050页。

[61] 吴经熊:《正义的探讨》,载《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第21-25页。

国际卡特尔与我国反垄断法的域外适用

王晓晔 吴倩兰*

摘要:当今世界各国的反垄断法不仅适用于境内产生的限制竞争,而且还适用于境外产生但对境内有着不利影响的限制竞争。然而,近年来一些涉及国际卡特尔的案件说明,反垄断法过度域外适用也不可行,因为这不仅可能产生国家间的管辖权冲突和法律冲突,而且也给企业带来不合理的经济负担。根据国际上普遍认可的原则,反垄断域外适用应以境外的限制竞争对境内产生“重大、直接和可合理预见”的效果为前提条件。我国迄今几个国际卡特尔案件说明,我国已经接受了这一原则。鉴于我国已经成为跨国公司经营活动的重要场所,鉴于国际经济活动的复杂性,我国应就反垄断域外适用的基本原则作出明确规定,以提高反垄断执法的透明度和可预期性。

关键词:反垄断法 域外适用 国际卡特尔

当今世界上大多数国家和地区的反垄断法不仅适用于境内产生的限制竞争,而且还适用于境外产生但对国内市场有着不利影响的限制竞争。反垄断法适用于境外产生的限制竞争,这被称为反垄断法的域外适用。本文重点结合我国反垄断法域外适用的几个国际价格卡特尔,比较研究日本和欧盟的相关案例,强调反垄断法的域外适用应以境外的限制竞争对境内能够产生直接、重大和可以合理预见的效果为条件。

一、我国反垄断法域外适用的理论基础及其新发展

(一)我国反垄断法域外适用的理论基础

我国2007年8月30日通过的《反垄断法》第2条规定:“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为,适用本法;中华人民共和国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制影响的,适用本法。”这个条款的第二句性质上是一条冲突规范,即我国反垄断法不仅适用于我国境内产生的限制竞争,而且还适用于产生在境外但对我国市场竞争具有排除、限制竞争影响的垄断行为。随着这个条款的实施,我国反垄断法就产生了两个重要后果:一是该法的适用范围扩大到那些在外国有其住所或者营业场所的企业,如果它们在外国策划或者实施的限制竞争对我国市场有着不利的影响;二是该法对在国际市场上从事经营活动的中国企业的适用受到了限制,如果它们的限制竞争对中国市场没有影响。简言之,我国反垄断法只适用于对我国市场具有影响的限制竞争,而不管行为人的国籍、住所以及限制竞争行为的策源地。这说明,我国反垄断法域外适用的依据是“效果原则”。

我国《反垄断法》规定了域外适用,这显然是受到了美国反托拉斯法的影响。美国是世界上最早

* 王晓晔,湖南大学特聘教授,德国汉堡大学法学博士;吴倩兰,英国诺丁汉大学讲师,伦敦政治经济学院法学博士。

依据“效果原则”主张其反托拉斯法具有域外管辖权的国家,其标志是美国联邦第二巡回法院 1945 年关于美国诉美国铝公司一案的判决,^[1]这个案件也被称为 Alcoa 案。在这个案件之前,凡是涉及《谢尔曼法》的案件,美国法院一般都是依据属地原则确定其管辖权。美国联邦最高法院大法官霍姆斯(Holmes)在 1909 年美国香蕉公司诉联合水果公司一案的判决中指出,“一个行为合法还是非法,只能根据行为地国家的法律来判断”。他还强调,依据行为地国家的法律确定行为的合法性还是违法性,这是“一个基本和普遍的规则”。^[2]然而,在 Alcoa 案中,美国联邦第二巡回法院汉德(Hand)法官指出,《谢尔曼法》也适用于外国企业在美国境外订立的协议,只要“它们的意图是影响对美国的出口,而且事实上影响了对美国的出口”。汉德法官当时依据了习惯法,即“任何国家都有权规定,即便不属于本国的臣民,也不得在其国家领域外从事一种受该国谴责而且对其境内能够产生不良后果的行为”,^[3]由此就确立了反托拉斯法域外适用的效果原则(effects doctrine)。据此,凡发生在美国境外且与美国反托拉斯法精神相抵触的任何行为,不管行为者的国籍,也不管行为的实施场所,只要该行为对美国市场竞争产生不利的影 响,美国法院对之有管辖权。

今天,反托拉斯法的效果原则不仅在美国法院得到了普遍的适用,而且也是其他国家和地区为维护本国或者本地区市场有效竞争而采用的法律武器。如德国《反对限制竞争法》第 130 条第 2 款规定:“本法适用于发生在本法适用范围内的所有限制竞争行为,即使限制竞争行为系本法适用范围以外的原因所致,亦同。”^[4]欧盟竞争法尽管没有域外适用的明确规定,但是欧盟委员会早在 20 世纪 60 年代末的 Dyestuffs 一案中,就曾依据效果原则主张其管辖权。Dyestuffs 是一个涉及焦油染料的国际卡特尔案件,涉案企业中有非欧共体企业。委员会指出,“本决定适用于所有参与这个协调活动的企业,不管它们在共同体市场是否有其住所。这即是说,欧共体条约的竞争规则适用于所有的限制竞争,只要这些行为违反欧共体条约第 81 条(现为欧盟运行条约第 101 条),我们就没有必要审查参与限制竞争的企业是否在共同体内或者共同体外有其住所”。^[5]该案有些被告就管辖权问题向欧共体法院提起诉讼后,法院支持了委员会的决定。与欧盟委员会倾向使用“效果原则”的不同之处是,欧盟法院倾向使用“经济实体说”(economic entity doctrine)或“实施说”(implementation doctrine),以避免使用美国反托拉斯法所使用的字眼。^[6]欧盟竞争法的域外适用迄今已经出现过很多案例,如 1997 年欧盟委员会附条件批准美国波音公司与美国麦道公司的并购案,^[7]以及 2000 年禁止批准美国通用电器公司与美国霍尼韦尔公司的并购案。^[8]上述情况一方面说明,美国已经成功地向其他国家和地区包括向我国输出了反垄断法域外适用的制度;另一方面也说明,反垄断法域外适用有其正当性和合理

[1] *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 65 U.S.P.Q. 6 (2d Cir. 1945).

[2] *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 357 (1909).

[3] *Supra* note 1.

[4] *German Act against Restraints of Competition (GWB)*, § 130(2), available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p1147.

[5] *Dyestuffs*, OJ 1969 L195/16.

[6] See Joseph P. Griffin, *Foreign Governmental Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction*, [1998] ECLR 64, 69.

[7] See *The Commission Clears the Merger between Boeing and McDonnell Douglas under Conditions and Obligations*, WuW 9/1997, S. 703-705, available at https://recherche.wuw-online.de/document/zeitschriften/wirtschaft-und-wettbewerb/1997/heft-09/nachrichten/the-commission-clears-the-merger-between-boei/MLX_9ad7?authentication=none.

[8] See Sarah Stevens, *The Increased Aggression of the EC Commission in Extraterritorial Enforcement of the Merger Regulation and Its Impact on Transatlantic Cooperation in Antitrust*, 15 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 263, 276 (2002).

性,值得世界其他国家或地区的反垄断法予以效仿。这正如德国反垄断法权威梅斯特麦克(Mestmäcker)教授指出的,“只有坚持市场开放和防止跨国限制竞争的反限制竞争法才会产生域外适用的效力。这种效力不取决于立法者对之期望或者不期望,规定或者不规定。因此,也谈不到放弃反限制竞争法的域外适用。放弃域外适用,国家就不能有效地管制企业的市场行为”。^[9]

(二)我国反垄断法域外适用的新发展

我国《反垄断法》2008年8月生效后,国务院同日发布了《关于经营者集中申报标准的规定》,这是我国反垄断法域外适用的重大发展。根据这个规定,参与集中的经营者如果上一会计年度全球范围的营业额合计超过100亿人民币,且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过4亿人民币,这个集中需要向反垄断执法机关进行申报。考虑到并购当事人在全球范围的营业额合计超过100亿元的经营者集中主要是跨国公司之间的并购,这个条款明显地具有反垄断法域外适用的特征。另一方面,具有涉外因素的企业并购在我国接受反垄断审查的另一个前提条件是,参与并购的企业中至少有两家企业在中国境内的销售额达到了4亿元,这说明这个并购与我国有着密切的地域联系。

我国《反垄断法》域外适用的另一个重要发展是商务部2014年2月11日发布的《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》。^[10]根据该规定,凡在中国境外设立的合营企业不在境内从事经营活动,或者收购在中国境内没有经营活动的境外企业的股权或资产,这些案件一般可被视作简易案件,适用经营者集中审查的简易程序。这说明,凡在中国境外发生的并购或者建立合营企业,如果这些交易在中国境内不会产生重大、直接和可合理预见的反竞争效果,我国《反垄断法》排除对它们的管辖权。

《反垄断法》2008年8月生效至2016年年底,商务部共收到经营者集中申报约1800多件,审结近1600件。根据商务部公告的2起禁止性决定和28起附条件批准的决定可以看出,商务部迄今审理的经营者集中大案和要案一般都是外国企业或跨国公司之间的并购,如谷歌收购摩托罗拉移动、微软收购诺基亚设备和服务业务、诺基亚收购阿尔卡特朗讯等,而且这些并购绝大多数发生在中国境外。如在商务部2014年6月禁止的马士基、地中海航运和达飞三家欧洲航运公司拟在欧洲组建的紧密性合营企业(简称P3网络)一案,^[11]商务部认定该案的相关服务市场是国际集装箱班轮运输服务市场,相关地域市场是欧-亚洲航线、跨太平洋航线和跨大西洋航线,进而分析了交易当事人及拟设立的网络中心,包括它们的市场份额、市场控制力、市场集中度、市场进入、对消费者和相关经营者的影响等多个因素,最后认定P3网络的建立对欧-亚航线集装箱班轮运输服务市场具有排除、限制竞争的影响。^[12]这个案件不仅说明,我国反垄断法可域外适用于发生在境外但对我国市场有着严重不利影响的限制竞争,而且还说明了我国反垄断执法机关处理域外适用案件的自信心。在P3网络案中,尽管美国联邦海事委员会(FMC)和欧盟委员会均对欧洲的这三大航运巨头准备建立的紧密性联营给予无条件的批准,^[13]但我国反垄断执法机关对这个联营却亮出了红灯。德国竞争法专家Säcker教授在评

[9] E. -J. Mestmaecker, *Wirtschaftsrecht*, RabelsZ 54 (1990), S. 421.

[10] 商务部《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/c/201409/20140900743277.shtml>。

[11] 商务部公告[2014]第46号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201406/20140600628586.shtml>。

[12] 尚明:《全面总结执法经验 不断提高执法效率》,载《中国竞争法律与政策研究报告2014年》,法律出版社2014年版,第7-8页。

[13] 参见凤凰财经报道:《中国商务部发禁令,马士基等全球三大航运巨头宣布终止结盟》, http://finance.ifeng.com/a/20140618/12564142_0.shtml。

价商务部这一决定时指出,“中国商务部对 P3 网络发布禁令完全正确,这和美国、欧盟等竞争执法机构的做法一样,即当本国市场竞争受到来自境外限制竞争的不利影响时,它有权对这个限制竞争采取措施”。^[14]

我国反垄断法域外适用的另一个重要领域是国际卡特尔,即参与国际贸易的跨国公司订立以固定价格、串通投标、限制生产数量、划分地域市场或者销售渠道为目的的卡特尔协议。经济合作与发展组织在其 1998 年向成员方发布的《执行卡特尔法一揽子推荐意见》,将这种卡特尔称为“核心卡特尔”。^[15] 与处理经营者集中或者滥用市场支配地位案件的不同之处是,各国反垄断法对核心卡特尔往往适用“本身违法”的原则。我国《反垄断法》虽然没有本身违法的规定,但因这类卡特尔第一难以举证证明它们不会严重限制竞争,第二难以举证证明它们能够给消费者带来可以分享的利益,所以不可能依据《反垄断法》第 15 条的规定得到豁免。^[16] 我国《反垄断法》生效以来,国家发展和改革委员会作为反垄断执法机关已处理过三个国际价格卡特尔。

二、我国反垄断法域外适用的国际价格卡特尔

随着经济全球化和我国经济与世界经济接轨,我国市场上也频频遭遇国际卡特尔的不利影响。反垄断执法机关迄今处罚过三个国际价格卡特尔,它们分别涉及液晶面板(LCD)、汽车零部件和轴承。依据适用的法律,这里将它们分为两组予以评析。

(一) 适用《价格法》的液晶面板卡特尔

2013 年年初,国家发展和改革委员会(以下简称“国家发改委”)处罚了一个涉及 LCD 的国际卡特尔,这是我国反垄断执法机关查处的第一个国际卡特尔。据悉,2001 年至 2006 年期间,韩国的三星、LG 和台湾地区的奇美、友达、中华映管、瀚宇彩晶等 6 家生产 LCD 的企业在韩国和我国台湾地区召开过 53 次“水晶会议”(The Crystal meeting),相互交换 LCD 在全球市场的信息,协商产品价格。因为 LCD 约占彩电生产成本的 70% 至 80% 左右,这个卡特尔严重损害了我国彩电生产企业和我国消费者的合法权益。本案的结果是,反垄断执法机关责令违法者赔偿国内彩电企业 1.72 亿元,罚款 1.44 亿元,没收违法所得 3675 万元,经济制裁总额 3.53 亿元,其中韩国的 LG 受到的处罚最重,一家企业支付了 1.18 亿元。除了支付罚款和赔偿损害,这些企业还承诺以公平和无歧视的条件向我国彩电企业提供高端产品和新技术产品,承诺产品的保修期从过去 18 个月延长至 36 个月。^[17]

值得关注的是,美国和欧盟对 LCD 国际卡特尔的处罚力度比我国的处罚力度大很多。如欧盟委员会处理的 LCD 卡特尔一案,卡特尔成员同样是这 6 家企业,违法活动的时间同样是 2001 年 10 月至

[14] Franz Jürgen Säcker, *Chinesisches Aus für eine Reederei – Allianz*, WuW 11/2014, S. 1031.

[15] OECD, *Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, available at <http://www.oecd.org/competition/cartels/recommendationconcerningeffectiveactionagainsthhardcorecartels.htm>.

[16] 根据我国《反垄断法》第 15 条第 2 款的规定,第 13 条、第 14 条禁止的垄断协议如果要得到豁免,“经营者应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益”。

[17] 国家发展和改革委员会价格监督检查与反垄断局:《六家境外企业实施液晶面板价格垄断被依法查处》, http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20130117_523203.htm.

2006年2月,欧盟委员会对这些企业罚款的总额高达6.48亿欧元。^[18]这个差异主要源于欧盟委员会和我国反垄断执法机关对这个案件适用的法律不同。根据欧盟竞争法,考虑违法企业在欧洲经济区销售产品的情况、违法行为的严重程度、违法行为在欧洲经济区实施的时间等各种因素,违法企业可被处上一营业年度市场销售额的10%以下。^[19]而我国国家发改委在处理这个案件时考虑的情况是,这个卡特尔实施于2001年至2006年期间,当时我国没有反垄断法。鉴于2008年生效的《反垄断法》不能溯及既往,反垄断执法机关得依据《价格法》处理这个案件。根据《价格法》,违法者可被没收违法所得,并处违法所得5倍以下的罚款。^[20]计算卡特尔企业的违法所得时,执法机关使用的方法是卡特尔成员企业在我国市场上销售产品的数量乘以40元,这说明每片LCD的违法所得是40元。^[21]在计算违法企业违法所得的基础上,执法机关依据各个企业在案件审理中的具体表现确定了具体的罚款金额。其中,友达作为最早向执法机关通告信息的企业被免除了罚款;三星公司的罚款是其违法所得的两倍,这说明三星在中国和在欧洲的表现差异很大;^[22]其他4家企业的罚款金额均为其违法所得的一半,这说明它们均有自首情节,但执法机关没有公开它们各自是第几位自首者的相关信息。

我国对LCD卡特尔一案尽管处罚力度不大,但它是我国反垄断执法机关处理的第一个国际卡特尔案件,它的影响还是很大的。这个案件向国际社会和跨国公司传递了一个信号,即我国《价格法》和《反垄断法》均具有域外适用的效力。这即是说,尽管《价格法》第2条规定,“中华人民共和国境内发生的价格行为,适用本法”,但它不排除执法机关对这个国际卡特尔的管辖权,因为“价格行为地”不仅可理解为“价格共谋地”,还可理解为“价格卡特尔的实施地”。鉴于世界各国的反垄断法甚至包括我国的《价格法》都有域外适用的效力,这就使国际卡特尔像过街老鼠,会出现同时被很多国家和地区的反垄断执法机关予以处罚的情况。

(二)适用《反垄断法》的汽车零部件卡特尔和轴承卡特尔

1. 汽车零部件卡特尔

2014年8月,国家发改委对日立、电装、爱三、三菱电机、三叶、矢崎、古河和住友等8家生产汽车零部件的日本企业分别作出处罚决定,共计开出8.32亿元的罚单。据悉,2000年1月至2010年2月期间,这些企业为排除相互间的竞争和以最有利价格得到汽车制造商的零部件订单,它们在日本频繁举办双边或多边会谈,协商价格,多次达成订单报价协议且实施了这些协议。这些价格协议涉及我国市场并获得订单的产品有13种,包括起动机、交流发电机、节气阀体、线束等,它们用于本田、丰田、日产、铃木、福特等20多种品牌车型。据执法机关调查,直至2013年年底,这些企业依据这些价格协

[18] European Commission - Press release - Antitrust; *Commission Fines Six LCD Panel Producers 648 Million for Price Fixing Cartel*, available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1685_en.htm.

[19] See *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, Art. 23, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>.

[20] 我国《价格法》第14条规定,“经营者不得有下列不正当价格行为:(1)相互串通,操纵市场价格,损害其他经营者或者消费者的合法权益……”。第40条规定,经营者有上述行为的,得被“责令改正,没收违法所得,可以并处违法所得五倍以下的罚款……”。

[21] 张国栋:《中国液晶面板价格垄断协议案的问题及探讨》, http://hk.lexiscnweb.com/clr/view_article.php?clr_article_id=930&clr_id=74。

[22] 欧盟委员会处理的液晶面板一案,三星是第一个自首企业,从而被欧盟委员会免除了罚金。See European Commission - Press release - Antitrust, *supra* note 18.

议在我国市场上获得的订单多数仍在供货。^[23]

反垄断执法机关的处罚决定书指出,鉴于这些企业多次达成并实施了价格垄断协议,违法行为持续的时间长,协商频率高,违法情节严重,因此对它们均处 2013 年度中国境内涉案产品销售额 10% 的罚款。^[24] 但是考虑到 8 个卡特尔成员企业与反垄断执法机关合作的态度不同,执法机关依据《反垄断法》第 46 条第 2 款和国家发改委发布的《反价格垄断行政执法程序》第 14 条的规定,对它们分别按其在中国境内市场销售额的不同幅度处以行政处罚。其中,爱三、三菱电机和三叶均按其市场销售额的 8% 被征收了罚款,但是得到 20% 的减轻,减轻的理由是“主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据,且停止了违法行为”;^[25] 矢崎、古河和住友等 3 家企业按其市场销售额的 6% 被征收罚款,即得到 40% 的减轻,减轻的理由也是“主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据,且停止了违法行为”;^[26] 电装按其市场销售额 4% 被征收罚款,即得到 60% 的减轻,减轻的理由是作为“第二家主动报告达成垄断协议并提供重要证据的企业,而且停止了违法行为”;^[27] 日立按其市场销售额得到 100% 免除罚款的待遇,理由是作为“第一家主动报告达成垄断协议并提供重要证据的企业,且停止了违法行为”。^[28]

2. 轴承卡特尔

2014 年 8 月,国家发改委在对汽车零部件卡特尔作出处罚决定的同时,也对不二越、精工、NTN、捷太格特等 4 家生产轴承的日本企业分别作出了行政处罚决定,认定它们达成并实施了固定或变更在中国市场上销售轴承的价格协议,违反了我国《反垄断法》第 13 条第 1 款的规定,开出的罚单共计 4.0344 亿元。

据悉,2000 年至 2011 年 6 月期间,这 4 家轴承生产企业频繁地在日本召开亚洲研究会,在上海召开出口市场会议,讨论其产品在中国市场涨价的方针、涨价的时机和涨价幅度,交流涨价的实施情况,并在中国市场上依据协商的价格或相互交流的涨价信息实施了涨价行为。鉴于这些企业直接协商产品价格,多次达成并实施涨价协议,违法行为持续 10 年多,违法情节严重,它们分别被处 2013 年度在我国境内产品销售额 10% 的罚款。考虑到这些企业各自与反垄断执法机关合作的态度不同,不二越作为“第一家主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据,且停止了违法行为”的企业,100% 免除了罚款;^[29] 精工作为“第二家主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据,且停止了违法行为”的企业,被减轻罚款 60%,即按其中国境内市场销售额的 4% 征收罚款;^[30] NTN 因其“主动报告达成垄断协议有关情况并提供了重要证据,并于 2006 年 9 月退出亚洲研究会,2011 年 6 月停止了违法行为”,被减轻罚款 40%,即按其 2013 年中国境内市场销售额的 6% 征收罚款;^[31] 捷太格特的罚款最重,但因存在“主动报告达成垄断协议的有关情况并提供了重要证据,且停止了违法行

[23] 新华网财经频道报道:《中国对日本 12 家企业实施汽车零部件和轴承价格垄断罚款 12.35 亿元》, http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-08/20/e_1112152206.htm。

[24] 参见国家发改委对日立汽车系统有限公司免除行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]2号。

[25] 参见国家发改委对三菱电机株式会社行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]5号。

[26] 参见国家发改委对矢崎总业株式会社行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]7号。

[27] 参见国家发改委对株式会社电装行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]3号。

[28] 参见国家发改委对日立汽车系统有限公司免除行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]2号。

[29] 国家发改委对株式会社不二越行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]10号。

[30] 国家发改委对精工株式会社行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]11号。

[31] 国家发改委对 NTN 株式会社行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]12号。

为”,被减轻罚款20%,即按其中国境内市场销售额的8%被征收了罚款。^[32]

3. 反垄断执法评析

有学者提出,同一个国际卡特尔受到世界上多个反垄断执法机关的处罚,而且有的罚款力度为违法企业全球销售额的10%,这是否存在惩罚过重的问题。^[33]以汽车零部件卡特尔为例,因为世界上很多国家和地区都有汽车制造业,这个卡特尔就不仅受到了我国的反垄断处罚,而且还在美国、欧盟、德国、法国、日本、澳大利亚、巴西、印度、韩国以及其他反垄断司法辖区受到了处罚。^[34]这里我们不评价其他反垄断司法辖区对汽车零部件卡特尔所作的处罚决定是否合理,但是可以认为,我国反垄断执法机关对这两个国际卡特尔的决定是正确的,理由如下:

(1) 按我国境内的销售额确定罚款基数

我国《反垄断法》第46条规定对违法企业可“处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款”,但没有明确计算“销售额”的范围,即这个罚款是按照违法企业的全球销售额还是在我国境内的销售额?我国反垄断执法机关处理的两个国际卡特尔案件说明,我国是依据卡特尔成员在我国境内涉案产品的销售额。

现在世界上大多数反垄断执法机关就计算罚金的基数没有明确规定。例如,《欧共体理事会第1/2003号条例》第23条第2款规定,“对参与违法行为的各企业或企业协会,罚款不得超过上一营业年度总销售额的10%”。虽然欧盟委员会在很多案件包括2010年LCD卡特尔一案中确定的罚款金额均依据违法企业在欧洲经济区的销售额来计算,但有权威文献指出,欧盟委员会对卡特尔征收的罚款可以不超过违法企业上一营业年度全球市场销售额的10%,^[35]且事实上欧盟委员会在很多国际卡特尔案件中是按照不超过全球销售额10%的幅度征收了罚款。^[36]

按照全球销售额征收罚款虽然对违法企业具有很大的威慑力,但这种做法存在很多理论问题。首先,一国反垄断执法机关有权对一个国际卡特尔行使管辖权,是因为这个卡特尔对本国市场产生了排除限制竞争影响。在这种情况下,因为反垄断法的任务是消除这个卡特尔对本国市场的不利影响,那么罚金的计算就应当考虑这个卡特尔在本国销售产品和在本国获取不当得利的情况,而不应当将这个卡特尔在其他司法辖区的不当得利也收缴在自己的手里。这里有一个管辖权的问题,即一个卡特尔对其他司法辖区的限制竞争影响应当由其他司法辖区的反垄断执法机关去处理;其次,如果每个司法辖区的反垄断执法机关均有权依被告企业在全世界市场销售额的10%征收罚款,这种做法不仅导致一国反垄断执法机关可能会将其他司法辖区应当收缴的违法收入收缴到自己的手里,即存在着不当得利,而且还会导致对违法企业的罚款过度,最终导致企业退出市场。这里不是怜悯违法者,而且强调反垄断执法和其他任何法律行为一样,应当具有公正性。即便严重损害竞争的行为如订立价格

[32] 国家发改委对株式会社捷太格特行政处罚决定书,发改办价监处罚[2014]13号。

[33] 这是2016年10月日本北海道小樽举办的日本国际经济法年会所讨论的问题之一。

[34] Allen & Overy, *Global Cartel Fines Reach New High in 2014 as Enforcers Continue to Focus on Auto Parts Sector*, available at <http://www.allenoverly.com/news/en-gb/articles/Pages/Global-cartel-fines-reach-new-high-in-2014-as-enforcers-continue-to-focus-on-auto-parts-sector.aspx>; European Commission - Press release - Antitrust, *Commission Fines Producers of Wire Harnesses 141 Million in Cartel Settlement*, available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-673_en.htm.

[35] See Global Competition Review, *Cartel Regulation 2008*, Chapter on European Union, Getting the Deal Through, p. 64.

[36] See Cartel Statistics by European Commission, *Fines Guidelines 2006 - Fines as Percentage of Global Turnover*, available at <http://101.96.8.165/ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

卡特尔或者分割销售市场,这些违法的事实不等于违法者所有的生产经营活动都是违法的。这也即是说,在对违法企业进行罚款的问题上,反垄断法和环境保护法的做法应当有不同。在后一种情况下,执法机关有必要通过巨额罚款或者其他方式迫使严重损害环境的企业退出市场;而在反垄断案件中,执法机关对违法企业罚款的目的不是让它们退出市场,而是禁止它们的限制竞争,因此执法机关对其限制竞争行为的矫正应当限于自己具有管辖权的产品和地域范围。

(2) 按照 10% 的最高幅度处以罚款

20 世纪 90 年代以来,世界各国反垄断行政处罚款或者刑事罚金均有大幅度的增长。如美国《谢尔曼法》2004 年将其对企业的最高罚金从过去 1000 万美元以下提高到 1 亿美元以下;对自然人最高罚金从过去 35 万美元以下提高到 100 万美元以下。^[37]《欧共体理事会第 1/2003 号条例》对违法企业的行政处罚款从过去 100 万欧元以下提高到违法企业上一营业年度市场销售额 10% 以下。^[38] 反垄断法大幅度提高对卡特尔企业的罚款幅度,是出于执法机关对其执法经验的总结。如欧盟委员会在其 2001 年关于石墨电极卡特尔的决定中指出,这个石墨电极卡特尔在欧洲经济区的价格与竞争性市场的价格相比至少高出 50%,考虑到这个卡特尔在欧洲活动的时间是 1992 年至 1998 年,其中 1998 年欧洲经济区的销售总额是 4.8 亿欧元,加上考虑其他因素包括欧盟竞争法的宽恕政策,委员会对这个卡特尔的 8 家成员企业共计征收了 2.18 亿欧元的罚款,^[39]这说明欧盟委员会在这个案件中是按照违法企业年度销售额 10% 以下的幅度收缴了罚款。随着《欧共体理事会第 1/2003 号条例》将最高罚款幅度提高至违法企业上一营业年度市场销售额的 10% 以下,市场销售额 10% 以下的幅度便成为很多国家和地区反垄断执法机关处理卡特尔案件的罚款标准。例如,法国规定最高征收被告企业上一营业年度全球销售额的 10%,匈牙利和意大利规定最高征收被告企业上一营业年度市场销售额的 10%,瑞典规定最高征收违法企业上一营业年度收入的 10%。有些国家的反垄断法还规定行政处罚款的最高额可大大超过违法企业上一营业年度市场销售额的 10%。如英国规定,最高可征收企业参与卡特尔期间(最长为三年)市场销售额的 10%。^[40]我国《反垄断法》规定:“经营者违反本法规定,达成并实施垄断协议的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额 1% 以上 10% 以下的罚款;尚未实施所达成的垄断协议的,可以处 50 万元以下的罚款。”^[41]这里提出的“上一年度销售额 10% 以下的罚款”,显然也是受到了世界各国反垄断立法和执法的影响。

国家发改委对两个卡特尔的处罚决定的引人注目之处是,违法企业均被处上一营业年度我国境内涉案产品销售额 10% 的罚款,即达到了反垄断法规定的最高幅度。这里主要考虑到以下因素:首先,这两个卡特尔均为价格卡特尔,限制竞争的程度极其严重,且违法行为持续的时间长,在这种情况下,执法机关处以幅度最高的罚款不仅有助于惩罚违法者,而且有助于提高反垄断法的威慑力;其次,即便我国反垄断执法机关对这两个卡特尔的罚款幅度达到上一营业年度市场销售额的 10%,但与其他司法辖区的反垄断执法相比,这个处罚力度仍然不足。以涉及汽车零部件的国际卡特尔为例,美国

[37] *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (HR 1086)*, 15 USC § 1 (2004).

[38] Council Regulation, *supra* note 19, at Art. 23 (2).

[39] *Commission Fines Eight Companies in Graphite Electrode Cartel*, available at [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1010_en.htm? locale = zh](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1010_en.htm?locale=zh); Shearman & Sterling LLP: *Cartel Detail*, [http://www.carteldigest.com/cartel-detail-page.cfm? itemID = 24](http://www.carteldigest.com/cartel-detail-page.cfm?itemID=24).

[40] OECD, *Fighting Hard - Core Cartels, Harm, Effective Sanctions and Leniency Programme 2002*, p. 81, available at <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>.

[41] 我国《反垄断法》第 46 条第 1 款。

司法部的罚金达到 25 亿美元,欧盟委员会的罚金达到 11 亿欧元。^[42] 根据欧盟委员会 2006 年发布的《确定反垄断案件罚款金额的指南》,作为一般规则,欧盟委员会可将限制竞争案件的罚款幅度定为相关产品在相关地域范围销售额的 30% 以下。^[43] 欧盟委员会在其 2007 年公告的平板玻璃卡特尔一案,尽管这个卡特尔在欧盟活动的时间仅为一年,卡特尔成员企业在案件被调查的上一营业年度即 2004 年欧洲经济区的销售额为 17 亿欧元,委员会对它们的罚款金额共计达到了 4.87 亿欧元。这说明,欧盟委员会在这个案件的罚款幅度是违法企业上一营业年度市场销售额的 29%。^[44]

以上说明,与欧盟委员会 2006 年发布的《确定反垄断案件罚款金额的指南》相比,我国《反垄断法》第 46 条规定的“并处上一年度销售额 1% 以上 10% 以下的罚款”,其惩罚力度和威慑力度均明显不足。以本文分析的几个国际卡特尔为例,这些卡特尔的违法时间有的长达 10 多年,在这种情况下,即便执法机关计算罚款金额的依据是《反垄断法》规定的最高幅度,然而因为罚款基数是违法者上一营业年度(即一年)的相关产品在我国市场的销售额,这个罚款总额与欧盟、美国等执法机关相比就会相差甚远。这说明,我国《反垄断法》有必要借鉴欧盟法的经验,改进其关于罚款金额的计算方法,即反垄断执法机关对违法者的惩罚和威慑程度,一方面应当考虑国际趋势,另一方面也要考虑本辖区执法的情况。这即是说,反垄断执法的时间越长,企业越应当了解这个法律和相关的政策。这种情况下,如果违反反垄断法是明知故犯,违法者应当受到更严厉的惩罚。在违法者多次违法的情况下,执法机关对惯犯的惩罚应当重于首次违法的企业。

(3) 按情节实施了宽恕政策

在这两个国际卡特尔案件中,反垄断执法机关虽然根据案件的违法程度,对 12 家卡特尔企业均处 2013 年度在我国境内涉案产品销售额 10% 的罚款,但考虑到它们各自的具体情况,两个案件中最早自首的两个企业被免除了罚款,一个案件的第二位自首企业被减轻罚款 60%,其他几个企业根据具体情况分别被减轻罚款 40% 或者 20%。我国反垄断执法机关在这两个卡特尔案件采取的宽恕政策至少说明两个问题:第一,执法机关减免罚款的依据是国家发改委 2010 年发布的《反价格垄断行政执法程序规定》。据此,第一个主动报告达成价格垄断协议的有关情况并提供重要证据的,可以免除处罚;第二个主动报告达成价格垄断协议的有关情况并提供重要证据的,可按照不低于 50% 的幅度减轻处罚;其他主动报告达成价格垄断协议的有关情况并提供重要证据的,可按照不高于 50% 的幅度减轻处罚。^[45] 这即是说,反垄断执法机关在减免罚款这一问题上有章可循,而不是随意行使自由裁量权。第二,因为存在宽恕政策,即便这两个案件确定的罚款幅度达到了最高额 10%,然而其中任何企业的罚款幅度尚未达到 10% 的程度,这就给执法机关日后处理竞争损害程度更为严重的案件留下了余地。可以想见,罚款幅度达到 10% 的,应当留给那些违法程度严重但拒绝配合执法机关调查的企业。

[42] Shearman & Sterling LLP Cartel Digest, *International Cartels*, available at <http://www.carteldigest.com/cartel-page.cfm>.

[43] European Commission, *Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003*, para. 21, available at [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN).

[44] Shearman & Sterling LLP Cartel Digest, *Cartel Detail*, available at <http://www.carteldigest.com/cartel-detail-page.cfm?itemID=11>.

[45] 参见国家发展和改革委员会《反价格垄断行政执法程序规定》, http://jjs.ndrc.gov.cn/zcfg/201101/t20110104_389401.html。

三、完善我国反垄断法域外适用的思考

一个国家的反垄断法是否域外适用,这是国家主权行为。然而,根据世界各国的反垄断执法实践,反垄断域外适用可能会产生管辖权的冲突和法律冲突,甚至可能引发国家间的纠纷。为了避免和减少因反垄断域外适用引起的国际纠纷,我国有必要在以下方面完善反垄断法。

(一)域外适用应以“直接、重大和可合理预见的效果”为条件

美国联邦第9巡回法院在其1976年 *Timberlane Lumber* 一案的判决中指出,美国法院对反托拉斯案件行使域外管辖权时,不仅应当考虑涉案的限制竞争是否影响或是否企图影响美国的对外贸易,还应当考虑这个限制竞争对美国对外贸易的损害程度是否非常严重。^[46] 在这些司法实践的基础上,美国1982年颁布的《对外贸易反托拉斯改进法》明确了《谢尔曼法》和《联邦贸易委员会法》对外国企业行使管辖权的前提条件,即被告的行为对美国的国内贸易、美国的出口贸易或者美国企业的出口机会有着“直接、重大和可合理预见的效果”。鉴于1982年《对外贸易反托拉斯改进法》只提及了《谢尔曼法》和《联邦贸易委员会法》,美国司法部和联邦贸易委员会在其1995年4月修订的《反托拉斯法国际适用指南》第3.14条明确规定,如第三国企业间的合并对美国的国内贸易、美国的出口贸易或美国企业的出口机会有着“直接、重大和可合理预见的效果”,该合并得依据《克莱顿法》第7条来决定是否予以批准。^[47]

反垄断法域外适用应以主张管辖权的国家与被管辖的案件存在“直接、重大和可合理预见的效果”为条件,现在已成为世界各国反垄断域外适用的基本原则。例如在德国,外国引起的限制竞争能否适用德国《反对限制竞争法》,决定性的是这些限制竞争是否在德国境内能够产生重大和直接的不利影响。这即是说,一个外国发生的限制竞争如果对德国的影响只是遥远和间接的,《反对限制竞争法》则不能予以适用。^[48] 国际竞争网络(ICN)2002年9月发布的《合并申报程序的推荐意见》也指出,“主张管辖权的国家应与被审查的企业并购有恰当地域联系”,“一国不应要求跨国并购对之进行申报,除非该交易对该国有着直接、重大且可预期的经济影响”。^[49] 然而,近年来,国际上出现了多起因反垄断域外适用而产生的争议,下面讨论两个分别发生在日本和欧盟的案例。

1. 日本公平交易委员会关于电视机显像管(CRT)卡特尔的决定

2009年10月,日本公平交易委员会对松下、三星和LG在东南亚的5家子公司共计罚款约33.2亿日元,理由是这些企业在东南亚参与了CRT国际价格卡特尔。该案值得关注的问题是,这些被罚款的企业不仅从未直接在日本市场销售过涉案产品,而且经第三方向日本出口的产品也仅占它们总销售额中一个极小部分(不足10%)。然而,日本公平交易委员会认为,因为日本的三洋、夏普、Orion等电视机生产商通过其东南亚子公司采购过这些企业的产品,且这些产品涉嫌卡特尔协议并抬高了价

[46] *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

[47] See U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, § 3.14 (April 1995).

[48] Volker Emmerich, *Kartellrecht*, 8 Auflage, Verlag C. H. Beck 1999, S. 25.

[49] ICN, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*, available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/aboutus.html>.

格,这个卡特尔从而损害了日本国内市场的竞争。^[50] 有些日本学者认为,日本公平交易委员会对这个卡特尔案件是过度行使了日本反垄断法的域外管辖权,理由是:第一,这些在东南亚生产 CRT 的企业是面向全球销售产品,即便通过第三方存在产品向日本出口的情况,这些向日本出口的产品也仅占其全球销售中很小一部分,然而日本公平交易委员却按照这些企业的全球销售额进行了罚款;第二,即便有些日本电视机生产企业在东南亚采购了 CRT,但是这些 CRT 产品在日本电视机行业根本无足轻重,即它们对日本市场没有重大影响。这即是说,日本公平交易委员会对这个卡特尔行使的管辖权不是以这个卡特尔对日本有着“直接、重大和可以合理预期的效果”为条件。^[51]

2. 欧盟委员会关于液晶面板卡特尔的决定

2010年12月,欧盟委员会就 LCD 卡特尔对我国台湾地区的奇美公司罚款 3 亿欧元,认定该公司以下三种销售受到这个卡特尔的影响:一是它将 LCD 直接出售给了欧盟企业,这种方式是直接销售;二是它将 LCD 出售给位于台湾、日本等集团内部的下游企业,这些下游企业在非欧盟地区组装成最终产品后出口到欧盟,这种方式也被称为直接销售;三是它将 LCD 销售给非欧盟企业,这些企业将其组装成最终产品后出口到欧盟,这种方式被称为间接销售。欧盟委员会计算对奇美的罚金时只是考虑了两种直接销售,没有考虑间接销售,其理由是它完全可以把计算这部分销售也包括进来,只不过因为两种“直接销售”计算的罚款金额对奇美已经有了足够大的威慑力。^[52]

奇美与欧盟委员会存在的争议之处是欧盟委员会计算罚款时考虑的第二种直接销售,^[53] 奇美为此向欧盟普通法院提起诉讼,要求减少委员会对它征收的罚款数目。普通法院驳回了原告请求,但将罚金从 3 亿欧元减至 2.88 亿欧元。奇美不服又向欧盟法院提起上诉,欧盟法院 2015 年 7 月 9 日驳回了上诉,并且百分之百地认可了委员会对奇美所作的决定。奇美在这一案件中的主张是,欧盟委员会对奇美在非欧盟国家销售 LCD 的行为没有管辖权。欧盟法院总法律顾问沃森莱特(Wathalet)也支持奇美的观点,即欧盟委员会计算奇美的罚金如果包括奇美集团下游企业在非欧盟地区使用奇美 LCD 组装后出口到欧盟的产品,这会超越欧盟竞争法域外适用的权限。然而,欧盟法院没有接受总法律顾问沃森莱特的意见,理由是计算罚金是一个与管辖权“不同的问题”,而且在这个案件,确定销售额是一个重要问题,因为这可以反映违法行为在经济上的重要性以及奇美在这个违法案件中的严重程度。^[54] 奇美对欧盟委员会决定的不服之处是,这种罚款方式导致奇美面临着一种风险,即除了欧盟委员会的罚款,它还会受到欧盟境外的罚款,因为它在欧盟境外销售的 LCD 受到了卡特尔的影响。这即是说,欧盟委员会计算罚款的方法会产生两个后果:一是不同的反垄断执法机关就这个案件存在管辖权的冲突和法律冲突;二是奇美势必会受到双重罚款,双重罚款则是不合理的。对此,欧盟法院

[50] Japan Fair Trade Commission, *Cease - and - Desist Order and Surcharge Payment Orders against Manufacturers of Cathode Ray Tubes for Televisions*, available at <http://www.jfte.go.jp/en/pressreleases/yearly-2009/oct/individual-000037.html>.

[51] Fumio Sensui, *Extra - territorial Application of Competition Laws in Japan and the Calculation of Administrative Surcharge regarding Enterprises Engaging Both in Domestic and Export Business*, available at <http://www2.kobe-u.ac.jp/~sensui/sensui160304.pdf>.

[52] See Opinion of Advocate General Wathalet delivered on 30 April 2015 (1), Case C231/14 P, *InnoLux Corp., formerly Chimei InnoLux Corp., v. European Commission*, available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=164057&doclang=EN>.

[53] Latham & Watkins, *ECJ Decision in LCD Cartel Case Affirms Potential for Higher Fines to Be Imposed on Vertically Integrated Companies*, available at <https://www.lw.com/thoughtLeadership/LW-ECJ-decision-in-LCD-cartel-case>.

[54] Kluwer Competition Law Blog, *EU Judgment Confirms Potential of High Cartel Fines for Vertically Integrated Multinational Companies*, available at <http://kluwercompetitionlawblog.com/2015/07/23/eu-judgment-confirms-potential-of-high-cartel-fines-for-vertically-integrated-multinational-companies>.

的观点是,欧盟委员会没有义务考虑非欧盟国家对奇美可能采取的执法行为以及对它所征收的罚款。^[55]

欧盟法院关于奇美一案的判决在欧盟引起了很大的反响。因为根据这个判决,欧盟委员会处罚零部件国际卡特尔的时候,它不仅可对卡特尔企业在欧盟境内的销售行使管辖权,而且可对欧盟境外组装或经境外第三方组装但向欧盟出口的卡特尔产品行使管辖权。欧盟委员会把奇美的 LCD 销售给集团下游企业进行组装和向欧盟出口的行为称为“直接销售”,把其他卡特尔成员将 LCD 销售给欧盟境外第三方组装后出口欧盟的行为称为“间接销售”,并且对这两种“销售”的罚款方法采取了完全不同的待遇。对此,欧盟法院总法律顾问认为,这两种销售的本质是一样的,而且欧盟委员会对这两种销售都不应当行使管辖权,因为这两种销售活动涉及的卡特尔均发生在欧盟境外。他还指出,欧盟委员会对欧盟境外的卡特尔行为行使管辖权不仅会扩大欧盟竞争法域外适用的范围,而且也导致被调查企业面临双重罚款的风险。^[56]此外,欧盟很多法律界人士也在呼吁,欧盟竞争法的域外适用应符合欧盟的判例法,即应当针对那些对欧盟市场有着“直接、重大且可以合理预见其影响”的限制竞争。^[57]

我国反垄断执法机关迄今依《反垄断法》处理的国际卡特尔案件包括 2013 年依《价格法》处理的 LCD 国际卡特尔均与我国市场有着直接、重大和可合理预见的影响。首先,这些卡特尔企业是在我国境内销售卡特尔产品,这种影响不能说不“直接”;其次,这些企业通过卡特尔协议大幅度提高了产品的价格,且违法行为时间长,这种影响不能说不“重大”;再次,这些卡特尔产品通过直接销售进入下游市场如我国境内的电视机生产企业或汽车生产企业以及其他企业,使用卡特尔产品组装的最终产品直接销售给我国的消费者,这种影响不能说不可“合理预见”。因此,我国反垄断执法机关对这些案件当然具有管辖权。

然而,我国《反垄断法》第 2 条规定:“中华人民共和国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制竞争影响的,适用本法。”听起来似乎我国《反垄断法》的域外适用仅是以境外限制竞争行为对境内市场具有“排除、限制竞争的影响”为条件,而无需考虑这些限制竞争是否对境内市场有着“重大、直接而且可以合理预见的效果”。为了提高反垄断执法的稳定性和透明度,为了给反垄断执法机关提供指导,立法者应通过细则性规定或发布指南,明确反垄断域外适用的案件应与中国境内市场有着密切的地域联系,强调这些案件应对境内市场或境内企业的出口有着重大、直接且可合理预见的影响。我国迄今的反垄断域外适用没有考虑过违法企业存在中国境外销售卡特尔产品的情况。但是可以想见,随着案件的复杂性和多样化,执法机关考虑这样的问题是很正常的。这种情况下,如何域外适用反垄断法,执法机关应当考虑国际上通行的原则,即这些限制竞争对我国市场的影响应当达到一定标准,即它们对我国市场的影响是直接的,而不是遥远的;是重大的,而不是无足轻重的;是可以合理预见的,而不仅仅是一种估计或者猜测。这也即是说,为了避免和减少因反垄断域外适用而引起的国际间纠纷,同时也是为了公平合理地处理涉外案件,我国应当在这方

[55] *Id.*

[56] See Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 30 April 2015 (1), *supra* note 51.

[57] Latham & Watkins, *supra* note 52; Kluwer Competition Law Blog, *supra* note 53; Marek Martyniszyn, *How High (and Far) Can You Go? On Setting Fines in Cartel Cases Involving Vertically – Integrated Undertakings and Foreign Sales*, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2743292.

面完善《反垄断法》。

(二) 反垄断域外适用应考虑国际礼让

反垄断法的域外适用会涉及国家间的关系,处理这方面的问题就应当考虑国际礼让原则。美国司法部和联邦贸易委员会1995年发布的《反托拉斯法国际适用指南》强调,“反托拉斯主管机关执行反托拉斯法时应考虑国际礼让。礼让反映了平等主权国家之间相互尊重的广泛涵义,并决定哪个国家应当在其领域允许另一国的立法、行政和司法活动”^[58]。在1997年一个关于新西兰奶制品的判决中,美国法院就考虑到新西兰奶制品公司向美国出口产品的价格受到了新西兰政府的管制,考虑到新西兰有权制定强制性出口规定,考虑到国际礼让,从而在这个案件认定新西兰奶制品公司固定价格的行为是合法的,应当豁免适用美国的反托拉斯法。^[59]这说明,反垄断域外适用应考虑其他国家的重大利益,特别是当一个限制竞争涉及国家主权行为的时候,反垄断法对之一般没有管辖权。为了避免和减少反垄断领域的管辖权冲突和法律冲突,竞争政策发达的国家和地区相互订立了很多双边合作协议。国际上影响最大的是美国和欧盟1995年订立的《美国政府和欧共体委员会关于适用竞争法的协定》。^[60]这个协定除了规定双方有向对方通报重大案情的义务、信息交流的义务、程序中合作和协调的义务、积极礼让等,还规定了一个避免反垄断程序冲突的原则,即“国际礼让”。该协定第6条规定,为了避免法律冲突,缔约方除考虑自身的重大利益外,还应当在反垄断诉讼程序的各阶段,考虑缔约另一方的重大利益。

出于反垄断合作执法的需要,也是出于国际礼让的考虑,我国反垄断执法机关和很多外国相关机构签署了反垄断合作谅解备忘录,如《中美反托拉斯和反垄断合作谅解备忘录》。^[61]但是,与美国和欧盟之间的反垄断双方合作协定相比,我国与其他国家和地区订立的反垄断双边合作协定中实质性的内容很少,大部分条款不明确,不具体,没有可操作性,很容易流于形式。反垄断双边合作协定应当提及国际礼让,因为国际礼让是处理国际事务包括反垄断域外适用的一个基本原则。在欧盟委员会2013年处理的汽车线束卡特尔一案,有些被告企业与LCD卡特尔一案中的奇美公司一样,除在欧盟境内销售产品外,还通过位于美国和日本的下游企业组装成为最终产品后向欧盟出口。然而,欧盟委员会在这个案件计算违法企业的罚款金额时,就没有考虑这些企业在欧盟境外组装最终产品后向欧盟出口的情况,理由是它考虑过这个卡特尔在美国和日本被罚款的情况。^[62]这说明,欧盟委员会处理类似奇美的案件时,不是不能考虑国际礼让。但是,无论如何,正如一位加拿大学者批评美国反托拉斯执法机关时指出的,“跨国反垄断问题是政府间政策冲突的表现。应当承认,也许没有可以适用的国际法来解决这种冲突。这种情况下,这些问题应当通过协商和谈判的方式来解决。一国政府如果按照自己的所好诉诸本国法,在本国法庭上解决这种冲突,这不是适用法律的原则,而是披着法律的外衣,适用经济实力就是权力的原则”^[63]。这也即是说,国际礼让是反垄断执法机关处理具有国际

[58] U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *supra* note 46, at Sec. 3.2.

[59] *Trugman - Nash, Inc. v. New Zealand Dairy Bd.*, 954 F. Supp. 733 (S. D. N. Y. 1997).

[60] *Agreement between the Government of the United States of American and the Commission of the European Communities regarding the Application of Their Competition Laws*, available at ec.europa.eu/competition/international/bilateral/us_agreement_1995_en.pdf.

[61] 百度文库:中美反托拉斯和反垄断合作谅解备忘录签署中英文, <http://wenku.baidu.com/view/433960265a8102d276a22f71.html>.

[62] Marek Martyniszyn, *supra* note 56.

[63] J. S. Stanford, *The Application of the Sherman Act to Conduct outside the United States: A View from Abroad*, 11 *Connell Int'l L. J.* 195, 213, n. 46(1978).

影响的反垄断案件时应当考虑的原则,而且这个原则有助于它们为本国企业伸张其应有的权益。

四、结论

域外适用是反垄断法的重要属性,因为在反垄断法没有域外适用效力的情况下,任何国家都不能有效地防范来自境外的限制竞争。然而,反垄断法过度的域外适用也不可行,因为这不仅给相关企业带来不必要的麻烦和经济负担,而且还会产生国家间的摩擦,影响正常的国际经济贸易。根据国际上普遍认可的原则,反垄断法的域外适用应当考虑两个前提条件:一是在国外发生的限制竞争是否对本国市场有着“重大、直接和可以合理预见的影响”;二是考虑国际礼让,即不仅要考虑相关案件与本国是否有重大关系,而且也要考虑相关案件与其他国家的重大利益。我国反垄断法的域外适用已经接受了这两个原则,例如在经营者集中的案件中,执法机关会充分考虑这些案件影响我国市场竞争的程度。然而,出于执法的透明度和法律稳定性的考虑,我国应通过立法就反垄断法域外适用的基本原则作出明确规定。此外,为了减少和避免与其他国家反垄断法产生管辖权的冲突和法律冲突,我国还应当完善自己的反垄断法,积极参与反垄断领域的国际合作。需要指出的是,鉴于反垄断法的最终目的是保护本国市场的竞争,最终体现的是本国利益,因此,反垄断领域的合作、协调、国际礼让乃至全球性合作,它们在解决反垄断域外适用的管辖权冲突或者法律冲突方面,均一定程度存在着不可克服的局限性。

International Cartel and Extraterritorial Application of Chinese Antimonopoly Law

Wang Xiaoye & Wu Qianlan

Abstract: In today's world, almost all of the antitrust law is not only applicable to conduct within its territory, but also to conduct outside the territory if such conduct eliminates or has a restrictive effect on competition in the domestic market. However, there are cases involving international cartels in recent year that indicated that it is also not good, if the scope of the extraterritorial application of antimonopoly law expanded too far, because in that case there will be jurisdictional and legal conflicts between related countries, and additionally it is also not reasonable for the companies. It is well established in the world that antimonopoly law shall not apply extraterritorially unless such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect within the domestic market. China has handled some international cartel cases and demonstrated that China has accepted this principle. However, due to the fact that international trade and commerce is complex and China has become the important market for the multinational companies doing business, China should clear its basic principle for the extraterritorial application of its antimonopoly law in order to increase the transparency and predictability of the Antimonopoly Law enforcement.

Keywords: antimonopoly law; extraterritorial application; international cartel

(责任编辑:刘馨)

论海洋油污损害赔偿责任的社会化分担

王 军 张海枫*

摘 要:为了使海洋石油污染的受害人获得赔偿,使海洋环境得到保护,有必要建立有效的海洋油污赔偿责任的社会化分担机制,包括建立相关的强制保险和油污基金制度。强制保险和油污基金所聚集的财富资源能够有效地解决损害赔偿和环境污染所需的大量资金,由此产生的成本将通过石油及其产品的价格调整机制转移给石油用户,并最终分散到广大的消费者。在这方面,有关国际公约和一些国家的立法已经有了成功的实践。我国有必要吸收国际上的成功经验,尽快完善国内的相关法律体系。

关键词:海洋油污 风险分担 环境保护 强制保险 油污基金

一、问题的提出

石油是支撑世界经济运转的主要能源之一。世界主要石油交易是通过海洋船舶运输完成的。与此同时,随着陆地石油资源被逐步开发和储量的不断减少,世界各国在近海大陆架石油的开发也在不断增加。在海洋石油运输和开采的过程中,由船舶漏油和钻井平台事故等原因导致的石油污染日渐严重。

我国是石油进口大国。我国进口的石油数量不断增加,其中大部分是通过海洋船舶运输的。随着石油运输量的增长,中国漫长的海岸线面临着遭受污染的巨大风险。大型油轮一旦失事,运载的石油泄漏入海洋,将造成严重的财产损害和环境污染。有人统计,在2005年至2014年的10年中,中国已经超过美国,成为发生船舶石油污染事故最多的国家。^[1]

与此同时,随着我国离岸海洋石油开采技术的提高,对近海石油开采的范围也在不断扩大,离岸设施一旦产生石油污染,就可能会导致严重的海洋环境损害。仅在“十一五”期间,全国海洋石油勘探开发溢油污染事故就达到了41起,其中渤海19起,南海22起。^[2]2011年6月发生在渤海湾蓬莱19-3号油田的“康菲石油泄漏事故”更是给我们敲响了警钟。

上述石油泄露事故导致了海洋生态环境严重破坏。为弥补这些损害而需要支出的费用,经常会超过船舶或钻井平台本身的价值,乃至超过污染者所拥有的全部资产的价值。在此背景下,将海上

* 王军,对外经济贸易大学法学院教授,法学博士;张海枫,对外经济贸易大学法学院博士研究生。本文系教育部人文社科基金项目“海洋石油污染损害赔偿制度比较研究”(项目编号:12YJA820074)的阶段性成果。

[1] Susannah Musk, *Trends in Oil Spills from Tankers over the Past Ten Years*, <http://www.itopf.com/knowledge-resources/documents-guides/document/trends-in-oil-spills-from-tankers-over-the-past-ten-years/>, 2017年7月10日最后访问。

[2] 此数据来自时任国土资源部部长的徐绍史2011年10月10日在“海洋石油勘探开发溢油污染风险防范大检查动员暨培训会议”上的发言。参见王立彬:《我国近5年发生海洋溢油污染事故41起》,载新华网:http://news.xinhuanet.com/2011-10/10/c_122139117.htm。2017年4月10日最后访问。

石油泄露引起的损失分散给整个社会,由社会成员共同承担这些损失,已经成为在世界范围内获得普遍认可的做法。

二、赔偿责任社会化分担的社会背景

本文中的“赔偿责任的社会化分担”是指,将海洋石油运输和开采造成的损害赔偿风险,通过一定的机制,让社会的全体成员进行分担。其中最重要的手段,就是相关的保险和基金制度。这样的分担机制,是在一定的社会背景造成的压力和契机下形成的,其中最重要的有以下几个方面:

(一) 严格责任增加了承担责任的几率

对于环境损害,特别是海洋油污所导致的损害,以严格责任作为归责原则,在世界范围内已得到普遍确认。^[3] 所谓严格责任,是指无论行为人有无过错,均须承担侵权责任的制度。^[4] 具体地说,《1969年关于石油污染民事责任的国际公约》(International Convention on Civil Liability for Oil Pollution, 1969, 以下简称《1969年民事责任公约》)、《1971年关于设立石油污染损害赔偿国际基金的国际公约》(International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage 1971, 以下简称《1971年基金公约》)等国际公约以及欧盟制定的多个关于环境保护的公约,均以严格责任作为石油污染损害的归责原则。^[5]

将严格责任作为归责原则,在相当程度上增加了石油的运输者和开采者承担责任的几率。在今天这样一个无法摆脱对石油的依赖的社会,承担责任几率的增加所导致的负担的加重,必然引出分担责任的问题。显然,石油的运输者和开采者在难堪如此重负的情况下,只能向社会伸出援手。

(二) 惩罚性赔偿金加重了污染者的责任

根据许多国家的法律,造成海洋油污的当事人,不仅须对由此引起的损失进行赔偿,还须支付一定数额的罚金。例如,依照美国的《清洁水法》,由于重大过失(gross negligence)或有意的不当作为(willful misconduct)引起油类排放,污染者须支付不少于10万美元的民事罚款,以及,就每桶油类或者每单位的有害物质支付不多于3000美元的民事罚款。^[6] 美国联邦国会的一份报告指出,“民事罚款应当作为减少和消除人类错误的主要激励机制,进而减少油类泄漏的次数,并降低其严重性”^[7]。

除上述罚款外,美国《1990年石油污染法》进一步规定,在责任方的行为存在重大过失或有意的不当作为时,责任方丧失援引赔偿限额的权利。^[8] 也就是说,当这样的情况发生时,法律规定的最高赔偿额,作为一种责任限制,对污染者不再适用,故其对污染导致的损失须进行全面的赔偿。

关于已经通过立法对海洋油污课以罚金的国家,根据一项专门研究,在北美有3个,南美有4个,欧洲有18个,非洲有4个,亚洲有12个。^[9] 这些统计可能并不是无遗漏的。

毫无疑问,上述制度也会增加污染者的负担,并可能导致从事海洋石油运输或开采的企业在难堪重负的情况下宣布破产。

[3] 我国有学者总结说,“对海洋石油污染归责原则的态度,无论是国际公约还是各国国内法都采纳了无过错责任的归责原则”。参见孙茜:《海洋油污侵权责任研究》,人民法院出版社2013年,第102页。

[4] 参见王军:《侵权法上严格责任的原理和实践》,法律出版社2006年,第一章。

[5] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2001年版,第468页。

[6] Clean Water Act § 1321(b)(7).

[7] H. R. Rep. No. 101-653, Sec. 4301, at 52 (1990) (Conf. Rep.).

[8] See Oil Pollution Act 1990, 33 U. S. C. 2704(c).

[9] Dagmar Schmidt Etkin, *A Worldwide Review of Marine Oil Spill Fines and Penalties*, Environmental Research Consulting, <http://www.environmental-research.com>, 2017年4月10日最后访问。

(三) 有限责任造成了逃脱责任的机会

今天,通行于全球的公司法上的有限责任,使石油运输者和开采者很容易逃避法律的制裁。其典型的做法是,母公司将作业过程中导致油污风险最大的环节交给一个子公司,在事故发生时让子公司宣布破产。在海洋石油运输领域,“单船公司”是承运人降低风险的普遍方式。发生污染事故后,这种公司结构成为船舶所有权人逃避责任的“防火墙”。在1967年的“托利·堪庸”号油轮泄漏事故中,漏油船舶的登记所有权人是一个单船公司,其无力对漏油所造成的巨额损失进行赔偿。^[10]

(四) 现代诉讼制度使受害人举步维艰

在现代社会发展起来的诉讼制度使投资者获得了比较充分的保护,与此同时,也造成了受害人举证负担的加重。在“深水地平线事故”(Deepwater Horizon Incident)^[11]引发的诉讼中,根据法院的确认,“越洋实体”(The Transocean Entities)是实际承担油井勘探任务的商业集团。在这个集团中,越洋有限责任公司(Transocean Ltd)是母公司,特里同财产租赁股份有限公司(Triton Asset Leasing GmbH)是钻井平台的所有人,越洋控股公司(Transocean Holdings LLC)是钻井平台的承租人,越洋深水公司(Transocean Deepwater Inc.)雇佣了钻井平台的全体船员(the crew),越洋离岸深水钻井公司(Transocean Offshore Deepwater Drilling Inc.)雇佣了在岸上工作的钻井平台的监督和管理人员。^[12]

这样对一个企业的结构进行设计的结果是,要就污染造成的损害获得赔偿,原告至少要证明:(1)作为事实问题,其中哪些公司的行为与损害有关联;(2)作为法律问题,其中的哪些公司应当对损害承担责任;(3)各个应承担责任的公司对损害的发生所起的作用以及应承担的责任的大小;(4)如果其中的一家或多家子公司破产,母公司应否对该子公司的行为承担责任。其结果是,复杂的法律关系所导致的诉讼费用的高昂、诉讼过程的延长和诉讼结果的不确定。

(五) 强制保险和油污基金提供了分担责任的工具

今天,在海洋石油污染领域,强制保险制度和油污基金制度已经在世界范围内得到了越来越普遍的采纳。这些制度的建立和发展提供了将海洋油污赔偿责任分散到整个社会的工具。强制保险制度可以使受害人在油污发生后,向责任人所投保的保险公司直接主张损害赔偿,而保险费会分摊在油价当中,从而使石油污染的成本由所有的使用石油及其产品的人进行分担。而在油污基金制度下,法律规定的特定主体,按照其运输或购买的石油的比例,向基金缴纳一定数额的款项;在油污损害发生后,受害人可以从基金直接获得赔偿。与强制保险制度相似的是,纳入基金的款项也会分摊在油价当中,从而使石油污染的成本由社会分担。

三、赔偿责任社会化分担的理论与实践

(一) 赔偿责任社会化分担的理论

根据传统的侵权法原则,侵权行为导致的赔偿责任,应当由行为人自己承担。《日本民法典》第

[10] 1967年3月18日,“托利·堪庸”(Torrey Canyon)号油轮在英吉利海峡(English Channel)搁浅,约12万吨产自波斯湾的原油(crude oil)泄漏到海洋中。为减少损害,英国政府派飞机将船舶残骸炸沉,并使船上的原油燃烧。这次事故对英吉利海峡两侧的英国和法国的领海造成了严重的污染。See J. E. Smith, "Torrey Canyon" Pollution and Marine Life—A Report by the Plymouth Laboratory of the Marine Association of the United Kingdom 1-4 (Cambridge University Press 1968).

[11] 2010年4月20日夜,在美国近海的墨西哥湾作业的“深水地平线”钻井平台发生爆炸和起火,大约36小时后沉入墨西哥湾。该事故导致11人死亡,并使大量原油流入墨西哥湾。

[12] 21 F. Supp. 3d 657, at 15-16. 这是由深水地平线事故引发的诉讼第一阶段判决的索引。该诉讼的原告之一是美国联邦政府,被告之一是英国石油公司。

709 条就此规定,“因故意或过失侵害他人权利者,负因此而产生的赔偿责任”。该条所奉行的原则被称为“自己责任原则”。^[13]

上述原则也对环境法产生了影响。例如,《欧盟关于环境责任的指令》明确规定:“根据‘污染者付费’(polluter - pays)原则,一个引起了环境损害或者造成了引起此种损害的迫近威胁的作业者,在原则上,应当负担采取必要的预防性或修复性措施的费用。”^[14]

可是,主张赔偿责任的社会化分担的观点认为,从根本上讲,全体社会成员是海洋石油运输和开采的最终受益人,因此,石油在运输和开采过程中所产生的风险,除了应当由污染者承担之外,也应当由全体社会成员共同分担。有学者指出,赔偿责任社会化分担的理论基础包括以下几个方面:社会连带责任思想构成了责任社会化的哲学基础;分配正义为责任社会化提供了道德解释;救济论是责任社会化的直接法理依据。^[15] 此类观点的合理性在于,石油是整个社会正常运转的重要物质基础,石油所产生的功效和利益为全体社会成员所共享。在此情况下,石油运输和开采等环节所产生的风险,也应当由全体社会成员共同负担。

从技术上说,上述社会化分担的理念具有可行性,即这一目标可以通过保险制度和基金制度得以实现。就保险制度而言,船舶或钻井平台的所有权人通过购买保险,将污染的风险传递给保险公司,由此产生的保险费会分摊在油价当中,最终分摊在直接和间接使用石油的生产商和消费者身上。

如果说,在强制保险制度下,责任的负担尚具有一定的隐秘性,即从表面上看,保险费的支付者是船舶或钻井平台的所有权人,而在基金制度下责任的分担效果则更加明显和直接:石油污染基金的出资人是船舶和钻井平台之外的石油买受人,而他们并不是导致污染的责任人。从此意义上说,基金制度是更加典型的对赔偿责任进行社会化分担的方式。

(二) 赔偿责任社会化分担的实践:强制保险

一般认为,《1962 年核动力船舶作业者责任公约》是最早的在海洋航运领域确立强制责任保险制度的公约。该公约规定,核动力船舶的作业者应当就其承担的损害赔偿提供保险或其他财务保证。^[16]

上文提到的《1969 年民事责任公约》规定,涉及在缔约国登记的载运 2 千吨以上散装货油(oil in bulk as cargo)的船舶,其所有权人必须进行保险或取得其财务保证,比如银行保证或国际赔偿基金出具的证书等。其规定的保险或保证的最低额为该公约所确定的赔偿限额。^[17]

《1969 年民事责任公约》进一步规定,涉及依该公约提出的污染损害赔偿,索赔人可以直接对承保船舶所有权人污染损害责任的保险公司提起诉讼。^[18] 这就进一步保障了油污损害的受害人能够比较便捷地获得赔偿。

上述由公约创立的制度对一些国家的国内法产生了影响。例如,法国《环境法典》直接援引了《1969 年民事责任公约》的规定。依照该法,在法国注册、运输 2000 吨以上散装货油的船舶所有权人,应当根据《1969 年民事责任公约》,为其船舶办理足额的保险或经济担保,否则不得从事商贸活动。^[19]

[13] 邓曾甲:《日本民法概论》,法律出版社 1995 年,第 3 页。

[14] 《欧盟关于环境责任的指令》第 1 条(Article 1)之前的部分,即“鉴于”(Whereas;)之下的部分,第 18 段。

[15] 张梓太、张乾红:《我国环境侵权责任保险制度之构建》,载《法学研究》2006 年第 3 期,第 84 - 97 页。

[16] Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships, 1962, Article III, 2.

[17] International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, Article VII, 1.

[18] *Id.* Article VII, 8.

[19] 法国《环境法典》第 218·2 条。详见赵国青主编:《外国环境法选编》,中国政法大学出版社 2000 年,第 647 页。

在美国,鉴于海上石油勘探导致石油污染的危险性,联邦法律要求相关的当事方就其作业所导致的风险提供保险。具体地说,外大陆架(the outer continental shelf)的承租人必须就目前的和未来的油井开发和相关设备的作业提供保函或其他形式的金钱担保。^[20]

在2010年的深水地平线事故发生后,联邦政府通过相关的立法,使石油污染的责任和保险机制得到了进一步明确。^[21]

2016年,美国政府通过法律强化了对海洋石油勘探作业进行保险的要求。具体地说,涉及在外大陆架对石油、天然气和硫磺的开采和运输,美国内务部(the Department of the Interior)和海洋能源管理局(the Bureau of Ocean Energy Management)联合发出通知,要求相关的当事人提供额外的保函或金钱担保。该通知在当年的12月9日成为法律。^[22]

目前的做法是,相关离岸设施的租赁持有人(lease holders)必须证明,其应承担的石油泄漏经济责任的数额,即以石油泄漏最严重的基础,对位于外大陆架的离岸设施,每35000桶石油的责任额,最低为3500万美元,最高为1.5亿美元;对位于各州水域的设施,责任额为1000万美元。^[23]

就上述责任进行保险的手段,可以是多样的,包括:保函(surety bonds)、担保(guarantees)和信用证(letters of credit)。在某些情况下,允许进行自我担保(self insurance)。不过,得到最普遍采用的方法,是提供保险单(insurance certificate)。^[24]

(三) 赔偿责任社会化分担的实践:油污基金

与强制保险制度相比,油污基金制度是一种更能体现赔偿责任社会化分担的制度。这种制度是在相关的国际公约中首先得到发展的。

特别值得关注的是《1971基金公约》下的摊款(contributions)制度。该公约是与《1969年民事责任公约》配套出台的。《1969年民事责任公约》的基本目标是“规范船舶油污污染民事责任”,而《1971基金公约》作为《1969年民事责任公约》的补充,是为了向受害人提供补充性的赔偿。^[25] 举例来说,当某个受害人根据前一公约有权获得赔偿,但船舶所有权人依照该公约的豁免条款被免于承担责任时,在满足一定条件的前提下,受害人可以根据后一公约从基金中获得赔偿。

根据《1971年基金公约》,各缔约国向基金支付的钱被称为“摊款”(contributions)。依照该公约第10条,计算某一缔约国应缴纳摊款的基础,是个人(person)^[26]在该国收到摊款石油的数量,只要在计算摊款的日历年,此人收到的摊款石油的数量达到了15万吨以上。这里所指的在该国收到包含两种情况:(1)摊款石油从海上运到了该缔约国领土内的港口或终端设施,此人在这收到;(2)摊款石油从海上运到了非缔约国的港口或终端设施,卸载于那里,此后,此人在该缔约国首先收到。^[27] 显然,第二种情况特别适合于没有港口的内陆国家。

[20] 例如参见:30 C. F. R. § 556.52 et seq.

[21] Rawle O. King, *Deepwater Horizon Oil Spill Disaster: Risk, Recovery, and Insurance Implications*, Prepared for Members and Committees of Congress, July 12, 2010, Summary.

[22] The Notice to Lessees and Operators of Federal Oil and Gas, and Sulfur Leases, and Holders and Pipeline Right-of-Way and Right-of-Use and Easement Grants in the Outer Continental Shelf (NTL No. 2016-N01).

[23] King, *supra* note 21, Summary.

[24] *Id.*

[25] CMI Guidelines on Oil Pollution Damage, Introductory Note. 此文件的英文文本来自国际海事委员会(Comité Maritime International, CMI)的官方网站:<http://www.comitemaritime.org/Guidelines-on-Oil-Pollution-Damage/0,2726,12632,00.html>, 2017年4月10日最后访问。

[26] 这里的“人”显然包括了法人。

[27] International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage 1971, Article X 1.

如果某人在某个日历年在该国收到的摊款石油的数量不足 15 万吨,但该数量与他“有关联的人”(associated person)在该国收到的摊款石油的数量相加,超过了 15 万吨,则此人也应就他收到的实际数量支付摊款。^[28] 在两种情况下,另一人应被视为与此人有关联的人:(1)另一人是此人的子实体;(2)此人与另一人是“被共同控制的实体”,即第三人同时控制了此人与另一人。^[29]

依照该公约,各个缔约国应缴纳的摊款,分为“初始摊款”(initial contributions)和“年度摊款”(annual contributions)。依该公约第 11 条,计算某一缔约国应缴纳的初始摊款的依据是,在该国加入该公约的前一个日历年中,根据该公约第 10 条,个人在该国收到摊款石油的数量。初始摊款的具体金额由“大会”^[30] (the Assembly) 决定。大会在决定这一数额时应实现这样的目标:“在可能范围内,以世界海上运输摊款油数量的 90% 为计算依据,使初始摊款的总额达到 7500 万法郎。”^[31]

每一个缔约国,在支付初始摊款之后,还须逐年支付年度摊款。该公约第 12 条规定,计算年度摊款的基本依据,也是个人在该国收到摊款石油的数量;每一年须缴付的具体金额由大会进行估算。大会在确定该金额时应本着“维持足够的流动基金的需要”的原则,考虑以下情况:(1)在该年度对基金进行管理的成本和支出,以及,在过去年度的经营中发生的亏损。(2)基于对该基金提出的索赔在该年度由基金支付的款项。(3)收入情况,包括往年的剩余基金、缔约国交付的初始摊款、缔约国交付的年度摊款、其他收入。^[32]

依照该公约第 2 条第 1 款,由该公约项下的基金就油污损害进行赔偿的前提是,“在《1969 年民事责任公约》所不宜提供保护的范围内提供油污损害赔偿”。也就是说,根据《1969 年民事责任公约》不能获得赔偿的受害人,可以寻求在《1971 年基金公约》项下获得赔偿。其中的一种情况是,被告“按照责任公约对损害不承担责任”;^[33] 另一种情况是,被告没有能力完全地履行其赔偿责任;^[34] 第三种情况是,损害超过了《责任公约》或其他国际公约规定的责任限度。^[35]

总之,由《1971 年基金公约》所创造的对海洋油污损害赔偿责任进行社会化分担的模式是,各个缔约国按照其收到的运自海上的石油的数量,将其应缴纳的款项交给一个基金;石油污染导致的损害发生后,由基金对受害人进行赔付。在这样的模式下,海洋油污赔偿责任被分摊给了石油的购买者,并通过价格调整机制进一步分摊给石油产品的使用者和消费者。

需要说明的是,随着时间的推移,被称为旧公约体系的《1969 年民事责任公约》和《1971 年基金公约》已经不能满足新形势的需要。于是,一些国家发起设立了被称为新公约体系的《1992 年民事责任公约》[全称为《1992 年关于石油污染损害民事责任的国际公约》(International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992)] 和《1992 年基金公约》[全称为《修正 1971 年设立国际油污损害赔偿基金国际公约的 1992 年议定书》(Protocol of 1992 to Amend the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage 1971)]。

新公约体系诞生后,其成员国数量发展迅速。到 2015 年 12 月 1 日,前者的缔约国已经发展到

[28] *Id.* Article X 2(a).

[29] *Id.* Article X 2(b).

[30] 从性质上说,“大会”是该基金的最高权力机构。根据《1971 年基金公约》,该基金设有一个大会、一个以干事为首的秘书处和一个执行委员会(第 16 条)。大会由该公约的所有缔约国组成(第 17 条)。

[31] *Id.* Article XI.

[32] *Id.* Article XII.

[33] *Id.* Article IV 1(a).

[34] *Id.* Article IV 1(b).

[35] *Id.* Article IV 1(c).

133个,而后的缔约国也已经有114个。^[36] 随着旧公约的许多缔约国退出该公约,转而加入新公约,旧公约体系逐渐丧失了其原有的重要地位。^[37]

不过,尽管《1971 基金公约》实际上已经被《1992 年基金公约》取代,但其所确立的由石油购买者出资建立赔偿基金的制度并没有因此而改变。《1992 年基金公约》对《1971 基金公约》的主要修改是,提高了对一起事故的赔偿限额。举例来说,《1971 基金公约》的赔偿限额为6000万特别提款权(8800万美元),而根据《1992 年基金公约》,对于在2003年11月1日之前发生的事故,所支付的最高赔偿额是1.35亿特别提款权(2亿美元),其中包括船舶所有权人(或其保险人)根据《1992 年民事责任公约》实际支付的数额。^[38]

美国没有加入上述公约体系,而是由其自己解决海洋油污损害赔偿责任的社会化分担问题。其通过《1990 年石油污染法》创设了“溢油责任信托基金”(Oil Spill Liability Trust Fund),以解决赔偿限额所导致的受害人无法获得充分赔偿的问题。^[39] 该基金的资金来源于对进口美国的石油和石油产品的征税。作为征税依据的产品为,美国石油冶炼厂所接收的原油,以及为消费、使用或储存之目的而进入美国的石油制品。^[40] 征税的额度为:在2017年1月1日之前接收的原油或进口的石油制品,每桶征税8美分;2016年12月31日之后接受的原油或进口的石油制品,每桶征税9美分。征税的对象为:石油冶炼厂的经营者,以及为消费、使用或储存的目的而进口石油制品的人。^[41] 与前述公约体系的作用相同的是,为溢油责任信托基金征收的税,最终将体现在石油制品的价格中,由最终的消费者买单。

美国的溢油责任信托基金的主要用途有两个:(1)支付与石油泄漏相关的、满足法定条件的费用,^[42] 例如,为满足“国家紧急计划”(National Emergency Plan),美国总统可以使用该基金去支付其认为必要的清污费用。^[43] (2)支付油污泄漏事故所导致的、超出赔偿限额的索赔。^[44] 在早期,溢油责任信托基金对每起污染事故最高提供10亿美元,其中包括对自然资源损害提供的最高为5亿美元赔偿。^[45] 2005年出台的《能源政策法》(Energy Policy Act)将赔偿限额提高至27亿美元。^[46]

与美国相比,加拿大的相关制度的特点是,除了加入相关的国际公约之外,在本国也建立了“船源油污基金”(Shipsource Oil Pollution Fund)。加拿大是《1992 年民事责任公约》和《1992 年基金公约》的参加国。加拿大的船源油污基金项下摊款的征收对象,既包括从国外进口石油的石油所有权人、收货人(consignee)或托运人(shipper),也包括从加拿大出口石油的石油所有权人、发货人(consignor)或

[36] ITOPF, *The International Regime for Compensation for Oil Pollution Damage: Explanatory Note (December 2015)*, Annex. 资料来源于国际油轮船东防污染协会(International Tankers Owners Pollution Federation, ITOPF)的官方网站:http://www.iopcfunds.org/fileadmin/IOPC_Upload/Downloads/English/explanatory_note.pdf, 2017年4月10日最后访问。目前,中国尚未加入《1992 年基金公约》。

[37] Masamichi Hasebe, *The International Liability and Compensation Regime*. 此文的作者是《1992 年基金公约》的法律顾问。该文发表于2004年9月28日至10月2日在牙买加蒙特哥湾(Montego Bay)召开的“第11届关于加勒比海环境计划行动方案的政府间会议”(11th Intergovernmental Meeting on the Action Plan for the CEP)。

[38] *Id.* at 4.

[39] John M. Woods, *Going on Twenty Years—The Oil Pollution Act of 1990 and Claims Against the Oil Spill Liability Trust Fund*, 83 Tul. L. Rev. 1323, 1324 (2009).

[40] 26 U. S. C. § 4611(c)(2)(B) (Supp. 2010).

[41] *Id.*

[42] 26 U. S. C. § 9509 (Supp. 2011).

[43] 33 U. S. C. § 2712(a)(1) (2006).

[44] 33 U. S. C. § 2712.

[45] 26 U. S. C. § 9509 (Supp. 2011).

[46] Energy Policy Act of 2005, Pub. L. 109-58, 119 Stat. 194 (2005).

托运人。^[47]

(四)小结

自《1971 基金公约》缔结以来,经过几十年的发展,海洋油污赔偿责任社会分担理论,已经转化为人类成功的实践。如此多的国家对《1992 年基金公约》的加入就充分说明了这一点。美国等发达国家近期对海洋油污保险和责任信托基金制度的进一步强化表明,面对海洋油污比以往更为严重的现状,原有的责任分担制度,不仅有必要存续,而且应当获得进一步的发展。

四、我国相关制度的完善

与国际公约和西方国家的相关制度相比,我国的油污强制保险制度和油污基金制度起步较晚。笔者认为,我国海洋油污赔偿责任的社会化分担机制可以从以下方面进行完善:

(一)尽快建立与离岸设施相关的油污保险和基金制度

我国 2016 年修订的《海洋环境保护法》规定:“国家完善并实施船舶油污损害民事赔偿责任制度,按照船舶油污损害赔偿责任由船舶所有人和货主共同承担风险的原则,建立船舶油污保险、油污损害赔偿基金制度。”^[48]该条确定了在我国建立和发展油污损害保险和油污损害赔偿基金的原则。

在油污保险领域,2010 年 8 月 19 日,交通运输部颁布了《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》;^[49]同时,多家保险公司已经开展了船舶油污损害民事责任保险业务。^[50]在油污基金领域,2012 年 5 月 11 日,财政部、交通运输部联合颁布了《船舶油污损害赔偿基金征收使用管理办法》;2014 年 5 月 20 日,交通运输部、财政部联合颁布了《船舶油污损害赔偿基金征收使用管理办法实施细则》;2015 年 6 月 18 日,中国船舶油污损害赔偿基金管理委员会成立。

值得注意的是,不论是《海洋环境保护法》,还是国务院等相关部门所制定的行政规章,都是针对船舶油污损害的,没有涵盖海上钻井平台导致的油污损害。正如上文所指出的,海洋油污既可能由石油运输引起,也可能由海洋石油开发导致。因此,我国尚无与钻井平台等离岸设施相关的保险和基金制度,这是目前存在的主要问题。

笔者认为,我国应该尽快建立与离岸设施相关的保险和基金制度。其主要理由是,与海上石油运输相比,离岸设施所蕴含的导致海洋油污的风险要严重得多。举例来说,在深水地平线事故中,共有 319 万桶石油泄漏到了墨西哥湾中。^[51]在此之前,发生在美国海域的最严重的海洋油污事故是“埃克森·瓦尔迪兹号事故”(the Exxon Valdez incident),^[52]但其漏油的量,与深水地平线事故相比,实在是小巫见大巫。^[53]也就是说,深水地平线事故造成的石油泄漏超过了美国历史上所有的船舶漏油事故。

[47] Marine Liability Act 2001, Article 93(4).

[48] 我国 2016 年《海洋环境保护法》第 66 条。

[49] 该办法于 2013 年进行了修订。

[50] 根据江苏海事局发布的《关于公布 2011 年经江苏海事局备案的承担江苏籍船舶油污损害民事责任保险的商业性保险机构名单的通告》,中国人民财产保险股份有限公司江苏省分公司、湖北省分公司、宁波市分公司等保险企业已经开展实施船舶油污损害民事责任保险业务。

[51] Deepwater Horizon/Macondo Well Timeline,资料来源于美国联邦司法部网站:<http://www.justice.gov/enrd/file/780636/download>, 2017 年 4 月 10 日最后访问。

[52] Lindsay K. Scaief, *Upping the Ante in the Oil Industry: Why Unlimited Liability for Oil Companies Oil Will Deal America a Bad Beat*, 43 Tex. Tech L. Rev. 1319, 1328 (2011).

[53] 在埃克森·瓦尔迪兹号事故中,石油泄漏的数量为 1100 万加仑(相当于 26.19 万桶)原油。Scaief, *supra* note 52.

(二) 油污强制保险制度与环境污染保险制度的衔接

2013年1月,环保部和保监会联合发表了《关于开展环境污染强制责任保险试点工作的指导意见》(环发[2013]10号),鼓励从事石油、天然气开采等环境风险较高的企业投保环境污染责任保险。此后,2014年修订的《环境保护法》也明确规定:“国家鼓励投保环境污染责任保险。”^[54]截至2014年,全国已有28个省(区、市)开展环境污染责任保险试点。^[55]

从语义的角度,环境污染是海洋石油污染的上位概念,环境污染保险的范围也应涵盖油污强制保险的范围。需要进一步考虑的是:在我国《环境保护法》和相关政策鼓励建立环境污染责任保险的背景下,油污强制保险应该如何与环境污染责任保险进行协调和衔接?

从理论上讲,上述问题可以通过两种模式解决:第一,用统一的、强制性的环境污染责任险取代油污强制保险,即从事海洋石油运输或离岸石油开采的企业仅需投保环境污染责任险,以此替代油污强制保险。第二,油污强制保险和环境污染责任险并行;但考虑到上述两个险种承保范围的重合性,从事海洋石油运输或离岸石油开采的企业仅投保油污强制保险即可。

目前,环境污染责任险在我国并非强制性险种,并且考虑到我国地区发展的差异性和不平衡性,短期内将环境污染责任险确立为强制险种的阻力较大。因此,从我国的实践和国情出发,对于海洋油污的治理而言,用统一的环境污染保险取代油污强制保险的模式在实践中可能会面临较多的困难。在此背景下,第二种模式是相对可行的模式;同时,油污强制保险的运行和实践,也可以为环境污染责任险的推广提供经验。

迄今为止,在通过法律治理应对海洋油污方面,人类社会已经积累了丰富的经验。其中,由社会对海洋油污损害赔偿责任进行分担,是一个重要方面。我国在发展和完善相关的国内立法的过程中,应该借鉴和总结其中的经验,使这些立法尽快得到完善。

The Social Sharing System of the Responsibility of Ocean Oil Pollution Compensation

Wang Jun & Zhang Haifeng

Abstract: To compensate victims of ocean oil pollution and protect ocean environment, it is necessary to establish a scheme to spread the compensation responsibility of ocean oil pollution to the whole society, including compulsory insurance system and oil pollution fund system. The capital resources accumulated by compulsory insurance and oil pollution fund can effectively resolve huge capital needs of compensation and the governance of pollution. And therefore, the costs and expenses hereby will be transferred to oil users through the price adjustment scheme of oil and its products, and finally be transferred to numerous final consumers. Related international treaties and several western countries have successful practices. It is necessary for China to take the model of international successful experience, and perfect related domestic legal system.

Keywords: ocean oil pollution; risk sharing; environmental protection; compulsory insurance; oil pollution fund

(责任编辑:丁洁琳)

[54] 《环境保护法》(2014年修订)第52条。

[55] 郭权、徐明等:《环境污染责任保险的发展及对策研究》,载《中国环境管理》2016年第6期,第46页。

罗马私法拟制研究

谢 潇*

摘 要:私法拟制系罗马私法,乃至现代私法上都极为常见的法律现象。罗马私法藉由拟制而实现了对既定私法规则的柔性突破,并促成了私法的有机发展。罗马私法拟制蕴含自然法与实在法二元化思考的价值因素,同时也包含地方论与决疑术的方法因素;此外,罗马私法教义拟制还在法典化背景中具有体系整合与价值宣示功能。

关键词:罗马私法 法律拟制 私法拟制 裁判拟制 教义拟制

众所周知,拟制乃法律上,尤其是私法上独特且常见之规范现象。例如,我国《民法总则》第18条第2款规定“十六周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人”,此为主体之拟制;又如《物权法》第2条第2款规定“本法所称物,包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的,依照其规定”,此为客体之拟制;再如《合同法》第48条第2款规定“被代理人未作表示的,视为拒绝追认”,则属当事人意思之拟制。^[1] 拟制是广泛存在于法律体系之中的一种规范现象,是构筑法律帝国所不可或缺的一项法律技术。而从历史渊源角度上看,罗马私法乃现代私法最为重要的渊源,甚至可以说“罗马法仍旧活跃在现代世界”;^[2] 职是之故,以罗马私法中的法律拟制现象为研究对象便具有历史与现实上的双重裨益。

一、前《十二表法》时期以及《十二表法》中的私法拟制

(一)《尤尼安保民官神圣不可侵犯法》中的私法拟制

德国法学家德梅利乌斯(Demelius)于研究法律拟制之初便开宗明义地谈到,拟制源于宗教,拟制之本初乃是一种宗教上的献祭仪式。^[3] 这一特点在早期罗马法中尤为明显。例如,公元前494年所颁布的《尤尼安保民官神圣不可侵犯法》中便有如下内容:

任何人不得强迫平民保民官像一个普通公民那样去做他不愿做的任何事情;不得鞭打他或者命令别人鞭打他,亦不得杀害或命令别人杀害他。

倘使有人违犯这些禁例中的任何一项,则他本人须受诅咒,其财产当祭献狄米特[Delloter(Demeter)]。

* 重庆大学法学院讲师,法学博士。

[1] 按照法律关系的要素来区分,可以将拟制规范分为主体拟制规范、客体拟制规范与法律事实拟制规范。参见刘风景:《“视为”的法理与创制》,载《中外法学》2010年第2期,第202-203页。

[2] See Charles Phineas Sherman, *Roman Law in the Modern World* 1 (The Boston Book Company 1917).

[3] Gustav Demelius, *Die Rechtsfiktion in Ihrer Geschichtlichen und Dogmatischen Bedeutung*, 1858, S. 1-8 ff.

无论谁杀死违犯此法的人都将是无罪的。〔4〕

保民官是罗马平民在与贵族数次斗争之后,双方妥协的产物。〔5〕保民官尽管不属于罗马城邦的正式官员,但他却享有否决权、强制权、起诉权、平民部落大会召集权等权力。〔6〕《尤尼安保民官神圣不可侵犯法》(又称《神圣约法》)则是为了使保民官得以顺利行使其权力且不受人身侵犯而特别制定的法律。这一法律规定,倘若有人侵犯保民官,则不仅任何人杀害他也不算犯罪,而且他的财产都会被献祭给作为罗马丰饶女神的狄米特。〔7〕在这一献祭过程中最为引人注目的是,通常侵犯保民官的人的住所会被捣毁,而且人们将用他的财产在其住所原址上兴建一座丰饶女神(或者其他女神)的神庙。〔8〕在此,最为原始的法律拟制便以一种象征性的手法得以展开。换言之,侵犯保民官的人不仅会受到世俗的财产与人身处罚,而且在宗教上也必须负担赎罪的义务。当然,在现实中没有人能够真的在女神面前赎罪,因此,以修建神庙的仪式而拟制性地实现赎罪便成为了古代罗马人一种自然而然的思维,这一思维被马克斯·韦伯形象地称之为“神话论的思考”(mythologisches Denken),其特点在于不依照三段论之演绎方法,而依靠类推实现思维的推进。〔9〕在《尤尼安保民官神圣不可侵犯法》中,修建神庙与向女神赎罪这两件事在事实上被进行了比较与衡量,罗马人最终得出一个结论,即捣毁加害保民官者的房屋并在原址上修建神庙的行为可以被视为是在向女神赎罪。这是拟制在法律中的一种十分原始的表现形式。当然严格来说,《尤尼安保民官神圣不可侵犯法》在逻辑上似乎更应该归于罗马神法(diritto sacro)之列,因为献祭事务在罗马法上并不属于市民法或者世俗法(diritto laico),而系神法的范畴,而依罗马人的观念,神法是与私法和公法并列的法律类型,〔10〕甚至在公法与私法的二元划分中,神法更应当被划入公法之列。〔11〕不过,此处自《尤尼安保民官神圣不可侵犯法》展开罗马私法拟制之论述,乃是为了凸显早期罗马法拟制中的宗教因素。同时,倘若对该法作现代性解读,则《尤尼安保民官神圣不可侵犯法》也可在宽泛的分析意义上被纳入侵权法的范畴。《尤尼安保民官神圣不可侵犯法》中的献祭拟制包含着一种因类推而在不同事物之间实现替代之思想。罗马古代时期的神法中存在着大量拟制,例如早期罗马献祭中多使用人类进行献祭,而后又逐渐转为使用动物进行献祭。〔12〕不过在使用动物进行献祭的时候,古老的神法也并未改弦更张,而是将动物拟制为人而为献祭——这种“替代现象”(fenomeno sostitutivo)蕴含着最为古老与朴素的法律拟制思维。〔13〕

(二)《十二表法》中的私法拟制

《十二表法》系罗马历史上第一部成文法典(与近代民法典不同,《十二表法》系成文化的习惯法),被罗马史学家李维称为“一切公法与私法的渊源”。〔14〕尽管《十二表法》的原文并没有保存下来,但后来的法

〔4〕 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社2004年版,第516页。

〔5〕 参见[古罗马]李维著、[意]桑德罗·斯契巴尼选编:《自建城以来(第一至十卷选段)》,王焕生译,中国政法大学出版社2009年版,第85页。

〔6〕 徐国栋:《罗马公法要论》,北京大学出版社2014年版,第55-58页。

〔7〕 Luke Roman & Monica Roman, *Encyclopedia of Greek and Roman Mythology* 132 (Facts on File 2010).

〔8〕 同注6引书,第58页。也有其他文献认为是将侵犯保民官者的家产在土地神和子女促生神的庙宇中拍卖,且献祭对象为罗马主神朱庇特。参见[意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社2009年版,第55页。

〔9〕 [德]马克斯·韦伯:《宗教社会学》,简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第13页。

〔10〕 Ortolan, *The History of Roman Law 75-79* (Iltudus T. Prichard & David Nasmith trans., Butterworths 1871).

〔11〕 M. A. Fanton, *Tables of Roman Law 2* (Wyman & Sons 1869).

〔12〕 Cfr. Ernesto Bianchi, *Fictio Iuris: Ricerche sulla finzione in diritto romano dal period arcaico all' epoca augustea* 43 (CEDAM: Casa Editrice Dott. Antonio 1997).

〔13〕 *Id.* at 44.

〔14〕 [意]朱塞佩·格罗索,同注8引书,第76页。

学家却通过其他著作,如盖尤斯的《法学阶梯》、奥卢斯·革利乌斯的《阿提卡之夜》等,尽量将之复原。^[15]在《十二表法》第四表有关私法的规定中,根据朗姆贝尔特·米尔斯(T. Lambert Mears)的整理,第4条有如下内容:

遗腹子在父亲死后十个月内出生的,视为合法出生。^[16]

出生(La nascita)是一项在罗马私法上极为重要的法律事实,因为它不仅决定某一出生的自然人是否能够顺利地置于某一家父权之下,^[17]而且对于该自然人的母亲而言,也事关其贞洁。一般来说,婴儿均出生于父母健在期间,此时出生的婴儿自然属于合法出生的婚生子女。不过,存有疑问的是,在丈夫过世之后,妻子分娩的婴儿是否应当被认定为是其丈夫的合法婚生子女呢?罗马人对这一问题的处理方法是运用私法拟制来解决这一难题。在《十二表法》第四表第4条中包含着拟制,即以某一女子的丈夫死亡后十个月为限,将该女子所生子女视为婚姻关系存续期间合法诞生的子女。倘若严格进行分析,则会发现,这项拟制蕴含着内在的类推思维过程,具体而言,这项拟制将“丈夫活着时,婚姻关系存续期间,妻子分娩的子女”(α要件事实)与“其丈夫死亡后十个月内妻子所分娩的子女”(β要件事实)这两项要件事实进行了比较;在比较与衡量中,由于制定《十二表法》的十人团(decemviri)认为女子从怀孕到分娩的时间应当为十个月,^[18]故而α要件事实与β要件事实在本质上具有同质性,因此,在这两种情况下,妻子所分娩的子女都应当被认定为其丈夫的合法婚生后代。当然,对于作为拟制条件的“十个月”期限而言,在罗马法的历史进程中存在着争议与柔性损益。例如,奥卢斯·革利乌斯在《阿提卡之夜》第3卷中就记述到,哈德良皇帝曾经在一个案件中,参考古代哲学家和医生的观点之后认为即使婴儿是在其母亲丈夫死后第11个月出生的,该婴儿也是合法出生;而在马尔库斯·瓦罗的《遗嘱》讽刺诗中也写道:“倘若谁为我在10月里生下一男或数子,如果他们对七弦琴一无所知,让他们得不到遗产;要是哪个如亚里士多德所言,生于第11月,就让阿提乌斯(Attius)得到无异于帖提乌斯(Tettius)的权利。”^[19]这里所谓的“让阿提乌斯得到无异于帖提乌斯的权利”,其实正是意指在第11月出生的遗腹子其实也属于合法出生的范畴,而优士丁尼《学说汇纂》中甚至规定即使子女孕期仅为7个月,其也享有合法出生之地位。^[20]因此,根据上开论述,可以认为,《十二表法》第四表第4条的拟制标准,在后世得到了缓和,这样也进一步使得这条法律规定与其称为拟制,更像是一种推定。换言之,即使遗腹子并非出生于十月之期,也并不意味着其一定丧失合法出生的资格,《十二表法》第四表第4条因后世的缓和而由拟制演变为一项可以被推翻的法律推定(widerlegbare Vermutung)。^[21]当然,尽管这项拟制在后世存在推定化的倾向,但总体而言,《十二表法》第四表第4条仍然可以被称为罗马私法上最早的法典中的拟制,即教义拟制(dogmatico finzione)。^[22]

从古代时期的罗马法拟制中,我们已经能够领略到拟制在私法中的原初样态,拟制一方面富有浓厚的

[15] H. F. Jolowicz & Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* 108 (Cambridge University Press 1972).

[16] T. Lambert Mear, *The Institutes of Gaius and Justinian with the Twelve Tables and the CXVIIIth and CXXVIIIth Novels with Introduction and Translation* 664 (Stevens and Sons 1882).

[17] Cfr. Massimo Brutti, *Il Diritto Privato nell' Antica Roma* 174 (G. Giappichelli Editore 2011).

[18] [古罗马]奥卢斯·革利乌斯:《阿提卡之夜》,周维明、虞争鸣、吴挺、归伶昌译,中国法制出版社2014年版,第204页。

[19] 同注18引书,第204-205页。

[20] 罗智敏译:《学说汇纂(第一卷):正义与法·人的身份与物的划分·法官官》,[意]纪蔚民校,中国政法大学出版社2008年版,第97页。

[21] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第63页。也正因为如此,有学者将《十二表法》第四表第4条还原为“婴儿自夫死后10个月内出生的,推定为夫的子女”。参见徐国栋、[意]阿尔多·贝特鲁奇、[意]纪蔚民译:《〈十二表法〉新译本》,载《河北法学》2005年第11期,第2页。

[22] Bianchi, *supra* note 12, at 12.

宗教色彩,蕴含着人类早期朴素的神话论式的类推思维,另一方面也开始介入到世俗的事务当中,着力解决一些法律实务中的疑难问题。

二、后《十二表法》时期的私法程式拟制

拟制在后《十二表法》时期,尤其是古典时期罗马私法拟制程式中大放异彩,这类拟制可以称之为私法程式拟制。

《十二表法》确立之后,在漫长的古典时期,罗马人并未对之进行彻底的修正,但随着时代的发展,古老的法律总会在一些新情况下出现进退失据,难以应付的局面。

在古代罗马法时期,原本还有一种比程式诉讼更为繁琐的法律诉讼制度(*legis actiones*),不过在古典时期,由于法律诉讼过分注重细节,应诉者即使只有一些细微的过失也可能败诉,所以引起了罗马市民的普遍不满,故而罗马人通过《关于程式的阿布求斯法》(*lex Aebutia de formulis*)和两项《优流斯法》(*Lex Iuliae*)废除了法律诉讼,转而规定按照词句,即按照程式(*formula*)进行诉讼即可。^[23] 尽管从法律诉讼到程式诉讼是一个巨大的进步,但由于程式诉讼只是对法律诉讼的一种简化,故其仍然具有严格性与不变性。^[24] 为了对程式诉讼的僵化予以缓和,在古典法时期,裁判官利用其所享有的赋予争讼一方无市民法基础之特定诉权的权力,^[25] 创造了大量市民法诉讼程式之外的裁判官法诉讼程式。^[26] 而拟制程式(*formulae ficticiae*)就是一种裁判官法诉讼程式,^[27] 其充当着缓和固定程式局限,维护正义以及实现合理救济之优异工具。正因为如此,裁判官运用拟制程式而为裁判的行为才被黑格尔形象地称之为以愚蠢而不具有连贯性的遁辞而避免制度不公正的严苛的“最大德行”。^[28] 兹就罗马私法中的拟制程式(或曰程式拟制)而为类型化分析。

(一) 遗产占有之诉

在盖尤斯的《法学阶梯》中记述了罗马私法上著名的遗产占有之诉:

Gai. 4, 34. 我们在某些程式中还有其他种类的拟制,比如:当某人根据告示要求遗产占有时,他可以把自已虚拟为继承人提起诉讼。当他根据裁判官法而不是法律接替死者的位置时,他没有直接的诉权,他不能针对曾应给予死者的东西说应给予他;因而人们把自已虚拟为继承人提出要求,比如说道:“[某人]是审判员。假如 A. 阿杰里(即原告本人)是 L. 提兹的继承人,因而诉讼所针对的土地根据罗马法应该是他的”;[此处有残缺]在提出类似的继承虚拟之后,人们补充说:“因而 N. 内基迪显然应当给 A. 阿杰里一万赛斯特兹”。^[29]

这一法言所阐述的乃是遗产占有人权利的保护问题。遗产占有(*bonorum possessio*)是裁判官所创制的一项非市民法的继承制度,^[30] 其产生具有罗马社会与法律方面的合理性。举例来说,在罗马的法律实务中,存在解放家子的人格小减等制度,根据该制度,一个被解放的家子尽管获得了自由,但为此所付出的代

[23] Brutti, *supra* note 17, at 185.

[24] Cfr. Andrea Lovato, *Salvatore Puliatti & Laura Solidoro Maruotti, Diritto Privato Romano* 56 (G. Giappichelli Editore 2014).

[25] Jolowicz & Nicholas, *supra* note 15, at 201.

[26] 丘汉平:《罗马法》,中国方正出版社2004年版,第498页。

[27] Cfr. Franco Todescan, *Diritto e Realtà: Storia e Teoria della Fictio Iuris* 42 (CEDAM 1979).

[28] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张启泰译,商务印书馆1961年版,第10页。

[29] [古罗马]盖尤斯:《盖尤斯法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社2008年版,第220页。

[30] Brutti, *supra* note 17, at 419.

价则是丧失继承权。^[31] 不过在实务中,常常会有祖父在遗嘱中将自己已经被解放的儿子的遗腹子指定为继承人的情况,不过严格依照市民法,这种遗嘱当然是无效的,^[32] 因为被解放的家子的子嗣尽管在血缘上是被继承人的第二亲等的直系血亲,但却并非被继承人的宗亲,甚至连被继承人的族亲也算不上,故而依《十二表法》之规定,其自然没有继承权。^[33] 《十二表法》之规定没有考虑到自然的血缘关系在继承中应有的重要地位,倘若一概将被继承人的遗嘱指定确认为无效,则有悖人伦。^[34] 因此,裁判官特地设置了一项私法拟制程式——遗产占有之诉,在该程式诉讼中,即使被指定的遗嘱继承人并无继承资格,仍可将其拟制为继承人而使其获得诉权,并且在实际的诉讼过程中取得对遗产的占有。^[35] 在这一程式拟制中,裁判官进行了精心的类推思考,遗产占有人获得了可被类推为继承人的地位 (*posizione anloga*)。^[36] 在裁判官看来,一个被指定为继承人的非宗亲与族亲的自然血亲与其他宗亲与族亲相比,具有同质性与可类推性,倘若宗亲与族亲可以成为继承人,那么基于人伦与感情方面的考虑,获得遗嘱指定的自然血亲当然更有资格成为继承人。而基于该项类推思考,特定的非宗亲与族亲可以被拟制为继承人,从而取得对遗产的占有。

当然,从该程式拟制所作用的范围上来看,被授予遗产占有的人的范围是十分广泛的,甚至奴隶都可以获得遗产占有。尽管在罗马法上,奴隶并无独立人格,但这并不妨其自然血亲可能以遗嘱的方式将其指定为继承人。此时若单纯依市民法之规定,势必令遗嘱归于无效。因此,裁判官亦会给予奴隶遗产占有诉权,奴隶纵然不能取得继承人地位与遗产所有权,但其却可以获得对遗产的占有。^[37] 此外,在某些情况下,享有遗产占有的人甚至不以获得被继承人的遗嘱指定为必要,事实上,在无遗嘱继承中,那些与被继承人有自然血亲关系的人都可能被裁判官授予遗产占有,这当然是为了避免出现罗马市民死后而无继承人的局面。^[38] 不过,遗产占有也并非一定有利于遗产占有人,因为在罗马实行概括继承的情况下,遗产占有人可能因遗产占有而背负被继承人的债务。^[39] 故而应当公正地指出,遗产占有既可能使遗产占有人获得利益,也可能使其遭受不利益。^[40] 这与现代继承法的法律后果存在差异。

同时,倘若进一步探究,则会发现,这项私法程式拟制其实具有其局限性。第一个局限性是,遗产占有人尽管在诉讼中被拟制为继承人,但事实上仍然没有成为真正的继承人,遗产占有人不会因遗产占有之诉中的拟制而重新回归被继承人的宗族之中。第二个局限性是,遗产占有人尽管可以因遗产占有之诉而取得对遗产的占有,但却不能取得对遗产的市民法上的所有权,遗产占有人此时并未取得对遗产的全部权利,而唯有在取得时效届满之后,遗产占有人才能取得遗产所有权。^[41] 由此,我们也可以发现,在盖尤斯时代,遗产占有拟制程式中的拟制并不具有法律上的终局效力。换言之,在拟制程式中将 β 拟制为 α 并不会使 β 完全享有 α 的法律效果,拟制程式之拟制实质上是一项裁判官创设新诉权的掩饰,遗产占有人尽管被拟制为继承人,但其所享有的却并非真正意义上的继承权。然而,在嗣后古典法的发展过程中,继承应当基于血缘,而非宗亲的思想逐渐占据了主流,遗产占有之诉中拟制的效力因而呈现扩张的趋势。例如,在

[31] 参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第356页。

[32] Henry John Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines* 241 (Cambridge: University Press 1902).

[33] 《十二表法》第五表中规定宗亲与族亲享有继承权。参见徐国栋、[意]阿尔多·贝特鲁奇、[意]纪蔚民译,同注21引文,第3页。

[34] 同注31引书,第374页。

[35] Todescan, *supra* note 27, at 51.

[36] *Id.*

[37] Justinian, *The Digest of Justinian* vol. 3, 276 (Alan Watson trans., University of Pennsylvania Press 1985).

[38] 同注31引书,第375页。

[39] 同注4引书,第385-386页。

[40] Justinian, *supra* note 37, at 275.

[41] Bianchi, *supra* note 12, at 267.

D. 37, 1, 2 中乌尔比安便认为,遗产占有人被认为在一切层面上都获得了继承人的地位。^[42] 而另一位罗马法学家拉贝奥则进一步认为,遗产占有与通常意义上的财产占有也不同,因为遗产占有是一种依据法律的占有,而非事实上的占有。^[43] 这一论断也使得遗产占有更像是一种所有权,而非仅仅是一项事实性占有。在优士丁尼《法学阶梯》中,遗产占有已经成为了一项正式的继承制度,遗产占有人不是被权宜地拟制为继承人,而是被立法规定为继承人,盖尤斯时代遗产占有中的拟制因素就这样被优士丁尼以立法的方式去除了。^[44] 当然,优士丁尼之所以能够通过立法去除遗产占有中的拟制因素,也缘于在优士丁尼时期,继承逐渐由人格与身份继承转变为财产继承,概括继承逐渐被限定继承取代。继承制度的财产法化使得遗产占有具有了被正式纳入继承制度的可能性。

(二) 遗产买受之诉

与遗产占有类似的是,古典时期罗马法还存在一种具有拟制因素的遗产买受制度,盖尤斯《法学阶梯》中有如下法言:

Gai. 4, 35. 遗产买受人也同样虚拟成继承人提起诉讼……遗产买受人虚拟成继承人提起的诉讼被叫做塞尔维诉讼(*actio Serviana*)。^[45]

这一法言所阐述的是罗马法上十分特别的“通过财产拍卖”(ex emptione bonorum)而实现的继承。^[46] 在死者不存在继承人、遗产占有人或者任何其他可以合法获得遗产的人的情形下,该死者的财产将会被拍卖,^[47] 主张拍卖的权利主体通常是死者的债权人。^[48] 具体来说,裁判官会发布财产拍卖告示,并连续占有该死者财产 15 日;15 日期间届满之后,裁判官会命令债权人集会,并从债权人中选出一名负责人,由他负责履行拍卖程序;一旦拍卖程序履行完毕,裁判官便会宣布,死者的财产将会在 20 日内判给死者财产的买受人(*bonorum emptor*)。^[49] 不过在实际情况中,遗产买受人如何能够取得遗产的所有权则是一个颇费思量的法律问题。依照罗马市民法的规定,即时取得市民法所有权只有要式买卖(*mancipatio*)和拟诉弃权(*in iure cessio*)两种途径,^[50] 而这两种方式程式要求均十分严格,例如要式买卖需要履行一种十分固定的言语及行为程序;^[51] 而拟诉弃权更是需要实际上的财产买卖双方,在裁判官面前刻意提起一个虚假诉讼,在诉讼中,实际上的财产出卖人则以弃权的方式使财产买受人通过裁判官之裁判取得财产所有权。^[52] 因此,在购买死者财产即遗产的情况下,由于死者的缺位,要式买卖与拟诉弃权均难以实现,遗产买受人无法通过市民法取得遗产所有权。睿智的裁判官赛尔维乌斯在注意到这种情况后,认为遗产买受人购买遗产这一事实与继承人继承遗产之间存在相似性,申言之,仅就物法上的效果而言,两者的最终目标都是取得遗产的所有权。在发现了两者的相似性后,裁判官赛尔维斯认为,“遗产买受人购买遗产”这一事实可以被类推为“继承人继承财产”,因此,将遗产买受人拟制为继承人,给予其诉权,便可以使其像继承人那样取得对遗产

[42] Justinian, *supra* note 37, at 275.

[43] *Id.*

[44] 同注 31 引书,第 374 页。

[45] 同注 29 引书,第 220 页。

[46] 同注 29 引书,第 158 页。

[47] 同注 29 引书,第 158 - 159 页。

[48] 同注 29 引书,第 159 页。

[49] 同注 29 引书,第 159 页。

[50] Cfr. Riccardo Fecia, Leo Peppe, Giulietta Rossetti, Maria Virginia Sanna & Marco Urbano Sperandio, *Istituzioni di Diritto Romano* 86 - 89 (G. Giappichelli Editore 2012).

[51] Roby, *supra* note 32, at 424.

[52] Cfr. Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano* 303 - 304 (UTET Giuridica 2014).

的权利。^[53]

当然,与遗产占有人相似的是,遗产买受人也无法通过遗产买受之诉取得对遗产的全部权利,其也并非成为了真正的继承人,通过遗产买受之诉,遗产买受人也只是取得了遗产占有人的法律地位而已;嗣后,遗产买受人仍须在取得时效届满之后,才能取得遗产的民法所有权。^[54] 不过,根据盖尤斯说法,遗产买受之诉似乎常常被另一种非拟制程式所替代。^[55]

此外,在罗马法上,遗产买受人也常常直接以本人的名义提出诉讼,认为自己因买受遗产而有权获得遗产,这一方式为裁判官普布利乌斯·鲁提里乌斯所承认,后世称之为鲁提里诉讼(*actio Rutiliana*)。^[56] 遗产买受人倘若通过鲁提里诉讼对遗产提起对物之诉,则并不需要将其拟制为继承人,而是直接获得裁判官法所承认的财产买受人地位。当然,须提示的是,即使遗产买受人通过鲁提里诉讼取得了对遗产的占有,其法律地位也与遗产占有人相仿,遗产买受人若要取得对遗产的完全所有权,仍须待取得时效届满之后。^[57]

(三) 普布利奇安之诉

盖尤斯《法学阶梯》在阐述了遗产占有之诉与遗产买受之诉这两大私法拟制诉讼之后,便阐述了罗马法上赫赫有名的普布利奇安之诉。

Gai. 4, 36. 同样,时效取得也以拟制的方式在所谓的普布利奇安之诉(*actio Publiciana*)中进行。这种诉权被给予那些尚未根据正当原因对被让渡物实现时效取得并且要求恢复对它的占有的人;由于他不能提出要求说根据罗马法物是他的,所以他被拟制为已实现了对物的时效取得,因而就像已根据罗马法成为所有主一样提起诉讼,比如说道:“[某人]是审判员。假如 A. 阿杰里买下一个被让渡给他的奴隶并且占有了 1 年,因而这个有争议的奴隶根据罗马法就当是他的”等等。^[58]

普布利奇安之诉也是针对《十二表法》的规定而由裁判官创制的一项蕴含拟制因素的程式诉讼。^[59] 罗马法上有要式物与略式物的区分,前者须以要式买卖或者拟诉弃权的方式实现所有权的即时移转,而后者则没有这方面的要式性要求。^[60] 罗马帝国初期要式物主要有意大利的土地、意大利的乡村地役权、奴隶以及负重牲畜。^[61] 而前已述及,在《十二表法》中,即时取得,即非以时效取得要式物之民法所有权的方法只有要式买卖与拟诉弃权;即使作更为宽泛的检索,也只有继承(*Successio*)符合市民法上物之取得方法的要求。^[62] 因此,倘若买卖双方仅仅只是依让渡(*traditio*)而非要式买卖或者拟诉弃权的方式买卖要式物,则买受人并不能取得要式物所有权(或曰民法所有权),^[63] 因为古典时期的让渡本身并不具有移转要式

[53] J. T. Abdy & Bryan Walker, *The Commentaries of Gaius* 272 - 273 (Cambridge: University Press 1870).

[54] 同注 29 引书,第 159 页。

[55] 同注 29 引书,第 220 页。

[56] Abdy & Walker, *supra* note 53, at 272 - 273.

[57] 同注 29 引书,第 159 页。

[58] 同注 29 引书,第 159 页。对片段的引用在原翻译的基础上作了一些修改,如将“布布里其诉讼”改为“普布利奇安之诉”,将文中的“虚拟”改为“拟制”,以便实现论文术语的统一。

[59] Bianchi, *supra* note 12, at 294.

[60] Rudolph Sohm, *The Institutes: A Textbook of the History and System of Roman Private Law* 311 (James Crawford Ledlie trans., Oxford at the Clarendon Press 1907).

[61] 同注 26 引书,第 173 - 174 页。

[62] Eduard Heilfron, *Römischen Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts*, 6. Aufl., 1908, S. 231 ff.

[63] Bianchi, *supra* note 12, at 299.

物所有权的效力,其仅仅只能导致占有的移转。^[64] 让渡乃是在后期罗马法,尤其是在优士丁尼法中才逐渐成为一项正式的所有权移转方式。^[65] 在很长一段时间里,让渡并非一项使受让渡人取得所有权的法律事实。不过,显而易见的是,受让渡人在绝大多数情况下是以买卖等有对价方式自要式物出卖人处取得要式物的,因此,从市民法的角度来讲,受让渡人并无获得法律保护的理由,受让渡人并没有获得取得要式物的正当原因。通常情况下,受让渡人只能静待时间流逝,最终得以在取得时效届满后取得要式物所有权。^[66]

不过,受让渡人对要式物的占有却并非毫无法律保障,例如盖尤斯便认为,因让渡而转让要式物的行为事实上实现了一种对所有权的区分:一种是市民法所有权(*dominium ex jure quiritium*),即在让渡发生之后,出让要式物的罗马市民所享有的权利;另一种是事实上的所有权,或者用盖尤斯的话说,叫做“对物的拥有”(bonis habere),而享有“对物的拥有”的人自然具有享用物的权利。^[67] 通常情况下,要式物受让渡人只要不丧失占有,那么一旦取得时效完成,即可高枕无忧。不过问题也就出现了,倘若在取得时效届满之前要式物受让渡人丧失了对要式物(例如奴隶或者耕牛)的占有,而该要式物又为第三人占有时,受让渡人可否主张返还呢?倘若严格依据《十二表法》的规定,则受让渡人只能请求要式物出让人出面,提起原物返还之诉,取回要式物,然后再从要式物出让人那里再度由让渡取得对物的拥有。不过,这一做法不仅十分繁琐,还存在两大风险,第一个风险就是要式物出让人已经过世,且其没有继承人;第二个风险就是要式物出让人取回要式物后拒绝再度将该物让渡给原受让渡人。

有鉴于此,裁判官普布利乌斯创立了普布利奇安之诉,在这一程式诉讼中,裁判官拟制丧失物之占有的受让渡人已经因取得时效届满而取得要式物所有权,因而其可以所有权人的名义向占有要式物的第三人主张原物返还。与遗产占有之诉和遗产买受之诉相似的是,普布利奇安之诉也不能使物的受让渡人因在诉讼中被拟制为所有权人而转变为真正意义上的完全所有权人。普布利奇安之诉的作用只是让受让渡人得以从非所有权人处恢复对物的占有,该拟制程式将受让渡人拟制为因取得时效届满而取得物之所有权的人只是为了方便裁判官给予受让渡人诉权,而非在实体法上使受让渡人成为真正所有权人。在普布利奇安之诉完成后,受让渡人重新取得对物的占有,其仍须在取得时效期间届满之后,取得物之所有权。^[68]

倘若仔细分析普布利奇安之诉,则会发现,裁判官在设置拟制时,有意识地将“市民法所有权人丧失占有”与“拥有物的人丧失占有”两种情形进行了比较。由于在存在市民法所有权与作为事实所有权之“对物拥有”区分的情况中,市民法所有权只是徒有其表的一项法律上的概念,而“对物拥有”才是货真价实的所有权,因此裁判官认为,“对物拥有”者与其他市民法所有权人之间并无本质差异,两者均可享用物,唯一的区别在于市民法所有权人享有一项名义上的权利而已。因此,裁判官藉由对二者的比较,认为对物拥有人应当在诉讼中被类推为真正的所有权人。不过,在具体的拟制技术方面,与遗产占有之诉和遗产买受之诉不同,对物拥有人不是直接被拟制为真正所有权人——在普布利奇安之诉中,裁判官灵活地运用了取得时效制度,其仅仅是假设取得时效的期间已经届满。例如,受让渡人自出让人处受让土地仅1年,而未满2年取得时效期间,此时裁判官便会拟制这2年期间已经届满,从而给予受让渡人在诉讼中相当于所有权人的地位,受让渡人则可以所有权人的身份向非所有权人的占有人主张原物返还。正因为如此,乌尔比安才在《论告示》中认为普布利奇安之诉系参照所有权而非占有而主张;^[69]且原物返还之诉的规则,均适用于

[64] Brutti, *supra* note 17, at 278.

[65] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《物与物权》,范怀俊、费安玲译,[意]纪蔚民、[意]阿尔多·贝特鲁奇校,中国政法大学出版社2009年版,第87页。

[66] 同注29引书,第64页。

[67] Mear, *supra* note 16, at 63.

[68] 同注29引书,第64页。

[69] See *The Digest of Justinian* vol. 1, 212 (Alan Watson trans., University of Pennsylvania Press 1985).

普布利奇安之诉。^[70]而在普布利奇安之诉中,裁判官借助取得时效制度,仅通过对时间的拟制达致取得时效的拟制完成,进而实现受让人被拟制为所有权人的路径,在技术上较遗产占有之诉与遗产买受之诉而言更为精致与复杂,彰显了裁判官的法律睿智与高超的司法技巧。^[71]

(四)身份拟制之诉

盖尤斯《法学阶梯》中还提及了罗马私法上关于身份拟制的程式诉讼。

Gai. 4, 37。同样,对异邦人可虚拟给予罗马市民籍,如果该异邦人是根据我们法律为有关问题规定的诉权起诉或者被诉,只将这种诉讼扩展适用于异邦人是正确的。比如,异邦人因盗窃而起诉或者被诉。如果是对异邦人提起诉讼,所拟定的程式是:“[某人]是审判员。如果查明在赫尔马的儿子迪奥里的帮助或者唆使下,L.提兹的一个金器皿被窃走,因此,假如前者是罗马市民则应当为此盗窃行为补偿损失”等等。同样,如果是异邦人对盗窃行为提起诉讼,可以虚拟他具有罗马市民籍。如果异邦人根据《阿奎利亚法》^[72]因非法损害提起诉讼或者被诉,同样可以虚拟他具有罗马市民籍进行审判。^[73]

这一法言所阐述的乃是罗马法上的“市民资格拟制之诉”(fictio civitatis)。^[74]在罗马法上,罗马市民权长期是一项极为珍贵的权利,罗马一向在授予罗马市民权的问题上表现得十分谨慎甚至吝啬。例如,大约于公元前100年左右颁布的著名的《米尼求斯法》(lex Minicia)便规定,罗马市民与无通婚权的异邦人所生子女无法获得罗马市民权。^[75]而罗马国家中的其他不具有罗马市民权的人,则分别被授予了拉丁权、尤尼亚拉丁权等在权能方面次于罗马市民权的身份,例如享有拉丁权的人均享有贸易权,部分享有拉丁权的人还拥有遗嘱权,而只有少量的拉丁人才享有与罗马市民的通婚权。^[76]总的来说,尽管拉丁人与罗马人存在身份上的权能差异,但这种差异主要体现在公法上,例如拉丁人无法担任罗马公职,而在私法上,拉丁人与罗马人地位接近。然而,异邦人(peregrinus)却比拉丁人处于更为不利的地位,在市民法上几乎处于无权利能力的法律状态,无法享有市民法上的权利。^[77]然而,随着罗马逐渐扩张为地中海“世界帝国”,^[78]罗马经济获得了巨大的发展,罗马城甚至成为了人口超过百万的大型城市。^[79]罗马的异邦人越来越多,他们与罗马人存在纷繁复杂的经济往来与社会交往,在这一过程中,罗马人与异邦人自然会产生一系列法律纠纷。倘若固守成规,一概拒绝对涉及罗马人与异邦人的法律纠纷进行裁判,则不仅对罗马人不利,而且总是漠视异邦人的正当法律诉求也有违公平正义之理念。有鉴于此,裁判官在涉及罗马人与异邦人之间法

[70] Justinian, *supra* note 69, at 212.

[71] 在优士丁尼法时期,普布利奇安之诉仍然为优士丁尼法所承认,不过与盖尤斯时代的普布利奇安之诉不同的是,优士丁尼法中的普布利奇安之诉演变为实体法意义上使善意第三人从无权利人处取得所有权的制度。参见徐国栋:《民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究》,北京大学出版社2013年版,第109页。

[72] 依照意大利语的读音,正确的译法应当为《阿奎流斯法》,此处尊重中译本而未作改动。

[73] 同注29引书,第221-222页。

[74] Bianchi, *supra* note 12, at 306.

[75] Lovato, Puliatti & Maruotti, *supra* note 24, at 166.

[76] [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2010年版,第59页。

[77] 同注76引书,第59页。当然异邦人享有罗马万民法(jus gentium)上的权利能力。サウヰニー『現代ローマ法体系・第二卷』(成文堂,1996)38頁。

[78] See William, Eugene & Lawrence, *The History of Rome: From Early Times to the Establishment of the Empire* 111-222 (Andrews UK 2010).

[79] Neville Morley, *Cities and Economic Development in the Roman Empire*, Alan Bowman, Andrew Wilson, *Settlement, Urbanization, and Population* 148-149 (Oxford University Press 2011).

律纠纷时,进行了两种情况下的拟制。第一种情况即罗马人为诉讼提起人的情况。在这种情况下,罗马人为诉讼提起方,而异邦人为应诉方,倘若固守市民法之成规,则异邦人势必逃脱罗马法之管辖。而仔细衡量异邦人与罗马人,两者由于同属“人”这一范畴,在涉及贸易、盗窃以及财产损害等私法问题上,“异邦人与罗马人之间的法律纠纷”与“罗马人与罗马人之间的法律纠纷”其实并无实质性差异,故而在两者之间实现类推,不仅具有价值判断上的可接受性,而且也能实现对罗马人的救济,因此,裁判官在此种情形下拟制异邦人具有市民资格,令其得以应诉,并在诉讼提起人胜诉后承担相应的法律后果。第二种情况则是异邦人为诉讼提起人的情况。严格来说,在异邦人为诉讼提起人的情形中,将异邦人拟制为罗马人并不那么自然,因为异邦人依照罗马市民法并无权利能力,其利益本不应受罗马市民法保护;这与第一种情形不同,第一种情形中所为的拟制,其目的还是为了维护罗马市民的利益。因此,尽管在 Gai. 4, 37 这一法言中,异邦人为原告或者被告的情形是一并予以阐述的,但仔细探究却可以提出一个更为精微的推论,即在异邦人为诉讼提起人的情况下,将之类推为罗马人的理由与第一种情况不同;第一种情况的法理基础仍然应当主要归于依据罗马市民法保护罗马市民利益的传统思维,而第二种情况的法理基础则是与普布利奇安之诉相似的裁判官基于对异邦人之怜悯而运用的衡平(equity)思维。^[80] 这种衡平思维也运用了类推,不过较第一种情况而言,其类推基础要薄弱得多,因为这无异于裁判官在有限度的范围内授予了异邦人罗马市民权,且这种授予是受利益为目的,这无疑与罗马市民法的固有精神背道而驰,但却在公平正义的层面上应获赞誉。不过,这项拟制随着罗马皇帝卡拉卡拉颁布著名的“安东尼努斯敕令”(Constitutio Antoniniana de civitate)而大为减少了其原有的适用空间,因为该敕令将罗马市民权广泛授予了罗马帝国内的所有自由人,如此一来,罗马市民权便由一项特权而成为了一项普遍的权利。^[81] 这使得长期生活在罗马世界,尤其是罗马帝国各行省的没有市民权或者拉丁权的异邦人大规模成为了罗马市民,因而在诉讼中不必借助拟制便可直接起诉或者应诉。因此,与早期的普布利奇安之诉相似,这种身份之诉也随着历史的发展,随着罗马皇帝的立法而逐渐走向湮没。

(五)人格拟制之诉

盖尤斯《法学阶梯》中记载的最后一种拟制程式是有关人格拟制的程式诉讼。

Gai. 4, 38。此外,有时我们虚拟诉讼对手没有遭受人格减等。实际上,如果某人因契约而向我们负债并且受到人格减等,比如:一名妇女因买卖婚而人格减等,一名男子因自权人收养而人格减等,他(她)因而在市民法上不再是我们的债务人,不能直接要求他(她)给付所欠我们的东西;但是,为了防止他(她)有可能消除我们的权利,针对他(她)设立了一种扩用诉讼以撤销人格减等,也就是说,在该诉讼中虚拟他(她)没有遭受人格减等。^[82]

罗马法上关于人的概念有三:第一为“homo”,意指生物学意义上之人,包括罗马人、异邦人乃至奴隶;第二为“caput”,该术语原意为头颅或者书籍之一章,后意指法律上的人格;第三为“persona”,该术语主要用于表征人的各种不同身份。^[83] 罗马法上人格一语,在罗马法文献中多以“caput”表征,例如人格变更的拉丁语表述便是“capitis minutione”;^[84] 不过,后世意大利学者多从“persona”引申出“personalità”(人格)一

[80] W. W. Buckland, *Equity in Roman Law* 1-6 (University of London Press 1911).

[81] 刘小青:《“安东尼努斯敕令”新论》,载《世界历史》2010年第6期,第97-107页。

[82] 同注29引书,第222页。

[83] 周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年,第106页。

[84] [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,[意]阿尔多·贝特鲁奇、[意]纪蔚民校,中国政法大学2005年版,第70页。

词,用以表征罗马法上的法律主体资格。^[85] 由于人格系罗马法上法律主体之资格,所以在罗马法上,唯有享有人格者具有能够获得法律制度承认的、通过自身行为而取得预期法律效果的能力,^[86] 申言之,在罗马法上,尽管每一个自然意义上的人均享有自然意义的权利能力(die natürliche Rechtsfähigkeit),但在法律意义上,唯有具有市民法意义上权利能力(die bürgerliche Rechtsfähigkeit)的人,方能担当法律主体。^[87] 不过,恰如 Gai. 4, 38 这一法言所述,罗马法上的人格与生物学意义上的自然人并不完全重叠,一个生物学意义上的自然人并不当然享有人格,并且,一个已经享有人格的人也可能因人格减等而丧失人格。^[88] 倘若在法律实务中严格依循市民法之规定,则一个拥有人格的人嗣前与他人缔结债务关系而负债,嗣后因人格减等而丧失人格,从而成为罗马法意义上的非法律主体,那么债权人便无法向其主张市民法意义上的债务,因为该市民法债务已经随债务人的人格减等而减损为自然债务(naturalis obligatio)。^[89]

针对这种特殊情形,一项富有类推思维的程式拟制应运而生,其具体思维如下:

第一,在通常情形中,人格减等者与有人格者具有十分明显的差异,前者并不具有行使权利、负担义务的法律主体资格,无法提起诉讼或者参与诉讼,而后者则享有法律主体资格;

第二,在有人格者享有人格时,其所作出之行为应当由其自身承受法律后果,不过,行为人在实施行为之后,则可能遭受人格减等;

第三,行为人以自身人格之名义而为行为,那么该行为的法律后果便应当由其承担,就此而言,有人格者与嗣后人格减等者具有同一性,即两者皆是以自身人格之名义而为行为,两者的差异性只在于嗣后无人格者在实施完该行为之后丧失了人格;

第四,倘若仅以“以自身人格之名义而为行为”为范畴,则可认为有人格者与嗣后人格减等者并无本质区别,因此两者应当等同对待之,都应当为自己所为之行为承担相应的法律后果;

第五,而倘若要使嗣后无人格者可得如有人格者那样负担法律后果,则只需拟制其有人格,而得享应诉资格即可;

最后,这项拟制并非以恢复人格减等者之完满人格为目的,其旨趣,乃是以人格减等者嗣前所为之行为为限,有限度地恢复其人格,从而使人格减等者不会因人格减等而逃避法律责任,进而损害利害关系人(如债权人)的利益。在人格拟制之诉结束后,人格减等者并不会因该拟制而重新成为人格完满者,人格拟制的效力仅及于其对自己之前所为之行为的法律后果承担方面。

三、优士丁尼时期的罗马私法教义拟制

罗马法典化时代的私法拟制主要体现为制定法中的教义拟制(Fiktion in der Dogmatik),^[90] 即实体法中的拟制规范,又称立法拟制(Gesetzesfiktion)。^[91] 帝政时期的罗马国家,立法权逐渐由罗马元老院及罗马全体人民手中让渡到皇帝手中。在罗马帝国早期,奥古斯都便已经享有召开元老院会议,向元老院提出强有力立法建议的权力,^[92] 而嗣后的罗马皇帝立法权力则更是呈现日趋膨胀的趋势。例如,韦斯巴芗皇帝时期

[85] Cfr. Filippo Serafini, *Istituzioni di Diritto Romano Comparato al Diritto Civile Patrio* vol. 1, 60 (Giuseppe Pellas Editore 1888).

[86] Burdese, *supra* note 52, at 133.

[87] Anton Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandekten - Rechts*, Erster Band, 1. Aufl., 1803, S. 141 - 142 ff.

[88] 同注 83 引书,第 118 - 122 页。

[89] サウヰニー『現代ローマ法体系・第二卷』(成文堂,1996)75 頁。

[90] Demelius, *supra* note 3, at 80.

[91] 來栖三郎『法とフィクション』(東京大学出版会,2015)82 頁。

[92] Cfr. Aldo Petrucci, *Corso di Diritto Pubbico Romano* 113 (G. Giappichelli Editore 2012).

的《韦斯巴芗谕令权法》第8条就规定：“在本民法通过前，凯撒·韦斯巴芗·奥古斯都皇帝做过、签署过、命令过的任何事情，或任何人依据他的命令或委任做过的任何事情，它们都应合法有效，如同是根据人民或平民的命令所做的。”^[93]由此可见，帝政时期皇帝权力已经逐渐凌驾于元老院与民众大会之上，立法权开始逐渐集于皇帝一人之手，皇帝的告示与命令被认为等同于法律与元老院决议。^[94]而君权在立法领域扩张的集中体现便是统一法典的编纂与颁布。公元438年，东罗马帝国皇帝狄奥多西二世在《格里高利法典》(gregorianischen Codex)与《赫尔摩杰法典》(hermogenianischen Codex)这两部民间法律汇编的基础上，于拜占庭编纂并颁布了《狄奥多西法典》(codex theodosianus)，^[95]罗马元老院使得这部法典在意大利范围内也同样有效；^[96]该法典是罗马皇帝颁行统一法典之肇始。^[97]而在优士丁尼时期，凭借基督教君权神授的观念，皇帝的权威攀至顶峰，“一个帝国、一个教会、一部法典”成为优士丁尼的施政目标，^[98]立法权之权柄完全操持在皇帝一人之手，法律成为拱卫皇帝权力的武装，恰如优士丁尼在 Imperatoriam 敕令中所言：

皇帝的伟大不仅要以武器来装饰，而且必须以法律来武装，这样，不论是在战时还是平时，都可得到正当的治理，罗马的元首，不仅对敌人表现为战斗中的胜利者，而且通过法律的途径消除狡诈者的不公正，像成为打败敌人的凯旋者一样，成为法的最虔诚的凯旋者。……因此用最大的努力和愉快的热忱去接受这些朕的法律吧！^[99]

倘若将之与《韦斯巴芗谕令权法》第8条的文本表述进行比较，则会发现在韦斯巴芗时代，法律仍旧在形式上为“人民或平民的命令”，而在优士丁尼时代，法律已经成为“朕的法律”与皇帝伟大之武装。自戴克里先改革以来，罗马-拜占庭帝国逐渐由元首制向君主制转变，基督教宗教所神化的君权逐渐取代元老院与民众大会的权力，罗马-拜占庭帝国最终蜕化为君主专制国家，^[100]“帝国由法律统治着，而皇帝则是这些法律的制定者”，^[101]罗马皇帝自罗马元老院与罗马人民手中攫取了立法之权柄。及至优士丁尼，其已经享有至高无上的皇权，从而为大规模的法典编纂提供了集权上的便利。

对于私法拟制而言，优士丁尼时代的最大变化是古典法时代的司法意义上的裁判官程式拟制逐渐走向了消亡，优士丁尼的大规模法典编纂一方面吸收了程式拟制的内容，并以君主立法的形式对其予以了确认；另一方面则利用君主的立法权，直接设置了一系列立法意义上的私法拟制，即教义拟制。优士丁尼《民法大全》中，处处可见皇帝运用自身权力对罗马古典法进行修正的痕迹，而运用拟制技术设定拟制规范正是优士丁尼修正罗马古典法所常用的技巧。

在《优士丁尼法学阶梯》中，部分实体性拟制规范直接彰显了皇权因素，例如 I. 1, 11, 12 记录了如下法言：

I. 1, 11, 12. 古人提到伽图在其作品中很好地写道：奴隶如被主人收养，他们可因此获得解放。朕也由此受到启发，在朕的一个敕令中规定：主人在公证文件中称之为其儿子的

[93] 同注6引书，第96-97页。

[94] Ferdinand Walter, Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian, Erster Theil, Das öffentliche Recht, 3. Aufl., 1860, S. 418 ff.

[95] G. F. Puchta, Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprocesses, 10. Aufl., 1893, S. 378 ff.

[96] [英]梅特兰等：《欧陆法律史概览：事件、渊源、人物及运动》，屈文生等译，上海人民出版社2008年版，第19页。

[97] 同注31引书，第303页。

[98] 徐国栋：《优士丁尼法典编纂研究》，载《法治研究》2010年第8期，第34页。

[99] 同注84引书，第3-7页。

[100] 徐家玲：《早期拜占庭和查士丁尼时代研究》，东北师范大学出版社1998年版，第58页。

[101] [美]布莱恩·蒂尔尼·西德尼·佩因特：《西欧中世纪史》，袁传伟译，北京大学出版社2011年版，第23页。

奴隶,成为自由人,尽管这一行为不足以使之获得儿子的权利。^[102]

在这一法言中,优士丁尼以敕令的方式设定了一个意思拟制规范,即主人倘若在公证文件中将一名奴隶唤作儿子,则发生解放奴隶,令奴隶获得自由权的法律效果。至于主人的真实意思究竟是什么并不重要,因为皇帝优士丁尼已经以敕令的方式强行地将法律效果指向了奴隶解放。当然在最后,优士丁尼对这项拟制的形式基础,即所谓的“儿子”的称呼反而进行了效力上的限制,即此一拟制不会对该奴隶产生收养的法律效果。这当然一方面是为了维护继承人的权益,另一方面也是因为收养将导致奴隶受到家父权的制约,从而与拟制的解放奴隶法律效果发生矛盾,故而优士丁尼不认为这种形式的收养能够产生让奴隶获得儿子身份的法律后果。

有的时候,优士丁尼也会借助于以前皇帝的权威来为自身的立法拟制提供正当性基础。例如,I. 2, 10, 7便有如下法言:

I. 2, 10, 7。但在遗嘱的某一证人在订立遗嘱时被认为是自由人,而后来被看出是奴隶的情况下,不论是神君阿德里亚努斯给卡托纽斯·维鲁斯的敕答,还是后来的神君赛维鲁斯和安东尼努斯的敕答,都以他们的仁慈挽救遗嘱,让遗嘱像它应该订立的那样有效,因为在给遗嘱盖章的时候,这一证人被所有的人承认为处在自由人的地位,也无任何人对他提出身份问题。^[103]

在这一法言中,优士丁尼借用前代皇帝们的权威设定了一项法律形式拟制规范。这一法言事实上所阐述的是遗嘱证人资格瑕疵的处理方式。根据 I. 2, 10, 6 的规定,遗嘱证人必须为有遗嘱能力的人,遗嘱证人能力系属形式要件,在古典法时期,欠缺形式要件通常将导致遗嘱无效,^[104]但是优士丁尼凭借阿德里亚努斯(通译哈德良)等皇帝们的权威,巧妙地安置了一项拟制,即遗嘱将正常有效,至于不是自由人的遗嘱证人,则隐晦地被拟制为不具有身份上的瑕疵。

根据上述法言的内容,大致可以认为,帝政时代的罗马私法拟制规范不再像共和国时期那样,由裁判官通过裁判拟制的方式迂回地实现超越既定法律体系的法律救济,而是由皇帝本人凭借立法权直接对古法作出拟制性的修正或者设定实体性的拟制规范;罗马皇帝甚至可能以个案立法的方式作出拟制,例如在生来自由拟制(*ficito ingenuitatis*)中,皇帝就常常针对特定的解放自由人作出特定判决,或者说一项单项立法,拟制其为生来自由人,这样一来,被解放的奴隶不但可以享受更加充分的自由权,而且能够不完全脱离庇护权的佑护。^[105]而罗马私法教义拟制,尤其是《法学阶梯》中的实体拟制规范,因教科书体例之故,通常会拟制规范的权力渊源、拟制动机、拟制标的、法律效果等以非常清晰的方式呈现出来。例如,对 I. 2, 10, 7 法言进一步分析便可发现,拟制规范的权力渊源为皇帝的仁慈(即皇权),拟制规范的动机在于挽救具有形式瑕疵的遗嘱,拟制标的则是对奴隶作为证人参与订立遗嘱时的自由身份的认同,而拟制规范的法律效果即“让遗嘱像它应该订立的那样有效”。

与古典法时期的拟制程式相比,拟制实体规范的立法色彩更为浓厚,且在效力上具有终局性。例如,古典法时代之普布利奇安之诉的效力仅仅只是令原告获得诉权,而非令其终局性地获得物之所有权,而 I.

[102] 同注 31 引书,第 499 页。

[103] 同注 31 引书,第 241 页。

[104] Carl Salkowski, *Institutes and History of Roman Private Law with Catena of Texts* 814 (E. E. Whitfield trans., Stevens and Haynes 1886).

[105] 黄凤编著:《罗马法词典》,法律出版社 2002 年版,第 112 页。

2, 10, 7 却通过拟制使欠缺形式要件的遗嘱终局性地成为一项有效的遗嘱。罗马法典化时代肇始以来,罗马法典中存在诸多私法拟制规范,兹以优士丁尼《法学阶梯》与《学说汇纂》为素材择取范畴,并借鉴现代民法将法律关系要素区分为主体、客体与内容之分类方法,^[106]将罗马私法拟制规范划分为主体拟制规范、客体拟制规范与内容拟制规范而为举例式类型化论述。

(一)主体教义拟制

优士丁尼的立法中,存在一系列为特定目的而对法律主体为拟制的规范。例如 I. 1, 25pr. 中便记载道:

I. 1, 25pr.。而监护人或保佐人,由于各种各样的原因受到豁免。通常是由于处于权力下的或已被解放的子女。事实上,如果某人在罗马有3个生存子女,或在意大利有4个,或在行省有5个,他们可根据其他公役的先例被豁免监护或保佐。事实上已经决定,不论是监护还是保佐,都是公役。但养子女无效,而被出养的卑亲属对生父有效。同样,由儿子所出的孙子女有效,因为他们继承了父亲的位置;由女儿所出的无效。但有人问:如果是在战争中失去的,是否有效?显然,只有在战场上失去的子女才有效。事实上,为国而死的人,被认为活在永恒的荣光之中。^[107]

这一法言所阐述的乃是关于监护公役的豁免问题。监护制度是罗马法上一项十分古老的制度,其制度化最早可追溯至《十二表法》时代。^[108]与现代法所理解的监护不同的是,尽管大致上可以将罗马法上的监护纳入私法的领域,^[109]但其蕴含浓厚的公法因素,甚至有学者认为罗马法上的监护乃是一种国家公役,系罗马公民必须负担的义务。^[110]同时,还须予以提示的是,罗马法监护的对象十分广泛,甚至包括已经成年的妇女(donne),^[111]这显然与现代民法中仅关涉未成年人的监护(La tutela dei minori)大相径庭。^[112]罗马法上的监护主要有四类,即遗嘱监护(la tutela testamentaria)、法定监护(la tutela legittima)、官选监护(la tutela dativa)与信托监护(la tutela fiduciaria)。^[113]监护最初属于纯粹私法的范畴,不过在罗马法的历史进程中,其公法色彩愈发浓厚。例如,官选监护通常由罗马官员直接指定,而无论被指定者是否自愿。^[114]而古典时期具有权利属性的遗嘱监护、信托监护等监护形式也因监护主旨逐渐由保护家族财产演变为保护被监护人权益这一变化而演变为义务性的负担,故而在优士丁尼法时代,监护更多具有义务性与强制性。^[115]因此,对于优士丁尼时代的罗马人而言,监护豁免对于被指定为监护的人而言是一种获益。根据该法言的规定,子女数目较多的人可以免于负担监护,其道理当然在于倘若令子女较多者另行承担新的监护义务,一方面会过分增加被指定监护者的生活成本,另一方面,也会相应降低被监护人的受监护质量。不过,在该法言的末尾却有一项非常引人注目的主体拟制,即“事实上,为国而死的人,被认为活在永恒的荣光之中”。在此,优士丁尼运用拟制技术,将为国捐躯的人拟制为仍旧在世之人,令事实上已经不具备监护

[106] 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第122-127页。

[107] 同注31引书,第146页。

[108] Burdese, *supra* note 52, at 271.

[109] Cfr. Alessandro Corbino, *Diritto Privato Romano: Contesti Fondamenti Discipline* 334 (CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio 2012).

[110] 同注31引书,第146页。

[111] Burdese, *supra* note 52, at 274-277.

[112] Cfr. Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato* 65 (Giuffrè Editore 2014).

[113] Brutti, *supra* note 17, at 154.

[114] Brutti, *supra* note 17, at 155-156.

[115] 同注4引书,第141-152页。

豁免条件的人得以据此符合子女数量的要件,从而获得监护豁免。

仔细审视 I. 1, 25pr. 中的拟制规范,我们可以发现,该法言首先在语言意义上创造了一个虚拟的主体,即“为国而死的人”。从事实层面上来说,现代民法理论通常认为已死之人权利能力已然消灭,丧失法律人格,不复为法律所关涉,因此不能再作为法律主体,^[116]但该法言却充分运用了语言的创造功能,将为国而死作为拟制的道德说服理由,并以虚拟的方式塑造了一个虽死犹生的法律主体。这一虚拟的法律主体并非全无意义的法律修辞,而是十分妥帖地彰显了这一拟制规范的两大功能。I. 1, 25pr. 中的拟制规范的第一个功能在于最大限度地维持了法律规范的确定性与结构稳定性,我们可以将这种功能称之为体系嵌入功能。作为拟制规范的 I. 1, 25pr. 最大特点在于不是通过但书设定简单的例外规定,而是通过拟制使但书中的情形以完全符合一般规范中的要件之方式而发生法律效果。因此,仅就形式逻辑作分析,则可以发现,该法言所遵循的并非“倘若 α , 则 γ ; 又 β 属于 α , 亦 γ ”的逻辑,而是采纳了“倘若 α , 则 γ ; β 视为 α , 故倘若 β , 则 γ ”的逻辑。在该拟制规范下,非一般规范的情形最大限度地藉由拟制修辞与类推思维而被整合入一般规范之中,从而使一般规范的涵摄范围得到了最大限度的扩张。拟制犹如火车铁轨的扳道工一般,将特殊情形复归于一般规范,从而起到减少特殊情形规范数量,提高法律规范确定性与结构稳定性的功效。I. 1, 25pr. 中主体拟制规范的第二个功能是价值宣示功能。拟制并非单纯的立法者恣意,事实上,每一项拟制的背后均具有价值导引作用。在 I. 1, 25pr. 中,非常鲜明地将能够被拟制为生的死者限定为为国而死之人,并且认为他们不仅活着,而且是“活在永恒的荣光之中”,故而可以认为,这项拟制不仅彰显了对罗马公民公共精神的褒扬,而且也使为国而死的英雄的父亲获得了免除监护负担的奖赏——当然,前提是加上拟制的主体,英雄父亲的子女数量达到豁免监护的最低数量要求。

不过,须予以注意的是,这项主体拟制规范既非复活了一个主体,也非创设了一个具有实质性的新主体,毋宁说此处的拟制主体只是将特殊情形整合入一般规范的逻辑添加项,一旦特殊情形因拟制的介入而最终可得导向一般规范的法律后果,则拟制的功能亦告终结。因此,这一拟制规范的拟制法效在罗马法上仅局限于条文所涵摄的领域,而不能有所僭越,继而影响其他法域。

(二) 客体教义拟制

罗马法中也存在对客体进行拟制的情形,例如在 I. 2, 1, 17 与 D. 41, 1, 5, 7 有如下记载:

I. 2, 1, 17. 同样,我们从敌人处捕获的物,立即按万民法成为我们的。确实,甚至自由人也被夺为我们的奴隶。但他们如果从我们的权力下逃脱并回到他们自己人中去,他们恢复先前的身份。^[117]

D. 41, 1, 5, 7. 同样,对于那些从敌人那里获取的物,根据同样的[万民法],也立即属于获取它们的人。^[118]

这两处法言存在一项显而易见的拟制,即敌人之物被视为无主物,因而可依万民法而取得。在罗马万民法上,无主物,即“不属于任何人之物”(res nullius),^[119]可适用先占(Occupatio)规则,行为人只须以所有的意思有效占有无主物,即可取得无主物的所有权。^[120]不过,就事实而言,敌人之物并非无主物,反而应当归入有主物之列。而将有主物拟制为无主物的主要目的在于惩罚敌人,激励罗马士兵,使罗马士兵能够受

[116] 陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,第250页。

[117] 同注31引书,第178页。

[118] 贾婉婷译:《学说汇纂(第四十一卷)·所有权、占有与时效取得》,[意]纪蔚民校,中国政法大学出版社2011年版,第9页。

[119] Serafini, *supra* note 85, at 211.

[120] R. W. Leage, *Roman Private Law: Founded on the 'Institutes' of Gaius and Justinian* 124 (Macmillan and Co. Limited 1909).

夺取敌人财物获得所有权之引诱,而奋勇杀敌。不过,同罗马法中的其他拟制规范相似,拟制有其界限,敌人士兵的作战用品,如马、武器等可以通过拟制而被置于万民法上的无主物地位,以供罗马士兵先占取得,甚至敌人的人身亦可先占取得,但敌人士兵的私人财产却不可以先占,^[121]而这项拟制之所以无法作用到敌人的私人财产,主要原因有二:其一,违反战争法。^[122]其二,就事实而言,将敌人士兵的私人财产,尤其是远离战场的敌人士兵的土地、房屋、金钱等其他财产拟制为无主物对于罗马士兵而言毫无意义,因为罗马士兵无法像控制敌人士兵的作战物品与人身那样为有效占有。由此也可以看出,罗马法拟制规范绝非任意的立法者意志,其拟制的法效深刻地受到各种现实因素的制约。

I. 2, 1, 17 与 D. 41, 1, 5, 7 中的拟制主要是为了激励士兵勇猛作战,而也有一些客体拟制规范的目的在于扩大法律的涵摄范畴,以便提供给当事人法律救济。如 D. 9, 1, 1pr 与 D. 9, 1, 4 中有如下规定:

D. 9, 1, 1pr. 如果有人主张四蹄动物造成了损害,诉讼将依据《十二表法》的规定而产生。该法规定:或者交出致损物,该物即造成损害的四蹄动物;或者交付等同于损害价值的罚金。^[123]

D. 9, 1, 4. 本诉讼可扩用于除四蹄动物之外其他动物致损的情形。^[124]

从形式上来看,D. 9, 1, 4 所阐述的是四蹄动物损害诉讼之扩用诉讼。所谓扩用诉讼(*actio utilis*),又称仿效诉讼(*actio ad exemplum*),^[125]系指根据某些因素将诉讼适用于与该诉讼创立之初适用对象不同情况的诉讼。^[126]这种对既定诉讼形式的扩用无疑蕴含了拟制的因素。^[127]仔细分析文本可以得知,D. 9, 1, 1pr. 所规定的四蹄动物损害诉讼只关涉四蹄动物造成他人人身、财产损害的情况,其他动物造成的损害原本不在其规制范围之内,不过 D. 9, 1, 4 将原本仅适用于四蹄动物损害之诉扩大适用到其他动物造成损害的情形,从而使非四蹄动物造成损害的情形亦可适用阿奎流斯法之规定。尽管从古典法的角度来看,扩用诉讼程式与前述提及的拟制诉讼程式存在一定差异,尤其是用语上有区别,不过以规范形式存在于《学说汇纂》之中的 D. 9, 1, 4 却更应当被视为是一项具有实体法性格的客体拟制规范,其拟制内容为将其他动物拟制为四蹄动物而受到阿奎流斯法的调整。从这一客体拟制规范中,我们可以获知一系列有趣的信息,如罗马时代早期所常见的动物,主要为牛、马、驴等四蹄动物,像鸵鸟等大型两足动物较为罕见。^[128]同时也可以看出,罗马人极为尊重他们的传统法律,及至优士丁尼法典编纂时代,古老的四蹄动物损害之诉仍大体具有现行法的效力。

四蹄动物损害之诉在形式上仍旧维持了古法的原貌,只是通过拟制而使得不合时宜的法律得以损益以适应新的社会情势。罗马人宁愿采纳拟制,形式上维持古法风貌,仅于实质上损益法律的态度彰显了其对历史与古法的审慎与尊崇态度。

(三) 内容教义拟制

在罗马法中,除了常规的对主体与客体的拟制之外,对法律关系中所可能涉及到的内容也存在大量的拟制规范。通过对法律关系内容的拟制,立法者或者可以补正一项意思瑕疵,或者可以纠正一个行为偏

[121] 同注 31 引书,第 146 页。

[122] 同注 31 引书,第 146 页。

[123] 米健、李钧译:《学说汇纂(第九卷):私犯、准私犯与不法行为之诉》,[意]纪蔚民校,中国政法大学出版社 2012 年版,第 3 页。

[124] 同注 123 引书,第 11 页。

[125] 同注 105 引书,第 4 页。

[126] [意]彼得罗·彭梵德:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 69 页。

[127] Lovato, Puliatti & Maruotti, *supra* note 24, at 105.

[128] 同注 123 引书,第 5、7、11 页。

差,或者可以挽救一项要件错误等等。总之,通过内容拟制规范的设置,立法者能够最大限度地调节各种社会关系,以便克服事实的偏差,实现立法者的理想与目标。由于法律关系的内容本质上乃是法律关系主体与客体之间的一系列关系,如权利、义务、时间、条件、意思等等,故从分类的角度来说,内容拟制规范远比主体拟制规范与客体拟制规范在内涵与外延上宽广得多,因此也有了再类型化的必要。依拟制标的的不同,罗马法上的内容拟制规范大致可以划分为意思拟制规范与事实拟制规范。

1. 意思拟制规范

意思拟制规范是罗马法中最为常见的一种拟制规范。恰如萨维尼所言,罗马法中常常会将不真实的意思拟制为真实意思,或者将是否存在意思不明之情形拟制为有意思,恰如萨维尼所言:“除此之外(除意思表示之外),还有一类重要情形,其虽然藉由实证法律规则而获得了意思表示的效力,但事实上并不存在意思。我称其为拟制的表示。”^[129] 拟制的表示所真正拟制的标的乃是当事人的意思,在拟制的意思的基础上,当事人将获致立法者所希冀的法律后果。如前述所提及的 I. 1, 11, 12 便是一项典型的意思拟制规范:

I. 1, 11, 12. 古人提到伽图在其作品中很好地写道:奴隶如被主人收养,他们可因此获得解放。朕也由此受到启发,在朕的一个敕令中规定:主人在公证文件中称之为其儿子的奴隶,成为自由人,尽管这一行为不足以使之获得儿子的权利。

在这一法言中,立法者显然是将奴隶主在公证中称自己奴隶为儿子的意思,即收养奴隶的意思拟制为解放奴隶的意思。之所以会有此项拟制,乃是因为罗马法上的收养包括他权人收养与自权人收养,被收养对象应为家子或者其他家庭的家父,而不应当包括奴隶。^[130] 创设这项规则的伽图本并无拟制之意图,其本意在于,收养的对象应为自权人或者家子,而奴隶并不具备这样的条件,因此,要令收养奴隶有效,必须连带性地赋予收养奴隶行为解放奴隶的法律效果,令奴隶成为自权人,从而得经由自权人收养制度完成收养。^[131] 而优士丁尼在借鉴这项规则时,直接运用的是拟制的法律技术,即将收养奴隶的意思径行拟制为解放奴隶的意思,并在该拟制的意思基础上发生奴隶获得自由的法律后果,而奴隶并不会因此而被收养。将收养的意思拟制为解放的意思明显是一项法律的虚构,也许优士丁尼此举是为了避免奴隶直接经收养而成为罗马公民。

2. 事实拟制规范

事实拟制规范在概念择取上其实具有较大的宽松性,因为不管是意思还是要件,其实在语词意义上均可纳入事实的范畴。为了维持分类的严谨性,有必要对事实拟制规范作意义上的限缩,即此处所指的事实拟制规范,主要是指对与行为人主观意思无涉的事实为拟制的规范。事实拟制规范着重于将 β 事实拟制为 α 事实,以便对 β 事实适用 α 事实的法律后果,由此强烈彰显出立法者在价值上的偏好并实现价值观念的现实化。例如, D. 18, 1, 74 与 D. 46, 3, 79 有如下记载:

D. 18, 1, 74. 只要钥匙在仓库附近被交出,在钥匙被交出时仓库中的货物的占有即被视为已交付,买受人立刻取得所有权和占有,尽管他尚未打开仓库。^[132]

D. 46, 3, 79. 如果我要求你把欠我的钱或别的物放在我能看见的地方,结果便是:你

[129] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Zweiter Band): Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, S. 117 ff.

[130] 同注 26 引书,第 103 - 110 页。

[131] 同注 31 引书,第 99 页。

[132] 同注 65 引书,第 91 页。

立即被解除债务,而物却变成了我的。因为在此情况下没有别的人对那个物进行事实上的占有,故应认为它已被我取得,且已被通过长手交付。^[133]

D. 18, 1, 74 与 D. 46, 3, 79 均阐述了一种观念交付的规则。所谓交付,又称让渡(tradio),系“一方以转移所有权为目的将物给予另一方的行为”。^[134] 交付的主要目的是为了当事人实现对物的占有(possessio)。^[135] 所谓占有,即“一种以行使所有权或者其他物权为表征的对物支配”,^[136] 其在现代民法中通常须具备两大要件,即实际支配(corpore possidere)与占有意图(animus possidendi);^[137] 实际支配为客观要件,具体来说,倘若意欲成立对物之占有,那么特定主体必须在事实上享有对特定物的实际支配力(potere di fatto),即该特定物处于该特定主体事实上的管领支配之中;而占有意图则为主观要件,具体而言,倘若特定主体意欲实现对特定物的占有,则其不仅必须令该特定物处于其实际支配中,而且其必须以所有人或者其他物权人之意志对物为支配。^[138] 占有的这两项要件被萨维尼归纳为占有的体素(apprehension)与占有的心素(animus possidendi)。^[139] 尽管占有蕴含两项要件要求,不过不同时期对于占有要件的好坏存在差异。对于占有而言,现代德国法似乎更为重视主观要件,依德意志法之观念,倘若权利人对特定物在主观上具有占有意志,那么即使其并没有实际管领支配该特定物,亦不妨承认其并未丧失占有或者已然取得占有。最为典型的例子当属占有改定,在以占有改定方式实现交付的买卖中,尽管物的实际控制状态并未发生变化,但买受人却已经藉由作为实际交付之替代的约定法律关系而取得对标的物的所有权以及占有,^[140] 尽管只是间接占有(Mittelbarer Besitz)。^[141] 而意大利法在这一问题上则更为保守。《意大利民法典》第 1140 条将占有明确限定为“以行使所有权等其他物权的方式而彰显的对物之支配”这一范畴,如此一来,在租赁这一债权债务关系中,只有作为所有权人的出租人才是占有人,而承租人严格来说并非占有人,只是依所有权人的意志而持有标的物,属于持有人的范畴;^[142] 而在设立占有型他物权,如用益权的情形中,占有人将变为他物权人。^[143] 严格来说,所有权人此时并非占有人,当然其仍然享有所有权。因此,意大利法并未采纳间接占有作为法律概念。罗马法的立场和态度,与意大利法十分接近。由于占有在罗马法概念谱系上系对有体物为自然控制之事实,而不存在间接占有之概念,^[144] 故而观念交付在罗马法上是无法实现的,罗马法上真正意义上的交付只有实际交付。不过通过拟制,上述两处法言将类似于交付的两项事实,即“交付仓库

[133] 同注 65 引书,第 91 页。

[134] William C. Morey, *Oulines of Roman Law Comprising Its Historical Growth and General Principles* 307 (G. P. Putnam's Sons 1884).

[135] 同注 126 引书,第 69 页。

[136] Cfr. Adolfo Di Majo, *Codice Civile con la Costituzione, I Trattati U. E. e le Principali Norme Complementari* 360 (Giuffrè Editore 2014).

[137] Cfr. Riccardo Mazzon, *Il Possesso: Usucapione, Azionidi Reintegrazione e di Manutenzione, Denuncia di Nuova Opera e di Danno Temuto* 4 (CEDEM, Casa Editore Dott. Antonio 2011).

[138] Cfr. Massimiliano Di Pirro, *Manuale di Istituzioni di Diritto Privato (Diritto Civile)* 366 (Gruppo Editoriale Simone 2014).

[139] Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes: Eine Civilistische Abhandlung*, 1865, S. 109, 212 ff.

[140] Peter Bassenge, Gerd Brudermüller, JürgenEllenberger, Isabell Götz, Christian Grüneberg, Hartwig Sprau, Karsten Thorn & Walter Windenkaff, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 74. Aufl., 2015, S. 1562 ff.

[141] 在德国法上,作为对罗马法与日耳曼法的综合性继受,产生了直接占有(Unmittelbarer Besitz)与间接占有(mittelbarer Besitz)的区别,前者系对物的直接管领与支配,后者则并没有对物为直接支配,只是凭借特定法律关系而维持对物的观念上的占有。德国法学家基尔克认为,间接占有这一概念其实超越了罗马法对占有的认知,故而可以说是一种“奇怪的占有”(Fremdbesitz)。Wolfgang Brehm & Christian Berger, *Sachenrecht*, 3. Aufl., 2014, S. 41-42, 46-47 ff. Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Zweiter Band, *Sachenrecht*, 2. Aufl., 2010, S. 217-218 ff.

[142] Cfr. Maurizio De Tilla, *Il Diritto Immobiliare: Trattato Sistematico di Giurisprudenza Ragionata Per Casi, Il Possesso: Possesso e Detenzione Azioni a Difesa del Possesso*, Tomo I 51 (Giuffrè Editore 2005).

[143] Cfr. Francesco Caringella, *Manuale di Diritto Civile V. I Diritti Reali* 178 (Dike Giuridica Editore 2014).

[144] FrizSchulz, *Classical Roman Law* 428 (Oxford At the Clarendon Press 1954).

钥匙”与“将物放置在债权人能看见的地方”视为交付,令这两种事实发生与交付相同的法律效果,从而实现了交付的观念化。之所以为此项拟制,乃是因为这两种事实与作为典型法权模型的交付之间的相似性。买受人获得仓库钥匙之后,只要他打开仓库大门即可对物实现占有;而被交付之物置于债权人目之所及处,债权人一般也能够迅速地、不费精力地对物实现占有,因此何不干脆将这两种类似于交付的事实拟制为交付呢?这两处法言均展现了拟制规范最为重要的思维模式,即类推。为生活之便利或者防范法律风险,经由类推而将要件事实方面具有相似性的不同事实导向同一法律后果,是拟制规范的固有思维路径。^[145]

四、罗马私法拟制精神:自然法、地方论、决疑术与体系嵌入

罗马私法中拟制的素材甚为丰富,前述素材之整理也仅仅是于沧海之中俯拾了些许色彩最为斑斓的贝壳罢了。对于学术思考而言,“商谈即约束”(tanquam e vinculis sermocinari),^[146]脱离历史素材的学术只会沦为空谈,然而倘若仅将探究的彼岸限于历史素材铺陈本身,则又顿生流于表面的平庸之感。因此,罗马私法拟制的探究必须在素材整理的基础之上抽绎关于罗马私法拟制精神的认知,而这便是本文接下来的任务。

从罗马私法拟制中,能够观察到罗马人对待法律的审慎态度。在罗马人的观念中,法(ius)区别于严格意义上的法律(lex, leges),前者代表自然正确的理性,包括不成文法(ius non scriptum),如习惯法(Gewohnheitsrecht)、民众法(Volkrecht)以及成文法(ius scriptum);而后者则是自形式意义上对法的一种表达与固定,属于实证法的范畴,范围较法为小。^[147]在此种意义上,罗马人观念中的法具有朴素的自然法性格,而作为自然法之法则系一切实证法的原则性指引(Richtschnur)。^[148]恰如罗马斯多亚哲学家(当然也是政治家、修辞学家)西塞罗所谈到的那样:

真正的法乃是一种与自然相契合的正当理性,它普遍适用且永恒不变……罗马的法与雅典的法并无不同,今日之法与明日之法也无轩轻,其缘故在于,只存在一种任何时候、任何民族均须遵守的永恒不变之法;人类也只有一个共主与统治者,这就是神,而它则是这种法的制定者、颁布者与执行者。^[149]

对于西塞罗而言,法,或者说自然法,是最高理性,其根植于事物本质(natur der Sache)之中,^[150]评判着何者应为而何者应被禁止;而这种最高理性的权威性,则是由神(或者说自然)所赋予的。^[151]在斯多亚哲学看来,神即自然,同时自然也是理性与逻各斯。^[152]因此,符合自然之法必然也是理性之法,或者用更为尊敬的说法——法即理性本身。理性的自然法具有超越时间的特点,尽管它有很多表象,但却无损于它的永恒与正当性。^[153]而对于实证法而言,“自然法是适当的,系实证法的设计者”,^[154]德国法学家蒂堡甚至在

[145] [德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安校,学林文化事业有限公司1999年版,第59页。

[146] Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1840, S. 62.

[147] Eduard Böcking, Römisches Privatrecht: Institutionen des Römischen Civilrechts, 1862, S. 5-7 ff.

[148] August Geyer, Geschichte und System der Rechtsphilosophie in Grundzügen, 1863, S. 23 ff.

[149] See Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The philosophy and Method of the Law* 13-14 (Harvard University Press 1981).

[150] Gustav Hugo, Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Erster Band, 1835, S. 4ff.

[151] Ernst Levy, *Natural Law in the Roman Period*, 2 Nat. L. Inst. Proc. 43, 45 (1949).

[152] 在斯多亚哲学处,神(宙斯)、宇宙、天命乃至逻各斯,均可以纳入世界理性的范畴。

[153] D. H. Van Zyl, *Cicero and Roman Law*, 108 S. African L. J. 496, 496-502 (1991).

[154] Conrad Johann Alex Baumbach, Lehrbuch des Naturrechts als einer volksthümlichen Rechtsphilosophie besonders für Deutschlands bürgerliches Recht, Einleitung in das Naturrecht als einer volksthümlichen Rechtsphilosophie besonders für Deutschlands bürgerliches Recht Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft zum Behuf von Vorlesungen, 1823, S. 58 ff.

此基础上为自然法附加了强行性的特征,认为自然法系“自然的强行法”(naturlische Zwangsrechte),从而使自然法享有较实证法而言的无可置疑的至尊地位。^[155]当然,法,或者说自然法,奠基于深厚的伦理基础之上,^[156]其也许更适合被称之为内在于人类本性的道德;^[157]而罗马法学家的观念中,法与道德之间也的确具有某种同质性,甚至正是因为罗马法学家遵从法,尊重道德,他们才获得了那样崇高的法律权威,恰如耶林所言,“他们(罗马法学家)的骄傲不纯粹是智识上的,而且也是道德性质的”。^[158]罗马人自希腊人处继承了自然法的观念,承认自然法具有超然地位;^[159]不过罗马人心目中的自然法在原初意义上还只是一项隐喻性的概念(metaphorical concept),其隐藏于自然之中而需要人类用理性去发现。^[160]尽管自然法难以用语言完全正确地表述,但罗马人却相信作为正义的自然法是存在的,而基于这种信念,裁判官在法律的实际事务中,显然不能墨守成规地拘泥于法律的文本与条文,而是应当以正义与理性为指引,从法律文本出发,发现法,并给予适当的救济或者拒绝无理的妄求。不过,正是因为法的永恒正确性与至高无上性,罗马人,尤其是罗马的法学家们从未认为能够凭借人的有限理性窥知法的全部正确内容,并以适当的语言予以表述。恰如雅沃伦所诚恳地谈到的那样:“市民法上的所有定义都是危险的,因为它们几乎总是能够被歪曲。”^[161]这种普遍确信的谦卑法律态度使得罗马人并不会迷信既有的法律条文与法律概念,他们倾向于针对特定事例进行具体而细致的思考,以力求每一个特定事例均可透过法律思考获得理性而正当的处置,而不会刻意将法律的思考引向一系列抽象的原则。^[162]换言之,罗马人是在具体的探讨与辩论中寻找法与正义。而在这一过程中,古老的法律以遵从式的理解与阐释之方式得到了应有的尊重——在罗马人看来,与其频繁地修正法律,不如从古老的法律出发,经由具体的思考而发展法律;这种发展也许在文本意义上超越了法律,但却并非对法律的僭越与违反,而是在更高层次上遵循了法律。由此,罗马法便实现了某种意义上的有机生长——它以循序渐进的稳定方式趋近法与理性,以避免法律的动荡不安与朝令夕改。而在罗马法的有机发展过程中,罗马人总是以旧的形式作为基础创造出新的形式,并且新的形式诞生之后,立刻会与旧有形式有机融合,这种融合的媒介便是“拟制”。^[163]例如,我们能在罗马私法中发现一系列对偶存在的概念,如遗产占有与继承、普布利奇安之诉与原物返还之诉等等,这些概念通过拟制而实现沟通与融合,并在简明的基础上逐渐发展至更为纷繁复杂的阶段。^[164]

据此,我们便能够觉察到罗马法在理念上的双层结构:第一层次为作为永恒正义的自然法,它的正确性与权威性皆来自神的恩赐;第二层次则是人类的法律,这些法律尽管难谓完美,但却系对永恒正义之法的申张与誊写。而在这一观念的支配下,罗马法律科学便负载了一种客观精神,即人类制定法律,乃是为了实现对法的发现。^[165]换言之,在罗马人看来,法与法律的关系应当进行如下表述:第一,法是一种客观存在,它渊源于神而隐藏在自然之中,而法律则是一种人对法的主观认识;第二,法律原则上应当与法相契合,质言之,法律的内容应当与法的内容相一致,法律必须彰显正义;第三,由于人理性的局限性,某个历史

[155] Anton Friedrich Justus Thibaut, *Juristische Encyclopädie und Methodologie; Zum eignen Studio für Ansänger*, 1797, S. 17 ff.

[156] Adolf Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 2. Aufl., 1868, S. 9 ff.

[157] Johann Christoph Hoffbauer, *Das allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit*, 1816, S. 1 ff.

[158] [德]特奥多尔·非韦格:《论题学与法学——论法学的基础研究》,舒国滢译,法律出版社2012年版,第52页。

[159] 徐国栋:《罗马法与现代意识形态》,北京大学出版社2008年版,第3-19页。

[160] Brad Inwood, *Reading Seneca: Stoic Philosophy at Rome 226* (Oxford University Press 2005).

[161] 舒国滢:《罗马法学成长中的方法论因素》,载《比较法研究》2013年第1期,第10页。

[162] See Friz Schulz, *History of Roman Legal Science* 130 (Oxford: Clarendon Press 1946).

[163] Savigny, *supra* note 146, at 32.

[164] Savigny, *supra* note 146, at 32.

[165] Schulz, *supra* note 162, at 19.

时期所制定的法律尽管以当时的具体情势而言,富有正义性,故与法相契合,不过随着历史条件的改变,法律却可能变得不那么合乎时宜,甚至有违正义,走向法的对立面。因此,对法律予以损益便具有了现实需求。那么,接下来的问题便是如何损益法律。对此而言,一种方法是频繁地以立法的方式将法的内容不断地以更为明晰而正确的文本形式颁行。不过这种方法相对而言耗时耗力,且可能危及法秩序的稳定性与权威性乃至民众对法律的预期,加之罗马人具有尊崇传统的谦卑精神,故而这一方法在罗马法,尤其是罗马私法领域较少采用。不过罗马人也并未因噎废食,坐视古老的教条禁锢公平与正义,罗马法“坚持传统,但绝不自我束缚”(Das Festhalten am Herkömmlichen, ohne sich durch dasselbe zu binden),^[166]只是较之于以立法这样激烈的方式更张法律而言,罗马人更倾向于在既定的法律基础之上,通过小规模损益的方式以弥合法(正义)与法律之间的鸿沟,甚至在损益的过程中,罗马人亦很少宣称某项既存之法律发生了变动,而通常是由裁判官以特别法律授权(besonderen gesetzlichen Ermächtigung)的方式,运用拟制技术将某些新情势纳入到固有的法律规范之中,从而在形式上维持法律的不变性,却又在实益上回应了法与正义的吁请。^[167]萨维尼曾谓,“民族的法律如同语言,无法被认定为长久处于毫无更张之状态;其缘由在于法律的特殊存在隐含着不可名状的嬗变与成长因素”,^[168]而从罗马法的成长史中,我们几乎能够看到一条类似生物进化的链条。以遗产占有为例,其诞生之初仅仅是通过拟制的方式依附于罗马法传统的继承之上,而随着时代与历史的推进,在优士丁尼时代,遗产占有却逐渐成长成为一种独立的继承方式,而不再需要拟制的方式获得继承之法律效果,这样,我们甚至可以形象地将拟制时代的遗产占有称之为一种法律进化的“中间形态”。

同时,尤其值得注意的是,大量罗马私法拟制乃是由裁判官在司法过程中所创制的。^[169]在古典法时代,裁判官在创造了一项拟制程式之后,均会以告示(edictum)的形式将程式的内容予以昭告。尽管裁判官的告示并不具有正式的法律渊源地位,但由于告示的内容直接来源于司法,贴近日常生活,并保持着与罗马社会、经济乃至精神文明的进步相契合的步调,因此常常在事实上发挥着法律的作用。^[170]由此,裁判官告示逐渐成长为与市民法并列的“荣誉法”(ius honorarium),其以灵活运用市民法,弥补市民法漏洞乃至损益市民法为己任。^[171]尽管严格来说,裁判官告示仍然不能归于正统的法律之列,^[172]但罗马法中,立法主要扮演着一个政治角色,^[173]换言之,立法主要关涉的乃是公法;而私法的发展则主要是由法学家解释与裁判官告示所推动的。^[174]在后世的优士丁尼《学说汇纂》中,我们会发现,大部分内容都是裁判官告示及法学家对这些告示的评注,且内容主要为私法。^[175]而仅就罗马私法而言,其乃是以一种有趣而复杂的结构获得发展:第一,关于私法的立法其实在罗马法中并不多见,尽管也有《阿奎流斯法》(lex Aquilia)这样彻底改变罗马侵权法的私法性立法,但私法性立法总体上数量却相对稀少。第二,第一个推动私法发展的因素乃是

[166] Savigny, *supra* note 146, at 32.

[167] Franz Wieacker, *Römischen Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur, Erster Abschnitt*, 1988, S. 451 ff.

[168] Friedrich Carl von Savigny, *The History of the Roman Law During the Middle Ages* vol. 1, 1 (E. Cathcart trans., Printed for Adam Black; and Longman, Rees, Orme, Brown, and Green, London 1829).

[169] Peter Apathy, *Geor Klingenberg & Martin Pennitz, Einführung in das Römische Recht*, 5. Aufl., 2012, S. 7 ff.

[170] Salvatore Riccobono, *Outlines of the Evolution of Roman Law*, 74 Loy. L. J. (New Orleans) 1, 160 (1926).

[171] *Id.* at 159.

[172] Petrucci, *supra* note 92, at 202 – 205.

[173] Jolowicz & Nicholas, *supra* note 15, at 87.

[174] *Id.*

[175] *Wolhelm Deurer, Grundriss für Äussere Geschichte und Institutionen des Römischen Rechts*, 1849, S. 101 ff.

裁判官告示及其荣誉法,严格依法理而为分析,裁判官告示的主要目的不是为了废除市民法,乃是为了“帮助、填补、纠正市民法”,^[176]故罗马法学家马尔西安谓,“实际上,荣誉法本身也是市民法的生动体现”,^[177]而正是基于这样的功能定位,裁判官在具体的司法过程中即使察觉古老的市民法已经有违现时的正义,也并不愿意全面推翻固有的市民法,而是宁愿运用拟制,使新的法律规范附着于旧有的市民法之上,从而在形式上将荣誉法与市民法紧密结合起来。^[178]第三,裁判官告示的内容尽管较法律(尤其是《十二表法》)而言更为具体,但从理解的角度而言仍然是简洁的,故罗马的法学家便对裁判官告示进行了详尽的评注与解释工作,从而进一步推动了私法的成长。^[179]在这一罗马私法的历史嬗变图景中,我们可以发现罗马私法凭借裁判拟制而实现有机成长的路径——这一路径由裁判官以司法的方式开拓,并由法学家通过解释而予以丰富。

而无论是裁判官还是法学家,他们关于法律的活动较其他智识性活动而言,均缺乏足够的个性,且显得琐碎而繁芜——他们似乎是在戮力同心共同创作一部伟大的作品。^[180]而在这一共同的法律,尤其是私法的构建过程中,罗马法律人常常将古代法奉为最高的法律渊源,而倾向于不去舍弃它。例如,原则上,直至优士丁尼时代,《十二表法》甚至也是有效的,只是其中很多条文已被修正。而在大规模的法典编纂时代来临之前,罗马法律人几乎是在简单的《十二表法》的基础上,经由裁判官的告示与法学家的解释而塑造了罗马气势恢宏的私法大厦。而在这一过程之中,拟制的运用功不可没。同时,就方法论而言,罗马私法拟制蕴含着浓厚的地方论与决疑术色彩。所谓地方论,是一种为推理找寻场所的思维方法,是一门关于合理运用修辞的学问;^[181]西塞罗将之定义为“寻找论据,以便不犯错误地以合理方法达到对论据的占有的理论”;^[182]地方论并不以获知真理为目标,其仅仅服务于论辩的需要。^[183]而依地方论,推理场所不同,则推理的结论也会有所不同,换言之,在地方论下,每一项推理均具有其局限性,而这种局限性则由推理所择取的地方所界定。^[184]而所谓决疑术,系一种基于个案的思维方法,简言之,决疑术要求对推理的具体情境予以充分考量,以适应不同情势,防止僵化,其与基于原则或者规则的推理相异,例如,倘若我们设置一项原则,即“说谎在道德上是错误的”,那么基于原则或者规则的推理将以此为演绎基础,推衍出各种具体的说谎均在道德上应受责难的结论,而倘若依决疑术思考,则可能认为,根据具体情势,说谎也许才是最佳选择,例如,在说谎能够拯救一条生命的情况下,那么说谎不仅不应受责难,反而具有某种道德上的合理性。^[185]而考诸罗马私法拟制,尤其是程式拟制,则会发现,其本质上乃是藉由隐秘而不张扬的地方论与决疑术所实现之法律推理。以人格拟制程式为例,这项拟制的确系类推之产物,但这一类推却并非是一项抽象的普适性类推,而是一项具体而决疑的类推;具体而言,裁判官在设置拟制之时,从未想过真正恢复已然人格减等

[176] 同注20引书,第13页。

[177] 同注20引书,第13页。

[178] Jolowicz & Nicholas, *supra* note 15, at 98.

[179] *Id.*

[180] Savigny, *supra* note 146, at 29.

[181] “Topica”一词,有“论题”、“地方”以及“场所”等翻译,不过依其本旨,“Topica”系为推理设定基础与范围,而后由此展开推理的一种思维方式术语,以“地方”或者“场所”译之,更为恰当。在学理上,“Topica”的近义词应系“Locus”,即场所、地方或者地点之意。因此本文采“地方”与“场所”的译法。参见徐国栋:《两种“地方论”(Topica),哪个是真的?——当雷森遇上菲韦格》,载《法学》2015年第3期,第64-75页;舒国滢:《论题学:修辞学抑或辩证法?》,载《政法论丛》2013年第2期,第3-11页。Vgl. T. R. Stintzing, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Erste Abtheilung*, 1880, S. 114.

[182] 参见李飞:《取得方式与(市)民法的体系化》,中国政法大学出版社2015年版,第80页。

[183] 同注182引书,第172页。

[184] 徐国栋,同注181引文,第67-68页。

[185] 舒国滢:《决疑术:方法、渊源与盛衰》,载《中国政法大学学报》2012年第2期,第6页。

的债务人的人格,即使在类推之下,遭受人格减等的债务人与未受人格减等的债务人在本质上具有极大的相似性,以至于可以将二者等同视之,但遭受人格减等的债务人被拟制为未受人格减等之人的情形,却仅仅只限于该当债务人嗣前负债的情况,换言之,人格拟制程式的类推以“遭受人格减等的债务人嗣前负债”为思维基础与推理前提,即地方论。同时,这一拟制也是针对“遭受人格减等的债务人嗣前负债”这一特殊情况所作出的事实上偏离一般规则的决疑性结论,只是与通常的决疑性结论相比,拟制并没有在形式上悖离一般规则,反而自形式上遵从了一般规则——尽管在实质上,拟制其实对一般规则进行了损益与更张。

至此,我们便可以发现罗马私法拟制的精神:尊重传统,严守形式,追求精致的正义,以谦抑的态度给予法的救济,重视司法的造法功能,崇尚具体而非抽象的法律思维方式。而这些精神之最终目的,则系救济无法律之新情况。^[186]

不过严格来说,这一关于罗马私法拟制精神的表述似乎仅可以适用于司法性格的裁判拟制,^[187]那么在法典化时代,是否便如有的学者所言,意味着“拟制时代的终结”?^[188]例如梅因便认为,拟制系属法律之遗俗,可以立法祛除之。^[189]而德国法学家耶林在《罗马法精神》中,也将拟制仅仅定位为司法的技艺,认为拟制实际上乃法律科学不足的一种表现,拟制可以成为法律科学发展的辅助,但拟制本身却是一项应当尽力排斥的事物,在耶林看来,“拟制乃权宜之计,是法律科学所不应操持的拐杖。一旦法律可以没有拟制而自足,那么必须抛弃它!不过在那之前,法律与其弃用拟制这一拐杖而裹足不前,不如以拟制为拐杖前进”;^[190]另一位德国法学家贝克尔(Bekker)则认为,罗马私法中的拟制具有无所不在的破坏性影响,因为它常常将本不应适用特定规则的情形纳入特定规则的涵摄范围之内——或许拟制的逻辑毋宁是,仿佛正是因为某一情形(特定规则所规定的情形)没有发生或者不存在,才使该当状态得以获得特定规则的适用——这一逻辑显然是奇怪的;^[191]德意志自由法学派学者赫尔曼·康特洛维茨甚至更为激进地断言,拟制只有在保守意义上被适用于一个民族(如罗马)法律制度的历史性发展时,才可获得允许,^[192]“拟制……不过是一种在错误方法中或者为了实务利益所运用的掩盖谎言的策略罢了”。^[193]然而,在优士丁尼《民法大全》中,我们却发现,拟制仍然活跃在法律的文本之中,甚至在最初的罗马法典《十二表法》中,也可窥见拟制的身姿。

究其缘由,乃是因为,一个显而易见的事实是,罗马私法中的程式拟制与教义拟制两者在本质上其实极为相似,因此在某种意义上,对于罗马私法而言,由作为裁判拟制的程式拟制到作为立法拟制的教义拟制的转变无疑具有一种历史上的延续性与逻辑上的当然性。从罗马法片段中可以发现,罗马皇帝作出拟制时所采用的思维和技术与罗马裁判官在裁判活动中所作出的拟制并无轩轻,两者的思维本质均为在类推与比较意义上将两种相似的事物或者情形等同视之。裁判拟制与教义拟制的差异其实只存在于形式层面。

而在形式层面上,程式拟制(裁判拟制)与教义拟制之间的差异在于,第一,程式拟制属于司法范畴,裁判官无权将自己于诉讼中作出的拟制上升为正式的法律渊源,但教义拟制则藉由皇帝的权威而存在于公

[186] Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* III, 1865, S. 287.

[187] 即学者们通常所说的历史拟制。同注91引书,第80页。

[188] 同注91引书,第1页。

[189] Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* 27 (John Murray, Albemarle Street 1870).

[190] Ihering, *supra* note 186, at 288.

[191] Ernst Immanuel Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Zweiter Band, 1873, S. 108 ff.

[192] Hermann Kantorowicz (*Von Gnaeus Flavius*), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, S. 24 ff.

[193] *Id.*

开颁行的法典之中,其本质上并不属于诉讼中的便宜行事与权宜之计,乃是正式的法律规范;第二,对于程式拟制而言,裁判官仍旧具有一定的自由裁量权,甚至在某种意义上,究竟适不适用一项拟制,其实取决于裁判官的自主选择,但教义拟制因其乃是法典中的实体法规范,故而法官不得拒绝适用教义拟制或者违反教义拟制作出裁判;第三,程式拟制在功能上常常仅指向特定案件管辖权之获取,即程式拟制之运用,主要目的乃是在于使裁判官获得对特定案件的管辖权,但教义拟制则常常直接指向特定的实体法律后果。

正是因为上述提及的教义拟制较之于程式拟制这种裁判拟制的独立特点,所以尽管在某些法学家看来,拟制“原始而笨拙”,^[194]其仅仅只是无法展开大规模立法条件下的权宜之计,并不能适应现代需求并发展法律体系;^[195]但事实上,“拟制诞生于法律变迁的截面处”,^[196]其不仅是平衡法之灵活性、回应性与法之稳定性与可预见性的优秀司法试错工具,^[197]而且还是私法法典体系的立法性建构工具。且不论之前所提及的优士丁尼罗马私法,甚至就后世以继受罗马法为特点的《德国民法典》而言,尽管该法典秉承潘德克顿法学之精神,而主要依“概念—演绎”方法完成编纂,但实际上德国民法典中仍然存在大量私法教义拟制。^[198]对于法典化时代的罗马私法而言,尽管教义拟制并不起眼,但其却是不可或缺的私法体系建构工具。分析前述提及的 I. 1, 25pr. 便可发现,在实质意义上,该法言其实表述了两种不同的观点:第一,对于在罗马有 3 个活着的子女的人,在意大利有 4 个活着的子女的人以及在行省有 5 个活着的子女的人来说,其将被免除监护与保佐的国家公役;第二,倘若有人的子女是因为为国而战牺牲的,那么应当对这类人予以优惠,即使这类人并不符合规定的子女数目,但倘若算上其牺牲的子女能够符合规定的子女数目的,则也享受免除监护与保佐的国家公役。原本这两大观点存在本质上的不同,但藉由教义拟制,这两大观点却融入了同一规范之中,并且在形式上融为了一个并不具有排斥因素的微型规范体系。拟制的这种体系建构功效能够在形式上避免出现自相矛盾的规范群。也正因为此,德国法学家德梅利乌斯才形象地称拟制为规范之“体系性关节”(systematische Gelenke)。^[199]

职是之故,裁判拟制与教义拟制均在罗马法的土壤上绽放着生命之花,不同之处在于,前者受到了较多关注,收获了更多的赞誉与批判,而后者则似乎被认定为系立法者偶然为之的一种技术手段而未受多少关注,只是处于既未被排斥也未获推崇的默许状态。^[200] 仅就精神层面而言,罗马法中的私法教义拟制仍然大致恪守了尊重形式与对旧法作出有限修正以回应现实需求的谦抑品性,只是与裁判拟制相比,教义拟制更具有扩张性,并带有浓厚的价值宣示色彩。

例如,在 I. 1, 25pr. 中,通过将“为国而死的人”拟制为“活在永恒的荣光之中”的人,立法者宣扬了“为国捐躯光荣”的价值理念。同时,罗马私法教义拟制也初步具有了某种体系嵌入的功能。在优士丁尼《民法大全》中,最为常见的法律规范系一般规则,乃因惟其如此,才能让法律具有普适性与概括性,而不至于过分冗长。不过由于人类语言的语义模糊性特点,一般规则所运用的概念常常难以涵盖立法者意志所欲达致的表达效果。英国法理学家哈特曾形象地用秃头理论解释过概念的意义模糊现象:“一个人有一颗闪

[194] Maksymilian Del Mar, *Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition*, in *Legal Fictions in Theory and Practice* 225, 241 (Maksymilian Del Mar & William Twining eds., Springer International Publishing Switzerland 2015).

[195] Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Volume III, 465-466 (St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1959).

[196] Mar, *supra* note 194, at 250.

[197] *Id.* at 250.

[198] 以《德国民法典》总则编为例,其中第 9 条第 1 款,第 90a 条,第 92 条第 2 款,第 94 条第 1 款,第 108 条第 2 款,第 110 条,第 113 条第 4 款,第 119 条第 2 款,第 121 条第 1 款,第 135 条第 1 款,第 136 条,第 141 条第 1 款,第 149 条,第 150 条,第 162 条均为拟制规范。参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社 2015 年版,第 3-79 页。

[199] Demelius, *supra* note 3, at 85.

[200] 从学者著述来看,通常受到批判的主要也是裁判拟制,而教义拟制则处于既不受批判,也未受推崇的地位。同注 91 引书,第 80 页。

亮而光的脑袋,其无疑是秃头,另一个人则长着一头华丽拖把式的头发,则其显然不是秃头;但问题在于第三个人,仅在头顶的边缘处有些稀疏零落的头发,那么第三个人是否是秃头就会无限期存在争议。”^[201]为了解决语言概念的意义涵摄局限性,在条文设计上有两种选择:第一,引入“一般—例外”思维,在一般规则的基础上规定一系列特殊情况,并规定这些特殊情况自身的法律效果;第二,运用拟制思维,首先通过类推寻求到各种具体而特殊的情形最为接近的一般法权模型,然后将这些特殊情形拟制为一般情形并适用一般条款的规则。两种思维模式均有其优势,不过拟制思维在体系整合方面的优势更为突出。仍以 I. 1, 25pr. 为例,其先行规定了监护豁免的要件构成,紧接着则规定了为国而死的人在一定条件下得拟制为生人,使其父得以豁免监护义务。I. 1, 25pr. 在体系上将特殊情形整合入了一般规则,从而补足了一般规则在涵摄上的局限性,并在根本上稳定了监护豁免的一般性规则框架。最后,与裁判拟制相似的是,教义拟制所奉行的仍旧是“从特殊到特殊”的类推思维进路,而非在法典化时代备受推崇的“从一般到特殊”的三段论演绎思维路径。尽管在严谨性方面,教义拟制难以与三段论等量齐观,不过罗马人在法典中运用教义拟制的方法,的确起到了缓和三段论推理僵硬性,适应实务上需求的作用。

综上所述,罗马私法中的裁判拟制与教义拟制其实并无轩輊,两者皆为将不同事实等同视之的类推,唯一的区别只是前者存在于裁判官的司法之中,而后者存在于皇帝的立法之中。而后世之所以会形成对裁判拟制与教义拟制的不同态度,与其说是在批判拟制本身,不如说只是在批判法官造法所带来的法律渊源的繁芜性与民众预期的落空性罢了。换言之,问题的中心并非拟制本身,而是拟制之权柄应操持于何者之手。职是之故,罗马私法上的裁判拟制与教义拟制在本质上具有同一性,两者均系以类推思维为核心,而令不同事物得以共享同等法律效果之法律现象。

On Legal Fictions in Roman Private Law

Xie Xiao

Abstract: Legal fictions of private law is a common phenomenon in Roman private law, even in modern private law. Depending on legal fictions, Roman private law is able to break through the obstacle from original rules flexibly, and acquires organic development. Legal fictions of Roman private law is based on the idea of distinction between natural law and positive law, meanwhile, it is the product of the theory of topics and legal casuistry. In addition, dogmatic legal fictions of Roman private law owns the function of integration to legal system of private law and propagation to some values.

Keywords: Roman private law; legal fiction; legal fiction of private law; judicial fiction; dogmatic fiction

(责任编辑: 幸颜静)

[201] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 4 (Oxford University Press 1961).

我国《民法总则》的制度创新及历史意义

崔建远*

摘要:在我国《民法总则》中,社会主义核心价值观在总体上未处于民法基本原则的地位,因其在构成要件和法律效果方面均较模糊,因而不是独立的裁判规范。但其为民法总则乃至民法典的目标、任务,不妨碍其中的平等、自由、公正、诚信等核心价值作为民法的基本原则。《民法总则》关于个人信息、数据、网络虚拟财产的规定属于指引性、“法源性”的条款,具有时代气息、初步满足实际生活的需要,引出制定具体规则的任务。承认宗教活动场所(组织)等团体的特别法人资格,将非法人组织作为第三民事主体,专设危难相助的特别制度,在特定情况下民政部门被首选为监护人,等等,这些都立足于中国现实、关注并解决中国问题,具有里程碑式的意义,值得鼓与呼。

关键词:民法总则 核心价值观 基本原则 绿色发展 特别法人 非法人组织 民政部门

第十二届全国人民代表大会第五次会议于2017年3月15日通过了《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)。《民法总则》亮点闪耀,制度创新突出,历史意义深长。本文就此予以阐发,就教于大家。

一、弘扬核心价值观

《法国民法典》、《德国民法典》等代表性民法典均未就基本原则设置条文,所谓法律人格平等、所有权绝对、意思自治、自己责任等原则都是学说就法典规定及其精神概括总结出来的。与此有别,1950年《中华人民共和国婚姻法》首创明文直陈基本原则的立法模式,^[1]自此开始,《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)和《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)均予传承。《民法总则》不仅在直陈基本原则方面不同于《法国民法典》、《德国民法典》等代表性民法典,而且开宗明义“弘扬社会主义核心价值观”,全新于境内外的民法,实属制度创新。对此解读,有必要明确以下几点:

(1)立法者将社会主义核心价值观写入《民法总则》第1条中,位于《民法总则》乃至未来的整个《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的目标、任务部分,而不在总体上将之列为民法的基本原则。这有其优点,因为按照传统观点,民法的基本原则者,就“横”的方面而言,它要贯彻整个民法

* 暨南大学法学院、知识产权学院周相讲席教授。本文系国家哲学社会科学基金重点项目“法学方法论与中国民商法研究”(批准号:13AZD065)及清华大学自主科研计划课题“中国民法典编纂重大理论问题研究”(批准号:2015THZJWC01)的阶段性成果。

[1] 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第782页。

的全体,各项制度甚至每个规则都要体现其理念;从“纵”的角度观察,民法的制定、实施均须遵循它。^{〔2〕} 据此衡量,假如把社会主义核心价值观列为民法的基本原则,就面临着逻辑上的困难:社会主义核心价值观中的富强、爱国不直接体现在《民法总则》甚至《民法典》之中,更遑论基本原则了。此其一。这个结论的可信性可从体系解释中得到印证。一目了然,《民法总则》第2条规定民法的调整对象,第3条规定民事权益不受侵犯,且公有财产和私有财产受法律的平等保护,第4条开始规定民法的基本原则,第10条规定民法的法源,第11条规定《民法总则》与其他法律在调整民事关系中的相互关系,第12条规定中国法律在空间上的效力。由于第1条与规定基本原则的第4条等条文间隔着调整对象、平等保护等规则,依据形式逻辑,处于第1条之中的社会主义核心价值观作为一个整体未处于基本原则的位置。此其二。社会主义核心价值观终究是每位中国人、每个中国组织追求的目标,奋进的方向,如同响应“有钱的出钱,有力的出力”的号召,民法也应依其本性及其功能在这方面积极作为,且不说民法题中应有之义的平等、公正、法治、诚信须直接表现为民法的基本原则,体现于众多的民法制度及规则之中,就是爱国、富强这些核心价值,也在民法的良性实施过程与结果中九曲回廊式地得到回响。换句话说,社会生活有机地、非线性地前行,每个细胞、每种元素既独立又交互影响,不知不觉间便融入其中、作用其中,民法作为这个社会生活的一种元素,也是如此。在交互影响、共同作用且为正能量释放的背景下,国家强大了,社会进步了,自然有民法的贡献在其中,爱国就不再是空洞的口号。此其三。

(2)在总体上不将社会主义核心价值观列为民法的基本原则,但不妨碍把其中的某些核心价值,如平等、自由、公正、诚信等核心价值,高居《民法总则》乃至《民法典》的基本原则之位,这是对社会主义核心价值观真正的弘扬、贯彻。《民法总则》就是如此设计的,其第4条至第8条依次规定了法律地位平等、自愿、公平、诚信、公序良俗诸项基本原则。

(3)《民法总则》相对于《民法通则》而言,不再是简单地列举体现于社会主义核心价值观的民法基本原则,而是全部或部分地昭示了地位及功能。在这方面,它也不同于《合同法》和《物权法》。例如,对于平等原则,《民法总则》第4条不但指明为“法律地位”,而且以“在民事活动中”作限定,这就准确无误地解决了一个人在社会生活中虽具多重身份且可能上下隶属但在民事法律关系中只认“一律平等”的“法律地位”,对其他身份及属性则暂时忽略不计。例如,张三,在与其校长之间的关系中为教工的身份,在与其所带研究生之间的关系中为指导教师的角色,在与甲超市购买食用油的系统中为买受人的地位,民法只调整后者,视野中只有平等主体的法律地位及法律属性,教工、指导教师等地位及属性统统“视而不见”。《合同法》第3条的表述是“合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方”,法律人必须明白这只是点明了法律地位平等的含义之一,并非全部的内涵和外延。尽管将“一方不得将自己的意志强加给另一方”作为法律地位平等的含义之一,值得《民法总则》学习,但它相对于《民法总则》强调民事主体之间一律平等的法律地位,而非隶服从属的法律地位,亦非情谊关系的属性,显然是没有抓住根本之点。再如,《民法总则》第6条不但确立公平原则,而且揭示其“合理确定各方的权利和义务”的功能,继承和发展了《合同法》第3条关于公平原则的规定,比《民法通则》只有“公平原则”四个字具体、明确了许多。还如,《民法总则》第7条前段规定的“民事主体

〔2〕 江平、王家福总主编:《民商法学大辞书》,南京大学出版社1998年版,第483页;崔建远主编:《合同法》,法律出版社2000年版,第18-19页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第19-20页;尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第121页;王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2013年版,第26页。

从事民事活动,应当遵循诚信原则”与《合同法》第6条所谓“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”,可以等同而视,因为“从事民事活动”至少包含“行使权利、履行义务”。不过,《民法总则》第7条以“秉持诚实,恪守承诺”收尾,便使诚信原则落脚在民事主体的主观态度,依文义解释,诚信原则主要管辖欺诈、胁迫、乘人之危等问题,难见其含有以公平理念衡平当事人之间的权益关系之义,似无“帝王条项,君临法域”的神威,这相较于罗马法及后世的法国民法、德国民法、日本民法和中国台湾地区“民法”对于诚实信用原则的定性及地位,在地位上降低了,在功能上限缩了。但是,若依体系解释,将公平原则和诚信原则联系起来观察,则不难发现德国等国家和地区的民法上的诚实信用原则含有公平原则的内容,除在不当得利制度建立的基础等极个别场合单提公平原则或衡平理念之外,均用诚实信用原则表达;与此有别,在中国,《民法通则》、《合同法》和《民法总则》一直将公平原则与诚信原则并列,且有分工,特别是《合同法》和《民法总则》把“合理确定各方的权利和义务”的重任交给了公平原则,而非诚信原则。这样,似可说公平原则而非诚信原则如同“帝王条项,君临法域”。这也是《民法总则》及《合同法》的一例制度创新,决定了法律人不宜甚至不得沿袭传统民法关于诚实信用原则的定性和定位,而应展开具有中国特色的解释论。

(4) 尽管如此,诚信原则的地位及功能仍不应被小觑。在法无明文规定的背景下,诚信原则独立或与公平原则一起在个案中经过价值补充,创设民法原则或规则。在民法史上,禁止权利滥用原则、权利失效制度都是借助于诚实信用原则确立的。^[3]《民法总则》虽然确立了禁止权利滥用原则(第132条),但未规定权利失效制度,可实务中却有若干起案件需要依权利失效规则驳回排除妨害请求权、恢复原状请求权的请求,因其长期间没有行使此类权利,后来主张会带来极不适当的结果,有违诚信原则。因此,在中国现行法尚未就权利失效设置明文的背景下,诚信原则在确立权利失效制度上可以发挥不可替代的作用。

接下来不得不回答诚信原则是否为请求权基础的问题。诚信原则作为有待价值补充的条款,裁判者将之运用于个案的操作,一种学说认为属于法律解释。^[4]既然是法律解释,解释另外的法律条文,与该另外的法律条文一起作为解决纠纷的法律依据,这就很明显,诚信原则本身不是请求权基础,至多构成请求权基础的一部分。当然,也有学说主张裁判者将诚信原则适用于个案的操作属于法律漏洞的填补,^[5]即使如此,也是经过填补法律漏洞而形成法律规范,该法律规范才是请求权基础。如此说来,诚信原则不是请求权基础。

(5)《民法总则》第5条使用的术语是“自愿原则”,且将其含义界定在“民事主体从事民事活动”,“按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”,这与社会主义核心价值观中的自由至少在字面上不完全一致。如果从宽解释,则不妨略去二者的差异,强调它们的共性。如果严格解析,则二者存在不同。江平教授认为,自愿原则,重在反映当事人内心的意愿,强调的是,当事人自己发动订立、变更、终止合同,以及追究相对人的违约责任,至于这种意愿、自己发动受不受限制,受何种限制,并非自愿原则的应有之义。与此不同,自由,则不仅在说当事人的意思要发生一定的法律效果,法律应尽可能地按照当事人的效果意思赋予法律效果,而且具有国家、法律给民事主体的行为划定了一定的四至范

[3] [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(第33版),张艳译,杨大可校,中国人民大学出版社2012年版,第407页;王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第156-162页。

[4] 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第204-205页。

[5] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第139-140页;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第205页。

围之义。^{〔6〕} 据此衡量,自愿原则构成自由的一部分。在本文的语境中,无论是从宽还是严格解释,《民法总则》第5条规定的自愿原则都是对社会主义核心价值观中自由价值的落实和体现。

在民法的解释和适用上,都需要回答自愿原则是否为请求权基础的问题。自愿原则在构成要件方面不特别清晰,其法律后果更是因法律制度及规则的不同而有变化,故其自身不是请求权基础。但是,在有的案件中,由于当事人的约定非常独特,在法律条文方面除了自愿原则别无条文可援引,于此场合何为请求权基础?一说是当事人的约定本身。这可取与否,亟待研究。^{〔7〕}

(6)社会主义核心价值观中的和谐价值,也是民法尽力追求的目标。一部优秀的民法典,应当是体系符合逻辑,内部自洽,各项制度及规则相互衔接、配合,一句话,必须和谐。不然,特别是规则之间相互抵触、矛盾之类的不和谐,就为法律的解释和适用带来了不小的困难,甚至回天乏力。不容否认,《民法总则》设计的制度及规则不乏和谐的例证。例如,《民法总则》第18条至第22条规定的完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力,这三种制度的衔接是和谐的,没有矛盾和抵触。再如,《民法总则》第161条以下规定的代理、第171条规定的狭义的无权代理、第172条规定的表见代理之间的衔接也是和谐的。

延伸至更广的视野来看,《物权法》在许多制度及规则方面也体现和贯彻和谐的立法要求。在笔者看来,和谐原则要求各类物权之间协调一致。每种定限物权要么不并存于同一个标的物上,即使并存于同一标的物上,也基于一定的规则确定出效力顺序,使得每种定限物权的行使有序进行,同样呈现出和谐性。此其一。和谐原则要求物权从产生、变更、消灭都有明确的界限和变动要件,且各种变动之间都必须衔接配合得当。只有法律设置出适当的物权变动模式及其相应的公示方法,才可以达到此类目的。此其二。和谐原则要求物权人与义务人之间的关系清楚明确。物权的存在及其变动必须有相应的表彰形式,使义务人知晓物权的质与量,清楚自己如何作为或不作为,免受不测之损害。法律确立物权的公示原则及其相应的方法,就能起到这些作用。^{〔8〕}

(7)社会主义核心价值观中的敬业价值,在民法上可以表现得丰富多彩,过失制度、善良管理人的注意、管理自己事务的注意、尽职调查应属敬业的题中应有之义。《民法总则》在这方面有得有失。其得,如《民法总则》第169条规定的转委托;其失,如《民法总则》第61条第3款、第65条、第176条第2款等条款规定的“不得对抗善意相对人”。这非三言两语所能尽述,笔者将另著专文加以探讨,此处不赘。

(8)社会主义核心价值观中的友善价值,在《民法总则》第184条关于“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任”的规定中体现得十分突出。它超越了传统的无因管理制度,极大地减轻了实施紧急救助者的注意义务及法律责任,会促使人们见义勇为、危难相助。

当然,立法者创设相应的民法制度及规则,以鼓励人们见义勇为、危难相助,达到了炽热的程度,扔掉了防范措施,不设消极要件,不利于减少乃至避免假借危难相助之名实则侵害被救助者的身体权、健康权的侵权行为。在笔者看来,按照《民法总则》的立法目的甚至第184条的规范意旨,外形上是危难相助,但行为人主观上故意侵害被救助者的身体权、健康权,或者在施救过程中给被救助者造成损害,存在着重大过失的,行为人应当承担损害赔偿赔偿责任。如果觉得这样设计在鼓励人们危难相助

〔6〕 崔建远:《关于制定〈民法总则〉的建议》,载《财经法学》2015年第4期。

〔7〕 参见崔建远:《论民法原则与民法规则之间的关系》,载《江汉论坛》2014年第2期。

〔8〕 详细阐释,参见崔建远:《物权:规范与学说》(上册),清华大学出版社2011年版,第11页以下。

方面仍然力度不够,那么最多再增加客观要件——给被救助者造成较大损害。在解释论层面,承认《民法总则》第184条存在法律漏洞,即欠缺但书,允许裁判者在解决个案适用该条时承认例外——实施救助者故意或重大过失地给被救助者造成损害且较为严重的,应当承担赔偿责任。从立法论的角度,在编纂《民法典》时修正《民法总则》第184条,形成“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任,但有故意或者重大过失的除外”的条文。

(9)将社会主义核心价值观放在《民法总则》第1条,而非第133条,避免将其误解为请求权基础。《中华人民共和国民法总则(草案)》(三次审议稿)将社会主义核心价值观的内容规定在第133条,这容易使人觉得它们是请求权规范基础。但是,从构成要件方面观察,它们基本上没有明晰的构成要件;从法律效果方面衡量,它们产生何种法律效果?也难有确切的答案。例如,民事法律行为违背公正的价值,有的是无效,有的是可撤销,有的可能不影响民事法律行为的效力;有时成立民事责任,有时不成立民事责任。这就是说,它们不是请求权规范基础。

即使是其中的公正、诚信,如同上文所述,它们作为民法的基本原则也是属于有待价值补充的一般条款。立法者设置它们只是为裁判者指出一个方向,引导其朝着这个方向去进行裁判。至于在这个方向上裁判者到底可以走多远,则让裁判者自己去判断。^[9]由此可见,这些核心价值,或曰民法上的一般条款,不会单独地成为请求权规范基础。

(10)《民法总则》作为基本法律直接规定“弘扬社会主义核心价值观”,开创了制定法模式的先河,独具中国特色。这更彰显了社会主义的特性,使百姓大众易于了解、把握民法的精神和目标追求,同时成为法律人解释民法规定时思维活动的四至范围,以及裁判追求的目标。

二、以浓厚的时代气息立于21世纪世界民法之林

(1)《民法总则》乃至《民法典》不宜留恋于以往时代的风车水磨的归属和利用,即使是对十分重要且稀缺的土地,在整个民法的层面也不宜沿袭土地中心主义,不宜再囿于物权法几乎就是土地法的理念及模式,而应面向21世纪的新事物、新问题,设置相应的民法制度及规则。

在简单商品经济时代和自由竞争的资本主义阶段,土地等不动产、动产在生产、生活中处于基础性的、巨大的作用,物权法相较于其他法律制度居于基础性的、前提性的地位,发挥着其他法律制度无法取代的巨大作用。

在金融经济时代,债权具有甚至超越物权的优越地位,动产甚至不动产都可以债权化,流通性加速,^[10]增值呈几何级数般地跃升,各种金融衍生产品带来了巨大的财富。

如今,一种知识,一个“点子”,一套新的交易方式,都会产生难以估量的财富。例如,网购模式,借助于合同交易形式,配合雇佣及交通运输,方便了客户,为商家赢得了令人难以置信的财富。再如,手机扫码租用自行车,迅猛普及,同样是用者方便,商家赢利无数。

所有这些,牵涉债权、知识产权、人格权甚至物权,都离不开民法的规制和保护。大致说来算是遵循“提取公因式”地抽取、升华《民法典》各分编的规则而形成的《民法总则》内在地需要反映这些制度及规则,自然地反映了21世纪的新事物和新要求。

[9] 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第293页。

[10] [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,谢怀栻校,中国大百科全书出版社1999年版,第6页以下。

(2) 社会及经济发展到今天,迫使人们不得不面对、思考和解决日益恶化的自然生态环境问题。残酷的现实证明,“人类高于自然”哲学,即极端的“人类中心主义”(anthropocentrism)哲学,弊端明显,不合时宜。因为于其眼中,自然本身的内在价值无足轻重,其重要性体现在它为人类生命维持系统提供了生物圈,同时能够满足人类美学满足感以及其他要求。因此,在地球上,人类处于中心地位。人类中心主义观点隐含于所有法律体系当中,它暗示我们的存在是为了管理(to manage)地球和为了自身的利益开发利用自然资源。^[11] 这表现在自然资源物权领域,就是所有权绝对,准物权的义务性弱化,将伤害动植物作为财产损害的类型准予赔偿,甚至于不予救济,而拒绝将其作为被侵害的主体来对待,等等。所有这些,其结果不但破坏了自然环境,而且往往直接害及人类自身。所幸的是,这些情况已经在现代民法上得到了不同程度的修正,所有权的社会化就是例证之一。^[12] 走上了另一极端的“生态革命派”,尤其是生态极端分子的“生态伦理派”,也不可取。因为这种不食人间烟火的哲学认为,植物、动物甚至岩石,乃至整个自然界都有生存权利。其出发点是生态系统内各要素的性质、极限、需要和权利。其中有些人将环境管理目标定为把环境恢复到它“自然的”状态。迄今为止的人类社会制度及其运作显然与之相悖,因而必须进行社会的整体变革,创造出让人类作为整体生态系统的一部分生存于自然限制内的生活方式。把自然需求放在首位。^[13] 人不仅对人负有直接的道德义务,对自然物也负有直接的道德义务,并且后一种义务并不是前一种义务的间接表现。^[14] 笔者感悟到,如果无条件地赋予动物、植物乃至岩石等无生物以生存权,就意味着它们和人同样地享有权利能力,具有法律人格。如此,人之于它们,不再表现为主体对客体的支配,而是主体与主体之间的关系,在民法的视野里,就是平等主体之间的法律关系。一旦奉行这样的原则,就会出现如下局面:因为土地资源及矿产资源、水资源、水生动植物、野生动物不再是人所作用的客体,而是与人平等的主体,于是,土地物权、矿业权、取水权、渔业权、狩猎权便因无作用对象而不复存在,走向死亡,自然资源物权制度从法律体系中消失无踪。依此原则,人基于自己一方的意思而收割农作物、采集药材,人出于自己的需要而捕获动物,人因居住和通行的必需而移动岩石等无生物,均应被禁止,除非动植物表示同意,岩石等无生物不予反对。如此一来,现行民法关于意思表示和法律行为的制度及其理论便难以适用到动植物和无生物,面临危机,只好重构;重构恐怕也无济于事,必须彻底摧毁,创造一个远远超出先人憧憬的“天人合一”思想的崭新法律。极而言之,也许人类自己无权再进食,连露宿旷野都会侵害土地乃至草木的利益,升入天国应否先得空气的同意?如果是这样,可真是人将不人,民法不再了。遥远的未来届时自有相应的规范出现,忧天倾的人们仍在衣食住行,时下之人乃至下一代恐怕必须作为主体支配无生物、植物乃至动物,甚至“残忍地”吃掉它们,除非愿意并且能够做到不食人间烟火,只不过人类必须克己以求可持续发展,尽可能地尊重自然、维护生态系统罢了。如此,主体支配客体、主体之间等价交换等民法规则就须臾不可离开,民法这部“生活的百科全书”^[15] 依旧会引导着人们的日常常

[11] [南非]彦·格拉扎斯基:《对自然的态度:一个变化中的全球伦理? 亦为南非环境法学者的思考》,付璐译,李广兵、王曦校,载王曦主编:《国际环境法与比较环境法评论》(第2卷),法律出版社2005年版,第279页。

[12] 崔建远:《准物权研究》,法律出版社2012年版,第7页。

[13] [英]朱迪·丽丝:《自然资源:分配、经济学与政策》,蔡运龙、杨友孝、秦建新等译,蔡运龙校,商务印书馆2002年版,第341、353-354页。

[14] 参见杨通进:《人类中心论:辩护与诘难》,载《铁道师院学报》1999年第5期。转引自韩东屏:《非人类中心主义环境伦理是否可行?》,载《浙江社会科学》2001年第1期。

[15] 邱本、崔建远:《论私法制度与社会发展》,载《天津社会科学》1995年第3期(总第83期),1995年5月,第52页。

行。历史将按照它自己的方式摸索着前进。^[16]当然,在侵权责任法等领域需要适当地承认某些动物享有特殊权益,例如,某些动植物享有获得生存条件的权利、享有损害赔偿请求权等,作为对绝对的“人类中心主义”的修正,这才是比较现实的选择。^[17]

《民法总则》没有偏向任何一个极端,而是奉行中庸之道,明智地确定绿色发展,“天人合一”。《民法总则》第9条规定:“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。”这在形而下的层面有利于经济的发展、生态的改善,也可满足生活的需求;在形而上的高空符合祖先“天人合一”的理念;在方针政策的角度与“科学发展观”相一致。再将视野扩展至法政治学领域,那就是将环境权纳入人权的体系之中,承认生存权、发展权、环境权的发展阶段。一句话,《民法总则》第9条值得肯定并赞扬!

(3)《民法总则》第111条关于自然人的个人信息受法律保护的规定,同样是在基本法律的位阶宣示保护自然人的个人信息,具有创造性,这值得支持,道理如下:

其一,从个人信息的最初拥有者一侧看:①个人信息可以转换成财产,甚至是数额不菲的财产,但因他人非法收集、使用、加工、传输、买卖、公开,这类财产即不翼而飞。这是有违社会正义的。②他人不法利用个人信息,不时地骚扰甚至诈骗,个人的生活安宁被搅乱。③他人不法利用个人信息,个人的名誉、荣誉可能会遭受贬损。④《民法总则》第111条的规定,在正面(肯定和保护的一面),基本上看不出构成要件,至少其构成要件不是全面列举的,法律效果必须借助于其他制度及规则,才有可能确定下来;在禁止的一面,虽然构成要件清晰了些,但仍不完整,其法律效果依然需要借助于《侵权责任法》或不当得利法等制度及规则予以确定。这决定了《民法总则》第111条极富弹性,属于指引性规定,也是“法源性”的规定。

从另外的角度看待,《民法总则》第111条的模式具有优点:①首先在宣示个人信息的价值、法律的正面态度;②对个人信息的法律构成、法律效果是否了然于心,不踏实、叫不准但又确信其重要且法律应予保护的背景下,先作个“法源性”的规定,为其后的法律、法规、规章对此详细规定提供法律依据,为学说、判决的发展提供法律前提。笔者从以往参与地方立法草案的研讨、论证经历感受到:上位法缺位时,地方立法基本上不敢规定,担忧被指僭越立法权限,尽管实务中的问题很突出,亟待法律、法规、规章设置解决方案。《民法总则》设置第111条这个“法源性”的规定之后,随着社会的发展,学说的深入,判决的创造,法律人特别是立法机关总结、概括出一套适当的保护和规制自然人的个人信息的法律规则时,即使全国人民代表大会及其常务委员会来不及制定法律,因有《民法总则》第111条这个上位法,国务院就可以据此适时地颁行相关的行政法规,其部委可以据此灵活地出台相关的部门规章,或者地方人民代表大会及其常务委员会据此制定相关的地方法规或地方政府据此出台相关的地方规章,以满足社会实际生活的需要。

所谓《民法总则》第111条属于指引性规定,是指就自然人的个人信息的法律地位、权利属性、行使方式和保护手段以及遭受侵害时的法律后果,由此条可以导向明确构成要件和法律效果的其他法律规范之处,可使享有个人信息的自然人的相关权益落到实处。

[16] E. Man Borgese, *Expanding the Common Heritage*, in *Global Planning and Resources Management* 193 (A. J. Dolman ed., Pergamon 1980). 转引自[英]朱迪·丽丝:《自然资源:分配、经济学与政策》,蔡运龙、杨友孝、秦建新等译,蔡运龙校,商务印书馆2002年版,第564页。

[17] 崔建远:《准物权研究》,法律出版社2012年版,第10页。

其二,从取得、利用他人个人信息的当事人一侧看:有关公司等主体通过合法渠道、途径,运用合法手段取得他人的个人信息,并加以适当利用,既可以为公益作出贡献,也可以从事商业运作;既便利有关当事人,也可使自己获得经济利益。例如,某大数据公司利用汇集起来的他人的有关信息,在“他人”中的某个或某些人融资贷款时,向银行提供该人的信用状况信息,银行可从中知晓借款人将来还本付息的能力,从而决定放款与否。银行根据这些信息推断该人能够还本付息时,便可放款且不要求其提供抵押、质押等传统的担保手段,可大大降低成本。向放贷银行提供信息的公司从所放贷款中提取一定数额的费用,如此长期以往即可获得可观的盈利。

总之,《民法总则》第111条的规定可使参与主体各方共赢,社会利益也就“水涨船高”。

需要指出,《民法总则》第111条保护的个人信息被限于自然人的,公司等组织的个人信息呢?法条未予言明。笔者初步认为,自然人享有个人信息,公司等法人同样享有个人信息,非法人组织也不例外。在个人信息应予保护这点上,似不存在质的差异。自然人的个人信息与公司等组织的个人信息在应受法律保护这个法律评价层面,具有类似性,在现行法的解释和适用上,对于公司等组织的个人信息的法律保护应类推适用《民法总则》第111条的规定。站在立法论的立场,编纂《民法典》时应明文规定公司等组织的个人信息受法律保护。

(4)《民法总则》第127条的规定,饶有趣味,可圈可点。网络虚拟财产可否为民法上的财产,尚有争论;即使选取肯定说,也有个为网络虚拟财产配置何种民事权利的斟酌。本着既要反映时代特征,又须稳妥把握的指导思想,《民法总则》第127条使用了这样的措词:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”这属于管道式的条款,指引性的规定,而且为未来设计全面而完善的、具有可操作性的规则预留了空间。该条规定可以应付两种结论:在今后的社会发展表明不宜承认网络虚拟财产作为财产权的标的物的情况下,学说、判决也逐渐地得出这样的结论时,未来出台的法律、法规、规章就不为网络虚拟财产配置民事权利,在这个意义上说,《民法总则》第127条的规定也没有错;在今后的社会发展表明应当承认网络虚拟财产作为财产权的标的物的情况下,学说、判决也逐渐地得出这样的结论时,未来颁行的法律、法规、规章就为网络虚拟财产配置民事权利,面对这种局面,《民法总则》第127条的规定正好派上用场。此其一。从更为积极的理念、方向着眼,《民法总则》第127条作为“法源性”的规定,待网络虚拟财产的法律属性、法律关系显现得更为清晰,法律人对其认识更为彻底、准确时,立法机关着手这方面的立法,该条就提供了基本法律层面的依据,上位法的依据。此其二。《民法总则》设置第127条,宣示了基本法律对于网络虚拟财产的基本态度,自积极的取向而言,它透露出立法者倾向于肯定网络虚拟财产为民法规制的对象,只是为其配置财产权还是人格权抑或是兼而有之,以及法律保护多大范围的网络虚拟财产,仍在继续思考、探讨的过程之中,不宜匆忙定论;从保守的角度描述,该条至少表明了立法者没有对网络虚拟财产视而不见,更不是采取彻底否定的立场。此其三。

(5)其实,新事物在新时代里不断出现,新理念新法律关系不时“冒出”,如冷冻胚胎及其法律调整等,也都需要法律规范。只是对其有待观察和研究,《民法总则》没有草率规定。这也表明,法律观察、法律研究、法律发展一直在路上。法律人没有歇脚的理由。

三、关注并解决中国问题

(1)基本立场、理念:①是照抄照搬,还是立足于中国实际?这是编纂《民法典》立于何种立场、遵

循哪条路线的原则性问题。不容置疑,编纂《民法典》必须充满中国意识,立足于中国实际,解决中国问题。^②是墨守成规,还是力求创新?答案肯定是后者。当然,创新须得科学,既要反映中国社会及经济发展的本质要求,又须遵循法律自身的发展规律,符合民法的技术标准。

(2)其实,中国现行法的创新不乏其例。例如,《民法通则》第134条开创的、《侵权责任法》第15条承继的民事责任体系,《侵权责任法》第86条规定的建筑物、构筑物倒塌致害的连带责任,《侵权责任法》第87条规定的高空抛物的损害分担,等等。

(3)《民法总则》第184条关于实施紧急救助行为者不承担民事责任的规定,因中国实际问题而出,为解决中国问题而设,是民事立法立足于中国现实、中国问题意识浓厚的典型例证之一。

自罗马法以来,解决危难相助、见义勇为之类的问题,民法大多采取无因管理制度应对,不过,东罗马帝国查士丁尼法典把要求偿还“无因管理”费用看作是不当得利的倾向加强了;继承罗马法的早期德国法,经过17世纪到18世纪,确立了不当得利的一般原则,认为“请求返还诉权”和“无因管理”是不当得利原则的具体表现。但是,在19世纪末期的德国普通法中,不是从得利的观点出发,而是从“无因管理”和“管理的有益性”的理念出发,把“无因管理”作为单独的制度重新建立起来,“所得利益诉权”的适用范围也被限制在无因管理的范围上。^[18]如今,德国法系都是将无因管理和不当得利并列,中国现行法也是如此(《民法通则》第92条、第93条,《民法总则》第118条第2款、第121条、第122条)。

不难发现,传统的无因管理制度,对于管理人的注意义务要求较高:①管理事务的承担(开始管理事务的行为),符合本人的管理要求和社会常识,管理人只是在管理事务的实施(管理事务承担后,关于管理事务所采取的措施及方法)上不当,大陆法系及其理论认为,管理人应负过失责任。②管理人虽有管理意思,但其管理事务的承担违反本人真实或可得推知的意思,且管理人应当辨认出这一情况的,即使管理人自己无其他过失,也有义务赔偿因事务管理而发生的损害(《德国民法典》第678条)。^[19]③紧急管理,即为免除本人的生命、身体或财产上的急迫危险而为事务管理,除有恶意或重大过失的以外,管理人不负赔偿责任(《德国民法典》第680条,中国台湾地区“民法”第175条)。^[20]

《民法总则》第184条适用的情形,不应为上个自然段中“①”和“②”,因为这两种情形都是管理人只要具有一般过失就要承担责任,而紧急救助时难免出现一般过失;与上个自然段中“③”也不完全重合,“为免除本人的生命、身体或财产上的急迫危险而为事务管理”固然属于《民法总则》第184条适用的范围,就是救助躺倒在地而无生命危险的老幼病残,以及其他需要救助的情形,也在该条的管辖之中。

《民法总则》第184条之所以适用于“救助躺倒在地而无生命危险的老幼病残,以及其他需要救助的情形”,不同于境外的立法例,还是针对中国现实,特别是南京“彭宇案”之后,出现了若干不敢或怠于救助的实例,民法对扭转这种不合道德伦理的反常现象负有义不容辞的责任,在设置无因管理制度的同时,再以此为基础前进一步,《民法总则》第184条应运而生。

诚然,如同上文所述,这个步子迈得大了些,完全不设主观要件,这不利于杜绝、惩治假借救助实

[18] [日]日本平凡社:《世界大百科事典》第26卷,第532-533页。载上海社会科学院法学研究所编译:《国外法学知识译丛·民法》,知识出版社1981年版,第213-214页。

[19] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢谟译,法律出版社2007年版,第549-550页;王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第2册),北京大学出版社2009年版,第61-62页。

[20] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第2册),北京大学出版社2009年版,第61-62页。

则侵权的现象。编纂《民法典》时对此应予以注意并加以完善。

(4) 侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,适用《民法总则》第 110 条关于“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利”的规定,以及《侵权责任法》第 2 条第 1 款关于“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”的规定,就足以解决问题,并不缺乏法律依据,单就这点来说《民法总则》似无必要再设第 185 条关于“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任”的规定。这种质疑和思维不可说错误,但法律人可转换视角,积极看待《民法总则》第 185 条的规定:①在侵害人格权、身份权与法律救济的领域,不必再纠缠于逝者有无人格权、身份权的形式逻辑难题,有了这一条规定,面对不法侵害烈士的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权的案件,裁判者就没有形式逻辑的障碍而支持关于侵权者承担民事责任是诉讼请求。至于享有此类请求权的主体是逝者还是其近亲属抑或某社会组织,只处于法律技术的环节,可以进一步斟酌。②有了这一条,发生损害社会公共利益的侵权行为时,就可以毫无疑问地确定侵权行为人应当承担民事责任。至于追究侵权行为人的侵权责任的途径,是采用公益诉讼的模式,还是由某国家机关代作原告,也只是法律技术层面的问题,可以继续思考。③《民法总则》第 185 条的设置具有针对性,即近些年有些人歪曲党史、军事,捏造故事来抹黑英雄烈士,一波未平一波又起,影响恶劣,贻害无穷。该条旨在警示:此风不可长,此行被否定,此人须负责。④《民法总则》第 185 条并无明示其一排斥其他之意,它只是强调英雄烈士等功臣的姓名、肖像、名誉、荣誉受法律保护,社会公共利益也受法律保护,这些权益不可侵害,并无普通人的姓名、肖像、名誉、荣誉就不受法律保护而可任意侵害之意。

诚然,《民法总则》第 185 条存在着可进一步完善的空间。例如,“英雄烈士”的表述不太合适,不如改为“英雄、烈士”,因为“英雄”也有健在的。再如,“英雄烈士等的”措词在语法的层面可以更完美些,直接而明确地点出与英雄、烈士临近的属概念,如采取“英雄、烈士等功臣”的表述。

(5)《民法总则》第 191 条规定:“未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间,自受害人年满十八周岁之日起计算。”这充分体现了充分保护未成年人的理念,免去了未成年人于受侵害时不敢或不懂寻求法律保护的可能,留给未成年人较为充裕的时间供其寻求法律救济。其立法目的可谓用心良苦,其立法技术也无可厚非。

对此表述提出改进意见者主要担心,基本法律中突兀地出现“遭受性侵害”可能引起外界的误读和猜疑,误以为此类侵权在中国较为普遍。这些专家、学者建议,将“遭受性侵害”改为“身体权受到侵害”或“身体权、健康权受到侵害”或其他表述,就既可避免上述误解,又扩大了侵权责任法保护未成年人权益的范围,何乐而不为?

(6)《民法总则》第 196 条第 2 项明确“不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产”“不适用诉讼时效的规定”,这在中国立法上尚属首次,也不同于德国民法、日本民法和我国台湾地区“民法”关于物权之于消灭时效的体制。

该条项的意义不容轻视:①诉讼时效制度更加完善;②可以消除学说、判决在诉讼时效制度是否适用物权、知识产权的客体以及物的返还请求权方面的争论;③在中国现行法尚未承认取得时效的背景下,诉讼时效制度适用的范围不宜过宽,不然,在物权、知识产权等领域会出现物权人、知识产权人一侧因诉讼时效完成而无法行使其物权或知识产权等实体权利,而在援用诉讼时效完成抗辩的一侧却取得不了物权、知识产权等系争权利,人为地造成权利关系及法律秩序不稳定的局面。

四、民事主体类型空前丰富,固有的民事主体理论被突破

(1)《民法总则》第101条第1款关于“居民委员会、村民委员会具有基层群众性自治组织法人资格,可以从事为履行职能所需要的民事活动”的规定,具有里程碑式的意义,它首次明确了居民委员会、村民委员会的法律地位。这既便于这些基层群众性自治组织开展工作,又意味着明确了这些基层群众性自治组织以自己的名义参与民法活动时承受民事权利、民事义务和民事责任,还暗示着国家机关对其管理应当采取何种规程。

(2)将《民法总则》第99条第1款关于“农村集体经济组织依法取得法人资格”的规定,与第102条第2款关于“非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等”的规定联系起来解读,可以得出这样的结论:农村集体经济组织作为民事主体,存在着两种类型:一种是法人,农村体制改革之前的生产大队在现行体制下即为法人;另一种是非法人组织,如村民小组。两类形式的主体,其责任承担方式不同。

(3)众多国家和地区的立法,鲜有将一个一个个的国家机关作为公法人对待的,尽管国家设有众多的行政机关,但此类法人在全国只有一个。我们经常看到“某某诉美国”的判例。与此不同,从《民法通则》(第50条第1款)到《民法总则》(第97条等)都是将每一个国家机关作为一个公法人。这种体制有其特点:①不必每件行政诉讼,都把中华人民共和国当成被告、国家主席作为法定代表人出庭参与庭审。在行政诉讼的数量呈上升趋势的背景下,《民法通则》和《民法总则》的模式避免了中华人民共和国屡屡成为被告的现象。②一个具体的国家机关作为一个法人,而非全国只有中华人民共和国一个公法人,在国家赔偿的案件中,不应牵涉国库财产,不应查封国库财产。③在不少国家和地区的立法例上,一个公法人的制度难有破产制度的适用。中国现行法尚无公法人破产制度的表态,应当借鉴有些国家和地区的立法及学说,公法人不适用破产制度。

(4)《民法总则》第92条第2款:“依法设立的宗教活动场所,具备法人条件的,可以申请法人登记,取得捐助法人资格。法律、行政法规对宗教活动场所所有规定的,依照其规定。”这在中国法上首创宗教法人制度,以规范庞大而复杂的寺庙等宗教组织的财产关系,这是必要的。该条款来之不易,非常值得鼓与呼!

当然,并非所有的宗教活动场所(组织)都具备法人成立的条件,故在解释《民法总则》第92条第2款时,应当认为该条款只是列举其中之一,并不涵盖所有的宗教活动场所(组织),不符合法人成立条件的宗教活动场所(组织)是分法人组织,应当适用《民法总则》第102条以下的规定。此其一。宗教活动场所(组织)成为法人,其类型宜视具体情形而定,一律作为捐助法人,有些简单化。此其二。

(5)《民法总则》第102条第1款规定:“非法人组织是不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。”据此规定,中国现行法承认了自然人、法人和非法人组织三种民事主体,具有里程碑式的意义:①《民法总则》第102条以下设计的非法人组织作为第三民事主体,也是立足于中国现实、中国问题意识浓厚在法律上的反映。中国的现实生活是大量的非法人组织在以自己的名义从事市场活动,以自己的名义签订合同,且不要说银行系统基本上是银行分行、支行在以自己的名义签订储蓄合同、借款合同等,就是普通的市场交易领域,非法人组织以其名义签订合同者也比比皆是,如某工程部与发包人签订《某某建设工程施工合同》。处理此类案件,囿于传统的理论,否认这些非法人组织的缔约主体资格,拒绝承认相应的合同的法律效力,不符合鼓励交易原则,有违效率原则。

《民法总则》承认非法人组织为第三民事主体,特别有助于合理地解决此类问题。②《民法总则》第12条以下的规定有利于市场主体可以灵活机动地从事交易,使众多的合同不因非法人组织签订而无效。这符合鼓励交易原则,体现了重视效率的精神。③至于对相对人乃是第三人权益的保护,《民法总则》设有系列相应的规定,例如,第104条规定:“非法人组织的财产不足以清偿债务的,其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的,依照其规定。”第74条第2款规定:法人的“分支机构以自己的名义从事民事活动,产生的民事责任由法人承担;也可以先以该分支机构管理的财产承担,不足以承担的,由法人承担。”就是说,承认非法人组织为第三民事主体,不损害交易安全。④《民法总则》第108条规定:“非法人组织除适用本章规定外,参照适用本法第三章第一节的有关规定。”由此决定,非法人组织在不少方面接近法人制度的效果。⑤《民法总则》第102条以下的规定,突破了传统的民事主体资格理论(法律人格者必有其意思、独立财产、承担独立的财产责任),这倒逼法律人重塑主体资格学说。^[21]

(6)《民法总则》第102条第2款关于“非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等”的规定,既积极又保守。积极者,明确了独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构为非法人组织,有权以自己名义参与民事法律关系;保守者,对于其他类型的非法人组织且应为第三主体的,立法者内心不踏实,便未予明确。

该条款留给了这样的空间和重任:解释法律之人需要根据个案确定其他组织是否属于非法人组织。

基于对实务的了解和理论上的认识,笔者认为,《民法总则》第102条第2款中所谓“等”,应包括村民小组、某某项目工程部、法人的分支机构、农村承包经营户、个体工商户、业主委员会(不少专家、学者呼吁承认为法人,但其责任财产是个问题),不具备法人条件的寺庙等宗教组织(《民法总则》第92条第2款后段暗含着这层意思。)

至于银行的分行、支行,虽然符合非法人组织的规格,但在笔者看来,其办理储蓄、放贷等业务,推定为法人的行为,可能更好。

五、彰显人文关怀,体现国家性质,政府机关勇于担当

《民法总则》第32条关于“没有依法具有监护资格的人的,监护人由民政部门担任,也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任”的规定,也是首创在特定情况下民政部门被首选为监护人的规则,切合中国现实,彰显人文关怀,体现国家性质,要求国家机关担当。笔者对此同样鼓与呼!基于在这个问题上,笔者的阐释和建议不如他人的真知灼见,干脆直接引用:

“与作为基层群众自治组织的村委会、居委会相比,民政部门作为未成年人的监护人优势明显。村(居)委会虽然对孩子家庭情况更为熟悉,但是缺乏履行监护职责的人力、财力、物力,而民政部门可以通过诉讼的方式剥夺原来的监护权,同时民政部门下设相应的社会福利机构,如此一来,民政部门既有权启动相关法律程序,又具备后续安置接纳孩子的条件,是天然的代表国家履行监护责任的主体。”^[22]

[21] 关于突破传统的民事主体理论的详细阐释,参见崔建远:《关于制定〈民法总则〉的建议》,载《财经法学》2015年第4期。

[22] 《让民政部门当监护人 好主意需要细安排》,资料来源:新浪司法, <http://news.sina.com.cn/sf/news/2016-12-21/doc-ifxytqaw0182200.shtml>, 2017年3月14日最后访问。

“根据法律规定,监护人的职责是对未成年人等进行全方位的保护管理,既要提供生活上的基本需求,保障被监护人的正常生活,又要保障他们的受教育权,保护他们身心健康发展,预防和避免走上违法犯罪的道路。说实话,在如此重视孩子教育的当下,家庭监护有时候尚且会感到力不从心,更何况民政部门社会福利机构还要面对那么多的孩子。作为国家机关的民政部门,履行监护人的职责,与普通父母还是应该有所区别,应该进一步明确民政部门履行监护职责的标准。”^[23]

“在已经开展的撤销监护权案件中,有的地方民政部门为了给孩子提供更好的生活环境,与当地有爱心的家庭签订了寄养合同,将孩子寄养在普通家庭中。应当说,这是一条遵循家庭本位、最大限度地保护孩子切身利益的探索性做法,毕竟,相比生活在社会福利机构中的孩子,在寄养家庭中的孩子能够得到更多的关爱和温暖,像其他孩子一样在家庭的呵护下健康成长,将来也能更好地融入社会。但问题是,家庭寄养不同于普通的民事行为,如何选择寄养家庭、寄养家庭和民政部门之间的责任如何分配、民政部门如何履行对寄养家庭的监督管理职责等问题,应纳入到配套的实施细则中来。”^[24]

On the System Innovation and Historical Significance of General Provisions of the Civil Law

Cui Jianyuan

Abstract: The core socialist value is not provided as a general principle of General Provisions of the Civil Law and its constituent elements, and legal effects are vague, so it is not an independent norm of decision. However, the core socialist value is the objective and task of General Provisions of the Civil Law and even the Civil Code. This does not prevent some core values, e. g. equality, freedom, justice and honesty, as the general principle of civil law. The provisions of personal information, data and network virtual property in General Principles of the Civil Law are directive and “legal source” clauses and lead to the task of stipulating specific rules. This regulation advances with the times and could meet the actual requirements basically. Some provisions in General Provisions of the Civil Law are based on China’s reality and praiseworthy, for example, recognizing a venue for holding religious activities as the special legal person, regarding unincorporated organizations as the third civil subject, stipulating the special system of emergency assistance, civil affairs department shall act as the preferred guardian under special circumstances, and so on.

Keywords: General Provisions of the Civil Law; core values; general principle; green development; special legal persons; unincorporated organizations; civil affairs department

(责任编辑:丁洁琳)

[23] 《让民政部门当监护人 好主意需要细安排》,资料来源:新浪司法, <http://news.sina.com.cn/sl/news/2016-12-21/doc-ifxytqaw0182200.shtml>, 2017年3月14日最后访问。

[24] 《让民政部门当监护人 好主意需要细安排》,资料来源:新浪司法, <http://news.sina.com.cn/sl/news/2016-12-21/doc-ifxytqaw0182200.shtml>, 2017年3月14日最后访问。

网络虚拟人格保护的困境与前路

李佳伦*

摘要:我国《民法总则》首次确立了数据和虚拟财产的客体地位,但网络虚拟人格的固有部分保护容易被忽略。在个人网店的名誉被侵害的情况下,通常只能主张经营者个人的名誉权受到了侵害。至于游戏人物的虚拟人格的名誉以及操作游戏的自然人的名誉,在特定的能够识别并将二者联系起来的群体中,可看作是重合的;在其他情况下,二者被视为不同客体,也就是说,对于上述名誉的侵害,视为一个侵权行为侵害了不同的客体。网络虚拟人格的保护方式有二种:一是把虚拟人格归为虚拟财产,从而使虚拟人格被自然人人格吸收,这也是目前《民法总则》体现的保护方法;二是承认虚拟人格的准人格性,让虚拟人格和自然人人格一定程度分离,在虚拟人格商业化过程中弱化其人格属性。

关键词:网络虚拟人格 名誉权 虚拟财产 准人格

一、网络虚拟人格保护的困境

(一)将个人网店视作个体工商户的理据及问题

1. 个人网店的属性

网店是自然人、法人或非法人组织以营利为目的,经相关网络服务提供者审查认可,在虚拟平台上设立的用于销售商品或提供服务的店铺。^{〔1〕}有学者从表现形式上将网店分为三种:一是自然人用户在专门的网络交易平台上注册并经营的网店,二是在非网络交易服务平台上开设的独立网店,三是作为实体店铺在网络上的延伸的网店。^{〔2〕}从是否进行过工商登记的角度可以分为两种:一是依法进行工商登记的网店,例如营利法人网店、依法登记的个体工商户网店等;二是未经工商登记的网店,未经工商登记的个人网店不包括用于进行不以营利为目的、偶发性的商行为的个人网店,例如无偿赠与的个人网店、出让个人闲置物品的个人网店等。

个人网店能否被定性为个体工商户?个人网店通常有三种经营模式:第一,个人网店经过工商登记的,无疑属于个体工商户;第二,个体经营者拥有实体店铺,以此为基础上增加网店或转化成网络经营的,基于实体店铺已经获得了工商登记,在建立和经营网店时,只要网络平台监督其提供的产品和服务质量与实体店一致,不出现与实体店铺的工商登记事项不一致的情形即可;第三,经网络交易平台实名认证而尚

* 北京大学法学院博士后研究人员,法学博士。本文系2016年国家社科基金青年项目“网络空间中的言论自由与法律规制研究”(16CFX014)的阶段性成果。

〔1〕 参见“舒某诉海南天涯在线网络科技有限公司侵害名誉权纠纷案”,上海市黄浦区人民法院(2010)黄民一(民)初字第3802号。

〔2〕 赵晨笑:《个人网店的民事主体定位》,载《山东审判》2016年第3期,第51页。

未进行工商登记的个人网店的属性到底是什么?根据以往的审判,在个人网店名誉受到侵害的情况下,法院通常判定店主不能以网店的名义提起诉讼,其理由是网店不是适格的民事诉讼主体。^{〔3〕}不能将网络交易服务平台的实名认证程序与国家的工商登记手续相等同,通过网络交易服务平台实名认证程序的个人网店性质与合伙企业、法人、个体工商户等依法进行工商登记的网店的性质完全不同,这也是区分网店是否办理工商登记的意义所在。笔者认为,未经依法进行工商登记的个人网店,本质上属于个体工商户。未经工商登记的个人网店在线上进行经营行为是可行的。网络交易服务平台上注册的网店店主在经营活动中,通常会被要求进行个人实名认证,但是该实名认证的门槛较低。^{〔4〕}经网络交易平台实名认证的个人网店虽然不能与工商登记相等同,但至少核对了店主或作为经营主体的自然人身份,使得网店经营者身份的真实性得到确证,这也是网络交易平台审核能力的最大化发挥。按照法教义学的观念,或许会认为未经工商登记的个人网店的的经营行为有瑕疵,但这并不影响个人网店与买家订立的合同效力。个人网店工商登记一直是被鼓励和倡导的,但是很多经营者为了避税和规避潜在责任而迟迟拖延登记的现象大量存在,这也在一定程度上削弱了其经营的影响力和信誉度。归根结底,在市场的作用下,个体网店也应为了提高自身竞争力而尽可能办理工商登记。笔者认为,应当肯定个人网店工商登记的溯及力,这样便于认定个人网店的的经营行为具有持续的正当性。与大量未经工商登记的线下经营行为相比,未经工商登记的线上行为具有店主实名认证,交易时间、方式、资金流处处留痕等优势,无论在经营者诚信程度、证据存留和营业额等方面都更加稳定和透明,可以基本实现网络经营活动的规范性和可追溯性,^{〔5〕}对个人网店经营模式持宽松和包容的态度,符合我国现阶段“十三五”规划促进扶持微小经营、电商扶贫的政策导向。^{〔6〕}从2013年至2017年5月,国务院、国务院办公厅发布了十多个含“网店”相关内容的规范性文件,这些规范性文件基本涵盖了“网店实名制”和“改善创业环境”两方面内容。一方面,完善网店实名制意味着加强网店产品、服务的质量及其责任分担、责任追偿问题的解决,建立网络经营者诚信认证体系,预防和惩罚贩假、虚假经营行为;另一方面,鼓励电商扶贫,包括技术扶贫、人才扶贫等,全面支持电商创业。因此,对经网络交易平台实名认证而尚未进行工商登记的个人网店管理也可比照个体工商户适用法律规则。

首先,根据《民法总则》第二章到第四章中对民事主体制度的层次架构,民事主体分为自然人、法人和非法人组织。个人创设的网店不满足《民法总则》第58条规定的法人应当具有独立名称、机构组织、住所、财产等实体要件,也不满足须经法律、行政法规进行审批等形式要件。因此,个人网店不是法人。我国《民法总则》沿袭了《民法通则》对个体工商户、农村承包经营户作为自然人处理的思路。^{〔7〕}区别在于《民法通则》中的“核准登记”在《民法总则》中被改为“依法登记”。依法登记是备案性质还是行政许可性质?从我国《宪法》第11条“对非公有制经济依法实行监督和管理”的语序中可见“监督”优先于“管理”,没有经过依法登记的自然人商主体本质上还是个体工商户,不会经过登记就发生瞬间实质转变。因此,应当对“登记准入”作适当软化和缓和。将“依法登记”作为个体工商户的构成要件,与民法的自愿原则和保护私权的根本目的相矛盾。我国自改革开放以来,公权力逐渐减少对市场经济的干预,政府、行政机关的公共服务

〔3〕 同注1。

〔4〕 以淘宝网注册为卖家程序为例,实名认证需要提供真实姓名、身份证号、面部识别拍照或视频等,通过淘宝网审核可获得卖家身份和资质。

〔5〕 2017年1月《国务院关于印发“十三五”市场监管规划的通知》第三章中规定:“……推动网络身份认证、网店实名制,保障网络经营活动的规范性和可追溯性。”

〔6〕 2016年11月《国务院关于印发“十三五”脱贫攻坚规划的通知》第一章第三节“电商扶贫”中规定:“对贫困户通过电商平台创业就业的,鼓励地方政府和电商企业免费提供网店设计、推介服务和经营管理培训,给予网络资费补助和小额信贷支持。”

〔7〕 魏振瀛教授认为,《民法通则》起草时农村承包经营已在全国实行,个体工商业有很大发展,立法机关基于政策考量,个人财富和民生产业应以法律形式稳固,即便民法原理上不能认为个体工商户、农村承包经营户是民事主体。

功能已日益扩大,“监督和管理”不应当以限制自然人商主体从事商业活动为目的。因此不应把对个体工商户的“依法登记”作为准入要件理解,即不能作限权解释。

其次,根据《民法总则》第110条对民事权利规定的文义解释,个人网店未经过工商登记的,不能成为个体工商户。民事主体是指根据法律规定,能够参与民事法律关系,享有民事权利和承担民事义务的当事人。一方面,民事主体需要经过国家法律认可,但网店作为民事主体恰恰没有得到法律的认可,所以推导出网店不享有名誉权;另一方面,个体工商户的本质归属于自然人,网店店主只能以自然人的主体身份主张自然人名誉权受侵害,但无权主张其网店的名誉权。有的观点认为,个人网店的主体资质、经营范围准入门槛很低,对网店名誉的保护难免不周,而且不进行工商行政登记是为了避税,根据权利与义务相一致的原理,个人网店应当对权利保护不足适当容忍。但是不能因为不纳税就否定其经营权利,否则将混淆逻辑,正如不能因为学生不缴纳学费就否定学生的受教育权。营业活动应该是一般的民商事行为,属于一般权利能力主体都具有的行为能力,除特殊营业资格需要审批登记之外,营业资格的认定应遵循人人平等的原则。

2. 个人网店“个体工商户说”引发的问题

既然个人网店是个体工商户,那么按照民法理论和《民法总则》的体例规定,个体工商户是被归属于自然人范围内的,从而可以推导出个人网店在性质上属于自然人。但是网店的名誉与自然人的名誉权仍然是两个不同的客体,不能将二者混为一谈。不能将网店名誉包含在自然人名誉权的范围内。个体工商户这种特殊的自然人既不是法人,也不是自然人的下位概念,仍旧没有超出自然人的范围。但是,随着个体工商户的商业化趋势,个体工商户“自然人说”会在附加商号、个人经营还是家庭多个自然人经营模式条件后,陷入难以自圆其说的困境中。进而,作为个体工商户的个人网店的个体经营字号以网络为媒介表现和传播,从物理营业场所裂变到网络平台后,个体工商户“自然人说”需要解释的内容会更多。

(二) 比照对实体人格的损害来认定对虚拟人格的侵权行为

2005年,我国首例网络游戏纠纷引发的名誉权诉讼审结,^[8]二审推翻了一审的判决,自此网络虚拟人格不是民事主体的观点似乎有了定论。被侵权人以虚拟人格受到侵害为由提起诉讼,在判断侵权责任构成与否时,法院通常是通过侵权行为对实体人格的损害进行认定的。该案一审判决是唯一一起认定虚拟人格受到侵害的案件,但是被二审改判,未能生效。二审判决认定虚拟人与实体人等同,实体人有权利起诉。被告网络游戏平台认为虚拟人与实体人无关,同时举证多个用户使用该虚拟账号,导致虚拟人与实体自然人分离程度较高,对虚拟人的处罚不侵犯实体自然人的线下权利。一审判决也没有直接否认虚拟人与实体人的分离,而仅仅认为在能够识别虚拟人与自然人等同的关系群体中,其名誉权确实受到了损害。网络虚拟人与实体人的分离程度是判断网络虚拟人格是否应受到保护的因素之一。网络虚拟人是自然人向网络服务提供者提出请求而设立产生的,其中部分自然人与网络服务提供者签订了网络服务合同,网络虚拟人的权利属性是相对的。自然人的权利能力自出生时起即产生,自然人的人格权是绝对性的。被侵权人认为的“侵权行为”,如果是在签订网络服务合同时就已经约定好的,那么网络虚拟用户一旦违规,网络服务平台的处罚行为不应当被认定为是侵权行为。但网络服务平台处罚不当,则构成侵权。

上述案件中,一审法院判决意在强调个体工商户与经营者的统一性,认为自然人人格权具有包容性,而二审法院的改判反而在强调游戏角色的人格特征不够明显,不能被实体人格包容。由此可见,网络游戏虚拟人格名誉与玩家名誉是分离的,网店名誉与店主名誉也是分离的,只是分离程度各异。

[8] 参见“张凌诉北京联众电脑技术有限责任公司侵权纠纷案”,吉林省吉林市船营区人民法院(2004)船民一初字第660号;吉林省吉林市中级人民法院(2004)吉中民一终字第728号。

二、网络虚拟人格保护的前路

(一)我国《民法总则》的思路

1. 实体上保护数据、网络虚拟财产利益

(1) 以数据利益保护虚拟人格的便利和障碍

有些数据是现实中固有动产的数据化,是动产和网络的结合,在这种情形下,网络更像容器,与数据是物理性结合。有些数据则脱离了网络就不能成立,与网络具有不可分割性。海量的信息不具有稀缺性,不具有价值,不构成民法上的物。数据的物权性或债权性,并非简单的二选一,也不是非此即彼的割裂,因此,在理解数据时应采取解释成本更低的方式将其类型化,这实际上是个伪命题。网络上的信息的内容具有多样性,很难归类或抽象出共性,其中有单一性质的信息传输,例如 email,还有复杂的综合性、聚合性的信息传输,例如网络游戏。在有些网络游戏中,用户不仅只是使用网络游戏服务,还可以创设服务内容,包括应受到保护的智力成果的创造。采用一对多的模式分享、发布信息的行为与物权行为更类似,而授权享受服务的行为则更倾向于债权行为。但无论债权或者物权,只是各自倾向,并不纯粹和完全。动产和不动产的分类,完全出自传统客观空间框架下唯有体物理论下的产物,因此很难将数据归属于动产或不动产。既往的分类已经不能满足社会发展现状的需要。明确了性质和归属,并不一定能够有利于解决问题,有时解决问题看似是最终的目的,但是解决的方式和过程也反复验证我们对事物进行定性的方法是否准确。数据没有特定性,也没有独立性,数据的价值依附于其传达的内容;数据也不是无体物,它不在有体物、无体物分类的框架下;数据也不是民事权利客体。^[9] 数据在交易时产生价值,本身不具有固有的价值,与不动产有相同之处又不完全相同;不动产具有固有价值,但其因稀缺性,在交易时产生的价值要高于固有价值。数据是无固有价值的,然而一旦其表达的内容涉及到安全和需要被保护的利益,就产生了价值,因此数据不是财产。^[10] 数据服务合同是债的关系,但是由于数据本身的主体不确定,而产生了欠垄断性、欠独有性、欠稀缺性的特征,因此数据权利化值得商榷。数据指代的范围在浮动变化,非法律名词的唯法律主义解释,会让方法路径陷入僵局。

网店的产生依附于数据和媒介,当网店整体作为虚拟财产归属于经营者时,经营者的权利和行为体现在对数据的支配上,当网店作为民商事交往中的主体与消费者进行民商事行为时,虽然依附于数据进行信息交互,但是商主体本身所固有的经营能力和经营行为不能与数据的财产属性等同。网络游戏同样依托数据和平台,游戏装备是以数据为表现形式的,在一定群体内可以流转,具有可直接转化为货币价值的可能性,因此可以认为这类数据具有财产性,但是游戏角色因经验值或游戏排名靠前而带来的名誉,归根结底也是依附于数据,这类名誉是需要保护的,却很难认为这类名誉可以转化为财产。也有观点认为游戏角色的名誉与自然人的名誉不尽相同,游戏角色的名誉保护是相对的,因为用户与游戏平台之间是服务合同关系,这种名誉与自然人天赋的名誉权本质是不同的。技术上网络角色的名誉是可以被游戏平台收回的,例如游戏平台无法继续提供服务,游戏数据不再具有价值,属于对所有用户无歧视地收回,相反,对个别用户的权利收回还应当遵循游戏服务合同,不能无原因剥夺个别用户的权利,因此对权利的限制也不能直接转化成对数据财产的侵犯,虚拟人格数据保护的方法解释不同。既然我国《民法总则》已经确立了数据、虚拟财产是民事主体的民事权利,实际上也是将相对权派生的权利等同为绝对权派生的权利保护,那么相对权派生的人格权保护也可以比照绝对权派生的人格权进行保护。

[9] 梅夏英:《数据的法律属性及其民法定位》,载《中国社会科学》2016年第9期,第164页。

[10] 同注9引文,第169页。

(2) 以网络虚拟财产保护虚拟人格的便利和障碍

虽然财产的标准还是最终可用货币衡量的经济利益,但财产利益的表现形式是随着经济发展不断更新的。^[11] 虚拟财产是网络社交工具、网络游戏、网络交易平台等催生的财产表现形式,游戏装备失窃^[12] 社交网站账号及网店继承^[13] 死者生前经营的网店流转^[14] 都能够根据虚拟财产理论和既有判决解释。

网店的名誉对营利有至关重要的影响,网店的名誉与经营网店的自然人名誉不是同一客体,不能被自然人名誉权包容,尤其是线上交易行为,这种分离更加明显。基于网店的经营与自然人行为的紧密相关性,自然人可以作为诉讼主体,但是因为网店名誉受侵害,而诉求个人的名誉权受侵害,有些牵强,尽管除此之外没有其他的解决路径。在理论上,如果法律承认网店的虚拟人格,那么法定诉讼承担可以成立,自然人可以代网店之位提起诉讼。同时,网店的名誉并不是基于数据产生的财产,或者至少并不能直接转化成财产,网店的名誉带来的营利难以计算。例如因为诽谤、诋毁网店销售假货而导致的名誉损害,店主想要以不正当竞争为由提起诉讼,那么需要证明构成不正当竞争的侵权人是同行,而且必须是同行,非同行业或同行雇佣的人都不能构成不正当竞争,造成不正当竞争主体资格很容易被规避,想要满足不正当竞争的条件难度很大。再者,损害名誉的事实产生了,固有的名誉可以通过停止侵害、恢复原状、赔礼道歉等防御性救济来保护,在既有判决中已经有所体现,^[15] 与虚拟财产的损害赔偿救济的方式广泛性不同,防御性救济更有局限性。若店主想要以诽谤、诋毁侵犯名誉要求对方停止侵害,那么就不需要证明对方是同行,但是条件是要以自己的名义提起诉讼,在网店不具有独立人格的情况下,店主不能提起代位诉讼,又回归到网店名誉与经营者名誉混为一谈的问题了。

良好的民事主体制度,应当适应时代发展,保障人格权圆满,满足和保护自然人凭借多种媒介进行的民事行为。《民法总则》第127条规定了民事主体对数据和网络虚拟财产的权利受法律保护。个人网店本身属于虚拟财产,在继承和夫妻共同财产分割问题上,个人网店是虚拟财产无疑。个人网店的名誉不是网络虚拟财产,虽然是具有可利用价值的客体,但是不属于数据,不能直接转化成可以衡量的货币价值。

2. 将虚拟人的人格、财产保护都归于法律人

如果说“自然人与公民之分不过是公法与私法区分的技术产物”,^[16] 那么自然人和虚拟人之分不过是网络与物理空间二分之下的概念。网络与物理空间线上与线下的二分法实际上是肯定了“网络是空间”,但严格意义上,这只是一种比喻,容易造成适用上的误解,例如物理空间中一个人同一时间只能出现在同一物理位置,但是在网络上同一个人可以同时出现在多个位置。^[17] 归根结底,网络上的任何行为都是用户向网络服务提供者提出的请求行为,是相对性的权利,网络服务提供者为了广泛提供服务的默许容易模糊了这种行为的债权性本质。用户在网络平台上享有的绝对权和相对权都是债权派生的。

以法律人的名义保护虚拟人的人格权和财产的原因包括:第一,民事主体本质上,网络虚拟人没有独立的意思表示。第二,民事行为上,网络空间虚拟人的行为依靠实体自然人意志支配才能完成,虚拟人的行为是自然人行为的延伸。第三,网络虚拟人的产生是用户与网站的服务合同产生的,即相对权产生的,

[11] 尹田:《人格权独立成编的再批评》,载《比较法研究》2015年第1期,第2页。

[12] 北京市第二中级人民法院(2004)二中民终字第02877号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2009)二中民终字第18570号民事判决书。

[13] 刘英团:《QQ号可以作为“遗产”继承吗?》,载《人民日报(海外版)》2011年10月29日,第5版。

[14] 目前仅淘宝网承认网店流转,流转包括了法定继承和夫妻财产分割,其他交易平台私下转让店铺现象查证困难。参见注8引文,第166页。

[15] 该案中虽然二审判决否认了虚拟人的诉讼请求,但是两级法院判决对网络游戏玩家在游戏中获得的经验积分排名带来的名誉都予以肯定,并认为网络游戏平台应当恢复其积分和排行。参见注7所引之案例。

[16] 谢鸿飞:《民法典与人的美德》,载《中国法律评论》2015年第4期,第45页。

[17] Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 (2) California Law Review 521, 525-526 (Mar. 2003).

而不是绝对权。第四,民事诉讼资质上,法律人可以请求相对方、提起诉讼请求,虚拟人不是民事主体,更不是适格的民事诉讼主体。这种观点完全可以解决虚拟财产保护的问题,但在保护虚拟人的人格利益上,就抹杀了虚拟人和自然人的区别。虚拟人的人格和自然人的人格呈现有限分离的状态,很难说两者完全涉及同一个问题,虽然在维护权益的方式上可以通过自然人的请求来完成对虚拟人的保护,但是在逻辑上,自然人的人格对虚拟人的人格有不可包容性。依照《民法总则》设计的思路,由于对民事客体界定的必要性和功能的局限,已经不再规定民事客体,而是通过规范民事权利来保障民事主体的权利。广义地解释,虚拟主体对数据、虚拟财产的权利可以推导出虚拟人的名誉权等人格权利益属于法律保护的范畴。至于实际以何种路径进行救济,只要能够自圆其说即可,不应过多限制。

将虚拟人的人格保护安置于自然人人格权的保护范围内,实际上是因为虚拟人类似于自然人,是自然人人格的裂变,可以进行类比,并以包含概括的方式对虚拟人格进行保护,不打破原有的法律框架,回避创造新的主体类型概念。找一个既有的类似概念,可以迅速解决问题,维持法律的安稳性,虽然可能开始明确了虚拟人和自然人并不是同一个概念,但是急于求精,久而久之容易被自己误导。^[18]

(二)赋予网络虚拟人格准人格权

1. 网络虚拟人格的有限性的准人格权

之所以将其称为网络虚拟人格的准人格权而不是人格权,是因为网络虚拟人格具有有限性。虚拟人格的创设只要向网络服务提供者提出请求,按照要求提交信息,就能取得资格,网络虚拟人格长久以来得不到重视也是因为它的创设具有任意性、随机性,不能摆脱对民事主体的依赖,不能以独立地位得到法律承认。互联网的存续所依靠的是不同文化背景下的对信息分享和再传播的共识,以及不断的网络社交行为矫正。虚拟人格是人格权在电控空间的延伸,所以说虚拟人格是准人格,是因为它还不够圆满,法律确认虚拟人格的目的是在新媒体环境下,保护变异的人格权中的稳定部分。法律确认虚拟人格有利于更好地保护虚拟人格,有利于对自然人人格权的终极保障。应当承认自然人主体与虚拟主体一定程度的分离,厘清他们各自产生的人格权不完全重合。有观点认为,意思表示是所有私法的最高程度公因式,因此所有私法中的行为、权利和责任都是围绕意思表示展开的。^[19]然而虚拟人没有自由意志,其意思表示是由操作网络的自然人作出的,因此虚拟人格的局限性是必然的。类似于法人的主体资格拟制性,虚拟人格可以做出一定突破。之所以是一定程度的突破,是因为虚拟人格构造的难点在于其商业化的部分,包括流转、继承、分割问题。例如在承认网店具有准人格的前提下,网店虽然具有准人格权,但是在流转和继承时,虚拟主体在流转中主观抛弃了民事主体与虚拟主体之间的不可分离性,整体而论,网店以虚拟财产属性定位更准确,否则个人网店作为准民事主体,由于缺乏完全的独立性,发生流转和继承比照法人的流转和继承规则解释不通;再如民事主体死亡,客观切断了与虚拟主体的不可分离性,分离出来的虚拟主体由于原生的人格属性已经因自然人的死亡而灭失,因此派生出来的虚拟人的隐私等都因“分离”而不具有保护的意義,因为死者的生活安宁不被打扰的基础已经不存在,而其表现出来的合法权利和财产属性的部分则可以发生继承。实际上,大部分情况下虚拟财产的价值属性都集中体现在流转等商业化过程中,其带来的财富也都是通过商业化转化而来的,财产性损害是通过进取性救济完成保护的,例如除了适用防御性救济的停止侵害、排除妨碍、消除影响、赔偿损失等损害赔偿方式外,还可以进行金钱赔偿。与此不同,虚拟人格利益受到的侵害,是侧重于防御性救济保护,例如停止侵害、排除妨碍、消除影响、恢复名誉等都是保持权利圆满性的责任承担方式。

2. 程序上妥善运用诉讼担当制度

通说认为诉讼担当分为任意诉讼担当和法定诉讼担当,任意诉讼担当由约定产生,与此不同,法定诉

[18] Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 (2) *California Law Review* 521, 542 (Mar. 2003).

[19] 陈华彬:《论我国〈民法总则(草案)〉的构造、创新与完善》,载《比较法研究》2016年第5期,第160页。

讼担当,是基于实体法或诉讼法上的规定,第三人对他人的权利可以以自己的名义进行诉讼。^[20] 基于身份关系产生的实体权利与诉讼权利分离,例如母亲为胎儿诉讼担当,直到胎儿出生后取回权利,再如死者近亲属代死者提起名誉权诉讼的诉讼担当。我国《民法总则》第13条规定自然人的民事权利能力从出生时起到死亡时止,这也是目前大部分国家民法典的共识,将民事法律主体的资格赋予了所有生物学意义上的人。民事主体与诉讼主体有限分离论的依据有二:第一,我国《继承法》实施以来,长久关注胎儿预留份的问题,这也被《民法总则》第16条扩张到遗产继承、接受赠与等有利于胎儿利益的情形,都将胎儿视为具有民事权利能力;第二,最高人民法院有关保护死者名誉权的两个批复,^[21]可以推导死者的有限人格权,但在1993年《关于审理名誉权案件若干问题的解答》和2001年《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》这两个已经失效的文件中避免了提及死者名誉权,而以“死者名誉”替代,与之前两个批复存在矛盾,实际上是最终否定了死者的主体地位,否定了死者具有人格权。胎儿和死者虽然民事权利能力有限,但胎儿具有完全的当事人能力,死者不具有民事诉讼主体能力。民事主体和诉讼主体分离论在法人方面,法人的民事诉讼权利要比民事行为能力宽泛。^[22] 因此从表面上看,民事主体与诉讼主体在自然人与法人领域都出现了分离。值得注意的是,基于民事主体与诉讼主体“有限分离”的误解的推导,无论是自然人还是法人,其民事权利能力与诉讼权利都是保持一致的,未出生的胎儿和已死去的人都不是实体权利的承载者。胎儿和死者的权益保护都是基于国家、社会政策考量而特别做出的制度安排。虚拟人的人格拟制与胎儿、死者的生命体过渡状态不同,胎儿有成为民事主体自然人的潜能性,一旦“出生”即成为生物人,天然获得民事主体资格,死者是罹于民事主体的状态,法律给予延续性保护。虚拟人一经创设状态自始不变,与法人更接近,要么法律承认其主体地位,要么就是任其处于游离的状态。

基于财产关系产生的实体权利与诉讼权利分离,为维护财产所有人或财产经营人的利益而成为代位当事人,例如清算主体对破产人的债务人提起的诉讼,就是诉讼担当。经营行为受到国家管理限制,只是经营行为活动的限定,经营者权利能力仍是平等的,并不受限,因此经营者的诉讼权利比实体权利更广泛一说,不能成立。个体工商户不是自然人的下位概念,是归属于自然人的一种变异体,比照自然人的规则适用法律。因此个体工商户不存在独立的民事权利能力问题,也就不涉及独立的民事诉讼权利。如果个体工商户的人格利益保障只能依靠自然人的人格权,当自然人死亡使其民事权利能力归于消灭时,难道个体工商户经营的商号人格利益就理所当然没有保护的价值? 为了达到最大化当事人适格的目的,^[23]个人网店店主可以比照诉讼担当制度,以自己名义参加诉讼,但前提是法律承认网店的实体权利,仅仅承认虚拟财产为主体享有的民事权利是不够的。

因此,如果采取确立虚拟人格准人格属性的方式来解决虚拟人的人格权与自然人人格权有限分离的问题,那么在程序法上就一定要运用诉讼承担的方式来解决诉讼主体适格的问题,以达到最大化保护虚拟人格利益的目的。同样是出于最大化保护虚拟人及其财产的目的,《民法总则》采取了上文中的第一种解决路径,确立民事主体对数据、虚拟财产的权利,考虑到虚拟人的创设、流转都依托于数据化网络平台,简便易操作,流转时也只需告知买方账号密码即可,虚拟财产的价值体现在交易上,大量且高效的虚拟财产流转是市场经济良性发展的标志,需要得到法律的承认和保护,正因如此,确立虚拟财产客体地位时没有过度在意其债权派生性,就是为了鼓励虚拟财产的流转。值得注意的是,根据上文中的第二种解决路径,

[20] 肖建华:《诉权与实体权利主体相分离的类型化分析》,载《法学评论》2002年第1期,第139页。

[21] 两个批复分别是1989年4月12日最高人民法院对《关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》的回复,1990年最高人民法院《关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯法师的名誉权一案有关诉讼程序问题的复函》。

[22] 谭启平:《民事主体与民事诉讼主体有限分离论之反思》,载《现代法学》2007年第5期,第144页。

[23] 公法诉权说认为,诉权是当事人对国家公法的请求权,不是对相对方或实体法的请求权。因此,民事诉讼法才能从民法中分离出来,成为独立的部门法学科,而诉讼担当制度就是为了解决分离论困境应运而生的,例如遗产管理人制度,广义诉讼担当还包括了诉讼承担和诉讼信托等。参见江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第12-13页。

一定程度承认虚拟人格的人格属性,并不阻碍虚拟财产的流转,而是仅仅在涉及虚拟人固有人格利益时才允许其人格独立于自然人,在虚拟人格受到侵害时,一方面使其侵害的权利与依托的主体能够逻辑自洽,另一方面也体现了民法对高度信息化、全球化经济发展的回应。^[24]

三、结语

虚拟人和自然人的人格利益受到侵害,只是在特定的能够识别并将二者联系起来的群体中是一体的;在其他情况下,二者根本不是同一个客体,而是一个侵权行为侵害了两个客体,或者仅仅只侵害了虚拟人格。网络虚拟人格的保护方式有二种:第一种是把虚拟人格归为虚拟财产,从而使虚拟人格被自然人的人格吸收,这也是目前《民法总则》体现的保护方法。根据这一思路,虚拟人的人格权利保障完全依靠自然人,如果自然人死亡,虚拟人的利益无法保障,但其仍有保护价值,虚拟财产的部分可以被继承,但是人格权的部分不能发生继承,不能否认这部分权利天然归于消灭,没有保护的价值,如果运用诉讼承担方式通过继承人提起诉讼来保护死者人格权利,那么既然运用了诉讼承担的方式进行救济,也就间接反向承认了虚拟人格有独立性成分存在。网络虚拟人格的保护的第二种方式就是承认虚拟人格的准人格性,让虚拟人和自然人一定程度分离,但是在虚拟人商业化过程中,为了鼓励虚拟财产的高效流转,应当弱化虚拟主体的人格属性,将虚拟人及其财产合并视为虚拟财产。

Difficult Position and Ways out of Cyber Virtual Personality

Li Jialun

Abstract: The statue of object of database and virtual possession is founded by General Principles of Civil Law for the first time, but the protection for the stable part of the cyber virtual personality could be easily ignored. In the circumstance that the reputation of an online shop owned by a natural person is damaged, usually, the protection could only be claimed based on the natural person owner's right of reputation. With regard to the reputation of a virtual personality in an online game and that of the natural person game player, they could only be considered as one personality by some certain group of people who could recognize and make connection of them; as for the other circumstances, they shall be considered as two independent objects which means in case of infringement, it should be considered as two damages caused by one infringed action. The protection method of cyber virtual personality shall be the follows: the first method is to categorize the virtual personality as virtual that the first would be absorbed by natural personality. This is exactly the protection method used by the General Principles of Civil Law; The second one is to confirm the quasi-personality natural of the virtual personality for the purpose of departing it from the natural personality and to weakening the personality nature of the first during its commercialization procedure.

Keywords: cyber virtual personality; right of reputation; virtual possession; quasi-personality

(责任编辑:幸颜静)

[24] 有的观点认为,现代民法观必须有“整体社会进化观”,具体包括回应社会高度的商事化、金融化、信息化、全球化、伦理丧失的需求。参见蒋大兴:《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,载《比较法研究》2015年第4期,第2-3页。