

目 录

【论文】

- 比较法的早期史 何勤华(1)
- 深化司法改革与刑事诉讼法修改的若干重点问题探讨 陈光中 唐彬彬(12)
- 论口供补强规则的展开及适用 向 燕(28)
- 过失犯的主观不法构成要件研究
- 以过失个别化理论为视角 王 俊(49)
- 物权合同的发现:从尤里安到萨维尼 柯伟才(65)
- 论物权推定规范 王 雷(78)
- 法国新债法准合同规范研究 李世刚(88)
- 论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术
- 基于对已公布的42个民事指导性案例的实质分析 曹志勋(111)
- WTO 补贴协定中“公共机构”认定标准研究
- 以 DS379 案为例 时业伟(135)
- 论格劳秀斯的不当得利学说与规则 苏彦新(147)

【民法典编纂】

- 意思表示理论中的沉默与拟制 杨代雄(155)
- 真意保留与戏谑行为的反思与构建 冉克平(172)

【法政时评】

- 米兰达规则五十周年的纪念与省思 刘 磊(185)

2016年目录索引(199)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 148 Nov. 2016 No. 6

Contents

Articles

- Early History of Comparative Law *He Qinhua* (1)
- Discussion on Some Key Issues of Deepening the Judicial Reform and the Amendment of the Criminal
Procedure Law *Chen Guangzhong & Tang Binbin* (12)
- On the Corroboration Rule of Confessions and Its Application *Xiang Yan* (28)
- A Study on the Subjective Elements of Negligent Crime; In the Perspective of the Individualized Negligence
Theory *Wang Jun* (49)
- The Discovery of Real Contract; From Julian to Savigny *Ke Weicai* (65)
- Norms of Property Rights' Presumptions *Wang Lei* (78)
- A Study on Quasi-Contracts under the New French Obligations Law *Li Shigang* (88)
- On the Effect of Guiding Cases in China and their Application in the Legal Process; Based on the
Substantial Review of the 42 Published Guiding Cases *Cao Zhixun* (111)
- Identification Standards for "Public Body" at SCM; Taking Case DS379 for Example
..... *Shi Yewei* (135)
- Grotius' Doctrine and Rule of Unjust Enrichment *Su Yanxin* (147)

Codification of Civil Law

- Silence and Fiction in the Theory of Declaration of Will *Yang Daixiong* (155)
- Introspection and Construction of True Meaning Reservations and Playful Behavior
..... *Ran Keping* (172)

Comments on Legislation and Jurisdiction

- Reflections on Miranda Rules on Fiftieth Anniversary *Liu Lei* (185)

Index to 2016(199)

比较法的早期史

何勤华*

摘要:在目前国内一般的比较法论著中,比较法研究的历史最早被追溯至公元前6世纪古代希腊的梭伦立法,个别作品虽然也将此历史往前延至公元前18世纪美索不达米亚《汉谟拉比法典》的制定,但没有进一步的论证和展开。本文结合国内外最新的法学、历史学和考古学研究成果,提出如果我们把人类在立法时对各种法律渊源进行比较、选择、吸纳等活动看作是法律的早期比较活动的话,那么,比较法的萌芽则可以追溯得更早,即人类法律产生之始。换言之,比较法的早期史可以追溯到公元前3000年前后人类社会诞生法律之时。本文通过大量的文献资料,分四个部分对这一也许不成熟的个人私见进行详细的论证。

关键词:比较法 早期史 美索不达米亚 埃及 法律文明史

众所周知,比较法(Comparative Law),作为一门学科是近代的产物。如1829年,德国法学家米特迈耶(Mittermaier,1787-1867)等人创办了世界上第一个比较法的期刊《外国法学和立法评论》。1831年,法国法兰西学院第一次设立了“比较立法讲座”。1846年巴黎大学设立了“比较刑法讲座”。1869年,英国牛津大学开设了“历史和比较法学讲座”。同年,法国创立了“比较立法学会”,1895年,英国也建立了同名的学会,并发行自己的刊物《国际法和比较法季刊》。而在此之前的1894年,伦敦大学设立了“法制史和比较法教授”职位。1900年,在巴黎召开了第一次国际比较法大会,从而标志着比较法的正式诞生。^[1]

但比较法的历史,则可以追溯得更加久远。除了有少数学者将比较法的历史追溯到公元前18世纪美索不达米亚(Mesopotamia)《汉谟拉比法典》的制定,^[2]目前学术界的通说认为,比较法研究最早产生于公元前6世纪古代希腊的梭伦(Solon,约公元前640-前560年)立法,^[3]之后古希腊思想家亚里士多德(Aristotle,前384-前322年)在其作品中又进一步对希腊150多个城邦的宪法和法律制度

* 华东政法大学法律文明史研究院教授,法学博士,全国外国法制史研究会会长。本文系国家社科基金重大项目“法律文明史”(项目编号:11 & ZD081)第1个子课题“法律文明的起源”的阶段性成果。

[1] 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第17-18页。

[2] “公元前约1792-前1750年在位的古巴比伦第六代国王在夺取统治权后,根据国内的社会经济关系,‘在各国原有奴隶制法典的基础上,结合阿摩利人氏族部落的习惯,制定了一部新的成文法典——《汉谟拉比法典》’;制定该法的目的是‘为了迅速消除法的不统一和地方上各自为政的混乱现象’;当时所进行的比较法学研究可见诸‘他(汉穆拉比国王)命令将两河流域过去存在的习惯法加以斟酌损益,在新的基础上编撰一部全国通用的统一法典’。法律史学界普遍认为,汉谟拉比法典的制定,从以前所有的法律中吸取了许多东西,包括苏美尔·阿卡德时代各国法律的精华,而苏美尔·阿卡德时代的法律本身又是多种法律比较后制定的。这一切说明,汉谟拉比法典的制定过程,就是法律比较研究的实践过程。”倪正茂:《比较法学探析》,中国法制出版社2006年版,第87页。笔者完全同意上述作者的这一观点。当然笔者认为立法时的比较活动,可以追溯得更加遥远,详细论述参见本文第一部分。

[3] 同注1引书,第17-18页。

进行了比较研究。^[4]但是,如果我们把人类在立法时对各种法律渊源进行比较、选择、吸纳等活动看作是法律的早期比较活动的话,那么,比较法的萌芽则可以追溯到更早,即人类法律产生之始。^[5]笔者称此为比较法的早期史。本文就试图对比较法的这一早期史进行一些梳理,谈一点自己的认识,以求教于学界同仁。

一、人类法律文明的诞生,标志着法律比较活动的萌芽

“自有组织的人类社会诞生时起,法律便出现了。”^[6]而如果我们视野扩展到世界范围,追寻法律文明演进的历史,我们就会发现,在人类法律文明的诞生,以及法律规范的形成过程中,不同地区不同民族法律的交流、比较、评价、选择、传播、移植和本土化的活动,就已经开始萌芽。^[7]

比如,公元前3500年,在美索不达米亚的南部地区,苏美尔人(Sumerians)就建立起了最早的城邦国家,但这一城邦国家,是由基什(Kish)、乌鲁克(Uruk)、乌尔(Ur)、尼普尔(Nippur)、拉伽什(Lagaš)等若干城市联盟(酋邦)组建而成。^[8]在这一从氏族,到部落,到部落联盟酋邦,再到统一为更大的王国的国家与法律的形成过程中,许多原来的氏族,或者部落,或者酋邦的习惯法、长老会决议、^[9]首领谕令等法律规范,一点点扩大适用范围,最终定格为新统一、建立起来的苏美尔国家的法律。而这一法律体系,其数量和渊源是不同的,正是这种不同,促进了彼此之间的交流,^[10]从而在其形成、定型过程中,出现了一个对各个城邦的法律渊源的比较、选择和优化过程。^[11]尤其是苏美尔与周边部落长距离的贸易往来,不仅促进了城市的发展,也推动了各地区多元的商业习惯法的交汇和选择。^[12]

我们认为,这一比较、选择、优化的过程,就是人类最早的法律比较研究活动。正是由于有了这么一个比较法的过程,美索不达米亚才能够在人类历史上诞生最早的优良法典。^[13]虽然,建立阿卡德人

[4] 详细论述参见〔古希腊〕亚里士多德:《雅典政制》,林志纯译,商务印书馆2009年版,“英译者序言”,第1页。据我国著名西方政治史、西方法律思想史专家吴恩裕先生的考证,亚里士多德对希腊150多个城邦国家宪法和政治制度的比较考察、研究,大体是在公元前335年在雅典的里西亚姆讲学之后,在他的学生协助之下,开始这项规模空前的比较研究活动的,共花费了近10年时间,大约在前328到前325年完成。参见前引亚里士多德:《雅典政制》,商务印书馆2009年版,“中译本序”,第1页。

[5] 有学者也注意到了比较法与人类法律的同时诞生这一观点,但同时又认为因为“缺乏确切可信的文字资料以作证明,只好算是一种不乏睿智的推测”(参见倪正茂,同注2引书,第87页)。对此,本文试图用最近考古学界提供的文献资料来予以论证:比较法与人类的立法活动同时诞生。

[6] *A History of Ancient Near Eastern Law* vol. 1, 1 (Raymond Westbrook ed., Brill 2003).

[7] 据考古学家的最新成果显示,在美索不达米亚地区,早在公元前2700—前2500年乌鲁克(Uruk)时期,美索不达米亚的文明成果就已经渗入到了埃及生活的各个方面,如埃及砖的外形、有壁龛的建筑、圆筒印章以及锥形马赛克等,都是这种影响的表现。虽然没有法律影响、交流的直接证据,但考虑到这些文明成果渗入埃及的过程和程度,必然伴随有巨大而系统的贸易活动以及人员来往,因此美索不达米亚早期的生活习惯法和贸易习惯法和埃及的风俗习惯、贸易规则发生碰撞和交流也是完全可能的。See Benjamin R. Foster & Karen Polinger Foster, *Civilizations of Ancient Iraq* 30 (Princeton University Press 2009).

[8] Robert Chadwick, *First Civilizations: Ancient Mesopotamia and Ancient Egypt* 39 (2d ed., Equinox, London Oakville 2005).

[9] 据美索不达米亚考古出土的泥板楔形文字文献证实,人类最早的长老会作出决议的活动记录,可以追溯到公元前2750年前后的苏美尔城邦国家(参见林志纯主编:《世界通史资料选辑(上古部分)》,商务印书馆1962年版,第31页)。而如果加上还没有记录的历史,应该推测在美索不达米亚,长老会的活动可能更早,至少是在公元前3500年前后苏美尔早期城邦国家时代。

[10] *A History of Ancient Near Eastern Law* vol. 1, 2 (Raymond Westbrook ed., Brill 2003).

[11] 公元前3000年前后,不仅在苏美尔各城邦之间有了贸易往来,有了各自法律的互相影响,出现了立法时的比较与选择,而且在苏美尔与古代印度之间也有了商业贸易和契约文书交流。在美索不达米亚阿斯马尔丘阿布神庙的阿卡德地层中出土的圆筒印章,“它的造型艺术具有印度河文明的特点,由此建立了与同时代的摩亨佐达罗和哈拉帕城市的第一个年代联系”,可为一例证据。于殿利:《巴比伦法的人本观——一个关于人本主义思想起源的研究》,生活·读书·新知三联书店2011年版,第142页。

[12] Robert Chadwick, *First Civilizations: Ancient Mesopotamia and Ancient Egypt* 34 (2d ed., Equinox, London Oakville 2005).

[13] *A History of Ancient Near Eastern Law* vol. 1, 2 (Raymond Westbrook ed., Brill 2003).

第一个统一帝国的国王萨尔贡(Sargon, 约公元前 2316 - 前 2261 年在位)时代的立法成果, 现在我们还没有发现, 但是我们从已经出土的泥板文献中发现了比萨尔贡更早的公元前 2370 年前后苏美尔城邦拉伽什统治者乌鲁卡基那(Urukagina)的立法改革法令, 以及 300 多年后约前 2095 年乌尔第三王朝统治者乌尔纳木(Ur - Nammu, 前 2112 - 2095)制定颁布的《乌尔纳木法典》(Code of Ur - Nammu)。在这些法典和立法文献中, 可以清楚地看到这些立法时的比较活动。至于之后的前 1765 年巴比伦王朝第六代国王汉穆拉比(Hammurabi, 前 1792 - 1750)制定颁布的《汉穆拉比法典》(Code of Hammurabi)中, 这种活动就更加明显了。因为巴比伦王朝是在南部的拉尔萨(Larsa), 北部的亚述(Assyria), 东部的埃什努那(Eshnunna)以及西部的马里(Mari)等各个王国的基础上建立起来的统一帝国, 《汉穆拉比法典》也是对这些原有王国法律的集大成。此外, 在《汉穆拉比法典》以后, 又有五至六种法典出土。这些法典的版本不同, 时期不同, 适用地区也相异, 但各法典之间在内容上有许多相似性, 这种相似性虽然有多种原因, 但立法者的比较选择是一个重要原因。^[14]

《汉穆拉比法典》和《埃什努那法典》关于阿维鲁(Awilum)的身份地位规定, 是这种立法比较的一个很好的例子。前者第 136 条规定: “如果一个人(阿维鲁)背弃其城市公社(Alum)而出走, 而后其妻改嫁入于他人之家, 及此阿维鲁返回而欲重新拥有其妻, 则因彼憎恨自己的城市公社而出走, 此妻不得返回其夫——出走者之处。”后者第 30 条规定: “如果一个人(阿维鲁)憎恨其城市公社(Alum)而逃走, 而另一个人在事实上占有了其妻: 无论他(前者)何时返回, 他都不能对他的妻子进行起诉。”从这两个条文的规定来看, 虽然语句有些不同, 但核心内容完全一致。根据考古文献我们知道, 后者的立法时间大体是在公元前 1980 年前后, 比前者公元前 1765 年制定大约早 200 多年。而且从地理位置上看, 埃什努那(Eshnunna)位于美索不达米亚东北部, 是美索不达米亚通往埃兰之路的中转站, 很早就受到东西方法律文明交流的影响, 开始了立法的事业。《埃什努那法典》是其国王俾拉拉马(Bilalama, 统治时间约在前 1980 年前后)执政时制定的。而巴比伦位于美索不达米亚的中南部, 两者相差虽有一定距离, 但很早就开始了频繁的贸易与法律的往来。尤其是过了二百年, 汉穆拉比在将埃什努那纳入自己的版图、建立了巴比伦帝国以后, 各个城邦之间的法律的彼此交往和影响就更加频繁了。因此, 汉穆拉比在编纂《汉穆拉比法典》时, 对版图内原有各城邦国家的立法(如《埃什努那法典》等)进行过比较、选择和采纳, 完全是正常的事。通过上述这两个条文的比较, 我们对此可以看得很清楚。在《乌尔纳木法典》和《埃什努那法典》关于自由民之间因伤害行为(伤手、割鼻、打耳光等)而被判处罚金的规定上, 我们也看到了同样的情形。^[15]

又如, 古代埃及是公元前 3100 年建立起统一的国家的, 这一国家的基础是上、下两个埃及(酋邦)王国, 上埃及叫白王国, 下埃及为红王国, 而统一上、下埃及, 建立统一国家的是上埃及的统治者美尼斯(Menes), 而这一国家统一建立事件, 已经得到了考古文献的证实, 即考古学家出土发现了记载这次统一、建立埃及国家的庆典的“那尔迈调色板”(Narmer's Palette), 上面记述庆典的过程以及国王的名字: 那尔迈(Narmer)。而考古学家经过考证, 认为这个那尔迈, 就是出土考古文献《埃及王表》上记录的美尼斯。传世文献和考古资料还证实, 美尼斯是古代埃及的第一位立法者, 他(包括他的属下)通过对上下埃及两个酋邦国家的习俗、惯例和酋长指令等法律文献进行比较、选择, 最后以上埃及的习惯法规则为核心, 吸收下埃及的相关合理的法律规定, 制定了适用于整个埃及帝国的法律。虽然, 因为古代埃及人与美索不达米亚人将法典刻在石头和黏土上不一样, 他们的法典以及其他各类文书, 刻在石头上的极少, 主要是抄写在芦苇和纸莎草上, 而这些材料不易保存, 很容易腐烂, 因此从考古发掘而

[14] A History of Ancient Near Eastern Law vol. 1, 8 - 10 (Raymond Westbrook ed., Brill 2003).

[15] 同注 11 引书, 第 310 页。

言,我们至今还没有找到完整的古埃及法典。但作为古代一个伟大的国家,文明这么发达的埃及,法律与国家治理必定是息息相关的。因此,古代埃及在立法和法律实施过程中,对各个不同氏族部落酋邦的法律进行比较、选择、采纳则是可以肯定的。

再如,在古代中国法律文明的诞生与成长过程中,也伴随着法律的比较、选择和借鉴、吸收活动。根据史书的记载,中国进入阶级社会,形成国家,步入文明大体是在公元前2070—前1600年的夏王朝,该王朝的各代国王都进行了立法活动,其中比较著名的就是《禹刑》。《左传·昭公六年》有“夏有乱政,而作禹刑”的记载。虽然,由于中国考古出土的文献,只及于前1600年以后的商王朝,再往前关于夏王朝的具体情况,至今我们尚无出土的文字或器物予以佐证,还只能依据一些零碎的后世记述文献,乃至传说、神话的叙述,因此,我们还无法描述当时夏王朝的具体的立法史实。但是,经过王国维(1877—1927)、顾颉刚(1893—1980)、郭沫若(1892—1978)、徐旭生(1888—1976)、徐中舒(1898—1991)、苏秉琦(1909—1997),以及李学勤、刘起釪、李民、郑杰祥 and 孟世凯等历史学家和考古学家的辛勤研究,尤其是被视为夏文化之遗址的“二里头文化”的发现,以及《史记·殷本纪》中商王朝世系为甲骨文考古所证实,等等,学术界基本认可了夏王朝的存在,以及古代文献中所述夏王朝的王系、制度和立法的真实性。^[16]

由于夏王朝刚刚从原始社会过渡到阶级社会,是一个由众多部族组成的早期联盟(酋邦)国家,其方国众多,法律渊源也非常多元,如“五刑”就相传是由其中的一支部族苗民所创立的。因此,在夏代法律文明诞生时,同时伴有对各支部族法律的比较活动应该是顺理成章的。之后的商王朝和西周,仍然是多元部落酋邦联盟国家,至于到了东周的春秋战国时代,国与国之间的法律比较活动更加频繁,中国历史文献上记载的第一部法典(法学著作)《法经》,就是公元前5世纪末魏国相李悝在比较法的基础上编纂而成,文献记载:“是时(魏明帝制定魏新律之前)承用秦汉旧律,其文起自魏文侯师李悝。悝撰次诸国法,著《法经》。”^[17]在一定意义上可以说,《法经》是中国古代第一部比较立法作品和比较法著作。

比较法的萌芽,或者说在国家形成、文明诞生的过程中,^[18]立法活动中的各国、各地区的法律比较,带来了早期古代国家法律的巨大进步,成就了古代社会首轮第一批优秀成文法典的诞生。美索不达米亚的《汉谟拉比法典》和中国的《法经》,只是其中的代表。

二、古代埃及、美索不达米亚法律和地中海国家法律的互动

西方历史学家、考古学家的研究成果已经表明,古代希腊和罗马的法律文明的诞生与成长,受到了古代埃及和美索不达米亚地区立法成果的重要影响。^[19]虽然这种影响的详细图景还需要考证和细化,但基本的线索已经被描述和勾勒出来了。这就是:

[16] 詹子庆:《夏史与夏代文明》,上海科学技术文献出版社2012年版,第2—8页。

[17] 《晋书·刑法志》。《唐律疏议》对此也作了详细记述:“周衰刑重,战国异制,魏文侯师于里(李)悝,集诸国刑典,造《法经》六篇。”至于《法经》的真伪辨析,详细可参见何勤华:《中国法学史》第一卷,法律出版社2006年版,第67—69页。

[18] 早期战争导致了人口向城市集中(城市有城墙的保护),如在公元前2700年前后美索不达米亚的苏美尔地区,当时的大城市只有一个乌鲁克(Uruk),占地50公顷,人口有5万以上,而周边有占地6公顷多的村庄群落100多个。经过几个世纪的战争,这些村庄减少到了15个,50万公顷的城市则增加到8个。大量村庄群落人口迁入城市居住,就必然带来了各地风俗习惯的交汇、融合,为了治理好城市,还必然要进行比较、选择,以制订出最优化的法律规则。See Robert Chadwick, *First Civilizations: Ancient Mesopotamia and Ancient Egypt* 34—35 (2d ed., Equinox, London Oakville 2005).

[19] 至于美索不达米亚乌鲁克法律文明(公元前2700—2500年)影响埃及的事例,学界揭示的就更多了。See Benjamin R. Foster & Karen Polinger Foster, *Civilizations of Ancient Iraq* 30 (Princeton University Press 2009).

(一) 古代埃及、美索不达米亚和克里特(Crete)法律之间的互动

最新考古学的成果揭示:远古时期不同地区之间法律的交流实际上已经很频繁,远远超出了我们的想像。如早期埃及和美索不达米亚的法律之间,就有许多相似之处:古巴比伦法律是否定债务奴隶制的,在古王国时期的埃及,也是禁止个人因负债而被奴役、成为奴隶的。^[20] 虽然我们不能下结论:这是两个地区立法比较的成果,但两地法律制定时互相受到影响则是可能的,只是我们现在还没有掌握确实的文献和实物。当然更多的证据,则是证明了古代埃及、美索不达米亚和古代希腊克里特(Crete)法律之间的互动。

一方面,埃及立法影响了地中海中靠近希腊本土的克里特的立法。克里特岛位于希腊本土以南130公里的地中海上,面积8236平方公里,是希腊最大的岛屿,在克里特岛上,距海边4公里的地方有一座面积为270万平方米的城市克诺索斯(Knossos)。考古发掘证明,它是公元前20世纪的文明。根据发掘的泥板上镌刻的B类线形文字(Linear,古希腊文字的初创形式),证明克里特岛的米诺斯文明(Minoan Civilization)是希腊古典主义的先驱。^[21] 该宫殿标志着在东地中海诸文明间交叉繁衍的结合点。一般而言,学术界都认为,米诺斯文明受到了埃及的影响(其中也包括了法律的影响)。而英国学者罗莎莉·戴维(Rosalie David)在《探寻古埃及文明》一书中,则以考古文献证明,埃及当时的法律文明,也受到了米诺斯文明的影响。^[22] 而在这种法律的交叉影响中,法律的比较、选择等活动,也应该是存在的。

除了埃及之外,美索不达米亚的法律也深刻地影响了克里特岛的商业立法事业。由于古希腊特殊的地理环境,使它形成了区别于其他地区的强烈的海洋性和开放性特征,易于接受外来文化中的先进成分。因此,许多学者认为,“古希腊文明在形成自己独特的古典文化之前,一直是地中海东部近东文化圈中的一种外来文化,深受埃及和巴比伦文化的辐射和影响。”“克里特的文字、壁画、石器以及这一时期克里特和迈锡尼出土的大量陶土俑和雕刻作品,在造型和表现手法上都有明显的埃及和两河流域艺术的痕迹。”^[23] 虽然,在这些出土器物中,与法律的比较直接相关文献物品不多,但考古证明,美索不达米亚的苏美尔人、古巴比伦人,在和克里特岛的民事交往中发生的契约订立、财产转让等法律行为,最后都是要在文书上盖上当事人的印章。而这些法律行为,已经由在克里特岛上出土的古巴比伦汉穆拉比时代的赤铁矿圆筒印章所证明。可以想像,当时发生的两国甚至三国之间商业法律交易行为本身,并不直接表明比较法存在,但是在双方甚至三方法律交往中,存在着对各自法律规范比较、选择以及优劣的评价活动,应该是说得通的。^[24]

(二) 埃及法律和希腊迈锡尼(Mycenaean)城邦立法的互相影响

这一点也已经为考古发掘成果所证明。美国历史学家苏珊·鲍尔在《古代世界史》^[25]一书中专门论述了这一点。作者对迈锡尼和埃及之间的商业贸易详细论证,如迈锡尼的一个酒杯被葬在埃及图特摩斯三世(Thutmose III,公元前1514—前1425年)^[26]一位官员的墓中,此点为近代以后的考古所

[20] A History of Ancient Near Eastern Law vol. 1, 118 (Raymond Westbrook ed., Brill 2003).

[21] 考古学家认为,线形文字B,可能是公元前17世纪,在线形文字A的基础上发展起来的宫殿文字。最先在迈锡尼使用,阿卡亚人征服克里特岛后,继续沿用。此文字有88个符号,其中大部分来自线形文字A。由于线形文字A至今没有被破解,所以许多关于克里特岛米诺斯文明的事迹,也通过线形文字B来解读、理解。

[22] [英]罗莎莉·戴维:《探寻古埃及文明》,李晓东译,商务印书馆2007年版,第33页。

[23] 徐宏英:《古代近东文化对希腊文化的影响》,载《青岛大学师范学院学报》2001年第4期。

[24] 魏琼:《民法的起源——对古代西亚地区民事规范的解读》,商务印书馆2008年版,第431页。

[25] [美]苏珊·鲍尔:《古代世界史》,李盼译,北京大学出版社2011年版。

[26] 古埃及第18王朝第6位法老。在古埃及的31个王朝中,第18王朝是延续时间最长,版图最大,国力最鼎盛的一个朝代,而图特摩斯三世则是这个王朝的集大成者。通常认为,是图特摩斯使埃及完成了从一个地域性王国向洲际大帝国的质变。

发现。又如,在克里特的坟墓中出土了早在公元前1500年迈锡尼的房屋建造的设计样式。再如,在迈锡尼的出土物品中,很多刻有埃及国王阿蒙霍特普三世(Amenhotep III,约公元前1391-前1353年在位)^[27]的名字,而埃及的线形文字保留在克里特的出土文献之中,等等。^[28]这里,虽然大量论述的是埃及和迈锡尼之间的贸易和文化交往,但在此过程中,法律的交流,以及各自立法时对双方习惯法和成文规范比较、选择和吸收,应该也是可以肯定的。

(三) 美索不达米亚的法律,影响了雅典的立法

公元前4世纪中叶,马其顿王国征服希腊以后,又将古老的巴比伦作为其帝国的首都,使得巴比伦城成为东西方文明融合的中心,由此拉开了古代西亚地区的“希腊化时代”的序幕。在政治上,希腊化时期的亚历山大大帝(Alexander the great,公元前356-前323年)和塞琉古王朝(Seleucid Dynasty,公元前312-前64年)的君主均采用了东方的君权神授理论和专制体制,在客观上促进了古代西亚和希腊的经济联系和法律文明的交流;在社会生活和民事交往中,统治者鼓励征服者与当地人的通婚及其他民事交往,这样,和人们生活密切相关的法律规范之间的比较、选择、参考、采纳等就是不可避免的事情。因此,定居于巴比伦的希腊僧侣、历史学家贝罗苏斯(Berosus)^[29]就此曾写成《巴比伦史》(又称《巴比伦尼亚志》)一书,宣称:“塞琉古王朝是两河流域文明的继承人。”^[30]中国学者也认为,“可以说,希腊化时代是架接起古代西亚地区和古希腊、古罗马等西欧国家的法律文明的重要枢纽”。^[31]雅典是希腊各个城邦中最为发达的,且也是向古代西亚地区移民最早的城邦。因此,美索不达米亚法律影响雅典立法、雅典立法在制定自己的法律时,比较、借鉴前者的法律,应该是没有疑问的。

具体而言,我们从《汉谟拉比法典》第32条中可以看到,巴比伦的自由民士兵在战争中被敌方俘获以后,汉谟拉比并没有置之不理,而是积极想办法将其赎回,恢复其自由。首先,如果士兵自己有经济能力,则自己(通过其亲属)支付赎金;其次,如果自己无力支付,则由其所在地的神庙替他支付;最后,如果所在地的神庙也无力支付,则由国家出资将其赎回。这一法律规定当时影响很大。过了一千多年,在雅典执政官梭伦立法改革时,其中就有一项重要的法律,规定必须赎回被卖到国外为奴隶的雅典人(梭伦在自己的诗篇中对此有生动的描述)^[32]这里,是否比较立法的结果,不能肯定,但在巴比伦法律全面影响古代希腊的背景下,梭伦立法时比较、选择后受到巴比伦法典的影响,则是有可能的。

(四) 美索不达米亚的法律对古代罗马法的影响

中国亚述学学者于殿利在《巴比伦法的人本观——一个关于人本主义思想起源的研究》一书中,^[33]从历史学和考古学两个角度,详细地阐述了美索不达米亚的法律对罗马法的影响。比如,《汉

[27] 古埃及第18王朝第9位法老,法老图特摩斯四世之子。阿蒙霍特普三世在约6至12岁间登基,他继承了图特摩斯三世的事业,在他统治时将第18王朝进一步推向繁盛。任内大力发展对外关系,与巴比伦(Babilim)、米坦尼(Mitanni,在今叙利亚北部)及塞浦路斯等国王修好,并修建包括西底比斯(Thebes)神庙和卢克索(Luxor)的门农巨像(Colossi of Memnon)及阿蒙霍特普祈灵殿在内的诸多宏伟建筑。

[28] 同注25引书,第149-151页。

[29] 贝罗苏斯,生于亚历山大统治巴比伦之时(公元前331-前323年),是马尔杜克神的祭司,他在塞琉古王朝安条克一世(Αντιόχο ο Σωτήρ,公元前324-前261年),塞琉古帝国塞琉西王朝的国王(前293-前261年在位)的支持下,用希腊语写下了三卷本的《巴比伦尼亚志》。

[30] 参见黄民兴:《试论古代两河流域文明对古希腊文化的影响》,《西北大学学报》1999年第4期。

[31] 同注24引书,第434页。

[32] 同注11引书,第277页。

[33] 同注11引书,第2页。

《汉谟拉比法典》第 202 条规定：“如果一个人打了较之地位高者之面颊，则应于集会中用牛皮鞭鞭之六十下。”在它之前颁布的《埃什努那法典》中，也有类似规定，如第 42 条：“如果一个人咬坏了另一个人的鼻子，应赔偿银子一明那；伤其一眼，应赔偿银子一明那；一颗牙齿，二分之一明那；一只耳朵，二分之一明那；一记耳光，他应赔偿银子十舍客勒。”^[34]

学术界的最新研究表明，上述美索不达米亚的立法深深地影响了古代罗马早期的立法。罗马《十二表法》从形式到内容都在很大程度上继承了古代近东法，尤其是《汉谟拉比法典》的传统。“十二表法是美索不达米亚科学这一在近东和地中海地区占支配性地位的知性力量的产物。”^[35]比如，《十二表法》第八表中有这样的规定：“假如他做了不法的事 (Iniuria)，罚金将是 25 (阿斯)。”学术界认为，这里的“不法的事”Iniuria 一词，就是指暴力行为，但这种暴力行为对躯体而言是轻微的，它的更大的伤害在于人的精神或感情上的，即它是一种暴力轻蔑和侮辱，具体而言就是一记耳光。学术界的这一解释还有罗马著名的路西乌斯·维拉提乌斯 (Lucius Veratius) “打人耳光”案例的支撑。^[36]如果学术界的这种分析论证能够成立的话，那么，《汉谟拉比法典》对罗马《十二表法》的影响就是直接的了。^[37]如果这一推论可以成立，那么我们就可以认为，罗马立法者在制定《十二表法》时不仅比较参考了雅典的梭伦立法，也比较借鉴了更早期近东地区的《汉谟拉比法典》，其立法比较的视野和范围有了进一步的扩张。

魏琼在《民法的起源》一书中，也对罗马法与古代西亚、埃及以及希腊法律之间的交流、影响进行了探索。该学者指出，至公元前 30 年罗马共和国末期，罗马人不仅逐一征服了迦太基、马其顿、希腊半岛和西班牙的大部分地区，而且还迫使古代西亚地区、安纳托利亚 (Anatolia, 现土耳其) 等地，实际上沦为了罗马的附庸。罗马进入帝国时期以后，在帝国疆域东部，沦为行省的各地区法律文明的交流有了更为具体的载体——用东方文字 (叙利亚文、阿拉伯文和亚美尼亚文) 编辑而成的法学典籍，在帝国东部广泛流传。与此同时，罗马法与西亚地区的希伯来法也发生了密切的联系，其反映主要表现在《耶路撒冷塔木德》(Yerushalayim Talmūdh) 之中。其中，巴勒斯坦耶路撒冷犹太教圣经注释家们对《圣经法典》的编辑与校正而形成的《密西拿》(Mishnah)，反映了在古代罗马人统治下，两地法律之间的直接交流。^[38] 法律的交流，必然伴随法律的比较，这一点是可以肯定的。

(五) 雅典的德拉古和梭伦立法，影响了罗马的立法

公元前 621 年，希腊出现了执政官德拉古 (Drakon) 制定颁布的《德拉古法》。公元前 594 年，前述雅典执政官梭伦在《德拉古法》的基础上，对希腊的法律进行了改革，他在比较各个城邦法律的基础上，制定了促进当时雅典工商业发展的法律，其中较为著名的就有债务免除法 (“解负令” Seisacktheia)。这对雅典的法律发展产生了巨大影响。公元前 5 世纪中叶，罗马在进行法律改革时，就派了立法者 10 人委员会去雅典参观、考察，进行比较和选择，在此基础上，于公元前 451 - 前 450 年制定了罗马立法史上具有里程碑意义的《十二表法》(Lex Duodecim Tabularum)。因此，可以说，《十二表法》既是罗马人法律智慧的结晶，也是罗马立法者从事比较法研究的产物。

而以上这些立法活动的交流和传播，以及法律的互动、互相影响和吸收，其中必然伴随着对其他

[34] 从这里，已经可以看出，《汉谟拉比法典》比《埃什努那法典》进步了，后者是把几个伤害行为笼统规定在一起的，前者则已经分门别类地单独规定了。这可能也是“比较法”的功劳。

[35] [德]R. 维斯特布鲁克：《十二表法的本质与来源》，白钢译，载《希腊与东方·思想史研究》第六辑，上海人民出版社 2009 年，第 182 页。

[36] 同注 35 引文，第 168 - 169 页。

[37] 同注 11 引书，第 313 页。

[38] 同注 24 引书，第 435 - 436 页。

国家和地区法律的比较与选择,法律的比较活动在这过程中发挥着重要作用。此时,比较法已经从萌芽,发展为一种立法时离不开的重要活动。正是在比较、参考、借鉴、吸收古代埃及和美索不达米亚立法成果的基础上,才诞生了伟大的希腊公法文明和罗马私法文明。

三、比较法律活动中世纪的延续和发展

学术界以前的通说认为,公元476年西罗马帝国灭亡后,欧洲社会进入了“黑暗的”中世纪时代。然而,中外学术界最新的研究表明,中世纪在人类文明史上同样具有重要的意义,它是古代文明的延续期,也是近代文明的孕育期。就比较法的历史而言,欧洲中世纪是一个重要的过渡时期。其中,以下几个因素,使法律的比较活动逐步成形,并最终为近代比较法的成长、定型与登台亮相奠定了基础。

(一) 东罗马帝国时期法的比较研究活动

公元292年,戴克里先皇帝(Gaius Aurelius Valerius Diocletianus, 245-312)首次将罗马帝国一分为二,并建立“四帝制”来进行统治。过了30多年即公元330年,君士坦丁大帝(Constantinus I Magnus, 272-337, 又称君士坦丁一世)进一步将罗马帝国的首都从罗马迁到拜占庭,将该地改名为君士坦丁堡。476年西罗马帝国灭亡后,以君士坦丁堡为中心的东罗马帝国成为罗马法律的创造者,并在查士丁尼皇帝(Justinian, 482-565)统治时期达到了历史的巅峰,并使比较法的成就也达到了一个新高度。其在位期间制定颁布的一系列法典,尤其是《学说汇纂》,可以说是罗马法学说、观点之比较、选择、采纳的集大成者,不仅是一千余年罗马法进步、进化的精华结晶,而且为之后11世纪“注释法学派”(The School of Glossators)和13世纪“评论法学派”(The School of Commentatores)的崛起,以及使罗马法普及至整个欧洲大陆的“罗马法复兴”奠定了基础。

(二) 日耳曼各王国的比较立法活动

公元476年西罗马帝国灭亡后,在其废墟上建立的各日耳曼人(Germania)“蛮族”(Barbari)国家的兴起,各蛮族法典的制定,以及日耳曼法律体系的成长,进一步推动了法律的比较活动:一是各个日耳曼王国之习惯法、庄园法和封建王室法等的比较;二是公元5世纪末到8世纪各部蛮族法典如《西哥特罗马法》(Lex Romana Visigothorum)、《西哥特法典》(Visigothic Code)、《撒利克法典》(Lex Sali-ca)、《里普利安法典》(Lex Ripuaria)、《尤列克法典》(Codex Euricians)、《勃艮第法典》(Lex Burgundionum)、《罗退尔敕令》(Rothair's Edict)、《利特勒兰德法律》(Liutprand's Laws)制定过程中所进行的立法比较;^[39]三是日耳曼法律与原有罗马法之间的比较。虽然,这种比较还是简陋的、初步的,但正是这种立法(习惯法汇编)过程中的比较活动,推动了欧洲大陆法律的发展,也促使日耳曼法律体系的形成和完善。

(三) 教会法的成长对法律比较活动的推动

公元5世纪以后,基督教会逐渐发展壮大,原来只是规范、约束基督教会内部教徒的教会法,开始扩张,全面进军世俗社会,开始调节社会上各个阶层之居民的婚姻、继承、财产转让、契约和诉讼等领域。在教会法成长发展过程中,它不可避免地要与罗马法、日耳曼法、封建王室法、地方习惯法等发生碰撞、冲突和融合。在多种法律规范可以选择的情况,教会法学家通过比较的方法,将最为有利于它的法律规定吸纳到自己的体系之内,如1582年由教皇格列高利十三世(Pope Gregory XIII, 1502-1585)主持编纂的《教会法大全》(Corpus Juris Canonici)、1917年由教皇本尼狄克十五世(Pope Benedict

[39] 详细参见李秀清:《日耳曼法研究》,商务印书馆2005年版,第9-79页。

XV, 1854 - 1922) 颁布的《教会法典》(Codex Iuris Canonici) 等。由于罗马古典时代的法律, 其水准远远高于当时的封建地方法和日耳曼法, 所以我们可以看到, 在教会法之内, 原本属于罗马法的规范最多。

(四) 罗马法复兴, 带动了罗马法律在欧洲范围内的传播与交流

为此做出贡献的首先是前述注释法学派, 其代表人物伊纳留斯(Irnerius, 约 1055 - 1130) 和他的弟子阿佐(Azo Portius, 约 1150 - 1230)、阿库修斯(Accursius, 约 1182 - 1260) 等, 站在 11 - 12 世纪的法律教育和立法的立场上, 对古典罗马法进行了比较研究, 并对《国法大全》(Corpus Juris Civilis) 进行了详细周密的注释, 从而为当时社会的立法活动提供了历史借鉴。之后登上历史舞台的是评论法学派, 其代表人物巴尔多鲁(Bartolus de Saxoferrato, 1314 - 1357) 和巴尔杜斯(Baldus de Ubaldis, 1327 - 1400), 不仅将古典时代的罗马法与当时的教会法、封建王室法和地方习惯法互相比较, 进行优劣之选择, 而且积极参加各王室政府的立法和司法活动, 从而将法律比较的成果运用于当时的社会实践中, 试图创建一套能够适合于欧洲大陆的“普通法”(Gemeines Recht)。注释法学派和评论法学派的先后登场, 使罗马法得以在西欧大陆迅速传播、普及, 并使法律的比较活动广泛开展, 因而为近代以后比较法的发展做了非常好的铺垫。

四、16 - 19 世纪比较法的成长

1492 至 1502 年, 哥伦布(Cristóbal Colón, 约 1451 - 1506) 接受西班牙政府的派遣, 通过连续四次、历时 10 年的艰难探险, 发现了美洲等新大陆, 从而大大拓展了欧洲国家的生存空间, 为商品经济发展以及进入资本主义时代开辟了道路。在此背景下, 近代民族国家纷纷建立, 立法成为各国的主要任务, 由此带来了法律比较的热潮, 比较法也获得了更快的发展, 从而为 19 世纪末比较法正式登上历史舞台做好了最后的准备。在此过程中, 有几个事件起了关键的作用。

(一) 商法典的纷纷面世

商品经济的发展, 为法律的比较与选择、优化, 为制定良好的法律提供了前提和需求。尤其是在中世纪后期, 适应商品经济发展的海上商法和陆上商法已经在西欧各个城市得到了迅速发展。而这些海陆商法, 如 1095 年前后面世的《阿玛斐法典》(Amalphan Code)、1150 年以后适用西欧各国商人贸易的《奥内隆法典》(Rolses D' Oleron)、13 世纪流行于地中海各国的《康梭拉多海商法典》(Consulate del mare)、1350 年以后通行于北海和波罗的海各国的《维斯比海商法典》(Laws of Wisby) 等, 本身就是吸纳地中海各国以及北欧国家的商事习惯的基础上编纂出来的, 因此, 这些商事法典, 其包含的比较法成果是不言而喻的。1673 年和 1681 年, 法国国王路易十四(Louis XIV, 1638—1715), 曾经组织官员在比较各国商事习惯法的基础上, 先后制定颁布了《商事法令汇编》和《海商法典》, 从而为近代商法集大成的 1808 年《法国商法典》奠定了基础。

(二) 近代法律体系的创建

民族国家的形成, 需要创建各个国家自己的法律体系, 而创建这一体系, 对历史上以及当时各个国家法律的比较、研究和选择是必需的。16 世纪以后, 西欧各个民族国家开始崛起。葡萄牙、西班牙、荷兰、英国、法国和德国等, 都先后成为世界强国, 在这些国家经济、政治、军事和文化发展的同时, 其立法事业也有了突飞猛进的进步, 并纷纷开始创建适应自己本国国情的近代法律体系。19 世纪初叶法国元首拿破仑(Napoléon Bonaparte, 1769 - 1821) 的系列法典的出台, 表明了法律的这种迅猛发展, 大大促进了各个国家之间法律的传播和互相影响, 尤其是大陆法系(civil law system) 和英美法系(common law system) 的形成, 为法系之间以及两大法系各个国家之间的法律比较提供了广阔的空间,

从而也使比较法获得了极大的发展。

(三) 启蒙运动与自然法思想的推动

在对各国法律进行比较研究方面,近代启蒙思想家和古典自然法学派的代表人物如格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583 - 1645)、洛克(John Locke, 1632 - 1704)、孟德斯鸠(Montesquieu, 1689 - 1755)和卢梭(Jean - Jacques Rousseau, 1712 - 1778)等都作出了重要贡献。在这些思想家的著作中,强调了对各个国家法律进行比较研究,择其善者而从之的极端重要性。尤其是孟德斯鸠的《论法的精神》一书,花费了二十多年时间,考察了欧洲多个国家的法律之后完成,他对各个国家法律的描述、分析、比较以及评价,影响了整个欧洲大陆,对比较法成为一门科学作出了巨大的贡献。正是因为这一点,孟德斯鸠也被西方学者誉为近代比较法的奠基人之一。

(四) 一批罗马法和法律史学者的开拓性研究

在中世纪后期比较法成长的过程中,一批罗马法、法律史学家也作出了巨大的努力。尤其是其代表人物朴蒂埃(Robert Joseph Pothier, 1699 - 1772)、萨维尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779 - 1861)和梅因(Henry James Sumner Maine, 1822 - 1888)等,在这一领域辛勤耕耘,为比较法这门学科的形成积累了知识和材料,奠定了学科基础。朴蒂埃是法国奥尔良大学的教授,一生从事罗马法的教学与研究,并将罗马法与当时所处时代的民事法律规范进行比较研究,融会贯通,著有《奥尔良习惯法》《债权论》《买卖契约论》《租赁契约论》《善意契约论》《夫妻财产契约论》等众多作品,从而在罗马法与近代法之间架起了一座桥梁。萨维尼是德国历史法学派的代表人物,他的《中世纪罗马法史》(Geschichte des Romischen Recht im Mittelalter, 6卷。第二版7卷, 1834 - 1851)、《现代罗马法体系》(System des Heutigen Romischen Rechts, 8卷。1840 - 1849)等作品,不仅保存了丰富的原始罗马法文献,而且将罗马法的精神、原则和具体制度和近代资本主义社会相结合,创建了一个适应资本主义发展的民法体系。而梅因,则在《古代法》这一名著中,将视野越出欧洲,进入亚洲(印度等),将古代世界东西方的法律规范进行详细比较,从而得出了“所有进步社会的历史,是一个从身份到契约的历史”的名言。正是在朴蒂埃、萨维尼和梅因等法学家辛勤劳动的基础上,比较法终于在19世纪下半叶诞生,并成长为一门新兴的法学学科。

五、结语

以上我们对19世纪末比较法正式诞生以前的早期史,即自人类法律文明诞生,早期国家的统治者在立法时所进行的比较活动的历史进行了比较详细的梳理。虽然,学术界对法律起源(包括有否法律的比较和选择)尚存分歧,甚至有学者认为法律的起源是一个非常复杂、说不清楚、很多情况下靠猜测的问题。^[40]但通过对学术界主流学说的上述梳理,我们还是得到如下三个方面的启示。第一,比较法的历史非常久远,它与人类的法律一起诞生。可以这么说,只要有立法的需求,立法的冲动,就开始了立法的比较。人们总是希望在指导、规范、禁止人类行为的各种习俗惯例中,选择一种最适合于自己部族(后来是酋邦,再后来是国家)的行为规则(开始是习俗惯例,再后来是习惯法,再后来当文字诞生之后就被编纂为成文法典)。这既是人类的一种自主选择,也是社会发展之客观需求。

第二,对各种不同法律规范比较研究,也同样具有非常悠久的历史。换言之,在比较立法很早就得到统治者重视的同时,比较法的学术史也开始了自己的旅程。我们从现今西亚地区所出土的反

[40] *The Law's Beginnings* 221 (F. J. M. Feldbrugge ed., Martinus Nijhoff Publishers 2003).

映古代美索不达米亚文明的楔形文字泥板中可以看到,其关于法典、法令、政府执法文件,契约文书,以及法律教育、法学研究的泥板,占据整个出土泥板文献的95%以上。^[41]“纵观古代美索不达米亚的历史,我们可以得出这样的结论,即法律意识和契约观念渗透到美索不达米亚人日常生活的方方面面,上到君王和廷臣,下到寻常百姓,离开了法律和契约,他们寸步难行,他们赖以生存的社会也就无法正常运转。”^[42]一些西方学者甚至认为:古代美索不达米亚的法律渊源资料文献之丰富,超出了现代人的想像“我们拥有的美索不达米亚法渊源资料——从苏美尔人到新巴比伦人——包括若干法律条文或法典(Codes),米沙鲁姆法令(Misarum,国王有关特定法律主题的书面建议),以及私人或公共的法律文件,这些文件包括书信、合同、遗嘱、收养文件、债务、边界标记、行政文本和国际协定。”^[43]在这样一种法律氛围之下,推定立法者具有较高的比较法素养和广阔的国际法(城邦之间法)的视野,应该是可以成立的。

第三,法律的比较活动与人类的法律文明同时诞生之历史事实,还给予了我们如下启示,即对法律的成长而言,法律的比较是一个必备的要件,它是良性的、积极向上的,是推动法律进步、发展和完善的必需要素。而法律的比较(比较法)具有这样一种本质属性(特征),其背后的深层原因在于,法律的比较,必定会与法律的选择相伴随,如同法律的移植必定与法律的本土化相伴随一样,用中国一句古语来说,就是法律的目的就是“择其善者而从之”。这是法律的核心价值,是它的本质贡献,也是其生命力之所在。比较法学与法律解释学、法律社会学等学科一样重要,也一样古老,并将与法律本身相始终。研究比较法的早期史,就是试图为揭示比较法的这一形成、发展和演变规律做一点基础性研究工作,以推动法和法学的进步与繁荣。当然,这一研究工作才刚刚开始,需要学界的更多关注、更多支持、更多投入。

Early History of Comparative Law

He Qinhu

Abstract: In the current treatise on Comparative Law, the history of Comparative Law can be traced back to Solon legislation in ancient Greece, the 6th century BC. Also, there is study move it back forward until “Code of Hammurabi” in Mesopotamia, the 18th century BC, but lacking of further demonstration and discussion. In this paper, the latest research of law, history and archeology will be combined, suggesting that if we consider the comparison, select, and adoption of various sources of law by human beings as the early activities of comparing law, then, the start of Comparative Law can be traced back much earlier, namely the birth of human law. In other words, the early history of Comparative Law can be traced back around 3000 years BC, when the law just came into being. Through an extensive literature, this paper will be divided into four parts to provide a detailed analysis on this perhaps premature opinion.

Keywords: comparative law; early history; Mesopotamia; Egypt; history of legal civilization

(责任编辑:丁洁琳)

[41] 据英国学者估计,在迄今考古发掘所发现的楔形文字泥板文献中,在苏美尔文献中,法律文献占了95%左右,在阿卡德文献中,比例也差不多。同注11引书,第6页。

[42] 同注11引书,第216页。

[43] Russ VerSteeg, *Early Mesopotamian Law* 8 (Carolina Academic Press 2000).

深化司法改革与刑事诉讼法修改的 若干重点问题探讨

陈光中 唐彬彬*

摘要:为贯彻党的十八届三中、四中全会决定提出的深化司法改革的新要求,我国《刑事诉讼法》的新修改势必提上日程。本文主张,此次修改应体现以下重要内容:第一,将保障人权列为立法的宗旨,确立无罪推定原则。第二,保障人民法院独立公正审判,完善管辖制度,改革审判委员会制度。第三,践行庭审实质化,探索贯彻直接言词原则。第四,完善辩护制度,进一步扩大法律援助的适用范围。第五,完善认罪认罚从宽制度,并将其作为一项基本制度规定在我国《刑事诉讼法》的第一章中。

关键词:深化司法改革 刑事诉讼法新修改 保障人权 独立公正审判 完善认罪认罚从宽制度

党的十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称“三中全会《决定》”)和四中全会作出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称“四中全会《决定》”)对本次司法改革提出了明确的目标、指导思想和一系列重要举措,其中相当多的内容与刑事诉讼制度有关,必须通过制定或修改法律才能保证改革于法有据。因此,我国现行的《刑事诉讼法》尽管在2012年刚进行了修改,而且也取得了较大的进步,却又不得不再次被提上修法的日程。本文从司法改革的发展趋势着眼,结合对《刑事诉讼法》新修改的展望,着重谈以下几个方面的问题。

一、加强人权司法保障

人权保障是国家民主法治发达程度的根本性标志之一。自2004年《宪法》第33条明确作出“国家尊重和保障人权”的规定以来,我国法律制度对人权的保障力度逐步提高。四中全会《决定》进一步提出了“加强人权司法保障”的要求,这必然要成为当下司法改革,特别是《刑事诉讼法》修改内容中的重中之重。针对现行《刑事诉讼法》在人权保障方面的某些不足和人民群众的新期待,笔者就《刑事诉讼法》新修改如何进一步加大人权司法保障提出以下几点意见。

(一) 坚持惩罚犯罪与保障人权并重的立法指导思想

惩罚犯罪与保障人权是刑事诉讼的两大目的。前者体现了《刑事诉讼法》追诉与惩罚犯罪的功能;后者不仅包括保障无罪的人不受刑事追究,还体现为案件当事人、其他诉讼参与人,特别是被追诉

* 陈光中,中国政法大学诉讼法学研究院终身教授,“2011计划”司法文明协同创新中心首席科学家;唐彬彬,中国政法大学刑事司法学院博士研究生。

人,在诉讼程序中行使的诉讼权利能够得到充分保障。^[1]目前,惩罚犯罪与保障人权相结合的思想已经被许多官方文件正式确认,如《中央政法委关于切实防止冤假错案的规定》开篇第1条便提出该规定设立的目的为:“依法惩罚犯罪,尊重和保障人权,提高司法公信力,维护社会公平正义”;最高人民法院印发的《关于充分发挥刑事审判职能作用深入推进社会矛盾化解的若干意见》的第3条明确规定要惩罚犯罪与保障人权并重;最高人民检察院关于印发《最高人民检察院关于办理当事人达成和解的轻微刑事案件的若干意见》的第1条也明确提出了惩罚犯罪与保障人权并重的基本原则。

我国《刑事诉讼法》第1条和第2条规定了立法目的和任务。《刑事诉讼法》第1条规定本法制定的目的是“为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,根据宪法,制定本法”。该条存在的问题主要是:首先,“惩罚犯罪,保护人民”潜在的内涵是通过惩罚犯罪来保障人民的权利,所体现的仍是打击、惩罚犯罪的目的,并未涉及到人权司法保障的宗旨,尤其是犯罪嫌疑人、被告人的人权保障;其次,单纯从“人民”二字而言,人民是一个政治范畴,是与“敌人”相对应的概念。在外延上,并不包括犯罪分子,犯罪嫌疑人、被告人中有相当一部分也可能不属于“人民”的范畴。^[2]保护人民并不能涵盖所有案件参与者,特别是被追诉人。因此,笔者建议将第1条中的“保护人民”改为“保障人权”,以此来表明《刑事诉讼法》所需要保障的是一切人的权利,自然应该重点保护犯罪嫌疑人、被告人的权利,这更加符合刑事司法规律。同时,《刑事诉讼法》第2条规定,刑事诉讼的基本任务是“保证准确、及时地查明犯罪事实,正确应用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究,教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争,以维护社会主义法制,尊重和保障人权,保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利,保障社会主义建设事业的顺利进行”。该规定从文字逻辑来看,是通过“保证准确、及时地查明犯罪事实,正确应用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究……”,以实现“维护社会主义法制,尊重和保障人权……”前后呈现出一定的行为与结果的关系,这不仅存在明显的逻辑缺陷和文字弊病,更把“人权保障”淹没在诸多并列的任务之中,贬低了它的价值地位。

在寻求如何完善我国《刑事诉讼法》第1条和第2条的最佳路径上,笔者认为可以先参考其他法治国家的立法经验。如日本《刑事诉讼法》在开篇第1条就提出“本法的目的”是:“在刑事案件上,于维护公共福利和保障个人基本人权的同时,明确案件的事实真相,正当而迅速地适用刑罚法令为目的”,将保障人权与惩罚犯罪并列,并且未将立法的目的与任务进行区分;俄罗斯《刑事诉讼法》第6条“刑事诉讼的目的”规定:“(1)刑事诉讼具有以下目的:①维护受到犯罪侵害的人和组织的权利和合法利益。②维护个人免受非法的和没有根据的指控、判刑以及权利和自由受到限制。(2)对犯罪人进行刑事追究和判处公正的刑罚,与不对无辜者进行刑事追究、免除其刑罚、对每个没有根据地受到刑事追究的人进行平反,同样符合刑事诉讼的目的”。该条文也体现出惩罚犯罪与保障人权并重的思想,也未将刑事诉讼的任务与目的进行分别规定。

参考外国立法经验,出于对我国《刑事诉讼法》整体格局的考虑,笔者认为在修改时可以将第1条和第2条合并为一条,具体规定可表述为:“为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保障人权,维护社会主义法制,保障国家安全和社会公共安全,维护社会秩序,保障社会主义现代化建设事业的顺利进行。

[1] 参见陈光中:《刑事诉讼法修改若干问题之展望》,载《法学》2008年第6期,第5页。

[2] 参见陈光中:《中国刑事诉讼法典第一编第一章“任务和基本原则”的修改建议稿和理由》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第11卷,法律出版社2006年版,第14页。

根据宪法,制定本法”。

(二) 确立无罪推定原则

无罪推定是刑事诉讼中保障被追诉人人权的基础性、关键性原则。1789年,法国《人权宣言》首次确立了无罪推定原则,该宣言第9条明确规定:“任何人在宣判有罪之前应当视为无罪”。第二次世界大战以后,联合国大会在1966年通过的《公民权利与政治权利公约》再次强调了无罪推定原则,该公约第14条第3款规定:“凡受刑事控告者,在未依法证实有罪之前,应有权被视为无罪”,为该原则在世界范围内的实施提供了依据。随着人权保障理念的不断发展,各法治国家也逐步接受了无罪推定的理念,并将其作为一项重要的宪法性原则予以确立。如《葡萄牙共和国宪法》第32条第2款规定:“任何被告人在被判为有罪之前应被推定为无罪……”;《大韩民国宪法》第27条规定:“……(4)刑事被告人在被判为有罪之前,应推定为无罪”;《俄罗斯联邦宪法》第49条第1款规定:“每个被指控犯罪的人,在其罪行未经联邦法律规定的程序所证实,未被法院作出的已经发生法律效力判决确认之前,均被视为无罪”。

根据联合国文件以及各国相关法律的规定,无罪推定的内涵应该包括:首先,刑事案件被追诉人在被证实有罪之前,都应该被假定为无罪;其次,公诉机关或自诉人承担举证责任,在达到证据确实充分,综合全案排除合理怀疑的证明标准时,法院才能判定被追诉人有罪;最后,案件存疑时应该作有利于被追诉人的处理。该原则是一种典型的法治思维方式,要求国家专门机关在诉讼中以无罪的地位来对待被追诉人,为其提供相应的程序保障,禁止对其实施刑讯逼供。无罪推定原则有利于保障被追诉人的诉讼权利,能保障最大限度地防止冤假错案的发生。

我国《刑事诉讼法》没有明文规定无罪推定原则,但是该法第12条、第49条和第195条所规定的:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”;“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”;“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决”等内容已经体现了我国的无罪推定原则的基本精神。然而,第12条的规定与无罪推定的原则尚有一定的距离。从文字上看,该规定所表述的意思是只有人民法院有权依照法定程序确定被追诉人有罪,可以将其理解为在最终判决作出之前,犯罪嫌疑人、被告人不能被认为是犯罪的人,但其表述重在强调法院拥有唯一的定罪权。从这个意义上来看,我国《刑事诉讼法》并没有作出真正到位的无罪推定原则的规定,不能认为我们国家已经确立了无罪推定原则。

基于上述,在我国《刑事诉讼法》的修改中,应该明确规定无罪推定原则,笔者建议参照国际人权公约的通例,将第12条改为:“任何人在人民法院依法确定其有罪之前,都应该被推定为无罪。”

(三) 贯彻不得强迫自证其罪原则

不得强迫自证其罪原则的基本内容为:在刑事诉讼中,国家专门机关不得强迫任何人作证明自己有罪的陈述。作为一项被国际社会普遍认可的基本原则,不得强迫自证其罪原则在若干国际人权公约中均有明确规定,如联合国《公民权利与政治权利公约》第14条第3款(庚)项明确规定:“不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”,这是被追诉者在被追诉的过程中最低的权利保障。欧洲人权法院更将其誉为普遍承认的国际标准,属于公平审判(fair trial)的核心内涵。^[3]我国《刑事诉讼法》在2012年修改时,将不得强迫自证其罪原则在第50条进行了明确的规定,即“审判人员、检察人员、侦查人员……不得强迫任何人证实自己有罪”。该原则的确立能够有效地预防刑讯逼供,更好地

[3] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),元照出版有限公司2013年版,第162页。

保护被追诉人的合法权利,是《刑事诉讼法》在人权保障上新的进步。

然而,《刑事诉讼法》第118条又继续沿用了1996年《刑事诉讼法》第93条的规定,即“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答”。也就是说,对于侦查人员的讯问,被告人负有如实回答的义务,不论是否为证明其有罪或者无罪的问题,都应该如实提供信息。在第50条赋予了被追诉人享有不被强迫证实自己有罪的权利之后,又规定其对侦查人员的提问必须如实回答,对此,学界主要有三种不同看法:其一,有论者认为,不得强迫自证其罪原则要与沉默权相配套才能实现,因此,必须在《刑事诉讼法》中确立沉默权。其二,有论者认为,不得强迫自证其罪与沉默权没有必然联系,而且为了查明事实真相还要继续保留第93条如实供述的规定。其三,还有论者认为,根据中国的现实情况,规定沉默权暂时不具备条件,但是如实回答还是与不得强迫自证其罪相冲突,应当予以删除。笔者持第三种态度,认为如实回答的规定在客观上无法杜绝侦查机关滥用该项规定,容易将其演化为刑讯逼供的借口,从而使得犯罪嫌疑人违背自己意愿作出供述。因此,应该将第118条中“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答”的内容修改为:“侦查人员不得强迫犯罪嫌疑人违背自己的意愿进行陈述”,以此来保障犯罪嫌疑人不得自证其罪的权利的实现。

(四)调整指定居所监视居住的适用范围

我国2012年修改后的《刑事诉讼法》在第73条扩大了指定居所监视居住的范围。现行指定居所监视居住的适用范围包括两大类:其一,符合监视居住条件的、无固定住处的犯罪嫌疑人。此类犯罪嫌疑人一旦脱离控制,极有可能外逃,从而导致诉讼程序难以继续进行。其二,符合监视居住条件,但是在住处执行可能有碍侦查的,涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪的犯罪嫌疑人。根据实践中指定居所监视居住的实施情况,指定的居所俨然成为了看守所之外的准羁押场所。其主要原因在于:

第一,指定居所监视居住制度本身规范不足。对指定居所监视居住时,讯问犯罪嫌疑人的时间、时长等均缺乏规定,并且对于执行地点也没有任何的限制。实践中,大部分指定的居所为宾馆、招待所等。此类地方均不能满足同步录音录像的条件,其监管措施也不如看守所完善。

第二,在指定居所监视居住中,律师会见权、犯罪嫌疑人的辩护权很难得到保障,尤其是在特别重大的贿赂案件中。虽然在2012年修改的《刑事诉讼法》、两高三部印发的《关于依法保障律师执业权利的规定》之后,律师在指定居所监视居住的案件中的会见权得到了进一步的保障:如律师在侦查阶段要求会见危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件在押的犯罪嫌疑人的,侦查机关应该在三日内予以答复。并且在特别重大贿赂案件侦查终结前,侦查机关应当许可辩护律师至少会见一次犯罪嫌疑人。然而,这种规定并没有真正缓解律师会见难的问题。根据《人民检察院刑事诉讼规则》第45条的规定,“特别重大贿赂案件”的范围是:涉嫌贿赂犯罪数额在50万元以上,犯罪情节恶劣的;有重大社会影响的;涉及国家重大利益的。在这样的规定下,检察机关对具体案件是否适用指定居所监视居住具有很大的自由裁量空间。其一,侦查机关对“特别重大贿赂案件”进行扩大解释。人民检察院在侦办涉嫌受贿案件时常把未经查实的带水份的涉嫌数额作为“涉嫌受贿50万元”,进而采取指定居住监视居住以限制律师的会见权。^[4]其二,侦查机关直接以案件有重大社会影响或者涉及国家重大利益为借口,拒绝律师会见。

第三,从我国已经处理的贿赂犯罪案件来看,犯罪金额涉及50万元的并不是特别大的数额,也并

[4] 参见魏东:《对腐败犯罪“老虎苍蝇一起打”的刑事政策考量》,载《甘肃政法学院学报》2014年第2期,第5页。

非罕见。同时,即便是受贿几百万甚至上千万的案件,涉嫌贿赂犯罪的嫌疑人本身也不具有暴力性,对社会安全、社会秩序并不构成直接威胁。检察机关完全可以通过拘留程序将其羁押,认为有必要逮捕的,再作出逮捕的决定。更何况,对于数额特别大的受贿犯罪,一般都预先采取了双规的措施,没有必要使用指定居所监视居住剥夺犯罪嫌疑人的人身自由。

第四,在特别重大贿赂案件中,指定居所监视居住的监督不足。根据《刑事诉讼法》第72条和第73条的规定,监视居住由公安机关负责执行,人民检察院对指定居所监视居住的决定和执行是否合法实行监督,即公安机关为执行机关,检察机关负责对公安机关的执行进行监督。在实践中,对涉嫌恐怖犯罪、危害国家安全犯罪的犯罪嫌疑人指定居所监视居住,是按照法律的规定,由公安机关、国家安全机关执行,并由检察院进行监督。但是在对涉嫌特别重大的贿赂案件的犯罪嫌疑人指定居所监视居住时,是由检察机关直接对其进行执行、管理。同时,检察机关又是监督指定居所监视居住执行的机关。检察机关自己执行、自己监督,实际上必然形成执行缺乏监督,从而导致犯罪嫌疑人权利无法得到保障。

综上,笔者认为,立法除了对指定居所监视居住实施的具体程序予以进一步规范以外,取消对“特别重大的贿赂案件”实施指定居所监视居住是现阶段合法反腐的当务之急。因此,笔者建议将《刑事诉讼法》第73条第1款修改为:“监视居住应当在犯罪嫌疑人、被告人的住处执行;无固定住处的,可以在指定的居所执行。对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪,在住处执行可能有碍侦查的,经公安机关批准,也可以在指定的居所执行。但是,不得在羁押场所、专门的办案场所执行。”

二、保障独立公正审判问题

公正是司法的核心价值,只有通过公正的司法解决了社会纠纷与矛盾,才能保障社会公平正义的实现。司法是维护社会公平正义的最后一道防线。本次司法改革更是首次把司法公正提升到前所未有的新高度。四中全会《决定》明确提出应该“保证公正司法,提高司法公信力”,认为“公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用,司法不公对社会公正具有致命破坏作用”。四中全会《决定》第一次提出了“引领”一词;采用的是“致命破坏作用”,而不是“严重破坏”等其他形容词。这些表述都体现了司法公正正在“依法治国”框架内具有非常重要的地位。同时,四中全会《决定》还对司法提出了“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的新要求。笔者认为更加重视司法公正是深化司法改革的灵魂,只有公正司法才能实现司法为民,提高司法公信力,增强司法权威性。

然而,司法公正的实现,在很大程度上取决于独立审判的实现。没有审判独立就没有司法中立,就没有司法公正。实践中,沉重的体制化障碍使司法难以摆脱地方化、行政化的羁绊,导致法院无法实现独立、公正的审判。为了实现司法去地方化与去行政化,十八届三中全会《决定》明确提出:“确保依法独立公正行使审判权。改革司法管理体制,推动省以下地方法院人财物统一管理,探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度,保证国家法律统一正确实施”;四中全会《决定》也提出:“完善确保依法独立公正行使审判权的制度……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……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”和“司法机关内部人员不得违反规定干预其他人员正在办理的案件,建立司法机关内部人员过问案件的记录制度和责任追究制度”。截止目前,司法改革一方面在人财物统管、司法辖区与行政辖区分离的改革试点中取得了一定的成果;另一方面也加强了党政机关、领导干部干预司

法行为的惩处,中央政法委首次向社会通报了两起查处领导干部干预司法的案件,分别为:最高人民法院咨询委员会原秘书长刘涌涉嫌受贿案^[5]与湖北省高级人民法院刑事审判三庭原庭长张军违纪案,^[6]这些案件的查处体现出了中央有关部门为保障审判独立而进行的努力。

结合司法改革的新要求,笔者认为要保障独立公正审判,我国《刑事诉讼法》的修改应该主要从以下几个方面入手:

(一)明确规定人民法院依照法律规定独立公正行使审判权

我国《宪法》第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。从《宪法》的这一条文内容的发展来看,1954年我国颁布了第一部《宪法》,其中第78条对审判独立规定为:“人民法院独立进行审判,只服从法律”。1975年和1978年《宪法》由于受到政治运动,特别是“文化大革命”的影响,将该条款删除,取消对独立审判的相关规定。直至1982年《宪法》才将该条款予以恢复,增加了第126条的规定,并沿用至今。从文义解释来看,1982年《宪法》对1954年《宪法》第78条进行了限缩,从只服从法律到仅仅明确禁止行政机关、社会团体与个人对审判进行干涉,其言外之意就是党委和人大有权对案件的审判进行干预。

在我国,司法机关必须坚持党的领导是毋庸置疑的。但是,党的领导应该主要为政治与组织上的领导以及方针、路线的领导,原则上不能干预具体案件的处理。然而,地方党委、政法委直接干预、协调案件处理的情况,在我国由来已久。我们必须清晰地认识到该行为存在的严重弊端,不仅妨碍了《宪法》要求三机关“分工负责、相互配合、相互制约”原则的实现,还明显加大了冤假错案产生的风险。赵作海案就是典型的在政法委干预司法之下造成的冤案。在侦查该案的公安机关不同意放人、检察院不同意起诉的情况下,当地政法委通过协调公、检、法三机关,作出了“20天内起诉”的决定。最终,赵作海被法院判处死缓,在被关押11年后,由于亡者归来,赵作海才被无罪释放。

因此,按照四中全会《决定》提出的要求以及现行《宪法》条文的规定,笔者认为,我国《刑事诉讼法》对该部分的修改可以参考四中全会的具体描述方法,将第5条修改为:“人民法院依照法律规定独立公正行使审判权。”直接删除原条文后半部分规定即可,以弹性的方式对限制各级党委、政法委及其领导干预司法的行为作出回应。这样的规定方式既是根据四中全会的表述,也没有超越现行《宪法》的规定。

(二)完善刑事诉讼的管辖制度

由于我国法院的设立与行政区划相同,各级法院分别与相应级别的行政对应,并且法院在整个人、财、物的管理方面都受制于地方政府。长此以往,法院、法官肯定与当地的政府、领导形成千丝万缕的联系,从而导致审判难以独立。因此,去除司法地方化是实现审判独立的前提。三中全会提出的法院人财物统一管理的改革主要涉及到《法院组织法》的修改,并不需要在《刑事诉讼法》中予以规定。因此,《刑事诉讼法》的修改在去地方化的努力上,应该着重对刑事诉讼的管辖制度进行完善。

为实现法院的审判辖区与行政辖区相分离,四中全会《决定》首次正式提出设立巡回法庭、跨行政区法院的构想。要求:“最高人民法院设立巡回法庭,审理跨行政区域重大行政和民商事案件。探索

[5] 最高人民法院咨询委员会原秘书长刘涌涉嫌受贿案。2008年以来,刘涌接受多名案件当事人的请托,为案件审理说情打招呼,涉嫌收受贿赂共计200余万元。目前,刘涌已被依法移送司法机关处理,有关部门已决定开除其公职。

[6] 湖北省高级人民法院刑事审判三庭原庭长张军违纪案。2010年以来,张军多次与律师王某发生不正当两性关系,多次收受下级法院所送礼金共计1.5万元,向该省两位律师借款50万元用于个人购房(已于案发前偿还)。目前,张军已被开除党籍、开除公职。

设立跨行政区划的人民法院,办理跨地区案件。”随即,最高人民法院在深圳、沈阳分别设立了第一、第二巡回法庭,审理跨行政区域重大案件,并将审理范围限制于重大的行政、民商案件。随后,最高人民法院颁布《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》(以下简称“《巡回法庭规定》”),进一步将巡回法庭的管辖范围从重大行政、民商案件,扩张至刑事申诉案件、依法定职权提起的再审案件、高级人民法院因管辖权问题报请最高人民法院裁定或者决定的案件、高级人民法院报请批准延长审限的案件,以及巡回区内向最高人民法院提出的来信来访事项。同时《巡回法庭规定》第3条第11项规定巡回区法院的管辖还包括:“最高人民法院认为应当由巡回法庭受理的其他案件”,若最高人民法院认为应当由巡回法庭审理的案件,即便不在巡回区范围之内,也可以由巡回法庭进行管辖。以聂树斌案再审为例,最高人民法院已于6月20日决定由最高人民法院第二巡回法庭负责对聂树斌故意杀人、强奸一案进行再审。而该案原终审判决为河北省高级人民法院作出,后最高人民法院指令山东省高级人民法院对该案进行复查,这两地均不属于第二巡回区法院的管辖区。

在巡回法庭设立的同时,按照司法改革的要求,北京、上海率先设立跨行政区的北京市第四中级人民法院和上海市第三中级人民法院,负责对跨行政区划案件进行审理,以确保实现独立、公正审判。在2016年,仅这两个跨行政区法院就审结案件2961件,并且息诉率达到100%。^[7]就实践的发展来看,跨行政区法院的管辖权不应当只局限于跨行政区化的案件,还可以扩展至一些疑难、复杂,且案发地法院不适宜审理、可能受非法干扰影响公正审判的案件。与跨行政区的北京市第四中级人民法院对管辖权的规定相对应,北京市人民检察院第四分院规定其管辖范围除跨行政区的案件外,还包括“北京市人民检察院指定管辖的其他重大案件”。以雷洋案为例,本应由昌平区人民检察院对涉嫌玩忽职守罪的警员进行立案侦查,但根据办案的实际需要,北京市人民检察院决定将该案交由北京市人民检察院第四分院进行立案侦查,以此来保障案件得到公正的处理。因此,在实践探索中,也可以尝试将该类案件交由跨行政区法院进行审理,进一步扩大跨行政区法院的管辖范围。

综上,根据已有的巡回法庭、跨行政区法院运行的经验,我国《刑事诉讼法》应该增加对巡回法庭、跨行政区法院管辖的规定,可以在第二章“管辖”中明确规定:“巡回法庭的管辖范围包括:巡回区内的刑事申诉案件,依法定职权提起的刑事再审案件,高级人民法院报请批准延长审限的刑事案件,高级人民法院对管辖权有争议的刑事案件,向最高人民法院提出的涉诉信访案件,以及最高人民法院认为应当由巡回区法庭管辖的其他案件”;“跨行政区划人民法院的管辖范围包括:基层法院对管辖有争议的案件,可能受非法干扰影响公正审判的案件,以及上级人民法院指定管辖的其他重大案件”。

(三)改革审判委员会制度,赋予合议庭独立审判权

由合议庭对案件独立进行审判是刑事诉讼的基本要求,也是以审判为中心诉讼制度改革的应有之义。然而,《刑事诉讼法》第180条规定:“合议庭开庭审理并且评议后,应当作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件,合议庭认为难以作出决定的,由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定,合议庭应当执行”,即在赋予合议庭独立裁判权的同时,还赋予了审判委员会对重大疑难案件的最终决定权。在实践中,合议庭最终裁判的形成往往需要经过审判委员会对案件进行讨论,其范围并不仅限于疑难、重大、复杂的案件。审判委员会的存在固然是我国传统司法经验的体现,有其一定的现实必要性。但是,审判委员会过多地介入案件,造成“审者不判,判者不审”的不合理现象,不仅违反了直接言词原则,还容易使主审法官怠于对案件进行认真审理,完全依赖审判委员会

[7] 参见《2016 最高人民法院工作报告》。

作出决定。而且,一旦案件处理出了问题,审判委员会和合议庭又会相互推卸,导致案件结果“无人负责”的局面。因此,只有改革审判委员会的工作运行机制,限制其权力行使,逐步缩小其讨论决定案件的范围,并最终革除这一不符合审判规律的审判组织和审判方式,才能保障法官独立行使审判权。^{〔8〕}

2014年,我国为了实施审判权力运行机制改革,落实法官独立裁判制度,在全国9个法院设立了相应的试点。作为试点法院之一的上海市第二中级人民法院,在2014年4月至11月期间,受理并审结案件7893件,其中,由合议庭评议并直接作出判决的案件有7711件,占97.69%。2015年,上海市各级法院直接由独任法官、合议庭作出裁判的案件比例达到99.9%。^{〔9〕}在没有进行试点的地区,以西部Y省C县基层法院为例,2014年受理并审结案件近13000件,由审判委员会参与审判的仅仅只有120件,仅占案件总数的0.92%。可见,在本轮司法改革中,合议庭独立审判制度的改革已经初见成效,绝大多数案件可以由合议庭独立进行审判。这样的审理模式不仅可以保障法官独立公正审判的实现,落实“审者负责”的司法责任追究制度,还能保证审判委员会完成自己的本职工作,更好地总结审判经验,指导法官对具体法律的适用。随着司法改革的深入,2015年最高人民法院颁布了《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》,为进一步确保人民法院依法独立公正行使审判权,对审判委员会能够参与审理的案件范围进行了明确限制,即“审判委员会只讨论涉及国家外交、安全和社会稳定的重大复杂案件,以及重大、疑难、复杂案件的法律适用问题”,强调审判委员会的作用应该是“总结审判经验、讨论决定审判工作重大事项的宏观指导职能”。

综上,在《刑事诉讼法》修改中,应该将第180条修改为:“合议庭开庭审理并且评议后,应当独立作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件,合议庭认为难以作出决定的,确有必要时,由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会原则上只讨论适用法律问题,不讨论证据和事实问题。审判委员会的决定,合议庭应当执行。”虽然实践中审判委员会讨论案件的数量已明显减少,但只讨论适用法律问题而不涉及证据、事实问题,还有待探索和总结经验。人民检察院和人民法院同属司法机关,其独立公正行使检察权的规定同于人民法院。

三、践行庭审实质化问题

庭审实质化是以审判为中心的诉讼制度改革的关键性的内容,其本质是要求通过法庭审理发现疑点、理清事实、查明真相,最后作出公正的裁判。四中全会《决定》明确要求:“充分发挥审判特别是庭审的作用,是确保案件处理质量和司法公正的重要环节。”该制度的实施对我国司法改革意义重大。

(一)庭审实质化是以审判为中心的必然要求

第一,刑事诉讼必须以审判为中心。在长期以来的司法实践中,公安机关在三机关处于强势地位,刑事诉讼程序以侦查为中心,侦查权在司法实践中不能得到有效监督、有力制约。三机关之间配合有余,制约不足的工作机制直接导致了冤假错案的发生、对司法公正与司法权威产生了消极的影响。推进以审判为中心的诉讼改革就是要纠正过去的办案模式,要求在审判中确保侦查、起诉的案件

〔8〕 参见陈光中、龙宗智:《关于深化司法改革若干问题的思考》,载《中国法学》2013年第4期,第12页。

〔9〕 参见最高人民法院网:《最高人民法院发布〈中国法院的司法改革〉白皮书》,网址:<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16695.html>,最后访问时间:2016年6月22日。

事实证据经得起法律的检验,保证案件质量,使证据的合法性、真实性经得起审判程序的检验。^[10]使审判成为保证案件质量的最后关口。

第二,以审判为中心的核心在于庭审实质化。庭审实质化就是为了解决我国长期以来“庭审虚化”的问题,要求庭审在刑事诉讼过程中发挥出决定性的作用,与定罪量刑有关的证据都要在法庭上进行充分的举证、质证、辩论,充分保障被告人的诉讼权利。从而使得法官能依据庭审内容查明案件事实,独立形成心证,正确裁判案件。同时,从刑事诉讼程序的价值来看,无论是为了实现实体公正还是保障程序公正,被告人有罪与否以及如何承担刑事责任的认定必须在审判阶段通过庭审的方式解决(不包括法定不起诉、附条件不起诉等不需要经过庭审的案件)。这是刑事庭审实质化的要义,也是“以审判为中心的诉讼制度改革”的落脚点。^[11]

(二)庭审实质化要求探索贯彻直接言词原则

按照《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第11条的规定,庭审实质化的要义在于“事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,裁判结果形成于法庭”。根据四中全会《决定》的要求,庭审实质化要求“完善证人、鉴定人出庭制度,保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”。为此,必须在庭审中探索贯彻直接言词原则,强调司法的亲历性。该原则要求:首先,法官必须在法庭上亲自接触证据材料、直接感受证据材料,并且应当尽可能接触原始材料,而不是第二手或者更远离原始的材料;其次,法官必须亲身审理案件,直接审查证据与事实,形成对案件事实的内心确信,只有这样,才能作出正确的判决;^[12]最后,只有以言词陈述或者问答形式而显现于审判庭的诉讼材料,法院才能将其作为裁判的基础。庭前形成的各种书面材料原则上不具有证据效力。因此,落实直接言词原则必须强化证人、鉴定人出庭制度。然而,鉴定人出庭质证的相关规定已在《刑事诉讼法》以及《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》中有清晰的列明,其相关制度设计也比较科学。现行《刑事诉讼法》存在的缺陷主要在证人出庭的相关规定上,因此,在修改时应该着重考虑以下几个问题:

1. 强化证人出庭制度

要实现庭审实质化,必须要求审判从“审材料”变为“审人”,只有证人出庭,接受控辩双方的询问,才能满足直接言词原则的要求。让事实调查发生在法庭,法官作出裁判的依据来源于法庭。因此,证人能否出庭直接关系到直接言词原则能否得到落实以及庭审能否实质化。然而,在司法实践中,证人出庭率极低是不容争议的事实。根据笔者在B市X区法院试点项目所作的调研,在2012年《刑事诉讼法》修改后,有证人出庭的案件数占普通程序案件数比例仅有1.04%(2013年)、0.79%(2014年)、3.92%(2015年)。笔者认为,现阶段证人出庭率低的根源主要是《刑事诉讼法》对证人出庭的规定有明显的缺陷:其一,《刑事诉讼法》第187条第1款规定,公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证。由于证人必须在三个条件同时具备时才应当出庭,这实际上把证人是否出庭完全交由法院自由裁量。其二,《刑事诉讼法》第190条规定,公诉人、辩护人应当向法庭出示物证,让当事人辨认,对未到庭证人的证言笔录、鉴定人的鉴定意见、勘验笔录和其他作为证据的文书,应当当

[10] 参见龙宗智:《影响司法公正及司法公信力的现实因素及其对策》,载《当代法学》2015年第3期。

[11] 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,第103页。

[12] 同注8引文,第7页。

庭宣读。这条规定表明,证人不出庭时可以直接宣读证言笔录。《刑事诉讼法》第187条和190条相配合,就必然使得在法庭审理的过程中证人不出庭成为常态,而证人出庭成为例外。

正是由于现行法律所规定的证人出庭的条件过于灵活、宽松,最后导致的结果就是法院可以任意决定证人是否出庭。因此,在《刑事诉讼法》对证人出庭制度进行修改时,首先应该对证人出庭的条件进行修改,笔者认为在被告人不认罪的非简易程序案件(此类案件占基层法院案件数1/3左右)中,应该限制法院对证人是否出庭的自由裁量权,明确规定证人应当出庭的两种情形:一是公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响的,特别是辩护方要求证人出庭的;二是可能判处死刑或者有重大社会影响案件中的重要证人,这类证人即使当事人没有申请,法院也应当主动通知证人出庭,切实防止证人证言失真。其次,符合证人出庭要求的,法庭应当通知证人出庭,必要时法庭应当强制证人到庭。并且参照《刑事诉讼法》第187条的规定,如果经人民法院通知证人应该出庭而不出庭的,原来询问证人的证言笔录不得在法庭上宣读,并且不得作为定案的根据。以此来保障法院贯彻证人出庭制度,也可以激励控辩双方积极参与到庭审中证人询问、辩驳的过程中去。

综上,笔者建议将《刑事诉讼法》第187条第1款修改为:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响;或者可能判处死刑或者有重大社会影响案件中的重要证人,法院应当通知其出庭作证。经人民法院通知,证人拒不出庭作证时,其庭前所提供的证人证言不得作为定案依据”。

2. 应当确立犯罪嫌疑人、被告人近亲属的拒绝作证权

我国《刑事诉讼法》第188条规定:“经人民法院通知,证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。”也就是说,即便证人是人民法院认为必须出庭作证的,若证人为被告人的配偶、父母、子女,且不愿出庭作证的,即使证人没有正当理由,法院也不得强制其到庭。根据全国人大法工委主编的《中华人民共和国刑事诉讼法释义》中对该条款的说明:《刑事诉讼法》第188条规定的免于强制出庭并不是拒证权,本款规定并没有免除其作证的义务,仅仅只是在庭审阶段可以免于强制到庭;同时,即便他们不能被强制出庭作证,但其仍有庭外作证的义务。不宜将该条款解读为我国确立了被告人近亲属的免证特权。^[13] 也就是说,此类证人虽不能被强制出庭,其证言也能够作为法官裁判的依据,即便是不利于被告人的证言。在众所周知的“薄熙来贪污、受贿、滥用职权”一案的审判中,其妻子谷开来在庭前作出了不利于被告人的证言。庭审中,薄熙来强烈要求谷开来出庭与其对质,但谷开来以我国《刑事诉讼法》第188条的规定为由拒绝出庭作证,并获得了法庭的允许。在谷开来没有出庭接受被告人及其辩护律师询问的情况下,法院在裁判时也采纳了谷开来的证言。正是由于我国法律规定语焉不详,法院在谷开来是否应该出庭作证的问题上不仅侵犯了被告人质证的权利,还可能造成案件事实无法查清的后果。虽然该瑕疵并未对薄熙来案的判决结果产生实质性影响,但该条款的正当性仍然值得我们思考。

笔者认为,我国《刑事诉讼法》第188条的规定自身就存在一定的矛盾。该条款的规范目的不仅仅是由于亲情等人类基本情感的原因,也是出于维系人与人之间的基本信任的考量。从比较法的视野看,法治国家的通行做法均规定配偶、近亲属之间享有拒绝作证的权利。但是,此项拒绝作证权的基本内容是拒绝提供证言,部分国家还在该基础上赋予了此类证人拒绝出庭的权利。如德国《刑事诉

[13] 参见郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》(最新修正版),法律出版社2012年版,第409页。

讼法典》第52条明确赋予了被追诉人配偶、直系血亲等证人的拒证权,不仅包括侦查阶段拒绝提供证言;若法官传唤此类证人出庭,证人还可以援引德国《刑事诉讼法》第55条、56条赋予的证人拒绝回答权,拒绝提供与被追诉人有关的证言;在美国,依据《联邦证据规则》第502条的规定,联邦最高法院在 *Trammel v. United State* 案^[14]中确立了配偶证人的拒证权,即不得强迫证人作证,也不得阻止其作证。并且其拒证权不仅包括可以拒绝提供证言,还包括拒绝出庭作证。与之相反,我国《刑事诉讼法》第60条明确规定:“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。”该条并未赋予任何证人拒绝提供证言的权利,即配偶、父母、子女也无法拒绝提供证言。然而,配偶、父母、子女在提供证言后可以援引我国《刑事诉讼法》第188条拒绝出庭进行质证。一旦发生类似薄熙来案的情况,不仅不能体现出“亲亲相隐”之情,反而会侵害被告人与不利证人对质的权利,阻碍法官发现事实真相。该条款在实践中实施的情况早已与其设立的初衷相违背。

因此,笔者建议在我国《刑事诉讼法》中直接确立证人的拒证权,并将该权利贯彻至整个刑事诉讼的程序中。具体而言,可对我国《刑事诉讼法》第188条进行如下修改:“犯罪嫌疑人、被告人的配偶、父母、子女有权拒绝作证。如果上述人员选择作证,不论提供证言发生在侦查、起诉或者审判阶段,不论其证言有利或者不利于被告人,经法院通知,均应该出庭接受控辩双方的询问,否则其证言不得作为定案依据。”

四、完善辩护制度问题

辩护制度是刑事诉讼中的标志性制度,完善辩护制度是我国走向民主、法治发达的必然要求。就辩护制度存在的价值来看:首先,辩护律师参与诉讼有利于法官发现案件事实真相,及时提出有利于被告人、犯罪嫌疑人的证据,纠正侦查机关、检察机关与审判机关对案件事实可能产生的片面认识;其次,辩护制度是否完善不仅关系犯罪嫌疑人、被告人的人权保障能否得到落实,还影响着控辩平等对抗的格局以及刑事诉讼中“等腰三角形”的诉讼构造的实现;最后,辩护制度是否完善还关系着能否实现严防冤假错案的要求。不可忽视的是,大部分冤假错案的形成都有一个共同的原因——辩护力量薄弱,律师意见不受重视。如被告人已被执行枪决的滕兴善案件,在审查起诉阶段,辩护律师曾经指出:被害人的尸体是在河流上游被发现的,滕兴善指认的实施杀人行为的地点却为河流下游,尸体不可能从河流下游漂浮至上游。然而,公安机关、司法机关对辩护律师的意见置若罔闻,执意提起公诉,导致被告人被错误定罪。同时,在冤假错案的平反中,律师也可发挥重大作用。再如福建念斌案,辩护律师在经过细致的调查与收集证据之后,指出了起诉书与原判决有罪证据所构建的证明体系的缺陷,最终促使福建省高级人民法院作出了指控犯罪证据不足的无罪裁判。

2012年《刑事诉讼法》修改,我国辩护制度又取得了新的进步,如聘请律师的时间从案件移送审查起诉之日起,提前到犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日;进一步保障律师的会见权与阅卷权;扩大了法律援助的范围等。然而,在实践中,我国的辩护制度还存在一些问题,党的十八届三中全会《决定》明确要求“完善律师执业权利保障机制”,确保辩护律师在刑事诉讼中各项正当权利的充分行使。因此,下文将根据党的十八届三中、四中全会对辩护制度提出的新要求,结合我国的实践情况,对《刑事诉讼法》中辩护制度完善的主要方面提出建议。

[14] See *Trammel v. United State*, 445 U. S. 40 (1980).

（一）赋予辩护律师在侦查阶段的调查取证权

从辩护律师在侦查阶段介入诉讼的目的来看,辩护律师是为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助并为审查起诉阶段和审判阶段的辩护作准备。而辩护律师享有调查取证权,是全面收集证据、了解案情的前提,是提供有效辩护的重要保障。遗憾的是,2012年修改的《刑事诉讼法》尽管规定了律师在侦查阶段具有辩护人地位,且辩护律师的权利也有所扩大,但对辩护律师是否有主动收集证据的权利,法律的规定却比较模糊,而且存在矛盾。一方面,《刑事诉讼法》第36条规定:“辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助;代理申诉、控告;申请变更强制措施;向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,提出意见。”这是对侦查阶段辩护律师权利的列举式规定,其中并没有提及任何辩护律师享有调查取证权的规定。另一方面,《刑事诉讼法》第40条规定:“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据,应当及时告知公安机关、人民检察院。”如果律师在侦查阶段不能取证,显然不可能获得这三种证据并告知公安机关、检察机关。同时,《刑事诉讼法》第41条又规定,“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的材料”,该条所规定的律师收集证据的行为能否是在侦查阶段呢?从该条款的发展来看,该条在2012年《刑事诉讼法》修改时并未进行任何改动,直接由1996年《刑事诉讼法》第37条改为新《刑事诉讼法》第41条。然而在1996年规定之时,犯罪嫌疑人聘请律师的时间为“案件移送审查起诉之日起”。因此,以辩护律师的身份进行证据收集自然应该不包括侦查阶段。但是在2012年《刑事诉讼法》修改之后,犯罪嫌疑人聘请律师的时间已经提前至“被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起”,此时,在侦查阶段律师就已经拥有了辩护律师的身份。如果按照其身份变化的时间来计算,那么侦查阶段律师也可以进行调查取证。如何解释以上这些模棱两可的规定,学界和实务界对此存在不同看法。2012年底出台的相关司法解释对此问题也没有明确规定,实际上这个问题至今没有得到解决。其实,在侦查阶段赋予律师调查取证权是国际上的通行做法。英美法系国家实行双轨制侦查,基于控辩平等原则,律师在侦查阶段享有调查取证的权利自不待言。如美国,在侦查或审判阶段,被告人或律师拥有主动收集有利证据的权利,可以访谈证人,对谈话内容可以录音或者制作笔记等;^[15]还可以聘请专门人员协助自己调查案情和收集证据,包括勘察现场、询问证人和检验物证等。在大陆法系的德国,律师在侦查阶段也有此项权利。由于德国《刑事诉讼法典》没有对律师调查取证的禁止性规定,律师在侦查阶段调查取证可以任意为之。律师不仅可以自行调查收集证据,还能够聘请私家侦探进行。但是,律师并不享有强制取证权,只能以公民身份收集信息。

综上,为了保证辩护律师能够提供有效辩护,笔者认为,《刑事诉讼法》修改中应当总结司法经验并吸收外国的有益做法,以立法的形式明确侦查阶段律师有权收集证据。当然,考虑到侦查阶段的特殊性,律师收集证据的权利可设定在其第一次会见犯罪嫌疑人之后,以此减少此项制度所可能产生的负面影响。^[16]因此,可将《刑事诉讼法》第41条修改为:“辩护律师自第一次会见犯罪嫌疑人之后,经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。”

（二）进一步完善法律援助制度

法律援助是指在司法中国家通过法律援助机构指派律师或者法律工作者为当事人提供辩护或者

[15] 参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第444页。

[16] 参见陈光中:《应当如何完善人权司法保障》,载《法制与社会发展》2014年第1期,第48页。

诉讼代理活动。^[17] 该制度是人权司法保障的重要组成部分,确保了公民在司法中平等行使权利,彰显了良法中“善”的本质,体现了社会的文明进步。联合国通过的《关于在刑事司法系统中获得法律援助机会的原则和准则》的“序言”部分更是直接指出:“法律援助是以法治为依据的公平、人道和高效的刑事司法系统的一个基本要件。法律援助是享有《世界人权宣言》第11条第1款所规定的其他权利包括公平审判的基石。”因此,健全、成熟的刑事法律援助体系对完成刑事司法改革起着重要作用。

依据《刑事诉讼法》第34条的规定,我国现行法律援助制度适用的范围包括:经济困难的人,盲、聋、哑人,尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人,未成年人和可能判处无期徒刑、死刑的人。2015年,根据中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善法律援助制度的意见》(以下简称《意见》)第四项的要求:“开展试点,逐步开展为不服司法机关生效刑事裁判、决定的经济困难申诉人提供法律援助的工作……健全法律援助参与刑事案件速裁程序试点工作机制。建立法律援助参与刑事和解、死刑复核案件办理工作机制,依法为更多的刑事诉讼当事人提供法律援助。”该项规定进一步将我国法律援助的范围扩展至刑事申诉案件、和解案件与死刑复核程序以及刑事速裁程序,这无疑是我国法律援助制度取得的突破性的进展。另外,考虑到实践中辩护律师参加案件、出庭辩护的比例相当低,据统计有律师参与的刑事案件比例仅占所有刑事案件总数的1/3左右。《意见》提出的法律援助扩大的范围仍然不能满足人民群众,特别是困难群众日益增长的法律援助需求。在此背景下,四中全会《决定》明确提出了“完善法律援助制度,扩大援助范围”的要求。因此,对法律援助范围的进一步扩大是《刑事诉讼法》修改的当务之急。

综上,笔者认为法律援助的范围在《意见》的基础上,可以进一步扩大至其他严重犯罪。在我国,一般认为严重犯罪指的是可能被判处5年有期徒刑以上刑罚的案件。在此类案件中,如果犯罪嫌疑人、被告人没有辩护人的,应当为其提供法律援助。因此,可将《刑事诉讼法》第34条第3款修改为:“犯罪嫌疑人、被告人可能被判处5年有期徒刑以上刑罚,没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护”。

五、完善认罪认罚从宽制度问题

认罪认罚从宽制度,是指在犯罪嫌疑人、被告人自愿承认被追诉的罪行,自愿接受应得的处罚、积极退赃退赔时,可以对其进行从宽处理的制度。从宏观层面而言,我国司法改革提出完善认罪认罚从宽制度的改革举措,旨在进一步推进和缓宽容、繁简分流的刑事司法制度建设。该制度体现了宽严相济的刑事政策,是对公正与效率、惩罚与教育、打击与保护的统筹兼顾;也是对犯罪嫌疑人、被告人决心向善的积极回应。这样做还可以提升诉讼效率,节约司法资源,是缓解我国公安机关、司法机关,特别是法院系统案多人少的尴尬局面的一剂良药。

在四中全会提出“完善认罪认罚从宽制度”之前,我国的刑事法律和法律解释已经从不同角度规定了体现认罪认罚从宽理念的内容。如《刑法》第67条规定:“犯罪后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚……犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节,但是如实供述自己罪行的,可以从轻处罚……。”最高人民法院颁布的《关于常见犯罪的量刑指导意见》第7条也提出:“对于当庭自愿认罪的,根据犯罪的性质、

[17] 参见陈光中:《在司法过程中保障人权的五大举措》,载《中国党政干部论坛》2015年第4期,第27页。

罪行的轻重、认罪程度以及悔罪表现等情况,可以减少基准刑的 10% 以下。”同时,在《刑事诉讼法》第 279 条所规定的“当事人和解的公诉案件诉讼程序”的处理方式也体现出对认罪认罚的犯罪嫌疑人、被告人进行从宽处理的思想。因此,我国早已开始实施认罪认罚从宽制度,只是立法上还不够完善,司法实践还不够得力。因而四中全会《决定》才进一步提出“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”,让该制度更具有活力和实际操作力度。随后,人民法院与人民检察院分别制定的《关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》(以下简称“《法院改革意见》”)、《关于深化检察改革的意见(2013-2017 年工作规划)(2015 年修订版)》,对完善认罪认罚从宽制度提出了明确的要求。2016 年 7 月 22 日,中央全面深化改革领导小组第二十六次会议审议通过了《关于认罪认罚从宽制度改革试点方案》,使完善认罪认罚制度正式付诸实施。

可见,我国现在要求完善的认罪认罚从宽制度虽然对美国的辩诉交易和西方的恢复性司法有所借鉴,但该制度的中国特色也比较明显。该制度是结合中国宽严相济的刑事政策以及长期与犯罪作斗争的经验累积所提出的一种中国方案。就时下而言,认罪认罚从宽制度尽管得到了广泛的关注,但是相关法律、法规并没有对该制度的实施进行比较全面系统的规定,学者对该制度的认识也存在着差异。^[18] 笔者对如何完善该制度,谈以下几点认识:

(一) 认罪认罚从宽制度原则上适用于所有刑事案件,特殊情况除外

对于认罪认罚从宽制度的适用范围目前仍然存在争论,根据笔者对实务部门的调研,有的认为应该将其范围限制在 3 年有期徒刑以下的案件,有的认为该制度适用范围等同于简易程序,还有的认为可以将该制度扩展到所有刑事案件。笔者基本认同第三种观点,理由是:首先,如上所述,认罪认罚从宽是依据我国宽严相济的刑事政策,和《刑法》中关于自首从宽与坦白从宽的精神建立的。而宽严相济的刑事政策和《刑法》的相关规定是适用于所有刑事案件的;其次,《法院改革意见》第 13 条规定:“完善刑事诉讼中的认罪认罚从宽制度。明确被告人自愿认罪、自愿接受处罚、积极退赔退赃的诉讼程序、处罚标准和处理方式,构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制,优化配置司法资源。”这里所规定的分流认罪与不认罪案件显然是包括所有刑事案件的。因此,笔者认为认罪认罚从宽制度应该适用于所有类型的刑事案件。其中,例外情况主要包括:其一,若案件没有从宽余地,即便认罪认罚也无法从宽的除外。如以极其残忍的手段杀害 4 名同学的马加爵,杀死、杀伤近 50 人的湖南悍匪张君,抢劫、强奸女性 20 余起并杀害女性 10 余人的赵志红等罪行极其严重的人,就算犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚,也不应该对其从宽处理。其二,根据最高人民法院院长周强在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上对《关于授权在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定(草案)》作出的说明,对于犯罪嫌疑人、刑事被告人属于尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人的,未成年犯罪嫌疑人、刑事被告人的法定代理人对未成年人认罪认罚有异议的,可能不构成犯罪的,由于案件情况复杂,不宜适用认罪认罚从宽程序。

(二) 认罪认罚从宽程序可适用于侦查、起诉、审判与执行整个过程

有学者认为认罪认罚从宽制度在侦查阶段并不适用,其原因在于可能引起侦查机关消极侦办案件,过于依赖口供,容易导致冤假错案。^[19] 但笔者认为,出于该制度设立目的之考量,它可以适用于

[18] 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,载《中国法学》2016 年第 2 期,第 55 页;刘静坤:《被告人认罪认罚可探索适用速裁程序》,载《人民法院报》2015 年 1 月 21 日,第 006 版。

[19] 同注 18 引文。

刑事诉讼的整个过程。自侦查阶段开始,不论犯罪嫌疑人通过自首或者坦白的方式认罪,侦查机关都应该对其自愿性进行审查,并在相关文书中对其认罪情况予以载明;还可以考虑对其从宽适用强制措施,如对犯罪嫌疑人拘留之后,可以改为采取取保候审的措施。在审查起诉过程中,检察机关应该首先对犯罪嫌疑人认罪、认罚的自愿性进行审查,若已认罪的犯罪嫌疑人符合酌定不起诉、附条件不起诉的条件时,应该作出相应的选择;如果不符合上述条件的,也应该在起诉书中予以载明,并建议法院使用较简易程序、判处较轻的刑罚。在审判阶段,法官应该对被告人认罪认罚的自愿性进行全面审查,如果符合条件的,应当作出从宽处理;反之,不符合条件的,应当立即改为普通程序进行审理。在执行阶段,若被执行人服罪、服判,积极配合执行机关,继续退赃退赔、积极改造的也可以对其适用依法减刑等从宽的处理。在整个刑事诉讼期间,如果有律师参与,办案机关在各个阶段都需要认真听取辩护律师的意见。

(三) 坚持案件事实清楚,证据确实充分的证明标准

对于认罪认罚从宽的案件,必须坚持案件事实清楚、证据确实充分的证明标准,不能因为其程序从简而降低证明标准。其理据主要在于:公正是刑事诉讼的首要价值追求,效率应当服从公正。适用被告人认罪认罚从宽制度,要严防出现冤假错案。因此,其证明标准不能降低。如果在侦查、起诉、审判中发现案件不能达到证明标准的,即便被告人认罪,也必须按照法律规定作出撤销案件、不予起诉的决定或者作出无罪的判决。

(四) 正确处理被害人参与认罪认罚从宽程序

被害人在我国刑事诉讼中享有当事人的地位,依法享有参与刑事诉讼的广泛权利。但是,由于我国认罪认罚从宽制度本身的特殊性,决定了被害人参与该项制度的有限性。首先,从认罪认罚从宽制度的特征来看,该制度体现出国家公权力主导的特征。只要公安机关、司法机关认为犯罪嫌疑人、被告人符合认罪认罚从宽的要求,就应当对犯罪嫌疑人、被告人作出从宽处理。在这个过程中,公安机关、司法机关及其办案人员应当听取被害人的意见,采纳其合理的要求,但不受被害人意见的左右和限制。在这一点上,该制度与西方的辩诉交易有近似之处。我们必须认识到,刑事和解程序作为认罪认罚从宽的特殊模式,根据我国《刑事诉讼法》第277条的规定,其适用的前提是“获得被害人谅解”。除此之外的认罪认罚从宽制度在实践中并不要求得到被害人的谅解或同意。其次,在认罪认罚从宽程序中,控辩双方并不是普通案件上的对抗关系,而更贴近于合作协商。在此程序中,对被害人的征求意见主要是犯罪嫌疑人、被告人一方的赔礼道歉、物质赔偿方面的内容,若双方没有达成协议,公安机关、司法机关仍然可以实施该程序,并不需要过多考虑被害人的意见。最后,被害人过多地参与认罪认罚从宽程序可能会影响宽严相济的刑事政策以及提升诉讼效率的制度目的的实现。

总之,在认罪认罚从宽程序中,公安机关、司法机关应当征求被害人的意见,作为从宽处罚的参考,但不受被害人意见的限制。

(五) 如何应对审判阶段被告人反悔认罪认罚

在实践调研中,部分法官指出有被告人在一审庭审中撤回认罪认罚的供述或在一审阶段由于认罪认罚被从宽处理之后,又反悔提出上诉。不可否认的是,部分案件确实是冤假错案,但是也存在被告人利用了认罪认罚从宽和上诉不加刑制度,来挑战司法的权威,这样很可能造成犯罪嫌疑人、被告人假意认罪,以求获得从宽处理的尴尬局面。这种问题该如何解决?

在美国,若被告人在辩诉交易后试图撤回有罪答辩,根据美国《联邦刑事诉讼规则》第32条(e)款的规定:“在法官量刑前,只有在被告人能够证明存在公平且有充分根据的理由的情况下,法院才有可

能允许被告人撤回有罪答辩或者既不辩护也不承认有罪的答辩。”^[20]且被告人对基于有罪答辩的有罪判决一般也没有权利上诉,但有罪答辩不自愿或者初审法院对本案没有管辖权的除外。^[21]也就是说,辩诉交易结果一般不得上诉。然而,根据我国的实践情况以及认罪认罚从宽制度的指导思想,笔者认为,在一审阶段,被告人可以撤回之前认罪认罚的供述,但法庭应该立即将审理程序转为被告人不认罪的普通程序。若在一审程序结束之后,被告人提起上诉的,二审法院应该简化案件审理程序,在书面审查后,除发现事实确有重大错误外,应当立即作出维持原判、驳回上诉的裁定,理由叙述也可从简。

综上,认罪认罚从宽作为一项我国刑事诉讼的基本制度,其内容涉及到刑事诉讼的各方各面。为保证其得到贯彻实施,笔者建议在我国《刑事诉讼法》修改时,可以直接将其作为一项基本制度,放入第一章“任务和基本原则”中。具体条文可表述为:“人民法院、人民检察院和公安机关对于真诚承认犯罪、真诚接受惩罚并且积极退回赃物赃款的犯罪嫌疑人、被告人,应当依法从宽处罚。对认罪认罚从宽的案件,在程序上依法适当简化。犯罪嫌疑人、被告人罪行极其严重不具备从宽处罚条件的,以及犯罪嫌疑人、被告人是未成年人、精神病人的案件,情况复杂,不宜适用认罪认罚从宽程序的,不适用认罪认罚从宽制度。”

Discussion on Some Key Issues of Deepening the Judicial Reform and the Amendment of the Criminal Procedure Law

Chen Guangzhong & Tang Binbin

Abstract: In order to implement new requirements forwarded by the Third and Fourth Plenary Sessions of the 18th CCPC, the amendment to Chinese Criminal Procedurals Law should be put on the legislative agenda. There are some issues of vital importance: Firstly, the amendment should regard the protection of human rights as the foundation, insist the guiding idea that laying equal stress on punishing criminals and protecting human rights, establish the principles of presumption of innocence. Secondly, the independence of judicial power should be achieved; the institutions of jurisdiction and judicial committee must also be improved. Thirdly, the task of making trial substantive and the principle of directness and verbalism should also be implemented. Fourthly, the amendment should improve the institution of legal assistance and further the scope of legal assistance. Finally, the system of leniency based on peccavi should also be improved and regarded as a basic principle of the “criminal procedure law”.

Keywords: deepening the judicial reform; the new amendments to Chinese Criminal Procedures Law; protection of human rights; independent and impartial trial; improving the system of leniency based on peccavi

(责任编辑:倪鑫煜)

[20] “Federal Rules of Criminal Procedure” 32(e): If a motion to withdraw a plea of guilty or nolo contendere is made before sentence is imposed, the court may permit the plea to be withdrawn if the defendant shows any fair and just reason.

[21] 宋英辉等:《外国刑事诉讼法》,法律出版社2006年版,第199页。

论口供补强规则的展开及适用

向 燕*

摘 要:在仅有被告人口供及其他间接证据的案件中,法官可能会因未提取到相应实物证据而产生能否定案的困惑。“实物证据定案主义”反映了我国司法实务中口供补强规则的适用缺乏具体标准指引的突出问题。在我国,有必要对口供补强规则进行精细化的阐释,以有效弥补刑事证明标准含义的模糊性,增强其适用的客观化。口供补强规则的核心价值在于减少基于虚假供述的误判,以此为目标,构建口供补强规则的两种标准分别为罪体标准与可信性标准。可信性标准更有助于事实的准确认定,但在适用时必须确认被告人的口供未受到外部信息源,尤其是警察指供的污染。我国的口供补强规则应以可信性标准为主体,在适用时还需注意与罪体标准相结合、核实补强证据的可靠性、审查口供及其衍生证据的取得过程等具体问题。依据口供补强规则,在案件缺乏相关实物证据的情形下,仍然能够通过其他证据对口供“排除合理怀疑”地补强而定案,但是,法官在综合审查证据时,应重视实物证据在确立“合理怀疑”方面的作用。

关键词:口供补强规则 罪体标准 可信性标准

一、问题的引出

聂树斌案的再审复查引起了学界对聂案证据分析的高度关注。认定此案系聂树斌所作的基本证据,是被告人的口供与其他间接证据,即现场勘验笔录、证人证言的“印证”。〔1〕被告人口供能证明案件的主要犯罪事实,但现场勘验笔录、证人证言只能证明案发环境、被害人体态、所穿衣物等部分事实,与被告人口供形成部分印证。因此,有学者将原判所依据的证据构造,称为“以口供为中心的两面印证式”构造。聂案缺乏关键物证,如指纹、脚印、体液等实物证据,成为了该案在事实认定上的薄弱环节。〔2〕

聂树斌案发生在数十年前,受到了当时侦查水平、司法执法观念与刑事政策的制约。当前的司法裁判者在审理案件时,尤其是涉及杀人、强奸、抢劫等通常应该能提取到实物证据的严重犯罪案件时,日益重视实物证据在定案方面的作用。尽管被告人作出了完整、稳定的有罪供述,但由于案发时侦查机关的疏漏或其他客观条件的限制,控方未能举出相关实物证据,往往会给裁判者带来能否作出有罪认定的困惑。以笔者了解的某省故意杀人案为例:被告人陈某涉嫌强奸同村村民李某,因被害人李某报案,陈某被公安机关拘留后释放。陈某心怀不满,杀害了李某的两个小孩,连夜潜逃。归案后,陈某

* 西南政法大学法学院副教授,法学博士。本课题的研究受到四川省哲社重点研究基地纠纷解决与司法改革研究中心 2015 年度一般项目(2015DJKT17)、西南政法大学 2012 年度人才引进项目(2012-XZRCXM004)的资助。

〔1〕 参见(1995)石刑初字第 53 号。

〔2〕 龙宗智:《聂树斌案法理研判》,载《法学》2013 年第 8 期,第 4 页。

交代了其犯罪经过,并带领侦查人员指认了犯罪现场。在逃亡期间,李某偷偷返回家中看望家里老母亲与姐姐,在二人质问下承认自己很后悔杀人。二人提供了证人证言。被告人有作案动机、作案时间,到案后供述稳定,且供述与现场勘验笔录、证人证言、尸检笔录基本一致;被告人近亲属对其质问的情节合情合理,其作出不利于被告人的证言,系不知道控方所掌握证据所致,依据《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》(以下简称“《高法解释》”)的相关规定,应具有较强的证明力。但是,本案没有提取到能够将被告人与犯罪实施直接联系的如血迹、作案工具等实物证据。侦查阶段曾提取到沾有血迹的被告人的外衣,但因被告人逃亡,案发至审判已有十几年,该外衣丢失,也无法作出血迹鉴定。本案的法官在审查判断证据时,认为证据之间能够相互印证,对被告人有罪形成了内心确信。然而,一旦作出有罪判决,因被告人实施犯罪手段残忍、情节严重,只能判处死刑。由于缺乏直接指向被告人的实物证据,法官感到难以作出有罪判决。

在司法实践中,这类案件的证据构成具有一定的典型性。被告人口供与其他证据形成印证,但并非全部事实均获得一一印证。案件缺乏能够直接指向被告人的实物证据,导致证据印证是否充分存在疑问。司法人员认为,如果能够在犯罪现场、被害人尸体提取了被告人的血迹、毛发、体液,或是在被告人随身物品中发现被害人的血迹等实物证据,就能够确定无疑地证明被告人就是实施犯罪的人;反之,没有能够获取相关实物证据,仅有其他间接证据的印证,则不能定案。^[3]

办案法官存在这样的顾虑并非“空穴来风”。在这类案件中,认定案件事实的基础证据是口供。如果被告人口供一旦为虚假,则看上去稳定的证据印证体系则会顷刻瓦解而导致误判风险。毫无疑问,要防范错案的发生,重视实物证据在定案中的作用具有非常积极的价值。从案件的证据构成状况分析,实物证据的存在能够强化法官作出有罪判决的确信,主要有以下两个方面的原因:其一,实物证据本身具有较高的客观性,能够对被告人口供形成有力佐证。依据“以口供为中心的两面印证式”定案存在的问题是,勘验笔录、鉴定意见的产生附随于犯罪现场与物证,在制作过程中掺入了勘验人、鉴定人的主观意见,而不同的制作人在进行勘验或鉴定时的主观状态、认识水平、专业素质存在差别,因而难以保证勘验笔录、鉴定意见必然客观地反映原始的犯罪现场与物证的状态和性质。在缺乏第一手原始资料的情形下(如物证遗失、犯罪现场被破坏),勘验笔录、鉴定意见一旦发生争议或出现错误,则会导致事实的真伪难辨。这也是聂树斌、王书金案中证据分析产生较大争议的主要原因。相反,实物证据难以被伪造,侦查机关违法或不规范的取证行为通常不会改变实物证据的性状,而更为重要的是,实物证据是直接来源于犯罪现场的原始证据资料,对还原案件真相具有不可替代的作用,“因为人有时会说谎但物不会说谎,根据客观事实的物证而产生的事实认定没有自由判断的容身之地”^[4]其二,实物证据的存在往往能够证明被告人与犯罪行为人的同一性,从而能够直接将被告人与犯罪事实相联系,实现证明的完整性。现场勘验笔录、证人证言(间接证据)只能证明部分案件事实,例如案发环境、作案手段、作案时间、作案动机等。然而,这些证据仅仅是对犯罪行为实施的证明,或者根本

[3] 在一些没有取得被告人口供的案件中,也存在未提取到相关实物证据引起的定案争议,但由于司法实践中零口供案件非常少,前者更具代表性。我国法官在司法实践中审理的大量案件,都面临着如何认定以口供为基础证据的案件事实的问题。根据2004年成都市中级人民法院与某基层人民法院的调研,在两院随机抽查的包括治安刑事和经济犯罪案件在内的共250件案件中,没有发现一件有罪判决的案件缺乏被告人有罪供述的证据。近50%的案件只有被告人供述一个直接证据,其他都是与被告人供述相互印证的间接证据。成都市中级人民法院研究室、武侯区人民法院刑事审判庭:《被告人口供运用的调研报告——以审判程序为视角》,载成都法院网:<http://cdfy.chinacourt.org/article/detail/2004/06/id/550827.shtml>,访问日期:2015年5月18日。

[4] 日本《自由与正义》杂志第28卷第4号。转引自龙宗智、杜江:《“证据构造论”述评》,载《中国刑事法杂志》2010年第10期。

不能将犯罪事实与被告人直接联系(例如勘验笔录对案发环境的证明),或者只是建立起微弱的联系(例如证人证言证明被告人有作案时间)。此外,被告人口供与勘验笔录、鉴定意见能形成印证,可能是侦查机关刑讯逼供、喂供、指供的结果,因此,即使存在证据间的相互印证,也不能确保口供的真实性,更未必符合“证据确实、充分”的要求。实物证据则有所不同。如果在被告人衣物上提取到被害人的血迹,或是犯罪工具上提取到被告人的指纹,通过技术鉴定即可认定犯罪行为人与被告人的同一性。与证人证言所提供的被告人具有作案时间、被害人衣着特征等与被告人口供形成间接印证不同,在犯罪现场或被告人身边、住处发现的犯罪工具、血迹、指纹、体液等,能够直接、紧密地将被告人与犯罪事实联系,从而印证了口供的真实性,并相对独立地完成对被告人系犯罪行为实施人的证明。然而,实物证据在证明被告人同一性上的作用并不是不可替代的。例如,目击证人作证说,在作案现场附近看到被告人满身是血,抑或声称看见被告人案发后不久返回住处清洗衣服血迹,该证言也能间接证明被告人系犯罪行为人。

尽管实物证据的存在确能强化法官作出有罪判决的心证,也是裁判者认定案件事实的证据理想状态,但实物证据的取证受到了案件性质、案发当时的侦查条件、犯罪嫌疑人的反侦查能力、侦查人员的取证意识与执法水平等多方面因素的限制,要求每个案件都必须获取实物证据以确保有罪判决百分之百的准确,无疑提高了法院判决有罪的门槛,妨碍追诉犯罪目的之实现,更有将证明规则法定化之嫌。在我国的侦查模式、检警关系及相应的司法体制尚未作出根本变革的情形下,仍然会有部分案件因取证瑕疵或客观条件的限制在证据构造上不尽理想。故意杀人案是否必须要找到犯罪工具?目击证人看见被害人被从悬崖推下湍急的河流,是否必须要找到被害人的尸体?这样的“实物证据定案主义”似乎将实物证据的作用推向了另一个极端。如果不应如此,究竟应当采纳什么样的补强证据、印证口供到何种程度,才能符合作出有罪判决的证明标准,乃是司法实践中法官在裁判案件时不得不面临的问题。

在审理这类以口供为基础证据的案件时,法官必须要解决两个核心的证据评价问题:第一,被告人口供之外的其他证据是否能充分佐证被告人口供的可靠性,即补强的程度问题;第二,被告人口供之外的其他证据,需要佐证哪些案件事实才能达到定案的标准,即补强的范围问题。对此,我国现行的口供补强规则在立法规定上过于粗略,学理上也缺乏透彻的阐释,以至于无法适应司法实践的需要。

本文将梳理口供补强规则与证据印证、证明标准的逻辑关系,阐述口供补强规则的核心价值,探讨构建口供补强规则的不同标准,以解决当前口供补强规则适用中令人困扰的补强程度与补强范围的问题。在此基础上,笔者将对司法实务中为防止误判而出现的另一个极端“实物证据定案主义”进行评析,对应当如何看待实物证据在定案中的作用加以阐述。

二、口供补强规则与证据印证、证明标准的逻辑关系

对口供补强规则进行精细化的阐释,可促进刑事证明标准适用的客观化,为法官正确运用证据印证方法评价全案证据提供具体的指引。鉴于我国学界对口供补强规则、证据印证与证明标准之间的关系并未达成共识,而这对于本文的立论而言又是无法回避的前提,在此有必要对三者关系进行梳理,以阐明细化口供补强规则的理论价值与实践意义。

(一) 证据印证是用以检验证明标准是否达到的基本方法

我国刑事诉讼的证明标准为“犯罪事实清楚,证据确实、充分”。2012年,我国《刑事诉讼法》将

“排除合理怀疑”用以解释“证据确实、充分”，“排除合理怀疑”亦成为我国刑事诉讼中的证明标准。关于这两种标准的关系及高低，学界尚存争议，但在以下几点基本达成共识：第一，“证据确实、充分”是一种注重客观的标准，但其更类似于证明目标，因未能提供实现证明目标的方法与手段，导致其可操作性不强。第二，“排除合理怀疑”与大陆法系国家所采的“内心确信”标准近似，是一种主观的标准，要求诉诸裁判者的内心判断。排除合理怀疑设定了证明的主观标准，并提供了一种更具操作性的判断方法。第三，“证据确实、充分”着眼于积极建构，“排除合理怀疑”着眼于消极解构，二者在消极事实发现上是一致的，即发现案件的疑点与薄弱环节，以最大程度防止误判。^{〔5〕}

为解决证明标准的模糊性问题，我国在刑事司法实践中广泛采纳了印证证明模式。印证证明模式既用作检验单个证据的真实性，又是用以认定案件是否达到了“证据确实、充分”的标准。本文探讨的仅为后者意义上的证据印证。

所谓印证证明，就是要求认定案件事实至少有两个以上的证据，其证明内容相互支持（具有同一指向），排除了自身矛盾以及彼此间矛盾，由此而形成一种稳定可靠的证明结构。如果将证据确实充分区分为证据确实与证据充分两项基本指标要素，那么“证据确实”即证据的真实可靠，必须通过证据间的相互印证来确认；而“证据充分”即凭现有证据足以认定案件事实，更须有多个证据，且其所含信息内容具有同一指向。因此，证据的相互印证，是达到证据确实充分最重要的要求。^{〔6〕} 证据印证是审查全案证据是否达到证明标准的基本方法。从我国最高人民法院司法解释关于证据印证的规定来看，不论是仅依据间接证据定案，还是对于案件存在直接证据的情形，司法解释皆明确要求“证据之间相互印证”。^{〔7〕} 即使于司法解释没有明文规定的情形，在我国的司法实务中，证据印证方法被普遍地运用于定案的证据分析过程。法官必须综合全案证据，分析证据之间的内在联系，排除或合理解释证据之间的矛盾，这样的证据分析是法官作出有罪判决前的必经过程。在确认证据真实性的前提下，认定全案证据能够达到证据印证的要求，这意味着该案证据也达到了刑事证明标准。

（二）口供补强规则是证据印证方法运用的特殊情形

口供补强规则可分为消极意义与积极意义两个层面。从立法例上来看，口供补强规则通常是从消极意义上加以规定的，即否定口供作为有罪判决的唯一依据。例如，日本《刑事诉讼法》第319条第2款规定：“不论被告人的自白是否在审判庭上作出，该自白是不利于自己的唯一证据时，不能认定被告人有罪。”^{〔8〕} 我国《刑事诉讼法》第53条亦规定，只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。在英美法系国家及深受美国法影响的日本司法实践中，还发展出更为详尽的口供补强规则，对补强的对象、补强的程度和补强证据的能力进行了限制。只有口供符合法定的补强要求时，裁判者才能根据口供作出有罪判决。这是从肯定的角度确认了经补强的口供可作为定案的依据，可称为积极意义的口供补强规则。

消极意义的口供补强规则仅是一项旨在限制口供证明力的证据规则。积极意义的口供补强规则赋予了该规则更丰富的内涵。积极的口供补强规则一开始即与定罪标准联系在一起，是证据印证方法运用的特殊情形。

〔5〕 参见龙宗智：《中国法语境中的排除合理怀疑》，载《中外法学》2012年第6期。陈瑞华：《刑事证明标准》，载《中国法学》2014年第4期。魏晓娜：《“排除合理怀疑”是一个更低的标准吗？》，载《中国刑事法杂志》2013年第9期。

〔6〕 龙宗智，同注5引文，第1125页。

〔7〕 参见《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105条、第106条。

〔8〕 [日]田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社2010年版，第301页。

证据之间的相互印证包括三种典型的情形:第一,仅有直接证据的情形。两个以上的直接证据在案件事实上基本重合。该情形以言词证据的情形居多,例如,被告人供述与被害人陈述,或两个以上证人证言,抑或被告人供述与证人证言在犯罪事实的内容上基本一致。这在“一对一”案件中最为典型。例如,受贿罪中被告人与行贿人在受贿人,受贿财物,谋取利益,受贿时间、地点等关键事实的陈述完全一致。第二,仅凭间接证据定案的情形,即各间接证据之间相互印证,全案证据已经形成完整的证明体系,足以对案件事实得出唯一性结论。第三,一项直接证据被若干项其他证据所印证。这主要是指一项直接证据被若干项间接证据印证的情形,间接证据只能印证直接证据事实的某个片段或某个方面。然而,也不排除在一些案件中存在着多个直接证据的情形,例如,除被告人供述外,还有目击证人的证人证言。于此种情形,一项直接证据仍需被其他的直接证据和间接证据所印证。

口供补强规则属于证据印证的第三种类型。口供有狭义与广义之分。广义的口供包括自认(admission),即对涉嫌犯罪事实的部分承认。狭义的口供则指对涉嫌犯罪事实的全部承认,即涵盖了犯罪构成要件的案件事实。口供补强规则中的口供指的是后者。如果口供仅能证明部分案件事实,毫无疑问则需要遵循依据间接证据定案的规则,口供补强规则并没有其独立存在的价值。

在运用口供补强规则的案件中,除口供以外的其他证据往往都是间接证据,仅能够对口供涵盖的案件事实的某一片段或某个方面进行印证。间接证据对口供的印证也可分为两种情形:第一种情形为每一间接证据分别印证口供,使口供涵盖的全部事实内容都得到了印证。此种情形可谓是证据印证方法运用的理想状态,在此情形下认定被告人有罪并不存在疑义。第二种情形为间接证据仅能印证口供所涵盖的部分案件事实。显然,后者是在司法实务中适用证据印证方法认定案件事实最常见也最难把握的情形,也正是口供补强规则的价值所在。

由于涉及的直接证据为犯罪嫌疑人、被告人供述,口供补强规则在解释与适用上具有一定的特殊性。在英美法系国家,鉴于某些证据证明力薄弱或具有较大不可靠风险,普通法发展了旨在防止误判的多种补强证据规则。例如,在美国的一些司法管辖区,仅仅依据强奸案件中被害人的指控是无法认定被告人实施了强奸罪。如果没有其他补强证据,强奸案件受害人的证词甚至不能被提交事实的裁判者进行评价。换言之,检察官将无法成功确立强奸罪的表见证明。^[9]英国成文法亦规定,超速案件中,有关速度的意见证据容易产生误差或错误,因此如果仅有一名证人提供意见证据指出被告人超速,那么该意见证据不足以认定被告人有罪。^[10]

口供补强规则确立的根据同样也是源于被告人供述具有较大的真实性风险。与其他直接证据相比,口供具有两个显著的特点:一是口供更容易引起裁判者的偏见。通常而言,不论是法官还是陪审员,在被告人已经作出有罪供述后,更加容易倾向于认同控方的指控,而忽略案件中可能存在的疑点。二是口供的真实性会受到侦讯手段与侦讯环境的直接影响。口供既包括法庭上的供述,也包括法庭外被追诉人对侦查机关、检察机关作出的供述。在我国的司法实践中,由于法官对被告人在庭审中翻供辩解采信率极低,法官审理案件所依据的口供大多都是审前程序获取的犯罪嫌疑人、被告人的供述。^[11]口供作为侦查讯问的产物,讯问的程序、方式与环境会对口供的真实性产生重要的影响。正

[9] [美]米尔吉安·R. 达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第118页。

[10] 参见[英]理查德·梅:《刑事证据》,王丽等译,法律出版社2007年版,第473页。

[11] 某学者的实证调研表明,2011年到2013年北大信息网公布的庭审阶段翻供的655起刑事案件中,只有15起被告人的翻供得到法官的采信,比例仅仅为2.3%。参见张健:《非法证据排除规则实施背景下的庭审翻供问题——对655起案件的实证考察》,载《暨南学报》2015年第4期,第111页。

因为如此,立法者与司法者在解释与适用口供补强规则时,需要结合口供的形成原因、条件与讯问环境,发展出更为详尽的证据分析方法。我国《高法解释》第106条关于“先供后证”的规定,毫无疑问已经将口供取得方式、取得时间等侦讯因素考虑在内。

我国刑事证据法中涉及到的口供补强规则,除了《刑事诉讼法》第54条的规定之外,还包括《高法解释》第106条“先供后证”的规定,即“根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证,且被告人的供述与其他证明犯罪事实发生的证据相互印证,并排除串供、逼供、诱供等可能性的,可以认定被告人有罪”。后者既是积极意义的口供补强规则,也是运用证据印证方法来认定案件事实的定罪标准。

(三)口供补强规则的细化可以增强证明标准适用的客观性

“证据确实、充分”标准被认为还是比较笼统和模糊,可操作性不强,而“排除合理怀疑”标准的引入,使法官在认定案件事实时,注重对疑点的审查与排除,从而提供了一个更具操作性的刑事证明标准。但具体到司法实践的时候,排除合理怀疑标准的涵义仍显得模糊不清。究竟什么才构成“合理怀疑”呢?即使在排除合理怀疑标准发源地的英美法系国家,也几乎没有对该标准明晰的解释。在美国的联邦法院,最为广泛运用的解释是,合理怀疑是“能够引起一个合理谨慎的人在面对他或她人生中重要决定而要采取行动前,使其踌躇徘徊的这样的怀疑”。^[12]显然,如此宽泛与模糊的解释对司法实践审理案件而言几乎没有任何实际的指导意义。美国联邦最高法院认为,排除合理怀疑的标准仅是旨在“使事实裁判者知道,对被告人有罪的认定要达到在主观认识上接近确信的度(near certitude)”。^[13]由于排除合理怀疑本身是一个主观的标准,许多初审法院不愿向陪审团成员提供关于该标准的任何解释,一些联邦法院更是严格告诫法官不得随意扩大对该标准的解释。^[14]因为正如伍兹法官所言,“解释‘合理怀疑’这个语词的努力,通常并不会使陪审团成员的头脑更加清醒”。^[15]

在陪审团认定案件事实的情形,“合理怀疑”涵义的宽泛不定在一定程度上可以通过陪审团成员全体一致得出判决的机制获得消解,但在职业法官裁判制度下,法官往往并不满足于这样一个模糊而不具可检验性的标准。在大陆法系国家的德国、日本,适用“排除合理怀疑”的证据标准有一种发展倾向,即“由采用主观的、直感的证据评价方法,到采用客观的、分析的证据评价方法”。^[16]“为了不让法官在自由心证主义的名义下,主观地、直觉地黑箱操作事实认定的过程,我们必须客观地进行事实认定,即使是有罪判决也必须向人们展示出判断为有罪的证据及判断过程。”^[17]因此,裁判文书的说理机制要求案件中“合理怀疑”应当是有证据支持的,并且应通过证据分析的过程展现出来。

寻求“合理怀疑”在证据方面的依据,这样的诉求在中国司法实务界更为突出。排除合理怀疑标准的引入,并没有消除司法机关对“客观事实”追求的渴望。追求实体真实的司法传统文化,使我国的司法裁判者在认定案件事实时,希望尽可能地减少主观擅断的成分。对案件的实体的认定,不论是定

[12] Leonard B. Sand et al., *Modern Federal Jury Instructions*, 4.01, Instruction 4-2 (1993). See Jon O. Newman, *Beyond Reasonable Doubt*, 68 N.Y.U. L. Rev. 979, 982 (1993).

[13] *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 315 (1979).

[14] See Henry A. Diamond, *Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define*, 90 Colum. L. Rev. 1716, 1718-21 (1990). See Jon O. Newman, *Beyond Reasonable Doubt*, 68 N.Y.U. L. Rev. 979, 984 (1993).

[15] *Miles v. United States*, 103 U.S. 304, 312 (1880).

[16] [日]中川孝博:《超越合理性怀疑的证明——刑事审判中证明标准的功能》,日本现代人文社2003年版,第12页。转引自龙宗智,同注5引文。

[17] [日]白取佑司:《自由心证主义的反省——试论正确的事实认定》,载光藤景皎编:《事实误认与救济》,成文堂1997年版,第21页。转引自龙宗智,同注5引文,第1134页。

罪还是重要的量刑决定(例如是否判处死刑),都应当有充分证据的支持,而不能依据“一个合理谨慎的人”可以凭借的主观确信。这样的倾向在有权作出终审判决与裁定的二审法院、死刑复核法庭更是如此。与英美法系国家不同,我国的二审程序与死刑复核程序都可以进行事实的重新审理。法官如要作出改判、裁定核准或不核准死刑的裁判,都需要有确实的证据支撑。这也是在陈某故意杀人案中审判法官即使形成了内心确信,但在分析证据时仍产生疑虑而不敢定案的原因之一。在缺乏客观证据印证的情形下,法官所担心的是口供是否可靠,口供与其他证据的印证能否达到法定的证明标准。尤其是在社会影响大、诉讼双方矛盾尖锐的案件中,法官在作出判决时,不得不考虑裁判结果对当事人与社会公众的影响,愈发需要在证据评价方面更加谨慎。

诉讼中的证明标准,只是相对于主观信念而言才有意义,但这绝不意味着证明及证明标准因此是虚幻的,或是任意的。就人们因为证明而形成的信念来说,不论是形成信念的过程,还是信念的根据,都是能够并应当予以确定的。^[18]在英美法系国家的普通法中,口供补强规则涉及法律对补强证据的证据资格、补强的范围、补强的程度等方面的细化要求,能够为法官运用证据印证的方法来认定案件事实提供具体的指导。在我国,有必要对口供补强规则进行精细化的阐释,以有效弥补证明标准在司法适用上的不足,增强其适用的客观化。如能在定罪标准的意义上阐释口供补强规则,至少在以口供为基础证据的这一类数量庞大的刑事案件中,能够一定程度上解决法官认定事实难的问题。

三、口供补强规则的核心价值与构建的基本思路

(一)口供补强规则的核心价值在于减少基于虚假供述的误判

口供补强规则的理论基础一直有防止违法说与防止误判说之争。防止违法说是指如仅仅根据口供即作出有罪判决,将可能导致侦查机关过分倚重口供,甚至不惜以非法方法获取被告人口供。而如果法律明确规定仅仅根据自白不得作出有罪的认定,那么侦查机关倚重被告人口供的心理倾向将受到极大抑制,非法逼取口供的现象也有望得到减少。^[19]从历史上来看,消极意义的口供补强规则的确有利于防止违法。中世纪的法定证据制度下,“口供”被视为证据之王,这无疑是当时刑讯逼供盛行的重要原因。然而,由于消极口供补强规则并不直接针对侦讯行为进行规范,在防止违法方面的作用非常间接与有限。现代刑事诉讼法中,防止讯问违法的目标,主要是由非法证据排除规则、侦查讯问录音录像制度等一系列证据与程序机制予以实现。

口供补强规则最核心的功能在于减少因虚假供述而引起的误判。口供补强规则是在获取口供的程序合法的基础上进一步解决口供内容的真实性问题,因为即使是合法取得的任意性自白,也有可能是被告人的虚假供述。如果仅依自白即可作出有罪的裁判,将有可能因口供的虚假而导致误判。^[20]口供补强规则背后的基础假设是:补强是对口供真实性的有效检验,缺乏充分补强的口供是不可靠的。因此,缺乏充分补强的口供,不得作为定案根据;全案证据只有符合口供补强规则的具体要求,才能够认定被告人有罪。

在我国,刑事诉讼法在保障讯问的正当程序与口供自愿性的相关规定非常薄弱,口供补强规则在防止误判方面的作用尤为重要。重新阐释口供补强规则,使其在司法适用中更具操作性有着重要的

[18] 王敏远:《一个谬误、两句废话、三种学说》,载王敏远编:《公法》(第4卷),法律出版社2003年版,第264页。

[19] 卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第385页。

[20] 同注19引书,第385-386页。

意义。主要理由是:

其一,在我国,被告人不享有沉默权,司法实践中口供的运用具有普遍性,在定罪方面发挥了举足轻重的作用。一项调研显示,在某省三个区县法院,根据法院案卷中讯问笔录记载的内容来看,犯罪嫌疑人侦查阶段的口供取得率极高,平均达98.91%,J区、N县、Y区分别为100%、98.39%、98.35%。^[21]四川省成都市中级人民法院与某基层人民法院在随机抽取的250件案件中,没有发现一件有罪判决的案件缺乏被告人有罪供述的证据。^[22]司法实践中,零口供的案件寥寥可数,被告人的口供被赋予了重要的证据价值。在依据口供定案的案件中,审查与判断口供的真实性成为法官裁判的主要任务。

其二,我国的非法证据排除规则的实施具有较大的局限性,难以担当起过滤虚假供述、防止误判的重任。我国的法律并未确立口供任意性规则,非法证据排除规则承担着部分保障口供自愿性、排除虚假供述的功能。就我国非法证据排除实施情况来看,我国非法证据排除率非常低。以西部某省法院系统五个中级人民法院及其辖区基层法院在2013年1-8月非法口供排除的情况来看,被调研法院共计审理刑事案件17213件,提起申请排除非法证据的案件为124件,占全部案件的0.72%,最终决定排除非法证据的案件为14件,占全部案件的0.08%。^[23]尽管这些数据中没有包括检察机关主动撤回争议证据的情形,但也足以表明,我们难以通过非法证据排除规则实现排除虚假供述,实现防范错案的目的。

就排除的范围而言,我国的非法证据排除规则仅限于刑讯逼供等非法方法获取的犯罪嫌疑人、被告人的供述。根据《高法解释》第95条的规定,只有使用肉刑或者变相肉刑,或者采用其他使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法,迫使被告人违背意愿供述的,才被视为“刑讯逼供等非法方法”。因此,《刑事诉讼法》第50条所禁止的威胁、引诱、欺骗的取证方法,在大多数情形下都不能适用非法证据排除规则。然而,社会科学的实证研究表明,导致虚假供述的最主要的原因是侦查人员心理强制的适用,明确地或含蓄地给予从宽刑罚的许诺,以及如果不作供述即会加重量刑的威胁。其他的强制性侦讯技巧包括:长时间的讯问或与外界隔绝的拘禁性讯问,拒绝进食、睡觉、喝水或上厕所等基本生活需要,拒绝犯罪嫌疑人要求中止讯问的要求,使犯罪嫌疑人精疲力竭与极度疲劳。^[24]在一些误判案件中,“公安机关侦查阶段办案确实存在未按相关程序办理的现象,比如连续讯问、笔录不规范、部分存在瑕疵、诱导性发问等”。^[25]然而,我国非法证据排除规则范围之狭窄,排除率之低,其制度化的威慑效果远大于在具体案件中的排除功能,因而难以发挥实质性的影响。

口供补强规则不仅是对口供真实性的检验标准,更是一项定罪的标准。如同证明标准一样,口供补强规则充当着刑事诉讼中惩罚犯罪与保障人权两大目标平衡器的作用。如果口供补强规则对补强范围、补强程度等确立了过于严格的标准,那么依据该规则,更多有罪的人可能被错误地放纵;反之,如果口供补强规则的要求越宽松,则更多无罪的人可能被错误地追究。因此,在细化口供补强规则的具体要求时,需要对刑事诉讼所追求的价值目标进行合理的权衡。

[21] 参见刘方权:《认真对待侦查讯问——基于实证的考察》,载《中国刑事法杂志》2007年第5期,第97页。

[22] 同注3引文。

[23] 孙长永、王彪:《审判阶段非法证据排除问题实证考察》,载《现代法学》2014年第1期,第73页。

[24] Richard A. Leo et al., *Bringing Reliability Back in: False Confessions and Legal Safeguards in the Twenty-First Century*, 2006 Wis. L. Rev. 479, 517 (2006).

[25] 《浙江“萧山案”再审 检方建议纠正两判决》,载新华网: http://news.xinhuanet.com/legal/2013-06/26/c_124912033.htm, 访问时间:2015年6月7日。

(二) 口供补强规则建构的两种基本思路

口供补强法则主要存在于英美法系国家和深受英美法影响的日本。为实现防止采信虚假供述,减少误判之目的,英美法系国家的口供补强规则采取了两种不同的建构思路。

第一种思路是要求口供以外的补强证据应当独立证明犯罪事实,并达到某种质和量的要求,即普通法中的罪体标准(*corpus delicti rule*)。依据英美法系国家的罪体理论,要判决被告人有罪,控方应当证明三个方面的基础事实:第一,犯罪结果,即人身或财产损失的发生(例如,尸体存在)。第二,犯罪行为,即该犯罪结果是他人实施犯罪行为的产物(例如,该尸体是他人所杀害的尸体)。第三,被告人系实施犯罪行为的人。^[26] 通常认为,就补强对象而言,罪体标准仅要求就犯罪结果、犯罪行为进行补强,而不需要补强证据证明被告人系犯罪行为的实施者。^[27] 这是考虑到在司法实务中要求独立证据补强被告人与犯罪行为人同一性的困难。此外,犯罪的主观方面不属于罪体,也不需要补强,此亦为日本刑事诉讼法中罪体说的通说。^[28]

第二种思路是要求口供以外的补强证据应当佐证口供的真实性,足以认定口供所述的犯罪事实为真实,以美国联邦法院系统采取的“可信性标准”(trustworthiness standard)为代表。可信性标准是1954年美国联邦最高法院在奥珀诉美国案(*Opper v. United States*)^[29]和史密斯诉美国案(*Smith v. United States*)^[30]中确立的,为美国联邦法院与许多州法院所采。与罪体标准不同,可信性标准要求对口供本身的补强而不是对犯罪事实的补强。依据该标准,“根本没有必要要求独立于被告人供述之外的证据能够证明罪体……任何能够加强口供真实性或倾向于证明口供所包含事实的间接证据即能满足补强的要求”。^[31]

以不同的标准阐释口供补强规则的含义,在司法实践中会带来不同的效果。以某检察院办理的万某某盗窃案为例。被告人万某某与其老乡万某于2009年10月27日晚9时许因形迹可疑被巡逻民警抓获。万某某在被抓获后即主动交代了其两笔涉嫌盗窃犯罪的事实。其中,其交代的2009年10月17日其伙同他人以“仙人跳”的方式盗窃一男子3800元。这起盗窃现金的事实有被害人的报案陈述可以印证,因而可以认定。但其交代的其于2009年10月27日晚8时许伙同“阿霞”以“仙人跳”的方式盗窃另一男子现金2500元的事实并无被害人报案。民警在抓获被告人时从其身上查获了现金2500元。老乡万某的证言证实:2009年10月27日下午5点其与被告人在一起,当晚8时左右被告人去办事情,两人分开。当晚9时许,被告人办完事情后又与其在一起,后两人均被民警抓获。此证言的内容与被告人的供述的一致。^[32]

如果依据“可信性标准”,被告人对于其被抓获当晚的盗窃事实有多次供述,且多份供述稳定一致,从其身上还搜出了2500元赃款。证人万某的证言也证实了案发当晚被告人先后与其在一起的事实,可以佐证被告人供述的真实性。检察机关据此提起公诉。但如果依据“罪体标准”,虽然相关的证据材料对被告人的供述均能印证,但是却缺少关键性的被害人的报案笔录——这类能直接证明法益

[26] 参见注8引书,第302页。

[27] *Developments in the Law - Confessions*, 79 Harv. L. Rev. 935 (1966). See also Richard A. Leo et al., *Bringing Reliability Back in: False Confessions and Legal Safeguards in the Twenty-First Century*, 2006 Wis. L. Rev. 479, 506 (2006).

[28] 参见注8引书,第302页。

[29] 348 U. S. 84 (1954).

[30] 348 U. S. 147 (1954).

[31] *State v. Parker*, 337 S. E. 2d 487, 488 (N. C. 1985).

[32] 该案例及处理结果引自刘浪:《自白补强规则实证分析》,载《华东政法大学学报》2015年第5期,第73页。

侵害后果的证据。虽然赃款 2500 元现金扣押在案,但由于现金是货币,是种类物,不具有个性化特征,因此无法排除合理怀疑。被告人所供述的同案犯“阿霞”也未能到案。故法院未支持公诉机关对该笔犯罪事实的指控。

上述案例似乎说明,罪体标准比可信性标准更为严格,但事实上并非如此。罪体标准与可信性标准在司法适用中存在不同的版本。法律可以对补强证据的证明程度、可信性标准适用的前提作出不同的限定,从而影响它们的适用效果。例如,为有效地建构我国的口供补强规则,有必要进一步对英美法系国家确立的罪体标准与可信性标准的内涵及价值展开深入分析。

四、罪体标准与可信性标准的评价与选择

(一) 罪体标准的内涵及利弊评价

传统的罪体标准要求,补强证据应当对犯罪结果与犯罪行为进行补强。就补强证据的类型而言,补强证据必须是具有可采性的证据,在来源上独立于被告人的口供。被告人作出的多次供述并不能相互补强。因为被告人的重复供述并不必然可靠,即使相互一致、非常稳定,也至多能够补强口供的真实性,而不能独立地证明罪体。就证明的程度而言,补强证据本身毋须“排除合理怀疑”或是“以优势证据”证明罪体。从美国判例法来看,司法实践中很少存在可以证明罪体的直接证据,检察官必须依赖诸如犯罪动机、犯罪机会或是犯罪后被告人流露出负罪感等间接证据来证明犯罪的发生。^[33] 美国的少数州采取了更为严格的标准,要求“补强应当有充实的证据(substantial evidence),补强证据应独立于被告人的口供,并趋向于使每一个犯罪要素成立”。^[34] 到 1984 年,美国已有 50 个州采取了罪体标准。从美国司法实践来看,罪体标准在不同的司法辖区存在差异。“各司法管辖区对作出有罪判决所必需的独立证据补强罪体的程度、对被告人法庭外供述佐证的程度都有着不同的要求。”^[35]

罪体标准对于防止冤枉无辜有着积极的意义。罪体标准起源于 17 世纪的英国,是口供补强规则的最初形态。在佩里(Perry)案中,被害人失踪,在警察的讯问下,被害人的佣人佩里供认自己伙同母亲、兄弟抢劫并杀害了被害人,并将其尸体扔进了沼泽地里。在并未找到被害人尸体的情形下,法院仅依据被告人的口供判处三人死刑。然而数年后,被害人从国外活着归来。该案促使一些英国法院开始反思自己的法律,要求谋杀案必须有补强证据,尤其是被害人死亡的证据才能作出有罪判决。时至今日,错案形成的证据原因与错案发现的线索仍然如此相似!毫无疑问,要求有独立的证据对犯罪结果、犯罪行为进行补强,有利于防止在没有犯罪发生时,无辜的人被错误地定罪。

关于罪体标准最为广泛的批评,是它的“功能具有极大的局限性”。^[36] 传统的罪体标准不要求独立的证据对被告人系犯罪行为人的事实进行补强,因此,罪体标准尽管能有效地保障无辜者不会因没有实际发生的犯罪而被定罪,却不能防范这样的危险,即犯罪虽然发生,但无辜者被错误地认定为是犯罪行为人。然而,在刑事诉讼中,后者显然是更多的情形。

罪体标准另一个容易受攻击的弱点,是它仅关注犯罪是否发生,而不关注口供的真实性。^[37] 被

[33] *Developments in the Law – Confessions*, 79 Harv. L. Rev. 935, 1076 – 1077 (1966).

[34] *State v. Parker*, 337 S. E. 2d 487, 492 (N. C. 1985).

[35] *Id.* at 491, n. 20.

[36] *Smith v. United States*, 348 U. S. 147, 153 (1954).

[37] See Richard A. Leo et al., *Bringing Reliability Back in: False Confessions and Legal Safeguards in the Twenty – First Century*, 2006 Wis. L. Rev. 479, 507 (2006).

告人的口供需要独立的证据进行补强,是因为对口供本身的真实性不信任。罪体标准的潜在逻辑是,如果能有独立的证据证明犯罪事实的存在,有关该犯罪的口供就应该是真实的。但是,二者之间并不存在这样的逻辑联系。当犯罪事实没有实际发生时(犯罪为假),那么关于犯罪的陈述一定为假(口供为假)。据此,罪体标准能够很好地过滤掉那些缺乏犯罪事实的虚假供述。但反过来,却不能得出“犯罪为真,口供也一定为真”的结论。

(二)可信性标准的内涵及利弊评价

1. 可信性标准的具体指标

美国的联邦地区法院和少数州法院采取了可信性标准。与罪体标准不同,可信性标准要求对口供真实性进行补强。控方在对口供举证之前,必须举出“确实的、独立的证据,能有助于确认口供的可信性”。^[38]法官扮演了守门人的角色,应综合全案情形判断口供的真实性并据此决定口供的可采性。只有对口供真实性的证明满足优势证据的标准,口供才能作为证据进入法庭。^[39]

对口供真实性进行补强的独立证据,包括能够证明犯罪发生的直接证据,还包括其他一些辅助证据,例如,“陈述是主动发生的;取得口供并没有采取误导、欺骗、威胁或承诺等手段;从被告人的年龄、教育与经验等情况来看,被告人身体状况与精神状态良好;被告人作出陈述时有律师在场”。^[40]如果案件缺乏这样的确实、独立的证据,法院可能会综合案件的全部事实与情形,来判断口供是否是连贯一致的。^[41]

以理查德·李奥(Richard Leo)和理查德·奥夫西(Richard Ofshe)为代表的学者通过对大量含有虚假供述的错案进行分析,就区分真实供述与虚假供述提供了更为具体的指标。他们所运用的基本方法是,通过分析被告人有罪供述与犯罪事实的吻合程度,来判断被告人的口供是否揭示了专有知识,是否为客观的证据所印证,进而评价被告人供述的可靠性。李奥和奥夫西指出,至少有三种有关可信性的指标能用以评估口供的可靠性:(1)供述是否使警察找到了事先不知道的证据(如找到了被丢弃的作案工具手枪,找到了被转移的从犯罪现场拿走的赃物等);(2)供述是否涉及到一些没有公开的、不太寻常的犯罪细节(例如,罕见的杀人方式,某种特定的毁尸方式,用特定的物件使被害人无法呼叫等);(3)供述涵盖了对许多尽管平常,但不太容易被猜到,也未被媒体公布的细节的准确描述(例如,被害人身着衣服的特征,家具的摆放位置,特定物品是否在犯罪现场等)。^[42]

可信性标准也被广泛地运用于我国的司法实务中,是法官在证据分析时倚重的方法。在聂树斌案中,二审法院认定,“被告人的供述及指认作案现场,且与现场勘查一致;被告人所供被害人的体态、衣着与被害人之夫及证人余秀琴所证一致”,即采用将口供涵盖的细节与案件的其他证据相印证的方法,认定聂树斌有罪。我国《高法解释》确立的“先供后证”的规则也是对可信性标准的阐述,可归类于李奥和奥夫西确立的可信性指标的第一种典型情形,即供述使警察找到了事先未掌握的证据。

2. 可信性标准的局限性

可信性标准的突出特点是能通过口供与犯罪事实的吻合程度,来确定被告人即实施犯罪行为的人,从而克服罪体标准的局限。李奥-奥夫西标准是对司法实务中审查判断口供可靠性的经验的总

[38] *State v. Mauchley*, 67 P.3d 477, 488 (Utah 2003).

[39] *Id.* at 490.

[40] *Id.* at 488.

[41] *Id.* at 488.

[42] See Richard A. Leo & Richard J. Ofshe, *The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88 J. Crim L. & Criminology 429, 438-439 (1998).

结,虽然并不能涵盖所有的口供印证情形,但列举了其中的典型情况。值得注意的是,李奥-奥夫西标准的有效性受制于一定的前提。李奥-奥夫西标准的基础假设是,只有真正实施犯罪的人才会熟悉犯罪事实的独特细节。但是,被告人能作出这样的口供可能并不是因为自己亲手实施了犯罪行为,而是受到其他外部信息源的影响。这些外部信息源可能包括:(1)从真正实施犯罪的人那里知悉了犯罪的细节,如冒名顶罪案件;(2)被告人目睹了犯罪的发生或是事后接触了犯罪现场;(3)被告人从新闻媒体等公开的信息源中获得了犯罪的细节;(4)警察通过讯问将犯罪细节透露给了犯罪嫌疑人,在我国,通常把这样的讯问方式称为“指供”。

从司法实务来看,适用可信性标准最大的风险是警察的指供。近年来我国媒体曝光的绝大多数冤案错案中,无辜被告人所作的供述能够与案件的其他证据基本印证,都是因为存在警察指供的情形。指供是一种相对独立于刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法讯问方法的讯问手段。为达到指供的目的,警察常常会同时采用其他非法讯问手段,促使犯罪嫌疑人按照自己提供的信息作出供述。讯问是在一种有罪推定的前提下展开的。讯问的目的是促使那些有罪的犯罪嫌疑人从否认自己犯罪到完整地陈述犯罪事实。指供既可能是警察有意为之,也可能是无意披露。不论是在我国还是在域外,警察讯问中常用的一种方法为“使用证据”。使用证据的目的是使犯罪嫌疑人相信,警察已经充分掌握了其犯罪事实,犯罪嫌疑人已无从抵赖,他需要做的只是承认自己的罪行,并就其对犯罪的动机、经过等作出陈述。在讯问犯罪嫌疑人时,警察能够轻易地将犯罪的时间、地点,犯罪现场的细节,被害人的体征、衣着特点,犯罪的手段等细节输入给犯罪嫌疑人,通过反复地讯问,甚至辅以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等手段,使其变成犯罪嫌疑人自己的陈述。

从某种意义上而言,指供的危害性超过了刑讯逼供等非法讯问方法。单纯的刑讯逼供方法,可以使无辜的犯罪嫌疑人承认自己实施了犯罪,但只能靠猜测描述犯罪的细节,往往不能与案件的其他客观证据形成相互印证。指供却能使犯罪嫌疑人对犯罪作出相对完整丰富的叙述,从表面上看能与案件的其他证据相互印证,使法官确认供述的真实性,从而导致冤案的发生。2010年,美国布兰登(Garrett)教授曾针对美国1989年后通过DNA鉴定发现的所有冤案进行了一项实证研究,研究结果表明,250件冤案中,有40件案件的被告人都对自己实施了杀人、强奸作出了虚假供述。其中,38件案件(占案件比例的95%)的犯罪嫌疑人在侦查阶段,都对犯罪未公开的具体事实作出了详尽的描述,“其提供信息的丰富、具体与准确程度令人吃惊”。口供涵盖了犯罪行为人才能够了解的内部信息,且能够与犯罪现场的证据、科学证据、专家证据和被害人的陈述相互印证。^[43] 尽管警察通常都会否认自己向犯罪嫌疑人喂供,但是在实践中,他们通过向犯罪嫌疑人出示犯罪现场照片,告知同案犯的供述,将预期的回答包含在讯问的问题中,通过“牢头狱霸”的强迫,甚至事先画好路线图,将犯罪嫌疑人带到犯罪现场指挥其进行指认的方法进行指供。

可见,适用可信性标准时,必须确认口供没有受到外部信息源的污染,尤其是警察指供的影响。在满足该前提的情形下,可信性标准能较好地实现区别虚假供述与真实供述的功能。

(三)可信性标准应当成为我国口供补强规则的主体标准

根据口供以及其他间接证据认定案件事实,罪体标准与可信性标准提供了两种不同的基本思路。在适用罪体标准认定案件事实时,口供与补强证据对犯罪事实发挥的证明作用是相互割裂的:被告人口供证明了犯罪的主要事实,而独立的证据能证明犯罪结果的发生与犯罪行为的实施。尽管不论是

[43] See Richard A. Leo et al., *Promoting Accuracy in the Use of Confession Evidence*, 85 Temp. L. Rev. 759, 767 (2013).

口供还是独立的证据对犯罪事实的证明程度均未达到排除合理怀疑的标准,但这两种证据能够分别独立地证明主要犯罪事实的全部与一部,因而“被告人实施了被指控的犯罪行为”具有很高的概率。事实认定是由口供的证明力与独立证据的证明力叠加的效果而决定的。裁判者似乎可以通过这种叠加,认为口供与补强证据的结合,达到了刑事诉讼中要求证据确实、充分或者是排除合理怀疑的程度。

正如前文所指出的,犯罪事实为真并不能必然推导出口供为真。口供的真实性与犯罪事实的存在是两个相对独立的事实,因而需要独立的证明。如果采取更为严格的罪体标准,即补强证据除了能够证明犯罪结果、犯罪行为之外,还要求证明被告人与犯罪行为人的同一性,能够在一定程度上弥补传统罪体标准的局限性。尽管这样的补强也不能保证口供为真,但至少能够更有力地证明罪体,相应地也提高了准确认定案件事实的概率。然而,如果对所有案件都实行这样严格的罪体标准,则必然会导致大量刑事案件追诉的流产,国家不得不为之付出沉重的代价。因此,罪体标准不宜成为口供补强规则的主体标准。20世纪90年代之后,美国联邦法院抛弃了罪体标准而转向了可信性标准,是有其理论根据的。

事实裁判者不是根据相互割裂的证据事实各自发生的概率,来确定作为整体的案件事实发生的概率。全案证据对事实的证明程度也不能由各证据的证明力相互叠加来决定。裁判者面临的是一个整体的案件。与罪体标准不同,可信性标准要求将口供与案件的其他证据之间的有机关联进行整体性的解释,并且注重口供的来源与取得过程,将口供的真实性置于其产生的侦讯背景下进行分析。在可信性标准下,口供与其他证据对犯罪事实发挥的证明作用是相互依赖的,即口供的证明力只有在与其他证据的相互作用中才能得到确定。诉讼中对案件事实的认定,应当是这样的一个复杂的有机系统。

可信性标准有助于准确地认定案件事实,也更符合司法裁判者认定案件事实的真实过程。我国的口供补强规则应以可信性标准为主体,事实上,这也是我国司法实践中法官在分析以口供为基础证据的案件中普遍适用的标准。

(四)可信性标准与证明标准适用的关系

在美国联邦法院,可信性标准是口供是否具有可采性的审查标准。对于不符合可信性标准的口供,法官可以直接排除该证据,不让口供进入庭审程序;反之,如果控方提供的补强证据能以优势证据的程度证明口供的真实性,那么该口供即可提交陪审团作为事实认定的依据。因此,在美国,“可信性标准是一个关于证据可采性的标准,而不是对所有证据的充分性进行权衡以作出有罪判决的标准”。^[44]在适用可信性标准采纳口供之后,事实裁判者还应适用排除合理怀疑标准来认定案件事实。这种独特的适用机制与美国陪审团审判制度密不可分。相较于职业法官而言,外行陪审员更容易倚重口供的证明力,也更不容易分辨口供的真实性。再加之在普通法传统中,法官本来就享有排除证明力低、容易误导陪审团的证据的裁量权,因此,美国联邦法院在判例中确立,由职业法官扮演守门人的角色,对不具有可靠性的口供进行审查与过滤,以防止虚假口供误导陪审团。^[45]

我国实行职业法官审判,司法实务中,公检法机关在取证、举证与证据认定上都倚重口供,再加之对以刑讯逼供等非法方法获取的证据进行排除尚存在困难,在现阶段如要进一步要求对不符合可信性标准的口供在庭审前先行排除,在立法层面都难以获得支持,更不必说在执行层面,恐怕会出现寸

[44] Corey J. Ayling, *Corroborating Confessions: An Empirical Analysis of Legal Safeguards Against False Confessions*, 1984 Wis. L. Rev. 1121, 1136-1137 (1984).

[45] *Opper v. United States*, 348 U.S. 84, 93 (1954).

步难行的情形。相反,“先供后证”规则在立法与司法实践中的广泛接受表明,可信性标准在我国作为定罪标准适用,更符合我国法官对口供补强规则的认知。

作为一项定罪标准,可信性标准要求,补强的证据应当以排除合理怀疑的程度证明口供的真实性。这意味着,其他证据对口供的印证能够使裁判者相信,被告人口供所供述的犯罪事实是对全案证据的唯一的解释,综合全案证据,不应存在其他不同于被告人供述的犯罪事实的合理解释。

如果口供的补强满足了可信性标准,则意味着案件事实的认定达到了法定证明标准。口供补强规则中的“口供”是狭义的包括完整犯罪事实的有罪供述。口供能够独立地或与补强证据相结合,证明实体法要求的犯罪构成要件。只有口供与补强证据在证明方向上基本一致,共同指向一个符合情理、融贯一致且具有唯一性的事实时,裁判者才会认定口供是真实可信的。所以,满足了可信性标准,通常即能满足刑事证明标准。正是在此种意义上,积极的口供补强规则有助于证明标准的客观化。

反之,如果口供的补强无法满足可信性标准,则常常意味着认定被告人有罪还存在合理怀疑。例如,被告人杀害被害人后将尸体藏匿在水泥船的船舱里,被告人供述因船舱内较黑,藏匿尸体时从外面拿了一个手电筒照明,后将手电筒丢在船舱里,公安人员在船舱内确实查获了一个手电筒但内无电池,该案又无其他证据证明被告人有作案行为。^[46] 手电筒作为补强证据,只能部分地印证口供的真实性,与被告人的供述存在矛盾与抵触。在缺乏其他证据的情形下,这样的证据矛盾能够使裁判者对口供的真实性产生合理怀疑,因而不能认定被告人有罪。

五、我国口供补强规则的阐释与适用

我国刑事诉讼法中所规定的口供补强规则,包括《刑事诉讼法》第53条的规定以及《高法解释》第106条“先供后证”的规定。《刑事诉讼法》第53条的规定,“只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚”,是对消极口供补强规则的表述。《高法解释》第106条“先供后证”的规定,是关于积极口供补强规则的表述,但显然没有囊括适用可信性标准的所有情形。从指导司法实践的角度出发,有必要确立口供补强规则的完整表述。例如:“只有犯罪嫌疑人、被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚。独立于犯罪嫌疑人、被告人供述以外的其他证据足以补强口供的真实性,才能认定被告人有罪和处以刑罚。在符合下述情形之一的,可以认定被告人有罪,但认定被告人有罪不应仅限于以下情形:(1)根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强或侦查人员事先不知道的物证、书证,且被告人的供述与其他证据相互印证;(2)被告人的供述包含了对特殊犯罪细节的准确描述,且被告人的供述与其他证据相互印证;(3)被告人的供述包含了对大量平常的犯罪细节的准确描述,普通人很难凭借猜测作出这样的供述,且被告人的供述与其他证据相互印证。根据被告人供述及其补强证据认定被告人有罪,必须审查被告人口供的取证方式,排除串供、逼供、诱供、指供或通过其他信息源获知犯罪细节的可能性。”

作为操作性的证据规则,在司法实践中适用口供补强规则时,还需要注意以下问题。

(一) 区分案件的性质与特点确立不同的补强要求

案件事实是发生在过去的历史事实。诉讼中对案件事实的认定,受制于证明主体、证明客体、诉讼程序规则与证据规则以及时空和资源的限制,总是难以保障事实认定必然符合客观实际。与对科

[46] 张华松:《“先供后证”在刑事审判实践中的具体运用——被告人李某绑架案》,载上海市中级人民法院网:http://www.a-court.gov.cn/platformData/infoplat/pub/ncourt_2802/docs/201401/d_2215824.html,访问日期:2015年7月14日。

学知识的认识不一样,日常生活中的事实总是形态各异、变化万千,而诉讼中对事实的认定,也相应地充满了各种复杂的变量。^[47] 正是因为认识过程的复杂性与认识结果的相对性和不确定性,不论是“排除合理怀疑”还是“内心确信”,实际上都是对主观信念的一种衡量标准。纯粹客观意义上的“证据确实、充分”,更加类似于证据要求,而难以作为具体的证明标准来发挥其对法官认定案件事实的指导作用。作为检验证明标准实现的基本方法的口供补强规则,也不可能将印证的要求细化到每一个具体的案件,例如,在故意杀人案中,是否必须要找到犯罪工具才能定案?如果没有找到,是否就形成了“合理怀疑”,对此不应该有整齐划一的标准答案。

尽管如此,口供补强规则不应是一个抽象的、虚无的规则,完全诉诸法官的个人判断。对口供的真实性抑或对罪体的补强,应达到什么样的程度,在根本上需要对刑事诉讼中追求的基本价值进行权衡与取舍。对补强范围与补强程度确立更高的要求,能够有效地减少无辜者被错误定罪的几率,但同时要承受因客观实践中补强证据不充分而导致放纵犯罪的代价。另一方面,口供补强规则的具体要求也应当与案件的性质、特点相对应。对作案手法隐蔽、取证困难的案件,如要求有充分的独立证据补强口供,只能使该类案件的追诉成功率大大降低,进而可能引起犯罪率上升,社会治安恶化的问题。因此,本文主张,在坚持可信性标准的前提下,应根据案件类型与特点对罪体标准作不同的要求。

1. 死刑案件应当要求独立证据对罪体三要素进行补强

“被害人复活”与“真凶出现”是我国司法实务中冤案错案的两大类型。法国《刑事诉讼法典》对再审程序的规定中,也明确将杀人案件中的被害人归来与真凶出现作为启动再审的法定理由。^[48] 可见,在证据未能充分证明犯罪事实的发生,未能证明被告人与犯罪行为人的同一性时即作出有罪判决,这样的司法错误具有典型性。

死刑案件的判决结果关涉到被告人生命权的剥夺,其后果严重,必须慎重对待。在死刑案件中,必须真正贯彻“宁可放纵罪犯,也不可错杀无辜”的理念。按照最高人民法院常务副院长沈德咏的说法,“错放一个真正的罪犯,天塌不下来;错判一个无辜的公民,特别是错杀了一个人,天就塌下来了”。^[49] 因此,在死刑案件中,应当同时适用罪体标准,以有效防止错案的发生。具体要求为:

第一,补强的范围。在死刑案件中,应当要求有独立的证据对罪体的三种要素,即犯罪结果、犯罪行为、被告人与犯罪行为人的同一性皆进行补强,以防范无辜者被错误定罪的风险。补强证据既可以是能够证明罪体三要素的直接证据,也可以是间接证据。我国的司法解释也曾作出类似的规定。2013年最高人民法院在《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》中强调,“对于命案,应当审查是否通过被害人近亲属辨认、指纹鉴定、DNA鉴定等方式确定被害人身份”。确定被害人身份,对于补强犯罪行为的发生以及被告人与犯罪行为人的同一性具有重要价值。只有被害人身份得到确认,被指控的犯罪才可以被证明实际发生。在死刑案件中,要特别注意被告人与犯罪行为人同一性的补强,以防止无辜的人被错误定罪。例如,2016年再审改判无罪的陈满故意杀人案,除了陈满有罪供述之外再无其他证据指向陈满作案。原裁判中控方举出的现场勘验笔录、法医检验报告、物证照片、火灾原因认定书等证据,仅能证明犯罪结果与犯罪行为的发生。在有罪供述的真实性存在疑问的情形下,被告人与犯罪行为人的同一性缺乏其他证据补强,必然有较高的误判风险。

第二,补强证据的资格。补强的证据应当是独立于被告人供述的证据,即该证据不得是被告人的

[47] [美] 罗纳德·J·艾伦:《艾伦教授论证法(上)》,张保生、王进喜、汪诸豪译,中国人民大学出版社2014年版,第89页。

[48] 《法国刑事诉讼法典》,罗结珍译,中国法制出版社2006年版,第622条。

[49] 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。

其他口供,抑或是其他由被告人提供的言词性质的证据,如犯罪嫌疑人的辨认笔录、指认笔录。鉴于被告人与案件的利害关系以及其所处的侦讯环境,被告人对案件相关事实作出陈述的自愿性与真实性往往难以获得保障,因而不能以其具有言词交流性质的证据作为口供的补强。犯罪嫌疑人的身体特征与物理状况,如身体上留下的伤痕、指纹、血液等,这类证据不具有言词交流的性质,取证方式也通常不会引起证据内容的改变,具有较高的客观性,可以作为独立的证据补强口供的真实性。同样,被告人在实施犯罪前的陈述以及犯罪过程中的相关陈述,由于不会受到侦查程序的污染,也应具有作为补强证据的证据资格。

第三,补强的程度。某个案件是否存在有充分补强证据,受制于侦查的客观条件、当前侦查水平等多种因素的限制。如果对补强证据的充分程度要求过高,必然会增加检察机关追诉的困难。再者,过于强调补强证据对案件事实的独立证明力,必然会忽视与低估口供自身的证明价值。因此,即使对于死刑案件,也不能要求补强证据对罪体的证明达到了确实、充分的程度。对犯罪结果与犯罪行为的补强,能够达到优势证据的标准足矣,而对被告人与犯罪行为人同一性的补强,鉴于司法实践中获取该类证据的困难,只需达到“相当理由”或称“合理根据”的程度。所谓相当理由,即综合案件的事实及情况,有合理可信的证据,足以使一谨慎的人(法官)相信被告人为犯罪行为人。^[50]例如,被害人的衣物在被告人家中被发现,或是被告人曾威胁说要杀害被害人等证据,即可补强被告人与犯罪行为人的同一性。尽管补强程度的标准并不算高,但值得注意的是,死刑案件中的补强除了要符合罪体标准的要求之外,还应符合可信性标准。对于后者,则需达到排除合理怀疑的程度。

2. 对于毒品犯罪等取证困难的案件,应当适度放宽对补强的要求

对于死刑案件以外的其他案件,被告人的口供只要能够符合可信性标准即可,不宜再要求有被告人口供之外的独立证据对罪体进行补强。对于毒品犯罪等取证困难的案件,应适度放宽对补强的要求,可以有条件地允许同案犯供述作为补强证据。

毒品犯罪具有犯罪隐蔽、物证(毒品、毒资)易灭失、被告人容易翻供等特点,侦查人员在取证方面存在现实困难。通常除了被告人口供之外,没有其他直接证据能够证明主要犯罪事实。我国司法实务对毒品犯罪的证据要求相对较低。除了同案被告人口供之外,控方的补强证据可能包括经手毒资往来的有关票证、航班记录、电话和短信交流记录等,可以间接印证口供的真实性。在一些案件中,由于侦查取证的疏忽或案件的特殊情况,例如,共同犯罪的被告人交代了过去的犯罪事实,但由于时间较长而无法调取相关通话清单等间接证据,证明犯罪主要事实只有相互印证的共同被告人的口供。

仅有同案犯供述是否足以补强口供,对此我国学界存在四种不同的观点:(1)肯定说。认为共犯之间的供述可以互相补强,在供述一致的情况下,可据以定案。(2)否定说。认为共同被告人的供述仍然是“被告人供述”,同样具有真实性和虚伪性的特点,不能以共犯的口供作为补强证据,应当寻求其他证据来补强。(3)区别说。认为同案处理的共犯供述可以互相补强,但是不同案处理的共犯只能互作证人,但不能用来补强。(4)折衷说。认为共同被告人供述一致,在符合一定条件的情况下,可以用来补强。这些条件是:经过种种艰苦努力仍无法取得其他证据;共同被告人之间无串供可能;排除了以指供、诱供、刑讯逼供等非法手段获取口供的情况等。^[51]在日本的司法实务中,判例认为,没有经过共同审理的共犯人的自白不需要补强证据,即使是接受共同审理的共犯人(共同被告人),从共犯人与被告人本人的关系上看,他也是被告人本人以外的人,他作出的涉及共犯人或共同被告人犯罪事

[50] 参照美国联邦最高法院对搜查扣押中“合理根据”标准的阐释,即 *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89(1964)。

[51] 参见龙宗智:《相对合理主义》,中国政法大学出版社1999年版,第459-460页。

实的供述,有独立的、完全的证明力。因此,至少在理论上可以说,共犯人的自白是唯一证据时,可以认定被告人有罪。不过应当注意两个问题:其一,多数判例要求有补强证据;其二,判例慎重地判断共犯人自白的可信性,一旦发现有疑点就要撤销有罪判决。^[52]

对于能否以共犯的口供对被告人的自白予以补强而定案,我国司法解释未有统一规定。2000年《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称“《南宁纪要》”)对此持肯定态度。《南宁纪要》第5条规定,只有当被告人的口供与同案其他被告人供述吻合,并且完全排除诱供、逼供、串供等情形,被告人的口供与同案被告人的供述才可以作为定案的证据。尽管《南宁纪要》已经被2008年的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》废除,但该证据规则在司法实践中仍在适用。

共犯自白是否能够作为被告人口供的补强证据,关键是要确立共犯自白的可靠性。由于被告人口供具有较大的不真实风险,所以才需要有补强证据。共犯与案件有直接利害关系,容易推卸责任或是相互串供,而共犯与被告人一样具有特殊的诉讼地位,常常处于封闭的侦讯环境中,如果侦查人员存在刑讯逼供、诱供、指控等行为,可能造成其口供严重失实。但是,考虑到毒品犯罪这类案件中证明的难度,如果能够以高度盖然性确立共犯口供的可靠性,可以允许以共犯口供与被告人口供认定犯罪事实。

本文认为,在符合以下条件时,可以允许仅以共犯口供作为补强证据:(1)对共犯分别讯问、分别关押,能够排除逼供、串供、诱供、指供等情形。例如,部分同案被告人在后期才到案,到案后分别关押与讯问而独立作出供述。(2)被告人供述的犯罪事实是警察所不了解的其他犯罪事实。(3)各被告人供述中涉及的犯罪细节能够相互印证。(4)各被告人就主要犯罪事实所作的供述前后基本一致,具有稳定性。即使供述过程中出现翻供,经审查,其辩解理由不成立,辩解也没有其他证据相印证,可以认定其翻供不能成立。

(二) 必须核实补强证据的可靠性

补强证据本身必须具有可采性,此点应无疑义。此外,不论是运用罪体标准对案件事实进行补强,还是运用可信性标准对口供进行补强,必须要核实补强证据本身的可靠性。正因为口供具有较大的不真实的风险,才需要有其他证据的补强,而自身缺乏可靠性或是可靠性存疑的证据,显然不能实现补强之目的。从近年来曝光的冤假错案的证据构成来看,基本上不存在缺少补强证据的情形,而是依据自身证明力的薄弱甚至充满疑点的补强证据作出的有罪判决。例如,在余祥林、赵作海案中,被害人的尸体已经高度腐败、难以辨认,在此情形,仅依靠被害人近亲属的辨认而不做DNA鉴定来确认被害人的身份,无法达到补强证据可靠性的要求。

实物证据具有较高的可靠性,如果能通过实物证据对罪体或口供进行补强,自然是最为理想的状况,但这并不意味着补强必须取得实物证据。只要存在其他可靠的独立证据,仍可以对罪体或口供进行补强。2008年北京刘婷婷案中,检察机关因“未在抛尸地点找到被害人刘婷婷遗骸,不能确定被害人死亡原因,李某、崇某构成故意杀人罪的要件事实缺乏必要的证据予以证明”而作出不起诉决定,曾引发了广泛争议。^[53]事实上,本案的犯罪结果(被害人死亡)与犯罪行为的发生(被害人系他杀)并不是仅有犯罪嫌疑人的口供可以证明。犯罪嫌疑人李某的儿子检举揭发了该故意杀人案,其陈述可作

[52] 同注8引书,第307页。

[53] 刘婷婷失踪八年后,其继母的儿子因盗窃被拘留,揭发其母与崇某杀害了刘婷婷,两个被告人作出了有罪供述。参见张媛:《两嫌犯承认杀人埋尸 警方未找到尸骨检方不起诉》,载新华网:http://news.xinhuanet.com/legal/2011-09/16/c_122041873.htm,访问日期2015年6月25日。

为证人证言对罪体进行补强。但考虑到李某儿子揭发该起犯罪事实的动机是为了立功,其证言的可靠性存疑,北京市人民检察院一分检并未采信该证言,而作出了不起诉的决定。在前文所述的陈某杀人案中,死刑案件应当严格证明标准的适用,要求有独立的证据对罪体进行补强。尽管在犯罪现场并没有发现相关实物证据可以佐证被告人与犯罪行为人的同一性,但被告人的母亲及姐姐作出的证言是可以作为补强证据证明罪体,在确认证人证言取得程序合法,证言内容查证确实的情形下,可以印证被告人口供的真实性。

总之,对补强证据可靠性的要求,不应去限制证据的法定种类,而应注重通过具体的程序手段去核实补强证据的真实性。在第一犯罪现场早已湮灭、相关物证遗失或灭失的情形下,应加强对第二手的勘验笔录、鉴定意见可靠性的审查。这样的审查方式包括通知勘验制作人、见证人,鉴定人出庭作证,通知专家证人对勘验笔录、鉴定意见质证等。对于关键的补强证据为证人证言的情形,应要求证人出庭作证,以对其证言的真实性进行核实。

(三)口供为唯一直接证据时,重点审查口供及其衍生证据的取得过程

适用可信性标准的前提是,口供没有受到外部信息源的污染,尤其是警察指供的影响。当口供为案件唯一的直接证据时,即使缺乏能够直接指向被告人的实物证据,依据勘验笔录、鉴定意见等间接证据对口供的印证也能够定案。但是,鉴于这些间接证据往往是依赖于实物证据的第二手资料,在形成过程中可能受到了人的主观性的较大影响,即使能够印证口供,也存在一定的误判风险。因此,为确保口供的真实性,法官应当重点审查口供及其衍生证据(如辨认、指认笔录)的取得过程。

尽管本案犯罪嫌疑人可能从警察、受警察指使的线人,或是从真正犯罪行为人那里获得犯罪的细节,但由于他毕竟不是真正实施犯罪的人,在讯问之初对犯罪的具体细节不会全面掌握,而犯罪资讯的取得及口供的转化也会有一定的过程。因此,法官在审查、判断口供及其衍生证据的可信性时,应当注意从以下几个方面加强审查:

第一,对口供及其衍生证据的取证方法进行强制审查。在以口供为唯一直接证据的案件中,被告人口供的真实性对于准确认定案件事实具有举足轻重的意义。因此,即使辩方没有就口供取证的合法性提出异议,法官也应主动对口供取证方法的合法性进行审查。法官应当主动询问被告人是否基于自愿作出有罪供述,侦查机关是否实施了刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等手段迫使被告人违背自己的意愿作供述。对被告人提出的有关非法取证线索且符合《刑事诉讼法》第54条规定的情形,法官应启动非法证据排除程序,对口供不予采纳;而对于《刑事诉讼法》第54条未涵盖的威胁、引诱、欺骗的情形,如引起了法官对口供真实性的合理怀疑,法官在职权调查之外,可令控方承担证据真实性的举证义务。倘若控方的举证无法排除法官对口供真实性的合理怀疑,法官可对口供不予采信。

第二,重视对初次讯问笔录的审查。如果犯罪嫌疑人没有亲自实施犯罪,则其到案后很难在初次讯问时就承认犯罪并且对有关犯罪的细节作出完整、准确的陈述。在我国,传唤、拘传是最常见的初次到案方法。根据《刑事诉讼法》的规定,传唤、拘传的时间通常不得超过12小时,需要拘留、逮捕的,不得超过24小时。对侦查机关而言,初次讯问的时间很短,且因处于侦查初期,相应的客观证据并没有收集完整,因此也很难在此阶段对犯罪嫌疑人实现完整的“喂供”。例如,被告人李某投案承认自己打死了堂兄,并告知公安机关杀人所用刀具的地点。尽管符合根据被告人口供发现了隐蔽性强物证的情形,法院在审查卷宗时却发现,被告人在初次讯问时对于犯罪现场的一些描述存在许多错误,而且被告人的儿子存在杀人的动机,因此怀疑被告人在替自己的儿子顶罪。然而凶器是一把木把刀,无

法提取指纹。法院只能要求公安机关补充侦查进行核对,再次提审后被告人的供述与现场才一致。^[54] 在该案中,法院的处理方式值得商榷,但该案例能表明,对初次讯问笔录的仔细审查往往容易发现被告人口供在真实性方面的疑点。

第三,审查供证关系。自从《高法解释》确立了“先供后证”的规则后,“供证关系”在我国司法实务中已经引起相当重视。但是,司法实践对供证关系的理解,通常只局限于《高法解释》第106条的规定,而事实上,侦查过程中的供证关系是一个动态的过程,供证关系的变化及其对应关系能够反映出警察在讯问时是否对犯罪嫌疑人进行了“喂供”。倘若犯罪嫌疑人的供述内容随着侦查取证的进展而发生变化,例如,侦查机关发现了新的犯罪工具,被告人便否定了过去的作案手段,作出了与新取得实物证据一致的供述,并且每次供述的变化与侦查机关证据收集情形呈现对应关系,则该供述很可能是指供的产物,具有较大的不真实风险。

第四,审查多次、重复口供的一致性。无辜犯罪嫌疑人即使作出有罪供述,口供往往会反复,而且口供中描述的犯罪细节会存在错误或矛盾。因此,法官在审查口供时,应当注重审查多次、重复口供的一致性,审查口供与其他证据的关系。这也是《高法解释》第80条确立的对被告人供述和辩解应当着重审查的内容:被告人的供述是否前后一致,有无反复以及出现反复的原因;被告人的所有供述和辩解是否均已随案移送;被告人的辩解内容是否符合案情和常理,有无矛盾。对于不存在取证合法性的争议,被告人自始承认犯罪,供述稳定且能够与犯罪事实基本一致的情形,应当倾向于确认该口供的真实性。

(四)完善讯问录音录像制度,为法官审查、判断口供的真实性提供依据

以上对口供及相关衍生证据的审查标准,仅是从经验层面来判断口供是否受到外来信息源的污染。毫无疑问,这样的审查标准仅是一种间接的推断,无法确证警察指供行为是否的确发生。即使警察在讯问时进行了指供,通常也不会将引诱和喂供的行为记入讯问笔录。只有当警察的所有讯问都被同步讯问录音录像记录的情形下,法官才可以通过审查录音录像的方式,来判断口供是否受到了侦讯行为的污染。

根据我国《刑事诉讼法》的规定,强制的讯问录音录像仅适用于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件。但是,根据《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》,检察机关的职务侦查案件全部实现讯问同步录音录像。在一些地区,地方公安机关已经尝试对绝大多数的案件进行同步录音录像。^[55] 从保障口供真实性、防范错案的角度出发,逐步将同步录音录像推广到所有案件是可行且必要的。

从防范错案的视角,全程讯问录音录像制度不仅是要遏制刑讯逼供等非法取证行为,还应当能够为法官审查口供真实性,排查口供是否受到侦讯行为的污染提供完整的记录作为依据。为保障讯问录音录像的完整性与全程性,有必要确立一定的程序制裁机制促使侦查机关真正实施讯问录音录像的工作要求。讯问录音录像资料一旦出现与讯问笔录反映的起止时间不一致、内容严重不符,被剪接、删改等情形,也就表明犯罪嫌疑人的供述存在不真实的风险。因此,如果讯问录音录像出现了如下情形,侦查人员未能作出令人信服的合理解释,人民检察院、人民法院就应当排除犯罪嫌疑人的口供,包括:未在法定地点讯问犯罪嫌疑人;讯问笔录记载的起止时间与讯问录音录像资料反映的起止

[54] 该案例引自陈卫东等:《“两个证据规定”实施情况调查报告——侧重于三项规定的研究》,载《证据科学》2012年第1期,第85页。

[55] 卢志坚等:《江苏靖江出台27条规定 让录音录像真正“同步”》,载《检察日报》2014年9月3日,第1版。

时间不一致;讯问笔录与讯问录音录像资料内容严重不符;讯问录音录像被剪接、被删改的情形。所谓的“合理解释”应作严格限制,例如,因存储介质空间不足、技术故障等客观原因导致不能录音录像;因情况紧急,不及时讯问将导致口供灭失或难以取得,或将导致他人的人身与财产安全面临重大危险而不能录音录像等。

六、结语:实物证据在定案中的作用

依据口供补强规则,在案件缺乏相关实物证据的情形下,仍然能够在核实其他证据可靠性的前提下,通过其他证据对口供的充分补强而作出有罪判决。因此,裁判者在审查、判断证据时,片面地追求指向被告人的实物证据以保障案件事实认定的准确性,没有实物证据就一定不能定案,这样的“实物证据定案主义”并不可取。

“实物证据定案主义”尽管过于机械,但并不是没有任何积极意义。重视侦查中对实物证据的取证,并强调实物证据在认定案件事实中的作用,是我国逐步摆脱以口供为中心的侦查模式与证据审查方式的主要路径。尤其是随着20世纪以来DNA技术在侦查领域的应用,实物证据在准确确定犯罪行为方面具有其他证据无法比拟的优势。反之,实物证据与其他证据之间的矛盾以及实物证据的缺失也往往会形成作出有罪判决的合理怀疑。

对“实物证据定案主义”的正确理解,不是将实物证据在定案中的作用推向极端,而是要重视实物证据在确立“合理怀疑”方面的作用。根据加拿大联邦最高法院所作的解释,“一项合理的怀疑准确地说就是一项建立在理性基础上的怀疑,亦即建立在逻辑推理过程之上的怀疑。……它是这样一种怀疑,也就是如果你问自己‘为什么我要怀疑’的时候,你能够通过回答这一问题,而给出一种逻辑上的理由。这种逻辑上的理由可以是指与证据有关联的理由,包括你在考虑了全案证据之后所发现的矛盾,也可以是指与某一证据的不存在相关的理由,而该证据在这一案件中属于定罪的前提条件”^[56]。实物证据的缺失或存在,可能使建立在证据基础之上的逻辑推理过程出现了矛盾或漏洞,从而给予裁判者在认定合理怀疑时逻辑上的理由。在一些全国知名的刑事错案中,大多都出现了本该提取到实物证据的案件类型,却存在实物证据的缺失或提取到了指向第三人的实物证据。例如,在2013年披露的浙江张氏叔侄强奸杀人案中,侦查人员在被害人尸体上找不到被告人的精斑,被告人供称在驾驶座上实施强奸而提取不到相关物证。此外,警方在死者指甲中发现了与涉案两人无关的第三名男性的DNA。^[57]同样,在2013年曝光的浙江萧山陈建阳等五人抢劫杀人案中没有任何实物证据。死者出租车上留有一枚指纹,与五个被告人都比对不上。^[58]而余祥林故意杀人案中,犯罪工具没有找到,仅凭被告人余祥林的口供认定凶器是石头;被告人余祥林供述将被害人换下的衣物放在家中灶里烧毁,既无残片,又无证人证言佐证,衣物去向不明。^[59]相应实物证据的缺失与指向第三人的物证的存

[56] David Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence*: 1999, at 152 - 155 (Carswell Legal Pubns 1999). 转引自陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第455 - 456页。

[57] 《浙江叔侄强奸致死案再审查判无罪》,载财新网:<http://china.caixin.com/2013-03-26/100506504.html>, 访问日期2015年7月15日。

[58] 赵小燕:《浙江萧山18年前“冤案”宣判:5名蒙冤男子无罪》,载新华网:http://news.xinhuanet.com/legal/2013-07/02/c_124943593.htm. 访问日期2015年7月15日。

[59] 李国清、陈群安:《湖北省高级法院严格把关 避免无辜者余祥林被冤杀》,载中国法院网:<http://old.chinacourt.org/public/detail.php?id=156583>, 访问日期2015年7月15日。

在,结合全案证据缺乏合理的解释,这都应当成为形成有罪判决的“合理怀疑”。

总之,在一些本该提取到实物证据却没有实物证据的案件,裁判者需要综合全案事实与证据,分析实物证据缺失的原因:是受到客观条件的局限、侦查机关取证的疏忽而无法取得实物证据,还是因为对全案证据反映的犯罪事实出现了认识偏差而无法获取与之相印证的实物证据。对本应提取到实物证据但事实上缺失,且有证据证明存在刑讯逼供可能的案件,不应依据口供及其他补强证据定案。对案件中存在的指向被告人之外的第三人的实物证据,应当进一步调查核实,并结合全案证据,判断能否确立被告人有罪的“合理怀疑”。

On the Corroboration Rule of Confessions and Its Application

Xiang Yan

Abstract: In cases where prosecutor's case includes the defendant's confession and other circumstantial evidence, the judge may hesitate to render a verdict due to the lack of real evidence. This phenomenon reflects that the corroboration rule of confessions in China needs further instructions to meet the judicial needs. It is necessary to elaborate on the corroboration rule of confessions in order to make up for the ambiguity of the standard of proof in criminal procedure law and increase the objectivity of its application. The core value of the corroboration rule of confessions is to reduce the wrongful convictions based on false confessions. To realize this goal there are two ways to construct the corroboration rule of confessions: one is the corpus delicti rule, and the other is the trustworthiness standard. Compared the two, the trustworthiness standard is more helpful for the fact - finding, but it should be carefully confirmed that the defendant's confession hasn't been polluted by the outside information sources, especially by the police's interrogation. The corroboration rule of confessions in China should follow the trustworthiness standard. When applying it, it should be noted that for some cases, the corpus delicti rule should also be applied; the verity of independent evidence and the procedure of obtaining the confession should be examined etc. When lacking real evidence, the verdict can be rendered if other pieces of evidence corroborate the confession to the extent of beyond reasonable doubt. However, judges should attach importance to analyzing the real evidence for establishing reasonable doubt.

Keywords: corroboration rule of confessions; corpus delicti rule; trustworthiness standard

(责任编辑:刘馨)

过失犯的主观不法构成要件研究

——以过失个别化理论为视角

王 俊*

摘 要:过失的体系性定位经历了一个从罪责阶层转移到构成要件阶层的过程,其中个人预见可能性一直被视为罪责要件。通说认为过失犯无主观构成要件,但是,欠缺过失主观不法的行为,在罪责非难的正当性上遭遇了理论的困境。目的行为论无法得出圆满的解决方案,因此,只有采纳过失的个别化理论,将个人预见可能性从罪责阶层中释放出来,在构成要件阶层中规范地说明过失的主观不法。个别化理论背后所体现的是罪责的客观化这一趋势,对此需要慎重对待,功能责任论的提出,在责任判断一般化的基础上,有其价值,但是仍然难以回避意志自由,否则不法与责任将难以区分。法规规范只有对有能力履行义务的行为人才能提出要求,个人能力是架构过失不法的要素。

关键词:目的行为论 预见可能性 罪责客观化 个别化理论

在“违法是客观的,责任是主观的”之古典犯罪论体系的影响下,过失一直被归属于罪责阶层。随着目的行为论的提出,二元行为无价值论的兴起,过失与故意均被前置于构成要件阶层,但是通说仍然认为其中客观注意义务违反属于过失犯的客观要件,个人预见可能性则依旧被划为罪责阶层,因而过失犯并无主观不法要件。可理论上一个始终无法说明的问题是,既然“行为人只能对自己有责的违法承担刑事责任(责任与违法相应)”,^[1]那么,欠缺过失主观不法的行为又如何能够接受主观罪责的非难?这岂非公然违反责任主义?此后,阶层体系发生了重大调整,不仅不法开始主观化,罪责也开始客观化,功能责任论的提出为解决此问题提供了一个理论契机,因而刑法学理开始直面此一难题,将原先属于罪责阶层的个人预见可能性顺势归为构成要件要素,成为行为不法的决定性因素,此即过失的个别化理论,或称过失犯的一阶审查方案。这样的体系调整,背后所反映出的是“不法”与“罪责”这对作为犯罪论体系支柱的概念功能的变动。也因此使得过失犯的主观构成要件这一原先并未得到学界过多关注的小问题,逐渐成为一个决定犯罪论体系如何建构,如何区分不法与罪责的关键性问题,其重要性甚至超越了故意的主观构成要件。但我国学界目前显然还未对此问题予以充分关注,因而实有深入研究的必要性,本文尝试就此抛砖引玉,希望引起学界共鸣。

* 东南大学法学院博士研究生。本文系教育部“刑法出罪机制问题研究”(15YJA820015)、江苏省普通高校研究生科研创新计划项目“刑法教义学中主客观关系反思——以主观不法论为背景的考察”(KYZZ15_0074)的阶段性成果,并受中央高校基本科研业务费专项基金资助。

[1] 张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第95页。

一、过失犯的主观结构

(一)关于过失有无主观构成要件的争议

“在中外刑法理论中,一般认为,过失是和故意并列的犯罪的主观要素。”^[2]无论是我国刑法理论,还是日本刑法理论,过失都与故意问题如影相随,共同置身于主观要件之中。我国学者甚至还区分出犯罪过失与过失犯罪这两个概念,认为“前者指的是一种心理态度,后者指的则是与故意犯罪相对应的一种犯罪类型,两者在实质内容和表现形式上不可混为一谈”。^[3]但是,这种体系定位,并非没有质疑的余地,因为将过失仅作为主观要件的内容,只有在古典犯罪论体系下才有合理性。古典犯罪论体系认为,违法是客观的,责任是主观的,过失犯和故意犯在构成要件、违法性上结构是等同的,只有在责任阶层,才有讨论的意义,按照日本刑法学说来看,这就是传统的旧过失论的看法。

随后,目的行为论将故意导入构成要件后,又将违反注意义务定位于构成要件阶层,Welzel教授对此认为,“不同于故意犯之行为意志导引结果,过失犯则是主要以其目的的、特定的、具体的行为方式证实:行为人要么不希望相应社会结果的发生,要么相信其行为并不存在或根本未实施该行为,要么以为其行为在避免结果的交往中并未伤及所需的注意义务”。^[4]虽然目的行为论受到较多学者批判的理由就在于无法解释过失犯,但是自此,由注意义务违反这一要件所承载的过失犯的行为无价值却受到重视,并且得到了客观归责理论的继承,因此注意义务违反属于构成要件要素的观点在德国成为通说。

在日本,完成这一转型的是新过失论的提出。新过失论认为,旧过失论仅仅将预见义务违反视为过失犯的本质,有可能扩大处罚范围,因而引进了“结果避免义务”这一概念,将基准行为的脱离视为过失所特有的不法要素,因此这种客观注意义务违反体现了过失犯的不法,而主观上的预见可能性仍然归属于责任阶层。虽然这种看法仍然不能得到旧过失论者的完全赞同,但是,旧过失论却吸收了其中的合理因素,形成了所谓的修正旧过失论,将发生构成要件结果的一定程度的实质危险性的行为作为过失犯的实行行为。目前从日本刑法学的争论来看,两者之间的对立集中在结果回避义务和预见可能性的关系上。新过失论认为,可以以结果回避义务内容的基础性、采取结果回避义务的容易性,去缓和结果预见义务的内容;而修正旧过失论则认为,行为人对一定构成要件事实的认识可能性是要求他采取结果回避措施的前提,只能就行为人所可能认识到的内容和程度去划定结果回避义务的内容。^[5]但是,无论如何,在重视过失犯行为侧面的结果回避义务的违反上,两种观点已经达成共识。在这种情况下,仍然说过失仅仅属于主观要件就是有问题的。

另外,传统学说虽然将过失在体系上置于故意论述之后,但是学者所论及的构成要件过失的概念,其实很难看出具有主观认识的内容。例如大塚仁教授指出,“为了肯定构成要件性过失,就必须是:本来尽管行为人注意就应该避免而且能够避免犯罪事实的发生,却由于不注意而使犯罪事实发

[2] 郑则善:《刑法总论争议问题研究》,北京大学出版社2013年版,第203页。

[3] 高铭喧、赵秉志主编:《犯罪总论比较研究》,北京大学出版社2008年版,第111页。

[4] 蔡桂生:《韦尔策尔犯罪阶层体系研究》,载《环球法律评论》2010年第1期,第139页。

[5] 参见曹斐:《管理监督过失研究——多角度的审视与重构》,法律出版社2013年版,第64-65页。

生”〔6〕因此,所谓的构成要件过失指的仅仅是注意义务违反这一客观要件。〔7〕至于缺乏对犯罪事实的认识,既然在主观上是一种“无”,当然不能作为主观构成要件的内容。川端博教授对此也认为:“构成要件故意确实系以对构成要件结果之认识或容忍来理解,故其可视为系主观要素。然而,于过失犯之情形,仅以对构成要件结果之不认识或无容忍此种消极形态之主观要素,实不能认为其具有构成要件之特征。不管如何,首先须有违反客观义务之存在,始得以构筑构成要件之基础。在此种解释之立场下,故意行为与过失行为二者于构成要件该当性之阶层上,亦具有本质上决定性之相异。”〔8〕

因此,按照日本学理的看法,除非采构成要件同时属于罪责类型的观点,将罪责阶层的预见可能性作为构成要件要素,方能认可主观构成要件的存在。但此时的主观构成要件只是类型化的责任要素,过失的不法要件仅仅指的是客观要件,并不存在主观不法构成要件。但是,过失是否有主观不法构成要件在德国学理上却是一个存在争论的问题。

德国刑法理论通说认为,过失犯并无主观构成要件,虽然德国刑法学也将过失分为有意识的过失和无意识的过失,但两者对于过失行为的可罚性并无影响,而只能在量刑时予以考虑。〔9〕但是 Roxin 教授不同意这种看法,认为应该区分有意识过失和无意识过失,在有意识过失中,应该承认一种主观行为构成,而在无意识过失中缺乏主观行为构成,因为行为人在自己想象中正好没有接受客观行为构成的特征和条件。〔10〕

这里涉及到的主要是有认识过失中的认识如何理解以及有认识过失与无认识过失的构造差异等问题。关于有认识过失中的认识如何理解,应该说在刑法理论上存在着较大的争议,其同时关系到与间接故意中的认识如何加以区分。我国学者陈兴良教授承认有意识过失中存在对构成要件结果的认识,其指出:“轻率过失之有认识,是对构成要件结果发生可能性的认识,这种认识是或然性的认识、不确定的认识、未必的认识,但这种事实上的认识是客观存在的,对此否认也是没有必要且没有根据的。正是这种认识的存在,将轻率过失与疏忽过失区分开来。那种否认轻率过失是有认识的观点,是把行为人对于结果发生的可能性的主观认识与对这种可能性不以为然的主观态度混为一谈,因而在逻辑上难以成立。”〔11〕

为了使有认识过失的认识与间接故意中的认识因素相区分,陈兴良教授提出,两者在认识程度上是不同的,有认识的过失认识到的仅仅是一种抽象可能性,而间接故意认识到的是一种现实可能

〔6〕 [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2004年版,第205页。

〔7〕 当然采所谓的构成要件的不法、有责类型说,也能承认过失犯主观构成要件的存在,但此时的主观要件只是类型化的责任要素,其本质仍然是归属于罪责阶层,而不是这里所讨论的不法要素。而且构成要件属于罪责类型的说法存在较大问题。

〔8〕 [日]川端博:《集中讲义刑法总论》,余振华译,元照出版公司2008年版,第163页。

〔9〕 参见王效文:《过失犯的犯罪构造与相关问题——评林钰雄教授〈过失犯构成要件的若干实务问题〉与黎宏教授〈过失犯研究〉两篇文章》,载刘明祥主编:《过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心》,北京大学出版社2010年版,第78-79页。在德国刑法教科书中,在讨论过失犯时一般都只讨论客观不法要件,而没有所谓的主观不法要件。参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克等:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第691页以下。

〔10〕 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第729页。

〔11〕 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第361页。德国学者同样指出,“特别是对于发生结果的可预见性而言,区别两种不同形式的过失实际上很重要。在过于自信的过失里,大多时候肯定具备这种可预见性,但在疏忽大意的过失里,可预见性的前提是,行为人有充分理由认识到自己的行为能够造成损害”。参见[德]冈特·施特拉腾韦特等:《刑法总论——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第409页。

性。^[12]应该说,这种观点也是德国主流学说的看法。^[13]既然如此,那么为何德国通说还是否认有认识过失存在主观构成要件呢?笔者认为理由在于,所谓的主观构成要件,必须对所有客观构成要件要素存在认识,这就是所谓的客观构成要件的故意规制机能。相应地,在结果犯中,则强调对构成要件结果存在认识,且这种认识至少必须到具体危险的程度才足以奠基主观不法。通说认为过失犯属于结果犯,至于其中过失犯是否存在过失具体危险犯的形态,在理论上还存在争议,但无论如何,过失犯都不可能存在过失的抽象危险犯,否则便严重限制了国民的自由。与之相对应,有认识的过失至少需要有一种具体危险性的认识,抽象危险的认识无论如何都不能称其为与客观要件对应的主观构成要件。“过失行为人实现构成要件的意志并没有指向犯罪结果,因而,这种意志在刑法上的意义不是直接源于其内容,而是与其应为之行为相比较的结果。”^[14]因此,德国通说否认有认识过失具有主观构成要件是可以理解的。

相反,如果要承认有意识过失存在主观构成要件,则必须认为有认识过失存在一种对具体危险性的认识,事实上,也有学者这样理解。^[15]但是,如果这样理解,则有认识过失与间接故意的区分将变得异常困难。因为这将意味着两者之间的判断将完全取决于意欲要素,但是意欲要素作为行为人内心的主观态度并不容易判断,“对于所谓‘违背其本意’或‘不违背其本意’,如果没有其他标准可以寻,势必沦为没有实证标准的说法”^[16]其结果只能导致故意与过失的判断流于肆意,这并不符合法治国的要求。^[17]况且,这种有认识过失与所谓的危险故意之间也同样无法划出一个清晰的界限,最终也将模糊故意与过失的界限。^[18]

因此 Roxin 教授一方面为了能区分有认识过失与间接故意,另一方面又坚持认为有认识过失存在主观构成要件,只能采取一种暧昧并且折中的态度。Roxin 教授认为,有意识过失中,行为人想象的是一种合格的可能性,^[19]但是,这种所谓的合格可能性的认识,试图在抽象认识可能性与具体认识可能性中间寻找一个位置。但是这种构成在法理上的根据是不明确的。它毕竟没有到具体危险认识的程度,因此严格来说,同样难言具有主观构成要件,此外,它与间接故意的关系同样难以区分,在这个问题上,Roxin 教授本人也是承认的:“因为这种想象(引者注:有认识过失的认识)在间接故意中是与故意配对存在的,并且说明了这个相互非常接近的界限,就像主观行为构成的两个形式一样。”^[20]可见,是否具有主观构成要件和与间接故意之间的界限,本来就是相互矛盾的存在,Roxin 教授尝试折中的做法,反而糅合了两方面的问题,并不可取。

[12] 参见陈兴良,同注11引书,第362页。

[13] 同注10引书,第728页。

[14] [德]冈特·施特拉腾韦特等,同注11引书,第400页。

[15] 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克等,同注9引书,第682页。

[16] 黄荣坚:《基础刑法学》,中国人民大学出版社2009年版,第304页。

[17] 正基于此,德国刑法学中的故意理论逐渐客观化,即将其中的意欲要素加以客观判断,Schünemann 教授对此作出了如下的描述:“传统上被定义为实现构成要件的知与欲的故意概念,最近逐渐被当作心理现象而限缩在认知层面,而过去由所谓的意欲要素所担任的分界功能,则转移给客观的标准,大约如风险的不可容许性和危险的不可避免性。”参见[德]许迺曼:《刑法上故意与罪责之客观化》,郑昆山、许玉秀译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第480页。

[18] 关于危险故意的研究,可以参见欧阳本祺:《论危险故意》,载《法学家》2013年第1期,第48-62页。

[19] 同注10引书,第728页。

[20] 同注10引书,第729页。

也正因为如此,现在多数学者都认为,有认识过失与无认识过失在构造上并没有太大的差异,例如我国学者张明楷教授指出,“应当注意的是,这里的‘已经预见’并不是真正的有认识,只是行为人曾预见过结果的发生。由于行为人后来(或同时)否认了结果的发生,因而从结局或者整体上说,仍然是没有认识结果的发生”。^[21]正是在这个基础上,过失犯(包括有认识过失)没有主观构成要件的说法才是成立的。

但是,这种通说的看法不一定是正确的,理由在于,“如果过失犯没有主观不法,如何确定过失犯的罪责?一个完整的归责系统,必然包含行为人和行为,如果过失也是人的作品,而归责以人的作品为对象,则若没有主观不法,即无法将过失评价为人的作品而予以归责”。^[22]正是在这种反思下,我国台湾地区学者许玉秀教授一举突破通说的束缚,肯定过失犯同样具有主观不法:“过失行为的主观面,并不是‘无’,是一种对法益而言,错误判断下的行为……对法益而言,故意和过失行为人都做了一个有害法益的决定,故意的决定是一个认识危险、明确危害法益的决定,过失的决定则是一个对危险认识不清、忘记法益的决定,法益不希望被用恶意记住,也不希望被忘记,忘记不是‘无’,是一种对被忘记的客体而言,有瑕疵的心理状态,而这是法益和法规范所不能容忍的人的态度,所以过失也有主观不法。”^[23]

笔者认为,以上观点是妥当的。虽然从表面上看,否定论者是从存在论的角度而言,而肯定论者是从规范论的角度来说的,因此两者之间并不构成真正的观点对立,只是论说的角度不同。但从实质上分析,如果认为过失在主观上是一种“无”的话,那么责任非难的前提就难以存在,最终刑事可罚性的正当性将受到质疑。因为不法与责任虽然分属两个阶层,但是两者具有对应关系,责任非难的前提必定是违法的事实,换言之,不法对责任具有限定机能。而在欠缺主观不法的过失犯中,通说所坚持的主观责任论势必将遭遇理论上的困境,因此必须肯定过失犯具有主观不法要件。

(二)罪责客观化的澄清

从本质上讲,论证过失主观不法其实是一个如何确定不法范围的问题,与责任本身并无多少关联,即便有联系,也只是涉及到要素变动时,责任判断标准的变化。但是我国有学者却把这个问题的实质归咎于罪责阶层,认为责任非难的基础在于行为人的意志自由,而“如果行为人对相应的危害结果或危险根本没有预见,他的主观心理状态就是一片空白,自然无法说他存在意思上的选择自由。欠缺认识使得行为人根本不可能作出适法行为的意思决定与选择,相应地,他当然也不具有可谴责性”。^[24]在这种情况下,如果还要非难过失,那么则必须要改变传统观点坚持的意志自由的命题。在此基础上,劳东燕教授通过对在风险社会下扩张过失犯处罚范围的思考,提出了“罪责客观化”的命题,认为,“对过失的行为人而言,责难的基础已经不在于行为人基于对意思自由的滥用而作出的不当行为选择,而在于他没有适当地运用自身的能力去设法遵守一般人处于其位置本来能够遵守的注意

[21] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第267页。

[22] 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第156页。

[23] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第468页。

[24] 劳东燕:《罪责的客观化与期待可能性理论的命运》,载《现代法学》2008年第5期,第51页。在美国刑法学界同样存在这种争论,有学者便认为,正当惩罚的基础在于人自愿实施的行为,但是过失行为人并没有认识到行为的危险,对他进行惩罚是不正当的。参见[美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》,王秀梅等译,北京大学出版社2009年版,第121页。

义务标准”^[25]

应当说,如下文所述,罪责客观化的提出,说明了过失犯结构的变化,为将个人预见可能性提前至构成要件阶层奠定了理论的基础,同时也回应了过失犯责任非难基础不存在的质疑,具有重大的理论价值。但是,劳东燕教授的论证却值得商榷。

其一,作为理论前提的风险刑法理论本身就存在疑问。^[26]况且即便承认风险社会与扩张过失犯处罚之间的关联,也不能将此直接与否认意志自由相衔接。因为过失犯罪早已存在,并非风险社会的产物,换言之,在肯定意志自由的时代,责任的基础并没有因为过失犯罪而发生变化,既然如此,又怎么会仅仅因为处罚范围的扩张而导致责任基础的改变?

其二,罪责的客观化可能具有不同的含义。^[27]除了劳东燕教授提出的从行为人内心的选择自由到行为人外在的控制能力转变的含义外,陈兴良教授认为,将故意与过失等心理事实要素从罪责阶层前置为构成要件阶层,而后以期待可能性为主观归责要素,而期待可能性实际上就是他人对行为人主观心理的一种客观评价,在这个意义上,称为罪责的客观化。^[28]可见,两位学者对待罪责客观化的理解是不同的,甚至是截然相反的。^[29]在陈兴良教授看来,故意与过失是罪责的评价对象,是主观的,而期待可能性则是罪责的对象评价,是客观的,罪责的客观化是指以评价性要素为内容的罪责概念,从规范责任论试图排除罪责评价对象本身来看,陈兴良教授强调的是罪责所包含内容的客观化。而劳东燕教授则是对传统的罪责评价对象之一的过失赋予了新的判断标准,定位于行为人没有按照一般人所期待地那样行使自己的控制能力,从而使其更为适应罪责理论的发展,但这其实是一种判断标准上的客观化。

其三,劳东燕教授以刑法的目的在现阶段发生变化为依据,主张责任的内涵也应该发生某种转变,强调积极的一般预防,并且以功能责任论或者实质责任论作为其支撑依据。确实,功能责任论将预防的需要导入到责任阶层中,以行为人对法规范的态度回避了传统上对可非难性标准的探究,但是,“Jakobs 从社会预防可能机制的角度寻找归责的对象,并没有排除在某些情况下对个人特性的容忍也可以是解决社会冲突的出口之一,但是如果不是从自由的概念去作理解,恐怕难以界定,什么时候是应该容忍个人特性的时候”^[30]因此,功能责任论同样离不开行为人的意志自由来进一步充实自己的主张,否则其所具有的仅仅具有形式意义。正是基于这样的考虑,即便是主张功能责任论的冯军教授,也同样肯定了意志自由问题的重要,冯军教授指出:“如果人们进一步追问为什么必须把‘责任’作为国家刑罚权的基础和界限,那么,就会涉及一个超实定法的形而上的哲学问题,即意志自由。

[25] 劳东燕,同注24引文,第53页。

[26] 我国学者认为,风险刑法理论曲解了风险社会理论,混淆了风险社会的风险与传统社会的风险。参见南连伟:《风险刑法理论的批判与反思》,载《法学研究》2012年第4期,第146-148页。或许正是因为理论上对风险刑法理论的批判,作为一直致力于研究风险社会与刑法体系关系的劳东燕教授,最近也撰文试图撇清自己与风险刑法理论的关系,劳东燕教授指出,“这是一种以风险社会为背景的刑法理论研究,而不是一种有关风险刑法理论的研究,更不是一种为风险刑法理论大唱赞歌的研究”。参见劳东燕:《风险社会与变动中的刑法理论》,载《中外法学》2014年第1期,第71页。

[27] 参见张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,载《法商研究》2011年第5期,第92页。

[28] 参见陈兴良:《风险刑法理论的法教义学批判》,载《中外法学》2014年第1期,第117页。

[29] 与陈兴良教授的观点相对立,劳东燕教授认为,期待可能性始终与主观责任论相关联,当罪责出现客观化的趋势后,期待可能性无法避免最终衰落的命运。参见劳东燕:《罪责的社会化与规范责任论的重构——期待可能性理论命运之反思》,载《南京师大学报》(社会科学版)2009年第3期,第19页。

[30] 同注16引书,第399页。

人的意志是否是自由的,这个问题在哲学上争论了两千多年,在刑法学中至今也无定论。但是,责任是以个人的决定自由为前提的,只有行为人有能力根据法规作出或不实施犯罪行为的决定时,行为人才应该承担没有抑制犯罪动机以避免实施犯罪的责任。”^[31]

其四,劳东燕教授混淆了过失犯的不法与责任,错误地将过失犯的客观避免可能性、注意义务违反这些原本属于不法要件的内容,带入了责任阶层考虑,进而才会得出责任基础变化的结论。虽然在刑法理论上,围绕着过失究竟是违法要素还是责任要素还存在争议,但是,自从目的行为论提出之后,过失被前置于构成要件阶层的见解已经成为通说,甚至也有不少学者认为,所谓的责任过失在理论上也是不应该成立的,过失仅仅是一个不法问题。因为过滤犯罪构成的要件,在检验个案时,在方法上只要过滤一次就行了,没有重复检验的必要。“既然故意过失属于不法要件,也就没有理由不从责任范畴中把它割舍掉。所谓双重作用的提法,恐怕是另外一种心理责任论阴影的使然。”^[32]即便肯定过失具有双重作用,但是劳东燕教授提到的没有根据社会一般人的要求履行注意义务,明显属于不法阶层的考虑,既然如此,就不能以此为根据,要求责任阶层发生变动。事实上,责任的判断标准或许有改变,但是责任的基础始终未发生变动,因为通说指的责任过失仅仅是行为人主观上的预见可能性,这显然属于主观责任论,而非客观责任论。

其五,无论是规范责任论还是功能责任论,实际上都无法否认意志自由对于责任的基础性地位。虽然社会责任论强调刑罚的预防功能,更能契合现今刑事政策的要求,但是,刑法理论仍然坚守着旧派学者提出的道义责任论的底线,因为,“倘若不以行为人具有自由意志为前提,刑法学上恐怕难以存在当今的责任概念”,^[33]“脱离了意志自由的问题,我们根本无法理解,可非难与不可非难的理由是什么”。^[34]劳东燕教授的观点,虽然并没有否认意志自由这一命题,但是却显然降低了它在责任阶层中的地位,当意志自由所承载的主观责任论演变为由社会要求控制能力的客观责任论后,责任概念也就难以存在了,责任主义原则所发挥的保障人权的功能也势必荡然无存,这显然过度强调了刑罚的预防功能,而忽视了刑罚的正当化根据奠基于报应论的要求。^[35]责任首先是立足于行为当时对行为人的非难,而并非是着眼于将来的预防。

以上问题的根源在于,劳东燕教授混淆了责任判断的基础和责任判断的标准,其实无论是规范责任论,还是功能责任论,在责任基础上都无法否认意志自由,因为这构成了罪责的核心,回避了意志自由,最终将取消不法与责任的区分,这应该也是劳东燕教授所反对的。其实劳东燕教授只是想论证过失犯处罚的正当性,但是这其实无关责任的基础,而与不法的范围、责任的判断标准有关。因为过失

[31] 冯军:《论刑法中的“责任”概念》,载冯军主编:《比较刑法研究》,中国人民大学出版社2007年版,第22页。

[32] 同注16引书,第394页。反之,赞成过失属于责任要素的学者,也认为从司法适用经济方便的角度考虑,没有必要在不法阶层、责任阶层重复讨论过失,这就同样否定了过失双重性的观点。参见刘艳红:《主观要素在阶层犯罪论体系的位阶》,载《法学》2014年第2期,第53页。

[33] 同注21引书,第226页。陈兴良教授也指出,“主观归责与客观归责还是应当加以区分,意志自由是一个主观归责的问题,它为三阶层犯罪论体系中的有责性提供哲学依据”。参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第407页。

[34] 同注16引书,第395页。

[35] 劳东燕教授的观点,虽然并不意味着会必然否定意志自由的前提,但客观上却会“悄无声息”地产生一定影响,这是值得我们警惕的。对此我国学者指出,“风险社会中刑法开始日益将危害预防与危险管理当作自身的重要任务,传统的控制方式与技术已经难以适应危险社会的形势,为了迎合危险控制的需要,罪责原则从强调行为人意志选择自由为惩罚正当性根据悄然转向以客观评价行为人控制能力运动与否为惩罚正当性根据”。参见董邦俊、王振:《风险社会中刑法人权保障机能之危机》,载《云南大学学报(法学版)》2010年第1期,第58页。

犯面临的处罚困境在于,因为无主观不法,所以难以被罪责非难。问题的核心毋宁是如何去论证过失犯的主观不法,这就涉及到不法与罪责功能的调整,只有将罪责的判断加以客观化、一般化,才能将个人能力这一主观要件从罪责阶层释放出来,从而归属于构成要件阶层,成为主观不法要素。

(三)如何解释过失的主观不法

其实主观不法这个概念,主要是由目的行为论提出以后,才开始在理论界盛行的。故意行为当然是有目的的,因此故意是主观不法要素这个命题是可以成立的,问题是如何解释过失犯?如果仍然尝试从目的上进行解释的,那么过失犯当然也有主观构成要件,反之如果放弃这种努力,而将焦点转移到注意义务违反这种行为方式的话,虽然过失的问题可以由责任阶层提前进入构成要件阶层,但是其性质已经变为了客观要件。因此用目的行为论去解读过失犯的主观要件是一种途径,其中的关键在于如何理解目的行为论。

从哲学上看,目的行为论的提出得益于现象学,其中胡塞尔认为,人的意识具有统摄一切感知和心理的功能,在统摄这一层次上,实现了意识和存在的统一,而这种意向性理论则是胡塞尔现象学的出发点和基础概念。^[36]而哈特曼则提出了意识的双重存在学特征,一方面主体意识属于精神存在的层次,另一方面,主体意识具有超越自身指向对象领域的意向功能。^[37]只是在刑法学上,目的的对象并不是漫无边际的,而必须指向一定的构成要件结果才有意义,因此对于无意识过失行为,通说认为,虽然行为人仍然具有一定的“目的”,但是,对于构成要件结果而言,却是缺乏目的的,因此理论上才提出所谓的“潜在的目的性”。“因为一种仅仅是可能的目的性在实际上什么也不是,所以上位概念就丧失了,并且,过失性构成行为就既不能作为有目的的,也根本不能作为行为来判断了。”^[38]在潜在目的说之后,有德国学者提出在过失的认识中,实施行为的人的目的性包括那些建立在不允许风险上的情节,这种在法律上不允許的目的性组成了过失犯的主观不法。^[39]

综合来看,Roxin教授对此提出了三点批判意见,其一,这里的目的性只有在不法领域中才能理解,不符合一种在构成要件之前的行为的性质。其二,行为人不是因为不认识风险而受到刑事处罚,仅是因为他没有创设法所不允许的风险。其三,过失不是必须以认识构成风险根据的因素为基础的。^[40]

笔者认为,虽然用目的性说明过失犯的主观不法是行不通的,但是Roxin教授以上的批判意见同样值得商榷。首先,我们需要解决的问题是过失犯是不是具有主观构成要件,而构成要件属于不法类型,因此主观构成要件本来就必须在不法中予以解释。作为构成要件之前的目的行为论的确存在这方面问题,但目的行为论仅仅是一种解释工具,只要能确定过失犯的这种目的,确定其主观不法的地位,那么其作为目的行为论的一面是可以不赞同的。^[41]其次,不认识风险与没有创设法所不允许的风险的说法并不冲突,因为,如上所述,创设风险也离不开行为人的主观认识,在没有对风险有认知的

[36] 参见谷声然:《胡塞尔现象学的理论开端》,载《武汉科技大学学报》(社会科学版)2008年第1期,第8页。关于意向性分析另可参见李晓进:《意向性分析:从胡塞尔到赛尔》,载《现代哲学》2010年第5期,第92-97页。

[37] 参见庞学铨:《论尼古拉·哈特曼的新存在学认识论》,载《哲学研究》2007年第5期,第64页。

[38] 同注10引书,第152页。

[39] 同注10引书,第729页。

[40] 同注10引书,第153页。

[41] 也正是因为这样,虽然故意得以进入构成要件阶层,成为不法要素,但是其“功臣”目的行为论却遭到批评。

情况下,不可能创设风险。创设风险是一种客观上表述行为的性质,不排斥行为人的主观,在过失犯中,行为人恰恰是在有瑕疵的主观状态下创设了这种风险,这种瑕疵状态就是过失的主观不法。最后,过失不是必须以认识构成风险的情节为根据的说法是片面的。如上所述,即便是有认识过失,它仅仅具有一种抽象危险的认识,不能称其为主观构成要件,这种抽象危险的认识,对于法益侵害的构成要件结果而言,最终是没有认识的。只是 Roxin 教授认为有认识过失需要认识到这种合格的风险,才提出以上看法。正确的是,过失犯都不是以认识构成风险情节为根据,根据通说的看法,过失犯处罚的是,行为人没有按照法规范的要求,谨慎履行相关注意义务,创设了法所不允许的风险。

因此用目的行为论去说明过失犯的主观不法是难以成立的,于是,理论界便有观点认为,原先属于罪责阶层的具体的预见可能性,应该归属于构成要件阶层,此即过失的个别化理论。虽然从存在论上看,预见可能性仍然是一种“无”,但是从规范论上讲,这种预见可能性说明了行为人没能认识的原因,充分说明了过失犯所具有的瑕疵的主观态度,这种态度就说明了行为人的主观不法,成为了罪责非难的根据。

可见,无论是有认识过失还是无认识过失,同样具有主观构成要件,两者具有类似的构造。当然这里的主观构成要件主要是从规范论上加以界定的,毕竟过失犯在存在论上的认识是一种“无”,只有在说明行为人具有预见可能性的情况下仍然无法预见,才能说明这种瑕疵的心理状态,从规范上认定过失犯的主观不法。而故意犯的认识在存在论上是一种“有”,即便没有规范思考,也能认定其主观不法,因此故意犯与过失犯的主观构成要件的意义是不同的,这是值得注意的。但是和故意犯类似的是,过失犯的主观构成要件与创设法所不允许的风险这一客观要件同样是无法分割的。如果要以客观归责理论重构过失犯体系,则更能清晰地说明两者之间的联系。即便是否认无认识过失具有主观不法要件的 Roxin 教授也不得不承认,“这个行为人已经知道的就是对过失的基础有重要意义的,从而就使这个客观可归责部分地与内在的心理要素联系在一起了”。^[42] 当然要说明过失犯的主观不法,必须讨论过失的个别论理论,将预见可能性从罪责阶层中释放出来,将其归属于构成要件阶层,下文拟进行相关讨论。

二、个人预见可能性的体系性地位

(一) 过失个别论理论的提出

关于过失犯的架构,究竟是以注意义务违反为核心还是以创设法所不允许的风险作为标准,在理论上还存在争议,但是,关于个人的预见可能性要件,却始终没有争议地存在于过失犯的成立要件之中,不过关于其体系性定位的争执却较为激烈。

在古典犯罪论体系中,过失犯的个人预见可能性一直被视为是责任要件,这同时也是因果行为论的当然结论。只不过后来随着目的行为论的兴起,过失与故意一样被前置于构成要件阶层,但此时个人预见可能性依然停留于责任阶层,因此在目前德国通说的新古典暨目的论体系中,过失犯的审查是所谓的两阶模式,即在不法阶层考虑以客观预见可能性、客观结果回避可能性为前提的客观注意义务

[42] 同注10引书,第729页。

违反,而在罪责阶层考虑行为人的个人预见可能性、个人回避可能性,这也被称为过失的双重作用。这种观点也得到了目的理性体系的赞同,因而过失的两阶审查方案不仅在德国属于通说,在日本、我国台湾地区、我国大陆地区,过失这种双重功能也得到广泛的认可。

但是,如此一来,就意味着在规范责任论的框架中,形成了责任的评价对象和责任评价本身的混合,仍然不可避免地带有心理责任论的残余。更重要的理由在于,如果对过失犯作出这样的体系安排,是与故意犯相矛盾的,因为,“事实上,对于故意或过失的心理状态的判断,在法理上本来就是以行为人为行为时的具体情况为背景来判断的”^[43]。故意犯中的认识和意欲要素当然是一种主观、个别判断,那么又有何理由继续让过失犯中的个人预见可能性继续停留于责任阶层呢?对此德国学者正确地指出:“如果人们认为过失之中具有和故意相对应的要素(亦即针对结果的可认识性和可避免性这一要素),那么,人们就必须将这种在谨慎之下进行预见和避免的能力(与故意犯相对应地)放到构成要件之中。这样,人们就得到了一阶层的过失模式。在这个阶层里,过失行为的所有特别性要素都放到构成要件阶层中了。”^[44]

于是,认为个人预见可能性也是构成要件要素的过失一阶审查方案,即过失的个别化理论,在理论界逐渐得到支持,其中不乏一些知名的学者,例如德国学者 Jakobs、Stratenwerth、Kindhäuser,我国台湾地区学者黄荣坚教授、许玉秀教授等。当然学者之间论述的角度还是存在一定的差异。

Jakobs 教授的过失个别化理论来源于其规范违反说以及罪责功能化的立场。关于归责的根据, Jakobs 教授认为:“在适用有效的刑法时,责任的调查意味着论者为了向忠诚于法律的市民确证秩序的约束力而用一个确定的尺度进行处罚的必要性;责任由这种被准确理解的一般预防所确立,并且由这种预防所量定。”^[45]在 Jakobs 教授的观念中,“当为和义务不仅是自己的,而且只有因为与另一人格体相关联的地位才存在着。因此……当为(和义务)是一个共同世界的秩序图式”^[46]。也正是因为这样, Jakobs 教授一反传统观点强调责任是一种个别的判断,责任非难的核心是个人实施其他行为的可能性的观点,坚持认为,“责任判断是根据社会确定的尺度进行的:没有达到所要求的人格性”^[47]。

虽然 Roxin 教授也赞成功能的责任论,但是这种功能责任论与 Jakobs 教授有本质的不同,在 Roxin 教授的体系中,责任由罪责和预防必要性构成,其中的罪责指的是不顾规范可交谈性的不法行为,判断标准是行为人个人的能力,而预防的必要性则被限制在罪责之后才被讨论。^[48]而在 Jakobs 教授看来,罪责完全是由刑罚的目的所决定,积极的一般预防成为建构责任的主导思想。

(二)德国学界的有关争议

既然在 Jakobs 教授的体系中罪责已经被客观化,那么个人预见可能性这一个别判断,也就没有必要继续停留于罪责阶层,至于为何要前置于构成要件阶层? Jakobs 教授区分了认识错误和单纯的意欲错误,认为认识错误也就是构成要件错误或者禁止错误,单纯的意欲错误指行为人欠缺遵从规范的动机,由于认识错误并没有实际危害社会对自然律的认同,因此会导致阻却刑罚,而意欲错误的情况,

[43] 同注 16 引书,第 259-260 页。

[44] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第 6 版),蔡桂生译,中国人民大学出版社 2015 年版,第 253 页。

[45] [德]格吕恩特·雅科布斯:《行为·责任·刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 8 页。

[46] [德]京特·雅科布斯:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社 2001 年版,第 30 页。

[47] 同注 46 引书,第 81 页。

[48] 同注 10 引书,第 556 页以下。

为了维护社会规范这种弱规范的效力,原则上不影响罪责。而过失是一种认识错误的情况,法律在认识错误领域内是主观化的。^[49] 因为只有行为人具有认识规范的能力,对于规范而言,才显示出一种偏差的行为意思,也就是法所不允许的行为意思;如果没有避免危险的能力,他都不可能支配其行为符合安全规则,行为人的行为意思也就是不具有和规范抵触的行为意思,其行为不具有行为不法。综上所述,行为人的这种个别能力是架构不法的要素。^[50]

Schünemann 教授对 Jakobs 教授的观点提出了系统的批判,其中较为致命一点在于,Schünemann 教授认为,社会的罪责概念是一种柔性的决定论,是从行为自由的不可证明性出发的。与 Jakobs 教授宣传社会罪责理论立足于积极的一般预防论不同的是,在 Schünemann 教授看来,“社会的罪责理论也会摧毁刑法一般预防理论的依据,且如果社会罪责理论逻辑一贯地被贯彻,最终也会成为一种以特别预防为导向的措施法”。^[51]

无论我们是否认同社会的罪责概念与决定论之间的关联,^[52] Jakobs 试图脱离存在论的基础,将责任论彻底规范化却是不争的事实。但是,“法律并非大约在一个纯粹功能性的或规范的领域发展,而是涉及对社会现实的法律评价,简而言之,即是对存在结构的法律评价”。^[53] 如果只是单纯地试图回避意志自由的问题,那么,社会的罪责概念其实是一个没有任何标准的空洞的躯壳,最终也势必摧毁责任主义的根基。此外,由于回避意志自由的讨论,因而使得责任能力这个传统的责任要件也缺乏继续在责任阶层发挥作用的根据,从而使得不法与责任的区分模糊化,这就背离了阶层体系建立的初衷。或许也正是因为这个原因,赞成个别化理论的许玉秀教授也最终走上了质疑不法与责任区别的意义:“不法与罪责的截然区分,其实,正好和将主观与客观一分为二的古典阶层理论犯了相同的方法论上的错误。”^[54] 但是,不法与责任和主观与客观完全系不同的概念,笔者也认为主观与客观无法截然分开,但那是基于评价对象的不可分性,因为主观和客观可以同时体现不法。但是不法与责任是一种评价基准,如果将两者混淆,主客观要素也将最终陷入混乱的状态,这是得不偿失的。

因此,如果赞成过失个别论理论,虽然需要在一定程度上参考 Jakobs 教授的理论,即借鉴其罪责客观化的思想,但是,不能因此而回避意志自由这个传统责任论的固有难题,只有坚持非决定论的立场,才能与主观主义学派的社会责任论划清界限,才能将责任能力继续留在罪责阶层,也才能区分出不法与责任两个阶层。当然由于将具体的预见能力和回避能力提前至构成要件阶层,为了区别责任能力,有必要在构成要件阶层引入行为能力的概念,“有了这种行为能力,就可以将刑法规范中的价值标准具体化为对行为人的义务和命令,具体化为对行为人行为的具体无价值判断,变为具体的行为无价值。而且引入了行为能力的概念,规范就限于告知当为行为而描述当为行为样态之范畴,没有与责任能力混淆,这样,违反义务就仍旧属于规范评价范畴,目的与不法意识也得到了区分”。^[55] 德国学

[49] 同注 17 引文,第 508 页。

[50] 同注 22 引书,第 158 - 159 页。

[51] [德]许迺曼:《刑法罪责理论的现状》,王皇玉译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司 2006 年版,第 578 页。

[52] 例如劳东燕教授就否认这种看法,认为如今的罪责社会化与社会责任论之间存在差异,当今的罪责社会化建立在控制理论之上,并不认同决定论的前提。参见劳东燕,同注 29 引文,第 20 页。

[53] [德]许迺曼,同注 17 引文,第 495 - 496 页。

[54] 同注 22 引书,第 155 页。

[55] 王安异:《刑法中的行为无价值与结果无价值研究》,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 36 页。

者 Kindhäuser 也区分了行为能力与动机能力,行为能力指的是,只要行为人愿意,就可以有能力具体地避免构成要件的实现,但他却并没有这样做,那么他的行为就是不法的,而动机能力指的是,由于法律的要求,其本来具备避免构成要件实现的意志,而且并没有明显的不利环境,而他却没有这种意志,这是他被谴责的依据。^[56] 可见即便赞成过失的个别化理论,也并不会否认不法与罪责的阶层体系。

此外, Schünemann 教授还认为,如果将具体的预见可能性提前至构成要件阶层,会使得规范失去诱导功能,因为发挥预防功能的规范必须对所有对象一体适用,才能发挥指示行为的功能。个别化理论采取不同的义务标准,会使得秩序大乱。^[57] 但是,“一般化的谨慎规则总是不能覆盖所有具体情况,这在实际中就会演化为按照具体行为人的个体能力标准加以判断”。^[58] 此外,“在个别化理论者的想法中,其实那个安全规则不是义务,而只是风险界定规则”。^[59] 而风险行为当然取决于行为人的能力。此外,即便采取通说的两阶审查方案,在构成要件层面,规范也不可能不考虑任何具体情况而一般地予以适用,否则会得出不适当的结论。赞成通说的大塚仁教授因此指出:“不过,虽说以一般人的注意能力为标准,但是,在不少情况下,应该适应具体注意义务的内容,而不是考虑仅仅无限度的抽象的一般人的能力,而是要考虑处在行为人一样的具体的法立场上的一般人的能力。”^[60]

(三) 个人预见可能性应为构成要件要素

那么为何要将个人预见可能性提前至构成要件阶层呢? 理由在于,法律不会要求行为人履行超过自己预见可能、避免可能的注意义务。这种结构类似于不作为犯,而作为可能性无疑属于构成要件要素,那么同属于开放性构成要件的过失犯的注意义务没有理由拒绝个人的预见能力和结果避免能力。笔者之前认为,过失犯的实行行为并不完全是不作为,还包括创设风险的作为,因此结构上以不作为犯罪类比并不妥当。不作为犯只有在有身体行动的能力时,才能成立不法,而作为犯只需要静止不动就可以避免结果,与是否有能力尽注意义务没有关系。^[61] 目前看来,这一观点值得推敲。过失作为犯与过失不作为犯统一于过失犯下,两者不可能形成不同的判断标准,如果说在过失不作为犯时,个人能力属于不法要素,就没有理由说在过失作为犯时,个人能力反而成了罪责要素。况且,这里所谓的能力,不仅仅指身体活动能力,还包括行为人的专门知识和理解能力,而在行为人的能力高于一般人的能力时,即便是持两阶层审查方案的学者,也认为必须考虑这里的专门知识,“事关危险之可以识别性的,每个人都必须接受对他认定他有可能拥有的特别认识”。^[62] 也就是说在这种情况下,实际上采取了个别化理论。至于理由, Roxin 教授认为,“可以避免的法益损害就应当加以避免以及这种情节:这种特殊的知识能够无可争辩地为一种过失提供根据”。^[63] 联系到 Roxin 教授的客观归责理论,更能说明以上理由,因为客观归责理论本身就是一个主客观的混合理论,在认定创设风险和实现风险时,都必须考虑行为人的特别认知,对于故意犯是这样,对于过失犯同样如此。

[56] 同注44引书,第43页。

[57] 同注22引书,第155页。

[58] 蔡桂生:《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,第253页。

[59] 同注22引书,第155页。

[60] 同注6引书,第206页。其实一旦考虑这种意义上的个别化,实质上就已经走向了以行为人个人能力为基础的个别化,因为完全有可能出现行为人是该领域内唯一的权威,这时就很难在同领域中采取个别化的方案。

[61] 参见王俊:《犯罪论的核心问题》,北京大学出版社2012年版,第263页。

[62] [德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第395页。

[63] 同注10引书,第726页。

另外,在行为人个人能力高于一般人注意能力时,以行为人的能力为标准虽然对行为人而言是一种不公平,因其所具有的额外能力反而成为加诸其负担的理由,但是,“对于回避相同的一个客观利益侵害,一般人所必须付出的用心是高于能力比较高的人所必须付出的用心。因此对于两个不同条件的人作相同的要求,从每一个人要为法益保护而(平等)付出的角度看,反而是不公平。而刑法基于法益保护的目的,更没有理由要自动放弃基于平等原则而来的法益保护效益”。^[64]

存在疑问的是,当行为人的个人能力低于一般人注意能力时,如何处理?通说认为,这里只能排除罪责,不法依然成立,而个别化理论的学者则主张,在这种情况下,构成要件不法即不存在。通说坚持自己观点的理由即在于要维持不法与责任的区分,但是如上文所述,通说狭隘地理解了违法是一般判断、责任是个别判断的命题,仍然不适当地停留于古典体系阶段。在当今的犯罪论体系下,不仅仅是违法开启了主观化的进程,罪责也同时呈现出客观化的面貌,因此,将个人能力纳入构成要件阶层,既与故意理论相衔接,也顺应了体系发展的进程,显得更为合适。此外,即便采过失一阶审查方案,也可以维持这种区分,责任能力、违法性认识的可能性、期待可能性等要素依然在罪责阶层。换言之,要取消这种区分的仅仅是一部分学者的主张,因此通说的批判并不妥当。而赞成个别化理论的学者的主要依据是逾越能力即无义务这个原理:“如果行为人缺乏知识或者经验,以至于不可预见具有相当性的事件过程,那么,这时必须考虑到这种缺陷。任何人都没有义务具有超乎其能力的预见。”^[65]可令人意想不到的是,这种观点竟然同时受到了来自同一阵营内部学者的反对。

许玉秀教授经过研究后认为,这个原理强调规范是因人而设的,但是个别化理论反对义务违反这个要件,而主张制造不被容许的风险,因此并不是因为违反义务而创设了不法。另外,“逾越能力即无义务”建立在“因为你能,所以你必须”的逻辑命题之上,但是这个逻辑命题,是违反矛盾律而不能存在的命题,因为“能”代表自由,“必须”代表“不自由”,自由不能等于不自由。^[66]

这里的问题即在于如何理解注意义务违反与创设风险之间的关系?笔者的看法是,两者不是一种对立关系,作为客观归责理论提出的创设风险的标准,其实已融合了传统的注意义务违反这一要件,事实上,作为认定注意义务违反前提的客观预见可能性、客观回避可能性,也同样是客观归责理论判断要素。那么为何要用创设风险去替代注意义务违反的表述呢?笔者初步认为,这是为了区分客观注意义务以及主观注意义务这两个概念,在个别化理论的学者那里,注意义务违反其实是在后一个层面展开的,但是为了避免与通说所谓的客观注意义务违反相混淆,用创设风险的提法更为合理。法规范在设立时,只会考虑规范本身的要求,针对的对象是社会一般人,可这只是在立法层面上说的。但是,规范本身的存在,不一定会要求每一个人都履行规范设定的要求,从教义学上讲,当行为人缺乏可预见性时,法规范不可能对其提出要求,毕竟“法律从不强人所难”,行为人在无法预见的情况下的所为,不是出于对规范不允许的意思而为,当然也不可能被规范评价为不法。这时,可以称其为没有违反自身的主观注意义务,也可以表述为没有创设法所不允许的风险,这只是文字表述的差异,因此许玉秀教授的第一点指责过于形式化,没有认识到个别化理论学者的“义务”并非传统观点所主张的那种“义务”。其二,“逾越能力即义务”与“因为你能,所以你必须”不是等同概念,许玉秀教授在此偷

[64] 同注16引书,第249-250页。

[65] [德]冈特·施特拉腾韦特等,同注11引书,第404页。

[66] 同注22引书,第155页。

换了概念。“因为你能,所以你必须”的确是违反矛盾律的,有能力不代表必须做,但是“逾越能力即义务”说的是,你违反义务,必须做的前提是你必须有相应的能力。如果在客观上法规范存在要求,而且行为人又有相应能力的,就需要履行相应的义务。但不能因此简化为,你有能力就需要履行义务,在此忽略了法规范的客观要求。

由于有超越承担过失理论与原因上自由行为法理的限制,因此虽然行为当时行为人缺乏能力,但是在之前他认识到自己无法避免危险的情况下仍然冒险行为的,即行为人作出了一个对规范而言有瑕疵的判断,这种行为当然不能排除不法,因此采取过失犯的一阶审查方案,不至于产生处罚漏洞。此外,由于这种观点在不法阶层便否定个人预见可能性,使得对行为人适用保安处分的前提也不存在,而不必像两阶方案那样在肯定不法的基础上放在罪责阶层处理,而有可能对行为人适用保安处分,因此,更有利于保障人权,同时也不会造成司法判断程序的繁琐。

以上主要从德国刑法学理上展开讨论,其实在日本刑法理论中,也存在着这种发展趋势,只不过并未明确予以承认而已。如上所述,日本现在有关过失犯的理论,主要存在修正旧过失论与新过失论的争论,两者的焦点集中于预见可能性与结果回避义务的关系。在笔者看来,新过失论的逻辑反而是与其体系一致的,因为新过失论强调从结果回避义务的履行去缓和预见可能性,这种观点是否正确暂且不讨论,但其判断顺序无疑是严格贯彻从客观不法到主观责任的。反观修正旧过失论,虽然引入了过失犯的实行行为,但因为仍然重视预见可能性,因此理论上反而得出预见可能性会影响到体现结果回避义务的过失犯实行行为,从而在实质上与德国的个别化理论类似,即同样承认个人预见可能性影响到注意义务的履行、法所不允许风险的创设,进而成为架构不法的要素之一。例如平野龙一博士认为,过失行为有没有“实质的不被允许的风险”,最终还是归结为预见可能性的有无。町野朔教授认为,在行为当时这个危险对行为人来说是不是可以认识得到的,这才是决定有无“实质的不被容许的危险”的关键。^[67]其中结果无价值论的西田典之教授更是直接指出,“过失犯的责任谴责的根据即便在于以预见可能性为基础的精神性紧张的懈怠,但根据预见可能性本应采取的相应措施即结果回避行为则从反面显示出行为(即结果回避行为所要回避的行为)属于具有实质性危险的行为,这种具有实质性危险的行为就是过失犯中的实行行为”。^[68]

在西田典之教授的体系中,是先从具体的预见可能性出发,认定应采取的结果回避行为,进而认定这种行为具有实质性的危险,即过失犯的实行行为,其观点的实质是将过失犯的实行行为演变为主观具体预见可能性的反射行为。其中认为预见可能性可以决定过失犯实行行为的表述是清晰的,也是与平野博士、町野朔教授相一致的,只是披上了一层结果无价值与旧过失论的外衣而已,从内在结构上看和德国的过失个别化理论并无二致。

我国刑法学界至今还没有学者赞成这种过失犯的一阶审查方案,但是,我国《刑法》第15条规定,应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪。我国学者从解释学上提供了各种解读方案,但是这些解释均存在问题,我国刑法的规定反而与个别化理论更为契合。因为如果将“应当预见”解释为客观预见义务,将使得责任判断虚置;如果将其解释为主观义务,那么将使原先对过失犯罪的认定变为犯罪过

[67] 同注5引书,第51-52页。

[68] [日]西田典之:《日本刑法总论》(第3版),刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第211页。

失的认定,无法体现过失犯的实行行为;如果将应当预见与没有预见原先统一的范畴进行错位理解,^[69]则不但没有解决问题,反而陷入体系混乱之中;如果将“应当预见”中的预见可能性作两次判断,则会形成法条“回旋”的现象。因此将“应当预见”理解为主观注意义务,同时认为这种主观注意义务违反可以成立过失犯的不法,则是相对合理的解释。因此,从教义学上讲,对于过失个别论理论的探索,无论是对犯罪论体系的推进,还是对法条的解读,都是一种努力的方向。

三、余论:强势理论、弱势理论与过失犯理论的发展

在刑法学中,所谓的强势理论与弱势理论的问题是由张明楷教授首先提出的。张明楷教授认为,研究刑法,一定要从弱势理论入手,要把弱势理论做强做大,这样的研究才有意义。如果只有一种学说,则不存在批判,那么这样的观点也是没有价值的。^[70]

自从引入德日刑法知识后,我国的刑法理论取得了长足的进展,其中表现最为明显的是,各种不同的学说、观点在不同的领域出现对抗、争鸣。从犯罪论体系而言,源自于前苏联的四要件犯罪构成理论与德日的阶层犯罪论体系成为对立的焦点,在阶层犯罪论体系内部也存在两阶层与三阶层的争论。从构成要件论而言,由日本学者大谷实、前田雅英首先提出,在我国逐渐兴起的形式解释论与实质解释论之间也开始了理论上的对垒。从不法论而言,结果无价值论与行为无价值论虽然没有日本学者争论得那般激烈,但是理论对抗的雏形已经形成。此外,在故意论、过失论、未遂论、共犯论领域,各种学说都立足于自身的刑法学立场展开争论。

在过失犯领域,我国学者基本上借鉴了日本刑法理论,形成了旧过失论(含修正旧过失论)与新过失论的对立,但是这种对立也仅仅是在为结果无价值论与行为无价值论的体系性对立服务,至于其中如何展开预见可能性与回避义务的关系鲜有学者讨论。在目前的过失犯论中,学者普遍达成共识的是,个人的预见可能性、结果回避可能性属于罪责阶层。但是,个人的具体能力的体系性定位,并非是一个无须争论的问题,在德国及我国台湾地区,一阶审查方案都得到了一些知名学者的支持,可见其并非可以简单地用维持不法、罪责区分的理由去否定它。我国大陆地区及日本刑法理论基本上不讨论过失的个别化,其实恰好说明了两者的刑法理论仍然处于古典或者新古典体系阶段。

“违法是客观的,责任是主观的”只是古典犯罪论体系时代的标语,自从故意、过失进入构成要件阶层、心理责任论转为规范责任论,实际上,早已开启了不法主观化、罪责客观化的时代,而这就是德国刑法理论最新的发展动向。过失的个别化理论背后所反映出的就是这个体系变动的大背景。虽然我们未必会赞成不法主观化、罪责客观化、过失一阶化,或许我们仍然觉得古典体系对我国而言弥足珍贵,但是无论如何,拒绝了解、探索德国刑法理论发展的动态,都不是一种科学的学术态度。究竟哪种犯罪论体系更加妥当,只有比较,我们才能选择。过失犯的一阶审查方案的提出,围绕的就是个人预见能力这个主观要件,它从罪责阶层到构成要件阶层的变迁,恰恰有力地说明了“不法的主观化、罪

[69] 例如陈兴良教授认为,应当预见是指违反主观预见义务,属于过失犯罪的主观要素,而没有预见是指违反客观预见义务,属于过失犯罪的实行行为。参见陈兴良,同注33引书,第487页。

[70] 参见张明楷:《刑法学研究的五个关系》,载《法学家》2014年第6期,第79页。张明楷教授还以日本著名刑法学家平野龙一教授为例展开说明,平野博士早先支持结果无价值论,后来觉得只有一种声音,又转而支持行为无价值论,等到行为无价值论有所发展后,再回到结果无价值论,其目的是为了发展弱势理论与强势理论展开争论。

责的客观化”,通过这个过失理论,我们可以进一步了解德国刑法教义学中不法与责任的最新发展进程,这对于我们突破旧有理论框架的束缚、建构符合时代的犯罪论体系都是有助益的。

无论是“违法是客观的,责任是主观的”这个犯罪论体系的指导理念,还是过失犯的两阶审查方案,都可以说是目前刑法学领域中的强势理论,而“不法主观化、责任客观化”、过失犯的一阶审查方案,在传统观点看来都是“离经叛道”的,无可置疑地被归为弱势理论。笔者也曾经认为恪守古典犯罪论体系的基本原则对于我国的刑事法治建设更为必要,但是从学派之争的大局看,笔者今日还是愿意选择这个“反面”的角色,支持过失犯的个别论理论,去发展这个在我国刑法学界几乎不存在的弱势理论。“在我国,不同理论的并存和竞争,或许在少数人看来,可能会带来理论的混乱,甚至可能造成司法上无所适从,但是,这只是从表面上看问题,是只看到眼前而未着眼于长远。我国刑法学研究的繁荣,刑法学发展的机遇,恰恰就蕴藏在理论的竞争和对抗中。”^[71]也只有更多的学者主张过失个别化理论,才能形成与传统的两阶审查方案相对抗的局面,惟有如此,过失犯理论也才能取得进一步的发展,不法与责任这个基本问题才能得到更好的反思。

A Study on the Subjective Elements of Negligent Crime: In the Perspective of the Individualized Negligence Theory

Wang Jun

Abstract: Although the systematic position of negligence has experienced a shift from the stage of liability to the stage of the constitutive element, the individual possibility – foreseen has always been treated as an element of liability. According to the dominant view, negligence crime has no subjective constitutive element, which leads to a dilemma, the justifiable basis of guilty reproach is missing. Purpose behavior theory cannot provide a reasonable solution for it. In order to avoid this situation, individualized negligence theory must be adopted to put individual possibility – foreseen from the stage of liability into the stage of the constitutive element, and make a normative explanation about the subjective illegal of negligence. Individualized negligence theory reflects the trend of objectivized guilt. Despite that the function guilt theory has its advantage on the aspect of generalized judgment on liability, there still has a necessity to think about the question of freedom of will; otherwise it will be difficult to tell unlawfulness from liability. Since legal norms only regulate people who have the capability to fulfill his/her duty, personal ability should be taken as the element of unlawfulness of negligence.

Keywords: purpose behavior theory; possibility – foreseen; objectivized guilt; individualized negligence theory

(责任编辑:幸颜静)

[71] 周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,第10页。

物权合同的发现:从尤里安到萨维尼

柯伟才*

摘要: 注释法学家们在解释尤里安和乌尔比安的矛盾片段以及不当得利返还规则的过程中形成了抽象物权合意的观念,经过评注法学派的进一步发展,最终在雨果·多诺鲁斯那里形成了较为系统的抽象交付理论。萨维尼在批判“名义和取得方式”理论的基础之上,借鉴了雨果·多诺鲁斯的理论建立了物权合同理论。物权合同理论的建立不是债法与物法截然区分的结果,而是出于将罗马法体系化的需要。

关键词: 物权行为 萨维尼 交付 正当原因

自从梁慧星教授发表《我国民法是否承认物权行为》^[1]一文之后,物权行为开始受到我国学界的关注,并逐渐成为我国民法学上最重大的争论之一。学者们很快形成支持和反对两个阵营。反对物权行为的首要理由源自德国学者奥托·冯·吉尔克(Otto von Gierke),其观点经由德国学者茨威格特和克茨为我国学者所熟知。^[2] 原本吉尔克只是说,把一个交易分成三个部分是虚构出来的,后来被简化成“所谓转移物权的合意实际上是学者虚构的产物”。^[3] 物权行为的支持者则认为,物权意思表示是客观存在的。^[4]

1998年5月16日,在中国政法大学举行的物权行为理论研讨会上,与会代表就相关问题进行了激烈的讨论。会议综述记录了支持和反对物权行为的各项理由,其中物权行为是否真实存在排在第一位。^[5] 2000年,杨振山教授去德国期间曾拜访雅科布斯教授,向后者提出了“物权合同^[6]存在吗?”的问题。^[7] 雅科布斯教授随后以一篇长文作为回答。他所提供的答案是,物权合同“当然存在”,它是物法与债法截然区分的结果。^[8] 在该文当中,他不仅回答了上述问题,还对物权合同的发

* 南京大学法学院助理研究员,法学博士。

[1] 梁慧星:《我国民法是否承认物权行为》,载《法学研究》1989年第6期,第56-62页。

[2] [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《“抽象物权契约”理论——德意志法系的特征》,孙宪忠译,载《外国法译评》1995年第2期,第27页。

[3] 王利明:《物权行为若干问题探讨》,载《中国法学》1997年第3期,第61页。

[4] 孙宪忠:《物权行为理论探源及其意义》,载《法学研究》1996年第3期,第89页。

[5] 田士永、王萍:《物权行为理论研讨会综述》,载《中国法学》1998年第4期,第125、126页。

[6] 我国学者习惯使用“物权行为”概念,德国学者习惯使用“物权合同”概念。

[7] [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《物权合同存在吗?》,载[德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第160页。

[8] 同注7引文,第161页、第178页以下。我国反对物权行为理论的学者肯定不同意这样的观点,因为早在该文发表之前就有学者认为,“物权和债权的性质区别并非必然导致物权的意思表示必须独立于债权的意思表示,也并非产生特殊的物权变动方法的根据。”参见注3引文,第61页;崔建远:《从立法论看物权行为与中国民法》,载《政治与法律》2004年第2期,第44页。而支持物权行为理论的学者则赞同这个观点。参见孙宪忠:《再谈物权行为理论》,载《中国社会科学》2001年第5期,第125-126页;葛云松:《物权行为理论研究》,载《中外法学》2004年第6期,第724、740页;朱庆育:《物权行为的规范结构与我国之所有权变动》,载《法学家》2013年第6期,第65、80页。

现史进行了研究,认为物权合同的发现者不是萨维尼,而是古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo)。^[9]

雅科布斯教授的答复并没有结束我国关于物权行为是否真实存在的争论,其抽象的论述反而使得物权行为进一步神秘化。争论也没有因为我国《物权法》的颁布而停止,因为支持物权行为的学者认为在我国《物权法》当中可以找到物权行为。^[10]最近,有学者提出了新的观点:物权行为是一种法律事实,处于规范层面,与现实存在不在同一意义层面,因此不宜用现实存在来评判物权行为的独立性。^[11]

讨论虽然激烈,但物权行为理论的历史基础的研究一直没有得到应有的重视。十几年前就有学者指出,我们“对物权行为理论起源的研究还很不够,我们对物权行为理论的材料多是从台湾地区学者及其著作的二手、三手材料中来的,一手材料很少……因此对该理论起源及演变需作进一步研究”。^[12]然而,直到今天,这种状况仍然没有得到彻底的改善。虽然出现了很多涉及物权行为的罗马法渊源的文献,但是较为详细地探讨物权行为理论形成史的中文文献,除了雅科布斯教授的上述论文之外,只有陈华彬教授用日文资料进行的相关研究以及乌尔里希·胡贝尔的论文翻译。^[13]物权行为理论从罗马法到萨维尼的发展,仍然需要进一步研究。

对于物权行为的许多问题,只有在其历史基础之上才能进行有益的讨论。比如,“物权行为是否存在?”“它是否是债法和物法截然区分的必然结果?”就是这样的问题。然而,对这两个问题的回答只是本文的副产品,并非本文的目标。本文的目标就像本文的标题所表示的那样,即查清:(1)物权合同是如何被发现的;(2)物权合同的发现与罗马法源之间的关系。我们先从罗马法源开始。

一、物权合同的罗马法渊源

(一) 尤里安与乌尔比安之间的矛盾

优士丁尼宣称在其汇编当中不存在任何矛盾,^[14]但是汇编者们可能没有注意到,有一个案件在《学说汇纂》当中出现了两次,在包含这个案件的两个片段当中,尤里安^[15]和乌尔比安^[16]正好分别持

[9] 同注7引文,第174页以下。

[10] 葛云松:《物权行为:传说中的不死鸟——〈物权法〉上的物权变动模式研究》,载《华东政法大学学报》2007年第6期,第102-118页。田士永:《〈物权法〉中物权行为理论之辨析》,载《法学》2008年第12期,第93-102页。

[11] 常鹏翱:《论现实存在与物权行为的无关联性——对相关学理争辩的再辨析》,载《法学》2015年第1期,第103-110页。

[12] 同注5引文,第123页。

[13] 陈华彬:《物权法研究》(修订版),法律出版社2009年版,第三章至第五章,第66-158页;[德]乌尔里希·胡贝尔:《萨维尼和物权法抽象原则》,田士永译,载《中德私法研究》总第5卷(2009),第50-91页。关于物权行为的罗马法渊源的文献,主要包括:田士永:《物权行为理论研究——以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》,中国政法大学出版社2002年版,第30-113页;[德]马·卡泽尔:《论交付的正当原因》,田士永译,载《中德法学术论文集》(第1辑),法律出版社2003年版,第198-245页;刘家安:《交付的法律性质——兼论原因理论的发展》,载《法学研究》2004年第1期,第39-48页;徐涤宇:《无因性原则之考古》,载《法律科学》2005年第3期,第25-32页;沈建峰:《罗马法上的原因理论及其对近现代法的启示——无因理论的罗马法视角》,载《比较法研究》2006年第4期,第33-39页;张康林:《物权行为无因性理论研究》,中国政法大学出版社2009年版,第17页以下;[意]约翰·法略莉:《物权变动之有因性、无因性及其罗马法渊源》,赵毅译,载《求是学刊》2014年第3期,第18-24页;娄爱华:《论罗马法中的交付原因问题》,载《湘江法律评论》2015年第1期,第41-51页。

[14] Constitutio Tanta, 15:“矛盾在本法典当中没有存在的空间,一旦用敏锐的理解力对区别的原因进行适当的考察,就会发现矛盾并不存在。相反,总是存在新加入的或者隐蔽的东西可以解决所声称的不一致,使其呈现不同的性质并消除矛盾的印象。”

[15] Zu Leben und Werk Julians siehe Wolfgang Kunkel, Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung, Böhlau Köln 2001, S. 157 ff.; T. Giaro, Art. “Iulianus”, in: Neue Pauly, Bd. 6, S. 8 f. m. w. N.

[16] Zu Leben und Werk Ulpianus siehe Wolfgang Kunkel (Fn. 15), S. 245 ff.; T. Giaro, Art. “Ulpianus”, in: Neue Pauly, Bd. 12, S. 980 f. m. w. N.; Tony Honoré, Ulpian (Oxford University Press 1982).

有不同的意见。尤里安的意见记录在 D. 41,1,36 当中：

假如我们就交付之标的物具有合意，但是就交付之原因却存在歧见，在这种情况下，我无法理解，为什么交付应当无效。比如，我相信我是基于遗嘱而承担将某块土地交付给你的义务，但你却认为我是基于要式口约而承担此项债务。再比如，我基于赠与的意思将一笔钱款交付给你，而你在这笔钱款当作消费借贷金额来接受，那么可以确定的是，所有权仍然已经转移给你，我们就给与和受让之原因不具有合意不会对此构成任何阻碍。^[17]

乌尔比安的意见记录在 D. 12,1,18 pr. 当中：

如果我基于赠与之目的给你一笔钱，你却把它当作消费借贷金额来接受，那么尤里安认为，在这里并不存在赠与。至于是否成立消费借贷，还需要进一步探讨。我认为，消费借贷同样不成立，而且这笔钱款并不会成为接受方的所有物，因为他基于另外的意图接受了这笔钱款。如果接受方已经消费这笔钱款，他虽然应承担不当得利返还责任，但却可以主张恶意抗辩，因为这笔钱款是基于给与者的意思而被消费的。^[18]

案件的事实非常简单：甲基于赠与之目的给了乙一笔钱，乙接受这笔钱的时候以为是消费借贷的金额。根据尤里安的观点，这笔钱的所有权已经转移给乙，双方对交付的原因认识有差异并不影响所有权的转移。乌尔比安正好持相反的观点：因为双方对交付这笔钱的原因有不同认识，所以所有权不会转移给乙。双方都不否定交付原因的存在，只是对交付原因的要求有所不同。

需要指出的是，如果乙拿到这笔钱之后，把它跟自己的钱混同或者将其消费，那么他就可以通过原始取得的方式获得这笔钱的所有权。^[19] 因此，在法律效果上，尤里安和乌尔比安的不同仅限于混同和消费以外的情形。此外，在古典罗马法当中，所有权是否转移决定了乙可以提起的诉讼的类型。如果这笔钱的所有权已经转移给了乙，那么甲只能通过不当得利返还是诉要回这笔钱。如果这笔钱的所有权没有转移给乙，那么甲应该提起返还所有物之诉。

尤里安的观点看起来很像我们今天的物权行为理论，乌尔比安的观点则正好相反。至于古典罗马法究竟以哪一种观点为主流理论，今天仍然没有定论。

（二）罗马法当中因交付转移所有权的条件

在优士丁尼的《民法大全》当中，没有明确说明通过交付转移所有权应当具备哪些条件。不过，可以明确的是，单纯的（裸体的）交付不能转移所有权。显然，使用借贷、寄存也会涉及到标的物的交付，但并不会转移所有权。从来自保罗的片段（D. 41,1,31 pr.）当中，我们可以得知，所有权的转移除了交付之外，还需要有正当原因（*iusta causa*），并且交付是出于这个正当原因而进行的。至于什么是正

[17] Iulianus D. 41,1,36: Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

[18] Ulpianus D. 12,1,18 pr.: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederam, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

[19] Richard Gamauf, Eigentumserwerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D. 46.3.78) und in § 371 ABGB, in: Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung 8 (1997/98), S. 154 ff.; Sven Erik Wunner, Rechtsfolgen der Konsumtion Fremder Sachen, in: FS Kunkel, Frankfurt am Main 1984, S. 583 ff.

当原因,保罗没有明确说明,只是举了一个例子——买卖:

所有权从来不会因为单纯的(裸体的)交付而转移,而是只有在先存在买卖或者其他正当原因并且交付为此而进行的情况下才能转移。^[20]

盖尤斯在其《法学阶梯》当中为我们提供了另外一个示例——赠与,但他仅仅说原因(*causa*),而没有强调是正当原因(*Gai. 2,20*):

如果我基于买卖、赠与或者其他任何原因将一件衣服、一块金子或者一块银子交付给你,该物立即就会变成你的,只要我是该物的所有权人。^[21]

结合盖尤斯的上述片段,满足以下几项条件就可以通过交付转移所有权:(1)转让方为所有权人;(2)有(正当)原因;(3)交付基于该(正当)原因而进行。^[22]

关键的问题是,其中的(正当)原因具体需要满足什么要求。尤里安和乌尔比安的争议的关键点并非是否存在交付的原因,而是双方当事人对交付的(正当)原因是否达成合意。

《学说汇纂》当中另一个值得注意的规则是关于非债清偿的规则:如果某人因为不知情而进行了非债清偿,那么他应该通过不当得利返还之诉(*condictio indebiti*),而不是通过返还所有物之诉要求返还。^[23]这意味着,在这种情况下,所有权仍然转移给接受清偿之人。

二、注释法学家和评注法学家的诠释尝试

注释法学家把优士丁尼的《民法大全》视为适用法,其任务主要是对《民法大全》进行解释,使其更容易理解,并从中发展出一个完整的、无矛盾的法律体系。^[24]他们显然相信优士丁尼所宣称的无矛盾性,因而对前述罗马法文本进行了多种诠释尝试,试图调和其中所包含的矛盾。作为注释法学家的继承者,评注法学家在前者的基础上进一步发展出了自己的理论。相比之下,评注法学家的理论更加清晰,体系化的倾向更加明显。

(一)区分的方法

注释法学家们很快就发现了上述尤里安和乌尔比安之间的矛盾,一些人试图通过区分(*distinctio*)的方法来化解这个矛盾。也就是说,认为尤里安和乌尔比安处理的是两个不同的案件。实际上,这种解决方法本身是有问题的,因为从前述片段来看,乌尔比安显然是在评论尤里安的意见,没有任何迹

[20] Paulus D. 41,1,31 pr.: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Vgl. auch Ulp. Epit. 19,7: Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis. (交付特别适用于非要式物的转让。我们通过交付本身取得此类物之所有权,如果是出于正当原因交付给我们。)

[21] Gai. 2,20: Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

[22] Franz - Stefan Meissel, Fall 5. Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages, in: Ulrich Falk/Michele Luminati/Matthias Schmoeckel (Hrsg.), Fälle aus der Rechtsgeschichte, München 2008, S. 63 f.

[23] Ulpianus D. 12,6,1 pr./1: Nunc videndum de indebitum soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condictio potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio. [现在我们来谈非债清偿。如果某人由于不知情进行了非债清偿,那么他可以通过该诉讼(即不当得利返还之诉)要求返还。然而,如果他尽管知道他并不负债,但仍然进行清偿,则不能利用该诉讼。]

[24] Hermann Lange, Römisches Recht im Mittelalter. Bd. I: Die Glossatoren, München 1997, S. 441, 449.

象表明他们说的是两个不同的案件。

注释法学家们的这种区分方法实际上是凭空想象的,不同的人有不同的说法。比如,瓦卡利乌斯(Vacarius)说,在乌尔比安的案件当中不存在先行的原因让“我”负有义务,因此所有权没有被转移,因为单纯的交付不转移所有权;而在后面尤里安的案件中(即 D. 41,1,36)则有原因先行发生,因此所有权被转移。^[25] 阿库修斯(Accursius)说得更具体:在尤里安的案件当中,出于消费借贷的原因“我”有义务向“你”支付十(阿斯),^[26]然而“我”忘记了这件事,然后出于赠与的原因向“你”支付了这笔钱,而“你”是作为消费借贷接受的,而且“你”也认为“我”是出于同样的原因对“你”进行支付;然而在乌尔比安的片段当中,“我”并不是债务人;因此,在尤里安的案件当中我们认为是出于消费借贷的原因。^[27] 还有一种说法:在尤里安的案件中,“我”之前出于赠与的原因向“你”允诺了十(阿斯),并且随后出于同样的原因向“你”清偿,而“你”把它当作借贷来接受,在这种情况下为了能把“我”从允诺中解脱,以更重要的原因为准;然而在乌尔比安的案件当中,“我”没有作出过允诺,而是纯粹为了赠与而赠与。^[28]

(二) 误想原因理论

按照这些注释法学家的观点,在尤里安的案件中,所有权的转移都需要先有一项债存在。但是,如果要求这项债必须是真实的或者有效的,那就无法解释非债清偿的规则,因此就有人提出了误想原因(causa putativa)理论。比如,阿库修斯指出,D. 41,1,31 当中所说的正当原因包括“真实的或者误想的,如果你说出于误想的原因不能转移所有权,那么非债清偿返还之诉的整个标题下的内容都和你的说法有矛盾,因为这个标题下的内容仅仅适用于某物之所有权出于误想的原因被转移的情况”。^[29]

误想原因理论是模仿时效取得当中的误想名义(Putativtitel)而来,在后来的共同法理论当中,在此基础上形成了错误原因(causa erronea)理论,也就是说,对于所有权的传来取得,错误的原因也足以转移所有权,只要双方当事人曾经抽象地对他们所认为的原因达成过一致。^[30]

对于阿库修斯来讲,通过交付的方式转移所有权并不要求双方在交付时对原因达成合意(consensus in causa),而是仅仅曾经对原因达成过合意就足够了。

(三) 转让所有权的意思

在注释法学家当中,也出现了物权合意理论的苗头,也就是说,进行交付的双方当事人对转让所有权本身达成合意便可导致所有权转移。这种观念体现在瓦卡利乌斯对上述尤里安的片段(D. 41,1,36)所作的注释当中:

[25] Vacarius, Glosse zu D. 12,1,18: Hic nulla precesserat causa quare mihi deberetur, nec ergo quare dominium transferretur, cum nuda traditio dominium non transferat. Infra 206 precessit causa, et ideo translatum est dominium. .

[26] 在这里是指通过要式口约的方式承担此项义务。Vgl. Martin Laborenz, Solutio als causa, Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien 2014, S. 60.

[27] Accursius, Glosse Dissentiamus zu D. 41,1,36; Solutio: hic debebam tibi decem ex causa mutui; sed non recolens, decem tibi tradidi ex causa donationis; tu tamen ut debitum recepisti et sic putabas tibi numeratam; sed in l. contraria non eram debitor. Hic ergo in causam debiti assumemus. . .

[28] Accursius, Glosse Dissentiamus zu D. 41,1,36; Alii dicunt, quod hic primo ex causa donationis tibi decem promiseram et postea ex ea causa solvo, sed tu quasi mutuum accipis, unde in graviorem cedit, ut liberer a promissione. Sed in l. contraria non promiseram, sed a donatione volebam incipere donationem. . .

[29] Accursius, Glosse iusta causa zu D. 41,1,31: Vera vel putativa; alioquin si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de conditione indebiti obstaret, qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa.

[30] Arnoldus Vinnius, In quattuor libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis, Nr. 5 zu I. 2. 1. 40 (Editio Quarta Amsterdam 1665, S. 179).

清偿:因为认为基于遗嘱对你负有债务而将土地交付给你,不认为是因为要订立合同,而是认为出于某种原因转让所有权。因此,如果你在接受土地的时候也同意这点,尽管出于其他原因(认为是基于要式口约),交付也不应该是无效的。^[31]

戈西亚(Gosia)也仅仅要求所有权只要不是完全没有原因地被转让就可以,至于具体是出于什么原因,则无关紧要。^[32] 罗格里乌斯(Rogierius)则指出,D. 41,1,31 pr. 当中之所以说交付是根据先前发生的原因进行的,是因为这样更容易证明进行交付的人转让所有权的意思(animus domini transferendi),而不是因为如果没有先行存在交付的正当原因所有权就不能转移,比如说,你由于误以为负有债务而进行非债清偿。^[33]

这种观念的出现有三个根源:其一是尤里安的前述观点;其二是罗马法源当中非债清偿返还之诉的规则;其三是来自盖尤斯并被吸收到《学说汇纂》和优士丁尼《法学阶梯》当中的片段:

Gaius D. 41,1,9,3

这些物通过交付成为我们的,根据万民法为我们取得。因为没有什么比尊重所有权人将自己之物转让给他人之意愿更符合自然正义。^[34]

(四)远因 - 近因理论

在误想原因和“转让所有权的意思”的基础上,评注法学家发展出了远因 - 近因理论。根据巴尔杜斯(Baldus de Ubaldis)提供的信息,布特里加里乌斯(Jacobus Butrigarius)认为,通过交付转让所有权需要满足三个条件:直接原因(causa immediata)、远因(causa remota)和交付。其中,直接原因是指转让所有权的合意,而远因则是指名义(titulus)。这里所说的名义相当于我们今天所说的债权行为,主要是合同。巴尔杜斯指出,除了这三个条件之外,还有第四个条件,即转让人是所有权人。^[35]

布特里加里乌斯和巴尔杜斯都认为,所有权可以基于无效的合同而转移,只要近因是真实的就足够了,即便远因(合同)是错误的也无所谓。^[36] 巴尔杜斯进一步解释说,所有权可以由于误想的合同而被转移,因为确切地说,所有权不是因为合同而转移,而是因为因合同而产生的合意而转移,这就是直接原因,即转移所有权的合意;它足以引起所有权转移,远因无效或不存在不会有影响。^[37]

巴尔杜斯也没有忘记处理尤里安和乌尔比安之间的矛盾,他仍然用区分的方法来处理:在乌尔比

[31] Vacarius, Glosse zu D. 41,1,36: Solutio: qui ex testamento se tibi obligatum putans fundum tradit, non de contractu ineundo cogitat, sed de dominio ex causa transferendo. Cum igitur et tu accipiendo fundum in idem consentias, licet ex alia causa, puta ex stipulatione, non debet esse traditio inefficax.

[32] Martinus Gosia, Glosse zu D. 41.1.36: Vel hic voluit dominium transferri omnino quacumque causa obligationis, sive ea qua putavit sive alia.

[33] Rogierius, Glosse propter quam traditio sequeretur zu D. 41,1,31 pr.: Hoc ideo dicit, quoad eum, qui tradidit dominium transferre volisse facilius probari possit, non autem ideo quod dominium non transferatur quandoque, quamquam tradendi causa iusta non preceserit, veluti si te obligatum putans indebitum solveris.

[34] D. 41,1,9,3: Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi; I. 2,1,40: Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. (根据自然法,我们也可以通过交付取得物。因为没有什么比尊重所有权人将自己之物转让给他人之意愿更符合自然正义。)

[35] Baldus de Ubaldis, Commentaria omnia. Digestum Vetus, pars II, Benezia 1599, S. 56.

[36] Baldus de Ubaldis, Commentaria omnia. Digestum Vetus, pars I, Benezia 1599, S. 220.

[37] Baldus de Ubaldis, Commentaria omnia. Codex Justinianus, lib. IV, V, Benezia 1599, S. 126.

安的案件当中，双方都有错误的认识；而在尤里安的案件当中，只有转让方有错误的认识，受让方并没有错误的认识，因为他出于先前发生的真实原因而接受，尽管转让方对此并不知情；但是，接受方知道并因此接受，所以在尤里安的案件中交付并不是裸体的。^[38] 显然，巴尔杜斯还不愿意承认《学说汇纂》当中存在相互矛盾的地方。但是他的理论已经倾向于尤里安的观点。

三、物权合同的理论准备

在萨维尼之前，有两个截然相反的理论，它们分别从正反两个方面为物权合同理论的最终确立做好了准备。它们分别是雨果·多诺鲁斯(Hugo Donellus)的抽象交付理论和“名义和取得方式”(titulus et modus acquirendi)理论。

(一) 雨果·多诺鲁斯的抽象交付理论

雨果·多诺鲁斯对通过交付转让所有权的理论进行了进一步的细致化改造。关于通过交付转让所有权的条件，他把转让方和受让方分开叙述。

在转让方这边，转让有三个必要条件：其一，他可以合法地进行转让；其二，他希望转让；第三，他通过交付的方式进行转让。总的来讲，转让方将被考虑三个方面：转让的权限，转让的意图以及实现该意图之交付。^[39] 其中，关于转让方的转让意图又包括三个方面：(1)他知道想要转让的物是他的；(2)有一个原因让他想要转让该物；(3)在买卖的情况下，价格已经被接受。^[40]

在上述关于转让方的转让意图的第(2)点当中，他提到了原因。他进一步解释说，这里的要求是，先前存在某种正当原因，所有权正是出于该原因而被转移；因为任何人都不会无缘无故要转让所有权，除非存在某种原因促使他这么做；而且，不是说，所有的交付都是为了转让所有权。多诺鲁斯在这里援用的法源正是保罗的片段(D. 41, 1, 31 pr.)。^[41]

对于多诺鲁斯来讲，原因是转让意图的心理学前提：没有之前发生的原因，就不可能形成转让意图。不过，他并没有把原因作为一个必要条件，而是认为它仅仅起到一种证明的作用：“当要求先存原因的时候，并不是在交付和意图之外要求第三个条件，而是要确认、建立和表明所要求的意图，以便它可以被认识到。先发生的原因之所以被要求，仅仅是因为要通过它来表明转让的意图。”^[42]

对于接受方来讲，取得交付物的所有权要具备两个条件：首先是同意自己取得标的物的所有权，标的物因此意图被交付；其次，标的物因此意图被接受。^[43]

因此，综合来讲，转让方的转让意图和受让方的取得意图要达成合意。这种合意体现在两个方面：一是对标的物本身达成合意，二是对转让和取得所有权达成合意。^[44]

最后，他总结说：“总的来讲，如果对转让和接受的物本身达成合意，并且双方具有转让所有权的意图，那么所有权将被转移：所有权永久被转移，即使转让和接受的原因没有达成一致。”^[45]

多诺鲁斯也没有忘记乌尔比安的观点，为了协调乌尔比安的观点与其理论之间的矛盾，他解释

[38] Baldus de Ubaldis (Fn. 35), S. 16.

[39] Hugo Donellus, Commentarii de iure civili, in: Opera Omnia, Tomus I, Florentiae 1840, S. 757.

[40] Donellus (Fn. 39), S. 763.

[41] Donellus (Fn. 39), S. 766 - 767.

[42] Donellus (Fn. 39), S. 768.

[43] Donellus (Fn. 39), S. 775.

[44] Donellus (Fn. 39), S. 776 - 777.

[45] Donellus (Fn. 39), S. 782.

说,乌尔比安说所有权没有转移,不是因为所有权没有立即转移,而是因为受让方不能基于之前的赠与意图保留标的物而不用返还。^[46]

值得注意的是,多诺鲁斯的理论不能算是人文主义法学家当中的主导性理论。比如,居亚修斯(Jakobus Cuiacius)的观点正好跟多诺鲁斯完全相反,他认为所有权不能基于无效的合同而转移,即使占有已经因此被转移。^[47]他明确地指出,“实际上,阿库修斯认为基于无效的合同也可以通过交付取得所有权,这是错误的。因为如果合同无效,那么交付就是裸体的”^[48]

(二)“名义和取得方式”理论

很难说清楚,“名义和取得方式”理论是如何形成的,其创造者是谁。霍夫曼(Franz Hofmann)认为,在某种意义上,阿佩尔(Johann Apel,1486-1536)是这个理论的创造者。^[49]因为在德意志地区流行,所以被认为具有日耳曼法根源。^[50]该理论在克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff)的影响下,在18世纪下半叶发展成了德意志地区的主流理论,^[51]并被写入《普鲁士普通邦法》(ALR)和《奥地利普通民法典》(ABGB)。^[52]

根据克里斯蒂安·沃尔夫的理论,正当名义带来的仅仅是单纯的权利取得之可能性,而不是现实的取得;取得方式则是指当事人被授予权利的事实。^[53]古斯塔夫·胡果对此有比较详细的论述:

如果想要取得某项物权,那么必须满足两个要求:一个合法的名义和一种取得方式。也就是说,必须要存在一个合法的原因,使得物权的取得成为可能。而且还要存在一个身体上的事实,通过它,物权被转移给我。这个法律上的原因叫做名义,身体上的事实叫做取得方式。比如,我在书店买一本书,并且这本书被交付给我。现在我变成了这本书的所有权人,我对其享有物权。名义就是我和书商签订的买卖合同,因为它给了我成为所有权人的可能性。取得方式就是交付,它使得这种可能性变成了现实,使我确实变成了所有权人。如果我发现一块不属于任何人所有的石化木头,并将其占为己有,那么我就是其所有权人。我取得所有权的名义是这个法律规则:无主物由先占之人取得。取得的方式就是对该木头的占据。^[54]

“名义和取得方式”理论在18世纪末就开始遭受批评,古斯塔夫·胡果就是主要批评者之一。不过,他并不是要否定“名义和取得方式”理论,而是要将其进行改造或澄清以适合不同的取得类型。他并不反对“名义和取得方式”理论的适用范围,也不反对这样的用语。对他来讲,可能性(名义)和现

[46] *Ibid.*

[47] *Jakobus Cuiacius*, *Commentarius ad titulos quosdam digestorum*, *Opera omnia*, Neapel 1722, Bd. I, 975b.

[48] *Jakobus Cuiacius*, *In libros IV priores Codicis Justiniani*, zu C. 4, 50, *Opera Omnia*, Neapel 1722, Bd. X, 1017.

[49] *Franz Hofmann*, *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi, und von der iusta causa traditionis*, Wien 1873, S. 23.

[50] *Laborenz* (Fn. 26), S. 78 f.

[51] *Helmut Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, München 1985, § 30; Bd. II, München 1989, § 72.

[52] ALR, I 9, § 1: „Die äußeren Handlungen, durch welche das Eigenthum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbungsarten. (Modus acquirendi).“; ALR, I 9, § 2: „Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigenthum erworben werden kann, wird der Titel des Eigenthums genannt.“; ABGB, § 380: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden“. Vgl. auch *Johannes Georg Fuchs*, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel 1952, S. 70-81.

[53] *Christian Wolff*, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Bd. III, Halle 1743, § 1034, S. 717; Bd. I, Halle 1740, § 112, S. 70 f.

[54] *Gustav Hugo*, *Civilistisches Magazin*, Bd. I, Berlin 1791, S. 83-84.

实性(取得方式)不仅仅适用于对物权,而且适用于对世界上所有东西的取得,包括对人权,甚至公法上的权利。^[55]

首先,他指出,虽然名义通常只能带来向物权(*ius ad rem*),如果想取得对物权(*ius in rem*),那么必须同时具备名义和取得方式。但是,这个规则也存在一些例外,在这些例外当中,单纯的名义也可以产生对物权。^[56]

其次,如果要通过交付成为所有权人,那么必须先存在正当原因(在此他引用了 D. 41, 1, 31 pr.)。在这种情况下,说名义本身只能产生对人权(*ius in personam*)是正确的,但是在所有其他情形当中都是错的,因为只有交付的情形当中先发生的原因才是一项债(*obligatio*)。^[57]

再次,对于不同的取得方式,名义的内容也有不同。比如,如果想要通过时效取得某物,那么仅仅是对人权还不能构成名义。交付和先前发生的债一起才能构成名义。接下来还需要做的就是,占有在规定时间内的持续。^[58]

最后,他批判这样的观点:所有权总是通过占有的获取而取得,并且在此之前必须有一个债权。他认为这样的抽象论述并不能适用于所有的取得方式。比如说,对无主物的先占就不存在债权;尽管战利品也是一种传来取得,但是也没有先存在一项债权。^[59]

对于古斯塔夫·胡果来讲,只有在通过交付取得所有权的情况下,才要求有一项债权,而且交付是因为这项债权而进行的。为了论证这个观点,他进行了一段晦涩的论述:

在通过交付取得所有权的情形下要求有一项债权,因为交付必须根据它进行。但是罗马人并没有为此制定一项规则,因为他们觉得这是不言自明的。因为转让方的意图属于转让行为,就像接受方的意图属于接受行为。要么两者的意图共同以先前的一项行为为前提,要么它们构成一项行为,这项行为虽然无疑不是市民法上的,但是是自然法上的。在履行不是首先应当被强制进行,而是已经发生的情况下,这项自然法上的行为就足够了。因此对于 I. 2, 1, 40 的起草者来讲,这项债权仅仅存在于“想要将自己的物的所有权转移给他人的意图”,而且他们其中的一个列举了各项要求:(1) 转让方的所有权;(2) 将其转让之意图;(3) 身体行为;但是没有列出第四项,债权,因为有了第二项,就不会缺少它。^[60]

雅各布斯教授正是因为这一段话才认定古斯塔夫·胡果才是物权行为理论的真正创造者。实际上,古斯塔夫·胡果在这里说的自然法上的行为是指赠与。他的这段论述的目的在于,论证“通过交付取得所有权,必须要有一项债权,并且交付因此而发生”的观点。之前有人(包括古斯塔夫·胡果本人)认为,正当原因必须是市民法上的债,必须因此可以形成一项诉讼并且交付就是对这项市民法上的债的清偿。^[61] 根据当时的通说,赠与被视为一种自然法上的债,所以他必须对赠与进行论证,否则上述观点就无法适用于赠与。

古斯塔夫·胡果的上述说法并不是基于债法和物法的截然区分得出的,因为在这里,他仍然使用

[55] Hugo (Fn. 54), S. 87; Wilhelm Felgentraeger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927, S. 27.

[56] Hugo (Fn. 54), S. 84 – 85.

[57] Hugo (Fn. 54), S. 85.

[58] Hugo (Fn. 54), S. 86, 88.

[59] Gustav Hugo, Civilistisches Magazin, Bd. IV, Berlin 1815, S. 161 – 163.

[60] Hugo (Fn. 59), S. 178 f.

[61] Felgentraeger (Fn. 55), S. 30.

债(Foderung),自然法之债的概念。他把赠与中的双方当事人转移物权的合意称为一项行为,一种自然法之债。

四、萨维尼与物权合同

(一)对“名义和取得方式”理论的批判

根据格林兄弟的笔记,萨维尼在1803/1804冬季学期在马堡(Marburg)授课时,就已经开始批评“名义和取得方式”理论。他不仅不同意把这个理论适用于全部取得类型,也不同意使用“名义和取得方式”的用语,因为罗马人并不使用这样的用语。他把正当名义(justus titulus)和正当原因(justa causa)视为同义词。他的矛头直指古斯塔夫·胡果:交付只有在存在正当的所有权取得原因(justa domini acquirendi causa)的情况下才能转移所有权,但人们把它错误地运用到所有的其他取得类型上;比如说,在先占的情况下,只有取得方式(即取得占有的事实)是必须的,一个远因(entfernterer Grund),就像交付情形下的正当名义(比如买卖),是不存在的;因此有人说,正当原因在于法律规定,而取得方式就是占有的取得;这在逻辑上是不正确的,因为在交付的情形中也涉及到法律规定,如果这样的话,那就有三个要素了;此外,罗马法学家根本对此一无所知,就像正当名义和取得方式的措辞一样,这是新近法学家的发明。^[62]

此时,还完全看不出萨维尼的观点当中有物权合同的苗头。对他来讲,交付必须符合三个必要条件才能转移所有权:(1)事实(即交付本身);(2)正当原因;(3)转让方确实享有所有权。^[63]

其中,交付的正当原因(justa traditionis causa)必须是某种债务关系,某个行为,通过它,所有权根据所有权人的意思被转移。这种正当原因不必非要先于交付发生,它可以和交付联系在一起,也可以随后发生。比如,在赠与当中,它就跟交付联系在一起。正当原因也不是必须是市民法上的债,自然法上的债也是可以的,比如,在赠与当中,赠与本身当然就是交付的正当原因,可以通过它来取得所有权。^[64]

而交付的事实,也就是占有的转移。最简单的转移方式是从一个人的手里交到另一个人的手里,但必须是自愿的行为,通过强力不能建立交付。^[65]

关于交付和正当原因之间的关系,萨维尼也有明确的论述:交付或者是为了转移所有权,在此情况下必须要有正当原因;或者是为了其他目的,比如利用,就像租赁、使用借贷、质押等等。因此,正当原因不属于交付的概念,但是交付只有和正当原因联系在一起才是所有权的取得方式。^[66]

(二)物权合同的发现

萨维尼关于物权合同的叙述,目前所发现的最早的记录是其学生做的1814/1815冬季学期的潘德克顿课笔记。不过,费尔根特雷格认为布尔夏迪(Georg Christian Burchardi)所做的1815/1816冬季学期笔记更好,所以我们也只能用这个版本。^[67]

萨维尼仍然是从批判正当名义与取得方式理论开始,主要的理由是该理论不能适用于担保物权

[62] Felgentraeger (Fn. 55), S. 27, 28.

[63] Felgentraeger (Fn. 55), S. 29.

[64] Felgentraeger (Fn. 55), S. 29, 30.

[65] Felgentraeger (Fn. 55), S. 30.

[66] Ibid.

[67] Felgentraeger (Fn. 55), S. 32, Fn. 1.

和向乞丐施舍的情形：

很久以来,人们就说,一项对物权的取得需要正当名义和取得方式相结合。实际上是这样的:每一项物权都是在事实性的行为(factische Handlungen)的基础上建立的,然而事实性的行为的构成是非常不一样的。有时候物权形成于一项事实,有时候形成于多项事实。担保物权通过合同形成,这是唯一的事实;相反,所有权的取得要求交付和同时具备一项交付的正当原因。我们的法学家把这种情形不正确地一般化,并通过抽象形成了如下理论:普遍要求一个正当名义和一种取得方式。就像担保物权的例子所表明的那样,这是错误的。然而,甚至对于交付来讲,认为正当原因和交付总是必须都存在的观点也是错误的。当一个人给乞丐一块钱的时候,在哪里可以发现第一项和第二项呢?只发生了唯一一个事实,而没有发生相互分离的多个事实。没有合同,之前什么也没有发生。同样,在先占的情况下也只有一个事实……^[68]

接下来,他批判威斯顿伯格(Westenberg)的主流观点并提出自己关于正当原因的理论,即物权合同理论:

他(指威斯顿伯格)说:名义适用于转移所有权。(D. 41,1,31 pr)近来更多的人说,交付要求一项债务关系和事实上的交付。人们也这么说:交付必须是一项清偿。这样说严格遵守了保罗在所引用的片段(这里是指D. 41,1,31 pr)当中所说的话。根据保罗的观点,对于交付,必须先后发生两件事情。然而,这是错的。首先,至少并不要求必须是市民法之债,相反,根据法律,无效的债(相当于不存在债)就已经足够了,这样已经使得这个观点遭受质疑……对于赠与来讲,这个观点会怎么样呢?在赠与当中完全就不存在债务关系。在此仅仅存在转移所有权的单纯的事实上的交付,因此上述观点在这里完全站不住脚。因为正是赠与方的意图而不是其他东西使得受赠方成为所有权人。因此,我们只能把所有权人通过交付转移所有权的意图称为正当原因。这是正当原因的普遍概念,适用于所有情况下的所有行为。所有的其他解释都会有行不通的地方。把债务关系称为正当原因,是一个严重的误解,这种关系仅仅是某种偶然的的东西,尽管通常都存在,但并非本质的东西。我们的理论符合全部法源,尤其是I. 2,1,40。(C. 4,50,6包含了这个观点的一个证据,多诺鲁斯的Commentarius ad Cod. dicto titulo也包含这样的观点)

因此成立以下原理,每一项交付本质上都是一项真正的合同,正当原因正是这种合同的表达。然而,不需要是一项债务合同(如果我们这样认为,我们就犯了我们刚批评过的错误),而是一项真正的物权合同,一项物权法上的合同。

……转移所有权的真正形式是交付和时效取得,不是当事人之间的合同,不是债务关系。^[69]

萨维尼当然认识到,罗马法学家说正当原因的时候并不是指他所说的转让所有权的意图,而是指引起这个意图的原因。然而,即便是用语上有所不同,萨维尼仍然坚信他的理论“符合全部法源”。^[70]

[68] Felgentraeger (Fn. 55), S. 32, 33.

[69] Felgentraeger (Fn. 55), S. 33-34.

[70] Felgentraeger (Fn. 55), S. 34.

对于尤里安和乌尔比安的矛盾问题,萨维尼仍然采用区分的方法,认为两个片段在处理相互独立的问题,因此矛盾是假想的。^[71]

看到这里,我们很自然地发现,萨维尼的物权合同理论跟多诺鲁斯的理论非常相似。^[72] 萨维尼不仅在论述物权合同理论的关键地方引用了多诺鲁斯的观点,而且他本人对多诺鲁斯非常推崇,这点从威廉·格林(Wilhelm Grimm)1802/1803年的笔记中可以看出:“最好并且几乎唯一可用的著作是雨果·多诺鲁斯的《市民法评注》”。^[73] 考虑到以上几点,说多诺鲁斯为萨维尼的物权合同理论提供了基础,完全是合理的。

那么,萨维尼为什么要提出物权合同理论呢?从其建立物权合同理论的过程来看,其原因在于先前的主流观点——名义与取得方式理论无法普遍适用,至少在担保物权和即时赠与的情况下是无法适用的,这无法满足其体系化的要求。^[74]

保护交易安全的需要是不是萨维尼创立物权合同理论的深层次原因呢?对此有不同的意见。^[75] 不过,可以肯定的是,在建立物权行为理论时萨维尼完全没有提到有这方面的考虑。他在1840年出版的《当代罗马法体系》第三卷当中确实有说过,法律上的或事实上的错误不影响债务合同和交付的效果,“这是保护交易不受无限制的不确定性和任意性的唯一手段”。^[76] 此时距离他提出物权合同理论已经过了二十多年,而且此处仅仅是论述错误的规则,并没有包含物权合同的全部适用范围。因此,对于这个问题,很难有确定的答案。

笔者更倾向于认为,萨维尼建立物权合同理论纯粹是出于将罗马法源体系化的需要。在他的时代里,罗马法相当于现行法。这个既满足体系化要求,又符合罗马法源的理论很快就变成了权威理论。大概从1840年到1930年,物权合同理论一直都是德国罗马法学者的“主流理论”。直到今天,仍然有大量的罗马法学者认为,萨维尼的理论正是古典罗马法当中适用的。^[77] 建立一个符合其时代精神的权威理论,本身就足以构成充分的理由。

(三) 物权合同的发现是债法与物法截然区分的结果吗?

对此问题,笔者认为没有足够的证据可以支持肯定的答案。反而存在支持否定答案的证据。萨维尼在建立物权合同理论时明确提到,担保物权是通过合同成立的。这里所说的合同当然是指债务合同。这恰好表明,在萨维尼的意识里,正好没有截然区分债法和物法的意思。

如果我们回头看看注释法学派和评注法学派,就会更倾向于对此问题作否定的回答。因为在注释法学派和评注法学派的时期,物法和债法的区分显然还远远没有达到萨维尼时期的程度,但是就像我们已经看到的那样,物权行为的观念已经存在了。当然,如果完全忽略中世纪的理论贡献,认为古斯塔夫·胡果或者萨维尼是物权合同理论的原始发现者,那么很容易就会认为物权合同的发现是物

[71] Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. IV, Berlin 1841, S. 158 f.; Vgl. Felgentraeger (Fn. 55), S. 40, Fn. 4.

[72] 就连原因与转让意图之间的关系,萨维尼也是和多诺鲁斯如出一辙:这种原因正好可以证明转让所有权的意图。Vgl. Felgentraeger (Fn. 55), S. 36.

[73] Felgentraeger (Fn. 55), S. 31, Fn. 5.

[74] 胡贝尔·乌尔里希用“坚定的原则性、体系完整性和学说一贯性”来描述萨维尼的理论。参见胡贝尔,同注13引文,第81页。

[75] 参见胡贝尔,同注13引文,第80页脚注161,第81页脚注173。Joachim Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984, 179-187, bes. 184 ff.; Detlef Liebs, Abstraktion im Neueren Gemeinen Recht, in: Orbis iuris Romani - Journal of Ancient Law Studies 7 (2002), S. 69 f.

[76] Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840, S. 355.

[77] Laborenz (Fn. 26), S. 22, Fn. 18.

法与债法截然区分的结果,因为《法国民法典》没有区分物法和债法,正好《法国民法典》也没有采用类似的物权合同理论。^[78]

(四) 物权合同的发现与罗马法源之间的关系

萨维尼建立物权合同理论的依据是罗马法源,而且他也宣称他的理论“符合全部法源”。今天已经没有人怀疑罗马法源和物权合同的发现之间的关系,仍有疑问的是,到底是哪些法源对物权合同理论的建立具有决定性的意义。

从前述注释法学派、评注法学派和雨果·多诺的论述来看,他们主要利用的法源是:(1)关于非债清偿不当得利返还的法源;(2)尤里安的片段 D. 41,1,36;(3)优士丁尼《法典》当中收录的戴克里先的谕令(C. 4,50,6);(4)来自盖尤斯的片段 D. 41,1,9,3 和优士丁尼《法学阶梯》中的 I. 2,1,40。

萨维尼建立物权合同理论时利用的法源包括:(1)关于非债清偿不当得利返还的法源;(2)优士丁尼《法典》当中收录的戴克里先的谕令(C. 4,50,6);(3)优士丁尼《法学阶梯》中的 I. 2,1,40。虽然萨维尼建立物权合同理论时完全没有提到尤里安的片段,但是尤里安和乌尔比安之间的矛盾在整个物权合同理论的建立上所起到的作用也不应当被忽视。

五、结语

物权合同存在吗?很显然,在了解了物权合同理论的发现史之后,不需要多么抽象的理解力就可以认识到它的存在。

写作本文的目的主要是为了证明历史基础对于理解现行法的重要性。该目的是否达到,只能请读者自行评判。然而,对于物权合同理论来讲,还有很多有待研究的问题。至少物权合同理论从萨维尼到现在的发展,还没有详细的中文文献。如果我们不掌握其发展的脉络,就无法在一个良好的基础进行讨论。

The Discovery of Real Contract: From Julian to Savigny

Ke Weicai

Abstract: In explaining the rules of *condictio* and contradiction between Julian and Ulpian, the glossators formed the idea of abstract real agreement. This idea was further developed by commentators, and finally became a systematic abstract transfer theory in Hugo Donellus' great Commentary. Based on Donellus' thoughts and critique of the *titulus* and *modus* theory, Savigny established the real contract theory. The establishment of real contract theory was not an inevitable result of the clear distinction of obligation law and property law, but a need for systematization of Roman civil law.

Keywords: real contract; Savigny; *traditio*; *iusta causa*

(责任编辑:丁洁琳)

[78] L. P. W. van Vliet, *Iusta Causa Traditionis and Its History in European Private Law*, 3 *European Review of Private Law* 342, 369-372 (2003).

论物权推定规范

王 雷*

摘 要: 物权诉讼过程中的证明责任是案件裁判的重点问题,我国《物权法》中暗含大量的物权推定规范,这是《物权法》中证据规范的鲜明特色。从法律要件事实的角度,可以将我国《物权法》上的物权推定规范区分为三类:不动产登记簿的权利推定规范,占有的权利推定规范和不可反驳的物权推定规范。不动产和动产善意取得制度的构成要件及其证明责任并不相同,前者要求相对较低,这是由不动产登记簿公信力高于动产占有公信力所决定的,相比于占有,不动产登记簿具有更高的可信度和更坚实的信赖基础。

关键词: 证据规范 法律要件分类说 物权法 物权推定规范

一、物权诉讼中的证明责任概述

在物权诉讼或者仲裁中,须要对当事人之间的证明责任(举证责任)进行妥当分配。民事立法上对证明责任规范应作妥当配置,以增强民事立法的规范性,提高民事立法的行为规范和裁判规范意义,我国当前民事立法的规范性有待从证明责任规范的配置等角度作进一步提高。有学者就曾指出:“物权法中非规范性的内容较多并不合适。法律是解决实际问题的,应有规范性条文的规定。”〔1〕《物权法》第33条至第37条规定了具体的物权保护方式,具体物权保护方式在法律适用过程中常涉及不同责任方式对应的责任构成要件(是否以过错和损害为构成要件)、诉讼时效、举证责任、费用负担等具体价值判断问题。《物权法》第35条规定排除妨害请求权和消除危险请求权,在传统民法上其分别被称为排除(除去)妨害请求权和妨害预防(防止)请求权,该条规定“妨害物权或者可能妨害物权的,权利人可以请求排除妨害或者消除危险。”通过排除妨害请求权的行使,能够排除对物权妨害的源头。物权人行使排除妨害请求权时须证明自己对他物所享有的物权以及妨害的现实存在,〔2〕妨害人对物权人应负担的容忍义务以及物权人排除妨害请求权的行使损害公共利益、违背诚实信用原则、应受权利失效制度约束等消极事实承担举证责任。消除危险请求权的证明责任与排除妨害请求权的证明责任类似,于此不赘。

《物权法》第34条是对返还原物请求权的规定:“无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原

* 中国青年政治学院法学院副教授,法学博士。本文是2015年第一批国家社科基金后期资助项目“民法证据规范论:案件事实的形成与民法学方法论的完善”(项目编号:15FFX005)、2014年国家社科基金重大项目“民法典编纂重大疑难问题研究”(项目编号:14ZDC017)和2014年北京市社会科学基金项目“民法中证据规范的解释与适用:以北京市法院裁判为例”(项目编号:14FXC029)的研究成果。

〔1〕 参见李永军:《民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考》,载《比较法研究》2015年第3期。

〔2〕 尽管行政机关已经作出拆除违章建筑的行政处罚决定书,若该处理决定未得到最终执行,受害人认为其权利被侵害未得到解决而提起民事诉讼,符合人民法院受理条件的,法院仍需进行民事审理。参见“吴和福等诉温世德等拆除违章建筑案”,广西壮族自治区北海市中级人民法院(2011)北民一终字第165号。

物。”返还原物请求权发生在无权占有的情形下,我国台湾地区“民法”第767条第1款前段则将此区分为无权占有或者侵夺所有物两种情形。就返还原物请求权而言,其要件事实如下:第一,请求权人对该标的物享有物权或者依法得行使物权。第二,相对人须为现在占有该标的物之人。第三,相对人之占有须为无权占有或者出于侵夺。^[3]就该要件事实的证明责任,分析如下:

当事人应当对其所主张的有利于己的要件事实承担证明责任。权利人行使返还原物请求权时应当负担举证责任,无权占有人在反证时也负担相应的举证责任。^[4]一方面,针对返还原物请求权的权利发生要件事实,权利人须证明自己为物权人或者得行使返还原物请求权之人,此项证明责任一般得由登记或者占有的权利推定规则以完成。权利人还须证明返还原物之诉的相对人为标的物的占有人。另一方面,返还原物请求权行使过程中,相对人无权占有之事实究竟为返还原物请求权的权利发生要件事实还是请求权妨碍要件事实?这从我国《物权法》第34条及我国台湾地区“民法”第767条第1款前段的规范结构上无法直接得出妥当解答,该两条文文义解释的结论似乎支持将无权占有作为返还原物请求权人的权利发生要件事实,而实际上,“无权占有”相对于返还原物请求权人而言属于消极事实,消极事实应当由否定之人承担证明责任。因此,占有人得反证证明返还原物请求权人并非物权人或者得行使物权之人,占有人对自己有占有的正当权源的事实也须予以证明。相比而言,《德国民法典》第985条和第986条分别规定返还原物请求权的发生要件事实和妨碍要件事实的做法更符合证明责任分配的一般法理。从立法论上看,应该结合证明责任规范配置的一般标准,采取原则和例外相结合的立法技术,未来我国民法典对返还原物请求权(或者返还原物民事责任)的规定可以考虑采取如下条文表述:“权利人可以请求无权占有不动产或者动产的占有人返还原物,但占有人有占有权利的除外。”

此外,根据返还原物请求权的上述要件事实,在没有占有的正当权源而占有他人之物时,不管占有人主观过错之有无,权利人对无权占有均享有返还原物请求权。无权占有人返还原物责任方式仅属于其对本不应该由其占有之物的返还,是一种“退出式”的责任方式,^[5]该责任方式并未增加无权占有人的额外负担,况且若无权占有人无过错就可以继续占有标的物,这也不利于实现物权法“明确物的归属,发挥物的效用”的立法宗旨。当然无权占有人是否有过错可能会影响其对占有物进行用益时不当得利返还的范围。若无权占有人对占有物进行管理,则可能存在无权占有人对物权人行使无因管理中的费用偿还请求权。原物返还中的费用负担则由无权占有人承担。“登记不动产物权人所享有的返还原物请求权不应当适用诉讼时效制度。原因在于,不动产物权以登记,而非占有作为物权的公示手段。因此只要登记簿上仍然显示不动产的权属状况,就会排除向不特定第三人呈现权利不存在状态的可能。”^[6]

二、不动产登记簿之权利推定

(一)不动产登记簿推定力的含义

《物权法》第16条第1款规定:“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”该条实际上就是对不动产物权的权利推定规范,其推定不动产登记簿这一书证所记载的不不动产权利为真实。当然,根据权利存在与否的客观后果进行判断,不动产登记簿既可以起到积极推定的效果,也可以起到消极推定的效果,后者对

[3] 参见姜世明:《所有物返还请求权之举证责任分配》,载姜世明:《民事证据法实例研习》(一),正点文教出版顾问有限公司2005年版,第175-187页。

[4] 参见《申井小等诉贾计生返还原物案》,载《人民法院案例选》2000年第2辑,人民法院出版社2000年版,第58页。“简某诉苏某返还原物纠纷案”,漳平市人民法院(2008)漳民初字第988号。

[5] 参见马俊驹:《民法上支配权与请求权的不同逻辑构成——兼论人格权请求权之独立性》,载《法学研究》2007年第3期。

[6] 王轶:《物权请求权与诉讼时效制度的适用》,载《当代法学》2006年第1期。

应登记簿上已经被涂销的不动产权不存在或者基于法律行为发生物权变动却没有记载于登记簿上的不动产权不存在。^{〔7〕}《物权法》第17条对不动产登记簿的权利推定效力作进一步对比规定:“不动产权属证书是权利人享有该不动产权的证明。不动产权属证书记载的事项,应当与不动产登记簿一致;记载不一致的,除有证据证明不动产登记簿确有错误外,以不动产登记簿为准。”《房屋登记办法》第26条规定:“房屋权属证书、登记证明与房屋登记簿记载不一致的,除有证据证明房屋登记簿确有错误外,以房屋登记簿为准。”这就确认了不动产登记簿和不动产权属证书在公信力和证明力上的高低之别。

不动产登记簿之权利推定规范在立法上解决了不动产权的证明责任分配问题:

一方面,权利推定规范属于民事证据规范,其会产生证明责任转换的证明负担效果,即否定登记簿上记载事项真实性的当事人须就其权利否定事项承担证明责任;受益于登记簿推定力之登记名义人只需要证明其物权已经在登记簿上登记记载即可。

另一方面,权利推定规范属于可推翻之推定,而非终局的、确定的,其并不能终局性地解决不动产权的归属和内容,权利推定规范之所以能被确立,是因为不动产登记簿所彰显的权利外观在绝大多数情况下具有真实正确性,此即“不动产登记簿正确性的推定”(Die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs),然而,不动产登记簿仍然不能终局性地解决不动产权的权利归属问题,存在登记簿记载错误的情形,这就需要配合《物权法》第19条的更正登记和异议登记制度。“对登记簿正确性有异议者只要证明该权利产生要件或消灭要件并不存在即可。”^{〔8〕}

不动产登记簿推定力是不动产权善意取得制度的逻辑前提。非真实权利人登记为不动产权人并处分之,可能导致不动产的善意取得。无权处分的相对人基于对无权处分人在不动产权上权利外观的信赖,受不动产权善意取得制度的保护。

以房屋所有权善意取得制度为例,非真实权利人成为不动产登记名义人并进行处分的情形主要有:第一,因房屋登记机关登记错误,致使房屋登记簿上记载的原所有权消灭,产生了新的登记权利,登记人擅自以自己名义处分房屋的。第二,当事人约定一方以他人名义购买房屋,并将房屋登记在他人名下,名义登记人(出名入)擅自以自己名义处分房屋的。第三,权利人非基于法律行为引起的物权变动取得房屋所有权,但未办理宣示登记,房屋登记在他人名下,登记名义人擅自以自己名义处分房屋的。第四,夫妻共同共有及其他法定共有房屋仅登记在其中部分共有人名下,登记人未按照约定的条件或者在无约定的情况下未按照《物权法》第97条规定的经占份额三分之二以上的按份共有人或全体共同共有人同意的条件,擅自以自己名义处分房屋的;此外,《婚姻法》第19条第1款、第17条的规定也可以直接排除《物权法》第16条第1款的适用。第五,出卖人转让房屋并办理了所有权转移登记,其后买卖合同被确认无效或被撤销、解除,尚未办理所有权回复登记,登记人(买受人)擅自以自己名义处分房屋的。^{〔9〕}

(二)民事强制执行程序中对不动产权属的证明责任分配

强制执行法意义上的不动产侧重于不动产的流通性,而民法意义上的不动产侧重于不动产的静止性。不动产强制执行标的具有流通性的特点,对禁止流通的不动产不得执行。凡是作为执行标的物的不动产都应该是能够流通的,这是由执行程序的目的决定的。在不动产强制执行程序中,法院对强制执行措施的实施更多地具有行政权特点,法院此时不应该像行使审判权那样恪守中立,法院应该对被执行人的财产主

〔7〕 有学者认为该种情形属于系争权利原本不存在,不属于消极推定的范围,笔者认为这实际上属于纯粹民法学问题中的解释选择问题,此种争论并不会影响法律的解释和适用。参见常鹏翱:《物权法中的权利证明规范》,载《比较法研究》2006年第2期。

〔8〕 程啸:《不动产登记簿之推定力》,载《法学研究》2010年第3期。

〔9〕 参见2010年12月22日起施行的北京市高级人民法院《关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》第5条、第15条、第18条。

动调查,^[10]当然,在民事执行程序中,执行案件当事人也需要负担相应的证明责任。

“在强制执行程序中,法院要查封某一不动产时,必须依据不动产登记簿的记载来确定被查封的不动产是否属于被执行人所有。”^[11]《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释[2004]15号)第2条第1款对此有明确的规定:“人民法院可以查封、扣押、冻结被执行人占有的动产、登记在被执行人名下的不动产、特定动产及其他财产权。”有学者进一步指出,我国《民事诉讼法》第227条赋予了执行法官对执行标的实体权属的判断权,但案外人异议中执行法官的权利判断所遵循的程序、适用的法律、判断标准和效力均有别于审判法官的判断,权利判断的性质为形式物权、权利表象,而非实质物权、真实权利。物权公示具有权利推定效力,在有体物作为执行标的之案外人异议的审查中,执行法官的权属判断标准是物权公示原则;在有体物以外的其他权利和利益(如股权、知识产权等)作为执行标的之案外人异议的审查中,执行法官的权属判断标准则为权利外观主义。^[12]“在强制执行程序中,第三人不得以被执行财产系错误登记为由提出异议,但第三人在被执行的财产被查封后15日内以法定方式主张其权利的,不在此限。”^[13]

当然,法院执行被执行人占有的动产、登记在被执行人名下的不动产、特定动产及其他财产权时,真正权利人可以根据我国《民事诉讼法》第227条提起案外人异议。案外人以不动产登记不实为由提起异议时,当事人之间就物权归属产生争议,该实体权利归属的判断权归审判机构,就此异议,执行机构应该予以裁定驳回。执行机构对登记在被执行人名下的不动产进行查封执行,这符合物权法公示公信原则。案外人对登记在被执行人名下的不动产主张物权的,应该通过法院诉讼途径解决,执行机构不裁断当事人之间的实体权利争议。《民事诉讼法》第227条规定了案外人异议之诉:“执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2015]5号)第311条规定:“案外人或者申请执行人提起执行异议之诉的,案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任。”笔者认为,在执行异议之诉的审理过程中,法院就案外人提起的执行标的实体权利归属之诉应该作实体审理,不能局限于不动产登记簿的权利记载等权利外观。

(三)不动产登记簿推定力的适用范围

不动产登记簿的推定力并非推定取得该不动产权的方式,而是主要适用于对交易关系背景下交易双方当事人和第三人之间利益冲突的协调。不动产登记簿推定力的适用对象也并非及于登记事项的全部,而是对权利或者法律关系的现实存在或者不存在状况的推定。正如罗森贝格所说,“我们的推定不是事实推定,而是权利推定”^[14] 2015年《不动产登记暂行条例》第8条第3款规定:“不动产登记簿应当记

[10] 参见叶蓁:《论民事强制执行中的财产调查权》,载《环球法律评论》2011年第1期。

[11] 同注8引文。

[12] 参见肖建国:《执行标的实体权属的判断标准:以案外人异议的审查为中心的研究》,载《政法论坛》2010年第3期。值得注意的是,在国有土地上房屋征收补偿过程中,行政机关对房屋使用性质的认定也采取类似的态度,认为应当以房屋登记簿等原始权利记载为前提。房屋变更使用性质的,行政相对人应当提供有权机关批准变更的文件,并结合房屋实际使用情况进行认定。不能提供批准文件的,房屋性质仍按照原有记载予以认定。参见“霍佩英与上海市黄浦区人民政府、第三人上海市黄浦区住房保障和房屋管理局、孙慰萱、陈伟理、孙维强房屋征收补偿决定案”,上海市黄浦区人民法院(2013)黄浦行初字第350号。王艳姮、葛翔:《证明房屋使用性质变更要提供批准文件》,载《人民司法·案例》2014年第22期。

[13] 尹田、尹伊:《论对未经登记及登记不实财产的强制执行》,载《法律适用》2014年第10期。

[14] [德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》(第4版),庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第235页。

载以下事项:(一)不动产的坐落、界址、空间界限、面积、用途等自然状况;(二)不动产权利的主体、类型、内容、来源、期限、权利变化等权属状况;(三)涉及不动产权利限制、提示的事项;(四)其他相关事项。”而根据《物权法》第16条的规定,不动产登记簿是物权归属和内容的根据。不动产登记簿上记载的自然状况并不能成为权利推定力的适用对象。^[15]北京市高级人民法院于2010年12月22日发布施行的《关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》第28条将房屋登记簿推定力进一步限缩适用于房屋买卖等非权属纠纷民事案件中,该条规定:“在房屋买卖等非权属纠纷民事案件中,当事人一方对另一方作为权属证据提供的房屋登记簿和权属证书提出异议,法院原则上仅对房屋登记簿和权属证书形式上的真实性进行审查,经查属实的,即可作为民事诉讼的证据使用。”

有法院在裁判中指出:“涉讼买卖合同对标的物坐落位置、建筑面积、房屋类型等的约定,与不动产登记簿记载的内容一致。该不动产登记簿记载的内容具有公示、公信效力,一方面表明被告为涉讼房屋的登记权利人,依法享有该房屋的所有权和土地使用权;另一方面表明涉讼房屋的登记信息具有权利的正确性推定效力,可推定登记的权利状态、范围与现实的客观状态相符,善意相对人因信赖该登记的正确性而与登记权利人签订合同,该合同的效力不因登记的错误或权利内容的状态而受影响。”^[16]此种对不动产登记簿权利推定力和公信力的理解并不妥当。一方面,不动产登记簿的推定力是一种权利推定而非事实推定。“不动产登记簿的推定力是以不动产登记簿记载的物权与真实的物权在绝大多数情况下都相一致为基础的。”^[17]不动产登记簿的权利推定又包括积极推定和消极推定,不动产登记名义人被积极推定为该不动产的物权人;登记名义人被注销登记后就被消极推定其不再享有该不动产物权。不动产登记簿的权利推定力并不适用于登记簿上记载的全部事项,只适用于登记簿上具有登记能力的权利事项的记载,不适用于对不动产坐落位置、建筑面积、^[18]房屋结构、经济用途等自然状况的记载。“不动产登记簿的推定力仅仅是为了更有效率地实现不动产登记簿使法律上交易明确化、清晰化的制度功能,而产生的权利推定,其仅与权利相关,确切地说是与那些具有登记能力的物权相关。”^[19]另一方面,不动产登记簿的公信力主要适用于无处分权人处分不动产的情形。不动产登记簿的推定力,对不动产的自然状况的记载是不能适用的,也不及于对不动产登记名义人以何种方式取得登记簿上记载的权利。不动产登记簿上所记载的物权归属和内容形成“权利外观”,法律保护不动产交易当事人对不动产登记簿所记载的物权归属和内容的信赖,以保障交易安全,提高交易效率。^[20]

进言之,不动产登记簿的推定力和公信力适用于交易关系背景下当事人之间的利益冲突协调,而不适用于非交易关系背景下当事人之间利益冲突之协调,前者如第三人善意取得,后者如夫妻法定共同共有财产制。对不动产物权交易关系中的第三人,适用不动产登记簿推定力的形式审查规则;对夫妻等特殊身份关系之间的内部确权关系,适用实质审查规则,不受权利外观登记的限制。一方面,《婚姻法》第17条和第19条第1款对夫妻财产制“没有约定或约定不明确的”,适用法定共同共有的规定,属于拟制规定,不得再行推翻,而此拟制规定可以推翻《物权法》第16条第1款所规定的不动产登记簿的推定力。如果丈夫未经妻子同意将共同财产赠与非婚同居之第三人时,该赠与行为并非日常生活需要,非属于交易关系背景下的

[15] 参见程啸:《不动产登记簿的推定力、公信力与买方信赖的保护——“丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案”评释》,载《交大法学》2013年第4期。

[16] 《丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案》,载《最高人民法院公报》2012年第11期。

[17] 同注8引文。

[18] 有学者则认为,记载土地大小、类型等不动产状态的事实登记不能产生推定力,不过,由于土地面积的界限标志不是纯粹的事实标志,它具有权利属性,已经超出了事实登记范围,从而能够产生推定力。参见王立争:《民法推定性规范研究》,法律出版社2013年版,第271页。

[19] 同注8引文。

[20] 参见注15引文。

利益冲突,侵害了妻子的合法权益,有悖公序良俗原则,应为全部无效,而非有效或者部分无效。^[21]“婚内财产分割协议是夫妻双方协商一致的结果,在不涉及第三人利益的情况下,应当尊重夫妻的真实意思表示。因此,夫妻婚内财产分割协议对夫妻共同所有房屋的权属进行了约定的情况下,不应以产权登记作为认定该房屋权属的唯一依据。”^[22]另一方面,对于不动产交易关系中的第三人而言,其不负有查明所交易的不动产是否属于夫妻法定共同共有财产的义务,第三人原则上只需要了解不动产登记簿记载的权利状况,无须承担额外的审查义务,不动产登记机构编制的不动产登记簿相比较于占有能提供更为坚实的信赖基础。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第11条即坚持此做法,当然,对该规定中“第三人善意”的判断也并非绝对,真实权利人对第三人的善意仍可举证反驳推翻。

三、占有之权利推定

与不动产登记簿的权利推定规则相对应,我国《物权法》上缺少对占有的权利推定规则之规定,二者实际上本应共同构成物权法上的权利外观推定规范。不动产登记簿或者动产占有这种权利外观的推定效力均建立在其与真实权利相符的高度盖然性基础之上,从而能够起到表彰本权的机能和化解权利证明的难题。与占有的权利推定规范相对应,比较法上还存在占有的事实推定规范。

占有权利之推定与不动产登记簿权利之推定相对应,我国《物权法》将后者规定在第16条第1款,而对前者则未作规定。《物权法》第16条第1款实际上就是对不动产物权的权利推定规范,其推定不动产登记簿所记载的不动产权利为真实。物权权利外观的这些推定力并不都是有利于权利外观所指向的权利人的,它也有可能是对权利人不利的。^[23]《物权法》中的物权权利推定规范分别与登记和占有这两种法定公示方法相关联,经由相关权利推定规范,对物权法定公示方法所展示出来的权利外观,交易相对人可以为合理信赖。在物权法定公示方法上进行权利推定至少存在两个原因:一方面,物权权利推定规范有助于避免交易关系当事人花费巨大的调查成本去获知物权归属之“真相”,这降低了交易成本,提高了交易效率。另一方面,物权归属状况经由法定公示方法对外展示出来,也是物权原则上属于绝对权及对世权的要求,经此公示,他人就可以明晰物权归属,从而合理划定自己行为自由之边界。

我国台湾地区“民法”第943条对占有权利之推定规则作了明确规定:“占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利。”“前项推定,于下列情形不适用之:一、占有已登记之不动产而行使物权。二、行使所有权以外之权利者,对使其占有之人。”该条第2款相对于该条第1款而言属于一个限制性法条,其限制了占有的权利推定规则之适用范围,以维护不动产登记的公信力和维护诉讼法上举证责任分配法则、实现占有和本权人之间利益衡量上的公平。占有的权利推定规则也非“视为”性质的法律拟制规定,此种推定属于可反驳推翻之推定,真实权利人得反证推翻占有人的权利推定效力,此时占有人若欲维持此种推定效力,则须就自己的占有有合法正当本权的事实,进一步负担举证责任,此为举证责任之转换效果所致。学理上还有“对占有之未登记不动产请求确认所有权,或请求为所有权登记”等问题的讨论。^[24]

占有权利之推定规则能够加强占有制度保护社会和平秩序的功能和快捷保护占有背后权利的功能。返还原物请求权中,权利人须证明自己为物权人或者得行使返还原物请求权之人,此项证明责任一般得由登记或者占有的权利推定规则以完成,这就降低了返还原物请求权人的举证负担,占有权利推定规则也就

[21] 参见“李梅诉李霞返还财产案”,海淀区人民法院(2011)海民初字第27214号。

[22] 《唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案》,载《最高人民法院公报》2014年第12期。

[23] 参见[日]田山辉明:《物权法》,陆庆胜译,法律出版社2001年版,第134页。

[24] 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第452-453页。

起到了对本权快捷保护的功能。正是从这个意义上,有学者指出,在现代物权诉讼实践中,占有保护之诉构成对返还原物请求权的替代性救济措施。^[25]“占有权利的推定可以免除举证责任的困难,易于排除侵害,维护物之秩序。吾人所穿衣服,所戴手表,所驾汽车,所用钢笔,倘不推定吾人所有,则他人将任意争执,诉讼不断,危及社会秩序。”^[26]此外,占有权利之推定规则还有助于维护交易安全,“占有的权利既受推定,产生公信力,使善意信赖占有而为交易者,得受保护,有益交易安全。”^[27]

四、善意取得制度中善意要件的证明

(一)善意取得制度中的利益衡量

不动产和动产善意取得制度是对不动产登记簿权利推定力及占有权利推定力的逻辑展开,后者则是前者的逻辑前提。^[28]权利外观原则在物权法上表现为物权变动公示方法的公信原则,并进一步具体化为善意取得制度。

有学者主张,“物权变动公信原则系权利外观原则(权利外观优越原则、信赖原则)具体化之一,法律上凡有一定之外形事实,足可推断有真实之权利或事实关系存在,信赖此项外观而为法律行为之人,法律均给予其所信赖事实相同之法律效果,以为保护”。^[29]物权变动的公信原则处理的是在交易信息不充分的情形下名义物权人、真实物权人和交易第三人之间的关系,法律本着保护交易安全的目的,在满足特定构成要件的情况下,在所有权保护(静的安全)和交易便捷(动的安全)之间作出倾斜保护交易第三人利益的价值判断结论,因为交易第三人背后对应的是不特定第三人信赖利益这一社会公共利益,这构成限制所有权人自由的足够充分且正当的理由。^[30]当不存在交易第三人的信赖利益、不涉及交易安全保护时,在名义物权人和真实物权人之间并无物权变动公信原则的适用,可见,公信原则适用于基于民事行为特别是基于有偿合同行为(交易行为)发生的物权变动过程中。

(二)善意之要件事实的证明

我国《物权法》第106条一并规定了不动产物权和动产物权善意取得制度,实际上,在不动产物权和动产物权善意取得制度的构成要件事实及其证明责任分配上并不相同,前者要求相对较低,这根本上是由不动产登记公信力高于动产占有公信力所决定的,相比于占有,不动产登记簿具有更高的可信度和更坚实的信赖基础。在对《物权法》第106条展开的解释论研究上,举证责任分配方法的争议主要集中在善意这一主观心理状态的证明上。结合法律要件分类说的通说观点,从《物权法》第106条文义解释的角度看,善意要件由受让人举证证明,^[31]但实际上尚需结合待证事实分类说的观点,区分善意要件的积极观念说与消极观念说的差别,综合交易中的一系列主客观因素,作或多或少式而非全有全无式的综合判断、区别对待,以期在所有权保护和交易安全保护之间取得谨慎的平衡。从这个意义上可以说,“善意的判断是法官在综合各种因素的情况下所形成的一种法律推定。……所谓善意是一种被法律推定的且无需由受让人举证证明的主观心态。……在交易安全保护制度适用的具体争讼案件中,主张受保护者直接声称所依赖的具体规

[25] 参见[瑞士]约莱·法尔尼奥利:《失去“往日辉煌”的所有物返还请求权》,王洪亮译,载王洪亮、张双根、田士永、朱庆育主编:《中德私法研究》2012年总第8卷,北京大学出版社2012年版,第154-157页。

[26] 王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第450页。

[27] 王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第450页。

[28] 相反的观点参见朱广新:《论物权法上的权利推定》,载《法律科学》2009年第3期。

[29] 谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社2011年版,第51页。

[30] 参见王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第54页。有学者曾指出:“动产所有权善意取得制度最可表现法律上的利益衡量与价值判断,对法学思考甚有助益。”王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第457页。

[31] 参见郑金玉:《善意取得证明责任分配规则研究》,载《现代法学》2009年第6期。

则的构成要件已经充分,关于善意无需主张者单独举证,而对方要推翻这一认定,就必须承担反证责任。……在具体争讼当中,对当事人善意与否的认定就转化为对其是否为恶意的判断。主张善意者无需对此提供证据,而由对方提供其非为善意的反证,即证明第三人为恶意。……”^[32]

动产善意取得制度中对受让人的善意须采取消极观念说,即“受让人不知道并且不应当知道处分人对财产无处分权”,消极事实由主张此事实存在者承担举证责任,这也正是《德国民法典》第932条和我国台湾地区“民法”第948条在立法上采取排除式表述的原因,即规定何种情形属于非善意。因此,受让人是否善意的举证责任不在于受让人,而在于所有权人,基于占有的权利推定规则这一公信力,出让人对动产的占有事实可以推定受让人的善意,所有权人(真实权利人)主张受让人非善意的,则所有权人须对此负担举证责任。我国人民法院在善意取得案件的司法裁判中,一度并未坚持对受让人善意要件的推定做法,而是将善意要件的举证责任交由主张善意取得之人承担。如有法院认为:“机动车虽然属于动产,但存在一些严格的管理措施使机动车不同于其他无需登记的动产。行为人未在二手机动车交易市场内交易取得他人合法所有的机动车,不能证明自己为善意并付出相应合理价格的,对其主张善意取得机动车所有权的请求,人民法院不予支持。”^[33]就不动产物权善意取得制度中善意的举证责任问题,应当根据《物权法》第16条的规定采取不动产物权推定的做法,而由否定受让人为善意之人负担“恶意”事实的举证责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(以下简称“《物权法解释(一)》”)第15条则将受让人不构成善意的举证责任交由真实权利人承担。^[34]

有学者认为受让人受让不动产物权时善意的“含义与动产善意取得场合相同”,^[35]从《物权法解释(一)》第16条、第17条对不动产和动产善意取得中受让人的“重大过失”的判断标准上看,不动产受让人在交易过程中须主要审查登记簿上记载的权利状况;而动产受让人在交易过程中除须确定出让人是动产的现实占有人外,还须进一步结合交易对象、场所或者时机作综合判断。笔者认为,《物权法解释(一)》第15条更适宜从主张消极事实存在的角度加以规定,即“受让人受让不动产或者动产时,知道转让人无处分权,或者因重大过失而不知道转让人无处分权的,应当认定受让人不构成善意。”“真实权利人主张受让人不构成善意的,应当承担举证证明责任。”如此,既符合证明责任规范原则与例外相结合,以及消极事实由主张存在者举证的立法技术,又能与该司法解释第16条和第17条规定“认定受让人具有重大过失”的正面规范技术相呼应。从条文简洁、明确的角度看,适宜将该司法解释第16条第1、2两款合并:“真实权利人有证据证明具有下列情形之一的,应当认定不动产受让人知道转让人无处分权:……”

有学者主张:“不动产登记簿的公信力遵循的是‘纯粹的权利外观原则’,真实权利人是否知道登记簿的错误以及能否避免该登记簿错误之发生,在所不问。然而,在动产的善意取得中必须考虑真实权利人对于占有这一权利外观与真实权利之间差异的出现是否具有可归责性。”^[36]笔者认为,不动产登记簿的物权推定力不等同于动产的善意取得制度,物权推定规范与善意取得制度的衔接配合也不能僵化、泛化或者绝对化。“一般情况下,第三人对物权表象的信赖被推定为合理,除非有特别的情形提示应警惕权利表象的真实性,这是法律对物权法定表征形式的尊重。”^[37]《物权法解释(一)》第16条第1款对不动产物权善

[32] 吴国喆:《善意认定的属性及反推技术》,载《法学研究》2007年第6期。

[33] 《刘志兵诉卢志成财产权属纠纷案》,载《最高人民法院公报》2008年第2期。

[34] 北京市高级人民法院《关于审理房屋买卖合同案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》第19条规定:“《物权法》第一百零六条第一款规定在适用上应作如下理解:(1)房屋善意取得中‘善意’的判断标准:买受人信赖房屋登记簿中关于物权登记的记载,不知道出卖人无处分权即推定买受人为善意,但确有证据证明买受人明知或因重大过失不知房屋登记簿中物权登记错误或者登记簿中存在异议登记的除外。房屋原权利人对于买受人为恶意负有举证责任。……”

[35] 梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年第5版,第215页。

[36] 程啸:《论不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分》,载《中外法学》2010年第4期。

[37] 同注32引文。

意取得也未采取“纯粹的权利外观原则”,根据该款第四项之规定,若受让人知道登记簿上记载的权利主体错误,也会阻碍不动产物权善意取得的构成。在夫妻一方擅自出售登记在自己名下的不动产时,作为买受人的第三人负有查明所交易的不动产是否属于夫妻法定共同共有财产的义务,第三人只需要了解不动产登记簿记载的权利状况即认定其属于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第11条所规定的“第三人善意购买”,无须承担额外的审查义务,不动产登记机关编制的不动产登记簿相比较于占有能提供更为坚实的信赖基础。但不动产登记簿的推定力(公信力)是相对的,对不动产物权善意取得制度中“善意”要件的认定并非始终如此简单、绝对,应该作更多的利益动态衡量。一方面,不动产登记簿的推定力属于可反驳的推定,真实权利人可以举证反驳第三人对该登记簿的“信赖”。^[38]另一方面,根据不动产买卖的一般民事交易习惯和日常生活经验法则,第三人需要实地查看该不动产状况,以尽到更高的交易信息审查义务,如果夫妻一方擅自处分登记在自己名下的夫妻共有并共同居住的唯一住房,而第三人未实地验房查看,仅单纯“信赖”不动产登记簿所记载的权利状况,就不宜适用善意取得制度。再如,夫妻一方举证证明自己与出卖人、买受人三人早就相识,买受人知道房屋是夫妻共有财产;或者举证证明出卖人和买受人是亲戚,关系很好,不可能不知道房屋是夫妻共有财产,此时也不宜径行适用善意取得制度。^[39]

五、物权法上不可反驳的权利推定规范

我国《物权法》第103条和第104条还分别规定了共有关系的推定规则和按份共有份额的推定规则,笔者认为这两条规定均属于不可反驳推翻的权利推定规范。

以《物权法》第103条为例,该条是对当事人就共有关系性质没有意思表示或者意思表示内容不明确而设置的“视为”的推定式拟制法条,^[40]也是一体发挥补充性的任意性规范和解释性的任意性规范功能的法条,^[41]不得为当事人举证推翻。“这里所说的不可推翻,是指不得推翻推定事实,而不是说不能对前提事实提出异议,所以对受到不利推定的一方当事人来说,如果想要阻止推定,可以对前提事实进行争议,并提出前提事实不存在的证据。”^[42]《物权法》第103条实际上废止了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第88条的规定。

在共有关系不明的情形下推定为按份共有而非共同共有的具体规范目的何在?就共有关系之类型不明时的推定规则,推定为按份共有较之于推定为共同共有更有利于物尽其用。具体表现在:根据《物权法》第99条的规定,按份共有对共有物的分割更自由更方便,这就为按份共有转化为单独所有提供了便利;另外,根据《物权法》第97条的规定,按份共有在共有物的处分和重大修缮等问题上的多数决规则较共同共有的全体一致决规则更有利于决议的达成。共有是单独所有的例外,“罗马法认为共有是纷争之源,故尽量避免发生共有或使之消灭”,^[43]按份共有较之于共同共有更有利于向单独所有的转化,也相对更有利于共有物效用的发挥。

[38] 参见刘贵祥:《论无权处分和善意取得的冲突和协调——以私卖夫妻共有房屋时买受人的保护为中心》,载《法学家》2011年第5期。

[39] 同注38引文。

[40] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第197-201页。

[41] 参见王轶:《论物权的规范配置》,载《中国法学》2007年第6期。王轶:《〈物权法〉的任意性规范及其适用》,载《法律适用》2007年第5期。

[42] 李浩主编:《证据法学》,高等教育出版社2009年版,第271页。

[43] 周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第335页。

六、结语

我国《物权法》中的证据规范包含物权证明责任一般标准对应的证据规范和以物权推定规范为典型的物权证明责任法定特别标准。

法律推定其实就是对证明责任的一种分配,属于证明责任规范。^[44]孟德斯鸠曾经指出:“从推定方面来说,法律的推定要比人的推定好得多。……当法官推定的时候,判决就武断;当法律推定的时候,它就给法官一条明确的准则。”^[45]《物权法》中的推定规范主要是物权的推定规范而非对引起物权变动法律事实的推定规范,这与该法作为明确物的归属和发挥物的效用的基本法律功能有关。我国《物权法》中规定了大量的物权推定规范,这是《物权法》中证据规范的鲜明特色。我国《合同法》中证据规范的特色在于合同请求权及对之为抗辩的证据规范、《侵权责任法》中证据规范的特色在于侵权证明责任倒置规范。在我国其他民法部门法中,其推定规范也多为法律事实推定规范,而非权利推定规范。“权利推定规则本质是证据负担减轻规则,……权利推定规则的规范目的在于救济占有人证明所有权等物权的困难以及赋予登记以公示效力,维护交易安全。……通过较容易证明的占有取得或者登记等权利变动事实构成来推定所有权。”^[46]《物权法》中的不动产权利推定规范和占有权利推定规范均属于可反驳的权利推定规范,而共有关系的推定规范和按份共有份额的推定规范均属于不可反驳的物权推定规范。

Norms of Property Rights' Presumptions

Wang Lei

Abstract: The burden of proof is the key question of real right action. The Property Law in China contains a large number of presumptions of property rights, which is a distinctive characteristic of norms of evidence in the Property Law. From the perspective of classification of legal requirement, presumptions of property rights of the property law in our country can be divided into three categories: presumption of rights from the real property register, presumption of rights from possession and presumptions of property rights which can not be countered. The components and the burden of proof of obtainment in good faith of the real property or movable property is not the same, the former requirement is relatively low, which is determined by the credibility of the real property register is higher than that of possession. The realty register has higher credibility and more solid trust foundation.

Keywords: norms of evidence; classification of legal requirement; Property Law; presumptions of property rights

(责任编辑:丁洁琳)

[44] 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第74-75页。

[45] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1976年版,第392页。

[46] 王洪亮:《权利推定:实体与程序之间的构造》,载《法学研究》2011年第1期。

法国新债法准合同规范研究

李世刚*

摘要:2016年法国债法改革在民法典中设立了所谓的“其他债之渊源”单元,囊括了三种类型的准合同。修订后的法国民法典,重新界定准合同概念,突出其对利益不当变动的恢复机制;完善了无因管理和非债清偿的原有规则,如将为本人与他人共同利益进行管理明确为无因管理;在错误支付他人债务的情况下,允许清偿人向真正的债务人主张返还;详细规定了不当得利的消极构成要件;三种准合同的界限与分工得以明晰;并设立了债法上的统一返还规则。

关键词:准合同 无因管理 非债清偿 不当得利 法国债法

一、引言

法国债法改革的第一阶段已于2016年2月完成。根据议会授权,法国政府于2016年2月10日颁布了《关于合同法、债法一般规则与证明的改革法令》(以下简称“法令”)^[1],同年10月1日生效,由此《法国民法典》债法部分(特别合同法、侵权责任法除外)迎来了1804年以来的首次全面修订,成为大陆法系具有里程碑意义的事件。

依据《法令》修订后的《法国民法典》从其第三卷(“取得所有权的不同方式”)的第三编起集中规范新债法:第三编“债之渊源”(第1100条到第1303-4条^[2])、第四编“债之通则”(第1304条到第1352-9条),第四编(二)“债的证明”(第1353条到第1386-1条),之后各编依次维持原民法典中有关各种有名合同的规范(由于特别合同不属于本次修订内容,其编章节号、条文号与内容均无变化)。其中,第三编“债之渊源”分成“合同”、“非合同责任”(即侵权责任)与“其他债之渊源”三个单元;第四编“债之通则”分成“债的类型”、“债的运转”、“债权人的诉权”、“债的消灭”与“返还”五个单元。

法国新债法体例有三个特点。一是,“债之渊源”独立成编,在债法体例中扮演了重要角色。二是,先原因(“债之渊源”)再结果(“债之通则”),先具体再抽象,以体现思维逻辑的过程。三是,所有的特别合同附在债法规范的最后部分,呈开放态势。

鉴于债的渊源在法国新债法中占有重要地位,规范合同与侵权行为以外的所谓的“其他债之渊源”单元格外引人注目,它替代了原来民法典中的“准合同”部分,分“无因管理”、“非债清偿”与“不当

* 复旦大学法学院副教授,法国巴黎第二大学法学博士。本文为2016年国家社会科学基金一般项目“法国新债法对中国民法典债编制定的启示与比较研究”(16BFX104)的阶段性成果。

[1] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>.

[2] 除特别说明外,本文所引条文均为依据《法令》修订后的《法国民法典》中的条文。

得利”三章。本文以此单元为研究对象,希望能对中国民法典的债编的制定在体例与内容上提供一种比较法上的参考。

需要说明的是,法国新债法以此前的两套学者草案为基础。一套是全面涉及了除特别合同法以外的所有债法内容的《卡特拉草案》(2005年)。一套是后来在法国司法部支持下,由法兰西学院院士泰雷(François Terré)先生主持并完成的《泰雷合同法草案》(2008年)、《泰雷侵权责任法草案》(2012年)和《泰雷债法草案》(2013年)。

二、“准合同”概念的沿用及其类型的安置

法国学界就是否应在民法典中保留“准合同”(“准契约”)^[3]的概念一直存有争议,这与如何解读其含义及类型有直接的关系。

(一)关于“准合同”概念的两种理解

“准合同”的表述在罗马法中并不存在。随着人们发现在合同之外存在其他可以产生与之同样效力的合法行为,罗马法学家盖尤斯(公元2世纪)在《法学阶梯》中曾描述说,某些债务的渊源并非来自于合同但是却和合同所生之债类似,债务人承担一种“准来自合同”(quasi ex contractu)的义务。这一类比自公元6世纪起被解读为某些债的渊源系来自于“准合同”。^[4]1804年的《法国民法典》专门设立一章名为“准合同”。

对“准合同”的理解,在《法国民法典》制定前期本有两派观点。一方以波蒂埃(Pothier)为代表,认为“准合同”是一种类似合同,无因管理类似准委托合同,非债清偿类似准借款合同。另一种观点以庞波尼乌斯(Pomponius)为代表,认为所谓“准合同”实质是一种利益不当变动的恢复机制,其基础为“任何人不得在没有权利的情况下损害他人而使自己获利”的原则。因奉行意思主义,1804年《法国民法典》仅采纳了波蒂埃的理论,其第1371条对“准合同”的界定^[5]与不正当利益返还的理念毫无瓜葛。于是,相关债务来源于“类似合同”的界定掩盖了其类型的共性(乃是对利益不当变动的恢复机制)^[6]。

时至今日,这两派观点仍引发着冲突。有观点认为,法国民法典应当抛开假象直奔主题,放弃“准合同”概念,设立独立的单元规范不当利益变动的恢复机制。《泰雷债法草案》就根据这一观念,设计了所谓的“其他债之渊源”单元以替代“准合同”概念,其第一章名为“从他人处获得不应得之利益”规范“非债清偿”(第一节)与“不当得利”(第二节),第二章名为“无因管理”。

另有观点认为“类似合同”这种界定仍具有重要的现实意义。尤其今天单纯的自由主义或国家干预经济均有所后退,越来越多的债务虽然来源于法律或者判例,但其制度与合同之债更为接近。^[7]

[3] 中国学界通用的表述是“准契约”(如李浩培、吴传颐、孔鸣岗译《拿破仑法典(法国民法典)》,商务印书馆2006年版;罗结珍译《法国民法典》,北京大学出版社2010年版)。但是基于如下两点考虑,笔者在本文中使用了“准合同”的表述:首先,1804年《法国民法典》第1371条以及法国学界一般使用“准合同”(quasi-contrat)的表述,而不是“契约”(convention)。第二,法国新债法改革在民法典中全面使用“合同”替换“契约”这一被认为是古旧的表述。

[4] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *Cours de droit civil: Les obligations*, 5^eéd., 2011, Dalloz, n° 1016 et s., p. 557 et s.

[5] 1804年《法国民法典》第1371条规定:准合同是人完全自愿之行为,并因此产生对他人的义务以及有时双方互负义务。

[6] P. Remy, « Des autres sources d'obligations », in *Pour un réformisme du régime général des obligations (sous la direction de F. Terré)*, Dalloz, 2013, p. 31 - 50, spéc. p. 34 - 36.

[7] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1018, p. 558.

例如,立法者赋予商业租赁合同的承租人续租的权利但有关租金的调整权利在法官手中的现象(1953年9月30日指令),法律确立的夫妻离婚后的“强制租赁合同”(1975年7月11日法律),现在所谓的强制缔约以及事实行为缔结合同等,即可被认为是属于“准合同”的范畴,只是通常被放置在相关的合同法部分予以研究和解释。^[8]学者草案《卡特拉草案》就延续了《法国民法典》的传统,使用“准合同”作为标题。

最终,依《法令》修订后的《法国民法典》虽没有放弃“准合同”的概念但有了较大的突破:首先,相关单元实际上仅规范了准合同的三种类型(无因管理、非债清偿和不当得利),却以“其他债之渊源”作为单元的标题;第二,虽也使用了“准合同”的表述,但特别突出了其对利益不当变动的恢复功能,从而缩小此概念的适用范围、弱化其地位。^[9]

不论是否支持使用这一传统概念,法国各方对其积极的社会功能整体持肯定意见。其功能在社会学领域有着重要影响。例如,在社会连带主义学派^[10]代表人物之一的布尔茹瓦(Léon Bourgeois)看来,准合同的概念比合同的概念更能建立和解释社会联系。他指出,“准合同”就是那些因某种必要性而彼此间建立起联系但先前又无法商讨协议条件的当事人“对过去进行追认的合同”。他将有关“社会连带”(solidarité)的理论建立在这个概念之上,认为,个体之间的关联不仅是通过纯粹的合意为基础,一个有机整体其内部也存在着强烈的相互依赖性,而整体本身也依靠于内部彼此间的互通。债务以及社会联系,既可以来自于合意,也可以来源于利益的交换或变动。^[11]

(二)“其他债之渊源”(“准合同”)的三种类型

1804年《法国民法典》设立了“准合同”的专章仅规定了两种类型:无因管理和非债清偿(第1371条到第1381条)。后受学理的影响,法国最高法院在1892年6月15日的Boudier诉Patureau案(又称“化肥案”)判决中承认了罗马法上的“转用物诉权”,开启了“准合同”在法国法上的新类型:不当得利。^[12]

该案中,某农民租种土地后,因无力支付租金而解除了租赁合同,并放弃了土地上的农作物以偿还他对土地所有人欠下的债务。不过,该农民用于耕种这块地的化肥系从化肥商那里购得的,且一直没有付款。于是,化肥商便起诉土地所有权人,理由很简单,后者从其化肥中获得了利益,并最终获得了最高法院的支持。最高法院认为,对于“转用物诉权”,“我们没有任何法律条文对其进行规制,该诉权的行使不受制于任何特定的条件”,只要请求之人能证明“通过其个人行为或者贡献,使得相对之人获得利益”即可。^[13]

在罗马法上,“转用物诉权”(Action de in rem verso)是作为一种应对不能适用代理的情况的权宜之计:当事人和一个无缔约能力之人(如奴隶、家庭中的儿子)订立了合同,可以向家长主张后者因该

[8] A. Bénabent, *Droit civil, les obligations, Montchrestien*, 11^e éd., p. 296; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1018, p. 558; J. Honorat, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi - contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, 653.

[9] 修订后的《法国民法典》第三副编(“其他债之渊源”)开篇(第1300条)即规定:“准合同是完全自愿之行为,由此给本无权利获取利益却获得利益之人产生义务,有时行为人也对他人负有义务。”“本副编所规范的准合同有无因管理、非债清偿和不当得利。”

[10] 该学说认为社会成员是互相依存的,因此必须互相帮助。F. Ewald, *L'État - providence*, Grasset, 1986, spéc. 358 et s.

[11] L. Bourgeois, *Solidarité*, 4^e éd., Armand Colin, 1904.

[12] 参见刘言浩:《法国不当得利法的历史与变革》,载《东方法学》2011年第4期,第133-136页。

[13] Req. 15 juin 1892, D. 1892, I, 596; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, Obligations Contrats spéciaux Sûretés*, 12^e éd., 2008, p. 553 et s.

合同而得利之价值。^[14] 法国学者指出,^[15] 其范围原及于间接得利,后扩展到直接得利;它后来得到普鲁士民法典第 262 I 13 条以及奥地利民法典第 1041 条的认可。19 世纪末,法国学者奥伯瑞(Aubry)和劳(Rau)编写的《法国民法教程》对其进行了系统整理。^[16] 再后来法国最高法院在 1892 年有了上述判决。

需要说明的是,1892 年的案件属于“间接转移得利”,即当事人之间的利益不当变动系因第三人的原因造成的。这种利益变动的情况可非常广泛。不仅如此,判决似乎只要求受益与损失之间有因果关系即可,没有其他的积极或消极要件。于是法国最高法院基于对法律安全的考虑,很快地修正了这一宽松的认定态度,开始设置限制条件。^[17] 法国不当得利制度体系得以完善。

经过 2016 年的债法改革,《法国民法典》集中规定了准合同的这三种类型:无因管理、非债清偿和不当得利。

三、无因管理制度的小幅调整

无因管理制度的功能在于鼓励社会互助,同时防止过分干涉他人事务。在今天修法的十字路口,立法者有一个基本价值选择或改变的机会:扩大还是鼓励互助?

法国学者指出,^[18] 社会互助有所发展,但个人主义是否已经退步却仍是个问号! 个人领地、个人事务不受他人干涉,与博爱互助的社会价值之间并非没有冲突。鼓励利他行为,很有可能会刺激人们的鲁莽、窥探他人秘密,遗害社会;博爱互助经常成为掩盖自私主义的漂亮的面具。加之今天涉及无因管理的特别立法在法国已经有了很大发展(例如在夫妻之间、共有人之间的关系经常适用无因管理等)。总体说来,今天法国通说认为,仍应严格限定无因管理的传统适用范围,维持管理人的义务重于委托合同项下的委托人的义务的传统方案。这种立法与其说是鼓励互助不如说是限制和防止干涉他人事物范围的扩大。修订后的法国民法典基本维持了民法典中有关无因管理的规定,主要努力方向在于表述上的现代与简洁,以明晰无因管理与其他债的渊源(尤其是不当得利、非债清偿)的关系,尤其是在构成要件方面使之相互区别开来。

(一) 构成要件

修订后的法国民法典(第 1301 条)基本延续了修订前法国民法典(原第 1372 条第 1 款)有关无因管理的构成要件,只是采用了较为现代的表述方式。

1. 为他人利益计的管理意图

为了突出强调管理人有为本人利益计的主观要件,修订后的法国民法典(第 1301 条)用“有意(scieamment)”替代原来法典中的“自愿”一词。如果管理人没有任何为本人利益计的主观目的,如将他人事务误以为自己事务进行管理,修订后的法国民法典(第 1301 - 5 条)明确应当适用不当得利的规则,也就是要适用“双重限制规则”。

[14] H. Roland, L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^e éd., 1998, p. 106.

[15] P. Remy, *préc.*, p. 34.

[16] C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de zachariae*, T. VI, 1879, § 576 et s.

[17] Req. 15 juin 1892, *op. cit.*

[18] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1022 - 1025, p. 561 - 563; M. Picard, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine », *RTD civ.* 1922, 5.

如果管理人对事务进行管理,既是为了本人的利益,也是为了他自己的利益,在这种情况下,是否属于无因管理呢?此前在法国成文法中没有规定,法国判例在此方面曾有过不同的态度,后来形成了一个稳定的解决方案。共同财产的共有人,在未得到其他共有人同意的情况下,为了共同的利益进行管理,法国法院认为属于无因管理。^[19]今天这个解决方案,已经体现在了一些针对具体情况的成文法中(如法国民法典第815-4条第2款有关共有财产的规定)。这种处理方法也是基于法律制度合理分工以解决实际问题的考虑。因为如果过分强调管理他人事务客观为了他人,主观也全部为了他人,排除对管理人本人也有利的情况,那只能转向不当得利规则,但是不当得利规则又因为受到严格的限制很可能不得适用(典型的例子是,公司为了其客户的利益以及公司自己的利益在其合同以外进行管理事务)。^[20]为此,修订后的法国民法典第1301-4条规定:管理人承担管理他人事务并具有个人利益的,不排除适用无因管理规则;管理人负担的债务以及费用按照各自在共同事务中的利益比例分担。

2. 对本人有利的管理行为

依据修订后的法国民法典,管理事务可以是法律行为也可以是事实行为,但应当是对本人有益处的(utilement)(第1301条)。

管理应当是有利的,或者说是恰当的。例如汽车修理人员对交给其修理的汽车进行了改装,就不被认定为有益的。^[21]无因管理是否有益,以如同管理人处在其着手管理事务时的情形为准,^[22]进行主观评判。它不是根据最终结果进行的事后判断。这与不当得利不同,后者以最终结果为准(即以起诉之日存留的利益为准)。经典的例子是,屋顶经邻居修缮以后,又被不期而遇的暴风雨卷走。通常而言,有益的行为是管理行为,而非处分行为:没有任何必要去颠覆他人的财产。此外,这种评判应当是根据管理人是否能善意认为其管理是有效的为标准。而不应当只有善良家父认为管理是有效的才能认定该管理是有益的。^[23]

由于事务的本人是判断该管理是否恰当、有利的最好的法官,因此本人的承认意味着排除了对管理事务恰当性、有益性的审查。修订后的法国民法典第1301-3条规定:本人对管理予以承认的,为委托关系。这个过去被学界一致认可的规则首次出现在民法典中。不过,条文没有说明委托关系是否溯及既往,而仅是说承认产生委托关系中的法律效果。^[24]这里的承认既可以是明示的,也可以是默示的,但需要确定的是,本人已经知悉了所有的必要信息。^[25]

3. 不存在本人的合理反对

如果本人对管理人管理事务表示了反对,自后者知道该反对时起,管理行为就不再具有合理性,管理人应停止管理事务,否则,即使管理事务客观上、结果上对本人有益,也不能再依据无因管理主张权利。

在本人反对的情况下仍管理事务,已经违反其意愿、属于干涉其私人领域,有违无因管理制度的

[19] Civ. 1^{re}, 23 juillet 1974, Bull. civ., I, p. 125.

[20] Civ. 1^{re}, 2 juin 1970, RTD civ. 1971. 137, obs. Y. Loussouarn; J. Flour, J. -L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 12^e éd., Sirey, n° 7, p. 9.

[21] Com. 8 juin 1968, Bull. civ., I, n° 50.

[22] Civ. 1^{re}, 16 nov. 1955, JCP 1956. II. 9087, note P. Esmein.

[23] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1030, p. 566; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 1041, p. 1042.

[24] P. Remy, *préc.*, p. 47 - 50.

[25] A. Bénabent, *op. cit.*, n° 459, p. 303.

初衷。例如法国国营铁路公司(SNCF)为了防止海水对其所有并分块出售的土地的威胁,实施了保护工程。该公司后来要求对一块土地的购入者们按照无因管理关系偿付有关费用。但是,由于购入者们曾反对该工程,法院认为不能适用无因管理。^[26]

不过,法国判例也承认一种例外,即本人的反对应当是合理的,如果反对是不合理的,也就是说本人本应当完成管理人在其位置上所完成的行为,那么也可以构成无因管理。例如,父亲从银行贷款购买了房屋,却又无法转让出去,虽然父亲反对,但是儿子替父亲偿还了到期的借款。法院基于道德的角度认可了这一行为属于无因管理:偿付使其避免了本不可避免的追诉,忘恩负义的人不能再从代他偿付中得到利益。^[27] 对此,法国新债法没有特别规定。在起草者看来,也没有必要规定,法国判例已经很好地给出了本人没有正当理由反对管理事务的处理方案了。^[28]

本人知悉了管理事实但没有给出任何指示(既未肯定,更未表示否定),是按照默示委托关系处理,还是按照无因管理关系处理呢?这个问题的出现,是由于传统的定义有不足的地方。修订前的法国民法典(原第1372条)规定:“不论事务的所有人是否知道该管理”,自愿管理他人事务可构成无因管理。它没有将无因管理与默示委托相互区别开来,因此给法国实务界造成了困扰。从理论上讲,默示委托的构成以默示的认可为要件,但它一不能模棱两可、二不能来自于单纯的缄默。因此,本人知道管理事务,但是保持完全的缄默应当排除默示委托关系,而适用无因管理处理有关事宜。^[29] 而且在法国法上,有些立法例已经按此方向将默示委托和无因管理区别开来。例如法国民法典第1432条与第1540条有关配偶帮助管理另一方的规定,或者第815-4条有关共同财产共有人帮助管理财产的规定。再者,从实务便利的角度考虑,“与其强迫管理人证明本人存在默示同意,不如让无因管理制度更柔和些。”修订后的法国民法典(第1301条)虽在表达方式上更为现代和简明(“于事务之本人不知或者没有反对的情况下”),但人们也不能从文字中找到答案。不过根据参与改革的学者的观点,不妨碍在解释上采用上述理论观点。^[30]

(二)效力

修订后的法国民法典基本延续了原来的规则。无论是修订前的法国民法典还是修订后的法国民法典,无因管理作为“准合同”会在当事人之间产生债务,当事人之间的关系比照委托合同之债处理,除非法律另有特别规定。从法国民法典既有的规范看,相关的特别规定使得无因管理人的义务重于委托关系中的受委托人,这显然是为了防止过分干涉他人事务。

1. 管理人的债务

构成无因管理,管理人首先需要承担相应的管理义务。修订后的法国民法典(第1301-1条)将管理人的义务(即法国民法典原第1372条第1款、第1373条、第1374条)整合到了一个条文中,并且在表述形式上也有所改变。

按照原法国民法典的说法,管理人承担一种“默示义务”(原第1372条第1款),犹如管理事务的本人在向其明示委托的情况下所生的义务(原第1372条第2款)。修订后的法国民法典采用较为简

[26] Civ. 3^e, 12 avril 1972, Bull. civ., I, n° 219.

[27] Civ. 1^{re}, 11 févr. 1986, Bull. civ., I, n° 23.

[28] J. Flour, J. - L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 5, p. 6; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 458, 462 - 1, p. 303, 325.

[29] A. Bénabent, *op. cit.*, n° 462, p. 304.

[30] P. Remy, *préc.*, p. 47 - 50.

单的表述,直接指出无因管理人应当承担起一个受委托人所应负担的债务(第1301条)。

依据有关委托合同的规范,管理人(受托人)对其任何过错都应承担责任(法国民法典第1992条第1款^[31]),即使轻微的过失也要承担责任。但与委托关系中的受托人义务不同,法国民法典要求管理人要尽到善良家父的注意义务(修订前第1374条第1款)或者说应当尽到一个理性人(une person-neraisonnable)的注意义务(修订后第1301-1条第1款)。按照修法理由书的说明,修订后民法典中所说的“理性人”与以前的“善良家父”并没有差别,它不过是旧条文(原第1374条)的继承和“现代化的表达”而已。这一注意义务要求,法官应当参照一个普通的勤勉之人的标准对管理人是否具有过错进行评判,即采用“抽象过错”之标准。而对于委托关系,依法国学界对相关条文^[32]的解释,无偿委托中的受托人是否具有过错应当采用“具体过错”之标准,即人们不能要求无偿受托人以超过对待其自身事务的注意程度而完成委托事项。^[33]这一规则表明管理人的管理义务重于无偿委托关系下受委托人的义务,以防止过分干涉他人事务。

当然,考虑到无因管理本是无偿的,为了鼓励社会上的互助行为,修订后的法国民法典(第1301-1条第2款)一方面仍然沿用原民法典(原第1374条第2款)授权法官减轻管理人责任的方向:法官有权降低管理人因其过错导致债务不履行而应向本人承担的赔偿金额;另一方面,强调法官判决减轻责任时应“根据实际情况”全面进行考察和判断,改变了旧法要求法官仅考虑导致管理人去管理事务的那些情况。当然,这个降低赔偿金额的效果仍需要满足如下要件,在对事务着手管理的时候,管理事务是对本人有益的:就一件对他人没有意义的事务着手管理,且管理不当的,不能主张减少损害赔偿。^[34]此外,依据法国判例,管理人也不需要对外事件承担责任。^[35]

管理人的管理义务要一直持续到本人“能够亲自”进行管理(法国民法典原第1372条第1款,新第1301-1条第1款)。例如,商场里的顾客捡到了其他顾客的包并将其交给商场里的一名工作人员以便找回失主,但是该工作人员并没找到失主,于是捡到包的顾客以自己负责返还为由将包带走。法国法院认为,商场及其工作人员负有义务持续进行管理,将包放到安全的地方。^[36]同样地,如果管理事务的本人死亡,管理人需要一直持续管理事务,直到其继承人能够亲自管理事务时为止(法国民法典原第1373条,新第1301-1条第1款)。显然立法者希望管理人对他人进行帮助能善始善终。通过与有关受托人义务的规定进行比较,^[37]这一无因管理的特别规则又一次表明,管理人的管理义务重于无偿委托关系下受委托人的义务,立法目的在于防止过分干涉他人事务。

2. 本人的债务

如果构成无因管理,本人也需要承担相应的债务。

[31] 《法国民法典》第1992条第1款规定,受托人不仅对其欺诈行为承担责任,而且对其在管理中的过错也应当承担责任。

[32] 《法国民法典》第1992条第2款规定,但是在判定由过错引起的责任时,无偿委托的受托人的责任轻于收取报酬的受托人的责任。

[33] J. Flour, J. - L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 14, p. 16.

[34] P. Remy, *préc.*, p. 47 - 50.

[35] Civ. 1^{re}, 3 janv. 1985, RTD civ. 1985. 547, obs. J. Mestre.

[36] Civ. 1^{re}, 3 janv. 1985, *op. cit.*

[37] 《法国民法典》第1991条第2款规定:“在委托人死亡时已经着手的事务,如果延迟会引发危害,受托人应当继续进行。”言外之意,除非延迟会引发危害,否则受托人在委托人死亡时,委托事项终止。《法国民法典》第2007条规定:“受托人可以向委托人发出通知的方式放弃其所接受之委托。”“但是放弃受托对委托人造成损害的,受托人应向其给予赔偿;除非受托人非遭受巨大损失而不能继续委托事项。”

修订后的法国民法典第 1301 - 2 条共三款,其中前两款延续了原第 1375 条的规定,在表述上略有改变。本人应当偿还管理人为管理事务而支出的必要和有益的费用,清偿管理人承担的债务,履行管理人以其名义所订立的合同。该条再次要求管理应是对本人有益的这一要件,在效果上它是本人对与管理人订立合同的第三人承担债务的条件,也是本人对管理人承担债务的条件。^[38]

值得说明的是,修订后的法国民法典(第 1301 - 2 条第 3 款)还根据实际的做法和《泰雷债法草案》(第 16 条)的设计增加了以前民法典中没有的新规定:管理人预先垫付的金额,自支付之日起计算利息。这个实际的做法,来自于法国法院对有关委托关系中受托人对其垫付资金享有利息权利的规定(法国民法典第 2001 条)的准用。^[39]

和委托关系不同,无因管理不允许管理人主张报酬。即使管理人是在其提供了职业上的帮助,也不能主张报酬。^[40] 管理人只能获得一般费用的偿还。例如家谱研究人员证明了本人的继承权,但是只能获得其有关费用的偿付,而不能获得继承的份额。^[41]

四、非债清偿制度的完善

非债清偿(Paiement de l'indu),按照法文字面意思的翻译,是指支付了本不应给付的(事物),也被译为“非债支付”、“支付不应付款项”等。^[42] 现实生活中,非债清偿的发生原因千差万别,法国传统理论将其类型化:非债清偿被区分为绝对型(或曰“客观型”)与相对型(又曰“主观型”),后者又包括两种情形“不完全相对型”与“完全相对型”。

“绝对非债清偿”是指清偿之“非债”或曰“无因”(即债务不存在的事实)是客观的、绝对的。清偿人没有债务,受领人也无债权。例如,保险人就保单未囊括之承保事项向被保险人支付了超额的赔偿金,或社会保险机构超额发放保险金等。

“相对非债清偿”是指的确存在债的关系,但或者接收者不是债权人,或者清偿人不是债务人。前一种情况(“不完全相对非债清偿”),清偿人向其债权人以外的人履行了自己的债务,但因为搞错了债权人,清偿并不能使债务人摆脱债务。例如,债务人错误地认为某人是其债权人的继承人而向后者支付了债务;快递员搞错了收货人等。后一种情况(“完全相对非债清偿”)是错误清偿他人债务的情形,即清偿人并不是某一债权债务关系的当事人,却错误地向该关系中的真实债权人清偿了债务,其在构成要件的主观方面极为特殊。

(一)非债清偿返还的构成要件

1. 非债清偿返还共同构成要件

就构成要件而言,三种类型的非债清偿返还在客观方面均须满足“清偿”系没有法律上的原因、相对人受领这些条件。

[38] P. Remy, *préc.*, p. 47 - 50.

[39] *Ibid.*

[40] Com. 15 déc. 1992, RTD civ. 1993. 579, obs. J. Mestre.

[41] Civ. 1^{re}, 27 févr. 1963, Bull. civ., I, n° 131.

[42] 如果抛开对传统法学术语的坚守,其实我们更倾向于使用“非债支付”的表述。在中文中,“清偿”更强调结果,而“支付”更侧重行为;“非债清偿”系以不存在债务为前提,强调的是在没有债务的情况下价值发生了转移的给付,使用“支付”更为妥帖。

(1)“非债”:没有法律上的原因

“非债”可以理解为“不是履行当事人之间的债务”,或者更准确地说,是指当事人之间的清偿没有法律上的原因(cause)。详言之,当事人之间不存在一般的民事债务、不存在自然之债且不存在赠与意图(修订后的法国民法典第1302条)。

不存在一般的民事债务,有多种可能。首先,最为基本的情况是,双方当事人之间可能从来没有发生过债务。再者,也有可能是,以前发生过债权债务关系但因履行等已经消灭掉。此外,双方当事人之间可能确实存在债权债务关系,但是因为进入到破产程序,普通债权人之间的债权平等性不允许债权人实现其全部债务。在此程序与情形下,按照法国现代判例的方向,^[43]有违平等性的清偿会被认定为非债清偿,受领的债权人应当返还。也就是说,尽管普通债权人的债权是存在的,但破产程序的开启破坏了普通债权人获得清偿的权利。^[44]不过,债务人在债务到期前向债权人所为的“期前支付”,不被认为是非债清偿(法国民法典原第1186条、新第1305-2条)。^[45]

受领人虽然没有积极主张清偿人清偿的权利,但如果有权保有该人所清偿的内容,也不构成非债清偿。例如,自然之债,虽然债权人不能行使支付诉权、强制他人履行,但是法律认可清偿具有法律上的原因,不构成非债清偿。类似地,基于赠与之目的而进行支付的,受益人虽不曾请求之,但却有保有的权利,清偿被认为是合理的、正当的,这种正当性来源于家庭或社会的正常友善关系。^[46]

(2)清偿

这里的“清偿”或曰“支付”,不仅仅是指支付金钱,还可以是指任何债务的履行,也不论其客体如何,交付货物等债务履行均可,重点在于“价值发生了位移”。^[47]服务给付也被认为可以适用非债清偿返还。

单纯解读修订前法国民法典有关非债清偿的规则(原第1378条到原第1381条),尤其是返还计算规则,针对的是金钱或者有体物。但在理论上,法国学界普遍认为,清偿的内容不限于上述两种情况。而服务给付的特殊性在于其客体,服务本身就是无形的,而且提供和享受服务的过程正是其消失的过程,这是返还困难的来源,但是这并不能成为不适用非债清偿规则的理由,因为毕竟可以返还价值。^[48]

从理论上讲,若适用无因管理规定处理非债服务给付纠纷,不符合其要求管理人具有为他人利益的要件,在返还计算上,按照无因管理规则仅返还管理人的花费显然并非公平。若适用不当得利规则,虽也符合其构成要件,但当与非债清偿比较,与后者更为接近(因为“服务给付”也是由清偿人“直接”向受领人转移价值的);就返还的计算,不当得利要求适用“双重限制”规则,而“非债服务给付”适用这种规则似乎没有什么正当理由,不仅如此,在不同性质的给付相互返还的情况下,还可能导致不公平的结果:例如双务合同无效的情况下,一方当事人服务提供者应返还全额价款,另一方当事人接

[43] Com. 11. févr. 2004, D. 2004. 701, note F. Millet; Com. 17 nov. 1992, D. 1993. 341, note Sortais.

[44] J. Flour, J. - L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, note 3, n° 21, p. 21.

[45] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1052, p. 1048.

[46] A. Bénabent, *op. cit.*, n° 472, p. 310.

[47] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1051, p. 1048.

[48] E. Von Caemmerer, « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », in *RIDC*, vol. 18 n° 3, 1966, p. 573 - 592; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 469, p. 308; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1042, p. 570; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1051, p. 1048.

收服务者却按照不当得利适用所谓的“双重限制”返还计算规则,有违公平。因此,《泰雷债法草案》第9条明确规定:服务给付的不当受领者,应向给付之人返还(相应的)价值。间接受益者,应当依据不当得利之规定返还。在起草者看来,这种立法方案按照利益转移是否来自直接清偿而非债清偿与不当得利相互区别开来,旨在明确两个阵营之间的界限,也有利于解决双务合同溯及既往以后返还的基础一致性与公平性。^[49]

修订后的法国民法典在“债之通则”的“返还”部分(第1352-8条)规定:服务给付按照价值予以返还。以提供服务之日为准对其价值进行评估。虽没有直接引入《泰雷债法草案》的第9条,但在解释上不妨碍采取与之一致的方式,因为这符合法国长期以来的法学界认可非债清偿客体具有广泛性的传统。

2. 三种类型非债清偿返还的特殊构成要件

如前所述,法国传统理论已将非债清偿类型化:客观型,不完全相对型,完全相对型。类型化的主要意义体现在清偿者的错误认识是否是非债清偿返还的构成要件。

(1) 绝对非债清偿:不要求清偿人有错误认识

如前所述,绝对非债清偿是指,清偿时债务不存在的事实是客观的、绝对的:清偿人没有债务,受领人也无债权。

① 清偿人的错误认识不是绝对非债清偿返还的构成要件

法国判例与学界长期关注如下问题:除了当事人之间没有债务关系存在的客观要件,是否还要求清偿人的给付系出于错误认识呢?诚然,如果不是基于错误认识,谁会平白无故地向他人为给付呢?但是考虑到证明责任,问题就有所变化了。

在很长一段时间内,法国法院曾要求清偿人证明其清偿系出于错误认识。这种判断主要是依据常理基于当时的社会状况而进行的如下推论:不存在债务仍然进行清偿,无非两种情况。一是,“明知”本不存在债务关系而仍然进行清偿,最为合理和常见的解释是清偿人具有赠与之意图,在这种情况下,“明知”排除适用非债清偿。相反地,第二种情况是,“不知道”清偿是没有原因的,对清偿发生了“错误”的认识,清偿人应当可以请求返还。当时法院认为,第一种情况,即基于赠与而故意进行非债清偿,属于社会常态,应推定为默认状态,因此清偿人需要提供证据证明第二种情况方可主张非债清偿返还。^[50] 简言之,清偿人既然主张返还,应当证明自己是因为错误认识才做了错事。

但是,法国法院的这种传统做法受到了来自现实的挑战。

首先,如何去证明这种主观错误认识确是一件难事。试想下,企业向一个职工支付了本不应该支付的劳动报酬;银行支付了本不该支付的利息;社保基金支付了本不该支付的社保金,该如何证明主观过错呢?^[51]

第二,随着社会的发展,前述第二种情况似乎反转成了“常态”。在法国,授权商家直接从预留银行账户直接划账完成费用支付或贷款支付的现象,已经非常普遍。同时,金融机构以及社会保险机构等每天处理大量的支付工作。此外,面临还贷期限、维系信用度等压力,往往促使人们仓促地进行支

[49] P. Remy, *préc.*, p. 44.

[50] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1053, p. 1049.

[51] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1043, p. 571.

付。因此,社会中出现了大量的争议案件。^[52]而第一种情况中,基于赠与而支付他人的现象则成为“非常态”。不仅如此,上述二者择其一的做法也不周全。那种推定明知债务不存在仍然进行清偿系出于赠与目的的做法,是不现实的。^[53]例如,在明知不存在债务的情况下仍然进行支付,很有可能并不“不具有赠与意图”,仅仅是一种缓兵之计,其目的可能是,在信息处理部门长期罢工的情况下,为了避免雇员正常待遇受到波及。^[54]又例如,还有一种可能,支付者主观上对债务是否存在并不确定,但仍坚持进行支付,目的在于避免诉讼或信用度降低。

面对上述传统的做法和新的挑战,法国法院曾一度左右摇摆过,各庭意见不一致。不过,1993年法国最高法院各庭联席会议就一起涉及绝对非债清偿的案件,^[55]确立了一致的裁判方向:支付人不需要提供证据证明其清偿是否因错误认识。因此,错误认识不再是绝对非债清偿的构成要件。^[56]换言之,“只要明显地没有任何迹象能解释支付的原因”,单凭“清偿没有法律原因”这一事实,就可以推定支付人发生了错误的认识,他不需要对此进行证明。^[57]这种做法不仅免去证明主观状态的麻烦,而且,也符合利益平衡与公平的理念,因为债务不存在意味着,接收人是在毫无任何债权的情况下得到了一笔财富,不值得给予其法律政策上的倾斜。^[58]

我们注意到,1993年的判例在新债法起草中起到了重要作用。修订后的法国民法典坚持遵循原法国民法典的体例,将绝对非债清偿、不完全相对非债清偿规定在一个条文(原第1376条、新第1302-2条),体现出这二者均不要求清偿者具有错误认识;将完全相对非债清偿规定在另一个条文中(原第1377条、新第1302-2条)。

②清偿人对非债清偿具有过错可影响返还范围

需要说明的是,清偿人的错误认识虽然不是绝对非债清偿返还的构成要件,但是接收人如能证明清偿人具有过错则会对返还范围产生影响。也就是说,清偿人如果对其错误认识(即对支付没有原因不知晓)具有过错,那么“需要对其所造成的损失承担责任;返还金额应当减除损失金额”。^[59]修订后的法国民法典(第1302-3条第2款)对这个效力表示了认同,但是其给出的方案不再间接利用损害赔偿的概念达到此效果,而是直接规定,过错导致返还减少。

③证明责任的分担

就证明问题,法国法院现在的做法如下:对于绝对非债清偿,原告(清偿人)只需要证明“不存在债务关系”即可,不需要证明错误认识或损害的存在;如果接收人认为,原告存在赠与意图,则需要提供证据予以证明。因此,对原告而言,较为关键的是证明“不存在债务关系”。例如,在一起涉及保险金的案件中,被保险人在一起交通事故中死亡,其妻子从保险公司处获得了保险金。但事后,保险公司怀疑被保险人曾陷入经济困境,事故可能系其自杀行为,不属于保险条款所涵盖的事故风险,于是提起非债清偿返还之诉。尚贝里地方上诉法院认为,根据保险合同,应当由被保险人的妻子负责证明

[52] I. Defrénois - Souleau, « La répétition de l'indu objectif, Pour une application sans erreur de l'article 1376 du Code civil », RTD 1989, p. 243.

[53] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1054, p. 1050.

[54] Civ. 1^{re}, 17 Juill. 1984, D. 1985. 298, note Chauvel.

[55] Ass. Plén., 2 avril 1993, D. 1993. 373, concl. Jéol.

[56] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1054, p. 1050.

[57] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1043, p. 571.

[58] A. Bénabent, *op. cit.*, n° 473, p. 311.

[59] Civ. 1^{re}, 5 juillet 1989, RTD civ. 1990. 282, obs. J. Mestre.

“风险的实现”，而她没有能提供相应证据，因此，支持了保险公司的主张。但是法国最高法院认为，保险公司主张非债清偿，应当由其证明被保险人的死亡非因意外事故。^[60] 对此，有学者总结道：如果已经支付了保险金，那么举证责任由保险公司承担；如果没有支付保险金，举证责任由保险金请求人来承担。^[61]

(2) 不完全相对非债清偿(错误清偿自己的债务)

“不完全相对非债清偿”，即债务人向其债权人以外的人履行了自己的债务，该债务仍然存在，并没有消灭，真正的债权人仍有权要求其履行债务。由于接收人并没有债权，因此它和绝对非债清偿非常接近，法律不需要向接收人进行倾斜。清偿人只要证明接收人并非债权人(他们之间不存在债权债务关系)，就可以要求其返还非债清偿，不需要证明自己对于支付有错误认识，也不用考虑接收人是善意还是恶意(新第 1302-1 条)。清偿人的过错也是减少接收人返还数额的要素，但并不会彻底否定返还的权利(新第 1302-3 条第 2 款)。

(3) 完全相对非债清偿(错误清偿他人的债务)

“完全相对非债清偿”，即清偿人并不是债务人，却错误地清偿了他人债务的情形(新第 1302-2 条)。换言之，真实的债权人从债务人以外的人处得到了债务的支付。与其他类型非债清偿相比，其在构成要件的主观方面极为特殊。

① 主观积极要件：清偿人的错误认识

此种类型非债清偿要求清偿人证明自己在支付时具有错误认识，即认为是在履行自己的债务。因此类型中的接收人真实地拥有债权，应当得到特殊的保护，其所受领的清偿原则上认定为有效；清偿人如主张返还，则需要证明其清偿是出于错误认识，而不存在其他正当的事由。这就避免让债权人去证明清偿人与真正债务人之间存在赠与、委托、无因管理等关系的事实。

这里，错误认识的对象应当是“清偿原因的存在”：将别人的债务误以为是自己的债务。^[62] 具体而言，既可以是对事实的错误认识(法定继承人不知存在剥夺其继承权的遗嘱而支付被继承人的债务)，也可以是对法律的错误认识(父母误认为对其成年子女的侵权行为须承担损害赔偿责任)。如果不知道法律规定不须清偿而清偿的，也可以构成错误认识。这里“任何人不得以不知法而推脱”的规则不适用。^[63]

按照法国判例，清偿人被胁迫清偿他人债务的，也按照错误认识处理，这是因为其清偿不能被解释为出自自愿。例如，卖家已经收到买家的汇票承兑，并委托承运人运送货物，但承运人以买家未完成付款为由拒绝交付货物，买家不得二次付款。^[64] 判例所采纳的扩张解释，在债法修订过程中得到各方意见的认可。修订后的法国民法典(新第 1302-2 条第 1 款)，根据判例，将胁迫与错误认识并列，允许清偿人主张返还。

需要说明的是，非债清偿会给接收人带来损害，尤其是在完全非债清偿的情形下(真正的债权人承担返还义务)，因此，法国判例认为有过错的清偿人应当对返还人承担损害赔偿责任。^[65] 修订后的

[60] Civ. 1^{re}, 13 mai 1986, Bull. civ., I, n° 920, p. 121.

[61] A. Bénabent, *op. cit.*, n° 478, p. 316.

[62] J. Ghestin, « L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu », *D.* 1972, chron. 277.

[63] Ass. Plén., 2 avril 1993, A. Bénabent, *op. cit.*, n° 476, p. 314.

[64] Com., 16 juin 1981, Bull. civ. IV, n° 279, p. 221.

[65] Com., 15 oct. 1996, *D.* 1996, IR, 243.

《法国民法典》(第1302-3条第2款)针对所有类型的非债清偿统一规定,非债清偿若系清偿人的过错导致的,接收人可以减少返还金额。

②客观消极要件:受领人尚未销毁权利凭证

法国民法典原1377条第2款还规定了一个消极条件:接收人权利凭证已经被销毁的,在此情形下,清偿人不得主张返还。因为此时,他已经失去向真正债务人主张权利的权利凭证。在实务中,放弃担保的也被等同为接收人销毁权利凭证。^[66] 修订后的民法典(第1302-2条第1款)对此均予以接受。

就证明而言,似乎只要债权人确认已经销毁了凭证即可,不需要提供实质的证明。^[67] 在这种情况下,按照以往判例,清偿人只能通过证明系因错误支付而转向真正的债务人主张返还,基础是不当得利。^[68] 修订后的法国民法典承认了以往判例的做法,不过其请求权基础不再需要寻求不当得利,新条文赋予了清偿人一项向真正债务人主张返还的直接诉权(新第1302-2条第2款)。

(二)非债清偿返还的效力与新债法的统一返还规则

1. 非债清偿与合同溯及既往消灭后法律效果的关系

从逻辑的角度看,在合同因无效或者解除而溯及既往消灭的情况下,原依据合同进行的履行已经不再具有原因,由此导致的返还关系应当属于非债清偿返还之债(更为确切点说,是绝对非债清偿之债)。对此,虽然法国民法典并没有明确规定,但得到很多学者的认可;法国判例也曾长期支持这种观点。^[69]

不过近来法国判例更倾向于排除这种逻辑关系,^[70] 而将其认定为一种合同法领域内特有的返还关系,属于合同无效或者解除等制度的“效力规则”部分。只是这种效力规则,在法国是判例在合同领域所自创的,而非来自于成文法的规则。^[71] 法国债法改革的一项任务是确定此种返还关系的性质。

修订后的《法国民法典》在“债法通则”单元集中规定了“返还”的一般规则,同时在“非债清偿”、“不当得利”单元就其特殊规则另行单独规定。根据修法理由书,有关返还的一般规则适用于“所有类型的利益返还,包括合同无效、解除、失效以及非债给付导致的利益返还”。

2. 返还规则

依据修订后的法国民法典的统一返还规则,原则上,金钱的返还包括法定利息以及受领人接手期间所支付的税款(第1352-6条)。就金钱以外的物,应按实物返还;在实物返还不能的情况下,按实际价值予以返还。返还标的物实际价值的判断日期如何确定呢?在理论上如下可能:支付日、返还请求日、起诉之日、判决之日、实际返还日。在法国理论界有不同声音。修订后法国民法典确定的是实际返还之日(第1352条)。而服务给付以提供服务之日为准对其价值进行评估(第1352-8条)。

需要强调的是,接收人的主观状态(善意与恶意)并不是非债清偿的构成要件,但却是返还计算的重要因素。^[72]

[66] Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, Bull. civ., I, n° 448, Defrénois, 1990, art. 34837, n° 100, obs. J. L. Aubert.

[67] Civ. 1^{re}, 22 juin 1994, Bull. civ., I, n° 221.

[68] Civ. 1^{re}, 10 oct. 1998, D. 1999, som. 116, obs. L. Aynès; Com., 23 avril 1976, D. 1977. 563, note Vermelle.

[69] R. Cabrillac, *op. cit.*, n° 198, p. 166; J. Flour, J. - L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 23 p. 24.

[70] 重要的判例是2002年9月24日法国最高法院民事一庭之一项裁判(Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, D. 2003. 369, note J. - L. Aubert)。

[71] E. Poisson - Drocourt, «Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat», D. 1983, chron. 85.

[72] R. Thunhart, «Le paiement de l'indu en droit comparé français, allemand, autrichien et suisse», RIDC, 2001, p. 183 - 192.

任何情况下,推定接收人是善意的,即他认为支付是有原因的、正当的:或者,接收人作为真正的债权人,认为清偿系替债务人偿还债务;或者,没有任何债权,但接收人认为自己有权利。根据修订后的法国民法典,接收人是善意的,仅返还自请求之日起发生的利息、收取的孳息以及收益的价值(第1352-3条、第1352-7条,这区别于民法典原第1378条对善意者不须支付孳息和收益的规定)。如果接收的标的物毁损或者灭失的,只须按照现状返还,除非接收人对此有过错,按照返还之日的价值赔偿(第1352条、第1352-1条)。如果受领之物已被出售,仅需返还出售的价款(第1352-2条)。如果是无偿转让的,则不需要返还。^[73]

接收人受领时是恶意的(即明知不应当接收),具有过错,因此应当赔偿支付人的损失。^[74] 依据新修订的法国民法典,恶意接收人应返还自受领之日起发生的利息、收取的孳息以及收益的价值(第1352-3条、第1352-7条);对标的物毁损或灭失承担责任(第1351条);如果受领之物已被出售,须返还所售价款与出售之物在返还之日的价值二者中较高者(第1352-2条)。

无论善意还是恶意,接收人都有权利就其为保管和改良标的物所花费的必要费用要求从返还总额中扣除,但应以返还之日评估的增值为限(第1352-5条)。

3. 与第三方的关系

相对非债清偿与绝对非债清偿不同,会涉及真正的债权人或债务人,他们成为了非债清偿返还之诉的第三方。

对于不完全相对非债清偿,真正的债权人作为第三人。他除了可以向其债务人(即清偿人)主张债权以外,是否还可以向接收人主张返还呢? 法国法院的判例持否定意见。^[75] 其主要理由是,清偿并非由真正的债权人所为,因此他不能行使返还之诉。在理论上说,真正的债权人向债务人主张履行、债务人(清偿人)向接收人主张返还之诉,可以还原利益关系。但是,在债务人资不抵债或破产的情况下,如果债权人可以享有直接向接收人主张返还的权利,那么对于其债权实现就处于有利地位。而且承认真正的债权人享有直接主张返还的权利,也有利于简化诉讼关系。从接收人角度看,其没有权利却占有着财富,而真正权利人却不能得到偿付,实在有违公平。因此,有法国学者指出,在债权不能从债务人那里得以实现的特别情况下,应当允许真实的债权人向接收人主张不当得利返还。^[76] 修订后的民法典在此方面没有规定。

对于完全相对非债清偿,真正的债务人作为第三人。那么,在错误清偿他人债务的情况下,清偿人可否要求真正的债务人返还呢? 法国判例有过变化。早期法院不支持清偿人转向真正的债务人,理由很简单,后者并不是清偿的对象,他没有从非债清偿中得到给付,真正应当承担返还义务的是债权人。例如,社保机构向医生支付了患者的诊疗费用以后,发现诊疗的事项并不在社保涵盖范围以内,但是该机构不能转向真正的责任人(患者)要求返还。^[77] 不过,尽管积极财产没有增加,但是债务

[73] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1061, p. 1055.

[74] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1061, p. 1055.

[75] 该案件中,某公司将同一债权先后转让给两家不同的银行,债权受让在后的银行并未获得债权,但是债务人却已经向其完成了支付,后来该公司进入到司法重整程序当中,在这种情况下,债权受让在前的银行主张受让在后的银行返还其所接收的清偿,地方上诉法院予以支持,但是最高法院商事庭在1995年7月4日的裁判中否定了上诉法院的意见,拒绝支持该项返还请求权。*Com.*, 4 juill. 1995, D. 1995. 489, note Synvet; JCP 1995. II. 22553, note D. Legeais.

[76] A. Bénabent, *op. cit.*, n° 475-1, p. 313.

[77] Soc. 31 janv. 1996, D. 1997. 306, note B. Thullier.

人的消极财产减少了;如果不能允许非债清偿人直接向其主张返还,有违公平。于是,法国判例后来转向依据不当得利制度,在错误支付他人债务、不能代位债权人的情况下,允许非债清偿人直接要求债务人返还。^[78] 修订后的民法典第1302-2第2款指出:在错误支付他人债务的情况下,清偿人也可向真正的债务人主张返还,但并没有明确其返还基础是不当得利还是非债清偿返还的延伸。^[79] 修法理由书将其描述为一项直接诉权。

五、法国不当得利规范的构建

如前所述,法国判例承认不当得利之债借用的是罗马法上的“转用物诉权”概念。字面本身表明了起点(已经转移的财产)与终点(诉权本身)。^[80] 按照早期这一机制的倡导者奥伯瑞(Aubry)和劳(Rau)的理解,^[81]“转用物诉权”强调的是纯客观的财产“公平规则”,即它意味着受损一方的债权建立在纯客观的利益平衡上,从一项财产“转移”到另一财产中的利益应当由后者向前者进行返还;然而,这种“公平规则”很难解释为什么有时赔偿会低于所受的伤害,甚至所受的伤害根本得不到赔偿。法国学者由此提出了质疑。显然,仅考虑债之本身而不考虑导致债发生的情形,单纯地打破财产上的平衡状态不应当成为债发生的原因。^[82] 后来,拉贝尔(Ripert)教授系统化地提出这一制度的基础是任何人不得从他人的损害中获利的理念,正如民事责任制度是建立在任何人有义务不损害他人利益之理论上一样。^[83] 弗洛尔(Flour)教授等学者指出:最恰当的解释或者说错误程度最小的解释,就是赋予转用物之诉(这个)道德基础。^[84]

法国司法实践据此围绕着如何确定界限以平衡受损人与受益人之间的利益,逐步确定了转化物之诉适用的条件及效力。根据判例与学理,本次债法改革在法国民法典中正式写入了不当得利规则。

(一) 构成要件

由于利益不当变动世所常见,法国判例发展出一系列的消极条件作为“防线”阻却不当得利的过分适用。获益与受损之间具有因果关系本是不当得利的重要的积极要件,但在法国相关讨论很少,因为它已经被另外一个要件“没有原因”(或者说“有原因”)的讨论所涵盖。

1. 法律上的阻却事由

(1) 有法律上的原因

不当得利最主要的构成要件是“没有原因”,即一方当事人获得利益没有法律上的原因。换种说法或者角度,如果获得利益有法律上的原因,就排除适用不当得利。^[85] 依据法国司法实践的经验,下列情况被认为属于所谓的“有原因”。

[78] Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, D. 1999, som. 116, obs. L. Aynès; Civ. 1^{re}, 4 avril 2001, Bull. civ., I, n° 105; O. Salvat, *Le recours du tiers contre la personne dont il a payé la dette*, Defrénois 2004, p. 105.

[79] P. Remy, *préc.*, p. 42.

[80] H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, p. 106.

[81] C. Aubry, C. Rau, *op. cit.*, § 578.

[82] G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 1962, n° 390.

[83] G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, n° 138-147, p. 246 et s.

[84] J. Flour, J. - L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 36, p. 36.

[85] 就构成要件而言,不当得利制度只需要得利是无因的,不需要规定受损失是无因的。因为,后者已经被前者所包括。如果得利是没有原因的,不需要考虑受损失是否有原因,因为不当得利制度不是不当受损失制度。A. Bénabent, *op. cit.*, n° 429.

第一,利益变动来源于法律的直接规定。例如,家谱研究者自发地找到了被继承人的继承人,并使之继承了财产,但是家谱研究者不能向后者主张不当得利,因为这些继承人是依据财产继承规则继承了财产、获得了利益。^[86]当然,法律义务往往是有限制的,超过限制的部分则可能就构成不当得利。例如,在法国许多婚姻采用了约定财产制度,而夫妻在婚后的实际生活中相互帮助,尤其是一方可能长期无偿地帮助另一方打理生意,当双方情感或信任发生危机的时候,无偿帮助一方常常会向对方主张不当得利返还。从经济或利益得失的角度看,显然有利益的变动。问题是,依照法国民法典(第212条)夫妻之间有相互帮助、扶持之义务。这一法定义务是否应当成为阻却不当得利规则适用的法律上的原因呢?法国判例认为,前述情况下,一方的帮助已经超过了第212条对婚姻所要求的帮助义务,因此该条规定不能成为阻却不当得利适用的事由。^[87]同样地,法国民法典(第371条)规定了子女应对父母尽孝顺的道义,但是法国判例指出,这一法定义务不排除子女对其在正常的孝顺父母的范围以外所提供的帮助主张不当得利返还。^[88]单纯的道德义务不属于有法律上的原因,不能排除适用不当得利。^[89]

第二,如果利益变动来自于对司法裁判的履行,当然也属于有法律上的原因。

第三,获得利益者与受损人之间存在合同关系,属于有法律上的原因。这是非常常见的阻却不当得利适用的事实。比较有争议的是,合同一方当事人未经另一方同意或指示,在履行合同义务时,超出了约定的范围,就超过部分可否主张不当得利返还?例如汽车修理工单方面超出约定范围提供了修理服务。法国法院判例认为,不能主张不当得利。^[90]法国学者认为,这种情况不得主张不当得利,但理由系受损人自己有过错。^[91]

此外,如果获得利益者与第三人之间存在合同关系,也可被认定为有法律上的原因。例如商业资产出租人与承租管理人约定,所有提供给承租管理人的商品均属于商业资产所有人(即该出租人)所有。在一家公司向该管理人提供了产品以后,他们之间签订的租赁管理合同解除了。于是该公司以不当得利为由要求出租人返还产品。1939年2月28日法国最高法院判决拒绝了该公司的主张。这一判决的影响在于,它导致了以后所有与1892年化肥案类似的案件不再符合不当得利返还的构成要件:所有人的获益有其原因——他与受损人以外的第三人订立的租赁合同。^[92]类似的判决还有,出租人与承租人约定,租赁期满收回租赁物,对租赁期间的改良与修缮不支付任何偿付。承租人在租赁结束之前,进行了施工但是没有支付施工方费用。租赁结束以后,施工方向租赁物所有人(出租人)以不当得利为由要求返还相关费用。法国最高法院民事三庭认为,出租人对获益享有法律上的原因,否定了施工方的请求。^[93]相反地,如果租赁合同中没有此类条款,^[94]或者此类条款、合同无效或合同解除,则可以构成不当得利。^[95]

[86] Civ. 1^{re}, 28 mai, 1991, RTD civ. 1992.96, obs. J. Mestre.

[87] Civ. 1^{re}, 9 janv. 1979, D. 1981.241, note A. Breton.

[88] Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, D. 1995. 623, note M. Tchendjou.

[89] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1068, p. 1061-1064; R. Cabrillac, *op. cit.*, n° 208, p. 174-176.

[90] Com., 8 juin 1968, Bull. civ., n° 85, JCP 1968. II. 15724, note G. Ripert.

[91] R. Cabrillac, *op. cit.*, n° 208, p. 175.

[92] Req. 15 juin 1892, *op. cit.*

[93] Civ. 3^e, 25 fév. 1975, Bull. civ., III, n° 77.

[94] Req. 11 sept. 1940, S. 1941. I. 151, note P. Esmein.

[95] Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, A. Bénabent, *op. cit.*, n° 490-495, p. 324-329.

修订后的法国民法典(第1303-1条)界定了不当得利的这一构成要件“无因”:利益的变动并非来自于请求人履行其债务也非来自于请求人的赠与目的。

需要说明的是,法国法特殊性之处在于,承认间接不当得利。直接不当得利情况下的“无因”,不同于于间接不当得利情况下的“无因”。前者主要考察得利是否来自受损人的债务履行或赠与意图;而后者,受损人与受益人并未直接发生联系,因此获益是否有原因应当从受益人以及导致利益变动的第三人之间着眼,他们之间如果存在合同关系,并且该合同关系允许受益人保有基于合同履行带来的利益,才能认为获益有原因。否则,才是无因,适用不当得利。

而新法以及众多草案均仅就直接不当得利情况下的“无因”要件进行了规定。但起草者并非否认“间接不当得利”及其“无因”要件的特殊性,之所以没有明确规定,是为了追求法条的精简,毕竟“间接不当得利”是一种例外。^[96]

(2) 存在其他诉权与辅从性原则

在1892年化肥案以后,法国法院为了限制不当得利的适用范围,防止不当得利过分广泛地适用以至于破坏法律关系的稳定,要求其适用应当满足一个前提条件,即受损人没有其他诉权可以进行救济。换言之,如果有其他诉权可以行使、进行救济,受损人不能适用不当得利返还。该诉权既可以是针对受益人的,也可以是针对第三人的(例如保证人)。^[97]这就是所谓的辅从性原则(Principe de subsidiarité)。

依据此原则,只要有其他诉权,就排除不当得利制度的适用。即使该诉权因为法律上的原因(如已过诉讼时效、逾期失权、基于法院判决、诉讼中证据不足等^[98])而不能达到救济受损人的最终目的,也不得利用不当得利制度予以替补。例如,女方曾在丈夫的公司任职并帮助公司完成了许多项目,在离婚以后,她可否以不当得利主张偿付呢?法国法院认为,她只能依据劳动关系领取正常的工资,而不得通过不当得利绕开此路径。^[99]但是,作为例外,如果该诉权是基于事实上的原因(如债务人资不抵债)而不能达到救济受损人的最终目的,则可以用不当得利制度替补。防止不当得利制度架空其他法律制度,既是辅从性原则的目的,也是指导确定辅从性原则的适用范围的核心标准。综上,传统的辅从性原则认为在两种情况下不能适用不当得利返还:一是受损人有其他诉权可以行使、获得救济;一是可以行使的其他诉权遇到法律上的障碍(如已过诉讼时效)。修订后的法国民法典(第1303-3条)规定了该项原则。

需要说明的是,辅从性原则的概念对于两种类型的不当得利(直接不当得利与间接不当得利),也有不同的内涵。就间接不当得利而言,受损人没有直接针对获利者的诉权,但是通常可以向导致利益变动的第三人主张权利。在这种情况下,辅从性原则意味着,只有在该第三人资不抵债得以被证实的情况下,受损人方可向获益者主张不当得利。

我们注意到,修订后的法国民法典(第1303-3条)仅就直接不当得利情况下的辅从性原则进行了规定,但是这仅是为了追求法律条文精简、避免冗长所采取的立法解释,^[100]因此,在解释上,并不否

[96] P. Remy, *préc.*, p. 45.

[97] Com., 10 oct. 2010, Bull. civ., IV, n° 150. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1071, p. 584.

[98] Civ. 3^e, 29 avr. 1971, RTD civ. 1971. 842, obs. Y. Loussouarn.

[99] Com., 16 mai 1995, RTD civ. 1996. 160, obs. J. Mestre.

[100] P. Remy, *préc.*, p. 45.

认间接不当得利及其特有的辅从性原则。

2. 道德上的阻却事由

法国学理上认为不当得利还有“道德要件”,其功能是为法官提供就请求人(受损人)的行为进行控制的工具。传统理论上,道德要件有两种情况。如今新立法根据理论与判例的发展,仅保留了一个(从事旨在个人获益的行为)作为消极要件,另一个(受损人的过错)则作为返还计算的考虑因素。

(1) 受损人的过错

1953年5月6日法国最高法院就一起不当得利之诉作出判决,鉴于作为原告的外祖母在其女儿死亡以后坚持自己抚养其外孙子女,而不顾法院将死者的子女判给其丈夫抚养的判决,法院认为原告具有过错,不能向这些孩子的父亲主张抚养费用和教育费用的偿付。据此,受损人的过错排除适用不当得利。

此后,法国法院有判决开始区分受损人的过错的严重程度。在严重过错或恶意的情况下,^[101]排除适用不当得利。例如,承租人在法院勒令迁出以后仍然支出花费改良租赁房屋,法国法院认为其不能主张不当得利返还。^[102]再如,伪造遗嘱之人利用假遗嘱“继承”了财产,并为此支付了继承税以及有关费用,他在返还财产给真正有权的继承人时,因其过错而不能就其所支出的税费主张不当得利返还。^[103]而在不属于严重过错的情况下(如“过错或者疏忽”^[104]),仍可主张不当得利返还,过错只是不当得利返还请求人对获益者造成损失承担责任的基础(单纯从最终返还的结果上看,过错是减轻不当得利返还数额的考虑因素)。

不过,如果在过错的情况下不允许返还,有时就会过于严苛、导致不公。由此法国判例一度表现得比较犹豫,有两种不同的意见。一种意见认为,应当区分申请人的过错的严重程度,如果是严重的过错,不构成不当得利;但如果是简单的过错,仅对不当得利返还数额产生影响。另一种意见认为,无论过错严重程度,均构成不当得利;法官根据实际过错的严重程度调节返还数额。在这种情况下,它和不当得利的构成并不相关,而是影响返还的多少。如今法国法院似乎更倾向于将过错从不当得利适用的阻却要件中排除,而变成衡量与计算返还金额的因素。^[105]

针对上述两种意见,《卡特拉草案》(第1388条)选择了前者;《泰雷债法草案》(第12条)、修订后的法国民法典(第1303-2条)选择了后者。显然,后一种方案降低了相关案件处理时的复杂程度。不需要通过绕圈子的思路(如请求返还之人因过错而给不当得利人造成的损害应当从其可以获得的返还金额中减除)解决问题。也与前面非债清偿情形中的完全相对非债清偿支付人有过错的情况处理其过错带来的返还计算规则相互一致。^[106]

(2) 受损人从事旨在个人获益的行为

如果当事人从其行为中获得利益,他不能向同样从其行为中获得利益之人主张不当得利。基于

[101] A. M. Romani, «La faute de l'appauvridans l'enrichissement sans cause et la répétition de l'indu», *D.* 1983, Chron. 127.

[102] Soc. 15 nov. 1957, *JCP* 1958. II. 10666, note B. Joly.

[103] Civ. 1^{re}, 18 janv. 1978, *JCP* 1980. II. 19635, note B. Thullier.

[104] Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, *D.* 1997. 407, note M. Billiau.

[105] Ph. Conte, «Faute de l'appauvri et cause de l'enrichissement», *RTD civ.* 1987, 223; Mecene - Marenaud, «Le rôle de la faute dans les quasi-contrats», *RTD civ.* 1994, 515; J. Périnet - Marquet, «Le droit à l'action de in rem verso encasé de faute de l'appauvri», *JCP G.* 1982, I, 3075. A. Bénabent, *op. cit.*, n° 490-495, p. 324-329.

[106] P. Remy, *préc.*, p. 46.

任何人需要对其冒险行为、风险行为承担后果的原则,法国判例比较一致地认为,此种情况下,即使得利者没有原因,申请人也不能主张不当得利返还。因此,它实际上是不当得利的消极构成要件。

法国判例中最常见的典型案件是,改良自家财产,使得邻居获益。例如,所有权人将电网延伸至自家土地,其邻居因此而方便地接入电网、从中获利。法院认为,后者不需要承担不当得利返还义务,因为土地所有人的施工行为是“为了他自己的利益并由其本人承担风险与损害”的行为。^[107]又如,将水引到自家磨坊,其上游邻居也因此获利。类似地,我们可以想象,如果土地所有人或者使用人施工改造地上建筑物,从而导致周围土地增值,也不得主张不当得利。法国判例还承认,直接在他人财产上施工,只要具有追逐个人利益的动机,也阻却不当得利的适用。这种情况与法国民法典第599条第2款所规定的精神一致,用益物权人不能就其对不动产所带来的改良主张偿付,原因很简单,他所作所为系为了其本人利益、风险自担,且他知道权利的有期限性和短暂性。因此,如果承租人在租赁的不动产上完成了重大的施工,其本期望能从中获益,最后他没有因此工程而获利,也不能向不动产所有人主张返还利益。^[108]修订后的法国民法典第1303-2条指出,在请求人有“追求其个人利益”的情况下,不能主张不当得利返还;从条文体例上看,这一道德要件是独立于“无因”这一法律要件(第1303-1条)的范畴的。

(二)特殊的返还效力:双重限制规则

不当得利返还以受益人的受益与受损人的损失二者中较低者为准(修订后的法国民法典第1303条)。

不当得利返还的计算,涉及到返还对象构成的确定日以及价值的评估标准日。按照双重标准,需要就损失、受益分别计算。不过,二者可能随着时间的流逝处于变动的状态。一般说来,“损失”在其发生以后构成较为固定;而“受益”则可能变化较大,例如在他人土地上新增的建筑物很可能经过一段时间的雨水浸泡而坍塌,这种利益的变动因不再存在而不能算作“得利”。^[109]因此,首先需要选定一个节点(确定日),确定损失、受益是否存在以及具体的构成,作为评估对象。然后再选定一个节点(评估标准日),评估上述损失、受益的价值(如市场价格)。按照法国传统的做法,确定日与评估标准日为同一日。具体说来,针对损失,其确定日和评估标准日通常是实际发生之日;^[110]而针对受益,其确定日和评估标准日通常是提起诉讼之日。^[111]

但是,这个传统的做法受到了理论界的批评。损失发生日(评估损失)、诉讼提起日(评估受益)均距离实际返还日有段距离,长久的拖延导致货币贬值的风险由返还请求权人承担;“还不要忘记,须以两者中数额较少者为限”。^[112]在实践中,该规则的适用并不那么严格,例如,就受益的评估,法官有时会选择受益的实际占有日;^[113]又如,若受损人“不能在心理上更早提出主张”的时候,法官会按照请

[107] Civ. 1^{re}, 19 oct. 1976.

[108] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1070, p. 1065.

[109] 这与无因管理相互区别,无因管理的本人应当返还最初的花费,而不考虑事后的发展变化。Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1067, p. 580.

[110] Civ. 3^e, 18 mai 1982, Bull. civ., n° 122.

[111] Civ. 1^{re}, 18 janv 1960, JCP 1961. II. 1960. 753, note P. Esmein; RTD civ. 1960. 753, note J. Hebraud.

[112] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1067, p. 581.

[113] Civ. 1^{re}, 18 janv 1960, *op. cit.*

求日的标准评估损失和受益。^[114]

修订后的法国民法典(第1303-4条)按照“价值之债”对待返还数额:损失的确定日为实际支出日,受益的确定日为请求之日,评估标准日均为判决之日——这是与实际返还日最为接近的日期。在起草者看来,这个日期的选择,与其他类似日期放在一起显得更为协调。例如,这个日期与非债清偿的返还计算日为实际返还日更为靠近(但由于非债清偿与不当得利的返还对象不同,后者没有采用实际返还之日)。再如,它与家庭财产法的日期也颇为接近。与《法国民法典》第555条第3款有关在他人土地上种植或建筑的返还规定更为接近(该条要求,所有权人决定是否保留建筑或种植物的所有权,如果选择保留,其需要支付不动产的增值部分或者“偿付之日”的材料费与人工费)。^[115]

此外,修订后的法国民法典就受益人恶意设立了加重责任的规则:受益人为恶意的,偿付数额应等同于获益与损失二者中数额较高者(第1303-4条)。此举的目的显然是为了使得不当得利制度更接近非债清偿支付。^[116] 由此,获益之日如果具有恶意,将承担加重了的返还之债。^[117]

六、余论:借鉴与启示

在此领域,中国立法的内容非常单薄,体例上也不具有体系性。《民法通则》将无因管理(第93条)、不当得利(第92条)放在一起、规范简单;采用“广义”不当得利的概念,就从他人处不当获得利益设立了一般条款,不再单独规定非债清偿。2016年6月第十二届全国人大常委会第二十一次会议初次审议的《中华人民共和国民法总则(草案)》也延续了这种风格。未来中国债法如何制定,法国法对待三种渊源的体例安排与具体内容值得关注。

首先,法国经验表明,非债清偿与(狭义)不当得利无论在构成要件还是法律效果上均具有非常明显的差异。设立统一(广义)不当得利概念以吸收非债清偿的立法例,将人为地掩盖这种差异,在法律适用上、解决实际问题 and 理论研究时均带来不便。众所周知,区分给付型不当得利和非给付型不当得利,是德国学者根据《德国民法典》第812条第一段努力构建的方法,^[118]也是采用不当得利一般规则的国家(如中国)或地区的学者在研究不当得利制度时的首要工作。所有的付出正是试图剥去掩盖着差异的一般规则所造成的假象。与之形成对比的是,基于同样的原因,法国二元区分主义至今仍存在于众多民法典中,且毫无被吞并的迹象和可能。^[119]

第二,将无因管理与不当得利、非债清偿并列。法国债法修订,将无因管理和(狭义)不当得利、非

[114] Civ. 1^{re}, 26 oct. 1982, JCP 1983. II. 19992, note F. Terré. 该案中的妻子是一名护士,曾长期在丈夫的诊所中无偿地提供帮助。法院认为,妻子主张不当得利的损害与受益的评估节点,应当是请求离婚之日,因为在此之前,妻子在心理上不可能起诉其丈夫。

[115] P. Remy, *préc.*, p. 47.

[116] *Ibid.*

[117] 这种加重责任的规定,在《泰雷侵权法草案》(第54条)中也有所体现。

[118] 还有德国学者指出,《德国民法典》中定义不当得利的第812条第一段“是否真的是一般条款还是(规定了)两种类型,在德国法上是有争论的”,但通过条文比较,尤其和1804年《法国民法典》比较,它的确是个一般条款。G. Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction* 9 (Oxford 2009).

[119] 曾受法国模式影响深远的民法典普遍坚持二元区分主义。如《意大利民法典》在第四卷“债”之下并列规范了无因管理、非债清偿、不当得利(第六章到第八章);《魁北克民法典》在“其他债之渊源”一章中分别规定了无因管理、非债清偿以及不当得利(第一节到第三节);新《荷兰民法典》在“侵权行为和合同以外其他渊源所生之债”一章分别规定了无因管理、非债清偿、不当得利(第一节到第三节)。《瑞士债务法》虽规定了广义不当得利(第一卷第一编第三章),设立了不当得利的一般条款(第62条),但同时非债清偿作为一种特殊的返还情形得以保留(第63条)。

债清偿放在一起,而未按照多数法典常见的将其与委托关系相互临近的做法。除了兼顾历史的考虑以外,这种安排体系上不乏合理性。的确,无因管理与委托非常接近。尤其法国民法典直接指出,无因管理人应当承担起一个受委托人所应负担的债务(第1301条)。不过,二者的区别是显而易见的。首先,委托以委托人事先的同意为前提,无因管理中当事人的债务系来源于法律的直接规定。第二,委托只能以法律行为为客体;而无因管理既可以是法律行为,也可以是事实行为。^[120] 第三,就制度目的而言,与委托合同比较,无因管理更应与其他准合同在一起:将不正当的(即没有原因)利益破坏回复到平衡状态。虽然我们没有必要采用准合同概念,但是将同类制度放在一起,可以明确它们之间的区别与联系,有利于理顺彼此关系。

第三,就具体制度建设,法国新债法通过对构成要件与法律效果的设计较好地安排了无因管理、非债清偿与不当得利之间的分工,对解决中国司法实践中遇到的问题以及未来债法的制定,提供了较为成熟的经验,尤其如下几点:对非债清偿的类型化安排,对不当得利的适用在法律与道德条件上的限制,证明责任的分配以及统一规范的返还规则等。

附录 I: 依据《法令》修订后的《法国民法典》(节选)

第三卷 取得所有权的不同方式

第三编 债之渊源

第一副编 合同

第二副编 非合同责任

第三副编 债的其他渊源

第1300条 准合同是完全自愿之行为,由此给本无权利获取利益却获得利益之人产生义务,有时行为人也对他人负有义务。

本副编所规范的准合同有无因管理、非债清偿和不当得利。

第一章 无因管理

第1301条 于事务之本人不知或者没有反对的情况下,本不负有义务但有意地且有益处地(utilement)管理他人事务之人,在完成管理的法律行为或者事实行为的过程中,负有一名受委托人所负担之全部债务。

第1301-1条 管理人管理事务应尽合理之人的全部注意义务;管理人应当持续管理事务直到事务之本人或其继承人能够亲自管理时为止。

根据实际情况,法官可以降低管理人因其过错或者过失而应向本人承担的赔偿金额。

第1301-2条 其事务已被有益(utilement)管理之人,应当履行管理人为其利益所签订的债务。

他(应当)清偿管理人为其利益而支出费用,赔偿管理人因管理其事务而遭受的损害。

管理人预先支付的金额,自支付之日起计算利息。

第1301-3条 本人对管理予以承认的,为委托关系。

第1301-4条 管理人承担管理他人事务并具有个人利益的,不排除适用无因管理规则。

[120] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, *op. cit.*, n° 1022 - 1025, p. 561 - 563.

在此情况下,负担的债务以及费用按照各自在共同事务中的利益比例分担。

第 1301 - 5 条 如果管理人的行为不满足无因管理的要件,但对该事务之本人有利,该事务之本人应当根据不当得利的规则偿付管理人。

第二章 非债清偿

第 1302 条 清偿须以债务为前提;所收为本不应清偿者,应予返还(restitution)。

自愿清偿自然之债的,不得主张返还。

第 1302 - 1 条 由于错误或者有意地(scieusement)接收本不应当向其清偿的,应当向清偿之人返还之。

第 1302 - 2 条 如果因为错误或者被强迫而清偿他人债务的,可诉请债权人返还,除非该债权人在清偿以后销毁了其凭证或者放弃了债权担保。

在错误支付他人债务的情况下,清偿人也可向真正的债务人主张返还。

第 1302 - 3 条 返还适用第 1352 条到第 1352 - 9 条的规则。

过错导致清偿的,可减少返还(数额)。

第三章 不当得利

第 1303 条 在无因管理和非债清偿以外的情形,不当获得利益致使他人受有损失的,应以获益与受损二者中金额较少者为限,偿付(indemniter)因此受损之人。

第 1303 - 1 条 当获益既非来自于受损人对一项债务的实现,也非来自于他的赠与意图,获益是不当的(injustifié)。

第 1303 - 2 条 如果损失来自于受损人为追求个人利益而完成的行为,不偿付。

如果损失来自于受损人的过错,法官可以降低偿付(数额)。

第 1303 - 3 条 受损人如果享有另外一项诉权,或者该诉权遇到时效等法律上的障碍,不得以此(不当得利)为基础行使诉权。

第 1303 - 4 条 就耗费之日所查实的损失,就请求之日所存在的获益,于判决之日(的价值)进行评估。

受益人为恶意的,偿付(数额)应等同于获益与损失二者中价值较高者。

附录 II: 修订前的《法国民法典》(节选)

第三卷 取得所有权的不同方式

第三编 合同或一般契约之债

第四编 非因契约而发生的债务约束

第一章 准合同

第 1371 条 准合同是人完全自愿之行为,并因此产生对他人的义务以及有时双方互负义务。

第 1372 条 自愿管理他人事务时,不论该事务的所有人(le propriétaire)是否知道该管理,管理人均缔结了如下的默示义务:继续其已经开始的管理并完成之,直到事务的所有人处于能够亲自管理时为止;他同样应当负责管理同一事务的所有附属事务。

管理人负有如同所有人对其给予明示委托时所产生的全部债务。

第 1373 条 若事务之本人(*le maître*) 在事务完结之前死亡的, 管理人仍负有继续管理的义务, 直到继承人能够进行管理时为止。

第 1374 条 管理人应尽善良家父(*bon pater de famille*) 之注意管理事务。

但是, 法官应依据致使管理人负责事务管理的具体情形, 减轻因其过错或疏忽(*la négligence*) 所引起的损害赔偿。

第 1375 条 其事务已得良好(*bien*) 管理的, 本人应当履行管理人以其名义所订立的合同, 清偿所有管理人负担的个人债务, 并且补偿管理人所有有益或必要之费用。

第 1376 条 由于错误或者有意地(*sciemment*) 受领本不应当受领(之清偿)的, 应当向清偿之人返还之。

第 1377 条 因错误而认为自己是债务人并清偿某项债务的, 有向债权人主张返还的权利。

但如果该债权人在清偿以后销毁了其凭证的, 此项权利不得行使, 不过仍可向真正的债务人求偿。

第 1378 条 恶意受领人负有义务返还本金及自清偿之日起算的利息或孳息。

第 1379 条 如果非债受领之物为不动产或者有体动产的, 受领人负有义务按现状返还原物(*en nature*), 或者在因其过错而导致物灭失或损坏的情况负有义务返还物之价值; 受领人为恶意的, 即使因意外事件而导致受领之物灭失的, 仍负有担保义务。

第 1380 条 善意受领人出售受领之物的, 仍需返还出售之价金。

第 1381 条 无论占有人是否为恶意的, 接收返还之物的人, 应当偿还占有者为保管此物而支出的必要且有益之费用。

A Study on Quasi – Contracts under the New French Obligations Law

Li Shigang

Abstract: February 2016, the French reformers of the law of obligations decide to establish, in French Civil Code, a new part named “other sources of obligations”, which includes the three traditional quasi – contracts: Management of Affairs without Mandate (*negotiorumgestio*), *condictioindebiti* and unjust enrichment. Then the revised Civil Code gives a new definition to the quasi – contracts and emphasizes its function to balance the unjust change of interests. The rules on management of affairs without mandate and *condictioindebiti* are also updated. For example, if a manager intervenes in the affairs for both its interests and the owner’s, this may be treated as management of affairs without mandate; who pays by error the debt of others is entitled to claim restitution against the real debtor. Besides, it is the first time that the French Civil Code stipulates unjust enrichment and the detailed rules on its conditions. After this reform, the dividing line of the three kinds of quasi – contracts is clear and a new unified rule on restitution is established.

Keywords: quasi – contracts; management of affairs without mandate; *condictioindebiti*; unjust enrichment; French obligations law

(责任编辑: 丁洁琳)

论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术

——基于对已公布的42个民事指导性案例的实质分析

曹志勋*

摘要:通常的在先裁判可能具有说服力和事实上的约束力,指导性案例具有的“参照”效力在性质上则属于独立的制度性效力,是我国在比较法基础上的制度创新。在未来适用指导性案例的裁判技术上,公布的裁判要点和裁判理由都可以产生“参照”效力,相关法条也不能限制该效力的发生。在与原始案例的关系上,原则上应以指导性案例的公布内容为准,但必要时也可考虑原始裁判。“参照”效力的内容是一项特别说理义务,根据具体情况可能表现为法律适用错误、事实认定错误以及司法行政意义上的不当。我国不必采取所谓背离报告制度。

关键词:指导性案例 “参照”效力 裁判文书 裁判说理 裁判技术

随着专门司法解释的出台、指导性案例的陆续发布以及理论和实务界讨论的不断深入,指导性案例制度已然成为我国法学研究的热点问题。在中共十八届四中全会进一步强调强化依法治国和2015年《民事诉讼法解释》(以下简称“《民诉法解释》”)出台的当下,这一有助于司法统一、公正裁判的重要配套制度必将得到更多的关注和重视。其中,引起较大争议的是对指导性案例对于类似案件“参照”效力[《关于案例指导工作的规定》(以下简称“《案例规定》”)第七条,《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》(以下简称“《实施细则》”)第九条]的理解。从更广的范围看,这里涉及的是所谓“在先裁判”,即单纯以时间为准,客观上在被讨论案件裁判前作出的生效裁判,也即圈定了法官在审判中可能考虑的裁判的最大边界,包括了“(真实)案例”〔¹判例²〕和指导性案例。本文将截至2016年10月已经发布的民事领域指导性案例为样本(这也是最好的本土素材和实证资料),并结合通过其他途径公开的原始案例素材,推测最高人民法院目前可能的潜在思路。这种探讨需要在法理学讨论的基础上进一步细化,实质分析个案所涉及的民事实体法和程序法问题,一并推进对一般性及个案中的“参照”效力的理解。这也与本文理解的裁判技术有关,^[3]即法院在作出裁判的过程中所运用的程式、理路、方法等司法技术,落脚点在于对个别指导性案例的深入理解和对未来个案审理的理论指导

* 北京大学法学院助理教授,法学博士。本文是国家社会科学基金重大项目“审判中心视角下的刑事、民事和行政诉讼制度改革研究”(项目号:14ZDC14)的阶段性成果,并得到中国国家留学基金资助。

[1] 我国学界似乎倾向于将只能依靠内在说服力的在先裁判称为案例,用以区别具有某种约束力的“判例”。参见傅郁林:《建立判例制度的两个基础性问题——以民事司法的技术为视角》,载《华东政法大学学报》2009年第1期,第98、104-105页。

[2] 考虑到我国的法学传统以及制度上的近似性,虽然英美判例法制度同样值得比较和思考,本文仍将主要参考以德国为代表的大陆法系判例制度,并认为两者在功能上足以对应[Brehm, Rechtsfortbildungszweck des Zivilprozesses, in: Gottwald (Hrsg.), Festschrift Schumann, 2001, S. 57 (64)]。此外,前辈学者在这方面已经作出很多努力,并向我们描绘了大陆法系判例的真实图景,即大陆法系判例虽然不构成正式的法源,但是无论在实务还是理论上,从来没有人怀疑其在实践中的重要地位。

[3] 同样对于裁判技术的强调,参见四川省高级人民法院、四川大学联合课题组:《中国特色案例指导制度的发展与完善》,载《中国法学》2013年第3期,第45页。

和实务指南,将法学理论争议转换为可操作的民事程序法规则。易言之,即法官在具体案件审判中如何适用指导性案例,界定具有指导性的内容及相应可能的辅助解释资料,并明确不适用指导性案例的法律后果。最后,由于我国指导性案例制度仍处于摸索和尝试的创新阶段,本文在缺乏本土经验的问题上将选取以德国为代表的大陆法系判例制度作为比较法上的参考。

一、在先裁判的三类效力

(一)普遍存在的说服力

讨论指导性案例的“参照”效力,首先需要关注作为上位概念的“在先裁判”可能对后案审判发挥何种影响,在理论上体现为哪些效力。在先裁判在说理论证过程中所体现的说服力(内在指导力)是所有在先裁判都具有一定影响力的基础,只不过根据个案论证水平和正确程度区别很大。说服力的来源在于在先裁判内容所体现的理性与智慧,主审法官可以根据自己对法律观点的认同程度自由决定是否遵循。在这个意义上,在先裁判发挥的是与法学学说相同的作用。实际上,说服力是所有言论共有的作用,只不过因人、因言而已。指导性案例当然也具有这种说服力。但是从反面看,如最高人民法院强调的,《中华人民共和国最高人民法院公报》(以下简称“《公报》”)所载案例不具有指导性案例的效力。^[4]部分由于上述原因,最高人民法院在2014年年底和2015年4月分别将7个清理汇编后的公法《公报》案例和8个私法《公报》案例作为第九和第十批指导性案例发布,在展示整合审判指导资源的方针的同时,也进一步突出了指导性案例制度的特殊地位。

依照现有司法解释和司法实践,法官不太可能在裁判中直接引用一般的在先裁判(更遑论引用学说)^[5]。无论法官的裁判是否在实质上符合其他裁判或学说,从表面上看,上述材料不会在裁判说理中发挥任何作用。转而关注诉讼法理的话,法官的裁判对象是诉讼标的,即当事人的权利主张或者诉的要求,裁判的事实基础是当事人提供的诉讼资料和法官在例外时自行收集的证据。除此之外,在大陆法系传统中,原则上只有法律规范才能约束法官的裁判行为。在先裁判显然不属于上述任何一种,自然在制度上无法对裁判施加直接影响。但是,任何学说和在先裁判都能够通过其自身的说服力,改变法官对法律问题的理解,进而影响裁判的过程和结果。易言之,在先裁判能够通过其内容影响法官的审判过程,却可以不在裁判说理中留下印迹。最后,从比较法上看,比如在德国,学说或不构成判例的在先裁判无论影响再大、支持者再多,除了其自身的说服力之外,在诉讼中没有任何作用。虽然学

[4] “李艺东等与黄木兴一般借款合同纠纷申请再审民事裁定书”,(2014)民申字第441号。对《公报》案例内在指导力的详细讨论,参见李友根:《指导性案例为何没有约束力——以无名氏因交通肇事致死案件中的原告资格为研究对象》,载《法制与社会发展》2010年第4期,第86-96页(认为没有说服力的指导性案例不具有任何约束力)。类似概念区别,参见瞿灵敏:《指导性案例类型化基础上的“参照”解读》,载《交大法学》2015年第3期,第89页。

[5] 目前,实践中也存在突破上述惯例的尝试。在制度上,比如北京市知识产权法院就于2015年创设之始,在行政裁判文书体例改革中创新地规定了所谓引用式文书,直接引用在先裁判中的法律观点,增强对本案判决的说理。东莞市第一人民法院也自2013年起,对知识产权案件适用案例引证制度,由当事人提交案例引证报告并就此辩论,并且体现在裁判理由中。在最高人民法院个案裁判中,比如,参见(2013)民申字第2296号和(2013)民一终字第30号。相关理论讨论参见曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,载《中国法学》2015年第4期,第244-245页。

说可以结合最高法院判例构成法学通说,^[6]并且对法官产生一定程度的约束力,但这实际上已是下文所述的基于审级的约束力。

(二) 基于审级的约束力

第二种影响力是在先裁判基于审级的、事实上的约束力。^[7]无论我们是否建构了独立的案例指导制度,只要有审级制度的存在,就一定存在在先裁判在事实上的约束力。相反如后详述,作为指导性案例基础的原始案例,则不一定享有这种约束力。不同于一般的(法律)约束力,事实上的约束力的渊源并非制度规范而是司法实践,即法官为了避免裁判被上诉法院发回或改判,很可能在事实上更重视上级法院的在先裁判。所谓“事实上”的表述来自对大陆法系理论认识的翻译,即由于对法安定性和形式正义的追求,^[8]作为法官法存在的判例在司法实践中就其处理的法律问题^[9]享有事实上的约束力(faktische/tatsächliche Bindungswirkung)。^[10]在我国,虽然最高人民法院在我国四级两审制中并没有法律三审的职权,但是这并不妨碍上级法院裁判中的法律观点对下级法院的影响力和统一法律适用。^[11]不限于此,《最高人民法院公报》上登载的案例、最高人民法院相关业务庭室法官在专业刊物上发表的案例评析、高级人民法院发布的参考性案例(《上下级法院意见》第9条第一款)等资料同样可以提供上级法院和法官的分析思路和意见,因此也可能发挥这种事实上的约束力。进而,这与下级法院法官对上级法院各级领导在审判业务会议和法官培训上(《上下级法院意见》第8、9、10条)发言稿的重视,也没有本质区别。甚至与普遍承认审级约束力的其他国家相比,其事实上的约束力可能更为强势。虽然《上下级法院意见》重新定位并安排了上下级法院的关系,至少从文本上扬弃了曾经甚嚣尘上的案件请示制度,但是由于错案追究和审判管理制度依旧盛行,这种来自实践的约束力仍将保持较高水平。

在此继续以德国法为例,就大陆法系传统中审级约束力的实际运行状况作一说明。在德国,联邦宪法法院裁判中的裁判主文以及裁判意见(tragende Gründe, ratio decidendi)可以约束行政机关和各

[6] 除了后文将进一步讨论德国相关问题之外,国内学界已经初步研究了法学通说的问题,比如《北大法律评论》2011年第2辑以“法学通说”为题组织的主题研讨。在美国,学说甚至是权威的法律重述本身虽然可以被判例引用,但是其观点也只能在判例所涉案情的范围内发挥判例约束力,剩余部分发挥的也只是影响很大的说理。*Montana v. U. S.*, 440 U. S. 147, 164 (1979) (concurring, Justice Rehnquist).

[7] 比如,参见魏胜强:《为判例制度正名——关于构建我国判例制度的思考》,载《法律科学》2011年第3期,第184页;解巨:《案例研究反思》,载《政法论坛》2008年第4期,第13-14页。否定事实上的约束力的不同观点,参见王晨光:《制度构建与技术创新——我国案例指导制度面临的挑战》,载《国家检察官学院学报》2012年第1期,第5页。

[8] Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., 2012, S. 65.

[9] Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 429.

[10] Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010, § 149 Rn. 10 ff.; Larenz (Fn. 9), S. 429 ff. 相反,德语文献中主张法官法本身就具有较弱的制度性约束力的观点。Franz Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., 2011, S. 504 ff. 对于日本判例制度中类似内容的介绍,参见于佳佳:《日本判例的先例约束力》,载《华东政法大学学报》2013年第3期,第42-46页。对挑战美国法上上述效力观点的介绍,参见林喜芬:《美国法院遵循先例的运行机制及启示》,载《比较法研究》2015年第2期,第74-75页。

[11] 相似理解,比如,参见李浩:《删而未除的“管辖错误”再审》,载《法学研究》2015年第2期,第169-170页。不同观点,参见陈越峰:《公报案例对下级法院同类案件判决的客观影响》,载《中国法学》2011年第5期,第188-189页。

级法院(§ 31 I BVerfGG),^[12]其就规范有效性的判决具有法律效力(§ 31 II BVerfGG),^[13]控诉审法院也应当遵循发回重审裁判中的法律判断(§ 563 II ZPO)。除此之外,基于法官独立原则(Art. 97 I GG),不同裁判之间并不存在正式的(法律上的)约束效力。就事实上的约束力而言,下级法院虽然有权作出偏离上级法院判例的裁判,但是必须就此专门说理,其强度根据具体的法官法被实践的时间长度(习惯法)以及法律人共同体对其的信赖而定。^[14]如果上级法院未被其说理说服,则很有可能直接改判或者发回重审。如后文详述,审级约束力既可能以裁判要点为对象,又可能包括裁判理由中对成文法的理解与发展。但是无论规则的抽象程度如何,理解规则都必须结合判例的案件事实,否则就将僭越司法权的边界。

(三) 指导性案例的“参照”效力

如果说前两种效力是我国法和比较法上普遍存在的类型,那么指导性案例制度则体现了西方经验基础上的“中国特色”。^[15]最高人民法院公布的指导性案例除了具有相对独立的遴选程序之外,^[16]由于各级人民法院审判类似案例时应当参照,也就享有了不同于其他在先裁判的、制度上的约束力。考虑到司法解释已经明确了上述效力并且提供了相应的制度基础,^[17]关于效力的争议似乎应当尘埃落定,论者也终于有机会避免不时失于抽象的法源论讨论、回到聚焦具体案例适用的裁判技术。

此时强调“参照”效力制度独立性的意义在于,从概念上应当认为这种效力不同于前述的说服力 and 事实上的约束力。由于效力强度上的明显区别,就完全没有约束力的说服效力而言自不必说。同

[12] 这就意味着作为例外,联邦宪法法院的裁判与普通法系对遵循先例原则的理解十分相似。不过,这个问题在德国的实务和学界都存在较大争议。之前的长期判决持上述见解:BVerfGE 96, 375 = NJW 1998, 519, 522; BVerfGE 40, 88 = NJW 1975, 1355, 1356; BVerfGE 1, 14 = NJW 1951, 877. 但是自2002年以来先出现了将约束力限于裁判主文的裁判(BVerfGE 104, 151 = NJW 2002, 1559, 1560),随后的裁判又没有明确表态(BVerfGE 115, 97 = NJW 2006, 1191, 1192)。这里与(涉及基本权利的宪法法院裁判中)裁判理由与主文之间的关系有关。不同于一般的民刑事裁判,这类裁判中的裁判主文和理由都是与宪法相关的解释,同时也很难判断裁判理由是否因为体现了裁判主文的思考路径(Gedankengang)而应当具有约束力。囿于主题,本文仅作简要说明。

[13] Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 10), § 17 Rn. 4.

[14] Zippelius (Fn. 8), S. 66; Eberhard Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., 2007, R n. 459 (同时强调由长期裁判向习惯法的过渡并不明确); Larenz (Fn. 9), S. 433. 较新的综合研究:Hannes Rösler, Präjudizienwirkungen im deutschen Zivilprozessrecht, ZZP 126 (2013), S. 295 (295 ff.).

[15] 比如,参见张志铭:《司法判例制度构建的法理基础》,载《清华法学》2013年第6期,第92页;胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,载《法学研究》2008年第6期,第7-8、10页。

[16] 实务部门的权威观点强调,相关程序安排本身也是指导性案例的权威来源。参见胡云腾、罗东川、王艳彬、刘少阳:《〈关于案例指导工作的规定〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2011年第3期,第36页。与之相对,部分学者则持谨慎态度,比如,参见何家弘,同注7引文,第29页(程序过于复杂);牟绿叶:《论指导性案例的效力》,载《当代法学》2014年第1期,第111-112页;陈兴良,同注15引文,第79页(排除判决规则自然生成);林维:《刑事案例指导制度:价值、困境与完善》,载《中外法学》2013年第3期,第506页(下级法院畏难不愿提交)。

[17] 参见雷磊:《法律论证中的权威与正确性——兼论我国指导性案例的效力》,载《法律科学》2014年第2期,第45-48页。相关法理学和法源论上的综合评论,参见泮伟江:《论指导性案例的效力》,载《清华法学》2016年第1期,第20-37页。也有观点认为,应当根据指导性案例对法律的重复、解释和续造区别判断,参见郭明瑞、瞿灵敏:《指导性案例的参照效力与适用问题研究》,载《江汉论坛》2016年第2期,第136页;瞿灵敏,同注4引文,第94-99页。与本文不同,认为应当根据个案中是否具有实质理由判断,参见向力:《从鲜见参照到常规参照——基于指导性案例参照情况的实证分析》,载《法商研究》2016年第5期,第98-99页。

时,笔者也没有采纳主流学说使用的事实上的指导或者拘束力概念,^[18]因为这样只能强调指导性案例不具有“法律上”的强制约束力(与“事实上”相对应),却无法与前述基于审级的约束力相区分。基于相同原因,也应当区别指导性案例与比较法上的判例。^[19]比如一个明显的例子是,我国的指导性案例制度与裁判法院的审级和裁判的形式并不直接相关。无论某个裁判最初由哪一级法院作出或者在形式上表现为判决或裁定(比如执行复函),^[20]都有资格被选为指导性案例,并且享有相同的“应当参照”效力。又比如,我国执行法院与审判法院分享司法和裁判权,针对申请执行行为异议复议的裁定^[21]同样属于指导性案例的范围,这样由于比较法上法院对执行权的分配大相径庭,也与其他国家的判例有一定区别。相反如前所述,在大陆法系判例制度中显然不会出现这种情况。当然,承认指导性案例与判例制度的不同,并不是要否定我国发展判例制度的前景,^[22]只是说判例制度对应的是指导性案例之外的在先裁判,发挥的仅是审级约束力以及说服力。同时,我国学者就指导性案例制度发展出来的识别案件相似性技术,也可以适用于其他在先判例的说理;外国关于判例甚至判例法的研究经验,同样可以为确定“参照”效力提供借鉴和参考。

至于如何从理论的角度判断两个案件之间在基本案情和法律适用上实质性相似(“同案”)(《实施细则》第9条),则是“参照”效力问题的另一要点。笔者初步认为,一方面应当由学者从具体的指导性案例出发,通过微调案件事实预设并区别不同的案件类型。^[23]相对抽象地说,这种对比的关键在于求异,即在对案情调整到什么程度才让人无法再适用相同规则。^[24]另一方面则需要关注实践中就指导性案例说理的案件,分析其裁判理由中适用或不适用指导性案例理由,这也以各级法院公布其裁判文书并切实履行其说理义务为前提。此外,观察两大法系对在先裁判的参引可见,在普通法系中案件事实就是形成裁判理由的基础及判断两案是否相似,因而可以适用前述裁判理由的标准,而在大陆法系需要适用的主要是在先裁判的抽象法律规则,即使两案案情不同,只要法院认为规则可以类

[18] 比如,参见雷鸿:《民事指导性案例研究》,法律出版社2013年版,第307-308页;陈兴良:《案例指导制度的规范考察》,载《法学评论》2012年第3期,第122-123页;胡云腾、于同志,同注15引文,第10-11页。

[19] 参见刘作翔、徐景和:《案例指导制度的理论基础》,载《法学研究》2006年第3期,第28-29页。不同意见,魏胜强,参见同注7引文,第185页;刘风景:《“指导性案例”名称之辨正》,载《环球法律评论》2009年第4期,第35-41页。对名称的讨论,亦见蒋惠岭:《建立案例指导制度的几个具体问题》,载《法律适用》2004年第5期,第9-10页。

[20] 第2号指导性案例涉及的即眉山市中级人民法院作出的(2010)眉执督字第4号复函。

[21] 2014年年底发布的第八批指导性案例中即包含此类三个案例,即第34号、第35号和第36号指导性案例。

[22] 参见张志铭,同注15引文,第99页。设想如何从指导性案例向判例制度转型的观点,参见汤文平:《民法教义学与法学方法的系统观》,载《法学》2015年第7期,第121-122页。

[23] 此种方法的范例,参见吴泽勇:《“吴梅案”与判决后和解的处理机制》,载《法学研究》2013年第1期,第162-165页(对后文的批评和扩展分析);王亚新:《一审判决效力与二审中的诉讼外和解协议——最高人民法院公布的2号指导案例评析》,载《法学研究》2012年第4期,第77-81页。关于美国判例法适用中如何处理不同点的抽象分析,参见邓矜婷:《确定先例规则的理论及其对适用指导性案例的启示》,载《法商研究》2015年第3期,第161-170页。

[24] 参见陈杭平:《论“同案不同判”的产生与识别》,载《当代法学》2012年第5期,第29-30页。所谓“同案同判”,指向的同样也是相似案件相似处理的形式正义要求。相同结论,参见周少华:《同案同判:一个虚构的法治神话》,载《法学》2015年第11期,第131-140页。

推,就不会影响法官对在先裁判的引用。^[25]当然自不必说的是,事实区别技术在德国裁判实务中同样常见和重要,比如同样涉及牙医广告(原则上禁止)的案件中,为了不适用宪法法院创立的规则,德国普通最高法院强调两者的广告发布平台不同(门口张贴和汽车杂志刊登),因此结果不同。^[26]案情在判断指导性案例效力时的作用深值玩味,但是囿于本文重点以及实践中发展的情况,本文暂不继续深入讨论。

最后值得强调的是,现有两审终审的审级制度并不会制约指导性案例发挥“参照”效力。即使我国现行两审终审制与一般的审级制度原理不符,同时现有两审终审制下基层法院的裁判无法上诉到最高人民法院,也不宜认为指导性案例的效果必须与三审制挂钩,否则无法约束所有下级法院。^[27]除了提级审查再审申请的审判监督制度(《民事诉讼法》第199条第一句前句)在制度上扩大了上级法院直接审查的范围之外,如后文所述,法律适用上的“应当参照”效力和说理义务应当转化为审级制度中的二审或者审判监督标准,从制度上要求各级法院必须尊重指导性案例。这样,无论最高人民法院是否具有终审权,都不妨碍上诉法院审查初审法院、再审法院审查作出生效裁判的一审或二审法院时遵循上述标准。由此我们也可以初步定位各级法院裁判的效力。由于各级法院的主要功能^[28]以及对应范围不同,最高人民法院和高级法院统一司法的作用更明显,同时具有说服力和审级约束力两方面的效力,在所有在先裁判中也自然更重要;相较而言中级法院作出的裁判虽然对本辖区的基层法院同样具有说服力和审级约束力,但是其统一司法的功能就次之,一部分精力将分配给个案的纠纷解决;而基层法院作出裁判只能对本院和其他法院发挥说服力,重点就放在了纠纷的解决上。同时,各级法院的裁判都可能经由特别程序被遴选为指导性案例,这样在其原有的说服力以及可能的审级约束力之外,可以“不问出身”地发挥“应当参照”的效力。^[29]

二、公布案例中发挥“参照”效力的内容

在笔者看来,明确“参照”效力的独立制度属性只是思考的开始,因为法理学性质上的争论需要

[25] See Colm P. McGrath & Helmut Koziol, *Is Style of Reasoning a Fundamental Difference between the Common Law and the Civil Law*, 78 *RabelsZ* 709, 729-732, 749 (2014). 类似见解,参见孙维飞:《隐名的指导案例——“指导案例1号”为例的分析》,载《清华法学》2016年第4期,第15-16页。相反就此而言,采取何种推理方法以及裁判思维,并不应影响指导性案例在我国的适用。不同见解,参见赵瑞罡、耿协阳:《指导性案例“适用难”的实证研究》,载《法学杂志》2016年第3期,第119-120页。至于与此平行的、法律适用应否成为判断实质性相似的标准问题,笔者猜测该规定的本意是在案情相似的前提下,应当对涉及相似法律问题/争点的随后案件适用指导性案例的裁判规则。如果法律问题不同,自然没有必要适用了。相反,这并不要求案件涉及的所有法律问题必须相似,也不需要考虑适用的法律解释方法是否相似。

[26] BVerfG NJW 2000, 2734; BGH NJW - RR 2002, 1685, 1686.

[27] 相反意见,参见夏引业:《论指导性案例发布权的合法性困境与出路》,载《法商研究》2015年第6期,第37-40页;宋晓:《判例生成与中国案例指导制度》,载《法学研究》2011年第4期,第61-64页。基于类似理由认为审级约束力无法完全发挥的观点,参见郑智航:《中国指导性案例生成的行政化逻辑》,载《当代法学》2015年第4期,第125页;张超:《论“同案同判”的证立及其限度》,载《法律科学》2015年第1期,第26页;孙国祥:《从柔性参考到刚性参照的嬗变——以“两高”指导性案例拘束力的规定为视角》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2012年第3期,第138页。

[28] 针对指导性案例遴选主体发表的类似观点,参见宋晓,同注27引文。

[29] 认为这种制度设计破坏审级制度、裁判拘束力和司法权威性的不同意见,参见吴越:《中国“例制”构建中的法院角色和法官作用》,载《法学论坛》2012年第5期,第23-24页。类似观点,参见夏引业,同注27引文,第37页。在此基础上、主张指导性案例应尽可能由最高人民法院及其巡回法庭亲自审理的观点,参见周翠:《民事指导性案例:质与量的考察》,载《清华法学》2016年第4期,第65-66页。认为这种现象影响了指导性案例权威性并应当改变的观点,参见向力,同注17引文,第100、104页。

落实到部门法学的具体制度和具体的法律适用,特别是作为处理具体问题方法指南的裁判技术上。在前述讨论基础上可见,指导性案例制度主要体现的是其发布者最高人民法院对法律问题的态度(虽然在《规定》第2条下,该制度也涵盖了其他类型问题),其效力也与自身特殊的生成机制紧密相关。因此,在具体适用和解释中应当更加注重挖掘最高司法机关希冀表达的法律观点、尽可能扩大发挥“参照”效力的范围,同时重视对自然生成案例的后期加工(其内容和限度如后详述)。

在目前的讨论中,论者就指导性案例中哪些部分具有“参照”效力的问题持有多样性的看法。有观点认为参照的内容应限于裁判要点,^[30]也有主张限于法律观点及其论证而非裁判要点,^[31]更有呼吁同时包括裁判要点和法律理由。^[32]讨论最好的素材,莫过于已经公布的民事领域的指导性案例,这需要我们依托个案的具体情况实质分析。

(一) 裁判理由与裁判要点

笔者认为,为了尽可能发挥指导性案例的指导作用,为司法提供统一的标准,裁判理由和要点都应当成为参照的对象。当裁判理由中包含了要点中没有的解释性内容时,裁判理由当然可以适用。比如在第2号指导性案例(吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案)中,裁判理由部分在裁判要点之外还有“违背了双方约定和诚实信用原则”的表述,而这正是对裁判要点的说理和民事诉讼理论上的重大突破,也被论者广泛视为该案的一个主要贡献。^[33]

又如在第9号指导性案例(上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案)中,裁判要点实际上只涉及裁判理由部分的第一段(不是实际控制人或者未实际参加公司经营管理的抗辩),而完全没有涉及第二段关于财产在清算前已经灭失的抗辩和履行清算义务以清算程序开始的结果为标准这两个法律问题。由前者可以推出,如果清算义务人能够证明财产在清算前已经灭失,那么似乎就可以推翻怠于履行清算义务与财产灭失(但不包括账册)的因果关系。至于能否以此为抗辩不承担连带责任,或者换个角度说义务不履行仅导致账册灭失时是否承担连带责任,本案对此实际上没有明确回答,而是从证明评价的角度认为,其他法院找不到公司财产的证据不能证明公司已经没有财产。后者则对清算义务人履行清算义务提出了较高的标准,即不仅要有自行清算的行为,而且必须有开始清算程序的结果。就后一个问题具体而言,清算义务人应当在被吊销营业执照之日起15日内成立清算组,自行开始清算(2005年《公司法》第181条第四项和第184条第一和二句,《公司法解释(二)》第7条第一款)。如果公司解散逾期不成立清算组进行清算的,公司股东可以申请人民法院指定清算组对公司进行清算(《公司法解释(二)》第7条第二款第一项和第三款)。作为清算义务人的股东在清

[30] 参见李友根:《论指导性案例的约束力范围》,载《苏州大学学报》2011年第4期,第66-67页;江勇、陈增宝:《指导性案例的效力问题探讨》,载《法治研究》2008年第9期,第35页。

[31] 参见王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,载《法学》2012年第1期,第77页;冯文生:《审判案例指导中的“参照”问题研究》,载《清华法学》2011年第3期,第92-94、98-99页。

[32] 参见郭明瑞、瞿灵敏,同注17引文,第137页;马荣、葛文:《指导性案例裁判要点的类型与运用研究》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2012年第3期,第145页;杨力:《中国案例指导运作研究》,载《法律科学》2008年第6期,第44-45页。刘作翔教授甚至主张包括指导性案例中体现的程序问题,并且应当关注原始案例,参见刘作翔:《中国案例指导制度的最新进展及其问题》,载《东方法学》2015年第3期,第45-46页。

[33] 参见贺剑:《诉讼外和解的实体法基础——评最高人民法院指导案例2号》,载《法学》2013年第3期,第150-152页;吴俊:《指导案例2号的程序法理》,载《法学》2013年第1期,第150页;王亚新,同注23引文,第78-81页。相反的消极评价,参见郑金玉:《和解协议与生效判决关系之债法原理分析——兼论“吴梅案”的规则解释》,载《比较法研究》2015年第4期,第112-113页;严仁群:《二审和解后的法理逻辑:评第一批指导案例之“吴梅案”》,载《中国法学》2012年第4期,第171-172页。

算前如果发现公司资不抵债时,则应当向人民法院申请破产清算(《企业破产法》第7条第三款)。可见,部分股东自行清算的行为在法律上没有意义,而必须组成清算组。即使在其他股东不配合、无法组成清算组时,上述部分股东也有救济的可能,即请求法院介入指定清算组,甚至直接向法院申请破产清算。本案中提出抗辩的两名被告没有采取上述措施,自然属于怠于履行义务。

在第18号指导性案例[中兴通讯(杭州)有限责任公司诉王鹏劳动合同纠纷案]中,裁判要点仅限于对“不能胜任工作”标准的具体化,而在裁判理由中,法官同时也分析了因分销科解散导致王鹏转岗的事实并不能证明转岗是因为不能胜任工作。易言之,裁判理由部分包含了《劳动合同法》第40条第二项的两项要件(“不能胜任工作”及其与转岗的因果关系),而裁判要点只涉及其中的一个。在笔者看来,裁判理由中对转岗原因的分析未来也应当发挥“参照”效力。^[34]类似的还有第19号指导性案例(赵春明等诉烟台市福山区汽车运输公司、卫德平等机动车交通事故责任纠纷案)中对被套牌车的承保人、不对客车享有处分收益权的登记所有人、未为雇主履行职务的事故司机的雇主不承担交通事故责任认定,第23号指导性案例(孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案)对《食品安全法》第148条第二款(旧法第96条第二款)下消费者的定义、销售者明知的认定以及赔偿损失和十倍赔偿金关系的讨论,第24号指导性案例(荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案)对于受害人体质状况对损害后果的影响不构成保险公司免责事由的判断,第30号指导性案例(兰建军、杭州小拇指汽车维修科技股份有限公司诉天津市小拇指汽车维修服务有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案)中对侵犯注册商标专用权(《商标法》第52条第一项)和判断经营者擅自使用他人企业名称的考量因素的认定(《反不正当竞争法》第5条第三项)。在第54号指导性案例(中国农业发展银行安徽省分行诉张大标、安徽长江融资担保集团有限公司执行异议之诉纠纷案)中,裁判理由第一部分虽然也未被列入裁判要点,但是其通过对条款的实质分析对质押合同成立的认定,也应当对后案产生影响。在第57号指导性案例(温州银行股份有限公司宁波分行诉浙江创菱电器有限公司等金融借款合同纠纷案)中,将来也可以参考法院在商事案件中全额支持律师费的做法。在第65号指导性案例(上海市虹口区久乐大厦小区业主大会诉上海环亚实业总公司共有权纠纷案)中,也出现了对于物业维修资金具有公共性和公益性的说理和认定,这一部分并没有出现在裁判要点之中。最后,与前面相类似的还有第66号指导性案例(雷某某诉宋某某离婚纠纷案)中对于转移、隐藏夫妻共同财产的事实认定以及《婚姻法》第47条第一款下行使法定裁量权/作出形成判决中的具体程度判定。

甚至,即使是裁判理由中与本案案情和裁判并不必然相关的旁论,也可能发挥“参照”效力。在第20号指导性案例(深圳市斯瑞曼精细化工有限公司诉深圳市坑梓自来水有限公司、深圳市康泰蓝水处理设备有限公司侵害发明专利权纠纷案)中,原告在法院释明下仍然拒绝请求支付发明专利临时保护期使用费,而是坚持涉争设备落入其专利保护范围,因此作出本案判决并不必回应与本案无关的、是否支付使用费的法律问题。类似地,在第30号指导性案例中,裁判要点中第一条的内容以及相对应的裁判理由实际上对应本案案情外的假设情形,是对抽象法律问题、行政法规与侵权之诉关系的回

[34] 与本文视角不同,批评“不能胜任工作”标准不够具体、缺乏指导价值的劳动法专业观点,参见王天凡:《“不能胜任工作”与“末位淘汰”规则的规范分析》,载《清华法学》2016年第4期,第29-33页;郑晓珊:《从“末位淘汰”看解雇语境下的“不能胜任”》,载《法学》2014年第11期,第34-43页;孙光宁:《“末位淘汰”的司法应对——以指导性案例18号为分析对象》,载《法学家》2014年第4期,第106页。这也代表着一种指导性案例指引学术研究方向、学者延续并深化指导性案例讨论的良好互动模式。

答。最高人民法院明确将其列为裁判要点,显然也将其视为指导的当然部分。如前所述,笔者甚至认为,即使该规则没有出现在裁判要点中,也应当能够发挥指导作用(如裁判理由第一部分关于商标侵权的分析)。最高人民法院将旁论纳入裁判要点的考虑,进一步说明了其同样重视旁论的态度。

就此而言,2015年6月公布的《实施细则》第9条规定参照的对象是“裁判要点”,考虑的也许是指导性案例确立规则的明确性,但是也造成了解释上的进一步困难,即如果作为组成部分的裁判理由(《实施细则》第3条第一句)中的内容未包含在裁判要点中,那么是否应当具有指导效力。笔者认为,由于案例编辑权的存在,相关机构完全可以不选用这些裁判理由,将其保留为后述原始案例中的理由。既然选用并同样适用指导性案例的发布程序,那么应当扩大解释前述第9条的规则,将裁判理由纳入其中。当然,从现实层面也可以提出相反的假说,比如审判委员会在审查中精力有限,可能顾及不到裁判理由的细致审查;或者,相关裁判理由未被纳入裁判要点,正是由于相关负责法官对具体观点的把握不大;抑或,如果要求法官有义务掌握所有的裁判理由,从一般法官素质和规则检索难度上看不符合现实情况,等等。

就此而言,判断“参照”效力范围、评价上述笔者及相反假说的合理性,在很大程度上属于价值判断问题(各有各的道理),需要更多理论上的分析。首先,如前述例子中展示的,相关裁判理由本身具有较高的参考/说理价值,通过纳入裁判理由中对更多法律问题的“标准答案”,加快案例指导制度司法统一功能的实现。同时,研究者在案例发布后对裁判理由和其中裁判规则的利用及拓展,也体现出一般观察者尽可能扩大参照效力范围的愿望。我国裁判文书改革面临的问题首要是说理不充分,其中一个重要原因就是依法可以利用的说理素材十分有限。就此而言,相关裁判理由可以代表司法统一答案,应当尽可能成为随后法官可以放心援引的说理素材,当然也有助于法律问题研究和相关案例研习课程教学的深入。再者,由于后文主张指导性效力体现为特别说理义务,因此扩大理解参照的对象,也不太可能产生过于极端的消极后果。如后文详述,如果法官未能发现指导性案例裁判理由部分已经明确的裁判规则,只要尚未满足既有审级制度下的审查标准,那么只构成司法行政、案件考评意义上的不当行为。比较其给法官带来的有限负担和可能产生的、增强裁判说理和规则可预测性的收益,有必要对法官提出同样关注指导性案例裁判理由的更高要求。最后,从相反方面看,即使《实施细则》的起草者坚持将裁判规则提炼为裁判要点是案例指导制度的中国特色(确实如此),^[35]也无法当然推出其指导效力限于裁判要点的结论。毕竟,即使是裁判要点和理由都能发挥指导效力,同样也能体现中国特色。作出何种选择,仍需考虑该制度的预设功能——促进司法统一。

此外,德国的长期实践经验也部分支持这种做法。在德国,裁判要点和理由都在法律适用中发挥很重要的作用。裁判要点显然是多数裁判引用,甚至直接原文引用的对象,也可能通过几十年间数个判决成为长期固定的见解(持续性判决),甚至扩展到其他领域。比如,在具体案件中清醒的司机本应能够避免事故发生的情况下,酒后驾车可以作为认定本案司机过错的表见证据,其后这个经验法则发展到其他领域。^[36]而裁判理由同样是法官经常参考的内容:无论是法官在在先裁判中延续其他判例

[35] 参见郭锋、吴光侠、李兵:《〈〈关于案例指导工作的规定〉实施细则〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2015年第17期,第34页。

[36] BGHZ 18, 311 = NJW 1956, 21, 23; BGH NJW 1987, 1826, 1827 (扩展到自行车手); NJW 1976, 897 (酒后躺在马路上的行人)。

对法条的解释还是自行解释,对法律概念的直接理解^[37]还是作为类推的旁论,^[38]都可能经由其后法院的发展成为通说的重要佐证。同时,被引用的法律理由也不限于裁判要点中强调的部分。至于与此相关裁判要点本身是否过于抽象的问题,笔者认为个案规范或者裁判规则的抽象性只有程度之分,裁判要点的抽象性仍应当因个案而定,这也可以从公报案例的裁判摘要并非总是特别抽象看出来。同时,这当然也与一国法学甚至具体部门法学的发展水平,即案例/判例所要澄清的法律问题或者填补的法律漏洞有关。^[39]

一般而言,由于指导性案例经过了几轮遴选、编辑和审查,而且裁判要点本身即被视为裁判理由的提炼和总结,两者不太可能相互冲突。不过在少数情况下,也可能会出现裁判理由与要点不一致的情况,此时应当根据具体案情加以分析。在第16号指导性案例(中海发展股份有限公司货轮公司申请设立海事赔偿责任限制基金案)中,就判断涉案船只是否属于“从事中华人民共和国港口之间的运输的船舶”(《海商法》第210条第二款)的法律问题,裁判理由部分包括两点理由,即“营业运输证载明的核定经营范围”和“涉案事故发生时其所从事的也正是从秦皇岛港至上海港航次的运营”,而裁判要点中只将后一项理由抽象为解释规则,即“发生海事事故航次正在从事中华人民共和国港口之间的运输”。如果在其公布之后发生的案件中涉及营运范围本来涉外,但实际上却从事我国港口之间的运输时,就涉及两者的冲突问题。从解释上来看,笔者认为最高人民法院认为原裁判中两个理由是并列而非递进的关系,其中最明确、最主要的判断标准是实际进行的航次的属性,营运范围只不过是其参考,^[40]因此上述船只应当属于“从事中华人民共和国港口之间的运输的船舶”。相反,如果未取得《国际船舶运输经营许可证》却实际擅自经营国际船舶运输业务的(对应《国际海运条例》第6条第一款和第42条),则应当根据裁判要点不能视为上述船舶。同时,在第19号指导性案例中,裁判要点和理由虽然都提及机动车所有人或者管理人“出借机动车号牌给他人使用”或者“明知他人套牌使用其机动车号牌不予制止”的两种行为,但是裁判要点将两者理解为选择或并列关系,裁判理由则相反,将后者理解为前者的一个类型(上下层),体现了法律认识上的不同理解,在法学方法论上代表着不同的法律适用模式。在第64号指导性案例(刘超捷诉中国移动通信集团江苏有限公司徐州分公司电信服务合同纠纷案)中,裁判要点在《合同法》第39条和裁判理由所要求的告知义务的基础上,进而规定了“获得消费者同意”,并且认为此时格式条款无效。就前者而言,也许需要更多的成文法或法理上的支持和论证,这并非本文讨论所能覆盖。对比《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称“《合同法解释二》”)第9条中的撤销权,后者虽然能够得到《消费者权益保护法》第26条第二款和第三款(限制消费者权利……内容无效)的支持,但是本条在本案实际裁判

[37] 比如直接证据与间接证据的定义:BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946, 950.

[38] 比如在论证当事人在通过表见证明推翻法官已经形成的临时心证时应当提供反面证据而非反证时,最高法院举例指出在涉及公文书的证明力时,同样需要达到反面证据的程度,而这实际上相当于与案件事实无关的旁论(obita dictum)。BGHZ 16, 217 = NJW 1955, 625, 627. 但是随后法院却同样将其作为依据引用:BGH NJW 1997, 1312. 对类似现象和问题的分析,亦见王晨光,同注7引文,第10页。对于日本法上相同问题的讨论,参见于佳佳,同注10引文,第46-50、53页。

[39] 在判断“同案”中的类似思路,参见张志铭,同注15引文,第107-108页。详细讨论,参见孙光宁:《指导性案例裁判要旨概括方式之反思》,载《法商研究》2016年第4期,第109-120页。批评我国公报案例中的裁判摘要过于抽象并主张类型事实为前提的规范命题说的观点,参见解亘:《论学者在案例指导制度中的作用》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2012年第4期,第78-80页。

[40] 最高人民法院的类似见解,参见最高人民法院案例指导工作办公室(王淑梅、汪洋、李兵):《指导案例16号〈中海发展股份有限公司货轮公司申请设立海事赔偿责任限制基金案〉的理解与参照》,载《人民司法·应用》2013年第15期,第40-41页。

时并未出现,在指导性案例说理中也没有被引用。此外,也许本案案情能够构成“排除对方主要权利”(《合同法》第40条,《合同法解释二》第10条),但是考虑到裁判理由和相关法条并未直接引用,可能也不能代表原审法院和最高人民法院的思路。总之,在这两点上,想从现有公布材料中准确发现裁判要点所代表的法律适用思路,可能都存在较大困难。^[41]

(二)相关法条的有限意义

与此相对,指导性案例中引用的“相关法条”只是便于理解的参考,并不能限制指导性案例的适用范围。公布的裁判理由可能涉及多个法条基础,作为对法律问题的解释或者具体化,对于未来的案件都具有指导意义。撰写裁判理由应当以请求权基础为核心,而几乎所有的法律适用过程都包含或多或少的法条联结。比如就第1号指导性案例(上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案)而言,裁判理由在认定涉争合同属于居间合同之后,首先审查的就是禁止“跳单”格式条款是否有效,其案件的指导效力当然也应当及于裁判理由中的相关分析以及裁判要点中的结论。在第16号指导性案例中,裁判理由由第三段涉及对本案第二异议人将清理残骸费用排除在基金计算基数之外主张的回应,涉及《海商法》第207条第一款第一项关于限制性债权中“与船舶营运直接相关的财产的灭失、损坏”的解释,即清理残骸费用不属于上述限制性债权,自然也应当纳入指导范围。当然在指导性案例出台之前,2010年已经出台了《关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定》(以下简称“《海事责任限制规定》”),其第17条规定限制性债权“不包括因沉没、遇难、搁浅或者被弃船舶的起浮、清除、拆毁或者使之无害提起的索赔”,因此其指导意义与现行有效的司法解释相互重叠。在第23号指导性案例中,为了逐项认定《食品安全法》第148条第二款设定的“消费者”和“销售明知是不符合食品安全标准的食品”两项要件事实,法官也分析并适用了其他相关法条。特别是对于“消费者”概念的扩张解释,扭转了“知假买假”者在各地司法实践中屡屡败诉的不利状况,也符合了“保护消费者的合法权益”(《消费者权益保护法》第1条)和“保障公众身体健康和生命安全”(《食品安全法》第1条)的立法宗旨,应当成为未来案件参照的主要内容。^[42]甚至,在第57号指导性案例中,所引的《担保法》第14条只是针对最高额担保的一般规范,裁判要点中的结论和裁判理由的说理代表的都是民法原理及其他具体规则的系统解释。如果后者受到相关法条的限制而不能发挥“参照”效力,将直接否定该指导性案例的价值和影响。

同时,在相关法条的引用上,最高人民法院的态度实际关注的是现在和将来案件的审判工作,而并不关注案件审判当时的情况。比如,在第17号指导性案例(张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案)中,最高人民法院就明确引用了当下有效的《消费者权益保护法》第55条第一款,附带说明了对应旧法第49条。在第19号指导性案例(赵春明等诉烟台市福山区汽车运输公司卫德平等机动车交通事故责任纠纷案)中,由于侵权事故发生于2008年,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》第一条后句“侵权责任法施行前发生的侵权行为引起的

[41] 与此不同的是在第17号指导性案例中,裁判要点关于证明责任的表述只是概括了裁判理由的思路,似乎并不存在明显冲突。实体法上的展开,参见陆青:《消费者保护法上的告知义务》,载《清华法学》2014年第4期,第158-164页。不同见解,参见周翠,同注29引文,第54、62页。

[42] 值得注意的是,虽然最高人民法院在发布该指导性案例之前(2013年12月)已经出台了《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》,并且明确否定了生产者、销售者以“购买者”明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的权利(第3条),但是由于该《规定》仍然坚持“消费者……向生产者、销售者主张支付价款十倍赔偿金”(第15条)的表述,该指导性案例实际上将“为生活消费”的“消费者”扩大到“知假买假”者,因此仍然具有“参照”意义。

民事纠纷案件,适用当时的法律规定”的规定,不应适用2010年施行的《侵权责任法》。类似的情况也出现在第46号指导性案例(山东鲁锦实业有限公司诉鄞城县鲁锦工艺品有限责任公司、济宁礼之邦家纺有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案)中,该案显然也不适用2013年修正的《商标法》第59条(第一款),而应当适用裁判理由部分引用的《商标法实施条例》第49条。在第52号指导性案例(海南丰海粮油工业有限公司诉中国人民财产保险股份有限公司海南省分公司海上货物运输保险合同纠纷案)中,同样出现了类似的相关法条和裁判理由两部分中引用法条版本不同的情况,前者引用的是现行《保险法》第30条,而后者则引用的在再审程序中当时有效的2002年《保险法》第31条。而在第48号指导性案例(北京精雕科技有限公司诉上海奈凯电子科技有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案)中,虽然2006年作出的生效判决也不会最初就适用相关法条部分引用的2010年《著作权法》第48条第六项,但最高人民法院却在本案中 will 将裁判理由和相关法条中的法条引用统一了。上述这些做法的原因很可能是,最高人民法院只希望提示读者个案案情、法律理由与现行法上规则的关联。由此推论,如果未来相关规则遭遇立法变动,只要其实质内容不变,就能够继续发挥“参照”效力。不过,在第20号指导性案例中,相关法条部分引用的则是根据被诉侵权行为时间确定的、2000年《专利法》,没有选择内容相同(施行时间除外)、发布案例当时施行的2008年《专利法》。在第53号指导性案例(福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案)中,最高人民法院也坚持不适用案件发生之后施行的《物权法》,而是仅以其为参照。仅就条文顺序而言,第65号指导性案例中适用的《物业管理条例》第54条第一和第二款也没有体现2016年《国务院关于修改部分行政法规的决定》第35条的修改以及其中相应调整条文顺序的规定。

而且,指导性案例“参照”效力的发挥,也不限于相关法条的文义本身,这实际上涉及指导性案例是否具有填补法律漏洞甚至“造法”功能的问题。比如,最高人民法院在第2号指导性案例中创立了《民事诉讼法》第230条第二款(旧法第207条第二款)的类推适用,^[43]在第7号指导性案例中对《审判监督解释》第34条第二款(《民诉法解释》第406条第二款)的类推理解,^[44]在第15号指导性案例(徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案)中则以《公司法》第20条第三款为基础确立了类推规则,^[45]以及在第23号指导性案例中对“消费者”概念和在第29号指导性案例(天津中国青年旅行社诉天津国青国际旅行社擅自使用他人企业名称纠纷案)中对“企业名称”的扩大解释。^[46]出于区别保护不同民事权益的考量,第33号指导性案例(瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案)对《合同法》第59条作出限缩解释,最高人民法院为原来“当事人恶意串通,损害第三人利益的,因此取得的财产返还第三人”的规则增补了“第三人为财产所有权人”的限制条件;为了保护在仲裁裁决生效时我国法院没有执行管辖权的案件中积极维权的申请执行人,第37号指导性案例(上海金纬机械制造有限公司与瑞士瑞泰克公司仲裁裁决执

[43] 认为在解释论上不应理解为类推适用的观点,参见吴泽勇,同注23引文,第160-162页。

[44] 在诉讼阶段上区分抗诉审查程序和审判监督程序,进而发现存在类推规则的讨论,参见吴俊:《处分权主义与审判监督程序的结构——最高人民法院指导案例7号研究》,载《法制与社会发展》2013年第6期,第15-16页。

[45] 参见韩强:《法教义学在商法上的应用——以最高人民法院指导案例15号为研究对象》,载《北大法律评论》2014年第15卷第1辑,第106-125页。

[46] 参见李友根:《论企业名称的竞争法保护——最高人民法院第29号指导案例研究》,载《中国法学》2015年第4期,第284-285页。

行复议案)在《民事诉讼法》第239条之外增加了执行期间的特别限制规则;第53号指导性案例限缩了《物权法》第219条第二款质权行使的方式和程度,以契合污水处理项目收益权的特殊性;第67号指导性案例(汤长龙诉周士海股权转让纠纷案)中,最高人民法院也限缩了《合同法》第167条下合同解除权的适用范围,从中排除了约定了分期付款的有限责任公司股权转让合同。从大陆法系法学方法论来看,对于明显法律漏洞的类推和目的性限缩填补已经属于法官造法的范围。^[47]

笔者认为,虽然《案例规定》第二条规定的具体类型中并未强调存在法律漏洞,但是从其创制规则的基本目的来看,应当承认其填补法律漏洞和造法功能的存在。与绝大多数学者的共识相符,无论成文法体系如何精致,都可能存在各种各样的漏洞,此时就需要司法机关运用其智慧加以弥补。同时,2015年修改的《立法法》也只明确了最高人民法院作出一般性司法解释的权限(《立法法》第104条和第45条第二款),而不影响个案裁判对法律的发展。而且,既然最高人民法院已经不止一次主动实现了上述功能,似乎争议的实际意义更为有限。^[48]虽然这种实然层面的默认的确不能直接推出应然层面的结论,不少具体裁判规则的正当性也被论者广泛质疑,但是笔者首要关心的是对法官造法权限的肯定,暂且不深入到对相关造法结果的理论分析。

有时,确定裁判规则时的可能争议恰恰不涉及被引用的法条。对此当然应当建言相关法条覆盖案件主要争点(这也是指导性案例主要贡献的内容),此外也需要考虑指导性案例不那么完美的情况,后者在实践中并非不存在。比如在第7号指导性案例中,指导性案例的相关法条部分只引用了原《民事诉讼法》第140条第一款第十一项,涉及的是在裁判技术上增加新的裁定形式。但实际上,该案主要指导的问题则是法院对检察院抗诉的形式审查,规定的是审判监督程序中针对检察院抗诉的再审审查程序,解释的是《民事诉讼法》第211条前句(旧法第188条前句)。^[49]如果我们将“参照”效力仅限于明确引用的法条,那么除了明显与最高人民法院发布本案的目的相悖之外,本案的指导意义也必将大打折扣。在第16号指导性案例中,相关法条部分引用的《海事诉讼特别程序法》第106条第二款只涉及本案程序的法律渊源,双方对此其实并无争议,需要适用的实际是裁判理由中引用的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第83条。在第18号指导性案例中,相关法条部分引用了《劳动合同法》第39条和第40条。但是参考裁判要点和裁判理由可

[47] Zippelius (Fn. 8), S. 55 ff.; Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., 2005, S. 179 f.; Larenz (Fn. 9), S. 381 ff.; Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 71 ff., 144 ff.; 吴从周:《台湾民法解释学之发展现状》,载张双根等主编:《中德私法研究》(总第10卷),北京大学出版社2014年版,第8、12-17页。最高人民法院也持相同观点,参见最高人民法院案例指导工作办公室(刘净):《指导案例15号〈徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案〉的理解与参照》,载《人民司法·应用》2013年第15期,第36-37页。

[48] 类似见解,参见雷鸿,同注18引书,第193-198、228-232页;陈兴良,同注18引文,第119-121页;王利明,同注31引文,第72-73页;杨洪逵:《案例指导从功利走向成熟》,载《法律适用》2004年第5期,第12页。亦见许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第965-968页(讨论法官造法与司法权威的关系)。不同见解,参见刘克毅:《法律解释抑或司法造法?——论案例指导制度的法律定位》,载《法律科学》2016年第5期,第198-200页;张志铭,同注15引文,第104-106页;孙国祥,同注27引文,第135页;夏锦文、莫良元:《社会转型中案例指导制度的性质定位与价值维度》,载《法学》2009年第11期,第134页;郇永昌、刘克毅:《论案例指导制度的法律定位》,载《法律科学》2008年第4期,第136-137页。较为特别的是,刘作翔和徐景和两位教授既强调了指导性案例不具有造法功能,又认为其应当统一司法并弥补法律缺陷或漏洞,而且缺乏具体法律规范又是适用指导性案例的前提条件。参见刘作翔、徐景和,同注19引文,第21、29页。

[49] 相同见解,参见最高人民法院审判监督庭、最高人民法院案例指导工作办公室(孙祥壮、吴光侠):《指导案例7号〈牡丹江市宏阁建筑安装有限责任公司诉牡丹江市华隆房地产开发有限责任公司、张继增建设工程施工合同纠纷案〉的理解与参照》,载《人民司法·应用》2012年第15期,第55页(该文亦说明,最高人民法院曾提出将该条修改为“30日内作出是否再审的裁定”的立法建议,但是并没有被立法者采纳,参见第58页)。

见,本案的争点是《劳动合同法》第40条第二项中对“不能胜任工作”的解释,实际上与第39条关于过失性辞退的规定无关。如前所述,虽然第53号指导性案例没有直接引用《物权法》第219条第二款,但是其一个主要贡献即提示对该条的灵活适用,考察个别权利的特殊性和可能的利益冲突。

三、原始案例对判断“参照”效力的影响

由于我国指导性案例特殊的遴选程序和最高人民法院负责法官对案例的编辑权,在公布的指导性案例和原始案例之间很可能存在不同程度的变动。这种区别既可能仅仅是文字上的调整或者对明显错误的更正(参照《民诉法解释》第245条),又可能是对原始文书内容的精练和删改,还可能属于对原始法律观点的实质性修改。这种指导性案例和原始案例之间的张力,是理解“参照”效力时不得不考虑的。具体可以区分为法律理由和案件事实两方面。

(一) 法律理由部分

指导性案例中公布的法律理由部分是参照的主要内容,在未公布部分与公布部分冲突时以后者为准。在两者基本一致时,由于相关负责法官在指导性案例公布前有更长时间思考法律问题、征求意见并一般具有更高的法律素养,直接适用公布内容应当没有什么争议。比如在第15号指导性案例中公布的内容与原判决没有明显差别,相反从法律适用的角度看,公布内容较包含原判决实质内容,并由主审法官发表的文章中的介绍^[50]还更为严谨。此时,指导性案例提供的信息就已经足够并且更宜发挥指导的作用,参照时应当以公布的内容为准。另一方面,原始裁判中的理由也可能被“有意”地分为有指导效力和没有指导效力两部分,此时就应当以公布内容为准。比如比较第1号指导性案例的原始文本和公布文本可知,指导性案例仅选取了原判决中的一个法律观点并配以裁判要点,而没有收录原始判决中的第一个理由。该理由仅在事实部分出现,即被告已经在先获得了房屋信息。^[51]此时由于指导性案例特殊的遴选和发布方式,应当参照的部分仅为被选择公布的要点和裁判理由,其他没有被选择的部分当然没有约束力。这里也需要注意到最高人民法院在遴选、编辑和发布指导性案例时的审慎态度。考虑到工作刚刚起步以及指导性案例较强的制度性效力,最高人民法院仅选择公布其认为最重要、最有把握的法律观点也无可厚非。指导性案例的内容与相关实体法或程序法的发展程度有关,同样也成为学说发展及后续裁判的奠基石。如果学说的研究尚未达到一定程度,本质上相对保守的司法机关当然不能借指导性案例“揠苗助长”。^[52]就此而言,这种思路应当类似于大陆法系判断法律漏洞的思路(比如是类推还是反面解释),应当结合各种可能的民法解释方法确定是“有意”还是“无意”。为了使这种解释成为可能,就应当尽可能公布原裁判文书以便加以比较,在公布时也应附上简短的理由说明。^[53]

[50] (2009)徐民二初字第0065号。参见史留芳:《关联公司人格混同的认定和法律适用——江苏高院判决徐工机械公司诉工贸公司等买卖合同纠纷案》,载《人民法院报》2012年7月26日,第6版。两个版本的案情中关于涉案人的姓名虽然有若干不符之处,但显然与本案涉及的法律问题无关,因而并不重要。

[51] 参见张宁:《房屋买卖居间合同中规避“跳单”条款的效力和“跳单”行为的认定》,载《法律适用》2010年第8期,第69页。

[52] 认为这种剪辑不利于民法学说发展的观点,参见汤文平:《从“跳单”违约到居间报酬——“指导案例1号”评释》,载《法学家》2012年第6期,第110-112、119-124页。

[53] 最高人民法院在解释文章中也表明有意只选择了一个法律观点。参见最高人民法院案例指导工作办公室(刘净):《指导案例1号〈上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案〉的理解与参照》,载《人民司法·应用》2012年第7期,第32页。

应当警惕和反思的是最高人民法院之前在编辑《公报》案例时,直接引入全新裁判理由的做法。比如,在假银行卡盗取储户存款的案件中,《公报》编辑者将本来的违反安全保障义务导致财产损失(《商业银行法》第29条第一款),变更为违反保证支付义务(《商业银行法》第33条)。这样,虽然判决主文并未发生变化,但案件的法律关系已经彻底改变,存款的所有人从储户变为银行,案件的民事法律定性也从违约与侵权竞合变为向无权第三人清偿的违约案件。^[54]笔者认为,如果指导性案例的编辑者认为某案件并不符合其理解的“正确”答案,当然有权拒绝遴选;对于论证不周延的原始理由,也可以调整文字,甚至补强论证。但是,指导性案例的公布应当避免如上根本性的理由变动。从指导性案例的角度看,这相当于最高人民法院“亲自上场”重新判决、超出了真实“案例”的本来含义;就个案裁判而言,这也无异于在案例编辑工作中启动程序外“再审”,行使了判定法律关系性质的“职权”,实质地改变了裁判内容并“与裁判文书论述矛盾”。^[55]至于修改后的理由可能更符合理论和比较法乃至案件类型中的利益衡量,因而更具有“参照”价值,^[56]当然可以通过其他上下级法院交流的途径加以推广,比如非正式类案经验交流和正式的另案判决或者审判监督程序。

(二) 案件事实部分

理解指导性案例应当结合案件事实并以之为限,未公布的案件事实只能作为对案件事实的补充材料,与公布的案件事实冲突时也应当以公布的案件事实为准。

首先,与发挥审级约束力时相同,指导性案例的约束力也只是以个案判断/裁判为核心的司法权^[57]的一种表现形式,理解裁判要点和法律理由也必须结合案件事实。在讨论未公布的案件事实之前,可以明确公布的案件事实就应当约束“应当参照”的辐射范围。比如在第2号指导性案例中,基本案情部分有“因西城纸业公司未完全履行和解协议”的表述,而在裁判理由和要点中则变成了“一方当事人不履行和解协议”和“西城纸业公司未按和解协议履行还款义务”。如前所述,此时理解裁判理由和要点时就需要考虑指导性案例认定的事实,即西城公司只是部分履行而非不履行。再比如在第8号指导性案例(林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案)中,判断公司经营管理发生严重困难(《公司法》第182条,旧法第183条)的标准在于“其股东会机制长期失灵,内部管理有严重障碍,已陷入僵局状态”(《公司法解释(二)》第1条第一款第一、二项),并且不必考虑是否盈利的因素。但是除此之外也要注意到本案中涉及的是由两名股东投资而成的有限责任公司,解散公司的社会影响力较小。如果涉及股东和员工人数较多、经营资产复杂甚至是在当地有影响力的有限责任

[54] 参见《王永胜诉中国银行股份有限公司南京河西支行储蓄存款合同纠纷案》,载《最高人民法院公报》2009年第2期,第44-48页;吴宏、丁广:《合同法视野下的金融机构安全保障义务》,载《人民司法·案例》2009年第12期,第4-7页(第二作者为裁判法院法官)。

[55] 参见2011年《关于编写报送指导性案例体例的意见》第七部分:“(裁判理由可以在裁判文书的理由基础上进行适当充实,但不能与裁判文书论述矛盾,也不能在理由中出现前面未表述的事实。”相同的官方解释,参见胡云腾、吴光侠:《〈关于编写报送指导性案例体例的意见〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2012年第9期,第30-33页。至少就目前的案例指导制度来说,法学教科书中常见的虚构案例,并不能成为指导性案例的候选。

[56] 对既往判决思路及学理分析的详细讨论,参见解亘:《冒领存款纠纷背后的法理》,载《浙江社会科学》2013年第2期,第79-86页。

[57] 比如,参见陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第4页;孙笑侠:《司法权的本质是判断权》,载《法学》1998年第8期,第34-36页。

公司甚至股份有限公司,裁判是否解散公司则需要考虑更为复杂的因素。^[58]

相反,如果裁判要点超越了案件事实,则原则上超出部分不应发挥指导效力,除非以前述裁判理由中的旁论为依据。指导性案例的特色就在于抽象规则与具体案情的结合,如果可以撇开案情、恣意在裁判要点中加入法律规则,那么就与其基本特征背道而驰。试想如果裁判要点适用的情况在案件事实之外,那么最高人民法院最初是如何从该案例中“归纳和提炼”的呢?^[59]同理,在指导性案例中也不必说明本案案情以外可以涵摄进相关规范的其他情形。^[60]而且,当裁判规则超出案情的最大边界时,案件中并不存在真实的争议,法院也将就此丧失裁判的基础和正当性。即使指导性案例在整体上通过特定程序获得了“指导性”,也不能补救这部分规则不再构成“案例”的根本缺陷。在第9号指导性案例中,案件事实涉及的是有限责任公司中清算义务人怠于履行其义务的行为,而裁判要点则根据《公司法解释(二)》第18条的规定,自行添加了股份有限公司的董事和控股股东,本属无效。未来遇到涉及股份有限公司的案件时,法官实际上应当是类推适用本案的裁判规则,而非直接参照,因为其主体并不相同。第10号指导性案例(李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案)也同样地将案件中的董事会决议撤销拓展到《公司法》第22条第二款中的公司决议。在这两种情况下,虽然裁判结果一致,但法律适用过程并不相同。这种修改试图缩短法律适用的路程,意图虽然是好的,但是从形式上看就缺乏合理性,无法发挥示范和指导的作用。

另一方面,由于旁论同样能够代表最高人民法院对法律问题的态度,这样即使在性质上与本案案情无关,也能够发挥指导效力。在第7号指导性案例中,裁判要点中对《审判监督解释》第34条第二款的重复与本案案情并无关系,本案针对的实际上是再审审查程序,而不是该款规定的再审审理程序。如果此时没有司法解释的规定,那么该旁论也将直接提供解决实务问题的答案。在第56号指导性案例(韩凤彬诉内蒙古九郡药业有限责任公司等产品责任纠纷管辖权异议案)中,案件的核心问题是再审程序中能否提管辖权异议,案件事实并不涉及裁判要点和理由中出现的普通二审。从形式上看,如前文所述,这将构成裁判理由中的旁论,可以发挥指导作用。但是,参考原始案例可见,裁判理由中的普通二审部分是后来编辑中加上的,^[61]下一步需要判断是否构成前述全新裁判理由。由于本案与普通二审毫无关系,笔者认为本不应直接作如此修改。因此,在未来案件涉及二审中新提出的应诉答辩争点时,本案关于再审程序的裁判规则可以被类推适用。

其次,对于应当结合的案件事实是否包括原始裁判认定的事实,则应当适用类似法律理由的标准。虽然剪裁事实可能导致理解必备的一手文本的丧失并且应当在编辑过程中尽可能避免,但是这仅限于剪裁中“无意”造成的事实偏差。如果是“有意”为之,比如前述第1号指导性案例中的情况,仍然应当以公布的案件事实为准。

再次,与裁判理由的冲突不同的是,如果原始案件事实对于理解公布的裁判要点和裁判理由有帮

[58] 参见最高人民法院案例指导工作办公室(陈龙业):《指导案例8号〈林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案〉的理解与参照》,载《人民司法·应用》2012年第15期,第61页。对于其他影响“严重困难”认定因素的分析,参见蒋大兴:《“好公司”为什么要判决解散——最高人民法院指导案例8号评析》,载《北大法律评论》2014年第15卷第1辑,第47页。

[59] 参见2011年《关于编写报送指导性案例体例的意见》第三部分。

[60] 不同意见,参见房文翠、任敏:《指导案例评释——以最高人民法院发布的9批指导案例为研究对象》,载《法律适用》2015年第8期,第62页。

[61] 参见“内蒙古九郡药业有限责任公司、上海云洲商厦有限公司与韩凤彬管辖权异议再审民事裁定书”,(2013)民再申字第27号。之前该案在《公报》上发布时,也未作上述修改。参见《最高人民法院公报》2013年第7期,第43页。

助,应当将其作为补充材料纳入解释的范围。与未被公布的裁判理由直接涉及法律问题不同,无论案件事实是否公布,其作用都始终是协助公布的裁判要点和法律理由对法律问题的解释,因此可以适用更宽松的标准。比如,就上述第2号指导性案例中的部分履行事实,为了明确其具体的履行比例以便作为判断相似案件的实质标准,^[62]还应当参考原始裁判文书中认定的案件事实。与此类似的还有第1号指导性案例中关于居间的性质^[63]和第2号指导性案例中对于是否具有撤诉义务的认定,^[64]也需要考察原始的合同约定内容。而在第10号指导性案例(李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案)中,公布案情中省略了公司决议中“聘任王泰胜为代总经理”的内容,可能影响对公司法上“商业判断规则”要件的判断,并妨碍对本案争议实质及适用法律的认定。^[65]这样,与前述裁判理由比较的需求一样,原始案件的事实认定也应当随指导性案例一并公布。

最后,除了以上涉及实体问题的案件事实外,这里也可能涉及程序上的事实。比如,在第7号指导性案例(牡丹江市宏阁建筑安装有限责任公司诉牡丹江市华隆房地产开发有限责任公司、张继增建设工程施工合同纠纷案)中,也应当结合基本案情中“申请检察院抗诉的理由与申请再审的理由基本相同,遂与最高人民检察院沟通并建议其撤回抗诉,最高人民检察院不同意撤回抗诉”的认定。这里耐人寻味的,首先是最高人民检察院不同意撤回抗诉的理由。李浩教授猜测其原因在于检察院认为再审事实确实存在,2003年《关于人民检察院办理行政案件撤回抗诉的若干意见》(以下简称“《若干意见》”)第3条“发生在法院已经裁定再审后的,人民检察院不撤回抗诉,由人民法院依法处理”的规定以及其诉讼监督职能已经大部分完成。^[66]但从本案的裁判要点和结果来看,本案实际上符合的是上述《若干意见》第2条规定的检察院提出抗诉后、法院裁定再审之前当事人撤回申诉的情况,此时如果检察院“认为涉案当事人达成的和解协议不损害国家、集体和第三人利益的,应当撤回抗诉”。如果我们推定最高人民检察院在本案中遵守其规则,那么似乎可以推断本案损害了国家、集体和第三人利益。

同时,本案中对抗诉和再审理由相同的理解,也值得关注。如果抗诉理由本身即包括“损害国家利益、社会公共利益或第三人利益”,那么法院裁定终结立案审查似有不妥。在这种情况下,问题的实

[62] 似乎认为不履行和具体的履行比例不影响类似案件判断的不同观点,参见王亚新,同注23引文,第78页及脚注9。结合德国民法通说的思路本文初步认为,如果从实体法角度考虑约定解除权与诚信原则时,虽然不存在一般性轻微义务违反没有法律后果的规则(BGHZ 88, 91 = NJW 1983, 2437; BGH NJW 2003, 2448),但是具体数额在判断是否构成轻微迟延或者轻微不完全履行时仍具有实际意义。Grüneberg, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., 2015, § 242 Rn. 53 f.; Dirk Looschelders/Dirk Olzen, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 2015, § 242 Rn. 215, 262 ff., 277 f.; Roth/Schubert, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., 2015, § 242 Rn. 183 ff. 类似思路,亦见贺剑:同注33引文,第151-152页。

[63] 参见汤文平,同注52引文,第120页。

[64] 参见贺剑,同注33引文,第145页。

[65] 详细分析,参见彭冰:《理解有限公司中的股东压迫问题——最高人民法院指导案例10号评析》,载《北大法律评论》2014年第15卷第1辑,第77页脚注7和第81页及脚注15。但是限于本案诉讼标的的限制(针对对新诉讼标的的释明权更是应当严格限制),笔者认为本案没有进一步从股东滥用权利(《公司法》第20条第一款)的角度处理是正确的,最高人民法院将其选为指导性案例也符合现行法上不限于造法的遴选标准(《案例规定》第2条)。在程序法角度上正如本案未公布的裁判理由所明言,当事人应当寻求另案救济。

[66] 参见李浩:《处分原则与审判监督——对第7号指导性案例的解读》,载《法学评论》2012年第6期,第147页。与李浩教授和本文的理解均不同,认为应当适用上述《若干意见》第5条的观点,即检察院抗诉后才发现,法院已经经由其他途径启动再审程序的规则,参见郑世保:《从第七号指导性案例透析民事抗诉的类型化》,载《法学》2013年第12期,第47页。但是,考虑到本条针对的应该是再审程序在进行中、可以合并抗诉的情形,而本案中原来的再审程序已经终结,并不能适用该条。

质很可能是法、检双方对是否损害上述三种利益的意见不同。如果通过再审审查程序而不是审判监督程序驳回检察院的意见,不仅无法通过正式的庭审程序解决两院对实体问题的分歧,而且更可能侵犯了检察院的法律监督权(《宪法》第129条,《立法法》第8条第九项),因为检察院提起抗诉的法定效果本来是法院裁定再审(2007年《民事诉讼法》第188条前句,《审判监督解释》第26条第一句;现行《民事诉讼法》第211条前句同),即使按照最高人民法院权威解释认为此时应当适用形式审查标准,也无法直接解决实体问题的分歧。^[67]因此,如果抗诉理由包括“损害国家利益、社会公共利益或第三人利益”,最高人民法院不宜裁定终结审查。由此可见,类似的程序上的事实在个案中也可能十分重要。但是值得注意的是,新施行的《民诉法解释》第413条至第417条以及419条明确对不同类型的抗诉案件区别对待并设置不同门槛,坚持了其限缩抗诉权的基本态度。

四、“参照”效力下的说理义务

就“参照”效力的具体内容而言,学者虽然在主张的具体名称上有所差异,但是大多数学者在实质上主张原则上应当适用指导性案例、不适用时要说理,否则将产生一定程序上或司法行政上的后果。^[68]部分学者强调指导性案例应当经法官审查后决定是否适用,^[69]或者将其效力理解为法官在适用法律时的说服力或分量。^[70]少数学者则认为,指导性案例属于司法解释的具体形式,因而应当具有法律或者强制约束力。^[71]此外,基于对审级监督权的理解,也有学者认为指导性案例没有约束力。^[72]笔者遵从多数学者的观点、即“参照”效力表现为法官不遵循指导性案例时的特别说理义务(遵循时当然更要明确说明),并分别从正反两方面,特别是从个案中裁判技术的视角尝试明确上述讨论的具体指向。

从正面来看,上述特别说理义务建立了一项较弱的程序性标准,单纯违反并不足以导致发回重审或者改判,而仅限于司法行政、业务考评方面的后果,需要纳入通常的民事程序框架和审级制度。这样也可以表明其处于法律约束力和一般资料所具有的说服力之间的基本定位。此外,由于指导性案例并非抽象法律规范而与其个案事实密切联系,因此只宜在裁判理由部分引用并注明其编号及裁判

[67] 参见最高人民法院审判监督庭、最高人民法院案例指导工作办公室,同注49引文,第55-58页。有学者认为检察院抗诉不受当事人态度和参与的影响,最高人民法院自行主张不涉及上述公益是避重就轻,而且法院无权在程序上拒绝检察院的监督。

[68] 参见巢志雄:《案例的生命在于引证》,载《电子知识产权》2015年第8期,第36页;陈兴良,同注18引文,第122-123页;王利明,同注31引文,第76-77页;张志铭,同注15引文,第103-104页;胡云腾、于同志,同注15引文,第10-11、23-24页;郜永昌、刘克毅,同注48引文,第140页。对此张骥教授目前强调法官有义务在裁判中围绕指导性案例论证,也可以视为主张此一观点。

[69] 参见江勇、陈增宝,同注30引文,第31-32页。

[70] 参见冯文生,同注31引文,第94-96页;张骥:《试论指导性案例的“指导性”》,载《法制与社会发展》2007年第6期,第45页(较早前观点);蒋惠岭,同注19引文,第10页。此外依本文标准,王利明教授实际上同时提到了指导性案例的“参照”效力、审级约束力和说服力。参见王利明,同注31引文,第77页。

[71] 这里主要涉及《案例规定》出台前的观点。参见郎贵梅:《中国案例指导制度的若干基本理论问题研究》,载《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2009年第2期,第27-30页;董峰、贺晓翊:《指导性案例在统一法律适用中的技术探讨》,载《法学》2008年第11期,第147页。《案例规定》出台后的相似观点,参见李学成:《指导性案例的法源意义与确认路径》,载《北方法学》2014年第6期,第28-32页(将指导性案例区分为适用法律的司法解释和创制规则的补充性法源)。

[72] 参见夏锦文、莫良元,同注48引文,第135-136、138-139页。

要点(《实施细则》第11条第一款),不宜在主文之前作为裁判依据出现(《实施细则》第10条)。^[73]在特定指导性案例在个案中成为当事人争点时,法官必须予以回应(《实施细则》第11条第二款)。

根据指导性案例与后案涉及问题的异同,^[74]从程序上看法官不适用指导性案例可能涉及以下几种情况。首先,如果个案裁判中对于指导性案例涉及的实质性相似问题采取了不同的法律见解,并且没有说理或者说理不充分,那么在二审或者审判监督程序中就构成法律适用错误,^[75]应当由二审法院或者审判监督法院直接改判(《民事诉讼法》第170条第一款第二项后项和第207条)。作为普遍适用的法律问题,指导性案例应当由法官依职权发现并适用(法官知法),当事人是否主张对法院没有约束力。^[76]当然,法官有权根据当事人形成的争点,在裁判文书中加以回应。这里涉及的实际是一般性说理义务。^[77]不过,如果指导性案例本身存在错误,那么法官只需径直适用正确的理解。原因在于,指导性案例并不是法律,法官裁判仍然以法律及其正确解释为基础,没有必要引述错误理解或者直接批评。^[78]毕竟,法官的工作是适用法律而非评价,即使是面对规范性文件的冲突时,法官首先也应当依法选择适用(《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第7条)。比如,在第16号指导性案例裁判理由最后一段中涉及海事赔偿责任限制基金数额的计算即特别提款权的认定,本案以事故发生次日国际货币基金组织公布的特别提款权对人民币的换算比率计算,而《海商法》第277条后句则明确将计算时间点规定为“法院判决之日、仲裁机构裁决之日或者当事人协议之日”,2010年,本案二审裁定生效之后,指导性案例公布之前出台的《海事责任限制规定》第20条也依照上述法律规定,按法院准予设立基金的裁定生效之日计算。由此可见,本案在适用“相关法条”中没有标明的《海商法》第277条后句时,很可能存在法律适用错误。^[79]此时,法官只需直接适用上述法律和司法解释即可。再比如,在第48号指导性案例中,最高人民法院公布的相关法条是“《著作权法》第48条第一款第六项”,而当时更为规范的表述是“《著作权法》第48条第六项”(参见2009年全国人大法工委《立法技术规范(试行)(一)》第9·2条)。如果没有进一步的规范性解释,指导性案例中的偏离做法不能说明该院试图调整现有引用规范,因为也许只是疏忽造成的。值得注意的是,最高人民法院于2016年8月1日施行《人民法院民事裁判文书制作规范》第三(六)6条,正式与《立法技术规范(试行)(一)》第9·1条对接,用“第六项”替代了原来在裁判文书中常见的“第(六)项”。目前,两种写法在司法实务和指导性案例中都各有体现,有所分歧的还包括是使用阿拉伯数字还是中文数字,这种分歧尤其体现在最新公布的指导性案例中的相关法条和其他部分的对比上,那里分别使用了这两种表达方式。

[73] 《实施细则》出台前的讨论,参见刘作翔,同注32引文,第43-44页;马荣、葛文,同注32引文,第147页;王利明,同注31引文,第77页;胡云腾、于同志,同注15引文,第11页。相反观点,参见雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,载《中国法学》2015年第1期,第286页;江勇、陈增宝,同注30引文,第35页。除此之外,主张指导性案例属于司法解释的观点在逻辑上也即意味着需要直接引用(《引用规定》第四条第一句),而主张没有约束力的观点也自然认为不得引用。

[74] 也许值得说明的是,这里讨论的前后案关系针对的是适用于所有案件的抽象法律问题,而与涉及具体诉讼主体之间的既判力、排除(遮蔽)效甚至争点效无关。

[75] 类似观点,参见马荣、葛文,同注32引文,第148页;王利明,同注31引文,第77、80页;冯文生,同注31引文,第103页。

[76] 类似观点,参见冯文生,同注31引文;不同观点,参见马荣、葛文,同注32引文,第147-148页(但在救济部分又主张构成事实问题)。

[77] 同注5引文,第244页。

[78] 针对一般性案例引证的类似见解,参见祝建军:《避免“同案不同判”的积极尝试》,载《电子知识产权》2015年第8期,第44页。

[79] 这里也不能理解为当事人协议之日,除了我国对这种程序性事项一般也应当要求书面形式(比如协议管辖)之外,考虑到本案中存在多个异议人,事实上也难以确定协议的具体时间。

其次,如果此时由于法律适用错误导致原审遗漏了重要的事实争点,也可能构成“认定事实错误”(《民事诉讼法》第170条第一款第二项前项)甚至“认定基本事实不清”(《民事诉讼法》第170条第一款第三项),在二审和审判监督程序中根据具体情况分别发生直接改判或者发回重审的后果(前引法条及《审判监督解释》第38条)。这里涉及案件基本事实不全的情况,即本来应当按照指导性案例法律理由中列明的事实主张调查证据,但是实际上却没有调查。比如,在第15号指导性案例中,最高人民法院在确立了类推规则后又明确了判断人格混同时应当分别审查关联公司在人员、业务、财务方面的关系。如果初审法官只查明了人员和业务方面,而没有调查财务方面的关系,则同时构成法律适用错误和事实不清,应根据上诉审法官是否便于查清事实而决定裁判方式。不过值得注意的是,在第68号指导性案例(上海欧宝生物科技有限公司诉辽宁特莱维置业发展有限公司企业借贷纠纷案)中,最高人民法院除了就是否构成关联公司审查了控股股东、实际控制人的重叠之外,还在对恶意诉讼的认定中将涉案公司构成人格混同作为理由,而本案说理中其实并未考虑公司间在业务方面的关系。

这里值得思考的是法院裁定这类再审申请案件应当再审的法律依据。现行法上事实问题方面的再审事由针对的都是证据方面的瑕疵(《民事诉讼法》第200条第一至五项),而没有针对事实主张的事由。固然我们可以说,前述情景下调查财务方面的关系能够影响案件结果并且涉及案件中的具体权利义务,因此属于证明“基本事实”或理论上的要件事实的证据(《民诉法解释》第335条和《审判监督解释》第11条),^[80]并且满足“基本事实缺乏证据证明”的要求(《民事诉讼法》第200条第二项)。但是,案件瑕疵实际上在于个案中缺少了认定主要事实的一项间接事实(主张),相对地在规范意义上就在解释法条的环节上有所缺陷。从裁判技术出发,个案事实发现中一般应当坚持间接证据—间接事实—主要事实的证明逻辑关系,在一般化的法律适用过程中则应当保证演绎推理中前提的正确性。因此,笔者认为从裁判技术上看对上述问题更准确的归类应当是法律适用错误,即在涵摄过程中未能正确地确定推理中的前提,导致从整体上错误地分解了大前提中的各项要件事实。不过,现行司法解释中并未明确规定这种情形(《民诉法解释》第390条和《审判监督解释》第13条)。^[81]

第三,如果法院对前述实质性相似问题实际上适用了指导性案例的理由,但是没有论证其相似性或者没有直接援引,由于其错误既不涉及案件结果的实质正义、又不构成明显的程序不正义,则不宜视为法律适用错误,而只能在司法行政和审判管理的角度上消极评价。^[82]这里需要考虑的是诉讼成本与收益之间的平衡,裁判理由的错误在我国一般也不被视为法律错误(参照《民诉法解释》第407条第一款后半句)。^[83]易言之,虽然明示引用是现阶段法官审判的义务(《实施细则》第10条)并且具有重要现实意义,但是值得注意的是,单纯引用指导性案例也不能满足裁判说理义务。虽然本文区分指导性案例和大陆法系的判例制度,但是后者对于该项说理义务的理解仍有启发意义。在德国,一种通

[80] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用(下)》,人民法院出版社2015年版,第884页;张卫平:《再审制度修正解读》,载《中国司法》2008年第1期,第25页。

[81] 肖建国教授即认为现行司法解释并未穷尽所有法律适用有瑕疵的类型。参见肖建国:《民事再审事由的类型化及其审查》,载《法律适用》2013年第4期,第8页。

[82] 类似观点,参见胡云腾、于同志,同注15引文,第10页。

[83] 这种情况在民事诉讼中比比皆是,例如在“雷静美与田景兰等专利权权属纠纷再审案”[(2009)民监字第86号]中,二审法院虽然认定一审法院的裁判理由在程序法和实体法上多有不当,但是由于其裁判的结果正确(驳回诉讼请求),因此判决驳回上诉,维持原判。

常的误解是法律人出于对权威的偏爱,认为引用判例似乎就足以完成论证。^[84]但是,由于在先裁判并不一定完全契合案件事实(甚至可能构成前述事实区别导致不应适用),在先裁判提供的裁判要点也不一定完全对应个案下的价值考量[特别是对于那些需要依个案案情判断的案件类型,比如德国法下的停止侵害之诉和美国法下的(多数)衡平法救济],^[85]法官仍然需要更详细的论证。我们不能因为法官引用了结合最高法院判决和部分有影响力的学说的“法学通说”,^[86]就认为其满足了裁判说理的要求。^[87]

再次,如果后案涉及的是与指导性案例不同但相关的问题时,法官仍然应当承担这项说理义务。只不过,法官此时应当论证两案之间的差异,即提供不应适用指导性案例的理由。比如就第1号指导性案例而言,如果后案法官需要判断更为严格的违约金格式条款的效力时,就应当首先论证其与指导性案例是否相似,然后才能得出自己的结论。^[88]至于何谓“相关”,则涉及与前述判断实质性相似案件类似的问题,也与比较法上的学理归纳、我国实践中的案例积累和法官基于其审判经验的“先见”有关。在法律后果上,应当同样考虑是否造成实体不公及其程序性违法的严重性。就一般情况而言,很难说未与指导性案例比较就构成对当事人诉讼权利(辩论权)的重大侵犯甚至剥夺。这不仅因为我国强调实体正义的传统,而且也因为指导性案例在效力上显然次于成文法,在违反的效果上也应有所区别。如果对于成文法律观点的辩论都不能成为改判理由的话,就更不必说指导性案例了。因此笔者认为此时不说理只构成司法行政和审判管理意义上的不当裁判,在二审或者再审裁定的裁判理由部分加以更正即可。

从驳论的角度看,鉴于《案例规定》明文规定了“应当参照”效力,很难说指导性案例不具有约束力,而只涉及如何描述这种约束力的问题。结合上述规定和理解指导性案例时必须联系案件事实的实际需要,都注定了指导性案例不同于抽象司法解释,因此仅从其定性上也不能推出其具有强制约束力。同时,前文明确区分了对所有文本都适用的内在说服力和专属于指导性案例的“应当参照”的效力,如果将两者等量齐观的话,也无法定位指导性案例的特色,因此也不宜将“参照”效力等同于说服力。当然,说服力和指导性案例的实际命运有着直接关系。由于广泛的遴选基础、严格的遴选程序以及法官细致的加工雕琢,指导性案例的说服力很可能比较强,个案法官自然会乐于适用。但是如果公

[84] *Fritjof Haft*, *Juristische Rhetorik*, 7. Aufl., 2007, S. 118; *Egon Schneider/Friedrich E. Schnapp*, *Logik für Juristen*, 6. Aufl., 2006, S. 172 ff.; *Thomas Drosdeck*, *Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle*, 1989, S. 111 ff. 关于通说的形成过程,可参见:
Uwe Wesel, *Fast alles, Was Recht ist*, 8. Aufl., 2007, S. 30 f.

[85] 尤其在美国,近期也有论文批评法院可能借某些长期施行的法律规则(对应于德国通说)之名,回避案件涉及的实质性价值判断,仅仅从形式上履行其说理义务。*Eric J. Konopka*, *Hey, That's Cheating! The Misuse of the Irreparable Injury Rule as a Shortcut to Preclude Unjust – Enrichment Claims*, 114 *Colum. L. Rev.* 2045, 2078–2086 (2014). 该规则即作为法定救济的损害赔偿优先于衡平救济。事实上其本身是否存在也早已被强烈质疑: *Stephen C. Yeazell*, *Civil Procedure*, NY: Wolters Kluwer, 2012, pp. 307–312; *Douglas Laylock*, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 103 *Harv. L. Rev.* 687 (1990); 但美国最高法院则坚持保留其作为审查标准要件的地位[*eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C.*, 547 U.S. 388, 391 (2006)], 引发随后巡回法院就各类案件判断标准的意见对立,至今仍在发酵中。

[86] *Bernadette Tuschak*, *Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur*, 2009, S. 1 ff.; *Wolfgang Gast*, *Juristische Rhetorik*, 4. Aufl., 2006, S. 439 ff.

[87] *Thomas M. J. Möllers*, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 5. Aufl., 2010, Rn. 323; *Arne Pilniok*, „h. M.“ ist kein Argument, *JuS* 2009, S. 394 (395 ff.); *Gast* (Fn. 90), S. 433 ff.

[88] 考虑到指导性案例在公布时的有意删减,其实更严格的条款可能才是常态。而且,这里又可能涉及本案能否同时适用于关于违约金和报酬请求权的格式条款。相关讨论,参见周江洪:《“上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案”评释》,载《浙江社会科学》2013年第1期,第87页及脚注38。

布的指导性案例本身的说服力较低甚至招致研究者的广泛批评,那么个案法官也有可能拒绝适用。^[89] 无论如何,法官在面对指导性案例时,也必须满足特别说理的义务,不能简单地置之不理,否则应当如前文所述根据实际情况产生不同后果。

五、“参照”效力与背离判例报告

至此,笔者认为,我国法院不必采取独立的所谓背离(判例)报告制度。不同于检察院系统中的指导性案例制度(《最高人民检察院关于案例指导工作的规定》第16条),法院系统中没有必要作此单独规定,因为既有规则已经覆盖了这种情况。根据具体情况的不同,背离指导性案例的行为可能分别属于应当或者可以提交审判委员会讨论的类型[2010年《关于改革和完善人民法院审判委员会制度的实施意见》(以下简称“《审委会意见》”)第7条至第11条],或者可以由审判长申请院、庭长组织相关审判人员共同讨论,后者明确包含了“合议庭意见与本院或上级法院以往同类型案件的裁判有可能不一致的案件”[2010年《关于进一步加强合议庭职责的若干规定》(以下简称“《合议庭职责规定》”)第7条第一款第三项]。两者的差异主要在效力方面,即审委会意见约束裁判主文(《关于人民法院合议庭工作的若干规定》第14条和第15条第一款),而共同讨论制度仅供合议庭参考(《合议庭职责规定》第7条第二款)。同时,下级法院对于“拟就法律适用问题向上级人民法院请示的案件”,应当经过本院审委会讨论决定(《审委会意见》第9条第六项和第10条第四项),然后才能报请上级法院。就此而言,假如规定所有偏离指导性案例的案件都需要上报,似乎过多地强调了司法行政化,有悖学界长期以来的方向性共识。^[90] 而且从其实践影响看,随着指导性案例的数量累积,这种做法恐怕也会越来越多地占据法官本就宝贵的工作时间,并且占用额外的非审判工作人员。^[91] 换个角度看,虽然我国一贯采取以法院独立而非法官独立为核心的司法独立概念(《宪法》第126条),^[92] 但是从合议庭的功能以及相关诉讼原则的角度看,仍然应当坚持将审判委员会讨论改造成书面法律审的基本思路,这既包括在审判程序上的诉讼化,又涉及对审判委员会委员专业权威的强化。^[93] 当然,回到前文所述的常规上诉机制、判断后案是否有违指导性案例确定规则的设想,同样可取。^[94]

这里尤其需要澄清的是,上述具有我国特色的制度并不同于国内文献中常常引用的德国的“背离判例报告制度”。^[95] 在德国,为了保证三审法院内部的司法统一,德国在法院组织上也设置了特别的专门机构。在联邦普通最高法院(BGH)中设有民事和刑事两个大委员会(Große Senate),分别处理本

[89] 参见李友根,同注4引文,第86-96页。法官此时拒绝的理由包括与更高位阶法律冲突(形式理由)和自身论证的缺失(实质理由),参见雷磊,同注75引文,第287-289页。

[90] 比如,参见陈瑞华:《司法裁判的行政决策模式》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第4期,第134-143页;张卫平:《论我国法院体制的非行政化》,载《法商研究》2000年第3期,第3-11页。

[91] 类似观点,参见孙国祥,同注27引文,第139页。

[92] 参见陈光中:《比较法视野下的中国特色司法独立原则》,载《比较法研究》2013年第2期,第7、10-11页。

[93] 参见傅郁林,同注1引文,第102-103页。

[94] 类似观点,参见冯文生,同注31引文,第103页脚注48。

[95] 最早似乎见于王琬法官的介绍,参见王琬:《判例在联邦德国法律制度中的作用》,载《人民司法》1998年第7期,第51页。相似观点,亦参见雷鸿,同注18引书,第328-329页;陈兴良,同注18引文,第123页;孙国祥,同注27引文,第139页;冯文生,同注31引文,第103页脚注48;杨力,同注32引文,第51页。基于减少法官负担和加强法官独立的考虑,《实施细则》在起草过程中拒绝引入该制度。参见郭锋、吴光侠、李兵,同注35引文,第36页。

领域内法律问题的分歧(Divergenzvorange)以及具有重大意义的法律问题(Grundsatzvorange)(§ 132 II, IV GVG)。在面对民事和刑事法庭之间的分歧时,则由前两个大委员会再组成联合大委员会(die Vereinigten Großen Senate)。在程序上,个案合议庭有义务通过裁定询问所有作出在先裁判的合议庭^[96]或者根据业务分配计划目前负责这类案件的合议庭是否仍然坚持原有见解,而后者同样应当以裁定的形式回复。只有在直接法律观点冲突仍然存在而且会直接影响裁判结果时,^[97]才有义务提交大委员会裁判(§ 132 III GVG)。因此,修改本合议庭之前的法律见解不在其限。^[98]在裁判内容上,大委员会对法律问题的裁判结果不限于对冲突法律观点得选择第三种见解,而且对个案合议庭有约束力(§ 138 I GVG)。如果相关委员会违反了提交义务,裁判本身仍然有效,但是可能涉及对法定法官原则的违反。^[99]类似机制也存在于负责不同法律途径的最高法院之间(§ 95 I, III GG, §§ 1-4, 6, 11, 12, 15, 16 RsprEinhG)。^[100]由此可见,上述制度主要解决的是最高法院内部的意见分歧,并不针对下级法院背离判例的做法。特别是,由于德国对不同类型的案件区分不同的法律途径并且分别设置了独立的三审审级制度,同时即使在普通最高法院中,各民事庭由于各自案件类型的特殊性,很可能后续有所区别地发展本来共通的裁判法规则(比如在识别诉讼标的的诉讼法二分肢通说中,对生活事实标准的个案解读),使这种冲突出现的可能性进一步加大。相对而言,我国强势存在的审委会已经在制度上解决了上述问题。

六、结论

基于学理讨论和已经公布的民事指导性案例,本文集中讨论了指导性案例的“参照”效力,得出以下五点结论:

第一,从性质上看,指导性案例的“参照”效力不同于一般在先裁判具有的说服力和基于审级的事实上的约束力,而是一种具有中国特色的制度性效力,对应专门的裁判技术。

第二,指导性案例的裁判理由和要点都应当成为“参照”效力的对象,当裁判理由中包含了要点中没有的解释性内容时,裁判理由同样可以适用,当两者冲突时应当根据具体情况判断。指导性案例中引用的相关法条只是便于理解的参考,并不能限制指导性案例的适用范围,也不排除对相关法条的扩张或限缩解释。

第三,指导性案例中公布的法律理由部分是参照的主要内容,在未公布部分与公布部分冲突时以后者为准;理解指导性案例应当结合案件事实并以之为限,未公布的案件事实只能作为对案件事实的

[96] 即联邦普通最高法院中作为审判组织的委员会(Senat)。此时不同于涉及不同最高法院的情况,只需询问最后作出不同见解的委员会的情形(§ 4 I S. 3 RsprEinhG),在联邦普通最高法院内部则必须询问所有的持有不同见解的委员会。Zimmermann, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., 2013, § 132 GVG Rn. 13.

[97] BGHZ 121, 305 = NJW 1993, 2241 (涉及州高等法院与拜仁州最高法院的不同见解); BGH NJW 2003, 1588, 1594 (涉及刑民委员会的不同见解)。

[98] Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 7. Aufl., 2013, § 132 Rn. 17.

[99] Kissel/Mayer (Fn. 102), § § 138 Rn. 12 ff., 132 Rn. 16.

[100] Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 10), § 20 Rn. 17 ff.; Zimmermann (Fn. 100), § 132 GVG Rn. 1 ff.; Kissel/Mayer (Fn. 102), § 132 Rn. 1 ff.; Schilken (Fn. 14), Rn. 391. 此外,由于州高等法院负责部分刑事案件的三审审理,因此为了同样保障司法统一,在其裁判偏离其他州高等法院或者普通最高法院的在先裁判时,也有相应的提交义务。Kissel/Mayer (Fn. 102), § 121 Rn. 10 ff.

补充材料,与公布的案件事实冲突时也应应当以公布的案件事实为准。

第四,“参照”效力在内容上产生一项特别的说理义务,违反该义务将产生司法行政方面的消极评价,也需要纳入通常的民事程序框架和审级制度。如果个案裁判中对与指导性案例涉及的实质性相似问题采取了不同的法律见解并且没有说理或者说理不充分,那么在二审或者审判监督程序中就构成法律适用错误;如果由于法律适用错误导致原审遗漏了重要的事实争点,也可能构成“认定事实错误”甚至“认定基本事实不清”;如果法院对相同问题实际上适用了指导性案例的理由但没有论证其相似性或者没有直接援引,不宜视为法律适用错误;如果后案涉及的是与指导性案例不同但相关的问题时,法官仍然承担说理义务。

第五,无论是从我国既有实践还是从比较法来看,我国都不必采取所谓的背离报告制度,而应当继续加强审判委员会的司法化和专业化。

On the Effect of Guiding Cases in China and their Application in the Legal Process: Based on the Substantial Review of the 42 Published Guiding Cases

Cao Zhixun

Abstract: All ordinary civil judgments could be of convincing force for any later civil dispute and some of them could be binding in practice. By comparison, a guiding case in Chinese context could rather act as certain reference for any later legal process. This new system of guiding cases has an independent institutional effect, which represents the Chinese remarkable innovation based on comparative law experience. The scope of this effect is not limited by the essential points of a guiding case, which are released at the beginning of the case. The related statutes emphasized in a guiding case do not restrict the further influence of the case as well. The difference between convicted facts and legal reasoning of published and original versions of the case could also matter, and the former version should be preferred. The strength of this effect is shown by a special duty to reason when the guiding case is not to be followed. When this duty is violated, there could be errors of legal application, errors of factual identification or improper acts in the sense of judicial administration and management. In addition, a mandatory report on the deviation of guiding cases is not necessary.

Keywords: guiding case; effect of reference; civil judgment; judgment with reason; application in the legal process

(责任编辑: 幸颜静)

WTO 补贴协定中“公共机构”认定标准研究

——以 DS379 案为例

时业伟*

摘要:根据世界贸易组织《补贴与反补贴措施协定》,确认一项补贴成立的先决条件是要首先确认该补贴是由一国政府或公共机构提供的,因此,对公共机构这一补贴主体的认定就成为首先要解决的问题。然而无论是世界贸易组织还是其他国家或国际组织均没有对这一概念作出清晰明确的规定。在 DS379 案中,争议焦点之一便是对“公共机构”认定标准的争论。本文针对此问题,详细分析了该案专家组和上诉机构的报告,研究了美国商务部作出的最新相关裁定及备忘录,探讨了“公共机构”争论的来源,明确了“公共机构”这一概念的认定标准的实质,并针对中国在此案中的不足提出意见和改进建议。

关键词:世界贸易组织 反补贴 公共机构

自 2004 年加拿大烧烤架案开始,加、美、澳、欧盟等 WTO 成员纷纷抛弃对非市场经济地位国家不进行反补贴调查的传统,转而对中国出口产品持续开展反补贴调查,中国面临的反补贴贸易摩擦数量逐年上升。而公共机构作为提供补贴的主体,其定义一直没有被明确。究竟什么是公共机构?哪些实体属于公共机构,成为公共机构需要具备什么样的条件,政府对该实体的控制是以怎样的形式实施的?这种控制在该实体的运行中的影响力又如何?等等,这些诸多问题都没有得到法律明确,这就对我国政府和企业的应诉带来了困难。

2011 年 3 月,中国在美国针对部分中国产品征收最终反倾销反补贴税案(DS379)上取得的胜利是中美贸易救济领域的一件大事,为中国在世界贸易组织中争取权利提供了依据,也给其他世界贸易组织成员在对中国发起的贸易救济程序中的调查方法提供了依据。本文将结合本案中专家组和公共机构的报告,详细分析“公共机构”的认定标准,为我国相关实践提供参考。

一、“公共机构”认定标准之争的缘起——DS379 案

2008 年 9 月,中国政府通过 WTO 争端解决机制(DSB)对美国提起申诉,申诉内容是关于美国商务部作出的对中国圆形焊接碳钢管件(CWP)、薄壁矩形钢管(LWR)、复合编织袋(LWS)、新型非公路用充气轮胎(OTR)四种出口产品同时征收反倾销和反补贴税的裁决和最终税令。同年 11 月启动磋商程序,但磋商未果。2008 年 12 月 9 日,中国请求 WTO 争端解决机构设立专家组。2010 年 7 月,专家组作出了不利于中国的裁决报告。2010 年 12 月 1 日,中国针对 DS379 的案件涉及到公共机构、专

* 北京大学法学院博士研究生。

项机构、双重救济、外部基准等四个方面的问题提起上诉。2011年3月11日,上诉机构发布报告推翻了专家组对“公共机构”和“双重救济”的认定,支持我国的主张。

本案争论焦点之一是“公共机构”——《补贴与反补贴措施协定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)(以下称“《SCM协定》”)中所规定的补贴主体——的认定标准问题,专家组和上诉机构对此作出了截然相反的认定结论。专家组与美国的观点一致,认为:“公共机构”是指被政府控制的实体,国有企业和国有商业银行属于“公共机构”的范畴并构成提供补贴的主体。而上诉机构与中国一致认为:“公共机构”是被赋予或履行政府职能和权限的实体,国有企业和国有商业银行除非在承担或履行政府职能或权限,否则不能被认定为“公共机构”。

最终,上诉机构撤销了专家组报告关于“公共机构”是指“由政府控制的任何实体”的裁定。同时,上诉机构裁定美国商务部在四起反补贴调查中对公共机构的认定与《SCM协定》不一致。此外,上诉机构裁定中国没能证明美国商务部在非公路用轮胎调查中就国有商业银行构成“公共机构”的裁定与第1.1(a)(1)不一致。^[1]

二、专家组对“公共机构”的认定

(一)专家组对“公共机构”的文义解释

根据DSB的规定,针对有歧义的条约用语,首先对该用语进行文义解释。在DSB的明确下,本案专家组选择了《简明牛津英语字典》中对“公共”的定义:“属于或关于整体人民的;属于、影响或关于社会或国家的”。^[2]在对“机构”进行定义时,专家组使用的是免费在线字典,其定义为:“被认定为一个实体或一个公司的一组个人”;^[3]和“一定数量具有集体意志的个体,通常是因为特定的共有联系而统一在一起,或为了特定目的而建立的组织;一个整体或总体;一个公司;一个立法机构,一个办事机构”。^[4]根据这些定义,专家组认为“公共机构”的解释包括“属于社会或国家的”“公司”。^[5]而针对中国主张的缩小解释,即“公共机构”是一个获得法律授权实施政府或公共职能的实体,其行为是对所获授权的行使,专家组认为定义包括却不限于此类实体。^[6]为了支持这一观点,专家组继续考察了该词在法语和西班牙文本中的含义,^[7]认为该词有更广泛的定义和实际使用范围,不仅限于中国提出的范畴。

专家组认为,在解释“public body”一词时,应参考“public sector”和“private enterprises”这两个词

[1] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 611.

[2] *Shorter Oxford English Dictionary* vol. I, 1123 (L. Brown ed., Clarendon Press 1993). 原文为:“Of or pertaining to the people as whole; belonging to, affecting, or concerning the community or nation.”

[3] 免费在线字典(2010年4月28日查阅),Free Dictionary online, <http://www.thefreedictionary.com>,原文为:“a group of individuals regarded as an entity; a corporation.”

[4] *Accurate and Reliable Dictionary* online, <http://ardictionary.com>.

[5] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, para. 8.59.

[6] *Id.*

[7] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, paras. 8.61, 8.62, 8.63.

的含义。前者指的是“国家控制的经济、行业等”,^[8]后者指的是“私有的或不受国家控制的商业组织等”。^[9] 据此,专家组认为“公共机构”是受国家控制的实体,且与所有权问题高度相关。^[10]

专家组还认为,在第 1.1(a)(1)条中,“政府”和“任何公共机构”间的连接词“或”(or)有重要意义,它显示了“这是两个不同的概念,而非同一个概念或近义词”,^[11]另外在“政府”前用了“一”(a)这个词,在“公共机构”前面用了“任何”(any)这个词,更说明这两个词有不同的含义。专家组认为将这些上下文因素联系起来可知,“公共机构”一词的意思不同于“政府”或“政府机关”,且大于它们的范畴。

此外,专家组还援引了“韩国一商用船只案”^[12]中的推理,认为《SCM 协定》中的财政资助与获得利益是两个不同的问题。^[13] 专家组认为“财政资助”是广义的,涵盖可能涉及补贴的政府和公共机构的一切行为。政府或公共机构的行为是否实际上构成补贴,取决于该行为是否产生“利益”。因为“利益”这个概念能滤除商业行为,没有必要将这个标准引入“财政资助”的概念中。^[14] 因此,专家组认为将“任何公共机构”解释为“受政府控制的任何实体”才是合理的,这个解释确保了无论某公共机构采取什么样的形式,控制该实体的政府都直接对该实体的行为负责。

(二) 专家组从目的和宗旨角度对“公共机构”的解释

专家组援引了“美国一软木案 IV”中上诉机构的论述与“美国一国外销售公司案”中的专家组报告,认为《SCM 协定》的目标和宗旨是:“为了加强和改进关于使用补贴和反补贴措施的 GATT1994 纪律,同时承认成员政府有权在特定情况下使用该措施”;^[15] 数个专家组对其目标和宗旨的定性是:“对扭曲国际贸易的补贴的多边纪律”,^[16] 以及“以向成员提供有法律约束力的安全保障的方式对贸易扭曲性补贴进行纪律约束”。^[17] 在此基础上,专家组认为对 1.1(a)(1)条的理解不能将由政府控制的实体实施的政府非商业性质行为排除在外,从而规避《SCM 协定》的约束。而对实体进行分类,以确定该实体是政府、公共机构还是私营机构,只是确定某一既定措施是否受到《SCM 协定》管辖的第一次过滤,这一过滤并不关注行为本身,而是实施该行为的实体是否为 WTO 的成员方,即受 WTO 协定管辖的实体。从这个意义上说,将“政府或任何公共机构”与“私营机构”并列,是为了让《SCM 协定》在任何情况下都不会涵盖,也不会管辖与政府无关的纯私营性质的商业行为。

(三) 专家组对《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》在解释“公共机构”中作用的分析

在本案中,针对中国认为应根据联合国《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》^[18](以下简称“《草案》”)第 4 条、第 5 条和第 8 条的规定来解释。专家组认为在解决该主张的实体问题之前,应

[8] *Shorter Oxford English Dictionary* vol. II, 2359 (L. Brown ed., Clarendon Press 1993).

[9] *Id.*

[10] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, para. 8.69.

[11] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, para. 8.65.

[12] *Korea — Measure Affecting Trade in Commercial Vessels*, WT/DS273.

[13] *Brazil — Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/AB/R.

[14] *European Communities — Measures affecting trade in commercial vessels*, Report of the Panel, para. 7.28.

[15] *United States — Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada*, Report of the Appellate Body, para. 64.

[16] *Brazil — Export Financing Programme for Aircraft*, Report of the Panel, para. 7.26.

[17] *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, Report of the Panel, para. 8.39.

[18] *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, part of the Commission’s report, appears in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two).

先考察《草案》的地位,特别是是否如中国所主张的那样,对《SCM 协定》涉案条款的解释“必须”与《草案》某些规定的用语和概念保持一致。就此,专家组提出两个问题。第一个问题是,《草案》是否获得了 WTO 的认同,成为本争端中“适用于各方关系的国际法准则”;第二个问题是,它们是否与本争端“相关”。就第一个问题,专家组认为中国过分夸大了《草案》的地位。专家组认为对《草案》的诸多引用是概念上的指导,仅仅对以相关使用协定的通常含义、上下文、目标和宗旨为基础的分析起到补充或确认的作用,绝非代替。^[19] 另外,在一些情况下,专家组和上诉机构都明确表示《草案》是没有约束力的。^[20] 《草案》本身也“没有试图定义一旦违反将导致承担责任的国际义务的内容”,^[21] 它并不关注基本的国际义务的实质,而是关注判定一个国家是否对某个可能实质性违反国际义务的行为承担责任。对于第二个问题,专家组认为第 1.1 条的分类方法实质上是遵从了归属原则,即界定什么类型的实体属于或不属于“政府”的概念,以及界定“私营”性质的行为人在什么情况下代表“政府”行事。这恰恰与《SCM 协定》中“国家责任的内容和实施”息息相关,也就进一步说明《草案》与第 1.1 条的解释无关。^[22]

通过以上的分析,专家组得出的结论是,“公共机构”一词,指的是政府控制的任何实体。^[23] 因此,本案中向涉案产品出口商提供原材料和优惠贷款的中国国有企业和国有商业银行构成第 1.1 条意义上的“公共机构”。

三、上诉机构对“公共机构”的认定

(一) 上诉机构对“公共机构”的文义解释

上诉机构所采用的字典是《简明牛津英语字典》,其中“公共”(public)一词被定义为“全体人民的或与全体人民相关;公共的;公众的;社会或民众的;与社会或民众有关的或影响社会或民众的”;“全体集体执行的或做的;或代表全体集体的”;或“受集体授权,或代表集体”。^[24] 对“机构”(body)给出的定义是“法律授权设立的法人;一个公司;一个官方称的组织或集会或协会或团体”。^[25] 上诉机构认为合成词“公共机构”包括比较广泛的潜在意思,并涵盖了多种实体,既包括被授予或行使政府职能的实体,也包括属于集体或国家所有的实体。^[26] 并且,上诉机构进一步注意到,“公共机构”的西班牙

[19] 专家组援引了《巴西—航空器案仲裁裁决》第 3.44 段和脚注 48 来进行佐证。原文为:“indeed, in at least one prior proceeding, one of the parties strenuously objected to preferring the meaning of the term ‘countermeasures’ in the Draft Articles over dictionary definitions advanced by the parties, on the grounds that the Draft Article are not ‘relevant rules of international law applicable to the relations between the parties’ within the meaning of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention.”

[20] *United States — Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*, Report of the Appellate Body, para. 259, and *United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Report of the Panel, para. 6.128.

[21] 《草案》总评第 1 段。

[22] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, para. 8.90.

[23] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, para. 8.94.

[24] *Shorter Oxford English Dictionary* vol. 2, 2394 (6th ed., A. Stevenson ed., Oxford University Press 2007).

[25] *Shorter Oxford English Dictionary* vol. 1, 261 (6th ed., A. Stevenson ed., Oxford University Press 2007).

[26] 上诉机构在此处提到了《专家组报告》第 8.59 段中也有类似看法。

语版本和法语版本的含义同样广泛。^[27]

因此,上诉机构认为《SCM 协定》第 1.1(a)(1)条把狭义的“政府”和“公共机构”一同置于集合词“政府”之下,表明了狭义“政府”与“公共机构”之间存在某种共性及两者间具有某种关联,或其核心特性具有重叠,即涉案实体可被恰当认定为具有政府性质,且当其行为落入小段(i)-(iii)和小段(iv)的范围时,该行为构成“财政资助”。所以上诉机构不赞成专家组关于“一个政府或任何公共机构”中的“一个”,“或”及“任何”表明“政府”和“公共机构”是两个意思不同的独立概念的主张,^[28]并且认为这种主张忽视了条约的结构和措辞对决定各方共同意愿的重要性。^[29]

其次,上诉机构认为在确定“公共机构”的含义时,确认私营机构的概念同样重要,进而审查了“private”这个单词在词典中的含义,其定义包括“关于服务、商业等:由个体而非国家或公共机构提供或所有的”以及“关于人:未任职于公共机构或官方机构”。^[30]基于此,上诉机构认为区分这两个词的关键在于实施权力或控制的主体不同。审查过程中要首先判断公共机构是否拥有委托或指示的职能,才能进一步判断是否存在私营机构接受这样的委托或指示,进而判断是否存在财政资助。

再次,上诉机构认为,有些遵从市场规则的商业行为,如购买货物、贷款等,无论是政府还是企业都可以行使。而有些职能的行使则具有政府属性,如放弃税收。^[31]并且,某种给予财政资助的方式更多地是由政府还是企业采取,与确定《SCM 协定》意义上的公共机构似乎没有太大的关系。^[32]因此,上诉机构认为“公共机构”意味着被授予了某种政府权力的实体,或者行使某种政府职权的实体。^[33]

最后,上诉机构认为第 1.1(a)(1)条中的“通常应属于政府的职能”这一短语中的“通常”(normally)包含了一种含义,即成员方在法律意义上一般把某种行为考虑为政府行为,那么这种行为便与考察某特定实体是否为公共机构相关。上诉机构进而认为,这种行为与政府行为基本没有实质区别,以此表明成员方内部对于某机构的分类和功能往往显示了该成员方所认可的公共机构所具有的特点。

(二) 上诉机构从目的和宗旨角度对“公共机构”的解释

上诉机构发现《SCM 协定》没有“引言”,也未明确表明其目标和宗旨。然而上诉机构已经表明,该协定的目标和宗旨是“提高和改进与使用补贴和反补贴措施相关的 GATT 规则”。^[34]并且在美—软木案中上诉机构指出,其目标和宗旨是“提高和改进与使用补贴措施相关的 GATT 规则,同时

[27] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, note 194.

[28] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, para. 8.65.

[29] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 289.

[30] *Shorter Oxford English Dictionary* vol. 1, 1139 (6th ed., A. Stevenson ed., Oxford University Press 2007).

[31] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 296.

[32] *Id.*

[33] *Id.*

[34] 上诉机构在作此陈述时的基础是 1986《埃斯特角城部长宣言》,该宣言启动了乌拉圭谈判,开启了谈判进程。(参见《美国—碳钢管案上诉机构报告》脚注第 65 至第 73 段。引述《乌拉圭回合部长宣言》)GATT 文件第 MIN. DEC 号(1986 年 9 月 20 日),第 7 页。

认可成员在特定条件下实施此类措施的权利”。^[35] 此外,上诉机构还指出在美国—关于动态随机存储半导体反补贴案中,《SCM协定》“反映出对补贴使用施以更多约束的成员与试图对反补贴措施的适用施以更多约束的成员间的微妙平衡”。^[36]

基于以上理由,上诉机构认为对目标和宗旨进行考量对界定“公共机构”的实际作用有限。理由在于,一个实体是否构成公共机构并不等同于该实体所采取的措施是否落在《SCM协定》范围内。^[37] 认定一个实体不构成公共机构并不意味着该实体的行为不受《SCM协定》约束。^[38] 换句话说,如果一个私营机构被政府或一个公共机构委托或指示,其措施仍可归因于政府并进而落入《SCM协定》项下。^[39] 上诉机构特别强调,纵然专家组担心过分狭义的解读可能带来后果,然而对“公共机构”进行太过广义的解读也可能同样破坏协定内在的微妙平衡。^[40] 因此,上诉机构认为协定的目标和宗旨并不支持对“公共机构”进行广义的抑或狭义的解读。

(三) 上诉机构对《草案》在解释“公共机构”中作用的分析

上诉机构认为,根据《维也纳条约法公约》第31(3)(c)条,^[41] 探究《草案》是否构成该条“国际法规则”的问题,要考虑如下要素:第一,《草案》是否属于“国际法规则”;第二,《草案》是否属于本案的“相关”规则;第三,《草案》是否属于“可适用于当事方关系”的规则。^[42]

上诉机构认为本案的问题不是要适用《草案》哪些条款,而毫无疑问的是,本案中适用的是《SCM协定》第1.1(a)(1)条,至于《草案》的归因规则应在解读条约术语时被加以考虑。《草案》第55条也并未解答该如何处理后者的问题。^[43] 专家组认为《草案》不属于“相关”规则,因为之前其他案件的专家组和上诉机构都认定《草案》是没有法律约束力的,而上诉机构认为《草案》在之前的案件中是作为“相关规则”来被考虑的,否则就不会对《草案》的法律效力作出界定了。

此外,上诉机构还指出了专家组的错误:从实际情况看,没有两个政府是完全一样的,公共机构的准确界限和特点因实体的不同而不同,因国家的不同而不同,因案例的不同而不同。在面临确定某些实体是否为“公共机构”时,专家组或调查机关只有对相关实体的核心特点及其与狭义政府的关系进行准确评估后才能作出判断。无论在何种情况下,都应避免只考虑一个因素或过分关注一个特点而忽视其他相关特点。本案中,专家组以国内法的适用来解读《SCM协定》,并且认定这些国内法支持了政府控制是认定“公共机构”的唯一标准。^[44] 但上诉机构认为,字典并非确定条约术语含义的唯一

[35] *United States — Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada*, Report of the Appellate Body, para. 64.

[36] *United States — Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea*, para. 115.

[37] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 302.

[38] *Id.*

[39] 上诉机构同时认为,认定一个实体是公共机构本身并不能带来对《补贴与反补贴措施协定》“原则”的使用,因为公共机构的财政资助必须传导利益,而且相关补贴必须是特定地适用于这些原则的补贴。

[40] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 303.

[41] 《维也纳条约法公约》第31(3)(c)条规定:“3. 应与上下文一并考虑的有:……(c)适用于各当事方之间关系的任何有关国际法规则。”

[42] *United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Report of the Panel, para. 6.128.

[43] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 316.

[44] 《DS379案中国上诉方书面陈述》,第106段。

信息途径。^[45]

综上所述,上诉机构认定专家组将“公共机构”解读为“任何为政府控制的实体”有误。^[46]

四、美国商务部对 DS379 案的重新裁定

在 DSB 对 DS379 案的裁定通过后,美国并未表现出积极的执行姿态,经过中方多次督促,美国商务部根据《1974 年贸易法》第 129 节项下程序之规定,于 2012 年 6 月发布了关于“公共机构”的初裁裁定,在裁定中美方对涉案的中国商品调整了反补贴税税率。在该裁定备忘录中,美方根据上诉机构对“公共机构”的认定标准立足于“政府职能论”的解释,对其认定标准也进行了调整。

(一) 美方依据“政府职能论”作出的认定标准

美方认为,建立由政府部门领导下的社会主义市场经济是中国政府的职能之一。^[47] 美方这一论述从《中华人民共和国宪法》第 6 条、《物权法》第 1 条、《企业国有资产法》第 1 条和第 3 条、《企业国有资产监督管理暂行条例》第 1 条、《国务院办公厅转发国资委关于推进国有资本调整和国有企业重组指导意见的通知》等法律条文入手,认为这些法条本身就证明政府在法律层面具有通过直接的介入,或间接的施加影响去广泛并深入地影响经济运行的权力,同时这些法条也规定了政府部门有承担领导经济政策得以执行的责任,而这种执行往往是通过对国有企业的调控来具体落实的。

美方认为,除法律之外,产业政策和规划同样是政府在经济领域发挥作用的一个重要体现。政府部门通过诸如制定五年经济计划对经济领域的目标和任务进行业务指导和资源配置,个体经济的发展也会与政府的规划趋向一致,政府部门从而保证其在经济领域的领导地位,而政府同样会对重要的、关乎民生的产业领域对国有企业施加影响,来确保其经济政策和经济计划的顺利实现,因此这些企业拥有、行使或被授予了政府职能。

美方进一步认为,在上文所提到法律的允许下,国资委的监管是中方对国有企业实施“有效控制”的途径之一。美方依照《企业国有资产监督管理暂行条例》所规定的国资委的设立目的、组织形式、层级结构、在市场中所扮演的角色等内容进行推论,认为“在国资委监管下的国有企业从未与政府部门的控制与影响隔绝”。^[48] 美方认为“有效控制”的概念取决于一系列相关的因素,如在国有企业的董事会中,党组织依然对公司的重大事项有重大影响,如公司的发展战略、投资项目、增资计划、企业管理人员的指派、在已经进行改制之后的企业仍与政府有密切的、持续性的、事关企业经营的联系,还包括国有资本经营预算的制定和管理等内容,美方认为中国政府在这些方面都对国有企业进行“有效并显著的控制”,^[49] 并且认为中国政府部门会将这种控制作为一种手段去实现政府目标,即在经济领域和建立社会主义市场经济的活动当中处于领导地位。由此,美方得出一个结论,即如果政府拥有极少甚至没有形式上的所有权,但若政府部门对企业行使了“有效控制”,该企业仍可能被认定为公共机构,因为这些企业被授予了政府职能。而介于中国存在着大量的国有企业,在对中国产品征收反补贴

[45] *United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Report of the Appellate Body, para. 164.

[46] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, para. 8.94.

[47] 《关于 DS379 案“公共机构”的备忘录》,美国商务部于 2012 年 5 月 18 日发布,第 6 页。

[48] 同注 47,第 27 页。

[49] 同注 47,第 28 页。

税时,“公共机构”的问题仍是美国商务部需要考虑的重要问题之一。

美方最终认为,中国企业会在三种情况下被认定为“公共机构”:一是由政府“全部控股”或“多数控股”的国有企业;二是适用于政府产业计划的国有企业;三是处于政府“有效控制”下的国有企业。

随着美方对“公共机构”认定标准的变化,美国商务部认为针对DS379涉案企业的反补贴税率仍需继续适用,并且根据《乌拉圭回合协议法案》第129条,向中国提出的一些“事实问题”并未得到充分的解答,这导致美国商务部采用了“可获得事实”而不是中国企业提供的具体信息,使得重新制定的部分反补贴税率不降反增,如对淄博艾福迪塑料包装有限公司生产的复合编织袋征收的反补贴税率从调查前的29.54%上升到了83.34%,对山东龙兴塑胶制品有限公司生产的复合编织袋征收的反补贴税率从调查前的352.82%上升到了406.62%。

由此可见,在参照了上诉机构的裁决后,美方对“公共机构”的重新认定依然围绕着“股权权益”、“有效控制”、“政府行为”等要素展开,并通过论证将这一系列要素与“政府职能”产生因果关系,进而继续得出中国某些国有企业是“公共机构”这一结论。美方的这种做法与原做法相比更加隐蔽,中方对其进行识别和证明其不合规性的分析与研究也更加艰难。

(二) 美方“控制论”的部分合理因素

本案中,上诉机构支持了中方的政府的观点,但不等于否定了“公共机构”中包含“政府控制”的含义,美方提出的“公共机构政府控制论”当中是存在合理性因素的。

首先,根据美国以往的案例,美国商务部有权力根据案件的情况自行选择采用“五要素分析法”或“股份大多数所有”的标准来进行判断,例如在圆形焊接碳钢案中,美方的“控制论”便得到了支持。

其次,因为政府所有权使得政府有能力指定经理和董事,并监督公司的运作,而作为一家公司的完全所有者或多数所有权持有者,不能控制该公司是很不正常的。在以往的案例中,专家组驳回了韩国关于若一个实体基于商业条款参与市场活动则不构成“公共机构”的主张,而应采用“利益取向”的标准测试某一实体是否构成“公共机构”,因此美方认为中方的观点,即“一个实体只有在行使政府职能而非商业活动时才能被认定为公共机构”,是在重复韩国的错误主张。从这个角度看,“政府所有权和控制论”可以确保提供补贴的政府无法站在其所有权权益背后而逃避责任。

但是,本案中,上诉机构在最终报告中没有支持美国和专家组的观点。原因如下:第一,专家组声称美方在作出其结论时考量了其能获得的所有证据和论据,而并非只适用了政府持有多数股权测试本身,但事实是专家组并未指明或参考美国商务部裁决的任何段落,^[50]这是专家组在论证过程中的软肋;第二,美国商务部承认仅索要了所有权信息,未索要与“五要素分析法”相关的其他信息,^[51]这也是美方在证据方面的不足,致使上诉机构认为美方并未履行“寻找并客观评估相关信息以确保其裁决有充足的事实基础”的义务。但在以后的争端中,美方必然会更加注重对信息的搜集和对证据的采集,这也是我国国有企业和商业银行在以后的应诉中需要警惕的问题。

[50] 专家组在第8.132段,第8.137段和第8.134段也作了类似的陈述,均未参考美国商务部裁定中推理的任何一部分。

[51] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 346.

五、“公共机构”争论的本质、发展及应对

(一) 争论源于经济理念的不同

在本案中,针对“公共机构”的问题,中美双方的观点截然不同,这一特点在各方解释法律的过程中表现尤为突出,这种争论的根源在于 WTO 不同成员方有着不同的经济理念。

美国和欧盟等 WTO 成员将自由竞争作为衡量某国是否具有市场经济地位的标准写入法律之中,在美国 1988 年《综合贸易与竞争法》中对“非市场经济”国家的判断要素包括“政府控制或拥有生产资料的程度”及“政府控制资源配置和企业产品价格及产量方面决策的程度”。^[52] 可见,在宏观上,美国商务部在考量时非常看重某国市场的开放程度及政府控制程度,具体在本案中,这种“程度”就是中国政府在国有企业和国有商业银行中所占的股权份额的程度,美方以及专家组认为二者之间的联系程度十分紧密,这种判断主要基于中国政府拥有多数股权的事实。因此,当这些国有企业和银行在从事商业活动时,政府持有所有权的作用是显而易见的。此外,美方还表达了这样的忧虑,即如果公共机构的概念不包括政府控制下的机构,那么政府就可以躲在实体背后来提供补贴。由此,美方和专家组从而先入为主地将中国的观点解释为“为免除政府对其控制实体的责任”。^[53]

而在中方看来,中国在加入 WTO 时除了作出普遍性承诺之外还承担了“超 WTO 义务”以表明中国融入世界贸易体制和进行自身经济改革的决心,^[54] 并且在实践中一直推动改革的进行,例如在 2003 年成立的国有资产监督管理委员会恰恰就是为了加强国有企业的独立性,在政府和企业之间建立一道防火墙,使得国家所有权从国有企业中脱离开来。但也必须承认在近二十年的实践中,仍有很多国有企业“官商不分”、“政企不分”,党政机关的影响力体现在国有企业内部的很多重要层面,诸如决策权、任免权等。基于这样的情况,虽然中方认为目前中国政府与其他商业机构之间已经初步实现了政企分离,并且这些机构也有能力独立开展正常的商业活动,但这样的抗辩理由并不能完全说服上诉机构。上诉机构虽然在理论层面上支持中国提出的“公共机构”的界定标准,但在事实层面上仍然裁定涉案的中国国有商业银行属于“公共机构”。^[55]

总的来看,目前美国仍坚称中国在国内经济改革方面进展缓慢,并多次利用多边或双边场合对中国补贴问题提出质疑,一直要求中国对国内相关政策进行修改。美国始终认为中国的经济制度没有进行实质性改变,因此有意通过个案调查寻求突破,同时在调查中收集相关信息,为诉至 WTO 作准备。DS379 案中的“公共机构”之争便是这种理念冲突的集中反映。^[56] 而对中国特色的宏观调控制度,相较于西方单纯关注经济总量的经济政策,中国还注重结构上的调控,这一特点决定了中国实施“双轨调控”的政策,这就要求中国国有企业、国有商业银行和政府监管部门在经济体制改革中扮演重

[52] Sanghan Wang, *U. S. Trade Laws Concerning Nonmarket Economy Revisited for Fairness and Consistency*, 10 *Emery Int'l L. Rev.* 593 (1996).

[53] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel, para. 8.69.

[54] Julia Ya Qin, “WTO-Plus” Obligations and Their Implication for the World Trade Organization Legal System — An Appraisal of the China Accession Protocol, 37 (3) *Journal of World Trade* 483 (2003).

[55] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 611.

[56] 廖诗评:《“中美双反措施案”中的“公共机构”认定问题研究》,载《法商研究》2011年第6期,第22页。

要角色,但这也给国有商业银行和国有企业带来了“行政化”的色彩,基于此,其他 WTO 成员便可以借机充分利用“公共机构”对中国展开反补贴调查,并可以在非常大的程度上扩大调查范围。正如中国常驻 WTO 大使易小准所言,“这是中国出口所面临的一大问题,相信到 2016 年,中国被 WTO 认可为市场经济国家后这一状况将会有明显的好转”。^[57]

(二)“公共机构”标准之争会愈演愈烈

通过上文分析,可以看到上诉机构的裁决事实上回避了问题辩论的某些焦点,如:发起针对“公共机构”问题的补贴调查的证据标准是什么?虽然只考虑政府持股比例并不合理,但这是否应成为考虑的相关因素?对此,上诉机构认为公共机构的范围和特性因其所属国家不同而不同,也因具体案件的案情而异,专家组和成员方调查机构所面临的任务是在个案中对所涉实体的核心特征以及其与政府的联系进行正确的评估。^[58]这就是说,虽然在 DS379 案中的国有企业没有被认定为“公共机构”,并不意味着在以后的案件中这些企业同样不会被认定为“公共机构”,如果这些企业在某些项目上与政府有某种可归类于控制与被控制的关系,如出现政府通过拥有所有权、占有大多数董事会席位、企业自身的利益追求与政府政策或政府利益的追求相一致的情况,则非常有可能重新被认定为《SCM 协定》意义上的“公共机构”。

在随后的案例中,美国、欧盟等一些 WTO 成员方利用对“公共机构”界定不明确这一漏洞,将国有商业银行与光伏产业正常的商业行为、从国有企业购买原材料多晶硅的行为均视为“公共机构”代替政府进行补贴展开反补贴调查,不仅损害了中国晶硅光伏电池产业的发展,并且对中国未来在能源、通信、基建等领域的对外布局都会有不小的影响。在可预见的未来,中国所面临的反补贴调查中,涉及到“公共机构”认定标准的争论会频繁出现。

(三)应对“公共机构”之争的可行性方法

首先,应诉时必须提供充分的证据材料。在许多案件中,国有企业提出的主张都被美国商务部一带而过,不仅没有采信,反而被使用了 AFA 原则(Adverse Facts Available Principle)。在 DS379 案中,美国商务部对国有商业银行的认定根据之一便是“美国商务部并未收到任何以完整流程形式记录造纸业贷款的申请、发放和评估的证据”。^[59]产生这种现象的原因在于中国国有企业的行动盲目、不重视证据材料的完整与充分。对比韩国的不锈钢薄板和盘条案,^[60]最初韩国处于非常不利的被动地位,但随后他们提交了大量的针对性非常强的证据并被采纳,同时围绕美国商务部的认定标准进行了充分的说理,美方不得不改变之前已经认定的事实。另外,美国商务部在判断某一实体是否属于“公共机构”时,大部分情况下是遵循上文提到的“五要素分析法”进行判断,而对于“非市场经济国家”,美国则倾向于采用股权认定的方法。^[61]在这种情况下,中国政府和国有企业在提供证据的过程中,应进行细致的筛选,有所侧重和取舍,针对不同的审查情况提供相对应的证据,减少不必要的麻烦与

[57] 中国常驻 WTO 大使易小准在 2012 年 9 月 27 日第五届日内瓦高层中国论坛会见晶澳太阳能 CEO 方朋时的讲话。

[58] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 318.

[59] 《DS379 案备忘录》,专家组证据 CHI-93 第 58-60 页。

[60] *Issues and Decision Memorandum: Final Results of Countervailing Duty Administrative Review: Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from the Republic of Korea*, 69 FR 2113, January 14, 2004.

[61] 张斌等:《补贴行为主体的认定:基于反补贴案例的国际比较》,载《世界贸易组织动态与研究》2011 年 1 期,第 34 页。

误会,^[62]提高胜算的可能。

其次,在法律层面上,要梳理国内各项法律法规及规章制度,注意措辞,在立法、执法等方面要更加谨慎,以免陷入被动,授人以柄。本案中,上诉机构维持专家组将国有商业银行认定为“公共机构”的裁定,其主要依据是我国《商业银行法》第 34 条,要求商业银行“要在国家产业政策指导下开展贷款业务”,以及在天津市政府审核报告、中国银行《全球公开招股书》等国内法规和文件中,出现了诸如“在作出贷款决定时,需要考虑政府宏观经济政策”和“根据相关政府政策,鼓励商业银行限制针对某些行业的贷款”等条文,都说明国家政策在商业银行实施贷款行为时产生了影响,这些法规和政策构成国有商业银行履行政府职能的直接证据。^[63]

最后,中国必须运用上诉机构在 DS379 案中确立的框架和标准,对公共机构作出清晰的解释,并且把它运用到今后对具体问题的抗辩上。例如美国商务部非常关注党组织和国资委在国有企业和国有商业银行中的行为,而中国则可以回应:某实体具备或不具备某项事实,并不等同于该实体拥有、实施或被赋予政府权力,党组织管理企业的行为并不能说明该企业行使政府权力;政府对国有商业银行有进行控制、追求特定公共政策目标的能力,并不意味着对国有商业银行利用了其控制能力以影响银行的决策,因此不能认定该实体就是公共机构。

六、结论

综上所述,本文认同上诉机构从文义的角度、《SCM 协定》的目的与宗旨的角度,以及从《草案》的角度对“公共机构”概念的认定,即“公共机构”标准的核心在于考察其是否为“被赋予或履行政府职能”的实体,而不是简单地以“政府控制论”作为裁定的标准。

不可忽视的是,在此案事后的执行程序中,美方实际的做法甚至比 WTO 裁决公布之前更变本加厉,并在紧接着的 DS437 案中运用了“公共机构”的最新标准对中方出口商品展开反补贴调查,这体现出美方对新规则的利用效率与程度绝不容小觑。但令人鼓舞的是,在 DS437 案中,上诉机构和专家组均延续了 DS379 案中对“公共机构”问题的裁定,再次支持了中方的观点,认为国有企业只有被授予或行使政府职权时,才能被认定为“公共机构”,美国商务部仅仅根据政府持有国有企业的多数股权便认定国有企业构成“公共机构”是错误的。

在经历了数次考验后,中方在此问题上的应对能力得到了进一步的巩固与提升。DSB 对“公共机构”认定标准的再次重申与确认也证明了中方在这一问题上理解正确、举证充分。在可预见的将来,随着中方遭受到越来越密集的反补贴调查,加强对 WTO 相关条款的分析和研究依然是应诉过程中的重中之重,只有有效地利用 WTO 所提供的法律途径,才能保证中方在 DSB 中案件胜诉的最大可能性,也才有可能将法律的胜利转化为实实在在的贸易利益。

此外,我国之所以在 DS379 案中能够在“公共机构”和“双重救济”这两个方面赢得胜利,一个十分重要的原因是在深入研究、充分准备的基础上,积极运用世贸组织争端解决机制,充分运用世贸组

[62] 比如,美国商务部在核查中,一位天津市政府的官员确认国有商业银行受天津市国有资产监督管理委员会的监管,见美国提交的证据 CHI-4 第 101 段。

[63] *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, para. 350.

织争端解决机制规则进行抗辩。为此,我国应当认真总结经验,加强对世贸组织规则的研究和把握,更加善于将世贸组织争端解决机制作为维护国家和产业合法权益的重要平台,通过法律途径解决贸易争端,最大限度地维护自身的合法权益。与此同时,我国需积极参与世贸争端解决规则谈判的工作,尤其应该积极参与修改和澄清《争端解决谅解》(DSU)的谈判。深入研究争端解决机制的相关规则,针对第三方权利、条约解释、机密信息保护、发回重申、发展中成员利益及双边磋商等问题提出建设性意见,推动建立更加明确合理的多边规则。

Identification Standards for “Public Body” at SCM: Taking Case DS379 for Example

Shi Yewei

Abstract: According to the Subsidies and Countervailing Measure Agreement, the main body which supplies subsidies is government or public body. Although the first important problem is to assert the standard of public body, there is no specific provision in WTO law can explain this term. In the case DS379, one of the main disputes is the identification of “public body”. This paper analyzes the report of the WTO expert panel and appeal body, and studies the latest related memorandum released by Department of Commerce, USA, discusses the source of argument of “public body”, then, confirms the identification criteria of “public body” in essence, and brings suggestions and purposeful reflection measures to Chinese state – owned business.

Keywords: WTO; anti – countervailing; public body

(责任编辑:丁洁琳)

论格劳秀斯的不当得利学说与规则

苏彦新*

摘要:格劳秀斯是近代早期一位著名的国际法学家,他对国际法的理论、学说的贡献自不待言。但是他对荷兰私法乃至欧洲大陆私法的贡献,特别是他将不当得利提升到与契约、侵权同等地位,提炼成为一般规则,并作为债的发生原因之一而成为独立的私法范畴的贡献却为人所忽视。在格劳秀斯所著的《私法导论》到《战争与和平法》两部论著中,其中有关不当得利的论述展现了其对不当得利阐释、凝炼的思想过程。这些相关论述既显示了他对罗马法与中世纪晚期经院法学思想的吸收与继承,又显示了他对不当得利这一法律规则与制度所作出的理论独创性贡献。

关键词:格劳秀斯 不当得利 一般规则 私法范畴

荷兰著名的法学家雨果·格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583 - 1645)被公认为西方近代早期的国际法鼻祖。但是,格劳秀斯在私法史上的地位,特别是他对欧陆民法的债法体系中不当得利学说与规则的贡献,却在我们中国国内的私法学术研究中有所忽略。对于他的不当得利学说与规则几乎为我国国内私法学界忽略不计。然而,型塑与浇铸不当得利成为一个独立的私法范畴,并将它提升到跟契约与侵权一样作为债的发生原因之一的高度,正是这位伟大的国际法学家所作出的私法贡献。“在19世纪,不当得利在中部欧洲还漂浮在空中。无论是法国最高法院还是萨维尼都没有首先设计与承认一般的得利请求。正是雨果·格劳秀斯,在17世纪前半期利用各种不同线索并把这些不同线索编纂成为一种单独的、明确清晰的、可理解的公式。”^[1]

一、不当得利与罗马法

就古代罗马法而论,直到罗马法的古典时期,罗马法学家仍然未明确处理不当得利的问题,例如著名的法学家盖尤斯在其《法学阶梯》就未明确阐释与处理不当得利的法律问题。而且法学家盖尤斯在运用“结构与关系”处理罗马私法材料时,就其债法所论而言,主要涉及的是契约与侵权,而不当得利没有作为债的发生原因之一与契约以及侵权作为同等的私法范畴存在并作相应的编排与处理。不过,当代德国著名的罗马法与比较法教授 Reinhard Zimmermann 指出,“在盖尤斯其所谓的 *Res cottidianae* 另一著作中,我们找到了一种答案:它没有在契约与侵权的清晰有序的总区分中出现,而是包括在各种其他的债当中,他把不当得利置于一种第三类的债”^[2] 总体而言,早期罗马法的发展是通过诉讼(actio)方式与方法实现的,也就是说,“在罗马法中,诉讼与权利的特殊关系特别表现在程序性权利与实体性权利的相互对应上——罗马法中的每一种权利或法律关系都有着自已相应的诉讼形式作为保

* 华东政法大学教授,法学博士。

[1] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition* 885 (Oxford University Press 1996).

[2] *Id.* at 837.

护措施和救济手段,甚至,人们经常以是否存在相应的诉权来判断是否存在特定的权利”。〔3〕因此,罗马法并无近代私法体系中债法体系中对不当得利的这般构造。

但是,罗马法古典时期的法学家并未完全忽视不当得利的问题。查士丁尼在位时期在立法及其法律汇编活动中,对历代罗马法学家的法律学说汇编并摘要成册的《学说汇纂》中就有有关不当得利问题的简要论述,例如,法学家 Pomponius 论到,“按照法律的性质,任何人以另一人的损失与伤害而获益是不公平的”(D. 50, 17, 206)。〔4〕同时,这位法学家还说,“因为,按照自然公正,任何人不应以另一人受损而使自己受益”(D. 12, 6, 14)。〔5〕但是,在罗马法之演进史上,在关涉罗马私法方面,未将不当得利作为债的渊源与发生原因作为一种独立的私法范畴来看待。法学家 Pomponius 的概括式的格言,“并非表示罗马法已有一般化的不当得利请求权”,他的准则或格言只是古希腊哲学家、思想家亚里士多德在其政法与伦理思想中所论交换正义的一般原则之体现。当然,我们已知罗马法的古典时代创设不多的几种不当得利的诉讼形式,但是罗马人适用这些诉讼要求非常严格。而且这些诉讼是对人之诉,不是基于契约也不是依照侵权,而是基于一方当事人以另一方的受损而受益,并且这种受益从法律上讲是不公正的。“这种思想观念好像十分简单且几乎不证自明,然而,事实上,这些罗马法的诉讼十分独特,并且未同其他法律并行处理,也不依照罗马法。”〔6〕但是,大体而言,在罗马私法演化史上,不当得利的诉讼救济的确是一种原创的、有价值的罗马人的设计。

自罗马法古典时期及其以后,不当得利的诉讼救济严格限于明确界定的情况。在古典时期,对于罗马法古典时期的法学家来讲,不当得利只是一种一般的思想观念或原则,不当得利远未成为一项法律规则与具体法律制度。尽管不当得利之发生非常明显,但它仅仅限于几种情况才适用不当得利的救济手段。在罗马法的古典时期,最主要的不当得利的诉讼是栽植(拉丁文是:implantatio)与加工(拉丁文是:specificatio)。〔7〕当然,古典时期之罗马法是明智的,也是聪明的设计。因此,德国 20 世纪著名的罗马法学家 Schulz 教授认为,查士丁尼时期的法典编纂者“摧毁了罗马古典法,他们不明智地扩大了这些诉讼的范围,没有对拜占庭法律给予清晰阐述,通过模糊与混淆罗马古典法的各种植入修改了其内容”。〔8〕而在查士丁尼《法学总论》中用了一个特殊的论题即准契约的债务,“上面已经列举各种不同的契约,现在谈那些正确来说不是根据契约发生的,但又不是由于侵权行为产生的债务,这种债务被认为仿佛是根据契约发生的”。罗马法针对不当得利提起的诉讼一般被称为“无债因请求返还之诉”。它们分别是:因给付的要求返还之诉,“错债索回之诉”,“因受讹诈的请求返还之诉”,以及“无债因请求返还之诉”与“债因消失后的请求返还之诉”。因此,罗马法并没有创设不当得利的法律规则,更没有将不当得利作为债的发生原因的独立私法范畴予以处理以及抽象成为一般规则。

〔3〕 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 23-24 页。

〔4〕 *The Digest of Justinian*, Translation edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1985.

〔5〕 *Id.*

〔6〕 Fritz Schulz, *Classical Roman Law* 610 (The Clarendon Press 1951).

〔7〕 “栽植”是市民法所有权原始取得的方式之一,表现为可动物对不动物的添附。例如,植物被移植到他人的土地上并且在那里扎根,在此情况下,土地的所有主因添附而取得对植物的所有权;“加工”是指对原材料加以改造,使之成为新物,例如,用葡萄酿造葡萄酒,用青铜铸造塑像,等等。加工是对物的原始取得方式之一,但是,在新物的所有权应当归谁所有问题上,萨宾学派和普罗库勒学派各持己见。前者认为,原材料的所有主应当保留对新物的所有权;后者则认为,新物的所有权应当归加工者所有。在古典法时期出现了一种折中的观点,以新物能否还原为被用来制造它的原材料作为确定所有权归属的标准,如果不能还原,新物就归加工者所有;如果能够归还,则归原材料的所有主所有。具体参见黄风编著:《罗马法词典》,法律出版社 2002 年版,第 125、234 页。

〔8〕 Schulz, *supra* note 6, at 611.

二、中世纪共同法与不当得利

11 世纪之后,罗马法开始复兴,并且罗马法与教会法的研究兴起,它们共同构成了 12 世纪的法学复兴,进而形成了共同法(ius commune)。中世纪共同法之罗马法学研究与罗马法学家对债法之不当得利问题的解决办法是,因不当得利所生义务是作为准契约来予以分类的。中世纪的罗马法学家并未像契约与侵权一样,在同一层面发展与形成不当得利的一般规则作为债务的来源之一,“这样的法律规则的形成在中世纪与 16 世纪罗马法解释者的作品中也没有发现这种规则的存在”。〔9〕当然,中世纪的罗马法学家当中有些学者,可能基于任何人不应以一些其他人的损失而获益的衡平原则提到过几近于不当得利的规则。

与此同时,中世纪的共同法之教会法学研究与教会法学家,在《教会法大全》第六编之《论法学规则》的标题下(De regulis iuris of the Liber Sextus)引用了罗马法学家 Pomponius 的格言。有位教会法学家的意见是,基于无法律原因或无正当原因而对置于某个人控制的一项他主物可以向法律官员提起其请求。但是作为一项债务的来源,没有任何地方十分明确地提到过不当得利。甚至 16 世纪的西班牙的经院主义学者与受经院主义学者影响的法学家也未提到不当得利。不过,与此类似问题,按照经院主义思想大师托马斯·阿奎那的原则,西班牙的经院主义学者与法学家提出了一种不同于罗马法的债法体系,即在不公正的情况下导致返还的规则与制度。但是没有提出同契约、侵权在同等层面发挥着债的来源之功能的不当得利规则与制度。

中世纪的两法,即教会法与罗马法彼此之间相互影响,两法之关系不是一种冲突的,而是相互获益的关系。中世纪罗马法的研究没有明确提出不当得利之一般规则。不过,教会法学家提出了一个类似罗马私法之处理不当得利问题的法律办法,即教会法学家谓之返还法(restitution)。在现代意义上,返还法这一术语就是指不当得利法。当然,现代法律学者认为,“将不当得利和返还等同起来是错误的。当按照产生返还请求权的不同事件来划分返还法时,不当得利仅仅构成返还法的一部分”。〔10〕教会法学家使用返还来指称,因犯有罪而被宽恕之前,犯有过错一方对其受害人进行赔偿的责任。教会法学家在《教令集》引用的内容来自基督教教父哲学代表人物圣·奥古斯丁对此所论之内容。圣·奥古斯丁指出:“如果犯有罪的另一方的物勿需返还,若返还,那么不是补赎而是虚假。如果事实上确实这样做了,罪不会被宽恕,除非返还包含取走的物。”〔11〕教会法学家对于作出返还的义务范围扩大到受害人遭受的任何伤害。“这种义务同于罗马法中赔偿原告的被告之义务”。〔12〕从上述内容来看,在欧陆私法的演化中,有关不当得利的问题,古典时期罗马法与古典后期查士丁尼皇帝在位法律汇编时,以及中世纪的两法(utrisque iuris)都有所解决或有着类似解决办法。但是,它们都未形成不当得利的法律规则并对不当得利行为进行一般化处理,也未将不当得利置于跟契约、侵权作为债的发生原因与债务来源的同等地位。

〔9〕 Robert Feenstra, *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th - 18th Centuries* 198 (Variorum 1996).

〔10〕 [英]皮特·博克斯:《不当得利》,刘桥译,清华大学出版社 2012 年版,“前言”。

〔11〕 C. 14q. 6c. 1.

〔12〕 James Gordley, *The Jurists: A Critical History* 57 (Oxford University Press 2013).

三、不当得利与《私法导论》

格劳秀斯作为17世纪荷兰著名的法学家,尤其是国际法学家,其最著名的为人所知的著作是有关论述自然法的《战争与和平法》,而其论述罗马-荷兰法的《私法导论》却有所为人忽视或不被重视。《私法导论》撰写在前却出版在后,《战争与和平法》撰写在后而出版在《私法导论》之前。这两部作品都有关于不当得利的学说与规则。而在荷兰私法史上,这部《私法导论》类似盖尤斯《法学阶梯》之于古代罗马,在17世纪的荷兰,其有荷兰的法学阶梯之名声,它也是格劳秀斯最为杰出的论著之一。在《私法导论》中,格劳秀斯将自然法与当地习惯法或本地法律基于自然法的观念,融合在一种体系当中,处理与论述了不当得利这一学说与规则。当然,这种自然法思想由16世纪的神学家,主要是西班牙人提出,因此也称为西班牙经院学派或西班牙自然法学派所提出并进而形成的。在债务的来源中,不当得利作为一种债的发生原因的独立私法范畴第一次出现。这种体系化的研究方法也体现在《战争与和平法》之中。

《私法导论》大致同查士丁尼《法学总论》一样,分为三编,即人法、物法与债法三编。物法与债法两编所涉各种物与债务,主体划分是基于主体权利的层级体系。“针对现代法律专门术语,什么是一种主体权利,格劳秀斯使用了荷兰语的术语 *recht van toebehoren* (英国的罗马法学家 Lee 将其译为:财产权利,即英文是: *right of property*)。”^[13] 格劳秀斯对财产权利区分为两类主要的范畴,荷兰语 *beheering* (拉丁文为“*jus in rem*”)与 *inschuld* (拉丁文为“*jus in personam sive creditum*”),用现代民法术语也就是物权与债权。债权之定义即对人财产权(格劳秀斯《私法导论》第二编第1章第59节)是,“所谓对人财产权,指某人对抗另一人的权利,可以要求该人给付某物或为一定行为”(当然这一定义在《私法导论》第3编第1章第1节同样出现)。我们此处讨论的权利并非广义的权利,也不是基于道德且作为公法客体的权利,而是作为财产的权利:根据前文的讨论,也就是判断物之归属的权利。我们将财产权分为对物财产权与对人财产权。所谓对物财产权,指权利存在于主体与物之间,与他人无必要之联系。“所谓对人财产权,指某人对抗另一人的权利,可以要求该人给付某物或为一定行为。”^[14] 而对人财产权,在格劳秀斯的《私法导论》的第三编第1章关于一般的债、来源与种类,第1节开始论述到,“我们已经提过,财产关系的另一种形式是债的关系,也就是某人对他人享有的权利,可以要求后者为特定行为,或从某处取得某物”^[15] 不过按照当代荷兰著名的民法学家 Robert Feenstra 教授的观点,在格劳秀斯有关一般的债、来源与种类的论述中,其术语用法不是完全一致:有时格劳秀斯使用积极的债(债权);有时他使用消极的债(债务)。

在《私法导论》第三编第1章第9节,格劳秀斯论述到,“根据自然法,有关对人权体现为两种来源:即允诺与不公”。作为债的来源“不公”,格劳秀斯进一步区分为,“有关不公,并非指每种不公,因人与人不可能同样的富有,而不公仅仅是指事实上从另一方得利,或扣押某物使另一方得利;或另一方导致的得利”。就“不公”而论,格劳秀斯主要受到经院主义哲学大师托马斯·阿奎那与西班牙经院自然法思想的影响。同时,格劳秀斯在《私法导论》对不公继续划分为,“由受到影响的该当事人的意

[13] Feenstra, *supra* note 9, at 200.

[14] [荷兰]格劳秀斯:《格劳秀斯私法导论》,张淦纶译,法律出版社2015年版,第53页。(说明如下:本文在引用中文译本时,对照英文版个别地方略有修改。同时为了避免注明出处的繁琐引用,凡是加双引号的内容有的是本文作者自英文翻译的,有的参考了《格劳秀斯私法导论》的中文版的译文,但有时会有所修改。)

[15] 同注14,第214页。

愿所导致的”与“违背该当事人意愿所导致的”(《私法导论》中文版将此段内容翻译为:“他人造成不均的局面,或源自受影响主体的意愿,或违背受影响主体的意愿”)。“违背该当事人意愿所导致的”是指因另一方过错所发生的债务。格劳秀斯在其《私法导论》第三编第1章第15节论述,“自他人处得利或可能得利,获益的当事人负有义务补偿。无论其获益的方式如何,及无论获益是种类物还是特定物均须补偿。例如某人吃了他人的食物,则根据自然法须给以补偿”。吃了他人食物须给予补偿的事例,一般认为是格劳秀斯从神学材料中所取的事例,说明格劳秀斯的不当得利规则受到神学家的影响。当然,也有学者认为格劳秀斯也可能受到了 Pomponius 的格言影响。但是有材料证明格劳秀斯受神学影响,即格劳秀斯指出如何获益无关紧要与在《私法导论》第三编第30章第3节(该节详述了第三编第1章第15节提到的该类债)——这类不公或不当“在人类当中财产分割之后,是衡平所无法容许的”;^[16]而第三编第1章第15节提到的另一个不公所生之债的事例是有关占有的事例,^[17]也就是,按照这一原则,占有人,即使占有者是恶意的,在返还财产时也可以请求必要的费用与添附。而这一事例格劳秀斯受到了注释法学家马丁努斯对《学说汇纂》(D. 3, 5, 5, 5.) 诉讼形式之注释的启发与影响。^[18]而且在《战争与和平法》中引用《学说汇纂》该相关内容就蕴涵着,该诉讼允许不是为了被经营人的利益而是为了经管人自身的受益而经管被经管人之事务的经管人提起一项基于自然法之得利之诉,而不是无因管理之诉。

因此,格劳秀斯在《私法导论》第三编第1章第15节置入该原则中的两个事例都超越了《民法大全》有关内容所给出的解决办法。这对《私法导论》第三编第30章的解释特别重要,而且在这一部分,格劳秀斯详细阐释了不当得利的原则。这一部分的标题就是“源于得利的债或有关来自受益的债”,这同在《私法导论》第三编第30章与第三编第1章第15节之获益的该当事人须作出补偿之间是直接关联的。在《私法导论》第三编第30章中,格劳秀斯创设了其本人的一种新的、简明的术语不当得利之债,即“当某人无合法权源,却从他人财产中获利,这就产生了不当得利之债务”,“我说无合法权源,即非源自之前的赠予或其他合同”。^[19]这是人们指出格劳秀斯是最早对不当得利作出一般化处理的最主要依据。格劳秀斯对这种债务的特点作出一般评论之后,他列举了四种情况,在第四种情况,即第三编第30章第18节论述到,“返还的第四种情况是,某物之移转源自他人之财产,非基于赠予、清偿、承诺或其他合法理由。例如,某人认为其本人是从第三人处取得金钱,但是事实上他是从我这里获得这笔金钱。这里不存在借贷合同,因此该人事实上是从我的财产中获得了不当得利,应当予以返还”。^[20]当然,有些现代学者已经否认一般得利行为的继受从这个段落的第一句得出。格劳秀斯或许仅仅是说罗马法的无债因请求返还之诉,自中世纪以来人们认为无债因请求返还之诉是这一适当的诉讼,因为其中包括格劳秀斯提到的“某人认为从第三人处取得价金,但是事实上他是从我这里获得这笔金钱”的事例。这个事例直接取自《学说汇纂》(D. 12, 1, 32)的内容。不过,荷兰著名的私法学者 Robert Feenstra 教授认为,“虽无法结论性地得以证明在这个段落中格劳秀斯在思考关于债的来源中没有提到的情况,但是他已经在其《私法导论》第三编第1章第15节里导言性的评论中超越了传统的罗马法的解决办法,并且清晰地基于第三编第1章第15节的评论内容延伸到自然法,按照自然法则

[16] 对此,实际上在《战争与和平法》中已有讨论。参见格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第168-174页。

[17] 详情可以参见 Robert Feenstra 教授的研究。这位荷兰教授指出,这个事例是格劳秀斯后来补充到《私法导论》中的。See Feenstra, *supra* note 9, at 200.

[18] Feenstra, *supra* note 9, at 200.

[19] 同注14,第326-327页。

[20] 同注14,第330页。

认为格劳秀斯在《私法导论》第三编第1章第15节所举实例——如果一个人吃了另一个人的食物——只能被归类为其《私法导论》第三编第30章第18节中的情况。格劳秀斯想把这个段落归类为按照自然法承认或可能承认的一项债务存在的其他情况,这看来似乎是很清楚的”。^[21]

不过,从这些内容看是很清楚的,这“不只是罗马法中的无债因请求返还之诉,而且是以某人的损失且没有原因得利作为债务的一般来源”。^[22]实质上,格劳秀斯已经把不当得利与契约、侵权一样看成债的发生原因。而此前的罗马法、中世纪的罗马法研究者、教会法研究者都未像格劳秀斯这样来处理。

四、不当得利与《战争与和平法》

《战争与和平法》^[23]是格劳秀斯影响最为广泛的著作,也是国际法的经典著作。但是我们更为关心的是这本经典著作所论述的私法内容中有关不当得利作为债的发生原因之一与债务的来源的思想线索。

格劳秀斯提出了“允许保护自己的生命,抵抗伤害;允许自己取回并保留那些对生存有用的东西”的首要自然法原则。^[24]如果去查看格劳秀斯的《战争与和平法》一书的拉丁文版,“取得”一词格劳秀斯用的拉丁文单词是“*restitutio*”,即“返还”。《战争与和平法》第二编涉及了该原则。为理解在第二编中的体系化的处理与编排,可以看到格劳秀斯还指出,“战争发生的根源像法律诉讼一样多种多样,哪里法律解决失败哪里就战争发生”。^[25]由此格劳秀斯给出了不同诉讼的考察,这些要么是尚未犯下的过错要么是已经犯下的过错。已经犯下过错之类型导致返还或惩罚。返还涉及什么是或已经是我们的,从而产生所有权之诉与某种请求给付之诉,或者涉及因契约、因私犯、因法律返还属于我们的东西。而针对所有权之诉与请求给付之诉,格劳秀斯都谈及了返还。也如前述,中世纪的教会法学家对返还之论述,实质上就是处理了当中有些类似不当得利的法律问题。这两种诉讼,格劳秀斯在《战争与和平法》第二编第10章由财产而生的义务中进行了研究与处理。不过,按照 Feenstra 教授的研究,格劳秀斯针对将主张所有权之诉与请求给付之诉谈到的返还,他“在这一章里使用的是经院主义学者的概念,不太关心罗马法的对物之诉与对人之诉”。^[26]在经院主义学者影响下,格劳秀斯对于因占有所生之债(*obligatio ex domino*),他进一步作了区分,即要么产生于仍然存在的物要么不再存在的物。而同格劳秀斯的不当得利学说与规则有关的论述是其不再存在的物之返还,就此而言,返还之债务的概念是以自然法为基础,按照自然法原初所有财产属于所有的人,私有财产是通过明示或默示的协议在人类之间所达成的。这种义务约束全体所有的人。对于不当得利具有的理论意义在于格劳秀斯所说的不再存在的物之返还。在《战争与和平法》第二编第10章第2节第一段落论述到,“对于不存在的物或者其所有权人无法确定的物,人们一般承认的原则是:通过占有合法物主所遗失的财产而使自己得利的人,有义务对该物主作出补偿,补偿的多少应与其从该物主的财产中获益成比例。因为,完全可以说真正的物主失去了多少,他就应该得到多少。因为引入财产权的真正目的就是为了实现公平,使每个人都获得其应得的利益”。^[27]这一自然法规则对应于其《私法导论》第三编第1章第

[21] Feenstra, *supra* note 9, at 206 - 207.

[22] Zimmermann, *supra* note 1, at 886.

[23] 需要说明的是本文在使用《战争与和平法》的中文版时,有些地方按照英文版稍微作了修改。

[24] 高鸿钧、赵晓力主编:《新编西方法律思想史》,清华大学出版社2015年版,第288页。

[25] 参见[荷兰]格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第107-108页。

[26] Feenstra, *supra* note 9, at 209.

[27] 同注25,第172页。

15节的内容。因为这一节的内容是以不公为基础,这一规则内容也是《私法导论》两个主要的债务来源之一,即要么来源于允诺要么来源于不公。《私法导论》对此根本没有给出出处,而《战争与和平法》引用很多,表明格劳秀斯受到经院主义学者的影响。但是,在《战争与和平法》中,格劳秀斯的引用来源略显复杂。比如引用西塞罗的《论义务》:“以他人受损为代价而使自己获利是有违自然正义的。换言之,自然正义不允许我掠夺他人来增加我们自己的资源、财富和力量。”(这段引文出自何勤华等译的中文版《战争与和平法》)(中国政法大学出版社出版的王焕生先生翻译的西塞罗的《论义务》的译文是:“但是自然不允许我们靠抢夺别人来增加自己的权势、财富和影响。不仅自然,即自然法则,而且在单个的社会中,国家据以维系的人民法律都这样地规定:不能为了自己的利益而损害他人”)。此外,格劳秀斯还大量引用了《学说汇纂》的内容。不过,《战争与和平法》第二编第10章第2节的叙述谈到了“《民法大全》的中世纪的罗马法的解释者已经形成了这一思想线索”。^[28]在所举中世纪罗马法学家的事例之后,格劳秀斯大体上汇集了因占有所生之债讨论的线索,指出了其针对仍然存在的物与不再存在的物的主要规则。《战争与和平法》所作出的区分,即返还所涉的要么是不存在的物要么是存在的物,实质上只有“不存在的物的返还”或多或少对应大陆法系的不当得利学说。《战争与和平法》第二编第10章第5节、第7节第8节对此论述分别是:

第三,善意占有人负有返还之义务不仅针对该物本身,而且也针对其使用获取的收益,因为善意占有人被认为经占有该物而得利。

第五,如果善意占有人已经捐赠或出卖该物给一个第三人,那么善意占有人负有返还之义务。说明如下:

如果善意占有人经捐赠取得该物与将该物捐赠给一个第三人,善意占有人不负返还给所有人的责任,无论如何,除非善意占有人捐赠同等数额且由此节省其本人的财产。

如果善意占有人已出卖其所购买的物,那么善意占有人对所有人不负有责任,除非善意占有人以高于该物的价格出卖。

如果善意占有人出卖其通过捐赠取得的物,善意占有人须返还价款给该物的所有人,除非善意占有人挥霍了该物,且假使善意占有人未取得该物、未挥霍掉一笔相当的金钱数额。^[29]

对于善意占有人在什么情况下归还占有物,格劳秀斯在《战争与和平法》第二编第10章第9节第一段落:“属于他人物品的善意购买人负有义务将该物品归还给真正的物主,他所支付的货款是不能被赔偿的。但似乎有一项例外,那就是,物主如果没有支付一定的费用的话,他就不可能重新获得其财产。”^[30]当然,格劳秀斯在《战争与和平法》第二编第10章中讨论了占有之债的十个问题。这里从中体现了格劳秀斯一般的返还学说,即“就返还而言,格劳秀斯没有超越西班牙经院主义学者太多。可是对于他的因不再存在的物之所有之债(*obligatio ex dominio e rebus non extantibus*)之概念的原创性略显不公,这一概念同其在《私法导论》中的源于得利之债相比阐释得并不太清楚,但是,这是他的原创,并不是其前贤提出的”。^[31]

因此,按照西方法律学者的研究,就不当得利的学说与规则而言,格劳秀斯除了《私法导论》与《战

[28] 同注25,第172-174页。

[29] 所引这些内容也可参见格劳秀斯:《战争与和平法》(中文版),不过本文“引文”内容经由作者本人从英文译为中文,同中文版译文有较大出入。

[30] 同注25,第175-176页。

[31] Feenstra, *supra* note 9, at 219.

争与和平法》外,在1616年格劳秀斯写给他弟弟的一封信也提到了现今民法所称的不当得利。不过,这封信对欧洲那个时代及其之后并未产生任何影响。但是“它对格劳秀斯的两部主要著作的解释具有有一些重要性,这封信分别早于前两者约四年与八年”^[32]

五、结语:格劳秀斯之理论的影响与贡献

格劳秀斯作为一位伟大的法学家与国际法学的开拓者之一,其对国际法的影响与贡献早已名满天下,为人所知。但是其所著《私法导论》以及《战争与和平法》中对于私法学说与理论的贡献,特别是有关不当得利的学说与规则的原创性贡献多因历史时间的腐蚀而淹没在浩瀚的文献中。其不当得利学说与规则的影响对于17世纪的荷兰行省虽影响不大。但是,在荷兰行省之外,对Frisian Ulrik Huber(1636-1694)具有重要影响。而Huber对格劳秀斯不当得利学说与规则的赞成与支持以及详细阐释和发挥反而影响了德国学说汇纂现代适用的拥趸者Beckmann(1624-1689)。同时,在18世纪,在司法实践中,格劳秀斯的不当得利的学说与规则已影响了荷兰与尼德兰行省最高法院(Hooge Raad)的法官,即Bijnkershoek及其女婿Wilhelmus Pauw。荷兰法院在格劳秀斯的《私法导论》影响下,承认了一般得利行为。当然,近代西方资产阶级的第一部民法典,即1804年《法国民法典》对不当得利的处理仍然是按照非债清偿对待,而未单独将不当得利独立出来作为债务来源与债的发生原因来安排并构建债法体系。然而,也如前述,格劳秀斯对“学说汇纂现代适用派”当中的一些学者深有影响。甚至可以说,后来德国制定的《德国民法典》第737条、《瑞士债务法》第70条至75条,包括《日本民法典》第703条至708条有关不当得利制度之规定,都或多或少同格劳秀斯的不当得利学说有着关联。而受到西班牙晚期经院主义学者的自然法思想之影响,格劳秀斯通过“按照自然法则,没有正当原因,不能损害他人作为代价而使自己获益”的自然正义,最终形成并抽象出了一般不当得利行为与一般不当得利之规则,将不当得利行为置于跟契约、侵权作为债的发生原因与债务来源之同等地位。这就是格劳秀斯在国际法之外对欧陆私法所作出的最大贡献。这是人们在研究私法之不当得利之一般规则与制度进行历史回溯时不该忽略之所在。

Grotius' Doctrine and Rule of Unjust Enrichment

Su Yanxin

Abstract: Hugo Grotius was a great jurist of international law in the early period of 17 century. He had not only made a huge contribution to the theory and doctrine of international law, but also made a great contribution to the theory of private law, mainly in the unjust enrichment as a separate category among the sources of obligation. Grotius' doctrine of unjust enrichment had "received" Roman Law and scholastic legal philosophy. Grotius' doctrine of unjust enrichment was firstly published in the two works: one on Natural Law, *De iure belli ac pacis*, and another on Roman - Dutch Law, *Introduction to the Jurisprudence of Holland*.

Keywords: Grotius; unjust enrichment; general rule; category of private law

(责任编辑:杨琦萍)

[32] *Id.*

意思表示理论中的沉默与拟制

杨代雄*

摘要:法律规定在特定情形中沉默发生与意思表示等同的效果,此项沉默可能构成拟制表示,但更为常见的是构成可推断(默示)意思表示。前者不适用意思表示相关规则,后者适用。除了法定和约定沉默构成意思表示之外,基于诚信原则、信赖原则和交易习惯,在若干例外情形中也可以使沉默构成可推断意思表示,当然,应当谨慎认定。关于作为沉默之基础的事实的错误可以导致沉默意思表示可撤销,关于沉默之意义的推断性错误未必导致沉默意思表示可撤销。

关键词:沉默 默示 拟制表示 意思表示 意思瑕疵

一、概念梳理:沉默、默示与拟制的关系

在意思表示理论中,沉默、默示与拟制的关系比较混乱。为了对此获得清晰的认识,有必要分别对沉默与默示的关系以及沉默与拟制的关系予以考察。

(一) 沉默与默示的关系

从术语上看,默示(stillschweigend)与沉默(Schweigen)的语义基本相同。因此,默示意思表示容易被误解为当事人以沉默的方式作出一项意思表示。实际上,默示意思表示的表现形态不限于沉默,更常见的毋宁是某种积极的作为,比如向对方作出给付、受领给付、在超市收银台出示货物等。鉴于“默示意思表示”这一术语具有很强的误导性,所以目前学者们更倾向于称之为“可推断意思表示”(konkludente Willenserklärung; schlüssige Willenserklärung)^[1]也有学者称之为“间接意思表示”,因为效果意思是通过一项为了其他目的而实施的行为间接地表达出来的。^[2]沉默在某些情形中也具有可推断性,从中可以推断出沉默者具有某种意思。从这个意义上说,沉默意思表示也是可推断意思表示即默示意思表示的一种。默示意思表示与明示意思表示相区别。默示意思表示又可以分为沉默意思表示与其他可推断意思表示,二者的区别在于据以推断出效果意思的行为方式不同:前者是消极的不作为,后者是积极的作为。从这个意义上说,前者又可以称为消极可推断意思表示,后者可以称

* 华东政法大学教授,法学博士。本文是教育部2013年度规划基金项目“意思表示理论中的风险原则及我国民法典立法对策”(13YJA820056)、上海市哲学社科规划项目“信赖保护视角下的民事法律行为效力制度”(2011BFX007)、上海市“曙光计划”项目(11SG51)的阶段性成果。

[1] Jens Petersen, Schweigen im Rechtsverkehr, Jura, 2003, S. 687 ff.; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 35. Aufl., C. H. Beck, München, 2011, S. 51; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, S. 214.

[2] Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1960, Bd. 2, S. 943.

为积极可推断意思表示。

(二) 沉默与拟制的关系

更为复杂的是沉默与拟制表示(fingierte Erklärung)之间的关系。迄今为止,学界在这个问题上依然众说纷纭,主要原因在于拟制表示这一概念的模糊性。这是一个古老的概念。在萨维尼的意思表示理论中,拟制表示被定义为:实在法规则对某些情形赋予意思表示的效力,但却不能因此断言事实上存在一项意思,可以把这种情形称为拟制表示。拟制表示与默示意思表示的区别在于,就前者而论,意思并未被作为一个事实予以承认,所以不必进行意思表示解释,也不取决于个案具体情况,同样,强迫(Zwang)或错误也不能以与默示意思表示类似的方式妨碍拟制表示的效力。此外,某些拟制表示并非基于可以被解释为意思之符号的单个行为,毋宁基于一般的个人关系。例如,如果需要为一个失踪人提起诉讼,则其子女、父母、兄弟等可以担任拟制的代理人;某人租了一处房屋,则其带入该房屋的动产被默示质押给出租人;在让与质物时,质押债权人对让与的同意也是拟制表示,该同意被解释为自愿放弃自己的质权。^[3]

不过,在当代民法学中,学者们并未完全按照萨维尼的定义使用“拟制表示”概念,对此存在理解上的分歧。第一种观点认为,如果法律规范明确规定特定情形中的沉默发生与意思表示等同的效果,这种沉默就是拟制表示,其本质上不是意思表示,不适用意思表示相关规则。卡尔·拉伦茨是该学说的代表,他认为《德国民法典》第108条第2款第2句、第177条第2款第2句、第416条第1款第2句、第455条第2句、第545条、第612条、第632条、第625条规定的都是拟制表示,也可以称为“规范化的沉默”(normiertes Schweigen)、“替代表示的沉默”(Schweigen an Erklärungs Statt)。^[4] 雷因哈德·波克^[5]、海尔穆特·科勒^[6]以及沃尔夫冈·布雷姆^[7]等人也持类似观点。第二种观点也认为上述规范中的沉默是拟制表示,其本质上不是意思表示,但并非一概不适用意思表示相关规则。如果拟制表示的效果是积极的,即形成某种法律关系,则有适用意思表示相关规则的余地。反之,如果拟制表示的效果是消极的,比如《德国民法典》第108条第2款第2句、第177条第2款第2句,则不适用意思表示相关规则。旨在填补合同漏洞的拟制表示(如《德国民法典》第612条)亦然。^[8] 第三种观点认为,《德国民法典》第108条第2款第2句和第177条第2款第2句并非拟制表示,毋宁仅仅是立法技术上不必要的迂回构造:本来应当规定“未成年人(无权代理人)订立的合同未经法定代理人(被代理人)追认的,不生效”,而不是规定“逾期不表示追认的,视为拒绝追认”。真正的拟制表示是如下情形:着眼于法的安定性,在特定情形中不取决于《德国民法典》第133条、第157条中的具体可推断程度,一般性地规定一项沉默具备意思表示效果。比如《德国民法典》第416条第1款第2句,第455条第2句,第516条第2款第2句,第545条,第625条,商法典第75h条第1款,第362条。在这些情形中,从沉默中一般可推断出效果意思之存在,其归根结底也是可推断意思表示,与其他可推断意思表示的区别仅仅在于个案中无需考察沉默的可推断程度。由于法律规定与拟制的表示事实构成中蕴含的效果意思之间存在关联性,所以关于行为能力的规定以及关于意思瑕疵的部分规定应当类推适

[3] Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, Berlin, 1840, S. 253 - 255.

[4] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2004, S. 530.

[5] Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, S. 215.

[6] Helmut Köhler, BGB: Allgemeiner Teil, 35. Aufl., C. H. Beck, München, 2011, S. 52.

[7] Wolfgang Brehm, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2008, S. 112.

[8] Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Springer, Berlin, 1992, S. 117 - 119.

用。^[9] 第四种观点进一步限缩了拟制表示概念的外延,不仅认为“逾期不表示追认的,视为拒绝追认”并非拟制表示,而且认为只要内在意思仍有法律意义,则法律特别规定的其他沉默也不是拟制表示,毋宁是不可推翻之推定的意思表示(unwiderleglich vermutete Willenserklärung)。只有如下情形才是拟制表示:行为尽管也如同一项意思表示归责于行为人,但其可能存在的与该归责效果相矛盾的效果意思在法律上却无关紧要。对于这种拟制表示,关于意思瑕疵之法律后果的规定原则上没有适用的余地。属于这种情形的是对存在漏洞的意思表示予以补充的规定,比如《德国民法典》第 612 条规定,如果依据具体情势只有付出酬金才能期待获得劳务,则视为默示地达成了酬金约定。类似的还有《德国民法典》第 632 条、第 653 条、第 689 条。^[10]

相对而言,以拉伦茨为代表的第一种观点和以恩内克彻卢斯与尼佩代为代表的第四种观点对拟制表示这一概念的理解更接近于萨维尼,共同之处在于都认为拟制表示不是真正的意思表示,不适用意思表示解释和意思瑕疵之规则。分歧主要在于哪些情形构成拟制表示。

从当代德国法的学说论争来看,《德国民法典》第 108 条第 2 款第 2 句和第 177 条第 2 款第 2 句的定性是一个焦点。与之相对应的是我国《合同法》第 47 条第 2 款第 2 句和第 48 条第 2 款第 2 句。从本质上说,其中“未作表示的,视为拒绝追认”并非拟制表示。限制行为能力人订立的合同欠缺生效要件,即法定代理人的事先同意,否则,只有经过法定代理人的追认才能生效。追认是一种意思表示,存在该意思表示的,合同生效,不存在该意思表示的,合同不生效。按照我国《合同法》第 47 条第 2 款第 1 句的规定,^[11] 相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。这一个月期间是除斥期间,在期间内,法定代理人有权追认,期间届满,追认权消灭。此时如果法定代理人仍未表示追认,则不能再作追认。由于不曾存在追认表示而且将来也不可能发生追认表示,所以合同确定无效。为此,只要判定“不存在追认表示”即可,不需要判定“存在拒绝追认的表示”,因为导致合同确定无效的是欠缺追认表示(否定性事实),而不是拒绝追认的表示(肯定性事实),对这种表示的拟制是不必要的。从这个意义上说,我国《合同法》第 47 条第 2 款第 2 句中的“视为拒绝追认”的确是多余的,本应表述为“合同不生效”。我国《合同法》第 48 条第 2 款第 2 句亦然。^[12]

实际上,这两项规定与我国《合同法》第 55 条第 1 项存在类似之处,都涉及除斥期间届满的法律后果:当事人丧失本来享有的形成权,即追认或者撤销一项法律行为的权利。《合同法》第 55 条第 1 项规定一年内没有行使撤销权的,撤销权消灭。第 47 条第 2 款第 2 句和第 48 条第 2 款第 2 句也可以作类似的表述。对于第 55 条第 1 项,没有人会将其理解为包含了一项拟制的“拒绝撤销”或者“放弃撤销权”表示,因为除斥期间届满依法当然发生撤销权消灭的后果,根本不需要拐弯借助于拟制表示使撤销权消灭。同理,具备相同规范意旨的第 47 条第 2 款第 2 句和第 48 条第 2 款第 2 句也不应解释为拟制表示。

如前所述,德国学者争论的另一个焦点是《德国民法典》第 455 条第 2 句、第 545 条等条款中的“逾期未作表示的,视为同意或认可”是否拟制表示。其中第 455 条第 2 句涉及试用买卖,第 545 条涉及租赁合同的延长。我国民法与之对应的分别是《合同法》第 171 条、第 236 条。按照我国《合同法》第 171 条的规定,试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物,也可以拒绝购买,试用期间届满,买

[9] MünchKomm/Kramer, Vor § 116, Rn. 31-32; Staudinger/Knothe, Vor §§ 116-144, Rn. 66-72.

[10] Enneccerus/Nipperdey, a. a. O., S. 947-952.

[11] 该句规定:“相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。”

[12] 该句规定:“相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。”

受人对是否购买标的物未作表示的,视为购买。试用买卖是一种特殊的买卖。其特殊之处在于:双方当事人虽然已经就买卖合同的基本内容达成合意,但最终可否发生买卖合同的效力,取决于买受人在试用期届满前是否对标的物表示认可。在德国民法上,试用买卖通常被定性为附停止条件法律行为。其条件就是买受人对标的物的认可(Billigung)。^[13] 不过,这种定性未必适当。一方面,就其本义而论,附停止条件法律行为的双方当事人已经完成了意思表示,而且双方的意思表示已经达成一致,法律行为的效力仅仅取决于意思表示之外的某个因素。试用买卖不具备这个特征,买卖合同是否生效恰恰取决于一方当事人基于自由决定的认可。为了解释这种现象,理论上不得不提出“意愿条件”(Wollensbedingung)这一概念,但它始终充满疑问。^[14] 另一方面,在买受人对标的物作出认可之前,出卖人承担了比较多的义务,比如容许买受人试用,甚至通常需要交付标的物,看起来已经超出了附停止条件法律行为在条件成就前的效力范围,后者仅限于不得撤回意思表示、不得阻碍条件的成就等。按照拉伦茨的见解,试用买卖合同的订立分为两步。第一步是双方确定买卖合同的内容,但这只是达到了一个意向而已。第二步是因买受人后来的认可而使在第一步中内容确定的合同生效。^[15] 这种观点具有一定的说服力,但不够完美,无法解释如下问题:如果买卖双方在第一步仅仅达成交易意向,为何出卖人要立即负担若干义务?更为妥当的解释是:买卖双方在第一步就已经达成一项具有约束力的合意,其效力不在于发生买卖合同本身的给付义务,毋宁在于发生与标的物试用相关的权利义务。此项合意是预备性的,其功能是为买卖合同的生效做铺垫,如同须经行政审批的合同,双方关于报批义务的约定也是本身具有约束力的预备性合意,其效力并不取决于目标合同最终是否生效。买受人对试用标的物的认可是买卖合同订立过程的第二步,实际上就是关于买卖合同本身的承诺。尽管此前可能已经商定买卖合同的基本内容,出卖人已经作出了愿意出卖的意思表示,但买受人对于是否购买尚未作出终局性的决定,而这种决定恰恰是意思表示的本质属性。买受人的认可具备这种属性,是意思表示。^[16] 该意思表示可以是明示的,也可以是可推断的表示,比如买受人试用之后将货款汇给出卖人。如果买受人在试用期内未作任何积极的表示,按照法律规定,视为认可(购买)。

此项沉默的认可具备意思表示的效力。发生这种效力并非与私法自治没有任何关系。买受人的沉默与出卖人的明示意思表示相结合,共同导致在双方之间发生买卖的债权债务关系。该法律关系并非由法律直接规定的,毋宁是意定的,否则无法解释为何需要出卖人的意思表示以及为何出卖人的意思表示存在瑕疵时债权债务关系将会受到影响。事实上,买受人的沉默也是一项真正的意思表示,而不是所谓的拟制意思表示。法律之所以规定买受人的沉默视为认可(购买),是因为已经赋予买受人在试用之后的自由选择权,可以选择购买,也可以选择 not 购买。如果买受人没有积极表示但却在试用期届满后继续占有标的物,通常意味着其决定购买。也就是说,从客观的视角看,买受人的沉默具备认可(购买)表示之意义,这是依据社会一般观念推断出来的表示意义。因此,该项沉默也是可推断意思表示。与其他可推断意思表示相比,其特殊之处在于:关于沉默的可推断性是由立法者通过一项规则作出一般化的判定,而不是由法官在个案中依据具体情况作出判定。这意味着在个案中试用买受人的沉默构成认可(购买)表示是没有争议的。不过,这项结论仅仅涉及意思表示的成立,至于沉默

[13] Staudinger/Mader, § 454, Rn. 2; Palandt/Weidenkaff, § 454, Rn. 1; [德]扬·冯·海因·莉迪亚·贝伊:《要约通知与单纯沉默》,王蒙译,载《华东政法大学学报》2016年第2期。

[14] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第686-687页。

[15] 同注12引书,第687页。

[16] 郑玉波、林诚二、韩世远等认为买受人的认可(承认)在性质上是观念通知,不是意思表示。史尚宽、黄立则则认为认可是意思表示。参见韩世远:《合同法学》,高等教育出版社2010年版,第407页。

的认可(购买)表示最终能否发生法律效力,则是另一个问题。对此,具有决定性的是民法上关于行为能力和意思表示瑕疵的规则。作为一种可推断意思表示,沉默的认可(购买)表示当然也应适用这些规则。如果试用买受人当时欠缺行为能力或者是因为出卖人的欺诈而保持沉默,无疑应当允许其主张意思表示无效或可撤销,否则显然有失公允。

按照我国《合同法》第236条的规定,租赁期间届满后,承租人的“继续使用”与出租人的“没有提出异议”共同导致租赁合同不定期地延续。“继续使用”是意思实现,依今日的通说,属于一项基于积极行为的可推断意思表示。“没有提出异议”则是沉默,它与承租人的可推断意思表示相结合,构成租赁合同续期这一法律效果的发生原因。与试用买卖中的合同生效类似,该法律效果也是意定而不是法定的。出租人的沉默也是一项可推断意思表示,也应适用民法上关于意思表示的规则——意思表示解释规则除外,因为沉默的可推断性已经由法律统一规定,无需在个案中依相关情势予以解释。

与我国《合同法》第171条、第236条类似的是我国《继承法》第25条以及《公司法》第71条第2款第2句。依《继承法》第25条第2款,受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内,作出接受或者放弃受赠的表示,到期没有表示的,视为放弃受遗赠。依《公司法》第71条第2款第2句,股东向股东以外的人转让股权,其他股东自接到书面通知之日起满30日未表示是否同意转让的,视为同意转让。此处“视为放弃”、“视为同意”也是法律明确规定的可推断意思表示。

不过,不能据此得出如下结论:凡是法律规范中使用了“视为”这一表述的,都涉及可推断意思表示。私法上使用这种表述的规范数量甚多,不可一概而论。大体上可以归结为如下几种类型:(1)可推断意思表示。除了上述规范之外,还包括我国《民法通则》第66条第1款第3句(默示授权)、^[17]《破产法》第18条第1款第2句。^[18](2)补充性法律规范。包括我国《合同法》第211条第1款和第232条第1句、《物权法》第103条和第104条。依据这些规范,当事人本来可以自由地约定合同关系或物权关系的类型(有偿合同、无偿合同、按份共有、共同共有),当欠缺这种约定时,法律即发挥补充性功能,规定“视为”某种类型的法律关系。但这并不意味着“视为”当事人达成了关于法律关系类型的合意。在此,哪怕是一项“拟制的”合意也是不必要的,因为上述规范中的“视为”完全可以转换成另一种立法表述。比如,《合同法》第211条第1款中的“视为不支付利息”可以表述为“不必支付利息”,《物权法》第104条中的“视为等额享有”可以表述为“各共有人等额享有”。《合同法》第366条第2款以及《担保法》第19条就是这方面的范例。按照这样的方式重新表述之后,无论如何也不会使人联想到意思表示。(3)期间届满导致权利消灭或资格丧失。除了前述《合同法》第47条第2款第2句和第48条第2款第2句之外,还包括《公司法》第72条第2句、《破产法》第118条、《专利法》第35条到第37条。^[19](4)法律事实效果或法律待遇等同——通常可以表述为“按照……处理”。包括《民法通则》第11条和第15条、《合同法》第45条、《物权法》第182条、《著作权法》第11条、《商标权法》第47条、《保险法》第31条、《破产法》第46条、《票据法》第29条以及《海商法》第56条、第76条、第91条、第108条、第160条、第164条、第248条。(5)所规范的对象构成某种法律事实。包括《合同法》第15条第2款和第16条第2款、《商标法》第25条和第26条、《专利法》第30条、《票据法》第66

[17] 该句规定:“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。”关于该句的解释,详见杨代雄:《容忍代理抑或默示授权——〈民法通则〉第66条第1款第3句解析》,载《政治与法律》2012年第4期。

[18] 《破产法》第18条第1款规定:“人民法院受理破产申请后,管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行,并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人,或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的,视为解除合同。”

[19] 这三个条文中的“该申请即被视为撤回”实际上指的是专利申请丧失效力。

条以及《海商法》第72条、81条。(6)“不发生……之效力”或“不构成……”的另一种表述。包括《合同法》第215条(相当于“未采用书面形式的,不发生租期约定之效力”)、《票据法》第43条。(6)法律推定。包括《海商法》第114条和第119条。

比较特殊的有三条规范,即《公司法》第71条第2款第3句、《破产法》第18条第2款第2句以及《劳动合同法》第14条第3款。《公司法》第71条第2款第3句规定:“其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让的股权,不购买的,视为同意转让。”这里涉及的不是可推断的沉默意思表示。一方面,“不购买”不等于沉默,“其他股东”可能明确表示不购买,也可能未表示是否购买,只有后者才是沉默。另一方面,“其他股东”既然已经明确表示不同意转让股权,就不能再从其“不购买”中推断出“同意转让”的意思。实际上,该句中的“不购买的,视为同意转让”并非真正的意思表示,毋宁只是立法者基于价值考量^[20]直接使“不购买”发生“同意转让”的效果,从而使股权具备向股东以外的人转让的条件。这项法律效果与“其他股东”的意思毫无关联,显然不是私法自治的体现,所以不适用民法上关于意思表示的规则,比如行为能力、意思表示瑕疵等。如果非要使用“意思表示”这一术语,那只能称之为拟制意思表示。其实,这也属于前述第四种情形“法律事实效果等同”:“不购买”这一法律事实发生与“同意转让”相同的法律效果。归根结底都是法律效果的拟制,特殊之处在于,此处拟制的法律效果是意思表示的法律效果,而前述诸条文拟制的是事实行为的法律效果。

与此类似的是《破产法》第18条第2款第2句“管理人不提供担保的,视为解除合同”。^[21]该款第1句既然已经规定“管理人决定继续履行合同的”,即表明管理人并无解除合同之意,所以不能从“管理人不提供担保”中推断出其具备“解除合同”的意思。立法者仅仅是为了保护合同相对人,才规定“管理人不提供担保”这一事实发生“解除合同”的效果。因此,该项规定也仅涉及拟制意思表示而不是可推断意思表示。与之形成对照的是该条第1款第2句,此处“视为解除合同”是可推断意思表示,因为破产管理人在法定期间内未就是否解除合同作出任何表示,立法者考虑到企业已经进入破产程序,依社会一般观念推断破产管理人具有解除合同之意,所以规定“视为解除合同”。

依《劳动合同法》第14条第3款之规定,用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。此项规定显然也不涉及可推断意思表示,因为用工已经满一年,用人单位就连短期书面劳动合同都不与劳动者订立,又如何能推断其有意与劳动者订立无固定期限劳动合同?无疑,此项规定的本旨在于惩罚用人单位:怠于订立书面劳动合同的,就必须承受法律强加的无固定期限劳动合同。该合同在性质上也属于拟制意思表示,并非以私法自治为基础,不适用意思表示规则。

综上,沉默与拟制表示之间没有必然联系。不能说只要法律规定在特定情形中沉默发生与意思表示等同的效果,就构成拟制意思表示。此类规定有时涉及除斥期间届满的法律后果,更多的则涉及可推断(默示)意思表示。另一方面,构成拟制表示的法律事实未必是沉默,毋宁也可能是积极的行为,比如我国《公司法》第71条第2款第3句中的“不购买”包括明确表示不购买。前述以拉伦茨为代

[20] 有限责任公司具备一定的人合性,需要维持股东结构的稳定性。另一方面,股权是一项财产,在资本市场中需要具备一定的流通性,以实现资源优化配置。因此,不应绝对禁止有限责任公司股权转让,妥当的做法是均衡各方利益,为各方配置相应的权利义务。无论如何,不允许出现如下状况:向股东以外的人转让股权,其他股东既不同意该转让,又不愿意自己购买股权,导致股权根本无法转让。为此,《公司法》第71条第2款第3句作了如下安排:其他股东要么同意让股东以外的人购买股权,要么自己购买股权。

[21] 《破产法》第18条第2款规定:“管理人决定继续履行合同的,对方当事人应当履行;但是,对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的,视为解除合同。”

表的拟制表示概念在内涵上沿袭了萨维尼的拟制表示概念,强调拟制表示并非意思表示,不适用意思表示规则,这一点值得肯定,但其外延却过于宽泛,把很多本应属于可推断意思表示的规范化沉默包含在内。

拟制表示在法律规范体系中十分罕见,而且并未涉及太多具体问题,所以本文对其不予进一步探究。以下论述仅针对沉默的可推断意思表示。

二、沉默意思表示的类型构造

在罗马法上,一般认为,对一项行为或者他人提出的问题的单纯沉默通常不构成同意或承认,也不构成拒绝。^[22] 与此不同,教会法却奉行如下原则:沉默意味着同意(Qui tacet consentire videtur)。^[23] 不过,近现代民法并未继受此项原则。萨维尼对该原则提出批判:“Qui tacet consentire videtur 不能被视为一般规则,毋宁仅涉及后面将要提到的例外。无论如何,关于这样一条抽象规则,不应考虑通过教会法对罗马法所作的更改。”^[24] 后世学者基本上沿袭了萨维尼的立场。当代德国、瑞士^[25] 等国的民法学通说认为,沉默原则上不具备表示价值,仅在例外情形中才构成意思表示(同意或拒绝)。^[26]

在德国、瑞士的民法文献中经常被提及的“例外情形”包括:(1)依法律规定构成同意或拒绝的沉默。比如《德国民法典》第416条第1款第2句、第455条第2句、第516条第2款第2句、第545条,《德国商法典》第91a条、第362条,《瑞士债法典》第395条以及《瑞士民法典》第517条第2款。^[27] 如前所述,对于这些法律规定的沉默,学理上存在争议,有的认为属于默示意思表示,有的认为属于拟制表示。(2)依当事人约定构成同意或拒绝的沉默。^[28] 但有些学者认为这种情形并非默示意思表示,毋宁是明示意思表示。^[29] (3)对一项迟到承诺的沉默。迟到的承诺构成新要约,但考虑到其内容与原要约内容相符,如果原要约人未提出异议,理论界和实务界均有不少人认为应视为同意,^[30] 但有学者反对。^[31] (4)双方当事人已经通过商谈在合同所有重要问题上达成共识,也就是说,合同的筹备已经达到“可订立”(abschlussreif)状态,此时,对要约的沉默通常被视为承诺。^[32] (5)针对一项内容完备的要约邀请,发出了一项有拘束力且内容与要约邀请完全相符的要约,对方对此保持沉默。^[33] (6)承诺轻微背离要约的内容,依《德国民法典》第150条第2款构成新要约,受领人对此保持沉默,也

[22] D. 50. 17. 142.

[23] Jens Petersen, a. a. O., S. 687 ff.

[24] Friedrich Carl von Savigny, a. a. O., S. 248.

[25] 《瑞士债法典》第6条规定在特定情形中可以将沉默视为对要约的承诺。

[26] Enneccerus/Nipperdey, a. a. O., S. 944; Jens Petersen, a. a. O., S. 687; Palandt/Ellenberger, Einf v § 16, Rn. 7; BSK OR I – Bucher/in, Art. 6 N4.

[27] BSK OR I – Bucher/in, Art. 6 N11.

[28] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, S. 92.

[29] MünchKomm/Kramer, Vor § 116, Rn. 24.

[30] Erman/Armbrüster, § 147, Rn. 3; BSK OR I – Bucher/in, Art. 6 N17.

[31] Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2010, S. 157; Jens Petersen, a. a. O., S. 688.

[32] BGH NJW 1995, 1281; BGH NJW 1996, 919; Erman/Armbrüster, § 147, Rn. 3.

[33] MünchKomm/Kramer, § 151, Rn. 4; Staudinger/Knothe, Vor §§ 116 – 144, Rn. 76.

意味着同意。^[34] (7)在交叉要约情形中,部分学说从双方的沉默中推断出承诺之意,^[35]但有学者反对,认为依实质合意原则,交叉要约直接导致合同成立。^[36] (8)依商事交易习惯,对商人确认函的沉默被视为同意。^[37] (9)商事交易中,双方当事人先前已存在交易关系,此后,一方对另一方的要约保持沉默,德国有判例(BGHZ 1, 353ff.)将该沉默认定为承诺,但未被学界通说认可。部分学者(比如弗卢梅和克拉默)认为,如果通过沉默作出承诺已经在当事人之间成为交易习惯(基于先前行为的惯例),则再次沉默也构成承诺。^[38]在瑞士法上,有学者认为如果双方当事人订立了交互计算合同、证券保管合同等框架合同,则可以认定双方之间已存在交易关系,在此期间一方对另一方的某项具体要约保持沉默的,视为承诺。^[39] (10)使沉默者纯获益的合同,依其沉默成立。^[40] (11)依法律规定负有强制缔约义务的当事人的沉默构成承诺。^[41] (12)有时,对一项法律行为享有同意(允许与追认)权的人的沉默构成同意。

上述诸情形是否值得采纳,需要逐一评判。第(2)种情形可以定性为明示意思表示,因为双方当事人已经明确地将沉默约定为表示符号,赋予其表示价值,一方保持沉默时,就是明确地通过这种表示符号表示同意或拒绝,此项表示意义根本无需推断。

第(3)种情形存在争议。肯定说的路径是类推《德国民法典》第149条第2句。^[42]依该项规定,对于一项及时发出但因非正常传送而迟延到达的承诺表示,要约人应当不迟延地将该承诺表示的迟延通知受要约人,否则,承诺视为未迟延到达,合同自该承诺到达时成立。该规定的目的是保护受要约人的信赖:受要约人及时发出承诺表示,相信承诺表示能够及时到达,并且可能为了履行合同作了准备,如果要约人能够知悉受要约人陷入此种错误,则依诚实信用原则,他应当及时向受要约人澄清该错误,以避免受要约人因此遭受损失。^[43]这是对要约和承诺采取到达主义的规范模式下,立法者为平衡缔约双方当事人的利益而进行的权利义务配置。一方面使表意人承担意思表示的传送风险,另一方面使受领人负担通知义务,这是一项不真正义务。我国《合同法》第29条也有类似规定。^[44]那么,在承诺表示即便被正常传送也不能及时到达的情形中,受要约人是否也有值得保护的信赖?至少可以说,如果要约人已经明确指定了承诺期限,而受要约人未在该期限内发出承诺表示,受要约人显然没有值得保护的信赖,因为受要约人知道承诺表示不可能及时到达,而且知道要约人通过指定承诺期限已经表达了不愿意接受逾期到达的承诺表示之意。在要约人没有明确指定承诺期限的情况下,依据我国《合同法》第23条第2款第2项规定(《德国民法典》第147条第2款与此类似),承诺表示应当在合理期限内到达。逾期的承诺表示构成一项新要约。如果承诺表示只是稍微超出合理期限

[34] Staudinger/Knothe, Vor §§ 116-144, Rn. 76; Larenz/Wolf, a. a. O., S. 529.

[35] Andreas von. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erster Hälfte, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1914, S. 460.

[36] MünchKomm/Kramer, § 151, Rn. 5; Enneccerus/Nipperdey, a. a. O., S. 986 Fn. 6.

[37] Staudinger/Knothe, Vor §§ 116-144, Rn. 73; Erman/Armbrüster, § 147, Rn. 5-6; BSK OR I-Bucher/in, Art. 6 N22.

[38] Werner Flume, a. a. O., S. 658; MünchKomm/Kramer, § 151, Rn. 5; BSK OR I-Bucher/in, Art. 6 N13.

[39] BSK OR I-Bucher/in, Art. 6 N14.

[40] Erman/Armbrüster, § 147, Rn. 3; BSK OR I-Bucher/in, Art. 6 N12.

[41] Palandt/Ellenberger, §§ 145-147, Rn. 3; Staudinger/Knothe, Vor §§ 116-144, Rn. 76.

[42] Staudinger/Knothe, Vor §§ 116-144, Rn. 76.

[43] Staudinger/Bork, § 146, Rn. 2.

[44] 该条规定:“受要约人在承诺期限内发出承诺,按照通常情形能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的,除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外,该承诺有效。”

到达,则受要约人可能存在值得保护的信赖。一方面,“合理期限”本来就具有弹性,受要约人理解的“合理期限”可能与要约人的理解不同,其以为承诺表示到达的时间并未超出合理期限,但实际上依理性受领人视角却已经超出合理期限。另一方面,要约人既然事先未明确指定承诺期限,意味着其并未明确表达不愿意接受迟延承诺之意,尽管在法律上其有权不接受迟延承诺,但事实上其未必具有此项意识。因此,受要约人既可能相信承诺表示在合理期限内到达,也可能相信要约人对于承诺表示的稍微迟延并不介意。为避免受要约人产生错误信赖,要约人应及时发出通知予以澄清。否则,其沉默应当被解释为对构成新要约之承诺表示的同意。在德国法学界,有不少学者也认为在把对迟延承诺的沉默解释为同意时,应当限于稍微迟延的承诺表示。^[45]

当然,通过类推关于非正常传送所致承诺迟延之规定得出上述结论未必妥当。因为,在非正常传送情形中,要约人对迟延到达承诺的沉默并未被视为同意的意思表示,法律只是规定该承诺视为未迟延——我国《合同法》第29条规定“该承诺有效”其实也是此意,因为只有未迟延的承诺才是有效的承诺。这种“未迟延”是拟制的法律状态。^[46] 此项拟制使得本来不能发生效力的承诺表示发生承诺效力,合同成立是因为该承诺与要约一致,除此之外根本不需要另一项明示或默示的意思表示。与此不同,在正常传送但承诺仍稍微迟延的情形中,要约人的沉默则是一项同意的意思表示,唯有如此,合同才能成立:该沉默构成新承诺,与新要约(由迟延到达的原承诺表示转变而来)相结合使合同成立。既然属于意思表示,要约人的沉默就应当适用民法上关于意思表示的规定。在这一点上,此项沉默与前一种情形中要约人的沉默存在本质区别,所以不适合类推。实际上,将对稍微迟延之承诺表示的沉默视为同意在方法论上是依据法价值与法原则(诚信原则、信赖保护原则)进行漏洞填补。就我国民法而论,《合同法》第28条仅规定“超过承诺期限发出承诺的……为新要约”,未规定在承诺期限内发出承诺且经正常传送仍迟延到达之情形发生何种法律后果,构成法律漏洞。从承诺迟延的程度看,这种情形中的承诺迟延程度轻于《合同法》第28条中的承诺表示,重于《合同法》第29条中的承诺表示。与此相应,双方当事人的权利义务配置也应当介于这两个条文之间。具体言之,在第28条中,迟延的承诺构成新要约,未规定要约人的沉默构成新承诺;在第29条中,迟延的承诺视为未迟延,要约人的沉默导致合同成立且不可逆转;在上述被遗漏的情形中,迟延的承诺也构成新要约,但要约人应当及时表示是否接受新要约,否则其沉默应被解释为同意,即新承诺,当然,此项新承诺适用意思表示瑕疵之规则,可能被撤销。

上述第(4)、(5)种情形与第(8)种情形系基于相同的法律思想。商人确认函是指在商事交易中,双方已经通过商谈或者其他形式的接触达到或接近于订约状态,一方向另一方发出一份确认函,对商谈结果或合意内容予以重述和固定,以避免双方关系的不确定性和不必要的纠纷。^[47] 鉴于商人确认函在交易实践中被广泛应用,为保护交易安全和相对人信赖,受领人未及时提出异议的,视为同意确认函的内容,合同依该内容成立。长久以来,德国联邦最高法院的诸多判例通过援引《德国商法典》第346条确立了此项习惯法规则,并且得到学界通说的承认。瑞士民法学说与判例也承认此项习惯法。^[48] 无疑,此项习惯法规则有其正当性。可否将其扩及于其他情形,即上述第(4)、(5)种情形?比较之下,三种情形确实存在共同点:双方就交易事项已经达成基本共识。不过,仅依此项共性就把关

[45] Palandt/Ellenberger, § 150 Rn. 3; MünchKomm/Kramer, § 149, Rn. 6.

[46] Staudinger/Bork, § 149, Rn. 11.

[47] Baumbach/Hopt, HGB, § 346, Rn. 17; BeckOK HGB/ Häublein/Hoffmann - Theinert, HGB, § 346, Rn. 50.

[48] BSK OR I - Bucher/in, Art. 6 N22 - 24.

于商人确认函之规则适用于第(4)、(5)种情形,似乎有点勉强。因为,除了此项共性之外,对商人确认函的沉默还存在特殊之处:双方不但已经就交易事项达成基本共识,而且在发函人看来双方已经达成意思表示一致,受领人已经作出了订约决定,^[49]其发函旨在对合意内容予以事后确认,发函后可以合理地认为受领人通常不会有所异议,相应地,受领人的沉默也就可以合理地理解为同意。与此不同,在上述第(4)种情形中,商谈虽然也已经达成共识,但一方向对方发出的是要约,表明其并不认为双方已经达成意思表示一致,否则其没必要再发出一项意思表示。既如此,其就应当等待对方作出订约决定,即承诺。由于双方此前并未达成意思表示一致,所以对方不作出承诺的可能性不小,其沉默不能被要约人合理地理解为承诺。因此,在上述第(4)种情形中,把对要约的沉默视为承诺未必妥当。如果在个案中确实需要认定基于受领人的沉默成立一项合同,只能考虑依函件的具体表述结合相关情事将其解释为商人确认函而不是要约。

就第(5)种情形而论,如果一方向另一方发出内容完备但显然属于要约邀请的交易文件,比如使用了“要约邀请”之类的标题或者文件上包含了“有意者请向我公司发出要约(订单)”之类的语句,则不宜把对要约的沉默视为承诺。因为,尽管要约邀请的内容完备,但发函人既然将其视为要约邀请,表明其对于订约尚未作出终局性决定,与第(4)种情形类似,其对要约的沉默也不能被要约人合理地理解为承诺。如果该交易文件未使用上述标题或语句,则视情况可以将其解释为要约,这样,该文件受领人作出的意思表示就是承诺,双方据此成立合同。

关于上述第(6)种情形,我国民法的规定与德国民法有所不同。按照我国《合同法》第31条之规定,如果受要约人仅对要约内容作出非实质性变更,则仍为有效的承诺,除非要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更。就后一种例外情形而论,受要约人对要约内容进行变更——哪怕是细微变更——的意思表示构成新要约,必须经过原要约人的承诺才能成立合同。由于原要约人事先已经明确表示受要约人不得对原要约内容作出任何变更,所以对于新要约,原要约人也必须依同样明确的方式表示同意,以更改此前的立场,不应将其沉默解释为同意。就前一种例外情形而论,从民法原理上看,受要约人仅对要约内容作出非实质性变更的意思表示既可以视为新要约,也可以视为效力待定的承诺。但如果在我国《合同法》第31条的规范结构内观察,则第一种定性不成立。因为,按照这种定性,仅对要约内容作出非实质性变更的意思表示,在合理期间届满前且要约人尚未作任何表示的,为新要约;在合理期间届满时要约人未表示反对的,为得到沉默同意的要约;在合理期间届满时要约人表示反对的,为被拒绝的新要约。其中第二项结果本应该是《合同法》第31条排除各种例外之后的原则性结论,但事实上条文中的原则性结论却是“构成有效的承诺”,二者并不吻合。反之,第二种定性则契合于《合同法》第31条的规范意义:仅对要约内容作出非实质性变更的意思表示,在合理期间届满前且要约人尚未作任何表示的,为承诺,但是否有效,尚未确定;在合理期间届满时要约人未表示反对的,该承诺确定有效;在合理期间届满时要约人表示反对的,该承诺确定无效。其中第二项结果与《合同法》第31条的原则性结论完全吻合。因此,该条中的仅对要约内容作出非实质性变更的意思表示应当定性为效力待定的承诺而不是新要约。合同并非因为新要约得到原要约人的沉默承诺而成立,毋宁因为要约与确定生效的承诺相结合而成立。“未及时表示反对”虽然是沉默,但其发生的并非意思表示效力,而是异议权在合理期间内未行使而消灭造成的法律效果。此项异议权也是形成权,与追认权类似,但功能相反:追认权行使导致效力待定的行为确定生效,

[49] *Baumbach/Hopt*, HGB, § 346, Rn. 17; *BGH NJW*, 1972, 820; *BGH NJW*, 1965, 965.

异议权行使导致效力待定的行为确定无效。综上,我国《合同法》第31条并不涉及沉默意思表示。对于德国法的上述第(6)种情形,在我国民法上无需借助沉默意思表示概念予以解决。

对于交叉要约,可否直接认定据此成立合同,尚有疑问。如果像《德国民法典》第145条那样承认要约具备形式拘束力,生效后不可撤销,则依实质合意原则认定交叉要约成立合同,勉强说得过去。如果像我国《合同法》第18条那样规定要约原则上可以撤销,则似乎不宜承认交叉要约可以直接成立合同。因为,甲方向乙方发出要约,在到达之前,乙方也向甲方发出要约,乙方的要约并不构成承诺,此时,甲方本可以撤销其尚未被承诺的要约,但如果采用实质合意原则,合同已经通过交叉要约成立,甲方不得再撤销要约,这实际上剥夺了要约人撤销要约的权利,违背我国《合同法》第18条的意旨。其实,即便在承认要约具备形式拘束力的德国,主张交叉要约直接成立合同的观点也并未成为多数说。实质合意原则并无充分的说服力,乙方的要约毕竟不是针对甲方的要约作出的同意表示,而真正的合意恰恰是一方同意另一方的意思表示,此时双方都已经作出了最终决断,反之,仅仅内容上的巧合尚不足以构成合意。当前德国一种有影响力的学说认为,仅当两个要约人没有不迟延地提出异议的情况下,合同才成立,此时,一方的沉默构成对另一方要约的承诺。^[50] 考虑到我国《合同法》第18条之规定,关于交叉要约,这种依沉默成立合同的观点更值得借鉴。

关于上述第(9)种情形,弗卢梅和克拉默等人的观点可资赞同,而且,在我国民法中存在相关的法律依据。依我国《合同法》第125条第1款之规定,合同解释的依据包括交易习惯。依《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号)第7条第1款第2项之规定,当事人双方经常使用的习惯做法可以认定为合同法所称“交易习惯”。据此,如果在双方当事人先前交易实践中,一方当事人曾不止一次以沉默方式作出承诺且履行了据此订立的合同,依社会一般观念可以认为双方当事人之间已经就此形成交易习惯,则此后一方当事人对要约再次沉默的,可以视为作出承诺。^[51]

上述第(10)种情形是否值得肯定,则有疑问。在德国法上,有学者认为可以类推《德国民法典》第516条第2款之规定,承认使一方纯获益合同中的沉默具备承诺效力。^[52] 不过,仔细比较即可发现《德国民法典》第516条第2款之规定具有特殊的适用前提:在受赠人未参与的情况下,赠与人已经通

[50] Staudinger/Bork, § 146, Rn. 7; Reinhard Bork, a. a. O., S. 279; Soergel/Wolf, § 145, Rn. 24. 弗卢梅认为,两个要约人都可以信赖合同已经成立,如果一方对于合同的成立提出异议,另一方仍有权对要约作出承诺,但另一方对该异议保持沉默的,合同不成立(Vgl. Werner Flume, a. a. O., S. 651)。这种观点其实否定了交叉要约可以直接导致合同成立,其隐含的意思是:交叉要约到达后,如果双方都没有及时提出异议,即保持沉默,则合同成立。布洛克斯与瓦尔克虽然未明确主张可以因当事人对交叉要约的沉默而成立合同,但也否认合同可以依实质合意原则而成立。参见[德]布洛克斯/瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第48页。

[51] 在厦门市中级人民法院“(2014)厦民终字第2177号”民事判决涉及的案件中,房屋出租人与承租人约定,租金按季度提前7日预先支付,迟延支付达7日的,出租人有权解除合同。合同订立后,承租人迟延支付第二、三季度租金均超过7日,但出租人在承租人转账之后均未及时提出异议。第三季度即将届满时,出租人作出解除合同的表示,承租人于收到该表示的同日转账支付第四季度租金。承租人主张出租人已经默示放弃了解除权,但法院判决确认合同已于解除表示到达之日解除。就本案情节而论,该项判决结论无可厚非。不过,如果解除表示在第四季度租金转账完成多日且第三季度已经届满之后才到达,其是否有效则不无疑问。出租人在第二、三季度已经“不止一次”以沉默方式容忍了迟付租金的承租人继续使用房屋直至该季度届满,使承租人以为只要出租人没有明确对迟付租金行为提出异议,其就可以继续租用房屋,易言之,出租人已经默示放弃了基于本次迟付租金行为的解除权。因此,当承租人支付了第四季度租金后,即便迟延支付达到7日,依诚信原则,出租人理应尽快提出异议,否则,为保护承租人的信赖,避免其出乎预料地被逐出租赁房,可以将出租人的沉默解释为放弃解除权。出租人只能等待下一次承租人迟延支付达到7日时再行使解除权。

[52] MünchKomm/Kramer, § 151, Rn. 5, Fn. 15; Staudinger/Knothe, Vor §§ 116-144, Rn. 76.

过某项行为(比如第三人清偿)给予受赠人一项利益,赠与人催告受赠人在合理期间内作出承诺表示,受赠人在该期间届满前未表示拒绝。仅在此前提下,受赠人的沉默才发生承诺效力。反之,如果采用先达成合意再履行赠与的方式,则依《德国民法典》第518条,赠与合同须作成公证文书,不可能依受赠人的沉默而成立。如果赠与合意的达成与履行同时进行,则依《德国民法典》第516条第1款,受赠人的沉默也不构成承诺,至少要求受赠人实施了一项积极的可推断行为。^[53]因此,即便允许将《德国民法典》第516条第2款类推适用于其他使一方纯获益合同的缔结,赋予受要约人的沉默以承诺效力,也应当要求受要约人已经获得利益且要约人已经催告其在合理期间内作出表示。符合这一要求的情形可谓寥寥无几。就我国民法而论,承认这种情形中的沉默具备承诺效力基本上没有可行性,因为我国民法欠缺像《德国民法典》第516条第2款那样可以作为解释论支点的规定。关于赠与合同,我国《合同法》第185条规定必须由受赠人表示接受赠与,没有规定受赠人的沉默——哪怕在特定条件下——视为同意。实际上,使一方纯获益的合同既然也是一种合同,就应当遵循缔约的一般规则,不能仅仅因为它使一方纯获益就承认该方的沉默构成承诺,否则将背离利益变动的合同原则,与承认依单方意思表示即可给予他人利益并无二致。

强制缔约义务人对于要约的沉默可否构成承诺?此类义务人通常是在市场上处于垄断或强势地位且供应生活必需品或服务的企业,如电业、水务、电信、公共交通企业。为确保公众的生存需要,对这类企业的缔约自由予以限制,使其不得随意拒绝向客户供应。实现这一目的有多种可能的途径。一是直接规定在此类企业与客户之间存在以有偿供应为给付的法定债务关系。二是尽可能将此类企业的相关行为解释为向特定范围内的公众发出的要约,这样,公众可以根据需要向其作出承诺,使合同成立。三是使此类企业负担强制缔约义务,客户向其发出要约后,其必须作出承诺,否则,客户有权起诉请求法院判令其作出承诺。^[54]四是客户向负担强制缔约义务的企业发出要约,后者未作出反对表示的,其沉默视为承诺。第一种途径不甚妥当,因为,企业与客户之间债务关系的具体内容不可能全部由法律直接规定,毋宁大部分内容仍然需要由一份合同予以确定。即便在订立合同时企业的缔约自由受到限制,也不能说合同的订立不受其意思决定,其不能决定的充其量只是是否缔约,而不是以何种内容缔约。第二种途径也不能解决全部问题。民法固然承认向不特定人发出的要约(Publi-

[53] *MünchKomm/Koch*, § 516, Rn. 15, 49.

[54] 在德国法上,关于客户的缔约请求权基础存在一定争议。判例与学界通说认为,客户的缔约请求权是《德国民法典》第249条规定的损害赔偿请求权,赔偿方式是回复原状,即回复到如果没有拒绝缔约本应具有的状态,结果就是缔结合同。依《德国民事诉讼法》第894条之规定,法院的判决替代缔约义务人的承诺表示,使合同成立。至于损害赔偿请求权的基础,包括具体规定缔约义务的《航空运输法》、《铁路交通法》、《可再生能源法》、《企业组织法》等特别法的相关规定(特别强制缔约)。这些规定使当事人之间成立先合同法定债务关系,缔约义务人拒绝缔约的,须依《德国民法典》第276条、第278条结合第249条承担债务不履行的损害赔偿义务。在上述特别法规定之外(一般强制缔约),如果双方当事人是企业,损害赔偿请求权的基础通常是《反限制竞争法》(GWB)第33条结合第20条。如果一方是消费者,以往的通说认为缔约请求权基础是《德国民法典》第826条:企业拒绝缔约构成“以违背善良风俗的方式加害他人”,须承担《德国民法典》第249条意义上的旨在回复原状的损害赔偿义务,最终结果是被判令缔约。不过,《德国民法典》第826条要求加害人主观上是故意的。为避免这一苛刻要件,很多学者另寻出路。拉伦茨主张对《航空运输法》等特别法规定予以整体类推,解决相对人为消费者时的一般强制缔约问题。卡斯滕·施密特等人则主张赋予消费者“准不作为请求权”(quasi-negatorische Unterlassungsansprüche)。这样,消费者根本不需要证明缔约义务人具有过错就可以请求企业不再拒绝缔约,即请求对不作为(不缔约)予以不作为(das Unterlassen eines Unterlassens),负负得正,结果就是请求缔约。目前,最后一种观点得到广泛支持。Vgl. *Staudinger/Bork*, Vor §§ 145-156, Rn. 19; *MünchKomm/Kramer*, Vor § 145, Rn. 13-14; *Karl Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 1, 13. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, S. 47.

kumsofferte)^[55]但构成此类要约仍然需要一项比较具体的行为,比如,超市在货架上陈列商品并标出价格,商家往自动售货机里摆放商品,公交公司派出车辆沿既定路线行驶并在各站点停靠。^[56]这类情形的共同点在于,依事物的本质或社会一般观念,客户作出意思表示后,客观上没必要再给予企业进一步考虑、调整或磋商的机会。反之,某些情形欠缺这样的特征。比如,电信公司、电业公司虽然也设立营业部门,每天营业时间内都有员工在此上班,但这种一般性的活动显然不宜解释为向不特定人发出的要约。客户向此类企业作出意思表示后,企业需要作必要的审查后再决定缔约,审查的内容可能包括客户的身份、客户是否处于企业的营业区域内、客户是否具备享受某些服务的资质等。因此,比较妥当的做法是把客户请求缔约的意思表示定性为要约,把企业同意缔约的意思表示定性为承诺。第三种途径在学理上已经得到普遍承认,只是在细节上还存在着争议。

第四种途径比第三种途径更为简便,在客户向企业发出要约且经过合理期间后,依企业的沉默认定合同成立,客户不必先起诉请求法院判令企业作出承诺,而是直接请求企业履行合同债务。如果企业依据法律明确规定负担强制缔约义务,则直接将其合理期间内的沉默认定为承诺并无不妥之处,因为企业明知自己有义务与客户缔约,理应尽快审查客户的相关情况并作出回应,否则必须承担不利的法律后果,即合同依其沉默而成立。此后,客户请求企业履行合同的,企业若再无反应,即构成履行迟延。当然,如果客户明知企业当时缺乏足够的能力履行合同而仍然向其发出要约,则另当别论。与此不同,如果欠缺法律明确规定,企业是否承担一般强制缔约义务尚有疑问,要求其对每一项要约都作出回应,否则即依其沉默成立合同,未必妥当,因为这样将导致企业不知不觉间缔结众多合同并陷于履行迟延。

我国现行法律体系中也有关于强制缔约义务的规定,比如《劳动合同法》第14条第2款。依该款规定,如果符合条件的劳动者要求用人单位订立或者续订劳动合同,用人单位有义务与其订立劳动合同,并且除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同。此处用人单位订立劳动合同的义务在性质上就是强制缔约义务,其立法目的是保护处于弱势地位的劳动者,赋予劳动者订立劳动合同的主动权。^[57]如果劳动者向负担特别强制缔约义务的用人单位发出订立或续订劳动合同的要约,用人单位合理期间内保持沉默,应视为承诺。

关于上述第(12)种情形,德国民法学界普遍认为沉默具备构成同意的可能性,但学者均认为应谨慎判定。仅在特殊情形中,相关事实必然地表明沉默者具有同意的意思,不能作其他解释的,才能认定沉默构成可推断的同意。^[58]比如,无权代理行为发生后,代理人取得代理权且被授权决定是否追认,代理人在很长时间过后依然未作表态,其沉默视为追认。配偶一方未经授权代理另一方实施法律行为,另一方事后知情但迟迟未作表态,构成沉默追认。^[59]

我国《民法通则》第66条第1款第3句承认被代理人可以以沉默方式同意代理人实施代理行为,

[55] Dieter Leibold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Mohr Siebeck, 2010, S. 181; Helmut Köhler, a. a. O., S. 106; Principles of European Contract Law, Art. 2: 201.

[56] Palandt/Ellenberger, §§ 145-147, Rn. 7; Staudinger/Bork, § 145, Rn. 7-10.

[57] 全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国劳动合同法释义》,法律出版社2007年版,第44页。

[58] Erman/Palm, § 182, Rn. 6; Staudinger/Gursky, § 182, Rn. 11.

[59] MünchKomm/Schramm, § 182, Rn. 11; Palandt/Heinrichs § 168, Rn. 6.

此为沉默授权表示。司法实践中援引该项规定认定沉默授权的判例不在少数。^[60]此外,司法实践中也存在一些将同意权人的沉默认定为追认(事后同意)的判例,包括对无权代理的追认,也包括对无权处分的追认。比如,在“周甲、周乙与杨某、李某返还原物纠纷案”中,杨某于1999年将周甲、周乙享有所有权的房屋出卖并交付给李某,已经完成登记,2013年,周甲、周乙诉请返还房屋。一审法院与二审法院均认为原告“在长达13年的时间里对老宅不闻不问,亦未对杨某的出卖行为及对李某提出任何异议,应视其对杨某之出卖行为以默示行为追认”,据此认定卖房行为有效,驳回原告诉讼请求。^[61]再如,在“张甲与张乙、赵甲、赵乙房屋买卖合同纠纷案”中,张乙以张甲名义将张甲所有的房屋出卖并交付给赵甲,15年后,房屋拆迁,张甲诉请确认卖房行为无效。法院认为张甲“在长达15年中对此并没有作出任何形式上的否认表示……以一种不作否认表示的方式对张乙的无权代理行为进行了追认”,据此认定张乙的代理卖房行为有效。^[62]

承认在特定情境下沉默可以构成事前同意,应无太大疑问,这是默示授权的一种。某人明知他人正在实施代理行为或无权处分,若不同意,本应及时提出异议,予以制止,否则,代理行为或无权处分实施之后将使相对人以及代理人或处分人陷于困境。对于这种举手之劳的事情,如果被代理人或权利人怠于为之,显然有悖诚信,理应将其沉默解释为同意,使其承受代理行为或处分行为之效果。反之,如果被代理人或权利人事后才知悉无权代理或无权处分之事实,不宜轻易将其沉默视为同意(追认)。就无权代理的沉默追认而论,教义学上最大的障碍在于我国《合同法》第48条第2款之规定(类似的是《德国民法典》第177条第2款)。据此,在相对人催告之后一个月内被代理人保持沉默的,合同不生效。此项规定表明,立法者并不想通过使无权代理行为生效的惩罚方式迫使被代理人“说话”,易言之,在无权代理行为发生后,被代理人有权保持沉默。如果个案中在被代理人保持沉默的情况下非要保护相对人,必须具备充分的特殊理由。比如,一方面,相对人始终不知道代理人欠缺代理权,否则,相对人理应催告被代理人作出是否追认的表示,不得违背诚信地坐等主张被代理人的沉默构成追认。另一方面,被代理人已经知道无权代理之事实,且在很长时间内未表示异议,其对他人利益漠不关心的态度不符合诚信原则。此外,还要求相对人基于对代理行为有效性的信赖已经实施了某些涉及财产的行为(信赖投入),如长期管理、使用标的物,将其转让、出租,或者将其所有的标的物交付代理人等。不过,符合上述条件的,被代理人的沉默已非意思表示。因为,将某人的行为(作为或不作为)解释为意思表示系采用受领人视角,即依社会一般观念和交易习惯,从受领人视角看,该行为具备特定表示意义,而在上述情形中,相对人既然以为代理行为有效,就不会期待被代理人的追认表示,从而就不会将被代理人的沉默理解为追认之意思表示。相对人受保护并非因为被代理人的沉默构成默示追认,毋宁是其他形式的信赖保护,即“基于自相矛盾行为的信赖责任”(Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens):^[63]无权代理行为发生后,被代理人一直未表示异议,将代理行为当作有

[60] 参见广州市番禺区人民法院对“广东申星化工有限公司与余某、马某、龚某买卖合同纠纷案”作出的“(2004)番民重字第16号”判决;上海市第一中级人民法院对“权某与中谷期货经纪有限公司期货合同纠纷案”作出的“(2004)沪一中民三(商)初字第274号”判决。

[61] 参见苏州市中级人民法院对“周甲、周乙与杨某、李某返还原物纠纷案”作出的“(2014)苏中民终字第1103号”民事判决以及苏州市吴中区人民法院对该案作出的“(2013)吴民初字第0863号”民事判决。类似判例参见上海市松江区人民法院对“俞某与马某房屋买卖合同纠纷案”作出的“(2014)松民三(民)初字第2250号”民事判决。

[62] 参见沈阳市大东区人民法院对“张甲与张乙、赵甲、赵乙房屋买卖合同纠纷案”作出的“(2014)大东民二初字第74号”民事判决。该判决此后被沈阳市中级人民法院“(2014)沈中民二终字第1515号”民事裁定以证据不足为由撤销,案件发回重审。

[63] Claus - Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981 (Nachdruck der Auflage von 1971), S. 317 - 319.

效行为处理,使相对人产生信赖并作出相应投入,现在,被代理人突然主张代理行为无效,其举止前后矛盾,导致相对人信赖落空,陷于困境,为避免这一不公平结果,基于诚信原则,不当允许被代理人主张代理行为无效。

就无权处分的沉默追认而论,尽管在实证法上没有像《合同法》第48条第2款那样的障碍,但在法价值上没有理由与无权代理区别对待。如果受让人知道无权处分之事实,基于诚信原则也应催告权利人作出是否追认的表示。如果受让人不知道无权处分之事实,则同样也不可能将权利人的沉默理解为追认。权利人知情后的沉默只能产生“基于自相矛盾行为的信赖责任”。

总之,综合考量民法原理和我国现行法之规定,对于德国、瑞士民法学说与判例所承认的沉默意思表示类型,我们只能部分借鉴。归结起来,除了法定和约定沉默构成意思表示之外,沉默在以下六种情形中可以构成可推断意思表示:其一,要约人对稍微迟到的承诺保持沉默;其二,要约人对交叉要约保持沉默;其三,对商人确认函的沉默;其四,基于缔约双方当事人之间的交易习惯将沉默视为承诺;其五,特别强制缔约义务人对客户要约保持沉默;其六,对一项法律行为享有同意权的人在他人实施该法律行为时保持沉默。在这些情形中,将沉默视为意思表示具有充分的价值基础。一般而言,相对人都对沉默的表示意义产生信赖,而沉默者不积极作出表示或者事后对沉默的表示意义予以否认则违背诚实信用原则,^[64]或者违背交易习惯。在第五种情形中,客户虽不具备此种信赖,但为了以简便方式执行强制缔约义务,将义务人的沉默视为承诺亦无不可。

2016年6月30日全国人大常委会法工委公布的《中华人民共和国民法总则(草案)》第118条第1款规定:“行为人可以明示或者默示作出意思表示。”第2款规定:“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者习惯时,方可以视为意思表示。”与《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第66条第2句相比,该款增加了一种沉默意思表示,即依习惯将沉默视为意思表示。这是一个进步,值得肯定。不过,该款未规定基于诚实信用原则和信赖保护原则可以将沉默视为意思表示,存在漏洞。合理的做法是:要么在该款增加规定“为保护相对人的合理信赖,考虑个案相关情况,依诚实信用原则可以将当事人的沉默视为意思表示”,要么将第118条第2款删除,仅保留该条第1款即可,因为第1款中的“默示意思表示”既包括从积极的作为中推断出意思,也包括从消极的不作为中推断出意思,既沉默意思表示。

三、沉默意思表示的瑕疵

沉默可以构成意思表示,但有时当事人之所以沉默,是因为受到欺诈、胁迫或者发生错误认识。此时,是否适用民法上关于意思表示瑕疵的规定?目前的通说认为,关于欺诈、胁迫和错误的规定也应适用于沉默意思表示,沉默者可以以受欺诈、胁迫或发生错误为由撤销意思表示,因为,没有理由使沉默者的处境比作出明示意思表示的人更差。^[65]不过,关于意思表示错误的规定适用于沉默意思表示时应否以及在何种程度上受到限制,则存在争议。

[64] 有学者归结出如下原则:如果沉默者(在不同意的情况下)本来可以且应当说话,则其沉默视为同意(Qui tacet consentire videtur, ubi loqui potuit ac debuit; Schweigen gilt als Zustimmung, wenn der Schweigende hätte reden können und müssen)。Vgl. *MünchKomm/Kramer*, § 151, Rn. 6.

[65] *Staudinger/Knothe*, Vor §§ 116-144, Rn. 66; *MünchKomm/Kramer*, § 119, Rn. 64; *Claus - Wilhelm Canaris*, *Vertrauenshaftung*, S. 205; *Jens Petersen*, a. a. O., S. 689.

争议的第一个焦点是:关于沉默之意义的错误(推断性错误:Schlüssigkeitsirrtum)应否导致沉默意思表示可撤销。绝大多数学者持否定说。^[66] 据此,如果沉默者不知道沉默在特定情形中具备表示价值,其事后不得主张发生错误并撤销沉默意思表示。不过,奥地利学者弗兰茨·比德林斯基提出如下异议:排除沉默者的撤销权将导致更不值得保护的事实构成(即沉默意思表示)获得比常规意思表示更强的保护。^[67] 诺特(Knothe)认为,此项异议欠缺说服力,恰恰因为沉默意思表示在客观和主观方面不明确,需要在法律上予以澄清,与其他意思表示相比,法律规则的构成力将在更大程度上受到撤销的危害,所以不应当允许主张推断性错误。^[68]

从本质上看,在所谓的推断性错误情形中,沉默者实际上欠缺表示意识。其当时以为自己的沉默在法律上不构成一项表示,但事实上却构成一项表示。依据目前意思表示构成论的通说,欠缺表示意识并不必然妨碍意思表示的成立,如果行为人具有可归责性,其行为依然构成意思表示,只是可以以错误为由撤销该意思表示而已。欠缺表示意识的沉默者之所以保持沉默,是因为对法律规定、交易习惯的无知,或者是因为对违反诚实信用原则的具体后果的无知。无论如何,其都具有可归责性,所以其沉默构成意思表示。如果沉默者不知道其沉默依据某项法律规定(比如我国《合同法》第236条)构成意思表示,则依据“不知法无赦”原则,不应当允许其通过主张推断性错误摆脱该意思表示的约束。在现代法治国家,不知道法律规定是不可容忍的。不过,如果沉默者仅仅是因为不熟悉交易习惯或者不清楚违反诚实信用原则的具体后果而保持沉默,则另当别论。此时没有理由不适用意思表示错误的相关规则。在诸如“特里尔葡萄酒拍卖案”之类的情形中,某人的举手动作依交易习惯被解释为意思表示,但学理上普遍认为表意人有权撤销该意思表示。既然基于积极作为的可推断意思表示的表意人可以通过主张不熟悉交易习惯撤销意思表示,那么,基于消极不作为的可推断意思表示的表意人为何不享有同样的权利?依据“本质相同的情况相同处理”原则,消极可推断意思表示的表意人也应享有撤销权。沉默者主张自己当时不熟悉相关交易习惯或者不清楚违反诚实信用原则的具体后果的,裁判者依个案具体情况要么以证据不足、不合常理为由认定其主张不成立,意思表示无瑕疵,要么认定其主张成立,赋予沉默者撤销权。

争议的第二个焦点是:关于作为沉默之基础的事实的错误(Tatsachenirrtum)应否导致沉默意思表示可撤销。事实错误譬如:当事人不知道对方的意思表示已经到达,从而未作表态;商人确认函的受领人对确认函的内容发生了错误认识,以为其内容与先前的商谈结果一致,从而未提出异议。就第一种情形而言,沉默者实际上是在欠缺行为意思的情况下保持沉默。在意思表示理论中,谈到“沉默”时指的是一项具体的不作为,即当事人“针对什么事保持沉默”。沉默者既然不知道对方的意思表示已经到达,自然也就不知道自己正在对该意思表示保持沉默。这种不受当事人意志控制的不作为显然欠缺行为意思。在以信赖原则为基础的意思表示概念中,行为意思与表示意识一样,都不是意思表示不可或缺的构成要件,欠缺行为意思的表意人如果具有可归责性,仍然成立意思表示,表意人充其量只能以错误为由撤销意思表示。据此,上述第一种情形应有适用撤销权之余地。至于第二种情形,显然属于意思表示的内容错误:由于对确认函内容的误解,沉默者打算通过沉默表达的内容(即同意其所理解的确认函内容)与其沉默客观表达的内容(即同意确认函实际包含的内容)不一致。对此,通说

[66] MünchKomm/Kramer, § 119, Rn. 68; Claus - Wilhelm Canaris, Vertrauenshaftung, S. 209; Dieter Medicus, a. a. O., S. 183; Staudinger/Knothe, Vor §§ 116 - 144, Rn. 67.

[67] Franz Bydliniski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Springer-Verlag, Wien, 1967, S. 74 - 75.

[68] Staudinger/Knothe, Vor §§ 116 - 144, Rn. 66.

认为没有理由不适用意思表示错误规则中的撤销权。^[69]

不过,很多学者认为,在商事交易中,如果沉默者对于事实错误的发生有过错,应当排除其撤销权。^[70]有的学者基于商人的组织风险理论,认为如果沉默者的错误是因为商人营业的典型风险而发生,则不允许其撤销沉默意思表示。比如,职员截留函件导致营业主没有看到该函件从而保持沉默就属于营业上的典型风险;反之,如果该函件是因为火灾而灭失,则不属于营业上的典型风险,沉默者可以撤销意思表示。^[71]反对者认为,因为沉默者的过错而排除其撤销权缺乏实证法依据,在现行法中,即便错误方有过错,仍然可以撤销意思表示。另一方面,商人的组织风险理论并无足够的说服力,如果从组织风险理论可以推导出商人错误的沉默意思表示在其有过错时不得撤销,那么,同样也可以从中推导出商人其他类型的错误意思表示在其有过错时也不得撤销,但这样的结论显然也缺乏实证法依据。^[72]这种观点值得肯定。在意思表示错误情形中,如果要限制具备可归责性的错误方的撤销权,不应只针对某一类型的意思表示,毋宁应对所有类型的意思表示予以统一处理。如果明示或积极可推断意思表示的可归责表意人可以撤销错误意思表示,而消极可推断(沉默)意思表示的可归责表意人却不得撤销错误意思表示,显然违背“本质相同的情况相同处理”原则。况且,仅仅基于一般的过错或组织风险就排除错误方的撤销权也显得过于轻率。鉴于错误方在撤销意思表示后必须向相对人负担损害赔偿,相对人的利益已经得到关照,为公平起见,仅当错误方具有重大过失时,才可以考虑排除其撤销权。当然,此项排除也只能借助于立法实现,在解释论上不具可行性。

Silence and Fiction in the Theory of Declaration of Will

Yang Daixiong

Abstract: It is stipulated by the law that in some circumstances, silence has the same effect as declaration of will. Stipulated silence may constitute a fiction of declaration, but in most cases, it constitutes an implied declaration of will. Rules concerning declaration of will are applicable not to the former, but to the latter. Silence can constitute a declaration of will not only according to legal provision or engagement, but also according to good faith doctrine, reliance doctrine and custom in several exceptional cases. Of course, it should be judged cautiously. Error concerned with fact upon which the silence bases can result in revocability of silent declaration of will. On the contrary, silent declaration of will caused by error concerned with meaning of the silence can not be necessarily revoked.

Keywords: silence; implied declaration; fiction of declaration; declaration of will; defect of will

(责任编辑:丁洁琳)

[69] Claus – Wilhelm Canaris, Vertrauenshaftung, S. 210 f.; Larenz/Wolf, a. a. O., S. 583; Dieter Medicus, a. a. O., S. 183; Jens Petersen, a. a. O., S. 689; MünchKomm/Kramer, § 119, Rn. 68.

[70] Werner Flume, a. a. O., S. 428; MünchKomm/Kramer, § 119, Rn. 71; Peter Mankowski, Beseitigungsrechte, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 525.

[71] Claus – Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006, S. 355; Jens Petersen, a. a. O., S. 689.

[72] Staudinger/Knothe, Vor §§ 116 – 144, Rn. 68 – 70.

真意保留与戏谑行为的反思与构建

冉克平*

摘要:德国法上的真意保留与戏谑行为均属于表意人有意使表示与意思不一致的单方虚伪表示。差别仅在于表意人的主观方面:前者的表意人有意隐藏其真意;后者的表意人期待相对人认清其真意。因为主观举证的困难,两者几乎难以界分。由于现代社会对信赖保护与交易安全的强烈需求,我国民法典总则应当废弃戏谑行为,只规定真意保留即可,并以相对人明知表意人真意保留作为表意人撤销该意思表示的条件,以适应保护相对人的合理信赖为原则兼及表意人意思自治的立法趋势。

关键词:真意保留 戏谑行为 合理信赖 表示主义 意思主义

一、问题的提出

意思表示作为法律行为的核心,在民法典总则中处于非常重要的地位。在理想状态下,意思的形成及其表达都应是无瑕疵的。若是意思或者表示有瑕疵,必然会影响法律行为的效力。德国学说认为,瑕疵意思表示可以分为真意保留、戏谑行为、通谋虚伪表示、错误、欺诈以及胁迫等类型。^[1]其中,真意保留与戏谑行为合称为“单方虚伪表示”,与通谋虚伪表示相对。

我国现行法并未规定真意保留与戏谑行为,而且学界对其关注亦不多见。2002年公布的《中华人民共和国民法草案》第66条仅规定了真意保留,而未规定戏谑行为。^[2]与之不同的是,梁慧星教授、王利明教授、孙宪忠教授、杨立新教授、李永军教授以及龙卫球教授起草的学者建议稿,无一例外地均规定了真意保留与戏谑行为。^[3]然而,全国人大常委会法工委民法室草案既未规定真意保留,亦未规定戏谑表示。

目前,我国民法典总则的制定正在进行中。受历史传统的影响,德国法系有关意思表示的学说与立法是我国制定民法典总则时仿效的对象。但是,不可忽略的是,即使是在德国法系内部,有关单方虚伪表示的规定亦大不相同:(1)在体系上,德国法区分了真意保留(第116条)与戏谑行为(第118条),葡萄牙及我国澳门地区民法亦是如此;而日本(第93条)及我国台湾地区“民法”(第86条)仅规

* 华中科技大学法学院教授,法学博士。本文系笔者主持的2015年国家社科基金后期资助项目(第三批)“意思表示瑕疵:学说与规范”(项目号:15FFX015)的阶段性成果。

[1] 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第473页。

[2] 该条规定:“虚假的意思表示,表意人不得主张该意思表示无效,但相对人知道或者应当知道该意思表示与其真实意思不一致的除外。”

[3] 截止2016年5月,以梁慧星教授、王利明教授、杨立新教授、孙宪忠教授、李永军教授以及龙卫球教授为代表的六位学者先后主持完成了各自的“民法总则建议稿”(简称“学者建议稿”)。全国人大常委会法工委民法室亦起草了《中华人民共和国民法总则草案》(简称“民法室草案”)。

定了真意保留,并未规定戏谑行为。(2)在效力上,德国法与我国台湾地区“民法”规定,如果“相对人知道”表意人真意保留的,该意思表示无效;而日本民法与韩国民法(第107条)均规定,“相对人明知或可知”表意人的真意时,该意思表示无效。针对德国法系内部在单方虚伪表示规定上的差异,我国民法典总则的立法究竟应该如何应对?这显然是我国民法典总则立法必须直面的问题。笔者拟从比较法的角度,结合目前几个民法总则草案或建议稿,对我国民法典总则之中应当如何更妥当地构建单方虚伪表示进行探讨,希冀为相关立法略尽绵薄之力。

二、真意保留的立法例、构成要件与我国法的选择

(一)真意保留的立法例

真意保留(Mentalreservation, Geheimer Vorbehalt),又称心中保留,是指表意人将意欲发生法律效果的意思保留于内心,而其所表示的内容并非内在意思的意思表示。^[4]于此情形,表意人由于各种内在或者外在的原因,其内心意思(真意)与表示的内容相异,而且表意人故意地不欲使表示出来的内容产生法律效力。^[5]典型的如甲欲将礼物赠与给同窗乙,但是担心他人闲话,而向乙作出买卖的意思表示。

在大陆法系,德国学说在意思表示瑕疵的框架内阐释真意保留,认为其是意思表示瑕疵最为简单的情形。萨维尼认为:“所有的法律秩序都以人们之间有效交往必备的每一信号的可靠性为基础。有鉴于此,人们可以据此设想的最为简单的情形是,某人虽表示特定意思,但他私下里却隐藏意思,即使他曾以其他方式(书面或在证人面前)明确表示过私下隐藏的意思,这种情形也不能被视为上述提及的阻碍。”^[6]由于表意人将真实意思保留于内心,而故意为虚伪的表示,因此属于单方虚伪表示,与双方通谋虚伪表示仅存在当事人的不同。在立法上,《德国民法典》第116条第1款规定:“意思表示不因表意人在心里作出对所为的表示并不意欲的保留而无效。该表示须以他人为相对人而作出,且相对人知道该项保留的,该表示无效。”该条规范的旨意在于保护法律行为上的往来,但亦为不言而喻之理。表意人作出的内心保留,不能够为法律秩序所承认,在公法上亦应当如此。如果相对人知悉此种保留,则其不需要受到保护,故于此种情形,意思表示为无效。^[7]作为继受法域,《日本民法典》第93条、《韩国民法典》第107条、我国台湾地区“民法”第86条、《葡萄牙民法典》第244条以及我国澳门民法典第237条均从意思表示瑕疵的角度规定了真意保留。^[8]

但是,大陆法系的法国、瑞士、奥地利、意大利以及荷兰等国民法均未在意思表示瑕疵的范畴内对

[4] 参见[德]汉斯·布洛克斯/沃尔夫·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第239页。

[5] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第444页。

[6] Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 258.

[7] 参见杜景林、卢湛:《德国民法典评注总则·债法·物权》,法律出版社2011年版,第44页。

[8] 《日本民法典》第93条规定:“意思表示,不因表意人明知其出于非真意所为而妨碍其效力。但相对人明知或可知表意人的真意时,其意思表示无效。”《韩国民法典》第107条规定:“意思表示,表意人虽明知非出其真意而作出,亦发生其效力。但相对人知道或应当知道表意人非真意时,无效。前款意思表示的无效,不得对抗善意第三人。”我国台湾地区“民法”第86条(真意保留或单独虚伪意思表示)规定:“表意人无欲为其意思表示所拘束之意,而为意思表示者,其意思表示,不因之无效。但其情形为相对人所明知者,不在此限。”《葡萄牙民法典》第45条、《澳门民法典》第237条(真意保留)规定:“一、意图欺骗受意人而作出违背真意之意思表示,即为真意保留。二、真意保留不影响意思表示之有效,但为受意人知悉者除外;在此情况下,真意保留具有虚伪行为所产生之效果。”

真意保留作出规定。尽管如此,对于表意人有意地使内心意思与外在表示不一致,并且不欲表示的内容发生法律效力的情形,上述国家民法分别从以下两个角度予以规范,具体而言,(1)从合同解释的角度予以规定。对此,《瑞士债法典》第18条在合同解释的范畴规定:“对合同内容和形式的解释,应当考虑合同当事人真实的意思表示和当事人由于差错或者有意掩盖合同的真实性质而使用的不正确的词语或者表达方式。”与此类似,《荷兰民法典》第3:35条规定:“意思表示中意思的缺乏,不得被援引以对抗将他人的意思或行为,按照当时的情势合理地解释为由该他人对其作出的有特定含义的意思表示的人。”《欧洲合同法原则》第5:101条、《国际商事合同通则》第4:1条均规定,如果不能确定双方当事人的意图,则应按照一个通情达理的人处于相同情况下对合同的理解解释。(2)表见理论。表意人虽然内心意思与表示内容不一致,但是其既然作出了表达,相对人就会产生相应的信赖。对此,法国学说认为,当合同当事人隐藏协议的真实内容而制订了一份公开的文书,该文书背后还有真正体现双方合意的秘密文书或相反协议时,第三人可以从公开文书得出所有的后果,即使它并不代表缔约双方内部的意思表示,这就是说,秘密文书不能对抗第三人。由此可见,即使表意人所欲使外在表示发生法律效力,只要相对人基于外在的表达内容可以得出正常结论,善意的相对人因此可不受影响。^[9]

英美法上亦无真意保留的规范,与之类似的是“禁反言”(estoppel)的原则。所谓禁反言原则,是指如果允诺虽未经磋商,但是允诺相对人因信赖该允诺而为作为或不作为,则允诺人此项允诺应视为有效的约因,从而使允诺人对该允诺承担责任。^[10]禁反言规则最初就是用来调整缔约一方虚伪意思表示而致信赖方受损的情形。若一方当事人作出虚伪意思表示(false representation),则相对人因信赖其意思表示为真实而为一定行为并受损害,于此情况下,法院即可援引禁反言的法理,禁止虚伪意思表示的当事人再为任何与其先前虚伪表示相左之陈述或主张。^[11]

(二)德国法上真意保留的考察

第一,表意人应当具有表示意识。真意保留虽然属于意思表示的瑕疵类型,但是表意人通过表达于外部的行为的表示内容应当具有法律上的价值。因此,如果行为人表示不依其外在行为受法律的拘束,则不发生真意保留的问题,因为此时表意人作出的并非意思表示。例如在戏剧演出,演员甲向乙演员表示要送给演员乙一幢房屋;或在课堂教学之中,教师讲授票据法时而给学生开据支票。此类情形均不属于真意保留。相反,在真意保留的情形,表意人知道根据一般的理解其表示出来的内容在法律交易中是具有法律意义的,即表意人具有表示意识(Erklärungsbewußtsein)。^[12]

第二,表意人故意使表示的内容与其意思不一致。依据表意人的表示所得出的客观的、规范的意义,与表意人的内心意思不相符,而且表意人故意使表示与意思不一致,这与无意识的非真意表示即错误(重大误解)不同。在表意人依表示机关为表示时,表意人就表示机关所表示者,与自己真意之不一致有认识时,亦可成立真意保留;反之,表意人期待表示机关为与其真意一致之表示行为,表示机关故意或因过失而为反于真意之意思表示时,其表示行为对于表意人本人而言,为无意识的非真意表示,即发生为错误之问题(传达错误)。^[13]虽然表意人故意使表示与意思不一致,但其未必构成恶意。

[9] [法]雅克·盖斯坦吉克·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第781-782页。

[10] [美]A. L. 科宾:《科宾论合同》(上),中国大百科全书出版社1997年版,第358页。

[11] 杨桢:《英美契约法论》,北京大学出版社2007年版,第124页。

[12] 同注5引书,第444页。

[13] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第379页。

对此,梅迪库斯教授举例言之:“假设债权人 G 对罹患重病、即将死亡的债务人 S 表示免除其债务,以减轻 S 的死亡痛苦。由于法律并没有将《德国民法典》第 116 条规定的适用局限在表意人具有恶意的范围内。因此,依然必须适用第 116 条的规定,因为 G 已无法向 S 说明其内心的保留了。”^[14]

第三,表意人隐匿意思而不想让相对人知道其内心意思。在真意保留,表意人怀有使对方误信的意图而为之,因此保留是隐蔽的。^[15] 因此,即使表意人将他的保留告诉了某一个不相关的第三人,依然无关紧要。若表意人认为他人知道其表示缺乏与之相对应的真意,则不属于真意保留,而是属于戏谑行为。^[16] 至于表意人隐藏意思的动机,则不影响真意保留的构成。此外,真意保留必须与表示事项即表示中所指明的法律后果本身相关联。因此,真意保留的规定不适用于行为人虽然想承担义务,但是根本不打算履行的人。

此外,关于真意保留的举证责任,则因情形不同而各异。对主张意思表示为有效之当事人而言,只需证明其有意思表示之存在即可,无须证明真意保留之不存在。反之,如欲主张意思表示无效,应由表意人来承担相对人明知其真意保留的举证责任。因为真意保留原则上被认为是有效的,推翻该原则的利益归表意人享有,所以由表意人承担,这样解释较为妥当。^[17]

(三)我国相关立法的选择

我国现行法律及相关司法解释并未规定真意保留,全国人大常委会法工委民法室起草的《中华人民共和国民法总则(草案)》亦未规定真意保留。但是,学说上通常对此予以肯定。^[18] 因而“学者建议稿”均规定了真意保留。笔者认为,民法典总则应当在意思表示瑕疵的类型中规定真意保留,主要理由如下:

第一,合同解释或表见理论规则不能完全取代真意保留。依据合同解释规则,表意人应该表达清楚,使受领人在通常情况下,理解表意人所指的意义,否则,有关后果原则上应由表意人承担。因此,在确定表示的规范意义时,首先要以一般的语言用法、某种表达方式在交易中的普通意义以及普通的交易参与人对它的理解为准。^[19] 从这个角度看,真意保留与合同的解释可以产生相同的法律效果,表见理论亦可以得出相同的结论。但是,如果相对人知晓表意人心中保留真意,真意保留与合同解释规则会产生不同的法律效力。依据合同解释规则,相对人通过可合理期待的认真考虑和仔细考察,若是知晓表意人意思的,以表意人所指的意思发生效力。^[20] 这就是说,于此情形,表意人的内在意思就应优先于交易中的普通意义而作为表示的规范意义。著名的“错误的表示无害”原则(德国帝国法院 1916 年 Haakjöringsköd 案)即是典型。但是,依据真意保留,若是相对人知晓表意人的内在意思的,会产生无效的后果。而且,在真意保留的情形,表意人是有意使表示与意思不一致,而“错误的表示无害”的原则是因为表意人疏忽或错误的表示所致。^[21]

[14] 同注 5 引书,第 449 页。

[15] 参见[日]山本敬三:《民法讲义 I:总则》,解亘译,北京大学出版社 2012 年版,第 117 页。这在日本法上属于狭义的真意保留。

[16] 同注 4 引书,第 239-240 页。

[17] 参见[日]近江幸治:《民法讲义 I:民法总则》,渠涛译,北京大学出版社 2015 年版,第 171 页。

[18] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2011 年版,第 177 页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社 2010 年版,第 193 页;参见王成:《我国民法中意思表示瑕疵的完善》,载《人民司法》2014 年第 3 期,第 66-69 页。

[19] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 460 页。

[20] 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 402 页。

[21] 参见王天凡:《错误的表示无害原则及要式法律行为之效力》,载《比较法研究》2011 年第 6 期,第 76-80 页。

第二,意思表示瑕疵或民法体系的原因。意思表示瑕疵是法律行为制度的重要内容,依据内在与外在的原因可以分为两类:一是意思与表示的不一致,是指行为人客观上所表示的,与其内心所意欲的并未互相合致;二是意思表示不自由,是指表意人的意思形成与意思决定受到不当干涉(如欺诈、胁迫情形)。在前者,内心意思与外部表示不一致;在后者,内心意思与表示相一致,但内心效果意思之决定过程中有瑕疵。^[22]真意保留属于因表意人自身的原因所致的单方虚伪表示,在主体上与通谋虚伪表示(双方)不同,在主观程度上与意思表示错误(过失)相异,因此具有独立的意义。否则,意思表示瑕疵体系的拼图上将缺少必要的一块图案。从整个民法体系来看,真意保留不仅适用于有相对人的意思表示,而且适用于无相对人的意思表示(单方行为)。前者如合同的撤销、解除以及债务的免除等;后者如悬赏广告、遗嘱等。此外,真意保留还可以适用于准法律行为,例如对于限制民事行为能力人实施的法律行为,相对人实施的催告行为。

三、真意保留的法律效力及其争议和评析

(一)真意保留效力的基本原理

真意保留的法律效力是基于以下原理:一是信赖保护原则。表意人作出了具有法律意义的表示内容,相对人对此具有合理的信赖,因此有必要保护这种信赖。从外观主义的角度看,应当保护相对人对表示的信赖。外观主义又称表象规则,因权利人或表意人本人的原因导致权利或意思的外部表象(虚像)与真实状态(实像)不一致,且该表象被相对人所信赖并因此有所作为时,法律将根据表象于外部的权利或意思状态确定法律后果,而不依据真实状态确定法律后果,从而优先保护善意相对人,确保交易安全。^[23]二是归责原则。由于表意人故意地使意思与表示不一致,那么应当使其承受不利益。^[24]对此,日本学者石田喜久夫认为,于此情形,对“虚假的表意人”是不予保护的,而应保护“善意相信意思表示的相对人”。因为“虚假表意人”故意作一种与其效果意思不一致的表示行为,其明知虚假意思表示会被对方接受而故意为之,所以应受到意思表示的拘束。这时,拘束力产生的根据不是效果意思,而是令表意人承担在从其意思表示行为中推断出来的效果意思应担的责任。而善意相信意思表示之相对人无法了解表意人内心的真实意思,应予保护,这样才比较公平合理。^[25]

(二)比较法上真意保留的法律效力

从比较法的角度看,真意保留的意思表示原则上有效,但是相对人知道该项保留的意思,则该意思表示无效。这采取的是表示主义为原则、意思主义为例外的规范模式,该规范模式将相对人对表示的信赖置于优先考虑的立场,有利于信赖保护和交易安全,同时兼顾了表意人的意思自治。^[26]所不同的是,德国、我国台湾及澳门地区民法以相对人明知为条件,而日本、韩国民法则以相对人知道或者应当知道为要件,具体而言:

第一,相对人不知表意人真意保留,对意思表示并无任何影响,意思表示系属有效。倘若表意人

[22] 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第279-307页。

[23] 参见丁南:《论民法上的外观主义》,载《法商研究》1997年第5期,第32-33页。

[24] 同注15引书,第118页。

[25] 参见刘守豹:《意思表示瑕疵的比较研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(1),法律出版社1994年版,第66页。

[26] 同注22引书,第283页。

有意识地作出模棱两可的表示,而相对人仅从其中某一层意思上来理解表示,而表意人的真意保留却是表示仅以另一层意思发生效力,或表意人作出模棱两可表示的目的在于将表示的模棱两可作为其主张表示无效的理由,那么《德国民法典》第116条第一句的规定也同样可以适用。按照第116条第一句的规定,原则上故意作出模棱两可表示的表意人必须使其表示按照受领人(或者在无须受领表示的情形中,按照表示所涉及的人)对其表示所理解的意思生效。^[27]

第二,相对人知晓表意人真意保留,意思表示无效。因为受领人在此明白表意人实际上并不想要其所表示的东西,信赖利益的保护已不存在,因此法律优先考虑了表意人的意思。从比较法上看,对于知晓的意义,立法存在差异:(1)德国民法、我国台湾地区“民法”等以相对人明知为条件。是否明知,应斟酌当事人双方具体情况个别而认定。^[28] 相对人如何知悉,对本条的规定并无分别,如相对人因过失而不知其保留,意思表示不因之而无效。相对人无需知悉表意人的具体真意,只要知晓表意人隐藏真意即可。(2)日本、韩国民法以相对人知道或者应当知道为要件。所谓应当知道,是指相对人可能容易地知道,但有过失地未知晓的情形。^[29] 两相比较而言,前者更偏重表示主义的立场。相反,后者要求相对人须提高对表意人意思的注意程度,此种立法其实限制了对相对人信赖的保护。^[30] 在特殊情形,法律基于表示主义的立场,排除相对人知晓表意人真意保留使该意思表示无效的适用,具体而言:(1)在商法领域影响多数人权利义务的行为,例如公司的认股行为,即使股东有真意保留情形亦恒为有效。(2)具有高度形式性的行为,如票据行为、无记名证券的发行行为等。就票据行为而言,只能依照票上所载文义进行解释,即使出票人的真实意思与票据的书面记载内容不符,也不能影响票据记载内容的效力。

第三,真意保留的无效不得对抗善意第三人。为保护交易的安全,因相对人知晓表意人真意导致真意保留无效的,该无效不得对抗善意第三人。对此,日本民法虽没有规定,但是学说认为,在对善意第三人的关系上,应该否定表意人的权利主张,通过类推适用第94条第2项认定表意人不能以“无效”对抗善意的第三人。^[31] 我国台湾地区“民法”亦未规定,但是学说与司法实务均认为,真意保留的无效不得对抗善意第三人。^[32]

(三)我国真意保留效力的学说、立法分歧与评析

我国学说对于真意保留的效力存在争议,具体而言:(1)对真意保留原则上采取表示主义的同时,以相对人知晓或者应当知晓表意人的意思作为无效的条件,略偏重于意思主义,即采日本民法的做法以客观的标准衡量相对人对真意保留的知与不知。^[33] (2)真意保留的效力原则上为有效,例外当表示与意思不一致为相对人所明知者,应为无效,即认为应作与德国立法相同的解释。^[34]

在立法构想上,对于真意保留亦规定不一:(1)2002年12月的《中华人民共和国民法草案》第66条规定:“虚假的意思表示,表意人不得主张该意思表示无效,但相对人知道或者应当知道该意思表示

[27] 同注1引书,第478页。

[28] 参见施启扬:《民法总论》,中国法制出版社2010年版,第243页。

[29] 同注17引书,第170页。

[30] 朱广新:《信赖保护原则及其在民法中的构造》,中国人民大学出版社2013年版,第163页。

[31] 同注17引书,第171页。

[32] 同注22引书,第284页。

[33] 同注25引书,第97页。

[34] 梁慧星,同注18引书,第177页;李永军:《民法总论》,法律出版社2009年版,第445页。

与其真实意思不一致的除外。”(2)从“学者建议稿”来看,由王利明教授领衔起草的《民法典总则专家建议稿》(征求意见稿)第133条、梁慧星教授负责主持的《中国民法典草案建议稿附理由》第131条、孙宪忠教授负责起草的《民法总则建议稿》第146条、杨立新教授负责起草的《民法总则草案》(2.0版)第136条、李永军教授主持起草的《中华人民共和国民法总则(专家建议稿)》第108条以及龙卫球教授负责起草的《中华人民共和国民法典·通则编》(草案建议稿)第142条均规定,行为人故意隐瞒其真实意思作出意思表示的,不得主张法律行为无效;行为人能够证明相对人明知的,法律行为无效,该无效不得对抗善意第三人。比较而言,上述草案之间的相同点均规定真意保留原则为有效,主要分歧在于是否以相对人应当知道表意人真意保留作为真意保留无效的条件。

真意保留意思表示的效力,取决于立法政策上对意思自治原则与信赖保护原则予以考虑的结果,本质上是意思主义与表示主义之间的冲突与平衡。对于真意保留的效力,为保护交易的安全和相对人的信赖保护,偏重于表示主义的立法例是妥当的。表意人既然通过其表示,有意识地使某种法律后果发生效力,那么其就不得以某种未表达出来的相反意图,来阻止其从事的行为生效。^[35]在信赖保护及交易安全的保护的需求日益强烈的现代社会,将相对人应当知晓表意人的真意排除在外,显然更能与表示主义的趋势相契合。日本学说针对民法典第93条的但书规定认为,若允许这种表意人以相对人明明能够知道其非真意而怠于了解为由否定意思表示的效力,是不合适的。在此情形,能够否定意思表示效力的,应当限于相对人知道表意人非真意的情形。近年来起草的《基本方针》(11.5提案)就狭义的心里保留,能够否定表意人意思表示效力的,限定为相对人知道表意人非真意的情形。^[36]由此可见,日本法开始由略偏重意思主义转向表示主义。

笔者认为,在相对人明知表意人真意保留的情形,相比意思表示无效,使该意思表示为可撤销,同时赋予表意人以撤销权,更为妥当。这是因为:(1)在表意人真意保留的情形,并不能确定表意人的保留是恶意的。在相对人知晓表意人的真意时确认该意思表示无效,可能损害相对人的利益。例如,甲虽将电脑赠与乙,乙从丙处知晓甲实际上是想卖给他,此时法律直接否定意思表示的效力会损害乙的利益;(2)相对人知悉表意人的真意保留,则意思表示无效的立法例,并未妥当地权衡表意人与相对人的利益。虽然相对人知晓表意人的真意之后其信赖不再值得保护,但是表意人未必不愿意维持其表达出来的内容。如上例,乙虽然知晓甲保留真意(买卖),但是甲仍然打算维持赠与合同的效力。因此,法律规定相对人知悉表意人的真意保留时该意思表示可撤销,将选择权交给表意人,可以更好地尊重表意人的意思自治。(3)拉伦茨教授认为,由于真意保留是为了欺骗行为相对人——虽然这是一种根本不合事宜的欺骗方法——因此应该受到保护的并不是表意人,而首要的是相对人。因此,即使行为相对人看透了表意人的欺骗意图,他仍应有权要求表意人承认其表示是有效的。法律之所以作出了与此不同的规定,是由于历史方面的原因:它受到了“意志说”的影响。因此,《德国民法典》第116条的规定虽然是有效的,但在法律政策上是不正确的。^[37](4)从日本学说来看,在相对人知悉表意人真意保留时,仅表意人可以主张无效,相对人不得主张无效。^[38]这样,通过解释,《日本民法典》第94

[35] 同注19引书,第494页。

[36] 同注15引书,第118页。

[37] 同注19引书,第495页。梅迪库斯教授虽然不同意拉伦茨教授的观点,但也提出应对之作“限缩性解释”,即使意思表示的受领人觉察到了表意人的保留,只要该意思表示还针对其他的、不知道该保留的人发出,那么该意思表示仍应有效。同注5引书,第445-446页。

[38] 同注17引书,第171页。

条但书规定的意思表示无效已经类似于可撤销。

(四) 真意保留身份行为的特殊效力

真意保留适用于财产行为并无疑问。有疑问的是,婚姻当事人一方本无真实结婚的意图,为达到其他目的而为结婚的意思表示时,此类身份行为的效力如何?从比较法上看,依《德国婚姻法》第16条、《瑞士民法典》第120条,不问相对人知道与否,均为有效。《奥地利普通民法典》亦然,并引用土耳其人语“婚姻无戏言,一切皆真实”;^[39]在日本,民法典第94条规定的真意保留不适用于以当事人的真意为必要的身份行为。表意人不得以真意保留为理由主张婚姻无效,即使相对人知其不合于表意人表示的真意,也不例外。^[40]在美国法上,对于所谓“玩笑婚姻”,因其在程序上已具备双方意思表示一致的必要条件,可以推定有效。提出宣告该婚姻为无效的一方必须出示其视为玩笑的证据。在相关的少数案件中,如果这类婚姻存在问题,并且当事人婚后并未同居,考虑到当事人的同意有瑕疵,并非完全自愿以及当事人还不够成熟,法院通常会批准宣布该婚姻无效。然而,有些法院对这类婚姻的处理很严肃,在缺乏有关欺诈、胁迫或精神耗弱的充分证据时,他们不会宣布该婚姻无效。^[41]我国台湾地区“民法”对此未作规定,学说认为,在结婚之时,相对人纵明知另一方为真意保留,其结婚要约仍系有效,相对人对之承诺,仍成立有效之婚姻,以保障家庭与婚姻。^[42]

笔者认为,相比财产行为,身份行为具有特殊性,对于婚姻、收养等以当事人之真意为必要的身份行为,不能适用民法典总则之中的真意保留规范。依据我国法律的规定,婚姻(《婚姻法》第8条)、收养(《收养法》第15条)的当事人必须向登记机关办理登记,婚姻、收养才得以成立,因此,对于所谓的真意保留身份行为的效力可采取大陆法系的通常做法,即无论相对人是否为恶意,表意人均不得以真意保留为由主张其无效。

四、戏谑行为的立法例及其法律效果

(一) 戏谑行为的概念与实质

戏谑行为,又称为“非诚意表示”、“非认真表示”以及“缺乏真意的表示”,是指行为人作出的表示并非出于真意,并且期待相对人会立即了解其表示并非出自真意的意思表示。《德国民法典》第118条使用的术语是戏谑表示(Scherzerklärung),但学者普遍认为,该术语过于狭窄,因为缺乏诚意的意思表示未必都是玩笑。^[43]

在戏谑行为的情形,表意人既没有故意隐藏其真意(与真意保留不同),相对人也没有对保留的意思表示同意(与通谋虚伪表示不同)。相反,表意人期待着其“并非出于真意的事实不会被他人所误解”。这就是说,表意人至少是想以下列方式使相对人认识到自己的真意保留:在起初的惊愕以后,能够立即认清表意人的真实意思。^[44] 行为人作出戏谑行为的动机,可能是为了开玩笑,或为让相对人

[39] 史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第191页。

[40] [日]栗生武夫:《婚姻法之近代化》,胡长清译,中国政法大学出版社2003年版,第57-59页。

[41] 夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,中国政法大学出版社1999年版,第46-47页。

[42] 黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第283页。

[43] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., 2010, Rn. 398.

[44] 同注5引书,第448页。

吃一惊,或使相对方陷入窘境。^[45] 例如,甲在附近商店购物,店主乙笑称:“都是老朋友,算什么钱!”店主并无赠与的意思,应为相对人所明知,这即是非诚意表示。非诚意表示的实质,在于表意人认为他人会知道表示是缺乏真意的,在其看来,其真意在此不属于“秘密”,至于表意人的动机(例如玩笑、吹牛)不在考虑之列。重要的是,表意人的行为不以欺骗为目的,而且不取决于相对人可以基于表示及其事实情形认识到表示的不严肃性。^[46] 值得注意的是,戏谑行为所适用的是一切种类的意思表示。^[47] 那些非意思表示的行为,例如教师在课堂上讲授票据的出票行为而作例示,或者戏剧表演中演员作赠与行为,由于上述行为表意人均无表示意识,因此并非戏谑行为。

(二) 戏谑行为效力的立法例

在立法上,德国、葡萄牙及我国澳门地区民法在真意保留之外明文规定了戏谑行为;而日本民法及我国台湾地区“民法”仅规定了真意保留,并未规定戏谑行为。从比较法上看,关于戏谑行为的法律效果大体可以归为两类,具体而言:

第一,德国民法例。《德国民法典》第118条规定,无诚意的意思表示,若表意人期待诚意之缺乏不至于被误认,无效。但是,第122条规定,如果相对人误认为该表示确系真意,则表意人必须向相对人赔偿因信赖该意思表示有效而遭受的损害;反之,相对人知道或因过失而不知道表意人的真意的,不发生赔偿义务。《澳门民法典》第238条的规定与之相同。^[48] 从立法政策上看,这采取的是以意思主义为原则兼顾表示主义的立场。

第二,瑞士民法例。瑞士民法虽未对此明文规定,但是学说与判例从信赖保护的原则出发,认为戏谑行为的法律效力应立于相对人立场:如相对人能够认清为非严肃的表示,则绝对无效;反之,该意思表示有效,表意人应受拘束。^[49] 我国台湾地区“民法”仅规定了真意保留(第86条),若是发生戏谑行为,则适用真意保留的规定原则有效,相对人知晓表意人真意保留的则无效。^[50] 从立法政策上看,这采取的是以表示主义为原则兼顾意思主义的立场。

五、我国学说对戏谑行为的分歧与评析

(一) 我国相关学说及立法争议

我国现行法及相关司法解释并未规定戏谑行为。学说上,有采纳戏谑表示的称谓,^[51] 但是另有学者认为,非诚意表示的术语更为妥当。^[52] 民法理论界对于我国未来民法典总则是否应当在真意保留之外规定戏谑行为认识不一,具体而言:

第一,否定说。有学者认为没有必要区分真意保留与戏谑行为,这是因为:一方面,二者界限不易划

[45] 同注19引书,第496页。

[46] 同注1引书,第491页。

[47] 同注7引书,第45页。

[48] 《澳门民法典》第238条(非认真表示)规定:“1. 作出非认真之表示,并预期不致为他人误解为认真者,该表示不生任何效力。2. 然而,如该表示作出时之具体情况使受意人有理由视其为认真之表示,则受意人有权就所受之损失收取赔偿。”

[49] 参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第485页。

[50] 同注13引书,第380页。

[51] 参见杨立新:《民法总则》,法律出版社2013年版,第486页。

[52] 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第258页。

分,区分难度很大;另一方面,这种意思表示无效的后果,可通过真意保留之表意人的意思表示无效以相对人可得知其心中有保留为足,这样,德国民法规定的“非诚意表示”将因其较一般的真意保留体现的非诚意明显而无效。^[53] 还有学者认为,应将戏谑行为视作真意保留之下的一种意思表示,以无效当作例外,但证明其表示无效的举证责任应该在表意人,这样可以避免类型过多或类型交叉导致种类不明。^[54]

第二,肯定说。有学者认为,戏谑行为系外观可以被相对人识破的行为,其外观可被识破的程度也大大高于并区别于真意保留。法律豁免戏谑行为的法律后果,一个很重要的原因就是表示行为的可识破性。如果这种可识破性可以用“度”来衡量的话,那么,应该建立在一个理性人客观的衡量之上。超过了理性人所识别的范围,那么就是超过了这个“度”,将被法律所排斥。戏谑行为的“度”完全是由表示行为体现出来的,并受表示行为的场合、习惯和诚信原则的约束。^[55] 还有学者认为,我国台湾地区“民法”第86条注重客观方面,将真意保留与戏谑行为合二为一,概以有效为原则,其优点是简单明了,但稍显武断,面对个案时可能难以充分顾及行为人意志,增加表意人的交往风险;德国进路留有个案观察的余地,代价则是导致法律规则的操作变得复杂。^[56]

从立法上看,对于是否应将真意保留与戏谑行为合二为一,还是分开规定,民法典总则草案或建议稿亦规定不一。(1)统一规定的立法(草案)例。2002年12月公布的《中华人民共和国民法草案》第66条规定:“虚假的意思表示,表意人不得主张该意思表示无效,但相对人知道或者应当知道该意思表示与其真实意思不一致的除外。”这显然是将真意保留与非诚意表示合并为“虚假的表示”。在立法政策上,与瑞士及我国台湾地区“民法”保护相对人合理信赖的基本精神相同。(2)区分的立法(草案)例。王利明教授领衔起草的《民法典总则专家建议稿》(征求意见稿)第134条(非诚意表示)、孙宪忠教授负责起草的《民法总则建议稿》第149条、杨立新教授负责起草的《民法总则草案》(2.0版)第138条(戏谑行为)以及由梁慧星教授负责主持的《中国民法典草案建议稿附理由》(戏谑的意思表示)均规定了戏谑行为。但是,从法律效果上看,王利明教授领衔起草的《民法典总则专家建议稿》(征求意见稿)第134条规定:“行为人故意隐瞒其真实意思作出意思表示,并期待对方会了解该意思表示并非出自真实意思,法律行为无效。但行为人应当赔偿对方因合理信赖产生的损失。”这采取的是德国法以意思主义为原则兼顾表示主义的立场,即认为表意人的意思自治优先于相对人的信赖保护,但是为保护相对人的合理信赖,由表意人赔偿相对人的消极信赖利益,以恢复至法律行为订立时的状态。杨立新教授与梁慧星教授负责主持的草案规定大体相同。李永军教授主持起草的《中华人民共和国民法总则(专家建议稿)》第110条规定:“表意人非出于真意并且预期他人可以认识到欠缺真意的,其意思表示无效。”^[57] 龙卫球教授负责起草的《中华人民共和国民法典·通则编》(草案建议稿)第143条(非诚意表示)规定:“表意人的非诚意表示,该法律行为并不因此无效,但可以推知相对人应当知道的例外。此项‘推知’,应依据理性第三人认知的程度来进行判断。”由此可见,其对戏谑行为采取的立法政策是表示主义的立场,这与瑞士民法保护相对人信赖利益的立场相同。

此外,还有学者认为,运用戏谑行为可以很妥当地解决我国司法审判实务的一些案件,具体而言:

[53] 同注25引书,第96页。

[54] 王成,同注18引文,第66-69页。

[55] 同注51引书,第487-488页。

[56] 同注52引书,第260页。

[57] 李永军等:《中华人民共和国民法总则(专家建议稿)》,载《比较法研究》2016年第3期,第191页。

(1)在一则案例中,被誉为“世界陶王”的被告于2006年4月1日在中央电视台《乡约》节目中表示,如果有人能完成五层吊球陶器制作,即可获得被告所有的艺术中心三层房产及楼内所有财产。原告决定破解这个世界之谜,努力完成了一件各方面均出色的作品,并且拍摄了作品照片和DV短片,但被告不予认可。原告于2007年6月8日向法院提交诉状,请求法院判决确认自己和被告悬赏广告成立并且生效。法院审理认为,被告在央视访谈节目中,对社会公开的悬赏表示,内容具体、确定,是真实的意思表示并且未违反法律禁止性规定,从而构成要约。原告收看该节目后,按照要求完成作品,以其行为进行承诺,因此,双方意思表示真实、合法、有效,并且符合要约要件,悬赏广告合同依法成立。因此,判决被告履行悬赏的内容,将该艺术中心房产及楼内财产交给原告所有。对此,有学者认为,被告的行为属于戏谑行为而非悬赏广告,因此无效。^[58] (2)在另一则案例中,被告出版了一部古籍校注著作,并为此在家宴请分属四家媒体的四位记者。席间,被告自信满满地表示:“希望读者来监督,挑出一个错,奖励1000元。”其中一家媒体报道了这一内容。被告获悉报道内容后,未提出异议。原告就该书挑出909处错误,并要求支付相应报酬。被告以悬赏广告无效为由予以拒绝。法院认为,鉴于悬赏广告的重要性,其发布“应当是明确、具体、严格、正式的”,家宴过程中以聊天的方式作出悬赏表示,不能认定为表意人的真意,遂以悬赏表示不具足够的正式性为由驳回原告诉讼请求。^[59] 对此,有学者认为,法院所表达的正是戏谑行为之原理。考虑到被告的自负因素,可进一步将其归入吹牛类型。不过,戏谑行为即使无效,依据德国通说认为,表意人对于相对人或第三人亦负有信赖利益损失之赔偿义务。^[60]

(二)戏谑行为是否有独立规定的价值?

笔者认为,在以保护相对人的合理信赖为原则兼及表意人的意思自治的立法背景之下,戏谑行为已经不具有自身的独立价值,我国民法典总则应该以真意保留吸收戏谑行为,不用单独对其予以规定。理由如下:

第一,戏谑行为与真意保留的差别仅限于表意人主观上存在不同。在真意保留的情形,表意人有意隐藏其真意而表达与其不一致的内容,通常情形下表意人是为了欺骗相对人而保留真意;在戏谑行为的情形,表意人作出缺乏真意的表示通常是善意的,并且期待相对人随时会识破,所以行为人对相对人被欺骗是排斥的。^[61] 简言之,真意保留与非诚意表示虽均属虚伪表示,但是前者属于故意欺骗,表意人有意隐瞒真意;后者则为善意戏谑,表意人期待对方知晓自己的真意。相应地,各自效力基础亦有不同:真意保留侧重相对人的信赖保护,故以有效为出发点;戏谑行为则明显是意思主义的产物,强调表意人的内心真意,以至于纵然相对人误信为真,戏谑行为亦属无效。^[62] 但是,就表意人而言,由其举证证明其究竟是有意隐藏还是期待对方知晓真意,几无可能。

第二,真意保留与戏谑行为实际上难以区分。由于真意保留与戏谑行为的界限具有主观性,相对人难以探知,因而德国学说主张,在戏谑行为的情形,表意人的表示行为不管采取什么形式,都必须完全避免相对人误认为真。对此,拉伦茨教授认为,如果戏谑行为被受领人误以为真,戏谑行为人必须根据诚实信用的原则(第242条)及时予以说明,否则法律就会倾向于对善意相对人的保护,即发生和

[58] 参见杨立新、朱巍:《论戏谑行为及其民事法律后果》,载《当代法学》2008年第3期,第39页。

[59] 参见北京市第二中级人民法院(2011)二中民终字第12199号民事判决书。

[60] 同注52引书,第259页。

[61] 同注19引书,第497页。

[62] Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, Rn. 813.

真意保留相同的效果。^[63] 弗卢梅教授认为,《德国民法典》第 118 条所规定的情形中,如果表意人意识到自己的表示没有能够如其所愿地被视为不严肃的表示而是被视为严肃的表示,则他应有义务不迟延地予以告知。否则,其行为基于第 118 条的事实构成而满足第 116 条所规定的真意保留的事实构成,表意人因此而受到其表示的拘束。^[64] 梅迪库斯教授亦认为,只要表意人有意促成了相对人对意思表示严肃性的信赖,就应当将该表示当成真意保留。^[65] 由此可见,德国主流学说认为非诚意表示的效力,实际上取决于相对人是否知晓表意人的真意,即相对人对表示误以为真意的信赖是否正当合理,这与真意保留的效力已无区别。

第三,从立法政策上看,真意保留是以表示主义为原则、意思主义为例外,而戏谑行为是以意思主义为原则、表示主义为例外。虽然依据《德国民法典》第 122 条的规定,善意的相对人误以为戏谑行为是真实表示的,表意人应当向其赔偿信赖利益的损失。但是,由于表意人赔偿的是消极信赖利益的损失,而非积极信赖利益的损失,其目的只是恢复到法律行为成立之时,而非使法律行为有效,因此两者的差别很大。^[66] 自 20 世纪以来,保护当事人的正当信赖、促进交易的安全,成为近、现代民法的重要发展趋势。信赖保护原则与自我约束原则共同构成法律行为交往中的基本原则。^[67] 诚如有学者所言,意思表示瑕疵的效力,“在折衷主义中,有主张应以意思主义为原则、表示主义为例外者,亦有主张应以表示主义为原则、意思主义为例外者。由社会立法的见地言之,自应以表示主义为原则、意思主义为例外为合理”。^[68] 日本民法及我国台湾地区“民法”仅规定真意保留而舍弃非诚意表示,是立法政策发生变化的结果。“心里保留,出于欺罔之动机者,对于表意人固无予以保护之理由,即非出于欺罔之动机,而出于戏谑之意思,与其保护为此戏谑之表意人,毋宁保护信赖其表示之相对人或第三人,此我民法所以不问表意人之真意如何,原则上以此意思表示为有效者也。”^[69] 在信赖保护与交易安全的需求日益强烈的现代社会,日本及我国台湾地区以真意保留涵盖戏谑行为的立法无疑更为合理。

概言之,从表示主义的立场出发,可以将德国民法上日趋式微的戏谑行为纳入到真意保留的规范之中。对于相对人是否知晓表意人的真意,通过设想一个具有特定知识结构和能力水准之人,在具体的场景下会形成什么样的认识,来完成对相对人的评价任务。^[70] 针对上述两则案件,被告在央视或者在宴会上作出悬赏广告的表示,在一个理性人看来,可以认为被告隐藏了其真实意思,其明显是在开玩笑,是为了表达自己的陶瓷技艺高超或者著作非常严谨。因此,原告的信赖并不合理,既然被告不予认可,则该意思表示不能产生原告预想的法律效果(积极信赖利益),但是应当承担缔约过失责任(《合同法》第 42 条),原告获得消极信赖利益的赔偿。

六、结论

随着社会经济的发展,“经济领域中日益精细的分工导致了合同关系的增加,并且在交易关系中

[63] 同注 19 引书,第 497 页。

[64] 同注 1 引书,第 491 页。

[65] 同注 5 引书,第 453 页。

[66] 参见杨代雄:《法律行为制度中的积极信赖保护》,载《中外法学》2015 年第 5 期,1165 页。

[67] 同注 19 引书,第 59 页。

[68] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 232 页。

[69] 同注 67 引书,第 233 页。

[70] 参见叶金强:《私法中理性人标准之构建》,载《法学研究》2015 年第 1 期,第 101 页。

对信赖与安全性的要求较《德国民法典》生效时更高,由于人们在法律关系和交易中联系越来越紧密,对信赖保护的需要日益强烈”。^[71]《德国民法典》将单方虚伪表示区分为真意保留与戏谑行为,并对后者采取意思主义为原则、表示主义为例外的立场已不能适应信赖保护的需求。相反,日本民法及我国台湾地区“民法”将戏谑行为舍弃,使其被立于表示主义为原则、意思主义为例外的真意保留所吸收的立法例更为合理。

百年以前,史尚宽、胡长清等先贤负笈游学于日、欧诸国,欲探求、借鉴世界先进之法理以发展积弱之国家。1929年开始制定的“旧民法(中华民国民法)”,在单方虚伪表示并未如德国法那样区分为真意保留与戏谑行为。对于戏谑行为,除其非真意客观的充分明白不成立意思表示外,亦应包括在真意保留之内。^[72]迄今已近百年,德国民法戏谑行为规范的状况无疑印证了先贤们的智慧:戏谑行为非常罕见,而几无适用价值。^[73]

总之,我国民法典总则中不应单独规定戏谑行为,而应当由真意保留所涵盖。在表示主义和信赖保护的立法政策之下,为了兼及表意人的意思自治,应将真意保留的法律效果例外为无效改为可撤销。关于真意保留可以规定为:“表意人故意作出与其真实意思不一致的表示的,该意思表示有效。表意人能够证明相对人明知的,其有权撤销该意思表示,但表意人行使撤销权的法律后果不得对抗善意第三人。”

Introspection and Construction of True Meaning Reservations and Playful Behavior

Ran Keping

Abstract: True meaning reservations and non-sincerity expression of the German law are that expression person inconsistent with intentionally false representation unilateral meaning. The only difference is that the subjective aspect of expression people: the former expression person intentionally hides its true meaning; the latter expression person expects their counterparts to recognize the true meaning. Because of the difficulties of subjective evidence, the two are hard to distinguish. Due to the strong demand for modern society trust protection and transaction security, our Civil Code should abandon non-sincerity expression, formulate true meaning reservations, and set up a condition allowing expression people to revoke the expression if the other party knows his true meaning in order to adapt the trend which protects reasonable reliance of counterpart and autonomy of expression people.

Keywords: true meaning reservation; playful behavior; reasonable reliance; expressionism; intentionalism

(责任编辑:丁洁琳)

[71] 参见 M. 沃尔夫(Manfred Wolf):《民法的法典化》,丁晓春译,载《现代法学》2002年第3期,第144-146页。

[72] 同注13引书,第380页。

[73] 同注5引书,第448页。

米兰达规则五十周年的纪念与省思

刘 磊*

摘要:在米兰达判例之前,美国联邦最高法院虽然已经在个案中解释了1791宪法修正案中“不自证其罪”及“正当程序”条款的基本内涵,但其所采用“震撼良知”这一标准仍然存在漏洞,导致人权保护的力度有所不足。20世纪60年代,美国联邦最高法院法官以“一次一案”方式对警方讯问的合法性进行逐案审查,通过马普诉俄亥俄、吉迪恩诉温瑞特、埃斯科贝多诉伊利诺伊等数个案件,宣告了沉默权、律师会见权、警方讯问时律师在场权对刑事被告人权利保护的正当性。美国联邦最高法院对宪法第五修正案进行了“造法性解释”,在1966年米兰达案明确宣示了沉默权、聘请律师辩护权、非法证据排除规则等诸多权利,该案因此也成为检验警察讯问的法治标准。在后米兰达时代,讯问规则发生了演变,米兰达规则有时被部分扩张适用,有时则被限制适用。正反两种立场进行了交锋后,最终米兰达规则成为美国司法文化的一部分。“一次一案”与“就事论事”的司法审查传统值得我国借鉴,有利于反思欧陆法学思维,亦有利于通过司法个案推进人权保护。

关键词:沃伦法院 震撼良知 米兰达规则 不自证其罪 一次一案

“我们不为大多数人服务,我们不为少数人服务,我们只在宪法和良知的指引下,为我们所见到的公共利益服务。”

——厄尔·沃伦

在当代刑事诉讼发展史上,美国联邦最高法院1966年的米兰达判决无疑是具有里程碑意义的判例。^[1]对于当代法学院的师生而言,几乎无人不知晓米兰达规则。虽然,被告人米兰达最终重审后再次被定罪,^[2]但是该案第一次宣告了刑事被告人侦查讯问时拥有多项救济性权利,例如申请律师

* 苏州大学王健法学院副教授,法学博士。本文是2012年国家哲学社会科学基金项目“刑事程序法的功能研究”(项目批准号:12CFX044)的研究成果。

[1] 沃伦法院时期(1953-1969)的宪法判例中,米兰达一案的判决是其重要的成就之一,对其他国家的刑事诉讼影响深远,被告人米兰达的名字因此出现在当代刑事诉讼教科书上。米兰达案多数派法官的判决意见曾令警察、政客、媒体及公众大跌眼睛,却又经受住了当代法治史上的考验而留名青史,该案是沃伦法院时期刑事程序革命的经典案例。

[2] 案件被发回重审后,亚利桑那州警察不再使用米兰达之前所作的有罪供述,而是找到米兰达前女友并使其成为了警方的证人,米兰达前女友自愿出庭作证弹劾米兰达犯罪,最终米兰达被判处11年监禁刑。1972年(米兰达服刑6年后),获得假释,出狱后以每张1.5美元的价格售卖印有其本人照片的“米兰达警告”卡片,利用米兰达判决渔利。在1976年1月,米兰达在酒吧赌博时进行诈赌,诈赌行为被他人揭穿发现后,与他人发生肢体冲突并被杀害。讽刺的是,杀害米兰达的凶手后来也主张米兰达权利,最终因证据不足逃过了追诉。See Bryan Taylor, *You Have the Right to Be Confused! Understanding Miranda after 50 Years*, 36 Pace Law Review 160, 173 (2015).

在场的权利、获得免费律师辩护的权利、保持沉默的权利、申请排除违法言词证据的权利、放弃米兰达规则需明知且自愿等。^{〔3〕}米兰达判决不仅影响到美国联邦与各州的刑事司法,亦漂洋过海影响到其他文明国家侦讯法制的变革,该案例因此也被视为沃伦法院刑事诉讼革命时代里代表性案例。50年后,如果我们能够重新解读米兰达判决的前后演变历程与法理争议,进而探寻美国联邦最高法院造法性解释的利弊得失,或许对变革中的中国刑事诉讼实务界以及法律解释学、法教义学盛行的当代中国法学学术界,具有积极的参考和借鉴价值。

一、美国侦查讯问的正当程序革命历程

没有沃伦法院,也许就无米兰达规则。虽然,根据1791年美国宪法第四、第五修正案条文,即任何人均有“不得强制自证其罪”权利以及“未经正当程序不得剥夺生命、自由、财产”的权利以及聘请律师的权利。但是,宪法第四、第五修正案条款毕竟是较为抽象的条文,在个案中如何适用一直未有清晰明确的标准。例如,对于“不得强制自证其罪”是否包括沉默权以及警方的告知义务,侦查、起诉阶段嫌疑人律师援助的具体内涵,警方违反第四、第五修正案获得的供述是否应当被排除证据资格,在米兰达案判决结果之前,诸多的争议问题仍然迟迟未决。传统上,美国最高法院通常只是“一次一案”式地逐案进行审查,不承担制定完整、系统的警察执法规则的义务。总体而言,在20世纪60年代刑事诉讼革命之前,法院通常只保护嫌疑人的基础性权利,除非警方讯问行为恶劣,否则推定合宪。米兰达判决对以往的审查标准进行了重大修正,最高法院将嫌疑人被侦讯时的自由意志情况作为判断的主要因素,强调警方讯问之前要履行告知沉默权、律师辩护权利的义务,否则排除供述。在沃伦法院刑事诉讼程序革命完成之后,其后的伯格法院(Burger Court)与伦奎斯特法院(Rehnquist Court)又对米兰达规则进行了修正与限缩,最终构建起相对严整的警察讯问规范。

(一) 革命前夜的警察讯问:只有侵犯“基础性权利”的讯问才被视为违宪

一方面,在20世纪60年代之前,非法取证对警方办案具有相当大的诱惑力,不仅可以迅速破案,而且符合当时的警察文化并为社会主流价值所认可;另一方面,美国非洲裔公民的民权运动尚未真正开始,所以法院对减少与消除刑事司法中的种族歧视一时难有大的作为,虽然警察凌辱刑讯非裔嫌疑人的情形时有发生(尤其是在白人主义至上的一些南方州),但法院却一直未能建立起完整、系统的制裁规范。在米兰达案之前,联邦最高法院对警察强制讯问的审查相较宽松。除非讯问严重影响公正审判或违法手段恶劣至“震撼良知”(shock conscience)程度,否则法院通常认可警方取证的合法性。不过,最高法院仍然在个案中确立了“震撼良知”与“基础性权利”的判断标准,其实只是以较狭窄的标准来审查讯问行为,仅仅是在一些个案中排除违法供述。例如,在1936年的布朗诉密西西比州一案中,白人警察对涉嫌谋杀罪的非裔嫌疑人进行酷刑拷打,州法院认可刑讯供述并宣告有罪判决,案件最终经最高法院审查后,多数派法官认为该案中警察野蛮拷打取证行为已经构成了“强迫”(coer-

〔3〕 完整的米兰达权利包含:(1)警方强制讯问之前,必须告知“米兰达警告”,即“你有权保持沉默,但如果放弃沉默权,你所说的一切均有可能成为法庭上不利于你的证据;你有权聘请律师,如果重罪案件中无力聘请,将会有指定律师为你提供法律援助”。(2)如果警察讯问前未履行告知米兰达警告的义务,嫌疑人作出的供述均不具有证据资格,禁止在法庭上使用。(3)必须是嫌疑人明知且明智地放弃权利,警察才能继续讯问。(4)在任何时间,只要嫌疑人表示他不想再陈述了,讯问必须立即停止。参见[美]卡罗尔·S.斯泰克:《刑事程序故事》,吴宏耀等译,中国人民大学出版社2012年版,第146-147页。

cing) 自证其罪, 违反了美国宪法第十四修正案的“正当程序”条款, 因此推翻了州法院判决。^[4] 1944年, 在阿什克拉夫特诉田纳西州一案中, 警察对嫌疑人进行了长达 36 小时的疲劳讯问, 联邦最高法院审查后认为警方 36 小时讯问且剥夺了嫌疑人睡眠、饮食权利的行为已构成强制讯问, 因此警方获得的供述违反了宪法第十四修正案正当程序条款, 应当排除供述证据。^[5] 1945 年的马林斯基诉纽约州一案, 对于警察强迫嫌疑人脱光衣服逼取供述的行为, 最高法院认定警察行为侵犯了嫌疑人宪法上的“基本权利”(Fundamental Rights), 判决警方的取证手段违法。^[6] 1952 年的罗琴诉加利福尼亚州一案中, 因嫌疑人将毒品吞入胃中, 警察将嫌疑人强制带到医院通过强制其服用催吐剂方法最终从嫌疑人胃中取出胶囊装毒品, 最高法院判决警察取证方法违反正当程序, 警方强制取证行为“震撼良知”, 应当排除物证。^[7]

总体观察, 在 20 世纪 60 年代沃伦法院刑事诉讼革命到来之前, 最高法院一直是谨慎地依据宪法条款来审查警方的讯问行为, 这一定程度上也反映出美国“一次一案”逐案审查的司法传统。^[8] 但是, 对于警方并非恶劣或震撼良知的讯问行为, 如果法院均认定其合法性, 势必出现宪法权利保护上的真空或漏洞。因为, 警方除了刑讯逼供、疲劳审讯、恐吓威胁等恶劣行为之外, 能够通过各种非强制的讯问方法获取有罪供述。假设警方通过线民、狱侦耳目、诱捕侦查、秘密窃听、催眠讯问等并非恶劣的侦查方法来获取嫌疑人供述, 如果法院均认可警方取证的合法性, 不仅会使无辜者迫于警方压力而错误认罪, 最终导致冤案产生; 亦会使宪法条款中的“正当程序”、“不得强制自证其罪”沦为空洞化的纸面权利。毕竟, 警方“震撼良知”的刑讯逼供行为在全部违法取证中只占很小的比例, 对于其他非恶劣的讯问行为能否适用于宪法第五、第六以及第十四修正案, 在沃伦法院刑事诉讼革命到来之前, 一直未能有清晰明确的答案。

(二) 米兰达案判决: 美国讯问程序变革的真正开始

1. 讯问程序革命的序幕: 米兰达案之前的判例铺垫

米兰达案之前, 美国最高法院已经在“马普诉俄亥俄”等判例中确立了一些警方执法规范。1961 年, 最高法院在马普诉俄亥俄案中判决“警方违法搜查住宅获取证据的侦查行为违反了宪法正当程序”。^[9] 在 1961 年的雷克诉佩特一案中, 最高法院判定: 对于低于正常智商的被告人, 警方对其关押

[4] See *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 279 (1936). 该案涉嫌严重的种族歧视与私刑迫害, 被害人是一名 60 岁的农场主, 三名嫌疑人全部为非裔美国人, 因承租被害人农场而被警方怀疑谋杀罪。警察与其他几名白人男性将非裔嫌疑人吊在树上拷打, 嫌疑人被迫作出了有罪供述。该案的审查范围较窄, 法院只是对警方恶劣的刑讯行为进行审查纠正。对于警方非暴力的取证行为(例如剥夺律师讯问在场权), 法院并未说明审查判断标准。判决书使用的是强迫(coercing)而非强制(compelled), 似乎在暗示: 只有暴力取证行为, 才为宪法所不容; 心理控制、诱供、剥夺律师会见权、言语威胁等非暴力的强迫行为, 不在法院审查的范围之内。

[5] *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944).

[6] *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401 (1945).

[7] *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). 虽然, 该案争议的是警方违反宪法第四修正案的“搜查扣押”条款, 并非审查警方讯问行为合法与否。但是, 该案提出的证据排除规则适用标准却值得研究。法官本案中倾向认为: 当嫌疑人的基础性权利被侵害时, 应当适用排除规则吓阻警方不法取证, 对米兰达案中的供述排除提供先例参考。

[8] 在 20 世纪 60 年代刑事诉讼革命到来之前, 美国刑事诉讼法课程的内容其实非常简陋, 课堂内只讲授审判程序, 侦查、起诉程序不出现在刑事诉讼教科书上。在 1960 年代之前的美国法学院内, 当时的刑事诉讼程序只是作为刑法的辅助法或次要内容讲授, 对美国法学院师生是无足轻重的课程, 通常不为学界与实务界所重视。Yale Kamisar, *Look Back on a Half-Century of Teaching Writing and Speaking about Criminal Law and Criminal Procedure*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 69, 70 (Fall 2004).

[9] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

八天获取供述的行为违宪。^[10] 在1963年著名的吉迪恩诉温瑞特一案中,最高法院认为重罪案件中的所有贫穷被告有免费获得政府指定律师进行辩护的权利,否则一审审理程序因无律师参与而违反宪法正当程序条款。^[11] 在1964年的马洛伊诉霍根一案中,最高法院认为宪法第五修正案“不得强制自证其罪”的规定适用于各州。^[12] 而在1964年的“埃斯科贝多诉伊利诺州”一案中,嫌疑人向警方主张律师在场权被拒绝后,律师到警局后要求会见嫌疑人亦被拒绝,最高法院认为该案警方行为侵犯了嫌疑人宪法第六修正案中的律师援助权利,将案件发回重审。^[13]

但是,上述判例仍然未能在警方讯问行为合法与非法之间划出一条清楚而明确的界限(bright line),反而留下了许多悬而未决的问题。^[14] 例如,最高法院在马普案所排除证据的范围只是限于“非法搜查私人住宅”,并未论及警方拒绝告知律师辩护权所获得的供述是否被排除的问题;吉迪恩案判决只论及被告人庭审中有免费获得律师辩护的权利,但是对侦查讯问阶段政府是否应当为嫌疑人指定律师问题未提及;在雷克诉佩特案与马洛伊诉霍根案中,警方严重侵犯了犯罪嫌疑人的基本权利(数天羁押与疲劳讯问),而米兰达案中警方却并未有任何明显的违法行为,只是未告知沉默权,讯问全程中也没有任何刑讯行为,既然警方的行为不构成强迫供述,所以不应当适用宪法第五修正案;此外,与埃斯科贝多诉伊利诺州一案不同的是,讯问前嫌疑人米兰达并未要求聘请律师(埃斯科贝多却明确要求律师在场),能否将埃斯科贝多案类推适用于犯罪嫌疑人无意识或无力聘请律师的案件,仍然无定论。

2. 美式“司法能动主义”与米兰达规则的确立

1966年,最高法院受理米兰达的上诉后,经过前后五轮的开庭听证,最终以5:4的微弱多数确认了侦查讯问中嫌疑人所应拥有的组合性权利:沉默权、警方告知沉默的义务、告知聘请律师的义务、政府为贫穷被告人指定律师的义务以及申请法院排除非自愿供述的权利。^[15] 米兰达案的最终判决,可被视为上述多个判例的“权利集合”,同时也可被视作吉迪恩诉温瑞特等案判决的“权利升级版”。^[16]

米兰达案判决之所以在当代刑事司法上具有划时代的意义,其主要原因有:(1)如何审查判断嫌疑人陈述的自愿性与意志自由,最高法院采用了新的司法审查标准,首次将“心理强制”也视为强制讯问的方法,^[17]并且要求警方讯问前履行权利告知义务,这一新标准史无前例,在当时的美国警界如同

[10] *Reck v. Pate*, 367 U. S. 433 (1961).

[11] *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335 (1963).

[12] *Malloy v. Hogan*, 378 U. S. 1 (1964).

[13] “If the right to counsel to was not respected, the confession could not be admitted even though all circumstances taken together indicated the voluntaries of the confession and an absence of offensive police conduct.” See *Escobedo v. Illinois*, 378 U. S. 478 (1964). 该案与米兰达案的案情并不相同,本案嫌疑人已经聘请了律师,而且律师到警局要求会见。而米兰达案中,嫌疑人并不要求聘请律师。同时,本案仍然存在悬而未决的问题:嫌疑人是否有保持沉默的权利以及警方讯问前是否有告知沉默权的义务。

[14] 在米兰达案之前,对讯问嫌疑人的“自愿性”与警方“强制”的判断标准问题,最高法院似乎倾向于采用“总体情势”(totality-of-the-circumstances)标准,即根据案情的综合因素(例如嫌疑人智力、年龄、情绪、教育、犯罪前科等)来判断。但该标准在实践中过于空洞或流于形式审查,并没有明确警方讯问合法与否的清晰标准,除非警方采用暴力或其他恶劣方法进行讯问,否则法院不会排除讯问证据,以“总体情势”的标准来制衡警方侦查讯问的效果并不明显。See Yale Kamisar, *On the Fortieth Anniversary of the Miranda Case: Why We Needed It, How We Got It—And What Happened to It*, 5 Ohio St. J. Crim. L. 163, 164-165 (Fall 2007).

[15] <https://www.oyez.org/cases/1965/759>, last visit date: 2016-6-28.

[16] [美]克雷格·布拉德利:《刑事诉讼革命的失败》,郑旭译,北京大学出版社2009年版,第28-29页。

[17] “Again we stress that the modern practice of in-custody interrogation is psychologically rather than physically oriented.” See *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966), Chief Justice Warren’s opinion.

惊雷一般。^[18] (2) 虽然,在米兰达判决生效适用的初期,该判例曾经饱受警方、总统、政府部门、媒体的批评甚至讥讽,认为最高法院给警方带上了手铐。^[19] 很多学者也认为,米兰达判决所赋予嫌疑人的组合性权利,意味着由最高法院为执法机关制定了“警察讯问规范”,法院将会角色错乱地成为警方执法的监管者。^[20] 但是,在所有刑事诉讼判例中,米兰达判决对当时的执法机关而言无疑是最具冲击力的判例,促使执法机关调整讯问策略与讯问方法来遵守宪法判例。虽然,后来判例的演变过程中曾经出现一些波折,但美国刑事司法历史最终印证:刑事执法机关经过数年的调适,逐渐接受甚至欢迎米兰达规则的存在。^[21] 米兰达规则对世界刑事诉讼程序的法治化进程,可谓是意义深远。(3) 通过个案中的法条解释,美国宪法解释学逐渐在美国法学院内成为显学,并最终成为全世界宪法领域的典范。米兰达判例体现了美式宪法审查中的“司法能动主义”(judicial activism),也可被视为制定法内“造法解释”(law-making interpretation)方法的典范。^[22] 相较部门法立法条文,宪法条款往往相对抽象,法官如何审时度势地将宪法中的“睡眠权利”通过判例转化为具体权利,这亦是美国法官与学术界面临的法理困境。在1960-1966年间,随着非裔美国人争取民权运动的不断推进以及国际冷战局势的变化,最高法院开始审时度势,为警方讯问制定相应的讯问规则。在美国独特的司法审查传统下,当法治气候形成后,亦会产生法院造法性解释的社会期待,而且除最高法院之外似乎再难找到更合适的担当造法性解释的部门。最高法院原本一直期待各州能够及时立法保护嫌疑人宪法上的基本权利,但各州一直迟迟未动,最终由最高法院通过法内造法解释的判例实现了部分个案正义。在米兰达案判决书中,最高法院多数意见对宪法第五修正案中的“强制”(compelled)一词的含义进行了扩张解释,将警方心理强制方法获得的供述予以排除。判决书多数意见亦认为,当警方讯问前不告知沉默权与律师辩护权利时,犯罪嫌疑人因承受心理压迫造成意志不自由,因而所作的陈述是非自愿的,警方在运用心理强迫方式获取供述。^[23]

[18] Jim Newton, *Justice for All Earl Warren and the Nation He Made* 468 (Penguin Group Inc 2006).

[19] Michal R. Belknap, *The Supreme Court and Criminal Procedure: The Warren Court Revolution* 37 (CQ Press 2010).

[20] Paul G. Cassell & Richard Fowles, *Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on Miranda's Harmful Effects on Law Enforcement*, 50 Stan. L. Rev. 1057, 1057 (April 1998).

[21] 根据美国耶鲁大学法学院研究团队对纽黑文市(New Haven)1966-1967年嫌疑人供述率的实证研究报告,警方讯问前进行“米兰达警告”,犯罪嫌疑人的有罪供述率并未因此下降。警方遵守米兰达规则并不必然影响获取有罪供述的比率:在杀人、抢劫等严重犯罪案件中,嫌疑人作出有罪供述的比率不仅没有下降,反而上升了;从种族比例统计看,进行米兰达警告后,非裔嫌疑人作出有罪供述的比例反而高于白人嫌疑人,这意味着白人嫌疑人自愿配合讯问的意愿反而低于非裔(米兰达规则其实较多地保护了白人犯罪嫌疑人)。Walter E. Meyer Research Institute, *Interrogations in New Haven: The Impact of Miranda*, 76 Yale L.J. 1519, 1519-1648 (1967).

[22] 国内学者多将“judicial activism”译为“司法能动主义”,似乎需要再推敲,译为“司法积极主义”可能更为准确。因为,美式宪法审查具有明显的个案取向与司法谦逊的传统,法官不得任意僭越制定法,个案中处处能动地进行造法解释。但是,为了避免一词多译而产生误解,本文暂时延用学术界约定俗成的译法。

[23] 通常,最高法院法官多请助手代写判决,但米兰达案则是例外。首席大法官沃伦没有使用助手,而是自己亲自写了长判决书,劝告各州推动人权保护。沃伦在判决书中已有所暗示:推动刑事司法变革的任务,主要应当由国会与各州来完成。“It is impossible for us to foresee the potential alternatives for protecting the privilege which might be devised by Congress or the states in the exercise of their creative rule-making capacities. Therefore we cannot say that the Constitution necessarily requires adherence to any particular solution for the inherent compulsions of the interrogation process as it is presently conducted.” *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), Chief Justice Warren's opinion.

二、后米兰达时代侦查讯问规则的演变

(一) 两种观众、两种声音:米兰达判决后的判例演化与立场交锋

1. 限制与推翻米兰达判决的声音

米兰达判决之后,一些偏向文本主义与原旨主义的学者批评沃伦法院的宪法解释已经“走得太远”。^[24] 判决结果似乎超出了宪法第五、第六修正案的立宪者的原意,偏离了美国联邦与各州分权的传统,也背离了“法与秩序”下公共安全优先的民意基础;^[25] 政治领域内的反应更为激烈,尼克松总统批评最高法院法官们对犯罪行为软弱仁慈。^[26] 1968年,美国国会制定《综合犯罪控制与街道安全法》试图推翻米兰达规则,法案规定讯问“自愿性”与否应当综合判断,意味着即使警方不告知沉默权利与律师辩护权,法院也未必要排除有罪供述,国会立法等于变相否定了米兰达判决。^[27] 而1968年的特里诉俄亥俄案判决,警方对于盘查拍身行为无需进行米兰达警告,有学者认为沃伦法院在此案中几乎是宣告了刑事诉讼革命的暂告结束。^[28]

在沃伦等温和的保守派法官1969年陆续退休后,^[29] 总统开始提名保守派色彩更为浓厚的法官人选,试图推翻米兰达判例。但后来的法院仍然遵循先例,肯定了米兰达判例的法治内核,并对之进行了限制、修正与补充,同时又对米兰达规则设定了若干例外,使得米兰达规则发生了复杂的演化:(1) 在1971年的哈里斯诉纽约州一案中,最高法院认为,如果供述只是用于证明“与先前不一致的陈述”,即使违反米兰达规则,但可以用于反驳被告人法庭上陈述的可信度而并不违反宪法。^[30] (2) 在1976年的贝克威斯诉美国一案中,最高法院对羁押“讯问”(custodial interrogation)的定义进行了曲解,认定

[24] 例如,学者英博(Inbau)就认为:“就像莎士比亚名剧《亨利五世》幕僚建议国王的那样:‘我们第一件要做的事,就是杀死所有的律师。’如果我们律师界容忍米兰达判决这一恶作剧,一些置身事外者或许会认为莎士比亚的想法并不坏。”Fred E. Inbau, *Over-
Reaction—The Mischief of Miranda v. Arizona*, 89 J. Crim. L. & Criminology 1449, 1463 (1999).

[25] 例如,宪法原旨主义解释方法的代表人物斯卡里亚(Scalia)就认为:“米兰达权利只是沃伦法院的决定,或许国会不能推翻,但可以由我们后来继任的法院来推翻。”See *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

[26] 尼克松在1968年竞选总统时严厉地抨击沃伦法院:“一些法院走得实在是太远了,削弱了反犯罪的和平的力量。”See Lucas A. Powe, *The Warren Court and American Politics* 407-411 (The Belknap Press of Harvard University 2000).

[27] 参见1968年《综合犯罪控制与街道安全法》第3501款,该法案在参众两院均以压倒性多数通过。如果法院以该法案为依据审查讯问供述的自愿性,等于回到了米兰达案之前的“总体情势”标准,赋予法官自由判断嫌疑人供述的自愿性,该法案其实变相地否定了米兰达判决。此外,法案明确授权警方有权进行窃听、非法羁押外国公民、诱供等,推翻了米兰达案讯问自愿性的审查标准。总体而言,该法案代表了保守政治势力的反击企图。

[28] 由于沃伦法官判决书中的脚注多次引用耶鲁·卡米萨教授的观点,卡米萨教授因此被法学院师生誉为“米兰达判例之父”。卡米萨教授本人一直是米兰达权利的坚定拥护者,但其却认为,1968年的特里案标志着沃伦法院刑事诉讼革命已经结束。See Yale Kamisar, *Warren Court and Criminal Justice: A Quarter-Century Retrospective*, 31 Tulsa L. J. 1, 5 (1995).

[29] 国内有学者将沃伦形容为自由派法官的代表,可能是仅仅分析判决结果而得出的结论,有待推敲。参见任东来、胡晓进:《在宪政舞台上》,中国法制出版社2007年版,第303-359页。从历史的真实情况看,沃伦法官可能属于温和的保守派而非典型的自由派。其履职最高法院之前曾经担任过加利福尼亚州州长,在太平洋战争期间在加州坚决地执行了联邦政府设置集中营强制隔离日裔美国人的决定。更早之前,沃伦担任过该州检察总长弹劾犯罪,其父亲1939年死于枪击谋杀(凶手却一直逍遥法外),沃伦的履历在共和党保守派那里几乎是无可挑剔。从沃伦的简历不难看出:沃伦是典型的共和党代表,奉行联邦主义(前提是尊重州权)与有限政府理论,强调联邦应当对政府部门的滥用权力进行约束监督与司法审查。在犯罪议题上,美国共和党一直有偏向公共安全、打击犯罪的传统,所以用自由派法官来形容沃伦可能失实。

[30] *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

警方非拘捕目的的谈话无需事先告知嫌疑人米兰达警告。^[31] (3) 在 1980 年的纽约州诉考尔斯一案中,最高法院认为存在“公共安全的例外”,当公共安全受到威胁时,警方询问枪支丢弃地点是为了维护公共安全,未进行米兰达警告的证据具有可采性。^[32] (4) 在 1984 年的尼克斯诉威廉姆斯一案中,最高法院判决当某项证据可能为警方所“必然发现”时,警方未进行米兰达警告所获得的证据仍然合法。^[33] (5) 在 1985 年的俄勒冈州诉埃尔斯塔德一案中,最高法院认为供述的“毒树果实”理论的适用范围不应当过度扩张,即使警方先前存在着非法搜查与非法讯问,但只要之后在警局内所作的供述是依照合法程序进行米兰达警告后取得的,法庭仍应当允许。^[34] (6) 在 1990 年的伊利诺伊州诉伯金斯一案中,最高法院认可了狱所“卧底线民”的证据能力。虽然卧底线民是在无任何权利警告的情况下获取嫌疑人供述的,法院仍然认为监所内的卧底线民并未对嫌疑人实施强制行为,所以嫌疑人供述仍然是“自愿”的。^[35] (7) 对于违反米兰达规则的上诉审的审查标准问题,原审中对被告人的不利推定属于非宪法性的“无害错误”(harmless error),默认了陪审团对被告人沉默行为的不利推定。^[36]

总体而言,在后来的伯格法院与伦奎斯特法院时期,米兰达规则被国会立法及最高法院判例进行了限缩、修正,刑事诉讼革命的速度因此降低,但米兰达规则并未被推翻,而是幸存下来并成为警方讯问执法的基本规范。批评的声浪曾经匆匆汹涌到来,但随后又匆匆地悻悻而去。

2. 支持米兰达规则的声音

(1) 继任法院的立场与学界声音:米兰达规则确有必要

事实上,之后的继任法院在有些案件中还扩张了米兰达规则的适用范围。例如确认了“列队辨认”时律师在场权、^[37] 米兰达警告适用于警局以外的拘捕、^[38] 排除非自愿的供述等等。^[39] 如前所述,继任法院只是暂时中止了讯问程序革命,限缩了米兰达规则的适用范围,但并未试图推翻米兰达判例。一直到 2000 年的迪克逊诉美国一案,米兰达规则才遇到了真正的挑战。联邦第四巡回上诉法院

[31] *Beckwith v. U. S.*, 425 U.S. 341 (1976). 该案基本案情如下:被告人被怀疑从事税务欺诈犯罪(但警方暂时尚无充足的证据),警察在上午八点主动登门“拜访”了其住宅,与其进行了三小时对话,但被告人并未被逮捕,也未告知米兰达权利,该陈述后来作为法庭上对其不利的证据。法院认为警方的行为只是非强制的询问,并未拘捕嫌疑人,所以不构成羁押性质的讯问。1980 年的罗德岛州诉英尼斯一案案情与之类似,警察在对话中谈及被告人枪支搜寻情况(警察说:“天哪,要是那些天真的孩子发现霰弹枪不小心伤了自己怎么办?”),英尼斯主动打断警察对话要求回去寻找枪支,Stewart 法官认为警察在被告人面前的谈话不构成“讯问”(interrogation),所以也无需事前告知沉默权。*Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980).

[32] *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1980).

[33] *Nix v. Williams*, 476 U.S. 431 (1984). 嫌疑人威廉姆斯(Williams)涉嫌杀害了一名十岁的少女,警方在律师不在场的情况下试图“感化”嫌疑人,以获取尸体的藏匿地点(嫌疑人是基督徒):“按宗教精神,尸体得不到礼葬是不合乎教义的。”威廉姆斯于是带领警察发现尸体藏匿地点,最高法院认为尸体藏匿地点最终必然会发现,因为警方已进行“地毯式”搜索,且天寒地冻(尸体不会腐烂)。因为警方未进行米兰达警告,口供及根据口供获得的证据本应当适用证据排除规则,但最高法院认为本案发现尸体与被告人供述间无必然因果联系,所以不适用毒树果实规则。

[34] *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985). 在该案中,警方根据合法的逮捕证而入埃尔斯塔德的家,在未告知“米兰达”权利下获得第一次口供,将嫌疑人带回到警局后,警方才宣读了“米兰达”权利,嫌疑人在其认罪陈述书上签了字。布伦南法官认为第二次陈述是第一次非法口供之果,但多数派法官意见否认了二者间的因果关系。

[35] *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990).

[36] *Brecht v. Abrahamson*, 507 U.S. 619 (1993).

[37] 例如 1972 年的柯比诉伊利诺伊(Kirby v. Illinois)案,四名尼克松总统任命的保守派法官虽已上任,但并未否定之前的判例,仍然认为列队辨认的过程中,嫌疑人有权请律师在场。参见[美]克雷格·布拉德利:《刑事诉讼革命的失败》,郑旭译,北京大学出版社 2009 年版,第 34 页。

[38] *Howes v. Fields*, 132 S. Ct. 1181 (2012).

[39] *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760 (2003).

判决:1968年的《综合犯罪控制与街道安全法》已经取代了米兰达判决,应当根据该法案而不是1966年的米兰达判决来审查判断警察讯问的合法性。^[40]此判决关系到米兰达规则的最终命运,假设最高法院也认可1968年的法案内容,等于将侦查讯问的审查标准恢复到1966年米兰达案之前较宽松的“总体情势判断”(totality-of-the-circumstances)标准,意味着米兰达判决确立的“刚性规则”将因此被推翻。但是出人意料的是,曾以保守立场而闻名的伦奎斯特大法官在本案中却改变了保守立场,代表多数意见判决美国国会的法案抵触了宪法修正案,既然米兰达规则已为1966年的宪法判例所确认,即通过宪法条款暗含的“预防性规则”吓阻警方违法,国会的法案却否定警方讯问前警告权利的义务,因此实质上抵触宪法第五、第六修正案,本案警方的行为不因1968年的法案而合法化。^[41]通过对继任法院诸多讯问判例的研究,美国学术界的主流声音倾向于认为:米兰达判决作为沃伦法院司法能动主义的典范,只不过是“不完美世界中的“不完美的规则”而已,既然可以通过判例重新调整与限缩其适用的范围,后来的法院没有必要再推翻米兰达判决。^[42]

(2) 警方立场上的变化:从强烈反对到逐渐适应再到积极拥护

一方面,从各种实证数据分析,警方进行米兰达警告对犯罪追诉率、定罪率的影响几乎可忽略,更无明显的证据证明米兰达判决与犯罪率升高之间有直接或间接关系。^[43]从犯罪学分析,影响公共安全因素非常复杂,社会阶层分布状况、亚文化群体与主流社会冲突、警力状况及办案效能、社区环境等诸多因素均有可能影响犯罪率及犯罪行为的区域分布,^[44]警方是否告知米兰达规则与警方侦查效能之间无必然因果联系。另一方面,当警方讯问前告知米兰达规则后,嫌疑人自愿放弃权利所作的有罪供述的证明力将因此提高,认罪交易与定罪率均有所升高。公众也乐于相信:当警察进行米兰达警告之后,在密闭的警局内进行的讯问会较遵守正当程序。而且,米兰达组合权利的确立,使得警方的暴力刑讯行为大幅下降,刑事司法的酷刑与私刑现象从此逐渐绝迹,重塑了警方规范执法打击犯罪的警察文化与社会重新认同。警察群体不仅逐渐适应米兰达规则,而且将米兰达规则作为警方重要的培训内容以此来推动当代警察职能的职业化与规范化。^[45]总体观察,美国警方对米兰达规则的立场,经历了从最初的诧异到逐渐适应再到20世纪80年代完全接受的变化历程。

[40] *United States v. Dickson*, 166 F.3d 667 (4th cir. 1999).

[41] *Dickerson v. U. S.*, 530 U.S. 428 (2000).

[42] Yale Kamisar, *On the Fortieth Anniversary of the Miranda Case: Why We Needed It, How We Got It — And What Happened to It*, 5 Ohio St. J. Crim. L. 163, 163-204 (2007).

[43] 对于米兰达权利是否严重影响公共安全的关系问题,美国学者对之进行了数十年的实证研究。研究表明:(1)警方进行米兰达警告后,除毒品、枪支买卖等特定犯罪案件之外,嫌疑人的供述并未明显减少或者说与1966年之前的供述比例有差别;(2)犯罪率与米兰达警告无明显关系。例如1966-1968年间,暴力抢劫、杀人、强奸案的发案率反而下降,谋杀与性犯罪在1995之前基本保持着向下走势;(3)进行米兰达警告后,对于一人犯数罪的案件,嫌疑人可能会隐瞒部分罪行而不作完全供述,但因为未影响到有罪判决,对公共安全的冲击也在可控的范围。See Paul G. Cassell & Richard Fowles, *Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on Miranda's Harmful Effects on Law Enforcement*, 50 Stan. L. Rev. 1069, 1069-1145 (1998).

[44] [美]斯蒂芬·E.巴坎:《犯罪学:社会学的理解》,秦晨等译,上海人民出版社2011年版,第38-73页。

[45] Edward A. Flynn, *Miranda and the Evolution of Policing*, 10 Harv. L. & Pol'y Rev. 101, 105-109 (2016). 根据威斯康星州密尔沃基市警长弗林的亲身经历,即使无嫌疑人供述,美国1960年代警察出庭作证弹劾犯罪的成功率相当高,告知米兰达权利通常不会影响定罪,普通刑事案件警方对口供的依赖性并不高。只是在严重犯罪案件中,警方才认为供述对定罪较为重要,警方需要取得有罪供述,讯问前必须宣读米兰达权利。

(二) 不同诉讼模式下米兰达规则的可能结局

1. 诉讼模式的选择与米兰达规则

如何平衡人权保护与犯罪控制之间的冲突,这是所有文明社会所长期面临的课题。1964年,斯坦福大学帕卡教授提出了“刑事诉讼中的两种模式”理论,认为根据立法目的与公共安全权重的不同,可以将刑事程序分为犯罪控制模式与正当程序模式。^[46]在当代刑事司法中,国家要同时实现两个目标:防范冤假错案与防止有罪者逍遥法外。对于侦查、追诉部门而言,既要保持犯罪破案率与追诉成功率,又要防范公民权利因警方权力滥用而产生灾难性后果。然而,根据两个目标分别设计的制度结果间可能会出现一定的反差与矛盾,尤其是在犯罪态势严峻、口供依赖度高、警力不足、侦查效能不足的背景下。在犯罪控制模式下,虽要兼顾人权保护,但当二者冲突时保持高追诉率与定罪率比较符合公众对公共安全的期待;在正当程序模式下,至少在一定数量的个案中,程序正义将优先于实体正义,如果警方讯问因为违反米兰达判例标准被法庭排除后,有可能使国家对犯罪行为的刑罚权落空。^[47]如果将米兰达规则视为警方讯问所不可逾越的红线,无疑符合正当程序模式。

反之,如果认为公共安全优先于嫌疑人诉讼权利保护,媒体、公众、警方及政治力量通常会反对米兰达规则。不过,犯罪控制模式之下,并非没有正当程序运作的空间。如前所述,追诉率、定罪率只是犯罪控制中的非决定性因素,赋予嫌疑人沉默权、讯问时律师在场权、申请证据排除等权利并不必然影响真实发现与犯罪控制。一方面,警方进行米兰达警告的执法成本并不高,而有效提升执法法治化的功能却不可估量,执行米兰达规则的司法收益高于执法成本;另一方面,即使因警方告知米兰达规则而导致在极少数的个案中出现错误的无罪判决,只要误判无罪的比例在可控制的范围内,对公共安全造成的冲击亦是可控的。同时,米兰达规则因补强证明供述自愿性而增加警方追诉成功率,所以断言米兰达规则与犯罪控制模式冲突的结论似乎值得推敲。虽然,美国共和党保守派有偏向法与秩序的传统,但作为温和保守派的沃伦法院却积极推动侦查讯问的法治进程,这亦说明:强调公共安全与嫌疑人权利之间的冲突并非不可调和。

2. 米兰达规则的两种审查模式:刚性规则与柔性规则

50年后的今天,如果重读米兰达判决书,或许能够发现:在设置底限标准排除非法讯问证据的同时,沃伦法院仍然保持了必要的谨慎、克制与妥协。或许,沃伦法院判决书中体现出的妥协精神,^[48]反而体现出一定的“司法智慧”:最高法院只是“一次一案”谨慎地来实现个案正义,劝告而不是强迫各州修法,判决的范围原则上只适用于本案或之后类似的案例,只要警方讯问不触及最高法院划定的底限标准,原则上则推定合宪。如前所述,沃伦法院是先通过米兰达判例为警方划定一条明确的违法红线(刚性规则模式),以此来设定警方讯问合法与非法之间的“明确界限”(bright-line-rule),再根据“震撼良知”等柔性规则来决定是否排除讯问证据。所以,1966年米兰达规则的前后演变历史,亦

[46] Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. Pa. L. Rev. 1, 1-68 (1964).

[47] 例如,1964年因杀人罪被原审法院定罪的艾斯科贝多(Escobedo),以“警方拒绝会见律师并以欺骗方式诱供”为由上诉至最高法院,沃伦法院5:4微弱多数推翻原有罪供述的证据效力。发回重审后因证据不足而无罪开释。但是,1967年艾斯科贝多因贩卖毒品被定罪,出狱后又因猥亵儿童与谋杀未遂被判有罪,后来又因非法持有武器再判入狱,以至于审判法官在判决书中形容其为“职业罪犯”。See Lucas A. Powe, Jr., *The Warren Court and American Politics* 410-411s (The Belknap Press of Harvard University 2000).

[48] Yale Kamisar, *How Earl Warren's Twenty-Two Years in Law Enforcement Affected His Work as Chief Justice*, 3 Ohio St. J. Crim. L. 11, 29-30 (2005).

可被视为“刚性规则”与“柔性规则”被组合使用的过程。如果考察美国最高法院独特的司法审查历史渊源与现实,至少从主观上来看,最高法院并不倾向于为警方制定全面、系统的“讯问规范”(虽然客观上通过判例制定了其中一部分)。将警方讯问合法性的具体标准问题,留给立法机关与民意开放讨论,进行民主协商最终重新修法,更符合“司法自我克制”(judicial self-restraint)主义。

因此,在米兰达案判决之后,沃伦法院同时遭受到自由派与保守派两方的攻击:自由派批评米兰达判决中的“柔性”部分,认为米兰达判决存在若干人权保护上的规则漏洞或太多的弹性适用空间,似乎最高法院其实是容忍警方在警局之外不告知沉默权、律师在场权,而且之后确立了“犯罪登记例外”〔49〕“公共安全例外”〔50〕“证据必然发现的例外”〔51〕等诸多的适用例外,这等于限制了米兰达规则的适用范围;保守派则批评沃伦法院的“刚性规则”部分,认为法官毕竟不是执法现场警察,由法官代替警方制定讯问规则不切实际,难以适应侦查中个案的复杂情况,米兰达规则中的刚性标准有可能会使警方很难在犯罪控制与保护人权之间保持平衡。采用刚性规则的优点在于:法院强制排除警方侵犯嫌疑人沉默权、律师会见权的陈述,不仅标准清晰、易于操作,而且维护了嫌疑人的底限人权;缺点则是:因缺乏必要的审查弹性,导致警方在一些个案中反而无所适从。考察50年来米兰达规则的演变,我们或许能够发现:美国最高法院采用的是刚性规则与柔性规则的组合审查模式。一方面,通过米兰达规则这一刚性规则强制排除非法讯问;另一方面,美国最高法院仍然倾向于在讯问规则问题上预留出必要的弹性空间,通过刚柔相济的规则来调适个案程序正义与警方讯问权力之间的冲突。

三、从米兰达判例透视英美判例法中的司法智慧:一次一案与就事论事

“中国自清末沈家本以降,以东洋日本为跳板与榜样,在法律制度方面借鉴与学习西洋的基本上是欧陆罗马法的概念与学理。……普通法与衡平法进而与制定法的二分亦是欧陆罗马法所没有的。司法救济优先的观念所导致的诉权及司法技术的丰富与错综复杂局面对翻译提出了挑战。”〔52〕对于长期浸润于罗马法或德日法的学人而言,他们往往习惯于元理论、学说史、立法史、法教义学,对美国法注重个案中的权利救济以及逐案审查倾向可能相较陌生,对“零星判例、规则零碎化”式的判例法则可能会有所保留。其实,欧陆法思维与判例法思维之间并非完全不容,如果能够吸收判例法“一次一案”逐案审查的合理内核,则对成文法国家修法与法官解释法条具有一定的正面价值。

如前所述,美国最高法院进行个案审查时保持一次一案的做法是为了尽量避免扩张案件的示范作用,但英美法系有“遵循先例”的传统,这两者之间是什么关系?一方面,遵循先例就是为了保持前后判决上的一致性,也正体现了前案对后案的示范作用;另一方面,只有当前后案件间的基本事实相同时,新的判例才有可能适用于将来出现的相似的案例,所以没有必要担忧新案的示范作用会任意扩张。此外,在英美判例法传统上,除非出现情势变更或者前例规则已不合时宜导致严重的不正义,法院通常不会进行造法性解释。因此,善用遵循先例原则能够体现出法官的司法谦逊主义。

〔49〕 *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582 (1990).

〔50〕 *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1980).

〔51〕 *Nix v. Williams*, 476 U.S. 431 (1984).

〔52〕 薛波、潘汉典:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,“卢峻教授序言”。

(一)从米兰达判决透视英美判例法中的“个案取向”

“英美法庭对于棘手问题,总是循序渐进,而非大幅跃进。”^[53]在现代多元社会背景下,法院与立法者一定会面临各项非常棘手的法律议题,例如堕胎、同性恋婚姻、安乐死、认定种族歧视的标准、言论自由的边界等等,而任何一项重大法律议题的不当判决,均有可能使得法院身陷泥潭而饱受批评。对于中国法院与学界而言,既要审时度势地推动人权议题的深化讨论,同时亦必须保持必要的司法克制主义,避免过度“宽而深”的司法解释侵蚀立法权。我国目前虽无美式宪法审查制度,但我国最高人民法院一直有以司法解释制定法律细则的传统。重新思考英美判例法背后的法学思维与个案取向价值,不仅有利于超越欧陆法一元论色彩的法律解释学,而且对变迁转型中的中国刑事诉讼法解释学,仍然具有积极的参考价值。

对于大多数受德日法学思维影响较深的学者而言,可能早已习惯于研究理论、学说、教义学、法条体系解释,英美法中不轻易诉诸宽深理论的“个案取向”思维以及“零星判决、规则碎片化”的制度,或许令人一时难以理解。在欧陆法思维训练下,法官适用法律被视为“寻找法源—分析法条逻辑—对案件事实进行法律判断—法条涵摄事实”的过程,^[54]理想的裁判者最好具有“学者型法官”色彩,通过寻找法条与事实间的相互关系决定法律适用;当发现消极适用法律产生极度的“个案不正义”时,必要时再通过“利益衡量”、“诚实信用”、“情势变更”等原则进行“法的续造”(造法性解释)。^[55]传统上,从德、日等国继受的法律解释学是典型的一元论解释体系(美国宪法解释则属于二元论解释体系),即在“法条帝国”体系下,由法官在浩繁的法条迷宫中寻找法条文义及字词背后的意义。^[56]“认识法律不意味抠法律字眼,而是把握法律的意义和效果。”^[57]易言之,从欧陆的法律解释学传统来看,其较注重研究“法条与事实”关系,热衷运用逻辑学三段论进行推理演绎,最终通过案例积累与学术研究制定严密的总则体系。假设米兰达案发生在德国、日本,对于宪法第五修正案中的禁止“强迫自证其罪”条款的内涵问题,欧陆法与英美法思维的判决结果可能会有所不同。(具体内容见下页列表)

所谓司法判决“宽而深”(wide and deep),是指法官将个案结论试图推及到其他所有相似的案件中,前案作出的司法判决最好能够提出较深的学理论证(例如程序正义、人权至上、正当程序原则等),之后再根据前案的判决理由、演绎推理及学术理论来指导后案。司法判决上的“窄而浅”(shallow and narrow),则是要求法官保持谦逊或司法克制,尽量不提出深层的学理分析,亦不扩张或类推适用于后判例,只有当后案与前案的案情非常相似时,才适用前案的判决理由与法律规则,^[58]即在逐案审查(case-by-case)后下判时力图做到“一次一案”(one case at a time),在识别个案事实的基础上谨慎理解法律条款的内涵与限定判例的适用范围,尽量避免宏大的理论与盲目扩张某一个案例的示范作用。从前述米兰达诉亚利桑那州等案件的判决书说理方法来观察,被视为“释宪典范”的美国

[53] [美]凯斯·孙斯坦:《司法极简主义》,商千仪、高忠义译,台湾商周出版公司2001年版,第2页。

[54] 所谓“涵摄”(subsumtion),系“将特定案例事实(Sachverhalt = S),置于法律规范的构成要件之下(Tatbestand = T),以获致一定的结论(Schlussfolgerung = R)的思维过程”。王泽鉴:《法律思维——请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第157页。

[55] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第1-300页。

[56] 在英美国家,亦有支持者,例如《法律帝国》一书的作者德沃金,“文本主义”、“原旨主义”释宪方法的代表斯卡里亚等等。他们追寻事实与法条之间的融贯,避免法官个人的好恶影响司法判决结果,从原则与规则的联系、文本解释、立法史上的原意解释、立法目的解释等视角来理解法律条文的原意。

[57] [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,扉页。

[58] Cass R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, 43 *Tulsa L. Rev.* 825, 825-842 (2008).

在两种法律思维传统下米兰达案的不同结局	“强制”一词的含义	“法官造法解释”的法理根据	造法性解释的方法	学术理论与比较法对法官判决的影响力	之前案例所确立规则的适用范围(对后案拘束力)
追求“法律规则完整、体系化”的欧陆法传统 结论:警方对米兰达的讯问不属于宪法第五修正案条款“强制”的通常含义	结论:“心理强制”不属于宪法第五修正案中“强制”(compelled)通常含义	法官与学者应当追求规则的完整与统一性,修补立法者留下的法律漏洞	将文义解释、立法史考察、目的论解释相结合。运用逻辑三段论,归纳法与演绎法结合,以案说法	学术界期待、推崇理论指导实践。传统上欧陆法学院以培养法官、检察官为重心。“学者型法官”倾向追求“完整、系统”的规则体系	“宽”判决:前案中归纳出的规则,可扩张适用于其他案件。学者与法官试图将前案规则推广适用于其他案件
“零星判例、零碎规则”判例法传统 结论:(1)警局内的心理强迫也属于强制;(2)米兰达判决只是个案裁判,通常不扩张或类推适用;(3)米兰达权利只是救济性权利,不强制适用于各州或后案推广	直言不讳承认:最高法院法官的“造法性解释”属于“司法精英式民主”,是对民主程序失灵的修补 沃伦法官的结论:警局内讯问的心理强迫在宪法第五修正案“强制”一词的含义之内	最高法院作为终局法院,拥有释宪权甚至造法解释的权力。无论判决结果如何,都具有最高权威	只有当前案所确立的规则会导致出现严重的司法不公,同时又在文义的射程内,法官才会造法解释,抛弃先例。否则,原则上遵循先例,拒绝造法解释	英美法学院则主要是以培养律师为主。律师思维通常不追求宽而深的理论 律师思维训练出的法官通常不考虑法学理论或学说,个案审查中优先考虑遵循先例	“窄”判决:一次一案、就事论事。法官通常不会扩张前例的规则适用范围。除非适用前案会导致严重的非正义,法官才会在法律文义的射程内进行造法解释

最高法院九名大法官,继承了英国普通法个案取向的基因,尽量做到遵循先例与一次一案,“立足当下,就事论事”。^[59]法官在个案判决中力图做到“窄而浅”,体现了法官对立法权的尊重。将修法议题留给公众、政治、社会各力量对话协商,由立法机关在民意基础上最终完成修法历程,这更符合现代法院角色定位。除非涉及人权底线或严重侵蚀宪法基本权利,美国最高法院不会进行造法性解释。相反,以释法之名而无节制地进行造法解释,虽可能实现个案正义,但却会由于缺乏政治基础与民意支持面临“反多数困境”的尴尬,判例的正当性则会受到广泛的质疑。

就我国本土的案例研究方法而论,美国法官判例中的“窄而浅”思维或许可供参鉴,不要刻意追求宽判决与深理论。对于米兰达规则的缺陷与漏洞,欧陆法训练的法律人往往会选择修补规则漏洞,试图形成严整、统一的讯问规则体系;而美国判例法下,最高法院倾向于一次一案进行判决,即使判例存在规则上的漏洞,仍然选择在司法谦抑下谨慎地实现个案正义,避免个案中的法律规则被任意地扩张或类推适用。美国最高法院只对个别法律议题进行有节制的造法性解释,重大争议问题留给民主立法程序完成。“极简主义者试图下判决,而非建立普遍适用原则。如此一来,极简主义者要求判决范围宁窄勿宽。他们只决定手边的案件,不会同时考量其他的案子。”^[60]

(二) 将米兰达判例进行扩张、类推适用的倾向与防止

如果将米兰达判决类推适用于“警方线民”、“狱侦耳目”、“技术监听”等侦查行为,要求警方事前

[59] [美]斯蒂芬·布雷耶:《法官能为民主做什么》,何帆译,法律出版社2012年版,第271页。

[60] 同注53引书,第24页。

告知米兰达警告并赋予嫌疑人申请排除非法言词供述的权利,如果站在人权保护的立场上再从诉讼法理上分析,似乎有一定的根据。^[61] 表面来看,既然警局内讯问需要提醒嫌疑人权利,在嫌疑人并不知情时,对于侦查机关通过狱侦耳目、搭线或卫星科技侦听、职业线民、卧底警员等方式获得的有罪供述,如果法院否定嫌疑人知情权并接受相关的有罪供述证据,势必形成米兰达规则上的各种漏洞,最终使得米兰达判例所建构起的讯问规范虚置化。但是,从美国判例法经验而言,盲目地扩张判例的适用范围追求规则的完整统一性,反而将会衍生更多的难题。当前案与后案的案情存在一定的差异时,应慎用扩张解释与类推解释。例如,警方有时会使用卧底线民获取嫌疑人的有罪言词证据,卧底侦查毕竟与警局内在警方心理压力下直面讯问有所不同,将米兰达规则类推适用于警方使用“卧底线民”或“狱侦耳目”侦查取证行为令人质疑。为米兰达规则留下更多的弹性适用空间,其实更能体现司法智慧;而追求规则体系完整、统一的结果,反而会使法院面临尴尬的境地:一旦前例赖以成立的理由被推翻,将形成多米诺骨牌效应,法院被迫要推翻大量判例。对美国法“遵循先例”的正确表述是:法院不轻易推翻前例,前例中的规则与判决理由只是作为前案的根据,后例未必直接适用,法院应当首先关注、比较前后两案的异同度,而非前例中的理论、规则、判由是否合理。如果前后案情差异明显,则拒绝适用前例规则;如果前后例相似,只有当适用前案判决结果会导致后案判决出现严重的不正义时,或者警方侵权行为涉及宪法条款中的底限人权时,法院才有可能进行造法解释,甚至推翻前例。

继受欧陆法后,至少是在我国刑法、民法学术界,学者有追求法律规则“整齐划一”的思维习惯。同时,米兰达规则背后亦有保护人权、正当程序原理、吓阻警察不法行为等元理论上的支撑,如果比照国内刑法、民法解释学的体系化解释思路,将米兰达规则扩张适用于卧底线民、窃听、诱捕侦查等案件上,似乎有其合理之处。然而,现代法治的实现毕竟需要一定的司法智慧与温和、渐进路线,盲目地将一些既定的法律规则进行扩张与类推适用,有可能激起反对的声浪导致无果而终。例如,从1966年的米兰达规则似乎可推论:如果侦查机关对嫌疑人进行搭线窃听,由于窃听也是获取有罪供述的方式之一,既然米兰达判决已确认嫌疑人供述必须基于明知且自愿,所以警方窃听前必须要告知米兰达警告。但是,该推论的结果显然是荒谬的:如果窃听之前进行米兰达警告,窃听的证据价值亦不复存在,几乎是等于排除了窃听侦查行为的使用可能性。

所以,允许嫌疑人拥有沉默权的同时,法官与立法者有时面对一些法律漏洞时,也可以考虑对特定的重大争议保持必要的沉默,在时机未成熟前,通常不选择进行造法性解释或迅速修法。即使能够通过逻辑三段论演绎推理论证:窃听、卧底警察、狱侦耳目等侦查行为有适用米兰达规则的必要性,但作为谨慎的立法者与法官,不应动辄以人权至上原理推论刑事诉讼讯问法制应当急速变革。在1966年米兰达案判决书中,首席法官沃伦故意留下许多的弹性空间,并不论及警局外讯问、讯问录音录像、窃听与秘密线民取证等讯问程序规范应当如何完善,只是劝告而非强令各州排除非法供述。固然,“一次一案”逐案审查会导致讯问规则上的不完整,对嫌疑人的权利保护也会存在各种漏洞,但毕竟有些法律漏洞的修补需要法治气候的形成才能完成,而且通过民主程序修法效率更高且更符合现代分权原理。当大量判例积累到一定的规模后,法律人再将看似“碎片化的规则”进行重新拼图组合,在若

[61] 对于受德国式法学思维影响较深的学者而言,通常会对英美“零星判例、规则碎片化”的判例法思维有所批评。例如林钰雄先生批评欧洲人权法院判例中的英美法“个案取向”,认为欧洲人权法院2000年的约翰·默时诉英国案判决造成了“缺角的不自证己罪”。参见林钰雄:《欧式米兰达——欧洲人权法院Allan裁判及其划时代意义评析》,载颜厥安、林钰雄主编:《人权之跨国性司法实践》,台湾元照出版公司2007年版,第164-165页。

千年后最终建构起相对严整的规则。美国联邦法院法官个案裁判中遵循先例,保持了必要的司法克制精神,他们通常谨慎、温和地推动法治变迁,以“一次一案”方式来下判,理性对待案例的示范功能,这也许是美国宪法两百多年来一直未有大修却仍然耐用与维持良性运转的原因之一。

诚如布雷耶法官所言,“世事变迁,历经诸多波折,我们最终形成了这样的政治体制:三亿美国人靠法律化解纠纷,在一个相对稳定的社会中和平共处,不再通过武力解决矛盾”。^[62] 警方的讯问权力与嫌疑人的不自证其罪权利之间,原本存有鸿沟与许多棘手的法律议题,但美国最高法院通过判例建立了刚柔相济的审查标准,平衡了正当程序与犯罪控制间的冲突,也许值得中国参考和借鉴。

Reflections on Miranda Rules on Fiftieth Anniversary

Liu Lei

Abstract: Prior to Miranda Rules, the standard of “shock conscience” by Supreme Court can not solve all the problems of custodial interrogations although the Court had interpreted the meaning about “against self – incrimination” and “Due process of law” in Constitution Amendment which enacted in 1791. In the 1960s, Warren Court began to focus on the legality of custody interrogations case – by – case. The court made final decision (decisions) on defendants’ rights such as silence, lawyer presentation when clients were interrogated, exclusionary rule when interrogated in police house and those rights had been the touchstone on review police illegal conducts. On epoch of post – Miranda, the rule of custody interrogation had been changing in different cases by Supreme Court, sometimes partly expanded and sometimes constrained. After different opinions confronted, Miranda Rules finally became the judicial culture of United States and recognized by American society. The concepts of “one case at a time” from case law may have good values for China since American tradition of Judicial Review is so different from European legal reasoning methods. If mixing rigid rules with soft rules on custody interrogations, the court can review police conducts more effectively than before.

Keywords: Warren Court; shock conscience; Miranda rights; against self – incrimination; one case at a time

(责任编辑:刘馨)

[62] 同注59引书,“序言”,第1页。

2016 年目录索引

本索引按全年6期栏目设置分类,各栏目均以文章标题字头拼音为序,黑体数字表示本文所在期号,斜线后数字表示本文所在页码范围。

【专题研讨】

用人单位惩戒权的法理基础与法律规制(谢增毅)
1/1-14

论用人单位劳动规章的制定模式与效力控制——基于对德国、日本和我国台湾地区的比较分析(沈建峰)
1/15-27

论雇主劳动合同条款变更权之控制(孙国平)1/28-51

【论文】

保险业适用反垄断法问题研究(周学峰)5/14-30

比较法的早期史(何勤华)6/1-11

比较法中功能主义进路的历史演进——一种学术史的考察(郑智航)3/1-14

辨识与解析:民事诉讼专家辅助人制度定位的经纬范畴(毕玉谦)2/99-111

不可量物侵入的物权请求权研究——逻辑与实践中的《物权法》第90条(肖俊)2/49-61

慈善信托近似原则在美国立法中的发展及其启示(李喜燕)3/47-61

从比较视角看女性主义法学的出路(林林)3/148-156

从诉之效力位阶看民事案件受理制度(杨会新)
3/62-74

法官、检察官员额制改革的限度(陈永生/白冰)
2/21-48

法国新债法准合同规范研究(李世刚)6/88-110

法律社会学语境下新三板市场投资者准入限制制度的社会利益目标分析(徐冬根)4/36-45

法律行为概念的再思考(窦海阳)1/109-125

法院人员分类管理体制与机制转型研究(王禄生)
1/63-75

反对自我归罪权的英美法溯源与法理分析——兼论我国刑事诉讼法相关规定的完善(岳悻惟)1/96-108

犯罪的本质与刑罚的证成:基于共同善的重构(郑玉双)
5/63-76

犯罪侦查中网络服务提供商的信息披露义务——以比例原则为指导(裴炜)4/92-104

格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法学建构:理论与方法(舒国滢)2/1-20

股份投票权与收益权的分离及其法律规制(李安安)
4/18-35

国际投资仲裁中既判力原则的适用标准——从形式主义走向实质主义(傅攀峰)4/146-161

国际性仲裁协议的准据法确定——以仲裁协议的有效性为中心(陈卫佐)2/156-170

过失犯的主观不法构成要件研究——以过失个别化理论为视角(王俊)6/49-64

讲法治的法理学家:胡适对先秦法家的理解(喻中)
5/111-125

近代中国的“以礼入法”及其补正——以清末民初民事习惯法典化为例的实证研究(张洪涛)2/127-141

论《国际商事合同通则》解释补充《联合国国际货物销售合同公约》之功能——以损害赔偿制度为例(左海聪/杨梦莎)1/149-161

论脆弱证人作证制度(张吉喜)3/107-126

论格劳秀斯的不当得利学说与规则(苏彦新)6/147-154

论股东对公司高管薪酬的投票权(赵金龙/付建荣)
3/30-46

论基本权利滥用的认定标准(高慧铭)1/140-148

论监事独立性概念之界定——以德国公司法规范为镜鉴(杨大可)2/88-98

论美国《模范刑法典》的犯罪论体系(江湖)3/92-106

论美国《宪法》“协定条款”的法律变迁及对中国区域法律治理的启示——从二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义(何渊)2/142-155

论口供补强规则的展开及适用(向燕)6/28-48

论生态损害综合预防与救济的立法路径——以法国民法典侵权责任条款修改法案为借鉴(竺效)3/15-29

论物权推定规范(王雷)6/78-87

论影响产品自损侵权法救济的规则——以中美司法实践为视角(董春华)1/126-139

论争点效之比较法源流与本土归化(丁宝同)3/75-91

论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术——基于对已公布的42个民事指导性案例的实质分析(曹志勋) 6/111-134

论中国传统性善论和法治的兼容性——兼驳“人性恶是法治基础”的观点(郭忠) 2/112-126

美国法上的“负面信息披露”(朱春华) 3/157-173

美国宪法的力量和弱点——社会系统理论的观察视角(余成峰) 5/77-95

农村承包地经营权抵押融资改革的立法跟进(许明月) 5/1-13

如何设计司法?法官、律师与案件数量比较研究(张千帆) 1/52-62

深化司法改革与刑事诉讼法修改的若干重点问题探讨(陈光中/唐彬彬) 6/12-27

司法如何民主:人民司法的历史阐释与反思(陈洪杰) 5/126-139

死因调查制度的问题与重构——以普通法系的死因裁判制度为借鉴(吴敬铮) 3/127-147

诉讼实施权配置的模式构建(黄忠顺) 4/75-91

我国宪法言论自由条款类似于美国宪法第一修正案吗?(马得华) 4/131-145

WTO补贴协定中“公共机构”认定标准研究——以DS379案为例(时业伟) 6/135-146

物权合同的发现:从尤里安到萨维尼(柯伟才) 6/65-77

刑事庭审实质化与审判方式改革(熊秋红) 5/31-44

刑事误判治理中的社会参与——以美国无辜者计划为范例(李奋飞) 1/76-95

行政特许法律关系新论(翟翌) 5/96-110

1495年“帝国改革”与神圣罗马帝国和平秩序建构之制度困境的反思(王银宏) 4/119-130

英国被告人认罪制度研究(郑曦) 4/105-118

英美刑法中的“危害原则”研究——兼与“社会危害性”比较(姜敏) 4/60-74

诱惑侦查及其合法性认定——法国模式与借鉴意义(施鹏鹏) 5/45-62

再论人格权的民法表达(邹海林) 4/1-17

占有保护解释论的三个争议问题(章正璋) 2/62-73

中国式监事会:安于何处,去向何方?——国际比较视野下的再审视(郭雳) 2/74-87

著作权集体管理中的集中许可强制规则(熊琦) 4/46-59

【民法典编纂】

编纂一部商事品格的民法典(柳经纬) 1/162-168

论法国民法典的演变与发展(耿林) 4/179-191

论“以合法形式掩盖非法目的”的法律行为(朱广新) 4/162-178

论意思表示错误的撤销权存续期间——以中国民法典编纂为背景的分析(薛军) 3/174-181

论我国《民法总则(草案)》的构造、创新与完善(陈华彬) 5/156-167

民法总则法律行为效力制度立法建议(王轶) 2/171-181

污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化思考(张新宝/汪榆森) 5/140-155

意思表示理论中的沉默与拟制(杨代雄) 6/155-171

真意保留与戏谑行为的反思与构建(冉克平) 6/172-184

【法政时评】

德国业务性促进自杀罪评析(王钢) 5/168-189

德州扑克是赌博吗?一个比较法律与公共政策的考察(王长斌) 5/190-200

公共物品视角下社会救助的法律解释(蒋悟真/詹国旗) 1/169-181

环境法实施的立法保障(林灿铃) 1/182-188

美国社区听证的衰落与重振(黄凤兰) 1/189-200

米兰达规则五十周年的纪念与省思(刘磊) 6/185-198

司法实践对我国立法完善的必要性分析——以司法实践与立法完善的关系为视角(刘仲屹) 2/192-200

知识产权侵权警告函的正当性边界(刘维) 2/182-191

【法学译介】

论过错侵权责任的一般原则([法]热娜维耶芙·威内著/罗瑶译) 4/192-200

【法学信息】

中华人民共和国民法总则(专家建议稿)(李永军等) 3/182-200