

## 目 录

## 【专题研讨】

- 民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考 ..... 李永军( 1 )
- 德国民法典编纂的组织方式 ..... 陈卫佐( 14 )
- 法国民法典制定的程序问题研究 ..... 石佳友( 24 )
- 中国民法典编纂的组织体制问题:结合意大利经验的讨论 ..... 薛 军( 35 )
- 德国民法典的制定:复合立法机构的组织与运作 ..... 张 生( 45 )
- 拉美国国家民法典编纂中的行动者 ..... 徐涤宇( 56 )
- 俄罗斯社会转型与民法法典化 ..... 鄢一美( 69 )

## 【论文】

- 民法典编纂中继承法的修订原则 ..... 郭明瑞( 86 )
- 中、英名誉权侵权特殊抗辩事由评价、比较与中国法的完善  
——兼评英国《诽谤法案 2013》对名誉权侵权特殊抗辩事由的改革 ..... 姜战军( 93 )
- 论犯罪行为严重性的阶层性判断  
——中德刑法规范比较性分析 ..... 赵书鸿( 111 )
- 美国警察无证裸身搜查的法律控制及其对中国的启示 ..... 吴 玲 张德森( 123 )
- 我国民事诉讼诚实信用原则的适用现象、问题与完善  
——兼以法国民事诉讼的理论争论与实务判例为参照 ..... 巢志雄( 137 )
- 政治民主与司法“独裁”悖论的制度破解:以日本裁判员制度为视角 ..... 李立丰( 155 )
- 防空识别区设置的法理依据与实践 ..... 张晏瑜( 169 )

## 【人文对话】

- 中世纪欧洲封建法的前世今生 ..... 马剑银( 181 )

# JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

---

---

Serial    No. 139    May    2015    No. 3

---

---

## Contents

### Topic Discussion

- On the Legislative Technique of General Principles of Civil Code and the Content Which Determines by  
..... *Li Yongjun*( 1 )
- Organization Form of the Codification of German Civil Law ..... *Chen Weizuo*( 14 )
- Study on the Procedural Issues of the Making of the French Civil Code ..... *Shi Jiayou*( 24 )
- The Problems of Organization with regard to the Codification of Chinese Civil Law; The Discussion with  
reference to the Italian Experience ..... *Xue Jun*( 35 )
- The Formulation of the Code of Republic of China; Organization and Operation of Compound Legislative Body  
..... *Zhang Sheng*( 45 )
- Actors in the Codification of Civil Law in Latin American Countries ..... *Xu Diyu*( 56 )
- The Social Transformation of Russia and the Codification of Civil Law ..... *Yan Yimei*( 69 )

### Articles

- The Amendment Principles of Law of Succession in the Civil Codification Process ..... *Guo Mingrui*( 86 )
- A Comparison of Defences in Infringement to Reputation Right between Chinese and English Law and Some  
Suggestions to the Amendment of Chinese Law; Beginning with a Comment on the Reform of Defences by  
the Defamation Act 2013 of UK ..... *Jiang Zhanjun*( 93 )
- On the Strata Determine of Seriousness of Crime; With Comparative Analysis of Stipulation in Criminal Law  
both in China and Germany ..... *Zhao Shuhong*(111)
- Legal Control of Police Strip Searches in U. S. and Its Policy Value to China  
..... *Wu Ling & Zhang Demiao*(123)
- Civil Procedure Principle of Bona Fide in Civil Justice; Phenomenon, Problem and Improvement; And the  
Theoretical Debates and Practical Cases for Referring to the French Civil Justice ..... *Chao Zhixiong*(137)
- The Institutional Settlement of the Paradox between Political Democracy and Judicial Dictatorship; From the  
Perspective of the Saiban-in System in Japan ..... *Li Lifeng*(155)
- Legal Basis and Practice regarding the Establishment of the Air Defense Identification Zone  
..... *Yen-Chiang Chang*(169)

### Humanistic Dialogue

- On the Feudal Law in Medieval Europe ..... *Ma Jianyin*(181)

## 【专题研讨】

# 民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考

李永军\*

**摘要:**党的十八届四中全会决定编纂我国民法典,这是贯彻“依法治国”的一个具体的重要方略。民法典的体例结构,特别是由法典结构模式与立法技术所决定的民法典之总则的内容尤为重要。总的来说,民法典之总则就是“汇聚”以抽象方式提取的各编之“公因式”,其必须对总则以下各编具有“普适性”,是各编中共同的且重要的东西。这就要求必须精心设计总则的内容,使其能够作为整个民法典的灵魂而统领整个民法典。“法律关系”无论从法律分析还是法律适用,都属于一个核心概念,因此,未来民法典之总则内容应围绕法律关系展开:法律关系的主体、客体、内容(权利)、权利的取得(法律行为与非法律行为)、权利的实现将是总则的基本内容。同时,总则必须以“规范”方式表现出来,摒弃所有脱离“规范”的口号或者政治性宣誓。

**关键词:**民法典 民法总则 公因式 法律关系 请求权

## 一、问题的提出及意义

新中国的民法典可以说是命运多舛:从1954年开始的民法典起草,到今天为止,已经有三次“举动”,但每一次都是无果而终。当我国的经济及社会发展到今天,结构发生了巨大的变化,如果要真正贯彻“依法治国”的基本国策,那么,“公法”与“私法”的划分就不可避免,那种以“公法”治理国家与社会的“大一统”的格局必然会发生变化。因此,党的十八届四中全会在提出“依法治国”的同时,决定编纂中国的民法典,是非常正确和及时的,反映出历史的需求和人民的愿望。我们有理由相信,第四次民法典起草工作很快就要开始。

然而,我们必须有充分的思想准备:民法典的起草工作是一个浩大的工程,不仅要求有充分的理论研究储备,还要有充分的“田野工作”。在今天这样一个社会结构复杂、价值与利益多元化的时代,像法国民法典那样,用几个月的时间关起门来就起草了一部百年经典的时代几乎已经不存在了。德国民法典用了20年左右的时间,创造了一个法典里程碑,不仅是百年经典,而且成为了后世许多国家立法的蓝本。而我国历史上民国时期1929年民法典的起草,也下了极大的功夫,完成了“清末习惯调查”这样宝贵而且详尽的“田野工作”。如果在今天,我们对中国社会的具体现实不进行类似的实地考察和调研,就想编纂出一部较好的民法典是不现实的。因此,我们必须有做“田野工作”这样的心理准备。

---

\* 中国政法大学教授,法学博士。

另外,立法需要民法学研究的理论储备。如果我们比较为当今世界各国立法所效仿的法国民法典与德国民法典,仅仅就立法技术而言,德国民法典的确精良,被称为“优良的法律计算机”、“不寻常的精巧的金缕玉衣”,任何时候都是具有最精确、最富有法律逻辑语言的私法典。<sup>[1]</sup>这得益于德国民法典具有坚实的理论基础潘德克吞法学。这对我国民法典的起草具有重大的启发意义:我国民法学的研究积淀是否已经达到足够起草一部民法典的程度?在此,我们联想起当年德国萨维尼与蒂堡关于是否立刻仿照法国民法典起草一部德国民法典的论战。在此论战中萨维尼先生有一个论述:“我不认为我们具备制定一部优秀民法典的能力……我们不能在依然远离这一目标时就相信我们已经臻达这一目标。”<sup>[2]</sup>在我国当下决定编纂民法典的时刻,笔者并不认为,我国的民法学研究不足以支持起草一部民法典。我国的民法学研究和法学教育经过了这么多年的发展,积累了大量的研究成果,并且有起草《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》等的经验,还有改革开放以来我国司法实践积累的丰富经验,所有这些为我国民法典的起草奠定了良好的基础。但是,笔者也认为,需要研究的理论问题还很多,而这些问题,民法学界还存在很大的争议,需要达成理论共识。例如,未来中国民法典的“总则”部分将采取什么样的立法技术?民法典的基本结构如何?我国的立法及民法教学、研究(至少从民国时期开始)传统都基本上是德国式的“五编制”“总分”模式,即带有“总则”编的立法模式,那么,“总则”与“分则”是否存在逻辑上的联系?我们是否应当以“总则”的功能定位及法律的适用性为出发点,从技术上安排“总则”部分的内容及以下各编的划分?如果像现在这样有些“非官方”民法典草案的结构,将除了总则以外的各编,分为“人格权编”、“物权编”、“债权编”、“合同编”、“侵权编”、“婚姻编”、“继承编”这种格局,那么,“总则”的内容是否应该发生改变?例如,“法律行为”这一被德国民法视为最重要的“公因式”在我国未来民法典的“总则”部分是否还应该其内容?因为,至少在人格权编与侵权法编是不适用法律行为的。<sup>[3]</sup>另外,像“诉讼时效”这样的问题,究竟应该放在“总则”部分,还是放在“债编”部分?这取决于我们对“请求权”这一概念的理解。“合伙”应如何规定?因我们的立法格局属于“民商合一”,那么在“总则”中如何体现民事合伙与商事合伙?诸如此类的问题,都需要深入研究和达成共识。

除此之外,民法典总则的内容应通过什么样的方式表现出来,也是我们需要达成共识的问题。“法律应该由规范构成”,这是立法遵守的底线要求,即要求在法律上的任何一个规定,要么是规范,要么是规范的补充(如法定定义,德国民法典第90条关于“物”的定义,我国合同法关于“合同”的定义、我国物权法关于“物”的定义等)。如果是规范,就必须规定“条件+结果”,如果是规范的补充就必须与规范有联系而为规范服务。这种要求是法律的本性使然,即“三段论”的法律适用逻辑,必然要求法律规范提供“大前提”和“结论”。而综观我国的民事立法,越来越多地脱离规范的基本属性,而更多地加强了“口号式”的宣言,例如,一些版本的民法典草案中的“人格权”大概如此,其本身不能作为请求权的基础,还需要借助于侵权法作为请求权基础。另外,每部法律中规定的所谓“基本原则”也大概如此,基本被作为规范之外的东西而游离于司法。如果是这样的话,其法律的意义何在?如何用“规范”的方式表达“总则”之内容,使法律成为法律而不沦落为他物,是一个重大的任务。

[1] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第268页。

[2] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第37-38页。

[3] 在德国,“法律行为”是适用于各编的,仅仅是有个别制度不适用,就遭到诟病。如果我国未来的民法典整编整编地不适用,是否应该是一个问题?

## 二、抽象提取“公因式”的立法技术及由此决定的“总则”内容

### (一)“公因式”下的总则及利弊分析

在世界民法典的宝库中,1804年的法国民法典及1900年的德国民法典无疑是两颗最耀眼的明珠,并成为后世许多国家民法立法的蓝本。我国自清末开始民法起草以来,也许是因为某种机缘巧合,无论在立法还是学理上都更多地继承了《德国民法典》的“五编制”模式。从我国大陆及台湾地区的民法教科书,我国台湾地区的“民法典”都反映了这种模式。这种立法及学理传统,决定了我国未来民法典是带有“总则”的德国模式而非法国模式。但是,德国民法典的立法设计思想、总则立法技术决定了其“总则”应该规定的内容,甚至法典的编排(即应有几编)都与“总则”的立法技术及内容息息相关,这或许对我国民法典的“总则编”及以下各编的编排有重大的启发意义。

德国民法典的立法技术及设计思想可以概括为:以高度抽象的方式将各编的“公因式”提取出来,并确立一般规则,适用于各编,而各编相同的东西不再重复,而是规定例外。就如德国学者梅迪库斯所言,根据民法典制定者的计划,总则应当包括那些适用于民法典以下诸编的规则,亦即总则包括的是在某种程度上被提取和抽象的一般性内容。<sup>[4]</sup>总则部分针对一些确定的基本法律制度,即法律职业者无论在债法拟或物法,继承法或者家庭法,甚至在整个私法领域中都加以运用的法律制度,提纲挈领地以一般化形式对其先行规定,就仿佛是“提取公因式”。人们以为,用这种方法可以提高法律的逻辑完整性和内涵经济性,从而避免冗赘的重复。<sup>[5]</sup>但是,德国民法典中所独有的极其抽象的概念也是其立法技术的特点,也是其内容对其他各编具有较强的涵摄性的原因,例如,“法律行为”这一术语的创造和运用即是著例。法律行为的本质是意思自治,就如法国学者所言,法律行为的特殊性及其与其他法律事实的区别,均在于法律行为是一种特殊的“机制”,其目的在于引起法律效果的发生。这一机制既具有差异性,又具有同一性,其差异性在于不同类型的法律行为的构成及其效果是不同的,其同一性在于任何法律行为的要素或者原动力是不变的,亦即任何法律行为均体现了当事人的自由意志,表现了意思自治的基本原则。<sup>[6]</sup>德国法理论中的“法律行为”,不仅仅是指通常意义上的买卖或者租赁类型的债权契约,而且还有“物权合意”。法律行为还包括家庭法中的契约,如收养契约和结婚合意。最后法律行为还包括遗嘱的设定、契约的解除等。<sup>[7]</sup>

德国民法典的这种高度抽象、公因式式的立法技术,不仅在总则与其他各编的关系中运用,而且在每一编中也有如此的体例,就如德国学者所言,这一将一般的内容置于前面的立法技术,在民法典的其他地方还多次重现。比如,第二编(债编)的前六章是一般性规定,之后是各种债务关系;第三编(物编)也是先规定一般性的占有、土地上权利通则,然后才规定具体的权利;最后,第四编也是先规定“婚姻的一般效力”,然后再规定各种具体的财产制。<sup>[8]</sup>有的学者评价说,这一体系方法是德国民法典的显著特征,尽快认识到这一点,将使对相关法律规定的寻找和对德国民法典的理解更为容易。<sup>[9]</sup>

[4] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第22页。

[5] 同注1引书,第270页。

[6] 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第1-2页。

[7] 同注1引书,第271页。

[8] 同注4引书,第22页。

[9] [德]哈里·韦斯特曼:《德国民法基本概念》,张定军等译,中国人民大学出版社2013年版,第11页。

继受德国民法典体例的我国台湾地区“民法典”,对此问题的技术大致相同。王泽鉴先生认为,此种编制体例系建立在“由抽象到具体”,“由一般到特殊”的立法技术之上。易言之,尽量将共同事项归纳在一起。<sup>[10]</sup>

这种立法技术抽象出来的“总则”,既有优点也有缺点,即使是德国学者之间也是存在争议的。其优点主要在于将这些规定提取概括,可以取得“唯理化效应”。以“法律行为”为例,立法者就无需为每一项法律行为都规定其构成要件。同时,总则编避免了重复及参引。例如,立法者可以对买卖合同的订立作出规定,然后对赠与、租赁等行为参引适用有关买卖合同的规定。不过,这样一来参引规定必然太多,使总则编篇幅过大,有失简明扼要。<sup>[11]</sup>

其缺点主要是:(1)例外较多。为了使一项规则具有普遍的适用性,该规则必须以抽象的方式来表达。这在技术上就会客观地出现一个两难的局面:要么制定一些非常一般的规则,加强适用性(普适性)。这样一来,一般规则的数量势必就很少,总则编为以下诸编减轻负担的效果难以发挥出来;要么承认在一般规则之外,还存在个别的例外。德国民法典采纳了第二种方案,法律承认一般规则之外还有一些偏离。(2)理解上的困难。民法典将一般性规则提取概括,也增加了对法律规定理解的难度。要寻找对一个法律问题的法律规定,不能仅仅在一个地方寻找。我们要寻找的有关规定,往往分处在民法典的若干个不同地方,其中一般性规定在民法典前面,特殊规定在民法典后面。在查阅法典时,要按照“从后向前”的顺序进行,以买卖涉及的问题为例,查阅的顺序如下:首先寻找比一般买卖法更为特殊的规定(如消费信贷)——一般买卖法——有关双务合同的规定——债务合同的规定——债务关系的一般规定——合同的一般规定——法律行为的规定。<sup>[12]</sup>(3)教学上的困难。对于初学者来说,由于像“法律行为”这样高度抽象的概念,难以举例说明。<sup>[13]</sup> 在我国的民法教学中,早已呈现出这种情况,甚至有人提出先教具体的法,如合同法、物权法、侵权法、侵权责任法、婚姻与继承法,然后再开设民法总论。其实,德国的法学课程已经开始这一方面的改革。<sup>[14]</sup>

这种批评并没有改变法典的式样,也不可能改变这种编排。因为,法律本来就不是给一般人制定的,是为法律职业阶层制定的。其实,这些缺点统统都可以归结为“困难”,问题是:这些困难是否可以克服的?对于职业阶层来说,答案是肯定的。

## (二) 民法典之“总则”与各编的关系

虽然说,民法典之“总则”的内容是以提取公因式的方式从各编中抽象出来的,但这种立法技术同时也影响着民法典的编排(分编)。以“法律行为”为例,在德国民法典中,后四编都有法律行为的适用余地(尽管有个别制度不适用),主体、客体等问题也都在各编中适用。因此,民法典的各编并不是任意划分出来的。这一点对我国未来民法典有较大的借鉴意义。我国未来民法典的编排虽然没有最后确定,但从现在学界的一些观点看,大概是:总则编、人格权编、物编、债编、合同编、侵权编、婚姻编、继承编。如果这样,民法总则的内容就值得很好地考虑。例如,在原本德国法上的“债编”,逻辑是这样的:所有类型的债结果都是具有请求的效果,因此,就可以将关于“债”的所有一般性问题进行规定,

[10] 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第19页。

[11] 同注4引书,第31页。

[12] 同注4引书,第33-34页。

[13] 同注4引书,第40页。

[14] 同注4引书,第41页。

然后再规定债的各个不同产生原因及其特殊性,如合同之债、准合同之债、侵权之债等。这样,不仅逻辑统一,而且节省条文,避免重复。如果像我国目前这样假定的结构,“债编”仅仅是“合同”与“侵权”的总则,其与其他各编的关系就难以具有逻辑上的关系。另外,像“法律行为”这样一个在我国《民法通则》就已经规定了的“公因式”就难以成为未来民法典的公因式了。另外,如果真的像现在许多人学理上主张的那样,否定“物权行为”理论,那么,“物权编”也没有法律行为适用的余地。

因此,我们在编纂民法典时,在各编的设计中,一定要注意这种“总”与“分”的关系,保持总则内容对各编的普遍适用性,使总则成为民法典的灵魂。

### (三) 总则之内容的分析

提取公因式的这种立法技术,其实已经决定了“民总”的基本内容,即什么是各编的“公因式”,什么就是“民总”的内容。就如德国学者所指出的,总则把被提取和抽象的一般性内容汇总在一起,这一汇总决定了它的内容:总则中的内容必须具有一般性的特征,它们不仅仅适用于民法典的各编,部分也涉及到权利客体及权利行使的问题。<sup>[15]</sup>

从德国民法典规定的内容来看,主要是:(1)主体(第1-89条);(2)客体(第90-103条);(3)法律行为(第104-185条);(4)期间与期日(第186-193条);(5)权利的行使与担保(第226-240条)。<sup>[16]</sup>德国民法典的这种规定,受到了学者的批评,有学者指出,对于总则编的内容,不可能作出积极的评价。一方面,总则编没有对一些重要的内容作出调整,特别是有关法人、法律适用方面的重要问题都付之阙如;另一方面,总则编中的有些规定被人为地从它们所属的特别的联系中割裂开来,最后变成了纯粹的概念解释或立法技术。在有些地方,总则编不过是“其他”项下的大杂烩,汇集了那些在其他地方难以安排的规定。<sup>[17]</sup>茨威格特指出,德国民法典的总则部分没有包括关于法律交往中的行为或者关于法律解释、习惯法、法官权限及举证责任基本原则的一般规定,而这些规定完全是实用的,实际上也是合乎需要的。<sup>[18]</sup>对德国民法典总则编的这些批评,为我国未来民法典的总则部分的内容提供了反面启发。

笔者认为,我国未来民法典的“总则部分之内容应是各编的公因式”的这样一个逻辑是不能改变的,否则,总则就徒有虚名。但我们必须围绕着“法律关系”及其内容实现展开。法律关系理论的创设是德国民法最具有价值的成果之一,作为一种思维工具,同时也作为一种技术手段,此种理论不仅改变了过去对于民法现象的观察角度,而且成为其法典体系安排最为重要的技术支持。<sup>[19]</sup>德国民法典与以德国民法典为蓝本编纂的俄罗斯民法典都是围绕着法律关系展开的,都是以法律关系的主体、客体、权利、权利的产生及保护为内容。无论是物权、债权、婚姻、继承,还是合同、侵权最终都是以法律关系的面目展现在法律世界中的。因此,这是我们设计民法总则内容的一个入口和逻辑起点。

法律关系是人与人之间的法律纽带,<sup>[20]</sup>即民事法律关系是人与人之间的纳入民法调整范围的生活关系,也可以说,是人与人之间因民法调整而形成的民事权利义务。德国学者萨维尼认为,各个法律关系,就是由法律规定的人与人之间的关系。在自然界,人是最重要的因素,人为了生活,必然要与

[15] 同注4引书,第24页。

[16] 参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2004年版,第1-73页。

[17] 同注4引书,第28页。

[18] 同注4引书,第270页。

[19] 尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第22页。

[20] 同注4引书,第51页。

他人发生各种各样的关系。在这种关系中,既要让每个人自由地发展,又要防止对他人造成损害,这就需要法律来进行规范。由法律规范的人与人之间的关系,就是法律关系。<sup>[21]</sup> 法律关系的实质是人与人之间的权利义务关系,而法律关系的构成要素,则有主体、客体、内容。因此,民事主体、客体、内容就应是总则应规定的内容。有关主体的问题下文详作讨论,在这里,仅就内容及客体阐述笔者个人的看法。

就法律关系的内容来看,因私法中权利本位的原则,法律关系中最重要的当是权利,就如拉伦茨所言,私法上的法律关系经常包含着一个“权利”,这个权利是私法上的法律关系的要素之一,法律关系最重要的要素是权利。<sup>[22]</sup> 因此,总则中应概括规定权利及其救济(保护),即可以有一个类似这样的概括性规定:“民事主体依法享有人身权、物权、债权、知识产权、继承权以及依据本法或者其他法律规定的权利或者利益。以上权利或者利益受到侵害时,可依据本权或者其他规范请求救济。”这样一来,不仅体现了民法典作为私法之母体法的包容性,而且也增强了规则的适用性。

就客体来说,客体是权利的载体。按照德国学者的观点,权利只是一个框架性概念,说“某人拥有一种权利”,意思是说,他依法能够享有什么或者应该享有什么。它可以是对人的尊重或者不得侵犯,也可以是权利人的行为范围,也可以是另一个人的给付义务等。因此就产生了各种不同类型的权利。<sup>[23]</sup> 正是由于客体不同,才决定了不同的权利类型,故客体是权利类型的基础。因此,任何一种权利都必须有明确的客体。就如拉伦茨所言:权利所指向的对象,也即权利人对之有权的客体,必须是十分确定的。权利人必须可以排除他人对这个特定物的使用,权利人可以处分这个特定物,或者根据法律可以要求某个特定的人(债务人)履行特定的给付。允许权利人实施所有不受法律禁止的行为,这尽管是一种符合实际的说法,但由于缺乏权利所需要的客体的确定性,所以从这种说法中并不能得出“权利”。如果不允许所有的其他人这样做,而只允许某人实施这种特定的行为,则这是一种权利。<sup>[24]</sup> 德国民法典的总则部分没有规定完整的法律关系客体,仅仅规定了物权的客体,受到了学者的批评,就难以作为公因式对待。因此,我国未来的民法典总则部分应概括性地规定完整的权利客体。

就法律关系的产生来看,应规定“法律事实”,包括法律行为与非法律行为。关于法律行为的问题,笔者将在下面具体探讨。

就法律关系的实现来看,应规定以下内容:(1)自力救济和公力救济。在自力救济中,规定自助行为与自卫行为(包括正当防卫与紧急避险)。(2)权利行使中的“权利禁止滥用原则”。(3)在公力救济中应对以下方面作出规定:首先,要明确规定“法源”,即法官裁判案件,有法律者依法律,无法律者依习惯,无习惯者依法理;并且,明确全国人大及其常委会的立法和法律解释、国务院制定或者以国务院的名义发布的行政法规、最高人民法院的司法解释为法律渊源,以避免法律渊源方面的乱象。对此,最高人民法院于合同法的司法解释(一)第4条提供了很好的经验:“合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法

[21] 转引自龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第120页。

[22] [德]拉伦茨:《德国民法总论》,王晓晔等译,法律出版社2004年版,第261页。

[23] 同注22引书,第280-281页。

[24] 同注22引书,第282页。



规、行政规章为依据。”<sup>[25]</sup>其次,要规定“法官裁判的义务”,即法官不得以“没有法律规定”为由拒绝裁判。再次,应规定法官解释法律的一般规则。最后,应规定举证责任。举证责任不是民事诉讼法的任务,而是实体法的问题。我国的侵权责任法对有些举证责任是有规定的,例如,过错推定中的举证责任等。但是,举证责任应作为所有请求救济的一般原则和“公因式”规定在民法典的总则中。

#### (四) 总则中的特殊问题分析

##### 1. 关于民事主体中的问题

民事主体是民法典总则的一般内容和公因式是没有争议的,但是,下列问题应特别引起注意:

##### (1) 权利能力的法律地位属性

我国未来民法典总则应该坚持《民法通则》开创的“民事主体地位平等”原则,而“权利能力”就是主体地位的标志,因此,应该继续坚持民事主体权利能力平等。这就要求把“权利能力”作为主体在私法中的地位看待,而不等同于做某事的资格。尤其不能将权利能力分解为各个能够去做某事或者不能做某事,或者不能取得某种权利的资格,例如,“结婚权利能力”、“取得矿产资源的权利能力”、“取得建筑资质权利能力”等等,这些实质上都是与民事主体的主体地位不相干的事情,是法律根据某种政策对民事主体具体行为的限制。民法典总则应明确权利能力的平等性、不可剥夺性和不可限制性。

##### (2) 我国未来民法典中的团体性人格问题

我国未来民法典对于主体应作“二元论”(自然人与法人)规定还是“三元论”(自然人、法人、合伙及其他组织)规定?从目前我国立法和学理看,我国未来的民法典应该是“三元论”的主体格局。对于法人来说,未来民法典应规定“财团法人”。因为这种法人类型越来越多而且越来越重要,尤其是在随着人们对公益事业的积极性和关注度日益增长的今天,特别需要对这种法人类型进行民事基本法规范,而不应仅仅局限于个别的法规。发生于广西横县并引起全国关注的“余辉遗产纠纷案”就是一个很好的例证。基本案情是:1995年7月,广西横县地方税务局公务员余辉经医院确诊患上慢性白血病,医院认为应进行骨髓移植,手术费用大概在25-30万元之间。余辉的家人无法支付这一高额费用。为筹集医疗费,地税局及余辉的母校广西经济管理干部学院为其捐款1万多元,远远不够。于是,横县地方税务局经余辉和上级部门同意向全国部分税务机关发出“紧急求援信”,并成立“抢救余辉资金管理委员会”对捐款的使用进行监督。求援信发出后,全国各地的捐款不断寄来,捐款的用途大多都是“捐款”、“捐给余辉治病”、“余辉医疗费”等。截止1996年6月5日,共收到捐款193笔,计22万余元。余辉因故未能进行骨髓移植,于1998年11月2日病亡。除去医疗费和丧葬费尚余捐款14万多元人民币。余辉去世后,其父余其山认为,捐款余额属余辉生前受赠与而取得的财产,应由自己继承。而横县地税局认为,该局的“紧急求援信”明确指出,募捐是为余辉进行骨髓移植,但余辉没有进行骨髓移植,因此该款不能挪作他用,更不能把该款项作为余辉的遗产由其继承人继承。2000年5月,余其山向横县法院提起诉讼,请求法院判令横县地税局将捐款余额交付自己。2001年12月,横县法院作出一审判决驳回余其山的诉讼请求。2002年4月,余其山向南宁地区中级法院提起上诉。同年7月29日,南宁地区中级法院作出撤销一审判决;由横县地税局将捐款余额给余其山。<sup>[26]</sup>随后,横县地税局以二审判决错误为由提请广西区检察院抗诉。广西区检察院审查后认为,南宁地区中级

[25] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释[1999]19号)(1999年12月1日最高人民法院审判委员会第1090次会议通过)。

[26] 参见阿成:“爱心捐助能否当作遗产”,载《京华时报》2002年11月3日,第7版。

法院对此案的民事判决适用法律不当,判决错误。2003年3月18日,广西区检察院依法向广西区高级人民法院提出抗诉。广西壮族自治区高级人民法院作出终审判决,驳回余其山将爱心捐款作为其子余辉的遗产继承的诉讼请求。<sup>[27]</sup>实事求是地说,这一判决是存在问题的,笔者认为,南宁地区中级法院对此案的民事判决适用法律恰恰是正确的,因为,所有捐款人捐款的意思表示是指向谁的?有些甚至明确是“捐给余辉治病”、“余辉医疗费”等。广西壮族自治区高级人民法院作出终审判决却忽视了一个重要的问题:横县地税局这样一个公法人是一个能够接受捐款的适合主体吗?这恰恰说明了没有财团法人带来的问题。

另外,要明确在我国大量存在的“集体经济组织”的主体地位及属性,因为司法实践非常需要明确之。在我国法上,“集体经济组织”属于民事主体应该没有疑问,因为它本身就是集体土地的所有者。但它属于哪类主体?是法人还是第三类民事主体?笔者认为,应该按照法人对待,因为它符合法人成立的要件:有自己的财产、住所、财产、决策机关和代表机关,能够独立承担责任。

在第三类民事主体中,应规定“合伙与其他无权利能力的社团”。在我国现行立法中,有一种非常不规范的用语:“其他非法人组织”。这种称呼很不符合民法的规范,因为在民法上“权利能力”是主体的标志,用有无权利能力来衡量团体的主体性更符合民法规范。因此,未来民法典应用“无权利能力的社团”来替代“其他非法人组织”。而合伙不属于社团这一范畴,应单独规定。

未来民法典关于合伙的规定,应保持今天《民法通则》的格局,即应区分民事合伙与商事合伙,在民法典中仅仅规定民事合伙合同,即合伙是民事主体的合同关系,但要对第三人承担连带责任。商事合伙则由单行法来规定,即合伙企业法来规范。为什么说我国《民法通则》就已经形成了民事合伙与商事合伙的格局呢?《民法通则》第33条规定:“个人合伙可以起字号,依法经核准登记,在核准登记的经营范围內从事经营。”实际上,就已经区分了民事合伙与商事合伙,即不起字号的,仅以合同关系为纽带而存在的,即为民事合伙。同时,民事合伙适用《民法通则》第32条的规定:“合伙经营积累的财产,归合伙人共有。”而起字号的,要进行登记,就是商事合伙。当然,为了配合民事合伙的规定,在合同部分,要将合伙合同作为有名合同来规定,而不再是无名合同。

### (3)将“人格权”规定于自然人主体之下

关于人格权是否应当作为权利对待,以及人格权应如何规定在未来的民法典中,是很有争议的问题。从现在的趋势看,人格权是必须要规定的。笔者认为,人格权应当规定在第一编中的“自然人”之下而不是独立成编,原因是:①强调人格权是自然人的尊严和价值的体现,与自然人不能分离,人格权只能为自然人享有,而不能为其他主体,如法人或者合伙所享有。如果说法人与合伙也有尊严,那么这样一个结论就颠倒了迄今为止所有的哲学所倡导的人与非人的区别;②强调人格权客体的独特性,即人格权的客体与物权、债权不同,物权与债权的客体是人的“身外之物”,而人格权客体却是属于本身的东西。

### 2. 关于民法基本原则的规定

新中国的民事立法,不知从什么时候开始形成了一个惯例,即第一章一般都是“基本原则”的规定。例如,《民法通则》第一章是“基本原则”的规定;《合同法》第一章是“基本原则”的规定;《物权法》第一章也是基本原则的规定;《婚姻法》的第一章也是“基本原则”的规定。只有《继承法》和《侵权

[27] 广西壮族自治区高级人民法院民事判决书(2003)桂民再字第84号。

责任法》的第一章不十分像“基本原则”的规定,而是有许多“规范的补充性”规定。那么,未来的民法典应否规定“基本原则”呢?这就不得不涉及一个这样的问题:法律为什么要规定“基本原则”?对此问题,在我国许多学者的著作或者教科书中都无数次地论证了充分的理由,<sup>[28]</sup>但笔者在这里要说的是一个比较法上的奇怪现象:像德国民法典等大陆法系国家的民法典一般都没有专门的“基本原则”的规定,甚至像被我们常常挂在嘴边的“诚实信用原则”也不是在总则中规定的,而是在“债编”第242条作为债务履行的要求规定的,但他们的司法实践中使用诚实信用原则的案例却非常多;而我们几乎每一部法律都规定了基本原则,且学者论述也是汗牛充栋,但司法实践中使用的却非常少。这种对比说明了什么?这恐怕与我们的立法技术有关:我们将基本原则规定于“规范之外”,使其失去了规范的作用,而是在规范之上的“神坛”。所以,法官一般不用,也不知道如何用。因此,在我国未来的民法典中,有两个方案可供选择:一是像德国民法典那样,不直接规定基本原则,而是将其寓于规范之中,从规范中体会基本原则;另一方案就是维持现在的立法惯例,在未来民法典中规定基本原则,但不能再像花瓶一样做摆设,而是应当规定在法律无具体规定时,如何从中推演出规范以能够适用于具体案件,即授权法官利用基本原则“造法”。例如,我国《合同法》没有规定“情事变更”的规范,但现在的经济发展急剧变化,司法实践需要这样的规范,从何而来?我国最高法院的做法是“从天上请下来”,使人感到很突兀。如果我们能够从合同法或者民法通则的某项基本原则中“请出来”的话,是多么的从容!就如德国法院从法律行为基础入手来解释“情事变更”一样,是“情事变更”是“法律行为基础丧失”,这一问题早就已经在法律行为的制度之中的。例如,我国《合同法》第5条规定的是“公平原则”,第6条规定的是“诚实信用”原则,从这两条中难道不能推演出类似“情事变更”这种东西吗?还需要请一个“天外来客”?这种“天外来客”式的做法,也更加能够反证:我国法上的基本原则“基本”上是没有任何价值和意义的。

我们要规定基本原则,就要让其具有意义,即授权法官以基本原则立法,发挥基本原则的功能——填补法律漏洞。如果不能从中造出规范,它如何能够填补法律漏洞。

### 3. 关于法律行为

“法律行为”这一概念自1986年《民法通则》就有规定,应该说也是法律工作者比较“熟悉”的概念。但遗憾的是,在适用过程中,这一“熟悉”的概念却远离了它应该适用的范围,即它应该是“合同”、“遗嘱”和“婚姻”的上位概念和公因式,但这些具体的制度却远离了它。我们来看看《合同法》第2条关于“合同”的概念是如何规定的:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”《合同法》把“合同”定义到“协议”中而不是“法律行为”中,因此,在适用合同法的时候,许多人都意识不到将合同法的规则与民法通则中的法律行为联系起来。如果未来的民法典之“总则”规定了“法律行为”,“债”的部分规定合同,是否还会出现这样的割裂性认识呢?如果真的如此,民法总则的设计思想和基本功能将丧失。

基于这样的经验教训,建议我国未来的民法典总则要规定一个规范之补充:“本法有关法律行为之规定,适用于合同、遗嘱、婚姻以及其他与意思表示有关的行为,但法律另有规定的除外。”

另外,在法律行为部分是否应当明确一个在学理和实践中有争议的问题——物权行为之独立性及有因无因的问题。尽管从逻辑上说,如果法律行为是其他各编的公因式,则法律行为不仅在债编产

[28] 在这里,笔者不想再重复和啰嗦这些理由,实在是充分。

生效果,而且也在物编产生效果,那么,物权行为与债权行为的区分就是一个逻辑问题,即必然会存在的区分。近年来的司法实践,特别是司法解释基本上承认了物权行为的独立性。<sup>[29]</sup>这一成果是否应该明确规定在“法律行为”中?还是通过规范隐含在具体的规范中?笔者认为,既然存在这么多的争议,应该在总则中明确规定这一问题。

在“代理”中,要明确的问题是:(1)基础关系与代理权授予之间的关系。其实,从我国目前的立法的格局看,基础关系与代理权的授予是分离的:《合同法》规定了委托合同,属于合同关系,也是代理的基础关系。而《民法通则》规定了代理权的授予,是单方法律行为。但在实践中,往往不作出区分,直接在委托合同中规定代理权问题。因此,有必要作出区分。(2)代理的对象。代理是否仅仅限于法律行为和准法律行为的代理?非法律行为能否代理?这一点是有争议的,建议在民法典之总则中明确。(3)对代理人行为能力之要求。一个限制行为能力人能否作为代理人?一般来说,由于以下两个原因,代理人的行为能力并不影响代理的效果:其一,行为能力之制度价值在于保护未成年人及其他有行为能力障碍的人之利益,而代理的结果归被代理人所有,不影响代理人利益;其二,代理权的授予属于单方法律行为,只要求授权人具有行为能力即可。因此,《德国民法典》第165条规定:“由代理人作出的或者对代理人作出的意思表示的有效性,不因代理人为限制行为能力人而受到影响。”我国台湾地区“民法典”第104条也有同样的规定。但我国大陆的《民法通则》及《合同法》尽管都有关于代理的规定,却都没有这样的规范,在实践中出现了大量的问题,一般认为,限制行为能力人不能作为代理人。因此,未来的民法典应规定之。

#### 4. 关于诉讼时效

在我国未来的民法典中,诉讼时效究竟应该规定于总则部分,还是规定在债法部分?这与我们对“请求权”这一概念的认识有关。

众所周知,德国民法典的诉讼时效问题是规定在总则中的且适用于请求权,但其请求权的概念与我们不同。在德国民法典中,“请求权”实际上是一个“公因式”。德国民法典是以“潘德克吞”法学体系为其理论基础的,而温德沙伊德的整个权利体系是以“请求权”为中心建立起来的。<sup>[30]</sup>但温德沙伊德的“请求权”却与我们今天理解的一般意义上的请求权不同。他认为,主观权利<sup>[31]</sup>往往具有双重含义:第一种意义上的权利是一种针对他人的意思力,即“要求与权利人相对的世人或者特定的人行为(作为或者不作为)的权利”。在这种情况下,法律秩序基于具体的事实要件,业已宣布了一条命令,要求作出一项特定种类的行为,并将该命令交予其为之宣布命令的人。属于这一类的权利,就是请求

[29] 例如,我国《物权法》第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2012]7号)(2012年3月31日最高人民法院审判委员会第1545次会议通过)第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”

[30] 参见金可可:“温德沙伊德论债权与物权的区分”,载《中德私法研究》2006年第1卷,第162页。

[31] 主观权利的相对概念是客观权利,关于权利的主观性及客观性的争议问题在于:权利是相对于法律独立存在的,抑或权利仅仅是法律规范的客观效果?对此问题的不同回答,就区分为主观权利说与客观权利说两个不同的思想流派。主观权利说主张:权利(主观权利)是指民事主体的个体权利,权利源于人性本身,法律仅仅是为保护个体权利的目的而存在的。因此,必须承认权利相对于法律的独立存在性及优势地位。而客观权利论者认为:权利仅仅是社会规则的个体结果,权利是法律规则的副产品,个人的所谓权利、自由等仅仅是法律规则作用于个人的客观效果,仅存在规则而不存在权利。由于大陆法系的民法典都是以“权利为本位”原则构建的,因此,一般认为,是主观权利观的体现。

权,或者是针对特定人的请求权,或者是针对不特定世人的请求权。第二种意义上的权利,是一种无涉于他人的意思支配,例如,所有权人有出让其所有物的权利,债权人有权转让其债权的权利,某缔约人有合同解除权或者终止权。这时,“权利”一词所指的就不再是第一种含义了,而是指权利的行使,是为了形成、变更或者消灭第一种意义上的权利。属于这一意义上的权利,主要有支配权、形成权。这样,温德沙伊德事实上将权利分为两个类型:第一个意义上的权利是请求他人行为的权利,而另一种意义上的权利是自己行为的权利。由于温德沙伊德虽然提出了请求权的概念,但却从未使用支配权这一术语。所以,他的权利体系是以请求权为中心的。<sup>[32]</sup> 按照这一观念,我们今天把请求权作为与支配权相对而适用是否正确不无疑问,因为,请求权与支配权实际上是债权或者物权都具有的两种属性,例如,物权可以是请求权——请求世人不作为的权利(请求他人不作为),也可以是支配权(自己行为);债权可以是支配权——债权转让,也可以是请求权——请求他人作为。

温德沙伊德的“请求权”具有如下特征:(1)请求权是一切权利都具有的某种强制性因素,通过请求权,权利人可以要求他人服从自己的意志;(2)请求权作为一种强制因素,却并不等于诉权。相反,请求权是一种纯粹的实体权利。虽然诉权往往是请求权的当然结果,但请求权本身并不包括诉权的因素,从而与诉权相分离。<sup>[33]</sup>

正是因为“潘德克吞”法学体系中的请求权的上述概念,决定了它是一个“公因式”而规定于总则中。因此,《德国民法典》第194条规定:“向他人请求作为或者不作为的权利(请求权),受消灭时效的制约。”陈卫佐教授在解释这一条时指出:请求权可以分为债法上的请求权、物权法上的请求权、亲属法上的请求权和继承法上的请求权。请求权是一个将德国民法典所有五编贯穿起来的法律概念,典型地体现了德国民法典的体系性和逻辑性。<sup>[34]</sup>

在我国,诉讼时效适用范围问题颇有争议,主要体现在:诉讼时效是否应适用物权请求权(诉讼时效适用于债权请求权是没有争议的)?主要有三种观点:(1)否定说,即物权及物上请求权不适用诉讼时效。<sup>[35]</sup>我国台湾地区“民法典”虽从《德国民法典》之立法体例,但也有许多学者反对将诉讼时效适用于物上请求权,如史尚宽先生就认为:“基于所有权的物上请求权,是否得因时效而消灭,议论不一。余曾主张得因时效而消灭,然其性质上在所有权存续的限度,不断发生,应解为不因时效而消灭。”<sup>[36]</sup>(2)肯定说,即物上请求权应适用诉讼时效。<sup>[37]</sup>(3)折衷说,该说认为,诉讼时效应适用部分物上请求权。但究竟应当适用于哪些物上请求权,学者之间存在争议。<sup>[38]</sup>

从我国最高人民法院关于诉讼时效的司法解释<sup>[39]</sup>看,其态度是将诉讼时效仅仅适用于债权性请求

[32] 同注30引书,第162-164页。

[33] 同注30引书,第168页。

[34] 参见注16引书。

[35] 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第154页;徐晓峰:“诉讼时效的客体与适用范围”,载《法学家》2003年第5期。

[36] 史尚宽:《物权法论》,荣泰印书馆1979年版,第57页。

[37] 程啸、陈林:“论诉讼时效客体”,载《法律科学》2000年第2期。

[38] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第242页;柳经纬:“关于时效制度的若干理论问题”,载《比较法研究》2004年第5期;陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第102页;李建华等:“论我国物权请求权诉讼时效制度的立法选择”,载《法学评论》2003年第5期。

[39] 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释[2008]11号)(2008年8月11日最高人民法院审判委员会第1450次会议通过)。

权。该《解释》第1条明确规定：“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：（一）支付存款本金及利息请求权；（二）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；（三）基于投资关系产生的缴付出资请求权；（四）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。”

但是，如果我们仔细来解读《民法通则》第135条的规定，却很像德国民法典。该条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”由此可见，似乎所有的民事权利都受到诉讼时效的制约。更奇怪的是，《民法通则》第139条还规定了“请求权”：“在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。”如果按照第135条的含义，第139条的“请求权”就应该作出如同德国民法典总则中的“请求权”的解释。但我国的立法、司法和学理却没有作出这样的解释。又加之，我国立法从来不保留立法理由书，也就无从知道这两条规定的真实含义了，也就导致了学理上的争议。

在我国未来的民法典中，如何规定诉讼时效问题，取决于我国民法典的结构。要么作为公因式规定在总则部分，要么将诉讼时效规定于债编而将取得时效规定于物编。如果是第二种方案，当物编、继承和婚姻涉及到请求权时，或者单独规定，或者准用诉讼时效的规定。其实，如果这样对比，还是公因式的方式可能更加方便。

不管我国未来民法典如何设计诉讼时效的立法模式，下列问题必须明确规定：一是适用对象；二是不仅应当规定诉讼时效的中断、中止，还应规定诉讼时效的不开始计算、停止计算或者不完成；三是计算开始的起点，改变现在的“从权利人知道或者应当知道自己的权利被侵害之日起计算”的一般方法，应该为“从权利能够行使时开始”，即不仅知道或者应当知道自己的权利被侵害，还要知道谁是被告；四是诉讼时效期间经过后的法律后果，不能再像《民法通则》第135条那样，让许多学者理解成为“丧失胜诉权”。<sup>[40]</sup>在此，德国民法典第214条-216条的规定，可以借鉴。该法典第214条规定：“（1）消灭时效完成后，债务人有拒绝给付的权利。（2）为满足已经完成消灭时效的请求权而给付的一切，即使是在不知道请求权已经完成消灭时效的情况下给付的，也不得请求返还。债务人的符合合同规定的承认以及提供的担保，亦同。”第215条规定：“请求权在首次可以主张抵销或者拒绝给付之时，尚未罹于时效的，消灭时效的完成不排除抵销及主张留置权。”第216条规定：“（1）抵押权、船舶抵押权或者质权所担保的请求权之完成消灭时效，不妨碍权利人就设定担保的标的物中求偿；（2）某项权利为担保请求权而被取得的，不得基于请求权消灭时效完成而请求返还。所有权保留，即使被担保的请求权已经完成消灭时效也可以解除合同。”

##### 5. 民事责任问题

我国未来民法典之总则中，不应统一规定“民事责任”，因为：民事责任不是民法之“公因式”，不同的权利都配置了自己的救济措施，依靠权利自身不能救济的部分一般都交给侵权行为之救济。例如，就物权来说，其自身配置的就是：停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产；而赔偿损失是侵害物权后依靠上述物权法自身配置的几种措施无法自己救济时，寻求侵权救济的措施。就合同权利自身

[40] 许多学者在解释该条规定的含义时，就解释为“胜诉权消灭主义”。但是，如果仔细对照一下司法实践，就会发现这种解释的错误所在：在实践中，经过诉讼时效期间的债权仍然可以起诉，法院也受理并且收取诉讼费用，但债权人却不能胜诉，那么，债权人为什么明知不能胜诉还要起诉呢？实际上，我国最高人民法院的司法解释及法院的司法实践采取的是德国式的“抗辩权发生主义”，即债权人可以起诉，也可能胜诉，条件是债务人不知诉讼时效已经经过或者虽然知道但出于某种考虑而不主张时效抗辩。

的救济措施是:解除合同、继续履行、恢复原状、修理、重作、更换、赔偿损失、支付违约金等;侵权法的救济措施主要就是损害赔偿(赔礼道歉仅仅能够作为非同质救济的特殊救济手段使用),而侵权法中的损害赔偿与合同法救济的赔偿损失差异性多于共同性。我国《民法通则》第134条规定了民事责任,但是,我们发现,这些所谓责任方式,不过是一种“综合”而非公因式。另外,这些所谓责任,要么是债权请求权,要么是物权请求权(赔礼道歉应该属于哪种情形,要取决于我们对它的理解和赔礼道歉的方式了。因为如果被告不赔礼道歉,后果如何?如果是仅仅通过登报声明道歉的话,那就是消除影响或者恢复名誉。那就不是真正的赔礼道歉,而是属于原告要求被告为特定行为的债权请求权了)。

### 三、结论

在以抽象方式提取公因式为立法技术决定的民法典总则,必须对总则以下各编具有“普适性”,能够作为整个民法典的灵魂而统领整个民法典,因此,不能任意地将一种概念或不相干的制度生硬地“塞入”民法典总则。同时,这种公因式提取的技术也会影响“编”的设置:不能随意设编。设编越多,公因式就越少,就会出现这样一种局面:要么总则由几个高度抽象的概念组成,要么降低普适性而保留更多的内容,但却使总则不具有公因式的作用。这对我国未来民法典之编纂或许具有启发意义。

#### On the Legislative Technique of General Principles of Civil Code and the Content Which Determines by

Li Yongjun

**Abstract:** The fourth plenary session of the 18th Communist Party of China decides to compile the Civil Code, and it is a specific strategy of implementing the guideline of “genuine rule of law”. And the system and the structure of the Civil Code, especially the content of the general principles in Civil Code which are determined by both the mode of structure of the codex and the technology of the codex, is particularly significant. General principles of the Civil Code is the “convergence” in an abstract way to extract the “common factor” from various parts, and it needs to have the “universality” for the parts under the general principles, and it is the common and important things for the parts. This will require the content of general principles to be well-designed, so that it can dominant the entire Civil Code as the soul of it. “Legal Relationship” is a core concept whether from the view of a legal analysis view or of a law application, so that the content of general principles in the future Civil Code should be focused on it; that means the subject, the object, the content (rights, the acquisition of right (legal act or non-legal act), and the realization of rights will be the basic content of general principles. Meanwhile, the general principles should be expressed by the way of “standard”, and all slogan or political oath which diverge from “standard” should be abandoned.

**Keywords:** civil code; general principles; common factor; legal relationship; claim

(责任编辑:丁洁琳)

# 德国民法典编纂的组织方式

陈卫佐\*

**摘要:**长达 22 年的德国民法典编纂有其历史背景、理论准备、政治环境和立法前提。它采取了由法律家主导的民法典编纂委员会的组织方式:联邦参议院先后设立了预备委员会、第一委员会、第二委员会和司法委员会,形成了专家意见书、附“理由书”的第一草案、附“议事录”的第二草案和附“陈情书”的第三草案;帝国议会也设立了专门委员会。这种由法律家主导的民法典编纂委员会的组织方式有利于充分发挥法律家在民法典草案起草过程中的主导作用,并能够尽可能地排除来自公权力机关的干扰。为了编纂中国民法典,可由全国人大常委会设立专门和独立的民法典编纂委员会,其主要成员为法律家,包括法学教授、资深法官、资深律师和长期从事立法工作的国家公务员。

**关键词:**民法典草案 编纂委员会 组织方式 法律家

法典编纂的结果是法典,是国家立法机关所通过的制定法的最高形式。法典编纂理念作为人类社会发展到一定阶段的特定历史现象,<sup>[1]</sup>塑造了现代大陆法国家的法律传统,也给全世界的法律思想打上了清晰的烙印。德国民法典因其在获得通过之前进行了长期、充分的理论准备和深入、细密的学术研究而成为它所代表的法典编纂类型最为成熟的立法成果。与法国民法典、奥地利民法典、瑞士民法典一样,德国民法典在全球范围内享有盛誉,并获得了一些国家的认可和继受。<sup>[2]</sup>在系统性、逻辑性、科学性和立法技术方面,德国民法典比其他著名的民法典更胜一筹。鉴于中国自清末民初以来的民事立法、民法教学与研究向来沿袭德国民法典的知识体系,研究和揭示德国民法典编纂的组织方式,对于正在进行的中国民法典编纂无疑具有重大的启示意义和借鉴作用。

本文通过探讨德国民法典编纂的组织方式,主要回答民法典编纂如何组织的问题。为此,本文在简单地回顾德国民法典编纂的历史背景、理论准备、政治环境和立法前提之后,按时间先后顺序逐一述评德国民法典编纂过程中不同时期的各个委员会及其相应的工作成果,并就由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式及对中国民法典编纂的启示进行总结、展望和建议。

---

\* 清华大学法学院教授,法学博士,德国马克斯·普朗克外国私法与国际私法研究所“洪堡学者”(2012年1月1日至2014年9月15日)。本文系2014年国家社会科学重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”(项目批准号:14ZDC018)的阶段性成果。

[1] See Helmut Coing, *An Intellectual History of European Codification in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, in *Problems of Codification* 17 (S. J. Stoljar ed., The Australian National University 1977).

[2] 例如,德国民法典影响了1916年的巴西民法典(设有总则编)、1929年至1930年公布的中华民国民法典和1940年公布、1946年生效的希腊民法典。此外,1896年和1898年颁布的日本民法典(自1898年7月16日起施行)受到了德国民法典(主要是其第一草案)和法国民法典的影响,而1907年通过、1912年生效的瑞士民法典也受到了德国民法典的影响。最后,奥地利于1914年至1916年修改了其《一般民法典》,以便将德国民法典的一些理念纳入其中。See E. J. Cohn, *Manual of German Law* vol. 1, 25-26 (2d ed., 1968). Voir aussi René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1950, p. 254.



## 一、德国民法典编纂的历史背景、理论准备、政治环境和立法前提

自1900年1月1日起作为整个德国的统一私法而施行的德国民法典,是德国立法者和法律家在民法领域长期进行法典编纂的结果。在它施行之前的数百年时间里,德意志诸邦曾经有过施行于各邦领土内的不同私法:德意志第一帝国(911年至1806年)境内不同的邦以及德意志邦联(Deutscher Bund,1815年至1866年)、北德意志联邦(Norddeutscher Bund,1867年至1870年)的成员邦,各自施行着独特的私法法典,如在巴伐利亚施行的1756年《马克西米利安法典》,自1794年6月1日起在普鲁士境内易北河以东各省、威斯特法伦、东福利西亚以及莱茵河与易北河之间一些较小的地区施行的《普鲁士诸邦一般邦法》,<sup>[3]</sup>在阿尔萨斯、洛林和莱茵河左岸地区施行的1804年《法国民法典》(《拿破仑法典》),自1810年起在巴登大公国施行的1809年《巴登邦法》(它几乎是《拿破仑法典》的德译本),1811年6月1日正式公布、自1812年1月1日起在奥地利和巴伐利亚的一小部分(马克特雷德维茨)施行的《一般民法典》,以及自1865年3月1日起在萨克森施行的1863年《萨克森王国民法典》,<sup>[4]</sup>等等。除这些独特的私法法典以外,在德国境内的一些地区还施行着古老的德意志特别法,如1603年的《汉堡都市法》、1755年的《美因茨邦法》<sup>[5]</sup>以及在吕贝克和石勒苏益格-霍尔施泰因部分地区施行的吕贝克法。<sup>[6]</sup>这种私法的不统一极大地阻碍了德意志诸邦之间的跨境贸易和经济往来。各邦的商人尤其盼望早日实现全德国私法的统一。在政治上,19世纪初的德国一直存在统一国家的努力,而与之相平行的则是实现德意志民族法律统一的努力。

在为数众多的地方特别法之外,被继受了罗马法,即所谓“共同法”(Gemeines Recht,又译“普通法”),也被作为辅助性的法来适用。众所周知,罗马法在公元6世纪被主要规定于优士丁尼皇帝(公元527-565年在位)的《国法大全》(Corpus Iuris Civilis),内容包括《法学阶梯》(具有法律效力的教科书)、《学说汇纂》(拉丁文作Digesta,德文作Digesten,希腊文译名的音译为“潘德克吞”)<sup>[7]</sup>《优士丁尼法典》(当时正在施行的法律的汇编)和《新律》(优士丁尼皇帝所颁布的各种法律),几经更改,影响了整个欧洲大陆的民法学。在中世纪盛期,罗马法在意大利的博洛尼亚(波伦亚)、帕多瓦、那不勒斯、皮亚琴察大学,法国的蒙彼利埃、图卢兹、奥尔良、阿维尼翁大学,西班牙的帕伦西亚、萨拉曼卡、莱里达大学,英格兰的剑桥、牛津大学,以及波西米亚地区的布拉格大学被研究、传播和整理。<sup>[8]</sup>罗马法

[3] 《普鲁士诸邦一般邦法》(Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten),简称《普鲁士一般邦法》(Preußisches Allgemeines Landrecht),在一些翻译文献里也被译成“普鲁士普通邦法”。“邦法”(Landrecht)是中世纪沿用下来的名词,意思是“全国通用的法”。下文的“巴登邦法”亦同。参见《新德汉词典》,上海译文出版社1999年版,第715页。

[4] 在德国民法典诞生之前,1863年的《萨克森王国民法典》是在德意志诸邦境内制定的最后一部民法典。Vgl. Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, München/Berlin 1952, § 2 VII 2.

[5] Vgl. Köhler, BGB Allgemeiner Teil, Prüfe dein Wissen, 23. Aufl., 2004, S. 1; Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 38. Aufl., 2014, § 3 Rn. 1-2; Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, München/Berlin 1952, § 2 VII 3.

[6] Vgl. Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1989, § 1 II.

[7] “潘德克吞”(Pandekten)是《学说汇纂》(拉丁文Digesta,德文Digesten)的希腊文译名的音译。它后来成为受《学说汇纂》影响的19世纪德国民法科学的别称。

[8] Vgl. Gebhard Rehm, Rezeption, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 1300.

在15、16世纪被德国所继受。到了中世纪后期,罗马法在理论上和实践上与德国当时的时代条件相适应(“《学说汇纂》的现代运用”,*usus modernus pandectarum*),逐渐演变成所谓“共同法”。〔9〕19世纪德国的学说汇纂法学尤其致力于在科学上深入研究“共同法”及其古典的罗马法法源。德国民法学上的学说汇纂法学传统对德国民法典的制定产生了深远的影响。

制定一部统一民法典的理论准备工作,可以追溯到19世纪初。1814年,在海德堡大学罗马法教授、哲学学派的代表人物蒂博(Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772-1840)〔10〕和历史法学派的创始人兼代表人物萨维尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861)之间,发生了著名的民法法典编纂论战。主张制定德意志诸邦的统一民法典的蒂博在其纲领性文章《论一般市民法对德国的必要性》〔11〕中,强调了民法的法典编纂对德意志民族自我认识的意义。而对法典编纂持反对观点的萨维尼则在其著名的纲领性论著《论立法与法学的当代使命》〔12〕中认为,法典编纂是对法的历史特性及法的发展的任意、武断和“非有机”的干涉;法律统一必须以法的“有机的”趋同以及“有机地”渐进成长的法学为基础。虽然这场关于制定统一民法典的论战以萨维尼及其所代表的历史法学派的胜利而告终,在一定程度上延缓了19世纪德国民法法典编纂运动的进程,但历史法学派的兴起并不是延缓民法法典编纂运动进程的唯一原因。使这一法典编纂运动速度放慢的,主要还是政治上的原因:当时的德国像瑞士、意大利等其他欧洲大陆国家一样,尚未实现国家的统一,而复辟后重返政治舞台的统治者则认为法典编纂是对其统治合法性的一种威胁。〔13〕尽管如此,统一国家的努力在19世纪上半叶的德国从未停止过,这使得编纂全德国统一的民法典的计划首先在政治上受到了激发。国家统一的推动者主张把民法典理解成国家统一的象征,理由是法律的统一象征着国家的统一。到了19世纪中叶,关于编纂全德国统一的民法典的必要性的广泛共识业已达成。在法兰克福保罗教堂举行的德意志国民议会于1849年3月28日颁布了一部宪法(史称“保罗教堂宪法”〔14〕),要求通过制定统一的民法典、商法典、票据法典、刑法典和诉讼程序法典来奠定德意志民族法律统一的基础,但该宪法并没有生效。〔15〕虽然从1848年起就存在一部《德意志一般票据法》,从1861年起也存在一部《德意志一般商法典》,但它们必须在德意志邦联和北德意志联邦的成员国里通过特别立法才能生效。直到1871年,当德意志第二帝国〔16〕成立时,法律统一的宪法上和政治上的前提才真正得以具备。起初,德意志第二帝国仅

〔9〕 Vgl. Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2011, Rn. 30.

〔10〕 新华通讯社译名室编的《德语姓名译名手册》(商务印书馆1999年版,第613页)将Thibaut译成“蒂鲍特”。但是,该姓氏原本是法国姓氏,在德文里也按法语发音,因为蒂博和萨维尼都是迁居德国的法国胡格诺教徒(Hugenotten, 16至18世纪法国天主教徒对加尔文派教徒的称呼)的后代。所以,笔者认为采用“蒂博”的译法比较好。德国著名的《布罗克豪斯百科全书》(Brockhaus - Die Enzyklopädie in 24 Bänden, 20. Aufl., 1999, 22. Band, S. 32)还专门给出了该姓氏的发音:[t'i'bo]有些中文翻译文献把它译成“蒂堡特”或“蒂堡”,既不符合法语发音,也不符合上述《德语姓名译名手册》和通常所采取的翻译原则,因而是缺乏根据的。参见《法汉词典》,上海译文出版社1979年版,第635、1446页。

〔11〕 Anton Friedrich Justus Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814.

〔12〕 Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814; 3. Aufl., 1840. 中译本见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版。

〔13〕 Vgl. Jan Peter Schmidt, Kodifikation, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 986-990.

〔14〕 RGBl. 1849, 101.

〔15〕 Vgl. Dieter Leipold, BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, Rn. 67; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2011, Rn. 31.

〔16〕 从1871年至1888年,德意志第二帝国被非正式地称为“俾斯麦帝国”。

在债法、商法和票据法领域享有立法管辖权。1873年12月20日的“米克尔-拉斯克法”(lex Miquel-Lasker<sup>[17]</sup>)<sup>[18]</sup>的通过,使帝国最终获得了对整个民法领域的立法管辖权,从而在立法权限上为德国民法典的创制铺平了道路。<sup>[19]</sup>

## 二、预备委员会与专家意见书

1874年2月28日,一个关于编纂民法典的计划和方法的预备委员会(Vorkommission)被联邦参议院任命成立。其成员是5名高级法官:戈尔德施密特(Levin Goldschmidt, 1829-1897)、冯·屈贝尔(Franz Philipp von Kübel)、冯·韦伯(Anton von Weber)、冯·诺伊迈尔(Ludwig Ritter von Neumayr)和冯·舍林(Hermann von Schelling)。预备委员会的总负责人是帝国最高商事法院成员、著名商法学家戈尔德施密特,<sup>[20]</sup>其余4名成员分别是符腾堡、萨克森、巴伐利亚和普鲁士的最高法院院长。预备委员会在当年4月15日就向联邦参议院提出了一份关于整部民法典的基本特征和所应适用的立法程序的专家意见书。<sup>[21]</sup>

## 三、第一委员会与第一草案及“理由书”

1874年6月22日,第一委员会(erste Kommission)受联邦参议院之命起草民法典草案。其11名成员全部是著名的法律家,包括两名法学教授和9名实务家(政府高级官员和高级法官)。两名法学教授中的一位是著名的学说汇纂学派罗马法学者温德沙伊德(Bernhard Windscheid, 1817-1892),<sup>[22]</sup>另一位是属于历史法学派的日耳曼法学者冯·罗特(Paul von Roth, 1820-1892)。<sup>[23]</sup>第一委员会的成员还包括3名政府高级官员和6名高级法官。<sup>[24]</sup>3名政府高级官员是:格布哈特(Albrecht Gebhard)、库尔鲍姆(Karl Kurlbaum)和冯·施密特(Gottfried Ritter von Schmitt);6名高级法官是:帝国高等商事法院院长帕佩(Heinrich Eduard Pape, 1816-1888)、出生于汉诺威的普朗克(Gottlieb Planck, 1824-1910)、冯·屈贝尔、约霍(Reinhold Johow, 1823-1904)、冯·韦伯和德沙依德(Gustav Derscheid)。第一委员会的总负责人是帕佩。<sup>[25]</sup>第一委员会的此种人员组成,一方面是为了使当时在德意

[17] RGL. 1873, 379.

[18] “米克尔-拉斯克法”是由帝国议会的两名民族自由主义议员米克尔(Johannes von Miquel, 1828-1901)和拉斯克(Eduard Lasker, 1829-1884)自1867年起多次提出动议的、旨在修改帝国宪法的一部帝国法律,它使得帝国的立法管辖权及于整个民法。

[19] Vgl. Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, München/Berlin 1952, § 3 I.

[20] 参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第199页。

[21] Vgl. Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2011, Rn. 34.

[22] 温德沙伊德自1874年起在莱比锡大学任罗马法教席教授,并卒于莱比锡。他著有著名的三卷本《学说汇纂法教科书》(或译为《潘德克吞法教科书》)(Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bd., Düsseldorf 1862-1870; 7. Aufl., 1891)。

[23] 参见[德]雅克布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第92、97页。

[24] Vgl. Palandt - Sprau, BGB, 74. Aufl., 2015, Einleitung, Rn. 5.

[25] 已故民法学家谢怀栻(1919-2003)先生在其所撰写的“大陆法国家民法典研究·第三节‘德国民法典’”一文中,称“起草德国民法典第一草案的委员会,以温德莎德为委员长”,并称“1874年6月22日,帝国参议院设立一个由11名委员组成的委员会(温德莎德担任委员长)”(参见《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第402、404页)。这是值得商榷的,因为温德沙伊德本人不仅没有担任该职务,而且于1883年10月提前退出了第一委员会。当然,不可否认的是,温德沙伊德及其《学说汇纂教科书》对德国民法典第一草案的起草起到了巨大的影响。

志诸邦境内施行的各主要私法体系(共同法、《普鲁士诸邦一般邦法》、法国法、巴登邦法和萨克森法)均在委员会里有其代表,另一方面是为了使其成员既有理论家又有实务家。举例来说,冯·罗特是德意志法的代表,而温德沙伊德则是学说汇纂私法的代表。<sup>[26]</sup>

第一委员会的商讨一律不对外公开。虽然第一委员会采用了1863年的萨克森王国民法典所开创的包含总则编的五编制体例,<sup>[27]</sup>但与萨克森民法典的编排顺序(总则、物权法、债法、亲属法和继承法)稍稍有所不同的是,第一委员会将债法编置于物权法编之前,形成总则、债务关系法、物权法、亲属法和继承法这样一个为学说汇纂法学所习见的<sup>[28]</sup>五编排列顺序。<sup>[29]</sup>起初,各编的起草工作分别由委员会的一名成员承担:总则编由格布哈特负责起草,债务关系法编由冯·屈贝尔负责起草,<sup>[30]</sup>物权法编由约霍夫负责起草,亲属法编由普朗克负责起草,继承法编由冯·施密特负责起草。<sup>[31]</sup>自1881年10月4日起,第一委员会的全体会议开始对各编草案进行共通性的商讨。温德沙伊德只参与这种共通性的商讨大约两年时间,便于1883年10月以其须履行在莱比锡大学的授课义务为由,提前退出了第一委员会。<sup>[32]</sup>在各编草案的基础上,1887年9月30日至12月底,第一委员会的全体会议对整个草案进行了总体性的修改。

在经过了长达13年的工作之后,第一委员会于1887年12月27日向帝国宰相提交了一份草案(史称“第一草案”)。1888年1月,第一草案和第一委员会的辅助性工作人员所汇集、整理和撰写的5卷“理由书”(Motive<sup>[33]</sup>)被呈递于联邦参议院。1888年1月31日,联邦参议院通过决议,将第一草案连同“理由书”公之于众,其篇幅长达4000余页。

第一草案一经发表,即受到全社会不同利益集团的代言人的猛烈抨击。较为一致的批评性意见是:第一草案过于倚重罗马法或“共同法”(即被继受了的罗马法),在内容上是“非德意志的”(undeutsch)、教条主义的和远离平民百姓的;在社会问题上落后的,甚至是“非社会的”(unsozial);其条文援引技术过于繁琐,而其语言风格和表达方式则是矫揉造作和难以理解的。第一草案公布后,社会主义法学家、维也纳大学民事诉讼法教授门格(Anton Menger, 1841-1906)于1890年发表了其名著《民法与无产阶级》,<sup>[34]</sup>对第一草案之欠缺社会性提出了尖锐的批评,以此表明拟定中的民法典严重忽略

[26] Vgl. Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2011, Rn. 30.

[27] 1863年的《萨克森王国民法典》是世界上第一部包含总则编的民法典,分为五编,但在《萨克森王国民法典》里,物权法编先于债法编。《萨克森王国民法典》以学说汇纂法学为基础,故有人称之为“一部用条款编成的学说汇纂法学教程”。参见[德]弗里茨·施图尔姆:“为德国法律统一而斗争——德国民法典的产生与《施陶丁格尔德国民法典注释》第一版”,陈卫佐译,载易继明主编:《私法》第1辑第2卷,北京大学出版社2002年版,第313-342页。

[28] Vgl. Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. II (19. Jahrhundert), Verlag C. H. Beck, München 1989, S. 20.

[29] 1896年获得通过的德国民法典最终文本也采取了总则、债务关系法、物权法、亲属法和继承法这一五编排列顺序,可谓在立法例上开了先河,被后来的一些民法典(如中华民国民法典和希腊民法典)所效仿。而日本民法典和1958年的大韩国民法典则仍旧采用1863年的《萨克森王国民法典》的五编排列顺序,即总则、物权、债权、亲属和继承。但无论是1896年的德国民法典的五编排列顺序还是1863年的《萨克森王国民法典》的五编排列顺序,都受到了学说汇纂法学体系的影响。

[30] 由于冯·屈贝尔在完成债务关系法编之一般债法(债法总则)的起草工作后不幸辞世,第一委员会的全体会议遂以1866年公布的《德意志一般债务关系法草案》(即《德累斯顿草案》,Dresdener Entwurf)作为商讨债务关系法编之特别债法(债法分则)时的基础。

[31] 参见注20引书,第200页。

[32] Vgl. Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650), Westdeutscher Verlag, Opladen 1989, S. 190.

[33] Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1-5, Berlin/Leipzig 1888.

[34] Anton Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen; Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1. Aufl., Tübingen 1890; 3. Aufl., Tübingen 1904, Nachdruck Goldbach 1997.

了“大街上的平民百姓”，且对劳动者的保护明显不足。著名日耳曼法学家吉尔克(Otto von Gierke, 1841-1921, 旧译“祁克”<sup>[35]</sup>)则在其发表于1889年的《民法典草案与德意志法》<sup>[36]</sup>中, 指责民法典第一草案的起草人一边倒地倚重罗马法, 而对德意志法思想遗产考虑不足, 特别是抛弃了一些源于德意志法的法律制度。此外, 学者贝尔(Otto Bähr)甚至提出了自己所草拟的完整的反对性草案。<sup>[37]</sup> 帝国司法部于1890年至1891年将人们对第一草案的种种批评意见汇集成书, 其篇幅达6卷之多。<sup>[38]</sup>

#### 四、第二委员会与第二草案及“议事录”

由于第一草案受到了来自各方面的激烈批评, 第二委员会(zweite Kommission)不得不在1890年12月4日奉联邦参议院之命重新起草民法典草案, 总负责人为普朗克。第二委员会由10名常任委员和12名非常任委员组成。后来, 常任委员追加了1名成员, 非常任委员也追加了1名成员。<sup>[39]</sup> 常任委员包括普朗克和冯·曼德里(Gustav von Mandry, 1832-1900)这两位法学家和8位经验丰富的法律实务家(包括一名律师)。在非常任委员中, 只有莱比锡大学德意志法教授佐姆(Rudolf Sohm, 1841-1917)和后来追加的一名律师是法律家, 其他非常任委员均为经济界的代表以及帝国议会里较大政党的代表, 包括农场主3名、矿山督察1名、森林督察1名、银行经理1名和啤酒厂厂长1名。<sup>[40]</sup> 可见, 第二委员会的参加者除了普朗克、冯·曼德里、佐姆以及两名律师等法律家外, 还有为数不少的非法律职业者。

第二委员会从1892年4月起开始进行正式的商讨。它采取了一种完全不同于第一委员会的工作方法: 每隔一个星期便在帝国官报上公布其阶段性决议, 而每起草完一编后也随即将之印刷成册, 供帝国议会议员和公众阅览并发表意见。在工作了将近5年之后, 第二委员会于1895年10月22日向联邦参议院提出了新的草案文本(史称“第二草案”, zweiter Entwurf)以及7卷“议事录”(Protokolle<sup>[41]</sup>)。该草案文本一共有6编, 分别是总则、债务关系法、物权法、亲属法、继承法和国际私法。最后一编“国际私法”的条文主要是冲突规则。紧接着(到1896年2月8日为止), 第二委员会着手起草民法典施行法草案。

第二草案虽然在许多细枝末节上不同于第一草案, 但并未对第一草案作彻底的和根本性的修改, 而是保留了第一草案的风格(样式)、基本方案和总体结构; 在更多地接近德意志法的同时, 也稍稍偏离了共同法(即被继受的罗马法)。此外, 第二草案还兼顾了第一草案所受到的种种批评, 如尽量保护经济上和社会上的较弱方当事人,<sup>[42]</sup> 并在一定程度上改善了草案的用语和表达方式, 增加了基本思想的明晰性。

[35] 参见新华通讯社译名室编:《德语姓名译名手册》(修订本), 商务印书馆1999年版, 第187页。

[36] Otto von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, Nachdruck Goldbach 1997.

[37] Otto Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 5 Bd., Kassel 1890-1892.

[38] Vgl. Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2011, Rn. 39.

[39] Vgl. Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650), Westdeutscher Verlag, Opladen 1989, S. 190-191.

[40] 参见注20引书, 第201、271页。

[41] Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1-7, Berlin 1897-1899.

[42] Vgl. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., München: Verlag Franz Valen, 2014, Rn. 21.

联邦参议院随即对第二草案进行审议。联邦参议院下设的司法委员会(Justizausschuss)建议对草案进行一些细微的修改,被联邦参议院所接受。结果,第6编“国际私法”的内容被全部移至民法典施行法中。<sup>[43]</sup>

## 五、联邦参议院的司法委员会、帝国议会的专门委员会与“第三草案”(“帝国议会议案”)及“陈情书”

1896年1月17日,帝国宰相将草案文本连同由帝国司法局撰写的篇幅较短的“陈情书”(Denkschrift,又译“意见书”)呈递于帝国议会。这就是“第三草案”(dritter Entwurf)。帝国议会在对草案进行一读之后,于1896年2月6日将它交给一个由21名成员组成的专门委员会(“第十二委员会”)继续审议。故第三草案又被称为“帝国议会议案”(Reichtagsvorlage)。帝国议会的全体会议随之进行了二读和三读。帝国议会所设立的专门委员会(“第十二委员会”)对第三草案进行了53次详细而彻底的审议,并对社团法、雇佣合同法、婚姻法和遗嘱法领域若干具有政治意义和社会意义的条文进行了修改,比如增加了关于自书遗嘱的德国民法典第2247条。在此基础上,该议案于1896年7月1日为帝国议会所通过,<sup>[44]</sup>并于1896年7月14日获得联邦参议院的同意,<sup>[45]</sup>1896年8月18日由德意志帝国皇帝威廉二世签署,<sup>[46]</sup>1896年8月24日公布于《帝国法律公报》(Reichgesetzblatt)。<sup>[47]</sup>遵从威廉二世皇帝的意旨,德国民法典自1900年1月1日起与《民法典施行法》和新的《商法典》一起施行。德国民法典编纂遂告完成。<sup>[48]</sup>

## 六、由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式及对中国民法典编纂的启示

### (一) 由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式及其好处

关于法典编纂的组织方式,18世纪欧洲国家的立法学理论即已出现两种不同的主张。意大利法学家菲兰杰里(Gaetano Filangieri, 1752-1788)主张设立由专业人士组成的委员会,将委员会集体起

[43] Vgl. Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, de Gruyter, Berlin/New York 1984, § 2 III 1.

[44] 当时的帝国议会共有397名议员。在出席帝国议会全体会议的298名议员的投票中,有232票赞成,48票反对,18票弃权。反对票包括出席帝国议会全体会议的42名社会民主党议员的投票。他们要求制定单行的劳动合同法,但遭到帝国议会多数议员的拒绝,遂对德国民法典最终文本投了反对票。Vgl. Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650), Westdeutscher Verlag, Opladen 1989, S. 191. 另见注20引书,第202页。但大木雅夫先生称“在总数为397名的议员中,以赞成231票、反对48票(其中大多数为社会民主党)、弃权18票的结果获得通过”,可见他所说的赞成票数与笔者从德语文献中所了解到的赞成票数有一票的出入。

[45] Voir Code civil allemand, Traduction commentée par G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon et C. Witz, Dolloz, Paris 2010, p. 9.

[46] 德国法律所标明的日期,通常是指法律被签署的日期,而不是指法律被公布在法律公报上的日期或施行的日期。由此可见,德国民法典并不像有些翻译作品所说的那样是在1896年8月18日公布的,而是在这一天被德意志帝国皇帝威廉二世签署的。参见[德]拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第21页注解36、第24页。Vgl. auch, Konrad Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 7. Aufl., Verlag von Gustav Fischer, Jena 1922, S. 9.

[47] RGBl. 1896, 195.

[48] Vgl. Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2011, Rn. 40-42.

草法典草案的结果公之于众,并在公众当中进行讨论。而英国功利主义法学家边沁(Jeremy Bentham, 1748-1832)则主张由一个人独自起草法典草案,最好出自一个从未卷入地方性或全国性的利益之争的外国人之手。<sup>[49]</sup> 后世各国的民法典编纂基本上不外乎采取以下两种组织方式中的一种,即或是采取由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式(被法国和德国在编纂民法典时所采取),或是采取由一位法律家独自起草法典草案的组织方式(被瑞士、智利、阿根廷和埃塞俄比亚等国在编纂民法典时所采取)。

在长达 22 年的编纂过程中,从预备委员会、第一委员会到第二委员会,再到联邦参议院的司法委员会和帝国议会所设立的专门委员会(“第十二委员会”),德国民法典编纂在组织方式问题上采取了由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式。从预备委员会、第一委员会和第二委员会的组成人员看,这种由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式的一个好处是有利于充分发挥法律家(包括法学教授、高级法官、律师和长期从事法律相关工作的政府高级官员)在民法典草案起草过程中的主导作用。以第一委员会为例,其全部 11 名成员均为当时著名的法律家,尽管学说汇纂学派的著名罗马法学者温德沙伊德并未担任第一委员会总负责人的职务,但温德沙伊德所发挥的领导作用如此突出,以致在第一草案的起草过程中,每当遇到疑难问题时,发挥决定性作用的总是温德沙伊德本人或其《学说汇纂教科书》。<sup>[50]</sup> “第一草案”甚至被诙谐地称为“小温德沙伊德”,可见作为法律家的温德沙伊德影响之大。又如,曾经担任第一委员会成员和第二委员会总负责人、身为高级法官的普朗克也是一位对德国民法典编纂起到决定性领导作用的法律家,被认为是德国民法典起草人中最具影响力的人物之一。<sup>[51]</sup>

这种由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式明显地不同于由一位法律家独自起草法典草案的组织方式。虽然后一种组织方式通常有利于保持法典风格的前后一致性,还可以避免造成因参与者为数众多而意见不统一的局面,有时可以提高法典草案起草工作的效率,<sup>[52]</sup> 但近现代市民社会的生活关系的复杂性和法典编纂的艰巨性,决定了任何一位法律家,不论其多么出类拔萃,仅凭一人的知识、经验、能力和技术往往难以胜任民法典草案的全部起草工作。因此,许多大陆法国家在起草民法典草案时,常常更乐于采取像德国民法典编纂这样的由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式,以便充分发挥法律家在民法典草案起草过程中的主导作用。在中国现代立法史上,1929 年至 1930 年公布的中华民国民法典也采取了这种由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式。根据 1928 年 10 月 20 日的《立法院组织法》,立法院在它所设立的立法委员会之下设立了民法起草委员会,其成员包括傅秉常(主席)、焦易堂、史尚宽、林彬和郑毓秀(郑毓秀只参加了前三编的起草,在起草后两编时由王用宾接替),并聘请司法院院长王宠惠、考试院院长戴季陶以及司法院和考试院两院顾问、法国人宝道(Georges Padoux)为民法起草委员会顾问,在起草后两编时还聘请了美国人舒尔(Ferno J. Schuhl)担

[49] Vgl. Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. II (19. Jahrhundert), Verlag C. H. Beck, München 1989, S. 9.

[50] 参见注 20 引书,第 200 页。

[51] Vgl. Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650), Westdeutscher Verlag, Opladen 1989, S. 191.

[52] 参见柳经纬:“中国民法典编纂若干问题探讨”,载《中国高校社会科学》2015 年第 2 期。

任民法起草委员会荣誉顾问。<sup>[53]</sup> 该委员会先后于1929年5月23日公布第一编“总则”,同年11月22日公布第二编“债”,同年11月30日公布第三编“物权”,1930年12月26日公布第四编“亲属”和第五编“继承”。

这种由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式的另一个好处就是能够尽可能地排除来自各方面(特别是公权力机关)的干扰。例如,在长达13年的时间里,德国民法典编纂的第一委员会可谓是在密室里工作的,其讨论和磋商并不对外公开,既未受到各阶层国民的持续关注,也未受到公权力机关的过多干预。

此外,采取由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式,还有助于妥善地保存在民法典草案起草过程中所产生的各个草案文本和对日后的研究具有重要的历史意义和学术价值的资料(理由书、议事录、意见书和委员会的讨论纪要等)。在中国未来的民法典生效后,中国法院在解释和适用民法典的有关规定时,如需查明当初立法者在编纂民法典时的意思,则有关规范的形成史往往可以提供问题的答案(历史性解释)。

## (二)对中国民法典编纂的启示

就21世纪的中国而言,制定一部民商合一的现代化民法典是几代民法学人的共同梦想。<sup>[54]</sup> 从1978年开始实行改革开放的基本国策至今,长达37年的相对和平、稳定安宁的社会环境和周边国际环境使中国民法典的制定具备了基本的政治前提。1992年确立并不断得到完善的市场经济体制为民法典的制定奠定了可靠的经济基础。迄今为止,中国特色法律体系已基本上形成,立法机关和司法机关积累了大量的民事立法和审判经验,为中国民法典的制定提供了立法和司法上的有利条件。与此同时,中国的法学研究和法学教育也取得了长足进步,产生了相当可观的民法学理论研究成果,造就了一批优秀的民法人才,其中不乏能够担当民法典草案起草之重任者。特别是在比较私法领域,当代各主要法律体系的著名民法典已基本上有了中译本,而借助于学者著述和学术交流,立法机关和学术共同体也大体上对发达国家和地区的民事立法经验、主导思想、价值取向和发展趋势有所了解,<sup>[55]</sup> 从而为中国民法典的制定作了必要的理论准备。中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议于2014年10月23日通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》首次在执政党的重要文献中提出了“编纂民法典”的任务,充分表明了执政党在民法典编纂问题上的政治意愿,标志着一个有利于中国民法典编纂的政治环境已经形成。“万事俱备,只欠东风”。编纂民法典的伟大任务的具体落实,尚须借助于科学、合理、独立、高效的法典编纂组织方式。从目前中国的实际情况看,中国民法典草案的起草不大可能出自一人之手,而注定是一件“集体作品”,故其成功有赖于各有关方面群策群力,集众人之智慧,通力协作以完成之。鉴于作为一项立法任务的民法典编纂的高度专业性、长期性、艰巨性和复杂性,有学者主张由全国人大常委会设立专门和独立的民法典编纂委员会,其主要成员为

[53] See Introduction to Books I, II and III, and Introduction to Books IV and V by the Hon. Foo Ping - Sheung, in: *The Civil Code of the Republic of China*, Shanghai/Zinan/Paris/Marburg 1930 - 1934, pp. 7 - 30.

[54] 参见茅少伟:“寻找民法典:‘三思’而后行——民法典的价值、格局与体系再思考”,载《中外法学》2013年第6期。

[55] 参见梁慧星:“民事立法和理论的若干问题”,载中国法学创新网(<http://www.lawinnovation.com/html/zgfx50rlt/10952.shtml>,访问日期:2015年2月11日)。



法律家,包括法学教授、资深法官、资深律师和长期从事立法工作的国家公务员。<sup>[56]</sup>这一主张值得赞同。法典编纂委员会在工作方式上应有所创新,以确保其工作的独立性、连贯性和科学性。总结迄今为止新中国历次民法典起草在组织方式问题上正反两方面的经验教训,并借鉴德国等大陆法国家编纂民法典的成功范例,笔者认为,由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式是适合中国国情且较为可取的。

## Organization Form of the Codification of German Civil Law

Chen Weizuo

**Abstract:** The codification of German civil law which has lasted 22 years had its own historical background, theoretical preparation, political environment and legislative prerequisite. It took the organization form of codification commission dominated by jurists: the Federal Council (*Bundesrat*) established successively the *Vorkommission*, the *Erste Kommissio*n, the *Zweite Kommissio*n and the *Justizausschuss*, and produced the *Gutachten*, the First Draft (*erster Entwurf*) as well as the *Motive*, the Second Draft (*zweiter Entwurf*) as well as the *Protokolle*, and the Third Draft (*dritter Entwurf*). In the final phase the *Reichtag* also established a special commission for reviewing the draft civil code. Such an organization form of codification commission dominated by jurists is beneficial to bring their leading role into full play in the course of drafting a civil code, and it can eliminate outside interference from public power organs as much as possible. In order to draft the Chinese Civil Code, it is suggested that the Standing Committee of the National People's Congress establishes a special and independent codification commission of civil law with jurists as its principal members, including law professors, experienced judges, experienced lawyers and civil servants having engaged in the legislative work for a long period.

**Keywords:** draft civil code; codification commission; organization form; jurists

(责任编辑:丁洁琳)

[56] 参见注52引文。

# 法国民法典制定的程序问题研究

石佳友\*

**摘要:**法国民法典的起草工作始于大革命时期,康巴塞雷斯先后起草了三部草案;但是,由于复杂的政治局势,这些草案在议会的审议过程中最终都宣告流产。拿破仑执政后,行政权取得了主导性地位,政府设立了起草委员会,任命了波塔利斯等四名杰出法学家起草民法典;波塔利斯是委员会的核心。起草委员会完成草案的起草工作后,发给司法机构征求意见。随后,草案被提交到行政法院进行了仔细的修订,拿破仑本人主持了其中半数以上的会议,并就婚姻、家庭、收养等重要制度发表了个人意见。为了顺利通过,行政法院将民法典草案拆分为36部法律,并与议会建立了非正式的沟通机制。就议会审议环节而言,立法权被拆分为三个机构,并不断受到削弱;当民法典草案遭遇阻力后,拿破仑以强有力的政治意志介入,对议会进行改组;最终,民法典草案得以表决通过,法国民法典终得以颁行。

**关键词:**法国民法典 法典化 康巴塞雷斯 波塔利斯 行政法院

在法国,统一全境内的私法规则是数个世纪以来执政者的梦想。法国启蒙思想家伏尔泰在18世纪时曾形象地讽刺说:在法国旅行需要经常更换法律,就像经常更换马匹一样。法律的不统一所带来的危害显而易见。但是,法律史的研究表明:民法的统一往往比刑法的统一要困难得多,因为民法的法典化牵涉到诸多历史学、法学、社会学和政治学的复杂因素。<sup>[1]</sup>具体说来,王国时期的等级制度,行会等中间组织的阻挠,部分法律职业的反,一些地方对于本地习惯法传统的坚持,这些都解释了在19世纪之前法国不曾出现过一部统一的民法典的原因。由此,大革命政权于1791年制定了统一的法国刑法典,而民法典的颁布却要等到13年之后的1804年3月21日(共和国12年风月30日),由法兰西共和国第一执政拿破仑颁布法令,将1803年3月至1804年3月间所表决通过的36项法律整合成为一部统一的民法典。随着这部被命名为“全体法国人的民法典(Code civil des Français)”的重要法律的颁行,法国私法的统一终于得以实现:根据起草人之一的马尔维尔的建议,这项法令第7条以明文宣告:“新法即日起生效;在其所涉领域,罗马法、政令、一般性或地方性的习惯、章程、条例等作为一般性或特殊性渊源的效力,自此终止。”

从法律史的研究来看,法典化工程的成功,除了法典草案本身的高质量之外,选择适当的起草、修订、审议和表决程序也是十分关键的要素。在今天,研究法国民法典的起草和审议过程中的程序性问题,对于中国的法典化工程仍然具有一定的启示意义。

---

\* 中国人民大学法学院副教授,法学博士,民商事法律科学研究中心研究人员,本文受中国人民大学科研基金项目“治理体系的现代化与民法典的精神”(项目号:15XNQ002)的资助。

[1] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé en France depuis 1804*, PUF, 2003, p. 16.

## 一、大革命时期的民法典编纂与审议

以法令形式要求在法国制定一部统一的民法典,这最早应追溯至1789年制宪会议时期;这一目标后来为1791年的宪法所重申。但是,1792年9月,国民公会(Convention, 1792-1795)宣布废除君主立宪体制,建立了法兰西共和国(史称第一共和国);此前的法令全部作废,前述宪法目标不再具有约束力。不过,国民公会宣称“共和国是统一和不可分割的”;这就意味着必须统一全国的立法,法典化的任务重新提上议事日程。随后,大革命政权通过了一系列具有革命色彩的法律,包括取消封建特权(如嫡长子继承权)制度,设立离婚制度,取消分居,取消对非婚生子女的歧视,创设收养制度,婚姻和民事状态的世俗化,抵押与不动产转让的登记,取消行会等。这其中,1792年9月20日确立离婚制度的法律(后来为1793年8月30日法律所修正)尤为重要,该法规定:“婚姻可由离婚而解除”,由此大革命法律实现了与中世纪教会法的决裂。在中世纪时期,由于公民的宗教受洗礼、婚姻和葬礼等都由教会组织,因而,公民的民事地位(état civil)的登记工作此前一直由教会负责;而1792年法律则实现了民事地位的世俗化,规定民事状况的登记机构不再是教会而是市政府。大革命的这些立法构成了后来民法典编纂的基础。

1793年7月,国民公会授命康巴塞雷斯(Jean-Jacques-Régis Cambacérès, 1753-1824)主持起草一部民法典。康巴塞雷斯是法国大革命时期著名的政治家和法学家;1791年,他被任命为蒙彼利埃刑事法院的院长,1792年他又当选为国民公会议员。1792年10月,国民公会设立“民事与刑事立法委员会(Comité de la Législation civile et criminelle)”,康巴塞雷斯被任命为该委员会主席;该委员会由17名委员组成,其中不少为杰出的法学家,如梅林·德·杜埃(Merlin de Douai, 1754-1838),他曾参与民法典草案以及1796年刑法典草案的起草,后来还曾担任司法部长等要职。康巴塞雷斯参与了1792年对国王路易十六的审判,并赞成处决国王。1793年,在罗伯斯庇尔的支持下,他进入了“公安委员会”,并继续担任“立法委员会”主席,负责“准备和提出对外和对内保卫的所有必要法律和措施”,以应付旺代地区和保皇党人所发动的叛乱。

1793年8月,康巴塞雷斯提交了其第一部民法典草案,该草案有695个条文,包含两个部分:人和物。很容易理解的是,康巴塞雷斯的民法典草案具有革命法的浓厚色彩。以家庭关系为例,康巴塞雷斯强调大革命的平等精神,他认为这一原则“应规范我们社会组织的一切行为”。旧制度时期的法律对非婚生子女设定了很多歧视性的规定;对此他指出:“私生子问题的根源在于宗教方面的错误和封建习俗的入侵。由此,应当以符合自然的立法来予以根除这一问题。在这样的立法面前,所有人都是平等的。”<sup>[2]</sup>由此,康氏草案强调婚生子女与非婚生子女在法律待遇上的平等,禁止对非婚生子女进行歧视。

8月下旬,民法典的审议列入议会的议程,审议工作立即开始,以每周三次的密集频率进行。第一

[2] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, 1856, Tome I, p. 6.

编人法的审议主要集中于四个问题:夫妻财产制度中的妆奁制(régime dotal),<sup>[3]</sup>夫妻双方对共同财产的管理,继承法对于非婚生子女的溯及力以及收养问题。第二编物法和第三编债法的审议,由于其技术性特点,因而都没有遇到太大的障碍。但是,11月初,形势突然开始逆转;议员勒瓦瑟(Levasseur)在议会中发难,指责由法学家们所起草的草案具有太多的缺陷,具有浓厚的旧制度气味和过多的偏见;这一批评得到山岳党人的附和。于是,当年11月,法典草案被送至由“公安委员会”所指定的六名哲学家组成的一个委员会进行审议,该委员会的职责是“剔除法学家们所包含的偏见”。议会对第一部民法典草案三个月以来的审议进程就此流产。<sup>[4]</sup>

1794年4月,国民公会选举成立了一个专门委员会,由康巴塞雷斯、梅林·德·杜埃和乔治·库东(Georges Couthon,“公安委员会”委员)组成,负责“将迄今所颁布的法律编纂为一部简明和完整的法典,清除那些引起混淆的法令”。<sup>[5]</sup>据此,1794年9月,康巴塞雷斯以立法委员会的名义提交了第二部民法典草案,仅有297个条文,这个草案保留了第一部草案的主要原则,包含三个部分:人法、物法和债法。该草案包含了很多精炼的语句,譬如,“一切财产为动产或不动产”;“无合意即无契约”;“一切约定,无论出于各种原因,在缔约方之间发生法律效力”;“致人损害者负赔偿之责”。但草案在一些敏感问题上也采取了一种折中主义的做法。譬如,关于非婚生子女,草案仍然坚持了与婚生子女平等对待的原则,但是草案为父子关系的认定设定了十分严苛的证据要求与程序条件。

当年12月,国民公会通过了第二部草案的前十条。随后,民法典草案的审议集中于非婚生子女的问题。1795年9月,民法典草案的审议工作被移交给一个专门委员会,负责“修订和协调”在前期审议过程中所通过和修正的条文;但是,这一机构对民法典草案的审议工作最后无果而终。康巴塞雷斯在两年后的1797年回忆说,其第二部草案“一开始获得了所有人的一致同意,议员们都有意愿通过。但不久之后,各方面的指责纷至沓来。草案被迫进行审校和修订,人们认为它只不过是一个法典的目录,有必要对它所建立的框架填补相应的内容”。由此看来,颇为有趣的是,康巴塞雷斯的第一部草案被指责为太过冗长,而第二部草案又被批评为太过简略草率。<sup>[6]</sup>

1795年10月,热月党人解散国民公会,建立了新立法机构;它分为上下两院,上院称“元老院(Conseil des Anciens)”,由250人组成;下院称“五百人院(Conseil des Cinq-Cents)”,由500人组成。康巴塞雷斯当选为“五百人院”的议员。同年11月,新的政府机构督政府(Directoire,1795-1799)得以成立。年底,议会设立了一个“法律分类委员会(commission de classification des lois)”;康巴塞雷斯当选为委员会主席,波塔利斯(Jean-Étienne-Marie Portalis,1746-1807)也被任命为委员会成员。1796年7月,康巴塞雷斯提交了第三部民法典草案,共计1104条;草案仍然包含三个部分:人法、物法和债法。三编制的逻辑是以所有权为中心:人是所有权的主体,物是所有权的客体,债是所有权流转和实现的手段。这一草案在条文数量上比前两部草案的总和还要多,因此在内容上要比它们要丰富

[3] 妆奁制是法国家庭法上十分独特的制度。如第三方赠与给即将结婚的女方以财产,专门用于后者婚后的共同生活,则这些财产的处分受到严格的限制:一方面,这些财产禁止转让,违反禁令转让则合同无效;另一方面,这些财产的管理权专属于丈夫。这一制度于1966年被法律废除,如今的法国民法典第225条规定:夫妻均有权自行管理其个人财产。

[4] Jean-Luc Chabot, 《Cartésianisme méthodologique et Code civil》, in Jean-Luc Chabot, Philippe Didier & Jérôme Ferrand, *Le Code civil et les droits de l'homme: actes du colloque international de Grenoble*, L'Harmattan, 2005, p. 33.

[5] Françoise Brunel, *Thermidor*, Paris, Éditions Complexe, 1989, p. 64.

[6] Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 212.

和详尽得多。第三部草案在总体上仍然忠于大革命的基本法律原则,例如,平等原则,契约自由,离婚自由,所有权绝对等。但是,较之于前两部草案,第三部草案对有些问题也作出了一些调整,例如,关于非婚生子女的继承权,草案规定,如果其在结婚前被承认则与婚生子女待遇相同,如在结婚后才被承认则继承份额仅相当于婚生子女的一半。对于养女子,草案也有类似的歧视性规定。

当年8月,康巴塞雷斯在议会对此草案的内容进行说明;10月,康巴塞雷斯当选为“五百人院”的主席。12月,他再次推动对其第三部草案的审议;他表示,鉴于民众迫切期待在离婚、非婚生子女和继承等问题上的立法,他请求议会优先审议其第一编人法和第二编物法中继承法的内容。1797年初,议会通过了对民法典草案的审议程序,并表决通过了部分条文。但是,由于议员们政治倾向的截然对立,离婚制度引发了巨大的争议和激烈的批评。在康巴塞雷斯的坚持下,有关亲子关系的条文得以表决通过。然而,随着议会新的选举日期的临近,议会的日程很快为新的立法所占据,包括新列入议程的抵押法典、个人之间的交易法、人身强制法等法案;而民众的注意力也为对保王党人叛乱的审判所吸引。在此背景下,康巴塞雷斯不得不要求推迟对其第三部草案的审议与表决,而仅限于讨论关于非婚生子女、离婚、收养和继承制度的修订;草案整体待以后时机适宜时再恢复审议。1797年3月,对康巴塞雷斯第三部民法典草案的审议工作宣告终止;一周后他也被迫离开了议会。显然,第三部草案的失败的主要原因,在于督政府时期议会内部的政治斗争,以及立法日程的混乱。<sup>[7]</sup>

至此,康巴塞雷斯的三部民法典草案全部宣告失败:其第一部草案侧重于政治上的考虑,第二部草案侧重于哲学上的发展,第三部草案则更多地侧重于立法技术和法学范畴的建构。<sup>[8]</sup> 政治不稳定、内战与对外战争的严峻环境、对社会现实的忽视以及企图对于传统习俗的改造,这些都是大革命时期康巴塞雷斯三部民法典草案最终失败的原因所在。<sup>[9]</sup> 针对康巴塞雷斯的失败经历,波塔利斯在其著名的《关于民法典草案的说明》的演讲中极为精辟地指出:“一部好的民法典,如何可能在让整个法国都躁动不安的政治危机中产生?所有的革命都是一场征服。在从旧政府向新政府过渡的过程中进行立法吗?根据事物发展的力量,这些法律必然是充满敌意、偏颇和破坏性的。”<sup>[10]</sup>

需要特别指出的是,虽然这些草案都无果而终,但康巴塞雷斯对法国民法的法典化工程的贡献却是不容抹煞的:康氏的三部民法典草案后来成为波塔利斯等人思想的直接来源,部分条文被纳入到法国民法典之中(1804年民法典大约有200个条文部分甚至是逐字逐句地直接来源于康巴塞雷斯1796年的第三部草案);而且在后来对波塔利斯等人所起草的民法典草案的讨论和修订中,康巴塞雷斯直接主持和协助了草案的审定工作。如同法律史学家所指出的,“这是一项规模浩大的团队工程,康巴塞雷斯推进的意愿是巨大的;他将其最美好的时光和精力投身于这项伟大的工程。他以其渊博的学识,以及罕有的法律、商业和政治方面的经验,影响了民法典的内容与精神”。<sup>[11]</sup>

[7] Jean-Louis Halpérin, *ibid.*, p. 250.

[8] Jean-Louis Halpérin, *ibid.*, p. 234.

[9] Saman Safatian, 《La rédaction du Code civil》, in *Napoleonica, La Revue*, 2013, n°16, p. 53.

[10] Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 3.

[11] François Papillard, *Cambacérés*, Hachette, 1961, p. 136.

## 二、民法典起草委员会的起草工作

1799年11月,拿破仑发动“雾月政变”,建立了执政府(Consulat,1799-1804),并自任第一执政。12月,政府在所发表的宣言中宣布:“宪法立足于代议制政府的真正原则,立足于所有权、平等和自由的神圣权利……革命应忠于它最初发起时所设定的那些原则:革命已经结束。”此后,法国的政局趋于稳定。在实现了政治统一之后,拿破仑即开始着手进行法律统一的工作,民法典的编纂由此重新被提上议事日程。另外,在历经了十年多的革命动荡之后,法国社会普遍希望实现社会秩序的和平;而拿破仑也有意赋予民众以一定限度的民事权利和自由,以夯实国家的经济基础。民法典由此成为国家和社会的共同需求。

拿破仑非常看重康巴塞雷斯的法学学识和才能,因此对其委以重任,任命其担任第二执政。他对康巴塞雷斯说:“您曾经起草了多部法典;难道您不认为,有必要对它们进行重新修订,以便提交给立法会一部具有世纪思想高度和符合政府水准的法案吗?”康巴塞雷斯随后将其三部民法典草案呈送给拿破仑,拿破仑在仔细审阅后说:“这些草案中有一种分析精神,让我很满意”;为了对这些草案进行重新编订,拿破仑对康巴塞雷斯说:“请给我推荐一些有能力做这项工作和起草法律的人。”<sup>[12]</sup>根据康氏的推荐,1800年8月,第一执政拿破仑发布法令,成立民法典“起草委员会(Commission de Rédaction)”,由四名杰出的法学家组成:特隆歇(François Denis Tronchet,1723-1806,曾任路易十六的辩护人,时任最高法院院长),普雷阿梅纽(Félix Julien Jean Bigot de Préameneu,1747-1825,曾任塞纳地区法院民事庭庭长,时任最高法院政府专员),波塔利斯(曾任“元老院”主席,时任“海船捕获委员会”政府专员)和马尔维尔(Jacques de Maleville,1741-1824,曾任“元老院”议员,时任最高法院法官)。法令要求该委员会在第二执政康巴塞雷斯的指导下,以最快的速度编纂一部“全体法国人民的民法典(Code civil des Français)”。

从职业来看,这四名起草委员都是法官,都曾从事律师业务。从法域来看,他们代表了南部成文法和北部习惯法两大地区:普雷阿梅纽是卢瓦尔河以北地区讲奥依语的(oïl)居民的习惯法问题的专家;特隆歇是巴黎习惯法(是众多习惯法中最为完备的习惯法体系,对其他习惯法起补充作用)的专家;马尔维尔来自适用成文法的西南地区(该地区也受到北部习惯法的影响);波塔利斯则来自东南部的艾克斯,是成文法地区,波塔利斯本人精通罗马法。而从政治倾向来看,在大革命时期,四名委员都没有在国民公会中担任议员职务,都属于温和的保守派;在大革命时期他们都曾受到过不同程度的政治迫害。例如,特隆歇由于担任路易十六的辩护人,曾受到“公安委员会”的通缉,被迫逃亡;直至罗伯斯庇尔倒台后他才重回巴黎。普雷阿梅纽由于曾反对革命政权对逃亡国外的贵族的财产处理措施,以及为王室家族所做的辩护,曾被关押。而波塔利斯在督政府时期进入元老院后加入了反对革命的反对派阵营;1797年9月“果月政变”后,波塔利斯被判决流亡,他被迫先后流亡到瑞士和德国(有趣的是,流亡德国的经历使他正好得以有机会深入研究德国哲学);直到1799年拿破仑发动“雾月政变”之后他才得以回国。由于历经大革命时期的政治动荡,因此他们的政治倾向比较温和和保守,这决定

[12] Marc Allégret, 《Cambacérés》, in *Revue du Souvenir Napoléonien*, 1988, n° 361, p. 11.

了他们不大可能对立法进行革命性和颠覆性的改革。<sup>[13]</sup>

关于委员们的起草分工,法律史学家们没有发现详细的文献记载。但是,通常认为,特隆歇专于继承制度;普雷阿梅纽负责起草父子关系、赠与、互易以及合同法的有关内容;马尔维尔负责起草婚姻制度中父权和夫权、夫妻财产制度中的奩产制等;波塔利斯负责起草离婚、收养、所有权和合同部分。而特别重要的是,波塔利斯发挥了集大成者的角色。1800年8月,波塔利斯代表起草委员会发表了著名的《关于民法典草案的说明》,高屋建瓴地阐述了民法典的立法原则和法典精神。拿破仑对此甚为赏识,称赞波塔利斯为“措辞最为优美和最富有说服力的演说家”。

由此,波塔利斯在整个委员会中发挥了核心的主导作用。以离婚制度为例,虽然特隆歇和马尔维尔坚决反对,波塔利斯立足于大革命时期的1792年法律,以“宗教自由”为由,强调不同宗教的民众对于婚姻能否解体存在不同的看法,坚持在民法典中引入离婚制度。这一立场也得到了拿破仑的支持。<sup>[14]</sup>对于收养制度,马尔维尔也同样反对,但波塔利斯予以坚持,因而被写入民法典草案。由于在民法典起草中的杰出表现,1800年9月,波塔利斯被拿破仑任命为行政法院法官,主要负责宗教事务。1801年,波塔利斯起草了拿破仑与教皇庇护七世所签署的政教协定(Concordat),藉此法国与教廷之间实现了和解;而法国则由此得以结束法国西部的叛乱,拿破仑赢得了大部分法国农民和教士的支持。<sup>[15]</sup>

以波塔利斯为主导的起草委员会以极高的效率,在短短四个月的时间内,于1801年1月完成了民法典草案的草拟工作。委员会如此高效的原因在于,委员们从罗马法、习惯法和多马(准侵权制度)、波蒂埃(债法)的著作中吸取了大量的经验与启示,委员们并总结了大革命时期的立法成果,研究了康巴塞雷斯的三部民法典草案。民法典草案是传统法和大革命遗产的结合,是理性和历史的完美融合。这就意味着,民法典草案对此前的革命法制,既有继承,也有发展,甚至倒退。以家庭制度为例,马尔维尔认为,应当以等级制来取代大革命时期的平等原则,以便于维持家庭秩序,这是国家赖以立足的基础;他声称,父权是“国家权威有益的补充”,因为“父亲是家庭的庇护人,如同政府是国家的庇护人一样。如果后者不能得到前者的有力协助,后者将无法维持整个社会的秩序”。<sup>[16]</sup>由此,与康巴塞雷斯在大革命时期所提出的草案不同,民法典草案在家庭领域最终放弃了平等原则,而是回归旧制度的做法,规定了夫权和父权(第213条及以下),禁止非婚生子女继承(第756条)。相对于此前的立法,这显然是一种倒退。

### 三、行政法院对民法典草案的修订

民法典草案完成后,被发给了司法机构(最高法院和上诉法院)征求意见;这在法国立法史上也

[13] Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil*, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, p. 16.

[14] Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil*, *ibid.*, p. 17.

[15] 在拿破仑执政时期,大革命期间被没收的教会财产大部分已经出售给私人,对于这部分财产,拿破仑政府宣布不再返还给教会,但是政府承诺为宗教活动提供足够的支持;同时,拿破仑保持了对法国的天主教会的控制权。这一政教协定使得法国赢得了与教廷之间的和平。

[16] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., Tome XII, p. 309.

是首次;法院以书面方式反馈了其评论和意见。<sup>[17]</sup> 根据宪法的规定,1801年7月,民法典草案以及法院的意见,被一起提交给行政法院(Conseil d'État)。

行政法院在民法典的起草过程中发挥了极为重要的作用。在法典化的整个过程中,行政法院是政府与议会之间联系的枢纽机构。行政法院由拿破仑于1799年所创立。根据执政府时期的宪法(1799年12月13日颁布)第52条,“在全体执政的指导下,行政法院负责起草法律和公共行政领域的条例草案,以及解决行政领域的争端”。由此,行政法院负责向议会提交政府起草的法案,并在议会为之进行说明和辩护。另外,宪法为行政法院的组成成员赋予了与议员相同的豁免权,对其成员的追究必须要得到该机构的同意。这些宪法规范为行政法院在民法典起草中发挥作用,提供了重要的制度保障。

在收到起草委员会所完成的草案以及法院的意见之后,为了加快民法典的立法进度,行政法院将民法典草案确定为三编制结构(人、物及取得财产的方式);在此基础上,进一步划分为“分编”,条文采取连续编号的方式。尤为重要的是,行政法院将全部条文拆分编订为36部不同的法律,进行分别审议;这一策略的好处显而易见:若某一部或者几部法律的审议进程出现延误,不至于影响其他法律的审议进度;由此,民法典整体的立法进程不至于受到耽搁。另外,行政法院将其会议记录予以打印后,抄送至其他的相关部门以使它们知晓。在内部程序上,行政法院首先安排其“立法部(section de Législation)”对草案和法院意见进行审阅,该部主席为布雷·德·拉莫特(Boulay de la Meurthe 曾任南锡地区法院院长、“五百人院”主席),他主持对起草委员会的草案进行了审阅和修订。修订后的民法典草案被提交第一执政拿破仑亲自审阅,拿破仑审定后,草案转交至行政法院的“全体大会(assemblée générale)”进行讨论;根据大会讨论的结果,立法部对草案进行新的修订。最后,行政法院全体大会以表决的方式来决定通过还是拒绝民法典草案。

由此,起草委员会所起草的民法典草案分为序编(法律的公布、效力及适用)和三编(Livres,人法、物法和取得财产的不同方式),其下再进一步划分为36分编(Titres),每一分编都形成一部法律草案,因此,整个民法典草案被分解为36个法律草案,行政法院分别进行审议和编订。其程序为:首先,对每个法案进行讨论;其次,对法案进行初次编订;第三,对初次编订进行讨论,之后进行第二次编订;第四,对第二次编订进行讨论,形成最后的定稿版本。行政法院的成员中,许多成员是大革命时期的杰出法学家,属于原国民公会的议员和革命派人士,参加过大革命时期的民法典起草;譬如,贝利耶(Berlier,曾任国民公会主席)、特雷拉尔(Treillard,曾任“五百人院”主席)、乌多(Oudot,曾任国民公会和“元老院”议员)、狄博铎(Thibaudeau,曾任国民公会主席)、埃梅里(Emmery,曾任“制宪会议”主席)、雷阿尔(Réal,曾任代理总检察长)、雷尼耶(Régnier,曾任“元老院”主席)等。四名起草委员谙熟旧制度时期的法律,他们所起草的草案中有许多内容是对中世纪的法学传统的延续;而大革命时期的法学家们参与讨论,则保证了大革命时期的部分民事立法得以在民法典中延续。由此,经行政法院所编订的民法典草案同时继承了旧制度时期的法律(Ancien droit)与大革命时期的法律(droit intermédiaire,又称“过渡时期的法律”)中的优秀成果,确保了民法典的生命力。

在1801-1804年期间,行政法院以全体会议形式一共举行了109次民法典草案的审议会议;而

[17] Guillaume MÉTAIRIE, *Des juges de proximité: les juges de paix. Biographies parisiennes (1790-1838)*, L'Harmattan, 2002, p. 134.



第一执政拿破仑亲自主持了其中的 57 次会议;其余的 52 次会议由第二执政康巴塞雷斯主持。特隆歇、普雷阿梅纽和波塔利斯都曾列席会议并发言;每一次会议的讨论由行政法院秘书长洛克雷(Jean Guillaume Locré)整理为会议记录,在此基础上后来形成了五卷本的民法典编订会议记录。<sup>[18]</sup> 根据会议的讨论,行政法院对民法典的草案进行进一步的审定,修订工作在康巴塞雷斯的指导下进行。正是在行政法院的会议讨论中,波塔利斯所起草的“序编”(共 39 条)最后被删除,理由是其条文基本都是与法学理论相关;取而代之的是由 6 个条文所组成的“序章”,作为民法典的开端部分。行政法院的主要理由在于,民法典之中不能引入法学理论的因素,而应保持其实用性;此外,原来的序编草案中的一般性定义,可能对民法典在未来的动态解释造成阻碍,从而损害民法典的生命力。

在行政法院对民法典草案的审议与修订期间,拿破仑个人也发挥了重要影响,这尤其表现在人法领域。拿破仑出生于科西嘉岛,受该岛的历史传统影响,他赞成在家庭中保留丈夫和父亲的支配性地位,因此他赞成民法典草案中有关父权和夫权的规定。拿破仑也同意在民法典中引入收养制度,这有可能是考虑到日后自己以此方式选择继承人。他还赞成保留大革命时期所确立的离婚制度,特别是两愿离婚。他也力主对所有权进行法律保护;他曾形象地说:“我拥有许多的军队,但我也不能侵占一块土地,因为侵犯一个人的所有权,就是侵害所有人的权利。”<sup>[19]</sup>

#### 四、议会对民法典草案的审议

对民法典草案的审议权限,无疑属于议会。但是,需要指出的是,在大革命时期,宪法确立国家主权或者人民主权的原则,赋予立法机构以明显的优先地位;这一格局在拿破仑执政后则发生了明显的逆转,因为 1800 年宪法赋予了行政权力特别是第一执政个人以主导地位。与之相对应的是,立法权则明显被削弱,因为其分属于三个机构:“法案评议委员会(Tribunat)”、“立法会(Corps Législatif)”和参议院(Sénat)。在法案审议方面,每一机构都被赋予某一特定的职责。根据宪法第 26 条和第 44 条,政府对法案的创制享有专属性的提议权,无论是“法案评议委员会”还是“立法会”都不能对政府所提出的法律草案进行修正,而只能表决接受或者不接受。“法案评议委员会”的职责是对法案整体表达赞成或者反对意见;直到其 1807 年被撤销之前,拿破仑一直都在不断削弱这一反对派占据重要席位的议院。“立法会”也同样是 1800 年为拿破仑所设立,其职责是负责对法案进行表决;其最突出特征在于其成员被禁止对法案发表意见,只能投票赞同或者拒绝法案,因而有“哑巴团(Corps de muets)”之称。<sup>[20]</sup> 而“参议院”的议员基本都臣服于拿破仑,对拿破仑言听计从。显而易见,面对拿破仑的强势行政权,立法机构对民法典草案的影响力十分有限。由此,在法案审议的自始至终,政府都能够主导这一进程,并施加影响力,确保达到拿破仑在雾月政变之后所确立的施政目标。这与此前的国民公会时期或督政府时期的政治局势明显不同。

经行政法院编订和定稿后的民法典草案,首先被提交至“法案评议委员会”,由其进行审议;随后

[18] Jean Guillaume Locré, *Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du projet de Code Civil*, 1801-1804, Nabu Press, 2012.

[19] Marc Allégret, 《Cambacérés》, *op. cit.*, p. 13.

[20] Jean Tulard (dir.), *Dictionnaire Napoléon*, Fayard, 1987, p. 1450.

被提交至“立法会”进行表决而不能发表意见。拿破仑任命了三名行政法院的成员,负责在立法机构对民法典草案作出说明。“法案评议委员会”成了一个专门委员会,负责审议草案,并提交可能需要修改的报告,之后再以全体大会的方式作出赞成或者不赞成的整体意见。此后,“法案评议委员会”指派三名成员,连同行政法院的三名成员一起,到“立法会”作民法典草案的说明,并捍卫其立场。“立法会”如表决通过法案,则法案即发生法律效力;但是,“法案评议委员会”可提请参议院重新审议,后者可宣布法案违宪(此前尚无一起先例)。这样复杂的宪政制度构建,也无疑是旨在限制立法权对民法典制定进程的影响。

然而,令拿破仑意想不到的,民法典的“序章”草案在提交至“法案评议委员会”后却遭遇到激烈的批评。其原因之一在于,该机构的许多成员对未能参与民法典的起草感到十分不满;另外,许多委员多为政治上处于反对派的共和派人士,批评意见也多是针对民法典编纂的政治层面。在“法案评议委员会”的反对派中,代表人物之一是著名的自由派思想家本雅明·贡斯当(Benjamin Constant);在一次演说中,他谴责民法典的编纂是在准备“奴役和使人缄默的制度”。这些批评使得“法案评议委员会”最终以139票赞成、142票反对的结果,否决了民法典的“序章”草案。

这些激烈的批评意见使得拿破仑十分恼怒,他将“法案评议委员会”视为一个“清谈院(Assemblée de bavards)”。作为回应,1802年1月他撤回了法案。他在“法案评议委员会”内设立了一个“立法部(Section de Législation)”,来负责审议草案。另外,为了避免起草部门与立法审议部门之间就法案草案可能出现的分歧,拿破仑下令在行政法院与议会之间建立某种“非正式的沟通(communiqué officieuse)”机制。具体说来,民法典草案在提交“立法会”表决之前,行政法院将草案递交“法案评议委员会”,并做好充分沟通;在第二执政康巴塞雷斯的主持下,行政法院成员与“法案评议委员会”委员组织非正式的会议,对草案中的具体条文交换意见,协调立场,以防止再次出现法案草案被议会否决的情况。

此外,在康巴塞雷斯的建议和参议院的协助下,拿破仑对“法案评议委员会”进行了政治清洗。贡斯当、萨伊(著名经济学家)、多努(Daunou)、谢尼埃(Joseph Chénier)等人被清洗出局,20名委员被迫离开。同时,“立法会”中具有自由主义倾向和雅各宾派别的60名代表也被清除。<sup>[21]</sup> 1802年8月,拿破仑进一步修改宪法,新宪法规定,拿破仑为终身执政;“立法会”的会议根据政府决定予以召集和延期;“参议院”可以解散“法案评议委员会”和“立法会”。当时,沙皇俄国驻法国的大使曾这样写道:“在最为绝对的君主的意志面前,所有人都沉默和屈服了。”<sup>[22]</sup> 此后,民法典草案的表决便再也没有遭遇困难。在1803年3月至1804年3月的一年时间里,组成民法典的36部法案相继在立法机构得以表决通过。1804年3月21日(共和国12年风月30日),所表决通过的全部36部法案被汇编为“全体法国人的民法典(Code Civil des Français)”,由拿破仑予以颁行;最后所通过的法国民法典包含三编,共计2281条。

拿破仑对于民法典的成功颁行一直深以为荣。1807年9月,原起草委员会委员普雷阿梅纽代表政府向议会提出议案:“皇帝陛下希望将其名字与其荣誉中最伟大的成就相联系”,重新命名后的法典“要求国民对皇帝的尊重和臣服”;“真理向催生民法典这部伟大作品的诞生应该归功于的人、向对于法

[21] Étienne Hofmann, *Les Principes de politique de Benjamin Constant*, Librairie Droz, 1980, p. 191.

[22] Jean Thiry, *Le Concordat et le Consulat à vie*, Berger-Levrault, 1956, p. 198.

典的整体结构及主要内容留下了其不可磨灭的、富有预见性和创造性天才的人致敬”。由此,法国民法典被更名为“拿破仑法典(Code Napoléon)”。<sup>[23]</sup>

## 五、结论

法国民法典的成功颁行,在法国和世界的法律史上,都是一件具有历史意义的重大事件。“1804年,法国终于拥有了一部由民事法律所组成的民法典,适用于全境的领土及其居民。杜摩林在16世纪所表达的梦想终于得以实现,1791年宪法的制宪者们的心愿也终得以完成。”<sup>[24]</sup>从程序角度来看,1800-1804年期间的法典化工程的成功,归因于以下几个方面:

第一,选择最为合适的起草人组成起草机构,并且在起草人之中有一个核心和“灵魂人物”主导。波塔利斯等四人之所以被选择为起草委员会委员,其原因不仅在于他们精深的法学造诣,而且在于他们都是实务家,长期从事法官和律师等法律实务职业;由此,他们所起草的民法典草案富有实用性,简明易懂,这被认为是法国民法典人文主义的典型体现。<sup>[25]</sup>此外,四名起草人代表了法国的成文法和习惯法两大法律传统,保证了民法规则的普遍性和特殊性价值。此外,特别重要的是,起草机构必须要有一个核心人物来主导,由其来对民法典草案承担集大成者的角色,确保法典在精神上的统一。对于法国民法典而言,正是由波塔利斯通过其《关于民法典草案的说明》对法典精神起到了统一和高屋建瓴式的构建。

第二,在民法典草案起草阶段充分征求和吸收法院的意见。波塔利斯等人在完成草案的起草工作后,草案即发给最高法院和上诉法院征求意见;法院反馈了不少有价值的意见,涉及自然法、合同法、家庭关系、所有权保护、信用关系等多个领域;这一过程对处于外省的部分法院尤为重要,因为藉此它们可以强调某些地方性习惯法的重要性。

第三,行政权的主导作用。拿破仑执政以后,行政权与立法权的力量对比关系开始出现戏剧性的逆转:此前的大革命时期一直是立法权主导,而此后则完全是行政权起支配作用;由政府而非议会行使国家主权,议会权力受到极大的限制。行政主导尤其表现为议会的立法提案权被剥夺,设立民法典起草机构的权限自此转归政府。正是在这样的背景下,在拿破仑执政时期,首次由政府设立民法典起草委员会,并且行政法院在草案的修改和编订过程中发挥了极为重要的作用。在议会对法典草案的审议过程中,政府强势主导和介入,最终确保法典的通过。

第四,采纳了正确的草案表决策略。具体说来,这就是行政院所采取的“化整为零,分步表决”的策略,将法典草案拆分为36部不同的法律,使得一些争议性较大的敏感性法律(如离婚、非婚生子女、收养等)所引发的争论,不至于影响其他法律的通过;待全部法律通过后,再重新组装为民法典整体。这无疑是一种十分富有政治智慧的务实做法。另外,在审议过程中,行政法院和议会保持非正式的沟通,及时协调立场,避免出现正式的分歧。

[23] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., tome 1, p. 117.

[24] Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code civil*, op. cit., p. 285.

[25] B. Tabbàh, 《L'humanisme du droit civil français. Secret de son rayonnement》, in *Revue internationale de droit comparé*, 1954, vol. 6, p. 712.

最后,法国民法典的成功颁行,在很大程度上应归功于拿破仑作为领导者的坚定意志和强有力的推动。<sup>[26]</sup> 作为最高领导人,他甫一上任就高度重视民法典的编纂,随后任命了起草机构,他亲自在行政法院主持了57次民法典草案修订的会议,并就婚姻与家庭制度、收养、所有权等重大制度多次发表其看法;在审议阶段他以强大的政治意志甚至是专制性的手段,给议会的不同派别施加压力,确保全部法律草案最终得以通过;而民法典生效以后他又以军事征服手段确保其在殖民地的实施。所以,我们不难理解拿破仑在圣赫勒拿岛流放期间(1818年)所留下的著名论断:“我的光荣不在于赢得了40多场战役;滑铁卢将抹去这一切的胜利回忆。然而,什么都无法抹去和将永续存在的,是我的民法典。”<sup>[27]</sup> 他的这一愿望后来也并没有完全落空,法国民法典在其诞生后的两个多世纪里产生了世界性的巨大影响。其影响范围除欧洲(荷兰、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙、罗马尼亚等)以外,还到达北美(魁北克、路易斯安娜、海地)、南美(秘鲁、智利、阿根廷、萨尔瓦多、巴西等)、非洲(阿尔及利亚、突尼斯、摩洛哥等)和亚洲(黎巴嫩、土耳其和日本等)。时至今日,法国民法典仍然在不同程度地影响和启发着许多国家的民事立法。

## Study on the Procedural Issues of the Making of the French Civil Code

Shi Jiayou

**Abstract:** The drafting of French Civil Code began during the French Revolution; Cambacérès presented three drafts of Civil Code. Unfortunately, such codification efforts finally aborted due to the complicate political situation. After the taking over of the powers by Napoleon, the executive had the dominance over the legislative. Therefore, a Drafting Commission of Civil Code was established by the government, Portalis and other three eminent jurists were appointed as its members; Portalis was the core of the Commission. The draft was sent to the courts for consultation. Then the draft and the observations were presented to the French Council of State, where Napoleon chaired more than half of the meetings on the revision of the draft. Napoleon also expressed his personal ideas on many issues such as marriage, family and adoption. The Council of State disassembled the draft into 36 legislations and established information communication with the Parliament, in order to facilitate the lecture of the draft by the latter. The legislative power was exercised by three different chambers and was weakened. After the rejection of the draft by the Parliament, Napoleon intervened with strong political willingness and reshuffled the Parliament. Consequently, the legislations were adopted by the Parliament and the French Civil Code was finally enacted.

**Keywords:** French Civil Code; codification; Cambacérès; Portalis; French Council of State

(责任编辑:丁洁琳)

[26] [法]让·路易·安贝翰:“民法典的制定历史:民法典,拿破仑的?”,石佳友译,载《法学家》2004年第2期,第2页。

[27] Charles François Tristan de Montholon, *Récit de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, Paris, 1847, t. I, p. 401.

# 中国民法典编纂的组织体制问题： 结合意大利经验的讨论

薛 军\*

**摘 要:**在民法典编纂中存在不同的组织体制,组织机制的优劣会影响民法典编纂的质量。意大利民法典编纂中采纳了双委员会体制。这种组织模式比较好地结合了民法典编纂中的技术因素与政治因素。相比之下,单委员会体制存在明显缺陷。民法典编纂应该委托于具体的自然人,而不应该采取单位参与制。参与民法典编纂的委员会的人员构成,应该根据不同的委员会,确定不同的人选。起草委员会应该主要选择学者和法官参与,而审查委员会的人员,则应该吸收其他行业的代表参与。

**关键词:**民法典编纂 准备委员会 起草委员会 审查委员会

民法学界多年以来呼吁民法典编纂,但关注的焦点一直集中于论证民法典编纂所具有的价值、意义、功能等宏观理论。就具体问题而言,学界集中讨论了民法典的结构设计问题,也就是采取几编制,以及相关内容如何排列的问题。<sup>[1]</sup>与此相关,民法学界也对知识产权法、亲属法以及人格权法是否纳入民法典的问题进行了讨论。<sup>[2]</sup>但对于更具技术性的民法典编纂的组织体制问题并没有给予足够关注。<sup>[3]</sup>随着中国民法典编纂工作被正式纳入议事日程,相关工作已经快速启动,在这种情况下,也许有学者会认为,既然民法典编纂已经在路上,那就集中精力做好实质性的条文起草工作,不需要再花费时间与精力来研究民法典编纂的组织机制问题了。但“工欲善其事,必先利其器”。世界范围内的民法典编纂史表明,良好的组织机制、高效的组织形式是确保民法典编纂的质量和效率的重要保障。如果我们不想在民法典编纂这项对于中国法治建设具有基础性意义的工作中留下太多缺憾,那么就必须对民法典编纂的组织体制问题给予足够的重视。

本文结合意大利民法典编纂的历史经验来讨论民法典编纂的组织体制。意大利是典型的欧洲大陆法系国家,经过了创设型的1865年意大利民法典编纂和重编型的1942年意大利民法典编纂,在此过程中积累了丰富的经验与教训。<sup>[4]</sup>本文拟结合意大利民法典编纂的经验教训来讨论若干与民法典编纂的组织体制相关的重要问题。论文采取夹叙夹议的方式,以问题导向为中心,从意大利的经验出发,但不局限于对其经验的总结与介绍,而是紧扣中国实际发展的最新情况来展开讨论。考虑到本

---

\* 北京大学法学院教授,法学博士。本文为2014年国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”(14ZDC018)的阶段性成果。

[1] 参见徐国栋:“民法典草案的基本结构”,载《法学研究》2000年第1期。

[2] 参见易继明:“历史视域中的私法统一与民法典的未来”,载《中国社会科学》2014年第5期。

[3] 为数不多的论述可参见徐国栋:“认真地反思第四次民法典起草的组织方法”,载《法律科学》2003年第5期;魏磊杰:“民法典编纂的技术问题”,载《华东政法大学学报》2011年第2期。最近的研究成果可参见王竹:“以‘非基本法律法典化模式’编纂民法典的立法程序:一种‘实用主义思路’的合宪性思考”,载《中外法学》2014年第6期。

[4] P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Editori lateza, Roma - Bari, 1999, p. 1.

文主要讨论民法典编纂组织机制问题,有关意大利民法典编纂的历史背景、价值观念、体例特色等,全部略过不谈。

## 一、单委员会、双委员会与三委员会架构

研究民法典编纂的组织体制问题,首先需要回答的问题就是,民法典编纂工作是采取独任制还是委员会制。所谓独任制就是将民法典编纂的任务委托给某一个自然人,而委员会制则是把民法典编纂的任务委托给由多个自然人组成的委员会来承担。虽然在法典编纂的历史上,的确有不少以一人之力承担民法典编纂之大任并且获得了成功的事例,<sup>[5]</sup>但考虑到这项任务的规模以及需要的时间、精力和知识储备,委员会制仍然是主流的民法典编纂的组织模式。在这一问题上,无论是1865年意大利民法典的编纂还是1942年意大利民法典的编纂,都采取了委员会制。中国民法典编纂应该采取委员会制,而不是把民法典编纂工作委托给某一个人来完成,这也几乎可以说是各界的共识。此前曾经成立过的“民法典起草工作小组”就是例证。

但即使采取委员会制来起草民法典,仍然需要在不同的组织架构模式中作出选择。在民法典编纂的组织架构中,存在单委员会、双委员会与三委员会等不同模式。为了深入研究这一问题,笔者首先介绍1942年意大利民法典编纂的历史经验,然后再来讨论这些组织架构之间的区别。

在编纂1942年意大利民法典的过程中,意大利采取的是双委员会制。由于民法典编纂在性质上属于立法行为,因此属于议会的权限。但由于民法典编纂是一项非常庞大的系统工程,人数众多并且成员变动不居的参议院和众议院,难以总揽其事。于是意大利议会通过专门的授权立法的法案,将民法典编纂的任务委托给政府来完成,而政府方面主要由司法部来具体负责组织实施民法典编纂工作。<sup>[6]</sup>意大利的司法部长基于这一授权,邀请相关的法学专家组成了民法典编纂的起草委员会(*commissione di redazione*)。该委员会的职能是负责研究和起草民法典草案,在草案初稿完成后,以司法部长的名义提交给议会。虽然说议会已经通过授权法案委托政府负责民法典编纂工作,但议会仍然有必要对民法典编纂工作予以监督、指导和控制。于是意大利在议会的层面上另外组成一个民法典编纂的审查委员会(*commissione di revisione*)。该委员会的任务是对司法部提交的民法典草案进行审查,提出明确具体的修改意见,然后连同民法典草案再次发还给司法部的起草委员会。后者研究相关的意见,对于合理的部分予以采纳,对于不拟采纳的意见,则说明不予采纳的理由。最后起草委员会形成新的民法典修订草案,由司法部长以最终草案的方式提交国王,由后者予以批准和颁布。<sup>[7]</sup>

以上所述,就是意大利民法典起草中的双委员会架构。这一架构的特点(同时也是优点)可以通过与单委员会架构的比较而得知。<sup>[8]</sup>所谓的单委员会,就是把民法典草案的起草工作,直到正式批准颁布之前,自始至终只委托给一个委员会来完成。单委员会的架构可以确保与编纂相关的工作快

[5] 例如,《瑞士民法典》就是由胡贝尔一人编纂,《荷兰民法典》委托给梅耶编纂,《埃塞俄比亚民法典》的编纂委托给法国著名比较法学家勒内·达维德编纂。相关的资料可参见 Pio Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

[6] Cfr., Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia (a cura di), *I lavori preparatori dei codici italiani, un'bibliografia*, Biblioteca centrale giuridica, 2013, p. 6.

[7] 关于意大利民法典编纂历史的细致论述,参见 R. Bonini, *Premessa storica*, in *Trattato di diritto civile*, vol. 1, diretta da Pietro Rescigno, Torino, 1982, 53ss.

[8] 关于民法典编纂中的单委员会、双委员会和三委员会的组织体制的一般性的介绍,参见[日]穗积陈重:《法典论》,李求轶译,商务印书馆2014年版,第69页以下。

速推进,因此效率比较高,但却存在不容忽视的缺陷。虽然采取单委员会的架构,在起草过程中也会借助于各种渠道来听取各界意见,但一旦草案正式形成,在单委员会制之下并没有一个正式的制度架构来确保其草案得到同样水准的专业性、系统性的审查。而且更加重要的是,出于人之常情,起草委员会成员对于经过了自己在委员会长时间打磨的草案,往往有很高的认同度,如果没有制度性的要求,实际上不太可能、也不太愿意去听取外部的批评性意见。设想一下,已经得到编辑部用稿通知的作者,有多少人愿意进一步修改自己的论文呢?在这样的情况下,双委员会的架构,能够从制度性的层面上确保在民法典编纂中,至少存在两个专门的委员会,二者之间彼此分工,人员组成上各有侧重(关于这一问题,将在下文专门讨论),这样既有集思广益、开拓视野之用,也可以在一定程度上增加民法典编纂中各方人员的参与度。<sup>[9]</sup>

意大利民法典编纂中采用的双委员会制,主要与议会授权立法体制有关。审查委员会在性质上是议会内设立的专门机构,其主要职能是从议会的视角来对处于政府(具体来说就是司法部)主导之下的民法典起草委员会的民法典编纂草案,进行审查和把关。虽然说议会在授权立法的法案中,的确可以提出一些民法典编纂中必须遵守的指导思想、价值判断等,但由于民法典编纂是一项庞大的系统工程,起草委员会是否遵循了相应的指导思想并不是那么一目了然,因此在议会中设立一个民法典草案的审查委员会,要求起草委员会形成的草案必须经过审查委员会的审查,充分吸收其审查意见以后,才可以正式提交批准,这种双委员会制的构架,就具有了内在的合理性,体现了民法典编纂中的技术因素与政治因素这二者之间的平衡。

民法典编纂固然具有强烈的技术性特征,但不能认为民法典编纂可以脱离实质性的价值判断以及相应的立法政策选择问题。<sup>[10]</sup>对于这方面的决策,法学家不能越俎代庖,一手包揽,而应该尊重政治伦理中的民主原则,也就是说,涉及实质性的价值判断问题的时候,应该保留代议制机构以制度性的审查和介入的权能。在这一方面,意大利民法典编纂中的双委员会架构较好地回应了这样的需求。

至于说三委员会的架构,是指在民法典编纂之前,成立一个准备委员会(commisonepreparatoria),该委员会的职能是,就民法典编纂的流程、组织机制、实施方案等先决性问题作出决定。在德国民法典的编纂中,存在这样一个机构。但是在1942年意大利民法典的编纂中,没有专门设立这样的一个准备委员会。这主要是因为,1942年意大利民法典编纂的性质主要属于法典重编(recodification),因此组织工作相对比较简化。对于原创性质的法典编纂来说,这一委员会的存在有其必要。准备委员会通常设立于议会之中,主要负责确定民法典编纂的组织规程。在涉及采用授权立法来解决民法典编纂的具体组织和实施者的时候,准备委员会的重要任务是准备授权立法的草案,草案中对民法典编纂涉及的范围、应该遵循的基本方针和策略、主要的价值判断和立法政策等予以明确。<sup>[11]</sup>

虽然说三委员会的架构也遭到一些学者的批评,认为可能导致叠床架屋,延缓法典编纂的进程。但如果仔细分析相关委员会的功能,就可以发现,三委员会的架构有其实质的合理性。尤其是对于原创性的民法典编纂来说,有大量的程序性的事项需要事先明确。在这样的背景之下,准备委

[9] Cfr., Ministero di grazia e giustizia, Codice civile, testo e Relazione Ministeriale, Istitutopoligraficodellostato, Roma, 1943. Relazione presentata nell'udienza del 16 Marzo 1942 per l'approvazione del testo del codice civile.

[10] 对这一问题的讨论可参见薛军:“两种市场观念与两种民法模式”,载《法制与社会法制》2008年第5期。

[11] 在民国时期进行的民法典编纂中,国民党中央政治会议,在某种程度上充当了这样的准备委员会的职能。中央政治会议就民法典编纂的相关内容专门作出决议,规定相关的立法原则。例如,中央政治会议第168次会议决议的是民法总则编的立法原则;第183次会议决议的是民法债编立法原则以及编订民商法统一草案;第202次会议决议的是民法物权编立法原则;第236次会议决议的是亲属、继承两编的立法原则。参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第18页。

员会的工作就比较重要。如果没有事先确定的编纂活动展开的规则,很可能导致职责不清、效率低下。但具体到某一个国家来说,由于各国的法典编纂都是在其特定的历史语境和政治体制的约束之下展开的,如何在这些组织模式之中选择,必须结合自己客观的现实需要与法典编纂的性质来加以决定。<sup>[12]</sup>

## 二、中国民法典编纂应当采取双委员会制的组织架构

具体到中国当下正在进行的民法典编纂来说,笔者认为,采取意大利式的双委员会的组织架构比较妥当。首先,中国正在进行的民法典编纂,就其性质而言,在很大程度上具有重述(restatement)的特征,而非原创性的法典编纂。作为未来中国民法典之基础的民事单行法,其实已经相当齐备,<sup>[13]</sup>法典编纂所需做的主要工作是重新反思、整理、增删现有的民事单行法。在这样的背景之下,需要准备委员会来决策的事项比较少,因此可以将其归并到审查委员会的职能之中。

其次,双委员会的架构比较适合中国目前的政制架构。民法典编纂在中国的立法权限分配框架之中,由于在性质上是民事基本法,<sup>[14]</sup>应该由全国人民代表大会的全体会议来表决通过,属于全国人大行使立法权的范围,并不适宜通过授权立法的方式,让政府部门来组织实施。从这个角度来说,中国民法典编纂,必然是由全国人大法工委来牵头组织。这样,围绕人大法工委可以形成一个类似于意大利民法典编纂中的设立于议会内部的“民法典草案审查委员会”一样的组织机构,主要侧重于从民法典编纂会涉及的政治因素和实质性的价值判断问题来对民法典草案进行审查。这一工作实际上也是全国人大法工委在立法流程中承担的主要职能。但除此之外,不容忽视的是,必须要建立一个相对独立的起草委员会,主要侧重于从技术性的角度来拟定民法典草案的具体内容。

就此而言,目前正在运行的民法典编纂的组织架构存在不少问题。根据中办与国办下发的《中央有关部门关于贯彻十八届四中全会(决定)措施的分工方案》,民法典编纂的工作由全国人大法工委牵头组织,参与单位有最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、中国社会科学院、中国法学会。这样的组织架构在实际运作中,比较容易导致工作职权不清、身份定位不明。“名不正,则言不顺;言不顺,则事不成。”如果把牵头单位与参与单位之间的关系,理解为一种主持者与协助者的关系,那么所有的参与单位,充其量不过是向牵头单位提供一些咨询意见而已,如何取舍完全由主持者决定。这样的话,中国民法典编纂也就实质性地采取了单委员会制,全国人大法工委民法室的相关人员也就是事实上的中国民法典编纂者。虽然在先前几部民事法律的立法中,也基本上采取了这种架构,但毋庸讳言,这样的做法存在很多弊端。民法典编纂(广义而言,也包括其他的民事立法),是基于民法学术研究和民事司法的实务经验,对中国民事法律规范进行合理化重构的工作。这一工作毫无疑问应该吸收第一流的民法研究专家和长期从事民商事案件审判的高级法官来参与,才可以确保其质量。全国人大法工委的人员主要是一些从事与立法相关的行政工作的职员,无论是从接受的学术培训,还是从研究水准而言,恐怕不会有人认为是具有代表性的第一流的民法学者。另外,他们不参与司法

[12] Mario Bessone, *Istituzione di diritto privato*, quindicesima edizione, Torino, 2008, p. 34s.

[13] 就具体立法而言,《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》已经为未来民法典提供了比较完备的实体性规范的内容。如果再加上由最高法院颁布的大量的民商事领域的司法解释,相关的规范则更加齐备。

[14] 虽然民法典是民事领域的基本法,体量庞大,包括的范围非常广泛,但在性质上仍然是一部法律。Cfr., R. Guastini, *Le fonti del diritto: fondamntiteorici*, Milano, 2010, p. 90.



审判,对于民事审判实务的状况和最新发展,基本上没有什么了解。在这里,笔者并非批评这些工作人员,而是强调其职业特征。因为工作分工的原因,他们在其工作中要过手很多方面的立法草案,因此无法做到非常专注地对某一方面的问题进行持续的跟踪研究。官僚体制中的其他事务,也会占用大量时间,使得他们无法专门地从事学术研究。在这样的情况下,如果形成以人大法工委的工作人员为中心的组织机制,虽然他们在一些问题上,的确能够得到民法学界专家学者的咨询和帮助,从而作出正确的判断,但如果在有关问题上学者之间本来就存在争论,他们就会缺乏作出正确判断和选择的能力。在这种情况下,他们要么倾向于回避相关问题,要么基于一些外在的标准(提供相关意见的学者的社会头衔、职务,甚至是私交的状况等)来决定取舍。这很不利于民事立法实现真正的科学性。更加有害的是,这样的架构并不鼓励民法学者坚持自己的学术判断,而是会变相地怂恿民法学者去迎合立法机构的官员所持有的一些未必合理的观点,从而换取自己获邀参与立法讨论的机会。从组织架构上看,如果不能赋予相关的学者以正式的、得到保障的民法典编纂者的身份,而是实质上处于一个被立法机构呼之即来、挥之即去的地位,他们的学术责任感无法被激发出来,一种不负责任的投机心态会占据主导地位。

要解决这一问题,就必须在组织机制上明确地建立一个独立的,由杰出的民法学者、高级法官以及优秀的资深律师所组成的民法典起草委员会。该委员会在性质上并非是向全国人大法工委提供咨询意见的智囊机构,而是独立开展工作。该起草委员会根据民法典编纂的工作规划展开工作,在必要时,可以主动向有关专业人士征求意见。各行各业关于民法典编纂的专业意见,应该向该委员会提供,由其斟酌决定是否予以采纳。如果起草委员会成员在一些重要事项上无法达成一致意见,则应以投票表决的方式作出决策,而不应该为了避免作出决策,刻意搁置或者回避对相关问题表达立场。<sup>[15]</sup>同时,为了激发参与者的学术责任意识,民法典起草委员会成员,在参与民法典编纂过程中发表的任何见解以及针对有关问题投票时所采取的立场,都应该予以完整的、全面的记载,形成详细的立法讨论资料,事后予以公开发表,便于学界研究讨论。相关的委员会,在完成民法典草案之后,将其提交全国人大法工委,由后者对其完成从政治以及价值判断方面是否具有妥当性的审查。在审查中,法工委同样需要邀请另外的具有不同背景的人士来参与审查,对民法典草案提出建设性的修改意见。连同这些意见,交还民法典起草委员会予以修改。后者对于审查委员会的修改意见,可以予以采纳;如果不采纳,则应当说明理由。相关民法典草案,连同立法说明,再次由法工委经过必要的程序,提请全国人民代表大会正式批准颁布。

最后,还是基于中国的现实国情,双委员会制运行所需要的时间和制度成本相对较低,因此也具有更大的现实可能性。的确,对于民法典编纂这样一件国家法律生活中的大事来说,事先组织一个准备委员会,讨论和决定一些组织性的事项,这是非常有益的。但在中国现实的语境中,要实现这一目标比较困难。如果准备委员会的决议,必须表现为全国人大或者全国人大常委会的一个决议,那么为了等待这个决议的出台可能就需要等待很长时间。也有学者考虑,可以由中共中央政治局来作出相关决议,但这种设想实现的现实可能性几乎为零。十八届四中全会能够正式宣告启动民法典编纂,这五个字能够出现在这种级别的政治文件中,已经非常不容易,而要中共中央政治局来专门讨论民法

[15] 在意大利民法典的编纂中,起草委员会内部如果就相关问题有不同的看法,就采取投票表决的方法来决定取舍,但投票的情况应该记录在案。

典编纂的组织性事项,在目前的语境之下,几乎是不可能的。<sup>[16]</sup>因此,比较现实的做法是在目前的体制所设定的前提之下,转换全国人大法工委的工作思路,积极设立一个职能相对独立的民法典起草委员会,赋予其起草民法典草案的任务,然后仍然以全国人大法工委为核心,形成一个实质上的审查委员会,对起草委员会提交的草案进行审查。建立和运行这样的双委员会的组织架构,相对比较容易。

### 三、民法典编纂的主体:自然人参与制与机构参与制

与民法典编纂的组织机制相关的另外一个重要问题是确定民法典编纂的参与主体问题。其实这一问题并不复杂,在大陆法系国家的民法典编纂中,有一些通行的做法,但恰恰是由于中国立法工作中的特殊做法,使得笔者认为有必要在本文中专门来讨论这一问题。

以意大利民法典编纂的经验来看,关于民法典编纂的主体,在民法典编纂的不同阶段,呈现出不同的特点。对于民法典编纂的起草委员会而言,毫无疑问,必须是具体的、单个的自然人来参与民法典编纂的起草委员会,某一个机构或组织或行业协会,是不可能以自己的名义成为起草委员会成员的。换言之,对于起草委员会的组成而言,绝对排除机构参与制,而必须是自然人参与制。之所以这么做,理由很简单,因为只有具体的自然人,才是真正的能够进行理性思考的主体,其他的任何超越于自然人的机构,都只是一个组织机制,相应的组织机构自己并不能思考,其所表达的观点,最终还是来源于该机构中的具体的自然人。

但这并不表明在意大利民法典编纂中,完全排除了机构参与制。事实上,在民法典草案的征求意见阶段,意大利主要采取的是机构参与制,也就是说,相关的意见征询,主要是向一些学术机构(比如大学法律系),行业协会(比如说律师协会、公证人协会)和商业组织提出。后者也以机构的名义来提供意见。处于机构中的个人,当然可以提出自己意见,但更加受到重视的却是以机构的名义出具的意见。事实上,在意大利民法典草案征求意见的过程中,当时主要大学的法律系都接到征询书,征询书明确要求相关的法律系的教授要集体讨论,形成成熟意见,然后以法律系的名义提供咨询意见。相关的意见书汇编起来,事后公开出版,以示郑重和负责。这种运行机制使得相关的机构高度重视意见征询工作。<sup>[17]</sup>

如果说在民法典编纂的起草委员会中不适宜采纳机构参与制,那么为什么在征询相关的对于民法典草案的意见的时候,却要鼓励机构参与制呢?原因在于,这样做一方面可以更加明确地听得到相关行业更加成熟的、的确能够代表行业观点的声音,以确保民法典中的规则设置时价值立场不发生偏颇。另外,在这个阶段采取机构参与制,可以避免一些过于随意,却没有专业价值的所谓修改意见大量涌现,使得起草委员会无所适从。从常理来看,要求以机构的名义出具意见,会激发相应的机构组织专业人员进行深入研究,使得相关的工作更加认真负责。对于相关行业来说,这关乎其行业利

[16] 任何国家的民法典编纂最终得以完成,政治上的强有力的支持是一个必不可少的前提条件,意大利也是如此。当时的司法部长迪诺·格郎蒂(Dino Grande)本身是一个非常强势的政治人物。正是在他的支持之下,民法典编纂的进程得以加速。参见 Dino Grande, *Il mio paese*, Bologna, 1985, p. 483. 但这并不表明,高层的政治人物对民法典编纂的具体事务也要给出具体的指导性的意见。在这方面,具体组织实施者,其实有很大的空间。例如,格郎蒂就特别重视罗马法传统,因为他认为这是意大利民族文化的骄傲。格郎蒂部长在1939年10月16日在参议院的会议上发表的讲话就明确指出这一点,并且他还引用了一个德国法学家的话说,对罗马法研究的任何忽视,都会遭报应。他的这种态度,对于意大利民法典编纂者对罗马法传统的态度,的确发挥了重要的影响。

[17] Codice civile, primo libro, relazione sul progetto. Roma istituto poligrafico dello stato libreria, 1931, Anno IX.

益,对于相关学术机构来说,这关乎其学术声誉。因为一切机构意见,最终都会公开出版,白纸黑字,供人评说。

对照意大利民法典编纂的经验来看,中国立法的通常做法,可谓恰恰相反。在法律草案的起草阶段,往往采取所谓的“牵头单位”+“参与单位”的机构参与制,并且几乎是要明确地排除自然人参与制。但到了公布草案、征求意见的阶段,却又不强调机构参与制,而是面向全国各族 13 亿人民来征求意见,结果往往导致一个不过几十个条文的法律草案,会收到几万甚至几十万条修改意见。<sup>[18]</sup> 这些修改意见绝大多数毫无专业性可言,不具有任何参考价值。在征询意见的时候,相关的机构或行业协会,虽然的确可能接到邀请,就法律草案提交参考意见,但由于没有形成一种成熟的制度,相关机构也不太清楚自己的意见受重视的程度,因此往往并不认真对待这一工作。总体而言,结构和功能错位之下的这种法律草案公布之后的征求意见环节,往往流于形式,效果并不明显,对于法律草案质量的提高没有什么意义。

很不幸的是,机构参与制的思路似乎正在被延续到民法典编纂工作之中。根据前述的中办与国办下发的《中央有关部门关于贯彻十八届四中全会(决定)措施的分工方案》,民法典编纂的工作由全国人大法工委牵头组织,参与单位有最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、中国社会科学院、中国法学会。这是典型的机构参与制的思路。所谓的牵头单位,其性质和地位并不清晰,参与单位同样如此,其与牵头单位之间的关系也不明确。仔细分析一下这些牵头机构与参与机构,可以发现两办文件的出发点也许是好的。全国人大法工委是立法工作的组织部门,最高人民法院与最高人民检察院的参与,代表了从司法角度的参与,而中国社会科学院,作为中国最大的智库机构,也的确应该为民法典的编纂出谋划策,而中国法学会作为学术组织的参与,则代表了民法典编纂中对专业学者的重视。似乎一切都考虑到了,但其实结构和功能存在错位。

在民法典起草阶段采取机构参与制,最大的问题在于会导致参与主体不明确、不稳定、不连续,因此必然导致不专业。前文已经提到,真正能够思考和作出决定的只有某个特定的自然人。上述两办文件列举的牵头单位与参与单位,无不是人员众多的机构,那么究竟这些机构中的哪一个范围的、什么级别的人来代表这些机构参与民法典编纂的活动,这一点其实是不明确的。民法典编纂的起草阶段,最主要的任务可能就是开会讨论相关问题。法典编纂中的这种工作研讨会的数量是非常巨大的。根据意大利民法典编纂中的统计,开会的次数达到数百次之多,而且这些会议的议题之间具有很强的连续性,缺席一次很可能导致在后续的会议上无法跟上先前的讨论。因此,这种工作需要特定的人员,非常专业性的投入才可以完成。<sup>[19]</sup> 那么这些会议究竟谁能够参加? 参加的人发表的观点,是代表相关机构还是仅代表自己的观点? 如果要代表机构,如何获得授权。如果仅代表自己的观点,那么与其所在的机构就并没有什么必然的关系,其观点具有何种分量,也是个问题。我们可以设想一下,牵头单位组织开会,参与单位可能这次让张三去开会,下次派李四去开会,再下次甚至可能因为特殊原因,根本没有人去开会。在这样的情况下,如何确保民法典编纂工作有序、高效地展开,就会变成一个大问题。对于小规模的法律的制定,这种松散型的工作模式也许还可以勉强对付,因为需要讨论的事项不多,但如果用来编纂民法典,注定要出问题。

解决这一问题的唯一方法就是在民法典草案的起草阶段,坚决地抛弃机构参与制,转而采取自然

[18] 举例来说,个人所得税法的草案向社会征求意见,就收到超过 23 万条的意见。参见相关的报道《个人所得税法面向社会征集意见超 23 万条创纪录》(<http://www.chinanews.com/cj/2011/05-31/3079289.shtml>,最后访问日期 2015 年 4 月 28 日)。

[19] Cfr., Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, a cura di Liapri, Bari, 1974, p. 52.

人参与制。具体来说,必须建立一个有着明确、具体的组成人员名单的民法典起草委员会。这一点因为符合法典编纂活动的规律,也成为所有的法典编纂工作的惯例。中国民法典编纂,不可能突破这个已经被反复验证了的规律,必须要遵循它。在意大利民法典的编纂中,民法典起草委员会的名单是由司法部长结合各方面的提议之后组成,以司法部长的名义征召相关人员,并且正式发布聘书。相关人员的身份明确,权利义务清晰。成为民法典起草委员会的成员,当然是一个巨大的荣誉,但同时也肩负着巨大责任,因为其在委员会中的任何表态,都被记录在案并且会被公布。这种机制确保相关人员以一种高度负责的专业的心态去参与这一活动。

事实上,在2000年前后,在拟议民法典编纂的时候,我国曾经成立了一个有着具体人员组成的民法典起草工作小组。这个工作小组的机制,已经具有了自然人参与制的特点。但可惜的是,在当下的民法典编纂中,似乎已经退回到完全的机构参与制了。这种现象的出现,有很多不便言说的原因。但笔者认为,民法典编纂是中国法制历史上里程碑式的事件,其成败得失关乎国计民生,关乎中国法律职业者的尊严,因此必须要抛弃一些狭隘的利益观念。一切从大局出发,真正贯彻科学立法的精神。如果因为担心给了别人以民法典起草委员会成员的身份,而影响了自己日后以立法者的身份出版条文释义书、获邀宣讲新法之类的收益,把本来应该弄得清清楚楚的事情,故意搞得云山雾罩,把自己根本做不了也没有能力完成的事情,始终把持在手中,最终损害中国民法典编纂的质量,那注定会成为历史的罪人!

还需要明确说明的是,在民法典草案的编纂阶段,确定自然人参与制,明确宣告民法典起草委员会的组成人员名单,并不意味着中国民法典编纂的工作就完全委托给这几个人了。其他人同样,而且也应该继续参与到这项宏大的事业中去,但方式、方法也许会变得更加有效。举例来说,这会鼓励学有所长的学者进行更加专门的研究,以此向民法典起草委员会提供更加专业的意见,而不是试图另起炉灶,自己也去设计一个民法典大纲。起草委员会也可以根据专长,委托特定的人进行课题研究,向委员会提交相应的研究报告,供其参考。总之,在这种组织体制之下,一切工作具有了一个真正的核心和具体的人员指向,而不是无序和混乱。

相反,如前所述,在进入征求意见的阶段,可以转而采取机构参与制。要求特定的机构提供参考意见,相关的意见要以机构的名义出具。这可以鼓励相关的机构,来组织研究相应的草案,出具更加具有专业性的意见。需要说明的是,法律的民主合法性,并不在于在立法过程中向全体人民征求意见,而在于议会投票,在中国则是全国人民代表大会的投票表决。对于民法典这样综合型的法律文本来说,要使得征求意见这一环节变得有意义,就必须强化这一环节的机构参与制的色彩。对此意大利民法典编纂中的经验仍然值得借鉴。向特定的、数量不多的行业协会和大学法律系发布咨询意见书,要求他们认真对待这一工作,出具正式的意见书,并且承诺将相关的意见书公开出版。这些措施一方面确保了意见书的质量,另外也的确对民法典草案的改进发挥了作用。<sup>[20]</sup>

#### 四、民法典编纂的两个专门委员会的人选问题

如果前面的论述能够得到认同,也即中国民法典编纂在组织架构上应该采取双委员会制,并且委员会的组成上采取自然人参与制而不是单位参与制,那么最后一个问题就是如何确定这两个委员会

[20] Cfr., Pandolfini, Scapello, Stella Richter, Dallari, *Codice civile*, Milano, 1939 - 1941.

的人选。

笔者还是从意大利民法典编纂的经验出发来讨论这一问题。由于民法典起草委员会是基于司法部长的征召令来组建的(该命令的法律基础是议会的授权法案),所以相关委员的人选由司法部长作出决定。在这一委员会的组成人员中,绝大多数是当时最杰出的民法学家与法官。<sup>[21]</sup>委员会组成之后,独立开展工作,司法部长并不加以干预。如果个别人员因为特殊情况需要退出或者的确不能履职,则向司法部长提出辞职,后者再另外选择人选。关于人数问题,意大利民法典编纂起草委员会的人数大体上保持在7到9人左右。这样的人数规模便于召集开会和讨论。委员会内部的工作分工由委员会主席来决定,通常情况下如果采取分编制的工作步骤,则大体上由这些参与者每人负责一个章节条文和立法报告的撰写,然后内部集体讨论定稿,如果有不同意见,则通过投票来进行表决。

民法典起草委员会拿出初稿之后,连同报告,提交设立于议会的审查委员会。该审查委员会的组成与起草委员会的组成有所不同,原则上由议员参与,而且需要吸收代表社会各阶层的议员参加,在学者的选择上,当然需要有权威的民法学家参与这一委员会,<sup>[22]</sup>但不局限于法学领域,而是也吸收其他领域的学者,比如经济学领域的学者参与。这一委员会的主要任务并非对起草委员会提交的初稿进行技术性的审查,而是审查其是否遵循了授权立法的法案的指示,以及一些涉及价值判断(在意大利民法典编纂的时代,这主要涉及劳动者的法律保护)的问题的处理是否妥当等等。如果有关草案被认为存在问题,审查委员会则提出明确的修改建议,然后连同这些修改建议返还于起草委员会,对此后者必须予以回应。

从意大利的实践来看,两个委员会的组成人选上的差别主要是技术性因素与政治性因素的结合。起草委员会主要由法学专业人士(法学家、法官与律师)组成,体现的是对民法典的专业性的尊重,而审查委员会主要由其他界别的人士,并且原则上由议员参与,体现的是民法典应该尊重政治性的价值判断。<sup>[23]</sup>

毫无疑问,意大利的经验不可能毫无变化地复制到中国民法典编纂的组织体制之中。但意大利民法典编纂中的做法仍然具有启发性。如果确认中国民法典编纂起草委员会应该采取自然人参与制而不是机构参与制,那么当下需要做的就是选择一些其学术研究成就得到公认的民法学家和具有非常专业的审判水准的高级法官以及资深的律师来组成民法典起草委员会。为了尊重两办文件的精神,人大法工委主持相关人员的遴选,其他四家参与机构享有提名权。其中最高人民法院与最高人民检察院主要从司法和律师系统中选择优秀法官与律师,予以提名,而中国社会科学院与中国法学会主要从学者中进行提名。在确定人选的时候,需要考虑年龄、教育背景、地域来源等因素,做到委员会成员的知识结构比较全面、均衡,使其能够真正代表民法研究的最高水准。

考虑到中国民法典编纂不可能在意大利式的授权立法的框架之下来展开,因此中国语境之下的这一委员会,其设立和运作的制度依据,只可能来自全国人大法工委正式的委托授权。就此而言,该委员会的工作,在整体上当然要接受人大法工委的指导与监督。但即使如此,法工委仍然应当摒弃官僚制的思维惯性,控制自己全面介入委员会具体活动的冲动,充分尊重委员会成员工作上的自主性与

[21] 例如 Vassali, Ascarelli, Gorla 等等。但由于时代已经过去很久,加之意大利法学在中国的影响力的限制,所以列举出所有参与民法典编纂的意大利法学家,并且介绍其主要的学术成就也就没有必要。需要强调的是,司法部长在确定相关人选的时候,主要是基于学术成就和影响力。

[22] 例如在意大利民法典的编纂中,议会内设立的审查委员会的主席,就是由著名的法学家 Mariano D' Amelio 担任。

[23] F. Vasalli, *Motivi e caratteri della codificazione*, in Riv. it. scienze giur., 1947, 76.

独立性。至于是否给予委员会成员以额外的工作津贴,考虑到这项工作虽然负担很重,但更多地被视为一个巨大的荣誉,报酬的问题不构成一个重要的障碍。

在民法典起草委员会之外,依然是在人大法工委的指导之下,考虑成立一个具有更广泛代表性的审查委员会。该委员会在构成上仍然必须坚持自然人参与制,在成员选择上应该注重其行业代表性,该委员会侧重于从民法典具体规则所体现出来的价值判断是否具有实质合理性的角度进行评判。该委员会成员应当吸收法学界除了民法领域之外的其他学者参与,甚至也应该吸收其他学界和行业(例如经济学界,工商界)的人士参与,以提高中国民法典对社会现实的适应性。

关于两个委员会之间工作上的衔接关系,可以考虑起草委员会提交民法典草案初稿之后,同时进入到机构征询意见阶段以及审查委员会审查阶段。在获得相关专业意见的反馈之后,起草委员会专门予以回应与修改,然后将修改之后的草案提交人大法工委,进入立法批准程序。

以上两个委员会,包括其工作文件,所有立法会议的讨论记录,都应该予以全面记录,在民法典颁布之后,作为立法资料予以公开出版,以助于民法典具体条文的解释。

## 五、结论

中国民法典编纂是当代中国法治建设中的一件具有标志性意义的大事。要确保民法典编纂的质量,就必须建立良好的组织机制。中国民法典编纂应该采纳双委员会制,也就是起草委员会与审查委员会。两个委员会相互独立,各自在全国人大法工委的指导之下,独立开展工作。关于委员会的主体,应该采取自然人参与制,而摒弃职责不明的机构参与制。在确定委员会人员的过程中,应当考虑两个委员会职能上的分工,起草委员会的成员应该强调其民法专业能力,审查委员会的成员则强调其社会阶层的代表性。

### **The Problems of Organization with regard to the Codification of Chinese Civil Law: The Discussion with reference to the Italian Experience**

Xue Jun

**Abstract:** There are different models of organization of the activity of codification which have a heavy effect on the quality of the civil code. During the Italian civilian codification, there are two commissions appointed by the government and by the parliament. This model of organization combines very well the political elements and the technical elements of the civil code. In comparison with this model, the monistic commission system has obvious defects. Mandated concrete physical persons should engage in the activity of codification instead of some entities. The selection of the members of the commission should base on the main function of the commission. The project-making commission should be composed of legal scholars, high judges and lawyers, and the revision commission should be composed of deputies.

**Keywords:** codification of civil law; commission of preparation; commission of project; commission of revision

(责任编辑:丁洁琳)

# 民国民法典的制定:复合立法机构的组织与运作

张 生\*

**摘 要:**《中华民国民法》(以下简称“民国民法典”)的制定,是南京国民政府时期最为成功的立法,其制度品质赢得了广泛赞誉,其立法效率亦得到充分认可。民国民法典由看似繁琐的“复合立法机构”制定完成:国民党中央执行委员会政治会议负责确定民法各编立法原则,确保民法的政治方向;隶属于立法院的民法起草委员会,负责民法各编草案的起草;立法院立法委员会负责草案的审议、议决;经议决的各编法案最后由国民政府予以颁布实施。在“复合立法机构”的运作过程中,胡汉民发挥了重要的政治作用,将四个机构的运行有效地衔接起来;史尚宽发挥了重要的专业作用,为民法各编立法原则的拟定、篇章结构的设计、全案条文的起草提供了系统的理论支持。

**关键词:**民国民法 复合立法机构 胡汉民 史尚宽

## 一、序说

清末民律草案的起草可分为三个阶段,修订法律大臣会同民政部起草(1907年5月至10月)、修订法律官独立起草(1907年11月至1911年10月)、修订法律官会同礼学馆共起草(1911年10月至11月),<sup>[1]</sup>在三年多的时间里,《大清民律草案》虽已接近完成,但最终只奏呈了前三编,完整的民法草案并未公布。民国北京政府时期,先后设立法典编纂会(1912年3月至1914年2月)、法律编查会(1914年2月至1918年7月)、修订法律馆(1918年7月至1926年),负责法律的修订。法律编查会对《大清民律草案》存在问题最大的身份法部分加以修订,于1915年完成了《民律草案亲属编》;此后,民国北京政府修订法律馆会同大理院在《大清民律草案》和《民律草案亲属编》的基础上,在1925年至1926年编纂完成了民国《民律草案》。草案完成之时正值军阀混战之际,国会已经丧失立法权威,该草案亦未能完成立法程序。清末民初将近二十年的时间里,民法典的编纂时断时续,未能完成民法典的制定。究其原因,一方面由于理论准备不足,国内缺少学贯中西的法律家,难以在理论上支撑民法的起草工作;另一方面由于立法机构的组织不够健全,立法效率低下。

南京国民政府成立之后,先是由法制局起草了《民法亲属编(草案)》,1928年10月立法院成立,逐步形成了以立法院为核心的复合立法机构,民国民法即由该机构起草、审议和颁布。南京国民政府的复合立法机构在选任起草人方面独具慧眼,在组织效率方面亦值得称道,仅用23个月的时间就完成了民法的起草、审议和颁布。笔者在《中国近代民法法典化研究(1901-1949)》(中国政法大学出

\* 中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。本文为哲学社会科学研究重大课题攻关项目有关近代民法部分的阶段性成果。  
〔1〕 张生:《中国近代民法法典化研究(1901-1949)》,中国政法大学出版社2004年版,第46页以下。

版社2004年版),曾以“政府与法律家的合作”作为框架,简要地阐述了民国民法典的制定者和立法过程。本文依据南京国民政府《立法公报》、民国民法起草的参与者傅秉常先生口述历史,<sup>[2]</sup>以及其他更为系统的南京国民政府时期民事立法资料,从“复合立法机构的组织与运作”的角度,探讨民国民法制定的经验与教训。

## 二、复合立法机构的组织体系

南京国民政府的复合立法机构是党政机构的复合体,也是政治组织者与法律家的复合体。复合立法机构在组织上由四部分组成:国民党中央执行委员会政治会议(以下简称“中央政治会议”)、立法院、立法院所属民法起草委员会、国务会议(代表国民政府)。下面就各机构在民法制定中所起作用,及其相互关系分述如下。

### (一) 中央政治会议

中央政治会议为国民党中央最高训政机构,国民党实行以党治国的党治机构。

1928年2月,中央政治会议第119次会议议决:“一切法律概须由政治会议议决,凡经政治会议议决之法律概称曰某‘法’。”<sup>[3]</sup>1928年10月国民党中央常务会议通过了《训政纲领》,确立以党训政的权力体制:以国民党全国代表大会代表国民大会,领导国民行使政权;在国民党代表大会闭会期间,托付国民党中央执行委员会行使政权。1929年3月国民党第三届全国代表大会通过《训政时期党、政府、人民行使政权、治权之分际及方略案》,将以党训政体制具体化:国民政府主席及委员由国民党中央执行委员会选任,国民政府直接对中央执行委员会所属之中央政治会议负责。<sup>[4]</sup>依据国民党中央之有关决议、《训政纲领》和《训政时期党、政府、人民行使政权、治权之分际及方略案》,国民党中央形成了两套常设党治机构:一为中央执行委员会,代行国家最高政权,选任国民政府主席、各院长及其他国务委员,但该机构并不直接指导具体国家政务;二为中央政治会议,对中央执行委员会负责,为国民党中央训政机构,训导国家最高治权的行使,决定国民政府大政方针,指导、监督国民政府行使行政、立法、司法、考试、监察五项治权。在立法权方面,中央政治会议得议决、修正、解释一切法律。<sup>[5]</sup>

中央政治会议对立法权的训导,主要表现为议定立法原则,以立法原则保证各个法律与国民党纲领政策保持一致。其内设有法律组,具体负责审议各法律之立法原则,将审议意见向中央政治会议汇报,经中央政治会议议决的立法原则,下发给立法院作为起草依据。中央政治会议的法律组并非固定的组织机构,而是根据任职与法律的相关性来确定。参加民法各编立法原则审议的法律组成员主要有:胡汉民(立法院院长)、<sup>[6]</sup>王宠惠(司法院院长)、戴传贤(考试院院长)、孙科(考试院副院长)、蔡

[2] 傅秉常口述:《傅秉常先生访问纪录》,中国台湾“中央研究院”近代史研究所编辑,访问:沈云龙,记录:谢文孙,校阅:郭廷以,1993年2月初版。其中《民法起草之经过》一篇,傅秉常先生颇为集中地叙述了他所亲历的民法起草过程。

[3] 中国台湾“国史馆”编撰:《中华民国史·法律志(初稿)》,1994年出版,第26页;该内容即成为《立法程序法》第1条内容,载《国民政府公报》第37期,1928年3月。

[4] 参见孔庆泰编:《国民党政府政治制度档案史料选编》(上册),安徽教育出版社1994年版。

[5] 参见《国民党中央执行委员会政治会议条例》,载孔庆泰编:《国民党政府政治制度档案史料选编》(上册),安徽教育出版社1994年版。

[6] 字展堂,生于1879年,卒于1936年。幼读私塾,两度赴日本留学,1906年东京法政大学速成班毕业。在民国民法制定期间,任南京国民政府立法院首任院长,国民党中央执行委员会常务委员、中央政治会议委员,国民政府国务委员。



元培(监察院院长未就职、北京大学校长)、赵戴文(监察院院长)、陈果夫(监察院副院长)、孔祥熙(工商部部长)。法律组成员是专业性身份,他们同时还具有党、政多重职务身份,既是中央政治会议委员,审定民法各编立法原则;又是立法院的委员,审议民法各编条文;还是国民政府各院长官,与国民政府主席共同签署颁布施行民法。如此多重身份,有利于在程序上持续关注民法,同时提高民法审议的程序效率。<sup>[7]</sup>

## (二) 立法院

立法院为国民政府最高立法机关,“有议决法律案、预算案、大赦案、宣战案、媾和案、条约案及其他重要国际事项之职权”。<sup>[8]</sup> 依照 1928 年 10 月 8 日颁布的《中华民国国民政府组织法》之第三章“立法院”的有关规定,立法院设院长、副院长各一人,设委员 49 人至 99 人。胡汉民为国民党中央执行委员会常务委员、中央政治会议委员,他被中央执行委员会选任为国民政府立法院院长。而第一届立法委员会(1928 年至 1930 年)所设 49 名立法委员,均由立法院院长胡汉民提名,由国民政府任命。立法院可以设立法委员 49 名至 99 名,<sup>[9]</sup> 第一届立法委员会之所以选择了法定人数的最低数值 49 人,据傅秉常后来解释,立法院采取宁缺毋滥的精英组织原则:“人数不宜多,人多则水准难齐,徒令有学识肯负责者难以尽力工作。”<sup>[10]</sup> 立法院院长胡汉民、副院长林森之外的 49 名立法委员中国外大学毕业者 23 人,国内大学毕业者 9 人,具有法律专业背景的 12 人,在当时可谓精英型组织机构。<sup>[11]</sup>

立法院院长、副院长监督起草委员会依照《立法程序法》、《立法院议事规则》以及中央政治会议下发的具体立法原则起草法律,在半数以上委员出席的情况下,以三读程序审议表决通过法律草案。立法院院长、副院长可选择性地参加某一起草委员会的工作,作为立法院院长的胡汉民,几乎全程参加了民法起草委员会的工作,主持了每次审议、表决民法的立法委员会会议。

## (三) 民法起草委员会及其顾问

1929 年 1 月 29 日,经胡汉民提名,立法院第 10 次会议决定,选派傅秉常、史尚宽、焦易堂、林彬、郑毓秀(物权法草案完成后辞职,由王用宾补任)5 位立法委员组成民法起草委员会,聘请司法院院长王宠惠、考试院院长戴传贤、法国人宝道(Georges Padoux)作为民法起草的顾问。

[7] 虽然称作“法律组”,具有法律教育背景的仍然是少数,专修民法的只有王宠惠一人。对于这些非专业的党政要人而言,审议民法立法原则和各编草案,是在行使立法权,实质上是学习民法的过程。

[8] 1928 年 10 月公布的《中华民国国民政府组织法》第 25 条。

[9] 《中华民国国民政府组织法》第 27 条。

[10] 傅秉常口述:“立法院之成立与余加入之原委”,载中国台湾“中央研究院”近代史研究所编辑:《傅秉常先生访问纪录》,访问:沈云龙,记录:谢文孙,校阅:郭廷以,1993 年 2 月初版。

[11] 陈红民、雒军庆:“南京国民政府一二届立法院组成分析”,载《民国档案》2000 年第 2 期。

民法起草委员会各位委员的知识背景和法律实务经历

姓名	教育背景	起草民法前工作履历	著述	在民法起草委员会中发挥的作用
傅秉常 (1896—1965) <sup>[12]</sup>	香港大学工程学士学位;起草民法之后获得香港大学名誉法学博士学位	在香港生活,曾任国民政府财政部关税署署长,外交部参事;1928年10月,任国民政府首届立法院立法委员,兼任立法院外交委员会委员长	在起草民法之前没有任何法律方面的著述	深受胡汉民的信任,作为胡汉民的代表,贯彻国民党和国民政府的政治理念;受过良好的英语教育,便于沟通起草委员会与法国顾问
史尚宽 (1899—1970) <sup>[13]</sup>	九岁读书,十六岁赴日本留学,在东京大学法律系获法学学士学位;德国柏林大学法律研究所研修;法国巴黎大学研修政治经济学	任中山大学法学教授,并应广东国民政府建设厅之聘请,起草劳动法;1929年,任南京国民政府立法院立法委员;1937年以后,任法制委员会委员长、考选部部长,1958年任“司法院”大法官	《民法总论》《债法总论》《债法各论》《物权法论》《亲属法论》《继承法论》等	精通日本民法,对法国、德国民法也有深入研究,是起草委员会中唯一的民法学专家
焦易堂 (1880—1950) <sup>[14]</sup>	曾入法政专门学校学习,未毕业;后入中国公学学习	早年参与陕西革命活动、护法运动;1928年11月,任国民政府立法院立法委员,曾兼任法制委员会委员长	《稷山文存》《五权宪法的研究》《礼制服章》《三民主义与世界大同》《训政与村市》等	早年接受传统教育,熟悉中国社会
林彬 (1893—1958) <sup>[15]</sup>	毕业于国立北京大学法律系	曾任地方法院检察官、推事,高等法院推事、庭长,最高法院审判官;后当选为立法院立法委员,后来兼任立法院法制委员会委员长,先后参与民法、破产法等重要法律的起草	《民法总则》《民法物权》《民法亲属继承》《刑法总论》《刑法各论》《民刑法概要》《法律概论》《立法院三十一年度考察团第一团考察报告书》等	起草委员会中的法律实务专家,熟悉各级审判厅业务和判例

[12] 傅秉常口述:《傅秉常先生访问纪录》,其中《诞生地方》、《家庭背景》、《求学经过》讲述了他的学习与工作履历;以及徐友春主编:《民国人物大辞典》,河北人民出版社1991年版,第1158页。

[13] 徐友春主编:《民国人物大辞典》,第161页。又参见张谷、葛云松:《志绩芬芳:史尚宽及其民法全书》,民法全书代总序,中国政法大学出版社2000年版。

[14] 徐友春主编:《民国人物大辞典》,第1164页。

[15] 徐友春主编:《民国人物大辞典》,第457页。

<p>郑毓秀 (女,1891—1959)<sup>[16]</sup></p>	<p>幼年接受传统教育,又入新式学堂;后留学法国,获松堡大学法学硕士学位,获巴黎大学法学博士学位</p>	<p>曾短暂从事律师职业,主要从事外交事务;进入立法院后,主要参与建设委员会、赈灾委员会的工作;民法起草会议多次缺席,后辞职,由王用宾替补</p>	<p>博士论文《中国的立宪运动》,著有《我的革命时代》《童年和革命回忆》《国际联盟概况》等</p>	<p>起草委员会中唯一女性,精通法文,但对法国民法并不熟悉</p>
<p>王用宾 (1881—1944)<sup>[17]</sup></p>	<p>10岁开始接受传统教育,20岁致力于经世之学。1904年赴日本留学,入法政大学</p>	<p>1913年以后当选为参议院议员、护法国会参议院议员。1924年初,任河南省长公署秘书长,代行省长职务。1928年10月以后,当选为立法院立法委员,1930年后兼任立法院财政委员会委员长。1934年以后任司法行政部部长</p>	<p>著有《国体问题之研究》《视察华北七省司法报告书》等,翻译《中国历代法制史》</p>	<p>曾留学日本学习法律,有在民初立法机构工作的经验</p>

胡汉民所组织的民法起草委员会在人员构成上具有复合性的结构特征。首先,起草委员会的召集人傅秉常自幼在香港接受教育,精通英文,在香港大学获得工程学学士学位,但他从未系统学习过法律,是委员会的政治组织者。胡汉民之所以指派傅秉常主持民法起草委员会,不在于他精通民法理论和法律实务,而在于他在政治上忠诚可靠,具有极好的组织协调能力。傅秉常兼任立法院外交委员会的委员长,作为外行而具有较高的政治地位,可以比较超脱地协调其他起草委员;同时,可以有效地沟通立法院与起草委员会、沟通起草委员与其他顾问。其次,傅秉常之外的四位起草委员,具有中西结合、理论与实务结合的特点:史尚宽、郑毓秀(后来的王用宾)都曾在海外获得法学学位,焦易堂、林彬在国内接受教育,对中国的国史民情有着深入的了解;史尚宽精于民法学理论,林彬具有丰富的法律实务经验。

国民政府司法院院长王宠惠、考试院院长戴传贤、法国人宝道(Georges Padoux)作为顾问,参与起草委员会的民法编订工作。在民法起草过程中,国民政府司法部法律顾问爱师嘉拉(Jean Escara)也被邀请参加了草案的讨论。<sup>[18]</sup>四位顾问具有多种法律知识背景,王宠惠对德国民法有专门研究;戴传贤毕业于日本东京大学法科,理应熟悉日本法律;两位法国法学家熟悉法国民法。这种复合型的顾问团,无疑会对民法的起草提供比较法和法律实务的帮助。

#### (四) 国民政府国务会议

根据《中华民国国民政府组织法》,国民政府以国务会议处理国务,国民政府主席任国务会议主

[16] 徐友春主编:《民国人物大辞典》,第1489页。

[17] 朱信泉、姜献阁主编:《民国人物传》第十二卷,中华书局2005年版;徐友春主编:《民国人物大辞典》,第47页。

[18] 王宠惠1906年在耶鲁大学法学院获得民法学博士学位,曾将德文版《德国民法典》翻译为英文,其履历可详参张生:《王宠惠与中国法律近代化——一个知识社会学的分析》,载《比较法研究》2009年第3期;戴传贤字季陶,1909年毕业于东京大学法科,其履历参见朱信泉、严如平主编:《民国人物传》第4卷,中华书局1984年版,第121页以下;宝道和爱师嘉拉的履历参见王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第540、541页。

席,行政、立法、司法、考试、监察各院院长、副院长及主要部长为国务会议委员。立法院审议通过的法律案提交给国务会议,经国务会议议决之后,“由国民政府主席及五院院长署名行之”。<sup>[19]</sup> 国民政府主席和五院院长均为中央政治会议委员、立法院立法委员,他们在组织上具有多重政治身份,从民法各编立法原则的审议、民法各编条文的议决,到最后民法的颁布实施,都从始至终地参与。特别是胡汉民,民法起草委员会的起草与讨论他亦多参与,成为民法制定的实际政治负责人。民法的制定机构看似程序繁琐,实际而言,其核心人物胡汉民可以协调、贯通四个机构,一旦起草委员会解决了专业问题,民法草案的审议和颁行均会具有很高的政治效率。

### 三、民国民法的起草、审议与颁布

1928年3月,南京国民政府曾颁布《立法程序法》10条,<sup>[20]</sup>但该法所规定的法律起草机关为法制局,在同年10月《中华民国国民政府组织法》颁布后,政府组织机构发生全面改变。在立法院成立不久,胡汉民制订了一个全面的立法工作计划,其中包括在一年内制定完成民法的任务。1929年4月15日,立法院院长胡汉民提出“在一年内完成民法”的计划,他说:“一切重要的法典,如民法、商法之类,都得尽今年一年内,通通弄好。而民法的需要,尤其急切,尤其要先行完成。民法在从前已经起过两次草了,但是都不满意,都不算成功。这一次的起草,大家一致努力,求于最短期间,完成这件伟大的工作,立起中国法治的规模……”<sup>[21]</sup>为迅速完成民法制定的任务,复合立法机构大体按照以下程序展开工作。

第一,中央政治会议确定民法各编立法原则。先由中央政治会议委员拟订民法各编立法原则(胡汉民为各编草案的提案委员),中央政治会议法律组对民法各编立法原则进行审定,中央政治会议对法律组审定的立法原则议决通过,再将议决通过的立法原则交付立法院依照起草各编民法条文。

第二,立法院民法起草委员会,依照中央政治会议下发的立法原则起草民法条文。起草委员会在召集人的领导下,以集体会议的方式讨论民法各编条文,并与起草委员会的顾问进行协商;遇到委员会内部有争议的问题,由召集人提请立法院院长、副院长参与讨论决定。起草委员会将起草完成的“起草说明书”、法律条文草案提交立法委员会审议。

第三,立法院立法委员会开会审议各编民法草案。立法委员会每星期召开一次全体审议会,首先由院长宣读总理(孙中山)遗嘱,然后按照次序审议议案。对于法律案,先由提案人报告法律案主旨、立法说明,接着开三读会,经三读会讨论修订后付诸表决。

第四,立法院将表决通过的法律案提交国民政府政务会议颁布。国民政府政务会由主席召集,政务委员包括各院院长、副院长和主要部门部长,经该会议决后即由国民政府主席签署、五院院长副署,以国民政府的名义予以公布。对于中央政治会议交付的立法案,政务会议只能提出内容修订,不能否决;对于中央政治会议议决交付公布的法律案,应在10日内公布;如法律案存在重要问题,仅可在公布期限内要求复议一次。

上述立法程序体现了中央政治会议、立法委员会、民法起草委员会、国民政府之间的分工与制衡,

[19] 参见《中华民国国民政府组织法》第13条。

[20] 载《国民政府立法公报》第37期,国民政府秘书处1928年3月印行。

[21] 胡汉民:“新民法的新精神”,载《胡汉民先生文集》,中国国民党中央委员会党史委员会编辑,1978年版。

如严格按照这一程序展开立法工作,几乎不可能在一年时间内制定完成民法。在实际立法工作中,胡汉民发挥其中央政治会议委员、立法院院长、国务会议委员的三重身份,协调四个机构的运行,贯通四个机构的工作,使立法效率达到了极致。

1928年12月,胡汉民、林森、孙科提出《关于民法总则编立法原则》19条,提请中央政治会议审议,该会第167次会议指定王宠惠、蔡元培、戴传贤三位委员会同原提案人审查。经王宠惠、蔡元培、戴传贤、胡汉民、林森、孙科审查,完成《民法总则编立法原则提案审查报告》,提交中央政治会议议决。1928年12月19日,中央政治会议第168次会议依照审查报告议决通过《民法总则编立法原则》,并交付立法院作为民法总则编起草依据。1929年1月29日立法院第10次组织成立起草委员会,旋即遵照《民法总则编立法原则》开始起草工作。起草委员会经过两个多月的起草与讨论,在4月初完成《总则编草案》155个条文(附施行法)以及《民法总则起草说明书》。1929年4月13日,立法院召开第19次会议,完成对民法总则草案的二读程序;4月20日,立法院第20次会议三读审议《民法总则草案》,会议用时6小时10分钟(自上午9时20分至12时40分,下午自3时40分至6时20分),听取了起草委员会的《民法总则起草说明书》,审议了《总则编草案》,以举手表决方式议决通过了《总则编》152条(附施行法)。〔22〕《总则编》经国民政府1929年5月23日公布,定于1929年10月10日施行。〔23〕

1929年5月,立法院院长兼中央政治会议委员胡汉民与立法院副院长林森提出《编订民商统一法典,以符本党全民精神》8条,提请中央政治会议审议,该会第180次会议指定胡汉民、戴传贤、王宠惠三位委员审查。经审查,完成《民商法统一提案审查报告》,提交中央政治会议议决。胡汉民又提出《民法债权编立法原则》15条,提请中央政治会议审议,该会第182次会议指定王宠惠、胡汉民、戴传贤、赵戴文、陈果夫、孔祥熙6位委员审查。经审查,完成《民法债权编立法原则审查报告书》,提交中央政治会议议决。1929年6月5日,中央政治会议第183次会议议决通过《民法债权编立法原则》并交付立法院作为民法债编起草依据。起草委员会用了不到5个月的时间(6月初至10月底),起草完成《起草民法债编草案说明书》、《债编草案》(附施行法),提交立法委员会审议。1929年11月5日,立法院召开第58次会议,历时四天(5日上午8时至下午6时,6日下午3时至9时,7日下午3时至9时,8日下午3时至9时),听取了起草委员会的《起草民法债编草案说明书》,审议了《债编草案》608个条文,完成三读程序,删除4条,以举手表决方式议决通过了《债编》。〔24〕民法《债编》经国民政府于1929年11月22日公布,并定自1930年5月5日开始施行。〔25〕

在《债编草案》起草过程中,胡汉民向中央政治会议提出《物权编立法原则(草案)》14项,经中央政治会议法律组审查,在原案基础上增加一项,共15项立法原则,于1929年10月30日,经中央执行委员会政治会议第202次会议议决通过《物权编立法原则》,函送立法院作为物权编起草依据。起草委员会经过不到一个月的起草,完成《民法物权编起草说明书》、《物权编草案》(附施行法),提交立法院审议。1929年11月19日,立法院召开第61次会议,会议用时1天半(19日上午8时至下午6时,20日下午3时40分至21时),听取了起草委员会的《民法物权编起草说明书》,审议了《物权编草

〔22〕 原草案有155个条文,在二读会删除3条。立法记录参见中国台湾“司法行政部”印行:《中华民国民法制定史料汇编》,第381页。

〔23〕 国民政府国务会议应在10日内公布《总则编》,其公布行为延误了20天的时间。

〔24〕 立法记录参见中国台湾“司法行政部”印行:《中华民国民法制定史料汇编》,第537页。

〔25〕 国民政府国务会议公布《债编》延误了一个星期的时间。

案》，以举手表决方式修正通过了《物权编》。<sup>[26]</sup> 民法《物权编》经国民政府于1929年11月30日公布，并定自1930年5月5日与《债编》同时开始施行。

在《物权编》公布半年之后，1930年7月初，胡汉民向中央政治会议提出《亲属法上应先决问题》9项、《继承法上应先决问题》9项，经中央政治会议法律组审查，仅对亲属法上应先决问题第三项略加修正，于1930年7月23日，经中央执行委员会政治会议第236次会议议决通过《亲属法立法原则》、《继承法立法原则》各9项，函送立法院作为两编起草依据。起草委员会经过四个多月的起草，完成了“亲属编、继承编起草说明”、“亲属编与继承编”草案及其施行法，提交立法院审议。1930年12月2日，立法院召开第120次会议，会议用时1天半的时间（2日上午8时至中午12时，下午3时至下午6时40分；3日下午3时至4时40分），听取了起草委员会对亲属、继承两编及施行法的“起草说明书”，审议了亲属、继承两编及施行法草案，以举手表决方式修正通过了《亲属编》、《继承编》及施行法。<sup>[27]</sup> 民法《亲属编》经国民政府于1930年12月6日公布，《继承编》于12月22日公布，两编均自1931年5月5日同时开始施行。

自1929年1月29日民法起草委员会成立，至1930年12月22日民法全部公布完毕，整部民法典的制定工作用时不到两年的时间。从民国民法的整个制定过程来看，中央政治会议审定、议决各编立法原则（亲属编与继承编一次完成），每次用时两到三个星期，立法院审议通过各编需要两到三个星期，国务会议从接到法律案到公布平均需要两星期以上，民法典制定的最为核心的起草工作实际只用了一年的时间（1929年12月至1930年7月，有一个空档期），起草委员会的工作效率是惊人的。以下对起草委员会的工作情况做一具体观察。

起草委员会的工作建立在清末民初民法起草的基础之上，傅秉常曾说：“民国成立以后，北洋政府仍沿用清末伍廷芳等所订之大清民法，至此时国民政府五院成立，始有议定新法之举。故余所主持之民法起草可谓一脉相承伍先生当年之工作。而余亲灼伍先生之教诲既多，个人所耗心血亦复不少，当时起草工作确极慎重”，<sup>[28]</sup> 且“犹念念未忘廷芳先生有关民法起草之遗言”。<sup>[29]</sup> 傅秉常所言虽难免有自我赞誉之嫌，但清末民初所积累的对大陆法系国家主要民法典的翻译资料，确实可以直接加以利用；清末民初两次完整的民律草案，以及1915年《民律亲属编》、1927年《亲属法草案》、《继承法草案》，对民国民法的起草均有极大的借鉴意义。正是基于清末民初的立法经验，傅秉常总结出了“折中主义”的民法编纂宗旨：“余以为国民党之统治，代表一新阶段之开始，吾人之法律亦应超迈现实，以求掖导社会之进步，但又不宜过分激进，致与现实脱节，无法在社会中发生预期之效力。”<sup>[30]</sup> 据此编订宗旨，他在起草法律之初决定下述诸原则：

“（一）国民党之政策，自孙中山、伍廷芳先生以降，所揭示者无不指明以社会改革为目标，法律之制订应以配合党之社会改革为基本原则，必须进步开明。

（二）欲使社会革新，其步骤须实际可行，因此所订法律又不能过分激进。

（三）吾人所订民法为中国第一部民法，不宜过分复杂，以求能获普遍了解。

[26] 立法记录参见中国台湾“司法行政部”印行：《中华民国民法制定史料汇编》，第576-578页。

[27] 立法记录参见中国台湾“司法行政部”印行：《中华民国民法制定史料汇编》，第648-650页。

[28] 傅秉常口述：“民法起草之经过”，载中国台湾“中央研究院”近代史研究所编辑：《傅秉常先生访问纪录》，访问：沈云龙，记录：谢文孙，校阅：郭廷以，1993年2月初版。

[29] 同注10引文。

[30] 同注28引文。

(四)但亦不宜过分简单,若干条文宁可备而不用,故于繁简详略,取舍之处,颇费斟酌。”<sup>[31]</sup>

上述原则确立了民国民法简明、进步的基调,从而可以采用分编起草、审议、公布的方式来制定,各编汇聚在一起却没有自相抵牾的问题。民法的体系性同时也说明,5位起草委员中有一位灵魂人物,他主导着整个民法的制定,包括立法原则的拟订,各编条文的拟定,立法理由的阐释,以及配套的施行法,皆出自其手。傅秉常在其回忆中曾说道,起草委员会内部的分工是:“史尚宽负责德、法、日文方面之法律资料,林彬负责中国判例,余(傅秉常)则担任英译文之条文资料(此指英文原作以及德、法、瑞士、暹罗等国法律资料之有英译本者)。”<sup>[32]</sup>傅秉常不仅负责英文资料之采择,且把拟定好的条文翻译成英文,交给外国顾问评议改正,“当时并聘请二位外籍顾问:一位 Padaux 为暹罗法律改革委员会委员及暹罗大理院院长,暹罗民法即彼手订者。另一为 Escarra 教授,后任巴黎大学法学院院长。吾人每日拟妥条文两条,即译成英文,原订条文于文字方面是否有漏洞,译成英文,即易察出。修订妥善后,即送二顾问评阅。”<sup>[33]</sup>傅秉常的回忆虽不免提高了自身的重要性,但他对史尚宽的肯定是客观无疑的,从民国民法的构造理论和制度设计来看,其内容基本来自对德国、法国、日本民法的萃取。傅秉常还回忆道:“焦、郑二人程度稍差,但焦为党国元老,且识大体,稍后两人均藉故缺席,实际负责逐条起草之委员为史、林与余三人,秘书如何崇善等亦常加入讨论。……亮畴(王宠惠字亮畴)当时任司法院长,间亦参加争辩。”凡重要问题之讨论,“王亮畴、胡展堂(胡汉民字展堂)均参加,戴季陶则自称为参加上课者”<sup>[34]</sup>

民国民法在制定中没有发生难于调和的论证,这也是民法制定效率极高的重要原因。参与民法起草的5位委员(郑毓秀后为王用宾代替)、4位顾问,以及院长胡汉民,总共10人,其中傅秉常、史尚宽、胡汉民、王宠惠、戴传贤、王用宾,还有两位法国顾问,总共有8位具有海外教育背景。其余两人,焦易堂和林彬,焦易堂因民法“程度稍差”,“稍后两人均藉故缺席”,坚持中国实务观点的只有林彬一人。林彬与史尚宽的争论,其结果大体可知:史尚宽精于欧陆民法,在争论中占有理论优势;其他评判者都有海外教育背景,在“进步”的基调之下,林彬只能保留意见。

#### 四、余论:复合立法机构的优势与不足

在民国民法的制定中,南京国民政府的立法机构由中央政治会议、立法院、民法起草委员会、国民政府政务会议复合而成,是党政机构的复合体,是以胡汉民为代表的政治家,以史尚宽为代表的法律家共同组成的。复合立法机构在工作程序上看似繁琐,但却获得了极高的立法效率,在23个月内即完成民法典的制定。极高的立法效率一方面来自于胡汉民对复合立法机构的有效衔接,他兼任不同组织机构的成员,以其勤勉的工作,贯彻立法原则,排解理论争议,支持民法条文逐条审议通过。胡汉民是中央政治会议委员,民法各编立法原则由他在中央政治会议提出,作为法律组成员提出审议意见,推动立法原则的审议通过。胡汉民作为立法院院长精心挑选了5位民法起草委员会委员,聘请了

[31] 同注28引文。

[32] 同注28引文。

[33] 同注28引文。立法院聘请国民政府司法院院长王宠惠、考试院长戴传贤,国民政府法律顾问法国民法专家宝道(Georges Padaux)为民法起草委员会顾问。法国商法专家爱师嘉拉(Jean Escarra)为商法起草顾问,但也参与了民法文稿的讨论,傅秉常在《民法起草之经过》中,还称“香港名律师 Sir William Shenton 亦为顾问之一”,亦为参与意见,而非立法院所聘正式顾问。

[34] 同注28引文。

3位顾问辅助起草委员会工作(起草工作中还有后来加入的一位法国顾问),他本人也经常参加民法起草委员会的会议。他作为立法委员会的主席,在审读程序、表决程序上强有力地推动民法各编的高效通过。他是国民政府国务会议成员,在批准颁布程序上发挥了积极作用。

极高的立法效率另一方面来自于史尚宽系统的民法理论知识。民国民法典采取了分编起草、分编审议通过的立法方式,此种立法方式有很大的风险,非有极为成熟的民法理论作为支持,难于保持整部法典的一致性。从民法起草委员会几位委员的教育背景和学术成就来看,立法原则、立法规范、法典条文、各编起草说明,应该皆出自史尚宽一人之手。胡汉民以委员身份在中央政治会上所提出的各编立法原则,不仅具有政治性,更具有专业性,在当时仅有史尚宽具备如此一流的系统的民法理论;中央政治会法律组每次对胡汉民提出的立法原则的审查均极为迅速,仅仅提出个别文字修改旋即获得通过。民法各编条文能获得立法院立法委员会的普遍认同,获得迅速通过,使得胡汉民的立法计划得到完成,很大程度上受益于史尚宽在民法理论上的支持。民国民法典公布实施之后,获得多方面的赞誉与认可。民法学者梅仲协评价民国民法典时曾有言:“采德国立法例者,十之六七,瑞士立法例者,十之三四,而法、日、苏联之成规,亦尝撷取一二,集现代各国民法之精英,而弃其糟粕,诚巨制也。”<sup>[35]</sup>中国当代民法学者谢怀栻的评价更为深切:“这部民法即使在当时,与同时代的各国民法,也可并肩而立。至于它在改革中国数千年的法制方面,在中国开创私法制度与私法文化方面,较之法国民法(拿破仑法典)犹有过之。这是中华民族可以引以自豪的一部民法法典。”<sup>[36]</sup>

复合立法机构的核心人物是胡汉民与史尚宽,胡汉民在程序上支持了法律家的立法方案,史尚宽在理论上支持了政治家的立法计划。以他们为核心的复合立法机构在具备极高立法效率的同时,却失去了立法机构应有的开放性,也没实质性实现中国固有法的传承与创造性的转化。立法院的立法委员会仅有49位委员,不具备广泛的代表性,难以汇聚社会各方的意见;同时,立法院没有向专业机构和社会团体征求意见,也没有开展系统的社会调查、采纳客观可行的调查结果。虽然当时的立法者也像清末民初一样重视社会调查,但调查资料庞杂而不够客观,傅秉常曾讲到:“(立法)首须从社会调查入手,地方风俗、传统习惯均与民法之拟定密切相关。王世杰(雪艇)主持当时之国民政府法制局,但彼等之工作,立法院无法采用,悉须从新着手。”<sup>[37]</sup>由于时间之紧迫(计划于1930年上半年起草完成民法),立法院未及展开有效之调查,胡汉民也曾指出立法院的调查与统计方法的问题,草率敷衍的调查结果无法采用。<sup>[38]</sup>立法院也曾利用可能之机会征求社会贤达对于特定民法问题的意见。1930年4月18日,立法院招待教育会议代表,胡汉民、傅秉常也曾借此机会,向教育界人士征求民法有关“姓氏”、“婚姻”、“家庭”三个问题的意见,不过所获得的意见却无法采纳。<sup>[39]</sup>

民国民法典基本属于起草委员会闭门造车赶制出来的精致的比较法作品,吴经熊评价民国民法典时说:“我们试就新民法(相对于历次民律草案,民国民法为新民法——作者注)从第1条到第1225条仔细研究一遍,再和德意志民法及瑞士民法和债编逐条对校一下,其百分之九十五是有来历的,不

[35] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,《初版序》。

[36] “大陆法国家民法典研究(二):第六节 中华民国民法”,载易继明主编:《私法》(第2辑)第1卷,北京大学出版社2002年版。

[37] 同注28引文。这些原则应该是民法起草委员会的共识,特别第二、三、四项原则都体现了日本民法的影响,很可能是出自史尚宽的手笔。

[38] 胡汉民:《立法院最近的两种工作——编订民法总则与出版统计月报》,1929年4月22日立法院总理纪念周演讲词。

[39] 蒋永敬编著:《民国胡展堂先生汉民年谱》,中国台湾商务印书馆1981年刊行,第478-479页。



是照帐誊录,便是改头换面。”<sup>[40]</sup>民国民法典在采纳“世界最普遍之法则”、“后出最精确之法理”方面的成就确实可观,但对于传承和创造性地转化中国固有法则无力为之。限于立法工作之紧迫,也限于固有法之零散,史尚宽未能将固有法理论化、制度化并将其融入到民法典之中。民国民法典中的“典权”、“家制”等(吴经熊所谓的百分之五的非外国法)形式上来源于固有法,实则是西方化的制度;史尚宽在民法条文中留下了一些“习惯”的空壳,希望后人能够赋予它们更充实的内容。

在不到两年的时间内制定完成的民国民法典,虽然难以称作完美,但这部法典却成就了五位法律家。史尚宽是民国民法的总工程师,独自完成了主要制度设计,是民国民法真正的灵魂,在起草民法时他刚刚年满30岁,还是一位名不见经传的青年法律家。经过民法典起草工作的历练,他的民法学理论更为系统、成熟,他完成了6卷本的民法全书,成为当时中国最著名的民法学者,后来跻身于大法官之列。其他四位起草委员在民法公布施行之后,在法律职业生涯中皆功成名就:傅秉常在1931年1月获得香港大学荣誉法学博士学位,同年5月任外交部副部长,1943年任驻苏联大使,1958年任“司法院”副院长;焦易堂于1935年7月出任最高法院院长;林彬连任四届立法委员兼任法制委员会委员长,1948年以后任司法院大法官,1949年以后任“司法行政部”部长等职;王用宾出任考试院考选委员会委员长,1934年后任司法行政部部长。

## The Formulation of the Code of Republic of China: Organization and Operation of Compound Legislative Body

Zhang Sheng

**Abstract:** With its well reputed institutional quality and legislative efficiency, the Civil Code of the Republic of China (hereinafter referred to as “the PR Civil Code”) was a huge success in the legislation of the Nanjing KMT Government. On its appearance the PR Civil Code was enacted by what is seemingly cumbersome “composite legislatures”: the Central Executive Committee of KMT resolved on the legislative principles of all parts of the civil code through political councils so that its political orientation was directed; the Civil Law Drafting Committee affiliated to the Parliament (li fayuan) took charge of drafting all parts of the civil code; the Legislative Committee of the Parliament deliberated and resolved on such drafts; and all parts of the civil code upon the resolutions of the Legislative Committee of the Parliament were then issued and promulgated by the KMT Government. In the operation of such “composite legislatures”, several individuals have played significant roles, among whom are Hu Hanming and Shi Shangkuan. Hu ensured the political orientation of the PR Civil Code in coordinating the efficient operation of the four institutions, and Shi, with his mastery of law, provided systematic theoretical support in drafting the legislative principles of all parts of the civil code as well as all the articles thereof and designing of the structure of the civil code.

**Keywords:** the PR Civil Code; compound legislative body; Hu Hanming; Shi Shangkuan

(责任编辑:丁洁琳)

[40] 吴经熊:《法律哲学研究》,上海法学编译社1933年版,第27页。

# 拉美国家民法典编纂中的行动者

徐涤宇\*

**摘要:** 法典编纂者是决定法典样式的主观性要素,但拉美诸民法典的缔造者在比较法研究中往往被忽视。拉美各国从独立之初效仿、照搬法国民法典,到后来采取自有法之法典编纂进路,是因其有着共同的法源和法律家文化。Andrés Bello 在智利,Sarsfield 在阿根廷,Freitas 及其以后的法学家如 Rodrigues、Beviláqua 在巴西,分别创造了自己的法典样式,构建了罗马法系框架下的拉美子法系。20 世纪中叶以后,拉美各国经历了一个解法典化的时代,但通过对法典体系性功能的重新认识,法学家广泛参与到再法典化运动中,由此产生的秘鲁、巴西、阿根廷新民法典既可被归纳出一种拉美特色,也能被看成是法学家为达到体系的和谐一致而创造的共同类型。在这些重纂的法典中,我们可以找到体系同一性的识别要素。

**关键词:** 拉美民法典 编纂者 编纂进路 法典样式

## 一、比较法研究中被遮蔽的拉美法典样式之缔造者

拉美诸国经历过二次民法法典化浪潮。第一次始于 19 世纪初,由于独立后的国家面临着创造统一的民族法典的政治需要,拉美各国相继颁布了自己的民法典:以继受乃至翻译《法国民法典》为一组,如海地(1825 年)、玻利维亚(1831 年)、多米尼加共和国(1845 年)等国;第二组属于自主的或内生的法典编纂(codificazione endogena),它们虽然仍以法国法为模式,但已体现出“南美立法风格最为独特的和最具本色的成就”,<sup>[1]</sup>其代表作为 1857 年的智利民法典、1871 年的阿根廷民法典(由巴拉圭等国沿袭)和 1917 年的巴西民法典。第二次我们可以称之为“再法典化”运动,亦即由拉美诸国社会变迁、政治转型催生的民法典之重新编纂,其肇始于 1928 年通过、1932 年生效的墨西哥联邦新民法典,继而有 1933 年和 1964 年的危地马拉新民法典、1936 年的秘鲁新民法典等等,而 1984 年秘鲁再次重新编纂的民法典、2003 年的巴西新民法典以及 2014 年 12 月通过、将于 2015 年 8 月生效的阿根廷新民法典,更将拉美的再法典化运动推向巅峰,并在世界范围内赢得声誉。

许多比较法学者把拉美各国第一次的法典编纂运动视为《法国民法典》在海外取得的巨大成就,其成功的原因主要在于这些新独立的国家需要某种范例。一方面,《法国民法典》是大革命的产物,它奠定了一种思想境界的基础,讲西班牙语的美洲人在此基础上可以证明自己争取独立的正当性,而西

---

\* 中南财经政法大学法学院教授,法学博士。本文系 2014 年国家社会科学重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”(项目批准号:14ZDC018)的阶段性成果。意大利罗马第一大学 Sandro Schipani 教授为本文写作提供了丰富的外文资料,在此谨致谢意!

[1] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社 1992 年版,第 209 页。

班牙作为曾经的殖民者,其法律根本不可能被拿来当范例;另一方面,尽管《法国民法典》在形式上由法国法学理论著作发展而来,其内容是罗马法和习惯法妥协的产物,但其根源于罗马法传统的法律概念与结构体系,以及语言的简洁、精炼和通俗近民,使其对于外国法的继受来说,具有很强的可接受性和便利性。<sup>〔2〕</sup>

这种以法律样式论为基础的比较法上的观察,立足于法律秩序的历史来源与发展、特有的法学思维方式、有突出独自性的法律制度、法源的种类及其解释方法、意识形态或宗教信仰的各种因素等法律样式的客观性构成要素,<sup>〔3〕</sup>着重对拉美各国法典编纂中的政治、社会状况进行一般性描述,通过对法典文本之体系结构、内容性要素乃至立法渊源之承继性的简单对比,认为拉美各国对《法国民法典》亦步亦趋,甚至无非是其海外译本。

然而,我们与其把拉美各国法典编纂运动的分析集中于抽象的民族国家之独立需求和简单的文本对照,毋宁落实为对具体的法典编纂之参与者的行为进行描述,因为“倘若没有有学识的法律专家决定性的参与,不管在什么地方,从来未曾有过某种程度在形式上有所发展的法”,“这些形式的品质发展的方向直接受到所谓的‘法学家内部的’关系的制约”,即决定于这样一些个人的特质。<sup>〔4〕</sup>事实上,决定法典之样式的,除了那些客观性的要素,从主观性要素看,更直接取决于它们的编纂者以及各种形式的参与者。这些作为法典编纂者的法律专家,因其训练方式、职业分工和阶层分化的不同而形象各异,其在法典编纂中担当的角色也因此决定着法典的不同样式。例如,《法国民法典》的起草者均曾长期从事律师职业,这多少决定了该法典“实务家法”的特质;而《德国民法典》虽然也是在实务家统率下进行的,但以教授为中坚力量的潘德克吞法学却直接或间接地主导着立法,由此决定了该法典独特的理论性和体系性样式,并不可避免地被打上教授法的烙印。<sup>〔5〕</sup>

同样地,拉美国国家那些自主编纂的民法典也几乎都是法学家委员会的作品;甚至,第一次法典编纂运动中被誉为代表民族构造努力之范本的智利民法典、阿根廷民法典和巴西民法典,更是法学家的个人作品。这些伟大的法典编纂者,分别在他们各自所属的法律秩序中创造了自己的法典样式。离开对这些编纂者之身份和工作的认识,我们也就很难识别其法典样式的构成要素。因此,尽管通过一些学者的努力,拉美的一些民法典如智利民法典、阿根廷民法典以及巴西 2003 年的新民法典已分别被译为中文并出版,但其单纯的文本还是很难获得法学界对德国民法典、法国民法典、瑞士民法典、日本民法典的那种厚遇,这也恰恰印证了西班牙学者为《智利民法典》抱屈的那个判断:“这部法典因其作者未获得一个伟大的立法者有权获得的承认而很少被了解。”<sup>〔6〕</sup>

对于中国的民法典编纂来说,可资借鉴的外国法典文本已相当丰富。也许,相较于被奉为经典的德国民法典和法国民法典,即便是那些具有原创性的拉美民法典,在文本借鉴的意义上不过是几味佐料而已。真正对已被提上立法日程的中国民法典编纂具有借鉴意义的,毋宁是这些伟大的立法者是

〔2〕 参见注 1 引书,第 208 - 209 页;〔美〕艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 161 - 162 页。

〔3〕 详见注 1 引书,第 131 页以下。

〔4〕 〔德〕马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆 1997 年版,第 117 页。

〔5〕 〔日〕大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999 年版,第 265 - 273 页。

〔6〕 *Enciclopedia*, publicada bajo la dirección de CARLOS E. MASCARENAS con la colaboración de eminentes profesores y juristas, t. IV, num. 12, Barcelona, 1952, p. 248.

如何成就其独特的法典样式的:是怎样的法学家品质使他们成为法典样式的缔造者?他们在何种进路上开展工作?他们如何对待本国的和外国的立法资源?既然他们也承认“(法典编纂)工作所涉及的诸多问题,在许多情形下允许不止一个的理论探讨,以及在法政策上具有同等理性的不同解决方案”,〔7〕那么是什么因素促使他们就最终方案达成一致意见?

## 二、第一次民法典编纂运动:政治家、法律家与法典编纂的进路

19世纪的民法典其实都承载着“一个国族、一部法律”的政治使命,甚至一些国家的民法典还分担着宪法的某些功能。〔8〕对于19世纪初纷纷独立的拉美诸国而言,其借助法典编纂昭告与其宗主国决裂的政治需求更为迫切,于是,编纂诸法典成为由宪法规定的一项政治任务。例如,新格拉纳达联合省联邦决议(1811年)第7条第3款、海地宪法(1816年)第37条、秘鲁政治宪法(1823年)第106条和第121条、1824年巴西帝国政治宪法第178条第18款、洪都拉斯政治宪法(1825年)第32条第2款、玻利维亚宪法(1826年)第46条,以及在一些国家的政府对国会的议案中,我们都能发现包含民法典在内的法典编纂之政治任务。此时,法典的编纂能力和丰足的法源储备显得并不那么重要,迅速完成法典的编纂才能真正配合实现政治上的独立,而以建立在自然法理想上的法国大革命为契机编纂而成的《法国民法典》风头正劲,即便是全盘照搬,也能在立法上使这些新近独立的国家完成和宗主国决裂的政治宣示任务。在此背景下,海地、多米尼加共和国和墨西哥的瓦哈卡州先后直接采用拿破仑法典,玻利维亚、哥斯达黎加只是对其稍加改编,拉美独立之父玻利瓦尔在1829年提议哥伦比亚直接采用拿破仑民法典,智利民族独立运动领袖贝纳尔多·奥伊金斯·里克尔梅(Bernardo O'Higgins Riquelme)甚至在1822年准备打包引进法国的五部法典,也就不足为奇了。〔9〕

不同于政治家更多地关注法典的政治宣示功能,作为编纂的具体行动者,法律家感同身受的是:“否认一个文明民族和它的法学界具有编纂法典的能力,这是对这一民族和它的法学界莫大的侮辱。”〔10〕况且,自克里斯托夫·哥伦布于1492年到达美洲后,无论是讲西班牙语的伊比利亚美洲,还是讲葡萄牙语的卢西塔尼亚美洲,其植根于宗主国的长期法律实践,以及卡斯蒂利亚、葡萄牙法学家学说的广为传播,都使法律家们内心形成了自有法(propio derecho)的确信。在法律渊源层面,独立运动前伊比利亚美洲的法源效力等级依次为本义上的印第安法(如西班牙人为美洲领土制定的《印第安法律汇编》、与《印第安法律汇编》不冲突的地方当局颁布的规定、必要的习惯、印第安人过去的法律和好的习惯)和西班牙本土的卡斯蒂利亚王国法律(如《西班牙最新法律汇编》、《皇室法律汇编》、《七章律》);在卢西塔尼亚美洲,法律渊源体系涉及到特别针对巴西的法律和在葡萄牙施行的法律(包括《菲利普法令集》、国王法令集、一些古代意大利法学家的作品,如《阿库修斯评注大全》、巴托鲁斯的评论,但与法学家一致意见相左的除外)。这些法律渊源甚至在新的共和国建立过程中,除了与新的

〔7〕这是阿根廷新民法典编纂委员会6位成员于1998年12月18日致函司法部部长时坦陈的。Antecedentes Parlamentarios: Proyecto de Código Civil de la República Argentina, directado por Carlos J. Colombo, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 11.

〔8〕参见谢鸿飞:“中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达”,载《清华法学》2014年第6期。

〔9〕Véase Sandro Schipani, *El Código Civil Peruano de 1984 y el Sistema Jurídico Latinoamericano (Apuntes para una investigación)*, 1985.

〔10〕[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1996年版,第220页。

宪法冲突的部分,基本上保持了其效力。<sup>[11]</sup> 它们和法学家的学说一起,构成整个拉丁美洲以共同的罗马法为基础的法律文化。因此,法典编纂之于法律家们,并非要通过制定新法与过去决裂。相反,按照乌拉圭法学家、阿根廷商法典的作者 Eduardo Acevedo(1815-1863年)的表述:“这使得我们的工作除了极少方面外,不过是以现代法典的形式编纂每天由法院适用着的法律和学理。”<sup>[12]</sup>

由于法律家的参与,法典编纂的进路不再单一地表现为照搬“革命”的《法国民法典》。在那些准备自主编纂民法典的国家,讨论得最为激烈的是法典究竟应该以改革旧法为目标,还是仅仅对现行法进行汇编式的整理。在智利,虽然奥伊金斯在1822年就提出整体继受法国的五部法典,但其提议以及此后的一些方案都未能付诸实现。1831年5月,思想家 Juan Egaña 提出一个激进的、完整的改革旧法的方案,即着手编纂现代法典,抛弃传统,代之以新观念。该建议显然和一些政治家、律师、法官的传统观念发生碰撞,但却获得政府的支持。在随后的较量中,政府提出的法典编纂计划获得参议院通过,但在寄送给众议院时,受到议员 Manuel José Tocornal 的激烈批评,他提出一个替代方案:对仍在智利施行的《七章律》进行汇编。讨论似已陷入困境,而议员 Manuel Camilo Vial 于1833年6月14日在众议院会议上提交了“编纂民法典的议案”,意图平息国会内部、部分议员和共和国总统之间的争议。他提出以一部法典来取代源自宗主国西班牙的旧法,但其议案第4条却如是规定:“此项工作的受托者仅限于汇编现行法典中的既有法律,只是将这些法律的规则部分转化为简朴和精确的语言;添加著名注释者和著述者阐明的规则,以补充现行法律中所欠缺者;在每个条文末尾援引这些规则的出处。”此段文字表明,该工作仅在于汇编现行法,即智利从宗主国继受的旧的罗马-卡斯蒂利亚-印第安混合法,而不引入任何改革。<sup>[13]</sup>

在这个时期,受智利政府之邀来到这个国家担任一些要职的委内瑞拉人 Andrés Bello(1781-1865年)参与了讨论。1833年6月28日,他在官媒 *El Araucano* 上发表《民法之法典化》一文,赞成并倡导 Vial 的方案。在该文中,他也在汇编的意义上使用法典编纂一词,并区分了法典编纂和法律改革。在他看来,法律改革在于“纠正现行制度中一切与人的理性原则不符的部分,形成一个新的法律体系”;此外,就是要简化立法,填补其漏洞,引进由国家之“政治转型”、“人性”或“哲学”催生的革新。法律改革导向的是“理想的立法(*legislación ideal*)”,它完全可以在“哲学家式的立法者(*legislador filósofo*)的会客室里”形成。而法典编纂(汇编)就是要“将民事法律化约为一个整理好的体系,没有拐弯抹角的废话和冗余的句子,没有无用的词语和词组之堆砌,这些都使法律缠绕不清和晦涩”;要摒弃“我们生活于其中的事物秩序中那些从未或不再适用的内容”;就现行法律之评注者所发生的分歧选择一个解释;协调既有规则并删除矛盾和多余的规则。这样一个法的体系所要实现的功能就是要作为一个有用的汇集服务于律师、法官和学习者,“在那里,他们能找到与主题相关的法律概览,以及在法律缄默或其规定模糊的大量情形,能找到最好的法律解释者之观点的概览表。”<sup>[14]</sup> 随后, Bello 又通

[11] Cfr. Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana*, in *Digesto. Delle discipline privatistiche. Sezione civile. Aggiornamento*, UTET, Torino, 2010, p. 290-291.

[12] Véase Bernardino Bravo Lira, *Cultura de Abogados en Hispanoamérica. Antes y después de la Codificación (1750-1920)*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 12/2001.

[13] Véase Alejandro Guzmán Brito, *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas*, en *Agosto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di Sandro Schipani, CEDAM, Padova, 1988, ps. 256-258.

[14] Véase Alejandro Guzmán Brito, *op. cit.*, ps. 258-260.

过超越法典编纂(汇编)与法律改革之间的前述对立来表达一种确信:正是改革性的推进作为一种批判性和体系性的成果不断出现,拭去了共同罗马法遗产中“因数世纪专制主义而蒙受的污点”。<sup>[15]</sup> 在后来受托起草智利民法典时,Bello 虽然围绕着汇编现行法展开工作,但他确实也凭借其体系化的能力和罗马法的知识完成了对智利法的改革性推进。

在巴西帝国,其 1824 年宪法虽然规定了民法典和刑法典的编纂任务,后者也于 1830 年颁行,但民法典的制定在 19 世纪上半叶根本未提上日程。政治家和法学家 Eusébio de Queirós 曾含糊地想推动采用 Correia Teles 的《葡萄牙学说汇纂》(Digesto Português),他也试图游说其同僚 José Tomás Nabuco de Araújo 开展此项工作。Nabuco 于 1853 年就任司法部部长后,决定推动旧法的修订工作。他致函被后世誉为巴西民法之父的 Augusto Teixeira de Freitas(1816-1883 年),咨询应向谁请求开展修订工作,以及 Freitas 本人若承担此项工作所要求的条件。Freitas 以报告的形式作出了答复,他承认此项工作的最终目标是制定一部新的法律,但为达此目标,必先认识既有的法律。因此,民法法典化的第一步是对所有既存法律进行一般的、体系化的分类:分类体系应从公法和私法的自然分类导出,并且要保持一种编年的顺序;既有的法律不仅包括现行生效的法,也包括那些已被废除或搁置不用的法,这是认知法的唯一方法。第二步则是对分类的法律进行简化或归并、汇编(consolidação),即把现行有效的法律规定尽可能地化约为简单而精确的命题,并将其分配为章节和条款。显然,此项工作不是要对立法作深层次的修改,只是对它的文字性重组。第三步就是法典化,即填补其缺失和漏洞,纠正其错误。这是一种新的立法,必须按照现代法典编纂的最优方法塑造,其编纂应该采简约而清晰的风格,而且除非确有必要,应避免学理性规定、举例和定义。<sup>[16]</sup>

1855 年 2 月,帝国政府和 Freitas 签订了一份合同,委托他汇编巴西的法律。合同的内容基本参照 Freitas 本人的要求,合同的第一条委托他对所有巴西的法律进行收集和分类,包括独立前的葡萄牙法律和巴西法律(不管是否已被废除);第二条则规定分类应考虑及公法和私法的划分和亚类型的划分,并要遵循编年顺序;第三条是委托其对民事法律进行汇编,以展示立法的最近状态。此外,该条也提及 Freitas 本人倡导的汇编方法,并要求在相应的注释中应引证从中提炼命题的法律,或者参考与法律相冲突的或相适应的习惯。<sup>[17]</sup> 尽管合同期为 5 年,但 Freitas 于 1857 年就完成了此项任务。《民事法律汇编》得到了负责评价它的委员会的赞赏,并获顺利通过。但汇编不是一项立法活动,它似乎只是作者基于委托合同向政府提交的法学研究成果,所以委员会认为没有必要由立法者批准。<sup>[18]</sup>

同样是尊重其法典编纂的三步走进路,1859 年 Freitas 又被赋予编纂一部民法典草案(Esboço)的任务,这次的合同应于 1861 年到期,后来被延期到 1864 年。Freitas 立即投入此项工作,并在 1860 年出版了总则,在 1861 年出版了关于对人权的第二编的前二部,在 1865 年出版了第三部,以及关于对物权的第三编的前三部,此时草案已推进到 4908 条。然而,一方面是 Freitas 的慢工出细活,另一方面是帝国政府急于得到一部民法典,后者召集了一个委员会评估前者的起草成果。1867 年 9 月 Freitas 致信司法部表示反对,并提出总法典的设想,试图在总法典下的民法典中实现民商法的统一。1868 年

[15] Cfr. Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana*, p. 295.

[16] Véase Alejandro Guzmán Brito, *op. cit.*, ps. 260-262.

[17] Véase Alejandro Guzmán Brito, *op. cit.*, p. 262.

[18] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:“《巴西新民法典》序言”,齐云译,载齐云译:《巴西新民法典》,中国法制出版社 2009 年版。

6月司法部听取了部长 Nabuco de Araújo 的报告,后者赞成该提议。但司法部认为 Freitas 未在规定的期限内完成草案,考虑撤销合同。1872年11月,司法部正式撤销了合同。<sup>[19]</sup> 于是, Freitas 的法典编纂计划就此止步。

至此,我们已不难发现,拉美各国从独立之初纷纷效仿甚至照搬法国民法典,到后来采取自有法之法典编纂进路,实因其有着共同的法源和法律家文化。这种共同的根,能很好地解释即使是那些自主编纂的拉美民法典为何也具有高度的相似性,以及它们为何如此容易地被其他新独立的共和国全盘接受。甚至,如果我们对比一下原创性的拉美民法典和同时期西班牙、葡萄牙编纂的民法典,也不会惊诧于前者比后者更忠实于卡斯蒂利亚法和葡萄牙法。<sup>[20]</sup>

### 三、法典编纂者与拉美三大范式民法典的样式

正如前述,对法典样式的比较研究通常从文本的内容、体系出发,忽略了法典样式之缔造者在其中的创造性作用及其丰富的角色担当信息,而这些信息往往都是其独特样式的决定性要素。有鉴于此,下文将选择拉美三大范式民法典作为样本,缕述其起草者和审查者的身份背景、起草思路和具体工作内容,以发现文本背后的法典样式之特质。

#### (一) Andrés Bello 与《智利民法典》

Andrés Bello 作为外国人,却能受智利政府委托起草智利民法典,其原因不外有三:第一,他在当时的整个西班牙语地区享有崇高的声誉,是拉丁美洲伟大的人文主义者,被认为是拉丁美洲文化上的独立之父,恰如他的学生玻利瓦尔是美洲政治上的独立之父;第二,尽管他从未取得律师资格,其法典编纂能力也因此受到一些传统的政治家、律师和法官的质疑乃至阻挠,但其父曾为律师,他本人在中学结束后就开始接受法律方面的教育,而且,他写过小型的要点性的罗马法教科书和一本国际法著作,其著作在美洲广为传播;第三,独立后的拉丁美洲各国相互之间认同本地区政治、体制、文化之共同性、相对独特性以及一体性,尤其是由罗马法、伊比利亚法、在拉丁美洲存在的前哥伦布时代的法三种因素组合而成的拉丁美洲共同法律文化,经常由法学家以及由法学家制定并得到立法者批准的法典来表明其相互的认同。<sup>[21]</sup>

受人所托,忠人之事, Bello 勤勉地完成了这一任务。他 1833 年或 1834 年开始工作,于 1840 年 9 月向由一项法律创设的“民事法律法典编纂委员会”(其本人亦为成员)提交了《智利民法典第一草案》,内容包括“序题”、“死因继承”和“合同与协议之债”二编,委员会作出了修订的决定,但 Bello 几乎是独自地进行了修订。他于 1846 年重编了继承编,1847 年修订了“合同与协议之债”编,此即“1846-1847 草案”。1853 年 Bello 再次提交草案,这次他增加了第一编“人”和第二编“财产”,继承和合同则分别成为第三编和第四编,而扩展了的“序题”则取代了原来很简单的同名序题。该草案被

[19] Cfr. Munir Karam, *O processo de codificação do Direito Civil Brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua)*. *O sistema do Esboço*, in *Agosto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di Sandro Schipani, CEDAM, Padova, 1988.

[20] Véase Bernardino Bravo Lira, *op. cit.*, p. 47.

[21] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:“在智利、厄瓜多尔、哥伦比亚生效的安德雷斯·贝略民法典”,徐国栋译,载徐涤宇译:《智利共和国民法典》,北京大学出版社 2014 年版; Alejandro Guzmán Brito, *op. cit.*, p. 257; Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latino-americana*.

提交给同年由智利总统任命的、由法学家和法官组成的审查委员会,总统亲任主席,Bello再次成为成员。其审查催生了一个新的草案文本,其中的修改虽然归功于审查委员会,但多数修改是由Bello本人倡议而被采用的。其后,该草案仅由Bello一人再次修订,于1855年形成了提交给国会的最终草案。同年12月,议会未加讨论即通过了该草案。<sup>[22]</sup>显而易见,智利民法典几乎是Bello的个人作品,因此其个人对民法典的内容、体系乃至表述方式的理解决定了该法典的样式。

Bello在其1853年草案的某些条文的注释里,记载了其立法渊源主要是《七章律》和《西班牙最新法律汇编》,这表明他坚定地将民法典植根于伊比利亚法律传统,没有偏离其倡导的以现代法典的形式汇编现行法律的法典化进路。但Bello在其工作中,并不完全拘泥于旧的罗马-卡斯蒂利亚-印第安混合法,他广泛借鉴欧洲民法典的成就,参酌大量法语著作以及萨维尼的《当代罗马法体系》一书,有条不紊地推进法律的革新。例如,在原因理论方面,他亦步亦趋地采用了法国民法典的规定和法国学者相对成熟的观点;就水资源问题,他遵循《撒丁民法典》的模式,规定了强制性的导水役权,并在国有财产的相关规定中也体现了撒丁模式;他接受了萨维尼对法人的理论构造,第一次在民法典中规定了法人制度,并且他曾一度打算增加“法律行为”一章,但最后还是放弃了。Bello并未就此止步,他甚至根据自己对法的理解和个人的一些经历,原创性地树立了一些立法典范。例如,在定义所有权时,他为所有权确定了二个限制(法律的限制和他人权利的限制);他出版过一本国际法著作,从事过外交活动,还被智利政府聘为外交部法律顾问,所以他原创性地规定了智利人和外国人在民事权利的享有方面一律平等,其法典中甚至还包括一些国际法的内容。<sup>[23]</sup>

《智利民法典》样式的另一个标志是其罗马法印记,意大利法学家桑德罗·斯奇巴尼甚至断言:“(Bello)主要的罗马法著作是民法典草案。”确实,Bello“接受了罗马法的指导和他所受的罗马法教育的指导,他的这些指导来自《法学阶梯》,该书为他提供了进行简单化和体系化的模式;这些指导也来自《学说汇纂》,该书为他提供了一份进行精细区分、深化处理和阐述方式的巨大遗产,而这些技巧是在一个内在一致的体系中表现出来的。”他在罗马法的指导下,对既有的各种民法典(它们都是以罗马法为基础的)进行科学比较,在对更公正的法律解决方案的寻求中归纳出大量规则。<sup>[24]</sup>由此,在建构法典的结构体系上,Bello基本遵循了优士丁尼《法学阶梯》的顺序,但受对物权(*iura in re*)与向物权(*iura ad re*)大论战的影响,他不再像《法国民法典》那样将继承权和债权作为“所有权的取得方式”而归于物法编了,这就形成了其独特的四编制结构。<sup>[25]</sup>在所有权变动的体系性构造中,Bello严格遵循罗马法规则,他区分基于意思表示的所有权变动(第二编第六题)和继承中遗产的所有权变动(第三编第一题),对于前者,他继承罗马法上 *traditio* 制度,构建了实质上的物权合意之所有权变动模式,同时他采用前萨维尼自然法学派名义(*titulus*)加形式(*modus*)取得说,形成了所有权变动的有因性

[22] Véase Alejandro Guzmán Brito, *Causa del Contrato y Causa de la Obligación en la Dogmática de los Juristas Romanos, Medievales y Modernos y en la Codificación Europea y Americana*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 12/2001.

[23] 类似例子俯拾即是,具体可参见注21引文;Alejandro Guzmán Brito的前引二篇文章;Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana*.

[24] 同注21引文。

[25] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:“法学研究方法以及对古罗马法学著作和近现代法典结构体系中若干问题的思考”,丁玫译,载《比较法研究》1994年第2期。



原则。<sup>[26]</sup>

法典编纂应遵循规范陈述之经济性(*economia di enunciati normativi*)原则,这正如 Bello 所理解的,法典应避免废话和冗余的句子、无用的词语和词组之堆砌,为律师、法官和学习者提供“相关主题的法律概览”。而作为一名语言学家,Bello 曾致力于维护独立中诞生的诸共和国与西班牙在语言上的统一,并为此目的写作了一部西班牙语语法;作为一名教师,他在《学说汇纂》和罗马法著作的帮助下,发展了其一系列简略的要点。正是基于 Bello 娴熟的语言驾驭能力和教学中养成的要点提炼能力,《智利民法典》由诸多精短、准确并且典雅的条文组成。<sup>[27]</sup> 法国比较法学家对此也不由赞叹:“其技术是完善的;它所有的规定明晰、符合逻辑并前后一致;Andrés Bello 可以被理智地认为是人类最伟大的立法者之一。”<sup>[28]</sup> 在智利,许多法学家都认为他们的民法典在语言风格上可与《法国民法典》相媲美。

1857 年的《智利民法典》以其独特的样式卓立宇内,但其意义并不止于此。在 19 世纪的新美洲大陆,独立后的新共和国通过“拉丁美洲”(America Latina)一词来谋求政治-法律自我认同(*auto-identificazione*),该种认同与宗教的认同一起形成“我们的美洲(*nuestra America*)”的概念。《智利民法典》的面世,在法律的自我认同层面标志着罗马法体系下拉丁美洲法系的真正形成。正是出于这种考虑,智利政府在 1877-1879 年的利马会议上提交了一个提案,主张在法律统一化的视角下采 Bello 的民法典为共同法典。尽管该提案在非常复杂的背景中并无结果,但《智利民法典》为厄瓜多尔、哥伦比亚、巴拿马等国几乎逐字逐句照搬以及深刻影响洪都拉斯、尼加拉瓜民法典的事实,足以说明这种自我认同的普遍存在。<sup>[29]</sup>

## (二) Dalmacio Vélez Sarsfield 与其教科书式的民法典

1864 年,Dalmacio Vélez Sarsfield(1800-1875 年)受任起草阿根廷民法典,5 年后他向国会提交了草案,而国会实际上根本没来得及看看其具体内容和进行认真的讨论,就“非常迅速地”批准了其草案。显然,《阿根廷民法典》完全是 Sarsfield 的个人作品,而其个人经历不可避免地影响到这部作品。

首先,Sarsfield 受过罗马法教育,他在起草民法典时直接或者间接地利用了《市民法大全》,并根据后来学者的重读再进行重读。据统计,他在法典的条文注释中引证了罗马法 1303 次,且其 799 个条文源自罗马法,也就是说,大约 1/5 的条文以罗马法为渊源。正因为如此,在国会讨论其草案期间,最主要的责难就是罗马法对草案影响过大。<sup>[30]</sup> 但 Sarsfield 对此指责不以为然,因为在他看来:“(罗马的)立法是其自己的(即阿根廷的),就如同它也是西班牙自己的。”<sup>[31]</sup>

其次,作为律师的 Sarsfield 在为客户提供法律意见时经常旁征博引。例如,在针对总督 Juan Manuel de Rosas 发布的扣押令发表法律意见时,他引证了《学说汇纂》、《七章律》的有关片段并进行了深入分析,他同时引证了《法国民法典》以及波蒂埃、居雅士(Cujas)的作品;在另一个关于收回道路通行权案件的法律意见中,他虽然依据的是西班牙的《皇室法律汇编》(Fuero Real),但为加强论证,他引用

[26] 参见笔者为《智利共和国民法典》中译本(北京大学出版社 2014 年版)第 670 条和第 675 条所作的注释。事实上,萨维尼也是通过对 *traditio* 的分析,构建物权契约之概念的。

[27] 参见注 21 引文;Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana*。

[28] Cf. Pierre Arminjon, Boris Nolde et Martin Wolff, *Traité de Droit Comparé*, t. 1, num. 88, Paris, 1951, p. 163.

[29] Cfr. Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana*, p. 310-311.

[30] Véase Noemí Lidia Nicolau, *El Rol de los Juristas en la Formación del Subsistema Obligacional Argentino*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 12/2001.

[31] Cfr. Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana*, p. 307.

了《学说汇纂》中乌尔比安和彭波尼的观点。当 Sarsfield 为躲避 Rosas 的迫害而流亡乌拉圭时,他开始对法国的、萨维尼的和 Freitas 的现代法学理论以及欧洲和拉美的法典(尤其是智利民法典和西班牙 García Goyena、巴西 Freitas 的民法典草案)感兴趣。<sup>[32]</sup> 他的这种论述风格在《阿根廷民法典》的条文注释中继续得到体现,以至于这些被包括在法典正式文本中的注释事实上发挥着民法教科书的作用,直至最早的一些评注作品问世,而其主要的原因是该法典颁行之时阿根廷法律文化处于短缺状态。<sup>[33]</sup>

再次,由于 Sarsfield 长期从事律师职业,并在政治机构中长期任职,所以他非常关注具体的法律问题,也因此对一般的非诉讼问题和公共问题非常敏锐,这一个人经历决定了其立法技术更多地采用了具体决疑的方法,其法条表述也非常直白。尽管 Sarsfield 也很擅长把需要判决的问题的构成要件有机组织起来,但这种立法技术还是导致了《阿根廷民法典》的条文多达 4051 之巨,以至于该法典看起来更像法律适用指南。此外,法典中也存在一些划分和举例,对此非常个人化的立法技术也存在不少争议。好在该法典是一个人的作品,所以尚能保持其内部的高度统一。<sup>[34]</sup>

须指出的是,Sarsfield 面对的最大批评来源于其同胞 Juan Bautista Alberdi,后者认为其主要的来源是巴西法学家 Freitas 的“草案”。<sup>[35]</sup> 为此,Sarsfield 辩解道:“草案 3/4 的条文与各民族国家的任何一部法典都不一样……我希望在我的法典中呈现的是科学的法,这就如同德国人称呼由科学亦即声誉卓著的法学家的理论所创设的法那样;我也希望,若有可能,在草案中能看到科学的现状,假如我力所能及的话;有鉴于此,我认为本法典追随所有民族最著名的作者而设计的方案是合理的。”<sup>[36]</sup> 而斯奇巴尼教授则认为,这种现象正好说明了西班牙语国家与葡萄牙语国家在拉丁美洲的一体性之内的紧密联系,是他们所具有的共同罗马法基础使得这种相互的交流成为持续性的和永久性的。<sup>[37]</sup>

无论如何,Sarsfield 毕竟塑造了拉丁美洲法系的第二部范式民法典,并以此在阿根廷构建了罗马法系框架下的民法体系,自此以后学理更多地是致力于法典的解释而非体系构建。也只是在大约 50 年后,法学家们才开始谋求变革。<sup>[38]</sup>

### (三) Freitas 之后的法学家与巴西 1917 年的民法典

在 Freitas 之后,巴西先后出现了几部民法典草案:1872 年,曾委托 Freitas 起草民法典的司法部部长 Nabuco 自己被授予编纂一个草案的任务,但他出师未捷身先死,留下一个包含 118 条序题和 182 条总则的草案;1881 年法学家、参议员 Joaquim Felício dos Santos 编纂了一部私人草案,并将之提供给政府,但政府任命的一个审查委员会援引当时已广为流行的德国潘德克吞体系批评了其体系;1889 年的

[32] Véase Noemí Lidia Nicolau, *op. cit.*

[33] *Antecedentes Parlamentarios: Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, p. 10. 事实上,附加注释是 Sarsfield 受托编纂民法典时的一项明确任务,这些注释同时也表明了几乎所有的法典编纂者的工作流程和工作方法。参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:“在阿根廷生效的萨尔斯菲尔德民法典”,薛军译,载徐涤宇译:《最新阿根廷共和国民法典》,法律出版社 2007 年版。

[34] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:同注 33 引文。

[35] 这一批评并非空穴来风,据学者分析,Sarsfield 虽然没有接受 Freitas 设立总则的想法,但《阿根廷民法典》的篇章结构在修正的基础上遵循了 Freitas《巴西民事法律汇编》的结构,甚至连有些篇名都有抄袭之嫌。并且, Freitas 的“草案”至少对《阿根廷民法典》中的三编来说是直接的立法渊源,该三编中有超过 1200 条或者说其 1/3 强的条文是通过字面翻译或评注采自“草案”。参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:同注 33 引文;Munir Karam, *op. cit.*, p. 337.

[36] Véase Noemí Lidia Nicolau, *op. cit.*

[37] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:同注 33 引文。

[38] Véase Noemí Lidia Nicolau, *op. cit.*

一个委员会在皇帝的亲自主持下,基于潘德克吞体系进行工作,但在同年因宣告成立共和国中断了工作;1890年,共和国政府授权参议员、法学家 Antonio Coelho Rodrigues 起草一部草案,他为此前往瑞士专注于起草工作,据说其草案的结构采用了瑞士的《苏黎世州私法典》的模式,也曾将1884年《瑞士债法典》作为其参照系,但可以肯定的是,其1893年提交而最终未被政府接受的草案几乎采用的是潘德克吞体系。<sup>[39]</sup>

Clóvis Beviláqua(1859-1944年)在1899年1月受司法部委托起草一部民法典草案,他于同年11月就完成了委托。该草案几经周折于1916年1月1日被通过,并于次年生效。但1917年的《巴西民法典》很难说完全是 Beviláqua 的个人作品了,因为它曾于1900年接受一个校订委员会的审查,而该委员会作了不少修改,并且,该草案在同年被提交给众议院时,众议院也提出了进一步的修改。<sup>[40]</sup>

尽管如此,1917年的《巴西民法典》毕竟因 Beviláqua 的主导性工作而不可避免地烙上其个人的印记。作为法学教授,Beviláqua 著作等身,其比较法研究尤为精深;作为法典编纂的受托人,Beviláqua 在被委托之时,就被司法部长要求以 Rodrigues 的草案为基础,并参照 Nabuco 草案、Freitas 草案和 Santos 草案进行工作。正因为如此,Beviláqua 的法典编纂进路及其体系设计理念一方面受到当时风行巴西的潘德克吞体系的影响,另一方面也与 Freitas、Rodrigues 的设想一脉相承。他从“对象(objeto)”出发,将民事法律关系分为家庭关系、所有权关系及其派生权利关系、债的关系、法定继承和遗嘱继承关系四类,但他认为这四组关系并未穷尽法的躯体(corpo do direito),必须考虑的是:第一,在法律关系中存在着主体(人)、客体(财产)和将二者结合起来的联系(法律关系);第二,存在着导致权利产生、变更或消灭的一种特定的力(法律事实);第三,存在一些在任何类型的法律关系中都不能变通的一般适用规范。<sup>[41]</sup> 据此,他将民法典的体系划分为总则和分则,前者包括人、财产、法律事实,以及更高位阶的适用规范(即引导法),后者则包括家庭法、物法、债法和继承法四编。基于此种设计理念,Beviláqua 提交了一个1973条的民法典草案和一个43条的《民法典引导法》草案,而最终通过的《民法典》在体系结构上并无实质改动,包括21条的引导法、179条的总则和1628条的分则,这事实上是 Freitas 体系与潘德克吞体系的聚合。这种极尽体系化之能事的法典样式俨然使《巴西民法典》也具备“教授法”的气质,并反映了德国潘德克吞体系的巴西化及其持续化。<sup>[42]</sup>

然而,从内容来看,《巴西民法典》并未偏离拉丁美洲共有的民法传统,甚至有学者指出,只要对比一下巴西民法典和葡萄牙1867年的民法典,不难发现前者比后者更忠实于传统的、以罗马法为基础的葡萄牙法。<sup>[43]</sup> 也许是在此种意义上,斯奇巴尼教授才将《巴西民法典》誉为最后一部“独立的并把罗马法输入拉丁美洲的法典”。<sup>[44]</sup>

[39] 参见注18引文;徐国栋:“巴西民法典编纂史略”,载齐云译:《巴西新民法典》,中国法制出版社2009年版。

[40] 参见注18引文。

[41] Cfr. Munir Karam, *op. cit.*, p. 334.

[42] 参见注18引文;注39徐国栋引文。

[43] Véase Bernardino Bravo Lira, *op. cit.*, p. 47.

[44] 参见注18引文。

#### 四、再法典化进路与法律家群体

如果说19世纪拉美诸国伴随着独立运动发生的自主法典编纂乃以植根于罗马法的自有法之样式构造为其目标的话,那么20世纪上半叶开始的法典重新编纂之浪潮,则孕育于拉美经济社会发展 and 法律文化史中一个极为不同的时代。一方面,法典的重新编纂指向的已经不是独立模式的构建和完善,而往往是引领新宪法所要求的社会新构造;另一方面,20世纪初开始的法律文化之潘德克吞化,亦即德国法律文化的影响已蔓延至拉美,并与 Freitas、Sarsfield、Beviláqua 的遗产汇合。在此背景下,墨西哥联邦区于1926年成立了一个编纂新民法典的委员会,该委员会于1928年提交草案,同年7月新民法典颁布并于1932年8月生效;危地马拉1933年的新民法典也许考虑了瑞士经验而不包括债法,其1964年的新民法典才将债编纳入;秘鲁1936年重新编纂的民法典受中欧自然法的影响,它似乎更多关注瑞士的经验而未规定总则,但德国法律文化和意大利民法典存在的一些类似特征也被凸显;在玻利维亚,家庭法从民法典中被分离出来,和商法典同时于1973年4月生效,而1976年的新民法典也维持了这种选择;也许是受社会主义国家立法例的影响,古巴1975年将家庭法从民法典中分离出来,其1987年的新民法典更是重视东欧社会主义国家尤其是民主德国1976年的民法典文本。<sup>[45]</sup>

然而,在那些信仰民法典之不可变易性和永久性统治的国家,尤其是在其民法典已成为原创性之立法典范的国家,再法典化的过程则表现得较为艰难、曲折。在民法典颁布之初,法学著作和法院判例基本围绕着法典而展开,产生了大量的评注作品,法典甚至封闭了民法的进步和发展。从20世纪20年代末开始,学者们开始了民法典之学术编纂活动。例如,在阿根廷,1926年 Juan Antonio Bibiloni 起草的民法典草案、1936年由五位法学家组成的委员会起草的草案、1954年由 Jorge Joaquín Llambías 领衔起草的改革草案、1968年由 Guillermo A. Borda 起草的改革草案,以及1927年、1937年、1961年和1969年举行的、以这些草案的讨论为主题的四次全国性民法会议,掀起了一波又一波的学者重纂法典的热潮,而 Borda 的草案更是直接催生了1968年的第17711号修正法,民法典的大量条文被该法废除、替代、更改或添加;1941年,在巴西出版了一部关于法典中债的学者建议修订稿,目标是统一民法和商法中的债。<sup>[46]</sup>

真正对民法典的结构和功能产生深刻影响的是这些国家在社会、经济、文化层面方面的变革导致的宪法重修和大量特别立法的出现。在宪法层面,不断重修的宪法通过直接的方式渗透乃至干预民法,如大多数国家通过新宪法认同原住民的生活、组织形式及其土地制度,巴西1988年新宪法内容则更加广泛,其中关于经济和金融秩序以及社会秩序的规定,非常详细地涉及私权,不过新宪法只对家庭法领域进行了实质性的变更。当然,对民法典的解构更多地是通过大量特别立法的方式实现的,这些立法要么被嵌入既有的民法典,要么被附录在法典的官方版本之后,从而实质性地改变其结构和内容。从主题来看,特别立法或涉及民法典本身的内容,例如智利1998年的第19585号法律在婚姻、家庭、继承制度上对其民法典作了大篇幅的修订,深刻改变了 Bello 设计的法典体系;或在民法典规范之

[45] Véase Sandro Schipani, *El Código Civil Peruano de 1984 y el Sistema Jurídico Latinoamericano; Codici civili nel sistema latinoamericana.*

[46] Cfr. Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana.*

外创设新的类型法典,例如未成年人法典、劳动法典、消费者保护法典、运输法等等。<sup>[47]</sup>

这些以不同的方式规范特殊类型的法律关系的所谓“例外法律”,似乎使民法典之“市民法大全”、“中心法”神话不再,它开始担负起剩余法(*diritto residuale*)的功能,亦即民法典现在调整的是一些没有由特殊规范调整的情形。<sup>[48]</sup> 尽管这种解法典化的思潮在拉美诸国也曾盛极一时,但1984年秘鲁的新民法典以及新千禧年巴西和阿根廷的新民法典,却以再法典化的行动表明了拉美法学家对法律体系之存在、法典的启发价值及其广义上系统化解释之规定性功效的认同。在他们看来,21世纪的法典被置于一个系统的中心,该系统以特别法、司法判例和大量法源的不断涌入为其特征;法典和各个微系统之间的关系,则是前者如同太阳,培育和启发着各个微系统并使其维持在系统中;重要的是,法典在宏观层面规定着私法的各个范例性领域,制度系统中的剩余部分则借助法律原则进行渐次构建,从而形成一个开放的系统。<sup>[49]</sup> 在立法技术上,此种系统的构建,主要是依赖法律适用之指引性条款在民法典和各个微系统之间建立关联。

在确认再法典化进路后,法典的重新编纂依然是法学家的职责范围。尽管民法典的结构已被部分地改变,并且它与微系统的关系总是多样性调和的产物,但民法典编纂活动总是为了更全面的目的,通过达成法典本身的统一文本和加强特别立法的完善,来形成文本多样性的协作,而这种立法体系的和谐,总是以法学家的理论建构和法学家构成的立法委员会保证的一致性为前提。可以说,在解法典化、再法典化的过程中,法学家从未缺席。首先,他们通过法学杂志、不同题材的汇编作品(关于民事责任、诚信等等)、专题体系书或法典评注、定期的国际或国内学术交流会议不断解读民法典,这种连续的重编活动实现了一种整体的汇编,完成了对民事立法、判例和学理的重述,为法典的重纂奠定了统一的、坚实的基础。<sup>[50]</sup>

其次,法典编纂不再是某个法学家个人的工作,而是法律家群体持续性的开放性工作。这个群体不仅仅在编纂委员会的组成上包括法学家和实务界的法律专家,而且通过意见征求、专家咨询的方式广泛吸纳法律精英们的参与,并以会议讨论的形式在最大程度上达成意见的统一。例如,1965年5月1日秘鲁总统以95号令设立了1936年民法典之研究和修正委员会,委员会由司法和信仰部部长任主席,其成员包括最高法院指派的1人以及其他7位各个专业领域的法学专家。总统令要求委员会在履行其职责时,必须注意使法典、基本法律与学理发展、判例贡献、比较法和秘鲁本国的现实需要保持持续的契合。该草案被提交后,1982年5月,国会成立了由3名参议员、3名众议员、3名司法部指派的法律家组成的审查委员会,负责审查草案并引入其认为适当的修改,委员会在审查时须听取原委员会成员的意见。此后,审查委员会召开225次会议,对草案作了7次整体修改,最后形成了1984年的最终草案。在阿根廷,继学者数个草案之后,官方在20世纪80年代后,相继成立了几个法典重纂委员会,他们分别提交了自己的法典草案,如众议院分别于1987年、1993年提交的民商事立法统一化草案、由政府1992年第468号法令指定的委员会提交的草案、由政府1995年第685号法令指定的委员

[47] Cfr. Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana*.

[48] 参见[意]那塔利诺·伊尔蒂:“解法典化的时代”,薛军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第4卷),中国人民大学出版社2004年版。

[49] Véase Ricardo Luis Lorenzetti, *Nuevo Código Civil y comercial de la Nación Argentina*, trabajo presentado al Congreso Internacional sobre “Il Nuovo Codice Argentino e il Sistema Giuridico Latinoamericano”, Roma, 2015.

[50] Cfr. Sandro Schipani, *Codici civili nel sistema latinoamericana*.

会提交的1998年民商统一法典草案。2011年2月23日,政府依第191号法令组建了由最高法院院长领衔、二位法学家为成员的法典编纂委员会。委员会在广泛借鉴历次草案(含学者草案)并咨询近百位阿根廷法学家、三位外国法学家的基础上,于规定的期限内向政府提交了草案。2012年7月4日,国会组建了一个由执政党和在野党组成的两院(众议院和参议院)委员会,在全国举办了大量的公开听证会,收集了近千条建议。<sup>[51]</sup> 2014年12月,经编纂委员会修改的草案被国会通过,将于今年8月正式取代旧法典而生效。

总之,正是通过对法典体系性功能的重新认识和法学家广泛参与的立法活动,再法典化运动中脱颖而出的三部新民法典既可被归纳出一种拉美特色,也能被看成是法学家为达到体系的和谐一致而创造的共同类型。在这些法典中,我们可以找到体系同一性的一些识别要素,如法典在私法系统中的再定位、经由法律原则和多样性的法源实现法典的开放性、民商合一的立法模式、公私法互通的宪法保障、自然人人格权保护的全面升级、多元文化中的家庭及其保护平等化、权利行使的社会连带性,等等。<sup>[52]</sup>

## Actors in the Codification of Civil Law in Latin American Countries

Xu Diyu

**Abstract:** Jurists are the subjective determinants for the different modes of codification, but those first codifiers of Latin American civil codes are generally neglected in comparative study of law. Latin American countries first copied or modeled the French Civil Code right after their independence but later adopted the approach to codifying their own civil laws because they share common sources of law and legalist culture. For the famous legalist in Latin America, Andrés Bello in Chile, Sarsfield in Argentina, and Freitas along with his followers such as Rodrigues and Beviláqua in Brazil, created their modes of codification respectively, which developed the Latin American sub-system under the Roman legal system. Latin American countries experienced a period of de-codification after the middle of the twentieth century. However, jurists engaged in the re-codification movement widely in the wake of the re-evaluation of the systematic functions of civil code. As a result, the new civil codes of Peru, Brazil and Argentina, demonstrate a Latin American feature and meanwhile they can be regarded as a common type created by legalists for the purpose of systematic harmony. Among these new civil codes, certain identifying elements can be found for their systematic oneness.

**Keywords:** Latin American civil codes; codifier; approach to codification; mode of civil code

(责任编辑:丁洁琳)

[51] Véase Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.*

[52] Véase Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.* 并请参见徐国栋:前引文;徐涤宇:“秘鲁民法典的改革”,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第2卷),中国法制出版社2001年版。

# 俄罗斯社会转型与民法法典化

鄢一美\*

**摘要:**俄罗斯从计划经济体制向市场经济体制的社会转型过程中,用15年时间完成了一部反映其改革成果的新的民法典。该部民法典是俄罗斯十月革命后第三次民法法典化的成果,在俄罗斯民法发展史上,以其规模最大、制度最新、编纂时间最长,法典化过程斗争最尖锐、编纂经验积累最丰富而著称。值得注意的是,俄罗斯新民法典的编纂过程,也是俄罗斯民法从过去多年的“公法”向“私法”回归的法制转型过程,是私法精神和理念在俄罗斯法律文化中复兴的过程。研究俄罗斯社会转型期民法法典化的过去、现在和发展趋势,对中国正在进行的民法典编纂无疑具有重要的启示意义。

**关键词:**俄罗斯 社会转型 民法典 民法法典化

## 一、引言

俄罗斯历史上共成功实现三次民事立法法典化,所谓“成功实现”,是指法典化进程的最终结果以颁布法典化文献——民法典为标志。第一次民法法典化是颁布了1922年《苏俄民法典》;第二次民法法典化的成果是首先通过1961年《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》,其后颁布1964年《苏联民法典》;第三次民法法典化是1991年通过《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》,然后在1994-2006年间分四部分通过《俄罗斯联邦民法典》。

第三次民法法典化与前两次不同:这是俄罗斯在从计划经济向市场经济过渡的社会转型期完成的法典化,作为法典化成果,《俄罗斯联邦民法典》反映了当代俄罗斯市场经济关系法律调整的最新改革动态,法典由四部分、七编、77章、1551条组成,内容包括民法总则、所有权和其他物权、债法总则、债法分则、继承法、国际私法、知识活动成果权与个别化手段。

第三部民法典与法典化本身,在俄罗斯民法发展史上以其规模最大、制度最全最新、编纂时间最长、争议最激烈而著称。整部民法典从1992年开始起草到2006年完成,历时15年。15年中,法典分四个部分依次颁行:第一部分(第一编:民法总论;第二编:所有权和其他物权;第三编:债法总则)于1994年10月21日国家杜马通过,1995年1月1日生效;第二部分(第四编:债法分论)于1995年12月22日国家杜马通过,1996年3月1日生效;法典第三部分(第五编:继承法;第六编:国际私法)于2001年11月1日国家杜马通过,2002年3月1日生效;法典第四部分(第七编:知识活动成果权与个别化手段)于2006年11月24日通过,2008年1月1日生效。这也是俄罗斯第一次将一部内容庞

---

\* 中国政法大学民商经济法学院教授,俄罗斯国立莫斯科大学法学博士。本文为国家社科基金项目“俄罗斯社会转型期民法法典化研究”(项目编号:14BFX159)的阶段性成果。

大的民法典在若干年内分四部分完成的立法实践。

俄罗斯新民法典的制定过程,是改革派与保守派以及各利益集团之间冲突、博弈的过程,其间围绕着是否坚持私法体系的统一,是否坚持民事立法法典化等问题进行着尖锐的斗争。就俄罗斯第三部民法典的编纂历程,其主要起草者之一——马可夫斯基(А. Л. Маковский)教授说:“如果不了解俄罗斯民法法典化的政治和经济巨大变革的复杂背景,如果不揭示民法典是在何种复杂改革链条中的最终环节出现,一个外国人很难理解这部法典的历史和精神。”<sup>[1]</sup>“可以说,我们取得了编纂工作的经验,这也是私法法典化中最长的历史经验,其特殊意义在于,这是在人类历史和司法史转折时期取得的经验。”<sup>[2]</sup>那么,俄罗斯在社会转型的巨大变革时期如何实现第三次民法法典化?新的民法典具有什么编纂背景和特点?其中有哪些争议点可供中国立法者关注和研究?有什么编纂经验值得我们借鉴和思考?本文将从以下几个方面进行研究。

## 二、俄罗斯新民法典的形成背景

### (一)改革初期俄罗斯民事立法现状

俄罗斯的经济体制改革从20世纪80年代开始,那时俄罗斯尚在苏联范围内。向市场经济过渡的全面改革触及到多年来形成的行政命令式管理体制,过去为适应计划经济体制而调整经济关系的法律规范,在新的条件下已不适用,新的经济关系要求对原有法律规范的内容以及法律调整形式进行变革和重新修订,建立符合市场经济发展规律的民法规范和调整方式。然而在改革之初,以立即废除旧的民法典、制定新民法典的途径满足改革的需要在当时的历史条件下显然不现实。一方面,时间上不具备条件,另一方面,改革初期各种经济关系仍在发生变化,并且发展方向尚未明确,民法典的内容一时难以确定。但是,已经形成的新的经济关系又不可能在法律调整之外存在,为了适应改革的需要,前苏联针对市场经济条件下出现的某些重要的财产关系,陆续颁布了一系列基本的单行法律,如《苏联个体劳动活动法》、《苏联财产法》、《苏联和各加盟共和国租赁法纲要》、《苏联国有企业法》、《苏联合作社法》、《苏联公司法》、《企业和经营活动法》等等。这些单行法规定了财产关系新的变化规则和改革后新的调整手段,为建立新型的市场关系,保障市场主体的合法利益起了一定的指导作用。

由于单行法缺乏统一的立法基础和立法目的,其颁行是为了调整市场变化形成的新的经济关系,随着改革的深入,颁布的单行法越来越多,俄罗斯民事立法逐渐出现“混战”局面,主要表现为:

第一,某些单行法规只起到废止旧法,宣布新法产生的“法令”作用,其自身调整职能并未实现。经常是一些单行法还未具体实施,就又被随之颁布的新法规取代。由此导致一段时间内,不断颁布的单行法,实际上只起到履行变更、废止旧法,宣布新法诞生的作用,自身的调整机制完全没有展开。

第二,颁布的单行法基本上仅涉及民法总则中调整的关系和物权关系,由债法调整的交换关系,单行法规几乎没有涉及。<sup>[3]</sup>在改革过程中由于没有统一的立法规划,陆续颁布的单行法规基本上是针对改革后出现的某些重要的财产关系的变动制定,如针对物权关系、自然人和法人法律地位、公司

[1] А. Л. Маковский :«О кодификации гражданского права(1922 - 2006)». - М. : Статут, 2010. С. 5.

[2] 同注1引书,第7,9页。

[3] Отв. Ред. Е. А. Суханов: «Российское гражданское право при переходе к рынку», М. : Де - юре, 1995. С. 30.



制度、财产关系的客体等制定新的规则,而对市场关系中新出现的各类商品流转关系,各类合同与非合同之债等,仍然适用1964年的苏联民法典。由此产生了法律适用中的矛盾:已经改变法律地位并具备市场特点的民事主体,仍要按照计划经济体制下的规则订立合同,受计划合同的权利义务关系约束。

第三,民事立法机构多级制的“混战”,导致法律虚无主义加剧。随着颁布的单行法规越来越多,调整的范围越来越细,法与法之间的相互协调性和一致性越来越差。因法出多门,总统、政府、立法机关、主管机关均可进行“民事立法”活动,造成国家法律、总统的命令、政府的决议、主管机关的规范性文件相互冲突。同样的财产关系,在财产法、企业法、企业经营活动法、武器法、教育法,甚至种子法等多个单行法中以不同的规则调整,而且这些法具有同等的法律效力。<sup>[4]</sup>此种状况不仅给法的适用实践造成无法解决的矛盾,还导致法律虚无主义现象明显加剧。因为财产关系的参加人注意到立法的混乱状况,更加无视法律的适用和法律规则的遵守。

第四,大量单行法的出现,破坏了俄罗斯传统的潘德克吞民法体系。俄罗斯民事立法体系一直是大陆法系德国模式,其前两部民法典均有民法总则和民法分则。但在20世纪90年代之初,俄罗斯的民法不具有法典化特点,也不具有非法典化特征,动态的财产关系由过去的民法典调整,静态的财产关系由新制定的单行法调整。有学者认为,这“实际上是大陆法系和英美法系某种特点和因素的结合”。<sup>[5]</sup>造成此种混乱民事立法状况的主要原因之一是:20世纪90年代之初,俄罗斯的某些政治家、经济学家以及他们的外国智囊团试图人为地将俄罗斯民事立法脱离法典化模式而采用另一种路径。<sup>[6]</sup>

俄罗斯20世纪80年末至90年代初不正常的立法状况,只能是改革过渡时期的特殊情况。俄罗斯民法学者一致认为,这样的民事立法机制如果任其发展,不仅不能为经济体制改革提供法律保障,反而成了改革的障碍,必须尽快纠正。

## (二) 民事立法法典化的尝试

为尽早结束依靠零散的、相互冲突的单行法调整财产关系的状况,制定统一的民法典势在必行。根据苏联的立法传统,在一部新民法典制定之前,先通过《民事立法纲要》作为民法典的基础,其后对《纲要》进一步细化补充,形成民法典。1990年夏季,由苏联功勋科学院士,著名民法学家卡尔梅科夫(Ю. X. Калмыков)教授发起,并得到苏联最高会议立法委员会副主席阿列克谢耶夫(С. С. Алексеев)的支持,苏联最高会议主席团于1990年6月组成了由卡尔梅科夫教授领导的《民事立法纲要》起草委员会,该起草小组由苏联23位著名的民法学家组成,但实际上在起草小组具体执笔的学者是9位,经过近一年的连续工作,《民事立法纲要》草案提交苏联最高苏维埃和苏联人民代表大会审议。<sup>[7]</sup>苏联最高苏维埃和苏联人民代表大会于1991年5月31日通过了《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》(以下简称《民事立法纲要》),该《纲要》的制定和颁布,在俄罗斯民法发展史上占有重要地位,使俄罗斯民事立法从“混战”回复到法典化发展的轨道。

1991年《民事立法纲要》总共有170条,其主要内容分为:民法总则(包括基本原则、权利主体、法

[4] 同注3引书,第27页。

[5] 同注3引书,第30页。

[6] 同注3引书,第30页。

[7] 同注3引书,第716-721页。

律行为、有价证券、期限与时效),所有权和他物权,债权(包括债法总则,合同与非合同之债),著作权、发明权和其他智力成果权,继承权,国际私法中的冲突规范等,尽管条文不多,却是苏联经济体制改革后第一次以统一的、体系化的民事法律调整过渡时期民事法律关系的立法尝试。

依据立法者的本意,新的《民事立法纲要》应该为随后制定和通过全苏统一民法典提供立法基础和模式,各加盟共和国也应在该《民事立法纲要》的基础上,将该纲要的一系列基本规则和规定具体化,并对《民事立法纲要》未规定的内容根据苏联社会现代实际的需要加以扩展和补充。遗憾的是,由于1991年底苏联解体,这个计划未能实现,而且本应在1992年1月1日生效的《民事立法纲要》因失去了适用对象也未能实施(后来根据俄罗斯联邦最高苏维埃1992年7月14日的专门决议,该《纲要》被允许在俄罗斯联邦范围内临时适用,并于1992年8月3日在俄联邦开始生效,直至2008年1月1日《纲要》的效力被最终废止)。苏联的解体,使反映市场经济变化的《民事立法纲要》流产,这一事件,被俄罗斯学者称之为国家的“悲剧”,否则,苏联民事立法和民法理论的发展与变化将会提前好几年。<sup>[8]</sup>

尽管1991年《民事立法纲要》并未在全苏范围内实施,但它对俄罗斯联邦民法典制定的促进作用却不容忽视。第一,如果没有1991年《民事立法纲要》作为基础,就不可能有今天的俄罗斯新民法典。该《民事立法纲要》是后来俄罗斯制定统一民法典的立法基础,也是俄罗斯改革后首次以体系化方式把民法调整的内容综合规定在一个法典化立法文献中的实践。第二,该《民事立法纲要》尽管在不少条文中重复了1961年民事立法纲要的内容,但《纲要》制定的理念已和计划经济时代完全不同,其中大量规则反映了市场经济发展的方向和根本性变化,是现实需要与传统制度的结合。第三,制定1991年《民事立法纲要》的学者也是后来《俄罗斯联邦民法典》起草工作的基本成员,立法者的一致性保证了两个法律精神的延续性。正如俄罗斯学者们在评价该“纲要”的作用时所说,新的民事立法纲要的制定和颁布,是俄罗斯民事立法史上第三次民法法典化的开端。

另外,1991年底苏联解体,俄罗斯联邦宣布独立,这一事件也成为促进俄罗斯联邦民法典编纂工作的催化剂,因为独立的俄罗斯国家无论从性质上,还是形式上都不可能按照已经失去法律效力的苏联法调整现有的法律关系。虽然制定新法替换旧法需要一个过程,但是发展包括民法在内的俄罗斯联邦自己的立法,对于维护其独立统一的政治和法律地位,具有重大意义。

### (三)坎坷曲折的民法法典化之路

如前所述,改变零散的、相互冲突的单行法立法状况,将民事立法回复到法典化发展的轨道,是俄罗斯在深入改革阶段对民事立法的基本要求;而且民法典的起草又有了1991年《民事立法纲要》作为基础;苏联的解体,也需要独立的俄罗斯制定一部自己的民法典。似乎一切条件就绪,然而,民法典编纂之路并非一帆风顺,俄罗斯一些利益党派抵制甚至坚决反对民法典的起草。

首先,就民法典的编纂时机问题,反对派提出质疑。他们认为,在改革的过渡时期内不适宜制定民法典。因为改革中各种关系仍在发生变化,政治、经济关系的变革结果尚不明确,俄罗斯的市场经济并非为真正的市场经济,俄罗斯的现代条件缺乏稳定的社会秩序和法律秩序,应将制定民法典的步子放慢,待时机成熟后再开始制定民法典。另有观点认为,改革进程中过急制定民法典,会影响民法

[8] А. Л. Маковский: “Наш долг – активно способствовать развитию гражданского законодательства”, // «Журнал русского права», 2003. №3, С. 4.

典制定的高质量,应在近期内先填补现行法的缺口,集中力量规定经济生活急需的法律文件。更有观点强调,不是还有1964年的《民法典》在起作用?而且苏联解体前还颁布了《民事立法纲要》,虽然这个纲要条文少,有很多地方不完善,但终究是一个新的法律,那么着急制定民法典干什么?<sup>[9]</sup>

改革过程中是否具备编纂民法典的条件?这个问题直接关系到俄罗斯民法典的巨大工程何时启动,学者们担心无限期的拖延将影响民法典未来存在的命运。法学家们,尤其是民法学者成为民法典编纂工作的坚定支持者和有力推动者,他们通过各种形式积极论证世界上一些国家在新的社会制度建立后颁布第一部民法典的事实,同时结合俄罗斯本国两次民法法典化的历史,指出在改革已取得成效,国家今后的发展方向已明确之时,制定新的民法典对巩固改革后的成果和稳定社会秩序将起到重要的作用。学者们还列举出东欧一系列国家在改革过渡阶段进行法典化民事立法的有益经验,阐明在社会变革时期进行法典化民事立法的必要性,并指出颁布民法典也是一个国家民事法律稳定的重要事实。“历史证明,市场经济和民主制度突变的最终结果是形成市民社会,市民社会中民法起到重要作用,而民法典是民法的重中之重。”<sup>[10]</sup>民法学者们坚持认为,俄罗斯已经具备了制定民法典的条件,“随着市场经济的发展,对民事关系的法律调整作用提高,在现行法律具有多级制、多分支的情况下,只有俄联邦民法典是法律调整民事关系的根基,民法典可称为国家的经济宪法,是市场关系的基础”。<sup>[11]</sup>最终,“应尽快制定民法典”的建议以压倒多数票获得国家立法机关的支持。<sup>[12]</sup>虽然在改革的过程中,制定一部反映新经济关系的民法典是一项复杂艰巨的工作,需要付出足够的时间和花费巨大的人力与物力,但是这个工作必须尽快开展。在1992年底,俄罗斯新民法典的起草工作开始,该法典的编纂与俄罗斯1993年宪法的起草基本上同时进行。

法典起草工作进行中,捍卫民法典与抵制民法典的斗争一直没有停止,多数情况下这种阻碍是隐秘的,但有时候也是公开的。在1992年民法典着手起草时,俄罗斯虽然已经进行了近十年经济体制的重大改革,但改革尚未达到人们预期的效果,自由竞争的市场经济还未形成,国家的行政命令仍在经济领域中起一定作用,此种情况成为反对派抵制民法典编纂的重要理由,共产党派领导人坚持的观点是:“我们赞成法制”,“支持文明的市场和财产所有权制度”,“我们反对集市贸易式的野性的无约束市场”,该党派对民法典的制定、审议、颁行始终投反对票。另有一些不看好俄罗斯改革发展前景的社会活动家们强调,俄罗斯的经济生活在很多方面仍然是国有经济,市场经济中纯粹的私人合同关系与国有经济的潜在利益很难协调,实际上并不需要民法典的私法原则在生活中占主导地位。更有一些经济法学家和行政官员们明知计划经济体制下的经济法理论不会被改革的新条件所接受,但为了阻止民法典的颁行,提出制定商法典、经营活动法典或者经济流转法典,试图用此类与经济法典相近的法典文献代替民法典的制定。<sup>[13]</sup>

伴随着激烈的反对与斗争,民法典第一部分(草案)完成,起草小组于1993年9月将草案提交政府部长会议审议,审议通过后又将草案提交俄总统机关,准备由总统机关提交国家杜马讨论,但民法

[9] 参见 С. С. Алексеев: “Гражданский кодекс. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания осодержании Кодекса, его значение и судьбе”, /Отв. ред. А. Л. Маковский: «Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. : Сборник памяти С. А. Хохлова». - М.: Международный центр финансово - экономического развития, 1998. С. 25.

[10] 同注9引文,第26页。

[11] «Кодификация российского частного права», /Под ред. Д. А. Медведева. - М.: Статут, 2008. С. 5.

[12] 同注9引文,第25页。

[13] 同注9引文,第30-33页。

典草案转到总统机关后,被搁置半年多,没有任何进展。主要原因是民法典第一部分第十七章规定了“土地所有权和他物权”,被要求“修改和完善”,而民法典起草者坚持认为,俄罗斯经济体制改革的核心是财产所有权制度的变革,是将过去集中于国家所有的财产转为私人(自然人和法人)也可享有所有权的改革,尤其是土地可以由私人所有,可以流转,民法典必须以法律形式确定这一改革成果,这也直接关系到民法的私法性质。反对者则坚持关于土地权利的问题应按照俄罗斯法的传统由《土地法典》调整,不应放在民法典中规定。表面上看,这是民法典中一章的去留问题,实质上是把过去由公法调整的但本应属于民法调整的财产关系,重新恢复到私法范围内的公法与私法的划分标准之争。力主制定经济法典的学派趁此机会在其所影响的范围内继续发挥游说作用,要求制定商事法典,停止民法典的编纂。总统机关也在此时作出决定:不将民法典草案提交国家杜马讨论。眼看民法典第一部分(草案)提交议会无望,在决定民法典命运的关键时刻,俄罗斯时任总统叶利钦注意到围绕民法典的起草产生的尖锐斗争,同时考虑民法典对俄罗斯改革的迫切性和编纂法典的重大意义,最终签署命令:将民法典草案提交国家杜马讨论。这一关键性决定使民法的法典化运动得以继续进行。可以看出,“土地所有权及其法律形成,对于整个民法典的通过,具有决定性意义”。<sup>[14]</sup>

由于民法学家们坚持保留民法典第十七章,将土地的所有权和他物权作为民法的调整对象,新的民法典第一部分(草案)在联邦委员会(上议院)讨论时,两次未被上院通过,1994年10月起草小组仅仅是抱着第三次尝试的心理将新民法典第一部分的第三次“修改稿”<sup>[15]</sup>再次提交国家杜马讨论,1994年10月21日国家杜马讨论通过新民法典第一部分后,草案随之再次转交上议院审理,上议院在接到民法典草案后于1994年11月16日进行了讨论,因没有获得必需的大多数选票,民法典草案再次被驳回,驳回的理由仍是因为在民法典里存在着土地的所有权和他物权的专门章节,根据上议院一些代表的意见,它应是土地法调整的对象。但是,由于上议院错过了宪法第105条规定的接到草案后应在两星期内审理的期限,依照俄罗斯联邦宪法的规定,草案视为被通过。随后,国家杜马主席将民法典第一部分送交总统签署,总统于1994年11月30日签署了该法的施行法,使民法典第一部分具有了法律效力。<sup>[16]</sup>但是依照民法典第一部分实施法第12条的规定,第十七章“土地所有权和他物权”自《俄罗斯联邦土地法典》施行之日起施行。这一规定,使得本应在1995年1月1日生效的俄罗斯民法典第十七章拖延了七年才生效。<sup>[17]</sup>

因此,俄罗斯新民法典第一部分,也是最重要部分的通过,就是在这样激烈的斗争中发生的,从某种程度上说,既具有一定戏剧性,也是利益集团间妥协的结果。不过,民法典第一部分的施行,为以后各部分的依次颁行奠定了重要基础,正如马可夫斯基教授所言,“这个编纂成果,只有身在其中,才能体验编纂工作的不易”。<sup>[18]</sup>

[14] E. A. Суханов: “Современная кодификация гражданского законодательства в России”, // «Вестник московского университета серия 11 право», 1995. №3, С. 8.

[15] 所谓第三次“修改稿”,实质上没有进行任何实质性修改,仍保留了第十七章(土地的所有权和他物权)。

[16] 根据俄罗斯联邦现行宪法第105条的规定,联邦法由国家杜马通过。被国家杜马通过的联邦法,在5天内应转交联邦议会(上议院)审理。联邦法被认为已由联邦议会通过有两种情况:或获得议会代表总数的一半以上选票,或在14天内该法未被议会审理。新民法典第一部分草案在提交议会讨论时,虽未获得半数以上选票,但它的讨论是在该草案提交后过了14天才进行的,因此,这种讨论实际上已无意义。依宪法105条的规定,该法已被视为赞成通过。

[17] 《俄罗斯联邦民法典》第一部分于1995年1月1日生效,《俄罗斯联邦土地法典》在2001年11月31日生效。

[18] 同注1引书,第7页。



### 三、俄罗斯民法典编纂中重大争议问题的解决

民法典制定中首先需解决的问题是如何确定民法典的体系及内容,学者们就以下基本问题展开了激烈论争。

#### (一) 民法典体系是采民商分立模式还是遵循民商合一体例?

在俄罗斯法学理论中,对于民法与商法的关系,其传统观点是,俄罗斯无论在十月革命前,还是革命后,都是大陆法系采民商合一立法模式的国家。学者认为,俄罗斯从来不存在独立的商法,商法是民法的组成部分,商事立法应以统一的民法典作为自己的立法基础。<sup>[19]</sup>

在苏联新经济政策时期,一些学者提出独立“经济法”的观点。到20世纪60-80年代,理论界要求制定独立经济法的呼声甚强,一些经济法学派不仅主张经济法独立,甚至提出经济法与商法调整的关系是统一的。此观点受到许多民法学家的强烈反对,民法学者强调,经济法与商法理论不具有任何共同特征,因为经济法不具有任何私法要素,不是建立在私法的二分法基础上,它是特殊的“准公法”。<sup>[20]</sup>

随着俄罗斯向市场经济过渡,为强化计划经济而建立的经济法理论逐渐衰落,一些经济法学派转为主张民商分立,因此,部分支持制定独立商法典的人也正是过去那些积极要求颁布独立经济法典的人。他们从过去论证社会主义计划经济的特点转而论证国家调整资本主义市场经济的特点以强调商法独立的必要性。但另有部分经济法学派仍坚持原有的独立“经济法”观念,反对民商分立,认为国家调整与市场经济是相互制约的关系,两者具有密切联系,经济法应是公法与私法的接合点。

究竟是民商合一,还是民商分立,成为俄罗斯民法典制定中最具争论的焦点问题。立法者最终保持了俄罗斯传统的民商合一的模式,将商事关系确定为民法的调整对象,直接否认了诸如“企业法”,“商业法”,“经营法”等概念作为经济法同义词出现。依照《俄罗斯联邦民法典》第2条第1款的规定,民事立法调整的是从事经营活动的人之间的关系或者有他们参加的关系。同时规定,经营活动是依法定程序对经营资格已注册的人实施的,旨在通过使用财产、出售商品、完成工作和提供服务不断获取利润,并自己负担风险的独立活动。<sup>[21]</sup>民法典除了规定经营活动的一般规范外,还在法典各章、各条中确立了专门调整商事关系的制度,如商合伙、公司、票据,各类商业合同等。俄联邦民法典将商事关系明确地列入民法调整范围,是俄联邦新民法典的重大成就,从而解决了国内长期存在的民商分立的争论,确立了私法体系的统一。

#### (二) 民事立法是坚持传统大陆法系民法典体例,还是参酌英美法的立法方式?

在是否坚持民事立法法典化的问题上,俄罗斯学者中曾经出现抛弃传统的法典化模式,按照英美法体系创建俄罗斯民法的观点。特别是一些不理解法律体系的经济法学派,直接适用英美法范畴理

[19] Г. Х. Шершеневич: «Учебник торгового права», 1994 年再版, - М.: Спарк, с13. С. 28. С. 29.

[20] Е. А. Суханов «Система частного права», Вестн. моск. ун - та. сер. 11, Право. 1994. №4, С. 27.

[21] “经营活动”在俄罗斯传统民法学中称为“商活动”,十月革命后,由于俄罗斯取消了私人的商业活动,为了与过去的私人商业活动相区别,在革命后的法学理论中,不得不使用了一个中性的概念——“经营活动”,鉴于此概念在俄罗斯的立法和法学理论中使用了几十年,一时难以改变人们对该概念的使用习惯,所以新民法典仍继续采用该概念。与此相适应,在革命前的俄罗斯民法中称为“商人”、“商合伙”、“公司”等从事商业活动的主体,在新民法典中则称为“经营者”、“经营合伙”、“经营公司”。

论解释法律。<sup>[22]</sup>民法学者强调,借鉴外国的经验,尤其借鉴那些具有多年市场经济实践国家的经验和其法律规则,对丰富本国的民事立法是必要的。但在借鉴外国经验的同时,应考虑由经济发展水平决定的本国的特点及民族传统,尤其是应注意到俄罗斯整个法律体系的特点,俄罗斯传统的民事立法是按潘德克吞体系建立的,因此,借用源于潘德克吞体系的范畴和制度,对于俄罗斯民法体系的建立较为容易,而英美法系中的一些法律范畴和法律制度对于俄罗斯来说非常困难,因为它们是完全不同的法律体系。<sup>[23]</sup>另一方面,英美法系中法的实现方式,在俄罗斯实质上也做不到,因为英美法系的判例法是经过若干世纪在审判实践中逐步形成的,并以此为基础不断成功地填补立法空白。同时,判例法的实施需要依靠法院的牢固威信和有高度业务水平的审判集团。所有这些,对于长期在大陆法影响下形成并发展起来的俄罗斯民法来说是可望不可及的理想,因此俄罗斯民事立法必须考虑本国的历史条件,还要在大陆法系的范围内寻求完善和发展。<sup>[24]</sup>坚持传统大陆法系民法典体例立法,成为立法者的选择。

西方学者在评价俄罗斯新民法典的特点时认为,“1994年《俄罗斯民法典》在内容上是资本主义的,在构造上是西方化的,它含有苏联特有的制度缺陷,又属于欧洲大陆民法典的大家庭”。<sup>[25]</sup>其实这部法典的制定者非常谨慎,尽管法典与欧洲大陆民法典有许多相似之处,但它是俄罗斯特有的民法典。立法者既注意到法典的现代化需要,又保持了新法典与旧法典在体系上接续,同时并未完全割断“这一现代法典与其苏联社会主义的过去连接在一起的脐带”。<sup>[26]</sup>

### (三)在民法典具体制度的设计上,是根据需要立法还是超前立法?

俄罗斯在改革过程中,其民事立法政策一度采取的是“根据需要立法”,即针对改革中出现的变化制定相应的单行法规调整新的关系,之后在立法指导思想很快获得一致:以统一的民法典取代单行的民事法规。但就民法典的制度、内容设计产生分歧:俄罗斯的经济体制改革使民法调整的关系发生重要变化,但改革还未达到预想的结果,民法典的制度内容能否将实践中尚未发生或尚未成熟的关系规定其中?换言之,是根据现实需要立法还是可以适当超前立法?

纵观俄罗斯新民法典的制度内容可以发现,尽管法典中的一些条款还留有计划经济体制的痕迹,但法典的不少内容却颇为超前,比如,基本原则、主体、客体、物权、债权、继承权、知识产权的大量规则都吸收了市场经济发达国家的经验。特别是债法中规定的不少新合同类型为当事人参与现在和今后的市场流转提供了交易规则。可见,“该法典是后苏联式的,但不是非历史的;它是西方化的,但又显然是苏联式的;它与过去的决裂是渐进的,而不是革命的”。<sup>[27]</sup>

### (四)民法典与其他相关法典调整的范围如何界定?

在俄罗斯,除了民法典外,尚有土地法典、住宅法典、婚姻家庭法典、劳动法典等,这些法典也调整财产关系或人身关系,民法典与这些法典调整的关系如何界定直接影响民法典的性质和内容。

[22] В. А. Дозорцев: “Проблемы совершенствования гражданского права российской федерации при переходе к рыночной экономике”, / «Государство и право», 1994. №1, С. 30.

[23] 同注22引文,第29页。

[24] Е. А. Суханов 主编: «Российское гражданское право при переходе к рыночной экономике», - М.: ДЕ - ЮРЕ, 1995. С. 30.

[25] [美]克里斯托弗·奥萨魁:“俄罗斯联邦与哈萨克斯坦1994年民法典比较——对两部前苏联共和国之经济宪法的检讨”,于庆生译,载魏磊杰、张建文主编:《俄罗斯联邦民法典的过去、现在及其未来》,中国政法大学出版社2012年版,第73页。

[26] 同注25引文,第73页。

[27] 同注25引文,第73页。

### 1. 民法典与土地法典

俄罗斯改革后,排除国家为土地的唯一所有人,土地被允许为买卖、租赁、抵押、继承的客体,由此对土地的所有、使用、收益和土地的流转关系从土地法中分离出来,成为民法的调整对象。而土地的使用登记程序、不同土地的估价、土地使用的目的以及一切与保护生态资源有关的土地使用制度等,仍由土地法典调整,这部分关系是公法的范围。与土地不同的是,森林、水资源、野生动物等自然资源在俄罗斯现行立法中只能为国家所有,不允许个人私有。民法与森林法、水法、动物法中所调整的属于民法特征的关系,是一般法与特别法的关系。当特别法与民法的基本规范规定不同且特别法有规定时,首先适用特别法,特别法无规定时,适用民法。

### 2. 民法典与住宅法典

2005年3月1日实施的《俄罗斯住宅法典》规定,住宅是住宅法典所调整的法律关系客体。住宅法典与民法典均调整因住宅产生的财产关系,两者的区别是:民法典调整与占有、使用、处分住宅有关的财产关系,同时调整因住宅产生的民事流转关系。住宅法典调整为保障住宅发展创造条件而产生的关系:如国家和政府提供住房的条件;为社会利用管理住房基金;以及就其性质是在公法基础上产生的其他一系列关系。区分民法典与住宅法典所调整的关系具有重要意义,因为俄罗斯宪法确定了民法典与住宅法典所调整关系的不同管辖范围。民法典调整的关系仅由俄联邦管辖,住宅法典所调整的关系,俄联邦及其独联体国家有共同管辖权。

### 3. 民法典与家庭法典

对于民法典和家庭法典的相互关系,在1995年12月29日颁布的《俄罗斯联邦家庭法典》中作了规定,根据该法典第4条的规定,民法可以调整家庭成员之间的财产关系和非财产关系,但须具备两个条件:第一,该关系是家庭法典不调整的关系;第二,民法规范调整家庭关系时不应与该家庭法律关系的本质相抵触。同时,家庭法典第5条还规定,如果家庭立法或双方当事人的协议不调整家庭成员之间的关系,而且也没有直接调整该关系的民事法律规范,对于这样的关系,只要不与该关系的本质相抵触,则适用家庭法典和(或)民法典调整类似关系的法律规范(法的类推适用),如果此类似的规范也没有,家庭成员间的权利义务关系则按照家庭法和民法的基本原则确定。因此,民法与家庭法之间的相互关系,是一般法与特别法之间的关系。

### 4. 民法典与劳动法典

劳动法与民法脱离而成为独立的部门法,是因为苏联时期的传统理论认为劳动力不是商品,由此得出雇佣劳动力而产生的财产关系不具有商品价值的特点,因而将劳动法与民法分离。但是随着社会向市场经济过渡和市场的形成,人的生产活动所产生的关系具有商品的特性越来越显现出来,因此,俄罗斯现代民法学理论认为具有商品性质特点的劳动关系应属于民法调整的范围。《俄联邦劳动法典》(1995年12月5日实施)规定,该法典调整的劳动关系是在劳动合同(契约)的基础上产生的关系,劳动合同关系是建立在双方当事人法律地位平等、自主和财产独立的基础之上的关系。虽然民法对一般的劳动关系不调整,由劳动法典调整,但劳动关系产生的基础——劳动合同(契约)属民法调整的范围,这种合同是具有商品性质特点的劳动关系。至于劳动法的性质属于公法还是私法,现代俄罗斯民法学家认为,很难将劳动法归于私法或者归于公法,该法既有为了私人利益而规定的规则,也有为了社会公共利益而规定的内容。

### (五) 知识产权法应否法典化?

在1992年民法典草案起草之初,知识产权法进入民法典体系已成为法典编纂者的基本共识。但是,立法者对民法典知识产权编的构想 in 部分学者中分为反对派和赞成派。反对派的观点主要是:否认在民法典中设知识产权编,保持过去的知识产权各单行法的立法体系。另有部分反对者强调,知识产权类型各异,知识产权法典化纯粹是徒有虚名,是脱离实际的纯理论讨论。

赞成派支持在民法典中设知识产权编,认为当今社会已经进入了一个保护知识产品排他权的时代,新的法典应反映新时代的特点。但赞成派就如何构建民法典知识产权编的内容体系也意见不一,部分学者主张知识产权编应与民法典分则各编立法技术一致,分知识产权总则和分则。总则是对各种类型知识产权具有指导性并普遍适用的规则,分则是对各类知识产权适用的具体规范。<sup>[28]</sup> 另有部分学者主张,仅对知识产权一般规则法典化,各类具体的知识产权类型仍由各单行法规定。<sup>[29]</sup> 还有观点主张,没有必要把知识产权单独成编,应把知识产权归入与民法典相关各部分中,如把对知识成果的使用、支配并入所有权规范,对知识产权的许可转让合同归入合同法体系。<sup>[30]</sup> 更有一些观点主张,取消所有知识产权的单行法,将知识产权规范都规定在民法典中,或者单独制定知识产权法典,将所有相关内容规定在专门的知识产权法典中。知识产权法应否法典化以及如何法典化的上述争论也是民法典编纂工作一再推迟的原因之一。

2006年11月24日由国家杜马通过的俄联邦民法典第四部分,将知识产权法以总则和分则的形式纳入民法典中,使知识产权法成为与物权法、债法、继承法并列的民法典内容,这在目前已颁行的各国民法典中,尚属首例。

### (六) 如何协调民法典与单行法以及其他民事法律规范的关系?

为了使民法典规定的某些制度发挥其正常的调整功能,新的民法典规定,在法典实施后陆续颁布一系列单行法规(如法人登记法、不动产登记法、股份公司法、有限责任公司法、抵押法、破产法等近40个单行法)与民法典配套实施,目前,上述多个单行法已颁布实施。那么民法典与民事单行法的关系如何?是否会在适用中引起冲突?俄联邦民法典第3条明确规定,根据民法典所调整的关系而颁布的单行法,须按照民法典通过,包含在其他法律中的民事法律规范应与民法典相一致。立法确立了民法典的权威地位,即立法者无权颁布与民法典的基本规定不相符合的单行法和其他法律规范,俄联邦总统的命令,政府的决议,俄联邦各部委以及各主管机关颁布的含有民法规范的文件,均须与民法典保持一致。

上述重大争议问题的解决,在理论与实践上促进了民法典编纂的体系化、规范化,在一定程度上提高了民法典编纂的品质。

## 四、推动俄罗斯民法法典化进程的重要因素

俄罗斯第三次民法法典化在社会转型中最终实现,以下重要因素不可忽视:

[28] В. А. Дозорцев: « Система законодательства об интеллектуальных правах », // « Интеллектуальные права Понятие Система Задача кодификации », Сборник статей М. Статут, 2005. С. 365。

[29] В. И. Еременко: « Гражданский кодекс российской федерации и интеллектуальная собственность », // « Государство и право », 2003. №1, С. 45。

[30] И. А. Зения в «知识产权:法律调整,问题和前景»圆桌会议上的发言,载《Законодательство》,2001. №4。



### (一) 俄罗斯私法国策对民法法典化的促进作用

#### 1. 成立直属俄罗斯联邦总统领导的私法研究中心

民法典由具有法律效力的各类规范组成,由谁负责和指导这项复杂、庞大和富有创造性的工程?什么样的组织和个人有权利和有能力承担法典起草工作?是俄罗斯民法法典化中应首先解决的问题。1991年11月,俄民法学家向联盟中央机关提出设立民事立法起草中心的建议,该提议立即得到俄罗斯联邦国家委员会的支持,并获俄联邦总统的批准,该中心被命名为“私法研究中心”,专门负责民法典起草工作。私法研究中心由俄罗斯资深民法专家和学者10-15人构成,决策机构成员基本上是制定1991年《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》的组成人员。《私法研究中心章程》第一条规定,私法研究中心是直属于俄罗斯联邦总统领导的国家机构,对涉及旨在建立市民社会的一般法律基础和市场经济发展的法律文件的建议和草案负责进行职业性、学术性的法律分析和鉴定;具有法人资格、可以拥有带有俄罗斯联邦国徽和自己名称的印章。这是俄罗斯历史上第一次赋予一个以“私法”命名的科学研究机构如此高的法律地位。俄罗斯著名的法学家、私法研究中心主席C. C. 阿列克塞耶夫说:“正是列宁时代被革出教门的‘私法’本身,现在获得了正式的合法地位。”<sup>[31]</sup>私法研究中心从成立至今,始终履行俄罗斯民事立法的编纂、解释、修改、完善等职责。

#### 2. 制定“俄罗斯私法形成与发展”规划

1994年年中,俄罗斯民法典第一部分起草工作完成,在起草工作中学者们深刻体会到,尽管民法典确认了私法原则,但俄罗斯真正的私法关系还未形成,私法观念并未在法律实践中被普遍接受,也没有深入经济关系参加者的意识中,要发展现代商品经济社会,只有以私法为中心,将私法的思想和观念贯彻到社会经济生活中。这既是民事立法的基础,也是今后长期的任务。私法研究中心拟定了“俄罗斯私法形成与发展”规划,提出在俄罗斯发展私法的长期规划和确立私法在国家法律体系中的重要地位。1994年7月6日俄联邦总统签署“关于俄罗斯私法形成与发展规划”总统令。该规划的主要内容是,确立民法典在民事立法中的基础地位,民法典以后部分的起草和各单行民事法律的颁行均须以民法典为立法基础;延聘杰出专家参与立法和法律注释工作;传播私法成就,出版和再版俄罗斯杰出民法学家的著作;创办私法学校,培养私法领域的专家;起草和推行示范性法典和单行法,保障独联体成员国私法统一。<sup>[32]</sup>同时,俄联邦政府为了执行该计划,时任总理的切尔诺梅尔金签署了关于保障上述计划实施的决议,决定自1994年10月1日起向私法研究中心每月拨付专项资金(1500万卢布)用以支付完成规划的专家的劳动报酬和物质奖励等,每月拨付500万卢布用于建立私法图书馆。<sup>[33]</sup>

#### 3. 创办俄罗斯私法学校

“不仅把私法写在纸上,还要将私法精神贯注到新一代法学家的头脑中”,“这些法学家应该是摆脱在我们的国家还强存的公权,摆脱官员、官僚的权力,是能学会在新的环境下工作并能够把新的思

[31] Отв. ред. А. Л. Маковский; «Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. : Сборник памяти С. А. Хохлова» . - М. : Международный центр финансово - экономического развития , 1998. С. 25.

[32] 俄罗斯联邦总统1994年6月7日第1473号“关于俄罗斯私法的形成与发展规划”总统令(俄罗斯联邦立法大全,1994年,第11期,第1191条)。

[33] 俄罗斯联邦政府1994年10月28日第1106号“关于保障‘俄罗斯私法的形成与发展规划’实施的决议(俄罗斯联邦立法大全,1994年,第23期,第2587条)。

想教给其他人的人”<sup>[34]</sup> 为此目的,1995年底在国家财政和利害关系部门资金的支持下,在莫斯科创办了俄罗斯联邦私法学校。私法学校的主要任务是,在私法领域中专门培养具有硕士和博士学位的高素质人才,在私法领域中进行学术研究,传播私法知识,并以俄罗斯和国外民法学派的成就为基础建立现代法律文化。私法学校成立后,在私法领域培养和再培训了专门化法学家,不少学生撰写出高质量的研究文章和学术专著,促进了俄罗斯私法理论的发展。

#### 4. 出版和再版俄罗斯经典私法著作

俄罗斯私法法典化的历史有200年。1804年亚历山大一世在位时,在法国民法典的影响下,俄罗斯开始起草私法典,在近200年民法典编纂的历程中,有结果的法典五部(1882-2006),其中三部颁行(1921-2006)<sup>[35]</sup> 俄罗斯官方认为,“在1917年之前,俄罗斯就形成了世界上最好的民法学学派之一,该学派的传统即使在苏联时期也没有被中断,但是由于相应的版本已经成为珍本而有所局限。通过再版,杰出的俄罗斯民法学家的学术和实践研究将成为现代私法文化的要素”<sup>[36]</sup> 私法研究中心以“中心”的名义整理再版了1917年之前俄罗斯杰出民法学者的著作,也出版了大量现代俄罗斯私法问题的学术研究著作和普及性著作,翻译出版了现代国外私法基本文件和私法著作,传播私法文化,使俄罗斯在1917年后曾一度被意识形态化的私法理念得以纠正并恢复。

#### 5. 成立俄罗斯民事立法法典化和完善委员会

俄罗斯民法典第一、第二部分颁布后,又在民法典的基础上相继颁布了若干单行法与民法典配套适用,但有些单行法的制定和应用并不能完全符合民法典规范的要求。另外,对已经颁行的民法典还将有修改和必要的补充内容。鉴于此,俄联邦最高仲裁院提议设立民事立法法典化和完善委员会,1999年10月俄联邦总统发布命令成立了直属俄总统领导的民事立法法典化和完善委员会。该委员会的任务主要是对范围内的联邦法草案,特别是对添加到民法典的变化和补充的立法草案进行专家鉴定,并就民事立法发展和民法典完善所提出的原则性建议进行深入研究。

俄罗斯国家上述对私法的政策以及来自国家最高层的支持和关注,促进和推动了民法法典化的实现和私法理论的发展,这也是值得中国民法典编纂借鉴的。

### (二) 私法精神在俄罗斯民法中的复兴

尽管具有私法理念的民法原则在俄罗斯前两部民法典中形式上存在,但计划经济体制下私法原则受到极大限制,特别是十月革命后在制定1922年苏俄民法典时,前苏联领导人宣布“我们不承认什么私的,对我们来说,在经济领域中的一切,都是公法,而不是私的”。正是“不承认什么私的”理论赋予了苏维埃民法与“资产阶级”民法不同的阶级属性,整个苏维埃时期,私法概念被取消,民法的内容被扭曲和简化,公法在法学中占有核心地位。俄罗斯第三次民法法典化的主旨之一,就是纠正“民法为公法”的错误理念,使之重新回归私法的轨道,这种转变主要体现在以下方面。

#### 1. 确立私法在国家法律体系中的地位

经济体制改革的重要成果之一是民法的内容和调整作用在国家法律体系中发生了实质性改变。在新的历史条件下,法学家们提出在国内法律体系中恢复公法与私法的传统划分。主张恢复法的二元论划分,是强调在正常的法制国家里,私法的位置与公法处于同一位阶,而非无私法的位置,或者私

[34] 同注31引书,第375页。

[35] 同注1引书,第11页。

[36] 张建文:“私法在俄罗斯国家政策中的优越地位”,载《武汉科技大学学报》(社会科学版)2009年第3期,第74页。

法依附于公法。由于俄罗斯无论过去还是现代,始终坚持民商合一的立法模式,因此在私法体系中,民法与私法内容吻合。根据私法调整的社会关系的特点,俄罗斯确定了民法典(私法)体系的内容:基本原则、物权、债权、知识产权、继承权、亲属权、国际私法、商法。<sup>[37]</sup> 民法典被学者们称为“经济宪法”,这一称谓直接反映了民法典在国内法律体系以及私法体系中的主导地位。

## 2. 逐步取消民法规范中具有意识形态特点的术语

改革前的俄罗斯民法调整的财产关系是以国家为主导地位的公有制关系,财产流转主要发生于同属一个所有人的国有企业之间,交换不是在真正商品所有者之间的交换,经济关系主要靠以行政命令为中心的行政手段调整,民法仅为辅助性调整。为适应计划经济体制下的财产关系,过去的民法理论带有较多的意识形态色彩,例如,强调所有制经济基础决定所有权法律内容,并把所有制分为不同形式,在不同所有制基础上产生的国家、集体、个人所有权的内容也不同,使民法身份平等、私有财产权不可侵犯的原则本质上无适用余地。俄罗斯新的民法典取消了不同“所有制形式”的概念,规定不同主体享有同一内容的所有权,法律以平等方式保护一切所有人的权利。同时,新的法典也不再使用“其他所有制形式”、“混合所有制”、“集体所有制”等给法律适用造成混乱的经济学概念,而将相关概念归为“共有”、“法人所有权”等法律范畴。新法典取消了过去“企业即法人”的理论,对具有经济范畴的“企业”一词,在使用上限制了范围,过去作为独立法人出现在商品流转中的“企业”、“机关”、“集体”、“劳动者组织”等,不再作为法律上主体的术语。

## 3. 反映改革成果的私法理念在民法基本规范中形成

从计划经济向市场经济的转型使民法调整财产关系的作用得到加强,不仅财产关系恢复了“商品化”特点,过去以行政手段管理经济的现象也大大减少。苏联时代,民事权利,特别是所有权和他物权的主要享有者是国家和由国家作为所有人而创建的国有企业、国家机关。现在民事权利的享有者和市场参加人主要是公民和具备法人资格的团体,他们可以从事任何法律允许的经营活动并对经营活动的成果享有所有权。民事主体权利能力范围的扩大、合同自由,使参与民事流转的客体和公民享有财产权的客体与计划经济时期完全不同:土地可以私有并进入民事流转;房屋可成为个人财产所有权的客体;非物质形态的知识产品、创作成果也出现在市场交换中,公民通过遗嘱处分其财产的范围扩大。

改革带来的根本性变化直接影响到民法典的性质和内容,俄罗斯现代新的民法典与苏联时期的两部民法典相比,其重要变化是民法调整的社会关系、基本原则、调整方法、调整机制、调整职能均发生实质性改变。反映“民主制度发展、商品经济社会建立和保障公民生命、民事权利和自由的市民社会形成”的私法产生,私法范围的主体正是私主体,而非国家。<sup>[38]</sup> 民法典作为私法的特质突出表现在其民法典总则第一章、第二章的以下规定中:

——民法调整非隶属性横向的关系,权力从属性关系不适用民法,民法所调整关系的参加者权利能力一律平等;

——维护民事法律关系参加人的权利和利益,首先是私人利益适用民法;

——民事法律关系参加人具有财产的独立性,法律上的合同自由和意思自治,可依照自己的意思

[37] E. A. Суханов: «Система частного права», Вестн. моск. ун - та. сер. 11, Право. 1994. №4, С. 29.

[38] «Кодификация российского частного права», /Под ред. Д. А. Медведева. - М.: Статут, 2008. С. 49.

为其利益在法律规定的范围内为自己设定和实现民事权利和义务；

——私权神圣,不得妨碍民事权利的行使,不允许任何人随意干涉私人事务；

——对被侵犯的民事权利予以司法保护和法律救济。

上述私法理念和原则,在苏联时代国家所有权统一和唯一的计划经济时期,是根本不可能存在的,只有在取消行政命令管理体制、取消计划合同、改变国家在经济关系中的优势地位、恢复私有财产权的市场经济体制建立后,私法理念在俄罗斯民法中才得以复兴,这也是俄罗斯现代民法与苏俄时期民法的重要区别。

### (三) 法学家是推动民法法典化进程的中坚力量

#### 1. 为法典化奠基铺路

由于历史的原因,自20世纪20年代开始,俄罗斯国家的权力集中于党的最高机关手中,苏联法的主要渊源是苏联人民委员会以及苏联部长会议的决议和命令,一些需要“普遍性”遵守的重要决议由党中央和政府共同颁行,这些具有规范性内容的决议和命令逐年倍增,到20世纪50年代中期,这些不应成为法律规范的“法律”已经积聚了几十万件,而且新的决议和命令的出现,并不终止和改变之前颁布的决议和命令的效力,将国家拖入“法律完全虚无”的境地。<sup>[39]</sup>

为了使国家摆脱“法律一团糟”的局面,法学家们自20世纪80年代末开始对全苏联过去颁布的所有法律文献<sup>[40]</sup>进行整理。整理工作分为若干阶段:首先,清除形式上存在实际上已经失效的法律;第二,按照时间的顺序对部分规范进行合并以减少法律文献的数量;第三,将全部现行法律按年代编成法律汇编;第四,在编年汇编的基础上根据法律调整对象的不同,编成50部《苏联立法分类汇编》(在20世纪60-70年代颁布)和修订11部《苏联法律汇编》(1975-1986年间修订),与这些法律文献同时并行的还有正在实施的16部全苏法典。这项巨大的法律整理工作耗时近十年,开始由苏联部长会议所属的法律委员会领导,其后由苏联司法部主持。这项工作的最初阶段是对大量杂乱无章的旧法进行清理,而最艰难的前期整理工作正是由当时俄罗斯法律界最有影响力的权威法学家和民法学家担任,<sup>[41]</sup>经过他们多年艰苦而细致的工作,俄罗斯法从形式上建立了良好的法律结构体系,改变了多年来实证法的无序状态。<sup>[42]</sup>

表面上看,法学家们仅是对法律文献的规整,纠正俄罗斯法律无序的状态,实质上这项工作的理论和实践意义显示出俄罗斯立法者、法律工作者对法典化道路的坚守。法典化的意义并不代表一部法律编纂内容的体系化,法典化标志着对立法理念的坚持,标志着国家把法典化立法作为首位的态度。将国家全部法律根据各部门法调整的社会关系的不同进行类型化、体系化、制度化,也是法典化的重要内容。由具有深厚民法理论功底和高度专业技能的著名学者参与的法律汇编工作,使长期被淹没在公法中的私法脱颖而出,为俄罗斯创建民事立法体系打下了坚实的基础。其后的1961年《民事立法纲要》和1964年《苏联民法典》以及1991年《民事立法纲要》和新民法典的形成均为俄罗斯法典化之路的延续。

[39] 同注1引书,第7页。

[40] 这里所指的“法律文献”,包括法律、政府的各种决议、命令和文件。

[41] 如С. Н. Брагусь, С. С. Алексеев, О. С. Иоффе, Р. О. Халфина, Е. А. Флейшиц等,其中不少著名民法学家被中国学者所熟知。

[42] 同注1引书,第8页。

## 2. 传承私法精神

参与俄罗斯新民法典编纂工作的老一代民法学者多数出生于20世纪20-30年代,还有的学者从20世纪30年代开始已经从事法律工作,他们中的许多人都是十月革命前俄罗斯卓越民法学家的学生,接受的是传统的“私法”教育,私法的魅力根植于他们的血液中。尽管在斯大林时代,民法学被浓厚的意识形态迷雾笼罩,民法被称为“苏联社会主义新型的法”,与资本主义社会的“私法”有本质性区别,但是意识形态的政治性学说并没有影响他们对民法的“一见钟情”,他们把研究和发展私法作为自己的毕生事业。当国家把转向建设以民主政治和市场经济为特色的市民社会作为今后的发展目标时,老一代民法学者“把恢复私法理念和私法原则作为履行先师无声的委托和职责”。<sup>[43]</sup>

在本文相关问题的阐述中,我们可以看到民法学者在俄罗斯民法法典化的不同时期、不同阶段作出的重要贡献:参与民事立法纲要和民法典各编的起草;向国家提出建立俄罗斯私法研究中心的建议,并在私法研究中心履行各项职责;提出创办私法学校的设想,私法学校的校长和教师均由民法专家担任;拟定俄罗斯私法形成与发展规划;组织和编写系列私法著作、教材,翻译外国私法文献;出版和再版俄罗斯经典私法专著,传播私法文化;去除俄罗斯法中意识形态的法律术语,确立科学的民法概念;利用各种方式宣传私法的精神和民法典编纂的价值理念等。民法学者们为在俄罗斯恢复私法而大声疾呼。“如果私法在法律体系中不占有一个主要地位,如果普通公民的利益在国家利益之下,则难以想象能建成法制的市民社会。”<sup>[44]</sup> 民法典的伟大使命在于,它以统一、合理、科学的规范对在人类社会中的最高地位给予现实的法律保障,保护人在财产、非财产以及其他重要的生活领域的自由。“人对自己财产的所有权并不逊色于宪法中政府的权力。”<sup>[45]</sup>

## 3. 民法典坚定的守护者

改革条件下民法典的完成固然取决于多种因素,但俄罗斯民法典制定中特别值得提及的是:起草专家渊博的理论和丰富的实践经验、他们在法律界的地位和权威影响,编纂集体的同心协力、对原则问题的坚持,以及所有参与法典工作的学者对民法的特殊情感,是促成法典化进程的不可忽视的重要因素。例如,俄罗斯著名的法理学和民法学专家、科学院院士阿列克谢耶夫(С. С. Алексеев)教授,过去任苏联最高苏维埃立法和法制问题委员会主席、苏联宪法监督委员会主席,后任俄罗斯私法研究中心的领导。他是俄罗斯民法典第一编第一章的起草者,被称为民法典的“创始者”之一,在民法典的初期形成阶段,对法典的结构、方案、体系设计、私法原则的确立等起到引领性核心作用。<sup>[46]</sup> 过去任俄罗斯司法部第一副部长、现任俄罗斯国家杜马“民法、刑法、诉讼法和仲裁法”立法委员会主席科拉什宁里可夫(П. В. Крашенинников)教授,是民法典第十八章的起草者,他不仅是民法典制定中最积极的参加者、私法文化的传播者,<sup>[47]</sup> 而且是最出色的组织者、召集人之一,民法典四个部分草案的所有讨论以及后来对民法典进行修订的方案都在科拉什宁里可夫教授所在城市马格尼托戈尔斯克

[43] 同注9引文,第22页。

[44] С. С. Алексеев: “Мое право – частное право”,载1994年9月9日俄罗斯报。

[45] 同注9引文,第26页。

[46] “俄罗斯国家杜马‘民法、刑法、诉讼法和仲裁法’立法委员会主席 П. В. Крашенинников 教授于2006年11月24日在国家杜马讨论民法典第四部分时的发言”,载《Гражданский кодекс российской федерации. Часть четвертая: Комментарии. Текст. Предметный указатель.》— М.: Статут, 2007. С. 33-34.

[47] 在 Крашенинников 教授主持和领导下,出版了大量系列俄罗斯私法经典著作和民法典各部分解释。



(Магнитогорск) 进行, 法典编纂参加者称该城市为“民法学的麦加”。<sup>[48]</sup> 俄罗斯私法研究中心第一副主席、民法典起草小组的领导人、俄罗斯功勋科学活动家马可夫斯基(А. Л. Маковский) 教授, 是俄罗斯民法学界德高望重的元老之一, 用他自己的话说, 人的一生是短暂的, 而他却与俄罗斯 1921 - 2006 年三次民法法典化有千丝万缕的联系, 并直接参与后两部民法典的编纂。<sup>[49]</sup> 俄联邦总统顾问、私法研究中心领导人雅科夫列夫(В. Ф. Яковлев) 和曾经担任俄联邦总统的梅德韦杰夫(Д. А. Медведев) 均为民法学家, 他们不仅参与民法典的制定, 而且在国家杜马审议民法典草案时还作为俄联邦总统的代表出席。还有更多的专家学者在不同的时间、不同的阶段参与民法典的制定工作, 因篇幅所限, 不一一列举。正是这些卓越的专家学者对民法典命运的关注和直接参与其中的细微工作, 提高了这部不同寻常法典的权威性。

在俄罗斯新民法典 15 年的编纂过程中, 民法学家始终与民法典同呼吸、共命运, 他们在是否坚持私法体系、是否坚持私法基本原则, 是否民商合一, 民法典中是否应规定土地的物权, 知识产权应否法典化以及民法典颁布后的修改与完善等重大问题上, 坚持原则, 协同一致。在俄罗斯学界, 人们把参与民法典编纂的法学家称为民法典的“最高守护者”。确实, 法学家们对民法典的编纂起到了重要推动作用。俄罗斯国家现在为立法的起草投入大量资金, 而在过去的数十年中, 民法典起草工作是无偿的, 但是没有一个学者拒绝参与此项工作, 更没有一个人半途而废, 他们一丝不苟地对民法倾注了无限的感情和奉献了毕生的精力。从 1992 年民法典开始起草至 2006 年整部法典完成, 15 年中自始参与法典立法的某些著名民法学家没有等到民法典最终完成而离世, 但是他们对民法典的卓越贡献永远记载于俄罗斯民法典的编纂史册中, 正是无数学者多年的坚守和努力, 使民法典经过 15 年的风雨历程终于在改革中问世。法典的编纂虽然完成, 但是法典的完善工作仍在继续。可见, 社会在不断发展, 完善法典的工作永远不会结束。

## 五、结语

以上有所侧重地研究了俄罗斯在社会转型期民法法典化实现的背景、民法典制定中重大争议问题的解决以及推动和影响民法法典化的重要因素。“法典化”一词经常被用于不同的含义, 有指对法律进行法典化的编纂过程; 有指法典化工作的结果, 与“法典”同义; 也有指以完成法典制定为共同特点的立法起草工作的重要阶段。<sup>[50]</sup> 还有观点认为, 法典化的本质是对法律规范进行编辑、规整、使之体系化, 即指把过去不同类型的法律规范按整体统一形式体系化。<sup>[51]</sup> 俄罗斯社会转型期民法法典化运动的进程说明, 法典化的意义远比对“法律规范体系化”或者“以编纂法典为目的的起草工作”的含义广得多。法典化往往以社会变革为标志, 以解决社会危机或问题为前提, 以确立新的法律规则, 形成一个与过去不同的新社会为结果。俄罗斯“以民法典为成果”的三次法典化历史表明, 每一次民法法典化都与国家政治和经济制度的重大变革有关。第一次民法法典化是在 1917 年十月革命后, 国家

[48] Отв. ред. Б. М. Гонголо, В. Ем: «Актуальные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова» - М.: Статут, 2014. С. 7 - 8.

[49] 同注 1 引书, 第 11 页。

[50] 同注 1 引书, 第 6 页。

[51] Кабрияк Р. «Кодификации», Пер. с фр. Л. В. Головки. - М.: Статут, 2007. С. 24 - 25.

新经济政策开始,1922年民法典诞生;第二次民法法典化是以斯大林建立乌托邦式理想共产主义社会为背景,反映计划经济特点的1964年民法典的产生;第三次民法法典化的前提不仅与其政治体制的革命性变革有关,而且旨在从经济上打破几十年僵化的行政命令式管理体制,建立一个与前次法典化目的完全相反的社会经济制度——市场经济。可见,法典化是社会、历史、文化发展的产物,现代意义上的法典化在于清除不合社会发展规律的旧法,创建一种与社会变革相适应的新的法律制度。

如果将苏联时期的两部民法典和俄罗斯现代民法典的调整对象作一比较,表面看两者没有区别,均调整财产关系和与财产关系有关的非财产关系,而且财产关系的构成也没有变化,有物权关系、债权关系、继承权关系和知识产权关系等,<sup>[52]</sup>但新民法典的立法理念及内容与过去的法典有实质性区别,决定其本质区别的正是民法典条文后面所隐藏的俄罗斯国家的各种变革因素。因此,当我们评价一部新民法典的制度价值时,要把法典化与法典化结果置身于其历史原因中,一个国家的民法法典化与该国的政治、经济、历史、文化的发展密不可分,单纯从具体制度和条文的变化研究法典是表面和肤浅的,这也是为什么要把法典化作为科学研究的目的之一。

## The Social Transformation of Russia and the Codification of Civil Law

Yan Yimei

**Abstract:** During the period that the system of planned economic transformed to the system of market economic, Russia has spent 15 years in setting a new civil code which inflects its accomplishment in reformation. This civil code is the third one after the October Revolution. It is well-known as its wildest scope, last system, length of compiled time, intense conflict and abundant experience in Russian civil law history. What we should pay attention to is that the editing of the new civil code indicates the transformation about the civil legislation which used to be seemed as a public law and now returns back to a private law. It is a revival of the spirit and idea in private law in Russian legal culture as well. There is no doubt that it is meaningful for the process of Chinese civil code to study the past, present and developing trend of the codification of civil law in Russia.

**Keywords:** Russia; social transformation; civil code; codification of civil law

(责任编辑: 幸颜静)

[52] 参见《俄罗斯联邦民法典》第2条。

# 民法典编纂中继承法的修订原则

郭明瑞\*

**摘要:**在启动民法典编纂的前提下,继承法的修订应遵循体系化,重视传统,保护私有财产,维护家庭、家族和社会和谐的原则。继承法的修订应从民法典的体系上考虑继承法的内容,继承法的规定应与其他法律制度相衔接,继承法中的各项规则不能相互冲突。继承法修订时对于优良的历史传统或民间习俗应予以坚持,对现行法的规则能不改的就应不改,对各民族的习俗应予以充分尊重。继承法应最大化地保护私有财产权,凡合法取得的财产都应规定为遗产的范围,应扩大法定继承人的范围,在遗嘱制度的设计上应最大限度地尊重被继承人的意愿,减少继承权绝对丧失的事由。继承法中应规定特留份,承认继承合同,应规定继承权的放弃不得损害他人的利益,被继承人不得以处分财产来规避债务清偿。

**关键词:**民法典 继承法 修订原则

我国现行《继承法》颁布已经30年。最近几年法学界一直呼吁修订《继承法》。2010年全国人大会议上梁慧星教授作为全国人大代表曾提出修订继承法的提案,笔者也在《法制日报》上发文,建议立法机关应及时对继承法进行修订完善,并提出修改完善的主要问题包括:关于继承权制度、关于遗产范围、关于法定继承人的范围和顺序、关于代位继承、关于遗嘱形式、关于特留份、关于补充继承、关于遗嘱执行制度、关于遗赠制度、关于继承开始的时间和地点、关于遗产分配制度、关于债务清偿等。<sup>[1]</sup>在2014年民法学年会上笔者提到继承法修订中有三方面的重大问题:一是关于遗产的范围;二是关于法定继承;三是关于遗嘱继承。<sup>[2]</sup>可以说,最近几年学者对于继承法修订极为关注,有许多研究成果。然而,对于修订的内容,具体制度的完善、补充和构建也有不同的观点。笔者认为,各种不同的观点难有对错之分。具体采取何种意见决定于修法的价值目标。笔者认为,在启动民法典编纂的前提下,修订继承法应遵循一定的原则,方能修成一部“良法”。

## 一、体系化原则

继承法为民法的重要组成部分,在制定有民法典的国家,继承法均为民法典的一部分,在潘德克吞式立法模式中,继承法更成为民法典的一编。我国的继承法也不例外地为民法的重要组成部分。我国现行《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)是以第三次民法典编纂的民法草案(第四稿)中的继承编为基础制定的,然而,由于《继承法》颁布时仅有《中华人民共和国婚姻法》这一部民事法律,因此,或是为了需要,或是因无其他法为基础,《继承法》在内容和制度设计上并未从整个民法的

\* 山东大学法学院教授,烟台大学法学院教授,法学博士。

[1] “郭明瑞谈继承法之‘大修’”,载《法制日报》2010年3月17日,第12版。

[2] 郭明瑞:“《继承法》修订中的重大问题”,载《中国社会科学报》2014年10月22日,A07版。



体系上考虑。自1985年《继承法》颁布以后,我国又相继颁布了《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《专利法》《商标法》《著作权法》等民事法律,中共十八届四中全会时,编纂民法典再次被提到日程上。在这种现实的法律环境、立法条件下,修订《继承法》就应特别注意坚持体系化原则,而不能仅就《继承法》的修订谈修订。体系化原则,要求整合不同的法律渊源,从而实现条文适用上的协调性和一致性。坚持体系化原则,应特别注意以下问题。

一是应从民法典的体系上考虑继承法的内容,不应由继承法规定的不予规定。例如,现行《继承法》第8条是关于继承权回复请求权诉讼时效的规定。该条中规定“继承权纠纷提起诉讼的期限为二年”,这一将诉讼时效期间表达为“提起诉讼的期限”显然不妥,应予修正。而因这里规定的“继承权纠纷”的诉讼时效期间与《民法通则》中规定的一般诉讼时效期间并无不同,因此,从体系上考虑,修法时对于继承回复请求权的诉讼时效则不必规定,也不应再规定,除非立法者认为该诉讼时效应属于特别诉讼时效。现行《继承法》之所以规定诉讼时效,与当时并无《民法通则》规定的时效制度有关。再如,被继承人死亡后受孕的胎儿可否继承和受遗赠,对此有肯定与否定两种观点。笔者是持否定观点的。实际上,这个问题不仅涉及胎儿的主体地位(权利能力及利益保护),还涉及亲子关系的认定。只有从胎儿的法律地位及亲子关系的认定上统一考虑,才能就被继承人死亡后受孕的胎儿可否继承得出较合理的解决方案。按照体系化原则的要求,这部分内容应于总则主体制度和婚姻家庭法的亲子关系中一并规定,而不应在继承法中规定。再如,众所周知,提出《继承法》修订的一个重要原因是,与《继承法》制定的时代(1985年)相比较,私有财产数量、种类、范围等发生了极大的变化,现行《继承法》已不适应这一变化。最近的胚胎第一案还提出胚胎是否为遗产、可否继承问题。如果仅就继承法的适用而言,修订《继承法》需要对个人财产的变化作出回应。但从民法体系上考虑,有关财产的类别、范围等涉及的是(法律关系)权利客体,这应由民法总则规定。还有如死亡推定等问题。我国现行司法解释规定:“相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡的,如不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的先死亡。死亡人各自都有继承人的,如几个死亡人辈份不同,推定长辈先死亡,几个死亡人辈份相同的,推定同时死亡,彼此不发生继承,由他们各自的继承人分别继承。”<sup>[3]</sup>这一规定采取死亡在先和同时死亡相结合的原则,虽有利于避免出现无人继承的现象,但不完全符合自然人死亡的自然法则,因此,学者也提出应予以修正,如改为:“死亡人辈份不同的,若晚辈未成年,则推定晚辈先死亡;若晚辈已成年,则推定长辈先死亡。”<sup>[4]</sup>从体系上看,死亡推定与自然人主体资格的终止相关,应与总则中关于自然人死亡宣告的规定相协调。

二是继承法的规定应与其他法律制度相衔接。我国在已有基本民事法律的情况下,之所以提出编纂民法典,其原因之一就是克服现行单行民事法律重复、重叠、不统一、不衔接等体系性缺失问题。<sup>[5]</sup>因此,现在修订《继承法》,要从民法体系化上着眼,使民法各部分的制度相互衔接,不冲突。例如,遗产是继承权的客体,关于遗产的规定是修订继承法的一个重大问题。继承法中关于遗产的规定不能与总则中客体的规定以及物权法、知识产权法、债权法等的相关规定相冲突。在修订《继承法》的讨论中,关于遗产的争论重点之一就是宅基地使用权、土地承包经营权、农民房产是否可继承。对此有完全不同的两种观点。<sup>[6]</sup>但如从《物权法》上规定的物权属性来考察这些权利,其作为遗产应不

[3] 参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第2条。

[4] 相关论述可参见郭明瑞、房绍坤:《继承法》,法律出版社2004年版,第185-187页。

[5] 参见柳经纬:“民商事法律体系化及其路径选择”,载《河南财经政法大学学报》2014年第6期,第38-40页。

[6] 相关争议可参见刘保玉、李运杨:“农村土地承包经营权的继承问题探析”,载《北方法学》2014年第2期,第5-14页;刘凯湘:“论农村土地承包经营权的可继承性”,载《北方法学》2014年第2期,第20-28页。

会有多少疑问。因为,物权法上的物权,除专为特定人设定的物权〔7〕外,在任何国家都为权利人的财产,可以继承。我国《物权法》明确规定土地承包经营权、宅基地使用权为用益物权,如继承法上不承认其可为遗产,则与《物权法》的规定相冲突。至于农民的房产,如认为城镇居民可以继承,但不能取得宅基地使用权,且不说没有宅基地使用权的房屋所有权是否能称得上房产,就是合法取得房屋所有权却不能取得宅基地使用权的观点也与《物权法》上“地随房走”或“房随地走”的制度设计不一致。现行《继承法》第4条的规定显然与《物权法》的规定相冲突,应予删除。再如,《物权法》上关于因继承或者受遗赠取得物权的时间的规定(第29条)与继承法上关于继承开始、遗赠效力的规定应相一致,而现行《继承法》并未规定受遗赠何时发生效力。受遗赠是否也是于继承开始时生效,就是修订《继承法》或《物权法》时应从民法体系上考虑的问题。另外,现行法上的遗赠扶养协议,应与《合同法》的规定相衔接。作为法定继承人的亲属应与婚姻法或家庭法中的亲属规定相衔接。并且,《继承法》上规定的继承开始的时间应与夫妻的共同财产制一并考虑。按现行法的规定,在夫妻关系存续期间一方继承的财产构成夫妻共同财产,而继承人从继承开始就当然取得遗产所有权。现实中,有的夫妻在离婚期间甚至在判决离婚而判决尚未生效期间,一方的亲属死亡而可继承取得大笔遗产,这笔遗产就成为夫妻共同财产,另一方可予以分割。这非常不合理,也与被继承人的意思相悖。这类问题,只有从体系上考虑,才能得到较好的解决。当然,这里所说从体系上考虑,是就民法典编纂而言的,并非就是说《继承法》修订时应以其他法的规定为基础,而是说在这些制度的设计上要从整个法典体系上考虑。

三是继承法中的各项规则之间的关系、安排应从体系上考虑,相互间不能冲突。如遗产债务的清偿与有限继承、遗赠等的关系不能冲突等。修法讨论中有人提出孙子女、外孙子女的继承顺序,这就与代位继承相冲突。

## 二、重视传统原则

继承制度不仅与其他民事法律制度相关,而且与一个国家和民族的传统文化、习俗相关。一国的继承制度不能脱离自身历史形成的传统。在《继承法》的修订中,坚持重视传统的原则,主要体现在以下三个方面。

一是对于历史传统或民间习俗,只要不与社会主义道德、法律原则相悖,就应坚持。例如,我国传统上是按支继承的。现行《继承法》第12条规定,丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人,而不论其是否有子女。这一规定,尽管其目的是为了鼓励丧偶儿媳或女婿赡养老人,但不符合按支继承的传统。按照按支继承的传统,这些人可作为第一顺序继承人参与继承的,只能限于没有晚辈直系血亲者。因此,这一规定应予以修正。笔者曾主张,若仍坚持现行继承法作此规定的目的,修法时应改为:丧偶儿媳对公、婆或丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务,没有代位继承人的,为第一顺序继承人。〔8〕再如,民间习俗上,对于将继承人已于被继承人生前所受的特种赠与归入遗产,并于其应继承份额中扣除。这一习俗有利于平衡继承人之间的利益,增进

〔7〕如居住权等类型,我国《物权法》上未规定。

〔8〕郭明瑞:“完善法定继承制度三题”,载《法学家》2013年第4期,第112页。

相互间的团结。因此,《继承法》修订时应增补赠与的冲抵即遗产分割归扣制度。<sup>[9]</sup>

二是对于现行法的规则,能不改的就不应改。我国现行《继承法》是以自中华人民共和国成立前解放区根据地就已经实施的继承政策为基础制定的,至今也已经施行近30年。《继承法》规定的一些规则已经形成一种传统,对此,除非有重大的事由,否则就不应更改。例如,关于法定继承人的继承顺序的修订,有的主张,子女为单独第一顺序,配偶、父母为第二顺序;也有的主张配偶不列入固定的顺序。<sup>[10]</sup> 这些观点都有一定道理,但笔者认为,不将配偶列入固定顺序,而将配偶与其他继承人放在一起参与继承,这与现已形成的传统不相符。实际上,关于配偶的继承顺序问题,在第一次编纂民法典时就提起,最终立法机关的意见还是将配偶列入固定的顺序(第一顺序)。笔者认为,就现在的亲属关系间的密切程度而言,一般说来,“兄弟姐妹之间的经济和情感上的联系是无法与配偶间的经济和情感上的联系相比较的,没有理由让配偶与兄弟姐妹于同一顺序继承被继承人的遗产”。<sup>[11]</sup> 因此,对于将配偶列入固定顺序的现行立法规定,不应更改。

三是对于各民族的习俗予以尊重。我国是一个多民族的国家,各民族在遗产继承上有不同的习俗。《继承法》主要是以汉民族的继承习惯为基础制定的,现行《继承法》第35条特别规定“民族自治地方的人民代表大会可以根据本法的原则,结合当地民族财产的具体情况,制定变通的或者补充的规定”。在《继承法》修订时,仍应为各民族自治区域根据民族习俗制定变通的或者补充的规定留有足够的空间。

### 三、保护私有财产权原则

保护私有财产权是宪法原则,也是继承法的立法目的。继承权是私有财产权的合理合法的延伸。因此,修订《继承法》时,在制度设计上应以最大限度保护私有财产为原则。

其一,凡是自然人合法取得的财产,只要不属于人身权利,不论其是物权、债权、知识产权,还是财产义务、财产性法律地位,都应列为遗产的范围。例如,不仅网络财产,甚至连淘宝网上淘宝店也应为遗产,可予以继承。<sup>[12]</sup> 当然,从体系上考虑,笔者认为关于网络虚拟财产的性质应在总则中规定。为保障自然人合法财产都可继承,有关遗产的范围如何规定,也就成为《继承法》修订中的一个重要问题。对此有不同的主张:有的主张列举遗产的范围;有的主张不列举遗产的范围,仅规定不得继承的权利义务;有的主张从两方面规定,既列举遗产的范围,又规定不得继承的权利义务。如王歌雅教授认为,遗产是被继承人死亡时遗留的个人财产,包括:(1)房屋、林木、牲畜、储蓄等不动产或动产所有权;(2)个人享有的土地承包经营权和承包收益;(3)建设用地使用权;(4)可继承的财产债权及其担保;(5)有价证券载有的财产权利;(6)股权或合伙中的财产权益;(7)知识产权中的财产权益;(8)被继承人享有的人格权衍生的财产权益;(9)互联网中的虚拟财产;(10)被继承人的其他财产权益。被继承人的专属性权利和法律规定不得继承的权利不属于遗产。涉及个人信息权、隐私权的互联网虚

[9] 如梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》第1942条“赠与的冲抵”规定:“继承开始之前,继承人因结婚、分居、营业以及其他事由而被继承人处获得的赠与的财产应当列入遗产范围,但被继承人生前有相反意思表示的除外。”“前款规定的赠与数额应当在遗产分割时从该继承人的应继份中扣除。”“赠与的具体数额应当依赠与当时的价值计算。”参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由:继承编》,法律出版社2013年版,第23-24页。

[10] 如张玉敏教授主张,法定继承人分为四个顺序,配偶不固定在某一顺序,可以和任一顺序的血亲继承人共同继承。具体参见张玉敏:《中国继承法立法建议稿及立法理由》,人民出版社2006年版,第9-10页。

[11] 同注8引文,第114页。

[12] 参见郭育艳:“网络虚拟财产继承问题研究”,载《河南财经政法大学学报》2014年第1期,第116-120页。

拟财产不属于遗产。<sup>[13]</sup> 张玉敏教授则认为,现行《继承法》对遗产采列举方式在当时或许有其必要性和合理性,但是,在今天,它已经既没有必要性,也没有合理性,仅单纯规定“继承人承受被继承人的全部财产权利、义务和责任,但是专属于被继承人自身,因继承开始而消灭者除外”即可。<sup>[14]</sup> 笔者认为,为避免挂一漏万,以及应对未来社会的发展,在《继承法》修订时,不应对遗产采具体列举方式,而应从反面规定不得继承的权利义务。<sup>[15]</sup>

其二,扩大法定继承人的范围。保护私有财产权,应尽量使私有财产有人继承,而不易出现无人继承又无人受遗赠的财产。现行的《继承法》将法定继承人的范围仅限于三代内的近亲属,再加之计划生育政策的实施,更易出现无法定继承人继承遗产的现象。如前段时间某高校一副教授的遗产案就因现行《继承法》规定的继承人范围过于狭窄而使遗产的处置陷入两难之中。<sup>[16]</sup> 因此,学者一致主张,《继承法》修法时要扩大法定继承人的范围。多数学者主张将法定继承人的范围扩大到四亲等的亲属。笔者也赞同这种主张。我国传统上也一直有侄子女继承的传统,这种扩张与传统习俗相符。当然,这也需要在婚姻法或家庭法中作出相应的回应。

其三,尊重被继承人的意愿。近30年来,人们的权利意识逐渐增强,自己生前处分其财产的现象日益普遍。这表现在通过遗嘱处理自己的私有财产及其他事务的,已成为较普遍而非个别的现象。可以说,在某种意义上遗嘱继承已成为遗产继承的主要方式。因此,修订《继承法》时,特别要重视遗嘱继承制度的完善。现行法关于遗嘱继承的规定,一方面过于简单,另一方面没有以尊重被继承人的真实意愿为出发点。笔者曾提出,遗嘱继承,涉及遗嘱能力、遗嘱内容、遗嘱形式、遗嘱的执行等等问题。这些制度的设计,在修法时,都应最大限度地尊重被继承人的意愿。例如,关于遗嘱的形式,既要考虑现代技术条件下遗嘱形式的多样性,更要考虑遗嘱之所以为要式行为是为了保障遗嘱为立遗嘱人的真实意思,因此,不可仅因形式有瑕疵,就否定遗嘱的效力。<sup>[17]</sup> 再如,被继承人立有数份遗嘱的,依现行规定,其中有公证遗嘱的,以最后所立公证遗嘱为准;没有公证遗嘱的,以最后的遗嘱为准。这一规定所确立的遗嘱类型的效力及遗嘱变更、撤销规则,并不是以确定遗嘱为立遗嘱人的真实意愿为基准。现实中有这样的一个案例。一位老人由四个子女轮流赡养,老人每到一个子女家就立一份公证遗嘱,表示由该子女继承其房产。最后老人去世,四个子女都以有公证遗嘱要求继承房产。这种情形下,能以最后一份公证遗嘱为准吗?显然,最后一份公证遗嘱也并非该被继承人的真实意思。

其四,减少继承权绝对丧失的情形,扩大继承权相对丧失的情形。继承权绝对丧失,继承人是绝对不能继承被继承人遗产的,即使被继承人原谅也不可。因此,从尽量使财产有人继承,又尊重被继承人意思上考虑,应将一些绝对丧失继承权的事由改为继承权相对丧失的事由。现行《继承法》第4条规定的继承权丧失的四种事由中只有一种属于相对丧失的事由,应予修正。梁慧星教授主持的《中

[13] 王歌雅:“《继承法》修正:体系建构与制度选择”,载《求是学刊》2013年第2期,第79-80页。

[14] 同注10引书。

[15] 梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》第1941条“遗产的范围”规定:“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。”“前款规定的遗产包括自然人因死亡而获得的未指定受益人的保险金、补偿金、赔偿金以及其他基于该自然人生前行为而应获得的财产利益。”“下列权利义务不得作为继承的标的:(一)与被继承人人身不可分割的人身权利;(二)与被继承人人身有关的专属性债权债务;(三)法律规定不得继承的其他财产。”具体参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:继承编》,法律出版社2013年版,第21页。

[16] 本案的案情为:某高校一副教授死亡时留有一笔遗产。该人无父母、子女、配偶,生前也未立遗嘱。其有侄子女。在其生前,侄子女也经常来探望。其死亡后,侄子女要求继承其遗产,学校也同意将遗产给其侄子女。但根据现行法的规定,侄子女不能继承,该副教授的遗产属于无人继承又无人受遗赠的财产,应归学校。最终,只能根据《继承法》第14条规定,以其侄子女“对被继承人扶养较多,可以分给他们适当遗产”为由,将该副教授遗留的动产给予其侄子女。

[17] 具体参见郭明瑞:“论遗嘱形式瑕疵对遗嘱效力的影响”,载《求是学刊》2013年第2期。

国民法典草案建议稿》第1940条“继承权丧失”中规定了五种丧失继承权的事由,除去“为争夺遗产而杀害其他继承人的”情形外,都属于相对丧失。其立法理由是:“我国现行继承法对相对丧失继承权范围的规定过于狭窄,对被继承人的意思自由尊重不足。如果被继承人在生前饶恕了继承人对自己的不法行为,愿意其继承遗产,法律并无必要加以干涉。在实务中,也确有继承人实施不法行为之后痛改前非而得到被继承人宽恕的情形。此种情形如仍使继承人丧失继承权并无意义。”<sup>[18]</sup>此观点颇值赞同。例如,杀害被继承人的,依现行规定为继承权绝对丧失的事由。这从道德上考虑是理所当然的。但另一方面考虑,发生这种情形的原因很多,如果事后实施行为的行为人确实悔改、被继承人对实施杀害行为的继承人予以宽恕,又何必剥夺其继承权呢?如某一独生子与其父发生争执动手杀害其父未遂,事后该子悔恨不已,对其父十分孝敬,而其父也原谅其当年的行为。若否定该子对其父遗产有权继承,岂不违背了被继承人的意愿?

#### 四、维护家庭、家族和社会和谐原则

继承既涉及婚姻家庭、家族成员内部间的关系,也涉及与社会其他成员(如债权人、债务人)的关系。好的继承制度不仅应体现私法自治原则,还应有利于维护家庭、家族和社会的和谐。为此,在《继承法》的修订中至少还应考虑以下问题。

一是规定特留份。现行《继承法》第19条规定:“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”这是以必留份制度限制遗嘱自由。这一制度在设定当时有其合理性,但现在已不适应需要,显得不合理。笔者曾指出,必留份的不合理之处在于,只要法定继承人不属于缺乏劳动能力又无生活来源的人,被继承人就可以自由处分全部遗产而不给继承人留下任何遗产。这样既有违基本伦理,不合常情,也不利于家庭关系的稳定,不能适应现阶段家庭职能的要求。<sup>[19]</sup>为维护亲属关系的稳定、和谐,有必要规定特留份制度。特留份是法律规定的由特定继承人继承的应继份额,是对被继承人滥用遗嘱自由权的限制。《继承法》修订中应增设特留份制度,学者对此基本达成共识,争议的仅是享有特留份的继承人范围。笔者赞同以近亲属为特留份主体的观点。

二是承认继承合同。现行《继承法》第31条规定了遗赠扶养协议。遗赠扶养协议制度主要是为“五保户”的扶养设计的,扶养人通常为法定继承人以外的人。因此,尽管有学者认为遗赠扶养协议也属于继承合同的一种,但它与继承合同是不同的。继承合同也称继承扶养协议,是由被继承人与继承人订立的以继承人扶养义务的履行及遗产取得为内容的协议。现实中,有的被继承人与法定继承人之间往往就赡养与继承订有协议,约定由某继承人赡养被继承人并取得其全部遗产。对于此类继承合同,只要不违背公序良俗,应予以认可。<sup>[20]</sup>这既有利于继承人更好地尽扶养义务,也有利于增强法定继承人之间的和睦。

三是规定继承权的放弃不得损害其他人的利益,包括债权人、被扶养人的利益。继承权的放弃是继承人的权利和自由。但任何权利和自由的行使都不能损害他人的合法权益。现实中,有的继承人因有债务或需其扶养之人,若取得遗产则需用于清偿债务或扶养被扶养人,为避免将所得遗产用于偿

[18] 同注9引书,第17页。

[19] 同注8引文,第117页。

[20] 张玉敏教授主持的《中国继承法立法建议稿》第54条中规定:“被继承人可以与共同继承人订立继承合同,约定由一个或几个继承人承担赡养(扶养)被继承人的义务,被继承人死后,由承担赡养(扶养)义务的继承人按照继承合同继承遗产。合同对赡养(扶养)人继承遗产的部分未作明确约定的,视为继承全部遗产。”参见注10引书,第16页。

债或扶养被扶养人,而放弃继承。此种放弃继承权的行为,实际上损害了债权人或被扶养人的利益。法律应予干涉。因此,笔者主张修法时应明确规定:继承人放弃继承权,致使其不能尽其应尽的扶养义务的,其放弃行为无效;<sup>[21]</sup>继承人放弃继承损害其债权人利益的,债权人可以申请人民法院撤销继承人放弃继承的行为。<sup>[22]</sup>对于债权人可否撤销继承人放弃继承的行为,有学者持否定观点,其主要理由是放弃继承属于身份行为,身份行为不能为撤销权的标的。此种观点不能赞同。笔者认为,继承权虽以一定的身份为基础或条件,但它本身不属于身份权,而属于财产权,它是以取得财产权益为内容的。

四是规定被继承人不得以处分财产来规避债务清偿。现实中,有的被继承人以遗嘱将其遗产处分,以避免其债务清偿;有的被继承人生前将其财产予以不合理的处分致使遗产减少,损害被继承人的债权人利益。这些行为严重损害债权人利益,法律也须采取相应的对策。对此,一是赋予债权人以撤销权。“被继承人生前通过赠与或明显不合理的价格进行交易,导致遗产不当减少,对债权人造成损害的,债权人可以行使撤销权。”<sup>[23]</sup>二是在遗产的处理程序中规定遗产债权的公告、遗产债务的清偿程序以及继承人和遗产管理人的责任。

## The Amendment Principles of Law of Succession in the Civil Codification Process

Guo Mingrui

**Abstract:** In the process of Civil Codification, the amendment of the law of succession should follow the system principle, traditional principles, the principle of protection of private property and the principle of maintaining a harmonious family and society. The contents of inheritance law should be considered from the perspective of the civil code system, and the provisions of the law of succession should dovetail with other legal systems. The rule of the law of succession does not conflict with each other. Meanwhile, excellent historical traditions or folk customs should be insisted. The existing rules should not be modified as much as possible and the customs of each nation should be fully respected. Inheritance law should maximize the protection of private property rights, where legally acquired property should be in the range of heritage. Inheritance law should expand the scope of legal heir, and the testament system should be designed to give maximum respect for the wishes of the decedent. Inheritance law should reduce the grounds of absolute loss of inheritance rights. To maintain family and social harmony, inheritance law should provide legitim and recognize inherited contracts. The law of succession should regulate that giving up the right of inheritance shall not damage the interests of others and the decedent shall not dispose of property to avoid debt settlement.

**Keywords:** civil code; law of succession; amendment principles

(责任编辑:幸颜静)

[21] 《最高人民法院关于贯彻执行继承法若干问题的意见》第46条规定:继承人因放弃继承权致其不能履行法定义务的,放弃继承权的行为无效。

[22] 梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》第2012条规定:“继承人放弃继承损害其债权人利益的,债权人可以申请人民法院撤销继承人放弃继承的行为,但继承人提供充分担保的除外。”“债权人在知道或者应当知道继承人放弃继承之日起六个月内未行使前款规定的撤销权的,其撤销权消灭。”同注9引书,第173页。

[23] 同注13引文,第82页。

# 中、英名誉权侵权特殊抗辩事由评价、比较 与中国法的完善

——兼评英国《诽谤法案 2013》对名誉权侵权特殊抗辩事由的改革

姜战军\*

**摘要:**名誉权侵权特殊抗辩事由实质上发挥划定言论自由和名誉权保护边界的作用。英国《诽谤法案 2013》基本完成了名誉权侵权特殊抗辩事由的法典化,形成了包括“真实”、“诚实意见”、“公共利益事务的负责任发布”、“科学或学术期刊上同行评价陈述”以及更为完善的特权抗辩在内的分工明确、体系完整、设计科学的抗辩事由体系。中国法通过司法解释,事实上确立了“事实基本真实”、“公正评论”、“权威消息来源”三个抗辩事由,但与英国法比较,在立法模式、体系化程度和具体抗辩事由设计上存在明显不足。建议未来中国法在借鉴英国法的基础上,通过完善《侵权责任法》,确立包括“事实基本真实”、“诚实意见”、“基于公共利益的负责任发布”、“权威消息来源”和“正当学术批评”的具体特殊抗辩事由体系。

**关键词:**诽谤法案 2013 评价 名誉权侵权特殊抗辩事由 比较 完善建议

名誉权侵权特殊抗辩事由是构成言论自由保护的有效屏障,在合理平衡名誉保护与言论自由的冲突中扮演至关重要的角色,并实质上发挥划定言论自由边界的作用。在英国法上,很早即通过特别的诽谤法(Defamation Law)(包括普通法和后来的制定法)调整有关的名誉保护与言论自由问题,尤其突出的是其通过规定诽谤侵权(名誉权侵权)特殊抗辩事由为两种利益的保护确立明确的边界。从 2011 年开始,英国启动新一轮的诽谤法改革,以回应其对保护言论自由不足的批评,<sup>[1]</sup>“引领诽谤法的现代化,实现言论自由保护和真正被诽谤者的名誉保护的平衡”。<sup>[2]</sup>经过两年的立法程序,通过了新的制定法《诽谤法案 2013》(Defamation Act 2013)(以下简称“法案”)。法案基本完成了名誉权侵权特殊抗辩事由的法典化,并进行了大幅度的改革,大大改善了对言论自由的保护,重新划定了更加合理的名誉保护和言论自由边界。作为大陆法系的中国,立法传统是只规定一般侵权抗辩事由,不重视各类侵权特别抗辩事由的规定。然而,由于名誉权侵权的复杂性及其特殊抗辩事由的确定超越民法

\* 华中科技大学法学院教授,法学博士。本文为“华中科技大学自主创新项目”研究成果,获“中央高校基本科研业务费”资助。

[1] 这方面的批评很多,有代表性的如“诽谤法改革运动(libel reform campaign)”的批评(“诽谤法改革运动”为推动英国诽谤法改革、促进言论自由的全国性组织,发布有重要的研究报告:Free Speech Is Not for Sale, <http://www.libelreform.org/our-report#>, 最后访问日期 2013 年 2 月 25 日)。其他的批评,参见:Andrew Burrows, *English Private Law* 1284-1285 (2d ed., Oxford University Press 2007); Peter Cane, *The Anatomy of Tort Law* 134-136 (Hart Publishing 1997)。

[2] Robin Shaw & Paul Chamberlain, *Libel Reform: Draft Defamation Bill Seeks a Legal Balance but Ignores the Costs Issue*, 16 (2) Comms. L. 49, 49-51 (2011)。

的重要意义,<sup>[3]</sup>维护司法实践的统一对于明确言论自由和名誉权保护的边界意义重大,中国司法实践中还是不得不通过最高法院司法解释的方式尝试确定一些特殊抗辩事由,以指导各级法院的审判。但是,由于立法的欠缺和研究的薄弱以及认识上的不足,<sup>[4]</sup>中国司法实践中的名誉侵权特殊抗辩事由存在表述模糊,设计不够科学、不完整和不成体系的问题,远远不能适应解决中国目前权利意识高涨下名誉权纠纷剧增和言论自由的重要性(尤其是其监督公权力的重要性日益受到强调)之间冲突的需要。考虑到英国法规定名誉权侵权特殊抗辩事由的长期经验及其发展过程中法典化的努力,更有此次名誉权侵权特殊抗辩事由的基本完全法典化,<sup>[5]</sup>再加上“传统英国侵权法重视名誉保护胜于言论和信息自由”<sup>[6]</sup>与中国的相似性,英国法对中国法既有重要的借鉴价值又有借鉴的可行性。本文将在分析、评价以法案为中心的英国名誉权侵权特殊抗辩事由和中国司法实践下名誉权侵权特殊抗辩事由的基础上,通过对两国各名誉侵权特殊抗辩事由进行比较,发现其各自的进步和不足,尤其是提出英国法可供中国法借鉴的方面,进而提出对中国有关法律未来完善的建议。

## 一、法案对英国名誉权侵权特殊抗辩事由的改革及评价

在改革前的英国法上,通过普通法和制定法,构建了正当理由(justification)、公正评论(fair comment on matter of public interest)、绝对特权(absolute privilege)和有条件特权(qualified privilege)抗辩以及 Reynolds 抗辩在内的名誉权侵权特殊抗辩事由体系,以保护言论自由和基于公众利益的言论发表等。<sup>[7]</sup>法案对名誉权侵权特殊抗辩事由的改革主要包括废除普通法上的“正当理由”抗辩,代之以制定法上的“真实(truth)”抗辩,废除普通法上的公正评论抗辩,代之以制定法上的“诚实意见(honest opinion)”抗辩,废除普通法上的 Reynolds 抗辩,代之以“公共利益事务的负责任发布(responsible publication on matter of public interest)”抗辩和新增“科学或学术期刊上同行评价陈述(peer-reviewed statement in scientific or academic journal)”抗辩以及完善现行绝对特权和有条件特权抗辩等。

在完善或新增上述抗辩事由之外,法案还新增了“网站运行者(operators of websites)”抗辩,以解决对网站运行者的合理保护问题,但由于此抗辩事实上可以适用于各种人格权侵权的抗辩,远不限于对名誉权侵权的抗辩,本文限于主题,对此问题不予涉及。

[3] 杨立新:“我国的媒体侵权责任与媒体权利保护——兼与张新宝教授“新闻(媒体)侵权否认说”商榷”,载《中国法学》2011年第6期,第179页。

[4] 已有主要研究为在“新闻(媒体)侵权”主题下由从事新闻学研究的学者进行的研究。参见徐迅:《新闻(媒体)侵权研究新论》,法律出版社2009年版;魏永征:“把事实和意见分开——《新闻记者》评点假新闻文章名誉权案一审胜诉的启示”,载《新闻与法律》2011年第8期等;但由于专业所限,有关研究的法学韵味不足,深度有限,或者是法理学或宪法学学者的研究,如苏力:“《秋菊打官司》案、邱氏鼠药案和言论自由”,载《法学研究》1996年第3期;汪庆华:“名誉权、言论自由和宪法抗辩”,载《政法论坛》2008年第1期;但多数属于基本权利层面的抽象分析,满足于提出一些不具操作性的价值层面的原则性建议。民法学界的相关研究主要为以杨立新教授为代表的少数学者数量非常有限的研究,如杨立新:“论中国新闻侵权抗辩及体系与具体规则”,载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第5期;郭卫华、常鹏翱:“论新闻侵权的抗辩事由”,载《法学》2002年第5期。

[5] 除了比较散乱、很难系统化的普通法上有条件特权抗辩外,全部实现了诽谤侵权特殊抗辩事由的法典化。

[6] Cane, *supra* note 1, at 134.

[7] Burrows, *supra* note 1, at 1287-1289.



## （一）以制定法上的“真实”抗辩代替普通法上的“正当理由”抗辩

### 1. 现行法下的“正当理由”抗辩的意义及其存在的问题

在英国法长期的观念上，“一个简单的伦理原则是没有人应该拥有或维持建立在虚假基础上的好名声”，<sup>[8]</sup>诽谤法“极端尊重真实，因为它使人对一个善意的谎言(a white lie)负责而免除一个(发布)黑色的事实(a black truth)者的责任”，<sup>[9]</sup>因此，在英国法上，一旦陈述的真实性获得证明，被告便可以据此抗辩原告的名誉权侵权请求。<sup>[10]</sup>此种抗辩即“正当理由”抗辩。通过 *Edwards v. Bell* (1824) 和 *Alexander v. North Eastern Railway Co* (1865) 等案的判决，被告的陈述不必每一点都真实，只要实质性真实即可免责，<sup>[11]</sup>而《诽谤法 1952》更进一步把“在发布多个陈述情况下，主要事实真实”的情况纳入“正当理由”抗辩的保护范围。

以普通法为基础的“正当理由”抗辩之意义在于为发布真实性陈述的当事人提供保护，使其免于承担名誉侵权责任。然而，由于此抗辩主要通过普通法发展，其在实践中也产生了明显的问题：由于经过了长期的判例法发展，其构成复杂，难于为人所理解；另外，由于不同判例之间的差别，其构成亦存在一些模糊不清。<sup>[12]</sup>而就其名称而言，虽表述为“正当理由”，但其实际包括的情形则仅为“陈述为事实”，颇有名实不符之嫌。针对名称问题，从 1975 年的 *Faulks* 报告到许多的评论，均建议将其重新命名为“真实”抗辩，以名实相符。<sup>[13]</sup>在英国司法部起草的草案中，采以制定法上抗辩废除普通法上抗辩的立场，将其规定为制定法上的抗辩，并重新命名为“真实”抗辩，以简化和厘清有关抗辩的构成，提供一个清晰的制定法标准并名实相符。<sup>[14]</sup>此改变在以后的修改和审议中均得以维持，并最终成为法案第 2 条的内容。

### 2. 法案第 2 条对“真实”抗辩的规定及评价

法案第 2 条之下，共有 4 款，规定了以下内容：

#### （1）以“真实”抗辩代替“正当理由”抗辩并废弃相应的普通法上抗辩

法案第 2 条第 4 款规定，以此制定法上的“真实”抗辩废弃普通法上的“正当理由”抗辩并同时废除 1952 年诽谤法相应条款。

对法案的此种选择，在司法部于草案阶段进行的咨询中，超过 2/3 的反馈意见表示赞同。笔者亦认为，鉴于原普通法抗辩的名不符实，此正名无疑是妥当的。同时，鉴于此次法律改革的重要目的在于简化和明确有关的法律以及普通法现行判例的晦涩不明，此种废除相应普通法抗辩的做法无疑是合理的选择。尽管有批评认为将普通法法典化可能导致一定时期法律适用的不确定和新法下有关边界的不确定，<sup>[15]</sup>但在原本复杂、晦涩的普通法抗辩之上再加以制定法抗辩，只会使得有关抗辩更加复

[8] Cane, *supra* note 1, at 135.

[9] Toney Weir, *A Case Book on Tort* 518 (17th ed., Sweet & Maxwell 2000).

[10] 现在，英国仍不太完善的隐私保护方面的法律可能会对原告提供某种救济。Vera Birmingham & Carol Brennan, *Tort Law: Directions* 301-315 (Oxford University Press 2008); Burrows, *supra* note 1, at 1287.

[11] Chris Turner, *Unlocking Torts* 319 (3d ed., Hodder Education 2010).

[12] Ministry of Justice, *The Defamation Bill: Consultation*, Consultation Paper CP3/11 (Cm 8020), at 14.

[13] David Price, Korieh Duodu & Nicola Cane, *Defamation: Law, Procedure & Practice* § 8-01 (Sweet & Maxwell 2010).

[14] Ministry of Justice, *supra* note 12, at 14-16.

[15] Alastair Mullis & Andrew Scott, *Worth the Candle? The Government's Draft Defamation Bill*, 3 (1) *Journal of Media Law* 1, 3 (2011).

杂和难以理解,<sup>[16]</sup>将完全违背此次改革的初衷。

### (2)明确“实质性真实”标准

对真实的要求不应该是苛刻的与事实毫无出入,而应该是体现抗辩的实质,只要是实质内容真实,即应允许主张此抗辩的保护。法案第2条第1款明确以“实质性真实”为标准,体现的是普通法长期发展中确定的合理标准,无疑是正确的。

在真实性判断中,有一个特别问题需要说明,那就是,如果被告主张其所发布的陈述是转述他人的陈述,那么是否仍要承担保证陈述内容“实质真实”的义务?对此问题,普通法上长期坚持“重复规则(repetition rule)”,“重复(他人)陈述的人被和原始发布者一样对待”,<sup>[17]</sup>转述者负相同的对陈述真实性的证明责任,亦需满足内容“实质真实”才能主张抗辩。法案条文并未明确涉及此问题,但根据司法部说明,法案仍接受此规则,亦即发布人仍需达到所发布陈述内容“实质性真实”始能主张抗辩。<sup>[18]</sup>对此,笔者认为,有关规则无疑是严厉的,由于经常很难完全确定他人陈述的真实性,此规则无疑大大限制了对他人发布信息的转述,纵然其有阻止谣言传播的积极作用,但在现代社会对转述信息采取如此敌意的态度恐非妥当之选择,应代之以转述人尽合理之求证即可主张抗辩为宜。

### (3)对存在多个归咎时的整体判断原则

1952年诽谤法规定了当存在多个对原告的归咎时,其中一个或多个归咎不具备事实基础时的整体判断原则,即考虑到有事实基础的归咎,那个(些)不具备事实基础的指控不严重伤害原告名誉时,被告仍可主张此抗辩。法案第2条第2、3款延续了此规定。

此种规定之意义在于保护被告,促进言论自由,尤其是媒体的监督,使其不必详查所有事实细节即可发布有关言论,在技术上使得这种言论发布具有可行性,否则,如需要查清所有事实,则将极无时效且许多情况下为几乎不能完成之任务。此种规定值得肯定。

## (二)以制定法上的“诚实意见”抗辩代替普通法上的“公正评论”抗辩

### 1. 现行法的“公正评论”抗辩的意义及存在的问题

英国诽谤法明确区分事实和观点,对其分别适用不同的规则。在普通法上,上述“‘正当理由’抗辩保护的是对事实的发布,而‘公正评论’抗辩保护的则是观点的发表”,<sup>[19]</sup>“源于对诚实和公正的批评为一个爱好自由的社会所不可或缺的信仰”,<sup>[20]</sup>为普通法保护言论自由之重要制度。就基本构成来说,其核心一为评论有关事件的公共利益性,二为评论的“公正性”,三为评论基于一定的事实基础。<sup>[21]</sup>而随着现代社会对言论自由重视的加强,普通法对“公正评论”抗辩构成的要求越来越宽松,对何为公共利益适用越来越宽松的解释,对评论“公正性”的判断标准也从“一个公正思考的人”标准转变为“诚实的人”标准。<sup>[22]</sup>

但是,由于普通法的复杂性,以普通法为基础的“公正评论”抗辩亦存在明显不足。在英国司法部

[16] 由于英国法往往是普通法和制定法并存的特点,制定法明确对普通法上有关规定的态度非常重要,如果制定法没有明确对有关普通法规则的态度,一般就应是普通法和制定法并存适用。

[17] Alastair Mullis & Ken Oliphant, *Torts* 288 (4th ed., Palgrave Macmillan 2011).

[18] Ministry of Justice, *supra* note 12, at 15.

[19] Price, Duodu & Cane, *supra* note 13, at § 8-02.

[20] Simon Deakin, Angus Johnston & Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law* 785 (Oxford University Press 2008).

[21] Turner, *supra* note 11, at 320-321.

[22] Frances Quinn, *Tort Law* 441 (Pearson Education Limited 2012).

组织的立法讨论中,绝大多数利益关联者都认为此抗辩非常复杂并且由此导致了不确定性,相应地,许多讨论者都同意以制定法上清晰简单的规定代替普通法的规定是有益的。<sup>[23]</sup> 对于名称,由于司法实践事实上早就放弃了“公正性”要求,该抗辩已经名不副实,英国上诉法院在 Singh 案中主张使用“诚实意见”作为抗辩名称,<sup>[24]</sup> 而最高法院在 Spiller 案中则主张应该用“诚实评论(honest comment)”来重新命名,<sup>[25]</sup> 从而用新的名称来代替“公正评论”已经是“没有争议”的,<sup>[26]</sup> 原“公正评论”的抗辩名称由于不能正确反映此抗辩的本质,已不宜继续沿用。

## 2. 法案对“公正评论”抗辩的主要修正

### (1) 以新的名称“诚实意见”代替原“公正评论”

在有关抗辩名称的讨论中,虽然有英国最高法院主张“诚实评论(Honest Comment)”等其他名称的建议,但法案最终采用的抗辩名称为“诚实意见(Honest Opinion)”。与“诚实评论”相比较,“诚实意见”的要求更加宽松,只要是一个“诚实的人”的意见即可,无需是严肃、认真的评论。

### (2) “公共利益”要件的废弃

在英国司法部拟定的诽谤法草案中,维持“公共利益”作为一个明确的抗辩构成要件,但草案咨询意见也已明确提到,英国最高法院在 Spiller 案中已经建议废除此要求以扩大抗辩适用的范围,只是考虑到言论自由与私生活保护的平衡,仍维持“公共利益”要件并将其作为一个问题咨询公众意见。<sup>[27]</sup> 而在随后反馈的意见中,绝大多数反馈者认为“公共利益”要件不应再保留,理由主要是“公共利益”要件的要求会不必要地限制此抗辩的适用,而这种限制是过时的,尤其是会限制抗辩对在线论坛,如博客和讨论区的适用等,而对于废弃此要件可能侵犯个人信息的风险,则认为可由有关保护个人信息的法律作为救济。<sup>[28]</sup> 在提交议会审议的草案中,“公共利益”要件被废弃并为最终立法所接受。

### (3) “评论”与其所依据的“事实”联系标准的简化和明确

英国现行法下构成“公正评论”的一个重要要件是有关评论是基于充分真实的事实作出且要明示或暗示地指明所依据的事实。普通法判断是否有充分事实性基础的标准是“一个诚实的人”在当时的情况下是否可能持有评论中的观点。<sup>[29]</sup> 但在实践中,有关判例法非常复杂,也存在许多模糊之处,并变得越来越技术化,在证明观点和事实具有合理关联方面,政治领域、社交领域、对合同争议的评价或对餐馆的评价等会有实质性不同的标准,<sup>[30]</sup> 使得有关法律晦涩难懂。

法案对此问题的规定是,要求评论基于其发布时已经存在的任何事实或在陈述发布前的受特权保护陈述(privileged statement)<sup>[31]</sup> 中指称的任何事实,发布“一个诚实的人”可能持有的观点,但是,如果原告证明被告事实上不持有其发布观点时被告不得主张此抗辩,以明确排除明显不属于“诚实意

[23] Ministry of Justice, *supra* note 12, at 18.

[24] *British Chiropractic Association v Singh*, [2010] EWCA Civ 350.

[25] *Joseph v Spiller*, [2010] UKSC 53.

[26] Jenny Afia & Phil Hartley, *Lord Lester's Defamation Bill 2010: A Practical Analysis*, 2 (2) *Journal of Media Law* 183, 186 (2010).

[27] Ministry of Justice, *supra* note 12, at 19-20.

[28] Ministry of Justice, *supra* note 12, at 27-28.

[29] Price, Duodu & Cane, *supra* note 13, § 9-05.

[30] Ministry of Justice, *supra* note 12, at 20.

[31] 在英国法上,对一些与公共利益有关信息的报道受特权抗辩保护(可参见下文有关部分),不受诽谤侵权追究,此类报道或发布被称为“受特权保护陈述(或报道)”。文中提到的有关法案的意思是,如果评论是基于“受特权保护陈述”中说的事实,即使该的“事实”并不是客观事实,仍然可以认为评论人是基于事实发表评论,从而不影响抗辩的成立。

见”的典型情形(但明确引用他人观点不属此排除抗辩的范围)。

### 3. 对法案规定的评价

法案规定是对现行普通法规则的澄清和发展。首先,对法案以“诚实意见”的名称代替“公正评论”的名称,作者认为其形式意义是正名,使得抗辩的名称与抗辩的实质名实相符,而其意义则是对普通法发展的肯定和总结,将长期发展中形成的强化言论自由保护的普通法规则法典化。就文义而言,原“公正评论”抗辩固然指向“评论”,但其核心的要求是“公正”,也就是说,如果发表的评论不“公正”,就不能主张此抗辩,与此相适应,普通法的长期实践是以“一个公正思考的人”是否会作出系争评论作为评论公正与否的判断标准。在此要求下,如果发表的评论有失偏颇,则往往不能受此抗辩保护。与此不同,“诚实意见”文义之核心则在“诚实”,即只要评论人发表的观点是他自己在面对有关事实时出于诚意的看法,则无论该观点是否是“夸大的、固执的或偏见的”,<sup>[32]</sup>均不影响抗辩的成立,其所排除者仅为故意作出的与自己真实想法不符的评论或恶意的评论。相较于前者,无疑其对言论自由的保护更为充分,也更加符合言论自由保护每个人就一定事务发表“自己”意见权利的本质。

其次,对废弃抗辩构成的“公共利益”要件,笔者认为,法案的此种修正有重要意义,值得充分肯定。在英国法的长期历史上,隐私等个人信息并无相关法律直接保护,“公共利益”作为“公正评论”抗辩构成要件除限制该抗辩的适用范围外还同时发挥着保护私人生活的间接作用。但现代社会的发展使得公共领域与私人领域的区分日益困难,尤其是在博客等虚拟空间中,个人发布私人信息、他人评论成为生活的一部分,如强求评论必须是有关公共利益的事务,则将极大地限制言论自由,而现代英国法已发展了相应的保护私生活的法律规则,从而完全可以也应该废弃公共利益作为“公正评论”抗辩构成要件,使个人可以在不侵害他人私生活信息范围内享有最大限度地发表观点的自由。同时,法案以“一个诚实的人”可能基于有关事实作出系争陈述作为抗辩构成的要件之一,构成对主张“诚实意见”抗辩的重要限制,避免了不合理地将抗辩保护范围扩大到发表过分偏激或完全不负责任观点的评论者。此种限制无疑是合理的,可避免恶意者借题发挥,基于一定事实无端地发表导致他人名誉贬损的言论。

最后,对于哪些事实可作为评论的基础,一直有观点认为应是发表观点者已经认识到的事实,<sup>[33]</sup>法案的规定明确否定了这种观点,将其扩展为所有已经存在的事实,从而被告可以以所有评论发表时已经客观存在的事实作为支持自己评论的基础。对此,有学者认为存在自相矛盾之处:既然评论是“诚实”作出的,当然应是依据评论时已经了解的事实,如果评论时了解的事实不足以支持自己的观点,而主张以评论时不了解的事实作为自己所发表观点的基础,则应该已经不是“诚实”的评论了。<sup>[34]</sup>但笔者认为,虽然此质疑在逻辑上有合理性,但使每个人就所存在的所有与其有关的事实接受他人诚实评论,亦为每个人所应接受的社会评判,在此基础上,自然有允许评论者主张任何事实支持其评论的余地,于此,倒不必过分在意“诚实意见”的抗辩名称是否毫无瑕疵地于逻辑上覆盖所有抗辩适用的情形。但应特别注意的是,在法案规定下,可支持评论的事实限于已经存在的事实,也就否定了诚实地相信其依据“事实”作出评论但该“事实”事实上不存在时被告主张此抗辩的可能性,而对此问题,

[32] Bermingham & Brennan, *supra* note 10, at 294.

[33] Price, Duodu & Cane, *supra* note 13, § 9-05.

[34] Afia & Hartley, *supra* note 26, at 187.

一些学者意见和司法部咨询大多数反馈意见是支持允许被告主张“诚实意见”抗辩的。<sup>[35]</sup> 笔者赞同此种意见,认为法案的规定有些苛刻,在信息充斥的现代社会,对此种评论完全排斥其抗辩权将极大地限制言论自由,对评论人加以对“事实”的存在尽合理注意义务的要求已可较好地平衡双方的利益,法案的选择并不妥当。

### (三) 以制定法上的“基于公共利益的负责任发布”抗辩代替普通法上的 Reynolds 抗辩

#### 1. 立法背景

通过 1999 年的 Reynolds v Times Newspapers 案,<sup>[36]</sup> 英国上议院在有条件特权抗辩之内发展了一种媒体可引用的 Reynolds 抗辩,在满足基于公共利益和负责任报道两条基本要求之下,媒体可主张此抗辩而免除可能的侵权责任。<sup>[37]</sup> 上议院在该案中同时还确定了用以判断媒体是否负责任报道的十个考量因素。上议院对此案的判决“被认为是言论自由的重大胜利,但是,在随后的法律适用中,此抗辩的适用却受到(下级)法院的严格限制”,<sup>[38]</sup> 上议院确定的十个考量因素“成为了被告主张抗辩需要克服的一系列障碍”,<sup>[39]</sup> 导致其保护言论自由的作用大打折扣。为表达更明确的态度,英国上议院在 2006 年 Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL 案的裁决中明确表示:后 Reynolds 案件判决未能充分地支持媒体的自由。<sup>[40]</sup> 对 Reynolds 抗辩,在司法部的有关咨询中,许多组织要么表示此普通法的抗辩适用困难,几乎不被主张,要么表示其在实践中过于复杂和成本高昂。于是,司法部诽谤法草案引入新的“基于公共利益的负责任发布”抗辩,以明确其更广的适用范围和使有关媒体得到充分保护而不受诽谤侵权的不正当威胁。<sup>[41]</sup> 此抗辩为最终通过的法案所接受并成为其第 4 条。

#### 2. 法案规定下的“基于公共利益的负责任发布”抗辩

法案第 4 条首先规定了构成“基于公共利益的负责任发布”抗辩的两个基本条件:(1) 系争陈述是有关公共利益的事务或构成公共利益事务的一部分;(2) 被告合理地相信发布系争陈述是基于公共利益。其次,第 4 条明确了对中立新闻报道的保护:如果系争陈述属于或部分构成对原告为一方当事人的争议的准确和公正报道,法庭在确定被告是否合理相信发布系争陈述是基于公共利益时不能考虑被告对有关事实求证的遗漏,也就是说,被告未求证而对有关争议作出的准确和公正报道受此抗辩保护。<sup>[42]</sup> 再次,第 4 条规定应考虑案件的各种具体情况确定被告的发布是否符合此抗辩的要求,而在确定被告相信其基于公共利益发布是否合理时,在适当时必须考虑(发布报道的)编辑的判断标准。还有,第 4 条明确规定,为避免歧义,不考虑系争陈述是关于事实还是关于观点的陈述。最后,第 4 条明确规定了对普通法上 Reynolds 抗辩的废弃。

#### 3. 对法案规定的评价

“真实”抗辩保护的是对事实的发布,“诚实意见”抗辩保护的是基于事实的观点发表。但在实践

[35] Mullis & Scott, *supra* note 15, at 10-11; Ministry of Justice, *The Defamation Bill: Summary of Responses to Consultation*, Summary of Responses to Consultation CP(R) 3/11, at 29.

[36] *Reynolds v Times Newspapers Ltd*, [2001] 2 A. C. 127.

[37] Price, Duodu & Cane, *supra* note 13, § 13-01.

[38] Shaw & Chamberlain, *supra* note 2, at 49.

[39] Price, Duodu & Cane, *supra* note 13, § 13-07.

[40] *Id.*

[41] Ministry of Justice, *supra* note 12, at 10-11.

[42] Explanatory Notes: Defamation Act 2013, at 6.

中,事实和观点的区分有时并不容易,要求基于事实发表观点或发布实质真实的事实客观上是对发布人的限制。而在“基于公共利益的负责任发布”抗辩中,明确其既适用于事实的陈述又适用于观点的发表无疑意味着发布人更大的言论自由。作为平衡,此抗辩以公共利益作为限制。如此,法案规定的抗辩分工得以清晰:无论事实是否有关公共利益,可发布实质真实的信息或基于事实发表诚实意见,而对于与公共利益有关的事件,只要负责任地发布信息或发表观点即可。此种分工非常合理,既保持了英国诽谤法的连续性,又明确划分了不同抗辩保护的不同领域。

在具体方面,法案对“基于公共利益的负责任发布”抗辩的适用并不限制主体。按照司法部的有关说明,如此之意图在于此抗辩从只有主流媒体可援用的 *Renolds* 抗辩成为一个适用于一切主体的一般抗辩,以适应当今新媒体发展下新闻报道和监督不再专属于传统媒体组织的现实。笔者充分肯定此种立法意旨,也认为如此更符合“基于公共利益的负责任发布”抗辩之本旨:既为保护基于公共利益的发布之言论自由,而任何人和组织又皆应有就公共利益事件发表言论的自由,有关抗辩自不应仅为传统媒体组织独享。关于构成此抗辩的两个具体条件——基于公共利益事务和合理地相信报道系争陈述是基于公共利益,亦为此抗辩正当性之必需,自然值得肯定,而其是否属于“合理相信”留给法院判定,从而“允许法院相当大的灵活性也是合适的”。<sup>[43]</sup> 另外,对中立新闻报道的不刻意要求求证,则为满足与公共利益有关争议信息及时传播所必需,“接受(的是)普通法上的新闻报道原则”,<sup>[44]</sup> 法案的规定是完全正确的,至于法案对普通法上相应抗辩的明确废除,则起到同上述抗辩中废除普通法抗辩一样的实现有关抗辩完全法典化以简化和明晰有关法律制度的作用。

#### (四) 新增“科学或学术期刊上同行评价陈述”抗辩

在对抗辩事由的完善方面,除上述重要的改变外,法案还从有条件特权抗辩中发展出了“科学或学术期刊上同行评价陈述”抗辩,作为新的独立抗辩类型加以规定。

根据法案第6条的规定,如果一个陈述是就一个具有专业知识的人感兴趣的科学或学术问题并经过杂志编辑就其科学或学术价值的审查而发表在杂志上,除发表人为恶意外,受特权抗辩的保护,任何发表在同一杂志的对此受特权抗辩保护陈述的评价亦受特权抗辩保护。

此抗辩的引入在于明确学术评论的自由。只要不是恶意攻击他人,而是就学术问题发表评论,即使评论激烈、偏颇,亦受特权保护,从而澄清了有关法律适用并鼓励学术争鸣。尤其是规定对受特权抗辩保护陈述价值的评价亦受特权抗辩保护,其促进学术争鸣的意图更加清晰。笔者认为,此种抗辩应为当然存在,否则无以促进学术自由、学术争鸣和学术进步。第6条明确学术争鸣中的抗辩非常有益,尤其是其仅排除恶意评论,为学术自由提供了最大的空间,值得充分肯定。

#### (五) 完善现行的绝对特权和有条件特权抗辩

在英国诽谤法上,现行绝对特权和有条件特权抗辩是上述各类典型抗辩外的一种特殊抗辩类型。特权抗辩适用于“免受诽谤诉讼恐惧的信息传递自由比对名誉保护重要的一些特殊情况”,<sup>[45]</sup> 目的在于对报道与公共利益有关的特定活动或公开文件等予以保护,以维护公众对公共事务的知情权等权

[43] Howard Johnson, *The Defamation Act 2013—Reform or Tinkering?* 19 (1) Comms. L. 1, 2 (2014).

[44] David Hooper, Kim Waite & Oliver Murphy, *Defamation Act 2013—What Difference Will It Really Make?* 24 (6) Ent. L. Rev. 199, 201 (2013).

[45] W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* 560–561 (17th ed., Sweet & Maxwell 2006).

利。<sup>[46]</sup>《诽谤法 1996》第 14 条和第 15 条规定的特权抗辩的保护范围非常庞杂,概括而言,保护范围包括:限于英国和欧盟范围以及英国作为成员国的情形,对法院或国际性法院、仲裁庭的公开审判或开庭的公正和准确报道,对公开的立法、司法、质询活动和国际组织或国际会议的公正和准确报道,对立法、司法、行政机关履行职责行为或国际组织、国际会议公布文件的公正和准确报道,对各类协会所作出的决定以及对英国公共公司大会、公开文件以及董事的任命、辞职、解职或退休的公正和准确报道,受此抗辩保护。

法案对特权抗辩的改革是,大幅度扩大受保护的範圍,将对世界范围内发生的上述活动的公正和准确报道均纳入特权抗辩保护的範圍,不再限于英国、欧盟和英国作为成员国的国际性组织範圍,同时扩大受特权保护报道领域的範圍,如增加对各类学术会议、各类新闻发布会报道的特权保护等。<sup>[47]</sup>

笔者认为,特权抗辩保护的是公众对有一定公共利益价值的公开信息的知情,对维护公众知情权具有非常积极的意义。与“基于公共利益的负责任发布”抗辩相比,其只要求所报道活动落入法律规定的範圍,免除了判断是否基于公共利益的麻烦,报道人也无需证明其报道是出于公共利益考量,从而为报道人提供了更加宽松的报道自由。而根据法案的修正,这种自由被扩展到对世界范围内的有关活动的报道。法案的此种修正体现出对公众更广泛范围内知情权的肯定,符合互联网时代信息传播途径越来越发达、世界范围内信息自由传播以及成为公众日常信息一部分的情况下对信息传播保护的需要,完全应予赞同。

## 二、中国司法实践中的名誉权侵权特殊抗辩事由及评价

如上文所言,中国法的传统是概括性地规定侵权责任的抗辩事由,在立法上没有关于名誉权侵权特殊抗辩事由的任何规定,但为应对司法实践的需要,最高法院通过司法解释作出了一些相当于特殊抗辩事由的规定。包括有名誉权侵权特殊抗辩事由的司法解释主要是 1993 年的《关于审理名誉权案件若干问题的解答》(以下简称《解答》)、1998 年的《关于审理名誉权案件若干问题的解释》(以下简称《解释》)和十余件最高法院对个案的复函。这些司法解释中的有关规定形成了中国法名誉权侵权特殊抗辩事由的初步框架,其包含的抗辩事由成为实质上的中国法名誉权侵权特殊抗辩事由。结合学者研究,笔者认为中国司法实践中的名誉权侵权特殊抗辩事由具体应包括“事实基本真实”、“公正评论”和“权威消息来源”抗辩,现分述和评价如下。

### (一) 司法解释中的“事实基本真实”抗辩及评价

#### 1. 有关“事实基本真实”抗辩的司法解释解读

《解答》第 8 条第 1 款规定,因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷,“文章反映的问题基本真实,没有侮辱他人人格内容的,不应认定为侵害他人名誉权”,此规定以文章内容基本真实排除侵害名誉权的构成,学者一般将其解读为规定了“内容基本真实”抗辩。<sup>[48]</sup>除此之外,《解释》第 9 条第 2 款前段规定,“新闻单位对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论,内容基本属

[46] Cane, *supra* note 1, at 135.

[47] Hooper, Waite & Murphy, *supra* note 44, at 203.

[48] 同注 4 杨立新引文,第 4 页;姚辉、雷震文:“文艺批评中的名誉权界限”,载《东方法学》2011 年第 6 期,第 30 页;俞里江:“司法实践中媒体侵权基本抗辩事由分析”,载《法学杂志》2011 年第 8 期,第 104 页。

实,没有侮辱内容的,不应当认定为侵害其名誉权”,此规定虽然涉及的仅是特定主体——新闻单位对特定范围内事务——生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行的批评、评论,但也明确以“内容基本属实”作为排除侵权责任的条件,也可以认为是关于“内容基本真实”抗辩的规定。在系统性司法解释之外,最高法院在1996年“关于都兴久、都兴亚诉高其昌、王大学名誉权纠纷一案的请示报告”的复函和1999年“关于刘兰祖诉山西日报社、山西省委支部建设杂志社侵害名誉权一案的复函”中,分别以“小说中使用都本德真实姓名虽有不妥,但都本德在历史上确实担任伪职”及“山西日报社和山西省委支部建设杂志社将相关事实通过新闻媒体予以报道,没有违反新闻真实性的基本原则,该报道的内容未有失实之处,属于正常的舆论监督”为由,认为不应认定构成名誉权侵权,再次涉及了以内容真实或基本真实排除侵权责任的构成问题。

笔者认为,上述《解答》和《解释》的规定中,虽然其条文表述首先涉及的是“因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷”和“新闻单位对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论”,但其排除侵权责任的核心要素为“文章反映的问题基本真实”和“内容基本属实”,而尽管批评或评论本身亦为文章或报道的内容,但由于批评和评论为观点,观点只有正确与否、合理与否问题,不存在真实与否问题,因此司法解释中要求基本真实的应为文章或报道所涉及的事实,从而将有关司法解释解读为规定了以事实的基本真实抗辩侵权责任的构成是合理的,而上述最高法院复函中的有关表述可为此解读合理性的进一步佐证。但在抗辩的具体名称上,笔者认为,相比“内容基本真实”,“事实基本真实”的表述更能准确地反映此抗辩的本质和避免歧义,因此主张以“事实基本真实”命名之。

## 2. 对“事实基本真实”抗辩的评价

根据上文分析,“事实基本真实”抗辩以《解答》第8条第1款和《解释》第9条第2款前段为规范基础,并以《解答》第8条第1款为主要规范基础。按照《解答》第8条第1款的规定,其适用对象是因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷,并不适用于仅发布有关事实但不进行批评性评论产生的名誉权纠纷,从而大量的仅发布事实而导致他人名誉贬损的情况被排除适用,适用范围明显过窄。而就文字表述看,有关表述为“反映的问题基本真实”,并未清晰地表述为“事实”的基本真实,表述不够明确。更为重要的是,《解答》第8条第1款以“因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷”为前提,而“事实基本真实”抗辩之核心应指向“事实”发布的真实,不应受限于“撰写、发表批评文章”。结合以上各点,《解答》第8条第1款的规定与保护对事实发布的真正意义上的“事实基本真实”抗辩尚有很大差距。对同为规范基础的《解释》第9条第2款前段,其适用范围是更窄的“新闻单位对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论”,并且其抗辩的核心事由是“内容基本真实”,同样未能明确地指向“事实”基本真实。因此,虽然可以认为中国司法解释规定了“事实基本真实”抗辩,但有关抗辩缺乏科学的设计,适用范围过窄,文字表述模糊,体现出明显的为解决一时现实需要(为解决因发表批评文章或因批评产品质量或服务质量而引起的名誉权纠纷)而制定的特点。

另外,根据《解答》第8条第3款的规定,“文章的基本内容失实,使他人名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权”,从而文章内容达不到“事实基本真实”的,将不能主张抗辩。此规定适用于一般的发布不真实信息是没有问题的,但如果所发布信息为转发,而转发的信息不真实,此时不考虑转发人是否经过了合理求证而一概否定其援用此抗辩将产生与上述英国法坚持“重复规则”相同的问题,事实上将使转发因具有高度的风险而变得几乎不可能,不符合当今信息社会中公众对信息及时传播和交流的需要。



## (二) 司法解释下的“公正评论”抗辩及评价

### 1. 有关“公正评论”抗辩的司法解释解读

司法解释涉及“公正评论”抗辩最典型的是《解释》第9条第1款的规定。《解释》第9条第1款规定,“消费者对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论,不应当认定为侵害他人名誉权,但借机诽谤、诋毁,损害其名誉的,应当认定为侵害名誉权”,此款明确规定了对批评、评论的保护,只要消费者不“借机诽谤、诋毁”,即排除侵权责任的构成。由于借机对评论对象进行诽谤、诋毁已远远超出评论的应有含义,因此可以认为此款规定了“公正评论”抗辩,并且是相当宽松的“公正评论”抗辩:即使语言尖刻、犀利,或评论内容完全为批评性内容,只要不恶意诽谤、诋毁,均不构成侵权责任。

但是,《解释》第9条第1款的适用范围非常局限,主体方面只限于“消费者”,相应地,客体方面也只限于“生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论”,非“消费者”或非对“生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量”之外的事情进行批评、评论将不能引用此款规定主张抗辩,从而大量的评论将无法依此款规定获得“公正评论”抗辩的保护。

然而,解读司法解释关于“公正评论”抗辩的规定,除了《解释》第9条第1款之外,还应该分析《解答》第8条第1款的规定。事实上,虽然如上文分析,《解答》第8条第1款被认为主要关注的是事实是否失实问题,一般认为其规定了“事实基本真实”抗辩,但应注意的是,此条文的背景却是因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷。根据《解答》第8条第1款的规定,因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷,“文章反映的问题基本真实,没有侮辱他人人格的内容的,不应认定为侵害他人名誉权”。如果严格按照文义解释,在事实基本真实和没有侮辱他人人格内容的情况下,侵权责任已经被排除,则批评本身无论如何激烈或偏颇,均不构成侵权责任,<sup>[49]</sup>从而可以推理出第8条第1款已经包括了对批评非常宽泛的保护,而批评为评论的情形之一,为负面的评论,如果负面的评论已获得保护,则由于正面的评论不会侵害名誉,于是自然可以将推理转换为第8条第1款已经对评论进行了宽泛的保护,甚至不要求评论的“公正”,也不要求评论的对象必须与公共利益有关。<sup>[50]</sup>同样的推理也可以适用于上述《解释》第9条第2款前段的规定,认为该款规定了对新闻单位针对“生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量”批评、评论的宽松保护。在上述推理之下,可以认为中国司法解释规定了适用广泛的对评论的宽松保护。

但应予注意的是,根据《解释》第9条2款后半段和上述《解答》第8条第3款的规定,如果新闻单位批评基于的事实“主要内容失实”,或发表批评文章“基本内容失实”,无论批评或评论的具体情形如何,将不能援用“公正评论”抗辩。如此,评论的发布者将承担严苛的保证评论所基于的事实真实的义务,从而与上述英国法相同,如果作为评论基础的“事实”不真实,则即使评论人诚实地相信该“事

[49] 白净、魏永征教授也认为,“司法解释将侵害名誉权的言论分列为基本内容失实和侮辱,已经暗含把不同意见包括不正确的意见排除于侵权言论之外的意思,但是并无明确规定”。参见白净、魏永征:“论英国诽谤法改革的趋势”,载《国际新闻界》2011年第6期,第102页。

[50] 对《解答》第8条第1款的解读,学者存在不同意见,张红教授在没有论证的情况下直接认为该款规定了“公正评论”抗辩,杨立新教授明确说明该款规定了“事实基本真实”抗辩,但没有提出该款规定了“公正评论”抗辩,而周林彬教授则强烈怀疑该款规定的是“公正评论”抗辩。参见张红:“事实陈述、意见表达与公益性言论保护——最高法院1993年《名誉权问题解答》第8条之检讨”,载《法律科学》2010年第3期,第113页;同注4 杨立新引文,第4-6页;周林彬、方斯远:“论新闻侵权中的公正评论原则”,载《当代法学》2008年第1期,第21-22页。

实”真实而发表评论,也将不能受“公正评论”抗辩保护。

结合以上分析,可以认为中国司法解释规定了“公正评论”抗辩,并且对评论的“公正性”采非常宽松的要求且不要求评论对象与公共利益的相关性,但作为评论基础的事实必须基本真实。

## 2. 对“公正评论”抗辩的评价

对中国司法解释下的“公正评论”抗辩,存在的首要问题是规范基础不明确。正如上文分析,如果认为规范基础是《解释》第9条第1款,则其适用范围明显过窄,没有包括对社会公共事务评论等“公正评论”抗辩应适用的主要情形;如果认为其规范基础是《解答》第8条第1款和《解释》第9条第2款,则由于条文对此的指向并不明确,需要借助于文义解释的方法,而上述文义解释的结论未必符合司法解释起草者的目的,也就是说,在目的解释下文义解释的结论未必成立。并且,即使接受文义解释的结论,认为规定了一般性的广泛适用的“公正评论”抗辩并对评论的“公正性”采宽松要求且不要求评论对象与公共利益的相关性,但由于对评论的“公正性”采宽松要求和是否要求评论对象与公共利益的相关性是重大的法律政策问题,对这两个问题不予以正面规定而留给解释、推理无疑是非常不妥当的。而对评论所要求的事实基础,笔者认为司法解释的规定过于苛刻:要求评论人调查事实的真实性再作出评论将极大地限制言论的自由,<sup>[51]</sup>尤其是将导致目前广泛存在的基于博客、微博和各种网络消息进行的评论几乎无存在空间。对此问题,笔者认为,司法解释的现行规定不合理,只要评论者就事实的真实性尽到了合理的注意义务,其发表的评论就应受“公正评论”抗辩保护。

### (三)“权威消息来源”抗辩

#### 1. 有关“权威消息来源”抗辩的司法解释解读

《解释》第6条前段规定:“新闻单位根据国家机关依职权制作的公开的文书和实施的公开的职权行为所作的报道,其报道客观准确的,不应当认定为侵害他人名誉权。”此规定一般被解读为“权威消息来源”抗辩。<sup>[52]</sup>笔者认为,此规定指向清晰,表达明确,只要是依据国家机关职权内公开文书或公开职权行为进行的客观准确报道,皆可排除侵权责任,而由于国家机关的公开文书内容当然是权威的消息,而公开实施的职权行为虽然没有文字作为依据,但无疑是一种客观的消息,可视为权威消息的特殊情形,从而将《解释》第6条前段的规定解释为规定了“权威消息来源”抗辩是合理的。需要说明的是,根据《解释》第6条后段的规定,对此种抗辩的限制性要求是,如果前述文书或职权行为已经公开纠正,应进行后续的更正报道,否则应对造成的他人名誉损害承担侵权责任。

依据上述条文的规定,可以引用“权威消息来源”抗辩的主体是“新闻单位”,除此之外的主体不能主张此抗辩。其次,此抗辩保护的范围限于“国家机关依职权制作的公开的文书和实施的公开的职权行为”,如此,对非国家机关有关文书和活动的报道,或者对国家机关非公开文书或活动的报道将不受此抗辩保护。

#### 2. 对“权威消息来源”抗辩的评价

司法解释对“权威消息来源”抗辩的规定表述清楚、指向明确、边界清晰,值得肯定。但是,在抗辩的适用范围上,司法解释规定的适用范围明显过窄:(1)将抗辩适用主体限于新闻单位过于狭隘。所谓“权威消息来源”涉及的应为公众知悉的公共事务,关乎公众对公共事务的知情权,新闻单位的报道

[51] 同注48俞里江引文,第106页。

[52] 同注4杨立新引文,第5页;同注48俞里江引文,第104页;蔡明春:“新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略”,载《宁夏社会科学》2003年第1期,第18-19页。

因可以满足公众的知情而受抗辩保护,非新闻单位的个人、单位对有关事务情况的发布同样可以满足公众知情的需要,没有理由给予前者特权而歧视后者,尤其是在各类新媒体迅猛发展,每个人都很容易地成为信息发布者的当下社会,此种限制更是完全背离社会现实的需要。(2)将抗辩适用的报道范围限于国家机关的有关文书和活动明显过窄。按照一般理解,国家机关仅包括国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军事机关,范围极其有限,于是,大量的其他组织的公开文书或活动,即使属于公共事务,与公共利益密切相关,对其所作的报道也不能受抗辩保护。此种规定将在实践中导致明显不合理,甚至滑稽的结果。典型的如对中纪委公开文件和活动的报道,中纪委作为在中国反腐败中起到核心作用的组织,每年公布大量的腐败案件,如果某个官员可以因媒体等报道的中纪委反腐消息导致其社会评价降低主张名誉权侵权而可以获得法律支持,恐怕将会被认为是滑天下之大稽的事情。再如对上市公司公开信息的报道,上市公司关乎大量投资人的利益,对其公开信息的报道不受抗辩保护将是非常不合理的。因此,将抗辩适用范围限于对国家机关有关文书和活动的报道不符合“权威消息来源”抗辩应有的价值,应取向“权威消息来源”抗辩通过抗辩权的赋予满足公众知情权的价值而大幅度放宽抗辩适用的范围。

### 三、中英名誉权侵权特殊抗辩事由比较

#### (一) 英国法的立法模式值得借鉴

在立法模式上,具有深厚判例法传统的英国长期采用的是普通法和制定法共存,在成熟的情况下采用制定法的模式,而通过法案,英国法名誉权侵权特殊抗辩事由已经成为几乎完全由制定法规定的领域。其体现的价值取向是对具有重要意义的划定言论自由和名誉权保护边界的名誉权侵权特殊抗辩事由,应采用制定法的模式以最大限度地使其范围和边界明晰化。反观中国法,由于没有对特殊侵权类型单独立法的传统,也不重视对特定侵权类型特别抗辩事由的规定,在制定法的层面完全没有关于名誉权侵权特殊抗辩事由的任何规定。而由于名誉权侵权的抗辩不仅涉及具体当事人的权利保护和自由,更涉及社会对言论自由的态度和言论自由的边界,在面对司法实践中各种各样复杂问题的情况下,不得不由最高法院作出规范性司法解释和一个又一个的复函。然而,由于最高法院司法解释往往只是面对问题的一时性或应对性回应,自然不可能对特殊抗辩事由作出系统性和整体性的规定,更不可能实现对具体抗辩事由的科学设计。更为重要的是,最高法院只有宪法规定下的司法解释权,将涉及基本价值判断的极其重要的言论自由与名誉权保护边界的确定问题交由最高法院司法解释是极其不妥当的,也是非常不严肃的。因此,英国法用议会立法加以规范的模式明显更加合理,应为中国未来完善有关制度加以借鉴。

#### (二) 英国法名誉权侵权特殊抗辩事由的体系化程度明显优于中国法

英国法名誉侵权特殊抗辩事由虽然最初由普通法发展,但后来经过制定法的总结、继承和完善,至今法案已经几乎完全由制定法加以规定。由于经过了长期的发展,尤其是通过立法进行认真地梳理、总结和改革,已经在总体上形成了分工明确、体系完整的特殊抗辩事由体系。根据法案,英国法名誉权侵权特殊抗辩事由包括“真实”、“诚实意见”、“基于公共利益的负责任发布”、“科学或学术期刊上同行评价陈述”和更加完善的绝对特权和有条件特权抗辩,其中“真实”抗辩解决对发布基本真实信息的保护,“诚实意见”解决对基于一定事实的意见发表的保护,“基于公共利益的负责任发布”解决

对发布与公共利益有关的事实或观点、评论的保护,而“科学或学术期刊上同行评价陈述”则特别解决对学术争鸣的鼓励并给予学术观点的发表最宽松的保护,绝对特权和有条件特权抗辩解决对广泛范围内的与公共利益有关的公共事务报道的保护,各个抗辩事由各自边界清晰、彼此分工明确,分别在特定的方面或领域发挥作用而又共同协作实现合理确定社会生活中应予明确的言论自由和名誉权保护边界的作用。

相对而言,中国法虽然在1989年最高法院“关于王水泉诉郑戴仇名誉权案的复函”中对名誉侵权特殊抗辩事由即已有所涉及,并经过1993年《解答》和1998年《解释》及十多个最高法院复函的发展,但一直到2009年12月通过的《侵权责任法》,中国立法始终没有正面回应名誉权侵权特殊抗辩事由问题,而通过司法解释形成的上述可以被认为是名誉权侵权特殊抗辩事由的三类情形,完全没有进行体系化的任何努力,也未尝试包括所有应予规定的特殊抗辩事由,如对于具有特殊重要性的学术批评,完全未考虑其特殊的法律边界等,<sup>[53]</sup>从而与英国法比较存在着明显的类型缺失和抗辩事由调整的盲区。同时,正是由于这种缺乏计划性和被动应对性,现行中国法下的特殊抗辩事由之间缺乏明确的分工和各自清晰的边界。如对“事实基本真实”抗辩,中国司法解释在进行规范时并未明确区分所发表内容的“事实”问题和“观点”问题,只是笼统地规定在因撰写、发表批评文章引起纠纷时“文章反映的问题基本真实”或新闻单位对产品质量、服务质量的批评、评论“内容基本属实”,此处“文章反映问题基本真实”、“内容基本属实”虽然从分析上应是指向事实,但由于和批评、评论纠缠在一起,指向不清、定位不明。同样的问题也存在于对“公正评论”抗辩的规定。在此种规范模式下,“事实基本真实”抗辩到底是解决对事实发布的保护,还是保护发表批评、评论时的“事实真实”,“公正评论”抗辩是仅定位在对评论的保护还是同时保护事实的发布均不清楚。因此,与英国法相比,中国法在特殊抗辩事由的系统化方面明显存在欠缺,而英国法名誉权侵权抗辩事由系统化程度明显优于中国法。

### (三) 英国法在具体抗辩事由的总体设计上更加科学、适用范围更加合理

在中国法已有的三个抗辩事由上,与英国法比较,英国法在抗辩事由具体设计上更为科学,适用范围更加合理。

对“事实基本真实”抗辩(英国法为“真实”抗辩),中国法上的“事实基本真实”抗辩,在适用范围上,正如上文分析,无论《解答》第8条第1款还是《解释》第9条第2款的规定都过于局限,前者只包括撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷,后者更是只适用于新闻单位就产品质量和服务质量进行监督时批评、评论引起的名誉权纠纷,与“事实基本真实”抗辩应有的对发布真实信息的概括保护相去甚远。比较而言,英国法上的“真实”抗辩清晰指向对事实的发布,完全不涉及观点问题,其价值在于保护发布真实信息的发布人,适用范围自然也是所有发布真实信息的情形,无论发布真实信息的人是仅仅发布了信息还是基于此信息进行了评论,均可援用此抗辩排除其因真实信息的发布而导致他人名誉贬损的侵权责任,其设计和适用范围都更加合理。

对“公正评论”抗辩,英国法传统上要求必须基于一定的事实且基于公共利益发表公正的评论,但现行法已经废弃“公共利益”要件而将其改造为社会公众针对一定事实发表自己意见的“诚实意见”抗辩,且意见不要求公正,只要一个诚实的人会拥有即可,而对基于公共利益事件的评论,则由改造于

[53] 司法实践中是放在一般的批评文章导致名誉侵权的规则下处理,而法学界这方面的研究也极少。可参见蔡诗言:“学术批评的法律界限问题研究——以我国法院审判实践为视角”,载《四川理工学院学报》(社会科学版)2013年第3期,第1-5页。

普通法 *Renolds* 抗辩的“基于公共利益的负责任发表”抗辩加以保护。相对而言,首先,中国法下的“公正评论”抗辩事由,在规范上并未明确其构成要件,即是否要求评论的“公正”和“基于公共利益”要件,还是如上文笔者推理不要求这两个要件都不明确。如果按照学者一般的解释,“公正评论”抗辩构成要求“公共利益”要件,<sup>[54]</sup>则无疑已经不能适应时代发展下公共利益越来越空泛和应更大限度地保护言论自由的需要。其次,在适用范围上,中国法下的“公正评论”抗辩到底是仅依《解释》第9条第1款适用于极窄的范围还是根据对《解答》第8条第1款的文义解释适用于更宽泛的范围并不清楚。如果是前者,则适用范围明显过于局限;如果是后者,也会存在将适用范围限于“反映问题”而“发表批评文章”完全不必要和不合理的问题,从而中国法上“公正评论”抗辩的适用范围存在模糊不清和明显的局限性。总之,与英国法的有关规定比较,中国法下的“公正评论”抗辩在抗辩事由设计的科学性和适用范围上均存在明显不足。

最后,上述中国法上的“权威消息来源”抗辩与英国法上的特权抗辩保护的相当,但不同的是,英国法通过法案的完善,特权抗辩保护的已经大幅度地扩展到了对世界范围内公开的立法、行政、司法(包括仲裁)活动及公开文件的公正和准确报道,对国际组织、国际会议公开活动和公开文件的公正和准确报道,以及世界范围各类协会、组织和公共公司公开活动和公开文件的公正和准确报道,而中国法上的“权威消息来源”抗辩只适用于有限范围内的国家机关公开活动和公开文件的客观准确报道。两者比较,中国法下抗辩适用的范围明显过窄,且不能适应信息时代满足公众知情权的需要,而英国法的有关规定较中国法更为可取。

#### 四、完善中国法名誉权侵权特殊抗辩事由的建议

在现代社会中,言论自由的价值不容置疑,而名誉保护关乎人之尊严,其在价值上的重要性亦无可替代,在面对此两种时常冲突的价值时,以法律准确划定其边界不仅必要而且迫切。在中国,随着社会公众权利意识的觉醒,越来越多的人开始主张并维护自己包括名誉权在内的各项人格权利,同时,言论自由作为宪法规定的基本人权,保障着公民对社会事务的知情、参与并对公权力等进行监督,名誉权侵权特殊抗辩事由为划定言论自由和名誉权保护边界的重要法律制度,从而建立完善的名誉权侵权特殊抗辩事由体系意义重大。面对我国近几十年急剧增加的名誉权侵权纠纷,在法律只有一般性规定的情况下,司法实践中通过最高法院司法解释及各级法院的审判活动探索了对言论自由和名誉权保护边界的合理确定,也事实上形成了一些名誉权侵权特殊抗辩事由,取得了值得肯定的进展,但与满足社会发展的需要相比,与具有数百年法律发展历史经验的英国法相比,中国法还存在许多不足。英国法在此方面积累了成熟的经验,许多方面可以借鉴,在上述与英国法比较的基础上,笔者提出以下完善中国法名誉权侵权特殊抗辩事由的建议。

##### (一) 采用基本法的立法模式,确立体系化的名誉权侵权特殊抗辩事由体系

中国现行名誉权侵权特殊抗辩事由完全由司法解释规定,其不合理性已如上文所述。由于名誉权侵权特殊抗辩事由超越民法的重大意义,即使如英国之普通法传统深厚的国家也选择由议会立法

[54] 同注4 杨立新引文,第7页;徐迅等:“新闻侵害名誉权、隐私权新的司法解释建议稿(依据部分·续五)”,载《新闻记者》2008年第7期,第76页;同注50 周林彬、方斯远引文,第22页;张红:“新闻报道中的名誉侵权责任”,载《浙江学刊》2012年第4期,第159-160页;同注48 俞里江引文,第106页。

加以明确规定,因此,在中国未来的立法完善中,应彻底改变目前的做法,改由民事基本法律加以明确规定。在实现途径上,可考虑通过完善《侵权责任法》第三章“不承担责任和减轻责任的情形”的有关规定来实现。具体来说,建议将该章现规定的各种抗辩事由置于“第一节:一般情形”之下,新增“第二节:名誉权侵权特殊抗辩事由”,对各类名誉权侵权特殊抗辩事由及其基本构成加以明确规定,而对需要进一步详细规定的问题可交由司法解释加以明确,<sup>[55]</sup>如此,既能够通过基本法的规定划定极具重要性的言论自由和名誉权保护的边界,又可避免基本法律规定过多繁琐的细节而影响基本法律的结构平衡和形式之美,从而具有很强的可操作性。<sup>[56]</sup>

在上述立法模式的基础上,采体系化的方法系统地构建名誉权侵权特殊抗辩事由体系。体系构建的意义在于确定可作为特殊抗辩事由的范围,从整体上解决名誉权侵权特殊抗辩事由问题,并形成互相配合的特殊抗辩事由。构建此体系要求对特殊抗辩事由进行整体思考,通过体系化的方法一次性地解决特殊抗辩事由的确定,而不是通过不断地修修补补,缓慢而散碎地解决此问题。英国法通过法案实现了名誉权侵权特殊抗辩事由的体系化,其各个抗辩事由彼此分工、各自定位明确、边界清晰,提供了可供借鉴的成熟经验。中国未来名誉权侵权特殊抗辩事由的立法应在总结司法实践经验的基础上,借鉴英国法,合理定位各个抗辩事由,明确其各自保护的范围和边界,确立一个彼此协调、相互分工的抗辩事由体系,共同实现言论自由和名誉权保护的合理平衡。

## (二) 确立包括“事实基本真实”、“诚实意见”、“基于公共利益的负责任发布”、“权威消息来源”和“正当学术批评”的具体特殊抗辩事由

“事实基本真实”抗辩相当于英国法的“真实”抗辩,但考虑到我国司法实践和理论上表述的习惯以及更为明晰地表达抗辩内涵,采用我国习惯上的表达。在具体内容上,此抗辩事由应改造《解答》第8条第1款和《解释》第9条第2款的规定,将其中涉及评论的部分完全剔除,成为一个纯粹的基于事实的抗辩,即只要发表的文章或发布的消息等涉及的事实是基本真实的,即可对名誉权侵权主张此抗辩,从而使此抗辩成为一个所有人都是可以援用的对基于口头陈述和书面发布均适用的抗辩事由。同时,在转述他人事实的情形,只要转述人尽到了合理求证义务即允许其援引“事实基本真实”抗辩获得保护。

与“事实基本真实”抗辩相对,“诚实意见”抗辩则为对观点或评论引起的侵权纠纷的抗辩。“诚实意见”的表述完全采自英国法案的表述,与我国习惯上“公正评论”的表述不同。其原因在于,我国习惯上“公正评论”抗辩的表述是中国学者参照英国法术语解读《解释》第9条第1款的结果。但正如上文分析,英国法抗辩事由改革已经将原“公正评论”抗辩重新命名为“诚实意见”抗辩,并将“诚实意见”抗辩改变为一个纯粹的对社会公众基于一定事实发表意见加以保护的制度。我国既然已经借鉴

[55] 值得注意的是,在《侵权责任法》通过前主要的两部学者民法典草案中,社科院版草案在第1750条“对名誉权的侵害”之后,以法条理由说明的形式列举了包括传播事实真实、正当的舆论监督、引用权威资料、在特定亲属间的传播、受害人同意等免责事由(参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编·继承编》,法律出版社2004年版,第41-42页),而人民大学版则是在第1867条“新闻侵权的抗辩事由”之下规定了包括新闻作品的内容真实合法、新闻作品具有权威性来源、评论基本公正、当事人同意、正当行使舆论监督权等免责事由(参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及立法理由·侵权行为编》,法律出版社2005年版,第81-82页),对以立法形式规定名誉权侵权特殊抗辩事由作了有益的探索。

[56] 此种立法模式也预留了以“章”下新增“节”的方式对其他重要侵权类型可能的特殊抗辩事由进行规定的空间。如果《侵权责任法》修订的模式由于各种原因暂时难以实现,以系统性司法解释的方式规定名誉权侵权特殊抗辩事由也是可以考虑的,只不过是一种较差的选择。

英国法确定了“公正评论”抗辩,对英国法具有说服力的改革亦应加以追随,将司法解释下的“公正评论”抗辩改造为与英国现行法具有同一内涵的“诚实意见”抗辩,而对基于合理确信“事实”发表意见但该“事实”被证伪的情况,则不采英国法规则而给予“诚实意见”抗辩保护。

接受“诚实意见”抗辩的符合逻辑的下一步便是接受英国法上的“基于公共利益的负责任发布”抗辩。在现代社会,舆论和媒体的监督是社会正常运行的极其重要的积极力量,对基于公共利益发布进行特别保护具有无可置疑的正当性。中国法在确立“事实基本真实”和“诚实意见”抗辩的同时,也应该借鉴此“基于公共利益的负责任发布”抗辩,将其作为独立的抗辩事由。至于其表述,笔者认为英国诽谤法的表述已经比较简洁和明确,故建议接受。在此抗辩下,许多学者所主张的公众人物名誉权应受适当限制、对公众人物合理范围内的报道即使造成其名誉贬损也应免除侵权责任的问题也可获得解决,也不再需要把“公众人物”单独作为抗辩事由。<sup>[57]</sup>

现代社会是一个信息的社会,基于对信息传播快捷性和公众知情权的满足,需要对信息的传播提供适当的保护。上述的“基于公共利益的负责任发布”抗辩可以在一定程度上发挥这种作用。然而,其“基于公共利益”和“负责任”发布的要求,为信息发布者增加了很大的负担,而对许多本来是公之于众的信息,应该赋予传播者更少的法律风险和更简洁的获得保护途径。在英国法上,承担此角色的是特权抗辩。在中国,“权威消息来源”抗辩起着相同的作用。由于“特权”作为法律概念无论在中国法律上还是社会公众的观念中都很陌生,从而特权抗辩的表述具有过于明显的英国法特色,对中国不具有采用的合理性,而中国二十多年的理论和实践已经接受和习惯“权威消息来源”的表述,且此种表述指向更加明确和清晰,因此应继续沿用。但在确定具体的“权威消息”的范围上,应借鉴英国法,大幅度扩张现行规定的适用范围,以最大限度地有利于公开信息的传播。

最后,英国法新增了“科学或学术期刊上同行评价陈述”抗辩,对学术自由、学术争鸣进行特别保护,只要不是恶意攻击他人的有学术价值的文章,以及针对此类文章发表的再争鸣文章,均受此抗辩保护。此规定对于划定学术争鸣和侵权的边界、鼓励学术自由和学术争鸣意义重大,对长期欠缺学术批评氛围的中国,尤其具有借鉴意义。因此,笔者建议我国亦可单独确立此项抗辩事由,但在具体表述上,认为英国法的表述虽然更加准确地反映了其保护的边界,但却颇显拗口和令人有疏离感,故建议采用更方便理解的“正当学术批评”作为替代。

## 五、结论

英国通过开始于2011年持续了两年的诽谤法改革,最终形成了议会两院通过并经女王签署的法案。法案大大完善了英国名誉侵权的特殊抗辩事由体系,使得英国诽谤法完成了向更有利于言论自由的明显位移。总体而言,法案通过规定“真实”、“诚实意见”、“基于公共利益的负责任发布”、“科学或学术期刊上同行评价陈述”和特权抗辩等抗辩事由几乎完全实现了英国法名誉权侵权特殊抗辩事由的法定化和体系化,合理地划定了言论自由和名誉权保护的边界,有关规定符合现代社会发展下扩大言论自由保护的需要。中国法在法律没有特别规定的情况下,通过最高法院司法解释的方式,发展

[57] 杨立新教授、王利明教授等许多学者主张将“公众人物”作为单独的名誉权侵权抗辩事由或限制对公众人物名誉权的保护。同注4 杨立新引文,第8-9页;王利明:“公众人物人格权的限制和保护”,载《中州学刊》2005年第2期,第95-96页。

出了“事实基本真实”、“公正评论”和“权威消息来源”等名誉权侵权特殊抗辩事由,但与英国法上的特殊抗辩事由比较,存在立法模式和体系化上的不足,已有的三个抗辩事由也存在规定模糊不清或适用范围不合理等缺陷。中国法未来应借鉴英国法加以完善,以确立中国法下言论自由和名誉权保护的合理边界。在具体完善措施方面,建议中国未来通过《侵权责任法》的修订,确立包括“事实基本真实”、“诚实意见”、“基于公共利益的负责任发布”、“权威消息来源”和“正当学术批评”在内的特殊抗辩事由体系。

**A Comparison of Defences in Infringement to Reputation Right between Chinese and English Law and Some Suggestions to the Amendment of Chinese Law:  
Beginning with a Comment on the Reform of Defences  
by the *Defamation Act* 2013 of UK**

Jiang Zhanjun

**Abstract:** The defences in infringement to reputation right draw a border line between freedom of expression and protection of reputation right in substance. In English law, the *Defamation Act* 2013 fulfill the codification of defences in general and promulgate a scientific defences system including *Truth*, *Honest Opinion*, *Responsible Publication on Matter of Public Interest*, *Peer-reviewed Statement in Scientific or Academic Journal*, *Absolute Privilege* and *Qualified Privilege*. In Chinese Law, three defences, *Substantially True*, *Fair Comment* and *Authoritative Information Resources*, are established by judicial interpretation of Supreme Court. Comparing with English law, however, Chinese law has insufficiency in three aspects: the promulgation mode, the degree of systematisation and the design of specific defences. What are suggested to Chinese law are to establish systematized defences, which including *Substantially True*, *Honest Opinion*, *Responsible Publication on Matter of Public Interest*, *Authoritative Information Resources*, *Honest Comment on Scientific and Academic Matter*.

**Keywords:** *Defamation Act* 2013; comment; defences in infringement to reputation right; comparison; suggestions to amendment of tort law

(责任编辑:倪鑫煜)



# 论犯罪行为严重性的阶层性判断

## ——中德刑法规范比较性分析

赵书鸿\*

**摘要:**建立在不法基础上的行为严重性判断,作为判断依据的构成要件事实上并不能提供一个能够比较严重性的序列性概念。对此理论上努力的方向是,根据被害人生活质量受到的损害来判断行为的严重性。这一方面是因为生活质量标准本身具有类型性思考的可能性,另一方面是因为根据生活质量标准可以确定一个可比较性的序列。因此,以被害人生活质量受到的损害为标准可以实现对行为严重性的阶层性判断。该结论在中德刑法针对自然人实施的犯罪和针对组织体实施的犯罪中都能得到规范性的检验。

**关键词:**行为严重性 阶层性判断 生活质量标准

作为新的理论发展方向,为了避免刑法将罪责作为量刑基础而带来的诸多弊端,<sup>[1]</sup>德国逐渐将量刑问题放在违法理论中进行思考,而且根据行为的不法程度来对行为严重性进行判断。但由此带来的问题是:其一,根据何种标准可以判断行为的严重性?其二,该严重性在整个行为严重程度序列中处于哪个阶层?

### 一、构成要件的类型性判断:行为严重性的阶层性判断难题

对作为量刑起点的行为不法,裁量者在确定行为具有违法性后需要解决的问题是:根据什么标准来确定行为的不法程度呢?按照通常的理论,根据构成要件对行为是否具有违法性的判断相对简单,但在判断行为的不法程度时,单独根据构成要件本身是否就能够确定行为的不法程度呢?<sup>[2]</sup> 如果可

---

\* 北京师范大学刑事法律科学研究院讲师,法学博士。本文受2013年北京师范大学自主科研项目(项目号:SKZZX2013079)的资助。

[1] 德国刑法将量刑基础规定为行为人罪责,由此引起的矛盾主要集中在第46条第1款规定的罪责是刑罚的上限还是下限这个问题上,对此详细的论述参见 Claus Roxin, Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Guido Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Straffens – Festschrift für Heinz Müller – Dietz zum 70. Geburtstag, Beck, München, 2001, S. 705. 但实际量刑活动中,罪责原则所起的作用非常有限,而且也并不具有理论基础的功能,对此可以参见: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, de Gruyter, Berlin, 1984, S. 78; Naucke Wolfgang, Strafrecht. Eine Einführung, 9. Aufl., Neuwied, Luchterhand, 2000, S. 39 f. 一般来说,以行为人罪责作为量刑基础,刑罚的功能明显被优先安排为“正义地弥补人的罪责”,对此论述参见 Claus Roxin, Strafrecht – AT, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, Rn. 17.

[2] 根据构成要件确定行为不法的程度,我国刑法学者对此仅简单论述了构成要件与违法性之间的关系,但对如何据此确定不法程度这个必须回答的关键问题却采取了回避的态度。对此参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第129页; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, NSw 1995, S. 577; Christina Schmid, Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, Duncker und Humblot, 2002, S. 62 ff.

以的话,那么对构成要件是否可以量化性思考呢?因为只有以上两个前提下,从构成要件中才可以确定一个判断阶层,从而实现对行为严重性的阶层性判断。但问题的关键是,构成要件中是否存在这样一个判断阶层呢?

一般来说,如果构成要件性特征可以通过具体行为状况来确定,而且在实现程度上也存在差异的话,那么构成要件本身就存在一个序列性概念。因此,以不同行为状况为基础的构成要件性事实就能满足对构成要件进行量化性思考的需要。而且从原则上来看,对构成要件性事实进行量化性思考也是可行的。<sup>[3]</sup>在这个前提下,实现的构成要件性事实就可以按照这个序列确定下来,从而实现对行为严重性的阶层性判断。同时,由于刑罚的可处罚性同样建立在构成要件的序列性之上,裁量者据此就可以在量刑实践中确定相应的刑罚。<sup>[4]</sup>这就表明:刑罚裁量者不但需要考虑行为是否具有构成要件该当性,而且还需要考虑在具备同一个构成要件的情况下,不同行为事实之间的差别,从而对其严重性进行阶层性判断。

正是构成要件的可量化性特征,根据实现构成要件具体行为事实之间的差异,裁量者就可以确定行为在严重程度上的一个序列。<sup>[5]</sup>比如财产性犯罪中的财物数额等,在对构成要件进行量化性思考后,这些都可以作为确定行为严重程度序列的依据。但在很多情况下,构成要件的序列性概念并不是通过量化而是借助对行为事实的描述来确定的。比如结果加重犯的构成要件,其严重性序列就是通过对行为事实的描述来确定的。在描述这些序列差异时,构成要件一般使用了特定的形容词或者动词。比如中国《刑法》第234条对故意伤害罪的规定,立法者为说明行为严重性在序列上的差异使用了“特别残忍”。同样,德国刑法在说明构成要件的严重性序列时也大部分采用了这种方式,比如德国《刑法》第250条根据“严重虐待”说明了情节严重的抢劫在严重性序列上的差异。由此可见,在说明序列性概念时,构成要件并非完全借助量化性思考,有时候还需要通过其他途径才能最终将这种序列性概念确定下来。<sup>[6]</sup>

但是,如果能够对改变客观存在物的状况进行限制,而且对导致这种状况改变的行为方式能够确定下来的话,那么在刑法领域内要确定一个严重性序列则相对容易。比如纵火罪的规定,纵火的程度可以从点火物被撤离以后,根据点燃物能够单独燃烧的程度来进行阶层性判断,据此可以将其从造成轻微影响,到彻底损毁而分为不同的阶层序列。<sup>[7]</sup>但事实上,刑法对构成要件的规定很少像纵火罪这样具体,大多数犯罪构成要件仍需要通过抽象思维来理解,而且各个人对实现构成要件的事实理解

[3] 不仅构成要件是一个阶层性的概念,而且刑罚本身也可以从不同阶层上来理解,对此参见 *Radbruch Gustav*, *Klassenbegriff und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch – Gesamtausgabe*, Band 3, Müller, 1990, Heidelberg, S. 60 f. 在此基础上,更多人认为构成要件不但可以分层次,而且也可以对不同层次确定其顺序。对此参见 *Engisch Karl*, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. Aufl., Winter, Heidelberg, 1968, S. 288 – 290.

[4] 从这个意义上来说,以构成要件不同序列为基础的刑罚与行为的不法性是相关的。对此详细的论述参见 *Puppe Ingeborg*, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen – logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1979, S. 102.

[5] 根据构成要件与构成要件要素事实之间的关系,也有学者将其视为构成要件的类型性特征。详细论述参见陈兴良:“构成要件:犯罪论体系核心概念的反拨与再造”,载《法学研究》2011年第2期,第7页;蔡桂生:“构成要件论:罪刑法定与机能权衡”,载《中外法学》2013年第1期,第145 – 146页; *Winfried Hassemer*, *Tatbestand und Typus*, Heymann, 1986, S. 110 f.

[6] *Tatjana Hörnle*, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1999, S. 195 ff.

[7] 这里尤其是第306a条关于严重纵火的规定,按照纵火造成物品全部或者部分毁损的情况来确定不同的严重等级。对此详细的论述参见 *Steffen Cramer*, *Gesetzesgeschichtliche Dokumentation zu § 307 Nr. 2 StGB*, JA 1995, 348; *Nikolaus Wrage*, *Typische Probleme einer Brandstiftungsklausur*, JuS 2003, S. 985 ff.

也存在着差异。因此,在欠缺物质评价标准的前提下,要根据实现构成要件的不同事实来确定一个严重性序列是不现实的。比如,根据暴力犯罪的构成要件,其行为事实可以表现为:间接对被害人身体实施的暴力、暴力实施肢体性侵犯但尚未给被害人造成健康性损害结果、实施暴力造成被害人身体伤害直至被害人死亡等。<sup>[8]</sup> 尽管据此可以对暴力进行差异性理解,但如果欠缺一个物质性评价标准的话,那么仅根据上述暴力的不同行为方式,我们依然很难确定暴力在严重程度上的差别,更不会据此确立一个行为严重性的判断阶层。因此,实践中的难点依然是如何确定构成要件在严重性上的序列。<sup>[9]</sup> 因为只有在这个前提下,才能根据行为严重程度施以相应的刑罚。一般来说,在对各个具体案件事实确定以后,才能根据确定的构成要件性序列在严重程度对它们进行比较。但由此带来的问题是:在判断行为严重程度时,应根据何种标准将构成要件中描述的,且在行为事实中出现的各种损害纳入到一个具有序列性的范围呢? 而且这个评价标准并不能仅仅从构成要件的描述中推论出来,而是需要借助行为的社会意义来进行分析,同时也需要对造成行为状态改变的事实进行评价后才能获得。<sup>[10]</sup>

由此可见,根据刑法条文能够直接确定构成要件性序列的情况毕竟有限,而大部分构成要件并没有一个可供比较的严重性序列,因为构成要件本身要么欠缺一个序列性概念,要么在行为不法程度的理解上还需要进一步补充。以德国《刑法》第 242 条对盗窃罪的规定为例,该罪的构成要件中并没有一个与不法性相关的可以比较的序列性规定,因此并不能据此来确定盗窃的不法程度。但实践中,裁量者通常是根据在构成要件中并没有被提及到的盗窃财物的价值来确定的。<sup>[11]</sup> 由此可见,构成要件以外的判断标准对确定行为不法程度起着决定性作用,这种重要性从其他财产性犯罪中也可以体现出来。<sup>[12]</sup>

从以上分析中可以得出的结论是:由于大多数构成要件并没有规定一个可以比较的严重性序列,根据构成要件并不能对行为严重性进行阶层性判断。因此需要解决的问题是:根据何种标准能够对行为的严重性作出判断,而且能够在类型性思考的基础上对其进行层级性划分呢? 这将是本文接下来要集中论证的问题。

[8] 对此更为详尽的论述参见 *Schönke/Schröder*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., Beck, München, 2010, § 249 Rn. 4-6.

[9] Götting 因此提出建议认为:法官应当根据自己的职业经验,至少对经常发生的犯罪行为能够确定其在严重性上的序列。对此参见 *Götting Bert*, Gesetzliche Strafraum und Strafzumessungspraxis - eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991, Lang, Frankfurt am Main, 1997, S. 213 ff. 而 Wolfgang Frisch 则认为,应当在规范的前提下,以平均的结果无价值为基点来进行阶层性判断,对此详细的论述参见 *Wolfgang Frisch*, Über die „Bewertungsrichtung“ von Strafzumessungstatsachen - Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht, GA 1989, 353.

[10] *Andrew von Hirsch/Nils Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit - die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität, Forum Verlag Godesberg, Bonn, 1991, S. 43; *Tajana Hörnle*, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und Lehre, JZ 1999, 1081.

[11] 另外,从第 243 条对特别严重盗窃的规定也可以看出被盗财物的价值在确定不法严重性过程中的重要性,对此参见 *Thomas Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil / 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 32. Aufl., C. F. Müller, 2009, S. 276; *Schäfer Gerhard*, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., Beck, München, 2008, Rn. 666.

[12] *Eisele Jörg*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht - zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, S. 347.

## 二、行为严重性阶层判断标准:对法益承担者生活质量造成的损害

根据以上论述,如何根据一个整体性和体系化的标准判断行为的各种不法性因素,从而实现对其不法性进行阶层性判断呢?这个标准必须在以下两个方面能够经受住理论的批评性检验:其一,该标准必须能够在规范的基础上进行类型性判断,<sup>[13]</sup>从而保证判断结论的实用性;其二,根据该标准,行为严重性的判断结论必须表现出一定的阶层性,而且判断结论之间可以在严重程度上进行比较。

### (一) 生活质量作为理论切入点的必要性

一般认为,根据行为对法秩序或者法益造成的损害并不能判断行为的不法程度。<sup>[14]</sup>对此,理论上出现了在规范基础上根据行为对法益承担者造成的损害来理解行为不法的努力。<sup>[15]</sup>但在寻求判断标准的过程中,理论上出现了根据被害人的主观感受来理解行为不法程度的观点,根据这个理解,行为的不法程度是根据具体行为对被害人造成的损害的主观性感受来确定的。<sup>[16]</sup>但由此带来的问题是,根据这个标准如何对不同行为的严重性进行比较呢?因为只有行为在严重性上能够比较,我们才有可能确定一个严重性的阶层序列。但事实上,个人价值标准以及偏好差异都影响着不法性判断的结论。举盗窃财物为例,被盗的财物在别人看来可能毫无价值,但对财物所有人来说,该财物可能是一件非常重要的信物,与其他真正有价值的财物相比,失去该财物给他带来的痛苦可能会更大。由此可见,在对不法程度判断标准的选择上,仅从个人主观感受来思考并不合理。<sup>[17]</sup>

与上述观点相对应,理论上出现了考虑被害人受到典型损害的观点。根据这种理解,行为不法程度应当依据被害人生活受到的客观影响来确定。<sup>[18]</sup>这种标准的合理之处就在于通过考虑被害人的生活状况,从而确定了每个被害人受到行为的影响到底有多么严重。尤其在财产性犯罪中,这种个人化的客观标准更具有实用性。比如,同样是赔偿损害的财物,对一个富人来说可能只是件繁琐的小事,但对一个急需社会救助的穷人,如果长时间得不到赔偿,他受到的损失可能会更大。由此可见,对

[13] 这主要体现在,作为判断结果的不法性能够在程度上表现出不同的阶层性,而且彼此之间可以进行比较。对此参见 *Puppe Ingeborg*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriff streiten, in: Gerhard Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Heymanns, 1989, S. 15 ff.

[14] 对行为不法程度的判断,理论上先后出现了根据行为对法秩序造成的损害,以及根据行为对法益或者行为对象的损害来理解行为不法的观点,对这些观点的论述和批评参见 *Köhler Michael*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, Decker, Heidelberg, 1983, S. 52; *Montenbruck Axel*, Abwägung und Umwertung – zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten, Duncker und Humblot, 1989, S. 76; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, S. 688; *Detter Klaus*, Strafzumessung, Heymann, Köln, 2009, S. 127.

[15] 根据这种观点,对法益承担者造成的损害可以根据法益对象状态的消极改变,或者至少从导致该状态改变的危险来理解不法性。对此详细的论述参见 *Kühl Kristian*, Strafrecht AT, 6. Aufl., Vahlen, München, 2008, § 3 Rn. 4; 但反对者认为,针对以个人为法益承担者的结果犯来说,根据这个标准来理解行为不法并不困难,但对以社会整体为对象的危险犯来说,对作为法益承担者的社会整体却存在理解上的困难。对此参见 *Winfried Hassemer*, Strafen im Rechtsstaat, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 2000, S. 163 ff; *Herzog Felix*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge – Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, Decker, Heidelberg, 1991, S. 109.

[16] 这就造成对具体被害人及其主观性感受越是依赖,那么对不法程度判断的灵活性就越是困难。对此参见 *Maack Manfred*, Opfer und Strafzumessung – ein Beitrag zur Systematik und Dogmatik der richterlichen Strafzumessung, Enke, Stuttgart, 1983, S. 76 ff.

[17] *Oliveira Edmundo*, *Victimology and Criminal Law* 73 (University Press of America 2008).

[18] 该标准排除了根据被害人主观感受进行不法性判断的可能,将被害人受到的客观损害类型化,从而提供了一个更为合理的标准,因此该观点在德国量刑理论中得到了广泛的支持。参见 *Bruns Hans-Jürgen*, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., Heymann, Köln, 1985, S. 57; *Schönke/Schröner*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., Beck, München, 2006, § 46 Rn. 20.

行为不法程度的判断必须考虑个人具体生活因此所遭受的客观损害。但由此产生的问题是:要确定这种客观损害程度,必须查清各个被害人的具体情况。但在所有案件中,要查清这些事实是否可能呢?而且详尽调查被害人的情况也违背了加强保护被害人的趋势。<sup>[19]</sup>因此,这就需要对被害人所遭受的客观损害进行类型性判断。而事实上,行为不法程度的判断本身就是建立在诸多要素基础之上的类型性判断。这主要体现在:作为判断结果的行为不法程度,必须能够在程度上分为不同层次,而且彼此之间也可以进行比较。<sup>[20]</sup>这种类型性思考在对不法程度进行判断后,对行为的严重程度进行阶层性划分成了一种可能。因此这种以个人生活质量受到的损害为切入点是一个合理的思考方向,根据它可以确定被害人受到的典型性损害,从而为适用该标准提供一个基础。另外,根据这个切入点,也可以对被害人生活质量受到的侵害进行比较,从而实现行为严重性的阶层性判断。

## (二)行为严重性的阶层性判断标准:生活质量受到的损害

在上述思考方向的基础上,德国出现了根据被害人生活质量受到的损害来判断行为严重性的理论。<sup>[21]</sup>在评价行为严重性时,该理论首先确定行为损害了被害人的哪个基本权益。为此,该理论将人的基本权益分成了以下四个不同的类型:肢体的完整性、物质性利益、避免蒙羞以及个人隐私。在此基础上,该理论确定了上述不同利益受到犯罪行为侵犯的严重性。但问题的关键是,在何种生活质量层面上,以上受到损害的生活利益对被害人来说是必不可少的?因为被害人正是因为这些基本利益受到了损害,其生活质量才受到了影响。

对此,该理论给出了可以据此说明个人生活质量的四个阶层。第一个是生活质量的最低阶层,该阶层只能提供人们能够在社会上生存下去的基本条件;第二个阶层提供了使人感到舒适所必须的基本条件。在这个阶层中,与第一个阶层相比,尽管物质上的保障还是最根本的,但处在这个阶层上的人必须身心上感到舒适,而且这种舒适感是在个人尊严得到尊重,私人空间得以保留的前提下才能实现。现实中,尽管没有个人尊严以及私人空间,人们也可以存活下去,但如果欠缺这两个关键的因素,还不能说这个人的生活属于第二个阶层;第三个阶层中,人们对自己的生活能够感受到适度的舒适。这个阶层除了人们能够舒适生存下去所必需的物质条件以外,还包括属于第二个阶层的尊严得到了尊重,以及私人空间得以保留这些基本条件;第四个阶层也是最高的一个阶层,该阶层的前提是人们的生活舒适度最终得到了提高,对物质财富的占有是该阶层生活质量的基础。事实上,尽管这种占有并不是必不可少的,但占有物质财富却是生活质量明显提高的保障。根据上述对人们生活质量四个阶层的划分,该理论认为可以将行为严重性按照五个不同类型分为如下五个不同阶层:对损害第一个阶层生活质量的行为,属于最为严重的行为不法,因为它侵害了被害人作为生存前提的基本条

[19] 早在1986年12月18日德国就已经通过了《被害人保护法》,1998年4月30日又通过了《证人保护法》,从而加强了对被害人保护的力度,但是否因此对案件中被害人所有的行为事实都需要查清楚在德国引起了很大的争议。对此参见 *Graf Mariann*, *Opfer - Interessen im Täter - Opfer - Ausgleich*, Ed. Soziothek, Bern, 1999, S. 37; *Franz Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2002, S. 236.

[20] *Bringewat Peter*, *Funktionales Denken im Strafrecht - programmatische Vorüberlegungen zu einer funktionalen Methode der Strafrechtswissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, S. 177 ff.

[21] 该理论最初由 Von Hirsch 以及 Jareborg 提出,之后由 Bernard Schünemann、Wolfgang Frisch、Hans-Jörg Albrecht 和 Tatjana Hörnle 在行为等比性量刑理论(Tatproportionale Strafzumessung)中进行讨论。对此参见 *Frisch/Von Hirsch/Albrecht*, *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, C. F. Müller, 2003; Andrew von Hirsch, *Proportionate Sentencing* 12 (Oxford University Press 2005); *Tatjana Hörnle*, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker und Humblot, 1999. 根据他们的理解,生活质量标准并不仅从物质内涵上,而且还应当从身体的、精神的以及物质的生活状况进行综合性判断。

件;加重的行为不法是行为损害了属于第二个阶层的生活质量,这种不法行为侵害了被害人能够获得最低舒适感所必须的条件;中度严重的不法存在于这两类犯罪行为之间,它侵害了被害人感到适度舒适的条件;轻微的行为不法侵害了被害人作为生活质量升高舒适度的条件;最为轻微的行为不法侵害了属于第四个阶层生活质量的基本条件。〔22〕

由此可见,该理论已经认识到:判断行为严重性时,仅从物质和精神的角度判断被害人受到的损害并不充分。因此该理论将私人空间以及个人尊严视为舒适生活的一个基本前提,从而增加了行为严重性判断中的实用性。〔23〕 据此,以被害人生活质量为切入点,我们就可以从不同角度对行为的损害程度进行相互比较,而且根据确定的严重性序列对行为严重性进行阶层性判断。〔24〕 尤其在判断被害人受到的损害时,对不仅仅造成物质性损害结果的犯罪行为,根据生活质量标准也可以对其严重程度从整体上进行判断。因为对这类行为来说,仅从传统的法益概念来分析,我们并不能确定其损害的严重程度。比如在判断性犯罪行为的严重性时,根据性自决权这个法益受到损害的程度,我们仍不能确定行为的严重性。因为这个法益概念并不能将性犯罪行为的所有内容都表达出来,比如被害人因此受到的蒙羞,但这无疑影响着对性犯罪行为严重程度的判断。〔25〕 事实上,这类行为正是侵害了作为被害人生活质量重要内容的蒙羞和尊严,从而影响了其生活质量。由此可见,行为只有在借助以上理解的前提下才能从整体上对其严重性进行判断。

另一方面,影响生活质量的私人空间同样是行为严重性判断中的重要内容。举盗窃罪为例,根据德国刑法的规定,入室盗窃与进入营业场所盗窃的数额尽管相同,但两者在严重程度却存在差异。对此,立法者已经作了不同的考虑,并且在德国《刑法》第244条第3款中对此作了特别规定。根据该规定,行为人为实施盗窃,侵入、爬越他人住宅,或用假钥匙或者其他不属于正当开启的工具进入他人住宅,或者隐匿在该住宅的,按照与携带武器盗窃和结伙盗窃一样严重的入室盗窃处理。由此可见,判断盗窃行为的严重性,并非仅考虑所盗财物的数额,而且还应当考虑行为给被害人生活质量造成的影响。因此,对这种盗窃中侵犯私人空间的情况,立法者将其作为一个独立的构成要件进行了规定。与德国相比,尽管中国刑法并没有将各种盗窃行为规定在不同的构成要件中,对入户盗窃也没有规定为一个独立的犯罪,但从盗窃罪的司法解释和刑法条文的修正过程来看,入户盗窃逐渐成了盗窃罪的

〔22〕 以上内容就是 Von Hirsch 与 Jareborg 根据行为对不同阶层生活质量造成的损害来理解行为不法的基本内容。对此详细的论述参见 Andrew von Hirsch, *Proportionate Sentencing* 12 (Oxford University Press 2005); Andrew von Hirsch, *Censure and sanctions*, Clarendon Press, 1995, p. 26; Von Hirsch/Nils Jareborg, *Gauging Criminal Harm, A Living - Standard Analysis*, 11 (1) Oxford Journal of Legal Studies; Von Hirsch/Nils Jareborg, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit, Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Forum Vlg Godesberg, 1991.

〔23〕 对此,从德国基本法将保护个人尊严视为最高价值,以及将与个人利益相关的法律视为个人自由发展的保障,从这样的规定可以看出:德国基本法的核心就是对私人领域利益进行保护。而且《欧洲人权公约》也规定了人人享有私生活以及家庭生活、住所和通讯受到尊重的权利。对此参见 Dietlein Johannes, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2005, S. 136; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, *Grundrechte, Staatsrecht II*, 29. Aufl., C. F. Müller, 2013, S. 212.

〔24〕 理论上也将此视为生活质量标准的一个优越之处,对此参见 Meier Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Aufl., Springer, Berlin, 2006, S. 163. 但在具体适用中,该标准是否合理取决于确定四个不同阶层时所依赖的前提是否具有说明力。而且对基本利益的确定,包括对不同生活质量阶层概念的界定都需要以特定的生活条件为前提。对此更为详尽的分析参见 Tatjana Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker und Humblot, 1999, S. 226 ff.

〔25〕 针对性犯罪中性自决权在行为严重性判断中的作用,理论上的争议更多参见 Schäfer Gerhard/Sander Günther M/Gemmeren Gerhard van, *Praxis der Strafzumessung*, 4. Aufl., Beck, München, 2008, S. 347; Wolfgang Ferner, *Strafzumessung*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2003, Rn. 76.

一个法定行为方式。1998年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定,对于1年内入户盗窃或者在公共场所扒窃3次以上的,应当认定为“多次盗窃”,以盗窃罪定罪处罚。这是我国第一次将入户盗窃作为认定刑法规定的“多次盗窃”,从而将其视为盗窃犯罪来处理。同时,通过2011年5月1日起实施的《刑法修正案(八)》,刑法第一次明确将入户盗窃规定为一种盗窃行为。该修正案规定:“盗窃公私财物,数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。”因此,入户盗窃被规定为与多次盗窃、携带凶器盗窃并列的一种独立盗窃行为。此外,在2013年4月4日起实施的两高《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》中对“户”作了明确的规定。根据该解释,对非法进入供他人家庭生活、与外界相对隔离的住所盗窃的,应当认定为“入户盗窃”。而1999年10月27日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中将入户盗窃中的“户”解释为:“家庭及其成员与外界相对隔离的生活场所,包括封闭的院落、为家庭生活租用的房屋、牧民的帐篷以及渔民作为家庭生活场所的渔船等。”该解释尤其指出,对集生活、经营于一体的处所,在经营时间内一般不应视为“户”。由此可见,对入户盗窃,即使尚未达到法律规定的较大数额,我国司法实践仍将其作为盗窃罪来处理。这主要是因为,盗窃行为并不仅仅侵犯了财产所有权,而且也侵犯了私人空间这个被害人生活质量的基本权利。

从以上论述中可以看出:在判断行为严重性时,生活质量标准不但提供了一个规范性的判断依据,而且也确立了一个行为严重性的判断阶层,从而据此可以对行为严重性进行整体性判断。但司法实践中,依据该标准,是否能够实现具体犯罪行为严重性的阶层性判断呢?

### 三、生活质量标准的适用性:规范性检验结论

根据之前的结论,行为严重性的阶层性判断依据是行为对法益承担者生活质量造成的损害,该结论可以从以下具体犯罪行为的规范性分析中得到检验。这种犯罪既包括针对个人实施的犯罪,也包括针对组织体实施的犯罪。

#### (一) 针对个人实施的犯罪

以下将根据中德刑法规范对常见的犯罪行为进行比较分析,从而对上述生活质量标准理论进行规范性检验。

##### 1. 伤害行为

根据伤害的不同情况,德国刑法在不同条文中分别进行了规定,这些情况包括:伤害、危险的伤害、虐待被保护人、严重的身体伤害、伤害致死以及被害人同意的伤害。从德国刑法对上述伤害行为的差异规定中可以看出:将不同严重程度的伤害行为规定为不同的伤害罪,其基本依据就是行为对被害人基本生活质量造成的影响。<sup>[26]</sup>比如刑法规定严重伤害的情况是:造成被害人单眼或者双眼视力、听力、语言表达或生殖能力丧失;某一重要肢体功能丧失或者不能再使用;严重毁容或造成长期卧床、残废或精神障碍。根据之前对生活质量阶层的论证结论,上述行为损害的是被害人在社会上能够

[26] 根据伤害对被害人生活质量造成的影响,将不同伤害行为规定为不同的犯罪,对此详细的论述参见 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-dorf*, *Strafrecht BT*, 2. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2009, § 2 Rn. 81-83; *Schönke/Schröder/Eiser*, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 28. Aufl., Beck, München, 2010, § 223, § 226.

生存的基本条件,这些条件属于被害人生活质量的第一个阶层,因而刑法将其规定为最为严重的伤害。<sup>[27]</sup> 另外,根据伤害行为对被害人生活质量造成的影响,同样也可以将不同的伤害行为区分开来。比如,德国《刑法》第224条对危险伤害罪的规定,被害人身体损害的严重程度完全是根据行为对肢体造成的障碍来决定的,尽管这些损害并不属于严重伤害的范围,但行为已经造成了被害人在健康方面舒适感的明显丧失。因此,这种行为并不属于严重的身体伤害罪,而是第224条规定的危险伤害罪。另外,对损害了属于第四阶层基本利益的那些行为来说,根据德国《刑法》第223条对轻微伤害罪的规定也可以对这类行为进行处罚。<sup>[28]</sup> 由此可见,根据行为对被害人生活质量造成的损害,完全可以解释行为严重程度在构成要件上的差异。

同样,中国刑法对不同故意伤害行为的规定,尽管没有像德国那样根据行为严重程度上的差别规定了不同的罪名,但从该罪规定的不同处罚幅度上,我们仍可以看出伤害行为在严重程度上的差别。根据该条的规定,故意伤害在严重程度可以分为一般伤害、重伤以及最为严重的伤害。同时根据1999年10月27日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中的规定,参照1996年国家技术监督局颁布的《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》,“严重残疾”是指:被害人身体器官大部分缺损、器官明显畸形、身体器官有中等功能障碍、造成严重并发症等。由此可见,之所以将造成肢体残缺、器官明显畸形的行为按照刑法规定的严重伤害处以严厉刑罚,其主要原因就是该行为损害了人能够在社会上生存的基本条件。按照之前论述的生活质量标准,这属于被害人生活质量第一阶层的利益,因此该行为在严重程度处于最高阶层。

## 2. 性犯罪行为

针对性犯罪行为,根据上述被害人生活质量标准,是否同样能够对其行为的严重性作出判断呢?对此,理论上一般认为:在评价性犯罪行为的严重性时,生活质量标准对被害人来说,其基本意义就是避免自己受到侮辱,这个前提适用于不同严重程度的性犯罪行为。<sup>[29]</sup> 对此,从德国《刑法》第177条第2款第1项对不同严重程度强奸行为的规定中就可以看出,被害人受到的侮辱程度在行为严重性判断中起着关键的作用。比如该款规定,情节严重的强奸是指:行为人与被害人性交或者对被害人实施了类似强奸的性行为,或者让其与自己实施性行为或者数人共同实施强奸的行为。从对该行为方式的规定中可以看出,与该条第1款规定的强奸相比,之所以将这种行为视为更为严重的强奸,其主要原因就是这些行为使被害人受到了更大的侮辱,从而对其生活质量造成了更大的损害。<sup>[30]</sup> 此外,对没有采取暴力或者胁迫的强奸行为,根据德国《刑法》第177条第2款第3项的规定,尽管该行为同样具有刑罚处罚性,但与该条前款的规定相比,其严重程度就相对较小。因为该行为侵犯的是被害人生活质量的第二个阶层,也就是生活质量的舒适度,这从该条规定的刑罚严厉程度上可以得到证明。

[27] 对被害人能够继续在社会上生存来说,行为人对人眼睛、听力和语言能力的损害可能是最为严重的,因为这是被害人与其他人保持交往最基本的前提条件。对此参见 *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 60. Aufl., 2012, § 226 Rn. 32; *Wolfgang Joecks/Klaus Miebach*, *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 3, 2003, § 226 Rn. 40.

[28] 对此,也有从第223条规定的刑罚幅度来进行说明的观点,参见 *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 3, 2003, §§ Vahlen 185 - 262, § 223; *Tatjana Hörnle*, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker und Humblot, 1999, S. 233.

[29] 就被害人受侮辱在性犯罪行为严重性判断中的作用,更为详尽的论述参见 *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch*, 2013, § 177; *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 60. Aufl., 2013, § 177.

[30] 该条款规定,与采用暴力、以对他人的身体或者生命立即予以加害相威胁或利用被害人由行为人任意摆布的无助处境实施的强奸相比,本条第2款规定的行为对被害人的侮辱程度更深,其严重性更高。对此的论述参见 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht BT*, 2. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2009, § 10 Rn. 15.



另外,生活质量标准也可以有力地解释德国刑法理论和实践中经常争执的问题。这个问题就是:对不采取任何保护措施性犯罪行为,以及将精子射到被害人身体内的事实,是否会影响犯罪行为的严重性判断呢?<sup>[31]</sup> 根据上述生活质量标准,与采取相应措施性犯罪行为相比,这两种方式的性行为都增加了被害人妊娠以及传染疾病的危险,这无疑给被害人生活质量造成了影响。因此,无论上述哪种情形,其判断行为严重性时都应当考虑它们给被害人生活质量造成的损害。<sup>[32]</sup> 另外,针对青少年以及儿童实施的性犯罪,这种行为给被害人生活质量造成的影响同样影响到其严重性的判断。根据德国《刑法》第174条以及第176条的规定,在评价这类性犯罪的严重性时应当考虑,正常的性发育对被害人今后的生活质量影响非常大,而且这种损害在被害人今后的生活中完全可能体现出来。因此,对青少年以及儿童实施的性行为,尽管构成要件中并没有将这种损害的危险考虑进去,而且与其他危险结果相比,这种危险可能直到判决还不能确定:该行为是否确实给被害人造成了实际的损害后果,以及被害人今后的生活质量是否因这种行为而受到了很大影响。但从这种行为给被害人造成的侮辱来看,这种行为已经损害了属于被害人生活质量第二个阶层的利益,因此立法上仍将这种行为视为严重的犯罪。<sup>[33]</sup>

同样,中国刑法对不同严重程度强奸行为的规定,根据上述生活质量标准也可以得到合理解释。根据中国《刑法》第236条的规定,与基本犯相比,对结果加重强奸行为的规定同样是基于行为给被害人生活质量造成的影响。根据该条的规定,在公共场所当众强奸妇女的,以及两人以上实施轮奸的都属于加重的强奸行为。在造成同样损害结果的前提下,对行为人在公共场所实施强奸,或者二人以上轮奸的,情形给被害人造成了更大的羞辱,因此行为对被害人生活质量造成的损害明显升高,其行为严重程度也相应升高。同样,基于对青少年儿童将来性发育的保护,中国刑法加重了强奸幼女的处罚,这同样可以根据上述被害人生活质量标准进行合理解释。

### 3. 暴力胁迫行为

针对暴力行为的严重程度,理论上一般认为,这首先取决于暴力在何种程度上损害了被害人肢体的完整性,其次是被害人的尊严是否因此受到了损害。<sup>[34]</sup> 因此,与纯粹限制被害人人身自由的暴力相比,对暴力造成被害人身体伤害的,因这种行为同时给被害人尊严造成了损害,因此其严重程度相对较高。由此可见,根据被害人生活质量造成的损害可以对暴力行为的严重性进行判断。但与此相对,根据被害人生活质量标准判断胁迫行为的严重性却相对困难。对此,以被害人生活或者健康为内容的胁迫具有转化为现实的危险性,因此理论上一般根据这种危险来判断其严重性。<sup>[35]</sup> 但由此带来

[31] 这种争议更多是因为如下判决引起的,即BGH, NSiZ 1985, 215; BGHSt 37, 153. 理论上对此的回应参见Michael Hettinger, Zum Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots und zum Begriff des „Normalen Erscheinungsbildes“, GA 1993, 3 ff.

[32] Fahl Christian, Zur Bedeutung des Regelatbildes bei der Bemessung der Strafe, Duncker und Humblot, Berlin, 1996, S. 137-140.

[33] Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2013, § 174 Rn. 2; Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 6, 12. Aufl., De Gruyter Recht, 2009, § 174 Rn. 3-4.

[34] 比如,通过特定方式的侮辱给被害人造成的身心损害等。对此德国典型的判例是:BGHSt 26, 176 (180); 26, 224; BGH, StV 1991, 262. 另外,理论上也对此有诸多的说明,对此参见Küper Wilfried, Gefährdung als Erfolgsqualifikation?, NJW 1976, 543; Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 8, 12. Aufl., 2010, § 250 Rn. 16; Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann, Nomoskommentar zum StGB, Band 2, 4. Aufl., Nomos, 2013, § 250 Rn. 6.

[35] 针对胁迫行为严重程度的判断,比如德国《刑法》第250条规定的严重抢劫。理论上一般是根据这种胁迫转化为现实的危险来进行判断。对此参见Blanke Nikolas, Das qualifizierte Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben – eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gefahrbegriffs des Strafgesetzbuches, Duncker und Humblot, Berlin, 2007, S. 153.

的问题是,这种危险性是否应当从被害人角度去考虑呢?比如携带武器的抢劫,对行为人以武器胁迫被害人的,如果该武器根本就没有装弹药,或者仅仅是一个玩具枪支的话,那么该行为是否属于对被害人的胁迫,从而影响行为严重性的判断呢?

对此,主流理论一般认为,只有在被害人因胁迫而面临客观危险时,比如身体受到伤害,或者其私人领域或个人尊严受到侵犯等,被害人的个人感受才可能影响对胁迫的严重性判断,否则被害人这种感受并不具有独立意义。<sup>[36]</sup>因此对携带武器的抢劫,如果行为人携带的武器本身不具有客观危险性的话,那么被害人的感受并不影响行为的严重性判断。<sup>[37]</sup>但另一方面,对行为人事先并没有打算实施胁迫,而实际却通过胁迫实施强制行为的,理论上一般认为这并不影响对胁迫程度的判断。<sup>[38]</sup>因此在判断胁迫行为的严重性时需要考虑:被害人利益在多大程度上受到了这些客观胁迫危险的侵害。由此可见,与造成被害人利益损害的具体危险相比,尽管胁迫本身所起的作用相对有限,但这种胁迫一旦与危害被害人生活质量的具体危险联系在一起的话,那么这种胁迫以及由此带来的客观危险将影响胁迫行为严重性的判断。

根据上述被害人生活质量受到的客观危险,对中国刑法规定的暴力行为同样可以进行严重性判断。根据中国《刑法》第236条的规定,对暴力实施强奸致被害人重伤、死亡或者其他严重后果的,属于结果加重的强奸行为。对这种严重性升高的暴力行为,由于该行为不但侵害了被害人的性自决权,而且也侵害了被害人肢体的完整性甚至生命,而这些属于被害人生活质量第一个阶层的根本利益。因此,作为对这种最为严重暴力行为的反应,刑法规定该行为致人重伤、死亡的,判处行为人10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。同样,对暴力实施抢劫致人重伤、死亡的,刑法同样规定了最为严厉的刑罚,这同样是因为这种暴力行为侵害的是作为被害人生活质量第一个阶层的根本利益,因此刑法将这类行为规定为最为严重的抢劫。另一方面,随着被害人受到暴力损害的生活质量阶层的升高,行为的严重性也随之加重,而行为的性质也会由此发生改变。比如,根据2005年6月8日最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》,对使用暴力造成轻微伤以上后果的行为,按照抢劫罪定罪处罚。根据该解释以及《刑法》第269条的规定,正是因为暴力损害了作为被害人生活质量第一阶层的肢体完整性,因而加重了该暴力行为的严重性,其行为性质也随之发生了变化。据此,上述司法解释才将抢夺行为升格为抢劫罪来处理。由此可见,暴力行为给被害人生活质量造成损害的阶层不同,不但影响了其暴力行为的严重性,而且也影响到其行为性质。

与德国对胁迫行为的严重性判断一样,胁迫对被害人生活质量造成损害的客观危险同样影响这种严重性判断,因此被害人的个人感受在上述判断中同样不具有独立的意义。但与德国相比,中国刑法在规定胁迫行为时,并没有关注胁迫程度上的差异对行为严重性判断的影响。比如对携带与使用武器的抢劫,德国刑法将其作为严重程度不同的两种抢劫行为分别进行了规定。但与此相反,中国

[36] 与不具有这种情况的胁迫行为相比,对被害人在实施上述胁迫的同时也给被害人身体造成了伤害,或者对其私人领域或者尊严造成损害的,德国刑法理论具有代表性的观点更倾向于认为这种行为的严重性会更高,对此可以参见 *Bernd Heinrich/Tobias Reinbacher*, *Objektive Zurechnung und „Spezifischer Gefährdungsbezug“ bei den erfolgsqualifizierten Delikten*, *Jura* 2005, 743-747.

[37] 对胁迫是否根据被害人感受来判断,理论上一般认为胁迫是客观的构成要件要素,对其必须根据相关因素进行具体性判断。对胁迫内容以及判断根据的详细内容参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第851页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2008年版,第102页。

[38] 这种情况下,胁迫给被害人造成的影响并不取决于之前行为是否打算实施胁迫。对此,判例上的说明参见 BGHSt 44, 103; BGH, NSZ 1998, 567. 理论上更多的论述参见 *Schönke/Schröder*, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 28. Aufl., Beck, München, 2010, § 240 Rn. 34 f.

《刑法》第 263 条只是笼统地将持枪抢劫作为结果加重的情形作了规定,而并没有注意携带和使用枪支抢劫在严重程度上的差异。另外从相关司法解释中也可以发现,对持枪抢劫的相关规定中同样没有注意区分携带与使用武器之间的差异。比如,根据 2000 年 11 月 22 日最高人民法院《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条的规定,“持枪抢劫”是指,行为人使用枪支或者向被害人显示持有、佩戴的枪支进行抢劫的行为。但明显的是,使用枪支和向被害人显示持有、佩戴枪支对被害人的胁迫程度是不同的,因此这两种抢劫的严重性也有差异。但无论立法还是司法解释,对这种方式在行为严重程度上的差异都没有注意到。由此可见,与德国刑法规定的方式相比,我国将这两种不同抢劫行为合并在一起不加区分的规定,显然忽视了两者在严重程度上的差异。

## (二) 针对组织体实施的犯罪

除个人以外,很多犯罪的被害人往往是特定的法人或者其他特定的组织。<sup>[39]</sup> 比如针对公司以及其他组织体实施的盗窃,或者对银行或保险公司实施的诈骗等。对这类以组织体为对象的犯罪来说,根据上述生活质量标准,是否同样可以对其严重性进行阶层性判断呢?

对此,尽管受到损害也会给组织体中的个人生活质量造成影响,尤其是物质性的损害。但与针对个人实施的犯罪相比,上述生活质量标准对行为严重性的判断并不合适。对此,德国理论上的一个努力方向是,根据行为对组织体经营能力造成的影响来进行判断,而且这个思路也得到了学者的认可。<sup>[40]</sup> 但问题是,在判断针对组织体实施犯罪行为的严重性时,之前确定的生活质量的不同阶层是否同样适用呢? 因为针对自然人的犯罪,根据之前论证的标准,如果行为对被害人生活质量造成的影响非常轻微,其严重程度也相对较轻。但如果这种行为对组织体的经营能力没有造成任何影响,那么这种犯罪是否就应当评价为合法行为呢? 这就需要从理论上对经营能力受到的影响进行另外的分类。对此,理论上一般认为:对造成组织体经营能力短期受到了影响,但在之后并没有出现长期性后果的行为,其严重性应当视为轻微;中等严重程度的行为包括行为造成组织体损失非常严重,以至于经营能力长期受到了影响;只有造成组织体经营能力彻底损毁的行为,才能被视为最为严重的犯罪。<sup>[41]</sup> 由此可见,针对组织体实施的犯罪,行为对组织体经营能力造成的影响程度,在行为严重性判断中起着决定性的作用。

但事实上,这种以组织体经营能力受到损害的程度作为标准还存在诸多不确定性。因为与自然人生活质量受到的影响相比,要判断行为对组织体经营能力造成的影响却相对复杂。而且对个人被害人来说,在分析其生活质量受到的损害时,判断者也能够对这种损害进行客观类型化的考虑。但对组织体来说,这种客观标准化的思考却相对困难,因为组织体经营能力受到的损害大部分并没有体现为物质性损害。对此,理论上一般认为,判断针对组织体犯罪的行为严重性时,除组织体经营能力受到的影响外,判断者还需要考虑自然人的哪些利益受到了组织体经营能力的影响。一般来说,如果这

[39] 尤其在经济领域,随着组织体之间的兼并,这种情况也随之增多。对此参见 *Frehsee Detlev*, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle – ein kriminalpolit. Beitr. zur Suche nach alternativen Sanktionsformen, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, S. 169; *Jeckel Ingo*, Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr. 2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen, Lang, Frankfurt am Main, 2003, S. 77.

[40] 更为详尽的论述参见 *Andrew Von Hirsch/Nils Jareborg*, Strafmäß und Strafgerechtigkeit, Forum Verlag, Godesberg, 1991, S. 53.

[41] *Tatjana Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, Duncker und Humblot, Berlin, 1999, S. 245 ff.

种影响并没有涉及自然人利益的话,那么这种行为严重程度就相对较轻。<sup>[42]</sup>从这种观点来看,自然人利益受组织体经营状况的影响还是非常明显的,这主要体现在组织体因经营能力受到了影响,从而减少了提供自然人工作的机会。因此,在判断针对组织体实施犯罪行为的严重性时,这种因素必须考虑进去。<sup>[43]</sup>

从以上分析中可以看出:当被害人是自然人时,根据被害人生活质量受到的损害,完全可以对行为严重性进行阶层性判断,这可以从对伤害行为、性犯罪行为以及暴力胁迫行为的规范性分析中得到检验;对以组织体为对象实施的犯罪行为,尽管对其经营能力受到的损害进行判断非常复杂,但自然人利益因此受到的损害却是一个重要的判断依据,这也从另一个方面确定了生活质量标准的合理性。

#### 四、基本结论

在行为严重性的阶层性判断中,由于大多数刑法条文并没有规定一个可供比较的严重性序列,而且对实现的构成要件性事实也不能进行量化性思考,因此根据构成要件并不能对行为严重性进行阶层性判断。对此,理论上的努力方向是以生活质量作为切入点,根据行为对被害人生活质量造成的损害来判断行为严重性。这首先取决于生活质量本身具有类型性判断的可能性,其次生活质量提供了一个严重性的序列。因此,根据行为对被害人生活质量造成的损害,行为在严重程度被划分为了五个不同的阶层,从而实现了对行为严重性进行阶层性判断的需要。生活质量标准不但在针对自然人实施的犯罪中,而且在针对组织体实施的犯罪中都得到了规范性检验。

#### On the Strata Determine of Seriousness of Crime: With Comparative Analysis of Stipulation in Criminal Law both in China and Germany

Zhao Shuhong

**Abstract:** With basis of the lawless behavior, the constitutive elements cannot provide the sequential concept, with which the seriousness of crime can be determined. For this, the theoretical effort is to determine the seriousness of crime according to the damage to the quality of life. On the one hand, the standard for quality of life itself has the potential types of thinking; on the other hand, with the standard of quality of life, the comparative sequence can be available. Therefore, as the standard, the damage to the quality of life can be achieved on the seriousness of the behavior in the strata determine. This conclusion is proved in the crime against person, as well as against economic organization with stipulation in criminal code not only in Germany and also in China.

**Keywords:** seriousness of crime; strata determine; standard of quality of life

(责任编辑:幸颜静)

[42] Wohlers Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungs – delikte, Duncker und Humblot, Berlin, 2000, S. 177; Anastasopoulou Ioanna, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, Beck, München, 2005, S. 235.

[43] 这种观点更多是从自然人利益对组织体经营状况的依赖来论证的,详细的论述参见 Axel Montenbruck, Strafraumen und Strafzumessung, Duncker und Humblot, Berlin, 1983, S. 173; Bernd – Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, Springer, 2001, S. 76.

# 美国警察无证裸身搜查的法律控制 及其对中国的启示

吴 玲 张德森\*

**摘 要:**裸身搜查是保护警员安全和发现物证的一种重要方式,但缺乏法律控制的搜查行为可能会严重侵犯公民的人身权利与人格尊严。裸身搜查法律控制需要在人权保护与犯罪防范这两种价值取向上找到平衡点,并为警察日常执法行为设定明确的边界。本文通过分析美国联邦法院判决的裸身搜查典型判例,考察美国法如何控制警察的裸身搜查行为,特别是其在搜查范围、方式、地点、理据等方面的控制特点,以揭示其控制人身搜查的程序性原则与司法裁量标准,并在此基础上提出完善我国相关法律制度的对策。

**关键词:**裸身搜查 警察权力 法律控制 平衡原则

裸身搜查(strip search)通常是指执法者对人的裸体体表进行的搜查,包括对全部或部分裸露的皮肤、毛发及身体附属物的查验。<sup>[1]</sup>从广义上来讲,它还包括对人身更具侵犯性的搜查,如对人体深度口腔、胃腹、肠道、阴道等体腔的搜查,以及从人体强行提取血液等化学物质。<sup>[2]</sup>裸身搜查既可以是仅限于视觉上的,也可以被手动执行,前者如执法人员要求被搜查人自行脱衣后仅用肉眼观察其裸露体表,后者如执法人员使用工具对被搜查人的体腔进行物理性探入。裸身搜查通常发生在警局、监狱、海关、学校以及其他被推测有犯罪嫌疑的场所。

本文的研究仅关注警察的无证裸身搜查,即由警察执行、参与或者配合的,在逮捕前、后,在没有出示搜查证的情况下,对嫌疑人进行的各种裸身搜查。基于对 LexisNexis 法律数据库在 30 年(1980 - 2010)的时间跨度下进行关键词检索,我们共提取了 482 个涉及裸身搜查的联邦法院案件,其中包括 76 个警察裸身搜查案件和另外 406 个非警务人员在海关、监狱、拘留所、学校进行的裸身搜查案件。通过比较所有类型的裸身搜查案件,我们发现美国警察裸身搜查案件在所有裸身搜查案件中的比例呈持续上升趋势,从 1980 年代的 20%,到 1990 年代的 25%,再到 2000 年代的 32%。与之相对,其他几类裸身搜查案件的比例皆持续下降或有所浮动。案件的这种分布态势进一步凸显了关注警察裸身搜查行为的必要性。

---

\* 吴玲,中南财经政法大学副教授,法学博士;张德森,中南财经政法大学教授,法学博士。本研究受中南财经政法大学中央高校基本科研业务费项目(2722013JC030)的资助。

[1] Mark Leech & Deborah Cheney, *The Prisons Handbook* 316 (4th ed., Waterside Press 2002).

[2] *Security and Law Enforcement Employees, District Council 82 v. Carey*, 737 F.2d 187, 187 (2d Cir. 1984).

## 一、美国无证裸身搜查及其合宪性判断标准

美国法律界人士早已认识到裸身搜查的严重侵犯性,并高度关注这种可能被警察滥用的权力。<sup>[3]</sup> 美国最高法院在玛丽贝丝(Mary Beth G.)案中认为裸身搜查“贬低人格、非人性化、有损尊严、带有羞辱和恐吓性、令人不快、厌恶、难堪、尴尬并且标志着降格和降服”。<sup>[4]</sup> 这一对裸身搜查行为的侵犯性所作出的经典评价被下级法院广泛援引。虽然裸身搜查往往耗时很短,但却能对被搜查的个体造成长久的心理伤害,包括“降低社会化能力和工作表现、引起偏执和妄想、促成自杀意念、增强沮丧和压抑感、造成在除了暗室以外任何地点脱衣的障碍”。<sup>[5]</sup>

除了这些直接的个人影响,裸身搜查已然助长了其他社会痼疾在警察亚文化内的传播,比如歧视、性侵犯、暴力以及警察权力滥用。<sup>[6]</sup> 有学者从警察行为理论出发,指出滥用裸身搜查本质上就是一种性暴力。<sup>[7]</sup> 警察的职业本质与警察文化理论能在一定程度上解释警察裸身搜查行为的滥用。警务工作的常规性造成了其职业的枯燥性,而“从枯燥的状态突然转换到应急反应”的需求增加了警务工作的难度。<sup>[8]</sup> 在实施逮捕的过程中,警察往往处于一种试图获取犯罪证据的刺激状态下。<sup>[9]</sup> 另外,警察拥有的压制性权力也促使其将裸身搜查作为逼迫、恐吓、羞辱嫌疑人,报复公然挑战其权威者,或实现惩罚“坏分子”的街头正义的手段。<sup>[10]</sup>

一般而言,警察裸身搜查的主要目的是发现可能被用于攻击自身的武器与防止嫌疑人毁坏物证。<sup>[11]</sup> 美国最高法院在著名的特里(Terry)案中允许警察在仅有“合理怀疑(reasonable suspicion)”的条件下对嫌疑人的外衣表面进行快速“拍身搜查(frisk)”。<sup>[12]</sup> 然而,因为武器有可能被嫌疑人藏匿于体表和体腔内部,拍搜在实践中往往并不足以确保警员安全。另外,以发现犯罪证据为目的的裸身搜查常常与涉毒犯罪有关。尽管在体腔内部藏毒有致命的风险,但为数不少的运毒者仍然选择铤而

[3] Tim Newburn, Michael Shiner & Stephanie Hayman, *Race, Crime, and Injustice? Strip Search and the Treatment of Suspects in Custody*, 44 *Brit. J. Criminology* 677, 679 (2004).

[4] *Mary Beth G. v. City of Chicago*, 723 F.2d 1263, 1272 (7th Cir. 1983).

[5] *Redding v. Safford Unified School District*, 531 F.3d 1071, 1071 (9th Cir. 2008); *Joan v. City of Chicago*, 771 F.2d 1020, 1021 (7th Cir. 1985). Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 *Univ. Penn. L. Rev.* 477, 535 (2006).

[6] Sarah Eschholz & Michael S. Vaughn, *Police Sexual Violence and Rape Myths: Civil Liability under Section 1983*, 29 *Journal of Criminal Justice* 389, 389 (2001). 另参见赵伟:“西方警察亚文化研究述评”,载《公安研究》2010年第6期,第83页。

[7] Jean-Paul Brodeur, *Legitimizing Police Deviance*, in *Organizational Police Deviance* 127-160 (Clifford D. Shearing ed., Butterworth 1981).

[8] Akiva M. Liberman, Suzanne R. Best, Thomas J. Metzler, Jeffrey A. Fagan, Daniel S. Weiss & Charles R. Marmar, *Routine Occupational Stress and Psychological Distress in Police*, 25 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 421, 437 (2002).

[9] Patrik Manzoni & Manuel Eisner, *Violence between the Police and the Public Influences of Work-Related Stress, Job Satisfaction, Burnout, and Situational Factors*, 33 *Criminal Justice and Behavior* 613, 626 (2006).

[10] Peter B. Kraska & Victor E. Kappeler, *To Serve and Pursue: Exploring Police Sexual Violence against Women*, 12 *Justice Quarterly* 85, 86 (1995).

[11] Eugene L. Shapiro, *Strip Searches Incident to Arrest: Cabinizing the Authority to Humiliate*, 83 *North Dakota L. Rev.* 67, 73-75 (2007).

[12] *Terry v. Ohio*, 392 U.S.1 (1968) 的判决认为,为了发现可能藏匿的武器或违禁品,警察可以短暂地滞留嫌疑人,并用手快速地对其外衣的表面进行轻拍式搜查,在拍身过程中不得将手伸入嫌疑人的衣袋。

走险。<sup>[13]</sup> 考虑到诸如此类的情形,警务人员在打击毒品犯罪和维持秩序的积极警务干预中,对嫌疑人实施裸身搜查就有相当程度的必要性。<sup>[14]</sup>

美国宪法对人身搜查的规定主要体现在第四修正案中,其主旨是限制政府权力和杜绝政府机构非法搜集证据。根据美国最高法院涉及人身搜查的案例,裸身搜查行为并没有被授权成为第四修正案的例外。<sup>[15]</sup> 虽然美国各级法院在审理警察裸身搜查案件中普遍认识到裸身搜查较之普通的人身搜查具有更大的侵犯性,但是美国最高法院长期以来并没有直接对警察裸身搜查行为进行违宪审查。贝尔(Bell)案作为最高法院对裸身搜查的合宪性问题作出的第一例判决,其针对的是拘留所中的裸身搜查这个比较窄的争端。在贝尔案中,法院审查了一项拘留所政策,该政策要求所有在羁押候审中的嫌疑人在每次被监外人员探访后须予以视觉体腔检查。<sup>[16]</sup> 在贝尔案中,法院强调第四修正案的“合理性(reasonableness)”标准不应该被精准地界定或者机械地适用,对无证搜查的合宪性评估要建立在“平衡标准(balancing test)”的基础上,即需要平衡特定搜查行为的必要性和此行为对个体权利的侵犯性;下级法院应当具体审查裸身搜查行为的四个维度,包括特定侵害的范畴、执行搜查的方式、启动搜查的理据、开展搜查的地点。然而,贝尔案却没有指明特定种类裸身搜查行为的合理性原则,以及这四个维度的具体含义、内容与合理性标准。

由于缺乏最高法院对警察裸身搜查的清晰判例,下级联邦法院在审查相关案件中就自然承担了界定该行为具体的合理性宪法标准的任务。在贝尔案后的十年里,美国众多联邦法院已经对裸身搜查行为施加了一定限制。一方面,几乎所有裁量过该类法律争端的法院都得到了一致结论:“执法机关不能在缺乏搜查本身所需的合理怀疑的情况下对被逮捕人进行裸身搜查。”<sup>[17]</sup> 也就是说,在附带搜查的情况下,逮捕本身的合法性并不能自动成为裸身搜查合理性的抗辩事由,要证明裸身搜查合宪还需要一个独立于逮捕之外的理据。<sup>[18]</sup> 另一方面,虽然贝尔案本身是一个拘留所搜查案件,但联邦法院已经将其平衡标准和四维度的司法裁量模型应用到了警察裸身搜查案件中。可以说,绝大多数法院审理警察裸身搜查案件的过程就是细化贝尔案指导框架的过程。法官通过处理个案中被争议的裸身搜查行为,就在事实上研判了此类行为某个方面的违宪性。当我们积累了大量相关司法裁判后,就可以全面了解哪些具体行为已经被认定为违宪,并拼凑出裸身搜查行为违宪性的整体图景。因此,运用英美法系归纳性的思维和研究方法,本文将通过总结一系列裸身搜查案件的特点,将法院的裁判在四维度框架下进行归纳,并提炼出每个维度的法律控制标准与司法裁量要素,借以全面地阐释警察裸身搜查的合宪性问题。<sup>[19]</sup>

[13] Bruce A. Jacobs & Jody Miller, *Crack Dealing, Gender, and Arrest Avoidance*, 45 *Social Problems* 550, 569 (1998).

[14] David Dixon & Lisa Maher, *Anh Hai: Policing, Culture and Social Exclusion in a Street Heroin Market*, 12 *Policing and Society* 93, 100 (2002).

[15] 相关案件参见: *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *United States v. Edwards*, 415 U.S. 800 (1974); *Illinois v. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983).

[16] *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 558 (1979).

[17] William C. Collins, *Reasonable Suspicion Required for Strip-Searches*, *Corrections Today*, June 1, 2004, at 28.

[18] *Giles v. Ackerman*, 746 F.2d 614 (9th Cir. 1984).

[19] William J. Simonitsch, *Visual Body Cavity Searches Incident to Arrest: Validity under the Fourth Amendment*, 54 *U. Miami L. Rev.* 665, 688 (2000).

## 二、美国无证裸身搜查的法律控制标准

### (一) 裸身搜查范畴的法律控制

在美国司法界的视野内,搜查的范畴或者说侵犯性的程度与执行裸身搜查的具体形式直接相关。法院在考量裸身搜查的侵犯范畴时一般会询问以下问题:该身体搜查是仅限于视觉的还是以手动方式进行的?它是一个普通的裸身搜查还是体腔搜查?如果是普通的裸身搜查,暴露了哪些身体部位,这些部位暴露到何种程度?如果是体腔搜查,执法人员有没有进行深度的物理性探入?纵观所有裸身搜查案件,单纯审查裸身搜查侵权范畴的案例并不多。

在里奇满(Richmond)案中,被逮捕人起诉了明尼苏达州布鲁克林中心市以及该市的三名警员,声称警察的裸身搜查侵犯了其人身权利。原告认为警察对其进行了“体腔搜查”。然而,该案陪审团在事实认定中审查了警察行为的侵犯范畴,并拒绝将警察的行为定性为体腔搜查。相反,陪审团发现警察的行为“仅限于视觉上对被逮捕人生殖器和臀部的检查,检查后紧跟着从被逮捕人夹紧的臀部以快速扫动的动作移除了一片棉纸”。<sup>[20]</sup> 因为该行为的“仅限于视觉”的特征限制了该搜查的侵犯范畴,所以法院认为警察的裸身搜查行为合宪。

在多路易斯(Dorlouis)案中,四名被告人被法院判决为毒品贩卖罪。其中被告人保罗认为警察在获得定罪物证时进行的裸身搜查行为本身是违宪的,因此应该适用非法证据排除规则来撤销对其的有罪认定。法院在对保罗诉求的裸身搜查行为进行审查时发现,警察在逮捕和搜查机动车内的所有四名被告人后并没有发现现金,继而每个人进行了裸身搜查,警察将保罗置于巡逻警车的座椅上并拉下他的长裤,接着带有标记的1600美金从其长裤内掉落了出来。<sup>[21]</sup> 法院认为,虽然该裸身搜查是以手动的方式进行的,但警察并没有强行脱下保罗的拳击短裤。正是因为警察通过保留短裤减少了被搜查人不必要的身体更大范围的裸露,从而将侵权范畴限制在合理的尺度之内,所以警察行为被认定为合宪。<sup>[22]</sup> 相应地,因为裸身搜查行为本身合宪,就不应适用非法证据排除规则来改变对被告人犯罪行为的认定。

### (二) 裸身搜查方式的法律控制

在缺乏最高法院对合理性标准界定的情况下,第五巡回区法院认为,搜查方式的合理性应该建立在“敏感与专业化(sensitive and professional)”的原则之上。<sup>[23]</sup> 该原则也被众多其他联邦法院所承认和应用。一方面,裸身搜查涉及对人体最私密空间的探索,被搜查人在生理和心理上都处于一种弱势地位。搜查人应该保持相当的敏感和注意,尽量减小裸身搜查可能给被搜查人造成的身心伤害。另一方面,专业化则要求执法者充分认识到搜查是一种职务行为,而非个人行为,在搜查行为中应体现专业素养,排除随意性,并尽量邀请专业人士参与。除了“敏感与专业化”的整体原则外,通过总结美国联邦法院涉及搜查方式的判例,我们也发现了法院裁量搜查方式合理性的具体因素,包括搜查中使

[20] *Richmond v. City of Brooklyn Center*, 490 F.3d 1002, 1007 (8th Cir. 2007).

[21] 标记钱币(marked money)一般用于警察对毒品犯罪的特情引诱中,警察提前对钱币进行不明显的标记,当此钱币成为涉毒赃款后,往往成为对警方有利的证据。

[22] *United States v. Dorlouis*, 107 F.3d 248 (4th Cir. 1997).

[23] *Leverette v. Bell*, 247 F.3d 160, 168 (4th Cir. 2001).



用的武力,器械和手法,卫生条件,被搜查人身体暴露的时间,医护人员的参与,警察和被搜查人的性别,警察的用语、姿态和态度等。以下结合案例进一步阐释这些具体因素的司法适用。

第一,搜查中使用武力的程度。一般而言,过度使用武力本身是公民起诉警察多种不当行为诉讼中最常见的独立诉因。<sup>[24]</sup> 然而,因为武力使用也往往反映了搜查方式的一个侧面,所以在少数裸身搜查案件中过度使用武力作为搜查方式被提请合宪性审查。例如,在埃文斯(Evans)案中,警察在未经宣告的情况下突然将已经被脱光了的被逮捕人猛推向墙壁,并且从其背后卡喉。法院判决这种在裸身搜查中过度使用武力的情形构成了一种不合理的方式。<sup>[25]</sup>

第二,搜查的器械和手法。如果裸身搜查中使用了不适当的器械或者手法,那么它也是违背了方法合理性标准的。还是在埃文斯案件中,警察将一个尖细的金属物质推进了被逮捕人的臀部,该物质随即触碰到被逮捕人的肛门。<sup>[26]</sup> 另外,警察在裸身搜查的过程中捏挤女性被逮捕人的臀部,或者使用器械深深插入被搜查人的体腔,这些方式都不符合敏感性与专业化的标准,因而都是违宪的。

第三,搜查过程的卫生条件。一般认为,裸身搜查不应该在缺乏卫生防护的情况下进行。在史蒂芬斯(Stephens)案中,警察在没有经过清洁程序的情况下使用同一根警棍抬举在场数个被逮捕人的睾丸,并先后将警棍插入每一个人的肛门。法院认为这种行为是极度不卫生的,该裸身搜查行为不符合方式合理性的要求。<sup>[27]</sup> 与之类似,在阿米奇(Amaechi)案中,警察使用“未戴手套的手,手心向上,掠过被逮捕女性嫌疑人裸露的阴部,并且指尖轻微的伸入了该嫌疑人的生殖器”,法院判定此裸身搜查行为是不卫生和不专业的。<sup>[28]</sup> 当然,法院也指出裸身搜查所要求的卫生条件并非等同于严格的医疗卫生条件,警察如果在搜查中戴了经过卫生消毒的橡胶手套即可视为满足了卫生条件。

第四,侮辱性的语言和姿态。警察在搜查过程中使用合适的语言、表情和姿态能够提高其裸身搜查行为的合法性。法院认为警察在裸身搜查中应将贬损、侮辱和恐吓的成分降到最低程度,不应嘲弄、威胁、粗鲁地接触被搜查人,或者对被搜查人使用淫秽、辱骂性的语言。例如,在里奇满案中,警察在对嫌疑人进行裸身搜查的过程中使用种族歧视性的词汇,蔑称被逮捕人为“黑鬼”,法院判定该搜查是以不合理的方式进行的。<sup>[29]</sup> 此外,其他案件反映出的不合理的方式还包括警察威胁嫌疑人如若在裸身搜查中不合作就面临着被投入监狱的后果,或者在裸身搜查中逼迫被搜查人摆出侮辱性的姿势或者贬损其人格等。

另外,法院还在下列情况下判定裸身搜查在执行方式上是否合理。虽然医护人员的参与并非进行裸身搜查的必要条件,但是医护人员的参与可以降低裸身搜查行为的侵犯性。相反,法院通常会判定在没有医护人员的干预下使用武力进行裸身搜查为不合理。<sup>[30]</sup> 此外,使被搜查人“裸露的身体经过了一个不合理的过长时间的暴露”也被认为是搜查的方式不合理。<sup>[31]</sup> 最后,警员对异性嫌疑人

[24] Michael S. Vaughn, Tab W. Cooper & Rolando V. del Carmen, *Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement: Police Chiefs' Views*, 47 *Crime & Delinquency* 3, 8 (2001).

[25] *Evans v. City of Zebulon, GA*, 351 F.3d 485 (11th Cir. 2003).

[26] *Id.*

[27] *Evans v. Stephens*, 407 F.3d 1272 (11th Cir. 2005).

[28] *Amaechi v. West*, 237 F.3d 356, 359 (4th Cir. 2001).

[29] *Richmond v. City of Brooklyn Center*, 490 F.3d 1002 (8th Cir. 2007).

[30] *Evans*, 351 F.3d at 485.

[31] *United States v. Cofield*, 391 F.3d 334, 337 (1st Cir. 2004).

进行裸身搜查往往也被判定为方式不合理。<sup>[32]</sup>

### (三) 裸身搜查地点的法律控制

因为警察可能进行执法和侦查的场所几乎无所不包,所以警察逮捕或者控制嫌疑人的行为就可能出现在任何地点。然而,这并不代表警察可以直接在控制地点进行裸身搜查。在地点这个维度上,裸身搜查行为的合宪性原则是“出离公众视线(out of public view)”。<sup>[33]</sup> 该原则要求警察在进行搜查时要确保地点的私密性,并尽量避免被搜查人裸露的身体受到潜在的公众审视。<sup>[34]</sup> 需要强调的是,该原则是一种“可能性”标准,只要执法者选定的地点使得裸身搜查有可能(而非实际)被特定或者不特定的无关人员看见即违背了“出离公众视线”原则。

总体而言,在不考虑其他搜查特征的情况下,搜查的地点越私密,该搜查行为的合理性被挑战与推翻的可能性就越小。<sup>[35]</sup> 警察所选择的最优搜查地点应该是一个完全封闭的私密空间。比如,在雷诺兹(Reynolds)案中,警察基于匿名情报对一桩毒品交易进行了侦查,并在当地某汽车旅馆的房间内对被逮捕人进行了裸身搜查。因为在搜查过程中除了警员和被逮捕人之外没有其他闲杂人等,并且汽车旅馆房间与公众视线也是相分离的,所以法院认定此搜查地点是合理的。<sup>[36]</sup> 相反,在伊斯坎德尔(Iskander)案中,法院则认为警察在警局的羁押室内对一位女性嫌疑人进行的裸身搜查不合理,因为该室的窗户正对着走廊,不少过往的人从窗户对室内进行了窥视。<sup>[37]</sup> 除了房屋以外,某些移动性的封闭空间也可能被认为是进行裸身搜查的合理地点。<sup>[38]</sup> 在多路易斯案中,警察在街道上逮捕了一名嫌疑人,他们并没有直接在街道上对该嫌疑人进行搜查,而是将其带至警车内进行裸身搜查。法院认为这个搜查行为因有效避免了公众视线而具有合宪性。<sup>[39]</sup>

当然,法院对“出离公众视线”原则的适用也保持了一定的弹性和灵活度。考虑到警务行为的时效性,法院适当地将“出离”扩大解释为“有效的限制和阻隔”,将非封闭空间的地点类型也纳入到了合理化的范围内。据此,裸身搜查可以在那些受到有限公众视线的半封闭区域进行。例如,在威廉姆斯(Williams)案中,警察在警区分局内部停车场里解开了被搜查人的裤子,将手伸入其中并触碰了内裤。法院认为警察在该案中采取了足够的措施来保护被搜查人的隐私,他们没有在公共道路上进行搜查而是选择了比较私密的警局内部的停车场,所以在地点的选择上是合理的。<sup>[40]</sup> 除此以外,只要警察采取了有效措施来限制公众视线,在公共道路上或者公共区域内进行的裸身搜查也可以是合理的。例如,在史密斯(Smith)案中,裸身搜查虽然发生在公共道路上,但是警察使用自己的身体和巡逻警车的车门为被搜查人遮蔽公众视线。<sup>[41]</sup> 在多明戈斯(Dominguez)案中,警察在大型垃圾箱后的区域内对女性嫌疑人进行了裸身搜查,从而有效地将女性嫌疑人裸露的身体与男性警员的视线隔

[32] *Hobbs ex rel. Hughes v. Town of Hurlock*, 168 F.3d 482 (4th Cir. 1999); *Justice v. Peachtree City*, 961 F.2d 188 (11th Cir. 1992).

[33] *State v. Smith*, 464 S.E.2d 45, 46 (N.C. 1995).

[34] *Polk v. Montgomery Co., Md.*, 782 F.2d 1196, 1201 (4th Cir. 1986).

[35] *Burns v. Loranger*, 907 F.2d 233, 235 (1st Cir. 1990).

[36] *Reynolds v. City of Anchorage*, 379 F.3d 358 (6th Cir. 2004).

[37] *Iskander v. Village of Forest Park*, 690 F.2d 126 (7th Cir. 1982).

[38] *Doe v. Burnham*, 6 F.3d 476 (7th Cir. 1993).

[39] *Dorlouis*, 107 F.3d at 248.

[40] *United States v. Williams*, 477 F.3d 974 (8th Cir. 2007).

[41] *State v. Smith*, 464 S.E.2d 45 (N.C. 1995).

断。<sup>[42]</sup> 法院在此类案件中都判定裸身搜查的地点满足了合理性要求。

在裸身搜查地点合理性的问题上,法院考量的因素还包括在搜查现场实际和可能出现的旁观者的数量,以及被搜查人与旁观者之间的社会关系。一般说来,如果搜查现场包括了除负责搜查的警员以外的旁观者,裸身搜查大都是不合宪的。比如,在前文提及的埃文斯案中,警察在同一个房间内同时对两名嫌疑人进行裸身搜查。<sup>[43]</sup> 法院认为这是不合理的,因为被搜查人不仅可以互相看见对方裸露的身体,并且自己被裸身搜查的整个过程都被对方所观察。在阿米奇案中,警察在嫌疑人住宅房屋前对其进行裸身搜查,她的5个小孩和邻居目睹了整个过程。<sup>[44]</sup> 法院认为裸身搜查的过程不应该被无关人员所审视,因为这会对被搜查人造成心理上的二次伤害,而在所有无关人员中,那些和被搜查人有亲近关系的人如果“见证”了整个裸身搜查过程,这只会加强而非减弱对被搜查人人格贬损的程度,所以法院认定该搜查所选择的地点是不合理的。

#### (四) 警察裸身搜查理据的法律控制

在贝尔案的分析框架下,如果说警察裸身搜查的范畴、方式和地点反映了其行为维度的形式层面,那么搜查理据则代表了该行为维度的实质层面,因为后者是警察最初启动裸身搜查行为的原因和根据。联邦法院对裸身搜查理据的判断采用“客观标准(objective standards)”原则,包括“可能原因(probable cause)”与“合理怀疑(reasonable suspicion)”这两种具体标准。<sup>[45]</sup>

美国宪法第四修正案对“可能原因”的法律要求要高于“合理怀疑”,只有第三和第九巡回区法院在审理裸身搜查时有条件地适用了前一种标准。第九巡回区法院在富勒(Fuller)案中对裸身搜查和体腔搜查这两类行为进行了区分,并对它们采用了不同的合理性判断标准。该法院认为指导所有涉及侵入身体“内部”的搜查行为的最高法院判例应该是施莫宝(Schmerber)案而非贝尔案。<sup>[46]</sup> 在施莫宝案中,最高法院审查了强行采集醉驾被捕者血液这一行为的合宪性,并判定此行为适用的标准为“可能原因”。<sup>[47]</sup> 相应地,第九巡回区法院认为合理怀疑并不足以构成启动“强制刺透或者侵入皮肤”的搜查行为的理据,或者说体腔检查的合理性标准至少不能低于可能原因。第三巡回区法院在审理道(Doe)案中则区分了保护性(protective)和非保护性(non-protective)裸身搜查,并分别对它们适用不同的合理性标准。保护性搜查是警察因合理相信自己正面临被嫌疑人攻击的风险为保护自身安全而对嫌疑人进行的人身搜查,而非保护性搜查则主要服务于锁定嫌疑人及获取物证等侦查目的。第三巡回区法院从搜查行为的必要性出发,认为警察启动非保护性搜查的理据条件应当高于启动保护性搜查的条件,前者至少应当达到可能原因而非合理怀疑的标准。<sup>[48]</sup>

除上述两大巡回区以外,其他大多联邦法院都在贝尔案框架下使用合理怀疑这一相对较低的标准来判断警察裸身搜查的理据合宪性。这意味着警察在执行裸身搜查前必须有“客观化”和“个体化”的怀疑。客观化要求合理怀疑的产生是基于“总体情势”的理性警察视角,即任何一个理性的警察

[42] *Dominguez v. Metropolitan Miami-Dade County*, 167 Fed. Appx. 147 (11th Cir. 2006).

[43] *Evans*, 351 F.3d at 485.

[44] *Amaechi*, 237 F.3d at 356.

[45] *Mary Beth G.*, 723 F.2d at 1263.

[46] *Fuller v. M. G. Jewelry*, 950 F.2d 1437 (9th Cir. 1991).

[47] *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

[48] *Doe v. Groody*, 361 F.3d 232 (3d Cir. 2004).

(而非在某事件中的当事人警察),在当时的总体情势下都会产生足够的怀疑认为搜查是必要的。<sup>[49]</sup>个体化标准则强调警察怀疑的内容应该包括具体、能被明述的因素,“纯粹的推测或者对某类嫌疑人的恐惧均不能建立合理怀疑”。<sup>[50]</sup>虽然认定是否存在合理怀疑是司法实践中的难点,但是通过总结相关判例,我们发现法院主要通过考察那些与嫌疑人以及涉嫌犯罪紧密相关的因素来确定警察是否在搜查前已经达到了合理怀疑的程度,这些因素包括被逮捕人当下及前科的犯罪类型和被逮捕记录,被逮捕人的外观和行为,裸身搜查前拍搜及裸身搜查后发现的证据,以及警察启动裸身搜查的动机。<sup>[51]</sup>

第一,犯罪类型往往是法院审查警察裸身搜查理据的考量因素之一。许多裸身搜查就是警察在发现犯罪证据的目的下启动的。因为毒品比较容易被藏匿于衣服和体腔内,所以获取涉毒物证便成了不少裸身搜查的直接原因。在司法实践中,我们发现除非警察有合理怀疑认为被逮捕人携带或藏匿了违禁品,法院往往认定宪法禁止对涉嫌非毒品犯罪尤其是轻罪(misdemeanors)的嫌疑人进行裸身搜查。<sup>[52]</sup>法院已经判定涉嫌以下非毒品犯罪不能构成对嫌疑人藏匿违禁品的合理怀疑,包括嫌疑人有酒驾行为与涉及不明犯罪的尚未被执行的逮捕令,<sup>[53]</sup>有违反噪音管制的轻罪前科,<sup>[54]</sup>有轻微的交通违法且不能立刻支付保释金等。<sup>[55]</sup>同时,法院明确指出,虽然对毒品活动的怀疑往往会引发裸身搜查,但裸身搜查行为本身不会因为发现毒品的结果而被合法化。<sup>[56]</sup>或者说,“每一个因涉毒犯罪而被逮捕的人不应自动受到裸身搜查,警察从普通搜查过渡到对身体本身的搜查需要建立更加个体化的怀疑”。<sup>[57]</sup>另外,警察如果知晓嫌疑人的被逮捕记录可能会倾向于对其进行裸身搜查。比如,法院在科菲尔德(Cofield)案中认为裸身搜查是基于合理怀疑的,因为被逮捕人有涉毒犯罪和伤害罪的前科及被逮捕记录,并且当下还是一个被通缉的逃犯。<sup>[58]</sup>

第二,被搜查人在现场的外观和行为也是法院在审查警察裸身搜查理据的重要考量因素。在埃文斯案中,警察在路检时逮捕了两名非裔嫌疑人,这两人深夜在某乡村地带超速驾驶租来的机动车,并且当他们被警察截停时看起来很紧张。然而,法院认为在警察对该车进行路检的过程中及其后,嫌疑人并没有任何行为显示意图将某种物品藏匿于衣物以内,故而警察启动裸身搜查的理据是不充分的。<sup>[59]</sup>与之相反,在凯尔斯(Kyles)案中,警察则被认定为有合理怀疑来启动裸身搜查,因为该案警员观察到被逮捕人“在车里有鬼祟的举动,包括身体向座椅低处滑动并且扭动身体,就像在藏匿某种物品”。<sup>[60]</sup>

第三,警察通过肉眼观察(plain view)或者拍搜所得到的初步发现也可能会为进一步裸身搜查提

[49] *United States v. Arvizu*, 534 U. S. 266 (2002); *United States v. Monteiro*, 447 F.3d 39 (1st Cir. 2006).

[50] *Kelly v. Foti*, 77 F.3d 819, 822 (5th Cir. 1996).

[51] *Kraushaar v. Flanigan*, 45 F.3d 1040, 1045 (7th Cir. 1995); *Way v. County of Ventura*, 445 F.3d 1157, 1162 (9th Cir. 2006).

[52] *Arpin v. Santa Clara Valley Transp. Agency*, 261 F.3d 912 (9th Cir. 2001); *Kaufman v. Rivera*, 173 F.3d 844 (2d Cir. 1999).

[53] *Logan v. Shealy*, 660 F.2d 1007 (4th Cir. 1981).

[54] *Amaechi*, 237 F.3d at 356.

[55] *Kelly v. Foti*, 77 F.3d 819 (5th Cir. 1996).

[56] *Swain v. Spinney*, 117 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

[57] *United States v. Barnes*, 443 F. Supp. 2d 248, 253 - 254 (D. R. I. 2006).

[58] *United States v. Cofield*, 391 F.3d 334 (1st Cir. 2004).

[59] *Evans*, 351 F.3d at 485.

[60] *Kyles v. Erickson*, 99 F.3d 1146, 1146 (9th Cir. 1996).

供合理怀疑。例如,在艾普尔怀特(Applewhite)案中,一名军警在一次毒品诱捕行动中在某女性军属的公寓内对其进行了拍搜,并发现了她长筒袜内的半满的皮下注射器、针头以及她手提包里的安非他明违禁品,警察继而对其进行了裸身搜查。法院认为警察启动裸身搜查存在合理怀疑,因为拍搜结果表明嫌疑人很有可能在其身体内藏匿更多毒品。<sup>[61]</sup>相反,即使警察对嫌疑人藏匿毒品有初始怀疑,其进行的裸身搜查仍然有可能被判定为不合理。在史蒂芬斯案中,警察在裸身搜查前已经对嫌疑人的车辆进行了超过10分钟的搜查,检查了车周边的区域,嫌疑人的口袋,并两次对其人身进行了拍搜,却没有观察到嫌疑人试图在其体内藏匿物品或者发现任何与毒品相关的东西。在该案中,法院认为警察虽然存在初始怀疑,但是“怀疑的强度在启动裸身搜查前就已经被削弱了”,在此种情况下仍然进行裸身搜查是不合理的。<sup>[62]</sup>与之相似,在巴恩斯(Barnes)案中,警察先后两次对嫌疑人进行了例行普通搜查后没有发现武器或其他违禁物品,且缉毒犬也没有对嫌疑人发出警示。在此种情形下,警察继而对其进行的裸身搜查也被法院判定为缺乏合理怀疑。<sup>[63]</sup>

需要说明的是,大多数法院并不依据从裸身搜查中获得的物证来回溯性地追认警察在裸身搜查启动时具有合理怀疑。也就是说,即便在裸身搜查后发现涉嫌的违禁品,也不能构成执法者具有合理怀疑的抗辩事由,更不能直接证明此搜查的合理性。然而,从保护被搜查人权利的角度出发,此原则却可以被逆向地适用。比如,在史蒂芬斯案中,法院就明确指出,如果警察通过裸身搜查并没有发现任何涉嫌的物证,这就削弱了搜查合理性的正当理由基础。<sup>[64]</sup>

第四,虽然警察搜查行为的动机具有极大的主观性,仍然有少数法院对这一方面进行了违宪审查。比如,在斯维因(Swain)案中,法院考虑了以下重要事实:裸身搜查紧接着发生于女性嫌疑人在被逮捕过程中惹怒了执法警员之后;该嫌疑人在被裸身搜查之前曾被允许独自去使用了卫生间;本案不存在对警察构成人身危险性的因素;该女性嫌疑人虽然没有任何犯罪记录却被裸身搜查了,而同她一起被捕的男友虽然有毒品交易的前科却没有被搜查。法院在考量了上述事实后认定警察裸身搜查的动机是为了报复该女性在被逮捕过程中不合作的态度,该行为构成了对被搜查女性的性侮辱。<sup>[65]</sup>与之类似,在科特雷尔(Cottrell)案中,女性被逮捕人仅身着非常轻薄的夏季衣物,已被警察进行了一次非常彻底的拍搜,并且她在警察的视线下已经呆了较长的时间,这些事实都使审判该案件的法院对警察在其后进行的裸身搜查的动机产生了质疑。<sup>[66]</sup>

### 三、我国无证人身搜查与裸身搜查的制度缺陷

我国《宪法》规定禁止非法搜查公民的身体(第37条)与侵犯公民的人格尊严(第38条)。《刑法》规定了非法搜查罪,并对司法工作人员从重处罚(第245条)。《刑事诉讼法》规定为了收集犯罪证据、查获犯罪人,侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体进行搜查(第134条)。进行搜查,必须向被搜查人出示搜查证。在执行逮捕、拘留的时候,遇有紧急情况,不另

[61] *Applewhite v. U. S. Air Force*, 995 F.2d 997 (10th Cir. 1993).

[62] *Evans v. Stephens*, 407 F.3d at 1208.

[63] *United States v. Barnes*, 506 F.3d 58 (1st Cir. 2007).

[64] *Evans v. Stephens*, 407 F.3d at 1208.

[65] *Swain v. Spinney*, 117 F.3d at 1.

[66] *Cottrell v. Kaysville City, Utah*, 994 F.2d 730 (10th Cir. 1993).

用搜查证也可以进行搜查(第136条)。这几乎是我国无证搜查制度在立法上的唯一依据。公安部在《公安机关办理刑事案件程序规定》(公安部令第127号)对上述“紧急情况”进行了解释,包括可能随身携带凶器,隐藏爆炸、剧毒等危险物品,隐匿、毁弃、转移犯罪证据,隐匿其他犯罪嫌疑人等突发紧急情况(第219条)。<sup>[67]</sup> 在人身搜查程序方面,该规定还要求执行搜查的侦查人员不得少于二人(第218条);由女侦查人员搜查妇女身体;确保在搜查现场有被搜查人或者其家属、邻居、其他见证人(第220条)。<sup>[68]</sup> 根据现阶段我国公安机关统一的执法培训要求,人身搜查要按照“由粗到细,由上到下,由表及里”的顺序进行,可以将被搜查者的鞋、帽、衣、裤和内衣裤等脱掉、解开进行搜查,以彻底检查是否携带武器、违禁物品等,特别是对人体的天然孔露、头发和体表贴附物进行重点检查。然而,这些规定对于指导警察无证人身搜查的操作过于简单和模糊,有些规定如要求见证人在场甚至与国际惯常做法相悖,不应适用于裸身搜查的情况。

裸身查验除了是警察搜查权的一种表现,还可能是警察行使检查权的结果。搜查是刑侦人员旨在发现犯罪证据和查获嫌疑人的一种重要的侦查手段。检查权则是法律赋予公安机关在行政管理活动中的行政权力,主要包括日常监督检查、办理治安等案件中的检查以及安全检查。<sup>[69]</sup> 《警察法》与《治安管理处罚法》规定了警察进行人身检查的范围和程序,是我国警察人身检查权的主要法律依据。<sup>[70]</sup> 虽然搜查与检查两者在本质上是不同的权力类型,但是它们在警务执法实践中却存在广阔的交叉地带,特别体现在“当场检查”和“安全检查”等行为中。如,社区民警在日常巡逻、设卡检查、对行人和机动车盘查的过程中,就可能对所发现的犯罪嫌疑人进行人身检查,其中实行实力强制检查的情况最为多见。这种由非刑侦人员进行的所谓例行检查在本质上应该就是一种无证搜查。问题在于现行立法对警察启动检查权的理由与执行程序规定得过于笼统和宽泛,没有形成具体的合法化标准。这使得公众很难判断警察在何种情形下可行使人身检查权,特别是裸身检查这样极具侵犯性的人身检查。

总体而言,我国现存的涉及人身查验的法律规定过于粗糙,特别是缺乏对无证搜查的操作手段、具体执法方式、限度等程序性问题的详尽规定,<sup>[71]</sup> 对搜查的时间、地点、对象缺乏限制,启动条件过于随意。<sup>[72]</sup> 虽然从严格的法律意义上,无证搜查是作为有证搜查这个原则的例外而存在的,但是实践中搜查证的低频率使用使得无证搜查成为了搜查行为的常态。有研究基于对案卷搜查证的抽样分析指出,有证搜查在所有搜查中的比率不到7%,而针对人身搜查所签发的搜查证仅占有搜查证的1%。<sup>[73]</sup> 实践中大量搜查都是在没有搜查证的情况下进行的,包括在查获罪证和违禁品的概括性目

[67] 谢川豫:“我国警察检查权剖析——从制度建构到现实考察”,载《中国人民公安大学学报》2005年第3期,第36-37页。

[68] 在警务实践中“其他见证人”的范围很广,包括被搜查人所在单位的负责人、所在居委会成员或其他人。

[69] 侯凯中、孟昭阳:“论警察行政检查权及行使程序”,载《中国人民公安大学学报》2010年第1期,第121页。

[70] 《中华人民共和国人民警察法》第9条规定:“为维护社会治安秩序,公安机关的人民警察对有违法犯罪嫌疑的人员,经出示相应证件,可以当场盘问、检查……”公安部在《关于公安机关执行〈警察法〉有关问题的解释》中规定:“检查包括对被盘问人的人身检查和对其携带物品的检查。”《治安管理处罚法》规定公安机关可以对与违反治安管理行为有关的人进行检查。检查警察不得少于2人,并应出示工作证件和检查证明文件。对确有必要立即进行检查的,警察经出示工作证件,可以当场检查。检查妇女的身体,应当由女性工作人员进行(第87条)。检查的情况应当制作检查笔录,由检查人、被检查人和见证人签名或盖章(第88条)。

[71] 刘洪涛:“浅论我国无证搜查制度的完善”,载《法制与社会》2010年第11期,第54页。

[72] 陈蕾:“论新刑法视野下搜查制度的完善——以公民财产权保障为视角”,载《犯罪研究》2014年第2期,第41页。

[73] 左卫民:“规避与替代——搜查运行机制的实证考察”,载《中国法学》2007年第3期,第116-119页。

的之下,在抓捕、拘留、逮捕的过程中,在盘查、检查、扭送等情况下。在缺乏对搜查行为启动和实施的更多程序性规制下,无证裸身搜查问题已成为我国立法和法律实践中一个相当薄弱的环节。正因为如此,实践中出现的无证裸身搜查事件也并不鲜见。比如,在2003年湖南岳阳市发生的身着便衣的警察在没有出示任何证件的情况下,以所谓的“打码”(地下六合彩)检查为名,将5名当地妇女关在同一间办公室内,勒令她们脱掉身上所有的衣物,对其中两名不愿脱衣的女性,强制性的扯掉其胸罩,然后命令她们翘屁股、摆姿势,时间长达40分钟。<sup>[74]</sup> 时隔一年,类似事件又在广东东莞市上演。两位女士在该市某商场购物时,被怀疑偷了他人钱包,负责此案现场调查的警察要求两人在该商场的仓库内脱衣进行裸身检查。<sup>[75]</sup> 由于我国法律通常只规定禁止“非法搜查”,而没有明确界定裸身搜查的性质,因此类似事件最终充其量以警察行为违规来认定。

我国无证人身搜查与裸身搜查制度缺陷的症结在很大程度上与我国法律规制自上而下“轻程序”的模式有关。第一,虽然我国宪法已经确立了人权保障原则,但是宪法关于人身权利这个公民基本权利的规定简单且主要是实体性规范,缺乏保护公民人身权利的程序性条款。我国并未像域外法治国家那样在宪法中确立在剥夺或限制人身自由时受司法审查等人身权利保障原则。<sup>[76]</sup> 除逮捕受“准司法审查”外,我国刑事诉讼中的强制侦查措施均不受司法审查,搜查的决定权和实施权集中于同一警务部门,缺乏对权力的监督与制衡。虽然人身权利是一种实体性权利,但是其实现所需要的程序性保障恰恰是划定法治与人治边界的核心要素。第二,我国也不存在美国那样的违宪审查制度,即法院通过在个案中直接应用宪法来对具体的搜查行为进行评价与控制。第三,与美国不同,我国将越轨行为(deviant behaviors)区分为犯罪行为与违反治安管理的行为,并将两者分而治之。警察机关作为司法行政机关,同时肩负着打击犯罪和治安管理的职责。面对复杂的社会情况,警务部门长期以来“重打击,轻保护”,仅将搜查视为一项技术性措施,在执法过程中有一种自然的扩张其行政权的倾向,为了执法的便捷和效率不惜牺牲公民权利。现实中存在的无证人身搜查与裸身搜查的制度缺陷恰恰为这种权力滥用提供了契机。

#### 四、美国的法律控制方式对我国的启示

正如有学者指出的那样,警察在执法过程中实际上有相当大的自由裁量权,缺乏公众监督的警察行为必然会滋生权力滥用。<sup>[77]</sup> 在我国,裸身搜查行为在很大程度正是一种尚未被全面理性审视的公权力。本文通过对美国无证裸身搜查法律规制的考察,结合我国人身搜查的立法问题,试图得出几点有意义的结论与启示。美国与中国虽然属于不同的法系,但前者在寻求犯罪打击与人权保护的法益平衡点上有更为成熟的制度和经验,我们希望通过对其法律制度的思考和借鉴来促进我国相关立法与执法的完善。

第一,在宏观层面上,我们应该强化宪法对搜查行为的程序性限制。只有对保护人身自由的宪法

[74] “岳阳五妇女:民警逼迫我们脱光所有的衣服”,引自搜狐网,<http://women.sohu.com/2003/12/08/80/article216628087.shtml>,最后访问时间:2015年1月20日。

[75] “东莞两名女子被警察脱光搜身 民警称合法 律师称违法”,引自新浪网,<http://news.sina.com.cn/s/2004-09-09/09433626773s.shtml>,最后访问时间:2015年1月20日。

[76] 陈军:“美、中两国人身自由宪法保护比较分析及启示”,载《云南大学学报(法学版)》2009年1第1期,第36页。

[77] HermanGoldstein, *Policing a Free Society* (Ballinger Publishing Company 1977).

原则进行程序化的设计才能更好地指导那些涉及限制和剥夺人身自由的具体法律的制定。我国现行《宪法》第37条规定：“任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”该条规定重点强调逮捕而忽视其他剥夺人身自由的方式，已不能完全满足我国人身自由保护的现实要求。正如有学者主张的，宪法规定应该强调在限制和剥夺人身自由时的正当程序，比如将《宪法》第37条修改为“非经法定的条件与程序，不得限制和剥夺公民的人身自由”。<sup>[78]</sup>

第二，我国应该建立人身搜查“宽进严出”的模式和“层级式”的合理性标准。通过比较，我们可以发现中美两国无证人身搜查法律控制的整体思路和模式是不同的。我国的无证人身搜查法律采用的是一种“严进宽出”的模式。具体来说，现存的无证搜查法律规定仅仅局限于附带搜查这一种类型。附带搜查的执行条件在《刑事诉讼法》第136条第2款中有所体现，其中“在执行逮捕、拘留的时候”和“遇有紧急情况”从字面上来看，更接近于一种“重叠式”的关系，也就是说警务人员只有在二者同时具备的情况下才能进行无证搜查。这样的规定就在实际上提高了无证搜查的门槛，形成了此类行为准入的瓶颈，可能影响搜查权力应有的效能。同时，我国现存人身搜查的程序性法律规定的缺位导致与这种门槛的“严进”相对的是执行上与行为合法性判断上的“宽出”。与之相对，美国的无证人身搜查法律规制采取的是一种“宽进严出”的模式。或者说，它对警察启动无证裸身搜查的情况并没有非常严格或僵化的规定，这恰恰适应了犯罪和警务实践本身的复杂性或情势多变性。对警察最初启动搜查的条件在立法上设置过高的门槛实际上不利于实现此类措施应有的打击犯罪的功效。然而，美国法律控制模式要求警察一旦在特定的原因下启动裸身搜查，其行为就必须受制于严格的程序性限制，其搜查行为的任何一方面对程序规定的违反都意味着此行为无法顺利通过合宪性审查，所以是一种“严出”。

借鉴美国无证搜查这种“宽进严出”的整体模式，我国对现行立法变动最小的调整方式可能是对刑法附带搜查的规定进行“并列式”的解释，也就是说只要“执行逮捕、拘留”与“紧急情况”二者存一，即可进行无证人身搜查。<sup>[79]</sup>这样就在一定程度上降低了启动无证搜查的门槛。虽然这有助于提高警察的办案效率，但是考虑到我国人身搜查立法本身就已经明显倾向于国家权力而非人权保护的现实，该方法的风险性也不容小觑。<sup>[80]</sup>所以，在扩大公权力适用范围的同时，也要合理有效地制约这种权力的执行过程。这方面我们可以借鉴美国法院在裸身搜查方面的总体审查原则，即在“平衡标准”的基础上寻求特定搜查的必要性与搜查对个人权利侵犯性的平衡点。

如前所述，虽然我国实践中的裸身搜查行为有多重不同的权力依托，但是它们在执行上却存在广阔的交叉地带，更重要的是它们对嫌疑人造成的人身侵害往往并没有实质区别。正因为如此，裸身搜查的合理性标准不应以此行为的权力依托或执行人员作为依据，而应该以我们所衡量的两种法益为基础，对不同类型的裸身搜查行为的合理性判断标准进行分层。根据美国的法律控制方法，一方面，我们已经知道裸身搜查与普通人身搜查的标准应该有所不同，因为两类行为侵害被搜查人人身权利的程度和风险不同。同样，在裸身搜查行为的范围内，体腔搜查和体表搜查也应当适用不同的控制标准，前者的启动理据与程序性标准应该高于后者。另一方面，我们也应该考量警察进行裸身搜查的必

[78] 周伟：“保护人身自由条款比较研究——兼论宪法第37条之修改”，载《法学评论》2000年第4期，第18页。

[79] 张斌：“我国无证搜查制度法理之构建：《刑事诉讼法》第111条第二款质疑”，载《现代法学》2003年第4期，第59页。

[80] 李良义：“我国无证搜查制度之构建”，载《湖北警官学院学报》2010年第5期，第25页。



要性,对保护性裸身搜查与非保护性裸身搜查制定不同的法律标准。因为以保护警察安全为目的的裸身搜查的必要性程度要高于那些为了发现或保全物证的搜查,所以前种搜查类型的启动门槛也应相应地降低。

第三,完善我国无证裸身搜查的程序性规定。美国警察裸身搜查的法律控制本身就是一种比较系统化的程序规范。美国法院具体考量了四个与裸身搜查合宪性息息相关的维度。(1)在搜查范围上,警察要尽可能避免查验不必要的身体敏感部位,减少被搜查人身体暴露程度和禁止对其身体进行过度物理性侵入。(2)在搜查方式上,警察要在敏感性与专业化原则下,使用适当的器械和手法,确保搜查过程中的卫生条件,鼓励医护人员的参与,以及禁止过度使用武力、过长时间暴露他人身体、搜查异性身体或者在搜查过程中使用侮辱性的语言和姿态。(3)在搜查地点上,警察应该在出离或有效限制公众视线的原则下确保搜查的私密性,尽可能在完全封闭的私密空间或者受到有限公众视线的半封闭区域进行搜查。即便是在公共街道进行搜查,也应该采取必要措施来限制公众视线,同时要排除搜查过程被无关人员审视的可能性。(4)某些具体指标与警察启动裸身搜查是否具有合理怀疑息息相关,包括嫌疑人的犯罪类型、被逮捕记录、外观和行为、对嫌疑人的拍搜结果、警察的搜查动机。需要强调的是法院对任一裸身搜查行为的考察是整体性的,或者说该行为只要违反了上述任何一个维度的原则就可能被认定为违宪。

与这种系统化的程序性规定相比,我国在人身搜查方面的程序性规定非常薄弱。当然,我国也存在少量和美国法律有一定交叉的程序性规定。比如,在启动人身搜查的理据方面,美国法律要求警察在执行裸身搜查前必须有合理怀疑。我国在统一的警务培训中也要求搜查的理由是一种“可能性”理由,必须有充分的证据或常识作为依据,不能凭空推断。然而,与美国判例中涉及对合理怀疑具体适用的因素相比,我国这种大而化之的规定对实践的指导性并不强。我国法律对启动检查权的理由设定为“为了维护社会治安秩序”这个宽泛的理由就显得更为粗略了。<sup>[81]</sup>另外,我国规定应当由女性执法人员搜查或检查妇女身体,这体现了对女性身体权利的特别保护。美国法院在考量裸身搜查“方法”的合宪性时,也认为裸身搜查不能在异性间(opposite-sex)进行。不同的是,我国法律对异性搜查的规定是单向的,也就是说法律禁止男性警察搜查女性嫌疑人,但是并没有禁止女性对男性的搜查。此外,虽然医护人员的参与并不是美国裸身搜查的必要条件,但是它有助于提高裸身搜查的合宪性,因为它更能体现敏感和专业化的原则。我国的有关法律规定对卖淫、嫖娼人员进行性病检查,应当由医生进行。这里既有防止性病传播的目的,也有专业化的考虑。最后,我国法律对搜查“见证人”的规定和美国裸身搜查法律是相悖的。因此,鉴于我国的人身搜查程序法律过于粗糙,我们有必要对现行的程序性规定进行修改,特别是应建立起体系化的程序性框架。

第四,提高我国警务人员的执法水平和建立相应的救济机制。美国警务部门每年因包括裸身搜查在内的政府不当行为付出大额的国家赔偿,因此它们非常关注法律和判例的更新,要时刻确保自己的部门处于信息的前沿。警务部门将这些法律更新的内容及时反映到机构内部的行为手册中并对警员进行适时的培训,以避免本部门的警员去实施那些已经被非法化了的的行为。我国的警务部门也需要仔细设计与制定人身搜查方面的指导政策。警察搜查的工作手册必须非常详细、及时更新,从而为警员的执法活动提供有效的、可操作的指引。行为控制的具体内容可以参照本文对美国搜查程序的

[81] 《中华人民共和国人民警察法》第9条。

分析,涉及警察在启动裸身搜查之前、之中以及之后的各个方面。这样有助于我们在提高警察执法水平和推进法治化进程上走出扎实的一步。

当然,政府对提高执法水平的关注并不能完全避免某些警员进行违法的搜查行为。在这种情况下,我们需要建立对责任人员的法律追究制度以及对被搜查人的法律救济机制。如前所述,我国警察在裸身搜查事件上最终可能仅仅被认定为违规行为,而没有为这种行为承担严格意义上的法律责任。因此,我国立法上应该对该类型的搜查行为要求搜查人员依法承担相应的行政责任或刑事责任。被搜查人因警务人员的违法搜查行为遭致人身或人格损害的,还应该有权要求搜查机关予以赔偿、赔礼道歉、公开消除不良影响等。与世界上那些权利保护比较充分的国家相比,我国《国家赔偿法》规定的赔偿范围较窄,司法赔偿范围更为狭窄。国家赔偿法对公民人身权益的保护范围仅限于对人身自由权和生命健康权的损害赔偿,而不支持对人格尊严的赔偿要求。虽然现行赔偿法已经有条件地将精神损害纳入赔偿范围,但是仅包括行政或者司法机关工作人员违法拘留、逮捕、非法拘禁、刑讯逼供、违法使用武器等行为所造成的精神损害。赔偿范围既不包括对违法的人身搜查行为造成的人格损害,也不包括该种行为所导致的一系列精神损害。这就使得被裸身搜查的个体在实际上无法得到国家赔偿法的有效救济。因此,我国国家赔偿法的赔偿范围应该进一步扩大,将违法搜查和检查行为所侵犯的人身权,特别是对于裸身搜查这种侵犯性极强的行为纳入救济轨道,使得受害人获得国家赔偿的权利。

## Legal Control of Police Strip Searches in U. S. and Its Policy Value to China

Wu Ling & Zhang Demiao

**Abstract:** Although strip search is a critical measure to protect officers' safety and discover contrabands in law enforcement practices, it poses a serious threat to human rights and dignity if not properly regulated. Legal control of strip searches not only requires balancing the crime prevention value and the needs of human rights protection, but also sets behavioral boundaries for law enforcement. The current research analyzes judicial decisions on police strip searches by the U. S. federal courts under the Fourth Amendment. It examines key aspects of strip search behaviors such as scope, manner, place, and justification, and then summarizes and reveals related legal doctrines and specific reasonableness tests. Finally, this research discusses the limitation of extant law on body search in China and suggests the measures to utilize U. S. experiences in China's policy implementation.

**Keywords:** strip search; police power; legal control; balancing test

(责任编辑:刘馨)

# 我国民事诉讼诚实信用原则的 适用现象、问题与完善

——兼以法国民事诉讼的理论争论与实务判例为参照

巢志雄\*

**摘要:**我国民事诉讼诚实信用原则的发展主要受益于司法判例。我国民事司法实践以极大的热情适用民事诉讼诚实信用原则,导致该原则在具体内容、类型化适用、创设其他程序规范等多方面的法律发展现象。与此同时,我国民事诉讼诚实信用原则的适用存在过于泛滥、过于随意和轻视法律方法的问题。法国民事司法实践对诚实信用原则的司法适用提出了必要性、相关性、正当性这三个要求,对我国民事司法实践有参考价值。

**关键词:**民事诉讼诚实信用原则判例

2012年8月修订后的我国《民事诉讼法》第13条第1款增设了“诚实信用原则”。该条文表述为:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”这意味着在立法层面上,诚实信用原则已经从民事实体法引入民事程序法。诚实信用原则已经成为当下法律界的时尚话题。理论界对诚信原则的概念、理论基础、历史发展、适用范围、适用方式、适用类型、制度价值等均有较为详尽的研究;<sup>[1]</sup>实务界则对诚信原则的司法适用投入极高的热情,越来越多的案例明确地以《民事诉讼法》第13条第1款作为判决的法律依据之一。然而,这些案例适用诚信原则是否真的有必要,是否符合立法原意,是否存在法律适用方面的冲突,都是值得进一步检讨的问题。

鉴于已有的对诚信原则的比较法研究资料中,以日本和德国民事诉讼的理论、立法、司法判例为主,<sup>[2]</sup>本文拟关注法国民事诉讼中的诚实信用原则,考察法国民事诉讼的理论争论以及法国民事司法中的相关实务经验。在研究分析法国经验的基础上,笔者对我国新《民事诉讼法》第13条第1款的解释与司法适用提出一些见解。

## 一、我国民事诉讼诚实信用原则的类型化适用与问题

尽管我国新《民事诉讼法》第13条第1款规定的“诚实信用原则”于2013年才正式生效施行,但

\* 中山大学法学院讲师,法学博士。本文获得中央高校基本科研业务费专项资金的资助。

[1] 相关文章参见张卫平:“民事诉讼中的诚实信用原则”,载《法律科学》2012年第6期;刘荣军:“诚实信用原则在民事诉讼中的适用”,载《法学研究》1998年第4期;叶自强:“论民事诉讼的诚实信用原则”,载《检察理论研究》1996年第2期;王福华:“民事诉讼诚实信用原则论”,载《法商研究》1999年第4期。

[2] 相关文章参见王亚新:“我国新民事诉讼法与诚实信用原则——以日本民事诉讼法立法经过及司法实务为参照”,载《比较法研究》2012年第5期;赵秀举:“德国民事诉讼中的诚实信用原则”,载《华东政法大学学报》2013年第2期。

是以“诚实信用原则”作为裁判理由的做法早已存在多年。笔者从北大法宝的案例数据库中,以“民事诉讼”和“诚实信用”作为关键词,进行“同句”检索。<sup>[3]</sup>在135项检索结果中,排除重复的、裁判文书不完整的、无关的检索项后,共获得70个案例。在这70份裁判文书中,法官均以明确的表述方式适用诚实信用原则作为裁判理由。尽管北大法宝并未穷尽收录全国法院的民事判决,但是上述70个案例从时间范围、类型化适用等方面均有较充分的代表性,可以反映我国民事诉讼适用诚实信用原则的司法现象和问题。

在法官援引诚实信用原则进行裁判的案件中,涉及的民事诉讼程序问题呈现多元化特征。在70个案例中,以诚实信用原则裁判的程序法问题主要涉及以下几种:禁反言、滥用诉权、滥用其他程序权利、虚假陈述、证明妨碍、举证责任。但有个别案例涉及的并非严格意义上的程序法问题,例如当事人所提诉讼请求缺乏法律依据,待下文另述。

笔者对70个案例进行类型化,6种主要的判决类型及数量如下:

表1 判决类型分布情况

禁反言	滥用诉权	滥用其他程序权利	虚假陈述	举证责任	证明妨碍
25	14	5	17	12	4

需要说明的是,有几个案例同时涉及两个或两个以上程序问题,因此类型化后的案件数量之和超过了案例总数。

### (一) 禁反言

对于传统大陆法系而言,“禁反言”是外来概念。一般认为,“禁反言”有两层含义:对于受害者而言,“禁反言”是指信赖利益保护;对于行为人而言,“禁反言”是指其言行不诚信,权利滥用和过错。<sup>[4]</sup>从法律继受的角度来看,“禁反言”与“诚实信用”是分属于两大法系的平行概念,两者的含义与制度功能本身就存在重叠。

这种概念上的重叠也反映在案例类型化的统计数据中,以“禁反言”形式表达的“诚实信用原则”相对其他判决类型较多。这些案例中,当事人实施的“禁反言”行为通常是在同一案件的审理过程中,做出了相互矛盾的陈述或者诉讼行为。这种互相矛盾的言行可能发生在同一审级,例如耿澄伟诉李政民间借贷纠纷案,“耿澄伟在派出所所做出的借款经过的陈述与其诉状及庭审中的陈述的借款时间、借条出具时间、借款金额、借款地点、款项来源均有重大矛盾。并且直至本院出示派出所询问笔录后才改称借款经过以在派出所陈述为准”;<sup>[5]</sup>也可能发生在一审和二审,例如龙信建设集团有限公司南京分公司与南京强帆金属材料有限公司买卖合同纠纷上诉案,“当事人在民事诉讼过程中应当以诚实信用为原则,对自己以言辞所做出的各种表示负责,不得随意做出否定在先言辞的言论和行为。本案中龙信公司在一审中已经做出自认,其推翻前述自认行为必须提供充分的证据支持,但两上诉人并未就此提供证据”;<sup>[6]</sup>还可能发生在原审和再审,例如天津市天益工贸有限公司与天津市滨海商贸大

[3] 北大法宝司法案例数据库的数据覆盖面较广,作为研究素材的来源,其可靠性较高。登陆地址:<http://www.pkulaw.cn>,登录时间:2014年3月30日。

[4] H. Muir-Watt, *Pour l'accueil de l'estoppel en droit français*, Mélanges Loussouarn, 1994, p. 303.

[5] (2013)澄青民初字第0399号。

[6] (2013)宁商终字第728号。

世界有限公司等财产权属纠纷再审案,“本案诉讼期间,天益公司在滨海公司是否履行了配合义务,是否构成违约的问题上屡次反复,为达到使本案能再次进入再审的目的,否认其在一审、二审及再审期间坚持的主张,否认再审判决中对其有利的认定,有悖诚实信用原则,本院对其该项申请再审事由不予支持”。〔7〕

另一种“禁反言”情形发生在本案与他案,当事人在本案的陈述内容和诉讼行为与在他案的言行存在矛盾冲突,本案审理法官认为当事人的言行违反诚信原则,判令其在本案的言行不予采信。例如贺春晓、杨雯莉、杨钰琼诉张红宪、杨建矿侵权责任案,〔8〕吴某某诉卫某某等其他合同纠纷案,〔9〕丁继明与程德生等确认债权纠纷申请案,〔10〕杨莉民等诉梧州明兴房地产开发有限公司民间借贷纠纷案〔11〕都是此种情形。前三个案例中,法官将当事人在本案中的陈述与前案庭审笔录的记载进行比对,若存在矛盾之处,则以当事人违反诚信原则为由不采信其在本案的陈述。值得注意的是,在第四个案例中,法官据以比对的前案庭审笔录是一个撤诉案件,法官认为,“虽然 501 号案件(前案)已裁定准许撤诉,但该案庭审过程不应当因此失去其证明力,故 501 号案件庭审笔录对双方依然具有约束力,被告依然要对己方在 501 号案庭审所作的陈述负责”。〔12〕换言之,当事人应当对所有陈述负责,无论案件是否已经撤销。

## (二) 滥用诉权

上述 70 个援引“诚实信用原则”作为裁判理由的案例中,有 9 个案件属于滥用诉权的情形。诉权的概念兼具实体法与程序法的含义,是联系实体法与程序法的桥梁,与其他程序权利有明显区别。因此,本文将滥用诉权与滥用其他程序权利作出区分。从司法判例来看,我国法官以违反诚信原则为由判定的“滥用诉权”有以下七种具体形态:

第一种是虚假诉讼。以下五个案例是典型的虚假诉讼:刘书芹诉李胜利、卫杰民间借贷纠纷案,〔13〕浙江洪太生物工程有限公司诉浙江津辉食品有限公司租赁合同纠纷案,〔14〕朱春碧诉朱晓珍民间借贷纠纷案,〔15〕万常霖诉张腾等民间借贷纠纷案,〔16〕夏某与徐某民间借贷纠纷上诉案。〔17〕关于诚实信用原则和虚假诉讼之间的逻辑关系,在万常霖诉张腾等民间借贷纠纷案中,法官认为,“根据诚实信用原则,民事诉讼当事人及其他诉讼参与人应真实地、完全地、准确地陈述案件事实,不得故意编造案件、陈述虚假事实、伪造证据进行虚假诉讼”。关于虚假诉讼的危害性,在万常霖诉张腾等民间借贷纠纷案中,法官认为,“虚假诉讼损害法律尊严和司法权威,破坏社会公序良俗,损害第三人合法权益,为法律所不允许,不受法律保护”;在夏某与徐某民间借贷纠纷上诉案中,法官认为,“虚假诉讼损害法律尊严和司法权威,破坏社会公序良俗,损害第三人合法权益,自为法律所不允许,不应受法律保护”。

〔7〕 (2012)民再申字第 310 号。

〔8〕 (2012)巩民初字第 3488 号。

〔9〕 (2013)普民一(民)初字第 2818 号。

〔10〕 (2013)苏民申字第 357 号。

〔11〕 (2013)蝶民初字第 390 号。

〔12〕 该案判决还提出了另外一个值得探讨的程序法问题,即已经撤诉的庭审笔录是否仍具有证据能力。我国司法判例中存在截然相反两种裁判意见。本文限于篇幅不作展开。

〔13〕 (2013)北民一初字第 314 号。

〔14〕 (2009)金义商初字第 650 号。

〔15〕 (2009)金义商初字第 5832 号。

〔16〕 (2012)武民初字第 1668 号。

〔17〕 (2009)沪二中民一(民)终字第 3436 号。

在这五个虚假诉讼的判决理由中,法官对诚实信用与虚假诉讼的关系、虚假诉讼的危害性等表述极其相似。

第二种是重复起诉。以下四个案例涉及重复起诉:杨宽诉金瑞房地产公司居间合同纠纷案<sup>[18]</sup> 中国建筑第五工程局第一建筑安装公司与重庆房地产职业学院等建设工程施工合同纠纷再审案<sup>[19]</sup> 淄博永大化工有限公司与郭文钦民间借贷纠纷再审案<sup>[20]</sup> 上诉人田丽君与被上诉人曹俊甫健康权纠纷案<sup>[21]</sup> 禁止重复起诉与一事不再理是同义语,前诉裁判文书(包括裁定、判决书、调解书)对同一诉讼标的的既判力,则后诉丧失可受理性。重复起诉确实属于滥用诉权的情形之一,但它与诚实信用原则并没有法解释学上的直接联系。上述四个案例均为典型的一事不再理,法官在其裁判理由中捎带“诚实信用原则”既不相关,也无必要。以“诚实信用原则”来强行解释重复起诉不可受理,将会导致法律解释学上的混乱。

第三种是诉权放弃。准确来说,诉权放弃是指当事人对诉权进行的合同安排,并在合同中明确作出放弃诉权的意思表示。当事人在签订民事合同时,往往会为合同履行过程中可能发生的争议预先安排、设计纠纷解决的方式和途径。在任某某与上海爱仕达汽车零部件有限公司劳动合同纠纷上诉案中,法官认为,“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。任某某与爱仕达公司签订的离职结算协议书明确双方已了结所有未结事宜,再无任何其他争议。且该协议已在2012年10月23日履行完毕。经济补偿金以及应休未休年休假工资系离职结算协议书中所有未结事宜的一部分,离职结算协议书履行完毕后,按约定双方再无任何其他争议。现任某某再要求爱仕达公司支付解除劳动关系的经济补偿金以及应休未休年休假工资,本院不予支持。驳回任某某的全部诉讼请求”。<sup>[22]</sup> 只要不违反法律的强制性规定,当事人就与诉讼有关的程序性事项进行的预先安排就是合法有效的。<sup>[23]</sup> 当事人对诉权的安排有两种:其一是以非诉讼的方式解决纠纷,双方约定自愿放弃诉权;其二是双方约定以诉讼方式解决纠纷,并就诉权的行使方式进行约定。诉权放弃属于第一种情形。鉴于我国民事诉讼法对诉权的合同安排没有作出任何特别规定,在此情形下,法官援引诚实信用原则进行裁判亦无可厚非。另外需要注意的是,该判决存在一个明显的法律错误,即诉权放弃将导致诉不受理的法律效果,而不是驳回当事人的诉讼请求。

第四种是主体适格。在德国和日本民事诉讼理论体系中,当事人适格是诉讼要件之一,当事人不适格则诉不合法;在法国民事诉讼理论体系中,当事人适格被表述为“诉的资格”,当事人不具备“诉的资格”则诉不受理(irrecevabilité)<sup>[24]</sup> 在王某诉刘某某等买卖合同纠纷案中,法院认为,“解决本案争议,首先必须对被告刘某某是否是本案适格被告作出确认。原告王某对被告刘某某提起诉讼,要求其对本案承担清偿责任。审理中,原告王某明知刘某某系被告廖某某的雇员且对该事实无异议,仍坚持要求刘某某对本案承担连带清偿责任。有违民事诉讼应当遵循诚实信用原则。驳回原告王某的全部

[18] (2012)苏商申字第256号。

[19] (2013)民申字第686号。

[20] (2013)民申字第253号。

[21] (2013)郑民二终字第531号。

[22] (2013)沪二中民三(民)终字第856号。

[23] Loïc Cadiet, *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, dans Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Presses universitaires d'Aix - Marseille, 1990, p. 193 à 223.

[24] Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 1912, t. I, n° 363.

诉讼请求”。<sup>[25]</sup> 该案适用“诚信原则”存在两个问题:其一,主体适格问题可以依据“诉”的理论来解决,与诚信原则并无直接关系。诚信原则无法涵盖“诉”的合法性问题;其二,本案因被告主体不适格,应当裁定驳回起诉,而非判决驳回诉讼请求。

第五种是请求权竞合。请求权竞合是指一个自然事实,符合多个法律构成要件,从而产生多个请求权。我国法院对请求权竞合案件当事人可否对同一纠纷但以不同的请求权基础提起两次诉讼存在不同的裁判意见。不同的裁判意见实质上是法官对“诉讼标的”的识别采用了不同的标准,其中不排除部分法官对“诉讼标的”的不当理解。例如,在某房地产开发有限公司诉某有限公司不当得利纠纷案中,法官认为,“就本案相同标的 12 100 000 元,原告曾在 2009 年 11 月以借款合同纠纷事由向向本院提起诉讼,要求法院判令被告归还借款 12 100 000 元。本院经审理查明事实,以原告主张归还借款的证据尚不能达到高度盖然性的证明程度而判决驳回其诉讼请求。后原告提起上诉,二审上海市第一中级人民法院经审理,以(2010)沪一中民四(商)终字第 1388 号判决驳回上诉,维持原判。现原告认为以借款纠纷起诉,其需要提供充分的证据来证明借款合同的成立,而根据不当得利起诉,其不必提供充分证据,而被告则需对系争款项的产生事由与用途举证,从而将举证责任转移给被告。由此看出原告的诉讼主张具有随意性,存在违背民事诉讼‘禁反言’的一般规则,应受民事诉讼诚实信用原则的约束”。<sup>[26]</sup> 该案判决理由将诉讼标的物(12 100 000 元款项)与诉讼标的混同,实为不妥。此外,本案裁判理由不宜适用诚信原则。请求权竞合案件是否可受理,是否违反一事不再理原则,应当以“请求权竞合”、“诉讼标的”等理论作为裁判理由,不能简单地认为当事人依据另一请求权再次起诉就违反诚实信用原则。二者之间并无必然联系。

第六种是二审提出新请求。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 184 条规定,当事人可以在二审中提出新请求,法官可以对新请求组织调解,调解不成的,告知当事人另行起诉。换言之,当事人有权在二审中提出新请求,我国民事诉讼法也没有禁止这种做法。在湖州至正新材料高科技有限公司与浙江湖州市建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷再审案中,上诉人至正公司在二审审理期间提出认定合同无效的新请求,法官认为,“至正公司在第十分公司与建工集团签订的承包协议书上予以签章,表明其当时对此事实明知并认可,其直至双方产生纠纷后在二审审理期间提出合同效力问题,有违民事诉讼的诚实信用原则”。<sup>[27]</sup> 该案判决理由以诚信原则否定当事人在二审提出新请求的权利,与民诉法的特别条款发生直接冲突。

第七种是上诉。上诉权是诉权的一种形式,是当事人的法定权利。我国民事诉讼法对当事人行使上诉权并未设置除上诉期限以外的其他条件,也不要求当事人的上诉请求有事实和法律依据。在林杰等与上海晨和饭庄追偿权纠纷上诉案中,法官认为,“当事人参与民事诉讼应遵循诚实信用原则。两上诉人在出具给彭纯伟的借条上明确其是债务责任人,所以,两上诉人关于其是债务担保人的上诉理由明显与事实不符,本院不予采信”。<sup>[28]</sup> 法官认为上诉人违反了诚实信用原则,因为其上诉请求明显缺乏事实依据,这是对上诉制度的误解。从法解释学的立场,该案判决理由对诚实信用原则的解释明显违反了民诉法关于上诉制度的特别规定。

[25] (2012)沙法民初字第 08085 号。

[26] (2010)长民二(商)初字第 1733 号。

[27] (2009)浙民提字第 41 号。

[28] (2002)沪一中民四(商)终字第 535 号。

### (三) 滥用其他程序权利

在70个援引“诚实信用原则”作为裁判理由的案例中,有4个案件属于滥用其他程序权利的情形。这4个案件分别指向不同的程序问题,包括二审提交新证据、二审申请证据鉴定、无故缺席审判、管辖权异议。

第一,二审提交新证据违反诚信原则。在童某甲与杨某等提供劳务者受害责任纠纷上诉案<sup>[29]</sup>中,上诉人童某甲提交的证据产生于一审庭审结束之前,并且上诉人与证人均未在一审中提及该证据所能证明的事实,法官据此判定上诉人提交新证据违反了诚信原则。我国民事诉讼法对新证据的证据能力有较为详细的特别规定,例如《民事诉讼法》第139条、第146条、第169条、第200条,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第41条等。当事人提交新证据是其诉讼权利,至于新证据能否被采信是依据特别条款对证据能力进行认定的问题。以违反诚信原则为由否定新证据的证据能力,这种越过特别条款径直适用一般条款进行裁判的做法是不妥当的。

第二,二审申请证据鉴定违反诚信原则。当事人在二审程序中提出鉴定申请,法官可以依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第25条、第27条的规定决定是否进行鉴定,无需援引诚信原则作为裁判理由。在高某某与刘某财产损害赔偿纠纷上诉案<sup>[30]</sup>中,上诉人在一审中没有提出鉴定申请,而在二审时提出,法官认为上诉人违反诚信原则。在北京市天水泽龙律师事务所与林某某等诉讼代理合同纠纷上诉案<sup>[31]</sup>中,上诉人在二审庭审结束后提出鉴定申请,法官认为上诉人违反了诚信原则。这两个案件适用诚信原则越过民事诉讼法有关证据鉴定的特别规定,径直以法律原则作出裁判是不妥当的。

第三,被告缺席审判违反诚信原则。除赡养、抚养、抚育等几种当事人必须到庭参加诉讼的案件外,被告出庭参加诉讼并非程序法义务。被告缺席审判可视为放弃答辩权,放弃权利并不会当然导致法律的否定性评价。然而,在赵某诉某人寿保险股份有限公司上海分公司闸北天目西路营销服务部劳动合同纠纷案中,法官认为,“首先,当事人在民事诉讼中应当遵循诚实信用原则。本案中,被告在本院多次合法传唤后拒不到庭参加诉讼,应当视为对其答辩权利的放弃;其次,……”<sup>[32]</sup>这一裁判理由将被告放弃答辩权的行为判定为违反民事诉讼法的诚信原则,显然是对诚信原则的错误理解和适用。

第四,提出管辖权异议违反诚信原则。极为罕见的是,当事人提出管辖权异议也被判定为违反了诚信原则。在上海某房地产有限公司诉上海某建设开发有限公司建设工程施工合同纠纷案中,法官认为,“就本案所涉合同纠纷而言,无论是依被告住所地确定管辖,还是依合同履行地确定管辖,本院对本案均享有管辖权。被告所提上述异议明显属于滥用诉讼程序权利,有违民事诉讼应当遵循的诚实信用原则”。<sup>[33]</sup>当事人提出管辖权异议是一项程序权利,我国民事诉讼法并未设置除提出时间以外的其他限制,法官应当对管辖权异议进行审查并作出相应裁决。即便是当事人提出的管辖权异议被裁定驳回,也不能认为其行使程序权利就当然违反了诚信原则。这显然是法官对诚信原则的误解。

### (四) 虚假陈述

虚假陈述是指当事人向法庭作出不实陈述,以期获得不当利益。在70个援引“诚实信用原则”作

[29] (2013)浙衢民终字第414号。

[30] (2013)沪二中民一(民)终字第1137号。

[31] (2013)一中民终字第8609号。

[32] (2012)闸民四(民)初字第313号。

[33] (2013)松民三(民)初字第1081号。



为裁判理由的案例中,涉及虚假陈述的案例较多,共有 17 个案例。

通常情况是,虚假陈述会导致当事人陈述不被采信的法律后果。当事人陈述是法定证据种类之一,但这一证据类型具有强烈的主观性。《民事诉讼法》第 75 条规定,人民法院对当事人的陈述应当结合本案的其他证据,审查确定能否作为认定事实的根据。《民事诉讼法》第 75 条是法官判定虚假陈述的特别条款,该特别条款与民事诉讼诚实信用原则有直接关联。法官在审理涉及“虚假陈述”的案件时,往往会在援引该特别条款的同时,附带适用诚实信用原则作为强化裁判理由的依据。例如,在徐文立与南京龙翔服饰城三毛童装店经济补偿金纠纷上诉案中,法官认为,“徐文立在庭审中就其是否缴纳过社会保险费用的问题,多次作出违背事实的虚假陈述,该行为与法律规定的当事人应当遵循诚实信用原则相悖,故本院对其予以训诫”。<sup>[34]</sup>又如,在林某某诉蔡某某民间借贷纠纷案中,法官认为,“被告在本案中虽辩称之前所作向原告借款 15 万元陈述系基于‘记忆发生错误’,但该理由实属牵强,有违常理,本院认定属于虚假陈述,不予采信。民事诉讼应当遵循诚实信用原则,当事人有义务向法院作如实陈述,在(2013)普民四(民)重字第 3 号案件中,该案合议庭已就被告在案件中前后陈述不一致的行为予以指出,但仍未引以为戒,应予训诫”。<sup>[35]</sup>另外值得注意的是,这两个案件的法官仅对当事人处以“训诫”的处罚,这与民事诉讼法关于伪造证据处以罚款、拘留,甚至追究刑事责任的处罚规定并不相符。虚假陈述是伪造证据的一种形式,是较为严重的违反诚信原则的行为。

虚假陈述导致的法律后果可能从当事人陈述不被采信,扩及该当事人提出的法律理由不被采信。例如,在汕头市永安塑胶实业有限公司与陈生惠买卖合同纠纷上诉案中,“由于永安公司在本案诉讼过程中,多次向法庭作虚假陈述,其行为有悖于民事诉讼诚实信用原则,故对永安公司有利于己方的陈述和抗辩意见,法院不予采信”。<sup>[36]</sup>虚假陈述的法律后果能否从证据排除扩及到否定法律理由,对此,我国民事诉讼法没有特别规定。在此案件中,法官援引法律原则、法律的一般条款作出裁判可以起到填补法律空白的功能,维护立法目的。

当事人进行虚假陈述还可能导致损害赔偿的法律后果。当事人应当赔偿对方当事人因虚假陈述而遭受的损失。例如,杭州 A 公司诉上海 B 公司财产损害赔偿纠纷案中,“被告对原告提供的对帐单的真实性予以否认,后经司法鉴定,证明被告的这一主张与事实不符,表明被告违反了如实陈述的诉讼义务,由此造成原告鉴定费用的损失应当由被告予以赔偿”。<sup>[37]</sup>法官以当事人违反诚信原则为由判令其赔偿对方当事人鉴定费用,这是较为妥当的做法。

### (五) 证明妨碍

证明妨碍是指持有证据资料但不负证明责任的当事人,无正当理由拒绝提供该证据,使负有证明责任的当事人举证受到妨碍。在这种情况下,应作出对负有证明责任的当事人有利的事实认定。我国民法对证明妨碍有特别规定,即《最高人民法院关于民事诉讼证据若干规定》第 75 条规定:“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立”。鉴于证明妨碍不当增加对方当事人举证难度,妨碍民事诉讼正常进行,当事人的此种行为有违诚实信用原则的基本要求。我国法官在裁判证明妨碍事项时,有时会附带适用诚信原则作为强化裁判理由的依据。

[34] (2013)宁民终字第 1984 号。

[35] (2013)普民一(民)初字第 2892 号。

[36] (2013)汕中法民四终字第 24 号。

[37] (2010)闽民二(商)初字第 2146 号。

在夏春岩与戴群合伙纠纷上诉案中,当事人夏春岩自认“对于争议的款项,解决争议的办法就是把账目拿出来看清楚”,表明夏春岩对于提供合伙账目可以查清案件事实是明知的。法官认为,“夏春岩拒不提供合伙账目的行为违反了《中华人民共和国民事诉讼法》第13条第1款:‘民事诉讼应当遵循诚实信用原则’的规定,对此应受到否定评价,不应因不诚信行为而取得诉讼利益”。<sup>[38]</sup>

因证明妨碍而导致的法律后果不仅是对当事人作出不利事实推定,法官还可能以证明妨碍有违诚信原则为由,要求当事人承担相应的赔偿责任。例如,在艾里江·库尔班诉北京华谊兄弟文化经纪有限公司服务合同纠纷案中,法官认为,“民事诉讼活动也应当遵循诚实信用原则。被告明确知晓北京华谊兄弟文化经纪有限公司股权转让、名称变更、华谊兄弟商号使用、艺人转签公司等情况,但其却在诉讼中不向原告披露有关信息,导致原告必须委托律师进行专业调查,额外发生费用,继续增加诉讼成本,难称诚信,故被告应支付原告公证费1091元、律师费5000元、工商登记查询费313元”。<sup>[39]</sup>

#### (六) 举证责任

在适用诚信原则作出裁判的六种案件类型中,举证责任的这一类型是最让人感到困惑的。多份判决理由直接将诚信原则与举证责任挂钩,径行判定未向法庭充分举证的当事人违反了民事诉讼诚信原则。例如,在某砖厂等与朱某某买卖合同纠纷上诉案中,法官认为,“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。当事人对于自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明”。<sup>[40]</sup>这一判决理由和判词撰写结构反映在多个案件中,极为相似。

在黄乙与黄甲民间借贷纠纷案中,法官认为,“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。黄乙关于……的诉请,均因缺乏足够的证据印证,且各方均对对方的主张不予认可,故原审法院均不予采信,本院予以认同”。<sup>[41]</sup>

在无锡超科食品有限公司与三原惠民食品机械制造有限责任公司承揽合同纠纷上诉案中,法官认为,“民事诉讼应当遵循诚实信用原则,虽然被告辩称该设备不是在使用中爆炸,但被告未提供爆炸原因的证据,故对其辩称该设备不是在使用中爆炸的主张不予支持”。<sup>[42]</sup>

在上海台佳实业有限公司与张某某劳动合同纠纷案中,法官认为,“民事诉讼活动应依诚实信用原则进行,就本案,结合张某某、台佳公司双方所陈述及承认之事实、所提供之证据,本院确认张某某之工资标准为每年250000元。台佳公司主张双方就劳动报酬已达成一致,未能提供充分、有效的证据予以证明,本院不予采信”。<sup>[43]</sup>

上述四个案例的裁判理由均在首要位置援引《民事诉讼法》第13条第1款关于诚实信用原则的规定,但在下文再无任何分析举证责任与诚信原则之间的关联性,也没有对诚信原则在本案的具体适用进行其他论述。在所有12个涉及举证责任的案件类型中,适用诚信原则与裁判理由脱离的“两张皮”现象十分明显。

[38] (2012)黑民终字第90号。

[39] 笔者未能获得本案判决书的案号,可参见本案的北大法宝引证码:CLI.C.378897。

[40] (2012)连商终字第1070号。

[41] (2013)沪二中民一(民)终字第427号。

[42] (2013)咸民终字第00057号。

[43] (2013)沪二中民三(民)终字第480号。

## 二、我国司法适用民事诉讼诚实信用原则的若干特别现象与分析

### (一) 关于判决时间的现象

我国新《民事诉讼法》第13条第1款规定的“诚实信用原则”于2013年才正式生效施行,但是我国民事司法实践中以“民事诉讼诚实信用原则”作为裁判理由的做法早已存在多年。笔者对70个案例的判决时间进行了统计,年度分布如下:

表2 判决时间的年度分布

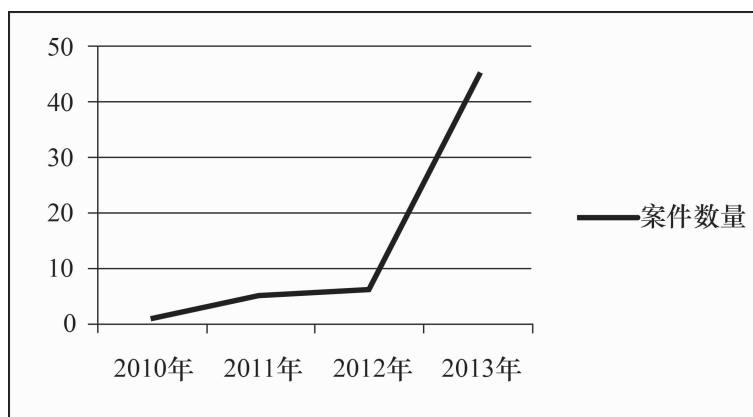
2010年以前	2010年	2011年	2012年	2013年	共计
13件	1件	5件	6件	45件	70件

从判决时间的年度分布表来看,至少有两个值得关注的司法现象:

第一,早在新《民事诉讼法》于2013年施行之前,各级法院法官就在裁判理由中直接援引民事诉讼诚实信用原则。其中,最早的案例是林杰等与上海晨和饭庄追偿权纠纷上诉案,该案于2002年作出判决。法官认为,“当事人参与民事诉讼应遵循诚实信用原则。两上诉人在出具给彭纯伟的借条上明确其是债务责任人,所以,两上诉人关于其是债务担保人的上诉理由明显与事实不符,本院不予采信。”<sup>[44]</sup>值得注意的是,尽管该判决理由援引了“诚实信用原则”,但是法官没有对“诚实信用原则”或“诚实信用义务”的法律渊源和依据给予任何解释。除了极个别案例外,几乎所有2013年之前作出的判决均未对“诚实信用原则”的来源予以解释和说明。在所有70个案例中,这一现象具有普遍性。

第二,随着年代的推进,适用“诚实信用原则”的案例数量呈现上升趋势。

表3 案例数量的年度变化趋势



2013年新《民事诉讼法》施行后,该类案例数量呈现爆发现象。有些法官热衷于在裁判理由中援引诚实信用原则,而且经常是在裁判理由的首句援引该原则。例如,陈某某等与上海国旅国际旅行社

[44] (2002)沪一中民四(商)终字第535号。

有限公司旅游合同纠纷上诉案,<sup>[45]</sup>高某某与刘某财产损害赔偿纠纷上诉案,<sup>[46]</sup>黄乙与黄甲民间借贷纠纷案,<sup>[47]</sup>以及赵某某与钟某某房屋买卖合同纠纷上诉案。<sup>[48]</sup>这四个案件均由同一个主审法官、同一个合议庭审理,四个案件案由各不相同,案中涉及的民事诉讼程序问题也完全不同,但是四个案件的判决理由首句均援引“诚实信用原则”。值得注意的司法现象是,法官以极大的热情适用诚实信用原则,却往往不顾及援引法律原则进行裁判的司法规律和方法论。上述四份判决在首句援引诚实信用原则后,后文的裁判理由再未提及任何与诚信原则有关的表述,援引的诚实信用原则和本案的裁判理由存在非常突兀的“两张皮”现象。在所有70个案例中,这一现象也具有普遍性。

## (二)关于以诚实信用原则创设具体程序规范的现象

创设程序规范是司法适用诚实信用原则的另一个值得注意的现象。法律的一般条款具有填补法律空白的功能,法官可以通过司法实践的方式创设具体的法律规范。这种法官造法的现象在英美法系和大陆法系均普遍存在,尽管大陆法系国家的法官造法显得更为隐秘,法律规范的固定化过程也更为漫长。

在我国司法实践中,法官适用实体法的一般条款进行裁判的案件较为常见,特别是集中在民法、消费者权益保护法、反不正当竞争法等法律领域。在程序法方面,类似的案件是非常少的。2013年新《民事诉讼法》实施以来,个别法官尝试适用诚信原则来弥补法律空白,一定意义上创设了程序规范。

在龙玉华诉恒德公司经济补偿金纠纷案中,法官适用诚信原则创设了“非因正当理由认诺不得撤回”的程序规范。<sup>[49]</sup>该案法官认为,“恒德公司在诉讼中享有认可或否认对方诉讼请求的处分权,该公司已在第一次合并审理的庭审中承认原告的诉讼请求,此后虽然撤回承认,但未举证证明其作出承认龙玉华诉讼请求的意思表示是受胁迫或存在重大误解的情形,且龙玉华不同意恒德公司撤回承认,故恒德公司的撤回行为有违法律所规定的诚实信用原则,不予准许”。我国民事诉讼法对“承认”的撤回有特别规定,即《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第75条规定:“一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求,明确表示承认的,当事人无需举证”,以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第8条规定:“当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意,或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的,不能免除对方当事人的举证责任”。但是,对于“认诺”是否可以撤回并无具体规定。在该案中,法官以诚信原则为法律依据,参考“承认”撤回的限制性条件,在某种意义上创设了“非因正当理由认诺不得撤回”的程序规范。

法官创设的程序规范并非总能与民事诉讼法律体系相融合,个别案件“创设”的程序规范值得商榷。在魏菊秋等与镇江市丹徒区房屋拆迁安置事务所房屋拆迁合同纠纷再审申请案中,法官适用诚信原则创设了“撤回上诉后不得申请再审”的程序规范。法官认为,“魏菊秋、朱金英在撤回上诉后又向本院申请再审,认为在签订拆迁补偿安置协议时受到欺诈、胁迫,实体上既没有证据证实,程序上也重复诉讼,显然违反了民事诉讼的一事不再理原则和诚实信用原则,其再审申请应予驳回”。当事人撤回上诉的行为能否成为驳回再审申请的理由?我国《民事诉讼法》第200条对再审申请的13种情

[45] (2013)沪二中民一(民)终字第1022号。

[46] (2013)沪二中民一(民)终字第1137号。

[47] (2013)沪二中民一(民)终字第1137号。

[48] (2013)沪二中民二(民)终字第382号。

[49] 有关案情和评论也可参见“非因正当理由认诺不得撤回——重庆江北法院判决龙玉华诉恒德公司经济补偿金纠纷案”,载《人民法院报》2013年9月5日,第6版。

形进行了具体规定,其中并无诚信原则的适用空间,也无“其他情形”等兜底条款表述。在成文法有特别规定的情况下,法官越过特别条款直接适用诚信原则强行创设“撤回上诉后不得申请再审”的程序规范是危险的。在程序法领域,这种司法做法应当极为谨慎。

### (三)个别其他典型的误用现象

在70个适用诚信原则作为裁判理由的案件中,有个别案件无法归入6种案件类型,本文在此予以特别关注。

在岳桂莲与岳振五等确认宅基地使用权转让合同无效纠纷案中,法官以民事诉讼诚实信用原则来评价原告的起诉动机,并以此作为驳回原告诉讼请求的理由之一。法官认为,“本案纠纷的起因与当地搞房屋开发,李红霞受让宅基地的使用因采光受影响获开发商赔偿有关;因此,本着民事诉讼应遵循诚实信用原则,从提倡尊重契约精神,维护交易安全方面衡量,亦不宜认定协议无效”。<sup>[50]</sup> 民事司法应当以事实为依据,以法律为准绳。本案原告出让宅基地后,因为该宅基地的受让者获得开发商的赔偿,原告反悔要求认定转让合同无效。合同效力的问题以《合同法》等实体法规范足以认定,原告的诉讼动机不应成为评价合同效力的考虑因素。另外,法官也不宜援引诚信原则对原告的起诉动机进行评价。

在张洪献等与江苏同力建设工程有限公司等建设工程施工合同纠纷上诉案中,法官以民事诉讼诚实信用原则来评价上诉人的法律理由不充分。法官认为,“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的,建设工程已实际交付的,为交付之日。上诉人史硕录主张诉争工程利息起算应从诉争工程竣工交付结算后计算,无法律依据,本院不予支持”。<sup>[51]</sup> 值得注意的是,该案法官先后援引民法的诚信原则和处分原则,并以这两个原则评价当事人提出的法律理由不充分。从该案中,无法看出诚信原则与处分原则之间有何关联,也看不出这两个法律原则与法律依据不足有何关联。在一个案件中援引多个法律原则对同一法律问题进行评价,这本身是极为罕见的做法。由此可见,法官在适用诚信原则时,表现出较强的随意性、主观性。在本文研究的70个案例中,此种现象也具有一定的普遍性。

## 三、法国司法实践中的民事诉讼诚实信用原则

在法国,诚实信用原则是当下法律界的时髦话语。诚实信用原则的研究和司法实践已经从实体法领域迈入程序法领域,对这一跨越过程起到关键推动作用的是法国最高法院。法国最高法院民事第一法庭在2005年6月7日的判决中,<sup>[52]</sup> 法官援引民事诉讼的诚实信用义务对该案一份关键证据的可采性进行判定,这一判决引起了学术界较大反响。但在此案之前,法国民事司法实践对诚实信用原则的承认就已经有所尝试。

### (一)法国民事司法实践对诚实信用原则的承认

民事诉讼诚实信用原则最早植根于证据规则,而后才演变为民事诉讼的基本原则。自2003年以来,法国法院以判例的形式认为审查证据的可采性时应当兼顾诚信原则。这一司法做法被后续多个

[50] (2012)许民一终字第358号。

[51] (2013)淮中民终字第0758号。

[52] Cass. 1<sup>e</sup> civ., 7 juin 2005, n° 05 - 60. 044.

类似案例强化,成为民事证据规则的公认规则。法国最高法院商事法庭在这一“判例运动”中发挥了重要影响。在最高法院商事法庭于2003年2月25日判决的案件中,法官判定银行职员提供的秘密录音证据不具有可采性,因为当事人提供这项证据违反了其自身应当履行的保密职责,该证据是不诚信的(déloyale)。<sup>[53]</sup> 该案法官首次以证据违反诚信原则作为评价证据是否具有可采性的理由,因为在该案之前,类似案件均以证据不合法(illicite)为由判定不具有可采性。随后,这一司法做法被不断复制。例如,最高法院民事第二法庭于2004年10月7日的判决中指出:在当事人不知情的情况下保存私人电话录音,该证据的获取手段违反诚信,证据不具有可采性。<sup>[54]</sup> 该案法官纯粹以证据的获取手段违反诚信原则为由,判定该证据不具有可采性。

另一部分判例尝试将诚实信用原则从证据规则层面上升为民事诉讼的基本原则。换言之,诚实信用原则将贯穿民事诉讼的全部过程,对民事诉讼中的各方主体(包括法官)均有约束力。最高法院民事第二法庭于2003年10月23日的判决书指出,“原审原告屡次通过书面意见不断修改其法律观点,甚至在庭审结束之前仍然要求修改法律观点,这种做法给对方当事人充分准备答辩理由造成了妨碍。上诉法院有理由认定此种行为违反了民事诉讼诚实信用原则,本院予以维持”。<sup>[55]</sup> 该案法官将诚信原则上升为民事诉讼活动的基本原则,对无故反复变更法律观点的诉讼行为予以否定评价。在最高法院民事第二法庭于2004年3月4日的判决中,法官认为,“当事人拖延向法庭提交法律观点的时间,该行为违反诚实信用原则,合议庭其法律观点可不予考量”。<sup>[56]</sup> 类似案件还有该庭2004年7月8日的判决,<sup>[57]</sup> 2005年2月10日的判决<sup>[58]</sup>等。

## (二) 法国民事诉讼诚实信用原则的确立

法国最高法院民事第一法庭2005年6月7日的判决奠定了诚实信用原则作为民事诉讼指导原则的地位,这一判决因其案情和裁判理由而引起了民事诉讼法学界的强烈关注。<sup>[59]</sup> 该案起因于巴黎律师公会采用网上远程投票的方式进行会长的换届选举,作为该公会成员的X律师对这种选举方式和程序提出质疑,要求法院判定本次选举无效。原审被告巴黎律师公会在2004年11月25日即获得一项由“国家信息与自由委员会”提供的关键证据,该证据可证明网上远程投票系统的可靠性,但被告直至庭审结束之日(2005年1月6日)才将该证据直接提交给法庭。鉴于当事人之间有书证传达义务,被告无正当理由未将该证据传达给原告而径行向法庭提交证据,最高法院判决认为,“法官应当遵守诚实信用原则。……巴黎上诉法院采信该证据的做法不当。上诉判决应予撤销”。<sup>[60]</sup>

法国民事诉讼法有三个指导原则:对审原则,协同原则和处分原则。这三大基本原则均能在《法国民事诉讼法典》中找到相对接近的成文法依据。例如,法典第14条关于“任何当事人未经听取其陈述或传唤,不受判决约束”的规定被认为是“对审原则”的法律基础;法典第1条至第13条均被认为是“协同原则”的法律基础;法典第2条、第4条等被认为是“处分原则”的法律基础。然而,法国民事诉讼法中找不到关于“诚实信用”的表述,其成为一项新的民事诉讼指导原则需面对理论上和立法上的

[53] Cass. com., 25 févr. 2003, n° 01-02.913.

[54] Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, n° 03-12.653.

[55] Cass. 2e civ., 23 oct. 2003, n° 01-00.242.

[56] Cass. 2e civ., 4 mar. 2004, n° 02-14.022.

[57] Cass. 2e civ., 8 juillet 2004, n° 00-17.615.

[58] Cass. 2e civ., 10 févr. 2005, n° 02-11.828.

[59] Marie-Emma Boursier, *Un «nouveau» principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats*, Recueil Dalloz 2005 p. 2570.

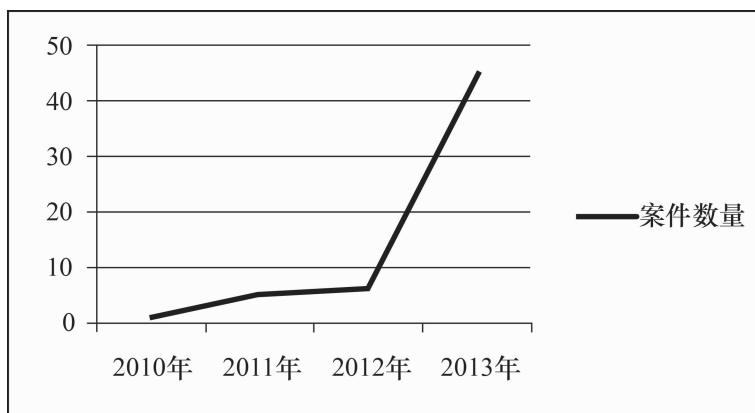
[60] Cass. 1e civ., 7 juin 2005, n° 05-60.044.

挑战。

在该案中,法官援引民事诉讼诚实信用义务的成文法依据是《法国民法典》第10条和《法国民事诉讼法典》第3条、第445条。对于当事人而言,巴黎律师公会未按法律规定进行证据交换,且于庭审终结之日才提交该证据,违反《法国民法典》第10条第1款的规定,即“任何人都协助司法机关查明事实真相的义务”。当事人的此种诉讼行为不符合民事诉讼诚实信用的要求。对于法官而言,上诉审法官采信该证据违反了《法国民事诉讼法典》第445条关于“法庭辩论终结后,各方当事人均不得再提出任何简要解释说明来支持其已作出之陈述”的规定,且与法典第3条关于“法官应保证诉讼程序的正常进展”的规定相冲突。因此,上诉审法官也违反了民事诉讼诚实信用原则。

该案判决作出后,不但引起了学术界的关注和争论,而且对法国民事司法审判迅速产生了连锁效应。最近十年以来,法国最高法院和上诉法院适用“民事诉讼诚实信用原则”进行裁判的案件数量明显上升。笔者以“民事诉讼诚实信用(loyautéprocédurale)”为关键词检索法国Dalloz判例数据库,<sup>[61]</sup>此类案件从2005年的3件上升至2012年的22件,见下图。2013年的判例数据因时间所限采集尚不完整,但仍有21件。由此可见,民事司法实践中对“民事诉讼诚实信用原则”的认可和适用已经较为普遍;学术界也普遍认为“当前的问题已经不是接不接受诚信原则,而是如何正确对待诚信原则”。<sup>[62]</sup>

表4 法国民事诉讼诚实信用原则的判例



### (三) 法国民事诉讼诚实信用原则在法规范体系中的定位

创设一个法律原则将对民事诉讼法规范体系产生重要影响,表现在两个方面:其一,新设法律原则与其他已有法律原则之间如何协调;其二,新设法律原则对特别条款的解释与适用产生何种效应。就民事诉讼诚实信用原则而言,法官应当如何协调诚信原则与对审原则、协同原则、处分原则之间的关系;又应当如何用诚信原则对民事诉讼规则进行新的解释。

#### 1. 诚实信用原则与其他民事诉讼基本原则的协调

诚实信用原则若要独立于其他基本原则,首先必须确立其独立的、不具有可替代性的内涵。较为常见的“诚实信用”的定义是当事人应当“履行义务信守承诺和法律规定”,但这一定义无异于同语反复,不能解决任何问题。“履行义务信守承诺和法律规定”不是“诚实信用”的核心内容,不能将“诚实

[61] Dalloz 法律数据库详尽收录了法国法院的裁判文书,登陆地址:<http://www.dalloz.fr/>, 登录时间:2014年3月30日。

[62] M. E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, 《Bibliothèque des thèses》, Dalloz, 2003; Roger Perrot, *La loyauté procédurale*, RTD Civ. 2006 p. 151.



信用”理解为广泛意义上的“遵守法律”,否则“诚实信用”将丧失自身存在的独立性和概念有用性。在法国民事诉讼理论中,对“民事诉讼诚实信用原则”较为通行的定义是:“当事人应当以可期待的正直与诚实的方式对法院和对方当事人作出诉讼行为。”<sup>[63]</sup>

这一定义可以与对审原则、协同原则、处分原则进行大致的区分,建立起各自的案件适用范围。例如,法国最高法院民事第一法庭于2009年5月6日的判决中判定,“上诉人的上诉行为违反了诚实信用原则,驳回上诉”。<sup>[64]</sup> 该案的上诉人主张仲裁程序因“缺席审判”而违法,先后向上诉法院和最高法院提起上诉和复核审要求撤销仲裁裁决。上诉法院和最高法院均查明,上诉人在接获开庭通知的情况下缺席仲裁程序,后又以仲裁裁决“缺席审判”不合法为由提出上诉,其上诉行为违反诚实信用原则,应予驳回,仲裁裁决有效。最高法院的判决同时指出,本院依据“诚实信用原则”驳回当事人上诉,维持“缺席审判”的仲裁裁决不违反民事诉讼“对审原则”。

诚实信用原则与处分原则的适用范围也不难区分。处分原则是指当事人主导诉讼程序进行,有权自由支配实体权利和程序权利。<sup>[65]</sup> 滥用处分权即可视为违反诚信原则,这两个基本原则一般不容易在司法适用上发生混淆。

诚实信用原则与对审原则、处分原则的区别较为明显,彼此适用范围各异。但是,诚实信用原则与协同原则的界限相对模糊。协同原则是指当事人和法官有义务互相协作,共同推动民事诉讼的正常进行。有相当一部分违反诚实信用原则的诉讼行为也可以同时被认为违反协同原则。例如,就推动诚实信用原则成为民事诉讼基本原则的最高法院民事第一法庭2005年6月7日的案件来说,巴黎律师公会无正当理由延迟提交证据的行为既违反诚信原则,又不符合民事诉讼协同原则的要求。这取决于法官从何种角度来评价特定的诉讼行为。

## 2. 诚实信用原则作为程序法规范的解释方法

尽管民事诉讼法是非常重视形式主义的法律部门,但这并不意味着对程序法规范的文义解释一定优先于目的解释。若当事人或者法官已恶意利用程序规则,此时,诚实信用原则作为具体程序规范的解释方法就能发挥作用。例如,以违反诚信原则为由,驳回原告提起的虚假诉讼或恶意上诉。在最高法院民事第一法庭于2005年10月4日的判决中,该案当事人以一审法院指定证据鉴定人没有及时通知本人为由提出上诉,但二审法院查明当事人在一审程序没有提出此项异议并且有证据表明当事人签收了通知函件,二审法院以当事人上诉违反诚实信用原则为由,驳回上诉。最高法院以同样的理由予以维持。<sup>[66]</sup> 又如,最高法院民事第二法庭于2004年10月7日的判决,在当事人不知情的情况下保存私人电话录音,该证据的获取手段违反诚信,证据不具有可采信。<sup>[67]</sup> 该案判决理由对《法国民事诉讼法典》第9条关于证据可采性的规则进行了新的解释,违反诚信原则的证据应当予以排除。

另外,当程序法规范中的特别条款与诚实信用原则发生冲突时,该特别条款可被认为“无效”,在个案裁判中不予适用。因为诚实信用原则作为法律的一般条款,其法律效力优先于特别条款。

## (四) 对法国民事司法实践适用诚实信用原则的几点批评

在法国民事诉讼法学研究和民事司法实践中,诚实信用原则都是时髦的议题。“诚实信用已经成

[63] M. E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, 《Bibliothèque des thèses》, Dalloz, 2003.

[64] Cass. 1e civ., 6 mai 2009, n° 08 - 10. 281.

[65] Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 2009, p. 359.

[66] Cass. 1e civ., 4 oct. 2005, n° 02 - 15. 981.

[67] Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, n° 03 - 12. 653.



为部分学者和法官的头号关注热点。”<sup>[68]</sup>没有哪本诉讼法学的著作不提及诚实信用原则;没有哪个案件不顾及诚实信用原则,即便其在判决书中不是以直接的方式体现。

最高法院和上诉法院直接适用诚实信用原则进行裁判的案件呈现急速上升趋势。这两级法院的裁判意见,会对全国司法实践产生相当重要的导向性影响。最高法院发布的判例更是具有统一全国司法裁判标准的功能。法院大量适用诚实信用原则进行裁判的司法现象,引发了法国民诉法学界的对民事司法实践滥用诚实信用原则的批评。这些批评意见集中在以下几个方面:

第一,适用诚信原则应当具备必要性。

部分案件适用诚实信用原则缺乏必要性,因为援引民事诉讼其他基本原则或特别条款足以解决特定法律问题,越过其他原则或特别条款直接适用诚信原则或者附带援引诚信原则均无必要。此种情况较为集中在非法证据排除,例如当事人持有关键证据拒不及时提出、当事人以不正当手段获取证据等情形。最高法院民事第二法庭于2004年10月7日的判决即属此种情形,当事人以侵害他人隐私权的手段获取录音证据,法官判定该证据的获取手段违反诚实信用原则,证据不可采信。有学者对该案进行判例评论时认为该案并不具备适用诚信原则的必要性,因为这一非法证据完全可以依据“证据的违法性(illicite)”理由进行排除。<sup>[69]</sup>

最高法院民事第二法庭于2004年7月8日的判决<sup>[70]</sup>2005年2月10日的判决<sup>[71]</sup>均判定,“当事人拖延至庭审结束之日提交法律理由陈述书,这一行为侵害对方当事人的诉讼权利,违反了诚实信用原则,故其法律理由不可接受”。这两个案件以诚实信用原则作为裁判理由之一,实际上法官以民事诉讼协同原则和对审原则即可解决本案争议,并无必要援引诚信原则。有学者认为,在协同原则的意义上适用诚信原则,导致诚信原则的内涵异化为“积极的互助义务”。<sup>[72]</sup>

第二,适用诚信原则应当具备相关性。

部分案件适用诚实信用原则缺乏足够的相关性。例如,在最高法院民事第一法庭于2012年12月19日的判决中,仲裁程序当事人不服仲裁裁决,以仲裁庭人员组成不合法为由向上诉法院提起上诉,要求撤销裁决。法官认为,“仲裁当事人在仲裁程序中没有提出仲裁员回避的申请,现以个别仲裁员不适合担任本案仲裁员为由提起诉讼。当事人辩称当时不知晓仲裁员有关情况,本院认为该诉讼理由不充分,诉讼行为违反诚实信用原则,不予受理”。<sup>[73]</sup> 该案援引诚实信用原则判定诉讼不予受理,两者之间并无足够的相关性。根据《法国民事诉讼法典》第1484条的规定,仲裁当事人提起撤销仲裁裁决的诉讼必须符合法定的六种情形之一,而本案当事人提出的个别仲裁员与对方当事人存在某种“友好关系”的理由不符合法定条件。法官可以依据民事诉讼法第1484条的特别规定作出裁判,而与诚实信用原则相距较远。

民事司法实践在适用诚实信用原则时,若不注意对相关性的把握,则会使诚实信用原则的内涵无限扩大为“遵守法律”。在17世纪之前的拉丁语系中,“诚实信用(loyal)”的词源确实可寻至“合法(legal)”,两者往往混用。但从18世纪后,“诚实信用”的语义就开始转向“正直、名誉、忠实”等含义,

[68] Roger Perrot, *La loyauté procédurale*, RTD Civ. 2006 p. 152.

[69] Lionel Miniato, *L' introuvable principe de loyauté en procédure civile*, Recueil Dalloz 2007 p. 1035.

[70] Cass. 2e civ., 8 juillet 2004, n° 00 - 17. 615.

[71] Cass. 2e civ., 10 févr. 2005, n° 02 - 11. 828.

[72] M. Georges WIEDERKEHR, *L' obligation de loyauté entre les parties*, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006.

[73] Cass. 1e civ., 19 dec. 2012, n° 10 - 27. 474.

与“合法(legal)”的词义区别开。<sup>[74]</sup>人们往往称“诚实信用原则”为法律的帝王条款,但这绝不意味着诚信原则可以被不加区别地随意使用。

第三,适用诚信原则应当具备正当性。

无可否认的是,“诚实信用原则”的概念具有强烈的道德含义和色彩,这是该原则与对审原则、协同原则、处分原则等其他民事诉讼基本原则的重要区别。诚实信用原则的问题在于很难将其含义和具体适用情形客观化。许多学者花了大量精力试图对该概念的客观化研究进行尝试,效果不是很理想。<sup>[75]</sup>对“诚实信用”的判断仍然主要依靠个人化的、主观的判断。不同法官以“诚实信用原则”来评价某一特定诉讼行为,有可能得出不同结论。因此,民事司法实践适用诚实信用原则往往出现“同案不同判”式的矛盾和冲突,以致对司法公信力造成伤害。

在某些案件中,民事诉讼诚实信用原则还会对法官查明真相造成妨碍。特别是涉及证据可采性的问题,查明真相和诚实信用成为法官面临选择的两难境地。如何协调这两者之间的关系,也许很难有唯一的答案,需要法官根据个案情况进行利益衡量。

#### 四、我国司法适用民事诉讼诚实信用原则的完善

法国民事司法实践适用诚实信用原则的有关情况对我国司法适用诚实信用原则有值得参考之处,两国民事司法实践适用诚实信用原则有一些共同的特点。

其一,以判例推动民事诉讼诚实信用原则的发展。通过判例推动民事诉讼法的发展是法国民事诉讼程序的重要特征。通过判例解释、重塑甚至是全新创制程序法规范的现象十分常见。<sup>[76]</sup>这种法律发展的模式在法国、德国、日本等传统大陆法系国家都是非常普遍的,并非英美法系国家的专利。从北大法宝裁判文书数据库的检索结果来看,我国民事司法适用诚实信用原则的时间至少可追溯至2002年,并在2013年新民事诉讼法施行之前的10年里陆续又有24个案例问世。受制于北大法宝裁判文书数据库收录的不完全性,上述时间和案例数量仍有可能提前和增加。笔者认为,我国民事诉讼诚实信用原则的发展主要受益于司法判例,而非立法者或特定学者的创设。我国民事诉讼诚实信用原则的具体内容、类型化适用、创设其他程序规范等法律发展现象与我国民事诉讼法第13条第1款“诚实信用原则”的立法内容几乎没有实质关系。通过判例推动法律发展的模式存在固有的弊端,例如助长法官个人专断,任意曲解、滥用法律。在这方面,中法两国面临相同的困难。

其二,民事诉讼诚实信用原则的司法适用存在相似问题。法国民事司法实践对诚实信用原则的司法适用提出了必要性、相关性、正当性这三个要求。我国民事诉讼诚实信用原则的司法实践存在这三方面的问题。例如,在重复起诉案件、主体不适格案件、请求权竞合案件、当事人未履行举证责任案件等多种情形,我国民事司法援引诚信原则作为裁判理由明显缺乏必要性和相关性。“撤回上诉后不得申请再审”、“审查当事人的起诉动机”、“重叠适用民法基本原则”等几个案件适用诚信原则显然缺乏正当性。法国民事诉讼法的实务经验和理论探讨,作为样本之一,对我国民事诉讼诚实信用原则的司法适用可以提供一些经验和启示。

那些认为民事诉讼法“无关道德”,是“纯技术性法律”的观点早已经被时代抛弃,即便是蕴含着

[74] E. Baumgartner et P. Menard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de Poche, La pochothèque, 1996.

[75] Frison - Roche, *Evolution de la notion de loyauté du procès: quel concept?* in Colloque magistrats - avocats, à l'ENM, 2001.

[76] 巢志雄:“法国第三人撤销之诉研究——兼论我国新民事诉讼法第56条第3款的完善”,载《现代法学》2013年第3期。

浓厚道德色彩的“诚实信用”概念,也已经普遍被各国民事诉讼法吸收,甚至上升为法律的基本原则。例如,我国民事诉讼立法首先在《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第7条关于举证责任分配的规定中引入诚实信用原则,随后在新《民事诉讼法》第13条第1款将其上升为法律的基本原则。当下的问题是如何恰当地、规范地适用民事诉讼诚信原则,亦即如何在制定法意义和层面上来理解、认知诚实信用原则在民事诉讼上的适用对象与范围。

笔者认为,从我国民事诉讼适用诚实信用原则的现象和问题来看,诚实信用原则在我国民事司法实践中适用的问题并非“空间窄”和“灵活性不足”,而是过于泛滥、过于随意和轻视法律方法。<sup>[77]</sup>如何更加严谨地、更加规范地适用诚实信用原则是当下民事司法实践和我国民法理论共同面对的课题。对于我国民事诉讼适用诚实信用原则的完善,可以从以下方面予以考虑:

第一,从制定法的文义解释来看,我国民事诉讼诚实信用原则的适用对象应当包括“当事人之间”、“当事人对法院”以及“法院对当事人”这三组关系。制定法关于“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”的表述并未刻意排除上述三组关系之任何一种。从本文研讨的70个案例来看,我国司法判例均以“当事人之间”和“当事人对法院”作为诚实信用原则适用对象,“法院对当事人”的诚信义务在目前的判例中尚未出现,但这并不意味着我国民事司法实践对该问题持否定性评价。事实上,有一个案件的当事人明确主张法院对当事人也应负有诚信义务,但法院在判决书中并未予以任何回应。在徐瑛来等与黄荣盛房屋租赁合同纠纷上诉案中,当事人认为,“《中华人民共和国民事诉讼法》第13条明确规定‘民事诉讼应当遵循诚实信用原则’。这要求人民法院针对同一类型的案件,应当作出相同的处理结果。关于‘住改商’引起的纠纷,法院早有判例,2010年度的几起纠纷中,因‘住改商’产生的房屋租赁合同都是作无效处理。原审判决认定涉案合同有效,明显违背了诚实信用原则”<sup>[78]</sup>遗憾的是,法官在该案判决书中并未对当事人的这一主张给予任何肯定性或否定性评价。在未来的司法实践中,法官应当根据个案具体情形就“法院对当事人”的诚信义务问题进行裁判,而非采取回避策略。

第二,明确诚实信用原则在民事诉讼上的适用范围。禁反言、虚假诉讼、诉权放弃、虚假陈述是适用民事诉讼诚实信用原则较多的几种案件类型。从我国民事诉讼法的现行立法情况来看,这几种案件类型作为民事诉讼诚信原则的适用范围通常是合适的。当然,这仍需考察个案具体情形。需要注意的是,诚实信用原则的内涵不宜被无限扩大为“应当遵守法律”,并非所有违反民事诉讼法的诉讼行为均可被认为违反诚信原则。本文所述案件类型中,重复起诉、主体不适格、请求权竞合、管辖权异议、举证责任等几种案件类型适用诚信原则均不具有相关性,从法解释学的任何角度,都看不出案件所涉程序问题与诚信原则存在相关性。若在这些案件类型中强行适用诚实信用原则对当事人的诉讼行为进行评价,很可能与民事诉讼法的其他规范产生冲突。例如,上海某房地产有限公司诉上海某建设开发有限公司建设工程施工合同纠纷案,法官以诚信原则为由判定当事人提出管辖权异议的诉讼行为违法。这与我国民法的管辖制度存在冲突,侵害了当事人的程序权利。

第三,适用民事诉讼诚实信用原则应当具有必要性。当事人和法院根据我国民事诉讼法的特别规定实施的诉讼行为,或者可以适用民事诉讼法特别规定对该诉讼行为进行评价的,就不应越过特别条款径行适用诚实信用原则。同时,除非个案情况特别需要,法官在适用特别条款进行裁判的同时,一般不宜附带性地适用诚信原则。是为必要性。在上文研讨的70个案例、6大类案件类型中,涉及二

[77] 王亚新教授指出,在遏制恶意诉讼、虚假诉讼或诉讼欺诈等方面,我国民事司法实务似有必要“大幅度地放宽运用诚实信用原则的空间及灵活性”。王亚新:同注2引书,第43页。

[78] (2013)三亚民二终字第334号。

审提出新请求、提起上诉、二审提交新证据、二审申请证据鉴定、缺席审判、证明妨碍等具体案件类型均为不必适用诚信原则的情形。强行越过特别条款径行适用诚信原则的做法违反法解释学和司法的基本原理,甚至导致与特别条文的直接冲突。例如,湖州至正新材料高科技有限公司与浙江湖州市建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷再审案、赵某诉某人寿保险股份有限公司上海分公司闸北天目西路营销服务部劳动合同纠纷案即为此种情形。

第四,适用民事诉讼诚实信用原则应当检讨正当性。法律的一般条款具有填补法律空白的司法功能,法官适用诚实信用原则往往会产生创设程序法规范的外部效应。以一般条款创设程序法规范,应当具备正当性。例如,在龙玉华诉恒德公司经济赔偿金纠纷案中,法官适用诚信原则创设了“非因正当理由认诺不得撤回”的程序规范,填补了民法关于“认诺”规定的空白。然而,魏菊秋等与镇江市丹徒区房屋拆迁安置事务所房屋拆迁合同纠纷再审申请案,法官认为“撤回上诉后不得申请再审”的程序法规范违反我国民法的再审制度,该案适用诚信原则缺乏正当性。类似情况还有岳桂莲与岳振五等确认宅基地使用权转让合同无效纠纷案,以及张洪献等与江苏同力建设工程有限公司等建设工程施工合同纠纷上诉案。

第五,重视司法判例对民事诉讼诚实信用原则的影响。司法判例对法律规则的起源、形成与解释有着极为重要的影响。古罗马裁判官朱尼厄斯曾言:“一个判例造出另一个判例,它们迅速累聚,进而变成法律。”这句法谚映射着自罗马法以来的两大法系的发展。英美法系以判例制度为法律体系的核心,大陆法系国家也从未忽视司法判例对塑造法律体系所发挥的重要作用。从某种程度来说,法律规则是由判例“汇聚”的,而非单纯由立法者创制的。这一论断在我国民事诉讼诚实信用原则问题上,表现得非常明显。我国民事诉讼立法对诚实信用原则的表述极简要,这就要求法官在司法实践中运用法解释学的方法,同时总结参考过往司法判例中的观点对本案法律适用问题作出裁判,并形成新的判例以资后来者参考。

## **Civil Procedure Principle of Bona Fide in Civil Justice: Phenomenon, Problem and Improvement: And the Theoretical Debates and Practical Cases for Referring to the French Civil Justice**

Chao Zhixiong

**Abstract:** Development of Civil Procedure principle of bona fide mainly benefits from judicial precedent. Our civil judicial practice shows great enthusiasm to apply the principle of bona fide, resulting in the legal developments of the specific content of the principle, the type of application, the creation of other procedure norms. Meanwhile, the application of the principle of bona fide in our civil justice appearstoo rampant, too casual and neglect legal method. French civil judicial practice of the principle of bona fide sums up three requirements: necessity, relevance, and legitimacy, which proposes some recommendations to improve our civil judicial practice in the same subject.

**Keywords:** civil procedure; principle of bona fide; judicial precedent

(责任编辑:杨琦萍)

# 政治民主与司法“独裁”悖论的制度破解： 以日本裁判员制度为视角

李立丰\*

**摘要:**民主政治的悖论之一,就是其司法权的相对封闭与“独裁”。司法权的“非民主性”使其面临合法性的危机。司法民主化是政治民主化的必然逻辑结论,但却往往在制度化建设过程中,面临来自于社会现实与司法理论的双重挑战。作为破解司法“独裁”的一次制度尝试,日本裁判员制度的建构及实践经验可为包括中国在内世界各国的司法民主化建设,提供重要的反思与批判视角。

**关键词:**司法独裁 悖论 日本裁判员制度

最有可能导致强国灭亡的致命弱点,在于其政治制度缺乏合法性,即意识形态层面的危机。“合法性”不是绝对意义的客观正义或正确,而是一种相对意义的主观理解或感受。任何政治制度如能有效运行,都必须以某种合法性作为基础。政治的“民主化”,则往往被视为赋予体制以合法性的终极方法。<sup>[1]</sup>但吊诡的是,很多所谓“民主国家”司法的民主化进程却严重滞后,甚至留白。这种吊诡状态的极端表现形态,即所谓“民主国家的司法独裁”,在战后日本体现得尤为显明。因此,可以将日本的司法独裁及其制度破解进路作为视角,对此问题加以说明。

## 一、民主语境下日本的司法独裁

准确来说,日本的司法独裁,并不是裁判官(法官)个人的独裁,而是司法权本身的独裁属性,这是一种体制决定的权力异化现象。所谓“异化”,是指司法越不民主,就越具有权威性,并逐渐演变为日本文化中根深蒂固的组成部分。

日本虽然早已确立了所谓三权分立的民主制度,但是在司法领域,其民主化进程却极不彻底。<sup>[2]</sup>战后日本虽然借鉴(无论主动与否)美国宪法,制定了和平宪法(无论自觉与否),但这种政治民主化并未深入到司法领域。以其刑事司法实践为例,由于日本并未移植美国式刑事程序法与独立的证据

---

\* 吉林大学教授,法学博士,日本早稻田大学访问学者。本文为国家社科基金青年项目“我国死刑案件审理过程中民意的拟制与导入机制研究”(13CFX060)、教育部人文社会科学研究青年基金项目“刑罚的科学设定与适用:基于比较法的一种技术性反思”(11YJC820057)及2011年吉林大学繁荣社会科学发展计划“量刑规范化的优化路径选择”的阶段性成果。

[1] “民主化”是否属于人类社会发展的唯一方向,并无定论。正如福山所说的那样,“20世纪使我们所有人都深深陷入历史的悲观之中,连最清醒、最有思想的人也不敢断言,世界正在朝向西方认为是正确并人道的政治制度,即自由民主制度方向发展”。参见[美]弗朗西斯·福山:《历史的终结与最后之人》,黄胜强、许铭原译,中国社会科学出版社2003年版,第17、118页。为了不陷入无止境的前提推导,本文着力避免无止境的前提推演,而是从现实层面出发,依据既有话语体系,将政治学中的“民主化”作为立论前提。

[2] 参见平良木登喜男「参審制度について(続)」法学研究69卷2号(1996年)257頁。

法,更未“恢复”战前曾短期试用的刑事陪审制度,从而导致美国式司法民主理念,在日本式刑事司法现实面前,往往无法落在实处。事实上,很多学者都坚持认为,美国刑事司法与日本刑事司法,存在根本性差别。<sup>[3]</sup> 例如,日本的各级裁判官,都非民选产生。连日本最高裁判所裁判官,除裁判长官名义上由天皇任命之外,其余也皆由内阁任命,这就使得裁判官的人事任命问题,无法避免政党政治的不当影响。尤其是战后日本政坛自民党长期“一党独大”,<sup>[4]</sup> 从而使其可以通过最高裁判所裁判官的人事安排,改变特定裁判例的历史走向,进而满足其特定政治目的。

对此,虽然日本宪法第79条第2款规定:“最高裁判所裁判官之任命,在其任命后第一次举行众议院议员总选举时交由国民审查,自此经过十年之后第一次举行众议院总选举时再次交付审查,以后准此。在前项审查中,投票者多数通过罢免某裁判官时,该裁判官即被罢免。有关审查事项,以法律规定之。”但时至今日,还没有任何一名最高裁判所裁判官以这种方式遭到罢免。更为有趣的是,日本最高裁判所曾判令,在国民审查投票时,只有在特定裁判官名字下的空格画“X”,才能表示不信任,而在留有空白时,都被视为表示信任。<sup>[5]</sup> 姑且不论这一判决本身是否具有明显的倾向性,由日本最高裁判所来裁判与其自身命运有关的案件是否合适,就颇令人玩味。

然而,一个看似矛盾的问题是,即便在民主政治框架下,日本司法权虽然存在如此显明的非民主倾向,但似乎并未影响其高效运行,例如,日本刑事审判素以高有罪判决率著称于世,<sup>[6]</sup> 日本民众对于包括警察权在内的刑事司法体系信任度颇高。<sup>[7]</sup> 尤其是裁判官,往往被日本人视为道德毫无瑕疵的“完人”。类似于宁可自己饿死,也不吃黑市食品的“山口忠良式”裁判官,更是日本社会长久以来的“都市传说”。<sup>[8]</sup>

[3] 在很多学者看来,造成这种“夹生饭”局面的原因在于,包括日本在内的亚洲国家根深蒂固的文化习惯与历史传统。See Frank Munger, *Constitutional Reform, Legal Consciousness, and Citizen Participation in Thailand*, 40 *Cornell Int'l L. J.* 455, 459 (2007).

[4] 截至2015年初,在日本众议院480席、参议院242席中,执政的自民党分别占据291席与115席。同时,自民党还与公明党结盟,并与包括日本维新会在内的右翼政党互动密切,事实上将在一定时间内完全掌握日本国内政局。

[5] 参见最高裁昭和27年2月20日大法廷判决民集第6卷2号122页。

[6] 日本的刑事司法有罪判决率,据说为99%以上。参见西野喜一「裁判員制度の現在—施行3年の現実」法政理論第46卷第1号(2013年)2-5页。

[7] 相关调查数据,可参见各国针对刑事司法参与者的对比。一个比较有趣的现象就是,日本国民不仅对于法官、检察官等专业司法人员信赖度很高,在被调查的6个国家中,其对于警察的信任度也仅次于新西兰,高达60%以上。

刑事司法参与者	墨西哥	爱尔兰	日本	韩国	新西兰	美国
警官	15.9	53.1	60.7	31.8	77.9	54.4
法官	45.2	88.2	87.3	55.4	87.8	68.4
检察官	27.5	86.8	78.9	42.2	82.0	63.3
陪审员	52.0	75.9	44.4	45.9	63.3	65.1
律师	57.8	89.7	82.9	42.8	79.0	68.2

Quoted from Hiroshi Fukurai & Richard Krooth, *The Establishment of All-Citizen Juries as a Key Component of Mexico's Judicial Reform: Cross-National Analyses of Lay Judge Participation and the Search for Mexico's Judicial Sovereignty*, 16 *Tex. Hisp. J. L. & Pol'y* 37, 49 (2010).

[8] 昭和22年,战败后的日本社会动荡、食物匮乏,有一位名为山口良忠的东京地方裁判所裁判官,从职业尊严出发,拒绝食用一切所谓的黑市物资,仅靠合法的配给生活,结果不到35岁就因为身体衰弱而死。参见山形道文『われ判事の職にあり山口良忠』(出門堂、2010年)20页。

但如果仔细分析日本刑事司法的高效率,其实只是一种司法权异化的假象。异化的司法权,面临“空洞化”与“官僚化”之双重危险。

日本长期以来奉行实体正义,而非程序正义,即追求案件的所谓事实真相,希望通过司法,达成所谓终极公正。<sup>[9]</sup>事实上,战后日本宪法虽然宣称保障人权,但是在刑事案件的侦查起诉过程中,依旧残留之前重视犯罪嫌疑人或者被告人认罪与自白的传统。在“起诉便宜主义”的名义下,检察官往往享有非常宽泛的权限。<sup>[10]</sup>这不仅导致了为了获得有罪供述,警察可能会不惜违反程序正义。更为重要的是,大约39%的刑事案件,最终会被日本检方作不起诉处理。原因很简单,日本检方很少在被告人不认罪的情况下提起公诉。<sup>[11]</sup>如果认识到这些,99%以上的刑事被告人被认定有罪,似乎就顺理成章了。毫不夸张地说,这样的刑事审判,很可能只是为起诉提供形式的正当性,从而使得日本的刑事司法沦为“检察官司法”。<sup>[12]</sup>而在这个意义上,日本的刑事司法,说到底,是由检方和警方所主导的。相比之下,日本裁判员则只是一种橡皮图章。<sup>[13]</sup>

更可怕的是,日本司法权还面临丧失独立性的危机。异化了的司法权,已经丧失了其所具有的独立属性,已然成为另外一个官僚体系。日本的司法体系中所充斥的官僚习气,广受国内外学者诟病。<sup>[14]</sup>令人感到担心的是,日本司法体系官僚化的后果之一,就是其人事关系往往十分复杂。如果裁判员捍卫自己的独立看法,意见与众不同,甚至违背政府或执政党的意志,就很可能在人事上遭到不公正的对待,如被调往人口稀少、经济落后、气候恶劣的地区。<sup>[15]</sup>日本职业裁判员虽然都受过良好训练且高度专业化,可以保持整个司法体系高效运转,但司法体系的运转目的,仅仅是通过维持现状来保证自身的权威性。作为这一官僚体系的一部分,裁判员丧失了主体性,沦为纯粹的螺丝钉。<sup>[16]</sup>裁判员不仅自主权非常小,其命运也往往掌握在别人手中。一般来说,日本裁判员每十年就要重新任命一次,而其调任更是家常便饭。虽然很少有裁判员得不到重新任命,但这种人事安排,已经成为日本最高裁判所确保下级裁判员高效办案、遵照最高裁判所裁判例、遏制裁判员自由裁量权乃至意识形态的有效工具。<sup>[17]</sup>即便不考虑上述官僚机构内的倾轧,日本刑事司法实践中的合议制,也因为裁判

[9] See Jean Choi DeSombre, *Comparing the Notions of the Japanese and the U. S. Criminal Justice System: An Examination of Pretrial Rights of the Criminally Accused in Japan and the United States*, 14 UCLA Pac. Basin L. J. 103, 115 (1995).

[10] See David A. Seuss, *Paternalism Versus Pugnacity: The Right to Counsel in Japan and the United States*, 72 Ind. L. J. 291, 296 (1996).

[11] See J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *Why Is the Japanese Conviction Rate So High?* 30 J. Legal Stud. 53, 55 (2001).

[12] 参见[美]デイビッド・ジョンソン『アメリカ人のみた日本の検察制度—日米の比較考察』(シュブリンガーフェアラク東京,2004年)29頁。

[13] See Susan Maslen, *Japan and the Rule of Law*, 16 UCLA Pac. Basin L. J. 281, 286 (1998).

[14] See Jeff Vize, *Torture, Forced Confessions, and Inhuman Punishments: Human Rights Abuses and the Japanese Penal System*, 20 UCLA Pac. Basin L. J. 329, 331 (2003).

[15] See J. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In) Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 J. Legis. Studies 721, 730 (1994).

[16] 2014年3月27日,日本静岡地裁决定袴田巖所涉杀人案件再审。而这个决定,距离案发已经过去了48年,距离袴田的死刑确定也过去了33年。经过近半个世纪的奔走,借由DNA证据,78岁的袴田虽然得到了自由。但是长期的监禁,使得曾经位列日本职业拳击排名第六位的袴田罹患精神疾病,已经无法理解获得自由的原因及其意义了。同时,有媒体采访当时审理袴田案的法官,这位已经退休的裁判员流着泪忏悔,说自己本来也认为袴田无罪,但迫于其他同僚的压力,才同意认定其有罪。具体内容参见日本TBS电视台2014年3月27日News 23节目。

[17] See Percy Luney, Jr., *The Judiciary: Its Organization and Status in the Parliamentary System*, 53 L. & Contemporary Probs. 135, 139 (1990).

官的同质性,<sup>[18]</sup>无法充分发挥群体性意识的纠偏作用,无法达成实质“合议”的效果。

20世纪80年代,以连续出现的免田、财田川等死刑再审无罪案件为契机,日本刑事司法开始反省自身存在的问题。<sup>[19]</sup>另一方面,20世纪90年代,日本经济泡沫破裂,并一直没有恢复增长的迹象,从而陷入失去的十年。为了提升国际竞争力,日本大幅改组政府机构,削减预算,以期达到减员增效的目标。<sup>[20]</sup>作为改革的一部分,司法体制改革也被提到议事日程上来。

为了解决民主化与司法“独裁”的这种悖论,日本学界通说主张藉由国民参与司法的方式来加以破解。<sup>[21]</sup>这样做,可以将政治民主加以贯彻,通过践行司法民主抗制司法“独裁”、提升案件质量、增强公众的司法认同、提升司法的公信力与正当性。<sup>[22]</sup>与此相对应的是,1997年,日本内阁设立“司法改革审议会”,并在该审议会2010年发表的意见当中,将“裁判员制度”上升为日本司法改革的三大主攻方向之一,<sup>[23]</sup>将其视为司法的“国民基础”。<sup>[24]</sup>总之,允许国民参与刑事司法,在刑事判决当中体现国民的常识性认识,<sup>[25]</sup>已经成为日本立法、司法与理论界的前提性共识。

对于日本司法改革选择了国民参与这一共识,一个必须要认识,更需要回答的前提性问题是:日本的司法民主化,为什么要选择国民直接参与司法的裁判员制度?为什么这种制度可以为实质独裁的司法权提供形式的合法性?

这是因为,从相关立法<sup>[26]</sup>及过去几年的适用效果<sup>[27]</sup>来看,裁判员制度没有,更不可能解决日本司法体系空洞化、官僚化的固有弊端。事实上,日本司法民主化努力最大的敌人,就是既有司法制度本身。在这次改革过程中,恰恰就是日本最高裁判所,明确反对适用更为纯粹的司法民主化形式,即陪

[18] 日本的裁判官,往往是同一类高收入家庭的子女,都从一流高中毕业,都参加同一个司法资格考试培训班,都从一流大学毕业,都在同一机构接受任前培训,都在没有任何其他社会经验的情况下,终生从事司法审判工作。参见丸田 隆『裁判员制度』(平凡社,2004年)43页。

[19] 参见平野喜一『刑事法研究 最終卷』(有斐閣,2005年)143页。

[20] See Matthew Wilson, *The Dawn of Criminal Jury Trials in Japan: Success on the Horizon?* 24 *Wisc. Int'l L. J.* 835, 838 (2007).

[21] 参见西野喜一『司法制度改革原論』(悠々社,2011年)29页。

[22] 参见篠倉 満『国民の司法参加序説(一)』熊本法学69号(1991年)49页。

[23] 其他两个方向分别是“适应国民期待的,易于使用、易于理解、足以信赖的司法制度”,以及“质量与数量足以支持司法制度的专业法律人才建设”。参见青野 篤『裁判员制度の宪法学的一考察——裁判员制度合宪判決(東京高等裁判所2010年4月22日)を踏まえて』大分大学経済論集第62卷第5-6合併号(2011年)220页。

[24] 针对以国民主权为基础的统治结构一部分的司法而言,国民秉持自律性与责任感的同时,为了充分发挥司法作用,也应期待国民以多样的形式参加到司法当中。如果国民与专业法律人士一样对于司法适用具有广泛相关性的话,那么国民与司法的接触面就会扩大,就会增进国民对于司法的理解,不仅对于司法结果而且对于司法过程的理解,也将变得更为容易。这将导致司法更加坚固地建立在国民的基础之上。

[25] 参见須藤 明『裁判员制度における経験科学の役割—情状鑑定事例を通して』駒沢女子大学研究紀要第18号(2011年)153页。

[26] 日本裁判员制度的适用范围有限,根据相关法律规定,其仅仅适用于“一、该当死刑,无期惩役或禁锢的犯罪行为;二、存在《裁判所法》第二十六条第二项第二号所列案件,与实施故意犯罪导致被害人死亡相关的犯罪(属于前号规定的情况除外)”。参见「裁判员参与刑事审判相关法律」(平成16年5月28日法律第63号)第2条。

[27] 很多学者认为,裁判员制度适用,反而加剧了“检察官司法”现象。换言之,因为裁判员制度导致大量性犯罪者无法得到适当的处罚。其他的重大犯罪也差不多与此相同,“抢劫致死罪”(強盜致死罪)的起诉比例从39%下降为27%，“强奸罪”(強姦罪)的起诉率从56%下降为40%。在裁判员制度下,检察官因为担心裁判员对于杀人故意、行为、结果或者因果关系的认定存在疑问,往往会从安全起见选择比原犯罪较轻的罪名。这就是所谓的“罪名降落”(罪名落ち)。参见西野喜一『裁判员制度の現在—一施行3年の現実』法政理論第46卷第1号(2013年)12页。



审制。为此甚至游说日本执政党,在司法改革的过程中不考虑陪审制度。<sup>[28]</sup> 如果仔细反思,这种打了折扣的司法民主化,何尝不是既得利益者在面临权力洗牌时所作出本能反应的必然结果呢?

说到底,日本的裁判员制度,是既有“司法独裁”制度在面临各种挑战时借由司法民主化,为自身寻找正当性的一种妥协之举。

## 二、司法民主是民主政治的逻辑结论

“民主”是一个拟制的乌托邦。没有人行使过真正的民主,正如没人真的见过民主那样。这并不令人感到意外,因为这个世界本身就是被种种幻象所把持的“镜花水月”。虽然将一人一票理解为民主会被诟病为庸俗、简单,但从考据学的角度来看,如果将“民主”理解为普选与三权分立,将“共和”理解为全体人民或部分人民拥有最高权力,<sup>[29]</sup>那么司法权作为三权之一,在行使过程中体现这种“民主”,自然十分正常,更是民主政治的必然逻辑归结。

这就不难理解为什么在18世纪作为美国建国之父之一的托马斯·杰弗逊曾宣称,英王乔治的独裁统治罪名之一即为剥夺了北美人民的陪审权,而法国大革命的成果之一即为推动了针对严重刑事犯罪的陪审制。<sup>[30]</sup> 这就不难理解为什么在司法权被高高在上的君主所滥用时,人民会将陪审权作为武器,用司法中所发出的“大多数”人的声音,加以反抗。事实上,在独立战争之前,北美殖民地的陪审团和大陪审团,就使得被英王用作压制工具的“诽谤法”实质失效。17、18世纪,在英国几百人因为“诽谤”获罪,但同一时期,北美殖民地同类指控不超过六起,其中只有两起罪名成立。<sup>[31]</sup>

从现实来看,新兴民主政体都在尝试由其一般国民,而非法官,主导审判。很多人认为,让公民参与到司法活动中,本身就是民主的一种体现。例如,20世纪初日本的陪审员制度改革与西班牙的陪审制度改革等司法民主化运动,都发端于国内政治氛围相对自由、民主势头上升期间,又都衰落于军事独裁期间。无独有偶,21世纪初,日本裁判员制度的推行,也恰恰再次出现在战后自民党一党独大局被打破的“民主执政期”。<sup>[32]</sup> 截至2013年,在联合国192个成员国中,有55个在刑事审判过程中采

[28] See Colin P. A. Jones, Book Review, *Prospects for Citizen Participation in Criminal Trial*, 15 Pac. Rim L. & Pol'y J. 363, 368 (2006).

[29] 与此相对应,君主政体意味着虽然只由一人统治国家,但其也需遵循业已建立和确定的法律。其与专制政体最大的区别也在于后者并不依法行事,而由个人按照自己的意志以及变化无常的情绪领导国家的一切。参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,申林译,北京出版社2007年版,第10页以下。

[30] See Bron McKillop, *Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal*, 28 Sydney L. Rev. 343, 358 (2006).

[31] See Albert W. Alschuler & Andrew G. Deiss, *A Brief History of the Criminal Jury in the United States*, 61 U. Chi. L. Rev. 867, 869 (1994).

[32] See Richard O. Lempert, *Citizen Participation in Judicial Decision Making: Juries, Lay Judges and Japan*, 2001 St. Louis-Warsaw Trans'l 1, 18 (2002).

用了某种类型的陪审制度。<sup>[33]</sup> 在 28 个人口较多的“民主”国家当中,只有 8 个没有陪审制度。在被认为“最民主”的 30 个国家当中,只有 4 个没有陪审制度。在 83 个民主制度存在“问题”的国家中,只有十几个有某种类型的陪审制。在 51 个被认为属于“集权统治”的国家,没有所谓的陪审制。饶有意味的是,在这两极之间的“中间状态”,也就是既非“民主样板”亦非“极度专制”的国家,在是否推行司法民主的态度上,显得非常暧昧。以墨西哥为例,2009 年,墨西哥在“透明国际腐败排行榜”上的 190 多个国家中,排名第 89 位。同一时期,墨西哥无论在学界还是在立法界,都在就是否推行陪审制争论不休。<sup>[34]</sup> 与之形成鲜明对比的是,对于那些发生所谓“民主”/“专制”转型的国家,则会在司法民主问题上态度鲜明。一个非常典型的例子就是俄罗斯。1917 年俄罗斯布尔什维克革命胜利后,直接废除了该国的陪审制度。反过来,1993 年前苏联解体、俄罗斯独立后,又在宪法中明确规定了陪审制度。政体的民主化,俨然成了司法民主化的“开关”。

从历史发展的宏观进程来看,有学者将司法民主化区分为三次浪潮、两个方向。<sup>[35]</sup> 第一次浪潮出现在前英国殖民地独立期间。这一时期的司法民主化进程呈现出截然相反的发展样态。一方面,通过和平过渡方式获得独立的国家,倾向于保留英国式的陪审制度。<sup>[36]</sup> 必须强调的是,当时这些新独立国家的陪审制度极不完善,在很多这些地区,只有欧洲后裔才有权利接受陪审员审判,或者担任这一职务。<sup>[37]</sup> 但另外一些通过革命等暴力手段获得独立的国家,如印度与巴基斯坦等,则将陪审制视为殖民制度加以废除。另外一波浪潮,肇始于法国,主要通过暴力推行。18 世纪后期,法国知识分子受到英国与美国陪审制度的启蒙,将呼吁公民参与司法作为法国革命的基本主张。这一制度虽然曾经一度形同虚设,但还是随着拿破仑征服欧洲开始传播,并成为启蒙思想的主要象征。<sup>[38]</sup> 这一参审制度,在 19 世纪到 20 世纪,深刻影响了诸如葡萄牙以及日本等大量国家的司法民主化。第三波浪潮从 20 世纪后半期开始发力,这一时期,西方的文化与价值观在全球范围内达到顶峰。在经济领域,大多数国家开始接受市场经济。在政治领域,民主化浪潮似乎所向披靡,诸如俄罗斯与西班牙,都已经开始选择适用公民的司法参与。<sup>[39]</sup>

上述各国司法民主化的发展,似乎证明了民主政治与司法民主的对应关系与必然联系。而其司法民主化的具体范式,亦未能突破权力民主化的逻辑推演结果。从逻辑可能性上来看,司法的民主化就是司法的公民参与。而公民参与司法的方式,在当代社会中,无外乎两类方式、四种形式。

[33] 针对适用陪审制度的国家统计,学界根据不同标准等,存在一定的分歧意见。See Scott Brister, *The Decline of Jury Trials*, 47 S. Tex. L. Rev. 191, 202 (2005)。如有的学者认为,仅仅存在二十余个类似的国家。See Ethan J. Leib, *A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries*, 5 Ohio St. J. Crim. L. 629, 639 (2008)。而就欧盟国家内部采用陪审制度以及参审制度的国家数字,也有不同的统计结果。See John Jackson & Nikolay Kovalev, *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, 13 Colum. J. Eur. L. 83, 93 (2007)。而较为令人信服的统计结果是,目前适用参审制度或陪审制度等司法民主化制度的国家为 57 个,其中较为具有代表性的如澳大利亚、奥地利、比利时、伯利兹、巴西、保加利亚、克罗地亚、捷克、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、加纳、希腊、圭亚那、匈牙利、冰岛、爱尔兰、意大利、牙买加、哈萨克斯坦、拉脱维亚、美塞多尼亚、马拉维、毛里求斯、新西兰、尼加拉瓜、挪威、巴拿马、波兰、匈牙利、俄罗斯、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、斯里兰卡、瑞典、英国、乌克兰、美国、日本、韩国等。

[34] See Fukurai & Krooth, *supra* note 7, at 41.

[35] See Ryan Y. Park, *The Globalizing Jury Trial: Lessons and Insights from Korea*, 58 Am. J. Comp. L. 525, 533 (2010).

[36] See Richard Vogle, *The International Development of the Jury: The Role of the British Empire*, 72 Int'l Rev. Penal L. 525, 536 (2001).

[37] See Mark Roe, *Juries and the Political Economy of Legal Origin*, 35 J. Comp. Econ. 2294, 2302 (2007).

[38] See Pierre Crabites, *Napoleon Bonaparte and the French Criminal Code*, 15 A. B. A. J. 469, 476 (1929).

[39] See Anna Dobrovolkaia, *The Jury System in Pre-war Japan*, 9 Asian-Pac. L. Pol'y J. 231, 240 (2008).

公民参与司法的直接方式,是指公民或公民代表直接参与个案审理的方式。根据公民直接参与司法的范围、程度及权属设置,又表现为三种具体形式。其中最“民主”,亦最原始的形式,即排除职业法官,由公民代表组成合议庭,行使认定诸如犯罪事实是否存在、被告人是否有罪以及应如何处罚等全部职权。这种形式虽然在当代社会中极为罕见,但并非不能存在。其较为典型的例子,即为卢旺达大屠杀后适用的“冈卡卡”法庭。<sup>[40]</sup>除此之外,公民直接参与司法的具体表现形式即广为人知的陪审制与参审制。需要强调的是,陪审制与参审制的核心共同点都在于公民直接参与案件的审理,其核心差异点在于在这两种直接参与司法的形式当中,公民承担的权利义务不同,行使权利义务的形式也不同。

公民参与司法的间接方式,是指公民借由当代政党政治,通过直接选举或代议制,任命法官或裁判官的形式。其中最为典型的,就是公民直接选举法官的方式。以美国为例,一方面联邦法官的任命制广受诟病,<sup>[41]</sup>另一方面各州法官的产生办法以选举为主。除了少数几个州,如加利福尼亚州、缅因州、新泽西州以及弗吉尼亚州之外,美国其他46个司法区,基本都通过选举方式选任法官。美国各州法官的具体选举方式,又可进一步分为“委员会提名的普通选举模式”、“跨选区超党派选举模式”,以及传统的“政党选举模式”。<sup>[42]</sup>无论何种形式,公民都可以通过直接投票,对于法官人选加以取舍。

至于公民间接参与司法的方式,可以被纳入到既有的代议制民主话语中讨论,并无实质特殊性。因此,这里所研究的司法民主化,主要是指一种狭义的、强调公民直接参与司法活动的民主化范式。

### 三、司法民主的可行性

虽然公民直接参与司法活动是民主政治的应然逻辑结果,但却并不一定必然具有现实可行性。这里需要强调既有研究的一个误区,即要在逻辑可能性与现实可行性之间,杂糅或刻意突出所谓特定命题的存在价值或意义。但剔除了具体语境与价值观,排除了现实可行性这一参考系的价值或意义是没有“价值”或“意义”的。事实上,公民直接参与司法活动的可行性问题,一直面临来自现实和理论的双重挑战。

#### (一) 现实挑战

从现实而言,很多学者认为,陪审本身并不是民主的构成要素,而只是民主的衍生品。

宏观上,的确有一些民主国家,如荷兰,至今仍未适用任何形式的司法民主制度。一个不容否认

[40] 参见李立丰:“种族屠杀犯罪处理实效的批判与反思——基于卢旺达冈卡卡法庭模式的考察”,载《法商研究》2010年第2期,第101页以下。

[41] See Andrew P. Napolitano, *Theodore and Woodrow: How Two American Presidents Destroyed Constitutional Freedom* 24 (Thomas Nelson 2012).

[42] See G. Edward White, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges* 69 (3d ed. Oxford University Press 2007). 有23个州适用“委员会提名的普通选举模式”(merit plan),由跨党派的委员会提名候选人,选民投票支持或反对,可连选连任,主要包括阿拉斯加州、亚利桑那州、卡罗来纳州、康涅狄格州、达拉维尔州、佛罗里达州、夏威夷州、印第安纳州、爱荷华州、堪萨斯州、马里兰州、马萨诸塞州、密苏里州、新罕布什尔州、俄克拉荷马州、罗德岛、南卡罗来纳州、南达科他州、田纳西州、犹他州、佛蒙特州、怀俄明州等。有15个州适用“跨选区超党派选举模式”(nonpartisans election),这种选举模式不采用传统选举的划定模式,选民一般不知道候选人的政党背景,可连选连任,主要包括阿肯色州、佐治亚州、爱达荷州、肯塔基州、密歇根州、明尼苏达州、密西西比州、蒙大拿州、内华达州、北卡罗来纳州、北达科他州、俄亥俄州、俄勒冈州、华盛顿州、威斯康辛州。有8个州适用“政党选举模式”(partisan election),即由所属政党提名,参与正常选举,得连选连任,包括阿拉巴马州、伊利诺斯州、路易斯安那州、新墨西哥州、纽约州、宾夕法尼亚州、德克萨斯州、西弗吉尼亚州。

的现象就是,所谓司法民主化,虽然形式上历经三次较大的发展浪潮,但实质上,却面临式微的颓势。这种颓势体现为适用国家数目未能进一步大幅度提升,甚至出现了某种程度的限缩。如瑞士2011年修改了刑事诉讼法,彻底废除了陪审制。西班牙废除陪审制的呼声也一度高涨。很多建构了司法民主化制度的国家,因为实际适用的频率与比例极低,导致在这些国家,司法民主处于名存实亡的状态。如在匈牙利以及瑞典,因为谋杀率低,人口数量少,因此陪审制度极少适用。<sup>[43]</sup>同时,历史上最先创建陪审制度的英国,也已经实际废除了民事案件的陪审制度。而在刑事案件中,只有在被告不认罪的少部分类型案件中,才适用陪审,同时,陪审制度的适用罪名范围,也不断减少,颇具反讽意味的是,在英国,早在1996年,就针对诽谤案件废除了陪审制。<sup>[44]</sup>更有学者担心,司法的民主化不仅式微,而且容易遭到政治势力的不当操作,从而彻底沦为花瓶。例如2009年,时任俄罗斯总统梅德韦杰夫签署法令,对于危及国家安全罪废除适用陪审制度。很多学者担心,这一措施实际上属于民主的倒退,因为任何批判政府的人都很有可能因此构成危害国家安全罪。<sup>[45]</sup>需要明确的是,上述历史潮流固然会出现反复,特定制度也会被人别有用心地滥用,但这些与公民直接参与司法本身并无必然联系。简单来说,不是因为公民参与司法导致司法变得不民主,恰恰是因为公民参与司法导致其太民主,才需要对司法民主化加以规避或限制。

微观上,公民直接参与司法所面临的可行性非难,主要来自于司法成本以及司法公正性等两个方面。的确,导致诸如简易程序、诉辩交易以及恢复性司法等“替代性争端解决模式”兴起的原因,往往被认为在于普通诉讼的时间及经济成本相对过高。<sup>[46]</sup>从这一角度出发,有学者担心,公民参与司法制度同样会面临司法成本的问题,并因此导致无法实际推广适用。表面上来看,公民直接参与司法的成本问题的确存在。例如,美国纽约州每年为刑事案件陪审员提供食宿的费用,就超过了400万美金。在俄罗斯,地方法院每年预算的25%花在了少数陪审案件上面,等等。<sup>[47]</sup>对此,姑且暂不“矫情”地鼓吹为了民主无需顾忌成本之类的主张。单单将成本过高作为反对司法民主化的理由也未免偏颇。事实上,只有在可能达成类似司法民主效用的前提下,才可能进行相对准确的比较,而非单纯进行数字意义上的成本对比。成本,是任何制度设计都必须考察的问题,对于公民直接参与司法的成本担心,完全可以通过限制公民参与司法的案件类型与适用门槛、优化制度设计等加以解决。

另外,就公民参与司法与司法公正的关系问题,一个常见的误解是,普通人因不具备专业的法律知识,故无法胜任裁判工作。但是,有美国学者经实证研究发现,无论刑事案件还是民事案件,法官的认定与陪审员的认定在3/4的情况下都是一致的。至于导致法官与陪审员出现分歧的原因,也并不是存在误解或者认识错误,只是对于案件事实的认定标准,一般人所秉持的排除合理怀疑标准,与法官的自由心证标准之间存在区别。<sup>[48]</sup>事实上,在某些复杂案件中,陪审员的事实认定的确会出现错误,但这也无法排除法官就不会在类似的情况下出现类似的错误。任何人的认识,都存在一定的局限性,甚至偏见。法官自然也不例外。但通过合议机制,借由多名陪审员或裁判员的异质性,可以在很

[43] See Lawrence Friedman, *The Day before the Trial Vanished*, 1 J. Empirical Legal Stud. 689, 701 (2004).

[44] See Sally Lloyd-Bostock & Cheryl Thomas, *Decline of the 'Little Parliament': Juries and Jury Reform in England and Wales*, 62 Law & Contemp. Prob. 7, 18 (1999).

[45] See Stephan Thaman, *The Nullification of the Russian Jury*, 40 Cornell Int'l L. J. 355, 367 (2007).

[46] See Steven Shavell, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, 24 J. Legal Stud. 2, 10 (1995).

[47] See Inga Markovits, *Exporting Law Reform - But Will It Travel*, 37 Cornell Int'l L. J. 95, 99 (2004).

[48] See Harry Kalven, Hans Zeisel, Thomas Callahan & Philip H Ennis, *The American Jury* 56 (University of Chicago Press 1986).

大程度上中和掉这种先验不足。

## (二) 理论挑战

司法民主化,亦即公民直接参与司法机制所面临的理论挑战,主要是指作为其理论内核的“共合民主理论”(deliberative democracy)<sup>[49]</sup>所面临的挑战。

“共合民主理论”是与传统的“共和民主理论”(aggregative democracy)<sup>[50]</sup>相对应的一个概念。本文对于上述两个概念,之所以如此“标新立异”,未采用国内既有的译法,一方面是既有译法未能突出上述两种概念的对应关系。<sup>[51]</sup>更为重要的是,通过强调“共合民主理论”与“共和民主理论”,不仅突出了二者的对应关系,还能表明二者的实质区别,亦即“共合民主理论”强调意见的“合意”,“共和民主理论”强调数目的“总和”。

### 1. “共合民主理论”的相对合理性

“共合民主理论”兴起于20世纪80年代,并在1990年代后期成为西方学术界和政界关注的热点。这一思潮的滥觞,可以归结到罗尔斯与哈贝马斯二人的政治哲学。二者在其主要论著中,都把自己看做共合民主论者,而他们的学术声誉,对于民主走向共合作出了巨大贡献。<sup>[52]</sup>从罗尔斯着力解决的现代多元社会的和平和合作问题,<sup>[53]</sup>到哈贝马斯所主张的“共合民主理论”的程序化与独立的公共领域,其实无外乎都是想为传统的共和民主范式的存在寻找进一步的合法性,为这一范式的失效寻找制度解决办法。

现行一般意义上的民主,是以“共和民主理论”为基轴建构起来的,以赋予公民投票权为表征、以少数服从多数为基础的“简单相加”为制度。在这个过程中,公民由权力主体沦为简单的计算分子,最终丧失了主体性,因此,公民不仅缺乏参与此类民主活动的兴趣,更会质疑这一民主过程所产生的结果。民主体制的合法性遭遇了动摇。作为自由、平等的理性存在者,人的“理性因素”只有通过其所理解的合理制度才能发挥作用。<sup>[54]</sup>如果后者存在缺失或缺陷,那么人就感到愤怒和不满,就会提出恢

[49] 国内对于“deliberative democracy”的翻译并无定论,有学者梳理如下:“话语民主”、“商谈民主”、“商议民主”、“慎议民主”、“协商民主”、“审议民主”等。参见谭彦德:“商议民主与政治中的道德分歧”,载《中国图书商报》2007年8月7日,第A07版。其中较为常见的是“商议民主”与“协商民主”。这两种提法,主要与国内对于“deliberative democracy”理论介绍的主要译著有关,前者以《民主与分歧》为代表,该书由美国学者阿米·古特曼等著,杨立峰等译,东方出版社2007年出版,后者以《协商民主:论理性与政治》一书为代表,该书由美国学者博曼等著,陈家刚等译,中央编译出版社2006年版。

[50] 国内对于“aggregative democracy”,一般译为“聚合式民主”,但这种直译的方式笔者无法接受,相比较而言,“加总式民主”的提法就显得相对贴切。

[51] 国外相关学者提出,20世纪末,政治学领域最显著的成果之一,就是协商民主思想的复兴。与起源于经济学和理性选择理论、在早期居主导地位的聚合民主模式相比,协商民主的观念,即自由和平等的公民通过公共协商进行决策,代表了民主理论一个极为重要的发展。参见[南非]毛里西奥·帕瑟林·登特里维斯主编:《作为公共协商的民主:新的视角》,王英津等译,中央编译出版社2006年版,第1页。这里虽然是将“协商民主”与“聚合民主”作为对应概念提出,但却没有在译法上对此加以突出或标示,而是采用了简单的直译方式(虽然是否直译,亦成问题,毕竟英语与汉语之间,很少有哪个概念是排他性地一一专属对应),因此,在本文中,除尽可能引用原文之外,还对于较为庞杂的提法,按照本文的话语翻译作了统一。

[52] 参见[澳]德雷泽克:《协商民主及其超越:自由与批判的视角》,丁开杰等译,中央编译出版社2006年版,第3页。

[53] 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2001年版,第25页以下。[美]约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2002年版,第190页以下。

[54] 魏小萍:“两种契约模式及其超越:剖析雅克·比岱对马克思主义的政治哲学诠释”,载《社会科学研究》2003年第4期,第17页以下。

复自由和平等的要求。<sup>[55]</sup>

共和民主制度,通过选民选出自己的代表,让他们代替自己制定法律。但这种民主,重点关注的是谁适合做“统治者”,而不是如何进行“统治”的问题,其制度设计侧重于民主的“准入”程序,而不是民主的“决策”过程。<sup>[56]</sup> 正如哈贝马斯所看到的那样,建立在共和民主基础上的政治系统患上了孤独症,无法通过与市民社会的联系,确保政治权力的正当性。<sup>[57]</sup> “共和民主理念”在形式与实质方面存在根本缺陷。简单票数决定结果的“多数派暴政”,<sup>[58]</sup> 缺乏公民直接参与决策的形式价值,会导致决策结果虽然勉强具有形式民主性,也往往会在后期执行过程中,被执行主体以诸如成本分析、社会影响、配套措施不完备等客观条件加以再次过滤或改造,从而造成相关决策结果更加背离决策初衷。<sup>[59]</sup>

而强调公民合议,形成共识,恰恰就是希望通过意见的公开辩论与妥协,来赋予法律与判决以正当性,从而实现从“以投票为中心”的合计民主向“以对话为中心”的合议民主的转变。<sup>[60]</sup> 这里所说的“合议性民主”,是指“一种政府组织形式,在这个组织形式当中,平等、自由的公民,或公民代表,通过彼此都可以接受且能参与的程序,达成目前具有说服力,且未来可以进行修正的结论。<sup>[61]</sup> 与传统的“共和民主制”相比,合议制民主理论强调公民参与政治选择的正当性价值与主体性,而非在未经充分讨论的前提下,作为客体一味被动接受民主政治结果。应该说,“共合民主理念”的最大价值,即在于公民直接参与决策这一“形式价值”,与公民通过讨论达成合议并影响最终结果这一“实体价值”。

共合民主理念相较于既有的共和民主理念,其最大的相对优势即在于其所具有的形式价值。调查发现,人们关注的往往并不是最终的结果,而是能否在结果产生过程中平等、充分地发表自己的意见。相较于侧重于“准入”的共和民主制度,共合民主制度能够满足公民渴望参与决策的理性需求。通过保障这种民主合议,可以避免共和民主形式中人们在缺乏合理根据的情况下进行决策所导致的“权力的和平移接、单纯加冕仪式”<sup>[62]</sup> 这一合法性危机。

另外,从实质来看,共合民主理念,可以改变共和民主体制下公民实质工具化的尴尬处境,重新赋予其民主生活的主体地位。因为根据哈贝马斯的观点,如果不把民主看做是经验性行动系统,那么不与社会利益相连接的民主概念就始终是空的,同时,如果民主理论坚持一种客观化的外在眼光,与社会正义的规范性诉求相脱节,对民主的理解就会陷入“盲”的危险。对此,只能通过公共领域的生活世界重建,来解决资本主义政治制度的合法性危机。因此,抵御工具理性,恢复交往理性,就成为修复或重构理想公民社会结构的必要前提和解决国家合法性危机的关键。<sup>[63]</sup>

[55] 这种“共和民主理论”合法性危机较为典型的例子,莫过于最近克里米亚地区经过全民公决脱离乌克兰事件,这种违反乌克兰宪法的民主表决是否具有法理上的效力,就显得十分模糊。除此之外,我国台湾地区爆发的学生反对两岸服务贸易协议,继而占领所谓“立法院”的行动,也在某个侧面凸显了“简单多数”在现实中所面临的尴尬处境。

[56] 参见燕继荣:“协商民主的价值和意义”,载《科学社会主义》2006年第6期,第28页以下。

[57] 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律 and 民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店出版社2003年版,第418页。

[58] 如果用多数人的赞同来理解民主,那么这种民主就是“多数人的暴政”。参见王晓升:“哈贝马斯商议民主理论的现实意义”,载《黑龙江社会科学》2013年第2期,第7页。

[59] See Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 Columbia Law Review 267, 278 (1998).

[60] See *The Good Polity: Normative Analysis of the State 15* (Alan Hamlin & Philip Pettit eds., Basil Blackwell 1989).

[61] See Amy Gutmann & Dennis Frank Thompson, *Democracy and Disagreement 7* (Harvard University Press 1996).

[62] 王晓升:《商谈道德与商议民主——哈贝马斯政治伦理思想研究》,社会科学文献出版社2009年版,第283页。

[63] 同注57引书,第80页。

## 2. “共合民主理论”与公民司法参与的理论契合

以选举法官等方式间接参与司法的司法民主化范式,本质上仍然属于“共和民主制”,而强调公民直接参与司法的司法民主化范式,才是以“共合民主理念”的比较优势为基础抗制司法权滥用的一种制度尝试。事实上,长久以来,公民直接参与司法,如陪审,都是共合民主制度的“最著名例子”。<sup>[64]</sup>

公民直接参与司法,并通过合议的方式影响判决结果,可以很好地解决司法权的合法性问题,并兼具较好的民主教育功能。

如前所述,日本的裁判员制度并没有从根本上改变日本司法体系的高度官僚化,仅仅是在专业法官高度反弹情况下作出的妥协产物,但即使这样,其仍然被视为日本司法民主化的重大成就。理由就在于其制度设计方面满足了共合民主理念的根本原则。甚至稍微夸张地说,这一制度设计,“阉割”了公民反对司法权或司法制度的能力。毕竟,你就是这一体制的直接参与者,在这种情况下,如果反对这一体制,就是反对你自己。<sup>[65]</sup>况且,经过精密的制度设计,保障裁判员选任的代表性,保障裁判员审理案件时能够享有“充分”的权利,保障裁判员的待遇及人身安全等等,<sup>[66]</sup>似乎可以使得公民合理期待司法权(哪怕只是部分刑事司法权)可按照理性原则以一种可被社会所接受的方式加以执行。而这恰恰满足了罗尔斯对于政治权力正当性的核心要求。<sup>[67]</sup>这种使得公民不能反对、也没有根据反对的制度设计,使得日本既有司法制度获得了合法性。毕竟,制度合法性的客观标准,在于能否得到被统治者的事实承认,一旦获得承认,就获得了相对稳定的合法性。换句话说,即使是独裁,只要存在一种社会上承认的合法化框架使政府有可能保持稳定,也必须被认为是合法的。<sup>[68]</sup>以日本裁判员制度为代表的公民直接参与司法制度,是一种旨在“双赢”的制度设计。共合民主理论认为,政治的成功不取决于有集体行动能力的全体公民,而取决于相应的交往程序和交往预设的建制化。<sup>[69]</sup>公民能够参与司法,并且能够在具体案件审理过程中发表可能影响判决结果的意见,本身就是一种制度设计的成功。而案件审理,经过公民直接参与的司法程序,也变得更具合法性,更容易被主动尊重与遵守。和能否达成实质正义或所谓“最优结果”相比,能否确保公民表达自身观点的机会,才是程序正义的核心内容。<sup>[70]</sup>另一方面,日本裁判员制度的设计方面又是在既有权力者主导下设计的,根据芬伯格的技术设计批判理论,<sup>[71]</sup>技术霸权阶层往往会通过制度设计,将社会权力融入技术设计之中,并使这种设计用来维持其既有的霸权。如前所述,这一点在日本裁判员制度的设计中体现得尤为明显。

另外,共合民主理念还具有教育公民的功能,这既是共合民主核心理念向外拓展的结果,又可以回应某些针对商议民主理念的批评。<sup>[72]</sup>事实上,共合民主理念还具有教育功能,即通过公民参与讨论,迫使其接受、分析、评价乃至表达自身的观点,从而可以使其在政治问题上更为成熟,在政治与社

[64] [法]依维斯·辛特默：“随机遴选、共和自治与商议民主”，欧树军译，载《开放时代》2012年第12期，第472页以下。

[65] 参见李立丰：“民意的司法拟制——论我国刑事审判中人民陪审员制度的改革与完善”，载《当代法学》2013年第5期，第121页。

[66] 同注26引文。

[67] 参见[美]约翰·罗尔斯：《政治自由主义》，万俊人译，译林出版社2000年版，第37页。

[68] 黄晓锋：“经验性和规范性的民主理论——兼论哈贝马斯的商议民主理论”，载《岭南学刊》2012年第1期，第14页。

[69] 同注57引书，第371页。

[70] See Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* 130 (Yale University Press 1990).

[71] [美]安德鲁·芬伯格：《技术批判理论》，韩连庆、曹观法译，北京大学出版社2005年版，第91页。

[72] 杨立峰：“商议民主视野下的公民教育”，载《浙江学刊》2007年第6期，第49页。

会生活中更具参与热情。<sup>[73]</sup> 积极参与协商将使人变成更好的公民,也许是更好的人;更广泛的公共协商将增强人们对共同体和共同命运的意识。<sup>[74]</sup>

### 3. 司法民主化所面临的理论困境与路径选择

裁判员制度等司法民主化制度,是共合民主理论的一个创新。<sup>[75]</sup> 但其同样需要解决共合民主理论面对的下列指摘。

首先,代表性与效率性的冲突。公民合议制度良好运行的条件,首先就是确保其包容性,换句话说,尽可能地包容更多的不同声音。对于这些不同声音,必须加以尊重,并同等对待。<sup>[76]</sup> 但在当今社会,进行全民范围的讨论显然不具有可操作性。世界各地协商民主的实践或实验表明,公共协商往往受到协商参与者人数的限制。当利益相关者比较广泛,需要较多参与者参与协商时,公共协商就会耗费大量的物力、财力和人力,就会增加协商的成本,降低协商的效率。协商参与者的人数过多时,就可能会出现偏离主题甚至无边际的闲扯。<sup>[77]</sup> 这的确是一个两难的局面,毕竟共合民主的实现,必须建立在结构平等的非专业人员公众集体的共鸣,甚至同意基础之上。<sup>[78]</sup> 但相较于其他类型的合议模式,司法过程中的公民合议,因为其讨论问题的相对有限,且一般采用从符合基本资格要求的公民中随机抽签的方式产生代表,辅之以权属制度等,可以较好地在此平衡。

其次,民主性与效率性的冲突。针对合议制度的另外一个担心,在于所谓“议而不合”的问题。虽然如同性恋、堕胎、死刑等诸多社会问题,可能根本无法通过讨论协商消除分歧,但如果以存在分歧作为否定合议制度的根据,显然也无法让人接受。一方面,在民主政治体制中,妥协是一种常态。人们需要照顾到少数人的利益,那是因为少数人有一天也会获得多数赞同,并获得政治权力,那些暂时获得多数赞同的人也要考虑到自己的未来利益。<sup>[79]</sup> 另一方面,公民直接参与司法所面临的问题相对有限,例如陪审员只负责是否可以排除合理怀疑地认定事实,<sup>[80]</sup> 与此类似,裁判员制度则是裁判员和裁判员组成裁判体,结合事实与法律认定被告人是否有罪,<sup>[81]</sup> 同时需要遵循关于审理期限的限制。更为重要的是,日本的裁判员制度,为了防止“议而不合”,并没有采用“意见一致”的标准,而是采用修正的“少数服从多数”,即有罪判决“必须获得合议庭半数以上成员的赞成,其中必须分别有一名裁判员及一名法官表示赞成”<sup>[82]</sup>的制度,从而在很大程度上化解了上述担心。相反,在日本这种民族高度单一、社会价值观高度一致的国家,更应该担心的反倒是“观点重复的极化”问题。也就是说,在民主合议过程中,如果没有不同的声音或对立的观点出现,公共协商的结果可能会更为偏颇。具有相同意

[73] See Mark Button & Kevin Mattson, *Deliberative Democracy in Practice: Challenges and Prospects for Civic Deliberation*, 31 *Polity* 609, 702 (1999).

[74] [美]约·埃尔斯特主编:《协商民主:挑战与反思》,周艳辉译,中央编译出版社2009年版,第62页。

[75] 哈贝马斯设想的所谓公众合议,主要包括委托代表在立法机构参加正式的民主商谈,以及自己在公共领域参加非正式的民主商谈两种。参见童世骏:《批判与实践:论哈贝马斯的批判理论》,三联书店出版社2007年版,第133页。

[76] See Lawrence R. Jacobs, Fay Lomax Cook & Michael X. Delli Carpini, *Talking Together: Public Deliberation and Political Participation in America* 13 (University Of Chicago Press 2009).

[77] 参见[美]查尔斯·J. 福克斯、休·T. 米勒:《后现代公共行政——话语指向》,楚艳红等译,中国人民大学出版社2002年版,第134页。

[78] 同注57引书,第450页。

[79] 王晓升:“在共和主义与自由主义之间——评哈贝马斯的商议民主概念”,载《江苏社会科学》2008年第1期,第15页。

[80] 参见[美]阿尔伯特·阿斯楚兰:“美国刑事陪审制度简史”,李立丰编译,载《社会科学战线》2010年第11期,第229页。

[81] 参见安村勉:「陪審制と参審制——刑事裁判への素人の影響力」上智法学論集25卷2・3号(1982年)198頁。

[82] 同注26引文。



向的人们经常参加“重复的极化活动”,无法出现不同观点,那么就有可能产生极端的观点。<sup>[83]</sup>

再次,专业性与民主性的冲突。共合民主理论需要面临的第三个较为严峻考验,在于如何处理讨论的专业性与讨论的民主性之间的矛盾问题。正如有学者指出的,其本质上是如何处理公众和专家的关系问题。<sup>[84]</sup>“民主原则是商谈原则和法律形式相互交叠的结果。”<sup>[85]</sup>哈贝马斯强调,法律和政治不能被理解为自组织的封闭系统,而必须保持对生活世界的开放。这样,法律和政治系统才能处理全社会共同的问题。政治行动领域是根植于生活世界的情景之中的。<sup>[86]</sup>但这种开放性,却面临着社会的事实不平等与分层性,这就导致一定会有一些优势资源占有者,更容易在这个过程中发声,更容易去说服对方接受自己的观点。<sup>[87]</sup>“即使处于不利地位的人和他们的代表擅长以有效的方式进行商议,群体讨论的动态也趋向于支持那些具有较高社会和经济地位的人们。他们的确谈得比较多,而且他们的看法会得到大多数成员比较认真的对待。因此,商议的结果比较有可能反映大多数处于有利地位的商议者的最初看法。”<sup>[88]</sup>这一担心并非毫无道理,以日本为例,在日本文化中,法律“精英化”的思维惯式根深蒂固,尤其是刑事司法,更属于一般人根本无法涉足的领域。有学者就担心裁判长在控制诉讼过程中出现所谓“强权”的问题,即在合议过程中,作为专业法曹的裁判官,左右作为普通人的裁判员的现象。<sup>[89]</sup>另外,对于大多数日本人来说,如果大家都向右,那么向右就是正确的选择。和社会大多数人不同,就是错误的选择。换句话说,如果五名裁判员中有两个人提出,判处死刑吧,那么剩下的三个人很可能会说,那就这么办好了。在日本人的气质中,缺乏针对“善”、“恶”的基本标准,而是以其对于周围的反应作为基准。<sup>[90]</sup>从这个角度,日本采取裁判员与职业裁判官混合组成裁判体的做法,或许还真的可以在某种程度上抵消盲目的从众心理。

另一方面,每个社会,都有其既定的文化价值系统,这种文化价值系统是任何人参与社会交往过程的必然的条件。没有语言,没有文化,不存在人们之间共享的文化价值系统,社会交往就不可能。<sup>[91]</sup>因此,只要公民可以实质参与决策过程,可以自由发表意见,其受不受到其他裁判员或者裁判官的影响,其实并不会动摇这一合议机制本身的正当性。毕竟民主就是一场博弈。谁能在合议过程中占据优势地位,谁就能够保证自己的利益。因此,只要保证平等的发言及表决机会,能够被说服,也证明了合议机制的可操作性。

## 四、结语

在现代社会中,公民往往对于代表公权力的政治制度,包括司法制度,表现出一种本能的不信任。

[83] 参见[美]詹姆斯·菲什金、彼得·拉斯莱特主编:《协商民主论争》,张晓明译,中央编译出版社2009年版,第85页以下。

[84] 孙潏:“技术民主的两条道路——哈贝马斯和芬伯格技术政治学比较研究”,载《兰州学刊》2008年第9期,第12页。

[85] 同注57引书,第148页。

[86] 参见王晓升:“用交往权力制衡社会权力——重评哈贝马斯的商议民主理论”,载《中山大学学报》(社会科学版)2007年第4期,第50页。

[87] See Zachary Corey & Valerie P. Hans, *Japan's New Lay Judge System: Deliberative Democracy in Action?* 12 *Asian-Pacific L. & Pol'y J.* 72, 78 (2010).

[88] [美]阿米·古特曼、丹尼斯·汤普森:《民主与分歧》,杨立峰等译,东方出版社2007年版,第149页以下。

[89] 参见西野喜一『裁判员制度批判』(西神田編集室、2008年)22頁。

[90] 参见田部重紀子『歴史と国民性から見る陪審制』『変わらぬなら変えてしまおう刑事司法 2000年度立教大学法学部荒木・中島2年ゼミナール研究論文集』(教材印刷室、2011年)4頁。

[91] 同注57引书,第315页。

而这种不信任,又往往动摇着既有权力体制的合法性。司法权的民主化改革,虽然不能解决司法实践所面临的根本矛盾,但却能在很大程度上消解公民对司法“独裁”的不满与不安。如何能够在既有文化与政治框架中,寻找到一种适合公民直接参与司法的制度化解方案,将成为包括中国在内的世界各国长期需要解决的问题。

制度无法复制,但可借鉴。我国最高人民法院、司法部近日印发的《人民陪审员制度改革试点方案》,证明我国已经向司法的民主化迈出了可喜的第一步,相信随着改革的逐步深入,我国司法民主化进程可以在借鉴日本裁判员制度等先进经验的基础上不断加速,直至日趋完善。

### **The Institutional Settlement of the Paradox between Political Democracy and Judicial Dictatorship: From the Perspective of the Saiban-in System in Japan**

Li Lifeng

**Abstract:** One of the paradoxes of democratic politics is the relatively closure and the dictator of judicial power. The non democracy results in the crisis of legitimacy of judicial power. Judicial democracy is a necessary consequence of political democratization, but often facing the dual challenges from social reality and judicial theory during the construction process. Being a trial of the settlement of the paradox of judicial dictatorship, the construction and practice experience of the Japanese Saiban-in System will provide an important angle of reflection and criticism for the judicial democratization in all countries of the world, including China.

**Keywords:** judicial dictatorship; paradox; the Saiban-in System

(责任编辑:刘馨)

# 防空识别区设置的法理依据与实践

张晏瑄\*

**摘要:**防空识别区是一种要求意图由领空外进入领空的民用飞行器进行自我识别,并可能对其采取空中交通管制等特殊区域。本文认为,国际法对于设立防空识别区存在消极条件或限制条件,系基于特定功能的有限管辖权之概念。因此,防空识别区的设立绝非对于公海以及专属经济区上方空间的占领,亦无排他性。既无排他性,不同国家防空识别区当然可以重叠。本文总结防空识别区的设置系植基于习惯国际法的自卫权,目的仅仅在于确保国防,可突破国家领空范围外而行使。对未经通报进入防空识别区的外国飞机采取查明与识别措施,为防御性的非武力作为,并非攻击,因此并不违反任何国际法相关规定。

**关键词:**防空识别区 专属经济区 《芝加哥公约》 《联合国海洋法公约》

防空识别区即为一种要求意图由领空外进入领空的民用飞行器进行自我识别,并可能对其采取空中交通管制的特殊区域,在过去几十年关于国家安全的讨论中,受到了前所未有的关注。<sup>[1]</sup>我国国防部于2013年11月23日开始施行东海防空识别区之航空器识别规则,并公布东海防空识别区划设示意图。我国东海防空识别区与日本在1950年代公布的防空识别区重叠,因此引发包括美、日、韩、菲律宾、澳大利亚等国的抗议。韩国随后于2013年12月15日在东海地区扩大既有防空识别区的范围;德、法两国则对东海安全与和平的维护表示关切;菲律宾则抨击我国此举系将东海视为中国领空。

## 一、问题意识

对于空中威胁的如此关注是自20世纪五六十年代冷战高峰以来所罕见的,当时沿海国在海上建立了许多防空识别区以保护其领空免受入侵,并预警可能的核打击。<sup>[2]</sup>一些冷战时期的防空识别区保留了下来,包括由美国和加拿大建立的覆盖极地的北美防空识别区。<sup>[3]</sup>但是当时国际法的形态相

---

\* 山东大学法学院教授,英国邓迪大学(University of Dundee)法学博士,海洋海事法研究所所长。本文为山东大学自主创新基金(项目编号:IFW12065)、上海市政府决策咨询研究项目“中国海洋管理体制改革研究”(项目编号:2012Z45C)、国家社科基金一般项目“维护国家海洋权益的政府管理体制研究”(项目编号:13BZZ062)的阶段性研究成果。

[1] 美国联邦法规 14 C. F. R. § 99.3 (2009) 定义的防空识别区为“由于国家安全利益的需要……在陆地或水面之上可随时对一切飞行器进行识别、定位和控制的空域”。

[2] 许多国家,例如挪威和英国,仍然保留了其防空识别区以应对可能重现的紧张局势。其他一些国家,比如印度和巴基斯坦,则由新的地区紧张局势保留了防空识别区。See Agreement on Advance Notice on Military Exercises, Manoeuvres and Troop Movements, India - Pakistan, para. 11, Apr. 6, 1991, 1843 UNTS 71.

[3] Avid F. Winkler, *Searching the Skies: The Legacy of the United States Cold War Defense Radar Program* (June 1997), [http://www.fas.org/nuke/guide/usa/airdef/searching\\_the\\_skies.htm](http://www.fas.org/nuke/guide/usa/airdef/searching_the_skies.htm) (last visited Jan. 2, 2014).

对简单,领空覆盖着一国领土和三亚里宽的领海,国家对其领空享有完全的主权。<sup>[4]</sup>而所有其余的空域则体现如公海的情形,即为所有国家平等享有航行和飞越的自由。<sup>[5]</sup>不过在1950年代起的数十年内,国际海洋法发生了很大的变化,<sup>[6]</sup>并因此提出了关于这些法律变化是否会影响海上空域地位的问题,或因沿海国建立新的体制以规制领空以外之外国飞行器所产生的影响他国飞越自由的一系列问题。此外,本文还着力从法律视角回答以下问题:防空识别区究竟应如何设置?防空识别区是否侵犯他国领空及领土主权?是否符合国际法?是否为一种单方划设的行为?设立前是否应与相关国家先行协商?

## 二、国际航空法的发展与案例分析

目前,国际航空法已发展成一门特别法,许多国家通过结合空域法和领土法,解决法律和安全方面的问题。1919年《关于航空管理的巴黎公约》(1919 Paris Convention for the Regulation of Aerial Navigation,即1919年《巴黎航空公约》)的起草者认可了源自公海自由的空中自由,即“空域法律制度源于领土……(因此)海面上的空域是自由的,正如海洋本身一样”。<sup>[7]</sup>1944年,《国际民用航空公约》(1944 Convention on International Civil Aviation,即1944年《芝加哥公约》)取代了1919年《巴黎航空公约》,并成为现行国际法下唯一详细设定空域管理架构的综合性法律渊源。<sup>[8]</sup>

如同1919年《巴黎航空公约》一样,1944年《芝加哥公约》起草的时代海洋仅被分为领海和公海两部分。因此,1944年《芝加哥公约》同时关注主权国家对世界范围内本国飞行器的管理和其领空下国际空中交通的规制。<sup>[9]</sup>对于公海上的空域,公约规定其条文也适用,并通过由国际民航会议采纳的标准和推荐操作规程,进一步细化大多数民用航空领域的相关规定。<sup>[10]</sup>然而,1944年《芝加哥公约》区分了民用飞行器和政府飞行器(包括军用、海关用和警用飞行器),并且细致规定了民用飞行器的活动。<sup>[11]</sup>正如迈克尔·米尔德(Michael Milde)教授所说,“国际航空法的大部分内容仅处理民用飞行器及其运行……军用飞行器的地位则没有条文从正面明确地定性……”<sup>[12]</sup>他还补充道:“各国公开反对那些要将他们的军用飞行器——军事力量、主权、独立和威望的工具与象征——置于国际法规制下的观点。”<sup>[13]</sup>

[4] 1944年《芝加哥公约》第1条及第2条。Dec. 7, 1944, 61 Stat. 1180, 15 UNTS 295; 1958年《领海及毗连区公约》第1条及第2条。Apr. 29, 1958, 15 UST 1606, 516 UNTS 205; Oliver J. Lissitzyn, *The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law*, 47 American Journal of International Law 559, 559 (1953).

[5] 过去各个国家关于领海和公海的划分被描述为:不足以满足沿海国和海事人员利益的“过分迟钝的规定”。See Bernard H. Oxman, *An Analysis of the Exclusive Economic Zone as Formulated in the Informal Composite Negotiating Text*, in *Law of the Sea: State Practice in Zones of Special Jurisdiction* 57, 61 (Thomas A. Clingan, Jr. ed., 1982).

[6] 张晏瑜:“论海洋善治的国际法律义务”,载《比较法研究》2013年第6期,第70-85页。

[7] Nicholas Grief, *Public International Law in the Airspace of the High Seas* 53 (Martinus Nijhoff 1994). For the Paris Convention, see Convention on International Civil Aviation, Oct. 13, 1919, 11 LNTS 174, reprinted in 17 American Journal of International Law Supp. 195 (1923) (no longer in force).

[8] 1944年《芝加哥公约》第1条及第2条。

[9] 1944年《芝加哥公约》第12条及第38条。

[10] 1944年《芝加哥公约》第12; 37; 54(1); 90条。

[11] 1944年《芝加哥公约》第3条。

[12] Michael Milde, *International Air Law and ICAO* 61 (Eleven International Publishing 2008).

[13] 同注12引文。

即便如此,事实上国家自航空兴起的早期就同意军用飞行器应当受到某些方式的国际法律规制。例如1919年《巴黎航空公约》和其后1944年《芝加哥公约》都要求军用飞行器飞入他国领空时须经特别授权。<sup>[14]</sup> 1944年《芝加哥公约》要求政府飞行器在运行过程中须对其他飞行器的安全尽到“充分注意”义务,<sup>[15]</sup>且在1998年生效的1944年《芝加哥公约》具有争议性的补充文件中,规定禁止政府飞行器对民用飞行器使用武器或在拦截过程中危及民用航空器上人员安全。<sup>[16]</sup> 相较于针对民用航空器详细的规定,关于政府飞行器之规定为数稀少,这说明了一个事实,即飞行在他国领空之外的政府飞行器在国际航空法下几乎是不受限的。

但是自1982年《联合国海洋法公约》(1982 United Nations Convention on the Law of the Sea,以下简称UNCLOS)<sup>[17]</sup>创设了专属经济区(Exclusive Economic Zone,即EEZ),并为沿海国提供了一套混合了传统公海自由的新权利后,复杂的情况便应运而生。<sup>[18]</sup> UNCLOS第56条说明了沿海国在专属经济区的权利,第58条说明属于所有国家的权利——包括已经为当时国际法和公约其他相关部分所确认的公海自由航行和飞越的权利。<sup>[19]</sup> 剩余的部分则由公约第59条调整,其规定当未作明确分配的权利和管辖权发生争议时,应“在公平的基础上综合考虑所有相关因素,并考虑有关争议对争议各方和国际社会的重要程度加以解决”。不过,在公海自由的问题上,有一点并没有由公约第59条考虑权衡,即海军在他国专属经济区内进行长期活动的自由——至少当海军活动并未影响到沿岸国开发和保护自然资源时。<sup>[20]</sup> 正如伯纳德·奥克斯曼(Bernard Oxman)指出的,“军舰若满足三项条件,则原则上是享有在公海区域内进行军事活动的自由:(1)克制非法威胁或使用武力的义务;(2)对于他国使用海洋的‘充分注意’义务;(3)依照其他条约或国际法规则对他国专属经济区额外的‘权利和义务充分注意’的义务。”<sup>[21]</sup>

尽管如此,在UNCLOS签订后不久,一些沿海国就尝试主张在其新设的专属经济区内,外国所从事的军事活动需要经过允许才得以进行,其中包括外国军用飞行器的飞越。例如巴西,曾尝试向国际民航组织法律委员会申请,认定专属经济区上的空域地位等同于领空。该委员会拒绝援引1944年

[14] 1919年《巴黎航空公约》第32条;1944年《芝加哥公约》第3(c)条。1944年《芝加哥公约》的禁止性规定更广泛地适用到所有的政府飞行器。

[15] 1944年《芝加哥公约》第3(d)条。本条文进一步要求缔约国出台规定以确保政府飞行器在运行过程中对民用飞行器的安全保持充分注意。美国国防部指令4540.01,即美国军用飞行器和导弹/抛射武器使用国际空域条例4.2段,履行了条约要求的义务。

[16] 1944年《芝加哥公约》第3条分条。

[17] United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 UNTS 397.

[18] 关于专属经济区法律地位的精彩辩论,请参见 *Consensus and Confrontation: The United States and the Law of the Sea Convention*, Chapters 2, 3 (Jon M. Van Dyke ed., 1985)。许多内容来自于谈判本身。

[19] UNCLOS第87条。

[20] 张晏瑜:“平时时期的海洋军事利用与海战法的最新发展”,载《东方法学》2014年第4期,第67-74页。关于UNCLOS保护专属经济区内海军自由的框架规定,参见Bernard H. Oxman, *The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea*, 100 *American Journal of International Law* 830, 835-846 (2006)。关于不同沿海国进行的有关经济权益和航行自由,尤其是军事活动自由的讨论,参见Robert Nadelson, *The Exclusive Economic Zone: State Claims and the Law of the Sea Convention*, 16 *Marine Policy* 463, 483 (1992); George V. Galdorisi & Alan G. Kaufman, *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflict*, 32 *California Western International Law Journal* 253, 279 (2002)。关于沿海国规制专属经济区以保护环境和经济利益的权利,其总结道:“海洋国家参与军事活动的权利并不是无条件的,对于沿海国权利的影响,即对自然资源和环境的影响,在确定于他国专属经济区内进行军事活动的性质和范围时应被充分考虑。”

[21] Bernard H. Oxman, *The Regime of Warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, 24 *Virginia Journal of International Law* 809, 811, 837 (1984)。

《芝加哥公约》去解释 UNCLOS,认为:“将专属经济区等同于公海一样具有飞越的自由……明显违反了 UNCLOS 的相关规定”。<sup>[22]</sup>

除了 UNCLOS 和 1944 年《芝加哥公约》之外,仅剩两个允许沿海国对近岸外国飞行器进行规制的国际法渊源。其一为被广泛认可的 1972 年《伦敦倾废公约》(1972 London Dumping Convention)和与之相关的但认可度稍弱的 1996 年《伦敦倾废公约议定书》(1996 Protocol to the London Convention)。<sup>[23]</sup> 这两个条约力争保护海洋环境免受倾废的影响,但如同 UNCLOS 一样,他们对于沿海国达成污染防治目标的手段有很强的限制。<sup>[24]</sup> 公约禁止“故意从飞行器上向海洋倾废废弃物”,但同 UNCLOS 一样,将政府飞行器从条约义务中排除。<sup>[25]</sup> 此外,1996 年《伦敦倾废公约议定书》仅适用于“国际法规定下(沿海国)享有司法管辖权的海域”。<sup>[26]</sup> 于是如同 UNCLOS,1996 年《伦敦倾废公约议定书》不能为沿海国在专属经济区对他国飞行器行使管辖权提供依据。因此,20 世纪后半叶以来,在专属经济区内出于军事目的的飞越自由基本上并未受到国际条约法发展的改变。<sup>[27]</sup> 据此,泰尔·布里斯比(Tare C. Brisibe)表达了如下的观点:“专属经济区是一个为沿海国和传统的公海自由都保留了特别权利的独特区域”。沿海国对专属经济区内的主权权利仅限于海洋的自然资源,沿海国不能妨碍他国行使其他的公海自由权利,尤其是航行和飞越的自由。换句话说,沿海国被授予特别的对自然资源的管辖权利,而其他的传统公海自由,特别是航行自由和飞越自由则被保留了。<sup>[28]</sup> 本文以下即以实例研析关于防空识别区的实践。

### (一) 美国的防空识别区系统

美国拥有所有沿海国中最为广泛的防空识别区系统。最开始建立覆盖美国领海的五个防空识别区是为了应对 1950 年朝鲜战争所引发的美苏之间高度紧张的关系。<sup>[29]</sup> 两块美国大陆上的防空识别区向海洋延伸,在北极一些区域上延伸至美国海岸线以外超过 300 海里,在南加州则延伸超过 400 海

[22] Barbara Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea* 203 (Martinus Nijhoff 1989).

[23] The Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Dec. 29, 1972, 26 UST 2403, 1046 UNTS 120, was replaced in March 2006 with the entry into force of the Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Nov. 7, 1996, <http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/multilateral/en/TRE001268.doc> (last visited Jan. 2, 2014). 美国于 1972 年加入公约,但至本文写作时还未批准 1996 年的议定书。

[24] 张晏瑜:“海洋可再生能源开发的法律制度与国家实践”,载《河北法学》2014 年 6 月第 6 期,第 27-38 页。

[25] 1996 年《伦敦倾废公约议定书》第 1(4), 10(4)条。

[26] 1996 年《伦敦倾废公约议定书》第 10(1), 10(3)条。

[27] 在涉及到军事活动时,从 UNCLOS 第 58 条的立法视角出发,对于军事侦察和收集军事情报的使用飞越权的方式,是明显符合法律规定的。See Nicholas M. Poulantzas, *The Right of Hot Pursuit in International Law* 343 (2d ed., Kluwer Law International 2002); Kay Hailbronner, *Freedom of the Air and the Convention on the Law of the Sea*, 77 *American Journal of International Law* 490, 505 (1983).

[28] Tare C. Brisibe, *State Sovereignty and Aeronautical Public Correspondence by Satellite*, 69 *Journal of Air Law and Commerce* 649, 667-68 (2004); Michael Milde, *United Nations Convention on the Law of the Sea—Possible Implications for International Air Law*, 8 *Annals Air and Space Law* 167, 191 (1983).

[29] 早在 1940 年,美国由于担心欧洲战事的扩大,在大西洋上空域建立了一些防空识别区。在 1939 年 9 月 5 日,罗斯福总统签发了中立宣言明令美国海军开始在大西洋上展开中立巡逻,并汇报和跟踪任何交战国从空中、水面和水下接近美国大西洋沿岸或西印度群岛的行动。巡逻的区域为北纬 19 度至 42 度 30 分,东至西经 65 度。R. P. Anand, *Origin and Development of the Law of the Sea* 171 (Martinus Nijhoff Publishers 1983); William E. Scarborough, *To Keep Us out of World War II?* U. S. Department of the Navy, *Naval Aviation News*, Mar. - Apr. 1990, at 18; see also Richard B. Bilder, *The Canadian Arctic Waters Pollution Prevention Act: New Stresses on the Law of the Sea*, 69 *Michigan Law Review* 1, 27 (1970).

里。<sup>[30]</sup> 另外,美国还维持着与阿拉斯加海岸形状并不一致的防空识别区,该区在白令海上空至少延伸 350 海里,而在阿拉斯加北部海岸的北极海域也延伸了类似的一段距离。环绕关岛的防空识别区以该岛为中心,覆盖半径为 250 海里。夏威夷的防空识别区则为环绕该群岛的一个不规则的八边形,最北处延伸至考艾岛以北超过 250 海里处。

美国联邦法规第 14 章第 99.9 节中规定“操控民用飞行器进入防空识别区的人员,应配备可用的双向通讯无线电,飞行员必须时刻保持收听恰当的航空设备频道”。<sup>[31]</sup> 可能出于故意或者疏忽,该条忽略了对于民用飞行器和其他飞行器的区分。其进一步规定:“除非满足下列条件,任何人不得操纵飞行器进入或滞留于一个防空识别区中:(1) 该人提交一份包括进入防空识别区时间和地点的‘防御目视飞行规则’(Defense Visual Flight Rules)飞行计划……”本节还要求“按照‘防御目视飞行规则’操纵飞机飞行在防空识别区中的飞行员,如果不能保持双向无线电通讯畅通,应按照‘防御目视飞行规则’飞行计划进行操作,或者在有可能的情况下尽快降落”。<sup>[32]</sup> 除上述规定外,该法规进一步规定,“除非向适当的航空设施提交、激活并执行飞行计划,或者经由空中交通管制授权,任何人不得驾驶飞行器进入或滞留防空识别区”。<sup>[33]</sup> 该节接下来说明,在‘防御目视飞行规则’下,任何飞行员都不得操纵飞行器进入防空识别区,除非:“(1) 该飞行员在进入前向适当的航空设施报告:在进入前该航空器经过最后汇报点的时间、位置、高度,以及到达飞行线路上下一个适当汇报点的预计时间”。<sup>[34]</sup>

上述这些规定的目的是为了“确保所有由外部进入美国国内的飞行器都在进入前提供其身份,并帮助对美国领空界限附近的所有飞行器进行早期识别”。<sup>[35]</sup> 美国政府将这些要求的正当性建立在确保国家安全、控制非法毒品活动、减少非必要拦截和搜救行动,以及削弱空中碰撞和其他公共危险等理由之上。<sup>[36]</sup> 尽管这些正当性基础都反映着主权国家的利益,由于许多美国的防空识别区法规并未明确将政府飞行器排除在外,这些规定的适用范围似乎太过广泛。<sup>[37]</sup> 事实上,至少有一部分国际法学者认为这些法规反映了美国尝试扩大领空外管辖权的企图。但是,美国已经公之于众的实践更强烈地表明:尽管政府将尽量遵守防空识别区法规视作是有益的,但根据有关国际法,这些防空识别区法规并不适用于美国领空外的外国政府飞行器。

例如,自 2007 年 7 月以来,俄罗斯长程轰炸机开始相对频繁地在阿拉斯加防空识别区进行军事

[30] 14 C. F. R. § 99.41-49 (2009).

[31] 14 C. F. R. § 99.9 (a) (2009).

[32] 联邦航空局《航空信息手册》进一步说明:“任何进入防空识别区的飞行器”,不论按照仪表飞行规则还是防御目视飞行规则,都必须提交飞行计划。FAA, *Aeronautical Information Manual*, para. 5-6-1.c. 1 (a) (Aug. 27, 2009), [http://www.faa.gov/airports\\_airtraffic/air\\_traffic/publications/](http://www.faa.gov/airports_airtraffic/air_traffic/publications/) (last visited May 28, 2014).

[33] 14 C. F. R. § 99.11(a) (2009).

[34] 14 C. F. R. § 99.15(b) (2009).

[35] Federal Aviation Administration, *International Flight Information Manual*, National Security, para. b, <http://www.faa.gov/ats/aat/ifim/ifim0104.htm> (last visited May 28, 2014).

[36] *Security Control of Air Traffic*, 66 Fed. Reg. 49, 819 (Sept. 28, 2001).

[37] 14 C. F. R. § 99.9(a) 有相关内容规定本段落仅适用于民用飞行器,作为对该条的补充,美国联邦航空局的指导材料中含有美国政府同意将政府飞行器排除法规适用的暗示。例如《国际飞行信息手册》,在强调了防空识别区内空中交通管制对飞行器的要求后,规定不受此种限制的飞行器“将在进入防空识别区时受到主动的拦截与识别”。

监控和训练行动,而并未如美国联邦航空局法规要求的那样报告飞行计划。<sup>[38]</sup>可以预见俄罗斯飞机遭到美国战斗机的例行性拦截,并一直跟随直至其离开美国防空识别区。<sup>[39]</sup>然而,北美防空司令部的指挥官在针对2008年6月份俄方轰炸机飞行的声明中则指出,如果派出的拦截飞机认为“俄方飞行器在进行的是训练任务,我方将允许其继续活动”。<sup>[40]</sup>而且美国国防部还明确主张,只要没有进入沿海国领空的意图,美国军用飞行器飞越外国防空识别区时无需遵循沿海国法规,其飞行不受沿海国控制。<sup>[41]</sup>综上所述,美国法规在涉及他国政府飞行器在美国防空识别区内主权豁免的问题上似乎是含糊不清的。尽管如此,美国的实践仍体现了对外国军用飞行器享有专属经济区上空域的传统公海自由的尊重。

## (二) 冷战和近期牵涉苏联/俄罗斯的事件

冷战早期的1950年至1962年,即UNCLOS尚未出现之前,在一些事件中,沿海国曾出动飞机以对抗领海外的他国飞行器的活动。其中一起事件发生在1960年7月1日,当时苏联飞机击落了一架在苏联领海外30海里处飞行的美国RB-47型侦察机。<sup>[42]</sup>在此之前,同年5月1日发生了著名的U-2侦察机遭击落事件,当时驾驶该架U-2侦察机的是美军飞行员弗朗西斯·加里·鲍尔斯(Francis Gary Powers)。事后美国承认当时U-2侦察机正在飞越苏联领空并进行侦察活动,但类似这样的侦察任务在该事件后已经被暂停。<sup>[43]</sup>这两起事件的不同点在于U-2事件明显地发生于领空内,而RB-47事件则发生在有公海自由的区域内。对于苏联攻击U-2的事件,美国考虑到冷战现实和入侵领空的情况,并没有提出抗议,但是对RB-47型侦察机的攻击行为积极地抗议了。在这些事件发生后不久,奥利弗·利斯仁(Oliver J. Lissitzyn)对苏联行为的合法性作出了评论。“从法律视角出发,RB-47事件最显著的一点在于,相关各国——不论是苏联、美国还是联合国安理会中参与讨论的其他国家——都没有主张或承认一国有击落公海上空他国飞行器的权利,即使这样的飞行器距离其领空界限已经很近,甚或该飞行器可能是进行某项军事侦察活动的军用飞机。”<sup>[44]</sup>

[38] *Pentagon Says Russian Bombers Are Expected Off Alaskan Coast*, N. Y. Times, Dec. 1, 2000, at A5; Erik Holmes, *More Russian Bombers Flying Off Alaska Coast*, A. F. Times, Apr. 8, 2008, available at [http://www.airforcetimes.com/news/2008/04/airforce\\_pacaf\\_040608/](http://www.airforcetimes.com/news/2008/04/airforce_pacaf_040608/); Christian Neef, *Why Is Moscow Risking a New Cold War?* Spiegel Online, June 25, 2008, <http://www.spiegel.de/international/world/0,1518,druck-562073,00.html> (last visited May 28, 2014).

[39] 国际法中关于在公海上空拦截外国飞行器的详细内容,参见 Andrew S. Williams, *The Interception of Civil Aircraft over the High Seas in the Global War on Terror*, 59 Air Force Law Review 73 (2007)。

[40] Rowan Scarborough, *Russian Flights Smack of Cold War*, Washington Times, June 26, 2008, <http://www.washingtontimes.com/news/2008/jun/26/russian-flights-smack-of-cold-war/> (last visited May 28, 2014)。

[41] 此主张提供美军飞行员在他国防空识别区内行动时应采用的适当程序,其规定:“美国军用飞行器在按计划飞行过程中,进入他国防空识别区并意图进该防空识别区所有国领空时,必须遵循特别的程序。军用飞行器穿越他国防空识别区而无进入该国领空意图时则无需遵循特别程序。”U. S. Air Force, Judge Advocate General's Department, *Air Force Operations and the Law: A Guide for Air and Space Force* 13 (2002)。

[42] Oliver J. Lissitzyn, *Some Legal Implications of the U-2 and RB-47 Incidents*, 56 American Journal of International Law 135, 139 (1962)。应当注意的是,苏联曾试图声明在攻击发动时,该美军飞机乃处在苏联领空内,但是这样的主张明显没有多少可信性。因为当美国向安理会提出进行事实调查的提案时,苏联的反对票导致该提案未获通过。

[43] UN Charter, Article 2(4), [http://untreaty.un.org/cod/repertory/art2/english/rep\\_supp3\\_voll-art2\\_4\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/cod/repertory/art2/english/rep_supp3_voll-art2_4_e.pdf) (documents on U-2 and RB-47 incidents); the U-2 Spy Plane Incident, [http://www.eisenhower.utexas.edu/Research/Digital\\_Documents/U2Incident/u2documents.html](http://www.eisenhower.utexas.edu/Research/Digital_Documents/U2Incident/u2documents.html) (last visited May 28, 2014)。

[44] Oliver J. Lissitzyn, *Some Legal Implications of the U-2 and RB-47 Incidents*, 56 American Journal of International Law 140 (1962)。除了美国和前苏联,参与安理会讨论的国家还有阿根廷、锡兰(现称斯里兰卡)、厄瓜多尔、法国、意大利、波兰、中国、突尼斯和英国。UN Docs. S/PV. 858-61, & 63 (May 24-27, 1960), and S/PV. 880-88 (July 22-26, 1960)。



事实上,至少有一个国家,即英国,特别表明其将在公海上空的对沿岸国进行侦察的飞行行为视为所有国家皆拥有的权利。<sup>[45]</sup> 近期一些具有冷战时期特点的活动重新出现,如前文已经提到过的,俄罗斯恢复了苏联时期进行的飞近特定国家领海的军事飞行活动。自 2005 年以来,挪威的区域防空监视系统侦测到俄罗斯军用飞行器在挪威西海岸外的活动有增加的趋势。<sup>[46]</sup> 2007 年 7 月,类似冷战时期的拦截活动再次发生,挪威紧急派出几架战斗机以拦截在挪威专属经济区上空活动的俄空军 TU-95“熊”式远程轰炸侦察机,并要求俄罗斯政府作出解释。俄罗斯表示俄罗斯的这些飞行活动是“在中立水域进行的计划中例行飞行训练”的一部分,挪威政府接受了这样的解释。俄罗斯飞行员明显是刻意地在挪威领空外飞行,并将遭到挪威战斗机升空拦截当做可预见的情况。<sup>[47]</sup>

类似事件发生在 2007 年 9 月,英国皇家空军的战斗机在大不列颠岛苏格兰海岸外拦截了八架俄罗斯 TU-95 飞机。<sup>[48]</sup> 俄罗斯侦察机在夏季已经多次飞近英国领空,但每次都仅在英国专属经济区上空活动。<sup>[49]</sup> 此外,2007 年 8 月,加拿大战斗机也在纽芬兰沿岸加拿大领空附近拦截了俄罗斯军用飞机。<sup>[50]</sup> 一位俄罗斯军方发言人强调了俄方飞行的合法性,并解释道:“这些长程飞行计划是根据关于空域使用的国际规则制定的,均于中立水域进行,没有侵犯他国领空。”<sup>[51]</sup> 时任俄总统弗拉基米尔·普京(Vladimir Putin)声明,俄罗斯的侦察巡逻飞行旨在为保护航运线路和其他俄罗斯重要利益,俄罗斯飞机在监控美国、英国和挪威在各自专属经济区内军事活动的过程中受到了拦截,但并未有外交抗议。<sup>[52]</sup>

由以上论述可以得知,不论过去或是近期,加拿大、挪威、俄罗斯、英国和美国等国都认为沿海国专属经济区内的航行自由是可以基于军事目的而享有的,这些活动都属于这一自由范围。更确切地说,上述这些国家的实践都展现出对外国飞行器在沿海国领海基线 12 海里外空域进行非威胁性侦察监视符合国际法的要求。

### (三) 东亚的一系列事件

另一更具争议性的事件发生在 2001 年 4 月 1 日,一架美国 EP-3 海军侦察机和一架中国歼-8

[45] 尽管英国明确表明支持各国进行侦察活动的权利,但其他国家仅简单地认可公海上空不受妨碍飞行的权利。

[46] Nabi Abdullaev, *Emerging Russia Rattles Global Community*, Defense News, Aug. 20, 2007, at 1.

[47] *Id.* at 10.

[48] Mark Tran, *Q & A: Russian Reconnaissance*, Guardian Unlimited, Sept. 6, 2007; *RAF Fighters Scramble to Intercept Russian Aircraft*, Independent (London), Sept. 7, 2007, at 6. 报道称,该次事件已经是夏季的数周时间里英国第二次在不列颠岛附近拦截俄罗斯侦察机。

[49] David Blair, *RAF Jets Intercept Eight Russian Bombers*, Daily Telegraph (London), Sept. 7, 2007, at 17; *Britain Ready to Intercept Russia's Aircraft on Border*, Kommersant, July 18, 2007, available at [http://www.kommersant.com/p-11032/r\\_500/Tu-95\\_intercept/](http://www.kommersant.com/p-11032/r_500/Tu-95_intercept/); Vladimir Solovyov & Mikhail Zygar, *Britain Sounds Air Raid Warning*, Kommersant, July 19, 2007, [http://www.kommersant.com/p783711/r\\_1/Britain,\\_Russia,\\_Berezovsky,\\_bombers,\\_Lugovoi/](http://www.kommersant.com/p783711/r_1/Britain,_Russia,_Berezovsky,_bombers,_Lugovoi/) (last visited May 28, 2014).

[50] *Canadian Forces Keep Eye on Russian Exercise, Deny Airspace Incident*, Canwest News Service, Oct. 24, 2007, at <http://www.canada.com/edmontonjournal/story.html?id=917cc620-6a9a-48b0-824c-baa9a13d8f42>, Last visited: 2014/5/28; see also *Cold War Shivers: Two Russian Strategic Bombers Fly along Alaska, Canada Coasts*, ITAR-TASS, Sept. 20, 2007. 在本事件中,俄罗斯飞机可能已经因偏离航向进入了加拿大领空。

[51] *Cold War Shivers: Two Russian Strategic Bombers Fly along Alaska, Canada Coasts*, ITAR-TASS, Sept. 20, 2007.

[52] Michael Evans, *Russian 'Spy' Planes Put RAF on Cold War Alert*, Times (London), May 10, 2007, at 22; *Russian Bombers Force U.S. Jets to Scramble*, MILITARY.COM, Aug. 10, 2007, <http://www.military.com/NewsContent/0,13319,145423,00.html> (last visited May 28, 2014).

战斗截击机在海南岛以南大约 70 海里处的南中国海上空发生碰撞。<sup>[53]</sup> 与前面俄罗斯政府对挪威政府要求解释所作的回应相类似,对于中国所要求的道歉行为,美国回应认为该架 EP-3 飞机是在“国际空域”进行例行的公开侦察任务,<sup>[54]</sup> 并声明称美国飞行器的这类飞行和中国相应的拦截活动是经常性事件。<sup>[55]</sup> 尽管当时中国并未公开地在该事件所发生之区域建立防空识别区,但其在历史上一直将专属经济区以上空域视作一种特别的安全利益区,在中美发生撞机事件前几个月,美国官方就指出中国拦截美方飞行器的行为正变得“越来越攻击性”——尤其是在南海上空。<sup>[56]</sup> 在撞机事件后,一位中国外交部发言人表达了中国的观点:外国飞行器在中国专属经济区以上空域进行侦察任务是对中国国家安全的威胁,<sup>[57]</sup> 外交部长要求这类侦察任务停止。<sup>[58]</sup> 这位发言人表示:“在国际法上,中国战斗机在中国专属经济区以上空域跟踪和监视美方侦察机的行为是恰当的和符合国际法的……美方飞机进行监视飞行已经超越了国际法中飞越自由的范畴,(在国际法中)任何在他国专属经济区内的飞行活动都应当尊重相关国家的权利。因此,美方飞机的行为对中国国家安全造成了严重的威胁。”<sup>[59]</sup>

尽管该发言人承认“在一国专属经济区水域,所有国家都享有飞越自由”,但该发言人进一步指出,“EP-3 在中国沿海区域上空的侦察行动是以中国为目标的,并因此构成了对飞越自由原则的滥用”。<sup>[60]</sup> 论者有谓,在他国专属经济区上空进行的侦察飞行是对他国“在国际法中所享有的自由与和平”的威胁,违反了 UNCLOS 和国际习惯法。<sup>[61]</sup> 关于侦察飞行是对国家安全的威胁的论断本身就反映出我国政府通常对国际法限缩解释的惯例,但关于国家得以合法拦截和观察在其专属经济区内的飞行器的评论是符合主流国际实践的。根据国际实践和国际法,当外国飞机正在一沿海国海岸水域

[53] Shirley A. Kan et al., *China - U. S. Aircraft Collision Incident of April 2001: Assessments and Policy Implications 1* (CRS Report, Oct. 10, 2001), <http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL30946.pdf> (last visited May 28, 2014); see also Sean D. Murphy, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, 95 *American Journal of International Law* 630-33 (2001).

[54] Shirley A. Kan et al., *China - U. S. Aircraft Collision Incident of April 2001: Assessments and Policy Implications 1* (CRS Report, Oct. 10, 2001), at 7. 美国军方经常用“国际空域”这一术语来描述适用公海飞越自由的区域。

[55] Shirley A. Kan et al., *China - U. S. Aircraft Collision Incident of April 2001: Assessments and Policy Implications 1* (CRS Report, Oct. 10, 2001), at 2. 2001年4月13日,美国国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德发表声明称,该 EP-3 飞机在“一条我们已经使用数十年的为人所熟知的飞行线路上”。Defense Department Special Briefing Re: U. S. Navy EP-3 Aircraft and Chinese F-8 Fighter Collision (Apr. 13, 2001), <http://www.fas.org/news/china/2001/china010413zdb.htm> (last visited May 28, 2014). 事实上,在 2007 年 9 月 19 日,中国的电视台报道称中国的歼-8 战斗机于南中国海上空拦截了一架在大约 500 英尺高度飞行的美国 EP-3 侦察机。在中国进行一场位于福建省和台湾海峡的大型军事演习前,越来越多的 EP-3 飞机在飞行中受到了中国方面的拦截。在该节目中,一位中国军事评论员指出类似的中美之间的“遭遇”是“非常常见的”。*Observation Post of Military Situation: Phoenix TV Views PLA Military Moves in Taiwan Strait; US, PIA Aircraft Encounter* (Phoenix television broadcast, Hong Kong, Sept. 19, 2007).

[56] Shirley A. Kan et al., *China - U. S. Aircraft Collision Incident of April 2001: Assessments and Policy Implications 1* (CRS Report, Oct. 10, 2001), at 2. 2000 年 12 月 28 日,克林顿政府曾就这类攻击性的拦截提出抗议。

[57] *Chinese FM Spokesman Gives Full Account of Air Collision*, Xinhua General News Survey, Apr. 4, 2001, available in LEXIS, News Library, Wire Service Stories File.

[58] *US Side Must Take Full Responsibility for Incident: Chinese Foreign Minister*, Xinhua General News Survey, Apr. 11, 2001, available in LEXIS, News Library, Individual Publications File.

[59] *Chinese FM Spokesman Gives Full Account of Air Collision*, Xinhua General News Survey, Apr. 4, 2001, available in LEXIS, News Library, Wire Service Stories File.

[60] *Chinese FM Spokesman Gives Full Account of Plane Collision Incident*, Xinhua General News Survey, Apr. 4, 2001, available in LEXIS, News Library, Wire Service Stories File.

[61] *U. S. Seriously Violates International Law; Signed Article*, Xinhua General News Survey, Apr. 16, 2001, available in LEXIS, News Library, Wire Service Stories File, <http://www.china-embassy.org/eng/zt/zjsj/t36383.htm> (last visited May 28, 2014).

上空进行可能威胁该国国家安全的活动时,该国有权采取相关的防卫措施,其中包括派出飞机追踪和监视外国飞机。沿海国进行上述活动的目的主要有:其一,行使国际法赋予的主权,防范外国飞机侵入其领空,并保卫其领空和领海安全;其二,警告外国飞机不要进行任何威胁沿海国领土主权完整和国家安全的行为。<sup>[62]</sup>

据估计,自1997年至1999年期间,美国在我国沿海进行的侦察飞行每年约200次,而在2000年下半年,则每周进行约四至五次。<sup>[63]</sup> 时任美国国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德(Donald H. Rumsfeld)承认这些飞行的例行性,并同时表明,从2000年12月到2001年4月,美国在中国海岸外的侦察飞行曾44次遭遇人民解放军空军的拦截。<sup>[64]</sup> 因此,尽管对于专属经济区上空域我国有自己的法律见解,但美国在该空域的侦察飞行具有长期性和经常性,这说明我国被迫例行性地容忍美国上述行为,并被动地接受现行国际法的立场,意即承认所有国家都有在专属经济区上空域开展军事活动的权利,而沿海国除了安全地拦截这些飞行器以确保其没有威胁性外,不享有额外的权利。

专属经济区是我国“重要的战略屏障区”,<sup>[65]</sup> 而各国享有的传统海洋自由,是在将海洋利益、国家力量与国家支配海洋能力相联结的基础上发展起来的。沿海国的主权包括其国防利益,在理解海洋法的过程中应将此原则考虑进去。<sup>[66]</sup> 职是之故,在沿海国专属经济区上空域进行的任何外国军事活动都是对其安全的威胁。<sup>[67]</sup> 专属经济区内的“航行和飞越自由”,并不包括在专属经济区及其上空域进行军事侦察活动的自由。这类活动破坏或侵犯了沿岸国的国防利益,并可以被视作运用武力或运用武力威胁,与《联合国宪章》中体现的国际法原则不相符合。<sup>[68]</sup>

值得一提的是,俄罗斯、英国和美国的军事活动表明,大部分联合国安理会常任理事国认为专属经济区上空域可以被各国用来进行不直接威胁沿岸国安全的军事活动。但沿岸国可以合法地将专属经济区上空域作为一种识别区域,并进行检查以保护其陆上和领海上领空免受非法入侵或直接威胁行为的危害。中国、利比亚、挪威、英国和美国的实际行为支持了这一观点。<sup>[69]</sup> 因此,可以得出一个结论,国家以历史实践作为其海岸防空识别区的合法性基础,而非依靠UNCLOS或《芝加哥公约》。<sup>[70]</sup>

[62] *U. S. Seriously Violates International Law: Signed Article*, Xinhua General News Survey, Apr. 16, 2001, available in LEXIS, News Library, Wire Service Stories File.

[63] Thomas E. Ricks, *Anger over Flights Grew in Past Year*, Washington Post, Apr. 7, 2001, at A 1.

[64] Shirley A. Kan et al., *China - U. S. Aircraft Collision Incident of April 2001: Assessments and Policy Implications 1* (CRS Report, Oct. 10, 2001), at 14.

[65] 实际上,甚至在加入UNCLOS之前,我国就将专属经济区的发展视为结束“超级大国海上霸权和帝国主义”的一种策略。Yann-huei Billy Song, *China's Ocean Policy: EEZ and Marine Fisheries*, 29 *Asian Survey* 983, 984 (1989).

[66] 张晏瑜:“‘无暇号’冲突事件背后的国际海洋法思考”,载《山东大学法学评论》2010年卷,第161-168页。

[67] 国际社会可能有权以一种类似于领海内无害通过的形式穿过他国的专属经济区,即使如此,这样的权利也不得被滥用。由这种观点可以推断,除了单纯的通过行为外,任何在专属经济区海域或空域进行的国际军事活动都应被禁止。当然,类似的限制未由任何谈判方在UNCLOS谈判过程中提出。

[68] Ren Xiaofeng & Cheng Xizhong, *A Chinese Perspective*, 29 *Marine Policy* 139, 142 (2005).

[69] 为应对前南联盟冲突扩散的可能性,自1990年代起到21世纪早期,意大利在亚得里亚海沿岸建立并巡防其防空识别区。See e.g., Steve Davies, *F-15C Eagle Units in Combat 80* (Osprey Publishing 2005). 目前,日本、韩国和我国台湾地区也维持着防空识别区。U. S. National Ocean Service, *Operational Navigation Chart*, G-10 (12th ed., 1994).

[70] L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* 175 (Manchester University Press 2000).

### 三、对防空识别区设置的评析与建议

将视野转向未来,对于国家安全所面临的空中威胁,各国重新给予高度关切。这种现象起源于一系列原因,而其中最重要的包括:美国遭受的国际恐怖分子从空中发动的暴力袭击,俄罗斯重新成为全球性力量,以及持续紧张的东亚领土争议。这种关切意味着沿海国将继续从国际法中寻求加强海岸威胁识别能力的法律支持。为了达成这一目标,一些沿海国可能会建立尊重军用飞行器传统飞越自由的防空识别区。另外一些国家可能会出于自身利益考虑,继续寻求改变沿海国和其他国家在专属经济区上空经历史形成的权利义务平衡。几个因素表明,这样的趋势对于国际社会的长期稳定并非最优选择。

第一,如果防范国际局势不稳定是各国的共同利益,则那些有能力提供稳定和安全的国家需要相应的合法权利以进行行动。简单地说,为了起到作用,海军和空中力量都需要相应的接近渠道。由于空中力量的一大特质为速度,任何拖延飞行时间的因素,比如重新制定航线或要求飞越者请求飞越许可等,都自然会降低其价值。<sup>[71]</sup> 传统的海上力量现在承担了新的重要作用,包括支援友方、警告潜在敌人、抵消其他类似的海上力量、在情况不明朗时施加影响、通过明确的部署展示决心,这些任务只有强有力的海军力量才能够达成。<sup>[72]</sup>

第二,若在国际法上没有合适的权利,海军力量将不能保护海上普遍安全免受海盗以及其他非法侵权行为的迫害。这一教训已经被当代领导人重新认识,他们面临非洲之角的海盗活动、多区域内的国际恐怖活动和其他挑战全球安全体系的非传统威胁,同时仍要保障国家海空安全免受侵扰。海上和空中力量提供了解决这些安全目标所需的灵活性、可见性和无处不在的必要性。此外,确保海上力量拥有全球范围内畅通无阻的权利,将有助于防止未受管理的区域发生紧急情况。在世界上许多地区,由于缺少使用海上和空中力量保障专属经济区安全和秩序的国际力量,加之沿海国在没有其他帮助的情况下缺乏足够的海上力量维持秩序,广阔的海域将成为非法破坏分子的天堂。这正是发生在阿富汗和索马里土地上的灾难性后果,而这种灾难同样有可能发生在海上。

第三,信息通常有维持稳定的作用。在目前已经有限制在他国领空、领海内行动的情况下,国家应有渠道去获取他国信息以促进国际社会稳定。正如例行的公民与国家间的互动可以建立亲密感、信任 and 信心,<sup>[73]</sup> 主权国家间互相尊重地收集情报,比如俄罗斯公开在加拿大、挪威、英国海岸外进行的行动以及美国在我国海岸外的行动等,也有同样的效果。现存的国际法框架规定了国家在其领空内的完全主权,并将这种权利的范围延伸到沿海国海岸 12 海里外,因此沿海国保护其利益的权利和其他国家收集情报的权利之间的平衡受到了冲击。挪威和英国都有足够的时间派出飞机进行拦截、识别并将俄罗斯侦察机安全地护送离开,同样的情形也经常出现在我国和美国军用飞机之间。非威胁性侦察巡航代表了入侵性最小的信息收集模式,并对沿海国主权有充分尊重。相对于公开的信息收集,另一条情报渠道则是隐蔽的间谍行为,而后者具有内在的不稳定性。

[71] Geoffrey Kemp, *U. S. Naval Power and the Changing Maritime Environment*, at 4, paper presented at *The Fourth Annual Seminar of the Center for Oceans Law and Policy*, University of Virginia (Jan. 1980).

[72] Elliot L. Richardson, *Power, Mobility and the Law of the Sea*, Foreign Affairs, Spring 1980, at 906.

[73] 郭雨晨、张晏瑜:“公众参与海洋事务的理论与现状研究”,载《海洋开发与管理》(第31卷)2014年第1期,第30-36页。

第四,不受限制的海上航行和飞越自由可促进全球范围的交流,此种国家之间的交流将支撑未来国际社会的经济发展。<sup>[74]</sup> 全球海洋大约 36% 的面积位于距海岸线 200 海里以内的区域,目前大部分的国际贸易活动都在各沿海国的专属经济区内开展。<sup>[75]</sup> 这一客观情况隐含的意旨在于主权国家得以在国际框架下自由和平地活动,其中包括为了全球的稳定而维持安全的行动。在当今全球一体化的世界中,所有国家在维持一套有效最小化海上交通运行成本的航行机制方面都有着切身利益。<sup>[76]</sup> 因此在全球范围内海洋和空中的活动自由对国际贸易活动有重要的支撑作用。扩大海域控制权的主张侵犯和破坏了上述主权,并进而会破坏全球经济秩序。

第五,正如 1944 年《芝加哥公约》前言中提到的那样,公约各方接受国际航空的各项原则和安排“以避免摩擦并出于世界和平考虑促进国家间和人民间的合作”。相互之间的习惯性尊重有助于建立稳定的预期,在最好的条件下甚至还可以建立互信。对于相互运行距离较近的船只和飞行器,尊重和互信可以增进人员安全。如果国家将自己束缚在法律的高墙内而相互疏远,则国家间友好的相互往来也将不复存在。在国际法框架下,沿海国有权主张专属经济区,并在不侵犯他国政府飞行器自由飞越权的情况下对其进行管理活动。提早认可他国这类飞行的非敌对性,将提升沿海国保护其安全的能力,并因而进一步促进国际社会的稳定和相互尊重。<sup>[77]</sup>

## 四、结论

国际法对于设立防空识别区,存在消极条件或限制条件。防空识别区不得违反 1944 年《芝加哥公约》第 1 条之规定,亦即应尊重其他国家在领土及领海上空(即为领空)所享有的完全及排他的主权。因此防空识别区不得划入他国领空。防空识别区之设立旨在防止本国领空遭外国航机恶意入侵,创造“拒敌于领空之外”的空防纵深,防空识别区遂与领空截然不同。1944 年《芝加哥公约》虽未积极地规定防空识别区应如何设置,不代表防空识别区之设立毫无法律依据,其系植基于习惯国际法的“自卫权”(right to self-defense)。《联合国宪章》第 51 条规定:任一国家不因成为联合国的会员致丧失此“固有权利(inherent right)”,其他国家仍须尊重。

究其法理而言,防空识别区体现“基于特定功能的有限管辖权(partial jurisdiction for limited purposes)”之概念,目的仅仅在于“确保国防”,可突破国家主权(领空)范围外而行使。因此,防空识别区绝非对于公海以及专属经济区上方空间的占领,亦无排他性。既无排他性,不同国家防空识别区当然可以重叠。

究其实践而论,我方(以及其他设防空识别区之国家)空军仅对未经通报进入其防空识别区的外国飞机采取“查明与识别”措施,此为防御性的非武力作为,并非攻击。此类措施,包括派遣军机目视了解。除非来机具有敌意,其他一般性飞航不受妨碍。基于前述,防空识别区本属各国均得行使飞越

[74] Bernard H. Oxman, *Transit of Straits and Archipelagic Waters by Military Aircraft*, 4 Singapore Journal of International and Comparative Law 377, 377-79, 386 (2000).

[75] R. R. Churchill & A. V. Lowe, *The Law of the Sea* 162 (3d ed. 1999).

[76] 张晏瑜:“论航运业碳减排的国际法律义务与我国的应对策略”,载《当代法学》2014 年第 6 期,第 41-50 页。David Joseph Atard, *The Exclusive Economic Zone in International Law* 78 (Clarendon Press 1987).

[77] Peter A. Dutton, *Caelum Liberum: Air Defense Identification Zone outside Sovereign Airspace*, 103 American Journal of International Law 691, 707-709 (2009).

自由的国际共有空域。我方军机在防空识别区内并未妨碍外国民航机,并未要求其修改既定飞行计划与航路,我方更未要求外国民航机先获其许可始得飞越此防空识别区。岂能认为我方藉此“占领”该空间?再者,我方东海防空识别区虽在日韩各方专属经济区上方的空间,然而对于各沿海国及政府在专属经济区、海床及底土中为探勘、开发、养护及管理天然资源的主权权利及管辖权之行使,并无妨碍,自未侵犯各方基于 UNCLOS 享有的权利。<sup>[78]</sup>

最后不得不提的一个事实是,美国在东亚、中东、欧洲均有军事存在,美军是真正的“全球性力量”,自然有能力实施对各国的军事侦察,这在世界上可以说是独一无二的,包括我国在内的绝大多数国家根本没有能力对美国本土进行类似的侦察飞行。试想我国或其他非美国盟国若在古巴或者加利福尼亚半岛有军事存在,或是有可与美国媲美的海上军力,并对诺福克、圣地亚哥、卡纳维拉尔角、檀香山等美国主要军事目标进行定期巡视,美国方面必定也是不愿意的。专属经济区内军事活动自由对于大多数国家仅是一种“奢侈品”,毕竟只有极少数大国有能力开展。有能力的国家积极拓展其权利,而对于没有能力侦察的国家,他国专属经济区有多宽、是何种法律地位,并没有多少意义。美国是千里眼,他国是近视眼甚至瞎眼,若把篱笆和围墙拆除,千里眼自然什么都看得到,近视眼却还是什么都不知道。一套看似公平但实则歧视近视眼的体系当真合理?实在值得吾人深思。

## Legal Basis and Practice regarding the Establishment of the Air Defense Identification Zone

Yen-Chiang Chang

**Abstract:** The Air Defense Identification Zone is a mechanism that requests the civil aircraft identifying itself before entering a specific territorial airspace. It is a special zone in which certain air traffic control measures may be adopted. This paper suggests that while considering the Air Defense Identification Zone, international law only provides partial jurisdiction for limited purposes. This means that the establishment of the Air Defense Identification Zone is not an occupation over the airspace upon High Seas or Exclusive Economic Zone. One cannot exclude the lawful usage from others. It is, therefore, reasonable that there are overlapping areas among the Air Defense Identification Zones established by different states. This paper concludes that the establishment of the Air Defense Identification Zone is based on the right of self-defense of customary international law, and the purpose of which is to ensure national defense. Therefore, it can be implemented beyond the scope of territorial airspace. Investigation and identification measures are imposed for those foreign aircraft who does not report before entering the Air Defense Identification Zone. It is a none-armed defense measure, therefore, does not violate any international law.

**Keywords:** air defense identification zone; exclusive economic zone; Convention on International Civil Aviation; UNCLOS

(责任编辑:倪鑫煜)

[78] 高圣惕:“大陆防识区有助防御钓鱼台”,载《中国时报》(中国台湾)2013年12月3日。

## 中世纪欧洲封建法的前世今生

马剑银\*

**摘要:**在中世纪的欧洲,法律发展的基本背景是教俗两界争夺人间秩序的最终统治权,即“两剑之争”,各类世俗法一方面抵抗教会法,另一方面又不得不“模仿”教会法,这构成了中世纪法律丛林中独特的多元风景。本文主要从日耳曼法的封建化开始,探讨中世纪存在着的一种被后世称为“封建法”(feudal law)的法律体系,包括其来源与变迁、基本内容与特征及其在中世纪诸法律体系中的地位,并且延伸论证“封建”这个概念的学术史变迁。

**关键词:**封建 封建主义 封建法 封土制 封君-封臣制

### 一、引言

自从公元5世纪西罗马帝国灭亡之后,西欧的教俗两界争夺人间秩序最终统治权的斗争持续了上千年,马丁·路德和马基雅维利从教俗两翼完成了“让上帝的归上帝,让凯撒的归凯撒”的理论准备,<sup>[1]</sup>而基督新教改革和绝对主义国家的建立,使法律的“中央集权制”完全实现了世俗化的转型。无论是思想史还是制度史,主流学说都认为这一千年发生了翻天覆地的变化。然而也正是在这一千百年间,法律的古代形态——罗马法并没有完全消失,或者以“粗俗罗马法”的形态成为地方习惯,或者被教俗两界所模仿,最后汇聚成气势磅礴的罗马法复兴与继受运动。

从教会的视角来看,不少研究者认为《教会法大全》(*Corpus Juris Canonici*)的编纂方式、内容以及对法律性质的思考、法律的分类等很多间接或直接来源于《国法大全》(*Corpus Juris Civilis*),甚至有学者直接使用“《教会法大全》是罗马皇帝查士丁尼《国法大全》的长女”这样的论断来表达这种观点;<sup>[2]</sup>而从世俗的视角来看,历史上被称为“蛮族”的日耳曼人取代西罗马帝国的政治统治之后,各个王国的国王对罗马感情依旧很深,希望“把罗马行政体制永久传袭,像罗马皇帝的代理人或继承人那样来治理人民”。<sup>[3]</sup>最出名的当然是法兰克国王查理曼,以罗马皇帝的继承人自居,被尊称为“受命

---

\* 北京师范大学法学院讲师,法学博士。

[1] 参见[美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,中国政法大学出版社2005年版,第21页。

[2] See Charles P. Sherman, *A Brief History of Medieval Roman Canon Law*, 39 *Canadian Law Times* 638, 649 (1919); Robert E. Rodes, Jr., *Ecclesiastical Administration in Medieval England: The Anglo-Saxons to the Reformation* 66 (University of Notre Dame 1977). 当然,美国法律史学家伯尔曼并不同意这种观点,他认为教会法学家使用的实际上是他们那个时代的罗马法,即11-12世纪罗马法复兴时期罗马法学家使用的罗马法,当时,教会法学家和罗马法学家互相借鉴理论与方法。参见[美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命:西方法律传统的形成》(第1卷),贺卫方等译,法律出版社2008年版,第199-200页。

[3] [英]詹姆斯·布莱斯:《神圣罗马帝国》,孙秉莹等译,商务印书馆1998年版,第16页。

于上帝统治罗马帝国的伟大皇帝奥古斯都陛下”<sup>〔4〕</sup>他意图使自己的帝国“复制精致的、高度有序的罗马国家机器”<sup>〔5〕</sup>“蛮族”的国王们效仿罗马皇帝颁布了不少“法令集”(Capitularies),这些法令集是日耳曼法的重要组成部分,甚至当时许多成文法的制定或习惯法的汇编——即“蛮族法典”(Leges Barbarorum)都号称受到了罗马法的影响<sup>〔6〕</sup>然而,非常遗憾的是,这些王国并没有重塑罗马帝国的辉煌,与15世纪出现并完成中央集权制构建的绝对主义国家相比较,它们对罗马帝国的效仿反而使自己不堪重负,国王们并没有获得真正的“立法权”,各个王国统一成文法的制定需要受到民众意志与习惯法的制约<sup>〔7〕</sup>甚至查理曼去世之后,法兰克帝国便分崩离析,三分其国,之后更是邦国林立<sup>〔8〕</sup>“大权旁落于诸僧、俗二界极有权势者之手”<sup>〔9〕</sup>罗马的教皇们开始将“帝冕”当做一种玩具,用以迷惑那些帮助自己的君主们的虚荣心<sup>〔10〕</sup>直至格列高利七世的《教皇敕令》(Dictatus Papae),主张教皇有权废除皇帝与国王<sup>〔11〕</sup>“授职权”之争将“精神之剑”和“世俗之剑”的对立推向了高潮,教会一度形成了“中央集权制”的“双剑合一”的权力体系,教会法一度笼罩着所有的世俗法体系,成为所有世俗法体系的“模仿榜样”<sup>〔12〕</sup>当然,在此之后,“两剑之争”并没有结束,在16世纪新教改革和绝对主义国家出现之前,各类世俗法正是在一方面抵抗教会法另一方面又不得不“模仿”教会法的矛盾中实现着自身的发展,构成了中世纪法律丛林中独特的多元风景。

本文主要是从日耳曼法的封建化开始,探讨中世纪存在着的一种被后世称为“封建法”(feudal law)的法律体系,包括其来源与变迁、基本内容与特征及其在中世纪诸法律体系中的地位,并且延伸讨论对“封建”这个概念的学术史论证。

## 二、“封建”的多重涵义

“封建”一词,在汉语中是“封土建国”、“封爵建藩”的简称,主要指称西周时期周天子对同姓或异姓诸侯的分封,《左传》中有“封建亲戚,以蕃屏周”的记载,后来也转义指称秦汉之后“封爵而不治民”的制度。后世将“封建制”和“郡县制”并列,引发了千年持续性的封建、郡县两制孰优孰劣的论争。<sup>〔13〕</sup>20世纪初由于中西文化的交流,国人开始用“封建”对译西文中的“feudal”和“feudalism”,<sup>〔14〕</sup>从而引发了之后持续一百多年的对“中国封建社会”认知的学术争议,甚至政治评判。<sup>〔15〕</sup>但在本文讨

〔4〕 同注3引书,“中译本序言”,第4页;也参见该书正文第5章第49页,书中对这个称呼的记载译文有异。

〔5〕 参见[英]爱德华·甄克斯:《中世纪的法律与政治》,屈文生、任海涛译,中国政法大学出版社2010年版,第12-13页。

〔6〕 参见注5引书,第13页。当然,有学者认为,这些“蛮族法典”并不是真正的立法,而“仅是记录”,因此日耳曼人视“法”是一种有待发现的真相,而非某种需要得到强制执行的命令。同注5书,第5-7页。

〔7〕 参见注5引书,第14-15页。

〔8〕 参见注3引书,第68页。

〔9〕 [英]孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社1999年版,第152页。

〔10〕 同注9引书,第73页。

〔11〕 参见注2引书,第81页。

〔12〕 参见注2引书,第267-269页。

〔13〕 例如唐柳宗元的《封建论》、北宋苏轼的《论封建》、明末清初顾炎武的《郡县论》等。

〔14〕 严复翻译《社会通论》一书时第一次把“feudalism”翻译为“拂特封建”、“封建之制”。参见[英]甄克斯:《社会通论》,严复译,商务印书馆1981年版,第65、74页。而之前他翻译《原富》和《群己权界论》时将这个词直接音译为“拂特之制”、“拂特制”,《社会通论》一书中也有“拂特之制”的用法。参见[英]亚当·斯密:《原富》上册,严复译,商务印书馆1981年版,第335页;[英]穆勒:《群己权界论》,严复译,商务印书馆1930年版,第78页。

〔15〕 关于“封建”一词的争议,以及关于中国封建社会的争议,可以参见冯天瑜:《“封建”考论》,武汉大学出版社2007年版。



论中,我们可以忽略这种争议,本文使用的“封建”一词仅仅是“feudal”或“feudalism”的汉语外表,只涉及西欧的“封建”制度。<sup>[16]</sup>

但即使在欧洲,“封建”(feudal)以及相关衍生词的使用也有颇多争议。该词的拉丁文词源早在中世纪时代就已经出现,人们用以表达与“封土”(fief/fiefdom,也译为“封地”或“采邑”)<sup>[17]</sup>这种不动产相关的法律意义,这种不动产是封君(lord,也译为“领主”)赐给封臣(vassal)的土地。“feudal”的拉丁文形式为“feodalis”,<sup>[18]</sup>法语形式为“féodal”。17世纪出现了法文词“féodalité”,该词既有封土独有特质之义,又表示随封土之占有而附随的义务。起初,“封建”被视为法律术语而非历史学或社会学术语。<sup>[19]</sup>据比利时学者冈绍夫考证,经典的“封建”首先指称“封君封臣制”(vassalage),即封君赐予封臣土地,封臣向封君表示效忠,并履行军役为主的义务,封君对封臣提供保护并维持其生计。<sup>[20]</sup>当时“封建”和法律连用,即出现了“封建法”(feudal law, jus feudale)的概念。12世纪意大利北部伦巴第地区形成的法律文献《封土之律》(libri feudorum)就是封建法的代表。18世纪之前,很少有人将“封建”这一单纯指称“封君封臣制”或者“封君封臣关系”的语词直接用作一种社会结构或者一个社会时段的代名词。如果历史仅仅如此,后世阅读中世纪有关“封建法”的文献、理解封建法的明确涵义可能要容易得多,但学者们的想象力却不限于此,法国与英国的学者先后将“封建”这个词扩大化,超越了原初与封君封臣关系相关的“封建法”涵义。<sup>[21]</sup>法国大革命是将封建主义话语广泛传播的最大“功臣”之一——“1789年8月11日有法令宣布,国民议会彻底废除封建体制(le régime feudal)”,之后“谁能否定曾经存在过一种人们以高昂的代价才摧毁的制度呢?”<sup>[22]</sup>

在此后的两百多年间,封建和封建主义概念的使用远远超越了指称“封君-封臣关系”与“封土制”以及由此而形成的一系列法律制度的地步,常常被用以指称欧洲中世纪几百年甚至上千年的社会时段或者人类历史上普遍存在的社会形态。在这个过程中,出现了一系列衍生词,例如“封建政府”(feudal government)、“封建国家”(feudal state)、“封建社会”(feudal society)、“封建时代”(feudal time)和“封建制度”(feudal system)等。更有甚者,“一般公众用封建制或封建主义指称几乎所有的等级制度和压迫制度”。<sup>[23]</sup>现代中国人对此可能更为感同身受,“封建”一词在指称中国历史现象的时候发生了错位。<sup>[24]</sup>有学者认为,从16、17世纪开始的“封建主义”研究史造成了对封建概念的滥用,形成了一种“建构的专制”,因此要有限制地使用“封建”和封建主义的概念,<sup>[25]</sup>甚至还有学者认为,对于认识中世纪法律、经济与社会现象,封建话语(哪怕是最狭义的封建话语)的使用也是值得怀疑的,从这

[16] 因为“封建”一词存在误译并引发百年的学术争议,本文讨论虽然使用“封建”这一汉字外形,但不涉及“封建”一词的汉语涵义,甚至无需考虑其比较法的意义。使用“封建”这一汉字外形,只是为了方便。

[17] 其拉丁文词源为“feodum”或“feudum”。

[18] 有学者认为,“feodalis”一词并不属于古典拉丁文,而是属于中世纪拉丁文或后期拉丁文。参见日知:“‘封建主义’问题:论FEUDALISM百年来的误译”,载《世界历史》1991年第6期,第30-41、125页。

[19] 参见[法]马克·布洛赫:《封建社会》上卷,张绪山译,商务印书馆2004年版,第27页。

[20] See F. L. Ganshof, *Feudalism* 68-69 (3d English ed., P. Grierson trans., Harper & Row 1964).

[21] See E. A. R. Brown, *The Tyranny of a Construct: Feudalism and Historians of Medieval Europe*, 79 (4) *The American Historical Review* 1063, 1064 (1974).

[22] 同注19引书,第29页。

[23] Susan Reynolds, *Fiefs and Vassals: The Medieval Evidence Reinterpreted* 1 (Oxford University Press 1994).

[24] 关于中国历史“封建社会”研究的争议,可参见注15引书。

[25] Brown, *supra* note 21, at 1063.

个概念产生伊始,都无助于我们认知中世纪出现的这一事物。<sup>[26]</sup>

虽然争议不断,但封建主义话语也并未因此而“终结”,<sup>[27]</sup>迄今为止,在学术史上,关于“封建主义”或“封建社会”的观点,主要分为三类:狭义封建主义、广义封建主义和马克思主义封建主义。<sup>[28]</sup>

### (一)狭义封建主义

狭义封建主义强调封建主义的法律政治面向,这也是封建一词出现时的原初涵义。这种学说起源于16、17世纪的人文主义者对中世纪法律文献的研究,包括法兰西学者居亚斯(J. Cujas)、霍特曼(F. Hotman)、苏格兰学者克雷格(Sir T. Craig)和英格兰学者斯佩尔曼(Sir H. Spelman),他们被称为是“发现封建主义”的学者,提出了“封臣制”、“封土制”等封建主义的基本内容,同时提出了“封建法”的概念,他们还认为这种制度在欧洲各个地方都存在过,封建话语是一种关于土地权益占有、剥夺和继承原则的系统化阐释。<sup>[29]</sup>

现代狭义封建主义的代表是比利时学者冈绍夫,他认为封建主义是“封土制和封臣制相结合的制度模式”,“封君-封臣”(vassalage)和“封土”(fiefs)分别代表了封建主义“人身要素”和“财产要素”,<sup>[30]</sup>也有学者将之合称为“封土封臣制”(feudo-vassalic)。<sup>[31]</sup>所谓封臣制,也叫封君封臣制,就是一个人臣服于另一个人,并为其承担劳务的制度;所谓封土制,就是封君向封臣授予封土,并允诺其终身占有的制度。起初,封臣制和封土制是两种独立的制度,后来紧密结合起来,融为一体,构成了狭义封建主义的两个不可分割的组成部分。狭义封建主义只涉及自由人之间的关系,也就是说,封君与封臣之间虽然不平等,但是并不是绝对的不平等。

第一,虽然封臣与封君之间有人身依附关系,但是这种人身依附关系不同于农民对于领主的人身依附关系,封臣在法律上依旧是自由人,享有基本的自由特权,即在公共法庭中接受审判的特权。

第二,虽然很多人由于种种原因不得已成为封君之封臣,但是封君封臣的契约仍然被视为自由契约,不得单方废除,双方互有权利与义务,并终身有效。随着时代的发展,封臣的权利也越来越大,例如封土的世袭化等。

第三,在理论上,封建主义的封臣制比封土制要重要得多,也就是说,封建主义的人身关系要比财产关系重要。一开始封君封臣关系并不伴随着封土之赐,随着封土制与封臣制的结合,人身要素依旧最重要,因为,只有封臣才有望得到封土,而整个中世纪一直存在不持有封土的封臣。<sup>[32]</sup>

### (二)广义封建主义

广义封建主义强调“封建”或“封建主义”标示一个时代、一种社会状态,包括西欧中世纪存在的广泛的制度体系,不仅包括封君封臣制和封土制,而且包括骑士制、封建家族、封建王权以及庄园制、农奴制等,这种理论起源于18世纪的法国,德·布兰维利雅、孟德斯鸠、伏尔泰等思想家所使用的“封建主义”概念都具有广义论的特征。法国大革命更是将封建主义视为过去一个历史阶段的整套制度

[26] See Reynolds, *supra* note 23, at 11.

[27] See Paul R. Hyams, *The End of Feudalism?* 27 (4) *Journal of Interdisciplinary History* 655 (1997).

[28] 参见何树栋:“论三大封建主义概念”,载《北京师范大学学报》(社会科学版)2008年第6期,第72-79页。

[29] See J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century* chapters 4-5 (Cambridge University Press 1987).

[30] See Ganshof, *supra* note 20, at xvi, 68, 69, 106.

[31] See Reynolds, *supra* note 23, at 1.

[32] See Ganshof, *supra* note 20, at 20-50.

与观念,是陈旧过时的,与进步观念相背离,是属于革命的对象。<sup>[33]</sup>

广义封建主义学说的典型代表和集大成者则是 20 世纪法国年鉴学派的代表人物马克·布洛赫(M. Bloch),他提倡整体史,所以他笔下的封建主义具有突出的整体性特征,他著有两卷本《封建社会》一书,尝试“对一种社会组织结构以及把它联为整体的各项原则进行剖析并作出解释”。<sup>[34]</sup>他将封建主义从单纯的封臣封土制扩展到更为广泛的民众关系,他甚至强调庄园是封建社会的一个根本因素,庄园中的依附农民是封建主义的最终界定标准。

根据布洛赫的论述,广义封建主义具有如下基本特征:

第一,依附农民的存在。广义封建主义更强调人身依附关系而非封土制,认为农民依附领主与封臣依附封君两种依附关系同样重要,人身依附关系普遍存在,这种原则渗透至整个社会生活。

第二,封君与封臣关系基于封土而非薪俸。封土制广泛施行主要因为日耳曼人入侵,将两个处于不同发展阶段的社会强行结合,打断了各自原有进程,动摇了货币作为主要流通工具的地位,因此不可能采取薪俸制的官僚体制。<sup>[35]</sup>

第三,专职武士等级的优越地位。在封建社会,武士等级与领主等级合二为一,“贵族”常常指称装备精良的职业武士,或叫“骑士”,甚至有人说“所有杰出成就都属于骑士,他们是唯一举足轻重之人。大部分武士领主拥有庄园,庄园成为当时社会阶级的基本分界线。”

第四,人与人之间的服从-保护关系。封建社会中,独特的服从-保护关系形成无限扩展的链条,这种关系最初表现为契约形式,而且是比封土制更为重要,封土可能世袭也可能只是封臣终身享用,土地只是一种履行契约的“报酬”,目的是为了得到封臣。

第五,权力分割。封建主义与中央集权观念基本冲突,也正是因为如此,最初的命名者所意识到的主要是这种因为权力分割带来的负面性,例如无政府状态、社会混乱、分散的经济权力侵蚀公共生活等。

第六,家族与国家的存留。在封建主义时代,家族与国家依然存在。国家极度衰落,尤其是国家对臣民的保护能力极度衰落,公共观念虽然持续存在,但各种封君在各自封土中行使的政治权力分割了“国王”的权力;同时,血缘关系能够发挥有效作用的余地极为有限,其余部分由封建关系取而代之。

### (三) 马克思主义封建主义

马克思主义封建主义强调封建主义是一种所有制形式、一种生产方式、一种经济模式、一种社会形态。这不仅超越狭义封建主义的封君-封臣制,而且还超越广义封建主义贵族与农民的关系,研究整个封建社会的经济结构以及经济社会变迁的原因。在唯物史观中,封建主义是社会演进过程中的一环,而这与社会进化论异曲同工。早期的社会主义者傅立叶和圣西门就持这种线性的社会演进观,达尔文的《物种起源》更是推进了古典进化论的形成,但马克思本人对于社会发展阶段的认识并非单线的,不仅他笔下几乎并未将“封建”话语扩展到西欧之外,而且他对东方亚细亚生产方式与封建主义

[33] See Reynolds, *supra* note 23, at 8.

[34] 参见注 19 引书,第 33 页。

[35] 马克思·韦伯认为,世界上存在着基于俸禄的封建制,例如土耳其、日本早期的封建制,中国秦汉以前的封建制中也部分存在俸禄封建制。参见[德]马克思·韦伯:《世界经济通史》,姚曾宪译,上海三联书店 2006 年版,第 41 页;[德]马克思·韦伯:《经济与社会》(第 1 卷),阎克文译,上海人民出版社 2010 年版,第 367-376 页。

明确区分,<sup>[36]</sup>因此,马克思的封建主义与后世苏俄以降的教条主义的马克思主义封建社会观有显著区别。当然,马克思与后世马克思主义者对西欧封建社会的时段界定比布洛赫的封建社会要漫长得多,这种学术构建最终使“封建主义”话语与“中世纪”话语逐渐重合,成为资产主义的对立面,伯尔曼批评了这种将封建主义作为中世纪代名词的观点,认为他们“无视信仰体系,无视教会权威和世俗权威之间的关系”,甚至无视了封建法。<sup>[37]</sup>

无论是哪一种观点,都认为封建主义首先是对西欧中世纪存在过的一系列制度的描述。当然孟德斯鸠认为,封建法在世界上曾出现过一次,但它大概永远不会再发生了;<sup>[38]</sup>而同样作为启蒙时代的法国思想家伏尔泰却认为封建主义是具有不同运动形式的古老社会形态,存在于我们半球的3/4地区。<sup>[39]</sup>现代学术界很少坚持孟德斯鸠的观点,而在总体上接受了伏尔泰的观点,上述三种封建主义中都存在持这种多样化观点的学者,例如狭义封建主义者冈绍夫认为日本、阿拉伯与土耳其和俄罗斯都存在与西欧中世纪封建主义类似的一些制度;<sup>[40]</sup>广义封建主义者布洛赫则比较了日本与西欧,认为日本历史上也存在封建社会;<sup>[41]</sup>马克斯·韦伯认为俄罗斯、日本、秦汉之前的中国、土耳其都存在封建制;<sup>[42]</sup>前苏联与中国的马克思主义封建主义者更是持有封建社会普遍存在的观念,当然,马克思主义体系内同样存在着广狭义封建主义的争议,因为意识形态的介入,这种争议更为激烈。

各类学者使用“封建”与“封建主义”话语,从英国式的封建法话语到苏俄式的封建社会话语,到底是为了准确事实描述,或是进行理想型建构,甚至只是基于叙述之方便,可能会影响这种话语本身的精确性,因此而形成的纷繁复杂的“封建”话语学术史,也有待进一步的争论、反思与重构。

### 三、封建法的历史演变

尽管学术界对“封建主义”和“封建社会”的界定充满了争议,但是却很少有人否定在一个很长的时段中存在着可以称之为“封建法”的法律体系。无论是狭义封建主义,还是广义封建主义,都将封建法作为封建制度的基础,封臣-封土制是西欧中世纪社会的一个基本的法律政治框架。当然,马克思主义封建主义降低了封建法在封建社会中的地位,仅仅将法律视为上层建筑的一部分,而将生产方式和生产关系视为封建社会的基础结构;而雷诺兹也只是否定封建话语在认知西欧中世纪社会过程中的核心地位,或者否认“封土-封臣制”名与实的脱离。<sup>[43]</sup>“封建法”并非清晰可见,它构成了“一幅优美的图景”,但就如一颗古老橡树,“远看簇叶荫翳;侧近就看到干茎;但是看不见根柢;要挖掘土地才能找到”。<sup>[44]</sup>学术界并没有几个人否认“封建法”曾经存在过,甚至有学者认为,封建法不仅存在,而

[36] 参见侯建新:“封建主义概念辨析”,载《中国社会科学》2005年第6期,第173-188页;[英]佩里·安德森:《绝对主义国家的系谱》,刘北成、龚晓庄译,上海人民出版社2001年版,第494-590页。

[37] 参见注2引书,第290页。

[38] 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》下册,张雁深译,商务印书馆1963年版,第308页。

[39] 参见[法]马克·布洛赫:《封建社会》下卷,李增洪等译,商务印书馆2004年版,第697页。

[40] See Ganshof, *supra* note 20, at xvii.

[41] 参见注39引书,第705-707页。

[42] 参见[德]马克斯·韦伯:注35引书(2006),第41页;注35引书(2010),第372页。

[43] 参见黄春高:“有关封建主义研究的新动向——苏珊·雷诺兹的《封土与封臣》及其他”,载《世界历史》1999年第5期,第99-108页。

[44] 同注38引书,第303-304页。

且还是一种“真正的普通法”(the Real Ius Commune)。<sup>[45]</sup>但就如英国人是在“封建主义停止存在很久之后才听说封建主义的”一样,<sup>[46]</sup>当12-13世纪意大利伦巴第的《封土之律》所代表的“封建法”获得法学家青睐时,它到底是具有“现行(包括之前数世纪)效力”的法律,还是经过法学家使用当时的法律话语抽象重构的“专家法”?雷诺兹提出了质疑。<sup>[47]</sup>

12-13世纪,正是教会法体系形成的重要时期,波伦亚大学的教会法学派开始仿照罗马法的原则对基督教法进行系统化整理,当然,这里的罗马法并非古罗马法,也并非当时拜占庭所实施的罗马法,而是罗马法复兴时期经过罗马法学家改造过的罗马法。复兴时代的罗马法是一种原则,是一种理想法,是“书面理性”(ratio scripta);<sup>[48]</sup>而教会法却是一种实在法,而且是可以再造的法律体系。但罗马法复兴和教会法的发展都体现出“体系化”的特征,正是这种体系化,梅特兰称12世纪是“一个法律的世纪”,而伯尔曼更是坚称在12世纪西方法律传统得以形成。<sup>[49]</sup>我们可以说,雷诺兹观察到当时的学者“虚构”封建法的史实是完全可能存在的,罗马法复兴中学者对《国法大全》的再阐释和教会法学家对教会法体系的建构都存在着雷诺兹意义上的“虚构”,系统化各个法律体系恰恰是当时的“风潮”。这种风潮与当时的两剑之争密切相关。作为“精神之剑”的教会朝着事实上的“中央集权制”迈进,教会法的体系化强化了这个过程,而“世俗之剑”本就支离破碎,通过抽象重构因为帝国的衰落而形成的“封君-封臣关系”习惯法,是“世俗之剑”反击的一环,当然,这种反击是通过“模仿”而进行的。但是,与为绝对主义国家的出现奠定基础的王室法系统化不同,封建法系统化的过程本身并没有加强封建法体系,甚至体系化的同时已然走向衰落;封建法系统化更重要的功能在于突出在教会法之外,尚具有各种多元的世俗法律体系,它们分别调整不同的法律关系,这些法律关系无法由教会法统摄调整,这在客观上制约了教会作为“中央集权制”的中心地位。从这个意义上而言,雷诺兹只是对“封建法”进行韦伯式理想型建构不满,并非从史实上否定封建法的历史存在,甚至也无法否认。<sup>[50]</sup>

封建法的话语虽然由受过大学专门训练的法学家概括、抽象甚至重构出来,但这种概括、抽象与重构本身并不能否认封建法作为“既成事实”的存在。封建法上接王室法,下连庄园法,横向与商法、城市法交相辉映,共同构成了中世纪法律丛林的多元景象。封建法因帝国衰落而兴起,却“并非必然是无政府主义”,甚至对于强大的中央集权国家具有积极的推进作用。<sup>[51]</sup>封建主义话语在16世纪之后几百年的学术建构在某种意义上夸大了封建法的分裂功能,封建法作为一种以司法权为核心的法律体系,与其说是对中央集权观念的反动,倒不如说,在中央集权制无法维持统一司法权之时进行以封土为范围的司法管辖自我维持。

[45] D. Heirbaut, *Feudal Law: The Real Ius Commune of Property in Europe, or Should We Reintroduce Duplex Dominium?* 3 *European Review of Private Law* 301, 301 (2003).

[46] [英]梅特兰:《英格兰宪政史——梅特兰专题讲义》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版,第93页。

[47] 雷诺兹对此提出了疑问,并用了大量的篇幅来支持她的疑问。她认为,封建法,至少是封建主义理论体系中的封建法,从“封建法”的概念出现之时,就充满着虚构的意味。See Reynolds, *supra* note 23, at ch. 1, ch. 6.

[48] 同注2引书,第200页。

[49] 同注2引书,第115页。

[50] 有学者委婉地指出,“在法律问题上,雷诺兹的论述非常不轻松”;也有学者明确指出,雷诺兹的著作不可能赢得胜利,因为书中观点受攻击的几率很大;更有学者指出其理论、方法论和史料上的不足,认为她所谓封建法是“专家之法”的观点并不能说服别人。See Hyams, *supra* note 27, at 661; R. Collins, *Review and Short Notice on Fiefs and Vassals: The Medieval Evidence Reinterpreted by Susan Reynolds*, 81/261 *History* 100, 100 (1996); F. L. Cheyette, *Review on Fiefs and Vassals: The Medieval Evidence Reinterpreted by Susan Reynolds*, 71 (4) *Speculum*, 998, 998-1006 (1996).

[51] C. Stephenson, *Medieval Institutions: Selected Essays* 232-233 (Cornell University Press 1967).

广义封建主义与狭义封建主义在封建法的范围上存在着分歧。以冈绍夫为代表的狭义封建主义认为,封建制是封君-封臣制和封土制相结合的制度,封建法只涉及各级封君封臣的关系,其他社会关系非常弱小,或者隐身于封建关系之下;而广义封建主义将领主-农民关系也纳入到封建关系之中,认为封建法——作为调整“一个人对另一个人的从属”关系的法律并不仅仅调整贵族之间的关系,而且调整当时社会普遍存在的人身依附关系。<sup>[52]</sup> 雷诺兹对只涉及贵族阶级的制度能在多大程度上决定整个社会也提出了质疑。<sup>[53]</sup> 伯尔曼认为,中世纪所有的世俗法律体系都是相互交叉的,封建法和庄园法更是联系紧密。但从法律调整的社会关系的视角来看,确实存在两种法律体系的区分,即调整封建占有关系(封土)和封君-封臣关系(忠诚)的封建法和调整领主-农民关系以及农业生产、一般庄园生活的庄园法,两者是“不同的法律部门,就如公司法和劳动法在今日的西方是两个不同的法律部门一样”。<sup>[54]</sup>

因此,本文讨论的封建法,是与庄园法并列的封建法,在中世纪,两者“第一次被想象为与属于它们自己的一种生活相结合的法律体系”,<sup>[55]</sup> 封建法从中世纪“习惯法的荆丛”<sup>[56]</sup> 中逐渐变得明晰,封君与封臣之间的权利义务关系更为明确、客观和统一。

那么,封建法是如何起源的呢?梅因认为,“封建制是古老蛮族习俗和罗马法的一种融合”,<sup>[57]</sup> 这个论断获得了学界广泛的共识。当然梅因仍然属于封建制的广义论者,他对封建法和封建习惯并没有做出实质性区分(实际上这本身也很难区分)。伯尔曼认为,11世纪以前多称之为封建习惯,而在公元1000年到1200年之间出现了体系化的封建法,而两个阶段转化的最重要的原因,是两剑之争引发的欧洲社会的巨大震动。<sup>[58]</sup> 虽然这种解释是一家之言,但这种阶段划分获得了社会经济史学家的支持,布洛赫对封建主义的两阶段划分的分界点差也定在11世纪。<sup>[59]</sup> 当然,冈绍夫的封建主义也是两个阶段,分别叫“加洛林封建主义”与“经典时代封建主义”,后者从10世纪开始。<sup>[60]</sup>

在中世纪欧洲社会中,存在着多元松散却又相互交叉的共同体结构,这些结构由于西罗马帝国被蛮族入侵而灭亡之后欧洲进行再度帝国化失败而形成,虽然教会法在理论上以一种“中央集权”的面貌出现,因为任何人都可以以“世俗审判的缺陷”为理由,在教会法院提起一项诉讼,或者将案件从世俗法院移送到教会法院,甚至可以不顾另一方当事人的反对而这样做,<sup>[61]</sup> 但“两剑之争”从来没有在事实上停止过,多元共同体结构转化为基于司法管辖权的多元法律体系,即使是教会法,事实上也不可能具有这种“统一的管辖权”,最多只能期待各类世俗法去模仿教会法,而这也恰恰是公元11世纪前后在欧洲发生的故事。

这种多元复杂共同体结构的形成过程并不“骤然”,虽然主流学者认为,公元888年胖子查理被他

[52] 参见注19引书,第249-250页。

[53] See Reynolds, *supra* note 23, at 2.

[54] 参见注2引书,第291、316页。

[55] 同注2引书,第292页。

[56] M. A. Glendon et al., *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* 17 (West Pub. Co., 1982).

[57] Henry S. Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* 364 (John Murray, Albemarle Street, 1861).

[58] 参见注2引书,第290-310页。

[59] 参见注19引书,第121-123页。

[60] See Ganshof, *supra* note 20, at 13, 63.

[61] 参见注2引书,第218页。

的侄子阿努尔夫废黜,最后郁郁而终,标志着“统一的帝国化运动”正式失败,封建时代正式开始。<sup>[62]</sup>但同样有很多学者认为在法兰克帝国时代,“封建制”已经出现,或称“准封建制”,或称原封建制或军事封建制,也有学者认为这是“封建化”时代。<sup>[63]</sup>但更多学者认为,9世纪后期封建制出现于法兰西北部之前,公共权力尚存,虽然中央权力衰微,但不能称之为封建制。<sup>[64]</sup>在马克思主义者眼中,封建时代的起点还要更早一些。<sup>[65]</sup>就我们所称基于封君-封臣关系以及封土而形成的较为稳定的规则体系而言,在西罗马帝国崩溃之后一直酝酿着罗马因素和日耳曼因素不断融合。学术界对于这个融合过程的认知存在分歧,早期学者认为封君-封臣关系或者起源于日耳曼的“军事扈从制”(Gefolgschaft,又称亲兵制度),或者起源于罗马的“庇护地产制”(patrocinium),<sup>[66]</sup>这就是所谓的日耳曼派和罗马(拉丁)派。但后来学术界逐渐采用一种混合说,因为罗马和日耳曼的这两种制度都体现了一个人对另一个人的依赖,两种制度都涉及土地的赐予(当然不是全部)。例如,最初日耳曼人只有封臣但没有封土,因为没有土地可给,封君给封臣的只是战马、武器和餐膳,等日耳曼人入侵罗马帝国,罗马给予日耳曼人大量的土地,于是才用土地赐予扈从。<sup>[67]</sup>因此,作为混合说,下层某人通过某种庄严仪式,宣布自己成为某一上层显贵之“属人”终身“效忠”并愿为其服役,而该显贵亦因此将部分土地连同土地上的财物、农民及奴隶“恩赐”于下层某人,这就是封君-封臣的最初面向。

狭义封建主义者冈绍夫认为,在墨洛温王朝时期,就出现了一个人服从并服役于另一个人的人际关系,也出现了以一定条件封授土地给下属终身使用的“封土”,但这两种制度并未结合起来;到了加洛林王朝,这两种制度就逐渐结合起来了,通过赐予封臣以封土,换取封臣的军役;不仅如此,大封臣也依样画葫芦,赐封土给小封臣,成为小封臣的封君。通过封臣制与封土制的结合,受赐封土以当封臣为条件,不完成封臣应履行之军役等役务则没收采邑;封臣向封君行臣服礼和宣誓效忠。<sup>[68]</sup>公元877年,西法兰克王国的《基尔希法令》(*Capitulary of Kiersy*)规定,大封臣(greater vassal)的封土可以世袭,除非有特定原因并经正当法律程序才能撤销。<sup>[69]</sup>《基尔希法令》也因此成为早期封建法的代表。意大利和德意志要比法兰西晚一些,神圣罗马帝国皇帝奥托一世征服北意大利的时候,封土世袭制成为了既成事实;而康德拉二世的《米兰敕令》(1037)使得神圣罗马帝国的贵族封土全面世袭化。<sup>[70]</sup>

11世纪之前,封建法的主要形态是习惯法,甚至只是习惯。伯尔曼说,这是一个“没有封建法的

[62] Various European Authors, *A General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History* 70 (Little, Brown & Company 1912).

[63] 这些概念都来自学者的归纳,参见注43引文;计秋枫:“论中世纪西欧封建主义的政治结构”,载《史学月刊》2001年第4期,第69-74页;马克垚:“应如何理解西欧‘封建化’问题”,载《历史研究》1982年第4期,第37-43页。

[64] See Joseph R. Strayer, *Feudalism in Western Europe*, in *Feudalism in History* 15, 15-25 (Princeton University Press 1956).

[65] 参见甄修钰:“苏联和我国学者论西欧封建化”,载《内蒙古师大学报》(哲学社会科学版)1999年第3期,第83-88页;[英]佩里·安德森:《从古代到封建主义的过渡》,郭方、刘健译,上海人民出版社2001年版。

[66] 参见注2引书,第294页;注63马克垚引文,第37-43页。马克斯·韦伯等学者则认为古罗马的保护人制度(*precarium*)是封建制的起源。参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(第2卷)上册,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第1217页。

[67] 参见注38引书,第304页。

[68] See Ganshof, *supra* note 20, at 3-68.

[69] 该法是查理二世在位期间通过基尔希议会制定的,原文为“*placitum of Quierzy*”,因为当时很多封臣威胁查理二世,如果不答应他们的条件,他们将拒绝参加正在发生的战争。由此可见,在封建关系中,封臣和封君之间的博弈关系。See Various European Authors, *supra* note 62, at 72.

[70] See *A Source Book for Medieval History: Selected Documents Illustrating the History of Europe in the Middle Age* 383-384 (O. J. Thatcher & E. H. McNeal eds., C. Scribner's Sons 1905).

封建主义”,封君-封臣关系和封土受习惯(包括习惯法)调整,而且这种习惯散落在一般经济习惯之中,并没有完全分化出封建习惯法。

在中世纪欧洲多元复杂的共同体结构中,存在地方政治实体,例如村、百户区、郡,存在封土(也称封君单位, lordship units),部落与氏族、公国与侯国。当然,王国本身也不具有现代国家意义上的“地域特性”,它们更多是人的集合共同体,教会与王国的分工是精神共同体与政治共同体的分工,尚不存在两剑之争的现象,国王是基督代理人 and 教会、贵族、氏族和军队最高首领。<sup>[71]</sup>

这一阶段的欧洲,虽然国王们仍有帝国化的愿望,但布洛赫在考察了当时的交通状况后,认为国王们当时根本无法通过“中间人员”获得有效治理,“日耳曼君主们,既没有必要的权威又没有必要的才智,来恢复对广阔地域的控制所明显不可缺少的机构”。<sup>[72]</sup> 同样,也很少有国王制定成文法,尤其是有关封建关系的成文法。甚至与日耳曼人刚入侵西欧的那个时代不同,那个时代的君主们经常用制定法排挤习惯法;虽然这种君主们的主动性与他们帝国化的愿望有关,但进入封建化时代,这种主动立法的现象越来越少。或者倒过来说,在国王登基都需要得到封臣协助,封臣们又经常以不履行军役威胁王室的时代,习惯法并没有变成成文法,反而取代成文法成为当时的主要法律形式。<sup>[73]</sup> 甚至如布洛赫所言,封建制建立起来的时代,习惯法在某些国家“已经侵入到整个法律领域”。在德意志和法兰西,甚至一度不再出现立法。<sup>[74]</sup>

封土显然在中世纪的共同体结构中颇为独特,封建习惯因此也逐渐成为一种独特的习惯法,起源于罗马还是日耳曼并不是当时人们所讨论的内容,甚至封臣(vassal)一词本身既非来自扈从,也非来自受庇护人,而是来自凯尔特语。封土与地方政治实体并存,各自具有自己的司法机构,地方法庭和庄园法庭。11世纪时,法兰西的地方行政基本被封土中的庄园法庭所取代,而德意志、意大利并没有发生这种现象,在英格兰,庄园法庭的势力微不足道,地方事务管理基本上是郡和百户区的管理机构。<sup>[75]</sup>

9世纪末的帝国化努力彻底失败之后,神圣罗马帝国的皇帝很大程度上成为一个荣誉性人物,不仅无法控制意大利这个被其视为领土的王国,而且在亲巡意大利之后,亲巡期间获得的那种秩序感立刻荡然无存。<sup>[76]</sup> 甚至有学者认为,帝国和帝国之外的那些王国(例如盎格鲁-撒克逊王国)实际上并不存在中央行政机关,没有中央支配的财政系统,没有中央司法机构,甚至连派往地方的代表都没有,皇帝巡视可以随身携带“政府”,即王室。

由于皇帝、国王与高级贵族经常巡视地方,非巡视之地方就无法获得王国的有效管理,定居在庄园中的人们最直接面对的就是他们的领主/封君,作受封土地的拥有者,领主们不仅获得附着于土地上的各种权利,而且还获得受封土地的统治权,如司法权、收税权,甚至还有军事权,领主有权制定封土内的法律,有权任命封土内的法官,甚至还可以将土地继续分给其他人。<sup>[77]</sup> 庄园法和封建法都突

[71] 参见注2引书,第292-293页。

[72] 参见注19引书,第124-130页。

[73] See Various European Authors, *supra* note 62, at 77.

[74] 参见注19引书,第195-196页。

[75] 英格兰的现象比较独特,诺曼征服之后,大多数百户区法庭被并入征服者作为封君的庄园,而郡法庭被王室控制,成为王室统治地方的工具。参见注2引书,第295页。

[76] 同注3引书,第120页。

[77] 参见王亚平:《西欧法律演变的社会根源》,人民出版社2009年版,第104-108页。



显出来,整个欧洲变成了“特别法区”(country of Sonderrecht)。

当然,大规模的封建制的产生与骑士阶层密切相关,或者说,封建制将土地作为服役报酬的措施在骑士封臣中得到极致的发挥。根据伯尔曼的解释,当骑兵在战争中的作用越来越重要时,其身价也越来越高,必须受到供养,而封君们供养骑士的方式就是封臣制,骑士被纳入到土地占有体系和行政体系。当骑士宣誓忠诚于某个封君时,他可以获得一处封土,如果这块封土上有庄园和农奴,那么他还成为统治者。他在家中服役,时刻为他的封君准备战斗,或者代替他的封君为上级封君服役。因此,到11世纪,封建制的规模足够大,可以使人认知到体系化的必要性了。

11世纪之后,封建法逐渐体系化,当然,体系化并不伴随着制定法化,第二阶段封建制的习惯法依旧强势,但是出现了不少成文的法律文件,而且“封建意识”也逐渐明确起来。布洛赫描述了中世纪习惯的不可靠性,因为没有白纸黑字,“在利益驱使下蛮横行为被合法化并受到鼓励”。<sup>[78]</sup> 罗马法复兴运动促使教会和世俗重新以系统化的方式来审视各种法律,一整套有关封建法的术语和制度开始形成,例如封臣对封君的效忠与忠诚义务以及这些义务的撤回,封土的各类附随权利义务,采邑的可继承性和可转让性,司法诉讼等,这些术语与制度使得封建法成为一个完整的法律体系。<sup>[79]</sup> 因此,封建法的第二阶段开始了。

从加洛林王朝开始,零星的关于封建关系的法令开始出现,例如前文所提及的《基尔希法令》。封土的可继承性也从习惯法最后成为通行于欧洲普通法,最后,康拉德二世的《米兰敕令》赋予所有封臣相对独立的地位,封君不得剥夺封臣的封土,除非依据合法判决,大封臣(greater vassals)小封臣(lesser vassals)的区分不再重要。<sup>[80]</sup> 在11、12世纪,封君发布了许多批准封臣分赐封土的特许状,它们记载了各种特定的封建习惯。各大封君在其世袭的封土中独行其是,全权管理封土内各类事务,排斥他的封君甚至国王、皇帝对封土内部事务的干预,同时分封听命于自己的小封臣,尤其是供养骑士,同时设置封建法庭来解决封臣之间的纠纷。封建时代的皇帝、国王们制定了不少法律来规定封建财产权、封土转让事项,维护封建秩序,例如英格兰的亨利二世、法兰西的菲利普·奥古斯都和德意志神圣罗马帝国的红胡子弗雷德里克等。<sup>[81]</sup>

在封建时代,制定法并非是成文封建法的唯一来源,更多的成文法律文件是法学家编纂的封建法。这些法学家显然受到罗马法学家和教会法学家的影响,加入到中世纪各类法律体系化的洪流之中,意大利的《封土之律》(*Libri Feudorum*)、《耶路撒冷条令》(*Jerusalem Assizes*);德意志《萨克森明镜》(*Sachsenspiegel*)、《皇室领地与封土法》(*Kaiserliches Land und Lehnrecht*)都有专门的封建法,并且经过了多次修订。此外还有《通往封建法之路》、《封建法汇编》等著作。西班牙1068年的《巴塞罗那惯例》,大部分是对封建法的重述。在封建法发展的第二阶段,封建法与不断发展的王室法相融合,尤其是法兰西和英格兰,那里的习惯法编纂基本上是以王国的名义进行的。例如英格兰的格兰维尔撰写的《英格兰王国的法律与习惯》(*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*)和布拉克顿撰写的《英格兰法律与习惯》(*De legibus et consuetudinibus Angliae*)以及法兰西的《法兰西大习惯法典》(*Grand Coutumier de France*)、《博伟省习惯》(*Customs of Beauvaisis*)中就有大量封建法的内容,但是都

[78] 同注19引书,第204页。

[79] 参见注2引书,第305页。

[80] See Various European Authors, *supra* note 62, at 60; *supra* note 70, at 383-384.

[81] See Various European Authors, *supra* note 62, at 60. [美]哈罗德·J.伯尔曼,同注2引书,第306页。

是与王国直接联系在一起。

封建法的鼎盛时期也是它的衰落时期。在封建法的鼎盛时期,“国家”观念具有非常独特的性质,国家由国王以及发誓效忠于国王的封臣组成;而王国的领土,则有封臣之封土和国王的领地组成,但国王只能对直接属臣,也就是发誓忠于国王本人的封臣发号施令。<sup>[82]</sup> 中世纪谚语云,“我封臣的封臣,不是我的封臣”(the man of my man is not my man)。<sup>[83]</sup> 但随着绝对主义国家观念的兴起,王权再一次从封建关系的藩篱中脱离出来,罗马法复兴运动也使欧洲共同法的观念深入人心,封建法逐渐衰落。当然,庄园制度历经历史变迁,存在很长时间;封建主义观念仍一直影响到近代,直到法国大革命,依然将封建主义作为革命对象,而此时,封建法早已消失很久;而德意志境内的诸侯割据所形成的“封建”关系一直持续到19世纪。

#### 四、封建法的内容与特征

封建法,作为中世纪多元法律体系中的一种,并没有明确的调整范围。但封建法的核心内容必然是调整封君封臣有关封土的法律关系;施行的核心地区在莱茵河和卢瓦尔河之间,是加洛林王朝的中心地带,也是封建制的起源地,后来逐渐扩散到西欧各地。<sup>[84]</sup> 根据封君封臣的契约,领主在自己的封土内拥有生杀予夺之大权,按照伯尔曼的分类,这种封建主义权力涵射两种紧密结合的法律体系,即封建法与庄园法。<sup>[85]</sup> 当然,因为对封建法进行系统研究的著作少之又少,人们也只能依据这些残存的封建法资料去解读中世纪所存在过的这一套法律体系。当然,欧洲各地实际施行的封君-封臣关系中的具体权利和义务运作方式各有所差,并无完全一致的规则,伯尔曼所谓的封建法的体系化更像是一种法学家的学术理想,11世纪流行于欧洲的那种共同法理想的具体表现。有学者认为,即使是封建制最鼎盛的时期,也没有形成一个体系。<sup>[86]</sup> 当然,事实也许恰恰在这两种极端的观点之间,毕竟还是有一些普遍性的规范。根据学界的主流观点,西欧中世纪封建法一般包含三方面主要内容:(1)规定封建时代特有的封君-封臣关系以及基于此关系而衍生的双方的权利义务;(2)与封君-封臣关系相适应的封土制度;(3)基于封君-封臣关系和封土制而生的司法、行政管理制度。

##### (一)封君-封臣制

封君-封臣制(vassalage)代表着封建制中人的因素。而人的因素是封建法中处于最基本的位置。<sup>[87]</sup> 封君封臣制首先是一种人身依附关系,但与庄园法所调整的领主-农民(奴)的关系不同,这种人身依附关系具有更多的互惠因素;封君封臣制是一种等级制度,双方之间不平等,但是这种等级制具有契约之基础,契约观念制约了纵向权利义务关系的单向流动;封君-封臣关系是一种贵族之间的关系,处于社会的上层;封君-封臣关系的确立需要庄严的仪式,即臣服礼与宣誓效忠。

封君-封臣制源于罗马的庇护地产制和日耳曼的军事扈从制,而这两种制度都是保护与被保护的

[82] 参见注5引书,第65页。

[83] 此谚语也可表达为“封臣之封臣不是封君之封臣”(The man's man is not the lord's man)。参见注9引书,第171页。

[84] See Ganshof, *supra* note 20, at xvii.

[85] 参见注2引书,第9-10章。

[86] H. G. Wells, *Outline of History: Being a Plain History of Life and Mankind* 608 (3d ed., The Macmillan Co. 1921).

[87] 虽然,封建时代后期财产因素越来越重要,但是人的因素自始至终都是封建制中最重要的因素。See Ganshof, *supra* note 20, at 69.

关系。在中世纪,保护与被保护的人身依附关系非常普遍,一个人从属于另外一个人的现象,“被应用于所有社会等级的个人身上,而不管这种关系准确的法律性质如何”。<sup>[88]</sup> 例如统治者与臣属、庇护人与侍从、地主与佃户、雇主与雇工、将军与士兵,甚至地方恶霸与受欺侮者之间的关系都可以用“*vas-salage*”这个词来指称,<sup>[89]</sup> 而且还有庄园主与农奴(农民)等更为紧密、更为不平等的人身依附关系存在。

无论是罗马的庇护地产制还是日耳曼的军事扈从制,转化为封君-封臣关系似乎顺理成章,虽然战争不再,或土地易主,但是保护与被保护的关系依旧存在。但这只是封君封臣关系的一种来源,更典型的来源则是后帝国时代的现实,无论日耳曼的历代君主如何想恢复西罗马帝国的辉煌,但帝国化的努力最终还是失败,在这个过程中社会动荡不安,中央集权制所需要的公共权力系统无法有效发挥作用,因此,基于私人关系的保护与被保护关系开始盛行,一部分人沦为奴隶,但是还有很多其他人仍然以自由人的身份寻求他人的庇护。乱世中这种庇护比任何公共法律机构更为行之有效。<sup>[90]</sup>

这种自由人之间的保护与被保护关系最终形成了金字塔形的封君-封臣体系,皇帝、国王、地方贵族和修道院院长都宣布为自己的封臣,并授予其采邑,通过这些大封臣的效忠来赢得战争,同时把各级官员也变成自己的封臣,公共关系变成了私人关系,大封臣也逐渐封赐小封臣,形成一个金字塔形结构,并且随着封君-封臣制的发展,封臣的地位越来越高。

封君-封臣关系是通过委身契约(*contract of commendation*)创建的,并且需要通过一个正式的仪式,这个仪式分为两个部分,即臣服礼(*homage*)和效忠宣誓(*oath of fealty*)。<sup>[91]</sup> 各种法律文件中经常提及这个仪式。臣服礼一般指合掌礼,但有时候还包括亲吻礼(*The kiss*),亲吻礼不如合掌礼重要,合掌加效忠宣誓也可以完成封君封臣之契约。所谓合掌礼就是封臣脱帽、下跪、解下所佩戴的武器,将双手合拢置于封君双手中,同时讲一个简短的宣言,“阁下,我是您的人了”。有些文献中提到行臣服礼时都有“用自己的手行臣服礼确定封君封臣关系”、“委身于封君之手”、“将自己臣服于封君之手”等,<sup>[92]</sup> 表达把自己交给封君听任差遣之意思。如果有亲吻礼的话,那么在合掌之后,封君封臣以唇相吻,表示双方和谐与友谊,亲吻礼的出现标志着封臣地位的提高。臣服礼纯粹源自日耳曼习俗,而效忠宣誓则带有基督教的痕迹,从加洛林时代开始,教会的作用日渐强大,要求封君封臣的契约仪式模仿教会宣誓。效忠宣誓的过程就是新产生的封臣将手置于《圣经》或圣物上,宣誓忠于封君。臣服礼与效忠宣誓的法律效力并不相同,臣服礼一次限定一个人的终生,通常不能重复进行,而效忠宣誓可以向同一人数次重复进行。<sup>[93]</sup> 而且,根据伯尔曼的说法,臣服礼不能基于双方的同意而解除,效忠誓言可基于双方当事人的同意而解除。<sup>[94]</sup>

臣服礼和效忠宣誓的仪式结束之后,封君封臣的关系正式确立。因此,委身契约或封建契约通常是通过口头方式进行,也就是只需仪式,但有时也会使用书面形式,这种书面形式被称为特许状(*char-*

[88] 同注 19 引书,第 249 页。

[89] See Reynolds, *supra* note 23, at 33.

[90] 同注 19 引书,第 285 页。

[91] See Ganshof, *supra* note 20, at 5-9, 26-30, 70-80. 同注 19 引书,第 250-253 页。

[92] See Ganshof, *supra* note 20, at 26.

[93] 参见注 19 引书,第 251-252 页。

[94] 同注 2 引书,第 301 页。

ter)。<sup>[95]</sup>

封君封臣关系伴随双方一生,其中一方死亡,便自动解体,但实际上可以世袭,并通过重新进行臣服礼的方式保持契约的延续。但是,如果当事人一方不履行基本的义务,另一方可以直接解除封建契约。

封君封臣关系建立起来之后,双方就承担相应的义务,享受应得的权利。

封臣对封君的义务有消极义务和积极义务之分。所谓消极义务是要求封臣不做危害封君之事,例如不伤害封君生命肢体,不破坏封君财产等;而积极义务则是封臣对封君的服军役、援助和劝告义务。(1)军役:所有的封臣都必须亲自跨上战马,披坚执锐为领主效忠。(2)援助:封臣在封君紧急时刻有帮助封君的强制性义务,主要是金钱援助。<sup>[96]</sup> (3)劝告:封臣有义务向封君提出意见,使他能正确处理各种事物,因此封臣须奉召出席封君的法庭。

封君对封臣的义务主要有两项,即保护与维持生计。保护就是指当封臣受到攻击时,封君应出面救助。维持生计是封君负责维持封臣的生活,要不豢养在家、提供食宿,要不提供封土。<sup>[97]</sup>

从法律性质上而言,这种关系属于私法关系,是契约关系,即使是国王和他的大封臣们,也以私人性的封君封臣关系代替了君主与臣民之间的公共关系,虽然名义上君主仍然是一个国家最高公共权力机关的代表,但这种关系已经相当弱小了。<sup>[98]</sup> 因此有学者认为,在封建时代,私法篡夺了公法的地位,公法沦丧而私法凸显,公共责任脱变为私人义务。<sup>[99]</sup>

## (二)封土制

如果说封君-封臣制是封建法的人身基础,那么封土制就是封建法的经济基础。封土(fief)是骑士和贵族委身于封君,成为封君之封臣并为封君服务,由此而换取的土地。或者说,封土是封君为了获得封臣的军役和其他役务,根据封建契约而赐予封臣的地产。封土是封君封臣关系建立的主要原因。有谚语称“没有无领主的土地”就是指的封建时代几乎所有的土地都成了封土。<sup>[100]</sup>

封土制与封君-封臣制的结合是一个历史过程。起初的人身依附关系中,封君赐予封臣马匹、武器、衣物和珠宝是经常发生的现象,有的封君还将封臣豢养在家中,供其衣食,提供装备,即“家臣”。还有一种方法被称为安置封臣(chaser),就是封君给予封臣以一份地产或一份固定地产收入。<sup>[101]</sup> 早期这种封赐的土地称为恩地(beneficium),以服役为前提,直到加洛林王朝还存在着。查理·马特执政的时候,因为要与阿拉伯人作战,为了获得地产以谋求大量武装侍从的支持,他没收了大量教会地产用于赏赐侍从成为封臣,这就是著名的教产世俗化。<sup>[102]</sup> 这为封臣数量的增加提供了条件。此时的恩地都是非继承性的。“恩地”这个词一直使用到12世纪,而“封土”(fief)一词从9世纪开始就在口语中逐渐取代“恩地”,后来出现在法律文件之中。这个词源于拉丁语pecus(家畜),被“用来表示笼

[95] See Ganshof, *supra* note 20, at 80-81.

[96] 这是人头税的起源。参见注19引书,第359页。

[97] 以上内容可参见黄春高:《西欧封建社会》,中国青年出版社1999年版,第37-41页。

[98] 雷诺兹不同意这种观点,她认为,在中世纪,这种公共权力一直存在,效忠宣誓更多的是臣民对君主而言。See Reynolds, *supra* note 23, at ch. 2.

[99] Wells, *supra* note 86, at 610.

[100] 雷诺兹不同意这种观点,她认为,在中世纪,自主地一直存在,还有教会土地、王室土地并不能视为“封土”。See Reynolds, *supra* note 23, at ch. 2.

[101] 参见注19引书,第275页。

[102] See Ganshof, *supra* note 20, at 38.

统的动产,或动产形式——其中家畜在当时是最普通最有价值的财产”。<sup>[103]</sup> 后来开始引申为指称不动产的土地,这个词的拉丁文标准形式是 *feudom/feodum*,很快被借用到其他欧洲语言中。这标志着与封土有关的封建法已经发展起来了,它指代承担着界定明确的封君封臣制役务的佃领地。14 世纪《萨克森明镜》的注释这样界定:“封土,即付予骑士的报酬。”<sup>[104]</sup>

封土的赐予一开始也有仪式,但后来逐渐与臣服礼和效忠宣誓结合起来。一般封君将小树枝、手杖、鞭子、指环、小刀、手套或一块草皮、一块土壤等象征物交给封臣,意味着将封土及附着权利交给封臣。封臣半跪接下,之后封君封臣拥抱亲吻,仪式结束。一旦决裂,则封臣折断草棍或掷还手套以示不再效忠。<sup>[105]</sup>

封土存在不同的类型,冈绍夫曾归纳了包括臣下封土(*liege fiefs*)在内的荣誉地(*honours*)、自由封土(*free fiefs*)、锁子甲封土(*fief de haubert*)、自有地封土(*fief de reprise*)、担保封土等类型。<sup>[106]</sup> 封土小到份地,大到一个公国,甚至除了地产之外,还包括官职、收税权、教堂甚至城市。<sup>[107]</sup>

封土开始不能被继承,加洛林王朝时期,封土以封臣的一生为限。公元 877 年的《基尔希法令》规定了大封臣们因公职获得的“恩地”可以被继承,而且还推衍到大封臣之封臣。而在英格兰,1066 年封土制传入时,封土的可继承性实际上从未有争议,而当时的法兰西,封土一词已经是“世袭地产”的涵义。<sup>[108]</sup> 康拉德二世 1037 年的《米兰敕令》使意大利和德意志也确立了封土的世袭制。这些地方的政治法律环境并不相同,但是对封土世袭问题的态度却惊人地一致,说明分散适用于各个地方的封建法,已经具有“共同法”的认知基础。不仅如此,12 世纪,因为封土世袭问题而引发的继承权问题,差不多也是整个欧洲都普遍开始实施长子继承制。

封土制的出现,使得封君封臣关系具有了丰富的内容,两者结合之后,基于土地,产生的新的法律形式已经超越了公私法的划分。一方面以君主为代表的公共权力衰落,君主与臣下的关系也从公共性关系变成私人性的封建契约关系。但是另外一种公共性却随着封土制与封君封臣制的产生而出现,那就是基于土地,各级领主作为土地事实上的占有者,不仅享有土地上的各种利益,而且也拥有基于土地产生的各种权力。领主是其所占有土地的绝对统治者,享有从司法、行政到经济的各种特权,因此,一种封建式的公共性已经萌芽。

### (三) 领主特权与司法制度

封建法中一个重要的内容是关于封建领主基于封土拥有的特权,尤其在司法上的特权。

19 世纪英国历史学家亨利·哈兰姆(Henry Hallam)曾总结封建主义鼎盛时期法兰西的封建领主所拥有的特权:(1)货币铸造权;(2)发动私人战争权;(3)除了向封君提供封建援助,免除一切公共税捐;(4)不受立法管辖之自由;(5)在封土内具有排他司法权。他甚至认为这种封建领主权已经足够大到使法兰西看起来更像国家联合体而非单一君主国。<sup>[109]</sup>

因此,一个封建领主即是庄园主,而且还是封土中的业主(所有人),他可以主张高、中、低三级司

[103] 同注 19 引书,第 277 页。

[104] 同注 19 引书,第 282 页。

[105] 参见注 97 引书,第 32 页。

[106] See Ganshof, *supra* note 20, at 117 - 125.

[107] 参见注 97 引书,第 32 - 33 页。

[108] 参见注 19 引书,第 323 页。

[109] See H. Hallam, *View of the State of Europe during the Middle Ages* vol. 1, 203 (John Murray, 1872).

法管辖权,执行封建法。<sup>[110]</sup> 这种权力来自于封君授予封地时的附着权力,而最终来源于皇帝与国王转让的“公共权威”。司法权也成了一种财产,可以转让的财产,最后由封建领主各自在自己的封土范围内开设法庭,包括封建法庭和庄园法庭。封建契约保证了这种司法权的效力基础,作为封臣的领主们向他们的封君甚至国王行臣服礼并宣誓效忠的同时,会要求封君不能干涉封土事务,否则可以以封君违反基本义务而撕毁委身契约。当然,日耳曼的国王们帝国化努力的最终失败,是封建领主司法权成为现实的社会基础。

封建领主对当法官的愿望还有深层次的原因:第一,只有排除其他法庭而拥有对自己的依附者(包括封臣与农民/农奴)的司法权,才能使自己既可以保护依附者,又能有效控制依附者;第二,在封土范围内独占司法权,可以带来司法罚金和诉讼费收入;第三,封建时代行使司法权并不是复杂的事,虽然需要一点法律知识,无论是成文法还是习惯法,都不困难,誓言、决斗和神明裁判盛行。<sup>[111]</sup>

而且,当时的司法(*justicia*)涵义远远大于今天的司法观念,包括警察和其他我们现在视为纯粹行政的事务,<sup>[112]</sup>或者说军事-经济事务与政治事务合二为一。<sup>[113]</sup> 哈兰姆归纳的那五种特权,几乎都可以涵括其中。因此,这种司法权也可以称为领主支配权(*dominium*)。封建领主的司法权,虽然效力基础源自国王和封君的转让,但决定司法权行使实效的是领主本身的势力。

封建领主统领封建法庭和庄园法庭,前者统辖他的封臣,而后者统辖他的佃户。而在《耶路撒冷条令》将这两种法庭称作高级法院和低级法院,前者针对拥有封土的封臣,而后者针对没有封土的群体。<sup>[114]</sup> 当然,因为大案小案的区分,封建法庭中存在另外一种高、低之分,即高级司法和低级司法两级管辖权限。高级司法审判可判处死刑的罪案,包括谋杀、抢劫和其他重罪。而低级司法管辖轻微犯罪和一定类型的民事诉讼,以及封土上正当秩序的一般管辖权。行使高级司法权的领主可以在直接控制的封土内行使低级司法权,但反之则不然,即行使低级司法权的领主不能在直接控制的封土内行使高级司法权。也就是说,在司法权上,不同的封建领主根据其势力来确定司法权的大小。

在封建法体系中,封臣可以对其直属封君的法院判决向该封君的上级封君法院提起上诉。因此,封建司法权与封土制、封君-封臣制一样都是一种完整的等级制法律结构,从骑士等小封臣到各个大封臣,公侯伯爵、国王都遵照共同的法律准则。人身依附关系的等级性与法律上的平等性非常微妙地结合了起来。

将封建法视为一种独立运作的法律体系,显然会遭到质疑。在中世纪多元的法律丛林中,多种法律体系都交织在一起,不仅仅实践运作中如此,法律文献和学术专著中亦如此。法国的习惯法文献中,例如《博伟省习惯》、《法兰西大习惯法法典》等,封建法习惯和非封建法习惯并没有区分,而布拉克顿在对可适用英格兰王室法院的法律分析中也将封建法和其他法律交织在一起。<sup>[115]</sup>

当然,因为罗马法复兴、教会法体系化影响了所有世俗法的体系化和整合化,封建法的内在逻辑也在法学家的努力下凸显出来,最终具有了自主发展的特性,封君与封臣基于封土而衍生的一系列权利义务关系并且为后世的西方法律传统的形成提供了养料。作为若干并列的世俗法律体系中的一

[110] 参见注5引书,第16页。

[111] 参见注39引书,第584-585页。

[112] See Ganshof, *supra* note 20, at 156.

[113] 参见注2引书,第302页。

[114] See Various European Authors, *supra* note 62, at 62.

[115] 参见注2引书,第307页。

个,封建法的特征也是非常明显的。

第一,习惯法主导。在西欧中世纪的法律丛林中,封建法最能体现“习惯法荆丛”特征,虽然存在若干成文的表现形式,立法、特许以及法学家的专著,但封建关系的建立基本都基于习惯,臣服礼与效忠宣誓是一种习惯法,封君封臣的权利义务关系也是一种习惯法。法学家们分析封建习惯,以一种系统化的方式整合封建法的基本原则,但是封建法的系统化并没有导致习惯法主导地位的改变。有学者认为,封建习惯法“在逻辑上是连贯的,并完全经得起科学考察……封建习惯具有共同的原则,并由此构成一种真正的法律体系”。<sup>[116]</sup>

不仅封建法是由习惯法主导,而且封建法的习惯法特征也影响了整个中世纪的习惯法生态。与一般习惯法会逐渐被制定法吸收、挤压的命运不同,当时的习惯法反而取代了制定法的地位,成为支配性法律渊源。因为缺乏公共权力机关的中世纪使得制定法本身的法律效力受到了限制,封建领主们在实际的生活中发展出各自的习惯法,也就是说,封建法是中世纪习惯法繁荣的条件。<sup>[117]</sup>

第二,属地主义原则。在日耳曼法中,因为建立在人合基础上的游牧特性,实行属人法原则;而随着日耳曼人在原罗马帝国境内的永久居住,这种属人法的原则更为鲜明,所有的法律体系都受到了尊重,罗马法仍在生效,种族成为法律适用最具区别性的特征。

但是,随着封建制的产生,属人法原则逐渐被属地法原则所取代。在封建制下,属人法存在的基本条件不复存在,种族融合在定居过程中进行,新的地域性语言也逐渐形成,而对于生活在同一地域的人们而言,法律趋于统一是一种必然。

此外,封建制促进了封土内部法律的统一,每一个封土范围内,种族的差异逐渐消失,无论是罗马人还是各类日耳曼人,对于封君而言,都是封臣,具有相同的权利义务。

习惯法的荆丛同样促进了属地主义原则的发展,在每一个封建领主的管辖权范围内,法庭适用的规则是“当地习惯”,由法官负责查明习惯,而法官所查明的习惯源于不同的种族,但却在同一个地域之内,久而久之,不同种族之间的习惯具有了趋同性,成为具有地方特色的习惯法。<sup>[118]</sup>

第三,互惠的等级制。封建法为西方处理世俗领域的尊卑之间法律义务的相互关系提供了经验。封君与封臣的关系是一种契约关系,双方的权利义务非常明确。而且这种权利义务的发展越来越有利于封臣,这为封君封臣的尊卑关系涂上了更为平等的色彩。

(1)封臣对封君的各种形式的人身依附转变为财产义务,封君对封臣的各种形式的直接经济支配权转换为征税,为封臣留下了更多的人身自由和经济自主。<sup>[119]</sup>

(2)封土的继承制和转让制的出现也体现着封君封臣关系逐渐向有利于封臣的方向发展。封土的继承权是封臣向封君施加压力的结果,使封臣对封土的占有从“租借”向“所有”转化。而封土的转让权,即布洛赫所称的“出售忠诚”<sup>[120]</sup>强化了封臣对封土“所有权”的意象。11世纪出现的“实际占有”(seisin)观念使封臣对封土的权利大大增强。<sup>[121]</sup>

[116] 同注2引书,第305页。

[117] See Various European Authors, *supra* note 62, at 77.

[118] See Various European Authors, *supra* note 62, at 80-81, 203-204. 此外,还有学者认为,农业是当时几乎唯一产业,而土地是从事农业的基础,要通过土地实现对农业主的管理。封建制通过土地持有展现自己的特性。参见注5引书,第17页。

[119] 同注2引书,第300页。

[120] 同注19引书,第339页。

[121] 同注2引书,第299-300页。

(3) 因为除了作为最高封君的国王和皇帝以及最底层的封臣庄园主,中间领主既是封君也是封臣。因此,在逻辑上,如果领主要获取更多作为封臣的利益,他就不能拒绝他的封臣作出类似的行为。因此,一种“权力平等观从社会上层顺利地传布到社会下层”。<sup>[122]</sup>

(4) 体现封君封臣互惠关系的还有“撤回”(diffidatio)。这是一种因为一方违背义务而对另一方造成严重损害之后,另一方所表示的“庄严的蔑视”。而位卑者对位尊者的“反抗权”也因此而强化。封臣越来越珍视他们的权利,认为坚持权利是一项维护荣誉的神圣事业,这比对封君的忠诚更为重要。<sup>[123]</sup>

(6) “一仆多主”现象。“忠臣不事二主”的原则是西欧封建制的最初规则,受到教俗两界的普遍认同。但随着封建制的发展,封臣会选择向不同的封君臣服以获得更多的封土,甚至还有更多的一仆多主的关系。这种现象的产生也说明封君对封臣的尊卑关系被打破。

第四,同侪审判的司法。封建法的司法审判程序中确定了一项著名的原则,就是“同侪审判原则”(judicium per pares, judgement by peers),或者称“获得同侪之判决”(per iudicium parium)。封君封臣之间的关系非常复杂,封臣不愿意被封君审判,因此他们会以封建关系是契约关系为由拒绝封君成为他们之间纠纷的唯一裁判者,他们会要求受该封君(作为领主)的封土内的特别法进行审判。而且,当纠纷出现在封君与封臣之间时,封君不能作为自己案件的法官。因此,在封建法庭中,封君或者他的管家“主持”审判过程,但法律却由封臣的同伴,该封土中的其他封臣或佃户,<sup>[124]</sup>即诉讼参与人(suitors)来查明并宣布。<sup>[125]</sup>

“同侪审判原则”因记载于英国的《大宪章》而著名,但它也可以在欧洲其他地域发布的类似文献中找到,例如康拉德二世 1037 年的《米兰敕令》中就出现了以下规定,“除了按照我们先辈的法律和与他地位相同的人的判决以外”不得剥夺封臣的封土。<sup>[126]</sup>

同侪审判不同于后世的陪审团审判,因为在陪审团审判过程中,只负责裁定事实之真相,而同侪审判中,同侪则负责查明并宣布法律,案件事实则交由某种正式程序确定。按照甄克思的观点,陪审团审判出现并盛行的地方,反而给同侪审判以致命打击。<sup>[127]</sup>

第五,内容多元与形式趋同并存。封建法的另一个明显的特征是内容多元,学者们考察了各个地方封建制的不同面孔。<sup>[128]</sup>但是之所以都可以称为封建制,同样存在着基本类似的形式特征,例如以上四个特征。然而多元化的封建法具有明显的地域特征。例如法国的封建法并未体系化,因为作为习惯法的一部分与其他领域的习惯法混合在一起,而意大利和德意志的封建法由于法学家的努力更为相对独立,而且伴有立法。例如臣服礼在法国非常风行,但在意大利却很少有正式的臣服礼,效忠宣誓似乎足以成为忠诚的基础。<sup>[129]</sup>例如在欧洲大陆,流行着封臣的封臣不是封臣的观念,但是在英

[122] 参见注 19 引书,第 321 页。

[123] 可以参见 1022 年布卢瓦公爵厄德写给法兰西国王罗伯特的一封信,信中表示为了荣誉与自尊他将对抗国王。[美]贾恩弗兰科·波齐:《近代国家的发展——社会学导论》,沈汉译,商务印书馆 1997 年版,第 36-37 页。

[124] 不少封土的习惯法不仅将审判权交给完全的同侪(例如,都是该封土上领主的封臣),而且还扩展到同一封土内的其他依附者、佃户甚至农奴,但都是同一封君/领主属下的“人”。参见注 39 引书,第 596 页。

[125] 同注 5 引书,第 17 页。

[126] 因此,学者们认为《大宪章》的“同侪审判原则”源于康拉德二世的《米兰宪章》,参见注 2 引书,第 602 页注 13。

[127] 同注 5 引书,第 17-18 页。

[128] 冈绍夫、布洛赫和雷诺兹的著作都表达了这一观点,在欧洲不同的地方,封建制和封建法不尽相同,强调了封建法的多样性。

[129] 参见注 19 引书,第 296-297 页。



格兰,国王需要所有级别封臣的效忠。<sup>[130]</sup>

英格兰的封建法研究者通常如比较普通法系和大陆法系那样去比较英格兰与欧洲大陆封建法的区别。英格兰从1066年开始加强的中央集权制,使得英国的封建法独树一帜。除了上述所谈到的,所有级别的封臣都必须明确保留他对国王的效忠,即“我封臣的封臣,仍然是我的封臣”之外,还有一些区别:(1)封臣并没有义务为封君而战,即使他追随封君而战,也是因为封君要为国王而战。在英格兰,私人间的战争从未合法化,反而是一种犯罪。而法兰西,封臣必须追随直接封君,哪怕是封君与国王开战。(2)各级封臣对国王的军事义务并非英格兰军事武装的全部,英格兰国王还有直接征召普通民众形成军队的权利,而这种民众武装对各级封臣组成的封建军事体制形成一种制约。(3)国王可以直接向全国征税,包括向各级封臣征税,而且可以不经中间封君之同意。并且依靠普通民众的力量,国王足以坚持要求未经他同意,各级封君不得向封臣征税。(4)英格兰的封建法庭没有刑事案件管辖权,除非得到国王的明确授权。古老的地方法庭仍然具有活力。但这些法庭都掌控在王室手中。普通法的兴起使得王室法院逐渐成为全英格兰最重要的司法体系。(5)1290年的《封土买卖法》终止了次级分封,而欧洲大陆却将封土转让视为一种趋势。国王一直保留了大封臣参加御前会议/王室法庭的决定权,因此封臣们并无主动要求参加御前会议的动力。<sup>[131]</sup>

## 五、结语

当16世纪新教改革再一次触动神俗之间关系这一中世纪敏感神经时,有学者认为,“如果没有路德,就绝不会有路易十四”。<sup>[132]</sup>“君权神授”的绝对主义国家不仅得到马基雅维利等世俗政治学家的青睐,同时也获得了教会内部重要人士的认同,路德认为国王权力无限,“不向任何人负责”,“抵制权威就是抵制神的训诫”。<sup>[133]</sup>此时,作为中世纪法律丛林重要成员的封建法只剩下残余。<sup>[134]</sup>虽然封建法曾强大到将教会和王室都纳入其中,国王和修道院院长都曾以封君或封臣的身份出现过。王室法则越来越强大,强大到重构了神俗关系,“上帝的归上帝,凯撒的归恺撒”,而这一切与教皇革命中的关系恰好相反。

封建法的衰落有多重原因,例如王室法庭的强大,挤占了封建法庭的管辖权;货币重新成为市场流通媒介;大量美洲金银流入西欧造成价格革命,引发封建制危机;雇佣兵逐渐代替骑士制;甚至还有学者认为是欧洲流行黑死病造成时代的“巨大的裂痕”。<sup>[135]</sup>

即使如此,封建法为后世西方法律传统的形成提供了非常宝贵的经验,尤其是契约互惠观、同侪审判观、法律上之平等观、属地管辖权、征税权的同意、公民不服从等,都可以在封建法中寻找渊源,也成为后世法律多元主义的历史渊源之一。英联邦国家中,仍然有许多法律源自封建习惯法。但是,至

[130] 参见[美]迈克尔·V. C. 亚历山大:《英国早期历史中的三次危机——诺曼征服、约翰治下及玫瑰战争时期的人物与政治》,林达丰译,北京大学出版社2008年版,第39页。

[131] 参见注46引书,第105-107页。

[132] J. N. Figgis, *Political Thought from Gerson to Grotius*; 1414-1625 *Seven Study* 51 (Batoche Books 1960).

[133] See Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. 2: *The Age of Reformation* 113 (Cambridge University Press 1978).

[134] 也有学者认为,在某些国家,虽然封建制衰落,但封建因素在某些国家一直保留到19-20世纪。See Ganshof, *supra* note 20, at 168.

[135] 参见[法]居伊·布瓦:“《封建主义的危机》序言”,张云鹤译,载《法国研究》1983年第4期,第54-64页。

法国大革命前后,“封建”一词变成贬义词之后,后世对于封建法的理解一直没有摆脱这种负面观念。但是,最痛恨“封建制”的人,或许也可以反思一下,就如布洛赫所言,法国大革命时的人们有谁还会记得,他们的祖先——很多依附于封建领主的位卑者当初确实是自愿委身的呢?<sup>[136]</sup>

## On the Feudal Law in Medieval Europe

Ma Jianyin

**Abstract:** Which is the supreme authority in Middle Ages? The sacred authority or the royal power? This is a problem. “The Doctrine of Two Swords” — the theory of struggle between spiritual sword and secular sword — shows the basic context of evolution of laws in medieval Europe. On the one hand, These secular laws countered to the canon law, but on the other hand, they had to follow the canon law. This article introduces and analyzes the system of “feudal law” in medieval Europe which was named by posterity. The system of feudal law derived from the feudalization of Germanic law was a structured system which was borrowed from the method of systematization of canon law as well as other secular legal systems. This article also gives a clear explanation of the origin and transition of the feudal law and recapitulates the principal elements, the fundamental characteristics and the status of this legal system. In order to understand the conception of “feudal/feudalism”, this article differentiates the three meanings of the word, especially in the history of the academic ideas.

**Keywords:** feudal; feudalism; feudal law; fief; vassalage

(责任编辑:刘馨)

---

[136] 参见注39引书,第709页。