

## 目 录

## 【专题研讨】

- 人格权独立成编的再批评 ..... 尹 田( 1 )
- 名誉侵权“过错”要件的比较研究  
——基于我国大陆和台湾地区典型判例的分析 ..... 靳 羽( 8 )
- 个人信息自决权理论及其检讨  
——兼论个人信息保护法之保护客体 ..... 杨 芳( 22 )

## 【论文】

- 公开死刑资料:联合国的要求以及中国的应对 ..... 孙世彦( 34 )
- 禁止事前限制原则 ..... 陈道英( 51 )
- 比较宪法概念在近代中国的演变 ..... 韩大元( 70 )
- 意大利夫妻财产制度的历史发展与现状 ..... 罗冠男( 80 )
- 美国联邦量刑指南的历史、现状与量刑改革新动向 ..... 彭文华( 92 )
- 量刑规范化改革视野下的量刑基准研究  
——以完善《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定的量刑步骤为中心 ..... 李冠煜( 111 )
- 美国辩诉交易中的有效辩护权 ..... 祁建建( 126 )
- 民事诉讼发回重审的理由比较研究 ..... 占善刚( 143 )
- 经营者集中反垄断控制中的资产分持规则研究 ..... 叶 军( 158 )

## 【法政时评】

- 他山之玉,何以攻石?  
——论大宪章对中国的镜鉴意义 ..... 李红海( 174 )
- 突破与保守:香港终审法院涉福利权案的审理思路及其新进展 ..... 秦 静( 184 )

# JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

---

---

Serial No. 142 Nov. 2015 No. 6

---

---

## Contents

### Topic Discussion

- A Re-criticism of Personality Right as an Independent Part ..... *Yin Tian*( 1 )
- Comparative Study on the Fault Element of Infringement to Reputation Right; On the Basis of China  
Mainland and Taiwan Region's Typical Cases ..... *Jin Yu*( 8 )
- A Historical Sketch and Critical Review of the Theory of the Right to Self-determination of Personal  
Information; An Analysis on the Protection Object of Personal Information Protect Act  
..... *Yang Fang*( 22 )

### Articles

- The Publicity of the Information on the Death Penalty; The Requirements of the United Nations and  
Responses of China ..... *Sun Shiyan*( 34 )
- The Doctrine of Prior Restraint ..... *Chen Daoying*( 51 )
- Evolution of the Concept of Comparative Constitution in Modern China ..... *Han Dayuan*( 70 )
- The Historical Development and Present Condition of Italian Legal Matrimonial Property Regimes  
..... *Luo Guannan*( 80 )
- The History, Current Situation of the Federal Sentencing Guidelines and New Trend of Sentencing Reform  
in U.S. .... *Peng Wenhua*( 92 )
- A Study on Sentencing Criterion in the View of Sentencing Standardized Reform; Based on Improving the  
Sentencing Procedure Stipulated by Sentencing Guideline Proposal ..... *Li Guanyu*(111)
- The Right to Effective Assistance of Counsel in U.S. Plea Bargaining ..... *Qi Jianjian*(126)
- A Comparative Study on the Reason of Retrial in Civil Procedure Law ..... *Zhan Shangang*(143)
- A Study on the Hold-Separate Rules in Merger Control ..... *Ye Jun*(158)

### Comments on Legislation and Jurisdiction

- What Possibly Can We Learn from Magna Carta? —— An 800th Anniversary Memorial Essay  
..... *Li Honghai*(174)
- Judicial Activism versus Deference; The Ways and Developments of the HK Court of Final Appeal  
in Adjudicating Social Welfare Rights Cases ..... *Qin Jing*(184)

Index to 2015(199)

## 【专题研讨】

# 人格权独立成编的再批评

尹 田\*

**摘 要:**人格利益的范围具有不确定性和持续的扩张性,如果以与财产权、身份权等民事权利相同的构造方法设置人格权制度,会将人格权保护限缩和封闭于民事生活领域。人格权编对人格权种类及范围的封闭性设计,限制了侵权责任法的适用范围。对人格权保护的强化,必须将人格权保护的一般条款和具体条款移入侵权责任制度,使其对人格尊严的保护范围扩及至人们社会生活的全部领域。由于人格权为法定权利且纯属“防卫型”权利,在存在侵权责任编的情况下,人格权编只能单纯确认人格权的类型,其应有的条文为数甚少且不具有行为规范的性质,不能作为裁判依据,故人格权独立成编没有应用价值。

**关键词:**人格权 人格利益 侵权责任

伴随中国民法典的编纂进程,人格权应否独立成编的问题再次引发学界热议。与其他对之持反对意见的学者不同,从2003年起,笔者主要从对自然人人格权的性质分析着手,提出此种权利非为与物权、债权、知识产权以及身份权相同性质的民事权利,而是由基本法(宪法)赋予每个个人的基本权利,民法应从人格权保护而非权利创设的角度作出规定,并据此进行了各种分析和阐述。<sup>[1]</sup>十多年来,对于笔者所指出的人格权具有宪法权利性质的观点,无人明确反对,但就一些学者所提出的有关人格权“既是宪法权利,也是民事权利”的意见,则赞成者较多。很显然,由于人格权为人格的派生物,而人格又涉及许多古老且复杂的法哲学理论,涉及自然法学与实证法学以及其他法学流派的各种争论,在现代法学阐述宪法和民法的相互关系及其规范属性和功能的理论中,也存在诸多理论纠结。因此,即使该说的都说了,学界想要在纯粹理论的层面对人格权的本质达成基本共识,殊无可能。于此中国民法典立法在即之际,暂且搁置深刻但抽象的理论研究,从法律之实用价值的角度审视人格权独立成编的利弊,以供须及时作出决策的立法机关参考,应属必要。

## 一、人格权之独立成编,限缩了人格权的民法保护范围

强化对人格权的民法保护,是民法现代发展的重要特征。但综观现代各国立法例,除《乌克兰民

\* 北京大学法学院教授。

[1] 参见尹田:“论人格权的本质”,载《法学研究》2003年第3期;尹田:“论‘法人人格权’”,载《法学研究》2004年第4期;尹田:“论人格权独立成编的理论漏洞”,载《法学杂志》2007年第4期;尹田:“论人格权民法保护范围扩张之途径”,载《月旦法学》2013年第4期等。

法典》之外,绝大多数国家的民法主要是从保护的角度而非权利确认(赋权)的角度对人格权作出规定。

在不设总则的《法国民法典》中,从1970年起,立法者在其“人法”部分陆续增设了许多保护自然人隐私权、生命权、身体权等人格权的条文,该法典于1994年7月29日对其第一卷(人)之第二编(民法权利)进行了大规模的修订,以其第二章和第三章对“尊重人之身体”及“对人之特征的遗传学研究以及通过遗传特征对人进行鉴别”等分别作出极为详尽的规定,这些规定,基本上均属“禁止性规范”,<sup>[2]</sup>或者可直接作为认定合同无效的根据,<sup>[3]</sup>或者可直接作为该法典有关侵权责任的第1382条的适用依据,<sup>[4]</sup>或者可直接作为法官采取诉讼强制措施的依据。<sup>[5]</sup>而在设置总则的各国民法典中,《德国民法典》对其原有的规定未作修订,<sup>[6]</sup>其对人格权的现代保护,主要表现为由联邦法院直接根据二战以后颁布的《基本法》第1条和第2条的明文规定<sup>[7]</sup>以裁判方式发展出的“一般人格权”。值得注意的是,1907年《瑞士民法典》首次在其总则部分(第28条)就人格权的一般保护作了规定,<sup>[8]</sup>该法典后来经过修订,在其第28条以后增设了7个条文,涉及对人格权在实体上和程序上的保护,但这些条文,全部属于保护性的而非赋权性的规范。<sup>[9]</sup>该法典的做法,为《土耳其民法典》(第23条至第26条)、《意大利民法典》(第5-10条)所效仿。

很显然,即使不考虑人格权的基本性质,仅从法律适用的层面上看,上述立法模式的选择显然与人格权的开放性及其边界的模糊性密切相关。

就民事权利的保护对象而言,财产权和身份权所保护的对象分别为物质利益与身份利益,此两种利益的边界十分清晰。首先,就利益产生和存在的社会生活领域而言,民法有关财产权和身份权的规定主要适用于私生活领域(民事领域),故该两类权利的“民事权利”的属性毋庸置疑。其次,从利益的内容而言,尽管财产利益的表现形式在现代社会呈现多样化特点(如各种无形财产尤其是网络“虚拟财产”的出现),但其最终均可还原为可用货币予以衡量的经济利益。而身份权所保护的对象为婚姻家庭及亲属关系中的身份利益,此种利益具有传统型、民族性和保守性的特点,其内容更不具有开

[2] 如该法典第16条规定:“法律确保人的首要地位,禁止任何侵犯人之尊严的行为,并且保证每一个人自生命一开始即受到尊重。”第16-1条第3款规定:“人体、人体各部分以及人体所生之物,不得作为财产权利之标的。”第16-4条规定:“任何人均不得侵害人种之完整性。”(第1款)“旨在组织对人进行选择任何优生学实践活动,均予禁止。”(第2款)“除为预防与治疗遗传性疾病之目的进行研究外,旨在改变人的后代,对人的遗传特征进行任何改造,均予禁止。”(第3款)

[3] 如第16-5条规定:“任何赋予人体、人体各部分以及人体所生之物以财产价值的协议,均无效。”第16-7条规定:“为他人之利益生育或怀孕的任何协定,均无效。”

[4] 如该法典第16-8条规定:“可以鉴别捐献其身体之一部分或身体所生之物的人的任何信息,以及可以鉴别接受此种捐献的人的任何信息,均不得扩散之。捐献人不得了解受捐赠人的身份,受捐赠人亦不得了解捐赠人的身份。”(第1款)

[5] 如该法典第16-2条规定:“法官得规定适于阻止或制止对人体非法侵害的任何措施,或者规定任何相应措施,以阻止或制止对人体之部分或人体所生之物的非法行为。”

[6] 该法典系将在侵害自然人生命、身体、健康、自由等具体人格利益的行为,作为侵权行为种类于分则中加以规定(第823条至第833条)

[7] “人类尊严不得侵犯。尊重并保护人类尊严,系所有国家权力(机关)的义务”;(第1条)“在不侵害他人权利及违反宪法秩序或公序良俗规定的范围内,任何人均有自由发展其人格的权利。”(第2条)

[8] 《瑞士民法典》第28条第1项:“人格受到不法侵害时,为了寻求保护,可以向法官起诉任何加害人。”第2项:“除受害人允许的,或因重要的私利益或公益或依法律规定能提供正当理由的情形外,其他侵害行为均为不法的。”

[9] 这些条文的内容具体涉及人格侵害之具体诉讼请求(第28a条);保护人格之诉之诉讼管辖(第28b条);法官对人格侵权采取的措施(第28c条);人格权诉讼之审理程序以及法官得采取的紧急措施(第28d条);预防措施命令之强制执行(第28e条)及其申请不当之损害赔偿(第28f条)等。

放性。因此,对财产权和身份权不仅可以进行类型化处理,而且,以此种权利类型化为基础而建立的财产权体系(无论是以所有权为中心而一体建立的法国民法的财产权制度,抑或是以物权和债权的区分为基础而建立的德国民法的二元化财产权体制)和身份权体系,尽管必然具有某种封闭性,但通过在侵权责任制度中设置开放性保护的一般条款的方法,将未被权利类型化的财产利益和身份利益纳入保护范围,则前述封闭性的弊端即可得以补救。

但人格权则不同。人格权的保护对象为人的自由、安全 and 人格尊严,此种所谓“人格利益”的边界是模糊的。

第一,人格利益的范围具有不确定性。自德国民法理论创制“人格权”概念之后,从未有人试图指出人格权保护的“人格利益”的具体边界。理论上有关人格利益系由“被认识的人之为人的那些属性或性质,例如生命、健康、身体、名誉等”构成,<sup>[10]</sup>以及人格权是“人作为人的自由实现”的权利等种种论述,<sup>[11]</sup>无一例外地指出了人格权是“人之成其为人”的法律保障。而“人之成其为人”的范围,则当然不仅涉及私的生活领域(即所谓“市民社会”),更要涉及公的生活领域(即所谓“政治国家”)。因此,人格权所保护的并不仅限于人们在民事生活领域内的人格尊严,而是要保护人们在其社会生活中的全部领域范围内的人格尊严。而人的“自由、安全 and 人格尊严”是一种最为宏大和深刻的命题,指出其具体范围或者边界,殊无可能。

第二,人格利益的范围具有持续的扩张性。法律对公平正义的追求,其终极目的实际上是保护人实现其社会存在价值,而社会的发展和进步,则以人类社会向“自由王国”的接近而得以表现。因此,人们追求自由的渴望和激情是无穷无尽的,人格尊严的表现形式也会伴随社会经济、政治、道德、文化和教育的进步而不断扩张和发展(例如,现代社会中个人隐私保护需求的激增,就是“‘生活的紧张和复杂度’以及‘文明演进’的必然产物”<sup>[12]</sup>)。由此,人格利益呈现出一种开放性的特征。

上述分析表明,在以私生活领域为规范对象的民法典中,如果以与物权、债权、身份权等民事权利相同的构造方法设置人格权制度,显然会背离人格利益的本质属性,限缩和封闭人格权的保护范围。而从权利保护的角度对人格权作出救济性的规定(无论采用《法国民法典》设置禁止性规范的方法,或者采用德国以直接依据基本法而创制“一般人格权”以弥补《德国民法典》对侵权客体列举规定之不足的方法),以达成“凡是人格尊严遭受私权主体不法侵害的,即可发生损害赔偿及其他侵权责任”的效果,则可以使人格权的民法保护具备开放性的特点和功能。

根据我国民事立法的实际情况,已经颁布的《侵权责任法》肯定会在未来的民法典分则中单独成编,因此,与物权、债权、身份权以及侵权责任等编并列规定的人格权编只能由一系列赋权性规范而非救济性规范所构成,因此,如果人格权独立成编,其实质效果无疑是对“人格权仅仅是一种依据民法而取得的民事权利”的结论的盖棺论定。须知,依照法典编纂的逻辑体系,在设置人格权编的条件下,人格权编就是人格权侵权责任规范适用的依据和基础,而人格权编对人格权种类及范围的封闭性构造,

[10] Savatier, *Metamorphoses économique et sociaux du droit privé d'aujourd'hui*, III, n. 335; 转引自[日]星野英一:“司法中的人——以民法财产法为中心”,王闯译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第8卷,法律出版社1997年版,第176页。

[11] 转引自徐国栋:“‘人身关系’流变考”,载《中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会文集》,法律出版社2003年版。

[12] 美国学者布兰戴斯(Louis D. Brandeis)和沃伦(Samuel D. Warren)语。转引自王利明等编著:《人格权法》,法律出版社1997年版,第144页。

当然限制了侵权责任法的适用范围,换言之,即使在人格权编中设置人格权保护的一般条款,侵权责任的适用范围也无法及于民事生活领域之外,也就是说,人们在私生活领域之外所普遍享有的、由宪法和其他公法所直接赋予的人格权即使遭受私主体的不法侵害,仍然无法获得民法保护。在此,我国于20世纪90年代末发生的轰动一时的“中国宪法司法化第一案”(山东齐玉苓案),便是极好的范例。

在该案中,齐玉苓经考试合格被某中等专科学校录取,但被他人冒名顶替上了学,由此前程尽毁。尽管该案加害人的行为具备侵权责任的全部构成要件,但由于无法在民法上找到受害人被侵害的权利的具体种类,最高人民法院在有关批复中直接根据我国《宪法》第46条的规定,认定加害人以侵犯受害人姓名权的手段侵犯了受害人的“受教育权”,基层法院据此判令加害人承担侵权赔偿责任。<sup>[13]</sup>此案判决引起学界有关“宪法应否司法化”的激烈争论。时至今日,最高人民法院就齐玉苓案所作出的司法解释于2008年12月18日被公告废止,而鉴于齐玉苓所遭受侵害的人格利益(无论将之称为“受教育权”或者其他什么权利)明显不在民事领域的范围之内,故学者提出的人格权编草案建议稿中,也不会出现“受教育权”之类的人格权种类。这就意味着,时至今日,其在“公法领域内的人格利益”遭受私主体不法侵犯的齐玉苓们既不可能依据宪法的规定获得保护,也不可能依据民法的“人格权编”以及“侵权责任编”获得保护。

由此可见,如果将人格权在民法典中独立成编,齐玉苓及其他公民因其宪法赋予的各种人格权利遭受他人侵害所面临的法律适用问题,依然无法依据民法规范得到解决。事实就是,人格权的独立成编完全排除了民事领域之外的社会生活领域中人格尊严的民法保护:假如有作家在其出版的著作中否认南京大屠杀的历史事实,主张其人格尊严受到侵害的该大屠杀的幸存者或者相关组织肯定无法通过民事诉讼而追究该作家的侵权责任;假如有企业以合格的应聘者女性为由拒绝录用,则受害人有关其人格权遭受侵害的索赔请求,也断然不会被民事法庭所支持。这是因为,前述侵权行为的客体均明显不在民事生活领域之内,独立成编的人格权无法提供与之相吻合的人格权类型,而其人格权保护的一般条款为人格权类型化的基础和来源,其“民事”属性也排除了将之适用于民事生活领域范围之外的其他领域的可能性。但在德国,其司法实践根据《基本法》所创制的所谓“一般人格权”之最为重要的价值,便在于将人格权的民法保护扩张至民事生活领域之外的广阔空间(在相关判例中,根据德国联邦法院的判决,“否认屠杀犹太人历史,便是侵害了犹太人的一般人格权”,“因性别而拒绝向应聘者提供工作岗位,便是侵害了应聘者的一般人格权”,侵权人必须依照《德国民法典》第823条第1项之规定向受害人予以损害赔偿)。<sup>[14]</sup>质言之,人格权在民法典中的独立成编,“完全截断了在自然人基本权利的保护领域,民事司法直接向宪法寻找裁判规范之依据的进路,完全否定了被我国宪法直接赋予自然人的许多被视为‘公法权利’的人格权(如宗教信仰自由权、劳动权和劳动者休息权、受教育权等)获得民法保护的可能”。<sup>[15]</sup>反之,从保护和救济的角度规定人格权,拆除“人格权编”为人格权保护范围所设置的栅栏,将人格权保护的一般条款和具体条款移入侵权责任制度,使其对人格尊严

[13] 参见最高人民法院《关于以侵害姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释[2001]25号)。

[14] 《联邦最高法院民事裁判集》第75卷,第160页;《联邦劳动法院,新法学周报》1990年,第67页。转引自[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11月版,第811页。

[15] 尹田:“论人格权的本质”,载《法学研究》2003年第3期。

的保护范围扩及至人们社会生活的全部领域,才有可能达到强化和全面保护人格权的立法目的。<sup>[16]</sup>

## 二、人格权编的内容不具有行为规范性,不能成为司法裁判的依据

如果将须经主体的积极行为才能取得并实现其利益的权利称为“积极权利”,而将其利益实现仅表现为抵御他人之不法侵害的权利称为“消极权利”的话,财产权和身份权应属前者,而由民法典上的人格权编所规定的人格权应属后者。

作为一种“积极权利”的财产权和身份权,其权利的取得和行使,必须借助于人们的积极行为,为此,财产法和身份法具有行为规范的性质,亦即财产法和身份法必须具体标明权利主体的行为内容、范围和方式,必须对各种财产权和身份权的具体种类和变动依据等事项作出规定。由此,民法典中的物权编、债权编和身份权编的规范多为行为规范,尤其是在将物权与身份权(所谓“绝对权”)遭受侵害所生之侵权责任独立成编的情况下,物权编与身份权编的规范自然主要是行为规范。也就是说,物权编和身份权编的具体内容,主要是确认权利的具体权能(权利的内容)、权利的得丧变更以及权利行使的方式及其限制,这些规范,具有“定分止争”从而引导人们在民事活动中实施各种可为法律所保障的行为的功能,可以成为法院裁判权属争议、强制义务履行的法律依据。诚然,物权编和身份权编也有可能规定一些保护性规范,但这些原则性的少量规范,仅具指引作用。其权利救济的具体规范,系由侵权责任法加以规定。<sup>[17]</sup>

然而,由人格权编所规定的人格权为一种“消极权利”,是人们与生俱有、终生相伴的法定权利,其取得无需主体的积极行为,也不能发生任何变更、转让和放弃,且此种权利仅存在不受侵害的问题,其本身并不存在需要权利人以积极行为“行使权利”的问题。<sup>[18]</sup>事实上,有民法所规定的人格权的实现,是以人格尊严之不受侵害而加以表现的。因此,将人格权救济方法(即侵权责任)排除之后,人格权编的内容,原则上只能是对人格权的单纯确认,而不可能去规定人格权之权利变动和权利行使的任何内容,亦即人格权编的规范不具有行为规范的性质。

问题在于,由于由人格权编所规定的人格权纯属“防卫型”权利,被类型化的几种具体人格权只有在其被侵害时方可展示其权利内容,故立法者无法以通常的方式对其作出定义性规定,例如,对于生命权,只能规定“人的生命受法律保护”,或者“自然人享有生命权”,<sup>[19]</sup>但此种表述并未揭示生命权自身的内容,因此,人格权编所能完成的工作,只能主要是对人格权的类型化确定即固定具体人格权的种类,但其难以指明各种人格权的具体内容。从一些学者所提出的“人格权法编专家建议稿”的内

[16] 应当指出,我国现行《侵权责任法》第2条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”(第1款)“本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”(第2款)前述规定将侵权责任法的保护范围限制于“民事权益”,实属错误。

[17] 例如,我国《物权法》设置了“物权的保护”一章(第三章),但在其7个条文中,仅两个条文涉及侵权责任。

[18] 由此可见,既有人格权理论将人格权定性为“支配权”而无法自圆其说,系因忽略了此种权利的消极性质。与此同时,自然人对其姓名或者肖像的某种利用(如有偿许可他人使用其姓名或者肖像),是某些人格权“商品化”的结果,不能以之证明人格权的“积极权利”性质。

[19] 参见中国法学会民法学研究会:《人格权法编专家建议稿(征求意见稿)》第7条第1款。

容来看,其所列举规定的各种人格权大都缺乏实质性的定义,对具体人格权的辨认,基本上只能通过对该种人格权的救济性规范的描述来完成。例如,对于生命权,系通过“非依人民法院生效的死刑判决,不得剥夺自然人的生命”的禁止性规定来加以辨认;对于肖像权,系通过“制作他人的肖像,应当征得本人同意,未征得本人同意,本人可以请求停止侵害,但公益性拍摄等合理使用除外”等禁止性规定来加以辨认;对于名誉权,系通过“禁止任何人利用网络或其他即时通讯工具散布侮辱、诽谤他人的言论,毁损他人名誉”等禁止性规定来加以辨认,<sup>[20]</sup>等等。但是,同样依据民法典体系的编撰逻辑,在侵权责任独立成编的条件下,作为人格权侵权责任的构成要件,对人格权主体的加害行为(即禁止性规定指向的行为)应由侵权责任法加以规定。

由此一来,在剔除禁止性或者救济性规范之后,人格权编中所规定的多数具体人格权,便只能仅仅剩下为数甚少的几条乃至一条关于“某种权利受法律保护”的“宣示性”规范了。此种规范,无法直接作为人格权侵权纠纷的裁判依据。

应当指出,在既有被类型化的几种人格权之中,因人的生命健康涉及人自身的物质存在,文明社会对之予以法律保护不言而喻,故无论有无生命权、健康权、身体权的称谓,其从来就是包括侵权责任法在内的一切法律部门所保护的主要对象,民法赋予其权利种类的称谓,仅具形式上的意义而无实质意义,<sup>[21]</sup>而姓名权的主要内容(姓名的选择和变更等),纯为家庭亲属关系中的事项,故其更具备身份权属性,并非一种典型的人格权,其存在早已有之,本来就应当在亲属法中加以规定。因此,民法就人格权类型化所作出的贡献,主要在于创制了“名誉权”、“肖像权”和“隐私权”等三种人格权类型。<sup>[22]</sup>其中,名誉权和肖像权纯属“防卫型”权利,但肖像权却因肖像在现代社会的商品化(肖像许可使用等)而具有了某种“积极权利”的因素,从而使肖像权所涉及的某些规范具有了行为规范的性质。不过,前述肖像权的特殊性不能成为否认独立的人格权编内容空泛、对于司法裁判毫无实用价值的理由。

鉴于独立的人格权编基本不具有裁判规范的内容,其对于人格权所作出的类型化处理可以通过在自然人篇章中以对各种具体人格权列举规定的方式加以安排(包括对肖像使用许可规则的安排),也可以在侵权责任编中以救济规范的方式得以安排,故人格权的独立成编,并无应用价值。

最后应当指出,独立的人格权编必然要纳入法人人格权的内容,姑且不论法人人格权与自然人人格权具有本质的不同,仅从法律适用的角度而言,对法人名称权、名誉权简单的宣示性规定,<sup>[23]</sup>同样是毫无应用价值的。

[20] 参见中国法学会民法学研究会:《人格权法编专家建议稿(征求意见稿)》第7条第2款、第34条、第39条。

[21] 《人格权法编专家建议稿(征求意见稿)》将“器官捐献”、“遗体处置”等纳入“身体权”范围(第13-18条),其做法殊值存疑:作为一种公益行为,器官捐献应不属民事行为,不应由民法调整。而无论遗体处置方法是基于生者的意愿抑或死者的遗愿,生者对死者遗体的处置只能发生于死者死亡之后,况且死者生前有关其遗体处置方法的意愿是否能够产生一项具有法律强制力的“权利”,殊值存疑,故将之在“身体权”中予以规定,未必妥当。

[22] 《人格权法编专家建议稿(征求意见稿)》还创制了荣誉权、信用权、个人信息权、人身自由权以及贞操权等几种人格权,但荣誉权可包含于名誉权之内,个人信息权可包含于隐私权之内,信用权则因主要具备财产因素而不大符合人格权特征,人身自由权明显具有公法因素,而贞操权的观念未免过于陈旧,因此,前述人格权种类能否成立,尚不可知。

[23] 《人格权法编专家建议稿(征求意见稿)》在法人名称权的章节中纳入了有关法人名称的登记、变更、转让程序的规定等,明显不妥。

### 三、结语

综上所述,人格权在我国民法典中应否独立成编加以规定,并不仅仅是就人格权本质所引发的理论争议的问题,也不仅仅是单纯的立法技术或者法律逻辑如何科学运用的问题,而是关涉到人格权保护能否满足中国社会现在和未来发展需求、能否为司法实务提供真正有用的裁判规范的重大问题。独立的人格权编如果仅仅是“中看不中用”,鉴于其宣示权利的积极功能,尚可具保留价值,但如其反而限制了人格权的保护范围,则非弃不可。

#### **A Re-criticism of Personality Right as an Independent Part**

Yin Tian

**Abstract:** Because the range of personality interests is uncertain and continually expansionary, if the system of personality right is set up in the same way as the civil rights like property right, creditor's rights and status right, the protection of personality right will be narrowed and restricted to the field of civil life. The closed design of personality right types and range limits the scope of the tort liability law application. To strengthen the protection of personality right, it is necessary to move the general terms and special terms of personality right into the tort liability system and expand the scope of protection of human dignity to all fields of people's social life. For the legality and the pure defensiveness of personality right, the independent personality right part but simply confirm the types of personality right in the background of tort liability part, then the number of its terms is few and terms have no character of behavior rules, which result in that it cannot serve as the judicial basis. Therefore, it has no value to design the personality right as an independent part in civil code.

**Keywords:** personality right; personality interest; tort liability

(责任编辑:丁洁琳)

# 名誉侵权“过错”要件的比较研究

## ——基于我国大陆和台湾地区典型判例的分析

靳羽\*

**摘要:**过错要件是平衡法益保护与行为自由的“调节器”,过错要件的虚化导致我国现行名誉侵权制度难以实现表达自由与名誉权二者的平衡。我国台湾地区“最高法院”最近十年名誉侵权的司法实践主要围绕过错要件展开,过错的内涵指向被告对不实陈述的主观认知,确立以“合理查证”、“相当理由确信为真”的过错判断方法,并提出应以系争言论是否关乎公共利益为据,适用不同层次的过错标准。建议我国大陆的名誉侵权制度参考借鉴台湾地区的实务经验,回归过错要件传统内涵,并根据系争言论是否具有公益性,而分别适用重大过失、抽象轻过失的过错标准。

**关键词:**名誉侵权 过错 公共利益 表达自由

### 一、引言

实现表达自由与名誉权的平衡,确保二者各安其位、各得其所是每一个法治社会面临的共同课题。中外学者的大量实证研究表明,我国现行名誉侵权制度存在偏重名誉权保护而忽视表达自由的弊端,<sup>[1]</sup>为此,学术界针对该弊端开出了各种各样的“药方”,在《侵权责任法》制定的过程中,相关争议几乎达到了“白热化”的激烈状态。其中,有相当一部分学者强调名誉侵权的特殊性,认为应当借鉴英美诽谤法,构建包括事实基本真实、权威消息来源、连续报道、报道特许发言、公正评论、满足公众知情权等合计达二十余项的名誉侵权抗辩事由体系。<sup>[2]</sup>最终颁布的《侵权责任法》并未采纳该学术主张,以最高人民法院司法解释、批复为核心的现行名誉侵权法律制度得以维持。相较于立法者的稳健态度,部分司法实务机关则稍显“激进”,英美诽谤法上的部分抗辩事由,特别是美国诽谤法上的“公众人物”抗辩屡被采纳。<sup>[3]</sup>

\* 西南政法大学民商法学专业博士研究生,福建省厦门市中级人民法院助理审判员。

[1] Benjamin L. Liebman, *Innovation through Intimidation: An Empirical Account of Defamation Litigation in China*, 47 Harv. Int'l L.J. 33, 44-45 (2006); 魏永征:《新闻传播法教程》,中国人民大学出版社2002年版,第7页;陈志武:《媒体、法律与市场》,中国政法大学出版社2005年版,第83页。

[2] 参见魏永征:“中国大陆新闻侵权法与台湾诽谤法之比较”,载《新闻大学》1999年第4期,第16-22页;魏永征:“舆论监督与‘公众人物’”,载《国际新闻界》2000年第3期,第44-48页;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,第3-4页;魏永征:“中国媒介管理法制的体系化——回顾媒介法制建设30年”,载《国际新闻界》2008年第12期,第75-80页;魏永征:“从‘新闻侵权’到‘媒介侵权’”,载《新闻与传播研究》2014年第2期,第5-21页。

[3] 参见刘迎霜:“名誉权中‘公众人物理论’省思——以司法裁判实证分析为视角”,载《社会科学》2014年第6期,第95-98页。

尽管基于法律移植广泛存在的现实,法律可否移植的争论已经不再具有现实意义,<sup>[4]</sup>但正如费孝通先生在论及我国近代移入西方法律制度的教训时所言,“法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了”。<sup>[5]</sup>毋庸讳言,英美诽谤法抗辩事由的确赋予表达自由以相对较大的空间,然而许多人却忽视了大陆法系侵权法的功能之一即是通过保护法益以界定行为自由,亦即拉伦茨所谓,“侵权制度的基本问题就在于法益保护与行为自由之间的紧张关系”。<sup>[6]</sup>而据以调和平衡这种紧张关系的主要工具就是归责事由,也就是指一个人需要对他人的损害承担责任的正当性基础。<sup>[7]</sup>传统上认为,损害转移由他人负担之主要理由在于,引发损害之人具有过错,因而应负担赔偿责任。<sup>[8]</sup>以过错为核心的主观归责理论,体现的是一种依赖于人的意志力所控制的行为的判断标准,而独立意志奠定了法律意义上行为自由的基础,故过错归责原则遂成为平衡行为自由与法益保护的“调节器”。<sup>[9]</sup>

据此,表达自由与名誉权二者之间能否实现平衡,首先取决于过错责任原则能否切实得到贯彻,过错要件的调节功能是否得以充分发挥。而造成我国现行名誉侵权制度不利于表达自由的“症结”,恰在于归责原则的“扭曲”和过错要件的“虚化”。我国台湾地区的名誉侵权制度在2003年之前亦存在与大陆相似的弊端,但最近十余年在司法实践中逐步实现了过错要件的回归与现代解读。本文以“北大法宝”和“法源法律网”为检索工具,选取海峡两岸具有代表性的典型判例进行比较研究,以期对我国大陆名誉侵权制度的完善有所裨益。

## 二、过错的内涵、判断方法与标准

### (一)我国大陆

#### 1. 法律文本解读

最高人民法院分别于1993年、1998年颁布的两个司法解释——《关于审理名誉权案件若干问题的解答》(下文简称《解答》)、《关于审理名誉权案件若干问题的解释》(下文简称《解释》)是我国大陆目前审理名誉侵权案件的主要法源依据。

《解答》第7条第1款明确将名誉侵权界定为一般侵权行为,适用过错责任的归责原则,<sup>[10]</sup>然而在该条第4款以及第8条第4款关于名誉侵权具体认定标准的规定中,过错要件却处于实质虚化的

[4] 王晨光:“法律移植与转型中国的法制发展”,载《比较法研究》2012年第3期,第28页。

[5] 费孝通:《乡土中国》,三联书店1996年版,第59页。

[6] *Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Teil 2, 13. Aufl., 1994, S. 350.* 转引自朱岩:《侵权责任法通论(总论)》,法律出版社2011年版,第86页。

[7] 同注6引书,第230页。

[8] 陈聪富:《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第7页。

[9] 同注6引书,第235页。

[10] 该条款规定:“是否构成侵害名誉权的责任,应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。”按照这一规定,名誉侵权责任的成立采“四要件说”,但2009年颁布的《侵权责任法》第6条关于一般侵权行为的责任成立要件中,并未明确规定“违法性”要件,参与立法的王利明教授认为,由于第2条将权利、合法利益加以平等保护,“违法性”要件与这一制度框架不相容,因此第6条实际上采纳的是以过错吸收违法性的制度安排。参见王利明:“我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗?”,载《中外法学》2012年第1期,第5页。

状态。<sup>[11]</sup> 按照第7条第4款的规定,凡新闻报道因严重失实而造成他人名誉受损后果者,即认定名誉侵权成立,至于被告对“报道严重失实”的主观认知如何,亦即是否存在“过错”,司法解释则弃置不问,过错要件对于责任成立与否毫无影响。根据《解答》第7条第4款、第8条第3款的规定,<sup>[12]</sup>行为人为人侵害名誉权存在两种行为样态:一是以侮辱性、诽谤性的表达方式实施直接侵害;二是以失实的陈述实施间接侵害。在第一种样态下,凡理性之人皆有辨识究竟何种措辞具有侮辱性、诽谤性的能力,故第一种行为样态属过错侵权自无疑问。但是在第二种样态下,不问行为人对陈述失实是否存在过错,直接认定为侵权行为则明显与过错归责原则相悖。

## 2. 典型判例解析

前述司法解释虚化过错要件的制度安排,无可避免地反映到司法实践当中。截至目前,最高人民法院审理的距今最近的名誉侵权案件为2011年“如烟集团等诉《京华时报》社名誉侵权案”(下称“如烟案”),<sup>[13]</sup>《最高人民法院公报》刊登的距今最近的名誉侵权案件为2008年“李忠平诉南京艺术学院、江苏振泽律师事务所名誉侵权纠纷案”(下称“李忠平案”),<sup>[14]</sup>下文即以这两个案件为例进行分析。

最高人民法院“如烟案”中就过错要件作出如下论证:“被告是否具有侵害两原告名誉权的主观过错和涉案报道是否构成严重失实,即‘如烟’是否存在安全隐患,是双方争议的焦点所在。一是被告是否具有主观上的恶意即主观过错。……‘如烟’作为新型产品,其安全性的检测结果截至目前尚未明确。在此情况下,被告作为新闻媒体运用其独有的舆论监督的权利,从社会公众健康利益出发,对其本身并无直接利害关系的社会关注焦点,对安全性不确定的市场在售的产品安全性提出质疑,并未超出其职责范畴。……故《京华时报》社不存在主观过错,不具有侵害两原告名誉权的主观要件。”

南京市中级人民法院在“李忠平案”中就被告有无过错作出如下认定:“上诉人艺术学院、振泽律师事务所共同发表涉案律师声明,在未明确指明起止时间的情况下,模糊、笼统地宣称被上诉人李忠平‘既非艺术学院人员也非南艺培训中心人员’、‘艺术学院培训中心从未授权李忠平以南艺培训中心名义对外开展活动’,该声明内容与事实不符。艺术学院、振泽律师事务所应当预见自己的行为可能发生损害李忠平名誉的后果,但仍在报刊、网站刊载涉案律师声明,致使李忠平的社会评价降低。艺术学院、振泽律师事务所的上述行为不具有抗辩事由或阻却违法事由,已构成对李忠平名誉权的侵害。”

[11] 第7条第4款规定:“因新闻报道严重失实,致使他人名誉受到损害的,应按照侵害他人名誉权处理。”第8条第4款规定:“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。”

[12] 该条款规定:“文章反映的问题虽基本属实,但有侮辱他人人格的内容,使他人名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。”

[13] 最高人民法院(2011)民四终字第16号民事判决。案情概要:2006年11月22日,《京华时报》刊登该报记者采写的名为《“如烟”存在安全隐患,依旧上市销售》的报道,称“如烟”产品说明书标注的烟碱含量18毫克,戒烟专家指出该尼古丁含量肯定会对人体存在安全隐患,且该产品的安全性亦未经相关部门权威检测。“如烟”公司认为前述报道失实,遂向法院起诉。一审、二审均判决名誉侵权不成立。

[14] “李忠平诉南京艺术学院、江苏振泽律师事务所名誉侵权纠纷案”,载《最高人民法院公报》2008年第11期,第44-48页。案情概要:2003年12月1日,南京艺术学院下属的产业开发与李忠平签订协议,聘用李忠平为该学院培训中心副主任,主管美术培训。2004年5月1日,双方续签一份协议书,约定继续聘任李忠平为该培训中心副主任。2005年10月28日,南京艺术学院单方终止上述协议,但李忠平仍在该培训中心从事美术培训工作。2006年7月7日,南京艺术学院培训中心向李忠平发出书面通知,要求李忠平办理移交手续。7月15日,南京艺术学院委托振泽律师事务所发表涉案律师声明,并刊登在《扬子晚报》上,称南京艺术学院培训中心从未授权李忠平代表该培训中心对外开展活动,对李忠平个人以培训中心名义对外开展的任何活动均不予认可。李忠平主张涉案律师声明内容失实,损害其名誉权,遂向法院起诉。一审、二审均判决名誉侵权成立。

“如烟案”中,法院将“‘如烟’是否存在安全隐患”作为被告是否具有“主观过错”、“涉案报道是否构成严重失实”的判断依据。显然,“‘如烟’是否存在安全隐患”乃是一项客观事实,如果说以其判断涉案报道是否严重失实尚称合理的话,那么将被告的“主观过错”与该客观事实勾连在一起明显不合逻辑,唯一合理的解释就是法院认为凡被告所作陈述与客观事实不符而造成他人名誉权受损后果者,均应认定被告存在主观过错,遵循的是“有损害就有赔偿”的裁判思路,过错要件根本无从体现,明显有悖于过错责任的归责原则。“李忠平案”亦存在相同的问题,涉案律师声明的内容究竟是否属实乃是一项客观事实,不能依据声明内容失实即直接认定被告存在主观过错,判定其承担侵权责任。

据此,名誉侵权中的过错应当是指被告对不实声明的主观认知,即明知或应知不实却仍然发布,而不应以不实的结果反推被告存在过错,否则,即有违过错责任归责原则,而滑向久已淘汰的结果客观归责,<sup>[15]</sup>意味着有损害结果就有侵权责任,既然行为人的主观意志无从体现,那么以理性意志为基础的表达自由当然亦无法奢望获得应有的保障,从而造成行为人动辄得咎的后果。因此,过错要件的虚化是造成我国现行名誉侵权制度保障表达自由不力的“症结”所在。

## (二)我国台湾

### 1. 法律文本解读

名誉侵权在我国台湾地区“民法”的请求权基础为第184条<sup>[16]</sup>第195条第1款,<sup>[17]</sup>鉴于名誉受损多由言论不实所致,故名誉侵权司法实践常类推适用“刑法”第310条第3款:“对于所诽谤之事,能证明其为真实者,不罚。”因此,名誉侵权诉讼多采取刑事诽谤的诉讼结构,由被告承担其陈述属实的举证责任。以上规定并未明确界定过错的内涵究竟为何,如果只是望文生义地进行解读,极易得出与大陆《解答》的规定相同的结论:凡是造成原告名誉受损的不实陈述,即意味着被告存在过错。

基于以上原因,我国台湾地区2003年之前的司法实践普遍持与大陆相似的见解,例如,台湾地区“最高法院”在1993年的一则判例中指出,“上诉人就足以损毁被上诉人名誉之事散布于众,对于发生侵害被上诉人名誉之结果,不能谓非具有故意,复不能证明其所诽谤之事实为真实,即难认有免责之理由存在”。<sup>[18]</sup>这就是说,无论被告主观上对于不实言论的形成是否有过错,只要这些言论被证明为不实,即构成侵权。台湾地区学者就此评价:“传统民事实务针对诽谤事项之‘不实’并非采取过错责任,而是变相采取无过错责任。”<sup>[19]</sup>司法实务之所以与实体法规定存在如此明显的矛盾,唯一合理的解释是“陈述不实”并不被视为名誉侵权的客观构成要件,<sup>[20]</sup>从而被告只要能够证明陈述属实,就可以免责,至于其主观上是否有故意或过失,对于侵权成立并无实质影响。

[15] 在侵权责任法的历史发展中,归责先后经历了从原始的结果客观归责,到近代的主观归责,再到现代客观归责的发展历程。同注6引书,第233页。

[16] 该条规定:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以背於善良风俗之方法,加损害于他人者亦同。违反保护他人之法律,致生损害于他人者,负赔偿责任。但能证明其行为无过失者,不在此限。”

[17] 该条规定:“不法侵害他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操,或不法侵害其他人格法益而情节重大者,被害人虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。其名誉被侵害者,并得请求回复名誉之适当处分。”

[18] 台湾地区“最高法院”1993年度台上字第200号民事判决。

[19] 许家馨:“释字第509号解释应否适用于民事案件——为‘最高法院’新新闻案判决翻案”,载《月旦法学杂志》第132期,2006年5月,第120页。

[20] 依台湾地区学界通说,侵权行为之成立要件一般分为客观要件与主观要件。客观要件为:加害行为、损害、行为不法、因果关系;主观要件为:行为人有责任能力、行为人有故意或过失。参见邱聪智:《新订民法债编通则(上)》,中国人民大学出版社2004年版,第154-175页。

## 2. 典型判例解析

面对前述制度变相采纳无过失归责原则从而过分压缩表达自由空间的弊端,我国台湾地区“最高法院”在进入21世纪之后,于一系列案件中重新阐释过错的内涵,并提出了判断过错的方法,典型判例是2003年的“朱高正诉郁慕明、陈癸森案”(下称“朱高正案”)<sup>[21]</sup>和2004年的“吕秀莲诉新新闻案”(下称“吕秀莲案”)<sup>[22]</sup>。

第一,过错的内涵。关于过错的内涵,<sup>[23]</sup>法院在“朱高正案”中指出,“上诉人……亦不能证明本于该信函或其他证据资料,有相当理由确信被上诉人即为化名陈广信之人……于前揭时地发布新闻稿……即属虚构之指摘,并足以毁损被上诉人之名誉。上诉人所辩无故意、过失或具阻却违法事由云云,均不可采”。在此,“最高法院”首次提出“有相当理由确信为真”原则,这意味着,即便被告无法证明其陈述符合客观事实,但只要其“有相当理由确信”陈述属实,就可以据此认定其无故意或过失,被告对于陈述真实性的主观认知由此被纳入名誉侵权构成要件之列。

如果说我国台湾地区“最高法院”在“朱高正案”中的态度仍显含混,那么在“吕秀莲案”中的态度则更加明朗:“上诉人于为系争报导前,依向相关人士查证结果,已有明显理由,足以怀疑系争报导之正确性,而仍予报道,且于封面以耸动肯定:《鼓动绯闻,暗斗阿扁的竟然是吕秀莲》等语作为主要标题,并于内文登载如附件二所示之文字,自难谓无过失。”据此,过错的内涵明确指向被告对其陈述不实的主观心理状态,而不再以陈述不实的结果反推存在过错,回归我国大陆侵权法过错要件的传统内涵,归责原则亦得以因此而转向。

第二,过错的层次与判断方法。在我国台湾法上无兼括故意或过失的概念,判例学说上所称过失责任包括故意在内。<sup>[24]</sup>关于“故意”概念,学说及实务见解基本一致,唯关于过失概念,因台湾“民法”并无明文规定,实务见解尚不统一。<sup>[25]</sup>学界通说认为,行为人之过失,易言之,就特定事件能注意不注意,其程度因具体事件之不同而有轻重之别,通常分为三种:抽象轻过失,指未尽善良管理人之注意;具体轻过失,指未尽自己处理事务同一之注意;重大过失,指未尽一般人所能之注意。<sup>[26]</sup>故意捏造事实毁损他人名誉当然构成名誉侵权,甚至可能构成刑事犯罪,但究竟何种程度的过失系名誉侵权成立的“门槛”,“最高法院”长期未予明确,<sup>[27]</sup>“朱高正案”亦然:“上诉人……指称……等情事,即属

[21] 台湾地区“最高法院”2003年度台上字第870号民事判决。案情概要:1997年3月22日,郁慕明、陈癸森二人召开记者会,称朱高正曾于70年代至80年代初期留学德国期间,接受台湾情报部门资助,专门收集党外情报,专门破坏反对运动,90年代又奉命卧底于新党,一再伺机破坏新党之声誉与形象。1997年3月24日,朱高正以郁慕明、陈癸森涉嫌诽谤其名誉为由,提起刑事自诉,并于1998年7月10日提起附带民事诉讼。本案一审、二审、终审均判决名誉侵权成立。

[22] 台湾地区“最高法院”2004年度台上字第851号民事判决。案情概要:2000年11月16日,《新新闻》第715期以《鼓动绯闻,暗斗阿扁的竟然是吕秀莲》为题,报道吕秀莲于2000年11月13日晚间11点多主动打电话给某媒体主管杨照闲聊,但突然询问对方对陈水扁幕僚的熟悉程度,在提及萧美琴时,吕秀莲说:“我跟你讲一下,美琴最近有一些问题……”讲到关键处,吕秀莲停了一下,接着以极为镇定又神秘的语气缓缓地说:“‘总统府’闹绯闻,嘿嘿。”关于吕秀莲此举的动机,报道暗示吕秀莲欲借此抹黑陈水扁以取而代之。报道刊出后,吕秀莲以《新新闻》报道严重失实,侵犯其名誉权为由,于2000年12月21日向法院起诉。本案一审、二审、终审均判决名誉侵权成立。

[23] 我国台湾地区的学术著作和司法实务一般都使用“过失”概念而不使用“过错”概念,由于二者的内涵基本一致,因此出于符合大陆行文习惯的考虑,本文中除引用台湾学者著作和判决书的部分之外,一律使用“过错”术语,特此说明。

[24] 王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第12页。

[25] 同注8引书,第17页。

[26] 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第82页。

[27] 参见台湾地区“最高法院”2001年度台上字第646号、2001年度台上字第2026号、2001年度台上字第2109号、2001年度台上字第2283号民事判决。

虚构之指摘,并足以毁损被上诉人之名誉。上诉人所辩无故意、过失或具阻却违法事由云云,均不可采。”

“吕秀莲案”首次明确名誉侵权成立的过错标准:“而所谓过失,乃应注意能注意而不注意,即欠缺注意义务之谓。构成侵权行为之过失,系指抽象轻过失,即欠缺善良管理人之注意义务而言。”据此,成立名誉侵权的过失标准为抽象轻过失,即使是原告身份如吕秀莲这样的知名政治人物亦如此。因抽象轻过失标准过于抽象而不易把握,我国台湾地区“最高法院”予以详尽阐释:“倘其在报道前业经合理查证,而依查证所得资料,有相当理由确信其为真实者,应认其已尽善良管理人之注意义务而无过失,纵事后证明其报道与事实不符,亦不能令负侵权行为之损害赔偿。”

在此,“最高法院”第一次以“合理查证”作为对他人名誉权所负“善良管理人注意义务”的内涵,“未为合理查证”即意味着有过失,同时又以“有相当理由确信其为真实”补充“合理查证”的内涵。<sup>[28]</sup>至于何谓“未为合理查证”,“最高法院”指出,“惟为兼顾个人名誉法益之保护,倘其未加合理查证率予报道,或有明显理由,足以怀疑消息之真实性或报道之正确性,而仍予报道,致其报道与事实不符,则难谓其无过失,如因而不法侵害他人之名誉,即应负侵权行为之损害赔偿。”质言之,判断被告是否存在过错,应根据被告在发表陈述之前,是否就相关事实进行查证,且达到有理由相信该陈述属实的客观外在行为来判断。这不只是将过错的内涵指向被告的主观认知,而且强调以被告的外在行为加以判断,契合当前过错判断客观化的潮流。

### 三、适用“公众人物”理论的偏差与争议

美国诽谤法上的“公众人物”理论自1964年诞生以来即颇受各界瞩目,亦对两岸司法实践产生一定影响。我国台湾地区采纳“公众人物”理论始于1998年“乙某诉另眼文化事业股份有限公司案”,<sup>[29]</sup>我国大陆始于2002年“范志毅诉《新民晚报》案”。<sup>[30]</sup>截至目前,两岸各有数十件采纳“公众人物”理论的判例,所不同者,台湾地区“最高法院”曾于2004年“张俊宏诉李敖案”(下称“张俊宏案”)<sup>[31]</sup>2006年“谢长廷诉邱毅案”(下称“谢长廷案”)<sup>[32]</sup>采纳“公众人物”理论,我国大陆迄今仅有部分基层法院和中级法院采纳该理论,《最高人民法院公报》亦未刊登过此类判例。下文即以台湾地

[28] 参见许家馨:“表达自由与名誉权的探戈:‘我国’名誉侵权法实务与理论之回顾与前瞻”,载《政大法学评论》第128期,2012年8月,第214页。

[29] 台北士林地方法院1998年度诉字第231号民事判决。

[30] 上海市静安区人民法院(2002)静民一(民)初字第1776号民事判决。

[31] 台湾地区“最高法院”2004年度台上字第1979号民事判决。案情概要:2000年3月31日,李敖在其主持环球电视台旗下“李敖挑战”电视栏目时,指称张俊宏与连方瑀会面谈话后,屈从国民党以及陈水扁意愿,意图消灭环球电视台以钳制社会舆论。同年4月3日,李敖在前述节目中称陈水扁以“入阁”为交换条件,要求张俊宏消灭环球电视台。次日,李敖在节目中指张俊宏不敢回应,称其为“缩头乌龟”、“小人”,并公布其电话及家庭住址,号召观众通过拨打电话、写信的方式进行抗议。张俊宏以李敖虚构事实,侵犯其名誉、隐私为由向法院起诉。关于名誉侵权部分,一审、二审、终审均判决名誉侵权不成立。

[32] 台湾地区“最高法院”2006年度台上字第2365号民事判决。案情概要:2002年5月21日,邱毅召开记者会,称谢长廷在高雄捷运招标过程中,违反相关规定,发还给“高捷运输企业联盟”缴纳的保证金4000万元,虽经高雄市民意机关纠正,仍一意孤行,有图利厂商之嫌;“高捷运输企业联盟”系由山集团及亚斯通公司组成,山集团负责人苏国华、林明哲等人在谢长廷竞选市长时为其提供政治献金,也是“谢长廷基金会”的支持者;谢长廷刚当选高雄市长时负债2000万元,而后,资产却以异常速度增加,根据最新调查,谢长廷目前存款800万元、外币存款39万美元、投资金额2000万元。谢长廷以邱毅侵害其名誉权为由起诉。一审、二审、终审均判决名誉侵权不成立。

区前述两个案件和大陆近年较具影响力的“郑智诉《金陵晚报》案”(下称“郑智案”)<sup>[33]</sup>“陈亦明诉李承鹏等案”(下称“陈亦明案”)<sup>[34]</sup>“方是民诉王牧笛案”(下称“方是民案”)<sup>[35]</sup>为例进行比较分析。

### (一)表达自由定位的差异

著名法学家庞德曾指出,“英美法,尤其是美国法律思想的独特之处在于个人主义的极端性,对个人利益和财产采取不妥协的坚持态度而成为法理学的焦点”。<sup>[36]</sup>以个人本位为特征的个人主义正是自由主义思想体系的核心价值,自由主义作为近代以来西方政治哲学思想的主线,<sup>[37]</sup>其影响力贯穿近代以来普通法的演化史,其中最典型的体现就是《美国宪法第一修正案》几乎赋予表达自由以绝对的优先性,<sup>[38]</sup>“公众人物”理论下的“表达自由抗辩”则是这一思想观念在诽谤法领域的具体呈现。但就样本判例而言,我国两岸司法实践对于表达自由权利位阶的界定存在明显差异。

#### 1. 我国大陆

根据我国《宪法》第35条、第38条的规定,<sup>[39]</sup>涵盖于公民人格尊严范畴的名誉权以及包括言论、出版自由在内的表达自由,<sup>[40]</sup>均属公民基本权利范畴,并未对它们作出“高低贵贱”的区分,因此二者处于同等权利位阶,也就是说,表达自由是一种相对性而非绝对性的权利。

职是之故,大陆名誉侵权司法实践无不直接或间接地强调表达自由的有限性,例如在“方是民案”中,法院即直接指出,“不可否认,言论自由是相对的,作为公民在现实社会的投影和延伸,微博环境下言论自由的行使,也应以不得侵犯其他人的合法权益为限”。在“郑智案”中,法院则是以间接方式强调表达自由的有限性:“法律既要保护公民的名誉权,又要依法支持新闻单位行使舆论监督权……媒体是公众了解世情的渠道,报道事实是新闻媒体最基本的职责,也是社会公共利益的一部分。涉案报道是在‘反赌扫黑’的特定背景下,被告从新闻媒体的社会责任与义务出发,对社会公众关注的焦点,

[33] 上海市静安区人民法院(2010)静民一(民)初字第2807号民事判决。案情概要:2010年7月19日,《金陵晚报》刊发一篇名为《郑智老婆比郑智有钱》的报道,称郑智最终决定回国加盟恒大,恒大的诚意和高薪是一大原因,并称有知情人士透露,一些关于郑智赌球的传闻,也是他回国的原因之一,还称有圈内人爆料,郑智平时的爱好不多,赌球就是其中之一,还有一种猜测,郑智在国外后来经常坐板凳,也是俱乐部对其赌球行为的怀疑。郑智认为前述报道严重侵害其名誉权,遂向法院起诉。一审判决名誉侵权不成立,双方当事人均未上诉。

[34] 广东省广州市中级人民法院(2011)穗中法民一终字第4661号民事判决。案情概要:李承鹏、吴策力、刘晓新三人合著《中国足球内幕》一书,该书于2010年1月9日公开发售。《足球》报从2009年12月21日起以《中国足球内幕——风暴中的打假扫黑》为题,连载《中国足球内幕》的内容。2010年1月4日,《足球》报整版转载《中国足球内幕》第二部分,标题为《陈亦明,从名帅到赌徒》,称陈亦明涉嫌赌球。陈亦明遂以李承鹏、吴策力、刘晓新三人侵害其名誉权为由向法院起诉。一审判决名誉侵权成立,二审改判名誉侵权不成立。

[35] 北京市海淀区人民法院(2014)海民初字第8684号民事判决。案情概要:2013年7月14日至2014年3月20日期间,王牧笛先后数十次发布微博,称方舟子一贯造谣、抄袭剽窃他人作品,并使用“不要脸”、“卖傻装疯”、“畜生”、“疯狗”等字眼。方是民以上述言论侵害其名誉权为由向法院起诉,一审判决名誉侵权成立,双方均未上诉。

[36] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏、高雪原、廖湘文译,夏登峻审校,法律出版社2010年版,第21页。

[37] 参见陈华森:“自由主义个人与社会关系理论的困境与超越”,载《政治学研究》2009年第3期,第20页。

[38] 参见吴秋余:《表达自由视野下的新闻侵权研究——以美国宪法第一修正案为参照》,法律出版社2013年版,第45-47页。

[39] 我国《宪法》第35条规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”第38条规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”

[40] 学术界普遍认为,“表达自由”较“言论自由”涵盖面更广:一是其表达形式不限于由语言、文字形成的言论,还包括象征性语言,如形体动作、图像、绘画、雕塑、音乐等艺术形象,企业组织、社会团体和社会活动的标志、礼仪(如宗教仪式、团体集会的仪式)以及某些表达内心意愿的行为等,都属于表达自由;二是宪法规定的言论自由、新闻自由、信息传播自由、结社自由、出版自由、集会游行示威自由、科学研究和文艺创作的自由、对国家机关及其工作人员提出批评建议、控告的权利等,都属于表达自由的范畴。参见杜承铭:“论表达自由”,载《中国法学》2001年第3期,第56-58页;郭道晖:“论作为人权与公民权的表达自由”,载《南京大学法律评论》2003年秋季号,第37-38页。

行使报道和舆论监督,以满足社会公众的知情权,依法应受法律保护。”在此,法院并未直接强调表达自由的有限性,而是通过论证“舆论监督权”的有限性间接阐述表达自由的有限性,因为“舆论监督权”本身并非宪法规定的基本权利,且实现“舆论监督”正是表达自由的功能之一。

## 2. 我国台湾

表达自由作为基本权利规定于我国台湾地区“宪法”第11条,<sup>[41]</sup>尽管“宪法”并未将名誉权规定为一项基本权利,但“司法院”大法官解释再三肯定包括名誉权在内的人格权系受“宪法”第22条<sup>[42]</sup>保障的自由权利,即人格权亦属于基本权利范畴。<sup>[43]</sup>据此,我国台湾地区“宪法”与我国大陆《宪法》的规定基本一致,亦将表达自由、名誉权二者界定为处于同等权利位阶的基本权利。

但是,在“吕秀莲案”短短五个月之后,台湾地区“最高法院”却在“张俊宏案”不仅突然转向“公众人物”理论,而且突破“宪法”的前述精神,赋予表达自由以压倒性优势地位,并以之作为论证“公众人物”张俊宏名誉权退让的逻辑起点:“按表达自由为人民之基本权利,有个人实现自我、促进民主政治、实现多元意见等多重功能,维护表达自由即所以促进民主多元社会之正常发展,与个人名誉之可能损失,两相权衡,显然有较高之价值,‘国家’应给予最大限度之保护……依原审所确定之事实,张俊宏提出之证据方法,亦无从证明‘该事实确属虚妄,李敖故意捏造’、‘李敖出于明知其为不实或因重大过失、轻率、疏忽而不知其真伪’等有‘真实恶意’之情节。”“谢长廷案”亦以基本相同的论证理论强调了表达自由的优先性,不再赘述。依美国联邦最高法院的见解,“公众人物”名誉权相较于表达自由之所以应当退让,原因之一是表达自由本身的重要价值,原因之二是“公众人物”有较多接近媒体的机会,可在第一时间作自我澄清且其负有必须接受公众评断的义务。<sup>[44]</sup>我国台湾地区“最高法院”明显是模仿这一论证逻辑:张俊宏、谢长廷作为知名政治人物,有利用媒体澄清的优势,亦有义务接受大众监督、评价,而监督、评价多经由言论而实现,因此就权利位阶论之,表达自由具有优先于名誉权的合理性。

显然,以上结论违反了台湾地区“宪法”的规定,更重要的是该结论无视媒体发展的社会现实和两项基本权利功能上的一致性。首先,如果说在 Sullivan 案发生的 20 世纪 60 年代,人们尚不知互联网为何物的背景下,强调“公众人物”具有利用媒体的优势地位尚称合理的话,那么在已经进入“自媒体时代”,几乎每个人都可以借助互联网成为信息发布者的今天,所谓利用媒体的优势地位虽不至于荡然无存,恐怕也所剩无多了;其次,名誉权与表达自由在现代社会均蕴含人性尊严及个人主体性,它们既是实现民主法治的手段,同时又是民主法治孜孜以求的目标,因而无论是从功能抑或价值的角度衡量,二者都是同等重要的,不宜作出高下之分。

### (二) 适用“公众人物”理论的偏差

众所周知,“公众人物”理论的核心是“真实恶意”(actual malice)法则,即当原告系“公众人物”时,只有当其以“明确而令人信服”(convincing clarity)的证据证明被告明知报道不实(knowledge of fal-

[41] 该条规定:“人民有言论、讲学、著作及出版之自由。”

[42] 该条规定:“凡人民之其他自由及权利,不妨害社会秩序公共利益者,均受‘宪法’之保护。”

[43] 台湾地区“司法院”释字第 399 号解释、第 587 号解释、第 603 号解释分别认定姓名权、子女获知自己血统的权利、隐私权均属于“宪法”第 22 条规定的基本权利。基于人性尊严与个人主体性,以及维护人格之完整,台湾地区学者及司法实践历来公认名誉权亦属于不可或缺的基本权利。参见王泽鉴:“人格权保护的课题与展望(三)——人格权的具体化及保护范围(4)——名誉权(下)”,载《台湾本土法学杂志》第 90 期,2007 年 1 月,第 32 页。

[44] See *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 344 (1974).

sity)或根本不在乎其真伪(with reckless disregard)时,被告才应承担推定及惩罚性损害赔偿责任(presumed and punitive damages)。<sup>[45]</sup>且不说作为“真实恶意”法律后果的“推定及惩罚性损害赔偿”为英美法所特有,举证责任的转换、证明标准的提高更是“真实恶意”法则所不可或缺的两个组成部分。Sullivan案之前,美国诽谤诉讼由被告承担证明其陈述属实的举证责任,证明标准达到优势证据(preponderance of evidence)即可,而“真实恶意”法则转由原告承担证明被告对于陈述不实具有“真实恶意”的举证责任,证明标准亦提高至“明确而令人信服”的程度。<sup>[46]</sup>然而,两岸司法实践在借鉴“公众人物”理论时,对于“真实恶意”法则的理解都存在不同程度的偏差。

### 1. 我国大陆

在“陈亦明案”中,法院指出,“陈亦明是体育名人,属公众人物。公众人物的名誉权与一般个人的名誉权保护的差异,本质上体现了保护公众议论与允许信息有限错误,以及公共事务信息公开与个人隐私保密之间的均衡关系。……对于作为公众人物的体育名人对于新闻报道可能对其名誉造成轻微损害应当予以容忍”。再比如在“方是民案”中,法院指出,“本案原告方是民笔名‘方舟子’,因在学术打假、转基因论战中的种种表现、成就、争议和影响力而毫无疑问地具有公众人物的身份和地位。本案中,相关言论均与‘方舟子’有关……虽然王牧笛的相关微博言论在论及对方是民某些行为的评价和质疑时,所引述的相关文章中的事实与客观事实可能存在一定出入,但只要王牧笛在引述相关事实进而发表评论的过程中,其主观上对相关引述事实是真实的,并不存在明显的恶意或者公然侮辱、损害其人格尊严,就不能认定其构成侵权,反之则反”。

以上两案中,法院只是以陈亦明、方是民系公众人物为由,判定他们的名誉权应当退让,至于退让的具体标准,则是“允许信息有限错误”、“文章中的事实与客观事实存在一定出入”。法院提出的这两项标准存在以下三个方面的问题:其一,根据《解答》第7条第4款的规定,“新闻报道严重失实”是名誉侵权的构成要件之一,而以上两项标准显然不属于“严重失实”的情形,因此依据现行规定即可判定侵权成立与否,亦即,原告的公众人物身份对于判定侵权是否成立毫无意义;其二,“真实恶意”是指被告“明知报道不实”或“根本不在乎其真伪”的主观心理状态,并非指报道是否符合客观事实,以上两项标准仍然纠结于报道本身的真实性,不仅不符合“真实恶意”法则,而且实际上仍然奉行的是报道不实即意味着有过错的裁判思路,与过错责任归责原则相悖;其三,“真实恶意”法则的另一项要求是原告举证证明被告存在“真实恶意”必须达到“明确而令人信服”的程度,但以上两案均未涉及证明标准问题。总而言之,我国大陆当前的司法实践对于“公众人物”理论的理解缺乏精确性,所谓的借鉴往往只是流于形式而已。

### 2. 我国台湾

我国台湾地区“最高法院”于“谢长廷案”论述“真实恶意”法则时指出,“行为人虽不能证明言论内容为真实,但所言为真实之举证责任应有相当程度之减轻(证明强度不必至于客观之真实),且不得完全加诸于行为人。倘依行为人所提证据资料,可认有相当理由确信其为真实,或对行为人乃出于明知不实故意捏造或因重大过失、轻率、疏忽而不知其真伪等不利之情节未善尽举证责任者,均不得谓

[45] *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 272 (1964).

[46] 美国普通法中的证明标准包括优势证据、明确而令人信服两种标准,刑事诉讼采“排除合理怀疑”(beyond a reasonable doubt)的证明标准,要求更为严格。参见靳羽:“‘公众人物’理论实证考察与名誉权过错判断路径检讨”,载《政治与法律》2013年第8期,第131页。

行为人为未尽注意义务而有过失。纵事后证明其言论内容与事实不符,亦不能令负侵权行为之损害赔偿赔偿责任,庶几与‘真实恶意’原则所揭橥之旨趣无悖”。“张俊宏案”的阐释与此大致相同,不再赘述。

与我国大陆类似,我国台湾地区“最高法院”对“真实恶意”法则的理解亦不够准确。首先,将“有相当理由确信为真”与“明知不实故意捏造”、“重大过失、轻率、疏忽而不知其真伪”同时列出,一并作为侵权成立的过错标准,然而三者所指向的过错层次并不相同。前文所引之“吕秀莲案”已指出,“有相当理由确信为真”原则是指行为人欠缺善良管理人之注意义务的抽象轻过失,“明知不实故意捏造”则是指“真实恶意”,有台湾学者认为其近似于大陆法上的直接故意,<sup>[47]</sup>重大过失又与表征具体轻过失的轻率、疏忽的并列,以至于根本无从辨别当原告系公众人物时,究竟应当采纳何种过错层次;其次,“最高法院”理解的“真实恶意”法则仅限于提升过错层次,而未涉及证明标准的提高,存在望文生义式之嫌。<sup>[48]</sup>

以上两案颇受台湾地区学者诟病,除理解域外法缺乏精确性之外,批评的焦点集中于“真实恶意”法则难以兼容于现行法体系、与中国传统文化格格不入等方面,<sup>[49]</sup>于是“谢长廷案”遂成为“最高法院”迄今适用“真实恶意”法则的最后一案。我国大陆近年来亦有一些学者从不同角度深入论证当前不宜引入“真正恶意”法则,<sup>[50]</sup>因与本文主旨的关联性不大,故不再展开。

#### 四、公共利益因素与过错层次设定

如前所述,我国大陆现行名誉侵权立法及司法实践均不区分过错层次,而台湾地区“最高法院”在放弃“真实恶意”法则后,于2007年“尤清诉王建煊案”,<sup>[51]</sup>重申“吕秀莲案”见解,以抽象轻过失为构成名誉侵权过错的基准层次,并提出无论事实陈述抑或意见表达,皆以言论是否具有公益性作为调整过错层次的指标,代表性判例是2007年“杨富美、高资敏诉《台湾日报》及金恒炜案”(下称“杨富美案”)<sup>[52]</sup>2011年“宋楚瑜诉陈水扁案”(下称“宋楚瑜案”)<sup>[53]</sup>2013年“施明德诉陈维祥、蔡清忠案”

[47] 我国台湾地区学者经大量比较法研究认为,就内涵及过错层次而言,“真实恶意”法则中的行为人“明知不实”、“根本不在乎其真伪”分别对应大陆法系中的直接故意、间接故意。参见吴永乾:“美国诽谤法所称‘真实恶意’法则之研究”,载《中正法学集刊》第15期,2004年1月,第29页。

[48] 同注43引文,第38-39页。

[49] 参见吕丽慧:“从美国法‘公众人物理论’论‘我国’民事侵害名誉权法之‘公众人物概念’”,载《东吴法律学报》第22卷第3期,2011年1月,第62页。

[50] 参见郑晓剑:“公众人物理论与真实恶意规则之检讨”,载《比较法研究》2015年第5期,第72-74页。

[51] 台湾地区“最高法院”2007年度台上字第35号民事判决。

[52] 台湾地区“最高法院”2007年度台上字第928号民事判决。案情概要:2002年10月9日,金恒炜在《台湾日报》刊登标题为《杨富美“无耻”第一名》一文,批评杨富美及高资敏夫妇二人“真是夫唱妇随或妇唱夫随,两个人浑然不知天下还有羞耻,为赢得选举,曾经自导自演枪击案,可见两人造假当便饭”,并以“抵赖”“撒泼”“可恶”“可鄙”“令人不齿”等语批评夫妇二人。杨富美、高资敏以金恒炜、《台湾日报》侵害其名誉权为由向法院起诉。一审、二审判决名誉侵权成立,终审撤销原判,发回台湾高等法院重审。

[53] 台湾地区“最高法院”2011年度台上字第342号民事判决。案情概要:2005年5月8日,陈水扁接受电视专访时,称宋楚瑜于同年2月在美国期间,曾经与大陆国务院台湾事务办公室主任陈云林会面,承诺在“国民大会”代表选举中以反对“公投入宪”作为换取大陆同意其前往参访之交换条件。同年10月17日,陈水扁在电视专访中再次重复前述言论。宋楚瑜以陈水扁侵害其名誉权为由向法院起诉。一审、二审、终审均判决名誉侵权成立。

(下称“施明德案”)。<sup>[54]</sup>

### (一) 公共利益因素与事实陈述

由于受到美国诽谤法引入表达自由抗辩的影响,当前学术界往往将保障表达自由视作名誉侵权研究不可逾越的“金科玉律”,似乎凡名誉侵权诉讼都必须考虑表达自由的保障。实际上,在美国联邦最高法院的诽谤法实践中,表达自由的优先保护始终沿着两条路线前进:一是间接路线,以“公众人物”名誉权应当退让作为逻辑起点,以此扩大表达自由空间,这一路线起始于1964年Sullivan案,经1967年Butts案<sup>[55]</sup>的完善,至1974年Gertz案最终成型;二是直接路线,以涉及“公共议题”的言论更有益于社会为逻辑起点,主张拓宽此类言论的自由空间,代表性判例是1985年Dun & Bradstreet案。<sup>[56]</sup>无论“公众人物”抑或“公共议题”,二者的核心内涵皆指向言论的公共利益属性,易言之,在面临表达自由与名誉权冲突之际,言论的公益性是名誉权退让的核心考量指标。<sup>[57]</sup>

我国台湾地区“最高法院”在“杨富美案”吸纳美国联邦最高法院的以上见解,阐释公共利益与表达自由的关系:“行为人之言论虽损及他人名誉,惟其言论属陈述事实时,如能证明其为真实,或行为人虽不能证明言论内容为真实,但依其所提证据资料,足认为行为人有相当理由确信其为真实者……均难谓系不法侵害他人之权利,尚难令负侵权行为损害赔偿。又陈述之事实如与公共利益相关,为落实表达自由之保障,亦难责其陈述与真实分毫不差,祇其主要事实相符,应足当之。”在此,陈述“真实”包括两种类型:一是客观真实或者被告有“相当理由确信为真”;二是陈述涉及公共利益时的“主要事实相符”。前已述及,“有相当理由确信为真”的功能在于判断被告对其陈述不实是否具有过错,系从被告的客观行为判断主观心态,其客观效果体现为真实性标准的缓和,而不是直接实现真实性标准的缓和,显然,此时无需借助表达自由抗辩即可实现这一法律效果。相较于此,陈述的公共利益因素是以直接的方式实现真实性标准的缓和,亦即,唯有此种情形之下,探讨表达自由的功能与价值才有实际意义。以上意旨在于“施明德案”中有清晰的阐释:“行为人及被害人究系私人、媒体或公众人物、名誉侵权之程度、与公共利益之关系……等因素,分别定其合理查证义务之高低,以善尽其举证责任,始得解免其应负之侵权行为责任,俾调和表达自由之落实与个人名誉之保护。”

综上,公共利益因素是降低查证义务的基础,查证义务的降低实质上就意味着真实性标准的缓和以及随之而来的过错层次的提高。一言以蔽之,表达自由的主要功能在于维护公共利益,至于纯涉私人的“鸡毛蒜皮”、“蜚短流长”,不应该也无必要纳入表达自由的保障范围,<sup>[58]</sup>法律应当更注重名誉权的保护。

### (二) 公共利益因素与意见表达

美国联邦最高法院历来认为意见表达属价值判断范畴,即便具有诽谤性也不在诽谤法保护之

[54] 台湾地区“最高法院”2013年度台上字第1293号民事判决。案情概要:2006年9月7日,陈维祥、蔡清忠在《中国时报》《自由时报》刊登广告,称“施明德先生一生追求民主法治……可是现在他背叛同志和理想,接受不当房地产和金钱,对女性‘不主动、不拒绝、不负责’,可见他的思想和操守皆有问,他现在带头反‘政府’,他用同胞的生命、财产作赌注,有识之士应群起口诛笔伐之”。施明德以陈维祥、蔡清忠以上言论侵害其名誉权为由向法院起诉,一审、二审、终审均判决名誉侵权不成立。

[55] *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U. S. 130 (1967).

[56] *Dun & Bradstreet, Inc. v. Green Moss Builders, Inc.*, 472 U. S. 749 (1985).

[57] 参见吕丽慧:“‘我国’民事侵害名誉权‘公共性’因素之考量——以‘个案判断’与‘类型化’为中心”,载《月旦法学新论》第5期,2008年12月,第36页。

[58] 台湾地区“最高法院”2013年度台上字第2336号、2014年度台上字第882号民事判决亦采相同见解。

列。<sup>[59]</sup> 台湾地区“最高法院”长期持相同见解：“惟按发表言论与事实陈述不同，意见为主观之价值判断，无所谓真实与否，在民主多元社会，各种价值判断均应容许，而受表达自由之保障，仅能藉由言论之自由市场机制，使真理愈辩愈明而达到去芜存菁之效果。”<sup>[60]</sup> 然而，意见表达往往与事实陈述相互交织，“事实”是“意见”的基础，“意见”则是“事实”的延伸，因而意见并不是纯粹价值观的产物，而且意见表达本身同样存在损害名誉权之虞，以维护价值多元为由而将意见表达置于法律规制范围之外是缺乏正当性与合理性的。基于“意见”与“事实”之间的紧密关系以及确保法律秩序一致性的考虑，台湾地区“最高法院”自2008年起类推适用“刑法”第311条第3款关于“以善意发表言论，对于可受公评之事而为适当评论者，不罚”的规定，指出“上述不罚之规定，于民事事件即非不得采为审酌之标准”。<sup>[61]</sup>

关于何谓“善意表达意见”、“可受公评之事”，台湾地区“最高法院”在“宋楚瑜案”指出，“若言论系以某项事实为基础，或于发言过程夹论夹叙，将事实叙述与评论混为一谈，在评价表达自由与保障个人名誉权之考虑上，仍应考虑事实之真伪……而行为人未能证明所陈述事实为真，纵令所述事实系转述他人之陈述，如明知他人转述之事实为虚伪或未经相当查证即公然转述该虚伪之事实，自有侵害他人名誉之故意或过失，应负侵权行为损害赔偿……揆之前开说明，上诉人对其发表系争言论造成被上诉人名誉受损，自应负侵权行为损害赔偿。而上诉人未经相当查证，任意指称被上诉人与陈云林在美会面，并影射被上诉人承诺反对公投入宪以交换到大陆地区访问，既非以善意发表言论，且此等虚伪事实之陈述，非就可受公评之事为评论”。

以上阐释的主旨有两点：其一，意见表达是否出于“善意”，应借助被告对其不实陈述是否具有过错加以判断。依逻辑言之，如果被告对其不实陈述具有主观过错，以此为基础而表达的意见当然不可能出于善意。在此，事实陈述的过错与意见表达的“善意”实为一体之两面，二者相对应而存。其二，关乎公共利益的“事实”是否属于“可受公评之事”，亦须借助被告对其不实陈述是否存在过错加以判断。为发挥表达自由的功能，法律自应允许公众对关乎公共利益的事项发表意见，但若被告因过错而导致陈述不实，即意味着该“意见”缺乏事实基础的支撑，如此，所谓的“公共利益”将因无所依附而沦为空洞的概念，法律当然不应予以保护，否则，即无异于鼓励任何人皆可捏造所谓关乎公共利益的事实并加以任意评论，这显然有悖于法律的意旨。

关于何谓“适当评论”，“宋楚瑜案”并未详尽阐明，梳理台湾地区“最高法院”以往判例，主要是指评论方式及措辞而言，如其在“曾文慧诉谢启大、冯沪祥案”<sup>[62]</sup>指出，“行为人对于可受公评之事，如未使用偏激不堪之言词而为意见表达，可认系善意发表适当评论者……非属侵害他人之名誉权，即不负侵权行为之损害赔偿”。

综上，意见表达免责的关键在于被告陈述基础事实无过错以及该基础事实关乎公共利益，前已提及，以“合理查证”、“相当理由确信为真”判断有无过错，无需借助表达自由抗辩即可达到缓和真实性标准的法律效果，因而无论事实陈述抑或意见表达，保障公共利益都是当今社会强调表达自由价值的正当性基础，在言论缺乏公共利益属性的场合探讨表达自由命题其实是没有意义的。然而，令人遗憾

[59] See David Price, Korieh Duodu & Nicola Cain, *Defamation Law, Procedure and Practice* 97 (4th ed., Sweet & Maxwell 2010).

[60] 台湾地区“最高法院”2007年度台上字第793号、2007年度台上字第855号民事判决。

[61] 台湾地区“最高法院”2008年度台上字第1677号民事判决。

[62] 台湾地区“最高法院”2010年度台上字第792号民事判决。

的是,虽然以上三个判例蕴含前述意旨,但对于言论的公共利益属性究竟如何调节侵权成立的过错层次这一核心议题,台湾地区“最高法院”却语焉不详,并未给出清晰的裁判指引。

## 五、结论与启示

我国台湾地区名誉侵权司法实践虽非尽善尽美,但却抓住了大陆法系侵权法中作为平衡法益保护与行为自由核心环节的过错要件,值得我国大陆效仿借鉴。笔者认为,我国现行名誉侵权制度应主要从以下几个方面加以改进:

第一,过错的内涵。以言论是否失实判定过错是否存在,本质上就是结果客观归责,过错要件的调节功能因此而名存实亡。故应借鉴“吕秀莲案”见解,将过错要件的内涵指向被告对于其失实言论的主观认知状态,令客观性的失实结果与主观性的心理状态区分开来,从而矫正归责原则的“扭曲”状态,回归真正意义上的过错归责原则。

第二,过错的判断方法。“吕秀莲案”的见解是根据行为人在发表言论之前,是否就相关事实进行合理查证并达到足以令其有理由相信属实来判断有无过错,也就是所谓过错判断的客观化方法。究竟何谓“合理”、“相当理由相信”,台湾地区“最高法院”未予明确,笔者认为只能结合具体案情加以辨别,而不可能归纳出统一的方法。例如,行为人可能以故意遗漏关键证据资料的方式进行查证,并据此主张其查证已达到合理程度以蒙蔽法院。在美国的一个案件中,某报社在报道之前曾经大张旗鼓地进行调查,但获取的信息存在诸多疑点,且在完全能够采访到某关键证人的情况下而未予采访,造成报道的严重失实。美国联邦最高法院认为,报社的调查旨在“刻意回避真相”(purposeful avoidance of truth),因而存在“真实恶意”。<sup>[63]</sup>因此,判断行为人的查证是否合理,应当根据其调查能力、获得关键证据的可能性等因素进行综合评判。此外,因新闻报道具有时效性特征,所以不能苛求媒体穷尽一切调查手段以获取真相,否则就是走向另一个极端,违背合理标准的初衷而沦为不合理。至于“相当理由确信为真”,它其实是“合理查证”的逻辑结果,既然查证已经达到了“合理”的程度,当然应认定被告相信陈述属实是有理由的。

第三,公共利益与过错层次。公共利益因素是调节过错层次的依据,但调节方法究竟如何,迄今未见台湾地区司法实务见解。台湾学者林子仪主张将言论区分为高公益性、中等公益性、无公益性三个等级,并分别适用重大过失、过失、严格责任三种层次的归责程度。<sup>[64]</sup>笔者认为,大量学术研究已经证明,准确界定“公共利益”概念是一项几乎不可能完成的任务,因此,与其“叠床架屋”地将公益性区分若干层次,不如直接将系争言论划分为涉及公共利益与不涉及公共利益两类,并分别适用不同的过错层次。首先,涉及公共利益的言论适用重大过失标准。“故意”标准固然亦是选项之一,但选择“故意”就意味着名誉权只能获得最低限度的保护,在各种小道消息充斥公共领域、损害社会秩序与稳定的当下,势必导致虚假言论的无度泛滥,所以“故意”绝非适宜的选择。涉及公共利益意味着舆论监督、集思广益、发现真理的必要性,这正是彰显表达自由价值与功能的领域,因此亦不宜选择抽象轻过失这样过低的过错层次。其次,不涉及公共利益的言论适用抽象轻过失标准。前文已述,言论不涉及

[63] *Harte - Hanks Communications, Inc. v. Connaughton*, 491 U.S. 657 (1989). 转引自注 28 引文,第 236 页。

[64] 参见台湾地区“司法院”释字第 656 号解释之不同意见书。

公共利益时,探讨表达自由并无实际意义,因此应选择最低限度的过错层次,应以抽象轻过失为标准,据以强化名誉权保护。传统大陆法上尚存在“具体轻过失”标准,但将其具体化于名誉侵权领域是指行为人违反“与处理自己‘名誉权’为同一注意”的义务,问题是行为人应如何对待自己的名誉权呢?关心他人胜于关心自我,意味着注意义务指向“善良管理人”层次,违反这一义务则构成抽象轻过失;关心自我胜于关心他人,意味着注意义务指向“一般人”层次,违反这一义务的过错实际上与重大过失别无二致。鉴于“具体轻过失”的内涵在名誉侵权领域变幻莫测、难以把握,它并不是适宜的选项。

### **Comparative Study on the Fault Element of Infringement to Reputation Right: On the Basis of China Mainland and Taiwan Region's Typical Cases**

Jin Yu

**Abstract:** Fault element is the “regulator” of the balance of interests’ protection and freedom of action. The deficiency of fault element in the current infringement to reputation right system is difficult to achieve the balance between freedom of expression and reputation. In the last ten years, the infringement to reputation right judicial practice of Taiwan’s “Supreme Court” mainly focus on the fault element, the content of the fault point to the defendant’s subjective cognition, and established “reasonable verification”, “reasonable believed truth” fault judgment method, and in accordance with whether it is about public interest, for different levels of fault criteria. It is suggested that the infringement to reputation right system of China mainland is based on the practical experience of Taiwan region, returning to traditional connotation of the fault element, according to whether it is about public interest, applying the fault criterion of gross negligence and abstract light negligence respectively.

**Keywords:** infringement to reputation right; fault element; public interest; freedom of expression

(责任编辑:丁洁琳)

# 个人信息自决权理论及其检讨

## ——兼论个人信息保护法之保护客体

杨 芳\*

**摘要:**目前流行的滥觞于德国的个人信息自决权理论主张个人对其一切具有识别性的个人信息(不区分重要和非重要的个人信息)的收集、处理和利用享有决定权和控制权。这一理论在很大程度上源于对德国联邦宪法法院“小普查案”和“人口普查案”的误读。个人信息自决权将保护对象确定为外界无法识别的“保密意志”,这种把人格权“去客体化”,将个人信息作为客体排他性地归属于信息主体的做法,无法为他人的行为划定清晰的禁区,不可能构成私权意义上、受侵权法保护的民事权利。个人信息保护法不是对个人信息自决权的承认和保护,而是作为人格或财产的前置保护机制,旨在防范抽象的人格侵害或财产侵害的危险。

**关键词:**个人信息自决权 个人信息保护法 隐私权保护 人口普查案 前置保护规范

在个人信息被滥用而引发的极端事件面前,个人信息的收集、处理和利用成为了必须予以法律规制的现象,旨在规范个人信息使用规则的个人信息保护法应运而生。过去十年间,各国或各地区的个人信息保护立法大概是受到了某种思路或者趋势的影响,在一些重要方面表现出惊人的相似之处。这些法律都致力于建立一系列涵盖所有的个人信息处理行为的严格保护规则,依据这些个人信息保护规则的规定,收集、处理和利用他人的个人信息需要提供特别理由或者满足特别条件。而作为个人信息保护法之理论基础的“个人信息自决权”理论则受到了学者的广泛关注和赞许,鲜见质疑者。

然而,不容回避的问题是,防止个人信息免遭他人获取、传播和利用,并不是法律上的新问题,本属传统民法中隐私权的保护范畴。何种信息获取或者传播行为应当受到法律的禁止,对于这一核心问题,个人信息自决权理论采取了和隐私权保护完全不同的推理方式。后者的法律推理模式可归纳为如下五点。第一,并不是所有的个人信息都受到保护,是否受到保护取决于当事人的保密意志是否可为外界识别,且为法律秩序所认可。第二,并不是所有的个人信息都受到同等程度的保护,一些和人格利益关系较为疏远的个人信息受到的保护较弱,或者不受保护。第三,并不是所有的同类信息都能获得同等的保护,例如,名人的和非名人的家居生活在受保护程度上有所不同。第四,违背当事人外界可识别的保密意志获取或者传播个人信息的行为,并不当然具有违法性,对于违法性判断而言,对立利益和隐私利益之间的衡量必不可少。第五,系争的个人信息是否受到保护,并不是一个能抽象地回答的问题,而只能结合个案中的具体情形予以判断。和上述略显复杂的推理相比,个人信息自决权理论的回答则非常简单:“我有权决定何时、何地、以何种方式传递有关我的信息。”对于这种新型的理论,我们或许有必要理清其由来、发展脉络和具体含义。

本文关注如下三个问题:第一,个人信息自决权理论的发展脉络和理论基础何在? 第二,是否存

---

\* 海南大学法学院讲师,法学博士。

在这么一种权利类型？第三，目前流行的个人信息保护法的保护客体究竟是什么？

## 一、个人信息自决权发展脉络简介

最先使用个人“信息自决权”(das Recht auf informationelle Selbststimmung)这一表述的是德国学者施泰姆勒(Steinmüller)。1971年施泰姆勒接受德国内政部的委托提出联邦个人信息保护法草案，在对草案的说明中，他提出了“信息人格自决权”以及“个人信息自决权”的概念。根据他的描述，这项权利的内容是，人们有权自由决定周遭的世界在何种程度上获知自己的所思所想以及行动。<sup>[1]</sup>不仅如此，这项权利属于德国《基本法》第2条第1款中规定的人的自由发展的基本权的范畴。<sup>[2]</sup>这项权利提出的主要目的在于应对当时广泛采用的个人信息自动化处理方式对于个人人格的威胁。该观念甫提出时，德国学界响应者寥寥无几。但是，自从1984年德国联邦宪法法院的“人口普查案”<sup>[3]</sup>将个人信息自决权当作一般人格权的一个种类，并以其作为判决论证的基本出发点后，赞同者激增，甚至直接引发了德国联邦个人信息保护法的第二次修法运动。随后，个人信息自决权的理论主张正式登堂入室，成为了时髦的隐私权新理解。<sup>[4]</sup>令人惊叹的是，这一新理解的从众颇多，并不限于德国，在日本<sup>[5]</sup>我国大陆地区<sup>[6]</sup>与我国台湾地区<sup>[7]</sup>亦能找到追随者。我国台湾地区开个人信息自决权之先例的“司法院”释字第603号，几乎可被看作是德国联邦宪法法院“人口普查案”判决的翻版中文

[1] Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann/Harbert/Kob/Schneider, Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, 1972, BT - Drucksache VI 3826, 1. Aufl., S. 87.

[2] 施泰姆勒此举是为了个人信息保护法得以获得德国联邦议会通过，而采取的权宜之计。他错误地认为，要让一部新的法律或者一项新的权利获得议会的承认，最好的办法就是将这一权利上升为基本权，但是，考虑到议会通常情形下都不会贸然承认新的基本权，他转而试图通过解释《基本法》现有条款，将个人信息自决权纳入既有的基本权。根据他的理解，行为自由这一概念不足以涵盖人格权的自由发展，应该将人格权的自由发展归入更为广泛的“自决权”之下；此外，行为自由也不应仅仅包括所谓的动态的“行为”，个人在日常生活中的静态的“行为痕迹”——个人信息——也应属于行为自由的范畴，而对他人“行为痕迹”的“占有”即构成了对行为自由的潜在威胁，由此，也就侵犯了《基本法》第2条第1项所保护的行为自由。因为“行为痕迹”总是以“个人信息”的形式存在，所以保护个人信息也正是保护行为自由的当然之义。Vgl. Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann/Harbert/Kob/Schneider (Fn. 1), S. 85 - 89.

[3] 人口普查案的案情和判决对于个人信息自决权以及个人信息保护立法的发展至关重要，下文将详细介绍之。

[4] 关于个人信息自决权的概念发展，可参见，Erhard Denninger, Das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung und Inner Sicherheit - Folgerungen auf dem Volkszählungsgesetz - Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat, 1984, 285, 292.

[5] 在日本，“自我信息控制权理论”是宪法隐私权的主流学说，并且为日本的个人信息保护立法奠定了理论基础。参见葛虹：“日本宪法隐私权的理论与实践”，载《政治与法律》2010年第8期，第139-140页。

[6] 例如，“个人信息权具有其特定的内涵，可以单独将其作为一种具体人格权而进行规定……法律保护个人信息权，就要充分尊重个人对其信息的控制权”，王利明：“论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心”，载《现代法学》2013年第4期，第70页；“隐私权的内涵也已从消极被动的‘私生活不受干扰’的人格性权利发展为积极能动的‘自己的信息自己控制’、兼具人格和财产属性的权利”，彭礼堂，饶传平：“网络隐私权的属性：从传统人格权到资讯自决权”，载《法学评论》2006年第1期，第57页；“隐私权的实质在于，个人自由决定何时、何地以何种方式与外界沟通。就此而言，隐私权表现为个人对自身的支配权”，曹亦萍：“社会信息化与隐私权保护”，载《政法论坛》1998年第1期，第71页。

[7] 王泽鉴先生则认为：隐私权的核心为私权利和自主权利，而自主权利指“个人的自主决定如何形成其私领域的生活”，隐私权的保障范围除了“私生活不受干扰”之外，还包括信息自主，“即得自主决定是否以及如何公开关于其个人的数据（信息隐私）”。王泽鉴：“人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇（中）”，载《比较法研究》2009年第1期，第9页；上述自主权利不同于传统隐私权，“在于强调个人的自主权利，具有积极的意义”。王泽鉴：“人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇（下）”，载《比较法研究》2009年第2期，第13页。

表述。<sup>[8]</sup> 王泽鉴先生甚至认为,现在的隐私权法律体系已经变动为“以个人信息自主权为中心的法律体系”。<sup>[9]</sup>

## 二、个人信息自决权的具体主张及其导出的个人信息保护新规则

### (一)具体主张:对所有个人信息的控制权

根据个人信息自决权的观念,根本不存在所谓的不重要的个人信息,因为,所有的个人信息都和人格尊严相关。由此,如果任由他人收集、处理或者利用自己的个人信息,而自己毫不知情,或者没有能力阻止,那么无异于将个人置于受人支配的地位。在个人信息自决权的理论主张中,自决是核心概念,当事人得自由决定自己的个人信息上承载着何种价值,由此,任何违反当事人意志的信息收集、处理或者利用的行为都侵犯了当事人的自决权,从而也侵犯了该信息上承载的人格利益。这样一来,如何判断哪些个人信息应该受到保护不再是法律上难题。个人信息自决权的经典表述是:“个人可以决定向谁告知哪些和他相关的信息,哪些可以隐瞒。这项权利适用于一切个人信息,自然也适用于那些看上去无关紧要的个人信息,我们不再要求根据个人信息的内容来划分哪些处于私人领域,哪些处于公共领域”。<sup>[10]</sup>

### (二)个人信息保护的新规则

在个人信息自决权理论的主张者看来,正是个人信息自决权存在于个人信息处理的各个步骤,也存在于所有的个人信息之上,<sup>[11]</sup>所以,为了对抗日益增多的个人信息收集、处理和利用行为,法律上应该赋予当事人一个足以与之抗衡的地位,亦即,在具体规则的设计上应当有意地降低信息处理者的地位,增强当事人对于自己的信息的控制能力。<sup>[12]</sup>

因此,信息自决权所导出的个人信息交流方面的具体规则是:首先,个人信息的收集、传播或者利用在原则上受到禁止,除非获得信息主体的同意、个人信息处理者符合法律规定的事由或者个人信息处理者对于信息处理本身具有正当的利益;其次,个人信息的收集目的必须明确,而且个人信息收集

[8] 全文可参见,我国台湾地区“司法院”法学资料检索系统,网址:[http://jirs.judicial.gov.tw/FINT/FINTQRY04.asp?hir=all&N0=&sel\\_jword=%B1%60%A5%CE%A6r%A7O&N1=&N2=&Y1=&M1=&D1=&Y2=&M2=&D2=&kt=&kw=%C1%F4%A8p%C5v&keyword=%C1%F4%A8p%C5v&sdate=&edate=&ktile=&lc1=&lc2=&lc3=&hi=all&EXEC=%ACd++%B8%DF&datatype=ctype&typeid=D&page=1&recordNo=9](http://jirs.judicial.gov.tw/FINT/FINTQRY04.asp?hir=all&N0=&sel_jword=%B1%60%A5%CE%A6r%A7O&N1=&N2=&Y1=&M1=&D1=&Y2=&M2=&D2=&kt=&kw=%C1%F4%A8p%C5v&keyword=%C1%F4%A8p%C5v&sdate=&edate=&ktile=&lc1=&lc2=&lc3=&hi=all&EXEC=%ACd++%B8%DF&datatype=ctype&typeid=D&page=1&recordNo=9),最后访问时间:2015年7月1日。

[9] 王泽鉴:“人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇(中)”,载《比较法研究》2009年第1期,第10页。

[10] Christoph Mallmann, Datenschutz in Verwaltungsinformationssystem: zur Verhältnismässigkeit des Austausches von Informationen in der normvollziehenden Verwaltung, 1976, S. 22. 类似的表述有,“所谓隐私权,乃是指个人自由地决定何时、用何种方式、以何种程度向他人传递与自己有关的信息的权利主张”,[日]奥平康弘:《知情权》,岩波书店1981年版,第384-385页,转引自周汉华:《中华人民共和国个人信息保护法(专家建议稿)及立法研究报告》,法律出版社2006年版,第48页;这是一项“自由决定如何在世人面前展现自我的权利”,Karl-Heinz Ladeur, Rechtliche Steuerung des Einsatzes neuer Informations- und Kommunikationstechnologie? —Ein Regulierungsmodell auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, in: Jahresschrift für Rechtssoziologie, 1987, 248, 252. “这是一项依照不同社会角色,不受干涉地行动的权利;权利人有权要求相对于第三人而言,保有一个自由的空间,在这个空间中他可以自由决定如何在当代社会中展现自己的过去,从而每天都以新的面貌出现在世人面前。”Adalbert Podlech, Verfassung und Datenschutz, in: Erfassungsschutz: der Bürger in der Datenbank: zwischen Planung und Manipulation, 1975, 72, 73. “不限于个人的私人生活领域,个人原则上应可以自行决定,其将如何对第三人或者公众表现自己,以及在何范围内,将与其人格有关之事交由第三人支配”,BVerfG 35, 35, 38.

[11] Alexander Roßnagel, Modernisierung des Datenschutzrechts — Empfehlung eines Gutachtens für den Bundesinnenminister, RDV 2002, 61, 62.

[12] Spiros Simitis, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl., 2006, § 1 Rn. 36.

者日后的信息处理行为受到该目的的限制,任何超出收集目的的信息处理行为都侵害了信息自决权;第三,当事人对信息处理者享有一系列的积极请求权,包括查询权、制作副本的权利、删除权、更正权等等。<sup>[13]</sup> 上述规则基本被主流的个人信息保护法所接受。<sup>[14]</sup>

和以隐私权理论为基础的传统法秩序不同,这种规则将个人信息作为一项客体归属于当事人,使个人信息的获取、交流和利用成为了信息交往领域需要正当化理由的例外行为。

### (三)具体特征

总而言之,对于个人信息自决权可作如下理解:

第一,个人有权控制和支配其个人信息的流向,这项权利的基础在于个人对于其个人信息拥有一项名为“个人信息权”(Recht am eignen Daten)的支配权;这一支配权应该受到侵权法的保护,对其的侵害行为当然具有违法性。<sup>[15]</sup>

第二,在它面前,如何确定隐私权具体保护范围这一难题被取消了:没有不重要的、和人格利益无关的信息;没有私人领域和公共领域的划分,该个人信息来自于哪个领域对于判断是否侵害这项权利毫无意义,因为根本就不存在原则上他人可以自由获知、传播或者利用的信息。

第三,它是一种应该受到保护的宪法层面上的基本权:不仅可以对抗国家行为,也同样可以限制私人行为。

第四,它之提出的目的在于应对个人信息自动化处理对个人隐私可能带来的威胁,起初的理论适用范围也被限定在自动化个人信息处理领域,但是在随后的理论发展历程中这一限制被逐渐抛弃,因此,它不仅适用于自动化的个人信息处理行为,在非自动化背景下也同样有效。<sup>[16]</sup>

总之,个人信息自决权的主张者试图通过这么一项“新型权利”重构法秩序,限制“危险的”信息交流,重塑个人对自己的个人信息的控制权。

## 三、个人信息自决权的理论基础与发端

### (一)个人信息自决权的理论基础:法律教义学和社会学理论

#### 1. 法律教义学之下的理论基础——人的主体地位与人格发展自由

在信息自决权的主张者看来,信息自决权源自于人性尊严的两个面向:人的主体地位和人格发展的自由。如果个人无法知道自己的个人信息在何种程度上、被何人获得并加以利用,则个人将失去作为主体参与的可能性,而沦为他人可以操纵的信息客体,<sup>[17]</sup> 被沦为客体正是人性尊严被侵害的同义

[13] Josef Brossette, Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 1991, S. 149.

[14] 例如,欧盟 95/46 指令(“欧洲议会和欧盟理事会 1995 年 10 月 24 日关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流通的指令”)和德国 2010 年《个人信息保护法》。我国台湾地区 2012 年“个人资料保护法”也采取了类似立场。

[15] 德国法上支持并较为系统地阐述了建立在个人信息之上的支配权的学者,当属 Herbert Meister。根据 Meister 的论证,这一主张的具体理由如下:每个人的个体性取决于自我展现(Selbstdarstellung)的方式和可能性。行动自由和人性尊严正是每个人自我展现的前提。由此,每个人应该有权决定以何种方式、在何种范围内披露其个人信息。那么,一个建立在个人信息之上的广泛的支配权就应该被承认。具体可参见,Herbert Meister, Datenschutz im Zivilrecht – Das Recht am eigenen Datum, 2. Aufl., 1981., ders., Datenschutz und Privatrechtsordnung, BB 1976, 1584 ff.; ders., Das Schutzgut des Datenrechts, DuD 1983, 163; ders., Schutz vor Datenschutz, DuD 1986, 173 ff.; ders., Zur Politik des Datenschutzes, DuD 1985, 27; Herbert Auernhammer, Das Bundesdatenschutzgesetz, BB 1977, 210; Walter Knabben, Datenhaftung, 1979, S. 14; MünchKommBGB/Mertens, § 823, Rn. 134.

[16] Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf Informationelle Selbstbestimmung? 1987, S. 55.

[17] Spiros Sitimis, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl., 1993, Art. 1, Rn. 169.

语。<sup>[18]</sup> 另外,所有的个人事务都与人格的塑造有关,不存在和人格无关的个人信息,因此应该允许个人对他人的有所隐瞒,唯有当个人可以支配其个人信息时,才可能自由发展其人格。<sup>[19]</sup> 总而言之,根据这种观点,如果不承认这种权利,则个人的尊严有被降低之虞,个人的自治机会也有丧失之虞。<sup>[20]</sup>

## 2. 社会学视角下的理论基础——角色理论

可以说,上述的个人信息自决权的观念实际上是社会学中角色理论的法律化,在开个人信息自决权先河的人口普查案判决原文中也能找到这一理论的痕迹。<sup>[21]</sup> 角色理论主张人格的塑造与个人的自我行动以及社会对此的反应有关。<sup>[22]</sup> 从这一基本观念出发,角色理论从不同的角色观察社会中的每一个个体,亦即,每个人都会根据角色的不同需要采取不同的行为方式。由此,角色的不同也就决定了信息披露的程度不同,既然每个人应该有权利决定自己所扮演的角色,有权要求其他人尊重自己的角色选择,那么每个人也应该有权决定信息披露的程度,从而对自己的信息享有自决权。<sup>[23]</sup>

### (二)个人信息自决权理论的发端:对“经典判决”的误读

实际上,信息自决权的观念在一定程度上是由于对某些经典判决的误读。

那些经典判决中的核心表述往往直接成为了信息自决权的内容,信息自决权的正当化理由也经常来自于其中的论证过程。但遗憾的是,信息自决权的主张者忽略了这些案例的具体背景,扩大了核心表述的适用范围,从而也就使所谓的信息自决权脱离了正当化的基础。在这些被误读的经典判决中,最为重要的是德国联邦宪法法院就小普查案和人口普查案所作的判决。<sup>[24]</sup>

#### 1. “小普查案(Mikrozensusurteil, BVerfG 27, 1)”判决

##### (1) 判决要旨

在1969年7月16日的“小普查案(Mikrozensus)”判决<sup>[25]</sup>中,德国联邦宪法法院针对1957年3月16日通过的“居民及职业生活抽样统计实施法”进行违宪审查。该案主要的争议条文规定:在本法有效范围内,从1956年到1962年为止,以每一季度为单位进行有关居民及职业生活的抽样统计调查,并以此作为联邦统计调查的一部分。调查的范围包括选定对象之住户的数量、姓名、性别、年龄、职务、婚姻状况、孩子数量、国籍、居住地、居住地变迁之情形、身体上是否有残疾及其原因,以及农地之有效面积。

德国联邦宪法法院判决认为系争的法律条文并没有违反宪法,其判决要旨可归纳为如下四点:

第一,国家强制性的抽象调查行为有可能使公民沦为国家的客体,有可能干涉个人的自决权,即

[18] 转引自江玉林:“法主体性之建构与自由理念”,载《法理学论丛——纪念杨日然教授》,月旦出版公司1997版,第93页。

[19] *Albert Bleckmann, Staatsrecht II. – Grundrechte*, 4. Aufl., Köln 1997, Rn. 48.

[20] 王郁琦:《资讯、电信与法律》,北京大学出版社2006版,第17页。

[21] 虽然人口普查案判决中并没有原文引用 Niklas Luhmann 的著作,但是从其措辞中可以清晰地看到角色理论的痕迹。“这么一种社会秩序以及使社会秩序成为可能的法律秩序和个人信息自决权并不相符,在这些秩序中人民无法得知,谁在何时通过怎样的机会知晓关于自己的哪些事情。那些无法确知,是否自己离经叛道的行为方式可以被他人随时记录下来,以信息的方式长期储存、使用或者进一步传播的人,将试图放弃这些行为,以免成为他人注目的对象。”BVerfG 65, 1, 43.

[22] Vgl. *Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution*, 1. Aufl., Berlin 1965, S. 65 ff.

[23] Vgl. *Müller, Die Gefährdung der Privatsphären durch Datenbanken*, in: *Dammann/Karlshausen/Müller/Steinmüller, Datenbanken und Datenschutz*, 1974, 63, 84.

[24] 我国学者在论证个人信息自决权之正当化时往往引用德国联邦宪法法院的“人口普查案”作为理论支撑。参见张新宝:“从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排”,载《中国法学》2015年第3期;姚岳绒:“论信息自决权作为一项基本权利在我国的确成”,载《政治与法律》2012年第2期;马特:“个人资料保护之辩”,载《苏州大学学报》2012年第6期。

[25] BVerfG 27, 1. 案情简介,参见陈志忠:《个人资料保护之研究——以个人资料自决权为中心》,我国台湾地区“司法院”2000年度研究发展项目研究报告,第42-43页。

使受调查的对象都处于匿名状态亦然。<sup>[26]</sup>

第二,并不是每个收集个人生活信息的行为都侵害了个人的尊严,或者干涉了个人对于私领域的自决权。作为社会的一员,个人必须忍受一定程度上的个人信息收集和处理行为,这是国家履行义务的必要前提。

第三,只有涉及个人的“私密领域”的国家行为才被法律所禁止,而为统计目的而收集的个人信息基本与社会生活有关,虽然该行为亦属于人格表现之一,但在通常情况下,并不属于个人生活形成中不可侵犯的范围,本案中抽样调查内容并不涉及私密领域。<sup>[27]</sup>

第四,如果对调查结果采取匿名化处理,则可以切断被调查信息与被调查者之间的人格关联,因此匿名化处理对于保护人格权而言已经是充分的保障。<sup>[28]</sup>

## (2) 判决对自决权的限制

判决虽提及“自决权”的观念,却没有认可一项广泛的自决权,而是进一步强调并非所有的个人信息都与人格尊严相关,也并非任何关于个人信息的统计或收集都干涉个人对其内在生活领域的自治权,毋宁,个人作为社会的一员,应该在一定程度上忍受对其个人的调查行为。<sup>[29]</sup>

根据本案的具体情况,只有在如下两个条件都具备时,对个人内在生活领域的干涉才为法律所禁止:第一,收集行为是对众多个人信息的强制登记与目录化,亦即,个人生活的重要细节将展现无遗;第二,涉及的私人领域在性质上具有秘密属性。换言之,并非所有的个人信息都与人格有关,而那些无涉人格的、无关紧要的个人信息则属于公共领域,个人无权阻止他人收集、处理以及利用。

由此,在“小普查案”中,个人信息的自决权针对的是国家对于众多的个人信息以及秘密信息的强制收集行为,也只有在这一具体适用范围中,本案所提及的个人信息自决权一观念才是合理的。

## 2. “人口普查案(Volkszählungsentscheidung, BVerfG 65, 1)”判决

### (1) 判决要旨

德国联邦政府于1983年制定人口普查法,试图进行全面的全国人口普查,这一举措引发了全社会的激烈争论和抗议。为数众多的民众向联邦宪法法院提起了违宪审查的宪法诉愿。德国联邦宪法法院经过严密的论证后,判决该人口普查法违宪,并以源自于《基本法》第1条第1款和第2条第1款的一般人格权为出发点,明确提出了个人信息自决权,并提出如下三项原则:

第一,个人信息自决权是保护个人得以对抗无限制的信息收集行为的有力工具。在现代的信息处理技术下,每个人应当拥有这么一项基本权:原则上得自行决定是否向他人告知自己的个人信息,是否允许他人利用自己的信息。<sup>[30]</sup> 法秩序应当保证个人得以知晓何人、因何事、于何时、在何种情形下知晓自己的个人信息。<sup>[31]</sup>

第二,在自动化信息处理工具面前,不再有不重要的个人信息。系争的个人信息是否值得保护,不再仅仅根据该信息是否来自于私密的生活领域而为判断,毋宁,信息之间的结合可能性具有重要的标准。

第三,个人对于自己的信息并没有支配权,个人信息自决权受到公共利益的限制。

[26] BVerfG 27, 1, 7.

[27] BVerfG 27, 1, 7.

[28] BVerfG 27, 1, 7.

[29] BVerfG 27, 1.

[30] BVerfG 65, 1, 41.

[31] BVerfG 65, 1, 43.

如下的论述是本次判决的核心内容,联邦宪法法院在此重点讨论了个人信息自决权的保护范围,它突破了传统的领域理论<sup>[32]</sup>中对个人生活领域的划分,表达了“所有的个人信息都应该受到保护”这一新主张。这一主张常常被信息自决权主张者扩张解释,从而直接成为承认一项广泛的信息自决权的正当化基础。因此,判决的原文颇值得研究,兹详细摘引如下:

在决定个人信息自决权在多大范围内可以对抗国家的强制信息收集行为这一问题上,我们不能仅仅根据个人信息的性质作出判断。在此,具有决定性意义的是,这些个人信息的实用性和利用的可能性。这在一方面取决于信息收集的目的,另一方面则视在信息技术上,个人信息处理的可能性以及结合的可能性而定。一项看上去不重要的个人信息可能会在信息处理中获得新的意义;就此而言,在自动化信息处理技术面前,不再有“不重要的”信息。

个人信息在多大程度上是敏感的,不再仅仅取决于这一信息是否涉及到私密的经历。毋宁,为了判断某种个人信息在人格权方面的意义,我们必须了解这些信息结合使用的可能性:只有当信息收集的目的以及结合使用的可能性已经明确的情形下,我们才能对是否允许限制个人信息自决权这一问题作出回答。<sup>[33]</sup>

## (2) 判决对个人信息自决权的限制

### ① 两个具体背景

当我们把人口普查案当作个人信息自决权方面富有里程碑意义的经典案例时,或许不能忽视本案如下两个具体背景:

第一,联邦宪法法院实际上是针对国家强制的信息收集行为,发展出了信息自决权这一概念,并没有提及这一概念对于私法领域的影响。

第二,联邦宪法法院将“没有不重要的个人信息”这一创造性见解,严格限制在了自动化个人信息处理这一前提之下,亦即,只有在自动化处理这个黑匣子中的信息处理,才有可能展现个人生活的诸多细节,才构成对人格权的重大威胁,法律从而才需要特别关注;此外,法官也仅仅提到,个人信息来自哪个领域不再是考量该个人信息是否值得保护的唯一因素,而并没有彻底地抛弃这一判断标准。<sup>[34]</sup>

上述的两个背景,正是对一般性的、广泛的个人信息自决权的限制,也恰恰是一般人格权可为外界所识别的具体表现形式。只有当这两个限制因素都齐备时,个人信息自决权的观念才在一定程度上是合理的,反之,脱离了它们,所谓的个人信息自决权也就当然地失去了正当化基础。

### ② 明确拒绝一般性的个人信息自决权

联邦宪法法院在论证时只是附带地(*obiter dictum*)提到了,每个人有权自行决定,何时以及在何种范围内公开自己的私人事务,如果说这一附带意见是一种不必要的错误的话,法院并没有沿着这一错误的道路继续走下去,它没有主张,任何一次信息收集或者其他类型的信息利用行为都侵犯了作为

[32] 德国司法实践将受保护的人格领域分为个人领域(*Individualsphäre*)、隐私领域(*Privatsphäre*)和私密领域(*Intimsphäre*),这三个领域受保护的强度不同,依次增强。个人领域是“绝对不得触及的核心领域”,对之的任何侵权行为都当然具有违法性,无需进行价值衡量。人格保护涉及的多数情形是处于个人领域和私密领域之间的隐私领域,在这一领域中,价值衡量是确定违法性的必要途径。上述根据个人事务所处的不同领域来确定其保护程度的主张被称为领域理论(*Sphärentheorie*)。

[33] BVerfG 65, 1, 45.

[34] 王泽鉴先生持不同见解,认为“人口普查案”的重大意义之一即在于“在方法上扬弃了‘领域理论’,不再将个人事务作阶层上的区分,使其受到不同程度的保护,而是以数据的使用或结合可能性作为判定标准”。王泽鉴:“人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇(上)”,载《比较法研究》2008年第6期,第18页。

基本权的个人信息自决权,从而都需要提供一个法律上的理由。<sup>[35]</sup>

不仅如此,联邦宪法法院在本案中还明确表示没有绝对不得限制的个人信息自决权,亦即,个人对其个人信息并没有绝对的支配权,因为,个人是社会团体中的一员,个人人格的自由发展正是仰赖于社会交往,即使是那些与个人事务密切相关的个人信息实际上也是社会生活的写照,不能排他地属于当事人所有。<sup>[36]</sup>

这样看来,那些主张一项广泛的个人信息自决权——既可以对抗国家行为,也适用非公务机关的个人信息处理行为;既存在于自动化信息处理背景下,也适用于其他方式的信息处理行为——的论者显然扩大解释了人口普查案的判决,错误理解了德国联邦宪法法院关于个人信息自决权的态度,从而扩张了该项权利的保护范围,而这种误解,可能来自于对判决中的某些段落的有意或者无意的忽视。<sup>[37]</sup>

#### 四、个人信息自决权的理论缺陷与应然理论边界

##### (一)个人信息自决权的理论缺陷

###### 1. 作为绝对权的个人信息自决权?

即使主张者把信息自决权表述为一种建立在个人信息之上的支配权,这么一项权利也不可能是私法权利体系中的绝对权或者支配权,甚至不可能是法学意义上的权利。

保护绝对权并不意味着保护漫无边际的自由意志,毋宁,绝对权必须建立在一个外在的、可归属于权利主体的客体之上,唯有如此,他人的自由才不会受到无限度的限制。<sup>[38]</sup> 亦即,绝对权和排他性的支配力是同义语。而个人信息不具备充当绝对权客体的条件:在技术上,它无法归属于任何一个人;另外,因为信息和思想“是人类行动的产物和前提”,<sup>[39]</sup>是“现实世界的精神模式”,<sup>[40]</sup>在法律上制造个人信息的稀缺性,无疑于禁锢思想,阻吓交流。<sup>[41]</sup>如果在个人信息上承认一种近似于所有权的支配权,其结果只能是“这不再仅仅是对自己个人信息的支配,而是对他人行为的支配”。<sup>[42]</sup>

信息自决权不是法学意义上的权利。实际上,私法领域中所奉行的行为规则是法无禁止即自由,亦即,只要行为人没有侵犯他人的权利或法律上的利益,则可自由行事。所以对权利人而言,权利意味着自由;对权利相对人而言,他人的权利则意味着自己的禁令。正是通过遵守一些为数不多的、内容清晰的禁令,每个人的自由才能与他人的自由共处。信息自决权把自由或者意志建立在外界无法识别的、众多的、捉摸不定的个人信息之上,必然和他人的自由产生冲突。这种一般化的自决权无法充当私法领域的禁令,从而不可能是法学意义上真正的权利。

[35] Vgl. Horst Ehmman, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP 188 (1988), 230, 302.

[36] BVerfG 65, 1, 43.

[37] Peter Lerche, Bankgeheimnis – Verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, ZHR 149 (1985), 165, 173.

[38] Von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Nachdruck der 1910 erschienenen 1. Aufl., 1957, S. 158.

[39] Klaus Rogall, Grundfragen eines strafrechtlichen Schutzes der Privatheit, 1985.

[40] BVerfG 65, 1, 44.

[41] 法律上人为地制造稀缺性的一个典型的例子是知识产权。法律承认对“物理上”无法归属于个人的“公共产品”的独占权,其中最重要的理由在于防止搭便车行为,从而激励智慧创作。由于著作权保护的只是思想和观念的表达形式,而非思想和观念本身,所以著作权并没有限制言论和表达自由。只要其他人使用的是不同的表达方式,他们完全可以使用著作权人所提供的思想或信息。不仅如此,在智慧创作领域制造法律上的稀缺性,实际上也是信息交流领域的例外,并非所有的智慧创作都能受到这种稀缺性的保护,毋宁,这里奉行的也是权利法定原则:只有部分的、合乎一定标准的智慧创作才能归属于个体。即便如此,这种支配也受到了时间和空间的限制。Vgl. Alois Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1983, S. 118 ff.

[42] Klaus Rogall (Fn. 39), § 11 I. 3. Fn. 236.

## 2. 没有不重要的个人信息?

个人信息自决权的主张者认为,没有不重要的个人信息,所有的个人信息和人格的塑造都有着千丝万缕的关系,对每个个人信息的收集、传播或者利用都可能侵害人格尊严或者人格发展的自由。这一思想是错误的,也是危险的。

虽然德国隐私保护中的通说——领域理论的最大弊病在于人们无法以一种抽象的方式为私人领域和公共领域划出清晰的界限,但是这一理论的如下主张却是值得赞同的:有些个人信息不属于私人领域,这些个人信息和人格的关系较为疏远,或者这些信息是社会交往中必须向公众提供的。个人信息自决权无视人的社会性,彻底抛弃了领域理论,放弃了划清隐私领域这一难题。在以个人信息自决权为核心的法秩序中,人们只能三缄其口,停止交谈,甚至无法思考。<sup>[43]</sup>

## 3. 人格权的去客体化?

信息自决权并非法学上的新事物,“原则上可以自由决定个人信息的传播和使用的权利”也并非新表述,毋宁,最早可以追溯到德国学者科勒(Kohler)的人格权定义。

这么一种广泛的自决权,一直为传统的法秩序所拒绝,<sup>[44]</sup>法官们往往通过在个案中寻找隐私的客体表现形式(gegenständliche Verkörperung)以及进行利益衡量,始能判断是否存在隐私权侵权行为:只有那些可以被外界识别的“保持信息隐秘的意志”才可能受到法律的保护,这些“保持信息隐秘的意志”或者体现为个人为自己的隐私所设置的“保护墙”,或者来自于保密协议,或者是道德上的最低要求,总之“保持信息隐秘、排除干涉的意志”只有披上可为其他人所察觉并接受的外衣时,才有权要求得到他人的尊重。由此有学者正确地指出,“我们几乎不需要提供更进一步的理由来证明,个人的自决权并非不受限制这一主张。因为,人类的社会性终结了他的这么一项自由,即可以不受限制地限制他人的自由”。<sup>[45]</sup>

信息自决权的观念为秘而不宣地保持信息隐秘的意志取消了外界可识别的外衣,这种人格权的去客体化只能导向信息禁止。无论这一法学领域的理论根源于何种社会学原理,也无论这种社会学原理正确与否,它都注定无法以这种形式转化为法律上的命题。

### (二)个人信息自决权的应然理论边界

#### 1. 针对国家强制信息收集行为的个人信息自决权

##### (1) 针对公权行为

前述德国“小普查案”和“人口普查案”中所提及的个人信息自决权针对的是国家的强制信息收集行为:强制填写表格以及强制告知个人信息。在此,法院面对的不是私人行为的利益冲突,需要考虑的也不是哪种利益更为优先这一问题,而是国家在何种程度上有权限制私人行为自由。

##### (2) 一种在国家行为领域没有必要的新主张

实际上,在论证这一问题时,德国联邦宪法法院完全没有必要发展出信息自决权这一概念,因为

[43] Louis Nizer 的如下见解颇值赞同:“每个人都有独处不受干扰的权利……但是将这种权利推演至极致时将导致社会义务的毁灭。所以必须以另一种同样在法律上有坚实基础的理想来防止此等情况的发生,亦即我们必须理解人是社会性的动物,并且为了在社会中和平共处,人们必须放弃某部分的自我来交换群体生活所带来的利益。为了保障自由,在社群生活当中我们被要求放弃某些行动的自由。” Louis Nizer, *The Right to Privacy: A Half Century's Developments*, 39 Mich. L. Rev. 526, 529 (1941).

[44] 关于一般人格权是否属于绝对权,在德国学界一直存在争议。但是无论是支持者还是反对者,他们在如下问题的见解都是一致的,即对一般人格权不能作这样的理解:个人在实现自我意志上具有不受限制的自由。因为这无疑是一种“抢夺”他人自由的自由。Vgl. *Heinrich Hubmann*, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Aufl., 1967, § 19.

[45] *Ulrich Amelung*, *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht, Schadenersatz und Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung über personenbezogene Informationen im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*, 2002, S. 170-171.

国家行为有效范围并不来自于对公民权利的承认,而是源自于国家本身的功能:在公法领域,没有法律的授权,国家自然无权采取行动,亦即,法律明文规定的权限就是国家行为的界限。例如,国家无权剥夺私人财产,其原因在于人民在建立国家时并没有让渡这项权利,而并不是人民享有财产权。如果必须清晰地辨别出个人在特定情形下具有怎样的权利,才能决定国家行为的范围的话,一个详细的权利清单(“民权法案”)则是不可避免的了。这一思想不仅不可能获得实现,也是极其危险的。

### (3) 一种在私人行为领域危险的新主张

在国家行为领域中创造出个人信息自决权虽然说并无必要,但是至少并不会限制私人自由,也不会限制国家的自由——因为国家本身并不享有自由——最坏的结果也只是使国家行为的效率大大降低。而将个人信息自决权直接转用至私法领域实际上混淆了国家行为和私人行为的区别,限制了私人的行为自由。事实上,非国家机关也不可能像国家机关一样拥有信息强制收集能力。由此,或许可以说在私人行为领域,个人信息自决权这一观念不仅毫无用武之地,而且如果整个法秩序以其为核心,则很有可能导向信息禁止这一可怕的境地。

### 2. 针对自动化信息处理的个人信息自决权

另外,实际上,是否保护个人信息自决权的理由仍然来自于隐私权(或者一般人格权)。法院重点考察的也是隐私权是否受到侵犯。在小普查案中,涉及到的是众多个人信息的强制登记与目录化以及对私密领域的干涉,即使没有自决权的观念,根据一般人格权的保护范围,这种国家行为也是应该受到限制的,因为这涉及到了对个人人格权的重大侵犯。而在人口普查案中,法官面对的是“黑匣子”中的信息处理行为——自动化信息处理。借由这种技术,综合分析许多看似毫不起眼的、并非敏感的个人信息,或者只是生活中的某些细节,也可能产生人格剖面图,使被分析的信息所联系的对象成为透明人,这构成了对其人格权的重大威胁,因此也只有在自动化信息处理技术面前,才没有不重要的个人信息。但是,法院也并没有因此而禁止所有的自动化个人信息处理行为,或者要求该行为具备法律上合法的理由。在本案中,促使法院作出禁止该行为的理由或许并不在于展现个人生活细节的可能性,毋宁是个人对于国家过分了解或者过度监视自己的恐惧和反感。

## 五、作为前置保护规范的个人信息保护法——个人信息保护法保护客体之争

个人信息保护法的保护客体究竟是什么?对于这一问题,德国学者间存在争议。

一种观点认为,德国《联邦个人信息保护法》保护的是“个人信息权”(Recht am eigenen Datum),即个人信息自决权,且该权利属于《德国民法典》第823条第1款规定的“其他权利”。<sup>[46]</sup>在类似的立场上,我国有学者认为,凡是个人信息的收集、处理和利用都直接涉及到信息主体的人格尊严,个人信息保护法所保护的就是个人对其个人信息的“个人资料自决权”。<sup>[47]</sup>正如前文所分析的个人信息自决权理论本身存在诸多缺陷,这种对于传统隐私权理论的重大修正,尚缺乏令人信服的正当化理由。如果将个人信息保护规则的保护对象定位为根本不存在的个人信息自决权,无异于错误理解了个人信息保护法的作用和性质。

另一种观点认为,个人信息保护法的保护对象根本不是所谓的“个人信息权”或个人信息自决权,

[46] Walter Knabben (Fn. 15), S. 14; Herbert Meister, Datenschutz und Privatrechtsordnung, BB 1976, 1584, 1587 ff.; MünchKommBGB/Mertens, § 823, Rn. 134.

[47] 齐爱民:“论个人资料”,载《法学》2003年第8期,第85页;齐爱民:“论个人信息的法律保护”,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2005年第2期,第34页;齐爱民:“论个人资料的法律属性与构成要素”,载《情报理论与实践》2009年第10期,第28页。

既不能从个人信息保护法中,也不能从一般民法中推导出这样的权利。<sup>[48]</sup> 1977年德国第一部《联邦个人信息保护法》出台之后不久,德国学者克里普尔(Klippel)即精辟地指出,该法的保护客体是如下四种利益:(1)知悉个人信息被处理的利益;(2)个人信息正确和完整的利益;(3)个人信息处理须符合特定目的的利益;(4)隐私利益。<sup>[49]</sup>并非所有的个人信息上都存在隐私利益,相反,只有那些具有隐私典型特征的信息,例如健康状况信息,才属于一般人格权上所保护的隐私。<sup>[50]</sup>

在同样的立场上,关于个人信息保护法规则的性质和功能,德国学者埃曼(Ehmann)将个人信息保护规则和道路交通规则所作的类比颇具说明价值:个人信息保护规则之于一般人格权,正如道路交通规则(例如,红绿灯规则、优先通行权规则)之于生命、健康和财产那样,前者是后者的前置性保护规范;既然违反交通规则就会给他人的生命、健康或财产造成损害的观点自然是错误的,那么同理,认为违反个人信息保护规则就必然侵犯一般人格权的观点,也无法成立;只不过,一般人格权不像生命、健康和财产那样看得见、摸得着,所以后面一种观点的谬误性不易被察觉。<sup>[51]</sup>与此类似,另有德国学者<sup>[52]</sup>和瑞士学者亦指出,单纯违反个人信息保护法规则的行为,尚不意味着同时构成对人格权的侵害,因为个人信息保护法旨在防范的只是权利受侵害的危险。<sup>[53]</sup>

实际上,德国《联邦个人信息保护法》的若干条款在性质上被视为《德国民法典》第823条第2款中的保护性规范,这几乎已成德国的通说,因此,个人信息保护法中的规则应解释为防止个人信息被滥用的事先防范规范。<sup>[54]</sup>个人信息保护法防范的是一种因个人信息被滥用而可能产生的抽象的危险,这一危险可能现实化为隐私受侵害、名誉受损或者财产受损,遵守个人信息保护规则有助于避免这种危险。因此,违反个人信息保护规则并不当然意味着侵害他人人格权,遵守个人信息保护规则也不当然意味着不可能侵害他人人格权,人格权是否受到侵害,仍需根据民法上的人格权保护规则,尤其是结合个案的特定情形,通过利益衡量而为判断。德国联邦最高法院于2009年所作的“评师案判决(Lehrerbewertungsurteil, BGH NJW 2009, 2888)”虽然认可了信息自决权,但是同时主张,个案中的利益衡量对于判定是否构成信息自决权侵害,仍是必要的。后一立场是值得赞同的。该案被告在某一著名网络论坛上评价了原告(被告的老师)的教学水平。案子争议的焦点之一在于:被告未经原告同意,而在网站上公开原告的姓名、任职学校、教授课程等个人信息,这些违反了德国《联邦个人信息保护法》的行为是否侵犯了原告的一般人格权(本案中是隐私利益),从而应该受到禁止。法院判决原告败诉,并正确地指出,即使被告违反原告意愿而披露其个人信息的行为,违反了德国《联邦个人信息保护法》的规定,侵犯了原告的个人信息自决权,而个人信息自决权正是一般人格权的一部分,但是个人信息自决权并非不受限制;在本案中,被告的行为属于基本法所保护的言论自由的范畴,原告对于其个人信息的人格利益于此仍须让步。<sup>[55]</sup>其实,从本案中还可以看出,如果承认个人信息自决权的观念,认为任何违背当事人意志的个人信息收集、处理和利用行为都将因侵犯个人信息自决权而受到

[48] Diethelm Klippel, Deliktsrechtliche Probleme des Datenschutzes, BB, 1983, 407, 414; Gola/Schomerus, Datenschutzgesetzbuch Kommentar, 10. Aufl., 2010, § 1, Rn. 6-7.

[49] Diethelm Klippel (Fn. 48), S. 410.

[50] Diethelm Klippel (Fn. 48), S. 410.

[51] Horst Ehmann (Fn. 35), S. 268.

[52] Diethelm Klippel (Fn. 48), S. 414; Josef Brossette (Fn. 13), S. 226.

[53] Regina Aebi-Müller, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, 2005, S. 295.

[54] Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 48), § 1, Rn. 3.

[55] BGH NJW 2009, 2888.

禁止,整个法律秩序将陷入多么可怕的境地。

## 六、结论

目前流行的、学说上的个人信息自决权是一个法学上难以成立的命题。个人信息是个人在技术或物理上无法控制的对象;个人信息自决权主张,个人对其一切具有识别性的个人信息(不区分重要和非重要的个人信息)的收集、处理和利用享有决定权和控制权,这无异于保护一种漫无边际的个人意志,在法技术上,这种权利主张不具有清晰可见的客体外观,无法为他人的行为划定禁区;在价值取向上,个人信息自决权理论忽视了人类社会的存在和个人活动的展开所依赖的信息交流这个前提。因此,信息自决权至多只是学说上关于个人信息支配的误导性理论表述,而不是私权体系中的具体权利类型,更不是受侵权行为法保护的民事权利。

个人信息保护法和个人信息自决权之间并不能划等号:在某种意义上,个人信息自决权之思想可视为个人信息保护法的理念基础,但是,个人信息保护法不是对具体私权类型意义上的个人信息自决权的认可。换言之,个人信息保护法并非旨在保护一种作为民事权利的“个人信息自决权”。毋宁,正如德国部分学者正确地指出的,个人信息保护法应被视为,针对个人信息自动化处理方式给个人人格或财产带来之加害危险的事先防御机制。

### **A Historical Sketch and Critical Review of the Theory of the Right to Self-determination of Personal Information: An Analysis on the Protection Object of Personal Information Protect Act**

Yang Fang

**Abstract:** The theory of the right of personal information self-determination, which came from German law, considers that each person has the right to control the processing and use of all the personal information. This theory was largely originated from the misreading of the opinions of the German Federal Constitutional Court's small census case and census case. Such right defines its object protected as the "confidential will" unidentifiable by any strangers, eliminates the object of right of personality, and attributes the personal information as an object exclusively to the owner of the information, which fails to delimit a clear area protected from others, and cannot constitute a civil right protected by the tort law. Personal Information Protect Act is not the recognition and protection of the right to self-determination of personal information, rather a pre-protection mechanism for the personality or property, which is designed to prevent the abstract damage danger of personality or property.

**Keywords:** right of personal information self-determination; personal information protect act; protect of privacy; the case of Census; a pre-protection mechanism

(责任编辑:丁洁琳)

# 公开死刑资料:联合国的要求以及中国的应对

孙世彦\*

**摘要:**联合国各有关机构都要求各国向其提供有关本国死刑情况的资料,还要求各国公开有关本国死刑情况的资料。基于公众的知情权、公正和有效的刑事司法的要求以及《公民权利和政治权利国际公约》的缔约国报告制度,国家有义务公开死刑资料。公开死刑资料对于公众有关死刑意见的形成和改变具有重要的作用。中国一直没有公开有关判处和执行死刑人数等关键资料,这可能是出于国家形象的考虑。在中国已经提出全面推进依法治国的目标,致力于限制和减少死刑的情况下,公开死刑资料不仅无损国家形象,而且将有利于保障公众的知情权和对死刑使用情况的监督、正确认识死刑的功能和作用、批准《公民权利和政治权利国际公约》以及公众对死刑问题的认识和讨论。

**关键词:**死刑资料 死刑数据 废除死刑 限制和减少死刑 公众意见

近年,无论是普通民众还是法律专业人员,对于中国的死刑问题都极为关注,研究者也从各个角度对中国进一步减少、限制乃至废除死刑的必要性、合理性、可行性、具体操作等问题进行了大量的探讨。对于这些探讨,一个至关重要的问题是死刑资料的公开问题。中国一直没有公开判处死刑人数和实际处决人数等关键数据,但这种公开对减少、限制和废除死刑具有重要的作用。联合国有关机构曾在一系列的决议和文件中,对公开死刑资料提出了明确的要求。本文通过全面梳理联合国文件,评述联合国机构在死刑资料公开问题上的要求和观点,探讨中国应如何应对公开死刑资料的问题。

本文分为五个部分。第一部分梳理联合国有关各国提供和公开死刑资料的要求;第二部分探讨各国公开死刑资料的法律根据和内容;第三部分分析公开死刑资料对减少和废除死刑的作用;第四部分介绍联合国有关报告中记录的中国死刑执行情况,评述中国不公开死刑资料的原因及其利弊,并提出中国公开死刑数据的必要性和重要性;第五部分是结论,认为在全面推进依法治国的过程中,能否尽早公开死刑数据,是检测中国限制、减少乃至最终废除死刑的努力的一个重要标准。

## 一、联合国有关公开死刑资料的要求

长期以来,联合国有关机构都要求世界各国公开死刑资料。这种要求有两种形式:一种形式是要求各国向联合国有关机构提供死刑资料,另一种形式是要求各国本身公开死刑资料。

### (一)向联合国提供死刑资料的要求

联合国经济及社会理事会(以下简称“经社理事会”)、联合国人权委员会和人权理事会以及联合国大会(以下简称“联大”)都曾通过决议,请联合国秘书长(以下简称“秘书长”)提交有关死刑问题的

---

\* 中国社会科学院国际法研究所研究员,法学博士。

报告,同时要求各国提供有关死刑的资料以便秘书长编写这些报告。

这种报告制度最早由经社理事会于20世纪60年代确立。1959年,联大通过第1396(XIV)号决议,请经社理事会对死刑问题、有关死刑的法律和实践、死刑及其废除对犯罪率的影响进行研究。根据这一决议,经社理事会在1960年通过第747(XXIX)号决议,请秘书长进行此项研究。据此,秘书长于1962年完成并提交了研究报告。<sup>[1]</sup>此后,根据类似的联大和经社理事会决议,秘书长又提交了两次报告。<sup>[2]</sup>1973年,经社理事会通过第1745(LIV)号决议,请秘书长自1975年起,每5年一次向经社理事会提交有关死刑问题的分析报告。据此,秘书长从1975年到2015年,共提交了9次这种五年期报告。<sup>[3]</sup>这些报告详细叙述了在报告覆盖的5年期间世界范围内的死刑状况,包括废除和保留死刑国家和地区的数目及其变化,<sup>[4]</sup>保留死刑国家法律中的死刑罪名以及实际判处和执行死刑的情况及其变化、各国对死刑问题的研究情况、实施经社理事会1984年通过的《关于保护死刑犯的权利的保障措施》的情况(自1995年的报告起)以及国际事态发展(自2000年的报告起)。

经社理事会第747(XXIX)号决议只是请秘书长编写并提交报告,而没有表明这一报告应依据哪些资料、如何编写。为了获得为编写报告所需的资料,秘书长必然要了解各国的死刑情况。因此,秘书长向当时的联合国成员国以及部分非成员国发出了一份问卷,要求它们提供有关死刑的现行法律和实践的资料。<sup>[5]</sup>秘书长1975年提交的第一次五年期报告中,附上了向各国发出的问卷。这一问卷分为两部分,共14个问题。A部分的6个问题有关死刑罪名有哪些、是否有某些类型的罪犯不会被处决、哪一级法院可以判处死刑、对死刑判决有哪些救济渠道、在哪些情况下死刑判决可能获得赦免或减刑以及死刑如何执行。B部分的8个问题,有7个有关死刑立法是否有变化、是否有废除或减少死刑的趋势或计划、是否编写了有关死刑的报告、何时废除了死刑及替代刑罚如何、是否会采用或重新采用死刑、何时重新采用了死刑以及是否对死刑问题进行了新的研究,有1个问题直接与文本的主题有关,即“按年龄、性别和罪名说明被判处死刑的人数以及被实际处决的人数”。<sup>[6]</sup>从此,秘书长为编写经社理事会决议所要求的有关死刑状况的报告而向各国发出问卷,并根据对问卷的答复编写报告的做法,就一直延续了下来。

1997年,联合国人权委员会首次通过了题为“死刑问题”的第1997/12号决议,该决议除了呼吁没有废除死刑的国家逐渐限制可判处死刑罪名的数目、考虑暂停处决以期完全废除死刑以外,还请秘书长提交一份世界范围内有关死刑的法律和实践变化情况的年度增补报告,以补充其提交经社理事

[1] *Capital Punishment*, UN Publication Sales No. 62. IV. 2 (1962).

[2] 第二次报告:*Capital Punishment: Developments, 1961-1965*; 该报告后与第一次报告结集出版,*Capital Punishment*, UN Publication Sales No. E. 67. IV. 15 (1968)。第三次报告:E/5242 and Add. 1 (1973)。

[3] E/5616 (1975) (1969-1973); E/1980/9 (1980), (1974-1978); E/1985/43 (1985) (1979-1983); E/1990/38 (1990), (1984-1988); E/1995/78 (1995), (1989-1993); E/2000/3 (2000), (1994-1998); E/2005/3 (2005), (1999-2003); E/2010/10 (2010), (2004-2008); E/2015/49 (2015), (2009-2013)。报告文件号之后第一个括号内为报告发布时间,第二个括号内为每次报告覆盖期间。

[4] 联合国的通行做法是,将国家和地区分为废除死刑的和保留死刑的两大类。废除死刑可再细分为三种情况:(1)完全废除死刑,即法律中没有对任何罪行规定死刑;(2)废除对普通罪行的死刑,即对于和平时期的所有普通罪行废除死刑,只保留特殊情况下(如危害国家或战争期间触犯军法)的死刑;(3)事实上废除死刑,即在法律中规定了死刑并可能作出死刑判决,但在统计时间之前已经有10年未执行过死刑。保留死刑是指不仅在法律中规定了死刑,而且在统计时间之前的10年里执行过死刑。

[5] 经社理事会后来在1963年通过的第934(XXXV)号决议中认可了秘书长的这一做法,要求联合国成员国向秘书长提供有关本国死刑立法以及在死刑方面的法律和实践的任何新发展的资料。

[6] E/5616 (1975), Annex II。秘书长此后的五年期报告再未收录这种问卷。

会的五年期报告。此后,直到2005年,人权委员会又多次在标题相同的决议中提出了这一要求。<sup>[7]</sup> 根据这些决议,从1998年到2006年,秘书长向人权委员会提交了5次题为“死刑问题”的报告,涉及从1996年到2005年的全球死刑状况。<sup>[8]</sup> 取代联合国人权委员会的联合国人权理事会于2006年成立之后,在第2/102号决定中请秘书长继续更新有关报告和研究。据此,从2007年到2014年,秘书长向人权理事会提交了8次题为“死刑问题”的报告,涉及从2006年到2014年的全球死刑状况。<sup>[9]</sup> 为了编写这些报告,秘书长同样要求各国提供有关死刑的法律和实践及其变化的资料。

2007年,联大首次通过了题为“暂停使用死刑”<sup>[10]</sup>的第62/149号决议,该决议除了吁请所有仍保留死刑的国家“逐步限制死刑的使用,减少可以判处死刑的罪名”,“暂停执行处决,目标是废除死刑”以外,还吁请这些国家“向秘书长提供有关使用极刑和遵守保护死囚权利的保障措施的资料”,并请秘书长向联大报告该决议的执行情况。此后,联大又在2008、2010、2012和2014年相继通过的4项标题相同的决议中,同样请秘书长提交报告。<sup>[11]</sup> 根据这些决议,秘书长向联大提交了4次题为“暂停使用死刑”的报告,涉及从2008年到2014年间,联大决议的执行情况。<sup>[12]</sup> 同样,为了编写这些报告,联合国人权事务高级专员办事处代表秘书长向所有联合国成员国和观察员发出普通照会,请它们提供相关资料。

然而,各国答复秘书长问卷的情况一直不尽人意。例如,对于秘书长为编写向经社理事会提交的9次五年期报告而发出的问卷中,分别有49、74、64、60、63、45、70、56、54个国家作出了答复。<sup>[13]</sup> 如果考虑到在这9次报告所覆盖的期间(1969-2013年),联合国成员国从126个增加到了193个,可以说,答复问卷的比例甚至一直在下降。对此,尤其值得注意的是保留死刑的国家的答复情况,因为这些国家使用死刑的情况是秘书长有关死刑问题的报告重点关注的对象。然而,许多保留死刑的国家或者不作答复,或者提供的资料不完整,尤其缺乏有关被判处和执行死刑者数目和特性的准确、全面统计数据;甚至还有一些国家将死刑数据定为国家机密,披露这类数据就将构成犯罪。<sup>[14]</sup> 这种情况使得联合国很难得到有关死刑使用情况的最新的、准确的全球数据,影响了秘书长报告的价值。

由于在获得死刑资料方面存在的这些问题,经社理事会的有关决议很早就允许秘书长在编写五

[7] E/CN.4/RES/1998/8 (1998); E/CN.4/RES/2000/65 (2000); E/CN.4/RES/2001/68 (2001); E/CN.4/RES/2002/77 (2002); E/CN.4/RES/2003/67 (2003); E/CN.4/RES/2005/59 (2005).

[8] E/CN.4/1998/82 (1998); E/CN.4/1999/52 and Corr. 1 and Add. 1 (1999); E/CN.4/2003/106 and Add. 1 (2003); E/CN.4/2004/86 (2004); E/CN.4/2006/83 (2006).

[9] A/HRC/4/78 (2007); A/HRC/8/11 (2008); A/HRC/12/45 (2009); A/HRC/15/19 (2010); A/HRC/18/20 (2011); A/HRC/21/29 and Corr. 1 (2012); A/HRC/24/18 (2013); A/HRC/27/23 and Corr. 1 (2014).

[10] 这是联大决议中文本的正式名称。与国内惯常采用的“适用死刑”的说法不同,联合国文件中更多地采用“使用死刑”(“the use of the death penalty”)的说法,尽管有时也采用“适用死刑”(“the application of the death penalty”)的说法。遵照联合国的这一习惯,本文也主要采用“使用死刑”的说法,少数出现“适用”之处,是因为所引文献原文如此。

[11] A/RES/63/168 (2009); A/RES/65/206 (2011); A/RES/67/176 (2013); A/RES/69/186 (2015).

[12] A/63/293 (2008); A/65/280 (2010); A/67/226 (2012); A/69/288 (2014). 联大2014年决议要求的报告尚未提交。

[13] E/5616 (1975), para. 20, E/5616/Add. 1 (1975), para. 1; E/1980/9 (1980), para. 14, E/1980/9/Add. 1 (1980), para. 1, E/1980/9/Add. 2 (1980), para. 1, E/1980/9/Add. 3 (1980), para. 1; E/1985/43/Add. 1 (1985), para. 1; E/1990/38/Rev. 1/Add. 1 (1990), para. 1; E/1995/78/Add. 1 (1995), para. 1; E/2000/3 (2000), para. 10; E/2005/3 (2005), para. 6, E/2005/3/Add. 1 (2005), para. 1; E/2010/10 (2010), para. 5; E/2015/49 (2015), para. 4.

[14] See A/63/293 (2008), para. 7; A/65/280 (2010), para. 21; A/67/226 (2012), para. 44; A/69/288 (2014), paras. 5, 69; A/HRC/12/45 (2009), para. 20; A/HRC/15/19 (2010), para. 18; A/HRC/18/20 (2011), para. 22; A/HRC/21/29 (2012), para. 21; A/HRC/24/18 (2013) para. 16; A/HRC/27/23 (2014), para. 24.

年期报告时利用一切可得资料。<sup>[15]</sup> 实践中,秘书长在编写报告时,会向政府间组织、联合国专门机构和具有经社理事会咨商地位的非政府组织发出问卷并使用它们作出的答复,而且还会使用来自其他渠道的资料,包括联合国成员国根据人权理事会 2008 年开始的普遍定期审议机制提交的报告和审议情况,《公民权利和政治权利国际公约》缔约国向该公约设立的人权事务委员会提交的定期报告,人权委员会/人权理事会设立的有关处决和酷刑问题特别报告员的报告,某些普遍和地区性政府间组织的报告,以及许多非政府组织的有关死刑问题的书面资料等等。<sup>[16]</sup> 同样,秘书长在编写向人权委员会和人权理事会以及联大提交的报告时,也使用了来自其他渠道的资料。<sup>[17]</sup> 尤其因为许多保留死刑的国家未能在对问卷的答复中或通过其他正式渠道公开有关死刑实际使用情况的资料,秘书长的各份报告需要更多地依赖来自其他渠道的资料,特别是来自非政府组织的资料。<sup>[18]</sup> 这些资料可能并没有完全如实地反映有关国家的死刑状况,既可能低估也可能高估死刑的实际使用情况。

## (二) 公开死刑资料的要求

经社理事会、人权委员会以及联大在有关决议中,除了要求各国为秘书长编写报告所需,向联合国提供有关本国死刑情况的资料,特别是有关被判处或执行死刑的人数的资料以外,还一直呼吁各国公开有关死刑的资料。早在 1989 年,经社理事会就在第 1989/64 号决议中促请各国“如有可能,每年公布有关使用死刑的资料,包括判处死刑人数、实际处决人数、判处死刑但尚未执行人数、经上诉后死刑被撤销或减刑人数以及给予宽大处理人数”。人权委员会 1997 年至 2005 年通过的有关死刑问题的决议呼吁保留死刑的各国“向公众提供有关判处死刑的资料”,其中 2003 年至 2005 年的决议还呼吁向公众提供有关“任何已计划处决”的资料。联大 2007、2008 年决议只呼吁各国向秘书长提供有关使用死刑的资料,而在 2010、2012、2014 年的决议中,则呼吁所有国家(实际上针对的只是保留死刑的国家)公开有关使用死刑情况的资料,<sup>[19]</sup> 在后两次决议中还明确指出,公开的资料中应特别包括有关“判处死刑人数、死囚人数和已处决人数”的资料。

这些决议之所以要求各国公开有关死刑使用情况的资料,基于两个原因。第一个原因是出于秘书长编写有关报告的需要。秘书长的各份报告涉及死刑的很多方面,而死刑的实际使用情况是一个关键方面。如果保留死刑的国家因为某种原因没有直接向联合国提供有关死刑使用情况的资料,但正式公开了这些资料,则联合国有关部门仍有可能从公开途径获取这些正式资料,而不必依赖来自其他的、非正式渠道的资料。但显然,由于向联合国提供有关死刑使用情况的资料也是一种公开,因此保留死刑的国家,如果不向联合国提供这些资料,基本上也不会以其他方式正式公开这些资料,因此

[15] See E/RES/1985/33 (1985); E/RES/1990/29 (1990); E/RES/1990/51 (1990); E/RES/1995/57 (1995).

[16] See E/2000/3 (2000), para. 21; E/2010/10 (2010), paras. 5-6, 34; E/2015/49 (2015), para. 5.

[17] See E/CN.4/1998/82 (1998), para. 3; E/CN.4/1999/52 (1999), para. 3; E/CN.4/2003/106 (2003), para. 3; E/CN.4/2004/86 (2004), para. 3; E/CN.4/2006/83 (2006), para. 3; A/HRC/4/78 (2007), para. 2; A/HRC/18/20 (2011), para. 2; A/HRC/21/29 (2012), para. 2; A/HRC/24/18 (2013), para. 2; A/63/293 (2008), para. 2; A/65/280 (2010), para. 2; A/67/226 (2012) para. 2; A/69/288 (2014), para. 1.

[18] See E/2005/3 (2005), para. 44; E/2010/10 (2010), para. 34; E/2015/49 (2015), para. 29; A/HRC/12/45 (2009), para. 20; A/HRC/15/19 (2010), paras. 18-23; A/HRC/18/20 (2011), paras. 22-28; A/HRC/21/29 (2012), para. 22; A/HRC/24/18 (2013), para. 20; A/HRC/27/23 (2014), para. 27; A/63/293 (2008), para. 7; A/65/280 (2010), paras. 22-23; A/67/226 (2012), para. 19, footnote 8.

[19] 在这三次决议的正式中文本中,对于这些资料,使用的是“提供”一词,但在英文本中,与该词对应的用语是“to make available”,字面含义为“使……可获取”,应该理解为“公开”,因此与向秘书长“提供”(英文用语为“provide”)资料的概念并不相同。

呼吁保留死刑的国家公开死刑资料的策略对秘书长编写报告基本上没有帮助。但更重要的是第二个原因,即公开死刑资料本身就极为重要,这是下文评述的主题。

## 二、公开死刑资料的法律根据和内容

秘书长在2005年提交经社理事会的报告的结论部分中,针对保留死刑的国家,认为“有必要重申,如果某些国家仍然保留极刑,它们就对其公民负有一种义务,即以透明、负责的方式提供有关按年龄、性别和罪行类别分列的死刑判决数目、被许可的上诉数目以及已执行处决数目的准确、全面的数据”<sup>[20]</sup>。联合国有关法外处决、即决处决或任意处决问题的第四任特别报告员菲利普·奥尔斯顿(Philip Alston)也称,“尽管国际法并不禁止维持死刑的国家作出这一选择,但这些国家有明确的义务披露其适用死刑的详情”<sup>[21]</sup>。他们都提到了公开死刑资料是国家的一种义务,但都没有说明这种义务的法律根据是什么。在国际法中,这种义务首先源自一项人权条约,即目前已经有168个缔约国的《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公约》),其次源自一般法律原则。

### (一)信息自由与公开死刑资料

根据《公约》第19条,缔约国有义务公开死刑资料。一般认为,第19条第2款规定的是表达自由,而“此项权利包括寻求、接受和传递各种信息和思想的自由”。对这一规定的传统理解是,与个人的寻求、接受和传递信息的权利相对应的国家义务主要是一种消极的尊重义务,即不干涉个人享有和行使这一权利的义务,不包含国家公开信息的积极义务。但随着有关表达自由的理论和实践的发展,现在寻求、接受和传递信息的权利不仅意味着国家有义务不干涉这一权利的享有和行使,还意味着国家有义务保证这一权利得到享有和行使,即负有公开信息的积极义务。联合国促进和保护意见与表达自由的特别报告员阿比德·侯赛因(Abid Hussain)就曾强调,“人人都有权寻求、接收和传递信息,这为政府施加了一项积极义务,即保证能够获取信息,特别是就政府所掌握的信息”<sup>[22]</sup>。负责监督《公约》实施的人权事务委员会也在其有关第19条的一般性意见中称,“为落实获取信息的权利,缔约国应积极公开涉及公共利益的政府信息”<sup>[23]</sup>。因此,目前已经得到普遍认可和接受的一项原则是,在现代民主国家,个人有信息自由(freedom of information)或曰知情权(right to know),而国家负有公开信息的义务。

信息自由之所以从仅意味着国家有不干涉个人寻求、接受和传递信息的权利的消极义务,演化为还有公开信息的积极义务,是因为信息自由不仅对实现个人的表达自由以及其他相关权利具有重要作用,而且对现代民主国家的运行具有重要意义。第一,任何公共机构(其核心是政府)掌握信息都是为了公共利益而非这些机构本身的利益,因此公众有权知晓这些信息,公共机构则有义务公开这些信息;第二,公共机构公开信息、公众知晓信息,有利于公众监督公共机构的运作,提高其效能和效率并在其出错时问责;第三,公众只有获得充分的信息,了解公共机构为何作出某种决策、如何实施这种决

[20] E/2005/3 (2005), para. 128.

[21] *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston*, E/CN.4/2005/7 (2004), para. 59.

[22] *Report of the Special Rapporteur on the Protection and Promotion of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Mr. Abid Hussain*, E/CN.4/1999/64 (1999), para. 12.

[23] Human Rights Committee, General Comment 34, *Article 19: Freedoms of Opinion and Expression*, CCPR/C/GC/34 (2007), para. 19.

策,才能真正地、有效地参与决策,这是民主政治的一个基本要求。<sup>[24]</sup>

有关死刑使用情况的资料显然属于一种事关公共利益的信息,国家有义务予以公开,以便公众监督死刑的使用情况并参与有关死刑的决策。奥尔斯顿就提出,透明是对公正最可靠的保证,当国家取代个人报复而掌握生杀予夺的权力时,这种权力就有被滥用的风险,而公众监督才能制约国家不滥用死刑,才能保障死刑案件的公正。<sup>[25]</sup>

《公约》第 19 条被解释为要求缔约国承担公开信息的积极义务,也就意味着《公约》缔约国管辖下的个人有权利要求国家公开有关死刑使用情况的资料。这种情况在现实中真实发生过。2004 年,一位吉尔吉斯斯坦国民托克塔库诺夫(Toktakunov)向该国司法部提出申请,要求获得有关该国判处死刑人数等情况的资料。司法部拒绝提供这一被吉尔吉斯斯坦法律列为“机密”的资料。托克塔库诺夫在用尽国内救济后,向人权事务委员会提交来文,指控吉尔吉斯斯坦侵犯了他根据《公约》第 19 条第 2 款等规定享有的权利。2006 年,吉尔吉斯斯坦告知人权事务委员会,关于被判处死刑人数的数据已经被解密,并提供了 2003 - 2006 年判处死刑的人数等数据。尽管吉尔吉斯斯坦已经将有关数据解密,但人权事务委员会仍受理并审结了来文,其意见可归结为三点:(1)表达自由的权利包括获得国家掌握的信息的权利,国家有义务或者向提交人提供所要求的资料,或者根据《公约》第 19 条第 3 款说明为何要限制这种权利;(2)根据联合国人权委员会第 2003/67 号决议和第 2004/67 号决议所持立场,公众对于获得有关死刑使用情况的资料有正当利益;(3)吉尔吉斯斯坦在没有作出相关解释的情况下,限制托克塔库诺夫行使其获得有关死刑使用情况的资料的权利,这不能被认为是为保护国家安全或公共秩序、公共卫生或道德、尊重他人权利或名誉所必需。人权事务委员会的结论是,吉尔吉斯斯坦违反了《公约》第 19 条第 2 款,侵犯了托克塔库诺夫根据该款享有的权利。<sup>[26]</sup>

该案中的一个重要细节是,吉尔吉斯斯坦没有向人权事务委员会解释为何要限制国民获得有关死刑使用情况的资料。而一旦要解释,就只能诉诸第 19 条第 3 款的规定。与绝大多数权利和自由一样,信息自由也不是绝对的,而是要受到一定的限制。根据《公约》第 19 条第 3 款,国家可以为了尊重他人的权利或名誉,或者保护国家安全、公共秩序、公共卫生或道德而限制表达自由,包括信息自由。显然,公开死刑信息不会有损公共卫生或道德,也很难想象会有损公共秩序——除非将民众可能就死刑问题表达的不满和愤怒看做是有碍稳定、影响社会正常运转的因素。那么,能否基于唯一剩下的、保护国家安全的理由,不公开死刑资料?

奥尔斯顿指出,在相当多的国家,有关死刑的资料“笼罩在机密中”,有关处决或死囚人数和身份的数据并不公开。<sup>[27]</sup>他以越南、中国和印度作为例证,指出不公开死刑资料最经常援引的理由就是这种资料是国家机密,一旦公开就将损害国家安全。他认为,以国家安全的考虑将死刑资料规定为国家机密没有法律上的正当理由,因为《公约》第 14 条第 1 款明确要求缔约国公开死刑判决(具体论述

[24] See Toby Mendel, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey* 133 (UNESCO Regional Bureau for Communication and Information 2003); David Banisar, *Freedom of Information around the World 2006: A Global Survey of Access to Government Information Laws* 6 - 8 (Privacy International 2006).

[25] *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston*, “Transparency and the Imposition of the Death Penalty”, E/CN.4/2006/53/Add.3 (2006), para. 7.

[26] CCPR/C/101/D/1470/2006, *Toktakunov v. Kyrgyzstan*, Views adopted on 28 March 2011. 在委员会作出意见之前,吉尔吉斯斯坦已经于 2007 年废除了死刑。

[27] Alston, *supra* note 21, at para. 57.

见下一段),而且“有关司法工作的基本资料决不应被认为是对公共秩序或国家安全的一种威胁”。<sup>[28]</sup>按照多位国际法专家拟订的《关于〈公民权利和政治权利国际公约〉的各项限制条款和克减条款的锡拉库萨原则》,“只有在为对抗武力或武力威胁,保护民族生存、领土完整或政治独立而采取限制某些权利的措施时,才能援引国际安全作为采取这些措施的正当理由”。<sup>[29]</sup>如果说这一原则对国家安全的界定有些狭窄,那么多位国际法、国家安全问题和人权专家拟订的《关于国家安全、表达和获得信息的自由的约翰内斯堡原则》对于国家安全作了更全面的界定:“试图以国家安全为由进行的限制,除非其真实目的和可见效果在于对抗武力使用或威胁以保护国家生存或其领土完整,或者保护其应对武力使用或威胁的能力,无论这种武力使用或威胁是诸如军事威胁等来源于外部的,还是诸如鼓吹以暴力推翻政府等来源于内部的,否则就不是正当合理的”。<sup>[30]</sup>显然,将死刑资料列为国家机密的真实目的和可见效果并不是为了对抗无论是来自外部还是内部的武力使用或威胁,也无助于保护国家和民族生存、领土完整或政治独立,因此国家安全完全不能用作拒不公开死刑资料的正当理由。

### (二)公正审判与公开死刑资料

根据《公约》第14条第1款,缔约国有义务公开所有死刑判决。这是因为,“透明是公正和有效的刑事司法的一项要求”。<sup>[31]</sup>《公约》第14条第1款规定,对包括刑事案件的所有案件的审理均应公开,但可基于某些理由或需要不公开;对包括刑事案件的所有案件的判决也应公开,但也有例外,即在案件有关少年的利益、诉讼有关婚姻争端或儿童监护问题时,判决可以不公开。显然,对于死刑案件,即使其审理可基于某些理由或需要不公开,其判决也必须公开,因为《公约》第14条第1款允许不公开判决的理由主要有关民事案件,基本不适用于刑事案件。对于所有判决均应公开的要求,奥尔斯顿认为,除了极为有限的事关家庭法事项的例外以外,不允许为了公共秩序、国家安全或司法的利益对这一要求进行任何限制,对于向公众隐瞒判决这一司法过程的最后痕迹,民主社会绝没有任何利益可言。<sup>[32]</sup>而当《公约》缔约国必须公开所有死刑判决时,实际上就已经在一定程度上公开了死刑资料,尽管只是其中一部分(被判处死刑的人数和罪名,而不涉及被处决人数),而且不是以整体统计数据的方式。在这种情况下,缔约国似乎已经没有理由不公开有关死刑使用情况的详细统计数据。

### (三)缔约国报告制度与公开死刑资料

结合《公约》第40条和第6条,缔约国有义务提供死刑资料。《公约》第40条规定的是缔约国报告制度,根据其第1款,每一缔约国应在《公约》对其生效一年内以及每逢人权事务委员会作此要求时,向该委员会提出报告,说明为落实《公约》规定的权利而采取的措施以及这些权利得到享有方面取得的进步。结合第6条(特别是其第2款),这意味着缔约国在报告中,应说明如何只对最严重的罪行判处死刑、判决如何没有违反《公约》的其他规定、执行死刑如何经过了合格法庭的最后判决等情况,还应说明为减少和限制死刑采取了哪些措施,因为这属于在生命权得到享有方面取得的进步。显然,只有提供尽可能详细的死刑资料,缔约国才算就第6条善意履行了第40条规定的报告义务。在这一

[28] Alston, *supra* note 25, at paras. 22-25.

[29] *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, E/CN.4/1985/4 (1985), Annex, para. 29.

[30] *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, E/CN.4/1996/39 (1996), Annex, Principle 2(a).

[31] E/2015/49 (2015), para. 130 (a).

[32] Alston, *supra* note 25, at para. 9.

方面,人权事务委员会提出了非常详细的要求。该委员会在2010年通过的《各缔约国根据〈公民权利和政治权利国际公约〉第40条应提交的条约专要文件准则》中,对于缔约国在报告中就第6条应提供的资料,提出了5项与死刑有关的具体要求,特别是要求提供资料说明“在报告期间所判处的死刑数目、执行的死刑数目、被判处死刑者的罪行的性质、年龄、民族出身和性别、处决方式、减刑或缓刑数目以及等待被处决者的数目”。<sup>[33]</sup>而在人权事务委员会审议缔约国报告的实践中,如果缔约国未提供有关判处和执行死刑情况的详细资料,该委员会必定会提出质疑和要求。例如,人权事务委员会在审议也门的第二次报告后,在结论性意见中称,因为缺乏有关可能判处死刑的具体罪行和判处死刑之案件数目的资料,无法评估也门是否遵守了第6条;<sup>[34]</sup>在审议也门的第三次报告后,在结论性意见中要求也门提供关于被判处死刑的人数和被处决的死刑犯人数的详细资料。<sup>[35]</sup>类似地,人权事务委员会在对乌兹别克斯坦初次报告的结论性意见中,对于该国拒绝透露被处决和判处死刑的人数以及这些人被定罪的理由深表遗憾;<sup>[36]</sup>在对乌兹别克斯坦第二次报告的结论性意见中,针对仍缺乏该国判处死刑人数、判罪原因、被处决人数的资料情况,提出该国应当提供有关被判处死刑人数和被处决人数的资料,还应当定期公布这类资料,以供公众查阅。<sup>[37]</sup>

在上述三项国家应据以公开死刑资料的义务中,除第三项义务即报告义务是由《公约》这一特定条约规定、只约束《公约》的缔约国以外,前两项义务可以说是《国际法院规约》第38条第1款(寅)项含义之内的“为文明各国所承认的一般法律原则”。按照国际法学界的通常认识,这样的共同于国内法律制度的一般法律原则构成国际法的渊源,对所有国家都有法律约束力。

#### (四) 公开死刑资料的内容

对于国家应公开的死刑资料的内容,联合国不同机构有多种口径。经社理事会第1989/64号决议要求的资料“包括判处死刑人数、实际处决人数、判处死刑但尚未执行人数、经上诉后死刑被撤销或减刑人数以及给予宽大处理人数”。联大2012年、2014年决议所要求的是有关“判处死刑人数、死囚人数和已处决人数”的资料。人权事务委员会除了要求《公约》缔约国提供有关“所判处的死刑数目、执行的死刑数量、被判处死刑者罪行的性质、年龄、民族出身和性别、处决方式、减刑或缓刑数目以及等待被处决者的数目”的资料以外,还要求缔约国提供资料说明“目前的死刑状况以及旨在进一步减少或彻底废除死刑的任何动议或计划”、“可判处死刑的罪行以及死刑对这些罪行的适用是否是强制性的”、“犯有可被判处死刑之罪行的18岁以下个人或孕妇的情况”以及“哪些法院有权判处死刑,采用的程序、就死刑上诉的可能以及寻求赦免或减刑的额外权利”。奥尔斯顿认为,公众必须在年度基础上获知:被判处死刑的人数、被实际处决的人数、经上诉后死刑被撤销或减刑的人数、获得宽大处理的人数、被判处死刑但尚未执行人数以及上述各项数据按罪犯被判罪行分列的情况。<sup>[38]</sup>可见,无论按照哪种口径,最重要的资料仍是联大决议所要求的“判处死刑人数、死囚人数和已处决人数”,如果还能对这些数据按罪行、年龄、性别等分列,则更为理想,其他方面的资料也是多多益善。

[33] Human Rights Committee, *Guidelines for the Treaty - Specific Document to Be Submitted by States Parties under Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR/C/2009/1 (2010), para. 47.

[34] *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Yemen*, CCPR/C/79/Add.51 (1995), para. 16.

[35] *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Yemen*, CCPR/CO/75/YEM (2002), para. 15.

[36] *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Uzbekistan*, CCPR/CO/71/UZB (2001), para. 6.

[37] *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Uzbekistan*, CCPR/CO/83/UZB (2005), para. 7.

[38] Alston, *supra* note 25, at para. 15.

可以看出,“死刑资料”与“死刑数据”的概念既有联系,也有区别。死刑资料的含义更为广泛,包括了一切与死刑有关的信息;<sup>[39]</sup>而死刑数据的含义比较狭窄,专指有关“判处死刑人数、死囚人数和已处决人数”等实际数据的资料。因此,死刑数据是死刑资料中的核心部分。一国即使公开了大量与死刑有关的其他信息(如法律规定了哪些死刑罪名、对死刑案件有哪些程序保障),但如果没有提供或公开作为其核心的死刑数据,就没有满足联合国的要求、履行自己的义务。

### 三、公开死刑资料与减少和废除死刑的趋势

联合国有关机构的多项决议都宣示了减少和废除死刑的目标。1971年,经社理事会的第1574(L)号决议和联大的第2857(XXVI)号决议首次提出,所要追求的主要目标是逐渐限制可判处死刑的罪行的数目,以期在所有国家内废除此种刑罚,以充分保障《世界人权宣言》第3条所规定的生命权。人权委员会1997年决议表示“确信废除死刑有助于加强人的尊严和人权的逐渐发展”,“呼吁尚未废除死刑的国家考虑暂停处决,以期完全废除死刑”。联大2007年决议吁请所有仍保留死刑的国家“逐步限制死刑的使用,减少可以判处死刑的罪名”,“暂停执行处决,目标是废除死刑”。而公开死刑资料,对于减少和废除死刑具有重要的作用。

#### (一) 公众意见与死刑的存废

在联大于2007-2012年4次通过“暂停使用死刑”的决议之后,分别有58、53、53、47个国家以普通照会的形式,对决议表示了异议。<sup>[40]</sup>在照会中,这些国家声明它们“一贯反对任何暂停使用或废除死刑的企图,认为这违反国际法现有规定”,其主要观点可以总结为:(1)在是否应该废除死刑的问题上,不存在国际共识;(2)死刑是对最严重罪行的一种重要威慑,必须从一个更为广阔的视角来看待并在顾及受害者的权利和有关社区的安宁和安全生活的权利的情况下加以考量;(3)保留或废除死刑的问题以及哪类犯罪适用死刑的问题应由各国在充分顾及本国人民的感情、犯罪状况和刑事政策的情况下加以定夺;(4)就死刑的存废,每个国家都根据《联合国宪章》所设定的主权权利自由地确定了符合本国社会、文化和法律需要的道路,以维护社会安全、秩序和安宁,任何国家都无权将自己的观点强加于他人。严格说来,第一点和第四点并非保留死刑的理由,而只是表明这些国家认为在死刑存废问题上各国可以各行其是;而第二点和第三点可以说反映了保留死刑的两个最主要理由,即死刑具有威慑作用以及公众意见或曰民意赞同死刑。抛开死刑是否对犯罪具有威慑作用不谈,此处需要分析的是公众意见与死刑存废的关系。

许多国家援引公众意见(public opinion,在联合国文件中文本中对应用词是“公共舆论”)作为保留死刑的理由。在秘书长提交联大的报告中,就多处提到了这一点。例如,白俄罗斯报告说,该国于1996年举行的全民投票表明,多达80%以上的白俄罗斯公众赞同保留死刑;肯尼亚承诺废除死刑,但同时指出公众普遍支持保留死刑。<sup>[41]</sup>还有一些国家如科威特、利比亚、阿富汗等则援引宗教信仰的

[39] 在联合国文件中,与“资料”对应的英文用语是“information”,也可译为“信息”。

[40] A/62/658 (2008); A/63/716 (2009); A/65/779 (2011); A/67/841 (2013). 中国参与了全部四次照会。对于联大2014年决议,截止2015年7月底,尚未见有类似的普通照会提出。

[41] A/63/293 (2008), para. 26; A/65/280 (2010), para. 31.

理由,表示废除死刑不符合伊斯兰教法,<sup>[42]</sup>而这种宗教信仰也与公众意见有紧密的联系。

尽管有些国家的政府能够在多数公众仍支持保留和使用死刑时就暂停使用死刑甚至废除死刑,但在现代民主国家,公众意见绝对是一个无法忽视的因素。问题在于,公众意见是如何形成的?能否加以改变?若能,如何加以改变?公众意见作为某一特定社会中的多数人对某一事务或现象的大体相近的认知、判断、态度和情感,其形成受到许多因素的影响,不仅有如一国的政治、文化、宗教传统等比较稳定的因素,也有如一国的政府引导、媒体报导、谣言传闻等比较临时的因素,“是交织着理智与情感、意识与潜意识、理性与非理性、正义与非正义的矛盾统一体,具有相当的情绪性、不可捉摸性”。<sup>[43]</sup>但从认识论的角度看,任何人在形成意见时,如果能对有关事务和现象的客观情况有尽可能多的了解,其意见就会含有尽可能多的理性和公允(尽管很难达到百分之百的理性和公允)。由此,就有了“知情的公众意见”(informed public opinion)的说法,即这种公众意见是在公众充分知晓有关事务和现象的客观情况以后形成的,这样的公众意见比起在未充分知情的情况下形成的公众意见,可能基础更坚实、看法更理性、态度更公允。

回到死刑问题,以上分析意味着有关死刑存废的公众意见只有在公众充分知情时,即充分了解了本国使用死刑的实际状况时,才谈得上理性和公允,<sup>[44]</sup>才能成为民主国家在死刑存废问题上决策的合理根据。但在实践中,并非少见的情况是,一些国家诉诸公众意见作为保留死刑的理由,但这种意见却根本不是公众在充分知情的基础上形成的。对于这种情况,奥尔斯顿提出了尖锐的疑问:“一个国家一方面援引公众意见,另一方面却有意向公众隐瞒有关死刑使用情况的资料,这明显是说不通的。如何能说公众赞同一种他们几近一无所知的做法?”他接着指出,“如果公众意见对一个国家来说确实是一项重要的考虑因素,那么看来政府就应该促进对死刑资料的获得以确保这种意见是在尽可能知情后得出的。如果一个政府坚持对死刑作原则性的辩护,却拒绝向其人民透露适用死刑的程度和理由,这是不可接受的”。<sup>[45]</sup>不能不承认,在依赖公众意见作为保留死刑的理由与不公开死刑资料之间,的确存在奥尔斯顿所说的逻辑矛盾。因此,如果希望作为保留死刑的理由之一的公众意见站得住脚,这种意见就必须是在公众充分了解死刑资料的基础上形成的。另外,公众对于死刑的意见是能够加以引导的,但引导公众意见的最有效和合理方式之一,同样是向公众提供有关死刑使用情况的尽可能详细而真实的信息(本国的以及其他国家的),从而使得公众意见的改变与其形成一样,是在充分知情的基础上进行的。

## (二) 公开死刑资料会导致的情况

在一个保留死刑、公众意见也予以赞同但并不知晓本国使用死刑的实际情况的国家中,当政府公开死刑资料、公众知晓本国使用死刑的实际状况时,公众意见会不会发生改变?这不是一个理论问题,而是一个实证问题。需要有实际样本,才能判断出,公众在知晓本国使用死刑的实际情况后,其意

[42] A/63/293 (2008), para. 25; A/65/280 (2010), para. 33.

[43] 梁根林:“公众认同、政治抉择与死刑控制”,载《法学研究》2004年第4期,第22页。原文中的主语为“集体意识”而非“公众意见”。

[44] 有人称,“就死刑所形成的民意在多大程度上体现了民众的真实态度、情感,取决于普通人对有关死刑的各方面真实情况的了解程度”。唐煜枫:“论民意与死刑实践——一个互动关系的视角”,载《辽宁大学学报》(哲学社会科学版)2006年第2期,第158页。实际上,即使不了解有关死刑的各方面真实情况,也不能说民意体现的不是民众的“真实”态度和情感,也许用是否“理性和公允”来判断更合适。

[45] Alston, *supra* note 25, at para. 21.

见是否会改变;需要有足够的样本,才能判断出,这种改变是否有一定的规律以及这种规律可能是什么。本文所使用的联合国有关机构的决议、报告等文件都没有提供足够的样本,至少有实际例证。但从这些文件的某些论断中,仍可以发现一些端倪。

联大最近两次有关暂停使用死刑的决议不仅要求各国公开有关死刑使用情况的资料,而且提出“这会有助于展开可能的知情而透明的国内和国际辩论,包括关于国家在使用死刑问题上所担负义务的辩论”。<sup>[46]</sup>因此,公开死刑资料的后果至少将有助于保留死刑国家内部的辩论。只有在公众获得有关本国死刑使用情况的全面、详细、准确的资料之后,任何有关死刑增减、存废问题的辩论才能有的放矢,而不是沦为完全受主观倾向和感性认识左右的空谈。秘书长在多份报告中指出,缺乏关于处决人数或死囚人数的全面数据对于开展辩论构成了一个严重的阻碍,因此只有向公众提供与死刑相关的资料,这种辩论才能有意义。<sup>[47]</sup>秘书长在提交人权理事会的一份报告中还指出,“废除死刑对许多国家是一个漫长的过程,往往只有在经历一个困难,甚至激烈的全国辩论时期以后,这个过程才会结束”。<sup>[48]</sup>可见,由于死刑问题极为复杂,即使国家公开了死刑资料,也很可能要经历一个漫长而充满争议的过程,才能废除死刑,更不要说在国家不公开死刑资料的情况中。

认为公开死刑资料有助于公众对死刑问题的讨论、这种讨论有助于废除死刑并非一家之见。联合国人权事务高级专员办事处2012年曾组织召开了一次有关废除死刑的专家会议。会上,一些专家指出,只有更多的公开才能让公众对死刑的适用形成更有意义的观点。<sup>[49]</sup>挪威外交部长在为“国际反死刑委员会”(一个致力于废除死刑的非政府组织)2013年发布的报告《各国如何废除死刑》撰写的序言中指出,“人民越熟悉围绕死刑的各种事实,他们对废除死刑的抵制就越小。因此,国家在使用死刑方面表现出更大的透明度很重要。从长远来讲,这将促成基于事实的公开辩论”。该报告分析了13个国家废除死刑的过程,并总结了为减少和废除可以采取的措施,其中就包括“公布有关死刑使用情况的资料,包括被判处死刑者的人数、被处决者的人数以及他们被判处的罪名,以便公众充分知晓情况”,国家机构和公民社会能够开展有关死刑的“自由、知情的辩论”。<sup>[50]</sup>

当然,公众意见本身就是难以捉摸的,具有情绪化、易波动、模糊性等特点,<sup>[51]</sup>与死刑的关系问题更为复杂。<sup>[52]</sup>即使死刑资料公开,也并不会必然导致公众意见会从赞同死刑转向反对死刑,因为公众对这些资料仍可能有取有舍、见仁见智,有些人可能会改变原先的意见,有些人则可能强化原先的意见。秘书长的报告也只是称,知晓死刑数据之后的辩论“有可能”导致废除死刑或走向废除死刑的

[46] A/RES/67/176 (2013); A/RES/69/186 (2015). 另参见 A/RES/65/206 (2011), 其中只提到了“国内辩论”。

[47] See A/67/226 (2012), paras 71; A/HRC/18/20 (2011), para. 60; A/HRC/24/18 (2013), para. 80; A/HRC/27/23 (2014), para. 73.

[48] A/HRC/18/20 (2011), para. 60.

[49] United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, *Moving Away from the Death Penalty: Lessons from National Experiences* 18 (New York 2012). [http://www.ohchr.org/Lists/MeetingsNY/Attachments/27/moving\\_away\\_from\\_death\\_penalty\\_web.pdf](http://www.ohchr.org/Lists/MeetingsNY/Attachments/27/moving_away_from_death_penalty_web.pdf). 2015年8月1日访问。

[50] International Commission against the Death Penalty, *How States Abolish the Death Penalty* 33 (Oslo 2013). <http://www.icomdp.org/cms/wp-content/uploads/2013/04/Report-How-States-abolition-the-death-penalty.pdf>. 2015年8月1日访问。该报告分析的13个国家是阿根廷、柬埔寨、法国、海地、吉尔吉斯斯坦、墨西哥、蒙古、菲律宾、卢旺达、塞内加尔、南非、土耳其以及美国(康涅狄格州和新墨西哥州)。

[51] 王立军、赵静:“论大众观念之于死刑决策的意义”,载《山东社会科学》2014年第6期,第146-147页。

[52] See Roger Hood & Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective* ch. 10 (5th ed., Oxford University Press 2014).

步骤,<sup>[53]</sup>而没有断言这种辩论一定会导致废除死刑。《各国如何废除死刑》的报告尽管强调了公开死刑资料的重要性,但也指出,“即使获得了这样的资料,公众意见也可能出现剧烈的波动,特别是在对严重犯罪作出反应以及媒体广泛报导这些罪行时”<sup>[54]</sup>。无论如何,只有一国公开了死刑资料,并在公众据此就死刑问题开展自由、充分辩论的基础上决定其死刑政策,这种政策才具有尽可能大的合理性。

另外,秘书长的多份报告还指出了其他一些相关信息的重要性:“为了这种辩论的有效和透明,同样重要的是确保公众能获得均衡的信息,包括有关犯罪情况以及在不采用极刑的情况下对其予以打击的各种有效方式的准确信息和统计数字”<sup>[55]</sup>。公众获得这些信息和数据后,就会更理性地认识和思考一些问题,例如即使从完全功利的角度、将剥夺生命当做一种可以接受的打击犯罪的手段来看,死刑与其他刑罚以及控制犯罪的手段相比,究竟有多大的效能和价值,而不会将死刑的存废问题简化成非此即彼的“赞同还是反对死刑”的问题。对于让公众更加全面地认识死刑问题,这些资料可能比有关判处死刑人数和处决人数的单纯数据更为重要,同时有助于拉近“法学精英”与普通民众在认识死刑问题上的距离。

#### 四、中国应尽早公开死刑数据

中国从未向联合国提供有关任何时期的判处死刑人数和实际处决人数的数据,也从未在国内公开这些数据。无论是在国内还是在国际层次上,中国不公开死刑数据的做法一直饱受诟病。在十八届三中全会已经提出要“逐步减少适用死刑罪名”目标的情况下,有必要根据上述联合国决议和报告中对公开死刑资料的要求,审视中国的情况和问题。

##### (一) 秘书长报告中的中国死刑执行情况

由于中国政府从未向联合国提供或以其他方式公开过死刑资料,或更准确地说,有关判处死刑人数和处决人数的数据,秘书长的各份报告不得不用来自其他渠道,特别是来自两个定期监测中国死刑使用情况的非政府组织“大赦国际”(又译“国际特赦组织”)和“释放该隐”(Hands off Cain)的资料。这也是这些报告处理本身未提供死刑数据国家的死刑情况的惯常做法。对于秘书长报告中如此获得的有关中国死刑情况的数据,无从判断其可信度和可靠性,尤其是不同的组织得出的数据可能相差极大。例如,对于2008年中国的处决人数,“大赦国际”和“释放该隐”的估计就很不相同:前者估计处决人数为“至少1718人”,后者估计处决人数为“至少5000人”<sup>[56]</sup>。但无论秘书长的报告采用了哪一数据、其依据是什么,其中所给出的中国处决人数都是惊人的。秘书长提交经社理事会的每次报告都载有所涉五年期内,保留死刑国家的处决人数列表(以能获得资料的国家为限),其中,第六、七、八次报告载有中国的处决人数:1994-1998年为12338人、1999-2003年为6687人、2004-2008年超过8358人<sup>[57]</sup>。在这三个五年期内,中国的处决人数超过了其他有数据的保留死刑国家在同期处决人

[53] A/HRC/24/18 (2013), para. 80; A/67/226 (2012), para. 71.

[54] International Commission against the Death Penalty, *supra* note 50, at 9.

[55] A/HRC/24/18 (2013), para. 80; A/HRC/27/23 (2014), para. 73. See A/67/226 (2012), para. 71.

[56] E/2010/10 (2010), para. 37.

[57] E/2000/3 (2000), Table 2; E/2005/3 (2005), Table 2; E/2010/10 (2010), Table 2. 第九次报告没有给出中国在2009-2013年的处决人数,只是说“据称中国每年仍要处决数千人”。E/2015/49 (2015), Table 2, note a.

数的总和。<sup>[58]</sup>

当然,由于中国的人口基数,中国的绝对处决人数位居世界第一并不令人惊奇。但是,考察一个国家的死刑情况,除了要看其处决的绝对人数之外,还需要看被处决人数在每百万人口的估计年平均比例。从秘书长提交经社理事会的报告公布的数据来看,中国在1994-1998年、1999-2003年、2004-2008年期间的这一比例分别为2.01、1.04和1.22,在保留并执行死刑的国家中分别排在第7、8和6位。<sup>[59]</sup> 尽管从处决人数在每百万人口的估计年平均比例来看,中国使用死刑的情况不是全世界最严重的,但在人口大国中,却是最严重的。在全世界除中国外人口过亿的11个国家中,目前有7个保留死刑,但它们在同一时期的处决人数在每百万人口的估计年平均比例都远低于中国,以下就是其中5个国家与中国的对比情况(印度和印度尼西亚则因为在任何五年期中的处决人数都不到20人而未收入统计表格):<sup>[60]</sup>

|      | 1994-1998 |      | 1999-2003 |       | 2004-2008 |      | 2009-2013 |       |
|------|-----------|------|-----------|-------|-----------|------|-----------|-------|
|      | 人数        | 比例   | 人数        | 比例    | 人数        | 比例   | 人数        | 比例    |
| 中国   | 12338     | 2.01 | 6687      | 1.04  | 8188      | 1.22 | -         | -     |
| 美国   | 240       | 0.20 | 385       | 0.27  | 251       | 0.16 | 223       | 0.14  |
| 巴基斯坦 | 34        | 0.05 | 48 +      | 0.07  | 323       | 0.39 | 1         | 0.001 |
| 尼日利亚 | 248       | 0.41 | 4         | 0.006 | 0         | 0    | 4         | 0.004 |
| 孟加拉国 | -         | -    | -         | -     | 29        | 0.04 | 20 +      | 0.02  |
| 日本   | 24        | 0.04 | 13        | 0.02  | 31        | 0.05 | 24        | 0.04  |

没有任何联合国文件表明,中国对这些报告中使用非政府组织的估计数据以及这些数据本身作出任何评论。如果说这些数据高于在所涉期间中国的实际数据,则不好理解中国政府为何没有表示反对并公开实际数据,这不得不让人有反向的猜想。

## (二) 中国公开死刑数据的障碍与利弊

中国不仅从未公开死刑资料中最重要的内容,即任何时期有关“判处死刑人数、死囚人数和已处决人数”的数据,而且从未正式解释不公开的原因何在。

中国为何从不公开死刑数据? 有学者称,中国不公开死刑判决和执行数据是“基于国际和国内等多方面原因的考虑”,<sup>[61]</sup> 但没有明确这些原因和考虑有哪些。许多学者都提到一个情况,即死刑数据在中国是国家机密。因为官方从未正式宣布过死刑数据是国家机密,所以甚至可以说,连死刑数据是

[58] 报告中没有给出孟加拉国、朝鲜、伊拉克、科威特、叙利亚在1994-2003年间的处决人数,没有给出索马里在1994-2008年间的处决人数。但从这些国家其他时期的处决人数来看,即使加上这些国家的处决人数,所有保留死刑国家的处决人数之总和依然赶不上中国一国同期的处决人数。

[59] 参见 E/2015/49 (2015), Table 3. 1994-1998年,前6位是土库曼斯坦、新加坡、沙特阿拉伯、塞拉里昂、吉尔吉斯斯坦和约旦; 1999-2003年,前7位是新加坡、沙特阿拉伯、约旦、伊朗、也门、刚果民主共和国和塔吉克斯坦; 2004-2008年,前5位是沙特阿拉伯、伊朗、科威特、朝鲜和新加坡。需要注意的是,这一表格中没有给出1994-2003年间,朝鲜、伊拉克、科威特、叙利亚的这一比例。

[60] 根据 E/2015/49 (2015), Table 3 整理。

[61] 赵秉志:“论全球化时代的中国死刑制度改革——面临的挑战与对策”,载《吉林大学社会科学学报》2010年第2期,第46页。

国家机密这一情况本身都是秘而不宣的。《中华人民共和国保密法》第9条规定:“涉及国家安全和利益的事项,泄露后可能损害国家在政治、经济、国防、外交等领域的安全和利益的,应当确定为国家秘密。”按照上文介绍的世界范围内对国家安全的通行理解,公布死刑数据似乎难以对中国的国家安全构成损害,除非对国家安全另有解释。因此,死刑数据被确定为国家机密,只能是因为其公布可能损害国家利益。然而,很难说公开死刑数据能够对中国政治、经济、国防、外交等领域的任何具体利益构成损害,唯一能设想的,只能是因为中国的判处死刑人数和实际处决人数都数量巨大,一旦公开将“令人震惊”,<sup>[62]</sup>可能“引起他国对中国人权问题的指责”,<sup>[63]</sup>“被国际上的反华势力恶意利用,给国家形象造成不良的影响”。<sup>[64]</sup>换言之,公布死刑数据所可能损害的国家利益,只能是国家形象。

尽管公开死刑数据可能有损中国的国家形象,但也有若干有力的理由能够证明,公开死刑数据具有相当大的必要性和重要性。

首先,不公开死刑数据反而“可能会招致各种不同的猜测,毁损我国的国际形象”。<sup>[65]</sup>这是个简单的得失计算问题。全世界都已经认定中国判处和执行死刑的数量巨大,只是不知道精确的数量。在这种情况下,中国遭到了两个方面批评:一是使用死刑的情况非常严重,二是在死刑数据上不透明。而如果中国公开死刑数据,则至少可以避免第二个方面的批评,并且“更能体现出我国对待死刑案件的合法、公开、透明,体现我们坚定执行‘宽严相济’刑事政策和‘严格控制、慎重适用死刑’政策的决心和信心,也让全国人民和世界人民看到我们在死刑控制上取得的进步”。<sup>[66]</sup>当然,如果中国判处和执行死刑的实际数量大大超过国际社会的估算,第一个方面的批评可能会更猛烈。对于这些批评中的恶意攻击,中国可一如既往地置之不理;对于这些批评中的善意评论,中国或者可以诉诸国情作出尽可能合理的、能为人所接受的解释,或者可能需要反思如此依赖死刑无论从哪个角度来讲,是否真的必要。可以说,目前不公开死刑数据的做法尽管可能出于维护国家形象的需要,但从长远来讲,不公开死刑数据的做法给国家形象带来的损害将会超过尽早公开这些数据在短期内可能造成的损害。另外,自2007年将死刑立即执行案件的核准权收回最高人民法院以后,中国死刑执行数量已有较大幅度的下降。<sup>[67]</sup>基于此,有人认为,如果中国公开现在的死刑执行数量,“可能面临的国际压力也将明显降低,甚至有可能小于中国不公开死刑执行数量所面临的国际压力”。<sup>[68]</sup>因此,中国适时但尽早公开死刑数据对国家形象总体上是有利的。

其次,公开死刑数据是保障公众知情权的需要,还有助于公众监督中国的死刑使用情况。一方面,对于诸如死刑这样重大的法律和社会问题,在不影响国家安全、公共秩序、公共道德、司法利益的情况下,公众应有充分的知情权,包括了解死刑的具体使用情况。另一方面,“作为司法机关采取的最严厉制裁手段,死刑的人数及政策执行情况,理应属于人民监督权的重要对象范畴”。<sup>[69]</sup>这种监督有

[62] 刘仁文:《死刑的全球视野与中国语境》,中国社会科学出版社2013年版,第169页。

[63] 高一飞:“死刑统计数据应当公开”,载《同舟共进》2006年第1期,第23页。

[64] 赵秉志、苗苗:“论国际人权法规范对当代中国死刑改革的促进作用”,载《吉林大学社会科学学报》2013年第4期,第13页。

[65] 陈光中:“公布死刑人数利弊考”,载《南方周末》2009年12月17日。<http://www.infzm.com/content/38825>。2015年8月1日访问。

[66] 同注65引文。

[67] 秘书长2010年提交经社理事会的报告已经注意到这一点:“似乎不容置疑的是,中国境内死刑使用率大幅下降。”E/2010/10(2010), para. 37.

[68] 赵秉志:“当代中国死刑改革争议问题论要”,载《法律科学》2014年第1期,第151页。

[69] 同注65引文。

利于“防止死刑执行数量出现过大的起伏或者反弹,进而更好地督促中国限制和减少死刑政策的贯彻和落实”,而不公开死刑数据“在很大程度上削弱了社会各方对中国落实死刑政策的监督,不利于死刑制度改革的深入”。<sup>[70]</sup>实际上,就死刑问题,“监督权与知情权是紧密相连的,死刑监督权的实现乃以知情权为前提,只有公布死刑具体人数,民众才有可能对死刑政策的执行情况进行总体评估和有效监督”。<sup>[71]</sup>

第三,公开死刑数据“有利于正确认识死刑的功能和作用,为死刑威慑力的研究提供客观、科学的依据”。<sup>[72]</sup>死刑的威慑作用是保留死刑国家经常援引的理由之一,也是中国公众普遍相信死刑具有的效能之一。就死刑对于犯罪是否具有威慑作用,是否能遏制和减少犯罪,一直存在争论。然而,如果相信死刑具有这种威慑作用、希望死刑产生这种威慑作用,就越有理由公开死刑数据。<sup>[73]</sup>就死刑的威慑作用与不公开死刑数据,奥尔斯顿曾提出疑问:“先抛开有关死刑是否能遏制犯罪的实证数据不谈,保密有可能加强这种威慑效果吗?”他指出,当然可以主张说,潜在的罪犯在缺乏信息的情况下,会设想最坏的情况。然而,即使可以认为罪犯会有这种对不确定性的恐惧,但事实却是,政府将死刑资料保密并不是为了让死刑的使用情况看起来更厉害,而恰恰是为了淡化死刑和处决的实际数目。因此,保密更可能有损死刑的任何威慑效果。<sup>[74]</sup>可见,在死刑的可能威慑与不公开死刑资料之间,存在着一种矛盾。死刑与犯罪率之间是否存在必然联系、死刑是否具有威慑作用,是极为复杂的问题,也许不存在适用于所有国家的经验和规律。但无论如何,只有公开死刑数据,才有可能对死刑与犯罪率之间的联系、对死刑的威慑效果作出科学的研究,得出令人信服的结论。

第四,公开死刑数据有利于中国尽早批准《公民权利和政治权利国际公约》。<sup>[75]</sup>中国在1998年签署该公约之后,迄今没有批准,但“正在继续稳妥推进行政和司法改革,为批准该公约作准备”。<sup>[76]</sup>如果说联大、经社理事会以及人权委员会要求各国提供和公开死刑资料并没有国际法意义上的约束力,《公约》缔约国向人权事务委员会提交报告则是一种强制性的法律义务。中国一旦批准《公约》,就必须提交履约报告;如果报告中没有提供死刑数据,人权事务委员会就必然提出疑问和批评。与其到时受到这种疑问和批评,或者被迫提供数据,或者仍拒绝提供数据而遭到更多的批评、形象更受损害,不如尽早自行公开死刑数据,表明中国至少在这一方面的确在为批准该公约作认真准备。

最后,公开死刑数据有助于公众对死刑问题的认识和讨论。现在中国的公众普遍赞成死刑似乎无法否认。有很多学者和机构对中国的死刑民意进行了抽样调查,这些调查无一例外都显示中国公众普遍赞同保留死刑。<sup>[77]</sup>这样的实证调查对了解中国公众有关死刑的意见有很大的价值,但都有一个不能归咎于调查本身的缺陷,即这样的调查都是在被调查者——无论是普通民众还是法律专业人

[70] 同注68引文。

[71] 同注65引文。

[72] 于占国:“试论我国死刑限制的基本途径”,载《人民论坛》2010年第26期,第67页。

[73] 参见王世洲:“关于中国死刑制度的反思”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2004年第3期,第91页。

[74] Alston, *supra* note 25, at para. 4.

[75] 同注68引文。

[76] 中国向联合国人权理事会普遍定期审议机制提交的第二次国家报告,A/HRC/WG.6/17/CHN/1(2013),第7段。

[77] 参见贾宇:“死刑实证研究之死刑观的调查报告”,载《法学评论》2005年第3期;袁彬:“死刑民意及其内部冲突的调查与分析”,载《法学》2009年第1期;贺志军:“论我国死刑改革的罪刑选择及民意引导——基于死刑民意实证调查数据的分析”,载《中国刑事法杂志》2009年第1期;张惠芳、何小俊:“死刑民意调查研究”,载《时代法学》2011年第4期;苏彩霞、彭夫:“死刑控制政策下民意引导的实证分析”,载《广西大学学报》(哲学社会科学版)2015年第2期。

士——对中国实际使用死刑的状况一无所知的情况下进行的。因此,一个极为合理的问题是:如果被调查者获得了有关中国判处和执行死刑人数的数据,了解了中国实际使用死刑的状况,调查的结果和结论会不会有所不同?<sup>[78]</sup>

民意或者说公众意见的确是“死刑决策绕不开的因素”。<sup>[79]</sup>但是,“民意是可以引导的,尤其是在为废除死刑创造条件时,应当充分认识到引导死刑的民意具有重要意义”。<sup>[80]</sup>关于如何引导公众意见以推进废除死刑,有人提到了诸如加强法制宣传、启动死刑启蒙教育,推进有关死刑的司法活动公开化、透明化,完善刑罚结构、改革刑罚制度,加强媒体倡导、引导网络民意等措施;<sup>[81]</sup>有人提到了工具本位转换、政府责任主导、文化守成改造、学术取向转型等发展路径;<sup>[82]</sup>有人提到了多层推动、分类引导、自然过渡等路径选择。<sup>[83]</sup>但问题是,当需要被引导的公众意见更多地基于主观感受和情绪而非客观事实和认识时,如何能确保公众意见被引导到理性的、负责的方向?还有人提出,在废除死刑的问题上,“学者负有开启民智、提升民意的重任”;<sup>[84]</sup>刑法学者应引导民意、启蒙政治、改造文化。<sup>[85]</sup>但问题是,在本身都不了解中国实际使用死刑情况的限制下,学者又如何提出有说服力的见解?

奥尔斯顿在分析有关死刑资料的透明问题时,特别提到,中国政府在2003年给他的一项答复中指出,“每个国家都应根据本国实际情况和本国人民的愿望,决定保留或废除死刑”,然后立刻评论说,“但显然,这种决定和愿望无法在不明事实真相的情况下形成”。<sup>[86]</sup>因此,如果中国希望顺利地实现“逐步减少适用死刑罪名”的目标乃至最终废除死刑,一个重要的措施就是公开死刑数据,因为这“能够提高公众对于死刑问题的关注度,同时有利于降低公众对于死刑的认同感”。<sup>[87]</sup>

## 五、结论

长期以来,联合国各有关机构都要求各国提供和公开死刑资料。这种要求尽管没有法律约束力,但具有重大的道义力量,国际社会中任何负责任的成员都不能对其充耳不闻。对于联合国各份报告体现的有关公开死刑资料的重要性的意见,决不能将其当作秘书长的个人观点,也决不应将其当做某些国家,特别是被经常当作标靶的“西方国家”的片面观点,以国情为由不理不睬。

最近几年,通过最高人民法院收回死刑复核权、已经减少并计划和承诺继续减少死刑罪名、修改《刑事诉讼法》进一步完善死刑复核程序等举措,中国已经向国际社会和国内民众表明,“严格控制和慎重适用死刑”不是空洞的宣示,而是切实的政策。能否在全面推进依法治国的作品中,充分认识公开死刑资料的重要性和必要性,尽早公开中国的死刑数据,将是检测中国愿意为限制、减少乃至最终废除死刑而采取多大努力的一块试金石。也许在短期内,中国仍不会公开死刑数据,但“随着司法的

[78] 同注44引文。

[79] 同注51引文,第143页。

[80] 贺志军:同注77引文,第117页。

[81] 杨传刚:“民意与死刑存废的关系之探析”,载《内蒙古农业大学学报》(社会科学版)2011年第4期,第19-20页。

[82] 姜涛:“全球化时代中国废除死刑的发展路径”,载《环球法律评论》2007年第3期,第28-36页。

[83] 马永平:“论人文视角下死刑改革的民众认同”,载《云南大学学报》(法学版)2015年第2期,第31-33页。

[84] 孙国祥:“死刑废除与民意关系之审视”,载《华东政法大学学报》2009年第2期,第96页。

[85] 曲新久:“推动废除死刑:刑法学者的责任”,载《法学》2003年第4期,第43-44页。

[86] E/CN.4/2005/7(2004), para. 58.

[87] 苏彩霞、彭夫:同注77引文,第104页。

日渐公开透明,尤其是随着中国适用死刑数量的不断下降,中国的死刑数据终将解密”<sup>[88]</sup> 希望这一天能早日到来。

**The Publicity of the Information on the Death Penalty:  
The Requirements of the United Nations and Responses of China**

Sun Shiyan

**Abstract:** Various organs of the United Nations have requested States to submit information on the death penalty to the United Nations and make the information available to the general public. On the basis of the right to information, requirement of fair and effective criminal justice and the State Reporting system under the International Covenant on Civil and Political Rights, States are obliged to publish information on the death penalty. The publicity of the information is critical to the formation and change of the public opinion on the death penalty. China has never published such key information as the numbers of persons sentenced to death and executions carried out, maybe due to the consideration of China's reputation. China has promised to promote the law-based governance of the country, and to restrict and reduce the use of the death penalty. Under such circumstance, publicity of the information on the death penalty would not damage China's reputation; instead, it will be conducive to ensuring the right to information and the public scrutiny of the use of the death penalty, to the correct assessment the function and effects of the death penalty, to the ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights and to the knowledge and debates of the general public regarding the question of the death penalty.

**Keywords:** information on the death penalty; data on the death penalty; abolition of the death penalty; restriction and reduction of the death penalty; public opinion

(责任编辑:倪鑫煜)

---

[88] 卢建平:“中国死刑制度改革的人权维度”,载《北京师范大学学报》(社会科学版)2015年第3期,第131页。

# 禁止事前限制原则

陈道英\*

**摘要:**禁止事前限制原则是言论自由领域中的一项古老原则。自 20 世纪上半叶以来,这一原则遭到了诸多的批评与责难。然而,即使是在今天,我们也无法否认事前限制相比于事后追惩而言更加令人难以容忍,因为它使得政府对言论的审查成为一种常态。但是批评与质疑的确推动了它的发展与完善。事前限制在我国最主要的表现形式是行政事前排除。考虑到其存在的主要弊端,要消除我国的事前限制侵犯言论自由的嫌疑就必须做到以法律为依据、最大限度地减小行政自由裁量的空间,并构建正当的司法控制程序。

**关键词:**事前限制 事后追惩 审查

禁止事前限制原则是言论自由理论中的一项古老原则。早在 18 世纪,布莱克斯通(Blackstone)就曾指出,“虽然出版自由对于一个自由国家来说的确是至关重要的,但是这仅仅意味着免受事前限制的自由,而并不意味着免于事后刑事追惩的自由”。<sup>[1]</sup>然而,尽管这一原则乍看上去既古老又笃定,它却远不是一条宪法学公理。事实上,单就美国来看,如果以 1931 年的 *Near v. Minnesota* 案作为起点的话,<sup>[2]</sup>从彼时至今,质疑和反对这一原则的声音就从未停止,且其中不乏诸如弗洛伊德(Paul Freund)、绍尔(Frederick Schauer)、拉迪什(Martin Redish)这样颇具影响力的学者。<sup>[3]</sup>另一方面,在今日之中国,我们也时常能够接触到对于政府的事前限制,诸如互联网审查、出版审查等的质疑。禁止事前限制原则是否还有存在的必要?在我国语境中又该如何看待这一原则?本文试图对上述问题作一探讨。

## 一、禁止事前限制原则的历史与界定

### (一)历史梳理

禁止事前限制原则起源于英国。据考证,禁止事前限制原则的产生与英国意在控制活字印刷术

---

\* 东南大学法学院副教授,法学博士。本文系 2011 年度江苏省社会科学基金项目(11FXC010)、2014 年度江苏省社科基金重大项目(142D003)的阶段研究成果。

[1] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* vol. 4, 152 (the Clarendon Press 1765 - 1769); see John Calvin Jeffries, Jr., *Rethinking Prior Restraint*, 92 *Yale L.J.* 409, 413 (1983).

[2] 一般认为该案是美国联邦最高法院判决的第一起禁止事前限制原则案件,但是有研究表明在该案之前,在州的层面上,美国的司法史有丰富的禁止事前限制先例。Michael I. Meyerson, *The Neglected History of the Prior Restraint Doctrine: Rediscovering the Link between the First Amendment and the Separation of Powers*, 34 *Indiana Law Review* 295, 314 (2001).

[3] Paul Freund, *The Supreme Court and Civil Liberties*, 4 *Vand. L. Rev.* 533 (1951); Frederick Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, 58 *B. U. L. Rev.* 685 (1978); Martin H. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 *Va. L. Rev.* 53 (1984).

所带来的思想前所未有的广泛传播而实施的出版许可制度(licensing system)具有密切联系。<sup>[4]</sup> 1476年活字印刷术首次在英国出现后,信息得以以一种区别于口头传播的、更为牢固和持续的方式覆盖更多的受众,这引起了英国王室的高度重视。王室认识到,要控制“危险的”思想的传播最为有效的方法就是控制出版业。为此,英国国王亨利八世于1530年下令宗教书籍必须经教会人员审查之后方能付梓。随后,根据 Proclamation Antiquity 2 (97)、Proclamation Antiquity 2 (171)以及星宫法院于1586年颁布的法令等,全面的出版许可制度建立起来。根据这些法令,出版业实行许可制,要经营出版、发行业,必须在印刷公会(the Stationers Company)注册,书籍出版必须取得政府的许可,任何未经事前许可的印刷和出版行为都是违法的。违反上述法律后果包括剥夺财产、处以罚金、监禁以及销毁印刷工具,甚至曾有出版商因为未取得许可出版、发行印刷品而失去了自己的耳朵。<sup>[5]</sup> 而王室也并非出版许可制唯一的推行者。在星宫法院于1641年被长期议会废除之后,议会自己就于1643年制定了一部新的出版许可法,代替国王成为了新的审查者。1679年许可法到期之后,尽管法官认为王室没有法律授权依然能够推行许可制,但是议会显然认为仅仅依靠法官的推理是不够的,因此又分别于1685年和1692年两度通过了许可法。然而,尽管英国政府推行出版许可制的决心不可谓不大、力度不可谓不强——1585年伊丽莎白一世曾下令英国只允许伦敦、牛津和剑桥存在出版商,而其中牛津、剑桥两所大学分别只能有1家出版商,<sup>[6]</sup>但是出版许可制最后却还是不得不终止了——1692年法案于1695年到期后,下院拒绝了通过新的许可法。不过,许可制之所以被终结并非因为执政者发现它违反人权保护,而是因为它非但没能遏制非法书籍的出版,相反还导致了审查人员受贿现象严重,因此在事实上无以为继。<sup>[7]</sup> 与英国的历史类似,美国的出版许可法亦于18世纪后半叶宣告终结。<sup>[8]</sup>

学者们对出版许可制的质疑和批判始于1643年议会接替国王推行出版许可制后。1644年,沃尔温(William Walwyn)出版了一本匿名的小册子,将批判的矛头指向出版许可制的执行者——审查人员。<sup>[9]</sup> 这种批判虽然有隔靴搔痒之感,但毕竟标志着对免于事前审查的出版自由之呼吁的开始。不久,对出版许可制的批判被弥尔顿(John Milton)朝前推进了一大步。他在《论出版自由》(*Areopagitica*)中指出,尽管出版许可法“主要想禁止诽谤性的和煽动性的书籍”,但是这一制度不仅无法达到立法目的,而且还会破坏学术,窒息真理<sup>[10]</sup>——“它(许可制)比一个海上的敌人堵塞我们的港口与河流更厉害,它阻扰了最有价值的商品——真理的输入”。<sup>[11]</sup> 弥尔顿的批判虽然直逼要害,但仍有所保留——他承认出版审查制度的初衷是良好的。而在1695年英国的出版许可制终结之后,尽管这一法律的终结实际上是出于事实层面的原因,英国的学者们仍然将其视为出版自由所获得的里程碑式的胜利。1701年笛福(Daniel Defoe)在其著作中将书籍审查视为出版自由所背负的最大负担,并且盛赞英国政府终结这一罪恶的智慧。<sup>[12]</sup> 事实上,英国出版许可制的终结的确是里程碑式的——正是在18世纪,

[4] Meyerson, *supra* note 2, at 298.

[5] 这个出版商叫做普莱恩(William Prynne),而星宫法院作出此判决依据的罪名是煽动性诽谤罪。Meyerson, *supra* note 2, at 302.

[6] Meyerson, *supra* note 2, at 299.

[7] Meyerson, *supra* note 23, at 305; Thomas I. Emerson, *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 *Law & Contemp. Probs.* 648, 651 (1955).

[8] Emerson, *supra* note 7, at 651.

[9] Meyerson, *supra* note 2, at 303.

[10] [英]弥尔顿:《论出版自由》,吴之椿译,商务印书馆1958年版,第5页。

[11] 同注10引书,第43页。

[12] Daniel Defoe, *The True Born Englishman* (1703), reprinted in *Later Stuart Tracts* 110 (1964), see Meyerson, *supra* note 2, at 305.

免于许可的出版自由作为一项普通法内容或自然权的地位终于得到了确立；<sup>[13]</sup>也正是在这一时期，布莱克斯通写下了上文所引这段后世谈到出版自由时无数次引用的话。

18 世纪的美国学者接受了布莱克斯通的上述观念。如上所述，美国的出版许可制度终结于 18 世纪后半叶。因此，至权利法案制定之时，美国实际上已经很少有人对出版许可制有切身的感受和记忆了。<sup>[14]</sup>而无论是建国之父们还是当时的法官，在言论自由的事前限制上态度都是一致的，即认为对言论自由的事前限制是绝对禁止的。<sup>[15]</sup>例如，1757 年本杰明·富兰克林 (Franklin) 在其著作中这样宣称：不需经过政府许可的出版业是艺术的看护和自由的藩篱，据此，凡是不具恶意的人都不不得被迫保持沉默。<sup>[16]</sup>而威尔逊 (James Wilson)，美国首任联邦最高法院大法官之一，于 1787 年 12 月曾对出版自由下过这样的定义：“出版自由意味着不得施加任何事前的 (antecedent) 限制；但是当作者对政府的安全及利益或个人的安全、人格和财产进行攻击时则必须承担责任。”<sup>[17]</sup>斯托里 (Joseph Story) 大法官也同样认为，“出版自由……就是不经事前限制进行出版的权利”。<sup>[18]</sup>上述对出版自由的认识与布莱克斯通的论述可谓如出一辙。

然而，尽管从理论层面来看，美国人在 18 世纪后半叶对于“禁止对言论施加事前限制”已然达成共识，但由于政府主要依靠诽谤法来规制出版自由，因此直至 1931 年的尼尔案 (Near) 联邦最高法院才首次得到机会阐述禁止事前限制原则。在该案中，首席大法官休斯 (Charles Evans Hughes) 宣布涉案法律构成对出版自由的事前限制，从而违宪。正是尼尔案激活了这一沉睡的原则。在尼尔案之后，联邦最高法院又分别于 1971 年和 1976 年作出了另外两个重要的判决：五角大楼情报案 (New York Times Co. v. United States) 和内布拉斯卡案 (Nebraska Press Ass'n v. Stuart)。与尼尔案一样涉及法院禁制令 (injunction)，五角大楼情报案判决驳回了政府要求法院对纽约时报发出禁制令的请求；而内布拉斯卡案则对法院何时得对新闻媒体下达禁止刊发有关在审案件消息的禁言令 (gag order) 作出了明确的指示。

## (二) 界定

然而，非常遗憾的是，禁止事前限制原则至今缺少一个令人信服的界定。这在一定程度上导致了这一原则的混乱以及此后对于这一原则的质疑。1955 年，爱默生 (Thomas Emerson) 就是这样描述禁止事前限制原则的：“尽管具有悠久而尊贵的历史，但是禁止事前限制原则至今仍然混乱不堪。”<sup>[19]</sup>时

[13] Emerson, *supra* note 7, at 651.

[14] 另据历史学家的统计，直至 1776 年，至少有 20 起作者或出版商被要求到某殖民地立法机关面前为自己的言论辩护的事例。See Meyerson, *supra* note 2, at 318.

[15] Jeffrey A. Smith, *Prior Restraint: Original Intentions and Modern Interpretations*, 28 Wm. & Mary L. Rev. 439, 447 (1987); Meyerson, *supra* note 2, at 321. 根据史密斯 (Jeffrey Smith) 的观点，第一修正案的原意即为对言论自由的绝对主义的保护，既包括事前限制也包括事后追惩。See Smith, *supra* note 15, at 450. 需要注意的是，在第一修正案制定时美国法学界通说对于出版自由的理解是它意味着免除一切事前限制，既包括来自行政的限制，也包括来自司法的限制，即禁制令。Meyerson, *supra* note 2, at 322. 但是，需要注意的是，在现代的美国，事前限制并不被认为是绝对禁止的。Smith, *supra* note 15, at 449, 462.

[16] B. Franklin, *Poor Richard: The Almanacks for the Years 1733 - 1758*, at 271 (V. Brookens ed., 1964); see Smith, *supra* note 15, at 453.

[17] *Statement at Pennsylvania Ratifying Convention, Pennsylvania and the Federal Constitution: 1787 - 1788*, at 308 - 309 (John Bach McMaster & Frederick D. Stone eds., Da Capo Press 1970) (1888) (emphasis added); see Meyerson, *supra* note 2, at 321.

[18] Meyerson, *supra* note 2, at 322.

[19] Emerson, *supra* note 7, at 649.

至今日,这一状况并未得到任何实质性的改变。<sup>[20]</sup> 在这里,笔者将对禁止事前限制原则的界定做一梳理,尽量明确这一原则的内涵,以方便下一步的探讨。

任何对禁止事前限制原则进行界定的努力可能都必须从布莱克斯通对出版自由的描述开始。在布莱克斯通的那段著名的论述中,事前限制是与事后追惩相对应的。据此,对于言论自由的限制依据时间顺序被分为事前的(prior)限制与事后的(subsequent)限制。换言之,事前限制是一种仅关乎“形式”的限制,而不涉及言论的“实质”。<sup>[21]</sup> 由此看来,对于禁止事前限制原则的定义似乎非常简单——在时间上发生于言论作出之前的限制即为事前限制,而这种限制是不被允许的。但是事情远不像我们想象的那么简单。以尼尔案为例,在该案中,州法院发出的禁制令限制的虽然是尼尔“以后”发行报纸的行为,但是这一命令却是建立在尼尔此前发行的报纸内容充满“恶意、流言和诽谤之辞”的事实之上的。尽管休斯大法官断然宣称禁制令是“事前”限制,但是却不乏学者认为它实际上是以蔑视法庭罪的司法程序为基础的事后追惩。<sup>[22]</sup> 而 RICO 法案<sup>[23]</sup> 和亚历山大案(Alexander v. United States)则更进一步展示了事前限制与事后追惩互为交织、难分难解的情况。<sup>[24]</sup> 由于淫秽出版物与有组织犯罪存在极深的利益纠葛,因此国会在 RICO 法中将淫秽出版物(obscenity)列为可预先排除的犯罪之一。据此,一旦被认为违反了 RICO 法的相关条款,政府即可对淫秽出版物予以全部没收。<sup>[25]</sup> 由于此种没收行为是为了预防将来的非法行为,因此它具有非常大的事前限制的嫌疑。但是联邦最高法院在亚历山大案中却并没有支持调卷令申请人“政府基于 RICO 法案没收出版物的行为构成了事前限制”的主张,而是认为政府的没收行为构成事后追惩。<sup>[26]</sup> 此外,还有学者认为既然规制言论自由的立法发生于“言论作出”之前,它就应被归为事前限制,但是事实上它却被划归为事后追惩,这也证明了“事前”、“事后”限制划分的不科学。<sup>[27]</sup> 由此可见,以“时间”为划分事前限制和事后追惩的标准并不能解决问题。<sup>[28]</sup> 要界定禁止事前限制原则,就必须另辟蹊径。

纵观美国学者对禁止事前限制原则所作出的定义,可以辨识出两种进路:其一为以爱默生为代表的对该原则进行类型化描述的进路;<sup>[29]</sup> 其二即从该原则的“实质”出发进行定义的进路。相对而言,爱默生所代表的类型化描述的进路影响更大,因此笔者拟先对其进行介绍。

[20] Michael I. Meyerson, *Rewriting Near v. Minnesota: Creating a Complete Definition of Prior Restraint*, 52 Mercer Law Review 1087, 1088 (2001).

[21] Emerson, *supra* note 7, at 648.

[22] Emerson, *supra* note 7, at 654. 但是休斯大法官这样宣称还是有一定的基础的:无论是州法院还是联邦法院,都有将因新闻报道的各种问题(包括诽谤等)而取消报纸发行的行为视作事前限制的先例。Meyerson, *supra* note 2, at 324.

[23] RICO (the Federal Racketeering Influenced Corrupt Organization) 法案即反勒索与受贿组织法。

[24] See Justin Fineberg, *The First Amendment and RICO: Limiting Prior Restraints*, 45 Fla. L. Rev. 543 (1993).

[25] RICO 法并未将出版物视为受第一修正案保护的主体,而只是视为用于犯罪的资金来源。

[26] 联邦最高法院作出这一判决的理由在于:政府的没收行为并未禁止申请人以后贩卖成人书籍,也并没有要求他以后贩卖此类书籍之前必须取得许可;更为重要的是,政府在进行没收前经过了充分的程序,包括完整的司法听证程序来证明将被没收的出版物的确是属于淫秽出版物,所以这一没收行为是事后追惩,而非事前限制。Alexander v. United States, 113 S. Ct. 2766, 2771 (1993). 但同时,肯尼迪大法官提出了非常有力的反对意见。Alexander, 113 S. Ct., at 2776 (Kennedy, J., dissenting).

[27] Marin Scordato, *Distinction without a Difference: A Reappraisal of the Doctrine of Prior Restraint*, 68 N. C. L. Rev. 1, 6 (1989).

[28] 许多学者据此认为事前限制和事后追惩的划分是存在问题的。See Stephen R. Barnett, *The Puzzle of Prior Restraint*, 29 Stan. L. Rev. 539, 543 (1977); Larry Alexander, *There Is No First Amendment Overbreadth (But There are Vague First Amendment Doctrines); Prior Restraints Aren't "Prior"; and "As Applied" Challenges Seek Judicial Statutory Amendments*, 14 Hamline L. Rev. 379, 381 (2011).

[29] 杰弗里斯(Jeffries)认为这是一种功能主义的进路。John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 420-421.

爱默生将事前限制划分为四种类型：<sup>[30]</sup>由立法授权、行政官员执行的是否允许发表言论的事先决定(出版行政许可);法院发出的禁制令;立法机关通过立法禁止不符合预先设定标准的出版物出版或进行其他形式的交流;将政治观点或其他形式的表达作为取得或保有某一职位或者具有影响力的地位的条件。但是对于这四种事前限制,爱默生并非认为应该同等对待。他认为,除了禁止事前限制原则适用的例外情形,前两种事前限制都是应该绝对禁止的。他特别指出,在禁制令的情形下,虽然决定是由法官而不是行政官员作出的,但是由于在这一情形下法官被置于了与行政官员类似的境地,因此禁制令与第一种情形一样是受到禁止的。至于第三、四种情形,法院则应对其进行与事后追惩相同的审查。

爱默生在其《禁止事前限制原则》的经典论文中其实并未有力地指出将第三、四种情形纳入事前限制范畴的原因,而在文末他又建议法院将其作为事后追惩来进行审查,这似乎说明爱默生自己对于将第三、四种情形纳入事前限制也是矛盾的,至少有些底气不足。而从此后的学术论文和法院判决来看,也并未将爱默生所说的后两种情形作为事前限制来对待。尽管论述禁止事前限制原则的论文无一能绕开爱默生的这篇论文,但是它们几乎全都选择了无视爱默生提出的后两种类型,而仅限于讨论第一、二种类型。<sup>[31]</sup>至于最高法院的判决,也同样是针对前两者<sup>[32]</sup>作出的,而从未有判决将后两种情形作为事前限制来处理。据此,所谓事前限制即出版行政许可(以下简称“出版许可”)和法院的禁制令。<sup>[33]</sup>

这一理解虽然足够明确,但是由于禁制令与出版许可存在着太大的区别而远不能令人满意。<sup>[34]</sup>因此,爱默生之后的为禁止事前限制原则辩护的学者们试图从另一种进路出发对这一原则给出令人信服的定义。这些努力虽然令人印象深刻,但却远不如爱默生的努力成功。在这里,笔者将主要对墨菲(William P. Murphy)和梅耶森(Meyerson)的观点做一介绍。

墨菲对事前限制作出定义的思路是围绕着“寒蝉效应(the chilling effect)”展开的。<sup>[35]</sup>墨菲之所以选择寒蝉效应作为自己界定事前限制的关键词,源于反对禁止事前限制原则者的一个重要观点。为禁止事前限制原则辩护者,如爱默生,大多主张事前限制对言论而言更具压制作用。但是反对意见则认为,事前限制与事后追惩在寒蝉效应上的区别并非如此重大,以至于事前限制应受禁止而事后追惩则可能被允许——有时候事后追惩对于言论的压制可能更甚于事前限制。<sup>[36]</sup>墨菲认为要为禁止事前限制原则辩护,就必须正视这一反对意见。为此,就必须抛弃以往从形式出发定义事前限制的思路,从实质出发对事前限制作出定义——而这一实质,在墨菲看来,就是寒蝉效应。换言之,墨菲将

[30] Emerson, *supra* note 7, at 655.

[31] 在笔者所收集的资料中,马特尔洛(Jeffrey Matrullo)和法瓦塔(Richard Favata)在论文中谈到过后两种情形:前者在对事前限制的列举中提到了第三种情形,但是并没有对其展开具体讨论;后者谈到了全部四种情形,但是将讨论的重点限定在前两种情形。Jeffrey Matrullo, *People v. Bryant and Prior Restraint: The Unsettling of a Settled Area of Law*, 4 Conn. Pub. Int. L. J. 320, 327 (2005); Richard Favata, *Filling the Void in First Amendment Jurisprudence: Is There a Solution for Replacing the Impotent System of Prior Restraints?* 72 Fordham L. Rev. 169, 179-180 (2003).

[32] 其中,禁制令被认为是现代事前限制的核心内容。Vincent Blasi, *Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage*, 66 Minn. L. Rev. 11, 14 (1981).

[33] 根据狄罗姆(Jean Delolme)的观点,禁制令与出版行政许可共同构成了英国的出版自由所禁止的事前限制的内容,而梅耶森认为这种观点应该是制定第一条修正案时的通说。Meyerson, *supra* note 2, at 312-313.

[34] 对此,后文将详细论述。

[35] 关于墨菲的观点, see William P. Murphy, *Prior Restraint Doctrine in the Supreme Court: A Reevaluation*, 51 Notre Dame L. Rev. 898, 909-910 (1976).

[36] Barnett, *supra* note 28, at 551.

寒蝉效应视为判断对言论的限制属于事前限制还是事后追惩的标准。<sup>[37]</sup> 与反对者不同,墨菲认为上述现象恰恰意味着某些传统上被认为是事后追惩的限制实质上应被归为事前限制。他明确指出,禁止事前限制原则只有在政府限制的直接目标是充满争议的言论且该限制将对受到保护的言论产生寒蝉效应时才应予以适用。

墨菲的思路可以说是很有趣,但却很难说是富有说服力的。总体说来,墨菲是从实用主义的进路出发来分析事前限制的,但是与法院在禁止事前限制原则上的一贯做法相类似,其理论基础却相对薄弱。虽然寒蝉效应的确是禁止事前限制原则的一个软肋,但能否仅仅因此就完全无视事前限制与事后追惩在形式上的区别而人为地将某些事后追惩的形式纳入事前限制中来,却仍是值得提出疑问的。毕竟,违反禁止过宽原则同样也可能构成某些事后追惩在寒蝉效应上更甚于事前限制的原因。

近年来提出的对禁止事前限制原则的较为引人关注的界定来自梅耶森。他采取的是一种在表面上看来与言论自由完全无关的思路:权力分立。梅耶森在对事前限制和事后追惩进行了一番对比后发现,二者除了人们通常意识到的形式上的区别外,还存在一个重大的区别。<sup>[38]</sup> 不属于事前限制的为宪法所允许的对言论的限制一般是按这样的流程进行的。首先,在言论作出之前,由立法机关以制定法律的形式制定规制言论的规则。一旦表达作出之后,立法机关就不能再发挥任何作用。其次,由行政机关来执行立法机关制定的法律。具体说来,就是由警察逮捕违反法律的言论发布者,或者由检察官对其提起诉讼。最后则是由法院来决定涉案言论是否在宪法的保护范围之内。因此在言论的限制上,三权分别应在各自的阶段发挥作用而不得僭越,否则即构成事前限制。例如,司法机关一旦试图在第二阶段发挥作用(禁制令)即构成事前限制。由此,梅耶森对事前限制给出了他的定义。(1)当司法或行政人员被授权关注意图作出的表达而不是已经作出的表达时就构成事前限制;(2)对于少数为宪法所允许的对言论进行先于其作出的限制的情形,以下情况亦构成事前限制:(a)司法机关得以启动(initiate enforcement)或者消除被禁止的言论;(b)行政机关得以对言论的非法性作出终局决定。

梅耶森的思路应该说是非常具有启发性的。尤其难能可贵的是,从这一定义中可以看出,梅耶森对反对者们提出的种种意见,尤其是有关程序正义的要求进行了积极思考与回应。但是细察之下,我们仍然可以发现这一定义与“形式的”定义存在着千丝万缕的联系。尽管梅耶森主张抛弃形式的思路而以权力分立为线索来构建自己的定义,但从他的定义表述中我们还是可以发现对于“prior”的依赖。时间节点在梅耶森的定义中可以说是无处不在,读者可以频频发现诸如 prior to、intended for、before it is communicated 这样的表述。因此,梅耶森的定义可能并未能如他所主张的那样完全抛弃形式的思路,进而也就无法成功地做到反驳前述各种反对意见。

总之,至今尚未有学者对禁止事前限制原则提出令人信服的界定。而从反对和质疑禁止事前限制原则的研究中我们可以发现,相对而言还是爱默生的界定的接受度和影响力更大。因此,无论是对于为禁止事前限制原则辩护的学者还是对于反对这一原则的学者来说,更为安全的做法可能都只能是从爱默生的描述出发来展开讨论——所谓事前限制,就是出版许可(license)和禁制令。<sup>[39]</sup>

[37] 对比后文将谈到的绍尔的观点可以发现,此二人从同一现象出发得出了刚好相反的结论。

[38] 关于梅耶森的观点, see Meyerson, *supra* note 20, at 1095 - 1096.

[39] 需要指出的是,从判例来看,除了这两种类型外,还有个别案例在其他情形下适用了禁止事前限制原则,例如向报刊征收总收入税(*Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936))等。但是这些适用也并非是不存在疑问的。See John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 418; Murphy, *supra* note 35, at 900 - 902.

## 二、生存还是毁灭？质疑与自证

如上所述,有许多学者对禁止事前限制原则存在的价值提出了非常有分量的质疑。禁止事前限制原则如果要在今天继续存在下去,就必须对这些质疑作出有力的正面回应。而这些质疑首先是从对布莱克斯通的质疑开始的。布莱克斯通的论述是支持禁止事前限制原则者最为主要的论据,但是需要注意的是,布莱克斯通的论述是非常含糊的,他其实并没有对禁止事前限制原则进行任何具体的讨论。他仅仅是说,出版自由“意味着免受事前限制的自由,而并不意味着免于事后刑事追惩的自由”。这句话里暗含着两层意思:(1)事前限制比之事后追惩是更难忍受的;(2)对于言论的事后追惩是允许的。在第二层涵义上,布莱克斯通的论述实际上对于言论自由不能起到保护的作用——它意味着政府对于自己不喜欢的言论即可予以惩罚。在很长一段时间内,对于布莱克斯通这段话理解的重点实际上是放在后半句的。正是在这一意义上许多学者反对布莱克斯通对事前限制和事后追惩的区分——因为这一区分存在人为导致轻视事后追惩带来的后果的可能;也正是在这一意义上,查菲(Chafee)在1941年的时候说,对布莱克斯通的理论必须给予迎头痛击。<sup>[40]</sup>同时,这也提示了我们在理解第一层涵义时必须牢记的时代背景——在当时的英国并不存在第一修正案,也没有成熟的言论自由理论,因此在很多情况下法官可能不得不借助于禁止事前限制原则才能达到保护言论自由的目的。而从建国直至沃伦(Warren)法院时期的美国也是如此。纵观美国法院适用禁止事前限制原则的诸多判例可以发现,在它缺乏统一适用标准的混乱表象之下隐藏着这一事实——法官们在很多情况下都是以禁止事前限制原则为幌子来得出保护受到政府威胁的言论的结论。<sup>[41]</sup>用却伯(Tribe)的话来说,禁止事前限制原则对于最高法院而言往往只是得出要保护某一言论的方便的借口,而不是一种独立的分析框架。<sup>[42]</sup>既然运用禁止事前限制原则只是由于缺乏成熟的言论自由理论而不得不采取的一种策略,那么在言论自由理论已然非常成熟的今天,美国的法官们自然也就不应再采取这种做法了。

当然,法官们这样做还有可能是出于其他的原因,比如面临极大的社会压力,而不便在法院意见中与其起正面冲突,只好以禁止事前限制原则的策略来达到保护言论自由的目的——这种做法还有一个好处就是可以争取到中间派法官的支持。<sup>[43]</sup>对于这种情况,杰弗里斯认为在言论自由的保护上不应“只问结果,不问过程”。这种策略的运用虽然表面上看起来达到了保护言论自由的效果,但实际上却使得言论自由与诸如国家安全等敏感利益之间的关系处于一种暧昧的状态中,这是不利于言论

[40] Zechariah Chafee, *Free Speech in the United States* 9 (2d ed., Harvard University Press 1941); see John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 410.

[41] 尽管最高法院曾屡次表明对事前限制的审查应比事后追惩的审查更为严格,但是它却从未说明这一“更为严格的”审查标准到底是什么;相反,在内布拉斯卡案中它适用了更为宽松的丹尼斯审查标准。所谓丹尼斯审查标准,实际上仅仅出现过在丹尼斯案(*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494(1951))中,因此爱默生认为根本没有讨论它的必要。Thomas Emerson, *The System of Freedom of Expression* 116 (Random House 1970); see Barnett, *supra* note 28, at 541. 根据丹尼斯标准,如果相对于言论可能带来的、现实的“罪恶”的严重程度而言,对言论自由的侵犯是为避免这一危险所必须的(necessary),那么这种对言论自由的限制就是合宪的。关于适用这一原则的问题, see Owen Fiss, *supra* note 43, at 57-58. 关于丹尼斯案的详细分析, see Harry Kalven, Jr., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America* 190-210 (Jamie Kalven ed., Harper & Row 1988)

[42] Lawrence Tribe, *American Constitutional Law* 1040 (2d ed., Foundation Press 1988). See also Murphy, *supra* note 35, at 904.

[43] Owen Fiss, *Free Speech and the Prior Restraint Doctrine: The Pentagon Papers Case*, in *The Supreme Court and Human Rights* 49, 63 (B. Marshall ed., Voice of America 1982).

自由的保护的。因此,对于像五角大楼情报案这样的案件,大法官们正确的做法应该是直面《爱国者法》(the Espionage Law),从正面对言论自由与国家安全的关系作出回答。<sup>[44]</sup>

具体说来,在现代美国第一修正案领域中,对禁止事前限制原则提出的最有力的质疑主要集中在三个问题上:禁制令、寒蝉效应与正当程序。

### (一) 禁制令

如上所述,在对事前限制原则的界定上,比较安全的做法就是采取爱默生的理解——事前限制包括禁制令和出版审查。而现代美国学者恰恰对禁止事前限制原则提出了一个几乎得以摧毁这一原则的质疑:禁制令真的属于事前限制吗?

诚如爱默生所主张的,事前限制包括出版许可和禁制令,但是我们很快就可以发现,禁制令与出版许可存在着重大区别。<sup>[45]</sup> 首先,禁制令不是由行政人员作出的,而是由法官作出的,而法官对言论自由的利益更为敏感;其次,在申请禁制令时政府必须承担举证责任;再次,禁制令的作出是公开的,能够得到正当程序的保障;最后,禁制令与出版许可分别源自司法权和行政权,而两权在言论自由規制上的立场和存在的利益都具有较大不同。事实上,由于禁制令是依靠对违反禁制令的行为(以“蔑视法庭罪”的形式)进行惩罚来发挥作用的,因此它反而与事后追惩更为类似:它对于惩罚的威胁发生于言论作出之前,而惩罚的实际发生则是在言论作出之后。甚至在审判程序上禁制令都与事后追惩存在类似之处:对蔑视法庭罪和普通的刑事犯罪的审理都需要对证据进行质证,而对于判决超过6个月监禁的蔑视法庭罪的审理与普通刑事犯罪的审理一样必须在有陪审团的情况下进行。据此,反对者们主张应将禁制令排除在事前限制之外。

不得不说,将禁制令包括进事前限制的确使得禁止事前限制原则面临了它在现代所遭遇的最大的危机之一——正如上述反对意见所展示的,禁制令与出版许可是如此的不同,以致于很难找到理由将它们归为一类。如果说禁制令与事后追惩真的存在任何实质区别的话,那么这一区别就只可能是间接禁止规则(the collateral bar rule)了。<sup>[46]</sup> 但即使是这最后的一点可能的区别也最终未能坚守自己的阵地。在学者们对禁止事前限制原则在寒蝉效应的问题上展开批评时,间接禁止规则也逐渐被证明其实并不是如它看起来的那么确切。

### (二) 寒蝉效应

从围绕禁止事前限制原则的争论可以看出,无论是辩护意见还是反对意见都有一个核心,那就是寒蝉效应。在寒蝉效应上经常被引用的一句话就是比克尔(Bickel)所说的,“刑事法律压制(chills),而事前限制遏制(freezes)”<sup>[47]</sup> 支持禁止事前限制原则的意见力主事前限制对言论更具遏制作用,所以对于言论的事前限制是更难以忍受的。不论禁止事前限制原则存在怎样的问题,只要这一遏制作用存在,那么禁止事前限制原则就有存在的必要——问题只是如何去完善它。但是反对意见认为,事前限制与事后追惩在对言论的压制作用上的区别被人为地夸大了,这种区别并非如爱默生等人所主张的如此重大,以至于需要对限制手段作出“事前”与“事后”的区分。例如,在禁制令的问题上,虽然支持者常常以五角大楼情报案为据而主张禁制令在阻扰(deter),特别是延迟(delay)言论的作出上比

[44] John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 437.

[45] John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 426-427.

[46] 关于 the collateral bar rule 的翻译,笔者请教了诸多学友,最终决定译为“间接禁止规则”。在此,笔者对郑海平、钱锦宇、涂云新、姜丰等学友提供的帮助表示感谢。

[47] Alexander Bickel, *The Morality of Consent* 61 (Yale University Press 1975).

事后追惩更具成效,<sup>[48]</sup>但是在反对者看来,这一论据是不够充分的。实际上纽约时报事后对自己的这一表态表示了后悔,而当时其他报纸也并未都如纽约时报一样屈从于禁制令。<sup>[49]</sup>而且,不难预见,只要事后追惩的惩罚力度足够大,它也能产生与禁制令同样的阻扰效果。

在寒蝉效应的问题上给予禁止事前限制原则致命一击的无疑是绍尔。绍尔对寒蝉效应进行了抽丝剥茧的分析,<sup>[50]</sup>认为所谓寒蝉效应,就是当人们试图作出为第一条修正案所保护的行为时,由于政府并非意在(not specifically directed at)限制这一受到保护的行为的规制(regulation)而后退不前(be deterred)。究其实质,寒蝉效应的危害在于它将使得某种本应作出的言论归于沉默。寒蝉效应实际上产生于法律本身以及法律执行、实施过程中的种种不确定性以及由此所产生的错误,而寒蝉效应原则(the chilling effect doctrine)实质上就是“两相其害取其轻”——考虑到言论自由构成一种优越的价值(the transcendent value),所以人们一般宁愿对本来不应给予宪法保护的言论给予宪法保护,也不愿错误压制本应受到宪法保护的言论。据此,寒蝉效应对言论阻却效果的大小主要由施加错误惩罚的可能性、惩罚的严重程度、人们由发表言论所可能获得的利益、行为人是否有冒险倾向以及法律规定本身是否模糊(vagueness)等决定。从这些决定因素可以发现,事前限制与事后追惩在寒蝉效应上的确并不存在本质区别。

为进一步说明这一点,绍尔首先指出,无论是事前限制还是事后追惩都意味着某些言论被排除在言论自由的保护范围之外;同时,他提出,言论自由的首要目的是将事实上无法得到宪法保护的言论所受到的压制降到最低。一旦这一点得到了明确,事前限制原则就开始崩溃了。绍尔是从边缘言论(borderline materials)入手论证这一点的。<sup>[51]</sup>在事后追惩的情况下,由于不确定性而产生的害怕,人们将倾向于对自己将要发表的边缘言论进行自我审查,因此边缘言论几乎无法得到出现的机会。如果要将言论自由的保护确切地扩及到边缘言论,唯一的办法就是将言论自由的保护范围扩大至某些实际上不受言论自由保护的言论。但是在事前限制的情况下,这种“两相其害取其轻”的抉择将不复存在。人们将言论提交给审查人员并不承担风险,所以即使是具备冒险性格的人也会毫不犹豫地边缘言论提交给审查人员。也就是说,性格因素在事前限制的情况下不发生任何作用。因此,边缘言论在事前限制下出现的机会实际上更大。

另一方面,绍尔虽然承认事前限制在某种程度上对言论自由造成的危害的确更大,但他认为其中的根本原因不在于时间因素,真正关键的因素是事前限制的适用规则与程序。具体来说,绍尔将其归纳为不受制约的自由裁量、模糊的判断标准以及能力不足的施行机制(incompetent administration)。<sup>[52]</sup>我们很快就可以发现,这三者在事后追惩中也是普遍存在的。<sup>[53]</sup>至此,事前限制原则就再无存在的必要了。

进一步地,巴内特和杰弗里斯有力地论证了在阻扰和延迟效果上能够将禁制令与事后追惩区分

[48] 在五角大楼情报案中,纽约时报就曾表示它将冒着遭受刑事处罚的风险刊发情报,但是如果法院最后发出禁制令,它将遵从法院的决定。Fiss, *supra* note 43, at 61.

[49] *Id.*

[50] Schauer, *supra* note 3, at 689 - 701. 需要指出的是,绍尔撰写此文的目的并不是驳斥事前限制原则,论及事前限制原则是为了读者在寒蝉效应上获得更为全面的理解。

[51] Schauer, *supra* note 3, at 707, 728 - 729.

[52] Schauer, *supra* note 3, at 727.

[53] 在这一结论上,可以说杰弗里斯的观点是对绍尔观点的进一步提炼与升华,他将这三个因素简洁地归纳为了禁止过宽原则。

开来的实际上只有间接禁止规则而已。<sup>[54]</sup> 根据这一规则,无论法院作出的禁制令本身是否违法(宪),对于违反禁制令的行为都必须以蔑视法庭罪来追究行为人的法律责任。这一规则的确赋予了禁制令以事后追惩所不具备的震慑力量。因此,只要间接禁止规则仍然适用,那么禁制令相比于事后追惩就的确对言论更具有压制作用。但是,根据二人的观察,间接禁止规则已然出现了松动。无论是州法院还是联邦最高法院,都曾多次在判决中排除了对间接禁止规则的适用。<sup>[55]</sup> 在这种情形下,至少可以说,在今天的美国,间接禁止规则的效力是可疑的。<sup>[56]</sup> 而一旦这一规则并非确定,那么说禁制令较事后追惩对言论更具有阻扰效果就不再是那么具有说服力的了。<sup>[57]</sup>

### (三) 正当程序

正当程序是质疑者们的第三个主要关注点。事实上,对事前限制程序控制的强调是具有坚实的先例基础的。在1965年的弗里德曼诉马里兰州案中,联邦最高法院明确提出,对言论的事前限制必须严格符合以下三点程序上的要求才可能通过第一修正案的检验:(1)必须由审查者承担证明电影为不受保护的言论的举证责任;(2)虽然审查者得为了确保不受保护的不会得到放映而要求所有的电影都提交审查,但是审查者的决定不得成为一部电影是否为受保护言论的终局决定;(3)必须设置有立即的(prompt)、终局的司法审查程序,以将任何暂时的,但可能错误的拒绝颁发电影放映许可的决定的延误后果(the deterrent effect)降至最低。<sup>[58]</sup> 此后,联邦最高法院在卡罗尔诉安妮公主镇委员及主席案 *Carroll v. President and Commissioners of Princess Anne* (393 U. S. 175 (1968)) 与东南促销有限公司诉康拉德案 (*Southeast Promotions Ltd. v. Conrad*) 中一再重复了在事前限制上对程序正义的要求以及正当程序将使事前限制正当化的观点。<sup>[59]</sup> 自此,对程序正义的强调逐渐成为了美国第一修正案理论,尤其是禁止事前限制原则上的备受关注的内容。

早在20世纪六七十年代就有学者以上述先例为依据提出,只要设置有足够的程序控制,那么事前限制也可能为宪法所允许。<sup>[60]</sup> 此后,这一观点得到了进一步的深入阐述和发展。例如,巴内特(和杰弗里斯)就通过将事前限制的危害主要归结为过大的自由裁量空间和正当程序的缺乏而提出了禁止过宽原则以及正当程序的设置即足以替代禁止事前限制原则——如果具有明确的许可标准、设置有不受延误的司法审查程序等,那么即使是作为事前限制核心的出版许可制度也将是为宪法所允许的。<sup>[61]</sup>

到了1980年代初期,梅腾(Mayton)对事前限制的程序控制进行了专门的论述。梅腾首先以英国事前限制的相关经验为基础,得出结论认为出版许可最大的问题就在于审查者是行政人员,因为与法

[54] Barnett, *supra* note 28, at 552-553; John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 431.

[55] 联邦最高法院排除间接禁止规则适用的案件包括 *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U. S. 469 (1975); *Oklahoma Publishing Co. v. District Court*, 430 U. S. 308 (1977); 以及内布拉斯卡案。

[56] 间接禁止规则并非法律规定,而是司法的创造。因此最高法院拒绝适用这一规则就已足够动摇它存在的根基。

[57] Barnett, *supra* note 28, at 553; John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 432-433. See also Owen Fiss, *The Civil Rights Injunction* 30 (Indiana University Press 1978).

[58] *Freedman v. Maryland*, 380 U. S. 51, 58-59 (1965).

[59] 在此案中,联邦最高法院这样判决道,“已然得到确认的规则是:只有在它是遵照为了规避审查制度所带来的危险而设计的程序进行的时候,事前限制的制度(a system of prior restraint)才能避免违宪嫌疑(avoid constitutional infirmity)”。*Southeast Promotions Ltd. v. Conrad*, 420 U. S. 546, 559 (1975).

[60] Henry P. Monaghan, *First Amendment "Due Process"*, 83 Harv. L. Rev. 518, 519 (1970); Harry Kalven, Jr., *The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*, 1965 Sup. Ct. Rev. 1, 28 (1965).

[61] Barnett, *supra* note 28, at 543; John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 422-425.

官相比,行政人员对言论自由的利益更加不敏感,所以对这一制度最好的补救就是将行政决定立即提交司法人员进行审查。<sup>[62]</sup> 因此,如果行政审查(bureaucratic censorship)配备有不受延误的司法审查程序,它就不再构成禁止事前限制原则的内容了——司法审查将清洗这种对言论的限制所可能具有的全部罪恶(evils)。<sup>[63]</sup> 运用成本分析的方法,梅腾继而得出结论认为,事后追惩与出版许可并不存在实质性的区别,它们只是一枚硬币的两个面而已。<sup>[64]</sup> 要降低限制言论自由的成本,唯一的办法就是对言论的限制施以程序上的控制。从程序正义的角度出发,梅腾认为真正的区别并非存在于事前限制与事后追惩之间,而是存在于对于每一当事人和每个压制言论的行为都配备有程序控制的具体的禁制令(specific injunctions)与过宽的禁制令(overbroad injunctions)、出版许可和事后追惩这三者之间。<sup>[65]</sup>

与梅腾一样,拉迪什也明确、集中地在对禁止事前限制原则的抨击中强调了正当程序的问题。<sup>[66]</sup> 拉迪什承认事前限制存在侵害公民言论自由的可能性,但他认为原因并不在于它们构成事前限制,而是在于它们缺乏司法程序的保障。拉迪什指出,如果说事前限制原则有任何足以立足的基础的话,那就是它排除了以下对于言论的限制:在缺乏司法主导的完整、公正的听证的情况下,对言论是否合宪、应否受到限制作出的决定。拉迪什对司法主导的正当程序的强调表现出了极大的热情,并将这一论点贯穿了反驳禁止事前限制原则的始终。拉迪什认为,联邦最高法院实际上早就指出,限制公民基本权利的必须是利益无涉的第三方。这一原则同样适用于第一修正案。据此,禁止事前限制原则真正应该排除的只有对言论进行的缺乏司法终局审查的非司法限制,包括暂时的行政限制。由此,对言论的行政决定以及部分禁制令就是可能存在问题的。<sup>[67]</sup> 同时,只要设置有司法主导的完整、公正的听证程序,那么对言论的限制(无论它是事前还是事后)就是得允许的。而如果缺乏正当程序,除非政府具备紧迫的利益(compelling interests),对言论的限制就是与第一修正案相违背的。这样一来,对言论的限制是否被允许的核心就并非在于是否构成事前限制,而在于是否具备正当程序了。

此后,上述观点也一再得到了其他学者的响应。<sup>[68]</sup> 例如斯科达托(Scordato)就几乎重述了杰弗里斯关于传统的事前限制所有的弊病仅仅在于自由裁量,因此禁止事前限制原则完全可能以禁止过宽和模糊原则代替这一观点,同时也强调了只要立法为行政事前控制(administrative preclearance)设

[62] William T. Mayton, *Toward a Theory of First Amendment Process: Injunctions of Speech, Subsequent Punishment, and the Costs of the Prior Restraint Doctrine*, 67 Cornell L. Rev. 245, 247-248 (1982).

[63] *Id.* at 252-253.

[64] *Id.* at 262.

[65] *Id.* at 278-280. 汉特(Hunter)对梅腾的观点进行了针对性的反驳。See Howard O. Hunter, *Toward a Better Understanding of the Prior Restraint Doctrine: A Reply to Professor Mayton*, 67 Cornell L. Rev. 283, 284-292 (1982). 在这篇论文中,汉特提出并非程序而是实质才是区分事前限制与事后追惩的关键。但可惜的是汉特并未明确指出他所谓的“实质”到底是什么——虽然他数次指出事前限制与事后追惩最大的区别是事前限制将彻底阻止言论的发生,从这一点看来似乎汉特认为“实质”是寒蝉效应,但他并未在论文中明确说明这一点,也没有加以详细论证。

[66] Redish, *supra* note 4, at 55-58.

[67] 拉迪什将禁制令分为三类:临时禁制令;得到部分程序保障的临时禁制令和单方面禁制令(preliminary injunction);得到完全司法程序保障的永久禁制令。只有第三种禁制令才是没有问题的。*Id.*

[68] 但是需要注意的是,根据卡特(Carter)在2006年的观察,自2002年后美国的联邦法院似乎放松了在程序正义方面的要求——联邦法院似乎认为只要是内容中立的行政许可制度就没有事前限制的危险,因此也就不需要遵守Freedman案所确立的程序上的要求。正如卡特所主张的,这一观点不仅是错误的,而且很可能会危及到第一修正案的其他领域。See Edward L. Carter, *Death of Procedural Safeguards: Prior Restraint, Due Process and the Elusive First Amendment Value of Content Neutrality*, 11 Comm. L. & Pol'y 225, 226 (2006).

置足够周密的程序控制,那么行政事前控制就不存在第一修正案上的困难;<sup>[69]</sup>而韦尔斯(Wells)在试图为法院审查禁制令提出统一可行的标准时也涉及到了程序正义的问题——她几乎是复述了拉迪什对于永久性禁制令和临时禁制令、单方面禁制令的分析,强调只有经过完整的听证程序,法院才可能对是否应该准许发出禁制令作出正确的判决,也只有具备正当程序的情况下,限制言论自由的禁制令才不会发生宪法上的困难。<sup>[70]</sup>

#### (四)为了生存的自证

在学者们有力的批驳下,禁止事前限制原则看起来简直丢盔弃甲、一败涂地。我们不免发出这样的疑问:禁止事前限制原则真的还有存在的必要吗?

在这里,笔者要作出肯定的回答:是的,即使是在今天,禁止事前限制原则也仍然有存在的必要。因为上述批驳意见虽然看起来直击要害,但事实上都未能摧垮禁止事前限制原则。

禁止事前限制原则用以抵御上述批驳意见的堡垒是由爱默生搭建起框架的。在1955年的那篇经典论文中,爱默生细数了事前限制的“八宗罪”。<sup>[71]</sup>第一,广度。在事前限制的情况下,所有处于政府控制领域中的言论都必须经过政府的审查和许可,而不像在事后追惩的情况下只有部分涉嫌违法的言论受到政府审查。第二,拖延。在事前限制的情况下,一旦言论遭到限制它就无法进入思想的市场,或者直至时效已过才得以进入从而失去价值;而在事后追惩的情况下,无论对于言论是否会进行惩罚,它都有进入思想的自由市场进行角逐的机会。第三,作出不利决定的难易程度。在事前限制的情况下,由于启动诉讼的负担在公民而不在政府,因此政府更容易作出不利于言论的决定。第四,程序。事前限制的决定是由行政官员作出的,而事后追惩(刑事处罚)则是在有陪审团的情况下经由法院审判作出的,因此后者在程序上受到更多的保护。第五,公众评价与批评的机会。与事后追惩经由公开的审判作出不同,事前限制是以一种更为隐蔽的方式作出的,因此公众对于事前限制知之甚少,也更不可能有对其进行评价与批评的机会。第六,动力。弥尔顿在《出版自由》一书中就曾详细论述过这一点。担任审查的行政人员审查任务繁重、报酬低微、社会地位低下,又通常不具备过人的智慧和专业知识,同时天然具有一种压制言论的职业利益,因此他们在进行审查时的决定往往是不可靠的。第七,确定性与风险。有人主张事前限制实际上意味着对于什么言论能够发表更为确定的把握以及承担更小的风险,因此这一制度可能在某些情况下是值得支持的。但是爱默生认为,对于整个社会的言论自由而言,无论如何事前限制都意味着更少的言论,它还使得某些有勇气承担不利后果的人失去了发表言论的机会。更为重要的是,在更深层次上,事前限制还意味着一种对于政府权力更为顺从的态度。<sup>[72]</sup>第八,效果。事前限制在压制言论的效果上更甚于事后追惩。

对上文中的批驳意见进行仔细分析就可以发现,其火力基本上集中于第四、八点,连带涉及到第

[69] Scordato, *supra* note 27, at 14, 18 - 19. 需要注意的是,斯科达托其实并不主张取消禁止事前限制原则,他主张完全按照字面意思来重新定义这一原则。也就是说,他认为所谓“事前限制”指的仅仅是在客观事实上对言论产生了先于其公开发表的阻断效果的政府行为。据此,禁制令和行政事前控制由于都是依靠对事实违法行为的惩戒发生效力,因此均不属于事前限制。但是作者并未明确指明他的定义所指向的事前限制具体包括哪些形式。

[70] Christina E. Wells, *Bringing Structure to the Law of Injunctions against Expression*, 51 Case W. Res. L. Rev. 1, 5 (2000).

[71] Emerson, *supra* note 7, at 656 - 660.

[72] 布拉西(Blasi)后来对这一点进行了深入论述。Blasi, *supra* note 32, at 69 - 85.

三、五、六点(如果对事前限制从程序正义方面予以完善,这几点均有可能克服),而对第一、<sup>[73]</sup>二、七、七点,虽然反对者也时有论及,但均未能形成像样的反驳。例如,绍尔就曾论及第七点。<sup>[74]</sup>他就如同爱默生所说的“有些人”一样,主张事前限制比事后追惩更为确定。正是在这一基础上,他才得出了二者在寒蝉效应上不具有实质区别的结论。但是对于爱默生的反对意见——对于整个社会的言论自由来说,无论如何事前限制都意味着更少的言论,它还使得某些有勇气承担不利后果的人失去了发表言论的机会——绍尔却未能进行有力的反驳。甚至,第二点之于反对者就如同第八点之于支持者一样,在某种程度上也成为了其软肋——没有反对者能够成功地反对时机的延误的确构成了事前限制区别于事后追惩而对言论自由造成特别压制的一个特征。<sup>[75]</sup>虽然对于第二点中“在事后追惩的情况下言论总有出现的机会”的观点绍尔的确曾进行了反驳,但是这一反驳太过简单了——如何保证遭到限制的的确是“非法的”言论?或者,毋宁说,禁止事前限制原则之所以产生,不就是因为事前限制之下大量的“不予许可”的决定针对的是本不应该受到禁止的言论吗?考虑到限制言论的法律也有违宪的可能性,笔者认为这种“出现的机会”,或者给有勇气承担不利后果的人发表言论的机会,并不是无关紧要的——恰恰是在这样的机会中,言论自由获得了向前发展的可能性。

由此可见,由爱默生为禁止事前限制原则所搭建起来的防御堡垒虽然貌似摇摇欲坠,但离真正的倾覆却还颇为遥远。

当然,除了爱默生之外,其他学者也为禁止事前限制原则进行了有力的辩护。例如,布拉西就对“禁制令不属于事前限制”的观点进行了批驳,<sup>[76]</sup>他认为禁制令与出版许可至少存在五点相似之处,因此将禁制令纳入事前限制没有任何问题。进而,由于出版许可与禁制令存在诸多相似性,因此禁止事前限制原则是存在严密的内在逻辑基础的。<sup>[77]</sup>

但是,我们也并不能因此就认为反对意见都是无关痛痒的。在笔者看来,反对意见中有两个的确戳中了禁止事前限制原则的痛处,那就是寒蝉效应上的反驳以及以禁止过宽原则和司法控制程序代替禁止事前限制原则的主张。

首先,在寒蝉效应上,上文即已谈到,这的确是禁止事前限制原则的一个软肋。禁止事前限制原则成立的基础之一就是事前限制对言论更具有压制作用,在事前限制的情况下人们在言论的发表上更容易遭到阻挠和延迟。但是以绍尔为代表的反对者们通过研究和分析发现,事前限制与事后追惩在寒蝉效应上的区别并非实质性的,有时候事后追惩对言论的压制作用可能更甚于事前限制——在寒蝉效应上,时间节点可能并不是真正重要的因素。由此,禁止事前限制原则似乎就失去了存在的基础。

但是笔者认为绍尔的这一结论可能作出得有些匆忙,因为在绍尔得出这一结论的重要论据——

[73] 关于第一点(广度),笔者认为我们必须注意到美国现代事前限制与英国近代事前限制之间的区别。近代英国实行的事前限制(出版许可)覆盖面更广,它涉及出版行业的整体,而美国现代存在的行政事前排除制度针对的只是特定的例外情形,例如电影、游行等。至于禁制令针对的情形就更为具体。因此,事前限制在“广度”上的弊端在现代的美国可能并不那么突出。但是也不能不承认,在允许事前限制的特定、例外情形中,言论受到审查的广度的确比在同样的情形下实行事后追惩更大。

[74] Schauer, *supra* note 3, at 728 - 729.

[75] 例如,亚历山大(Larry Alexander)尽管反对事前与事后的区分,却也承认时机的拖延的确是禁制令和出版许可的一项特别的弊端。See Alexander, *supra* note 28, at 382.

[76] See Blasi, *supra* note 32, at 24.

[77] 当然,布拉西对禁制令和禁止事前限制原则的分析和辩护是否成功仍然是存有疑问的。拉迪什就针对布拉西对禁止事前限制原则的辩护提出了针锋相对的反驳, see Redish, *supra* note 4, at 59 - 75.

对边缘言论的分析上,不无可推敲之处。绍尔认为在事前限制的情况下,将不再出现“两相其害取其轻”的抉择,边缘言论出现的机会更大。但是我们不能不说,这一观点建立在法律规定确定无疑以及审查人员对法律的执行确定无疑的基础上——而这一前提与绍尔建立的寒蝉效应分析框架的前提却是正好相悖的。绍尔对寒蝉效应的分析正建立在“不确定性”以及“犯错”的基础上。那么,审查人员有什么理由与法官相比更不容易犯错呢?事实上,从出版审查的历史我们就可以知道,审查人员的判断往往是恣意的,因此也就是更加具有不确定性的。也就是说,在事前限制的情况下,由于审查人员对言论自由理解的随意性、主观性以及间接禁止规则的存在,边缘言论是更难受到保护的。笔者实在无法理解,在以上认知的基础上,绍尔是如何得出“事前限制下边缘言论更容易出现”的结论的。

再看寒蝉效应问题在禁制令上的关键点——间接禁止规则。尽管反对者认为这一规则已然遭到动摇,因此禁制令与事后追惩在寒蝉效应上的实质区别已然存疑,但是我们需要注意的是,对于间接禁止规则的排除从来就没有一个确切的标准。虽然早在1967年确认间接禁止规则的沃尔克案(Walker v. City of Birmingham)中联邦最高法院就同时确认在某些情形下可以排除对间接禁止规则的适用,但是对这一规则的排除是基于什么原因,或者法院对这一规则的排除是否有迹可循,至今仍然众说纷纭。巴内特认为,间接禁止规则的排除标准是:涉案的法庭命令为禁止通过公开的法庭这一渠道获得的信息之发表的禁言令。<sup>[78]</sup>而杰弗里斯认为,由于沃尔克案形成的先例排除的是两种例外情形:<sup>[79]</sup>(1)禁制令明白无效(transparently invalid);(2)如果在挑战禁制令的过程中会导致言论的延迟或毁灭(frustration),<sup>[80]</sup>因此间接禁止规则只有在当事人能够获得不受延迟的机会来验证禁制令的合法性(validity)以及这种机会足以保证言论的发表不至于丧失恰当的时机的情况下才应予以适用。<sup>[81]</sup>法瓦塔则认为,沃尔克案以及其他案件形成的规则是,如果法庭命令构成对纯粹言论的彻底无效的事前限制,那么当事人就可以以违反该命令的方式来挑战它。<sup>[82]</sup>虽然杰弗里斯和法瓦塔都认为“明白无效”构成间接禁止规则的例外情形,但是二人对于什么是“明白无效”的理解又是不同的:杰弗里斯认为明白无效就是明显错误(plain error)的情形,<sup>[83]</sup>而法瓦塔则认为明白无效就是禁制令针对的是纯粹言论的情形。由此可见,尽管明白无效被认为构成间接禁止规则的例外情形,但对于什么样的命令能够被认为是明白无效的却是缺乏统一的认定标准的。此外,法瓦塔和拉邦斯基(Labunski)还认为,除了杰弗里斯总结的两种例外情形外,如果下达命令的法院对诉讼标的或当事人缺乏管辖权,当事人也可以以违背法庭命令的形式来挑战其合法性。<sup>[84]</sup>

总之,由于联邦最高法院拒绝为间接禁止规则的排除确定明确的标准,因此时至今日,这一规则的排除标准仍然是不确定的。这也就导致当事人无法在事前就自己对于法庭命令的违反是否会因适用间接禁止规则而受到惩罚得出确切的结论。在这种情形下,即使在某些案件中间接禁止规则的确被法院排除适用,但对于当事人来说,其威慑作用并未得到确切的减缓。由此,很难说禁制令对于言

[78] Barnett, *supra* note 28, at 555 - 556.

[79] *Walker v. City of Birmingham*, 388 U. S. 307, 315, 318 (1967).

[80] 即由于遵守禁制令而使得本来要发表的言论失去了发表的时机,从而降低其意义甚至完全失去意义。

[81] John Calvin Jeffries, Jr., *supra* note 1, at 433.

[82] Favata, *supra* note 31, at 185.

[83] 但是,另有学者指出,“一个非常明显错误的法院命令也是有效的、必须遵守的,因为它不同于明白无效的命令”。Lawrence N. Gray, *Criminal and Civil Contempt: Some Sense of a Hodgepodge*, 72 St. John's Law Review 337, 354 (1998).

[84] Richard Labunski, *A First Amendment Exception to the "Collateral Bar" Rule: Protecting Freedom of Expression and the Legitimacy of Courts*, 22 Pepp. L. Rev. 2, 414 - 415 (1995); Favata, *supra* note 31, at 184.

论所具有的相对于事后追惩更大的压制作用就已然不存在了。

此外,需要注意到,即使在寒蝉效应上事前限制与事后追惩的确不存在实质区别,但由于寒蝉效应并非禁止事前限制原则唯一的基础,因此要彻底驳倒禁止事前限制原则,仅仅在寒蝉效应这一点上取得胜利也是不够的,更何况这一胜利并不彻底。

其次,杰弗里斯剑锋直指事前限制的核心内容——出版许可,将出版许可的种种弊端均归结为自由裁量,从而提出禁止事前限制原则完全可以,而且完全应该,由禁止过宽原则所取代。从逻辑上而言,杰弗里斯这一观点对禁止事前限制原则的打击要比绍尔在寒蝉效应上提出的质疑更为致命——如果他的前提能够成立的话。同时,基于同样的理由,杰弗里斯和更多的学者在先例的支持下还赋予了正当程序关键性的功能,认为只要设置有充分的司法程序对其予以控制,从而使其符合程序正义的要求,那么事前限制,包括出版许可,就得以摆脱过宽的自由裁量的弊病,从而不再存在违反第一修正案的嫌疑。我们不得不承认,以上观点无论是从理论还是从司法实践的角度来看,都是非常有力的。因此,这里的关键就成为了:事前限制的弊端是否可以完全归结为自由裁量?

遗憾的是,答案是否定的。仔细分析就可以发现,在爱默生所总结的事前限制的八个弊端中,只有第四、六点可以完全归结为自由裁量,其他的弊端都涉及到其他的因素。既然如此,认为事前限制的弊端可归结为过宽的自由裁量一点,并且认为对事前限制加以严格的程序控制并配以禁止过宽原则就能够完全取代禁止事前限制原则的结论就是无法成立的了。

基于以上分析,我们可以得出结论:禁止事前限制原则即使是在饱受质疑的今天仍然有存在的必要性和可能性。无论如何,我们都无法否认这一点:事前限制之所以是更令人难以容忍的,是因为对于言论自由而言,政府的审查理应构成例外而非常态;但在事前限制下,公民只有在得到政府允许后才能发表言论,也就是说,政府对言论的审查成为了一种常态。这无疑是本末倒置的。

当然,我们不得不承认,不论禁止事前限制原则最终将走向何方,对于这一原则的上述质疑都使其获益良多:质疑意见使人们看清了禁止事前限制原则存在的诸多缺陷,并不断追问禁止事前限制原则的实质与核心内容。这一质疑和追问不仅使得我们在对禁止事前限制原则的认识上不断进步,从而不断完善这一原则,而且从更深层次的意义来说,也对言论自由的保护起到了极大的推动作用。具体说来,质疑意见的启发作用主要有二:

第一,对禁止事前限制的强调并不意味着事后追惩就是可以容忍的。或者说,与布莱克斯通的论述不同,禁止事前限制原则如果要在今天继续发挥其作用,只能是在充分重视对事后追惩的宪法控制的背景之下,在严肃对待、认真研究对言论的“实质内容”限制的言论自由理论的前提之下。如果不具备这一前提而一味强调禁止事前限制原则,那么它所导致的结果必然不是建设性的,而只能是误导性的。

第二,必须尽量准确地界定事前限制,并且在禁止事前限制原则的适用上确定统一的标准。虽然禁止事前限制原则界定和适用上的模糊性甚至是矛盾性在个案的层面上可能对于法官扩大言论自由的保护范围起到积极作用,但是从整体而言,它并不利于言论自由的保护,相反,它还会使得这一原则丧失存在的基础。因此,如果要使禁止事前限制原则站稳脚跟,仅仅是列举其弊端是不够的。就如同许多为禁止事前限制原则辩护的学者认识到的一样,最为核心的问题就是必须找出这一原则的内在逻辑基础,为它提供一个准确的界定。而在适用的问题上,无论这一原则的适用标准如何确定,都必须遵循一个原则——较事后追惩的审查标准更为严格。

### 三、中国语境下的禁止事前限制原则

当我们回到中国语境下谈论禁止事前限制原则时,首先应该承认,即使是在今日之中国,禁止事前限制原则也仍然是适用的;其次,由于我国并不存在禁制令,因此事前限制在我国最主要的表现形式,也可能是唯一的表现形式,就是以出版许可为代表的行政事前排除(administrative preclearance);最后,在互联网条件下更具有探讨禁止事前限制原则的紧迫性和必要性。

首先,如上文所分析的,尽管遭到了学者们有力的批评,禁止事前限制原则也并未过时。在中国语境下,探讨禁止事前限制原则的必要性不是更少,而是更多。一方面,爱默生所总结的事前限制原则的八点弊端也同样存在于中国,这一点并不会随着国别的变化而产生变化。因此,即使是在中国,对于言论的事前限制相比于事后追惩也是令人“更加难以忍受的”。另一方面,在我国有关言论自由的理论及司法实践都尚未达到成熟阶段的背景之下,强调禁止事前限制原则可能较美国更具有必要性。不难发现,美国对于禁止事前限制原则的质疑与言论自由理论的成熟、细致化以及法院在处理事后追惩上司法实践的累积和审查标准的逐渐定型几乎是同步的。对事后追惩审查的精细化、成熟化在某种程度上构成了质疑禁止事前限制原则的时代背景。事实是,正如禁止事前限制原则的质疑者们所指出的那样,在言论自由理论尚不成熟的背景下,禁止事前限制原则在很多情况下成为了法官们保护言论自由的方便的借口。换言之,在缺乏有力而明确的针对事后追惩的司法审查标准的情况下,坚持禁止事前限制原则能够为言论自由的保护提供更多的可能性。当然,正如上文所强调的,坚持禁止事前限制原则并不意味着事后追惩就是可以容忍的。虽然笔者认为在我国言论自由理论和司法实践尚不成熟的背景下,我们更有坚持禁止事前限制原则的必要性,但笔者并非主张我们对于事后追惩的研究和司法保护可以因此而放慢脚步。在这里,笔者必须再次强调,禁止事前限制原则如果要在今天继续发挥其作用,只能是在充分重视对事后追惩的宪法控制的背景之下,在严肃对待、认真研究对言论的“实质内容”限制的言论自由理论的前提之下。

其次,行政事前排除为我国事前限制最主要的表现形式。在当代的美国,事前限制最主要、最核心的内容就是禁制令。这也就是为什么上文会说学者们认为禁制令不构成事前限制的观点一旦成立将会对(美国的)禁止事前限制原则造成致命打击的缘故。但是由于我国并不存在禁制令,因此事前限制在我国唯一的表现形式就只可能是以出版许可为代表的行政事前排除。

纵观我国的法律法规,我国的行政事前排除主要包括这样几种具体的类型:

一是出版(包括电子出版)许可。出版许可是事前限制传统的核心内容,也是我国行政事前排除最主要的内容。据笔者不完整统计,我国有关出版许可的法律法规多达23部,是行政事前排除的所有类别中数量最多的。而由此建立起来的出版许可制度涵盖了从对图书、期刊、音像制品等的出版相关单位设立的行政许可到图书出版年度出版计划备案制度和重大选题备案制度(期刊同)、<sup>[85]</sup>中小学教科书审定制、图书/期刊等配套音像制品出版审核制、进口出版物的审查制度等内容,并完整覆盖从出版、印刷到发行及出版物进口所有环节的完备的事前限制制度。其中,由原新闻出版署制定的《图

[85] 该条例第20条规定:“年度出版计划及涉及国家安全、社会安定等方面的重大选题,应当经所在地省、自治区、直辖市人民政府出版行政主管部门审核后报国务院出版行政主管部门备案。”虽然这里使用的是“备案”,但这一备案是以通过审核为前提条件的,因此笔者认为其实际上就是行政许可。

书质量保障体系》明确规定坚持年度选题计划审批和备案制度、对全国发排新书目的审核制度和出版通气会制度,并且明确了重大选题备案的一般程序。此外,《电子出版物出版管理规定》等也确认了我国对电子出版物同样实行政许可制度。

二是新闻报道许可。对于报纸、<sup>[86]</sup>电视、广播、互联网的新闻报道行为,我国也存在行政事前排除。首先,依据《报纸出版管理规定》等的规定,我国实行新闻报道单位设立审批制度,并且报纸发表或者摘转涉及国家重大政策、民族宗教、外交、军事、保密等内容,“应严格遵守有关规定”。<sup>[87]</sup>其次,根据《关于进一步加强和改进报刊出版管理工作的通知》第1条第2点的规定,报刊刊发重大选题内容应履行备案手续。再次,依据《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》的规定,新闻单位设立的登载超出本单位已刊登播发的新闻信息、提供时政类电子公告服务、向公众发送时政类通讯信息的互联网新闻信息服务单位,<sup>[88]</sup>转载新闻信息或者向公众发送时政类通讯信息,应当转载、发送中央新闻单位或者省、自治区、直辖市直属新闻单位发布的新闻信息。最后,我国强化对新闻采编人员、播音主持人的资格认定、执业资格注册管理,在一定程度上也被认为是对新闻报道事前审查的一种形式。<sup>[89]</sup>此外,还需注意到的是,除了上述由法规、规章等明确规定的行政事前排除手段外,在新闻报道领域,我国还存在着许多非正式的行政事前排除。

三是影视事前审查。<sup>[90]</sup>必须承认,影视事前审查一直以来就是禁止事前限制原则的一个特殊领域,无论国内外,在电影、电视(广播)上都广泛存在着事前审查。具体说来,影视事前审查可分为两类来检视:电视剧、影片之外的电视节目(包括互联网视听节目)审查;电视剧、影片审查。对于前者,我国法律首先规定了广播电视台及影视(包括互联网视听节目)制作、发行单位设立审批制,同时要求广播电台、电视台应当按照国务院广播电视行政部门批准的节目设置范围开办节目。用于广播电台、电视台播放的境外除电影外的广播电视节目,必须经国务院广播电视行政部门或者其授权的机构审查批准。此外,互联网电视内容服务机构应当遵守与广播电视一致的宣传管理要求,保持正确的舆论导向,并应当建立、健全节目内容采集、组织、审核、播出等制度和相应的应急处理机制。互联网电视集成平台也不能与设立在公共互联网上的网站进行相互链接,不能将公共互联网上的内容直接提供给用户。

而对于电影和电视剧,我国则规定了更为细致的事前审查制度。在电视剧方面,我国法律规定,设立电视剧制作单位,应当经国务院广播电视行政部门批准,取得电视剧制作许可证后,方可制作电视剧。根据《电视剧内容管理规定》,国产剧、合拍剧的拍摄制作实行备案公示制度,<sup>[91]</sup>国产剧、合拍剧、引进剧实行内容审查和发行许可制度。已经取得电视剧发行许可证的电视剧,国务院广播影视行政部门根据公共利益的需要,可以作出责令修改、停止播出或者不得发行、评奖的决定。电视台在播出电视剧前,应当核验依法取得的电视剧发行许可证。而在电影方面,《电影管理条例》则明确规定国家对电影摄制、进口、出口、发行、放映和电影片公映实行许可制度,国家实行电影审查制度。未经国

[86] 由于报纸以新闻和时事评论为主要内容,所以笔者将其放在新闻报道而不是出版中进行探讨。

[87] 当然,关于“有关规定”的具体内容,相关法规、规章语焉不详。

[88] 这类单位按照规定必须有5名以上在新闻单位从事新闻工作3年以上的专职新闻编辑人员。

[89] 例如,国家新闻出版广电总局在2015年6月3日发布的《关于进一步加强广播电视主持人和嘉宾使用管理的通知》就被认为可以达到在时评类节目中防止主持人作出与宣传口径不一致的评论的效果。

[90] 这一方面的法律包括《广播电视管理条例》《有线电视管理暂行办法》《电影管理条例》《进口影片管理办法》《电视剧内容管理规定》《互联网视听节目服务管理规定》《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》等20部左右法规、规章和规范性文件。

[91] 这里规定的虽然是备案,但主管部门的备案却是必须经过审核同意这一程序的。

务院广播电影电视行政部门的电影审查机构(以下简称电影审查机构)审查通过的电影片,不得发行、放映、进口、出口。进口供公映的电影片,进口前应当报送电影审查机构审查。放映电影片,应当符合国家规定的国产电影片与进口电影片放映的时间比例。除此之外,用于广播电台、电视台播放的境外电影、电视剧,必须经国务院广播电影电视行政部门审查批准。

四是对集会、游行、示威的事前行政许可。根据《中华人民共和国集会、游行、示威法》第7条之规定,举行集会、游行、示威,必须向主管机关提出申请并获得许可。

五是邮政、海关检查。根据《邮政法》《邮政法实施细则》《寄递服务企业收寄物品安全管理规定(试行)》《禁寄物品指导目录及处理办法》等的规定,邮政、快递企业应当依法建立并执行邮件收寄验视制度,对于通过邮政(包括快递)渠道寄递有害<sup>[92]</sup>印刷品、音像制品等的,不予寄递,并应及时通知公安、国家安全和新闻出版、海关等部门处理。根据《海关行政处罚实施条例》第62条第1款、《出版条例》第46条、《海关进出境印刷品及音像制品监管办法》、《中华人民共和国禁止进出境物品表》和《中华人民共和国限制进出境物品表》,海关对于有害<sup>[93]</sup>印刷品和音像制品应禁止其出入境。

六是互联网领域的行政事前排除。由于互联网领域的行政事前排除具有很大的特殊性,笔者将在下文予以专门论述。

总体来说,我国的行政事前排除具有如下特征:(1)主要以法规、规章等为依据,而非以法律为依据。法律保留原则是言论自由法律规制上最基本的要求,对于理应受到较事后追惩更为严格审查的事前限制而言,更应严格遵守法律保留原则。然而,非常遗憾的是,我国的行政事前排除了针对集会、游行、示威的行政许可和邮政检查是以法律为依据外,均是建立在行政法规,甚至是部门规章和规范性文件的基础之上的。(2)具有强烈的非正式性以及隐蔽性。虽然隐蔽性是事前限制普遍具有的一个弊端,但是不得不说,这一弊端在我国的行政事前排除上得到了极大的放大。除去上述法律、法规等所规定的正式的行政事前排除手段外,我国还存在着大量的以内部通知、通告、通气会、约谈、电话通知等非正式手段而存在的行政事前排除。例如,2009年11月,广电总局就曾通过电话通知,告知各电视台暂时收紧口子,叫停港台主持人。<sup>[94]</sup>与正式的行政事前排除相比,这些非正式的行政事前排除更具有隐蔽性,相应地,其对言论自由的危害也就越大。(3)缺乏正当司法控制程序。设置司法控制程序的意义就在于避免行政人员成为作出最后决定的人员,保证公民的言论自由能够得到正当程序的保护。同时,考虑到时效性的问题,这种司法程序的设置还必须是及时的,而不得是一种拖延的程序,否则对于言论自由的保护而言它不具有任何意义。<sup>[95]</sup>但是,非常遗憾的是,我国的行政事前排除无一例外地均缺乏正当司法控制程序。(4)缺乏明确的判断标准,行政人员自由裁量权过大。这一点与前面几点直接相关。由于法律规范的缺失以及法规、规章等条文表述的模糊性,由于大量非正式的行政事前排除手段的存在,我国的行政事前排除总体来说具有相当大的随意性,在什么样的言论才是应予限制的问题上缺乏明确的判断标准。同时,由于缺乏司法控制程序,行政事前排除的武断性和恣意性也就呈现出愈演愈烈之势。总之,以上特征综合起来就将爱默生所说的事前限制在“动力”和“轻易性”上的弊端予以放大,从而决定了我国的行政事前排除对于言论自由具有更大的危

[92] 有害的认定标准可参见《邮政法》第37条。

[93] 有害的认定标准可参见《海关进出境印刷品及音像制品监管办法》第4、5、6条。

[94] “港台主持被‘口头叫停’,吴宗宪告别《舞林大会》”,<http://media.people.com.cn/GB/40606/10451375.html>,于2015年6月25日最后访问。

[95] 《中华人民共和国集会、游行、示威法》所设置的司法控制程序就是一种典型的拖延程序。

害性。

正如上文所提到的,事前限制并非绝对不被允许。从当代的禁止事前限制原则的内容来看,它所强调的是:(1)对事前限制应适用较事后追惩更为严格的审查标准;(2)配备有正当程序的事前限制在一定条件下是可能被允许的。因此,就我国的行政事前排除而言,我们并非绝对要消除之,但必须对其加以改进,使之符合禁止事前限制原则的上述要求。其中,必须以法律(狭义的)为依据、最大限度地减小行政自由裁量的空间以及配备及时的司法控制程序应是禁止事前限制原则对我国行政事前排除的最基本的要求。

最后,互联网是禁止事前限制原则在当代中国的一个特殊领域。由于互联网架构的基本特征,政府对网络言论的规制在很大程度上依赖的是事前限制手段。<sup>[96]</sup>具体到我国,这些事前限制措施主要包括:域名解析服务缓存污染、IP地址封锁、IP地址特定端口封锁、TCP协议关键字阻断、网站屏蔽、过滤技术和ISP/OSP的事前审查等。互联网条件下事前限制的特殊性在于:一方面,由于它更依赖于数字技术,因此其非正式性和隐蔽性更为明显;另一方面,由互联网的架构所决定,互联网条件下的事前限制最主要的实际上并非是由政府来实施的,而是由作为私人的服务商来实施的。尽管巴尔金认为,服务商实施的事前限制实际上是由于政府的压力而实施的,因此它实际上是一种政府行为(state action),<sup>[97]</sup>但不可否认的是,有相当一部分事前限制还是由服务商自己的经济利益驱动而实施的。因此,在互联网条件下探讨禁止事前限制原则时一个不可回避的问题就是:在私人间应如何处理禁止事前限制原则?总之,在互联网条件下探讨禁止事前限制原则时,简单地将传统学说套用到互联网领域并不是一种可取的做法。我们需要在充分考虑到互联网的特性和言论自由价值的基础上对其作出审慎的回答,而这也是互联网时代研究言论自由所亟需解决的首要问题。

## The Doctrine of Prior Restraint

Chen Daoying

**Abstract:** The prior restraint doctrine is a doctrine with a long history in the field of freedom of speech. Yet it has been criticized ever since the first 50 years of the 20th century. However, it cannot be denied that prior restraint is more intolerable than subsequent punishment as it turns the censorship of speech into something normal. At the same time, the criticisms do help the prior restraint doctrine to become more perfect. As to China, administrative preclearance is the only expression of prior restraint. Based on the shortcomings and in order to make it legitimate, prior restraint must be rebuilt according to these demands: taking laws as the only source, minimizing discretion and being controlled by due process.

**Keywords:** prior restraint; subsequent punishment; censorship

(责任编辑:刘馨)

[96] Jack M. Balkin, *Old School/New School Speech Regulation*, 127 Harv. L. Rev. 2296, 2318-2324 (2014).

[97] Jack M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, 99 Colum. L. Rev. 2295, 2299 (1999).

# 比较宪法概念在近代中国的演变

韩大元\*

**摘要:**在清末新政的背景下,“比较宪法”一词首次出现于《译书汇编》1901年第6期,此后陆续出现于晚清时期的报纸期刊、学术著作和法政学堂。在清末民初这一阶段,比较宪法概念虽大致确立,但内涵限于外国宪法著作和文本的翻译。但1930年前后出版的以比较宪法为主题的著作凸显了中国比较宪法概念的主体性内涵。1949年后,比较宪法概念并没有随着六法全书的废除而中断,而继续以多种形式延续。

**关键词:**比较宪法 概念史 主体性 译书汇编

## 一、引言

当前中国,概念史研究方兴未艾,<sup>[1]</sup>南京大学孙江教授、北京师范大学方维规教授和中国人民大学黄兴涛教授可谓首倡者、实践者和推广者。概念史尽管和社会史、文化史、思想史、观念史、学术史的关系尚待深入探究,到底是方法还是目的也存在学术争论,但至少是一种方法,一种反求诸己、推陈出新的方法,一种重视主体性兼顾开放性的方法。在法学领域以及宪法学研究领域,也有一些概念史的论文和著作陆续问世。<sup>[2]</sup>

同样,比较宪法是一种方法还是一门学科,是宪法的分支学科还是比较法学的分支学科,也存在争议。不过,无论怎么争议,比较宪法是宪法学的基本概念,学界已形成共识。晚清内忧外患,加之清朝政府洋务运动的失败,日本明治维新的成功,越来越多的中国人开始认识到,“宪法者,立国之元气”。<sup>[3]</sup>而欧美社会是宪政的先行者,要立宪,就应向欧美国家学习。因此,比较宪法对中国宪法学的研究和成长具有不可或缺的地位,有关比较宪法概念的理解一定程度上影响中国宪法学的基本范畴与理论体系建设。

总之,概念史要解决的是古今问题,比较宪法要处理的是中外问题。依据概念史方法研究比较宪

---

\* 中国人民大学法学院教授,法学博士。中国人民大学法学院博士生周威协助笔者收集资料,核对相关文献,在此表示感谢。本文曾在2015年6月6日东吴大学举办的“东吴法学百年”研讨会上发表,感谢评议人的学术评议和与会者提出的问题。

[1] 参见李里峰:“概念史研究在中国:回顾与展望”,载《福建论坛》2012年第5期。

[2] 如《民法概念史·总则》(顾祝轩,法律出版社2014年版),《法益概念史研究》(秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,原著伊东研祐,日本成文堂1984年版),《概念变迁与美国宪法》(谈丽译,华东师范大学出版社2010年,原著主编特伦斯·鲍尔·约翰·波考克,剑桥学派概念史译丛),“中国司法概念史研究”(周永坤,《法治研究》2011年第4期),“一项关于近代‘宪法’概念史的研究——以清末民初的若干法律辞书为考察视角”(屈文生,《贵州社会科学》2012年第7期),“国体概念史:跨国移植与演变”(林来梵,《中国社会科学》2013年第3期)。此外,《中国宪政史上的关键词》(王人博,法律出版社2009年版)和《中国宪法学说史研究》(韩大元,中国人民大学出版社2012年版)采用的研究方法也接近于概念史。

[3] 参见《万国宪法志》3卷,周逢编译,上海广智书局,光绪二十八年(1902年)。引文出自该书序言。

法概念在中国的流变,面对的就是古今中外的复杂宪法问题。自20世纪80年代以来,有关比较宪法的著作和论文尽管问世不少,<sup>[4]</sup>但学术研究仍面临不少挑战,<sup>[5]</sup>比较宪法的概念史研究仍遗留了很大的空间。因此,我们需要系统地研究比较宪法概念的演变过程,丰富比较宪法概念的主体性内涵,梳理比较宪法概念的学术脉络。

## 二、1901年:“比较宪法”语词的首次出现

比较宪法概念史研究首先要关注“比较宪法”语词的演变。据考证,“比较宪法”这一语词最早出现于《译书汇编》1901年第6期,该期“杂录”栏目推荐一些有关英国国会和英国宪法史,以及德国、法国、日本行政法方面的书籍。栏目中涉及“比较宪法”的内容并不多,共有两段,内容如下:

至比较宪法之书,译出者尚无所见,本校现译伯耳这斯氏之著不久即可出版。冈松参太郎氏所译之布脱密氏之英美佛比较宪法论一书足资参考也。

今日本校出版部发行之比较行政法,系美国哥伦比亚大学教授古德脑氏所著浮田和民氏所译,是书将英美法德四国之行政制度分析而比较之,宜与巴德尔氏之比较宪法参看。

“比较宪法”语词在此共出现三次。其中后两次是作为某作者的书名时使用的,而第一次是在“类”的意义上使用“比较宪法”语词的,意思是比较宪法这一类的书籍还没有发现译出的,“伯耳这斯”的比较宪法著作将很快出版。“比较宪法”语词不仅在“类”的意义上出现,而且和“比较行政法”、“宪法史”并列使用。

### (一)“比较宪法”语词从日文翻译而来

《译书汇编》由译书汇编社1900年12月在东京创办,被誉为“留日学生发行的杂志的始祖”。译书汇编社社长为戢翼翬,主要成员有王植善、陆世芬、雷奋、杨荫杭、杨廷栋、周祖培、金邦平、富士英、章宗祥、汪荣宝、曹汝霖、钱承鋹、吴振麟。这些成员还组成了励志会,是第一个中国留日学生学术团体。《译书汇编》的宗旨是借助日文编译欧美法政名著。<sup>[6]</sup>晚清民国期刊全文数据库显示《译书汇编》第4-9期均设有“杂录”栏目,介绍日本的官制、文部省、东洋学会和法政书籍。鉴于期刊名称、编译主体、编译地点、编译宗旨,可推知《译书汇编》1901年第6期“杂录”栏目使用的“比较宪法”语词是

[4] 《中国法学》1982年第2期刊文“建立新的比较宪法学刍议”,作者何华辉认为,“比较宪法学在我国是一门亟待恢复和重新建立的学科”。此后的比较宪法著作,如龚祥瑞的《比较宪法与行政法》(法律出版社1985年版),何华辉的《比较宪法学》(武汉大学出版社1988年版),张光博的《比较宪法纲要》(辽宁大学出版社1990年版),李步云的《宪法比较研究》(法律出版社1998年版),赵树民的《比较宪法学新论》(中国社会科学出版社2000年版),沈宗灵《比较宪法》(北京大学出版社2002年版),韩大元的《比较宪法学》(高教出版社2003年版)。

[5] 如“研究对象未能准确界定”,“学科特色不突出”,“轻视基本权利”,参见王广辉:《比较宪法学》,北京大学出版社2007年版,第5-9页。“严格意义的比较宪法学著作并不多见”,“没有学术界公认的学科体系”,“外国宪法学与比较宪法之间的界限并不清楚”,“以问题为中心的研究相对薄弱”,“对非西方国家宪法体制的研究缺乏必要的关注”,参见韩大元:《比较宪法学》,高等教育出版社2003年版,第10页。

[6] 《译书汇编》1900年第1期的内容是:[美] 盎盎司《政治学》,[德] 伯伦知理《国法汎论》,[日] 鸟谷部铤太郎《政治学提纲》,[德] 海留司烈《社会行政法论》,[法] 孟德斯鸠《万法精理》,[日] 有贺长雄《近世政治史》,[日] 有贺长雄《近时外交史》,[日] 酒井雄三郎《十九世界欧洲政治史论》,[法] 卢骚《民约论》,[德] 伊耶陵《权利竞争论》。

从日文直接翻译而来的。此栏目中有关比较宪法的原文作者均非日本学者而是欧美学者,这就意味着欧美学者使用的“比较宪法”语词是借道日本才传入中国的。<sup>[7]</sup>

### (二)“比较宪法”语词在中国出现的时间早于“比较法”

据华东政法大学何勤华教授考证,“汉字‘比较法’一词最早在中国出现是在1902年2月,该月出版的《译书汇编》上刊登了由户水宽人撰写的《法律学纲领》一文。此文的第五章,标题就是‘比较法学’”。<sup>[8]</sup>该文中曾多次使用“比较法”语词,如,“伊太利之还苦氏,法国之孟德斯鸠氏,罗列诸国之法律,附以评论,尤极比较法学之能”。“所谓比较法学者,亦分二种”。“故比较法学,一名之下,系以两项”。目前看到《法律学纲领》一文载于《译书汇编》1902年第2卷第1期。何勤华教授在《比较法学史》一书中未具体说明“比较法”语词最早出现于“1902年2月”的推理依据。《译书汇编》为月刊,最早使用“比较宪法”语词的1901年第6期《译书汇编》的出版社时间大概是1901年6月前后,早于“比较法”语词的出现时间。此外,《法律学纲领》的落款时间为“明治三十四年十二月二十七日”,即1901年12月27日,而译成中文并出版的时间是1902年2月。这意味着,该文是译者根据户水宽人的讲解翻译而成。

### (三)“伯耳这斯”即“巴路捷斯”

前述引文在第一次使用“比较宪法”语词处,提到“本校现译伯耳这斯氏之著不久即可出版”。其中的“伯耳这斯”,在读音上很接近“拔珥杰思”和“巴路捷斯”。《新译界》1906年第2期刊载一篇译文,标题为《论英美德法宪法之成立》,署名为“美国拔珥杰思 Burgess 著,湖北范熙壬译述”。1907年商务印书馆出版《政治学及比较宪法论》,其原文作者为“巴路捷斯”,日文译者为高田早苗,中文译者为刘莹泽、朱学曾、董荣光。该书第一编第三卷标题为“英吉利亚、美利加合众国、德意志及法兰西宪法之成立”。书中提到“巴路捷斯”对应的英文为“J. W. Burgess”。因此可推断“拔珥杰思”和“巴路捷斯”为同一人名。

译书汇编社社长戢翼翬1896年留学日本入亦乐书院,1899年入东京专门学校学习,<sup>[9]</sup>而东京专门学校1902年改称早稻田大学。高田早苗参与创办东京专门学校,并曾任早稻田大学校长,而且前述巴路捷斯所著《政治学及比较宪法论》的日文译者正是高田早苗,该书日文译本的出版时间是1902年。<sup>[10]</sup>因此,“本校现译伯耳这斯氏之著不久即可出版”中的“本校”指的应该是东京专门学校即后来的早稻田大学。鉴于当时翻译人名地名多采用音译,“伯耳这斯”和“巴路捷斯”读音很接近,研究对

[7] 据中国人民大学法学院王贵松教授考证,日文“比较宪法”一词是通过翻译英文著作而传到日本的,在标题中最早使用“比较宪法”的日本著作,是1893年深井英五翻译并由民友社出版的《英米佛比较宪法论》和1894年冈松参太郎翻译并由八尾书店出版的《英米佛比较宪法论》(原文作者为Boutmy, Émile Gaston, 1835-1906)。这里的《英米佛比较宪法论》和1901年第6期《译书汇编》所提到的“冈松参太郎所译之布脱密氏之英美佛比较宪法论”,虽名称稍有不同,可能是同一本著作。此外,可能更早使用“比较宪法”一词的日文著作,有1888年辰巳小二郎翻译并由哲学书院出版的《万国宪法比较论》和1886年草间时福翻译并由日野商店出版的《英米宪法比较论》。

[8] 何勤华:《比较法学史》,法律出版社2011年版,第87页。

[9] 参见维基百科词条戢翼翬,网址 <https://zh.wikipedia.org/zh-cn/%E6%88%A2%E7%BF%BC%E7%BF%AC>,2015年10月3日最后访问。

[10] 参见百度百科词条译书汇编,网址 <http://baike.baidu.com/view/7137611.htm>。2015年10月3日最后访问。此处“巴路捷斯”的另一个译法为“伯盖司”。事实上,“伯盖司”的使用范围更广,时间上也更早。此外,《比较宪法学》(韩大元,高等教育出版社2003年版)第6页谈到“1890年布戈尔(Burgess)撰写的《政治科学与比较宪法》一书是西方国家比较早的比较宪法学著作”,还谈到“其书的第三编中比较了英国、美国、德国与法国的宪法制度和具体运用过程”。从“布戈尔”对应的英文,论述的内容及其在著作中的章节位置看,此处的《政治科学与比较宪法》和1907年商务印书馆出版的《政治学及比较宪法论》为同一本书。

象均为比较宪法,以及前述的一些事实,可推知“伯耳这斯”正是“巴路捷斯”,即将出版的比较宪法著作即《政治学及比较宪法论》。

### 三、晚清时期:“比较宪法”从语词到概念

语词和概念的关系是涉及语言学和逻辑学的基本问题。简单地说,语词是概念的物质外壳,概念是“事物或者过程在人脑中的映像”,<sup>[11]</sup>而“映像”在人脑中的形成需要一个过程,一个反复使用的过程,正是在这种反复使用的过程中逐渐赋予概念各种内涵。如前所述,“比较宪法”语词在最早的文献中连续出现三次,且是通过翻译而传到中文世界。同时,“比较宪法”语词具有简洁明快、便于使用的特点,便于形成一种概念。事实上,“比较宪法”语词自1901年起反复出现于晚清时期的各种报纸期刊、学术著作和法政学堂。

“比较宪法”语词自首次出现于《译书汇编》1901年第6期起,即反复出现于晚清时期的报纸期刊上,尤其多用于介绍有关比较宪法的书籍时,其中巴路捷斯《政治学及比较宪法论》一书出现频率最高,如《东方杂志》1909年第4期“立宪国民必读”栏目和1911年3月4日《申报》“文官必读”栏目推荐的著作均为《政治学及比较宪法论》,《东方杂志》1911年第11期刊载的文章“再论国体与政体之别”也引用了《政治学及比较宪法论》的内容;又如1907年3月21日《申报》“广告版”较为详细地介绍了日本学者上杉吉所著《汉译各国比较宪法论》。另外,“比较宪法”语词出现在报纸期刊刊载的文章中,如1908年8月23日《申报》刊载的文章《考察宪政大臣达寿进呈书卷册数》记载进呈的书籍共五种,分别是日本宪政史、欧美各国宪政史略、日本宪法论、比较宪法、议院说明书。1908年8月24日《申报》刊载的文章《达大臣奏呈书籍之要旨》进一步描述达寿进呈书籍的经过和内容,其中提到,“依宪政编查馆所开要目与日本子爵伊东已代治商订区分六类:一日本宪法历史、一比较各国宪法、一议院法、一司法、一行政、一财政”,“将奴才所讲之宪法历史、比较宪法、议院法等一手接洽”,“随后逐类分析编辑成文,首日本宪政史,所以明日本国情与其立宪之由来,次欧美宪政史,次日本宪法论,次比较宪法”。《东方杂志》1908年第8期刊载的《宪政篇》(作者为孟森)也描述了达寿呈宪政书籍之事,其中提到,“所已讲者为宪法历史、比较宪法、议院法等”。<sup>[12]</sup>还有一篇专门论述比较宪法的文章《比较宪法学》,连载于《北洋法政学报》1908年第59-73期,署名为“刘鸿翔编”,实为根据美浓部达吉的讲授编译而成的一本比较宪法著作。该文开篇即提到,“美浓部博士曰比较宪法者,取各宪政国之宪法,比较其同点与异点而说明之也。由其同点可以见一般之法理而推其原则。由其异点可以见一国之特质而研其真相”。<sup>[13]</sup>

“比较宪法”语词也反复出现于晚清学术著作,有些学术著作直接以“比较宪法”为题,如巴路捷斯的《政治学及比较宪法论》和美浓部达吉的《比较宪法》。《政治学及比较宪法论》是晚清民国时期出现频率最高的比较宪法著作,在论文和著作中常常被引用,常常出现于各种报纸的广告,且该书在当前中国也有直接的影响,多种宪法著作和论文提及该书,只是译法不同。美浓部达吉所著《比较宪法》在晚清时期就有三个中文译本。这三个译本的译者、时间和出处分别是张孝慈1906年东京秀光

[11] 冯春田、梁苑、杨淑敏主编:《王力语言学词典》,山东教育出版社1995年版,第199页。

[12] 需要注意的是,在此处,比较宪法是和宪法历史、议院法并列使用的。

[13] 刘鸿翔:“比较宪法学”,载《北洋法政学报》1908年第59期。

社,刘鸿翔 1908 年北洋法政学报,以及刘作霖 1911 年政法学社。晚清时期还出版有以相似语词为题的著作,如辰巳小二郎 1902 年的《万国宪法比较》,末冈精一 1906 年的《比较国法学》,刘嘉猷 1907 年的《中外宪法比较》,更早的有梁启超 1899 年的《各国宪法异同论》。除刘嘉猷 1907 年的《中外宪法比较》外,<sup>[14]</sup>其余比较宪法著作均为译本,而且全部从日文翻译而来。

为培养清末新政和仿行宪政所需要的法政人才,清政府根据各部大臣和各省督抚的奏请在天津中西学堂和南洋公学的基础上陆续设置若干法政学堂。这些法政学堂通常开设宪法课程。在此基础上,京师大学堂 1904 年开设各国宪法课程,<sup>[15]</sup>而 1906 年北洋法政专门学堂首次开设比较宪法课程,随后 1907 年贵州法政学堂开设政治学及比较宪法课程,<sup>[16]</sup>1909 年贵胄法政学堂正科课程包括比较宪法。<sup>[17]</sup>在此期间,一些地方还开办法政讲习所,部分法政讲习所开设的课程也包括比较宪法,如 1906 年江苏教育总会设立的法政讲习所<sup>[18]</sup>和 1908 年福建省法政研究所。<sup>[19]</sup>另外,也出现了与比较宪法词意相接近的语词,如 1907 年浙江法政学堂开设比较国法学课程,<sup>[20]</sup>1908 年宪政学堂开设万国宪法比较课程等。<sup>[21]</sup>1911 年清政府以法令的形式颁布《学部奏改订法政学堂章程》,正式规定全国各法政学堂下设的法律门、政治学门、经济门和别科均须开设比较宪法课程。<sup>[22]</sup>

如上所述,晚清时期,“比较宪法”语词的出现和反复使用多与译文有关,这一方面反映了当时中国比较宪法处于起步和模仿阶段,尚不成熟;另一方面也决定了外国宪法著作和宪法文本对于中国宪法的研究具有重要意义,同时也意味着中国比较宪法研究从一开始就秉持开放的心态,接受宪法的普遍性和公共性特征,关注外国宪法著作和宪法文本的翻译。欧美是宪政的先行者,比较宪法在欧美社会有一个自然成长的过程。在中国出现“比较宪法”一词时,比较宪法在日本已有较长时间的发展,已形成比较宪法学科。在晚清法律移植的过程中,比较宪法的学术成果也一并被译介到中国。通过移植比较宪法理论,逐步形成了比较宪法的中国话语,为建立具有一定共识的知识体系奠定了基础。但“概念的译译还不等于移植的完成,成功的概念移植有待于移植对象真正融入移植国家自身相应的观念或制度之中”。<sup>[23]</sup>

#### 四、民国时期:比较宪法概念的主体性

在 1912 年清帝逊位和 1928 年改旗易帜时“比较宪法”语词并没有停止使用,反而这一时期更多

[14] 刘嘉猷 1907 年《中外宪法比较》,尚未看到原书,但张群 2008 年《中国近代的住宅不可侵犯权》一文的注释显示“刘嘉猷著《中外宪法比较》,上海文明书局光绪三十三年初版”。

[15] 王健:《中国近代的法律教育》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 161、175、192、200、211 页。

[16] “京外学务报告:黔抚咨送贵州法政学堂试办章程”,载《学部官报》1907 年第 26、27 期。

[17] “学制:宪政编查馆奏定贵胄法政学堂章程”,载《直隶教育官报》1909 年第 5 期。

[18] “江苏教育总会附设法政讲习所广告”,载《申报》1906 年 12 月 31 日,“(科目)政治学、国家学、国法学、比较宪法、行政法、地方自治、法学通论、民法要论、刑法论、诉讼法、国际公法、国际私法、经济学、财政”。

[19] “法政研究所招生”,载 1908 年 2 月 13 日《申报》,“闽省法政研究所现拟并入法政讲习所,内以郑澹庵太史为经理,另招学生入堂肄习其课程,分西洋历史、国际公法、比较宪法、国法学、经济学、法学通论、民法总则、东语为八门定期三年毕业”。

[20] “京外学务报告:浙抚咨送浙江法政学堂章程”,载《学部官报》1907 年第 27 期。

[21] “别录:宪政学堂之课程(同文沪报)”,载《四川教育官报》1908 年第 2 期。

[22] “学制:学部奏改订法政学堂章程”,载《浙江教育官报》1911 年第 52 期。

[23] 林来梵:“国体概念史:跨国移植与演变”,载《中国社会科学》2013 年第 3 期。

的以比较宪法为题的著作陆续问世,<sup>[24]</sup>不少公立和私立大学开设比较宪法课程,<sup>[25]</sup>甚至若干省市检定考试试题将比较宪法单独作为其中的一类,<sup>[26]</sup>还出现了“比较宪法教授”的称呼,<sup>[27]</sup>甚至东吴法学院创办的期刊《法政杂志》分上下两编开辟了“比较宪法专号”,刊载于1940年第11卷第2期和1941年第11卷第3期,其中还刊载了东吴法学院图书馆馆长喻友信专门为此编辑的“比较宪法论文索引”。

民国时期的宪法学者认真研究欧美和日本宪法制度和理论,从各个方面探索中国自身宪法问题的解决之道,不断赋予比较宪法概念以新的内涵,具体的学术努力体现在以下方面。

第一,重视比较宪法理论的本土性。如前所述,晚清以比较宪法为题的著作几乎均为译著,多数译自日文。民国时期撰写比较宪法的作者均为中国学者,他们有着多元的留学背景。留学日本的有孙松龄、丁元普、程树德、吕复、郁嶷、汪馥炎、萨孟武、郑毓秀,留学法国的有郑毓秀、王世杰、阮毅成,留学美国的有王宠惠、章友江、钱端升、黄公觉,<sup>[28]</sup>留学英国的有王世杰、费巩,留学德国的有王宠惠,留学苏联的有章友江等。有些作者同时留学多个国家,如王宠惠留学美国和德国,郑毓秀留学日本和法国,王世杰留学法国和英国,章友江留学美国和苏联。钱端升从哈佛大学毕业,“借由校长洛厄尔的介绍函,漫游欧洲各国半载有余,就教于英法德奥等国一些宪法或政治学教授学者,访问各国国会议员和工作人员”。<sup>[29]</sup>兼听则明,偏听则暗。留学背景的多样化,有助于形成比较宪法知识来源的多样性。

将三民主义五权宪法融入比较宪法研究是本土化努力的重要成果。孙中山1906年正式提出五权宪法观点,在三权基础上增加两权,即考试权和监察权,是复活中国固有的“两大优良制度”,将“创立各国至今所未有的政治学说,创建破天荒的政体,以使各机关能充分发挥它们的效能”。孙中山五权宪法思想本身就是比较宪法概念主体性内涵的体现,并被引入比较宪法著作。1930年丁元普所著《比较宪法》结论部分的目录为:“结论:各国新宪法与三民五权之比较。第一,欧战后世界宪法之新趋势;第二,世界宪法——三民主义精神之体现;第三,民族主义之趋势;第四,民权主义之趋势:(1)人

[24] 如1912年唐士杰《比较共和国宪法》,1912年孙松龄《比较宪法》,1913年王馥焯《比较宪法学》,1913年王宠惠《比较宪法》,1927年郑毓秀《中国比较宪法论》,1927年王世杰《比较宪法》,1930年丁元普《比较宪法》,1931年程树德《比较宪法》,1931年黄公觉《比较宪法》,1933年章友江《比较宪法》,1933年吕复《比较宪法论》,1933年周逸云《比较宪法》,1933年郁嶷《比较宪法讲义》,1933年程树德《宪法历史及比较研究》,1934年汪馥炎《比较宪法纲要》,1934年阮毅成《比较宪法》,1934年费巩《比较宪法》,1936年沈瑞麟《各国宪法之比较》,1936年萨孟武《政治学与比较宪法》,1936年王世杰、钱端升《比较宪法》。

[25] 如1912年3月13日《申报》刊载“重订民国法政大学校暂行规则”,规定的课程包括比较宪法;1912年6月30日《申报》刊载“中华律师大学校专章”,开设的课程包括比较宪法;1927年9月14日《申报》刊载“东吴法学院之教授”;“乔万选推事(比较宪法)”;1928年2月15日《申报》刊载“大夏大学新聘教授”:“巴黎大学博士毛以亨教授比较宪法及外交史”;1931年黄公觉的《比较宪法》“编者序”:“以余于上学期在北平中国大学所授比较宪法之讲稿付梓”;1931年10月6日《申报》刊载“欧洲新民主宪法之比较的研究”:“李先生译是书之主旨,原在供国立武汉大学所授‘比较宪法’学程参考之用”;1933年章友江的《比较宪法》“著者自序”,“这本比较宪法是我在北平大学法学院、商学院、东北大学民国平民诸校教授本科的讲义”;1934年9月27日《申报》刊载“中国公学开课”:“汪馥炎授比较宪法”。

[26] 如1933年7月21日《申报》刊载“苏省检定考试开始”:“苏省第二届高等检定考试”,“计试国市中外地理、历史、物理、教育史、比较宪法、动植物、生理卫生学等”;“本局办理高等检定考试及普通检定考试之经过:青岛市高等检定考试(第一种):比较宪法试题(民国廿四年八月十五日)”,载《青岛教育》1935年第3卷第4期。

[27] 如刘勉己的“国会制度之真义”,载《法政学报》1925年第4卷第1期,“刘先生系巴黎大学法学博士现任本校政治科比较宪法教授”。

[28] 黄公觉1925年翻译《民族主义》一书,该书“译者序”提到译者就读于美国哥伦比亚大学。

[29] 孙宏云:《中国近代思想家文库·钱端升卷》,中国人民大学出版社2014年版,第2页。

民权高于政府权,(2)创制复决罢免诸直接民权之应用,(3)选举制度之大革新;第五,民生主义之趋势:(1)地权之平均,(2)资本之节制,(3)劳工之保护,(4)社会生活之改善;第六,三权宪法与五权宪法。”陈和铤在为该书所作的序言中特别提到,“篇末以三民五权与各国新宪法之精神相参证,为宪政史放一大异彩”。

第二,重视宪法文本。宪法首先是法律,文本是法学的基础。宪法研究的首要对象是宪法文本。1927年郑毓秀的《中国比较宪法论》“例言”第一项内容为“中国宪法至今未定,本书以已成之宪法与欧美各国之宪法,作比较之研究,故定名为中国比较宪法论”。此处“已成之宪法”指的是1923年中华民国宪法。郑毓秀并不喜欢这个宪法文本,甚至在该书“自序”斥之为“伪宪”,但仍以之为依据。然而吕复对于“民国十二年宪典”功败“垂成”深表遗憾,在其1933年的《比较宪法论》“凡例”中也主张比较宪法研究应以宪法文本为依归,其中第一项内容为“本书虽取比较体裁,但一以中华民国十二年十月十日宣布之宪法为准以求有所归结”。

第三,以宪法问题为中心。王世杰编写比较宪法著作以问题为中心,而选择问题的标准有二:一是各国宪法上通常规定的内容,二是结合本国宪法和法律的规定。在其1927年的《比较宪法》“自序”中明确提出,“本书内容的分类,不以国别为标准,而以现代一般宪法上所规定之问题为标准:在各个问题之下,本书将摭述列国宪法上或法律上诸种不同的规定,以及学者间诸种不同的意见,即十数年来吾国中央及各省所曾颁布的宪法或法律,凡足为讨论之资者,亦当述及”。钱实甫认为王世杰的《比较宪法》“主要的改变,是以比较宪法学为其两例的原则,着眼于各种专题的比较研究”。<sup>[30]</sup>钱端升也认为王世杰《比较宪法》“是不以国别而以宪法中的诸个问题为讨论的比较标准的。这种比较方法不但法国治宪法者多数采用,而且确实要比列国分述的方法要高明。不过中国人的比较宪法也不是完全模仿爱思曼或者狄骥的书”。<sup>[31]</sup>1933年费巩的《比较宪法》“序言”也提到,“编目以问题为单位,不以国家为单位,举一问题为题材,而以各国实例缕列其下,俾易归纳,并使比较”。1936年孙增修的《中国宪法问题》“编辑凡例”第一项就明确说明,“本书以民国二十四年国民政府立法院所通过之宪法草案为经,以各国比较宪法为纬”,其第三项重申“本书专注于中国宪法之特别问题”。

在强调宪法文本的比较时,也有学者关注知识体系的专业性问题。如黄公觉呼吁应区分比较宪法与政治学,其在1931年的《比较宪法》“自序”中提到,“余尝于国内坊间搜集关于比较宪法之中文著作。遍阅之后,深感其所论述者,多非比较宪法范围所应有之材料,非特非比较宪法范围所应有,即普通之宪法学亦不应有。其所论述者多属普通政治学之问题”。还提到,“余意‘比较宪法’与‘政治学’两者讨论的问题,必当严其区别。是书之编撰,即本诸此意”。

第四,将苏联宪法纳入比较宪法的研究范围。章友江1927年加入美国共产党,后在莫斯科中山大学学习,1931年受聘于国立北平大学法学院,讲比较宪法课程,将苏联宪法纳入比较宪法的研究范围。白经天先生在1933年章友江《比较宪法》一书的序中言:“近年来研究宪法者,必首推王雪艇之比较宪法为良书。王著纲举目张,极便初学,然其取材仅限欧战后一部分之新宪法为止,苏联及意大利尚未采入。自孟德斯鸠氏倡三权分立之说以还,其说早已成为宪法学之一种原则,而苏联宪法,则蹴破从来之典型,已开一三权合一之途径矣。”章友江在“著者自序”中明白指出,“以苏联宪法和资本主

[30] 钱实甫:“民权论在政治学中的地位”,载《东方杂志》1948年第8期。

[31] 钱端升:“书评:王世杰氏的比较宪法”,载《现代评论》1927年第7卷第157期。

义国家宪法为比较研究的对象,而旁及资本主义国家宪法之间的比较”。“对于宪法上的许多问题,不但要叙述资本主义学者的意见,还要略略介绍社会主义学者的意见”。“特别提出苏联和意大利的宪法,以便和现在欧美各国的宪法比较”。章友江还特别提醒,“本书只是一种学术上的著述,绝对不希望读者相信某种学说,某种方法论和某种宪法见解”。

第五,注重本国历史和文化。程树德 1933 年出版《宪法历史及比较研究》,其在“例言”中指出,“欧化东渐,国人迷信西方文明已成积重难返之势。印度学者泰戈尔言之详矣,是书毁誉并陈,瑕瑜互见于彼国学者,对于其国制度之不满,必详为介绍,庶异时立法者知所去取”。“中国古称华夏,有四千余年之历史,岂得妄自菲薄。是书,凡与自国历史有关者,必略述其沿革或参论其得失,附于每编之次”。程树德 1931 年还出版《比较宪法》一书。当年何光远曾评论该书,“最近华通书局又出了《比较宪法》一书,是程树德所著。程为老年的名教授,在北平的声誉是无人不知道,生平最擅长的研究是中国法制史和比较宪法”。“因著者对中国法制史研究甚深,于中国古代于宪法之发明均有所援引,这是一般新进作者所不能望其项背”。<sup>[32]</sup> 阮毅成在 1945 年的一篇文章中主张比较宪法应注重历史研究,“比较立法又正与比较宪法、比较政治制度等,同需要历史的方法,所以在纵的方面,法律史的研究,也与横的方面比较立法同等进步,相辅为用”。<sup>[33]</sup>

正如孙晓楼 1935 年所言,“我们研究比较法的目的,是希望中国法律上有所改善;我们是为改善中国法律而研究外国法的,决不是为好新立异而研究外国法的”。“必须于认识法律之外,进而推究其法律应有的态度,是否适应社会和国家的需要”。<sup>[34]</sup> 1935 年,《文化建设》杂志第 1 卷第 4 期发表了《中国本位的文化建设宣言》,该文认为“中国是中国”,主张以中国传统文化为本位,为主体,建设现代国家,以增强民族自信心。该文由十位教授联合署名,又称“十教授宣言”,其中一位是萨孟武。萨孟武长期致力于宪法学的教学和研究,1936 年出版《政治学与比较宪法论》,1943 年出版《宪法新论》。由此可见,中国比较宪法概念的主体性内涵是在整个中国文化自觉的背景下逐步形成的,体现了本土化的特色。

第六,注重基本权利。王世杰注意到,“现代一般国家的宪法,大率有一重要部分,规定个人基本权利与基本义务”,<sup>[35]</sup>并以该书 1/3 的篇幅介绍个人的基本权利和公民团体权利问题。钱端升认为有关基本权利的论述是王世杰《比较宪法》最精彩的部分之一,“于个人的基本权利一章中,著者把个人在现代一般宪治所容之自由逐个说明,而且说得比不少的外国名著还要明白,更算是难能可贵”。<sup>[36]</sup> 1933 年章友江在《比较宪法》“著者自序”言:“我认为比较宪法这门功课应当特别注重人民权利,所以我对于它有较详细的叙述。”章亘在有关章友江《比较宪法》的书评中也认为,“关于宪法上人民的权利,在资本主义国家里只是有名无实的,本书第二编中不仅就苏联宪法与资本主义国家宪法作了详细的比较,并罗列许多人民权利的保障办法,对于即将实行宪政的中国人民更是一种指示,这亦是本书特点之一”。<sup>[37]</sup>

第七,学术自由的尊重。费巩主张进行比较宪法研究应当有批评的精神,客观全面评价外国宪法

[32] 何光远:“制宪声中之比较宪法”,载《中国新书月报》1931 第 5 期。

[33] 阮毅成:“现代法学的特征”,载《东方杂志》1945 年第 9 期。

[34] 孙晓楼:《法律教育》,商务印书馆 1935 年版,第 89、91 页。

[35] 王世杰:《比较宪法》,武汉大学出版社 2013 年版,第 57 页。

[36] 同注 31 引文。

[37] 章亘:“新书介绍:比较宪法”,载《学习》1940 年第 9 期。

制度的利弊得失,并非外国宪法各方面都好,即使好的方面也并非一定适合中国。1934年费巩在《比较宪法》“自序”言:“近人著述多重客观之介绍,不作主观之批评,余独以为既欲取法异国,以制吾宪,所谓取人之长,去人之短,取其精华,弃其糟粕,则于其典章制度,当先为下评估,乃能知其利弊,衡其优劣。一国有一国之国情政情,不能强效人好,固不必谓他人之长,置诸吾国亦长;他人之利,置诸吾国亦利。”

学术的发展有赖于批评和反思。对于民国时期的中国来说,宪法的创制和国家的建构有赖于比较法学和比较宪法学的繁荣。在1930年后相当长一段时间,学术批评的风气盛行,比较宪法概念主体性内涵的形成也正是在这个时期。蔡元培有关1920年前后北京大学比较法研究状况的回忆,以及1934年罗文干有关比较法研究方法的批评,实际就是对当时中国的比较宪法研究的一种批评和反思,因为其中涉及的人物均为比较宪法学专家,出版过比较宪法著作。

蔡元培1938年在一次演讲中回忆了1920年前后北大法科比较法研究和教学的情况:

北大旧日的法科,本最离奇,因本国尚无成文之公私法,乃讲外国法,分为三组:一曰德、日法,习德文、日文的听讲;二曰英美法,习英文的听讲;三曰法国法,习法文的听讲。我深不以为然,主张授比较法,而那时教员中能授比较法的,止有王亮畴(王宠惠)、罗钧任(罗文干)二君。二君均服务于司法部,止能任讲师,不能任教授。所以通盘改革,甚为不易,直到王雪艇(王世杰)、周鯁生诸君来任教授后,始组成正式的法科,而学生亦渐去猎官的陋习,引起求学的兴会。<sup>[38]</sup>

罗文干1934年3月11日在讨论“我国学法律者之责任”过程中批评了当时法学研究“数典忘祖”的现象,并提出建议:

予敢今日请我国法学者,于读现行法外,固应兼顾外国法,读外国法,最要能知异同得失,至中外法制之沿革,则重要之中,尤其重要,数典忘祖,不足语于学也。予固非谓尽旧法皆善,尽新法皆恶,予所冀于国人者,旧法之一存一废,新法之一采一舍,应慎重研究之,勿以为旧,便皆可弃,勿以为新,便皆可采,而弃旧取新之际,尤宜以演进方式。<sup>[39]</sup>

笔者以上梳理了比较宪法概念主体性内涵的形成过程。这些学者亲身经历了“中国三千年未有之大变局”,既有深厚的国学功底,又有宽广的国际视野,更重要的是主动肩负着拯救民族、伸张民权、改善民生的道义责任。在尊重学术自由的环境中,比较宪法概念的主体性内涵开始形成,直接影响了中国的制宪实践,如1936年“五五宪草”和1946年《中华民国宪法》。

[38] 蔡元培1937年12月的演讲“我在教育界的经验”,载《蔡元培选集》下卷,浙江教育出版社1993年版,第1355-1356页。转引自王健:《中国近代的法律教育》,中国政法大学出版社2001年版,第178页。

[39] 罗文干:“附录二:司法行政部长罗钧任先生三月二十一日在本校法学院第十教室讲演:我国学法律者之责任”,载《社会科学论丛》1934年第1卷第2期。

## 五、结语

新中国成立后,比较宪法概念并没有因废除“六法全书”而出现断裂。如1949年前出版的比较宪法著作仍有学术影响力,部分作者生活在中国大陆,如章友江、吕复和钱端升,且吕复和钱端升都直接参与起草1954年宪法草案。据《谢觉哉日记》记载,谢觉哉阅读过王世杰的《比较宪法》和章友江的《比较宪法》,而谢觉哉自延安时期就负责起草各种宪法性文件。民国时期的比较宪法著作对1954年宪法制定过程的影响也是不可忽视的,毛泽东1954年1月15日建议政治局委员及在京中央委员阅读的文件包括1913年天坛宪法草案、1923年曹锟宪法、1946年蒋介石宪法。<sup>[40]</sup> 比较宪法概念在中国台湾地区延续和发展,构成两岸学术交流的重要脉络。

当然,我们也不能否认,比较宪法概念的发展虽未中断,但从20世纪50年代后期开始,比较宪法概念过于意识形态化。其结果,1958年废除了宪法课程,比较宪法研究失去传播的重要平台。在“文化大革命”期间,比较宪法学的教学与研究处于停滞状态,比较宪法的档案史料长期被封存,有关宪法文本的翻译整理严重匮乏。

改革开放、对外交流,为我们进行比较宪法研究开阔了视野;信息技术的发展,为我们进行比较宪法研究提供了便利;特别是十八届四中全会《决定》提出依宪治国、依宪执政的目标,为我们进行比较宪法研究明确了方向。中国比较宪法概念的内涵将在立足中国、放眼世界、反求诸己、推陈出新的过程中日益丰富。

### Evolution of the Concept of Comparative Constitution in Modern China

Han Dayuan

**Abstract:** Under the background of the new policy in the late Qing Dynasty, the “Comparative Constitution” first appeared in the 6th period of Compilation of Translated Books in 1901, then it gradually appeared in the newspapers and periodicals, academic works and law and politics schools in the late Qing Dynasty. Although, at this stage in the late Qing Dynasty and early Republic of China, the concept of Comparative Constitution was broadly established, the content was limited to the translation from the foreign constitutional works and text. But published works, whose theme was Comparative Constitution around 1930, highlighted the main content of the concept of Comparative Constitution in China. After 1949, the concept of Comparative Constitution did not stop with the abolition of the Six Laws, and it continued in various forms. But due to the influence of various factors such as ideology and so on, no one took part in the study of Comparative Constitution for a long time. Until the middle of 1980, some books, whose title was concerned with Comparative Constitution had been published.

**Keywords:** comparative constitution; concept history; subjectivity; compilation of translated books

(责任编辑:刘馨)

[40] 韩大元:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第84页。

# 意大利夫妻财产制度的历史发展与现状

罗冠男\*

**摘要:**意大利夫妻财产制度是大陆法系国家夫妻财产制度的一个典型,又独具自己的特色。其中法定财产制度的发展,体现了分别财产制和共同财产制之间的博弈。直到1975年民法改革,意大利才采用婚后所得共同制为法定财产制,同时协议共同制和分别财产制供选择的复合财产制。意大利夫妻财产制度在结构体系上清晰完备;其法定财产制是婚后所得共同制,却带有剩余共同制的元素;分别与共同财产的划分相对合理;并且有司法的适时介入以保障法定财产制度的实施。在从实体到程序的制度设计上,我国的夫妻财产制度还有较长的一段路要走,意大利的法定夫妻财产制度,在很多方面可以为我们提供可资借鉴的经验。

**关键词:**意大利夫妻财产制度 历史发展 现状

## 一、引言

正如著名的社会学家古德所言,“在任何情况下,当新兴国家成立时,它们都要制定毫不含糊的新家庭法”,<sup>[1]</sup>因为亲属法关系到千家万户,它是“有关一切男女的利害,其普遍性仅次于宪法”的法律。<sup>[2]</sup>从1950年的《婚姻法》到2001年的《婚姻法》,我国的夫妻财产制度从一开始的完全的夫妻共同财产制,到婚后所得共同制,夫妻共同财产范围逐渐缩小,共同财产和个人财产的界限逐渐明确,约定财产制度出现并逐步完善。中国随着社会的发展和变化,正在形成自己的夫妻财产制度,即以婚后所得共同制为主,约定财产制度为辅的复合财产制。在我国夫妻财产制度逐步完善的过程中,关于制度改进的讨论从未停止。而我国的夫妻财产制度确实存在一些值得商榷和改进的地方,比如我国还没有法定夫妻非常财产制度的规定;夫妻财产制度没有形成一个清晰完备的逻辑体系;法定财产制度中夫妻共同和个人财产的划分还有一些值得讨论的地方;保障制度实施的程序设计也有待进一步完善等。

当我们把目光投向世界,考察域外经验以寻找可资借鉴的制度设计时,我们经常关注的是大陆法系中法国、德国等国家的经验。事实上,意大利的夫妻财产制度是大陆法系国家夫妻财产制的又一典型,独具自己的特色。从其历史发展中,我们可以看到在法定财产制的选择上分别财产制与共同财产制的博弈,从其现行的制度中,我们可以发现一些值得思考和借鉴的经验。本文意图通过对意大利夫妻法定财产制度的历史发展和现状进行分析,为中国夫妻财产制度的完善提供一些有益的启示。

---

\* 北京交通大学法学院讲师,法学博士。本文得到“第46批教育部留学回国人员科研启动基金资助项目”的资助。

[1] [美]W. 古德:《家庭》,魏章玲译,社会科学文献出版社1986年版,第206页。

[2] 陈绍禹:《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和理由的报告》,1950年4月。

## 二、意大利夫妻财产制度的历史发展

法定夫妻财产制度是一国夫妻财产制度的核心,其发展和选择是一国夫妻财产制度的主线。罗马法传统中既有共同财产制,又有分别财产制的元素,特别是嫁资制度,对意大利的夫妻财产制度产生了深远的影响。其法定财产制的选择,体现了共同财产制和分别财产制的博弈。

### (一) 罗马法传统中的共同财产制和分别财产制

意大利的法律与罗马法一脉相承。在罗马法中,既有夫妻共同财产制传统,又有夫妻分别财产制传统。

古罗马的婚姻分为有夫权婚姻和无夫权婚姻。在有夫权婚姻中,妻子的财产,无论婚前所有还是婚后所得,都归丈夫或丈夫的家父所有。婚姻中,夫妻之间的赠与无效,离婚时妻子也不能请求返还原属于自己的财产,仅能取得有限的继承权。<sup>[3]</sup> 而妻子的侵权行为导致的损失,也由丈夫负责。<sup>[4]</sup> 在有夫权婚姻中,妻子实际上没有独立的人格,其人格被丈夫的人格所吸收,相应地,其财产也被丈夫财产所吸收,成为丈夫的附属。有夫权婚姻中夫妻财产制度,与其说是共同财产制,不如说是彻底的“财产并吞制”。<sup>[5]</sup>

共和国末期,无夫权婚姻兴起。在这种婚姻中,夫妻的财产分别独立。妻子的财产不论婚前还是婚后所得,一律归妻子自己所有,只有当妻子主动地将管理权委托给丈夫时,丈夫才能管理妻子的财产。依此规定,妻子可以持有财产,而不负担任何家庭费用。“故妻每拥有巨资,奢侈无度,而夫则债台高筑,乏术维持,其不公平、不合理孰有甚于此者耶?为补救此弊端计,罗马法遂援用‘有夫权婚姻’中‘嫁资’之制,以妻方设定之嫁资,补家庭费用之不足也。”<sup>[6]</sup>但实际上,早在古典时期,在有夫权婚姻中,随着结婚由妻子带到丈夫家的一笔财产就已经是嫁资,最初由习惯法来规范,<sup>[7]</sup>目的是为了维持家庭生活。渐渐地,“女性要有完整的嫁资方能结婚”,<sup>[8]</sup>嫁资也一度被认为是区分合法婚姻和姘居的标志。<sup>[9]</sup>

嫁资制度是罗马法中非常有特色的制度,不仅在当时形成了完整的法律制度,而且对后世影响深远。最初,“人们设立嫁资是希望它永远受丈夫支配”。<sup>[10]</sup>但后来由于离婚变得频繁,嫁资的设立者就和丈夫以要式口约的形式达成私人协议,以保证丈夫在离婚情况下归还嫁资。在共和国末期,出现了关于返还嫁资的独立的诉讼形式“妻物之诉”。“随着这种诉讼的出现,以维持婚姻生活为目的的古典嫁资制度才真正开始。”<sup>[11]</sup>

[3] Angela Romano, *Matrimonium Iustum*, Napoli, 1996, p. 84.

[4] 周栢:《罗马法原理》,商务印书馆2004年版,第196、202页。

[5] 陆静:《大陆法系夫妻财产制研究》,法律出版社2011年版,第49页。

[6] 陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第126页。

[7] *Le dotis dictio* 是最早规范嫁资的习惯法。Mario Lauria, *La dote romana*, Napoli, 1938, p. 7.

[8] D. 23, 3, 2.

[9] 由于古罗马的婚姻成立仅要求双方合意,而“婚意”的表达不需要特殊的仪式,所以当时的法学家经常很难区分婚姻和姘居。参见罗冠男:“从事实状态到法律制度——罗马法中的‘姘居’”,载《私法研究》第16卷,法律出版社2014年版,第86页。

[10] D. 23, 3, 1.

[11] [意]彼得罗·彭凡得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第120页。

嫁资以婚姻为前提,<sup>[12]</sup>在婚姻存续期间,丈夫对嫁资具有一定的支配权,嫁资的孳息归丈夫所有。但是这种权利也要受到法律的限制,以保证妇女的财产权益不受侵犯。“嫁资的目的是承担婚姻的负担……嫁资是为了整个家庭的利益。”<sup>[13]</sup>因此,丈夫要对嫁资的损失承担责任,法律要求丈夫“必须像管理己物一样尽到勤谨注意”。<sup>[14]</sup>

在婚姻存续期间,嫁资不能被请求返还。<sup>[15]</sup>但在离婚或妻子死亡时可以请求返还:“法律通过返还他设立的嫁资来帮助一个失去女儿的父亲,不让他既失去女儿又失去钱财。”<sup>[16]</sup>在婚姻解除,包括离婚和妻子死亡的情形下,要求退还嫁资的诉讼有两种,即“要式口约之诉”(actio ex stipulatu)和“妻物之诉”(action rei uxoriae)。“要式口约之诉”并非独立的嫁资之诉,它依据嫁资设立人与丈夫达成的要式口约提起诉讼,要求丈夫在特定情况下归还嫁资,诉权可以传给债权人的继承人;而“妻物之诉”是源于裁判官法,是专门的嫁资之诉。在离婚时诉权归妇女,如果妇女不是自权人,就归妇女的家父;但缺陷是,如果妻子死亡,诉权并不传给她的继承人,并且只有父亲才能对自己设立的嫁资提起诉讼。优士丁尼在公元530年的谕令中废除了“妻物之诉”,允许妇女或她的继承人提起唯一的嫁资诉讼。<sup>[17]</sup>独立的嫁资之诉标志着嫁资制度的成熟。

从本质上来说,嫁资制度其实是一种夫妻之间的分别财产制。嫁资虽然在婚姻存续期间管理权归丈夫,但是始终不混同到丈夫的财产之中,在婚姻解体的情况下要返还。这种财产制度通过嫁资简约等形式确立,所以也带有约定财产制的色彩,但是这种约定财产制的应用如此普遍,最后上升为法定的制度。古罗马的嫁资制度作为一项非常有特色的制度,反映了罗马法中的夫妻分别财产制传统,它“不是一种单纯的法律制度,而是一种颇富生命力的社会制度”。<sup>[18]</sup>自古典时期出现,共和国末期兴起后,延续千年,不仅发展成为罗马法中一项独立完善的制度,而且对意大利,甚至法国等国家近现代的夫妻财产制度也产生了不可忽视的影响。

## (二)意大利近现代民法中的夫妻财产制度

罗马法中既有共同财产制传统,也有分别财产制传统。其中嫁资制度设计完备,不仅曾为意大利沿用,甚至曾为近代其他国家立法所继受。法国民法典就曾将嫁资制度作为契约财产制的一种详加规定。“但是,由于不动产嫁资具有绝对不可转让的性质,有碍交易及其安全,1965年法国修改民法典时,以嫁资制不适合实际需要为由予以废除。”<sup>[19]</sup>

拿破仑在征服意大利半岛时,也带来了他的《拿破仑民法典》。法典中强调“夫权”,不仅实行夫妻共同财产制,而且由丈夫单独管理除了妻子的保留财产之外的共同财产。在1865年意大利统一民法典之前,《拿破仑民法典》对意大利产生了很大的影响,包括其中的家庭法。意大利学者在谈到意大利民法统一之前的意大利家庭制度时说:“家庭,是制度中重要的一部分,其特点是重新适应社会基础

[12] D. 23, 3, 3; D. 23, 3, 21.

[13] Raffaello D' ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, Roma, 1972, p. 90.

[14] D. 23, 3, 17pr.

[15] Raffaello D' ancona, *op. cit.*, p. 129.

[16] D. 23, 3, 6pr.

[17] 同注11引书,第125页。

[18] 同注11引书,第121页。

[19] 林秀雄:《夫妻财产制之研究》,中国政法大学出版社2001年版,第125页。

的拿破仑式制度和宗教婚姻的重建。”<sup>[20]</sup>事实上,1865年的意大利家庭中,父权的残留还有很大的空间,家庭是一个“封闭的组织,由父权为核心的宗亲关系统治,在财产上的特点是家父为了家庭利益完全自由支配家庭财产”,<sup>[21]</sup>子女和妻子对家庭财产没有相应的权利。但是,在1865年意大利统一民法典的时候,尽管其婚姻家庭部分保留了很多法国民法典的影响,<sup>[22]</sup>在法定夫妻财产制度上却意外坚定地维持了分别财产制的传统。1942年意大利民法典是意大利历史上的第二部民法典,这部民法典在很多方面比1865年民法典更具现代特色,仍然受到法国民法典的强大影响,但它却依然坚持分别财产制为法定财产制度,嫁资制度仍存在。意大利成为“1975年之前……法国法系各国中唯一采用分别财产制的国家”。<sup>[23]</sup>意大利在很长时间内坚持分别财产制作为法定财产制,与罗马法中嫁资制度(嫁资制度实际上是一种分别财产制度)的影响分不开。“嫁资制度如此深入人心,以至于人们认为夫妻分别财产制是那么自然的事情,甚至可以不考虑家庭是共同体的想法。”<sup>[24]</sup>

嫁资制度在意大利实行了上千年,“但随着时代之变迁,嫁资财产之不可转让性,已无法适应交易频繁之现代社会”。<sup>[25]</sup>另一方面,女性的法律地位逐渐被社会认识和肯定,“女性是家庭的天使”,<sup>[26]</sup>“我们要取消男性优越性的想法,我们根本没有这种优越性”。<sup>[27]</sup>甚至在宗教理论上,也开始强调男女平等。“在上帝和天父面前,没有男人和女人之分,只有人,不论性别的人的本质,才正是区分人性和动物秩序的关键。”<sup>[28]</sup>直到1975年,意大利进行民法改革。在新的民法典中,正式废除了嫁资制度,法定财产制由分别财产制改为共同财产制。

可见,1865年和1942年的意大利民法典尽管受到拿破仑法典的很大影响,但在法定夫妻财产制度上却仍然坚持分别财产制,这与罗马嫁资制度的传统影响不可分割。

### (三)1975年民法改革后的意大利夫妻财产制度

1975年的民法改革给意大利夫妻财产制度带来了彻底的变革。在此之前,1942年民法典中关于家庭财产制度,规定了法定的夫妻分别财产制,承认嫁资制度,没有对家庭企业的规定。改革之后,现行的民法典中规定婚后所得共同制为法定财产制,但是当事人可以在结婚时通过自己的约定来修改法定的共同财产制或者适用分别财产制。1975年民法正式废除了嫁资制度,并且对家庭企业的内容进行了规范和调整。

在意大利现行法中,夫妻财产制采取了以共同财产制为法定财产制,约定财产制供选择的复合财产制。夫妻财产制度规定在意大利民法典第一编“人与家庭”中的第六节“家庭财产制”,其中第三分节规定了法定的共有制,第四分节的内容为协议共有制,第五分节的内容为分别财产制。“民法典为配偶提供了广泛财产制的可能性供选择,从法定共有制到可以减少共有财产种类的协议共有制到完

[20] Paolo Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, Milano, 2011, p. 156.

[21] Andrea Romano, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994, p. 11.

[22] 比如,在配偶的权利和义务上,严格保持了拿破仑民法典的传统,只作了少许的完善。Paolo Passaniti, *op. cit.*, p. 216.

[23] 同注19引书,第124页。

[24] Pietro Torelli, *Lezioni di storia del diritto italiano, Diritto Privato, La famiglia*, Milano, 1947, p. 79.

[25] 同注19引书,第125页。

[26] Giuseppe Mazzini, *Dei doveri dell'uomo* (1860), Milano, 2010, p. 75.

[27] *Ibid.*, p. 77.

[28] *Ibid.*, p. 78.

全的分别财产制。”<sup>[29]</sup>当事人可以通过结婚协议选择协议共有制或是分别财产制,约定优先适用,在没有约定的情况下,适用法定共同财产制。

1975年的民法现代化改革使夫妻共同财产制正式成为意大利的法定夫妻财产制度,同时规定了约定财产制度,废除嫁资制度。这在林秀雄教授看来,是“合理主义”的表现。<sup>[30]</sup>有意大利学者认为法定共同财产制是出于对不工作的家庭妇女的保护,<sup>[31]</sup>但是多数学者认为这一变化更加顺应“夫妻双方婚后为家庭财富做贡献的愿望”。<sup>[32]</sup>维护共同财产制的愿望在社会上如此强烈,以至于有人认为夫妻分别财产制作为约定财产制得到确认,违反了意大利《宪法》第3条第2款“男女平等”的原则,因为在分别财产制下,妇女的家务劳动无法得到认可。而共同财产制的目的就是保障意大利《宪法》第35条和第36条中从事各种形式的劳动并取得报酬的权利。但分别财产制并没有因为违宪的质疑而消失,相反,有学者提出共同财产制也不足以保护仅从事家务劳动的妻子,“人们会发现,如果妻子没有收入,丈夫可以仅凭自己的意志来决定是否将自己的收入和储蓄投入到共同财产中,而妻子毫无办法”。<sup>[33]</sup>分别财产制仍然可以根据当事人的选择而适用。事实上,意大利的复合财产制度实行至今,已经证明其顺应了社会的发展,并且能够满足人们多样的需求。

法定财产制度是夫妻财产制度的核心。在罗马法中,夫妻财产制度既有共同财产制传统,又有分别财产制传统,其中嫁资制度形成了完备并独具特色的制度。嫁资制度影响之深远,使得意大利在受拿破仑民法典影响时仍然保持分别财产制为法定财产制。但是由于嫁资制度的局限性以及社会发展的新趋势,1975年意大利废除了嫁资制度,正式引入以夫妻婚后所得共同制为法定财产制,同时辅以约定财产制的复合夫妻财产制度。但是意大利的法定共同财产制度,又带有剩余共同制的色彩,此点将在下文中进行论述。随着现代个人主义的兴起和妇女的独立性的提高,约定财产制也越来越多地被选择使用。

在传统和现代的浪潮之间,意大利的夫妻财产制度找到了自己的出路,那就是以婚后所得共同制为法定财产制,以约定财产制为辅的复合财产制。意大利的夫妻财产制度形成了以清晰完备的整体,法定的婚后所得共同制又带有剩余共同制的特点,法定财产制中夫妻共同财产和个人财产的划分相对合理,夫妻共同财产的管理也形成了一个完整的体系,并且具有保证制度实施的程序设计,这都是意大利夫妻法定财产制独具的特色。

### 三、意大利夫妻财产制度的现状

现行意大利民法典中的夫妻财产制度,形成了一个完整的制度体系,其法定财产制度独具自己的特色,法定财产制下个人财产与共同财产的划分相对合理,保障制度实施的程序也设计完备。其从实

[29] Gabriella Autorino Stanzone, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza, III, I rapporti patrimoniali, L'impresa familiare*, Torino, 2000, p. 132.

[30] “嫁资之设定,为罗马时代以来所维持之传统,而1975年家族法修正时,竟将其废止,显示不合理的传统于时代变迁中,将逐一地被淘汰。现代法之精神,与其重视传统,宁可重视合理的制度。舍弃本国不合理之传统,继受较优之外观法制,就是合理主义之表现。”同注19所引书,第126页。

[31] Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, Milano, 1979, p. 55.

[32] Bianca, *Il regime della comunione legale*, in *La comunione legale, a cura di Bianca*, Milano, 1989, p. 3.

[33] Michele Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 142.

体到程序,有不少值得我国法定夫妻财产制度借鉴的地方。

### (一) 清晰完备的夫妻财产制度体系

意大利的夫妻财产制度形成了一个清晰完备的整体。《意大利民法典》第六章名为“婚姻”,其中第六节为“家庭财产制”,集中规定了夫妻财产制度,分为一般性规定、家庭财产基金、法定共有、协议共有、分别财产制和家庭企业共六分节,结构清晰,形成了一个相对完整的制度整体。

首先,第六节第一分节是“一般性规定”,规定了没有达成约定的法定家庭财产,就属于法定共同财产;<sup>[34]</sup>配偶双方不得违反法律有关婚姻权利和义务的规定;<sup>[35]</sup>不得一般性地约定双方的全部或部分财产关系受法律或惯例的调整,而应具体指明调整财产关系的具体约定的条款内容;<sup>[36]</sup>对婚姻协议的形式、修改也作出了规定。在普遍采取总分结构的大陆法系法典中,整个第六章也采取了总分结构,“一般性规定”的存在也在一定程度上显示了意大利夫妻财产制度的结构上的完整性。

其次,意大利夫妻法定财产制度不仅包括一般法定财产制,还包括非常法定财产制度。所谓非常法定财产制度,是指夫妻一方的财产或者财产行为发生破绽,致其所适用之通常法定财产制或约定财产制难以适用,法律因而规定另一种法定财产制为其夫妻财产制。《意大利民法典》第191条规定:“配偶一方被宣告失踪或者推定死亡的、婚姻被宣告无效或解除的或丧失民法效力的、被宣告分居的、由判决宣告财产分割的、协议改变夫妻财产制的、配偶一方破产的,夫妻财产共同状态将解除。”而判决宣告财产分割的情形又包括:在配偶一方被宣告为禁治产人或准禁治产人的,或者配偶一方管理不善的;或者配偶一方管理共有财产混乱无序的,或由于其管理行为导致配偶他方财产、共有财产或家庭利益处于危险境地的,或者在配偶一方未根据个人财产状况和劳动能力按比例承担家庭开支的。在这些情形下,法定共同财产制的实施已不适合实际情况,就不再适用普通的夫妻财产制,即使当事人并无其他约定,也转而适用分别财产制。包含非常财产制的法定财产制在体系上才具有完整性。

在法定共同财产制下,《意大利民法典》明文规定了在婚姻存续期间夫妻财产权利及相应责任的规定,如第180条规定了共有财产的管理,第185条规定夫妻个人财产的管理,第186条规定了由共有财产所承担的义务。

在约定财产制下,《意大利民法典》中将约定财产制细分为协议共有和分别财产制,以协议的方式修改法定的夫妻共有关系,或者干脆约定夫妻分别财产制,并分别以两节来加以规定。

所以,意大利的夫妻财产制度,有“一般性规定”,在此之下法定财产制分为一般法定财产制和非常法定财产制,约定财产制分为协议共有和分别财产制,分别进行规定,形成了一个逻辑清晰、结构完备的整体。

我国《婚姻法》第17条和第18条规定了法定夫妻财产制中共同所有和个人所有的财产,第19条规定了约定财产制。如果没有约定或约定不明确,一律适用法定财产制。我国尚未规定夫妻非常法定财产制度,可视作夫妻财产制度体系上的一个缺憾。夫妻共同管理和支配夫妻共同财产,维持家庭生活虽然已是各国的共识,但我国《婚姻法》中尚无相应的明文规定。约定财产制只有对夫妻财产的管理、使用、收益、处分,以及家庭费用的负担等内容,能否进行约定并未作明文规定,对夫妻约定财产关系的时间及变更、终止,以及公示方式和效力也未有规定。所以相比之下,我国的夫妻财产制度仍

[34] 《意大利民法典》第159条。

[35] 《意大利民法典》第160条。

[36] 《意大利民法典》第161条。

需从结构到内容进一步完善以形成一个完整的体系。

## (二) 带有剩余所有制因素的婚后所得共同制

如果夫妻没有选择其他的财产制度,共同财产制度将作为法定财产制度自动适用,“法定共同财产制是财产诉讼中最典型的重要形式”。<sup>[37]</sup> 意大利的共同财产制度是婚后所得共同制,但是这种婚后所得制又带有剩余共同制的因素。

一般来说,夫妻的婚前财产属于个人财产,婚后所得属于共同财产。但是,夫妻法定共同财产又分为两部分:立即取得的共同财产和共同剩余财产。《意大利民法典》第177条的a和d款规定了立即取得的共同财产,其包括:婚姻关系存续期间夫妻双方共同或分别取得的物品,但是个人物品除外;以及在结婚后设立的由夫妻双方共同经营的企业。这部分共同财产由夫妻双方共同管理和支配。

《意大利民法典》第177条的b、c项和第178条则规定了剩余共同财产的范围,剩余共同财产包括:已经产生并且尚未消费的、属于夫妻个人财产的孳息;尚未消费的夫妻各自的工作收入;尚存的用于经营婚后设立的属于夫妻一方的企业的财产,包括婚前设立的企业财产的增值部分。所谓剩余共同财产,即到婚姻结束时未被消费的部分才成为夫妻共同财产进行分割。对于这部分财产,在婚姻存续期间,夫妻可以分别进行独立的支配和使用,仅受到为了家庭生活作出贡献的义务限制。<sup>[38]</sup> 一旦婚姻关系结束,这部分财产的剩余部分将作为夫妻共同财产进行分割。

此外,婚后取得的赠与和继承,若无特殊说明,均属于个人财产。<sup>[39]</sup> 债权,也就是尚未取得的财产权,直到取得之日,被排除在法定共同财产之外。<sup>[40]</sup>

可见,意大利的法定财产制虽然也是婚后所得共同制,但是与我国概括的婚后所得共同制又有所不同。婚后夫妻双方的工作收入,在我国属于夫妻共同财产,由夫妻双方共同管理和支配。而在意大利则属于剩余共同财产,在婚姻存续期间由夫妻双方单独管理和支配,只在婚姻结束时将剩余部分进行分割,这就带有了德国的剩余共同制的色彩,但是与德国的法定剩余共同制又不相同。<sup>[41]</sup> 意大利的法定财产制是带有剩余所有制的因素婚后所得共同制,这是意大利法定共同财产制的最大特色。

此外,《意大利民法典》第177条d款、第178条和第179条d款规定了夫妻企业中的财产制关系。这几个法条的关系相对复杂,它们实际上将夫妻企业分为了以下情形:结婚后设立的并由夫妻双方共同经营的企业,毫无疑问属于法定共同财产的范围;婚前设立的属于夫妻一方的企业,或者一方通过受赠和继承得到的企业,属于一方个人所有;无论是否由夫妻双方经营,利润和增值部分的财产都属于共有,一方对自己应享有的增值部分可以自由支配和消费,在夫妻关系终止前尚存的,属于夫妻共有财产,也就是说,这部分财产属于剩余共有制;婚后用一方财产设立的属于一方的企业,企业虽

[37] Giovanni Gebrielli, Maria Diovanna Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Mialno, 1997, p. 1.

[38] 《意大利民法典》第143条第3款规定,夫妻双方根据各自的财产状况、工作能力或持家能力承担满足家庭需要的义务。

[39] 《意大利民法典》第177条、第179条。

[40] Mario Bessone, *Giurisprudenza del diritto di famiglia II, Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, famiglia di fatto*, Milano, 1994, p. 183.

[41] 德国的法定夫妻财产制是剩余共同制,其规定在《德国民法典》第1363条到1390条中。这种财产制虽然叫做共同财产制,但是婚姻存续期间,夫妻都对自己婚前和婚后取得的财产分别进行管理和支配,但要根据自己的收入状况对维持家庭生活做出贡献。离婚时如果一方的婚姻财产增值超过另一方婚姻财产的增值,即有所谓的“净益财产”,则以该净益财产的半数作为补偿,分配给另一方。这种财产制度还是基于婚姻存续期间取得的财产,即使是一方单独所得,也是依靠夫妻协力的理论基础。一方面保证了婚姻存续期间夫妻双方在财产上的独立性,另一方面在婚姻消灭时体现公平原则,保护其中的弱者,特别是家庭主妇的利益。

属于一方所有,但是用于经营的财产,仍然适用剩余共同制。那么夫妻企业究竟属于什么性质?意大利学者倾向于认为它是事实上的合伙。<sup>[42]</sup>意大利的很多案例都着重区分了用于经营企业的财产和一方用于职业的财产,前者适用剩余共同制,而后者属于个人财产。<sup>[43]</sup>

在意大利法定共同财产制下,除去夫妻共同财产,剩下的就是夫妻个人财产。在意大利,根据取得时间,在婚前取得所有权和用益物权的物属于个人财产;根据取得的原因,在婚后取得的、在赠与文书或遗嘱中没有特别标明属于共有财产的赠与或遗产,因遭受损害获得的赔偿以及因部分或全部劳动能力受损而获得的抚恤金,在购置文件中明确载明是用转让或交换个人财产获得的价金购置的物品,以及根据取得财产的经济目的,属于个人使用的物品及其附属物,属于配偶一方的职业用品,都属于夫妻个人财产。但是要除去上面提到的属于夫妻共有财产的、用于企业经营的财产。根据共有财产和个人财产的不同性质,《意大利民法典》分别规定了共有财产和个人财产应当负担的义务。<sup>[44]</sup>而《意大利民法典》第191条列举了财产共有解除的情形,其中一些情形就是我们上文提到的非常法定财产制的适用。<sup>[45]</sup>

对于夫妻共有财产的管理,《意大利民法典》首先规定夫妻共同财产的管理以夫妻双方共同管理、使用、收益和处分为原则,夫妻任何一方都有权处分,也可以共同管理。<sup>[46]</sup>又规定了在特殊情况下,一方不能行使管理权时的应对措施,即在特殊的情况下,可以由一方管理共同财产或者剥夺一方的管理权。<sup>[47]</sup>但是实际上,意大利法定的剩余共同财产在婚姻存续期间,是由夫妻双方分别单独支配和管理的,而且日常生活中夫妻相互之间有家事代理权。所以民法典特别规定了特定的夫妻共同财产必须经夫妻双方一致同意才能实施。<sup>[48]</sup>那么,夫妻一方未获得对方同意就实施的法律行为,以及一方无正当理由不同意为了家庭利益和家庭企业利益所必须采取的法律行为,另一方可以采取一定的补救措施,即一方未经他方必要的同意或追认的处分共有财产的行为被认为是效力有瑕疵的法律行为,对方可以在一年之内行使撤销权。<sup>[49]</sup>这样形成了一个对夫妻共同财产管理、使用、收益和处分的完整体系。

意大利民法在1975年改革之后改为采用共同财产制为法定的夫妻财产制,但是这种共同财产制仍然具有一定的分别财产制的色彩,集中体现在夫妻双方对于成为共同财产之前的剩余财产有单独支配和使用的权利。意大利的法定共同财产制既不同于法国的婚后所得共同制,也不完全相同于德国的剩余共同财产制。<sup>[50]</sup>意大利在罗马法传统和大陆法系的影响下,形成了独具特色的法定夫妻财产制度。

### (三) 分别财产与共同财产的合理划分

上文已经论及意大利法定共同财产制中,对夫妻的分别财产与共同财产作出了合理的划分,这种

[42] Gabriella Autorino Stanzione, *op. cit.*, p. 242.

[43] Mario Bessone, *op. cit.*, p. 227.

[44] 《意大利民法典》第186条-189条。

[45] Venditti, *Lo scioglimento*, in *Il diritto di famiglia II*, Torino, 2007, p. 242

[46] 《意大利民法典》第180条。

[47] 《意大利民法典》第182条、第183条。

[48] 《意大利民法典》第180条。

[49] 《意大利民法典》第184条。

[50] 按照德国民法典的规定,德国的剩余共同财产制为:离婚时如果一方的婚姻财产增值超过另一方婚姻财产的增值,即有所谓的“净益财产”,则以该净益财产的半数作为补偿,分配给另一方。

合理性还集中体现在另外两个问题上:继承和受赠所得的归属以及婚前个人财产孳息的归属。

在意大利民法典中,继承和受赠所得,一般情况下属于个人财产,只有在特殊明示的情况下才属于共同财产。<sup>[51]</sup>这也是大陆法系的一致做法。<sup>[52]</sup>而根据我国《婚姻法》的规定,夫妻继承和受赠所得一般属于夫妻共同财产,除非在有特殊明示的情况下,才属于夫妻个人财产。我国的这一规定不仅与各国立法例不同,在一定程度上也与法理相悖。若被继承人留下遗嘱明示遗产赠与夫妻双方,是被继承人财产处分权的行使。但在没有明示的情况下,继承与赠与在更大的程度上是与个人人身性紧密联系的民事行为,所以除非另有明示,应当一般归于个人财产,不当随意及于配偶。<sup>[53]</sup>

另外,《意大利民法典》第177条b款明确规定:“在夫妻共有关系终止之前已经产生并且尚未消费的、属于夫妻个人财产的孳息”被认为是夫妻共同财产,适用剩余共同制。也就是说,夫妻个人财产的孳息,无论是自然孳息还是法定孳息,都适用剩余共同制。我国《婚姻法》对此并无明文规定,但是《婚姻法司法解释(三)》第5条规定,夫妻一方个人财产在婚后产生的收益,除孳息和自然增值外,应认定为夫妻共同财产。即孳息仍然属于个人财产。虽然,孳息属于原物所有者符合物权法上的原理,但是在婚姻家庭法这一特殊的法律领域中,不应囿于物权法的规定。我国实行婚后所得共同制的法理基础是“夫妻一体”或“夫妻协力”,所以即使对孳息的产生没有直接的贡献,但“协力”并不限于直接参与财产取得行为。<sup>[54]</sup>即使只是夫妻一方的行为,也被认为与对方的“协力”不可分。因此,哪怕婚后所得是“婚后一方所得”,也应由夫妻双方共有。此外,我国《婚姻法》第17条已明确规定,婚姻关系存续期间,夫妻一方因生产、经营而取得的收益,归夫妻共同所有。《婚姻法司法解释(二)》第11条规定,婚姻关系存续期间,夫妻一方以个人财产投资取得的收益属于《婚姻法》第17条中的“其他应当归共同所有的财产”。在司法实践中,法定孳息在很多时候与生产、经营的收益也很难加以区分,更加增加了实践中操作的难度。

实行夫妻共同财产制的大陆法系国家,一般都对个人财产的孳息作出了与我国不同的规定。<sup>[55]</sup>若在“夫妻协力”的基础上采夫妻共同制,那么夫妻个人财产在婚后所得的孳息应属于婚后所得,与个人财产在婚后的投资和收益一起作为夫妻共有。我国有学者就此对《婚姻法司法解释(三)》提出了尖锐的批评,认为其“过度重视个人权利的保护,不考虑孳息产生过程的特殊性,其结果不仅与我国婚姻立法长期以来重视维护婚姻共同体的价值取向相悖,也造成了与现行法律的冲突”。<sup>[56]</sup>这一问题

[51] 根据《意大利民法典》第179条b款的规定,婚后取得的、在赠与文书或遗嘱中没有特别表明属于共有财产的赠与或遗产,不构成夫妻共有财产而属于夫妻个人所有。

[52] 法国民法典中也是如此规定的。德国民法典亲属编也规定“夫妻一方因死因处分而获得的财物或者第三人无偿赠与的财物”属于保留财产,保留财产不在共同财产之内。我国台湾地区也将继承和受赠而得的财物看作夫妻个人财产。

[53] 有学者提出,继承和受赠所得属于共同财产是基于赡养,因为赡养在一定程度上造成了夫妻共同财产的减少。(蒋月:《夫妻的权利和义务》,法律出版社2001年版,第145页。)但这种逻辑存在着问题,试问,若配偶尽了赡养义务之后离婚,是否能够请求在离婚后对对方父母的继承权呢?答案显然是否定的。

[54] 参见薛宁兰、许莉:“我国夫妻财产制立法若干问题探讨”,载《法学论坛》2011年第2期,第23页。

[55] 《法国民法典》第1401条规定:“共同财产的资产组成是,夫妻在婚姻期间因来自各自的技艺以及他们的自有财产的果实、孳息与收入的节余而共同取得或分别取得的财产。”德国采剩余财产分配制,个人财产在婚后的孳息属于婚后的增值,在婚姻结束时由夫妻双方分享。《德国民法典》第1363条规定:“丈夫的财产和妻子的财产不成为婚姻双方的共同财产;此规定也适用于婚姻一方在结婚之后所取得的财产。但是婚姻双方在婚姻当中取得的财产的增值部分,在婚姻财产增值共有制结束之时相互补偿。”我国台湾地区“民法”第1017条规定,夫妻婚前财产,于婚姻关系存续中所生孳息,视为婚后财产(即归入增值计算范围)。

[56] 许莉:“夫妻个人财产婚后所生孳息之归属”,载《法学》2010年第12期,第14页。

无疑应当引起我们的思考。

#### (四) 保证制度实施的程序设计

为保证夫妻财产制度的顺利实施,《意大利民法典》对相应的夫妻财产协议的公示以及司法介入的程序进行了细致合理的设计,兼顾公平和效率。

在意大利夫妻约定财产制中,夫妻财产协议的公示公信程序十分值得我们注意。根据《意大利民法典》的规定,婚姻当事人在缔结婚姻的时候,可以选择在他们之间采取何种财产制度。法律规定夫妻财产协议(*convenzioni matrimoniali*)必须以公证的方式作出,否则无效。而如果选择分别财产制,则需要结婚证中加以注明,利害关系人可以在有关机构进行查询,以保护第三人的合法利益。<sup>[57]</sup>在我国,夫妻之间的财产协议,即使采取公证的形式,也只在夫妻之间发生效力,对不知情的第三人不发生效力。这样的规定虽然保护不知情的第三人,但在现实中仍然会引起很多纠纷。意大利夫妻财产协议公示公信的程序设计可以提供可借鉴的范本。

另外,意大利为保障夫妻财产制的实施,在司法程序上也进行了相应的设计。在夫妻财产制度的实施遇到问题的情况下,法官可以适时介入进行裁判,以保证财产的安全和家庭财产制度的合理秩序。例如当配偶一方无正当理由拒绝同意需要共同同意的行为,《意大利民法典》第181条规定:“配偶一方拒绝同意采取特殊管理行为或必须获得配偶同意方能完成的行为,而上述行为是为家庭利益或根据第177条第1款第4项的规定属于夫妻共有财产的企业的利益所必须采取的,配偶他方可以请求法官批准上述行为的实施。”第182条和第183条则规定了在配偶一方远离或存在其他障碍无法管理共有财产的,在提供了法官要求的保证金后,配偶他方可以实施必须配偶双方一致同意的行为;配偶一方是未成年人或者不能进行管理活动或管理不善的,配偶他方可以请求法官取消该配偶的管理资格。在取消管理资格的原因消除后,被取消管理资格的配偶又可以请求法官恢复其管理资格。如果配偶一方未经对方必要同意对共同财产进行处分,可以被法院撤销。《意大利民法典》第184条详细规定了撤销之诉的适用范围、除斥期间,以及未经同意行为一方恢复原状的义务。另外,上文已经提到在婚姻存续期间,法定共有财产也可以在特殊情形下被裁判分割。<sup>[58]</sup>意大利民法典具体规定了此种诉讼的提起人和判决的时间效力,并规定应当在结婚证书的备注栏和婚姻协议正本中附载判决书的内容,使得程序规范更具可操作性。

相比之下,我国的《婚姻法》中对婚姻存续期间夫妻财产的司法干预相对有限。我国《婚姻法》第17条第2款规定:“夫或妻对夫妻共同所有的财产,有平等的处理权。”《婚姻法司法解释(一)》第17条进一步解释:“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的,另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”但没有对这种一方未经对方同意的处理共同财产行为的效力或另一方的撤销权作出规定。如果一方因为障碍不能行使管理权,或者无正当理由不同意为了家庭利益而做出的处理行为,法律并未规定补救措施。《婚姻法司法解释(三)》第4条也已经首次规定了婚姻关系存续期间,能够提供裁判分割共同财产的特殊情形,这应当被视为一个良好的开端,虽然对诉讼的提起、效力等

[57] 采取类似做法的还有法国和德国。《法国民法典》第1394条第1款规定:“夫妻间的所有财产协议,均应在公证人前,有订立协议的诸当事人或他们的委托代理人到场,并均表同意的情况下作成。”德国采取的措施是:此类公证可以由相应的公证机构统一管理,然后由婚姻登记部门在婚姻登记时一并登记或变更,并可供人们随时查询。

[58] 《意大利民法典》第191条。

还没有作详细的规定,相信将来我国对夫妻财产制度实施过程中司法介入的主体、时间和程序,会作出进一步的规定。

## 四、结论

罗马法传统中既有共同财产制,也有分别财产制,本质上作为分别财产制的嫁资制度,对意大利的夫妻财产制度产生了深远的影响。意大利法定夫妻财产制的选择,其实是共同财产制和分别财产制之间的博弈。在传统和现代之间,意大利的夫妻财产制度找到了自己的出路,那就是以婚后所得共同制为法定财产制,以约定财产制为辅的复合财产制。

意大利现行的夫妻财产制度形成了法国和德国之外的大陆法系的又一典型,具备清晰完备的整体,法定的婚后所得共同制又带有剩余共同制的特点,法定财产制中夫妻共同财产和个人财产的划分相对合理,夫妻共同财产的管理也形成了一个完整的体系,并且具有保证制度实施的程序设计。

经济的全球化有力地推动了法律的全球化,主要表现在法律的非国家化,法律的一体化和趋同化。其速度之快,程度之高,超出了人们的预料和想象。不管是在大陆法系国家之间,还是在英美法系国家之间,大陆法系和英美法系之间,《婚姻法》都正在经历一个相互借鉴、相互融合而趋同的历程。“这一历程与其说是夫妻财产制的发展史,毋宁说是一个个性张扬、权利意识觉醒、尊重个人的意志自由、意思自治、契约自由,兼顾社会公平的崛起史。”<sup>[59]</sup>

随着社会观念和婚姻制度的变革,学者也对我国的夫妻财产制度提出了很多新的思考。<sup>[60]</sup>但是,正如法国的阿兰·贝雷菲特部长所说,“把几百年来习俗一扫而光使法律发生突变是危险的”。<sup>[61]</sup>夫妻财产制的选择,要兼顾各国的历史传统和发展现状。但是已经形成共识的是,各国的夫妻财产制度都应当有一个完备的体系,应当具备一般性的规定,法定财产制也应当分为一般法定财产制和非常法定财产制。对夫妻个人财产和共同财产的划分,也要充分考虑本国的传统和社会的发展,进行合理的调整。对夫妻共同财产制的管理应当形成一个完整的体系,运用司法权介入及时解决在共同财产管理中可能产生的问题,并对司法权介入的程序进行详细具体的规定。另外还要兼顾公平和正义,保护婚姻关系中的弱者。

[59] 幸宽:“对我国夫妻财产制度的思考——论继承与赠与财产之归属”,载《贵州工业大学学报》(社会科学版)2007年第8期,第130页。

[60] 林秀雄教授认为在夫妻财产制度领域也有形成世界法的可能性,“法统一之可能性不应限于商法、交易法,而应及于亲属法”,并且“分割财产时采用共同财产制只是妇女全面走向社会以前的暂时的、过渡性的保护措施。一旦所有的已婚妇女都能完全走向社会从事职业活动时,此种复合形态的夫妻财产制就失去了其存在的价值……取而代之的是以确保夫妻双方经济独立为目的的分别财产制。”(同注19所引书,第36、38、39页。)有学者从我国的传统和伦理出发,同时考虑现代社会的发展,认为我国立法应当坚持“采取婚后所得共同制,但适当缩小夫妻共同财产的范围”(陈苇:《中国婚姻家庭法立法研究》,群众出版社2010年版,第223页。)也有学者从社会基础和社会性别角度论证我国尚不适宜采取夫妻分别财产制:“婚后所得共同制,将婚姻关系存续期间‘夫妻协力’所得的各种财产及婚前财产的孳息,一并作为共同财产,由夫妻双方平等享有使用、收益和处分的权利,实际上承认了妻子从事家务劳动的社会价值,是当前我国法律承认家务劳动社会价值、弥补男女之间社会经济地位差距的必要举措。如果民法典在法定通常夫妻财产制立法上,以分别财产制取代现行婚后所得共同制,将会忽视广大妇女尤其是农村妇女的利益诉求,不利于婚姻家庭的和谐与稳定,也会有碍夫妻间社会性别公正的实现。”(薛宁兰:“法定夫妻财产制立法模式与类型选择”,载《法学杂志》2011年第3期,第77页。)

[61] 1982年法国妇女权益部调查报告:《生活在不平等社会中的法国妇女》,第98页。转引自周以光:“19世纪以来法国婚姻制度中妇女地位的变化”,载《世界历史》1995年第1期。

在从实体到程序的制度设计上,我国的夫妻财产制度还有较长的一段路要走,意大利的夫妻财产制度,在很多方面可以为我们提供可资借鉴的经验。我们期待能够在我国将来的民法典中见到体系完整、逻辑严密、程序设计合理的法定夫妻财产制一章。

## **The Historical Development and Present Condition of Italian Legal Matrimonial Property Regimes**

Luo Guannan

**Abstract:** Italian matrimonial property regime is typical in the Roman law system, and has its own characters. The development process of its legal matrimonial property regime is actually a choice between the separated property regime and the community property regime. Italy did not adopt the composite system, with the community after marriage as the legal regime, and the contractual community and the separated property system as the other two choices until the reform of the civil code in 1975. Italian matrimonial property regime has a relatively complete system. The legal community regime is the community after marriage, but with the elements of residual community regime. It has a reasonable division between the personal property and the common property, and the timely judicial interference to ensure the implementation of the regime. Chinese matrimonial property regime still has a long way to go on the system design of the substantive and procedural law. And Italian legal matrimonial property regime is worthy of our learning in many aspects.

**Keywords:** Italian legal matrimonial property regime; historical development; present condition

(责任编辑:杨琦萍)

# 美国联邦量刑指南的历史、现状与量刑改革新动向

彭文华\*

**摘要:**美国联邦量刑指南强制施行存在一定局限,未能达到消除量刑偏差、实现量刑均衡与一致的目标。联邦量刑指南引发的问题包括:面临违宪指控;降低法庭的对抗性;限制了法官的主观能动性与创新性;量刑事实的格式化、数据化具有不可持续性;使诉讼参与主体不堪重负;增加司法成本等。联邦量刑指南至今仍在美国司法实践中发挥影响,美国量刑改革的动向是对传统量刑模式与量化量刑模式加以辩证扬弃。我国量刑改革的主要不足在于:量刑存在定量或自由裁量两极化现象,容易纵容量刑失衡乃至走向极端;没有设立量刑改革的专门负责机构;我国最高人民法院颁布的《关于常见犯罪的量刑指导意见》存在诸多问题乃至难以适应公正量刑的需要;缺乏系统的程序规制等。

**关键词:**量刑改革 美国联邦量刑指南 量刑双轨制 程序规制

近年来,为了防止量刑偏差,实现量刑公正,我国各级审判机关大力推进量刑规范化改革。为此,最高人民法院颁布了《关于常见犯罪的量刑指导意见》,并于2014年在全国推行,其主要特征之一是通过量化、数据化方式规范量刑情节,制定量刑的规则和标准。鉴于美国量刑改革曾围绕着联邦量刑指南所确立的量化量刑模式展开,因而研究其发展变迁及新动向,对我国正在进行的量刑改革无疑具有重要的现实意义。

## 一、美国联邦量刑指南制定的历史背景

20世纪前半叶,英美法系国家量刑基本奉行个别化与矫正刑,康复思想大行其道,自由裁量权备受推崇。例如,1932年在伯恩斯诉美国案(Burns v. United States)中,美国联邦最高法院宣称:“在每个案件中有必要考虑个别化,要为特殊情境下每位犯罪人提供细心、人道和综合的考虑,这只有在行使广泛的自由裁量权时才可能达到。”<sup>[1]</sup>量刑个别化与矫正刑侧重改善和消除犯罪人(包括社会上潜在犯罪人)的危险人格,以达到预防犯罪的目的。遗憾的是,其效果在司法实践中并未实现。“自美国革命以来,在这个国家大约每七年一次,我们突然发现还是存在犯罪问题。每一次我们都忘记它曾经发生过。”<sup>[2]</sup>随着时间的推移,广泛运用的司法自由裁量权以及盛行的康复医疗开始遭到质疑。“鉴于许多康复性‘制裁’的特征是,除非罪犯同意,否则他们不能被‘强制’。通过对罪犯的最高利益的

---

\* 苏州大学王健法学院教授,法学博士。

[1] Jelani Jefferson Exum, *Why March to a Uniform Beat? Adding Honesty and Proportionality to the Tune of Federal Sentencing*, 15 *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights* 141, 145 (2010).

[2] Francis A. Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal in American Criminal Justice*, 27 *Cleveland State Law Review* 147, 149-150 (1978).

维护,现代康复计划与其说是惩罚性制裁不如说是福利服务。”〔3〕

20世纪60年代以来,刑罚个别化与康复医疗逐渐成为众矢之的,人们要求刑罚改革的呼声越来越强烈。“出于对极度的酌定量刑实践导致的差异和歧视的疑虑,受不断增长的犯罪率和对整个惩罚和矫正康复模式的强烈批评所激发,许多刑事司法专家提出改革以求量刑具有更大的一致性和确定性。”〔4〕自20世纪70年代起,美国一些州法院甚至联邦法院拒绝适用不定期刑及康复医疗,并开始采用确定量刑。“自20世纪70年代中期开始,由于种种原因,许多州开始拒绝不定期刑及其康复理由。许多司法管辖区,包括加利福尼亚州、缅因州、亚利桑那州、科罗拉多州、北卡罗来纳州、明尼苏达州、华盛顿州以及联邦系统内,摒弃假释释放并创制服刑期间可以计算(‘确定的’)的‘确定’刑罚。”〔5〕1975年,经参议员肯尼迪(Edward Kennedy)提议,国会通过了2699号法案,着手草拟联邦量刑指南框架,主要以美国联邦第十巡回上诉法院法官、有美国“量刑改革之父”之称的弗兰克尔(Marvin E. Frankel)构想的量刑方案为基础。在弗兰克尔的理想量刑方案中,国会应该创立量刑委员会,由其制定有约束力的量刑指南,量刑委员会应当是一个政治上的绝缘体,由“律师、法官、刑罚学家、犯罪学家”以及“社会学家,心理学家,商人,艺术家,和……前任或现任囚犯”组成。〔6〕

1980年,明尼苏达州首开实施量刑指南之先例,随后宾夕法尼亚州和华盛顿州也相继实施了量刑指南。〔7〕1984年,美国国会通过量刑改革法案(the Sentencing Reform Act,简称SRA),并创立了美国量刑委员会(The Sentencing Commission),其最初设想为一个灵活的、进化的系统,以法院和审判委员会之间的相互作用为特色。〔8〕量刑委员会负责创制新的量刑制度,“主要目的有三:其一,国会探寻量刑诚信;其二,国会希望通过限制处罚实施相似罪行的相似罪犯时普遍存在的量刑偏离,来寻求量刑的合理性与一致性;其三,国会希望通过对不同犯罪适用差异适当的判决,寻求量刑均衡”。〔9〕1987年,以量化为特征的美国联邦量刑指南(The Federal Sentencing Guidelines)面世并得以强制施行。

## 二、美国联邦量刑指南强制施行的局限、效果与问题

美国联邦量刑指南之所以体现确定的刑罚,是因为刑罚是通过量化、确定的量刑规则 and 标准推断

〔3〕 Mirko Bagaric, *Consistency and Fairness in Sentencing — The Splendor of Fixed Penalties*, 2 Berkeley Journal of Criminal Law 1, 16 (2000).

〔4〕 Douglas A. Berman, *Foreword: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process*, 95 the Journal of Criminal Law & Criminology 653, 655 (2005).

〔5〕 Michael Tonry, *Sentencing Guidelines and the Model Penal Code*, 19 Rutgers Law Journal 823, 824 (1988).

〔6〕 See Exum, *supra* note 1, at 146 – 147.

〔7〕 See David Yellen, *Saving Federal Sentencing Reform after Apprendi, Blakely and Booker*, 50 Villanova Law Review 163, 167 (2005).

〔8〕 See W. Travis Parham, *Grist for the Mill of Sentencing Guideline Reform: Williams v. United States*, 28 Wake Forest Law Review 487, 487 (1993).

〔9〕 Kirby D. Behre & A. Jeff Ifrah, *You Be the Judge: The Success of Fifteen Years of Sentencing under the United States Sentencing Guidelines*, 40 American Criminal Law Review 5, 6 (2003).

出来的,相对确定。<sup>[10]</sup> 量刑相对确定看似科学、合理,但存在很大争议。从理论上说,人们有理由相信其在一定程度上能够消除量刑偏差。遗憾的是,在司法实践中量刑指南并没有取得预期效果。相反,联邦量刑指南除存在固有局限外,还诱发了许多问题。

### (一) 量刑指南强制施行的局限

#### 1. 联邦量刑指南强制施行不具有普遍效力

美国有两套独立并行的法院系统:联邦法院系统和州法院系统。联邦法院系统由联邦普通法院和联邦专门法院组成。联邦量刑指南的强制效力只限于联邦法院系统,一般不及于州法院系统。州法院的案件只有上诉至联邦法院或者受其管辖时,才会受到量刑指南的约束。通常,州法院审理的有关国会立法规定的犯罪、联邦和州法律均有规定的犯罪、涉及联邦宪法问题的案件等,上诉可能经联邦法院系统。但是,如果州法院审理的案件不属于联邦法院管辖或者不需要上诉到联邦法院,那么州法院只要根据州制定的量刑规则<sup>[11]</sup> 量刑便可。可见,联邦量刑指南并非对美国所有法院具有普遍约束力。

#### 2. 背离联邦量刑指南的现象在一定程度上存在

英美法系属于不成文法系,与成文法系国家奉行合法性原则与规范治理不同的是,不成文法系国家侧重合理性原则与处罚必要。与此相适应,制定法中的规范用语往往较为概括、模糊。<sup>[12]</sup> 这样的规定有助于实现处罚必要与实质合理。格式化、数据化的量刑由于局限于指南规定,很难适应司法实践的需要。在美国,为了追求处罚必要与实质合理,包括联邦法官在内,超然于联邦量刑指南之外的量刑者大有人在。“在更广泛的范围内,量刑指南的应用未见得更好:在量刑指南的范围内对被告人量刑,在第九巡回法院仅为50%,在第二巡回法院仅为57.5%。”<sup>[13]</sup> 即使从全国范围来说,量刑背离指南也很常见,甚至还呈现稳步增长态势。“在全国范围内,背离指南量刑范围的情形在过去的五年里稳步增长,现在大约占全部案件的36%。”<sup>[14]</sup> 可见,在联邦法院系统内,不受联邦量刑指南强制性效力约束的量刑在一定程度上还是存在的。

### (二) 联邦量刑指南没有达到预期效果

#### 1. 未能有效消除量刑偏差

所谓量刑偏差(sentencing deviation),是指对实施类似犯罪的犯罪人量刑存在差异。“术语‘莫须

[10] 量刑委员会制定量刑指南绝非简单的数据堆积。首先,通过研究成千上万个案并详尽分析其量刑情节及结果,挑选出影响量刑的典型情节或者因素加以整理、归类,确定量刑的计算方法。其次,确定量刑根据,主要是犯罪的严重性以及犯罪前科。再次,以不同类型犯罪的社会危害性为基础,划分犯罪基准等级体系,确定现行犯罪的等级,形成网格体系。“量刑表是一个二维网格,纵坐标是现行犯罪的严重性,横坐标是被告人的犯罪历史。指南计算的目的是确定犯罪和犯罪历史的范畴,综合起来便在网格体中产生交叉点。每一个交叉点指明的量刑幅度以月来表示。” Frank O. Bowman, III, *The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis*, 105 *Columbia Law Review* 1315, 1324-1325 (2005). 最后,还要考虑与量刑相关的其他因素,如犯罪性质、受犯罪行为影响的利益等。将所有影响量刑的情形综合起来并格式化、数据化,就可以在具体案件中推导出量化、确定的刑罚。

[11] 美国各州一般都有自己的量刑规则。具体可分为三种类型:一是格式化、数据化的量刑规则。如明尼苏达州、华盛顿州和北卡罗来纳州等便属此类。其特点是通过格式化、数据化的量刑规则使量刑量化,类似于但并非照搬联邦量刑指南。二是自愿的量刑规则。如弗吉尼亚州等适用的就属此类。由于考虑更多的是渐进,因而量刑规则和标准与联邦量刑指南有着显著不同。三是参考量刑规则。这种量刑规则介于前两者之间,即制定了格式化、数据化的量刑规则作为量刑参考而非强制遵行,同时对法官酌定适用刑情节予以鼓励,如宾夕法尼亚州便是如此。See Rakesh N. Kilaru, *Guidelines as Guidelines: Lessons from the History of Sentencing Reform*, 2 *Charlotte Law Review* 101, 104-117 (2010).

[12] 例如,在美国模范刑法典中,关于犯罪意图就有“故意”、“有意”、“意图”、“意欲”、“恶意”、“明知”、“预谋”、“阴谋”、“企图”、“过失”、“鲁莽”、“疏忽”、“放纵”等之别。

[13] Behre & Ifrah, *supra* note 9, at 7.

[14] United States Sentencing Commission, *Sourcebook of Federal Sentencing Statistics*, figure G, 51 (2001).

有的偏差’指的是在这种情况下,类似的罪犯实施类似的犯罪行为却受到不同惩罚。”<sup>[15]</sup>限制司法自由裁量权,消除量刑偏差,实现量刑均衡与一致,是制定量刑指南的有力理由。量刑指南施行之初,在消除量刑偏差上的确有一定效果。但实施一段时间之后,量刑偏差又慢慢回到指南颁行前的水平。<sup>[16]</sup>与此同时,由于采取格式化、量化的量刑模式,在某些特定的犯罪如毒品犯罪中,量刑偏差却呈现扩大趋势。“研究人员已经发现在州的不同地方以及国家的不同区域,对于类似情形的被告人作出的判决存在显著差异,并且在量刑指南时代不同地方的量刑偏差越来越大,特别是在毒品案件中。”<sup>[17]</sup>可以说,量刑指南并不能有效消除量刑偏差,即使在一定程度上能够消除量刑偏差,效果也极为有限。

## 2. 量刑过于刚性而导致罪刑失衡

实现量刑公正可以说是制定联邦量刑指南的终极目标。问题在于,司法实践中与量刑相关的因素复杂多样,不可能全部为量刑指南所包容。量刑指南通过将与犯罪的严重性以及犯罪前科等与量刑有关的因素格式化、数据化,使量刑呈现出量化特征,无形中会造成对其他量刑因素的漠视,影响公正量刑。“该指南的基本设计,特别是它们的复杂度和刚性,将使得联邦量刑法律制度的创制与执行越来越失衡,抑制了更为公正、有效、高效的联邦量刑制度的发展。”<sup>[18]</sup>另外,指南确定的强制性最低刑期(mandatory minimum terms)也会严重制约量刑公正与司法公正。与限缩司法自由裁量权不同的是,法官对强制性最低刑期并无自由裁量权。“强制性最低刑期不允许法官自由裁量,指南则允许,只是严重限制行使自由裁量权。”<sup>[19]</sup>基于服从强制性最低刑期的需要,即使存在其他足以使犯罪人从轻或者减轻处罚的因素,也可能被漠视,因为“强制性的最低刑期要求法官对特定犯罪所处的监禁期限不低于国会设定的年限”。<sup>[20]</sup>可见,强制性最低刑期会加重犯罪人处罚,致使罪刑失衡。

### (三) 联邦量刑指南引发的问题

#### 1. 违反宪法规定的正当程序条款

根据量刑指南,法官认定有理由就能加重被告人刑罚,这种未经调查、证实而擅自改变刑罚的做法,有违反宪法的正当程序之嫌。事实上,量刑指南颁行后不久就受到违宪指责。“在米斯特雷塔诉美国案中,量刑改革法案被指责违宪,因为国会拥有过度的立法权或者搅乱了宪法规定的政府各部门之间的权力平衡。”<sup>[21]</sup>尽管最高法院在米斯特雷塔诉美国案中裁定指南合宪,但此后在联邦法院和地方法院量刑指南就一直受到违宪指责的困扰。“由于米斯特雷塔案的决定,下级法院一直受到根据不

[15] Exum, *supra* note 1, at 148.

[16] 一份对明尼苏达州监禁刑的量刑偏差调查显示,在量刑指南颁行后约20个月左右,量刑偏差波动较大,最大值约为0.17。随后波动逐渐减小,至颁行46个月之后,量刑偏差的波动值基本上稳定在0.06的水平。刑期的偏差也类似。在量刑指南颁行后约14个月左右,量刑偏差波动较大,最大值近60,其后波动值基本上稳定在35之内。See Lisa Stolzenberg & Stewart J. D'Alessio, *Sentencing and Unwarranted Disparity: An Empirical Assessment of the Long — Term Impact of Sentencing Guidelines in Minnesota*, 32 *Criminology* 301, 305 (1994).

[17] Bowman, *supra* note 10, at 1326 — 1327.

[18] Emily Casteel etc., *Principles for the Design and Reform of Sentencing Systems*, 17 *Federal Sentencing Reporter* 341, 341 (2005).

[19] Joseph F. Weis, *The Federal Sentencing Guidelines — It's Time for a Reappraisal*, 29 *American Criminal Law Review* 823, 824 (1992).

[20] *Id.* at 823.

[21] See Sandra Guerra Thompson, *The Booker Project: The Future of Federal Sentencing*, 43 *Houston Law Review* 269, 272 (2006). 米斯特雷塔诉美国案,具体可参见 *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 412 (1989).

同的宪法依据准则挑战量刑指南的困扰。”<sup>[22]</sup>在量刑指南颁行的最初几年,虽然受到违宪质疑,联邦法官们还是坚定地认为指南合宪。<sup>[23]</sup>后来,联邦法官们也开始有不同看法,联邦法院的立场逐渐发生动摇。在阿尔门达雷斯-托雷斯诉美国案(Almendarez - Torres v. United States)中,最高法院大法官们对法官中心主义的行政化量刑程序表示严重关切,虽然最高法院最终裁定被告人的前科证据可以用来增强判决而不受审判中的犯罪要素的程序规则影响,但斯卡利亚大法官还是提出强烈的反对意见,认为法院裁定存在严重的宪法问题。接下来,在琼斯诉美国案(Jones v. United States)中,法院认定阿尔门达雷斯-托雷斯案所宣称的前科是例外,认为决定更高刑罚的犯罪要素事实必须经过正当程序才能采用。<sup>[24]</sup>量刑指南最终修改为参考施行,直接原因便是涉嫌违宪。

### 2. 降低法庭对抗性,抑制辩诉交易,冲击当事人主义的诉讼模式

对抗权(confrontation rights)既是美国当事人主义诉讼模式的特征之一,也是一项重要的宪法权利。对抗权源自美国宪法第十四修正案的正当程序条款和第六修正案的质证条款,隐含着秩序自由的理念。自从权利法案扩展到国家层面,法院就需要解决正当程序条款和质证条款,这两个保护往往统称为“对抗权利”或简言之“对抗”。<sup>[25]</sup>量刑指南施行后,对许多量刑制度进行了重大修改,大大增加了被告人行使对抗权的风险,在一定程度上剥夺了对抗机会,使法庭对抗性大为降低。<sup>[26]</sup>另外,量刑指南也不利于辩诉交易(plea agreement)。辩诉交易是美国刑事诉讼的特色之一,有利于促使被告人认罪与节省司法资源。然而,量刑指南在很大程度上限制了辩诉交易。一方面,指南对检察权有一定约束。“在量刑指南之前的时代,当检察官控诉特定的被告人时,他们知道定罪后有望影响量刑法官处以严重或轻微的刑罚;现在检察官知道定罪后他们试图影响判决的权力有限,而且这种权力充其量只限于被告人在针对他人的起诉中提供了重大援助。”<sup>[27]</sup>另一方面,受量化量刑模式与强制性最低标准约束,辩方即使能够进行控辩交易,回旋空间也十分有限。特别是强制性最低标准剥夺了向下从宽的可能性,因而控辩交易向下的可能性也就不复存在。降低法庭对抗性并抑制辩诉交易,必将对当事人主义的诉讼模式造成巨大冲击。

### 3. 限制了法官的主观能动性与创造性

司法权是刑事审判的核心,运用自由裁量权与酌定量刑情节,是发挥法官主观能动性与创造性的源泉,也是实现公正量刑的保证。但遗憾的是,联邦量刑指南却严重限制了法官的自由裁量权和酌定量刑情节的运用。“由于扮演极为有限的角色,在今天的审判过程中联邦法官很少或没有机会考虑他面前的被告人的全部罪责。指南自己不仅决定哪些因素与刑事处罚有关,而且在大多数情况下决定每个因素精确定量的可用性。”<sup>[28]</sup>这样一来,“量刑指南使得法官不再努力评估一名罪犯是否正在开始或结束犯罪生涯,是危险的或是无害的,是大海中的小鱼还是大鱼,或是在异常紧张的情况下误入

[22] Maureen Juran, *The Tenth Circuit's Approach to the Constitutionality of the Federal Sentencing Guidelines*, Denver University Law Review 545, 545 (1990).

[23] 例如,在1989年的美国诉托马斯案(United States v. Thomas)中,联邦第十巡回上诉法院驳回了有关量刑指南违背宪法正当程序的指控。*Id.* at 545-546.

[24] See Berman, *supra* note 4, at 671-672.

[25] See David A. Hoffman, *The Federal Sentencing Guidelines and Confrontation Rights*, 42 Duke Law Journal 382, 383-384 (1992).

[26] 联邦第十巡回法院在美国诉比利案(United States v. Beaulieu)中称,量刑不需要对抗,但法官需要发现可靠证据。地方法院在美国诉卢娜案(United States v. Luna)判决中秉承了比利案的理由。*Id.* at 397-398.

[27] Kate Stith & José A. Cabranes, *Judging under the Federal Sentencing Guidelines*, 91 Northwestern University Law Review 1247, 1257 (1997).

[28] *Id.* at 1254.

歧途而不将再犯”。<sup>[29]</sup> 于是,“法官的作用在很大程度上局限在实际测定和基本的算术运算……一个法官最近把他在量刑中的角色比喻成‘公证人’;另一个把新制度下的法官角色比喻成‘会计’”。<sup>[30]</sup> 作为“公证人”、“会计”的法官,逐渐沦为为机械执行法条的工具,其主观能动性与创造性受到严重制约。

#### 4. 量刑事实的格式化、数据化不可持续

量刑指南格式化、数据化的依据来自于犯罪的严重性以及犯罪前科等,这些影响量刑的因素异常复杂。且不说在不同犯罪中影响量刑的因素千变万化,就是在相同性质的犯罪中影响量刑的因素也千差万别。“罗贝尔的结论是联邦量刑指南太复杂。他的结论主要源自对抢劫犯罪的指导规则的分析,他指出抢劫罪的指导规则是超过 1800 万个可能的犯罪主要特征的结合。”<sup>[31]</sup> 客观地说,罗贝尔教授的结论虽然有些夸张,却也不无道理。事实上,自量刑指南颁行以来,其不断的修正及篇幅、内容的不断扩张,也间接证明了量化量刑之复杂与艰巨。“经历了过去的 15 年后,当前版本的量刑指南有 500 多页,修正案超过 600 个。指南包含冗长而复杂的规定,反映了量刑委员会试图涵盖每一个法官在对刑事被告人量刑时可能考虑到的、与加重和减轻处罚有关的因素。”<sup>[32]</sup> 量刑指南这样的体量,远非终局性体量,甚至说是所有影响量刑因素中的“沧海一粟”也不夸张。这表明量刑指南的格式化、数据化永远没有尽头,很难持续维系和贯彻。

#### 5. 使诉讼参与主体不堪重负

指南几乎使所有诉讼参与主体难堪重负。一方面,量刑指南有赖于犯罪等级的划分、量刑依据的细化等,十分复杂。<sup>[33]</sup> 另一方面,量刑指南要适应现实需要必须不断与时俱进,这导致其内容不断膨胀。庞杂繁复的量刑指南无疑会大大加重诉讼参与主体的负荷。因为,法官在量刑时不但需要面对有关指南的众多解释,<sup>[34]</sup> 还必须对每个案件事无巨细地进行复杂、精确的运算,疲于应付。<sup>[35]</sup> 不仅是法官,律师同样要面对众多法律的挑战。“这些表述源自辩护律师的关注,由于战斗在量刑指南的最前线,他们提供了一个强有力的理由使人相信并感到恐惧,即量刑指南已经使曾经被肯定地谴责为无法的联邦量刑系统,转换为现在背负着太多法律的系统。”<sup>[36]</sup> 诉讼参与主体因法律众多而疲于应付,必将严重损害司法效率。从这一点来看,联邦量刑指南就不是好的量刑指导规则,因为好的法律必须简洁明了,便于司法操作。

#### 6. 大大增加司法成本

司法成本是司法效率的重要体现,任何国家惩罚犯罪都不可能忽视司法成本,而适用量刑指南则

[29] Daniel J. Freed, *Federal Sentencing in the Wake of the Guidelines: Unacceptable Limits on the Discretion of Sentencers*, 101 *Yale Law Journal* 1681, 1728 (1992).

[30] Stith & Cabranes, *supra* note 27, at 1255.

[31] John Kramer, *Rejoinder to Professor Ruback's Article: Warranted and Unwarranted Complexity in the U.S. Sentencing Guidelines*, 20 *Law & Policy* 527, 527 (1998).

[32] Behre & Ifrah, *supra* note 9, at 5-6.

[33] 联邦量刑系统的量刑表十分复杂,具体包含 43 个犯罪等级、6 类犯罪历史以及 258 个表示量刑范围的方格。(See Bowman, *supra* note 10, at 1325) 鲍曼所引证的数据,源自 2004 版美国联邦量刑指南,即 U.S. Sentencing Guidelines Manual § 5A (2004).

[34] “从一开始(在目前的指导指南的量刑时代),地方法院和巡回法院就面临众多有关量刑指南的解释问题,几乎每个月发表几十起量刑意见。”Douglas A. Berman, *From Lawlessness to Too Much Law? Exploring the Risk of Disparity from Differences in Defense Counsel under Guidelines Sentencing*, 87 *Iowa Law Review* 435, 443 (2002).

[35] 如 1995 年有超过 4 万名被告人在联邦地方法院被定罪,每个案件法官都必须遵循复杂和抽象的规则,每作出一个判决都要运用精细的算术运算。See Stith & Cabranes, *supra* note 27, at 1254-1255.

[36] Berman, *supra* note 34, at 443.

明显增加了司法成本。主要表现在:首先,法官和律师需要面对数量巨大而又复杂的量刑因素,这使得审判期限大大延长。其次,量化量刑模式与强制性最低标准大大压缩了从宽、免除处罚以及非监禁刑的人数,从而使得监狱人口不断攀升。<sup>[37]</sup>再次,格式化、数据化的量刑依据因过于确定与机械,使得假释收监人数也呈现大幅度上升趋势。应当说,一定程度的犯罪增长以及假释收监人数上升也是正常的,但很明显,因量刑指南人为所造成的不在少数。<sup>[38]</sup>在监人数的上升无疑增加了司法成本,损害了司法效率。

#### 7. 致使司法自由裁量权转移至检察官和缓刑监督官,削弱了司法功能

从刑罚的确定到执行,参与主体包括检察官、法官以及缓刑监督官等。然而,量刑指南对量刑自由裁量权的限制只是针对法官的,并不及于检察官和缓刑监督官。“对于检察官而言,需要弄清楚判决中的量刑偏差是否是特有的,因为绝大多数州没有要求检察官遵循特殊的规则或者程序作出某种判决。”<sup>[39]</sup>检察官的自由裁量权仍然保留,所产生的直接效果是,“检察官的指控和抗辩交易决定可以确定这些犯罪和罪犯的类别——特别是如果根据指南被认定有罪”。<sup>[40]</sup>当法官的自由裁量权受限制,而检察官的自由裁量权得以保留,此消彼长,那么检察官在量刑中的自由裁量权将得到强化,这会对减少量刑偏差的努力造成消极影响。“量刑指南颁布的几年来,批评人士认为预期的自由裁量权由法官转移至检察官实际上已经发生,导致量刑改革法案试图阻止的无端的量刑差距增加。”<sup>[41]</sup>这种现象同样体现在缓刑执行中。“量刑指南已经对刑事判决产生迅即而又戏剧性的影响。法官自由裁量权已经从地方法官转移到检察官和缓刑监督官。罪犯的服刑时间已经翻了一番。”<sup>[42]</sup>这样,本该由法官主导的司法自由裁量权被不恰当地转移给检察官和缓刑监督官,使得刑事司法活动的参与主体之角色发生错位,司法功能被严重削弱。

### 三、联邦量刑指南的强制性失效及其影响

#### (一) 布克案与联邦量刑指南的强制性失效

一般认为,使美国联邦量刑指南由强制性规范改为参考性规范的标志性案例主要有三:阿普伦迪案(*Apprendi v. New Jersey*)、布莱克利案(*Blakely v. Washington*)和布克案。阿普伦迪案解决了形式上的法定刑上限问题,布莱克利案明确了根据量刑指南作出的超出正常范围的判决无效,布克案促使

[37] 1995-2004年的10年间,联邦、州的监狱人口和当地的监狱人口增长率分别为平均每年7.8%、2.7%和4.1%。See Paige M. Harrison & Allen J. Beck, *U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Bulletin: Prison and Jail Inmates at Midyear 1, 2* (2004, 2005).

[38] 以联邦量刑指南施行后至1998年间的监狱增长人数为例,就可以发现越来越多的罪犯因假释违规而重返监狱。在1990年至1998年间,因假释违规而重返监狱的人数上升了54%,即从133 870到206 152,而法院判决的新增罪犯人数上升了7%,即从323 069到347 270。ID, at 6.

[39] Behre & Ifrah, *supra* note 9, at 8.

[40] Stephen J. Schulhofer & Ilene H. Nagel, *Plea Bargaining under the Federal Sentencing Guidelines*, 3 *Federal Sentencing Reporter* 218 (1991).

[41] Diane Marks, *Prosecutorial Discretion in Connecticut: A Lesson in Indirect Constraint*, 15 *Federal Sentencing Reporter* 209, 209 (2003).

[42] Gerald W. Heaney, *The Reality of Guidelines Sentencing: No End to Disparity*, 4 *Federal Sentencing Reporter* 142, 142 (1991).

联邦量刑指南由强制性规范改为参考性规范。<sup>[43]</sup>

阿普伦迪案<sup>[44]</sup>之前,法官据以增加刑期的特定事实可以根据优势证据采信。同时,量刑要素通常被认为不同于定罪要素,无需进行合宪审查。在阿普伦迪案中,联邦最高法院肯定了无论是定罪事实还是量刑事实,均应排除合理怀疑。这意味着在每一个案件中,与定罪量刑相关的任何要素采信都需要排除合理怀疑,而不是取决于优势证据。这样,对量刑指南进行合宪审查就获得了充分理由。阿普伦迪案虽然开启了对量刑指南进行合宪审查的先河,但对司法实践的影响相对有限。主要表现在两个方面:

一是合宪审查限于特殊量刑事实。即只有作为超越法定最高刑根据的事实要素,才需要接受违宪审查。“规则单纯要求检察官向陪审团提交的任何旨在提高法定最高刑的要素,须经陪审团以超越合理怀疑确定,且不适用于犯罪前科或低于法定最高刑的刑期。这种有限的影响意味着法官将继续有权按照传统方式考虑量刑因素,决定绝大部分刑期,并在法定范围内作出判决。”<sup>[45]</sup>许多重要问题如强制性最低刑期等是否需要进行合宪审查,未获解决。

二是合宪审查限于个案。即违宪问题仅限于阿普伦迪案,并未扩展到其他案件中,这就必然造成合宪性审查在某些特殊案件如毒品犯罪中适用受限。“根据最高法院的裁决,因为毒品数量的证据是压倒性的、无争议的,错误不会严重影响公平性、完整性或诉讼的公众声誉。因此,法院能够确定被告人的刑期,即使他们违反了阿普伦迪案确定的新使命。”<sup>[46]</sup>

如果说阿普伦迪案的影响只限于个案的话,那么布莱克利案<sup>[47]</sup>的影响则是全面而巨大的,因为其明确了任何与惩罚有关的事实要素(犯罪前科除外)都需经过合宪审查(排除合理怀疑)或为被告人承认。“布莱克利案对现代量刑系统的潜在影响的确惊人,因为判决不仅重新定义了阿普伦迪案,而且也表明作为‘惩罚的法律要素’的任何以及每一个事实必须由陪审团排除合理怀疑证实或者为被告人承认。”<sup>[48]</sup>这样一来,实质上给联邦法院适用量刑指南套上了程序的“紧箍咒”,使得它们在适用量刑指南与遵循程序规则的抉择中显得无所适从。“反映在一连串低层级联邦法院的判决上,布莱克利案地震般地产生了巨大且具有戏剧性的法律余震。因为没有法院可以确定适用的量刑规则,也不知道规则何时或如何被澄清,联邦刑事司法进入了一个可以被合理地描述为法律的无政府状态时期。”<sup>[49]</sup>于是,法院在是否适用量刑指南上呈现出多样化分歧。有的法院决定在法定范围内运用酌定量刑情节,将指南当作参考;有的法院不适用量刑指南的有关规定,除非满足程序要求;有的法院强化对加重量刑事实采信的程序规制;有的法院放弃指南并回归前指南时期的量刑模式;有的法院改变以前的量刑做法,鼓励各方就加重事实达成协议;少数法院寄望于陪审团发现量刑事实,等等。<sup>[50]</sup>在这

[43] See David Yellen, *Reforming the Federal Sentencing Guidelines' Misguided Approach to Real - Offense Sentencing*, 58 *Stanford Law Review* 267, 272 - 273 (2005).

[44] See *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466(2000).

[45] Robert S. Lewis, *Preventing the Tail from Wagging the Dog: Why Apprendi's Bark Is Worse Than Its Bite*, 52 *Case Western Reserve Law Review* 599, 625 (2001).

[46] Stephanos Bibas, *Back from the Brink: The Supreme Court Balks at Extending Apprendi to Upset Most Sentencing*, 15 *Federal Sentencing Reporter* 79, 80 (2002).

[47] See *Blakely v. Washington*, (02 - 1632) 542 U.S. 296 (2004).

[48] Berman, *supra* note 4, at 675.

[49] Douglas A. Berman, *Examining the Blakely Earthquake and Its Aftershocks*, 16 *Federal Sentencing Reporter* 307, 309 (2004).

[50] See United States Sentencing Commission, *Preliminary Findings: Federal Sentencing Practices Subsequent to the Supreme Court's Decision in Blakely v. Washington*, 17 *Federal Sentencing Reporter* 277, 277 - 278 (2005).

样的情况下,量刑指南的强制性被大大削弱,几乎所有人认为其强制性失效是迟早的事。

尽管布莱克利案的程序规制使得量刑指南的强制性有所降低,但在没有被废止之前,还是具有约束力的。事实上,在那些定罪量刑事实确凿清晰的案件(重罪案件多半如此)中,程序审查并无必要。同时,法院在量刑时只要避免适用未经排除合理怀疑的事实,就可以将布莱克利案的影响降到最低限度。可见,布莱克利案尽管影响巨大,但并没有直接促使量刑指南的强制性失效。布克案<sup>[51]</sup>的意义在于,促使联邦最高法院裁定联邦量刑指南违宪而不再有强制效力,联邦量刑指南遂由强制性规范改为参考性规范,这使得美国的量刑改革正式进入后布克时代。布克案的司法效果在于,即使法院在某种程度上可以不理睬布莱克利案的裁定,但却无法对布克案置之不理乃至漠视最高司法机关的确定性裁定。“亚利桑那州、加利福尼亚州和田纳西州宁愿勉强信赖布克案却拒绝或限制布莱克利案。布克案提出了迥然不同的联邦量刑制度,所有三个州的意见是忽视差异。”<sup>[52]</sup>

## (二)后布克时代美国量刑指南对联邦量刑的影响

联邦量刑指南的强制性规范虽然失效,但“它们将继续发挥一些有意义的影响”<sup>[53]</sup>。这是因为,其内容及规则和标准并非一无是处,主要在于数据化、格式化的强制性规则严重妨碍司法自由裁量权与酌定量刑情节的运用,乃至广受诟病。这就不难理解,在量刑改革时人们不是要全盘否定量刑指南,而是否定其中的不合理的规则和标准。“改革者应该避免任何诱惑,包括在任何指南改革中避免新的强制性规则妨碍司法自由裁量权。同时,立法者应该废除或限制法定强制性最低标准的影响。”<sup>[54]</sup>另外,阿普伦迪案以来确立的一些特别规则,如犯罪前科不需要通过排除合理怀疑证明、任何事实非经陪审团认定或被告人承认不得被采用等,确实与联邦量刑指南相抵触,因而联邦量刑指南的强制性失效会成全这些规则的适用。然而,这些规则毕竟存在于少数案件中,故其对司法实践的影响相对有限。从理论上讲,如果摒弃其中的不合理的量刑规则和标准,并且不违背宪法规定的正当程序规则,那么联邦量刑指南还是能对很多案件的量刑发挥影响的。

后布克时代,联邦量刑指南之所以能在一定程度上继续影响量刑,主要原因在于:

首先,美国司法体系的特征决定量刑指南依旧发挥影响。如前所述,美国有两套独立并行的法院系统,即联邦法院系统和州法院系统。量刑指南的强制性失效,会对联邦法院产生直接影响,对州法院的影响相对有限。在美国,各州一般都具有自己的量刑规则,有的州的量刑指南与联邦量刑指南相类似,如明尼苏达州、华盛顿州和北卡罗来纳州等。<sup>[55]</sup>在这些州,联邦量刑指南虽然没有强制约束力,但本州的量刑指南依然具有强制效力。因此,联邦量刑指南依旧会在这些州发挥一定的影响。

其次,量刑指南的合理性使其能继续发挥影响。尽管量刑规则和标准所呈现数据化、量化不是科学、精确推导的结果,但不能否定其本身具有一定的合理性。同时,量刑指南所确定的量刑规则和标准之根本依据乃为事实,即使量刑指南成为参考性规范,法官仍将以事实为根据量刑。“法官很难忽视在审判中提出的事实,即使这些事实没有被陪审团超越合理怀疑正式证明。相应地,法官对罪犯判

[51] See *United States v. Booker*, (04-104) 543 U.S. 220 (2005).

[52] Jefferson Lankford, *The Effect of Blakely v. Washington on State Sentencing*, 27 *The Justice System Journal* 96, 99 (2006).

[53] John F. Pfaff, *The Vitality of Voluntary Guidelines in the Wake of Blakely v. Washington: An Empirical Assessment*, 19 *Federal Sentencing Reporter* 202, 206 (2007).

[54] Mary Price, *Everything Old Is New Again: Fixing Sentencing by Going Back to First Principles*, 36 *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* 75, 96-97 (2010).

[55] Kilaru, *supra* note 11, at 106.

决会继续以他们相信存在的案件事实为基础,而不仅仅根据陪审团的控诉。”<sup>[56]</sup>在司法实践中,联邦法院量刑时也在一定程度上认可量刑指南的合理性。布克案后,联邦最高法院允许地方法院在量刑时,将指南作为量刑合理性证明的“第一个判例是瑞塔诉美国案,该案坚持上诉是基于在精确计算的指南范围内能够将合理性推断适用于判决中。这是因为量刑法院被认为已经将 3553 条(a)中的量刑因素考虑在内,并且在量刑委员会可接受的相同范围内行使量刑的自由裁量权”<sup>[57]</sup>。

再次,法官的潜移默化也会使量刑指南发挥影响。联邦量刑指南强制施行 18 年之久,对联邦法院法官以及那些以联邦量刑指南或者性质类似的量刑指南作为量刑依据的州的法官而言,在长期的数据化、量化的量刑思维引导下,其量刑的观念、意识不可避免地受到潜移默化的影响。这种潜移默化的影响,即使在量刑指南由强制性规范变为参考性规范后,依旧会对量刑产生现实作用。

最后,联邦法院的“指南情结”也是量刑指南发挥影响的原因。一方面,在联邦法院系统内,联邦法官仍然被要求在量刑时考虑指南,这使得量刑指南在某种程度上仍然发挥重要作用。“曾一度作为强制遵行的指南(尽管绝大多数观察者始终存疑)现在成为量刑参考。联邦法官仍然被要求在每个案子中考虑量刑指导,这使得联邦量刑指南(‘指引’)对于量刑判决依旧具有重要影响力。”<sup>[58]</sup>另一方面,联邦法院与地方法院对公正量刑的理解不一样,联邦法院一般坚持量刑的合理性,地方法院则主张刑罚的充足性。例如,联邦第六巡回上诉法院在美国诉福尔曼案(United States v. Foreman)中指出,“地方法院的工作不是判处‘合理的’刑期。相反,地方法院的任务是‘刑期充足,但不大于必要的’。上诉法院判断地方法院是否完成了任务的审查标准是‘合理性’”<sup>[59]</sup>。对于地方法院而言,由于联邦法院将量刑合理性作为上诉审查标准,那么对于需要上诉的案件就不得不考虑联邦法院的态度。而联邦法院所崇尚的量刑合理性又是在一定程度上以量刑指南为参照的,这使得量刑指南有时会对地方法院产生重大影响。

#### 四、后布克时代美国量刑改革的新动向

由强制性规范改为参考性规范后,联邦量刑指南仍不乏支持者。“量刑指南也被批评为‘数字化量刑’。但那些数字,虽然有一种机械的感觉,却使量刑指南较之替代它的漫无目的、主观的和狮身人面像的‘系统’更加透明和负责任……最重要的是,强制性指南在量刑上首次设立了一些法律规则。”<sup>[60]</sup>甚至有学者呼吁,“为了法自身的目的和法所创造的利益,为了当事人和公众对司法公平管理的信任,新政府应该支持恢复强制性规则”<sup>[61]</sup>。

然而,联邦量刑指南要想回归强制性规范时代,至少目前看来是不现实的。同样,美国量刑改革也不会回归传统量刑模式时代。传统量刑模式青睐广泛运用自由裁量权与酌定量刑情节,体现的是一种依靠纯粹的直觉驱动(purely intuition-driven)的量刑模式;联邦量刑指南崇尚的是尽量限制司法自由裁量权和酌定量刑情节的适用,体现的是一种规则武断(arbitrary rule-based)的量刑模式。后布

[56] Jonathan S. Masur, *Booker Reconsidered*, 77 University of Chicago Law Review 1091, 1101 (2010).

[57] Exum, *supra* note 1, at 151.

[58] Thompson, *supra* note 21, at 269-270.

[59] *United States v. Foreman*, 436 F.3d 638, 644 n. 1 (6th Cir. 2006).

[60] William Otis, *Priority for a New Administration: Restore the Rule of Law in Federal Sentencing*, 20 Federal Sentencing Reporter 345, 345 (2008).

[61] *Id.* at 346.

克时代,由于模范量刑指南为量刑确立一定的规则和标准,而法官又可以充分运用司法自由裁量权和酌定量刑情节,于是,直觉驱动受制于指南约束而变得理性,指南又因为法官的能动性和灵活性得到发挥而不再武断。美国的量刑改革逐渐走出了一条新的路径——在纯粹的直觉驱动与规则武断之间寻求平衡与折衷。“在刑事判决的背后,指南提供了使直觉标准化的方式,参考性指南制度的施行是规则武断的量刑和纯粹的直觉驱动的量刑的折衷。”<sup>[62]</sup>

当初,弗兰克尔提倡量刑改革,主张限制司法自由裁量权与酌定量刑情节的运用,应当说有其时代意义。其贡献在于,创立规则能够使量刑者“必须审慎地评估对量刑目的的忠诚以及数据采用的根据”。<sup>[63]</sup>他的主要失败在于方法设计有误。<sup>[64]</sup>也就是说,根据犯罪事实以及犯罪前科等量刑并没有错,但数据化、量化的规则和标准会使量刑机械化与形式化,会阻碍量刑公正的实现。因此,改革数据化、量化的规则和标准成为共识。“减少对精密而复杂的强制性量刑指令的依赖,更多地适用导向性的偏离,强化量刑的道德维度,减少量刑指南下机械式的判断,增加量刑指南的可理解性。”<sup>[65]</sup>模范量刑指南的积极意义正在于此。“法官接受后布克的量刑制度,因为它允许法官自由考虑量刑裁决中最核心的因素,即犯罪的性质和情节、公正惩罚的诉求、威慑和公众保护以及罪犯改造。”<sup>[66]</sup>于是,既要定量又要自由裁量的新型量刑模式——双轨制模式<sup>[67]</sup>逐渐在司法实践中得到贯彻,量化量刑模式和传统量刑模式从此渐行渐远。

后布克时代,辩证扬弃传统量刑模式与量化量刑模式成为美国量刑改革的方向。从现实情况来看,以联邦量刑指南为基础,对既有的量刑的规则和标准加以改良,似乎成为理想选择。所谓改良,实质上就是简化联邦量刑指南,为司法自由裁量权与酌定量刑情节的运用留下足够的空间和余地。可以说,布克案后随着联邦量刑指南的强制性失效,简化联邦量刑指南注定成为美国量刑改革的必由之路,指南定量与法官自由裁量并行的混合量刑模式成为美国量刑改革的目标。“布克案给了联邦量刑制度一个新的开始。伴随着布克案,最高法院铺就了一条融合自由裁量权与指南的混合量刑制道路。”<sup>[68]</sup>

当然,如何简化联邦量刑指南显然是个十分复杂的课题。对此,美国理论界与实务界存在分歧。例如,有学者认为应当减少犯罪层级以简化量刑指导。“从简化立场出发,模范指南区别于现有指南的重要特征包括以下内容:(1)在量刑网格中只保留十一个犯罪等级,而不是现有的四十三个;(2)每个犯罪等级与更广泛的量刑范围相关联(犯罪等级的顶端和底限除外);(3)通过更少的特定犯罪特

[62] Rebecca Krauss, *Neuroscience and Institutional Choice in Federal Sentencing Law*, 120 *Yale Law Journal* 367, 378 (2010).

[63] Judge Nancy Gertner, *Supporting Advisory Guidelines*, 3 *Harvard Law & Policy Review* 261, 281 (2009).

[64] 有人指出,指南在很大程度上失败,源自弗兰克尔的量刑方法存在严重缺陷。量刑不同于其他司法裁决,主要表现在三方面:一是量刑时,控方因其强势而与罪犯并非处于事实上的平等地位,因而法官的自由裁量权非常重要;二是量刑裁量不同于其他司法裁定,道德因素处于更核心地位;三是法官怜悯罪犯是恰当的,较之正义施加更少的刑期也是一般需要。See Lynn Adelmant & Jon Deitrich, *Marvin Frankel's Mistakes and the Need to Rethink Federal Sentencing*, 13 *Berkeley Journal of Criminal Law* 239, 241-247 (2008).

[65] Jose A. Cabranes, *The U. S. Sentencing Guidelines; Where Do We Go From Here?* 44 *Saint Louis University Law Journal* 271, 272 (2000).

[66] William K. Sessions, III, *The Relevance of Offender Characteristics in a Guideline System*, 51 *Houston Law Review* 1211, 1220 (2014).

[67] 所谓双轨制量刑模式,是指定量与自由裁量相结合的量刑模式。美国联邦量刑指南确立的量刑模式本属于双轨制模式,因为除了量刑的数据化、量化之外,司法机关在量刑时享有偏离指南的自由裁量权。遗憾的是,由于量刑的数据化、量化走向极致,导致司法自由裁量权与酌定量刑情节的适用严重受限,致使偏离指南自由裁量酌定情节几乎被边缘化。因此,指南确立的量刑双轨制在司法实践中始终没能实现。

[68] Gertner, *supra* note 63, at 280.

征强制调整犯罪等级。”<sup>[69]</sup>有学者认为,未来量刑指南应当从以下几个方面加以完善:一是以犯罪的严重性和犯罪人的历史为主要根据,改进量刑系统使之建立在简化的量刑表或网络基础上;二是赋予陪审团在事实认定上的更重要角色以约束法官的量刑裁量权;三是在简化的量刑表范围内有各种指导或限制法官的自由裁量权的方法存在的可能性;四是如果量刑超越陪审团裁决或认罪产生的量刑幅度,根据布莱克利案和布克案的宪法规则可以排除这种强加的判决;五是量刑裁决的合理司法解释很重要。<sup>[70]</sup>还有人认为,为了方便法院量刑,量刑委员会应当做好以下几方面工作:一是为指南的众多的策略性决定提供详细解释;二是修改那些存在广泛的司法异议的准则;三是向国会建议增强量刑指南在法官和其他利益相关者心目中的合法性。<sup>[71]</sup>

与理论上探讨如何简化量刑指南不同的是,司法实践亟需可供具体操作的量刑标准和依据。“人们只是希望,国会或者任由其发展,或者经过深思熟虑讨论制定出合理的量刑体系,以便为法院提供有益的指导,而不是狭隘地约束量刑裁决以有效地消除法官的作用。”<sup>[72]</sup>近期,对于量刑指南的决策和制定者而言,最为紧要的任务是创制出简洁实用的量刑规则和标准体系,以解决联邦量刑指南强制性失效后所留下的空缺。“国会的政策制定者和量刑委员会应该明白,如有任何变革是必需的,至少在短期内,一个经过认真研究和慎重考虑的调整新增变化的方案,可能为后布克时代联邦量刑制度的发展提供合理的行动方向。”<sup>[73]</sup>长远来看,创设统一的刑事法典作为量刑的法律依据,不失为一种选择。“最雄心勃勃的想法是由国会在量刑委员会或许美国法律研究所的协助下,彻底检修所有联邦刑事法律以创造出一部现代刑事法典。”<sup>[74]</sup>

## 五、美国量刑改革对我国的启示

美国早期以法官纯粹的直觉驱动为主导的量刑,在司法实践中出现了不少问题。20世纪80年代进行量刑改革主要围绕规制司法自由裁量权与酌定量刑情节的运用而展开,遗憾的是,联邦量刑指南过于侧重数据化、格式化的量刑规则和标准,具有鲜明的规则武断倾向,制约了司法自由裁量权的合理运用,使量刑滋生诸多问题。在联邦量刑指南强制性失效后,美国量刑改革主要是在纯粹的直觉驱动与规则武断之间寻求平衡与折衷。不过,如何平衡两者,怎样把握定量与自由裁量并行的尺度,对量刑而言绝非易事。这也使得布克案至今的十年来美国量刑改革基本归于“平静”。这并非说美国量刑改革在布克案后停滞不前,而是因为在传统量刑模式与量化量刑模式的磨合期间,人们更多地是对不同量刑模式进行反思。在尚未制定出切实可行、可供操作的方案前,联邦法院和州法院在量刑模式的选择上不可避免地呈现出“百花齐放”态势。后布克时代,美国量刑改革的最大成果,是人们普遍认识到程序规制在确保量刑公正与司法公正上的重要性。“琼斯案、阿普伦迪案、布莱克利案和布克

[69] Michael M. O'Hear, *Guidelines Simplification: Still an Urgent Priority Post - Booker*, 20 Federal Sentencing Reporter 347, 347 (2008).

[70] See Frank O. Bowmen, III, 'Tis a Gift to Be Simple: A Model Reform of the Federal Sentencing Guidelines, 18 Federal Sentencing Reporter 301, 302 (2006).

[71] See Carissa Byrne Hessick, *A Critical View of the Sentencing Commission's Recent Recommendations to "Strengthen the Guidelines System"*, 51 Houston Law Review 1335, 1377 (2014).

[72] Thompson, *supra* note 21, at 278.

[73] Douglas A. Berman, *Tweaking Booker: Advisory Guidelines in the Federal System*, 43 Houston Law Review 341, 388 (2006).

[74] William H. Pryor, Jr., *Federalism and Sentencing Reform in the Post - Blakely/Booker Era*, 8 Ohio State Journal of Criminal Law 515, 527 (Spring 2011).

案的裁决,以及由它们推动引发的在量刑政策、实践和程序上的重新辩论,能够且应该有效地激励立法机构、量刑委员会和法院就迄今都未曾在现代量刑改革运动中深思的程序问题,进行一场期待已久的政策性对话。所有这些裁决将真正表明一种‘分水岭’式的发展,因为它们不仅给现代量刑方案提出的重要程序问题带来所需的亮点,而且也会设法推动健全的程序改革,最终由最高法院确立任何超越宪法的最低界限。”<sup>[75]</sup>

美国量刑改革的历程及其现状,对我国正在进行的量刑改革无疑有着重要的启示。当前,我国刑法的规定和司法实践中依然存在不少问题,需要在未来的改革中加以完善。其中较为突出的有以下方面。

### (一) 量刑存在定量或自由裁量两极化现象,容易纵容量刑失衡乃至走向极端

近年来,我国大力推进量刑改革,旨在通过限制司法自由裁量权以防止量刑偏差,实现量刑均衡与一致,最终实现量刑公正与司法公正。但是,在量刑改革过程中就出现了过于侧重量化模式等现象,乃至走向极端。例如,继理论界有学者提出电脑量刑之后,山东淄博某基层法院曾创立了一套电脑量刑系统,力求做到量刑准确、精致,实现量刑均衡与一致,避免“同罪不同罚”现象。<sup>[76]</sup>后来,由于遭致诸多质疑,电脑量刑逐渐淡出理论界与实务界的视野,这表明排斥自由量刑权的纯粹量化量刑模式在现实中难以行得通。

除了理论上及司法实践中出现过电脑量刑这种较绝对的量化量刑现象外,我国刑法中还规定了不少单一的量化量刑标准(如以数额等作为唯一量刑依据),在财产犯罪、经济犯罪以及毒品犯罪等具体犯罪中体现较为明显。同时,在具体的量刑制度方面,刑法规定也呈现出从纯粹的直觉驱动到规则武断的极端化现象,给司法实践带来巨大的困惑。刑法规定的酌定减轻处罚就是典型例子。我国1979年《刑法》第59条规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,如果根据案件的具体情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处刑罚。”根据该规定,酌定减轻处罚适用的实质条件是“案件的具体情况”,程序条件是“经人民法院审判委员会决定”,均具有极大的概括性与含糊性,几乎都是依靠法官或者司法机关自由裁量来决定的。换句话说,只要法官根据具体案情认为可以减轻处罚,并报经本级人民法院审判委员会决定,就可以酌定减轻处罚。这种依靠纯粹的直觉驱动进行的酌定减轻处罚,一度导致酌定减轻处罚适用非常泛滥,引起广泛的社会关注。为了避免法官滥用酌定减轻处罚,现行《刑法》第63条第2款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”据此,酌定减轻处罚适用的实质条件是“案件的特殊情况”,根据全国人大常委会法工委的有关答复,是指国防、外交、民族、宗教等的需要。<sup>[77]</sup>程序条件是“经最高人民法院核准”。如此苛刻的实质条件与程序限制,具有鲜明的规则武断特征,无疑走向了另一极端,有矫枉过正之嫌。其结果是导致司法实践中的酌定减轻处罚急剧下降,甚至在有的省市历经多年也只是个别现

[75] Berman, *supra* note 4, at 688.

[76] 山东省淄博市淄川区人民法院研制了一套“电脑量刑”法律软件,力图使复杂的量刑问题明确化、精确化,以避免同案不同刑现象。有记者就目睹过一起交通肇事案量刑的庭审全过程,被告人是李某。在查明李某的基本犯罪事实后,法官打开“电脑量刑”主页,选择“交通肇事罪”一栏,输入“交通肇事致一人死亡”的犯罪事实,屏幕上立刻显示出“基本刑期一年”的提示。法官又在酌定情节中输入“肇事者负90%责任”,屏幕显示出“增加9个月刑期”的字样;再输入“主动全部赔偿”和“自首”等情节,又分别显示出减少刑期25%、15%等的字样。最后,电脑算出刑期是12.6个月,拟判刑期为1年零1个月。参见冉多文:“电脑量刑能否避免同案不同刑——淄川法院探索刑事审判量刑标准化”,载《法制日报》2016年8月2日。

[77] 全国人大常委会法工委就冯刚受贿案答复最高人民法院称:“1997年刑法第六十三条第二款关于因‘特殊情况’在法定刑以下判处刑罚的规定,主要是针对涉及国防、外交、民族、宗教等极个别特殊案件的需要,不是对一般刑事案件的规定。”参见苏泽林主编:《最后的裁判:最高人民法院典型疑难百案再审实录·刑事与合同案件卷》,中国长安出版社2007年版,第15页。

象。例如,2003至2011年,江苏省法院经报核在法定刑以下判处刑罚的案件仅有1件。<sup>[78]</sup>

根据美国量刑改革的经验教训,今后我们应当尽量避免规则武断式的量刑制度、绝对化的量刑依据和格式化、数据化的量化量刑标准,同时也应当避免容易纵容自由裁量权的量刑制度和规定。对于现行刑法规定的规则武断式的量刑制度、绝对化的量刑依据和格式化、数据化的量化量刑标准,能修改、完善的应当在条件成熟时加以修改、完善,以便适当赋予法官自由裁量权;对于容易纵容自由裁量权的过于模糊、概括的量刑制度和量刑依据、标准,亦应当酌情对其适用条件加以适当的限定。这样能有效防止量刑被规则武断或者纯粹的直觉驱动,使量刑能够坚持定量与自由裁量并重,避免有所偏颇乃至走向极端。

值得欣慰的是,2014年由最高人民法院颁布并已在全国全面推行的《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《指导意见》)显然是排斥纯粹的直觉驱动或者规则武断式的量刑模式。理由在于:一方面,《指导意见》强调量刑“该宽则宽,当严则严,宽严相济,罚当其罪”,并通过常见量刑情节以及常见犯罪的量刑采取量化、数据化的方式,限制司法自由裁量权,防止量刑偏差。另一方面,《指导意见》又强调“量刑要客观、全面把握不同时期不同地区的经济社会发展和治安形势的变化,确保刑法任务的实现”,这给法官自由裁量留下了充分余地。《指导意见》还明确规定要“实现惩罚与预防犯罪的目的”,“确保裁判法律效果和社会效果的统一”。而强调法律效果与社会效果的统一,意味着量刑时既需要对法定量刑情节适度定量,以避免量刑的纯粹直觉驱动,也应该根据社会需要对酌定量刑情节实行自由裁量,防止量刑的规则武断。《指导意见》的目标在于通过规范量刑准则和标准,促使司法自由裁量权与酌定量刑情节得以恰当、合理的运用,以实现量刑公正与司法公正。由于《指导意见》刚实施不久,其后续效果还有待观察。

不过,从我国《刑法修正案(九)》的修改内容来看,至少在立法上已显露出积极态势,即量刑摒弃过于绝对化的标准和原则。例如,《刑法修正案(九)》对组织卖淫罪的加重处罚条件,不再限定为五种特定情节,而是规定为“情节严重”;又如,《刑法修正案(九)》对贪污罪定罪量刑标准的修改也体现了量刑摒弃量化的倾向:一方面,《刑法修正案(九)》在定罪量刑时不再采用单一的数额标准,而是增加了情节标准,即将现行刑法规定的“贪污数额不满5000千元、情节较重的”、“数额在5000元以上不满50000元的”、“数额在50000元以上不满100000元的”、“数额在100000元以上的以及情节特别严重的”修改为“数额较大或者有其他较重情节的”、“数额巨大或者有其他严重情节的”、“数额特别巨大或者有其他特别严重情节的”。另一方面,《刑法修正案(九)》摒弃了绝对确定的量刑依据和标准,即将“情节特别严重的,处死刑,并处没收财产”修改为“数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产”。当然,《刑法修正案(九)》也适当限制了自由裁量权。现行刑法对贪污罪的量刑没有具体规定,这在某种程度上赋予法官较大的自由裁量权。为了避免自由裁量权滥用,《刑法修正案(九)》特别规定了一些具体的量刑依据,即“在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第(一)项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有第(二)项、第(三)项规定情形的,可以从轻处罚”。可以说,《刑法修正案(九)》对贪污罪定罪量刑依据和标准的修改,对于实现公正量刑与公正司法,具有积极的现实意义。

## (二) 没有设立量刑改革的专门负责机构,难以应对司法实践的具体需要

世界上大多数国家进行量刑改革都会设置专门的负责机构,如美国、加拿大、韩国的量刑委员会、

[78] 参见公丕祥:“完善法定刑下判处刑罚的核准制度”,载《中国审判》2011年第4期,第11页。

南非、新西兰的法律委员会等。美国进行量刑改革时,量刑委员会通常会根据具体情况或者现实需要,及时修改量刑指南过时的或者不合理的规定,确保量刑公正。根据弗兰克尔的设计,创设量刑委员会是因为需要其履行特殊的使命。“作为政治绝缘并享有规则制定权的量刑委员会的最初支持者,弗兰克尔法官描述他的建议如下:‘该委员会作为常设机构负责(1)研究量刑、修正和假释;(2)制定研究所确立的法律和规则;和(3)接受国会和法院的惯例审查而制定现行规则。’”<sup>[79]</sup>应当说,设置量刑委员会是非常必要的。以制定量刑规则和标准以及修改量刑规则和标准为例,众所周知,由于量刑依据和标准的情形是千变万化的,司法实践中会不断地出现新情况;同时,在不同的时期、不同的地域,同样的量刑依据可能会对量刑产生不同的影响,等等。同时,量刑有时也需要回应公众诉求,体现大众情感的需要与价值取向,避免司法人员“闭门造车”而在量刑中忽视价值评价。“量刑委员会在切实可行的范围内尽快且须在1992年9月15日之前,接受1993年修正周期的信息收集阶段的公众评论,以便委员会在1993年修正周期的工作中给予最有效的考虑。”<sup>[80]</sup>这些工作注定是繁复、庞杂的,由专门机构负责理所当然。美国联邦量刑指南的多次修改与完善,就足以证明量刑委员会的重要性。例如,自1988年1月15日生效后至2006年,美国联邦量刑指南共修改了32次,其中仅2003年就修订了5次之多。<sup>[81]</sup>可见,设置专门的负责机构应对司法实践的要求,能使量刑更真实地反应现实需要,有利于公正量刑。

遗憾的是,我国从推行量刑规范化改革试点至今的十余年来,始终未能设立专门负责与量刑相关的专门机构。目前,量刑改革主要由最高人民法院主导,具体负责量刑改革的部门则是最高人民法院刑事审判第三庭。该庭是最高人民法院的一个业务庭,很难及时采取相应的对策和措施反应司法实践以及公正量刑的需要。美国量刑改革的经验表明,量刑作为一项复杂、浩大的系统工程,离不开专门机构负责。主要原因在于:

#### 1. 我国幅员辽阔,各地情况千差万别,需要进行针对性的调查、研究和分析

众所周知,我国幅员辽阔,社会经济发展状况以及治安状况等不同,道德伦理、民俗风情等千差万别。即使是同样的量刑情节,在不同的地域、不同的群体中所体现的社会危害性也应当有所不同。因此,确定量刑依据、标准以及规则等离不开大量的调研、分析和论证。如果没有专门机构负责并组织专门力量加以实证调研和分析,并采取相应的措施和对策,将很难满足司法实践中量刑的多样性与复杂性的需要。

#### 2. 量刑依据、标准以及规则等需要频繁修正、完善,离不开专门机构

只有设置专门的量刑机构,配备并且组织专业人员加以研究、分析,才能准确反映与回应现实需要,适时调整量刑的规则和标准,使之更为科学化、合理化,使刑法、司法解释和《指导意见》有关定罪量刑的规定得以不断充实、改进和完善。在司法实践中,我国刑法或者司法解释等一经确立定罪量刑的依据和标准,通常若干年保持不变,这与美国对联邦量刑指南的及时修改和完善形成鲜明对比。例如,在“许霆案”中,一审将1998年的“数额特别巨大”标准适用于2006年发生的案件中,完全忽视自1998年以来我国物价快速上涨以及涉案财产所体现的社会危害性大幅降低的事实,造成量刑不公乃至引发民众普遍不满势所必然。尽管造成这种现象的原因很多,很可能并非司法机关没有注意到相

[79] Michael H. Tonry, *The Sentencing Commission in Sentencing Reform*, 7 Hofstra Law Review 315, 316 (1979).

[80] William W. Wilkins, *United States Sentencing Commission* (57 FR 32246) July 21, 1992, Federal Sentencing Reporter: September / October 1992. 119 (1993).

[81] 参见张天虹:《量刑公正论》,法律出版社2012年版,第137页。

关问题,因为即使注意到也没有专门力量来胜任定罪量刑的依据和标准的修正与完善。换句话说,缺乏专门负责的机构恐怕是重要原因之一。因此,设置专门的量刑机构来修正定罪量刑标准是很有必要的。

### 3. 建设法治中国需要量刑公开,回应公众诉求,因而需要专门机构予以负责

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》在阐述推进法治中国建设时指出,“推进审判公开、检务公开,录制并保留全程庭审资料。增强法律文书说理性,推动公开法院生效裁判文书。……广泛实行人民陪审员、人民监督员制度,拓宽人民群众有序参与司法渠道”。这意味着未来我国刑事司法改革的方向,是要将司法活动以及生效的裁判文书公之于众,使公众能够充分了解司法的运作并直接审视裁判结果,并创造条件让公民广泛有序地参与、监督司法活动及过程。而刑事司法活动历来是公众关注的重点。例如,在2010年到2013年的五年间,由《人民法院报》主导评选的中国十大典型案件中,刑事案件所占的比例分别为90%、60%、60%、70%。<sup>[82]</sup>这样,刑法及刑事司法将有可能面对更多、更广泛的公众舆情,量刑也不例外。因此,充分分析公众舆情并回应公众诉求,酌情吸纳公众评价,是量刑必须面对的环节,也是公正量刑与公正司法的保证。这样的工作显然不可能让法院的业务庭来负责,设立专门机构来负责此项工作无疑是最佳选择。

### 4. 立法机关或者司法机关不具备专门负责与量刑相关的各项工作的条件

立法机关主要从事立法工作,这同样是项重大、复杂的工作,能做好立法工作对立法机关而言已经不容易。美国的量刑改革经验证明,立法机关(国会)通常没有足够的实力胜任繁重复杂的量刑工作,“因为国会没有时间或专业知识研制指南本身”。<sup>[83]</sup>司法机关同样如此。如前所述,我国最高人民法院刑三庭虽然就量刑改革做了一些卓有成效的工作,但无论从其职能、人员组成以及专业化程度来说,都不足以担当起专业的量刑改革的重任,从《指导意见》出台及其内容来看,就足以证明这一点。只有在立法机关和司法机关之外设置专门负责的量刑机构,才能有效应对与量刑相关的各项工作。

从美国量刑改革的经验来看,量刑委员会设立后,其职责主要是评估量刑指南对刑事司法制度的影响,建议国会就与刑法和量刑有关的法律问题的修改或制定向国会提出建议,建立对量刑问题的研究和发展计划,并执行其他相关职责。同时,在具体执行职责时,量刑委员会要向联邦法院以及全国颁行缓刑制度指南,以便在决定刑事案件的刑罚、有关量刑指南的一般政策声明、缓刑考验期恰当适用的政策声明以及监督解除和撤销缓刑上有所商讨。这些量刑指南和政策声明的设计,是基于以下需要:进一步处罚、威慑、剥夺(犯罪能力)和康复目的;促进公平以迎合量刑目的;避免莫须有的差距;涉及刑事司法程序时反映人类行为的知识进步。<sup>[84]</sup>

### (三)《指导意见》存在诸多问题,难以适应公正量刑的需要

2014年11月,笔者应邀参加了最高人民法院刑三庭与西南政法大学联合举办的“规范量刑理论与实践研讨会”,与会不少理论界与实务界的同志就《指导意见》的某些规定提出质疑,例如常见量刑情节中的不同量刑情节的百分比幅度以及常见犯罪的量刑起点是如何得出的以及是否合理、科学等等。虽然说这些问题中有些未必客观,但《指导意见》存在不少问题是不争事实。主要表现在:

[82] 参见《人民法院报》2014年1月3日第01版、2013年1月6日第01版、2012年1月6日第01版、2011年1月6日第01版。

[83] Geoffrey P. Miller, *Separation of Powers and the Sentencing Commission*, 1 Preview of United States Supreme Court Cases 23, 24 (1988).

[84] See United States Sentencing Commission, 2005-2006 U.S. Government Manual 80, 81 (2005).

### 1. 量刑指导原则之间存在不协调

《指导意见》规定的第一个量刑原则是“量刑应当以事实为根据,以法律为准绳,根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度,决定判处的刑罚”。这一原则的法律依据无疑是我国《刑法》第61条的规定。然而,《刑法》第61条的规定显然在价值评价上存在缺漏。“在现实生活中,体现国家和社会惩罚和预防犯罪需要的情节复杂多样,即便在司法实践中也难以穷尽,更毋庸说通过刑法将之规定详尽。这意味着,刑法规定的价值评价因素是相对典型的、有限的。在这种情形下,如果局限于‘以事实为根据,以法律为准绳’,必将无视诸多价值评价因素的客观存在,导致量刑的价值判断在一定程度上缺失,不利于实现量刑公正。”<sup>[85]</sup>既然《刑法》第61条规定的以(犯罪)事实为根据、以法律(刑法)为准绳存在价值评价上的缺漏,那么《指导意见》规定的第一个量刑原则显然也存在同样的缺陷,即容易导致量刑的价值评价缺失。但是,根据《指导意见》规定的第四个量刑原则,“量刑要客观、全面把握不同时期不同地区的经济社会发展和治安形势的变化,确保刑法任务的实现”。这一规定显然要求量刑客观、全面地体现价值评价,显然不仅仅局限于犯罪事实与刑法规定。如此看来,《指导意见》规定的量刑原则之间是存在不协调之处的。由于根据哪个量刑原则都是合理的,这样一来原则之间的不协调极有可能影响量刑的均衡与一致,不利于量刑公正。

### 2. 《指导意见》适用与刑法适用存在冲突

《指导意见》具体规定14种常见量刑情节的适用和15种常见具体犯罪的量刑,似乎有一定的道理。但是,如果从刑法适用的角度来看,则明显存在问题。且不说《指导意见》所筛选的14种常见量刑情节和15种常见具体犯罪是否科学、合理,是否具有典型意义,仅就其单独罗列出来予以特别对待,本身就存在问题。因为,对于其他没有归入其内的量刑情节和犯罪而言,这是极不公平的,并导致《指导意见》与刑法在适用上产生冲突。“具体就个案中个罪量刑的法律适用来说,任何一个量刑法律的适用,都需置于刑法典的有机体系中,根据个案个罪及某个具体量刑情节等具体情况,适用刑法典中的所有相关规定。由此可知,在适用量刑法律的具体规范时,将某一量刑法律规范从刑法系统中抽离出来进行孤立适用,或者仅就部分条文之间的联系进行梳理而没有兼顾其与整个刑法体系内在联系的片面适用,都会导致量刑法律适用的不完整,从而与刑法典体系下的法律适用规则相冲突。”<sup>[86]</sup>

### 3. 《指导意见》在具体量刑规则和标准等的设置上也存在问题

一方面,“《指导意见》在对常见量刑情节的适用进行规范时,只是规定了单纯的减免尺度和标准,缺乏相对具体、详细的技术规制,导致将许多问题推给法官自由裁量,从而留下缺憾”<sup>[87]</sup>。例如,《指导意见》规定:“重大立功的,可以减少基准刑的20% - 50%。”“因如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减少基准刑的30% - 50%。”其中的“减少基准刑的20% - 50%”、“减少基准刑的30% - 50%”是如何推断出来的?而且,重大立功与重大自首的减少基准刑的比例分别是20% - 50%和30% - 50%,这样的比例和尺度是否客观、合理地体现了两者在量刑中的价值,显然是个问题。另外,《指导意见》在加减刑罚时有时幅度很大,会造成量刑上的尴尬。一个显而易见的问题是,若存在两个情节可减少基准刑的比例分别较大(如分别是50%和60%),或者存在多个减轻情节时,减少的刑罚比例相加很可能大于1,如此则如何判处刑罚将成为问题,而且也有人难以接受。总之,《指导意见》在一些具体问题上留下不少缺憾是显而易见的,未来很有必要加以改进和完善。

[85] 彭文华:“量刑的价值判断与公正量刑的途径”,载《现代法学》2015年第2期,第105-106页。

[86] 石经海、严海杰:“中国量刑规范化之十年检讨与展望”,载《法律科学》2015年第4期,第176-177页。

[87] 彭文华:“布克案后美国量刑改革的新变化及其启示”,载《法律科学》2015年第4期,第141页。

#### (四) 缺乏系统的程序规制, 使量刑缺少必要的制度保障

美国联邦量刑指南虽然规定了判决前的报告、报告公开以及争议问题解决等程序性规则, 但总体而言较为简单, 缺乏全面、系统的规制, 这可以说是美国联邦量刑指南的主要缺陷之一。在大多数案件中, 获取人们高度信赖的要求仍然是模糊性, 仅仅在关键节点有确定的程序规制, 缺乏明确、清晰、系统的程序规则。“在 *Umaña* 案中, 法官再次通过分离程序先决条件成就‘可靠’的死刑判决。大多数案件仅仅需要在每个裁决点上适当调节自由裁量的程序: 程序必须事前规定死刑是犯罪允许的处罚, 且有资格约束自由裁量权, 一旦被告人被判处死亡适格(扩大自由裁量权选择), 需要确保考虑所有与刑罚选择有关的证据。”<sup>[88]</sup> 其实, 就量刑程序本身而言, 关键问题不在于有无程序规制以及程序规制的众寡, 而在于量刑程序的完整性、体系性与有效性。这是因为, 不同的程序权利具有不同的价值和意义, 在量刑时发挥不同的作用, 不能顾此失彼。“不同的程序权利服务于不同的目的, 有的程序权利是为了寻求实现多重目标。例如, 在法庭上对抗权增加针对被告人的证据的可靠性, 排除合理怀疑权确保在解决证据评估误差上有利于被告人和维护政府的合法性。因此, 在量刑中加强对抗权较之要求对量刑事实排除合理怀疑更为重要。”<sup>[89]</sup>

在后布克时代, 美国量刑改革开始重视上诉审查、量刑的信息系统建立等, 在某种程度上是对前期的量刑改革的矫正。不少学者还提出了颇有针对性的建言。“该问题的倡议者提出了修改联邦量刑程序的四种基本建议: (1) 要求政府提示被告人注意导致量刑争议的、会增加其刑罚的一切量刑因素; (2) 建立证据呈示程序赋予被告人事先获得所有与量刑有关的信息和证据的权利; (3) 增加量刑中的证明负担, 从目前的优势证据标准转向‘明确和令人信服的证据’或‘排除合理怀疑’; (4) 提高量刑中需要考虑的证据质量, 通过(a)改变量刑证据的认定标准, 和(b)使一些或所有的联邦证据规则适用于量刑听证会。”<sup>[90]</sup> 相比之下, 有些国家在量刑的程序规制上要好得多。例如, 英国的量刑改革则非常强调上诉审查的功能与作用。“上诉审查在某种程度上可以扩大引导量刑的自由裁量权, 在特殊案件中对每个个体以合适的方式量刑, 保留这种自由裁量权是必需的。像这样基于遵从而盲目接受建立在推定基础上的制度模式, 不仅不准确, 而且可能导致上诉阶段对进一步促进量刑的一致与公平的目标的量刑改革的排斥。”<sup>[91]</sup>

崇尚程序是现代刑事诉讼的特征, 量刑程序模式是量刑程序规范化改革的关键问题。<sup>[92]</sup> 就我国的量刑改革而言, 缺乏系统、独立的程序规制无疑是《指导意见》的最大缺憾。量刑时实体规制再科学、再合理, 缺乏应有的程序保障也难以充分体现公正。“有意义的司法程序的保护是量刑时必不可少的。公平的判决应通过提供可靠的事实发现机制给予保证。”<sup>[93]</sup> 虽然我国最高人民法院和最高人民检察院等五部门颁布的《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》规定了一些与量刑有关的程序要求, 如事实调查、证据采信以及量刑说理等, 但总体而言是零散的、指导性的, 既不具体也不系统,

[88] *Criminal Procedure — Confrontation Clause — Fourth Circuit Finds No Right to Confrontation During Sentence Selection Phase of Capital Trial*. — *United States v. Umaña*, 750 F.3d 320 (4th Cir.), *reh'g en banc denied*, 762 F.3d 413 (4th Cir. 2014), 128 *Harvard Law Review* 1027, 1033 (2015).

[89] Carissa Byrne Hessick & F. Andrew Hessick, *Procedural Rights at Sentencing*, 90 *Notre Dame Law Review* 187, 233–234 (2014).

[90] Frank O. Bowman, III, *Completing the Sentencing Revolution: Reconsidering Sentencing Procedure in the Guidelines Era*, 12 *Federal Sentencing Reporter* 187, 188 (2000).

[91] Briana Lynn Rosenbaum, *Sentencing Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review*, 14 *Journal of Appellate Practice and Process* 81, 157 (2013).

[92] 张月满:“量刑程序论”,载《法学家》2011年第4期,第174页。

[93] Casteel etc., *supra* note 18, at 341.

缺乏可操作性,在约束力上也缺乏相应的程序保障。例如,对于案件事实、犯罪事实、定罪事实与量刑事实的关系以及被害人参与量刑活动的问题,就缺乏具体规范。<sup>[94]</sup>又如,对律师量刑辩护的程序保护也有待加强。“在《量刑程序意见》试行过程中,有必要对保障律师量刑辩护的方式进行探索。比如,在法院送达起诉书副本和量刑建议书之后,辩护律师可以就量刑证据进行专门调查工作,法院应为这种调查提供必要的保障和便利;法院在开庭前可以组织控辩双方进行必要的证据展示活动,使辩护律师在获悉公诉方量刑建议和全部量刑证据的前提下,进行充分的量刑辩护的防御准备工作;在法庭审理过程中,被告人及其辩护人要求就新的量刑证据进行调查核实工作的,法院无正当理由不应予以拒绝。”<sup>[95]</sup>此外,缺乏相应的程序法保障也是一个不容忽视的问题。客观地说,量刑程序也是刑事程序的环节之一,理当在刑事诉讼法中有所明确。遗憾的是,我国现行刑事诉讼法规定的程序制度和规则,主要是基于如何追究刑事责任而设置的,对量刑程序并没有作出相对具体的规定。即使有相对独立的《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》加以规定,但由于刑事诉讼法缺乏相应的规定,其约束力和权威性必将大打折扣。在这样的背景下,鉴于司法实践在量刑问题上历来重实体、轻程序,故而使并不精致的量刑程序在执行上大打折扣。

总之,加强量刑的程序制度建设,制定具体、可供操作、卓有成效的程序规则和制度,应当成为未来我国量刑改革重要内容之一。只有将实体规范与程序规制有机地结合起来,才能有效实现量刑公正。

## The History, Current Situation of the Federal Sentencing Guidelines and New Trend of Sentencing Reform in U.S.

Peng Wenhua

**Abstract:** The Federal Sentencing Guidelines of U.S. had its certain limitations when it was enforced, so it failed to eliminate sentencing deviation and achieve the goal of balance and consistence to sentencing. Questions which the Federal Sentencing Guidelines lead to include: facing the unconstitutional accusation; reducing antagonism of the court; limiting judge's subjective initiative and creativity; confronting unsustainability for formatting and data in sentencing; bringing heavy pressure to participants in the proceedings; increasing the cost of justice. The Federal Sentencing Guidelines still influences sentencing in judicial practice. The trend of U.S. sentencing reform is seeking balance between the traditional sentencing model and quantification penalty sentencing patterns. The main problems of China's sentencing reform lie in: sentencing tendency to polarization of quantitiveness or discretion which condones easily unbalanced sentencing and tempts it to the extreme; in want of the institutions responsible for sentencing reform; failing to meet the need of fair sentencing for the problems in "Guiding opinions"; lacking holistic procedural regulations.

**Keywords:** the reform of sentencing; the Federal Sentencing Guidelines of U.S.; dual track system of sentencing; procedural regulation

(责任编辑:幸颜静)

[94] 李玉萍:“中国法院的量刑程序改革”,载《法学家》2010年第2期,第53-54页。

[95] 陈瑞华:“论相对独立的量刑程序——中国量刑程序的理论解读”,载《中国刑事法杂志》2011年第2期,第14页。

# 量刑规范化改革视野下的量刑基准研究

## ——以完善《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定的量刑步骤为中心

李冠煜\*

**摘要:**“幅的理论”和“点的理论”是大陆法系刑法学界关于量刑基准的基本理论,二者之间并非不可调和,相反,它们在理论根据、前提、构造和任务四方面具有相同之处。《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定的量刑步骤存在某些不足,应当通过调和上述两种各具特色的理论,以“幅的理论”为起点,以“点的理论”为终点,妥善处理责任刑和预防刑之间的关系,进一步推动量刑规范化改革。具体来说,完善量刑步骤的重点应放在准确确定量刑起点而非基准刑上;在确定量刑起点前,应增设确定具体犯罪构成要件对应的法定刑幅度这一前置程序;在确定量刑起点时,应引入刑事判例指导;在确定量刑起点后,应注意拟宣告刑向最终宣告刑的过渡。

**关键词:**量刑规范化改革 量刑基准 幅的理论 点的理论 量刑步骤

### 一、问题的提出

量刑必须在一定的根据、标准和尺度的指引下进行,这就是量刑基准问题。量刑基准是指导量刑情节适用的一般性原理或方法,属于量刑论的核心内容。责任和预防的关系是对量刑过程的抽象,最直观地体现在量刑基准的适用过程中。大陆法系国家(地区)的学者非常关注量刑问题,很早就开始研究量刑理论,而且,通常是在量刑基准论中讨论责任和预防的关系。正如德国学者阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)所说,在德国的刑法解释学中,“责任和预防”这一主题今天得到最为充分的讨论。<sup>[1]</sup> 日本学者团藤重光主张,量刑问题是刑法理论的缩影。基本上,犯罪本身的轻重当然成为量刑的重要标准;在此基础上,还要考虑犯罪后的情况。<sup>[2]</sup> 量刑基准的研究应当以责任和预防的关系为主线,这一思路对我国量刑规范化改革有重大的启迪意义。

作为国外刑法理论的舶来品,量刑基准有广义和狭义之分,前者类似于我国刑法理论中的量刑根据,后者对应于某种犯罪的特定刑罚量。例如,“广义说”认为,任何国家的量刑都有一个根据什么、按照什么标准进行裁量刑罚的问题。量刑的根据,在一些西方国家的刑法典中并没有规定,但在社会主义国家的刑法典中大都有明确、具体的规定。<sup>[3]</sup> 而“狭义说”则指出,量刑基准是对已确定适用一定

\* 华中师范大学法学院讲师,法学博士。本文得到2011年国家留学基金管理委员会国家建设高水平大学公派研究生项目A类奖学金(留金发[2011]3005号)的资助。

[1] [德] Arthur Kaufmann:《法哲学と刑法学の根本問題》,宫泽浩一监译,成文堂1986年版,第151页。

[2] 参见[日]团藤重光:《刑法綱要総論》(第三版),创文社1990年版,第541-545页。

[3] 参见金凯:“量刑根据、标准的比较研究”,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)1984年第4期,第105、107-108页。

幅度法定刑的抽象个罪,在不考虑任何量刑情节的情况下仅依其构成事实所应判处的刑罚量。<sup>[4]</sup>笔者认为,量刑基准不能体现为特定的刑罚量,否则就蜕变为基准刑。量刑基准也不宜从宏观上指挥量刑,否则就等同于量刑原则。量刑基准既不是特定刑量的计算程式或起算基点,也不是支配量刑全过程的抽象原则或基本规则,而是上承量刑原则、下接量刑要素的指导原理和方法准则。因此,“广义说”基本可取。量刑基准应当是指为阐明责任和预防的关系、明确量刑情节的范围以及确定量刑情节的评价而由刑法明确规定的或由理论归纳出的指导原理或适用准则。

大陆法系刑法学者一般认为,量刑基准的理论就是处理责任和预防关系的理论。<sup>[5]</sup>即使将这一论断切换至我国刑法理论语境下,也同样成立。<sup>[6]</sup>量刑时必须在考察责任和预防关系的基础上,分配给责任人适当的刑罚。换言之,处理责任和预防的关系,就是处理责任刑和预防刑的关系。所谓责任刑,是指与责任相适应的刑罚。这里的“责任”是广义上的责任,即量刑责任,其大小由违法性的程度和有责性的程度共同决定;而违法性和有责性反映了行为的客观危害和行为人的主观恶性,体现的是罪行轻重;社会危害性正是客观危害和主观恶性的有机统一,能够决定罪行的轻重;所以,与责任相适应的刑罚就是与罪行相均衡的刑罚。所谓预防刑,是指预防犯罪所需要的刑罚。这里的“预防”包括一般预防和特别预防,但两种预防的必要性很可能不一致。一般预防刑主要由责任刑决定,特别预防刑主要由人身危险性决定。所以,假如不能协调社会危害性与人身危险性之间的关系,将无法实现量刑公正。

我国长期以来存在较为严重的量刑偏差问题,这成为量刑规范化改革的主要原因之一。为更加切实有效地推行这项改革,最高人民法院制定了《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《量刑指导意见》)。然而,其中规定的量刑步骤<sup>[7]</sup>存在以下不足:首先,仍以价值判断为主,不利于实现量刑均衡;其次,在确定量刑起点之前缺少前置程序,不利于有效制约法官的自由裁量权;最后,在确定基准刑之后欠缺过渡阶段,不利于合理引导法官的自由裁量权。本文认为,德、日等国的量刑基准理论对我国的量刑规范化改革具有重要的借鉴价值,可以适当地吸收其研究成果,局部调整现行的量刑步骤,以构建科学的量刑方法论。

## 二、“幅的理论”与“点的理论”的基本内容

近年来,大陆法系国家(地区)的量刑基准理论主要有“幅的理论”与“点的理论”两种。<sup>[8]</sup>

### (一)“幅的理论”的基本内容

所谓“幅的理论”(Spielraumtheorie),又称为“责任范围理论”(Schuldrahmentheorie)或“活动空间

[4] 参见周光权:“量刑基准研究”,载《中国法学》1999年第5期,第128页。

[5] 参见[德]C. Roxin:《刑法における責任と予防》,宫泽浩一监译,成文堂1984年版,第115页以下;[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第1047页以下;[日]川崎一夫:《体系的量刑論》,成文堂1991年版,第83页以下;[日]城下裕二:《量刑基準の研究》,成文堂1995年版,第109页以下。

[6] 参见高铭暄主编:《刑法学原理》(第3卷),中国人民大学出版社2005年版,第212-213页。

[7] 《量刑指导意见》规定的量刑步骤是:(1)根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点;(2)根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实,在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑;(3)根据量刑情节调节基准刑,并综合考虑全案情况,依法确定宣告刑。

[8] “位置价值说”(Stellenwerttheorie)已失去市场,故不赘述。

理论”，简单说来，其主张责任刑是有幅度的，法官应当在这种幅度范围内考虑预防犯罪的目的，并决定最终刑罚。19世纪黑格尔学派的刑法学者贝尔纳（Albert Friedrich Berner）被认为是该理论的创始人。他认为，关于刑罚理论，在以报应的观念为基础的同时，还要考虑威吓和改善的目的，即采取“并合说”。但是，根据报应所要求的刑量和根据威慑、改善所要求的刑量不一致，表面上会产生矛盾。解决这一矛盾的正是“幅的理论”。

贝尔纳在1845年发表的一篇论文中写到：“在量（Maß）的概念中，某种量（Quantität）具有这样的意义，即存在不失去其所包含的质的概念的可增减的一定幅度（Spielraum）……但是，无论何时，最后，只要不伴有质的变化，就仍然表现为维持量的临界点。尽管刑罚的感受性痛苦（sinnliches Leiden）的量有所增减，但还是限于真正报应的、正当的刑罚……某一罪犯是被处以1002天的重惩役还是被处以1003天的重惩役，对于正义的概念、公民的报应意识而言，并不重要。但是，报应的量的确存在于民众意识之中。在此，会出现某种临界点，民众感情，不，甚至罪犯本人必定指出‘这一刑罚过重或过轻，因而是不正当的’。各种立法的大部分被容许在最大刑量和最小刑量之间存在一定幅度的相对确定的刑罚规范所占据，这就是上述意义的量的概念在起作用……刑罚不仅能够以改造（罪犯）、维护公共安全等为目的，而且应当以此为目的——不过，为实现这些目的，刑罚可能时重时轻，这仅限于正义即绝对的刑量的允许范围内。”〔9〕

在此，贝尔纳通过分别思考立法阶段的量和裁判阶段的量，指出量是有幅度的，幅度大小由报应观念决定。在实现报应正义所需的刑罚幅度内，积极地考虑威吓和改善的目的之后推算出具体的刑量。此后，随着“并合说”逐渐成为德语圈国家有关刑罚目的论或刑罚的正当化根据理论的通说，“幅的理论”也在量刑理论和量刑实务中处于支配地位。虽然对于“并合说”依然存在着各种批判，但对“幅的理论”在瑞士、奥地利、日本、我国台湾地区流行几乎没有影响。

该理论自被提出以来，历经百余年的讨论，具有十分丰富的内涵。大体而言，它具有以下四个方面的特征。

#### 1. 反映了相对的报应刑论或并合主义的观点，意图在责任报应和预防犯罪之间取得平衡

根据贝尔纳的论述，“幅的理论”确实是以“并合说”为前提的。对此，施彭德尔（Günter Spendel）作了更加详细的说明。他指出，量刑时，通常不能推导出绝对正确的、唯一的刑罚。对于具体的犯罪而言，与作为“正当报应”的一系列害恶的量（eine Reihe von Übelsquanten）相适应的幅度是存在的。但是，这种不明确性不仅源于实际确定刑罚内容的困难性，而且是因为理论上的事物本质所包含的理性。原因是，法官从宽处罚应该予以宽大处置的犯人、从严处罚法秩序应当警惕的犯人，可以在承认行为与行为人密不可分的相互关系的范围内加以考虑。自由刑的特性在于以下这点：考虑威吓、教育、保安这些所谓次要的刑罚目的，在被报应原理所承认的幅度范围内获得。〔10〕这样，“幅的理论”就提供了“解决量刑中的刑罚目的二律背反的基准……朴素地反映了相对的报应刑论，即报应和预防应当总是并存的并合说的立场”〔11〕

因此，“幅的理论”不仅是关于量刑基准的理论，也是与刑罚的正当化根据密切相关的理论。

〔9〕 转引自〔日〕阿部纯二：“刑の量刑の基準について（中）”，载《法学》1977年第41卷第1号，第2页。

〔10〕 转引自注5城下裕二引书，第85页。

〔11〕 〔日〕冈上雅美：“責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（一）”，载《早稻田法学》1993年第68卷第3、4号，第93页。

## 2. 刑罚必须与责任相适应,责任具有刑罚限定机能

“幅的理论”主张,刑罚不能超出责任的范围,进一步而言,刑罚应与责任相适应。但是,如何理解责任刑的含义,需要结合刑罚目的和责任机能详细考察。对此,理论上存在“责任上限说”和“责任基础说”的对立。前者认为,根据消极的责任主义的要求,量刑时应当贯彻“不能科处超出责任的刑罚”的主张;根据规范责任论,责任是针对个别行为的非难可能性。鉴于责任和预防依旧是对立的概念,不应采取用预防为责任提供根据的理论构造,而应以此为前提,并在可罚的责任论中展开。量刑判断是在确定以规范性责任为前提的可罚性责任后,将与之相对应的刑罚作为上限,在此限度内考虑特别预防和一般预防。<sup>[12]</sup> 后者认为,量刑中报应刑或责任刑的优位,一般都承认责任主义。责任主义无非是维持与个别犯罪行为的严重性相均衡的刑罚公平的原则。量刑时只能间接地考虑一般预防的作用,允许超过责任刑考虑特别预防的必要性仅限于例外情况。反之,即使行为人没有再犯可能性,原则上也只在责任刑的幅度范围内考虑特别预防的效果。<sup>[13]</sup>

根据“责任上限说”,责任不为刑罚提供根据,只是刑罚的前提条件;责任概念的主要作用,是防止过度考虑预防目的的刑罚限定机能;由于最后的刑罚取决于预防犯罪的必要性,当然承认低于责任的刑罚;预防性考虑的内容应该重视特别预防,一般预防仅是刑罚的反射效果。而根据“责任基础说”,责任具有为刑罚提供根据的机能,而且,在刑罚不能超出责任这点上维持了责任的刑罚限定机能。可是,本来意义上的责任主义即为消极的责任主义,责任只应具有刑罚限定机能;把责任作为量刑的基础,不能直接归结为消极的责任主义;责任是刑罚的前提条件而非其根据,有责任并不意味着非要判处与之相应的刑罚。

因此,“责任上限说”是可取的。

## 3. 责任刑客观上以幅度的形式存在

根据“幅的理论”,责任刑当然表现为一个幅度、一种区间或一定度量。但是,如何把握幅的性质或根据,学理上有“认识困难说”和“事物本质说”的争议。前者认为,由于人类认识能力的局限性,无法将责任作为一个点来把握。换言之,由于难以准确找到责任刑的上限和下限,所以不得不承认其界限值经常变化。德国学者诺伊曼(Ulfrid Neumann)就指出,责任相当刑的领域形成曲线,其顶点正确显示了与责任相当的刑罚。这是因为,责任相当刑与不相当刑之间的变动领域或多或少只能由责任相当刑形成,低于责任相当性的刑罚相比高于责任相当性的刑罚,更有可能存在。某一地点的刑罚的责任相当性程度,根据距离责任相当刑罚的准确原点(Nullpunkt)的远近来判断。<sup>[14]</sup> 后者认为,责任刑本来只能作为幅度存在,因为刑罚这种感觉性痛苦只要符合公民的报应意识,就是正当的。德国学者罗克辛(Claus Roxin)就主张,刑量不是从一开始就作为点被决定,而是仅在具有一定幅度的范围内具有经验的现实性。原因在于,即使向实务经验、学识丰富的法官询问,某一案件中与责任的量相应的是十个月零两周的自由刑,还是十个月零三周的自由刑,他也不能回答。因为,若要更合理地发现责任刑,其结局不得不以正义的感觉(Gerechtigkeitsempfinden)为线索而量定。该法官充其量可以说,九个月到十二个月的自由刑是相当的,在此范围外的某种较轻制裁和较重制裁危及科刑的统一基准,

[12] 参见[日]浅田和茂:“量刑基準”,载前野育三、齐藤丰治、浅田和茂、前田忠弘编:《量刑法の総合的検討》(松冈正章先生古稀祝贺论文集),成文堂2005年版,第36-37页。

[13] 参见[日]井田良:“量刑理論の体系化のための覚書”,载《法学研究》1996年第69卷第2号,第295-301页。

[14] 转引自[日]本庄武:“刑罰論からみた量刑基準(1)”,载《一桥法学》2002年第1卷第1号,第194页。

损害正义。<sup>[15]</sup>

其实,“认识困难说”和“事物本质说”都不否认发现责任量的具体数值的难度,也都尽量排除极端与责任不均衡的刑罚,区别仅在于,前者是从认识论的角度把握责任刑的幅度,后者是从存在论的角度来把握责任刑的幅度。根据法官的实务体验和量刑构造,既然难以在数量上确定责任刑的上下限,就只好在经验上暂时承认它以某一幅度的形式存在。

4. 在责任刑幅度的范围内存在不止一种与责任相适应的刑罚,并只能在其中考虑预防犯罪的目的

德国学者德雷埃尔(Eduard Dreher)在分析德国联邦法院相关判例的基础上,归纳出了“幅的理论”的具体内容,其中包括:在与责任相适应的刑罚的上限和下限划定界限的范围内,存在几个与之相应的刑罚;特别预防、一般预防的刑罚目的只能在与责任相适应的刑罚幅度范围内选择具体刑罚时,发挥其机能,而且,可以接近或达到其最上限和最下限。<sup>[16]</sup> 简言之,这种幅度体现了责任和刑罚之间的一种模糊对应关系,限制了责任刑的活动空间。例如,行为人出于大义灭亲的动机而将他人杀害,根据《德国刑法典》第212条之规定,其最高可被判处终身自由刑,最低可被判处5年自由刑。鉴于该杀人行为的违法性程度和有责性大小,过去有的法官处以11年自由刑,还有的法官处以13年自由刑,甚至有法官处以15年自由刑。由于一时很难确定责任刑的轻重,所以,承办法官可以认为,从11年自由刑(责任刑的下限)到15年自由刑(责任刑的上限)包含了所有与责任相适应的刑罚。在这一广泛的幅度范围内,根据第46条的规定,法官在考虑行为责任反映的一般预防必要性以及行为动机、行为人的履历、行为后的态度等反映特别预防必要性的因素后,再确定最后的宣告刑。除非案情极其特殊或法律有例外规定,原则上刑罚目的的考虑不能脱离责任刑幅度的范围。

## (二)“点的理论”的基本内容

所谓“点的理论”(Punktstheorie),又称为“点刑罚理论”(Theorie der Punktstrafe)或“点刑罚论”,该理论主张责任刑是一个点,法官只能在不过分偏离这一点的范围内根据预防犯罪的目的修正责任刑,并决定最终的刑罚。关于如何把握与每种行为的严重程度相适应的特定刑罚,学者间存在不同认识。加拉斯(Wilhelm Gallas)主张,应当努力寻找责任刑的点的“近似值”;海因茨(Ernst Heinitz)指出,尽管责任刑是“唯一的存在”,但我们的认识能力对此不能明确判定;德雷埃尔认为,作为点的责任刑构成刑罚的“核心”。<sup>[17]</sup> 这表明,责任刑的点只是相对而言的,而非是绝对确定的。在某个刑罚点的附近,仍然存在着考虑刑罚目的的空间。

值得强调的是,“点的理论”也可用来解释1958年《德国刑法典》(草案)、1966年《德国刑法典》(选择性草案)以及现行《德国刑法典》中关于量刑基准的规定。所以,它虽然不能代表学说和判例的主流,但也得到了不少学者的青睐。

尽管目前没有发现明确采用该理论的判例,但其特征也可归纳为以下四点。

### 1. 曾经以绝对的报应刑论为根据,如今与目的主义结缘

同“幅的理论”一样,“点的理论”既是量刑基准论的题中应有之义,也与刑罚的基础理论紧密关联;与“幅的理论”不同的是,“点的理论”并非从一开始就以相对的报应刑论为基础,而是通过排除责

[15] 参见注5 C. Roxin 引书,第120-121页。

[16] 转引自注5 城下裕二引书,第89页。

[17] 参见注5 城下裕二引书,第90-91页。

任报应思想以及重视责任和预防的关系,才与并合主义发生联系。过去,绝对的报应刑论一贯根据责任决定量刑,即采用“点刑罚论”。但是,是否赞成“点刑罚论”事实上与采用报应刑论之间没有关系。<sup>[18]</sup>原因在于,现在的“点的理论”并不一定只根据形而上学的责任报应的观点予以主张。一方面,责任刑的根据由与报应和赎罪割裂的预防目的来说明,具有非常重要的意义,例如积极的一般预防论的兴起以及积极的特别预防论的出现。在此意义上,承认“点的理论”等于排除预防目的的图式不成立。另一方面,对与责任刑无关的预防目的的某些问题的回答,并不确切。例如,出于单独的威慑而预防犯罪或为充分改造行为,需要何种程度的刑罚?对于这种预防目的知识的幻想破灭,虽然降低了与责任割裂的预防目的(如消极的一般预防)的地位,但相对地提高了责任刑的地位;而且,也与在预防目的之中,强调同责任关系密切的预防目的(如积极的一般预防)的立场有关。<sup>[19]</sup>因此,即便采取“点的理论”,也完全可能以相对的报应刑论或并合主义为根据。

### 2. 刑罚还是应该同责任相适应,但责任刑沦为思维上的逻辑起点

“点的理论”并不否定责任刑的存在意义和责任的刑罚限定机能,但由于在某个确定的点上追求与责任相适应的刑罚,所以,责任刑的实践价值就发生了变化。详言之,该说的一大特色在于,量刑责任占据的地位降为观念上的起点,把作为终点的具体的刑量决定委之于预防目的。对此,应当提出下列疑问:所谓观念上的起点能否在算术的意义上确定,或者是否只能在感觉上捕捉?制约最终预防性考虑的责任方向是否已经在这一起点时被弄清?于是,科处与责任相适应刑罚的起点就降低。<sup>[20]</sup>也就是说,确定与责任相适应的特定刑罚点,是合理决定最终刑量的当然前提。法官在实务上所判处的刑罚,只能将宣告刑决定于一点上。缺少作为点的责任刑,最后的刑罚很可能明显超出点的近似值。《德国刑法典》第46条第1项通过规定量刑的“基础”,实际上也就明示了量刑观念上的起点乃是行为人的罪责。立足于相对的报应刑论的立场,考虑预防犯罪的目的不得过于偏离点的容许范围。因此,行为责任构成量刑的基础或量刑的起点,确定某个具体的责任刑的点之后,在其周边考虑预防目的,完全符合“点的理论”。

### 3. 责任刑是一个点,客观上以精确的点的形式存在

根据“点的理论”的基本内容,常常是只有准确地(作为点)被决定的刑罚能够与罪责相适应。该理论的主张者承认基于一定限度内的相当程度的刑罚可能有各种见解,但是,对于他们而言,不存在事物本身的理由,而是以人类认识能力有限为根据。换言之,根据论者的观点,在理论上,不同轻重的刑罚不可能与同样的责任程度相适应。<sup>[21]</sup>可见,即便是“点的理论”也不得不面对这样的现实:“用主观的说服力来探求这一‘正确的’刑罚看起来几乎是不可能的。”<sup>[22]</sup>所以,从认识论的角度来看,法官在量刑时很难确定责任刑的点,充其量只能找到一个放大的点或模糊的点。然而,“点的理论”又坚持认为,特定的责任刑的点在实务中的确是存在的。不能因为主观上无法认识那个点,就否认其客观存在。所以,从存在论的角度来看,无论如何,最终的刑罚都必须表现为一个点。因此,“点的理论”的支持者通过区分认识论的问题和存在论的问题,不仅在一定程度上论证了该说的合理性,而且为在责任

[18] 参见注14引文,第196页注(58)。

[19] 参见注11引文,第93-94页。

[20] 同注14引文,第200页。

[21] 转引自注5 C. Roxin引书,第119页。

[22] 同注5 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特引书,第1051页。

刑的限度内考虑预防目的创造了前提。

#### 4. 在不过分偏离作为点的责任刑的伸缩范围内,可以考虑预防犯罪的目的

“点的理论”蕴藏着否定刑罚目的的可能性,这是不争的事实。换言之,严格贯彻该说时,只会通过考虑责任的观点来量刑,完全排除预防性的考虑。但是,这同考虑刑罚对行为人将来生活的影响的规定矛盾。而且,广义的量刑是包含刑罚执行状态的可归于行为人的整体法律效果,对此,已经不能采取完全排除预防性考虑的纯粹立场。因此,对“点刑罚论”予以分类的见解,就承认某些情况下进行预防性考虑的余地。例如,阿图尔·考夫曼认为,法官判断责任相当刑时,传统要素即习惯、风俗、法官习俗也发挥作用,其中,刑罚不仅根据责任的程度,而且根据不法的程度和结果的严重性、预防的观点和行为后的态度等决定的思想牢牢地占据其位置。在量刑领域,责任主义的实现不能越过自由的界限。凡是脱离现实的教条主义,只会导致错误的幻想。绝对意义上的责任刑是我们常常以近似的方法才能找到的理想。<sup>[23]</sup> 笔者认为,只要“点的理论”以并合主义为根据,就不会否认刑罚目的存在的合理性。在与责任点相似的刑罚周围或作为点的责任刑的辐射半径内,能够进行预防犯罪的考虑。这里的“周围”或“半径”,需要根据罪刑法定原则、消极的责任主义和公民的正义观念予以限制。

### 三、“幅的理论”与“点的理论”的对立

在“幅的理论”与“点的理论”分庭抗礼的过程中,相互之间展开了激烈的论战,直到今天,争论仍未平息。

#### (一)对“幅的理论”的批判

如上所述,“幅的理论”的可取之处主要表现在适当地限制法官的自由裁量刑罚权,促进量刑过程的科学、公开和平等,切实贯彻责任主义和目的主义,提供消除责任和预防矛盾的适用基准等方面。不过,它也受到了来自“点的理论”的诸多责难。

##### 1. 以法官的认识能力有限而无法确定责任刑的点为由,主张其客观上是一个幅度,论据不充分

对此,赞成“点的理论”的阿图尔·考夫曼在其著作《责任原理》中有一段精辟的论述:“责任是形而上学的现象。因而,不管什么理论,都不能提出有利于得到绝对正确刑罚的量的原理。在具体的场合,什么样的刑罚是正当的不能用责任的合理手段清楚地确定,其大部分依然属于传统的量刑实务问题……但是,形而上学的认识的不明确性,并不意味着形而上学的对象的不明确性。因此,不允许由于不能明确地确定责任的程度,就一般地不确定责任刑的轻重,而只是确定或多或少的‘幅度’——‘这是下限,它已经与责任相适应,而且其上限也与责任相适应’……这种‘幅的理论’混淆了问题认识论的一面和存在论的一面。”<sup>[24]</sup> 易言之,法官能否在主观上认识到责任刑的点,属于认识论的问题;在客观上是否有这个点,则属于存在论的问题;不能以认识论的思考代替存在论的实际,否则就无法科学理解责任刑的性质。

##### 2. 以责任刑本来就是一个幅度为由,论证“幅的理论”的妥当性,实际上没有正确把握责任的实体

虽然赞成“幅的理论”的罗克辛教授以法官的经验感觉为据,证明司法实务中精细的责任刑的点

[23] 参见注14引文,第198-199页。

[24] 转引自[日]阿部纯二:“刑の量刑の基準について(下)”,载《法学》1978年第41卷第4号,第62页注(17)。

没有存在空间,但是,法官的实务体验既来自日常生活,又有其自身特点。而且,后者更能揭示量刑判断的性质。一方面,日常生活的价值判断是量刑判断的前提。日本学者井田良就认为,“在一定的情况下,为判断是‘浪费’还是‘吝啬’,从数量上确定需要支付多少钱,在原理上是不可能的。同样,对于同责任相适应的‘相当的’、‘正当的’刑罚,也必须认为存在量的‘容许区域’”。<sup>[25]</sup> 于是,社会生活的普遍经验可被用于量刑过程中。但另一方面,日常生活的价值判断毕竟有别于量刑判断。日本学者本庄武就指出,“这一问题不是日常生活的价值判断,而是要求正确认定的刑事裁判场合的话题。关于被转化为刑罚这种实态的责任,不应当使用与平时相同标准的不稳定的概念,因为这与被告人争取量刑判断的权利有关……进而,评价、理解责任的规范责任论在许多场合以心理责任论为前提,即评价对象是被假想的。责任只能作为幅度而存在的主张,难以得到支持”。<sup>[26]</sup> 可见,社会生活的普遍经验不能取代特殊的量刑思维。尽管心理责任论体现了刑法中的责任与平常心理事实之间的联系,但这不足以成为主观归责的根据。规范责任论发现了责任与规范之间的关系,为规范评价奠定了理论根据。既然心理上的事实评价无法替代规范上的价值评价,那么,无论是一般人的经验感觉抑或法官(他也是人)的经验感觉,都不能用来说明幅度存在的客观性。

### 3. 尽管作为幅度的责任具有刑罚限定机能,但能否充分制约预防必要性的考虑,尚有疑问

若将责任刑视为一个幅度,其中就自然存在各个与责任相适应的刑罚点。而且,这些责任相当刑不分先后,能否被用于确定幅度的上下限及其范围,完全取决于法官的个人裁量。所以,责任刑的幅度是不固定的,这加大了约束预防犯罪的目的的难度。其实,在学说中,虽然有学者支持“幅的理论”,却又承认特殊情况下可以突破责任刑幅度的上限和下限。例如,井田良主张,在明确承认有必要推动再犯防止或保安的例外场合,允许超过责任刑决定刑罚;在明显没有再犯可能以及必然产生收容于设施中的负面效果时,也可以低于责任刑而量刑。<sup>[27]</sup> 在实践中,尽管有判例采纳“幅的理论”,但也不否认在责任刑的幅度之外量刑的可能。例如,德国联邦法院第五刑事部 1954 年 11 月 10 日判决(BGHSt 7,29)在抽象的责任幅度中,预先确定明显超过作为法定刑上限的无期徒刑的某种刑罚,以便为对限制责任能力人减轻刑罚后还能处以法定最高刑留有余地。而第二刑事部 1985 年 11 月 8 日决定(BGH NJW 1986,1476)表明,量刑时考虑诱惑侦查这一特殊情节,判处低于责任程度的刑罚,是合法的。因此,“幅的理论”形式上遵守了责任主义,实质上破坏了责任主义。特别是不明确的责任刑上限,如何发挥其刑罚限定机能? 诺伊曼指出,“不把责任刑的上限确定于一点,就不可能具有刑罚限定机能”。在此,“幅的理论”必须面临一种二者择一的相互对立:要么放弃责任的刑罚限定机能,要么承认可以将责任刑的上限确定在一点上。<sup>[28]</sup> 即使可以容忍责任幅度以下的刑罚,“幅的理论”对责任刑上限的刑罚限定机能也难以自圆其说。

4. 与对责任刑幅度的约束力的怀疑相关,认为可以通过在其中考虑预防目的而把刑罚决定在某个点上的想法,也许过于乐观

“点的理论”的主张者之所以有此疑问,是因为出于对人类关于预防目的的知识相当有限的担忧。首先,不管根据积极的一般预防还是根据消极的一般预防,决定具体的刑量在现阶段完全近于幻想。

[25] [日]井田良:“现代刑事法学的观点”,载《法律时报》1992年第64卷第9号,第84页。

[26] 同注14引文,第193页。

[27] 参见[日]井田良:“量刑理论与量刑事情”,载《现代刑事法》2001年第21号,第37-38页。

[28] 参见注11引文,第94-95页。

其次,无论采取积极的特别预防或者采取消极的特别预防,现有的知识储备也难以将刑罚确定在一点上。最后,假如想在“幅的理论”之下确定最终刑量的点,就需要对有关量刑责任的情节和有关预防目的的情节进行极为详细的论述。但是,这同样面临量刑知识不充分的困境。<sup>[29]</sup> 所以,在责任刑的幅度中根据预防目的决定宣告刑的点的理论构造,可能无法被司法实践所采纳。而且,按照“责任刑是一个幅度”来推论,“预防刑则更是一个幅度……在责任刑的幅度内考虑特殊预防刑,仍然是在幅度内考虑一个幅度,只能得出不定期刑的结论……诚然,‘幅的理论’主张者并不主张不定期刑,但是,‘幅的理论’将原本有确定的点的责任刑变成幅度,然后由原本没有确定的点的预防刑来决定点,存在方法论上的缺陷”。<sup>[30]</sup> 因此,若要实现公正的量刑,必须先解决确定预防刑的问题。

## (二)对“点的理论”的批判

较之于“幅的理论”,“点的理论”也有自身的优势:它以合理决定最终刑罚的点为目标设计理论,提倡尽可能地把责任刑具体化,能够有效发挥责任刑上限的刑罚限定机能,将更有利于限制法官的自由裁量刑罚权。当然,它也承受着来自“幅的理论”的猛烈抨击。

### 1. 既主张应当确定精准的责任刑的点,又承认可以找到责任刑的点的近似值,有自相矛盾之嫌

的确,“点的理论”认为理想中的责任刑是作为点而客观存在的,现实中的责任刑最多只能接近这一点。前者属于存在论的范畴,后者属于认识论的范畴。这表面上看起来很有说服力,但实际上是以先验论和经验论为前提的。而根据辩证唯物主义的认识论,应当从物质决定意识、意识反映物质的原理出发,将认识的发展同实践的发展结合起来,把主观认识过程的辩证法和客观实在过程的辩证法统一起来。因此,单纯从存在论的角度,不能说明责任刑点的存在合理性;仅从形而上学的反映论的角度,亦无法在人的头脑中创造性地再现责任刑的点。正是由于哲学观上的缺陷,“点的理论”一方面积极寻找具体的责任刑的点,意图使客观现实能被直观地反映到主观认识中;另一方面又无奈地宣布找不到这样的点,因为脱离实践的主观认识达不到纯粹的概念演化的高度。这样,“点的理论”等于是在自欺欺人。

### 2. 把责任作为量刑过程中观念上的起点,尽管不违反“点的理论”的初衷,但已开始具备“幅的理论”的思维

可见,“点的理论”所强调的刑罚点并非那么纯粹,它依然以责任相当刑为前提。在“幅的理论”看来,责任相当刑是有幅度的,换言之,之所以认为责任相当刑是形成范围的根据,是因为“不能准确地决定”与责任相当的刑罚。<sup>[31]</sup> 然而,按照“点的理论”的逻辑,责任相当刑可以转换为点的容许值,应该在这个点的取值限度内考虑预防目的。于是,责任刑的点就不成其为一个能够准确决定的“点”,而变为一个不能准确决定的“幅度”。例如,某非国有企业工作人员利用职务之便侵占本单位财物7000余元,在不存在别的犯罪构成事实的情况下,不同的法官可能把责任刑确定在7个月有期徒刑、9个月有期徒刑或11个月有期徒刑等各个点上。这不正好表明,从7个月徒刑(责任刑的下限)到11个月徒刑(责任刑的上限)范围内的每个刑罚点,都是与责任相当的吗?

### 3. 允许在责任刑点的容许范围内考虑预防犯罪的目的,但没有说明如何确定预防刑的点,从而难以避免“幅的理论”的窘境

如果将“点的理论”贯彻到底,那么,不仅要确定责任刑的点,而且要确定预防刑的点。只有这样,

[29] 参见注11引文,第95-96页。

[30] 张明楷:“责任主义与量刑原理——以点的理论为中心”,载《法学研究》2010年第5期,第132页。

[31] 同注14引文,第193页。

法官最后判处的宣告刑的点才是正确的。可是,关于怎样把预防刑决定在一点上,“点的理论”语焉不详。若该说不反对确定预防刑的点,则要投入巨大的精力去研究关于预防目的的性质和程度的量刑情节;若该说不主张预防刑是一个点,则会陷入“幅的理论”的窠臼。易言之,把预防犯罪所需要的刑罚视为一点,将面临比“幅的理论”更大的风险;把预防犯罪所需要的刑罚视为一个幅度,将面临与“幅的理论”同样的挑战。因此,在责任刑点的弹性系数范围内,不论是确定预防刑的点,还是确定预防刑的幅度,都未必能更有效地发挥责任的刑罚限定机能。这样看来,不能迷信责任刑点的上限对预防刑的限制机能。

#### 四、“幅的理论”与“点的理论”的调和

自从这两种学说问世以来,就有学者努力将其调和。例如,德国学者亨克尔(Heinrich Henkel)正是基于这种考虑,提出了“位置价值说”。虽然他的尝试没有成功,却提供了一种解决问题的思路。<sup>[32]</sup>根据本文第二、三部分的分析,“幅的理论”与“点的理论”并非完全绝缘,而是存在以下共通之处。

##### (一)根据相同

众所周知,“幅的理论”以相对的报应刑论为根据,希望能够协调责任与一般预防、特别预防之间的关系。对此,耶赛克认为,“综合理论试图调和绝对理论和相对理论……综合理论的刑罚概念也是现行法律的刑罚概念……现行刑法典第46条第1项就是建立在综合理论基础之上的……很久以来,德国法院的判例同样追随综合理论……判例为了在罪责抵偿目的和特殊预防目的之间制造平衡和协调,发展了所谓的‘活动空间理论’”。<sup>[33]</sup>“点的理论”有新旧之分,旧说以绝对的报应刑论为根据,新说以相对的报应刑论为根据。现在,不会再有学者主张,只根据责任评价决定具体行为的刑罚点是合理的。认为“点的理论”容易导致刑事政策的倒退,或过于轻视刑事政策的观点,也是不正确的。<sup>[34]</sup>因此,“幅的理论”和“点的理论”的对立并不等于相对的报应刑论和绝对的报应刑论的对立。

##### (二)前提相同

“幅的理论”以责任相当刑为前提,认为与责任相适应的刑罚是一个幅度。因为不能准确决定责任刑的点,所以只好把它推测为一定的幅度。法官根据自己的实务经验,可以在某一幅度的责任刑内适当地量刑。“点的理论”也以责任相当刑为前提,不同的是,它认为与责任相适应的刑罚是一个点。但是,要求法官精确地找到责任刑的点,显然是强人所难。于是,只得退而求其次,在结果上接受一个不那么精准的责任刑。该说的支持者自己也承认,不能脱离现实去幻想能够确定具体的责任刑的点。即使可以找到,往往也只能处于这个点的模糊地带。所以,作为点的责任刑只应是相对的,而不应是绝对的。这也是为什么“点的理论”的根据从绝对的报应刑论变为了相对的报应刑论。那么,责任刑的幅度可以理解为各个点的近似值的集合,相对意义上的责任刑的点可以理解为一个浓缩的幅度。因此,“幅的理论”和“点的理论”的对立也不等于责任刑的幅度和责任刑的点的对立。

[32] 他在批判“幅的理论”和“点的理论”的基础上,提出责任刑应该由法官的评价行为形成。这意味着,“位置价值说”开辟了以上两种学说之外的第三条道路。德国学者霍恩(Eckhard Horn)也主张,“位置价值说”与认为责任是幅度还是点的争论没有直接关系。转引自注14引文,第202页注(75)。

[33] 同注5 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特引书,第95、97、98、1051页。

[34] 参见注5 川崎一夫引书,第85-86页。

### （三）构造相同

毋庸置疑,“幅的理论”和“点的理论”都是处理责任和预防关系的学说,其思维顺序同为:首先确定责任刑,然后用预防刑调整责任刑,最后得到宣告刑。这意味着,它们的理论构造大体相同,行为责任和预防目的都是量刑基准。详言之,“幅的理论”主张,责任是量刑的基础,责任幅度是量刑的线索。“在这种责任幅度的范围内,也就是说,只要不高于或低于责任的程度,被允许的预防目的——犯人的再社会化、治安、威吓、规范的强化——可以被考虑。”<sup>[35]</sup>诚然,“点的理论”曾经严格区别责任和预防,但在得出最终刑量过程中的任何阶段,都不介入预防判断。<sup>[36]</sup>不过,它现在也不否认责任是量刑的基础,尽管把与责任相适应的刑罚作为“点”理解,但其认为,“在限于刑罚核心的责任刑的范围内”,即不过分偏离责任刑的范围内,可以根据预防性考虑修正作为“点”的刑量。<sup>[37]</sup>1969年新《德国刑法典》总则第一报告书就持这一见解。因此,“偏离与责任相抵的、作为点的刑量的容许范围,通常与‘幅的理论’所谓的幅度相同”。<sup>[38]</sup>显而易见,两种学说在以责任刑为基础,在其限度内根据预防性考虑确定最终刑罚这点上,是一致的。

### （四）任务相同

刑法学者之所以费尽思量研究有关量刑基准的理论,乃是为了当责任刑和预防刑不一致时,消除各种刑罚目的之间的矛盾,最终处以公正的刑罚。尽管现代法治国家普遍在刑法中规定相对的不定期刑,但罪刑法定、责任主义、刑法谦抑等基本原则都不会容忍法官对被告人判处不定期刑。<sup>[39]</sup>所以,只要没有特殊规定,最后的宣告刑必定是一个点。“幅的理论”对此也不反对。根据该说,虽然在责任刑的幅度中不能具体确定预防犯罪所需要的刑罚,但是,法官绝不会按照责任刑幅度的原样对被告人判刑。不言而喻,即使采用该说,在德国、日本的现行法之下,法官最后也应当将刑量决定在一点上。<sup>[40]</sup>“点的理论”对此更应赞同。根据该说,虽然在责任刑点的周边同样很难确定为了预防犯罪需要偏离点的程度,但法官也不会满足仅以点为核心确定上限和下限之后,就这样对被告人宣告刑罚。因此,两种学说在试图通过准确确定责任刑和预防刑,以决定唯一的宣告刑这点上,也是一致的。

综上所述,可以得出如下结论:

第一,关于两种理论对立的学术价值。根据有关量刑基准的规定,无论是根据“幅的理论”还是根据“点的理论”,都能排除极端不合理的刑罚,得出基本相同的结论。这也不难理解,为何有学者主张这两种学说的争论实际上是没有意义的,<sup>[41]</sup>仅仅是说明方法的不同。<sup>[42]</sup>

第二,关于两种理论调和的具体方法,对此,有论者基于若不能认识一定的责任量,就不能认识幅度的范围这种问题意识,针对“点的理论”否定客观上特定的点不存在之后,又对“幅的理论”提出疑

[35] [德] Franz Streng:“ドイツにおける量刑——その概要と現代的課題”,井田良、小池信太郎译,载《庆应法学》2007年第8号,第130-131页。

[36] 参见注5川崎一夫引书,第85页。

[37] 参见注5城下裕二引书,第91页。

[38] 同注5 C. Roxin 引书,第143页。

[39] 但少年刑法是个例外。根据《日本少年法》第52条第1项之规定,在对犯罪少年应该处以最长刑期为3年以上有期徒刑或监禁的场所,鉴于其教育可能性和将来性,在上述刑罚的范围内,宣告决定最长刑期和最短刑期的刑罚,即采取了不定期刑制度。参见[日]加藤久雄:《刑事政策学入门》,立花书房1991年版,第269页。

[40] 参见注11引文,第99页注(43)。

[41] 参见注5 C. Roxin 引书,第141页。

[42] 参见注14引文,第201页。

问。也就是说,如果不可能在客观上把握一定的刑量,那么为什么可以认为这一界限量(Grenzgrößen)是客观存在的,就完全不可理解。所存在的仅仅是变化不定的界限(fließende Grenzen)。“幅的理论”仅在其出发点上——换言之,在对具体的行为不存在一定的刑量这点上——是正确的。“量刑是法官创造性的社会形成行为(sozialer Gestaltungsakt)。法官应当根据自己的见解,在法的共同体中考察与责任相适应的刑罚,明确唯一特定的刑罚。他不能满足于幅度的原样。”<sup>[43]</sup>据此,应当以“幅的理论”为起点,以“点的理论”为终点来重新设计处理责任刑和预防刑关系的理论。

第三,只有调和两种理论,才能较好克服“幅的理论”和“点的理论”的弊端。一方面,以前者为起点,是以承认责任刑在客观上是一个幅度及其对预防必要性的限制为前提的。责任刑不得随意超出法定刑的范围,而立法者通常为法定刑规定了具体的幅度。所以,责任刑的幅度不完全来自于人们的经验感觉,而主要取决于法定刑的幅度。简言之,法定刑幅度的客观性决定了责任刑幅度的客观性。而且,在确定责任刑时,作为量刑责任评价对象的违法性要素和有责性要素也是客观存在的。因此,法官并不能任意决定责任刑的轻重,只要重视罪刑法定原则的机能和独立量刑程序的价值,就能实现责任刑幅度的客观性及有效性。通过将“幅的理论”置于量刑全过程中,作为指导量刑主要环节而非量刑所有阶段的根据,可以充分发挥其理论优势,体现其与传统学说的区别。另一方面,以后者为终点,是以肯定宣告刑在客观上是一个点以及影响预防刑情节评价的重要性为条件的。过去的“点的理论”主张,责任刑以点的形式存在,但这既不符合法官的量刑思维构造,也不利于法官合理地裁量刑罚。与其固执地认为责任刑是一个点,不如理性地考虑如何限制责任刑的幅度。于是,对影响预防刑情节的评价应当受到重视。不管预防刑究竟是一个幅度,还是一个点,在裁量预防刑时,都必须考虑各种反映行为人再犯危险性的情节。总之,通过把“责任刑是一个点”修正为“宣告刑是一个点”,表现了其与传统学说的不同;通过对预防刑确定方法的强调,体现了其对传统学说的超越。

第四,关于两种理论调和的研究重点。对此,有学者进一步指出,“在此意义上,虽然承认实际存在的责任是一个幅度,但是法官应该将责任刑确定于一点。所谓责任量不明确的幅度,只是责任刑具体化过程中的思考上的中间产物而已。这样理解的话,根据责任的幅度把责任刑收缩于一点,与根据点的责任的近似值确定责任刑之间,仅存在用语的不同,没有实质的差异……可见,现在的理论状况从‘幅的理论’和‘点的理论’之间的全面争议,转向与其完全不平行的、能否只用责任刑决定刑量的重点讨论”<sup>[44]</sup>

## 五、量刑基准研究对完善量刑步骤的启示

量刑基准的选择和量刑步骤的确定具有相同的目的,适用量刑基准的过程就是落实量刑步骤的过程。《量刑指导意见》首次以规范性文件的形式确立了量刑步骤,将其分为三步:第一步,确定量刑起点;第二步,确定基准刑;第三步,确定宣告刑。由于基准刑是根据全部犯罪构成事实应当判处的刑罚,而责任刑是与社会危害性相适应的刑罚,所以,基准刑大体相当于责任刑。从宏观上看,现行的量刑过程基本符合“以‘幅的理论’为起点,以‘点的理论’为终点”的设计思路;但从微观上看,目前的量

[43] 德雷埃尔的观点,转引自注5城下裕二引书,第92页。布伦斯(Hans-Jürgen Bruns)、弗里施(Wolfgang Frisch)等学者也都认可“责任幅度不过是量刑的中间阶段”(参见注14引文,第96页)。

[44] 同注11引文,第96-97页。

刑步骤未必能处理好责任刑和预防刑之间的关系。

因此,借鉴德、日等国量刑基准理论的研究成果,以调和“幅的理论”与“点的理论”为切入点,对完善我国现行的量刑步骤有以下启示:其一,“幅的理论”和“点的理论”各有利弊,不宜直接照搬其中任何一种理论来创设我国的量刑步骤;其二,由于不可能一开始就精确地找到量刑起点,所以,遵循从“幅度”到“点”的逻辑思维顺序,具有合理性;其三,量刑规范化改革的实践证明,完善量刑步骤的重点应放在准确确定量刑起点而非基准刑上,这体现了德、日等国与我国研究视角的差异;其四,在通常情况下,根据哪些情节能够合理地评价社会危害性和人身危险性;在具体案件中,如何处理好这二者之间的关系,既不使责任刑完全吸收预防刑,又不至于用预防刑全面替代责任刑,这是贯穿量刑全过程的课题,也是量刑步骤操作时必然面临的难题。

### (一)从法定刑幅度到量刑起点幅度

在此,能否准确找到量刑起点,将在很大程度上决定能否正确确定基准刑和合理决定宣告刑。但是,量刑起点并非事实上自始存在或法律上已明确具体数值,而是需要法官根据实践经验和案件情况作出判断。详言之,量刑起点在本质上反映的是一种标准犯罪转化为具体刑量的价值判断,这是一个主观的判断过程。既然是一种价值判断,就会受到价值观、文化传统、社会治安形势、刑事政策等多种因素的影响。<sup>[45]</sup> 所以,在《量刑指导意见》规定的量刑起点范围内,量刑起点的确定仍取决于法官的主观判断,而且,这种判断将延续到基准刑的确定、量刑情节调节比例的确定直至宣告刑的确定中。那么,如何科学地确定量刑起点?

耶赛克曾强调,当通常的刑罚幅度和特殊的刑罚幅度在犯罪构成要件中重叠[例如在抢劫罪(第249条)中,通常的刑罚幅度为1年以上15年以下自由刑,在情节较轻的情况下为6个月以上5年以下自由刑]时,量刑应当分两步进行:首先,法院要决定是否在通常情况的犯罪构成要件、情节严重的犯罪构成要件或情节较轻的犯罪构成要件;其次,才在具体的刑罚幅度内量定刑罚。在决定第一步(确定刑罚幅度)时,判例要求就对量刑有重要意义的所有情况作出整体评价,而大多数理论则认为,刑罚幅度的选择只要考虑与犯罪构成要件的实现直接相关的情况。后一种观点使量刑过程较为透明成为可能,而且与立法者设计的模式相适应。<sup>[46]</sup> 实际上,这种做法类似于确定量刑起点的预备活动,即选择刑罚幅度只考虑与犯罪构成要件的实现直接相关的情况,相当于确定量刑起点之前的与基本犯罪构成事实相对应的法定刑。而德林(Dieter Dölling)亦认为,《德国刑法典》第38条以下已表明了量刑决定的构造,量刑可分为六步:(1)法定刑的寻找;(2)刑种的选择;(3)刑量的决定;(4)刑的具体形态(实刑或缓刑等)的决定;(5)有关刑法上进一步的法律效果(没收等)的决定;(6)最后的综合评价。<sup>[47]</sup> 可见,寻找具体犯罪构成要件对应的法定刑幅度,理应成为量刑活动的开端,这无疑就是以“幅的理论”为起点。然而,仅此就能准确地把握量刑起点吗?

### (二)从量刑起点幅度到量刑起点

必须承认,我国刑法学界对于如何科学设计量刑过程作出了巨大的努力。早在十余年前,就有学者主张,量刑过程就是根据量刑标准对量刑中的事实因素进行评价以确定宣告刑的过程,包括以下几

[45] 参见熊选国主编:《量刑规范化办案指南》,法律出版社2011年版,第39页。

[46] 参见注5 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特引书,第1042-1043页。

[47] 参见[德] Dieter Dölling:“量刑決定の構造”,小池信太郎译,载[德] Wolfgang Frisch、[日]浅田和茂、冈上雅美编:《量刑法の基本問題——量刑理論と量刑実務との対話》,成文堂2011年版,第93-94页。

个步骤:(1)确定刑罚的目的;(2)确定量刑中的事实因素的范围;(3)确定量刑的事实因素的评价方向;(4)对相关的量刑事实因素进行比较衡量;(5)确定量刑的切入点;(6)最终确定刑量、刑种及执行方式。其中,第五步“确定量刑的切入点”是确定“规范的通常事例”中的刑量,寻找出对个案进行量刑的基点。<sup>[48]</sup>这就非常接近量刑起点的确定,前几个步骤就是为确定量刑起点所作的铺垫。可以说,只要较准确地找到这个点,最后的量刑结果不大可能出现偏差。随后,有论者直接参照德国学者齐普夫(Heinz Zipf)的方案,认为量刑分为法定刑探知阶段、责任刑认定阶段和预防刑判断阶段。<sup>[49]</sup>于是,在认定责任刑之前,探寻个别犯罪类型对应的法定刑就非常关键。因为犯罪构成有普通的犯罪构成和派生的犯罪构成之分,两者内含的社会危害性程度不同,与之对应的法定刑也不同。不考虑犯罪构成的类型选择适当的法定刑,肯定会影响责任刑的认定。对此,也有学者根据“点的理论”主张量刑应当采取以下步骤:(1)确定罪名后根据案件的违法与责任事实选择法定刑;(2)暂时不考虑各种法定与酌定量刑情节,初步确定刑罚量;(3)根据影响责任刑的情节,确定责任刑(点);(4)在点之下根据预防必要性的大小确定宣告刑。<sup>[50]</sup>这里第二步中“初步确定的刑罚量”即对应于根据基本犯罪构成事实应当判处的“起点刑”(量刑起点)。尽管笔者主张调和“幅的理论”与“点的理论”,不主张量刑过程中的责任刑是一个点,但该论者用“法定刑”和“责任刑”双向制约“起点刑”的意见,则是妥当的。至此,凭借法定刑和责任刑(基准刑)的双向制约,在寻找正确的量刑起点的道路上,又前进了一大步。

综上所述,若将大陆法系刑法理论中有关量刑构造的见解的最大共性定型化,那就是“以责任为基础,用预防对其进行修正”。量刑的基本构造可概括为“责任大范围的决定与预防的修正”。<sup>[51]</sup>显然,这对构建我国现行的量刑步骤产生了很大影响。笔者认为,由于《量刑指导意见》把定性分析和定量分析相结合的方法引入量刑的各个阶段,所以,仅凭选取适当的法定刑幅度和决定与罪行轻重相适应的责任刑,并不足以从前后两个方向限制量刑起点的范围。换言之,单纯以“幅的理论”为起点的方案存在局限性。既然《量刑指导意见》已对具体犯罪规定了量刑起点幅度,且量刑起点在性质上是排除各种量刑情节的起点刑,那么,法官应该在参考类似判例的基础上,在头脑中拟制出一个具体的刑量。换言之,除了需要法定刑幅度的制约,还要有刑事判例的指导。这里的判例既可以是最高司法机关按照有关规定<sup>[52]</sup>发布的案例,也可以是尚未发布而具有示范性的案例。在量刑步骤中,明确量刑起点的确定必须受到法定刑幅度和同类案件判决的约束,有利于统一相似情况案件的量刑起点,从源头上防止量刑失衡现象的发生。这既是量刑起点从“幅度”到“点”逐步限缩的过程,也是量刑结果逐渐从模糊到精确的过程。

### (三)从拟宣告刑到最终宣告刑

另外,在量刑实务中,量刑情节对基准刑的调节结果并不一定就是宣告刑,有时需要法官运用自由裁量权再次进行调节。所以,量刑情节对基准刑的调节事实上形成的一个拟宣告刑,这很可能是达到最终宣告刑的必经阶段。对此,湖北省高级人民法院制定的《〈量刑指导意见〉实施细则》就增

[48] 参见冯军:“量刑概说”,载《云南大学学报(法学版)》2002年第3期,第35页。

[49] 参见袁爱华:《试论量刑中的责任原则》,中国政法大学2006年硕士学位论文,第27-31页。

[50] 参见注30引文,第141页。

[51] 参见[日]井田良:“量刑決定の構造”,载注47引书,第109页。

[52] 即最高人民法院《关于案例指导工作的规定》和最高人民检察院《关于案例指导工作的规定》。

设了这一步骤。显然,这是以“点的理论”为终点。

#### (四)最终结论

因此,本文认为,《量刑指导意见》规定的量刑步骤应当调整为:(1)根据犯罪构成事实确定法定刑幅度;(2)根据基本犯罪构成事实,并在参考同类案件生效判决的基础上,在相应的法定刑幅度内确定量刑起点;(3)根据其他犯罪构成事实,在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑;(4)根据犯罪构成事实以外的事实调节基准刑,确定拟宣告刑;(5)综合考虑全案情况,确定宣告刑。

### **A Study on Sentencing Criterion in the View of Sentencing Standardized Reform: Based on Improving the Sentencing Procedure Stipulated by Sentencing Guideline Proposal**

Li Guanyu

**Abstract:** “The theory of extent” and “the theory of point” are basic theories on sentencing criterion in Continent Law System. They are not completely conflicted, on the contrary, both of them have the same foundations, premises, structures and tasks. The sentencing procedure stipulated by Sentencing Guideline Proposal had some deficiencies, so it’s necessary to reconcile “the theory of extent” and “the theory of point”, making the former one a starting point and the latter one a terminal point, and to deal with the relationship between penalty for responsibility and penalty for prevention ingeniously so as to further sentencing standardized reform. More specially, the key to improve the sentencing procedure is accurately determining the starting point of sentencing instead of benchmark punishment. Before determining the starting point of sentencing, it should be added to determine the specific criminal elements corresponding to the range of statutory penalty. In determining the starting point of sentencing, the guidance of criminal precedents should be introduced. After determining the starting point of sentencing, the focus is the transition to a final declaration penalty.

**Keywords:** sentencing standardized reform; sentencing criterion; the theory of extent; the theory of point; sentencing procedure

(责任编辑:幸颜静)

# 美国辩诉交易中的有效辩护权

祁建建\*

**摘要:**1970年,美国联邦最高法院将有效辩护权作为辩诉交易中被告人的一项重要宪法权利加以确认,其有利于保障被告人认罪自愿、明知、理性。这一时期有效辩护的判断标准是律师适格性。1984年,美国联邦最高法院确立了无效辩护的两步法审查标准,对由于无效辩护而导致被告人接受有罪答辩的案件予以救济。此后,有效辩护对律师适格性的要求不断提高。2012年以来,对由于无效辩护导致被告人拒绝答辩提议,并已经公正审判的案件,联邦最高法院也开始给予救济。这涉及到辩诉交易的公平与陪审团公正审判的效力之间的冲突,引发了较大争议。放弃有效辩护权以及放弃主张无效辩护的权利是否适当,联邦、各州的刑事司法实践尚未达成一致。

**关键词:**辩诉交易 有效辩护 无效辩护 公正审判 弃权

在美国,有效辩护权植根于1791年通过的美国宪法第六修正案:“在刑事诉讼中,被指控人应当享有……获得律师帮助辩护的权利。”这一宪法权利首先在刑事审判程序中得以确认,联邦最高法院在20世纪30年代至20世纪50年代间经多个判例明确被告人的律师帮助辩护权是指有效辩护权。<sup>[1]</sup> 后在1963年吉迪恩诉温莱特(Gideon v. Wainwright)一案中宣告贫穷被告人在刑事审判中享有律师辩护权是公正审判必不可少的基本权利,无律师辩护的审判及定罪违反宪法第十四修正案。<sup>[2]</sup> 至此,州法院开始与联邦法院一样,在刑事审判中为贫穷被告人指定辩护律师,使其在刑事审判中的律师辩护权得到保障,结束了只有富人享有律师帮助辩护权利的历史。1970年美国确立了辩诉交易程序合宪性及法律基础,其现已经成为刑事诉讼的一个重要组成部分。2013年美国联邦检察官年度报告显示,联邦法院系统的定罪率高达92.24%,其中97%的有罪判决来自辩诉交易。<sup>[3]</sup> 因被

---

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

[1] See *Reece v. Georgia*, 350 U.S. 85, 90 (1955); *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60, 69, 70 (1942); *Avery v. Alabama*, 308 U.S. 444, 446 (1940); *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 57 (1932).

[2] See *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 336-345 (1963). 依据当时的佛罗里达州法,只有被控死刑的被告人有权获得法庭指定律师无偿辩护,本案中被告重罪而非死刑的被告人提出要求法官指派律师辩护,被拒绝;在陪审团审判中,被告人自己作无罪辩护,作开庭陈述、质证控方证人、提出自己的辩方证人,并行使拒证特权拒绝作证。其被判有罪并处罚5年。被告人上诉称根据宪法第十四修正案的规定,各州政府“不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产”,律师辩护权属于正当法律程序。其时联邦宪法第六修正案规定的有效辩护权在州法院是否有效正在争论中,联邦最高法院为被告人指定著名辩护律师,适用贫民诉讼免除律师费用,认为律师辩护在刑事诉讼中是必须而非奢侈,从而将有效辩护权适用于州。

[3] 2012年联邦法院系统亦有97%的有罪判决来自辩诉交易,参见 [http://www.justice.gov/usao/reading\\_room/reports/asr2013/13statrpt.pdf](http://www.justice.gov/usao/reading_room/reports/asr2013/13statrpt.pdf), 2015年7月2日最后访问。参与辩诉交易的各方各取所需:(1) 检察官的证明责任减轻,定罪率提高;(2) 被告人获得较轻量刑;(3) 法官高效处理案件。被告人与检察官达成辩诉协议的前提条件是认罪或者合作,放弃陪审团审判、反对自我归罪等宪法权利,以换取检察官在指控或者量刑上的妥协和让步,包括减轻指控或者缩短刑期等。See Jennifer Rae Taylor, *Restoring the Bargain: Examining Post-Plea Sentence Enhancement as an Unconscionable Violation of Contract Law*, 48 Cal. W. L. Rev. 129, 130 (2011). 也可参见祁建建:《美国辩诉交易研究》,北京大学出版社2007年版,第88-157页。

告人并不享有辩诉交易权,<sup>[4]</sup>与审判程序中的有效辩护权相比,辩诉交易中的有效辩护权有其特殊性,其发展的每个节点都伴随着巨大争议。本文将着力探讨美国辩诉交易中有效辩护权的确立、发展、现状和争议。

## 一、早期发展:美国辩诉交易合法化伴生辩诉交易程序中的有效辩护权

美国联邦最高法院于1970年通过布雷迪诉美国(Brady v. U.S.,简称“布雷迪案”)一案确立了辩诉交易必须自愿、明知、理智的三原则,<sup>[5]</sup>使辩诉交易合法化。当时与布雷迪案类似的案件还有帕克案(Parker)和麦克曼案(McMann),三案被称为布雷迪三部曲或者有罪答辩三部曲。<sup>[6]</sup>其中,联邦最高法院在麦克曼案中确立了有罪答辩中有效辩护的判断标准。1973年,联邦最高法院在托利特案(Tollett)中再次申明辩诉交易三部曲确立的原则:有罪答辩代表了刑事程序中事件链的中断;当刑事被告人在公开的法庭上认罪之后,其对此前被剥夺的宪法权利,不得再提出独立的主张;<sup>[7]</sup>同时,对有效辩护权的救济作了说明:有罪答辩的被告人“只能以其所接受的律师建议不符合麦克曼案确立的标准为由质疑有罪答辩的自愿性和理智”。<sup>[8]</sup>其间的1972年,鉴于有的地方仍拒绝为轻罪辩诉交易案件的被告人指定律师,而律师是有效辩护的要求,联邦最高法院强调有效辩护权适用于轻罪案件辩诉交易。以下详述之。

### (一)辩诉交易中有效辩护的早期标准:围绕律师适格性的麦克曼标准

自1970年起的很长一段时间,辩诉交易中的有效辩护以麦克曼案确立的律师适格性为判断标准。这一标准认为律师的错误建议不构成律师不适格,认为基于诉讼本身的不可预测性和不确定性,适格律师也可能作出错误建议,这是被告人选择有罪答辩必须承担的风险。因此,适格律师即使给出错误建议,被告人也不能以有效辩护权为由获得救济。

1970年,联邦最高法院在麦克曼诉理查德森(McMann v. Richardson,简称“麦克曼案”)案中的裁决涉及戴什、理查德森等案。其中,戴什于1959年被控一级抢劫罪,因其有重罪前科,依法可能被判60年监禁。其作有罪答辩后被判二级抢劫罪,处以8至12年监禁。戴什认为,其有罪答辩是非自愿供述所致;法庭指定的律师因其曾向警方供述并签字,认为其毫无胜诉机会,错误地建议其作有罪答辩。另一被告人理查德森于1963年被控一级谋杀罪,法庭为其指定2名辩护律师。理查德森开始作无罪辩护,在律师建议下,改对二级谋杀罪作有罪答辩,被判处30年至终身监禁。在并无证据的情况下,理查德森提出有罪答辩是由于警方刑讯殴打、强迫供述以及律师无效辩护所致,其在宣誓证词中称,律师仅会见其十分钟,建议其作有罪答辩以免受电椅死刑,并指出当时并非主张刑讯逼供的时机,建议其在人身保护令程序中提出刑讯逼供问题。<sup>[9]</sup>

联邦最高法院认为,在很大程度上,有效辩护的有关事项应当取决于法院的裁量和判断,法院应

[4] See *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 561 (1977). 联邦最高法院在该判例中指出被告人“没有辩诉交易的宪法权利,检察官如果愿意选择审判就毋须辩诉交易”。See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op. at 12). 联邦最高法院重申“被告人无权(要求)得到检察官的答辩提议”。

[5] See *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (1970).

[6] See *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970), *Parker v. North Carolina*, 397 U.S. 790 (1970).

[7] See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 268 (1973).

[8] See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 268 (1973).

[9] *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 761-763 (1970).

谨记,如果宪法保护的律师辩护权要达成其目的,则不得由不适格律师为被告人辩护,法官应当努力确保在本法院所审理的刑事案件中,辩护律师的履职符合适当水准。<sup>[10]</sup>

该案的重要争点是律师辩护是否有效。<sup>[11]</sup>如果不是由于其早先的供述,被告人是否将选择审判?联邦最高法院认为,在当时的纽约州,非自愿供述很可能在审判中用以证实犯罪,足以使被告人相信控方的指控难以反驳,有罪答辩是对其最有利的方式。因此没有任何事实表明被告人的有罪答辩是不自愿的行为。法院认为,被告人在申请人身保护令时提出非自愿供述导致其有罪答辩,至多是指出其对供述可采性的估计出了错,由于这一错误,被告人主张有罪答辩不理智,应为无效。<sup>[12]</sup>

但是,在联邦最高法院看来,宪法并未使有罪答辩如此不堪一击。有罪答辩的理智原则并不要求辩护律师的所有建议都必须经得起定罪后程序的复查。有罪答辩是否理智,是否因误判供述可采性而受质疑,并不取决于律师建议是否正确,而是取决于律师建议是否符合刑事诉讼对律师适格性的要求。一方面,预测法院裁决具有不确定性:通常只有在法庭交叉质证之后才能知悉全部案件事实,即使在彼时,真相往往仍有争议;因此,在确凿地证实有罪之前作出有罪答辩的决策是困难的。但另一方面,面对无可避免的不确定性,受到重罪指控的被告人有权获得适格律师的有效帮助,被告人及其律师必须对控方指控力度作出最佳判断。律师必须根据自己的理解来预测法院如何认定案件事实;如果案件事实得到证实,是否足以使法官或者陪审团对被告人定罪;无令状取得的证据是否可采。这些问题的答案不会是确实无疑的,即使并不确实,被告人作出有罪答辩的决定必须、也有必要依靠辩护律师的回答。<sup>[13]</sup>

联邦最高法院进一步指出,放弃陪审团审判的权利、选择辩诉交易的被告人,必然承担辩诉交易的固有风险,也即,适格的辩护律师对案件事实或者对法庭所认定事实的善意评估也可能是错误的。甚至法院也会在定罪后程序中继续在证据可采性、事实认定标准及其适用等问题上出现严重分歧。在法院以有分歧的意见裁定被告人供述不可采的情况下,如果辩护律师基于供述可采的判断而作出合理的有罪答辩建议,就很难认定辩护律师不适格或者无效辩护。如果合理、适格的律师错误地判断了供述可采性,被告人基于律师建议而作出有罪答辩的,不应当受质疑。<sup>[14]</sup>

## (二)将辩诉交易中有效辩护权扩展到轻罪案件:阿杰辛格案

在1972年阿杰辛格诉哈姆林(Argersinger v. Hamlin,简称“阿杰辛格案”)一案中,被告人阿杰辛格被控持有私藏枪支,按照佛罗里达州法应受6个月以下监禁、1000美元以下罚金或者并罚。被告人没钱聘请律师,被判有罪并被判处90日监禁。佛罗里达州最高法院认为,因6个月监禁以下的轻罪案件无需陪审团审判,因此也无需律师辩护。对此,联邦最高法院认为,没有必要区分轻微案件和非轻微案件,因二者所涉及的法律问题可能同样复杂;即使在轻微案件的诉讼中,公正审判也要求律师在场;为了公平审判之目的,无论犯罪行为多么轻微,被告人都有权获得律师辩护。在被告人无律师辩护的案件中,法官不得对被告人判处监禁刑,即使州法允许不指派律师。<sup>[15]</sup>

联邦最高法院认为,被告人在刑事诉讼的每一环节都需要律师辩护。<sup>[16]</sup>律师辩护不仅存在于审

[10] See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 770 (1970).

[11] See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 762-766 (1970).

[12] See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 770 (1970).

[13] See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 770 (1970).

[14] See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 770 (1970).

[15] See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 25-40 (1972).

[16] See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 34 (1972).

判程序和上诉程序中,也存在于有罪答辩程序中。有罪答辩案件中必须有辩护律师,以便被指控者准确地理解其行为及后果,预测其将关进短期监狱还是一般监狱,以确保诉讼的公平。<sup>[17]</sup> 如果法院在任何案件中断定无须律师辩护,则必须说明理由,以便日后复查。如果被告人在没有辩护律师的情况下要进行有罪答辩,法院应当审查案件,确保证据可采而且能够证明犯罪要件事实。<sup>[18]</sup>

联邦最高法院在判决意见的脚注中指出,在轻微犯罪案件中,辩诉谈判比在重罪案件中少得多,因此,在有罪证据占据压倒性优势时,律师辩护对于轻罪案件被告人的帮助没有那么重要。<sup>[19]</sup> 轻罪案件中的辩诉谈判较少,但被告人仍需要辩护律师,这是为了在没有压倒性有罪证据的案件中,帮助被告人理智地决定是否选择审判程序。<sup>[20]</sup> 所以联邦最高法院裁决推翻阿杰辛格案有罪判决,并指出,该判例很可能给已经负担过重的法律职业者增加新的负担,但法律职业团体自有其承担压力的路径。<sup>[21]</sup>

### (三)进一步解释麦克曼标准的律师适格性:托利特案

1973年,联邦最高法院在托利特诉亨德森(Tollett v. Henderson,简称“托利特案”)一案中,再次指出被告人基于律师建议作有罪答辩的,在联邦人身保护令程序中只能以律师建议未达到麦克曼标准来质疑有罪答辩的自愿与理智,而不得因其他宪法权利在答辩前程序中被剥夺而要求救济。<sup>[22]</sup>

该案被告人于1948年在田纳西州戴维森县因一级谋杀罪受到大陪审团起诉,律师建议其作有罪答辩,之后其被判处99年监禁。多年后被告人诉称,1948年田纳西州不许黑人参加大陪审团,因此其宪法权利受侵犯。法院未予支持。此后被告人以此为由申请释放,田纳西州初审法院与州上诉法院因其未能在大陪审团程序以及有罪答辩前提出宪法权利主张而予以驳回。<sup>[23]</sup>

被告人向联邦地区法院申请人身保护令,称辩护律师没有告知他关于大陪审团选任的宪法权利,其并不知道大陪审团是如何选任的,也不知道黑人是如何被系统地排除的,辩护律师没有告诉他有权质疑大陪审团指控,也没有告知其未予及时质疑的就无权再提出质疑。辩护律师提交的一份证词说明其确实不知1948年该地区系统性地排除黑人参与大陪审团,因此也没有机会建议被告人行使关于大陪审团组成或者选任的任何权利。地区法院因大陪审团排除黑人陪审员而将其释放,上诉法院裁决被告人并非“有意地放弃已知权利”,维持地区法院裁决。

联邦最高法院认为,当被告人基于辩护律师的建议作有罪答辩时,不能由于其证明大陪审团选任程序违宪而自动获得联邦法上释放的权利。联邦人身保护令审查的案件争点是律师建议和作有罪答辩的自愿性,而非先行的违宪司法行为。当然,被告人必须证明诉讼程序中存在违宪司法行为,但是法院的调查并不止于此。如果被告人基于辩护律师的建议而作出有罪答辩,还必须说明律师的建议不符合“刑事诉讼对辩护律师适格性的要求”。<sup>[24]</sup> 联邦最高法院再一次重申其在布雷迪三部曲中确定的原则,当刑事被告人在公开的法庭上认罪之后,其对此前被剥夺的宪法权利,不得再提出独立的主张,只能以律师辩护不符合麦克曼标准为由,来质疑有罪答辩的自愿性和理智。而有效辩护权是否被侵

[17] See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 35 (1972).

[18] See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 64 (1972).

[19] See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, note 13 (1972).

[20] See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, note 32 (1972).

[21] See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 45 (1972).

[22] See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 259 (1973).

[23] See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 260 (1973).

[24] See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 267 (1973).

犯,须以辩护律师是否适格为判断标准。但是,法院认为,在案件复查中,无论是发现律师没有对每一个可能的违宪司法行为提出抗辩,还是律师没有正确评估某一事实的宪法意义,又或者律师就特定事实进行调查时未能揭示诉讼中可能的违宪行为,都不足以使自愿、理智的有罪判决归于无效。<sup>[25]</sup> 辩护律师的基本价值不在于概要列举所有的辩护可能,也不在于向被告入通告大量事实和数据的能力。律师的价值在于忠实地代理其委托人的利益,这往往需要高度实际的通盘考虑以及法律专业知识。为了被指控人的利益,律师不会仅仅为了拖延不可避免的起诉而提出抗辩,或者去反驳、争辩所有的案件事实。律师毋须对妨诉抗辩是否有证据支持等问题深思熟虑,如违宪的大陪审团选任程序。辩诉交易的前景、减轻量刑的预期或者希望、犯罪证据的无可辩驳性,这些才是律师建议被告人作有罪答辩的考虑因素。在此种情形下,为了获得联邦保护令下的释放,被告人不仅要证明在大陪审团选任中有违宪的种族歧视,还必须要证明其辩护律师的有罪答辩建议未经对大陪审团的组成进行调查,并且律师建议不符合刑事诉讼对辩护律师适格性的要求。鉴于地区法院和上诉法院对田纳西州刑事上诉法院法官“还不曾有辩护律师反对过1948年田纳西州黑人不参加大陪审团的事实”观点的赞同,<sup>[26]</sup>因此,被告人为了质疑有罪答辩而必须完成证明要求的可能性看起来是渺茫的。被告人不应当仅仅因为大陪审团选任程序违宪就获得释放,上诉法院的裁决被推翻,发回重审。<sup>[27]</sup> 笔者认为,在托利特案中,联邦最高法院认为既然此案之前的辩护律师均未就该州大陪审团的组成提出意见,那么此案的律师未提出意见,也符合刑事诉讼对律师适格性的要求。

这一历史时期的联邦最高法院将有效辩护定位为律师适格性,受限于当时诉讼权利保障不足的现实,将律师的错误与律师适格性割裂,决定了当时的法官未能在有效辩护权与辩诉交易的自愿、明知、理智三原则之间建立真正的联系,致使被告人不能获得有效的救济。

## 二、有效辩护的新标准:无效辩护的两步法审查标准 及其在辩诉交易中的早期适用

有效辩护权在20世纪80年代有了重要发展。在1981年,联邦地区法院和巡回法院认为有效辩护权要求辩护律师充分告知被告人可能的其他选择,律师有义务建议被告人是否接受辩诉交易,<sup>[28]</sup>以帮助被告人在审判和辩诉交易之间作出最后的选择。随后联邦最高法院在1984年史崔克兰案(Strickland)中更是建立了沿用至今的无效辩护审查标准。

### (一) 确立判断无效辩护的两步法审查标准:史崔克兰案

1984年联邦最高法院在史崔克兰诉华盛顿 (Strickland v. Washington, 简称“史崔克兰案”)一案

[25] See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 268 (1973).

[26] 事实上直到1953年,黑人才开始参加田纳西州陪审团。See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 269 (1973).

[27] See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 269 (1973).

[28] See *Caruso v. Zelinsky*, 515 F. Supp. 676, 680 (D. N. J. 1981). 克鲁斯于1972年被控包括一项谋杀罪在内的23项罪名。其对所有罪名作无罪答辩,陪审团判决其所有罪名成立,判处其终身监禁。判决作出5年后,克鲁斯向新泽西州法院申请定罪后释放,理由之一为当时辩护律师未能告知其控方曾向其提出辩诉交易,并提交宣誓证词。法官未经听证即裁决克鲁斯未提供充分证据证明检察官曾提出答辩提议,同时也驳回其他理由。1976年克鲁斯以同样的理由向联邦地区法院申请人身保护令,地区法院裁决,证据并不能充分支持州法院关于从未提出答辩提议的裁决,地区法院未经听证,裁决除非州法院90日内进行证据听证并有证据证伪克鲁斯的宣誓证词;或者给予克鲁斯辩诉交易中的宽大处罚,否则将签发人身保护令。法院指出,拒绝辩诉交易、进行有罪答辩是重大决定,是行使有效辩护权的关键阶段。律师未能就辩诉交易提议与被告人沟通,侵犯了被告人的有效辩护权和正当程序权。

中,确立了审查律师有效辩护的新规则,即对无效辩护的判断标准。该案中,被告人华盛顿被控三项谋杀罪、绑架罪、盗窃罪等罪名,律师在辩诉交易中建议其选择由量刑陪审团量刑,其未听从律师建议,而是选择法官量刑。其被法官判处死刑后,称律师未能提出任何减轻量刑的辩护证据,构成无效辩护。最高法院裁决,被告人主张无效辩护的,必须满足两步法审查标准:首先,被告人必须表明律师的辩护是有瑕疵、有缺陷的,低于合理的客观标准;其次,被告人必须表明律师的瑕疵辩护给其造成了损害,表明如果不是由于律师的错误,有合理的可能性改变现有诉讼结局。<sup>[29]</sup> 在认定无效辩护的过程中,被告人必须承担证明责任,证明瑕疵辩护行为的存在,以及如果获得有效辩护,诉讼结局本应不同。

在实践中满足两步法审查标准几乎是不可能的,仅有很少的被告人可以完成证明责任。这是由于,一方面,在法庭答辩程序中,最常见的问题是被告人不愿意承认有罪,此时律师必须履行咨询顾问的义务,向被告人解释为什么必须认罪,这一程序往往有法庭笔录证明律师履行有效辩护职责;另一方面,在被告人与辩护律师的私下会谈中,两人之间的交流信息受保密特权保护,被告人也难以取证。因此无效辩护的证明对被告人而言是沉重的负担。

笔者认为,两步法审查标准发展了20世纪70年代的麦克曼标准,对律师适格性要求定位为合理的、客观的律师履职标准,律师辩护的瑕疵和缺陷即低于律师适格性要求,从而在律师错误和律师适格性之间建立联系,使得律师错误可能构成无效辩护。两步法审查标准除了审查律师适格性,同时还关注律师错误对诉讼结局的不利影响。与此前仅以律师适格性作为着眼点并强调让被告人承担律师错误风险的麦克曼标准相比,两步法审查标准将视角扩展至被告人本身,如被告人因律师瑕疵辩护导致不利诉讼结局的,即为无效辩护,在被告人有效辩护权保障上是一个显著进步。

但是,两步法审查标准对被告人提出的证明责任难以完成,被告人不但要证明律师履职行为有瑕疵、不适格,而且要证明诉讼结局受到了律师错误的不利影响,证明的难度大。被告人很难实现有效辩护权的权利主张,且两步法审查标准最初仅适用于审判程序,并不适用于辩诉交易程序。

## (二) 两步法审查标准适用于辩诉交易:希尔案

1985年,联邦最高法院将史崔克兰一案中确立的无效辩护两步法审查标准适用于辩诉交易。在希尔诉洛克哈特(Hill v. Lockhart,简称“希尔案”)案中,被告人希尔主张无效辩护致使其接受有罪答辩,最高法院认为无效辩护两步法审查标准可适用于此类案件。希尔对两项一级谋杀罪与盗窃罪等作有罪答辩,因谋杀罪被判处35年监禁,因盗窃罪被判处10年监禁,刑罚同时执行,服刑过半后方可假释。其后希尔申请联邦人身保护令,主张有罪答辩是由于律师向其提供了错误的法律意见,律师告知其服刑1/3即可假释,而实际上由于其是第二次犯罪,依据州法须服刑过半方可假释。律师的错误导致其在不知有罪判决对假释影响的情况下认罪,故其认罪并非自愿。阿肯萨斯东区联邦地区法院驳回申请,认为假释并不是有罪答辩的直接后果,被告人对有关假释后果的知悉权利不受宪法保护,法律并不要求辩护律师告知被告人有罪答辩对假释资格的影响。但第八巡回法院支持其请求。联邦最高法院裁决,基于无效辩护推翻有罪答辩必须满足两步法审查标准,由于没有证据证明被告人进行有罪答辩是基于对假释条件的期待,即被告人没有证明两步法审查标准的第二步,<sup>[30]</sup> 由此,最高

[29] See *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

[30] See *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52-54, 58-59 (1985); *Hill v. Lockhart*, 731 F.2d 568, 570-73 (1984).

法院裁定地区法院驳回申请是正确的。

该案再次证明,在两步法审查标准之下,被告人主张无效辩护的难度较大,被告人即使能够证实律师履职不合格、有错误,却几乎无法证明若非律师错误建议,诉讼结局将会更好。

继希尔案后,联邦法院和州法院系统继续运用两步法对主张无效辩护的辩诉交易案件进行审查。<sup>[31]</sup> 2009年,在蒙特霍诉路易斯安那(Montejo v. Louisiana)一案中,联邦最高法院再次重申,第六修正案保障被告人在刑事诉讼所有关键阶段的有效辩护权。<sup>[32]</sup> 随着两步法审查标准在辩诉交易案件中的运用越来越广泛,对该标准的解释和适用也逐渐发生了微妙的变化。直至2010年,对律师适格性的要求已经发生了巨大的变化,达到了空前的高度。

### 三、律师适格性要求不断提高:帕迪拉案

2010年,在帕迪拉诉肯塔基(Padilla v. Kentucky,简称“帕迪拉案”)一案中,联邦最高法院裁决辩护律师有义务告知非美籍被告人有罪答辩在移民法上的间接后果。

在该案中,涉嫌贩卖大麻的被告人帕迪拉是美国永久居民,在美国合法居住40余年,并已服兵役。其基于律师的建议作出有罪答辩,有罪判决致使其受到驱逐遣返。肯塔基州最高法院适用严格的两步法审查标准,认为移民法上的后果属于辩诉交易间接的、附属的后果,辩护律师是否告知以及是否正确告知被告人移民法上后果与本案无关,不属于无效辩护,不构成对被告人有效辩护权利的侵犯。该案上诉到联邦最高法院后,检察官辩称,第六修正案关于律师有效辩护权的保障不应扩张至有罪答辩的间接后果,因为对有罪答辩间接后果的知悉权,不是认定有罪答辩是否明知和理智的前提条件。对此,联邦最高法院认为,联邦法规定,遣返是刑罚的内在组成部分,可能适用于对特定罪名作有罪答辩的外国人,因此准确的律师意见前所未有地重要。由于本案的有罪答辩必然引发移民法上的遣返后果,律师给出正确意见的义务也是明确的,因此侵犯了被告人的有效辩护权。<sup>[33]</sup>

联邦最高法院认为,美国移民法历经百年发展,所涉问题既重要又复杂,实践中贩卖大麻几乎必定被遣返。一方面,被告人宁可放弃量刑的优惠也不愿意被遣返;另一方面,移民法是独立的法律领域,刑事辩护律师可能不熟悉。因此,法院要求:(1)律师在移民法问题上应当给出意见,必须告知被告人其被遣返的风险,而不能在这一问题上保持沉默。如果律师未告知被告人其有罪判决在移民法上的后果,那么就应当撤销有罪答辩。(2)辩护律师应当依据现行法给出相应的意见。如果移民法有明确的遣返后果,律师应告知被告人有罪答辩将使其被驱逐;如果移民法的规定不明确,律师要告知其有罪答辩可能会致其被驱逐。当移民法上的后果不清楚时,律师应告知被告人有罪答辩有可能影响其移民状况。<sup>[34]</sup> 联邦最高法院明确反对肯塔基州最高法院的判决意见。

联邦最高法院明确指出“辩诉交易的谈判是诉讼的关键阶段”,保障被告人获知有罪答辩在移民法上的后果,“目的是为了实施第六修正案有效辩护权”。<sup>[35]</sup>

[31] See *People v. Perry*, 68 P.3d 472, 477 (Colo. Ct. App. 2002); *Davie v. State*, 675 S.E.2d 416, 420 (S.C. 2009).

[32] See *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 786 (2009).

[33] See *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. \_\_ (2010) (slip op. at 2-6).

[34] See *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. \_\_ (2010) (slip op. at 1-2, 11-16).

[35] *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. \_\_ (2010) (slip op. at 16).

笔者认为,此案中联邦最高法院对有效辩护的判断视角与1984年两步法审查标准相比发生了微妙的变化,从“被告人必须表明律师的瑕疵辩护给其造成了损害,表明如果不是由于律师的错误,有合理的可能性改变现有诉讼结局”,到赋予被告人对移民法上间接后果的知悉权,通过明确律师负有对有罪答辩间接后果的告知义务,从而减轻被告人证明责任。在本案中,移民法上的永久居住权虽与本案无直接关系,却对被告人意义重大。联邦最高法院站在保障被告人权利的立场,在认定移民法后果为有罪答辩间接后果的前提下,将移民法上间接后果的告知义务作为律师适格性要求之一,扩大了律师履职的义务范围。

在随后的判例中,包括弗莱伊案(Frye)和库珀案(Cooper),对辩诉交易中有效辩护宪法权的保障越发完善。在弗莱伊案中,律师失职未必给被告人带来不利诉讼结局;在库珀案中,被告人甚至还在拒绝有罪答辩后享受了公正的陪审团审判。这两个判例彰显了辩诉交易中被告人有效辩护权保障的进一步发展。

#### 四、律师错误导致被告人失去辩诉交易机会的案件 不因公正审判而丧失有效辩护权

在1999年,美国律师协会曾就律师与被告人沟通、咨询顾问的行为规范提出标准,要求辩护律师“及时向被告人通知和解释检察官所有的答辩提议”。<sup>[36]</sup>这一标准已被联邦法院和很多州法院接受,<sup>[37]</sup>使辩护律师负有通知与解释对被告人有利的答辩提议的一般性义务。各州法院与联邦法院对由于无效辩护致使被告人失去有利答辩提议的案件,曾经使用过以下几种不同的处理方式:一是重新审判案件;<sup>[38]</sup>二是要求下级法院对原答辩提议的内容予以特别履行;<sup>[39]</sup>三是命令下级法院考虑原答辩提议,但并不要求下级法院必须接受原答辩提议;<sup>[40]</sup>四是法院要求对特定辩诉交易的特别履行;<sup>[41]</sup>五是法院将原判刑期改为已服刑期;<sup>[42]</sup>六是对于被告人拒绝答辩提议后,又接受了陪审团公正审判的,有的法院不认为对其定罪处罚有失公正,故而不予救济。<sup>[43]</sup>各地的处理方式因地制宜,是否救济也因个案情况而有所不同。但直到2012年前,对于律师未将检察官的答辩提议告知被告人或者律师错误地建议被告人拒绝检察官的答辩提议,致使被告人失去有利答辩机会的案件,联邦最高法院并无

[36] ABA Standards for Criminal Justice, Pleas of Guilty 14-3.2(a) (3d ed. 1999).

[37] See Mass. Rule Prof. Conduct 1.4 (2011-2012); Ky. Sup. Ct. Rule 3.130, Rule Prof. Conduct 1.4 (2011); Mich. Rule Prof. Conduct 1.4 (2011); Fla. Rule Regulating Bar 4-1.4 (2008); Ill. Rule Prof. Conduct 1.4 (2011); Kan. Rule Prof. Conduct 1.4 (2010); *Davie v. State*, 381 S. C. 601, 608-609, 675 S. E. 2d 416, 420 (2009); *Cottle v. State*, 733 So. 2d 963, 965-966 (Fla. 1999); *Becton v. Hun*, 205 W. Va. 139, 144, 516 S. E. 2d 762, 767 (1999); *Harris v. State*, 875 S. W. 2d 662, 665 (Tenn. 1994); *Lloyd v. State*, 258 Ga. 645, 648, 373 S. E. 2d 1, 3 (1988); *United States v. Rodriguez Rodriguez*, 929 F. 2d 747, 752 (CA1 1991); *Pham v. United States*, 317 F. 3d 178, 182 (CA2 003); *United States ex rel. Caruso v. Zelinsky*, 689 F. 2d 435, 438 (CA3 1982); *Griffin v. United States*, 330 F. 3d 733, 737 (CA6 2003); *Johnson v. Duckworth*, 793 F. 2d 898, 902 (CA7 1986); *United States v. Blaylock*, 20 F. 3d 1458, 466 (CA9 1994); cf. *Diaz v. United States*, 930 F. 2d 832, 834 (CA11 1991).

[38] See *Commonwealth v. Napper*, 385 A. 2d 521, 524 (Pa. Super. Ct. 1978).

[39] See *Beckham v. Wainwright*, 639 F. 2d 262, 267 n. 7 (5th Cir. 1981).

[40] See *Tucker v. Holland*, 327 S. E. 2d 388, 396 (W. Va. 1985).

[41] See *United States v. Blaylock*, 20 F. 3d 1458, 1468-69 (9th Cir. 1994).

[42] See *Boria v. Keane*, 99 F. 3d 492, 499 (2d Cir. 1996). 该案中被告人因出售可卡因给线人被判20年至终身监禁。检察官在审判前的答辩提议为1年至3年监禁,辩护律师未加解释就建议被告人拒绝答辩提议。当时被告人已服刑六年,被释放。

[43] See *State v. Greuber*, 165 P. 3d 1185, 1191 (Utah 2007).

予以救济的判例。

2012年3月21日,联邦最高法院对已经公正审判的弗莱伊和库珀案作出发回重审的判决。两案中律师的失职行为非常明显,同时也可以证明:律师的失职或者错误致使被告人失去接受有利答辩提议的机会。联邦最高法院以5比4的微弱多数意见认为被告人的有效辩护权受到侵犯,应予救济;少数派的反对意见及检察官的抗辩亦有理据。这两个判例引起了媒体的广泛关注,在刑事司法系统内部亦引发激烈讨论。以下是对两个案件的简要分析。

### (一) 律师失职致答辩提议过期的救济:弗莱伊案

在密苏里诉弗莱伊(Missouri v. Frye,简称“弗莱伊案”)一案中,联邦最高法院讨论了第六修正案的有效辩护权是否应当扩展到对过期答辩提议的审查,也再次明确无效辩护两步法审查标准适用于辩诉交易案件,强调无效辩护的证明责任由被告人承担,并指明证明对象的范围。

被告人弗莱伊被控在驾照吊销后无证驾驶,由于其已有三次前科而被控重罪。检察官向辩护律师提出减轻指控至轻罪以及缩短刑期至90日的书面答辩提议,并附有明确的过期日期。律师没有将该答辩提议告诉被告人,导致提议过期失效。审判中,被告人在无任何辩诉交易的前提下认罪,被判三年监禁。密苏里州上诉法院裁决被告人满足无效辩护两步法审查标准的条件,撤销了下级法院的判决。联邦最高法院重申第六修正案保障被告人在刑事诉讼的所有关键阶段享有有效辩护权,认为辩护律师对于正式的、附期限的答辩提议有通知被告人的义务,当辩护律师任由提议过期而未给被告人考虑的机会时,构成瑕疵辩护,侵犯了被告人享有的有效辩护宪法权。<sup>[44]</sup> 联邦最高法院和密苏里州上诉法院均认定弗莱伊案中存在瑕疵辩护事实。

弗莱伊案的检察官也认可律师的失职。但是检察官认为,因为被告人不享有答辩提议权,<sup>[45]</sup> 对其错过答辩提议所造成的后果就不应救济。由于联邦最高法院在近四十年间从未认可被告人的答辩提议权和辩诉交易权,因此,被告人没有被剥夺任何法定权益,即没有任何应受法律保护的利益受到损害。所以,在之前辩诉交易谈判过程中,律师的任何错误都不构成无效辩护。被告人在审判程序中认罪虽然不如之前的答辩提议那么有利,但已经保障其认罪的明知和自愿。联邦最高法院再就辩护律师在此前程序中的无效辩护进行审查是不公平的。<sup>[46]</sup>

对此,联邦最高法院的多数派认为,检察官再完美的论证也抵不过一个简单的现实:辩诉交易是美国处理刑事案件的主流方式,97%的联邦有罪判决和94%的州有罪判决都是有罪答辩的结果。<sup>[47]</sup> 多数派明确赞同二十余年前的一个观点:“在很大程度上,检察官和辩护律师之间的交易决定了被告人是否被监禁及其刑期。这就是辩诉交易。辩诉交易不是刑事司法的附属品。辩诉交易是刑事司法。”<sup>[48]</sup> 多数派指出美国刑事司法体制“在很大程度上是一个辩诉交易体制,而非审判体制”,<sup>[49]</sup> “辩

[44] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_\_ (2012) (slip op. at 1-2, 15-16).

[45] See *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 561 (1977).

[46] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_\_ (2012) (slip op. at 6).

[47] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_\_ (2012) (slip op. at 2). 联邦最高法院援引的数据来源于美国司法部网站: Bureau of Justice Statistics, Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Table 5.22. 2009, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222009.pdf>; Bureau of Justice Statistics, S. Rosenmerkel, M. Durose, & D. Farole, Felony Sentences in State Courts, 2006 - Statistical Tables, p. 1 (NCJ226846, rev. Nov. 2010), <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/fssc06st.pdf>, 2015年1月26日最后访问。

[48] Scott & Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 Yale L.J. 1909, 1912 (1992).

[49] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_\_ (2012) (slip op. at 3).

诉交易已经在美国刑事司法体制的管理中占据了如此中心的地位,以至于辩护律师在辩诉交易程序中必须要履行第六修正案要求的、在刑事诉讼的关键阶段提供有效辩护的职责”<sup>[50]</sup>

联邦最高法院的少数派认为,多数派将辩诉交易从“必要的恶”提升到宪法权利的高度,认为辩诉交易不再是美国刑事司法体制的某种尴尬的附属品,而是刑事司法体制本身,这是不能接受的。少数派认为,辩诉交易作为一个有固有缺陷和重大争议的程序,无法成为美国刑事司法的代表,遑论其成为刑事司法体制本身。<sup>[51]</sup>

在适用两步法审查标准之后,联邦最高法院多数派认为密苏里州上诉法院忽略了对两步法审查标准中第二步的审查,即未能要求被告入表明,如其接受答辩提议,检察官会信守提议且法官将接受协议。<sup>[52]</sup>实际上,被告人无权要求检察官不撤回答辩提议、也无权要求法官认可答辩协议。<sup>[53]</sup>多数派进一步认为,密苏里州和其他州一样,赋予检察官取消辩诉交易的裁量权,根据密苏里州法,被告人接受答辩提议后检察官仍可撤回提议。<sup>[54]</sup>联邦刑事诉讼规则、密苏里州规则均给予法院一定的余地,可以认可或者驳回辩诉协议。<sup>[55]</sup>所以密苏里州法院是否会认可辩诉协议也是个疑问。如果存在检察官不会信守提议或者法官驳回辩诉协议的合理可能性,那么无效辩护就不会给被告人带来损害。由于2007年12月30日被告人再次无证驾驶,5日后的2008年1月4日开庭答辩时,检察官会否信守原提议、法官是否认可该协议,是个有理由怀疑的难题。由于州上诉法院的原判决未对两步审查法的第二步进行审查,未就检察官信守提议、法官认可协议的合理可能性作出判断,据此,联邦最高法院将案件发回密苏里州上诉法院重新审理。

少数派认为有效辩护权是为了保障公正审判权。在弗莱伊案件中,律师履职不充分是没有争议的,问题是律师辩护履职不充分是否剥夺了被告人公正审判的宪法权利。<sup>[56]</sup>多数派对发回重审后如何处理案件的答案本身已经说明,将辩诉交易程序宪法化是多么不明智。<sup>[57]</sup>由于大部分有罪判决通过辩诉交易取得,这一程序确实值得规范。<sup>[58]</sup>但这一问题并不属于宪法第六修正案调整的范围,有效辩护权是关于(审判)有罪判决的公正而非辩诉交易的公正。立法机构可利用更加精确、有效的方式来解决这一案件所提出的问题,比如通过启动立法来惩罚犯有如此严重错误的律师。法院不应采取这种亚宪法的方式,通过推翻公正审判的定罪量刑来惩罚几乎每一个人。这一判决结果与第六修正案及先例均不符合。<sup>[59]</sup>

在本案中,联邦最高法院确认辩诉交易是刑事诉讼的关键环节,被告人享有的有效辩护权应予保护,且不因案件已经公正审判而丧失救济的权利,但在明知被告人无法证明律师瑕疵辩护使其诉讼权利受损是否会导致诉讼结果不同的情况下,仍将该案退回重审,要求被告入加以证明。笔者认为,两步法审查标准的第二步应当审查的是,瑕疵辩护是否导致被告人的程序权利受损害,被告人仅应承

[50] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op. at p 7).

[51] See *Lafley v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 12).

[52] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op. at 18).

[53] See *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 262 (1971).

[54] See *Missouri v. Frye*, 311 S.W.3d, 350, 359 (2011).

[55] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op. at 11-13).

[56] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 2).

[57] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 3).

[58] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 4).

[59] See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 5).

担瑕疵辩护使其诉讼权利受损害的证明责任,表明如非瑕疵辩护,诉讼程序将会不同。因为有效辩护权是为了保障诉讼程序的公正而不是诉讼结果的公正,当律师不称职、辩护有瑕疵时,受损害的是诉讼程序公正,应受救济的也是诉讼程序权利,而诉讼结果无法预测。让被告人对难以预测的诉讼结果是否不同承担举证责任是荒谬的。

## (二) 律师错误致被告人拒绝答辩提议的救济:库珀案

在拉弗勒诉库珀(Lafler v. Cooper,简称“库珀案”)案中,依据密歇根州法,被告人库珀被控意图谋杀及其他三项犯罪,检察官提议取消两项指控,对其他两项指控建议51-85个月刑期,换取有罪答辩。被告人在与法庭谈话中表示认罪并愿意接受检察官的提议。但律师告知被告人,由于被害人受枪伤部位在腰部以下,所以控方不能证明谋杀故意,之后被告人拒绝了检察官的提议。在随后的陪审团审判中,针对被告人的四项指控全部成立,判其186-360个月的强制性最低刑。随后州法院驳回被告人提出的无效辩护主张。密歇根州上诉法院基于被告人“明知、理智”地拒绝了答辩提议并且陪审团审判是公正的,亦驳回其主张。然而,联邦地区法院裁定州上诉法院不合理地适用了两步法审查标准,作出附条件的裁决,命令检察官对原答辩提议予以特别履行。第六巡回法院予以支持,认为辩护律师对法律理解错误,向被告人提供错误的律师意见和不充分的辩护,致使被告人由于失去接受有利答辩提议的机会而受到损害。<sup>[60]</sup>虽然各方均认为律师建议有瑕疵,但各法院对本案中不公正辩诉交易与公正审判之间的关系有明显分歧:审判前辩诉交易中的不公正能否使陪审团公正审判的结果归于无效?

在本案中,检察官虽然也认为律师的辩护并不充分,但检察官认为第六修正案唯一的目的是通过保障有效辩护权来保护公正审判权,而不是保护公正辩诉交易权。检察官认为本案的陪审团审判是公正的,公正审判消解了之前辩诉交易中的无效辩护问题。<sup>[61]</sup>

对此,联邦最高法院的多数派重申第六修正案的目的是要求在刑事程序的每个关键环节提供有效辩护,包括审判前的阶段,包括辩诉交易;并重申检察官忽视了美国现实:现今的刑事司法在很大程度上是辩诉交易体制,而非审判体制。

少数派并不认同多数派对辩诉交易现实地位的认识。少数派认为辩诉交易应被视为“必要的恶”。一方面,辩诉交易有许多缺陷,比如检察官在辩诉交易中有过度指控的严重风险,无辜的被告人为了避免严重后果,被迫对较轻指控认罪;对有罪的被告人而言,辩诉交易通常意味着远低于法定刑的量刑。另一方面,美国之所以接受辩诉交易是由于很多人认为,若非辩诉交易,审判无法解决刑事司法的积案。<sup>[62]</sup>

少数派认为,库珀与弗莱伊两案相对直接地提出了关于律师有效辩护权在辩诉交易中的适用范围问题。少数派回顾了有效辩护权的发展,指出判例法最初从正当程序条款得出了该项权利,以及其对公正审判的保障。<sup>[63]</sup>1967年,韦德案(Wade)认定这一权利并非始于审判,而是扩展至“指控的所有阶段,无论是否正式、无论法庭内外,只要辩护律师的缺席可能损害被告人的公正审判权”。<sup>[64]</sup>

[60] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. (2012) (slip op. at 2-4).

[61] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. (2012) (slip op. at 10).

[62] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 12).

[63] See *United States v. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. 140, 147 (2006).

[64] *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 226 (1967).

1984年,史崔克兰案的标准将有效辩护权定位于第六修正案范围内。在此前后均有判例认为无论对轻罪指控还是对重罪指控,“进行”有罪答辩,都是应享有有效辩护权的关键阶段。<sup>[65]</sup> 2010年,帕迪拉“接受”答辩提议进行有罪答辩,放弃陪审团审判权,其在有罪答辩之前享有有效辩护权。但是,这些判例从未将这些规则适用于辩诉交易的所有方面,尤其是从未适用于被告人拒绝答辩提议、选择陪审团审判的案件中。多数派严重偏离了先例,不仅保护宪法所规定的享受正确定罪量刑的审判权利,而且司法创设了被告人的有效辩诉交易权。<sup>[66]</sup>

少数派指出,对辩诉交易权利的认可可能会产生复杂的后果,辩诉交易中的宪法性规则不仅适用于辩护律师,也将规范检察官的行为。比如,检察官撤回已被接受的答辩提议,是否合宪?在辩方尚无充分时间考虑决定是否接受检察官的提议时,检察官撤回答辩提议是否合宪?或者检察官根本就没有提议,尽管其指控力度很弱——因此将被告人排除在新的“刑事司法体制”之外,是否合宪?<sup>[67]</sup>

多数派认为,控辩审三方均认可本案中瑕疵辩护属实。鉴于被告人已在先前的法庭程序中表明其本愿意接受检察官的答辩提议,所以被告人能够证明如非瑕疵辩护,其与法院有合理可能性接受有罪答辩。其因瑕疵辩护而拒绝答辩提议,导致审判判处的最低刑是答辩提议的3.5倍。因此,被告人提出的无效辩护主张满足了两步法审查标准。但地区法院命令对辩诉协议特别履行的做法是不适当的,正确的救济是命令检察官重新提出原提议,如果被告人接受提议,法院可行使自由裁量权决定是否撤销有罪判决并根据辩诉协议重新量刑,或者撤销部分有罪判决并相应地重新量刑,或者对有罪判决及量刑不作改变,将案件发回重审。<sup>[68]</sup>

在库珀案中,联邦最高法院将案件发回到可以纠正律师错误的节点,通过这种方式对被告人的有效辩护权予以救济,并完全列举重审法院所有可能的裁判结果,表明丝毫不影响重审法院的自由裁量权。多数派以有效辩护宪法权利受侵害为由给予被告人救济,而非基于被告人享有辩诉提议权或者辩诉交易权,以回应少数派的批评。

少数派针对多数派的判决意见提出了强烈的反对意见,指出在库珀案中,被告人确定无疑是有罪的,其已经享受了陪审团公正审判,控方的举证受到宪法、刑事诉讼法、证据法等法律的严格限制,在严格证明之下,无偏私的陪审员作出一致的有罪裁决;但多数派依然认为对被告人的有罪判决是无效的,仅仅因为剥夺了其辩诉交易的宪法权利。而在世界上很多国家,像本案这样严重的犯罪案件禁止辩诉交易。<sup>[69]</sup> 不仅如此,库珀案的判决更是取消了正当审判程序的结果,该审判并无不公或者违宪,相反,判决结果远比最高法院判决意见提供的宪法权利“辩诉交易的审判”要公正得多。<sup>[70]</sup>

少数派认为这两个案件的判决颠倒了联邦最高法院几十年来的先例,违反了联邦法律,开启了新的宪法性刑事诉讼法学时代——“辩诉交易法”,尽管这两个判例甚至没有明确给予的救济是什

[65] See *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52, 58 (1985), 指出受到重罪指控的被告人有权获得适格律师的有效辩护; see also *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 81 (2004); *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 34 (1972); *White v. Maryland*, 373 U.S. 59, 60 (1963), 指出进行有罪答辩,无论是轻罪还是重罪指控,都是有效辩护权所系的刑事诉讼关键阶段。

[66] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 3, 4).

[67] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 2).

[68] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op. at 11, 15-16).

[69] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 12).

[70] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 13).

么。<sup>[71]</sup> 少数派强调,最高法院在认定被告人库珀宪法权利受侵犯的前提下给予救济的方式——无论下级法院如何裁决都可以——在法理上不合逻辑。如果被告人的第六修正案权利受到侵犯,因瑕疵辩护拒绝答辩提议,失去接受有利提议、获得较轻量刑的机会,那么唯一合乎逻辑的救济是给被告人这一辩诉交易权。但是这一救济可能会在很多案件中引起严重的不公。多数派心照不宣地认识到这一点,因此案件交给下级法院行使裁量权,决定如何处理,且多数派认为没有必要界定“适当的裁量权的界限”。<sup>[72]</sup> 而要求检察官重提其旧提议在两种情况下会导致裁量权的滥用:其一,当被告人拒绝提议后,出现新的重要指控证据时;二是当拒绝提议导致实质性的司法资源浪费时。<sup>[73]</sup> 实际上在库珀案中,被告人经陪审团公正审判、依法定罪、量刑适当,对此案的任何救济都将影响甚至取消陪审团审判的公正结果。

### (三) 两案引出预防滥用无效辩护主张权的讨论

少数派对两案裁决的顾虑是,该两案的判决将使得被告人主张无效辩护的案件数量增加。

对此,多数派提出若干对策以防无效辩护主张权的滥用。首先,正式答辩提议的条款和谈判过程应作记录,以便将来调查审判前谈判行为。其次,检察官所有的答辩提议都应是书面的,以避免将来误会或者假称无效辩护,如新泽西州法院规则即规定,检察官作出的所有答辩提议应当是书面的并送达辩护律师。<sup>[74]</sup> 再次,在答辩程序或者审判前程序中,正式的答辩提议应予附卷,作为案卷的一部分,确保被告人在后一程序开始前,能够获得充分的辩护帮助。新泽西州要求检察官和辩护律师在传讯开庭前讨论案件,包括答辩提议,并在被告人在场的情况下,在公开的法庭上陈述讨论内容。<sup>[75]</sup> 1990年代的法院即已在鼓励控辩双方以某种方式对以下审判前事实进行记录:(1)辩诉交易提议的事实;(2)被告人已经就答辩提议条款进行详细咨询的事实;(3)被告人对答辩提议的反馈。<sup>[76]</sup>

## 五、美国辩诉交易中有效辩护权的弃权

辩诉交易的历史表明,有些辩诉协议的条款中已经包含了对有效辩护权的明确弃权。比如,如果被告人自愿、明知、理智地放弃对量刑提起上诉的权利,弃权条款就会阻止其就量刑提出无效辩护的主张。<sup>[77]</sup>

随着联邦最高法院对有效辩护权的保障更加明确、清晰,辩方单列无效辩护请求权,以之换取检察官更优惠的量刑建议。在被告人放弃有效辩护权后,许多法院禁止被告人提出所有关于无效辩护的主张,无论是在答辩前还是答辩后。<sup>[78]</sup> 这显然妨碍了有效辩护宪法权利确保公正司法的功能。法官、律师职业道德团体、媒体对此均展开讨论。<sup>[79]</sup> 相关的探讨主要从以下几个关键方面展开。

[71] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 13).

[72] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 10).

[73] See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. \_ (2012) (slip op., Alito, J., dissenting, at 2).

[74] See N. J. Ct. Rule 3:9-1(b) (2012).

[75] See N. J. Ct. Rules 3:9-1(b), (c) (2012).

[76] See *In re Alvernaz*, 2 Cal. 4th 924, 938, n. 7, 830 P. 2d 747, 756, n. 7 (1992).

[77] See *Davila v. United States*, 258 F.3d 448, 450-53 (6th Cir. 2001).

[78] See *United States v. Nance*, No. 11-2423, 2012 WL 4076117, at 7 (3d Cir. 2012).

[79] See Editorial, *Trial Judge to Appeals Court: Review Me*, N. Y. Times (July 16, 2012). <http://www.nytimes.com/2012/07/17/opinion/trial-judge-to-appeals-court-review-me.html>, 2014年9月1日最后访问。

### （一）弃权的有效性

1970年在布雷迪一案中,联邦最高法院指出,放弃律师辩护权以及刑事诉讼中其他宪法权利,必须自愿、明知、理智。<sup>[80]</sup> 只要弃权是明知、自愿的,判例法允许被告人放弃辩诉交易中的有效辩护权和定罪后关于有效辩护权受侵犯的主张权。仅在少数几种情况下,弃权才是无效的,比如:(1)基于法律禁止的原因如种族原因弃权;(2)无效辩护导致的弃权;(3)量刑超出了法定最高刑;(4)弃权在其他方面违法等。<sup>[81]</sup> 一般而言,对于被告人自愿、明知、理智地放弃有效辩护权的,法院会认可弃权的合法性。

最近几年的判例表明,即使被告人在辩诉协议中放弃有效辩护权,在定罪后程序中仍然可以质疑有罪答辩的明知、自愿和理智。<sup>[82]</sup> 比如,如果被告人在定罪后程序中提出,在达成辩诉交易时律师无效辩护,那么即使其已弃权,也可提出无效辩护主张;<sup>[83]</sup> 但被告人需要承担证明责任,表明其辩诉交易程序受到无效辩护的影响,否则在弃权后禁止提出无效辩护主张。<sup>[84]</sup> 又如,被告人放弃定罪后人身保护令救济权利,也可主张其有罪答辩因无效辩护而违宪。但被告人要证明,如果不是律师无效辩护,就不会作有罪答辩而是选择审判。<sup>[85]</sup> 可见,被告人主张弃权无效的,必须承担证明责任,说服法院其如果接受有效辩护,有合理可能性会选择审判或者作其他选择:(1)如果不是律师的错误,被告人不会签署弃权条款;(2)被告人由于不明知或者不自愿而弃权;(3)被告人本可以作出比弃权后果更好的其他选择。如前文所述,被告人一旦弃权,由于证明责任的分配,其要证明无效辩护的主张,难度是比较大的。

### （二）反对弃权的意见及实践

在美国,理论界和实践中有许多反对放弃有效辩护权的意见和做法。有法院认为,被告人在有罪答辩之前同意弃权时,一般并不知该权利的基础和范围,因此被告人对弃权的内容、范围、后果均不明知。法院认为,被告人弃权与有罪答辩的自愿、明知和理智有关联,如果被告人充分理解有效辩护权的性质以及如何行使,那么其弃权是明知、理智的。<sup>[86]</sup> 现实中,为了迎合检察官的意愿而在诉讼早期放弃有效辩护权的被告人,对于权利的内容通常并没有全面理解。

另有法院认为,对于弃权时不能预知的情况,不得弃权。实践中基于明知和自愿的弃权是有效的,其前提是要求辩护律师提供充分的咨询意见。比如,对上诉权利的弃权,通常仅包括对弃权之前程序的上诉权而不包括对弃权之后程序的上诉权,因为被告人不可能明知和理智地放弃对不可预知的未来错误的上诉权。<sup>[87]</sup> 如果被告人弃权时不可能知道相关事实的存在,被告人的弃权就不是明知的和自愿的,因此弃权无效。<sup>[88]</sup> 这些判例立足于现实,体现了公平。

实践中,死刑犯也会明知且自愿地放弃寻求定罪后救济的权利。这可能是由于被告人高估了律

[80] See *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 748 (1970); 在其他判例中重申,如 *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 81 (2004).

[81] See *United States v. Viera*, 674 F.3d 1214, 1219 (10th Cir. 2012).

[82] See *People v. Stovall*, 284 P.3d 151, 155 (Colo. 2012).

[83] See *Contreras - Garcia v. State*, 95 So. 3d 993, 995 (Fla. App. 2012).

[84] See *People v. Ruffin*, 101 A.D.3d 1793, 955 N.Y.S.2d 917 (N.Y. App. 2012).

[85] See *Ex parte Reedy*, 282 S.W.3d 492 (Tex. Crim. App. 2009).

[86] See *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 78-79 (2004).

[87] See *People v. Orozco*, 103 Cal. Rptr. 3d 646, 649 (Cal. Ct. App. 2010).

[88] See *Ex parte Reedy*, 282 S.W.3d 492, 498 (Tex. Crim. App. 2009).

师鉴别弃权后果的能力,<sup>[89]</sup>但这种误解不会损害被告人弃权的明知和自愿,在之后的程序中被告人不再享有主张无效辩护的权利。考虑到许多法院认可弃权的有效性,而无辜者被定罪的案件切实存在,这一实践确有风险。

### (三) 基于利益冲突而禁止律师建议弃权

最近一些年来,美国有些学者和法官认为,律师不应建议弃权,因为建议被告人放弃有效辩护权不符合律师职业道德。

首先,律师建议被告人放弃有效辩护权,损害了律师对被告人的忠实义务。忠实义务是律师职业的基本道德。美国律师协会的职业道德标准建议律师不应当接受包含放弃有效辩护权的辩诉交易,检察官也不应当要求这类弃权。<sup>[90]</sup>有几个州的律师协会及职业道德准则禁止辩护律师建议被告人放弃有效辩护权。如2012年佛罗里达州职业道德规范指出,不允许检察官或者律师或者双方提出弃权的提议;2011年阿拉斯加州律师协会、内华达州律师职业道德规范常委会、弗吉尼亚州律师协会、2009年蒙大拿州最高法院顾问委员会、2001年俄亥俄州职业纪律委员会、1995年佛蒙特州律师协会、1993年北卡罗来纳州律师协会都持类似意见。其中,弗吉尼亚州虽然没有明确禁止辩护律师建议被告人弃权,但规定辩护律师不能建议被告人放弃对案件复查的申请权,这其中包含了禁止建议放弃无效辩护主张权。<sup>[91]</sup>同样,检察官要求弃权,也会破坏律师职业的道德基础,因此应受到禁止。

其次,弃权建议包含了被告人和辩护律师之间固有的利益冲突,律师可能为了避免被认定为无效辩护、影响职业声誉而提出建议。在联邦法系统多年以来的辩诉交易实践中,弃权一般是有效的。各州虽然有权制定比宪法的要求更严格的律师职业规范,但其在弃权问题上的规定也不一致,如德克萨斯和亚利桑那两个州认为辩护律师建议被告人放弃有效辩护权并不违反职业道德。<sup>[92]</sup>迄今为止,美国刑事司法中并没有在有效辩护权的弃权问题上达成一致的规定。

再次,在美国司法实践中,作为辩诉协议的一个组成部分,明确的弃权使被告人更容易获得检察官在指控和量刑上的让步。被告人往往迫于形势在诉讼的早期放弃有效辩护权,以获得检察官的良好印象和有利的量刑建议。

综上,是否允许律师建议被告人放弃无效辩护主张权,在全美范围内并无统一的规定。而被告人在诉讼早期表明弃权意愿的情况下,如何有效保障被告人自愿、明知地弃权,是重要的问题。

### (四) 自愿与明知的保障和证明

美国辩诉交易实践中注重保障被告人弃权的自愿和明知,并尽可能将能够证明弃权有效性的证据进行固定。

首先,由于弃权与有罪答辩相关,所以被告人应充分知晓并完全理解指控犯罪事实和法定刑的范

[89] See *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 92 (2004).

[90] See Rory K. Little, *The ABA's Project to Revise the Prosecution and Defense Function Standards*, 62 *Hastings L.J.* 1113, 1120 (2011); Rory K. Little, *The Role of Reporter for a Law Project*, 38 *Hastings Const. L.Q.* 747, 795 (2011).

[91] See Professional Ethics of the Florida Bar, Proposed Advisory Op. 12-1 (2012); Ala. State Bar, Ethics Op. RO 2011-02 (2011); Nev. Standing Comm. on Ethics & Prof'l Responsibility, Formal Op. No. 48(2011); Va. State Bar, Legal Ethics Op. 1857 (2011); Advisory Comm. of the S. Ct. of Mo., Formal Op. 126 (2009); Ohio Bd. of Comm'rs on Grievances & Discipline, Op. 2001-6 (2001); Vt. Bar Ass'n, Advisory Ethics Op. 95-04 (1995). N.C. State Bar, RPC 129 (1993).

[92] See Tex. S. Ct. Prof'l Ethics Comm., Op. 571 (2006); Ariz. State Bar, Ethics Op. 95-08 (1995); see also *Watson v. United States*, 682 F.3d 740, 744 (8th Cir. 2012); *United States v. Deluca*, No. 08-108, 2012 WL 5902555, at \*10 (E.D. Pa. Nov. 26, 2012).

围。被告人在有罪答辩前通常要对此作出有记录的陈述,因此,对被告人知情权的保障可以证明。

其次,美国司法实践确立了一些值得推广的方式以满足对自愿与明知的证明要求。如在美国诉库尔西奥(United States v. Curcio)案中,一名律师为两名被告人辩护,涉及利益冲突禁止条款。第二巡回法院认为,被告人放弃重要的辩护权利时,法院应举行听审:(1)向被告人解释其享有无利益冲突辩护权;(2)向被告人说明弃权与辩护律师的利益冲突及可能引起的风险;(3)允许被告人与其律师协商;(4)鼓励被告人从其他律师处寻求建议;(5)给被告人充分的时间作决定;(6)以问答的方式确定并记录被告人是否理解弃权的风险以及选择弃权的自愿性。<sup>[93]</sup> 该听审被称为库尔西奥听审,法院认为在接受包含重要弃权的辩诉协议之前,法官应当举行该听审以确保被告人全面理解弃权的意义。又如,第八巡回法院认为,弃权之前,应向被告人解释无效辩护的含义以及弃权的基本后果。法院可列一个清单,例举常见的无效辩护表现形式,比如律师提供了错误的律师意见、未能充分调查事实或者未能正确理解法律等,并说明弃权将导致的法律后果。<sup>[94]</sup> 法院的正式程序使得有法庭记录可以证明被告人弃权的自愿和明知。

## 六、结语

美国刑事司法对辩诉交易中有效辩护权的保障和救济,经历了一个缓慢而又谨慎的发展过程。1970年,联邦最高法院以判例确认了辩诉交易在刑事诉讼中的合法地位,几乎同时,开始对辩诉交易中的有效辩护权这一宪法权利反复确认,但其时所确立的麦克曼标准刻意割裂律师错误与律师适格性的关系,使有效辩护权流于形式。到20世纪80年代,最高法院以判例确认对辩诉交易中无效辩护的审查规则,律师错误、瑕疵辩护造成不利诉讼结局的,构成无效辩护,从而建立了律师错误与律师适格性、被告人权利之间的联系。2010年帕迪拉案要求律师告知辩诉交易被告人移民法上的间接后果,提高了对律师适格性的要求,表明有效辩护的判断标准从以“律师适格性”为中心向以被告人权利为中心的进一步演变。

2012年以来美国辩诉交易中的有效辩护权经历了新的发展变化。联邦最高法院在弗莱伊和库珀两案中,将辩诉交易中的有效辩护权范围扩展到未进入有罪答辩的案件,确认由于律师失职或者错误致使被告人失去有利答辩机会的案件,即使已经公正审判也应予以救济,肯定了辩诉交易在美国刑事司法中的重要地位,肯定了被告人在刑事诉讼中任何关键阶段享有有效辩护权,而辩诉交易是刑事诉讼的关键阶段,被告人在辩诉交易中的有效辩护权与审判程序中的同等重要。库珀案以朴素的公平观将案件倒回到被告人失去辩诉交易机会的节点,把公平交易的机会还给被告人。有效辩护权受侵犯后的救济虽然客观上使公正审判的结果失效,但这并不是以辩诉交易程序对抗陪审团审判程序的结果,而是由于被告人有效辩护宪法权受侵犯后,此后的程序本不应当存在。在这两个判例中,得到加强的是被告人在辩诉交易中的有效辩护权,受到强调的是辩诉交易谈判及整个过程中律师辩护的职责和义务;而这本是有效辩护宪法权的应有之义。美国辩诉交易中对有效辩护的保障和对无效辩护的救济仍在争议中不断发展。

[93] See *United States v. Curcio*, 680 F.2d 881 (2d Cir. 1994).

[94] See *Chesney v. United States*, 367 F.3d 1055, 1059 (8th Cir. 2004).

美国辩诉交易程序中的有效辩护宪法权利对于我国刑事诉讼中的被告人获得辩护权利有着积极的启示意义。笔者认为,首先,保障被告人的辩护权、扩大法律援助的范围是落实我国宪法、刑事诉讼法的要求。我国《宪法》第125条和《刑事诉讼法》第33条都有被告人有权获得辩护的规定。十八届四中全会报告将强化诉讼过程中当事人辩护权的制度保障作为司法人权保障的内容,本轮司法改革也发布了规范性文件保障被告人的律师辩护权。2015年由中办和国办印发的《关于完善法律援助制度的意见》明确提出加强刑事法律援助工作,为更多的刑事诉讼被告人提供法律援助。其次,对律师辩护质量进行规范、监督;当律师错误导致被告人权利受损的情况下,对被告人权利进行救济,是确保被告人辩护权的内在要求。对此,有学者也认为,“作为一种法律制度,有效辩护和无效辩护制度都深深地被打上美国法的烙印,但作为一种法律理论,有效辩护理论和无效辩护的理念则具有一种普适的价值,代表了刑事辩护制度的发展方向”。该学者还认为,“确立有效辩护的理念,并建立一套旨在规范律师辩护的质量控制体系,这是中国未来刑事辩护制度发展的必由之路”。<sup>[95]</sup>

与美国相比,在我国刑事诉讼中,简易程序、刑事和解、速裁程序均以被告人自愿认罪为适用前提,且以程序的简化为重要特点。程序的简化意味着被告人诉讼权利的简化。如何在三种程序中保障被告人合法权益是刑事法治发展进程中不可回避的问题。对此,美国辩诉交易中有有效辩护权保障的实践经验或可有所启发。

## The Right to Effective Assistance of Counsel in U.S. Plea Bargaining

Qi Jianjian

**Abstract:** Since 1970's, the constitutional right to effective assistance of counsel in U.S. plea bargaining system has increasingly gained more protection. The right to effective assistance is critical to the defendant who enters plea bargain. Effective assistance is a must to ensure the voluntariness, knowing and intelligence of the guilty plea. Also, it ensures a fair bargain. The standard on the attorney's competence was established almost the same time as the legitimization of the plea bargaining system. In 1980's, the U.S. Supreme Court set forth two-step rules to review the violation of the constitutional right to effective assistance. The Supreme Court remedies the guilty plea due to ineffective assistance. Since 2012, the Supreme Court has remedied the lost of the plea offer due to ineffective assistance. This invites some criticism because of the conflict between the fairness of plea bargain and the outcome of fair jury trial. Neither federal nor state criminal justice practice has reached any agreement on the propriety of the waiver of the constitutional right to effective assistance and the waiver of the claim of ineffective assistance.

**Keywords:** plea bargain; effective assistance; ineffective assistance; fair trial; waiver

(责任编辑:幸颜静)

[95] 陈瑞华:“刑事诉讼中的有效辩护问题”,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2014年第5期。

# 民事诉讼发回重审的理由比较研究

占善刚\*

**摘要:**在续审制背景下,第二审法院乃是在第一审程序的基础上续行审理程序。因此,第二审法院针对可撤销的一审判决,原则上必须自行裁判,而发回重审仅为例外。发回重审的理由包括第一审程序违法以及第一审法院判决不当两大类。为保障当事人的审级利益,第二审法院无论以哪种理由发回重审,均须同时满足案件有必要在第一审法院由当事人作进一步的言词辩论这一前提条件。我国现行《民事诉讼法》关于发回重审理由的设计未能凸显二审程序的性质以及当事人审级利益的维护,不仅有违发回重审制度之本旨,并且造成了民事司法实践中发回重审制度适用的失范。

**关键词:**发回重审 事实审 自行裁判 审级利益 程序瑕疵

在民事诉讼中,第二审法院针对第一审法院所作的可撤销判决,除自行裁判予以更正外,尚可将案件发回到原一审法院重新审理。此乃各国民诉立法普遍确立的制度。通常认为,第二审法院在哪些情形下可以甚至必须将案件发回到原一审法院重审并不取决于第二审法院自身的合目的性裁量,而仅取决于民诉立法所确定的发回重审的理由是否已经具备。<sup>[1]</sup>我国《民事诉讼法》自2012年修正后,发回重审的理由已由原《民事诉讼法》第153条第1款第(三)、(四)项所规定的“原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足”、“原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的”修改为现行《民事诉讼法》第170条第1款第(三)、(四)项所规定的“原判决认定基本事实不清”、“原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序”,从而在一定程度上限缩了发回重审的适用范围。尽管我们不能否认此次修改所具有的些许进步,但从根本上讲,现行《民事诉讼法》第170条所设定的两项发回重审的理由,一仍原《民事诉讼法》第153条之旧,也未能彰显发回重审制度的内在要求。笔者认为,科学地设定发回重审的理由,必须严格遵循民事诉讼的基本原理。<sup>[2]</sup>其中首要的是立足于第二审法院或二审程序的性质,正确地把握诉讼经济原则的贯彻与当事人审级利益的维护之间的关系。

## 一、设定发回重审的理由应遵循的基本要求

### (一) 发回重审构成第二审法院自行裁判的例外

在当今大陆法系各国或地区,无论是采取三审终审制还是两审终审制,第二审法院作为上诉法院

\* 武汉大学法学院教授,法学博士。本文系国家“2011计划”司法文明协同创新中心研究成果。

[1] 第二审法院不能基于法定的发回重审理由以外的理由,特别是基于合目的性裁量将案件发回到原一审法院重审,即便双方当事人同意也不允许,此被称为发回重审理由的排它性。Vgl. *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 538, Rn. 1, 31. Aufl., 2010.

[2] 王胜明于2011年10月24日在第十一届全国人大常委会第二十三次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉的说明》中提到,此次民诉立法修改应做到:遵循民事诉讼的基本原理,科学配置司法资源,提高诉讼效率。笔者认为,就发回重审理由的修改而言,其显然没有体现这一修法精神。

均为事实审法院,相应地,第二审程序皆乃事实审程序。<sup>[3]</sup>在民事诉讼中,基于不利益变更禁止原则的规制,<sup>[4]</sup>第二审法院对于上诉人诉请撤销的一审判决仅可在上诉人声明不服的范围内就判决是否适当<sup>[5]</sup>组织双方当事人进行言词辩论并作出相应的裁判。第二审法院经过审理,如果认为上诉人的上诉无理由,应判决驳回上诉人的上诉请求。由于判决的理由不具有既判力,因而第二审法院如果认为一审判决虽基于其新认定的理由不正当而基于其他理由仍为正当时,仍应驳回上诉人的上诉请求。<sup>[6]</sup>第二审法院如果认为上诉人的上诉有理由,则应当撤销、变更原判决。由于第二审程序乃事实审程序,更由于第二审程序为第一审程序的续行程序,<sup>[7]</sup>因而对第二审法院来讲,无论是驳回上诉的上诉请求还是撤销、变更原判决均须以第一审言词辩论终结时所形成的诉讼资料为基础,斟酌其在第二审程序中所收集到的新的诉讼资料(包括当事人在第二审程序中提出的新的诉讼资料以及第二审法院对一审中已经存在却未为第二审法院判断的诉讼资料),并以第二审的言词辩论终结时为基准时对上诉人的上诉请求作出相应的判断。为妥当地实现这一目的,第二审法院根据案件审理的需要可以甚至必须自行调查收集必要的证据。<sup>[8]</sup>第二审法院即便认为一审判决程序存在瑕疵,也可以在消除瑕疵的基础上自行判决。<sup>[9]</sup>域外立法对此多有明确的规定。如德国《民事诉讼法》第538条第1款明确规定:“控诉法院应当调查收集必要的证据并对本案自行裁判。”又如日本《民事诉讼法》第305条规定:“控诉法院认一审判决不当时,必须撤销之。”同法第306条规定:“第一审判决程序违反法律时,控诉法院必须撤销第一审判决。”再如,我国台湾地区“民事诉讼法”第450条规定:“第二审法院认上诉有理由者,应于上诉声明之范围内,为废弃或变更原判决之判决。”一言以蔽之,第二审法院作为事实审法院,其所践行的第二审程序乃第一审程序的续行程序,由此决定了第二审法院对于上诉案件,即便认为上诉人的上诉有理由而应当撤销一审判决,原则上也须自行作出裁判。<sup>[10]</sup>

除此以外,第二审法院针对上诉案件原则上须自行作出裁判也是基于贯彻诉讼经济原则之考量。这是因为,如果第二审法院只要认为上诉人的上诉有理由即撤销第一审法院判决将案件发回到原审法院重新审理,原第一审法院所作的判决很有可能再次被上诉人声明不服而提起上诉,这必然带来诉讼程序的迟延与诉讼成本的上升。故为了贯彻诉讼经济原则,也应当认为第二审法院对于上诉案件

[3] 第二审程序乃事实审程序,但并不表明第二审法院仅仅审理案件的事实问题。事实上,无论是采取三审终审制还是两审终审制,第二审法院均不仅审查第一审法院认定事实有无不当,也审查第一审法院适用法律有无错误。

[4] 不利益变更禁止原则是指第二审法院只能在上诉人声明不服的范围内撤销、变更第一审法院的裁判,不能逾越此范围作出对上诉人更为不利的裁判。上诉不利益变更禁止原则确立的基础是处分权主义。参见[日]河野正宪:《民事诉讼法》,有斐阁2009年版,第812页。

[5] 从理论上讲,裁判的适当包括裁判结果也即实体形成(事实的认定与法律的解释及适用)正确与诉讼程序也即实体形成过程正当两个方面。无论是法院的裁判结果错误还是诉讼程序违法,均应赋予当事人请求上级法院继续审理予以救济的机会,以确保裁判结果具有正当性并保证国民对司法的信赖。参见[日]藤田广美:《讲义民事诉讼》,东京大学出版社2011年版,第569页。

[6] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,弘文堂2005年版,第821页。日本《民事诉讼法》第302条第2款及我国台湾地区“民事诉讼法”第449条第2款分别对此作了明确规定,其内容分别是:“即便一审判决依其理由不当,根据其他理由仍为正当时,必须弃却控诉”;“原判决依其理由虽属不当,而依其他理由认为正当者,应以上诉为无理由”。

[7] 在大陆法系各国或地区,第二审程序基本上采取续审制的审理构造,认为第二审程序乃第一审程序的续行程序。当事人在第一审程序中所实施的诉讼行为在第二审程序中继续保持其效力。除此以外,当事人还可以在第二审中提出新的攻击防御方法(包含事实主张与证据)。当然。近年来为促进诉讼,避免事实审的审理重心从第一审转移至第二审,大陆法系各国或地区民事诉讼均采取严格的续审制,规定当事人仅可在特定的条件下始能于第二审中提出新的诉讼资料。参见德国《民事诉讼法》第529、531条;日本《民事诉讼法》第157、298条;我国台湾地区“民事诉讼法”第247、448条。

[8] 参见[日]上田徹一郎:《民事诉讼法》,法学书院2004年版,第580页。

[9] 参见[日]斋藤秀夫:《注解民事诉讼法》(2),第一法規出版株式会社1982年版,第200页。

[10] Zimmermann, ZPO, § 538, Rn. 1, 9. Aufl., 2011. [日]中野贞一郎、松浦馨、铃木正裕:《新民事诉讼法讲义》,有斐阁2011年版,第613页。骆永家:《新民事诉讼法》(II),台湾三民书局2011年版,第291页。

原则上须自行作出裁判。<sup>[11]</sup>

## （二）发回重审须以案件有必要在第一审程序中由当事人进行进一步的言词辩论为前提

如上所述,在民事诉讼中,第二审法院作为事实审法院原则上应当对上诉人诉请撤销的一审判决从事实认定、法律适用及判决程序三个方面进行审查并自行作出裁判,此系第二审法院的职责,并且这样做也能实现诉讼促进这一程序利益。即便第二审法院为了实现纠正一审判决的错误这一目的需要进行必要的证据调查甚至将证据调查的任务完全转移到第二审程序中来亦是如此。<sup>[12]</sup>与此相反的是,如果第二审法院针对上诉案件自行作出裁判将会牺牲当事人的审级利益,则第二审法院必须例外地将案件发回到原审法院重新审理而不能自行作出裁判。因为在当事人的审级利益未能得到保障的情形下,法院遽然作出裁判,不仅会动摇审级制度的根基,而且会影响到裁判的真实性从而最终影响人民对裁判正当性及司法制度的信赖。故相比于追求加快诉讼程序所带来的程序利益,当事人的审级利益显然更值得重视及维护。所谓审级利益,一般是指当事人所具有的经由两个事实审法院的合法审判之程序上的地位。就民事诉讼而言,当事人的审级利益具体体现为当事人在不同审级的法官面前展开攻击防御并以此为基础受合法裁判的程序利益。<sup>[13]</sup>在民事诉讼中,基于言词原则的规制,受诉法院必须以当事人在言词辩论中呈现出来的诉讼资料为基础作出裁判。因而可以合乎逻辑地认为,就第一审民事案件而言,如果作为裁判基础的事实及证据没有或未能全部地呈现于当事人的言词辩论中,即可认为当事人的审级利益受到了全部或部分的侵蚀。在此种情形下,为维护当事人的审级利益,第二审法院即有必要将案件发回到原一审法院重审以便其组织当事人就案件作进一步的言词辩论。此几为域外立法之通例。如德国《民事诉讼法》第538条第2款规定:“在进一步的言词辩论是必要的情形下,控诉法院可以在撤销原判决与程序的基础上将案件发回到一审法院重审。”日本《民事诉讼法》第307条规定:“控诉法院,撤销第一审驳回原告起诉的判决之场合,必须将事件发回至第一审法院,但是,事件无另行进行辩论的必要时,不在此限。”同法第308条第1款规定:“前条本文规定的场合以外,控诉法院撤销第一审判决的场合,关于事件有进一步辩论的必要时,须将案件发回到第一审法院。”我国台湾地区“民事诉讼法”第451条第1款规定:“第一审程序有重大瑕疵者,第二审法院得废弃原判决,而将事件发回原法院,但以因维持审级制度认为必要时为限。”

在解释上,所谓“需要作进一步的言词辩论”通常是指第一审法院没有或没有完全基于当事人言词辩论的结果作出裁判,因而需要当事人在第一审言词辩论程序中对成为裁判基础的事实及证据展开攻击防御。因此,如果第二审法院直接以第一审言词辩论程序中所呈现出的诉讼资料为基础即能使裁判达到可以作出的程度,即便需要第二审法院自身进行必要的证据调查,该案件也缺乏由当事人作进一步言词辩论的必要,因而也就不能由第二审法院发回重审。<sup>[14]</sup>如果当事人在第二审诉讼程序中合法地提出了新的诉讼资料,则第二审法院针对这些新提出的诉讼资料只要能在自行调查证据的基础上进行裁判并且能达到使裁判成熟的程度,第二审法院仍不能将案件发回到原一审法院重审。此外,如果当事人在第二审诉讼程序中合法地进行了诉的变更,提起了反诉,第二审法院也不能仅为了贯彻审级制度即将第二审中变更后的新诉或新增加的反诉发回到原一审法院重审,因为在续审制构造下,第二审法院针对变更后的新诉或新增加的反诉自行裁判乃合法的制度安排。同当事人在第二审诉讼程序中合法地提出了新的诉讼资料一样,当事人在第二审诉讼程序中合法地进行了诉的变

[11] Rimmelpacher, Münchener Kommentar zur ZPO, § 538, Rn. 43, 4. Aufl., 2012.

[12] Beck'scher Online - Kommentar ZPO, § 538, Rn. 6, 12. Aufl., 2014.

[13] 同注8引书,第572页。

[14] Rimmelpacher, a. a. o., § 538, Rn. 47.

更或提起了反诉也不属于案件“需要作进一步的言词辩论”的范围。<sup>[15]</sup> 总之,在大陆法系主要国家或地区的民事诉讼中,案件“需要作进一步的言词辩论”乃第二审法院能将案件发回到第一审法院重新审理的唯一合法要件,除此以外的发回重审均是不合法的。第二审法院既不能出于减轻自己负担的考虑将案件发回到原一审法院重审,更不能基于双方当事人的合意而将案件发回到原一审法院重审。<sup>[16]</sup> 不过,根据德国联邦法院的判例,即便满足发回重审的前提条件也即案件需要在第一审程序中由当事人作进一步的言词辩论的,第二审法院也可以不发回重审而是自为判决。也即发回重审并不具有绝对的强制性,第二审法院根据案件审理的需要可以在发回重审与自行裁判之间进行裁量。不过,这种裁量是义务性的,第二审法院需要在判决理由中对此作出能够为上告法院审查的实质性的说明。控诉法院在作裁量决定时,除了要考虑当事人的审级利益的维护外,还应当考虑因发回重审而导致诉讼成本增加以及由于诉讼迟延而导致原告不能早日获得确定判决之执行名义之不利。不过,如果第一审诉讼程序存在非常严重的瑕疵,以至于第一审程序不能构成第二审法院续行诉讼程序的基础,如存在根本不能容忍的裁判偏颇方面的错误,则第二审法院的自由裁量幅度将降为零。<sup>[17]</sup> 德国联邦法院认为,尽管要求第二审法院必须在判决理由中详细地说明对于作出裁量决定有重要意义的考量因素,但是对此不能提出过高的要求,如果从判决理由中可以看出第二审法院在自行裁判与发回重审之间注意并考虑到了可供裁量的因素,则一般认为即满足了说理的要求。联邦法院特别强调,如果当事人间的争讼已多年未结,并且已由第二审法院或上告法院多次发回重审,为早日实现原告的债权,即使存在发回重审的必要性,第二审法院也应自行作出判决。<sup>[18]</sup> 在日本,其最高法院虽然没有作出与德国联邦法院相类似的判例,但学说上普遍认为,如果具备发回重审的前提条件,除第二审法院认为第一审法院判决原告所提之诉不合法是错误的必须发回重审以外,其他情形下是否发回重审乃由第二审法院斟酌决定。从我国台湾地区“民事诉讼法”第451条所蕴含的“得”这一字眼来看,第二审法院对于上诉案件是自行裁判还是发回重审也是有裁量权的。我国台湾地区学者林家祺、刘俊麟即认为:“第二审法院决定应否予以发回,有自行斟酌权,因为第二审亦兼采事实审,可以补正者,得自行命补正,诉讼程序之瑕疵即行除去,无须再发回重审。”<sup>[19]</sup>

如上所述,在德国、日本等大陆法系国家的民事诉讼中,为保障当事人的审级利益,第二审法院将上诉案件发回到第一审法院重审必须满足案件有“为进一步言词辩论的必要”这一前提条件。从诉讼理论上讲,引起案件有“为进一步言词辩论的必要”的原因不外乎两种:第一,第一审诉讼程序由于存在重大的瑕疵导致作为裁判基础的诉讼资料未能适法地呈现于当事人的言词辩论中;第二,第一审法院没有在全案范围内对当事人之间的争议作出裁判。这两种原因分别构成了发回重审的程序违法理由与实体判断错误理由。<sup>[20]</sup> 下面分而析之。

## 二、发回重审的程序违法理由

人所共知,法院所作的判决必须具有正当性始可为人民所信赖。只有判决的形成过程也即通往

[15] Saenger, ZPO, § 538, Rn. 4, 5. Aufl., 2013.

[16] Zöller/Greger, ZPO, § 538, Rn. 6, 28. Aufl., 2010.

[17] Saenger, a. a. o., § 538, Rn. 6.

[18] Beck'scher Online - Kommentar ZPO, § 538, Rn. 6, 12. Aufl., 2014.

[19] 林家祺、刘俊麟:《民事诉讼法》,五南图书出版公司2007年版,第606页。

[20] Musielak, ZPO, § 538, Rn. 3, 11. Aufl., 2014.

判决的路径或诉讼程序是合法的,才能保证判决具有正当性。在民事诉讼中,对于第一审法院来讲,如果其所作的判决违反了相关的程序规范,除可舍弃的或者可以放弃责问的程序瑕疵由于当事人迟延履行责问权或者放弃责问而使程序瑕疵得以治愈外,当事人均可经由上诉声明不服。<sup>[21]</sup> 由于第二审法院为事实审法院,故有义务自行消除第一审诉讼程序的瑕疵,并在此基础上自为判决。<sup>[22]</sup> 尽管如此,根据各国立法的通例,如果第一审诉讼程序存在重大瑕疵,进而影响到第一审裁判的合法性基础,则其即构成发回重审的程序违法理由。

从德国《民事诉讼法》第 538 条第 2 款第一句规定的第(一)项至第(七)项所列举的发回重审理由来看,发回重审的程序违法理由分为一般的程序违法理由与特别的程序违法理由两大类。前者是指第(一)项所规定的“一审程序存在重大瑕疵(wesentlichen Mangel)并且由于该瑕疵导致必须进行范围广(umfangreiche)或者费用高(aufwendige)的证据调查”,后者包括第(二)项、第(六)项所规定的不合法的缺席判决以及第(七)项所规定的违法一部终局判决(部分判决)。通常认为,构成“重大程序瑕疵”必须同时满足以下两个条件:第一,其为程序瑕疵(error in procedendo),而不是判决中的实体法错误(error in indicando)。因此,如果第一审法院在适用法律的过程中存在实体观点错误或者与第二审法院的观点发生分歧,即不构成程序瑕疵。当然,是实体法错误还是程序瑕疵,在个别的情况下是很难界定的。特别是在错误地适用、解释、故意忽略了一项规则的情形下更是如此。一般认为,法院对于证明责任的认识发生错误属于实体法错误;与之相反,法院对于当事人的意思表示或合同的解释发生错误,则不仅属于实体法错误,也可能属于程序瑕疵。<sup>[23]</sup> 根据德国联邦法院的判例及通说,第一审诉讼程序是否存在瑕疵应当根据第一审法院的立场进行判断,即使第一审法院存在实体观点错误,并且据此给当事人作出了不正确的指示或者由于其对实体法律作出了不正确的判断而未给当事人作出客观上有必要的指示的,也不构成程序瑕疵。<sup>[24]</sup> 与此相反,少数学者主张,第一审诉讼程序是否存在瑕疵,应当由控诉法院从其自身立场作出判断。因为只有这样才能确保当事人的上诉请求得到客观的、正确的审查,也才能保证当事人有机会在第一审程序中进行完整的陈述。如果从第一审法院的不恰当的观点出发判断第一审诉讼程序是否存在这样的瑕疵,则当事人将有可能失去在第一审程序中进行完整的陈述的机会。<sup>[25]</sup>

第二,程序瑕疵是重大的。依照德国联邦法院判例和部分学者的见解,所谓程序瑕疵是重大的,并非是指第一审法院单纯地“严重”(schwere)或“较高程度”(große)违反了诉讼程序,而是指由于程序瑕疵的存在导致第一审法院所作的判决欠缺合法性进而不能作为第二审法院判决的基础。更准确地讲,是指第一审诉讼程序瑕疵与一审判决的不正确之间具有因果关系或对后者造成了实质性的影响,至于第一审法院对此有无过错则在所不问。<sup>[26]</sup> 第一审诉讼程序如果存在《民事诉讼法》第 547 条

[21] 所谓责问权是指一方当事人所享有的指责对方当事人或法院所实施的诉讼行为(包含判决行为)违反了诉讼程序规范因而违法、无效的权能。为贯彻诉讼经济原则,保障诉讼程序的安定性,一般认为,对于诉讼程序规范中不具有强制性的规范或者说专门为当事人进行诉讼的便利而设的规范之违反,当事人如果不及时行使责问权或者主动放弃责问权,该程序瑕疵即可自行治愈,违反该程序规范的行为从一开始即成为有效的诉讼行为。Zöller/Greger, ZPO, § 295, Rn. 9, 28. Aufl., 2010. [日]兼子一、松浦馨、新堂幸司、竹下守夫:《条解民事诉讼法》,弘文堂 1986 年版,第 362 页。

[22] Rimmelpacher, a. a. o., § 538, Rn. 21.

[23] BGH NJW 2007, 370; Musielak, ZPO, § 538, Rn. 7, 11. Aufl., 2014; Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 538, Rn. 8, 12. Aufl., 2014.

[24] BGH NJW-RR, 2010, 1048; BGH NJW-RR, 2012, 1201; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl., 2011; Musielak, ZPO, § 538, Rn. 8, 11. Aufl., 2014.

[25] Rimmelpacher, a. a. o., § 538, Rn. 22.

[26] Baumbach/Lautbach/Albers/Hart, ZPO, § 538, Rn. 6, 69. Aufl., 2011; BGH NJW 00, 2508.

所规定的绝对上告理由的情形,则不可反驳地推定程序瑕疵与判决结果之间具有因果关系。<sup>[27]</sup> 与此不同的是,有少数学者则是从法定听审请求权的角度去阐释“重大程序瑕疵”的内涵。其认为,如果第一审法院错误地限制了当事人就对判决具有重要性的事实全面提出攻击和防御手段的权利,或者使当事人不能完整地行使该权利,则构成重大的程序瑕疵。重大的程序瑕疵毋宁认为是法定听审请求权未能在民事诉讼中得到落实的具体体现。第一审诉讼程序存在《民事诉讼法》第547条所规定的绝对上告理由的情形仅部分地或更确切地说仅偶然地与侵害法定听审请求权相吻合。<sup>[28]</sup> 在德国,尽管关于“重大的程序瑕疵”的内涵存在两种不同的理解,一者侧重判决形成的合法性基础,另者则注重当事人的参与权在事实认定与判决形成过程中所具有的作用。不过二者并不存在本质上的差异。因为在第一审诉讼程序中,如果法院不合法地限制或未充分地保障当事人的参与权,必将导致当事人的言词辩论未能涉及全部争点,一审判决的合法性基础自然遭受质疑。此外,这两种观点均强调程序瑕疵与判决错误之间必须具有因果关系。<sup>[29]</sup> 因此,就具体程序违法事例所作的个别阐释而言,这两种观点所得出的结论并无不同。如二者均认为法院违反《民事诉讼法》第139条未对当事人履行指示义务或对仅当事人作笼统性指示,无视当事人的陈述,拒绝再次进行必要的言词辩论,错误地不准许诉之变更均构成重大的程序瑕疵。<sup>[30]</sup> 又如二者均认为,法官席位担任的瑕疵并不构成重大的程序瑕疵。独任法官代替合议庭作出判决,或者合议庭代替独任法官作出判决只有在同时造成了法定听审请求权的缩减时才被认为是重大的程序瑕疵,等等。<sup>[31]</sup>

根据德国《民事诉讼法》第538条第2款第一句第(一)项之规定,第一审仅存在重大的程序瑕疵并不足以导致第二审法院将案件发回重审,只有在基于“重大的程序瑕疵”导致需要进行范围广或者费用高的证据调查,才可以发回重审。德国学者一般认为,只有第一审法院在审理案件时存在重大的程序瑕疵并且由于该程序瑕疵导致裁判达不到可以作出的程度时才可以认为基于重大的程序瑕疵造成了证据调查的必要性。虽然无法为“广泛的”或者“费用高”的证据调查确立一明确的基准而需要具体分析每一个案件而定,但是其具有的共同特质必然是由第二审法院续行诉讼程序并自行作出裁判将比发回重审带来更大的不利益。<sup>[32]</sup> 根据德国一些州高等法院的实务做法,如果就一个复杂的证明主题涉及需要对四个以上的证人进行询问的,或者需要在外国进行证据调查的则属于“广泛的”或者“费用高”的证据调查;而法院为了判断土地是否具有可营造性依照《建筑法》第34条对土地的实际情况进行勘验的,则并不属于这种情形。<sup>[33]</sup>

根据德国《民事诉讼法》第538条第2款的规定,发回重审的特别程序违法理由,包括第一审法院违法作出缺席判决和违法作出一部终局判决两项。前者具体是指第一审法院认为当事人针对缺席判决提出的异议不合法而驳回当事人的异议,而第二审法院认为当事人的异议合法因而不应当对当事人作出缺席判决。从本质上讲,第一审法院违法作出缺席判决应当属于重大的程序瑕疵的特别情形。因为在违法缺席判决的场合,当事人由于程序参与权被剥夺以致于其不能提出支撑其所提诉讼请求或反驳对方当事人所提诉讼请求的诉讼资料。无论是从法定听审请求权不应被剥夺的角度去理解,

[27] *Thomas/Putzo*, ZPO, § 538, Rn. 9; *Zöller/Greger*, ZPO, § 295, Rn. 11; BGH NJW - RR 90, 480.

[28] *Rimmelspacher*, a. a. o., § 538, Rn. 24.

[29] *Musielak*, ZPO, § 538, Rn. 10, 11. Aufl., 2014.

[30] Beck'scher Online - Kommentar ZPO, § 538, Rn. 13, 12. Aufl., 2014; BGH NJW - RR, 2006, 60; NJW 1989, 722; NJW 1983, 822; NJW - RR 1989, 221.

[31] NJW - RR 1995, 512; BGH NJW 2008, 1672; *Rimmelspacher*, a. a. o., § 538, Rn. 27, 28.

[32] *Baumbach/Lautbach/Albers/Hart*, ZPO, § 538, Rn. 9, 69. Aufl., 2011; BGH NJW 08, 1672; BGH NJW - RR 07, 1678.

[33] NJW 2011, 1001; *Saenger*, ZPO, § 538, Rn. 12.

还是立足于判决的形成应当具备合法性基础,均应认为在违法缺席判决的场合,案件需要当事人作进一步的言词辩论,故而需要第二审法院将案件发回重审而不是自行判决。<sup>[34]</sup> 后者具体是指第一审法院违反德国《民事诉讼法》第 301 条第 2 款的规定,对于依案件的性质应当作出全部终局判决的案件作出了部分判决。第一审法院违法作出了部分判决时必然造成本应在同一审级程序作出全部判决的案件因为当事人的上诉而被分割成分属第一审、第二审两个审级程序中进行裁判。第二审法院针对当事人的部分上诉如果不将案件发回重审而是自行作出裁判,将不可避免地造成裁判的矛盾。显而易见的是,与诉讼促进的程序利益相比,法院一体性解决当事人之间的讼争以避免裁判抵触的利益更应值得维护。所以在一审法院违法作出部分判决时,第二审法院应将案件发回重审。与其他发回重审需要当事人提出申请并且由第二审法院作裁量决定不同的是,第一审法院违法作出部分判决后,第二审法院必须依职权将案件发回重审。<sup>[35]</sup> 对于第二审法院来讲,无论其是基于一般的程序违法理由将案件发回重审还是基于特别的程序违法理由将案件发回重审,必须同时撤销原判决及违法的诉讼程序。即便一审违法的诉讼程序未被第二审法院明确撤销也视为已撤销。第二审法院的撤销判决对于一审法院具有约束力,第一审法院在重新审理案件时必须严格遵守,不能违反而出现同一违法理由。<sup>[36]</sup>

在日本,根据其《民事诉讼法》第 306、308 条的规定,发回重审的程序违法理由分为判决程序违法与其他诉讼程序违法两类。如果第一审判决程序违法,第二审法院无论是自行裁判还是发回重审均必须将其撤销。如果其他诉讼程序违法,则仅在第二审法院撤销原判决发回重审(包括第二审法院基于第一审实体判断错误这一理由发回重审)的范围内视为撤销。不过无论是第一审判决程序违法还是其他诉讼程序违法,均只有满足了案件需要由当事人作进一步的言词辩论这一前提条件,第二审法院才可以将案件发回重审。在日本的民诉立法中,并未出现类似德国《民事诉讼法》第 538 条第 2 款第一句第(一)项中的“重大程序瑕疵”那样的字眼。无论是在立法论上还是在解释论上均可认为,在日本的民事诉讼中,第一审法院在审理案件时虽然违反了诉讼程序,但只要没有达到剥夺当事人审级利益那样的严重程度,控诉法院即可在消除程序瑕疵基础上自行判决而不必将案件发回重审。<sup>[37]</sup> 日本最高法院仅在昭和 45 年 12 月 25 日作过一则由于第一审法院违反诉讼程序而被第二审法院发回重审的判例。在该判例中,日本最高法院认为,第一审法院对于代表被告公司实施诉讼行为的代表人欠缺代表权疏未审查即遽然作出判决显然是不妥当的,应发回重审。日本学者在解释哪些诉讼程序违法可导致第二审法院将案件发回重审时,通常以该判例为准则,认为在下列情形下,第二审法院应将案件发回重审:(1)第一审法院未对被告进行合法传唤因而在言词辩论期日没有听取被告的辩论即作出了判决;(2)第一审诉讼程序中,代理人欠缺诉讼代理权而代为实施诉讼行为;(3)第一审法院未告知当事人证据调查期日即进行证据调查;(4)第一审法院未合法地组织当事人进行公开言词辩论。<sup>[38]</sup> 从中不难看出,在日本,无论是裁判实务中还是学说上均认为,只有诉讼程序违法已经造成当事人不能或不能完全地就本案进行合法的辩论时或者说诉讼程序违法导致当事人的审级利益被剥夺时才构成发回重审的理由。

[34] Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 538, Rn. 14, 31. Aufl., 2010.

[35] Zimmermann, ZPO, § 538, Rn. 11, 9. Aufl., 2011. Beck'scher Online – Kommentar ZPO, § 538, Rn. 3, 12. Aufl., 2014.

[36] Beck'scher Online – Kommentar ZPO, § 538, Rn. 35, 12. Aufl., 2014; Wieczorek/Schütze, ZPO, § 538, Rn. 67, 3. Aufl., 2010.

[37] 同注 21 引书,第 1198 页。

[38] 参见[日]斋藤秀夫:《注解民事诉讼法》(6),第一法規出版株式会社 1982 年版,第 201 页;[日]小室直人、贺集唱、松本博之、加藤新太郎:《新民事诉讼法》(Ⅲ),日本评论社 2003 年版,第 46 页。

在我国台湾地区,根据其“民事诉讼法”第451条之规定,发回重审的程序违法理由被表述为“第一审诉讼程序有重大瑕疵”。我国台湾地区“高等法院”于2011年所作的一项判决对此有进一步的阐释,其内容是:“‘民事诉讼法’第451条规定,第一审诉讼程序有重大瑕疵者,第二审法院得废弃原判决,而将该事件发回原审法院,但以因维持审级制度认为有必要时为限。所谓诉讼程序有重大瑕疵者,系指第一审违背诉讼程序之规定,其违背须与判决内容有因果关系,或因诉讼程序违背规定,不适于为第二审辩论及判决之基础者。”<sup>[39]</sup>从该项判决要旨中,我们可以推断其基本上采取了德国联邦法院判例所持之见解。我国台湾地区学者基本上也采取同一见解,认为第一审诉讼程序有重大瑕疵,以致于其不能作为第二审法院续行审判之前提时,应发回重审。<sup>[40]</sup>

综上所述,在德国、日本以及我国台湾地区的民事诉讼中,其立法均是立足于维护当事人的审级利益规定发回重审的程序违法理由,虽然在表述上不尽相同,但无论是其判例还是学说对于发回重审的程序违法理由的阐释基本上是一致的,认为第一审诉讼程序存在重大瑕疵以致于其不能作为第二审法院作出判决或续行诉讼程序的前提或者说由于第一审诉讼程序的瑕疵导致案件需要当事人作进一步的言词辩论的即构成发回重审的程序违法理由。

### 三、发回重审的判断错误理由

根据前文的分析可知,在民事诉讼中,第二审法院对于上诉案件原则上应当自行作出裁判,发回重审仅为例外。如果第二审法院认为第一审判决程序违法,应当在消除程序瑕疵的基础上自行判决,只有程序瑕疵严重到已损害当事人审级利益的程度或者说由于该程序瑕疵导致案件需要由当事人作进一步的言词辩论的,第二审法院才可以或应当将案件发回原审法院重审。同理,如果第二审法院认为第一审法院所作的判决结果不正确或者说实体判断错误,也应当撤销原判决并根据案件审理的结果自行作出裁判,而将案件发回第一审法院重审也仅为例外。在德国,根据其《民事诉讼法》第538条第2款第一句之规定,发回重审的判断错误理由有两种:<sup>[41]</sup>第一,第一审法院仅就诉之合法与否作出裁判的(第三项规定);第二,在关于请求的原因与数额均有争执的诉讼中,第一审法院认为请求的原因不存在而驳回原告的诉讼请求的(第四项规定)。<sup>[42]</sup>第一审法院仅就诉之合法与否作出裁判之所以需要发回重审,是因为在这种情形下,第一审法院仅对原告所提之诉进行了合法性审查,并未就当事人之间的本案争执进行实体审理,当事人也未就与本案争执有关的诉讼资料进行言词辩论。如果第二审法院认为原告所提之诉合法进而直接对当事人之间的实体争议作出裁判,将使得本案仅经过了一个事实审的审理。为保障当事人的审级利益,第二审法院应当将案件发回重审。需要指出的

[39] 参见林家祺:《例解民事诉讼法》,台湾五南图书出版公司2012年版,第543页。

[40] 同注10引书,第290页。

[41] 根据德国《民事诉讼法》第538条第2款第一句第(五)项的规定,在证书诉讼或票据诉讼中,如果第一审法院作出了宣告保留权利的判决,当事人不服而上诉至第二审法院,第二审法院也应发回重审。因为在此种场合,第一审法院事实上并未对当事人提出的诉讼资料作出全部的判断,为了维护当事人的审级利益有必要将案件发回重审。由于本文关于发回重审理由的分析是以通常的诉讼程序为对象,故对此不予详论。

[42] 德国《民事诉讼法》第538条第2款第一句第(四)项规定的发回重审理由还包括第一审法院就原告请求的原因作出了肯定的部分判决。严格来讲,其并不属于判断错误,而是属于同条第(七)项规定的违法作出部分判决的情形,因而应属于特别的程序违法理由。德国民诉立法之所以将其置入第(二)项进行规定是考虑到在第一审法院对请求的原因作出部分判决时,第二审法院将案件发回重审仍须以当事人申请为前提。Vgl. BGH NJW - RR 2004, 1637; NJW - RR 2011, 1365. Zimmermann, ZPO, § 538, Rn. 2, 9. Aufl., 2011; Musielak, ZPO, § 538, Rn. 3, 11. Aufl., 2014.

是,第一审法院如果是在进入本案审理程序以后甚至直至在言词辩论结束前才发现原告所提之诉是不合法的因而作出了驳回原告之诉的判决,则第二审法院并无必要将案件发回重审。因为在前述场合,第一审法院虽然没有对当事人之间的本案争执作出实体判决,但显而易见的是,当事人事实上已经就本案争执进行了言词辩论。故第二审法院如果认为原告所提之诉合法成立进而直接作出实体判决,从根本上讲并没有剥夺当事人的审级利益因而也就没有必要将案件发回重审。此外,某些诉讼中,法院审查原告所提之诉是否合法往往需要结合本案的诉讼资料才能作出判断,对当事人适格要件、诉的利益要件的审查尤其如此。因而在这些案件中,如果第一审法院认为原告所提之诉不具备合法性要件而作出驳回原告之诉的判决,第二审法院也可自行裁判而无需将案件发回重审。因为本案的诉讼资料已在第一审诉讼程序中经过了当事人的言词辩论,无在第一审进一步为言词辩论的必要。<sup>[43]</sup>

第一审法院认为请求的原因不存在而驳回原告的诉讼请求的之所以需要发回重审,是因为在此种情形下,第一审法院并未就当事人之间的全部实体争议作出判决。为保障当事人的审级利益,需要当事人在第一审诉讼程序中就没有被第一审法院判断的诉讼资料作进一步的言词辩论。具体来讲,在关于请求的原因与数额均有争执的诉讼中,如果第一审法院对原告请求的原因及数额均作出了裁判,则第二审法院可在证据调查的基础上自行作出裁判,并无必要将案件发回重审,因为关于本案的诉讼资料在第一审已全部经过了当事人的言词辩论。与此相反,如果第一审法院认为原告所提诉讼请求的原因不存在而据此判决驳回的原告诉讼请求,则第二审法院原则上应当将案件发回重审。因为此种情形下,关于请求数额的诉讼资料并未经由第一审法院在当事人言词辩论的基础上作出判断,为使当事人之间关于请求数额的争执能得到第一审法院审理,保障当事人的审级利益,第二审法院应将案件发回重审以便当事人能就请求数额的争执作进一步的言词辩论。当然,有些案件,当事人之间关于请求原因的言词辩论往往与关于请求数额的言词辩论杂糅在一起,并不能截然分开。如果第一审法院以原告请求原因欠缺为由判决驳回原告的诉讼请求,第二审法院可在证据调查的基础上自行作出裁判而不必将案件发回重审,因为关于请求数额的争执事实上已经在第一审诉讼程序中经过了当事人的言词辩论。例如,第一审法院以原告请求的债权已过诉讼时效为由判决驳回原告的诉讼请求,原告不服上诉至第二审法院,第二审法院查明原告请求的债权的诉讼时效因存在中断的事由并未经过。第二审法院可据此自行作出裁判而不必将案件发回重审,因为该案中,当事人之间关于请求的原因及数额的争执均经过了第一审法院的实体判断。<sup>[44]</sup>

综上所述,在德国的民事诉讼中,根据其《民事诉讼法》第 538 条第 2 款第一句第(三)项及第(四)项的规定,发回重审的判断错误事由仅限于第一审法院未就当事人间的实体争执作出全部的裁判因而有必要由当事人就未能适法地呈现于第一审言词辩论的诉讼资料作进一步的言词辩论这种情形。因此,如果第一审法院已经作出完全的裁判,即便基于已有的证据调查结果未能对事实作出正确的认定或者判决适用法律错误,均不能导致第二审法院将上诉案件发回重审。在续审制构造下,作为事实审的第二审法院针对第一审法院的上述两种判决错误完全可以在调查收集必要证据的基础上自行作出裁判。

在日本民事诉讼中,根据其《民事诉讼法》第 307 条及第 308 条的规定,发回重审的判断错误事由也有两种:第一,第一审法院所作的驳回原告之诉的判决是错误的;第二,第二审法院认为第一审法院

[43] *Wieczorek/Schütze*, a. a. o., § 538, Rn. 38.

[44] *Zöller/Greger*, a. a. o., § 538, Rn. 43.

所作的实体判决错误并且有必要由当事人作进一步的言词辩论的。根据前面的分析可知,日本《民事诉讼法》第308条同时规定了发回重审的程序违法理由。更为准确地讲,根据该条的规定,第二审法院对于上诉案件,只要认为其有必要由当事人作进一步言词辩论的,不管是基于第一审判决程序违法之理由还是基于第一审判决实体判断错误之理由,均可撤销一审判决发回重审。日本学者通常将第307条所规定的发回重审称为必要的发回,而将第308条所规定的发回重审称为任意的发回。<sup>[45]</sup>作此区分的根本原因在于,根据日本《民事诉讼法》第307条的规定,第二审法院如果认为第一审法院所作的驳回原告之诉的判决错误因而将其撤销时,只要案件有进一步言词辩论的必要,就必须发回重审,第二审法院对于是否发回重审无裁量权。而根据日本《民事诉讼法》第308条的规定,第二审法院如果认为第一审法院所作的本案判决不当而将其撤销时,即便案件有进一步言词辩论的必要,也非必须发回重审。是否发回重审由第二审法院裁量决定。日本最高法院的判例也持此见解。<sup>[46]</sup>

根据日本学者的解释,第一审法院作出驳回原告之诉的判决的案件之所以需要发回重审,是因为在第一审诉讼程序中,第一审法院仅就原告所提之诉进行了合法性审查,并未就当事人之间的本案争执进行实体审理。如果第二审法院径直作出本案判决,事实上将会导致当事人之间的本案争执仅经过了一个事实审法院的审理。为保障当事人的审级利益,第二审法院应当将案件发回重审。当然,如果第一审法院在对原告所提之诉进行合法性审查时已涉及当事人之间的本案争执,本案即无作进一步言词辩论的必要故而也就无需发回重审。<sup>[47]</sup>不难看出,在此种案件发回重审的根据的解释上,日本学说与德国学说乃持同一见解。就日本《民事诉讼法》第308条所规定的任意发回重审而言,日本学者通常列举以下事例予以解释:(1)第一审法院认为原告进行诉的变更不合法,仍就旧诉作出了判决。第二审法院认为原告诉的变更合法,由于变更后的新诉在第一审诉讼程序中未为当事人进行言词辩论,故第二审法院可撤销一审判决,发回重审。(2)当事人之间就涉诉请求的原因及数额均有争议,第一审法院认为请求的原因无理由,判决驳回原告的诉讼请求。第二审法院认为原告请求的原因有理由,由于请求的数额未经过第一审法院实体审理,为保障当事人的审级利益,第二审法院有必要将案件发回重审。(3)第一审法院根据拟制自认作出了判决,第二审法院认为拟制自认不成立,应当撤销原判决发回重审,因为拟制自认的事实在第一审未经过当事人的言词辩论。<sup>[48]</sup>综观日本通说所列举的发回重审的事例可以看出,第一审法院以请求原因不当判决驳回原告诉讼请求这一发回重审的理由乃是德国《民事诉讼法》第538条第2款第一句第(四)项所明确规定的发回重审的理由。而另外两项发回重审的理由在德国民事诉讼中应属于发回重审的一般程序违法理由。

在我国台湾地区的民事诉讼中,其“民事诉讼法”第451条仅规定了诉讼程序有重大瑕疵这一发回重审的理由,并未像德国、日本《民事诉讼法》那样同时规定判决判断错误的发回重审理由。如果第一审法院所作的判决出现判断错误因而需要第二审法院撤销并发回重审时,根据发回重审的理由不能由法院作目的性裁量决定这一原理,法院通常将其解释为“一审诉讼程序有重大瑕疵”因而需要发回重审。如我国台湾地区学者在解释其“民事诉讼法”第451条第1款所规定的发回重审的理由“一审诉讼程序有重大瑕疵者”时,往往以原因判决为例进行说明,认为第一审法院以请求的原因不正当为由判决驳回原告的诉讼请求时,由于第一审法院并未就请求的数额予以审理,故第二审法院可裁

[45] 同注4引书,第587页。

[46] 同注38引书,第45页。

[47] 同注10引书,第613页。

[48] [日]斋藤秀夫:同注38引书,第201页;[日]小室直人等:同注38引书,第45页;[日]松本博之、上野泰男:《民事诉讼法》,弘文堂2012年版,第794页;[日]中野贞一郎等:同注10引书,第614页。

量决定是否将案件发回到原审法院重审。<sup>[49]</sup>笔者认为,从诉讼理论上讲,判决的实体判断错误与诉讼程序的重大瑕疵属于性质不同的两个事项。尽管诉讼程序的重大瑕疵可以造成判决的实体判断错误,但判决的实体判断错误并非完全由诉讼程序瑕疵所致,由于法官的认知错误或其他原因导致判决出现实体判断错误较为常见,将判决的实体判断错误统统纳入诉讼程序瑕疵的范畴予以解释显然是不妥当的。如德国《民事诉讼法》第538条第2款第一句第(三)项及第(四)项所规定的发回重审的理由以及日本《民事诉讼法》第307条所规定的发回重审理由均属于典型的判断错误,与诉讼程序的瑕疵并无因果关系。我国台湾地区“民事诉讼法”仅规定发回重审的程序违法理由而未同时规定发回重审的实体判断错误理由不能不说是立法上的一大疏漏。

#### 四、我国民诉立法关于发回重审事由规范之评析

与德国、日本及我国台湾地区民诉立法关于发回重审裁判规范方式不同的是,我国民诉立法乃是采取将发回重审的裁判与第二审法院的其他裁判统一于一个条文中予以规定的形式。此种立法体例自1982年《民事诉讼法》(试行)迨至1991年《民事诉讼法》沿袭至今,没有更易。与此相应的是,我国民诉立法关于第二审法院作出发回重审裁判的前提条件也即发回重审的理由的规定虽迭经修改,但也并无本质上的差异。1982年《民事诉讼法(试行)》第151条第1款规定:“第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(一)原判决认定事实清楚,法律适用正确的,判决驳回上诉,维持原判;(二)原判决认定事实清楚,但适用法律错误的,依法改判;(三)原判决认定事实不清,证据不足,或者由于违反法定程序可能影响正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,也可以查清事实后改判。”1991年《民事诉讼法》正式颁行后,发回重审规定于第153条第1款,其内容是:“第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(一)原判决认定事实清楚,适用法律正确的,判决驳回上诉,维持原判;(二)原判决适用法律错误的,依法改判;(三)原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;(四)原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。”不难看出,与1982年《民事诉讼法》(试行)相比,1991年《民事诉讼法》关于发回重审的规范有两处修改:第一,将“原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的”这一发回重审的情形单列为第(四)项规定;第二,增加了“原判决认定事实错误”这一发回重审的情形。通过进一步的分析可知,无论是1982年《民事诉讼法》(试行)还是1991年《民事诉讼法》均将发回重审的理由规定为判决判断错误与判决程序违法两大类。其中,针对一审判决的判断错误,第二审法院除可将案件发回重审外,还可自行裁判,也即第二审法院对于是否将案件发回重审拥有裁量权。而针对一审判决程序违法,第二审法院必须将案件发回重审,不能自行作出裁判。

2012年《民事诉讼法》修改后,发回重审规定于第170条,其内容是:“第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(一)原判决、裁定认定事实清楚,适用法律正确的,以判决、裁定方式驳回上诉,维持原判决、裁定;(二)原判决、裁定认定事实或者适用法律错误的,以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更;(三)原判决认定基本事实不清的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;(四)原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。”从该项规定中我们可以看出,2012年《民事诉讼法》关于发回重

[49] 骆永家:同注10引书,第291页。

审的理由的修改体现在以下两个方面:第一,取消“认定事实错误”这一发回重审理由,并将判决判断不当的发回重审理由由此前的“原判决认定事实不清”改为“原判决认定基本事实不清”,从而限缩了发回重审的范围。第二,将发回重审的程序违法理由由此前的“原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的”修改为“原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的”。据较为权威的官方解释,这样修改是为了保证法院适用法律上的确定性,抑制恣意发回重审。<sup>[50]</sup> 总而言之,自1982年《民事诉讼法》(试行)迨至2012年《民事诉讼法》修改,我国民诉立法关于发回重审的理由规定虽有两次修改,但总体上呈现出这样的共同特征:第一,从立法体例来看,将发回重审与第二审法院的其他裁判形式并列规定,未能凸显发回重审仅为自行裁判的例外之内在要求;第二,从发回重审理由的内容来看,其未能体现发回重审乃是为了维护当事人的审级利益之制度宗旨。

### (一) 现行立法例未能彰显发回重审乃自行裁判之例外的内在要求

根据前面的分析可知,在续审制之诉讼构造下,第二审程序乃第一审程序的续行程序。因此,作为事实审法院的第二审法院如果认为第一审法院所作的判决程序违法或者判断错误应予撤销,原则上应当在调查收集必要证据的基础上自行作出裁判,只有在案件需要当事人作进一步的言词辩论的情形下才可以考虑发回重审。也即相对于自行裁判,第二审法院将案件发回重审仅为例外。前述德国、日本及我国台湾地区民诉法关于发回重审的制度安排无一不彰显了这一特质。从我国现行《民事诉讼法》第170条的规定来看,发回重审与自行裁判在形式上均为两项规范,这样的立法安排所蕴含的立法信息或观念似乎是将发回重审与自行判决置于同等的位置,至少不能从中解读出发回重审仅为自行裁判的例外这一法理。在现有的制度框架内,我们很难期待第二审法院针对可撤销的一审判决,谨慎地而非恣意地适用发回重审,更多地选择自行裁判。我们可以从我国民事司法实践中第二审法院自行裁判与发回重审的比例中得到进一步的印证。下表为全国法院2002年—2012年第二审法院审理案件相关信息表:<sup>[51]</sup>

| 年份   | 第二审结案   | 其中      |        |        | 第二审<br>发回重审率 |
|------|---------|---------|--------|--------|--------------|
|      |         | 维持原判    | 改判     | 发回重审   |              |
| 2002 | 357 821 | 177 050 | 67 176 | 30 152 | 8.43%        |
| 2003 | 370 770 | 182 664 | 68 347 | 28 268 | 7.62%        |
| 2004 | 377 052 | 180 139 | 63 284 | 29 846 | 7.92%        |
| 2005 | 392 191 | 186 555 | 60 326 | 30 203 | 7.70%        |
| 2006 | 406 381 | 190 193 | 58 840 | 29 825 | 7.34%        |
| 2007 | 422 041 | 198 363 | 56 560 | 29 986 | 7.10%        |
| 2008 | 517 873 | 248 954 | 61 420 | 34 138 | 6.59%        |
| 2009 | 598 355 | 280 246 | 65 164 | 36 334 | 6.07%        |
| 2010 | 593 373 | 281 547 | 58 049 | 33 348 | 5.62%        |
| 2011 | 704 121 | 358 857 | 65 969 | 40 834 | 5.80%        |
| 2012 | 724 535 | 375 285 | 65 630 | 39 920 | 5.50%        |

[50] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第281页。

[51] 表格数据来源:2003年到2013年的《中国法律年鉴》。

从上述表格中反映的数据来看,2002年—2012年全国第二审法院发回重审率均未为超过10%,似乎体现了发回重审仅为第二审法院自行裁判的例外的制度要求。但稍加分析便可发现,该发回重审率乃是以第二审法院全部审结案件为基数统计得出的数据。如果将发回重审的案件与第二审法院自行改判的案件作一对比,便知虽然每个年度不一样,但前者基本占后者的50%,如此高的比例显然不符合发回重审仅为第二审法院自行裁判之例外的内在要求。当然我们也应该看到,我国民事司法实践中发回重审的比例过高是由多种原因造成的,如在结案率及错案追究的压力驱使下,也可能有法官针对可撤销的一审判决更愿意选择发回重审而不是自行裁判;又如,对于一些难办的案件,也许有法官基于逃避困难之考量无视法律的规定将本应由自己裁判的案件发回重审,等等。虽然不能否认这些因素的存在在一定程度上提升了发回重审率,不过在笔者看来,导致我国民事司法实践中发回重审的比例过高的根本原因还是在于制度安排的不合理。现行发回重审的立法体例没有理由不让第二审法院的法官相信发回重审与自行裁判乃其可裁量支配的事项,而界分发回重审与自行裁判的基准在立法上的缺失更为法官选择发回重审甚至恣意地适用发回重审提供了合法的口实。一言以蔽之,我国民事司法实践中发回重审比例过高最为直接地映射出现行发回重审制度的立法安排未能体现发回重审乃自行裁判之例外的本旨。

## (二) 现行立法关于发回重审理由的设计未能体现发回重审乃是为了维护当事人之审级利益的制度宗旨

如上所述,从立法技术上看,现行立法关于发回重审的规定未能彰显出发回重审乃第二审法院自行裁判之例外的内在要求。不仅如此,从发回重审的具体理由来看,现行立法的规定也未能体现出发回重审乃是为了维护当事人之审级利益的制度宗旨。现行《民事诉讼法》第170条所规定的两项发回重审的理由,无论是一审判决“认定基本事实不清”还是“严重违反法定程序”均不足以导致第二审法院将案件发回重审。因为根据前面的分析可知,在续审制构造下,作为事实审法院的第二审法院不仅有义务在证据调查的基础上重新认定案件事实并作出裁判,也有义务消除第一审诉讼程序瑕疵,并在践行合法程序的基础上自行裁判。只有在一审判决认定基本事实(严格讲应包括所有的形成裁判基础的事实)不清或者严重违反法定程序致使需要当事人作进一步的言词辩论的情形下,为保障当事人的审级利益,第二审法院才可考虑将案件发回重审。根据现行《民事诉讼法》第170条第1款第(三)项的规定,在一审判决“认定基本事实不清”的情况下,第二审法院可以不将案件发回重审而选择自行判决。但显而易见的是,该项规范并未基于维护当事人的审级利益的考虑,将案件是否需要由当事人作进一步的言词辩论作为第二审法院决定是否将案件发回重审的基准。从某种意义上讲,其不过是第二审法院更多地选择发回重审提供了另一合法口实,与即便具备发回重审的理由,第二审法院根据案件审理的需要也可以决定自行裁判而不将案件发回重审之域外立法通例更是大异其趣旨。

需要进一步指出的是,从立法技术上讲,现行《民事诉讼法》第170条将“原判决遗漏当事人或者违法缺席判决”作为“严重违反法定程序”的例示事项予以规定也不符合例示规范的本质要求。所谓例示规范,是指立法者在制定法律时,由于条文所涵摄的事项繁多,无法一一列举,为保证立法简洁并且为了避免法律规范适用时挂一漏万,乃列举一项或数项为例,而在列举的事项之末,缀以能概括全部事项的文句之法律规范形式。<sup>[52]</sup>前者称之为例示事项,后者称之为概括事项。例示事项的功能在于用来解释概括事项的内涵及范围,故不仅被要求与概括事项具有同一性质并且要能够限定概括事

[52] 参见罗传贤:《立法程序与技术》,台湾五南图书出版有限公司2012年版,第174页。

项的解释范围。也即法律适用者在解释概括事项的内涵或范围时必须注意其与例示事项具有类似性或共通性。<sup>[53]</sup> 仅从形式上看,现行《民事诉讼法》第170条第1款第(四)项属于典型的例示规范,其中,“原判决遗漏当事人”与“违法缺席判决”属于例示事项,“严重违法法定程序”属于概括事项。笔者认为,无论是“原判决遗漏当事人”还是“违法缺席判决”均不能作为“严重违法法定程序”的例示事项,因为前者不属于程序瑕疵,与作为概括事项的“严重违法法定程序”不具有同一性,故不符合例示事项的要求;而后者仅为“严重违法法定程序”的特别情形,也不适于作为例示事项。具体来讲,判决遗漏当事人是指在多数当事人参加的诉讼中,受诉法院没有针对全部当事人作出判决。从诉讼理论上讲,因判决遗漏当事人而可为当事人声明不服上诉至第二审法院仅限于必要的共同诉讼,因为在必要的共同诉讼中,纷争主体必须全体作为原告或者被告参加诉讼,受诉法院也必须针对全体当事人作出统一的判决。<sup>[54]</sup> 如果第一审法院疏于审查,在当事人没有全体参加诉讼的情形下作出判决,该判决即因欠缺当事人适格而不合法。由于当事人适格属于诉的合法成立要件之一,故在一审判决遗漏当事人的情形下,第二审法院应当以原告所提之诉不合法为由驳回原告的起诉而不是发回重审。

就违法缺席判决而言,其具体是指受诉法院未践行合法传唤程序通知当事人参加庭审即就本案作出判决。违法缺席判决固然属于严重违法法定程序的范畴,但将其作为“严重违法法定程序”的例示事项并不妥当。因为,根据前文的分析可知,作为发回重审理由的“严重违法法定程序”在解释上应当包括所有的致使当事人的审级利益被剥夺或者导致案件需要由当事人作进一步的言词辩论的程序瑕疵。违法缺席判决仅属于“严重违法法定程序”的特别情形,德国《民事诉讼法》第538条将违法缺席判决作为重大程序瑕疵的特别情形予以规定即为明证。将违法缺席判决作为“严重违法法定程序”的例示事项无疑会限缩“严重违法法定程序”的解释范围,将本属于“严重违法法定程序”因而需要发回重审的案件排除在发回重审之外而损害当事人的审级利益。因此,笔者认为,“违法缺席判决”也不宜规定为“严重违法法定程序”的例示事项。

最后需要提及的是,现行《民事诉讼法》第170条第1款第(二)项规定在一审判决“认定事实错误”时,第二审法院一律撤销之并自行裁判恰从反面印证了现行立法关于发回重审理由的设计未能体现发回重审乃是为了维护当事人之审级利益的制度宗旨。根据前文的分析可知,第一审法院“认定事实错误”有可能导致当事人之间的实体争执未能或未能全部经过第一审诉讼程序的实体审理。如第一审法院以原告起诉不合法为由驳回起诉,第二审法院认为原告的起诉合法因而需要对本案进行实体审理。又如,在当事人就请求原因与数额均有争执的诉讼中,第一审法院以请求原因不正当为由驳回原告的诉讼请求,第二审法院认为请求原因正当因而需要对请求的数额作进一步的审理,等等。显而易见的是,在类此之诸多场合,由于当事人之间的实体争执未能或未能全部经过第一审诉讼程序的实体审理,为维护当事人的审级利益,第二审法院均有必要将案件发回重审而不是自行裁判。

## 五、结语

在续审制构造下,第二审法院是事实审法院,第二审程序乃第一审程序的续行程序。因此,民事诉讼中,第二审法院针对上诉案件,原则上应在证据调查的基础上自行作出裁判,将案件发回到第一

[53] 参见李惠宗:《案例式法学方法论》,台湾新学林出版股份有限公司2009年版,第169页。

[54] 在类似必要共同诉讼中,如撤销股东大会决议之诉,数债权人提起的代位权诉讼等场合,法院虽然必须针对全体当事人作出判决,但并不要求全体当事人均参加诉讼,因而不存在判决遗漏当事人之情形。

审法院重审仅属例外。根据民事诉讼的基本原理及域外立法通例,只有在因第一审诉讼程序存在重大瑕疵或者一审判决判断错误致使案件有必要由当事人作进一步的言词辩论的情形下,为保障当事人的审级利益,第二审法院才有必要考虑将案件发回重审。我国民诉立法关于发回重审理由的设计不仅未能彰显发回重审乃自行裁判之例外的内在要求,更没有体现发回重审乃是为了保障当事人之审级利益的制度宗旨。这一方向性错误植根于1982年《民事诉讼法》(试行),陈陈相因为2012年《民事诉讼法》修改时所因袭并直接导致了我国民事司法实践中发回重审制度适用的失范、无序。<sup>[55]</sup>笔者认为,欲从根本上清除我国民事司法实践中的积弊,必须结构性地改造我国民事诉讼中的发回重审制度,其中首要的是,立足于第二审程序乃事实审程序之性质,以保障当事人的审级利益为目的科学地设定发回重审的理由。

## A Comparative Study on the Reason of Retrial in Civil Procedure Law

Zhan Shangang

**Abstract:** Under the background of continued trial system, the court of second instance is on the basis of the procedure of first proceedings. As a result, the court of second instance must make a judgment in case of an appeal in principle, and the retrial is only an exception. The retrial reasons include improper procedure in first instance and substantive judgment. To protect the trial class interest of the parties, the court of second instance shall not send back the case only if it is necessary to be further debated in the court of first instance by the parties. The present civil procedure law regarding the retrial reason is incorrect for the reason that it is against the aim of retrial system, and it may result in practice confusion.

**Keywords:** retrial; trial of fact; make a judgment; interest of class; procedure fault

(责任编辑:丁洁琳)

[55] 在我国民事司法实践中,第二审法院滥用发回重审还表现为基于非法定的发回重审的理由将案件发回重审。在中国裁判文书网上,笔者使用“高级检索”,输入关键词“发回重审”,限定“案件类型”为“民事案件”,“文书类型”为“民事裁定书”,“裁判时间”从“2012年1月1日”至“2013年12月31日”,共检索出记录715条,其中2012年46条,2013年669条。由于检索系统的不精确,搜索记录中包含了驳回上诉、中止诉讼以及再审程序等情形。因此,上述搜索记录并未完全反映第二审中的发回重审。在2012年的搜索记录中,属于第二审发回重审的案件19件,其中,单独以“认定事实错误,或者认定事实不清、证据不足”为理由发回重审的有13件,以“出现新情况导致原审认定事实变化的”为理由发回重审有2件,以“适用法律错误”为理由发回重审的有1件,以“认定事实不清、证据不足,适用法律错误,违反法定程序”等多种理由发回重审的有3件。在2013年的搜索记录中,属于第二审发回重审的案件有182件,其中,以“认定基本事实不清”为理由的有35件,以“遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序”为理由发回重审的为43件,以“适用法律错误”为理由发回重审有47件,以“出现新情况导致原判决认定事实变化的”为理由发回重审的有38件,以“认定事实不清、证据不足,适用法律错误,违反法定程序”等多种理由的为19件。不难看出,无论是2012年《民事诉讼法》修改前还是修改后,都存在第二审法院以非法定的发回重审理由将案件发回重审的情形。

# 经营者集中反垄断控制中的资产分持规则研究

叶 军\*

**摘 要:**资产分持规则是经营者集中反垄断控制制度中的一项具体规则,形成于美欧反垄断机构的执法实践,其目的主要是防止附加资产剥离义务的当事人在资产剥离过渡期内,贬损拟剥离资产的价值和竞争力及相关市场的竞争。我国《反垄断法》实施后,执法机构通过部门规章规定了资产分持条款,公布的附条件批准案件采用了分持救济措施,但理论界尚未对此进行深入的研究。在此背景下,本文考察了美欧创设资产分持规则的目的和规则的性质,梳理了资产分持规则的适用条件、内容和实施监管的方法,揭示了资产分持规则的完整体系,并对我国进一步完善资产分持规则立法和执法实践提出了意见和建议。

**关键词:**反垄断 经营者集中 资产分持

为防止经营者集中产生排除、限制市场竞争的效果,绝大多数司法辖区都要求达到申报标准的经营者集中事先进行反垄断申报,经反垄断执法机构批准后方可实施。经审查,如果拟议经营者集中存在排除、限制竞争的效果,反垄断执法机构可以禁止,也可以附加限制性条件或采取救济措施后批准。<sup>[1]</sup>在附加资产剥离条件批准的经营者集中案件中,反垄断执法机构要求承担资产剥离义务的当事方在资产剥离期内,对拟剥离资产与保留资产<sup>[2]</sup>分开持有、分别独立经营,谓之资产分持(hold separate)。<sup>[3]</sup>资产分持是美欧反垄断法中的概念,在美欧反垄断执法机构的指南性文件和相关研究报告中均有规定资产分持的内容,在执法实践中也予以大量运用。我国商务部先后两次发布的与资产剥离和附加限制性条件有关的部门规章也规定了资产分持条款,<sup>[4]</sup>在商务部公布的附条件批准案件中,有多件采取了分持救济措施,<sup>[5]</sup>把分持作为救济措施的做法也因此成为业界讨论的热点。资产分持规则是随着我国2007年颁布《反垄断法》,商务部组建反垄断局并依法开展经营者集中反垄断执法工作之后,从域外借鉴而来的一项操作性极强的法律规则,深入研究分持规则的渊源、适用条件

\* 商务部反垄断局,法学博士。本文为非职务作品,纯属学术探讨,不代表任何机构的立场。本文在资料收集和文献核对等方面得到了郝倩教授、邓飞博士、仵霞法官、余妍博士、王晨博士、龚佳丽女士等诸位专家好友的协助,谨此致谢,文责自负。

[1] 我国《反垄断法》采用了“附加限制性条件”的措辞,国外立法或者研究文献中还有“救济措施”、“附条件”以及“附负担”等近似用语。不同的用语反映了不同的法律传统、执法机制和法律内涵,鉴于本文主旨不在此,文中对此不再细分,而是视语境或行文方便,分别或联合使用“救济措施”和“附加限制性条件”的措辞。

[2] 通常情况下,拟剥离资产就是分持资产,拟剥离资产之外的剥离义务人的其他资产为保留资产,但在个别情况下分持资产的范围可能超过拟剥离资产的范围,对此下文还有讨论。

[3] 美欧反垄断法未明确规定资产分持的概念,理论文献也未对资产分持的概念有周延的界定,本文对资产分持的界定是笔者基于我国立法规定以及美欧立法和实践做法的抽象。

[4] 参见《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》(商务部公告2010年第41号)第12条;《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》(商务部令2014年第6号)第20条。自2015年1月5日起,后者施行,前者同时废止。

[5] 商务部公布的采取分持救济措施的案件有:希捷收购三星硬盘业务案、西部数据收购日立存储案、丸红收购高鸿案、联发科技吸收合并开曼晨星案。案件公告见商务部反垄断局官方网站:<http://fldj.mofcom.gov.cn>。

及其具体内容,结合我国的立法和执法实践对分持规则准确定位,有利于为我国经营者集中反垄断控制实践提供借鉴和理论支撑。

## 一、资产分持规则溯源

资产分持规则源于美欧经营者集中反垄断执法实践,常见于各司法辖区反垄断执法机构的操作性指南文件,通常不会规定在高层级的反垄断法律法规中。美欧立法执法体系中的资产分持规则源于确保适当执行资产剥离条件的实际需要,在如何具体实现“确保适当执行资产剥离条件”上则有一元论和二元论的分野。

一元论认为,适用资产分持措施确保适当执行资产剥离条件,主要是确保拟剥离资产在剥离过渡期内不被贬损。一元论的理论基础在于,拟剥离资产最终会脱离剥离义务人并通常为剥离义务人的竞争对手所取得,因此剥离义务人有动机积极或消极地贬损拟剥离资产,以降低其未来的竞争力。为此,在剥离过渡期内,可能需要采取必要措施以维持拟剥离资产的价值和正常运营,防止拟剥离资产遭受剥离义务人故意或非故意的、有形或无形的损耗,从而削弱拟剥离资产维持或恢复市场竞争的能力。<sup>[6]</sup> 世界主要司法辖区普遍认为,创设分持规则的目的在于确保拟剥离资产的价值和竞争力,例如,欧委会《关于可接受的救济措施的通告(2008年)》规定,保持拟剥离业务与当事方保留业务相分离的目的是确保其独立性、经济活力、可售性和竞争性。<sup>[7]</sup> 再如,国际竞争网络(ICN)合并工作组在以各司法辖区的救济实践为基础和例证提出的一份合并救济审查报告中指出,分持规则的目的是避免拟剥离资产可能面临的风险,确保拟剥离资产不会恶化。<sup>[8]</sup>

二元论认为,适用资产分持措施确保适当执行资产剥离条件,除了保证拟剥离资产在过渡期内不被贬损以外,还负有确保拟剥离资产在过渡期内不被用来损害市场竞争的使命,后者的理论基础在于,除采取买家前置(up front buyer)措施以外,资产剥离往往在集中交易开始实施甚至已经实施完毕的情况下才开始进行。<sup>[9]</sup> 如果允许剥离义务人继续持有拟剥离资产,实施集中后的经营者将因此获得超过反垄断法容忍限度的市场力量,并可能利用这种力量损害资产剥离期间的市场竞争。在剥离期内,执法机构通过采取资产分持措施,要求拟剥离资产的运营独立于剥离义务人,确保在拟剥离资产和剥离义务人之间形成竞争关系,至少不被剥离义务人用以损害市场竞争。二元论主要是美国反垄断执法机构的做法,美国联邦贸易委员会竞争局在《合并救济商谈声明(2012年1月)》<sup>[10]</sup>及司法

[6] Frequently Asked Questions about Merger Consent Order Provisions, available at <http://www.ftc.gov/bc/mergerfaq.shtm#Hold Separate Orders>.

[7] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004(2008/), para. 108.

[8] ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup, Merger Remedies Review Project, Report for the Fourth ICN Annual Conference, Bonn - June 2005, para. 3.16.

[9] 叶军:“先行修正和买家前置规则比较研究”,载《中外法学》2015年第1期。欧美的买家前置规则均要求当事人提前与执法机构认可的买家签署有约束力的资产转让协议,美国联邦贸易委员会要求买家前置提前到发布同意令之前,当然也在实施集中交易之前;欧委会则要求买家前置提前到作出附条件裁决之后,但实施集中交易之前。鉴于签署了有约束力的资产转让协议,资产剥离义务人贬损拟剥离资产、利用拟剥离资产损害市场竞争的可能性会受到遏制,但在实施集中交易时,资产可能尚未剥离,还在剥离义务人控制之下,也不排除适用分持规则的可能。

[10] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinstein Director (January 2012).

部反垄断局在《合并救济反垄断政策指南(2011年6月)》<sup>[11]</sup>中均强调,分持规则不仅具有防止拟剥离资产竞争力减损的作用,还有防止剥离期内可能引发竞争损害的功能,<sup>[12]</sup>美国反垄断执法机构在其官方网站的问题问答中也明确体现了这一点,通过资产分持防止剥离义务人的保留资产和拟剥离资产混同,阻止敏感竞争信息的传输,以保护拟剥离资产及维持剥离期间的竞争,防止剥离期间的竞争损害并保持拟剥离资产的市场存活性和竞争力。<sup>[13]</sup>

笔者认为,一元论的做法强调了资产分持规则最基础的功能,但忽略了资产分持规则用以防止剥离过渡期内竞争损害的作用。欧盟是一元论的典型代表,不仅在欧盟的相关通告文件中没有明确规定防止竞争损害的作用,在其实证研究报告中也只强调了资产分持规则的目的是尽快切断剥离义务人对剥离资产的所有影响,以确立拟剥离资产的独立性并保证其市场存活性、适销性和竞争力。<sup>[14]</sup>与之相比,美国反垄断执法机构二元论的做法在逻辑上更为合理,在实践操作中考虑更为周全,更符合经营者集中反垄断执法的实际需要。实际上,早在1999年美国联邦贸易委员会竞争局发布的《关于剥离程序的研究报告》中,就基于其反垄断执法经验,提出反对保留资产和拟剥离资产在剥离过渡期内混合运营的观点,因为混合经营便利沟通商业秘密并由此建立市场协调的基础,这些都不会因剥离完成而迅速消失,并将损害未来的竞争。<sup>[15]</sup>这也可以看作是美国反垄断执法机构二元论做法的经验基础。正是基于对规则目的更为深入的认识,美国司法部和联邦贸易委员会的指南性文件,均把资产分持和资产保值作为两种不同规则加以规定,出现了资产分持令和资产保值令既相互区分又紧密联系地规定在同一法律文件、同一标题之下的现象。<sup>[16]</sup>在美国的反垄断执法实践中,执法机构根据具体案件情况,可以只适用资产保值规则,也可以合并适用资产分持和资产保值规则,凸显了其对相关反垄断规则内涵的深刻认识和积累的丰富经验。首先,多数资产剥离案件都需要资产保值措施,即使在不需要资产分持的情况下也经常单独适用。美国司法部反垄断局《合并救济反垄断政策指南(2011年6月)》明确规定,反垄断局的同意令经常包含资产保值条款,通过这类条款,被告(即剥离义务人)同意在资产剥离过程中维持拟剥离资产的价值与商誉。美国联邦贸易委员会竞争局《合并救济商谈声明(2012年1月)》也明确规定,在资产分持令中通常包含资产保值条款,即使资产分持措施不是必须的,执法人员也会采取资产保值命令,要求当事方在剥离期内维持拟剥离资产的价值。其次,在需要资产分持的案件中,不仅需要采取分持措施,还需要同时适用资产保值措施。实际上,在需要防止剥离期间竞争损害的场合,往往都需要确保拟剥离资产的价值和市场竞争能力不被贬损,这也成为资产分持措施和保值措施常常被同时适用的原因。

美欧的法律文件主要规定了资产分持规则的具体运用,相关的研究文献中鲜见对资产分持规则

[11] U.S. Department of Justice Antitrust Division: Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (June 2011).

[12] 美国联邦贸易委员会竞争局《合并救济商谈声明(2012年1月)》规定,如果委员会担忧在剥离期内拟剥离资产的竞争力可能减损,或者如果不分持可能引发竞争损害,执法人员将会提出资产分持的命令;美国司法部反垄断局《合并救济反垄断政策指南(2011年6月)》规定,分持条款用于维持拟剥离资产的独立性与存活性并在剥离过渡期内有效维持相关市场的竞争。

[13] Frequently Asked Questions about Merger Consent Order Provisions, available at <http://www.ftc.gov/bc/mergerfaq.shtm#Hold Separate Orders>. 原文内容为:资产分持的目的在于防止剥离期间的竞争损害及保持待剥离资产的市场存活性和竞争力。

[14] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, Page 59, para. 12.

[15] *A Study of the Commission's Divestitures Process (Public Version)*, Prepared by the Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, William J. Baer Director, 1999.

[16] 美国联邦贸易委员会竞争局的《合并救济商谈声明(2012年1月)》将资产分持令和资产保值令规定于同一标题“Order to Hold Separate or Maintain Assets”之下,两者在具体内容上既有联系又相互区分。

性质的讨论,似乎资产分持规则的性质是不言而喻的问题,但从商务部在希捷收购三星硬盘业务案、西部数据收购日立存储案等案件中适用分持救济措施以来,这个不是问题的问题开始浮出水面,即资产分持在性质上是属于保障措施,还是限制性条件,抑或两者兼而有之。美欧立法和执法实践更倾向于将资产分持用作保障措施而非救济措施。

第一,在美欧的反垄断立法和执法实践中,附加限制性条件或者采取救济措施的目的,是解决拟议经营者集中存在的反竞争问题,限制性条件的设计必须针对反垄断执法机构对拟议经营者集中提出的竞争问题。适用资产分持规则的目的则是,确保附加的资产剥离条件得以适当实施,分持措施的设计必须能够避免或减轻剥离期内可能对拟剥离资产和市场竞争造成的贬损。美国司法部反垄断局在这一点上的认识非常清晰,在其两次发布的《合并救济反垄断政策指南》中,均将“资产分持条款”置于“救济措施的有效实施”之“剥离救济的保护”项下,<sup>[17]</sup>美国司法部《合并救济反垄断政策指南》的这种安排明确表明,资产分持本身不是救济措施,而只是确保剥离救济措施得以实施的手段,故而被称为保障措施。

第二,附加限制性条件或采取救济措施是批准存在竞争问题的经营者集中的前提,如果附加的限制性条件不能成就,或者当事方不同意或违反救济措施,反垄断执法机构通常不能强制执行限制性条件或救济措施,也不会要求当事方承担额外的法律责任,但有权禁止经营者集中、已经被批准的有权撤销批准决定、已经实施经营者集中的有权要求恢复原状。资产分持是反垄断执法机构要求资产剥离义务人在剥离期间承担的辅助性义务,如果当事人不履行、不适当履行或者违反资产分持义务,通常不会损及经营者集中附条件批准决定的法律效力,但是执法机构有权强制执行分持义务,也有权要求当事方承担相应的法律责任,例如罚款。只有在违反分持义务达到实质损及限制性条件的程度时,才有可能影响附条件审查决定的法律效力。

第三,附加限制性条件或采取救济措施通常需要更加复杂的法律程序,以美国为例,如果司法部试图通过和解协议(consent decree)的方式解决反竞争问题,不仅需要根据《特尼法案》(the Tunney Act),<sup>[18]</sup>在联邦公报(Federal Register)上公布附条件批准决定以及相应的竞争影响分析报告并进行60天的公示,还要向地区法院提交相关材料并由法院批准是否符合公共利益。<sup>[19]</sup>联邦贸易委员会通过和解协议(consent agreements)解决拟议集中存在的反竞争影响,也要遵守类似司法部的公布和公示要求,<sup>[20]</sup>但作出和实施资产分持的决定或命令与附加限制性条件的决定不同,例如,美国联邦贸易委员会发布资产分持令不受评论期的限制,命令作出后当事人须立即执行。<sup>[21]</sup>

[17] 美国司法部反垄断局分别于2004年和2011年两次发布《合并救济反垄断政策指南》,其中在最新的指南中:U.S. Department of Justice Antitrust Division: Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (June 2011). IV. Implementing Effective Remedies; Practical Considerations, B. Protecting Divestiture Remedies, 1. Hold Separate Provisions.

[18] Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act), 15 U.S.C. § 16.

[19] U.S. Department of Justice Antitrust Division, Antitrust Division Manual, Fifth Edition, November 2012, Page IV-53.

[20] [美]伊莲·K. 格茨主编:《美国并购审查程序暨实务指南》(第3版),李之彦、王涛译,北京大学出版社2011年版,第263-264页。如果委员会批准了和解协议的内容,应在其网站和联邦公告(Federal Register)上公布起诉书、同意令以及有助于公众评议的分析文件,公众评论期将持续30天。

[21] See Rule 2.34(b) of the Commission's Rules of Practice, 16 C.F.R. § 2.34(b). 在1999年前,美国联邦贸易委员会签发的所有命令包括资产分持命令,都须经公众评议期后才能生效,但委员会在1999年修改了规定,资产分持的命令不必经过公众评议期,而是送达当事方后即生效。See Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Joseph J. Simons Director, April, 2003.

第四,从资产分持规则在立法文件结构中的地位来看,通常属于独立于限制性条件或救济措施的独立命令或者措施。美国联邦贸易委员会竞争局两次发布的《合并救济商谈声明》均将“资产分持令和/或资产保值令”与“提议的资产剥离”、“可接受的买家”和“资产剥离协议”等标题并列。<sup>[22]</sup> 美国司法部反垄断局两次发布的《合并救济反垄断政策指南》则直接将资产分持条款置于与“救济措施的种类”、“救济措施的选择”等标题并列的“救济措施的实施”项下。

由上追根溯源,从美欧反垄断指南文件的规定来看,作为防止剥离过渡期内拟剥离资产贬损和市场竞争损害的资产分持规则,通常不被用作救济措施,而是用以确保附加的资产剥离条件得以实施的保障手段。

## 二、适用资产分持规则的条件

只有附加资产剥离条件的经营者集中才有可能采取资产分持措施,附加其他条件的经营者集中案件没有必要也无法采取资产分持,但并非所有采取剥离措施的案件都需要资产分持,资产分持毕竟给当事人增加了额外负担,提高集中交易成本、降低集中交易效率往往是资产分持如影随形的副作用。因此,在具体案件中判断是否有必要适用资产分持措施,反垄断执法机构应当采取谨慎态度,考察拟议资产剥离案件是否满足相应的适用条件,确保资产分持规则适用于合适的案件和合适的资产范围。

如果由于各种原因导致难以快速剥离拟剥离资产,而是需要在集中交易获得批准甚至实施之后花费较长时间才能完成,反垄断执法机构可能会对较长的剥离期存在担忧。因为过长的剥离过渡期使剥离义务人有更多机会损害拟剥离资产的竞争力,更有可能利用控制拟剥离资产的机会损害市场竞争。在实践中,对于执行资产剥离难度较大、剥离时间持续较长的案件,反垄断执法机构从效率角度考虑,通常会允许先行实施集中交易,稍后或同时开始剥离资产,从而导致剥离期间变得更长。剥离期间越长引发风险的可能性就越大,反垄断执法机构就越可能对因剥离过渡期过长而产生的不确定性提出合理担忧。为消除这些担忧,可能需要采取资产分持措施,至于多长的剥离期就可以适用资产分持措施,各司法辖区未有明确规定,在实践中通常由反垄断执法机构综合拟剥离资产的情况、相关市场竞争情况以及剥离义务人的历史表现等各方面因素作出判断。不同司法辖区的反垄断执法机构常常有不同的掌握标准,甚至有观点认为,只要是在交易完成之后才实施剥离,而不是先行剥离而后才允许实施集中的,原则上都需要采取资产分持措施。例如,美国司法部反垄断局《合并救济反垄断政策指南(2011年6月)》规定,那些明确交易完成之后再行进行资产剥离的同意令,会要求被告(剥离义务人)采取所有必要的措施,确保拟剥离资产独立、明确、适销地予以维持。<sup>[23]</sup> 欧委会发布的《合并救济研究报告》通过实证研究认为,剥离期限比较长(例如15个月或者18个月)的资产剥离特别需要清晰、明确的资产分持条款,但研究同时认为,即便是那些看起来不需要资产分持的场合也可能有

[22] 美国联邦贸易委员会分别于2003年和2012年两次发布《合并救济商谈声明》,最新发布的《合并救济商谈声明》包括如下7部分相互并列的内容: The Proposed Divestiture, An Acceptable Buyer, The Divestiture Agreement, Additional Order Provisions, Order to Hold Separate or Maintain Assets, Divestiture Applications, Timing.

[23] U.S. Department of Justice Antitrust Division: Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (June 2011). IV. B. 1. Hold Separate Provisions.

适用资产分持的必要,例如,在适用买家前置(upfront buyer)但拟剥离资产仍为剥离义务人所有的场合,或者是当事方仅剥离非控制性少数股权或合营企业股份的场所。<sup>[24]</sup>

符合上述条件的资产剥离案件并不必然采取资产分持措施,反垄断执法机构通常允许当事人提出可以不适用资产分持的抗辩理由,也会主动发现是否存在相应的事实和理由,并综合判断这些抗辩事实和理由是否足以消除反垄断执法机构的担忧。这些抗辩事实和理由通常包括但不限于:第一,相关商品主要通过长期合同销售。如果拟剥离资产涉及的相关商品主要通过长期合同销售,预计的资产剥离期限不会超过已经签订的长期合同的剩余期限,则在剥离期内损害市场竞争的可能性大为降低。因为相关商品的规格、质量及价格等销售条件已经通过长期合同确定,对这类案件即使不采取分持措施,剥离义务人在剥离期限内也难以通过临时持有拟剥离资产从事反竞争行为。第二,拟剥离资产尚未形成现实的市场竞争力。如果拟剥离资产尚未投产,没有形成现实的市场竞争力,则剥离义务人难以在剥离期间内利用拟剥离资产从事反竞争行为,例如,商务部在嘉能可国际公司收购斯特拉塔公司案的公告中,要求当事方在秘鲁的拉斯邦巴斯(Las Bambas)铜矿项目的剥离期限达2年多,但公告并未要求嘉能可采取资产分持措施,拉斯邦巴斯铜矿项目正在建设过程中尚未投产也许是其中的原因之一。<sup>[25]</sup>第三,已经采取了先行修正(fix it first)和买家前置措施。通常认为,如果采取了先行修正和买家前置措施,剥离资产已经转移买家占有,或者买家能够在短时间内接管剥离资产,就不再需要采取资产分持措施。但美国联邦贸易委员会认为,如果买家难以立刻接管剥离资产,即使采取了先行修正和买家前置措施也应该发布资产分持令,其理由在于,如果买家不能尽快接管,剥离资产将处于浪费或贬值之中并将减少中长期竞争。资产分持可以在一定程度上削弱剥离义务人贬损拟剥离资产的能力,降低拟剥离资产的贬损速度,消除剥离义务人操纵拟剥离资产以获得或维持其短期市场势力的能力。<sup>[26]</sup>美国联邦贸易委员会竞争局在其《合并救济商谈声明(2012年1月)》中规定,即使在适用买方前置的情况下,也可能需要采取资产分持措施,最终要看当事方需要花费多少时间用以实施资产剥离。<sup>[27]</sup>

资产分持的范围通常限于拟剥离资产,但也可能大于拟剥离资产的范围。反垄断执法机构通常会根据案件和相关市场的具体情况判断需要分持的资产范围。笔者认为,应当按照如下三项原则确定分持资产的范围:第一,分持资产的范围原则上限于拟剥离资产,但不少于拟剥离资产。通常情况下,需要分持的资产就是拟剥离的资产,不包括剥离义务人的保留资产,也不包括剥离义务人之外其他参与集中的经营者的资产,特别是在拟剥离资产本身就是一项独立业务的情况下,例如承担完整业务的独立子公司、分公司或者其他资产包,最常见的情形是剥离独立子公司,资产分持的范围限于拟剥离资产本身。第二,分持资产的范围可以超出拟剥离资产。出于维持拟剥离资产存活性和竞争力

[24] “Merger Remedies Study (Public version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, page 59, para. 13.

[25] 商务部公告2013年第20号《关于附加限制性条件批准嘉能可国际公司收购斯特拉塔公司经营者集中反垄断审查决定的公告》要求嘉能可在2015年6月30日之前完成拉斯邦巴斯(Las Bambas)铜矿项目的转让交割,公告原文见商务部网站<http://fdj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201304/20130400091222.shtml>。在该案中,拉斯邦巴斯铜矿项目尚未投产,当事方利用过渡期损害市场竞争的可能性因此降低,但理论上仍不排除剥离义务人贬损拟剥离资产价值和未来竞争力的可能性。

[26] Frequently Asked Questions about Merger Consent Order Provisions, available at <http://www.ftc.gov/bc/mergerfaq.shtml#Hold Separate Orders>.

[27] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinstein Director, January 2012.

等方面的考虑,反垄断执法机构可以要求剥离义务人对更多的资产采取分持措施,例如美国联邦贸易委员会反垄断局在其《合并救济商谈声明(2012年1月)》中规定,执法人员要求当事方至少应当分持拟剥离资产,在一些案件中,因为确保拟剥离资产的市场存活性、保密或者其他原因,资产分持的范围可能会超过拟剥离的资产。<sup>[28]</sup>特别是在拟剥离资产是独立业务的一部分、仅仅分持拟剥离资产可能损害该业务正常运营的情形下,资产分持的范围往往需要扩大,甚至可能包括拟剥离资产所在的整个独立业务单元。第三,如果将拟剥离资产所在的整个业务单元分持,显然不符合比例原则或者引发过高的成本,遇有这种情况可以考虑通过如下替代方案解决,例如要求剥离义务人承诺确保对拟剥离资产运营的支持等。通常情况下,保留业务也应当负担对分持业务的支持义务,但此处的支持义务应当比通常情况下的支持义务要求更高。是否需要扩大拟剥离资产作为分持资产的范围,是否允许通过替代方案解决分持资产范围过大的问题,归根结底取决于是否有利于拟剥离资产的成活性、竞争力维持、有效参与市场竞争以及便于销售等因素。

### 三、资产分持规则的内容

在采取分持措施的案件中,反垄断执法机构通常会结合案件具体情况提出具体的分持要求。各司法辖区的法律文件均未系统规定这些要求的内容,综合美欧在其非约束性指南文件中的零散规定和我国的相关规定以及在具体案件中的做法,笔者认为,反垄断执法机构适用资产分持措施应当以如下要求为基础,根据个案情况设计资产分持的内容。

资产分持规则的第一要务是确保分持资产和保留资产由不同团队运营。负责运营分持资产的团队谓之分持团队,负责运营保留资产的团队谓之保留团队,剥离义务人应当确保分持团队和保留团队由不同人员组成,实现分持资产和保留资产之间相互隔离并独立参与竞争的目的。为实现该目的,结合各司法辖区的经验,应当采取如下具体措施:第一,由独立于剥离义务人的团队持有并经营管理分持资产。通常做法是,由交易前负责分持资产运营的团队继续负责分持资产的经营管理,指定分持管理人负责分持管理团队,分持管理人向监督受托人负责并汇报工作,分持团队与保留团队之间保持相互独立。欧委会要求当事方应当将拟剥离业务与保留业务相分离,并确保拟剥离业务的员工不卷入到保留业务中去,反之亦然。<sup>[29]</sup>在2000年附条件批准的BP Amoco/ARCO案中,美国联邦贸易委员会发布的分持令要求,经监督受托人许可,由合并企业确定分持资产的核心管理团队,分持管理人管理分持业务,独立于合并企业,直接向监督受托人汇报工作。<sup>[30]</sup>第二,与分持资产有关的信息应当随分持资产一并分持。在资产分持期间,剥离义务人应当将所有有关分持资产的信息全部交分持管理人,不得擅自复制保留,不需要转移的信息或者正本转移后的副本等应当销毁。通常来说,这些信息

[28] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinstein Director, January 2012, Order to Hold Separate or Maintain Assets, Page 17.

[29] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004(2008/), para. 111.

[30] BP Amoco/Arco, Docket. No. C-3938. 该案是美国联邦贸易委员会适用资产分持措施的典型案例之一。在该案中,美国联邦贸易委员会批准BP Amoco和ARCO合并,但BP Amoco需剥离其在美国阿拉斯加州北坡地区的所有石油生产资产给石油公司Phillips或者联邦贸易委员会同意的其他买家,BP Amoco还要剥离其位于美国俄克拉荷马州库欣市的所有与原油业务相关的资产。

包括固定资产维护、专有技术和其他具有保密性质的商业信息、客户资源以及雇员的技术和商业资质等。<sup>[31]</sup>

禁止分持团队和保留团队之间交流敏感信息,分持管理团队和保留管理团队之间应当建立防火墙,确保相互不能交流敏感信息,这在欧盟被称作“信息隔离义务”或者“栅栏隔离义务”(ring-fencing of information)。其目的在于,通过切断拟剥离业务与剥离义务人之间的信息交换,以保护剥离资产在剥离后尽快恢复相关市场中的竞争。<sup>[32]</sup> 美国联邦贸易委员会附条件批准 BP Amoco/ARCO 案时,为防止剥离期间的竞争损害及保持拟剥离资产的市场存活性和竞争力,委员会发布的资产分持令即要求当事人采取措施阻止敏感竞争信息的传输。<sup>[33]</sup> 欧委会的实证研究认为,在涉及更大规模的企业、更复杂的剥离资产包的案件,以及通过行业协会和其他市场惯例进行信息交换的特定行业案件时,特别需要栅栏隔离义务。禁止交流的信息主要涉及信息系统,包括普通的计算机系统及对涉及商业敏感信息的特定人员施加交流限制。但栅栏隔离义务实施起来非常复杂,通常要求具备专业知识、细化周到的计划和谨慎的执行,即使是在欧委会此前采取栅栏隔离义务的案件中,有的没有明确列明隔离义务,有的案件中甚至就如何执行栅栏隔离义务而引发争议。欧委会通过对既往案例的总结发现最常用的信息隔离义务程序包括:一是通知全体人员制定限制信息交换的新程序;二是受托人要求特定职员签署保密协议;三是受托人通知相关人员应当履行的保密义务;四是为了保护敏感信息,必要时受托人要分析公司的组织结构并切断汇报关系。<sup>[34]</sup> 美国反垄断执法机构在实践中的做法是,监督受托人、分持管理人以及分持资产的管理层人员,都要向联邦贸易委员会提交信息保密承诺书,确保不向拟合并企业及其员工提供或交流保密信息,联邦贸易委员会也可能同时向两方雇员发布禁止交流信息的书面通知。<sup>[35]</sup>

剥离义务人应当采取必要措施稳定分持团队。如果剥离期较长,在拟剥离业务工作的员工可能会产生不安情绪,特别是关键岗位的员工常常会另寻出路,这可能对拟剥离资产竞争力造成致命损害,特别是在一些技术密集型行业,技术队伍和管理队伍至关重要,一旦关键员工流失严重,相关业务的竞争力就会极大削弱甚至不复存在。欧委会对此前案例的研究表明,如果分持期限过长,迟迟无法确定买方,过渡期内的员工就容易出现不确定性。<sup>[36]</sup> 为维持分持资产的价值和竞争力,在分持期间必须采取相应措施确保分持团队的稳定性,美国和欧盟反垄断执法机构发布的相关指南文件均对此有明确规定。<sup>[37]</sup> 为稳定分持资产运营团队,剥离义务人(也可能包括其他参与集中的经营者)应当履行如下义务并采取相应措施。第一,剥离义务人应当承担如下消极义务:从商谈拟剥离资产开始以至

[31] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004(2008/), paras. 110 - 111.

[32] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, page 60, para. 15.

[33] BP Amoco/Arco, Docket. No. C - 3938.

[34] “Merger Remedies Study (Public version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, page 60, paras. 15 - 17.

[35] BP Amoco/Arco, Docket. No. C - 3938.

[36] “Merger Remedies Study (Public version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, page 105, para. 11.

[37] 美国联邦贸易委员会竞争局发布的《合并救济商谈声明(2012年1月)》规定,资产分持令可能要求当事人为分持业务的相关雇员提供激励,以确保在资产剥离前相关雇员能继续留在分持业务中;如果保留这些雇员非常重要,则要确保这些雇员能接受买家发出的雇佣要约。当事人应做好准备与执法人员讨论保留这些雇员的必要性以及采取何种激励措施留住他们。欧委会《关于可接受的救济措施的通告(2008年)》要求,救济承诺还必须预见到当事方应采取的一切合理步骤,包括适当的激励计划以鼓励所有关键员工继续留在分持业务部门,且当事方不得诱引或调离员工到其未剥离业务中工作。

于在全部分持期间内,剥离义务人不得调离分持业务的关键雇员,不得通过任何方式引诱、鼓励或激励分持业务的雇员到剥离义务人的保留业务部门工作,或者到参与集中的经营者的任何其他业务部门工作,不得引诱、鼓励或激励该雇员拒绝新买家继续雇佣的要求等。第二,剥离义务人应当承担如下积极义务:在分持期间,剥离义务人应当采取措施,确保在分持业务工作的员工继续留在分持业务中工作。剥离义务人应当为该等雇员接受买家的雇佣消除障碍,提供便利和协助,除非买家拒绝继续雇佣。如有必要,剥离义务人应当采取足够的激励措施,确保关键员工留在分持业务部门中工作。第三,在实践中,因为受行业发展和就业形势等各种因素的不同影响,剥离义务人承担的前述义务可能各有侧重,特别是激励计划也可能各具特色。笔者认为,反垄断执法机构通常限于提出确保经营管理团队留任的目标或要求,具体的激励措施应当由剥离义务人提出并经监督受托人、执法机构审查同意,原则上,只要不违反禁止性法律规定的激励措施都可以采取。在BP Amoco/ARCO案中,拟合并企业提供的激励计划就包括向关键雇员支付不少于他们底薪35%的奖金。<sup>[38]</sup>

限制剥离义务人对分持资产行使权利。在资产分持期间,拟剥离资产的所有权尚未转移,仍然属于剥离义务人,但分持资产所有权的各项权能均受到极大限制,限制的目的在于使拟剥离资产的价值和竞争力以及分持期间的市场竞争免遭贬损。限制行使的具体措施因分持资产权益的性质不同而有所不同。第一,对资产所有权而言包括占有、使用、收益和处分权能,其中分持资产的占有权和使用权已经让渡给了独立管理团队,收益权通常仍然归剥离义务人,但如果拟剥离资产已经确定了买方的,应允许剥离义务人和买方自行约定收益归属。剥离义务人有权也必须行使处分权,但应当按照反垄断执法机构附加条件的要求处分拟剥离资产。第二,如果拟剥离资产是公司股权或者类似股权的权益,股权中的财产权同前款处理,作为股权的社员权内容可以由独立的管理人或监督受托人代替行使,例如参加股东大会的权利、投票权、指定或者推荐董事或监事的权利等。欧委会对此明确规定,如果拟剥离业务是公司形式,并且对公司结构进行严格的分离看起来是必要的,当事方作为股东的权利特别是投票权应当由受托人行使,同时受托人还有权替换当事方指定的董事会成员。<sup>[39]</sup>

限制分持资产重大运营事项的决策。尽管分持资产在分持期间脱离剥离义务人的控制,转由分持管理人和独立团队运营,但为维持分持资产的价值和竞争力,反垄断执法机构通常会对分持资产重大运营事项的决策进行干预。干预的基本原则是要求按照分持资产既定的经营计划开展业务,防止出现异常的重大举措,如重大资本项下的支出等。美国联邦贸易委员会的做法是,在制定分持期间的行为准则时,要求当事人提交或确认之前已提交的,此前预期或计划的资本支出,作为委员会和监督人判断其是否维持了既定的资本支出水平。<sup>[40]</sup>在这一点上,执法人员更偏好那些当事人此前已经准备并获得正常商业流程批准的计划。除此之外,联邦贸易委员会在具体案件中还会要求除正常业务运营中发生的磨损与毁坏外,应避免对分持资产的任何破坏、移动、浪费、出售、转移或者损害。<sup>[41]</sup>

满足分持业务运营必需的资源和服务供给。多数拟剥离资产的存活及市场竞争力依赖于其所在企业集团的支持,这些支持包括提供必要的服务、必要的原材料供应、知识产权和基础设施许可使用、

[38] BP Amoco/Arco, Docket. No. C - 3938.

[39] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008/), para. 111.

[40] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinstein Director, January 2012.

[41] BP Amoco/Arco, Docket. No. C - 3938.

担保等信用支持、销售网络和渠道等等。剥离义务人应当以不低于交易前的水平,向分持业务提供上述资源和服务。欧委会要求,当事方必须以与集中之前同样的条件维护该业务,特别是提供充足的资源,如根据现有业务计划持续提供资金或信用,同样的行政和管理功能以及其他与在特定行业维护竞争相关的因素。<sup>[42]</sup> 美国联邦贸易委员会要求,如果当事方已经且将继续向分持资产提供必需的服务,那么资产分持令应该解决提供服务的问题。<sup>[43]</sup> 在 BP Amoco/ARCO 案中,美国联邦贸易委员会发布的分持令就明确要求,合并企业须继续向分持资产提供其运营所需的充足资源以及支持性服务。<sup>[44]</sup>

#### 四、资产分持的实施和监管

资产分持的实施可以交由当事人自行履行,通常不需要将分持资产交由另外的独立第三人团队经营管理,事实上,最有利的分持经营方案是由现存负责经营管理的团队继续履行其经营管理职责。在资产分持的具体实施和监管上,美欧反垄断执法机构的做法仍有细微差别。根据《关于可接受的救济措施的通告(2008年)》,欧委会的做法是,维持分持前的生产经营团队,指定分持资产管理人(hold - separate manager)负责管理分持资产并向监督受托人报告工作,<sup>[45]</sup>分持管理人应当制定方案保障分持资产的运营活动,包括保持独立性的各种义务,分持管理人须处于监督受托人的管理之下,<sup>[46]</sup>在欧盟,分持资产的运营管理和分持义务的履行有赖于分持管理人,分持义务的遵守监督有赖于监督受托人。欧委会最近附条件批准的案件表明,委员会认为资产分持管理人和监督受托人在监督拟剥离资产的维护方面扮演关键角色。<sup>[47]</sup> 美国联邦贸易委员会和司法部对此有不同的做法:美国联邦贸易委员会与欧委会立场基本一致,认为资产分持管理人是确保拟剥离资产竞争活力的有效途径,司法部则持不同立场,认为只有在拟剥离资产价值可能遭受额外风险时才适用,但在 Mittal Steel Co NV 和 Arcelor SA 的合并案<sup>[48]</sup>中,司法部似乎改变了原来的立场。在该案中,司法部要求 Arcelor 剥离其在北美的一家钢铁厂 Dofasco Inc,要求 Mittal 任命一个操作受托人(an operating trustee),赋予其完全的管理责任,以维持 Dofasco Inc 在剥离过渡期内的价值并监控分持令的遵守情况。<sup>[49]</sup> 美国联邦贸易委员会竞争局在《合并救济商谈声明(2012年1月)》中规定,在适用资产分持的情形下,根据当事方的推荐,委员会会任命独立的第三方担任分持受托人(hold separate trustee)或者分持监督人(hold separate

[42] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004(2008/), para. 110.

[43] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinsein Director, January 2012.

[44] BP Amoco/Arco, Docket. No. C-3938.

[45] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004(2008/), para. 112.

[46] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, Page 56, para. 2.

[47] Luc Gyselen, “Merger Remedies Policy in the EU and USA” Practical Law Company’s Cross - border Competition Handbook 2006/07, available at <http://www.arnoldporter.com/publications.cfm? action = view&id = 66>.

[48] United States v Mittal Steel Co NV, [Proposed] Hold Separate Stipulation and Order, available at <http://149.101.1.32/atr/cases/f217400/217494.htm>.

[49] Luc Gyselen, “Merger Remedies Policy in the EU and USA” Practical Law Company’s Cross - border Competition Handbook 2006/07, available at <http://www.arnoldporter.com/publications.cfm? action = view&id = 66>

monitor),以监督分持业务运营或监督当事方对分持命令的遵守情况。<sup>[50]</sup>

资产分持管理人与附条件执行的监督受托人地位类似,但分持管理人必须是更熟悉分持业务的专业人士,因此一般由剥离义务人提交推荐人名单比较合适。如果在产生分持管理人时已经任命了监督受托人,监督受托人应对剥离义务人提交的推荐名单提出意见或建议,最终由执法机构确定或认可分持管理人人选。根据欧委会的规定,当事人有权自行指定符合条件的分持管理人,但在分持管理人未按附条件裁决或分持命令履行分持职责时,监督受托人有权撤销分持管理人,此后当事人再指定的分持管理人应当由监督受托人批准。<sup>[51]</sup>但欧盟的执行情况并未如规定所述,在有些案例中,拟剥离业务没有被分开管理,有的拟剥离业务仍沿用了原来的管理体系,也有的为了确保独立性从外部招聘了分持管理人,只有在部分案例中由监督受托人选择独立的分持管理人。<sup>[52]</sup>美国反垄断执法机构任命分持受托人则有所不同,美国联邦贸易委员会原则上任命那些在市场中拥有实质性经验,且与相关各方没有资金或其他关联的人担任监督受托人,但没有对分持资产运营业务的经验提出明文要求,委员会历史上曾任命过具有不同背景的人担任资产分持管理人,包括公司的退休高管、顾问和具有特定监管经验的律师,<sup>[53]</sup>也曾拒绝任命过当事方推荐的因为持股或者退休金而可能存在利害关系的候选人,在需要特殊专业技术的案件中,还拒绝任命过当事方推荐的缺乏专业技术的候选人。<sup>[54]</sup>

分持管理人需要满足类似监督受托人要求的一般性条件,例如独立于集中交易各方,与各方不存在可能影响履行职责的利害关系,正确理解执法机构发布的附条件公告或裁决,能够贯彻执行公告或裁决要求的具体内容等。除此之外,鉴于分持管理人具体负责分持资产的运营管理,在确保拟剥离业务独立性、维持过渡期的价值和竞争力方面扮演着至关重要的角色,反垄断执法机构通常会在业务运营监管方面提出更高的要求。尽管美欧在立法文件中没有对分持管理人提出更高的具体条件,但欧委会通过实证研究发现,高效的分持管理人应当具备如下特征:独立于合并各方;能够与监督受托人紧密合作;对拟剥离资产绝对忠诚;过渡期后仍然为剥离资产服务;经验丰富,对担任分持管理人有充分准备;具备足够的资历与买方的高级管理层进行沟通;善于解决问题,能够迅速通过沟通化解潜在问题。<sup>[55]</sup>

分持管理人的主要职责是负责维持分持业务的日常运营,确保分持资产的运营符合分持裁决或分持命令。美国联邦贸易委员会在资产分持令和资产保值令中均会任命独立的第三方负担监管责任,不同的是后者与监督受托人类似,负责及时向委员会及其执法人员汇报出现的问题,在功能上是相当于委员会及其执法人员的“眼睛和耳朵”;但分持管理人不仅负责运营分持资产,还要负责遵守分

[50] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinsein Director, January 2012, Pages 16 - 18.

[51] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008/), para. 112.

[52] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, Page 66, para. 39.

[53] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinsein Director, January 2012, Page 18.

[54] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinsein Director, January 2012, Page 16.

[55] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, Page 67, para. 42.

持义务,美国联邦贸易委员会的执法人员把分持管理人类比为公司的董事长,<sup>[56]</sup>但与一般企业董事长不同的是,分持管理人应当按照附条件裁决或者分持命令的要求,独立于参与集中的各方当事人特别是剥离义务人管理分持资产,实现分持资产利益包括价值和竞争力的最大化。分持管理人应当接受反垄断执法机构和监督受托人的监督,分持管理人既是分持资产的运营管理人,也是分持义务或命令的执行者,监督受托人则是监督者。欧委会认为,分持管理人负有管理分持业务并执行分持和保护业务的责任,分持管理人在监督受托人的监督下行使职能,听从监督受托人的指示。<sup>[57]</sup>

在美国的执法实践中,即便决定采取资产分持命令,该命令也是在当事方签订和解同意协议一段时间后才可能作出并生效,为确保资产分持义务得以尽快生效实施,和解协议中通常会加入当事方的如下承诺条款“承诺自签订本和解协议之日起,遵守该裁决和命令以及保持独立与资产维护命令”的表述。<sup>[58]</sup>为节约时间并尽早介入分持资产的维护,美欧反垄断执法机构倾向于尽早任命分持资产管理人和分持监督受托人,尽早开展分持和监督工作,并一直持续到资产剥离完成为止。

## 五、评析和启示

资产分持规则作为有效实施救济措施的保障措施,已经成为采取资产剥离救济措施案件的标准配备,适用资产分持规则对于确保拟剥离资产在剥离过渡期内的价值和竞争力不被贬损,确保过渡期内的市场竞争不被扭曲具有重要的实践意义。但是资产分持规则在适用中还面临诸多问题,即便是先行的美欧反垄断执法机构对此也持有不同看法,在实际适用中远未达到尽善尽美的程度。笔者建议恰如其分地评估资产分持规则的价值,在制定规则和具体适用中全面认识资产分持规则的作用。

第一,适用资产分持规则本身,并不能完全解决剥离过渡期内可能引发的拟剥离资产价值和竞争力贬损以及引发反竞争效果的问题。美国司法部就认为,在一些案件中,资产分持与保值条款并不能完全维持竞争,例如,资产分持管理人可能不会从事积极的竞争行为。另外,即使采取资产分持措施,使拟剥离资产独立于合并后的企业,合并交易还是会影响消费者的购买意向;即使采取资产分持和保值措施,在资产剥离完成前的过渡期内,一些拟剥离资产还是可能贬损,比如有价值的雇员可能会离开,本已确定的投资可能无法实现等。基于这些原因,资产分持与保值措施并不能替代对资产快速剥离的需求。<sup>[59]</sup>也正是这个原因,美国联邦贸易委员会倾向于首先尽量缩短资产剥离的期限,欧委会的实证研究也认为,应根据拟剥离资产的生存能力和实施资产分持措施的困难程度,尽可能地缩短过渡期,在很多情况下,拟剥离资产在过渡期内的竞争力损失可能是无法恢复的。<sup>[60]</sup>

第二,资产分持规则是否能够取得良好效果,很大程度上有赖于任命合格的分持管理人。分持管理人是比监督受托人要求更高的独立第三方,不仅要符合一般独立性的要求,还必须熟悉分持资产所在行

[56] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinstein Director, January 2012.

[57] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008/), para. 112.

[58] Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, Richard Feinstein Director, January 2012.

[59] U.S. Department of Justice Antitrust Division: Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (June 2011).

[60] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, Page 146, para. 33.

业的运营和管理,熟悉反垄断法,了解如何遵行分持义务,能够针对案件的具体情况,设计执行切实可行且能有效发挥作用的具体分持措施。欧委会的实证研究认为,许多监督委托人就是因为缺乏审计知识和行业知识,而无法对资产保管和分持措施进行有效评估,欧委会的分析显示,即便拥有行业知识,但由于剥离业务转让的复杂性,对资产保管和分持的监管仍然是一项艰巨的任务。<sup>[61]</sup> 欧委会发现,在此前的案例中如何执行栅栏隔离义务成为最有争议的问题,甚至有些案件连“软性的栅栏隔离条款”(soft ring-fencing provisions)都没有系统适用。总体来看,栅栏隔离义务在欧盟的执行情况乏善可陈,甚至欧委会的实证研究报告对栅栏隔离义务的有效性都无法得出任何结论。<sup>[62]</sup> 这在美欧等反垄断执法先行多年的司法辖区尚且不易,可以想象在反垄断执法刚刚起步的后发国家会面临更大困难。

第三,适用资产分持规则必须考虑由此引发的执行成本和对资产运营出售的不利影响。首先,一旦采取资产分持措施,不可避免地要支付分持管理人和监督受托人服务费用,特别是在需要扩大分持资产范围、分持资产不是独立运营资产而是分散资产组成的资产包,以及采取替代剥离措施,替代剥离资产也要纳入分持资产范围的情况下,分持成本将会大大增加。其次,在拟剥离资产需要剥离义务人支持的情况下,如果采取分持措施必须平衡好分持资产和保留资产之间相互隔离,以及后者给予前者足够支持的关系,否则有可能不利于分持资产的正常运营,进而损害分持资产的价值和竞争力。再次,由于剥离义务人与拟剥离资产之间的信息交流受到限制,剥离义务人可能难以及时获得拟剥离资产最新的商业资料和数据,从而影响其满足潜在买受人对拟剥离资产信息的要求。欧委会通过对历史案例的研究发现,在少数情况下,实施栅栏隔离义务妨碍了资产剥离,因为过于严格的分持措施使剥离义务人难以获得销售资产的说明、履行尽职调查以及与潜在买家进行商谈所需要的数据。<sup>[63]</sup> 因此,创设和适用资产分持规则,既要平衡好各种关系,又要在技术细节上考虑周到,既要严格分持措施,还要控制分持成本,确保顺利及时出售资产。

尽管我国确立经营者集中反垄断控制制度的时间较晚,<sup>[64]</sup>但在《反垄断法》公布实施之后即正式开展了经营者集中反垄断执法工作,与经营者集中反垄断执法有关的《反垄断法》配套指南、法规、规章和指导性文件随之及时出台。在资产剥离和附加限制性条件方面,商务部先后发布了两个部门规章,一个是2010年7月5日发布的《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》,另一个是2014年12月4日发布的《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》,自2015年1月5日起后者施行,前者同时废止。这两个规章分别在第12条和第20条的(一)、(二)、(三)款规定了资产分持义务的内容,虽然前后规章的个别措辞有所调整,但并无实质变动,主要包括三部分内容:一是规定了分持规则的目的,前者规定资产分持的目的是确保剥离业务的价值,后者规定是确保剥离业务的存续性、竞争性和可销售性;二是规定了分持规则的基本内容:在剥离完成之前,参与集中的经营者应当保持剥离业务与其他业务之间相互独立,并以最符合剥离业务利益的方式进行管理,不得实施任何可能对剥离业务有不利影响的行为,包括聘用被剥离业务的员工、获得剥离业务的商业秘密和其他保密信息等;三是规定了分持管理人的任命和职责:参与集中的经营者指定专门的管理人,负责管理剥离

[61] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, Page 148, para. 42(8).

[62] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, Page 61, paras. 16-18.

[63] “Merger Remedies Study (Public Version)”, DG COMP, European Commission, October 2005, Page 61, para. 19.

[64] 我国在法律上确立经营者集中反垄断控制制度是2007年8月30日公布《反垄断法》(2008年8月1日起实施),即便从2003年3月7日对外贸易经济合作部等单位联合发布《外国投资者并购境内企业暂行规定》(2004年4月12日起施行)第一次确立外资并购反垄断控制制度算起,我国的经营者集中反垄断控制制度也只有10年左右的历史。

业务并履行前段义务,<sup>[65]</sup>分持管理人在监督受托人的监督下履行职责,其任命和更换应得到监督受托人的同意。两规章创设的资产分持义务,在反垄断立法执法上具有重要的里程碑意义。为完善理论构架,便于实务操作,建议首先从制度建设角度进一步完善。

第一,从两规章的立法结构上看,资产分持规则没有按照独立规则的方式规定,而是属于必须普遍遵守的一般性义务,附加剥离义务案件的当事方都必须遵守分持规则。如前所述,适用分持规则不仅需要满足严格的条件,还要适用于适当的资产范围,即便是支持适用分持规则的美国联邦贸易委员会和欧委会也认为,只有在拟剥离资产的价值和竞争力以及过渡期内的市场竞争存在贬损风险时才适用资产分持规则,否则就可能不适当地扩大适用范围,引发浪费执法资源、提高剥离义务人财务成本的负面作用。事实上,从商务部公告的附条件批准案件来看,资产分持规则也没有在附加剥离义务的案件中予以普遍适用,规章立法确立的分持规则与执法实际有脱节之嫌。

第二,从两规章规定的立法目的来看,对创设分持规则的目的还有待进一步深入认识。《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》规定,资产分持等义务的目的是确保剥离业务的价值;《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》则调整为,确保剥离业务的存续性、竞争性和可销售性。尽管后者在措辞上进行了调整,但并无实质变化,确保剥离业务的存续性、竞争性和可销售性,都属于确保拟剥离资产的价值和竞争力不被贬损的范畴,据此,两规章对分持规则立法目的的规定仍停留在欧盟“确保剥离业务价值和竞争力”的层面,尚未涉及到美国“防止剥离期间竞争损害”的内容。建议借鉴美国的做法,全面认识创设资产分持规则的目的,增加防止剥离过渡期内竞争损害的内容,在制度设计上呈现资产保值规则和资产分持规则既相互联系又相互区别的制度体系。

第三,从两规章均规定的分持规则内容来看,已明确规定了分持规则的主要内容。如保持剥离业务和保留业务的独立;禁止聘用剥离业务的关键雇员;禁止获得剥离业务的商业秘密或其他保密信息等。为确保可操作性,尚需进一步丰富规则内容,主要包括:一是已经规定了拟剥离业务和保留业务相互独立的义务,建议增加具体实现措施,包括分持资产和保留资产由不同团队运营,分持团队和保留团队之间应当建立防火墙,禁止两团队交流敏感信息等。二是已经规定了剥离义务人稳定分持团队的部分消极义务,如禁止聘用拟剥离业务的关键雇员,建议增加规定禁止其他参与集中的经营者雇佣拟剥离业务职员的消极义务,不得引诱、鼓励或激励拟剥离业务雇员拒绝新买家继续雇佣的消极义务,特别是疏漏的维持分持团队稳定的积极义务,如剥离义务人应当采取必要激励措施,确保关键员工留在分持业务部门中工作,确保接受买家的雇佣等。三是建议增加规定,限制剥离义务人对分持资产行使权利,限制分持资产的重大运营事项决策,要求剥离义务人承担满足分持业务运营必需资源和服务供给的义务等。

第四,从分持规则的监管实施看,两规章均规定了资产分持管理人的产生、更换、职责以及与监督受托人的关系,建议增加规定分持管理人的选任条件。特别值得注意的是,两规章规定“指定专门的管理人”,但未明确谁有权指定专门的管理人,基于对《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》中上下文的文义分析,应该是“参与集中的经营者指定专门的管理人”,但参与集中的经营者中有剥离义务人,也有非剥离义务人,通常只有剥离义务人有权推荐或者指定管理人,也许正是出于此种

[65] 《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》只保留了“指定专门的管理人,负责管理剥离业务”,删除了“并履行第(一)、(二)规定的义务(指分持义务,笔者注)”的内容。

考虑,《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》将“指定专门管理人”调整为“剥离义务人”的义务。关于分持管理人的职责,《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》规定了两个方面,一是负责管理剥离业务,二是履行分持义务,遗憾的是《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》删除了履行分持义务的内容。在美欧的做法中,分持管理人不仅负责分持资产的管理运营,同时还负责履行分持义务,监督受托人则负责监督其义务的履行,建议恢复《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》关于分持义务的规定并进一步细化。

《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》将资产分持定位为剥离义务人的义务,设定该义务的目的不是解决经营者集中存在的反竞争问题,而是确保附加的资产剥离条件得以顺利实施,这在性质上与美欧反垄断执法机构的立场一致,均认为资产分持不是救济措施,而是实施救济措施的保障措施。在已经发布的附加限制性条件批准的经营者集中公告中,尚未见到适用资产分持保障措施的先例,但以分持作为救济措施批准的经营者集中案件已经公告四个,既有横向集中的希捷收购三星硬盘业务案、西部数据收购日立存储案和联发科技吸收合并开曼晨星案,也有混合集中的丸红收购高鸿案。有观点认为,商务部在上述四案中适用了资产分持规则,但无论是在《反垄断法》中,还是在《反垄断法》颁行后配套实施的指南、法规和规章等立法中,都没有明确规定资产分持作为救济措施的条款。<sup>[66]</sup>笔者认为,无论是美欧反垄断法中的资产分持规则,还是前述规章中规定的资产分持义务,都是为了顺利实施剥离救济而创设的保障措施,上述四案中的分持要求则属于附加的限制性条件,尽管两者有相通之处,但更多的是实质区别。相通之处在于,分持资产和保留资产都分别由相互独立的团队经营,在两团队之间建立防火墙禁止交流敏感信息等;实质区别在于,作为保障措施的资产分持规则,目的在于确保资产依法顺利剥离,防止剥离过渡期内拟剥离资产的价值、竞争力和市场竞争的贬损。上述案例把分持作为救济措施适用,允许收购方实施集中,但在此后的较长时间内保持参与集中的经营者之间的相互独立,其目的是用以减轻或消除经营者集中存在或可能存在的排除限制竞争影响。在某种程度上,也可以看作是执法机构希望尽可能批准其认为存在反竞争影响的交易而对分持措施的创造性运用,商务部反垄断局负责人在某国际会议上就曾明确指出,采用这一措施首先是为了满足对于审查中无法进行结构剥离,行为救济又解决不了竞争关注的案件附加限制性条件的需要。<sup>[67]</sup>

从美欧的实践来看,分持规则在立法上被视为保障措施,在实施中也主要用以缓解剥离过渡期内拟剥离资产价值、竞争力和市场竞争的贬损。商务部将分持用作救济措施的做法业界多有争论,反对观点的主要理论基础在于,分持救济无法实质改变处于相互独立经营状态的两经营者或资产之间的所有关系,例如母子公司关系。按照分持规则,尽管母公司和子公司相互独立运营,但母公司仍享有对子公司的收益权,如利润分红,仅此一项就可能改变母公司的市场战略决策,例如,母公司提高价格时将不用担心客户向子公司分流,因为向子公司分流的客户利润最终仍归母公司所有。笔者认为,一方面,对互为竞争对手的实体经营者之间的集中,采取分持救济不排除存在上述问题,除此之外,在竞争者之间采取分持救济,具体的执行和监管方案设计起来较为复杂,适用期限通常较长,参与集中的经营者遵行分持义务和执法机构的监管成本都很高。另一方面,分持也非绝对不可作为救济措施适

[66] 《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》第3条规定了三类限制性条件:一是剥离有形资产、知识产权等无形资产或相关权益等结构性条件;二是开放网络或平台等基础设施、许可关键技术(包括专利、专有技术或其他知识产权)、终止排他性协议等行为性条件;三是结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。

[67] 蒋安杰:“中外专家为反垄断法实施建言献策”,载《法制日报》2014年5月28日。

用,美国联邦贸易委员会在2007年批准 Kinder Morgan, Inc./Carlyle Group/Riverstone Holdings LLC 案的同意令中,就采取了类似分持的救济措施,<sup>[68]</sup>当然,因为收购方 Carlyle Group 和 Riverstone 均为金融投资公司而非实业公司,本交易是通过 Carlyle Group 和 Riverstone 将竞争者 KMI 和 Magellan 连接起来,而非 KMI 和 Magellan 之间的直接集中,对本交易采取类似的分持措施,基本不影响 Carlyle Group 和 Riverstone 的投资目的。<sup>[69]</sup>还应当看到,分持救济作为一种特殊类型的限制性条件,有其探索创新促成集中交易的有利方面,在市场竞争的技术层面,也不排除分持救济能够促进两分持团队之间的竞争,特别是在销售环节的独立运营和竞争,仍可能有利于下游客户和消费者。但分持作为救济措施消除或降低反竞争损害的实际效能尚待检验并需要平衡由此增加的运营和监管成本。在将来的执法中,对于这一试验性救济措施可能不会普遍适用,其效果也有赖于实践检验,<sup>[70]</sup>笔者建议,准确定位资产分持规则的保障措施属性,进一步完善资产分持规则的制度内容,全面评估分持救济的实际效果,慎重运用分持措施解决反竞争问题。

## A Study on the Hold-Separate Rules in Merger Control

Ye Jun

**Abstract:** Hold-separate, a specific set of rules in merger control are derived from the practice of antitrust enforcement agencies in the U.S. and Europe, aiming to prevent parties with divestiture obligations from reducing the value and competitiveness of assets to be divested during divestiture transition period, or damaging the competition in relevant market. Since China's Anti-Monopoly law came into force, anti-monopoly agencies have adopted hold-separate articles in agency rules and used hold-separate remedy measures in conditional approval decisions. However, studies on these rules among academic scholars are still rather limited. Under these circumstances, this article looks into the purpose and nature of hold-separate rules in the U.S. and Europe, summaries the rules' conditions of application, contents and ways to monitor their application. The article aims to analyze the hold-separate rules systematically and offer comments and advices on hold-separate rules to legislative and enforcement authorities in China.

**Keywords:** anti-monopoly; concentration between undertakings; hold-separate

(责任编辑:倪鑫煜)

[68] TC Group L. L. C., Riverstone Holdings LLC, Carlyle/Riverstone Global Energy and Power Fund II, L. P., and Carlyle/Riverstone Global Energy and Power Fund III, L. P., Decision and Order, Order to Maintain Assets FTC No. 0610197 (January 25, 2007), available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/0610197/decisionorder.pdf>. 在该案中,Carlyle 和 Riverstone 拟购买 Kinder Morgan, Inc. (KMI) 22.6% 的股份,但 Carlyle 和 Riverstone 已经拥有 Magellan (KMI 的最大竞争对手)50% 的股份,美国联邦贸易委员会认为该交易可能在不同地域市场引发单边或协调效应,最终批准该案的条件是 Carlyle 和 Riverstone 变为 Magellan 的被动投资者 (passive investor),不再影响后者的经营决策,具体措施包括:撤回在 Magellan 董事会的所有代表;放弃对 Magellan 的控制转交其他主要投资者负责;不再影响或试图影响 Magellan 的管理或运营;在 KMI 和 Magellan 之间建立敏感信息防火墙。

[69] 从这一点看,本案采取的分持救济与在竞争者直接集中的交易中采取分持还是有所区别,前者情形下对经营者实现其交易目的的影响较小。

[70] 同注 67 引文。

## 他山之玉,何以攻石? ——论大宪章对中国的镜鉴意义

李红海\*

**摘要:**2015 年是大宪章诞生 800 周年。在过去的 800 年里,大宪章从一个国王和其贵族之间的协议,演变为了英国人维护自己权利和自由以及宪政体制的旗帜和号角,并将其影响力扩至世界范围。大宪章的影响力部分在于其所经历的波澜壮阔的背景和过程,也在于其所包含的某些具有一般性的原则和精神,还在于后世对其及其所包含的这些原则的解读、发挥和实践。而大宪章对于中国可能的借鉴意义也是多方面的,无论是宏观还是微观,择其要者,则可能在于它所体现出的妥协和理性的态度、依法而治的精神、君民共治的架构以及正当法律程序和未经同意不得征税的原则。

**关键词:**大宪章 法治 妥协 征税 法律正当程序

2015 年,大宪章 800 岁了!

这个数字听起来让人有些惊愕,但如果和汉谟拉比法典(公元前 18 世纪)、法经(公元前 5 世纪)、十二表法(公元前 450 年左右)、摩奴法典(编成于约公元前 2 世纪 - 公元 2 世纪,一说为公元后的头几个世纪)、民法大全(公元 6 世纪),甚至是 5 世纪之后开始编纂的日耳曼诸法典相比,这个岁数又稀松平常。即使是就英国本身而言,包括埃塞伯特法典、伊尼法典、阿尔弗雷德大王和忏悔者爱德华国王编纂的法典在内的一众盎格鲁 - 撒克逊法典(7 - 11 世纪),以及末日审判书(1086 年)、亨利一世的宪章(1100 - 1135 年),也都比大宪章更早。再者,又如霍尔特所指出的那样,与大宪章大约同一时期,欧洲大陆上也曾出现过类似的宪章或文献,这其中大宪章也并不是最早的。<sup>[1]</sup>

因此,如果单从法律史的长河中钩沉扒梳,单纯计算年龄,大宪章并不突出;但如果考虑到历史影响力,尤其是影响力之持久、深刻和广泛,则应该是没有哪份文件能出大宪章之右。正如我们已经看到的那样,大宪章在中世纪被重新签署颁行及确认多次,后又在 17 世纪在以柯克为代表的君权神授论的反对者手中发挥了重要作用,后又对美国联邦宪法、法国《人权宣言》、英联邦多国之宪法及联合国人权公约等都产生了直接的影响。更为重要的是,正如麦克契尼所述,大宪章抓住了人们的心,激发起了民众的想象,<sup>[2]</sup>因此,我们今天看到的依然是一个沉稳却鲜活的大宪章,外表虽已昏黄,内容却历久弥新,既保留了根本性的原则,又能不断调适以适应时代的变化。如此,今天,全世界都在以不同的方式纪念大宪章,也就不足为奇了!

\* 北京大学法学院研究员,法学博士。

[1] 参见[英]霍尔特:《大宪章》,毕竞悦、李红海、苗文龙译,北京大学出版社 2010 年版,第 21 - 23 页。

[2] See William Sharp McKechnie, *Magna Carta (1215 - 1915)*, in *Magna Carta Commemoration Essays, for the Royal Historical Society* 1, 8 (Henry Elliot Malden ed., Aberdeen University Press 1917).

考察大宪章对今天的意义,不能仅从大宪章条文本身出发,而要将之作为一个事件来整体看待,顾及到这个事件的背景、过程、结果和影响;也不能仅停留在13世纪,而是要向前推及12世纪甚至更早的盎格鲁-撒克逊时期,往后直至今天;不能仅仅视之为一个封建性的协议,而是要看到它在宪政以及法律和政治各个方面的作用;也不能只看到大宪章本身以及当时反叛贵族的贡献,也要看到后世历代英国人的不懈努力……因为,如果认真研读其条文,就会发现其大部分内容(比如继承金、免服兵役税、对犹太人的关系等)已经失去了现实意义,这也是原来总共63个条文为什么今天只有3个有效的原因所在。而大宪章的产生也决不只是约翰王在位那几年的事,而是有着深刻的历史、社会背景;大宪章的影响当然也决不止于13世纪,而是直至今天,甚至还要持续下去。当然,大宪章的这些影响也绝非它本身所产生的,而是它在和后世历代英国人抗争的共振中被不断积累和放大的。

那么,这样一个在内容上已经基本死去的文献,为什么依然能够“统治”至今呢?而且其地域范围为什么已经超越不列颠岛,几乎迈向了世界的每一个角落呢?秘诀就在于其精神,在于其背后那些带有根本性的东西,而无论这些精神、这些根本性的东西是它自身带有的,还是如甄克思所批评的那样是后人加给它的。<sup>[3]</sup> 笔者将在下文对这些精神及根本性的价值予以归纳。

## 一、妥协与理性

如果单从1215年的大宪章来看,说大宪章的价值在于妥协多少有些可笑。因为,约翰的确是妥协了,但其妥协是被迫的,是众叛亲离的结果;而且,他根本没有多少诚意来遵守这个宪章,因为签署后很快他就派人前往教皇处寻求援助,两个多月后,教皇就发布诏书取消了大宪章。再者,如果真的妥协的话,也就不会有3个月之后开始并持续了一年多的内战了。

但我们要说,所谓妥协,其实就是在一定压力之下选择理性和平的方式解决问题,而不是转而搏个鱼死网破;如果没有压力,当事方未必或者根本就不会妥协。从这个意义上说,约翰和反叛贵族之间虽然因战事随后即起而并非真正的妥协,但他们毕竟签署了一个书面的协议;这个协议虽没有在约翰那里得到多少遵守,但却为其托孤大臣威廉·马歇尔所用,而后者以幼主亨利三世之名对大宪章的重新颁行,即是一个新的妥协。这个妥协意义重大,因为它对叛军起到了瓦解作用,并在很大程度上导致了内战的最终结束。因此,虽然我们没有在约翰那里看到真正的妥协,但将历史推后,却在其托孤大臣和儿子、孙子(爱德华一世)那里看到了一次又一次的妥协;而在这些进程中,大宪章扮演了非常核心的角色。贵族们开始拿大宪章作为条件,来对抗国王的征税:要征税,就必须签署大宪章,亨利三世(1225年,为换取十五分之一的动产税)和爱德华一世(1297年)都曾有过这样的经历。再后来,不止是征税,甚至是登基,都需要确认大宪章,这也是换取臣下支持的必要措施。因此,13-15世纪,据柯克统计,大宪章曾被反复确认多达32次,实际上可能会更多(有人认为是45次)。于是我们看到,大宪章不仅是妥协的结果,更是未来达成新妥协的工具和条件。

在后来的历史中我们又看到了一些妥协和不妥协的例子。兰开斯特和约克两大家族之间不妥协的结果是30年的玫瑰战争,以及最终被都铎家族取而代之的命运;斯图亚特王朝的不妥协,带来的则是查理一世史无前例地被送上断头台和詹姆士二世遭遇“光荣革命”。光荣革命是一次真正的大妥协,由此奠定了英国的基本政治体制和开创了300多年来的长久和平。此外,在宗教问题上是最难妥

[3] See Edward Jenks, *The Myth of Magna Carta*, 4 *The Independent Review* 260, 270 (Oct., 1904 - Jan., 1905).

协的,而英国自伊莉莎白一世以来逐渐形成的宗教宽容其实也是宗教政策领域里各方的妥协。

妥协实际上是双方在面对争执时能够共同分享这样的认识:敌对僵持甚至你死我活地争斗势必两败俱伤、一损俱损,对双方、对社会有百害而无一利;各自有原则地退让,适度改变自己的行事方式,虽可能较之于原来有所“不便”,但却能保证和平与秩序,以免于敌对争斗所带来的损失与动荡。妥协实际上是对自己既得或可期待之利益、尊严等的割让与放弃,是在某些方面给予对方更大的空间而使自己的空间被压缩。做到这一点,可能需要一种理性的计算:妥协实际上是以小的损失避免更大的损失。试想,如果陷入你死我活的争斗,结果却可能是既有的利益和荣誉都失去了,更不必说那些可期待的了;即使置对方于死地——如果己方足够强大的话,自身的元气也可能受损不说,带给自己的未必就是曾经想象的美好和安宁。因此,妥协首先或至少应该表现为一种理性的计算,其次才可以上升到宽宏大量的道德情怀上去。但遗憾的是,人并不总是理性的,更谈不上总会宽宏大量,因此历史和现实中才有了那么多的杀伐征战,社会动荡。

而大宪章及其随后的历史告诉我们,通过理性、和平的协商谈判解决纷争有多么的重要,其对于社会的和平有序、人民的安居乐业具有多么大的价值!1915年,面对当时正在进行的第一次世界大战,麦克契尼在纪念大宪章700周年的演讲中曾感叹,英国人在700年前就已经开始运用理性、和平的方式解决争端,而当今世界(即20世纪初)却依然有人(主要针对德国发起的一战)诉诸武力。并且他预言(或希望),大宪章所体现出来的理性和妥协的精神能够为后人解决争端提供参照,无论是思路方面还是机制方面。<sup>[4]</sup>整整100年过去了,整整800年过去了,大宪章依然恢宏,依然在为全世界所纪念和敬仰,麦克契尼的预言和希冀在某些地区(比如欧洲)、某些领域(比如联合国安理会已经建立了一种通过和平谈判解决纠纷的机制)也已经实现,但仍有更多的地区期待着大宪章理性和妥协精神的浇灌,在大宪章800周年之际,麦克契尼的呼吁和希望仍然值得我们坚守。

## 二、依法而治

所谓依法而治,这里指的是依照既定的规则(无论这个规则是正式制定的抑或习惯形成的)而不是统治者的恣意进行治理。贵族们对约翰强烈不满的一点是封建负担的不断加重,这方面最典型的是免服兵役税超越常规的增加。麦克契尼和霍尔特的研究都表明,约翰对免服兵役税的征收无论在税率还是频次上,都大大超过了其父亨利二世和其兄理查一世。

亨利二世看起来只在真的发生战事时才以免服兵役税之名征收钱款,在其35年的统治中共有七次,而且仅有一次税率超过了20先令……贪婪如理查一世,在十年中显然也只征收过四次免服兵役税;即使是在国王有紧急需要之时(1194年被迫缴纳拖欠德皇的赎金以及同时为诺曼底之战做准备),税率也没有超过20先令。<sup>[5]</sup>

[4] See McKechnie, *supra* note 2, at 22-25.

[5] See William Sharp McKechnie, *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction* 76-79 (Maclehose 1914).

表一:亨利二世、理查一世、约翰在位期间免服兵役税征收情况表

| 国王   | 在位年限 | 免服兵役税征收次数 | 最高税率  |
|------|------|-----------|-------|
| 亨利二世 | 35   | 7         | 20 先令 |
| 理查一世 | 10   | 4         | 20 先令 |
| 约翰   | 1    | 11        | 3 马克  |

而从下面有关约翰在位期间收取免服兵役税的表格可以清晰地看出,他将免服兵役税从一个为紧急关头保留的武器,变成了一个常规的收入来源,他还将税率提高并超过了公认的最高额 2 马克。

表二:约翰在位期间免服兵役税征收情况表

| 征收的次序 | 征收年份        | 每份骑士领的数量 |
|-------|-------------|----------|
| 第一次   | 1198 - 1199 | 2 马克     |
| 第二次   | 1200 - 1201 | 2 马克     |
| 第三次   | 1201 - 1202 | 2 马克     |
| 第四次   | 1202 - 1203 | 2 马克     |
| 第五次   | 1203 - 1204 | 2 马克     |
| 第六次   | 1204 - 1205 | 2 马克     |
| 第七次   | 1205 - 1206 | 20 先令    |
| 第八次   | 1209 - 1210 | 2 马克     |
| 第九次   | 1210 - 1211 | 2 马克     |
| 第十次   | 1210 - 1211 | 20 先令    |
| 第十一次  | 1213 - 1214 | 3 马克     |

尽管约翰时期贵族们负担的加重与此前约翰父兄时期税负积累的积累不无关系,但上述两张表格明确地显示,约翰对免服兵役税的征收,无论从税率还是频次上看,都是史无前例的。不仅是免服兵役税,协助金的征收、对监护权和婚姻指定权等的滥用等,都大大超越了以往的封建惯例,基本上成为了约翰实现自己私人意愿的工具。约翰打破常规完全根据自己所需征收免服兵役税的行为不仅加重了其臣下的负担,而且大大提高了行事的不确定性,使得其臣下无法容忍,这是导致贵族们反叛的重要原因之一。

针对这一问题,大宪章设有专门的章节予以规制,其中第 12 章规定了免服兵役税和协助金的征收机制,即需要由国王直属封臣组成的大谏议会予以决定——这就回到了过去封建主义的基本原则上去了:封建契约的变更需要领主和封臣双方的共同同意;<sup>[6]</sup>第 14 章则明确了大谏议会的召集方式。而大谏议会在考虑是否同意国王征收新的免服兵役税以及按照什么样的税率进行征收时,重点参考的就是先前的惯例。

大宪章对免服兵役税的问题进行专章规定,目的就是为了抑制约翰王的恣意:国王征税不能仅凭自己的需要、个人意志,而必须按照既定的规则进行。免服兵役税只是大宪章中的一个例子,其他如协助金、继承金的征收,对骑士未成年继承人监护权、婚姻指定权的行使,对寡妇地产、婚姻的干预,扣押财产以抵偿债务,犹太人的债务问题,王室法院的司法,出入境,自由贸易,国王官员的任免,狩猎场的管理等等,国王对王国进行治理的各个主要方面,几乎都被大宪章予以了规范。换言之,大宪章实

[6] See P. Vinogradoff, *Feudalism*, 3 Cambridge Medieval History 458, 470 - 475 (1924).

际上在很大程度上改变了国王的统治方式(至少是某些方面):从过去依照口耳相传的惯例,转变为了依照白纸黑字的条文。如果说不成文的习惯尚有可以争辩、狡辩的余地,那么白纸黑字的条文则没有那么多可供“狡猾”的空间。

这就是通常所说的、大宪章所包含的将国王置于法律之下的价值和意义。还有人说,大宪章是力图让国王明白这样一个道理:在他的恣意之上,还存在更高的规则,大宪章实际上就是为国王的个人意志找到了一个更高的约束。这一观念意义重大!因为它在一定程度上挑战了传统的基督教君权神授论,是传统宪政观念的重大转型。中世纪早期的基督教教父借助圣经的记载和传说,曾发展出了系统的神权政治理念。他们认为,带有“原罪”的人类,需要神命的权威来惩罚和拯救,而国家就是神设置的、负有这种双重使命的宗教机构。为了让自己的代表(国王)统治尘世,上帝为王特设一职位,王就职后就获得了上帝的恩典和神授的统治权,任何人都必须服从。因此,既然国王之职位系上帝所设,它的神圣性和权威性并不会因国王施行苛暴之政而丧失。<sup>[7]</sup>但历史的实践证明,被教会涂了膏的国王有时(如果不是总是的话)也会侵犯教会的利益,而本应由上帝加于的惩罚也并不总是那么立竿见影,因此教会并不总情愿无条件地支持国王,相反他们越来越希望国王的权力受到约束,威廉二世时安瑟伦的出走,亨利二世时贝克特的遇刺,新任坎特伯雷大主教斯蒂芬·朗顿在大宪章签署过程中起到的积极作用都是明证。因此,已经被教会置于上帝之下的国王再被置于法律之下,于教会并无什么坏处;从这个意义上说,教会(至少是英国本土的教会)与贵族的立场是一致的。这大概可以帮助我们理解13世纪中期布拉克顿的那句名言:“国王虽不在任何人之下,但却在上帝和法律之下!”

因此,大宪章的目的就是要将国王置于法律之下,而“王在法下”的本质是要将“对王国的统治”(而非简单地将国王“个人”)置于法律之下,如果那个统治者不是一个人而是一个团体,他们同样应该遵守法律。这是大宪章最为核心的价值之一,可以说这个价值观直到今天仍然熠熠生辉,也是人们将大宪章奉为神明的主要原因之一。

将王置于法下,让对王国的统治依照既定的规则而不是某个人、某些人的恣意进行,这个目标好的,但实现起来却并不容易。可以说,英国宪政史的一条重要线索其实就是如何将王置于法下,这是一个漫长而复杂的过程,直到1688年光荣革命方得最终实现;尽管这个话题太过宽泛,但毫无疑问,大宪章是这个过程中的一个重要里程碑,它不仅反映了王在法下的思想和观念,而且更为重要的是,它还尝试性地设计了一些机制,君民共治就是其中之一,也是它留给后人的另一笔重要财富。

### 三、君民共治

“君民共治”是笔者对16世纪英国法学家福蒂斯丘“*dominium politicum et regale*”一词的试译。福蒂斯丘是兰开斯特王朝的大法官,在携小王子流亡法国之际,他曾拿法国和英国的法律和政制进行过对比,并将英国的统治定位为“君民共治”,以区别于法国的“君主独治”(dominium tantum regale)。<sup>[8]</sup>“*politicum et regale*”的英译是“political and royal”,而“*tantum regale*”的英译是“only royal”;福蒂斯丘著作的中译者将前者翻译为了“政治且王室的统治”,后者译为“王室的统治”。很显然,前述译者采取的直译,笔者此处的翻译采取的是意译。

[7] 参见孟广林:“中世纪前期的英国封建王权与基督教会”,载《历史研究》2000年第2期,第135页。

[8] 参见[英]约翰·福蒂斯丘:《论英格兰的法律与政制》,[英]谢利·洛克伍德编,袁瑜琮译,北京大学出版社2008年版,第117-125页。

所谓君民共治,无论从福蒂斯丘的意义上还是从笔者试译上,都可以看出是指国王和他的臣民共同治理王国;而君主独治则是国王依照自己的意志来治理。那么大宪章是否建立了君民共治的体制呢?这需要回顾一下大宪章之前的英国政制。

其实早在盎格鲁-撒克逊时期,不列颠诸王国的体制就带有君民共治的色彩。尽管日耳曼人传统的马尔克公社大会在征服过程中日渐衰微,但贤人会议的崛起使之不仅能协助国王进行统治,而且能对国王构成有效的制约。比如,当时至少某些王国王位的继承这样重要的事务是需要经过贤人会议讨论的。<sup>[9]</sup>诺曼征服之后,威廉一世、亨利一世和亨利二世着力于建立强有力的中央集权,盎格鲁-撒克逊人的贤人会议逐渐被诺曼人的御前会议所吸收和取代,而后者主要是协助而不是制约国王对王国进行统治的;换言之,御前会议是国王自己的统治机构,此时尚未上升到王国机构的地位。御前会议由国王的家臣、直属封臣、主教、大主教、修道院院长等成员组成,它不仅议事并作出决策,其中的一些成员还负责落实执行这些政策,包括司法。到了后来,为了提高统治效率,文秘署、财政署和王室法院才纷纷从御前会议中独立出来。

因此到13世纪约翰统治时,与先前诸王一样,他是借助于御前会议而不是和御前会议一起对王国进行统治。这其中实际上的差别要比听起来更大,因为,比如征税的问题,在大宪章之前御前会议的成员可能仅能对此提出意见以影响国王的决策,但大宪章所建立的体制则是征税必须要经过大谏议会的同意:这是一种本质上的差别!而这种差别也反映了国王的权力究竟是从体制上还是仅从道德上、良心上受到约束。也正是由于此前国王缺乏体制性的约束,才导致约翰能够那般随意地横征暴敛,从而激起贵族们的反抗;而贵族们反抗的目的也是要为国王的统治施加体制上的限制,从而使之不再那般恣意妄为。

应该说,大宪章所设立的这些限制性体制是分散的、具体的、不系统的。比如在涉及免服兵役税和协助金的征收问题上,大宪章要求必须征得大谏议会的同意;在司法问题上,要求皇家民事法庭不得再随国王四处巡游而须固定在一个具体的地点,特别委任巡回审要每年举行四次,同侪审判,等等。但这些设置(如果不是所有的话)的一个共同特点是,很多都有民众(暂且不论“民众”的范围)的参与,比如大谏议会就需要有国王的大小直属封臣的参加,巡回审判会有地方陪审团的参加等等;这就使得民众参与到了王国的治理当中来,从而在实际上实现了“君民共治”。

真正对国王带有根本性的约束体制是议会。不过,大宪章本身并没有规定议会的问题,它是在后来的宪政实践中逐渐发展出来的。国王拟向某个阶层征税,就需要跟这个阶层的代表进行协商谈判,因此在亨利三世和爱德华一世时,国王会分别和教士、贵族及平民商讨征税事宜,直至1295年,三个阶层的代表被召集起来共同商讨税收事宜,这被称为“模范议会”(model parliament),成为了后来英国议会的雏形。<sup>[10]</sup>之后议会发展的历史无须赘述,它从商讨税收、代表民众请愿,到通过法律,在经历14、15世纪平稳迅速的发展和16世纪的温顺后,17世纪时议会已经成为了英国政治生活中的主角,并在内战和光荣革命中扮演了决定性的作用,最终在1688年将国王置于了立宪君主的体制之下。

因此,当我们说英国的君民共治的体制时,可以提及很多要点。大宪章中所列举的具体制度设计自不必赘述,后来的地方自治和各领域里的自治也都是其表现,但最大、最典型的体现还是英国的议

[9] 例如,公元757年,威塞克斯的希格伯特因违反习惯法被夺去王位;公元774年,诺森布里亚国王阿尔莱德因行为不轨被废,另选塞尔莱德为王。哈罗德的即位据说也经过了贤人会议的同意。参见[英]肯尼思·O. 摩根主编:《牛津英国通史》,王觉非等译,商务印书馆1993年版,第99、114-115页。

[10] 参见[英]梅特兰:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版,第1-5页。

会。对此,大宪章虽然没有正式提及,但它的确开创或固化了一些民众参与王国治理的做法,这些做法经过亨利三世和爱德华一世时期的博弈,逐渐确立了议会制度,从而为民众参与王国的治理、为君民共治提供了基本的实现方式。因此,当我们今天讨论大宪章的贡献和价值时,它所体现的君民共治的思想和建立的体制理应为我们所记住。

#### 四、法律的正当程序

以上三点尽管也与大宪章的内容相关,但更主要的是大宪章所体现出来的精神。下面的两个部分则主要与大宪章的内容有关。

关于大宪章的价值和意义,笔者要强调的第四点是法律的正当程序。今天英美法中著名的法律正当程序原则(due process of law),源自于1215年大宪章的第39条:“未经其侪辈合法裁判或依据吾国之法律,任何自由人均不得遭受逮捕,或监禁,或剥夺财产,或逐出法外,或流放,或以任何方式毁损,吾人亦不得主动或受命对其攻伐。”<sup>[11]</sup>从字面看,其中并无所谓“正当程序”的字眼;实际上,“正当程序”的表述源于爱德华三世的《古六法》(Six Statutes)。在1354年的第三法中,它将原来1225年大宪章的第29条(对应于1215年大宪章的第39条)进行了两处修改:一是将其中的“自由人”(free man)换成了“任何人,无论其等级与地位”(no man, of whatever estate or condition he may be);二是将“其侪辈合法裁判或依据吾国之法律”(by lawful judgement of his peers or by the law of the land)修改为“法律的正当程序”(by due process of law)。法律的正当程序一说由此而来!

法律的正当程序之意义在于,它为对人的处置设置了明确的程序,凡有可能对他人之人身或财产施以不利影响者,必须依照法定的程序而展开。这体现了一种对民众之人身和财产的尊重,通过这些法律程序,统治者的恣意即可受到必要的限制,它对民众所可能带来的危害也因此会降低。如此,民众才能有安全感——这种安全感不仅来自于免于其他民众的侵犯,更来自免于强大国家统治机器的有组织、规模化、有合理托辞的侵犯。对于前者,他可以向国家机器寻求救济;而对于后者,则能够在受到侵犯时借助于这些法律程序予以对抗和防卫。因此,从原初的意义上说,法律的正当程序原则主要是针对国家机关对公民采取措施而言的。后来该表述在17世纪被柯克等法学家用来反对斯图亚特国王的专制,再后又写入了美国联邦宪法第五修正案和第十四修正案,但其针对国家机关有组织的暴力可能对公民人身和财产构成侵害予以防卫的主基调并没有变。换言之,法律的正当程序其实主要是约束公权力的。

因此,法律的正当程序是以程序制约权力——而权力的本性恰恰是,如孟德斯鸠所言,如果不加限制,则必然肆意扩张、漫延。这是对前述法治原则的进一步落实。英美法历史上的无数案例表明,正当法律程序原则不是公权力的助手,而是掣肘者,但其掣肘的目的却是让公权力更好地运行,从而更好地赢得民心,更持续长久地存续下去。遵循法律的正当程序并不意味着公权力无路可走,从而可以无所作为、不作为,而只是说将其行为置于既定的轨道,不能像未经修剪的葡萄藤那样随意枝蔓。

1215年的大宪章虽未直接提及法律正当程序的字眼,但却是法律正当程序原则的源头。大浪淘沙,铅华洗尽,直至今日,在仅有的依然生效的三个条文中,法律正当程序的条款最为著名,这也体现了这个条款的价值,反映了大宪章的精华所在。而对于我们这样一个公权力并不习惯于任何外在拘

[11] 此处采用了贺卫方教授的翻译文本。

束而仅凭自身内心约束的传统来说,大宪章所开启的法律正当程序原则可能更难被接受,却也因此可能更容易为公权力赢得尊重和信赖。毕竟,公权力本身不是目的,它所服务的对象才是目的,没有被服务者的支持和信赖,公权力的运行也难言顺畅。

## 五、未经同意不得征税

从后世的眼光看,就实体内容而言,除正当程序原则外,大宪章另外一个重要的影响在于它所努力争取的未经同意不得征税的原则。

一定意义上说,税收是将民众的财富直接无偿地予以“剥夺”,使民众失去本属于他的合法财产;鉴于财产是每个人的安身立命之本,悠悠万事,唯此为大,故税收必定是一个社会非常重大和极具根本性的问题。而税收的合理性和必要性则在于民众对公共服务的需求:民众需要和平安宁的秩序,需要对于不法行为的惩治,需要抵御外敌的入侵……因此,无论从形式还是实质上,税收制度都颇像一个协议,即民众通过让渡一部分财产来换取政府提供的公共服务。既然是协议,那么就需要遵守达成协议所应该遵守的基本原则,需要双方基于各自的情势进行讨价还价,需要对各自可能的所得和所失进行权衡和计算,之后达成协议。因此,从理论上说,从形式上看,征税是需要经过民众同意的。而且今天世界各国的政治和法律实践也表明,这种同意是必需和现实存在的:民众通过选举自己的代表,通过议会表决的形式,来表达自己对于政府提出的征税之意见。

但实际上,从发生学意义上又很难证明所谓税收的协议性质,如同自然法学的观点虽然听起来很动人,也很有道理,但却很难证实一样。个中原因在于,首先,人类社会早期的历史因过于久远于今已无法探究,我们几乎无法追溯税收制度的早期史:在很长一段时间里,它毋宁只是一些做法,而很难谈得上是制度。其次,税收制度总是和公权力的成长密切相关,而公权力是如何从社会中诞出并在实践中通过与民众的博弈获得税收,于今已很难探究而更多只是作为一个事实被接受,这也给税收制度的历史扒梳带来了困难。最后,人类社会的发展、公权力的诞生和成长,以及公权力和民众之间就税收问题的博弈,并不是一个一个可以在历史的坐标上予以精确标示的点,而毋宁说是一个多种因素相互交织、多种力量相互角力博弈的缓慢演进和累积的过程,定点爆破的方法对解决此类问题不起作用。正是在这个意义上,笔者认为大宪章并不是确立了未经同意不得征税的原则,而是这个原则确立过程中的一个重要里程碑。而要理解大宪章的这种作用以及它对当下中国的意义,还必须从英国税收制度的模糊历史谈起。

12、13 世纪的英格兰,不能说完全没有像今天这样从全民征税的概念,比如在诺曼征服之前,为了应对丹麦人的入侵而征收的丹麦金即属于此种类型。<sup>[12]</sup>但这种税收的确非常有限,常见于应付某些非常规的事件或情形,一俟此类情形消失,就不得再征收此税。再者,此时尚无今天意义上的国库,而更多的只是国王个人的财库;王国的收入几乎不存在,或者说它与国王的收入是合二为一的。而国王的收入也并不主要靠这种全民的征税,而是靠自己作为领主和国王这两种身份所带来的收益。梅特兰认为当时国王的收入主要包括以下几个部分:王室自领地(即国王自己作为领主而保有之土地)的收益;因土地分封而从封臣那里所获得的封建性收益(即国王作为领主其直属封臣所交纳的贡奉);司

[12] 丹麦金(Danegeld),中世纪英国的一种税金。从835年开始征收,当时英格兰受到了维金人——主要是丹麦人和挪威人——的持续侵扰。为了换取和平,公元991年,英国埃塞尔雷德二世(Ethelred II, 978-1016年在位)为向丹麦人交付赎金以避免侵略,开始征收。忏悔者爱德华国王曾一度废止,威廉一世入主英国后作为财产税恢复征收,12世纪中叶后不复见于税册。

法所得(国王作为国王或领主,因为其封臣或全民提供司法服务的所得);出让特权和官职之所得(基于国王之身份);教会所应缴之税金(基于封建领主的身份);王室自领地的地租(基于领主和土地保有人的身份),关税(基于国王之身份)。而过去的丹麦金、后来的犁税,对动产征税之所得,都只能属于非常规的额外收入。<sup>[13]</sup> 在这些众多的收入中,来自于其封臣的封建性收入占了很大一部分,而依据封建原理,封臣们的贡奉实际上是作为从国王处领有土地的一个回报和对价,这在受封仪式上已经得到了确认。依据维诺格拉多夫对封建主义的研究,领主和封臣之间实际上是存在一种封建契约的,依此双方对彼此各享有权利,并承担相应的义务。封建契约有时体现为书面的文件,最常见的是国王颁布的各种宪章、特许状等;但更多体现为封建习惯或庄园习惯,鉴于分封仪式通常是在封建法庭上进行,因此封建法庭也是解决封地及其附带权利义务的最权威场所。封建契约中非常重要的一点是,领主和封臣的权利和义务是确定的;一方如欲变更,则须在封建法庭经领主和全体封臣集体决定方得实现。<sup>[14]</sup>

正是在这样的社会背景之下,约翰王要针对他的封臣提高免服兵役税的征收频次和税率,而且不经其封臣们的同意,这是导致贵族们反叛的重要原因之一。针对此问题,1215年大宪章的第12章明确提出,“若无大谏议会之许可,将不得征收任何免服兵役税与贡金”;第14章则明确了大谏议会的召集方式:

……应用加盖印信之诏书致送各大主教、住持、伯爵与男爵指明时间与地点召集会议,以期获得全国公意。此项诏书之送达,至少应在开会以前四十日。此外,余等仍应通过执行吏与管家吏普遍召集凡直接领有余等之土地者。召集之缘由应于诏书内载明。召集之后,前项事件应在指定日期依出席者之公意进行,不以缺席人数阻延之。

遗憾的是,这两章在后来的大宪章中被取消了;1297年,爱德华一世在确认大宪章时,贵族们曾竭力将“未经同意不得征税”的条款加入《恩准宪章》中,但最终还是失败了。不过,这两件事并没有在实质上影响未经同意不得征税原则的贯彻和实施,无论是亨利三世还是爱德华一世,他们在征税之前都被迫同意重新确认大宪章(分别在1225年和1297年);更为重要的是,从爱德华一世起,议会逐渐形成,而其本质或起源就是国王与各界代表商讨税收问题的一个机制或平台。<sup>[15]</sup> 自议会出现之后,所谓未经同意不得征税的原则基本上就被制度化了,也有了落实和实现的机制;17世纪,斯图亚特王朝的查理一世在经历多年的无议会之治后,最终还是因为需要征税而被迫重新召集议会;光荣革命之后,议会则更是完全把握了对于税收的权力。

因此,在英国,未经同意不得征税的原则实际上始于封建主义下领主和封臣之间的封建契约关系,1215年的大宪章不过是将这种关系予以了书面化的表述,其后虽经废止,但却在议会的政治实践中得到了落实。而如前所述,该原则的重要性和意义则在于,它体现了政府对民众财产权的尊重,能够保证民众的财产不被无辜剥夺,从而实现社会稳定和经济发展。对比我国的现实会发现,我们也正在朝着这样的原则前进。2015年3月15日,第十二届全国人民代表大会第三次会议通过了关于修改《中华人民共和国立法法》的决定,规定“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”只能由法律加以规范。这意味着,过去某些由政府甚至各种职能部门设立的税费摊派,今后都将被纳入法律化的轨道,民众的财产将会得到更好的保护,800年前大宪章所争取的目标终将在华夏大地上实现!但更为重要的是,我们不仅要在立法的层面确立这样的原则,不仅要进行这样的立法实践,同

[13] 参见注10引书,第62-64页。

[14] See Vinogradoff, *supra* note 6, at 460-475.

[15] 参见注10引书,第38-64页。

时还要在司法和政治的实践中真正贯彻落实这一原则,使之真正落到实处,产生真正的效用。从这个意义上说,大宪章的第14章以及后来英国的政治和法律实践又给了我们更多的启示,我们还需要更多雪亮的眼睛去发现、披露那些隐藏起来的非法律化的税费摊派,需要依据《立法法》及相关法律去和设立者据理力争,需要通过司法在个案的层面对这些非法律化的税费摊派予以违法的定性和宣示,从而使税收法治化、未经同意不得征税的观念和制度深入人心,并真正落到实处,为我们的民众谋福利!

## 六、结语

综上,大宪章不仅是一份文献,还是一个历史事件,其意义和价值可以从多方面予以透视、分析,而对不同族群之意义又会因各族群之不同而有不同的侧重,所以我们今天讨论大宪章对于中国的意义,自然会有不同于英美学者的立场和角度。但无论如何,我们所挖掘的要点同样不会脱离大宪章本身,这些价值和意义既源于大宪章,又因其自身的性质而可能对我们意义重大,这是本文选取上述五者的原因所在。

时光飞逝,大宪章诞生800年后的今天当我们再次注目大宪章,重温它的历史与内容,兰尼米德当年的一幕仿佛就在眼前。我们今天感叹大宪章之伟大,但不应忘记它仍然只是英国历史上的一个里程碑,英国宪政的成功虽然与其密切相关,但也远非大宪章本身毕其功于一役的,后世历代英国人的拼搏奋斗、赴汤蹈火也是非常重要的组成部分。但值得敬佩和艳羡的是,英国人将大宪章作为了一个很好的起点或台阶,并对之进行了充分的挖掘和利用,从而建成了今天的宪政伟业。很难想像,如果没有大宪章,英国的宪政之路会是怎样的?反过来,如果没有后世英国人的前仆后继,大宪章的命运又会是什么呢?英国的宪政之路又会是怎样的呢?也许也曾出现过各种宪章(如前文所引霍尔特的列举)的欧陆,会是一个很好的比较研究对象——但这是另外一个话题。因此,大宪章不仅是自我成就的,因为它本身就具备了很多内在的价值;同时也是后世历代英国人成就的,是全体英国人民共同成就的,这其中的古今配合之默契也许才是真正值得我们去体味的!

### What Possibly Can We Learn from Magna Carta?

#### —— An 800th Anniversary Memorial Essay

Li Honghai

**Abstract:** 2015 marks the 800th anniversary of Magna Carta. During the past 800 years, from an agreement between the King and his barons to the flag and trump of the English in protecting their rights and freedom and keeping their constitution, Magna Carta has spread its influence all over the world. However, the strength of Magna Carta originated from the background and process of its birth, from the principles and spirits embodied in it, and from the interpretation and practice of it by later generations as well. As to the possible dedication of Magna Carta to China, whether from macro or micro view, it mainly lies in: compromise and rationality; rule of law; governing by the king and his people together; due process of law; no tax without consents.

**Keywords:** Magna Carta; rule of law; compromise; taxation; due process of law

(责任编辑:刘馨)

# 突破与保守：香港终审法院涉福利权案的 审理思路及其新进展

秦 静\*

**摘 要：**“孔允明案”是香港福利权司法保障历程中的标志性案件，该案充实了《基本法》第36条“福利权”的实体内容并将通常仅运用于涉及公民与政治权利案件的审查标准，即将“比例原则”纳入案件审理的考量之中，创风气之先。然而，本案奉行的谦抑司法哲学，要求法院对立法机关和行政机关公共政策的形成能力以及由此作出的合理判断予以充分尊重。因此，本案对香港现有社会福利制度和政策的冲击必定有限。所谓“司法能动”、司法干涉行政决策、借司法之力推动香港福利社会的形塑更是言过其实。

**关键词：**综援计划 福利权 司法尊重 比例原则

## 一、“孔允明诉社会福利署案”：背景及问题

综合社会保障援助计划(Comprehensive Social Security Assistance,简称CSSA),即综援,是香港社会福利署向香港贫困群体推行的最重要的社会援助及服务,其前身为“公共援助计划”。综援是由政府拨款建立并维持的生活保障制度,以发放现金补助(cash assistance)的方法,资助因年老、残疾、患病、失业、低收入或其他原因而出现经济困难的人士,满足他们生活上的基本需要。综援申请人无需供款(non-contributory),只要通过收入及资产审查(means-test)即可。综援计划由社会福利署负责策划、统筹和推行,旨在为经济困难人士提供“社会安全网”。<sup>[1]</sup>

2005年11月,“孔允明诉社会福利署案”(Kong Yunming v The Director of Social Welfare)<sup>[2]</sup>(以下简称“孔允明案”)原告孔允明获中国内地公安机关所签发的单程证来香港与丈夫团聚。丈夫在其来港后翌日去世。由于丈夫生前所居住的政府公屋被收回,孔随即流落街头,依靠非政府组织的福利资助过活。孔曾成功求职,但薪金微薄无力租房。2006年3月,孔女士申请综合社会保障援助。社会福利署以其居港未满7年为由,拒绝了这一申请。因自2004年1月1日起,政府开始实施领取综援者需

---

\* 中山大学中国公共管理研究中心/政治与公共事务管理学院讲师,法学博士。本文的写作得到刘恒教授主持的“教育部人文社会科学重点研究基地重大项目——香港信息公开制度研究”、“教育部第48批留学回国人员启动基金”与“高校基本科研业务费:中山大学青年教师培育项目”的支持。

[1] 向运华:《台港澳地区社会福利体系研究》,社会科学文献出版社2010年版,第79-82页。

[2] “孔允明诉社会福利署案”涉及三审,判词查询参见HCAL 127/2008(2009年6月23日),CACV 185/2009(2012年2月17日)及FACV2/2013(2013年12月17日)。后文中将以“一审判决”、“上诉判决”与“终审判决”来指代。

居港七年的规定。<sup>[3]</sup> 尽管社会福利署署长可运用酌情权额外批准特殊情况的申请,然而孔允明的申请,也未获社署酌情宽免。孔允明向社会保障上诉委员会上诉未果,后于2008年10月申请法律援助,针对政府综援计划中对于申请人必须居港满七年才能获得援助的规定是否合宪提出司法审查。<sup>[4]</sup> 该案历经五年、三审,2013年12月17日,终审法院五位法官一致裁定,“居港七年”的规定违宪,政府败诉。

香港自1997年回归以来,终审法院依据《基本法》第三章“居民的基本权利和义务”审理了大量涉及公民权利与政治权利的案件。<sup>[5]</sup> 相较之下,以福利权为代表的“经济与社会权利”作为积极权利,通常被认为仅具有指导性(aspirational)、宣示性(declaratory),是政府的施政目标,不宜甚至不能作为一项独立的宪法权利(stand-alone right)得到司法救济。凡涉及与福利权相关的社会与经济政策,法院一般会尊重(defer to)立法或行政机关的判断,维护政府三权各司其职,并将法院的权力严格限定在对法律问题(legal issues)的裁决而非政策优劣的判断(merits review)上。所以一直以来,香港法院在福利权保障领域鲜有作为。<sup>[6]</sup>

“孔允明案”判决的作出,使得香港政府的福利政策继“霍春华诉医院管理局案”(Fok Chunwa v The Hospital Authority, FACV 10/2011)<sup>[7]</sup>(下称“霍春华案”)后再次引起强烈的社会反响,因两个判决都涉及“准香港居民”<sup>[8]</sup>与“新移民”所谓“抢福利”的热点舆论话题。换句话说,两个案件都与社会福利申请人的资格问题相关——公立医院分娩费用资助的申请资格与综援的申请资格。两案不同

[3] 自1970年6月起,综援申请人必须符合居港一年的标准,改变了原先需居港五年的要求。1993年起,综援项目执行进入检讨阶段。1993年至2002年,领取综援的个案数目增长了2.8倍,开支增长了6.6倍。金融危机后,面对经济衰退和财政赤字,香港政府积极寻求控制财政支出,降低福利开支的措施。也是在这一背景下,2004年1月1日起政府开始实施申领综援需居港7年的规定,但在特殊情况下,社会福利署署长可考虑运用酌情权,接纳不符合居港规定的综援申请人的申请。对综援政策实施的检讨参见谭兵:《香港、澳门、内地社会援助比较研究》,北京大学出版社2009年版,第79-81页。

[4] 案情梗概节由笔者译选自一审判决第1-11段。

[5] 终审法院所审理的案件涉及言论和表达自由(HKSAR v Ng Kung Siu,又称“国旗案”)、集会游行自由(Leung Kwok Hung v HKSAR)、参与政治事务的权利(Chan Shu Ying v Chief Executive of the HKSAR [2001] 1 HKLRD 405)、平等权和不受歧视的权利(Equal Opportunities Commission v Director of Education [2001] 2 HKLRD 690)、人身自由(Shum Kwok Sher v HKSAR (2002) 5 HKCFAR 381)、在法律程序中得到公正对待的权利(Stock Exchange of Hong Kong Limited v New World Development Company Limited (FACV No. 22 of 2005; Court of Final Appeal, 6 April 2006))、免受残酷和不人道惩罚的权利(Lau Cheong v HKSAR (2002) 5 HKCFAR 415)、隐私权和免受秘密监视的权利(Koo SzeYiu v Chief Executive of the HKSAR (FACV Nos. 12 and 13 of 2006; Court of Final Appeal, 12 July 2006))、变性人婚权(W v Registrar of Marriages, [2013] HKCFA 39)等等。

[6] 就此,香港法院也受到了联合国经济、社会与文化委员会的批评,原因是在“莫智鸿诉入境事务处处长案”以及“陈吐欢诉入境事务处处长案”中,高等法院认为经济与社会权利仅具有“可促进性”,也就是说,仅为政府的施政目标,而非可以及时兑现、救济的权利。2001年5月11日,该委员会在《就香港特别行政区参照〈经济、社会与文化权利的国际公约〉提交的第一次报告的审议结论》(E/C.12/1/Add.58)的第16段提出,委员会对香港法院的这一表述“非常遗憾。委员会已多次表明,这种看法误解了公约订明的法律”。

[7] “霍春华诉医院管理局案”的案情梗概如下:霍兆荣(申请人)及其儿子霍春华系香港永久性居民。霍春华是一名中度弱智人士。2005年,霍春华与一名内地女子曾利霞女士结婚。婚后曾女士大部分时间持双程证留港居住。综援是申请人及儿子的生活主要来源。2007年5月16日,曾女士因病入院后发现怀有身孕。由于医院管理局自2007年2月1日起对持旅游证件的产妇的服务收费标准进行了修订,曾女士须支付至少39000港币的费用,远超本港产妇的费用。以霍家的财政状况,并无能力支付。申请人遂去信社会福利署,为曾女士申请产前检查费用的资助。2007年6月22日,社会福利署回函拒绝霍先生的申请,原因是曾女士尚未成为香港居民。霍兆荣以此为由申请司法审查,挑战该政策是否与香港《基本法》第25条之平等权条款相抵触。

[8] 这里是指持往来港澳通行证中的探亲证(two-way permit)者,可来港居住不超过90天,并在内地已申请并正在轮候单程证来港,如“霍春华案”中的当事人“单非妈妈”曾某。而“单程证”则发放给前往香港或澳门定居的内地居民,在获得该证件后,申请人必须在规定的时间内注销其在内地的户口并持证前往香港或澳门(《中国公民因私事往来香港地区或者澳门地区的暂行管理办法》第12条)。持单程证者即可申请香港身份证,成为香港居民,如“孔允明案”中的当事人孔允明本人。新移民在港连续居住七年后,即可成为香港永久居民。

的胜负结果,引起公众对终审法院在社会福利权领域态度转变的猜测,<sup>[9]</sup>甚至要港人为“马道立法院”“司法能动”时代的来临做准备。<sup>[10]</sup> 仅就判决结果而言,公众猜测并非全无道理,然而仔细研读判决,便会认同陈弘毅教授的判断:“虽然本案确属于香港终审法院积极行使其‘违宪审查权’的例子之一,但终院在本案中所表现的立场并非十分激进,本案确立的法理原则对香港现有社会福利制度和政策的冲击估计是有限的。”<sup>[11]</sup> 斯言诚哉! 下文将从终审法院在福利权案件审理中锐意革新和谦抑保守的两个方面展开论述。

## 二、社会福利权的内涵及其司法救济模式简述

以福利权为代表的社会经济权利的广泛入宪无疑是20世纪人类宪政史上的一大进步,<sup>[12]</sup> 尤其是第二次世界大战后的新兴国家宪法更是突出体现了这一演变。<sup>[13]</sup> 各国宪法确立了国家作为社会福利的主要提供者与保障者,如我国《宪法》第45条第1款规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”在香港,《基本法》第36条规定:“香港居民有依法享受社会福利的权利。”关联条款还包括第144、145、148和149条,尤其是第145条规定:“香港特别行政区政府在原有社会福利制度的基础上,根据经济条件和社会需要,自行制定其发展、改进的政策。”

相对于“公民与政治权利”来说,“经济与社会权利”按照卡雷·瓦萨克所提出的“三代人权”(three generations of human rights)模式,属于“第二代人权”。<sup>[14]</sup> 如果说第一代人权为免于被国家公权力侵害的自由权,称为“消极权利”的话,那么第二代人权则是请求国家作为的权利,强调国家的积极作为以救助社会、经济上的弱势群体,力求达成社会平等的目标。“国家不能仅消极地保障人民自由,尚须积极地给付、介入,方足以确保人民的权利不因社会发展而形成实质的侵害与不平等,甚至损及人性的尊严。”<sup>[15]</sup> 这里需要说明的是,本文将着重讨论社会经济权中的代表性权利——福利权。如何定义福利权,学界各方观点侧重不同,但基本共识为国家应当满足公民“最低限度的生活体面”(the

[9] 如《明报·周日话题》:“终院为何改口风?”,<http://news.mingpao.com/20131222/uzc1.htm>。

[10] 王慧麟:“市民准备好了吗?”,载《明报》2013年12月30日专讯。

[11] 陈弘毅:“香港居民享有社会福利的权利:‘综援案’的法律观点”,载《紫荆论坛》2013年9月号。参见爱思想网:<http://www.aisixiang.com/data/71190.html>。

[12] Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* 200 (Princeton University Press 2008)。

[13] 值得说明的是:美国宪法中并无任何关于社会福利权的规定,桑斯坦(Sunstein)认为原因有四:宪法制定的年代久远;美国的法律文化;美国特殊论(American exceptionalism),即相比欧洲而言,社会主义或民主社会主义对美国社会影响甚微;以及美国最高法院在沃伦之后,将经济社会权严格限定在涉及公民资格、选举权、正当程序或迁徙自由的范围内,对于该权利在更广范围内的实现并无兴趣。尼克松总统任命的保守派法官到任后,社会福利权有望通过最高法院的判决成为宪法权利的趋势中止。参见:Cass R. Sunstein, *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?* 56 *Syracuse L. Rev.* 1, 4 (2005 - 2006)。

[14] Karel Vasak, *A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Right*, in *The Unesco Courier* 29 - 32 (November 1977)。

[15] 吕炳宽、杨智杰:“全球化脉络下的人权保障”,载《整合全球化与在地化:21世纪政治学研究的新趋势学术研讨会论文集》,东海大学2004年版,第6页。

minimum decencies of life)这一标准。<sup>[16]</sup>

与本文密切相关并值得注意的问题是,相对于“公民政治权利”,以福利权为代表的“经济社会权利”,在各国的实现程度与司法救济强度上存在显著差异。<sup>[17]</sup>与法院在“公民与政治权利”领域的有为相比,“经济与社会权利”作为积极权利,通常被认为应当根据经济、社会发展逐步实现(progressive realisation),不宜,甚至不能通过司法机关施与救济。<sup>[18]</sup>所以有些国家在宪法中干脆就把几乎所有经济社会权划入“国家政策的指导方针(directive principles)”,而这些指导方针并不具备宪法上的约束性。<sup>[19]</sup>印度宪法在第三篇“基本权利”后单设第四篇“国家政策的指导方针”,其中大部分内容涉及社会福利与公民的经济社会权,而该篇的开端就明确了对司法救济的排除<sup>[20]</sup>这是部分国家针对福利权是否能够获得司法救济的第一种态度,即不可诉(non-justiciability)。

第二种态度是福利权只有被某项政治与公民权利吸纳方可提起诉讼。例如欧洲人权法院将“无家可归者不适宜的居住条件(inadequate living conditions)”归入《欧洲人权公约》第3条“免于不人道待遇(inhuman and degrading treatment)之自由”,进而受到公约保护。<sup>[21]</sup>上文中提到的印度宪法总的来说否认福利权的司法救济,然而,印度最高法院通过将生命权解释为“有尊严的活着(right to live with dignity)”,将福利权纳入到宪法审查层面的讨论中来。美国宪法文本中并无涉及经济社会权的相关条款,然而联邦最高法院曾在部分涉及平等保护、<sup>[22]</sup>正当程序<sup>[23]</sup>或迁徙自由<sup>[24]</sup>等案件中,通过对上述权利的宽泛解释为当事人获得社会福利提供程序上保障。<sup>[25]</sup>然而类似扩张性解释的效果相当有限。因为福利权若非被吸纳、合并到涉及生命权、平等权等案件的审理中,公民单独基于福利权而提出的诉讼请求将不会得到法院的支持。<sup>[26]</sup>

[16] Justice Albie Sachs, *Social and Economic Rights: Can They Be Made Justiciable?* 53 SMU L. Rev. 1381, 1386 (2000). 社会福利权被定义为“the minimum decencies of life”。此外,根据联合国经社理事会给出的概念,缔约国在公约之下的核心义务为在任何一种社会福利权中满足公民在该权利中的最低需要。

[17] Mark Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, 82 Tex. L. Rev. 1895, 1898 (2003).

[18] Karen Kong, *Kong Yunming v Director of Social Welfare: Implications for Law and Policy on Social Welfare*, 44 Hong Kong Law Journal 70, 71-72 (2014). 作者在文中认为,各国(主要是指普通法国家)的法院在审理经社权的案件中表现出的态度主要有二:不予审理或在审理中对议会颁布的福利法或政府实施的福利政策采取极为宽松的审查模式。Mark Tushnet 教授认为,南非的宪法法院在 *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* 中,福利权被作为“强实体权利”对待,然而该案实为广陵绝响,并颇具争议,影响力有限。Id. at 1898.

[19] Sunstein, *supra* note 13, at 4. 作者在文中认为,即使那些将经济社会权纳入宪法的国家,也只是将其作为国家的目标而非公民权利看待。

[20] 如印度宪法第四章“国家政策的指导方针”中,第38条至第51条大量的社会福利条款前,有一项司法救济的排除条款,即第37条之规定:“本篇所含原则之适用范围——本篇所含条款不通过任何法院实施,但本篇所述原则,系治理全国家之根本,国家在制定法律时有贯彻此等原则之义务。”

[21] Ellen Wiles, *Aspirational Principles or Enforceable Rights? The Future for Socio-Economic Rights in National Law*, 22 Am. U. Int'l L. Rev. 35, 41 (2007).

[22] *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956). 法院认为平等保护条款要求州政府必须给刑事上诉的贫困者提供判决书的副本或相关材料。

[23] *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). 本案涉及福利权程序性的保障,法院要求政府在终止福利给付的决定作出前,应该举行证据性听证。

[24] *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969). 本案中,华盛顿地区的社会福利法规定,对于社会福利的申领者设定一定居住期间的等待期间的限制。最高法院认为,该居住期限违反了自由迁徙权和平等保护原则。

[25] Sunstein, *supra* note 13, at 14.

[26] Rehan Abeyratne, *Socioeconomic Rights and Constitutional Legitimacy in India*, *Blog of the International Journal of Constitutional Law*. 本文作者认为,印度的最高法院藉着对印度宪法第21条的解释,将生命权理解为“有尊严地活着(right to live with dignity)”,福利权因此可以被纳入到宪法层面讨论。

第三种态度是司法尊重(judicial deference)的谦抑态度。这一点主要针对司法审查的强度而言。也就是说,即使在承认福利权可诉的国家,法院也会在审理的过程中表现出极大的克制(self-restraint),尊重福利政策的制定机关——立法机关或政府——拥有制定分配稀缺社会资源政策的权力,并在政策的制定过程中,如确定申请资格以及细化具体福利救济内容方面,享有宽松的自由裁量权,法院不会轻易介入。<sup>[27]</sup>在这样的司法哲学指导下,尽管福利权不会被排除在司法救济之外,但作为“弱实体权利(weak substantive rights)”而有别于公民政治权利的保障,法院在审查的强度上将会对两者区别对待。<sup>[28]</sup>关于这类谦抑的司法哲学,下文将会有更加详尽的论述。

### 三、香港各级法院涉福利权案件的审理思路及突破

#### (一)“孔允明案”一审与上诉审的审理结果:架空福利权

《基本法》第36条规定:“香港居民有依法享受社会福利的权利。”显而易见,这一条文对香港居民所享有的福利权只是作出了原则性的规定,而并未阐释其具体内容、种类与保障水平。<sup>[29]</sup>当然,《基本法》第三章“香港居民的基本权利与义务”中大多数条款的措辞风格皆如此,针对福利权的春秋笔法并非例外。<sup>[30]</sup>该权利的实体内容尚待基本法其他条文的互相印证及法律或政府政策的充实。在作出“孔允明案”的终审判决前,“此条文从未被法院用以审查以至推翻香港政府所实施的社会福利政策或措施的宪法依据”。<sup>[31]</sup>换句话说,法院从未在历来的判决中承认福利权可以作为一项享有独立保障地位的宪法权利(stand-alone right)存在。并且,“孔允明案”一审、上诉审的法官也不约而同地选择绕开福利权,转而讨论香港居民的平等权在福利政策中的落实。

一审、上诉审的法院均承认,福利权是全体香港居民所享有的基本权利,且不区分“永久居民”和“非永久居民”。<sup>[32]</sup>在肯定福利权的普适性后,两审法官随即指出,尽管该权利为全体香港居民所享有,但福利权并非“绝对权利”(absolute right),<sup>[33]</sup>可以受到一定程度的限制,若该限制出于(宽泛含义上的)法律(proscribed by law),在本案中也包括依照政府制定的社会福利政策和相关的法规。<sup>[34]</sup>一般而言,如果针对基本权利的限制源于法律或政府政策的规定,那么该条款需通过比例原则的审查,来判断其合宪性。<sup>[35]</sup>然而一审法官认为,在本案中并无启动比例原则审查的必要,因为针对第36条

[27] Tushnet, *supra* note17, at 1902. 作者在文中指出:即使某些国家的宪法承认社会福利权的可诉性,法院也会给予立法机关以极其宽松的自由裁量权去提供这些权利。(Constitutions can recognize judicially enforceable social welfare rights, but give legislatures an extremely broad range of discretion about providing those rights.)

[28] Tushnet, *supra* note17, at 1902.

[29] P Y Lo, *The Hong Kong Basic Law* 237 (LexisNexis 2011).

[30] *Kong Yunming*, FACV2/2013, para. 23.

[31] 同注11引文。

[32] 依据《基本法》第16条,香港居民与香港永久居民的差异仅在于是否有选举和被选举权。在福利享有问题上,两者在基本法上的地位平等。

[33] *Kong Yunming*, HCAL 127/2008, para. 51; CACV 185/2009, para. 47.

[34] 如何理解“proscribed by law”中的“law”,在终审法院的判决中,倾向于从宽泛含义上去解释,也就是包括依照政府制定的社会福利政策和相关的法规。因为立法会从未涉及福利权领域的立法。有学者质疑香港政府2004年通过行政规章而非法律的方式延长了居港年限的要求,加重了申请者的负担,即为违宪。显而易见,这是从狭义的角度去理解法律,没有为终审法院接受。See Simon NM Young, *Does It Matter if Restrictions on the Right to Social Welfare in Hong Kong Are Prescribed by Law or Policy?* 44 *Hong Kong Law Journal* 25, 25-27 (2014).

[35] *Kong Yunming*, HCAL 127/2008, para. 52.

福利权的限制并不是出于法律或政府政策,而是来自基本法本身的内在限制条款(internal limitation clause),<sup>[36]</sup>即第145条之规定:香港特别行政区政府在原有社会福利制度的基础上,根据经济条件和社会需要,自行制定其发展、改进的政策。<sup>[37]</sup>具体到2004年综援准入条件上的改变(从一年调整为七年),其正当性来源为《基本法》第145条赋予香港特别行政区政府在“原有制度的基础上”“自行制定”并“发展”政策的宪法权力。到此为止,涉及第36条“福利权”的宪法审查可休矣,来自基本法本身的限制何言违宪?

接下来只需讨论,2004年综援准入资格上的调整是否满足第145条中基于“经济条件和社会需要”对“原有福利政策”予以“发展(development)”与“改进(improvement)”的法律条件?法院认为基本法将“发展”与“改进”“原有政策”的权责全然赋予特别行政区政府。<sup>[38]</sup>而司法系统无论从宪法分工上还是机构设置上都不具备裁决此类事务的能力。<sup>[39]</sup>一审法院认为,“司法系统不宜干涉政府在福利政策领域的判断和决定,理由是‘什么是对原有社会福利制度的发展和改进,最宜由政府来判断,立法会予以监督。’法院不论是在宪法分工上还是机构设置上都不具备裁决此类事务的能力。与宗教信仰自由或公正审判权不同,法院在涉及社会经济方面权利时,应当对行政机关的判断予以更大的尊重。简而言之,在社会经济政策领域,在相互竞争的利益和权利面前,平衡是必要的。然而,该平衡的取得却是行政分支与民意机构的政治任务。对于此类事务,法院应当采取非常审慎的态度而不得轻率介入”。<sup>[40]</sup>

随后两审法院均指出,尽管对政府基于“经济条件和社会需要”“自行”出台新的福利政策来说,第36条福利权条款并不构成宪法障碍,然而,该政策若与其他宪法权利——如宗教组织兴办学校的权利<sup>[41]</sup>或平等权相抵触的话,仍可能面临违宪风险而被判无效。至此,一审与上诉审将整个判决的重心从“福利权”转移到“平等权”,讨论“居港七年”的政策调整是否可能因违反平等权而违宪。将福利权纳入平等权讨论的框架,与我们上文中所提到的第二种司法态度路径一致。

## (二)终审法院针对福利权的判断:坐实该权利的实体内容

终审法院在判决的开端便驳斥了一审与上诉庭架空福利权,即政府出台的政策只要不与基本法所保障的平等权(或其他政治与公民权利)相抵触,便为合宪的观点。<sup>[42]</sup>如此倚重政府在制定社会福利政策上的判断,甚至到了政府可以完全不必顾忌福利权这一宪法权利,而为所有社会福利项目任意设置准入条件和保障内容的地步。<sup>[43]</sup>如果第145条可以解读为第36条的限制性条款,“香港居民有依法享受社会福利的权利”就是一句空话!福利保障将成为政府“根据经济条件和社会需要”“自行”调整的恩惠,而非公民依宪法所享有的、没有正当理据不得剥夺的权利。福利权作为一项独立的宪法权利,其实体内容与国家积极作为、力求达成社会公平的价值将被抽空。

终审法院对福利权非“绝对权利”并无异议,也主张对第36条的解读应当结合《基本法》第145条

[36] Karen Kong, *Adjudicating Social Welfare Rights in Hong Kong*, 10 International Journal of Constitutional Law 591, 592(2012).

[37] *Kong Yunming*, HCAL 127/2008, para. 52.

[38] P Y Lo, *supra* note 29, 237.

[39] *Kong Yunming*, HCAL 127/2008, para. 57.

[40] *Id.* at 118.

[41] 罗马天主教会香港教区主教法团诉律政司司长(*The Catholic Diocese of Hong Kong v Secretary of Justice*), (2011) 14 HKCFAR 754, para. 45.

[42] *Kong Yunming*, FACV2/2013, para. 32.

[43] *Id.*

的内容,<sup>[44]</sup>但后者不是前者的限制条款,而是充实福利权实体内容与明确福利保障程度的来源。<sup>[45]</sup>终审法院认为,第145条进入《基本法》,并以原有的政府福利政策为“发展”与“改进”的基点,表明《基本法》对1997年7月1日之前香港福利政策的认可与支持。原有政府“一揽子”的福利政策可以理解为第36条中“依法享受社会福利的权利”中的“法”。进一步而言,这些政策在主权移交前所赋予香港居民的福利保障项目及其准入条件构成了第36条福利权的保障内容(constituting particular rights protected by Article 36)和保障水平。<sup>[46]</sup>就本案中涉及到的综援制度而言,香港居民有权按照社会福利署在1997年7月1日前的政策,其中包括“居港1年”的限定条件,享受综援计划下的福利待遇。“居港1年”构成福利权的实体内容,并受到基本法的保护。短短三段判词,突破了一审、上诉审对于福利权的认知,使得抽象的,甚至仅带有“宣示意义”的福利权内容被具体化,实为“天才的灵光一闪”(a stroke of genius)。<sup>[47]</sup>

这种创新解读,使《基本法》第36条摆脱仅具“国家政策的指导方针”意义,除在道义上或政治上对行政分支及立法机关的约束外,并不可诉的命运。<sup>[48]</sup>若“居港1年”构成福利权的实体内容,那么居港年限的延长就不仅仅是政府可以“自行”“发展”的政策,而构成对该权利的限制与减损。而这一限制是否合宪,必须经过比例原则三阶段审查的考验。比例原则作为审查标准首次运用于福利权案件的审理,无疑是终审法院在“孔允明案”中的又一重大突破,并对未来同类案件的审理起到先例作用。<sup>[49]</sup>而坐实福利权,无疑为终审法院得以运用比例原则提供了前提。

### (三)比例原则作为审查标准的纳入

当国家公权力的行使消减公民的基本权利时,必须凭借某种审查标准来判断公权力的行使是否为宪法所允许,比例原则将在此发挥决定性作用。这一德国法创制的审查原则涉及“目的与手段”(Zweck - Mittel - Relation)之间的关系,<sup>[50]</sup>即国家一切措施之目的,和为达成该目的而采取的手段对人民所造成负担之间的合比例考量,“国家权力的行使应当兼顾公共利益的实现和公民权利的保护”。<sup>[51]</sup>在德国法上,广义比例原则(Verhältnismäßigkeit)包括三个子原则:适当性原则(Geeignetheit)、必要性原则(Erforderlichkeit)和狭义比例原则(Proportionalität)。<sup>[52]</sup>比例原则的审查结构在各国(尤其是普通法国家)司法实践中有所差异,但总的来说包含四个方面的内容:<sup>[53]</sup>正当的立法目的或行政目的(legitimate ends)、适当性原则(suitability)、必要性原则(necessity)、狭义的比例原则(proportionality in its narrow sense)。例如在本案中,终审法院便采用了三阶段(three - stage)的审查标准,来

[44] Kong Yunming, FACV2/2013, para. 33 (“Read together with Article 145, it provides the framework for identifying a constitutionally protected right to social welfare”).

[45] Albert Chen, “A Stroke of Genius” in Kong Yunming, 44 Hong Kong Law Journal 11, 14(2014).

[46] Kong Yunming, FACV2/2013, para. 35.

[47] Chen, *supra* note 45, at 7.

[48] Tushnet, *supra* note 17, at 1902.

[49] Kong, *supra* note 18, at 74.

[50] Zippelius & Würtemberger, Deutsches Staatsrecht 123 (C. H. Beck 2011).

[51] 王名扬、冯俊波:“论比例原则”,载《时代法学》2005年第4期,第21页。

[52] 比例原则在德国宪法法院审判实践中的应用源自德国1958年的“药剂师执照案”,在该案中,德国联邦宪法法院针对公权力对于人民自由权利(本案中是指营业权)侵犯的合理性问题,提出了所谓“三阶理论”,即手段的适当、必要性及比例性原则。参见谢立斌:“药店案”,载张翔主编:《德国宪法案例选释》(第1辑),法律出版社2012年版,第48-70页。

[53] M Kumm, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights*, 2 (3) Int'l J. Constitutional Law, 574, 579-582 (2004); Matthias Klatt & Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* 7-10 (Cambridge University Press 2013).

审查上文所述的四个要素,分别是:第一,对七年居港的限制是否存在正当的立法目的;第二,该项限制手段与立法目标的实现之间是否可以建立起合理的关联;第三,狭义的比例原则,也就是用以减损有关权利或自由的限制手段与达成的立法目的相较是否合比例。

“孔允明案”政府败诉的原因在于“居港七年”的政策变动没有通过比例原则中合理关联性审查。也就是说,法院否定了政府对公民宪法权利的限制手段与立法目标的实现之间的合理关联。以至于无需进入到狭义比例原则的审查环节,法院就已经判决政府败诉。政府在这一环节提出的论据有:单程证制度所带来的人口增长,老龄化社会的福利负担,综援开支的成倍增长以及新移民享受综援应以对香港社会一定的经济贡献为前提等。法院对此予以一一驳斥。<sup>[54]</sup>

### 1. 单程证制度所带来的人口增长<sup>[55]</sup>

政府指出,单程证制度已经成为香港最重要的移民途径,从1997年到2001年间,93%的人口增长来自内地新移民。单程证制度保证了每天进入香港的居民不会超过150名,其中有60个名额由18岁以下的港人子女获得,并有30个名额分配给两地分居10年以上的配偶。显然,未成年子女通常比他们在内地的父亲或母亲早一步到香港。港府为了吸引并保障18岁以下的未成年申请人的福利权益,对这类综援申请人群没有作出居港年限的要求。然而,港人的配偶(主要是女性)与儿女来港时间的差异,衍生出“陆港家庭”问题——由于母亲需要更长的轮候时间方可来港,其先行移民的儿女很难在香港受到父母细心照顾,经济困难家庭尤其如此。在漫长的轮候期后,即使父母一方终于拿到香港居民身份,“七年居港”的综援申请政策无疑令经济困难的移民家庭却步。这也是港府在新政策作出时的考虑因素之一,即对潜在的移民申请人起到警告作用——居港年限的提高使他们在考虑自身经济状况是否可以维持在港自立生活七年后作出重新评估。

法院认为,“七年限制”的人为障碍变相阻碍了单程证制度“家庭团聚”目标的实现。有些单亲母亲无奈甚至依赖自己儿女的综援为生,更是对综援制度中向未成年申请者政策优待的挑战。

### 2. 老龄化社会的福利负担<sup>[56]</sup>

法庭承认香港老龄化趋势的现实,并认可政府应当为缓解老龄化问题制定相应政策,保障社会福利体系的长久运营。除了人口平均寿命延长,老龄化问题产生的原因在于本港生育率的逐年走低,2001年下降至每一千名女性的活产婴儿数目为989个,远低于每千名妇女生育2100名子女的更替水平。

法院认为,从政府公开资料来看,内地的年轻移民将成为未来香港劳动力的中坚力量,这恰恰是政府缓解老龄化问题的一剂良方。而未成年儿童来港理应得到父母的照顾。政府应当制定相应的配套政策为这些家庭排忧解难,而不是相反。政府以保障社会资源可以持续地负担养老费用为由,提高综援计划对新移民居港条件的要求,与解决老龄化问题的初衷背道而驰。

### 3. 综援开支的成倍增长<sup>[57]</sup>

综援开支的增长无疑是香港政府延长新移民申请综援年限的重要原因。政府专项工作组的报告指出,1993年至2002年,领取综援的个案数目增长了2.8倍,开支增长了6.6倍,从24亿港币增加到

[54] 对法院判决的质疑,参见:Po Jen Yap & Thomas Wong, *Public Welfare and the Judicial Over – Enforcement of Socio – Economic Rights in Hong Kong*, 44 *Hong Law Journal* 41, 41 – 53 (2014).

[55] *Kong Yunming*, FACV2/2013, paras. 55 – 56.

[56] *Kong*, FACV2/2013, paras. 67 – 75.

[57] *Kong*, FACV2/2013, paras. 76 – 101.

136 亿港币。综援开支与社会保险之和占到了整个社会福利开支的 73%。从 1999 年至 2002 年间,领取综援福利的新移民申请人在综援领取人数中的比例从 12% 增加到 14.9%。但从这个数据可以看出,综援领取者绝大多数为本港人士,而非新移民。综援开支的急剧增长并非新移民所致。

| 年份        | 综援领取人数  | 新移民的综援领取人数     |
|-----------|---------|----------------|
| 1998/1999 | 382 454 | 45 945 (12%)   |
| Mar 2000  | 370 231 | 45 477 (12.3%) |
| Mar 2001  | 367 470 | 50 146 (13.6%) |
| Mar 2002  | 410 998 | 60 982 (14.8%) |
| Dec 2002  | 466 868 | 69 345 (14.9%) |

法庭进一步否定了将居港年限提升至七年可以有效地缓解综援开支增幅的问题。因为以下三类新移民在综援申请中不受居港年限的影响:18 岁以下申请者;2004 之前既已来港人士;社会福利署署长运用酌情权,向未符合居港规定的综援申请人发放援助的特殊情形。假设政府在 2002 年业已推行“居港七年”政策,全年向新移民发放的综援总额为 17 亿。其中,9.64 亿为 18 岁以下申请人士所得,也就是说无论居港年限如何改变,此类开支没有节省可能。若再考虑到其他的两个因素,其余的 7.34 亿将会进一步缩减。而针对全年综援开支总数的 144 亿而言,“居港年限”的延长所节约的开支,不到 5%。在此值得注意的是,政府推行新政策不应仅仅以节省财政开支为合理目标(否则对消防车数量减半也会节省政府开支,但却严重危及公共安全<sup>[58]</sup>),而是该政策的推行将保障财政的可持续发展(financial sustainability)。“居港七年”的政策,即使可以在短时期内为政府节省部分综援开支,但这一政策仅仅是推迟了经济困难新移民对综援的申请。在整个经济和就业环境不变的情况下,年限期满后,他们依旧会去申请综援,政府只是将财政压力向未来的年份转嫁而已,并未达到使政府财政可持续发展的目标。

#### 4. 新移民享受综援以七年为限将反映新移民对香港社会的经济贡献<sup>[59]</sup>

政府专门工作组 2002 年的报告显示,新移民申请综援人士的年龄在 22 - 59 岁之间者,95% 为女性。这些女性通过夫妻团聚来港,负责照顾家庭和拥有居港权的儿女,很少人有能力出外工作。法院指出,这些妇女看管小孩,为我们社会提供了极具价值的贡献,既帮助缓减香港社会的人口老化,也使得未成年人融入社区生活,避免由于家庭离散而导致的种种社会恶果。在这个情况下,要有七年经济贡献才可以“换取”(in exchange)综援福利的说法不合理。法院不予采纳。

李义法官(Justice Ribeiro)在判决结束时提到,在其看来,社会福利署并没有足够的证据说服本庭,新移民申请条件的政策变动与该政策目标之间的合理关联。退一步讲,即使政府的政策实施与政策目标之间有一定的关联性,然而,鉴于综援是为了满足经济困难人士最基本的生活需求,该政策目标的达成与当事人所遭受的权利相较而言也是极不合比例的。因为该政策的推行可以节约的财政开支是非常有限的,且不同政策之间的矛盾将会出现政策效果互相抵消的效应。<sup>[60]</sup> 因次,新移民“居港七年”的申请资格要求违宪。

[58] Kong, FACV2/2013, para. 49.

[59] Kong, FACV2/2013, para. 57.

[60] Kong, FACV2/2013, para. 57.

## 四、终审法院在“孔允明案”中所表现的保守立场

终审法院充实福利权的实体内容并将通常仅运用于涉及公民与政治权利案件的审查标准“比例原则”纳入案件审理的考量之中,创风气之先,使“孔允明案”成为香港福利权司法保障历程中的标志性案件。<sup>[61]</sup>然而,终审法院在判决中所表现出的立场并非激进——对福利权作为“基本权利”的否定,“司法尊重”在比例原则中的运用,先例遵循,司法审查“一事一议”的内在要求同样为该案打上司法谦抑保守的印记,对香港现有社会福利制度和政策的冲击实为有限,所谓司法机关干涉行政决策更是言过其实。

### (一)对福利权作为“基本权利”的否定

在“孔允明案”中,令人费解的是,尽管第36条明列于第三章“居民的基本权利与义务”之中,其“基本权利”的宪法地位却为终审法院所否定。理由是,与言论自由或集会自由这些仅仅需要政府不予干预的消极权利不同,“福利权的达成本质上依赖政府制定的政策以确定申请资格与福利水平”,<sup>[62]</sup>涉及“稀缺社会资源的分配”。<sup>[63]</sup>可见终审法院并没有放弃将福利权归入经济社会权利的分类。若终审法院判断“基本权利”的标准基于是否存在政府的财政投入,那该标准将具有明显的误导性,因为即使是终审法院明确认定的基本权利,如正当法律程序权,也不能摆脱对财政(主要是对司法经费)的依赖。<sup>[64]</sup>所有权利的实现皆或多或少地需要财政的支持,福利权并非特殊。<sup>[65]</sup>再者,如果划分“基本人权”的标准基于权利受损后果的严重性,那么,如果公民连最低限度的生活需要都不能得到满足,残疾人士得不到最起码的救助,对他们而言选举权、言论自由和迁徙自由又意义何在?<sup>[66]</sup>终审法院对福利权“基本权利”地位的否定,也为其在“司法尊重”的指导下选择更为宽松的审查标准埋下伏笔。

### (二)“司法尊重”在本案审理中的运用

#### 1. “司法尊重”原则

“司法尊重”,是司法谦抑(judicial restrain)的一种表现形式,由法院创设以维持不同国家权力之间的分立与职能分工。<sup>[67]</sup>法院在审查立法的合宪性以及行政行为的合法、合宪性时,应当对立法机关与行政机关公共政策的形成能力以及由此作出的合理判断给以充分的尊重。<sup>[68]</sup>“司法尊重”也意味着权威的分配,它肯定了不同的权力分支均享有作出具有约束力决策的能力。<sup>[69]</sup>“司法尊重”原则试图解决让任何一个宪政国家都显得无能为力的中心难题,那就是——基于人权保护的考量,司法审查的触角已经波及立法与政府决策,并要求对合宪性问题作出判决,然而,司法机关究竟应如何自处,

[61] *Id.*

[62] *Kong*, FACV2/2013, para. 42.

[63] *Kong*, FACV2/2013, para. 41.

[64] Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* 37-48 (New York: W. W. Norton & Co. 1999).

[65] Sunsteint, *supra* note 13, at 7.

[66] *Kong*, *supra* note 18, at 76.

[67] Cora Chan, *Deference and the Separation of Powers: An Assessment of the Court's Constitutional and Institutional Competences* (pt. 1), 41 *Hong Kong Law Journal* 7, 9 (2011).

[68] 高秦伟:“政策形成与司法审查——美国谢弗林案之启示”,载《浙江学刊》2006年第6期,第146页。

[69] Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law Basis, Application and Scope* 8 (Cambridge University Press 2012).

才可以维系立法、行政、司法权力边界的明确及权力之间的平衡。<sup>[70]</sup> 有学者甚至以聊侃的口气如此评价：“司法机关几乎是被要求扮演一个‘愚蠢天使’的角色，一方面他要风风火火地保护人权，另一方面又担心自己踩到立法和行政分支的脚趾。”<sup>[71]</sup> “司法尊重”的运用主要是出于对民选机构的尊重、各个权力机关专业分工以及信息优势上的考量——不同职能的国家权力部门应当履行其最为擅长的工作，提高办事效率与决策的合理性。例如，立法机关对财政预算问题便享有几乎排他性的发言权；<sup>[72]</sup> 对于经济和社会政策而言，立法机关和行政机关在平衡社会各方利益，听取民生诉求等领域有着法院不可替代的优势地位。

## 2. “司法尊重”在比例原则中的纳入

上文已详细介绍比例原则在“孔允明案”中的审查路径，此不赘述。“司法尊重”原则主要是影响法院在审查比例原则第三阶段，即针对狭义合比例原则的审查强度。上文中提到，终审法院在本案审理的过程中，首先对公民政治权利与社会经济权利作出区分，并认定福利权非宪法上的“基本权利”。<sup>[73]</sup> 在这一区分的基础上，法院认为，凡是涉及基本权利如表达自由、集会自由、无罪推定等公民权或政治权，司法机关将采取更为严格的“最小侵害”的审查方法 (minimal impairment test)，这也是经典意义上狭义比例原则的要求。<sup>[74]</sup> 换言之，政府所采取的手段不仅需要合理，且有充分证据证实该行政手段对基本权利所施加的限制是必需的 (no further than necessary)，并在所有的备选方案 (hypothetical alternative)<sup>[75]</sup> 中，没有可以给公民造成更小侵害的其他措施可以取代。<sup>[76]</sup> 然而法院认为，“最小侵害原则”并不适用于针对经济社会案件的审理，这一领域，法院将采纳“显失理据原则” (manifestly without reasonable foundation)，如终审法院在“霍春华案”中指出，“针对经济社会政策以及其他的重大政策决定，法院应当打消在个案中评判政策优劣并积极寻找最佳可替代性方案的念头。我要再次重申，这不是法院的职责。……有关社会资源分配的艰难抉择，应该留待立法会和政府去做。……除非政府决策显失理据，法院不得介入”<sup>[77]</sup>

很显然，“显失理据”的审查标准要比“最小侵害原则”宽松得多，司法审查介入的力度也弱得多。道理很简单，最小侵害的行政手段必定理据充分，而没有“显失理据”的行政措施可能远不能满足最小侵害的标准。

包致金法官 (Justice Bokhary) 在协同意见中，对法庭如何把握“司法尊重”原则的运用作出提醒，他不同意主流意见在审理政府社会福利政策时，笼而统之、不加区分地采取宽松的审查标准。<sup>[78]</sup> 他

[70] Murray Hunt, *Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of 'Due Deference'*, in *Public Law in a Multi-Layered Constitution* 338 (Nicholas Bamforth & Peter Leyland eds., Hart 2003).

[71] Alison L. Young, *In Defense of Due Deference*, 72 *Modern Law Review* 554, 555 (2009).

[72] Richard A. Edwardst, *Judicial Deference under the Human Rights Act*, 65 *The Modern Law Review* 859, 860 (2002).

[73] 在“孔允明案”的宪法审查中，法院首先对《基本法》第三章中赋予香港居民的权利结合同样具有宪法的地位的“国际人权两公约”进行了划分：部分权利，如禁止对居民施行酷刑、任意或非法剥夺居民的生命是不可克减（不可减损 non-derogable）的和绝对的，在任何情形下都不允许政府侵犯这类权利，更谈不上进入分析公权力对公民权的侵犯是否合比例的讨论环节；但对另外的权利而言，不排除政府通过法律为宪法保障的权利设定限制，但该限制必须通过比例原则的审查 (proportionality test)，才能为法院认定为合宪。Kong Yunming, FACV2/2013, para. 38.

[74] Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* 458 (Cambridge University Press 2012).

[75] Eric C Ip, *Kong Yunming Manifest Unreasonableness: The Doctrinal Future of Constitutional Review of Welfare Policy in Hong Kong*, 44 *Hong Kong Law Journal* 59, 64 (2014).

[76] 同注 51 引文，第 21 页。

[77] *Fok Chunwa*, FACV 10/2011, para. 71 - 76.

[78] 学界的批评参见：Eric C Ip, *supra* note 75, at 59.

指出,经济、社会和文化权利委员会《一般性意见》要求缔约国制定倒退、减损性的福利政策时,须谨慎考虑,符合公约“尽其资源能力所及”原则(full use of the maximum available resources)。<sup>[79]</sup> 尤其当倒退政策涉及特定弱势群体赖以生存的基本需要,并且缩减政策的实施会对相关人士产生显著的负面影响时,法院应当对政府提出更高的举证责任要求,证明倒退政策的合理性。<sup>[80]</sup> 也就是说,对倒退、减损的福利政策应施以更为严格的审查标准,而不是本案中所采取的谦抑、宽松的态度。然而笔者认为,“孔允明案”多数意见也未必会放任“司法尊重”的滥用,一味退让,对政府决策及措施无所约束。李义法官在判决中指出,“制定政策,尽管是政府的份内事。不论是经济社会权利还是其他权利,对其保障的职责不在于其他部门,而在法院。必须承认的是,法院不是社会资源分配最理想的履行者。但同时,若被审查的立法或行政方案,没有办法满足宪法所保障的香港居民的基本需要时,法庭不能袖手旁观”<sup>[81]</sup>

由于政府政策在本案中没能通过比例原则第二阶段,即合理关联性审查,使得“显失理据”标准失去施展手脚的机会。无论如何,法院尊重政府在福利政策领域中享有政策制定自主权立场没有改变,法院针对行政权所行使的监督强度因该原则的纳入而大大受限。只要政府可以提供说得过去的辩护,法院不会在个案中评判政策优劣,更不会替代政府寻找最佳可替代性方案。可见,法院对政府已经作出的福利政策在事后司法审查的过程中都不会轻易指摘。所谓司法干涉政府政策制定,甚至批评“全能法庭”<sup>[82]</sup>将会替代政府、自行制定福利政策的主张,更是无从说起。

### 3. 涉社会福利权的“司法尊重”原则在香港与域外先例中的体现

正如前文所述,香港法院审理涉及经济社会权的案件并不多,迄今为止,其代表性案件主要有2012年高等法院“游文辉诉香港福利署案”,<sup>[83]</sup>终审法院的“霍春华案”及本案。这些案件从诉讼请求上来看,皆涉及福利权申请人的资格问题。“司法尊重”原则的运用是法院审理同类案件的共识。<sup>[84]</sup>以“霍春华案”为例,<sup>[85]</sup>尽管终审法院判决的切入点是平等权,然而却与“孔允明案”的论证思路如出一辙。针对该案中“单非母亲”在公立医院是否应当收取与港人孕妇相同分娩费的请求,法院认为,《基本法》第15条所揭示的平等权为宪法上所保障的基本人权,也就是在相同或类似的情形下,

[79] *Kong Yunming*, FACV2/2013, para. 179. CESCR General Comment No. 3, UN Doc E/1991/23, § 9.

[80] *Id.*

[81] *Kong Yunming*, FACV2/2013, para. 147.

[82] “全能法庭”乃一例独立媒体的讲法。谢连忠：“当无能的政府遇上全能的法庭”，载《独立媒体》2013年12月20日(<http://www.inmediahk.net/node/1019688>)。

[83] *Yao Man Fai George v The Director of Social Welfare*, FACV2/2013,本案在上诉审中与“孔允明案”合并审理。基本案情：香港居民游文辉在内地被裁员后，回港申请综援时被社会福利署以其“申请前一年离港逾56天”未“连续居港一年”为由拒绝其申请，游文辉故申请司法审查，并胜诉。社会福利署撤销不批准游文辉领取综援的决定以及“连续居港一年”的综援申请标准。法院在本案中认为，政府未能合理解释设立综援离港限制的理据——未符合居港一年的综援申请者，仅占整体申请极少数，不会对有限的资源构成沉重压力，政府在庭审的过程中未能合理解释56天的规定的必要性；难以界定连续居港不足一年的香港居民，是否对香港的贡献减少；“56天规定”明显妨碍香港居民出入境的权利；离港56天的界线不合理，难以界定为“长期离港”。

[84] Karen Kong, *supra* note 36, at 74.

[85] “霍春华案”中所涉及到的公共医疗服务是不是福利权曾有争议。从基本法的起草过程来看，香港主权移交前，香港政府曾出台两份白皮书，分别是《1980年代的社会福利》以及《1990年代的社会福利》，香港特区基本法咨询委员会采纳了白皮书中关于福利的含义：“‘福利’从广义上讲可以囊括所有致力于增进社区健康、教育、就业、居住、娱乐与文化的服务。从狭义上看，只是社会福利署所提供的福利以及志愿者义务福利部门的工作。其中最重要的两大内容是现金支付部分（通常被认为是社会保险）和向特殊人群提供的‘直接的社会福利服务’”。2012年“霍春华案”中，主审法官扩张了对社会福利范畴的解释，将由公立医疗机构提供的公共医疗服务（public healthcare service）认定为社会福利的重要组成，纳入其中。See White Paper, *Social Welfare in the 1980s* (1979). White Paper, *Social Welfare in the 1990s and Beyond* (1991). *Fok Chunwa*, FACV 10/2011, paras. 55–56.

不会受到不正当的差别对待。<sup>[86]</sup> 政府为差别对待的正当性承担举证责任,<sup>[87]</sup> 也就是政府出台的政策或具体措施应符合“有理可据验证标准”(the justification test): 第一, 差别对待是否存在正当目的; 第二, 该差别对待与政策目标的实现之间是否可以建立起合理关联; 第三, 这一差别对待对所欲达成的目标而言是必需的(no further than necessary), 也就是说不存在更优的可替代性方案。法院在判决中也承认, 所谓“有理可据验证标准”实质上就是比例原则在平等权讨论框架下的运用。<sup>[88]</sup>

如同终审法院在“孔允明案”比例原则的适用中区分基本权利与非基本权利(主要是涉及经济社会权利)一样,“霍春华案”中法院在判断政府的差别对待是否必需时(no further than necessary), 也对该差别对待是否涉及核心价值(core values)与基本理念(fundamental concepts)作出区分。法院认为, 社会经济政策中的差别对待除非涉及平等权中的核心价值, 如性别、肤色、种族、宗教和社会出身, 否则, 政府应当享有更为宽泛的自由裁量权。<sup>[89]</sup> 相应地, 法院的审查也会相对宽松。“霍春华案”涉及公共医疗资源的分配, 医院管理局对内地持旅游签证的孕妇因不享有居民身份而采取不同的收费标准并没有触及到平等权中的核心价值, 除非政府所采取的差别对待手段显失理据, 法院不宜介入。可见, “孔允明案”在审查强度的选择上遵循了“霍春华案”, 政府之所以败诉, 是因未通过前置的合理性审查, 而并不是法院收紧了审查标准。所谓终审法院“改口风”, 并不符实。

在“孔允明案”与“霍春华案”中宽松的审查标准和涉经济社会领域的案件中采取司法尊重的立场, 显然受到域外判决的影响。<sup>[90]</sup> 以“孔允明案”的一审判决为例, 关于法院是否在涉及社会与经济政策问题上尊重政府更为宽泛的自由裁量权的说理中, 所引判决皆出自英国法官李启新勋爵(Lord Nicholls)、廖柏嘉男爵(Lord Neuberger)之手。<sup>[91]</sup> 二审法官更是大段引用了贺辅明勋爵(Lord Hoffman)在支持生命联盟诉英国广播公司案(Prolife Alliance v. BBC)<sup>[92]</sup> 中的判决。<sup>[93]</sup> 除英国法的影响外, “显失理据”的表述与欧洲人权法院在审理同类案件中的判词只字不差。如詹姆斯诉英国案(James and Others v. the United Kingdom)中, 欧洲人权法院指出, “在执行社会经济政策时, 立法机关很自然地拥有更大的自由裁量, 法院应当尊重立法机关认定什么是‘符合公共利益’的判断, 除非这样的判断显失理据”。<sup>[94]</sup> 在斯特科诉英国案(Stec and Others v. the United Kingdom)中, 法院认为凡涉及

[86] *Fok Chunwa*, FACV 10/2011, para. 80.

[87] *Id.* para. 56.

[88] *Id.* para. 75. (判决认为: The justification test is similar in nature to the test for proportionality.) 请注意, “孔允明案”中, 比例原则作为审查标准首次在福利权案件中运用的说法并无不妥, 因为“霍春华案”涉及平等权而非福利权。

[89] *Id.* para. 80.

[90] 根据《基本法》第18条, 即使是在回归后, 《基本法》第8条规定的香港原有法律依然有效。第84条授权香港特别行政区法院, 在判决中可以参考其他普通法适用地区的司法判例。香港法院自然会遵循英国先例。至于欧洲人权法院的判决对香港司法实践的影响, 除《基本法》列明的英国法及其他普通法国家的司法先例可以参考外, 根据终审法院在 *Shum Kwok Sher v HKSAR* 一案中的扩张, 针对《基本法》第三章的各项基本权利的司法解释, 国际和国家仲裁庭就载有大致相若的条文的国际和宪法文书而作出的判决, 可按其理据的性质及其与香港案件情况的相关程度而成为具说服力的案例。(“In interpreting the provisions of Chapter III of the Basic Law and the provisions of the Bill, the Court may consider it appropriate to take account of the established principles of international jurisprudence as well as the decisions of international and national courts and tribunals on like or substantially similar provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), other international instruments and national constitutions.”) *Shum Kwok Sher v HKSAR* (2002) 5 HKCFAR 381, para. 59.

[91] 所引用的英国判决: *Wilson v First Country Trust Ltd* (No 2) [2004] 1 AC 816 (Lord Nicholls); *R (RJM) Secretary of State for Work and Pensions* [2008] 3 WLR 1023 (Lord Neuberger); *R (Pretty) v Director of Public Prosecutions* [2002] 1 AC 800 (Lord Bingham).

[92] *R (Prolife) v BBC*, [2004] 1 AC 185.

[93] *Kong Yunming*, FACV2/2013, para. 103.

[94] *James and Others v. the United Kingdom*, [1986] ECHR 2, para. 46.

到有关社会经济政策的大政方针,成员国应当享有更大的自由裁量。理由在于成员国对本国的社会及其社会需求有着更为直接的感知,原则上讲,他们比斯特拉斯堡的法官更合适对于什么是“符合公共利益”作出判断。一般来说,法院尊重立法者的政策选择,除非这样的判断显失理据。<sup>[95]</sup>

由此可见,“孔允明案”判决在审理标准和路径上并未突破普通法或欧洲人权法院的先例在涉及经济社会政策案件中的既定框架。

### (三)“一事一议”的个案审查模式

“孔允明案”后,有社会人士对终审法院的判决结果表示担忧,若是综援以外的社会福利,如公屋申请资格等,也可在来港后一年(现在的申请期限为七年)取得,这会使轮候公屋,本就遥遥无期的香港居民的生活状况雪上加霜。

事实上,终审法院在判决中已经表达了对所有社会福利项目“申请资格整齐划一(uniform qualifying periods for welfare benefits)”的反感。<sup>[96]</sup>具体论到公屋申请,法院认为,以现金支付为手段的综援项目与公屋申请提供不同的是,申请公屋的轮候期与公屋空置存量有关,公屋短缺会导致较长的轮候期。这与满足经济困难人士最急迫的基本需要,且通过现金给付即可达成的综援不可一概而论。<sup>[97]</sup>且“居港七年”的公屋申请资格,是1997主权移交前便存在的准入条件,并不存在政策违宪的问题。

除此以外,法院尽管认定《基本法》第36条的福利权是一项应当得到独立保障的宪法权利,并肯定主权移交前所赋予香港居民的福利保障项目及其准入条件足以构成福利权宪法上的保障内容和保障水平。但“一事一议(case by case)”的原则要求法院将精力集中在涉及综援计划的讨论中。法院在判文中多处强调:帮贫济困、为经济困难人士提供“社会安全网”、满足居民最基本的生活需要的综援,是任何一个国家福利制度的基本功能。包致金法官在协同意见中甚至表态:但凡福利权还有任何意义的话,满足社会成员的基本需要,都是必然的实体内容。至于由社会福利署提供的其他福利项目,如安老政策,康复服务或青少年服务等宪法保障问题,法院予以搁置(left open),待由在未来的具体争议中解决,<sup>[98]</sup>并没有作出统一答复。强调综援制度在社会福利政策中的核心地位,表明了综援制度区别于其他社会福利的特殊性。并且这一认定可以帮助政府优先安排政策动议,优化公共资源的分配以减少绝对贫穷。同时也为政府提供了更为明确的指引,政府应当在哪些领域给予特别的关注,以履行宪法在社会福利领域托付于政府的基本职责。<sup>[99]</sup>

法院“不可一概而论”“不予评价”“尚需再议”的个案审查风格,对整个政府的福利政策而言,不可能造成系统性的改变,对现有的福利框架冲击实为有限。

## 五、结语

“孔允明案”中社会福利署的败诉,皆因政府所提供的证据无法建立“居港年限的延长”这一限制性手段与立法目标的实现(即财政的可持续)之间的合理关联,而非法院在涉及社会福利权问题上改变其一向所持的谦抑立场。基本法中的福利权如何在法院得到救济,在本案中已有较为清晰的审查

[95] *Stec and Others v. the United Kingdom*, [2006] ECHR 1162, para. 52.

[96] *Kong Yunming*, FACV2/2013, para. 102.

[97] *Kong Yunming*, FACV2/2013, para. 102.

[98] *Kong Yunming*, FACV2/2013, para. 23.

[99] *Kong*, *supra* note 18, at 71.

路线:终审法院既不宜越俎代庖,插手经济社会政策的制定,取政府而代之,但也不会弃保障人权、监督政府行为的宪法职责于不顾,在“比例原则”的指引下,审慎地拿捏司法尊重与司法审查之间的分寸,必将使该案成为香港福利权保障领域中的里程碑。

“孔允明案”判决作出已两年有余,然而,由其所引发的广泛争议并不亚于当年的“庄丰源案”,<sup>[100]</sup>以至于律政司司长(作为败诉的政府方)需多次重申接受法院判决,并在2014年法律年度开启典礼演说中坚定维护法院的公信力与权威;终审法院的首席法官马道立也利用在香港岭南大学的演讲,进一步阐明终审法院在本案中所秉持的立场,实为罕见,也从另一个侧面表现出社会舆论对终审法院攻讦之烈,使得向来对坊间批评不以介怀的大法官公开为其判决正名。行文至此,笔者却深感这种辩白、澄清的无力。“孔允明案”生逢香港法治多事之秋,时值“双非”“自由行”“限奶令”“北区学位”等陆港矛盾集中凸显期,以及香港老龄化加剧、贫富分化等社会问题的集中爆发期,既涉及“新移民”又关乎“福利政策”的案件必将牵动社会各界早已过度敏感的神经。一纸判决不论如何循规蹈矩,脉络清晰,都不免陷入众手所指,甚至无理谩骂的处境。尽管法院在本案中承认自己不是社会资源分配最理想的履行者,“但若被审查的立法或行政方案,没有办法满足宪法所保障的香港居民的基本需要时,法庭不能袖手旁观”的立场更加凸显法院在“司法尊重”原则允许的范围内,以尊重与捍卫宪法权利(尤其是底层、边缘人士的权利)为已任的可贵,以及舆论压力下持守司法独立精神的可贵。

## Judicial Activism versus Deference: The Ways and Developments of the HK Court of Final Appeal in Adjudicating Social Welfare Rights Cases

Qin Jing

**Abstract:** The “Kong Yunming” case decided by the Hong Kong Court of Final Appeal (“CFA”) in 2013 has been regarded as a land-mark decision for the protection of social welfare rights in Hong Kong. Not only has the CFA defined precisely the substantive content and scope of the social welfare right protected by article 36 of the Basic Law, it has also innovatively employed the “proportionality analysis”, which used to be applicable in cases involving civil and political rights, to review the merits of the case. Notwithstanding this, since the courts, under the doctrine of “judicial deference”, will generally defer to the public policies or decisions reasonably decided by the Executive or Legislative Council, it is expected that the impact of the “Kong Yunming” case on the social welfare policy will be limited in Hong Kong. Accordingly, it will be an overstatement that the courts, even adopting judicial activist approach, are able to facilitate or shape the formulation of policy on social welfare.

**Keywords:** CSSA; the right to social welfare; proportionality analysis; judicial deference

(责任编辑:刘馨)

[100] 入境事务处处长诉庄丰源案(*The Director of Immigration v Master Chong Fung Yuen*, FACV26/2000).

## 2015 年目录索引

本索引按全年6期栏目设置分类,各栏目均以文章标题字头拼音为序,黑体数字表示本文所在期号,斜线后数字表示本文所在页码范围。

### 【专题研讨】

- 德国民法典编纂的组织方式(陈卫佐)3/14-23
- 俄罗斯社会转型与民法法典化(郝一美)3/69-85
- 法国民法典制定的程序问题研究(石佳友)3/24-34
- 个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体(杨芳)6/22-33
- 加拿大魁北克国际私法评析——兼论中国《涉外民事关系法律适用法》之完善(郑佳宁/金艺海)4/51-66
- 拉美国国家民法典编纂中的行动者(徐涤宇)3/56-68
- 论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性(蒋大兴)4/1-23
- 论著作权法中的权利限制条款对外国作品的适用——兼论播放作品法定许可条款的修改(王迁)4/38-50
- 德国民法典的制定:复合立法机构的组织与运作(张生)3/45-55
- 民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考(李永军)3/1-13
- 名誉侵权“过错”要件的比较研究——基于我国大陆和台湾地区典型判例的分析(靳羽)6/8-21
- 人格权独立成编的再批评(尹田)6/1-7
- 《瑞士民法典》“著名的”第一条——基于法思想、方法论和司法实务的研究(李敏)4/24-37
- 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)3/35-44

### 【论文】

- 报刊出版者权作为邻接权的正当性探析——基于德国《著作权法》第八修正案的思考(颜晶晶)1/61-77
- 保险法中的合理期待:从规则向原则的回归(马宁)5/76-88
- 比较宪法概念在近代中国的演变(韩大元)6/70-79
- 重访司法能动主义(杨建军)2/132-147
- 从英美实践来看我国参与国际法律事务的有效性问题(宋杰)2/148-159
- 担保物权人物上代位权实现程序的建构(程啸)2/13-28

- 德国刑法中的安乐死——围绕联邦最高法院第二刑事审判庭2010年判决的展开(王钢)5/89-107
- 等值没收及可追缴资产评估规则探析(黄凤)5/1-14
- 法国公诉替代程序研究——兼评“自然演进”型的司法改革观(施鹏鹏)5/15-29
- 法律规制税收竞争何以可能——基于我国省级预算单位的四重法律角色(叶姗)1/93-109
- 法治还是自治——从两个案例看美国宗教自由的张力与变迁(张铮)4/156-171
- 防空识别区设置的法理依据与实践(张晏瑜)3/169-180
- 非洲国家宪政转型现状及其成因分析(程迈)4/132-155
- 公开死刑资料:联合国的要求以及中国的应对(孙世彦)6/34-50
- 公司创制章程条款研究(郭富青)2/52-68
- 公众人物理论与真实恶意规则之检讨(郑晓剑)5/60-75
- 股份公司股东权利多元化配置的域外借鉴与制度建构(汪青松)1/48-60
- 国际条约解释:变量、方法与走向——《条约法公约》第31条第3款(c)项研究(吴卡)5/149-164
- 和解协议与生效判决关系之债法原理分析——兼论“吴梅案”的规则解释(郑金玉)4/97-114
- 技术侦查措施合宪性审查中的动态平衡保障理论(田芳)1/110-123
- 基于主体间性分析范式的刑法解释(姜涛)1/78-92
- 寄送买卖的风险转移与损害赔偿——基于比较法的研究视角(朱晓喆)2/29-51
- “解释论”语境下担保物权实现的非讼程序——兼评《民事诉讼法》第196条、第197条(毋爱斌)2/81-93
- 禁止事前限制原则(陈道英)6/51-69
- 经营者集中反垄断控制中的资产分持规则研究(叶军)6/158-173
- 遵循先例原则与英国法官的审判思维和方法(叶温平)1/16-33
- 可罚的违法性论纲(王彦强)5/108-124

量刑规范化改革视野下的量刑基准研究——以完善《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定的量刑步骤为中心(李冠煜)6/111-125

论比较法的中国意义与范式——一个跨文明视野的考察(刘毅)1/124-135

论犯罪行为严重性的阶层性判断——中德刑法规范的可比较性分析(赵书鸿)3/111-122

论罗马民事诉讼法上的证讼(齐云)2/1-12

论英格兰“王在法下”法治理念的生成(陈刚)5/125-139

美国辩诉交易中的有效辩护权(祁建建)6/126-142

美国法院遵循先例的运行机制及启示(林喜芬)2/69-80

美国法中基于品格证据的证人弹劾(汪诸豪)2/94-103

美国非法证据排除规则的当代命运(吴宏耀)1/1-15

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)3/123-136

美国联邦量刑指南的历史、现状与量刑改革新动向(彭文华)6/92-110

民法典编纂中继承法的修订原则(郭明瑞)3/86-92

民事诉讼发回重审的理由比较研究(占善刚)6/143-157

欧盟转基因食品管制机制的历史演进与现实分析——以美国为比较对象(胡加祥)5/140-148

排除合理怀疑等于内心确信吗?(李昌盛)4/115-131

侵权法中的法益区分保护:思想与技术(朱虎)5/44-59

人权“亚洲价值观”的复活?——评《东盟人权宣言》(黄金荣)2/119-131

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)3/137-154

显失公平与乘人之危的现实困境与制度重构(冉克平)5/30-43

意大利夫妻财产制度的历史发展与现状(罗冠男)6/80-91

应对恐怖主义的保险机制研究(周学峰)1/34-47

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)3/155-168

执行异议之诉:比较法视野下的谱系解读(丁宝同)4/78-96

中美环境公益诉讼比较研究(曹明德)4/67-77

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)3/93-110

罪责观念中自由和预防维度——以相对意志自由为前提的经验功能责任论之提倡(王钰)2/104-118

#### 【人物与思想】

公民身份与社会平等——T. H. 马歇尔论公民权(胡杰容)2/160-171

#### 【法政时评】

法国消费者合同撤回权立法及启示(凌学东)4/172-184

法国刑罚执行法官及其启示(张亚平)5/177-189

“国宪”不可违 首相应带头——评日本首相参拜靖国神社(董璠典)1/136-146

民间借贷利率的法律规制:比较与借鉴(王林清)4/185-200

派生诉讼资金激励问题研究(王丹)5/165-176

认真对待案例评析:一个法教义学的立场(贺剑)2/172-185

他山之玉,何以攻石?——论大宪章对中国的镜鉴意义(李红海)6/174-183

突破与保守:香港终审法院涉福利权案的审理思路及其新进展(秦静)6/184-198

#### 【人文对话】

美国媒体视野中的民事诉讼(吴如巧)5/190-200

美国证据排除规则的转向——以“哈德逊诉密西根州”案为视角(王景龙)1/156-170

商鞅“法治”思想与中国传统社会治理(宋玲)1/147-155

中世纪欧洲封建法的前世今生(马剑银)3/181-200

#### 【法学译介】

基本权利与私法([德]克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯著/曾韬 曹昱晨译)1/171-195

脆弱性的人类与回应性的国家([美]玛萨·艾伯森·法曼著/李霞译)2/186-200

#### 【法学信息】

全球化时代的比较法学——中国法学会比较法学研究会2014年年会综述(于明)1/196-200