

目 录

【论文】

- 美国非法证据排除规则的当代命运 吴宏耀(1)
- 遵循先例原则与英国法官的审判思维和方法 叶榭平(16)
- 应对恐怖主义的保险机制研究 周学峰(34)
- 股份公司股东权利多元化配置的域外借鉴与制度建构 汪青松(48)
- 报刊出版者权作为邻接权的正当性探析
——基于德国《著作权法》第八修正案的思考 颜晶晶(61)
- 基于主体间性分析范式的刑法解释 姜 涛(78)
- 法律规制税收竞争何以可能
——基于我国省级预算单位的四重法律角色 叶 姗(93)
- 技术侦查措施合宪性审查中的动态平衡保障理论 田 芳(110)
- 论比较法的中国意义与范式
——一个跨文明视野的考察 刘 毅(124)

【法政时评】

- “国宪”不可违 首相应带头
——评日本首相参拜靖国神社 董璠舆(136)

【人文对话】

- 商鞅“法治”思想与中国传统社会治理 宋 玲(147)
- 美国证据排除规则的转向
——以“哈德逊诉密西根州”案为视角 王景龙(156)

【法学译介】

- 基本权利与私法
..... 克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris)/曾韬 曹昱晨 译(171)

【法学信息】

- 全球化时代的比较法学
——中国法学会比较法学研究会 2014 年年会综述 于 明(196)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 137 Jan. 2015 No. 1

Contents

Articles

- The Contemporary Development of Exclusionary Rule in America *Wu Hongyao*(1)
- Following Precedent and the Way of Thinking and Methodology of British Judges *Ye Wenping*(16)
- Terrorism Risk Insurance *Zhou Xuefeng*(34)
- Plural Allocation of Stockholders' Rights in Joint-Stock Corporation; Draw on Extraterritorial Experiences
for Legislation of China *Wang Qingsong*(48)
- A Study of the Legitimacy of Ancillary Copyright for Press Publishers as Neighboring Rights; Thinking Based
on the 8th Amendment of the German Copyright Law *Yan Jingjing*(61)
- The Criminal Law Interpretation Based on Analysis Paradigm of Inter-subjectivity *Jiang Tao*(78)
- Why Is It Possible That Tax Competition Regulated by Law? Based on Quadruple Legal Roles of
Provincial Budget Units in China *Ye Shan*(93)
- The Dynamic Equilibrium Effect on Constitutional Review of Technology-Enhanced Surveillance
..... *Tian Fang*(110)
- On the Chinese Meaning and Paradigm of Comparative Law; A Research from Trans-civilization View
..... *Liu Yi*(124)

Comments on Legislation and Jurisdiction

- The Constitution Not Violated, the Prime Minister Should Abide by It First; Comment on Japanese Prime
Minister's Visit to the Yasukuni Shrine *Dong Fanyu*(136)

Humanistic Dialogue

- Lord Shang's Theory of "Rule of Law" and Chinese Traditional Social Governance *Song Ling*(147)
- On the Changes of American Exclusionary Rule; From the Perspective of Cases before and after Hudson v.
Michigan *Wang Jinglong*(156)

Translation and Introduction

- Fundamental Rights and Private Law *Claus-Wilhelm Canaris*(trans. by *Zeng Tao & Cao Yuchen*)(171)

Legal Information

- Comparative Law Studies in the Age of Globalization; Review of Annual Conference (2014) of China Society
of Comparative Law *Yu Ming*(196)

美国非法证据排除规则的当代命运

吴宏耀*

摘要:自 20 世纪 60 年代马普案以来,非法证据排除规则开始适用于各州。然而,在美国,关于非法证据排除规则的争论一直没有停歇。而且,经过半个多世纪的判例法发展,非法证据排除规则不仅在理论基础方面发生了实质性变化,该规则的适用范围也在不断受到限缩。近年来,美国联邦最高法院关于哈德逊案、赫尔英案以及戴维斯案的判决尽管都是针对具体问题的判决,但是,这些判决不仅进一步限缩了排除规则的适用范围,而且,其论证逻辑也为非法证据排除规则的命运蒙上了一层挥之不去的阴影。

关键词:非法证据排除规则 善意例外 成本-威慑收益

对排除规则不加区别的适用,反而是对“法律及刑事制度的不尊重”。因此,与任何救济机制一样,排除规则的适用一直被限制在其救济目的被认为是最为有效地得以实现的场合。

——大法官怀特,United States v. Leon (1984)

作为美国宪法化刑事诉讼制度的重要组成部分,非法证据排除规则曾经被大法官伯格视为“美国法学独一无二(unique to American Jurisprudence)”^[1]的特色之一。然而,自 20 世纪后半期以来,受美国非法证据排除规则的影响,包括欧洲大陆法系国家在内的许多国家和地区已经逐渐接受了为威慑警察违法而排除证据的观念,并在立法或司法实践中确立了自己的排除规则。^[2] 与国际领域的发展相映成趣的是,在美国本土,非法证据排除规则的命运却略显暗淡。“在过去 50 多年来,排除规则的宪法根基已经动摇,适用范围也被压缩了。”^[3]而且,近年来,罗伯茨法院的相关判决更是给非法证据排除规则的前景蒙上了一层挥之不去的阴影。

本文试图对非法证据排除规则在美国本土的发展趋势予以客观的描述。在研究方法上,本文将采用判例分析的方法,对罗伯茨法院最近作出的三则判例及其影响依次展开分析。然而,为了将罗伯茨法院的判决置于历史的脉络之中,在讨论罗伯茨法院的具体判例之前,我们将先对非法证据排除规则在伯格-伦奎斯特法院时代的发展进行回溯。简言之,透过历史的长镜头,我们看到的是非法证据排除规则不断“被瘦身”的历史,而且,在罗伯茨时代,非法证据排除规则在美国本土的前景已经变得

* 中国政法大学教授,法学博士。

[1] *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U. S. 388, 415 (1971) (Bruger, C. J. dissenting).

[2] Stephen C. Thama, *Exclusionary Rules in Comparative Law* (Springer 2013). 该书共分四章:第一章“法院创设的排除标准之兴衰”,讨论了美国、爱尔兰、苏格兰、以色列、德国的排除规则;第二章“欧洲大陆从诉讼行为无效到制定法上的判例规则”,讨论了法国、比利时、荷兰、西班牙、意大利、希腊、土耳其、塞尔维亚的相关制度;第三章“根据公正审判标准排除证据”,讨论了英格兰与威尔士、中国台湾地区、欧洲人权法院的相关实践;第四章,排除规则法理的比较研究。

[3] Mark E. Cammack, *The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States*, 58 Am. J. Comp. L. 631 (2010).

更加岌岌可危。

一、伯格与伦奎斯特法院时期非法证据排除规则的限缩趋势

20世纪60年代,沃伦法院通过马普案^[4]将非法证据排除规则的适用范围延伸到了各州。但是,马普案并没有像大法官道格拉斯所期待的那样终止沃尔夫案所引发的“狂风暴雨般的宪法争论”;恰恰相反,就非法证据排除规则的存废问题,马普案在美国激起了更为广泛、更为持久的争论。根据德雷斯勒教授的概括,双方争论的焦点问题可以分为两个层面:第一,排除规则是否属于宪法的要求?也即,非法证据排除规则究竟是宪法的“重要组成部分”,还是“一种司法机关创造出来的、旨在保障第四修正案权利的救济手段”?第二,是否应当废除排除规则?这一问题又具体包括以下子问题:(1)排除规则是否具有历史根据?(2)排除规则对违宪行为是否具有威慑作用?(3)排除规则(或者说,其威慑效果)是否得不偿失?(4)是否存在更好的救济手段^[5]

在1968年的总统大选中,关于非法证据排除规则的争论甚至在一定程度上影响到了选民的投票结果。当时,作为总统候选人,理查德·M.尼克松(Richard M. Nixon)公开指责最高法院“严重削弱了我们社会中的和平力量,增加了犯罪的力量”,并发誓说,如果他当选了总统,他将会提名更强调法律和秩序的人担任大法官。^[6]尼克松最终击败了民主党人汉弗莱和独立竞选人华莱士,赢得了美国第46届(第37任)总统大选;次年,大法官沃伦退休,尼克松如愿以偿地任命享有保守主义盛名的沃伦·E.伯格担任新一任的美国联邦最高法院首席大法官。之后,尼克松又于1970年和1971年先后任命了三位大法官:哈里·布莱克门、小路易斯·鲍威尔、威廉·伦奎斯特。对于他们,施瓦茨教授的评论是:布莱克门是沃伦·E.伯格的中学同学和多年好友,因此,在其担任最高法院大法官的前期,他“几乎就是首席大法官的跟屁虫。那时,他实际上是伯格的弟子,在几乎所有的案件中他们都站在一起”。^[7]鲍威尔是美国最高法院历史上极为罕见的直接从执业律师选拔任命的联邦最高法院大法官。但是,尽管鲍威尔一直遵循着他在35年执业经历中养成的谨慎方法,并以讲究实际的中间派和温和主义者著称,但是,他本质上是一位保守主义者,“他更多是跟首席大法官伯格,而不是中间集团的其他人一起投票”。^[8]至于大法官伦奎斯特,则是“伯格法院最为保守的成员”。^[9]

随着联邦最高法院的人事变更,就像沃伦法院的其他标志性判例一样,马普案确立的非法证据排除规则也没有像人们期待或担心的那样一直向前发展下去。相反,在伯格与伦奎斯特主持联邦最高法院的37年时间里,排除规则受到了相当的侵蚀(considerable erosion);^[10]而现今的罗伯茨法院似乎决意要对第四修正案意义上的非法证据排除规则进行“一场革命性的、令人窒息的修正(a revolutionary,

[4] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). 严格而言,马普案确立的仅仅是第四修正案意义上的非法证据排除规则。马普案之后,美国联邦最高法院通过玛赛亚案[*Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964)]、米兰达案[*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)],进一步明确,侵犯第六修正案律师帮助权、第五修正案反对强迫自证其罪特权而获得的证据,也应当予以排除。

[5] [美]约书亚·德雷斯勒、艾伦·C. 迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》(第1卷),吴宏耀译,北京大学出版社2009年版,第377-393页。

[6] [美]伯纳德·施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海等译,中国政法大学出版社2005年版,第360页。

[7] *Id.* at 345.

[8] *Id.*

[9] *Id.* at 346.

[10] James Tomkovicz, *Davis v. United States: The Exclusion Revolution Continues*, 9 Ohio St. J. Crim. L. 381, 385 (2011).

and stifling, revision)。^[11]恰如德雷斯勒教授评论的那样,在有关非法证据排除规则的较量中,反对者似乎赢得了更大的胜利。

有观点认为,马普案以后,第四修正案判例法的发展表明:由于排除规则备受争议,已经促使沃伦之后的最高法院——甚至包括处于鼎盛时期的沃伦法院——限缩了第四修正案实体规则的适用范围。也即,为了避免适用排除规则以及因适用该规则可能导致的、事实上有罪的被告人被判无罪的后果,最高法院在对第四修正案的文本进行解释时,总是采取狭义解释的观点,以便让被告人难以证明他的宪法权利确实受到了侵犯。而且,有理由相信,多数初审法院的法官为了防止那些证明被告人有罪的可靠证据被排除掉,宁愿接受警察就搜查、扣押活动提供的有争议的证言。因此,在右翼力量试图消灭排除规则而左翼力量努力予以反击的持久战中,与那些极力捍卫该规则的“政治上的左翼力量”相比,“政治上的右翼力量”有可能已经赢得了更大的胜利。^[12]

具体而言,美国联邦最高法院对非法证据排除规则的限缩态势主要表现在以下几个方面。

第一,排除规则的理论基础发生了变化。在马普案中,有关排除规则的正当化理由有两个:一是威慑警察违法;二是维护司法的廉正性(judicial integrity)。但是,伯格继任刚刚5年,就在柯兰卓案中正式摈弃了司法廉正理论,并明确宣布:排除规则仅仅是“一项司法创设的救济手段(a judicially created remedy)”而非个体享有的“一项宪法权利(a personal constitutional right)”;排除非法证据的“主要目的是为了遏制今后警察的违法取证行为(prime purpose is to deter future unlawful police conduct)”,^[13]而且,只有当威慑利益超过排除证据付出的代价时,才应当诉诸排除规则。自此以降,遏制警察违法俨然已经成为排除规则的“主要目的,尽管并非惟一的目的”。^[14]至于司法廉正理论,联邦最高法院已经鲜有提及,其“在确定对于特定情形是否可以使用排除规则时……只具有非常有限的作用”。^[15]

上述变化的意义在于:一是作为一种道德命令,对于司法的廉正性根本无法进行“成本-收益式”的经济学分析;二是如果真正重视司法廉正理论,那么,在任何司法程序中(而不是像现在这样仅仅局限于刑事审判活动),非法获得的证据都应当予以排除。而且,据此,似乎还应当放弃主张该项权利的“主体资格”要求。^[16]

然而,在遏制警察违法理论之下,对排除证据将要付出的代价与其产生的威慑效果进行“成本-收益分析”的做法开始大行其道。而且,自伯格法院以降,“除了少数案件,权衡的结果往往意味着对排除规则的限缩”。^[17]

第二,主体资格的限制。在美国宪法判例中,长期以来的习惯做法是,除少数例外情形外,诉诸某项宪法权利的人必须证明自己享有主张该项权利的主体资格(standing)。第四修正案依然如此。因

[11] *Id.* at 382.

[12] 同注5引书,第380页。

[13] *United States v. Calandra*, 414 U. S. 338, 348 (1974).

[14] *United States v. Janis*, 428 U. S. 433, 446 (1976).

[15] *Stone v. Powell*, 428 U. S. 465, 485 (1976).

[16] 同注5引书,第376页。

[17] Tomkovicz, *supra* note 10, at 385. (“In all but a few, the result was diminution of the suppression sanction.”)

此,作为请求适用非法证据排除规则的门槛性问题,申请人必须首先证明自己是“该搜查、扣押活动的受害人……以区别于那些声称‘尽管该证据是通过针对其他人实施的搜查、扣押活动收集来的,但是,该证据的使用却会对其构成偏见’的人”。换句话说,第四修正案权利是一项具有严格人身属性的权利。第四修正案保护的是单个的人(即“原子状态的个人”)——“保护我的人身、你的住宅、她的文件或他的财产不受不合理的搜查和扣押”。

1978年以前,如果符合以下条件之一,被告人将有资格提出第四修正案的请求:(1)他自己的住宅或者他依法享有排他占有权的住宅受到了搜查;^[18](2)在实施搜查时,他合法出现在被搜查住宅里(legitimately on the premises);^[19](3)自己的财产受到了扣押;^[20](4)依法持有的财产受到了扣押(如,处于财产受托人的法律地位)。但是,自1978年最高法院作出拉卡斯案(Rakas v. Illinois)判决以降,关于主体资格的规则开始发生实质性的转向。^[21]根据拉卡斯一案,是否享有质疑搜查合法性的主体资格,关键在于请求人“对于受到侵犯的地方是否享有合法的隐私期待”。因此,根据拉卡斯案确立的标准,有资格主张非法证据排除规则的人明显减少了。该案的反对意见认为,拉卡斯一案的判决主旨将削弱非法证据排除规则的作用;而且,该判例将会鼓励警察对两人或两人以上乘坐的汽车实施搜查,因为通过搜查活动非法获得的任何证据至少可以作为可采证据反对其中的一名乘客。^[22]

第三,适用范围的限制。^[23]美国联邦最高法院判例已经明确指出,非法证据排除规则不适用于以下程序:民事诉讼案件、国内税收程序、有关驱逐出境的听证程序,以及刑事案件的大陪审团程序、预审程序、保释程序、量刑程序以及撤销假释的程序。此外,如果州法院应该适用而没有适用非法证据排除规则,通常情况下,被告不得为了推翻州法院的定罪判决而据此寻求联邦法院人身保护令程序的保护。

第四,排除规则的例外。根据美国最高法院判例,现已确立的例外有:善意例外(good faith);独立来源的例外(independent source doctrine);不可避免发现的例外(inevitable discovery);作为弹劾证据使用的例外(impeachment)。

二、哈德逊案与非法证据排除规则

美国学者汤姆克维兹(James Tomkovicz)认为,在伦奎斯特时代,尽管非法证据排除规则受到了重创,该规则的核心内容并没有受到影响。但是,自2005年美国保守派人士约翰·罗伯茨(John Glover Roberts, Jr.)宣誓就任美国联邦最高法院第17任首席大法官以来,联邦最高法院对待非法证据排除规则的态度开始变得更加“激进”。^[24]以2006年哈德逊案为标志,^[25]大法官斯卡利亚撰写的多数意

[18] *Brown v. United States*, 411 U.S. 223, 229 (1973).

[19] *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960).

[20] *United States v. Jeffers*, 342 U.S. 48 (1951).

[21] *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).

[22] *Id.* (White J., dissenting).

[23] 同注5引书,第393页。

[24] Tomkovicz, *supra* note 10, at 387.

[25] *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). 关于该判例的中文翻译,详见吴宏耀等译:《美国联邦宪法第四修正案:非法证据排除规则》,中国人民公安大学出版社2010年版,第339-382页。

见对非法证据排除规则表现出极大的敌对情绪,而且,在措辞上似乎已经“暗示着,真的可能要彻底埋葬排除规则了(interment was a genuine possibility)”^[26]

哈德逊案的争点问题非常具体,即为执行搜查令状,执法官员违反“敲门并宣告”规则(the knock-and-announce rule)强行进入私人住宅,搜查获得的证据是否应当予以排除?对此,美国联邦最高法院以5:4的微弱多数判决认为,尽管“敲门并宣告”规则是一项古已有之的普通法规则,而且是美国联邦第四宪法修正案的要求,但是,违反该规则取得的证据依然可以用作不利于被告人的控方证据。

尽管该案解决的只是排除规则是否适用的具体问题,但是,大法官斯卡利亚代表联邦法院撰写的判决意见却给非法证据排除规则的未来发展蒙上了一层挥之不去的阴影。在判决意见的论证部分中,大法官斯卡利亚一上来就把矛头直接指向了非法证据排除规则。抛开本案情境,他首先从一般意义上就非法证据排除规则问题表明了自己的立场。他认为,尽管威克斯案-马普案确立非法证据排除规则,但是,

排除规则向来都是我们最后的手段,而不是首选。排除规则导致“沉重的社会代价”有时候甚至包括会放纵有罪之人,使得危险人物逍遥法外。因此,我们一直对“扩大”这一规则“持审慎态度”,并且,反复强调,这一规则使真实发现和执法目的所支出的“昂贵费用”,是力促适用排除规则的强有力障碍。我们拒绝“不加区分”地适用这一规则,而且,我们认为这一规则只适用于“能最有效地实现其救济目标的情形”,即阻吓效应大于“沉重的社会代价”时。^[27]

对于马普案,大法官斯卡利亚没有表示丝毫敬意,而是将其斥为联邦最高法院的一种不谨慎。“马普案中滔滔不绝的判决意见,为排除规则设定了宽泛的范围。……但是,我们早已摈弃了这一立场。”通过引述利昂案、埃文斯案的判决,斯卡利亚坚持认为,侵犯第四修正案权利与是否适用排除规则的制裁手段“是两个相互独立的问题”。由此出发,就本案问题,斯卡利亚给出了三点具体理由。首先,如果违法行为与证据结果之间的因果关系链条过于稀薄,根据稀释例外,排除规则将无适用的必要。在本案中,“‘敲门并宣告’规则从不保护下述利益,即个人阻止政府官员寻找或拿走令状中描述的证据。既然本案中被侵犯的利益与证据的扣押无关,那么,排除规则就不适用”^[28]其次,是否适用排除规则,取决于其“带来的吓阻效应大于沉重的社会代价”。斯卡利亚认为,从社会成本角度看,因“敲门并宣告”规则中的“合理的等待时间”依赖于执法的裁量,将排除规则适用于此,不仅会引发大量不必要的排除争议,而且还会让警察在执法时踌躇不决、贻误时机。从吓阻效果角度看,因警察实施此类违法的动机很弱,适用排除规则也不会产生什么实际的威慑作用。同时,斯卡利亚还论证说,“现存的、阻吓此种违法行为的手段,远比马普案判决当时对无证进入的阻吓手段,要强大得多。因此,没有正当理由由诉诸排除有罪证据这样重量级的救济手段”^[29]再次,斯卡利亚列举了三个支持其结论的判例。

斯卡利亚对排除规则的敌意引起了少数派大法官的极大愤慨。以大法官布雷耶为首,持少数意

[26] Tomkovicz, *supra* note 10, at 385.

[27] 吴宏耀等译:同注25引书,第342页。

[28] *Id.* at 345.

[29] *Id.*

见的大法官以更大的篇幅论证说,多数意见违反了自威克斯案以来的第四修正案法理。少数意见认为,根据长期以来的第四修正案判例法,“敲门并宣告”规则是一项宪法性要求,对于违反该项要求获得的证据,“排除规则显然应当适用”。

关于哈德逊案,美国教科书一般将其勉强归于稀释例外(the exception for attenuation)的判例。^[30]但是,评论者同时也感慨说,如果联邦最高法院仅仅着眼于稀释例外,那么,“在最高法院宣布违反‘敲门并宣告’规则与从住宅里发现证据之间不存在因果关系之后,多数意见为什么不就此驻笔呢?为什么本案的多数意见要花大量的笔墨探讨排除规则的代价以及作为排除规则替代措施的现代民事诉讼(civil right actions)的可行性呢?难道是最高法院准备要彻底废除排除规则了么?”^[31]

因此,美国学者普遍认为,哈德逊案似乎并不满足于在“敲门并宣告”规则方面创设一项例外,而是别有更深的用意,至少是蕴含了发生某种巨变的可能性。例如,德雷斯勒教授认为:

最高法院关于该案的分析之所以值得关注,不仅因为它有助于理解该案创设的(排除规则领域的)敲门并表明身份的例外,而且,对于预测排除规则在今后案件中的适用,也具有较高的参考价值。……在哈德逊一案中,最高法院多数意见为支持不适用排除规则而提出的每一个论据,对于将来限制排除规则在敲门并表明身份规则以外领域的适用,有可能产生重大的影响。而且,哈德逊一案原本可以根据不那么宽泛的理由作出同样的判决。……多数意见的分析论证究竟会对今后限缩排除规则的适用范围产生什么样的影响,只能由今后的判例来证明。一方面,大法官肯尼迪的协同意见表明,如果影响到了最高法院此前判例确立的“排除规则的继续适用”,他将拒绝投上关键的第五票;另一方面,如果某个大法官退休了——例如,大法官史蒂文斯——大法官肯尼迪的一票对于多数意见也就没有太大意义了。^[32]

萨尔茨伯格教授和凯普罗教授亦认为:

最高法院(关于哈德逊案)的分析方法与哈瑞斯案相类似。但是,哈德逊案可能具有更宽泛的意义,因为它似乎传递了这样一种信号,即考虑到马普案以来的法律发展状况,联邦最高法院已经开始发出了排除规则是否根本没有存在的必要的疑问。^[33]

三、善意例外及其展开

自20世纪70年代以来,美国联邦最高法院对非法证据排除规则的适用一直坚持一种“成本-收

[30] Stephen A. Saltzburg & Dannel J. Capra, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary* 543 (8th ed., Thomson/West 2007).
Thomas K. Clancy, *The Fourth Amendment: Its History and Interpretation* 637 (Carolina Academic Press 2008).

[31] Saltzburg & Capra, *supra* note 30, at 536.

[32] 同注5引书,第396-397页。

[33] Saltzburg & Capra, *supra* note 30, at 536.

益”的分析方法,并将排除规则的适用范围严格限制在“能够最有效实现其救济目的的场合(Its remedial objectives are thought most efficaciously served)”。^[34]其中,1985年利昂案^[35]确立的善意例外,既是这一趋势的一部分,也是这一态度的典型例证。

在美国第四修正案判例法中,利昂案为非法证据排除规则确立了一项重要的例外,即所谓的“善意例外”。^[36]根据非法证据排除规则的要求,如果搜查行为所依据的搜查令状是无效的,那么,通过搜查所获得的证据,除了用以弹劾目的外,在针对被告的刑事审判中,原本不应当具有可采性。但是,根据利昂案确立的“善意例外”,如果一个理性的、受过良好训练的警察足以相信司法令状是有效的,那么,即使事后宣布该搜查令状是无效的,在针对被告的刑事审判中,依据该令状搜查获得的证据依然可以作为控方证据使用。

在利昂案中,大法官怀特根据利益权衡方法,为善意例外提供了三方面的理由。首先,排除规则旨在威慑警察违法,而不是为了惩罚法官或地方法官的错误。其次,没有证据表明,法官和地方法官群体中存在着漠视或敌视第四修正案的倾向,或者存在着此类违法行为,以至于需要通过排除证据这种极端的制裁方式来遏制。第三,更重要的是,我们没有理由相信——也没有人提出这方面的证据——排除依据令状获得的证据,可以对签发令状的法官或地方法官产生实质性的威慑作用。^[37]

在美国,利昂案是一个备受争议的判例,一些州法院系统甚至明确拒绝适用“善意例外”。^[38]这些州包括:康涅狄格州、特拉华州、乔治亚州、蒙大拿州、新罕布什尔州、爱达荷州、爱荷华州、新泽西州、新墨西哥州、南卡罗来纳州、佛蒙特州、宾夕法尼亚州。^[39]

尽管如此,利昂案之后,美国联邦最高法院通过1987年的克鲁尔案(逮捕依据的制定法事后被宣

[34] *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 908 (1984) [quoting *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 348 (1974)].

[35] *Id.*

[36] 与利昂案一并判决的还有一个关联案件,即谢泼德案[*Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984)]。在该案中,波士顿警察在一起命案侦查过程中,为搜查相对人的住宅草拟了一份附誓陈述书(affidavit);该附誓陈述具体描述了拟欲搜查的物品(包括被害人的衣物、致被害人丧命的钝器),并获得了地区检察官的认可。但是,因为恰值周末,当地法院不工作,致使警察一时找不到申请令状的专用表格。经过努力,警察最终找到了一份其他辖区先前用于搜查管制物品的令状申请表。于是,在作适当修改后,警察将该令状申请表连同附誓陈述一起提交给了法官,并提醒法官,该令状表格可能还需要作进一步的修改。审查后,法官认为附誓陈述已经满足合理根据的要求,并亲手对令状表格作了一些修改。但是,这些修改并没有改变该令状表格的本质属性(即用以授权搜查管制物品),而且,忘了将警察的附誓陈述内容关联进来。法官批准了搜查令状,并告诉警察该令状无论在形式上还是在实质内容上都已经授权警察可以实施该项搜查。经搜查,警察找到了附誓陈述中列举的物证以及其他有罪证据。在排除证据的听证中,初审法官认为,尽管上述搜查令状在具体记载被搜查物品方面存在一定的缺陷,但是,因为警察依据该令状实施的搜查活动是善意的,所获得的证据应当予以采纳。但是,马萨诸塞州最高法院则认为,应当排除依据该令状获得的证据。马萨诸塞州向联邦最高法院申请调卷令,联邦最高法院将该案作为利昂案的关联案件一并判决,确立了善意例外原则。

[37] *Leon*, 468 U.S. at 916.

[38] *E.g.*, *State v. Marsala*, 579 A.2d 58 (Conn. 1990); *Dorsey v. State*, 761 A.2d 807 (Del. 2000); *Harvey v. State*, 469 S.E.2d 176 (Ga. 1996); *State v. Guzman*, 842 P.2d 660 (Idaho 1992); *State v. Cline*, 617 N.W.2d 277 (Iowa 2000); *State v. Lacasella*, 60 P.3d 975 (Mont. 2002); *State v. Canelo*, 653 A.2d 1097 (N.H. 1995); *State v. Novembrino*, 519 A.2d 820 (N.J. 1987); *State v. Gutierrez*, 863 P.2d 1052 (N.M. 1993); *People v. Bigelow*, 488 N.E.2d 451 (N.Y. 1985); *State v. Carter*, 370 S.E.2d 553 (N.C. 1988); *Commonwealth v. Edmunds*, 586 A.2d 887 (Pa. 1991); *State v. McKnight*, 352 S.E.2d 471 (S.C. 1987); *State v. Oakes*, 598 A.2d 119 (Vt. 1991).

[39] 在美国,因为实行联邦制,各州最高法院有权根据本州宪法赋予个人超出联邦宪法要求的权利。而且,“在过去几十年间,随着美国联邦最高法院以及各下级联邦法院对于申请人提出的联邦宪法请求变得日益冷漠,州宪法学说得以长足发展。一些州法院,通过对本州宪法的解释,已经赋予了本州居民在联邦宪法下都无法获得的救济权利”。同注5引书,第3页。

告无效)、^[40]1995年的埃文斯案(法院书记官的档案管理错误)、^[41]2009年的赫尔英案(其他警局的档案管理错误)、^[42]以及2011年的戴维斯案(逮捕依据的判例法事后被宣布无效)、^[43]一步步地扩大了善意例外的适用范围。

其中,赫尔英案与戴维斯案是罗伯茨法院作出的判例,因此,在某种程度上反映了罗伯茨法院对待非法证据排除规则的基本立场。而且,在哈德逊案背景之下,赫尔英案、戴维斯案对善意例外的进一步扩张,尽管只是在极小的领域限缩了排除规则的适用范围,但是,其判决“依据的大前提却对排除规则的存在构成了极大的威胁,而且,为以下趋势提供了强有力的证据:[联邦最高法院]决意要通过对威克斯-马普规则施以戏剧性的限制,甚至是废止,在该领域掀起一场革命”。^[44]

(一) 赫尔英案

与埃文斯案相似,赫尔英案也是一起因档案信息错误而实施逮捕的案件。但是,不同的是,造成档案信息错误的不是法院书记官,而是其他警察局。此前,在2004年格罗案中,联邦最高法院似乎暗示说,如果造成错误的人是警察而不是法官,那么,将不会适用善意例外的规定。^[45]然而,在2009年1月14日判决的赫尔英案中,^[46]联邦最高法院判决认为,如果错误是由其他警察部门造成的,那么,也可以适用善意例外。

2004年7月,班尼·迪恩·赫尔英(Bennie Dean Herring)为取回被扣押车辆中的一些私人物品,驱车来到被扣押车辆所在地乔治亚州南部的科菲县。科菲县的侦查人员马克·安德森获悉赫尔英要来该县,遂要求该县警察局负责司法令状的职员桑迪·波普检索一下该县的数据库,看是否有针对赫尔英的尚未执行的逮捕令状。经电脑检索,科菲县数据库里没有安德森想要的逮捕令状。安德森让波普再查一查附近的戴尔县是否有针对赫尔英的尚未执行的逮捕令状。于是,波普给戴尔县警察局负责司法令状的职员打了个电话,请她帮助检索一下戴尔县的数据库看有没有安德森想要的逮捕令。后者检索后告诉波普,赫尔英曾因一项重罪指控没有出庭应诉被批准逮捕,该逮捕令状尚未执行。安德森闻讯,要求对方传真一份逮捕令状的复印件过来。这时候,赫尔英已经离开了科菲县警察局。于

[40] *Illinois v. Krull*, 480 U. S. 340 (1987).

[41] *Arizona v. Evans*, 514 U. S. 1 (1995). 关于埃文斯案的详细论述及评论,参见王兆鹏:“证据排除法则与电脑资讯错误——论美国 *Arizona v. Evans* 案例”,载王兆鹏:《刑事被告的宪法权利》,(台湾)翰芦图书出版有限公司1998年版,第1-31页。

[42] *Herring v. United States*, 555 U. S. 135 (2009).

[43] *Davis v. United States*, 131 S. Ct. 2419 (2011).

[44] Tomkovicz, *supra* note 10, at 387.

[45] *Groh v. Ramirez*, 540 U. S. 551 (2004). 在事实方面,格罗案与确立善意例外的谢帕德案非常相似,但不同的是,导致令状错误的是警察而非法官。在格罗一案中,格罗是一名联邦执法官员。为了搜查拉迈兹的大农场以发现特定的枪支、爆炸物和相关记录,格罗准备了申请令状所需的相关申请材料。在该令状申请的附誓陈述书中,格罗对自己为什么相信被搜查物品在该农场里进行了详细的解释。此外,格罗还为地方法官准备了一份草拟的搜查令状。但是,在草拟的令状中,原本应当填写拟于扣押哪些“人或物品”一栏,执法官员仅仅填写了“拉迈兹的房子”,而根本没有描述拟于扣押的物品是什么。很显然,地方法官没有意识到草拟的令状存在着上述缺陷——因此,也没有以任何方式保证说,这些缺陷已经被纠正了过来——并签署了该令状。之后,根据该令状的授权,政府执法官员对拉迈兹的大农场进行了搜查,但是,并没有找到他们拟于搜查并扣押的任何东西。拉迈兹以上述搜查活动侵犯了他的第四修正案权利为由提起了诉讼。联邦最高法院判决认为,由于“完全不符合”第四修正案的具具体化要求,本案中的搜查令状是“明显无效的”。事实上,联邦最高法院指出,由于本案中的搜查令状“存在着如此显而易见的缺陷,以至于根据判例法,我们必须将该搜查行为视为‘无证搜查’”。联邦最高法院还进一步明确说,假设通过该搜查活动在拉迈兹的大农场里找到了拟于扣押的证据,并据此对拉迈兹提起了刑事指控,这些证据应当在审判时予以排除;对于本案,不当适用利昂案和谢帕德案所确立的“善意”例外。

[46] *Herring v. United States*, 555 U. S. 135 (2009).

是,拿到逮捕令状的复印件后,安德森和科菲县警察局副局长开车追上赫尔英,勒令他停车,并根据戴尔县传真过来的逮捕令对赫尔英实施了逮捕。通过对赫尔英及其汽车进行附带搜查,他们在赫尔英的衣服口袋里发现了一些“冰毒”,并在赫尔英卡车驾驶座位底下找到一把手枪。与此同时,戴尔县负责司法令状的警察局职员摩根试图寻找这份针对赫尔英的逮捕令原件,但怎么也找不到。于是,她打电话给戴尔县巡回区法院的法院书记官办公室,后者告诉她,该令状事实上早已经撤销了。摩根立即将这一消息告诉了波普,波普赶快将这一消息通知安德森。但为时已晚,尽管前后只有短短 15 分钟左右的时间,安德森已经对赫尔英实施了搜查并发现了上述违禁物品。

之后,赫尔英受到了以下两项指控:非法持有“冰毒”;身为重罪犯罪人而持有枪支。在审判中,赫尔英以据以搜查的逮捕令状事实上早已撤销为由,要求法院认定该搜查行为违法,并动议排除这些“冰毒”和手枪。联邦地区法院拒绝了赫尔英的动议。相反,地区法院认为,由于执行逮捕的警察出于善意、根据该逮捕令状依然有效的信念实施了逮捕并由此搜查发现了这些毒品和枪支,因此,将排除规则适用于此类情形不会产生吓阻今后再次发生类似错误的威慑作用。同时,地区法院还认定说,造成这一信息错误的是戴尔县警察局的职员,而不是科菲县警察局的职员。最后,陪审团判决两项指控成立,赫尔英被判 27 个月的监禁刑。

在上诉程序中,赫尔英提出的惟一争辩理由是:地区法院拒绝排除证据是错误的。第十一巡回区法院维持了初审判决,并解释说,尽管本案中的搜查活动侵犯了赫尔英的第四修正案权利,但是,是否必须排除由此获得的证据则是属于另外的问题。巡回区法院承认,在埃文斯案中,最高法院明确回避了以下问题,即对于因警察局职员的过错而造成司法令状无效的情形是否可以适用善意例外?但是,第十一巡回区法院认为,根据利昂案的判决,本案的错误是由戴尔县警察局职员造成的,而不是由科菲县警察局造成的,因此,将排除规则适用于本案中的情形不会对类似违法行为产生“显而易见的威慑效果”(appreciable deterrence)。

2008 年 2 月 20 日,美国联邦最高法院批准了赫尔英的调卷令申请,并于 10 月 7 日就本案听取了口头辩论。最后,最高法院以 5:4 的微弱多数作出了维持原判的判决。即,如果执法官员根据其他司法辖区的记录相信某司法令状依然有效并据此实施了逮捕,即使随后发现由于后一司法辖区警察局的过失行为致使其提供的该司法令状依然有效的信息是错误的,依然可以根据排除规则的善意例外,在控方举证阶段使用由此获得的那些证据。

首席大法官罗伯茨代表多数派撰写了本案的判决意见。大法官罗伯茨认为,本案的核心问题是:在双方均承认构成违反第四修正案的前提下,是否应当适用排除规则?对此,他首先明确了两个基本观点。第一,根据埃文斯案的判决,尽管第四修正案保障个人享有不受不合理搜查扣押的权利,但是,该修正案并“没有明确规定,违反该项修正案获得的证据必须予以排除”。第二,根据柯兰卓案的判决,作为一项司法创制的规则,排除规则“旨在通过其威慑效果保障第四修正案权利”。立足于上述命题,大法官罗伯茨认为,存在违反第四修正案的事实并不必然意味着就要排除由此获得的证据。事实上,排除证据“一直以来都是我们最后诉诸的手段,而非我们的第一反应”。据此,他指出,排除规则并非个体享有的一项权利;相反,先例表明,只有在排除规则“能够产生显而易见威慑后果”时,才会适用。而且,由此产生的威慑利益必须大于由此付出的成本。^[47]

[47] *Herring v. United States*, 555 U. S. 135 (2009).

大法官罗伯茨指出,“排除规则旨在威慑故意或满不在乎的违法行为以及严重的过错行为 (deliberate, reckless, or grossly negligent conduct), 或者, 适用于一再诱发或导致体制性过错行为的情形”, 而不应适用于因“个别的、不具直接因果关系的警察过错” (isolated and attenuated police negligence)。因此, “为了适用排除规则, 警察行为必须具备以下条件: 必须是基于相当程度的故意 (sufficiently deliberate), 以致于排除证据能够产生具有实质意义的威慑作用; 而且, 必须具有相当程度的可责性 (sufficiently culpable), 以致于司法系统值得为了威慑而付出这样的代价”。^[48] 在本案中, 由于导致赫尔英被捕的记录错误是一项并不严重的、并非故意为之的错误, 因此, 据此尚不足以产生排除证据的效果。不过, 联邦最高法院同时警告说, 这并不“意味着, 对于警察部门造成的任何记录错误, 都可以免受排除规则的制裁……如果在维持司法令状系统方面警察部门已经表现出一种草率的态度 (be reckless), 或者, 为了给以后的错误逮捕行为提供口实而故意伪造错误的记录, 那么, 根据我们的判例法, 只要此类违法行为导致了第四修正案违法行为, 毫无疑问应当排除由此获得的证据”。^[49]

对此, 大法官金斯伯格发表了反对意见, 大法官史蒂文斯、苏特和布雷耶表示附和。金斯伯格认为, “本案判决最严重的影响将指向以下群体: 那些根据[漫不经心维护的] 计算机数据库提供的错误信息而遭受错误逮捕的无辜者”。与多数意见不同, 金斯伯格认为, 排除规则是保证执法人员切实遵守第四修正案“必须的救济手段”。她指出, “通过将控方重新置于如果没有实施违宪的逮捕和搜查行为他们原本应当处于的法律地位, 排除规则为违反第四修正案的行为提供了一种有效的矫正手段。因此, 排除规则将强有力地鼓励警察在今后的执法活动中应当遵守第四修正案的要求”。^[50] 而且, 一如在埃文斯案中一样, 立足于档案信息管理在现代执法活动中至关重要的地位, 金斯伯格也不赞成多数意见关于成本-收益的分析。她认为, 电子信息数据库是现代刑事司法运作的中枢神经系统。因此, 这些信息数据库出错并非小事。而且, 法庭之友提交的证据表明, 在司法实践中, 执法机关的数据库存在管理不善且经常出现数据过时的情形。因此, 她总结说, 执法机关因过失导致的档案信息错误构成了对个体自由的威胁, 对此, 很难找到其他有效的救济手段, 而排除规则却很容易对执法机关产生威慑作用。

(二) 戴维斯案

戴维斯案^[51] 是一起因判例法变化而引发的案件。在该案中, 联邦最高法院判决认为, 执法人员基于对上级法院生效判例的客观合理信赖 (objectively reasonable reliance on binding appellate precedent) 而实施的搜查, 即便该判例事后被推翻了, 也不适用排除规则的规定。

2007年4月的某个晚上, 阿拉巴马州格林威尔地区的警察在了一项常规停车检查中, 发现司机欧文斯醉酒驾驶, 遂对其实施了逮捕; 作为车上的乘客, 威利·戴维斯 (Willie Davis) 则因向警方提供虚假姓名而被捕。警察给两人戴上了手铐并将他们关进了巡逻车。之后, 警察依据联邦最高法院贝尔顿案确立的附带搜查规则,^[52] 对欧沃斯的汽车进行了搜查, 并在后座乘客区戴维斯的夹克口袋里发现

[48] *Id.*

[49] *Id.*

[50] *Id.*

[51] *Davis v. United States*, 131 S. Ct. 2419 (2011).

[52] *New York v. Belton*, 453 U. S. 454 (1981). 关于贝尔顿案以及围绕逮捕后对汽车实施附带搜查的争议, 详见同注5引书, 第210-212页。

了一支左轮手枪。据此,联邦检察官以已决重罪之人持有枪支罪对戴维斯提起了指控。辩方提出动议请求排除该左轮手枪。在动议中,辩方承认执法人员的搜查活动完全符合贝尔顿规则以及联邦第十一巡回区法院的判例法,并承认联邦地区法院负有遵循先例的义务。但是,辩方要求为上诉而保留这一争点。经陪审团审判,戴维斯被判有罪并被判处 220 个月的监禁刑。

在该案上诉审期间,美国联邦最高法院于 2009 年 4 月 21 日就甘特案^[53]作出了判决,正式推翻了贝尔顿案确立的附带搜查规则。根据《美国联邦宪法》第 3 条规定的溯及力原则,甘特案确立的新规则适用于所有尚未终局判决的刑事案件。^[54]因此,联邦第十一巡回区法院根据甘特规则判决戴维斯被捕后的附带汽车搜查侵犯了戴维斯的第四修正案权利。但是,通过该项附带搜查获得的证据是否应当予以排除,该法院却认为,根据赫尔英案的判决,应当依据“排除证据对于威慑警察违法的潜在影响”的标准作出判断。在进行利益权衡后,巡回区法院最终拒绝适用排除规则并维持了戴维斯的有罪判决。于是,戴维斯向联邦最高法院申请调卷令。联邦最高法院批准了该项申请,并于 2011 年 6 月作出了判决。

在调卷令申请中,戴维斯提出了两项争辩。

第一,在进行成本-收益分析时,巡回区法院错误低估了适用排除规则的收益。戴维斯争辩说,威慑效果并非排除规则的惟一价值;相反,适用排除规则还具有推动第四修正案判例法与时俱进、不断发展的附加价值。该抗辩依据的理论是:排除规则是一种推动力,它的存在会激励被告对警察取证行为的合宪性提出质疑,并乐意通过诉诸种种救济手段将此类警察违法现象摆在上级法院面前。因此,一旦失去了这种动力和激励,随着时代发展必然出现的新型警察违宪行为将会因为辩护方的漠然置之而远离法院的视野。因此,戴维斯认为,如果将上述附加价值考虑进来,而不是仅仅狭隘地考察排除规则的威慑效果,那么,对于本案的情形,只有通过排除规则的手段,才能确保警察在执法活动中“对第四修正案作出准确的解释”(accurate Fourth Amendment interpretations)。对此,控方争辩说,联邦最高法院关于善意例外的判例表明,吓阻警察违法是排除规则的惟一功能。而且,即便退一步承认排除规则还具有推动规则发展的附加价值,在本案情形下,因为执法人员不存在任何的违法动机,对此适用排除规则根本无法产生威慑作用。

第二,根据溯及力的判例规则,作为救济手段的排除规则应当适用于此。根据联邦最高法院 2008 年作出的丹福斯案,戴维斯认为,溯及力规则属于矫正规则,它“事关救济而非权利”(is about remedies, not rights)。因此,除非当做为救济手段而存在的排除规则与新确立的第四修正规则一并具有溯及力,否则,说新的附带搜查规则具有溯及力将毫无实际意义。对此,控方争辩说,戴维斯误读了丹福斯案的本意。控方认为,溯及力规则解决的是寻求救济的资格问题,而非事实上应当获得救济问题(is eligible to seek redress, not whether a defendant is entitled to redress)。由于联邦最高法院在甘特案中并没有提及排除规则问题,因此,不能遽然认为排除规则当然属于溯及力的范围。

在本案审判时,大法官苏特、史蒂文斯已先后卸任,联邦最高法院中积极捍卫沃伦法院遗产的自

[53] *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332 (2009).

[54] *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314, 326-327 (1987). 在过去 30 年间,联邦最高法院一以贯之地认为,联邦宪法第 3 条要求联邦最高法院确立的第四修正案判例具有溯及既往的法律效力。作为该要求的源头判例,联邦最高法院在格里菲斯案宣称,如果法院系统没有将当前生效的法律规则适用于上诉的案件,无异于放弃了宪法第 3 条赋予他们的责任。

由派大法官已经所剩无几。^[55] 其中,就本案投票结果看,除了哈德逊案、赫尔英案中原有的多数派大法官外,联邦最高法院的新成员大法官索托马约尔、大法官卡根也加入了多数派的阵营。至于投反对票的自由派大法官,现在已经只剩下大法官金斯伯格和布雷耶两个人了。在本案中,联邦最高法院以7:2的绝对多数作出了否定性判决。大法官阿利托代表多数派撰写了判决意见并对上述争点问题进行了逐一回答。

就排除规则问题,阿利托继续延续了哈德逊案、赫尔英案的基本立场,即排除规则是联邦最高法院为迫使警察尊重宪法保障而创设的一项“审慎的规则”;排除规则不是个人的一项宪法权利,而是一项旨在对少数违宪行为造成的伤害予以救济的规则。以利昂案、赫尔英案为例,阿利托指出,“我们一再重申,排除规则的惟一目的是为了遏制未来的违反第四修正案的行为。因此,我们的判例法将该规则的适用限定于‘被认为能够最有效实现’上述目的的情形。当排除证据无法产生‘显而易见的威慑效果’,排除规则显然不能适用。”^[56]

基于上述立场,阿利托认为,“实实在在的威慑作用(real deterrent value)”是适用排除规则的必要条件而非充分条件。为了确定是否适用排除规则,还必须考量由此付出的巨大社会代价。“我们的判例法认为,只有在必要且只有当[排除证据]是‘最后手段’时(necessary, but only as a “last resort”),社会才必须吞下这样的苦果。”^[57]紧接着,像哈德逊案一样,阿利托对联邦最高法院以前不加区分地扩张排除规则的适用范围提出了批评。他认为,排除规则并非像马普案所说的那样“是一项第四修正案暗含的、自动适用的强制性命令(a self-executing mandate)”。

我们已经抛弃了这种老的、灵活适用的排除规则,而要求一种更为严格的成本-威慑收益权衡规则。……在以利昂案为首的一连串判例中,我们还将我们在排除规则案件中的成本-收益分析精确定位于:对双方争议的警察违法行为的恶劣程度(the flagrancy)进行考察。^[58]

根据利昂案确立的区分违法情形区别对待原则,阿利托认为,对于“故意或满不在乎的违法行为,或者重大的过错行为”而无视个体宪法权利的警察违法行为,适用排除规则的收益才能压倒其付出的成本;至于警察基于客观、合理的善意而相信其行为合法,或者纯属个别情形的过错行为,适用排除规则将弊大于利。据此,通过引述赫尔英案的判决,阿利托认为,在考虑本案时,一方面要考虑警察是否存在故意,以确定排除规则能够产生威慑的后果;另一方面,还应当考虑警察的可责性,以确定是否值得诉诸排除规则的制裁。之后,通过考察“警察的可责性”,阿利托的结论是,对于本案情形,警察的执法活动在行为当时是完全合法的,而且也是应该予以鼓励的。因此,尽管因事后的判例法变化导致其行为非法,但是,由于警察不具有任何可责性,对此适用排除规则,不仅不会像戴维斯主张的那样推动第四修正案判例的发展,反而会对警察守法造成极大的困扰。

作为美国联邦最高法院仅存的自由派人士,大法官布雷耶、金斯伯格投了反对票。他们认为,本

[55] 其中,大法官苏特于2009年6月29日卸任,2009年8月8日大法官索托马约尔宣誓就职填补了这一空缺;大法官史蒂文斯于2010年6月29日卸任,2010年8月7日大法官卡根宣誓就职。

[56] *Davis v. United States*, 131 S. Ct. 2419 (2011).

[57] *Id.*

[58] *Id.*

案的核心问题是甘特规则是否适用以及如何适用,而如何适用才是本案的真正焦点。他们认为,依据格里菲斯案确立的规则,甘特案的溯及力范围当然包括排除规则。因此,在多数意见中,阿利托在明确上述结论之后,转而在更大的篇幅对格里菲斯案的适用问题进行了讨论。不过,与上述论证一脉相承,阿利托将自己的论证牢牢建立在一个基本命题之上:尽管排除规则是违宪行为的救济手段,却并非唯一的救济手段。因此,甘特案规则的溯及力并不能解决排除规则的适用问题,是否适用排除规则依然需要考量其适用的成本与收益。

四、非法证据排除规则的未卜命运

在有关非法证据排除规则的第四修正案判例中,哈德逊案、赫尔英案与戴维斯案预示了一种令人不安的发展趋势。在这三起判例中,“尽管联邦最高法院的最终判决结果看上去并没有什么惊人之处,但是,这些判决的理论根据却令人感到不安和惶恐。联邦最高法院诉诸的理论根据远远超出了判决所需,而且,足以将第四修正案意义上的排除规则贬斥为现今社会必须吞下的一粒‘苦果’。”^[59]具体而言,上述判例均将以下命题视为不证自明的逻辑前提:第一,非法证据排除规则并非宪法的要求,而仅仅是司法机关为遏制警察违法而创设的制裁手段;第二,即便执法人员存在违反第四修正案的违法行为,也并不必然导致非法证据排除。很显然,在美国联邦制度下,一旦剥离了非法证据排除规则的宪法属性,也就意味着联邦最高法院“将有权‘放弃’它规定的任何内容——至少,可以大幅度地限制该规则的适用”。^[60]

而且,与马普案相比,上述命题赋予了联邦最高法院一种截然不同的分析逻辑:在马普案之下,除非存在法定的例外,排除非法证据是宪法第四修正案的必然要求;然而,在罗伯茨法院时代,联邦最高法院似乎更愿意将排除非法证据视为一种例外,一种“最后的手段,而非第一反应”。^[61]换句话说,在罗伯茨法院,非法证据排除规则与善意例外之间的关系彻底颠倒了过来。在第四修正案判例法体系中,利昂案确立的是一项“非法证据排除规则的例外”,即只有在特定的情形下,才可以借助善意例外,阻止非法证据排除规则的适用;然而,利昂案之后,经过近半个世纪的发展,排除规则已经彻底变成了“例外”,即除非排除非法证据产生的威慑作用大于其付出的社会成本,否则,将不再具有适用排除规则的正当性。或者如大法官阿利托所言,“只有在必要且只有当[排除证据]是‘最后手段’时,社会才必须吞下这样的苦果”。^[62]

除了上述宏观层面的担心,在具体规则层面上,赫尔英案、戴维斯案也大大压缩了非法证据排除规则的适用空间。恰如大法官布雷耶在戴维斯案中指责的那样,联邦最高法院关于善意例外的分析方法将最终导致排除规则“只能用于极端不合理的搜查、扣押行为”。^[63]

其中,就善意例外而言,赫尔英案与戴维斯案“赋予了善意例外广阔的适用范围”。在戴维斯案中,联邦最高法院似乎有意将原本点状存在的善意例外转变成一条抽象的一般性规则。在该案中,联

[59] George M. Dery, III, “This Bitter Pill”: The Supreme Court’s Distaste for the Exclusionary Rule in *Davis v. United States* Makes Evidence Suppression Impossible to Swallow, 23 Geo. Mason U. C. R. L. J. 1, 2 (2012).

[60] 同注5引书,第378页。

[61] *Hudson*, 547 U.S. at 591.

[62] *Davis v. United States*, 131 S. Ct. 2419 (2011).

[63] *Id.*

邦最高法院依据赫尔英案关于警察可责性的分析思路,改变了善意例外考察的重点:在戴维斯案以前,法院在考虑是否适用善意例外时,一直强调导致警察违法的原因究竟是由谁造成的(利昂案中是“法官”;埃文斯案中是“法院的书记官”;赫尔英案中是“其他警察局”)。其论证逻辑是,尽管这些主体的错误导致了警察违法的后果,但是,由于排除规则对于这些主体不可能产生“显而易见的威慑后果”,因此,不应当适用排除规则。然而,在戴维斯案中,联邦最高法院尽管依然沿循“适用排除规则是否产生‘显而易见的威慑后果’”的分析思路,但是,其着眼点已经不再是“由谁造成的”这一必须个案考量的问题,而是将目光转向了警察的可责性及其程度(police culpability)。^[64]通过引述弗兰德利法官的文章,赫尔英案与戴维斯案均认为,是否适用排除规则“应当随执法行为的可责性[程度]而变化”。因此,在戴维斯案的法官意见中,大法官以强有力的口吻指出,“善意例外应当延伸到警察基于客观、‘合理的善意信念’相信其行为是合法的各种情形”。^[65]显然,作为非法证据排除规则的例外之一,善意例外的扩张无疑意味着排除规则范围的限缩。

更重要的是,通过警察的可责性这一概念,联邦最高法院还为排除规则的适用设定了一个新的门槛。恰如汤姆克维兹教授所言,就像[排除非法证据的]申请主体资格、“除非”之类的原因条件一样,警察的可责性成了是否适用排除规则的“最基本的门槛性要求”:“作为最低限度的要求,除非执法人员存在严重过错或者此类过错存在反复出现的可能,否则,这一‘过错’标准将会排除适用排除规则的任何可能性,而导致根本无需诉诸善意例外。”^[66]

简言之,罗伯茨法院最近的三则判例不仅进一步限缩了非法证据排除规则的适用范围,而且,为该规则的命运蒙上了一层挥之不去的阴影。在此,需要特别说明两点。

第一,联邦最高法院对待非法证据排除规则的态度变化,除了大法官人事变动方面的原因外,显然还有更深层次的社会原因。与马普案时的美国相比,美国警察制度已经发生了天翻地覆的变化。其中,警察教育及其职业化发展、警察内部惩戒制度的完善,无疑给联邦最高法院的转变提供了坚实的社会基础。在哈德逊案中,斯卡利亚大法官通过引述相关文献论证说:

过去半个多世纪以来,阻吓侵犯公民权行为的另一个发展结果是,增强了警力中的专业化力量,包括对警察内部纪律不同以往的强调。即便是早在1980年时,我们就认为,可以恰当地“假定”警察的不法行为可以通过政府当局“妥善解决”。而且,我们现在已经有越来越多的证据表明,全美国的警察都在严肃地对待公民的宪法权利。一直以来,“警察的教育、培训和监督方面都进行着广泛的改革”。现在,执法人员和他们的管理者通过很多途径都可以知晓本院判例就下述事项对他们提出的要求,即如何遵守宪法性保障,以及如何制定有效的内部纪律制度。政府如果不教授并执行宪法的要求,则需要承担经济责任。而且,现代警察队伍中有专业人士。影响职业生涯的内部纪律,不可能不会产生阻吓作用。还有证据表明,不断增加的各种形式的公民审查的使用,也有助于增强警察

[64] George M. Dery, III, *supra* note 59, at 2.

[65] *Casenote: Toward a General Good Faith Exception*, 127 Harv. L. Rev. 773 (2013).

[66] Tomkovicz, *supra* note 10, at 385.

的责任意识。^[67]

第二,尽管罗伯茨法院对于非法证据排除规则的热情已经“处于历史的低点,且近几十年来对排除规则的限缩肯定还将继续”,^[68]但是,在美国司法实践中,排除规则的核心领域并没有发生动摇,而且,作为一项鲜活的法律规则依然对侦查活动产生着实实在在的影响。因此,从比较法的角度看,与其他国家相比,美国法院系统更愿意通过排除证据的方式对审前活动加以规制和调整。依据有关德国以及加拿大、澳大利亚、新西兰等国的研究文献,斯洛博金教授得出的结论是:“许多国家并不喜欢将排除证据作为非法搜查或扣押的救济手段。在此,最让人感兴趣的是,在绝大多数欧洲和前英联邦国家几乎不会排除非法扣押的证据,而且,即便排除此类证据,通常也仅仅用于警察的极端行为。”^[69]

The Contemporary Development of Exclusionary Rule in America

Wu Hongyao

Abstract: In 1961 the United States Supreme Court held in *Mapp v. Ohio* that the exclusionary rule extended to state criminal trials as a matter of federal constitutional law. But the argument about the justification of the exclusionary rule has never stopped in the United States. Over the past fifty years, the constitutional foundations of the exclusionary rules have shifted and their scope has been narrowed. In recent years, the Roberts Court's decisions in *Hudson v. Michigan* (2006), *Herring v. United States* (2009), and *Davis v. United States* (2011) reveal a Court that is now willing to take much larger bites out of the rule, and perhaps even swallow it whole.

Keywords: the exclusionary rule; good faith exception; cost-benefit balance

(责任编辑:刘 彰)

[67] *Hudson v. Michigan*, 547 U. S. 586 (2006). 详见吴宏耀等译,同注25引书,第350页。

[68] Cammack, *supra* note 3, at 658.

[69] Christopher Slobogin, *The Exclusionary Rule: Is It on Its Way Out? Should It Be?* 10 Ohio St. J. Crim. L. 393 (2013).

遵循先例原则与英国法官的审判思维和方法

叶楹平*

摘要:遵循先例使英国法官成了法律规则事实上的创造者。而判例法的传统、司法制度的统一性以及当事人主义的诉讼模式都为遵循先例提供了独特的司法环境。先例判决中的判决理由具有拘束力,但在事实上是由审理后诉案件的法官来决定先例中的判决理由是什么,这就为法官造法提供了契机。先例的多样性既是法官选择先例时面临的难题,也是法官发展法律的机遇;而先例所确立的法律原则,更为法官提供了促进法律发展的工具。即使在判例法显得比较落伍的领域,法官也可通过规避先例,探寻法律原则的例外,使判例法适应社会的发展。总之,先例原则的适用是法官复杂的审判思维过程的体现,最为充分地体现了英国司法审判的特征,并成为判例法的核心价值要素。

关键词:先例原则 审判思维 判决理由

无论是从比较法还是从法理学的角度而言,英国法无疑都是独具特色的。在这种独特性形成的过程中,法官起到了至关重要的作用。英国法律是从判例开始发展起来的,而只有法官才有权宣布判例法的内容。因此,几百年来,法官一直处在法律思维的前沿位置,正如威廉·布莱克斯通(William Blackstone)勋爵所说的,法官是英国法律的“活先知”。^[1]他们在宪法发展的历史上也扮演着重要的角色。首先,自17世纪初期开始,法官便坚持认为国王的特权及行动应服从于普通法,而普通法正是由法官来宣示的;其次,自18世纪60年代开始,法官推动并参与了对行政行为的司法审查,并促进了英国司法审查制度的建立和发展。这些积极作用进一步加强了法官在英国法律体系中的权威,为法官创制法律提供了更加良好的法律意识和制度环境。

在19世纪,英国通过了一系列法规,这些法规规定先例或作为先例的判决理由对后诉的案件有法律上的约束力,这些规定大大加强了司法判决的重要性和权威性,而这些法规构成了著名的“先例原则”,有时也被称为“遵循先例”。对于外行人来说,英国人这种对待先例判决的方式不仅独具特色,而且令人费解。因为先例原则的一个最大矛盾在于它认可法官立法的合法性,即法官作出的决定可以约束之后的案件,但是它同时又对法官在法律上的创新作出严格的限制,即审理后诉案件的法官必须遵循先例对当前案件作出判决。那么,他们应该如何才能在这两者之间实现他们的目标呢?

面对疑问,笔者将在本文中通过一系列判例,研究先例原则的具体适用,旨在探求英国法官遵循先例原则的思维、方法及技巧。因此,本文将从以下几个方面展开研究:首先从判例法和成文法的关系

* 上海财经大学副教授,法学博士。2012年笔者在英国谢菲尔德大学研究英国的司法制度,Aurora Plomer教授对我的这项研究非常关心,并给予了很大的帮助,她从研究的思路、文献的收集及选择等方面提出了许多富有启发性的建议。利兹大学的华裔学者周琪博士给予笔者很多关照,在与他的讨论中,笔者也获益匪浅。匿名评审专家对本文的修改提出了宝贵的意见,使笔者得以对本文进一步修改完善。对他们的帮助,在此一并表示感谢。

[1] R. Cross & J. W. Harris, *Precedent in English Law* 13 (4th ed., Clarendon Press 1991).

系、司法制度的统一性、司法程序的构造等方面进行制度背景分析,指出法官在英国法律体系中的地位,探求法官适用先例原则的制度理念及制度环境;其次,通过研究英国法院现在所认可的先例原则的基本内涵和功能,分析法官进行裁判所遵循的路径、原则及前提,探究法官司法创新的思想来源;最后,从先例的选择、法律原则的适用、先例原则例外的探寻以及司法民主性和公众政策的考量等方面,阐述法官遵循先例原则的若干思维方法,分析司法创新的路径选择及界限等问题,揭示英国法官进行司法创新的思维过程。

一、遵循先例原则的法制环境:法官在英国法律体系中的地位

英国法律的特殊性与英国法官的独特地位之间存在着密切的联系。对此,可以从不同的方面进行观察。为了后面能够详细分析英国法官适用先例进行审判的思维和方法,笔者将从以下三个方面说明英国司法制度与法官角色间的互动关系,并寻找法官司法创新的制度资源和背景。

(一)判例法和成文法:英国法律体系中的法官

与大陆法系国家的法律体系相比,英国法最突出的特点就是没有成文法典,尤其是没有民法典。对于大陆法系的法律人来说,分析一个法律问题总是从分析法典中的法律规范开始的,尽管这些规范可能已经被许多学者进行过详细解释,或者是已经被法院娴熟而灵活地适用过许多次,但是分析法律的思维过程基本上是重复性的检讨。对于一个法律问题,法典或特别法即使没有直接规定,也为解决该法律问题提供了指导性的法律原则。此外,法典的另一功能是保障法律适用的统一性,不仅保证类似的案件得到类似的处理,而且保证不同的案件可以被区别性地对待。因此,尽管受到许多批评,但是作为最基本的法律渊源的法典仍然主导着大陆法系法律人的法律思维。法学著作或法院的司法解释可能会重新解释,甚至在事实上改写法典的条文,^[2]但是,这些法律渊源在法律体系中仍然处在较低位阶,尽管它们有时也起着重要的作用,但它们仍然只是法典之外的补充。

与大陆法系不同,在英国法中,法律人首先需要考虑的是判例法,判例法在法律渊源中处于效力较高的位阶。当然,这也难免令人疑惑,因为英国的法官长期以来都认为,议会制定的成文法可以改变甚至取代判例法,从宪法的角度而言,这是遵循议会主权原则的必然结果。但是如果议会制定的成文法是最高的法律渊源,为什么法官仍然应当首先考虑判例法呢?

首先,在英国的法律渊源中,判例法占主导地位,议会立法至今仍然被视为补充。对此,尼古拉斯教授有个形象的比喻,认为成文立法在英国法律体系中不过是“孤立的火山喷发”(isolated irruptions)。^[3]当然,这并不是说成文法在英国法律体系中不重要,也不是说它们在任何实体法领域都不起主导性的作用。实际上,由于有议会立法的介入,成文法也经常已在已有判例法管辖的领域发生

[2] 例如,《法国民法典》历经200多年的社会、经济、政治、科技等领域沧海桑田般的变化,至今仍然能够保持强盛的生命力,正是得益于学者和法官因应社会发展对法律不断作出新的解释。现行《法国民法典》的原版除了2283个法律条文之外,编撰者还选编了大量的法院判决的概括性结论,这些概括性的结论分别编排在相应的法律条文之后,作为司法解释,与法典构成一个整体。《法国民法典》在司法解释中与时俱进。同样,在德国,法官在“诚实信用”等原则的指引下,创造性地解释《民法典》,对法律漏洞进行填补,创立了许多新的法律制度或法律规范,使《民法典》随社会的发展而发展。但是,尽管如此,无论是法国还是德国,法官对法律的解释都不能离开法典的有关规定,必须从法典的相关规定出发来解释法律。

[3] Cross & Harris *supra* note 1, at 16.

效力,有时成文法还会明确废除判例法。^[4]但是,在通常情况下,成文法只是作为判例法的补充,或者对判例法作些微改变。因此,英国法律人就不难理解,作为立法机关的议会本身也经常使用一些只有参照判例法才能理解的概念。例如,1967年英国议会颁布的《虚假陈述法案》创制了一种新的救济方式,即因虚伪陈述而订立契约所遭受损失的当事人可以据此得到救济。德夫林(P. Devlin)认为,从两方面可以看出,这一法案是在判例法的基础上制定的:第一,其采用了“虚假陈述”这一术语,这是在判例法中首先出现的一个专门术语;第二,采用了“欺诈拟制(fiction of fraud)”概念,也就是将这种责任归类为侵权责任,这也是判例法的创造。^[5]

一般情况下,英国议会制定成文法的一个主要原因在于对某一法律问题缺乏先例,并需要通过成文法引入一些新的法律概念。尽管如此,英国成文法的这种例外性和从属性对司法创新还是有影响的。这表现在两个方面:其一,法官一般不会从成文法的明文规定中发展出适用范围更广的一般性原则,也就是说,法官一般不会将成文法的特例普遍化,但是他们却经常会从判例法提供的例子中概括出普遍适用的法律原则;其二,在存在成文法的领域,法官一般不会公然规避成文法的规定,但他们往往会通过弥补成文法的漏洞而发展法律。因此,就算是看似完整的成文法,当法官认为它有遗漏的地方时,便会进行补充,当发现适用成文法的规定会导致不公时,便会对其进行改正。^[6]当然,在许多情况下,这种补充和改正是以很隐蔽的方式进行的。

其次,与那些以法条为起点的法律渊源相比,判例法的形式和效力具有独特性。判例法不是一个抽象而原则的独立文本,而是由许多文本组成的,可能集合了从两百多年甚至更久以前到现在的所有判决。当然,司法判决和法条在文本性质上也是完全不同的,司法判决通常是松散的或论证式的,展现出法官如何对相互抵触的先例判决理由进行平衡并作出取舍的整个过程,法律规则就隐含在这些判决理由中。德夫林认为,先例判决并不仅仅是点彩画上的圆点,其本身也试图阐明它们与历史或未来的联系。在一个成文法不占主要地位的国家,作为后诉案件判决依据的先例,其本身或被保留或被否定,它们不会被固定在法律文件当中。^[7]因此,英国法院特别是贵族院^[8]的法官更倾向于尽力从先例中找到能够适用于当前案件的法律观点或判决根据。这样,先例因持续被适用而变得有意义,始终能够活跃在英国的法律生活中。

再次,英国的法律传统仍然保障着判例法的优先效力。尽管判例法中的先例原则使法官立法合法化,但是,为了避免他们侵入议会的权力范围,先例同时也是英国法官进行法律创新的界线。这是英国司法长期形成的传统,也是法官自觉性的行为。因此,英国人也无需担心,判例法的主导地位会成为法官侵犯议会权力的依据和制度缺口。尽管成文立法越来越多,却无法改变英国的法律传统。^[9]

[4] 例如,土地法中,英国议会通过的有关土地方面的成文法就占有主导性的地位。See P. Devlin, *Judges and Lawmakers*, 39 *Modern Law Review* 1 (1976).

[5] *Id.*

[6] 参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿均、贺卫方译,法律出版社2004年版,第297页。

[7] See Devlin, *supra* note 4, at 1.

[8] 贵族院即为英国上议院。根据2005年英国《宪法改革法》,贵族院的司法职能被废除,由新设立的英联邦最高法院取而代之。该法案于2009年生效,现在行使英国最高司法权的是英联邦最高法院。在本文中,由于所取大多是原来贵族院的判例,所以多数情况下都以“贵族院”指称原来英国的最高司法机关。

[9] See Devlin, *supra* note 4, at 2. 关于英国的这种法律传统,茨威格特和克茨在《比较法总论》中有详细的论述。参见注6引书,第286-297页。

(二) 司法的统一性:英国司法体制下的法官

英国司法历史研究表明,先例原则在英国法中的形成与司法体系、司法制度及民事和刑事诉讼程序的重大改革发生在同一个时期,即这些司法活动都发生在19世纪下半叶,这一时期,判决公开也逐渐走向制度化。司法体制的转变和改革发生在同一时期并非只是巧合,^[10]这一时期,持续沿用至19世纪的多种管辖权法院逐渐走向统一,^[11]出现了统一管辖权法院,即“英国高等法院”。尽管英国历史上出现过的不同法院演化成了高等法院的不同分院,但是它仍然是一个行使统一管辖权的法院。^[12]与此同时,英国建立了新的地方法院,尽管它有特别的刑事和民事分院,但它也是一个统一的法院。最为重要的是,这一时期,贵族院的审判委员会被赋予最高司法职能,成为真正的享有终审管辖权的司法机关。并且,贵族院的法律委员会是任何宪法问题的最高裁判者,这同样是由英国的法律传统所决定的,因为英国的宪法不是规定在某个宪法性文件中,而是规定在判例法和多个成文法案中。此后,尽管许多特殊法庭和仲裁庭以及分管特殊法律领域的法官和特殊程序相继出现,^[13]但是英国司法的统一性并没有受到影响。此外,由于刑事审判比较特殊且刑事案件由相对特殊的治安法院和刑事法院来审判,但是刑事上诉案件也统一由上诉法院和贵族院来审判,在上诉审法院和上诉程序上仍然实现了统一。

司法的统一性意味着,英国在处理案件及决定法律问题上有着高度统一的人员,他们都受过相同的训练,掌握了相同的法律思维和方法,因此,虽然人权法、行政法或宪法等有不同判例,但它们在制度上或管辖权上并不是相互分离的,它们都是在同一司法体制下由法官通过运用相同的方法和原则逐渐创立的。因此,判例法的传统容易受到继承,法官的审判思维定势不容易发生改变,并且,法官们的长期经验使他们更加确信,英国的法律就当如此存在于不断向前发展的判例中。

(三) 当事人主义的诉讼体制:英国审判模式下的法官

正如前面所说的,先诉判决对后诉案件有约束力,这种拘束力与法院在审判过程中所解决的法律问题以及这些问题和案件事实间的关系有着密切的联系。而这种关系的确定依赖于审判过程的性质以及法官对先例的处理方式。英国传统的民事审判模式结合了双方当事人的对抗性和法官相对的被动性等特征。民事审判的这些特征意味着:双方当事人通过辩论来确定案件的基本事实和法律问题,并以这种方式将它们提交给法院。也就是说,当事人不仅要呈交案件事实及他们对这些事实的法律

[10] See Terence Ingman, *The English Legal Process* 223 (12th ed., Oxford 2008).

[11] 普通法与衡平法的划分是英国法的显著特征,根据法律的划分,英国同时存在普通法院与衡平法院两套法院体系,彼此的诉讼程序也有很大的不同,这两大体系基本上呈并列的状态。这种体制存在诉讼程序复杂、成本高昂、不能及时有效地保护当事人的权利等弊端。英国议会于1873年颁布了《司法条例》,取消了普通法院和衡平法院的双重体制,创设了高等法院和上诉法院,统一了司法管辖权。See Ingman, *supra* note 10, at 3-5.

[12] 高等法院由1873年《司法条例》创立,为了管理上的方便,高等法院目前存在三个分院,即衡平法院(the Chancery Division)、王座法院(the Queen Bench Division)和家庭法院(the Family Court),但是,这三个分院并不是独立的法院。高等法院在创立的时候设有五个分院,与此同时,一些古老的法院也被废除了。最初的这五个分院是:衡平法院、王座法院、普通民事法院(the Court of Common Pleas)、财政法院(the Exchequer Division)和遗嘱、离婚和海事法院[the Probate, Divorce, and Admiralty Division (PDA)]。1880年,普通民事法院和财政法院被废除,它们原有的管辖权被并入王座法院。在1971年,遗嘱、离婚和海事法院更名为家庭法院,它原来的管辖权也被分别并入到三个分院中。

[13] 在英国,除了通常的法院(courts)外,还有许多行使一定领域内司法权的法庭(tribunals)。不过,很难对英国法院(courts)和法庭(tribunals)进行区分,就连英国的法律人自己也很难说清楚它们之间有什么区别。这些法庭在特定的领域内处理各种各样的纠纷。近几十年来,各种法庭的大量增加是英国司法管理发展的一大特征。有学者就认为,法庭数量和重要性的增加使其变得如此重要,人们不能将这些法庭简单看做是法院系统的附属了,他们是属于司法制度及程序的重要组成部分。See H. Genn, *Tribunals and Informal Justice*, 56 *Modern Law Review* 393, 396 (1993).

定性,而且要明确提出具体的诉讼请求及他们认为能够支持该诉讼请求的法律依据。法院的职责就是决定当事人提出的事实是否成立,以及他们的法律主张是否正确,并最终决定是否能够满足他们的诉讼请求。

由此可见,英国民事诉讼比较彻底地贯彻辩论主义,当事人不仅要向法院提交及证明案件事实,而且需要提出支持自己主张的法律依据,他们不能只是简单地提交案件事实而由法院来寻找相关法律进行判决。在这个意义上,英国法不承认大陆法系一贯遵守的“法官知法”的原则。^[14] 英国的民事审判模式对司法先例原则的发展具有重要意义。一个案件的判决往往取决于当事人在法庭上辩论的事实和法律问题,所以,如果当事人没有明确主张适用相关的法律,他的诉讼请求可能会被削弱,法院则可以因“不知道”相关法律的存在而按自己选择的先例进行判决,而当事人则不能认为法官没有选择适用更加合适的先例而主张判决不公。^[15]

因此,在英国的诉讼中,双方当事人的律师扮演着非常重要的角色,他们应适当地主张适用于本案的先例,并将可适用的其他法律渊源素材提交给法官,这些法律素材可以是英国的判例和英联邦其他地区的判例,还可以是比较法或是学术著作。^[16] 只有这样,法官才会考虑是否适用他们所主张的法律,并通过判决将先例的效力一直向后延续。当然,法官有时也会根据自己所知道的法律来判决并制作判决书,不过,这样的情况的确很少发生,因为如果法官这么做,他们很可能会受到指责,被批判为剥夺或干预当事人的辩论权。^[17] 在当事人主义的审判模式下,人们普遍认为,法官的宗旨就是公平公正地处理双方律师和当事人的辩论,而不应代替他们主张和答辩。

当然,英国先例原则赖以依存和运转的制度背景是多方面的。相对而言,上面所分析的三个方面,与先例原则的关系最为密切也最为重要,正是在这样的法制意识和环境中,英国法律中的先例原则才得以在法律继承中生生不息,在法律创新中不断发展,无论是继承还是发展,都能得到英国法律及社会的包容和支持。

二、先例原则的基本内涵:英国法官审判思维的逻辑起点

在英国法中,所谓的先例原则实际上是一系列规则,根据这些规则,先前的判例对审理后诉案件的法院有约束性的效力。法官将先例原则视为应当遵守的规则,尽管对于不遵守先例原则的法官并没有正式的制裁措施,但如果法官违反了先例原则,他们会受到同事以及其他法律人的批判。^[18]

(一) 判决理由和附带意见

英国法院判决的主要内容有两部分,即判决理由和附带意见。先例判决中的判决理由具有拘束力,附带意见只是一种参考性的意见,不具有约束力。判决理由的重要性当然是不言自明的。但是,如果不提及附带意见的重要性,就无法全面完整地理解先例原则。例如,高等法院对法律的解释并非判决理由的一部分,一般不具有约束力,但它是参考性的意见,有时还是一种非常有影响力的参考性

[14] Ingman, *supra* note 10, at 246.

[15] 当然,若在本案判决中,法官没有遵循最恰当的先例进行判决,本案判决便不会被当做“先例”,可能会被后诉法院推翻或不被后诉法院遵循。See Devlin, *supra* note 4, at 2.

[16] R. Cranston, *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice* 34 (Oxford 2006).

[17] *Id.* at 35.

[18] 不过,对于经常不遵守先例原则的法官,也有可能受到惩戒甚至被开除。See Cross & Harris, *supra* note 1, at 67.

意见。在司法实践中,附带意见效力的大小取决于两个方面因素:一是提出该附带意见的法院的级别,二是提出该附带意见的法官的个人威望。当然,只看这两个因素还是不够的,附带意见效力的大小在根本上还是取决于该附带意见中的观点是否能够说服判案的法官。因此,如果一个法律主张被认为不属于先例的判决理由,那么它的真正效力则来自于附带意见中的实质性内容。^[19]

要理解先例原则,首先应理解并识别先例判决中哪一部分是具有约束性效力的判决理由,哪一部分是只供参考的附带意见。在判例中,一个案件的判决理由可以被理解为根据事实对案件进行处理所必须的法律见解。^[20] 判决理由清楚地表明法官处理案件时对实质性法律问题的裁判意见。例如,一个案件的处理可能涉及这样一些问题:被告的承诺是否具有契约的约束力?或者被告的承诺是否包含着法律救济的可行性?那么,在被告没有履行承诺的情况下,是否可以强制履行?因此,在这个意义上,一个案件需要处理的法律问题可能不止一个,对每个问题的解决都需要有明确的法律见解。在上述例子中,如果想要强制履行,原告必须证明存在具有约束力的契约,被告没有履行契约中的某个条款,并且强制履行这个条款是可行的。法官通常会对所有在法庭上存在争议的问题进行裁判,然而,并不是对所有问题的裁判意见都是判决理由。有时,法官对其中一个问题作出决定后就会使其他问题变得没有意义,例如,如果认定契约不存在,那么被告就没有可违背的契约条款,也就不存在强制履行的问题了。因此,如果法院判决契约不存在,那么对于其他两个问题(被告是否违背契约条款和是否可以强制履行)的判定就不具有“判决理由”的效力,因为它们并不是处理本案所必须的,法官对这两个问题的处理意见就属于“附带意见”。

在先例中,一个案件的判决理由将判决中所讨论的法律观点与案件事实紧密地联系在一起。这种必要的联系也是说明一个法律主张拘束力范围大小的重要依据。只有判决理由中的法律主张具有约束力,而判决书中判决理由之外的所有法律主张都是属于附带意见。一个判例中的案件事实不仅构成了一个判例的背景,而且在决定这个判例对后诉案件的拘束效力上起着关键性的作用。因此,在英国法中,以判决理由表现出来的先例约束力的大小体现了法官在司法过程中所特有的审判思维特点,通过探寻和权衡当前案件与先例之间的联系,法官心中就能明确当前案件所属的情况及对该案件的判决结果。

那么,由谁来决定一个案件的判决理由呢?有时候,审理案件的法官会努力说明对判决结果起重要作用的法律观点,甚至还可能会解释它们究竟起到了多大的作用,并详细说明这些法律观点与案件事实之间的关系。尽管如此,事实上最终还是由审理后诉案件的法官来决定先例中的判决理由,也就是说,由审理后诉案件的法官来确定哪些法律观点是属于先例判决中对案件作出裁判所必须的,尤其是审理后诉案件的法院比作出先例判决的法院的级别低时,后诉法院必须判断先例判决中的哪些法律观点属于判决理由,从而按照遵循先例原则的要求对当前的案件作出裁判。

由此可知,判决理由的约束力在两种意义上取决于案件事实:其一,判决理由与案件事实之间的联系;其二,先例中的案件事实与法官对当前案件所采纳的事实之间的相似度。但是在司法实践中,案件事实是各不相同的,虽然法院会在判决中说明其认定的案件事实是什么,但是这也难免存在不同

[19] See Cross & Harris, *supra* note 1, at 69.

[20] 英国学者英格曼认为,以相对中性的词语“法律主张”代替判决理由(*ratio decidendi*)更好,因为“理由”(ratio)也可被称为“规则”,有时指的是一个法律概念的定义(或法律概念的某个方面),有时指的甚至是更广义上的可称为“原则”的法律术语。See Ingman, *supra* note 10, at 221.

意见或模糊之处。^[21] 因此,实际上最终还是由审理后诉案件的法官来决定哪些判决理由具备这两种联系。由此可知,先例的约束力在事实上是比较弱的,并且具有不确定性。^[22] 因此,先例原则的重要意义并不是在于个案判决,而是在于法院在一系列相似案件判决中适用的规则。如果法官在审判活动中对先前的判例毫不尊重,“遵从前例”也就没有意义了,但是死板地“遵从前例”,也会限制普通法的发展。^[23] 这就为后诉法院的司法创新提供了契机。审理后诉案件的法院有两种方法可以规避先例原则:其一是坚持认为先例中的某个法律主张不属于判决理由,从而无须遵守该先例;其二是承认先例中的法律主张属于判决理由,但坚持认为先例中的事实与当前案例的事实没有法律意义上的相似性。

(二) 先例原则与审级制度

先例原则与司法审级制度有关,关于这方面的论述很多,笔者在这里只作简单的阐述。首先,一个法院要遵循比自己级别高的法院的先例;其次,上诉法院要遵循本院的先例;最后,贵族院(最高法院)一般不受本院先例的约束。这就意味着,审理一审案件的高等法院和上诉法院都要受到贵族院判例的约束,高等法院要受到上诉法院判决的拘束,上诉法院还要受到本院判例的约束。虽然贵族院认为自己并非必须遵守自己以往的判决,但是在实践中,贵族院的法官们并不愿意推翻自己的判决,若非出现重大法律问题需要改变原来的决定,他们更乐意遵循本院的先例作出判决。

三、先例的选择

对于先例原则的形式化描述很容易使人误解,认为英国法官在审判案件时只需要寻找到合适的先例,然后根据先例宣布的法律规则进行判决。然而,如果仔细观察英国的实体法领域,我们首先会注意到先例判决的巨大数量及他们之间的复杂关系。当然,对于相当一部分的判例,法官只需尽职尽责地根据遵循先例的规则,毫无争议地将既有的判决运用到新的或有细微差别的案件中去。但是,对于另一部分先例而言,法官并非简单地遵循先例就能解决问题。在这种情况下,可以说先例只是为法官提供了一种判决的思维模式,因为这些先例不仅对案件进行了裁判,而且在判决中展示了相关的法律原则和例外、规则和方法等重要法律问题,并根据不同的法律或事实背景对它们进行区别性的分析和论证。有时,不同判例体现的判决原则和方法存在很大的差别,法官在审判案件时可以选择是否需要遵循先例。原因在于,尽管这些判决具有一定的连贯性,但是这些不同案件的事实背景可能存在很大区别,可供法官选择的思维路径也就可能是多样的。这种情况甚至在同一个人案件判决中也有可能发生,例如,有时贵族院的法官不仅对于某一案件的判决结果存在很大分歧,而且对于判决理由也存在很大争论,当这种情况发生时,就很难确定在该判例中起决定性作用的判决理由了。^[24] 总之,在很多时候,英国法官遇到的问题可能不是传统的理论性问题,也不是因为没有先例判决而不知如何对当前案件作出裁判的问题。他们经常遇到的问题往往是一个案件拥有过多的先例判决,而在这些先例判决中,有的可能在论证思路和对相关法律问题的评价上存在重大分歧,令法官难以取舍;或者在应

[21] 何然:“司法判例制度要论”,《中外法学》2014年第1期,第244页。

[22] See Cross & Harris, *supra* note 1, at 69.

[23] 同注21引文,第244页。

[24] See Ingman, *supra* note 10, at 225.

当遵循的先例判决中,法官们的意见分歧巨大,并且各有所据,都能令人信服,令法官难以确定本案的判决理由或法律观点。

下面笔者将分析贵族院 2003 年判决的一个案例,揭示在存在多个先例判决的情况下,法官面临法律问题时的法律观点交锋及判决理由形成的过程。在 *Shogun 信贷公司诉 Hudson 案*^[25] 中,一个骗子来到一家汽车行,表示想用信用卡支付的方式购买一辆车,他声称自己的名字是 Durlabh Patel(骗子假冒的一个真实的人),并且提供了一张偷来的驾驶证来证明身份。于是,汽车行打电话与他们经常合作的 *Shogun 信贷公司* 联系,随后将一份由假冒的 Patel 先生签名的表格传真给 *Shogun*。经过 *Shogun* 对 Patel 的信用审查后,汽车行同意与假冒 Patel 先生的骗子订立购买汽车的分期付款协议。假冒 Patel 先生的骗子支付了 10% 的现金和一张支票(之后证明是假的)后,开走了汽车并立即将其卖给了善意购买人 Hudson。*Shogun* 诉至法院,要求 Hudson 返还汽车。在此案中,贵族院需要解决的主要法律问题为:Hudson 是否已经取得汽车的所有权。审理此案的贵族院五位法官是尼克尔斯(Nicholls)、米尔特(Millett)、菲利普斯(Phillips)、霍布豪斯(Hobhouse)和沃尔克(Walker)。

案件最终以三比二的多数意见作出判决。判决结果显示,作为多数派的三位法官菲利普斯、霍布豪斯和沃尔克都认为假冒的 Patel 没有取得汽车的所有权,因此他无法将汽车的所有权转让给 Hudson,也就是说 Hudson 没有取得汽车所有权。虽然,他们对适用“未曾拥有则不能给付”规则没有异议,但是,三位法官在推理方式上大相径庭。而作为少数派的两位法官尼克尔斯和米尔特则认为,Hudson 取得了汽车所有权,他们的论证同样很有说服力,甚至多数派中菲利普斯法官也觉得他们的论证值得信服。此案判决公布后,许多法官认为,这两位法官的论证与近期英国的司法发展趋势相一致,更好地平衡了此类案件中双方当事人的利益冲突。^[26] 笔者接下来就对本案法官的法律观点进行分析,探究该判决形成的过程。

笔者首先分析作为少数派的尼克尔斯法官和米尔特法官的法律观点。他们认为此案涉及的实际是一个典型的契约效力问题,即认识错误对契约效力影响的问题,也就是说,*Shogun 信贷公司* 错误地认为签订汽车买卖合同的人就是 Patel 先生本人,这种错误对契约效力会产生什么影响呢? 第三方的错误认识是使契约归于无效,还是仅仅使契约成为可撤销的契约? 如果契约无效,汽车的所有权就没有转移至假冒者,也就没有转移至善意第三人。如果契约可撤销,汽车的所有权便转移给了假冒者,直到契约被撤销。他们认为,尽管规定财产如涉及第三方利益则禁止撤销契约的法律“不能令人满意”,但是本案中的契约应被认定为可撤销的契约。他们还通过引用上诉法院的一些判例来论证他们的观点,认为在这些判例中,上诉法院的法律观点是:在口头交易中,一方当事人应知道与其签订契约的另一方当事人是谁。他们认为如果将口头契约改为书面契约,则本案与上诉法院判例中的情况并没有什么不同。他们还进一步认为立约的形式只是记录契约事实的一种形式,并不是契约有效的必要条件。因此,他们更倾向于选择上诉法院那些关于口头交易的判例,而反对贵族院在 *Cundy 诉 Lindsay 案* 中所作的判决。在 *Cundy 案* 中,贵族院认为,签订契约的双方当事人与所签姓名者应保持一致,如果签名者并非本人,契约无效。^[27] 两位法官都认为,不需要再遵循贵族院的这个先例,因为这个先例既不公平(如对于善意第三人不公平),也不符合法律规则,而且在判决此案时,贵族院法官

[25] *Shogun Finance Limited (Respondents) v. Hudson (FC) (Appellant)* [2003] UKHL 62.

[26] See *Ingman*, *supra* note 10, at 225.

[27] *Cundy v. Lindsay* (1877-1878) LR 3 App Cas 459.

们的意见本来就存在较大的分歧。

与少数派的两位法官在内部取得一致意见相比,多数派的三位法官虽然在判决结果上意见一致,但是针对法律适用问题,他们内部则产生了很大的分歧。菲利普斯法官同意少数派对本案的定性,认为本案的关键问题在于判断契约是无效还是可撤销,但是他不同意少数派对这个问题的处理意见。他认为,若契约成立,首先必须客观存在英国传统意义上的“合意”。正如交易双方必须在合同条款上达成合意一样,当事人也必须同意与之交易的对方是当事人本人。如果甲向乙发出要约,丙表示同意接受,那么契约并没有成立。但是,在查阅了11个相关判例后,他还是对少数派的论证表示信服,包括赞成少数派认为应该推翻Cundy诉Lindsay案判决这样的观点,但他认为应当区别口头契约和书面契约。在口头订立契约的情况下,尽管当事人可能当场拒绝,但是双方都有与对方订立契约的意向;在书面订立契约的情况下,原则上契约必须包括关于契约双方当事人身份的内容。因为Cundy诉Lindsay一案显示了英国法用同样的方法处理对双方当事人身份的认定和对契约条款的认定,所以他认为应该遵循法律的“客观性原则”,并认为书面契约条款和当事人身份一致具有相当的重要性,将此法律规则应用于本案事实,他认为Shogun没有和假冒者口头交易,契约因认识错误而归于无效。

多数派的其他两位法官,霍布豪斯法官和沃尔克法官以不同路径得出了相同的结论。霍布豪斯认为,那些有关“认识错误”的先前判例与当前案件并不相似,他将本案的法律问题视为成文法的解释问题以及契约法原则的适用问题。他认为,本案的关键问题是:存在Shogun信贷公司担保关系的情况下,第三方是否取得汽车的所有权。考虑到该交易是分期付款而非一次性付清的买卖交易,当假冒者与善意第三人订立契约时,从交易表面上来看,假冒者并没有取得所有权,而只是获得了购买的选择权,于是案件的关键则变为该案是否属于1964年《分期付款买卖法》第27条的例外规定,即本案是否属于“任何人都不能转让不属于自己的物品”这一原则的例外情形。对此,霍布豪斯认为本案不属于例外情形,因为假冒者明显不是当事人,契约文件上所写的当事人是Patel先生。因此,适用于本案的规则应该是书面契约条款不能以口头方式进行变更的规则。他认为,这一规则是英国“商法的一个巨大优势”。最后,他认为Patel先生并没有对信贷公司发出有效要约,因此,双方并没有形成合意,不存在有效的契约。

上述分析表明,审理Shogun案的法官们对本案的处理意见存在很多分歧,那么,该案的判决理由究竟是什么?所有法官都认为,口头交易中的一方与在场的另一方有进行交易的意愿,尽管对于这个推定是否可被推翻需要根据具体情况进行判断,但是在本案中并没有一位法官认为这个推定是可被推翻的。对于案件事实的认定,尽管大多数法官都明显支持Shogun的诉讼请求,但他们支持的理由却存在很大的区别。霍布豪斯的态度最明确,但他的主要论点在于交易的分期付款性质和有关分期付款的特殊法律规定,这些都与菲利普斯的看法不同,也不是沃尔克的主要观点。此外,尽管霍布豪斯和沃尔克都认为Cundy诉Lindsay一案的判决应当遵循,但是他们的理由并不是因为该判决是贵族院的先例,而是它符合契约法关于合意的客观性及其解释的基本原则。此外,霍布豪斯根本不认为此案涉及认识错误问题,而包括少数派的两位法官和菲利普斯法官都认为本案是认识错误问题,沃尔克法官也在某种程度上这么认为,但是他们对于判决结论却不能达成一致意见。因此,从技术层面上来看,Shogun诉Hudson一案并没有对非口头形式交易所适用的法律作出明确的回答,也就是说,对此问题并没有形成多数人一致同意的判决理由。

对Shogun案的判决进行分析后可以看出,审理案件的法官可能会对以下问题产生分歧:(1)要解

决的法律问题,例如,在本案中,包括认识错误,关于分期付款买卖特殊法规的适用,契约的形式,要约与承诺等;(2)案件事实与判决理由的相关性,例如,本案中讨论的口头订立的契约和书面订立的契约在以往判例中是否属于相同或相似的问题等。尽管在同一判例中法官的审判意见存在很大的分歧,但是不能认为这样的先例没有意义,这个案子恰恰反映出,贵族院的先例可以在处理相互矛盾的方法和原则时相互作为参照,贵族院法官的职责就是对这些方法和原则进行评价,并根据案件的具体情形以不同方式作出判决。在不同的方法和原则之间选择时,不仅要考虑解决方案本身是否公平,而且还要考虑是否存在更为公平的解决方案。恰恰是这样的先例为审理后诉案件的法官提供了审判的思维、方法和原则,让他们在综合衡量存在于各个先例中的各种判决理由或法律观点后作出恰当的选择。另一方面,也是在这种激辩与多样性的讨论中,法官在继承先例判决的同时也在悄悄重塑判例法。

四、法律原则的适用

判例法是由先例组成的,这些先例的约束力取决于法官作出判决所依据的判决理由和案件事实之间的关联性,因此,判例法在逻辑上看起来确实很有针对性。不过,在英国的司法裁判中,同样存在许多适用范围相对广泛的法律原则。“尽管书中很少提起,英国法实际上包含了很多适用范围很广的原则,这些原则比司法决策所根据的先例要强有力得多。”^[28]但是,与大陆法系不同,英国法中的法律原则一般不是直接规定在成文法中,而是隐藏在判例法中。因此,将法律原则或法律理念具体化为判决理由,进而形成法律观点,也是英国法官遵循先例原则时经常采纳的思维方法。

英国法官有时会以大胆创新的方式来适用法律原则。在著名的 *Donoghue 诉 Stevenson 案*^[29]中,阿特金斯(*Atkins*)法官试图用“邻居规则”来论证他的裁判意见:如果产品致人损害,制造商应对受害人负过失侵权责任。一般情况下,阿特金斯法官完全可以将他的结论只限于此种情形,但他看到以往的判例将“类似的过失责任”^[30]作为适用范围更广的法律原则时,便推翻了认为制造商不应为契约之外的第三人承担责任这样的法律观点,认为“类似的过失责任”实际上是违反“合理注意义务”所产生的责任。他的创新促使审理后诉案件的法院找到更多的判例,对前诉判决没有预见到的情形进行补充。后来,尽管法院采纳一些新方法来判断新的情况是否能够产生“谨慎行为义务”这一问题,但是该原则无论如何都让法院开始以更加广泛、统一的方法来处理过失侵权责任问题了。^[31]此外,还可以举出两个适用法律原则的典型例子。

第一个例子发生在赔偿法领域。在 *Kleinwort Benson 公司诉 Lincoln 市政府案*^[32]中,贵族院认为,

[28] See L. Blom-Cooper & G. Drewry, *Final Appeal: A Study of Lords in Its Judicial Capacity* 139 (Clarendon Press 1972).

[29] *Donoghue v. Stevenson* [1932] UKHL 100. 在该案中,原告在她的饮料中发现了一个蜗牛从而生病,而该饮料是别人为她买的,她与饮料的销售者或制造商并无契约关系,原告向制造商起诉索赔。法院运用“邻居规则”,判决原告有权取得赔偿。在该案中,阿特金斯勋爵确立了后来被普遍适用的“谨慎行为义务”。他在判决中指出,在法律面前,每个人都必须信守承诺。如果一个人向他的邻居作出了承诺,就不得有伤害到他邻居的直接行为或过失行为。也就是说,一个人的行为应当尽可能地合理谨慎,避免邻居因为他的疏忽行为而受到影响。

[30] 阿特金斯法官认为,以往判例中的“类似的过失责任”实际上是因违反“合理注意义务”或“谨慎行为义务”所需承担的责任。See *Donoghue v. Stevenson* [1932] UKHL 100.

[31] See Blom-Cooper & Drewry, *supra* note 28, at 148.

[32] *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council* [1988] 4 All ER 513.

当事人依据一个错误的法律交了罚金,他可以要求偿还,这是不当得利原则的要求。不过,这个问题还引发另一个更为有趣的问题,即一个人根据当时的司法判决缴纳了罚金,随后该司法判决被后诉法院废除或推翻了,那么,先前缴纳的罚金算不算是根据错误的法律呢?对此,贵族院的大多数法官认为之后的司法判决有追溯力,因此之前的罚金是误罚。而少数法官则认为,尽管法律改变了,也不能使之前缴纳的罚金变成误罚,因为“追溯不能伪造历史”。作为少数意见代表的布朗-威尔金森(Browne-Wilkinson)勋爵在本案判决中对英国现代司法的功能作了很好的解释。“依据法理,法官不能造法或改变法律,他们只是发现和宣布法律。据此,当一个先前的判决被否决,法律并没有改变,因为它的本质已被公开,并以此种形态一直存在。然而,这种法理就像一个童话故事,现在已没有人再相信了。实践中,法官立法并改变法律,整个判例法都是法官创造出来的,只有法官不断改变法律,判例法才能与时俱进。”^[33]因此,按照他的观点,根据“童话般的法理”推理出法官对先例的改变有溯及力这样的观点是不可取的,因此,因“错误的法律”而进行赔偿的概念中就不能包含先例判决被废除或推翻的这种情况。

第二个例子发生在行政司法审查领域。在这个领域中,两个著名的原则同样可以说明问题。在过去的半个世纪里,英国法院在行政司法审查领域似乎显得格外活跃和富有创造力。对此,我们可以选择两个对行政决策进行司法审查的合法理由进行说明,即“韦德内斯伯利不合理性(Wednesbury unreasonableness)”原则和未能实现公民的“合理期待(legitimate expectation)”原则。

第一个原则是“韦德内斯伯利不合理性”原则,该原则是由Wednesbury案的判决所确立的。^[34]在本案中,Wednesbury小镇上的一个电影院想申请一项行政许可。根据星期天娱乐法(the Sunday Entertainment Act 1932)的授权,行政机关在发放许可时可以“加入其认为适当的条件”。当地政府便在本案申请中搭附了一个条件,即要求电影院承诺周末不让15岁以下的未成年人独自进入该电影院。电影院认为政府附加的条件违法,于是将其告上法庭。主审法官格林(Greene)认为,当地政府的裁量是“如此荒谬,任何明智之士都不会想到它属于行政机关的权限范围”,因此,他认为法院可以宣布该行政行为无效。在判决理由中,格林明确指出,“如果一个决策太不合理了,以至于让人觉得这是个不理性的行为时,那么行政机关就无权执行这样的决策”。从这个判例中,法官提炼出“韦德内斯伯利不合理性(Wednesbury unreasonableness)”这一法律原则,该原则对英国行政司法审查界限的划定具有宪法意义上的重要性。^[35]议会将行政决策权授予了行政机关而不是法院,因此行政司法审查必须在合理的界限之内,不能越权干预行政决策。法官认为,不能仅仅因为一个行政行为是错误的或者不合理的就对该行为进行干涉,他们必须证明该行政行为达到了“韦德内斯伯利不合理性”的程度,只有这样的行为才会被认为是超越了权限。因此,著名学术评论家希克曼(T. R. Hickman)认为,“韦德内斯伯利不合理性”原则是英国法院“用来控制行政自由裁量权的主要工具,目的在于防止行政自由裁量权超越法律正当性的界限”。^[36]然而,随后的判例表明,英国法院扩大了“不合理性”的实际含义,并补充以独立的方法来判定行政机关是否滥用职权。所以,从议会、行政机关、法院三者扮演的角色

[33] *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council* [1988]4 All ER 513.

[34] T. R. Hickman, *The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere*, 63 Cambridge Law Journal 246, 251 (2004).

[35] Anthony Lester, *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*, Public Law, 1987, at 370.

[36] Hickman, *supra* note 34, at 247.

来看,法院构建了广泛的审查行政行为的理由,这些理由也逐渐经由司法判例的提炼成为法律规则。^[37]

第二个原则是保护公民的“合理期待原则”。这个原则首先是在德国法律中发展起来的,后来被纳入欧共体法律体系。大量判例显示,该原则引入欧共体法律后,便对英国法产生了很大的影响。^[38] 一般认为,2001年考夫兰(Coughlan)案的判决是英国行政法正式确立“合理期待”原则的标志。^[39] 在该案中,当事人考夫兰小姐于1971年的一场车祸中严重受伤,全身瘫痪,后来她被安置在一个地方医疗机构护理。1993年,卫生主管机关在征得她和另外七个同样全残病人同意后,将他们移至一家叫Mardon House的医疗机构看护,并保证他们可以在此无限期地居住下去。但是,1998年,在仅经过一个公共审议程序后,地方卫生主管部门便决定关闭Mardon House,并将当事人转移至一个地方社会机构照顾。考夫兰小姐因此提起司法审查,上诉法院认为,该案中的Mardon House应当成为当事人永久性的居所。主审法官海顿(Hidden)认为,如果一个行政机关的行为引起了公民的合理期待,那么对这种合理期待利益的损害就如同滥用权力一样不公正。在这种情形下,法院需要考量是否存在足够重大的公共利益以支持行政机关违背先前作出的承诺的正当性;在综合审查本案事实的基础上,上诉法院作出判决,卫生主管部门关闭Mardon House的决定无法获得正当化。

在该案中,上诉法院确立了合理期待作为行政法上的一项重要法律原则。^[40] 尽管有很多法官支持将该原则解释为“韦德内斯伯利不合理性”的一个方面,即当涉及某一裁量权的行使时,将合理期待视为必须考虑的相关因素来对待。^[41] 不过,上诉法院在考夫兰案中再次强调,没有必要将这一现代法原则置于韦德内斯伯利不合理性概念的框架下进行解释,尽管这有助于遵循已经作出的一些先例,但其更乐于将韦德内斯伯利体系自身视为公权力如何被滥用的主要例子。^[42]

在此之后,在涉及行政司法审查的案件中,法官经常适用合理期待原则对政府的行政指导、行政政策、对社会承诺等行为进行司法审查,以未能实现公民“合法期待”为由对行政行为施加影响,促进了行政审查制度的进一步发展。不过,正如上诉法院所言,合理期待在公法的不同领域可能扮演不同的角色,其功能的限制应由法院决定,它的发展仍然处于从个案到个案的基础上。^[43]

总之,在英国司法实务中,不乏法律原则的解释和适用,但是,与大陆法系国家不同,它们在英国法中的效力依赖于司法判决,而不是立法的明确规定。因此,在英国的法律中,法律原则与司法判决之间的关系更为紧密和直接,法官既是在先例判决中逐步归纳和推演出法律原则,又是在法律原则的指引下进行司法,两者之间的互动关系既是法官遵循先例的表现,也是法官进行司法创新的写照。

[37] 参见余凌云:“英国行政法上的合理性原则”,《比较法研究》2011年第6期,第17页。

[38] 尽管“合理期待”原则在英国法律中饱受争议,但是在2001年上诉法院对“合理期待”原则进行系统阐述之前,英国法院便在一系列判例中,论及该原则,并在不同程度上认可公民在行政法律关系中的“合理期待”的正当性。See Richard Clayton, *Legitimate Expectations, Policy, and the Principle of Consistency*, 62 Cambridge Law Journal 378, 392 (2003).

[39] R. v. North and East Devon HA ex p. Coughlan [2001] Q. B. 213.

[40] 此前,法官对先例中是否存在这项原则总是存在很多争论。但是现在,上议院在将来推翻该原则的可能性已经微乎其微了。See Hickman, *supra* note 34, at 249.

[41] 在R. v. Inland Revenue Commissioners ex p. Unilever [1996] S. T. C. 681, 695案中,布朗(Simon Brown)法官认为,应该把以本案为典型的滥用权力方面的案例看做Wednesbury不合理的一个首要方面,但却不是对实体不公正加以质疑的全部基础。See Hickman, *supra* note 34, at 249.

[42] Hickman, *supra* note 34, at 251.

[43] *Id.*

五、挖掘法律原则的例外

司法创新的另一种形式是探求法律原则的例外,这与通过承认法律原则进行创新恰恰形成鲜明对照。当然,这也是一种与适用先例原则一致的创新形式,因为这种形式的创新首先要考虑的问题往往是当前案件与以往判例之间存在的区别,当寻找到两者之间的区别时,审理案件的法官就可能以本案与先例判决不具相关性而另行裁判,这恰恰是遵循先例原则的法律思维过程。由于后一个案件被认为是属于不同于先例的其他案件,因此不能适用先例判决中的法律规则对其进行裁判,法官因此需要作出新的判决。

我们首先可以通过契约对价规则的变化来进行分析。根据200多年前的英国法,履行现有契约义务不构成某种承诺的有效对价。在1809年判决的经典判例 *Stilk 诉 Myrick* 案中,船长为了确保完成航海任务,承诺给海员以额外的报酬。航行结束后,船长拒绝支付其所承诺的额外报酬。法院认为,船长无付款责任,海员只不过是履行了其原合同所约定的职责,这一履行,并不能对船长新的承诺构成对价。^[44] 然而,在1990年 *Williams 诉 Roffey 兄弟和 Nicholls 公司(承包商)* 案中,雇佣者承诺给建筑工人一笔额外的报酬以保证项目按期完成,上诉法院认为,只要承诺的内容是一种实际收益,对契约已有内容的额外承诺构成有效对价。^[45] 上诉法院作出上述判决的依据是枢密院对 *Pao On 诉 Lau Liu Long* 案所作出的判决,^[46] 尽管这两个案件比较相似,但还是存在较大区别,主要区别在于后者是对向第三方履行的内容作出承诺。对于上诉法院选择适用 *Pao On* 案进行判决的主要原因,格莱维尔(Glidewell)认为,“法院更应该去寻找存在的对价来反映契约双方的意图,这种对价是由契约双方平等协商确定的,并且能够反映双方真正的意图”。^[47] 为了达到这样的目的,上诉法院没有推翻 *Stilk 诉 Myrick* 一案的判决,而是将两个案件区别开来,区别的理由主要有三点:(1)从1809年的案件判决以来,相关法律经历了很大的变化;(2)当时为了保护契约一方免遭被迫行为侵害的法律现在已经不存在了;(3)*Stilk* 案的判决依赖于当时的社会背景,而这个背景现在已经不存在了。^[48]

不过,*Williams* 案的判决却给法律适用带来了一些麻烦,因为该案判决理由并没有明确说明什么是“实际利益”,而 *Stilk* 案的判决也没有被明确推翻,并且,上诉法院也没有在相关判决中明确指明 *Williams* 案的效力,所以,法官常会对是否应该遵循 *Williams* 案的判决产生疑问。在此情况下,上诉法院对 *Re Selectmove* 案的判决受到了法官们的特别重视。这个案件的焦点问题是:在一方因承诺而已获得实际利益的前提下,是否可以强制其同意另一方减少履行现有债务的要求呢?尽管判例法也承认实际利益的有效性,但是贵族院在 *Foakes 诉 Beer* 案中认为,即使债权人同意以清偿的方式接受债

[44] R. T. Wright & W. W. Buckland, *Selection of Cases on The English Law of Contract* 314, 315 (Cambridge 1996).

[45] *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd.* [1989] EWCA Civ 5.

[46] *Pao On v. Lau Yiu Long* [1979] UKPC 2. 本案的焦点问题是主契约签订之后附加的担保协议是否具有对价支持。判决意见认为,作出付款或赠与其他利益的承诺之前存在的行为在满足一定条件时也可以作为承诺的有效对价,这些条件包括:一是这一行为必须是基于承诺人的要求作出的;二是当事人必须知道这一行为是需要通过付款或赠与其他利益获得报酬的;三是付款或赠与其他利益在法律上必须可强制执行。

[47] *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd.* [1989] EWCA Civ 5.

[48] 审理该案的法官认为,拿破仑战争时代航海生活艰苦,船员要挟船长可能使航行处于巨大的风险中。See *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd.* [1989] EWCA Civ 5.

务人的部分清偿,也不发生债务清偿的后果。^[49] 这个判决在随后的很多案件中都被遵循。因此,在 *Re Selectmove* 案中,上诉法院认为,即使一方因承诺而已获得实际利益的前提下,也不可以强制其同意另一方减少履行现有债务的要求。皮特吉布森(Peter Gibson)法官认为,“如果遵守先例原则的话,上诉法院不可能将 *Williams* 一案中的原则运用到任何受 *Foakes* 案约束的案件中。如果要进行这样的延伸,必须由贵族院来决定,或者更准确地说,应经过法律委员会的讨论后由议会来决定”^[50]。

因此,*Williams* 案的拘束效力似乎比较脆弱,但是,在没有被推翻的情况下,它仍然对上诉法院及其下级法院有约束力。不过,有些法官很不情愿这样做,如科尔曼(Colman)法官就在判决中明确说道:“因为 *Williams* 案是上诉法院作出的判决,否则我不会遵循该判决。这个判决背离了长期以来被遵循的规则。”^[51] 上诉法院在 *Re Selectmove* 案中也意识到这样的尴尬,因此,它也认为对于这种情形,法院可以考虑适用衡平法原则,它的核心就是允诺原则或禁反言原则。根据允诺原则或禁反言原则,如果债权人对债务人已表示愿意放弃部分债权,那么在符合以下两个条件时,则禁止债权人再违反先前的承诺:(1)承诺是承诺人真实的意思表示;(2)承诺在当时情况下是公平的。因此,这个原则与 *Foakes* 案中的对价原则比较相似,具备契约的有效对价具有可强制执行这样的特点。然而,从严格意义上讲,这种衡平法原则与 *Foakes* 案中所称对价原则还是存在差别的,因为该承诺并不完全具备契约的效力,在某些情形下,允许当事人规避该承诺。^[52]

从以上分析可以看出,法官直接通过探求法律原则的例外来进行裁判往往会遇到许多障碍或受到批评,因此,为了减少因不支持先例原则所带来的不利影响,法官往往会选择第二种方法,即依靠案件的重新归类来规避先例。对此,我们可以通过关于第三人利益契约制度的发展变化来进行说明。传统判例法不承认第三人利益契约,“契约双方不能将契约权利授予第三方”,这个规则反映了契约的相对性原则以及受诺人必须具备对价的规则。^[53] 尽管英国法官经常很不情愿地遵守这一规则,并要求议会对其进行审查,但是在法律修改之前,法院还是要坚持遵守这个规则的。不过,当 1999 契约法改革法案还没有正式生效之前,^[54] 法官实际上有很多规避适用第三人利益契约规则的方法,这就是,通过解释,将涉及第三人利益的契约问题解释为其他制度所能涵盖的法律问题,进而适用其他法律规则进行裁判。正是如此,法官创建了许多契约相对性规则的例外情形,在特定情况下赋予第三人直接请求权,使第三人可以申请强制执行契约。例如,通过信托来规避契约的相对性原则,曾是英国法院经常采取的一种方法,法院若认为应给第三人以救济,就将当事人订立契约的行为解释为为第三人设立信托,通过信托来赋予利益第三人申请强制执行契约的权利。^[55] 此外,契约相对性规则的例外情

[49] *Foakes v. Beer* [1884] UKHL 1. 根据该案判决,即使债权人同意以清偿的方式接受债务人的部分清偿,也不发生债务清偿效果。但是,如果接受部分清偿的债权人不主张债务人的部分履行不存在有效对价,而是愿意将部分清偿当做全部债务清偿而接受,并同意解除债务人的全部债务或者进行全部对待履行,则具有法律效力。不过,由于这种情况下的债权人接受不是一个建立在对价基础上的清偿,所以被认为是具有赠与性质的清偿。对于这样赠与性质的清偿效果,不能进行推定,而必须有充分的依据证明债权人存在这样的真实意图。在实践中,这就往往要求债权人对债务人出具全额清偿的收据。参见[美]A. L. 科宾:《科宾论合同》(下册),王卫国、徐国栋等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 519 页。

[50] *In re Selectmove Ltd.* [1993] EWCA Civ 8.

[51] *See Cross & Harris, supra note 1, at 193.*

[52] *In re Selectmove Ltd.* [1993] EWCA Civ 8.

[53] *See Cross & Harris, supra note 1, at 193.*

[54] 英国议会 1999 年 11 月通过了《契约法改革法》,该法对第三方履行契约及第三方契约权利进行了较为详细的规定。至此,英国正式承认了第三人利益契约的效力。

[55] F. A. R. Bingham, *Statutory Interpretation* 342 (5th ed. LexisNexis 2007).

形主要涉及代理、债权转让、海上货运、准契约、流通票据、保险、土地等方面。规避禁止第三人利益契约规则的这些方式比较明显地表现出英国法院想要创新的强烈意愿,同时也表现出对创新的自我限制。当法官觉得可以通过规避先例的方法进行创新时,他们就不会公然拒绝或违背“契约关系不涉及第三人的原则”,即使预料当事人会对判决提起上诉也是如此。^[56]

当然,法官不愿意违背第三人利益契约原则的做法也遭到了一些著名学者的批评,认为不承认“因契约方式所生的第三人权利”的做法令人惊愕。^[57]不过,法官普遍认为,法院持续不愿承认契约当事人可以将权利授予第三方,一方面是因为法官要遵循先例,另一方面也是因为法官认为司法难以正面解决规避第三人利益契约所带来的问题。尽管“契约双方能够授予第三方权利”这一个原则看起来比较简单,但是一旦承认这个原则,就会附带产生很多问题,这些问题可能无法由贵族院在一个案件的判决中一次性地得到解决。^[58]实际上,英国法院通过案件的重新归类来规避“第三人利益契约”的方法也引来了很多非议,认为这样的方式容易导致解决契约问题的不确定性,从而潜在地破坏交易秩序,因此,由议会通过立法对“契约双方不能将契约权利授予第三方”的原则进行改革确实是一种更好的方式。^[59]从1991年开始,英国法律委员会再次呼吁普遍承认第三人可申请强制执行契约的法律规则,认为依据契约当事人的意图,第三人应该可以享有起诉权,立法应规定契约当事人变更、终止契约的权利、承诺人的抗辩及第三人可得到的救济等规则。英国最终在1999年通过了契约法改革法,规定了第三人申请强制执行契约的法律规则。法律委员会认为对契约法进行改革能够避免法官造法的任意性和复杂性。

六、立法民主性和公共政策考量

遵循先例原则的过程实际上也是司法创新的过程。不过,与议会相比,法官的立法过程显然缺乏民主性,他们也因此受到一些批评。然而,经常发生的实际情形可能是法官要求议会对某些法律问题进行明确立法却遭到拒绝。但是,每当法官对现有权威进行挑战时,无论是以规避的方式逐渐地进行创新,还是以认可新的法律规则的方式大胆地进行创新,这种挑战总会被指责为侵犯了议会的权力。因此,法官在进行司法创新的过程中,需要考虑议会对当前法律问题可能持有的态度,尽可能在议会容忍的程度内进行司法创新。首先,在存在成文法的领域,法官一般不会轻易规避成文法的规定,相反,他们往往会通过法律解释弥补成文法的漏洞,促进成文法的不断发展,这种思维方式与大陆法系法官通过解释法典促进法律发展的方式极为相似,这正是法官尊重议会主权原则的表现。其次,尽管遵循先例原则是法官立法合法化的根据,但是,为了避免法官专断,先例同时也是法官进行法律创新的界线。这是普通法的传统,也是法官自觉性的行为。因此,尽管受到一些批评,却无法撼动判例法的制度价值,判例法的主导地位并没有成为法官侵犯议会权力的依据和制度缺口。再次,对于争议性很大的法律问题,法官往往不会擅自改变法律规则,而是提议议会立法,静静等待议会通过民主表决的形式更为周全地解决法律问题。前文关于“第三人利益契约”问题的解决过程正是法官自觉维护立

[56] *Id.*

[57] *Id.* at 343.

[58] *Id.*

[59] *Id.*

法民主性的很好说明。最后,法官通过判例进行改变或发展法律时,需要考虑相关的成文立法背景,将自己置身于立法者的情境中,设身处地地思考和论证议会立法时对解决当前问题的态度和方法。否则,法官擅自改变或发展法律的判例就会被上诉法院推翻或不被后诉法院遵循。这一点至关重要,它既是维护先例原则的程序保障,也是防止法官专断、避免法官造法严重背离民主性原则的程序保障。例如,随着社会的发展,法官应如何重新解释消费者保护法以保护消费者免遭不公平的契约条款特别是免责条款的侵害呢?英国司法界对此存在不同的观点。通说认为有两种解释方法:一是在缺少书面契约的情况下,应以衡平法原则确定其内容;二是契约条款存在两种或两种以上解释的情况下,应作出不利于要约人的解释。然而,丹宁勋爵认为,根据这两种解释方式来解除消费契约时,自动解除一个契约及其附随的免责条款应以构成根本违约为前提。这种观点与贵族院先例中的观点存在冲突。许多同行认为,丹宁勋爵对法律的这种创新解释显得比较傲慢,威伯福斯(Wilberforce)法官就认为,“据称丹宁勋爵是运用先例进行判决,但实际上他是引用了其他两位法官朋友的话来进行判决”。^[60]丹宁以根本违约为前提的判决被上诉到贵族院,贵族院在考虑到1977年《不公平契约条款法》的立法背景后认为,议会对契约法领域的干涉程度是有限的,^[61]丹宁的判决对契约法的干预违背了先例权威和法律原则,而这样的违背并无必要,因此拒绝接受该判决。对此,威伯福斯认为,议会避免对整个契约领域进行立法具有重要意义,1977年的这个法案出台以后,在一般商事领域,如果契约双方具有平等的议价能力,且风险主要由保险公司承担,那么,包括司法干预在内的任何干预都是不正当的,这似乎是议会的意图,让契约双方按照他们认为合适的方式自由分摊风险。所以,1977年法案中对议会干预契约法的限制,可以被看做是法院对同样领域不进行干预的原因,从而不给未来普通法的立法造成了一种先发制人的影响。^[62]

与议会和政府相比,法院对公共政策的态度会受到社会民众更多的关注。其原因在于,法院对公共政策的回应可能会切实地改变人们的法律生活。处于判例法中心的英国法官当然无法置身于公共政策之外,他们也会关注公共政策的发展,时常在判决中讨论公共政策对当前需要解决的法律问题的影响。尽管如此,英国法官不会放弃独立思考的机会跟随公共政策进行审判,他们会综合考量法律回应公共政策变化的必须性和正当性,恰当处理公共政策变化对法律发展的需求。

在遵循先例进行裁判的过程中,贵族院有时会公开解释他们不遵循自己先例判决的原因是由于社会在不断变化,公共政策也在不断调整,人们改变法律规则的呼声在日益高涨,因此司法有时需要跟进这样的改变对法律规则进行适当的调整。例如,在1991年10月23日皇室诉R案中,贵族院查阅了现有判例后认为,规定妻子被推定自愿同意与丈夫发生性行为的法律已经过时,“判例法应根据社会、经济、文化的发展而作出改变”,其中一个改变就是现代的婚姻被视为一种平等主体之间的关系。也就是说,关于现代婚姻的公共政策已经发生了很大的变化,这是符合社会发展潮流的,贵族院认为应当根据公共政策的变化改变原有的法律规则。所以,贵族院将判例法中关于“推定同意”的规则推翻,并认为妻子不需通过法律程序,而只要表达离开丈夫的企图,就已经撤销“婚内同意权”,有权

[60] See P. Devlin, *Judges, Government and Politics*, 41 *Modern Law Review* 505, 513 (1978).

[61] 英国1977年《不公平契约条款法》第1条规定:“任何人都不能通过契约或针对一般人及特定人发出的告知免除或限制自己因过失致他人伤害或死亡的赔偿责任。”但是该法中的控制责任免除条款的立法不适用于保险契约、海事救助和拖船契约、租船契约、海上货物运输契约和国际货物买卖契约等领域。

[62] See Devlin, *supra* note 60, at 513.

控告丈夫强奸。^[63] 1992年1月13日,英格兰法律委员会发表报告,赞成落实“皇室诉R”案的判决,完全取消“推定同意”的理念以及“婚内强奸豁免权”。1994年英国通过《性犯罪法案》的修正案,删除了丈夫“婚内强奸的豁免权”,即男子无论是否与受害女子有婚姻关系,在用暴力或暴力威胁与该女子发生性关系后,都要承担强奸罪的刑事责任。

相反,在关于未成年人刑事责任能力问题的讨论中,尽管随着未成年人犯罪案件的逐年上升,社会民众呼吁改变法律规则,降低刑事责任能力年龄,对严重犯罪的未成年人进行惩罚,政府报告也对未成年人的刑事犯罪问题给予了很大的关注并提出了修改法律规则的建议。但是,在C诉DPP一案中,贵族院明确拒绝改变关于规定未成年人刑事责任能力的相关规则,尽管其中三位法官认为应当改变,贵族院最终的判决还是认为,10到14周岁的未成年人被推定为无刑事责任能力,只有在举出足够的反证证明该未成年人明确知道自己的行为具有严重危害性的情况下,这样的推定才能被推翻。^[64] 在这个案件中,贵族院认为,尽管社会发展导致未成年人犯罪的概率升高,社会公共政策的考量希望能够改变关于未成年刑事责任能力的规则,但是保护未成年的法律价值更应受到尊重,尽管情况发生了一些改变,但不足以成为法律规则变化的理由。

结合上面提到的立法民主性及公共政策考量问题,洛瑞(Lowry)勋爵提出一些确保法官造法具有适当性的原则:(1)如果对解决方案存在疑问,法官应避免按自己的个人看法进行裁判;(2)应提高警惕防止议会拒绝解决疑难法律问题的机会或不提及疑难问题而直接立法;(3)与解决纯粹的法律问题相比,司法干预更不适于干预社会政策纠纷;(4)对于根本的法律原则,法官不应置之不理;(5)除非能够达到终局性和确定性地解决疑难法律问题,法官不应该改变法律。^[65] 当然,这些原则并不是对法官进行司法决策的一种限制,更不是法官审判案件时必须遵守的规则,但这些建议反映出贵族院对法官立法所持的谨慎态度。

七、结语

当我们了解先例原则的含义及其大致内容,并深入研究英国法律中任一领域的实体法时,我们会清楚地发现英国司法对待先例的态度实际上是比较宽容和大胆的,比先例原则的字面涵义要灵活得多。并且,不同历史时期,不同领域的实体法,甚至法官的个人偏好都可能会影响到法官对于先例的处理方式。对此,已故的著名法官丹宁(Denning)勋爵可以作为一个较好的例证。他的著名主要在于他所作出的各种创新举措和他所作出的创新性判例。他的这些创新有的受到很高赞誉并被流传了下来,而另外一些则饱受评判并被完全否定。英国学者认为,无论从好的或坏的方面讲,丹宁勋爵所作出的贡献都是特殊的,但必须承认,一些高级法官更倾向于采纳较为大众化的创新。^[66] 因此,对于先例原则的解释和实际应用,也是一种法官个性化的表现。并且,值得注意的是,除了个别判例所体现的法官个性造成了对相同案件作不同处理而令人无法忍受外,这种个性化的判决并没有成为法律

[63] R. Stevens, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, 435 (Hart Publishing 2002).

[64] *Id.* at 436.

[65] *Id.*

[66] H. Carty, *Precedent and the Court of Appeal: Lord Denning's Views Explored*, 1 *Legal Studies* 68, 73 (1981).

人重点批判的对象。^[67]

英国的先例原则强调以往判例的权威性,这也是判例法的特性决定的,英国法官将这种权威性归结于先例中的案件事实和判决理由之间存在的密切联系。在英国,很多判例,尤其是上诉法院和贵族院的判例中,法官们不仅仅遵循先例的判决理由和法官的附带意见,他们还试图运用多种方法、技巧和原则,结合以往判例所考虑的理由和论据来评判当前的案件,并重新塑造着英国的判例法。正如庞德所言,“普通法的遵照先例原则之所以取得成功,主要在于它糅合了确定性与进化力之双重功能”。^[68]实际上,遵循先例原则非常尊重法官的独创精神,目的不在于要以先例束缚法官的手脚。因此,英国的司法决策过程其实远比先例原则的表层含义复杂得多,因为法官需要综合考虑先例中各种法律主张,遵循先例原则背后的公平性,并且需要根据变化的事实对法律进行相应调整以适应社会发展的需要。

Following Precedent and the Way of Thinking and Methodology of British Judges

Ye Wenping

Abstract: By using the following precedent, the judge become a substantial create of statutory rules in the UK. The common law tradition, the consolidation of judiciary and the litigation mode of adversary system jointly create a unique judicial environment for the doctrine of following precedent. In principle, judges have to obey the grounds that a decision has been made in a precedent, however, the judges still have to decide what are the grounds of decision in the precedent, it enables judicial innovation of a judge. The diversity of precedents will not only be challenges faced by judges, but also opportunities of developing law; principles established by the precedent provide tools for judges who will hear future cases, this also promotes the development of law. Even in some jurisdictions that common law have been less developed, judges can also avoid using the precedent and find out the exceptions of legal principles. This will enable the common law to adapt to social development. To sum up, using of the following precedent demonstrates the complicated thinking of a judge and characteristics of the British judicial traditions, it plays a core role under the common law system.

Keywords: the doctrine of precedent; the trail of thinking; the reason of judge

(责任编辑:刘 彰)

[67] *Id.*

[68] Cross & Harris, *supra* note 1, at 6.

应对恐怖主义的保险机制研究

周学峰*

摘要:政府需要制定应对大规模恐怖袭击的损失补偿机制。由于商业保险市场无力承担大规模恐怖袭击风险,因此需要政府的介入。政府可通过公共财政对商业保险公司承保恐怖袭击风险进行支持,并建立起商业保险公司、恐怖风险再保险公司和公共财政多层次的共同分担赔付责任的保险体制。

关键词:恐怖主义 保险 恐怖风险保险

恐怖主义,目前已成为世界上许多国家共同面临的威胁。美国在2001年的“9·11”事件发生后经历了长达10多年的反恐斗争,时至今日,恐怖主义的阴影仍然挥之不去。^{〔1〕}中国亦面临着恐怖主义的威胁,近年来已发生多起恐怖暴力犯罪事件。^{〔2〕}恐怖袭击通常会造成严重的人身伤亡或财产损失,如果说对于恐怖袭击的发生防不胜防,那么如何有效地对受害人进行救济,便是我们必须解决的问题。本文所关注的是:对于恐怖袭击所造成的损害,可否可以通过保险的机制来进行补偿。

一、中国保险业对待恐怖袭击风险的现状与问题

从保险合同条款来看,就人寿保险和年金保险而言,中国的许多保险公司都未将恐怖袭击所造成的人身损害或死亡列入责任免除的范围,这意味着,被保险人因遭受恐怖袭击而死亡的风险,属于保险公司的承保范围。^{〔3〕}就人身意外伤害保险而言,各保险公司的保险条款存在差异。例如,中国人寿保险股份有限公司的个人人身意外伤害保险条款并未将恐怖袭击风险从承保范围内排除,但是其发售的“建筑施工人员团体意外伤害保险”的保险条款却明确地将恐怖袭击风险排除在承保范围之外;中国平安保险公司发售的个人意外伤害保险和团体意外伤害保险的保险条款均将恐怖袭击所造成的伤亡列入责任免除的范围。就财产保险合同而言,包括家庭财产保险和企业财产保险,许多保险公司都将“恐怖袭击”或“恐怖活动”所造成的损失列入责任免除的范围,只有极少数的保险公司明确

* 北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。本文系教育部人文社科研究青年基金项目“灾难性损害补偿制度研究”(项目编号:10YJC820180)的阶段性研究成果。

〔1〕 例如,2013年4月,美国波士顿又发生了一起涉嫌恐怖活动的爆炸事件。参见潘寅茹:“波士顿爆炸案震惊全美,美国反恐战略或受影响”,载《第一财经日报》2013年4月17日。

〔2〕 例如,2013年在中国新疆巴楚县发生的恐怖暴力犯罪事件。参见何军、于涛:“警方披露巴楚暴力恐怖案详情”,载《新华每日电讯》2013年4月30日。又如,2014年3月1日发生在昆明火车站的恐怖暴力犯罪事件。

〔3〕 参见中国人寿保险股份有限公司的“国寿祥福定期寿险”合同条款、生命人寿保险股份有限公司的“生命富贵花年金保险”(2011年9月版)、“生命红上红A款两全保险”的合同条款。

宣称其愿意提供恐怖袭击财产保险。^[4]

基于上述观察,我们需要思考以下问题:保险公司为何要将恐怖袭击的风险排除在其承保范围之外;恐怖袭击的风险与其他风险相比有无特殊之处,其本身是否具有可保性。由于恐怖袭击的风险并不是中国保险业所单独面临的风险,而是世界上许多国家所共同面临的问题,并且有一些国家已经建立起专门针对恐怖袭击风险的保险机制。因此,本文将对此进行相关比较法研究,以期对理解和解决我国保险业所面临的问题有所裨益。^[5]

二、主要西方国家的恐怖风险保险制度

(一) 美国

在2001年“9·11”恐怖袭击事件发生之前,美国也曾遭受过恐怖袭击,如1993年世界贸易中心爆炸案、1995年俄克拉荷马城爆炸案,以及1996年亚特兰大奥林匹克公园爆炸案,由于这些恐怖活动所造成的损失非常有限,美国保险业对于恐怖袭击风险基本上是不予重视或特别考虑的,虽然财产保单通常会将战争所造成的损失排除在承保范围之外,但大多数公司的保单都未明确提及恐怖袭击风险。从保险合同解释的角度来看,这意味着被保险人遭受恐怖袭击所造成的损失应属于保险范围之内。

2001年的“9·11”事件彻底改变了美国保险业对恐怖袭击风险的看法。在“9·11”事件中,纽约世界贸易中心的两幢摩天大楼遭到被恐怖分子劫持的民航客机的撞击而倒塌,从而造成巨额损失,这在此前几乎是无法想象的。^[6] 据保险业估计,“9·11”事件造成的财产损失在300亿到600亿美元之间,超过美国历史上经历的任何一次灾难性事件。1992年安德鲁飓风被认为是史上最严重的自然

[4] 例如,中国平安保险公司和中国人寿财产保险公司的“家庭财产保险”合同条款,中国人寿财产保险公司的“企业财产一切险”、“营业中断险”合同条款,中国人保财险公司的“企业财产一切险”、“建筑安装工程一切险”合同条款,均将“恐怖袭击”或“恐怖活动”造成的损失列为责任免除事项。值得注意的是,中国人保财险公司的“国内公众责任险”合同条款并未将恐怖袭击风险明确排除,但其提供的“涉外公众责任险”却予以明确排除。在中国营业的保险公司中,公开宣称其能够为恐怖袭击风险提供财产保险的非常少见。一家外资保险公司,即美亚财产保险有限公司,在其网站显著位置发布了有关承保“恐怖袭击财产保险”的信息(网址:http://www.aiginsurance.com.cn/terrorism_2092_378680.html,访问时间:2013年5月3日)。另外,据报道,人保财险中山市分公司作为主承保商承保上海金茂大厦,恐怖袭击责任险作为附加险被纳入保险范围中。参见丁保权、关楚虹:“中国第一高楼上海金茂大厦投保‘恐怖主义险’”,载《南方都市报》2004年5月12日。

[5] 需要指出的是,在2001年美国“9·11”事件发生之前,中国的保险合同条款中罕有明确将恐怖袭击或恐怖活动的风险排除在外的。例如,中国人民银行在1996年发布的“《财产保险基本险》和《财产保险综合险》条款、费率及条款解释”中没有一字提及恐怖袭击或恐怖活动风险。实际上,正是发生在国外的恐怖袭击事件引起了中国保险业的警觉,促使其将恐怖袭击的风险排除在承保范围之外。

[6] 在投保时,纽约世界贸易中心的产权人曾对世界贸易中心可能遭受的损失作过估计。“1993年恐怖分子以炸弹攻击世界贸易中心,造成可预测的最大财产损失。1号塔关闭6周,2号塔关闭4周……虽然爆炸如此强烈,对建筑结构造成的破坏却微不足道。损害只限于地下停车场水泥地面需换新,水泥震裂爆露出加固用钢筋需要修理,和非承重墙壁需要重修。”预测报告的确考虑过飞机撞楼的可能,“这种设想有其可能,但是极难发生”。“双塔的结构设计师公开宣称,如发生飞机冲撞双塔,飞机燃油会一直洒到小区地面,造成建筑物表面燃烧损坏,需要纽约市消防局来灭火。建筑物表面换新费用估计是整个建筑物损失费用的35%,即大约4亿2千万美元,这样的损坏导致一年租金损失约1亿5千万美元,两项合计不到6亿美元”。事实证明,上述估计是过于乐观的,“9·11”事件实际造成的损失远远超过最初的估计。参见周启博:“‘9·11’保险理赔案陪审见闻”,网址:http://www.iic.org.cn/D_infoZL/infoZL_read.php?id=3581&pagex=1,访问时间:2013年5月7日。

灾害,所造成的损失也不过200亿美元。^[7]“9·11”事件发生后,虽然保险公司按保险合同约定进行了赔付,但是,随后便纷纷宣布退出恐怖风险保险市场。^[8]此次撤离首先从再保险公司开始,许多再保险公司在2002年签订再保险合同时,明确将恐怖风险排除在再保险的承保范围之外。在失去再保险保障的情况下,许多原保险公司亦随之修改保险合同条款,将恐怖袭击造成重大损失的风险排除在保险范围之外。^[9]由于再保险业务具有国际性,相当大份额的业务是由国外再保险公司承保的,并且再保险合同一向遵循契约自由的原则,所受监管非常宽松,因此尽管美国民众和各州的保险监管机构对此不满,但也无能为力。尽管原保险合同的条款与费率受美国各州保险监管机构的监管,但是绝大多数州的保险监管机构都对保险公司排除恐怖风险的做法予以了批准。^[10]这是因为,再保险的存在对于原保险业务意义重大。例如,在“9·11”事件的保险赔付中,大约2/3的赔付实际上是由再保险公司承担的,因此,一旦保险公司无法就其承保的恐怖风险进行再保险,那么,其面临的风险就会过大,从而有可能危及其偿付能力,而确保保险公司的偿付能力一向是保险监管的核心目标之一,因为这事关其他广大的被保险人的利益。对于那些少数的依然承保恐怖风险的保险公司而言,也都大幅调高了保险费,其数额之高足以令大多数被保险人都难以承受,特别是一些大城市的地标性建筑的保费激增,例如,有的大厦的保费在“9·11”之后增长了十倍。^[11]

保险在美国经济生活中占据着举足轻重的地位,人们一旦无法获取保险,不仅会影响到商业社会的正常运行,而且会影响到普通人的就业与经济的恢复。正如时任总统布什在向美国国会解释时所称:进行工程建设可以解决许多人的就业问题和促进经济发展,但其通常需要融资,如果无法获取涵盖恐怖风险的保险,就没有哪家银行或投资机构愿意向其提供资金,这将阻碍经济的恢复与发展,更无力承受第二次恐怖袭击。^[12]在市场无法自发地提供针对恐怖风险的保险,而民众又迫切需要的情况下,为了应对“9·11”事件给美国社会所造成的恐慌,保障美国经济的持续发展,美国国会于2002年11月颁布了《2002年恐怖主义风险保险法案》,从而建立起联邦政府扶持下的恐怖主义风险保险(以下简称“恐怖风险保险”)制度。立法者原本并未想将该制度确立为永久性制度,因此,在2002年法案中规定其有效期截止为2005年12月31日,到期后该项保险计划自动终止。但是,在2005年国会又通过法令将其有效期延长了两年,2007年时又颁布了《2007年恐怖主义风险保险计划再授权法案》,从而将恐怖风险保险计划延展至2014年12月31日。2015年1月,新一届美国国会成立之后便

[7] Andrew S. Neuwelt, *The Impact of September 11 on Terrorism Insurance: Comparing Senate Bill 2600, House of Representatives Bill 3210, and the United Kingdom's Pool Re.*, 9 ILSA J. Int'l & Comp. L. 473, 474 (2003).

[8] 在“9·11”事件发生之后,尽管当时的美国总统布什宣称:“这是针对我们国家的一次有预谋的和致命的攻击,它不仅仅是恐怖行为,而是战争行为。”并且美国随后发动了针对基地组织的战争,但是,从保险合同解释的角度来看,恐怖行为并不属于保险合同所定义的“战争”的范围,因此,保险公司不得基于保险单中所规定的“战争”免责条款来拒绝对恐怖袭击所造成的损失进行赔付。另外,“9·11”事件之后,保险公司面临着巨大的政治压力和社会压力,亦使其未敢提出恐怖袭击属于保险单中所规定的“战争”免责的范围,以免触发众怒。See Neuwelt, *supra* note 7, at 478.

[9] 美国大多数保险公司的财产保单都参照了“保险服务局”(insurance service office,即ISO)起草的标准保单条款。在“9·11”事件发生后,ISO专门制定了有关排除恐怖主义风险的标准条款,对于恐怖袭击所造成的在72小时内超过2500万美元的损失,被明确排除在保险赔付范围之外。See Irene S. Kaptzis, *Looking beyond the Sunset: International Perspectives on the Terrorism Risk Insurance Act of 2002 and the Issue of Its Renewal*, 29 Brooklyn J. Int'l L. 827 (2004).

[10] 仅有纽约州、加利福尼亚州、佐治亚州、佛罗里达州等少数州对保单的修改未予批准。See Irene S. Kaptzis, *Looking Beyond the Sunset: International Perspectives on the Terrorism Risk Insurance Act of 2002 and the Issue of its Renewal*, 29 Brooklyn J. Int'l L. 827 (2004).

[11] Neuwelt, *supra* note 7, at 492.

[12] Bill Sammon, *Bush Says Senate Should Federalize Terror Insurance*, Wash. Times, Apr. 9, 2002, at I.

迅速通过了《2015年恐怖主义风险保险计划再授权法案》，将恐怖风险保险计划再次延展至2020年12月31日，并对相关条款进行了修改。

美国的恐怖风险保险制度主要包括以下内容：

第一，强制承保，自愿投保。所有从事商业财产与意外险的保险人都必须参与该项保险计划，都必须向投保人提供恐怖风险保险，保险人签发的保险单中有关排除恐怖主义风险的条款无效，但是，投保人可自由决定是否投保。基于法案规定，从事联邦农业保险、国家洪水保险、私人抵押保险、健康保险、人寿保险（包括团体人寿保险）的公司，以及再保险公司，不在该保险计划的适用范围内。参加该保险计划的保险人无需向联邦政府缴纳保费，但是，在一定条件下，联邦政府可请求保险人返回一部分费用。

第二，政府资助，风险共担。在联邦政府机构中，具体由财政部来负责恐怖风险保险事宜。依据2002年法案，如果一起被认定为恐怖主义的行为造成的损失超过了500万美元，将启动恐怖风险保险赔付。2005年法案修订时，损失门槛金额从500万美元提升至5000万美元；2007年法案修订时，又被提升至1亿美元。依据新修订的2015年法案，损失门槛金额将自2016年起，每年度提高0.2亿美元，至2020年时提升至2亿美元。

在进行保险赔付时，各承保的保险人须首先向被保险人赔付一定的金额，即“扣除额”。对于超出扣除额部分的损失，联邦政府承担90%，保险人承担10%；依2007年修订法案，联邦政府承担85%，保险人承担15%。依据2015年的修订法案，自2016年1月1日起，政府承担的部分每年降低1%，直到降至80%。恐怖风险保险赔付的最高限额，即封顶额在2002年的法案中规定为1000亿美元。

依2002年法案规定，需要由保险人承担的扣除额部分是连年递增的，2002年为前一年度直接收取保费收入的1%，2003年为保费收入的7%，2004年升为保费收入的10%，2005年为保费收入的15%，2005年法案将其提升至保费收入的17.5%，2007年法案又将其增至保费收入的20%。

第三，严格界定适用对象。基于恐怖风险保险的目的，将一项行为认定为恐怖主义行为，需经美国财政部、国防部和司法部共同决定。2002年法案将“恐怖主义行为”界定为：代表外国人或外国利益的一些个人所从事的暴力行为或危及人的生命、财产或基础设施的行为，其意在对美国民众产生强制，或通过强制对美国政府的政策或行为产生影响，并且已经在美国境内或美国的船舶、航空器或使馆内造成了损害。^[13] 2007年的修订法案删除了对“外国人或外国利益”的要求，这意味着，无论是本国的还是外国的恐怖主义行为，均属恐怖风险保险计划的涵盖范围。

第四，保险范围是受到限制的。恐怖风险保险并不是承保一切恐怖主义风险，而是存在许多例外，例如，核损害或放射性物质污染、生物或化学武器攻击等通常都被排除在财产保单的保障范围之外，亦不属于恐怖风险的保险范围。

第五，项目的临时性。联邦政府最初在制定该项保险计划时，是将其作为一项临时性措施来对待的，目的在于稳定保险市场、帮助保险人度过难关，并非要设立一项永久性的恐怖风险保险计划，因此，该保险计划是存在有效期的，尽管其一再被延长。另外，从法案对损失门槛值、扣除额以及政府承担赔付的比例等事项的规定可以看出，联邦政府的赔付责任份额在连年降低，而商业保险公司的责任则越来越重，由此可见，联邦政府有意最终退出该保险计划或淡化政府的责任，而逐步由商业保险公

[13] Terrorism Risk Insurance Act of 2002, Sec. 102 (1).

司发挥主导作用。

由于在恐怖风险保险制度推出后,保险费并没有出现像立法者最初设想的那样大幅下降的情形,加上恐怖风险的阴影始终未从美国社会消失,恐怖风险保险计划被一再延展,因此,在今后的一段时间内,联邦政府将难以从恐怖风险保险计划中脱身。

(二) 英国

英国在北爱尔兰地区和大不列颠地区都建立了恐怖风险保险制度,但两地制度差异很大,其分别代表了两种不同的保险模式。

1. 北爱尔兰地区

由于历史、政治和宗教因素的影响,长期以来,英国的北爱尔兰地区动乱、暴力事件不断,当地的保险公司通常都将恐怖风险排除在承保范围之外。为了维护当地社会的稳定,英国政府在20世纪70年代先后制定了《1971年刑事财产损害(补偿)法案》和《1977年刑事损失(补偿)命令》,从而建立起独具特色的“政府保险”制度,即由政府直接对恐怖袭击受害人所遭受的财产损失进行补偿。^[14]在“政府保险”模式下,财产所有人无需事先缴纳保费,在遭受损失后,首先从警察局获得一份证明,以证实其所遭受的损失是因恐怖袭击所造成的,然后便可向政府提出索赔。在这种模式下,补偿资金是由英国政府承担的,这意味着,北爱尔兰地区的恐怖袭击风险由全英国的纳税人共同承担。^[15]

2. 大不列颠地区

在英国除了北爱尔兰以外的其他地区,保险业对待恐怖风险的态度与美国非常相似,最初并不重视,直至1992年爱尔兰共和军在英国伦敦的金融中心地区制造了一起爆炸事件,造成的损失高达3亿多英镑,英国的保险业与民众都陷入了恐慌,先是再保险公司,然后是直接承保的原保险公司纷纷将恐怖风险从保单的承保范围中排除,以至于人们无法从市场上购买到涵盖恐怖风险的商业保险。^[16]英国政府在巨大的政治压力下,通过与英国保险业协会协商,最终建立起颇具英国特色的“再保险集合”(Pool Re)计划。在该计划中,由英国政府担当最终的再保险人,从而给私人保险市场以支持。

“再保险集合”在性质上属于互助(mutual)保险公司,由英国本地的保险公司、劳埃德保险辛迪加、海外的保险公司和自保公司自愿加入而组成。^[17]凡加入“再保险集合”的保险公司将依照其规则提供恐怖风险保险,而不得在市场上另行提供其他同类保险。“再保险集合”可向英国政府投保再保险。保险公司在向公众提供保险时,通常是将恐怖风险作为附加险来提供,并单独收取保险费,投保人不得仅就其特定的财产单独投保恐怖风险保险。对于恐怖风险造成的财产损失,原保险人在留存额度内负责,对于超出留存额的损失,可向“再保险集合”提出主张。“再保险集合”可用其累积的利润来支付赔付款,如果不足,可向参加该保险计划的成员保险公司征收不超过保费10%的资金;如果仍然不足,可提取以往的投资收益来支付赔付款。如果“再保险集合”仍无力赔付,则由英国政府承担最

[14] Criminal Injuries to Property (Compensation) Act, N. Ir. Stat., ch. 38 (1971); Criminal Damage (Compensation) Order, N. Ir. Stat., No. 1247 (1977).

[15] William B. Bice, *British Government Reinsurance and Acts of Terrorism: The Problems of Pool Re*, 15 U. Pa. J. Int'l Bus. L. 441, 463 (1994).

[16] *Id.* at 446.

[17] Alan J. Fleming, *Terrorism Coverage in the United Kingdom*, 网址: http://www.drj.com/special/wtc/w3_065.htm, 访问时间:2013年5月10日。

终的无限额的赔付责任,但是,“再保险集合”在其保费收入达到一定数额后,须向政府偿还由政府承担的赔付金额。

根据英国《1993年再保险(恐怖主义)法案》的规定,所谓恐怖主义行为:“是指作为一定组织的代表或与该组织有关联的人的行为,其通过使用武力或暴力,实施旨在推翻或影响英国政府或其他法律上的或事实上的政府机构的行为”。^[18]“再保险集合”所承保的恐怖风险,主要针对的是商业财产保险,包括营业中断的风险,不包括人寿保险、人身损害保险或私人财产保险,但是其适用于私人住宅保险。^[19]

恐怖风险的保险费率主要受两项因素的影响:一是地理位置,二是被保险资产的价值。最初,英国被划分为两类地区,一类地区主要是伦敦、曼彻斯特之类的大城市区域,除此以外的其他地区被确定为二类地区。后来,“再保险集合”采用了新的分类方法,划分了四类地区:其中A类地区是指伦敦市中心;B类地区包括伦敦市中心以外的地区和其他城市;D类地区是指康沃尔和苏格兰的大部分地区;除上述地区以外的不列颠岛上的其他地区均属于C类。^[20]

2011年发生在美国的“9·11”事件亦对英国的恐怖风险保险制度产生了重要影响。例如,对于原保险人留存额度,最初规定是10万英镑,在“9·11”事件发生后,英国修改了原来的规定,重新规定了“每起事件”的留存额度和“年度”总留存额度,并且规定留存额度的数额将每年递增。恐怖风险的保险范围亦得到了进一步的扩展,生化污染、飞行器撞击、水岸堤坝被毁等灾难损失亦被包括在内。^[21]

(三) 以色列

在各国恐怖主义损害补偿机制中,以色列的制度非常具有典型性和研究价值。以色列的恐怖主义损害补偿制度脱胎于战争损害补偿制度。由于受历史和宗教等因素的影响,以色列自1948年独立建国之初,便与周边的阿拉伯国家保持着紧张状态,曾经发生过多次战争,并且经常遭受恐怖袭击,致使许多无辜的平民受害。于是,以色列政府将先前制定的用以补偿战争受害人的政府补偿机制扩大适用于恐怖袭击受害人,其立法的基本指导思想在于:无论是战争损失还是恐怖袭击造成的损失,都不应由某一个特定的受害人承担,而应由全民分担,通过政府补偿机制来实现。以色列政府的补偿机制区分人身损害与财产损失,分述如下。

1. 对人身损害的政府补偿

为了救济因战争而伤害的士兵、平民及其家庭,以色列先后制定了多部法律,如1956年的《边境受害人(权益)法》、1970年的《敌对行为受害人(抚恤金)法》(VHAPL)。^[22]法案所称的“敌对行为”(hostile act),既包括战争行为,亦包括恐怖行为。一起事件若要被认定为适用政府补偿的“敌对行为”,须经国防部批准,但是,对于国防部的决定不服的,当事人可以向法院起诉,申请司法审查。由于在实践中,普通刑事犯罪行为与敌对行为的界限并不十分清晰,为了减轻受害人的举证责任,法律采

[18] Reinsurance (Acts of Terrorism) Act 1993, § 2(2).

[19] Kaptzis, *supra* note 10, at 855.

[20] Alan J. Fleming, *Terrorism Coverage in the United Kingdom*, 网址: http://www.drj.com/special/wtc/w3_065.htm, 访问时间:2013年5月10日。

[21] Kaptzis, *supra* note 10, at 858.

[22] Border Victims (Benefits) Law, 1956, 11 L. S. I. 19, (1956-1957); Victims of Hostile Action (Pensions) Law, 24 L. S. I. 131, (1969-1970).

取了推定的方式,即“依照受害情形,有合理根据相信其所受损害是由敌对行为导致的,可以推定其损害属于敌对行为所致,有相反证据的除外”。^[23] 实践中,法院在认定某一损害是否属于敌对行为所致时,通常采取比较宽松的态度。

受保障的人群,既包括以色列人,也包括在以色列境内遭受恐怖袭击的外国人;既包括因与以色列政府或组织有联系而成为恐怖袭击对象的外国人,也包括普通外国游客。在境外工作的以色列政府的雇员如果遭受到了反以色列的恐怖袭击,亦属于有权获得保障的人群。

恐怖袭击受害人有权获得的补偿包括医疗费用、治疗期间的生活补助、残疾补偿金、康复费用以及其他补助津贴。补偿金的发放是由以色列的社会保障机构“国家保险局”负责的。

如果受害人既可以依据《敌对行为受害人(抚恤金)法》请求国家保险局支付补偿金,亦可依据其他法律,如依侵权法主张人身损害赔偿,那么,受害人必须在两种请求权中选择其一行使,而不能获得双重补偿。如果当事人选择了政府补偿,就不得再提起民事索赔诉讼。^[24]

2. 对财产损失的政府补偿

对因战争而遭受财产损失的受害人给予补偿的制度,早在以色列独立建国之前就已存在。以色列在建国之前受英国统治期间,依英国法律建立起了对战争财产损失的强制保险制度。以色列建国前夕,当地一些犹太人商会自愿组建了一个保险联合体,对因战争而遭受的平民财产损失进行保险。^[25] 以色列建国以后,于1951年颁布了《战争损失补偿税法》,通过向经营者和财产所有者征税的方法,设立了一个补偿基金,用于补偿那些因战争而实际遭受损失的财产所有者,这实际上是一种通过税法来实施的在全体纳税人之间分担战争损失的强制保险机制。^[26] 1961年,以色列制定了《财产税与补偿基金法》,正式将财产税与补偿基金合并立法。尽管财产税和补偿基金在法案初通过时有密切关联,但是后来两者的关联越来越弱,事实上,通过财产税所征收的资金中只有一小部分归入了补偿基金,并且作为财产税征收对象的财产与受补偿基金保障的财产是不一致的,后来财产税亦因其他原因而被废止,但补偿基金仍保留了下来,并且由于历史原因,依然由税务部门负责管理。

与人身伤害补偿非常类似,依照以色列的法律,财产补偿基金适用于因战争或其他敌对行为导致的损失,基于此,恐怖袭击被认为属于“其他敌对行为”,从而可适用该基金。财产补偿基金的补偿范围,主要是因战争或恐怖袭击而遭受的直接损失。对于营业中断、收入损失之类的间接损失,在2001年之前通常得不到补偿。2001年,以色列政府对原有法律进行了修订,规定在满足特定条件的情况下,可以对因战争或恐怖袭击等敌对行为造成的间接财产损失进行补偿,但是,加害行为必须是经国防部认定的敌对行为,并且,损失发生在财政部宣布的受敌对行为损害的地区内。^[27]

与人身伤害补偿制度不同之处在于,在认定敌对行为时不适用推定规则,而是要求提出补偿请求的当事人证明该事件属敌对行为。当事人不仅要证明有破坏行为或损失的发生,还要证明其具有敌对的动机,需要证明其是对以色列政府的报复行为,或有意恐吓以色列平民的行为,或旨在影响以色

[23] VHAPL, 24 L. S. I. 131, (1969 - 1970).

[24] Hillel Sommer, *Proving Compensation for Harm Caused by Terrorism: Lessons Learned in the Israeli Experience*, 36 Ind. L. Rev. 335, 351 (2003).

[25] *Id.* at 353.

[26] War Damages Compensation Tax Law, 1951, 5 L. S. I. 33, (1950 - 1951).

[27] Sommer, *supra* note 24, at 357.

列未来行动的行为,要证明其财产损失与其以色列的身份属性具有关联性。^[28]

(四) 其他西方国家的恐怖风险保险制度

1. 澳大利亚

2003年,澳大利亚通过了《恐怖主义保险法案》,组建了“澳大利亚再保险集合公司”(Australian Reinsurance Pool Corporation,简称ARPC),为保险公司承保恐怖风险保险提供再保险支持,其保险范围包括由政府确认的恐怖主义行为所造成的商业财产损失和相关的营业中断损失,包括生物或化学攻击所造成的损失,但将核损害排除在外。法案通过后,保险单中有关恐怖主义风险免责的条款归于无效,承保恐怖风险的保险公司可向澳大利亚再保险集合公司投保再保险。澳大利亚的恐怖主义保险项目与英国的制度非常类似,存在多重保障机制。当发生恐怖袭击事件并造成财产损失时,首先由原保险人在责任留存份额内承担赔偿责任,若有超出,则由澳大利亚再保险集合公司承担,并有2.75亿澳大利亚元的转分保项目(retrocession program)基金提供支持,若仍不足以赔付,则由政府设立的最高额达10亿澳大利亚元的联邦担保基金承担赔偿责任。^[29]

2. 奥地利

奥地利在2002年10月开始建立“恐怖风险保险集合计划”(Österreichischer Versicherungspool zur Deckung von Terrorisiken),为保险公司承保恐怖风险提供再保险。该保险计划于2003年1月开始实施。奥地利的“恐怖风险保险集合”是由奥地利的保险业协会发起组建的,性质属于承担共同保险和再保险业务的私营机构,其最高保险赔付限额为2亿欧元,不存在政府担保。虽然加入该保险集合并无强制性规定,但是,奥地利保险业协会下99%的保险公司均自愿加入。

3. 比利时

比利时于2007年通过《恐怖主义保险法》,该法于2008年1月生效。根据该法,比利时的保险公司、再保险公司、政府和保险业的其他组织共同组建“恐怖主义再保险与保险集合”,在性质上属于非营利性机构。该项保险计划的最高赔付限额为10亿欧元。

4. 丹麦

丹麦于2008年颁布《恐怖主义保险法案》,该法案于2010年生效。根据该法案,丹麦创设了“非人寿险恐怖主义保险集合”(TIPNLI),它是一个由政府支持的保险与再保险集合机构,负责安排承保建筑物、火车、汽车、船舶因遭受原子能、生化攻击所导致的损失风险,其中政府承担的最高赔付责任限额为150亿丹麦克朗。

5. 法国

法国自1986年开始,便强制将恐怖风险纳入到财产保单的保险范围内,但是建立专门针对恐怖风险保险的机制则始于2001年。“恐怖风险保险与再保险管理机构”(GAREAT)在2001年成立,于2002年开始运作。GAREAT既非保险机构,亦非再保险机构,而是一个由私营保险公司、国际再保险公司和CCR共同组建的保险合作机构,负责对恐怖风险承保和再保险进行管理和安排,其性质属于非营利性机构。^[30]其中,CCR为法国政府出资并提供担保的再保险公司,以为巨灾保险提供再保险而著称。恐怖风险被分为两类:保险金额在2千万欧元以上的恐怖风险,为大规模风险;低于2千万

[28] *Id.* at 356.

[29] 关于澳大利亚恐怖主义保险的更多信息,可查阅澳大利亚再保险集合公司的官方网站(<http://arpc.gov.au>)。

[30] 关于CCR的详细情况,可参见该公司的网站,网址:<http://www.ccr.fr/index.do?fid=1557851382829023419>。

欧元的恐怖风险,为中小型风险。恐怖风险的保险机制为层级机制,承保恐怖风险的保险公司可向CCR投再保险,当恐怖袭击造成的损失超出一定限额时,则由法国政府承担最终的无限责任。

6. 德国

美国“9·11”事件对德国保险业亦产生了影响,许多保险公司在2002年续签保险合同时纷纷将恐怖风险排除在外,对此,德国联邦政府与保险业展开谈判,最终双方同意建立合作机制,于2002年成立Extremus保险公司(Extremus Versicherungs-AG),它是由德国的16家保险公司和再保险公司发起设立的,专门从事恐怖风险的保险业务,并由联邦政府提供担保。Extremus可以直接承保恐怖风险,其他商业保险公司可将其承保的恐怖风险分保给Extremus,Extremus再将其承保的风险业务分保给其股东、德国的其他保险公司和再保险公司、国际再保险公司。在发生恐怖袭击损失时,先由Extremus和德国的保险公司、再保险公司进行赔付,再由国际再保险公司进行赔付,这些私营的保险机构的赔付限额为20亿欧元,若损失超出这一限额,则由德国联邦政府在80亿欧元的限额内承担赔偿责任。需要指出的是,德国的恐怖风险的保险范围仅限于发生在德国境内的恐怖袭击,并且将生物、化学和核攻击造成的损失都排除在赔付范围外,并且,保险公司加入恐怖风险保险计划是自愿的,而非强制的。

7. 荷兰

荷兰保险业协会于2003年发起设立“荷兰恐怖主义损失再保险公司”(Nederlandse Herverzekingsmaatschappij voor Terrorismeschaden N.V.,简称“NHT”),专门从事对保险公司承保的恐怖风险保险进行再保险的业务。虽然是自愿加入,但实际上绝大多数在荷兰营业的保险公司都已加入该保险计划。荷兰恐怖风险保险的最大特点在于,其针对的具体险种不限于财产保险,人身保险亦被包括进来,包括人寿保险、健康保险和殡葬保险,但要求人寿保险和殡葬保险的保单持有人须在荷兰境内有住所。NHT是一家再保险公司,因此,其与被保险人并无直接关系,而是负责与保险公司就恐怖风险保险索赔事项进行处理,并对保险公司的理赔进行协调和监督。就财产保险而言,在进行理赔时,保险公司的责任限额最高为7500万欧元,即对每位被保险人在每处被保险地点的财产损失的最高赔偿额为7500万欧元,而不论被保险人持有保单的数量,当损失超过这一限额时,则由NHT负责。^[31]

8. 西班牙

恐怖袭击风险,在西班牙是由CCS(Consortio de Compensación de Seguros)负责承保的。CCS的前身是设立于1941年的补偿管理机构,原本负责管理对西班牙内战所导致的损失进行补偿,于1954年被确立为永久性的组织,后来发展成为国际上著名的巨灾保险机构,负责对大型自然灾害或人为灾害所导致的人身损害、财产损失和营业中断损失风险进行承保和赔付。

CCS是一个由私人负责运营管理、由政府提供支持和担保的保险机构。将恐怖风险纳入到CCS的承保范围内,在西班牙是有现实意义的。西班牙的恐怖活动,原来主要是由国内的一些分裂分子从事的,曾在国内持续了几十年。2004年,伊斯兰极端组织在马德里制造了一起火车爆炸案,造成190多人死亡,1500多人受伤,从而再次拉近了西班牙人与恐怖袭击风险的距离。依照西班牙的法律,保险公司在其签发的财产保单和人身保单的承保范围中都必须含有恐怖风险。针对恐怖风险的保险费

[31] 参见荷兰NHT公司的官方网站对NHT以及荷兰恐怖风险保险的介绍,网址:<http://www.terrorismevezerkerd.nl/Website.aspx?xml=1&artikel=100060&parentartikel=100060&parentnieuws=100060&mg1=EAAF86EA450547F4B1F663151C62A1B2>。访问时间:2013年6月3日。

由各保险公司收取,然后转交给 CCS,在发生恐怖袭击事件后,由 CCS 负责组织理赔。因此,在承保恐怖风险时,CCS 并不是作为再保险机构出现的,而是直接担当了保险人的职责。西班牙政府为 CCS 提供担保,在 CCS 无力承担赔偿责任时,由政府承担无限额的赔付责任,但是,到目前为止,西班牙政府尚未实际进行过赔付。^[32]

三、恐怖风险保险问题探析与解决路径的选择

(一)对恐怖风险保险问题的再认识

从前面的论述中可以看出,大多数国家的恐怖风险保险都是在 2001 年的“9·11”恐怖袭击事件之后建立起来的,并且都存在某种形式的政府介入。^[33] 其实,早在“9·11”事件发生之前,恐怖袭击事件早已发生过多起,只不过其所造成的损失规模较小,基本上未引起商业保险公司的重视,这也说明了对于小规模恐怖袭击风险,商业保险市场是完全可以应付的。事实上,即使在“9·11”事件发生之后,美国的保险业也并未将恐怖袭击造成的损失完全排除在承保范围之外,而是进行了限定,对于遭受恐怖袭击所发生的金额较小的财产损失,仍可获得保险方面的保障。由此可见,恐怖袭击风险保险之所以会成为一个问题,其主要是针对大规模恐怖袭击风险保险而言的。

“9·11”事件之后,国际再保险公司纷纷宣布退出恐怖风险保险市场,由于再保险业具有全球性、国际性,因此,不仅是美国,世界上其他国家的恐怖风险保险市场亦深受影响。在缺乏再保险保障的情况下,许多国家的商业保险公司也随之宣布拒绝承保恐怖风险。如何看待这一现象,在学术界观点不一。尽管在多数人看来,这意味着商业保险市场在处理恐怖风险时的无能,是市场失败的表现。但是,亦有一种观点认为,这样一种“保险危机”,只是暂时性的,而非长久性的,此类事件在历史上也曾出现过,例如,美国在 20 世纪 80 年代曾出现过“责任保险危机”,许多公司曾一度无法买到责任保险或无力承担费用激增的保费,但是后来保险市场逐渐恢复平稳,责任保险依然被留在商业保险市场上,并未变成政府保险或受政府资助的保险。^[34] 在这种观点看来,“9·11”之后之所以会出现恐怖风险保险的短缺,是因为“9·11”事件所造成的损失金额特别巨大,许多保险公司因支出了巨额赔付而消耗了公司的大量资产,其财务结构以及保险法关于保险公司清偿能力的要求使其无力继续承保恐怖风险保险。另外,“9·11”事件之后,保险公司更新了对恐怖风险的风险评估模型,依照新的评估模型,保险公司在承保恐怖风险时需要提取更大比例的责任准备金,从而使得保险公司的财务结构进一步恶化,但是这种短缺应该是临时性的,是可以由市场自我纠正的,因此无需政府干预。^[35] 然而,事实证明,后一种观点是过于乐观的。例如,美国在“9·11 事件”发生后制定了《恐怖主义风险保险法案》,希望通过政府的短期干预来解决商业保险市场上的恐怖风险保险短缺和保费高昂的问题。美国政府原本是希望在商业保险市场恢复正常后便退出,然而时至今日,政府仍难以从恐怖风险保险机制中退出,因为在法案通过后,恐怖袭击风险的保费曾出现过小幅下跌,但不久又进入上升通路,一些大

[32] Tara Zager, *Terrorism Coverage and the United States Insurance Industry: An International Inquiry in Search of a Long-term Solution*, 53 Drake L. Rev. 545 (2005).

[33] 少数国家是在“9·11”事件之前建立起来的,其情况都比较特殊。例如,以色列和英国北爱尔兰地区由于长期遭受恐怖袭击,所以,其恐怖风险保险制度建立得比较早,并且,都采取了政府保险的模式,恐怖风险保险已成为其社会保障制度的一部分。英国的恐怖风险保险制度是在 1992 年的一起严重的恐怖袭击事件之后建立起来的,当时情形与美国在“9·11”事件之后非常类似。

[34] Anne Gron & Alan O. Sykes, *Terrorism and Insurance Markets: A Role for the Government as Insurer?* 36 Ind. L. Rev. 447 (2003).

[35] *Id.*

城市的地标性建筑仍难以获得恐怖风险保险,其保费依然高昂。一项研究表明,如果政府从恐怖风险保险计划中退出,那么70%至80%的商业保险公司将会重新退出这一市场。^[36]

如果我们承认仅仅依赖商业保险市场自身的力量,的确难以解决恐怖风险保险的问题,那么我们需要探究为何会如此,恐怖风险与其他风险具有哪些区别,其是否具有可保性。对于这一问题的回答将会影响到我们接下来需要探讨的问题,即是否需要政府干预,以及政府应采取何种介入方式。

从保险学的角度来看,保险人承保的是风险,但并不是所有的风险均具有可保性。可保风险需要满足以下条件:

首先,可保风险需具有可评估性。保险是以风险存在为前提的。风险,即意味着不确定性,对于单个风险单位而言,损失的发生以及损失金额的多少是不确定的。但是,对于风险集合而言,从整体上看,需要具有相对的可确定性,即对于损失发生的概率与损失的金额是可以预先评估的,因为如果对此无法评估,那么保险人便无法确定保险费率,也无法确定应为其承保的风险提取多少责任准备金。

其次,必须存在大量的、同质的且相互独立的风险单位。保险,意味着风险从被保险人处转移至保险人处,然而保险并不是万能的。保险人之所以愿意承保,在于它能够较好地实现风险的分散,但是,只有其能够集中足够多的同质且相互独立的风险,才能使“好”的风险与“坏”的风险处于均衡状态,才可运用大数法规则,真正实现风险的分散。对于可保风险而言,其损失的发生往往是随机的,并且在每一时间,通常只有小部分风险发生损失,因此保险人可以实现风险的分散。

第三,对于保险人而言,承保此类风险须具有商业上的可行性。保险公司,作为营利性商业机构,逐利是其本性。只有当一项业务具有可获利性时,它才会从事。现实中,对于某些保险业务,有时保险人虽然可以对被保险人的风险水平进行准确地评估,但是由此计算出的保费数额有可能非常高,以至于无法吸引到足够多的投保人,从而使得保险人无利可图,在这种条件下,承保虽然在技术上可行,但在商业上实际是不可行的。

如果我们参照以上标准来考察大规模恐怖袭击风险,可以发现,最起码在目前阶段,并不具有纯粹商业上的可保性:

首先,迄今为止,对于大多数国家和地区而言,遭受大规模恐怖袭击的次数依然很少,保险人在对恐怖袭击风险进行评估时,缺乏足够的相关数据资料,无法运用大数法规则对未来的预期损失进行准确的估计,既无法预测遭受恐怖袭击的频率,亦无法预期损失的数额,甚至最坏的情形是什么都无法确定。事实上,预测恐怖袭击造成的损失比预测地震等自然灾害更为困难,因为对于后者,保险公司毕竟还有一些资料可以依赖。另外,与自然灾害不同,恐怖袭击的发生不是随机的,而是精心策划的,是蓄意行为,因此更加难以预测。如果保险人无法预测损失发生的频率及损失数额,那就无从确定保险费率 and 责任准备金,对保险公司资本金的要求和偿付能力的要求是否需要进行调整,亦无从解决。^[37]

其次,恐怖袭击所造成的损失往往非常集中,从而使得保险人难以进行风险的分散。恐怖分子为了达到目的,往往喜欢选取经济发达的或具有政治影响力的大城市或具有标志性的建筑、人群进行袭击,因此愿意投保的人,往往是风险程度非常高的、最有可能提出索赔的人,因而在自愿投保的情况

[36] Jeffrey Manns, *Insuring Against Terror?* 112 Yale L. J. 2509 (2003); Insurance Information Institute, *Terrorism Risk and Insurance*, 网址: <http://www.iii.org/media/hottopics/insurance/terrorism>, 访问时间:2013年6月3日。

[37] Michelle E. Boardman, *Known Unknowns: The Illusion of Terrorism Insurance*, 93 Geo. L. J. 783 (2005).

下,容易诱发逆向选择,亦使得保险人承保的风险难以分散。

第三,大规模恐怖袭击所造成的损失往往非常巨大,保险公司在承保时往往非常谨慎。现实中,恐怖风险保险突出的问题是,一些大城市的摩天大楼或具有标志性的建筑,难以获得保险,即使美国在颁布《恐怖主义风险保险法案》后,该问题亦未完全消失,因为这些建筑遭受恐怖袭击的风险往往都比较高,保险公司不愿承保,或保险费非常高,这也从侧面反映了对于保险人而言恐怖风险保险缺乏可获利性。

(二)关于政府介入恐怖风险保险的争论与选择

在确定纯粹的商业保险市场自身无力解决大规模恐怖袭击风险后,接下来要回答的问题是,我们应该怎么办?从理论上讲,断定商业市场的失败,并不必然意味着政府干预是必要的或合理的,因为政府干预亦不是万能的,而且,政府干预亦存在成本问题。因此在理论界,对于政府是否应该介入恐怖风险保险,存在许多争议。

支持政府介入恐怖风险保险市场的观点认为,除了保险市场失败的理由外,政府介入的另一个理由在于,政府来承担或介入恐怖风险保险,是一种有效率的机制安排。因为恐怖袭击的发生往往与政府的内政和外交政策密切相关,政府对于恐怖袭击风险的产生至少应负部分责任;另外,政府花费了大量的人力物力收集与恐怖袭击有关的信息,但这些信息可能因国家安全的原因不宜向私人保险公司披露,但政府可将其用于政府保险计划中,从而可以更准确地估计恐怖袭击风险,因此在预防或减少恐怖袭击方面,较之私人保险机构,政府处于更有利的位置。^[38]

反对政府介入恐怖风险保险的学者则认为,尽管政府拥有强大的情报收集能力,但是以往的经验表明,政府在风险定价和经营保险业务方面远不如商业保险公司做得好。^[39]还有学者进一步指出,以政府保险来替代私营商业保险,会产生许多问题,会干扰正常的市场信号传递机制,例如政府在确定保险费率时,如果迫于政治压力而将保费设置得比较低,那就有可能产生鼓励人们采取冒险行为的后果,从而有可能造成更大的损失,并加重全体纳税人的负担。有时人们在保险市场上买不到某种保险,并不必然是一个需要纠正的问题,而有可能是一种风险警示,例如,有些建筑物买不到保险,可能是因为它毗邻核电厂或超出了工程设计的高度。^[40]

在笔者看来,政府介入恐怖风险保险的成本,是与其介入方式密切相关的,因而不可一概而论。事实上,如果政府事先不介入恐怖风险保险,那么当大规模恐怖袭击发生后,单凭私人保险业的承保范围和偿付能力,将很难完全消化掉大规模损失,在这种情况下,对于任何一个国家的政府而言,出于政治责任的考虑,都会采取某种事后救济措施。因此,对于政府而言,对恐怖袭击损失补偿不予考虑是不现实的,其必然要采取某种介入方式。从宏观视角来看,政府面临两种方式选择:一种方式是,事先不做计划、不确立常规性制度,而是事后采取临时性的、针对个案的救济措施;^[41]另一种方式是,事先确立一项明确的、可预期的补偿制度,并预先做好准备与安排。^[42]前一种方式具有一定的投机性,并且灵活机动,看似可以节约资源和管理成本,但是其缺点亦是显而易见的,即民众事先对于自己能

[38] Jeffrey Manns, *Insuring Against Terror?* 112 Yale L. J. 2509 (2003).

[39] Gron & Sykes, *supra* note 34, at 447.

[40] Robert H. Jerry, II, *Insurance, Terrorism, and 9/11: Reflections on Three Threshold Questions*, 9 Conn. Ins. L. J. 95 (2002).

[41] 例如,在“9·11”事件发生后,美国联邦政府拨款设立了“9/11 受害人补偿基金”,对因纽约世贸大楼遭受恐怖分子袭击而受到人身损害或死亡的受害人进行补偿。由联邦政府直接对受害人进行大规模的补偿,这在美国历史上是少有的,尽管先前美国也曾遭受过恐怖袭击。

[42] 例如,制定恐怖风险保险制度。

否得到救济以及得到多少补偿是不明确的、缺乏预期的,在这种情况下,一旦发生恐怖袭击,民众很容易陷入到恐惧与不安之中,这恰恰符合恐怖主义分子的预期。另外,在缺乏规则指引的情况下,对于依何种标准进行补偿很容易产生争议,从而影响实施补偿的效率。在后一种方式下,虽然政府需要为常规性补偿机制的运行支付管理成本,但是民众对于损失补偿可以产生信赖和明确的预期,即使真的遭遇了恐怖袭击事件,亦不会因此而陷入恐慌之中,而且对补偿的分配可依事先确定的标准和程序有条不紊地进行。基于利弊权衡,笔者赞同确立一项事先的恐怖袭击损失补偿机制。

对于一国政府而言,通过借助已有的保险制度来实现对恐怖袭击损失的补偿,是最为节约成本的。政府介入恐怖风险保险亦存在多种方式可供选择,如提供保费补贴、提供担保、提供借款、担当再保险人以及政府保险等多种模式。一国政府具体采取何种模式,不仅取决于国内各种利益集团之间的政治协商与博弈,亦与对恐怖风险保险的认识有关。

如果我们认为,恐怖风险从保险精算的技术角度具有可保性,只是因为风险水平过高而不得不将保费设定在很高的水平,从而使其丧失商业上的可行性,那么最直接的解决办法就是,由政府提供保费补贴,从而将保费水平降下来,这样既可以吸引投保人投保,亦可使保险人获得一定的利润。^[43]然而,目前多数观点仍认为,恐怖风险保险最大的问题在于损失的集中以及损失数额的巨大,这有可能使保险公司陷入清偿不能的境地,正如在“9·11”事件之后一些再保险公司所声称的那样,“不可能用有限的资本来承保无限的风险”。由政府来担当再保险人的角色或担当最终责任人、担保人、借款人,都可以起到分散保险人承保风险的作用,并且可以为保险公司提供流动性支持。^[44]特别是在再保险公司纷纷撤离的情况下,政府来担当再保险人可以起到稳定保险市场的作用。而政府保险,则是一种更为极端的国家介入方式,它是由政府机构直接承担对受害人的补偿责任,从而替代了商业保险市场。世界上,只有以色列和英国的北爱尔兰等少数地区采取这一政策,这些国家和地区的共同特点在于:遭受恐怖袭击频繁,国土面积和人口有限,而社会保障机制非常发达。实际上,无论采取哪一种政府介入方式,都会存在国家财政对恐怖风险保险的补贴,只是补贴程度不同而已。现实中,真正具有较高的遭受恐怖袭击风险的财产,往往集中于那些大都市的具有标志性的建筑,而广大乡村地区遭受恐怖袭击的风险则比较低。因此,由国家财政支持的恐怖风险保险制度会涉及到财富转移的问题,其需要解决的一个基础问题是:恐怖袭击的风险应当由谁来承担,是全体纳税人,还是高风险财产的所有者?

四、对中国恐怖风险保险的再思考

中国境内虽然发生过多起恐怖暴力事件,但中国目前尚无专门的恐怖损失补偿法案或恐怖风险保险制度。如前所述,中国已有一些保险公司在其人身保单与财产保单中将恐怖袭击所造成的损失列为免责事项,对此值得关注。从国外的经验来看,商业保险公司通常只是在财产保险的承保范围中将恐怖袭击风险排除在外,一般不会涉及人身保险,而且即使是在财产保险中,对于小规模恐怖袭

[43] 例如,我国对农业保险采取的就是国家财政补贴的模式。参见《农业保险条例》(2013年3月)。

[44] 具体的政府介入方式往往存在多种形式,例如,政府在担当再保险作用时,可以直接由政府机构扮演再保险人的角色,更多的时候由政府发起设立再保险机构,由该机构从事再保险业务,政府可为该机构提供担保,或建立政府、再保险机构、商业保险公司等多层责任分担机制。在政府提供支持的情况下,例如,政府担当再保险人,有的国家实行免费政策,有的国家则要向私营保险公司征收再保险的保费。

击损失风险亦包括在承保范围内,因此,真正被商业保险公司排除在外的、需要专门机制来解决的,实际上仅限于大规模恐怖袭击所造成的风险。因此国内有些保险公司在其保单条款中不加区别地将恐怖风险一概排除在外的做法,实际上是一种反应过度的做法。

在中国目前这种环境下,一旦发生大规模的恐怖袭击事件,其结果很可能是政府针对个案采取临时性的政府救济或补偿措施。如前所述,采取这样一种方式,具有许多弊端,因此笔者建议,我们应借鉴国外经验,未雨绸缪,建立起可预期的、常规性的恐怖袭击损失补偿机制,即恐怖风险保险机制。

中国政府可以借鉴英美国家的做法,建立起商业保险公司、再保险公司和国家财政多层次分担的保险机制。针对恐怖风险保险中保险人的风险难以分散的难题,可以由保险业协会或者政府发起设立恐怖风险再保险公司,为商业保险公司提供再保险。签发保单、收取保费和确定保险费率可由商业保险公司负责,其承保后可向恐怖风险再保险公司进行再保险。恐怖风险再保险公司可以按市场化运作向国内和国外的商业再保险公司进行分保。当发生恐怖袭击并造成损失时,可由承担原保险业务的商业保险公司承担第一层的赔付;当损失超出一定金额时,可由恐怖风险再保险公司承担第二层的赔付;如果损失特别巨大,超出再保险限额时,可由政府对超出部分承担赔付责任。这样一种制度设计的优点在于:一方面,再保险机制和政府承担最终赔付责任的安排,可以解决商业保险公司所面临的偿付能力的难题;另一方面,可以将政府对保险市场的干预程度保持在比较低的限度内,例如,对于原保险的费率,仍由商业保险公司依市场化机制来确定,从而可以依据保险费率的變化来向被保险人传递风险评估的信号。

最后,需要说明的是,政府介入恐怖风险保险的路径选择并非永久性的或一成不变的。因为恐怖风险保险之所以会成为一个难题,主要原因在于有关恐怖袭击的数据资料过少,以致于难以对恐怖风险进行准确的评估和计算。因此,随着相关数据和保险经验的积累,不排除在条件成熟时,可逐步减轻政府的介入程度,淡化其政策性保险的色彩。

Terrorism Risk Insurance

Zhou Xuefeng

Abstract: The government should establish compensation system for the loss caused by large scale terrorism attack. In view of the inability of the private insurance market, the government should intervene in the terrorism risk insurance market. The government could support the private insurer to insure the terrorism risk through the public finance, and establish co-pay insurance system with multiple layers coverage among the private insurer, terrorism risk reinsurer and public finance.

Keywords: terrorism; insurance; terrorism risk insurance

(责任编辑:倪鑫煜)

股份公司股东权利多元化配置的 域外借鉴与制度建构

汪青松*

摘要:与中国股份公司单一股份类型不同,域外股份公司(公众公司)在股份类型上样态丰富。这种多元化股东权利配置模式具有坚实的理论基础。从立法上看,域外的相关规范表述不尽相同,但从内在机理上说,其实现机制都是通过多种形式的权利或利益交换。交换的效果将通过股东权利结构的统一或分离、权利行使的优先或劣后、权利计量的放大或限缩、权利内容的增加或减少加以体现。中国股份公司对于股东权利多元化配置有着紧迫的制度需求,公司立法应当修改妨碍股东权利多元化配置的强行性规范,引入类别权利等核心概念,并通过多层次立法为股份公司直接进行股东权利多元化配置提供规范路径。

关键词:股份公司 股东权利 类别股份 类别权利

一、引言

传统公司法理基于抽象层面的资本平等和股东同质化假定,在对股份公司股东权利进行配置时严格遵循比例性、权利不得分离等基本原则,由此形成的一元化股东权利配置模式和单一股份类型被视为股份公司资合性和股份平等的应然之义。但是,股东权利一元化配置的法定模式存在着明显的缺陷,比如公司自治理念无法在股东权利配置环节得以体现、股东的异质化偏好无法通过差异化的权利构造得到满足、中小股东无法在事先获得更优的衡平性权利安排等。于是,在不断勃兴的公司自治理念和投资者异质化需求的推动下,许多国家和地区的公司法都放开或进一步扩展股东权利自由配置的制度空间,由此推动股东权利配置模式从一元走向多元、股份类型从单一走向复杂。在此背景下,中国《公司法》仍然沿袭由一系列强制性规范所构成的单一股权配置模式,已经无法适应现实需要,尽快修改诸如“一股一权”等强行性规范、填补第 131 条预留的关于允许股份公司发行其他种类股份的制度空间已成当务之急。因此,本文将致力于从域外公司实践中丰富多彩的股东权利配置现实样态和立法表述中探究股东权利多元化配置的内在机理,并以此为借鉴提出有助于满足中国股份公司多元配置股权需求的制度建构思路。

* 西南政法大学民商法学院副教授,法学博士。本文系作者承担的国家社科基金项目“经营者集中的附条件批准制度研究”(12CFX068)、教育部人文社科规划基金项目“股份公司股东权利配置的多元模式研究”(12YJA820068)以及 2012 年西南政法大学资助项目的阶段性成果。

二、股东权利配置多元化演进的理论与现实样态

本文所关注的股份公司股东权利多元化配置是指股份公司在对其股份所附随的经济性权利、参与性权利、处分性权利等股东基本权利进行配置时所采取的,与传统“一股一权”、“比例性”、“权利结构完整性”等原则相背离的多元化股东权利构造安排。股东权利多元化配置的结果是在股份公司中创造出不同于普通股权利构造的各种类别股份。域外公司实践表明,股东权利配置的多元化演进具有极为坚实的理论基础,市场强大的创新力量也不断创制出旨在满足投资者不同偏好的股权构造现实样态。

(一) 股东权利配置多元化演进的理论基础

1. 公司自治理念从治理层面向股东关系层面不断拓展

在传统的意义上,公司自治理念的主要作用空间是在公司治理层面上。而一般意义上的公司治理所关注的主要是股东作为一个整体与公司经营管理者之间的关系,即经济学理论中所谓的两权分离所引发的代理问题。但如果仅仅将对于公司自治的理解局限于公司治理层面,无疑是有失偏颇的。公司自治同样也应当适用于公司股东关系的处理层面。实际上,公司自治理念的发展正是呈现出了一种从治理结构层面向股东关系层面不断拓展的趋向。这种拓展趋向能够从关于股东权利配置行为法律性质的理论学说演进上得到体现:传统的观点是采纳法定说,即认为股东权利是由公司法规定的股东所享有的权利束;公司契约理论则采契约说,即认为股东权利是股东之间对其权利义务关系的契约安排(对价说);后来又发展出共同行为说,即认为股东权利是股东在通过共同法律行为向公司投资而获得的权利。有学者强调共同行为理论在对公司法现象的解释力上要明显优越于公司契约理论。^[1] 实际上,契约说与共同行为说的区别主要体现在对股东之间关系的不同理解上,而二种学说在实质内涵上具有极大的相似性,即都强调了股东权利配置行为应当属于股东自治的领域而非强行法适用的空间。因此,立法者不当置契约自由于不顾而试图促使公司股权结构标准化。^[2] 自治理念向股东权利配置层面的拓展能够为股东权利多元化配置的创新提供有力的理论支撑。据此,一个投资者在决定成为一个公司的股东之前,就可以通过自由议价与公司或其他股东达成协议,选择最有利于自己的权利构造作为出资的对价。另外,股东权利多元化配置的自由创新也符合最优资本构造理论,因为单一的股份类型构造不一定对所有公司都是最佳的方案。

2. 公司法上股权平等的内涵从资本层面向股东层面转向

按照有些学者的观点,民法上的平等可以作强式对待和弱式对待的区分:强式意义上的平等对待要求将每一个人都视为“同样的人”,要使每一个参与分配的人都能够在利益或负担方面分得平等的“份额”,因此要尽可能地避免对人群加以分类;弱式意义上的平等对待要求按照一定的标准对人群进行分类,只有被归入同一类别或范畴的人才应当得到平等的“份额”。^[3] 传统公司法立足于资本层面

[1] 参见韩长印:“共同法律行为理论的初步构建——以公司设立为分析对象”,载《中国法学》2009年第3期,第73页。

[2] Caspar Rose, *A Critical Analysis of the 'One Share-one Vote' Controversy*, 5 *International Journal of Disclosure and Governance* 126, 126 (2008).

[3] 参见王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景”,载《中国社会科学》2004年第6期,第108页。

所界定的股权平等显然是采强式意义上的平等。根据传统理论所描述的股权平等原则,每一股份所享有的权益是相等的,作为公司的出资者,中小股东与控制股东在法律上的地位是一致的,他们都是公司的股东,都享有公司法和公司章程规定的内容相同的股东权,包括自益权和共益权。但实际上中小股东在公司治理中基本上从一开始就处于弱势地位,特别是随着公司资本基础的扩大,股份日益分散化,小股东越来越远离公司的最终控制权。因此,现代股份公司中的股东平等实际上已经演化为弱式意义上的平等,并且强弱分野的程度不断加深。这种状况向公司法提出了新的要求,即应当关注股东间的客观差异,相关的制度设计也应当力求实现股东层面的实质平等。

3. 对股东偏好的认知从同质化假定向异质化现实演进^[4]

传统公司理论所立足的认为所有股东对于财富最大化具有同样偏好的股东同质化假定已经受到越来越多的质疑,股东之间的异质化偏好正在获得广泛认同。有研究指出,股东之间的利益在多元维度上存在显著差异,因而对权利构造的需求也不尽相同。^[5] 另有研究指出,股东的投资目标在两个方面存在根本冲突:其一,某些股东仅希望最大化股份的短期价值,而另一些股东则希望最大化股份的长期价值;其二,某些股东可能会因其极其重要的冲突性利益而不希望最大化股份价值。这些股东包括员工股东、政治体股东以及在两家存在利益冲突的公司同时拥有投资的股东。对于员工股东而言,相对于微不足道的员工持股价值,其大多更为看重受雇薪酬利益。对冲基金一般也被认为具有与公司其他股东利益相冲突的特别投资目标。^[6] 投资目标的冲突会对股东参与公司事务的行为产生直接影响。有研究表明,倾向于充当一种积极投资者角色的机构大多与政府和工会存在关联,其积极行动的主要动力往往并不是希望提升所投资公司的经济效益,而是基于其他方面的考虑。^[7] 上述研究所揭示出的股东利益偏好的异质性无疑能够为股东权利配置的多元化发展提供最有力的理论支持。

(二) 股东权利配置多元化演进的现实样态

1. 经济性权利多元配置的主要样态

(1) 优先股 (preferred stocks)。优先股是一种在红利派发或者公司清算时的剩余财产分配方面具有优先于普通股股东的偿付权利的股份。优先股所享有的经济性权利的优先性往往是以参与性权利的限制或取消为对价。其红利通常是一个固定的数额,如表述为股份面值的一定比例,但也可以是参与型的,即按照一定的规则参与到固定红利之外的利润分配。优先股的红利可以是累积的(即如果本年度没有支付将累积到下一年度),也可以是非累积的。优先股可以永久存续,也可以规定在一定期限届满可以转换为普通股或者可以由公司回购。正是由于存在着上述诸多可以根据需要自由安排的创制空间,域外实践中的优先股具体形态不断演化、种类繁多。

(2) 追踪股份 (tracking stock)。追踪股份又称为目标股份 (targeted stock)、字母股份 (letter stock),它是指一个公司所设计的专门跟踪公司内部某一些特定营业部分或某一特定附属子公司的经

[4] 参见汪青松、赵万一:“股份公司内部权力配置的结构变革——以股东‘同质化’假定到‘异质化’现实的演进为视角”,载《现代法学》2011年第3期,第32页。

[5] Shaun Martin & Frank Partnoy, *Encumbered Shares*, 2005 University of Illinois Law Review 775, 778-781.

[6] George W. Dent, Jr., *The Essential Unity of Shareholders and the Myth of Investor Short-Termism*, 35 Delaware Journal of Corporate Law 97, 100-101 (2010).

[7] Leo E. Strine, Jr., *Toward a True Corporate Republic: A Traditionalist Response to Bebchuk's Solution for Improving Corporate America*, 119 Harvard Law Review 1759, 1765 (2006).

营业绩的一种特殊股份。追踪股份最早诞生于美国。1984年,通用汽车公司(General Motors)在为收购电子数据系统公司(Electronic Data Systems)而进行的筹资活动中,首次发行了追踪股票,新股票专门追踪新公司的经营业绩。追踪股份创制的最初目的是作为避免企业整体解散的一种替代形式而出现的,由于它具有一些独特的优良属性,现在已经成为一种重要的创新型金融工具,特别是作为一种全新的股权重组工具,受到了许多大型公司的青睐。

2. 参与性权利多元配置的主要样态

(1) 多重投票权股份(multiple voting rights stocks)。多重投票权股份是一种对同一单位面值的股份赋予两个或者多个投票权的股份类型。多重投票权股份的具体形式可以采取直接针对特定持股群体的一股多投票权形式,或者是以持股时间为基础的双重投票权股份的形式。后者在法国也被称为“忠诚股份”(loyalty stocks),因为这种特殊投票权仅被赋予以一个股东的名义登记持有达到公司章程规定的一定期间的股份,该期间一般被规定为不少于两年。在欧盟成员国中,大多数国家都具有立法上采用多重投票权股份的可行性,但实际采用的情况各国差异较大。比如,在英国,仅有5%的公司实际上采用多重投票权股份;而在瑞典,实际采用多重投票权股份的公司比例高达80%。^[8]

(2) 非优先性无投票权股份(Non-voting stocks without preference)。非优先性无投票权股份是指公司发行的不享有投票权、也无用以补偿投票权缺失的特别经济性权利的股份类型。非优先性无投票权股份的权利构造除了缺少投票权之外,其他的权利都类似于普通股份(ordinary stocks),因此实践中也被称为无投票权普通股。这种股份在瑞士、法国和英国的公司中都可以见到。公司发行非优先性无投票权股份的主要目的就是在实现外部融资的同时保持原有股份持有人(一般是作为公司创立人的家族股东)的控制权。

(3) 优先权股份(priority stocks)。优先权股份是指公司发行的、赋予其持有者与其在该公司中的股权资本比例无关的特别决策权或者否决权的股份类型。具体的优先权形态随公司各异,有的可能是提名特定的董事候选人的权利,^[9]有的可能是直接任命一名或数名董事会成员的权利,有的则可能是拥有对股东大会某类决议的否决权。在欧盟,大约有63%的国家从法律上说可以采取优先权股份的方式,实际采取的国家占到25%。

有一种较为特殊的优先权股份是专门针对政府持股而设计的,即所谓黄金股份(golden stocks),这种股份赋予政府或者其控制的机构对私有化后的公司享有某种不为一般持股者所享有的特别权利。它使得政府能够阻止收购、限制投票权或者否决管理层的决策。^[10]在欧盟,大约有42%的国家从法律上说可以采取黄金股份,实际采取的国家有6%。允许采用黄金股份的国家对其具体适用也有

[8] Shearman & Sterling LLP, *Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study*, External Study Commissioned by the European Commission, 2007, at 12.

[9] 例如,根据纽约时报公司的股票结构及相应的投票机制,A类股份对应该公司99%的资本,但其股东只能提名公司13名董事中的4名;B类股份对应的资本不到1%,却享有提名9名董事的权利。

[10] 例如,2010年,西班牙电信(Telefonica)拟以71.5亿欧元收购葡萄牙电信(Portugal Telecom)所持Brasilcel的50%股份。Brasilcel为西班牙电信和葡萄牙电信的合资企业,双方在其中各持有50%的股份。同时,Brasilcel持有巴西最大移动运营商Vivo约60%的股份。拉美市场目前是西班牙电信主要增量市场之一,而巴西市场规模为整个拉美最大的。西班牙电信想要通过此次并购加强其在拉美的扩张势头。尽管动荡的全球经济刚刚开始复苏,其西班牙本土市场形势仍然严峻,但巴西的经济正处于蓬勃发展之中。因而,对Brasilcel的控制对于西班牙电信和葡萄牙电信都具有非常重要的意义。在2010年6月30日召开的葡萄牙电信股东大会上,股东们赞成出售Brasilcel 50%的股份,然而,葡萄牙政府利用其在葡萄牙电信“黄金股份”在战略决策上的最终决定权否决了交易。

一些限制。比如,赋予政府的特定权利的运用必须符合特定的规则,如丹麦和波兰要求平等对待股东,爱沙尼亚要求符合公司利益,法国、意大利和爱沙尼亚要求符合公共利益,波兰要求符合公共秩序或者公共安全。另外,有的黄金股份附有“日落条款”,如西班牙规定其经过特定期限后自动取消。

(4)投票权受限(voting right ceiling)。投票权受限是指对单个股东能够在股东大会上所投的表决权数设定一个绝对数额或者比例的上限,超过该上限的股份所附表决权不得行使。如葡萄牙《公司法》第384(2)条规定公司章程可以设定一种“投票权上限”,即一旦超过某一门槛(典型的如总股本的10%),不管该股东控制的股本有多少,该门槛之上的投票权就不再予以计算。按照葡萄牙在2006年(通过判例法)对其《公司法》的修订,此种“投票权上限”也可以适用于由葡萄牙政府持有的股份,而这些股份先前是受到特别对待的。另外,葡萄牙《公司法》中也规定在公众公司中,通常的“一股一票”规则可以被限制成为仅仅对持有某一最低股本的股东赋予投票权,如对于每1000欧元的股本至少赋予一个投票权。

3. 处分性权利多元配置的主要样态

(1)可回购股份(redeemable stocks)。可回购股份是指在发行时附有条件,规定发行公司在未来某个日期应当或者可以对这些股份进行回购,回购选择权可以赋予公司或者股东。回购日期和条件可以事先确定(例如股份将在发行5年后以某一价格被回购),这种方式对于外部投资者而言是一个较为清楚的安排;也可以规定由发行公司选择的时点,这种方式通常是用于向雇员发行无投票权股的情形。如果雇员离开公司,其股份可以由公司按照名义面值回购。

(2)受限股份(restricted stocks)。受限股份是指公司通过协议直接授予其雇员的、要求在特定的待权期(vesting period)届满或者既定财务目标达成之前不能出售、转让或者质押的处分权受到一定限制的股份类型。受限股份可以进一步分为期限型受限股份(time-vested restricted stock)和业绩型受限股份(performance-vested restricted stock)。后者实际上是期限和业绩的结合,也是通常采用的形式。^[11]在受限股份的授予协议中通常规定,如果该雇员在待权期结束之前终止受雇于该公司,则公司可以以一个名义上的价格回购该股份。有研究表明,近年来在标准普尔500指数的样本公司中,受限股份已经超过股票期权而成为一种更受欢迎的对于管理层的股权性激励机制。^[12]

4. 金融创新形成的多元化权利配置样态

以公司股份为基础的金融创新的主要方式就是对附随于股份上的各种权利进行多元化配置,或者与其他契约机制相结合,其复杂形态难以详述。有学者将这些由金融衍生工具创制的股权构造新样态统称为“有负担股份”(encumbered Shares),并按照创造方式的不同界定了两种有负担股份:一种是有经济负担股份(economically encumbered shares),即将股份和其他投资安排搭配在一起,如持有股份的股东同时持有空头头寸(short position)或者其他衍生产品,据此该股东就具有一种不同于“纯粹”剩余索取者的动机;另一种是有法律负担股份(legally encumbered shares),即在投票上有法律障碍的股东持有的那些股份,例如,股东将股份出借给了经纪人或者空头卖方。^[13]

[11] David I. Walker, *Evolving Executive Equity Compensation and the Limits of Optimal Contracting*, 64 Vanderbilt L. Rev. 611, 611-674 (2011).

[12] James H. Irving, Wayne R. Landsman & Bradley P. Lindsey, *The Valuation Differences between Stock Option and Restricted Stock Grants for US Firms*, 38 Journal of Business Finance & Accounting 395, 395-412 (2011).

[13] Martin & Partnoy, *supra* note 5, at 778-780.

三、股东权利多元化配置的立法方式与实现机制

上述诸多股东权利配置样态尽管是市场自发创造的产物,但其产生发展的前提是立法赋予了公司相应的自治空间。鉴于域外相关立法的规范表述不尽相同、宽严详略也有差异,我们在此仅作简单归类。在此基础上,将立足于权利本身来分析域外丰富多彩的股东权利配置样态得以生成的内在机理。

(一) 股东权利多元化配置的立法方式

在多数国家或地区的现行公司立法中,尽管“一股一票”或者“比例性原则”仍然是作为一种明示或者默示的规则而普遍存在,不过,在这一规则之外,一般都为公司自主配置多元化的股东权利构造预留了相应的制度空间。^[14] 具体的立法方式各异,可以大致归类为以下几种。

一是以股份权利平等为原则,以股权多元化配置为例外。如瑞典2005年《公司法》第四章“股份”的篇章结构中就首先重申了“平等原则”,该章第1条规定“除本章第2条至第5条的规定外,公司中的所有股份应当附有同等的权利”;第2条则规定了公司章程可以设计不同的股份类别。加拿大《商事公司法》第24条第3款也规定“当一个公司仅有一种股份类别时,持有人各方面的权利应当是平等的,包括股东大会投票权、获得红利权和公司解散时获得剩余财产的权利”;该条第4款则进一步规定“章程可以对一种以上的股份类别作出规定”。再如葡萄牙《公司法》将股东权细分为以下具体权利:分配利润权;参加股东会议权(通过行使投票权);知情权;被选举进入公司机关权。就投票权而言,葡萄牙《公司法》规定投票权的行使一般适用“一股一票”的比例规则。不过,该法也规定了某些限定情形下,投票权并不必须与股份的经济价值成比例,以便保持公司管理和监督机关的稳定性。

二是明确规定公司可以对股东权利进行多元化配置,对公司能够发行的股份类别基本上不作限制性规定。例如,美国《示范商业公司法》第6.01条规定“设立章程必须对授权公司发行的股份类别、一个类别中的系列以及每一类别和系列的股份数量作出规定”。实际上,正如有学者指出的那样,美国公司立法在诸如股票的经济权和投票权等核心问题上建立起了默认规则,这些问题能够几乎不受限制地通过私人协议加以改变。^[15] 再比如英国《2006年公司法》第629条第1款规定“基于本法之目的,如果附随于股份的权利在各方面一致,这些股份就属于一个类别”。在这种立法框架下,公司创制股份类型的空间非常巨大,惟一的法律限制就是要避免对其他股份类别形成歧视。

三是明确规定公司可以对股东权利进行多元化配置,但对某些配置方式作出限制或禁止性规定。如2003年修订的《意大利民法典》第2348条第2款规定“允许通过章程或其修正案设立对公司亏损具有不同权利的股份类型,在该情形下,在法律规定的范围内,公司可以自由决定各类股份的内容”。同时,该法也作出了一些限制性规定,如第2351条第2款规定没有表决权的股份的“价值总额不得超过公司资本的1/2”,第4款规定“不得发行一股多票的股份”。另如《德国股份法》第139条明确允许公司可以发行无表决权的可累积优先股;第12条第2款则规定“多重表决权应当被禁止”。

另外,允许对股东权利进行多元配置的公司立法大多也都作出了一定的限制或禁止。归纳起来,

[14] 参见汪青松:“论股份公司股东权利的分隔——以‘一股一票’原则的历史兴衰为背景”,载《清华法学》2014年第2期,第107页。

[15] Lawrence A. Hamermesh, *The Policy Foundations of Delaware Corporate Law*, 106 *Columbia Law Review* 1749, 1749 (2006).

这些限制或禁止规定主要体现在以下方面:(1)对某种类别股份的比例作出限制。如多数国家都规定无投票权优先股不能超过公司总股本的一定比例,法国是25%,在比利时和爱沙尼亚是1/3,在希腊是40%,在德国、西班牙、葡萄牙、意大利和卢森堡都是50%;关于优先权股份一般也有比例限制,在法国是25%,在爱沙尼亚是33%,在意大利是50%;匈牙利规定多重投票权股份在公司总股本中的比例不得超过50%。(2)对某种权利维度的差异化设计作出禁止。如德国、意大利等明确禁止公司发行多重投票权股份。《韩国商法典》第344条规定公司可以发行在利益或者剩余财产分派方面具有不同内容的“数种股份”,从而也对其他方面的股份类别设计构成了间接的禁止。(3)对某种权利维度的差异化设计程度作出限制。如多数立法都对多重投票权股份的每股投票权数量规定了上限,法国限制为2个投票权,丹麦、匈牙利和瑞典限制为10个投票权,日本限定为1000个。(4)对特定主体的持股作出限制。如荷兰规定公司董事可以持有本公司发行的优先权股份,但不得超过该类股份总数的50%。(5)其他方面的限制。如比利时和丹麦规定不能赋予优先权股份的持有者否决权;比利时、丹麦和荷兰规定优先权不能与股东大会的特定权利相抵触;丹麦、德国、意大利、瑞典规定优先权必须合乎有关董事或者监事会成员任命的规则;丹麦、芬兰和瑞典限定多重投票权股份对于要求简单多数决的股东大会决议的影响程度。

(二) 股东权利多元化配置的实现机制

域外股份公司(公众公司)股东权利配置多元化的实现并非源于立法的强制性安排,而是通过多种契约交易机制,即股东根据自身的投资偏好而与其他股东或者公司之间进行权利或利益交换。当然,这种权利或利益交换在实践中往往并不是通过一对一的个别交易来进行,而是由公司根据自身的融资需求和对目标投资者群体的偏好进行分析之后,按照一定的程序预先设计好具有特定权利构造的股份类型,然后由投资者根据自己的投资偏好进行选择。相对于权利结构完整的普通股而言,每一种类别股份所具有的特定权利构造实际上都是某些权利或利益之间交换取舍的结果。权利或利益交换的效果将通过股东权利结构的统一或分离、权利行使的优先或劣后、权利计量的放大或限缩、权利内容的增加或减少加以体现。通过对一些典型的股份类别的权利构造的分析,我们能够发现股东权利多元化配置主要通过以下机制来实现。

1. 经济性权利优化机制

这种机制所立足的交换关系可以理解为股份的参与性权利与经济性权利之间的一种交换,即投资者以放弃或者弱化参与性权利为对价,换取在分红和剩余财产分配方面相对于普通股份的优先性。这种优先性既可以表现为分配顺序上的优位,也可以表现为收益数量上的增加。通过经济性权利优化机制所创制的类别股份典型是优先股份,其具体种类十分庞杂,创新形式也不断涌现。总体上看,优先股类型创新大致是围绕着两个基本维度展开的。第一个基本维度是股权的收益权能。在这个基本维度之下又可以细分为两个子维度:其一是是否可以累积红利,即本年度未支付红利能否累积到以后年度,据此可将优先股分为累积优先股与非累积优先股;其二是是否可以参与分红,即在获得固定红利之外,是否可以参与额外分红,据此可将优先股分为参与分红优先股与非参与分红优先股。第二个基本维度是股权的处分权能。在这个基本维度下也可以细分出两个子维度:其一是是否可以由公司回购,据此可将优先股分为可回购优先股与不可回购优先股;其二是是否可以转换为公司普通股,据此可以将优先股分为可转换优先股与不可转换优先股。

2. 参与性权利强化机制

这种机制所立足的交换关系可以理解为对公司的特定贡献及其所体现的利益与参与性权利之间的交换。对公司的特定贡献及其所体现的利益可以分为两种:一种是公司的创始股东或家族在公司创立与成长过程中所作出的贡献,包括资产与人力的投入,这些投入既代表着创始股东的固有益,也承载着其期待利益,即资产和人力投资所形成的长期收益。当公司因发展需要而向外融资时,这些创始股东实际上是要向外部投资者让渡出一部分期待利益,公司正是凭借这些期待利益来吸引外部资金。另一种是长期安心供职于公司的员工所作出的贡献,这些员工的忠诚度及其经验都是公司重要的人力资本。域外公司实践中,针对第一种贡献和利益所创制的类别股份典型是多重投票权股份。^[16]

3. 附加特定表决权机制

这种机制所立足的交换关系可以理解为一般权利与特别权利之间的交换,即以放弃或者限制股份所附随的一般意义上权利(经济性权利或者参与性权利或者二者兼之)而获得针对特定事项的最终决定权或否决权。其典型的股份类别就是优先权股份。附随于优先权股份的特别权利在多数情况下有别于一般的股东权利,这种特别权利不再是一种简单的参与表决权,而是能够直接产生某种预定的结果,因而在行使效果上更加类似于公司内部权力。^[17]

4. 限制处分权机制

这种机制所立足的交换关系可以理解为经济性权利或利益与处分性权利之间的交换,即持股人以处分权受限为对价,获得经济性权利的优先性或者特定的利益。处分权受限的具体方式可以是受制于公司的回购权,也可以是受制于一定的期限或者条件(如业绩要求)。在公司实践中,许多优先股都是可回购的,公司可以在一定期限届满时按照事先确定的价格单方面决定进行回购。未确权股份则是另外一种典型的处分权受限股份,由于此种股份基本上是无偿授予员工的,因而要求持股人在特定的待权期届满或者既定财务目标达成之前不能对其进行出售、转让或者质押;如果未确权股份股东中途离职,该股份则由公司以一个名义价格购回。

(三) 域外股东权利多元化配置制度对我国的重要启示

上文的分析表明,尽管各个国家和地区的立法规范与股份样态不尽相同,但其中所蕴含的基本法理与内在机制并无二致。我们能够从中获得以下重要启示。

首先,股东权利的具体构造不应当是法律赋权的产物,而应当是市场主体议价缔约的结果。因此,公司法关于股东权利配置的一般性规则不宜过多采用强制性规范,而应当以授权性规范和默示性规范为主。换言之,普通股所代表的完整的股东权利构造只是一种由立法供给的标准化契约,市场主体可以根据自身需要对其进行变通取舍。

其次,股东权利多元化配置是沿着一定的权利维度来进行,这些权利主要集中于经济性权利、参

[16] 比如,Google在2004年上市时为了保证公司创始人对公司的控制权,就采取了多重投票权股份设计,其内部人员所持有的B股每股都拥有10票的投票权,而向公众发售的普通股A股每股只有1票的投票权。针对第二种贡献和利益所创制的股份以法国的“忠诚股份”最为典型,该股份实际上是一种以持股时间为基础的双重投票权股份。双重投票权被认为是对于那些长期认同公司的股东的一种奖赏。

[17] 例如,荷兰著名的搜索引擎公司Yandex N.V.在2009年9月向俄罗斯联邦储蓄银行(Sberbank)发行了一种优先权股份,其核心的权利就是对持有公司股份超过25%的单一实体或者关联方群体持有份额的继续增加拥有否决权。其目的是保持公司现行的经营原则和避免任何单一投资人群体对公司的控制。这种优先权股份的转让需要得到公司董事会的批准。

与性权利和处分性权利等基本股东权利。^[18]为了使多元化配置的权利构造与本国国情相适应,公司法需要对能够进行多元化配置的具体权利以及幅度等作出规定。

最后,股东权利多元化配置制度的核心是“类别权利”。尽管域外立法很少对“类别权利”的含义作出直接界定,但可以从相关的制度设计中归纳出三个基本的判定要件:一是公示性,即该项权利要由公司章程明确记载;二是专属性,即该项权利不为其他股份所拥有;三是重要性,即该项权利应当属于一种对于该类股份持有者而言极为重要的基本股东权利。为保障类别权利不被肆意剥夺和侵害,公司法一般都对类别权利的变动作出了严格的程序性限制,即需要符合公司章程的最初规定或者获得该类别股东单独表决同意。

四、中国股份公司股东权利多元化配置的制度建构

尽管中国《公司法》第131条规定国务院可以对股份公司发行普通股以外的类别股另行作出规定,但由于相应的制度尚未出台,加之《公司法》第103条又限定股东大会采取“一股一表决权”,因此,关于股东权利差异化配置的立法和理论研究对于实践需求的回应明显滞后。尤其是在后股权分置时代,上市公司因政策限制流通而产生的“政策催生型类别股”渐成历史,因市场自发地对股东权利进行差异化配置而形成的“市场催生型类别股”的现实需求更加凸显,尽快填补《公司法》第131条预留的制度空间已经成为紧迫的立法课题。针对上述需求,相应的制度建构目标是为了变革中国股份公司股东权利配置的单一模式,通过多层次立法为股份公司直接进行股东权利多元化配置提供规范路径,促进“市场催生型类别股”的生成和良性发展。鉴于股东权利多元化配置制度建构的内容极为庞杂,各种具体配置模式的规范设计差异巨大,因此本文仅从整体角度提出一些可资借鉴的建构思路。

(一) 股东权利多元化配置制度设计的基本理念

对于中国股份公司而言,股东权利多元化配置仍然是一种较为陌生的新型制度,与传统公司法所培养出的市场认知存在很大差异。尽管现实中的客观需求的确存在,但该制度的引入仍需要市场与法律两种力量的协同作用。在具体制度设计时,特别要注意贯彻以下理念。

1. 市场创新与法律引导相结合

在欧美等地区,股东权利多元化配置的原动力是来自市场的自主创新,法律的功能主要不是鼓励,而是要加以适度约束。但中国一直存在着市场创新不足的现实问题,特别是在缺乏法律明确规定的情况下,创新的机制可能会被认为没有法律依据而被贴上“非法”的标签。因此,股东权利多元化配置制度的引入首先需要法律层面给予明确的“可为性”授权,这种授权将会对市场的自主创新产生一种引导和推动作用。

2. 契约自由与适度限制相结合

股东权利多元化配置制度的基石是契约自由,这就要求立法首先不能采取“一刀切”的方式规定“应为”或者“不能为”,即不能采用强制性规范模式来进行制度设计,而要采用授权性规范和默示性

[18] 股东的具体权利种类繁多,公司法理论也发展出了若干分类体系。但这些分类体系的解释力都各有不足。基于本文所关注的主题,更为适合的是将各种具体股东权利分为以下三类:一是基本股东权利,如分红权、剩余财产分配权、投票权、处分权等;二是附随性股东权利,如知情权等;三是救济性股东权利,如代表诉讼权等。多元化配置主要是按照基本股东权利来进行。

规范的表述方式;其次要求立法为市场自主创新留下较为充分的空间,要尊重和相信市场的创新能力。同时,立法也要担当起矫正市场“无形之手”缺陷和失灵的角色,要对股东权利多元化配置的范围、方式、程度等予以适度的限制。

3. 内部公示与外部登记相结合

股东权利多元化配置所产生的股份类型属于公司法人信息构成中非常重要的内容,对公司的市场行为方式、责任能力、市场信用水平等有着重要的影响,因而相关国家和地区的立法都要求公司对股份类别在章程中予以公示。基于中国的制度传统和客观现实,在未来的制度设计中应当特别要求发行类别股份的股份公司,在公司章程和工商登记两个环节对其股份类型予以公示,其转让、权利变更、类型转换等事项也都要履行同样的公示程序。

(二) 公司基本法相关制度的修改和完善

借鉴域外经验,在股东权利多元化配置制度体系中,公司基本法主要应当侧重以下制度设计。

首先,对“类别股份”和“类别权利”进行界定。为此,现行《公司法》需要从两个方面加以完善:一方面要对第131条加以充实,对类别股份和类别权利的概念以及股份公司能够实行多元化配置的股东权利维度、程序要求、限制性规定等进行明确列示;另一方面要对与股东权利多元化配置制度不兼容的条文进行修正,基本的思路是将现有的强制性规范(如第103条关于“一股一权”的规定)改为默示性规范,允许公司章程另行作出规定,同时对另行规定的幅度予以限制(如每股所附投票权不能超过两个等)。

关于类别权利,域外立法一般都未给予直接定义,而是通过判例发展出一套判断规则。中国《公司法》的下一步修改可以考虑采取以下思路来界定这一核心概念:其一,将类别权利概括为不为其他股份所拥有的特定权利;其二,将类别权利限定为经济性权利、参与性权利和处分性权利三类基本权利;其三,遵循公示主义与登记主义,即类别权利应当在公司章程中明确记载并经工商登记;其四,遵循外观主义与权利穷竭原则,即类别权利的内容以章程的表述为依据,该表述被推定是对所涉及事项的穷尽性表述。另外,在具体界定时也应当注重个案的分析判断。

其次,设定与股东权利多元化配置模式相适应的公司内部权力运行规则。重点是要重构公司股东大会的决议机制,特别是要处理好资本多数决、多重投票权、类别表决制、特定表决权(直接决议权或否决权)、投票权设限之间的协调问题。为此,公司法需要对属于股东大会职权范围内的事项进行分类,进而为不同种类事项确定各自的决议规则。

最后,为类别权利提供保护和救济机制。重点内容包括两项:一是类别权利变动的程序,公司法要明确规定凡是涉及变更类别权利的事项,除一般股东大会决议之外,还必须经过该类别股东表决通过(可以考虑采用绝对多数决);^[19]二是变动撤销之诉,可以参照英国公司法,允许一定比例的类别股份持有者(异议股东)请求法院撤销公司对该类别权利的变动决议。^[20]

(三) 行政法规或部门规章的制度建构重点

按照《公司法》第131条的授权,可以考虑采取条例、规定或者办法等形式来充实股东权利多元化

[19] 按照国外类别股份制度的一般规则,某项权利一旦被事先确定为类别权利,就不能在事后通过一般股东大会的单纯的资本多数决而加以变更。

[20] 英国2006年《公司法》第633条第2款规定:“总计不少于该类别已发行股份15%的持有者(不同意该变动或者未投票支持决议者)可以请求法院撤销该变动。”

配置的具体规则。主要包括:

1. 允许发行的类别股份的具体形态及其权利构造

域外公司实践中通过股东权利多元化配置而创制的类别股份形态多种多样,有一些极为复杂的创新形态目前未必能够完全适应中国国情。因此,应当通过相关制度对类别股份的形态加以列举式规定,形态的选择应当根据中国股份公司的具体需求和市场投资者的接受程度来确定。现阶段可以考虑引入以下类别股份形态:

(1) 优先股份。长期以来,中国上市公司中的中小股东权益保护不足的问题受到广泛关注,其中,投资收益权实现不佳的状况尤其突出,^[21]而境外公司普遍采用的优先股制度具有很好的借鉴价值。优先股份是历史较为悠久的股份类型,其经济性权利的强化对于保障中小股东的收益权也较为有利,因而应当是中国股份公司首先考虑引入的类别股份形态。同时,优先股份也具有许多创新的衍生形态。最简单的是直接优先股,这种股份在发行后永续存在(在特定情形下可由发行人回购)并且向持有人偿付固定的红利,红利可以累积。优先股的再创新主要是围绕着永久存续性与可转换性两个维度展开。根据中国的现实状况,允许股份公司发行的优先股份的具体类型可以包括:直接优先股、可转换优先股、可回购优先股、参与分红优先股。

考虑到优先股份的发行对象大多都是外部投资者,其对于公司决策一般没有发言权,出于保护优先股持有者的考虑,应当强制规定优先股的红利可以累积。同时,应当强制规定发行优先股份的公司连续三年未支付优先股红利的,优先股的投票权将自动恢复。另外,为避免公司优先股份类型过于复杂,现阶段应当限定一个公司只能发行一种优先股份,并对优先股在总股本中的比例作出限制。

(2) 双重投票权股份。中国有为数众多的家族企业和技术型创业企业,这些公司在成长到一定阶段时都会面临着外部融资与保持控制的矛盾。从中国社会经济的现实来看,绝大多数家族企业和创业企业并不能完全接受以两权分离为核心的公司化改造,即使当家族经济资源无法满足企业发展需要时,也轻易不愿通过让渡控制权而获得外部资源。虽然有不少家族企业通过形式上的变革符合了股份公司和公开募股的要求而成功上市,但绝大多数仍然是通过持有多数股份或者“金字塔”式股权结构等杠杆持股方式而保留对公司的最终控制权。^[22]有学者将这一现象总结为“控制权保留偏好”。^[23]但是,金字塔式股权结构等所实现的仅仅只是一种间接控制,且要受到诸多规制,因此,允许公司对股份的投票权进行差异化设计具有重要的现实意义。当然,考虑到多重投票权股份所存在的弊端,将其限制在每股不超过两个投票权为宜,即允许股份公司发行双重投票权股份,同时也要对双重投票权股份在总股本中的比例作出限制。

(3) 黄金股份。黄金股份对于中国国有资本退出竞争性领域,同时保有平衡各种利益的能力具有重要价值。该制度较好地顾及到了国有股权财产来源上的公法性、权利行使的公益性等特殊性质,通过

[21] 本文在研究中对收益与分红情况较好的深证100指数样本股2010-2012年三年的年度股东大会决议公告中的分红预案情况进行了统计分析。在100家样本公司中,有现金分红预案的三年平均公司数为85家;三年平均现金股利为每10股2.28元。相对于股票市值而言,该股利远低于同期银行存款利率。

[22] 本文在研究中对深证100指数样本公司前十大股东持股合计占公司总股本的比例情况进行了统计分析。以2011年末持股数为例,第一大股东持股占比为35.4%;前三大股东持股合计占比为47.1%;前五大股东持股合计占比为50.8%;前十大股东持股合计占比为55.6%。以上数据反映出持有多数股份的资本路径仍然是中国上市公司控制权实现的主要方式。

[23] David G. Hoopes & Danny Miller, *Ownership Preferences, Competitive Heterogeneity, and Family-controlled Businesses*, 2 *Family Business Review* 89, 89-101 (2006).

限制或者消除经营性权利(私法意义上的权利)而保留或者扩张公益性权利(公法意义上的权利),国有资本能够较好地融入到市场化的公司之中。这样的制度设计,既可以避免国有资本对于公司日常经营事务的过度干预,又可以使国有资本在必要的时候能够发挥维护社会公益的作用。^[24]另外,通过引入这一制度,国有资本在竞争性领域公司中的出路将会更加宽广,包括:继续通过转让而减少持股比例;对于继续持有股份,在保留收益权的同时不再行使投票权,不再参与公司的日常事务决策;对特定事项享有最终决定权或者否决权,此类事项需事先加以明确列示。针对黄金股份的特殊性,应当规定仅限国有资本持有。

(4)限制处分权股份。股份也是现代企业实施人力资本战略的重要工具,因此,除了股票期权制度之外,也应当允许公司向其管理层或者员工发行或者授予在一定期限内或者业绩目标未达成之前限制转让的股份。

2. 允许发行类别股份的公司范围

按照市场主体平等的基本原则,一旦正式引入类别股份制度,就应当允许所有股份公司自主决定是继续采用单一类型的股份构造还是发行多种类别股份。不过,基于稳妥推进的考虑,在具体实施时可以考虑采取“四步走”的做法:第一步,允许通过非公开募集方式新设立的股份公司试点采用类别股份;第二步,允许现有的非上市股份公司在引入战略投资者时对其原有的一元化股份类型进行改造,引入合乎其需要的类别股份;第三步,允许创业板市场接纳采用了类别股份构造的股份公司上市,对其上市交易的股份类型可以予以适当限制;第四步,在成熟时,可以允许所有上市和非上市的公司自主决定其股份类型,但交易所保留限制某些股份类型公开上市交易的权力。

(四)上市交易规则的制度建构重点

在多元化股东权利配置模式下,公司复杂的股份类别会对上市交易规则提出更高的要求。除了由证监会统一确定上市交易的基本原则以及交易板块的选择之外,交易所的具体规则建构特别要注意以下方面。

其一,上市交易规则与公司的特定需求的协调。要考虑通过以下做法来实现这种协调:首先是遵循公司自由选择原则,即发行了多种股份的公司可以选择将其中的一种或几种股份进行上市交易,当然前提是符合交易所为每种股份确定的上市条件;其次是采取分别挂牌、分别定价原则,即对一个公司的多种上市交易股份实行分别挂牌交易、分别运行价格形成机制;再次是允许公司限制转让对象,即公司可以要求某种类别股份只能在该股份持有者之间转让;最后是允许公司设定自动转换机制,即

[24] 在中国地方国有企业改革中,地方政府是有设置特别股份的需求和尝试的。2007年7月份,在哈尔滨产权交易中心挂牌转让的哈尔滨中庆燃气有限责任公司48%股权案例中,哈尔滨市国资委将对哈中庆保留1%的黄金股份。国资委代表哈尔滨市人民政府享有对公司重大事项的否决权。例如在涉及安全稳定供气、社会公共利益问题上,哈尔滨市国资委有权行使否决权。此外,收购方承诺,确保拥有1%股权的国资委在哈中庆董事会中至少拥有一个董事席位。2010年9月在中国创业板上市的台基股份,地方政府也曾经设立“黄金股”,拥有一票否决权。2003年8月30日襄樊市国企改革领导小组发布《国有金股管理暂行办法》,该办法规定:在改制企业中设立国有金股,期限为3-5年,国有金股为1元人民币,国有金股不参与企业分红,对相关重大事项享有一股否决权。同年9月15日,襄樊市市直国有企业改革领导小组以襄企改[2003]53号《关于襄樊市仪表组件厂改制方案的批复》同意仪表组件厂改制方案,在襄樊市机械行业协会与惠勇实业有限公司、邢雁等自然人签订的《产权转让协议书》中,有条款:“(6)国有金股:各方同意在新公司设立国有金股,并在公司章程中列入国有金股有关权利和义务;国有金股设立期限为三年,到期由国有金股持有人收回。国有金股持有人参与公司董事会和监事会,担任董事和监事。”为了上市,公司取消了这个有利于政府控股、又有利于企业自主经营的金股。2008年12月6日,国企办以襄企改[2008]94号文确认“改制后企业湖北台基半导体股份有限公司不设立国有金股”。

公司可以规定某种类别股份一旦被转让,就自动转换为普通股或者其他类别股份。

其二,强化信息披露规则。即使一个公司只是将一种股份进行上市交易,也应当要求其将所发行的全部股份类型、每一类型的数量与权利构造、公司章程对于每一类别股份转让的限制性规定、每一类别股份的数量与权利的变动等重要内容进行真实、全面、及时的公开披露。

其三,建立健全退市制度。在一个公司有多种股份类别上市交易的情况下,应当分别统计每一种股份的数量、持股分布,同时结合公司总股本、公开发行股份比例、财务状况等因素进行综合评价,以此确定每一种股份是否丧失了继续上市交易的基础。另外,要健全公司针对某一种股份的主动退市制度。同时需要明确的是,一种股份的退市不应当影响该公司仍符合上市交易条件的其他类别股份继续挂牌交易。

六、结语

股东及其出资作为公司人合与资合的基础是客观存在的,因此,股东的个体权利实现与整体功能发挥永远是公司立法无法回避的重心。而中国公司立法的适用与公司治理的实践已经表明,股东的权利实现与功能发挥,不是单纯通过抑制大股东“控制权私利”或消除小股东“理性冷漠”的行为性规范所能实现,尽管这些行为性规范极其重要。域外公司立法从公司法律形态到内部法律关系安排所不断上演的变革浪潮带给我们的重要启示是:公司立法对于市场发展的重要价值,更多地取决于其结构性规范与市场需求之间的契合。而股份公司股东权利配置模式从单一向多元的变革,应当是中国公司法结构性完善的重要环节。

Plural Allocation of Stockholders' Rights in Joint-Stock Corporation: Draw on Extraterritorial Experiences for Legislation of China

Wang Qingsong

Abstract: Extraterritorial public corporations have abundant stocks types, which are different from single stocks' type in joint-stock corporations of China. In legislations, articles of different corporate acts are various, but their mechanisms to realize plural allocation of stockholders' rights are all by means of multiple rights or benefits exchange. Its effects will take the forms of unified or separated rights structure, preferred or inferior rights exercise, enlarged or narrowed rights calculation and added or reduced rights content. It is urgent to introduce plural allocation of stockholders' rights into joint-stock corporations of China. Corporation law of China should modifies mandatory rules which hinder plural allocation of stockholders' rights and bring in such as class rights and provide normative path for plural allocation of stockholders' rights in joint-stock corporations by multilevel legislations.

Keywords: joint-stock corporation; stockholders' rights; classified stocks; class rights

(责任编辑:幸颜静)

报刊出版者权作为邻接权的正当性探析

——基于德国《著作权法》第八修正案的思考

颜晶晶*

摘要:2013年8月1日,德国《著作权法》第八修正案生效。针对以 Google 为代表的搜索引擎和新闻聚合器在互联网上免费使用报刊产品的行为,修正案创设了报刊出版者权。根据修正案,在报刊产品出版后一年内,报刊出版者对其享有以商业目的进行网络传播的专有权。本文介绍了德国《著作权法》此次修改的主要内容及特点,考察了“邻接权”的概念、产生背景、发展脉络、国际保护及国内法转化情况,梳理了不同国家法律中出版者所享有的邻接权种类,在此基础上对德国《著作权法》赋予报刊出版者用于控制报刊产品网络传播的邻接权保护的正当性进行了质疑,并就我国有无无效仿修法之必要展开探讨。

关键词:报刊出版者权 报刊产品 邻接权 搜索引擎 新闻聚合器

一、引言:从“今日头条”案谈起

随着互联网时代的全面到来,作品的传播方式和人们的阅读习惯发生了颠覆性的改变,传统的报刊出版业日趋萎缩。移动互联网的兴起加剧了新旧媒体之间力量失衡的状况。搜索引擎技术的发展和新闻聚合器(news aggregator)^[1]的出现,使纸媒日渐狭隘的生存空间受到进一步的挤压。在多个国家和地区,传统的报刊出版者与网络新贵们在著作权领域的权利之争已呈白热化。我国2014年6月的“今日头条”案即是缩影之一。在该案中,“今日头条”网站及移动客户端通过网络向公众提供《广州日报》等媒体的新闻作品及相关图片内容的集成、聚合、搜索、浏览和评论等服务,被传统媒体投诉并起诉,引起了社会的广泛关注。

在德国,一项涉及搜索引擎和新闻聚合器的法律修改同样引发了学术界和产业界的热议,反映了互联网时代新旧媒体之间在立法上的力量博弈和利益格局的重新调整。

2013年8月1日,德国《著作权法》(全称为《著作权与邻接权法》)第八修正案——《2013年5月7日修改〈著作权法〉的第八部法律》^[2](下文简称“修正案”)生效。该修正案突破传统的邻接权范

* 北京大学法学院博士研究生,德国慕尼黑大学 LL. M.。

[1] 新闻聚合器是一种可用于阅读 RSS、Atom 等消息来源的软件或服务。它采用的是用户被动更新的“推送”模式,用户可以对感兴趣的新闻、博客等资讯进行订阅。

[2] Aches Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 7. Mai 2013. BGBl I 2013, 1161.

畴,为报刊出版者创设了一项新的邻接权——报刊出版者权(Leistungsschutzrecht für Presseverleger),^[3]即报刊出版者(Presseverleger)在报刊产品(Presseerzeugnis)^[4]出版后一年内对其享有以商业目的进行网络传播(öffentlich zugänglich machen)^[5]的专有权。这项权利仅针对搜索引擎的商业提供者和内容整合服务的商业提供者(即新闻聚合器运营商)。在“今日头条”案中,广州日报社等报刊出版者是以著作权人的身份,向“今日头条”运营商主张基于著作权的报酬请求权;而德国的报刊出版者权是德国《著作权法》赋予报刊出版者的一项邻接权,报刊出版者意欲借助这项新的权利,参与搜索引擎运营商和新闻聚合器运营商商业收入的分配。

二、德国《著作权法》修改回顾

(一) 法律修改的主要内容

1. 结构与条文

根据修正案,德国《著作权法》第二章“邻接权”中增设第7节“对报刊出版者的保护”,下设三个条款。具体条文如下:

第7节 对报刊出版者的保护

第87f条 报刊出版者

(1) 报刊产品的生产者(报刊出版者)享有将报刊产品或者其部分以商业目的进行网络传播的专有权,除非所涉及的是个别词语或者最小的文本片段。若报刊产品在企业生产,则企业所有人被视为生产者。

(2) 报刊产品是在任何载体上以某一名称定期出版的汇编物的框架内对于

[3] “Leistungsschutzrecht für Presseverleger”直译为“报刊出版者的邻接权”。考虑到传统的邻接权种类——“表演者权”、“录音制作者权”、“广播组织权”的名称中并无“邻接权”字样,笔者将其译为“报刊出版者权”。需要注意的是:与我国《著作权法》中的报刊出版者权不同,德国《著作权法》中的这项报刊出版者权是法律赋予报刊出版者的一种仅限于对搜搜索引擎和新闻聚合器的有限的网络传播权,确切而言,可称之为“报刊出版者网络传播权”。

[4] 对应的英文为“press product”。该词的德文原意是指以印刷品形式存在的报纸和刊物的统称。从修改后的德国《著作权法》第87f条第2款对这一概念的界定可知,在德国著作权法的语境下,该词是指具有新闻属性的报刊产品。从这一角度而言,“新闻报刊产品”或许是中文语境下更易于读者理解的译法。但出于尊重德文原意的考虑,本文采“报刊产品”的译法。相应地,本文将“Presseverleger”(对应的英文为“press publisher”)译为“报刊出版者”。

[5] 对于德国《著作权法》中的“Recht der öffentlichen Zugänglichmachung”(第15条第2款第2项、第19a条),现有的译法有:(1)“公共传播权”(张恩民译本,[德]雷炳德:《著作权法》,法律出版社2005年版,第243、715页);(2)“公开提供权”(许超译本,《十二国著作权法》翻译组:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第150页);(3)“网络传播权”(范长军译本,《德国著作权法》,知识产权出版社2013年版,第22页)。这项权利是德国立法者为了转化欧盟第2001/29/EC号指令(《信息社会版权指令》)第3条第1款和第2款而新增的。欧盟指令中的相关规定源自WCT第8条——文学和艺术作品作者的“向公众传播权”(right of communication to the public)以及WPPT第10条和第14条——表演者和录音制品制作者的“向公众提供权”(right of making available to the public)。对于德国法中的这项权利,媒介的技术特征被限定为:“使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得”受保护的作品。参见Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl. 2013, § 19a Rn. 1-2。根据德国《著作权法》官方英文译本,这项权利对应的英文为“right of making works available to the public”,参见德国联邦司法与消费者保护部网站:http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/index.html。由此可见,“Recht der öffentlichen Zugänglichmachung”与我国《著作权法》第10条第12项所规定的“信息网络传播权”(即“以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”)具有对应关系。笔者认为,对于“Recht der öffentlichen Zugänglichmachung”一词,从尊重原意的角度出发,“向公众提供权”、“公开提供权”的译法更为准确;但考虑到本文是在中文语境中阐释,为了便于国内读者理解,故采“网络传播权”的译法。与之相应,本文将“öffentlich zugänglich machen”译为“网络传播”。

新闻稿件的编辑技术上的确定,其整体而言主要被视为出版社类型且并非主要用于自我宣传。新闻稿件主要是用于信息介绍、舆论形成或者娱乐的文章和图片。

第 87g 条 权利的转让、保护期和限制

(1) 报刊出版者根据第 87f 条第 1 款第一句所享有的权利可以转让。准用本法第 31 条和第 33 条的规定。^[6]

(2) 权利在报刊产品出版一年后消灭。

(3) 主张报刊出版者权不得有利于报刊产品中所包含的作品的作者或者受本法保护的客体的邻接权人。

(4) 只要不是通过搜索引擎的商业提供者或者内容整合服务的商业提供者,允许通过网络传播报刊产品或者其部分。此外,准用本法第 1 章第 6 节的规定。^[7]

第 87h 条 作者的参与分配请求权

作者应当适当参与报酬的分配。

2. 权利主体与权利客体

第 87f 条界定了报刊出版者权中的两个重要概念:“报刊产品”和“报刊出版者”。

第 87f 条第 2 款第一句将“报刊产品”定义为:“在任何载体上以某一名称定期出版的汇编物(Sammlung)的框架内对于新闻稿件(journalistische Beiträge)的编辑技术上的确定,其整体而言主要被视为出版社类型且并非主要用于自我宣传。”对于“新闻稿件”,该款第二句界定如下:“新闻稿件主要是用于信息介绍、舆论形成或者娱乐的文章和图片。”在此,出版形式——报刊产品是仅以线下、电子方式或者线上线下相结合的方式出版——并不重要。^[8]

报刊出版者是报刊出版者权的权利主体。对此,第 87f 条第 1 款将其界定为“报刊产品的制造者”和制造报刊产品的“企业所有人”。传统出版业中的“报刊出版者”易于理解。但随着互联网的广泛普及,不仅个人开通博客成为潮流,一些以“网络期刊”方式运营的博客也随之涌现。这些博客的博主是否属于“报刊出版者”?对此问题,德国联邦司法部解答如下:附带地(nebenbei)开通博客者,并非德国《著作权法》意义上的“报刊出版者”;但以出版、编辑的方式运营博客,其定期发布的文章需要预先作出编辑上的决定的,则可能为“报刊出版者”。^[9]

根据德国联邦司法部对法律草案的说明,报刊出版者权的权利客体并非报刊产品本身,而是“报刊出版者为了确定报刊产品所必需的经济上、组织上和技术上的劳动投入”。报刊产品中所包含的文字作品以及图画、照片等其他元素并不受此邻接权的保护。^[10]

[6] 作者注:第 31 条规定的是“使用权的授予”;第 33 条规定的是“使用权的持续效力”。

[7] 作者注:第 1 章第 6 节规定的是“著作权的限制”。

[8] BT - Drs. 17/11470, S. 8.

[9] *BMJ*, Fragen und Antworten zum Leistungsschutzrecht, abrufbar unter: http://www.bmj.de/DE/Buerger/wirtschaftHandel/ReformUrheberrecht/_doc/FAQ_Leistungsschutzrecht_doc.html; jsessionid = 84ABDB7A03AB83209312252473DC09FF. 1_cid334? nn = 1356310#[2].

[10] BT - Drs. 17/11470, S. 8.

3. 权利内容与保护期限

这项新的邻接权的内容主要包括下述几个方面:

第一,报刊出版者有权将报刊产品或者其部分以商业目的排他地进行网络传播,但个别词语(einzelne Wörter)或者最小的文本片段(kleinste Textausschnitte)除外(第87f条第1款第1句)。就搜索引擎而言,其搜索结果一般包括标题、文本片段(Snippet)和网页地址(URL)三部分,其中显示的文本片段通常为2-3行、数十字不等。何为“个别词语”和“最小的文本片段”?对此,德国联邦议会法律委员会在2013年2月27日为草案出具的《决议建议与报告》中举例说明:“比如大标题——例如‘拜仁击败沙尔克’——并不受邻接权保护。对于所链接内容自由的、少量但合乎目的的描述受到保护。”^[11]尽管这一规定被解读为使搜索引擎的导航功能得以保留,但“个别词语”的上限为多少个词,“最小的文本片段”是指一个不完整的句子、一个句子或几个句子,立法并未作出解答。

第二,报刊出版者权可以转让(第87g条第1款)。报刊出版者权是一项财产权,并不具有人格权法上的内容。^[12]

第三,主张报刊出版者权不能不利于报刊产品中所包含的作品的作者或者受《著作权法》保护的客体的邻接权人(第87g条第3款)。

第四,只要不是通过搜索引擎的商业提供者或者内容整合服务的商业提供者,允许通过网络来传播报刊产品(第87g条第4款)。

第五,作者有权适当参与报酬的分配(第87h条)。

第87g条第2款规定,报刊出版者权的保护期限为报刊产品出版后一年。

(二) 修法涉及的关键问题

1. 报刊出版者权对个人和普通企业是否有影响

这项新的报刊出版者权的适用范围是有限的。第87g条第4款的规定意味着:报刊出版者仅有权禁止搜索引擎的商业提供者和内容整合服务的商业提供者对于报刊产品的不法使用,也仅有这两类互联网服务提供者应当为使用报刊产品支付许可使用费。报刊出版者权对普通的博客博主、私人使用者、商业企业、协会、律师事务所等其他使用者使用报刊产品并无影响。^[13]

2. 搜索引擎显示的文本片段是否为“引文”

德国《著作权法》第51条规定了引用权(Zitatrecht)。根据该条规定,只要在此特殊目的范围内的使用是正当的,则允许以引用目的复制、传播和公开再现已发表的作品。根据德国联邦司法部的说明,搜索引擎所显示的文本片段并非引文(Zitat),因为引文的前提是引用者对文本片段进行内容上的分析,而搜索引擎和新闻聚合器是技术性地采用文本片段,并未进行内容上的分析,故应适用“机器不会引用”的原则;引用权不因报刊出版者权而受影响,在行使引用权的情况下——比如私人或商业博客通过设置链接引用了新闻,无需支付费用。^[14]

3. 报刊出版者和作者的报酬请求权如何实现

修正案并未对报刊出版者如何收取报酬以及如何与作者分配收益作出规定。德国联邦司法部指

[11] BT-Drs. 17/12534, S. 6.

[12] BT-Drs. 17/11470, S. 7 f.

[13] BT-Drs. 17/11470, S. 1.

[14] BMJ (Fn. 9).

出,新法并非规定了互联网服务提供者的付款义务,出版社可以自由决定是否向互联网服务提供者收取许可费,二者可以通过合同方式达成合意。德国联邦司法部亦指出,“出版社可以自由地设立著作权集体管理组织”。^[15] 不过,直至2013年8月1日修正案生效,德国仍未成立专门管理报刊出版者权的著作权集体管理组织。2013年11月底,德国文字著作权协会(VG WORT)召开临时成员大会,就承担报刊出版者权以及作者参与报酬分配权的集体管理工作达成协议。^[16] 2014年2月,12家德国出版社加入媒体协会(VG Media),^[17] 授权该协会对其成员名下超过200种电子出版物的著作权和邻接权进行集体管理。^[18] 2014年6月13日,媒体协会在《联邦公报》(*Bundesanzeiger*)上公布了报刊出版者权的收费标准,要求收取包括用户直接或间接获取在线报刊产品片段而产生的国外营业额在内的总营业额的11%的费用。^[19] 对于该收费标准的可行性和适当性,德国专利商标局正在进行审查。2014年6月18日和7月1日,该协会分别向Google以及Yahoo和1&1提起民事诉讼,要求Google支付适当的使用费,目前案件尚在德国专利商标局著作权仲裁处进行调解,若调解不成,将由州法院进行审理。

值得玩味的是:2014年10月1日,Google宣布自2014年10月23日起不再显示媒体协会所代表的出版社的报刊产品。2014年10月22日,媒体协会代表出版社发布声明,表示迫于Google的压力,自次日起向Google授予可撤销的免费许可,同意Google免费使用其报刊产品。

由于收费标准待核定,诉讼前景未卜,出版社又出于各种因素授予了Google免费许可,因此许可使用费的收取迄今为止仍是举步维艰。

4. 报刊出版者权是否违宪

早在修正案生效之前,德国就有学者质疑报刊出版者权侵犯了互联网用户的信息自由(Informationsfreiheit)、互联网及新媒体的媒体自由(Medienfreiheit)、搜索引擎运营商的职业自由(Berufsfreiheit)、作者的表达自由(Meinungsfreiheit)、作者的财产权和一般人格权等多项基本权利。^[20]

2014年7月31日,Yahoo向德国联邦宪法法院就报刊出版者权的合宪性提起宪法诉讼(Verfassungsbeschwerde),指责报刊出版者权与德国《基本法》所规定的媒体自由、职业自由和平等原则不相符。^[21] 如果未来德国联邦宪法法院判决报刊出版者权违宪,则不仅报刊出版者和作者的报酬请求权将彻底落空,报刊出版者权制度也将失效。

(三) 法律修改的特点

1. 单一指向:针对以Google为首的搜索引擎和新闻聚合器

德国此次修改《著作权法》,实际上是剑指搜索引擎巨头Google。因此,这部著作权法修正案也被

[15] *BMJ* (Fn. 9).

[16] *VG Wort*, Einstimmiges Ja zum Leistungsschutzrecht, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/newsletter/6_12_2013_Newsletter_Dezember_2013.pdf.

[17] 媒体协会成立于1997年,其成员原为13家私人广播电视企业。在12家出版社加入后,成员总数达到了25家,其中出版社和广播电视企业约各半。

[18] Vgl. Unternehmenszweck der VG Media, abrufbar unter: <https://www.vg-media.de/unternehmenszweck.html>.

[19] Vgl. Tarif Presseverleger der VG Media, abrufbar unter: http://www.vg-media.de/images/stories/pdfs/tarife/140613_tarif_presseverleger_ebanz.pdf.

[20] *Blankenagel/Spoerr*, Zur Verfassungswidrigkeit des Leistungsschutzrechts für Presseverleger, abrufbar unter: <http://politik.eco.de/2013/02/22/gutachten-zur-verfassungswidrigkeit-des-leistungsschutzrechts-fur-presseverleger/>.

[21] *Huffmann*, Freie Suche für die deutschen Nutzer: Verfassungsbeschwerde gegen das Leistungsschutzrecht, abrufbar unter: <http://yahoo.enpress.de/Pressemeldungen/Freie-Suche-fuer-die-deutschen-Nutzer-Verfassungsbeschwerde-gegen-das-Leistungsschutzrecht-/3675>.

戏称为“Google法”。

据统计,在2013年8月,即修正案生效之时,Google在德国搜索引擎市场上直接占有的市场份额为90.4%,间接占有的市场份额为94%,远超第二位的Bing。Bing直接占有和间接占有的市场份额仅为3%和4%。^[22]长久以来,Google在德国搜索引擎市场上的垄断地位以及由此产生的高额广告收益引发了德国本土出版商的不满。对此,德国联邦司法部的意见是:搜索引擎和新闻聚合器是在商业模式下运营的,出版社产出的内容是大规模投资的结果,这些内容被搜索引擎用于补充其提供的最新消息,亦使互联网服务提供者所提供的服务得以吸引更多的使用者,搜索引擎和新闻聚合器借此通过广告获得了高额收益。^[23]

2. 二元背景:网络搜索和新闻聚合器的兴起 vs. 报刊出版业的衰落

德国创设报刊出版者权是在下述二元背景下发生的:一是以Google为典型的搜索引擎和以Google News为代表的新闻聚合器的广泛使用逐渐改变了人们的信息获取方式和阅读习惯;二是报刊出版业日渐衰落,发展面临困境。

在信息搜索和信息获取方面,网络具有三方面的明显优势:一是免费,二是便捷,三是信息海量。由于报刊内容多为网络所转载,越来越多的人习惯于使用搜索引擎在互联网上免费检索信息以及使用新闻聚合器免费阅读文章,导致购买报刊印刷品的人数日趋下降。搜索引擎使人们从复杂、繁琐的图书馆人工检索方式中得以解放;新闻聚合器则使用户新闻个性化定制的需求成为可能,RSS技术使网络新闻频道、博客的最新更新可以在第一时间“推送”给读者,读者在互联网上拥有了更多的信息来源和选择空间。

3. 双重推动:行业协会和政治力量的强大外力

在德国此次修改《著作权法》的过程中,行业协会和政治力量的推动起到了关键作用。

行业协会在德国的政治和经济领域扮演着举足轻重的角色。互联网时代全面到来后,德国联邦报纸出版商协会(BDZV)、期刊出版商协会(VDZ)不断奔走呼吁、积极造势,要求在互联网上为报刊产品提供邻接权保护。

如果说行业协会是“推波助澜”,政治力量则是将行业协会的呼声付诸实践。在2009年的德国大选中,代表大企业主、大财团的基民盟(CDU)/基社盟(CSU)与代表中小企业主和自由职业者的自民党(FDP)胜出,组成了联合政府。其联合执政协议(Koalitionsvertrag)中纳入了出版商的要求:“出版社在互联网领域获得的待遇不应低于其他作品传播者。我们因此致力于为报刊出版社创设邻接权,以加强报刊产品在互联网上的保护。”^[24]2012年3月4日,由执政党组成的联合委员会就实施报刊出版者权达成一致意见。同年6月13日,德国联邦司法部公布专家草案(Referentenentwurf)。^[25]历经短短一年左右的时间,《著作权法》修正案在德国联邦议院完成了三审,很快地公布并生效。

4. 内外交困:国内外的重重反对之声

与立法的顺利推进形成鲜明对比的是:在法律修改过程中,除了德国和欧洲出版界表示支持以

[22] Suchmaschinen im August 2013, abrufbar unter: www.seo-united.de/suchmaschinen.html.

[23] *BMJ* (Fn. 9).

[24] Wachstum, Bildung, Zusammenarbeit – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, S. 104, abrufbar unter: http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile.

[25] Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, abrufbar unter: http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_LSR.pdf?__blob=publicationFile.

外,德国国内外——包括学界和产业界——几乎是一片反对之声。法律草案被提交德国联邦议院讨论后,德国马普知识产权与竞争法研究所于2012年11月发布意见书^[26]表示反对,德国工业产权与著作权联合会(GRUR)和18位著名法学教授均在意见书上签字。此外,德国律师协会(DAV)、德国记者协会(DJV)、德国工业联合会(BDI)等多个行业协会,Google、Yahoo等互联网企以及多个社会组织均先后表明反对立场。2013年2月8日,美国计算机与通讯产业协会(CCIA)向美国贸易代表办公室(USTR)提交抗议报告,指责德国此举是人为设置市场准入障碍,实质是对互联网业务征税。^[27]

三、赋予报刊出版者邻接权保护是否具有正当性

(一)以邻接权的概念内涵为考察基点

邻接权(neighboring rights,德文为 verwandte Schutzrechte、Nachbarrechte 或 Leistungsschutzrechte),又称“相关权”(related rights),全称为“邻接于著作权的权利”(neighboring rights to copyright)。在我国《著作权法》中,使用的是“与著作权有关的权利”(rights related to copyright)的表述。世界知识产权组织(WIPO)在其编写的《知识产权手册》中对“邻接权”的介绍如下:“通常认为,邻接权有三种:表演艺术家对其表演的权利、录音制品制作人对其录音制品的权利和广播电视组织对其广播电视节目的权利。”^[28]

有观点认为,邻接权有狭义和广义之分。狭义的邻接权是指传统的邻接权,即表演者权、录音制作者权和广播组织权这三种权利,即世界知识产权组织所界定的邻接权范围。广义的邻接权是指“一切传播作品的媒介所享有的专有权,或对那些与作者创作的作品尚有一定区别的产品、制品或其他既含有‘思想的表达形式’,又不能称为‘作品’的内容所享有的权利”^[29]

邻接权是大陆法系国家著作权法中的概念。与大陆法系国家不同,英美法系国家的版权法中并无“邻接权”这一概念。英美法系国家的版权法体系注重防止材料未经授权的复制。在当今的技术条件下,由于表演、录音制品和广播均可以成为被复制的材料,所以它们在英美法系国家的版权体系中也同样受到保护,甚至是作为作品受到保护。但是,在对表演者、录音制品制作者和广播组织提供版权保护的英美法系国家中,立法者赋予文学艺术作品作者的版权与赋予表演者、录音制品制作者和广播组织的版权在内容上存在显著的差别。后者的权利内容与大陆法系国家所称的邻接权更为接近。^[30]

[26] Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (MPI), Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger v. 27. 11. 2012, abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme_zum_Leistungsschutzrecht_fuer_Verleger.pdf.

[27] *Comments of Computer & Communications Industry Association*, at 4 - 12, available at <http://s3.documentcloud.org/documents/604055/ccia-comments-on-special-301-2013.pdf>.

[28] WIPO, *Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, Second Edition*, at 46, http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf.

[29] 郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社2009年版,第59、61页。随着时代和理论的发展,对于广义的邻接权,有观点提出:邻接权等于作品传播者权的观点在邻接权制度产生初期是正确的,但对于现代邻接权而言,一些邻接权的客体与作品并无联系,其权利主体也并非作品的传播者。一些国家对数据库提供邻接权保护即属此类。邻接权就是作品传播者权的观念正在被打破。参见王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社2014年版,第197-198页。

[30] 孙雷:《邻接权研究》,中国民主法制出版社2009年版,第3-4页。

报刊出版者权并不属于传统的、狭义的邻接权范畴。但根据广义的邻接权的观点,由于出版者是作品重要的传播者之一,其为报刊出版所付出的劳动有别于作者创作作品的劳动投入。从这点而言,报刊出版者权是具备纳入广义的邻接权范畴的条件的。

(二)以邻接权制度的产生过程和最初发展为考察背景

邻接权制度的产生,与19世纪末20世纪初音像录制技术和无线电技术的问世及普及不无关系。由于新技术的运用,重复使用表演的录制品、任意复制录音制品、随意转播广播节目的现象日趋严重。而在大陆法系国家,由于其著作权法对“独创性”的要求比较高,那些未能体现创作者个性或创造性程度不够的劳动成果均不被承认为著作权法意义上的作品,^[31]表演者、录音制作者和广播组织的权利保护成为亟待解决的法律问题。在此背景下,欧洲一些经济发达、法制完备的国家较早对表演者、录音制作者和广播组织提供了法律保护。1910年,德国在其《文学与音乐作品著作权法》^[32]中率先把音乐作品及音乐戏剧作品的表演者作为原作的“改编创作者”予以保护。1911年,英国在其著作权法中列入了保护音乐唱片的条款,1925年又颁布了保护戏剧音乐表演者的法律。1936年之后,奥地利、意大利的著作权法中加入了对于录音制品作者予以保护的条款。^[33]邻接权制度逐渐发展起来。

如同邻接权制度是从无到有发展起来的那般,法律并非是静态、固化的存在,而是随着社会和科技的发展而相应调整的。邻接权制度产生之初不包括报刊出版者权,并不当然否定报刊出版者权日后纳入邻接权范畴的可能性和正当性。一个世纪前,音像录制技术和无线电技术深刻影响了世界,催生了邻接权制度;当下,互联网技术为人类社会带来了又一次剧变,这是否意味着邻接权制度需要进行扩张?

需要思考的是:百年前,邻接权制度的产生是为了解决新技术带来的旧的法律框架下无法解决的问题,是为了给伴随着新技术产生的新的权利主体——录音制作者和广播组织提供法律保护。而德国《著作权法》此次创设报刊出版者权,主要目的是为了保护传统的报刊出版业、平衡报刊出版者与作为“后起之秀”的搜索引擎和新闻聚合器运营商之间的利益。在德国创设报刊出版者权之前,报刊出版者的权利保护并非处于法律的真空地带。大陆法系国家和英美法系国家的法律普遍认同:如果在材料的选择和编排方面体现出了独创性,汇编者享有汇编作品的著作权。德国《著作权法》第4条第1款中也有类似规定。“作品、数据或者其他独立元素的汇编物,由于对元素的选择与编排构成个人智力创作的,在不损害单独元素上可能存在的著作权或邻接权的情况下,作为独立作品予以保护。”这种受保护的独立作品,为汇编作品(Sammelwerk)。汇编作品的作者通常被称为“编者”(Herausgeber)^[34]编者,是在出版时行使思想上的(geistig)监督以及决定出版物的“思想方向”的人;出版者,则是指企业主(Unternehmer),即促成出版物的出版、发行的人。^[35]单期的报纸和期刊属于传统的“汇编作品”范畴。^[36]与论文集、诗集等其他种类的汇编作品不同的是,报刊作品的编者一般是报刊社的雇员,所汇编的报刊多属于职务作品,其著作财产权归属通常通过合同约定归报刊社所有。因此,对于每期报

[31] 王迁:同注29引书,第195页。

[32] Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LUG). RGBL. 1901, 227. 该法于1901年6月19日颁布,1902年1月1日生效,1910年进行了修改,1966年1月1日起失效。

[33] 吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社2012年版,第87-88页。

[34] Marquardt, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 18.

[35] Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 34), § 38 Rn. 3.

[36] Dreier (Fn. 5), § 4 Rn. 1.

纸和期刊的整体,报刊出版者通常是享有著作权的。这种著作权区别于被汇编的单个作品的作者享有的著作权。在出版者对汇编作品所享有的著作权的内容中,包括对于网络传播的控制权。^[37]

此外,德国《著作权法》第38条就作者和报刊出版者对于期刊和报纸稿件的使用权存疑和无约定的情况作了规定。该条第1款规定:“作者许可定期出版的汇编物采用其作品的,在存疑情况下,出版者或编者取得复制、发行和网络传播的专有使用权。但若无其他约定,作者有权在出版一年后另行复制、发行和通过网络传播其作品。”该条第3款规定:“稿件一旦交付给报纸,若无其他约定,出版者或编者即取得非专有使用权。作者授予专有使用权的,若无其他约定,稿件一经出版,作者即有权对其另行复制和发行。”其中,该条第1款中关于网络传播权的规定是通过2013年10月1日颁布、2014年1月1日起生效的《关于孤儿作品和绝版作品以及进一步修改〈著作权法〉的法律》新增的。^[38]从上述两款可知,在德国,对于期刊稿件,在期刊出版后一年内,若与作者无明确约定,出版者或编者享有复制、发行和网络传播的专有使用权;对于报纸稿件,作者一旦向报纸投稿,若无其他约定,出版者或编者即享有包括网络传播权在内的非专有使用权。至于权利是由出版者还是编者取得,取决于谁是作者的合同相对方。^[39]

因此,有德国学者认为,报刊出版者的权利已经通过著作权得到了充分保护,再提供邻接权保护,属于重复保护。^[40]所以,互联网时代的到来并非赋予报刊出版者邻接权保护的充分理由。

(三)以邻接权的国际保护及国内法转化为考察维度

20世纪二三十年代,随着对表演者、录音制作者和广播组织提供邻接权保护的国家逐渐增多,国际层面上产生了协调邻接权保护的需求。1948年,《伯尔尼公约》的布鲁塞尔大会建议各国在《伯尔尼公约》之外制定一个新的公约,以保护表演者权、录音制作者和广播组织权,决议草案将上述权利称为“rights neighboring to copyright”(著作权的邻接权)。此后,许多国家在立法和学理上逐渐接受了“邻接权”的概念。1961年,《保护表演者、录音制品制作者和广播组织^[41]罗马公约》(简称《罗马公约》)^[42]缔结。^[43]《罗马公约》是国际上关于邻接权保护的第一部国际条约,它标志着邻接权的保护得到了国际社会的普遍承认,为世界各国以专门的法律形式保护邻接权提供了示范模式。^[44]

在《罗马公约》之后,国际上关于邻接权保护的国际条约有:1971年缔结的《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》、1974年缔结的《关于播送由人造卫星传播载有节目的信号的公约》、1996年缔结的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)和2012年缔结的《视听表演北

[37] 但不同国家的处理方式有别。例如,我国《著作权法》第10条第12项将其规定为“信息网络传播权”;德国《著作权法》第19a条规定了“网络传播权”;而美国《版权法》则是将数字传播包括在“发行”中,并未创设新的权利种类。参见[美]谢尔登·W. 哈尔彭、克雷格·艾伦·纳德、肯尼思·L. 波特:《美国知识产权法原理》,宋慧献译,商务印书馆2013年版,第92页。

[38] Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes. BGBl. I S. 3728.

[39] Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 34), § 38 Rn. 3.

[40] Ensthaler/Blanz, Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Notwendiger Schutz von Presseverlegern im Internet oder systemwidriger Eingriff in die Informationsfreiheit, GRUR 2012, 1104, 1105.

[41] 广播组织,不仅指广播电台,还包括电视台。根据《罗马公约》的定义,“广播组织”仅指通过无线方式传播信号的组织,即“无线广播组织”(broadcasting organization)。

[42] 我国尚未加入《罗马公约》,但由于《与贸易有关的知识产权协议》对邻接权的保护援引了《罗马公约》的若干标准,所以《罗马公约》对我国的立法也产生了间接影响。参见刘春田主编:《知识产权法》,法律出版社2009年版,第436页。

[43] 同注42引书,第435-436页。

[44] 同注33引书,第88页。

京条约》。迄今为止,《罗马公约》仍是保护对象范围最广的邻接权国际条约,共有92个成员国,^[45]其后缔结的其他邻接权国际条约最多只保护两类邻接权主体。

除了邻接权国际条约之外,综合性的知识产权国际条约亦有涉及邻接权保护。于1967年缔结的《建立世界知识产权组织公约》第2条第viii项将“表演艺术家、录音和广播的演出”作为“知识产权”的一个子项。于1994年缔结的《与贸易有关的知识产权协议》也对邻接权^[46]提供了保护,其第14条规定了“对表演者、录音制品制作者及广播组织的保护”。

通过对与邻接权保护有关的国际条约的分析,可以看出:在邻接权国际保护的语境中,“邻接权”是指表演者、录音制作者和广播组织享有的权利,并不包括报刊出版者权。但是,国际条约仅是为邻接权保护规定了最低保护标准,各国可以根据本国的实际情况提供高于国际条约保护水平的法律保护。现实中,不少大陆法系国家为了履行国际条约的义务,在其知识产权法律中仅规定了上述三种邻接权,如巴西^[47]埃及^[48]韩国^[49]等。此外,还有些国家根据本国国情,将其他一些具有价值、需要保护,但又未达到独创性标准的劳动成果也纳入邻接权的保护范围。例如,我国《著作权法》规定了五种邻接权,除了三种传统的邻接权,还规定了录像制作者权和版式设计权;日本《著作权法》规定了四种邻接权,除了三种传统的邻接权,还规定了有线广播组织的权利;^[50]俄罗斯《民法典(著作权部分)》规定了五种邻接权,即三种传统的邻接权、数据库制作者的邻接权和转为公共财产的科学、文学及艺术作品的发表人的邻接权;^[51]法国《知识产权法典(法律部分)》规定了五种邻接权,即三种传统的邻接权和录像制作者权、卫星播放及有线转播者权;^[52]意大利《著作权法》规定的邻接权种类更多,在三种传统的邻接权之外,还规定了电影、视频作品、系列动画片制作者权,著作财产权消失后的作品的首次发表者或向公众传播者的邻接权,进入公有领域的作品的评论和学术研究版本的主编的邻接权,舞台布景设计者权,摄影者权,收信人和肖像人的邻接权,工程设计图设计者权,作者对于作品名称的邻接权、报刊出版者对于栏目标题的邻接权、报刊出版者对于刊名的邻接权,数据库创建者权等多种邻接权。^[53]

在大陆法系国家的著作权法中,德国的邻接权种类堪称丰富。在此次法律修改之前,德国《著作权法》规定的邻接权有十种之多,分别为:不受著作权保护的作品或文本的版本的编撰者的邻接权(第70条)、遗作的出版者或首次公开再现者的邻接权(第71条)、照片摄制者权^[54](第72条)、表演者权(第73条及以下各条)、表演组织者权(第81条)、录音制作者权(第85条)、广播电视企业权(第87

[45] 参见世界知识产权组织网站:http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=17。

[46] 《与贸易有关的知识产权协议》中使用的是“related rights”(相关权)一词。

[47] 参见巴西《著作权法》第五编“邻接权”。本文所引各国著作权法,译文主要参考《十二国著作权法》翻译组:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版。

[48] 参见埃及《知识产权保护法(著作权部分)》第139条以及第155-159条。

[49] 参见韩国《著作权法》第三章“邻接权”。

[50] 参见日本《著作权法》第四章“著作邻接权”。[日]田村善之:《日本知识产权法》(第4版),周超、李雨峰、李希同译,知识产权出版社2011年版,第495页。

[51] 参见俄罗斯《民法典(著作权部分)》第七十一章“著作邻接权”。

[52] 参见法国《知识产权法典(法律部分)》第一部分第二卷“著作权之邻接权”。

[53] 参见意大利《著作权法》第二编“与著作权行使相关权利的规定”。

[54] 在德国著作权法中,对于摄影作品(Lichtbilderwerk,第2条第1款第5项)和照片(Lichtbild,第72条)的保护有所区别。摄影作品受著作权保护,照片则被认为是具有某种邻接权的劳动投入。参见[德]雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第151页。

条,即广播组织权)、数据库制作者权(第 87a 条及以下各条)、电影制片人的邻接权(第 94 条)和活动图片(Laufbild)^[55]摄制者权(第 95 条)。随着报刊出版者的邻接权在德国《著作权法》第 87f 条及以下各条中得以规定,德国《著作权法》中规定的邻接权种类达到了十一种,其提供的保护水平远高于国际条约设定的最低保护标准。

所以,在表演者权、录音制作者权和广播组织权这三种传统的邻接权之外,为其他权利主体——包括报刊出版者——提供邻接权保护并不为国际条约所禁止,各国自有立法之自由。

(四) 以大陆法系国家和地区著作权法中出版者权作为邻接权的立法例为考察对象

出版者分为图书出版者和报刊出版者。在大陆法系国家中,为报刊出版者提供特定形式的邻接权保护的立法例很罕见。如果将考察范围扩展至所有出版者,据笔者检索,有如下几种:

1. 报刊出版者对刊名、栏目标题的专有权

意大利《著作权法》第 100 条第 3 款和第 4 款对于期刊的栏目标题和报刊名称予以邻接权保护:“定期公开出版物重复采用的得以识别其惯用的特制内容的栏目标题,未经作者许可不得复制于其他作品上。”“报纸、期刊或者其他定期公开出版物停刊未满 2 年的,其名称不得复制于其他同类或者性质相同的作品上。”

2. 出版者的版式设计权

我国《著作权法》将出版者的版式设计权作为一种邻接权予以保护。^[56]《著作权法》第 36 条规定:“出版者有权许可或者禁止他人使用其出版的图书、期刊的版式设计。前款规定的权利的保护期为 10 年,截止于使用该版式设计的图书、期刊首次出版后第 10 年的 12 月 31 日。”该条中的“版式设计”,是指对印刷品的版面格式的设计,包括对版心、排式、用字、行距、标点等版面布局因素的安排。^[57]

3. 出版者的制版权

我国台湾地区“著作权法”第 79 条规定了出版者的制版权。该条第 1 款对此规定如下:“无著作财产权或著作财产权消灭之文字著述或美术著作,经制版权人就文字著述整理印刷,或就美术著作原件以影印、印刷或类似方式重制首次发行,并依法登记者,制版权人就其版面,专有以影印、印刷或类似方式重制之权利。”根据该条第 2 款和第 3 款的规定,这项权利的保护期为 10 年,自制版完成时起算,以该期间届满当年之末日,为期间之终止。

制版权和我国大陆地区《著作权法》所规定的版式设计权保护的主体都是出版者,但制版权只涉及未受或者不再受著作权法保护的文学作品和美术作品,其主体仅限于首次发行这些作品的出版者,

[55] 德国《著作权法》中的“活动图片”(第 95 条),是指不能作为电影作品保护的连续画面或连续音像。

[56] 我国 1991 年《著作权法》曾赋予出版者三项权利:图书出版者的专有出版权,图书、报刊的版式设计权和装帧设计权。2001 年修改《著作权法》之时,仅保留了出版者的版式设计权。理由是:专有出版权并非一种法定权利,而是来源于著作权人在出版合同中的明确授权,因此,其本质上并非出版社的权利,而是作者的权利;装帧设计本身多数情况下构成著作权法保护的作品,受著作权的保护。同注 42 引书,第 102 页。

[57] 胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社 2002 年版,第 148 页。英美法系国家版权法中虽然没有邻接权制度,但也有类似版式设计权的规定。例如在英国《版权法》中,出版物的版式设计可以作为作品得到版权保护,但出版物的版权设计是复制或某种程度上复制了在先的版权设计的情况除外。对于构成作品的出版物的版式设计,出版者享有作者身份。出版者对于版式设计所享有的版权期限为 25 年,自该版本首次出版当年年末起算。参见《英国版权法》第 8 条、第 9 条第 2 款 d 项和第 15 条。

其权利内容是“专有以印刷或类似方式重制”，且以登记为生效要件。^[58]

根据笔者的检索结果，在德国此次修法之前，大陆法系国家和地区的著作权法中，虽然已有为报刊出版者提供邻接权保护的立法例，但这些邻接权的权能中并无网络传播权。^[59]当然，立法上的首开先河并不意味着新创设的权利或新设置的权能具有不当性，需作具体分析。

四、赋予报刊出版者控制网络传播的邻接权保护是否具有正当性

著作权所提供的保护是比邻接权更为全面的保护。在不同的大陆法系国家，邻接权的权能设置不尽相同。一国邻接权的权能设置，往往包含着立法者对于本国国情的考虑，反映着不同主体之间的利益博弈。德国关于出版者权的立法创新引发了如下思考：赋予报刊出版者针对搜索引擎和新闻聚合器的控制网络传播的邻接权保护是否正当？换言之，将网络传播权设置为报刊出版者权的邻接权权能（之一）是否正当？对此问题，可以从下述五个视角进行考察。

（一）以网络环境下出版者与作者的关系为考察视角

出版业是著作权制度的摇篮。著作权制度的发展过程也是出版者与作者利益博弈的过程。著作权制度的前身是特许出版权。在欧洲，威尼斯共和国于15世纪末授予了印刷商冯·施贝叶（J. von Speyer）在威尼斯印刷出版的专有权，有效期为5年。这被认为是西方第一个由政府颁发的保护翻印权的特许令。此后，罗马教皇、法国国王、英国国王均为印刷出版商颁发过类似的特许令。^[60]但特许出版权并不是真正的著作权，而是一种封建政府或君主授予的出版特权，是一种公权力。能够获得特许权的只能是出版商，而不是作者。^[61]

现代意义上的著作权制度的产生以1710年英国议会通过《安妮法》（Statute of Anne）为标志。该法以保护作者利益为核心，被视为世界上第一部版权法。《安妮法》授予“复制件”（或者手稿）的作者和所有权人以印刷和重印其作品复制件的权利。但该法的问世并非源自作者的直接推动，反而是出版商说服立法机关的结果。出版商这一举动的真正目的在于：在《经营许可法》（Licensing Act）于1695年失效而导致出版商丧失长期以来享有的对图书交易的控制权的背景下，试图通过说服作者向

[58] 同注57引书，第149页。

[59] 2014年4月25日，日本通过了《著作权法》修正案，对“出版权”进行了修改，修正案于2015年1月1日生效。根据修正案，出版社可以与作家等著作权人签订数字出版合同，合同生效后，出版社可以要求相关侵权人停止网络侵权行为。此前，日本的出版权只适用于纸质出版物，一旦发生网络盗版侵权，只有著作权人本人有权要求停止侵权行为。新法生效后，出版社对所发行作品的出版权的维权范围将由纸质书籍扩大到数字出版物。参见国家版权局网站：<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/519/201694.html>。日本《著作权法》中出版者的这项权利是规定在第三章“出版权”，而非第四章“著作邻接权”中。可见，与德国《著作权法》上的报刊出版者权不同，日本法上的“出版权”并非一项邻接权。此外，西班牙著作权法也进行了与德国类似的修改。2014年2月14日，西班牙政府公布了知识产权法的改革计划，其中包括实施报刊出版者权。2014年10月30日，改革计划获西班牙议会通过，新法于2015年1月1日生效。根据新法，Google等搜索引擎以及Yahoo News等新闻聚合器如果在其产品和服务中使用作品片段，应当向出版社和作者付费。所支付的许可费，立法者视为对作者和出版社的适当补偿。不过，这项“公平补偿权”在新法中并未作明确规定，而是蕴含在第32条第2款中。该款规定：提供定期出版的出版物或定期更新的网页上的内容的非重要片段，若不侵犯作者或其他权利人获得公平补偿的权利，无需取得许可。根据该款，这项权利不得放弃，其请求权应由著作权集体管理组织行使。Bittmann, Spanien: Parlament beschließt Reform des Gesetzes über das geistige Eigentum, MMR – Aktuell 2014, 363606.

[60] 郑成思：同注29引书，第10页。

[61] 王迁：同注29引书，第22页。

其转让权利,来挽回他们在图书交易中的控制权。^[62]

互联网改变了作品传播的传统格局。在互联网产生之前,文字作品主要是依靠出版者对作品的复制和发行,才使公众得以接触的。这不同于艺术作品(绘画、雕塑)等作品形式。后者无需经过中间人的参与,公众便可以直接接触到。^[63]但在网络时代,对于作品的传播,作者有了更多选择,大型的排版、印刷设备不再是必需品。通过互联网,文字作品的作者可以在不经过出版者的情况下,便捷、及时、广泛地实现作品的传播。搜索引擎和新闻聚合器的产生,更是使信息获取的便捷性发挥到极致。随着读者阅读习惯的改变,报刊出版者逐渐沦为给新闻聚合器做“嫁衣”的尴尬境地。在德国报刊出版者本次对于法律修改的推动中,依稀可见英国出版商三百年前推动《安妮法》通过的影子,即试图夺回对出版市场的控制权。不难看出,网络环境下,出版者与作者之间正在进行新一轮的角力。

(二)以邻接权与著作权的现实关系为考察视角

德国《著作权法》此次修改是将报刊出版者的网络传播权设定为一种邻接权。邻接权人传播作品,以作者创作出作品为前提。《罗马公约》第1条即明文规定:“本公约给予之保护将不触动并不得以任何方式影响文学和艺术作品的著作权保护。”《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第1条第2款中亦有相同规定。为了与国际条约保持一致,修改后的德国《著作权法》在第87g条第3款中规定,“主张报刊出版者权不得不利于报刊产品中所包含的作品的作者或者受本法保护的客体的邻接权人”。这一规定旨在宣示作者享有的著作权不受影响。

但在现实中,立法者的这一本意能否得到贯彻?有学者一针见血地指出:“权利的法律地位与权利的行使是两回事,在权利行使的情况下,二者才可能发生冲突。”在著作权法中,两种情况很常见:一是为使用受著作权保护的作品,需要经过不止一种授权;二是作品的使用者习惯于支付一笔固定的著作权使用费,若另有他人提出报酬请求,为了保持使用费的总额不变,就有可能降低分配到每个人手中的著作权使用费的数额。^[64]在德国实施报刊出版者权后,假设甲撰写了一篇文章,发表在乙报刊上,某搜索引擎运营商或新闻聚合器运营商若要链接或转载乙报刊上的文章,不仅要取得作者——甲的同意,还需取得邻接权人——报刊出版者乙的同意。如前文所介绍的,根据德国《著作权法》第38条第1款和第3款的规定,在部分情况下,报刊出版者是享有对报刊稿件进行网络传播的专有使用权的。这意味着,是否同意稿件通过网络传播的决定权,一定情形下掌握在报刊出版者手中。此时,报刊出版者对于报刊内容能否被链接和转载,具有邻接权和著作权上的双重否决权,可谓“大权在握”,而作者的著作权几乎被架空。报刊出版者实际上享有的保护比著作权人更甚一层,这从法理上难以合理解释。

(三)以作品传播者的网络传播权为考察视角

互联网为作品的传播带来了革命性的变化。网络传播是一种“交互式”的传播,不同于传统的“单向”传播。在网络传播中,公众不再是被动的接受者,而是可以在其个人选定的时间和地点获得作品。为了应对网络时代对于邻接权保护提出的挑战,世界知识产权组织于1996年主持缔结了《世界知识产权组织表演和录音制品条约》。该条约第10条规定:“表演者应享有专有权,以授权通过有线或无

[62] [澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利:《现代知识产权法的演进:英国的历程(1760-1911)》,金海军译,北京大学出版社2012年版,第12-13页。

[63] 汤宗舜:《著作权法原理》,知识产权出版社2005年版,第124页。

[64] 同注63引书,第125页。

线的方式向公众提供其以录音制品录制的表演,使该表演可为公众中的成员在其个人选定的地点和时间获得。”第14条亦规定:“录音制品制作者应享有专有权,以授权通过有线或无线的方式向公众提供其录音制品,使该录音制品可为公众中的成员在其个人选定的地点和时间获得。”

虽然《世界知识产权组织表演和录音制品条约》赋予了表演者和录音制品制作者网络传播权,但在主要国际知识产权条约中受到认可的第三类邻接权主体——广播组织的网络传播权在国际保护上的进展并不乐观。为了顺应科技,尤其是互联网的迅速发展,解决以《罗马公约》为基础的广播组织权保护体系滞后于社会发展的问題,世界知识产权组织版权及相关权常设委员会(SCCR)自1998年11月第一届会议以来,一直就《世界知识产权组织保护广播组织条约》(WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations)展开讨论,并于2006年9月提出了条约草案(SCCR/15/2号文件)。但由于各成员国的广播组织发展情况不均衡,各国意见存在分歧,网络传播权并不在条约草案规定的广播组织所享有的七项权利内容^[65]之列。迄今为止,包括我国在内的大多数国家的立法均未将网络传播权规定为广播组织的权利内容之一。

出版者与表演者、录音制品制作者和广播组织一样,同为作品传播者。但是否所有的作品传播者均当然成为邻接权的主体并享有网络传播权?与表演者、录音制品制作者和广播组织相比较,出版者在传播作品的过程中的劳动投入是有区别的,其劳动的复杂程度和创造性要求均低于另外三者。在出版者的邻接权国际保护方面,由于尚无国际条约将出版者作为邻接权人加以规定,其能否作为邻接权人享有网络传播权也尚无国际法上的定论。

(四)以数字时代报刊出版者和图书出版者的区别为考察视角

出版者与作者之间的法律关系,实质上是作者通过出版合同,将其享有的复制权和发行权许可给出版者。报刊出版者与图书出版者虽然同属出版者,但在数字时代,报刊出版者较图书出版者而言,其出版物面临着更为严重的著作权侵权问题。尽管报刊内容中有一部分属于时事新闻,并不受著作权法保护,但不管是在著作权保护水平较高的国家——比如德国,还是在著作权保护状况还不尽如人意的发展中国家——比如我国,报刊内容在互联网上被非法转载的情况均比图书严重。基于此,在收益方面,互联网对报刊出版者带来的冲击远甚于其对图书出版者的影响。

然而,从与作者的地位对比来看,报刊出版者则较图书出版者强势。由于图书篇幅较长、涉及的著作权人少、出版周期长,在签署出版合同之时,作者较有可能“一对一”地与图书出版者就出版合同进行谈判,尤其是对著作权许可使用的权利种类、稿酬标准等关键条款进行商议。但由于报刊稿件篇幅一般较短、时效性强、涉及的著作权人众多、出版周期短,鲜见报刊出版者与作者逐一商议出版合同的情况。报刊社通常是以“投稿须知”的方式就作者与报刊出版社之间的权利义务进行约定,比如约定出版社对稿件享有一定期限内的专有使用权等。虽然“投稿须知”中通常会注明“作者如不同意该约定,请在投稿时予以明示”,但在现实中,普通作者由于担心影响作品发表,一般不会另作约定。随着互联网的普及,越来越多的报刊开通了在线投稿系统,作者在线提交稿件之前,通常需要先“在“投稿须知”、“投稿说明”之类的页面上点击“同意”。在线形式的“投稿须知”、“投稿说明”实质上是格式条款或格式合同,并无作者商榷的空间。此外,报刊内容除了外来稿件以外,相当一部分属于记者的

[65] 这七项权利包括转播权、向公众传播权、录制权和复制权四项《罗马公约》已规定的权利,以及录制后播送的权利、发行权和提供已录制的广播节目三项新增权利。

职务作品。对于职务作品的著作权归属,虽然两大法系著作权法/版权法保护的侧重点不同,各国规定有别,但大多允许当事人可以自行约定著作权归属。实践中,报刊社通常会与旗下记者签署合同,约定报刊社对于记者的职务作品享有署名权之外的其他权利。

从报刊出版者与图书出版者的上述区别来看,提高报刊出版者的法律保护水平并非毫无必要。但这一必要性的存在,并不意味着赋予报刊出版者控制网络传播的邻接权保护就是“药到病除”的良方。此外,一个必须正视的问题是:若从立法上进一步强化对于报刊出版者的保护,可能进一步挤压作者原本局促的权利空间,导致著作权法律体系的失衡。

(五)以搜索引擎和新闻聚合器在网络传播中的作用为考察视角

在研究财产权时,“公地悲剧”是一个经常被援引的例子。在知识财产中,与公共草地相对应的是知识的公共领域,即不享有著作权、专利权或其他财产权的很大部分的思想与表达。对此,波斯纳指出,圈地运动与扩大知识产权保护范围和保护期限不能简单类比,不能基于圈地运动对于农业生产率的贡献而草率地推导出,对信息和其他知识产品漫无节制地给予财产权也将产生同样有利的效果。^[66]

从表面上看,德国《著作权法》中这项新的邻接权针对的仅是搜索引擎和新闻聚合器,并非直接针对互联网用户,“所圈之地”貌似不大。但需要注意的是:搜索引擎和新闻聚合器扮演了双重角色,第一重角色是报刊产品的使用者,另一重角色是互联网上重要的作品传播者——其受众是广大的互联网用户。诚然,报刊出版者对于报刊出版和传播所付出的劳动值得尊重,但搜索引擎和新闻聚合器对于报刊产品的网络传播同样需要付出富含科技含量的劳动。而且在网络信息传播方面,搜索引擎和新闻聚合器具有独特的优势,已成为公众获取信息的重要途径。如果简单地以报刊出版者系作品传播者为由,主张其应当享有邻接权,那么搜索引擎和新闻聚合器作为网络空间中重要的作品传播者,是否也有权主张自己的权利?若在缺乏充分经济分析的情况下,以为报刊出版者设定新的邻接权的方式,让同为作品传播者的搜索引擎和新闻聚合器为报刊出版者网络环境下日益萎缩的收益买单,笔者认为,其正当性值得商榷。

五、我国有无效仿修法之必要

(一)现行法框架下新旧媒体存在“双赢”可能

德国这一法律修改是否值得我国借鉴?“今日头条”案的后续发展或者能够给予我们一些启示。2014年9月15日,国家版权局对该案发声,表示经调查确认,权利人投诉的部分新闻作品及相关图片均由该网站存储和传播,而非链接跳转方式,构成侵犯著作权人信息网络传播权。^[67]由此可见,对于新兴的新闻聚合器带来的著作权问题,在我国现行《著作权法》中是可以找到法律依据的。截至2014年10月底,“今日头条”已与《广州日报》、《京华时报》等超过6000家媒体达成各种形式的版权合作,所采取的模式包括提供导流和收益分成模式等。这说明,新兴媒体与传统媒体并非水火不容,在现行法律 and 政策的框架下,二者通过完善网络转载许可付酬等措施,建立良性的版权合作机制,实现“双

[66] 同注62引书,第16页。

[67] “国家版权局拍板:‘今日头条’构成侵权”,参见南方周末网:<http://www.infzm.com/content/104191>。

赢”,是可能且现实的。

(二) 德国报刊出版者权的实际效果尚待实践检验

落在纸面上的法律条文实质上是社会关系的反映。在互联网时代,一国著作权法的变动不仅取决于相关利益主体之间的实力博弈,也蕴含着国际经济竞争加剧背景下立法者对于本国产业布局与发展的综合考量。德国此次修改《著作权法》,赋予报刊出版者对抗搜索引擎和新闻聚合器的、用于控制网络传播的邻接权的背后,是已呈颓势的德国和欧洲传统出版业与以 Google 公司为代表的美国发达的互联网产业之间的一场刀光剑影。德国是世界上法制最为成熟的国家之一,其此次修法创设的报刊出版者权的正当性尽管从最初就遭到法学界的重重质疑,法案也受到社会各界的强烈抵制,但在行业协会的推动和政治力量的支持下,修正案仍得以迅速通过,这一过程本身就引人深思。修正案的实效如何,尚待实践检验。这项新的权利的前景,目前仍存在很大的不确定性。

(三) 对报刊出版者的法律保护应当落到实处

当然,不赋予报刊出版者控制网络传播的邻接权保护,并不意味着轻视报刊出版者的权利保护、忽视报刊出版业的发展。目前,报刊出版仍是一国文化产业链上重要的一环,在现行法律的框架下,网络内容提供者在使用报刊内容时,应当尊重著作权人的著作权,依法依规许可付费使用;报刊出版者应当加强自身著作权资产的管理、保护和开发,提高维权能力,主动实现与新兴媒体的融合发展;著作权集体管理组织应当发挥积极作用,完善著作权许可使用机制,保障报刊出版者获酬权的实现,推动报刊出版者依法享有的著作权落到实处。

(四) 修改法律应当是解决市场问题的最后手段

德国《著作权法》第八修正案创设的报刊出版者权所针对的不仅是目前我国也正热议的新闻聚合器,还包括搜索引擎,后者的波及面更广。法律固然有其变动性的一面,但因为法律的修改“牵一发而动全身”,所以法律的稳定性同样重要。因此,只要是能够交给市场解决的,可以通过产业协调、政策引导解决的问题,没有必要通过修法来介入。对于伴随社会和科技发展出现的新型法律问题,可以发挥法律解释和司法的能动作用,来明晰法律适用中的模糊问题。在穷尽上述途径之后,如果仍存修法必要,立法者应当在准确把握本国出版业、互联网产业等相关产业的发展现状及未来走向,充分考虑作者、不同的作品传播者和社会公众之间的利益平衡,审慎评估立法变动可能带来的对于本国文化、经济的短期及长期影响的前提下,制定出适合本国国情的修法方案。

(五) 著作权法的立法目的不容忽视

回顾历史可以发现:在出版业的发展过程中,作者在与出版者的利益博弈中并不占据主导,甚至可以说是长期处于弱者地位。著作权法虽以保护作者权利为名,但实质上亦是出版者借以实现自身利益的一种工具。由于产业的支撑、行业协会的强大,出版者并不缺乏利益代言人。与之相较,作者群体或是无人为之代言,或是呼声未能受到应有的重视。互联网时代到来后,由于互联网这一新的传播媒介的介入,以及搜索引擎和新闻聚合器等新技术的运用,这一情况非但没有得到改变,反而更加复杂化。利益平衡是著作权法的一个基本原则。在版权产业链中,处于产业链中段的不同作品传播者之间的利益需要平衡,但位于产业链两端的作者和社会公众的利益同样需要兼顾,社会公众获取信息的权利应当得到保障,著作权法促进作品创作和传播、促进经济和科技发展、推动文化和艺术繁荣的立法目的更不应当被忽视。

综上,笔者认为,对于德国《著作权法》第八修正案创设的报刊出版者权,我国应持谨慎态度继续

关注其实施情况,目前尚无效仿修法之必要。

A Study of the Legitimacy of Ancillary Copyright for Press Publishers as Neighboring Rights: Thinking Based on the 8th Amendment of the German Copyright Law

Yan Jingjing

Abstract: The 8th amendment of the German Copyright Act has been applied since August 1, 2013. It has created an ancillary copyright for press publishers against search engines and news aggregators using newspaper articles on the Internet. According to this ancillary copyright, within one year after being published, press publishers have the exclusive right to make press products available to the public for commercial purposes. This article describes the background, the legislative and political processes, the main content and responses to the amendment. It also elaborates the concept and development of international conventions upon neighboring rights, discusses how different countries have transferred these conventions into their domestic laws, and analyzes the types of neighboring rights for press publishers in different countries. Based on these findings, the article questions the legitimacy of ancillary copyright for press publishers as introduced by the new German Copyright Act, and explores the necessities to imitate amending the Chinese Copyright Act.

Keywords: ancillary copyright for press publishers; press products; neighboring rights; search engine; news aggregator

(责任编辑:刘馨)

基于主体间性分析范式的刑法解释

姜 涛*

摘 要:传统刑法解释学把刑法解释的标准定为主客观性。立足于主客观性的刑法解释,就是排除解释者主观性的干扰和对刑法规范目的的追寻,而获得与刑法规范语言相符合的解释结论。刑法解释从来都不是一个解释问题,而是一个论证问题,现代刑法解释学应将刑法文本融入解释者的价值判断,来消解刑法文本及其所用语言过于僵化的弊端,建立一种基于主体间性的刑法解释理论,从而使刑法文本与案件事实有效地对接起来,并以法律论证实现刑法解释结论的可接受性。

关键词:刑法解释 主客观性 主体间性 法律论证理论

一、问题之提出:反思现代刑法解释论的自我理解

就刑法解释而言,各种不同的观点大致可概括为以下三种:(1)从刑法解释的标准出发,将刑法解释区分为主观主义与客观主义,分别指向立法原意与刑法文本的时代含义。(2)立足于刑法解释的方法,区分出文义解释、历史解释、体系解释、目的解释和合宪性解释,并在缺乏违宪审查的前提下,把刑法目的解释称为“解释之王冠”。^[1] (3)从刑法解释的立场出发,将刑法解释区分为形式解释与实质解释,分别对应刑法观中的规则功利主义与行为功利主义。在这里,第一种观点是以存在论和规范论的对立为认识基础,第二种观点则更倾向于立足方法论来得出实证的解释结论,第三种观点无疑表达了以价值论来实现解释结论上的实证统一。就目前刑法解释学的研究而言,第一种观点已经为多数学者所不取,但是,第二种观点或第三种观点是否就给出了能够为学界公认的答案呢?它们之间所展开的论战,已对此作出了否定的回答。

本文的探索始于对上述矛盾的深入思考。要想彻底解决这一难题,最终取决于刑法解释本体的回答。这一矛盾化解的动力主要存在于形式解释论与实质解释论的立场对立之中,以规则功利主义为典范的传统解释论及其在刑法领域中的延伸——形式解释论,一如既往地坚持追寻刑法解释主体与刑法解释文本之间的符合性,以确保刑法的安全性。而行为功利主义意义上的实质解释论则试图通过融入解释主体的创造性来诠释刑法文本的价值维度,以追寻刑法的正义性。不难看出,传统刑法学意义上对不法与罪责的解释是形式解释论,主要判断行为人的行为是否违反刑法规范,遵循的是

* 南京师范大学法学院教授,法学博士。本文受“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)资助,也是国家社科基金项目“刑事政策制约刑法解释的理论建构与制度实践”(项目编号:13CFX045)与中国法学会项目“后权威时代刑法解释理论的新拓展”[项目编号:CLS(2013)D174]的阶段性成果。

[1] 参见陈兴良主编:《刑法方法论研究》,清华大学出版社2006年版,第187页;苏彩霞:“刑法解释方法的位阶与运用”,载《中国法学》2008年第5期,第97-108页;程红:“论刑法解释方法的位阶”,载《法学》2011年第1期,第40-49页。

主-客体二分的认识方法。它往往解释不了这样的疑问：“刑法规范为什么要将某种行为评价为需要承担刑事责任”、“什么样的行为是需要负刑事责任的”、“基于何种目的需要行为人为人负刑事责任”等等。我们需要刑法规范以外的实质(公共政策、集体情感等)来回答,这就形成了实质解释论,^[2]并对传统的形式解释论形成强有力的冲击。

然而,如果我们对“刑法解释是什么”这一本体缺乏正确认识,则实质解释论也可能带来疑问:一方面,随着社会生活复杂化、民众价值判断的多元化以及民众对司法公正期待值升高,刑法文本的滞后性愈来愈明显,司法实践中出现大量因文本与事实之间无法有效对接而导致的难办案件,这又对刑法解释提出了新要求,从刑法的道德性与政治性等出发进行实质解释成为一种客观必然。另一方面,这种依据公共政策或集体情感的刑法解释,如果没有通过充分的全面讨论与交互澄清,并在不受宰割的对话中达成共识,那么,实质解释的理性将可能被法官的“阴谋论”所排挤,^[3]或成为权力之治而严重破坏刑事法治,这也是形式解释论者坚决反对实质解释的理由。^[4]

因此,我们经常看到,不同解释论主张者都在绞尽脑汁地为自己的观点进行辩护,他们都立足于各自对刑法解释的理解,对“实质上值得科处刑罚但又缺乏形式规定的行为是否可以通过实质解释入罪”这一问题展开讨论,并不自觉地陷入“公说公有理、婆说婆有理”的争议中,即或者重新诠释罪刑法定原则的含义,或者重新定位刑法解释与罪刑法定原则的关系,或者划清二者的“领地”。能否跳出这种思路,在更广阔的视野中去理解刑法解释呢?本文认为,如何消除学界对实质解释论的顾虑,并使通过实质解释得出的解释结论能够成为学界共识,必然涉及对作为刑法解释元命题之一的本体论的追问:我们怎样才能正确地理解立法者的愿意或刑法文本的包摄性含义,由于解释者的“主观性”因素的介入,立法原意与我们渐行渐远,且不见得能够与时俱进。同时,不同解释者对刑法文本(如暴力、非法占有目的等)的文义解释也可能有多种,并处于长期的“竞争”状态。如果我们从根本上无法明确立法原意或刑法文本的时代内涵,或者说,我们不能像自然科学那样以科学的实证——“重复验证性”理解立法原意或刑法文本的时代内涵,那么,解释者进行刑法解释的标准是什么?进而,刑法解释是否会因民意、媒体报道、行政干预、被害人闹法庭或上级指示而成为一种任意解释。对这些问题的追问,又产生了一个更为深层的问题:刑法解释是什么?它的目标又应该如何定位?其实,刑法解释论从解释的方法论体系转向一种新型的本体论学说,首先就在于这种提问方式的改变,但这并没有引起学界的注意。

于是问题来了:刑法解释本体是什么?如果这一问题没有在充分讨论的基础上达成学术共识,那么,我们对刑法解释的研究也会成为一种“无底盘上的游戏”。本文意在论证刑法解释是什么,进而形成对刑法解释目标及其合理性判断标准的认知,以求能引起学界对此问题的持续关注。

二、主客观性与主体间性:刑法解释本体探寻的两种进路

关于刑法解释是什么,刑法解释学形成了两种对立的观点:一是“主客观性”,认为刑法文本意义

[2] 参见张明楷:“实质解释论的再提倡”,载《中国法学》2010年第4期,第49-69页;刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版,第35页下;苏彩霞:“实质的刑法解释论之确立与开展”,载《法学研究》2007年第2期,第38-52页。

[3] 参见叶俊荣:《面对行政程序法》,元照图书出版公司2002年版,第14页。

[4] 参见陈兴良:“形式解释论的再宣示”,载《中国法学》2010年第4期,第27-48页;邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,第12页。

是独立于解释者意识之外存在的客体,刑法解释是一种通过“因果连结”对客体的发现活动。立足于主客观性的解释,就是排除解释者主观性的干扰和对文本的追寻,而获得与刑法文本语言相符合的解释结论。这种以存在论的知识模式为典范的刑法解释观念,乃是奠定形式解释论主流传统的基石,并在其发展过程中与形式刑事法治复杂勾连在一起而不断得以强化,以确保法安全。二是“主体间性”,认为刑法文本意义是解释者、民众与文本通过主体间对话而共同创造的产物,刑法解释是主体对话中的创造并达成共识的活动。在主体间性范式中,刑法解释过程中的法正义问题得以凸显,人们开始重新审视刑法规范的客观性与解释过程中的主体性,因此,它对存在论形成了强有力的冲击而最终形成了规范论,并试图通过将刑法文本融入解释者的价值判断来消解刑法文本及其所使用语言过于僵化的弊端,建立基于主体间性的刑法解释理论,以体现实质刑事法治。

早期学者认为,人类所有的认识活动体现在命题、概念等刑法语言活动中,而刑法语言中有一种本质的、客观的逻辑关系,只有主体反应客体(客观性),才能确保这种认识活动的真理性。这主要是受传统哲学中的认识论影响。在传统的认识论中,文本乃是作为客观意义上的认知对象,它先于认知过程而存在,作为认知主体的人与作为认知对象的文本,一如既往地置于主、客二分的框架中。对于解释者而言,在解释过程中应尽可能地避免自己主观意愿的干扰,以便能客观地、严谨地进行观察与分析。惟其如此,才能得出科学的解释结论。至于被解释的对象,则永远是客观的、业已存在的东西,即便人在探讨“主体性”,也一定是将其视为人的不依赖于认知主体为转移的客观属性,才能发现关于“主体”或者“主体性”的客观知识。^[5]

受这种哲学观影响,早期刑法解释学源自于对刑法文本含义的解释,刑法文本作为解释的对象不同于刑事政策、正义、自由等宏大叙事结构,而是立法者已经制定的刑法,追寻刑法文本的原意为解释目标。一切理解与解释,都要求彻底排除解释者的主观性,清除一切先入为主的偏见,以便客观地揭示刑法文本的原义,解释的结论无非是基于先验的刑法文本整理案件事实的结果,所谓解释也纯粹是解释者对法规范的寻找,而无解释者的价值判断。即使学界在解释立场上存在主观主义与客观主义的分歧,但解释刑法的目的是通过对刑法文本的理解,以规范语言为媒介来达到对刑法文义、立法原意、时代内涵的把握,则为两者之共识,只是在追求客观性过程中稍有分歧而已,前者把刑法解释定位为对立法原意的探寻,而后者把刑法解释诠释为对刑法文本之时代内涵的挖掘。为何会在主观主义之后又形成客观主义,这是因为:立法原意是与社会生活中发生的客观过程有着本质上的区别,需要对立法原意进行与时俱进的再客观化处理。而同时,两种刑法解释立场都认为刑法文本具有绝对的正确性、权威性,解释者不能对其产生误解。与之对应,解释刑法文本的各种方法(文义解释、历史解释、逻辑解释、目的解释、合宪性解释、扩大解释、限制解释与平义解释等)都是为了确保解释的客观性。正如有学者所指出,“追求法律客观性、确定性和一致性之实用目的与自然科学(尤其是物理学、数学)在近代发展中所确立的实证性之‘科学范式’相遭际,造就了法学的‘科学性之梦’”。^[6]

从理论上说,主客观性体现的是刑法解释之主体与客体之间的对象性关系,若主体与客体之间分裂,则客观性不举,若主体与客体之间吻合,则彰显了刑法解释的客观性。这主要关涉三个基本维度:一是解释主体的理性,应摒弃偏见或谬误,以免解释走向片面的主观化;二是解释限度的客观性,即刑

[5] 潘德荣:“从本体论诠释学到经典诠释学”,载《河北学刊》2009年第2期,第41-42页。

[6] 舒国滢:“寻访法学的问题立场——兼谈‘论题学法学’的思考方式”,载《法学研究》2005年第3期,第6页。

法解释必须在刑法文本及其语言的射程之内,不允许充当“法源”的刑法解释。三是解释刑法应遵循具有客观性的解释方法及其位阶,即正确处理文义解释、历史解释、体系解释、目的解释与合宪性解释等方法的运用及其位阶。^[7] 这种对客观性的努力追求有两个问题不容忽视:其一,刑法文本应该具有明确性,从而使案件事实与刑法文本之间能够有效对接;其二,刑法文本应该具有正义性,从而使刑法文本的适用能够为民众所接受。就第一问题而言,其在各国刑法中的实现程度并不高,刑法的明确性与模糊性,乃是现代各国刑法的基本特点,而模糊性的刑法规定则需要法官在适用中明确其含义为何,这就涉及对刑法文本的创造,但创造可能是多元化的,即不同法官对此的解释不同。以中国刑法中的“行凶”为例。何为“行凶”?达到什么程度算是“行凶”?这在实务界与理论界都有不同的解释。再比如,对于许霆的行为应该构成刑法中的什么罪名,在刑法解释学中就有无罪、盗窃罪、诈骗罪、侵占罪、信用卡诈骗罪等争议。就第二个问题而言,正义性是一个价值判断问题,在不同的时代往往具有不同的含义,如何确定这一含义,则需要对刑法文本结合政策、道德等进行与时俱进的创造性诠释,这是确保法正义的充分且必要条件。值得注意的是,这种实质化的倾向已经深刻地体现在刑法理论的具体建构中,刑法中有关实质违法、超法规的阻却事由、责任处罚的必要性、处罚的妥当性、超法规的减轻处罚、被害人承诺理论等与此密切相关。

而一旦涉及法创造或对刑法文本进行与时俱进的诠释,则必然会陷入“公说公有理、婆说婆有理”的分歧,这种分歧的存在一方面说明,单一追求刑法解释之客观性的努力必然顾此失彼——追求法安全而忽视法正义;另一方面,这又把刑法解释之主体间性的重要性凸显出来,它要求刑法解释必须在多元主体充分讨论、协商、理解的基础上,取得一个大体上可以接受的解释结论。一般而言,虽然解释者都是从自身的个体性出发来进行解释,刑法解释的对象也始终是具体个案的法律适用,但是,由于刑法文本与解释者的个体性都是在共同的社会生活基础上形成的,这又使得刑法文本与解释者的立场之间具有共同性,这是刑法解释的基础。而任何刑法解释都是解释主体的个体性与刑法文本的共同性的统一,它们共同决定着刑法解释的限度与方法,也共同决定着刑法解释的可接受性。这种解释观的改变与哲学上的方法论革命有关,康德哲学将传统认识论中所认定的主客体关系完全倒置,将认识的客体置于主体的影响之下,认为认知对象的形式受制于主体的经验方式与思维方式,强化了认识论中的主体性意识。而在伽达默尔那里,自然科学的认知模式与方法并不能保证社会科学的真理性。真理不是一个外在于主体的纯粹客体,而是在伴随着主体的理解而逻辑展开并不断地被重构的世界。从这一点出发,真理就不再是与认知对象符合一致的认识,而是在我们的理解过程中所呈现出来的东西。理解本身因此而具有了本体论的意义。^[8] 这一方法论革命对刑法解释具有重要意义,刑法解释究竟是解释者对刑法文本的诠释,还是追寻刑法文本的意义,抑或兼而有之,则成为当代刑法解释学面临的新课题。

本文认为,不法与罪责作为犯罪成立判断中的重心,单一依据由概念组成的刑法文本往往存在着价值失落,这是一种基于法条主义困境所带来的刑法正义危机。^[9] 作为突破这一危机的选择,现代刑法解释学的解释方法主要用于分析、判断与甄别刑法文本的规范语言及蕴含其下的规范目的,刑法解释不是一种研究方法,而是一种互相的理解活动(主体间性),刑法解释是一种对话活动,更确切地

[7] 参见苏彩霞:同注1引文,第97-108页。

[8] 参见潘德荣:“方法论的危机与哲学诠释学”,载《天津社会科学》2004年第4期,第21-23页。

[9] 关于这一困境的论述,详见苏力:“法条主义、民意与难办案件”,载《中外法学》2009年第1期,第93-111页。

说,是法官以行话对刑法文本进行的“转译”。为何如此?这主要和刑法体系有关。刑法具有外在体系与内在体系之分,其内涵正如德国学者赫克(Philipp Heck)所指出,外在体系体现为“秩序概念、划分和顺位的建构”(Bildung von Ordnungsbegriffen, Einteilungen, Reihenfolge);而内在体系体现为“解决矛盾的体系”(System von Konfliktentscheidungen),即解决规范背后的利益冲突的体系。^[10] 并且就刑法的外在体系而言,它也是运用各种抽象概念所建构起来的,又包含着描述性概念与评价性概念,前者是指经由纯粹的感官知觉就能够正确运用的概念,比如刑法中的“货币”、“信用卡”等,而后者则需要对之进行价值性判断,比如刑法规范中的“公然猥亵”、“以非法占有为目的”等。^[11] 一般而言,刑法文本是对犯罪构成之主要内容进行表述,开放的犯罪构成以描述性概念为基石,而开放性犯罪构成则以评价性概念为体现,评价性概念通常是不精确概念的“代名词”,被评价的事实也往往是评价意义的一部分。由上决定,现代刑法具有内在价值取向与外在表现形式的双重特征:一方面,刑法必须受制于作为调整对象的生活关系的内在联系,其规范必须反映当代社会核心的价值取向和政策诉求等;另一方面,由抽象概念所组成的规范成为构建法体系的基本单元,并通过规范语言的载体形成刑法文本。外在技术层面的安排与内在的价值体系之间就形成了外在体系与内在体系的区分,前者是后者的外在表现形式和载体,后者是前者的内在核心价值。^[12] 刑法解释只有在充分反映外在体系与内在体系、概念性体系与价值性体系的基础上,才是一种正义的解释。所以,法条重要,法理同样重要。

就此而言,形式解释论本质上是一种解释的认识论,它所追求的是一种主客观性,即刑法文本与刑法文本的解释之间的符合性。在价值判断多元化、犯罪形态复杂化的时代,我们必然会面临刑法文本与案件事实之间无法有效对接的现实,把刑法解释定位为解释者的认识活动,并从认识论而不是本体论的角度对刑法规范的射程范围、规范保护目的等进行意义诠释,这就会造成解释的目标(立法原意)及其方法论原则(科学的客观主义)与解释活动的特性(包含着解释者的主观判断)之间的矛盾,因为对立法原意的探求凸了解释主体的能动性在刑法解释中的意义,而科学的客观主义又要求在刑法解释中排除解释者的主观性。事实上,在不同刑法解释方法出现冲突之时,形式解释论在穷尽了各种解释方法之后,为了追求一个既合理又合法的解释结论,往往不得不诉诸于目的论解释,并最终走向实质化。正如张明楷教授所指出,“法益具有作为犯罪构成要件解释目标的机能。对犯罪构成要件的解释结论,必须是符合这种犯罪构成要件的行为确实侵犯了该规定所欲保护的法益,从而使刑法制裁该种犯罪的目的得以实现。解释的方法无穷无尽,但最终起决定性作用的是目的论解释,因为目的是全部法律的创造者,每条法律规则的产生都源于一种目的”。^[13] 而刑法目的解释之所以能够成为化解不同解释方法之间矛盾的方法,并不是因为其坚守主观主义或客观主义,相反,支撑着刑法目的解释的乃是一种有着坚实基础的传统本体论——任何刑法解释不得脱离刑法规范目的而存在,并以不同主体的可接受性为判断依据。照此看来,现代刑法解释学之困境的解决,有赖于一场更为彻底的方法论变革。

主体间性即是这种变革的产物,它充分肯定了主体性对于刑法规范的意义:刑法解释是解释主体的创造性活动,作为解释对象的刑法文本不再是评判解释结论正当性的惟一标准,刑法解释的正当性

[10] Vgl. Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 139 ff.

[11] 参见[德]Ingeborg Puppe:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,元照图书出版公司2009年版,第12-15页。

[12] 朱岩:“社会基础变迁与民法双重体系建构”,载《中国社会科学》2010年第6期,第151页。

[13] 张明楷:“刑法理念与刑法解释”,载《法学杂志》2004年第4期,第12页。

与解释主体的价值判断密切相关。正是解释主体的价值判断,使刑法解释在法正义的目标引导下走向了实质化,从追求刑法文本之含义(存在论)的解释学,转向探求刑法文本之意义(规范论)的解释学,这就使刑法解释的目标诉求得以凸显。

三、现代刑法解释应重视主体间性:方法论上的解析

现代刑法解释学致力于打破认知诠释学建构的主、客体二分认识图式,旨在获得一种建构在主体间交谈、理解与共识所形成的“主体间性”。这恰如诺伊曼(Neumann)所言,“当然,合意与主体间性,论证与反思并非诠释学思维的专利,但不同于分析法理论,法律诠释学想把这些要素与文本协调起来。相反,分析法理论须将文本意义与主体间的理解割裂开来,因为它想只依据一般的语义学规则去决定文本的意义,诠释学思维则可能使文本纳入到一个主体间建构‘正确的’判断的过程之中”^[14]

罗蒂(Richard Rorty)说:“自从启蒙时代以来,特别是从康德(Immanuel Kant)以来,自然科学一直被看做知识的范型,文化的其他领域必须依照这个范型加以衡量。”^[15]这就为实证主义法学的形成奠定了基础,自然科学以其特有的实证性、严密性、普遍性摧毁了法学研究的自然法理路。法律实证主义认为“法律是一套规则体系”,这在奥斯丁(Stone Cold Steve Austin)有关“法律是主权者的命令”的论断、哈特(H. L. A. Hart)有关“法律是由主要规则和次要规则构成的体系”的论断及凯尔森(Hans Kelsen)开创的“纯粹法学”等中得以集中体现。在实证主义法学之下,刑法解释必须尊重文本,并无进行创造的可能,当然,也并不需要强调主体间性。问题在于:强化刑法文本的实证性、严密性与普遍性,只是立法者的美丽愿景,而法的不明确则是立法常态。加之,刑法文本乃是由刑法语言交织而成,规范语言不仅是罪状与法定刑的反映,也是刑法价值乃至社会价值的承载。此时,如果我们刻板地强调刑法文本的至上性,而不去分析、判断与甄别刑法文本之下的规范目的,问题非但没有解决,反而将上述“差异”转化为刑事司法的“悲剧性冲突”。比如,在许霆案中,一审法院依据我国《刑法》第264条第2款,以“盗窃金融机构,数额特别巨大”为由对许霆判处无期徒刑,即是这种悲剧性冲突的集中体现,从而使刑法解释之主体间性的维度凸显出来。因为随着实质法治国、实质正义等理念深入人心,刑法文本之规范表达的缺陷也随之暴露,无论是刑法中空白罪状的出现,抑或大量诸如行凶、暴力、非法占有目的等不明确的规范语言,都会带来刑事司法难题,造成大量处于罪与非罪、此罪与彼罪之临界点的难办案件,这就需要借助刑法基本原则、法定刑、法益保护位阶、人之图像、刑事政策、民众的集体正义情感等去对刑法文本的含义进行诠释,并重点揭示刑法解释的意义或价值,从而依循这种诠释得出一个令人信服的裁判结果,以实现法安全与法正义、合法性与合理性之间的有机统一。

这具有深刻的哲学基础。在哲学上,海德格尔(Martin Heidegger)开启了一个新的诠释学向度,他指出,“通过诠释,存在的本真意义与它自己存在的基本结构就向属于此在本身的存在之理解宣告出来”^[16]。海德格尔关于“意义的世界”的表述可能使人们获得这样的理解,即在它之外还有一个“客观的世界”,即所有被胡塞尔置于括弧中存而不论的东西。这个意义的世界实质上就是读者的视界,即

[14] [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第150-151页。

[15] [美]罗蒂:《哲学和自然之镜》,李幼蒸译,三联书店1987年版,第283页。

[16] Heidegger, *Sein und Zeit*, 17. Aufl., 1993, S. 37.

那个在理解者之外的、客观的“历史视界”实际上并不存在,而是读者基于自己的视界而重构出来的。^[17]伽达默尔(Hans-Georg Gadamer)沿袭了海德格尔开辟的道路,并走得更远。在他那里,解释本身就是解释主体及其作用对象(读者)两种视界的融合,并且这种视界包括“来自内在的、运动的视界,它超越了现在的界限而包含着自我意识的历史深度。事实上这是一种惟一的视界(ein einziger Horizont),在它自身之中包括了一切在历史意识中所包含的东西”。^[18]他们对本体诠释学的建构,对刑法解释学具有重要启发:如果刑法文本十分明确,则不需要进行刑法解释,法官很容易架设起刑法文本与案件事实之间的桥梁,并实现无缝对接。当刑法文本的明确性出现不足之时,正当而合法的刑法解释结论不是事先存在于刑法文本而有待于解释者去发现、认知,在解释者的解释过程中逐渐生成并达成共识。任何刑法解释都是解释者自己对刑法文本、立法原意的理解,这种理解都可能是主观的、不被接受的,因此,它必须在不同解释者的理解与商谈的基础上达成共识。这种共识性的解释才是刑法解释的主要任务。

从理论上分析,主体间性与主客观性的区别乃是解释者的主体性在刑法解释中具有正当性,只是,这种解释者的主体性并非个体意识,而是一种在讨论、商谈与理解基础上达成的共识,是解释共同体的智慧。如前所述,刑法解释必然会渗入解释者的价值判断,企图用自然科学定律反复作用于法律实践的设想只能是一个“美丽的梦”,并不具有现实性。毕竟,刑法文本本身可以没有道德内容,但该规则或体系却可以通过习惯性规则使道德标准成为该规则或体系的效力根据。^[19]这种道德标准往往是确保刑法解释之合理性的“资本”,这就蕴含着实质解释的必要性。实质解释论者主张,“对构成要件的解释不能停留在法条的字面含义上,必须以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度;在遵循罪刑法定原则的前提下,可以作出扩大解释,以实现处罚的妥当性”。^[20]这主要是从法律解释方法的角度进行的论证,还有进一步拓展的学术空间。因为,无论是以保护法益为指导,抑或追求处罚的妥当性,都不能只是法官个体的意见或个别法学界的解释,同时会在不同的解释者之间形成分歧。那么,何种解释结论才能够被大家所接受,则有一个商谈、论辩与达成共识的问题。由此决定,在遭遇罪与非罪、此罪与彼罪之区分难题时,解释者应该在不受宰割的对话中充分讨论,并充分考虑民众直观的大众情感,以得出一个各方大体上能够接受的解释结论。这才是刑法解释的目标。

受制于这种目标诉求,刑法解释还应该关注法学方法论,这就涉及到了刑法解释的主体间性。毕竟,在一个价值单一化的时代,司法裁判并不是什么难事,法官之间“心有灵犀”,较易达成共识。可在一个价值多元化的时代,各种各样的价值立场粉墨登场,大放异彩,这在创造了精彩纷呈的“剧场”效果的同时,也使司法裁判变得艰难,讨论何为正当性的司法裁判则往往“众口难调”。这就给当代司法带来了巨大挑战:面对同一案件事实,因不同的言说者的价值立场与分析工具不同而导致观点上的“纷争”,这在许霆案、李昌奎案、药家鑫案等中得以集中体现,以至于在实践中“法官的专业”屡屡让位于“民众的愤怒”。这就使刑法解释之主体间性的重要性凸显出来。随即,我们可以将刑法解释的任务描述成:把那些赞成或反对某个裁判结论的规范性陈述展现出来,并相互权衡,这就暗含了某种

[17] 转引自潘德荣:“认知与诠释”,载《中国社会科学》2005年第4期,第69页。

[18] 同注17引书,第69页。

[19] 孙文恺:“‘实证主义法学’与法律实证主义”,载《人民法院报》2011年1月7日,第7版。

[20] 张明楷:同注2引文,第49页。

刑法解释具有理性化的可能性。以从犯为例,我国《刑法》第27条规定,凡是在共同犯罪中起次要作用或辅助作用的是从犯。在这里,何为次要作用,这是一个典型的评价性概念。由于这一概念并没有满足法学定义之明确、清楚、明白的基本要求,以致于在实践中出现了解释多元化局面,这就需要在不同主体之间讨论、协商的基础上达成解释共识。更进一步讲,为何需要重视刑法解释的主体间性?这是因为:

其一,刑法文本必须借助规范语言来表达,也就必然渗入了语言自身所携带的主观性。正如谢晖教授所言,“法律作为人类的实践理性,最恰当的表达方式就是文字”^[21]。事实的确如此,任何法律、法规,不论其属于哪一部门、哪类规范、哪种形式等都要通过立法语言这一载体表现出来,^[22]并且刑法语言不仅意味着立法者话语的固定,而且意味着对一种普遍语言的寻找和期待,还是刑法规范的客观规定性和刑法适用主体的主观能动性之间的一种沟通方式。对此,胡塞尔的现象学为我们提供了解释,现象学哲学视野内的对象世界已不再是本真的世界,而是经过主体构造过后的世界,主体通过对对象的被给予性(杂多)的显现方式,获得了诸多的经验、体验,于是对象便在两个逻辑道路上展开:一是外在的对主体而言的显现方式,一是主体之内在的体验系列。对象以逐渐接近其本真状态的样式显现给我;我也以不断积累着体验的方式接近那个在我之外的本真世界。^[23]并且当认知理性无法解释本真的世界时,它就会产生一种强制性的、主观构造的认识模式,这就是康德在《纯粹理性批判》中所指出的,一切认识都是主体主观构造的符合论。^[24]

其二,法学乃是一种介于自然科学与人文科学之间的社会科学,这一属性决定它不能像自然科学那样全部是客观知识,也不能像人文科学那样陷入纯粹的理性致思。一如我们所知,刑法是事实、规范与价值的结合,它联结着“此岸”的规范和“彼岸”的事实两个不同的世界,并受价值选择的影响。单一强调事实的作用是片面的,也是没有生命力的,最典型的分析莫过于韦伯的扔进去事实丢出来判决的自动售货机式的比喻。现在学界不再排斥刑法解释对刑法实践的重要意义,目前困扰刑法学者的问题是:对刑法规范及其适用的不同理解将造成对刑法概念和理论的不同解释,从而导致对刑法解释的不同接受态度。在笔者看来,在刑法解释出现竞争和分歧时,想要达到比较一致或相近的解释立场、方法与结论,就必须诉诸于对刑法学研究的修辞实践。而刑法解释以刑法语言为媒介,以“可理解性”、“合理性”和“可接受性”为有效原则,在事实上决定、规范并推动着刑法解释建立起话语与刑法规范、话语与刑法生活、话语与解释者以及读者之价值判断的内在关联,通过主体间、文本间和行为间的多样性判断的有机整合,最终达到各方都可以接受的解释结论。^[25]

其三,作为刑法解释学基础的犯罪论体系虽然是描述性体系与评价性体系的统一,但主要是评价性体系。刑法解释基本上是犯罪构成解释,当然也包含量刑评价范围与评价方法的解释。从现象学上分析,犯罪论体系必须受制于建立在特定社会伦理价值取向之上的实定法,其理论建构必须反映实定法核心的价值取向,正如欧阳本祺博士所指出:“新古典体系的历史贡献在于实现了犯罪构成体系的方向性转变——犯罪构成体系从‘事实判断体系’转变为‘价值评价体系’。因为根据新康德主义,既

[21] 谢晖:《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》,商务印书馆2003年版,第146页。

[22] 周旺生、张建华:《立法技术手册》,中国法制出版社1999年版,第374页。

[23] 参见晏辉:“共识与认同:在人学的视野内”,载《北京师范大学学报(社会科学版)》2004年第4期,第99-100页。

[24] 张向东:“哈贝马斯商谈伦理中道德共识形成的逻辑”,载《道德与文明》2009年第4期,第72页。

[25] 参见姜涛:“刑法修辞学:视域、方法与价值”,载《人大法律评论》2013年第2卷,第51-85页。

然存在两个世界,一个是现实世界,一个是非现实的价值世界,那么犯罪构成体系相对于犯罪事实,自然是非现实的价值世界。既然犯罪构成体系属于价值世界,其中的构成要件该当性阶层不可避免地包含规范的构成要件要素;违法性判断的标准不能仅限于实证法,还应该寻找实证法以外的价值标准;有责性的根据不再限于故意、过失等心理事实,规范责任论取代了心理责任论。”^[26]从德国学术发展来看,对于构成要件的认识经历了一个从形式的、记述的认识到实质的、价值的认识。这种评价性体系对罗克辛体系、雅各布斯体系具有重要影响,而这种转变则与实证主义、新康德主义、功利主义等哲学思潮所蕴含的价值立场密切相关。

也因此,作为解释对象的不只是语言性的刑法文本,而且涵盖了一切复杂的、多样的对象性客观存在。由此决定,刑法解释就不再是一种法寻找的方式,而直接是法正义的展现与确证,是对刑法“确定性之墙”的裂缝的弥补,也是一种不断更新其内涵与论证其正义性的理由性解释,是一种法创造活动。当然,有了这种定位之后,主体间性因此而在刑法解释学中获得了本体论的意义。那么,现代刑法解释学又应该如何立足于主体间性正确地解释刑法呢?

四、主体间性的解释实践:以法律论证确保刑法解释结论的可接受性

从主客观性到主体间性,是刑法解释方法论的重大转折,这具体体现为刑法解释对可接受性的努力追求。刑法解释结论的可接受性意味着司法实践在遭遇罪与非罪、此罪与彼罪之临界点的疑难案件时,应当借助于刑法解释主体在“不受宰割”的交谈、理解与对话的基础上,形成一种大体上能够为各方接受的解释结论。这在价值判断多元化时代,对于增进刑法权威、强化民众对刑事司法的认同和减少“信访不信法”数量具有重要意义。

(一)把可接受性作为刑法解释的目标

可接受性是“主体间性”这一法哲学术语在刑法解释层面的规范表达,两者虽属于不同术语,但又相互关联、互为牵涉,且都是对法正义的追寻活动。只有立足于主体间性的刑法解释,才会把追寻刑法解释结论的可接受性作为一种制度努力。反过来,重视刑法解释结论的可接受性,乃是把主体间性作用于刑法解释的实践活动。

长期以来,刑法理论重视刑法正式制度建设(包括对犯罪论体系的建构、刑法解释立场、方法与位阶的建构以及法条竞合中刑法文本适用的建构等,以求能够得出惟一正确的结论),而比较轻视刑法非正式制度建设,忽视刑法的政治性与道德性,以致于在出现疑难案件之时,我们更加倾向于维护法律权威,而以司法强制力强迫被告接受某种司法裁决结论。这恰是问题之所在,因为随着社会转型时期难办案件的增多以及价值多元化时代的到来,解释者在解释刑法之时,受到自己的知识背景、社会阅历及价值立场等的制约,从而导致刑法解释经常陷入一种“公说公有理、婆说婆有理”的纷争局面,而司法裁决又需要刑法解释的惟一性,这就带来了刑法解释多元化与司法裁决惟一性之间的矛盾。此外,当在刑法解释多元化之时,如果我们又以领导意志、行政干预等方式武断地采用某一解释结论,而不去关注刑法解释结论的可接受性,这就就会发生错案,进而导致刑法认同危机,形成“信访不信法”的司法难题。

[26] 欧阳本祺:“犯罪构成体系的价值评价:从存在论走向规范论”,载《法学研究》2011年第1期,第133页。

如果不能走出这个困境,刑法权威就会大打折扣。其实,刑法是一种关系性的存在,正如西原春夫教授所指出,“在刑法的这张脸上,包含着被害人的父母、兄弟的悲伤与愤怒,包含着对犯人的怜悯与体恤,也包含着对犯人将来的期望与祈盼;此外还一定包含着法官在充分理解犯人的犯罪动机的同时又不得不对犯人科处刑罚的泪水”。^[27] 法律解释学视野下所追求的理性,不同于科学的、实证的“理性”,它毋宁是一种“可接受性”意义上的合理性。^[28] 只是,这种合理性不仅体现为依据形式逻辑发现法律,而且也体现为依据事实不断对规则的重新制定。在这里,有三个基本问题需要坚守。

其一,可接受性往往是刑法认同的资本。刑法认同意指通过民众对刑法的接受,促进刑法权威的形成,而成为一种“资本性”资源。基于认同的权威是刑法被遵守与接受的基石,^[29] 也是刑法权威的活水源泉。而相反,权威的缺失将是一种立法灾难,带来的结果必然是以力量的逻辑代替诚信的力量。在认知心理学上,认同其实是人类的情感与理性共同作用的结果,当感情与理性都高涨时,产生的意识形态的信任是惊人的,比如宗教领袖及其信徒、集权主义者及其追随者等。尽管司法不同于心理测验,但透过心理学的结论,我们也大致能推导出信任在现代刑法中的功能。一方面,国家一般立于公共利益来安排犯罪圈与刑罚结构,民众则有自利性的要求,这就产生了公共利益与个人利益之间的对立关系。如何消除这种对立,争取刑法中的公众认同至为关键。另一方面,认同是一个社会的价值体系,可以使合作更为简单。一个互相信任的社会比一个相互猜疑的社会更有效率,正像货币交换比以物易物更有效率一样,信任也会为司法运行增添润滑剂,民众如果认同刑法,也会比抵触刑罚更富有效率。事实上,无论何种类型的刑法,都在致力于永恒秩序的追寻。当刑法是正义的,且能为民众谋取利益时,比如既维护了良好的治安环境,又重视保障人权时,民众对刑法的信任会增加;反之,如果刑法只是秩序维护的工具,或者偏离民众的利益偏好时,民众必然会失去对其的信任。而一旦发生信任危机,则会导致刑法权威的丧失。

其二,可接受性在社会生活中主要体现为民众的集体道德情感。成文法的稳定性、安全性与其自身的不合目的性、模糊性相伴而生。由于刑法采纳了大量的简短词汇(盗窃、抢劫、抢夺、诈骗等),这就不可避免地继承了法律用语的模糊性、多义性以及开放性的特质。而同时,刑法文本中大量的“情节严重”、“造成严重损失”、“后果特别严重”等作为罪量的表述形式,虽然起着限制犯罪圈或加重处罚的效果,但是,带来的问题是可操作性上存在着灰度较高、解释难以统一等弊端。这些问题在民众法律意识不高的时代,并不会成为问题,因为民众往往是基于法律至为刚性的强制力被驯化了,何去何从都是法律说了算。但是,随着信息时代的到来以及近年来民众参与意识的提高,一些道德困境的案件,或者说是情理、伦理与法律冲突的案件,由于不具有“逻辑上之必然”的特性,而是属于“可争辩的”问题领域,使司法与道德之间那种“剪不断,理还乱,是离愁”的困惑乃至焦灼变得至为复杂。司法实践也大抵如此,这几年中国司法一个极为热闹的场景是:无论是许霆案的无期徒刑判决,邓玉娇案是否应被判处刑罚,抑或李昌奎案之死刑判决,民意都构成了对司法的强烈制约,并影响到刑事审判的最终结果,甚至导致一种“生死两重天”的结果“闹剧”。

[27] 转引自张明楷:“学术之盛需要学派之争”,载《环球法律评论》2005年第1期,第50页。

[28] 参见焦宝乾:“分析学还是解释学——法律论证之知识属性辨析”,载《法制与社会发展》2005年第3期,第104-114页。

[29] 从类型上说,刑法权威有基于恐吓的权威、基于认同的权威和基于知识的权威之分,它们都是提高刑法权威的可能路径。基于恐吓的权威是政治文明低下状态下的选择,而基于知识的权威则是以法律教育为内容的软约束,只有基于认同的权威才能带来刑法权威的提升。

其三,重视刑法解释的道德性。有种观点认为,以民意合法外衣的道德对法律适用标准的人为拔高、由民意流居不变所导致的道德标准随意化对司法具有不利影响,并且流居的民意以及由其所致的道德标准的随意性也对司法的可预期性构成严重的挑战。如果放弃了规则约束,这种思路势必更多诉诸于法官个人的道德情感,或者是民众不太稳定的愤怒或同情,或者是两者,因此很容易为个人直觉或民粹正义所左右,很难保证法律的同等保护。^[30] 这种观点具有一定道理,但也存在着唯理主义的致命缺陷。毕竟,法律实施包括正式制度与非正式制度之分,前者是人们有意识建立起来的并以正式方式加以确定的各种制度安排,包括法律、政策等,它对维护法律权威和建构法律秩序具有重要意义,后者如习俗、传统、道德伦理、意识形态等。在法律实施中,正式制度与非正式制度在秩序建构中都具有重要作用,而非正式制度在难办案件解释中的意义更为重大。因为,一方面难办案件以作为正式制度之一的刑法出现了解释的分歧,需要寻找法外的评判标准予以进一步权衡刑法之规范目的是什么;另一方面,非正式制度就是这种评判的标准,正所谓,“长期以来的历史文化浸染,已经使非正式制度成为中国社会构造的重要组成部分,成为社会的一个内在基础,非正式制度持久、广泛的影响力的积重难返不仅压缩和排挤着正式制度的生存空间,而且其与法律秩序的内在不相容会造成法律的移植中的路径依赖,会使社会秩序陷入低效率的‘锁定’状态”。^[31] 在这种非正式制度中,道德起着重要的作用,民众的道德以其自身设定的正义标准,约束着难办案件的裁判结果,并决定着案件最终的正义性。也因此,季卫东教授曾特别指出,“在目前的中国,更有碍司法独立和司法威信的与其说是‘民间舆论对程序正义’,毋宁说是‘任意裁量对程序正义’的构图”。^[32] 就此而言,把司法权威的降低完全归结于司法对民意的迁就是不客观的。

(二)以正当性论证确保刑法解释结论的可接受性

当然,如何实现刑法解释的可接受性,这是一个刑法解释的制度建构问题,也是一个刑法解释方法转变问题。对此,美国是以宪政民主的方式,以认罪协商的模式解决司法实践中90%左右的刑事案件,并把其余10%左右的案件交给陪审团去解决。中国并没有美国式的陪审团制度,我们必须要强化一种论证性的刑法解释。

在当下,概念法学因脱离了社会生活和否定价值判断而鲜有学者主张,而更多的学者是坚持德国法律论证大师阿列克西的观点。“不仅法律语言具有模糊性,规范之间有可能发生冲突,而且可能存在这样的事实,即有些案件需要法律上的调整,但却没有任何事先有效的规范用于调整。同时,在特定案件中,所作出的裁判有可能背离规范的条文原义。”^[33] 由此决定,当代法学已经超越了概念法学,当代解释学也已超越了认知诠释学建构的主、客体二分范式,正如考夫曼(Arthur Kaufmann)所说,“法律发现实质上表现为一种互动的复杂结构。这种结构包括着创造性的、辩证的,或许还有动议性的因素,任何情况下都不会仅仅只有形式逻辑的因素,法官从来都不是‘仅仅依据法律’引出其裁判,而是始终以一种确定的先入之见,即由传统和情境确定的成见来形成其判断”。^[34] 超越法律发现而重视法律创造也存在风险,这是一种任意解释的制度风险,而且缺乏刑法文本这一判断标准,法律创

[30] 同注9引文,第100-101页。

[31] 李光宇:“论正式制度与非正式制度的差异与链接”,载《法制与社会发展》2009年第3期,第151页。

[32] 季卫东:“司法与民意”,载《财经》杂志2006年第3期,第58页。

[33] 参见[德]阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第17-18页。

[34] [德]考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第95页。

造亦完全可以成为一种“无底盘上的游戏”。

怎么办?这就需要借助于法律论证理论。法律论证理论是一种以论证作为基础的法律解释分析工具,它通过合乎逻辑、事实或理性等的方式,来证明刑法解释的正当性。法律论证理论是在西方法学“解释学转向”以后,学者们在实践理性、商谈理论等基础上拓展出的法学新领域,它主张以事实和逻辑为论据,在主张-反驳-再反驳的“主体间”的论证过程中,通过说服和共识的达成来解决解释中的争议。^[35]正如阿尔尼奥(Aulis Aarnio)所指出的,“从其最简单的意义上,对话的出发点是,A和B就某个解释的问题发生分歧。这种分歧可能是语言上的,也可能是实质上的(或者二者都是)。当他们运用同样的语言表达来指示不同的事态或者就同一事态运用了不同的语言表达,即出现了语言上的分歧。如果这些人不顾所运用的用语,就由语言所表达的主题(事态)采取了不同看法时,这就是实质分歧(material disagreement)”^[36]而按照哈贝马斯(Jürgen Habermas)的理解,在一个价值判断多元化的时代,“规范共识必须从一种由传统确定的共识转变为一种通过交往或商谈而获得的共识”^[37]刑法解释学就在于借助于刑法语言,把“‘论证的前提’理解为合意的对象”^[38]就此而言,法律论证在于追求司法裁决的主体间性。

刑法解释作为一种追寻正义的创造活动,其存在着的价值在于以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度,从而将字面上符合构成要件、实质上不具有可罚性的行为排除在构成要件外。^[39]而如何实现这一目标并避免陷入任意解释的制度风险,则主要是一个论证问题,即通过理由诠释获得一个各方讨论者大体上可以接受的解释结论,这就是法律论证理论相对确定的支点。毋庸置疑,“明希豪森困境”是法律论证中的普遍难题,这不是“大前提-小前提-结论”之形式逻辑本身就可以解决的。因此,我国有学者主张,“法律论证作为一个理性的实践活动,有两条基本线索:一条是主线,即按照法律规则效力的逻辑层次论证法律以及法律决定的合法性;另一条则是复线,即为法律论证本身的合法性提供以论证规则为内容的理性讨论程序”^[40]笔者同意这一观点并认为,合法性不仅要存在,而且必须要以看得见、大家都能够感受到的方式存在。这正是法律论证理论的贡献,它试图建立以民主商讨和开放性为基础的逻辑推论理论,刑法解释正是在这种“论争-共识-再论争”的理性讨论程序中,得以确保自身的合法性。与此同时,司法判决及支撑其存在的刑法规范,也是在这一过程中被民众认同,并在追寻合理性的过程中确立自身的权威。

刑法解释的目标在于达成共识,但解释的分歧却成为常态,甚至出现了越解释越麻烦的局面,因为各种解释都是对刑法文本之内涵与意义的深挖掘,若法学家采用的解释立场不同,则会导致运用不同的刑法语言去描述刑法规范的本来面目及其适用规则。如前所述,不仅学界对许霆案的定性有无罪说与有罪说之分歧,在有罪说中又有盗窃说、侵占说、诈骗罪、信用卡诈骗罪等主张,即使主张同一种犯罪认定,其理由也差异较大,有从量刑反制定罪理论出发主张构成侵占罪,也有学者从刑法规定本身得出许霆应构成侵占罪,并且每个法学家都在意识上把自己的学说宣布为“正宗”,这意味着法律

[35] 焦宝乾:“当代法律方法论的转型——从司法三段论到法律论证”,载《法制与社会发展》2004年第1期,第105页。

[36] Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification* 108-109 (D. Reidel Publishing Company 1987).

[37] [德]哈贝马斯:《交往行为理论》(第1卷),曹卫东译,上海人民出版社2005年版,第144页。

[38] 同注33引书,第207页。

[39] 张明楷:同注2引文,第49页。

[40] 葛洪义:“试论法律论证的源流与旨趣”,载《法律科学》2004年第5期,第31-32页。

规范的“确定性之墙”出现了深深的裂缝。^[41] 如何弥补这种“确定性之墙”的裂缝,法律论证理论的重要意义就凸显出来。在法律论证理论看来,既然价值判断是多元论的,人们应该生活在一个多元的世界中,人们在为某一解释结论进行辩论时,必须要考虑到不同听众(读者)的感受,这种辩论必须符合价值共识而不是形式逻辑的原则,并且法律论证主张通过对话、辩论来说服听众相信自己提出的命题,在多元理论竞争中争取最大支持而成为学术共识,因而是化解刑法解释分歧的有效途径。^[42] 可以说,法律论证是通过提出一定的理由来证明某种刑法解释的合法性与合理性,这又是追寻刑法解释之主体间性的必然选择。

在主体间性中,我们可将立法者原意、文本含义与民众接受理解为刑法解释的三大参数,它们在任何刑法解释学都必须正视的,只是侧重点不同。在早期刑法解释学中,刑法解释更多的是对立法原意的追求,这包括两个基本方面。一是对刑法文本进行语言分析,以求得文本的字面意义。二是由于文字本身可能产生理解上的歧义,解释者尚需进一步再现立法者的原意。问题在于:其一,立法者的原意是什么,这本身就存在重大分歧;其二,如何在解释中排除解释的主观立场而阐释立法者的原意,这也是一件难以做到的事情;其三,通过心理方法获得的解释结论难道就是立法原意吗,这本身就难以自圆其说。后来,刑法解释中的客观主义异军突起,主张刑法解释应该实现刑法文本的“与时俱进”。正所谓“主观为自己、客观为他人”,客观主义所遵循的是“变革的哲学”,它公开承认法的实用主义,能够紧贴社会现实,释放刑法解释的社会效果。更为准确地说,客观主义在于挖掘刑法文本的意义,但刑法文本的意义不是先于理解而存在于文本中,它事实上是解释者在自己的视界中所领悟到的意义,这就既决定了刑法解释的主观性,又决定了刑法解释的多元性,更决定了刑法解释必然在交谈与理解的基础上才能形成大体上能够为各方接受的解释结论。

不难看出,在法律论证的视域下,主体间性取代了主客观性成为解释的基础;解释成为了一种法创造活动,单纯的法寻找不再属于法律解释的范畴;法正义是建立在交谈共识的基础上,而不是单纯地“符合法律”。这都需要借助法律论证来实现。其实,法律论证理论并不否认刑法文本在刑法解释中的限制作用,刑法解释当然不能离开文本而进行,而只是强调,一方面,刑法文本是由多个概念所组成,并通过规范语言对此予以表达,在规范语言之下必然暗含着规范目的,如何挖掘这种规范目的则非形式逻辑所能企及,而是包含着利益衡量、政策判断与道德诉求等实质理由;另一方面,由于刑法文本本身具有模糊性,会出现诸如持枪抢劫、行凶、暴力等模糊的词汇,因此在刑法解释中,我们必须面对“一千个读者,就有一千个哈姆雷特”的解读困境。怎么办?这就需要诉诸刑法解释的主体间性。在价值多元化时代,具有可接受性的刑法解释,既不是与刑法文本之含义相吻合的东西,因为解释者根本无法从刑法文本中去“发现”与论证规范的“正确”含义是什么;也不是简单的各方的一致意见,刑法解释的可接受性并不能完全以“一致意见”表征,因为某种解释结论完全可以在领导意志或行政干预下形成错误的“一致看法”。只有立足于刑法解释的多元化,并以程序主义进路为多种刑法解释结论之间开辟理性商谈的制度通道,并由不同解释主体在“不受宰割”的对话、交谈与理解基础上而形成一致意见,才能够成为具有可接受性的刑法解释。

对此,我们应特别意识到,主体间性在刑法解释无能为力的地方,引发了人们对于刑法解释本体

[41] 同注33引书,“代译序”,第2页。

[42] 同注25引文,第79-80页。

论的思考,这种探索与主客观性要回答的问题是不同:前者追寻的是刑法文本的意义,后者关注的则是关于刑法文本的含义。按照主体间性刑法解释论,解释不是解释者贴近被理解的刑法文本的活动,而是解释主体自身的创造。因这一目标诉求契合了刑法解释的要求,因而成为刑法解释的标准。就此而言,刑法解释不是正确把握刑法文本、发掘隐含于刑法文本中的固有意义的一种方式,而是意义的创造与生成。^[43]可能有人会担心,在无法治信仰无刑法权威的情况下,法律论证理论如何完成说理。诚然,如果缺乏一种具有终结价值的基本原则和普遍作用的刑法文本,会给人们在说理时造成“理在哪里”的困扰,但这只是表象,法律论证理论有助于说明理在哪里。其一,任何刑法解释都是主观与客观、理性与非理性的统一,^[44]刑法解释应该是解释共同体共同论证的结果。论证需要权威而非权力,这种权威是一种基于认同的权威而不是一种基于恐吓的权威,如何形成认同,则需要对话、理解的基础上,消除误解并形成共识。其二,刑法解释源于价值共识的形成,认知心理学的研究成果表明,认知主体选择、把握、整合信息的速度、角度是存在个体性差异的,但这并没有从根本上取消不同主体之间以及对“共同经验”的相互理解与认同,形成关于一般事实与价值事实的基本判断。^[45]其三,法律论证把刑法解释的可接受性依赖于一个立场获得支持的论辩的品质,把对“听众”(audience)的重视作为法律论证立论的出发点。不同意见的辩论最后都必然要以共同认可的价值标准来衡量各自的合理性,这就需要建立一种超越主观主义与客观主义之争的程序主义的刑法解释目标观,法律论证理论所倡导的在对话基础上达成共识,即是这种努力。

法律论证理论更凸显出判决结果的可接受性,当刑法解释引入法律论证理论之后,刑法解释的方法与限度也就发生了重大转变:一是刑法解释并非法学家和法官的专利,而是存在着多元解释主体,以避免出现精英话语压制大众意识的弊端,因而被法官采用的解释应该是解释者共同体所得出的解释结论;二是刑法解释不再追求自然科学所言的惟一正确的结论,而是需要在与听众、普遍听众对话、沟通的基础上,形成一个大体上能够为各方所接受的解释结论。这同时对具体的刑法解释实践有了新要求。首先,把基于认同的司法权威作为刑事司法的目标追求,在充分听取各方意见、权衡各方利益的基础上,得出各方大体上能够接受的解释结论,而不是单方面作出解释,并强制其他各方服从这种解释结论。其次,刑法中存在大量的评价性概念,如行凶、不正当利益、以占有为目的、不及时等,在刑法解释中,如果遇有这些评价性的不明确概念,刑法解释并不能满足于“甲说、乙说、随便怎么说”的多元化局面,也不能仅以法学大家、名家的解释结论为正确结论,而是需要建构一种程序机制,在对话、批判与反批判的基础上达成共识,寻找“惟一正解”。最后,刑事司法裁决应该改变“依据刑法……判决如下”的强制模式和法条主义的逻辑思维,需要在裁判说理的基础上,告诉被告、被害人和一般听众,为何如此判决而不是其他,以减少刑事判决这一“黑匣子”带来的弊端。

2012年11月底,台湾彰化地检署以台湾地区“贪污治罪条例”第5、6条起诉了中正大学林昭任教授。台湾嘉义地方法院2010年度诉字第430号刑事判决书认为,被告林昭任为中正大学化学工程系教授,虽未兼任中正大学之行政职务,但被告林昭任于行为时,系担任中正大学化工系教授,并为建教合作、国科会补助研究计划主持人,于办理其自身所负责之教学、研究计划事项,诈取中正大学公款总计2617540元台币,自具不法所有之意图而诈取财物,属“贪污治罪条例”第5条第1项第2款公务员

[43] 同注5引文,第41-42页。

[44] 袁林:“超越主客观解释论:刑法解释标准研究”,载《现代法学》2011年第1期,第164页。

[45] 姜涛:“认真对待法学通说”,载《中外法学》2011年第5期,第931页;同注24引文,第101页。

利用职务上之机会诈取财物行为。因此认定贪污罪成立。后台湾高等法院台南分院 1999 年度上诉字第 839 号刑事判决书同样认定,林昭任于办理上揭采购、验收程序时,均为受中正大学依法授权,而从事与中正大学有关采购公用器材之公共事务,属“刑法”第 10 条第 2 项第 2 款后段之授权公务员,构成贪污罪。2013 年 4 月 12 日,最高法院判决指出,“原判决关于林昭任犯公务员利用职务上机会诈取财物十九罪(即原判决附表二所载)及林华经、赵庆宽共同犯公务员利用职务上机会诈取财物各一罪部分均撤销,发回台湾‘高等法院台南分院’”。依据是“林昭任依据《科学技术基本法》规定承办‘国科会’、‘工研院’等委托机关补助之科技研究经费采购事务,不适用《政府采购法》招标、审标、决标之规定,非执行公权力行为之‘公共事务’,不具‘授权公务员’身份”。^[46]而“最高法院”判决之所以会发生重大转变,主要乃是之前组织的一场言辞辩论会,即由检察官、律师和学者针对这一问题进行的沟通与辩论。这种解释结论的重大改变,其实就建立在主体间性的基础上,即不是仅依据检察官的意见,而是在充分听取各方意见的前提下,得出一个能够为各方所接受的解释结论。

在刑法解释学中,探索刑法文本之含义或立法者原意的形式解释论与追求刑法文本之意义的实质解释论一直处于尖锐的对立状态,这种对立的实质乃是刑法解释本体及其方法论的对立。鉴于任何刑法解释方法都不足以对刑法解释的客观性提供担保,现代刑法解释学应定位于尽可能地提供具有“可接受性”的解释,而非一种“符合刑法文本”的解释。同时,刑法解释根本上是说理,说理离不开论证。或者说,既然刑法解释论在本体上是一种主体间性,那么,刑法解释就不是先见地存在于刑法文本之中,而是在司法实践之中通过控辩双方的充分辩论、反驳或协商等,是法官在刑法文本含义澄清的基础上对具体规范目的的诠释与论证。因此,我们应立足于哲学意义上的主体间性,把刑法解释定位为一种法创造活动,并以法律论证实现刑法解释的可接受性。

The Criminal Law Interpretation Based on Analysis Paradigm of Inter-subjectivity

Jiang Tao

Abstract: The traditional criminal law hermeneutics set the standards of criminal law interpretation as subjectivity-objectivity. The criminal law interpretation which is based on them just means eliminating the interference of interpreters' subjectivity and the pursuing criminal law purposes, in that way, we can get the conclusion of interpretation that is in accordance with the norms of criminal law language. Criminal law interpretation is not the problem of interpretation but the demonstration. The modern criminal law hermeneutics should make criminal norms to be integrated into the interpreters' value judgment in order to eliminate the disadvantages of language fossilization, establishing the theory of criminal law interpretation based on inter-subjectivity to connect criminal norms to case facts effectively, and making legal argumentation to realize the acceptability of conclusions of criminal law interpretation.

Keywords: criminal law interpretation; subjectivity-objectivity; inter-subjectivity; theory of legal argumentation

(责任编辑: 幸颜静)

[46] 参见《台湾最高法院台上字第 1448 号刑事判决书》。

法律规制税收竞争何以可能

——基于我国省级预算单位的四重法律角色

叶 珊*

摘 要:在各国预算体系中,“省”这一最高层级的地方预算单位承上启下,连结中央政府和省以下地方预算级次,对地方经济与社会发展具有显著的引导、促进和保障作用。如果政府间税收竞争超过合理限度,就有可能影响资源配置效率、破坏利益分配公平,法律规制税收竞争的必要性不言而喻,而法律规制路径的设计则是一个世界性难题,亟需理论研究支持。就我国而言,省级预算单位交错充当四重截然不同的法律角色:既包括省以下税收分成规则的制定者、县级基本财力保障政策的执行者、省内税收竞争正当与否的裁判者等基于权力的角色,又包括省际或部省县税收竞争的参与者这一源自权利的角色。法律规制税收竞争之所以可能,主要经由规范创制与行为限禁的复合路径,以系统规制发生机理迥异的省内、省际和部省县税收竞争。改进税收分成规则可以避免税收竞争过度,而限制或禁止有害税收竞争,则有助于维持税收竞争秩序。

关键词:税收竞争 省级预算单位 法律规制 法律角色 规范创制 行为限制

一、问题的提出

自古以来,设置地方政府进行分级治理可以说是世界各国的通例,联邦制国家和单一制国家皆然,但设置多少层级的地方政府是合适的、地方各级政府享有哪些权限、负责哪些事权却没有一致的认识。我国设置的地方政府级次之多堪称举世罕见:1982年《宪法》规定了中央、省级(省、自治区、直辖市)、县级(自治州、县、自治县、市)和乡级(乡、民族乡、镇)四级政府,自1983年起,绝大部分省级政府派出机构“地区公署”发展成新的政府层级“地级市”。与之相应,我国《预算法》依据“一级政府、一级财政、一级预算”的原则,设立了五级预算单位:中央、省级、地市级(设区的市、自治州)、县级(县、自治县、不设区的市、市辖区)和乡级。2009年启动、迄今未完成的省直接管理县财政体制的改革(简称“省直管县改革”),试图将预算级次简化为中央、省级、县级三级。

自1994年实施分税制财政管理体制改革以来,经过2002年所得税收入分享改革、2003年出口退税负担机制改革,我国逐渐形成“税收收入在中央和地方之间按税种按比例划分”的税收利益分配规则。我国《预算法》确认了“国家实行中央和地方分税制”,决定开征新税种、推行税制改革的权力由中央独享。于每一次税制改革而言,地方税收收益可能受到的影响都是中央决策时的重要考量因素,

* 北京大学法学院副教授,法学博士。本文系司法部国家法治与法学理论研究项目中青年课题“府际税收竞争的法律规制研究”(12SFB3030)的阶段性研究成果。

尽量维护地方既得利益遂成为消除税制改革阻力的有效措施。“许多地方省级以下政府很少有自己独立的税种和固定的收入来源,以共享税作为主要收入来源,分税制在很大程度上徒具形式。”〔1〕近20年来,中央和省的税收分成规则趋于稳定,但省以下的规则依旧各具特色,其主要原因在于,各省省情不同,税源分布不均、财力保障各异。尽管省以下的规则变动不居,却始终左右着省以下政府的行为选择。

本文的研究从剖析我国省级预算单位充当的四重法律角色入手,论证促使其合理创制税收分成规则以避免税收竞争过度、限制或禁止其发起或参与不当税收竞争的法律规制路径。我国省级预算单位包括31个省级政府、5个计划单列市和新疆生产建设兵团,本文主要研究前两者。省级政府包括省、自治区、直辖市:省是常规建制,自治区因少数民族聚居地方实行民族区域自治而设,直辖市因其在政治、经济或文化方面具有特别重要的地位而设。计划单列市是“国家社会与经济发展计划单列市”的简称,经济权限上与省平级,财政收支直接与中央财政挂钩。1993年底,国务院决定实行中央与地方分税制,同时授权省级政府据此制定对所属市、县的财政体制。税收立法权集中在中央,省级政府无权决定开征新的税种,因此,“中央政府必须制定一整套包括财力均等化在内的各项财政体制政策、措施”,“中央政府必须放手让省级政府根据各省实际情况,自主决定、自主执行这些均等化政策”〔2〕

省级政府和计划单列市政府都享有地方政府规章和规范性文件的制定权。依据我国《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》,省级人大、省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大享有地方性法规制定权。概言之,较大的市包括省、自治区政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。我国《立法法》规定,较大的市的人大及其常委会享有地方性法规制定权,而较大的市的政府享有规章和规范性文件制定权。〔3〕进言之,计划单列市中,大连市、青岛市、宁波市属于经国务院批准的较大的市,厦门市、深圳市属于经济特区所在地的市,均享有前述立法权。省级预算单位享有立法权,也可能制定影响省内、省与省、省与部或县之间财政税收关系的法律规范。

近代以来,我国地方政府级次的设置可能考虑历史、文化、政治或经济等因素。民国初期,省的法律地位不怎么突出,只是中央和县的联络机构,且附属于中央,没有独立的税源;1928年后,地方税收的重心转移到省,县成为省的附庸;到了40年代,地方税收的重心又转移到县,省财政并入中央。〔4〕1949年起,实行大区、省、县、乡四级制,1954年后,改为省、县、乡三级制,1966年后,行政区划被严重破坏,1978年起,实行省、县、乡三级制。20世纪80年代初,省与县之间设置了地区行政公署,后改成地级市。与之相应,我国预算级次也不断调整:取消大区级财政的同时增设市县级财政;1984年起,建立乡镇财政,逐渐形成四级地方预算,纵向财政层级明显过多,与大多数国家只有两级或三级预算不同,例如,美国和德国的州和地方,日本的都道府县和市町村,法国的大区、省和市镇等。

〔1〕 胡书东:《经济发展中的中央与地方关系——中国财政制度变迁研究》,上海三联书店、上海人民出版社2011年版,第180页。

〔2〕 [美]罗依·伯尔:“关于中国财政分权问题的七点意见”,张通、滕霞光整理,载吴敬琏主编:《比较》(总第5辑),中信出版社2003年版,第182页。

〔3〕 2014年9月公开征求意见的《立法法修正案(草案)》主张将第63条第4款修改为:“本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市、国务院已经批准的较大的市和其他设区的市。”有权制定地方性法规的较大的市将由原先的49个(国务院已经批准的有18个)扩大到全部282个设区的市,其范围“限于城市建设、市容卫生、环境保护等城市管理方面的事项”。

〔4〕 参见马寅初:《财政学与中国财政》(上册),商务印书馆2001年版,第168、186页。

从各国宪法或财政基本法来看,单一制或联邦制国家都有可能实行财政联邦制,其核心是“哪些财政上的职能和措施适合集中于中央,而哪些适合分散到地方”,^[5]与政体未必保持一致。“税权集中还是分散更好”没有标准答案,也没有统一的制度模式。在法国和日本,地方仅有权征收中央通过法律规定的地方可以征收的具体税种;在德国,税收立法权基本属于中央;在加拿大,虽然联邦享有无限的征税权,但各省也可以对收入征收直接税;在澳大利亚,州不能开征可能影响联邦主要税基的税种,而只能开征零星的税种。从上述几个国家的税权分配模式来看,联邦制国家也可能不实行财政联邦制。我国是单一制国家,税收立法权集中于中央,但事权却高度分散到地方,财力和事权不相匹配、事权和支出责任也不相适应,由此,《中共中央关于全面深化改革若干重要问题的决定》(2013年)提出了“要适度加强中央事权和支出责任……中央和地方按照事权划分相应承担和分担支出责任”,同时,要“保持现有中央和地方财力格局总体稳定……进一步理顺中央和地方收入划分”。

在各国预算体系中,“省”这一最高层级的地方预算单位承上启下,连结中央政府和省以下地方预算级次,对地方经济与社会发展具有显著的引导、促进和保障作用。在我国,国务院授权省级政府确定省以下财政体制,形式上不享有税收立法权的省级政府可能履行好这一职责吗?我国的税收立法权集中在中央,但地方政府体系的制度安排却通常是竞争性的,与中央政府的泛利性形成鲜明对照。“上有政策,下有对策”的竞争模式无处不在,上下级政府、同级政府、甚至没有隶属关系的政府之间,税收竞争比比皆是。税收竞争确实能够某种程度上促进经济增长、区域发展和制度创新,然而,如果税收竞争超过合理限度,法律就有规制之必要。我国省以下地方政府承担过多的支出责任,这与省级政府事实上有权决定省以下财政管理体制密切相关。在省内、省际或部省县财政税收关系中,省级预算单位充当着不同的法律角色,如何诠释这些角色构成了法律规制税收竞争的基础。

二、规制的基础:四重法律角色交错

我国省级预算单位的法律角色是由一系列税收规范性文件塑造的:它既是省以下税收分成规则的制定者,又是中央制定的县级基本财力保障政策的执行者。中央考虑到县乡基层财政困难而专门制定的财政政策,必须经由省级预算单位执行,才可能作用于基层财政。省与省管市、省直管县、省会城市、省内计划单列市之间的财政税收关系,都缺乏有效的法律规制:没有形成稳定的税收划分规则,也没有制定有效的争议解决机制。省级预算单位有权判定省内税收竞争是否过度,也有可能参与省际或部省县税收竞争。省级预算单位可能交错充当规则制定者、政策执行者、竞争当否的裁判者和竞争参与者等四重法律角色。

(一) 省以下税收分成规则的制定者

现代国家可能实行财政联邦制或税收分成制,各国最高层级的地方预算单位享有的税收立法权大小不尽相同,地方政府的级次、数量和规模也没有定规。例如,英国有45个县级市或行政县,德国有16个州和3个直辖市,法国有22个大区,日本有47个一级行政区。^[6] 税收立法权在中央和地方之间的配置模式差异很大:中央或联邦政府可能将某一税种的开征权或部分课税要素的决定权分配

[5] Wallace E. Oates, *An Essay on Fiscal Federalism*, 37 *Journal of Economic Literature* 1120 (1999).

[6] 参见张千帆:“地方自治的技艺——走向地方建制的理性化”,载《华东政法大学学报》2011年第6期,第91、94页。

给地方政府,省或州政府最有可能分享到较为宽泛的税收立法权,还可能取得省或州以下规则的制定权。以美国为例,联邦和州的税收立法权相互独立且各成体系,财政年度起讫时间都有所不同:联邦预算实行十月制,但有46个州预算实行七月制。德国的联邦则保留了绝大部分税收立法权,“对于州税收收入的分配以及州在联邦总税收收入中所能占有的份额问题,基本法坚持了地区收入的原则”,“各州在财政能力方面继续保留的差距,应该……通过由联邦对那些财政能力较弱的州进行额外补贴这一途径来取得平衡”。〔7〕

“各国政府间财政关系的具体制度,既要体现一般性经济原理所要求的基于本国国情的‘深思熟虑’和‘自由选择’,又会受到一些特定历史事件所带来的持久影响。”〔8〕美国实行财政联邦制,联邦和州都享有税收立法权。“联邦政府的基本课税权须由宪法授予,但州一级则无须这种规定。各州的课税权被视为联邦立宪成员所拥有的主权,它是依据余权主义而保有的权力。然而,宪法也部分地通过特殊条款,部分地通过司法部门对宪法中与税务有关的其他条款的应用,对各州课税权加以若干限制。”〔9〕联邦对州的权力限制主要有以下几项:禁止各州对出口或进口产品、禁止对联邦政府的事项征税,以及限制各州区别对待纳税人不同事项的权力等。美国宪法确立了立法、执法与司法三权分立制衡的原则,同时,法官在裁判个案时可以创制规则,行政官员在解释或适用法律时也可以适当创制规则。这里的“规则”,可援引美国《联邦行政程序法》的规定解释。“规则是指部分或全部有关部门声明的普遍应用性或特殊应用性以及实施、解释国会制定法律或政策的预期效果。”〔10〕

考察我国近20年的中央税收规范性文件,不难发现,我国实行的是税收分成制,而不是财政分权制。作为单一制国家,我国省级政府的法律地位表现在:“省政府完全是从中央政府那里获得它们的权力和决策权,并且它们代表中央政府履行省内的职责”,“由于中央政府紧紧地控制了省领导的任命,使得省领导很难发展出独立的力量来威胁中央”。〔11〕改革开放后实行经济分权,但财政分权显然不适合单一制的中国。“财政分权是由中央政府向地方政府下放特定职责,包括履行这些职责所需要的管理权限和财政收入”,“税收管理权限和支出责任的适当分配是一个极其复杂的问题”。〔12〕分税制改革后,税收立法权高度集中在中央,省级预算单位有权决定税收利益如何分配,但无权决定税收利益怎样取得。

我国行省制度源起魏晋南北朝时期,尚书省、中书省等中央行政机构在地方上设置的临时派出机构,称为行省或行台,主要应付军事所需,事毕即撤;金朝出现部分非为军事需要而设的行省。自元代以降,省就成为最高层级的地方行政单位:元代的中央行政机构名为中书省,最高层级的地方行政机构称为行中书省;明清时期,省的法律地位依旧。〔13〕1949年后,除了最初几年有大区的行政建制外,省一直是最高层级的地方预算单位,中央与各省的税收分成模式总是在调整。分税制改革终结了中

〔7〕 [德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第202-203页。

〔8〕 楼继伟:《中国政府间财政关系再思考》,中国财政经济出版社2013年版,第41页。

〔9〕 [美]理查德·A.马斯格雷夫、佩吉·B.马斯格雷夫:《财政理论与实践》(第5版),邓子基、邓力平译,中国财政经济出版社2003年版,第29页。

〔10〕 转引自[美]科尼利厄斯·M.克温:《规则制定——政府部门如何制定法规与政策》(第3版),刘璟等译,复旦大学出版社2007年版,第3页。

〔11〕 郑永年:《中国的“行为联邦制”——中央-地方关系的变革与动力》,邱道隆译,东方出版社2012年版,第49、55页。

〔12〕 [美]詹姆斯·E.基:“财政分权:改革的理论”,孙开译,载[美]阿曼·卡恩、W.巴特利·希尔德雷思编:《公共部门财政管理理论》,格致出版社、上海人民出版社2008年版,第168页。

〔13〕 参见翁礼华:《纵横捭阖:中国财税文化透视》,中国财政经济出版社2011年版,第102页。

央与各省分别协商税收分成制度的历史,转而实行统一的税收分成规则,“它将由原本地方各自为营的混乱局面转化成为一个高效而可持续的竞争环境,刺激了区域经济的发展动力”。^[14] 对这一改革最大的合法性质疑在于其仅仅依据一纸规范性文件——《国务院关于实行分税制财政管理体制的决定》(国发[1993]85号,简称“分税制决定”)就施行,而中央有权随时改变中央和地方的税收分成方式。

虽然“1985年全国人大授权国务院对有关经济体制改革和对外开放方面的问题必要时可以制定暂行或条例”仍然有效,但税收授权立法的效力却备受质疑。我国《立法法》第8条规定了立法保留事项:财政税收的基本制度只能制定法律。除此,国务院和中央财税部门还可能制定诸多种类的税法规范,“当政府颁布某项处理典型情况的普遍规则时,它也在一定程度上,类似地创设了法律。在通常情况下,政府是能够根据规则行使权力的”。^[15] 无论是所得税分享比例调整、省直管县等根本性改革,还是出口退税负担机制调整的应对性政策,都由国务院通过制定税收规范性文件作出制度性回应。“在了解某一特定国家的税收政策时,除了要了解法律传统外,意识到税制在经济中的作用也是非常重要的。”^[16]

党的十六届五中全会(2005年)指出,“减少行政层级,条件成熟的地区可以实行省直管县的财政体制”,《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要(2006-2010)》提出,“理顺省级以下财政管理体制,有条件的地方可实行省级直接对县的管理体制”,财政部《关于推进省直接管理县财政改革的意见》(财预[2009]78号)设定的目标是:“2012年底,力争全国除民族自治地区外全面推进省直接管理县财政改革,近期首先将粮食、油料、棉花、生猪生产大县全部纳入改革范围”。减少预算级次、实行“省直管县”是我国当前财政体制改革的重要措施。与绝大多数省级预算单位按照分税制决定的要求实行“省管市、市管县”财政体制不同,浙江省一直实行“省直管县”财政体制,^[17] 浙江模式可以说相当成功。

我国《预算法实施条例》规定:“县级以上地方各级政府应当根据中央和地方分税制的原则和上级政府的有关规定,确定本级政府对下级政府的财政管理体制。”除了分税制决定外,《财政部关于完善省以下分税制财政管理体制意见的通知》(财地字[1996]24号)明确规定:“分税制体制必须落实到市、县级,有条件的地区可落实到乡级,同时,必须将适当集中的财力用于解决财政困难县的工资发放和其他必不可少的支出。”尽管国务院授权省级政府确定省以下财政体制,但是,《预算法》规定的“一级政府、一级财政”实际上限定了省以下必须实行“省管市、市管县”财政体制,浙江省却独辟蹊径,依据本省的情况继续施行自1953年起一直沿用的“省直管县”财政体制,而且设计了较为合理的超收分成体制:以1993年为基数,各县市超收收入分别向省上交20%、15%、10%、5%和0。自1995年起,浙江就成为惟一解决了长期财政赤字问题的省份,而且,自彼时开始,年年都能实现财政平衡,其基层财政平衡状况甚至优于自1991年起全省财政收入一直居全国首位的广东省。^[18]

(二) 县级基本财力保障政策的执行者

分税制确立的“省管市、市管县”财政体制的弊端逐渐显现,其中,最突出的是县乡基层财政困难。

[14] [英] 罗纳德·哈里·科斯:《变革中国:市场经济的中国之路》,王宁译,中信出版社2013年版,第173页。

[15] [德] 马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第42页。

[16] [美] 维克多·瑟仁伊:《比较税法》,丁一译,北京大学出版社2006年版,第10页。

[17] 浙江省《关于扩大十三个县(市)部分经济管理权限的通知》(浙政发[1992]169号)规定,扩大13个经济发展较快县、市的部分经济管理权限。此后,权限下放到了更多的县市。

[18] 由于没有遵从中央部署,浙江省政府初期受到中央很大的压力,直到1997年,中央发现浙江省是分税制改革后惟一不欠发公教人员工资的省份,浙江省政府的压力才开始缓解。

“各级政府之间完全独立的运行将会产生令人难以接受的结果。这种状况……使较低层次的政府处于长期财政危机之中。这些问题都说明了政府间财政关系的重要性。”^[19]我国《预算法》规定的预算体系过于复杂、纵向链条过长,“税权持续集中、事权不断下放”的倾向势必会使基层财政困难问题更加突出。省级预算单位垄断着省以下税收分成规则的制定权,它如何行使这种权力,将直接决定下级财政的财力充足程度。省级预算单位如何执行中央制定的县级基本财力保障政策,则直接决定政策执行的效果。2002年,国务院指出了发展目标:“充分调动各级政府增收节支的积极性,切实保证机关事业单位工作人员工资的及时足额发放和基层政权的正常运转,逐步缩小辖区内地区间财力差距。”^[20]

省会城市(或自治区首府)作为省级政府驻地,是省的政治、经济、文化中心,其基础设施建设和公共服务质量必然受到重视,也正因如此,省会城市的城市规划和市政建设普遍高出其他省辖市或省直管县一筹。“相邻两级政府间的财政关系总是由上一级的政府全权决定”,“这种安排赋予了省和省以下政府确定财政关系的机动性,同时也导致各地区之间省以下财政体制的巨大差异性”。^[21]这就不难理解,省会城市为何总是在财政资金分配上占尽优势,省会城市无论位于经济发达的东部还是欠发达的中西部,其雄厚财力都不是其他省辖市或省直管县所能比拟的。此外,省内计划单列市的税源本身就比较丰沛,再加上其所享有的税收分成规则的制定权,必然能够筹集到足以提供高质量公共服务的财政资金。

浙江模式提供了不同于分税制的实践经验:浙江省在确定市、县级收入基数的前提下,采取按税种按比例分享的方法,划清省与市、县的收入来源,明确税收分成办法,同时实行“两保两挂”、“两保一挂”财政政策;^[22]还提出“因地制宜建立起激励与约束相结合的发展和效率机制,调动乡镇政府增收节支、确保收支平衡的积极性”、“统筹兼顾,适当向财政困难乡镇倾斜”等原则。^[23]浙江省选择“省直管县”财政体制合情合理,有效解决了基层财政困难问题,但它没有遵守分税制决定,是否合法呢?“政府应当运用它所享有的经由征税而筹集资金的权力,并由此而为人们提供市场因种种缘故而不能提供或不能充分提供的一系列服务。”^[24]笔者认为,公平分配税收利益才是财政体制选择的正当性依据所在。

即使中央注意到基层财政存在财力水平较低、无法满足其基本支出需求等问题,专门制定了县级基本财力保障政策,以增强基层财政的财力,但执行效果却取决于省级预算单位,这是最可能成事也最可能败事的萧何式角色。“县级基本财力保障机制以县乡政府实现‘保工资、保运转、保民生’为目标,保障基层政府实施公共管理、提供基本公共服务以及落实党中央、国务院各项民生政策的基本财力需要”,省级财政必须“加大对基层的财力倾斜和支持力度”,^[25]然而,“省级财政存在着截留地方税

[19] [美]约翰·L.米克塞尔:《公共财政管理:分析与应用》(第6版),白彦锋、马蔡琛译,中国人民大学出版社2005年版,第550-551页。

[20] 国务院批转财政部《关于完善省以下财政管理体制有关问题意见的通知》(国发[2002]26号)。

[21] 周黎安:《转型中的地方政府——官员激励与治理》,格致出版社、上海人民出版社2008年版,第184页。

[22] 浙江省《关于进一步完善地方财政体制的通知》(浙政发[2003]38号)规定,两保是确保当年收支平衡和确保完成政府职责,两挂是给县级财政的补助按1:0.5的比例增长和地方收入增长的5%作为个人奖励。

[23] 浙江省《关于进一步完善乡镇财政管理体制的指导意见》(浙委办[2002]39号)。

[24] [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第2、3卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第332页。

[25] 财政部《关于建立和完善县级基本财力保障机制的意见》(财预[2010]443号)。

收的现象,集中了相当的财权、财力,使省级以下政府缺少主体税种和相应的财权,进一步加剧了基层财政的困难”。^[26] 如果省级预算单位不能合理地分配税收利益,基层政府必将因财力不足而过分积极开发税源。

一般而言,省和省会城市的财力较为充足,但现实中却未必一定如此:从审计署对 18 个省及省会城市 2011—2012 年地方政府性债务的审计情况来看,“部分地区债务增长较快,有的过度依赖土地收入和举借新债偿还”。^[27] 这就不难理解,地方政府为何如此高度依赖土地财政、为何如此迫切要求放开地方政府债券发行限制。正因为可以通过高价出让国有土地使用权来筹集财政收入,市县一直不是十分在意中央垄断税收立法权或省级预算单位主导税收分成规则的制定,而在决定是否举债时也不会特别谨慎。省级预算单位确定省以下财政体制时,特别依赖地方主要官员的任期长度和地方经济的增长前景,然而,政府间竞争的压力也有可能促使其采取截然相反的发展策略,^[28] 因此,单凭财政分权与否无法解释中国奇迹般的经济增长。基层政府自有财力普遍不足,即使有基于转移支付和税收返还的财政资金补给,也不足以匹配其承担的事权,财力困境是其不当争夺税源的现实动力。

中央专门制定的县级基本财力保障政策的保障范围和标准如下:“保障范围包括国家制定的工资政策、民生政策,以及机关事业单位公用经费、地方津贴补贴等。前两项的保障标准按照国家统一规定执行,后两项的保障标准依据各地区财力状况分省核定。”^[29] 分税制改革后,财政支出结构中社会性支出安排不合理的状况得到了显著改善,但是,经济性支出分权和维持性支出集权的进程明显偏快,存在较大的问题。地方政府安排财政支出时有着偏向经济建设而不重视社会事业的习惯,此外,财政投资在带动地方经济增长的同时,也给地方社会发展留下了很多现实难题。想要改善地方事权负担过重的现状,必须采取措施改变支出责任过多依赖基层财政的局面,而适当上收事权,可以遏制基层政府过分积极开发税源或不当争夺税源的冲动。省级预算单位诠释好政策执行者的角色,就可能减少有害税收竞争。

(三) 省际或部省税收竞争的参与者

省级预算单位可以左右中央制定的财政政策的实施效果,如果它们不配合,财政政策再有价值也会在施行时大打折扣。“发展中国家和转型国家的税务官员面对的最为复杂的问题之一是如何决定行政规则在解释和执行税法中的合适地位”,“因为行政必然有包括解释法律的自由裁量权……行政机关为了执行法律或多或少会被授权制定有法律约束力的规定”。^[30] 省级预算单位有权解释税收政策和税收法律法规,这可能与中央财税部门或其他省级预算单位发生冲突。浙江模式就是由浙江省政府主导的,除了实行激励与约束相结合的超收分成规则外,其税收征管体制也极具特色——起初国税和地税不分家,后迫于中央的压力不得不分家,转而实行地税与财政合署办公模式,都是行使财政体制的确定权使然。

[26] 樊丽明、李齐云等:《中国地方财政运行分析》,经济科学出版社 2001 年版,第 62 页。

[27] 审计的 18 个省中,债务增长率超过 20% 的有 4 个省和 8 个省会城市,最高达 65%;负偿还责任的债务率超过 100% 的有 9 个省会城市,最高达 189%;4 个省和 17 个省会城市负偿还责任的债务余额中,有 55% 承诺以土地收入偿还。参见《国务院关于 2012 年度中央预算执行和其他财政收支的审计工作报告》。

[28] 参见姚洋:《作为制度创新过程的经济改革》,格致出版社、上海人民出版社 2009 年版,第 30—32 页。

[29] 国务院《关于县级基本财力保障机制运行情况的报告》(2013 年)。

[30] [美] V. 图若尼主编:《税法的起草与设计》(第 1 卷),国家税务总局政策法规司译,中国税务出版社 2004 年版,第 60—61 页。

同一法域内的税收竞争通常是各级地方政府行使税收管辖权的冲突所致,它可能是由财政分权或税收分成引发的。“税收竞争基本上是一种税收政策或制度上的竞争”,是指“不同辖区政府之间为了各自的利益最大化而动用税收手段进行的制度内和制度外的角逐行为及其博弈过程”。^[31] 如果政府间税收竞争超过合理限度,就有可能影响资源配置效率、破坏利益分配公平。“财政竞争对我国地方政府行为进而对地方政府规模和结构具有重要影响,但总体上并不利于我国地方政府行为理性化以及地方政府规模和结构优化,因而需要采取相关措施加以校正。”^[32] 财政分权或税收分成都会使地方政府产生相对独立的税收利益诉求,地方政府必然竭力开拓或争夺税源。“税收竞争是指由于税基的辖区间流动而产生的政府间互动”,“起因是彼此独立的辖区通过对流动的税基征税以为各自的公共支出筹资”。^[33]

税收应收尽收的合理性几乎不需要解释,但税收应收不收是基于怎样的考虑呢?前者可能引起争夺税源的积极冲突,后者则可能引发放弃税收的消极冲突,上述冲突都属于税收竞争。适度的税收竞争有益于经济增长、社会发展,但是,过度的税收竞争会影响公共物品供给质量,进而降低资源配置效率。税收竞争可能发生在省内、省际或部省县之间,省级预算单位通常比较少与中央政府或其下级预算单位发生纵向税收竞争,但可能与中央财税部门发生斜向税收竞争,也可能与其他省级预算单位发生横向税收竞争。“我国斜向府际税收关系的稳定性差、规范性弱、变相性强,财税主管部门总是行使被授予的征税权而占尽优势,地方政府总是下有对策,在斜向府际竞争中争取利益的最大化。”^[34] 省际税收竞争通常是省级政府太过热衷于争夺税源所致,部省县税收竞争则与财力和事权划分不合理密切相关。

分税制是对20世纪80年代地方保护主义泛滥和宏观经济不稳定的制度性回应,有效解决了中央与地方激励不相容问题,但分税制的影响远不止于此:“分税制帮助加速了中国经济的市场化、工业化和资本积累的进程”,“中央政府开始从地方政府的增值税增长中获得更大的分享比例,使得中央政府的财力不断改善,不仅对实现宏观经济稳定的调控能力大大加强,而且有助于奖惩地方政府的作为以及对结构改革的失利者进行补贴”。^[35] 省级预算单位享有省以下税收分成规则的制定权,也享有税收法律法规中极少数课税要素的确定权,还有权解释税收法律法规、规章或规范性文件。省级预算单位和中央财税部门在解释税法时也可能发生税收竞争,如国家税务总局明确原油以外的“其他原料”需要缴纳消费税,由于这种解释可能使消费税征收范围扩大到化工产品,山东省国家税务局解释为暂按“其他原料油”掌握,但总局再明确这是指“除原油以外可用于生产加工成品油的各种原料”。^[36]

[31] 葛夕良:《国内税收竞争研究》,中国财政经济出版社2005年版,第20、23页。

[32] 郭庆旺等:《中国地方政府规模和结构优化研究》,人民出版社2012年版,第104页。

[33] [比]吉恩·希瑞克斯、[英]加雷思·D. 迈尔斯:《中级公共经济学》,张晏等译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2001年版,第416页。

[34] 叶姗:“斜向府际税收竞争的法律规制——以股票转让所得课税规则的变迁为对象”,载《法学家》2012年第3期,第19页。

[35] 张军:“理解中国经济快速发展的机制:朱镕基可能是对的”,载吴敬琏主编:《比较》(总第63辑),中信出版社2012年版,第10、17-18页。

[36] 国家税务总局《关于消费税有关政策问题的公告》(2012年第47号)、《关于消费税有关政策问题补充规定的公告》(2013年第50号),山东省国家税务局《关于成品油消费税管理问题的公告》(公告[2012]10号)。

省际税收竞争通常发生在省级政府之间,典型事例是三峡水电站的税收如何在重庆市和湖北省^[37]之间分配的问题。国务院最初规定的税收分配安排是“三峡电站投产后缴纳的税款,留给地方的部分,按照淹没土地(含坝区用地)比例分配给湖北省、四川省政府,用于三峡库区建设”,^[38]后修改为“三峡电站投产后缴纳的税款依法留给地方的部分,分配给湖北省、重庆市政府,用于支持三峡库区建设和生态环境保护”。^[39]三峡水电站的税收征管模式分成三个阶段:第一,2003年第一台机组发电前的电站建设阶段,税收由湖北省属地征管,收入进湖北省库和中央国库;第二,2003年至2009年全部完工阶段,增值税地方分享部分和城市维护建设税、教育费附加,按照三峡工程综合淹没实物比例分配,重庆市为84.33%,湖北省为15.67%。营业税、资源税、房产税实行属地征管,收入进湖北省库。企业所得税全部留给中国长江三峡工程开发总公司,作为三峡工程建设基金;^[40]第三,2009年至今。财政部就跨省区水电项目税收分配问题,明确了“以地区间平等协商为主,经协商难以达成一致意见的,经有关省申请,由财政部参照本意见研究办理”的原则,规定“对纳入跨省区分配范围的税收,按照因素法测算省区间分配比例”。^[41]湖北省和重庆市税务部门分别向国家税务总局阐明其对原先的税收分配安排的态度:湖北省称其不符合属地征收原则,主张恢复;重庆市则称其不违背属地征收原则,主张维持。两省间未能达成一致。

(四) 省内税收竞争正当与否的裁判者

省和省内计划单列市在财政上是平级的,且相互间是独立的,后者在行政上隶属于前者,与省会城市、省内其他地级市同样属于省辖市。计划单列市和省会城市在综合经济实力和财力充足程度上也许不相伯仲,但计划单列市只需要贡献给中央财政,省会城市则要贡献给省级财政、负担省内其他财力不足地区。省会城市的财力普遍好于一般的地级市,因此,总是处于税收留存比例偏小且财政转移支付责任偏重的状态。计划单列市和省内其他地级市、省直管县之间还可能存在税收合作或对口支援关系。此外,省和省内国家级特殊区域^[42]的财政关系也很复杂,例如,经国务院批准,深圳前海深港现代服务业合作区的管理机构享有相当于计划单列市管理权限的政策。^[43]上述特殊区域享受的税收优惠就可能诱发税收竞争。如珠海市将新落户横琴新区的企业分为横琴属地企业、横琴跨区总分机构企业和市内迁移企业,规定了不同的税收分配规则,包括独享、按30%:70%或10%:90%的比例分成等。^[44]

税收立法权集中于中央的前提下,想要获得足以匹配事权的财力,地方政府必然要在税源开发和争夺上大做文章。开发税源取决于经济有效增长,而争夺税源则依赖于税收优惠政策。《全国税政实施要则》(1950年)就规定了税收优惠确定权主要由中央掌握,《税收征管法》强调“不得违反法律、行政法规的规定,擅自作出减税、免税的决定”,财政部、国家税务总局更是发布了一系列收紧税收优惠

[37] 宜昌市《关于进一步调整和完善分税制财政管理体制的决定》(宜府发[2011]1号)规定,三峡集团公司所属企业的全部税收(增值税、营业税、企业所得税和个人所得税地方分享部分)属于市级收入。

[38] 《长江三峡工程建设移民条例》(国务院令第126号,已废止)第31条。

[39] 《长江三峡工程建设移民条例》(国务院令第299号)第46条。

[40] 财政部《关于三峡电站税收分配有关问题的通知》(财预[2003]7号)。

[41] 财政部《关于跨省区水电项目税收分配的指导意见》(财预[2008]84号)。

[42] 国务院批准设立上海浦东、天津滨海、重庆两江、浙江舟山群岛、甘肃兰州和广州南沙等国家级新区,以及中国(上海)自由贸易试验区、实行特殊先行先试政策的深圳前海深港现代服务业合作区等。

[43] 国家发展改革委《关于印发前海深港现代服务业合作区总体规划的通知》(发改地区[2010]2415号)。

[44] 珠海市《关于新企业落户横琴新区后有关税收分配管理问题的通知》(珠府办[2011]54号)。

确定权的规章和规范性文件。尽管地方政府不享有税收立法权,但其执行税收政策、解释和适用税收法律法规时的自由裁量权却是非常宽泛的,这使得其可能给予实质上的税收优惠,如按优惠折扣征税或核定征税等。此外,地方政府还可能通过财政奖励、先征后返等方法同时实现预算收入目标和税收利益减让的目的。

历史上,我国的中央与地方关系经历了无数次“集权-分权”的交替循环,从客观情况来看,税收集中能够保持税收法律法规和税收政策的一致性,也可以兼顾地区间经济与社会发展失衡的现实状况。我国《企业所得税法》(2008年)将区域税收优惠改为行业税收优惠——重点扶持和鼓励发展的产业和项目,同时,规定了“根据国民经济和社会发展的需要,国务院可以制定企业所得税专项优惠政策”的概括性授权条款。国务院能够根据不同区域的资源禀赋、经济社会发展水平和其他特殊情况实行差别性的税收优惠政策,例如,支持西部大开发、老少边穷地区扶贫开发、振兴东北老工业基地的税收优惠政策等。想要享受税收优惠,既要符合财政政策中的形式性要件,也要考察纳税人是否具有享受税收优惠的实质性理由。此外,地方政府还会考虑向中央争取原先适用于其他地区的税收优惠政策。例如,四川省和重庆市经济委员会约定共同向中央争取享受国家振兴东北老工业基地优惠政策。^[45]

各国实行财政分权还是税收分成制度都有效率的考量,“征收和管理税款似乎是一项有着巨大规模经济收益的实践,基于这个原因,将税收依赖于分权的各级政府来完成,常常可能面对无法避免的实际成本”。^[46]分税制改革的初衷源于中央财政捉襟见肘的情况,分税制的谈判过程异常艰难,而载明谈判结果的“国发[1993]85号”文件的法律效力层次如此之低,远远未能达到税收法定原则的要求。分税制决定是一种实质意义上的税收体制法规范、具有一定的法律效力,尽管它没有通过税收法律、行政法规等法律形式来规定,而仅仅属于税收规范性文件的范畴。此外,省级预算单位有权评判省内税收竞争是否正当是毫无疑问的,但如果诱发税收竞争的原因是中央财税部门和省以下地方政府各自制定的税收规范性文件之间的积极冲突,省级预算单位处理时通常会倾向于维护中央财税部门的权威。^[47]

税收管辖权包括属地管辖权和属人管辖权,前者包括收入来源地或财产所在地,后者主要是居民管辖权,而属地管辖权通常是税收征管中优先适用的原则。地方制定的税收优惠政策可能导致纳税人选择变更纳税地点,从而引发税收竞争。省级预算单位裁决省内税收竞争的主要方法是裁定税收管辖权的归属,我国现已初步确立由行政机关来协调辖区内税收征管权冲突的机制,我国《税收征管法》第5条第2款规定:“地方各级人民政府应当依法加强对本行政区域内税收征收管理工作的领导或者协调,支持税务机关依法执行职务,依照法定税率计算税额,依法征收税款。”与此不同,有些国家不是由政府来裁定税收管辖权冲突,如《德国税收通则》第28条“管辖权争议”规定,“多个税务机关均认为其具有管辖权或没有管辖权时”,“由具有共同业务管辖权的监督机关就属地管辖权作出裁定”。^[48]于我国而言,判定税收竞争正当与否的权力能否不配置给行政机关,而考虑置入司法裁判架构呢?

[45] 四川省、重庆市经济委员会《关于推进产业分工合作、打造川渝工业经济区的备忘录》(2007年)。

[46] [美]华莱士·E.奥茨:《财政联邦主义》,陆符嘉译,译林出版社2012年版,第136页。

[47] 例如,江西省财政厅《关于纠正地方自行制定变相返还税收政策的通知》(2011年)。

[48] 外国税收征管法律译本组译:《外国税收征管法律译本》,中国税务出版社2012年版,第1682页。

三、规制的路径:规范创制与行为限禁

省以下税收分成规则的构建很大程度上决定于省级预算单位的意思,而中央制定的财政政策能否有效实施也依赖于其意志,至于省级预算单位怎样开展省际或部省税收竞争则根源于其意向,同时,能否有效化解省内县际或部省县税收竞争则取决于其意愿。法律规制税收竞争之所以可能,主要经由规范创制与行为限禁的复合路径。规范创制路径经由合理设置预算级次、公平划分税收收入和科学整合转移支付来实现,行为限禁路径则通过构建税收协调机制或置入司法裁判架构来解决。对发生机理迥异的省内、省际和部省县税收竞争而言,无论是改进税收分成规则,抑或限制或禁止有害税收竞争,都有助于维持税收竞争秩序。

(一) 规范创制:避免税收竞争过度

在我国,“税收方案由政府引进并可望以基本不变的形式得到通过”,而不像另一些国家,“税收政策基本上被认为是一种立法上的特权,行政提议不过是立法上的税收考虑的出发点”。^[49] 考察我国税法规范,除了税收法律法规外,还要重视规范性文件中所载的税收政策。分税制决定没有明确省以下必须实行分税制,只是省级政府据此制定对所属市、县的财政体制。1996年,财政部要求地方税收收入分配应充分考虑县级财政困难,尽量按税种划分收入,充分调动基层财政组织收入的积极性;省级政府必须保护各级财政培养财源和组织征收两税的积极性,承担调节辖区内地区间财力差异的职责。^[50] 2002年底,财政部明确了适当增强财政困难县乡的财力、省以下财力调整主要通过增量进行等原则,省以下地区间人均财力差距较小的地区,要适当降低省、市级财政收入比重;反之,则要适当提高;省、市级财政不得将因完善体制增加的收入用于提高本级财政支出标准或增加本级财政支出。^[51]

以下重点分析近几年六省制定的有关税收分成规则的规范性文件,可谓各具特色:既有浙江省概括精要的分成规则,又有内蒙古、广东、湖北等省区巨细无遗的分成规则。尽管差异甚大,但有以下几方面的共性:第一,税收按税种、按比例分成,通常分为省本级收入、市县收入和省市共享收入;第二,基层财政较为困难的,划分给省本级收入更多、省市共享收入中省分享比例更大;第三,注重建立税收增量分享机制,调动基层财政促进税收增收的积极性;第四,省级预算单位根据客观情势变化适时调整税收分成规则。此外,由于各省经济发展步调不同、税源差异较大,不仅同期的静态规则不尽相同,规则变动的方向也往往大相径庭。除了整体改造税制外,也有局部调整的做法,如四川省“将印花税、契税省级分享部分下划市县”,且“将省级企业所得税、市县企业所得税地方分享部分统一实行按比例分享”。^[52] “法律制度中起作用的准则不是原则或抽象的标准。法律使用的是更实际的规则”,“规则的一个关键职能是指导行为”。^[53] 规范创制路径强调的是定分止争、防患于未然。

[49] [美]理查德·A. 马斯格雷夫:《比较财政分析》,董勤发译,上海人民出版社、上海三书店1996年版,第329页。

[50] 参见财政部《关于完善省以下分税制财政管理体制意见的通知》(财地字[1996]24号)。

[51] 同注20引文。

[52] 四川省《关于改革完善省与市(州)、扩权试点县(市)分税制财政体制的通知》(川府发[2014]9号)。

[53] [美]劳伦斯·M. 弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社2004年版,第48、52页。

表1 山东省关于进一步深化省以下财政体制改革的意见(鲁政发[2013]11号)

省级收入	市、县收入		
跨区域经营特殊企业税收,包括中石化胜利油田分公司增值税和石油(天然气)资源税、电网企业所得税和增值税、高速公路及铁路运输企业所得税和营业税地方分享部分,以及中央财政划转的跨省市总分机构企业所得税	一般企业营业税、企业所得税、个人所得税以及石化企业增值税,胜利石油管理局增值税,电力生产企业增值税和企业所得税,国家开发银行山东分行、高速公路和铁路运输企业城市维护建设税和教育费附加		
省市税收增量分享机制			
收入项目	省级分享	市县分享	
增值税、营业税、企业所得税(含退税)、个人所得税、资源税、房产税、城镇土地使用税、土地增值税、耕地占用税和契税收入比核定的收入基数增长部分	15%	85%	
耕地占用税(2013-2015)	0	100%	

表2 海南省关于进一步调整完善分税制财政管理体制的通知(琼府[2012]72号)

省级收入	市、县收入		
金融保险业营业税,中央财政通过调库分配我省的跨省市总分机构企业所得税收入,储蓄存款利息所得税地方分享部分	资源税、印花税、车船税、耕地占用税、烟叶税		
省与市、县共享收入			
收入项目	省级分享	市县名称	市县分享
增值税(地方25%部分)、营业税(不含金融保险业)、企业所得税(地方40%部分,不含中央财政通过调库分配我省的跨省市总分机构企业)、个人所得税(地方40%部分,不含储蓄存款利息)、城市维护建设税、房产税、城镇土地使用税、土地增值税和契税	45%	海口市	55%
	35%	三亚市、洋浦	65%
	25%	其他市、县	75%

表3 内蒙古关于进一步完善自治区与盟市财政管理体制的意见(内政发[2011]142号)

自治区收入	盟市收入		
内蒙古集通铁路(集团)公司、电力(集团)公司集中缴纳的增值税25%部分,城市维护建设税和教育费附加收入	城市维护建设税(不含自治区级收入规定的城市维护建设税)、房产税、印花税、城镇土地使用税、土地增值税、车船税、耕地占用税、契税、固定资产投资方向调节税、烟叶税		
中央财政按比例定期划转我区的跨省市总分机构企业所得税待分配收入			
内蒙古电力(集团)公司、集通铁路(集团)公司、高等级公路建设开发公司、新华发行集团公司、盐业公司、民航机场集团公司的企业所得税40%部分			
工商银行、农业银行、建设银行、中国银行、农业发展银行、国家开发银行的内蒙古分行,人寿保险公司、人民财产保险公司的内蒙古分公司,内蒙古集通铁路(集团)公司集中缴纳的营业税、城市维护建设税和教育费附加收入			
自治区与盟市共享收入分享比例			
收入项目	中央分享	自治区分享	盟市分享
增值税	75%	7.5%	17.5%
营业税	0	10%	90%
企业和个人所得税	60%	10%	30%
资源税	0	65%	35%

表 4 湖北省关于进一步调整和完善分税制财政管理体制的决定(鄂政发[2010]64号)

省级收入分享比例			收入项目	中央分享	市县分享
收入项目	中央分享	省级分享	增值税	75%	25%
铁路运输企业、国有邮政企业、工商银行、农业银行、中国银行、国家开发银行、农业发展银行、进出口银行、中央汇金投资公司、建设银行、建银投资公司、石油天然气股份公司、石油化工股份公司、海洋石油天然气企业等缴纳的企业所得税以及铁道部缴纳的铁道营业税、各银行总行和保险总公司缴纳的金融保险营业税	100%	0	企业所得税、个人所得税	60%	40%
			营业税、房产税、资源税、城市维护建设税、印花税、城镇土地使用税、土地增值税、车船税、耕地占用税、契税、烟叶税和其他税收收入	0	100%
中央财政调库划转的跨省市总分机构企业所得税地方分享部分,中央核定我省个人储蓄存款利息所得税省级 40% 部分,铁路、高速公路等另有规定由省直接集中征收有专项用途的税收					
省级与市县共享收入分享比例					
收入项目			中央分享	省级分享	市县分享
中央消费税、增值税增量返还			/	32%	68%

表 5 浙江省关于完善财政体制的通知(浙政发[2012]85号)

省级收入	市、县(市)级收入
全省电力供应业企业缴纳的增值税 25% 部分、企业所得税 40% 部分,全省银行及保险、证券、典当、担保、租赁、信托等非银行金融企业缴纳的营业税 60% 部分	增值税 25% 部分
	企业所得税 40% 部分
	个人所得税 40% 部分
中国移动浙江公司、沪杭高速浙江段等跨地区经营、集中缴纳所得税等地方分成部分	全省银行及保险、证券、典当、担保、租赁、信托等非银行金融企业缴纳的营业税 40% 部分
	其他营业税、城市维护建设税、房产税、城镇土地使用税、土地增值税、耕地占用税、契税

表 6 广东省调整完善分税制财政管理体制实施方案(粤府[2010]169号)

省级收入分享比例			市县收入分享比例		
收入项目	中央分享	省级分享	收入项目	中央分享	市县分享
地方铁路(三茂铁路总公司、广梅汕铁路总公司)和南方航空集团公司运输营业税,金融保险业营业税(不含各银行总行、各保险总公司集中缴纳的营业税);中央返还总分机构企业所得税;消费税、增值税增量中央 1: 0.3 系数返还部分	/	100%	增值税(不含属于省级收入部分)	75%	25%
电力增值税(维持原体制执行范围不变)	75%	25%			

南方电网公司、中国电信广东公司、中国移动通信集团广东有限公司、广东电网公司、广东中烟工业有限责任公司和省粤电集团有限公司企业所得税	60%	40%		
省级与市县共享收入分享比例				
收入项目	中央分享	省级分享	市县分享	
企业所得税(不含属于中央和省级收入部分)、个人所得税(含利息所得税)	60%	20%	20%	
营业税(不含各银行总行、各保险总公司集中缴纳的营业税以及属于省级收入部分)、土地增值税	/	50%	50%	

中央和省税收分成规则的变动是促使各省的规则进行调整的主要原因,但调整的方向却未必是同向的,省与地级市、省直管县之间财力和事权的划分规则终究还是取决于该省的实际。省级预算单位根据实际情况调整税收分成比例,例如,“在省级调控能力不减的前提下,将新增财力主要用于市、县发展,进一步增强基层政府提供基本公共服务、推动科学发展的能力”。^[54] 尽管省级预算单位无权决定是否开征新的税种或改变征收范围,但有权决定其依法取得的税收利益如何在省内分配,也保持着很大程度的地方事务决定权。基层财政困难可以说是预算级次过多、纵向链条过长、事权过度分散和税权过于集中等原因共同导致的,解决问题的关键在于省级预算单位如何在省内合理分配税收利益。浙江模式即使没有按照分税制决定的要求,中央财税部门也很难当然判定浙江模式违法。浙江模式的合理性来源于县域经济发展和县级财力保障的客观需要,实施效果之好甚至使其赢得了中央的“默许”。

想要从根本上解决有害税收竞争的问题,还是应当考虑向省级预算单位适当分配税收立法权。对实行财政分权制的国家而言,地方要么在中央制定的基本原则下享有较高级别的税收立法权,如日本;要么保留所有不让渡给联邦的剩余税收立法权,如美国;当然,也有部分国家的地方只能行使较低程度的税收立法权。在德国,“州的立法权限主要分布在授益行政、规划行政、媒体行政和扶助行政等领域”,“一些州法上的税收法律具有调整经济的倾向,尤其是关于地方消费税和奢侈品税的税收法律”。^[55] 在日本,“有关国家和地方之间分配税源的问题,不单纯是财政政策论的问题,而是涉及宪法中的自治体财政权的问题”,“国家制定的地方税法在本质上属于标准法”,“如果某个自治体要依据地方税法的规定征税的话,有必要再次在该租税条例中进行规定”。^[56] 在美国,《国内收入法典》(Internal Revenue Code)仅仅是联邦税法典而已,各州都有自己的税法典。国民享有“用脚投票”的迁徙自由,即便如此,美国各州之间也没有出现严重的税收竞争问题。可见,地方享有部分税收立法权可以有效开发税源、均衡分配税负,有助于在根本上遏制税收竞争发生的可能性。

(二) 行为限禁:消除有害税收竞争

分税制最大的成就之一是促使中央和地方都对征税产生了浓厚兴趣,它承认政府间税收竞争的

[54] 江苏省《关于调整完善省以下财政管理体制的通知》(苏政发[2014]12号)。

[55] [德]罗尔夫·施托贝尔:《经济宪法与经济行政法》,谢立斌译,商务印书馆2008年版,第364-365页。

[56] [日]北野弘久:《日本税法原论》(第5版),郭美松、陈刚译,中国检察出版社2008年版,第252-253页。

客观存在,致力于通过制度来规制税收竞争,由此,奠定了税收长期超常增长的制度基础,也为经济社会发展提供了中央和地方激励相容的税制环境。“地方政府在地区的经济增长中扮演了一个非常重要的角色,他们那种寻求一切可能的来源进行投资、推动地方经济发展的热情在世界范围内也是罕见的”,晋升锦标赛“提供了一种具有中国特色的激励地方官员推动地方经济发展的治理方式”。^[57] 地方政府积极开拓税源,不仅是支持地方官员晋升的政绩,而且会提高公共服务供给能力、赢得广泛的社会赞誉。“中央政府单方面强加它的决定给各省并改变政府之间的权力分配,就算不是不可能,也逐渐变得更加困难”,“各省在它们的管辖权之内,对经济事务和某种程度的政治事务负主要责任”。^[58] 如果省级预算单位有权决定如何取得、而不只是怎样分配税收利益,就能更有效地消除有害税收竞争。与实行财政分权制的国家相比,不难发现,税收竞争的根本内因就在于整体税源不足。

省级预算单位与省内大型企业的关系也很特殊,典型事例是适用于所有企业集团的总部汇总纳税制度:税收集集中到非主要税源所在地的企业总部机构所在地,由此,产生所谓“总部经济”。^[59] 我国《企业所得税法》规定,“居民企业在中国境内设立不具有法人资格的营业机构的,应当汇总计算并缴纳企业所得税”,而非居民企业可以“选择由其主要机构、场所汇总缴纳企业所得税”。属于中央与地方共享范围的跨省市总分机构企业缴纳的企业所得税,应当按照统一规范、兼顾总机构和分支机构所在地利益的原则处理:“总分机构统一计算的当期应纳税额的地方分享部分,25%由总机构所在地分享,50%由各分支机构所在地分享,25%按一定比例由中央财政在各地间进行分配。”^[60] 该规则试图避免汇总纳税制度引发税源地和纳税地的税收竞争。为了吸引大型企业到辖区内投资,地方政府也会竞相制定税收优惠或税收返还、财政补贴、经营贡献奖励等政策措施,然而,它们最容易超出合理限度,应予以限制甚至禁止,以消除有害税收竞争。“地方政府不得在税法明确授予的管理权限之外,擅自更改、调整、变通国家税法和税收政策”,“各地区、各部门不得以先征后返或其他减免税手段吸引投资,更不得以各种方式变通税法和税收政策,损害税收的权威”。^[61]

省际税收竞争最典型的事例是跨地域能源供给,资源税由从量改为从价计征的改革有助于解决西部能源大省和东部经济大省之间由来已久的税收竞争问题。当能源价格急剧上涨时,资源税从量计征无法使煤气石油资源储量丰富的西部受益,为此,中央决定在新疆率先进行资源税计征方式改革。中央决定对在新疆开采原油、天然气缴纳资源税的纳税人,按照5%的税率从价计征,^[62] 由此,给新疆带来了相当可观的税收收入:新疆2011年的资源税收入达到65.01亿元,而2009年仅为12.28亿元。^[63] 5%的税率是中央在“西部能源大省提出的8% - 10%”和“中国石油天然气集团公司、中国石油化工集团公司等中央能源企业提出的2%”等建议中所作的折衷选择,明显低于国际上通行的10%到50%的资源税税率。资源税从价计征其实没有什么技术障碍,由此,自2014年12月1日起,

[57] 周黎安:“中国地方官员的晋升锦标赛模式研究”,载张军、周黎安主编:《为增长而竞争——中国增长的政治经济学》,格致出版社、上海人民出版社2008年版,第113、135页。

[58] 同注11引书,第35页。

[59] 江苏、浙江、福建、江西、广东等省很多地级市制定了促进、鼓励、加快发展总部经济的规范性文件。

[60] 财政部、国家税务总局、中国人民银行《跨省市总分机构企业所得税分配及预算管理办法》(财预[2012]40号)。

[61] 国务院《关于加强依法治税严格税收管理权限的通知》(国发[1998]4号)、《关于纠正地方自行制定税收先征后返政策的通知》(国发[2000]2号)。

[62] 财政部、国家税务总局《新疆原油天然气资源税改革若干问题的规定》(财税[2010]54号)。

[63] 参见国家统计局网站相关年度的《中国统计年鉴》。财税[2010]54号文是2010年6月1日发布的,新疆2010年资源税收入32.47亿元不足以反映改革效果。

煤炭的资源税改为按照2% - 10%的幅度税率从价计征;原油、天然气矿产资源补偿费费率降为零,相应将两个税目的资源税适用税率由5%提高至6%。^[64]上述企业的总部和注册地通常设在北京、上海等,西气东输管道工程的经营者——中国石油天然气股份有限公司西气东输分公司的注册地和管理机构设在上海,^[65]都会使企业所得税、营业税等缴入东部经济大省。在西部能源大省和东部经济大省之间重新分配资源税收益可谓消除省际有害税收竞争的协调性措施。

税收竞争本身是中性的,无所谓对错,“最重要的是,它能够通过鼓励政策制定者采取明智的税收政策来促进经济增长”,“就所有的意图和目的而言,税收协调的提倡旨在阻止由税收竞争引起的税率下行压力”。^[66]法律需要限制或禁止的是有害或称恶性税收竞争,经济合作与发展组织(OECD)指出,税收优惠政策有可被接受和不可被接受之分。有些国家认为,税收竞争和税制的相互作用可能产生负面影响,但另外一些国家却不这么认为,因此,需要反对的是避税港和有害税收优惠政策。^[67]税收优惠政策可以分为激励性或照顾性的,“无论是哪种优惠,都是出于不同税收法律政策的考虑。而在确定这些政策时,除了经济因素的考虑之外,主要需考虑主体及其行为是否具有公益性和公平性、是否具有营利性”。^[68]与照顾性税收优惠的正当性很少受到质疑不同,激励性税收优惠通常更加容易引发争议,这也是税收竞争的制度诱因。“由于其规则本身的复杂性,还因为税务机关要对由税收鼓励的适用所必然引发的税务筹划采取反避税措施,税收鼓励使税收体制变得复杂化。”^[69]

税收的核心职能是组织收入和宏观调控,前者是基本职能,是财政之根本,而后者是延伸职能,是经济之保障。税收优惠安排往往为了实现比筹集财政收入更重要的宏观经济目标或引导纳税人从事国家鼓励的行业或实施其他行为。激励性税收优惠不以量能课税为基本原则,其合理界限主要通过法律来确定。“税收只有在极少的情形中才被特别地用来代替规制”,但“税收造成的难题迥异于与经典规制相伴的那些难题,这一事实正表明必须考虑将税收体制作为一个可能的替代性选择”。^[70]如果税收的组织收入功能弱化、宏观调控功能强化,就更可能诱发税收竞争,法律规制税收竞争的行为限禁路径主要通过构建税收协调机制或置入司法裁判架构来解决。“中央和地方关系纠纷在性质上属于法律争议,因而必须建立司法性质的机构才能有效解决。建议在全国人大常委会之下设立中央与地方法律审查委员会,专门负责处理中央与地方法律争议。”^[71]当然,与行政架构内的税收协调机制相比,司法裁判架构的主张是长远的、根本性的制度安排,是解决问题最为理想的法律机制。

四、结论

法律规制税收竞争的可能性,关键系于省级预算单位一身,其既是规则制定者、政策执行者和竞

[64] 参见财政部、国家税务总局《关于实施煤炭资源税改革的通知》(财税[2014]72号)、《关于调整原油、天然气资源税有关政策的通知》(财税[2014]73号)。

[65] 参见国家税务总局《关于西气东输管道运输业务营业税纳税地点问题的通知》(国税函[2004]1434号)。

[66] Daniel J. Mitchell, *The Economics of Tax Competition: Harmonization vs. Liberalization*, Briefing Paper of Adam Smith Institute, Nov. 2009, at 4.

[67] See OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 1998, at 15.

[68] 张守文:《税法疏议》,北京大学出版社2005年版,第146页。

[69] [美]V. 图若尼主编:《税法的起草与设计》(第2卷),国家税务总局政策法规司译,中国税务出版社2004年版,第1011页。

[70] [美]史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社2008年版,第242-243页。

[71] 张千帆:《国家主权与地方自治——中央与地方关系的法治化》,中国民主法制出版社2012年版,第357-358页。

争当否的裁判者,又是竞争参与者。地方政府过度依赖土地财政、地方债发行偿还日趋失控,彰显地方财政收支结构严重失衡、基层财力远远不足以匹配事权等深层次问题。当前,税收体制法远未发展成型,省级预算单位的地位更加举足轻重,近年的中央经济政策屡次提及“逐步健全地方税体系,赋予省级政府适当税政管理权限”。在地方税税种由中央统一立法的前提下,应当赋予省级预算单位部分非基本课税要素的制定权。“在中央规定地方税设立原则的基础上,赋予各省开征地方税的权力”,“省以下财政体制应当由中央统一作出原则规定,明确收入分享的比例、省以下纵向和横向均衡的要求,促进公共服务均等化”。^[72] 省级预算单位享有省以下税收利益分配的决定权,加上其将来可能分享到的税收立法权这一如何取得税收利益的决定权,对税收竞争的影响更甚。省级预算单位如何演绎这些角色,决定了税收竞争能否受到有效的法律规制:创制合理的税收分成规则可以避免税收竞争过度,而裁定税收管辖权的归属及划定其行使的界限则可以有效消除过度的税收竞争。

Why Is It Possible That Tax Competition Regulated by Law? Based on Quadruple Legal Roles of Provincial Budget Units in China

Ye Shan

Abstract: Among budget systems in every country, the highest level of local budget units such as provinces are essential budget level between the Central and local governments, and have played an important role in guiding, promoting and safeguarding national economy and social development. Whereas tax competition beyond reasonable limitation will damage resource allocation efficiency and affect benefit distribution fairness. Necessity of legal regulation of tax competition is without redundancy, while possibility of legal regulation is a difficult problem throughout the world that deserves to deepen theoretical research. Provincial budget units in our country play four kinds of distinct legal roles: makers of tax division rules under province, policy executors of basic funding for county-level governments, interprovincial or ministry-province-county tax competition participants and judicators to judge whether tax competition is fair inside the province. Possibility of tax competition regulated by law achieves through compound paths of creating norms and limiting or prohibiting behaviors mainly in order to regulate tax competition inside the province, interprovincial or ministry-province-county tax competition whose generation mechanism is widely different. Improving tax division rules may avoid excessive tax competition, while limiting or prohibiting harmful tax competition can maintain tax competition order.

Keywords: tax competition; provincial budget units; legal regulation; legal roles; creating norms; limiting or prohibiting behaviors

(责任编辑:杨琦萍)

[72] 同注8引书,第55页。

技术侦查措施合宪性审查中的动态平衡保障理论

田 芳*

摘 要:科技的发展是一把双刃剑,它既可以使警察更快速地侦破案件,也可以使犯罪分子更方便地实施犯罪。美国判例法发展出公民隐私权的动态平衡保障理论,强调技术中立原则,认为侦查技术的发展不应改变公民隐私权与警察保障公共安全之间的平衡关系。我国新《刑事诉讼法》用专章规范了技术侦查措施的适用范围和审批程序,但对什么是技术侦查措施予以了回避。技术侦查措施的界定应从平衡公民基本权利和警察侦破案件能力两者之间的关系入手。

关键词:技术侦查措施 合理隐私期待 动态平衡关系

2012年新修正的《刑事诉讼法》用专门的章节对技术侦查措施的适用范围、对象、条件以及适用程序进行了规范,还在一定程度上提供了对抗滥用技术侦查措施的救济程序。^[1]很多学者对之予以高度的肯定,认为相关的法律规范体现了基本的法治原则,^[2]这将改变我国侦查机关在司法实务中一直使用技术侦查措施,但却缺乏法律明确授权的尴尬状态;改变我国刑事侦查过度依赖犯罪嫌疑人的口供,刑讯逼供屡禁不绝的无奈状态;^[3]实现既能提高侦查犯罪的效率又能有力地保障人权的双赢目标。^[4]也有学者提到了我国规制中的不足,如技术侦查适用对象模糊,审批程序缺乏外部监督等问题。^[5]无论是立法实践还是理论探讨,人们都注意到了对技术侦查措施实施程序控制的重要性,^[6]然而对于什么样的行为才构成法律所要求的需要严格审批的技术侦查措施这一前提性和实体性问题,大家却有意或无意地予以了回避。根据相关的立法资料,当初立法机关曾试图将技术侦查措施概念的内涵与外延予以明确规范,但由于种种原因,立法者放弃了这一尝试。^[7]新《刑事诉讼法》

* 南京大学法学院副教授,法学博士。本文是教育部人文社会科学规划基金项目“刑事非法证据排除规则适用中的宪法原理研究”(项目号:13YJA820044)的阶段性成果,也是江苏省法学会法学研究项目“科技发展对刑事诉讼法证据条款解释的影响”(项目号:SFH2012D06)的研究成果,并受南京大学985第三期项目“社会转型与法治发展”项目(项目号:010522613001)的资助。

[1] 新《刑事诉讼法》第54条就是最受关注的“非法证据排除条款”,该条款规定,非法获得的言辞证据、物证书证将不会被法院所采用。警察如果违反技术侦查措施实施的法定程序,其所获得的物证将会被法院排除。这实际上是对抗滥用技术侦查措施的一种重要救济程序。

[2] 即重罪原则、人权原则、程序法定原则以及必要性原则。李明:“进步与不足:新刑事诉讼法技术侦查措施规定之反思”,载《时代法学》2013年第1期,第59-66页。

[3] 万毅:“证据‘转化’规则批判”,载《政治与法律》2011年第1期,第130-140页;王新清、姬艳涛:“技术侦查证据使用问题研究”,载《证据科学》2012年第4期,第408-413页。

[4] 李慧英、徐志涛:“论我国技术侦查措施的法定化”,载《中国刑事法杂志》2012年第7期,第86-89页。

[5] 胡铭:“技术侦查:模糊授权抑或严格规制——以《人民检察院刑事诉讼规则》第263条为中心”,载《清华法学》2013年第6期,第36-45页。

[6] 胡铭:“英法德荷意技术侦查的程序性控制”,载《环球法律评论》2013年第4期,第6页。

[7] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著:《〈关于修改刑事诉讼法的决定〉解释与适用》,人民法院出版社2012年版,第156页。

颁布之后,也有学者尝试着从法规范解释的角度对技术侦查措施予以界定。^[8] 其实,技术侦查措施就是警察借助科技的力量来提升自己侦破案件的能力。随着科技的发展,犯罪分子实施犯罪越来越隐秘,警察也就需要不断提升技术侦查能力。但警察是国家公权力的代表,在实施技术侦查措施时必须考虑到是否会侵犯公民的隐私权。而对这一问题的回答并不能简单地从法规范推演出来,它需要根据具体情形来确定。美国判例法明确了哪些技术侦查措施在哪些情形下使用时会侵犯公民的隐私权,并需要事先审批,否则将构成非法取证,所获得的证据将会被法院排除。法院在作出这些判断时,需要平衡公民隐私权保障与社会公共安全利益之间的关系。

一、“禁止非法搜查”与“合理隐私期待”标准

传统的宪法和人权宣言所列举的基本权利中都没有隐私权这一权利类型。从一定的意义上说,正是技术侦查措施的发展才催生了现代隐私权概念的诞生。其最初的概念内核是从传统的“免于非法搜查基本权利”中发展出来的。

(一)“搜查”界定的传统标准:住宅—庭院—开放地带

美国联邦宪法第四修正案是权利法案的核心条款。美洲殖民地人民反对英国王权统治最主要的原因之一,就是其统治者没有任何节制的搜查行为。当时英国统治者为了制止美洲殖民地人民的走私行为,授权王室海关官员拥有无限制的搜查权。他们可以在任何时候、任何地方,针对任何人进行他们所想进行的任何搜查。美国立宪者正是想通过第四修正案制止搜查权的滥用。第四修正案^[9]禁止警察在调查取证时实施“不合理的搜查和扣押”,规定搜查证的颁发要有充分可能理由,搜查证必须写清搜查的范围、地点和对象等。^[10] 警察的侦查行为如果构成了第四修正案所定义的“搜查”,要事先向法院申请搜查令,否则就构成“非法搜查”。但搜查令的颁发并不是“合法搜查”与“非法搜查”的划定标准,已获得搜查令的搜查行为并不必然合法,法院对治安法官所颁发的搜查令还可以进行再次的司法审查,即警察申请搜查令时受到治安法官的初次审查,案件上诉到法院后,如果犯罪嫌疑人提出警察有违法行为,搜查令将受到法院的再次审查。

警察的哪些侦查行为构成了第四修正案所定义的“搜查”,是适用美国第四修正案首先要解决的问题。在1967年以前,“搜查”概念的界定一直是与侵权法紧密相联的,即是否存在对住宅物理性的入侵。^[11] 因此区别室内与室外是第四修正案适用的最基本法则。联邦最高法院将住宅定义为“处于第四修正案最核心的地位”。^[12] “非法入侵住宅是第四修正案最直接抑制的邪恶。”^[13] 法学理论也

[8] 万毅:“解读‘技术侦查’与‘乔装侦查’——以《刑事诉讼法修正案》为中心的规范分析”,载《现代法学》2012年第6期,第180-193页。

[9] U. S. CONST. amend. IV (The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized).

[10] 搜查令的颁发需要符合法定三要件,即(1)搜查令必须是由一个中立的、分立的地方法官发出的;(2)是申请令状,警察必须出示有着宣誓支持的可能原由;(3)是令状必须清楚地写清搜查的地点以及具体的对象,或者具体的人。Robert M. Bloom & Mark S. Brodin, *Criminal Procedure: The Constitution and the Police* 46(6th ed., Wolters Kluwer Law & Business 2010).

[11] Bloom and Brodin, *supra* note 10, at 34.

[12] *Wilson v. Layne*, 526 U. S. 603, 612 (1999).

[13] *United States v. U. S. Dist. Court for the E. Dist. of Mich.*, 407 U. S. 297, 313 (1972).

认为,不受侵犯的住宅就是第四修正案所要保护的最主要内容。^[14] 进入住宅就会被法院推定为构成了第四修正案所定义的搜查,对公民的基本权利造成了侵害,除非有法院事先颁发的搜查令,否则就构成了非法搜查。同时法院还认为,“与住宅紧临的家庭庭院区域”也是受第四修正案保障的地方。^[15] “家庭庭院”是指离家庭住宅如此近距离的地方,以至于使一个人可以非常轻易地通过开着的门窗看清室内的情况。“个人不仅对于住宅拥有免于不合理搜查的权利,而且对于紧临住宅周围的庭院也拥有同样的权利。”^[16] 因此家庭住宅与其庭院获得第四修正案最高程度的保障。而政府在住宅和庭院之外所进行的调查是不需要任何理由或授权的。警察被允许走在公共街道上,去看去听任何其他他人可以看、可以听的东西。无人居住地或还没被开发的地方,即使安插了“不得进入”的牌子,即使这一土地是属于某人的私人地产,也不受第四修正案的保护,因为这属于“开放地带”。^[17] 室内与室外的区分,使人们在哪儿,要去哪儿等信息暴露给政府,但将一些重要的信息隔离起来免于政府刺探。这也体现了第四修正案所确立的最基本平衡关系。^[18]

(二)“搜查”界定的现代标准:“合理隐私期待”

警察行为如果构成了普通法中的物理性入侵,那么就构成第四修正案的“搜查”。但随着侦查手段和方式的进步,特别是技术侦查措施越来越多地被用于案件的侦破之中,对某一嫌疑人的监控、监听完全可以在没有任何物理意义上的入侵情况下完成,传统意义上的“搜查”概念过时了。电话窃听是第四修正案面临的第一个挑战。

1928年的奥姆斯特德(Olmstead)案^[19]是联邦最高法院第一次面对警察通过窃听电话收集证据是否构成非法搜查的案例。奥姆斯特德从事大宗白酒走私活动,他经常利用他家和办公室的电话与走私团伙联系,把威士忌从加拿大走私到华盛顿州的西雅图市,因此违反了联邦禁酒令。联邦侦查人员爬上奥姆斯特德家和办公室外马路边的电杆上,窃听他的电话内容。^[20] 该案形成了5比4的对立表决。多数意见认为,电话的发明使人们与远方友人的交流成为了可能,通过电话与远方友人交谈就好像走到室外与其他人交谈一样。塔夫脱(Taft)大法官更是将电话线类比成高速公路,正如高速公路不是住宅或办公室的一部分一样,沿着高速公路所布设的电话线也不是房屋或办公室的一部分。传递交谈内容的电话线也就不可能像住宅一样受宪法第四修正案的保障。^[21]

布兰代斯(Brandeis)大法官撰写了著名的反对意见。他认为,在第四修正案制定时政府必须通过强行进入房间才可获得有关个人犯罪证据。但时间改变了这一切,政府拥有了更微妙的、更广泛的手段侵犯个人隐私自由。第四修正案应阻止政府利用新技术对公民隐私权利实施侵害,以确保在科技

[14] Stephanie M. Stern, *The Inviolable Home: Housing Exceptionalism in the Fourth Amendment*, 95 Cornell L. Rev. 905 (2010).

[15] *Dow Chem. Co. v. United States*, 476 U.S. 227, 237 n. 4 (1986).

[16] Carrie Leonetti, *Open Fields in the Inner City: Application of the Curtilage Doctrine to Urban and Suburban Areas*, 15 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 297, 301 (2005).

[17] *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984). 该案首次确立了开放地带原则。

[18] Orin S. Kerr, *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 Mich. L. Rev. 561, 574-575 (2009).

[19] *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

[20] 在当时利用电话实施犯罪,警察窃听电话都是非常新鲜的事。当时仅有1/3的家庭拥有电话,而这1/3的家庭电话又绝大部分是与其他家庭共享的分机。电话还没有被广泛地用于社会交流,被认为仅仅是商业或紧急情况下才使用的交流工具。Claude S. Fischer, *America Calling: A Social History of the Telephone to 1940* 66-84 (University of California Press 1994).

[21] *Id.* at 466.

日新月异的情况下,不至于使第四修正案的保护变得“无用而成为一个没有生命的公式”。^[22]“政府针对个人隐私而实施的不合理的侵犯,不管其手段如何,都应被视为对第四修正案的侵犯。”^[23]

40年之后,最高法院在1967年卡兹(Katz)案^[24]中推翻了奥姆斯特德案。联邦警察得知卡兹经常利用公用电话组织人们进行非法赌博,于是他们在没有搜查令的情况下,将电话窃听器安放在公用电话亭窃听他的通话内容。卡兹认为公用电话亭就像住宅一样受宪法的保护,因此对他通话的公用电话亭实施窃听构成了搜查。^[25]但是警察引用奥姆斯特德案,认为电话亭并不是住宅。最高法院则认为本案并不需要考虑公用电话亭是否与住宅一样受保障,因为卡兹利用公用电话亭打电话这一行为本身就受到宪法的保障。“某人走进公用电话亭,将门关上,投入钱币使电话开始工作,他当然有权利认为,他通过话筒说话并不是在向全世界人民做广播。”^[26]

只有哈兰(Harlan)大法官是从法律标准角度来支持卡兹案的多数意见,他的意见后来被法院采纳作为检验警察取证行为是否构成搜查的宪法性标准。哈兰大法官认为,如果一个人主观上期待保护某种隐私,而这种隐私期待又被社会普遍认为是一种合理的期待,^[27]那么政府的行为将构成“搜查”。“政府在实施窃听并记录窃听内容时侵犯了卡兹在使用公用电话亭所信赖的隐私期待利益,因此政府的行为构成了第四修正案所禁止的搜查。”哈兰大法官并没有解释什么构成合理隐私期待,也没有说明大法官如何判定社会的普遍想法。而正是这一标准的开放性,使这一标准变得非常有力。

1967年的卡兹案将第四修正案带入了现代。第四修正案保障的是人而不是地方,对第四修正案的解读不再仅仅停留于探究是否存在空间物理意义上的入侵,^[28]而从公民隐私权的角度来进行。正是技术侦查措施的广泛使用,使宪法意义上的“搜查”概念与“公民隐私权”保障联系起来。在科技还没有充分发展之前,警察侦破案件往往需要实质性地进入嫌疑人的住宅或其所在的物理空间,但是现代科技的发展使得警察不用破门而入就可以获得大量的证据。如果说传统宪法基本权利“禁止非法搜查”,主要是保障公民的住宅或一定的物理空间不受政府公权力的任意入侵,现代“禁止非法搜查”基本权利则还包涵了禁止政府随意运用高科技手段来刺探公民信息。美国在20世纪中叶之后,有关第四修正案争议的案件很多都涉及到技术侦查措施使用的合宪性问题。

二、技术侦查措施对“合理隐私期待”标准的挑战

美国法中并没有技术侦查措施这一概念。警察利用技术手段获取的证据类型可谓五花八门,有违禁物品、犯罪行为、违禁物品的气味、^[29]人体的排泄物、血液、尿液甚至人体的血压、肌肉张弛度^[30]等。我们很难对这些证据类型予以一一分类。对于技术侦查本身的分类也是很困难的。如缉毒犬、

[22] *Id.* at 473.

[23] *Id.* at 478.

[24] *Katz v. United States*, 389 U. S. 347 (1967).

[25] *Id.* at 349-350.

[26] *Id.* at 352.

[27] *Id.* at 361.

[28] *Id.* at 353.

[29] 如缉毒犬、搜暴犬等,是搜集违禁物品的气味。

[30] 如测谎仪常常通过测试受测试者身体各种体征的变化来判断其心理。

搜暴犬的使用是否也可以视为技术侦查?控制下交付、乔装侦查也可以视为技术侦查^[31]因此美国法更强调从实质意义上探讨警察取证行为是否对公民的基本权利产生了过重侵害,那些可能会严重侵犯公民基本权利的取证行为是要事先获得批准的,否则所获得的证据将会被法院排除。美国法对于警察技术侦查行为的审查,仍然在于探讨其是否侵犯了公民的合理隐私期待。

(一) 电话号码的监控:电话号码是否属于“合理隐私期待”

在1979年的史密斯(Smith)案^[32]中,巴尔的摩市警察怀疑史密斯通过电话恐吓实施抢劫,于是警察要求电话公司安装一个监控器。这种被称为“拨号记录器”的装置能显示从史密斯公寓所拨打出去的电话号码。警察利用这一信息申请到了搜查令,找到了史密斯实施抢劫的证据。史密斯认为这一证据必须被排除,因为他所拨打的电话号码这一信息受第四修正案的保护。最高法院认为,第四修正案并没有延伸到此。当人们拨出电话号码时,他已经向电话公司透露了电话号码。法院还强调,在早期这一工作是由人工(接线员)来完成的,当打电话的人向电话接线员说出他想拨打的电话号码时,他对电话号码就没有了隐私期待。电话公司虽然现在不再使用电话接线员,但不能因为电话自动化,电话号码的保护就会有所不同。^[33]

(二) 空中秘密侦查:构建了篱笆的后花园是否属于“合理隐私期待”

在1986年的卡拉罗(Ciraolo)案^[34]中,警察接到一个匿名举报,说卡拉罗在其后花园种植大麻。由于后花园有一层六英尺高的外层篱笆和一层十英尺高的内层篱笆,警察根本无法站在地面上观察卡拉罗的花园,于是警察借来一架私人飞机,在一千尺的高空飞过其花园。通过这一侦查手段,警察看到了后花园种植的大麻。加利福尼亚上诉法院认为,无证低空飞行是未经允许地入侵了卡拉罗家的庭院,构成了非法搜查。^[35]但是最高法院却推翻了加利福尼亚上诉法院的判决。虽然后花园以及后花园内的物品都属于卡拉罗家的庭院范围,但是任何坐在飞机上的人,向下一看都能看见花园内种植的大麻,卡拉罗是有意将自己的违法行为公之于众。^[36]因此卡拉罗对于其后花园的隐私期待是“不合理的”。三年之后,最高法院在1989年的莱利(Riley)案^[37]中重申了这一原则。

(三) 无线电追踪仪追踪:物品的行踪是否属于“合理隐私期待”

在1984年的诺茨(Knotts)^[38]案中,明尼苏达州的执法人员怀疑某人购买氯仿^[39]用于非法毒品的

[31] 虽然我国新《刑事诉讼法》第151条将控制下交付、乔装侦查都归在了“技术侦查措施”一节中,但其实这两种传统的侦查措施恰恰并不强调使用高科技手段,而更多地是依赖于人。本文所考虑的技术侦查是属于狭义概念上的,即只考虑与使用技术相关的侦查措施,而控制下交付、乔装侦查并不在本文的讨论范围之内。不过有意思的是,美国法对于乔装侦查和控制下交付采取的是普通法标准,即这种侦查措施很早就已存在了,所获得的证据一直是被法院所采用的。当然美国法也用新的理论去解释,如第三方理论、风险估计理论等。

[32] *Smith v. Maryland*, 442 U. S. 735.

[33] *Id.* at 744-745.

[34] *California v. Ciraolo*, 476 U. S. 207 (1986).

[35] *Id.* at 209.

[36] *Id.* at 213-214.

[37] *Florida v. Riley*, 488 U. S. 445 (1989). Riley案的事实与Ciraolo案有着惊人的相似性。警察接到一个匿名举报,说Riley在其后花园的温室中种植大麻。由于不透明的玻璃,警察无法看清温室内的植物,于是警察开着一架直升机从Riley家的400英尺的高空飞过。在高空警察通过温室屋顶的透明玻璃观察到了温室内种植着大麻。佛罗里达州最高法院利用传统的庭院原则,认为对庭院实施无证搜查侵犯了Riley第四修正案的权利。最高法院推翻了这一判决。法院认为,警察在法律允许的公共领域内进行观察不构成违宪。

[38] *United States v. Knotts*, 460 U. S. 276 (1984).

[39] 英文名Chloroform,一种可以提取毒品的化学物质。

生产,获得店主的同意后,执法人员将一个无线电发生装置安放在一个装有氯仿的滚筒中,并与店主商量好,当嫌疑人再来购买时,把安装有无线电发生装置的氯仿卖给他。嫌疑人购买了这桶氯仿后,将它安放在了汽车中,警察一路跟踪这辆汽车。在跟踪的大部分过程中,警察同时可以用肉眼观察到被追踪的汽车,只是在最后当嫌疑人将汽车驶入一间小屋,警察不得不依赖无线电发生装置来确定汽车到底停在了哪间小屋里,最后确定这间小屋是属于诺茨的。根据这一信息警察申请到了搜查令,对汽车停泊的小屋实施了搜查,在这间小屋内发现了大量的毒品。诺茨认为警察利用无线电追踪仪实施追踪构成了“非法搜查”。法院认为,当一个人开着汽车在马路上行驶,汽车从什么地方开出,到什么地方停下,这些信息是自愿传递给任何人的,开车人对这些信息没有隐私期待利益。因此警察利用无线电追踪仪收集信息不构成搜查。无线电追踪仪仅仅使以前法律所允许的裸眼侦查变得更容易。

在紧随其后的卡罗(Karo)^[40]案中,法院对诺茨案的适用范围予以了进一步的明确。药品监管局工作人员在获得店主(该店主是政府的线人)同意的情形下,在一听以太^[41]中安装了无线电发生装置。这一听以太随着其他50加仑以太卖到了嫌疑人手中。这批以太被嫌疑人转展了很多地方,其中有仓库、私人停车库等地。联邦调查人员一路跟踪,最终确定了这批以太的地点,并根据这一调查信息申请了搜查令。卡罗和他的同伙因拥有并试图销售毒品被逮捕。卡罗的辩护律师申请将这些证据的绝大部分内容排除,因为这些证据是通过非法搜查而获得的。法院的多数认为,在装有以太的听装瓶中安装无线电发生装置,并没有构成搜查。但如果安装有无线电发生装置的物品进入私人领地,无线电发生装置就必须关掉,否则将违反第四修正案。在卡罗案中,被跟踪的物品曾几度进入了私人停车库、仓库等地方。法院认为:无线电追踪仪不能被允许帮助警察做法律不允许做的事情。如果警察认为有必要进入嫌疑人的住宅以证实某个物品确实在房间里,他必须申请搜查令;如果在没有搜查令的情况下,警察偷偷摸摸地这样做了,毫无疑问他的行为构成了第四修正案所禁止的不合理搜查。因此当警察在没有搜查令的情形下,偷偷地利用电子设备收集到他们以前从房间外无法收集到的信息时,就构成了非法搜查。^[42]警察通过无线电发生装置所收集的证据被排除。^[43]

(四) 安装 GPS 实施追踪:公民 28 天的行踪是否属于“合理隐私期待”

GPS(全球卫星定位系统)比无线电追踪仪的侦查能力更高,可以花更少的钱实施更长时间的跟踪,获得更多的信息。第九巡回法院首次在皮内达-莫雷诺(Pineda-Moreno)案^[44]讨论了GPS使用的合宪性问题。毒品管理局的执法人员在没有搜查证的情况下,先后七次将GPS安置在皮内达-莫雷诺吉普车底部。其中有一次,侦查人员安装GPS时,皮内达-莫雷诺的吉普车停在私家车位上。皮内达-莫雷诺的汽车刚刚离开一个疑似大麻种植区,侦查人员通过GPS得到信息,立即通知交通警察将其汽车拦下。警察随后对其汽车和住宅实施了搜查,发现了大量的大麻。在法庭上,皮内达-莫雷诺提出动议要求排除通过GPS所收集到的证据,其理由是,在其汽车底部安置GPS侵犯了他第四修正案免于非法搜查的权利。地区法院驳回了皮内达-莫雷诺的动议,他上诉到第九巡回上诉法院。第九巡

[40] *United States v. Karo*, 460 U. S. 705 (1984).

[41] 英文名 Ether,一种可以提取毒品的化学物质。

[42] *Karo*, 460 U. S. 705, 715 (1984).

[43] 最高法院认为,虽然利用无线电发生装置对卡罗(Karo)的监控违反了第四修正案,但警察申请搜查令的宣誓书包涵了很多并不是通过无线电发生装置而获得的信息(如从储存仓库中所散发的气味,肉眼观察到了汽车内的以太),因此搜查令的颁发是合法的,法院对卡罗的定罪成立。

[44] *United States v. Pineda-Moreno*, 591 F. 3d 1212, 1213 (9th Cir. 2010).

回上诉法院重点讨论了这样一个问题:侦查人员进入私家车位,将GPS安置在其汽车底部,是否侵犯了皮内达-莫雷诺第四修正案权利。第九巡回法院认为,因为皮内达-莫雷诺并没有采取措施防止路人进入他的私家车位,因此他对私家车位也就没有合理的隐私期待,警察安装GPS不构成搜查。

在2012年的琼斯(Jones)案^[45]中,联邦最高法院首次对GPS使用的合宪性问题予以了讨论。2004年FBI和哥伦比亚市政警察局联合调查琼斯和另一嫌疑人,怀疑他们非法持有毒品。调查人员获得了搜查令,搜查令授权他们在哥伦比亚特区对注册为琼斯的汽车安装GPS,搜查令有效期是十天。但是执法人员却于第十一天(搜查令已失效)在马里兰州境内对嫌疑人的汽车安装了GPS。随后执法人员对该辆汽车进行了为期28天的跟踪。通过跟踪,调查人员获得了琼斯和其他一些人进行毒品交易的证据。根据卡罗案所确立的规则,地区法院排除了当汽车停在公寓内时,执法人员所获得的信息,但是对于其他的信息,法院认为可以采用。2010年8月,哥伦比亚特区上诉法院推翻了对琼斯的定罪,认为警察的行为构成了搜查,侵犯了其合理隐私期待利益。2011年的6月,最高法院发出调卷令,讨论两个法律问题:第一,在没有搜查令的情况下连续28天跟踪被告的汽车,监控其在公共街道上的行踪是否违反了第四修正案;第二,在没有搜查令的情况下,秘密地在被告的汽车上安装GPS是否违反了第四修正案。2012年1月23日,最高法院一致判决,政府行为构成了非法搜查,但在构成非法搜查的理由上发生了分歧。

撰写多数意见的大法官斯卡利亚(Scalia)认为,当GPS这一装置在违背汽车主人意思的前提下,安装在汽车上,这毫无疑问是侵权,这违背了第四修正案所禁止的对个人财产所实施的搜查。因此不用考虑政府的行为是否侵犯了公民的隐私期待利益。撰写协同意见的阿利托(Alito)大法官认为,多数意见依赖传统的侵权概念是不可取的。科技正改变着人们对私领域空间的认知,现在“90%的人都会利用互联网,他们平均拥有500多个朋友,他们的朋友一年365天,一天24小时都可以通过手机来确定他们的位置”,因此传统侵权概念不能适用于现代电子时代。在GPS以及类似的电子技术发明之前,对某一嫌疑人进行连续一个月的跟踪,将耗费大量的人力和物力。因此社会的合理期待就是,政府不会花这么多的精力或人力用于跟踪他的行踪。对一辆汽车进行连续28天的跟踪,违背了公民隐私期待利益,构成了搜查。首席大法官罗伯茨(Roberts)将本案与诺茨案区别开来,即将无线电发生装置与GPS区别开来:利用无线电发生装置实施跟踪,警察还需要做许多其他工作,如开着警车跟踪嫌疑人,而GPS装置则可以让警察坐在警察局,在任何他们认为需要的时候,按下按钮就可以发现汽车在什么地方。所以对于短期的跟踪(如诺茨案),政府的行为不构成搜查;而GPS的使用将适用更为严格的标准。

(五) 红外线测温仪:房屋内的温度是否属于“合理隐私期待”

红外线测温仪是通过测量某一物体所发射的红外线波长来确定该物体的表面温度。它能够从一个公共领域测出一个房屋外墙的温度,进而推测出房屋内的温度。由此而引发的一个问题是,从公共领域测得的一个房屋的温度是否构成了第四修正案所说的“搜查”?

联邦最高法院在2001年的克罗(Kyllo)案^[46]中遇到了这一问题。警察怀疑克罗利用高功率的电热灯作为热能发生器,在他自己的车库内种植大麻。从克罗房屋外的街道上,警察利用红外线测温仪,

[45] *United States v. Jones*, 565 U.S. (2012).

[46] *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

测出其车库的一个墙壁和屋顶的温度不正常偏高。法官颁发了搜查令,颁发搜查令的“可能理由”是,被搜查者车库的墙壁和屋顶温度不正常偏高。警察随后的搜查证明了上述怀疑,克罗因此被起诉。而克罗认为警察在没有搜查令的情况下对其车库的温度进行测量,构成了第四修正案所禁止的非法搜查。

斯卡利亚大法官撰写的多数意见一开头就指出,第四修正案正受到来自新技术发展的挑战。“我们现在所面临的问题是,对于蚕食我们隐私权空间的新技术,我们该如何予以限制。”^[47]在回答这一问题时,斯卡利亚大法官更着眼于未来,“虽然在本案中,这项技术还是非常简陋的”,因为它仅仅只测量了车库墙壁的温度,但“我们法院的判决应考虑到这项技术可能达到的复杂水平和将来它可能被运用的情形”,比如说,该项技术最终可能会发展到穿过墙壁而看清房屋内的一切。^[48]斯卡利亚大法官认为,“如果搜查的对象是房屋内部——最典型的也是最容易引起争诉的隐私空间——那么有一个现存的标准,这一标准深深地根植于普通法之中,即在此存在一个最基本的合理隐私期待。我们认为,通过感觉提升仪器而获得在以前如果不通过进入宪法所保护的空間是根本不可能获得的信息,这种收集信息的行为就构成了搜查”。^[49]

三、“合理隐私期待”背后的动态平衡保障理论

(一)“合理隐私期待”与传统的权利平衡状态

美国宪法第四修正案保障公民免于非法搜查,其基本的规则就是公民住宅受高度保障,但是住宅之外的公共区域不受第四修正案的保障,这一规则确定了警察侦查行为与公民权利保障之间的基本平衡状态:如果将住宅之外的公共区域也严格地保障起来,警察侦破案件的能力就会受到极大的影响;如果将公民住宅不予以严格保障,公民的权利就会受到极大影响。因此既要保障公民的宪法基本权利,又不能过于影响警察侦破案件的能力,就要在住宅与公共区域之间划定一条界限,这一界限告诉警察哪一个领域不能随便进入,告诉公民哪一个领域隐私权将不受保护。

美国联邦最高法院在有关第四修正案的案件的审理中,一直希望能维护好这种平衡状态。有关第四修正案的适用规则也围绕着如何维持这种平衡状态展开。联邦最高法院于1967年的Katz案确立了“合理隐私期待”这一概念,后来经过完善归纳为:(1)公民表明了其主观的隐私期待(即对自己的隐私期待采取了某种保护措施);(2)而这种隐私期待也是社会所普遍接受的,^[50]即被告仅仅证明自己具有隐私期待是不够的,这种隐私期待必须有一定的客观合理性。同时,在卡兹案中法院还指出,“当一个人有意将自己暴露于公共视野时,这时就不受第四修正案的保护,即使他在自己的房屋或办公室中”。^[51]只有在当事人努力保护自己隐私的情形下才能获得第四修正案的保障,不可能要求警察从那些一眼就能发现的犯罪证据前离开视线。这又被称为“公共暴露风险”规则。因此当警察站在街道上,透过嫌疑人房屋的门窗,观察到了他室内种植的大麻,嫌疑人就不存在合理的隐私期待利益,

[47] *Id.* at 34.

[48] *Id.* at 36-40.

[49] *Id.* at 34-35.

[50] (1)The citizen has manifested a subjective expectation of privacy; (2)That expectation is one that society accepts as objectively reasonable. *California v. Greenwood*, 486 U. S. 35, 39 (1988).

[51] *Katz*, 389 U. S. 347 at 351.

警察的观察也就不构成“搜查”。同样在这种情形下,警察利用设备提高观察能力,使原本不能被清楚观察到的事情被侦查到,第四修正案也没有被触犯。这些设备如手电筒、^[52]无线照相机、^[53]摄像机、^[54]毒品搜查犬、^[55]直升飞机等。

换句话说,合理隐私期待标准提高了公民宪法基本权利的保障力度,因此法院在创设这一标准的同时也明示了其限度,即“合理隐私期待”要受到“公共暴露风险”规则的限制。“公共暴露风险”规则可以适当地限制公民宪法基本权利,而提高警察的侦查能力。这一规则的内涵实质上是传统“住宅—庭院—开放地带”规则内涵的进一步展开。

但随着技术侦查手段的发展,“公共暴露风险”规则以及传统的“开放地带”规则又受到了挑战。在1984年的诺茨(Knotts)案中,其辩护律师就曾提出,如果允许警察在没有搜查令的情形下就可以使用无线电追踪仪进行追踪,无异于允许警察对某人实施24小时的监控。当时最高法院认为这只是一关于未来的假设,如果这种情形真的出现了,法院会再考虑这一行为的合宪性。“如果被告所预计的这种拉网式执法形式在将来真的出现了,我们也有足够的时间去考虑是否需要采用不同的宪法原则。”^[56]而紧随其后的卡罗(Karo)案就出现了所谓的“拉网式搜查”,法院于是采取了不同的态度。也就是说,“公共暴露风险”规则本身也要受到限制,即“禁止拉网式搜查”。公民在公共领域的活动虽然不受宪法第四修正案的保障,但是警察也不可以进行24小时不间断地拉网式搜查。这也是为了维持上述所说的良好的权利平衡关系,即不能让公民权利受到过度的侵犯。

(二) 法院根据以前的权利平衡关系为新技术划定界限

技术的发展可能会同时既方便了警察侦查案件也方便了犯罪分子作案。利用电话实施犯罪和对电话实施监控就是这样的例子。电话的发明则使团伙犯罪在一个非常隐秘、方便、快捷的情况下实施,他们可以让“手指代替走路”。^[57]电话在方便了犯罪团伙联系的同时,也使警察拥有了新型的侦查手段——电话监控。警察有两种最基本的电话监控方式。第一,警察可以通过联线电话而对电话内容实施窃听;第二,警察可以到电信局,要求电信局记录受监控电话在特定的时间内与哪些电话联系。通过第一种方式,政府获得了交谈的实质内容;通过第二种方式,政府获得了受监控的电话在什么时候与哪些电话进行交谈。面对这两种监控,法院该如何适用第四修正案呢?

判决电话号码不受第四修正案保障的史密斯(Smith)案看起来可能很怪异。如果我们认为“合理隐私期待”标准就是完全依赖社会上大多数人的—般期待,那么这一判决可能就会是错误的。因为绝大多数电话用户并不认为,他们所拨打出去的电话号码与他们所说的话之间有什么区别。然而如果从动态平衡理论来看,其结论却是合理的。动态平衡强调的是,如何保持警察权力与公民权利之间的平衡关系,而不在于绝大多数的电话用户怎么看待电话转换盒中的信息。法院在给新技术确定权利平衡点时会依赖新技术发展之前的权利保障水平。

例如史密斯案,从近一点的时间上来看,该案是维持了电话人工转接发展为电话自动转接之前,警察与公民之间的平衡关系。电话自动化之前,公民对电话号码不拥有隐私期待利益,电话自动化之

[52] *Texas v. Brown*, 460 U. S. 730 (1983).

[53] *Dow Chemical Co. v. United States*, 476 U. S. 207 (1986).

[54] *United States v. McIver*, 186 F.3d 1119 (9th Cir. 1999).

[55] *United States v. Place*, 462 U. S. 696 (1983).

[56] *Knotts*, 460 U. S. 276 at 284.

[57] *BellSouth Corp. v. Internet Classifieds of Ohio*, No. 1: 96 - CV - 0769 - CC, 1997 WL 33107251, at 3 (N. D. Ga. Nov. 12, 1997).

后,也是如此。电话公司是否实现自动化与第四修正案的适用是不相关的。从更远的时间上来看,卡兹(Katz)案与史密斯案维持了电话发明以前警察与公民之间的平衡关系。前一案例确立,警察需要搜查令才可进入私人谈话所进行的场所——电话线,而这一领域类似于传统意义上秘密会见的场所,这就维持了电话发明之前私人秘密会见所受的保障。后一案例确立,警察可以监控相当于公共空间的电话网络,从而知道嫌疑人在何时何地与他人通话,而这类似于传统意义上嫌疑人在公共街道上的行走。这样使通过电话实施犯罪受到的监控与电话发明之前所受的监控程度一样。

(三) 当科技发展单方面提高了警察的侦查能力时,法院要提高公民权利保障强度

无线电追踪仪、全球定位系统在两个方面扩张了警察权力。第一,它使警察对某一物体实施位置监控变得更容易更方便。派一个组的警察去监控嫌疑犯的位置是一项既费时又费钱的工作,无线电追踪仪和全球定位系统将彻底改变这种状态。第二,无线电追踪仪和全球定位系统通过发射或接收信号,使警察能够知道在一个隐蔽的空间内某一物品的位置,而这一隐蔽的空间通常是受第四修正案保护的。

诺茨(Knotts)案^[58]和卡罗(Karo)案^[59]很好地表明了隐私权的动态平衡调整理论。这两个案例将警察拥有无线电追踪仪的执法能力调整到以往没有该设备时的水平。警察可以监控公共领域物体的位置,但他们无法监控房间内物体的位置。这样在实践中会有一条十分奇怪的界线:如果警察将无线电追踪仪安装在一件物品上,物品在行驶的汽车内,警察对该物品的追踪不构成搜查,但是如果物品进入了房间,警察就必须将无线电追踪仪关掉。如果允许无线电追踪仪监控物品在房间内的情况,就严重破坏了以前警察侦查权与公民隐私权之间的平衡。第四修正案所确立的住宅受高度保障的规则,不会因技术发展而发生改变,这又被称为“技术中立”原则。^[60]也就是说无论技术如何发展,公民最基本的住宅仍然是受第四修正案高度保障的。至于家庭庭院的保障,由于科技的发展正面临着更严峻的挑战。^[61]

虽然GPS的案例还不多,但是法院已认识到,GPS与无线电追踪仪之间的差别将是革命性的,两者应适用完全不同的规则。哥伦比亚特区巡回法院道格拉斯·金斯伯格(Douglas Ginsburg)大法官认为,安装GPS对一辆汽车实施连续一个月的监控,就是诺茨案中所述的拉网式搜捕,就要适用不同的规则。第九巡回法院的院长柯辛斯基(Kozinski)也认为,“警察所采用的GPS与诺茨案中的那种原始的跟踪技术完全不同,如果认为这种技术并没有侵害任何人的隐私利益,那么就意味着政府可以对我们的任何一个,对我们生活的每一天实施监控”^[62]

当然在有些时候,对于警察单方面运用新技术是否会改变传统的平衡关系,法院也无法达成一致意见。如在红外线测温仪案中,多数意见和不同意见在方法论上是相同的,两者都同意当新技术的发展对隐私造成威胁时,法官应调整第四修正案的保护力度。两者的分歧仅仅在于红外线测温仪是否

[58] *Knotts*, 460 U. S. 276.

[59] *Karo*, 460 U. S. 705.

[60] 有关技术中立原则的论述可以参见 Orin S. Kerr, *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach*, 62 *Stan. L. Rev.* 1005 (2010).

[61] Amelia L. Diedrich, *Secure in Their Yards? Curtilage, Technology, and the Aggravation of the Poverty Exception to the Fourth Amendment*, 39 *Hastings Const. L. Q.* 297 (Fall 2011). 该文论证,技术的发展严重影响了传统法律对家庭庭院的保障,使第四修正案有歧视穷人的嫌疑。

[62] *United States v. Pineda-Moreno*, 617 F. 3d 1120, 1124-1126 (9th Cir. 2010).

已威胁到了警察侦查权与公民隐私权之间已有的平衡关系。斯卡利亚大法官站在一种长远的角度来看,认为红外线测温仪最终将发展成为一种“室外透视仪”,即从房间外部能将房间内部的情况看得清清楚楚,这将极大地影响公民隐私权的保障,因此需要司法介入。^[63]但在史蒂文(Steven)大法官看来,司法节制的原则要求法院的判决应集中于当前的问题上,而不是关注不可知的未来。^[64]利用红外线测温技术测得房间表面温度的行为与那些在公共场所的一般性侦查行为在本质上是一样的,^[65]因为它并没有让使用者在功能上类似于进入被搜查的地方,因此使用该技术并不构成搜查。

从这些案件中我们可以发现,最高法院是非常警惕某一项新技术的使用是否影响到了目前的警察执法水平。当新技术扩张了政府权力时,法官即可能会提高隐私权的保障程度,约束政府权力使政府与公民之间的平衡关系恢复到原来的水平。反之亦然。通过动态平衡调整的方法,新技术的发展不会对警察侦查能力与公民隐私权之间的平衡关系产生重大影响。

四、比较与启示

美国对技术侦查措施采取的是一种司法审查监督模式,即警察要在获得一定可靠证据基础上向当地的治安法官申请司法令状后,才可实施某种形式的技术侦查。我国新《刑事诉讼法》第148条和第150条只是规定技术侦查措施应当实施严格的审批程序,但是审批机关是谁,审批的标准是什么,具体的审批程序又是什么,并没有予以明确。《公安机关办理刑事案件程序规定》第256条规定,技术侦查措施由设区的市一级以上公安机关负责人批准。可见我国采取的是一种行政审查监督模式。虽然中国和美国对技术侦查措施的审查监督模式是不相同的,但无论是哪一种审查模式,都需要事先解决一个实体性问题:哪些技术侦查措施需要审批,哪些技术侦查措施不需要审批。

(一)任何技术侦查措施的使用都有一个临界点

随着科技的发展,越来越多的犯罪分子利用高科技来实施犯罪,警察也需要利用科技手段提升侦破案件的能力。如果要求警察在案件的侦破中只要采用技侦手段,都要事前进行审批,这显然是不合理的,这将极大地限制警察侦破能力。科技在方便了人们的生活同时,也方便了犯罪,警察也当然可以利用科技来保护公共安全。但警察权的行使是有边界的,技术侦查措施的行使也有其边界。那么这个边界在哪儿呢?美国有关第四修正案的案例大多是在回答这一问题。警察取证行为的传统边界是很容易判断的,即住宅内与住宅外,警察要获得住宅内的信息要事先获得法院颁发的令状。但是科技的发展使这种传统的住宅内与住宅外边界变得模糊。电话线是属于住宅内还是住宅外?虚拟的互联网世界是否也有住宅内与住宅外之分?科技的发展也使得住宅内信息这一概念受到挑战。房间内的温度是否属于住宅内的信息?人体的气味是否属于受保障的信息?所以法院需要在纷繁复杂的现实中找到一个个平衡点,既要保护好公民的基本权利,也要保证警察有足够的破案能力。美国的案例法表明,每项技术侦查措施的使用都有一个临界点。

以电话监听为例。通过前面的案例分析,我们知道了电话监听可以分为两类,其一是对某一电话所拨打和接收的电话号码进行监控,警察对某一嫌疑人实施这种监控是不需要事先审批的。但是对

[63] *Kyllo*, 533 U. S. 27 at 40.

[64] *Id.* at 51.

[65] *Id.* at 47-48.

电话内容的监听则需要有事先批准的令状,否则获得的证据将会被法院排除。但是对于电话号码的监控也不是没有任何的限制,如果对电话号码进行24小时长期不间断地监控,就可能构成“地毯式搜查”而违宪。

再以行踪监控为例。利用电子追踪仪对嫌疑人的汽车或某一物品实施追踪,如果汽车或物品在公共视野内,如马路、公共停车场等,警察所实施的行踪监控不需要事先审批。但是如果汽车或物品进入到私人领域,如私人车库,私人住宅内,警察就必须将电子追踪仪关掉。同样即使在公共视野内对嫌疑人行踪的追踪也不是没有任何限制,如果进行24小时长期不间断地监控构成“地毯式搜查”,将可能会触犯第四修正案,所获得的证据也可能被法院排除。因此对于技术侦查措施行使是否合理要根据其所实施的环境来综合判断。在某一时间和空间是合理的,但是超过了其临界点就可能不合理了。

(二) 技术侦查措施的界定应当以公民隐私权为基础

对于“技术侦查措施”的法定化历程在我国其实很早就已开始了,^[66]1993年的《国家安全法》第10条,1995年颁布的《人民警察法》第16条,2012年新《刑事诉讼法》第148条,^[67]对技术侦查措施的适用范围、批准程序予以了规范。^[68]但仍然没有从正面来定义什么是技术侦查措施。《公安机关办理刑事案件程序规定》第255条对技术侦查措施的界定是这样的,由设区的市一级以上公安机关负责技术侦查的部门实施的记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施。当然这是一个非常简单的经验性定义,是对公安系统一直以来的做法的一个总结。这种简单的定义会引发一个严重的问题。人们会认为,警察在任何情况下所实施的行踪监控、通信监控、场所监控都需要事前审批,否则就构成了非法取证。如果这样理解,将严重束缚警察的破案能力。这并不是规范技术侦查措施的目的。《刑事诉讼法》虽然强调以人权保障为中心,但是也需要保护警察破案能力,否则公共安全无法获得保障。理解《刑事诉讼法》应当有一种衡平的理念,向任何一方倾斜都不合理。因此应当根据具体的情形来区分需要审批的技术侦查措施和不需要审批的技术侦查措施。《刑事诉讼法》以及相关的司法解释都是规范需要审批的技术侦查措施的。

如果我们认可了技术侦查措施应当分为需要事前审批和不需要事前审批两类,那么接下来一个问题就是如何界定。《公安机关办理刑事案件程序规定》第255条根据监控对象来划分技术侦查措施。当然我们可以对技术侦查措施予以这样的分类,但是这并不能准确地定义其内涵。我国法学理论还喜欢将“技术性、秘密性”作为界定“技术侦查措施”的基本要件。^[69]而这种界定在实践生活中会

[66] 在我国首次提到技术侦查措施概念的是1989年最高人民法院、公安部《关于公安机关协助人民检察院对重大经济案件使用技术侦查手段有关问题的答复》,该答复规定,对于经济案件,一般不要使用技术侦查手段。对于极少数重大经济犯罪案件主要是贪污贿赂案件和重大的经济犯罪嫌疑分子必须使用技术侦查手段的,要十分慎重地经过严格审批手续后,由公安机关协助使用。

[67] 《国家安全法》第10条规定:“国家安全机关因侦察危害国家安全行为的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施。”《人民警察法》第16条规定:“公安机关因侦查犯罪的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施。”《刑事诉讼法》第148条规定:“公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。”

[68] 虽然前两部法律在立法用语上采用的是“技术侦察措施”,但无论是理论研究还是实务操作中,均认为这一用语与《刑事诉讼法》中“技术侦查措施”没有实质上的区别。

[69] 高峰:“论技术侦查与司法令状原则的冲突”,载《江西社会科学》2006年第1期,第201-204页。李建国、张建兵:“新刑诉法背景下职务犯罪技术侦查措施的运用和思考”,载《河北法学》2012年第12期,第195-197页。

产生许多困惑。如有学者就认为,随着录像设备在日常生活、工作中的普及应用,密拍密录丧失了应有秘密性与专控性,而有降为一般侦查措施之嫌。因此应将“密拍密录”剔除出“技术侦查措施”的范畴。但也有学者认为,虽然这类侦查手段丧失了“专控性”和秘密性,但对公民通讯自由权、隐私权实施了长时间、持续性的干预和限制,仍应将其纳入“技术侦查措施”的范畴。

其实“密拍密录”是否属于“需要审批的技术侦查措施”应根据其拍摄的地点、时间以及手段来具体分析其对公民隐私权的侵犯程度。如果侦查人员处于公共领域内,通过肉眼或通过相关的感知提升仪器观察到暴露于公共视野的某一犯罪证据,而将其秘密拍摄下来或秘密记录下来,完全是通常的侦查手段,不需要事先的审批程序。正如我们前面所介绍的“公共暴露风险”规则,如果公民对自己的隐私权没有进行很好的保护,而将犯罪证据暴露于众,宪法不可能要求警察闭上自己的眼睛。如果我们将所有的“密拍密录”都纳入“技术侦查措施”^[70]的范畴,将极大地束缚警察的侦查能力。当然如果出现了警察通过自动拍摄仪长期对某一嫌疑人进行拍摄,构成所谓的“拉网式搜查”,那将另当别论。

另外需要指出的是,新《刑事诉讼法》第148条将技术侦查措施区分为“用于侦查犯罪”和“用于追捕”的两种类型。前者的审批程序比后者严格。有学者认为,两种侦查手段对公民基本人权的干预程度存在着明显的差异:“用于侦查犯罪”的技侦措施,典型的如通讯监听,必定会“侵入”通讯双方的通话过程并获取通话内容,属于“侵入式”监控。而“用于追捕”的技侦措施,典型的如手机的跟踪及定位,虽然也要利用技术设备对手机讯号进行跟踪,但却无需“侵入”通话过程和内容,属于“非侵入式”监控措施。可以说我国的立法已经注意到了技侦措施在不同的情形下使用对公民隐私权造成的侵害是不相同的,因此审批标准也不尽相同。^[71] 我们应当对这两种分类以权利平衡理论为基础予以更精确的划分和界定。

(三) 与非法证据排除规则适用相结合

警察通过技术侦查措施所获得的证据一般都是不可直接定罪的证据。如前面所举的案例,警察都是在利用技侦措施获得初步的证据后,再去申请搜查令,进一步证实起初的怀疑。这也是我国很长时间将技侦所获得的证据排除在正式证据之外的原因。由于通过技术侦查措施所获得的证据一般是申请搜查令的前期证据,如果我们不承认“毒树之果”这一非法证据排除规则,^[72]即受污染的上游证据会影响到下游证据的有效性,上游证据是非法所得的,下游证据也属于非法证据将会被法院排除,那么技术侦查措施的有效监控将成为南柯一梦。我国虽然对技术侦查措施实施的是事前行政审批制度,但并不意味着司法机关不可以对之实施事后的司法审查。如果技术侦查措施违背了法定程序,所获得的证据一样应当被排除。

(四) 用一般性法律和专门法律相结合来规范技术侦查措施

由于技术侦查措施在不同的情形下实施会对公民的隐私权产生完全不同的影响,因此美国法发展了大量的案例法来界定,哪种情形下警察可以直接使用某种技术侦查措施,哪种情形下警察要事先

[70] 其实根据前面的分析,我国新《刑事诉讼法》中所规定的技术侦查措施都应当属于需要审批的类型。

[71] 《刑事诉讼法》第148条对“用于侦查犯罪”的技侦,规定“经过严格的批准手续”;而对于“追捕犯罪”的技侦,只需要“经过批准”。

[72] 这一规则创设于 *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471 (1963) 案。James Toy 因被怀疑进行毒品非法交易而被逮捕, James Toy 向警察举报了另一嫌疑人 Johnny Yee。警察于是逮捕并搜查了 Johnny Yee 的卧室并发现了毒品, Johnny Yee 又向警察举报了 Wong Sun, 于是 Wong Sun 又被逮捕, 但被保释, 几天后他承认参与了毒品交易。Toy 的逮捕后被证实缺乏可能原由属于非法, 因此从 Toy 处所获得的证据必须排除。Yee 的口供以及从 Yee 卧室所搜到的毒品也是要排除的, 调查人员直接根据 Toy 的口供而获得了上述证据。但从 Wong Sun 外所获得的口供是可以被采信。因为这一证言与最初违法行为的关系已非常薄弱了。

获得审批才可使用。但是随着科技发展的日新月异,通过案例法来监督技术侦查措施显得越来越力不从心。在刑事案件的侦破中,警察一般用技术侦查来获取初步的证据,但是现在政府常常利用高科技手段进行广泛搜查,最终锁定怀疑目标。广受关注的“棱镜门”事件就是这样一个案例。^[73] 在“棱镜门”事件中,政府在没有任何怀疑对象的前提下对数量巨大的数据信息进行监控,从中找到可疑目标。这种技术侦查摇摆于行政检查与刑事侦查之间。行政检查是没有任何嫌疑对象,而刑事侦查则是针对具体嫌疑对象的,两者适用完全不同的规则。当然现实生活中两者并不是很容易区分的。而对这种技术侦查行为,事后的司法监督显然是力不从心的。现在公民的隐私权受到前所未有的挑战,正是来自于这种行政检查。美国从 20 世纪 60 年代开始,制定了许多专门隐私权保护法来规范技术侦查措施的使用。我国《刑事诉讼法》对技术侦查措施作了一般性规定,还需要相关的专门法律予以进一步规范,真正实现既能提高侦查犯罪的效率又能有力地保障人权的双赢目标。

The Dynamic Equilibrium Effect on Constitutional Review of Technology-Enhanced Surveillance

Tian Fang

Abstract: Technology is a double-edged sword. It can help the police get more evidences and detect criminals quickly. On the other hand it can also help the criminals commit crimes more easily and secretly. American cases laws have developed dynamic equilibrium effect of rights protection rationale. The rationale embraces the principle of technology neutrality, which insists detection technology development should not change the balance of relations between citizen right of privacy and public security. Criminal procedure law of China embraces one special section about technology-enhanced surveillance. This section provides the situations under which the technology-enhanced surveillance can be applied, but does not define the concept of technology-enhanced surveillance. We have two ways to define the concept, one way is how to guarantee the citizen's right to privacy, the other is how to guard the public security.

Keywords: technology-enhanced surveillance; reasonable expectation of privacy; dynamic equilibrium effect

(责任编辑:刘馨)

[73] 棱镜计划(PRISM)是一项由美国国家安全局(NSA)自 2007 年起开始实施的绝密电子监听计划。美国国家安全局和联邦调查局(FBI)通过棱镜计划搜集一些大规模互联网公司所有用户的数据,利用所获得的音频、视频、照片、电邮、文件以及日志等资料,建立起一个数据库,情报根据相关数据分析,可以锁定相关嫌疑人。Cantor on NSA Tracking: PRISM Had “Extraordinary” Reach, Washington Post, June 10, 2013.

论比较法的中国意义与范式

——一个跨文明视野的考察

刘毅*

摘要:比较法作为一门学科,是西方文明的产物,它的最初使命是比较欧洲各国的立法和法律制度,进而为欧洲各民族国家自己的立法提供参考和借鉴,之后发展到对法律体系、法律文化甚至法律思想的比较,特别是欧洲内部“普通法系”和“大陆法系”的比较,这种西方中心主义的比较法视角可以称为比较法的西方意义。对于非西方国家来说,所谓比较法,重要的不是英美法系和大陆法系的比较,而是法治国家与非法治国家的比较,是西方文明与非西方文明的比较。比较法的西方范式同样并不适用于中国的比较法研究。比较法的中国意义在于立足文明转型的宏观视野,为中国的法律现代化道路指引方向与路标。因此,中国学者应当尝试建立起比较法的中国范式。

关键词:比较法 中国意义 中国范式

一、引言:从轴心时代说起

有差异才有比较。比较法的产生,源于世界上存在着多样化的法律秩序。关于这些多样化的法律秩序的定义和分类,学者们各持所见。其中不乏真知灼见,也不免立场偏狭和时代局限。在笔者看来,抛开西方中心论的观点片面和意识形态的陈旧观念,大致可以将世界法律体系分为:西方法(包括大陆法系和英美法系)、伊斯兰法、印度法与东亚法(包括中国法与日本法)。之所以如此分类,意在兼顾现实与历史,制度与文化的多重复合视野,以便在更广阔的范围和更深层次探索法律的意义与比较法的使命。

这种分类方法,很大程度上与当代学术界所热议的不同文明秩序的划分相一致,即所谓的西方文明、伊斯兰文明、印度文明和东亚文明。关于这些不同样态的文明秩序,有一个重要的社会历史学概念——轴心时代。对轴心时代(Axial Period,也译轴心期)的系统阐释来自德国哲学家雅斯贝斯(Karl Jaspers)的名著《历史的起源与目标》。轴心时代,是指公元前800年至前200年的数个世纪,其意义在于:“最不平常的事件集中在这一时期。在中国,孔子和老子非常活跃,中国所有的哲学流派,包括墨子、庄子、列子和诸子百家,都出现了。像中国一样,印度出现了《奥义书》(Upanishads)和佛陀(Buddha),探究了一直到怀疑主义、唯物主义、诡辩派和虚无主义的全部范围的哲学可能性。伊朗的琐罗亚斯德传授一种挑战性的观点,认为人世生活就是一场善与恶的斗争。在巴勒斯坦,从以利亚(Elijah)到以赛亚(Isaiah)和耶利米(Jeremiah)到以赛亚第二(Deutero-Isaiah),先知们纷纷涌现。希

* 刘毅,北京理工大学法学院副教授,法学博士。

希腊先哲如云,其中有荷马,哲学家巴门尼德、赫拉克利特和柏拉图,许多悲剧作者,以及修昔底德和阿基米德。在这数世纪内,这些名字所包含的一切,几乎同时在中国、印度和西方这三个互不知晓的地区发展起来。”〔1〕

轴心时代的意义不仅在于这些影响人类历史和思想的先知、哲人与圣贤的出现,更重要的是开启了理性反思与人性飞跃的新时代,出现了人类对原始文化的超越和突破,发生了“终极关怀的觉醒”,他们开始用理智的方法、道德的方式来面对这个世界。其丰富的精神创造,决定了直至现今的全部人类历史,或者说,人类一直依靠轴心期所产生、思考和创造的一切而生存。〔2〕而这一时期所产生的超越和突破的不同类型则决定了今天西方、印度、中国等不同的文明形态,这些不同形态的文明被称为轴心文明。

具体来说,轴心时代及其创造出的轴心文明有着三重意义:其一,这些不同类型的轴心文明大致出现在同一时期,具有相同的特质和意义,即都是对古代原始文化的超越和突破,都体现出一种理性反思和终极关怀的品质,都成为之后各自文明长河的精神源头;其二,特质相似但内涵不同,即这些轴心文明虽然产生于同一时期,具有相同或类似的特质与意义,但各自实现超越与突破的方式、内容与意义各不相同,例如余英时先生认为西方文明属于外向超越(outward transcendence),而中国文明则属于内向超越(inward transcendence);〔3〕其三,轴心时代所创造的文明样态和精神内核,深刻且长久地影响了其后的文明演进与人类思想,正如西方学人言必提希腊一样,中国的士大夫则将孔孟言论视为当然的经典,甚至可以说,当今世界仍然活在轴心文明的脉络和结构之中。

当然,轴心时代创造出来的文明的样态和谱系,不可能一成不变地延续至今,而是在不断的分化和聚合中发展演变。例如印度的佛教传入中国,并融入中国的儒道思想,变成中国文明的一部分。而曾经是中国文明一部分的日本,逐渐独立发展出自己的文明样态,成为东亚文明的一个重要分支。最复杂的演变当属现今所说的西方文明,它最初融汇了轴心时代的希腊文明和希伯来文明,后来罗马人和日耳曼人也参与到西方文明的演进之中,逐渐形成了以基督教为主要宗教文化背景,以欧洲北美为主要地理区域的西方文明。而伊斯兰文明则是较为晚近的相对独立发展出来的重要的文明体,当然它的产生也有着轴心文明的深刻烙印。〔4〕

不过,由于地理环境的隔离和技术手段的局限,以及文明起源时所承载的基因各异,轴心时代所创生的各大文明体系,虽然在大致相同的时段诞生发展,也都创造出非常辉煌灿烂的文化成就,但是彼此之间并没有直接的关联和影响,而是像发源于同一座高山的不同流向的大河一样,沿着各自的方向奔流前行,并呈现出截然不同的景观与格局。当这些不同面貌的文明在数千年后相遇的时候,才发现彼此有着如此众多且深刻的差异。这些差异中当然包括了法律制度与法律理念的不同,因此文明的区别带来了法系的界分,法系的概念实则建立在文明的基础之上。

〔1〕 [德]卡尔·雅斯贝斯:《历史的起源与目标》,魏楚雄、俞新天译,华夏出版社1989年版,第8页。

〔2〕 同注1引书,第14页。

〔3〕 余英时:“轴心突破和礼乐传统”,载余英时:《现代儒学的回顾与展望》,三联书店2004年版,第392-398页。

〔4〕 伊斯兰教与轴心文明的关系,最主要体现在犹太教、基督教、伊斯兰教的三教同源上,即这三个闪米特一神教均有信奉独一创造神的教义,也都将亚伯拉罕视为信仰上的始祖,因此也被并称为亚伯拉罕诸教,又称亚伯拉罕宗教、亚伯拉罕一神诸教等。

二、文明与法系

与西方文明、伊斯兰文明、印度文明和东亚文明相映的是西方法(包括大陆法系和英美法系)、伊斯兰法、印度法与东亚法(包括中国法与日本法)等几种不同的法律体系或法律秩序。不同法律体系之间的差异,丝毫不亚于语言、习俗、宗教与哲学之间的差异,在一定程度上,法律体系上的差异正是由语言、习俗、宗教与哲学所决定的,或者反之,法律也在一定程度上决定了前者的风格。

法系之间的差异,首先表现在何为法律或法律在社会治理中的地位与作用方面。在西方学者看来,所有的西方法制,都公认社会生活首先应当由客观的法律规则而不是仅由习俗、伦理或道德的规则来调整。^[5]但是在以中国为代表的东亚文明和东亚法系中,法律从来不是而且也不应当是调整社会关系的主要手段,民众之间的纠纷也尽量不通过正式的司法途径,而是通过家族和民间的调解与和解来实现“息事宁人”。以孔子为代表的儒家思想深刻地影响了中国乃至整个东亚社会,特别是在轴心时代之后现代化之前的两千多年里,例如日本传统法律亦有着强烈的伦理和团体主义色彩,与西方的个人主义、为权利而斗争的风格大相径庭。^[6]

儒家的治国理念可以简单概括为礼治、德治和人治,同时具有强烈的伦理化和身份化的色彩,非常符合中国政治社会之家国一体的特征,以“忠孝”、“亲亲尊尊”、“君君臣臣父父子子”为基本的政治伦理原则,以礼制的差别性规范为基础,以追求和谐秩序为目标,形成了一套完整而富有弹性的制度与规范。当然,不可否认的是,法律制度在中华帝国的治理中仍扮演着重要的角色,成文法早在春秋战国时期就已出现,以商鞅、韩非为代表的法家思想,在汉代以后与儒家思想相融合,^[7]也是帝国治理理念的重要维度。以《唐律疏议》为代表的成文法更是成为整个东亚法系的立法典范,日本的《大宝律令》《养老令》、朝鲜的《高丽律》及越南的古代法典,均以唐律为借鉴。

但是,与西方文明和西方社会相比较,法律从来不是东亚社会的主要治理手段,法治更不是东亚文明的核心价值。从西方法系的角度看来,以中华法系为代表的东亚法系中,在立法方面,法律主要体现为刑法和行政法(更准确地说是官制法),没有严格和独立意义上的民法或私法;行政与司法不分,行政官员兼理司法事务;以儒家义理解释法律,不存在独立的法学和法律家阶层;名义上以道德伦理治国,实际上是身份与人情治国,所谓礼治的基本特征就是以血缘亲缘关系为基本坐标建立权利与身份等差的体系,使得社会治理与法律适用无法客观化和理性化,无法建立起马克斯·韦伯意义上的形式理性化的法律治理。^[8]

与东亚或中国式的伦理治国不同,印度和伊斯兰文明则可以被称为宗教治国,因此,印度法和伊斯兰法也可以称为印度教法或伊斯兰教法。当然两者的差异也是显著的,是两种完全不同的体系。如法国比较法学家勒内·达维德所言,印度文明的基础完全不同于基督教文明和伊斯兰教文明,“基督教徒、穆斯林和犹太教徒从《圣经》中找到的基本原则是上帝按照其面貌创造出来的、有灵魂的人,在上帝面前一律平等。印度教则摒弃西方世界的这个基本观念。它认为‘人类’是个简单的抽象概

[5] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第507页。

[6] 同注5引书,第514-521页。

[7] 关于儒家结合与中国法律的儒家化,参见瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第361-379页。

[8] 详见马克斯·韦伯:《经济与历史 支配的类型》,康乐等译,广西师范大学出版社2004年版,第307-312页。

念,只有生来就带有所属社会等级标记的‘人’。各种不同的人们,既互为补充,又是分成等级的,因而每一等级的人各有其相应的权利、义务,各有其独特的伦理、道德”。〔9〕

这里所说的不同等级就是一般所熟知的种姓制度,是一种极端严格且排他性的世袭身份制。种姓分为四等,分别为婆罗门、刹帝利、吠舍和首陀罗,同种姓成员之间的关系,以及不同种姓成员之间的关系,有专门的作为准则的行为规范予以约束。这些行为规范就构成了印度教法的主要内容。总体而言,虽然印度教法被认为是世界上最古老的法律体系,却没有现代意义上的专门的成文法律,而是以私人学者的著作(即《传承经》及其注释书)和学说集成为基础的习惯法汇编。〔10〕因此,印度教法与其说是一种法律体系,不如说仍旧是宗教教义和学说的一个面相而已,与现代社会的法律与司法相距甚远。

伊斯兰法与印度法的相同之处即在于,它也只是伊斯兰宗教的一部分。伊斯兰教既有确定教条并明确规定穆斯林应该信仰什么的神学,又有规定信徒们该做什么或不该做什么的“沙尔”(Char’)。“沙尔”或“沙里亚”意即“该走的道路”,构成了人们所称的伊斯兰法。〔11〕但是伊斯兰法与印度法的不同之处在于,伊斯兰社会奉行神权政治,宗教具有凌驾于国家和社会之上的优越地位,如果说印度教是出世的宗教,伊斯兰教则是入世的宗教。

另一方面,伊斯兰法与西方的宗教法亦有很大的区别,前者具有极强的神圣性和启示性,很难掺入理性与经验的成分。伊斯兰法被认为是伊斯兰教和伊斯兰精神的反映,它所体现的不是人类立法者的意志,而是真主的意志,真主授予世人的法律是永恒的,社会必须使自己适合法律,而不是相反。因此,伊斯兰法在长达数百年的历史进程中,很少随时代发展而有所变化,其政教合一与神权政治的特质更是不可动摇。

三、“世界历史”与法律现代化

此处所说的“世界历史”(Weltgeschichte)的概念借用自德国哲学家雅斯贝斯,他在其名著《历史的起源与目标》中,将人类历史划分为三个阶段:史前、历史和世界历史。所谓世界历史,“即世界和人类的全球统一,今天它正在成为现实。它展现了真实的全人类的世界历史。它的预备阶段在地理大发现时代,并在本世纪(即20世纪)真正开始。……在第三个阶段(即世界历史),整体的统一开始形成。由于空间的明确封闭,超越这统一的整体是不可能的。整体统一的前提是如今已实现了的世界交往的可能性”。〔12〕

从所谓的“历史”走向“世界历史”的进程,也是美国学者斯塔夫里阿诺斯(L. S. Stavrianos)所说的从地区史走向全球史的进程。〔13〕以公元1500年为界,随着地理大发现、资本主义的扩张和西方的殖民征服,人类文明的演进走入了一个新的阶段,即轴心时代所开辟的各大文明独自发展的相对隔绝的历史宣告终结,原先天然的地理屏障已经不是交流的壁垒。西方人眼中的东方帝国不再是马可·波

〔9〕 [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第452页。

〔10〕 同注5引书,第543页。

〔11〕 同注5引书,第423页。

〔12〕 同注1引书,第84-87页。

〔13〕 详见[美]斯塔夫里阿诺斯:《全球通史》,吴象婴、梁赤民译,上海社会科学院出版社1999年版,第54-62页。

罗口中的奇妙传说,而曾经远在天边的西方人则漂洋过海,成为中华帝国“大门口的陌生人”。^[14]然而,不论是地理大发现、资本主义的扩张,还是殖民征服,都是西方文明的主动出击,中国、印度等非西方文明都是不由自主地被裹挟进这一全新的历史阶段,其中的是非功过暂且不论,其客观结果却是毫无争议的,即所有的非西方文明都被迫开始了文明的更新与转型。

转型的初期并非自觉的主张,而是所谓“冲突-反应”的结果,^[15]转型的初期也只是想应对一时一地之变,权宜之计而已,孰料一变而全变,一发而不可收拾。这一进程在各非西方文明是大致相仿的,先是军事上的失败,被迫打开国门,继而开放资源与市场,引入工商业经济,最终老旧政体终结,法律更张,甚至文化革新。不足两百年间,各大非西方文明已然面目全非,而且在很大程度上被打上了西方的烙印。这一进程被称为“现代化”。

所谓现代化,其实仍是西方文明的概念。晚近西方学者将其自家的历史划分为古典时期、中世纪与现代,继而衍生出“现代性”与“现代化”等概念,随着“世界历史”的展开和全球化的到来,现代化被推广至全世界,各大非西方文明也皆被带入这现代之“化境”。不过要注意的是,到了非西方文明国家,所谓现代,就有了双重的意义,不仅仅是西方意义上从古典到中世纪到现代,或从古代到现代的时间上的演进与跨越,而且还有从传统到现代的文明范式的转换。也就是说,对非西方文明而言,这不再是简单的自身文明逻辑上的时间递进与层级跨越,而是一场伤筋动骨甚至是脱胎换骨的浴火重生。

现代化对于非西方文明来说,既然存在文明范式的转换,必然是一场全方位的变革和转型,涉及军事、经济、政治、法律、社会以及文化等诸方面。法律的现代化是其中必不可少也是至关重要的一环。关于现代社会或现代化的基本特征,马克斯·韦伯作出了经典的解释,即世俗化和理性化。在前现代的传统社会,人们的精神生活之上,都有一种超越的神圣价值。这种神圣价值,或者采取外在超越的方式,以上帝这样的人格神、造物主、意志主宰的形态存在,或者以中国式内在超越的形态,通过自我的心性与超越的天道的内在沟通,以天命、天理、良知等形态出现。无论是内在还是外在方式,在现实的世俗世界之上,都存在着一个超越的神圣世界。这个神圣世界,提供了世俗世界的核心价值、终极关怀和生活的意义。

然而,当历史步入现代,一个最重要的标志性事件便是神圣的超越世界的崩溃,世界进入了一个韦伯所说的祛除神魅(Entzauberung)的时代,人们的精神生活开始世俗化。随着人的主体性位置的确立,人替代超越之物成为自己精神的主宰,理性、情感和意志获得了独立的自主性。人们的终极关怀、价值源头和生活的意义不待外求,而从世俗生活本身自我产生,精神生活开始走向世俗化。理性是启蒙运动用以替代上帝,作为价值之源和对现存事物之批判的标准。韦伯意义上的理性化有三重含义,首先是指科学-技术的理性主义,其次是形而上学-伦理意义上的理性主义,最后是指一种有系统、有方法的生活态度。^[16]特别是科学和伦理的理性主义深刻地影响到现代国家的政治法律层面,从而出现了韦伯所说的统治正当性的范式转换,即在传统型和克里斯玛型正当统治之后,出现了现代意义上的法理型统治,后者是西方现代社会的一个关键性标识,也成为非西方社会走向政治法律现代化的一

[14] 详见[美]魏斐德:《大门口的陌生人:1839-1861年间华南的社会动乱》,王小荷译,中国社会科学出版社2002年版,第63-64页。

[15] 详见[美]费正清编:《剑桥中国晚清史》(上卷),中国社会科学院历史研究所编译室译,中国社会科学出版社1985年版,第3-9页。

[16] [德]施路赫特:《理性化与官僚化:对韦伯之研究与诠释》,顾忠华译,广西师范大学出版社2004年版,第5-6页。

个标杆。

所谓法理型统治,又称法律-理性统治,其与传统型和克里斯玛型的区别在于,前者不依赖于与个人有关的身份或属性,是一种“非人格化”的统治,它要求包括领袖、官员和公民在内的一切人都要忠实于法律并对法律负责,也就是说,无论领袖、官员抑或普通公民,在法律面前人人平等。领袖和官员一方面自身要服从这一非人格化的法律秩序,另一方面,他们的任何决策和命令也要受到这一秩序的管辖。可将其等同于英语意义上的“法治”(rule of law)或德语意义上的“法治国”(Rechtsstaat)。简言之,这是一种以法律为依据进行治理的社会。其基本特征是:法律是以形式上完全正确的程序制定出来的,经由特定群体或全体社会成员协商同意,并由公认为合法的权威强制实施;法律具有抽象性、一般性,不指涉具体的个人或群体;法律成为一个高度分化的社会系统,独立于政治、宗教和其他社会领域;法律职业者受过专门的职业训练,组成自治的职业共同体;法律知识高度抽象化和概括化,成为一种只有专家才能掌握的专门知识;法律实践必须由专家来进行;这种形式化法律使得社会关系和社会行动具有了可计算性和可预测性。^[17]

根据上述法律现代化的标准来检视各大轴心文明的法律制度,不得不承认只有西方文明自发走上了这种法理型统治的道路,其他轴心文明的治理模式与法律制度与之大相径庭。例如中国之礼治、印度的种姓制度、伊斯兰文明的神权政治,均与世俗化、理性化的法律现代化模式迥异,也正是由于各大轴心文明在法律制度与文化上的深刻差异,才有了近代以来比较法的诞生。

四、比较法的双重意义

比较法作为一门学科,同现代法学和法治一样,是西方文明的产物。按照比较法学者的通说,可以将比较法的雏形上溯到古希腊与罗马的时代,是所谓“羊皮纸上的学问”。斯巴达的琉库古斯和雅典的梭伦在立法之初,据说事先都曾游历考察各地不同的制度,柏拉图和亚里士多德也可以被视为比较立法的先驱。但是现代意义上的比较法学却是诞生于20世纪初年,一般以1900年在法国巴黎召开的第一次国际比较法大会为标志,比较法也是最现代的科学。关于比较法究竟是羊皮纸上的学问,还是最现代的科学,抑或是“羊皮纸上的最现代的科学”,^[18]从中国学者的角度来看,根本是无关宏旨的,对我们来说重要的在于,比较法在创生之初完全是一门西方文明,或者更具体地说是欧洲语境下的学问。

比较法学最初的使命是比较欧洲各国的立法和法律制度,进而为欧洲各民族国家自己的立法提供参考和借鉴。之后发展到对法律体系、法律文化甚至法律思想的比较,特别是欧洲内部“普通法系”和“大陆法系”的比较,这两大法系的比较构成了现代比较法的核心架构和内容。^[19]当然,在比较法学者划分法系或法圈的时候,一般都会在世界范围内进行不同标准的划分归类,例如有学者根据各法律体系的形成过程和一般结构等,分为罗马法系、日耳曼法系、盎格鲁-撒克逊法系、斯拉夫法系及伊斯兰法系;有的以法源为标准,分为大陆法圈、英语国家法圈和伊斯兰法圈;还有根据各法系的实质内

[17] 苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第201-203页。

[18] [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,中国政法大学出版社1999年版,第18-20页。

[19] 以比较法学界最具影响力的经典著作为例:法国学者勒内·达维德的《当代主要法律体系》、德国学者茨威格特与克茨的《比较法总论》、日本学者大木雅夫的《比较法》和中国学者沈宗灵《比较法总论》,均把大陆法系和英美法系作为核心内容。

容,分为法国法系、日耳曼法系、斯堪的纳维亚法系、英吉利法系、俄罗斯法系、伊斯兰法系和印度法系。^[20]另外,法国比较法学家勒内·达维德的划分为:罗马-日耳曼法系,社会主义各国法,普通法,伊斯兰法、印度法、远东各国法、马达加斯加与非洲各国法等;^[21]德国比较法学家茨威格特与克茨的划分则是:罗马法系、德意志法系、英美法系、北欧法系、社会主义法系和其他法系(包括远东法系、伊斯兰法和印度教法)。^[22]尽管如此,实事求是地讲,在西方学者的心目中,比较法的目的与意义更多地是西方文明内部的相互比较、参考与借鉴,非西方文明的法律体系在其中最多只是一种背景和衬托而已。正如英国学者威廉·推宁(William Twining)在其论文《全球化与比较法》中指出,主流比较法理论观念中的理想类型的特征就包括:“它的关注点几乎排他性地集中于欧洲和美国的西方资本主义社会,很少虑及或从不在细节上考虑东方的(先前的和现存的社会主义国家,包括中国),南半球的(贫穷国家)、拉丁美洲和太平洋盆地的富裕国家。它主要是关于普通法系和大陆法系之间的异同,例如大陆法系的‘母国’法国及德国和普通法系的‘母国’英格兰和美国的传统或体制。”^[23]

因此,本文将这种西方中心主义的比较法视角称为比较法的西方意义,而从另一个角度看来,即从非西方文明的视角看来,比较法则具有完全不同的另一重意义,可以称之为比较法的非西方意义。如前所述,自轴心时代所形成的世界各大轴心文明,数千年来一直在各自独立发展,其政治、法律、道德、宗教亦呈现各自迥异的面貌。其间虽有沟通与交往,但多是浮光掠影、浅尝辄止,并没有真正意义上的文明的冲突与碰撞。但是公元1500年之后开启了世界历史的进程,西方文明的崛起与扩张,带来了整个世界的关联与巨变。东亚文明、印度文明、伊斯兰文明等原先自成一体、独自发展的文明体,都被不由自主地拖入全球化和现代化的洪流之中,经历从传统向现代转型的痛苦嬗变。所谓“现代”,其实是一种全新的文明范式,不仅指电灯、电话、火车、轮船这些器物层面,更要紧的还在于制度和思想层面。于是,这些非西方文明的国家,不得已而一变则百变,一转而百转。其中,法律制度的现代化无疑是文明转型的重要环节之一。

对于非西方文明来说,法律现代化的目标和方向是什么?其实是不言而喻的,虽然很多时候未必明说,那就是以西方的法治为蓝本,从传统的君主制、神权制抑或部落制,走向宪政民主制以及韦伯意义上的法理型统治。其实,自19世纪以来,各大非西方文明国度就已经陆续开始了这方面的探索,例如日本的明治维新、中国的辛亥革命、土耳其的世俗化改革、印度的民主实践等等,这是一个极其艰巨的过程,其间伴随着战争与革命、冲突与反抗。但无论如何,行至今日,尽管西方的殖民势力已消失殆尽,但是西方式的政治法律模式却得到了最大程度的接受和认可,睽诸寰宇,明确抵制民主与法治的国家已寥寥无几。^[24]

在这些非西方文明国家进行法律现代化的过程中,比较法无疑扮演了非常重要的角色,其意义应该远远大于西方内部不同国家或不同法系之间的比较。因为,对于非西方国家而言,研习比较法的意义不在于简单地为立法提供参考,或从法律文化的角度寻找异同,而是具有了探索建设现代法治和实现文明转型的重大意旨。因此,对于非西方国家来说,所谓比较法,重要的不是英美法系和大陆法系

[20] 同注14引书,第108-109页。

[21] 同注9引书,第23-32页。

[22] 同注5引书,第106-114页。

[23] 引自[英]埃辛·奥赫绪、[意]戴维·奈尔肯编:《比较法新论》,马剑银、鲁楠等译,清华大学出版社2012年版,第90页。

[24] 关于政治民主化在世界范围的发展演变,参见亨廷顿:《第三波——20世纪后期民主化浪潮》,刘军宁译,上海三联出版社1998年版,第11-26页。

的比较,而是法治国家与非法治国家的比较,是西方文明与非西方文明的比较。这是一个更为宏大的视角,也是一个更为艰巨的任务。因此,比较法作为一门学问,在其起源地西方具有自己的意义,而在其接受地即非西方国家,却具有另一重意义,这就是比较法的双重意义。当然,比较法来到中国,也就具有了比较法的中国意义。

五、比较法的中国范式

比较法在中国的发端是与中国的法律现代化同步开始的,均始于清末的修律变法。^[25] 这一点看似巧合但并非巧合,原因如前所述,中国的现代化就是一个向西方开放和学习的过程,不论被迫还是自愿,不论权宜抑或经远,舍此别无他途。因此,在沈家本主持变法修律的过程中,最重要的工作之一就是译介西方法律制度与法理学说,通过综合比较最终确定中国的新式法律。^[26] 随着《大清新刑律》等新法的问世,绵延千年之久的中华法系退出了历史舞台。此后,虽然中国的政治局势跌宕起伏,中国的法律现代化曲折坎坷,但是总体而言,向西方学习,通过比较的方法改进与更新自家的制度与理念,成为大势所趋,也是中国文明转型的必然选择。

因此,纵然比较法学作为一门学问或学科在中国并非主流学科,比较法学的研究亦非法学的主流领域,但是比较与借鉴的方法却是中国法律现代化的主流方法。特别是从文明转型的宏观视野和长程目标来看,比较法在中国的使命依然重大而艰巨。如前所述,比较法的中国意义大不同于比较法的西方意义,当代西方学者所反思的诸如比较法的衰落和比较法的弱点等问题,^[27] 并不适用于比较法的中国语境,相反,20世纪90年代以后,比较法研究在中国进入了鼎盛时期,呈现出繁荣景象,表现为:全国性比较法学研究会的正式成立,大量比较法著作的问世,中国学者的比较法研究品质的提升等。中国的比较法研究“不仅推动了中国理论法学和部门法学的发展,而且推进了中国法治的实践进程”。^[28] 这种与西方比较法研究之式微截然相反的态势,恰恰说明比较法之于西方与之于中国,有着大为不同的意义。

既然比较法的中国意义不同于西方意义,那么中国比较法在研究的范式方面也应有所创新,或者说,比较法的西方范式并不适用于中国的比较法研究,中国学者应当尝试建立起比较法的中国范式。所谓范式(paradigm),最初是由美国科学哲学家托马斯·库恩在其名著《科学革命的结构》中提出的理论概念,其本意是指“那些公认的科学成就,它们在一段时间里为实践共同体提供典型的问题和解答”。^[29] 后来这一概念被推广至社会科学研究领域,是指某一特定学科的学者所共有的基本世界观,它是由其特有的观察角度、基本假设、概念体系和研究方式构成的。具体到比较法领域,就是指比较法研究的理论基础、主要目标、基本方法和重大论题。例如欧陆传统比较法研究的基本范式,被中外学者归纳为:第一,主要关注私法;第二,主要研究民族国家的官方实在法;第三,主要关注欧美各国的

[25] 何勤华:“比较法在近代中国”,载《法学研究》2006年第6期,第125-137页。

[26] 在沈家本的主持下,成立于1903年的修订法律馆在翻译西方法律法规方面作出了极为重要的贡献,数年间完成了近百种西方法律文献的翻译工作,详见刘毅:《他山的石头——中国近现代法学译著研究》,中国法制出版社2012年版,第15-17页。

[27] 参见[德]伯恩哈德·格罗斯菲德:《比较法的力量与弱点》,孙世彦、姚建宗译,中国政法大学出版社2012年版,第54-58页,著者在其中指出了比较法的肤浅性、不够系统和完整等弱点。

[28] 高鸿钧:“比较法研究的反思:当代挑战与范式转换”,载《中国社会科学》2009年第6期,第163页。

[29] [美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,“序”,第4页。

法律;第四,主要分析大陆法与普通法之间的异同;第五,长于对法系或法律传统的描述和介绍,疏于对它们的系统论述和理论评价;第六,偏重法律概念、规则和制度的现象学描述与功能分析,疏于对它们进行理论、历史和文化的深度阐释;第七,重视法律的文本和纠纷解决的结果,很少关注法律的生成过程和纠纷解决的过程;第八,在比较的方法上,重视概念、规则和制度的比较,尤其重视功能比较。^[30]

根据库恩的理论,学术的发展总是伴随着学术范式的转换,比较法领域亦是如此。20世纪90年代以来,西方(包括欧陆和英美)的传统比较法研究范式已经陈旧过时,凸显出诸多局限和缺陷,包括缺乏理论基础,缺乏独特的目标,欧洲中心主义倾向,传统的法系划分不合时宜,过分关注私法,忽视行动之法,缺乏与其他学科的合作,知识与语言面临困难,等等。^[31]因此,世界各国的比较法学者开始反思批判传统的比较法研究范式,并尝试建立新的比较法范式,例如有的学者从后现代和后殖民的角度对比较法重构等。中国学者高鸿钧教授则站在全球化的高度,提出了整体性的比较法新范式。^[32]

本文的旨趣同样在于对比较法研究范式的反思与重构,但是就范围和重心而言,则限于中国问题,即从比较法的中国意义出发,建构比较法的中国范式。当然,世界范围内比较法研究的变迁与发展,乃至研究范式的转换与革新,必然成为比较法之中国范式的重要借鉴与参考。本文认为,比较法研究的中国范式,应当包括如下方面。

第一,研究的目的与意义。虽然比较法本身是源于西方的舶来品,但是中国的比较法研究却不同于西方,而是有着更为高远的目的与意义。中国的比较法研究并不局限于为立法提供参考,为司法填补漏洞,促进法律的国际协调与统一,开拓法科学学生的知识视野,等等,这些只是西方视野下的比较法之目标。^[33]中国的比较法研究首先应当立足于文明转型的宏观视野和法律现代化的历史使命,根本目的仍在于为建设一个宪政法治的中国贡献知识与思想资源,为中国宪政与法治事业的发展提供理论参考与制度借鉴,为中国的法律现代化道路指引方向与路标。概括来说,中国范式的比较法研究,一方面是宏观的视野,即站在文明转型的高度来看待比较法的使命;另一方面是中国的立场,是从中国看世界,而不是从西方看世界,更不是从西方看中国。只有这样,我们才能发现比较法研究在中国的问题与意义。

第二,研究的对象与内容。在西方范式的比较法研究中,西方国家之间的法律比较,特别是大陆法系和英美法系的比较,是其主要内容。作为中国范式的比较法,却不可人云亦云,亦步亦趋。如果说,英美和大陆两大法系的比较是西方比较法的核心问题,那么对于中国比较法来说,最根本的问题显然是中西比较,即中国的传统与现实,与西方法治理念与制度的比较,通过比较达成学习与借鉴。这不是一个简单的问题,而是涉及“古今中西”的复杂的大问题,既有中国与西方的对比映照,又有传统与现代的转折与勾连。因此,中国范式的比较法,从学术研究的角度来说,相对于西方范式的比较法和国内其他的部门法学科,可能是一门高标准高要求的学问,需要有哲学的思辨、历史的视野、社会学的观照和法学的问题意识,是一门综合性的高深学问。

[30] 同注28引文,第160-161页。

[31] 同注28引文,第165页。

[32] 同注28引文,第167-170页。

[33] 同注23引书,第61页。

第三,研究的方向与方法。中国范式的比较法研究有两个方向:其一是中西比较;其二是中国与西方国家的比较。中西比较关注的首先是作为整体的西方法律,包括法律制度、文化与理念。当然其中也有英美与大陆的法系之分,但是更重要的是研究作为宪政法治之渊源的西方文明或者“西方法律传统”的特性、内涵与意义。^[34] 简言之,西方法律对于中国比较法研究而言,主要是求同,而不是辨异,即发现其中与宪政法治有关的共性因素,探索其生成变化的一般性规律,特别要更为普遍和更深层次地分析研究西方宪政法治作为一种独特的文明现象,能为我们的文明转型提供怎样的借鉴和启示。这就要求我们的比较法研究一方面不能停留在西方学者对其自身的研究上,要有我们的观察和理解;另一方面也不能仅仅停留在制度比较的表层上,而要发现和挖掘其中的深意。其次,非西方国家的法律也应纳入中国比较法的视野,虽然未必与西方法律之比较同等重要,但也具有重要的借鉴与启发意义。不过这两方面的比较研究有着不同的取向和方法,前者主要是研究与借鉴其宪政法治之生成发展的经验,而后者则主要是分析考察其同样在文明转型和法律现代化进程中的问题与困难。我们知道,在目前为止的世界历史变革中,非西方文明国家的现代化进程并不顺利,甚至充满艰辛苦难。相对来说,以日本为首的一些东亚国家和地区走在了前列,但也付出了沉重的代价。广义的印度文明和伊斯兰文明区域,至今仍处于过渡状态,有些国家甚至仍然拒绝政治的世俗化与法律的现代化。地理意义上的全球化和一体化正在变成现实,但“文明的冲突”却并没有减弱,这是自“轴心时代”所形成的文明格局的历史延续,其变革非一朝一夕所能实现。因此,从我们的问题意识出发,需要更为深入地从文明差异与文明演变的视角理解非西方文明的现代挑战及其应对与变革,从中发现更为一般性和更为深层次的问题与规律,同样可以成为用以攻玉的他山之石。

第四,研究的领域与范围。鉴于以上分析,本文认为中国范式的比较法研究应当在研究领域上有所集中与局限,应当改变目前过分宽泛和缺乏学科界分的局面,“有所为而有所不为”,划定中国比较法的研究领地。总体而言,中国范式的比较法应是宏观研究,而非微观研究。宏观研究又可分为比较法律思想(哲学)、比较法律文化和比较法律制度,这里所说的法律制度是较为宏观的制度,例如宪政制度、司法制度、法律职业、法学教育等,而具体部门法内部的微观制度研究,则应归属该部门法学本身,例如刑事诉讼法中的证据规则制度比较研究、公司法中的董事会制度比较研究、婚姻家庭法中的结婚与离婚制度比较研究等分属于刑法、公司法和婚姻家庭法本身的研究范畴,因为任何部门法的研究中都包含了纵向的历史考察与横向的国别或法系比较的方法。将这些微观比较研究排除在比较法研究之外,是为了更加明确比较法的研究目的、对象与方法,从而有利于中国比较法研究的深化与提升。

第五,研究的理论主线。在宏观的比较法研究中,无论是法律思想、法律文化还是法律制度的比较,都应当贯穿一条共同的学术主线,即文明转型与法律现代化,这是中国比较法的目标与使命所在。法学是实践科学,比较法研究自然也不是纯粹的智识游戏,无论是思想、文化还是宏观制度的比较,这些主题看似抽象与宏阔,却与我们法律现代化的实践密切相关。自晚清大变局以来,中国的现代化探索与文明转型已经历一百多年历史,其间走了很多弯路、歧途,在很大程度上都是出于文化的制约与思想的贫弱。在文明转型的巨变时刻,即便是作为文化和社会精英的中国人,对于西方、对于现代文

[34] 借用美国法学家哈罗德·伯尔曼的概念,详见[美]哈罗德·伯尔曼:《法律与革命:西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第9-13页。

明的理解都显幼稚和浅薄,要么顽固保守于自家文化与传统,要么跟风追逐西方思想之新潮。对于中西方文明的深刻差异和现代化与现代性的本质特征,缺乏客观理性且细致深入的研究理解,法治之不彰,宪政之艰难,与我们思想理论上的薄弱偏颇有着必然的联系。因此,中国范式的比较法研究,其实承担着超出于法学之外的多重任务,不仅仅是法学一隅的探索研究,还应贡献于整体的人文社会科学。

六、结语:比较法与“新轴心时代”

公元1500年以来的世界,开启了一个全球化的进程,一个以西方为主导的现代化的潮流,或许也正在迎来一个新的轴心时代?毋庸置疑的事实是,无论通过何种方式,近500年以来的世界已经被紧密相连,曾经相互隔绝的各大轴心文明,不断地相互接近、交流、冲突甚至融合,文明的边界日渐消融,文明的样态也在经历巨变,这样一场历时已久仍正在发生的巨变,从时间、规模、深刻程度与创造性方面,堪与第一次轴心时代相比较。

这一场全球性的深刻变革无疑是以西方文明为主导的,西方以军事和科技的优势为先导,将其政治、经济、法律、文化等方面推广到全世界,引发了全球持续不断的冲突、震荡与变革。非西方的各大文明体在西方冲击之下,或主动或被动地开始迎接这场现代性挑战,其中大多数国家从起初的抵制与对抗,逐渐走向学习、借鉴与革新。如今,除了宗教文化领域,原创于西方的科学技术、工商业经济与民主法治等制度文明,已经被大多数非西方国家所认可和接受,只不过在引进和移植这些外来文明的过程中,每个国家的经历不同,成果各异。

因此,历史行进到21世纪的今天,一种源自于西方,但已经被世界各国广泛接受的可以被称为现代文明的新的文明范式,可以说已经基本形成。世界历史走入一个新的阶段,或许可以称之为新的轴心时代。^[35]不同于第一次轴心时代各大文明各自独立发展的形态,新的轴心时代或者说第二次轴心时代的特点反而是各大文明走向融合。现代文明的主要内容与成果均已在不同程度上被非西方国家所采纳和吸收,其在政治法律方面的成果就是宪政、法治与民主制度。一般认为,现代社会解决了人类历史上从未解决好的两大问题:一是对权力的限制,即宪政法治;二是打破对权力的垄断,政治权力为全体国民所有,即民主。而对于宪政、法治、民主的比较研究和借鉴,正是比较法学者最重要的任务。

第二次轴心文明的形成特点不仅在于文明的融合,而且有各大文明的参与和共建。如果说,在现代化早期主要是西方文明的单方面扩张和影响,那么数百年后,逐渐走上现代化正途的非西方国家,在以现代文明的因素改造自身传统的同时,也以自己的文明特色和现代性成果,为仍在建设和发展中的新轴心文明贡献力量。也就是说,新的轴心文明,并非完全是西方文明的产物,它应当是世界各种文明传统在经历现代化洗礼与改造之后,融汇共创的结果。正如艾森斯塔特所主张的,“第二个全球轴心时代的本质是多元的现代性。……现代性的历史应当被看成是多种多样的现代性文化方案和多种多样具有独特现代品质的制度模式不断发展和形成、建构和重新建构的过程”。^[36]

[35] 关于新的轴心时代或者说第二个轴心时代的论述,详见艾森斯塔特(Shmuel N. Eisenstadt):“迈向二十一世纪的轴心”,载《二十一世纪》2000年第2期,第4-20页。

[36] 同注35引文,第9页。

比较法作为一种文明比较与融合的学问,自然也应当在此多元现代性文明创生的进程中,贡献出自己的智识。作为中国以及其他非西方国家的比较法研究,在经历了现代化初期的法律移植与借鉴之后,应当逐步树立起学术自觉,在比较中寻找文明演进的普遍规律,在比较中发现实现自身传统之创造性转化的方法与路径,以比较法的中国范式参与到法治文明的建构进程中,这正是比较法的中国意义。

**On the Chinese Meaning and Paradigm of Comparative Law:
A Research from Trans-civilization View**

Liu Yi

Abstract: The comparative law originally was a western discipline whose main task was the comparison of the Civil Law and Anglo-American Legal System, and then offered references to the legislations of the western countries. The comparative law was introduced into China at the end of Qing Dynasty. But the mission of Chinese comparative law is different from the western one. We should do our best to construct the comparative law with Chinese meaning and Chinese paradigm in order to provide the guides of the modernization of Chinese law.

Keywords: comparative law; Chinese meaning; Chinese paradigm

(责任编辑:刘 馨)

【法政时评】

“国宪”不可违 首相应带头

——评日本首相参拜靖国神社

董璠舆*

编者按:董璠舆教授(1927-)是我国改革开放后比较法学科的开拓者之一。董老非常重视中日学术交流,在日本宪法和国会制度研究方面具有深厚的造诣,著述颇丰。作为老一辈的法学家,先生虽耄耋之年仍关注中国比较法学的发展,笔耕不辍,时有研究成果问世。在现今中日关系的特殊时期,先生就日本首相参拜靖国神社发表论见,字里行间尽显学者的社会责任和学术担当。

2006年10月5日,安倍晋三出访中国的3天前,在国会表述了日中、日韩关系变成一种信赖关系的立场。

尽管安倍被称为日本“自民党右翼”,但其在当年9月初任首相后,立即致力于改善因小泉纯一郎首相参拜靖国神社而跌至最低谷的日中关系。他打破了多年外交惯例,将首访的国家确定为中国。两天的访问后,中日关系开始变暖。

然而,事隔6年之后,当安倍再次在日中关系陷入最低谷之际出任首相时,这位“自民党之鹰”,却“变了脸”。在2012年12月16日大选获胜后,安倍开始将对华的强硬立场,贯彻到外交路线之中。对中国、韩国极度敏感的参拜靖国神社问题,安倍便声称,我在“上届首相任期中没能参拜靖国神社,悔恨至极”。^[1]且慢,莫性急!悔恨会失去理智,达到“至极”的程度,更会产生意想不到的后果,务请注意。

本文的发表不是以“他人”或外国人的“说三道四”,我是以学者的身份出现的。过去我给研究生连续讲过十年《日本国宪法》课,也小有成就。在日本发表的著、译、论不少,日本公认的首席宪法学家芦部信喜教授,称我为中国研究日本国宪法的“第一人”。根据对等的原则,他来中国讲学也是由我发函邀请。我国政府有关部门也认可我在日本宪法和国会制度方面的学术研究,全国人大研究室曾请我讲过《日本国宪法特别讲座》(因我著有4本书)。此次发表拙文是根据日本宪法第23条规定的“学问自由”进行的,科学是无国界的。

一、关于靖国神社

(一) 靖国神社概况

靖国神社是根据1952年(昭和27年)9月的《宗教法人法》,经东京都知事认证而单独成立的宗

* 中国政法大学教授。

[1] 参见《新京报》A26 国际新闻,2013年1月10日。

教法人。以奉祀“因国事殉难的人们,举行神道祭祀,宏扬其神德”为目的(规则第3条)。这里的“国事殉难”,其字面意思是因国家事务而殉难,是什么国家事务?是指国家的侵略战争而不是其他。“国事”在日本国宪法上也有这个词,下文详细说,意思与此不同请注意。所谓的“宏扬其神德”,不外是推广其法西斯侵略精神,德在何处?本来靖国神社成立是为在安政大狱死亡的吉田松荫等镇魂,1868年(安庆4年)5月以太政官布告在京都东山设立了招魂社。随着迁都东京,迁移到东京千代田区9段,即现在地址的招魂社,占地3万3千坪。1879年(明治12年)6月4日改称靖国神社。1993年春,我持日本亚洲经济研究所所长签发的《身份证明书》到现地参观过。

靖国神社从一开始便与军部有密不可分的关系,神官的任命从由内务省而改由陆军省、陆海军省所管辖。该社按战争别计人数,属于侵华战争的有191250人,“大东亚战争”的为2133915人,合计约250万人。

靖国神社在政教合一体制中,具有以国家神道教化国民的作用,战前曾经渗透到学校教育中。“九·一八事变”以后,基督教系统学校拒绝集体参拜,以后官宪介入,甚至引发过大阪宪兵队逮捕议会议员的事件(1940年)。靖国神社本来最初起于“慰灵信仰”,继而发展到以“镇魂”为主,不久又发展到彰显“慰灵”,以战争战死者为“神”,推动了战死为国民所肯定的作用,而且,对这些又不准批评和争论。这对日本以天皇神格化的国家体制,即天皇是神同时又是人的“现人神”的观念起很大的支撑作用。

由于日本的战败,随之颁发了“神道指令”,实施政教分离,甚至昭和天皇在1946年元旦在《人间宣言》中宣布自己是人而不是神,国家神道解体,靖国神社也由公法人而一变为私法人。日本国现行宪法也确立了政教分离的原则。但是,从1950年代起,日本右翼势力的一股逆流加强,想使靖国神社也“回到战前去”,要求正式参拜的呼声有所抬头。

同时,1978年(昭和53年)10月17日,该神社把包括处以死刑的东条英机等7人在内,总共14名甲级战犯,以昭和殉难者名义秘密加以合祀(一起供奉参拜)。

(二)靖国神社的合祀问题

1946年4月远东国际军事法庭接到检察院以日本甲级战争罪犯28人为被告嫌疑人提起的诉讼,1948年11月经军事法庭判决甲级战争罪犯有14人,计东条英机等7人处以死刑,平沼骐一郎等4人处以无期徒刑,20年徒刑者1人,判决前死亡2人。这14人在靖国神社的合祀是秘密进行的。此事1979年(昭和54年)4月19日被日本《朝日新闻》曝光,据说,作为“昭和殉难者”是在1978年10月7日夜靖国神社秋季例行大祭前夕决定的。以后这个合祀便改由厚生省管辖,据说曾引起过舆论的争议。甲级战犯的名单,作为“祭神名单”,厚生省在1966年已送交神社,在此期间不是没有波折的。

1970年初召开的崇敬者代表大会通过合祀,但具体合祀时间由“官司”确定,1978年10月17日甲级战犯合祀才最后确定。“祭神名单”虽多有变化,最终还是开辟了战犯合祀之路,对“战死者以外”也加以祭祀是作为“例外”的。特整理远东国际军事法庭(东京)审判判决的甲级战犯14人名单如下:

(1)处绞刑者7人

东条英机	陆军大将、首相、陆相
坂垣征四郎	陆军大将、陆相、中国派遣军总参谋长
土肥原贤二	陆军大将、陆军航空总监

木村兵太郎 陆军大将、缅甸方面军司令
松井石根 陆军大将、上海派遣军司令
武藤 彰 陆军中将、陆军省军务局长
广田弘毅 首相、外相、驻苏联大使

(2)终身监禁者4人

平沼骐一郎 首相、枢密院议长
小矶国昭 陆军大将、首相、驻朝鲜总督
白鸟敏夫 驻意大使
梅津美治郎 陆军大将、外相、驻英大使

(3)监禁20年者1人

东乡茂德 外相、驻德大使

(4)判决前死亡者2人

松冈洋右 外相
永野修身 海军元帅

靖国神社对战犯死亡者,认定为是“依国家之命而死”,所以称之为“昭和殉难者”,与战死者同等对待。^[2] 这里的问题是:战犯死亡者作为战神合祀的法律根据不足,其决定具有随意性。没有到过战场的甲级战犯,因被处以罪刑而被奉为“战神”,同样一起被检察院起诉的其余14人下落不明(当时并没有全部死亡),乙级和丙级战犯又是如何处理的?为什么?当局说不清理由。上述靖国神社规则第3条规定得很清楚,是不包括“战犯合祀”的,就是其上位法的《宗教法人法》第1条也没有扩大(授权)其能力的规定,相反,在第10条作了明确的限定:“宗教法人依据法令、规则之规定,在规定的目的范围内享有权利负担义务。”其第11条规定:“宗教法人的责任”,即“宗教法人对其代表负责人及其他代表人执行职务造成损害负有损害赔偿责任”。因此,日本人、中国台北人9人的遗属,对其亲属合祀自由权的侵害,要求赔偿100万日元,向大阪地方法院起诉是有法律根据的。其所以如此,很难避免有事后藐视法庭的意义:你法庭治罪判刑,我奉为战神,不予承认,是事后直接与法庭对抗。

如果说“昭和殉难者”虽无法律根据,假如是正当的话,合祀为什么秘密进行?恐怕神社主管也理不直、气不壮,似乎有要掩盖的事实。其真正目的是为法西斯和军政要员招魂,为军国主义侵略战争正当化,是说不出口的。所谓“昭和殉难者”是个含混不清的概念。须知昭和天皇是跨“大日本帝国”和“日本国”两个时期的。是指前者还是后者,或者是兼而有之?哪个都不妥。因为前者是“神”的天皇,后者是“人”的天皇,二者根本不同,又是不能融合的。

(三)靖国神社正式(公式)参拜问题

1985年(昭和60年)8月15日是日本战败之日,以中曾根康弘首相为首的全体内阁成员在东京正式参拜靖国神社。所谓正式参拜与一般群众的参拜不同,主要在签名簿上不仅签署姓名,同时还要签上职衔,如内阁总理大臣等;其次香火费又不是由私人负担,而是以公款支出;再次利用的交通工具如总理大臣的专车,陪同人员如有秘书陪同等虽不是主要条件,但也是与民众参拜有所区别的。

要求靖国神社由国家支持(护持),右翼势力的团体一直在强烈要求。而自民党自1969年(昭和

[2] 参见日本《朝日新闻》2005年6月20日。

44年)以来,曾五次向国会提出过靖国神社法案,直到1974年才最后成为废案,而且,这一年由于参议院选举中自民党的惨败,靖国神社的国家支持,不得不暂时告吹。1976年6月新成立的“英灵慰问之会”以迂回作战的方式,成功实现所谓的“正式参拜”,达到了国家支持的现实目标。右翼势力团体要求首相、阁僚参拜靖国神社的呼声不断,在鼓动自民党的同时又在动用舆论工具。1982年11月中曾根内阁成立,右翼团体和推进派合力致力于实现期待。

1984年8月中曾根首相为实现正式参拜靖国神社,成立了以官方长官为首的私人咨询机构,即成立了“关于阁僚正式参拜靖国神社问题恳谈会”,不顾1980年11月政府发布的《统一见解》,即参拜“不能否定有违宪嫌疑”的主张,1985年8月9日恳谈会提出了《正式参拜合宪》的咨询报告。该咨询报告指出:“正式参拜是国民的愿望,以不抵触政教分离的方法进行正式参拜是可能的。”从法律程序上看,与前一政府见解不同,应由后一政府见解取代,否则,前一政府见解仍具有拘束力。但中曾根置这些于不顾,于8月15日和其他19人阁僚正式参拜了靖国神社,之后又有“参拜靖国神社国会议员之会”的成员,陆续参拜。问题是与“政教分离不抵触的方法”,即回避违宪的方法何在?没有找到也不可能找到。其实,是参拜的方针已定,咨询不过是走一走过场,虚幌一招,怎能达到掩人耳目的目的。方法是有的,在本节之初已经指明,正路不走走邪路,且又故弄玄虚,岂能得逞。

对此中国外交部发言人在其参拜的前一天,即8月14日发表声明指出,“严重伤害了包含中日两国人民在内的亚洲各国人民的感情”,8月15日韩国的《京乡新闻》又批评这是“日本政府想使第二次大战正当化”,引起国内外的警惕和远近邻国的担心。这种为过去的法西斯军政要员招魂,使侵略战争正当化的行为,我国的主要领导人对此也表明了严正批评的态度,表示了对日本军国主义动向的担心。9月18日北京大学举行了反中曾根游行,正式参拜竟发展成为外交问题。10月8日中国通过外交途径明确提出抗议,10月10日中日外交部长的定期协议会被取消。因此,10月15日藤波孝生官房长官表明了退步:“正式参拜并没有制度化,每次参拜均应慎重研究。”11月5日经内阁会议决议表明“正式参拜尚未制度化”等,为“进一步谋求日中友好”,以后该首相取消了正式参拜。

但是,右翼团体认为中国的批评是干涉内政,有不少对中国使馆、领事馆进行抗议的。大日本爱国诚志会、日本青年旭日团、国防同志会等右翼团体批评日本政府的软弱,向日本政府、自民党提交了抗议文和要求书。

进入21世纪,首相参拜成为问题始于小泉首相。小泉自2001年开始参拜,每年参拜一次,连续了5年,笔者也有文字发表。中韩两国因“战争被害国的国民感情被伤害”而激烈反对,是理所当然的事情。小泉首相参拜的理由是“今日的和平不仅是活着的人建立的,而且也是奔赴战场而牺牲宝贵生命的基础上建立的。对战死者传达感谢的心情是有意义的”。“内心的问题他人不得干涉,况且对战死者表示哀悼之诚也不是外国政府应该说‘不’的问题。”^[3]结果引起了中韩两国不满和外交关系的停滞不前。小泉首相把我们的位置搞错了,我们本来是参拜的受害国,是受损害的权利者的一方,怎能认为是“不应说‘不’的‘他人’呢?”不合情理,受伤害的当事人连“不”都不能说,是何等霸道!当然,当时又有人建议战争罪犯不要“合祀”而采取“分祀”;^[4]而且,麻生外相在讲演会中主张“靖国神社应非宗教法人化”(2006年5月16日)。美国《泰晤士报》也批评小泉首相参拜靖国神社是“承认日

[3] 参见《朝日新闻》2005年10月18日。

[4] 参见《每日新闻》2006年5月14日。

本军国主义的最坏传统”。“任凭日中、日韩关系放任恶化会为东亚带来不稳定。”〔5〕

据说,现任首相安倍晋三是不承认上述东京裁判的,比起小泉来,具有苛刻的靖国观。安倍作为自民党的右翼,也可以说是右派、鹰派,与日本的右翼不同,二者看起来,有时是相去甚远,但有时又似乎很近,二者沆瀣一气,气味相投。右派又成为首相的助力,但切不要被拴在日本右翼的战争上,被拖着走是没有出路的。

日本国内对这些情况反响如何呢?在此也介绍一二供参考。日本战败后天皇参拜靖国神社总共达7次之多,都是昭和天皇,1975年11月21日为最后一次,这是由于昭和天皇也对合祀甲级战犯表示了“强烈的不愉快”,昭和天皇说:“从那时以来,我连一次都没有参拜”,即对合祀的反感。民意又如何呢?据《朝日新闻》(2006年7月25日)或《每日新闻》(2006年7月24日)的“舆论调查”,设问对“下一届首相参拜靖国神社”你赞成与否?反对者超过半数,大大超过赞成者。例如,《朝日新闻》反对者占60%,《每日新闻》的反对者占54%。还有,据《每日新闻》2006年8月6日对14名甲级战犯遗属的调查,有8人接受“分祀”,3人表示反对,接受者占绝大多数。

二、首相参拜靖国神社违反现行宪法

众所周知,日本先后有两部宪法。日本最初的宪法是在1889年(明治22年)制定的,其正式名称为《大日本帝国宪法》,由于是在明治年间制定的,所以又简称《明治宪法》。现行的《日本国宪法》是二战日本战败后制定的,不能称为日本宪法,“国”字不可省,但日本两部宪法都可称“国宪”,这是简称的最大化,因而本文标题也用。前一部宪法由两大部分构成:一是天皇大权,二是臣民的权利和义务。《明治宪法》的核心是天皇,天皇既是君主又是神,日本称之为统治现实世界的“现人神”,即天皇既具有人格又具有神格,以神的资格来统治现实世界。

《明治宪法》有相当于宪法序言的“敕谕”。它规定:“国家统治大权由朕承继祖宗,传至子孙。”宪法的大前提是来自祖先以来的君主主权主义。因此该宪法第一条就规定:“大日本帝国由万世一系之天皇统治之。”日本天皇是开国元神“天照大神之子孙”。这里的“万世一系”是包括日本神话传说在内,是一种夸张的说法,实际的历史至多也不过三千年左右。和这个宪法第1条具有同样重要性的是宪法第4条。宪法第4条又规定“天皇为国家元首总揽统治权”,第3条规定“天皇神圣不可侵犯”。《明治宪法》的天皇主权主义是立足于日本型的“王权神授说”,天皇神圣不可侵犯,达到了无以复加的地步。这部宪法当时据说是“与天地共存”,而旧的天皇制也认为是“与日月同辉”,都是永恒的,不可磨灭的。但其矛盾是在该宪法的第73条又规定该宪法的修改程序,是掩饰不了的自相矛盾。永恒的宪法还有修改的余地吗?

《日本国宪法》是在二战战败后,作为政治民主化的组成部分,根据上述宪法第73条的规定进行修改的。最初,当时的统治者并不想修改,想在“适用”上稍加变动,继而起草几个《宪法草案》都强调“最适合日本国情”,即符合《明治宪法》的天皇制,提交给占领军司令部,以此搪塞。总司令部对此非常不满。日本的宪法草案起草者问及总司令部:“何处不好,应如何修改?”对方回答:“不是何处的问題,而是全然不行。”“不是如何修改的问题,而是你们没有能力胜任。”是何等不给情面!

〔5〕 参见《朝日新闻》2005年10月19日。

因此,宪法原案的起草工作,就改由占领军总司令部政治局长官(美国人惠特尼)来担任,即根据麦克阿瑟的指示着手进行。1946年2月10日草案完成,2月13日又将草案提交给日本政府代表吉田外相和相关的松本国务大臣。日本议会两院经过审议决议成立,又经枢密院10月29日通过后,经天皇裁可(批准),11月3日根据公式令规定,在《官报》上公布。这部《日本国宪法》,对于疲于长期战争,饱受法西斯帝国主义之苦的日本国民来说,是殷切欢迎的。

与《明治宪法》不同,《日本国宪法》第1条规定:“天皇是日本国的象征,是日本国民和谐的象征,其地位依主权所属的日本国民之总意为依据。”这一条规定的不再是“万世一系之天皇”,象征天皇只具有象征作用,其地位依国民之总意为依据,即从理论上说,立、改、废都是可能的。

第4条规定:“天皇只能行使本宪法所规定的有关国事的行为,而没有关于国政的权能”(第1款)。这一条与《明治宪法》根本不同,天皇只能行使“有关国事的行为”,即名誉的、礼仪的、形式的行为;没有“关于国政的权能”,即没有立法、行政、司法的权能,因而天皇不是日本国的国家元首是理所当然的。

(一) 宪法序言的禁止性规范不可不注意

《日本国宪法》是作为对侵略战争的反省而制定的宪法。这部宪法最大的特点,就是反省侵略战争,因此,才称之为和平宪法。不仅宪法序言有专门的文字,而且以第9条“放弃战争”作为专章,其他各章都贯穿了这种内容。

一般成文宪法通常由系统的条文排列所构成,但有的内容也不好写成条文表述,在条文的前面附有宪法制定的由来、目的或宗旨等,以庄严的词句加以宣布,这就是序言。《日本国宪法》序言宣布的第一个内容,就是“不因政府行为再次造成战争惨祸,在此宣布主权属于国民,并制定本宪法。”请注意,中曾根和小泉首相参拜靖国神社的理由不论说得多么好听,东条等甲级战犯是东京审判判决的战争罪犯,这里又宣布他们是“战争惨祸”的制造者,二者是一致的。国际军事法庭和宪法序言,在各自领域内都是最高的,其他一切都要从属于它们,包括中曾根私设的“咨询机构”,都是毋庸置疑的。更重要的不限于此,而在于“不因政府行为再次造成战争惨祸”,可就另有所指了。“所谓政府行为”不是与谁都无关的架空的空话,其实是指统治机关的意思,而行政机构当然首当其冲,立法机构和司法机构都应该包括在内。“再次造成战争惨祸”,这个措词表明,再次造成的可能性是存在的,不能不包括为军国主义者招魂和使法西斯侵略战争正当化等,都是不可忽视的。作为国家行政机关首班的内阁总理大臣,对宪法序言禁止的“再次造成战争惨祸”的警惕性不可不注意,或者从正面说,首相是负有严格遵守宪法的责任的。

这段宪法序言不止于此,又斩钉截铁地指出:“与此相反的一切宪法、法令和诏敕我们均将予以排除之。”这里明确表明了主权者国民对参拜靖国神社之类的“政府行为”一律予以排除之意,不能听之任之。

日本也有人认为“宪法序言”不是宪法而是引言、前言等,在其第1条以下的条文才称为宪法。这种认识不对,宪法序言不仅是宪法的组成部分,而且是宪法中的宪法,其法律效力高于第1条以下的条文,当条文的意义不清或遇到其他问题,依据序言的规定来解释、解决是宪法学者的共识。宪法条文的解释不得有悖于宪法序言规定的原则,日本国会、内阁、最高法院的言行如有违反宪法序言的原则,一般将构成违宪,将失去其效力。

《日本国宪法》序言中还有一段警示性的文字,也是非常重要的。其内容是:“任何国家都不应只

顾本国而不顾他国,政治道德的法则是普遍的法则。遵照这一法则是维护本国主权并与他国建立对等关系的各国的责任。”这段文字可以说是精辟的,具有远见卓识。今天,以安倍晋三为首的日本国政府如果没有忘记具有最高法律效力的这段序言的表述,不是应该首先反省其责任吗?只有如此,才能竭尽全力达成《日本国宪法》的崇高理想和目的。

(二)日本国的和平宪法对首相的特别要求

《日本国宪法》是作为日本无条件投降的结果而产生的。与此相联系,其基本原理首先是立足于否定战争和憧憬和平。在宪法序言中明确宣布:“日本国民决心不因政府的行为再次造成战争惨祸”,“日本国民期望永久的和平,深知支配人类相互关系的崇高理想”。因此,在《日本国宪法》中将第9条作为一章,毅然决定:第一放弃任何战争;第二废除军备。其中规定:“日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国际和平,永远放弃作为国家权力发动的战争、武力威胁或使用武力作为解决国际争端的手段。为了达到前款的目的,不保持陆海空军及其他战争力量,不承认国家的交战权。”

作为“解决国际争端手段”的战争,是指侵略战争的意思,除此之外的战争,即自卫战争(以自卫权发动的战争)和制裁战争是不应包括在内的。但作为解决国际争端手段的战争与自卫战争、制裁战争的界限和区别却不甚明确,且常常被滥用。“九·一八事变”和“七·七事变”以及太平洋战争(所谓大东亚战争)都被日本说成是自卫权的发动,是人所共知的。但作为独立国家的自卫权也是应当受到尊重的。

“战争”是指国际法上的战争。不够战争的战斗行为是“使用武力”。战争一般是通过战争宣言或最后通牒而开始的,但也有事实上的战斗行为由于发展成连续的敌对行为而开始战争的。严格区分“战争”和“使用武力”,作为实际问题是困难的。只要放弃战争和放弃使用武力的条件没有什么不同,要区分战争和使用武力实际上没有多大意义。

为达到前款放弃一切战争的目的,第二款又强调不保持陆海空军及其他战争力量,不承认国家的交战权,这就更彻底地放弃了战争。

为了能有效地放弃战争,就必须废除军备。只要有军备,不论怎么规定放弃战争,实际上发生战争的危险还是相当大的。如果全面废除军备,实际上即使想要发动战争也很难打起来。

关于“战争力量”的意义,在日本有种种争论,一种认为对“战争力量”应作广义解释,即指可作为战争手段的一切人的和物的实力。这样,如飞机、军舰及制造飞机、军舰等的设备以及与之相关的科学研究,都包括在“战争力量”之内。这些对于战争来说确实是必需的,但因此就把它作为宪法上所说的“战争力量”而予以禁止,未免失之过宽,也是违背常识的。另一种认为“战争力量”是专指军队和军备的意思。宪法这第二款的思想,不过是第一次世界大战以来缩减军备或限制军备思想的发展。要想真正消失战争,最可靠的办法是消灭作为战争最有效手段的军备。《日本国宪法》的不保持战争力量原则应该看做是这种想法的进一步发展和彻底贯彻。还有一种认为军队(或军备)应是以实力抵抗外敌进攻,并以保卫领土为目的而建立起来的人的和物的手段的组织体。国际法上所谓的非正规军(民兵、义勇军和群众起义),不是这里所说的军队。军队和警察不同,首先在设置的目的和任务上有区别,设置军队的目的是对抗外敌进攻和保卫领土。军队的任务主要是以实力对抗外敌的敌对行为,而设置警察的目的是确保国内治安,日本《警察法》第2条有具体而明确的规定。

当区别军队与警察的内容时,应综合地考察各组织体的人数(人数的多少)、编制方法(阶级秩序的性质和程度)、武器(轻重武器及其他等)、训练或教育(是否同外敌进行战斗行为)以及预算等因素

后再作判断。如此看来,日本的陆海空自卫队早已失去警察性质,演变成名副其实的军队。正因如此,在日本才出现了自卫队违宪、合宪的法院判决。1973年在长沼奈克导弹基地诉讼第一审中正式提出这个问题。判决认为,自卫队正是相当于宪法第9条第2款所禁止保持的“战争力量”(札幌地方法院1973年9月7日《判例时报》第712号第24页)。但是,在上诉审判中否定了诉讼人的利益并取消了原判,认为自卫队存在等是否违反宪法第9条的问题,是有关“统治行为”的判断,只要不是显而易见的违宪、违法(侵略性的行为)的情况,则宣布为不在司法审查权范围之内的宗旨(札幌高等法院1976年8月5日行审例集第27卷第8号第1175页)。在有关航空自卫队百里基地的第一审判决书中也写道:“我国行使自卫权,为行使自卫权而预先有效地组织和整顿适当的防卫措施,不违反宪法序言和第9条。”同时宣称因为自卫队是否有进行侵略战争的能力,不能说是显而易见的违宪,所以作为“统治行为”不能是司法审查的对象(水源地方法院1977年2月17日《判例时报》第842号第22页)。

总之,日本札幌地方法院判决自卫队是相当于宪法第9条第2款所禁止保持的“战争力量”,是违宪的。但作为其上诉审的札幌高等法院却以“统治行为”为由,将其排除在司法权的判断之外。司法权无权审判的宗旨,以后有些法院也在效仿。

基于以上和平宪法的要求,又鉴于内阁总理大臣及其他国务大臣在国家生活中的重要地位,《日本国宪法》对其任职条件作出特别的规定。《日本国宪法》第66条规定:“内阁根据法律规定由其首长内阁总理大臣和其他国务大臣组成。内阁总理大臣及其他国务大臣必须是文职人员。”

但《日本国宪法》规定日本的行政权属于内阁,并没有摆脱传统的权力分立主义而独立。当然,也不是说所采取的是美国那样的彻底的权力分立型。从立法权和行政权这两者的关系看,与其说是两者分立,倒不如说是一个互动、共同合作的议院内阁制。当然,权力分立主义的原则也是被承认的。

《日本国宪法》规定内阁总理大臣是“首长”,是内阁这一合议组织的主持人。首长是该合议组织的首长,指挥监督内阁的事务,对外代表内阁。由于是首长,内阁总理大臣有权任免国务大臣(宪法第68条),承认其有优越于一般国务大臣的有利地位。但是,作为合议组织的一员,在法律上应与其他国务大臣处于对等的地位。对于大臣的称谓是非民主的。过去吉田茂内阁总理大臣在某一次致辞中对天皇称自己为“臣茂”,曾引起舆论哗然。这从国民主权的《日本国宪法》精神来看,是不能令人同意的。在各方面的严厉谴责声中,吉田内阁总理大臣在议会辩解道:自己所说的“臣茂”不是君臣之臣,而是内阁总理大臣之臣。因此民间传为笑谈,不能成为对议会的正式答辩。

“文职人员”一词,在《日本国宪法》的制定起草过程中,不论是在麦克阿瑟草案、内阁纲要、内阁草案中都不存在,是以后根据占领军总司令部要求增加的。总司令部在日本众议院最初修改时提出希望添加这项规定,但当时未能实现。以后在宪法草案提交到贵族院时,总司令部又进一步提出要求,结果被贵族院接受,在修改中加上的。当时,总司令部曾要求:“内阁总理大臣及其他国务大臣必须是 Civilians”。贵族院对这个英文词作了种种议论,由于在日文中找不到适当的词,所以才不得不新创“文民”这个汉语词,恰当地译成中文,应该是“文职人员”。

关于“文职人员”的意义,在日本有不同说法。一说“文职人员”指非军人而言。即便曾经是军人,但在停止军人生活时起就是“文职人员”了,即“文职人员”是非军人的意思。也可以说只要脱下军装就可以“立地成佛”。另一说“文职人员”指无职业军人经历的人。不必说职业军人,就是军人转业后也不是本款所说的“文职人员”。又一说“文职人员”指不具有强烈军国主义思想的人。

“非军人”说,从其与宪法的关系看也有问题。上述宪法第9条是否认一切军队的,宪法规定不允

许有任何军队,因而也不可能有军人。如果没有军人,日本国民都成了这里所说的“文职人员”,本款的规定自然就没有特殊存在的理由。

有一个事实对理解这里所说的“文职人员”是有帮助的。那就是1954年12月第一次鸠山内阁成立时,曾有人提出任命野村吉三郎为国务大臣的意见,但由于野村在战前是日本海军大将,不符合本款所说的“文职人员”的规定,不具备“文职人员”的资格,未被采纳。当然,有些人的职业军人经历不长,如毕业于日本士官学校和士兵学校只任职数年,或者任职虽长但一直任中下级武官者,应排除在外。

至于具有强烈军国主义思想的人,区分起来比较复杂,有的可能是以上各说的特点俱全,有的可能兼有两项,也有的就是单纯军国主义思想强烈者。

具有最强烈军国主义思想者,莫过于日本的右翼势力分子和大日本爱国者党之类的党徒了。他们在皇宫外苑外的电线杆上大量张贴宣传单,说什么亚洲应以日本为中心,日本东京应以皇室为中心,叫嚣要“回到战前去!”鼓吹要扩大天皇的权力,恢复天皇主权。具有强烈军国主义思想的人,其思想也有外在的表现即行动,如小泉首相及其他参拜靖国神社的国务大臣,不顾国内外的强烈反对,连续向东条英机等甲级战犯灵位顶礼膜拜,大肆招魂。这种人构成内阁总理大臣及其他国务大臣“缺格”(不合格)的重要条件,即不具备任职资格。再次,具有浓厚军国主义思想者,也不是单纯的政治思想问题,也有外在的表现,只是其程度较轻而已。这种人虽不构成上述的“缺格”,但构成“违宪”是可能的。至于一般的在内心存在着军国主义思想者,宪法则“不问”、“不理”了。

以上各说,都是一种学说,一种学理主张,可供司法判断选择,没有更大的优劣之分,都未能成为指导实践的通说。但是,在宪法制定的初期,人们更多关注“职业军人的经历”,在日本战败、无条件投降后的今天,人们更多关注的是“军国主义思想”了。这种倾向性的变化是历史造成的。

(三) 宪法的信教自由和政教分离规定不得违反

近代自由主义是在反抗中世纪的宗教压迫中诞生的,信教自由是在各种自由权中应该最受尊重的,凡是权利宣言没有不保障信教自由的。信教自由在《世界人权宣言》第18条与思想自由一起作了说明:“人都有思想、良心以及宗教自由的权利。”对于国民强制信仰特定宗教,如明治宪法下强制参拜神社那样是侵犯信教自由的。为完善信教自由的保障,进而使国家与一切宗教断绝(脱离关系),对一切宗教采取中立的立场,即要求宗教纯粹是“私人的事情”。这就是国家非宗教性原则或政教分离原则。国家特别优待某一特定宗教,结果必然产生压抑其他的宗教自由。国家同等优待一切宗教,结果变成国家因此压抑不信仰宗教的人的自由,这一点也被认为是违反宗教自由的。《日本国宪法》第20条规定:(1)对任何人都保障其信教自由。任何宗教团体都不得从国家接受特权或行使政治上的权利。(2)不得强制任何人参加宗教上的行为、庆典、仪式和活动。(3)国家及其机关不得进行宗教教育及其他任何宗教活动。《明治宪法》称宗教自由为信仰自由,与这里的规定是一致的。本条的第1款后半段以及第3款都明确要求国家的非宗教性。这里所说的“宗教团体”,不仅指《宗教法人法》所说的“宗教团体”,而且是泛指“以宗教礼拜或宣传为目的的一切团体”。所谓“庆祝典礼、仪式或活动”,因为它们几乎是相同的,不必要做严格的区别。例如,小泉首相参拜靖国神社,既是宗教上的“庆祝典礼”,又是“仪式”,也是“活动”,而且还是“宗教上的行为”。

明治宪法时期,以宫中为首的国家仪式,原则上是按照神道的仪式来进行的,有关公职人员有必须参加这些仪式的义务。后来不仅公职人员就是对一般人员也以各种形式强制参加参拜神社的仪式

和活动。

在《日本国宪法》下,国家对于所有的宗教、教派有采取中立态度的义务。但是,国家不论对旧的佛教、神道还是新的宗教,作为宗教团体均有充分活动的余地。法律允许的范围还是相当广泛的,并不妨碍私人的宗教信仰自由。战后日本国家和宗教的关系,主流态度是认为国家与宗教应严格分离。这一态度在两个领域表现较为明显,即关于政教分离的法院判例和宗教教育中政府的政策。

“政教分离”始终应该看做是确保“信教自由”的手段。“政教分离”与“信教自由”不可分的关系在日本得以确定下来是在被美国占领后。“政教分离”作为保障信教自由的制度和必要前提,在日本早已取得了共识,但是,信教自由和政教分离是“目的”或“手段”,还是两者是“不可分的整体”,人们对这一问题的看法有所不同。

但是,在日本的现实生活中受右翼思潮的影响,在理论上和判例上都出现了混乱。例如,1977年最高法院在一次判决中指出所谓政教分离的理想化,即《日本国宪法》“制定政教分离时,曾以国家与宗教的完全分离为理想”,现实中难以做到。最高法院虽然提出了主张,但并没有提出证明的任何证据,属于武断之词。又如,津市体育馆的奠基典礼,是按照神道仪式举行的,并以市的公款支付了这次经费。对此,市民提起诉讼,他们认为市长以公款支付这次经费是违宪。一审法院认为奠基典礼不是宗教活动,而是地方的风俗习惯,否定了违宪性。原告不服上诉至名古屋高等法院,二审法院宣告:“这个典礼是按照特定宗教的宗教仪式举行的,相当于宪法第20条第3款的宗教活动。”而最高法院认为实现国家与宗教的完全分离实际上是不可能的,如果彻底贯彻政教分离的原则,国家在社会生活的各方面难免产生不合理的事态,所以保障国家与宗教分离也应有一定的界限。《日本国宪法》政教分离的原则,是要求国家在宗教上保持中立。国家与宗教发生关系不是完全不允许的,而是根据与宗教发生关系的目的和效果来决定,这种关系在超过与日本社会和文化条件相当的限度时是不允许的。在限定理解其意义的基础上,认为宪法第20条第3款所禁止的“宗教活动”,是指“该行为的目的具有宗教的意义”,其结果对宗教构成援助、助长、促进或压迫、干涉等,因而,判为“本案奠基典礼的目的是在建筑开工时祈祷土地地基的平安坚固、工程的可靠安全,按照社会一般习惯所举行的礼仪,这完全是世俗的东西”。从其宗教效果来看,不是“宗教活动”。对这一判决,部分法官持有不同意见是理所当然的,判决书中附有五名法官的少数意见。

作为确保这一原则的规定,还有宪法第89条。它规定:“公款以及其他公有财产不得为宗教组织或宗教团体使用、提供方便和支持活动之用。”这里的宗教组织不知是否可以理解为宗教团体之内的意思。关于日本的宗教团体,著名学者宫泽俊义教授解释为:以宗教信仰、礼拜或以普及为目的的人的集合体,如教派、宗派、教团等。《宗教法人法》中把传播宗教、举行仪式活动和教化培养信徒作为主要目的,备有礼拜设施神社、寺院、教会、修道院及其他与此类似的团体,以及包括这些团体的教派、教宗、教团、教会、修道院、司教区及其他与此类似的团体称宗教团体。

在《日本国宪法》体制下,政教分离是日本宗教政策的特征,是在美国占领军的直接影响之下作为对《明治宪法》宗教政策的反省而制定的。它一方面废止国家的神道(包括公共神道教育),还在一切公共领域排除宗教,实行严格的政教分离,另一方面又在1951年制定了《宗教法人法》,实行保护和税制上的优待措施。

在《宗教法人法》具体规制之下,已经设立的独立而且不同的宗教法人有18万之多,佛教寺庙和神道神社都是其中的平等成员。作为战后宪法修改后而制定的《宗教法人法》,以对战前宗教团体压

制的反省和保护宗教自由为目的。这一法律背景的基本思想是,注册的宗教团体必须为公益作出贡献才予以设立。因而,也是以支持宗教的经济活动和公益活动为条件的。

佛教和神道在法律上与包括基督教在内的诸宗教处于同等的地位,因此,对大的宗教特别是过去对国家有过特别影响的宗教,不应予以特别的礼遇,同时对少数派宗教在法律上的平等地位也应予以保护。与外国相比,日本宗教团体的活动余地相当广泛,但规制宗教的规则则非常少。因此,对宪法的宗教条款不能不给予更多的关注。

如上所述,《日本国宪法》是以美国占领军制定的宪法原案为基础,由日本政府向议会提出的,其宗教政策也是在占领军以种种形式进行新闻检查后才得以确立的。也就是说,关于“信教自由”的宪法条款,也包含了美国人思考的内容,对失去精神支柱的被占领国日本,可以看做是对其精神支配的典型用例,即不论在学术界和法院,都大量参考美国的判例是理所当然的。以这种历史事实为基础,可以充分探讨日本信仰自由的法律特征。

总之,就连以公职身份参加工地的开工典礼、举行宗教仪式并以公款支付费用都被认为是违宪,小泉首相、安倍首相等参拜靖国神社,除明显违宪外,还违背《宗教法人法》第2条的规定,且以“内阁总理大臣”身份参拜,以公款支出献花费,更是违背国家独立于一切宗教之外、平等对待一切宗教的宗旨。在与《明治宪法》根本不同的《日本国宪法》下,首相参拜靖国神社就是违宪,是应该“予以排除”的行为。

靖国神社与日本的其他众多神社不同,它是日本侵略战争的产物和象征,是愚弄和笼络日本国民、煽动军国主义情绪的工具,是日本近代史上对外侵略扩张的精神支柱。据统计,在日本侵略军的屠刀下,中国伤亡人数达3500万人,日本侵略者给中国造成的直接损失1000亿美元,间接损失5000亿美元。日本首相公然参拜象征侵略战争的靖国神社,是严重的挑衅行为,意味着对受害国人民的蔑视,中国人民理所当然地表示了强烈愤慨和坚决反对。参拜靖国神社,损害了中日关系的政治基础,极大地伤害了亚洲各国受害人民的感情。对供奉有甲级战犯的靖国神社持什么态度,历来是检验日本政府能否正确对待日本侵略历史和政教分离的试金石。

(责任编辑:刘馨)

【人文对话】

商鞅“法治”思想与中国传统社会治理

宋 玲*

摘要:商鞅是中国传统法治理论的开创者和实践者,其最大的贡献在于将法家法治思想进行系统的整合,使之成为一个体系。而且,作为一名成功的政治家,他在其政治生涯中实践了这些理论,从而使得理论具备了可行性。商鞅的“法治”是中国传统社会治理的制度实践和理论来源。然而,作为早期社会治理模式的商鞅“法治”混淆了国家与社会之间的区别,一味以强力推行实施,排除了法律的道德性,最终无法避免成为严刑酷法,给后世带来了巨大的消极影响。中国传统社会治理的得失,很大程度上是商鞅法治思想的利弊所致。这些都值得我们今天深刻反思。

关键词:传统法治 商鞅 社会治理 反思

中国传统社会治理从总体上而言是“礼乐政刑”综合为治的模式,而“礼”、“乐”、“政”、“刑”各个治理工具在不同时期的作用又不尽相同,在社会治理中所占的比重会随社会情势的发展而变化。其中,以“刑”为特色的中国古代的法治,曾经一度占据了社会治理的主流。即便后来“以法为治”的思想遭到儒家主流思潮的批判,但“法”作为“治世之具”,却再也没有从社会治理中退出过,所以,如果要了解传统的社会治理,就必须回到中国“法治”的源头。

在中国历史上,商鞅是当之无愧的“法治”开创者。正是在他手中,“法”之一词被反复强调,他不仅构建出了一整套关于“法治”的理论,而且还亲自履践,在造就了一个强国规模之后,最终也“殉法”而亡。及其歿后,其法治理论和政治遗产还被一代代思想家和政治家所继承,自然也伴随着巨大的争议,所谓“誉满天下,谤亦随之”。但无论毁誉如何,我们不得不承认,其后中国的“法治”道路,始终烙上深深的“商鞅”色彩。虽然时移世易,“法”或者“法治”的内涵古今岂止河汉之别,设若商鞅处今日之世,亦会以为今日之“法治”远非其所提倡之法治。^[1]但是“信仰寻求理解”,^[2]当我们对现代法治产生某种困惑时,追溯中国法治的源头,认真检视当年商君之法的得与失,探讨“法治”在中国语境中的独特内涵,对于我们理解当今中国法治之其然与其所以然、完善现代社会治理中法律的功能,无疑

* 中央民族大学法学院副教授,法学博士。

[1] 英语中有两个词 rule of law 和 rule by law。前者意指现代法治,以制约权力和保障人权为要义;后者意为“用法来统治”,体现法律工具主义,旨在以法律巩固统治者个人或集团的权威。法家的“法治”大致就是后者。参见阎步克:《士大夫政治演生史稿》,北京大学出版社1996年版,第167-177页。

[2] “信仰寻求理解”,本是中世纪神学家安瑟伦的名言,即认为信仰乃能将人类理性带到一个终极地带,使人的理性不至于失控。然而信仰不能盲目,必须不悖于理性,只有通过理性,人类的信仰才能更坚定。现代西方普遍倡导“法律信仰”,且一定程度上言行一致,而在中国,这样的信仰似乎没有深入人心,笔者认为一定程度上也是理解不足之故,且这样的理解必须置于特定的民族文化 and 历史语境中方能把握。关于信仰与理解问题,参见[意]安瑟伦:《信仰寻求理解——安瑟伦著作选集》,溥林译,中国人民大学出版社2005年版,第31-75页。

是大有裨益的,本文即为加深此一理解的尝试。

一、商鞅的“法治”功业:中国早期社会治理的制度实践

现在我们知道商鞅的事迹,主要依据《商君书》以及司马迁在《史记·商君列传》中的记述,前者是后者的主要材料来源。关于《商君书》的作者,虽仍有争议,但学术界最为常见的看法是此书原为商鞅遗著,当然在后人编纂或流传的过程中,掺入了一些其他法家的言论,但就思想的倾向而言,即便有些内容并非商鞅之作,也应该属于商鞅的思想体系当中。所以我们研究商鞅,依然以此两书为原始材料。商鞅的生平和功业,我们主要参考《商君列传》,而其思想内涵,则主要参考《商君书》。

商鞅(约公元前390-338年),本姓公孙,生于卫国,少好刑名之学,求学于魏国,学成后带《法经》入秦,开始其政治生涯。商鞅变法持续了20年,几乎在各个领域中都有建树。在笔者看来,商鞅的“法治”功业可以从两个层次来讨论。一般而言,学界通常认为商鞅在秦国的变法,功在“定法”和“行法”两端,即改法为律、扩大法律范围、以强力推行法治等,最终使得秦国国力大增,完成统一大业。然而,这些功业都是直观的、浅层次的表现,本文试图探讨商鞅在更深层面上的“法治”功业。这些“法治”功业正是商鞅实施社会治理的实践活动,促成中国早期社会的治理成果。

中国传统法律的发展在早期经历了从习惯法到成文法的历程。自春秋郑国子产“铸刑书于鼎”之后,各国开始陆续公布成文法,打破了早期法制的秘密状态。公布成文法成为历史发展的必然趋势,但其过程还存在着争议和反复。正如梅因所指出的,世界上所有的古代法制系统都经过相应的发展阶段,这是一个普通的原则。

在第一个发展阶段中,任意之裁决(即无共同原则之裁决)被利用来解决纠纷。这些裁决权被认为是神授的。经常宣告判决之人物为王或君主即天之人世代表。在第二个发展阶段中,贵族阶级(或别的特权集团)取代了王权,王之特权因而被降低为一种象征性之权威而已。此阶段即梅因所谓的“惯例法”(customary law)阶段,特权集团垄断了法律;明白法律的只有极少的那一些人,因此特权集团充当了法律之解释者、执行者以及维护者。不过虽然还有律令神授之观念,而且虽然特权集团仍自认为血统神圣,但是已无裁决权神授之观念。在第三个发展阶段中,即梅因所谓的“成文法”(codified law)阶段,法与道德分离了,法与宗教也不再混为一体。梅因认为此种意识只能在智力发展(mental progress)到了最高程度时才能出现。^[3]

回到中国的历史,商鞅变法之时正是中国古代法制处于梅因所界定的第三个阶段刚刚确立时期。如何才能保证“成文法”的公开性、独立性,将法与道德、宗教等传统彻底分离,这正是商鞅变法首先需要解决的问题。《商君书》第一篇“更法”是一篇辩论形势的文章,记载了秦国实行变法之前商鞅与守旧派围绕该不该变法,为什么要变法的问题展开的争论。这场发生在公元前4世纪的辩论,反映了当

[3] 详见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第1-12页;转引自高道蕴、高鸿钧、贺卫方编:《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第85-86页。

时改革旧法创立一个新的法治体系是何等的困难,因为这意味着将法律从传统中分离出来,成为一个相对独立的规范领域。辩论的结果是商鞅的观点占据了上风,从此确立了变法的合法性。自此,法律成为国家实施社会管理的独立的规范体系,无需得到神意的支持或者道德的准许。商鞅变法通过系统化的法治体系,使得中国早期法律的发展从传统中完全独立出来,走上了独立、公开发展的道路。这对于中国早期法律彻底进入“成文法”阶段具有决定性意义。商子立治在使天下之吏民无不知法者。^{〔4〕}“吏明知民知法令也,故吏不敢以非法遇民,民不敢犯法以干法官”(《商君书·定分》)。成文法的独立性、公开性和普遍性自商鞅变法之时得以全面确立和彰显。而成文法正是社会治理中不可缺少的标准和依据。商鞅变法为中国早期的社会治理提供了系统的制度保障。

因为历史传统、地理环境、经济结构等因素,秦国文化受到西部游牧民族文化的深刻影响,重功利、轻伦理、讲求实效,具有浓厚的功利主义和实用色彩。这与西周以来的传统礼治思想有着较大差异。在秦人的价值评价中,没有给道德伦理留下位置,而完全是以世俗的功利为标准,内心休养或道德的自我反省,在这里是没有必要的,需要的是对自我以外实际世界的探求和自身物质需要的满足,所以人们关心的是生产、作战等与日常生活密切相关的厉害,而不注意仁义之兴废、礼乐之盛衰以及道德之完善。^{〔5〕}商鞅入秦进行变法,正是很好地研究和利用了秦文化的这些特点,一方面在变法中顺应了这种文化因素,通过变法把秦国带上了富强之路;更为重要的是,商鞅变法把西部游牧民族特有的文化因素融入到中华法律文明之中,丰富了我国传统的法律文化。中华民族早期的法律由此而注入了开放进取、刚健有为的新元素,这是尤为可贵的。西周以来的“礼治”在秦国被“法治”所取代,而此时的“法治”作为一种更为先进的社会治理模式具有统一、高效的优势。

商鞅在20余年的变法生涯中,因坚持依法社会治理而得罪了不少权贵,最终虽然实现了裂土封君的心愿,但却因其法而身死族灭。商鞅以身立法、以身殉法,其法治功业不仅在于一时、一国,而且对中国社会治理模式产生了深远影响。中国传统法律自商鞅变法进入了新的阶段,社会治理模式完成了以“法治”替代“礼治”的变迁。无论是当时的法家法治,还是后来的儒法合流,都是建立在此基础之上。

二、商鞅“法治”思想是中国传统社会治理的理论源头

商鞅的法家之学,并非自出机杼,而是其来有自。据钱穆先生考证,商鞅的行事,“则李克吴起之遗教为多……其变法,令民什伍相收司连作,此受之于李克之《网经》也。立木南门,此吴起僇表之故智也。开阡陌封疆,此李克尽地力之教也。迁议令者边城,此吴起令贵人实广虚之地之意也”。^{〔6〕}这更多是从事功方面来说的,即商鞅的很多变法或政治实践,是吸收了前人的成功经验。这可以看成法家实践之道。诚如王阳明所说的“行之明觉精察处即是知”(《传习录》),这些实践最终融汇在其理论中,构成了商鞅法治理论的基础,进而成为中国传统社会治理的思想源头之一。

商鞅的时代,正处在公元前4世纪时期,思想有趋向混合之势。商鞅并不是第一个变法的人,其先李悝、吴起诸子都已经开始了变法的历程,且变法很快带来了功效。胡适先生亦认为,“在变法已有

〔4〕 萧公权:《中国政治思想史》,辽宁教育出版社1998年版,第223页。

〔5〕 林剑鸣:“从秦人价值观念看秦人秦文化的价值特征”,载《历史研究》1987年第3期。

〔6〕 钱穆:《先秦诸子系年》,商务印书馆2005年版,第263页。

功效的时代,便有一种变法的哲学起来”〔7〕这种变法哲学主张承认历史的演变,并且用实际的需要和便利来做选择的标准,而破除先前的门户之见。也许在商鞅看来,孟子辟杨墨并无多少意义,而应当看是否有利于富国强兵,这在《商君书》中多有表现。当时社会治理模式的选择取决于效率和结果。

当然这一哲学思潮的产生,除了受到变法功效的鼓舞之外,就学术本身而言,也有其演变的必然。胡适先生亦认为,“前四世纪与前三世纪之间的‘法家’便是三百年哲学思想的混合产物”〔8〕简言之,“法”的观念,从“模范”的意义演变为“齐一人民”的法度,这是墨家的贡献。而法家注意“正名责实”,又和儒家“正名”相关。至于法家认为法治成立之后即可无为而治,又根源于道家的观念。道家强调“圣人抱一为天下式”,实际上反面强调了百姓匍匐在权威面前的情形,法家的集权思想中,王者又何尝不是“以百姓为刍狗”?所以说“法家”思想为古代思想的第一次折衷混合,早期的法家,都带有混合的色彩,譬如慎到,即是道家化的法家;尹文子,即为墨家化的法家;而商鞅,也不免带有“杂家”的背景。考其三次见孝公时的言谈,可知他对各种学派的精髓都能掌握。而其法治理论,也正是站在前辈各派大师的基础上,参以自己的长期实践,最终成立的。

既然如此,还能将作为传统社会治理的“法治”思想之“觴”归于商鞅吗?笔者认为这实有其现实和理论上的原因。

首先,从东、西方社会发展的历史可以看出,法律乃是伴随着城市交换经济的兴起而发展的,而这个经济基础在传统中国只有到了战国时才有可能。虽然城市此前也有,但直到春秋时期,城邑的规模还是不大的。如《左传·隐公元年》中记载“先王之制,大都不过叁国之一”;《战国策·赵策》中赵奢亦云,古时“城虽大,误国三百丈者,人虽众,无过三千家者”。这样小规模的城市,“临事以制”是完全可行的,即便有立法,也并非国家生活的主流。春秋以前的城邑,如何兹全先生认为的那样“是居民点,是贵族住宅所在地,是宗庙所在地……春秋战国时期的城邑,逐步有了市,除政治性以外,慢慢有了经济意义。战国时期,商业成长起来,出现了一些大的商业城市……”〔9〕经济性大城市的出现和发展,实际上说明了一个问题,即交换在经济生活中占有了重要的地位,整个社会的流动性因之增强。何又认为,“随着手工业、商业的兴起,城市生活的出现,一个新兴的阶级出现了,他们多数仍然可能是氏族贵族的后裔,但他们的精神面貌已完全不是旧贵族,而是掌握知识有才能的新人。在新的社会实践中,他们的才华、能力受到培养和锻炼。他们思想活跃,有能力理解新事物,管理新事物。他们要求权力、要求登上政治舞台”〔10〕经济基础决定上层建筑,这些代表新经济的阶层,迫切要求改革,通过改革富国强兵,同时也成就自己。商鞅的法治理论也于此应运而生。“以法治国”的社会治理模式,正是改革所希望达到的一环。通过“壹刑”,剥夺贵族在法律上的特权,从而实际上提高了这些新兴阶层的地位。所有各国的改革或变法,都是新的有才能的人起来和旧的氏族贵族争夺国家权力的斗争。这些有才能的人更多是在经济上能开拓、善垦殖的人,或者是有经济头脑的“贤人”,商鞅也是其一。若论身份,其不过是没落贵族之后,所谓的“卫之庶孽子”,但从其后来变法时发出的第一批法令——《垦草令》来看,其经济头脑当毋庸置疑,他正是适应时代变化的,能够掌握经济的大势的“贤人”。而商鞅变法打击面也是氏族贵族,其法令中明确宣布,“宗室非有军功论,不得为属籍。明尊卑爵秩等

〔7〕 胡适:《中国中古思想史长编》,江苏文艺出版社2013年版,第4页。

〔8〕 同注7引书,第5页。

〔9〕 何兹全:《中国古代社会》,北京师范大学出版社2001年版,第122页。

〔10〕 同注9引书,第134页。

级,各以差次名田宅、臣妾。衣服以家次,有功者显荣,无功者虽富无所芳华”(《商君列传》)。试想如果不是城市交换经济发展到一定的地步,城市的功能还停留在祭祀和贵族政治的地步,商鞅之辈焉能登上历史舞台,又何以创立系统法治理论,更何须实施更为有效的社会治理?当然,商鞅不过是一个代表,即便不是商鞅本人,处当时的时代,也会有法治思想的兴起和社会治理的更新,这乃是时代之必然。

其次,法学在本质上是一门实践科学,它不是靠纯粹思辨能够成立的,而是需要有非常丰富的实践经验,才能构筑成法学理论。而先秦诸多思想家中,只有系统完成“以法治国”的人物,才可能创立系统的法治理论。而最具备此条件者,只有商鞅。尽管春秋时期的管仲、商鞅的前辈李悝等人,也曾经身居高位,一言九鼎,但是他们所处的时代,城市交换经济尚未发达到一定程度,故尽管也有一定的法家之学,但是系统的“法治”理论却无从产生。且即便同样是亲临法治的,但是就其从事法治实践的时间上,其他人也无法与商鞅相抗衡,商鞅亲自主持变法 20 年,这 20 年的时间,加上他此前在魏国的生活实践,构成了其法治思想的渊源。德国著名法学家鲁道夫·耶林在他那篇著名的演说《法学是一门科学吗》中曾经这样提到:

在我眼中,实践性的法学应该是各种法学的出发点:凡轻视这个出发点的人,虽然有可能在法律史的个别分支上,建立起相当成果,但却绝无能力解决法律史的最高与最终任务,因为,就如同在各种科学中,都只有专业人士才能够写出该科学的历史一样,因为唯有他们能找到并指明其知识的来源,并且获得真正的理解;同样,在法学领域中,只有法学家才能成就这件事。^[11]

正因为法学是实践之学,必须根植于社会现实,经过社会治理的检验,其理论才能更丰富,影响更深远。商鞅变法后,编户齐民,一断以法,整个秦国社会都为“法”所笼罩。这种覆盖面也是此前各种思想所不可能具有的。其法治理论的成功,正得力于其实践的深刻。正如儒家信徒所称许孔子“天不生仲尼,万古如长夜”(《朱子语类》)那样,如果我们要谈到传统社会治理中的“法治”思想,将其系统理论的滥觞归结于商鞅,无疑是可以信服的。

其三,出于历史的偶然性,即目前我们所看到最早的系统法治理论,出于《商君书》。诚然,早在春秋时期的管仲,同样是一位大政治家,同样留有一本《管子》的著作,其中也有许多谈论“法治”的言论,其深刻性丝毫不亚于商鞅。譬如《管子·明法》中就有这样一个论断:“威不两错,政不二门。以法治国则举错而已。是故有法度之制者,不可巧以诈伪;有权衡之称者,不可欺以轻重;有寻杖之数者,不可差以长短……”可见,对法的推崇非比寻常。但遗憾的是,此书虽然影响很大,不过和《周礼》一样,是后人附会之作。其文气全文并不相同,观点亦时有齟齬。清代人精于考证,《四库全书提要》中对《管子》一书就曾经如此评价:

管仲之书,过半便是后之好者所加,乃说管仲死后事,轻重篇尤复鄙俗。叶适《水心集》亦曰,《管子》非一人之笔,亦非一时之书,以其言毛嫱、西施、吴王好剑推之,当是春秋末年。今考其文,大抵后人附会多於仲之本书。其他姑无论,

[11] [德]鲁道夫·耶林:“法学是一门科学吗?”,李君韬译,载《比较法研究》2008年第1期。

即仲卒於桓公之前,而篇中处处称桓公,其不出仲手,已无疑义矣。书中称经言者九篇,称外言者八篇,称内言者九篇,称短语者十九篇,称区言者五篇,称杂篇者十一篇。称管子解者五篇,称管子轻重者十九篇。意其中孰为手撰,孰为记其绪言如语录之类,孰为述其逸事如家传之类,孰为推其义旨如笺疏之类,当时必有分别。观其五篇明题管子解者,可以类推,必由后人混而一之,致滋疑窦耳。

其他如《慎子逸文》、《尹文子》等书,也都有同样的问题。而《商君书》虽然也不排除有后人的编纂,但是正如前文所述,其基本思想似可等同于商鞅本人的思想。

此外,战国时期的秦国是典型的内陆国家,商鞅变法之后强调的是农耕文化,并在此基础上吸收周边戎、狄之游牧文化,最终形成了不同于西周传统的重农抑商的小农经济模式和集权的政治体制。这样的经济结构、政权形式,恰恰为之后中国传统社会所继承延续。虽然时移世易,法家思想已经被历史所湮没,但商鞅在当时开启的“法治”理论与实践仍具有实用价值,为后世的社会治理一直沿用,成为中国传统社会治理中的“法治”之源。

当然,我们将商鞅的法治思想作为传统社会治理理论的滥觞,并不是抹杀其他法家的贡献,只是由于种种机缘,商鞅成为传统“法治”思想的代表。就时代背景上,商鞅正好处于一个特殊的时代,这个时代需要的更多是效率,而法律作为一种治国之具,“一断以法”是一个高效率的治理机制,这种情势促成了传统“法治”理论的产生。且客观上,商鞅作为一国的改革者,长时间从事法律的制定和实践,高效完成了社会治理的目标,这些反过来成就了其“法治”的理论。此外,还有历史的机缘,商鞅虽然被处死,但是其法未废,其“法治”理论当时已经成为秦国的“显学”和“治道”,加上后人的追捧和研习,更是扩大了这种理论的影响力,其后的韩非更是百尺竿头更进一步,将商鞅的“法治”理论,和申不害的“术”、慎到的“势”结合在一起,法家之学至此达到极盛。

三、商鞅的“法治”反思:中国传统社会治理的历史缺憾

商鞅的“法治”理论在社会治理的实践中也留有很多的弊端,其无论是在法的精神还是在法的用途上,都和我们现今所谈的“公平”和“正义”相去甚远。这一点,前人有不少批判的文字,本文希望对此有更为全面和深刻的理解,即作为社会治理方式的商鞅法治理论之“殇”。

首先,商鞅的“法治”,是依靠国家强力推行的,其社会治理的覆盖范围遍及全国的人和物,达到了“皆有法式”的地步。吕思勉先生曾经对此作出过非常深刻的批评,他说:

法家之学,亦有其落伍之处……便是不知道国家和社会的区别。国家和社会,不是一物……国家和社会的利益,只是在一定的限度内是一致的,过此以往,便相冲突。国家是手段,不是目的,所以国家的权力,只该扩张到一定程度,过此以往,便无功而有罪。法家不知此义,误以为国家的利益,始终和社会是一致的。社会的利益,彻头彻尾,都可用国家的工具去达到,就有将国权扩张得过大之弊。^[12]

[12] 吕思勉:《中国政治思想史》,中华书局2012年版,第48页。

商鞅的眼里只有国家(君主),混淆了国家与社会的概念。用今天的语言来描述,商鞅属于一个用国家权力强力控制社会论者。这点与美国的社会学法学大师庞德相似。不同的是,庞德还谈到了宗教与道德,而商鞅比较单一,就是“法”,他以单一的严刑峻法制约各种社会关系,把社会上所有的事物强行纳入“法治”的轨道,保障其社会控制目标的实现。为此提出了“法、信、权”的有机结合,提出了“壹刑”、“壹赏”、“壹教”,提出了“禁奸止过,莫若重刑”的重刑思想。^[13]虽然客观上达到了富国强兵的初衷,但是商鞅从未重视过普通人民多样化的生活需求,而且其“法治”,完全是国家或君主控制社会的工具,是一个集权的措施。这对后来中国的“官本位”思想的流行,^[14]产生了重大影响。因为商鞅的眼光总是追随国家权力,其盘踞政坛多年,完全得益于孝公坚定不移的支持。对于商鞅而言,有能力和威势的君主既是法律的创造者,也是为法律权威提供最可靠保障的源泉。^[15]后世的“官”之所以也能如此强势,依仗的也都是“国家”,普通百姓似乎是不足以言国家的,他们和“国”几乎也没有什么关系。商鞅的“法治”,都是公法治理,且依重刑作保障,以国家的名义来处分社会事务,压缩了人民的生活空间。中国的公民社会长期未得到培育,原因可能还有很多。商鞅的法治理论,似乎也堪为此始作俑者。

其次,商鞅的法治,确切地讲乃是君主的法治,不具有“超越”的色彩,在社会治理过程中排除了最高权力的适用。这使得法在国君面前,完全要视君主守法自觉性与否来发生效果。诚如梁启超所说:

法家的最大缺点,在立法权不能正本清源。彼宗固力言君主“置法以自治立仪以自正”,力言人君“弃法而好行私谓之乱”,然问法自何出?谁实制之?则仍曰君主而已。夫法之立与废,不过一事实中之两面。立法权在何人,则废法权即在其人,此理论上当然之结果也。^[16]

商鞅的法治思想是以君权神授、树立君主的绝对权威、维护君主至高无上的地位为出发点的。在商鞅看来,根本不存在国君犯法的概念,事实上已经将法律的地位贬低在国君之下。所以,即便他反复主张“壹刑”,“刑无等级”,但是在执行起来,还是要大打折扣。所谓“信赏必罚”,“立木求信”,针对的不过是普通百姓而已。毕竟,其法治思想是以承认并极力维护君主专制权力为前提的。他说:“国之所以治者三:一曰法,二曰信,三曰权。法者,君臣之所共操也;信者,君臣之所共立也;权者,君之所独制也。”(《商君书·修权》),同一篇中又说“权之独断于君则威”,虽然谈到法要君臣共操,但是他没有谈到如果君不和臣共操时如何处理。但是根据其“权之独断”一语,我们可以知道,逻辑上法的位阶较之于权,还是要显得低。专断权力最终是可以排除法律适用的。法终其本质,也不过是君主实行专制统治的工具。就这点而言,商鞅所提倡的“法治”,与儒家所主张的“礼治”、“德治”,并没有本质的区别,最多只能算是“人治之下的法治”。这一点对后世影响极大,甚至法律的权威不彰,从商鞅起就注定了,后世乃至当今,都未能脱离“法律工具论”的思想影响。法律在国家的社会治理方式中始终处于从属地位,司法因此无法获得终极性权威,后世出现冤案时,只能千里迢迢京控,此时法律问题已经

[13] 关于此详细的分析,参见王占龙:“商鞅法律思想中的社会控制论管见”,苏州大学硕士论文,2009年。

[14] 参见朱岚:“中国传统官本位思想生发的文化生态根源”,载《理论月刊》2005年第11期。

[15] 王人博:《法的中国性》,广西师范大学出版社2014年版,第98页。

[16] 梁启超:《先秦政治思想史》,岳麓书社2010年版,第176页。

转化为政治问题,冤案的解决靠的不是法律,而是各方权力的角力。当代这一问题转化为信访等制,足见在“权”与“法”的比较中,仍没有完全扭转商鞅法治设下的基调。当然我们无权苛责商鞅,在当时的环境下,君主加强集权、废除世卿世禄,无疑是社会的进步。只是这一滥觞同样造成了后世法治之殇。

再次,商鞅的法治排除了法律的道德性,更注重实证色彩,缺乏人类的理性与温情,容易走向极端。商鞅主张治国理政,莫若重刑,将之作为治民之具,即所谓的轻罪重刑,以刑去刑,刑去事成。此外,人主必须用“赏”、“罚”二柄来严己之威,控驭群下,君人南面之时,不应考虑任何伦理道德而使自己陷于妇人之仁。商鞅一直认为“六虱”(六种无用的行为,即岁、十、美、好、志、行)与“十害”(礼、乐、诗、书、善、休、孝、弟、廉、辩)必将使国家削弱以亡。在社会治理中完全排除了道德,乃至人类情感。从某种角度来看,商鞅的法治理论与德国纯粹法学派凯尔森之流有某些相似之处,本意乃将道德的还归道德,法律的还归法律。但是作为社会控制规范,哪能如此泾渭分明?

亚里士多德在谈法治时,特别提到了两点:第一,法律必须是善的,即符合绝大多数人的道德信念;第二,法律必须被遵守。商鞅的法治观念中,对第二点非常强调,有法必依也是其信念。但是对于第一点,商鞅从未提及。从其提到的“六虱”来看,他甚至是不屑于道德的。因此按照他的逻辑,法律本身对国家而言就是一种善,守法乃是富国强兵的前提条件。如同韩非所说的“奉法者强则国强,奉法者弱则国弱”(《韩非子·有度》),至于法是否符合道德色彩,或者法律是否是道德的底线,这个问题上大概从未考虑过。结果导致秦国的法律多如牛毛,“密如凝脂”,秦人动辄得咎,“赭衣塞路”^[17]。这样的法已经成为了人民巨大的负担,等到刘邦入关中,与民约法三章,余悉废除秦法时,秦民大悦。

此外,商鞅的法治思想与先秦其余诸家相较,缺乏一个形而上的立意。商鞅是一个实践型的人物,他更多关注社会治理中政治的发展和法律的履行,无暇或者觉得没有必要去思考法治的哲学基础。儒墨谈的“天道”和道家谈的“自然”,在商鞅那里是存而不论的。商鞅的法治太过现实,缺乏理想的关照。太过现实的法治,其优点如上所述,很符合效率原则,但是其缺点,则是容易僵化,导致最终失去公平和正义的效果。这都是当年商鞅在创立法治理论和实施社会治理过程中始料未及的。

四、余论

学术界讨论商鞅的文字汗牛充栋,多是讨论其法治思想内容以及利弊得失,无烦本文赘述。本文主要是从作为传统社会治理的“法治”生成的原因和其特有的影响着笔。商鞅法治理论的成功之处在于其有着深厚的实践支持,并且商鞅在其有生之年也已看到了社会治理的结果,单凭这点,就超越了先秦其他诸子。其他诸子的言论立意高远,但很难得到现实施行,所以多停留在“坐而论道”阶段,唯独商鞅,不仅能坐而论,更能起而行,这非常契合法学乃实践科学的特征。但是我们需要注意,造成这一理论登上历史舞台的最关键因素,还是经济基础的跟进,时代演进到需要这样的理论阶段,否则,商鞅再天纵英才,仍旧无能为力。而商鞅的法治理论一出,就为后来中国传统社会治理中的“法”定下了一个基调。这就是创始人的个性能影响到后来的追随者的效应。诚如美国法律史家赞恩在回答为什么要关注原始时代的规则时曾经说过的那样:“事实上那些代代相传的原始心智和体态特征,在今

[17] 《史记·秦始皇本纪》。

天仍以一种潜意识本能的方式控制着人。”^[18] 商鞅法治思想同样可以作如是观。后世社会治理中对于“法”的解读和运用,或者直接或者间接滥觞于商鞅。

中国传统社会时期虽然没有孕育出类似西方的法治思想,但以商鞅为代表的改革者已经初步构建起具有中国色彩的传统法治。正如高鸿钧教授指出的,法治作为一种实现社会生活有序化的治道是指依法治国治理国家、管理社会;它区别与尊奉神灵权威的神治、仰赖精英睿智的人治和凭靠道德教化的德治。^[19] 商鞅在中国社会早期发展出一套区别于神治、人治和德治的法治思想,并且在社会实践中得到了普遍的执行和遵守。这无疑表明,中国早期社会治理中的法治是植根于中国本土国情的,“统一”、“秩序”、“效率”成为商鞅法治的价值追求。虽然这种法治不同于西方法治,也谈不上所谓的“实质性的、永恒的正义”。这也许就是一个“最低限度”的法治概念。^[20] 而这种法治后来成为中国传统社会“德主刑辅”二元治理模式的重要组成部分,共同缔造了延续千年的中华文明。

Lord Shang's Theory of "Rule of Law" and Chinese Traditional Social Governance

Song Ling

Abstract: Lord Shang was the pioneer of the traditional theory of rule of law. He systematically integrated the legalist thought and made it a complete theory. That's the greatest contribution of Lord Shang. Furthermore, as a successful politician, he applied his theory to political practice. Thus the feasibility of his theory had been proved. Lord Shang's theory was the system practice and the theoretical source of the Chinese traditional social governance. However Lord Shang's theory confused the difference between state and society, so it displayed a violent role, excluding the morality of law, and at last became a harsh legal theory. Because of these points, Lord Shang's theory also brought a negative influence to the later generations. So the success and failure of the Chinese traditional social governance to a large extent came from the advantages and disadvantages of Lord Shang's theory. All of these deserve our profound reflection today.

Keywords: the traditional theory of rule of law; Lord Shang; social governance; rethinking

(责任编辑:丁洁琳)

[18] [美]J. M. 赞恩:《法律简史》,孙运申译,中国友谊出版公司2005年版,第1页。

[19] 详见高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社2002年版,第6章。

[20] 关于“最低限度”的法治概念,笔者认同王人博教授的观点,即“法家从方法论上说明了非西方国家实施法治的可能性。这种可能性就在于,一个国家的人民依据自己的文化和社会哲学传统,有权根据理性规则创制自己的法律,这些法律在满足了一些客观的条件以后确实得以普遍的执行和遵守——这样一个‘最低限度’的法治概念——可以为法律‘发展中’的国家所接受”。参见王人博:《法的中国性》,广西师范大学出版社2014年版,第92-101页。

美国证据排除规则的转向

——以“哈德逊诉密西根州”案为视角

王景龙*

摘要:美国联邦最高法院对待排除规则的态度在2006年的“哈德逊诉密西根州”案中发生了根本性改变,作出了“排除规则一直是我们最后的手段,而不是首选”的著名论断,声称其他救济措施可以完全替代排除规则,强烈暗示排除规则已经过时了、没有存在的必要了。随后的赫瑞恩案、戴维斯案及金案等重要判例延续了这一立场,纷纷实质性地限制了排除规则的适用,直接导致了排除规则的转向。为摆脱警察滥权的困扰,初步建立证据排除规则的中国对待非法证据的态度也发生了转向。转变的方向与美国相反,但殊途同归。

关键词:威慑违法理论 成本分析方法 证据的补救

2005年9月29日,保守派大法官约翰·罗伯茨^[1]接任联邦最高法院第17届首席大法官。他上任伊始,正值“哈德逊诉密西根州”^[2]案件的审理。巧合的是,参加了2006年1月9日该案第一次案件论证会的大法官奥康纳于当月31日退休,保守派大法官阿里托^[3]接任。联邦最高法院对待排除规则的态度在哈德逊案中出现了根本性转变,直接影响了后来一系列的重要判例,形成了“多米诺”骨牌效应。该判决作出后即在全美引起广泛纷争和自由派学者的普遍批评,学界和媒体纷纷对排除规则的命运表示了极大的忧虑,并不断进行反思。哈德逊案及后来的系列判例反映了美国排除规则的转向,包括理论基础、判断方法、判断标准以及诉讼理念等诸方面的改变,体现了美国刑事诉讼对犯罪控制和保障人权的平衡,也体现了其诉讼价值和诉讼理念的艰难选择。这为初步建立证据排除规则的中国提供了正反两方面的思考与启迪。

一、案件基本事实及诉讼过程

案件发生于密西根州底特律市。警察获得了法官签发的搜查令,授权对布克·哈德逊(Booker

* 西南政法大学博士研究生,西安财经学院讲师。本文受教育部人文社会科学研究一般项目“基层检察机关实施刑事诉讼法状况实证研究”(西部和边疆地区项目,项目批准号09XJA820012)、西安财经学院2012年科研基金项目“契约文明下的协商型司法”(项目批准号12XCK08)的资助,本文也是2015年陕西省教育厅人文社科项目“刑事证据补救规则研究”的成果。本文的写作得到西南政法大学李昌林教授的悉心指导,特此致谢。

[1] 在1983年,罗伯茨大法官就在当时的司法部长埃德温·米斯(Edwin Meese)的领导下推动“修改或废除排除规则的运动”,并成功地发起了对排除规则的第一次攻击。

[2] *Hudson v. Michigan*, 547 U. S. 586, 126 S. Ct. 2159 (2006).

[3] 更巧合的是,阿里托与罗伯茨这两位20世纪80年代里根政府时期共同服务于米斯司法部的同事,今日在联邦最高法院又联手阻击证据排除规则,实现了昔日的夙愿。

Hudson)的住宅进行搜查,目标是查获毒品和枪支。警察进入哈德逊的住宅后,发现大量毒品,包括他口袋里的可卡因。同时,在他坐着的椅垫子和扶手之间发现了一支上了膛的枪。根据密西根州的法律规定,哈德逊被控犯有非法持有毒品与枪支罪。

问题出在警察进入住宅的方式上。当警察持搜查令来到哈德逊住宅时,表明了身份并宣告了他们的到来,但是等待的时间较短,只是大约“三到五秒”的样子,就拧开了未上锁的前门把手,进入哈德逊的住宅,查获了上述违禁品。哈德逊要求法院排除这些入罪证据,理由是警察过早进入其住宅的行为,违反了“敲门并宣告”规则,^[4]侵犯了他所享有的联邦宪法第四修正案权利。

密西根州初审法院批准了哈德逊的排除申请。但在中间上诉审查后,密西根上诉法院撤销了初审法院的决定。撤销的依据是州最高法院的判例。这些判例规定:如果进入住宅是有令状授权的,即使警察没有恰当地遵守“敲门并宣告”规则,排除所发现的证据也是不恰当的。哈德逊接着向该州最高法院上诉,但是遭到驳回。因此,初审法院认定哈德逊非法持有毒品的罪名成立。

哈德逊再次提出上诉,主张他的第四修正案权利受到侵犯,要求予以救济。但是上诉法院将其驳回,并维持了初审法院的有罪判决。他继续向密西根州最高法院提起上诉,但遭到拒绝。最终,美国联邦最高法院以调卷令的方式提审了该案。

二、前哈德逊时代:哈德逊案的理论预设与背景历史

为了便于了解哈德逊案判决的理论预设与背景,笔者以下对排除规则的理论基础的发展历史作一简要梳理和介绍,并为分析哈德逊案的判决作铺垫。

(一) 排除规则及其理论基础:从威克斯案^[5]到马普案

1. 威克斯(Weeks)案:“宪法规范说”的出现

1914年联邦最高法院通过“威克斯诉联邦政府”案,在联邦法院系统内首创证据排除规则。该案中的联邦警察未持搜查令状,在被告家中搜查并扣押了证据,联邦最高法院认为警察侵犯了联邦宪法所保护的被告权利,不得在联邦法院的刑事审判中使用,否则就等于法院认可了警察的违宪行为。^[6]虽然“威克斯案判决的理论基础究竟是什么”尚存争议,但联邦最高法院仍然把“采纳非法证据”视为“违反了宪法第四修正案”,同时指出,“如果能够以这种方式扣押、持有他人信件和文件,并用做指控其有罪的证据,那么第四修正案保护公民免受非法搜查与扣押的权利,就没有了任何价值”。^[7]因此,该案就确立了“宪法规范说”作为排除规则的理论基石。

[4] “敲门并宣告”规则是英美法系一个非常古老的普通法规则,后来得到美国成文法与判例的认可。See *Wilson v. Arkansas*, 514 U.S. 927, 931-932, 115 S. Ct. 1914, 131 L. Ed. 2d 976 (1995).

[5] *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914).

[6] *Id.* at 393.

[7] *Id.*

2. 伍尔夫案^[8]与艾尔肯斯案^[9]:“威慑说”^[10]与“司法廉正说”^[11]二元理论的出现

1949年的“伍尔夫诉科罗拉多州”案动摇了排除规则的“宪法规范说”的地位,判决明确地将排除规则从宪法第四修正案的条文中剥离出来。“该规则并非源自于宪法第四修正案的明确规定,它也并非源自于立法机关为了实施宪法而制定的成文法,而仅仅是一种司法上的创造而已。”^[12]于是,排除规则就从一项宪法基本权利演变为一种单纯的权利救济机制,从宪法第四修正案条款必不可少的组成部分蜕变为“一种由司法创造的旨在实现第四修正案条款的、可替代的救济方式”。伍尔夫案初步提及威慑违法理论和司法廉正理论,但不是很清晰、明确。

接下来,1960年的“艾尔肯斯诉联邦政府”案正式确认了“威慑违法”理论与“司法廉正”理论。联邦最高法院在该案中明确指出,在判断非法获取的证据是否具有证据能力的问题上,“联邦法院不应成为故意违反宪法或侵犯宪法基本权利的共犯”。^[13]同时,联邦最高法院还阐释了“威慑违法”理论,即“排除规则的目标是预防,而非补救。其目的是通过消除违法行为动机的方式来发挥威慑作用——也就是以一种惟一有效的方式迫使(警察)尊重公民的宪法权利”。^[14]这一判例确立了“威慑违法说”与“司法廉正说”二元并立的理论局面。

3. 马普(Mapp)案^[15]:三种理论的交汇

1961年,“马普诉俄亥俄州”案成功地把排除规则扩展到各州的刑事程序中,成就了第四修正案排除规则的辉煌,与米兰达案一起被誉为美国“程序正当化革命”的双子星座,但在理论基础的构造上却付出了巨大的代价。原因是其理论上的混乱与折衷,体现了各种力量、意见的博弈与妥协,判决的理论基础同时涵盖了上述三种学说。

一是宪法规范说,即排除规则是宪法条款必不可少的一部分。该案的判决理由指出,“排除规则是宪法第四修正案和第十四修正案的实质性部分”,“宪法第十四修正案正当法律程序的实质性保障,应延伸包括联邦和各州刑事程序中的违法搜查、扣押,并基于理性和真实的考量排除因违法搜查、扣押所获的证据,乃是公民基于宪法所享有的基本权利保障”。^[16]

二是司法廉正说,即排除规则的适用体现了司法的廉洁与公正。如判决中所指出,“如果允许审判中使用警察非法取得的证据,就相当于法院在为执法机关的非法行为提供依据,也就在司法层面上容忍、庇护了政府侵犯公民宪法权利的行为,甚至在间接意义上鼓励了政府在未来执法中再次实施非法行为”。^[17]

三是威慑违法说,即通过证据排除来威慑执法权的滥用。对此,联邦最高法院指出,“行政措施、刑事制裁以及民事救济方法对于遏制警察的非法搜查、扣押都被证实是彻底的失败,完全起不到遏止

[8] *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

[9] *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 206, 80 S. Ct. 1437, 4 L. Ed. 2d 1669 (1960).

[10] 即英文“deterrence”,指通过排除非法获得的证据,来抑制警察非法取证的动机。有译为“吓阻”、“威吓”、“威慑”、“震慑”、“阻吓”、“遏制”、“抑制”等等,本文使用“威慑”的概念。

[11] 即英文“judicial integrity”,指司法的公正、廉洁与诚实,此处指司法不应该为警察的违法行为背书,成为违法行为的共犯。

[12] *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 28 (1949).

[13] *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 223, 80 S. Ct. 1437, 4 L. Ed. 2d 1669 (1960).

[14] *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 223, 80 S. Ct. 1437, 4 L. Ed. 2d 1669 (1960).

[15] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d 1081 (1961).

[16] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d 1081 (1961).

[17] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 651, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d 1081 (1961).

违法的作用,因此,只有排除非法获取的证据才是威慑警察违法的惟一制度路径”。^[18]接着,联邦最高法院补充道:“如果裁定不予排除,就相当于名义上赋予公民宪法权利,但拒绝其实际上享有该权利。”^[19]

(二) 例外的出现与增加:从“威慑违法”理论到“成本分析”方法^[20]

1974年,最高法院在“联邦政府诉卡兰德拉”案^[21]中正式把“威慑违法说”认定为排除规则的惟一理论基础,同时又进一步提出了“成本分析”方法。所谓“成本分析”方法,是指在威慑违法说的前提下,通过对排除规则在某些程序类型或程序阶段的威慑违法之收益与排除证据之代价,进行权衡,最终决定是否适用排除规则的分析方法。“自卡兰德拉案开始,‘成本分析’方法已经被持续适用于很多情形:或者旨在限缩排除规则的适用范围,或者旨在拒绝延伸排除规则的适用效力。”^[22]

经由判例法考察,在判断是否适用排除规则以及适用排除规则能否实现威慑效果的问题上,“成本分析”方法应用非常广泛,主要起到否定排除规则的作用,创造了一个又一个排除规则的例外。它不仅创设了非刑事程序的例外,如税收程序的例外,^[23]驱逐出境程序的例外,^[24]人身保护令程序的例外,^[25]联邦民事程序的例外^[26]等;还创造了很多刑事程序的例外,诸如大陪审团程序、减刑假释程序、弹劾程序以及量刑程序等的例外;甚至还设置了正式审判程序的种种例外,如在“联邦政府诉里昂”案和“马萨诸塞州诉谢伯德”案中创制了“善意例外”,^[27]在“尼克斯诉威廉姆斯”案^[28]中创制了“必然发现”例外,在“王森诉联邦政府”案^[29]中创制了“污点稀释”例外,在“赛古拉诉联邦政府”案和“马瑞诉联邦政府”案中创制了“独立来源”例外,^[30]等等。对此,有学者这样总结道:“如果发现法院经过推理后裁定,以违法方式或违宪方式获取的证据在某种程序中可以被采用的话,那一定是基于‘成本-收益’分析的结果。”^[31]

三、联邦最高法院的判决及主要理由

由于控方承认警察进入哈德逊的住宅违反了“敲门并宣告”规则,因此本案惟一争点就是:违反该规则而获得的证据是否应予排除?大法官斯卡利亚(Scalia)代表最高法院执笔的多数意见认为,警察违反“敲门并宣告”规则所获的证据不予排除。对此结论,斯卡利亚大法官主要给出了三大理由。

[18] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 655, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d 1081 (1961).

[19] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 656, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d 1081 (1961).

[20] 即成本-收益分析方法(cost-benefit balance analysis),也称成本-收益权衡方法,简称成本分析方法,如无特别说明,以下指称同一概念。

[21] *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

[22] James Stribopoulos, *Lessons from the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate*, 22 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 77, 110 (1999).

[23] *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 454, 96 S. Ct. 3021, 49 L. Ed. 2d 1046 (1976).

[24] *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1050, 104 S. Ct. 3479, 82 L. Ed. 2d 778 (1984).

[25] *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 494 n.37 (1975).

[26] *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 446, 454 (1976).

[27] See *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984).

[28] *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1988).

[29] *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 83 S. Ct. 407, 9 L. Ed. 2d 441 (1963).

[30] See *Segura v. United States*, 468 U.S. 796, 599 (1984); *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988).

[31] Joshua Dressler & George C. Thomas, III, *Criminal Procedure: Investigating Crime* 472 (West Group 2003).

第一个理由是,警察非法进入住宅不是获得证据的必要的原因(a but-for cause)。其逻辑是这样的:警察违反“敲门并宣告”规则的行为与证据的获得不具有因果关系,因为不管先前的警察违法行为是否发生,法官签发的搜查令状都会得到执行,住宅内的枪与毒品最终必然被发现。该理由本质上是“必然发现”的例外或“独立来源”的例外。这一理由足以否决排除规则的适用,从而支持哈德逊的有罪判决,那么斯卡利亚大法官为什么不厌其烦地寻求更多的其他理论依据?是否别有用意?^[32]

第二个理由是,应当重新界定“微弱(attenuation)例外”原则。斯卡利亚大法官创制了一种新的“微弱例外”原则,它不同于传统的“(因果关系)微弱例外”原则。^[33]该原则的创新之处是,“即使存在直接的因果关系,如果排除违法所得证据无法实现宪法条款所保护的利益,也可适用‘关系微弱原则’”。^[34]换言之,即使本案中警察的非法行为被认定为获取证据的必要的原因,但也可因“微弱例外”原则而不予排除。他的逻辑前提是“敲门并宣告”规则与“令状原则”所保护利益的不同:除非签发有效的令状,公民的人身、住宅、文件和物品受到“免于政府搜查、扣押”的保护,因此无证搜查发现的证据必须排除;而“敲门并宣告”原则所保护的利益包括生命和肢体的伤害、财产的破坏以及因突然闯入而损伤的尊严和隐私,并不包括免于政府依有效搜查令寻找、扣押证据的利益。所以,本案中排除争议证据无法实现“敲门并宣告”规则所保护的利益。“因为本案中违反该规则所侵犯的利益与依令状扣押证据的利益之间关系不大(即关系微弱),所以排除规则不予适用。”^[35]

第三个理由是,这是“成本-收益”分析权衡后的结果,即适用排除规则所付出的巨大社会代价超出了威慑违法所带来的利益,并且对于违反第四修正案所要求的“敲门并宣告”规则的行为,其他的替代救济措施也能提供充分的保护。

判决意见从三个方面对“成本-收益”权衡进行了分析。

首先,判决指出了本案中排除证据会付出的巨大代价。其一,“一旦排除相关的有罪证据会带来放纵罪犯、危害社会的严重后果”。其二,一方面,排除证据会导致主张此种请求的诉讼案件大量涌现,因为这如同买彩票一般,成本很低,一旦中奖,回报却是巨大的,“排除所有相应的证据,(在许多案件中)就等同于拿到了一张出狱的通行证”;^[36]另一方面,初审法院很难在具体案件中判断警察是否遵守了“敲门并宣告”规则,即实际上等待多少秒才算得上“合理等待时间”?上诉法院更难对此进行审查。^[37]其三,“合理等待时间”的不确定性会让警察在敲门并宣告以后不敢及时进入,在许多案件中会导致证据被毁坏的严重后果。

其次,与巨大的成本相比,本案中排除证据对威慑违法带来的收益是很少的,甚至是不存在的、可替代的。“威慑价值的实现取决于执法人员实施违法行为动机的强弱。”^[38]警察违反“令状原则”与违反“敲门并宣告”规则的动机有天壤之别,前者可以使警察获得“其他方式无法获得的”证据,从而达到认定被告有罪的目的;而后者除了避免“毁坏证据”和“因居民反抗导致生命危险”外,警察不会得

[32] See James J. Tomkovicz, *Hudson v. Michigan and the Future of Fourth Amendment Exclusion*, 93 Iowa L. Rev. 1819, 1825 (2008).

[33] 也可翻译成“稀释原则”,是指作为原因的违法行为与作为结果的争议证据之间,介入了其他因素或经历很长时间,导致它们之间的关系很疏远、微弱。

[34] *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

[35] *Id.* at 594.

[36] *Id.* at 595.

[37] *Id.*

[38] *Id.* at 596.

到什么好处,而且有“合理怀疑”存在“毁坏证据”和“因居民反抗导致生命危险”的情形时,即可不需要遵守“敲门并宣告”规则。^[39]那么,警察违反“敲门并宣告”规则的动机是很弱的,甚至是不存在的,当然排除规则威慑违法的效果就很难实现了。

最后也是更重要的是,多数意见认为,与半个世纪以前相比,今天的制度和环境已经发生变化,排除规则已经不是必要的威慑手段了。“我们不能仅仅因为很久以前,(在不同于今天的情形下)我们曾经认为排除规则是必要的威慑手段,就理所当然地认为在本案中它也是必要的威慑手段。那样就等于强迫今天的公众去为几乎半个世纪前的罪过和制度缺陷而埋单。”^[40]接着,判决意见浓墨重彩地详述了这些制度环境的变化:越来越多的公民与公益律师愿意参与民事侵权诉讼,政府为此提供免费的律师费用,警察队伍的职业化和内部纪律的加强,越来越多的证据显示全国的警察都能严肃地对待公民的宪法权利,警察教育、培训和监督制度的广泛改革,等等。

四、哈德逊案判决理由的简要评析

作为美国证据排除规则发展史上具有里程碑意义的经典判例之一,哈德逊案判决作出后,立即引起了法律界人士的广泛关注,同时也引来了自由派学者的激烈批评。因为该案不仅关涉到对排除规则基础理论的延续和发展,而且判决中所使用的语言和附带意见(dictum)中的弦外之音,更让人对大法官们的真实用意及其对后来案件的影响捉摸不透,从而担忧它的未来趋势和最终命运。以下笔者对该案判决作简要评析。

(一)“独立来源”例外的误解

判决意见认为,警察在哈德逊门前的违法行为并非室内搜查、扣押毒品与枪支的原因,尽管两者前后相连,仅仅隔了几秒钟,而且是同一主体所为。斯卡利亚大法官在判决书中写道:警察违反宪法进入被告家中并不是在家中扣押物品的原因,因为即使不存在违法进入,警察还是可以持搜查证合法进入。^[41]该判决理由的逻辑是:对于哈德逊家中物品的搜查和扣押,授权搜查的令状才是原因,刚刚发生的非法进入不是原因。如前所述,该理由的本质是适用“必然发现”的例外^[42]或“独立来源”的例外。^[43]

这两种例外的原理是相同的,但也有细微区别。比如,作为“独立来源”例外的赛古拉(Segura)案和马瑞(Murray)案都强调“两因一果”,就是说作为果实的证据既有一个非法的来源,也有一个合法的来源,但是两个原因是相互独立的,每一个原因都可以单独产生这个结果。但哈德逊案虽然也可称为“两因一果”,但其中的一个原因是虚拟的,合法令状本身不足以称为一个独立的原因,必须与进入室内的行为相结合,才能产生该结果。换言之,哈德逊案中作为结果的证据是两个原因相结合的后果,即这两个原因不是相互独立的。因此,证据的获得并没有一个独立的来源。

“必然发现”的例外与“独立来源”的例外,都强调非法来源之外,还有一个合法的来源,只不过前

[39] 这种情况属于“理查兹例外”。See *Richards v. Wisconsin*, 520 U.S. 394, 117 S.Ct. 1416.

[40] *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 593, 597 (2006).

[41] *Id.* at 592-593.

[42] *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1988).

[43] See *Segura v. United States*, 468 U.S. 796, 599 (1984); *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988).

者的所谓“合法来源”,其结果并未真实发生,而是推定“必然会被发现”。以赛古拉案、马瑞安案、尼克斯(Nix)和哈德逊案为例来分析:赛古拉案和马瑞安案中的“合法来源”都是真实的,虽然它并非完全与违法行为没有关系。尼克斯案独立来源产生的“后果”其实是虚拟的,并未真实发生的,但是“最终必然发生的”,因为警方召集的志愿者已经在搜索,而且小女孩的尸体就在划定的搜索范围之内,换言之,合法行为已经实施,尽管尚未产生现实的后果。哈德逊案则更进一步、更极端,不仅“合法来源”的后果是虚拟的,甚至合法行为也未实施,完全是假定的、根本未发生的。那么,一个“行为”和“结果”都是虚拟的“合法来源”还是独立来源吗?

(二)“微弱例外”原则的创新

一方面,在本案中制造的新“微弱例外”原则(以下称哈式“微弱例外”或哈德逊规则),低估了“敲门并宣告”规则的重要价值,忽视了该规则对个人隐私利益的保护。“联邦最高法院把该规则保护的核心利益视为‘穿睡衣时免受侵扰的权利’,是对该规则的轻视,因而也是错误的。”^[44]通过这种以利益为基础的分析方法,创制一个完全不同的例外,是没有任何先例支持的。按照先前判例的精神,具体案件中是否包含“敲门并宣告”规则所保护的利益,其实并不重要。只要没有遵守该规则,就构成了非法搜查。^[45]在非法搜查的情况下,必须坚持排除因此而获得的证据,即使证据或证据的取得与违法搜查侵犯的宪法利益很少有关系或没有任何关系。比如,第四修正案并不保护违禁品的财产利益,但也要排除非法扣押的违禁品。^[46]那是因为排除规则通过威慑警察的未来非法行为,来保护更普遍的隐私价值。

另一方面,哈式“微弱例外”原则不仅是一种创新、一种排除规则例外的扩大化,而且是一种开放性的例外规则。首先,传统的“微弱例外”原则仅适用于“派生证据”,而且是在特定的情况下,即证据的取得与非法行为之间介入了其他因素,或者经过的时间较长、环节过多,以至于稀释了或淡化了原来较强的因果关系。而哈式“微弱例外”原则不受传统因果关系微弱的限制,也不受“派生证据”的限制,可以适用于直接由非法行为产生的第一手证据。其次,为了使违反第四修正案其他规则而获得的证据具有可采性,哈式“微弱例外”原则更容易被用来否定排除规则的适用,不仅仅是违反“敲门并宣告”规则而获得证据,只要是排除证据不能实现第四修正案所保障的宪法利益,皆可适用。

(三)“成本”与“收益”的夸张

哈德逊案件的判决继续采用“成本-收益”分析方法来否定排除规则的适用。一方面,夸大排除证据所支付的社会成本,甚至声称本案中所支付的社会代价巨大而特殊;另一方面,低估或抹煞本案中排除证据所获得的收益,甚至认为排除非法证据所得的威慑利益可以用其他替代措施来实现。这样比较的结果自然是,排除证据所付出的巨大社会代价超出了威慑效果所带来的收益,排除规则不予适用。

其实,本案判决中所声称的“巨大社会代价”,是所有排除非法证据的案件中都具有的,自第四修正案排除规则确立至今一直伴随的,看不出本案有何特殊之处。这里所谓的“巨大社会代价”,无非是以下三方面:第一,因警察犯错而让有罪的被告逃脱制裁(马普案难道不是吗?);第二,被告所主张的

[44] *Hudson v. Michigan*, 547 U. S. 586, 593 (2006).

[45] *Wilson v. Arkansas*, 514 U. S. 927, 936, 115 S. Ct. 1914, 131 L. Ed. 2d 976 (1995).

[46] *Kyllo v. United States*, 533 U. S. 27, 40, 121 S. Ct. 2038, 150 L. Ed. 2d 94 (2001).

第四修正案权利具有不确定性(最高法院先前作出的“有条件豁免理论”^[47]不也是这种情况吗?);第三,对于这些不确定的主张,法院有时很难作出裁决(道理同上)。事实上,许多州规定的“无须敲门”令状(“no-knock” warrants),已经减少了这种不确定性,从而使得适用“敲门并宣告”规则的成本,在总体上低于其他相关的第四修正案规则所带来的成本,比如判断“什么紧急情况下可以适用无证搜查”所带来的成本。可以看出,主张排除规则具有“巨大社会代价”的论据,事实上针对的是第四修正案本身。“如果说刑事司法制度是一项障碍赛的话,那么设置这些障碍——从而对被告定罪更加困难——的是第四修正案,而不是排除规则。”^[48]

判决意见不惜笔墨极度渲染的制度环境变化是没有证据支持的,是臆测的,甚至是“理屈词穷的狡辩”。比如,民事诉讼带来的只是象征性的损害赔偿,而且“民事豁免法”使得此类诉讼很难胜诉。正如大法官斯图尔特所说,由于侵权赔偿诉讼“起诉困难,胜诉率低,而且费钱、耗时”,因此其威慑效果“很难说是很大的”。^[49]至于认为随着警察的逐步专业化,越来越多的证据证实,警察已经能够非常严肃地对待公民权利了,所以排除规则就没有存在的必要了,这个理由也是不成立的。实际上,警察的专业化正是这么多年排除规则持续适用的结果。^[50]如果这样的话,美国警察专业化的提升应当归功于排除规则,而不是废除排除规则。

(四)哈德逊案的弦外之音

通过仔细研究哈德逊案的判决意见,就会发现联邦最高法院通过它至少释放出三层意思:第一层,也是最直接的表现是:违反“敲门并宣告”规则而获得的证据不适用排除规则;第二层含义,它创设的哈式“微弱例外”原则可以适用于“敲门并宣告”规则以外的其他有关第四修正案的规则;第三层意思,最微妙也是最值得讨论的是,透过该案所流露出来的弦外之音。下面笔者就此作一简要分析。

哈德逊案原本不需要那么多宽泛的理由即可以作出同样的判决,它这样做的原因只有一个:这些不支持排除规则的每一个理由和论据,都可能在将来限制排除规则的适用时产生重大的影响。作为第四修正案的一个特例,哈德逊案本身的判决结果确实并不十分重要,但重要的是它在附带意见(dictum)中体现出来的弦外之音:对排除规则彻底否定的态度。^[51]联邦最高法院判决书的语言和语气中透露出对排除规则的轻视和敌视,暗示着排除规则的未来命运。“排除非法证据一直是我们的最后手段,而非我们的首选。”^[52]广受关注的赫瑞恩案判决就直接重申了这句著名的论断,并秉承此观念对排除规则作出了重大限制。判决意见还以排除证据会付出代价为依据,对排除规则作出不恰当的比喻和彻底的否定,把它称为“罪犯出狱的通行证”或者“免于入狱的保证书”,并强调证据排除规则的全盛期已过,倡导广泛适用哈德逊规则。

或许媒体和学者误解了美国联邦最高法院的真实意思。但没有谁比联邦最高法院的大法官本人更能了解其他同事的意思。肯尼迪大法官似乎预料到本案的判决会引起强烈的批评和严重的担忧,

[47] The court's qualified immunity jurisprudence.

[48] Potter Stewart, *The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases*, 83 Colum. L. Rev. 1365, 1393 (1983).

[49] *Id.* at 1388.

[50] Radley Balko, *Eroding the Exclusionary Rule*, Fox News, Jan. 26, 2009, <http://www.foxnews.com/story/0,2933,482904,00.html>. 2013年8月8日登录。

[51] See Craig M. Bradley, *Is the Exclusionary Rule Dead?* 102 J. Crim. L. & Criminology 1 (Winter 2012).

[52] *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 591 (2006).

因此他的协同意见更像是对大家情绪的一种安慰。“由先例创设并进行解释的排除规则会继续适用,这是没有疑问的。今天的判决只是表明,在违反‘敲门并宣告’规则的特定情况下,违反该规则并不足以排除因此所发现的相关证据。”^[53]他看起来是在向民众保证,本案只是特定情形下的“特例”而已,不会造成排除规则的倒退,而且违反“敲门并宣告”规则也不是什么严重的事情,大家不必过度担心。那么,后来的事实证明果真如此吗?

五、后哈德逊时代:哈德逊案对后来案件的影响

(一) 直接影响:哈式“微弱例外”规则的扩大适用

根据该规则,只要排除非法证据不能实现第四修正案所保障的宪法利益,“微弱例外”规则即可适用,不限于违反“敲门并宣告”规则。通过坚持这种排除理论,哈德逊判决就以“与排除规则理念相冲突的方法”去维护第四修正案所保障的宪法利益。^[54]迄今,初审法院和上诉法院已经开始直接把这种哈式“微弱例外”规则适用于违反“敲门并宣告”规则以外的情形。

第一,违反“有权查看令状”规则(“Right-to-See-a-Warrant” Rule)的情形。该规则要求,对于警察的入户搜查,第四修正案赋予居民有权查看其搜查令状,以确定搜查或扣押的合法性、范围大小以及是否得到合法授权。在2007年“联邦政府诉赫克特”^[55]一案的判决中,联邦第九巡回上诉法院就直接依据哈式“微弱例外”的逻辑认定:警察侵犯了被告“有权查看令状”的第四修正案利益,但因此而获得的证据不需要排除,因为“有权查看令状”的要求并没有包括“免于政府依据令状查找并获得证据的权利”,排除证据不能实现该规则所保护的宪法利益。^[56]

第二,违反“禁止随意毁坏财产”规则(No Arbitrary Destruction of Property)的情形。在“联邦政府诉拉米雷斯”案中,联邦最高法院在附带意见中认为,“搜查过程中过度的、不必要的毁坏财产是违反第四修正案的,即使是合法进入而且搜查所得证据不被排除”。^[57]然而,对于违反第四修正案破窗进入车库的情况,破窗行为与发现证据是否存在足够强的因果关系以至于必须排除非法证据?联邦最高法院在拉米雷斯案中并没有作出回答。但是根据哈式“微弱例外”规则,即使破窗行为与发现证据之间存在直接的因果关系,排除规则也不予适用,因为保护财产免于毁坏的宪法利益并不包括“免于政府依令状查找并获得证据的权利”,排除证据也无法实现受保护的宪法利益。

第三,违反“例行库存清查”规则(“Inventory Search” Rules)的情形。警察对被扣押的车辆和被羁押人的财产,有权进行“例行库存清查”,其目的包括“保护警察监管下的个人财产”、“保证政府不会因财产丢失、被盗、毁损而吃官司”以及“保障警察的安全”。^[58]由于该清查不以刑事侦查为目的,不必遵守“令状规则”和“可能性根据”要求。但为了控制警察实施清查时的权力滥用,法院要求执法机

[53] *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 603, 593 (2006).

[54] Albert W. Alschuler, *Herring v. United States: A Minnow or a Shark?* 7 Ohio St. J. Crim. L. 463, 510-511 (2009).

[55] See *United States v. Hector*, 474 F.3d 1150, 1155 (9th Cir. 2007), cert. denied, 552 U.S. 1104 (2008). “联邦政府诉马基”案的联邦地区法院也依据哈式“微弱例外”规则作出了排除规则不予适用的裁判。See *United States v. Makki*, No. 06-20324, 2007 WL 1100453, at *4 (E.D. Mich. Apr. 12, 2007).

[56] *United States v. Hector*, 474 F.3d 1150, 1155 (9th Cir. 2007).

[57] *United States v. Ramirez*, 523 U.S. 65, 66 (1998).

[58] *Colorado v. Bertine*, 479 U.S. 367, 371 (1987).

关必须提供标准化、规范化的行动纲领。但如果警察无视标准化的程序,实施非法的、不合理的清查活动,因此而获得的证据是否需要排除?根据哈式“微弱例外”规则,排除规则同样不予适用,道理与前两种情形相同。^[59]

(二) 间接影响:为排除规则的未来走向定了基调

哈德逊案中,美国联邦最高法院指出这些年来制度环境的两大变化:其他替代救济措施也能为第四修正案违法行为的受害者提供救济;如今专业化的警察已经能够严肃地对待公民的宪法权利了。由于这些变化,联邦最高法院质疑排除规则是否还有存在的必要性,强烈暗示它已经过时了,并认为普遍地适用证据排除规则是不合适的。这为以后的判例更为严格地限制排除规则的适用定下了基调。

1. 判例一:“赫瑞恩诉联邦政府”案^[60]

在这个2009年作出判决的案件中,科菲县警察接到另外一个县警察局的错误报告,说数据库里有一张被告人赫瑞恩(Herring)的逮捕令,据此搜查后获得了毒品和枪支。这张令状后来被证实是已经失效的。被告以逮捕令已被取消导致逮捕非法为由,提出排除这些非法证据的主张。联邦最高法院在判决中适用一个新的例外标准,拒绝排除该非法证据。

在该案判决中,联邦最高法院重申了哈德逊案判决中的一个著名论断:“(排除规则)一直是我们的最后的手段,而不是首选。”^[61]赫瑞恩案判决继续以“威慑违法”理论为基础,坚持哈德逊案作出的判断标准,即“只有威慑的收益大于它所带来的巨大社会成本时,才可以适用排除规则”。^[62]联邦最高法院经过推理得出结论:“排除规则只用于威慑故意的、轻率的、重大过失的行为,或者某些情况下重复发生的、系统的失误。”并最终创设了“轻微过失行为所得非法证据不适用排除规则”的新例外。^[63]

2. 判例二:“戴维斯诉联邦政府”案^[64]

这是联邦最高法院2011年作出判决的一个案件,阿拉巴马州格林维尔市警察在例行的交通拦截中,因醉驾而逮捕了司机,车上的乘客戴维斯也因报错了姓名而被捕,随后警察搜查了车厢,结果在戴维斯的上衣口袋里发现了一把手枪。戴维斯以非法持有枪支受到指控。可问题是,警察逮捕时进行的附带搜查是根据当时联邦第十一上诉法院的有效判例实施的。但该判例随后被推翻,新判例要求:警察附带搜查时必须“有理由相信”被告的犯罪证据就在车内。戴维斯案不符合这个要求。

美国联邦最高法院的裁定结论是,警察客观、理性地信赖上诉法院的有效判例而实施搜查,所获得的证据不适用排除规则。大法官阿里托撰写了多数意见,继续以“威慑违法”理论为基础,再次重申:不是一出现违反第四修正案的行为,就适用排除规则,而是只有在排除证据的收益大于其成本时才适用。排除规则具有威慑作用的前提条件是警察行为的有责性,有责性的行为被视为“故意的、轻率的或者重大过失的行为”。^[65]显然,该判决仍然采用“成本-收益”的分析方法,与哈德逊案、赫瑞恩

[59] Tracey Maclin & Jennifer Rader, *No More Chipping away: The Roberts Court Uses an Axe to Take Out The Fourth Amendment Exclusionary Rule*, 81 Miss. L. J. 1183, 1225-1226 (2012).

[60] *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

[61] *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 591, 593 (2006).

[62] *Id.*

[63] *See Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

[64] *Davis v. United States*, 131 S. Ct. 2419 (2011).

[65] *Id.*

案的逻辑一脉相承,并进一步扩大了排除规则的例外范围。

3. 判例三:“肯塔基州诉金”案^[66]

这也是2011年联邦最高法院作出的一个判例。该案的事实是:肯塔基州莱克星顿县的警察紧追一名毒贩嫌疑人,进入了一栋公寓楼。很快,嫌疑人不见了。在一家寓所门外(豪里斯·金居住的),警察闻到了大麻的气味,就猛烈地敲门,并大声地喊,“警察!警察!”。在敲门的同时,听到了里面的嘈杂声,警察相信这些声音是在毁坏证据,就破门而入,并查到了大量的毒品。本案的争点是:警察人为制造“紧急情况”而实施的无证搜查是否构成非法搜查?

联邦最高法院的结论是,只要没有通过违反第四修正案的行为或威胁使用该行为,来制造“紧急情况”,警察为防止毁坏证据而实施“无证入室搜查”是被允许的。本案的逻辑危及到了“令状原则”的理论基础,因为它已经从强调“公民隐私权的保护”转到强调“警察有效完成工作”。本案中,警察为满足第四修正案无证搜查时必须具备“紧急情况”的要求,人为制造了“紧急情况”,即在预见到敲门行为会引起屋内的居住者毁坏违禁品时,猛烈地敲门并表明身份,然后破门入室查到了毒品。显然,金案的判决使警察可以便利地制造“紧急情况”,从而大大降低了“令状原则”的适用,也规避了排除规则的适用。

六、美国排除规则的转向对中国的启示

证据排除规则的理论基础直接决定着它的制度构建。支撑排除规则的理论基础发生转向,将直接导致它的判断标准、判断方法、排除范围、发展趋势出现相应变化。我国当前学界对排除规则理论基础的认知尚不够深入,尤其是它与判断标准、判断方法以及排除范围的关系等问题。经过哈德逊案及前后其他判例的考察,美国证据排除规则理论基础的演变脉络清晰地呈现在我们面前。它应当为我国排除规则的发展带来某些启示。

(一) 哈德逊案以来美国排除规则的转向

1. 理论基础的转变引起判断方法的转变

从“宪法规范说”、“司法廉正说”以及多元理论并列说,转向将“威慑理论”作为惟一理论基础,导致持续采用“成本-收益”分析的判断方法及其相应的判断标准,即“只有威慑的收益大于它带来的巨大社会成本时,才可以适用排除规则”,反之,则不应该适用排除规则。从早期的自动排除转向后来的裁量排除,而裁量排除也由“排除为原则,不排除为例外”最终转变为实际上的“不排除为原则,排除为例外”。

2. 传统“微弱例外”原则转向哈式“微弱例外”原则

违法行为与证据的获得介入其他因素或关系足够疏远方可构成“微弱例外”原则,如今转变为“即使存在直接的因果关系,如果排除违法所得证据无法实现宪法条款所保护的利益,也可适用‘微弱例外’原则”,^[67]即只要是排除违法获得的证据不能实现第四修正案所保障的宪法利益,皆可适用这种哈式“微弱例外”原则。这是斯卡利亚大法官创制的一种新的“微弱例外”原则。它把排除非法证据与实现违法行为所侵犯的利益挂起钩来,加大了非法证据排除的难度。

[66] *Kentucky v. King*, 131 S. Ct. 1849 (2011).

[67] *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 593, 593 (2006).

3. “结果主义”原则转向“区分过错”原则

除少数例外情况,赫瑞恩案之前的排除规则是结果主义的,即只要警察的行为违反了第四修正案,因此而获得的证据就一概排除,并不区分行为人的故意还是过失。但联邦最高法院的态度自赫瑞恩案开始转变,将警察的故意过失作为一种常规性的衡量因素,并且声称,“引发排除规则的非法行为一般是明显违宪的故意行为……当警察的行为不是故意的或可责的时候,我们就从来无须排除那些违反第四修正案获得的证据”,并得出结论:“排除规则只用于威慑故意的、轻率的、重大过失的行为,或者某些情况下重复发生的、系统的失误。”^[68]其实,联邦最高法院已经“将排除规则从第四修正案的一般救济变为了特殊救济,只有当被告能证明警察行为是故意的、反复出现时才能适用”。^[69]换言之,法院将审查重点从警察“搜查行为”的合理性转移到了警察“主观认识”的合理性上了。

4. “保障公民基本人权”转向“提高侦查效率”

在“肯塔基州诉金”案的判决意见中,联邦最高法院的态度表明:第四修正案的重点已经从“保护公民免受不合理的搜查和扣押”转向“促进提高警察的执法效率”。在金案中,联邦最高法院已经不再强调是否存在紧急情况的“急迫性”,而是强调“令状原则”会影响警察的“打击策略”以及强调执法机关希望采取“简单、快速,比申请令状麻烦少”的方式。^[70]而在1948年的约翰逊案中,联邦最高法院却认为“这些考虑不仅是没有说服力的,而且是不恰当的,由此给警察带来的麻烦显然不足以成为不遵守宪法的充足理由”。^[71]

(二) “宪法规范说”及其对中国的启示

1. 美国“宪法规范说”与“自动排除”规则

由于美国成文宪法在国家法律体系中的地位,加之美国注重保障公民权利和警惕国家权力的传统,“宪法规范说”给排除规则罩上一圈神圣的光环,即公民的宪法权利神圣不可侵犯。因此,一旦出现政府机关在执法过程中侵犯公民基本权利,排除因此而取得的证据就成为必然的逻辑。“宪法规范说”的单一理论基础导致了判断标准、判断方法和排除范围的单一性和绝对性,即早期的“自动排除”或“绝对排除”规则。这一理论基础是美国排除规则处于上升期的理论基础,最终导致了马普案的登场,使排除规则在各州得以全面确立。但“宪法规范说”及其相应的“自动排除”规则,因为它的绝对性、不可违反性以及不符合“比例性原则”的缺陷,很快就退出了排除规则的历史舞台。

2. 美国“宪法规范说”对中国的启示

由于我国法律文化和传统对公民权利的漠视,加之我国宪法具有在个案中不能适用的现实,我国的证据排除规则自诞生起就不具有宪法规范的“贵族血统”。因此,出生卑微的中国证据排除规则也就不可能对违法获得的证据具有“自动排除”或“绝对排除”的权威性,只能是各种因素权衡下的“裁量排除”规则,而且是“补救不能”的情况下才有可能排除。由于本身的先天缺陷,“宪法规范说”及其导致的“自动排除”规则在美国也没有存在很久,世界其他国家也没有采用这种理论的,即使在严格保障公民宪法权利的德国,对于侵犯公民宪法权利而获得的证据也不是一概排除,而是权衡各种因素后

[68] *Herring v. United States*, 555 U.S. 137, 144 (2009).

[69] Susan A. Bandeis, *Roberts Court and the Future of Exclusionary Rule*, American Constitution Society for Law and Policy, at 7, <http://www.acslaw.org/files/Bandes%20Issue%20Brief.pdf>. 最后登录日期2013年7月30日。

[70] *Kentucky v. King*, 131 S. Ct. 1849, 1860 (2011).

[71] *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10, 15 (1948).

裁量排除。因此,中国的排除规则采用补救后的“裁量排除”是符合中国国情和司法实践的做法。

(三) “司法廉正说”及其对中国的启示

1. 美国“司法廉正说”与“绝对排除”规则

“司法廉正说”的理论基础虽然不具有“宪法规范说”那样高的法律位阶,但在保护基本权利的程度上还是高于“威慑理论”的。因为出于司法的职业道德和职务廉洁,法官作为法律的维护者,不能为警察的违法行为背书,从而成为违法行为的“共犯”。因此,对于违法取得的证据,法官岂能不予排除?但如果依据“威慑理论”,违法取得的证据是否被排除,取决于证据排除能否对警察未来的违法行为产生威慑?如果能,威慑效果有多大?是否大于证据排除所付出的代价?因此,依据“威慑理论”,警察违法未必一定产生排除非法证据的结果。显然,居于道德高度的“司法廉正说”相对于基于实用主义考量的“威慑理论”,更有利于保护公民的基本权利。

2. 美国的“司法廉正说”与中国的“政府廉正说”

美国“司法廉正说”侧重于强调排除规则具有伦理道德上的正当性(legitimacy),中国也有这方面的需求和需要。当前中国,人们对警察滥用职权的忧虑和批评逐渐增加,中国政府已经意识到警察刑讯逼供、违法取证所造成的恶劣影响,试图在民众心目中树立中国政府廉洁、公正的形象,改变国际社会对中国的看法和印象。我国宪法规定,公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约是刑事诉讼的基本原则。在侦查中心主义还没有得到切实扭转的情况下,警察违法实际上对法院和政府的形象都产生负面影响。

中国2010年“两个证据规定”出台之前,由于缺乏明确的排除规则,法官往往不能有效应对辩方提出的证据非法性的意见,非法证据未能在诉讼程序中得以有效排除。这一方面容易使辩方产生法官包容偏袒侦查人员、检察人员的误解,有损司法中立的形象;另一方面法官不能全面、有效地对非法证据进行司法审查,司法权对侦查权、公诉权的制约难以发挥。2012年《刑事诉讼法》确立证据排除规则后,侦查中心主义可能会风光不再,审判中心主义或许会悄然确立。法院不再是对侦查所获证据和侦查结论的确认,而是有权对证据的合法性进行审查并对非法的证据进行排除,从而动摇侦查结论的根基。这将有效发挥审判机关对侦控机关收集、审核、使用证据的终局性职能,彰显审判机关在诉讼结构和司法体制中的应然地位,有利于提高司法的权威性。同时,它也体现了中国政府治理警察违法现象,努力树立中国政府廉洁、公正形象的决心。

(四) “威慑理论”及其对中国的启示

1. 美国“威慑理论”、“成本分析”方法与“裁量排除”规则

早在1949年的“伍尔夫诉科罗拉多州”案^[72]就已提到“威慑理论”,但当时尚不明晰,而且是与其他理论并存的。1974年的“联邦政府诉克兰德拉”案^[73]中较为明确地阐述了“威慑违法”理论,并终结了“宪法规范说”的生命,确立了“威慑理论”的惟一地位,同时以“威慑理论”为基础创造出了“收益-成本”分析方法。成本分析方法本身就是“裁量排除”,“自动排除”规则于是逐步退出第四修正案的历史舞台。自此,排除规则开始出现各种例外,非法获得的证据不予排除的情形逐渐增多。如果以哈德逊案作为时间分界点,可以把排除规则的适用时期分为前哈德逊时代与后哈德逊时代。前哈德

[72] *Wolf v. Colorado*, 338 U. S. 25, 28(1949).

[73] *United States v. Calandra*, 414 U. S. 338 (1974).

逊时代的特点是:以排除非法证据为原则,不排除为例外;后哈德逊时代的特点是:非法证据基本上以不排除为原则,排除为例外。原因是哈德逊案中,最高法院鼓吹以其他救济方式完全替代排除规则,否定其存在的必要性。

2. 中国排除规则的理论基础:威慑可能导致证据虚假性的违法行为

如上所述,“政府廉正”理论是中国证据排除规则出台的一种理论基础,但不是惟一的理论基础,它与“威慑理论”交织在一起,构成中国证据排除规则的理论基础。与美国的“威慑理论”略有不同的是:中国的排除规则不是为了威慑警察侵犯公民宪法权利的行为,而是为了威慑可能导致证据虚假性的违法行为,防止出现冤假错案。一方面,社会民众如果感觉到中国的排除规则确实能够抑制警察滥权,避免无罪的人被定罪判刑,就能树立包括司法机关在内的中国政府公正、廉洁的良好形象,增强人民大众对政府的信心和信任;另一方面,如果仅仅因为警察的技术性违法行为就排除具有证明价值的关键证据,致使有罪之人逍遥法外,继续危害社会,也会降低人民大众对政府的信心,损害政府公正、廉洁的形象。

因此,中国的证据排除规则承担着双重使命,不仅要排除违法所得的不真实证据,避免出现冤假错案,而且还不能排除具有证明价值的关键证据,让罪犯逃脱制裁。换言之,中国的证据排除规则表面上是在“威慑违法”与“发现真实”之间寻求艰难的平衡,其实它的惟一落脚点就是防止冤假错案,保证证据的真实性与可靠性。只要做到这一点,我国的排除规则就能完成“不枉不纵”的双重使命。因此,一方面我国对刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述进行“强制排除”,就是由于此类非法言词证据可靠性极差,近年来的冤假错案大多与此有关,广大民众反映最为强烈。另一方面,我国对于警察轻微违法或技术性违法的瑕疵证据以及侵犯公民财产权、隐私权进行非法搜查、扣押而获得的实物证据,都采用可补救的排除规则,即能补救的,就不再排除,补救不能的,才予以排除。换言之,中国的排除规则是:以补救后采纳为原则,排除为例外。

七、结语:殊途同归——中美排除规则的制度暗合

在哈德逊案中,通过对“敲门并宣告”语境下适用排除规则进行成本分析,联邦最高法院得出的结论是:对于违反“敲门并宣告”规则的行为,不具有适用排除规则的正当性。其判断标准是“只有威慑的收益大于它所带来的巨大社会成本时,才可以适用排除规则”。换言之,其实质是:当发现真实的利益大于保障个人权利的收益时,就应当允许使用该违法获得的证据,这种情形下的证据一般是警察轻微违法获得的能够证明案件真实情况的证据。在这种情况下,“人权保障”的利益可以让位于“打击犯罪”的需要,因为此时警察轻微违法侵犯公民权利的利益较小,而能够证明案件真实情况的证据对于打击犯罪的价值较大。

仔细观察就会发现,符合哈德逊规则的非法证据与中国排除规则中“瑕疵证据”的概念与理念惊人地一致。这样一来,所谓“成本-收益”分析方法的判断标准,就相近乎于“发现案件真实”与“保障公民权利”的权衡,或者称为“打击犯罪”与“正当程序”的平衡。而权衡的结果是把“排除为原则、采纳为例外”变成了“采纳为原则、排除为例外”。这就与中国刚刚建立的证据排除规则在理论基础、判断方法和判断标准等方面出现了某种程度的暗合。

中国特色的证据排除规则,可称为“可补救的排除规则”,其着眼点首先在于“补救”,“排除”只是

促使侦查机关或检察机关“补救”的最后手段。对于瑕疵证据应该先补救,不能补救的再予以排除;能够补救的,就不再排除;对于非法证据应该贯彻“先排除后补救”的原则,换言之,即使非法证据被排除的,其中一部分还可以通过重新取证或证据重作予以补救。一句话,补救与排除,重在补救;先补救,补救不能的,再排除;能补救,则不予排除。非法证据与瑕疵证据是否具有补救可能性的一个重要条件就是,判断该证据是否具备真实性保证条件,即在未严重侵害当事人的基本权利的情况下,瑕疵证据的证明价值是否大于其合法性要件欠缺所损害的法秩序价值。^[74]

除此之外,中美两国对待排除规则的态度值得关注:美国从早期的侧重于保障人权,到哈德逊案以后开始侧重于证据的证明价值或发现真实;中国从早期对非法证据一再容忍,侧重于发现真实和打击犯罪,到现在侧重于发现真实,兼顾人权保障,采用可补救的排除规则,证据真实可靠性不能保证的,即补救不能的,才予以排除。

美国早期认为排除规则是威慑警察违法的惟一有效手段,其他手段都不足以抑制警察的违法行为。到哈德逊案以后态度开始转变,认为警察内部纪律惩戒和民事侵权诉讼可以完全替代排除规则。中国从早期一直强调警察的内部控制和纪律惩戒,到现在态度开始转变,认为其他措施不足以防止警察的暴力取证、违法取证,必须采取证据排除规则。

科学的证据排除规则应该在追诉犯罪与保障人权之间适当权衡。为此,并非所有的违法证据都必须绝对予以排除,当然也不应该“照单全收”。美国从刑事诉讼价值的一个极端,中国从刑事诉讼价值的另一个极端,逐渐走向对不同价值的平衡,似乎是殊途同归。

On the Changes of American Exclusionary Rule: From the Perspective of Cases before and after *Hudson v. Michigan*

Wang Jinglong

Abstract: The U. S. Supreme Court's attitude to exclusionary rule has undergone a fundamental change after the case of *Hudson v. Michigan* in 2006, and in the majority's opinion, the Court rendered its famous remarks “(the rule) has always been our last resort, not our first impulse.” It asserted that other alternative remedies can completely substitute the rule, which suggests strongly that the exclusionary rule is obsolete, useless. The subsequent leading cases, such as *Herring v. United States* (2009), *Kentucky v. King* (2011) and *Davis v. United States* (2011), etc, continued the trend, which have substantially limited the scope of the exclusionary rule, and led to its radical changes of these kinds, finally. China, always troubled by the police's torture and other abuses, began to establish exclusionary rule of illegal evidence. To get out of the trouble, China's attitude to exclusionary rule has changed. The direction of changes is different from U. S., but the destination is the same.

Keywords: deterrence of violation doctrine; cost-benefit balance analysis; redress of illegal evidence

(责任编辑:刘 彰)

[74] 参见王景龙:“论可补救的排除规则”,载《中国刑事法杂志》2013年第8期。

基本权利与私法

克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris)*

曾韬 曹昱晨 译**

摘要:尽管人们针对基本权利与私法的关系问题的讨论为时已久,但两种相关学说均不能令人满意。“直接第三人效力”学说不仅在基本权利教义学理论上有着站不住脚的地方,也会导致令人忧虑

* 克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris)师承德国民法学大师卡尔·拉伦茨,系慕尼黑大学法学院荣休教授。卡纳里斯曾担任巴伐利亚科学院副主席,欧洲科学与艺术院成员,奥地利科学院通讯会员,威尼斯科学、文学和艺术院外籍成员和慕尼黑高等研究院成员等职务。他著述颇丰,影响巨大,曾主导德国2002年债法改革中给付障碍法的革新。该文原发表于德国《民法实务档案》第184卷(1984年)第3册。本文作者还曾于1999年就这一问题撰写过一部专著,参见:Canaris, Grundrechte und Privatrecht, – eine Zwischenbilanz –, Berlin, New York 1999.

** 曾韬,德国科隆大学公法学博士研究生;曹昱晨,德国汉堡大学法学硕士。

译者注:理解本文中一些术语[如干预禁令(Eingriffsverbot)、保护命令(Schutzgebot)、过度禁令(Übermaßverbot)、不足禁令(Untermaßverbot)和恣意禁令(Willkürverbot)等]的含义,需要综合德国基本权利教义学上基本权利的双重属性理论和基本权利的审查模式的相关内容。

依照德国学界对基本权利的双重属性较为通行的理解,基本权利规范具有双重意义:主观权利的意义(subjektiv-rechtlicher Gehalt)和客观法的意义(objektiv-rechtlicher Gehalt)。主观权利的意义的内容为,基本权利规范为个人设定得以直接援引的权利。作为防卫权的基本权利和作为保护性权利的基本权利均应在这一层意义上理解,前者意为个人有权援引基本权利防御国家的干预,这个意义对于国家而言则为干预禁令;后者的意义为,在基本权利规定的某种个人的法益(Rechtsgüter)受到威胁或者侵害时,个人有权要求国家出面保护,这层意义对于国家而言则为保护命令(这个问题在德国是存在争议的。依照德国的主流看法,所谓的保护性权利或者保护命令不属于主观权利的内容,但本文作者卡纳里斯没有遵从此种见解,这种看法上的差异正是本文创新性之所在)。基本权利的客观法内容是一种超个人(überindividuell)的法律内容或者一种以社会为出发点的基本权利的法律意义,在这一层意义上使用的术语有作为价值秩序的基本权利(Grundrechte als Wertordnung)、作为制度保障的基本权利(Grundrechte als institutionelle Garantie)以及作为程序保障的基本权利(Grundrechte als Verfahrensgarantie)。我国学者张翔、赵宏对基本权利的双重性理论有深入和全面的讨论,参见张翔:“基本权利的体系思维”,载《清华法学》2012年第4期,第12页以下;赵宏:“作为客观价值的基本权利及其问题”,载《政法论坛》2011年第2期,第57页以下。关于保护命令的详细讨论,参见谢立斌:“自由权的保护义务”,载《比较法研究》2011年第1期,第35页以下。

德国的基本权利的审查模式在自由权和平等权上受到了不同的处理。自由权的审查模式为三阶审查模式,人们在此模式中大体讨论三个问题:1. 讨论中的国家行为触及何种基本权利的保护领域(Schutzbereich)? 2. 讨论中的国家行为是否构成一个对基本权利的干预(Eingriff)? 3. 干预是否正当? 过度禁令是审查第三个环节的问题时所使用的术语。正如卡纳里斯在文中所言(脚注23),这个术语的使用在德国存在分歧,干预禁令这个术语主要通过卡纳里斯在慕尼黑大学的同事皮特·莱尔歇(Peter Lerche)的研究获得影响力,而联邦宪法法院和其他部分学者倾向于使用比例原则这一术语。这个术语处理的核心问题为,通过手段与目的之间的关系考察国家的干预行为是否过度。需要指出的是,这个自由权的三阶审查模式是以作为防卫权的自由权为对象的(关于三阶审查模式,参见赵宏:“实质理性下的形式理性:德国基本法中基本权利的规范模式”,载《比较法研究》2007年第2期,第16页以下)。至于作为保护性权利或者国家的保护命令的自由权是否适用这个审查模式,以及适用何种审查模式,在德国学界是有争议的。但无论使用哪种审查模式,确定国家是否满足保护命令均需使用不足禁令的内容进行审查,其功能与三阶审查模式中的过度禁令是相当的。基于平等权的权利属性与自由权的差异,德国学者一般认为防卫权的三阶审查模式不适用于平等权,平等权的审查模式一般被设计成二阶的,其审查流程为:1. 是否存在一个不平等的对待(ungleiche Behandlung,区别处理相同的,相同处理不同的);2. 不平等的对待是否正当。恣意禁令为审查第二个环节的问题时所用的术语。根据德国联邦宪法法院的判决意见,恣意(Willkür)行为是没有任何可以站得住脚的理由的不平等对待。Vgl. BVerfGE 1, 14, 52.

的实践后果;“间接第三人效力”学说的主要问题则体现在教义学学理方面。因此,人们有必要重新考虑基本权利的相对人和基本权利作用于私法的具体方式问题。基本权利的相对人只能是国家。就基本权利与私法立法者的关系而言,基本权利的效力是直接的;而在私法主体的关系之中,基本权利主要通过保护命令这种形式发挥作用,其效力也是间接的。在此种思路的引导下,人们可以看到私法本身便已提供了手段多元的保护基本权利的机制。

关键词:基本权利 私法 第三人效力 保护命令

基本权利和私法的一般关系,以及基本权利和私法自治的特殊关系,是理论上长久以来的争论对象,人们往往将其称为“直接第三人效力”(unmittelbare Drittwirkung)和“间接第三人效力”(mittelbare Drittwirkung)。它似乎是旷日持久却永远无法得到解决的基本问题之一。因此,再次探讨这个问题还是有必要的。在一个报告中处理牵涉到的所有问题,没有多大意义,我在此仅讨论法理和宪法理论两个方面的问题。两个一般性范畴对于问题的明确具有重大意义:规范的相对人(Normadressat)和规范的结构(Normstruktur)。前一个范畴涉及的问题为,基本权利在为国家设定义务之外是否也为私法主体设定义务;后一个范畴涉及的问题则为,基本权利以何种方式作用于私法:干预禁令(Eingriffsverbot)、法律解释准则(Auslegungsrichtlinie)、原则性规范(Grundsatznorm)、制度保障(institutionelle Garantie)或者保护命令(Schutzgebot)。

一、作为针对私法主体的干预禁令的基本权利:“直接第三人效力”学说

(一)“直接第三人效力”学说的核心内容

“直接第三人效力”学说的核心内容为,基本权利的相对人不仅为国家,也包括私法主体,并且,应该在干预禁令或者防御权这一传统的功能上,在私法中适用基本权利。这种观点在民法教义学上的影响则为,基本权利在法律行为的领域里成为了《民法典》第134条意义上的法律上的禁令(gesetzliches Verbot),在侵权行为法里它们则成为了《民法典》第823条第1款意义上的绝对权利(absolutes Recht)或者《民法典》第823条第2款意义上的保护性法律(Schutzgesetz)。

联邦劳工法院毫无疑问是“直接第三人效力”的支持者,该法院一贯将《基本法》第3条中的歧视禁令

和一系列自由权认定为《民法典》第 134 条意义上的法律上的禁令。^[1] 联邦最高法院关于一般人格权的判决事实上也是以“直接第三人效力”学说为基础的。该院在此类判决中将尊重人的尊严的命令(das Gebot der „Achtung“ der Menschenwürde),及其防御功能,直接适用于私法主体之间的关系,并由此直接导出了一般人格权属于《民法典》第 833 条意义上的“其他权利”的结论。^[2]

除了这一学说的创立者尼佩代(Nipperdey),^[3]在学术界被认为是该学说杰出代表的主要还有莱斯勒(Leisner)、^[4]拉姆(Ramm)、^[5]加米尔舍格(Gamillscheg)^[6]以及施瓦伯(Schwabe),^[7]不过施瓦伯的学说的教义学基础与前面几位有着显著的差异。虽然招致了方方面面的批评,但这一学说至今仍未失去市场。众所周知,联邦劳工法院在判决活动中就一贯坚持此种观点。在新近的文献中,斯坦道夫(Steindorff)也认同此种观点。^[8] 因此,进一步的讨论绝非多余,尽管本文提出的反对意见并不见得新颖。

(二)对“直接第三人效力”学说的批判

1.《基本法》的文本、体系和历史

《基本法》的文本清楚表明,基本权利基本只为国家而非私法主体设定义务。《基本法》第 1 条第 1 款第二句就明确将尊重和保护人的尊严的义务主体仅仅规定为“所有的国家权力机关”,而非“任何人”。同样,在《基本法》第 1 条第 3 款中,基本权利的拘束力仅仅是针对“立法、行政和司法权力”而言的,而非私法主体。《基本法》第 3 条第 1 款亦是如此,因为它只规定了“法律面前”的人人平等。

法律保留(Gesetzesvorbehalt)的体系也遵从此种理路,因为它毫无疑问仅仅是针对立法者的,因而仅针

[1] 具有根本性意义的判决:BAG AP Nr. 1(涉及《基本法》第 6 条第 1 款的婚姻与家庭),该判决亦载于:BAGE 4, 274;此外,亦可参见:BAG AP Nr. 4, 6, 77, 87 und 110(关于《基本法》第 3 条),Nr. 25(关于《基本法》第 12 条),Nr. 26(关于《通知终止保护法》第 1 款),Nr. 2(关于《民法典》第 134 条)。

译者注:脚注 1 中出现的《通知终止规范法》的德语名称为“Kündigungsschutzgesetz”,它是由“Kündigung”、“Schutz”和“Gesetz”三个单词构成合成词,这个术语的翻译存在两方面的问题:1. “Kündigung”本身在德国民法学中具有独特的法律意义,但我国民法中没有与之精确对应的术语;2. 若是按照“Kündigungsschutzgesetz”各个构成成分的字面意思翻译成汉语,译文不仅不合汉语的表达习惯,语义也令人费解或者误解。综合各方面的考虑,本译文决定将“Kündigung”译为“通知终止”,将“Kündigungsschutzgesetz”翻译为“通知终止规范法”,理由如下:

第一,我国合同法的相关文献在继续性合同的解除或者终止方面的用语并不统一,有学者倾向于在此情形使用“终止”这一术语,以便与专用于一时性合同的“解除”相区别,但也有学者认为应该在两种类型的合同上均使用“解除”一词。这样的局面给翻译德国术语“Kündigung”带来了困难。无论遵从上述何种意见,都无法准确表达该术语在德国法中的准确意思。如果采用前一种意见,会发生扭曲被翻译术语的意思的情况,因为“终止”在我国合同法中被用于多种场合,其可能的含义远较德国术语“Kündigung”宽泛。如果我们采用后一种观点,将“Kündigung”译为“解除”,那么这个术语在德国法中的特殊含义就无法准确表达出来了。有鉴于此,本译文遵循这一德国术语的定义,将其翻译为“通知终止”,以便准确表明其适用领域和法律意义。

第二,“Kündigungsschutz”(Kündigung:通知终止;Schutz:保护)在德语语境中的意思是保护承租人、雇员免于出租人和雇主的肆意的通知终止所带来的不利处境。由于德国出现过资方与劳工、出租人和承租人多年的相互斗争以及与之相应的法律规制,这层意思在德国是清楚明白的。而在我国,由于缺乏这样的语境和历史,人们对该词的字面翻译会发生误解,人们可能会搞不清楚“通知终止保护”到底保护的是谁或者保护的是什么?但如果将“Schutz”翻译成“规范”,且与之相应地将“Kündigungsschutzgesetz”译为“通知终止规范法”,这部德国法律的规制对象和规制内容能够得到更为准确的表达。

[2] Vgl. BGH 13, 334, 338; 24, 72, 76 f.; 27, 284, 285; 亦可参见脚注 98 中列举的判决。

[3] Vgl. *Ennecerus-Nipperdey*, 15. Aufl., 1959, § 15 IV 4; *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961 = Festschr. für Molitor, 1962, S. 17 ff.; *derselbe* in *Bettermann/Nipperdey*, Die Grundrechte Bd. IV 2, 1962, S. 747 ff.

[4] Vgl. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 356 ff.; 对此书较为出色的评论,参见:*Bydlinski österr. ZföfR X I I* (1963), S. 423 ff.

[5] Vgl. *Kamm*, Die Freiheit der Willensbildung – Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung, 1960, S. 38 ff., 56 ff.

[6] Vgl. *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 386 ff., 尤其是该文第 419 页。

[7] Vgl. *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971.

[8] Vgl. *Steindorff*, Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht, 1983, S. 12.

对国家。私法主体——尤其是通过法律行为——限制基本权利的可能性,《基本法》对其根本未作规定。假如《基本法》意欲此种效力,自然有作出此种规定之必要。因此,某些“直接第三人效力”学说的支持者试图将法律保留体系移植到私法领域,^[9]并据此认为,只在存在法律保留的情形中,对基本权利进行法律行为上的限制才是被许可的。这个观点所导致的结果是荒唐的。假如在合同中,一个画家同意雇主拥有若干在构图上发表意见的权利,^[10]一个音乐家向一个乐队指挥负担了演奏特定曲目的义务,一个演员向剧院负担了扮演一个角色的义务,或者一个作家赋予了电视台特定的针对剧本发表意见的权利,^[11]那么这些合同就应该毫无例外地一概无效,因为《基本法》第5条第3款没有规定任何的法律保留?!而且从这个观点出发的话,一个基督徒在周日工作的义务(例如饭店服务员、女仆)如何才能不违背《基本法》第4条第2款中毫无保留地保障从事宗教活动的自由?!在这里人们才首次看到,(主要由杜里希提出的)“直接第三人效力”危及私法自治的指责^[12]并非危言耸听。

有人强调《基本法》产生的特殊背景,有一定道理。但它的特殊性是与纳粹专制决绝的决裂,而非致力于私法改革。“直接第三人效力”学说的支持者却竭力证明,从基本权利和人权的产生史来看,它们也并且最终意在调整私法主体之间的关系。^[13]这对于眼下的议题毫无意义,因为人们由此仅能得出基本权利在根本上有私法上的作用的结论,这个结论在如今是毫无争议的。然而,这并不意味着这一作用一定要以“直接第三人效力”这种特殊形式展开。

2. 基本权利的功能

《基本法》的语法的、体系的和历史的解释均不利于“直接第三人效力”学说,但是,如果有决定性作用的目的性因素支持此种学说的话,上述解释就无足轻重了。然而情况并非如此。杜里希和其他“间接第三人效力”学说的支持者的“在私法层面始终只有私法主体相对立”,^[14]或者“此处只涉及市民自由与市民自由之间关系”^[15]的论据毫无说服力。这个观点不仅仅是针对私法主体的行为本身,也是针对规制他们之间关系的法律规范而言的,因而它会导致这样的结果:不仅仅是私法主体,甚至连私法规范也摆脱了基本权利的“直接”约束。事实上很多“间接第三人效力”学说的支持者已经得出了这样的结论,然而正如将要揭示的那样,它是错误的。

起决定性作用的其实是这样一个简单的事实:私法主体之间基本上不存在像国家和公民之间那样的权力差距(Machtgefälle),只有国家拥有诸如颁布规范、行政行为或者刑罚这样的强制手段,而私法主体只是相互间权利平等的主体。此外,仅就私法自治领域而言,其间涉及的主要是权利人对基本权利的自我限制;源于国家的非自主决定(staatliche Fremdbestimmung)与私法自治上的自主决定(privatautonome Selbstbestimmung)根本不具可比性。假使人们不仅仅强调法律上的问题,也将实际情况纳入考量之中,这一问题

[9] Vgl. *Leisner* aaO (Fn. 4) S. 330, 332, 384 ff.; *Ramm* aaO (Fn. 5) S. 64 f und Einführung in das Privatrecht/Allg. Teil des BGB, 2. Aufl. 1974, Bd. II § 43 II; 相同观点亦可参见: *Nipperdey*, Die Grundrechte IV 2, S. 755; 反对立场,参见: *Gamillscheg* aaO (Fn. 6) S. 428 ff.

[10] BGHZ 19, 382 是一个很好的例子。联邦最高法院在这个判决中指出:“艺术家能够通过合同限制自己的创作自由,并有义务按照自己构思的且为客户所同意的草图创作作品(判决依据3)。”

[11] Vgl. dazu BGH LM Nr. 32 zu § 138 (Bb) BGB. “假如一个作者给自己设定了遵照合同伙伴的指示进行创作的义务,这无可非议。这符合合同自由原则,尤其符合《出版法》第47条针对所谓的约稿合同所作的规定。”

[12] 具有根本性意义的论述: *Dürig*, Festschr. für Nawiasky, 1956, S. 158 ff., 167 ff.

[13] Vgl. *Leisner* aaO (Fn. 4) S. 22 ff.; *Ramm* aaO (Fn. 5) S. 42 ff.; 类似 *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 1982, S. 44 ff.

[14] Vgl. *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Komm. zum Grundgesetz Art. 3 I Rdnr. 513.

[15] So *Rupp*, AöR 101 (1976), 169.

也不会有什么变化。即便认为事实上的权力而非法律上的权力是具有决定性作用的,人们也不能认为私法主体之间存在类似于国家的权力。

3. “社会权力”问题

由此引出了“直接第三人效力”学说的一个不容置疑的显著贡献:它强化了私法深化保护弱势群体以及克服事实上的力量不对等格局的意识。因此,某些这一学说的支持者,例如加米尔舍格,尝试以抑制社会权力的必要性论证私法主体受基本权利的直接约束性,并将其仅仅限制在此种情形之中。^[16]

然而,此种形式的“直接第三人效力”学说也是没有说服力的。第三人效力问题并不局限于存在社会权力差距的情形。^[17] 例如,联邦最高法院就鉴于《基本法》第 11 条中的自由迁徙保障宣告一对离异夫妇改变住所地的义务无效,^[18] 然而,在当事人之间明显不存在社会权力差距;人们热衷讨论的良心自由与合同义务之间的关系问题具有远比社会权力差距更为丰富的内容。

从另一方面看,社会权力的存在本身也不足以使基本权利可以得到直接适用,毕竟权力差距本身尚不能导致事实上的合同协商自由遭受危害。只要竞争机制在一定程度上能够正常运行,^[19] 当“小”客户面对“大”商业集团时,或者“小”作者面对“大”出版社时,其私法自治的保障不会遭到显著的危害。

上面的论述表明,社会权力的存在实际上并非是一个孤立的问题,而仅仅是失衡的缔约环境(*gestörte Vertragsparität*)这个更为宏观问题的不可分割的构成部分,并且法律为了克服这一问题设置了一个手段丰富多元的机制:从《反限制竞争法》对竞争机制的保护、劳动合同、罢工制度,到一般交易条款的内容控制,诸如《民法典》第 134 条和第 138 条上的传统私法制度,以及诸如银行、保险监管等公法制度。^[20] 既然在私法中不存在独自克服社会权力的问题,那么这一因素就不能成为基本权利的直接效力的依据。更不用说的是,这个概念由于其巨大的不确定性也根本不适合用于处理这一具有重大意义的问题。^[21]

(三)“直接第三人效力”学说的实践后果

1. 在侵权行为法领域

尽管如前所言“直接第三人效力”学说的理论根基并不牢靠,但其学说的实践后果还是部分地得到了贯彻,至少是在侵权行为法领域。由于一般人格权如今被界定为《民法典》第 823 条第 1 款意义上的“其他权利”,基本权利清单上的所有人身自由权均享有“绝对权利(*absolutes Recht*)”的保护,这正是“直接第三人效力”学说长久以来的观点。与该学说联系密切的个案中的法益或利益权衡也是在侵害一般人格权的案例中确定事实构成和违法性的决定性手段。

[16] Vgl. *Gamillscheg* aaO (Fn. 6) S. 407 ff. 人们在这里可以看到一个宣言式的表述:“社会权力和社会权力概念是处理第三人效力问题的抓手。”;尼佩代已有类似表述:*Nipperdey*, *Die Grundrechte*, IV 2, S. 753 f. und 756.

[17] 施瓦伯在这一点上的看法值得肯定:*Schwabe*, *AöR* 100 (1975), 461 f.

[18] Vgl. *BGH NJW* 1972, 1414.

[19] 弗卢梅(*Flume*, *Allg. Teil des Bürg. Rechts*, 3. Aufl. 1979, § 1, 7 = S. 10) 正确地指出,“在货物和服务贸易中,缔约伙伴的确一般处于一种不平等的地位。但自主决定的权力并不因此而受到损害,如果市场能够基于私法自治为原则的经济制度消除强势一方的经济权力”。与之类似的表述,例如:*Schmidt-Rimpler*, *Festschr. für Raiser*, 1974, S. 14; 弗兰茨·伯姆(*Franz Böhm*, *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, 1961, S. 5) 恰恰将经济权力定义为“卖方和买方的不受竞争制约或受到较弱竞争制约的活动余地”。此外,弗兰茨·伯姆干脆将“私人权力问题”和“经济权力问题”视为同一个问题(aaO S. 12),那么他的观点就有些过分了,一方智力上的优势或者家庭依赖性例子便可揭示这一点。

[20] 关于这一点的深入研究,参见:*Hönn*, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982.

[21] 加米尔舍格所采用的含混标准的多样性便是这一问题的典型表现。例如,他采用了相关地区的工业化程度、职业的种类、职工宿舍的分配、家庭状况和雇员的智力等级等标准。*Gamillscheg*, aaO (Fn. 6), S. 411.

2. 在法律行为领域

在法律行为领域中情况稍显不同。“直接第三人效力”学说的实践冲击力在这里自始就被削弱了,因为它没有将《基本法》第3条第1款当做强制缔约的基础,相反,它在此领域基本上赋予私法自治优先性。在另外一方面,在涉及自由权的情形中,应保护自由权免于受到过分的法律行为的限制(尤其是在被打破的缔约平衡的情形中,但并不局限于此),与之相应的是,诸如宗教自由、言论自由、迁徙自由和职业自由等权利不能为缔约人所任意支配。^[22]这不仅是绝对理所当然的事情,也符合过去的私法传统。如果只在自由权的限制受到法律保留的规制的情形中才能对自由权进行限制,那么就会使得私法上的限制被显著强化。这实际上就是某些“直接第三人效力”学说的观点。如前所言,此种观点会导致站不住脚的实践后果。

还有一个需要讨论的问题则为,自由权在多大程度上可以为法律行为所限制。如果遵照“直接第三人效力”学说,那么这个程度就应由宪法上的过度禁令(Übermaßverbot)确定,也就是说,依照合适性(Eignung)、必要性(Erforderlichkeit)和比例(Verhältnismäßigkeit)原则。^[23]事实上联邦劳工法院和莱斯勒就在《基本法》第12条的框架中得出了这一结论。^[24]相反,依照“间接第三人效力”学说,在这个问题上应该纳入考量的是诸如《民法典》第138条、第242条以及第315条等条款所体现的私法上特殊的过度禁令。^[25]我们由此又看到了这两种理论在实践层面的显著差别,“直接第三人效力”学说也因而显得极为危险。所有的法律行为均会牵涉基本权利,至少会牵涉《基本法》第2条第1款或者第14条上的基本权利,如果遵循此种学说,《民法典》第138条的效力就被废除了,彻底被更为严格的合适性、必要性和比例原则所取代。^[26]如此一来,包含自我设定非理性和不合比例的可能的“尊重当事人意思(stat pro ratione voluntas)”^[27]原则也就没有立锥之地了。因此,人们常常提出的“‘直接第三人效力’学说危害私法自治”^[28]的指责就此而言是有道理的。

[22] 远在第三人效力问题为人热议以前,这就已经得到人们的认可。而且还是在第二帝国宪法的时代就有人极为新锐地持有此种观点,尽管那时的宪法并不含有基本权利清单。那个时代文献中关于保护自由权免受合同限制的观点,参见:Helwig, AcP 86 (1896), 223 ff., 226 f.; Eckstein, ArchBürgR 38 (1913), 197 ff., 198 und 200; von Tuhr, Allg. Teil des Deutschen Bürg. Rechts, 1918, Bd. II 2, S. 32.

[23] 在术语上本文依附莱尔歇(Lerche)的做法。他将合适性、必要性和合比例性原则归入过度禁令这一上位概念(Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 19 ff.)。相反,联邦宪法法院一般将合比例性视为上位概念,并将合适性、必要性和狭义的合比例性以及可强求性(Zumutbarkeit)归入其中。Vgl. näher Grabitz, AöR 98 (1973), 570 f. m. Nachw. 莱尔歇的术语在学界获得了广泛采用。Vgl. z. B. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 671 ff.; Wendt, AöR 104 (1979), 415 mit weiteren Nachw. in Fn. 2.

[24] Vgl. BAG AP Nr. 25 zu Art. 12 GG unter II 3; Leisner aaO (Fn. 4) S. 388 mit Fn. 213 a.

[25] 过度禁令概念本身并不包含何种情形构成过分的标准。因此,私法中的过度禁令在法律行为制度中主要是《民法典》第138条、第242条、《一般交易条款法》第9条(vgl. schon Canaris Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht unter I 1)。施韦尔特纳在术语上与我相左,但他的用法并不明智。显然,只在被强化的内容控制的情形中,他才愿意采用私法上的过度禁令的表述(Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 153 ff.)。

[26] 尤其是这些原则也在《基本法》第2条第1款中有效(vgl. z. B. BVerfGE 17, 306, 314 ff.; 20, 150, 155; 35, 382, 401; 38, 281, 302; 44, 353, 373)。然而过去有人认为,联邦宪法法院在仅仅涉及干预经济上的开展自由的情形中适用的不是比例原则,而是禁止恣意原则(Grabitz, AöR 98 (1973), 591, 603 sowie Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 89 f.)。邵尔茨也持有此见(Scholz, AöR 100 (1975), 273 f., 280 f.)。这种观点不符合联邦宪法法院新近的判决(vgl. BVerfGE 38, 281, 302 f.; 44, 353, 373),在内容上也是站不住脚的(vgl. näher Canaris, WM 1978, 693)。

[27] Vgl. Flume aaO (Fn. 19) § 1, 5 = S. 6. 人们经常提到的恣意的自我限制实际上与之含义相同(vgl. z. B. Heinrich Stoll, Vertragsfreiheit, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichs Verfassung, 1930, Bd. III S. 175 f.; Fritz von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936, S. 57 ff., 62.)。

[28] 详尽的论述,参见:Dürig, Festschr. für Nawiasky, 1956, S. 158 ff., 167 ff.

二、作为针对私法规范的干预禁令和作为解释准则、原则性规范的基本权利：“间接第三人效力”学说

与“直接第三人效力”学说不同的是，“间接第三人效力”学说仅视国家，尤其是立法者和法官，而非私法主体，为基本权利的规范的义务人。依据前面的论述，这是完全正确的，但这一学说并非完美无暇。

（一）基本权利和私法规范

1. “间接第三人效力”学说及联邦宪法法院的观点

人们往往没有意识到，这一学说其实没有正确认识基本权利和私法规范之间的关系，因为它没有对私法主体的行为与私法本身作足够明确的区分。如此一来，基本权利不仅仅是针对私法主体的法律行为和其他行为，也针对私法规范而言，仅仅具有“间接”的效力。杜里希就明确地论及基本权利对私法的“间接”影响或者“私法中基本权利的间接适用”，^[29]并且如此强调这一点：“私法在结构上完全不同于公法上的许可与命令，仅因为《警察法》和《商法典》均为国家制定的规范就把二者归于同一的概念范畴和问题领域，这是极不合理的。”^[30]鲁普(Rupp)的观点也与之类似：“针对国家的基本权利被暗中植入了私法秩序”——这同样也不仅仅针对私法主体的行为——“会使得自由被侵蚀到令人无法容忍的程度。”^[31]考普(Kopp)的表述更具典型性：“在民法领域中并非基本权利本身具有意义，有意义的仅仅是隐藏于基本权利之中并通过基本权利表达出来的一般性的根本决断。”^[32]

令人惊讶的是，联邦宪法法院的一系列判决与此种学说很相像。该院在吕特(Lüth)判决中就已经明确指出，基本权利的法律内涵在民法中间接地通过私法规范产生作用，以及“其作用的发挥以直接规制这一领域的规范为媒介”。^[33]这个案例涉及的情形为，诉愿人吕特的特定言论为《民法典》第826条所禁止，或者说，为法官通过具体化该法条获得的案例法(Fallnorm)^[34]所禁止。人们或可认为，这个案例中存在一个对《基本法》第5条第1款上的基本权利的干预。然而，联邦宪法法院不是在干预禁令和防御权这一传统功能上适用《基本法》第5条，而是仅仅从中推导出一个基本权利对民法的“辐射效力(Ausstrahlungswirkung)”。^[35]此种裁判意见在默菲斯特裁定(Meohistobeschluss)趋于极致，而且默菲斯特裁定本身也是此种裁判意见的显著的实践后果。尽管在这个案件中一本小说的出版基于《民法典》第823条受到禁止，但联邦宪法法院明确地否认其中存在一个针对艺术自由的“公权力的干预(Eingriff der öffentlichen Gewalt)”，并且不运用比例原则，而是运用(较为宽松的)《基本法》第3条第1款上的“恣意禁令(Willkürverbot)”衡量联邦最高法院在相关判决中和在该判决中适用《民法典》第823条的做法。^[36]

2. 作为针对私法规范的干预禁令的基本权利的效力

这个观点也是无法令人接受的。^[37]私法立法者也是立法者，因而也同样基于《基本法》第1条第3款

[29] Vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 I Rdnr. 510.

[30] Vgl. Dürig aaO, Rdnr. 506.

[31] Vgl. Rupp, AöR 101 (1976), 169.

[32] Vgl. Kopp, 2. Festschr. für Wilburg, 1975, S. 149.

[33] Vgl. BVerfGE 7, 198, Leitsatz 2 und S. 205.

[34] 关于案例法的详尽论述，参见：Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 202 ff.；相关批评意见，参见：Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 140；Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 518 ff.

[35] Vgl. aaO S. 207.

[36] Vgl. BVerfGE 30, 173, 199 f.

[37] 亦可参见施瓦伯的批评意见：Schwabe, AöR 100 (1975), 442 ff.

直接而非间接地(这是多么神秘的一种方式啊)为基本权利所约束。基本权利在此依其传统的功能以干预禁令和防卫权的形式发生效力,毕竟国家通过私法规范也能干预自由权。《民法典》第826条禁止言论表达和《民法典》第823条第1款禁止书籍出版的例子便是显著的例子。

联邦宪法法院在这一点上一再强调,基本权利也包含了所谓的“原则性规范”。这或许是正确的,但这与基本权利具有针对私法规范的干预禁令的效力并不抵牾。基本权利由此仅仅获得了另外一种属性,但其作为针对私法规范的干预禁令的属性并未因之丧失。与杜里希的观点相反,“两个相对立的私法主体援引基本权利”并不能证明“基本权利在私法主体之间……从本质上讲具有其他意义”。^[38]私人之间的冲突并不仅仅是依靠私法的手段解决的,也能依靠刑法、建筑法等手段解决,基本权利的冲突因而并非私法规范的特别属性,而是一个一般的现象。^[39]因此,人们无法从中导出私法规范在宪法上的特殊地位。

然而,联邦宪法法院却在其他判决中,例如田间磨坊案(Feldmühlefall)、西班牙人案(Spanierfall)和雇员共决法判决(Mitbestimmungsurteil),明确地直接在干预禁令这一功能上将基本权利作为衡量私法规范的尺度。^[40]为何在涉及侵权法规范以及民事法院法官对其进行裁判上的具体化的情形中进行别样的处理,着实令人费解。普通法院的法律适用是否能够被联邦宪法法院全面审查,这当然完全是另外一个问题。这个问题与基本权利的效力模式没有任何关系,它牵扯到的只是联邦宪法法院的“超级再审(Superrevision)”问题。这个问题基本上也同样会出现在所有法院的裁判行为的违宪审查情形中,并不限于负责适用私法的法院。

不仅侵权行为法中会出现私法规范干预基本权利的情形,基本上在所有私法领域中均会出现此情形,尤其是在合同法之中。假如一个雇员因其某个言论被解雇,那么法院在审查解约时就应该在该解约是否构成《解雇保护法》第1条意义上的反社会福利性(Sozialwidrigkeit)以及是否构成《民法典》第626条意义上“重要原因(Wichtiger Grund)”方面直接适用《基本法》第5条第1款上的干预禁令。因此,联邦劳工法院^[41]的相关判决在结果是殊值赞同的,但其论证过程令人无法苟同。人们应该摒弃“直接第三人效力”学说直接用《基本法》第5条第1款衡量法律行为的做法,而是应该以其为依据衡量通过解释《解雇保护法》第1条和《民法典》第626条而导出的关于是否存在解约依据的规范(Rechtssatz)。法益和利益权衡将会在此过程中表明,只有存在对经营秩序的具体危害,才会产生解约的依据。相反,在不满足这一前提的情况下认可解约将会违反比例原则,并直接违反《基本法》第5条第1款。只有在雇主拥有无需任何理由便可解雇雇员的例外情形中,也就是说,在《解雇保护法》的适用范围之外,才会出现是否应依据基本权利衡量解约本身(Kündigung selbst)的问题。

3. 补充合同的任意性规范(dispositive Normen)限制问题的特点

在一个报告中充分研究基本权利对私法规范的影响问题,这是不可能的,^[42]但我们有必要深究一种与私法自治密切相关,并因而具有一定特殊性的规范:补充合同的任意性规范。

凡涉及此种规范的情形事实上至少存在这样一种特殊性:任意性法律对基本权利的限制并不必然以

[38] Vgl. *Dürig* aaO Art. 3 I Rdnr. 513.

[39] 关于基本权利冲突问题,参见:*Lerche* aaO (Fn. 23) S. 125 ff.; *Rüfner*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, Bd. II S. 453, 461 ff.; *Bethge*, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 1977, S. 2 ff., 133 ff., 256 ff. und passim; *Starck*, *JuS* 1981, 245 f.

[40] Vgl. *BVerfGE* 14, 263 bzw. 31, 58 bzw. 50, 290.

[41] 关于言论自由,参见:*BAG AP Nr. 1*; 关于《民法典》第626条,参见:*BAG AP Nr. 57 und 58*; 关于《通知终止保护法》,参见:*BAG AP Nr. 4*.

[42] 针对各种规范体系的专门研究是有其必要性的,关于所有权的奉献便存在一个这样的研究:*L. Schulze-Osterloh*, *Das Prinzip der Eigentumsopferentschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht*, 1980, insbesondere S. 295 ff.

与之相应的法律保留的存在为前提。假如立法者通过一个补充性的合同法规规范设定了出租人检查出租房屋的权利,他毫无疑问具有这样的权限,尽管《基本法》第 13 条第 3 款的法律保留的字面意义显然并不涵盖此种规定。只要通过合同限制基本权利是可能的,人们就应该赞同,通过任意性规范限制基本权利并不依赖于一个法律保留的存在,毕竟立法者通过任意性规范只是将那些善意和理性的缔约人通常约定的内容予以类型化。而正如我在前面所述,对于缔约人自身约定的基本权利的限制而言,法律保留既不直接相关,也不能通过类推的方式引入。

另一方面也需要注意,任意性规范的创设属于国家的他治性的(heteronom)规范创制,而非私法主体之间的自治规制,^[43]宪法上的过度禁令因此基本上也适用于此,也即必要性和比例原则。^[44]因此,联邦劳工法院正确地直接用《基本法》第 12 条判断《商法典》第 60 条意义上的法定同业禁止,并通过合宪性解释限制其过于宽泛的字面意思,将其仅仅适用于雇主所在的行业中的竞争行为。^[45]

值得注意的是,联邦劳工法院在此并没有援引联邦宪法法院从《基本法》第 12 条中推导出的“阶梯理论”(Stufentheorie)。更引人关注的是,该法院认为《商法典》第 60 条并不仅仅含有一个关于执业(Berufsausübung)的规定,而是——这是有道理的——一个关于职业选择(Berufswahl)的规定。因此,如果人们严格地将“阶梯理论”适用于《商法典》第 60 条,该条文的合宪性则取决于是否能够证明它对于保护某种特别重要的公益有不容置疑的必要性。^[46]联邦劳工法院并没有遵循这一点,这在结果是殊值肯定的。人们同样要考虑到,《商法典》第 60 条属于任意性合同法规规范,并且它仅仅将当事人正当的意志以及从《民法典》第 242 条推导出的忠诚义务类型化。因此,除了保护一种特别重要的公益,保护一种私人利益也能给基本权利的限制提供正当化理由。人们甚至可以更进一步并大胆地提出这一论断:在涉及私法中限制基本权利的情形中,值得保护的私人利益基本上可以取代公共利益的地位。因为只有这种观点才符合私法规范的特殊任务,而且,对于公共利益原则上享有优于私人利益的地位的做法是否符合《基本法》中的价值秩序(Wertordnung)这一问题,人们的态度并不仅仅是怀疑。^[47]此外,人们也必须承认,不能过于僵化地理解宪法上的过度禁令——应该将“阶梯理论”视为其表现形式之一——应该根据各个规制事项的特殊性合理地调整对这一原则的理解。^[48]

[43] 鲍越庭认为,任意性法律的效力基于私法自治上的规制(Beuthien, ZHR 142, 264 Fn. 10),因此《商法典》第 112 条的同业禁止条款成为各个公司章程的内容(aaO S. 264),或者公司章程的整体法律效果以及股东的忠诚义务均应视为合同约定的法律后果(aaO S. 274 f.)。这个观点是错误的。尽管就《反对限制竞争法》第 1 条而言,应将任意性法律与合同约定等视之,鲍越庭的论述其实涉及的也就是这一点,但他的表述由于泛泛而显得失之偏颇。假如人们严格遵照他的表述,那么基于对任意性法律内容的认识上的错误人们也有权要求依据《民法典》第 119 条撤销。这明显不符合实际情况。因此,任意性法律不是自主决定,而是他治决定的,即便它与一个自治规制有关联以及它表现为通常情况下人们合理约定的内容的类型化。因此,联邦最高法院的一个判决意见也是错误的。该院认为,“《商法典》第 112 条以下的竞业限制只有在它符合所有股东意志的情况下才是有效的,因此它永远是一合同约定的、以股东的共同意志为基础的同业禁止条款(vgl. BGHZ 38, 306, 316)。”然而与之相反的是,《商法典》第 112 条以下的同业禁止条款在所有缔约人均未考虑到这个问题时也是有效的。不过联邦最高法院这个裁判意见也是围绕着《反对限制竞争法》第 1 条的,就此而言该院的观点还是具有合理因素的。至少鉴于法律概念的相对性我们也应该这样看。

[44] 联邦宪法法院与之相反的观点是不可接受的,该院在默菲斯特裁定中表达了这一观点甚至也被扩展至侵权法(vgl. BVerfGE 30, 173, 199)。这一观点恰恰是本文所反对的“私法规范不直接为基本权利所约束”的观点的结果。

[45] 具有根本意义的判决:BAGE 22, 344 = AP Nr. 4, 针对《商法典》第 60 条,自此成为了稳定的判决意见。关于《民法典》第 626 条,参见:BAG AP Nr. 68, 此处征引文献甚多。

[46] 联邦宪法法院的表述便是如此(BVerfGE 7, 377, 405)。

[47] 仅需参阅:Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, Bd. II S. 463, 脚注 51 里引证文献甚多。

[48] 莱尔歌在此方面作了细致入微的分类处理,参见:Lerche, aaO, (Fn. 23) S. 106 ff., 134 ff. 联邦宪法虽然没有依从此种做法,但在比例原则的适用上还是基于一种灵活和因地制宜的方式,对于此可以参阅:Grabitz, AöR (1973), 590 ff., 600 und Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 89 ff.; 温特对该院的相关做法持批评意见:Wendt, AöR 104 (1979), 450 ff.

4. 作为临界情形的“补充性解释(ergänzende Auslegung)”

从任意性规范到补充性解释仅有一步之遥,也能用基本权利衡量补充性解释的结果吗?联邦最高法院事实上便是如此操作的。在一个著名的判决中,该法院认为两个医生关于业务对换的约定包含一个默示的重返原开业地的禁令,^[49]并审查了这一禁令是否符合《基本法》第12条。这一判决意见招致了激烈的批评,甚至有人认为这个问题的提出就是“荒唐”的。^[50]在我看来,联邦最高法院的这一做法基本上是正确的。在该案中,补充性解释其实在功能上与任意性法律相同。合同在该案中并非基于其个案的特殊性而为补充性解释所补充,补充性解释在其间所确定只是一个完整的任意性规范应该具备的内容,也就是说,并非对于这个合同而言正确的内容,而是对于此类合同而言正确的内容。因此,这里涉及的不是一个自治性的约定,而是一个他治性的规定。补充性解释的结果也不能依据《民法典》第119条通过基于错误的撤销而改正,^[51]也使上面的看法得到印证,因为补充性解释在这一方面与一个任意性规范是相同的。同理可知,在受基本权利约束方面也应同等对待这二者。因此,通过补充性解释对基本权利造成的限制应以保护对方当事人的必要性为限,并且不能给当事人造成不合比例的负担。从《民法典》第157条的诚实信用原则(Treu und Glauben)中人们必然也能推导出这一结论。假如一个补充性解释是基于某单个合同的特殊性而作出的,自治因而在其中占据主导地位,那么就不应该认可直接的基本权利的约束力。^[52]

5. 原则上将私法自治规则(privatautonome Regelung)和私法规范等同视之的不合理性

如果人们将法律行为的补充性解释(部分地)纳入基本权利的直接约束,那么,显而易见的是,人们还会再进一步,彻底同等对待法律行为上的规定(die rechtsgeschäftliche Regelung)与私法规范。施瓦伯已经踏上了这条道路,^[53]并且由此建立一种独特的“直接第三人效力说”。因此,我们在此还需要回到这个话题上来。

(1)将请求权解释成“以合同为条件”的法律救济,这是施瓦伯的第一个依据。在19世纪就有人持有此种观点,^[54]但它和与之相近的将法律行为仅仅视为法律的一个构成要件^[55]的“构成要件理论”并未为人所接受。此种观点实际上忽视了法律行为的核心要义:创设性地安排法律后果是由私法主体自己进行

[49] Vgl. BGHZ 16, 71, 80.

[50] Vgl. Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960, S. 27.

[51] Vgl. z. B. Flume aaO (Fn. 19) § 16, 4 c; Larenz, Allg. Teil des deutschen Bürg. Rechts, 6. Aufl. 1983, § 29 I a. E. = S. 537 f.; Soergel/Siebert/Knopp, 11. Aufl. 1978, § 157 Rdnr. 102 m. w. N.

[52] 补充性解释可分两类:它既可以一类合同为基准,也可以单个合同为基准。到底采用了何种基准,需要看补充性解释是否在个案中如同在业务对换案中那样以典型的利益格局为基础,还是以所涉合同自身的特殊性为基础。关于这一问题可参见拙著:Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 53 f. 在这个问题上弗卢梅和拉伦茨的意见不一,二位均只看到了部分真理。前者仅仅同意以一类合同为基准的补充性解释(vgl. aaO § 16, 4 b),而后者则仅仅同意以某一个合同的特殊性为基准(vgl. aaO S. 531)。

[53] Vgl. Schwabe aaO (Fn. 7) S. 69 ff.

[54] 这一理论的重要代表人物是托恩(Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S. 350 ff.)。与施瓦伯一样,托恩也是治权理论(Imperativtheorie)坚定的支持者。为了使得逻辑严密,他否定了保障性规范(gewährende Rechtssätze)的独立意义,并且据此认为,“法律行为的功能仅仅在于作为某一治权行为成立或者消灭的预备条件(aaO S. 350; ähnlich S. 357, 358, 363 ff.)”。

[55] 这个术语所表述的观点为,法律行为不过就是法律构成要件中的一个方面,法律后果的出现与其相关。此种学说的代表人物有齐特爾曼(Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 280)和温德夏依特(Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, Bd. I § 68, insbesondere Fn. 1 = S. 308 f.)。恩内塞姆斯清楚地揭示了这一问题(Enneccems, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1889, S. 152 ff.)。按照他的看法,这个问题涉及两种选择,我们是说“在存在一个意志的时候,是法律创设了后果”,还是反过来说,“在法律赋予相应权限的时候,是意志创设了法律后果”(aaO S. 154)。与齐特爾曼和温德夏依特相反,恩内塞姆斯赞同第二个选择(他当然没有研究前面两位的观点)。

的。因此,从规范的逻辑上讲(*normlogisch*),条件理论(*Bedingungstheorie*)也不能令人赞同,^[56]它恰恰颠倒了法律和法律行为之间的关系。因为法效的规定,也就是说“何为合法”的规定,是由法律行为的当事人设定的,^[57]而非立法者。立法者只不过为私法主体提供一个权能规范(*Kompetenznorm*)。

此外,施瓦伯也论及“授权(*Ermächtigung*)”,并据此得出,法律行为上的规定必须直接为基本权利所约束,因为它归根结底源于国家的法律权力。^[58]这也无法使人信服。也有其他人为论述私法自治而引入的授权概念,^[59]事实上这也不妥当。国家并未通过许可私法自治向私法主体移交了一个原本属于国家自身的任务,而只是吸收了一种所有实在法之外的规制的可能性(*Gestaltungsmöglichkeit*),并赋予其法律强制。^[60]因此,能够解释私法主体所拥有的设定法律行为上的规定的权能的并非授权或者委托(*Delegation*)^[61]这两个范畴,而是承认(*Anerkennung*)。^[62]即便赞同授权理论,人们也不能从中导出基本权利直接约束法律行为的结论,因为人们由此也无法逾越法律行为与法律之间的根本性区别:自我的自主的对基本权利的限制与国家的他治性的干预之间的差距如此之大,以至于将二者同等对待的做法实际上根本没有说服力。在此尤其有必要重申前面已经得出的认识:^[63]基本权利的直接效力必然会导致合适性、必要性和比例原则适用于法律行为,并通过广泛的内容控制(*Inhaltskontrolle*)架空私法自治。

如此一来,充其量还剩一个论据:国家通过强制执行程序亲自介入。^[64]这也是没有说服力的。^[65]一个以合乎宪法的规范为依据的民事判决的强制执行不是一个独立的基本权利的限制;同理,自由刑的执行本身相对于设定这一刑罚的法律或者判处这一刑罚的判决而言并不是一种独立的宪法上的负担。只有强制执行的程序或执行的种类和方式构成了就应予执行的判决而言相对独立的干预(或者一个应该与此同

[56] 令人惊讶的是,这个理论和凯尔森的一个表述颇为相像(*Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 261 f.*)。然而鉴于凯尔森这个(颇有典型官方语言味道的)表述的模糊性,我们也不能肯定地这样认为。相反,阿多迈特在其诸多方面与“纯粹法理论”颇为相像的著作中毫无疑问地持有“职权指派(*Kompetenzzuweisung*)”的观点(*Adomeit, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche, 1969, S. 17 ff. 19 f.*)。

[57] Vgl. z. B. *Larenz, aaO (Fn. 51) § 2 II e*; *Flume, aaO (Fn. 19) § 4, 7* (第一章第三节 a 部至少是令人费解的)。

[58] Vgl. *aaO S. 70 ff.*; 莱斯勒早有类似看法,参见:*Leisner, aaO (Fn. 4) S. 328 ff.*

[59] Vgl. z. B. *Enneccerus aaO (Fn. 55) S. 154*; *Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürg. Rechts, 15. Aufl. 1959, § 49 I mit Fn. 2*; *Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Aufl. 1956, S. 413 f.*; *Manigk, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, 1935, S. 127 f.*

[60] 关于这一极为复杂、至今尚未研究清楚且会把人引向法与国家之起源的根本问题的问题,参见:*Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung, GrünhutsZ 7 (1880) 465 ff., insbesondere S. 474 ff. und S. 486 ff.*; *W. Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936, S. 190 ff.*; *F. von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936, S. 57 ff., 74 ff. und 91 ff.*; *L. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, DJT - Festschr., 1960, S. 105 und 114 ff.*; *Gysin, Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts, 1969, S. 300 f.*; *Flume aaO § 1, 2.*

[61] 很少见有人明确地承认委托理论。奥夫庭格倒是例外,他毫无根据地指出,“私法自治中的权限是私人基于委托获得的”(*Of-tinger, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, 1948, S. 322.* 原文如此)。人们绝不能简单地将授权理论的支持者(参见脚注 59 中的列举)视为委托理论的支持者。例如芒吉克明确反对委托理论(*Manigk aaO S. 119 f.*),而其他作者将授权和委托当做同义词使用(vgl. z. B. *H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 26 f.*)。

[62] 这个术语被人广泛使用,而教义学中却没有关于承认理论的深入研究。裴厄尼斯(*Pernice aaO S. 488 f.*)与古金(*Gysin aaO S. 301.*)的论述含有这一理论的雏形。其他人使用承认这一范畴往往只是顺带为之(vgl. z. B. *Stoll, Vertragsfreiheit, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1930, Bd. III, S. 175 f.*; *von Hippel aaO S. 57* (vgl. demgegenüber aber auch *S. 103 f.*); *Raiser aaO S. 105 und S. 115*; *Merz, Privatautonomie heute, 1970, S. 3*; *Flume aaO § 1, 2 a. E.*; *Larenz aaO § 2 II e a. E.*; *Lehmann - Hühner, Allg. Teil des Bürg. Rechts, 16. Aufl. 1966, § 24 II vor 1*)。联邦宪法法院在劳资协议自由方面使用了承认这个术语(vgl. *BVerfGE 44, 322, 349*)。

[63] 参见脚注 23。

[64] Vgl. *Schwabe, AöR 100 (1975), 446 Fn. 12 und NJW 1973, 230.*

[65] Vgl. auch *Bethge aaO (脚注 39), S. 400 f. mit Fn. 531.*

等视之的对基本权利具体的威胁),^[66]强制执行程序才有可能侵犯基本权利。

(2)然而,如果立法者越过了私法自治的固有领域,将法律行为当作一种非自主(Fremdbestimmung)的工具使用,那么人们就应该赞同基本权利的直接效力,并适用合适性、必要性和比例原则。依我之见,《企业重组改组法》中便存在一个这样的例子。该法规定,一个股份公司的绝对多数股东可以通过决议将公司的资产转移给大股东,而小股东为此基本上^[67]仅仅能够获得现金补偿。小股东的权利在此情形中就基于法律而为大股东所主宰,人们从私法自治的理念中为此找不到任何正当化的理由,毕竟私法自治是自主决定,而非非自主决定。因此,应该直接对此适用《基本法》第14条。进一步而言,应该针对《企业重组改组法》中的相关规定和改组决议直接适用这一规范。就这一点而言,联邦宪法法院在田间磨坊案中的判决意见是前后不一的。^[68]该院在此判决中认为,此案不存在一个征收(Enteignung),因为它只能由国家作出。^[69]人们应该反过来问,剥夺小股东的成员权实质上是否具有征收的效果。由于此种情形中出现了权利的完全丧失,我认为应该认定这一点。接着应该考虑,此种具有征收效果的权力能否移转给私法主体?我对此高度怀疑。还应继续追问的是,此种具有征收效果的行为是否符合《基本法》第14条意义上的必要性。这一必要性要求,服务于公众利益的征收才是被许可的。^[70]如果改组决议能够满足这一严格的要求,那么就应该用必要性和比例原则——它们在《基本法》第14条的框架中也是有效的^[71]——审查它。因此人们应该考虑,法律形式的转变对于待转变的公司而言是否必要,该公司在转变形式上的利益与被排除在外的股东的利益是否处于一种合宜的比例关系。在田间磨坊案中,这一问题的回答肯定是否定的。在该案中,多数派股东仅能主张自身的利益,而且实际上是一种不正当的利益。

通知终止(Kündigung)的情形却与之不同。尽管它对于被终止人而言也是一个非自主决定的行为,但就其性质而言,通知终止的可能性是持续性债务关系(Dauerschuldverhältnis)的内在属性,毕竟任何理智的人都不能期待租赁物品永远无需归还,出借物永远无需偿还。因此,是此种合同的缔结人将自己置身于合同被通知终止的风险之中,这里因而存在一个私法自治上的正当化理由,^[72]尽管此种理由稍显薄弱。因此,对于通知终止而言不存在基本权利的直接约束。然而,通知终止在劳动法和租赁法中广泛地被人使用

[66] 联邦宪法法院主要是在法治国家和公正的程序这一方面考虑基本权利和强制执行之间的关系(vgl. BVerfGE 46, 325, 334 f.; 49, 220, 225; 51, 150, 156; der Sache nach ähnlich auch schon BVerfGE 42, 64, 76 ff.),这是值得肯定的。相反,法官伯默的少数派意见在关键问题上的看法是错误的(vgl. BVerfGE 49, 228 ff.)。其错误在于,在合比例性审查中仅仅考虑债务人为强制执行所造成的财产损失与待执行的请求权的数额之间的关系。因此,伯默没有考虑到强制执行不仅仅服务于债权人个人的财产利益,也服务于诸如法的安定和捍卫法秩序之类的制度目的。此外,伯默也低估了债务人参与程序的意义和寓于程序参中的自我保护的机会(在系争案件中表现为自愿支付小额债务)。相反,只要强制执行会造成执行内容以外的基本权利的侵害和威胁,例如会给债务人造成严重的健康损害,那么就必须进行合比例性的审查(vgl. dazu BVerfGE 52, 214, 220.)。

[67] 亦可参见《企业重组改组法》第15条第1款第二句中的例外情形。

[68] Vgl. BVerfGE 14, 253; vgl. dazu z. B. *Fechner/Schneider*, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, 1960; *dieselben*, Nochmals; Verfassungswidrigkeit und Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, 1962; *Fechner*, Die AG 1962, 229 ff.; *Schwabe* aaO (Fn. 7) S. 118 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, § 12 III 2 und § 8 III 2 a.

[69] 联邦宪法法院的论据为:“征收只可能出于国家或者被国家授予征收权的企业”(BVerfG aaO S. 277)。主流理论依附了联邦宪法法院的此种观点(vgl. z. B. *L. Schulze-Osterloh* aaO (Fn. 42) S. 43 f. m. Nachw.)。施瓦伯说:“迄今毫无争议的是,民法永远不可能被纳入《基本法》第14条第3款”(Schwabe, JZ 1983, 275)。

[70] 排除此种要求便是“民法永远不可能被纳入《基本法》第14条第3款”这种观点的目的。因为根据这种观点,“人们事实上不能将‘私法上的征收’与促进公共利益联系在一起(vgl. Schwabe aaO)。”为什么不能联系在一起?这需要给出理由。人们尤其应该免受“私法基本上仅仅服务于个人利益,不服务于公共利益”观点的误导。例如(同样有征收嫌疑的)善意取得绝非仅仅服务于各个取得人的利益,也同时服务于公众福祉在顺畅的商品流通和货物销售方面的利益。

[71] 仅需参阅:Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 14 Rdnr. 109 und 110 a mit Nachw. aus der Rspr. des BVerfG.

[72] 关于通知终止自由与私法自治之间关系的深入研究,参见:P. Ulmer, Festschri. f. Möhring, 1975, S. 304; Canaris, ZHR 143 (1979), 122.

必要性和比例原则审查,并且在本可自由终止的情形中还受到《民法典》第 242 条意义上的比例原则的审查,而非仅仅受《民法典》第 138 条意义上的宽松的限制,^[73]这绝非没有任何理由,这是由通知终止的单方面性所决定的。

(二)基本权利与私法主体的行为

对于通知终止而言,不存在基本权利的直接约束,只是受到以《民法典》第 242 条中的尺度为准的控制,也即一般条款(Generalklausel)。由此我又回到“间接第三人效力”上来。针对这一理论,上面的论述能够得出什么样的结论?只要它认为基本权利效力的间接性也针对私法本身,也就是说私法规范,那么它就是错误的。此种规范应该直接为基本权利所约束。更确切地说,任意性法律也属此列。如果此种理论只是针对私法主体的行为,尤其是针对法律行为,那么此种学说在根本上是正确的。因为正如前面详尽论述的那样,与“直接第三人效力”学说的看法恰恰相反,私法主体并非基本权利的规范相对人。

1. 基本权利与一般条款

“间接第三人效力”学说在这个问题上暴露了一个弱点。许多这一学说的支持者将此种效力与一般规范和待充实的私法概念密切联系在一起。例如弗卢梅认为,“基本权利能够以《民法典》的第 138 条为媒介,在法律行为面前表现为禁止性法律。”^[74]米卡特(Mikat)在杜里希(Dürig)的看法的影响下也表达了类似观点:“在私法之中实现由基本权利所设定的对于整个法律生活均有效力的价值体系的惟一可能性在于,依据这一价值体系解释和适用能够为价值所填补的和需要为价值所填补的私法概念和一般条款。”^[75]公法文献中也存在类似的表述。例如黑泽(Hesse)认为,“如果立法者在其规制行为中采用了不确定概念和一般条款,那么基本权利对在个案中如何解释它们具有重要意义(间接第三人效力)。”^[76]布莱克曼(Bleckmann)将“第三人效力”称之为“基本权利局限于一般条款的作用”^[77]邵尔茨(Scholz)的观点也与之相同,他恰恰将“间接第三人效力”定义为“基于民法中的一般条款的媒介作用的第三人效力”^[78]

所有这些表述都有一个明显的特点:错误地将“间接第三人效力”学说片面化。人们实在无法理解,为什么基本权利应该仅仅通过不确定法律概念和一般条款作用于私法。一方面,有确定构成要件的规范也服务于基本权利的实现;另一方面,是否总会存在一个合适的一般条款,人们是无法事先就确定的。尤其是在具体操作中只能针对极端个案的、尺度极为宽松的善良风俗条款能否对基本权利提供足够的保护,是很难确定的。

以职业自由为例,这就变得一目了然。其在私法上的第一道防线为《民事诉讼法》第 888 条第 2 款中的规范。依据这一规范,在判决履行劳务的情形中不得以强制赔偿或者拘留的方式强制执行。这个规范恰恰与一般条款截然相反,但它的确发挥着保护基本权利的作用。另外一个旨在保护职业自由,但既不是一般条款,亦不具备需要用价值填补的属性的规定为《民法典》第 624 条。依据这一规定,劳务义务人在劳动合同缔结满 5 年之后随时可以通知终止。此外,在这一点上值得提及的还有《商法典》第 74 条。依据该

[73] Vgl. näher *Canaris*, aaO (Fn. 71) S. 130 f.

[74] 弗卢梅认为,“如果一个法律行为上的规定因为无视基本权利的价值而违反了善良风俗,那么法律行为依据《民法典》第 138 条无效。除此之外,基本权利的直接效力在法律行为学说中没有空间”。参见:*Flume* aaO (Fn. 19) S. 342; *ähnlich* S. 22.

[75] Vgl. *Mikat*, Festschr. für Nipperdey, 1965, Bd. I, S. 587.

[76] Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl. 1982, Rdnr. 356.

[77] Vgl. *Bleckmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 153.

[78] Vgl. *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, 1981, Art. 12 Rdnr. 73. 阿赫特贝尔格认为(*Achterberg*, JZ 1976, 440 Sp. 2),“为了使基本权利的效力扩展至私法,在私法法律关系中寻找转化规范是不可或缺的”,“此种私法关系中的转化正是通过需要为价值所填补的私法概念和一般条款进行的”。

规定,雇主与受雇人间雇佣关系终止后,于其产业活动中对受雇人之限制(竞业禁止),须以书面方式为之;竞业禁止期间,雇主应当给付雇员最后一年报酬的一半以上的竞业禁止给雇员造成损害的补偿,否则竞业限制无效。

由此可见,通过一般条款和需要用价值填补的概念以外的规范保护基本权利是并不鲜见的现象。职业自由的例子在另一方面也可以让人们看到,也存在不能为一般条款所填补的保护的漏洞。这里我们自然会联想到联邦劳工法院关于津贴、培训费用补偿和搬家补助条款的限制的判决。依我之见,这种基本上——尽管并非在所有细节上——体现为《基本法》第12条在民法上的正确贯彻的判决意见值得赞同。然而,此种判决意见并不能被认为是《民法典》第138条的适用,也不能在其他一般条款的适用中获得正当化的理由。^[79]

2. 作为解释方针和“决定价值的基本规范”的基本权利的观点的问题

既然诸如《民事诉讼法》第888条第2款、《民法典》第624条和《商法典》第74条这样的规范也有实现基本权利的功能——我对此深信不疑——“间接第三人效力”学说的教义学上的根基——在私法中,基本权利仅仅作为解释方针和具体化的尺度发挥作用——也应受到检讨。基本权利的确具备这些功能;尤其是在对一般条款进行具体化时将它们纳入考量,也是正确的。然而,基本权利在私法中的作用明显不仅仅局限于此。上述所举的例子恰恰均不涉及私法之解释,相反仅涉及纯粹的私法的适用。因此,在作为解释方针之外还有一个基本权利发挥作用的维度。

此外,根据联邦宪法法院的判决,民事法院对基本权利的错误理解是开启宪法诉愿的事由。^[80] 依据《基本法》第93条第4项和《联邦宪法法院法》第90条,宪法诉愿的提出只能基于主观权利的伤害。^[81] 这也表明,事实上基本权利不仅仅是作为(纯客观的)的解释方针,也作为基本权利本身,换句话说,作为公民真正的主观权利发挥作用。

因此,即便是人们强调作为所谓的决定价值的基本规范的基本权利的这一属性,^[82]也无法获得一个能够全面支持“间接第三人效力”学说的宪法理论上的根基。基本权利的此种功能也无法解释宪法诉愿的被许可性,因为它涉及的恰恰不是基本权利的主观属性(subjektiv-rechtliche Seite),而是其客观属性(objektiv-rechtliche Seite)。此外,人们也不应该过分估量“决定价值的基本规范”这一范畴的适用范围和有用性。与一种影响广泛的明显误解^[83]截然相反的是,“基本权利规定不仅含有主观权利,也含有客观规范”不过就是一句废话。任何主观权利理所当然地以客观规范为基础;假如人们反过来从主观权利中推导出客观规范,那么就会出现问题了。如果人们问道,什么是防卫权(Abwehrrecht)的客观法属性?人们只能如此回答:涉及自由权的干预禁令和涉及《基本法》第3条的歧视禁令。我们从中未能得到任何新知。“决定价值的”这一限定语更是陈词滥调,毕竟规范体系中任何一个层级上的无数规范都包含价值评价,并在相互冲突中的价值、利益等之中作出决断。人们惟一能够依赖的也就只有强调基本权利的基本原则属性了。然而,它仅仅

[79] 关于各种论证尝试,参见下述介绍:Büchner/Blomeyer, Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, 1969, und Westhoff, Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, 1975, sowie auch unten bei Fn. 125.

[80] 自吕特判决起,这就成了稳定的判决意见。眼下还零星有人持有反对意见,例如:Merten, NJW 1972, 1799.

[81] Vgl. z. B. BVerfGE 4, 205, 210; 6, 445, 448; 15, 298, 301; 33, 247, 258; 45, 63, 74 f.; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1982, S. 51 f.

[82] 详尽阐述,参见:BVerfGE 7, 198, 205 ff.; vgl. dazu z. B. Ossenbühl, NJW 1976, 2101.

[83] 奥森比尔和鲁普明显赋予基本权利的客观法属性极大的意义(Vgl. z. B. Ossenbühl, NJW 1976, 2101 f. und Rupp, AöR 101 (1976), 170 f.)。施瓦伯对过分看重基本权利的客观法属性的做法持批评态度,并且正确地批评了在这个问题上混乱模糊的语用问题(Schwabes, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 286 ff.)。

能够表示基本权利崇高的效力等级及其广泛的、类似于一般条款的适用范围。

三、作为保护命令的基本权利

(一) 教义学上的基础

在我看来,基本权利对私法主体行为作用的根本基础其实是联邦宪法法院从基本权利的基本原则规范属性中导出的基本权利的另外一种功能。正如该院在其针对《刑法典》第 218 条的修订的判决中所表述的那样,基本权利在其作为针对国家的干预禁令这一功能之外还具有课以国家保护义务的功能。^[84] 国家有义务针对侵害行为保护基本权利所表达的价值和法益。此处所言的侵害行为并不出于国家,因为针对国家的侵害行为已经有作为干预禁令和防卫权的基本权利的这一维度可资使用,相反,这里言及的是其他公民的侵害行为,事实上也就是第三人效力问题。^[85]

即使人们认为联邦宪法法院援引“基本原则规范”学说并不准确,且该院此种论述的前提有待商榷,^[86] 基本权利还包含保护命令的观点也是令人信服的。《基本法》的文本便已提供了一个重要依据。《基本法》第 1 条第 1 款第二句规定,国家权力不仅要“尊重(achten)”人的尊严(Menschenwürde),也应“保护(schützen)”人的尊严。“保护”所针对的威胁只能源于其他公民,因为国家对人的尊严的侵害已为“尊重”命令所涵盖,也就说为防卫功能所涵盖。这不仅是针对人的尊严而言的,必然也是针对后续的自由权而言的,因为正如《基本法》第 1 条第 2 款所强调的那样,基本权利与人的尊严密切相关,并且能够被称为《基本法》第 1 条第 1 款这一根本规范的具体形式。^[87] 此种解释也完全为客观-目的性解释所印证和强化:无论从历史还是从功能的角度上看,保护公民免受他人侵害(谋杀、盗窃、强奸和敲诈勒索)是国家和法的首要任务。^[88] 因此,作为国家和法制的根本基础的宪法必然也含有此种维度。

前面的论述也表明,保护命令是一种基本的和独立的基本权利的功能,它与基本权利作为(极富争议的)共享权(Teilhaberechte)和促进任务(Förderaufträge)的属性并不同一。保护命令所展现的并非基本权利的客观属性,它与防卫功能一样,也体现为基本权利的主观属性。基本权利主要被设定为主观权利,因此没有必要在保护命令这一方面特殊处理。^[89] 事实上联邦宪法法院的观点明显就是这样的。该院在施来耶案中明确指出,以保护命令功能为基础的临时救济(einstweilige Anordnung)请求是被许可的。由此该院就

[84] Vgl. BVerfGE 39, 1, 42 ff.; seither st. Rspr., vgl. BVerfGE 46, 160, 164; 49, 89, 142; 53, 30, 57; 56, 54, 73.

[85] 这一点在学界被部分人士明确否定。例如伊森泽认为,“基本法的保护关系和干预关系与基本权利的第三人效力没有关系”。参见: *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit – Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983, S. 35. 黑泽也有类似看法:“这是另外一个问题。”参见: *Hesse* aaO (Fn. 75) Rdnr. 351. 相反,杜里希很早就指出了第三人效力问题与《基本法》第 1 条第 1 款第二句之间的关系。参见: *Dürig*, Festschr. für Nawiasky, 1956, S. 176 und in *Maunz/Dürig/Herzog! /Scholz*, Art. 1 Abs. III Rdnr. 102 und 131.

[86] 因此邓宁格和勒莱克在这一点上的批评是正确的,参见: *Denninger*, JZ 1975, 545 ff.; *Roellecke*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, Bd. II, S. 41 f.

[87] So *Rupp*, AöR 101 (1976), 166.

[88] 这是法哲学中的一致观点,例如科因(*Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1976, S. 134)认为,“法和政府的任务主要是捍卫和平和秩序,抑制暴力和违法”。此外亦可参见: *Ryffel*, Rechts- und Staatsphilosophie, 1969, S. 228; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 282 f.; *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 167 ff.; *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 33 ff. und 47.

[89] 深入细致的研究,参见: *Isensee* aaO (Fn. 83) S. 49 ff. 通常情况下不存在公民要求进行特定国家行为的请求权并不能否定保护命令功能的主观权利属性,它的后果仅仅是宪法诉愿因理由不充分而被驳回。

默认了保护命令的主观属性。^[90]

保护命令功能的实现主要是普通法律(einfaches Gesetz)的任务,保护也应该采用私法手段。既然按照联邦宪法法院针对《刑法典》第218条的判决意见,立法者甚至有制定保护基本权利的刑罚规范的任务,那么这必然也适用于干预作用较为轻微的私法,并且更有甚之。尤其是立法者或者代替立法者履行职能的法官必须针对由私法自治造成的基本权利的威胁有所作为。立法者和法官在此方面拥有极大的规制和裁量余地。通过强调基本权利的保护命令的功能,我们就无需借助基本权利的“直接第三人效力”学说。其在教义学上的根据在于,保护命令功能仅以国家为其相对人,而非私法主体。如果保护命令的功能得以发挥,那么人们一般不再直接从基本权利中推导结论,且将保护任务的履行主要视为普通法律的事务。

如果人们愿意的话,也可以将这种见解称为“间接第三人效力”,毕竟很大一部分私法上的保护自然是通过一般条款实现的。人们最好避免使用这一术语,仅仅用其指涉教义学史上的特定观点。尤为需要注意的是,从本文的观点出发,基本权利对于(或是成文的,或是法官通过法的具体化和法的续造得来的)私法规范的作用是直接的。因此,基本权利与私法的关系问题应该通过结合各种不同的基本权利的功能解决:只要是用基本权利衡量私法规范,那么基本权利就在干预禁令和防御权这一传统功能上“直接”得到适用;相反,只要涉及审查私法主体的行为——特别是法律行为——是否符合基本权利,那么牵扯到的就是基本权利的保护命令功能。由于保护命令通常需要普通法律的转化,基本权利的作用因而就只是“间接”的了。

如果宪法所要求保护的最低限度未能达到,那么就存在一个违宪的保护规定的缺失。什么样的情况下会出现这样的状况,不能一概而论,它主要取决于所涉法益的种类和私法自治性的自我保护的可能性。人们迄今为止还没有发展出一个与过度禁令相对应的且有可操作性的不足禁令(Untermaßverbot),保护命令功能学说和与其密切相关的立法者的不作为在教义学中依然面目模糊的原因正在于此。

正确的提问方式是非常重要的。在公法文献中,有人十分严肃地抛出这样的观点:为合同同业禁止条款设定限制的《商法典》第74条以下诸条款是违宪的,因为它们违反了《基本法》第12条和联邦宪法法院发展出来的“阶梯理论”。^[91]以本文的立场观之,这样的观点是荒唐的。正确的做法则为首先考虑应该用《基本法》第12条衡量什么:是同业禁止条款还是《商法典》第74条以下诸条款?我们应该反对“直接第三人效力”学说的做法,应该只考虑后一种情形,因为法律行为本身不受基本权利的约束。然后我们应该接着问,《商法典》第74条以下诸条款是否侵犯了职业自由?由此,基本权利的干预禁令的功能就能派上用场了。这个问题应予否定,因为限制职业自由的并非《商法典》第74条以下诸条款,而是同业禁止条款。相反,《商法典》第74条以下诸条款恰恰是用来保护职业自由的。因此,正确的问法则为,《商法典》第74条以下诸条款是否没有满足《基本法》第12条所要求的最低限度的保护。这样一来,人们只能否定这一问题和否定《商法典》第74条以下诸条款的违宪性,否则的话宪法就会负载过重,应留给普通法律的规制余地也会被过分限制。

(二) 私法保护手段

关于私法保护手段问题,我想着重论述侵权法和合同法这两个方面。

1. 侵权法和基本权利的保护命令功能

如果侵权法规范干预基本权利,那么就应该在干预禁令和防卫权这一传统功能上适用基本权利。这

[90] Vgl. BVerfGE 46, 160, 163.

[91] Vgl. Achterberg, JZ 1975, 713 ff.; 施瓦伯和韦斯特霍夫对此种观点持批评态度,但他们也没有触及正确的问题,参见:Schwabe, JZ 1976, 439 f.; Westhoff, RdA 1976, 360 ff..

一点我已经在吕特案和默菲斯特案这两个例子中论述过。^[92] 只有干预是由私法主体造成的,才存在保护命令功能发挥作用的需要和余地。

(1) 联邦宪法法院的布林克菲尔判决(Blinkfuer-Entscheidung)即为这一方面的典型案例。在先前的法律争端中,联邦最高法院以理由不充分为由驳回了针对施普林格出版社发出的抵制呼吁的诉讼请求。因此,该案涉及的不是某个国家机关或者某个(私法)规范干预了诉愿人的出版企业,而是联邦最高法院怠于向诉愿人提供民法上的保护。联邦宪法法院推翻了这一判决,“因为出版自由的便利和保障公共意见自由形成的目的要求保护出版企业,杜绝通过经济上施压消除异见的可能性”。^[93] 由此,《基本法》第5条第1款的保护命令功能及其私法上的作用得到毫无疑问的承认。^[94]

施瓦伯提出了另外一种解决方法。在施瓦伯看来,布林克菲尔案涉及的不是民事法院怠于向诉愿人提供宪法所要求的保护,而是法官的判决在具体案件中确认了一项抽象、一般性的破坏竞争和在经济上施害的法律权限。^[95] 依施瓦伯之见,基本权利因此在此种情形中也是能够在其干预禁令这一功能上得到适用的。然而,此种观点基于多重原因无论是在法理上还是在私法教义学上都是站不住脚的。首先,正如在其他环节已经提到的那样,^[96] 赋予私法主体干预权限和国家的干预行为是很难等视之的。这个观点更为站不住脚的地方在于,与实现合同上的请求权不同,私法主体在这种所谓的干预上根本不能借助国家的司法救济。此外,这个观点最大的错误在于认为此种情形中存在加害人的干预权限。此种看法的前提为,私法主体之间的关系完全可以归入双方的支配领域(Herrschaftssphären)或者与之类似的范畴,或者说任何未经明确许可的施害行为均是被禁止的。这个前提是不成立的。一般行为自由(allgemeine Handlungsfreiheit)在私法领域有着极为广泛、与法无涉的领域,在这个领域中因而不能先验地认定存在其他私法主体违法的侵害行为。^[97] 这可以用侵权法教义学的术语这样转述:只有在侵犯诸如《民法典》第823条意义上的典型法益、^[98] 符合构成要件性(Tatbestandmäßigkeit)能够表征行为的违法性的情形中,承认干预的权限才是有意义的。事实上诸如正当防卫这样的真正的正当化事由——它们在被表征的违法性的情形中所能排除的只是违法性的评价——确实可以被看作是干预权限。相反,在那些违法性不能被表征出来,而是需要在具体个案中通过法益权衡或者利益权衡进行正面论证的情形中,例如涉及经营权和一般人格权的情形中,^[99] 由于不存在由构成要件所确定的一个领域,是谈不上干预权限的赋予的。相反,人们在此只能够说侵权法保护的拒绝,或是在违法性层面,或是在符合构成要件性层面。人们不能反驳道:此种侵权法教义学上的思考方式对于宪法而言是没有约束力的。此种思考方式是由对于宪法而言也具有约束力的事物的属性决定的。即便撇开这一点不谈,此种反驳意见也会陷入循环论证:它必须假定,特定的法益在特定的范围内相对于其他私法主体受到宪法的保护,而这一点恰恰是需要证明的。

(2) 此外,还有一个问题也涉及基本权利的保护命令功能:《基本法》是否使得强化民法上的人格权保护成为必要。联邦最高法院先前对此有错误认识。该院原先认为,“《基本法》也承认尊重人的尊严的权利

[92] 参见上文二、(一)2.。

[93] Vgl. BVerfGE 25, 256, 268. 该判决引用了联邦宪法法院一个判决(BVerfGE 20, 162, 175 f.)中未加深入论证的判决附带意见。

[94] 由此,这也在保护命令功能的主观权利属性(参见脚注87)方面为宪法诉愿提供了一个基础。然而联邦宪法法院并没有深入阐述这一点。

[95] 93 Vgl. Schwabe, AöR 100 (1975), 459; ähnlich S. 453 und S. 467 sowie Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213.

[96] 参见上文二、(二)5. (1)。

[97] 因此,与施瓦伯观点(Schwabe aaO S. 460)相悖的是,一个确认之诉判决的判词不能表述为“经查明,原告基于法律有权如何如何”,而只能表述为:“原告违背禁止如何如何”,或者“原告没有侵害被告的权利”。

[98] 仅需参见:Larenz, Schuldrecht B. T., 12. Aufl. 1981, § 72 I c m. Nachw.

[99] Vgl. wiederum Larenz aaO § 72 III a und b m. Nachw.

和人格的自由发展权为私法上的、人人应该尊重的权利,《基本法》第1条、第2条不仅约束国家及其机关,任何个人在私法交往中都应遵循其要求。”^[100]这恰恰是前面所定义和批判的“直接第三人效力”,因为联邦最高法院明显地向每个人课以尊重人的尊严的义务,并在防卫权这个功能上将基本权利扩展到私法主体之间的关系。相反,该院后来明确指出,强化保护人格权是以国家保护人的尊严的义务为基础的。^[101]当然,该院在提出这种看法的时候并未指出其在教义学上的深层原因。后一种观点才是正确的,毕竟基本权利只约束国家权力,而且此情形涉及的不是国家对基本权利的限制,而是面对其他私法主体的加害行为,没有提供基本权利上的充分保护。这就是说,这里应该考虑的是基本权利的保护命令功能,而非干预禁令功能。

联邦最高法院的错误还在于没有正确认识普通法律立法者的规制权限和在规制上的主导地位。无论是在“人格权的保护仅能通过一般人格权的承认,还是也能通过其他方式?”^[102]这一问题上,还是在“人格权的保护是否也涵盖提供赔偿金”^[103]这一问题上,立法者都必须受到尊重。这样的话宪法诉愿就仅能基于一种理由提出:诉愿人没有得到宪法在人格权方面所要求的最低限度的保护。因此,联邦宪法法院在波珉尔案(Fall Böll)中基于违宪性推翻联邦最高法院驳回赔偿金诉讼请求的判决^[104]的做法是没有说服力的。因为,尽管通过赔偿金惩罚和预防人格权的侵害在普通法律的层面上可能是一贯性原则和效率原则的要求,然而在我看来,人们无法证明——联邦宪法法院根本未进行任何尝试——这种法律后果是《基本法》的题中之意,并且普通法律的立法者因此就不能再有其他做法。

2. 法律行为理论和基本权利的保护命令功能

受“间接第三人效力”学说的影响,《民法典》第138条在法律行为领域内颇受重视,但人们也因此忽视了他保护手段。因此在下面的论述中我着重谈谈那些被人忽视的保护手段。

(1)前面提到的联邦最高法院的一个判决在这一点上应该受到批评。该案涉及一对离异夫妻的一个约定。基于这个约定,其中一方有义务改变住所。该院认为这个约定违反了《民法典》第138条和《基本法》第11条第1款,因而宣布其无效。^[105]此种意见不能使人信服,因为一方不愿再遇见另一方的确是一种正当的利益。该院随后仅仅指出,女方企图借助国家强制(罚款和拘役)迫使对方离开所居住的城市,在该案中运用此种强制与《基本法》第11条第1款相抵牾。这种看法确实有些道理。然而,通过类推适用《民事诉讼法》第888条第2款排除强制执行便已经照顾到了这一点。在我看来,很难说《基本法》在该案中在排除强制执行的运用之外还提供更多的保护。

此外,人们可能会将《民事诉讼法》第888条第2款更进一步类推适用于诸如良心自由、言论自由和艺术自由等人身自由的限制上,毕竟就国家的强制执行而言这些自由权基于其人身内容(personaler Gehalt)与职业自由相比在“敏感性”上并不逊色。以罚金和拘役强制强迫一个记者发表特定言论,或者强迫一个

[100] Vgl. BGHZ 13, 334, 338. 该判决援引了尼佩代的观点和联邦最高法院的另一判决(BGHZ 27, 284 285.)。

[101] Vgl. BGHZ 35, 363/367 f.; 39, 124, 131 f.; ebenso beiläufig BVerfGE 30, 173, 194.

[102] 杜里希关于这个问题的意见并未言过其实,他极为清楚地指明了普通法律立法者的安排余地,参见: Dürig, Festschr. für Nawiasky, 1956, S. 180 f.

[103] 关于这个问题极为深入和令人信服的研究,参见: Goldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 147 und S. 227 ff.

[104] Vgl. BVerfGE 54, 208.

[105] Vgl. BGH NJW 1972, 1414; 针对这个判决,施瓦伯和迈尔腾的看法各异(Merten, NJW 1972, 1799; Schwabe, NJW 1973, 229 f.)。这二位的争执是第三人效力讨论的典型症状:双方均没有提出正确的问题(《基本法》第11条针对私法上的法律行为制度含有什么样的保护命令?),双方均与联邦最高法院一样,均只将合同的无效当作惟一法律后果,由此私法上的解决手段就被草率地狭隘化了。

画家作画,肯定也是对人格权的核心内容不可容忍的侵犯。改换国籍的义务也当属此列:如果一个足球运动员违背自己的承诺,没有提出改换国籍的申请,^[106]那么基于类推适用《民事诉讼法》第888条第2款也不能通过强制执行强迫其这么做。然而,在特定的情形下可以要求其支付合同罚金,或者基于违约行为与其解除合同关系,因为此种约定是可能基于一种正当利益的(主要是在存在“外国人配额”的情形中),因此,此种约定并非在所有情形中均为《民法典》第138条所涵盖。

将《民法典》第138条全面适用于以《基本法》第2条第2款意义上的身体的不可侵犯性为对象的限制,也存在不适当扩大化的错误。例如,自始排除关于献血、器官捐献或者危险职业——例如马戏团演员——的合同的有效期,人们为此找不出任何理由。但在另一方面人们也不应该忽视,对身体的完整性(die Integrität des Körpers)的支配自由属于人最根本的权利,因此,依据《基本法》第1条、第2条第2款中的价值取向,该自由权在涉及私法自治上的自我限制的情形中需要受到特殊的保护。类推适用《民事诉讼法》第888条第2款排除强制执行可能并不能为此提供足够的保护,该手段并未触及积极利益请求权以及可能的合同罚金请求权,^[107]因而它仅能提供一种相对较弱的保护。更为妥善的做法则为,一方面承认此种情形中存在自由的撤销权,另一方面通过类推适用《民法典》第122条使此种撤销权与补偿信赖损失的义务相挂钩。如此一来,自由支配自己身体的自由能够得到广泛的保障,缔约伙伴值得保护的利益也能合理兼顾。针对婚姻自由的《民法典》第1297条以下诸条款以及针对艺术自由、基于《著作权法》第42条的因信仰的改变而产生的撤回权的规制模式均与之类似。在某些例外个案中,人们也应该考虑是否应该因为权利滥用行为排除此种撤销权,例如在手术开始以后,一个稀有血型的拥有者在没有足够理由的情况下拒绝兑现已经约定的捐献。

(2)《民法典》第138条在某些案件中的适用会显得过分,在其他一些案件中又会表现出局限性。如果某个合同涉及的基本权利依其性质不能为法律行为所限制,那么认为该合同违反善良风俗的看法就有失妥当了,例如宗教选择自由。假如订婚人基于合同向对方负担了改宗的义务,那么这个合同就是无效的,但该无效性无需以《民法典》第138条为依据。《儿童宗教教育法》第4条的价值取向便是如此。基于该规定,关于儿童的宗教教育的合同是“没有民事效力的”。限制婚姻自由、家庭自由,也不是私法自治可能的对象。人们也应该在这一层面意义上理解《民法典》第1297条。^[108]依据这一规定,人们不能基于订婚而提出结婚的诉请。婚姻和家庭自由不能因与第三人的合同而受到限制和影响,尽管这样的约定在个别情况下可能具有完全值得理解的动机。因此,联邦劳工法院在未检查是否符合《民法典》第138条的主客观条件的情况下就否定评价了不婚条款(Zölibatsklauseln)的做法是完全正确的。^[109]

与之类似的是关于妊娠导致租赁合同终止的约定。即便出租人是一个对儿童的吵闹声极为敏感的艺术师,这样的约定也是无效的。因此,人们对于《民法典》第138条的适用是抱着一种克制的态度的。联邦劳工法院在未援引《民法典》第138条的情况下宣布相应的条款无效,^[110]也同样是正确的。这个规定不宜适用于此类案件,因为这个规定的适用一方面会暗示存在“不道德(Unanständigkeit)”情形,另一方面也取

[106] 在涉及国籍的情形中也可能会出现第三人效力问题,黑泽可能不认可这一点,参见:Hesse, aaO (Fn. 75), Rdnr. 351.

[107] 在合同罚金方面这个看法并非毫无争议,尽管鉴于《民事诉讼法》第888条第2款的规定,主流观点还是认可合同罚金的效力(vgl. z. B. RG SeuffArch. 66 Nr. 46 S. 93; BAG NJW 1964, 123)。林特阿赫则持相反看法(Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe, 1972, S. 72 ff. m. w. N. zur h. L.)。

[108] Vgl. näher Canaris, AcP 165 (1965), 1 ff.

[109] Vgl. BAGE 4, 274 = AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie.

[110] 参见联邦劳工法院针对《基本法》第6条第1款的婚姻与家庭的判决:BAG AP Nr. 3. 该院在该判决中的论证主要是基于母亲保护的规避展开的,此种论证自然不能扩展到其他类型的合同中。

决于个案的具体情况。我们应该看到,存在逻辑上先于《民法典》第138条的(不成文的)私法自治的限制,而且其与法律上的不能的构成要件的可比性远过于违反善良风俗的构成要件。这种观点在过去的文献中很常见,^[111]如今我们应该重新激活它。与《民法典》第138条的适用相比,它更为妥当,更符合《基本法》第6条中的保护命令。

严格和正确地适用《民法典》第138条,可能无法达到基本权利所要求的最低保护水准,这在《基本法》第3条第2款、第3款上体现得尤为明显。又是联邦最高法院的判决给我们提供了理想的例子。该院在一个判决中宣告一个家族基金章程中将收益权仅赋予男性后代的条款有效。^[112]在该案中,该院——明显遵循了“间接第三人效力”学说,将一般条款视为基本权利的“切入口”——仅仅以《民法典》第138条为审查尺度,并论证道:“只有基于特殊原因让人感觉有悖道德,违反《基本法》第3条的法律行为才是违反善良风俗的。”此种以个案为导向的思考方式在《民法典》第138条的框架中是正确的,但它很难与《基本法》第3条第2款的意义相称,假如人们认为这个规定中的保护命令也具有针对私法的效力。我认为此种情形中应该承认保护命令的效力。《基本法》第3条的禁止歧视原则与人的尊严有着极为特殊和密切的联系;^[113]而在另一方面,歧视恰恰是在私法上的交往中大行其道。依我之见,《基本法》第1条第1款第二句保护人的尊严的命令在私法中需要一种特殊的私法上贯彻,一种超越《民法典》第138条仅局限于极端个案的最低限度保护的贯彻方式。因此,人们应该从《基本法》第3条中推导出一个(不成文的)《民法典》第134条意义上的法律禁令,依据该禁令,法律行为在内容上不得因性别或者其他《基本法》第3条第3款列举的特征点而进行歧视对待。这样一来,公司章程中关于股东死亡后仅由其男性后代取得其股东身份的规定就是无效的。^[114]而在另一方面,被继承人依然可以选择一个儿子为其继承人,但被继承人不能仅仅因为被选中者是男性这样做。^[115]不过这样的动机极为罕见,且极难举证证明。因此,本人建议的禁止性规范的主要适用领域不在于动机的层面,其作用的对象为内容上与《基本法》第3条第2款、第3款上被严厉禁止的特征点的关联。^[116]在我看来,此种关联基本上违背了基本权利的保护命令功能,而非仅仅在满足对于《民法典》第138条而言具有决定性作用的个案中的特殊情况时。人们可能会提出这样的异议:这样的观点在结果上与“直接第三人效力”学说别无二致啊。这是不得不承认的,但这样的观点仅仅是对于《基本法》第3

[111] Vgl. *Hellwig*, AcP 86 (1896), 227; *Eckstein*, ArchBürgR 38 (1913), 193 ff.; *von Tuhr*, Allg. Teil des Deutschen Bürg. Rechts, 1918, Bd. II 2, S. 32; vgl. auch RGZ 57, 250, 257. 帝国法院在该判决中将参见犹太离婚仪式的义务认定为法律上不能的给付义务。

[112] Vgl. BGHZ 70, 313, 324 f.

[113] Vgl. dazu z. B. *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 3 Abs. I Rdnr. 3, Art. 3 Abs. II Rdnr. 2 und Art. 3 Abs. III Rdnr. 1; *Salzwedel*, Festschr. für Jahrreiß, 1964, S. 347.

[114] 无效性仅仅限于限制递补资格,仅仅限于男性后代的内容,而根据其保护目的递补条款本身有效,更不必怀疑公司章程其他部分的效力。《民法典》第139条在此没有适用的余地,因为无效性后果的保护目的优先于当事人可推知的意志。

[115] 主流观点不仅正确地拒绝了遗嘱人受《基本法》第3条第1款中一般非歧视命令约束的可能性,也在涉及《基本法》第3条第2款、第3款中的绝对非歧视命令情形中否定了遗嘱人受约束的可能。此种看法主要以“间接第三人效力”学说为基础,并主张通过《民法典》第138条为媒介转化基本权利的价值取向。参见:*Mikat*, Festschr. für Nipperdey, 1965, Bd. I, S. 595 ff.; *Grunsky*, JZ 1972, 766; *MünchKomm. - Mayer - Maly*, 1978, § 138 Rdnr. 17; differenzierend *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, 1973, S. 300 ff.; wie im Text i. E. *Boehmer*, in: *Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II*, 1954, S. 422; *von Lübtow, Erbrecht*, 1971, S. 17.

[116] 必须是这些标准本身被用于法律行为规定的联结因素。如果它们只是被用作典型性的、其他无法通过构成要件精确描述的判断的接近标准,那么自始就不存在歧视禁令的违反。例如机动车责任险中关于外国人的保险金附加费的规定或者针对某一个国家国民的附加费的规定并不违反《基本法》第3条,只要所涉人群从统计的角度上看的确具有更大的风险。因为在这里外国人身份本身并不是保险金附加费区别对待的原因,其原因实际上是统计学上的更大的风险性。外国人身份在此只是被用作构成要件的截取标准。Vgl. zur Problematik im Übrigen eingehend *Papier*, ZVersWiss. 1982, 461 ff.

条第2款、第3款而言的。这样的观点也是有根据的。人们很难说在通过法律行为的内容进行歧视上存在正当利益,而且,从所涉案件的种类来看,被限制的基本上不是自身的基本权利,而是他人的。

(3)宗教活动自由的例子能很好地说明《民法典》第138条提供的解决方式往往过于笼统,应该被更精确的方法所取代。从本文的观点出发,人们应该首先问,此种自由是否实际上能为法律行为所限制。与宗教选择自由和教义自由不同,这个问题在此种自由上基本上是应予肯定的。它涉及的是一种活动自由,此种自由不仅在宪法上受到较为严格的限制——对于职业自由而言,这可以从《基本法》第12条第1款第二句中直接得出,也适用于凭良心行事自由(Freiheit der Gewissensbetätigung)——它在民法上的应受保护性也逊于与之相关的“选择自由”。毕竟它一方面离不可侵犯的人格的核心稍远,且在另一方面更容易与他人的利益发生冲突。这与宗教活动自由是由《基本法》第4条第2款无法律保留地予以保障的基本权利并不矛盾,因为这个宪法规范并没有对合同上的自我限制的被许可性作出决断。^[117]因此,一个侍者或者女服务员不能以不符合宗教信仰的理由在周日拒绝履行合同义务。

当然从另一方面而言,《民事诉讼法》第888条第2款的类推适用作为最低限度的保护也适用于此类情形。因此,诸如在世俗离婚生效之后依照犹太教的仪式离婚的合同义务,^[118]以及在民政局登记结婚后在教堂举行婚礼的合同义务,尽管并非无效,但不可强制执行。

在此之外,现行法律通过关于周日安息和节日安息的规定(例如《营业法》第105a条)大范围地保护宗教活动自由。这种规定均应被视为《民法典》第134条意义上的法律上的禁令。^[119]然而,对于非基督教宗教而言并不存在类似的规定。这些宗教的教徒因而很少或者基本上没有在这方面受到保护,例如穆斯林客籍工人。这种现象可能违反了《基本法》第4条第2款和第1条第1款的保护命令,可能也违反了《基本法》第3条第3款意义上的保护命令,因此应该通过法律解释或者法律续造的方式为这些宗教的教徒提供保护。《民法典》第616条第1款能够为提供此种保护提供契机。根据这个规定,雇员在相对并不短暂的时间内基于自身的原因受到阻碍而不能工作,且对此并无过错可言,其报酬请求权不因此而减损。阻碍的概念所指的不仅仅是客观的不可能(physische Unmöglichkeit),也包括纯粹的不可强求性(Unzumutbarkeit)。^[120]因此它涵盖诸如近亲属的死亡、葬礼、妻子分娩、自己的婚礼、子女的婚礼或者父母的金婚^[121]之类的事件。人们很难说在可强求性方面一个重大的宗教节日不那么重要。然而值得怀疑的,这到底是“一个基于自身的原因”,还是一个不应归入《民法典》第616条第1款的客观原因,毕竟它在可能的情形中会牵涉到一大批雇员。然而,针对在此种情形中适用《民法典》第616条第1款,一般可以提出更好的理由。与典型的客观障碍相比,这里所牵涉到的节日对于雇主而言更易预见,也更容易应对。即便认为不应在此适用《民法典》第616条第1款,人们也应该依据《民法典》第242条和劳动法上的照顾义务至少基本上认可存在(可能的情况下,不带薪的)休假请求权。如果休假与业务上的紧急事务冲突,人们当然可以作出相反的裁判。因为宗教活动自由如前所述是可以为合同所限制的,并且应该在《民法典》第616条第1

[117] 参见上文一、(二)1.中脚注9之后的内容。

[118] 参见(针对《普鲁士国家全法》作出的)判决:Entscheidung RGZ 57, 250. 帝国法院认定法律上的不可能,其动机明显在于避免以罚金和拘役为手段的强制执行的适用。当时《民事诉讼法》第2条还尚未生效。

[119] 这一禁令也可能是指向合同双方的,因为它也保护第三人免受周日和节日工作的侵害和虔诚感。依据传统的判决意见周日和节日工作条款便已基于《民法典》第134条无效,这一传统判决以禁令相对人的人格为基准。即便人们认为禁令仅仅指向雇主,结果也没有什么不同。因为这里涉及一个内容有问题条款,在单方面违反禁令的情况下也是无效的,毕竟禁止性法律在这里也保护合同的另一方。更深入的讨论,参见:Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 22 ff. 此外,此种约定的无效性也能基于《营业法》第105a条得出。

[120] Vgl. statt aller BAGE 8, 314, 325 = AP Nr. 22 zu § 616 BGB.

[121] Vgl. etwa Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1983, § 18 II 3 a; Münch-Komm. - Schaub, 1980, § 616 Rdnr. 10, beide m. w. N.

款框架下的可强求性审查以及在《民法典》第242条框架下的照顾义务的具体化中将其与雇主在合同履行上的正当利益相权衡。然而,只有雇主不仅指出了工作的义务,也指出了业务对于遵守工作义务的紧急需要,^[122]基于拒绝工作的即刻的合同解除一般才是可能的。在极端的情形中,营业上的利益也必须让位于雇员宗教上的需要,此种极端情形可能会出现在其雇员基本上是穆斯林的企业中。例如,在一个神圣的伊斯兰节日,一个建筑工地为什么就不能停工一天呢?

(4)由于援用《民法典》第242条,又一个一般条款进入了我们的视野。不可否认,一般条款在实现基本权利的保护命令功能方面发挥着不容低估的作用。需要人们警惕的只是其作用的绝对化。因此我们始终应该首先问一问,可资使用的是否还有其他更为精确的(也许可能是不成文的)规范?基于这一思考,针对法律行为中的人格权保护问题(与侵权法中的人格权保护相反,这个问题在司法和学理上基本上尚未有人涉足^[123]),本文在前面发展出了一套手段丰富的解决方案:从完全的约定上的不可能性到《民法典》第134条意义上的法律上的禁令,继而是自由的撤回权(与消极利益责任相挂钩),最终还有依据或者类推适用《民事诉讼法》第888条第2款的单纯的对强制执行的排除。

在此之后就是一般条款的应用领域。作为基本的法律行为上的过度禁令,《民法典》第138条在这个领域中具有核心地位。如果人们希望设定一个更为严格的尺度,那么就必须证明存在特殊的理由。这样的理由主要是缔约人一方单方面地设定权利义务的情形。这样的情形可能是基于法律,例如《民法典》第315条第3款的规定;也可能是基于纯粹实际的行为,例如一般交易条款的单方面的设定。在此种情形中,即便是无需给出理由的通知终止,也因为其单方面性不仅要接受以《民法典》第138条为尺度的审查,也要在此之外以《民法典》第242条为尺度接受一定程度的合比例性控制。^[124]

此外我们还需要考虑,在这些(法定的或者事实上的)权利义务的单方面设定的情形之外,在协商约定的合意的情形中是否也适用《民法典》第138条,强化审查的尺度?在此种情形中没有必要广泛展开合同内容控制的强化问题的讨论。但人们需要考虑,合同以基本权利的限制为对象的情形是否提供了一个强化审查尺度的充分理由。

《商法典》第74a条当属此情形。依据这一规定,只要超越了保护雇主正当利益之必要,或者从时间、地点和对象上看给雇员的职业发展构成了不当的阻碍,同业禁止条款无效。如此一来,同业禁止条款就应该受到以必要性原则和比例原则为尺度的审查,并由此接受一个“公正性控制(Billigkeitskontrolle)”。乍一

[122] 杜赛尔多夫州劳工法院在为人热议的古尔邦节案中的判决是不能为人所接受的,因为该州劳工法院根本没有考察紧急的营业上的利益使得被解雇的穆斯林员工在为期四天的古尔邦节中的工作成为必要,更没有考察,员工是否被告知其工作的不可或缺性。该州劳工法院的一个论据为,“员工在缔结合同的时候应该预计到合同义务的履行可能会与其信仰发生冲突,因此应该在合同中约定在古尔邦节中不必工作”(aaO S. 259; zustimmend *Otto*, *Personale Freiheit und soziale Bindung*, 1978, 127; kritisch *Habscheid*, *JZ* 1964, 248)。这个论据也没有说服力。强调此种私法自治上的自我保护的可能性以一种不合常理的方式对员工提出了过高的要求,至少在本案中我们基于日常经验可以这样认为。雇主在古尔邦节的第一天同意员工休息,这也无关宏旨。因为主要的问题不在于雇主没有同意合同上的关于在节日休息的约定,而在于员工不应预见到此种合同上的保留(奥托的观点在这一方面是没有说服力的,参见:*Otto* aaO)。此外,这个冲突不仅对于员工是可以预见的,对于雇主而言同样是可以预见的,因此这个论据不能影响最终的结果。如果有人提出反对意见,认为一个外国宗教的信徒不应该认为他在内国会受到与其他宗教同等的保护。这样的看法同样没有说服力。因为它不仅与《基本法》第4条第2款、第3条第3款相抵触,而且在另外一方面人们可以说,谁雇佣了一个外国宗教的信徒并从其劳动中获益,必须照顾到员工的宗教习惯,只要这与其营业上的利益并不抵触。

[123] 施韦尔德特纳的研究尤为典型。尽管他研究的标题涵盖面巨大,但他根本没有讨论合同上的对人格法益的限制(*Schwerdtner*, *Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung*, 1977)。

[124] Vgl. näher *Canaris*, *ZHR* 143 (1979), 128 ff.

看人们可能倾向将此种规定的依据归于雇员特殊的劣势地位和由此而来的保护必要性。^[125] 在涉及自由职业者的情形中,联邦最高法院也认为同业禁止条款应以保护受益人的正当利益为限,且不得在执业方面过分限制义务人,尤其不得在时间、地点和对象方面给义务人的行动自由造成不合理的限制。^[126] 该院从《民法典》第 138 条中推导出这一判决意见,但这一(仅仅为极端情形量身打造的)规定并不能涵盖此种如此严格的必要性和合宜性审查,且该适用行为明显超过了该规定惯常被适用的领域。假如联邦最高法院通过类推适用《商法典》第 74a 条得到此种判决意见,那么就会显得更为妥当(这种论证方式在实践上也会导致一定的后果。《商法典》第 74a 条中的“在此范围”、“只要”这两个用语毫无疑问规定了一个适用范围的限缩,而此种限缩在《民法典》第 138 条的框架中是不为流观点所接受的)。如《商法典》第 74a 条第 3 款所表明的那样,《商法典》第 74a 条第 1 款绝非仅仅是《民法典》第 138 条的一个特例,它设定了明显更为严格的(与《一般交易条款法》第 9 条有可比性的)审查尺度。其理由实际上在于职业自由特别高的位阶及其与人的核心人格的密切关系,法律行为上的对职业自由的限制因而必须被限制在不可回避的最低程度。

依据此种观点,《商法典》第 74a 条第 1 款蕴含了一个可以推而广之的法律思想。更为严格的、超出《民法典》第 138 条范围的控制能从此种思想获得正当化的根据。联邦劳工法院正是基于此种思想,针对涉及奖金、培训补贴和搬家补贴的偿还条款保护了雇员的解约自由。^[127] 人们甚至可以更进一步,在其他涉及人身自由的情形中也采用与涉及职业自由的情形中同样严格的审查尺度。因此,例如在合同限制迁徙自由的情形中,应该按照《商法典》第 74a 条第 1 款的模式,审查此种限制是否服务于另一方的正当利益,以及它会不会给义务人的行动自由造成不合理的损害。

这在教义学上引出了一个颇令人感兴趣的问题,这个观点究竟和“直接第三人效力”学说相去几何?因为就这个学说而言,合同上的对基本权利的限制在宪法上的过度禁令规定的范围内才是被许可的,这也就是说,以保护另一方利益的必要性为限,且没有给被限制人造成不合比例的限制。在这里我们可以看到“直接第三人效力”和“间接第三人效力”在实践结果上的合流。二者在理论上的区别则在于,对于“直接第三人效力”学说而言,必要性和合比例原则性控制源于宪法本身的要求,而对本文所持的解决方案并不是由宪法所主导的,它更多地借助于普通法律。

相反,在那些不具备或者基本不具备人身内容的基本权利的限制情形中,基本上应该不予考虑类似的必要性和合比例性的审查,例如对(由《基本法》第 2 条第 1 款所保障的)一般经济自由权和所有权的限制。否则的话人们最终将会普遍地对合同进行合宜性和公正性审查。这不仅与目前的法制的实际状况相抵牾,尤其是与相对而言尺度更为宽松的《民法典》第 138 条以及《一般交易条款法》第 9 条的反面推论相抵触,也会导致私法自治被过度蚕食。然而,这并不意味着在此领域中绝对不会出现合比例性审查,不过这里的合比例性审查不以合宜性和公正性为尺度,而是以(《民法典》第 138 条第 2 款意义上的)“明显的不合比例(auffälliges Missverhältnis)”为尺度。后一种尺度的适用不仅要求具备“明显不合比例”情形,还需满足其他附加情况,例如主要是“缔约平等格局”的破坏。然而,假如严格遵照“直接第三人效力”学说,那么在这个主要为《基本法》第 2 条、第 14 条所涵盖的领域中也必须适用较为严格的宪法上的过度禁令。这样的话,理论在实践结果上的合流也就走到了尽头。

(5)前面的讨论主要限于内容自由(Inhaltsfreiheit)。眼下在缔结自由(Abschlussfreiheit)方面可能很难

[125] 然而策尔纳批判了此种“不平等论”(Zöllner, AcP 176 (1976), 230 ff.)。

[126] Vgl. BGH GRUR 1979, 657, 658 (“退出行业约定”),该判决援引了稳定判决。

[127] 关于各种不同的论证尝试,参见下述介绍: Buchner/Blomeyer, Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, 1969, und Westhoff, Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, 1975.

发展出一个与之类似的手段丰富的保护体系。但需要注意的是,在这个领域中可资使用的制裁手段不仅仅是强制缔约。例如,立法者通过《民法典》第611a条为实现《基本法》第3条第2款上的保护命令功能作出了贡献,在保护手段上增设了一个消极利益请求权。这个条款同时也含有一个对于法官的法律续造而言也具有约束力的价值判断:《基本法》第3条第2款在私法中的贯彻不应该一概以强制缔约的方式达成。这对于《基本法》第3条第3款而言也是成立的。至于强制缔约这种保护手段的运用,人们应该以司法裁判和学说从一般条款尤其从《民法典》第826条发展出来的情形为限。此外,人们也应该注意到侵权法上的保护适用于此种情形的可能性。例如,假如一个旅馆老板因为客人是黑人就拒绝接待,那么就构成了一个严重的人格权侵害,这基本上会导致产生以类推适用《民法典》第847条为依据的赔偿金请求权。

3. 劳资协议(Tarifvertrag)和基本权利的保护命令功能

基本权利的保护命令功能也为劳资协议的缔结人所受的基本权利约束问题的解决提供了有益的思路。众所周知,目前人们在这个问题上基本上持有的主要是“直接第三人效力”观点。^[128]策尔纳(Zöllner)针对这个观点发表的反对意见是正确的。^[129]尽管劳资协议具有规范效力,但它更接近私法自治的领域,而非《基本法》第1条第3款意义上的“立法(Gesetzgebung)”。劳资协议基本上仅仅约束其成员,而且团体成员资格的获得基于自愿,团体成员也拥有退出的可能性,因此劳资协议是以一种特殊的私法自治上的正当化理由为基础的。从功能上看,劳资协议自由不过是集体层面上的私法自治,毕竟劳资协议不是单方面制定的,而是协商而成的。因此,为“直接第三人效力”的支持者所声称的国家规范创制权的代理并不契合这个事项,更为契合的则是前面针对法律行为上的约束而提到的“承认”这一范畴。^[130]

因此,教义学在基本权利的约束力上应该同等对待劳资协议和其他私法上的制度,这就是说,不应该在干预禁令这一层功能上直接适用基本权利。这样做更深的原因在于,如果严格遵照“直接第三人效力”学说,那么宪法上的过度禁令也应适用于劳资协议,所有劳资协议对基本权利的限制均会因此接受合适性、必要性和比例原则的严格审查。如此一来就会形成严格的“公正性控制”,而联邦劳工法院和主流学说恰恰在劳资协议上拒绝了这种“公正性控制”。^[131]此种“公正性控制”由于其过分的“正确性保障(Richtigkeitsgewähr)”在现实中显得荒谬。人们不妨设想,劳资协议上约定的同业禁止条款要无限制地受到由联邦宪法法院针对《基本法》第12条发展出来的“阶梯理论”的审查将会导致何种后果!

另一方面,基本权利的保护命令功能也要求劳资协议的服从者在基本权利的限制方面不能得不到任何保护。因此,在此种情形中应该——在紧急的情况下通过法官的法律续造——发展出相应的保护规范。此种保护规范大多应超越《民法典》第138条上的最低限度的保护。如果在这个领域中也主要借助《民法典》第138条,并由此使劳资协议的缔结人受到“违反善良风俗”的谴责,那就大错特错了。在发展保护规范的过程中也应该顾及劳资协议特殊的“正确性保障”。因此,在一个劳资协议中可能允许出现较之在单独的劳动合同中更为广泛的基本权利的限制。

四、总结

1. 基本权利的相对人(规范义务人)只是国家,而不是公民。因此,我们应该反对“直接第三人效力”

[128] Vgl. statt aller Wiedemann/Stumpf, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl. 1977, Einl. Rdnr. 57 ff. m. Nachw.

[129] Vgl. Zöllner aaO (Fn. 119) § 7 III.

[130] 联邦宪法法院明确地将其用于劳资协议,尽管没有特别强调(BVerfGE 44, 322, 349.)。关于承认理论亦可参见脚注62中列举的文献。

[131] Vgl. z. B. Zöllner aaO (Fn. 119) § 38 VI m. Nachw.; 明显不同的观点,参见:Wiedemann/Stumpf aaO (Fn. 126) Einl. Rdnr. 131 und § 1 Rdnr. 97.

学说,不应将基本权利本身直接适用于私法主体之间的行为。尤其是合同上的对基本权利的限制的许可性不取决于是否为一个法律保留所涵盖,以及是否满足宪法上的过度禁令的要求。

2. 私法立法者也是基本权利的相对人。因此,我们应该反对“间接第三人效力”学说,应将基本权利本身直接适用于私法规范(包括任意性法律和起着替代任意性法律功能的补充性合同解释)。与联邦宪法法院的观点相反,基本权利不仅仅是通过“辐射作用(Ausstrahlungswirkung)”作用于私法,也在其干预禁令和防卫权这一传统功能上适用于私法,尤其是私法规范对基本权利造成的限制要直接受到宪法上的过度禁令的审查。然而,如果人们从私法立法者受基本权利的约束性上推导出法律行为的当事人受基本权利的约束性,那么也会谬之千里。

3. 对于法律行为的当事人而言,更确切地说,对于私法主体之间的行为而言,基本权利的保护命令功能具有重大意义。基于此种基本权利的功能,立法者以及法官有义务在公民之间的关系中(也即在“第三人指向(Drittrichtung)”中)保护基本权利。此间应予适用的不是宪法上的过度禁令,而仅仅是不足禁令。这个禁令的适用仅限于提供最低限度的保障,并且在此种保障的实现上普通法律拥有广泛的规制和具体化的裁量余地。此种保障不仅仅依赖一般条款实现,所有种类的规范均可负担这一任务。在法律行为的内容自由方面,存在一个手段丰富的解决方案:从完全的约定上的不可能性到《民法典》第134条意义上的法律上的禁令,继而是自由的撤回权(与消极利益责任相挂钩),最终还有依据或者类推适用《民事诉讼法》第888条第2款的单纯的对强制执行的排除。一部分这些保护手段的保护力度超越了(取决于个案情形并以极端案件为限的)《民法典》第138条的适用,但还有一部分这些保护手段的力度弱于这一规范的适用。发展出特殊的保护规范,并且不在干预禁令这一功能上适用基本权利,对于劳资协议中基本权利的限制而言是一种更为妥当的解决方案。

Fundamental Rights and Private Law

Claus-Wilhelm Canaris

Abstract: The discussing about the relationship between fundamental rights and private law issues was long entangled with the doctrine of directly and indirectly “the third party effect”. Both directly and indirectly effect doctrines reflect some problems. After the reconsidering how it affects the private law, it comes to a conclusion that one part of the fundamental human rights can only be the state. On the one hand, the effect of fundamental rights is directly in the relationship between fundamental rights and private legislators. On the other hand, fundamental rights are also directly effective among private law relations subjects. Therefore, Private law itself already provides a means of diverse mechanisms for the protection of fundamental rights.

Keywords: fundamental rights; private law; the third party effect; protection

(责任编辑:丁洁琳)

全球化时代的比较法学

——中国法学会比较法学研究会 2014 年年会综述

于 明*

2014 年 11 月 22 日至 23 日,中国法学会比较法学研究会 2014 年年会在上海顺利召开。本次会议由中国法学会比较法学研究会主办,华东政法大学外国法与比较法研究院承办。来自全国 60 多所高校、科研机构 and 出版单位的 140 余位专家学者出席了本届年会。本次会议进行了新一届理事会的换届选举,选举清华大学法学院高鸿钧教授为研究会会长。会议围绕“全球化时代的比较法学”的主题展开了热烈研讨,现将与会学者的主题发言和精彩点评综述如下。

一、依法治国与比较法学发展

何勤华教授(华东政法大学)首先就十八届四中全会关于依法治国的决定与比较法的关系问题作主题发言。何勤华认为,比较法研究的主要功能就是通过对各国法律制度与法律观念的比较来寻找可以为我国法制建设所用的经验和智慧,四中全会通过的关于全面推进依法治国的决定为比较法研究提供了重大机遇。决定提出的宪法实施问题、审判独立问题、巡回审判法院等问题,西方国家都积累了丰富的经验,必将成为比较法学研究的重要课题。

刘兆兴教授(中国社科院法学所)在报告中指出,四中全会关于依法治国的决定为法治建设提供了总方向,比较法学研究会应该围绕这一目标,从依法、立法、守法、执法、法律监督等方面提供理论服务,实事求是地进行中国与外国、外国与外国的比较研究。中国特色社会主义法治国家不能按照西方的路子走,但从借鉴人类共同法律文化的角度看,要选择性地吸收西方技术性、可操作性、程序性的具体法律制度。

钱弘道教授(浙江大学光华法学院)围绕法治中国学派问题作了主题报告。钱弘道指出,法治的幽灵在中国徘徊,共产党向中国人民、向世界宣告了一个法治宣言。当我们选择站在世界的高度看法治时,就会涉及到法治的话语权问题。所谓法治话语权的逻辑,就是法治的实践需要相应法治理论的配套。中国处在这一转型期,必然能够生长出相应的学术流派,这一重任需要法学家们尤其是比较法学者们来承担。

韦华腾教授(广东行政职业学院)讨论了比较法学研究方向的问题。在他看来,在比较法学研究会的长期学习,使他体会到各地学者的研究应当有所侧重。地方上学者的研究应当更注重研究的实践价值、操作价值以及功能主义的比较,应当能够引起地方的关注,多研究一些为当地实践服务的课题。韦华腾还以他提交会议的关于保安法律制度比较的论文为例,谈了比较法研究对于基层法治建

* 华东政法大学法律学院讲师,法学博士。

设的意义。

倪正茂教授(上海政法学院)指出,20世纪可以分为两个50年,前50年共产党推翻三座大山,后50年取得改革开放的胜利。而十八届四中全会的召开,使得我们可以把21世纪的前50年视做法治建设的50年。倪正茂还对比较法学未来的发展提出自己的看法,他认为先前所有比较法学著作都是进行法律制度的比较,而完整的比较法学还应包括法律渊源、法律体系、法律原则、法律概念和法律文化的比较。

最后,郭道晖教授(中国法学会)针对法治中国的问题作了主题发言。郭道晖认为,法治中国是比法治国家更宽广的概念,法治中国包含法治国家、法治政府和法治社会,而法治国家仅为国家主权范畴。法治中国中特别要关注法治社会,它是法治国家的基础。郭道晖强调要把“权力关进笼子”,首先需要把公民权利从笼子里面放出来,只有公民社会中的公民权利得到落实和保障,对国家权力的限制才可能真正实现。

二、法律全球化专题

谢立斌副教授(中国政法大学)的论文《论宪法财产权的保护范围——基于中国、德国与美国宪法的比较》首先讨论了比较法的研究方法问题。谢立斌认为,比较法应注重对法的解释,尤其是法律规范在部门法具体案件中的比较法应用问题。比较法学的研究要参考国外学者对法律规范解释的结论,同时更应注重国外学者的论证理由。此外,谢立斌还讨论了法律解释的方法,认为目的解释是最值得中国比较法学者借鉴的解释方法。

王志强教授(复旦大学法学院)的评议认为,论文的成功之处在于不再停留在宏大的叙事层面,而是直接进入部门法领域的具体技术层面,这对于当代中国具有突出的现实意义。但文章对美国案例的运用值得商榷,所引用的案例在判决中指出判定教育权的属性基于州法,因此用这些案例讨论联邦宪法对财产权的界限设定,恐不乏争议。

刘双舟教授(中央财经大学)的论文《法律市场的全球化及其影响》讨论了作为市场化产品的法律及其全球化问题。刘双舟首先提出裸官、中国企业域外注册规避税收等社会现象问题,指出这些行为在很大程度上都是合法的,事实上是一种有选择性的消费法律的行为。既然法律可以被消费,那么就可以被视做一种市场化的产品,可以用经济学原理来解读。在此基础上,刘双舟阐述了全球化法律市场的出现对立法者的影响以及对比较法的影响。

王伟教授(复旦大学)的评议认为,法律市场的全球化是一个新概念。一般来说,法律市场与法律全球化程度呈正相关的关系,但本土化也可能促进法律市场的全球化。王伟以英国为例,指出英国没有参加《联合国国际货物销售合同公约》,然而英国的法律地方化特色反而能促进英国法律的全球化,也就是说,法律市场与全球化可能呈现出反方向的发展趋势。

鲁楠博士(清华大学法学院)的论文《全球化时代比较法的优势与缺陷:一种方法论反思》指出,法律全球化使得法律逐渐脱离于民族国家的时空统一体,呈现出时间上趋同与空间上趋异的两者并存。但目前的比较法研究仍然受到西方中心论和国家中心论等传统观念的局限,很难对法律全球化作出合理解释,因此有必要构建超越民族国家和功能比较的新范式。此外,鲁楠还指出,中国比较法学者要具有更宽广的视野,超越简单的中西比较,关注印度和伊斯兰国家等其他文明的比较。

杨亚非教授(北京理工大学法学院)的评议认为,鲁楠的论文在思想和语言方面都显示出极大的学术潜力。同时,杨亚非也指出鲁楠的论文中还存在一些可完善的地方。首先,文章结尾部分论述了比较法中的几个重要关系,完全可以重新整合以凸显主题;其次,对中国比较法的优势与缺陷,还可以作更深入的阐述。

陆宇峰博士(华东政法大学)的论文《全球的社会宪法》认为,宪法观念长期为民族国家的政治宪法所垄断,但我们完全可以借用晚近的宪法理论去解释社会宪法的学说。陆宇峰指出,相对于政治宪法,社会宪法在全球化时代具有更重要的意义;政治宪法所无法解决的所有问题,社会宪法可能发挥特殊的作用。目前的全球化过程中,政治全球一体化的程度极低,而经济、科学等领域的全球化程度很高,因此需要全球化的社会宪法加以规制。

石茂生教授(郑州大学法学院)评议认为:首先,陆宇峰的论文向我们展示了一种全新的知识,给我们耳目一新的感觉;其次,本文的意义主要是方法论的,但真正的新知识的产生,还需要长期积累才能实现;第三,该论文提出了问题,提示我们应当扩大宪法学的外延,突破传统宪法学的限制,从全球视角对待宪法中出现的问题。

三、比较法理论与比较司法制度

杨平教授(甘肃政法学院)的论文《美国、法国和中国的违宪审查模式中政治理念的比较》从比较法的视角重新审视了违宪审查的政治理念问题。对于这一问题,杨平的论文主要从主权在民、社会意志与民众意志的关系、少数服从多数、对司法权的态度等四个方面进行比较。美国的理念更加强调对民主的限制,因此更多依赖司法机关的审查;而法国和中国更注重人民的意志,因而更多采用专门委员会和人大审查的方式。

季金华教授(南京师范大学法学院)的评议指出,本文提到四个方面问题,前三个主要是民主理念的问题,最后一个公正理念的问题,而判断违宪审查的标准就是民主和公正。至于审查放到何种程序中才是最公正的,则是一个司法程序的问题。从现实来看,无论是法国的宪法委员会还是中国的全国人大,都存在某种程度上向美国最高法院靠拢的趋势。

李晓辉副教授(北京外国语大学法学院)的论文《世界法律地图:比较法的符号话语解读》指出,从历史的角度看,地理学意义上的地图是一种工具,但法律地图的出现,使得地图不仅仅是地理概念,而且成为比较法上的概念。此外,在法律地图中还出现许多专题地图,如安乐死合法化,转基因合法化等。专题地图既是一种工具,也是一种符号。这种地图简化地理空间,突破传统意义上的比较,极大地弥补了静态、传统地图的缺陷。

苏彦新教授(华东政法大学)的评议认为,本文具有很大的创新性,但是就本文的研究来说,社会科学的研究所要达到的客观化还有待考验。本文还讨论了法律地图的符号学意义,但在使用语言学、符号学的概念上还存在一些偏差,符号学作为一门学科还存在许多有待深层次讨论的问题。

刘毅副教授(北京理工大学法学院)的论文《论法治的条件:以历史社会学为方法的比较研究》指出,目前国内的研究主要集中在对法治理念的介绍和如何将法治引入中国这两个方面,而这篇论文的重点在于运用历史社会学方法探讨法治所需要的条件。借助于韦伯和伯尔曼的框架,刘毅探讨了政教分离、法律至上、商业发达、城市兴起和职业法律家出现等西方法治的条件,并在此基础上指出法律

全球化背景下中国法治诞生的可能性。

马剑银博士(北京师范大学法学院)对刘毅的论文提出几点疑问。首先,从命题上看,历史社会学是一个整体,并不等于历史学和社会学的简单相加;其次,该文讨论的这些因素与西方法治产生之间是否存在必然的因果关系存在疑问;最后,法治的概念目前学界并没有一致的看法,人们对法治的理解并不单纯是依法治国那么简单。

徐继强教授(上海财经大学法学院)的论文《衡量的界限与法治:规范衡量论初探》对德国、美国以及中国这几个国家有关规范衡量的问题进行了比较研究。他指出:德国偏重概念法学,限制法律衡量;美国偏重实用主义,承认法律需要衡量,但在宪法层面将其交给立法机关;而在中国,法律衡量却是非专业性的衡量,政治性意义过于强烈。徐继强认为,衡量最重要的是界限,而这个界限即体现了法治的界限。

柳经纬教授(中国政法大学)的评议认为,徐继强提出的关于衡量的问题十分重要。这一问题也构成了我们今天理解法治的边界的关键问题。同时,柳经纬也提出了他的疑惑,即我们讨论的规范衡量的前提是法治发展到一定的程度,可如果在当代中国,这种法治发达的前提不健全,那该如何去实现规范衡量?

种林副教授(山东政法学院)的论文《最高法院司法解释:中法比较研究》从司法解释的种类、对象、主体和效力四个方面对比了法国和中国的最高法院司法解释。他指出:中国的司法解释在种类上不仅包括解释、规定与批复,还包括指导性案例;在对象上比法国更为狭窄,只限于狭义的法律;在主体上比法国更单一,只限于最高法院审判委员会;而在效力上,虽然没有得到正式承认,但在事实上存在较大效力。

王娜副教授(上海政法学院)评议指出,司法解释是法律适用的永恒话题。这一问题可以放在如下两个更大的背景下进一步探讨:首先,立法和司法活动越来越相互趋近,司法人员适用法律中的立法功能越来越强;其次,司法的专业化和社会化也愈发明显,司法从业人员的专业化水平越来越高,同时群众进入司法领域的形式越来越多样和普遍。

四、比较公法与比较私法

上官丕亮(苏州大学法学院)的论文《废除死刑的全球化与中国死刑罪名立法的宪法控制》指出,当今世界废除死刑已经成为一个潮流。某种意义上,废除死刑是实现法治、走向理性的标杆,所以各界都十分关注死刑的限制和废止。目前我国刑法的死刑条款在世界上是比较多的,我国应当推动生命权入宪,进而使死刑罪名立法受到宪法的约束。此外,还可以通过全国人大的违宪审查逐步减少、限制死刑罪名,并在条件成熟时最终彻底废除死刑。

董茂云教授(复旦大学法学院)对论文的基本观点表示赞同,但也提出一些问题。首先,作者以美国为例说明对死刑的违宪审查,但未指出其他抽象审查的国家是如何对死刑进行审查的。其次,我国已经签署的国际公约是否可以国内法转化依然存在疑问。最后,作者提出的赞成死刑就是赞成暴力的观点,也同样值得商榷。

罗智敏教授(中国政法大学)的论文《意大利公共参与的经验与启示》指出,意大利托斯卡纳大区的公众参与法律制定开创了公众参与法律的先河,取得了丰富的实践经验。意大利公共参与法律对

我国的启示主要在于统一立法方面,目前我国尚无系统化的公共参与规定,基本都分散在各种部门法之中,在程序方面缺乏具体的条款来实施。虽然我国和意大利的情况不尽相同,但意大利的经验无疑对我国未来的公共参与立法具有重要的借鉴意义。

张礼洪教授(华东政法大学)的评议认为,意大利的法律在法、德以后建立起大陆法系的第三种模式,因而在比较法领域具有特殊意义。法律的生命在于执行,中国目前的许多法律都无法落实,民众的意识也难以落实。意大利非常注重公民的个人参与,同时对公共机构的公共参与进行限制,这其中的原因值得探究。

张彤教授(中国政法大学)的论文《两岸四地私法冲突与协调的路径》认为,一国两制以及“九二共识”使我国事实上成为多法域的国家,为此也产生了私法上的法律冲突,对于这一问题,一般有实体法和冲突法两种解决方法。欧洲早在欧共体阶段就开始了统一私法的努力,到欧盟的阶段,采用示范法方式促进欧洲私法的统一。中国两岸四地也应当淡化意识形态分歧,制定示范法,尤其是合同示范法,以促进两岸四地私法冲突的解决。

郑祝君教授(中南财经政法大学)的评议认为,随着国际环境的变化,私法冲突的影响与冲击越来越成为中国法律的重大问题。解决法律冲突的方式最主要是冲突法,但冲突法自身也存在很多问题,而实现实体私法的统一则是比较有效的方式。同时,郑祝君也指出,该文主要侧重立法角度的讨论,还可以尝试从司法角度关注这个问题。

王春梅教授(黑龙江大学法学院)的论文《俄罗斯法中公民与自然人的博弈与启示》指出,自从1922年的苏俄民法典首次出现“公民”称谓后,“公民”逐渐取代“自然人”成为主导。“公民”称谓与传统民法个人主义基础相分离,导致个体的利益被忽视。而在“自然人”术语的背后,蕴含着自然法精神、人文主义精神等诸多价值。我国法律中“公民”术语仍然广泛存在,有必要进一步清理民法中的“公民”,实现价值理念的转向与更新。

华东政法大学吴一鸣副教授对王春梅的发言作出评议。吴一鸣认为,从公民与自然人这对语词在立法中的演变过程切入,入口虽小,但揭示的是一个重大的命题,即私权对于市民生活的意义及私权保护的重要性。吴一鸣用美国麦当劳烫伤侵权赔偿这一典型案例,说明即使在产品质量控制这一公共事务领域,私权也发挥着强大而不可替代的作用。

(责任编辑:倪鑫煜)