

目 录

【专题研讨】

- 中国政府信息公开制度的发展趋势 姜明安(1)
- 政府信息获取权及其限制
- 《政府信息公开条例》第13条评析 章剑生(10)
- 信息公开行政诉讼的诉的利益 王贵松(19)
- 从信息公开到信息保护:公法上信息权保护研究的风向流转与核心问题 ... 赵 宏(31)

【论文】

- 律师有效参与死刑复核程序研究 叶 青 王小光(47)
- 论欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度的影响与改造 艾 明(60)
- 美国刑事审判中陪审团适用法律权述评 陈学权(73)
- 英美法系的物权法定原则 黄 陇一(84)
- 大同小异抑或貌合神离? 中美环境公益诉讼比较研究 巩 固(105)
- 《中国评论》中的中国法律及其研究价值 李秀清(126)
- 纳粹统治时期德国法律史学的源流、变迁与影响
- 以价值与方法的“连续性”为视角 高仰光(139)
- 金融举报者激励和反报复保护法律制度研究
- 以美国萨班斯法和多德-弗兰克法为核心 马 一(161)
- 民国宪制设计的庞德方案:安全与自由的衡平 陈范宏(176)

【民法典编纂】

- 论意定代理权的授予行为 陈华彬(190)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 150 Mar. 2017 No. 2

Contents

Topic Discussion

- The Development Trend of the Government Information Disclosure System in China *Jiang Mingan* (1)
- The Right of Access to Government Information and Its Restrictions; Comment on the Article 13 of
the Regulation on the Disclosure of Government Information *Zhang Jiansheng* (10)
- On the Interest to Sue to Disclose Public Information *Wang Guisong* (19)
- From Information Disclosure to Information Protection; Trends and Core Issues of the Research on the Right
to Personal Information Protection in the Field of the Public Law *Zhao Hong* (31)

Articles

- Study on the Lawyer's Effective Involvement in the Procedure for Review of Death Sentences
..... *Ye Qing & Wang Xiaoguang* (47)
- On the Impact and Reform of the Judgment of the European Court of Human Rights on the Criminal Procedure
System of Signatory Countries *Ai Ming* (60)
- Review on Jury's Power of Applying Law in American Criminal Trial *Chen Xuequan* (73)
- The *Numerus Clausus* Principle in Anglo-American Law System *Huang Longyi* (84)
- Just Looks like Twins; Comparative Research on Environmental Public Interest Litigation between China and
U. S. *Gong Gu* (105)
- Chinese Law in *The China Review* and Why We Study It *Li Xiuqing* (126)
- The Origin, Change and Influence of German Legal Historiography during the Nazi Period
..... *Gao Yangguang* (139)
- Research on the Legal System of Incentives and Anti-retaliation Protection of Financial Whistleblower;
From the Aspect of SOX and Dodd-Frank Act *Ma Yi* (161)
- Roscoe Pound and Chinese Constitution; Seeking the Balance between Security and Freedom
..... *Chen Fanhong* (176)

Codification of Civil Law

- On the Granting Action of Commission Agent Right *Chen Huabin* (190)

【专题研讨】

中国政府信息公开制度的发展趋势

姜明安*

摘要:中国政府信息公开制度自运作以来取得了显著成效,但也暴露出诸多问题。综合考察这一制度运作的政治、经济、文化和社会背景,这一制度的发展在未来虽然同样会遇到障碍和阻力,但整体而言却呈现出八项良好的发展态势:政府信息公开及相关制度的立法将陆续以各种不同方式、不同途径启动;政府内在和外动力将持续促使信息公开常态化;政府信息公开的司法保障将更加有力、有效;公民申请和获取政府信息将更方便、更理性;政府信息公开的价值和功能将更加多元化;政府信息公开和例外的界限将更明晰;政府信息公开将推进执政党党务信息公开;政府信息公开将更加注重政务公开,更加注重公开的精细化及公开实效。

关键词:政府信息公开 司法保障 政务公开 党务公开

中国政府信息公开制度自2008年5月1日正式建立和全面运作以来,^[1]取得了重大进展和显著成效。中国社会科学院法学研究所法治指数研究课题组在一份关于中国各级政府实施政府信息公开制度的评估报告中,认为中国政府信息公开制度的运作呈现出六个方面的亮点:^[2]其一,信息公开已形成渠道多元化的体制。多元化体制以门户网站为公开政府信息的第一平台,其他渠道包括政府公报、新闻发布会等。微信、微博等工具更突破了空间的限制,具有即时、便捷等特点,各行政机关纷纷开通政务微博微信,通过微平台使得信息及时、有效地传递到民众;其二,政务运作信息公开规范、透明。绝大多数政府和政府部门在门户网站上公开行政审批事项清单;通过“阳光执法网上服务大厅”等模式,发布行政运作事项及作出的行政决定的信息,无论是国务院有关部门,还是各级地方政府,普遍都在网站公开了预决算信息;其三,行政机关每年公布自己的信息公开年度报告。报告不仅展示成绩,也主动自我揭短。许多报告详细列明主动公开政府信息、依申请公开政府信息的情况及相关行政复议和行政诉讼的情况,指出本级政府在信息公开工作方面存在的主要问题,并明确提出改进措施和努力方向;其四,通过政府信息公开主动回应社会关切的问题。许多政府和政府部门通过门户网站和新闻发布会积极主动地回应社会热点及社会关切的问题,这些热点问题往往都是社会普遍关注和涉及公民切身利益的事项;其五,通过政府信息公开及时、准确解读法律、政策文件。在许多中央部委和地方政府的门户网站上,都设置专门的政策法规解读栏目。一些部门和地方政府还在网站上标注相应主管部门的联系电话,以方便公民电话咨询;其六,畅通信息公开申请渠道。自《政府信息公开条

* 北京大学教授。

[1] 《中华人民共和国政府信息公开条例》于2007年1月17日国务院第165次会议通过,2008年5月1日起施行,标志着中国政府信息公开制度的正式建立。

[2] 参见2015年3月31日《中国青年网》。

例》实施以来,越来越多的公民选择以申请公开政府信息的方式获取其需要的信息。为满足公众申请信息公开的需要,大多数政府和政府部门设置了专门的信息公开申请受理机构,安排专人负责公民信息公开申请的处理和回复,保障信息公开申请渠道的畅通。

虽然中国的政府信息公开制度已经建立和运作了将近10年,并且取得了重大进展和显著成效。但是,现有政府信息公开制度本身和实施运作过程中仍存在诸多问题。就制度本身而言,规范调整该制度的法律体系尚不完善,或者说很不完善:目前为该制度提供法律根据的仅有法律效力位阶较低的、层级为行政法规的《政府信息公开条例》和法律效力更低的相关规章和规范性文件,专门的《政府信息公开法》和确立政府信息公开制度的基本法《行政程序法》目前都尚阙如;现行宪法亦未为之提供充分和明确的根据;有关的配套法律法规,如政务公开法(阳光法)、个人信息保护法(隐私权法)、电子政务法等都尚未制定。即使是已经施行多年的《政府信息公开条例》,本身亦存在诸多不足,如现代法治理念下的“公开是常态,保密是例外”等原则在《条例》中未能充分和全面体现;而像“三安全、一稳定”等一类不确定法律概念的规定^[3]有时还可能不适当地缩减《条例》确定的有限的公开范围。至于《条例》在实施运作过程中存在的阻力和问题,更是使《政府信息公开条例》的实际效力大打折扣。^[4]

政府信息公开制度在中国既有成效,又有问题;既有各种促推、促进力量,又有各种障碍和阻力。那么,它的前景究竟会怎么样,它的发展趋势又如何?对此,笔者是一个乐观派,根据对这一制度在中国运作的经济、政治、社会、文化的背景分析,笔者认为中国政府信息公开制度的发展虽不会一帆风顺,但前景将是光明的。下面这八个方面的趋势可预示此种前景:未来十年,政府信息公开及相关制度的立法将陆续以各种不同方式、不同途径启动;政府内在和外动力将持续促使政府信息公开常态化;政府信息公开的司法保障将更加有力、有效;公民申请和获取政府信息将更方便、更理性;政府信息公开的价值和功能将更多元化;政府信息公开和例外的界限将更明晰;政府信息公开将推进执政党党务信息公开;政府信息公开将进一步深化,即政府信息公开将更加注重政务公开,更加注重公开的精细化及公开实效。

一、立法——政府信息公开及相关制度的立法 将陆续以各种不同方式、不同途径启动

未来中国政府信息公开立法将主要通过三个途径,以三种方式陆续启动:一是通过单行法律启动各具体领域的政府信息公开制度的立法。事实上,2014年4月24日第十二届全国人大常委会第八次会议通过的《环境保护法》即已设专章(第五章)规定环境的信息公开制度,可以预见,未来在其他领域其他事项上这样以专章专节方式规定专门领域专门事项的信息公开制度的立法例将会越来越多;二是通过制定统一的《政府信息公开法》对信息公开制度进行整体的宏观设计。第十届全国人大常委会曾将《政府信息公开法》列入该届人大的五年立法规划,遗憾的是,该届人大的此项立法规划没有能够实现,之后各届人大再也没有将之列入规划。但自《政府信息公开条例》发布实施以来,很多人大代表、政协委员不断提出议案、提案,建议将《政府信息公开条例》上升为法律,制定统一的《政府信息公开法》。笔者认为,这一建议在第十三届全国人大很有可能变成现实;三是制定《行政程序法》,将政府

[3] 《政府信息公开条例》第8条规定:“行政机关公开政府信息,不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。”

[4] 参见刘恒:《我国政府信息公开制度存在的问题及对策》,载《理论研究》2011年第4期。

信息公开制度在《行政程序法》中予以确立和规定。2015年,北京大学宪法与行政法研究中心行政程序法典化课题组草拟呈送全国人大法工委的《中华人民共和国行政程序法(专家建议稿)》,就对政府信息公开制度进行了专门设计。该《建议稿》不仅规定了政府信息公开制度,还对与政府信息公开制度密切相关的个人信息保护制度也进行了相应的设计和规定。目前,法学界和法律实务界许多人士在努力推动中国行政程序法的制定,希望下一届人大能将其列入立法规划。

二、行政——政府内在和外动力将持续促使政府信息公开常态化

政府信息公开制度的有效运作不仅在于立法,更取决于法律的施行。政府信息公开法施行的主体主要是各级人民政府、政府工作部门及其工作人员。观察未来中国政府信息公开制度的发展趋势,必须考察这些法律施行主体对政府信息公开的态度,考察有无动力促使他们积极主动地推进信息公开常态化。促使政府、政府工作部门及其工作人员推进信息公开常态化的动力有两个方面:内在动力和外动力。内在动力源于政府自身对政府信息公开价值、意义的认识,以及内部制度的不断完善;外在动力源于社会对政府信息公开的激励、制约机制和人民代表大会的监督机制。从整体而言,我国目前政府信息公开的内在动力源还是正面和积极的。经过十多年的法治政府建设,^[5]政府机关及其工作人员公开意识大为增强,各级政府及政府部门自《政府信息公开条例》发布后绝大多数都建立健全了信息公开工作考核制度、社会评议制度和责任追究制度。《政府信息公开条例》要求各级行政机关每年在3月31日前发布本行政机关的政府信息公开工作年度报告,目前绝大多数行政机关都已达到这一要求。考察我国目前政府信息公开的外在动力源,可以明显感受到社会对政府信息公开的强烈愿望和强大压力,许多社会机构和非政府组织每年都开展各种形式的政府信息公开评议活动、发布评议报告,如北京大学公众参与与支持中心、中国政法大学法治政府研究院、中国社会科学院法学研究所每年都对国务院各部门和全国各省市政府信息公开情况进行全面调查,根据调查数据对各地各部门信息公开的各项指标打分,然后依总分对之排序和给出名次。这种评价虽是民间而非官方的,但其影响很大。各地方各部门都非常重视这些单位的调查评价报告,也畏惧所在地方、部门在报告中连年排名垫底。各地方和各部门在当年排名靠后时,次年也必定努力改进信息公开工作,力争名次前挪。正是这些内外激励和制约机制的运行,使国人能对未来中国政府信息公开常态化的发展趋势持有信心。

三、司法——政府信息公开的司法保障将更加有力、有效

政府信息公开司法保障的此一趋势源于以下三个因素:一是近年来司法改革的强劲势头,即司法管辖打破行政区域限制以及地方人民法院人财物开始向省管逐步过渡,使人民法院审判独立性日益增强,行政对司法的干预日益减少;二是最高人民法院于政府信息公开行政案件审判司法解释的发布^[6],使各级人民法院的法官在审判这类案件有了具体遵循的规则和标准,由此也能给相对人提供

[5] 我国全面的法治政府建设源于2004年国务院颁布《全面推进依法行政实施纲要》。《全面推进依法行政实施纲要》提出了建设法治政府的七项目标和六项基本要求。这些目标和要求即包括政府公开透明和保障行政相对人知情权的内容。

[6] 《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》于2010年12月13日由最高人民法院审判委员会第1505次会议通过,自2011年8月13日起施行。

更有力的司法保护,并对行政机关履行政府信息公开义务进行更有效的监督;三是各级人民法院审理政府信息公开案件的经验积累,特别是典型判例的形成,^[7]使各级人民法院的法官审判这类案件增添了信心,提高了应对和处理各种疑难复杂案件的司法技能,改进了政府信息公开案件的审判质量,由此也强化了政府信息公开的司法保障。

四、用法——公民申请和获取政府信息将更方便、更理性

公民运用政府信息公开制度来获取政府信息的方便度和理性度,是衡量一个国家政府信息公开制度是否成熟的重要标志。就这一点而言,我们目前既有许多正面和积极的因素,也有一些负面和消极的因素。例如,各级行政机关积极编制、公布政府信息公开指南和政府信息公开目录,并及时更新,这是正面和积极的例子;一些行政机关对于公民申请信息公开设置种种障碍,或者以信息不存在、信息已为档案馆收藏为由不予提供,敷衍搪塞公民的申请,这是负面和消极的例子^[8]。公民为了满足自身生产、生活、科研等需要,向行政机关申请获取相关的政府信息,这是正面和理性的例子;个别公民为了发泄对行政机关的不满,或者为了谋求某种违法或不正当的利益,故意向行政机关提出大量与其生产、生活、科研等需要完全无关的信息公开申请,在行政机关不满足其申请要求时,又接二连三地申请复议和提起行政诉讼,大量耗费行政和司法资源,这是负面和不理性的例子。^[9]但从总体趋势看,行政机关对于公民申请政府信息公开的态度是越来越积极,尽量为之提供方便,并尽量对其申请予以满足,而公民向行政机关申请政府信息公开也越来越理性,也尽量避免不适当地过分耗费行政和司法资源。

[7] 如最高人民法院2014年9月12日发布的十大政府信息公开案例。

[8] 最高人民法院发布的十大政府信息公开案例中有一个案例即属于这种情形:2012年10月6日,村民彭志林向长沙县国土资源局申请获取本组村民高细贵建房地审批信息。同年11月28日,长沙县国土资源局作出答复:根据《档案法实施办法》第25条的规定,集体和个人寄存于档案馆和其他单位的档案,任何单位和个人不得擅自公布,如需公布必须征得档案所有者的同意。故查询高细贵建房地审批资料必须依照上述法律规定到本局档案室办理。同时建议如反映高细贵建房一户两证的问题,可以直接向局信访室和执法监察大队进行举报,由受理科、室负责依法办理。彭志林不服,提起诉讼,请求法院撤销被告作出的答复,并责令被告公开相关信息。长沙县人民法院经审理认为,根据《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第7条的规定,原告申请的政府信息系保存在被告的档案室,并未移交给专门的档案馆,被告长沙县国土资源局依法应适用《政府信息公开条例》的规定对原告申请公开的信息进行答复,而被告在答复中却适用《档案法实施办法》的相关规定进行答复,属于适用法律、法规错误,依法应予撤销。原告申请公开的信息是否应当提供,尚需被告调查和裁量,故原告该项诉讼请求不予支持。判决撤销被告答复,责令被告30个工作日内重新予以答复。长沙县国土资源局不服,提出上诉,长沙市中级人民法院判决驳回上诉、维持原判。

[9] 例如,重庆市奉节县农民张正本以其承包的花椒地受外界影响为由,向奉节县公安局多次报警,其中拨打110电话报警就达40余次,并要求县公安局对其每次拨打110的出警情况、出警警员、警员身份情况予以信息公开。张正本还向康乐镇政府提出信息公开申请51件,内容包括镇政府普法情况、宅基地建设审批情况、违法建筑查处情况、土地利用总体规划、镇领导群众路线教育实践活动个人总结、接待来访群众情况等。两年时间,张正本先后向奉节县人民政府法制办公室、康乐镇政府、县公安局、县人民政府、县规划局、县国土资源和房屋管理局、县移民局、县环保局等行政机关提出政府信息公开申请215次,提起行政复议99件。向奉节县人民法院邮寄了81份行政起诉状要求立案。法院经过审查,受理了14件。法院在审理中发现,张正本向行政机关频繁申请信息公开,其请求的事项存在类似或相同的情况,申请公开的内容涉及多方面,且存在要求公开行政机关工作人员个人信息的情况。其申请政府信息公开和提起诉讼的目的并非为了依法获取和了解政府信息本身,而是通过大量的申请、复议和诉讼,表达不满情绪并向政府及相关部门施加压力,以达到其承包地附着物利益补偿的最大化的目的。法院认为,张正本的行为严重背离了权利正当行使的本旨,背离了《政府信息公开条例》的立法目的,并且明显有悖诉讼诚信的基本要求,构成了申请权的滥用,故决定对张正本因滥用诉权提起的行政诉讼案件不作实体审理。

五、功能——政府信息公开的价值和功能将更多元化

政府信息公开的主要价值和功能是满足公民的知情权,发挥政府对发展社会经济、科研创新和人民生活的作用,但政府信息公开的作用并不限于这些。例如,在反腐败和提高政府公信力方面,在保障公民对国家政策和政府管理的参与权和监督权方面,在防止自然灾害和应对突发事件方面,政府信息公开都发挥着重要的作用。2017年2月6日中央深改组第32次会议通过《关于推进公共信息资源开放的若干意见》(以下简称《意见》),其意旨即在于更充分发挥和利用公共信息资源(公共信息不等于政府信息,但包括政府信息)的多元功能和作用。该《意见》尤其强调,要推进公共信息资源开放,进一步强化信息资源深度整合,促进信息惠民,发挥数据大国、大市场优势,促进信息资源规模化创新应用,着力推进重点领域公共信息资源开放,释放经济价值和社会价值。

政府信息公开的价值、功能的发挥和利用,在人民法院行政审判中也越来越成为一个重要的考量因素。在最高人民法院发布的十大政府信息公开案例中的余穗珠诉海南省三亚市国土环境资源局案,即体现了政府信息公开案件行政审判的这一趋势。

余穗珠诉海南省三亚市国土环境资源局案案情如下:

余穗珠在紧临三亚金冕混凝土有限公司海棠湾混凝土搅拌站旁种有30亩龙眼果树。为掌握搅拌站产生的烟尘对周围龙眼树开花结果的环境影响情况,余穗珠于2013年6月8日请求三亚市国土环境资源局公开搅拌站相关环境资料,包括:三土环资察函[2011]50号《关于建设项目环评审批文件执法监察查验情况的函》、三土环资察函[2011]23号《关于行政许可事项执法监察查验情况的函》、三土环资监[2011]422号《关于三亚金冕混凝土有限公司海棠湾混凝土搅拌站项目环评影响报告表的批复》、《三亚金冕混凝土有限公司海棠湾混凝土搅拌站项目环评影响报告表》(以下简称《项目环评影响报告表》)。同年7月4日,三亚国土环境资源局作出《政府信息部分公开告知书》,同意公开422号文,但认为23号、50号文系该局内部事务形成的信息,不宜公开;《项目环评影响报告表》是企业文件资料,不属于政府信息,也不予公开。原告提起行政诉讼,请求判令三亚国土环境资源局全部予以公开。三亚市城郊人民法院经审理认为,原告请求公开之信息包括了政府环境信息和企业环境信息。对此,应遵循的原则是:不存在法律法规规定不予公开的情形并确系申请人自身之生产、生活和科研特殊需要的,一般应予公开。本案原告申请公开的相关文件资料,是被告在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息,当然属于政府信息。被告未能证明申请公开之信息存在法定不予公开的情形而答复不予公开,属于适用法律法规错误。据此,判决撤销被告《政府信息部分公开告知书》中关于不予公开部分的第二项答复内容,限其依法按程序进行审查后重新作出答复。

六、界限——政府信息公开和例外的界限将更明晰

政府信息公开的基本原则是:公开是常态,不公开是例外。但在实践中,公开与不公开、常态与例外的界限并不好掌握。法律法规规定的“例外”,如国家秘密、商业秘密、个人隐私、“三安全一稳定”

等,其内涵和外延并不完全确定,行政和司法也因此有较广泛的裁量余地。为保证裁量的合法^[10]、合理,防止行政裁量权和司法裁量权滥用,法院积极选择和发布相应判例,这些判例对审判的指导作用是非常显著的。近年来最高人民法院发布了不少政府信息公开领域的指导性案例和典型判例,对明确相应领域、相应事项的公开与例外的界限起到了很好的作用。这里试举三例:

案例一:王宗利诉天津市和平区房地产管理局案

2011年10月10日,王宗利向天津市和平区人民政府信息公开办公室(以下简称“和平区信息公开办”)提出申请,要求公开和平区金融街公司与和平区土地整理中心签订的委托拆迁协议和支付给土地整理中心的相关费用的信息。2011年10月11日,和平区信息公开办将王宗利的申请转给和平区房地产管理局(以下简称和平区房管局),由和平区房管局负责答复王宗利。2011年10月,和平区房管局给金融街公司发出《第三方意见征询书》,要求金融街公司予以答复。2011年10月24日,和平区房管局作出了《涉及第三方权益告知书》,告知王宗利申请查询的内容涉及商业秘密,权利人未在规定期限内答复,不予公开。王宗利提起行政诉讼,请求撤销该告知书,判决被告依法在15日内提供其所申请的政府信息。天津市和平区人民法院经审理认为,和平区房管局审查王宗利的政府信息公开申请后,只给金融街公司发了一份《第三方意见征询书》,没有对王宗利申请公开的政府信息是否涉及商业秘密进行调查核实。在诉讼中,和平区房管局也未提供王宗利所申请政府信息涉及商业秘密的任何证据,使法院无法判断王宗利申请公开的政府信息是否涉及第三人的商业秘密。因此,和平区房管局作出的《涉及第三方权益告知书》证据不足,属明显不当。判决撤销被告《涉及第三方权益告知书》,并要求和平区房管局在判决生效后30日内,重新作出政府信息公开答复。

案例二:杨政权诉山东省肥城市房产管理局案

2013年3月,杨政权向肥城市房产管理局等单位申请廉租住房,因其家庭人均居住面积不符合条件,未能获得批准。后杨政权申请公开经适房、廉租房的分配信息并公开所有享受该住房住户的审查资料信息(包括户籍、家庭人均收入和家庭人均居住面积等)。肥城市房产管理局于2013年4月15日向杨政权出具了《关于申请公开经适房、廉租住房分配信息的书面答复》,答复了2008年以来经适房、廉租房、公租房建设、分配情况,并告知,其中三批保障性住房人信息已经在肥城政务信息网、肥城市房产管理局网站进行了公示。杨政权提起诉讼,要求一并公开所有享受保障性住房人员的审查材料信息。泰安高新技术产业开发区人民法院经审理认为,杨政权要求公开的政府信息包含享受保障性住房人的户籍、家庭人均收入、家庭人均住房面积等内容,此类信息涉及公民的个人隐私,不应予以公开,判决驳回杨政权的诉讼请求。杨政权不服,提起上诉。泰安市中级人民法院经审理认为,《廉租住房保障办法》、《经济适用住房管理办法》均确立了保障性住房分配的公示制度,《肥城市民政局、房产管理局关于经济适用住房、廉租住房和公共租赁住房申报的联合公告》亦规定:“社区(单位),对每位申请保障性住房人的家庭收入和实际生活状况进行调查核实并张榜公

[10] 这里的“合法”,是指合乎法律的原则、精神,合乎政府信息公开的法治理念、宗旨。

示,接受群众监督,时间不少于5日。”申请人据此申请保障性住房,应视为已经同意公开其前述个人信息。与此相关的政府信息的公开应适用《政府信息公开条例》第十四条第四款“经权利人同意公开的涉及个人隐私的政府信息可以予以公开”的规定。另,申请人申报的户籍、家庭人均收入、家庭人均住房面积等情况均是其能否享受保障性住房的基本条件,其必然要向主管部门提供符合相应条件的个人信息,以接受审核。当涉及公众利益的知情权和监督权与保障性住房申请人一定范围内的个人隐私相冲突时,应首先考量保障性住房的公共属性,使获得这一公共资源的公民让渡部分个人信息,既符合比例原则,又利于社会的监督和住房保障制度的良性发展。被告的答复未达到全面、具体的法定要求,因此判决撤销一审判决和被诉答复,责令被告自本判决发生法律效力之日起15个工作日内对杨政权的申请重新作出书面答复。

案例三:奚明强诉中华人民共和国公安部案

2012年5月29日,奚明强向中华人民共和国公安部申请公开《关于实行“破案追逃”新机制的通知》(公通字[1999]91号)、《关于完善“破案追逃”新机制有关工作的通知》(公刑[2002]351号)、《日常“网上追逃”工作考核评比办法(修订)》(公刑[2005]403号)等三个文件中关于网上追逃措施适用条件的政府信息。2012年6月25日,公安部作出《政府信息公开答复书》,告知其申请获取的政府信息属于法律、法规、规章规定不予公开的其他情形。根据《政府信息公开条例》第十四条第四款的规定,不予公开。奚明强不服,在行政复议决定维持该答复书后,提起行政诉讼。北京市第二中级人民法院经审理认为,公安部受理奚明强的政府信息公开申请后,经调查核实后认定奚明强申请公开的《关于实行“破案追逃”新机制的通知》是秘密级文件;《关于完善“破案追逃”新机制有关工作的通知》、《日常“网上追逃”工作考核评比办法(修订)》系根据前者的要求制定,内容密切关联。公安部经进一步鉴别,同时认定奚明强申请公开的信息是公安机关在履行刑事司法职能、侦查刑事犯罪中形成的信息,且申请公开的文件信息属于秘密事项,应当不予公开。判决驳回奚明强的诉讼请求。

奚明强不服,提出上诉。北京市高级人民法院经审理认为,根据《政府信息公开条例》第二条规定,政府信息是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息。本案中,奚明强向公安部申请公开的三个文件及其具体内容,是公安部作为刑事司法机关履行侦查犯罪职责时制作的信息,依法不属于《政府信息公开条例》第二条所规定的政府信息。因此,公安部受理奚明强的政府信息公开申请后,经审查作出不予公开的被诉答复书,并无不当。判决驳回上诉,维持一审判决。

七、推进——政府信息公开将进而推进执政党党务信息公开

中国特色的政治体制决定了中国政府信息公开与中国共产党党务信息公开具有密切的联系。因为中国共产党不是一般的国家执政党,它对国家整体的经济、社会、文化事务实施领导,并且直接行使部分重要的国家公权力,如党管干部、党管意识形态、党管监察监督等。因此,在中国,政府信息的源

头往往是执政党的党务信息,例如,中央的许多政策文件是由党中央和国务院共同发布,地方的许多政策文件是由地方党委和地方政府共同发布的。各级政府发布的许多决定、命令往往是对党的决议、决定的执行。从而在中国,政府的公开透明、公民知情权的实现,仅有政府信息公开是不够的,还必须要有中国共产党党务信息的公开。事实上,近十年政府信息公开制度的运作,已经对执政党党务信息公开产生了很大的推进作用。2013年,中共中央发布的《中央党内法规制定工作五年规划纲要(2013—2017)》,即明确确定要研究制定《中国共产党党务公开条例》。近几年,党中央制定和发布的多项专项党内法规(如《关于党内政治生活的若干准则》),均对执政党党务公开作出了相应的规定。可以预言,随着中国共产党全面从严治党的推进,执政党党务信息公开制度将进一步健全、完善。

八、深化——更加注重政务公开,更加注重公开的精细化,更加注重公开实效

政务公开是政府信息公开进一步的扩展和深化。政务公开的“政务”涉及国家行政权的整体运作,包括行政决策、行政立法、行政执法、行政监管的整个过程,政务公开的主体也因此比政府信息公开的主体更为多元。而且,政务公开不仅包括行政权运作形成的静态信息的公开,还包括行政权运作过程的动态活动的公开,政务公开内容也因此比政府信息公开的内容更为广泛;另外,政务公开不仅包括政府主动公开政府信息与公民、法人和其他组织依申请主动获取政府信息,而且更包括政府通过各种形式、途径将政务活动向公众开放,使公众能通过直接参与政务而影响和监督政务,政务公开的方式也因此比政府信息公开的方式更多样化。

2016年,中共中央办公厅、国务院办公厅曾发布《关于全面推进政务公开工作的意见》(以下简称《政务公开意见》)。之后,国务院办公厅又印发了《2016年政务公开工作要点》(以下简称《要点》)。《要点》特别注重增强公开的实效,既确定当年政务公开工作的重点,如推进权力清单、责任清单、市场监管、政务服务、经济社会政策、市场准入负面清单、政府投资的重大建设项目、公共资源配置、减税降费、国有企业运营监管、扶贫、社会救助、就业创业、保障性住房、棚户区改造和农村危房改造、环境保护、教育、卫生、食品药品安全,以及政府决策、政策执行落实情况和财政预决算等事项的公开。对于重点公开的各个领域,同样确定了相应的重点公开项目和具体要求,以增强可操作性和保证实际贯彻落实。例如,在政务服务公开方面,《要点》特别要求公开居住证申领条件、程序、居住证持有人享有的基本公共服务和便利等信息;在决策公开方面,《要点》特别要求各级行政机关特别是市县两级政府要积极实行重大决策的预公开;在扶贫工作信息公开方面,《要点》特别要求贫困地区建立扶贫公告公示制度,确保扶贫对象看得见、看得懂、能监督;在政府和社会资本合作(PPP)项目信息公开方面,《要点》特别要求公开政府和社会资本参与方式、项目合同和回报机制、项目实施情况等;在国有企业运营监管方面,《要点》特别要求对国有企业改制重组、产权交易、增资扩股等方面信息的公开和结果公示;在教育信息公开方面,《要点》特别要求公开义务教育划片工作的程序、内容、结果、随迁子女入学的办法、入学流程、证件要求和办理方式等。

为了保障政务公开的实效,《要点》特别强调政务公开的过程公开和动态公开(而非仅仅的静态信息公开)。例如,关于政府及其工作部门权力清单和责任清单的公开,《要点》要求“及时动态更新”;关于行政审批、职业资格的公开,《要点》要求及时公开“清理规范后保留”的事项;关于行政执法公开,《要点》要求通过国家企业信用信息公示系统及时“归集并公示”“行政许可的准予、变更、延续、撤

销,以及行政处罚、抽查检查和企业严重违法失信等信息”;关于政务服务公开,《要点》要求“推动政务服务事项由实体政务大厅向网上办事大厅延伸,逐步实现服务事项在线咨询、网上办理、电子监察”;关于市场准入负面清单公开,《要点》要求及时向社会公开“试点过程中,市场准入负面清单的调整事项、依据和结果”;关于减灾救灾信息公开,《要点》要求“定期发布全国核定灾情、救灾工作进展、救灾资金物资调拨使用等情况”;关于生活饮用水水源水质信息公开,《要点》要求“地级以上城市人民政府每季度应向社会公开饮用水水源、供水厂出水、用户水龙头水质等饮水安全状况”;关于积极回应社会关切方面,《要点》要求对于特别重大、重大突发事件,应在事件发生后“24小时内举行新闻发布会”,等等。

为了促进政务公开的实效,《要点》还规定了4项专门保障措施:其一,做好政策解读、回应社会关切。为此,要更好地发挥媒体的作用,加强对政策的同步解读,政府和政府部门主要负责人应带头解读政策,另外,应加强热点舆情收集、处置、回应和突发事件信息的发布;其二,提高政务公开工作制度化、标准化的水平。推进政府信息主动公开基本目录建设,进一步明确重点领域、重点行业公开的主体、内容、时限、方式等;其三,提高政务公开工作信息化、集中化的水平。制定出台全国政府网站发展指引,增强政府门户网站发布信息、解读政策、回应关切、引导舆论的功能;其四,提高政务公开队伍专业化、理论化水平,并将政务公开工作全面纳入政府绩效考核体系,所占分值权重不应低于4%。

透过《政务公开意见》和《2016年政务公开工作要点》,我们可以深切地感受到我国未来政府信息公开发展的重要趋势之一:更加注重政务公开,更加注重公开的精细化,更加注重公开的实效。

The Development Trend of the Government Information Disclosure System in China

Jiang Mingan

Abstract: The government information disclosure system in China has achieved remarkable achievement since its operation, but also exposed many problems. A comprehensive study of the political, economic, cultural and social background of the system displays that in the future the development of this system shows eight good development trend although the existence of the obstacles and resistances: Firstly the extra legislations of the government information disclosure system and related systems will start in different ways; Secondly the internal and external motivations will promote the normalization of information disclosure continuously; Thirdly the judicial protection of the system will be more and more powerful and effective; fourthly citizens' applies for the government information and the obtains will be more convenient and more rational; Fifthly the values and the functions of the system will be more multiple; sixthly the range of the disclosure and its exceptions will be more and more clear; seventhly the government information disclosure will promote the party's information disclosure of the communist party; eighthly the future development of the system will pay more attention to the government daily affairs, and pay more attention to the refinement and the effective results of the disclosure.

Keywords: the government information disclosure; the judicial protection; the disclosure of the government daily affairs; the disclosure of the party information

(责任编辑:丁洁琳)

政府信息获取权及其限制

——《政府信息公开条例》第13条评析

章剑生*

摘要:《政府信息公开条例》第13条具有补充政府信息公开不足和预防行政相对人获取权滥用之旨意。对作为具有实体性权利的政府信息获取权限制,体现在“自身”、“生产、生活和科研等”和“特殊需要”三个方面。行政相对人要实现政府信息获取权,就必须借助于作为程序性权利的申请权。一个合法的申请权必须符合“申请人”、“意思表示”和“到达行政机关”三个要件。基于中国当下现状,保留对政府信息获取权的限制是必要的,但将来在条件合适时仍应当取消。

关键词:政府信息公开 申请权 获取权 滥用申请权

我国《政府信息公开条例》在政府信息的公开方式上遵循以行政机关主动公开为主、行政相对人申请公开为补充的原则,并以此为基础建构了我国政府信息公开的法律框架。故,其第13条中规定:“除本条例第九条、第十条、第十一条、第十二条规定的行政机关主动公开的政府信息外,公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要,向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息。”本文认为,本条至少有如下问题值得评析:(1)本条的立法意旨是什么?(2)作为实体性权利的政府信息获取权的限定边界在何处?(3)作为程序性权利的政府信息申请权的要件有哪些?另外,在立法论上,经过了若干年实施之后,本条是否还有继续保留的必要,学理和实务中都存有争议。而本文也将围绕上述问题展开。

一、《政府信息公开条例》第13条的立法意旨

《政府信息公开条例》第13条赋予了公民主动申请政府公开信息的权利,但同时亦对这种权利予以了限制。要对《政府信息公开条例》第13条进行全面了解和细致考察,首先涉及对其立法意旨的探究。这又需通过追溯立法者原意,并将该条放置在《政府信息公开条例》的整体构架下予以体系性解释而获得。而在上述观察视角下,第13条也呈现出补充主动公开不足和预防信息获取权滥用的两项重要功能。

(一) 补充主动公开的不足

从《政府信息公开条例》的体系结构上看,第2章是“公开范围”,在这一章中,从第9条到第12条规定了行政机关主动公开政府信息的范围,这是行政机关主动公开政府信息的法定义务范围。从便于行政相对人权利实现的角度,政府信息主动公开当为政府信息公开制度的核心内容。

* 浙江大学法学院教授,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。

但是,鉴于政府信息公开制度实施之后有可能会发生如下问题,仅有政府信息主动公开尚不足以保护行政相对人的“政府信息获取权”^[1]:(1)行政机关可能选择性地公开一些较为“安全的”、“稳妥的”政府信息,以降低因政府信息公开可能导致的“震动”,影响所谓的“社会稳定”。如自21世纪以来我国地方政府实施的征地、拆迁所涉的批准文件、补偿标准等,与法律规定不符的比例不低,若主动公开可能影响所谓的“社会稳定”,故许多地方政府都选择了不主动公开。(2)行政机关借口因主动公开政府信息的设施、条件等限制,难以全部公开法定的、应当主动公开的政府信息,克扣行政相对人原本可以获取的政府信息。对于行政机关来说主动公开所有政府信息,客观上确实存在着设施、条件等限制,但行政机关不尽努力义务,寻找各种借口消极对待主动公开的法定义务,在实务中也并不少见。(3)因担心公开政府信息引起行政复议、诉讼,行政机关不公开与行政相对人有“切身利益”^[2]关系的政府信息,反而行政机关主动公开一些对行政相对人来说可能是无关紧要的、可有可无的政府信息,致使行政相对人无法获取其所需要的那一部分政府信息。现今依申请公开的政府信息中,原本属于应当由政府主动公开的信息占有相当大的比例。基于上述立法预判(实施之后所发生的许多案件,也多少已经证实了这些预判是成立的),立法者作了本条的规定。至少在法规范体系上,显得较为圆满。

(二) 预防获取权的滥用

长期形成的政府“保密”传统,客观上使得个人对政府手中的各种信息充满了好奇心。《政府信息公开条例》实施后,行政相对人可以申请政府信息公开,这种好奇心可能成为行政相对人滥用申请权的一种内因,或者出于所谓的“公益”向政府申请公开大量的信息。如上海一位律师向我国“各市人民政府”提出“中华人民共和国各市人民政府‘四万亿加地方投资二十六多万亿基础设施建设项目阳光工程’专项政府信息公开申请书”,要求公开行政区域内“投资项目情况、建设具体情况、项目法人的情况、合同条件情况”、“中央及地方投资情况、融资情况、地方负债及资金使用效益情况”、“已启动项目依法进行招标投标的情况,如何解决假标、围标的问题”、“法律服务信息公开及招标投标情况、法律服务费用明细及其产生管控与维权效益情况(涉及国家秘密的除外)”^[3]。这样的政府信息申请很难说与《政府信息公开条例》立法原旨一致。

当法定权利的救济途径受到阻碍时,行政相对人发起的大量的、琐碎的政府信息申请可能会被当作一种变相的救济手段,或者作为一种施加行政机关的压力,达到自己通过法定救济不可能实现的目的,牟取法外利益。^[4]在政府信息公开制度形成的“初级阶段”,基于这样的国情,我们不必也不应该

[1] 本文基于《政府信息公开条例》第1条之规定,采用“政府信息获取权”之概念。本文之所以不采用“知情权”这一概念,主要理由是它在《政府信息公开条例》中没有明确的规范依据,“政府信息获取权”则在第1条中有规定。蒋红珍在《从“知的需要”到“知的权利”:政府信息依申请公开制度的困境及其超越》(《政法论坛》2012年第6期)中,批判了《政府信息公开条例》回避了“知情权”,用“特殊需要”(“知的需要”)作为申请条件。本文同意蒋红珍的这一观点,也赞同其在这两种权利的区分。

[2] 参见《政府信息公开条例》第9条第1项。

[3] 海南省海口市中级人民法院《行政判决书》([2010]海中法行初字第50号)。

[4] 《陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案》,载《最高人民法院公报》2015年第11期。在本案中,法院认为:“原告陆红霞不间断地向政府及其相关部门申请获取所谓政府信息,真实目的并非为了获取和了解所申请的信息,而是借此表达不满情绪,并向政府及其相关部门施加答复、行政复议和诉讼的压力,以实现拆迁补偿安置利益的最大化。对于拆迁利益和政府信息之间没有法律上关联性的问题,行政机关已经反复进行了释明和引导,且本案中被告南通市发改委已向原告提供了其所申请的政府信息。原告这种背离《条例》立法目的,任凭个人主观意愿执意不断提出申请的做法,显然已经构成了获取政府信息权利的滥用。”

简单地搬抄域外的相关规定,而要根据上述“预判”作出符合中国实情的法律规定,方能达成政府信息公开的立法旨意。对此,本条对政府信息获取权添加了若干的限制,具有一定的正当性。

二、实体性权利:政府信息获取权

政府信息获取权首先是作为实体性权利而存在,其实体面向又主要表现为相对人基于此项权能,可以要求行政机关向其公开有关政府信息,并借此获知行政机关所收集和制作的政府信息的权利。《政府信息公开条例》第1条规定:“为了保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息,提高政府工作的透明度,促进依法行政,充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用,制定本条例。”此为行政相对人政府信息“获取权”的法规范基础。在政府信息公开立法框架中,行政相对人若要实现政府信息获得权,有两个法定途径可供其选择:(1)基于行政机关的主动公开;(2)基于通过向行政机关提出的申请。前者规定于《政府信息公开条例》第9条,细化于第10条至第12条之规定,后者则落实于第13条之规定。

第13条的立法要旨如前已述。对其中“预防获取权的滥用”之要旨,立法者借助以下三个方面的规范内容予以具体落实,而这三项要件也同时成为作为实体性权利的政府信息获取权的界限。

(一)自身

“自身”,即行政相对人获取政府信息的目的只能是为了满足自己的需要,这一限定将政府信息获取权直接定性为一种“主观权利”。若因公益需要,行政相对人认为要通过政府信息公开加以保护的,《政府信息公开条例》并没有堵死其履行这一“匹夫之责”,^[5]但其所遵循的法定程序并不相同,而依据的法律规范同样存在差异。将“为他人”、“为公益”或者为满足好奇心等情形排除在政府信息获取权之外,在一定程度上反映了立法者对实施政府信息公开制度可能产生的消极面向上的结果所持的一种谨慎之心。如律师作为行政复议代理人在代理过程中,以自己的名义申请复议机关公开与案件相关的材料,^[6]法院认为这并不符合“自身”的要求。^[7]又,作为律师向全国各市政府提出《中华人民共和国各市人民政府“四万亿加地方投资二十六多万亿基础设施建设项目阳光工程”专项政府信息公开申请书》,以获取相关的政府信息,^[8]这似乎也只能用“满足好奇心”来解释。

(二)生产、生活和科研等

“生产、生活和科研”是一种情形的列举,后以“等”字作煞尾,这是一种常见的立法表达方式。依法律解释之方法,这当属于“等内”解释,即不限于、不穷尽所列举的“生产、生活和科研”之情形,凡与之具有类似性的情形,均属之。^[9]如,最高人民法院判例认可了“诉讼”属于“等”情形之一,便是一

[5] 《政府信息公开条例》第33条第1款规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行政府信息公开义务的,可以向上级行政机关、监察机关或者政府信息公开工作主管部门举报。收到举报的机关应当予以调查处理。”

[6] 安徽省高级人民法院《行政判决书》([2008]皖行终字第0136号)。

[7] 也有学者从“为当事人提供法律服务”的角度,以与其职业(律师—引者注)有关的特殊需要。这种需要应当属于特殊需要。王万华主编:《知情权与政府信息公开制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第208页。

[8] 海南省海口市中级人民法院《行政判决书》([2010]海中法行初字第)。

[9] 最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法[2004]96号)规定:“法律规范在列举其适用的典型事项后,又以‘等’、‘其他’等词语进行表述的,属于不完全列举的例示性规定。以‘等’、‘其他’等概括性用语表示的事项,均为明文列举的事项以外的事项,且其所概括的情形应为与列举事项类似的事项。”

例。^[10] 而一些政府规章根据本部门的行政管理具体情况,对“等”作出拓展性从属立法,实质上也是对“等”的一种法解释。如,2010年国家教育部《高等学校信息公开办法》第9条规定:“除高等学校已公开的信息外,公民、法人和其他组织还可以根据自身学习、科研、工作等特殊需要,以书面形式(包括数据电文形式)向学校申请获取相关信息。”

唯“生产、生活和科研”均属不确定法律概念,其内容必须在个案中才能作出界定,使之“变得可以理解”^[11],从而使受不利影响的当事人可以接受。在所列举的三种情形中,“生产”、“生活”和“科研”具有相当的不确定性,在个案中加以解释的难度很大。如“科研”之情形,因宪法有“科学研究”自由之基本权利规定,^[12]实务中其不确定性几乎没有边界可勘。如法科大学生A以科研(如,研究行政处罚法)需要为由,要求获取B行政机关本年度行政处罚决定书,依常理,行政机关会作出同意公开的答复,但若农民C提出同样的请求,B行政机关会作出相同的答复吗?“科研自由”是宪法规定的公民的基本权利,行政机关在这里能否定吗?可见,行政相对人以“科研”为由要求获取政府信息,行政机关似乎难有正当理由予以拒绝。若此说成立,则它几乎可以冲溃立法者想用“生产、生活和科研等”来预防获取权滥用之围堤。故,对于“生产、生活和科研”之含义,需要在个案中结合行政相对人的行为能力、职业等要素加以限缩性解释,使之与本文立法要旨保致协调一致。

(三) 特殊需要

在文义上,“特殊”可以解释为“不同于同类的事物或平常的情况”。^[13] 但两个事物之间“不同”至何种程度才构成“特殊”,文义解释恐已无能为力,只能由法院在个案中借助于体系、目的等方法加以界定。“根据《政府信息公开条例》的立法目的及信息公开制度的整体价值,在中国的语境下,将《条例》第13条的适用做一目的论的限缩更为恰当。即,该条中的‘特殊’,意指‘特殊的生产、生活、科研’的需要,因此并非所有生产、生活、科研的需要都可申请信息公开,只有该些需要中的‘特殊’部分才可以得到满足。同理,‘特殊’也为‘等’内包括事项的限定语。”^[14] 应该说,这一学理解释是妥当的。实务中,如“学习”是否属于“特殊需要”已经在法庭上引起了争议。在浙江省金华市婺城区人民法院的一个判例中,针对原告“为了学习审计业务知识、提高审计知识水平、做好农经工作”要求获取政府信息之请求,法院以“该政府信息不涉及原告相关权益,也不是原告生产、生活、科研所必需”为由不予支持。^[15] 令人遗憾的是,法院裁判理由并没有着目于“特殊需要”之论证,而是认定“学习”不是原告生产、生活、科研所“必需”,与本条规定之间有相当差异。本案中,法院在针对这个争点时,整理裁判理由的重点应不在于“特殊需要”,而是是否属于“生产、生活和科研”。法院错过了一个厘清“特殊需要”的好机会。在“需要”之前用“特殊”加以限定,在逻辑上必然产生“一般需要”之概念。对于这一逻辑结果,在目前法院裁判中,尚未见到相关的判例。本文认为,“一般需要”可理解为普通人如衣食起居等正常需要。在本条中,立法本意是排除“一般需要”作为获取政府信息理由,但实务中法官们几乎没有参悟到立法者这一用意。

[10] 《中华环保联合会诉贵州省贵阳市修文县环境保护局环境信息公开案》,载《最高人民法院公报》2013年第1期。

[11] [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第193页。

[12] 《中华人民共和国宪法》第47条。

[13] 《现代汉语词典》(2002年增补本),商务印书馆2002年版,第1235页。

[14] 钱影:《公开,抑或不开——对《中华人民共和国政府信息公开条例》第13条的目的论限缩》,载《行政法学研究》2009年第2期。

[15] 浙江省金华市婺城区人民法院《行政判决书》([2015]金婺行初字第83号)。

综上,将本条置于《政府信息公开条例》之中作体系性观察,本文认为,除主动公开的政府信息外,公民、法人或者其他组织还可以通过申请获取其他政府信息。而“自身的生产、生活和科研等特殊需要”并不是“入门”的程序性要件(这个问题将在本文第四部分展开论述),毋宁是行政相对人获得政府信息“走出”政府大楼的实体性要件。^[16] 这样的解释也与2008年国务院办公厅颁布的《关于施行〈中华人民共和国政府信息公开条例〉若干问题的意见》中“不予提供”相一致,即“行政机关对申请人申请公开与本人生产、生活、科研等特殊需要无关的政府信息,可以不予提供”。^[17] 它如同审查政府信息是否属于“两秘密一隐私”^[18]、是否属于“三安全一稳定”^[19]一样,都是行政相对人是否可以获取政府信息的实体性要件。^[20]

三、程序性权利:政府信息公开申请权

与所有权利一样,作为实体性的政府信息获取权,其实现基本方式必须借助于一个程序性权利。这个程序性权利就是政府信息公开申请权。它的法规范基础也是《政府信息公开条例》第13条。而在解析政府信息获取权的程序面向过程中,同样涉及对其限制要件的探求。但实践中,法院在处理申请权要件时往往立场不一,差异颇大,而这也同样向我们展现出这一问题的复杂性和琐碎性。

(一) 申请人

《政府信息公开条例》第13条明确规定政府信息公开的申请人是“公民、法人或者其他组织”。在法律体系中,这三个概念在实务中并没有多大的问题,但仍有几个问题需要进一步讨论:

第一,未成年人是否可以成为政府信息公开的申请人?这可能涉及未成年人是否具有政府信息获取权的权利能力。私法上,人一出生,便具有法律主体地位。^[21] 基于人的主体性,未成年人应如同其在私法上的地位一样,一出生即具有公法上的法律主体地位(权利能力),但其行为能力应取决于法

[16] 对于这一点,最高人民法院也有相同的观点可以参照。最高人民法院《关于请求公开与本人生产、生活、科研等特殊需要无关政府信息的请求人是否具有原告诉讼主体资格的答复》([2010]行他字第193号)规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关针对政府信息公开申请作出的答复或者逾期不予答复侵犯其合法权益,提起行政诉讼的,人民法院应予受理。申请人申请公开的政府信息是否与本人生产、生活、科研等特殊需要有关,属于实体审理的内容,不宜作为原告主体资格条件。”但杨小军认为,《政府信息公开条例》第9条中的政府信息是与公民、法人或者组织“切身利益”有关,第10条至第12条是第9条的具体化。只有这样才能正确理解第13条中的“自身特殊需要”。也就是说,无论是主动公开还是依申请公开的政府信息,都与公民、法人或者其他组织的“切身利益”有关。“自身特殊需要”被包括在“切身利益”之中,从而构成了申请资格要件之一。杨小军:《论申请政府信息公开的资格条件》,载《国家行政学院学报》2011年,第2期。相反的观点认为:“‘保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息’对应于知情权,而知情权并不需要以其他任何‘特殊需要’为前提,它独立于任何其他权利。因此,对申请公开政府信息的主体资格进行限制必然违背《政府信息公开条例》的立法目的,以‘特殊需要’为由亦不例外。”陆幸福:《论依申请公开政府信息之制度改进》,载《法学》2013年,第4期。

[17] 参见国务院办公厅《关于施行〈中华人民共和国政府信息公开条例〉若干问题的意见》(国办发[2008]36号)第14条。

[18] 参见《政府信息公开条例》第14条。

[19] 参见《政府信息公开条例》第8条。

[20] 当然,对于政府信息获取是否要求申请人陈述理由,在域外法理论上大都持否定态度。我国台湾地区汤德宗认为:“惟其第4款要求载明‘申请政府资讯之用途’,恐有误解。按为落实资讯公开,保障人民‘知的权利’,各国立法例申请公开资讯皆无需说明理由(用途),以免政府恐‘自曝其短’或‘家丑外扬’,而阻扰公开。是上开规定应限缩理解为:系为便于认定是否从事学术研究或供公益之用,而减免其收费,故尔。”汤德宗:《行政程序法》,载翁岳生编:《行政法》(下),台湾元照出版有限公司2006年版,第141-142页。

[21] 《德国民法典》第1条规定:“人的权利能力始于出生完成之时。”《德国民法典》(第4版),陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第5页。

定年龄与智力状况。除与人身有关的权利外,如言论自由、集会游行示威自由等,未成年人的其他公法上的权利均可以适用私法上的代理制度。政府信息公开权(不同于知情权)不属于与人身有关的公法上的权利,故未成年人政府信息公开申请权应依法由他人代理。如,就小学生就近入学争议,未被准予就近入学的未成年人基于保护其“就近入学权”的特殊需要,具有获取其他已被准予就近入学小学生的身份、住址等信息权,其父母或者其他法定监护人,可以为其代理申请政府信息公开。

第二,外国人在中国是否可以成为政府信息公开的申请人?在域外政府信息公开立法中,“任何人”是取代我国《政府信息公开条例》中“公民、法人或者其他组织”的一个法律概念。如,日本《行政信息公开法》第3条规定:“任何人都可以根据本法律的规定,对行政机关的长官提出要求开示该行政机关保有的行政文书的请求。”对此,宇贺克也解释道:“如果是基于国民主权理念而产生的政府履行说明职责,赋予个人有政府信息公开请求权是必要的话,那么赋予居住在国外的外国人也有这一请求权就没有必要了。假如对申请人作出限定,那么(外国人)借助于申请人申请政府信息公开这种做法,就会使这种限定的目的容易落空,所以,这种限定并没有实际意义。又,在国外立法中,赋予任何人有政府信息公开请求权是很多的。就日本而言,从国际合作主义立场看,向世界开放信息窗口,这被认为是具有政策的意义的。这就是没有限定申请人的原因。”^[22]在美国,“需要强调的是§552(a)(3)中的‘任何人’,不属于《信息自由法》豁免条款规定的任何文件,都要向任何人公开,无论申请人是试图揭露不称职或者腐败行为的调查记者,还是试图确定某一部分政府职能怎样运作的市民,试图起诉行政机关的当事人,试图确认政府特工(agent)或线人(informant)的罪犯,试图取得竞争对手的贸易秘密的公司,或者是国外政府间谍的代理人。”^[23]可能是考虑到不同的国情,我国没有采用这一立法例,而是基于“对等原则”解决了外国人和外国组织在中国是否具有政府信息公开申请权的问题。时任国务院法制办公室副主任张穹对此有公开的说明:“外国人和外国组织,可以通过中国政府主动公开信息的渠道,来获取政府信息。至于外国人和外国组织向我国政府申请获取其他政府信息的,就应该根据国际法规定的原则,按照对等的原则来进行处理。”^[24]

第三,非行政辖区内的居民。在广东省广州市花都区人民法院的一个判例中,法院认为:“本案中,起诉人的住所地在河南省方城镇,并不在被起诉人辖区范围内,结合起诉人的起诉状及其提供的证据材料,亦不能反映出起诉人要求公开的政府信息与其生产、生活或科研等需要有利害关系,故该请求不符合人民法院行政诉讼的受案条件。”^[25]《政府信息公开条例》采用属人原则确定政府信息公开申请人资格,并无或者兼顾属地原则之说。故,上述判例中“起诉人的住所地在河南省方城镇,并不在被起诉人辖区范围内”明显缺少法律依据。^[26]

(二) 意思表示

所谓意思表示,即“将欲发生法律效力之意思表示于外的行为”。^[27]行政相对人欲实现政府信息

[22] [日]宇贺克也:《行政法概説 I 行政法總論》(第5版),有斐閣2013年版,第185-186页。但是,在日本地方立法中,只有在与地方公共团体上下班、上学等有一定的利害关系的,才能成为政府信息公开的申请人。[日]芝池義一:《行政法読本》(第3版),有斐閣2015年版,第242页。

[23] [美]理查德·J·皮尔斯:《行政法》(第5版),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第265页。

[24] <http://old.chinacourt.org/html/article/200704/24/243811.shtml>(2016年9月30日访问)。

[25] 广东省广州市花都区人民法院《行政判决书》([2011]穗花法立行初字第6号)。

[26] 相似的判例,可参阅海南省海口市中级人民法院《行政判决书》([2010]海中法行初字第)。

[27] 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第184页。

获取权,就必须向特定行政机关发出意思表示,即以一定的外化形式“发出”申请。这里涉及以下几个问题:

第一,意思表示的方式。申请可以是书面形式(包括数据电文形式),也可以是口头形式。基于便民原则,法律通常规定多种申请方式,由申请人选取。在社会通行观念中,书面形式表现为一份纸质的申请书。在互联网时代,实务中行政机关在官网有格式化的空白申请书文档,供申请人下载使用。在采用书面形式确有困难时,申请人可以到行政机关口头提出申请,由受理该申请的行政机关工作人员代为填写或者起草申请书,并由申请人核实后签字或者盖章确认。随着民众文化水平普遍提高和律师行业的发达,实务中这种“口头形式”的申请已经十分少见。

第二,意思表示的内容。申请人申请政府信息公开的“意思表示”,不能仅仅模糊地表述为“我要政府信息”等,至少,他的“意思表示”能够让行政机关及时、准确地信息的海洋中找出他所需要的那份政府信息。为此,《政府信息公开条例》对此作出如下规定:(1)信息公开申请必须包含申请人的姓名或者名称、联系方式。但申请人是否需要附添身份证明?从《政府信息公开条例》规定的内容看,它并未作上述要求。但在实务中,若认为有必要,行政机关可以要求申请人补充其身份证明,以核实申请人真实身份。(2)信息公开申请必须包含申请公开的政府信息的内容描述。本项立法要旨是要求申请公开的政府信息的内容必须“特定化”,由此行政机关能够及时、准确地向申请人提供其所需要的政府信息。“申请人对所申请公开信息的描述当然越具体越好,但行政机关应该综合判断,只要申请人描述了信息的类型、数量、涉及的当事人和事项,行政机关就应本着便民、利民原则予以受理并尽力查找和公开。”^[28]在上海市人民政府发布的《上海市政府信息公开规定》中,就“内容描述”的要求,其作出了“明确的政府信息内容,包括能够据以指向特定政府信息的文件名称、文号或者其他特征描述”之规定。^[29]因申请人从未见过其所需要的政府信息,所以在“特定化”上不能对申请人提出过于苛刻的要求。在比较法上,这样的法律限定也并不少见。如英国宪法事务国务大臣根据2000年《信息自由法》第45条发布的针对公共机构履行2000年法案第一部分所赋予之职责的实施法规中规定:“公共机构应该牢记,除非机构让信息能够成为申请人所使用,否则,不能期望申请人在相当程度上掌握信息之间的区别,诸如文件的索引码,或者对某一特定记录的描述等。”^[30]在浙江省杭州市中级人民法院的一个判例中,申请人在申请书中的内容描述是“涉及新风村征迁补偿费用的分配情况的相关文件”,但被告认为该描述未达到法定要求,对此,法院认为:“根据该栏内容的全文,能够判断出原告申请公开的‘涉及新风村征迁补偿费用的分配情况’指的是村集体向村民分配征迁补偿费用的具体情况,‘相关文件’指的是村集体向村民分配征迁补偿费用时的分配标准的文件依据。被告认为原告对所需信息内容的描述不准确,容易产生歧义,导致被告将‘相关文件’理解为‘记载分配情况的文件’的辩驳理由不能成立。”^[31]可见,这个判例“比较合理地把握了要求申请人对政府信息的内容作出‘具体描述’的限度,符合法律规定的精神,亦与案件的具体事实相一致。”^[32](3)信息公开申请应包含申请公开的政府信息的形式要求。申请人应当选择行政机关向其提供政府信息的具体形式,如邮寄、自

[28] 于立深:《依申请政府信息公开制度运行的实证研究——以诉讼裁判文书为对象的研究》,载《法商研究》2010年第2期。

[29] 《上海市政府信息公开规定》(2010)第21条第1款第2项。

[30] 吕艳滨、[英]Megan Patricia Carter:《中欧政府信息公开制度比较研究》,法律出版社2008年,第334页。

[31] 浙江省杭州市中级人民法院《行政判决书》([2010]浙杭行初字第4号)。

[32] 李广宇:《政府信息公开判例百选》,人民法院出版社2013年版,第28页。

己上门领取等。申请人所选择的“形式”,必须是行政机关通过努力可以满足的,如要求“行政机关派人送上门”之类的要求,则可能已经超出了行政机关的努力范围。实务中,一些地方政府规章在《政府信息公开条例》规定之外添加了若干申请条件,如申请时间、^[33]获取政府信息的用途^[34]等,若其并没有明显限制申请权的,则当可不作与上位法抵触论处。

(三) 到达行政机关

申请人以一定方式将载有其意思表示内容的申请,通过法定允许的方式送至行政机关住所地,则该意思表示对行政机关产生相应的法效力——答复职责。^[35]政府信息公开并未设置“受理”程序,故申请人意思表示到达行政机关后即产生法效力。因此,如何认定“到达”成为本项的主要问题。在一般情况下,邮寄、到行政机关递交等方式,认定“到达”并不困难,但通过互联网提出申请时,认定何时“到达”就需要作出个案判定。如针对通过政府公众网络系统向行政机关提交政府信息公开申请中有关是否“到达”的争议,最高人民法院指导性案例第26号认为:“公民、法人或者其他组织通过政府公众网络系统向行政机关提交政府信息公开申请的,如该网络系统未作例外说明,则系统确认申请提交成功的日期应当视为行政机关收到政府信息公开申请之日。”^[36]又,在浙江省杭州市江干区人民法院的一个判例中,针对政府网站因内部原因导致行政机关不能及时收到申请之争议,法院认为:“原告的政府信息公开申请系通过由行政机关构建架设的政府网站提交,该政府网站系由行政机关维护和管理,原告无法对该政府网站的数据传输和运行情况进行掌握和控制。现原告成功通过该政府网站提供的途径提交了政府信息公开申请,但因网站数据传输问题造成被告未能及时收到原告的政府信息公开申请,该后果不应当由原告承担。故对于被告辩称未收到原告政府信息公开申请的原因,本院不予支持。”^[37]

四、结语:政府信息获取权限制的存废之议

本文所要表达的意图是,《政府信息公开条例》对政府信息获取权设定的限制并非为了克减行政相对人的政府信息获取权,而是对包括公共利益在内的各种利益权衡后作出的一种法政策上的选择,从这个意义上来说,《政府信息公开条例》没有采用“知情权”概念,也就可以得到一个合理的解释。获取政府信息没有任何限制固然完美,但当申请人以外的其他利益也应当依法获得保护时,我们就不能不从理想回到实现,认真对待依申请公开政府信息这一个问题。

构成限定政府信息获取权的“自身生产、生活、科研等特殊需要”这一规定是否还需要保留?学理上正反两种意见都有。持肯定意见者认为:“‘三需要’的意义仅体现在举证责任,而且仅在过度申请、涉嫌滥用申请权时才显现。……这种限制的妥当性只与申请公开的信息数量有关,并通过说明理由的程度来实现。申请人申请的信息数量愈大,意味着占用的公共资源愈多,就负有更多的说明理由义务。如果申请人给出的理由不足以说服行政机关,行政机关可以引用上述第13条规定予以拒

[33] 《贵州省贵阳市政府信息公开规定》(2015)第24条第2款第4项。

[34] 《安徽省政府信息公开办法》(2015)第22条第3项、《山西省政府信息公开规定》(2014)第24条第5项。

[35] 《政府信息公开条例》第21条。

[36] 最高人民法院指导案例第26号。

[37] 浙江省杭州市江干区人民法院《行政判决书》([2016]浙0104行初39号)。

绝。”^[38]持反对意见者则抱有一个相对比较理想的法治愿景,如为了实现“透明政府”等,以此推导出否定性结论。^[39] 尽管反对意见所持的方向是正确的,却未看清中国法治发展的实际国情,认识到法治发展的阶段性,故缺乏可行性。在当下的政府信息公开实践中,“三需要”仍旧能够发挥预防政府信息公开获取权被滥用,避免公共资源被无端浪费的重要功能。

鉴于此,尽管国务院《中华人民共和国政府信息公开条例(送审稿)》中已经删去了“三需要”,但基于中国法治现状,本文仍持“暂时保留论”。综合考察这一制度的发展背景和未来取向,笔者认为政府信息公开制度可分为两个发展阶段:在第一阶段中,基于中国具体国情,保留“自身生产、生活、科研等特殊需要”,适度限制政府信息获取权,也就是说,无论是修改本条例还是将条例升格为法律,“三需要”应当继续保留;在第二阶段中,取消“自身生产、生活、科研等特殊需要”对政府信息获取权的限制,仅设置公开后有可能产生损害为限制条件(如保护“两秘密一隐私”等)或者费用收取^[40]。至于从第一阶段过渡到第二阶段的时间表,当视中国法治进程的深度与广度权衡而定。

The Right of Access to Government Information and Its Restrictions: Comment on the Article 13 of the Regulation on the Disclosure of Government Information

Zhang Jiansheng

Abstract: The article 13 of the regulation on the disclosure of government information has the intention to supplement the active disclosure of the government information and to prevent the abuse of the right of access to government information. The restriction of the right of access to government information as a substantive right is embodied in three aspects: personal rights; the needs for production, life and scientific research; particular needs. However the administrative counterpart must use the procedural right to apply to realize the substantive right of access to government information. The quality of the right to apply must be complied with the following three elements: applicant, meaning representation and arrival at the administrative organs. It is necessary to retain the restrictions on the access to government information in consideration of the present situation of China. But these restrictions should be abolished in the future with the change of the background.

Keywords: the disclosure of the government information; the procedural right to apply; the right of access to government information; the abuse of the right to apply

(责任编辑:丁洁琳)

[38] 余凌云:《政府信息公开的若干问题》,载《中外法学》2014年第4期。

[39] 王万华:《知情权与政府信息公开制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第208页;陆幸福:《知情权的中国实践》,法律出版社2012年版,第105页。

[40] 如文档复印费,法国每页0.18欧元,德国A4纸复印每页0.1欧元;检索和作出决定所花费的时间收取费用,爱尔兰每小时20.95欧元,英国每小时25英镑。参见吕艳滨、[英]Megan Patricia Carter:《中欧政府信息公开制度比较研究》,法律出版社2008年,第27-28页。

信息公开行政诉讼的诉的利益

王贵松*

摘要:公法上的知情权源自公民的参政权与监督权,已成为个人的实定法权利。维护这种权利的行政诉讼自然属于主观诉讼的一种;而知情权又是服务于参政议政、监督政府依法行政的公共利益,信息公开行政诉讼也就具有了客观诉讼的面向。私人申请政府信息公开,就是在行使自己受行政法规范保护的知情权;同时因知情权属于任何公民,且服务于不特定主体的利益,故而起诉人不必有特别的个人利益,只要提出了公开申请,就与信息公开行政决定建立起“利害关系”,即可具有提起行政诉讼的原告资格。至于对政府信息是否有特殊需要,仅在原告增值使用政府信息时才应加以证明。即便起诉人在行政程序中拥有阅览卷宗权,也不影响其基于知情权提起行政诉讼。知情权是一种实体性权利,理应受到正当程序的保障。具备实体和程序中的一项,就足以具有信息公开行政诉讼的诉的利益。基于此,对于信息公开的行政诉讼,原则上不应作出滥用诉权的判断。

关键词:信息公开 知情权 原告资格 诉的利益 客观诉讼

近年来,信息公开行政诉讼呈现上升趋势,随之也产生了不少争议问题,其中首要的问题便是诉的利益。“没有利益,就没有诉权。”诉的利益就是当事人的请求足以具有利用国家审判制度解决争议的实际价值或者必要性。广义的诉的利益包括主观性诉的利益和客观性诉的利益两个部分。在诉讼的原被告作为案件的利害关系人具有促进案件解决的权能资格,亦即当事人适格时,就具有了主观性诉的利益;在具有权利保护的资格(适合用判决来确定请求内容的一般资格)和权利保护的必要性(原告具有要求就此作出判决的现实必要性,最狭义的诉的利益)时,就具有了客观性诉的利益(狭义的诉的利益)。^[1] 当事人资格涉及的是在诉中对特定当事人作出本案判决的必要性和实效性问题,而狭义诉的利益涉及的是针对有关请求内容自身作出本案判决的必要性和实效性问题。^[2] 本文拟基于宪法上的应有立场,对目前信息公开行政诉讼的原告资格和权利保护的必要性问题展开探讨。

一、信息公开行政诉讼的复合属性

在行政诉讼法学中,主观诉讼与客观诉讼是一对常用的说明性概念,它们与诉讼目的、原告资格、判决效力的范围等密切相关。而信息公开行政诉讼的特殊性就在于兼有主观诉讼与客观诉讼的属性。

* 中国人民大学法学院副教授,法学博士。

[1] [日]兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店、1965年増補版)152頁参照。当然,有学者认为,广义的诉的利益包括请求内容是否适合作为审判对象(诉讼对象)、当事人对请求是否有正当的利益(当事人资格)、是否存在足以让法院对请求作出判断的具体实际利益(救济的必要性)三个方面。参见[日]原田尚彦:《诉的利益》,石龙潭译,中国政法大学出版社2014年版,第1-2页。

[2] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第187页。

（一）关于主观诉讼与客观诉讼的区分

在19世纪末之前,诉讼一般就是通过个人的权利来定义的,诉讼仅为权利纠纷的解决。^[3]但随着撤销之诉的发展,法院审查的重点由个人的权利是否受到侵害转为行政机关是否越权,人们对诉讼性质的认识就出现了不明之处。狄骥明确主张,撤销之诉是客观诉讼,此后主观诉讼与客观诉讼的区分才在法国行政诉讼理论中得到广泛使用。在当时的法国,通常是根据法官的权限这种外部标准对诉讼作出分类,^[4]狄骥对此提出批评,并从诉讼标的的内在视角提出了客观诉讼说。他认为,在作出一定的行政行为时,该行政行为是否产生、变更或消灭主观性法律地位,提出这种法律问题的行政诉讼是主观诉讼;这种主观诉讼只有因主观上法律地位而获益的人才能提起,其判决的效力仅及于主观性法律地位的范围。对于行政行为是否侵害了法律的规定,法官必须判定的只是客观法的问题。这种诉讼就是客观诉讼,只能对具有变更客观性法律地位之客观性质的行政行为提起,其判决具有一般性效力。^[5]狄骥的客观诉讼说也成为法国的通说。但法国在讨论诉讼的客观性和主观性时,并不明确区分法律问题的视角和诉讼目的的视角,而诉讼中法官应解决的问题是侵犯法准则或客观性法律地位,还是侵犯主观性权利,与该诉讼制度的目的是保护个人权利还是确保行政的合法性,这是两个不同的视角。^[6]正是因为划分标准上存在分歧,法国主张撤销之诉是主观诉讼者也一直都存在。

而在德国、日本,正是从诉讼目的、制度功能的角度来区分主观诉讼与客观诉讼。在德国行政诉讼制度建立时期,在行政法院的功能上存在过权利保护说(因私人的主观公权利受到侵害而提供权利救济)和法规维持说(对行政行为进行客观法审查)的对立,^[7]这就对应着主观诉讼与客观诉讼的区分。在日本,通说性理解是,所谓主观诉讼,是指以保护个人权利利益为目的的诉讼;而客观诉讼,是指以保障法规的客观公正适用或一般公共利益为目的的诉讼。前者仅有个人权利利益者才能起诉;而后者则不限于此,有时即使是没有直接的利害关系者,在法律上也广泛认可一般民众和选民等提起诉讼。这种称为民众诉讼,但客观诉讼在逻辑上并不当然成为民众诉讼。^[8]客观诉讼不以权利为前提。在诉讼程序上赋予谁原告资格是诉讼政策考虑的问题,客观诉讼中的原告和被告是服务于维持法秩序这一公共目的的“诉讼程序上的技术性当事人”。主观诉讼的裁判效力原则上仅及于当事人之间,而客观诉讼的情形则相反,客观诉讼的判决是对客观合法性的确定,原则上具有对世的效力。也是因为判决效力及于没有参加诉讼的第三人,所以就必须要采用职权探知主义,更加注重发现案件的实体真实。^[9]下文即基于德日这种通说性理解来分析信息公开行政诉讼的特殊性。

（二）信息公开行政诉讼的特殊性

政府信息公开制度可谓现代民主政治和人民主权原则的产物。信息公开制度具有公共性,这种公共性具体体现在两个方面:第一,制度宗旨上的公共性。政府信息公开制度主要是服务于知情权,

[3] [日]村上裕章『行政訴訟の基礎理論』(有斐閣、2007年)108頁参照。

[4] 即完全管辖权之诉、撤销之诉、解释及审查行政决定的意义和合法性之诉、处罚之诉,这种传统分类现在仍然常见。参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第665-666页。

[5] [法]狄骥:《公法的变迁》,郑戈译,商务印书馆2013年版,第154-157页;[日]中村義幸「レオン・デュギーの公法理論における越権訴訟=客観訴訟論の構造」明治大学大学院紀要・法学篇17卷(1980年2月)145頁参照。

[6] [日]村上裕章『行政訴訟の基礎理論』(有斐閣、2007年)214頁参照。

[7] 参见[德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第241-242页;刘飞:《德国公法权利救济制度》,北京大学出版社2009年版,第45页。

[8] [日]雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣、1957年)10-11頁参照。

[9] [日]山岸敬子『客観訴訟の法理』(勁草書房、2004年)39-42頁参照。

让民众知悉政府的信息,以监督政府的活动,其宗旨具有公共性。第二,政府信息的公共性。政府信息主要由个人信息、社会信息和机关信息构成,其来源主要包括行政机关收集信息、行政机关生产信息、社会主体主动向行政机关提供信息三种。行政机关使用公共资金收集、生产或管理信息。如此,政府信息具有公共资产性质,取之于民,用之于民,任何人均可自由而平等地使用。

但在这种监督政府依法行政的公共职能之外,政府信息还有增值使用的服务价值。在信息社会,信息本身就是重要资源。民间可以将政府信息(特别是气象数据、交通数据和房地产信息等)用于自己的生活、生产之中。欧盟曾于2003年颁布《欧盟公共部门信息再利用指令》,^[10]德国也于2006年专门制定了《政府信息再利用法》。我国《政府信息公开条例》第1条也明确将“充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用”列为立法目的之一,只是《政府信息公开条例》第1条将“提高政府工作的透明度,促进依法行政”列为首位的立法目的而已。^[11]鉴于我国《政府信息公开条例》几乎没有区分政府信息的这两种功能,对政府公开供增值使用的政府信息行为并未作出特别限制(诸如能否特别收费、是否需要政府授权、有无特殊资质要求、能否独家授权等问题),下文主要就一般信息公开的首要职能部分展开分析。

虽然信息公开是现代民主政治的要求,但政府往往囿于传统思维而不会主动公开应公开的信息,这时才有了知情权成为权利的必要。通说认为,知情权虽然在我国宪法中并未规定,但属于推定的宪法权利,是公民行使参与权、政治权利和监督权的必要前提。^[12]虽然在我国的法律中,尚未规定公民相对于政府的知情权,^[13]但在行政法规的层面上,《政府信息公开条例》第13条关于私人“可以”“申请获取相关政府信息”的规定应该可理解为对政府信息公开请求权的肯定,而且在部门规章和地方性法规中已有这种性质的知情权规定。^[14]在信息公开的专门立法中,地方性法规如《大同市政务信息公开条例》第1条、部门规章如《海关政府信息公开办法》和《电力监管信息公开办法》第1条,还有青海、山东、辽宁、陕西、新疆、吉林、海南等省级政府规章,这些信息公开规定明确使用了“知情权”的概念。在司法实践中,已大量出现肯定“知情权”的判决。^[15]知情权可谓已逐渐成为公民的法定权利。

在私人知情权得不到现实的满足时,便可依法申请政府信息公开。行政机关针对个别相对人的信息公开申请单方面作出的决定,可称作信息公开行政决定,通常被认为属于行政行为。它大致包括拒绝公开请求决定(请求不符合要求)、不予公开决定(存在不可公开的事由)和公开决定三种。^[16]因为信息公开服务于监督的公共职能,信息公开行政决定又不同于普通的行政行为,它“不重视请求人

[10] The Directive on the Re-use of Public Sector Information (Directive 2003/98/EC, known as the PSI Directive), revised by Directive 2013/37/EU.

[11] 这样,可将请求公开政府信息的权利称为政府信息公开请求权,它包含着知情权和政府信息再利用权两个方面,如此也可以维持知情权的传统意涵。

[12] 参见郭道晖:《法的时代精神》,湖南出版社1997年版,第307页。

[13] 非针对政府且系基于特定身份的知情权的例子有:《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》第38条规定了“代表的知情权”,《中华人民共和国慈善法》第31条规定了“募捐对象的知情权”,《中华人民共和国消费者权益保护法》第8条第1款规定了消费者“知悉”的权利。

[14] 例如,《江西省税收保障条例》第24条的“税收知情权”、《云南省人口与计划生育条例》第29条第1款的“公民的知情权”、《浙江省土地整治条例》第3条的“土地权利人的知情权”、《广东省城乡规划条例》第9条的“对城乡规划的知情权”、《环境信访办法》第4条第4项的“知情权”等。

[15] 近期有判决明确指出,“知情权是公民的一项法定权利”。陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案,《最高人民法院公报》2015年第11期,第43页。

[16] 本文主要是针对前两种信息公开的行政决定,而不涉及信息保护的公开决定。

的个性和请求目的,但具有以‘请求人’这一‘特定之人’为对象的行为的形式”。^[17] 是否公开政府信息,取决于所申请的政府信息是否为不得公开的事项。

诉讼法与实体法密切关联,实体法的要求需要得到诉讼法的保障。信息公开行政决定作为行政行为,自然要纳入行政行为的一般控制制度之中。而信息公开制度具有公共性,这又决定着信息公开行政诉讼在构造上应有别于一般的行政诉讼制度。知情权属于个人的权利,保护这种权利就是保护个人的自身利益,这种行政诉讼就属于主观诉讼的范畴。^[18] 而知情权又具有自由权和参政权的性质,服务于公民参政议政、监督政府依法行政的公共职能。在申请人不服行政机关的信息公开决定而提起行政诉讼时,这种行政诉讼就具有推进公正且民主的行政的功能,具有公益诉讼或客观诉讼的性质。^[19]

概言之,在知情权成为个人法定权利的今天,信息公开制度既有满足个人公开请求权的功能,也有服务于民主政治的公共职能,相应的行政诉讼也就具有了主观诉讼和客观诉讼的复合属性。^[20] 因此,信息公开行政诉讼在制度设计和实施中既要体现主观诉讼的要求,也要适应客观诉讼的特性,对相应的制度作出适当的调整。现实中关于信息公开行政诉讼的诉的利益等诸多争议由此也可以得到合理的解释。

二、信息公开行政诉讼的原告资格

《政府信息公开条例》第33条第2款规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”根据《行政诉讼法》第12条第2款关于“除前款规定外,人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件”的规定,信息公开行政决定便是可诉的行为。^[21] 根据《行政诉讼法》第25条第1款的规定,“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织,有权提起诉讼”。在信息公开的行政诉讼中,其原告资格该如何认定呢?

(一)与行政行为的“利害关系”

根据《行政诉讼法》第25条第1款的规定,原告应当“与行政行为有利害关系”。首先要明确的是,在信息公开行政诉讼中,“所谓‘利害关系’针对的是政府信息公开行政行为,而非政府信息公开行

[17] [日]高木光『行政法』(有斐閣、2015年)218頁。

[18] 在请求人具有增值使用政府信息的目的时,政府信息再利用权具有服务于个人利益的属性,这种行政诉讼就更具有保护私人利益的功能,更属于主观诉讼的范畴。

[19] 参见[日]南博方:《行政法》,杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第116页。

[20] 有学者恰当地指出:“这种诉讼的私益诉讼属性来源于公民对于获取政府信息权利保护的私益性,公益诉讼属性来源于信息的特殊属性和政府信息公开行为对象的公众性。”董妍:《政府信息公开诉讼双重诉讼利益解析》,载《辽宁行政学院学报》2009年第5期,第25页。

[21] 当然,信息公开行政决定是针对信息公开申请所作的决定。《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》(以下简称《信息公开司法解释》)第2条第3项规定,“要求行政机关为其制作、搜集政府信息,或者对若干政府信息进行汇总、分析、加工,行政机关予以拒绝的”,法院不予受理。虽然行政机关作出的也是一种拒绝决定,但申请人所申请的并非“以一定形式记录、保存的信息”(《政府信息公开条例》第2条),所以,行政机关的拒绝决定并非拒绝公开请求决定,而是拒绝针对特定相对人进行信息加工的活动。同理,对于以申请信息公开为名行咨询意见之实的申请,行政机关的拒绝回答也是不可诉的行为。“但是,在电磁记录时,有时记录的检索与作成未必有明确的界限”([日]宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説[第4版]』(有斐閣、2008年)31頁)。

政行为的标的(政府信息的内容)”。利害关系是当事人与被诉行政行为之间的关系,而不可以将其偷换为当事人与政府信息之间的关系。^[22]之后,对于利害关系的认定便是原告资格的关键所在。在通常的行政诉讼案件中,近来常见的判断标准是采取保护规范说,亦即行政机关所适用的法律是否具有保护原告利益的目的,换言之,行政机关针对具体的案件在适用法律要件时是否需要考虑原告的利益。^[23]原告的利益属于行政机关的考虑事项,就构成利害关系。而在信息公开行政诉讼案件中,原告的利益是什么?

根据《政府信息公开条例》第33条第2款的规定,原告应该是认为信息公开决定侵犯其“合法权益”的人。而私人的知情权就是这“合法权益”的一种。私人提出了信息公开的申请,就是行使了自己受行政法规范保护的知情权。一旦产生争议,司法应根据现行行政诉讼法提供救济。但实践中,常有人将“合法权益”仅仅当作人身权和财产权,对法律法规未明确规定的合法权益不予认可。例如,根据《行政许可法》第40条、第61条第2款的规定,公众有权查阅行政许可决定和行政许可监督检查记录。在起草《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》时,对于查阅权诉讼的原告范围是否可扩及公众,主要有两种不同意见。第一种意见认为,查阅权诉讼的原告范围须分两种情形:一是因查阅行政许可决定和监督检查记录引起的行政诉讼案件,原告范围应为一般公众;二是因查阅档案材料引起的行政诉讼案件的原告范围应当限于利害关系人。第二种意见认为,因查阅权引起的两类诉讼案件中,原告范围均应以利害关系人为限。该司法解释的起草者认为:

在目前阶段,第二种意见更为可取。主要理由是:第一,行政许可法虽然允许与相关信息没有利害关系的一般公众查询,但并未就司法保护问题作出规定,故这一问题还应按照现行行政诉讼法作出判断;第二,此类诉讼具有公益诉讼的意味,而现行行政诉讼法却是侧重保护人身权、财产权等合法权益,其立法宗旨并不包括公益诉讼。^[24]

查阅权诉讼属于信息公开行政诉讼,但在这里却被理解成普通的主观诉讼性质的行政诉讼。政府信息公开规定属于特别规定,根据《行政诉讼法》第12条第2款的规定应将这种知情权的案件纳入行政诉讼的保护范围。信息公开行政诉讼作为法律所保障的行政诉讼,保护的是私人的知情权。查阅权属于个人的法定权利,是知情权的一种,这就是原告的利益所在。

应当说,知情权是为了公共利益的个人权利,的确与传统的私人权益有所不同,但其作为可寻求救济的个人权利属性却不容否定。日本学者盐野宏认为,关于具体的信息,虽然没有固有的主观性利益,却广泛地承认居民具有请求信息公开的权利。公开请求权虽然是从公益性角度予以承认的,但也是能够接受裁判上救济的个人的主观性权利。^[25]藤田宙靖认为,信息公开请求权作为个人的主观性

[22] 参见李广宇:《政府信息公开司法解释读本》,法律出版社2011年版,第27-28页。当事人与政府信息之间的关系属于第二个层次的问题,将在本部分的结尾处分析。

[23] 我国法院已有不少判决按照保护规范说来判断原告资格。参见王贵松:《行政法上利害关系的判断基准》,载《交大法学》2016年第3期,第169页以下。

[24] 参见赵大光、杨临萍、王振宇:《最高人民法院〈关于审理行政许可案件若干问题的规定〉之解读》,载《法律适用》2010年第4期,第29-30页。该司法解释(法释[2009]20号)第2条最终规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关未公开行政许可决定或者未提供行政许可监督检查记录侵犯其合法权益,提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”这算是留下了可能的发展空间。

[25] 参见[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第217、222页。

权利得到承认,因而,在行政机关首长对请求决定不公开时,请求人可通过通常的行政争讼程序就该决定(行政行为)进行争议。这时,请求的目的并不一定限于维护自己的某种个人性权利、利益这种具体的、主观的目的,也可以是为了知晓行政机关持有信息的内容这种抽象的、客观的目的而提出请求。换言之,这种请求权在这一意义上是个人的程序法上的主观性权利。^[26]

知情权作为个人的公权利而存在,全体公民都享有知情权。只要存在政府信息,全体公民就都享有公开请求权,而非只有特定利害关系的人才对特定政府信息享有“知情权”。而且,知情权服务于不特定主体的公共利益。故而,起诉人不必有特殊的个人利益。只要原告提出了查阅或公开申请,就应该认为已与被告的行政行为之间建立起了“利害关系”,即可具有提起行政诉讼的原告资格。这是保护规范说在信息公开行政诉讼中的特殊表现。在实践中常以起诉人没有特别利益而认为其没有原告资格,但在知情权已成为个人权利的今天,这就是一种错误的做法。

申请人提出公开政府信息的申请后,是否获得公开的决定,主要取决于所申请的信息是否为不得公开的事项,即该信息是否为《政府信息公开条例》第14条第4款规定的“国家秘密、商业秘密和个人隐私”,而不是看申请人与被申请的信息之间的关联性。换言之,在起诉人行使了知情权之后,就可以获得提起行政诉讼的原告资格,但其胜诉要件则是对信息公开决定的客观性审查,而非是否侵犯申请人的权利。虽然《政府信息公开条例》第13条规定,除该条例规定的行政机关主动公开的政府信息外,“公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要,向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息”。这就是常说的“三需要”标准或特殊需要标准。对于特殊需要标准的性质,存在申请资格说与获取资格说之争。前者认为,特殊需要是申请人的资格限制要求;后者认为,特殊需要是申请提出后获得信息公开的要件之一。^[27]但是,从《政府信息公开条例》第20条第2款的规定来看,^[28]在其三项内容中并不包括对特殊需要的要求,特殊需要标准并不是信息公开的申请要件之一。最高人民法院《关于请求公开与本人生产、生活、科研等特殊需要无关政府信息的请求人是否具有原告诉讼主体资格的答复》^[29]指出:“公民、法人或者其他组织认为行政机关针对政府信息公开申请作出的答复或者逾期不予答复侵犯其合法权益,提起行政诉讼的,人民法院应予受理。申请人申请公开的政府信息是否与本人生产、生活、科研等特殊需要有关,属于实体审理的内容,不宜作为原告的主体资格条件。”因而,实践中,并未将特殊需要标准当作原告资格要件,而是作为胜诉要件来处理。^[30]但即便如此,也是错误的做法。^[31]这种特殊需要标准在申请公开政府信息并增值使用时,才可能是应当证明的问题;在普通的信息公开行政诉讼中不应成

[26] [日]藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)169頁参照。

[27] 参见章剑生:《现代行政法专题》,清华大学出版社2014年版,第143-145页。按照《国务院办公厅关于施行〈中华人民共和国政府信息公开条例〉若干问题的意见》(国办发[2008]36号)(以下简称《国办意见》)第14条规定:“行政机关对申请人申请公开与本人生产、生活、科研等特殊需要无关的政府信息,可以不予提供。”章剑生认为,获取资格说更为妥当,并认为《国办意见》中的“可以不予提供”,应当理解为不向申请人提供,而非一律不予公开,在有充分理由时也可以提供给申请人。

[28] 该款规定:“政府信息公开申请应当包括下列内容:(一)申请人的姓名或者名称、联系方式;(二)申请公开的政府信息的内容描述;(三)申请公开的政府信息的形式要求。”

[29] (2010)行他字第193号,2010年12月14日。

[30] 《信息公开司法解释》第5条第6款、第12条第6项规定,被告以无特殊需要为由不予提供的,法院可以要求原告说明特殊需要事由;原告不能合理说明的,法院判决驳回诉讼请求。

[31] 从理论上来说,《国办意见》的第14条(无特殊需要者,不予公开)与信息公开制度的宗旨是相悖的。将来应当在法律上明确废除《政府信息公开条例》第13条的特殊需要的规定,以免造成误用或滥用。

为问题,原告无需证明自己具有特殊需要。也就是说,应当根据《政府信息公开条例》的立法目的对第13条中的“特殊需要”作宽泛解释,提出公开请求者就比未曾提出者具有特殊需要,否则,无论是申请资格说还是获取资格说,在结果上并无二致,最终均为无法获取政府信息。法院应对是否有“特殊需要”作宽松审查,而应对政府信息是否为“国家秘密、商业秘密和个人隐私”作严格审查。^[32]

(二) 阅览卷宗权与知情权的关系

在信息公开的行政诉讼案件中,原告还可能有权在行政程序中阅览卷宗,实现与信息公开相同的效果。也就是说,这里还存在一个阅览卷宗权与知情权的竞合问题。所谓阅览卷宗权,亦可简称为阅卷权,是指行政案件的当事人或利害关系人向行政机关申请阅览、抄写、复制案件有关资料的权利。阅览卷宗权中的“阅览”并不限于阅览的方式,还包括抄写、复制等方式,“卷宗”也不限于已整理完成的卷宗,还包括持有的其他信息。阅览卷宗权是权利保障型行政程序中的一项重要权利,其行使的目的在于维护自身的合法权益,而不在于监督政府、深化民主。阅览卷宗虽然给行政机关带来一定的影响,但却是当事人行使陈述申辩,特别是听证权的当然要求,唯有知悉相关情况,才能有效地主张并维护自己的合法权益。在阅览卷宗权与知情权的关系上,阅览卷宗权属于行政程序的当事人及利害关系人所有,仅可在个案的行政程序中得以主张;而知情权则属于一般人所有,只要存在政府信息即可主张。阅览卷宗权是附属的程序权利,知情权则属于独立的实体权利。^[33] 阅览卷宗服务于私人在行政程序中维护自身合法权益,属于主观性信息公开请求制度;而信息公开则首先服务于知情权的满足,属于客观性信息公开请求制度。^[34]

权利竞合的前提是两者存在交叉。在行政案件的相关资料形成之后,就成为政府信息的一部分,就成为知情权的客体。从行政程序开始后一直到行政行为的争讼期间经过之前,当事人及利害关系人均可依据阅览卷宗权申请公开。也就是在这一阶段,当事人及利害关系人的知情权和阅览卷宗权发生竞合。但竞合有两种类型:一是并存的竞合,可任选其一;二是择一的竞合,两者可存其一。在德国,《联邦信息自由法》上的信息公开规定与《联邦行政程序法》上的阅览卷宗规定属于同一位阶,当事人在行政程序中可选择行使阅览卷宗权与信息公开请求权。而我国台湾地区“行政程序法”第46条第1款规定,当事人或利害关系人仅可为主张或维护其法律上利益而请求阅览卷宗。它依循的是择一竞合中“特别法优于一般法”的法理。德国做法的理由在于,当事人在行政程序进行中的公开请求权不应受到比信息公开法更为严格的限制,以免使当事人的信息程序权反倒不如程序外的人。而我国台湾地区做法的理由在于,阅览卷宗可能干扰行政案件的处理,影响案件的进程和决定的客观

[32] 正如有学者指出的那样,“以‘知的需要’为前提的信息获取,对政府信息公开采取的是‘不公开推定’,只有当信息有被需要时才予以公开”;“以‘知的权利’为前提的信息获取则相反,采纳‘公开为原则’的推定,只有当信息符合法律规定的豁免条件时,才不予公开。”蒋红珍:《知情权与信息获取权》,载《行政法学研究》2010年第3期,第106-107页。

[33] 参见汤德宗:《论资讯公开与卷宗阅览》,载汤德宗、刘淑范主编:《2005行政管制与行政争讼》,中央研究院法律学研究所筹备处专书(2),第147-149页。

[34] 有学者在政府-公民关系的治理逻辑下将信息公开区分为三个层次:(1)具体行政行为框架下的信息公开;(2)大范围法律上利害关系聚集与公共利益共存的信息公开;(3)基于公共利益“反射”的信息公开。并认为第一层次可由利害关系者申请公开,第三层次应由检察机关提起公益诉讼,第二层次则介于两者之间,两种路径都有可能。而在“人民-人大-政府”的主权逻辑下,政府首要应向人大公开,人大经权衡后向人民公开。参见秦小建:《政府信息公开的宪法逻辑》,载《中国法学》2016年第3期,第42-46页。如此,他所理解的公民个人的知情权只是在第一层次,偶尔在第二层次发挥作用,至于第三层次和主权逻辑下的信息公开则非知情权的作用空间。但第一和第二层次在行政法上大致相当于行政程序中当事人和利害关系人的阅览卷宗权问题,只是私人维护自身某种特定合法权益的当然要求而已。换言之,该学者基本上否定了作为公民个人政治权利的知情权。笔者认为,知情权主要是在与维护自身个性合法权益无关的参政议政、监督政府领域发挥功用。

性,因而审慎为宜。^[35] 而我国大陆的法律法规对此并无规定,司法解释则是采取了台湾地区的做法。根据《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》(以下简称《信息公开司法解释》)第2条第4项的规定:“行政程序中的当事人、利害关系人以政府信息公开名义申请查阅案卷材料,行政机关告知其应当按照相关法律、法规的规定办理的”,私人对此不服提起行政诉讼的,“人民法院不予受理”。其理由在于,“一是防止当事人在行政程序进行期间,利用法律漏洞而动辄提起诉讼,从而阻滞行政程序的进行;二是避免不当增加被告的负担,损害诉讼的公平;三是保证阅览卷宗制度不在事实上被废除”。^[36]

在权利保障型行政程序中,一般应赋予私人阅览卷宗的权利,以便于当事人保护自己的权利或利益免受行政行为的侵害。但在我国的法律上,并没有一般性地明确承认阅览卷宗的权利。《行政处罚法》第42条第1款第6项、《行政许可法》第48条第1款第4项在听证程序中有质证的规定,暗含着阅览卷宗(证据资料)的意思。只有《行政复议法》第23条第2款明确规定,申请人和第三人可以查阅被申请人提出的书面答复、作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。因此,让信息公开申请人回到行政程序之中,并不能保障申请人能够获悉相关的信息。当事人所获得的信息保障就不如无关人士所获得的信息充分。故而,采取德国的做法,即并存的竞合较为妥当,当事人可以在阅览卷宗权和知情权之间自由选择。知情权是私人独立的实体权利,即便起诉人在行政程序中拥有阅览卷宗权,也不影响其基于知情权提起行政诉讼。如此,才有利于当事人合法权益的保护,促进政府信息公开制度的实施,并倒逼阅览卷宗制度的发展。

三、信息公开行政诉讼的救济必要性

在具备原告资格之后,原则上信息公开行政诉讼的诉的利益就获得承认。但有时因信息已公开等原因,即使撤销本为纠纷中心的信息公开行政决定,在解决纠纷上也变得没有意义,这时就没有司法救济的必要性。但这种狭义诉的利益的消灭应当谨慎认定。

(一)狭义的诉的利益

提起任何诉讼,请求法院裁判,均应以有权利保护的必要为前提,具备权利保护必要的,其起诉才有值得保护的利益。这在理论上被称作狭义的诉的利益,在德国法上常被称作权利保护的必要或法律保护需要。这里存在一个假设,即法院是由国家财政支撑运转的,为了避免浪费稀缺资源,只有在具有利用诉讼制度的必要时,才能启动诉讼,而不允许以任何形态利用诉讼制度。换言之,原告在客观上确实需要法院帮助其实现权利,否则法院可以拒绝提供救济。^[37]

在德国的行政诉讼中,有几类重要的情形会被认为欠缺诉的利益,而不值得权利保护:第一,原告可以通过更简便的途径实现目的或已经达到目的。当然,那种更简便的途径必须是等价的,而且确实

[35] 参见林三秋:《政府资讯公开法之执行、保障与救济制度——以台湾与德国法制比较为中心》,台湾行政法学会主编:《资讯法制、土地规划与损失补偿之新趋势》,台湾行政法学会2010年版,第163-165页。

[36] 李广宇:《政府信息公开司法解释读本》,法律出版社2011年版,第115页。

[37] 对于诉的利益与原告资格的关系,“原告资格是从特定原告的主观侧面来看原告有无正当资格进行诉讼的利益问题,而狭义的诉的利益是从具体的周边情况这种客观侧面来看维持、进行诉讼有无法律上利益的问题。当然,原告资格与狭义的诉的利益基本上是共通的,其区别未必明确”。[日]南博方、高橋滋編『条解行政事件訴訟法第3版』(弘文堂、2006年)268頁(崑山稔、福田千惠子執筆)。

能够澄清法律问题。第二,无益的诉讼。原告的诉讼目的由于法律或事实上的原因,本来就无法实现,或者胜诉已经没有任何实际意义。第三,滥用、丧失诉权。例如原告的诉讼目的是给对方或第三人造成损害,或者原告由于自己事先的某个行为而自相矛盾,或者诉讼时效已过。^[38] 我国的法院在实践中也开始运用这一理论来排除某些案件的救济。^[39] 那么,在信息公开行政诉讼中,这种狭义的诉的利益或法院救济的必要性又是如何体现的呢?

(二) 诉请公开主动公开事项的诉的利益

诉请公开主动公开事项的,大致有两种情形:其一是行政机关已经主动公开了相关政府信息;其二是行政机关本应依法要求主动公开而未公开政府信息的。对于前者,重复公开通常并无必要。《信息公开司法解释》第12条第2项规定:“申请公开的政府信息已经向公众公开,被告已经告知申请人获取该政府信息的方式和途径的”,“被告已经履行法定告知或者说明理由义务的,人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求”。但值得注意的是,虽然告知了获取的方式和途径,但有时未必容易到手,特别是对于过去的政府信息,比如绝版的政府公报可能只有通过旧书店才能到手,^[40] 这时的诉的利益就不能说已经消灭。

对于未公开本应主动公开的情形,《信息公开司法解释》第3条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行主动公开政府信息义务,直接向人民法院提起诉讼的,应当告知其先向行政机关申请获取相关政府信息。对行政机关的答复或者逾期不予答复不服的,可以向人民法院提起诉讼。”该司法解释设定申请前置的起诉条件,^[41] 其理由之一即在于诉的利益。第一,在有其他法律规定的主张途径存在时,直接起诉的必要性不足;第二,向行政机关申请公开较提起行政诉讼更具有实效性,更容易、更快速地满足原告的请求;第三,过多地受理此类起诉,将消耗有限的司法资源和行政机关的精力。^[42] 这种考虑是具有正当性的,申请前置并未阻断司法救济之路,只是给司法救济设置了前置程序,可以发挥行政机关占有政府信息的优势,以此更为快捷地满足原告的诉求。

(三) 信息公开程序保障的诉的利益

《信息公开司法解释》为信息公开的程序保障也提供了一定的保护,其第1条第1款第2项规定,“行政机关提供的政府信息不符合……法律、法规规定的适当形式的”,属于法院的受案范围。形式的不符合要求,是没有满足信息公开申请的一种情形。但此外的信息公开程序保障,能否获得司法的救济则不甚明了。

在肖江诉烟台经济技术开发区城市管理环保局信息公开案中,一审法院指出:

[38] 参见[德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第387-390页。我国台湾地区学者吴庚归纳的情形如下:第一,原告无需起诉,仅以单纯的申请、通知或其他意思表示方式即可达到相同目的;第二,在实行诉讼类型的法制中,误用诉讼类型,以致无法实现请求权利保护的目的;第三,原告所受的损害已不存在;第四,该行政机关的作为或不作为,并未损害原告的权利;第五,原告的欠缺在法律上已无从补救或并无实益;第六,因自己的行为已表明放弃争讼在先,事后又提起诉讼。参见吴庚:《行政争讼法》,自刊行,2005年第3版,第95-100页。

[39] 例如,在黄陆军等人不服金华市工商行政管理局工商登记行政复议案中,二审法院认为,“撤销涉诉公司的工商核准登记,不能使上诉人的权益损害得到恢复”。《最高人民法院公报》2012年第5期,第48页。这就可以理解为一种狭义的诉的利益。

[40] [日]宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説[第4版]』(有斐閣、2008年)36頁参照。

[41] 将其理解为“穷尽行政救济”(参见江必新主编:《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》,中国法制出版社2011年版,第51-52页),并不妥当,因为申请前置并非行政救济。

[42] 参见李广宇:《政府信息公开司法解释读本》,法律出版社2011年版,第133-134页。

华澳公司年产600吨纺织添加剂建设项目的《建设项目环境影响报告表》中所有内容均是针对该项目所做,是不可分割的完整整体,亦不存在依法不公开的情形,故被告仅向原告提供《建设项目环境影响报告表》的第1-22页,未向原告提供第23页及以后的部分,是为瑕疵。但本案诉讼过程中,被告向法院提供了完整的《建设项目环境影响报告表》,原告也已经因此获得了该完整的《建设项目环境影响报告表》,故无需再由被告向原告另行提供。综上,被告已经按照原告的申请向原告提供了相关政府信息,且原告亦已获取其申请公开的政府信息,原告诉请无事实和法律依据,应予驳回。^[43]

与此类似,在日本爱知县知事交际费案中,原告根据《爱知县信息公开条例》的规定,请求公开记载爱知县知事交际费用途细目的所有文书。县知事作出决定,相应文书中部分现金出纳簿、收据和支付证明书不予公开。对此,原告提起撤销诉讼。爱知县在诉讼中作为书证提出了不公开的部分文书。请求撤销该部分不公开决定的诉的利益,是否因书证的提出而消灭呢?对于不公开决定撤销诉讼的诉的利益,有的法院从实体上把握诉的利益,认为获得了不公开部分的公开、阅览、拿到了复印件,诉的利益消灭;有的法院从程序上把握诉的利益,认为不论是否已经知道该信息,根据《爱知县信息公开条例》规定的程序请求公开文书的权利并不消灭。在理论上,否定说的理由是:第一,既然公开文书请求的目的在于知晓文书的内容,在该文书作为书证提出后,就实现了上述目的;第二,在实质上可视为撤销了不公开决定;第三,即使撤销不公开决定,原告也并不能在已到手的消息之外获得新的信息。而肯定说的理由是:第一,《爱知县信息公开条例》并不以请求者不知道该信息为公开的要件,不论请求者知悉与否,行政机关均有公开义务;第二,《爱知县信息公开条例》规定了通过阅览文书或交付复印件的方法公开,保障居民等通过所定的程序和方法获得公开。否定说有可能诱发恣意运用、轻易就作出不公开决定,因为可以姑且不公开,一旦要败诉,再在途中公开就好,但这违反诚实信用。^[44]日本最高法院最后认为:

本案条例第5条所定的公开请求权人对于根据本案条例请求公开公共文书、根据所定的程序要求阅览请求的公共文书、交付复印件,应可谓享有法律上的利益。因而,在所请求之公共文书不公开决定的撤销诉讼中,即使该公共文书作为书证提出,请求撤销该公共文书的不公开决定的诉的利益也并不消灭。^[45]

这一判决表明,知情权作为一种实体性权利,应当受到正当程序的保障。这种获得正当程序保障的利益具有相对于知情权的独立性。即便知悉了政府信息的内容,诉的利益也并不因此而消灭。

(四)信息公开行政诉讼的滥诉之虞

如果信息公开行政诉讼的诉的利益要件如此容易满足,是否有滥诉之虞呢?在陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案中,其裁判摘要指出:

如果公民提起的政府信息公开申请违背了《政府信息公开条例》的立法本意且不具有

[43] 肖江诉烟台经济技术开发区城市管理环保局信息公开案,山东省烟台市中级人民法院(2016)鲁06行终237号,2016年7月17日。二审法院未就此再作分析。

[44] [日]吉野夏己『紛争類型別行政救済法[第2版]』(成文堂,2010年)378-379頁参照。

[45] 日本最高裁判所2002年2月28日判決,最高裁判所民事判例集56卷2号467頁。

善意,就会构成知情权的滥用。当事人反复多次提起琐碎的、轻率的、相同的或者类似的诉讼请求,或者明知无正当理由而反复提起诉讼,人民法院应对其起诉严格依法审查,对于缺乏诉的利益、目的不当、有悖诚信的起诉行为,因违背了诉权行使的必要性,丧失了权利行使的正当性,应认定构成滥用诉权行为。^[46]

滥用诉权是权利滥用的一种表现,一般认为会违反诚实信用原则,也就欠缺权利保护的必要性。^[47]但是,滥用诉权的认定容易侵害当事人的诉权,故而其认定应十分谨慎,而且因其判断标准的模糊、考虑因素的复杂,应进入本案审理之后方能作出判断。

但在信息公开案件中,认定滥用诉权可能与宪法所保障的知情权、诉权相悖。知情权的行使不问主体是谁,不问动机目的,不问对象和内容为何,更不论次数。保障知情权的诉权既然为基本权利之一,除不符合形式要件的情形外,法院对于起诉就负有受理的义务,而不可裁定驳回起诉。对于信息公开的行政诉讼,原则上不应作出滥用诉权的判断。法院要审查的问题应是所申请的信息是否为不得公开的事项。这也是信息公开行政诉讼在客观诉讼面向上的体现。在信息公开案件中,所谓滥用诉权的实质问题往往不在于反复起诉,而在于行政过程。诉前的行政程序才应是改革的重点,行政机关应当与当事人做好沟通、充分说明理由,应当充分保障行政程序中的阅览卷宗权,减少当事人通过迂回的方式来实现行政程序中的知情目的。当然,在一定条件下可以通过设置累进的诉讼费用、预收诉讼费用等办法对原告的起诉行为进行诱导。^[48]

四、结语

信息公开行政诉讼就是这样具有特殊性。在今天,知情权已成为个人的法定权利,也为信息公开申请人提起行政诉讼提供了原告资格的利益基础。任何公民都享有知情权,在某人提出信息公开的申请之后,就与相应的信息公开决定现实地建立起联系。这种为维护自己的合法权益而提起的行政诉讼,就是主观诉讼。然而,知情权的特别之处在于,它不是服务于个人的利益,而是服务于参政议政、监督依法行政的公共利益。故而,信息公开行政诉讼又带有客观诉讼的面向。因为知情权服务于

[46] 《陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案》,载《最高人民法院公报》2015年第11期,第43页。

[47] 在日本的民事诉讼中,也曾有滥用诉权的判决。相关介绍可参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第191-192页。日本最高法院1978年7月10日曾有以明显违反信义为由认定滥用诉权驳回起诉的判决(最高裁判所民事判例集32卷5号888页)。最高裁判所1988年1月26日判决(最高裁判所民事判例集42卷1号1页)曾指出,起诉人在诉讼中主张的权利或法律关系缺乏事实和法律根据,该人知道或者一般人都容易知道这种情况,却仍然提起诉讼,从裁判制度的旨趣目的来看明显缺乏相当性时,对相对人构成违法行为。下级法院也有为数不多的相关判决。东京法院2000年5月30日判决给出的滥用诉权要件较为严密(判例时报1719号40页):“在提起诉讼中,起诉人不以实现实体权利或解决纠纷为真诚的目的,而是带有让对方当事人处于被告地位、使其承受诉讼上或诉讼外有形无形的不利、负担等不当目的,起诉人主张的权利或法律关系缺乏事实和法律根据、缺乏权利保护的必要性等,从民事诉讼制度的旨趣目的来看明显缺乏相当性,违反信义时,即为滥用诉权,其诉不合法而应驳回起诉。是否为滥用诉权,要综合考虑下列因素作出判断:起诉人的意图目的、起诉前的经过、起诉人主张的权利或法律关系有无事实和法律根据及其盖然性、其法律的性质和事实背景、起诉人的诉讼行为态度、提起并实施诉讼给对方当事人之应诉负担、对对方当事人及诉讼相关人在诉讼上或诉讼外遭受不利、负担等作出评价的相关事实(评价根据事实)。”我国《民事诉讼法》也仅仅是对恶意串通的滥用诉权行为作出规定。该法第112条规定:“当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的,人民法院应当驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

[48] 诉权应当得到保障,而滥用诉权也应有所抑制,故而,这是一个既非禁止又非放任的领域,采用经济诱导措施是妥当的。

公益,而不是为了个人的某种利益去申请信息公开,所以不应需要申请人与所申请的信息之间有某种个人性的关联。行政机关在作出信息公开决定时,不应考虑申请人的特质,而只是审查所申请的信息是否为不得公开的事项。相应地,法院在受理信息公开案件的请求时,也不能考虑信息公开申请人个人的“特殊需要”。在解决了原告资格问题之后,还需要从客观上看是否有必要由法院提供权利救济。对于行政机关应主动公开而未公开的信息,当事人可以直接向行政机关申请,便可实现知悉的目的。如果直接提起信息公开行政诉讼,可认为其缺乏诉的利益,不值得司法保护。在某人提出信息公开的申请后,行政机关未能给予满足时,即便申请人通过某种途径知悉了政府信息的内容,其诉的利益也并不因此而消灭。行政机关在信息公开决定上存在违法情形,无论是实体上的还是程序上的,法院就有监督的必要。信息公开行政诉讼旨在维护公益,其提起并无主体、目的、次数等的限制,原则上没有滥诉的问题。客观诉讼中的原告可以说是形式性或技术性原告,而非实质性原告,只是因为知情权成为个人的公权利之后,信息公开立法将提起信息公开行政诉讼的原告资格赋予了信息公开申请人。原告只是启动了这种诉讼,其后的审查更多地是信息公开决定合法性的客观审查。通常,法院相应的裁判也具有效力,一旦法院认定政府信息可以公开,任何人均可据此申请获得公开。基于对信息公开行政诉讼的这种理解,或可破除司法实践中的某些误区,给信息公开申请人以充分的救济。

On the Interest to Sue to Disclose Public Information

Wang Guisong

Abstract: The right of claim to disclose public information has become one of personal public rights, while it is used to protect public interest of supervising administration according to law. So the administrative litigation to disclose public information has double functions of subjective and objective litigation. Claim to disclose public information is to exercise the right to disclose which is protected by administrative law. Because the right is served to unspecified interest, the prosecutor without specified interest can have the stake in the administrative decision on disclosing public information and has the standing to sue. Special needs should be proofed only when to re-use the public information. Even if the prosecutor has the right to access to the administrative file, he can still sue according to the right to disclose. The right to disclose should be safeguarded by due legal process. Either substantial right or legal process can be sufficient interest basic of the administrative lawsuit to disclose public information. Sue to disclose public information should not usually be judged as the abusing the right of action.

Keywords: freedom of information; right of claim to disclose public information; standing to sue; interest to sue; objectivity of administrative litigation

(责任编辑:刘馨)

从信息公开到信息保护:公法上信息权 保护研究的风向流转与核心问题

赵 宏*

摘 要:公民完整的信息权不仅应包含个人不受阻隔地从政府获取公共信息的权利,同样应囊括公民可自我决定在多大范围内对外公开生活事实,尤其是向政府披露个人信息的权利。但我国既往在信息权保障领域的公法研究却主要聚焦于信息公开,而鲜少涉及信息保护。这也导致本应并行发展的信息公开与信息保护在我国呈现明显的“跛足”态势。监控国家的风险已提示我们强化个人信息公法保护的必要,而针对信息权保护的公法研究也应实现从信息公开到信息保护的风向流转。个人信息公法保护的核心问题在于其基础理论的建构,而在这一问题上,德国法中的“信息自决权”理论提供给我们有益启发。这一理论有效克服了美国法上“宪法隐私权”概念的偏狭和弊端,也因此更宜成为我们系统建构公法上个人信息保护的理论和思考基础。

关键词:个人信息的公法保护 监控国家 宪法隐私权 信息自决权

我国《政府信息公开条例》自 2008 年起开始实施迄今已逾八年。《政府信息公开条例》的施行不仅对依法行政的贯彻形成了有效的倒逼机制,同样使知情权在我国获得制度落实。但信息公开所保障的只是公民不受阻隔地获取政府所掌握的公共信息的权利,并未覆盖公民可自我决定在何时以及在何种范围内对外公开个人生活事实,尤其是向政府披露个人信息的权利。后者在德国法中被概括为公民的信息自决权(Informationelle Selbstbestimmung),并被置于数据保护(Datenschutz)的主题下获得广泛讨论。如果说知情权的落实是为了强化公众对政府政务的参与和监督,那么信息自决权的确立则是为了防堵在信息化时代下,政府无限度地攫取个人信息并加以不当整合,从而使私人生活图像无所遁形的可能。知情权与信息自决权,一个指向公共信息的公开,另一个则强调私人信息的保护,二者共同构成了作为集合性权利的公民信息权。但相较通过《政府信息公开条例》的颁行而获得广泛落实的知情权,公民的信息自决和信息保护无论是研究还是立法在我国都处于萌发阶段:不仅学者对这一领域的学理探讨明显较少,有关信息保护的制度实践同样只见端倪。而既有的信息保护研究又主要集中于私法领域,个人信息的公法保护则鲜少被深入触及。研究视角的局限表明,人们对私法领域中他人不当侵犯个人的信息的行为已经有所防御,但对于国家对个人信息的无限度搜集以及不当使用却缺乏足够警醒。事实上,信息技术的飞速发展所带来的不仅包括个人信息为他人所滥用的恶症,还包括政府无限度地搜集和使用个人信息,从而蜕化为监控国家的风险。这一风险提示我们应强化对信息保护的公法研究,相应地,在公法领域,无论是公民信息权的理论研究还是制度建构,其风向也应实现从信息公开到信息保护的风向流转。基于上述思考,本文在简要铺陈当下我国信息权研究

* 中国政法大学教授,法学博士,德国慕尼黑大学、科隆大学访问学者。

与立法的“跛足”态势后,着重阐释和分析个人信息的公法保护在我国的研究和制度保护现状,并尝试对其中存在的核心问题予以剖解。

一、作为集合性权利的信息权与我国学理和立法的“跛足”

作为个人识别标示的“个人信息”,自公民出生时起就与之形影相随,但在信息化时代到来之前,人们并未察觉将“个人信息”作为区别于名誉、荣誉、姓名等一般人格权客体而予以单独归纳和处理的必要。彼时人们关注的只是不欲为他人所知的隐私信息的保护,人们也同样认为,隐私保护已足够为自己构筑起阻挡他人和国家窥视和介入的坚固屏障。但电脑、信息技术的飞速发展将人类无法逆转地带入“信息化时代”。信息化时代下,信息搜集、储存、整合、传播及处理方式的彻底革新,使人们再无法遁于“隐私”之下获得完整隐秘的个人空间。通过获取、汇集和整合人们在日常生活中所留下的种种生活痕迹,数据技术完全能够在短期内描摹出与个人的实际人格相似的“数字人格”(computer persona)^[1],从而使私人图像一览无余地暴露于他人的窥视之下。学者也因此感慨,“科技发展已经在人类审慎思考是否同意之前,就已经将神圣的‘人’降格为硬盘里可随时调取并分析的‘1/0’^[2]”。信息时代下个人生活被广泛干预的极大风险,警醒人们开始注重对个人信息的保护,而世界范围内个人信息保护制度的勃兴,也正肇始于人类进入“信息时代”的20世纪中期以后。

信息保护的需求不仅催生了大量个人信息保护制度,同样扩张了信息权的保护领域。传统信息权主要在于保障个人不受阻隔地获取政府所掌握的公共信息,由此来促进公众对公共事务的有效参与和对政府活动的有效监督。这项权利在美国法中被具体概括为知情权(the right to know),在德国宪法中则被标注“信息权”(Informationsfreiheit)^[3]。但信息时代下个人因数据处理技术而被“透明化”、“数据化”甚至“物化”^[4]的极大风险却要求,不仅个人不受阻隔地从政府获取公共信息的权利应予保护,信息权的保护内容还应囊括公民可自我决定在多大范围内对外公开生活事实,尤其是向政府披露个人信息的权利。这一内容在德国法中被归纳为公民的信息自决权(Informationelle Selbstbestimmung),并被置于“数据保护”(Datenschutz)的框架下获得广泛讨论^[5]。正如施密特·阿瑟曼所言,公民信息自决和数据保护要求的提出,“是对国家因现代信息技术的急剧发展而获得的对个人生活极大监控可能性的回应”^[6]。如果说知情权所欲达到的目标是为了通过促进公众对政治生活的有效参与和监督,由此来塑造运行良好的民主社会的话;那么信息自决权则是为了避免现代国家通过信

[1] [美]阿丽塔·L. 艾伦、理查德·C. 托克音顿:《美国隐私法:学说、判例与立法》,冯建妹等编译,中国民主法制出版社2004年版,第207页。

[2] 齐爱民:《拯救信息社会中的人格——个人信息保护法总论》,北京大学出版社2009年版,第27页。

[3] 参见德国《基本法》第5条第1款第1句,“所有人均有权利通过语言、文字和图画自由表达和传播言论,以及不受阻隔地从一般渠道获取信息的权利”。

[4] 郭瑜:《个人数据保护法研究》,北京大学出版社2012年版,第91页。

[5] Hans-Ulrich Gullwas, Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit, NJW1992, S. 12.

[6] [德]艾伯哈特·施密特-阿斯曼:《通过基本权利及宪法保障所进行的权利保护》,载《中德法律研讨——对行政的法律约束和对个人权利的保护》,第270页;转引自刘飞宇:《行政信息公开与个人资料保护的衔接——以我国行政公开第一案为视角》,载《法学》2005年第4期,第126页。

息技术而滑向监控国家,从而无限度地侵扰和积压私人领域。事实上,从“信息的个人自决”〔7〕这样的宣示性表述中,我们就已经能够强烈地感受到,这一权利对于信息时代下个人仍旧享有行动自由,个人仍旧是自身信息主体的强调,以及针对信息时代下可能产生的个人数据为他人以及国家操控的反击。因为信息自决内容的加入,传统信息权逐渐被拓展为内涵丰富、面向多维的集合性权利。欧盟曾在1995年颁布的《关于个人数据处理及自由流通个人保护指令》对个人信息权进行了详尽罗列,个人作为信息主体的权利包含:第一,拒绝权,即信息主体有权拒绝他人对个人信息的处理;第二,知情权,即信息主体有权获取与其个人数据处理相关的信息;第三,修改权,即信息主体有权要求修改、增删个人信息,保障信息记录真实完整;第四,删除权,即信息主体在个人信息作为记录的目的不再必要或相关时,有权要求删除;第五,质询评价权,即对个人的评价完全是基于个人信息处理的结果时,可以不受约束地对评价进行质询。而德国在1990年颁布的《联邦个人数据保护法》中,同样归纳出了个人在数据收集、处理和利用这些动态过程下所享有的完整的信息自决权,这些权利具体包含:个人信息告知权、个人信息更正权、个人信息封锁权以及个人信息删除权。这些内容拓展都使信息权成为多面向、多维度的体系化的权利整体。

综上,作为集合性权利,信息权不仅包括了信息公开,还囊括了信息保护。在信息时代下,旨在保护个人信息免受他人,尤其是政府操控的信息自决权对于维护个人的独立尊严以及完整人格而言至关重要,应与知情权一样获得保障,而诸多具有典型代表意义的国家基本上都是通过分开制定信息公开法(或称信息自由法)和个人资料保护法,分别为上述权利提供保障。但由于理论研究和制度推进的相对滞后,我国此前在公法领域对于公民信息权的保障焦点一直以来都积聚于信息公开,对于公民的个人信息自觉和数据保护关注甚少。相应地,尽管我国自2008年起颁行《政府信息公开条例》,并在政府信息公开领域取得了丰硕成果,但在个人信息保护领域却凸现严重的制度空白,这也导致本应并行发展的信息公开和信息保护,在当下的中国却呈现跛足的态势:一方面,对于政府信息公开的理论研究和制度推进在《政府信息公开条例》颁行后异常繁荣,这种繁荣又集中体现于国务院于2015年印发的《法治政府建设实施纲要(2015-2020年)》中,该纲要用相当的篇幅集中阐释了政务公开的问题,意图在《政府信息公开条例》的基础上,打造升级版的政务公开制度〔8〕;但另一方面,对于数据化时代下,个人信息有可能被国家过度攫取、违法披露以及不当使用的风险,无论是我国理论探究还是制度实践都缺乏必要的、与信息公开关注度相称的省察。尽管从《政府信息公开条例》第23条〔9〕以及第25条〔10〕的规定中,我们似乎能够窥见立法者在保障信息公开的同时,同样尝试纳入对个人信息的保护,但这些零星分散的保护条款一方面只是信息公开的“搭车之举”〔11〕,另一方面它所涉及的内容也仅包括信息主体对政府所掌握的自身信息的获取权和更正权,而并未触及信息自决权的关键内核,即个人得自主决定其个人信息于何时、何地以及以何种方式被国家收集、储存、处理以及利用。从这个意义上说,《政府信息公开条例》对于信息公开的推进功效卓著,但对于信息保护却作用甚微。信

〔7〕 德文中的“信息自决权”直译即“信息的自我决定”(Informationelle Selbstbestimmung)。

〔8〕 周汉华:《打造升级版政务公开制度——论〈政府信息公开条例〉修改的基本定位》,载《行政法学研究》2016年第3期,第4页。

〔9〕 《政府信息公开条例》第23条规定:“行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私,公开后可能损害第三方合法权益的,应当书面征求第三方的意见;第三方不同意公开的,不得公开。”

〔10〕 《政府信息公开条例》第25条规定:“公民、法人或者其他组织有证据证明行政机关提供的与其自身相关的政府信息记录不准确的,有权要求该行政机关予以更正。该行政机关无权更正的,应当转送有权更正的行政机关处理,并告知申请人。”

〔11〕 李广宇:《政府信息公开诉讼:理念、方法与案例》,法律出版社2009年版,第171页。

息公开与信息保护的权重失衡,提示我们未来在公法领域对信息权保障的立法和理论研究应渐次实现从信息公开向信息保护的风向流转,也应加强对公民信息的公法保护。

二、“监控国家”的风险与个人信息公法保护的必要

因个人信息被他人非法获取、使用和传播而引发的种种恶状与乱象,我国私法领域已经率先展开了对信息保护的理论研究和制度建构。受美国法的深刻影响,私法领域对信息保护的讨论主要在隐私权的范畴下展开。在此思考框架下,我国2009年颁行的《侵权责任法》第2条首次纳入了“隐私权”的概念,该法第62条规定:“医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私保密。泄露患者隐私或者未经患者同意公开其病历资料,造成患者损害的,应当承担侵权责任。”尽管隐私保护与普遍广泛的信息保护之间尚有距离,但如何有效地防御他人对个人信息的正当搜集和滥用,迄今已成为我国私法研究中的重要论题。

对个人隐私和个人信息的私法保护旨在防御他人对个人信息的正当搜集和滥用。他人对个人信息的侵扰的确会严重损害个体人格,但当个人信息获取和分析主体是拥有强大力量的国家时,这些信息又会完全成为解析个体的数据基础,个人生活图像也会因此一览无余地暴露在国家的窥探监控之下。事实上,因为城市化的快速发展,为控制社会稳定、打击犯罪、强化治安等目的,我国政府早已开始大量采集公民个人信息,而身份登记、视频监控、实名注册等管理手段也开始越来越多地充斥于我们的生活。政府所拥有的信息处理技术,已使这些个人信息极有可能被迅速整合,并由此完整描摹出个人图像和个人行踪。但相比信息泄露和数据操纵在私法领域引发的热议和关注,人们对于国家对个人信息的无限度地搜集以及不当使用却缺乏足够的警醒。下文就以典型实例为证,说明信息化时代下国家滑向监控国家的极大风险以及个人信息公法保护的必要。

其一,强制录入指纹与指纹信息保护。2012年1月1日起实施的《居民身份证法》第3条第3款规定:“公民申请领取、换领、补领居民身份证,应当登记指纹信息。”这一规定将录入指纹,作为核发居民身份证的要件,因此形同于强制录入指纹。尽管涉及到个人的重大敏感信息,但遗憾的是,上述强制录入指纹的规定在我国却并未像在其他国家一样掀起轩然大波,而公民在申领身份证时拒绝录入指纹的个案更相当鲜见。但就在政府倡导、民众配合的“和谐画面”之后,也有学者敏锐地觉察出强制录入指纹下所掩藏的国家干预公民信息自决权的事实。^[12]我国台湾地区曾发生过类似的案例,我国台湾地区“户籍法”第8条第2款及第3款曾规定,“未依规定按捺指纹者,拒绝发给国民身份证”。这一规定经“司法院大法官会议”审查后被确认违宪。“司法院大法官会议”针对本案所作的第603号解释至今读来仍振聋发聩,“强制全民按捺指纹,并建立全民指纹信息数据库,在现代化的信息处理技术下,将导致国家能够不论距离、时间而寻获个人信息,并拼凑成完整的‘个人图像’,使个人行踪完全暴露在国家的监控之下,有形成‘监视国家’之嫌”^[13]。

其二,实名制与信息滥用风险。要求以真实姓名从事各种活动的“实名制”,目前更成为我国政府解决各种社会问题的首要“良方”。提供实名所带来的震慑作用和追责便利,使我国政府开始越来越

[12] 张红,《指纹隐私保护:公、私法二元维度》,载《法学评论》2015年第1期,第23-29页。

[13] 参见台湾地区大法官会议第603号解释。

依赖“实名制”进行行政管理。例如,在网吧上网,按照国务院《互联网上网服务营业场所管理条例》的规定,公民须出示身份证等有效证件并进行登记,而有关上网记录也会被记录;公民在办理网站接入服务,办理固定电话、移动电话等入网手续时,按照全国人大常委会《关于加强网络信息保护的決定》,也须提供真实的身份信息,未实名登记的将严重影响正常的移动通讯服务;此外,根据交通运输部《铁路旅客车票实名制管理办法》,购买火车票需提供有效身份信息,取票、进站时均需要提供有效身份证件。上述实名制规定的列举只是冰山之一角,从各地的行政管理实践来看,各种实名制几乎淹没了公民的绝大部分生活领域。但对于这些实名制规定,除了北京市2011年推出的《北京市微博客发展管理若干规定》中的“微博实名”曾遭受学者的广泛批评,被认为是严重干预了公民的言论自由外,其他的实名制似乎很少受到责难,人们也很少察觉“实名制”与个人信息保护之间的矛盾与冲突。事实上,从个人信息保护的角度出发,各种场合的实名制要求,本质上就是对个人身份识别数据的采集、比对、储存和处理的过程。公民的行踪、言论和生活轨迹在各种“实名制”下几乎全部被暴露在国家的监控之下。政府出台上述实名制规定,基本都是出于行政管理的便利,或是维护社会治安的需要,但为追求这些目的就要求公民事无巨细地提供个人身份识别信息,显然属于损益失衡、手段过当。此外,这些实名制规定大多规范层级过低,立法过程仓促草率,且鲜有严格保障信息安全的规定,这又在相当程度上加剧了信息泄露的风险。^[14]

其三,视频监控联网与个人行踪信息的彻底披露。2015年为缓解城市化的快速发展给社会稳定带来的巨大隐患以及政府治理的严重困难,国家发展和改革委员会、中央综治办、科技部、工信部、公安部等9个部门联合下发《关于加强公共安全视频监控建设联网应用工作的若干意见》,提出到2020年我国要基本实现“公共安全视频监控联网建设”的“全域覆盖、全网共享、全时可用、全程可控”。如果说,一个摄像头也许只能证明某人某时某刻于某地的某种行为或某种状态,那么一张“视频监控网络”几乎可以完整拼凑出个人离家后的所有行踪信息,通过视频监控联网,作为监控者的政府几乎被赋予了“上帝视角”,其对公民行踪信息得以轻松和全面掌控。因此,在没有经过公众广泛参与讨论、没有经过比例原则的仔细权衡、没有配套的信息使用规则出台,也没有建立有效的事后监督和救济机制的情况下,贸然出台上述意见,并仓促展开全局全域的视频监控联网建设,其对公民信息保护可能产生的恶劣影响几乎让人不寒而栗。

上述实例提醒我们,在强调对他人侵犯个人信息权的行为予以积极防卫时,同样应对国家不当搜集和滥用公民信息的行为保持足够的警觉。作为个人数据处理的“老大哥”^[15],国家已在信息技术时代掌握了足以完整描摹个人图像的信息获取渠道和信息处理技术,监控国家(Ueberwachungsstaat)^[16]的风险也因此骤然增高。而且,相比私人对个人信息的非法侵扰,来自国家的不当干预更令人难以觉察,也更难以抵御。因此,在倡导对个人信息的私法保护的同时,同样应重视对公民信息权的公法保护。与私法保护不同,公法保护的防御对象是国家,其目标是通过限制国家不当搜集和滥用个人信息,来防堵国家藉由信息处理技术大范围地介入私人生活和私人领域,从而确保个人人格在信息化时

[14] 郭瑜:《个人数据保护法研究》,北京大学出版社2012年版,第291页。

[15] 同注14引书,第141页。李克强总理在2016年5月9日召开的“全国推进简政放权放管结合优化服务改革电视电话会议”讲话中也曾提到,“目前我国信息数据资源80%以上掌握在各级政府受理”。

[16] “监控国家”的观念来自于德国法。参阅 Horst Hund, Ueberwachungsstaat auf dem Vormarsch – Rechtsstaat auf dem Rueckzug? NJW 1992.

代下仍旧享有充分的自我确定和自我开展。事实上,世界上典型国家的个人信息保护立法最初都源于对国家和公共机构的制约。例如德国1970年的《个人数据保护法》,就仅将调整范围限定为政府的数据处理行为。尽管随着私人机构对个人数据处理的增多,个人信息保护立法渐次覆盖至市场主体,但如何限制和规范政府的数据处理行为,仍旧是这些典型国家个人信息保护立法的重要主题。综上,信息技术的发展所带来的不仅是个人信息为他人所操控,同样包含个人信息为国家所滥用的风险,据此,为防堵来自国家的侵扰,个人信息的公法保护与私法保护同样必要,惟有二者相互配合、彼此补充,才能为数据化时代下的个体提供完整的人格保护。

三、公法上信息保护的理论展开及“宪法隐私权”作为理论基础的局限

尽管数量无法与有关信息公开的研究相比,但有关信息保护的学理研究在我国也已渐次展开。但因为同样受美国法的深刻影响,我国学者在最初论及信息保护时,大多将其理论根源溯及隐私权;而且为凸显公法隐私权保护与私法隐私权保护的差异,诸多学者都援用了美国法中“宪法隐私权”(the constitutional right to privacy)的概念,宪法隐私权也因此成为公法上信息保护的理论基础。^[17]

(一)从隐私到信息隐私再至宪法隐私权:美国法的发展脉络

美国无疑是世界上隐私保护制度最发达的国家,而隐私权的大范围讨论同样肇始于美国。在论及隐私权时,人们都会首先诉诸学者沃伦和布兰代斯于1890年在此领域的奠基之作——《隐私权》。沃伦和布兰代斯最初将隐私权定义为“一个人呆着的权利”,这一定义也成为迄今关于隐私权最经典的界定。隐私权最初所保障的只是私生活秘密和私生活安宁。但伴随信息社会的到来,人们逐渐发现,沃伦和布兰代斯在近一个世纪之前对隐私权的界定过于简单,也过于消极,并无法防堵信息社会下的信息隐私侵权。在很多信息隐私侵权判例中,很多法官固执传统隐私的衡量基准和法定要件,而拒绝对信息隐私提供保护。^[18]为实现对信息隐私(information privacy)的覆盖,学者尝试对隐私权进行积极定义,认为其“不仅包含消极意义上个人独处的权利,还包括积极意义上个人对个人数据的控制”^[19],隐私权也因此具备了开放的特质,并覆盖至信息隐私。

隐私保护最初主要适用于民事领域,沃伦和布兰代斯在型塑隐私权保障体系时,也是将其放置于传统侵权法的框架下。其嗣后蔓延至宪法领域,并因此衍生出“宪法隐私权”的概念,则主要依赖于美国联邦最高法院的诸多判决。“宪法隐私权”概念的提出最早可追溯至1965年的“格瑞斯沃尔德诉康涅狄格州案”(Griswold v. Connecticut)中,该案也被认为是“宪法隐私权”确立的里程碑案件。^[20]在

[17] 参见刘泽刚:《宪法隐私权的目的是保护隐私吗?》,载《社会科学家》2008年第5期;刘泽刚:《隐私权的公法俘获及其意义》,载文正邦主编:《宪法与行政法论坛》第四辑,法律出版社2010年5月版;张红:《指纹隐私保护:公、私法二元维度》,载《法学评论》2015年第1期。

[18] Jonathan B. Mintz, *The Remains of Privacy's Disclosure Torts: An Exploration of the Private Domain*, 55 Md. L. Rev. 425, 446 (1996).

[19] 张民安主编:《隐私权的比较研究——法国、德国、美国及其他国家的隐私权》,中山大学出版社2013年版,第280页。

[20] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

该案中,主审法官道格拉斯运用“基本权利的晕影理论”^[21],从美国宪法权利法案的多项规定中,例如结社权,禁止非法搜查和扣押公民人身、住宅、文件、财产权利,反对强迫犯罪者自证其罪条款,正当法律程序条款中导出了宪法对于个人隐私的保护。因为确认了宪法对于个人隐私的保护义务,该案判决被评价为,“将沃伦和布兰代斯曾经在侵权救济方面所作的探讨上升到了宪法原则的新高度”^[22],宪法隐私权的概念自此在美国法中得以确立。宪法隐私权同样覆盖信息隐私,则源自联邦最高法院1977年的“华伦诉罗伊”案(Whalen v. Roe)判决。在这份判决中,最高法院宣称,“本院并非不知道(搜集个人信息)这种对隐私的威胁存在于电脑数据库或者其他政府文件日益积累的个人信息之中……而这些信息一旦泄露,就必然造成个人的难堪或伤害。但为了公共利益的需要而搜集和利用这些数据的权力,同样也伴随着法定的义务,那便是不得随意泄露”^[23]。联邦最高法院对信息隐私同属于宪法隐私权的肯定,不仅保障了公民的私人信息免受他人非法搜集、刺探和公开,同样使其免受国家行为的侵扰。迄今,经由联邦最高法院的努力,那些在普通法上出现的形象公开、隐居权、言论自由、未经同意盗用他人姓名权、侵犯私密领域、公开他人私人事务、歪曲私人事务等,都已从民法上的隐私概念上升为宪法隐私权的固定组成。而从侵权法上升至宪法领域后,“隐私权也显示出了它全面扩张的力量”^[24]。

(二)我国学者对“隐私保护”理论的继受及隐私的公法俘获

从隐私权到信息隐私再到宪法隐私权,美国法的上述发展轨迹同样深刻影响我国学者对相关问题的认知。在我国,对隐私权的最初研究主要在私法领域内展开,而隐私权的属性也被相应地定位为与契约自由、财产权一样的私权。在民法学者看来,隐私权不仅属性是“私”的,是“自然人享有的私人生活安宁与私人信息秘密依法受法律保护,不被他人非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开的一种人格权”;内容是“私”的,其核心在于“强调私人自治,强调无需公共权力干涉的排他支配性”;其保护方式也是“私”的,即私法保护,又或者说是侵权保护是隐私权最重要的保护方式。^[25]上述思维定势使我国许多民法学者在美国法已经普遍承认宪法隐私权时,仍旧坚持捍卫隐私权的“私”性,甚至主张只要民法隐私权而无需宪法隐私权,“隐私权的保护主要通过民事法律完成,将其归结为宪法权利本身并无助于隐私权的全面保护,也无法替代关于隐私权的民法规范”^[26]。

但正如美国法的发展脉络所展示的,对隐私权“私性”的过分强调反而使“隐私权的保护一直处于

[21] 这一理论认为,宪法除保障宪法修正案中明确列举的权利外,还保护这些权利的边缘性权利,相对于那些明示的权利,这些边缘性权利就仿佛“晕影”(penumbra)一样的存在,惟有对这些边缘性权利同样提供保护,对宪法明示权利的保障才是充分的。参见[美]阿丽塔·L. 艾伦,理查德·C. 托克音顿:《美国隐私法:学说、判例与立法》,冯建妹等译,中国民主法制出版社2004年版,第30页。

[22] 381 U. S. 479 (1965). 案件发生的起源是康涅狄格州法律规定禁止计划生育协会向公民提供关于使用避孕药具的建议,并认为即使在已婚夫妇之间使用避孕药具也是非法的。因反对政府无端干预公民私人生活,最高法院最终宣告了康涅狄格州法律违宪。

[23] Whalen v. Roe, 429 U. S. 589 (1977). 该案的主要事实是,纽约州在1972年的一部法律中规定,凡是对人身具有潜在危害的药品必须进行分类。其中危害最大的一类药品被列入二号清单,要获得此类药品必须向有关部门提供个人信息,而这些信息也会被集中存入电脑数据库。在该法生效之前,一群需要长期用药的病人、医生和病人协会联合发起诉讼,认为该法的登记条款侵犯了医患关系这一宪法保护的隐私领域。最终最高法院虽然裁定纽约州的法律没有构成对隐私权的侵犯,但在判决中却首次将宪法隐私权拓展至信息隐私。参见杨开湘:《宪法隐私权导论》,中国法制出版社2010年版,第38页。

[24] 戴维·W. 里布朗:《隐私权在美国侵权法历史中的地位》,胡明星译,载张民安主编:《隐私权的比较研究——法国、德国、美国及其他国家的隐私权》,中山大学出版社2013年版,第272页。

[25] 杨立新:《人格权法》,中国法制出版社2006年版,第305-306页。

[26] 王利明:《私权概念的再界定》,载《法学家》2012年第1期。

零散和无力的状态”^[27]。私法上的隐私权强调隐私人对其隐私,无需他人介入的直接支配性,以及禁止他人妨碍其支配隐私的排他性。但伴随现代国家与个人关系的彻底更迭,大量的个人信息已非个人,而是由国家所掌控;同时,在现代国家下,对个人隐私尤其是信息隐私的最大威胁也主要来自国家。此时再将隐私权局限为个人对其隐私的完全支配,以及对他人的防御,已与现实严重不符,也难为隐私提供周全稳妥的保护。正是基于上述原因,在某些私法学者过分夸大隐私权的私法保护,并武断地将这一主题的讨论垄断于私法领域时,我国公法学者也开始尝试为隐私权的讨论纳入公法的全新维度,认为只有公法的介入和公私法的相互扶助,才能为隐私权提供全面系统的保护。隐私权因此在我国为公法所“俘获”^[28]。在这一过程中,已有学者开始使用美国法上的“宪法隐私权”概念,针对国家对个人信息的搜集、储存、利用和公开的合法性与正当性进行剖析^[29],相关专著和论文同样渐次出现^[30],相应地,“宪法隐私权”作为一项基本权利也逐渐为我国学者所广泛接受。

(三) 宪法隐私权作为公法上信息保护理论基础的局限与问题

美国联邦最高法院将隐私权提升至宪法原则的高度,使隐私权摆脱了私权的偏狭局限,成为对抗国家干预的重要利器,学者们也因此赞誉宪法隐私权为“自由社会的基石”^[31]。而我国学者对“宪法隐私权”概念的纳入,同样有助于我们强化对无孔不入的国家作用的防御,保障私人领域免受国家不当介入,以及维护个人自决在现代国家下的完整。尽管“宪法隐私权”概念具有上述重要功能,但将其作为公法上信息保护的理论基础却仍旧具有相当的局限和问题,而这些局限和问题又主要集中表现于以下三个方面。

1. 保护对象的有限

如上文所述,美国法上的隐私权最初的保护对象主要是个人的私生活安宁和私生活秘密。为因应数据化时代下个人信息保护的必要,美国学界和司法判例通过扩张解释“隐私”,使其在消极意涵之外,同样包含了对个人数据予以控制的积极意义,由此才推导出了信息隐私权的概念。但既然属于隐私权下的一个分支,“信息隐私权”当然并不保护所有的信息,是否属于该项权利保护的对象,必须首先经过是否为“隐私”的检验。但在美国法的诸多判例中,是否为“隐私”的检视,非但没能成为撬动司法保护的杠杆,反而成为信息保护的障碍。例如,美国法院最初解决信息隐私侵权案件时,常常根据隐私侵权法中“他人对其已被公开的信息不享有隐私权”的传统观念,认为许多汇编的个人信息已属于公共领域,已暴露在公众视野下或是已为他所知悉,而拒绝对个人提供司法保护。^[32]上述做法招致学者的广泛批评,认为隐私权的传统观念使个人的信息状态极端化,“认为信息要么属于完全公

[27] 同注24引文,第272页。

[28] 刘泽刚:《隐私权的公法俘获及其意义》,文正邦主编:《宪法与行政法论坛》第四辑,法律出版社2010年版。

[29] 李晓明:《公共视频监控系统与隐私保护的法律规定——以上海世博会为视角》,载《法学论坛》2009年第1期;胡建森:《论公共摄像监视——以隐私权为中心》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2008年第4期;张红:《指纹隐私保护:公、私法二元维度》,载《法学评论》2015年第1期。

[30] 参见张军:《宪法隐私权研究》,中国社会科学出版社2007年版;王秀哲:《隐私权的宪法保护》,社会科学文献出版社2007年版;屠振宇:《宪法隐私权研究——一项未列举基本权利的理论论证》,法律出版社2008年版;杨开湘:《宪法隐私权导论》,中国法制出版社2010年版。

[31] *Time v. Hill*, 385 U. S., at 387-388. 转引自张民安主编:《隐私权的比较研究——法国、德国、美国及其他国家的隐私权》,中山大学出版社2013年版,第275页。

[32] 尼尔·M. 理查德·丹尼尔·J. 索洛韦伊:《Prosser教授的隐私权理论》,载张民安主编:《隐私权的比较研究——法国、德国、美国及其它国家的隐私权》,中山大学出版社2013年版,第319页。

开的状态,要么属于完全私人的状态,缺少一个在公开和私人之间的中间状态”^[33]。学者尝试根据可获得的信息水平确定更加详细的隐私权概念,主张将搜集、整合看似无关的数据信息,并大范围散播这些信息的行为都认定为显著的侵权。但许多法院至今仍采用传统过分简单化的隐私权概念。因此在越来越多的信息难以以绝对私人化状态存在的今天,传统隐私侵权法的“僵硬形式已难以为信息时代提供合适的隐私权保护方法”^[34]。鉴于传统隐私侵权法对于信息隐私保护的局限,美国于1974年颁布《隐私法》。这部法律尽管冠名为“隐私权”,但在该法被并入《美国法典》第五编第552a节“个人信息记录”后,其保护的主体被拓展为“个人被政府机关所掌控的记录系统”,而“记录”又具体指行政机关所保持的关于个人的信息、信息集合和信息分类。据此,《隐私法》已不再以保护“隐私”为限,这也从另一角度说明,诉诸“隐私”概念或是“宪法隐私权”概念,确已无法为数据时代下普遍的信息保护需求提供学理支持。

2. 权利属性与范围边界的模糊

隐私权的概念最初在美国法中被提出,并非指向国家,而是指向同样作为隐私权享有者的其他人。正因为最初被定位为对抗他人的民事权利,有关隐私权救济的问题便被放置在传统侵权法体系下进行。而沃伦和布兰代斯在侵权法体系下,对隐私权属性界定、责任形态、免责事由、损害赔偿等问题的论述,也为后世学者框定了思考这一问题的基本构架。尽管联邦最高法院后来通过基本权利晕影理论和概括性条款,使隐私权从民法跨入宪法,并肯定隐私权作为宪法权利的属性,但其范围边界却始终不够明晰。宪法隐私权的型塑主要由联邦最高法院的判决完成,但因为主审法官个人的价值取向和主观好恶,这些判决对于隐私的保护态度也因此扑朔变化、模糊难定。这也导致美国法对于宪法隐私权的保护既不普遍也不全面。某项隐私是否能够获得宪法保护,在很大程度上取决于法官是否确认其具有保护价值,以及在法律技术上是否有足够的方式为其提供保护。例如,对于个人在婚姻家庭内的隐私权,美国联邦最高法院一向倾力保护,但对于个人自决意义上的宪法隐私权,美国联邦最高法院直至今日态度都相当谨慎保守。^[35]因此,尽管宪法隐私权概念在美国法中大放异彩,但从教义学角度而言,却是零散繁杂和缺乏内在一致性的碎片集合。此外,美国宪法中并不包含类似于德国法中的基本权利法教义学,因此,所谓“宪法隐私权”的确认,除了可以用于对抗国家的不当干预外,是否能够从中推导出国家的积极保障和促进义务;是否能够推导出当公民隐私权受到第三方侵犯时国家的保护义务;当公民的隐私权与他人的言论自由、出版自由等权利发生冲突时,如何在宪法秩序下对这些基本权矛盾予以权衡等,这些在欧陆法系国家对于宪法基本权属性和功能的一般确定,在美国法中都无法找到确定的答案。

3. 绝对保障导致的“全有或全无”困局

美国法上的权利观念一直以来都带有密尔式自由主义思维的深刻烙印。在密尔看来,“人类之所以有权可以个人地或者集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉,唯一的目的只能是自我防御”^[36]。这种“只要不伤害他人,就可以随心所欲”的思想被一直崇尚自由的美利坚民族奉为至理,这

[33] 同注32引文,第320页。

[34] Daniell Keats Citron, *Reservoirs of Danger: The Evolution of Public and Private Law at the Dawn of the Information Age*, 80 S. Cal. L. Rev. 241, 265-266 (2007). 转引自张民安主编:《隐私权的比较研究——法国、德国、美国及其他国家的隐私权》,中山大学出版社2013年版,第336页。

[35] 刘泽刚:《隐私权的公法俘获及其意义》,文正邦主编:《宪法与行政法论坛》第四辑,法律出版社2010年版。

[36] [英]约翰·密尔:《论自由》,商务印书馆1959年版,第9页。

也导致美国法中的权利话语缺乏公共和社会维度,而过度强调权利的个人性和绝对性。也正是这种极端的权利思考方式使宪法隐私权陷入“要么全有,要么全无”的困局。隐私权的支持者尝试将隐私权上升为一种“宪法基本权利”,并赋予其高强度的保护,但一旦被赋予“宪法基本权利”的地位,隐私权就具有了强硬的外壳,政府虽非不能对其予以限制,但限制的要求却异常严格。而这也正是诸多学者反对将隐私权上升为宪法基本权利的主要理由。也正因为缺乏在个人与社会之间协同考虑,妥当转寰的能力,美国联邦最高法院在承认了个人在婚姻家庭领域的宪法隐私权后,对其他种类的宪法隐私权一直以来都态度保守,这也导致“虽然宪法保护是保护隐私的一种重要方式,但这种保护只对特定类型的隐私侵权行为提供救济,在大多数隐私侵权案件中,隐私侵权行为的受害者都不能得到宪法的保护”^[37]。

四、以“信息自决权”为核心的公法信息保护体制:德国经验与启示

因为保护对象的偏狭,将宪法隐私权作为公法上信息保护的理论基础,并无法因应普遍且广泛的信息保护需要;又因为其历经从隐私权到信息隐私再到宪法隐私权的复杂发展过程,宪法隐私权理论不仅具有强烈的地域性特征,其自身也表现为杂乱无序的碎片集合,这一点同样弱化了宪法隐私权可为其他国家借鉴并内化为自身法秩序的有效性;而在可限性上所表现出来的僵化,更难以使人们运用这一理论而在个人的信息保护和公共利益之间进行妥适权衡。上述问题都凸显出“宪法隐私权”作为公法上信息保护的理论基础的局限。相较于美国,德国和欧盟以“信息自决权”作为公法上信息保护的理论基础,而这一权利经由德国司法判例和法教义学的长期型塑,表现出定位明确、意涵清晰、价值多元、体系开放等诸多优势,因此更宜成为我们系统构建个人信息公法保护体制的理论基础。

(一)“第二人口调查案”与公民“信息自决权”的确立

与隐私权一样,信息自决权同样未明确规定在宪法文本中,对这一权利的确认始自德国联邦宪法法院于1983年对于“人口普查案”(史称“第二人口调查案”)^[38]所作的判决。正是在这一判决中,德国联邦宪法法院创设性地提出了“信息自决权”的概念。

对于这一权利的导出,联邦宪法法院将之回溯至《基本法》第1条第1款的“人性尊严”以及第2条第1款的一般人格权条款。“人性尊严”条款一直被誉为德国《基本法》的基石,它强调国家对于“个体基于理性主导下的自我确定和自我开展的尊重”,禁止国家将“个人当作工具(或客体)予以对待”。而《基本法》第2条第1款一直以来又作为德国宪法中的一般自由权条款,这一条款除“保障公民广义的层面上从事任何活动的行为自由(Handlungsfreiheit)”^[39]外,还具有相当的涵盖功能,如果公民的某项行为自由不能纳入《基本法》所列举的特定自由权的保护领域,都可援引第2条第1款。联邦宪法法院在判决中首先重申,“《基本法》所建立的秩序核心在于个人的价值和尊严”,而这种“个

[37] 张民安主编:《隐私权的比较研究——法国、德国、美国及其它国家的隐私权》,中山大学出版社2013年版,第288页。

[38] 德国于1983年颁布《联邦人口调查法》,规定对德国的人口和社会结构收集全面数据。该法不仅要求公民提供基本的个人信息,还要求公民填写详细表格,包括收入来源、职业、教育背景、工作时数以及交通方式等事物。该法还授权将这些统计数据移交于地方政府,以帮助其进行区域规划、调查、环境保护和选区划分等事项。该法颁布后,一百多位公民提起宪法诉讼,联邦宪法法院也临时中止了《联邦人口调查法》的实施,并在审查后要求议会修正某些规定,防止因法律漏洞所导致的在收集、储存、使用和转移个人信息过程中的权力滥用。这一案件在德国法上被称为“人口调查第二案”。

[39] BVerfGE 6, 32, 37 f.

人价值和尊严”又主要体现为“自由的自主决定”(freiwillige Selbstbestimmung)。这种自由决定得以保证“个人作为自由社会的成员而发挥作用”。而在信息化时代下,“基于自主决定理念的‘个性自由’包括个人具备权利,以自行决定何时并在何种限度内披露其个人生活的事实”。据此,信息自决权被合逻辑地导出,而上述论断也自此成为有关信息自决权的经典概念阐释。

在联邦宪法法院看来,对信息自决权予以保障的必要性在于,“由于储存高度私人化信息的技术手段在今天已经是无限的,这些数据在自动数据处理技术的帮助下又可在数秒内被调取,这项权利也因此受到严重威胁。此外,在建立集成信息系统时,如这些数据和其他数据相互结合,就会产生部分的,甚至是完全的个性轮廓。相反,受到影响的个人则缺乏足够手段来控制这些信息的使用及其真实性。(国家)获得信息并施加影响的可能性已增加到前所未有的程度,国家也完全可能通过公共意识对个人产生心理压力来影响个人行为”,以此为铺垫,联邦宪法法院同样在判决中揭示了这一权利的保护要旨和保护内容,“作为在数据处理的现代条件下自由发展个性的前提,个人必须被保护免受个人数据的无限收集、储存、使用和传递”。

(二)信息自决权的可限性以及限制的合宪性理由

尽管联邦宪法法院明确肯定,在数据处理技术快速发展的背景下,对个人信息自决权的保护尤为重要,但联邦宪法法院却未将这一权利绝对化。在阐释了对个人信息自决保护的必要性后,联邦宪法法院在该份判决中申明,“信息自决权利并非无限。对于其‘自身’信息,个人并不具有任何绝对或无限的控制”,理由是“个人是在社会共同体之下发展其个性。因此,即使是个人信息,也同样是社会事实的反映,而非纯粹地与个人相联”。这一认知与联邦宪法法院在此前诸多判决中的思路一脉相承。在联邦宪法法院看来,《基本法》下的“人”并非原子化的个人,并非只是独立自我的投影,“而是愿意和他人交流,并在共同体的实践中揭示自身的个人”^[40],换言之,是与他人共同生活在共同体之下,对他人和共同体都负有责任的个人。这一认知决定了在德国宪法下任何基本权利都并非绝对,也都因此具有内在的“可限性”^[41]。在这一判决中,联邦宪法法院再次重申了上述判断,“《基本法》通过假定与共同体相关的并受共同体约束的个人,而解决了个人与社会之间的冲突”,并据此认为,“为了迫切的公共利益(gemeinwohl),个人在原则上必须接受对其信息自决权的某种限制(Beschränkung)……如果某些信息对政府计划有所必要,作为社会一员的每个人就有责任回答官方人口调查及有关自身的某些问题”。

但一旦允许国家可对公民的基本权利予以限制,就极有可能出现国家借由“限制”而彻底掏空或是排除公民基本权的潜在危险。二战时德国发生的人道主义惨剧已经为此提供了足够证明。因此,在《基本法》制定之初,立宪者就一再强调,新宪法中必须包含“只要《基本法》允许基本权可由法律加以限制,就必须同时规定此种限制不可剥夺基本权的本质部分的要求”^[42]。依照这一逻辑,联邦宪法法院在确认公民的信息自决权可受限制后,又明确列举了“限制的限制要件”。国家惟有符合这些要件始能对公民的信息自决权予以限制,而这些要件也因此属于限制公民信息自决权的“合宪性理由”(Rechtfertigung)^[43]。这些合宪性理由具体包括:

[40] BVerfGE 27, 1.

[41] Peter Lerche, Uebermass und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, S. 153.

[42] Michael Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1996, S. 591.

[43] Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte II, 2004, S. 62.

1. 合目的性原则

基于公民自决的要求,“议会必须注明所有官方数据收集程度的目的和条件,以使公民可清晰知道自身的何种信息基于何种理由而被收集”。国家“强迫(个人)提供涉及人身之资料,是以立法者于特定范围内且详尽确定使用目的,并且该资料对该目的而言是适合且必须为前提的”。合目的性原则在之后被逐渐填充拓展,而成为检验国家对公民信息自决权限制是否合宪的重要标尺。^[44]这一原则包含两个方面:目的明确和受目的约束。法律必须首先明确规定搜集、使用人民信息之目的,而禁止为供未来不特定目的使用而搜集公民个人信息;其次,国家对信息的使用同样受上述目的的限制,国家不得将所搜集之信息作法定目的外之使用。^[45]合目的性原则嗣后还被吸收入德国《个人数据保护法》中,成为防堵国家侵扰个人信息的重要法则。

2. 比例原则

比例原则可以说是德国公法领域的帝王条款,其内涵主要是通过国家行为手段与目的的关联性考察,来检视国家行为是否具备正当性和合宪性。比例原则的检视包含三个方面:第一,国家采取的限制手段与所欲追求的目的之间必须相适宜;第二,这些限制手段和方式对于该目的的达成必须是必要的,即国家所采用的手段应当是可实现预期目的的手段中最温和、侵害最小的;第三,手段相对于相关法益具有均衡性和合比例性。在本案中,联邦宪法法院同样指出,“在制定这些法律时,议会还必须遵从比例原则。这项原则来自基本权利的特殊属性,且被提高至宪法规范的高度。只有在对保护公共利益有所必要的程度内,国家才能对公民的信息自决权予以限制”。

3. 法律保留和法的明确性原则

对基本权利的限制只能由法律作出,行政对基本权的干预必须具有法律明确授权,这项要求是《基本法》对于基本权限制的基本模式。通过“法律保留”,宪法将限制基本权的权限专门地分配给了立法机关,“法律”也因此成为检验限制是否合宪的首要形式要件。但法律保留原则不仅涉及限制公民基本权的形式要件,其中还包含“授权明确性”的诫命,即“对基本权的影响强度越大,法律就应越明确具体”^[46]。在本案中,议会通过《人口调查法》对公民的信息自决权予以限制,这一点并未违反法律保留原则,但联邦宪法法院在判决中同样申明,“这类法律授权必须遵从法治国原则,且具备清楚构架以避免因过于模糊而违宪”,“考虑到国家在使用自动数据处理中所涉及的危险,立法应比此前任何时期都更有责任去采纳组织和程序措施,以保护个人免受对其人格自由开展的侵犯”。换言之,涉及公民信息自决权的立法必须足够明确具体,由此才能让人们获知个人信息的搜集范围、搜集目的、使用目的以及国家为此进行的安全防护。

综上,基于对个人与国家关系的一般认识,联邦宪法法院尽管强调了信息自决权的保障必要,却反对将这一权利绝对化,认为国家基于“迫切的公共利益的需要”,同样可以对信息自决权予以限制。这一认识使信息自决权更具开放性,国家在处理信息自决和公共利益的冲突时也有了稳妥转寰的余地。但联邦宪法法院的智识贡献不仅在于通过权利有限性的承认而使信息自决权同样容纳了公益考量的空间,还在于其在判决中同样归纳出限制信息自决权的合宪性理由。这些理由提供了检视国家

[44] Spiros Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW1984, S. 395.

[45] 我国台湾地区“司法院”大法官释字第603号解释许宗力、曾有田大法官协同意见书。

[46] BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104(114); 86, 288 (311).

限制行为是否合宪的基准,也有效避免了国家藉由“权利限制”,而彻底排除和淘空公民的信息自决权。

(三)信息自决权作为公法上信息保护理论基础的优越性

在联邦宪法法院于“人口调查案”中创设出“信息自决权”后,这一权利经由后期的案例累积和教义学塑造,迄今已成为意涵确定、功能明晰、向度多维的权利整体,而德国法和欧盟法上有关信息保护的公法机制的构建也都以这一概念为思考起点和体系基石。与美国法中的宪法隐私权相比,信息自决权作为公法上信息保护的理论基础也表现出诸多优越性。

1. 权利属性与功能指向的明晰

与隐私权不同,“信息自决权”从肇始之初就被明确定位为宪法基本权利,因此,信息自决所针对的并非同样作为基本权享有者的他人,而是作为基本义务人的国家;信息自决的目的,也是为了确保“国家为个人保留内在空间。在这个空间之内,个人是自身的主宰。因此,个人可以完全排斥外在世界,独自退回内在主体,并享受在其中隐居的权利”^[47]。正因为从肇始之初就被明确地定位为宪法基本权利,信息自决权的意涵也因此被塑造为“个人数据免受国家无限度地收集、储存、使用和传递”,而其功能也在于,避免在自动数据处理技术飞速发展的今天,国家借由数据调取和数据整合技术,产出部分或是几乎完整的“个人轮廓”,并由此来对个人施加影响。因为被定位为宪法基本权,德国基本权法教义学中有关基本权双重属性以及多维功能的认知,同样惠及“信息自决权”意涵、范围与功能的学理界定。例如,作为主观权利,信息自决权首先具有抵御国家不当搜集、储存、传播和使用公民个人信息的防御权功能,它确保个人对于自身信息的自我决定和自我控制,防止国家借助数据处理技术无限度地干预私人生活;而作为客观价值的信息自决权,又赋予公民要求国家积极作为,通过提供机构和程序支持,有效促进和实现其信息自决权的权能;此外,基于基本权利客观价值属性的认知,人们同样可以合逻辑地推导出在公民信息自决权受到第三方侵犯时国家的保护义务。^[48]因此,相比美国法上“宪法隐私权”的零散混杂,信息自决权显然表现出更高的教义化程度,也更系统完整、清晰周延。

2. 保护对象的广泛与普遍

与美国法上宪法隐私权不同,德国法上信息自决权所保护的“信息”并不仅限于“隐私信息”,换言之,法律对信息自决权的保护并不以该信息属于个人隐私为前提,即使是已公开的信息或是并不特别关涉私生活秘密的信息,公民同样可诉诸信息自决权获得保护。尽管在第二人口调查案中,联邦宪法法院对何为“信息”并未给出定义,但其将保护对象拓展为个人信息,而非仅限于隐私信息的思路已经突破了美国法的保护局限。而这一思路同样为1990年的《德国联邦个人数据保护法》所吸纳。该法将保护对象界定为“个人数据”,而根据第3条第1项,“个人数据”是指可以直接或间接识别自然人的任何资料。据此,《德国联邦个人数据保护法》所保护的个人信息法律要件是具有“可识别性”,而并非具有隐私利益。从这个意义上说,信息自决相比于隐私保护,更能有效因应信息时代下普遍而广泛的信息保护需要。

3. 相对保障与权利的开放多元

与美国法对于基本权利绝对化的认识不同,尽管信息自决权从肇始之初就被德国法定定位为宪法

[47] BVerfGE 27, 1; BVerfGE 45, 187.

[48] Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, C. F. Mueller Verlag Heidelberg, S. 22.

上的基本权利,但这一定位并不影响联邦宪法法院对其可限性的承认:“信息自决权利并非无限。对于其自身信息,个人并不具有任何绝对或无限的控制;相反,他在社会团体中发展其个性。即使个人信息也是社会现实的反映,而并非纯粹与个人相关。”从这个意义上说,德国法上的信息自决权并不认可将单一的“个人自治”作为权利的终极目标,而是将公共利益、社会秩序等价值均纳入到宪法保护的视野中。也正因如此,德国法上的信息自决权保护并未走入美国式隐私保护“要么全有,要么全无”的尴尬境地,相对保障反而使这项权利更具多元性与开放性。迄今为止,德国联邦宪法法院所承认的对信息自决权限制的重大公益事由,除了人口普查外,还包括为了实现国家防卫、经济、社会、交通警察任务的数据收集;为了法律争点判断进行的事实调查;对于公民健康危险的防卫、对抗暴动或是暴力行为、预防犯罪目的而收集的数据,在刑事诉讼程序中的事实调查、国家基于平等税捐目的而收集的数据等。^[49]当然,干预公民信息自决权的机关不同,干预的理由不同,宪法所允许的干预空间也不尽相同。对此,德国法同样发展出精细化的制度规则。^[50]

五、起步于隐私,又不止于隐私:信息隐私与一般信息的差异处理

综上,在美国法的“宪法隐私权”保护思路之外,德国法又提供给我们另一借鉴可能,即以“信息自决权”为核心构筑起公民信息的公法保护架构。将“信息自决权”作为个人信息公法保护的理论基础,能够有效地避免隐私保护所导致的范围偏狭、对象受限的弊端;而德国法对“信息自决权”可限性的确认以及限制理由的归纳,也同样为我们构建多元开放又稳妥适宜的公法信息保护制度提供智识参考。此外,相比于美国“宪法隐私权”观念所具有的强烈的地域性特征,逻辑严密和理路井然的德国学理对于法秩序和法文化更具亲缘性的我国也似乎更易借镜。但对德国法上“信息自决权”优势的确认,并非意味着彻底否认美国法上“宪法隐私权”的参考价值。正如“隐私信息”是公民信息中最敏感核心的部分,我们对公民信息的普遍广泛的公法保护也可以首先起步于对隐私的保护,但未来却并不止步于隐私。“起步于隐私,但又不止于隐私”,也是域外诸多国家和地区信息保护立法的惯常发展历程。以我国台湾地区为例,1992年^[51]和2000年^[52]的“司法院大法官会议”解释最初也只是确立了美国式的隐私保护,直至2005年才在“按捺指纹换取身份证案”中,经由“释字第603号解释”吸收了德国法有关“信息自决权保护”的思想。在这一解释的基础上,台湾于2008年修订了此前制订的“计算机处理个人资料保护法”,并将其更名为“个人资料保护法”,信息保护的核心立法由此才在台湾地区就此完成。

不仅在我国台湾地区,即使是同样作为个人信息保护制度范本的欧盟,其信息保护立法同样历经从隐私保护再到普遍的信息保护的历程。欧盟在1995年颁布的《关于个人数据处理及自由流通个人保护指令》第1条表明,本指令的目的“在于保护自然人的基本权利和自由,特别是他们与个人数据处理相关的隐私权”。这份指令与欧盟2002年的《关于电子通信领域个人数据处理和隐私保护的指令》

[49] 洪荣彬:《资讯时代之资料处理与资料保护——以德国联邦个人资料保护法为中心》,台湾地区辅仁大学法研所硕士论文2003年,第19页。

[50] Pieroth, Der Gesetzesvorbehalt fuer die Zahl und die Standorte von Polizeidirektionen, in: Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift fuer Wolf - Ruediger Schenke zum 70. Geburtstag, S. 465.

[51] 我国台湾地区“司法院大法官会议”第293号解释。

[52] 我国台湾地区“司法院大法官会议”第509号解释。

以及2006年的《关于保留公用电子通信服务或公共通信网络中处理或生成的数据以及修改指令2002/58/EC的2006/24/EC指令》构成了欧盟个人数据保护法的主体。作为欧盟个人信息保护的立法发端,1995年的指令尽管表明其主要保护的是自然人的个人隐私,但却通过“特别是他们与个人数据处理相关的隐私权”这样的语词表述,同样为隐私以外的其他信息保护提供了余地。而2002年与2006年的指令同样强调“主要保护公民的隐私信息,但又不仅限于隐私信息”的立法思路。

鉴于我国在信息保护领域的立法尚处于起步阶段,如果此时就将保护范围拓展至所有的个人信息,恐怕在制度实现上会遭遇重大困难。因此,选择先以隐私信息作为个人信息保护的重点,再将累积的有益经验逐渐拓展至所有的个人信息,是更为适宜稳妥的制度展开路径。此外,在个人信息保护的制度建构过程中,同样须谨慎处理信息保护与信息流动之间的关系。在信息化时代下,如果对于个人信息实施过度的控制,势必会限制个人数据的自由流转,放弃信息技术为经济和个人发展所带来的福利。鉴于此,即使我国未来《个人信息保护法》的理想目标是对所有可以用以识别个人身份的数据提供普遍广泛的保护,但却不能不加区分地对所有个人信息提供同等强度、同等方式的保障。从德国和欧盟的制度经验来看,“统一调整、区别处理”^[53]是有效化解信息保护与信息流动两种利益冲突的有益参考。所谓“统一调整”,即个人数据保护立法在保护对象上应尽可能地广泛覆盖所有的个人信息,而并不仅局限于隐私信息;但“区别处理”又强调根据涉及信息与个人人格尊严的关联度不同,根据信息是否处于保护状态不同,根据信息采集的渠道不同,个人信息保护立法应为不同种类的信息提供强度不同、可限性不同、方式不同的保护。从这个意义上说,在个人信息中区分“隐私信息”和“一般信息”,并为前者提供更高强度的保护,既可以防堵信息技术所带来的隐私风险,同样也可避免普遍、无差别保护所造成的高昂保护成本以及对信息技术发展的阻滞。

六、结语

数据技术的飞速发展使个人信息被泄漏和滥用的风险骤升,个人信息保护已因此成为法学界热议的话题。但在数据化时代下,个人信息不仅有私法保护,同样也有公法保护的必要,由此才能防堵监控国家的产生。但由于缺乏对此问题的足够省察,我国既往在信息权方面的公法研究和制度实践,主要聚焦于政府信息公开和公民知情权的保障,在个人信息保护领域却凸现严重的制度空白。为实现对公民信息权的完整保护,我国在信息权保护领域的公法研究和立法应实现从信息公开到信息保护的风向流转。

我国现有的个人信息公法保护研究主要受美国法“宪法隐私权”理论的影响,但将这一理论作为公法保护的基础却凸显出保护对象偏狭、权利属性不明以及欠缺公益考量空间的弊端。相较于美国法上的“宪法隐私权”,德国和欧盟以“信息自决权”作为公法上信息保护的理论基础,这一权利经由德国司法判例和法教义学的型塑,也表现出定位明确、意涵清晰、价值多元、体系开放等诸多优势,因此更宜成为我们系统构建公法信息保护体制的理论基础。信息自决权的本质在于信息主体对其自身信息的选择与控制,即信息主体自由地自我决定其个人信息何时、何地、以何种方式被他人尤其是国家收集、储存、处理以及利用。信息自决权理论的纳入,不仅有助于我们在信息化时代下强化对国家

[53] 郭瑜:《个人数据保护法研究》,北京大学出版社2012年版,第125页。

过度收集和不当使用个人信息的防御,藉由这一理论我们同样能够将在民法、刑法以及行政法领域中分别展开的个人信息保护,有效地统合于宪法的整体秩序之下,并最终实现对个人信息保护制度的体系化构建。

**From Information Disclosure to Information Protection:
Trends and Core Issues of the Research on the Right
to Personal Information Protection in the Field of the Public Law**

Zhao Hong

Abstract: The right to personal information protection should include not only the right to access to public information from the government unhindered, but also the right to self determine if or not to disclosure personal information, especially to the government. But the public law research of this field in China in the past was mainly focused on information disclosure, and rarely involved in information protection. This also led to the obvious imbalance between the development of information disclosure and information protection. The risk of the monitoring state has prompted us the necessity to strengthen the information protection in the public law, and the research on the right to information in this field should also transform from the information disclosure to information protection. The core issue of the personal information protection lies in the construction of its basic theory. And on this issue, the theory of “information self – determination” in the German law provides us with useful inspiration. This theory effectively overcomes the drawbacks of the concept “constitutional right to privacy” in the American Law and is more suitable to be the theoretical core and foundation of the protection system of the personal information in public law.

Keywords: personal information protection in the public law; monitoring state; constitutional right to privacy; information self – determination

(责任编辑:丁洁琳)

律师有效参与死刑复核程序研究

叶 青 王小光*

摘 要:死刑核准权收归最高人民法院统一行使以来,律师在该程序中发挥着越来越重要的作用,律师通过提交新的事实和证据、提交法律意见、向最高人民检察院申诉等方式,积极介入死刑复核程序,保障被告人合法权益。但是律师在死刑复核程序中也面临着参与不足、辩护权保障不到位、提交意见得不到有效回应等问题,要解决这些问题,需要进一步改造死刑复核程序的构造,完善刑事法律援助制度,充分保障律师的各项辩护权。

关键词:死刑复核 律师参与 法律意见 说理 法律援助

自2007年1月1日最高人民法院开始依法统一行使死刑核准权以来,已经十年。这次改革在完善我国死刑制度,保护被告人人权中发挥的积极作用毋庸置疑。日本著名刑事诉讼学者田口守一有言:“刑事诉讼的历史就是辩护权扩张的历史。”^[1]“能否通过司法救济来保障人权是衡量一个国家法治化程度高低的基本标志。”^[2]“确保被判处死刑的被告人在死刑复核程序中获得律师的有效帮助,不仅有助于维护死刑复核程序具备最低限度的公正,也是纠正错判、防止错杀的最有效的制度保障之一。”^[3]律师参与死刑复核程序可以有效保障被判处死刑的被告人的合法权益,保证死刑案件的办案质量,确保死刑适用的公平性,也体现了法治文明的进步。死刑核准权收归最高人民法院行使后,相关立法文件以不同方式对律师参与死刑复核程序予以支持,但是律师参与死刑复核案件仍然面临许多程序上的障碍,律师在死刑复核程序中发挥的作用仍然有限,而且发挥作用的方式也存在不足之处,律师参与死刑复核程序的方式需要进一步规范与完善。

一、律师在死刑复核程序中发挥作用的主要方式

死刑复核程序不同于普通的审判程序,其本质上是刑事诉讼中一种特别程序,其运行现状则类似于一种行政化裁判程序^[4],律师在该程序发挥作用的方式也有异于一般庭审程序。在死刑核准权收归最高人民法院之前,人民法院对律师参与死刑复核程序多持消极态度,最高人民法院研究室在答复广东省高级人民法院关于律师参与第二审和复核诉讼活动几个问题的请示报告中,曾就律师是否参与死刑复核程序答复:“律师可否参加诉讼活动的问题,法律没有规定,因此不能按照第一审、第二审

* 叶青,华东政法大学诉讼法研究中心教授,法学博士;王小光,华东政法大学诉讼法研究中心2016级刑事司法方向博士研究生,浙江省舟山市人民检察院反贪污贿赂局检察官。

[1] 田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第107页。

[2] 王夏昊:《司法是人权保障的最佳方式》,载《现代法学》2003年第2期。

[3] 李奋飞:《最高人民法院死刑复核程序新探》,载《国家检察官学院学报》2014年第5期。

[4] 陈瑞华:《通过行政方式实现司法正义?——对最高人民法院死刑复核程序的初步考察》,载《法商研究》2007年第4期。

程序中关于律师参加诉讼的有关规定办理。”^[5]2007年死刑核准权收归最高人民法院之后,司法机关积极支持律师参与死刑复核程序,律师在死刑复核程序中发挥的作用越来越大。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部在2007年3月11日联合发布的《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》,最高人民法院、司法部在2008年5月21日联合发布了《关于充分保障律师依法履行辩护职责,确保死刑案件办理质量的若干规定》,以及2012年修订后的《刑事诉讼法》都规定了死刑复核期间,辩护律师要求提出意见的,人民法院应当听取律师意见。最高人民法院在2015年1月29日颁布的《关于办理死刑复核案件听取律师意见的办法》,明确规定了律师在死刑复核期间的会见、阅卷、提交意见的权利,并对律师提交法律意见的程序进行了详细规范,在保护律师辩护权利方面走出了非常重要的一步,一定程度上解决了律师在死刑复核程序中遇到的辩护难题。

为了调查中国当前死刑复核程序的实际运行情况,以及了解律师在死刑复核程序中发挥作用的现状,笔者先后访问了多位在北京从事死刑复核的专业律师,对律师在死刑复核中发挥作用的方式和面临的问题进行深入了解。另外,为了解当前死刑复核的实际运作情况,笔者在最高人民法院官方网站裁判文书板块,以2013年1月1日至2015年12月30日为搜索期间^[6],在搜索内容中输入“死刑复核”进行搜索,共搜索出473份死刑复核裁判文书^[7],其中包括最高人民法院2013年公布的101份裁定书,2014年公布的255件裁定书,2015年公布的107份裁定书(具体死刑复核数据统计情况可见表一)。这473件死刑复核案件绝大多数属于命案,共涉及判处死刑罪名16个,数量排在前三名的分别是故意杀人罪,抢劫罪,走私、贩卖、运输、制造毒品罪(具体罪名分布情况见图一)。经过详细统计,笔者发现2013年至2015年期间,向最高人民法院报送死刑复核案件数量最多的三个省份,分别是河北省报送死刑复核案件51件,主要是故意杀人犯罪;新疆维吾尔自治区报送死刑复核案件39件,多涉及暴恐犯罪;云南省报送死刑复核案件37件,主要是涉毒类犯罪。其他如青海、甘肃等省份,报送的死刑复核案件仅为个位数,而西藏地区则无数据。

表一:2013年至2015年死刑复核数据统计表

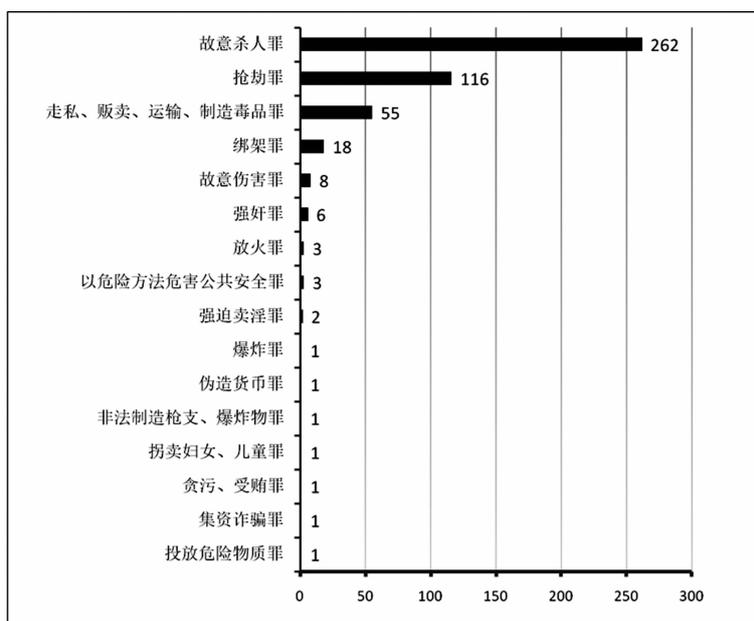
年份	死刑复核件数			死刑复核人数		
	核准	不核准	不核准率	核准	不核准	不核准率
2015	105	2	1.87%	110	2	1.79%
2014	253	2	0.78%	271	3	1.09%
2013	107	4	3.60%	127	4	3.05%
总计	465	8	1.93%	508	9	1.74%

数据来源:最高人民法院网站公布数据。

[5] 《最高人民法院研究室关于律师参与第二审和死刑复核诉讼活动的几个问题的电话答复》第3条。

[6] 目前最高人民法院网站所公布的裁判文书中,2011年度和2012年度的死刑复核裁定书数量极少,总共只有数十份,缺乏代表性。而2016年度的死刑复核裁定书尚在继续公布中,所有笔者只选取了最高人民法院公布地较为完整的2013年至2015年期间的死刑复核裁定书,作为本文的分析样本。

[7] 根据最高人民法院发布的《最高人民法院裁判文书公布管理办法》、《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》的相关规定,死刑复核是最高人民法院的一项重要职能,是一种特殊的审判工作程序,所以只选择其中具有法律适用指导意义的裁判文书进行公布;对于涉及国家秘密,以及不适宜在互联网公布的案件,不予上网公布。长期以来,最高人民法院将死刑数据作为国家秘密对待,对死刑数据严格保密,最终公布在最高人民法院官网上的死刑复核数据,仅仅是完整死刑数据的一部分,所以笔者检索的2013年至2015年的死刑复核数据仅仅是最高人民法院公布的具有代表性的案件数据。



图一：2013年至2015年死刑复核案件罪名分布

说明：

数据来源：来自最高人民法院网站公布的数据。

统计标准：以被判处死刑的罪名为依据，即一人因故意杀人被判处死刑，因抢劫被判处死刑，两个罪名各计一次。

从笔者目前所统计的死刑复核数据来看，律师在死刑复核程序中的参与度非常低，大多数死刑复核案件中被告人没有聘请律师，即使是有律师参与的死刑复核案件，律师在死刑复核程序中所能发挥的作用也非常有限。综合当前掌握的情况来看，律师在死刑复核程序中发挥作用的方式主要有以下几种：

一是律师向合议庭提交新的事实和证据。最高人民法院的死刑复核程序主要是一种书面审理程序，一般不进行开庭审理，不能像普通审判程序那样通过开庭来质证。为了保护被告人的合法权益，保证诉讼程序的完整性，2013年1月1日实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《最高法解释》）规定：“复核期间出现新的影响定罪量刑的事实、证据的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。”律师向合议庭提交新的事实和证据是行使辩护权的基本形式，被判处死刑的被告人的辩护律师，在死刑复核期间通常会继续收集有利于被告人的各种证据材料，一旦发现能够影响定罪量刑的事实和证据^{〔8〕}，提交合议庭后将有很大可能促使案件发回重审。

二是律师向合议庭提交个人法律意见。最高人民法院收回死刑核准权后，最高人民法院等司法机关先后出台了多部司法解释，都明确规定了律师向合议庭提交法律意见的权利，其中以2015年最高人民法院出台的《关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法》（以下简称《听取意见办法》）

〔8〕 最高人民法院先后发布发布的《关于进一步加强刑事审判工作的决定》、《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》、《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》等司法解释规定被告人案发后对被害人积极赔偿，认罪悔罪的，依法作为酌定量刑情节予以考虑；对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件，因被害方的过错行为引起的案件，案发后真诚悔罪积极赔偿被害人经济损失的案件等具有酌定从轻情节的，应慎用死刑立即执行。一般情况下，律师在死刑复核阶段，多积极协调被告人家属向被害人家属进行经济赔偿，取得被害人家属谅解，以此作为不适宜判处被告人立即执行死刑的量刑情节向最高人民法院提出。

规定得最为详细,该办法明确规定了律师在死刑复核程序中提出意见的权利,并对死刑复核合议庭听取律师意见的具体程序予以规范,确保律师提出意见能够有章、有程序可依,这在保障律师权利方面走出了重要一步。律师在死刑复核案件中,主要就是通过提交法律意见的方式发挥作用。法律意见的内容可以是律师对法律规定的解读,也可以是律师对案件事实和证据问题的看法。一般情况下,律师很难通过调查取证发现新的事实和证据,所以多会选择提交法律意见的方式,来对合议庭的复核结果施加影响,但这种方式所能取得的成效甚微。^[9]

三是律师向最高人民法院提起申诉。2013年1月1日实施的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第608条规定律师在死刑复核期间,可以向最高人民法院提出不服死刑裁判的申诉,由最高人民法院死刑复核检察部门负责审查,审查主要采取书面方式。“检察机关在死刑复核中的诉讼地位不是公诉人,而是法律监督者。检察机关可以通过备案审查、受理申诉控告等启动监督程序。”^[10]律师通过这种申诉的方式,一旦成功就等于发动了检察机关的诉讼监督职能。最高人民法院受理律师申诉后,可以由死刑复核检察部门在听取原承办案件省级人民检察院的意见,审阅案卷,复核原案的主要证据,以及讯问被告人的基础上,向最高人民法院就死刑复核提交检察意见或建议。律师这种诉求如果得到最高人民法院支持,可以通过最高人民法院对死刑复核进行法律监督,通过人民检察院来调取证据、讯问被告人、提交检察建议或意见,可以有效弥补律师个人在参与死刑复核中遇到的手段不足问题。但是律师能够成功通过这种途径,最终由最高人民法院提交检察意见或建议的方式,来介入最高人民法院的死刑复核程序,是非常少见的。此外,“修正的刑事诉讼法虽然给予了最高检死刑复核法律监督的职权,但对其履行法律监督权的配套措施却没有加以规定,从而使最高检在对死刑复核进行实际监督时存在一些障碍”。^[11]

四是律师向合议庭提交法学专家意见书。当前司法实务界和理论界的互动越来越频繁,司法实务界越来越倾向于借助高校、科研机构的“智库”平台来服务实务工作。法学学者在某一法学专业领域有较为深厚的造诣,司法机关也经常借助此类“智囊”,比如通过设立专家咨询委员会等形式向学者求助。近年来,律师也越来越青睐法学学者的专家意见,一般是律师单方面召集与其正在承办案件相关法学学科领域的一些专家学者,并提供案件资料供其查阅,然后将专家学者的意见整理成书面文件,由专家学者签字后交给受理案件的法院,法院也较为重视这类专家意见。^[12]许多死刑复核案件中,经常见到律师通过这种方式借助法学专家的“智力”来强化己方的辩护效果。另外,与这种情况较类似的是,律师也会让被告人居住地的单位、居民、村民、亲朋好友等出具联名信,来证明被告人平时品行良好,犯罪恶性小,不适宜判处死刑立即执行,以此来对合议庭的死刑复核施加社会舆论影响。

[9] 最高人民法院2015年核准的连恩青犯故意杀人罪一案中,被告方律师在死刑复核阶段提不出新的事实、证据,只能继续围绕被告人刑事责任能力问题发表个人意见,最终也被死刑复核合议庭驳回。同年最高人民法院核准的林森浩故意杀人一案,被告方律师也是主要围绕全案证据不能排除合理怀疑来提出意见,最终也没有被死刑复核合议庭所采纳。

[10] 万春:《死刑复核法律监督制度研究》,载《中国法学》2008年第3期。

[11] 刘仁文、郭莉:《论死刑复核法律监督的完善》,载《中国刑事法杂志》,2012年第6期。

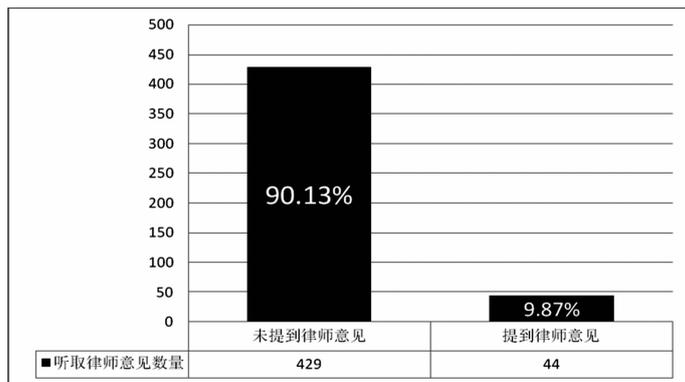
[12] 比较有代表性的是2002年被辽宁省铁岭市中级人民法院一审判处死刑的刘涌,其代理律师曾在京组织了14名国内知名的刑法学家和刑事诉讼法专家进行论证,并形成了长达6页的《专家论证意见书》提交二审法院,后二审法院改判刘涌死缓。该案在国内引起针对法学专家是否能向法院出具意见书的激烈争论,不过目前法学专家意见书在司法实践中出现的频率越来越高,一些地方出现了被害人一方也找法学专家出具意见书的例子。

二、律师参与死刑复核程序的实践困境

(一) 死刑复核案件刑事法律援助制度不健全

从程序公正的角度来看,被告人在各个诉讼阶段都应有权获得法律援助,法律援助已成为严重犯罪尤其是可能判处无期徒刑或死刑案件的最主要甚至是压倒性的辩护方式。^[13] 联合国《关于保护死刑犯权利的保障措施》第5条规定:“只有在经过法律程序提供确保审判公正的各种可能的保障,至少相当于《公民权利和政治权利国际公约》第14条所在的各项措施,包括任何被怀疑或被控告犯了可判死刑罪的人,有权在诉讼过程中的每一个阶段取得适当的法律帮助后,才可依据主管法庭的终审执行死刑。”^[14]

当前我国死刑复核程序中存在的一个突出问题是被告人无法获得律师的有效帮助,一方面是从事死刑复核案件辩护的律师专业水平不高,部分律师在死刑复核案件中的辩护水平差强人意。根据上海市律师协会刑事辩护业务委员会和上海市法律援助中心统计的数据,上海市共有律师2万多名,其中仅有不到3%的人从事刑事辩护,这部分从事刑事辩护的律师中青年律师占70% - 80%,笔者在访谈中发现许多律师觉得刑事辩护风险高^[15],经济回报低^[16],律师权利受保护不够,从事刑事案件辩护的意愿不高;另一方面是刑事法律援助制度尚不完善,对死刑复核程序中的被告人保护力度不够,许多死刑复核案件的被告人无法通过法律援助获得律师帮助,在笔者所统计的2013年至2015年期间最高人民法院公布的473份死刑复核裁定书中,只有44份裁定文书提到复核过程中听取了律师意见,所占比例仅为9.78%(死刑复核裁定书听取律师意见比例情况可见图二)。



图二:死刑复核裁定书反映律师意见情况

数据来源:最高人民法院网站公布数据。

我国《刑事诉讼法》第34条规定,被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的,法院应通知法律

[13] 左卫民:《中国应当构建什么样的刑事法律援助制度》,载《中国法学》2013年第1期。

[14] 穆远征:《死刑复核程序中律师辩护的困境与改革——以人权司法保障为视角》,载《法学论坛》2014年第4期。

[15] 全国律协调查显示,从1997年至2007年的10年间,全国有108名律师因妨害作证被追诉,而最终被认定有罪的仅为32起。这32件被认定有罪的案件中,11个案件的律师被无罪释放或撤案,6个获有罪判决,1个被免于刑事处罚,5个尚未结案。资料来源:“律师伪证罪”打击了谁, <http://news.163.com/special/reviews/perjurylawyer.html>。

[16] 上海地区通过法律援助形式参加刑事辩护的律师,根据上海市律师协会标准在每个诉讼阶段可以拿到2000元的律师费。上海市律师协会发布的非法律援助律师的收费标准是侦查、起诉、审判三个阶段分别是1万、1万、3万,实际上大多数案件经过双方协商后收费实际远远高于律协的标准。

援助机关指定律师为其辩护。前文提及的《最高法解释》补充规定了高级人民法院复核死刑案件时,被告人没有委托辩护人的应当为其指定。上述这些规定对刑事诉讼一审、二审程序中的法律援助进行了规范,但是唯独对最高人民法院复核死刑程序中的指定辩护问题语焉不详,导致最高人民法院和法律援助机构没有明确法律依据为被告人指定辩护人,这不得不说不是一种缺憾。而最高人民检察院在死刑复核案件中对指定律师辩护也不明确,造成司法实践中许多死刑复核案件中无律师参与,被判处死刑被告人缺乏专业律师的帮助,其辩护权也就得不到充分保障。

(二) 行政审批型死刑复核程序导致律师参与不足

目前,学界对我国死刑复核程序的性质存在争议,形成了行政审批程序说、审判程序说和特别程序说三种观点。“行政审批说认为死刑复核的本质是‘核’而非‘审’,复核程序应当按照审批的思路设计。”^[17]持有此种观点的以司法实务部门的人员为主。审判程序说认为死刑复核程序属于审判程序,应当“建立现代科学的诉讼程序,应对死刑案件的审级构造予以重新设计,即废除死刑复核程序,对死刑案件实行三审终审制改造。”^[18]特别程序说一般也认可死刑复核程序属于广义上的审判程序,但是又认为其不同于普通的一审、二审程序,其在审判组织机构上类似普通审判程序,但是其运行程序具有明显的审查特色,检察机关和律师当然不能像一审、二审程序那样参与死刑复核程序。^[19]尽管存在这些学术观点上的争论,但当前的死刑复核程序在实际运作中仍然呈现很强的行政化审批色彩。

按照我国刑事诉讼法的规定,死刑复核需要组成合议庭,亦任命审判长,但死刑复核程序的合议庭却不同于普通审判程序中的合议庭,死刑复核程序中的合议庭一般不进行开庭审理,死刑复核合议庭主要通过书面审查方式进行复核,整个审查过程一般不对外公开进行。最高人民法院的死刑复核具体流程是:首先是由合议庭承办法官进行阅卷,然后由承办法官撰写案件审查报告,审查报告从数十页到数百页不等。其次再由合议庭其他两名成员独立阅卷并撰写报告,如果审判长不是承办人,则审判长先阅卷,再交给另一名合议庭成员阅卷。最后,三人独立阅卷后,在书记员记录下讨论,并将一致意见报庭长把关,再报主管副院长通过后就能核准,最终由院长统一签发死刑执行命令。另外,重大、疑难案件要提交审委会讨论决定。

所以,合议庭的这种审理模式更类似于行政化审批模式,该模式下律师的辩护人地位没有得到完全认可,名正而言不顺,虽有辩护人之名,却无辩护人之实,不能像一审、二审程序那样参与死刑复核程序。而且整个死刑复核程序的透明度也不高,在最高人民法院最终作出死刑复核裁定前,律师很难通过正常程序了解死刑复核程序的进展情况。“在许多案件死刑复核过程中,辩护律师只能在焦虑中等待,或者反复托关系,走‘后门’,‘打听’案件的进展,甚至因此而耽误了相关的辩护工作。”^[20]

2015年最高人民法院出台的《听取意见办法》第9条规定死刑复核结束后,受委托进行宣判的人民法院应当在宣判后五个工作日内将最高人民法院的裁判文书送达辩护律师。在该办法出台以前,最高人民法院通常情况下是不会把死刑复核裁定书送达给律师的,该办法出台后,总体情况有所改观,但仍然有相当多的律师反映法院没有按此规定送达裁定书,而有些案件送达时间远远超过5天。多数情况下,律师向合议庭法官提交法律意见或新的事实、证据材料后,合议庭法官不会对律师的意

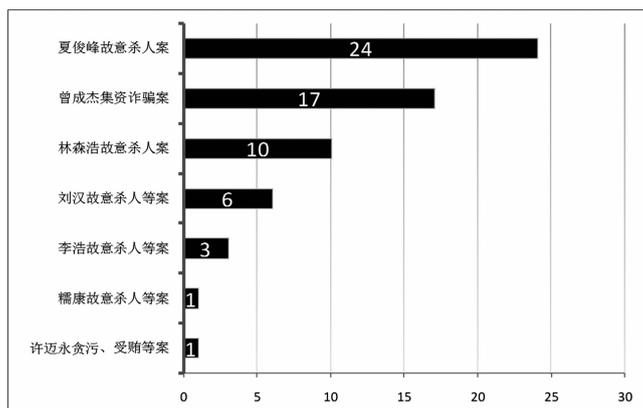
[17] 穆远征:《死刑复核程序中律师辩护的困境与改革——以人权司法保障为视角》,载《法学论坛》2014年第4期。

[18] 陈卫东、刘计划:《死刑案件实行三审终审制改造的构想》,载《现代法学》2004年第4期。

[19] 樊崇义:《死刑复核程序的性质定位和运作》,载《人民法院报》2007年3月27日。

[20] 陈永生、白冰:《死刑复核程序中辩护权之保障》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2015年第2期。

见予以积极的回应,立法也未要求合议庭针对律师意见进行回复,所以律师除了通过私人关系打探到死刑复核的信息外,就只能被动等待死刑复核的结果,甚至有律师要从被告人家属那里才得知死刑复核裁定结论。^[21]而当前最高人民法院复核死刑案件,复核时间少则一二月,多则两年,一般持续五六个月,部分热点案件死刑复核时间要么极短,要么极长(部分热点案件死刑复核时间可见图三)。律师在死刑复核程序中得不到法院及时通知,长期处于焦急等待复核结果的状态,既无法积极有效地参与死刑复核程序,也不能及时了解死刑复核程序进展情况,损伤了律师参与死刑复核程序的积极性,也不利于维护被告人的合法权益。



图三:部分热点案件死刑复核期间

数据来源:最高人民法院网站公布数据。为统计方便,图中数值取近似值,横坐标刻度以月份为单位。

(三) 律师的辩护权利得不到充分保障

最高人民法院2015年《听取意见办法》出台后,律师在死刑复核程序中的辩护状况得到了很大的改善,律师在查询立案信息、提交法律意见、阅卷、会见法官等方面的困难减小,律师可以持律师证、委托书等证明文件会见被告人,并可以查阅、复制本案的案卷材料。另外,《听取意见办法》也明确了律师会见、阅卷、提交法律意见的具体程序,包括最高人民法院的负责对接部门、会见场所、操作流程等细节,律师通过该办法公布的最高人民法院各审判庭电话,可以联系到具体的审判庭,要求会见或提交法律意见。可以说长期以来困扰律师的“老三难”问题得到了初步解决,律师在死刑复核程序中的权利受到了越来越充分的保障,这是这次立法的进步之处。但是2015年《听取意见办法》主要是针对法官听取律师意见,以及律师阅卷、会见等事项进行了规范,对律师行使其他辩护权利的保护仍然存在不足。律师在死刑复核程序中的辩护权利保障不足主要表现在:

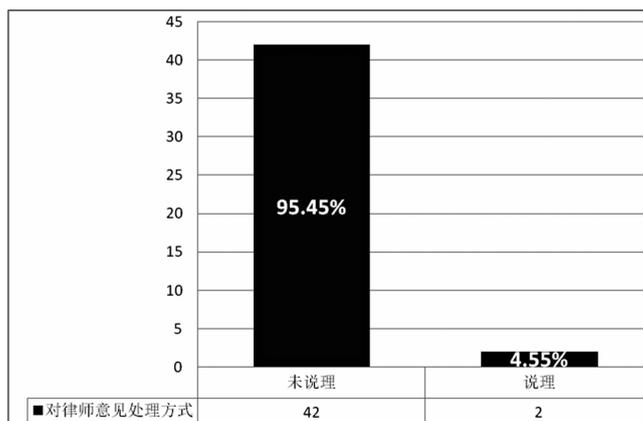
一方面,全国各地看守所在律师会见问题上存在较大的随意性,在个别比较敏感的案件中,律师会见关押在看守所的被告人依然存在困难。许多地方看守所出于安全和防范风险的考虑,往往以各种理由限制律师会见被判处死刑的被告人,律师在请求人民法院予以协助安排时,人民法院一般对此诉求也不予支持。也有律师反应,部分地方司法机关超越法律规定,将一些不属于限制律师会见的案件设置为限制会见,导致律师无法正常会见这些案件中的被告人,影响了律师开展正常的辩护活动。

[21] 根据《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》、最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》的规定,第一审人民法院死刑执行前,应当告知罪犯有权会见其近亲属,看守所一般也会主动安排死刑犯的家属进行会见,虽然此时不向死刑犯家属宣布死刑复核结论,但是家属一般心知肚明,所以家属往往比律师提前知道死刑复核结果。

另一方面,律师在死刑复核程序中的取证权利仍然不能有效行使,这也是律师在法院一审、二审程序中普遍遇到的问题。“与其他程序阶段相比,律师在死刑复核阶段的调查取证有以下特点:其一,形式单一,仅有律师自行调查取证一种形式;其二,法院的态度十分消极,一般不会协助律师调取任何证据。”^[22]死刑复核程序中允许律师提交新的事实和证据,但是律师自身的调查手段有限,经常无法取得被调查对象的配合,法律也没有规定最高人民法院协助律师调取证据的义务,所以律师往往难以收集到其认为有价值的证据材料,也就只能向死刑复核合议庭提交被告人初犯、偶犯、主观恶性小等一些简单的与量刑相关的法律意见,而无法提供无罪或疑罪从宽的证据材料。

(四) 律师提交的法律意见得不到有效回应

前些年,法院裁判文书说理问题受到法学界广泛关注,人民法院系统内部也在积极推动裁判文书说理公开制度的实施,现在法院一审、二审判决书中对说理的重视远胜以前,许多判决书都有专门篇幅对案件事实、法律、证据等问题进行论述,说理质量也有很大提高。但在司法实践中,每个办案法官针对说理的做法不一,有的法官说理高度概括,有的法官说理较为清晰详细,裁判文书的说理仍然存在许多不足之处。就当前的死刑复核程序来说,最高人民法院的死刑复核裁定书对说理的重视依然不够,复核裁定书中一般不提及律师提交的法律意见,也不说明律师提交的法律意见是否采纳。^[23]前文笔著者所统计的2013年至2015年期间最高人民法院公布的死刑复核裁定书中,有44份文书中提到了听取律师意见,但这44份裁定书中只是轻描淡写地提到听取律师意见,仅仅一句话而已,且其中只有2份对律师意见进行了针对性说理^[24],所占比例为4.55%(具体可见图四)。这44份听取律师意见的案件包括故意杀人犯罪22起,走私、贩卖、运输、制造毒品罪10起,抢劫罪7起,故意伤害罪1起,集资诈骗罪1起,以危险方法危害公共安全罪1起。



图四:死刑复核裁定书中针对律师意见说理比例

数据来源:最高人民法院网站公布数据。

[22] 高咏:《死刑复核程序中的律师辩护》,载《中国刑事法杂志》2010年第8期。

[23] 在“夏俊峰杀死城管案”等社会广泛关注的重大案件中,虽然辩护律师向最高人民法院呈交了上万字的辩护意见,社会公众对辩护意见涉及的内容也非常关注,但是最高人民法院在核准死刑的裁定书中对律师辩护意见依然只字未提。

[24] 2013年至2015年期间,最高人民法院公布的473件死刑复核裁定案件中,有两件针对律师意见说理的案件,分别是:2015年4月3日,最高人民法院核准浙江省高级人民法院(2014)浙刑一终字第50号维持第一审以故意杀人罪判处被告人连恩青死刑的刑事裁定;2015年11月12日,最高人民法院核准上海市高级人民法院(2014)沪高刑终字第31号维持第一审以故意杀人罪判处被告人林森浩死刑的刑事裁定。

除了律师提交法律意见后,得不到合议庭法官的积极回应外,在有的案件中,最高人民法院也不会把死刑核准裁定书送达律师,律师无法充分了解死刑复核程序进展情况,影响了正常辩护准备工作。最高人民法院对此的解释是案件承办法官会在评议报告、审查报告中已经提及律师意见,死刑复核裁定书作为制式文书不宜对律师意见进行讨论。^[25]造成这种现象的根本原因是在非诉讼化的死刑复核程序中,诉讼多方构造的合理架构还没有建立起来,律师的辩护人身份处于尴尬境地,虽然根据法律规定律师属于辩护人的角色,但却不能像刑事诉讼一审、二审程序中那样行使辩护权,无法参与死刑复核合议庭庭审质证,而只能采取单方提交证据、意见的方式来辩护,且单方提交证据材料后得不到法官的积极回应。很多情况下,律师甚至无法通过正常程序及时获知死刑复核裁定结论,而只能求助于所谓的“内部关系”和“熟人”。律师在死刑复核程序中,依靠这种单方辩护行为来维护被告人合法权利,显然是力不从心的,所取得效果也不甚理想。

三、律师有效参与死刑复核程序的路径选择

(一) 公开审查:律师参与死刑复核程序的准诉讼化改造

死刑复核程序是刑事诉讼程序中较为特殊的一个程序,按照当前实际的程序构造模式来看,其运行机理具有较强的行政化复核色彩,其性质上属于刑事诉讼中一个特别程序。这种行政化复核程序的透明度不高,内部行政审批色彩浓厚,律师在该程序中的辩护人地位也比较尴尬,进而影响了律师辩护权的有效行使。不可否认,死刑复核程序带有很强的审判程序印记,《刑事诉讼法》将死刑复核程序规定在第三编“审判”中,将该程序与第一审程序、第二审程序以及审判监督程序并列,并规定死刑复核需要设立合议庭,合议庭由审判长和审判法官组成,其审理组织的设置也类似于普通审判程序。有人主张将该程序进行完全的诉讼化改造,将其按照普通审判程序进行设置,并增加一个审级,但是这种改革意味着将死刑二审终审转变为三审终审,^[26]增加审级对整个审级制度的冲击过大,也会对最高人民法院造成过大的审判压力。在现行的行政审批式复核模式下,最高人法院复核法官已经超负荷工作,人力资源面临着捉襟见肘的困局。目前我国的死刑案件数量还维持在一个非常高的层面,且一直受到国外反死刑机构的关注,^[27]外界估计少则一二千,多则三四千,^[28]这个数量比一个普通地级市法院每年审理的刑事案件总量还要大。如果在当前审级基础上为死刑案件再加一个审级,将对最高人民法院死刑复核庭造成巨大的资源压力。

“在死刑案件中建立第三审的设想与死刑复核程序的基本功能并不契合,从有利于实现死刑复核

[25] 陈学权:《死刑复核程序中的辩护权保障》,载《法商研究》2015年第2期。

[26] 主张三审终审制的学者认为当前死刑复核程序全面审查的做法有违现代司法规律,主张取消最高人民法院和高级人民法院一审管辖权,并对死刑案件实行强制上诉,以充分保障被告人的上诉权,最终将死刑复核程序改造为单纯的法律审。参见汪建成:《冲突与平衡——刑事程序理论的新视角》,北京大学出版社2006年版,第273-275页。

[27] 目前国际上普遍认为中国是执行死刑数量最多的国家,但因为中国对死刑数字严格保密,国外反死刑机构发表的中国执行死刑数字相差悬殊,且均不准确。如“意大利反死刑组织”发表报告称,2006年全世界有5628人被处决,其中中国执行死刑人数达到5000人。国际特赦组织统计的2006年中国执行死刑数据为1790人被判决死刑,1010人被执行死刑,2008年则至少有1718个人被执行死刑。资料来源:http://news.bbc.co.uk/chinese/simp/hi/newsid_6970000/newsid_6971700/6971753.stm。

[28] 根据最高人民法院死刑复核法官的介绍,自2007年死刑核准权收归最高人民法院以来,最高人民法院严格把控死刑适用标准,认真审查死刑案件的事实、证据,积极落实“少杀、慎杀”的政策,目前中国执行死刑的数量已比死刑核准权收归之前下降了70%,这也是最高人民法院在死刑制度改革方面做出的重大贡献,也体现了我国积极维护死刑被告人人权的基本原则。

程序纠错功能的角色,应当割舍这一改革路径,而选择‘自体优化’的道路。”^[29]当前这种死刑复核模式下,最大问题是律师在复核程序中的参与度和发挥作用的程度均有限,程序的公开性不足,死刑复核裁定结论的作出受到长官意志和外界压力影响比较明显。笔者建议目前可以参照听证程序的运作模式,建立死刑复核程序的公开审查机制,通过听证的形式增强死刑复核程序的透明度和公正性,以后随着死刑案件数量减少到一个较低层次,可以再逐步推行死刑复核开庭审理模式。

在这种死刑复核程序的公开审查机制中,合议庭在复核死刑案件时,如果案件存在争议或辩护律师提出公开审查的申请,可以在被告人律师、被害人及其诉讼代理人、人民检察院代表等在场的情况下,公布人民法院的死刑复核做了哪些工作、获取了哪些证据材料、案件处理意见等,然后由其他参会人员提交证据材料和法律意见,期间可以询问相关的证人,最终由合议庭将律师等各方意见汇总后作出决定,合议庭应当将死刑复核程序的程序进展情况及时告知被告人家属和辩护律师。这样既保障了律师等各方的知情权,也有利于律师更加有效地参与死刑复核程序,充分保障被告人合法权益。

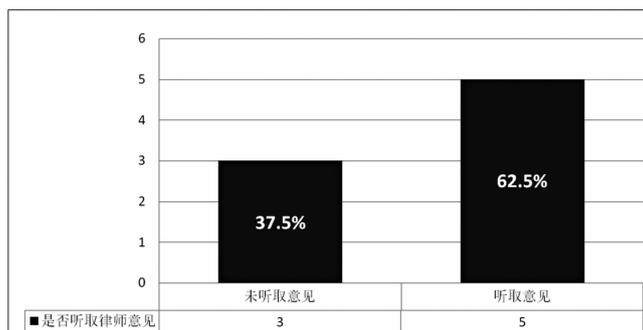
(二)有效辩护:死刑复核案件刑事法律援助制度的完善

近年来,我国的刑事法律援助工作进展很快,随着刑事诉讼法等相关立法的完善,目前刑事诉讼程序的一审、二审中已基本覆盖了法律援助制度,而在关系被告人最终命运的死刑复核程序中却没有法律援助制度,是十分不合理的,也不符合保护刑事被告人人权的需要。被告人自身的辩护水平不高,缺乏专业的法律知识,多数人无法充分有效地实施自我辩护,律师的参与对于充分保障被告人的辩护权是非常重要的。在笔者所调查的2013年至2015年期间最高人民法院所公布的473件死刑复核案件中,最高人民法院对8件案件不予核准死刑,这其中涉及故意杀人犯罪6起,抢劫罪和强迫卖淫罪各1起,而这8件案件中有5件案件听取了律师意见,这是相当高的比例(见图五)。死刑复核程序是“死刑案件的最后一道关卡,应当保障被告人获得律师的辩护。如果被告人没有委托律师,就应当为其指派法律援助律师。”^[30]律师帮助被告人行使辩护权利,更能有效地维护被告人的合法权利,也能体现我国“少杀”、“慎杀”的死刑政策精神。

完善死刑复核程序中的法律援助制度,需要通过立法对法律援助制度进行更为科学的规定,从法律层面明确赋予被告人在死刑复核程序中获得法律援助的权利,同时要积极完善当前死刑复核程序中的法律援助制度。在当前相关立法尚未出台的情况下,建议法院和法律援助机构共同开展死刑复核法律援助制度的探索。2003年9月1日起施行的《法律援助条例》规定了法律援助是政府的责任,县级以上人民政府应当采取积极措施推动法律援助工作,为法律援助提供财政支持,确保专款专用。《法律援助条例》也规定了中华全国律师协会和地方律师协会应当按照律师协会章程对依据该条例实施的法律援助工作予以协助,并规定了法律援助机构、人民法院和法律援助机构在法律援助中的衔接方式。在完善死刑复核程序中的律师辩护制度过程中,可以充分借鉴《法律援助条例》的规定,由人民法院和法律援助机构共同努力开展这方面的工作。

[29] 高原:《审级制度视野下死刑复核制度的缺陷及其完善路径》,载《政治与法律》2012年第9期。

[30] 陈光中:《中华人民共和国刑事诉讼法修改条文释义与点评》,人民法院出版社2012年版,第22页。



图五：不核准死刑案件听取律师意见比例

数据来源：最高人民法院网站公布的数据。

当前,死刑复核程序是由在北京地区的最高人民法院负责,考虑到在死刑复核程序中指定律师辩护的便捷性,可由最高人民法院和北京地区法律援助机构共同开展这方面的探索工作,鉴于当前刑事辩护律师整体数量少且水平低的问题,可以从全国刑事辩护律师中进行遴选,选拔那些业务经验丰富、有责任心、有意愿进行法律援助的律师,建立专门的死刑复核案件辩护律师成员库。另外,考虑到死刑复核律师往返北京的成本及辩护方便,律师库成员应尽量以北京及周边地区为主。确定死刑复核律师成员库后,可由最高人法院探索在那些控辩双方存在争议而被告人无辩护人的案件中,从律师库中为被告人指定辩护人。另外,死刑复核案件中指定辩护律师的辩护费用应当有充分保障,服务费用应适当高于一般刑事案件的指定辩护费用,避免辩护费用太低而打击律师的从业积极性。

(三) 权利保护:保障律师在死刑复核程序中的辩护权利

随着律师参与死刑复核程序的相关立法的逐步完善,目前律师在死刑复核程序中的查询信息难、阅卷难的问题已逐步得到解决,但是律师会见难、调查取证难的问题依然存在,并直接影响了律师辩护权的行使。目前律师在死刑复核程序中无法充分行使调查权,也就无法收集到可能影响被告人定罪量刑的新的事实和证据,所以律师往往把主要精力放在协调被告人家属对被害人家属进行经济赔偿,以取得被害人家属的谅解,进而为被告人争取酌定从轻处罚的量刑情节。比如,笔者所统计的2013年至2015年期间最高人民法院公布的473件死刑复核案件中,最高人民法院对其中8件不予核准,不予核准的理由绝大多数是被告人认罪、悔罪,犯罪是婚姻家庭矛盾引发,被告人积极赔偿,取得被害人家属谅解。上述这8件不予核准的案件中,只有一件是因为辩护律师提交了新的证据,影响了案件的定罪量刑,所以最高人民法院最终不予核准死刑立即执行。

既然允许律师参与死刑复核程序,就要充分尊重律师在死刑复核程序中以合法手段维护被告人的合法权益,而不能束缚辩护律师进行辩护的手脚,把辩护律师变成死刑复核程序可有可无的摆设,使辩护律师无法在死刑复核程序中充分发挥作用。要解决律师在死刑复核程序中遇到的这些棘手问题,可以从以下几方面入手:

首先,严惩违规限制律师会见被告人的行为。最高人民法院应积极作为,与公安部协商后联合出台文件,明文督促各地公安机关严格执行律师会见的相关法律要求,坚决杜绝侦查机关超越法律任意将刑事案件设置为限制会见案件,充分保障律师在死刑复核期间会见被告人的权利,对于那些故意阻挠律师正常会见的行为人给予行政纪律处分。

其次,充分保障律师的调查取证权。可以借鉴刑事诉讼法关于律师取证的相关规定,参与死刑复

核程序的律师可以申请最高人民法院调取证据,最高人民法院审查后认为有必要的,应积极进行取证工作。同时,律师本人也可以依法向证人、被害人、其他单位和个人收集证据,但这种方式历来效果不佳,未来可以尝试探索律师向最高人民法院申请调查证据令,律师可以持最高人民法院授予的调查证据令向有关单位、人员调取证据,对方有义务配合律师的取证工作,拒不配合的给予相应的处罚,以此来完善律师的取证手段。

最后,发挥检察机关的法律监督作用。通过立法赋予律师一定的救济通道,即如果律师的辩护权利受到了严重侵害,可以以死刑复核程序严重违法为由,向最高人民检察院提起申诉,最高人民检察院审查后根据不同情况,向最高人民法院提交法律建议或意见,“赋予最高人民检察院的刚性监督效力,即如果死刑复核正在进行,则中止复核。如果死刑复核已经结束并作出核准死刑的裁判,则停止执行”^[31]。

(四)充分说理:复核文书对律师意见的针对性答复说理

按照司法解释的规定以及实践中的做法,律师在死刑复核程序中,向最高人民法院提交法律意见,可以通过高级人民法院代收并随案移送,也可以直接邮寄至最高人民法院承办案件的审判庭,也可以选择向承办法官当面提交意见,在尚未立案的案件中还可以直接寄送最高人民法院立案庭。但律师提交法律意见经常遇到的问题是,通过上述方式提交法律意见后,由于无法有效参与最高人民法院合议庭的复核程序,律师对于承办法官是否收到自己提交的书面法律意见,以及在复核裁定过程中如何审查自己的法律意见,并无有效途径知晓。多数情况下,律师只能通过死刑复核裁定书了解自己的意见是否被采纳,而法官一般不会对律师提交的意见进行针对性说理,即使文书中有说理,说理的内容过于简略,多数以概括性语言总结了事。比如,笔者所检索出的473份死刑复核裁定书中,仅有2份裁定文书中有针对律师意见的针对性说理,分别是连恩青故意杀人案和林森浩故意杀人案。

另外,笔者通过对上述检索的473份死刑复核裁定书内容的整理归纳,发现一般的死刑复核裁定书有着典型的内容结构,从文书格式上看,一份完整的死刑复核裁定书包括以下内容:(1)被告人基本信息;(2)死刑案件在不同审级的程序流转情况;(3)合议庭复核确认内容;(4)合议庭作出裁定的依据和理由;(5)合议庭裁定结论。大多数死刑复核裁定书基本格式较为一致,但是具体文字组织方式差异较大,有的死刑复核裁定书只有1千多字,而有的死刑复核裁定书则接近2万字^[32],但多数案件裁定书平均只有4千字左右。有些裁定书对案件内容进行了详细描述,类似一审、二审判决书的撰写风格,有些裁定书只有程式化语言,对案情一笔带过,字数非常少。

但是上述这些死刑复核裁定书绝大多数忽略了律师意见,即使提及了律师意见也缺少针对性说理,要解决律师提交法律意见过程中存在的这些问题,一方面需要继续拓展律师提交法律意见的途径,可以在当前辩护律师直接联系案件承办法官的基础上,探索未来由最高人民法院案件管理部门统一接受律师法律意见,案管部门接收后应及时办理登记手续,并向律师出具接收证明,及时将律师意见转交承办案件法官。另一方面,合议庭在复核死刑案件过程中,作出死刑复核裁定结论后,在制作

[31] 穆远征:《死刑复核程序中律师辩护的困境与改革——以人权司法保障为视角》,载《法学论坛》2014年第4期。

[32] 如最高人民法院公布的刘维等组织、领导黑社会性质组织、故意杀人等死刑复核裁定书中,该复核裁定书使用一审判决书的撰写风格,用了大篇幅语言,对刘维的犯罪事实和法律认定进行了十分详细的描述,全文共16046字,根据媒体公布的案件审理情况,该案被告人聘请了多位全国著名律师,包括高校著名教授,但是最高人民法院公布的死刑复核裁定书中却对听取律师意见情况只字不提。资料来源:刘维等组织、领导黑社会性质组织、故意杀人等死刑复核裁定书,http://www.court.gov.cn/wenshu/xiangqing-268.html。

死刑复核裁定文书中应如实反映听取律师意见的情况,并尽可能对律师意见进行针对性说理,展示裁定结论的法律推理过程。尤其是在死刑复核文书中,应充分反映律师所提交的法律意见内容,以及合议庭对律师意见的评价以及具体的解释理由。最终,通过这种公开法官心证的方式,来增强死刑复核决定的公开性和透明性,保障律师在死刑复核程序中的基本知情权。

Study on the Lawyer's Effective Involvement in the Procedure for Review of Death Sentences

Ye Qing & Wang Xiaoguang

Abstract: The defense lawyers play more and more important role since the Supreme People's Court have taken back the power of checking death penalty. The lawyers actively involved in the death penalty review procedure. They safeguard the legitimate rights of the defendant by submitting new facts and evidence, bringing forth legal advice, and appealing to the Supreme People's Procuratorate, and so on. However, the defense lawyers face a lack of participation, an insufficient protection of the right to defense, a lack of effective response to their legal advice and other issues. In order to solve these problems, we need to further reform the procedure for review of death sentences, perfect the legal assistance system, and fully protect the rights of the lawyers.

Keywords: review of death sentences; lawyer's involvement; legal advice; argue; legal assistance

(责任编辑:丁洁琳)

论欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度的影响与改造

艾明*

摘要: 凭借个人申诉机制、裁判具有拘束效力、签约国负有遵循和转化义务、拥有自主性解释权这四大法宝,欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度产生了巨大影响。这种影响不仅体现为对微观层面的概念、规则,中观层面的诉讼原则及具体制度的改造,还包括对内国刑事诉讼法典的再造。我国刑事诉讼制度的发展,应当借鉴欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度影响与改造的经验,选择立法模式和司法判例模式相结合的“双轮驱动”模式。

关键词: 欧洲人权法院 判决 刑事诉讼制度 影响

近 30 余年来,刑事诉讼国际发展进程中最耀眼的光环,莫过于欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度产生的巨大影响。凭借对《欧洲人权公约》(以下简称“公约”)第 6 条“公正审判”条款持续作出的自主性解释,欧洲人权法院以一己之力逐渐抹平了欧洲大陆法系和英美法系刑事诉讼制度的传统界限,缔造出被誉为“欧洲公正程序模式”的新型刑事诉讼模式。^[1] 欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度的影响既包括微观层面的概念、规则,中观层面的原则、制度,还包括宏观层面的对内国刑事诉讼法典的整体改造。全面透视欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度产生的巨大影响,可以帮助我们准确把握欧洲刑事诉讼制度发展的最新趋势,深化对刑事诉讼制度的科学认识,这对提升未来我国刑事诉讼制度的法治化和科学化水平不无借鉴意义。

一、欧洲人权法院影响内国法律制度的四大法宝

与其他跨国性国际人权法院相比,欧洲人权法院可谓是最具成效的国际人权法院。欧洲人权法院之所以被誉为“第四级法院”、“准欧洲宪法法院”,绝非浪得虚名。整体而言,欧洲人权法院之所以能持续影响内国法律制度,主要凭借的是个人申诉机制、裁判具有拘束效力、公约签约国负有遵循和转化义务以及拥有自主性解释权这四大法宝。

(一) 个人申诉机制

个人申诉机制是欧洲人权法院影响内国法律制度的第一大法宝。有学者即认为:“欧洲人权法院之所以享誉全球,主要就是公约容许个人将签约国列为被告而提起个人申诉案(individual applications)。欧洲人权法院被誉为欧洲理事会的‘王冠珠宝’(jewel in the crown),而个人申诉案让这颗王

* 西南政法大学教授,法学博士。本文为 2014 年国家社科基金重点项目“刑事诉讼法解释学的原理及运用研究”(项目编号:14AFX014)和西南政法大学 2016 年度校级引进人才科研项目“侦查程序法治化与公民基本权利保障问题研究”的阶段性成果。
[1] 施鹏鹏:《基本权利谱系与法国刑事诉讼的新发展》,载《暨南学报》2013 年第 7 期,第 75 页。

冠珠宝闪亮至今。”〔2〕

公约体系下个人申诉机制可分为旧制和新制两种。从旧制开始,即已设立个人申诉机制,个人得以某签约国违反公约为由,以其为被告国提起请求或申诉。在旧制下,个人申诉案首先应向欧洲人权委员会提出,由其审查并决定是否受理申诉;若决定受理则先试图调解;调解不成就撰写书面意见转呈欧洲理事会的部长委员会。若签约当事国是已经声明接受欧洲人权法院强制审判权的国家,则委员会或当事国得于前述转呈3个月内将案件提交欧洲人权法院裁决;反之,如案件未提交欧洲人权法院裁判,则由部长委员会决定被告国有无违反公约。

1994年5月11日,公约签约国签署了第11号议定书,启动了对欧洲人权机构的深化改革。依该议定书的规定,欧洲人权委员会被撤销,部长委员会的职能仅限于监督欧洲人权法院判决的执行,其处理申诉的职能被取消。1998年11月1日,第11号议定书生效,自此,欧洲人权法院成为“常设单一欧洲人权法院”,享有对所有个人申诉案件的管辖权。〔3〕

无论是旧制还是新制,公约对个人申诉案件原告适格问题均持开放态度,个人、团体以及非政府组织皆可作为原告提起申诉。甚至于原告(申诉人)也不需要是任一签约国的公民,只要被告是签约国即可。尤其新制规定,只要是公约签约国,一律接受欧洲人权法院的强制审判权,在此情形下,非公约签约国公民以某签约国为被告而提起个人申诉案的情形,不胜枚举。总之,个人申诉机制的设置使欧洲人权法院“实质上担当了泛欧区域人权维护者与人权指标发展者的双重角色”,〔4〕也为欧洲人权法院开启了影响内国法律制度的大门。

(二) 裁判具有拘束效力

欧洲人权法院的判决,主要标的就是针对申诉个案确认内国政府的作为有无违反公约,易言之,是一种确认之诉、确认判决。故而,欧洲人权法院的判决并无直接撤销内国法院裁判的效力,亦即并无撤销的形成效力。〔5〕此外,欧洲人权法院还得酌予判处被告当事国向申诉原告给付一定的赔偿金额(公约第41条),就此,判决亦有给付之诉、给付判决的性质。

欧洲人权法院的确认判决,从表面来看,仅具有拘束当事国的相对效力,并无一般性拘束全体签约国的绝对效力。然而,一旦欧洲人权法院确认内国政府的某种作为违反公约,非当事国的签约国必须尽力向该判例法(case-law)看齐,如果不及早吸取教训,自身很可能会成为下一个被告国。也因此,每当欧洲人权法院作出开创性裁判(leading case)时,都会在欧洲法律界掀起一阵飓风。例如,在1998年的Teixeira de Castro v. Portugal一案中,欧洲人权法院就犯罪挑唆问题(诱惑侦查)判决葡萄牙政府败诉并赔偿1000万葡币。此判决一出,非当事国的德国联邦最高法院随即在1999年作出回应,详细分析了该案的射程距离。此外,德国学术界的反响更是热烈,自此以后,所有讨论犯罪挑唆(诱惑侦查)的德文文献,几乎毫无例外地要引用该案判决的见解。德国联邦司法部更是邀请专家组成对策小组,进一步分析德国有无可能成为下一个败诉国,并检讨要不要修改德国现行法。也因此,有学者

〔2〕 林钰雄:《欧洲人权保障机制之发展与挑战》,载林钰雄:《刑事诉讼与国际人权》,元照出版有限公司2007年版,第17页。

〔3〕 关于个人申诉机制的发展,可参见Jens Meyer-Ladewig & Herbert Petzold:《欧洲人权法院五十年》,王士帆译,载《月旦法学杂志》第190期,第246-247页。

〔4〕 同注2引文,第28页。

〔5〕 对欧洲人权法院的判决,我国媒体普遍存在错误理解,认为其具有撤销内国法院裁判的形成效力。例如在介绍著名的Gäfgen v. Germany一案判决时,媒体均以“欧洲人权法院判决无罪”进行了报道。实则欧洲人权法院在判决中只是确认德国警察的作为违反了公约第3条,并没有作出无罪开释的决定。关于此判决内容的详细介绍,可参见艾明:《基于营救目的实施的逼供行为之法律效果——以欧洲人权法院Gäfgen v. Germany案判决为例》,载《比较法研究》2014年第2期,第176-189页。

认为欧洲人权法院的判决对非当事国亦有一种“间接效力”或“定向效力”。〔6〕

（三）公约签约国负有遵循和转化义务

根据公约的规定,公约签约国负有遵循和转化义务。遵循义务是指签约国负有尊重公约所定个人权利的的义务,签约国不得以任何手段妨碍个人行使向欧洲人权法院提起申诉的权利。〔7〕所谓转化义务包括一般转化义务和个案转化义务。一般转化义务是指签约国应遵守公约并将其转化为内国法。个案转化义务是指案件当事国应遵循个案判决并将其贯彻到内国法律程序中,〔8〕公约并规定由部长委员会负责监督判决的执行。〔9〕

由于公约本身仅具有国际法性质,因而允许签约国选择以某种方式履行其因败诉所承受的公约义务,欧洲人权法院原则上并不会给败诉国指定转化判决的具体措施,例如撤销(原)判决、(开启)刑事再审程序或提供给付等。〔10〕各签约国究竟要如何转化判决,基本上是各国自行决定的事项。欧洲人权法院的立场是,只问最后结果是否符合公约的要求,不问各签约国采取什么样的转化方式。

为了更好地履行个案转化义务,部分国家积极修订内国法,一方面因应公约的要求,另一方面也为在国内履行个案转化义务提供明确的法律依据。例如,前述论及,欧洲人权法院的判决不具有撤销的形成效力,因而,其既不能撤销内国已作出的裁判,也不能消灭该裁判的确定力。为了使个案转化义务的履行具有明确的国内法律依据,1998年德国增修《刑事诉讼法》时,专门增订第359条第6款,将欧洲人权法院判决德国败诉的案件列为再审的明确事由。〔11〕

（四）拥有自主性解释的权力

欧洲人权法院对公约条文的相关用语和概念拥有自主性解释的权力,且不受签约国认知或传统的拘泥。由于持有这把“尚方宝剑”,欧洲人权法院敢于作出不同于内国法律理解的自主性解释,从而对内国法律制度形成影响和冲击。〔12〕即便素有威望的德国联邦宪法法院也郑重声明,解释德国《基本法》规定的基本权利要考虑到公约,如同人权法院解释公约一般,并且坚持要求德国法院审理案件应考量人权法院的裁判。〔13〕

以上对欧洲人权法院影响内国法律制度的四大法宝作了一个简介,以下笔者将进一步结合刑事诉讼制度,从微观、中观、宏观三个层面具体阐述欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度的影响和改造。

二、微观透视:对内国刑事诉讼概念和规则的影响与改造

（一）对概念的改造:以讯问概念为例

法律概念是构成整个法律体系的原子,是法律知识体系中最基本的要素,然而不可否认的是,法

〔6〕 Christoph Gusy:《欧洲人权法院裁判对德国之影响》(上),王士帆译,载《司法周刊》1478期,第6页。

〔7〕 公约第1条规定:“缔约国应当给予在它们管辖之下的每个人获得本公约第一章所确定的权利和自由。”

〔8〕 公约第53条规定:“缔约国各国承诺在它们作为当事人一方的任何案件中服从法院的判决。”

〔9〕 《欧洲人权公约》第54条规定:“法院判决应当送交部长委员会,由部长委员会监督执行。”

〔10〕 Robert Esser:《〈东协宪章〉基础上的区域人权保护制度之发展——从欧洲观点看国际法院裁判落实到内国刑事诉讼法》,林钰雄、王士帆译,载《台湾法学杂志》148期,第65-75页。

〔11〕 德国《刑事诉讼法》第359条第6款规定:“下列情形,对由确定判决所终结的程序准许进行对受有罪判决人有利的再审:……6.如果欧洲人权法院确认违反《欧洲人权和基本自由保护公约》或其议定书,而该判决以此项违反为基础。”

〔12〕 可进一步参见赵彦清:《欧洲人权法院对〈欧洲人权公约〉之解释》,载赵海峰编:《欧洲法通讯》(第5辑),法律出版社2003年版,第60页。

〔13〕 同注3引文,第244页。

律概念自有其模糊性,存在着如哈特所言的“开放结构”,任何词和概念都具有核心意思,同时又都具有边缘意思。^[14] 由于法律概念存在着这种“开放结构”,对其内涵作不同的解释,往往会为法律的适用开辟有别于传统的新路径。由于欧洲人权法院拥有自主性解释的权力,其往往会基于“公正审判”的理念,对刑事诉讼的某些核心概念做出新解释,从而深刻影响内国刑事诉讼的运作。以下以欧洲人权法院对“讯问”概念的解释为例作一具体说明。

讯问是各国侦查机关取证的常规手段。传统上,刑事诉讼对讯问的理解仅限于“形式讯问”。所谓形式讯问是指讯问者以公职形态出现于被讯问者面前,且以此身份要求被讯问者答复,强调外观上有可分辨的职权形态。^[15] 在形式讯问概念下,侦查机关开展讯问活动应当遵循刑事诉讼法规定的讯问程序,且应履行沉默权告知义务,以保障被讯问者不自证己罪的权利。然而在实践中,侦查机关往往采取隐密探话的方式,利用伪装身份的侦查人员或派出线人贴靠被锁定的犯罪嫌疑人,套取后者的有罪陈述,嗣后再以侦查人员或线人出庭作证的方式展示犯罪嫌疑人的陈述。由于此种活动不属于形式讯问,侦查人员或线人无需遵守沉默权告知义务,例如,依美国联邦最高法院的见解,侦查机关的这种隐密探话方式不属于警方的正式讯问,进一步地,美国联邦最高法院发展出“风险承担”理论(assumption of risk)和“虚伪朋友”理论(false friend doctrine),为侦查机关的这种做法开脱。^[16]

如果沿用上述见解,侦查机关采取隐密探话的方式无疑会规避沉默权告知义务,进而会对犯罪嫌疑人享有的不自证己罪权利造成实质侵害。有学者就指出:“以隐密探话来架空传统沉默权告知的结果,形成了地上、地下两部刑事诉讼法(及宪法)的局面:警方如果适用地上那一部,要先对刑事被告人践行告知义务,要尊重其陈述自由,要承担被告人不提供资讯而阻碍侦查进展的困境;反之,警方如果适用地下那一部,大可设局陷诱、利用人际信赖关系来尽情刺探。在破案压力之下,警方要遵守地上宪法或利用地下侦查手段,答案已经很清楚了。”^[17]

在2002年的Allan v. U. K.案中,^[18]欧洲人权法院开始正式直面这一问题。在该案判决中,欧洲人权法院指出:艾伦(Allan)自被逮捕时起,即依照辩护律师的建议,自始至终行使沉默权。长期担任警方线人的H,正是为了去诱发艾伦的犯罪陈述,而被安置到单独羁押艾伦的牢房,而且警方还明确指示H要“尽可能去挖出来”。本案定罪的主要不利证据,就是据称艾伦对H的谈话,但这并不是艾伦的自发性陈述,而是由警方所指示的线人H在持续不懈、处心积虑的套话后才诱发出来的。由于H早已把话题导向系争的犯罪,因此,这种谈话应可当成功能上等价的讯问(can be regarded as the functional equivalent of interrogation),但却没有附属于形式讯问所应有的律师在场权及沉默权告知等程序

[14] [英]哈特:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第126-128页。

[15] 王士帆:《不自证己罪原则》,春风煦日学术基金发行2007年版,第149页。

[16] 关于“风险承担”理论(assumption of risk)和“虚伪朋友”理论(false friend doctrine),可参见王士帆:《隐密探话的发展——从德国法院到欧洲人权法院》,载《台湾本土法学杂志》第69期,第131-159页。

[17] 林钰雄:《欧式米兰达——欧洲人权法院Allan裁判及其划时代意义之评析》,载林钰雄:《刑事程序与国际人权》(二),元照出版有限公司2007年版,第3页。

[18] 基本案情略为:1995年2月3日,超市老板戴维·比斯利(David Beesley)在店内遭枪击身亡。其后,警方逮捕嫌犯之一的艾伦,并将其单独羁押。3月8日,警方对艾伦展开讯问,并履行了沉默权告知义务,艾伦决定沉默,辩护律师也建议艾伦保持沉默。后长期担任警方线人的H接受任务去贴靠艾伦,并尽力引诱艾伦透露谋杀案的相关线索。这项任务是警方打电话告知H,而这通电话指示亦被记录下来,警方说:“尽你尽可能去挖出来。”嗣后,H被安置在艾伦羁押的牢房执行探话任务。后H作证称,艾伦曾对他谈谋杀案发生时自己在现场。艾伦的辩护律师主张排除该证据,事实审法官认为该证据并不是非法取得,拒绝排除。最终陪审团以10比2的票数,认定艾伦犯谋杀罪,并处以无期徒刑。艾伦申请上诉,但遭上诉法院驳回。于是,艾伦向欧洲人权法院提起个人申诉,指摘英国审判程序使用了H的证言,违反了《欧洲人权公约》第6条。

保障。尽管艾伦和H本来并无特别的信赖关系,也未受到直接强制,惟欧洲人权法院认为,艾伦做出H宣称的陈述时,已经处于自愿性受侵犯的心理压力之下:他是涉嫌谋杀罪而被羁押的嫌犯,正处于警察讯问谋杀案情的直接压力,面对一个相处数周的同房狱友H,处于极易受到H劝说影响的心理情境,极易产生信任关系。所有的一切累加显示,H的隐密探话取证行为违反了艾伦的自由意愿,内国诉讼程序使用这样的证据已经侵犯了被告人的沉默权及不自证己罪的权利,因此,本案英国政府及法院的相关作为违反了公约第6条第1项的规定。

在艾伦案的判决中,欧洲人权法院高举公平审判条款内含的不自证己罪的大旗,将隐密探话取证方式视作功能上的讯问,扩大了讯问概念的内涵。此见解一出立即成为欧洲法律界探讨的热点,并为刑事诉讼法学界重新审视讯问概念的内涵提供了新基准。有学者就指出:“欧洲人权法之见解,可间接拘束各签约国内国司法,不难推测,隐密探话于Allan案表态后,似乎就此彻底夭折了,将为欧洲,尤其是1996年已对‘监听陷阱案’作出统一见解的德国,投下一颗震撼弹,爆炸性不容小觑。”^[19]德国学者盖德(Gaede)在评析有欧洲米兰达判决之称的艾伦案时,亦语重心长地表示:“德国立法者想不管欧洲人权公约或国际法的规定而不违反德国《基本法》,乃是不切实际,……当德国裁判可以思考公约的内涵时,德国联邦最高法院就不会只是等待斯特拉斯堡让步,对于新的法律问题,德国自己也可以藉由欧洲人权公约以法治国典范来发展出符合人权要求的解决方案,就如同欧洲人权法院在Allan案所成功达成的一样。”^[20]

(二)对规则的改造:以德国《刑事诉讼法》中翻译人员费用的规定为例

除了对传统的法律概念作出不同的解释外,欧洲人权法院的判决亦会对内国法律的具体规则产生影响,以下以德国《刑事诉讼法》中关于翻译人员费用的规定为例作一具体说明。

根据德国《刑事诉讼法》第465条的规定,刑事诉讼费用原则上应当由被判处有期徒刑的被告人承担。德国刑事诉讼费用的范围分为程序费用和诉讼参与人必要开支两个部分。“诉讼参与人必要开支是指诉讼参加人因参加诉讼而产生的必要费用,它包括四种:一是对证人的补偿费用;二是律师的费用和开支;三是翻译人员的费用;四是附带程序中产生的费用。”^[21]据此,翻译人员的费用理应由被判处有期徒刑的被告人承担。

然而,公约第6条第3款规定:“凡受刑事罪指控者具有下列最低限度的权利:……(5)如果他不懂或者不会讲法院所使用的工作语言,可以请求免费的翻译人员协助翻译。”根据这一规定,欧洲人权法院在一判决中认为,该款的文义毫无疑问是指被告人无需负担翻译人员的费用,即使被告人被判处有期徒刑,德国刑事诉讼法的相关规定违反了公约第6条第3款。此判决作出后,德国立即修改了相关规定,修改后的《刑事诉讼法》第464条c规定:“如果为不通晓德语或有听说障碍的被告人聘请口译或翻译人员,只要被告人有责地耽误或以其他方式有责地造成不必要的开支,被告人负担由此产生的开支。”据此,被告人原则上无需负担翻译人员的费用,仅在“有责地耽误”情形下才负担“不必要的开支”。修改后关于翻译人员费用的规定适应了欧洲人权法院判决的要求。

其后,欧洲人权法院对该款又作了扩张性解释,认为该款不仅应适用于刑事诉讼的费用负担,德国的违反秩序罚的程序也应该被视为公约中所称的刑事诉讼,如果在该程序中运用到翻译的情况,也

[19] 同注16引文,第158页。

[20] 同注15引书,第52-53页。

[21] 吴光升:《刑事诉讼成本分担制度初探》,载《中国刑事法杂志》2007年第2期,第92页。

应该包括在该款的适用范围之内,被告人无需负担该项翻译费用。^[22]

三、中观透视:对国内刑事诉讼原则和具体制度的影响与改造

(一)对刑事诉讼原则的改造:以无罪推定原则为例

无罪推定是现代刑事诉讼制度的一项基础性原则。尽管无罪推定是一项基础性原则,但在我国,对该原则的理解仍然停留在抽象层面,常将该原则当作一项空洞的口号加以宣示。对此,有学者不无嘲讽地指出:“如果有一项法律原则到头来却变成了一句口号或标语,只有在摇旗呐喊的时候才会挂在口头上,那这样的原则到底有什么学术讨论的必要?”^[23]

相较而言,欧洲人权法院并不是将无罪推定原则仅仅作为一种抽象的宣示,^[24]而是将这一原则化为具体的实践,详细说明了无罪推定原则在适用上的界限与范围,探寻出与无罪推定原则相关联的各种问题,使无罪推定原则在各个不同领域得以具体落实,对各签约国有关无罪推定原则的运用产生了不容忽视的影响。

1. 无罪推定作为举证责任规则

在2001年的 *Telfner v. Austria* 案中,欧洲人权法院表示公约第6条第2项要求内国法院不应一开始就形成被告人有罪的预断,刑事程序的举证责任在于控方,于有任何怀疑时皆应朝向有利于被告人的方向为解释。如果控方对被告人犯罪尚未证明至表面证据程度,却要求被告人提供相应解释,无异于将举证责任转嫁到被告人,此种行为违反公约规定的无罪推定原则。

在该案中,K被一辆汽车撞伤,遂向奥地利警方报案,并指出肇事车号与类型,但未能确认驾驶人,甚至于也不知道其性别。警方遂至该车登记名义人G住处调查,G为T的母亲,T与G及其他家人共住该处,T不在家,G向警方表示该车由数名家庭成员共用。依照警方调查报告,T为该车主要使用人,且案发后一段时间皆无人可说明其去处。T经约谈未到案后,被起诉过失伤害罪名。审理中,G及T的姐姐S皆行使拒绝证言权,T否认认罪,仅陈述案发时并不在车上,除此之外,未作任何其他陈述。法官遂依被害人陈述、警方调查报告及T的抗辩内容,认定T为驾驶人且构成过失伤害罪。该案经上诉后,上诉法院虽因其他交通违规案件而发现申诉人姐姐S亦使用该车,但认为并不能因此证明S即为意外发生时的驾驶人,并驳回T的上诉。

欧洲人权法院在审理该案时认为,内国法院以警方调查报告作为论罪科刑的主要基础,该报告中仅包含被害人K的陈述(但K并未能辨识出驾驶人及其性别),警方认为该车主要使用者是T的推测以及T在案发当晚行踪不明,这些证据不足以支持对T的指控及要求T作出解释,更何况T的姐姐S也曾使用该车。整体而言,本案控方对于申诉人犯罪未证明至表面证据程度,但却要求其提供解释,这种做法无疑于将举证责任从控方转嫁到辩方,违背公约规定的无罪推定原则。

反之,如果控方提出的证据已至表面证据程度,足以要求被告人作出解释,且该解释是被告人所必须且有能提供但却未提供者,则法院依一般生活经验推论被告人犯罪,并不违反无罪推定原则。在 *John Murray v. the United Kingdom* 案中,欧洲人权法院即容许英国法院对被告人的沉默事实作出不利的推断,因为在该案中,控方已经建构了一个不利于被告人的事实,且其程度也已足以要求被告人

[22] 刘学敏:《欧洲人权体制下的公正审判权制度研究》,法律出版社2014年版,第75页。

[23] 崔云飞:《无罪推定之具体实践——以欧洲人权法院判决为核心》,台湾大学法律学研究所2006年硕士论文,第1页。

[24] 公约第6条第2项规定:“任何受刑事犯罪控诉之人,在其罪行依法被证明之前,被推定为无罪。”

作出解释。

至于表面证据的判断方式,欧洲人权法院法官佩蒂特(Pettiti)、沃尔什(Walsh)认为:“所谓表面证据,意指一种由检方所出的实质证据,而如果相信该证据且在未有反驳的情况下,该证据在法律上足以证明被告人有罪;而在为此判断阶段时,裁判者不须透露其有关事实的看法,但其必须要在相信该证据且该证据亦未被反驳时,认为该证据客观上足以在法律中对其为有罪之认定。”^[25]

2. 无罪推定作为证据评价规则

除了将无罪推定视为举证责任规则外,欧洲人权法院亦将此原则视作证据评价规则,为法官指明形成有罪心证时应遵守的证明标准,拘束法官评价证据的方式。

在1963年的 *Austria v. Italy* 案中,欧洲人权委员会曾表示,根据公约第6条第2项的无罪推定原则,刑事程序的举证责任应由控方负担,任何怀疑皆应有利于被告人,法官仅能以依照法律规定足以证明被告人罪责的直接或间接证据,作为有罪判决的基础。在1988年的 *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain* 案中,欧洲人权法院肯定了欧洲人权委员会的这种见解,认为:公约第6条第2项乃无罪推定原则的体现,这项原则尤其要求,法官在履行职务时,不应一开始就形成被告人有罪的预断;举证责任应由控方负担,控方应提出足以让被告人定罪的证据,并且,任何怀疑皆应有利于被告人。

有学者认为,欧洲人权法院关于无罪推定作为证据评价规则的问题,并不特别强调毫无合理怀疑或类似说法的有罪心证门槛,而是将重心放在存疑有利被告人的基本要求。^[26] 在2000年的 *Vilborg Yrsa Sigurdardottir v. Iceland* 案中,这一点体现得尤为明显。本案冰岛法院,尽管到最后也还不太确定案件事实为何,也就是案件事实仍然存在疑问,但却以看不出来被告人比较可能是无辜而非有罪的推论,判处被告人有罪,这种有疑不利被告人的做法,显然违反公约规定的无罪推定原则。最后,冰岛政府自知理亏,与申诉人达成和解。

此外,无罪推定原则亦拘束法官评价证据的方式,尤其禁止法官自身已先预断被告人有罪,或受到媒体或公众偏见的不良影响。在2002年的 *Lavents v. Latvia* 案中,该案拉脱维亚的承办女法官在接手案件后即在记者会上表示,她不相信被告人是无辜的。随后,在另一个接受记者采访的场合,这位女法官甚至还建议被告人应该证明自己的清白。尽管该名法官的声明是以疑问词的形式发表,但欧洲人权法院判决认为,女法官的此种行为已经明显地违反了公约规定的无罪推定原则。

(二)对具体制度的改造:以英国的通讯监察制度为例

在对诉讼原则进行积极改造,充实原则内涵的同时,欧洲人权法院针对刑事诉讼中具体制度的改造也是不遗余力,这其中,尤以欧洲人权法院依据对公约第8条的解释,^[27]对英国通讯监察制度所进行的持续改造最为显著。有学者就指出:“欧洲人权法院将其发挥到极致,藉由所谓法的明确及品质要求,大举且大胆跨入原属内国法(院)的权限领域。欧洲人权法院不但巨细靡遗地指导了内国通讯监察法必须具备什么内容与细项,即使内国法形式上有这些细节规范,实质上还要再审查其整体而言

[25] 同注23引文,第9页。

[26] 林钰雄:《无罪推定作为举证责任及证据评价规则——欧洲人权法院相关裁判及评析》,载林钰雄:《刑事程序与国际人权》(二),元照出版有限公司2007年版,第74页。

[27] 公约第8条规定:“1. 人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。2. 公共机构不得干预上述权利的行使,但是,依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑,为了防止混乱或者犯罪,为了保护健康或者道德,为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的,不受此限。”

能否提供对抗滥用的有效控制,从欧洲人权法院与签约国内国法院的关系来看,真可以说是‘长驱直入’!”^[28]

在1984年的 *Malone v. the United Kingdom* 案中,申诉人指摘英国政府违法挂线监听及调取通联记录。该案发生时,英国尚未制定一般性的通讯监察法,遑论通联记录的规范,实务中惯行的做法是警察依据内政部长签发的监察令状采取通讯监察措施。在该案中,欧洲人权法院认为英国政府的此种行为属于未依法为之的干预,违反公约第8条。作为对该判决的回应,英国于1985年制定了《1985年通讯监察法》(*Interception of Communications Act 1985*),该法将上述实务做法成文化,赋予英国内政部长在特定条件下(如为了重罪侦查的目的),签发监察邮件或通讯令状的决定权限。^[29]

尽管英国制定了《1985年通讯监察法》,但该法只是初步创设了监听的法律授权基础,并未规范其他种类的通讯监察措施,规范密度严重不足,这为英国政府再次在通讯监察议题上败诉埋下了伏笔。在1997年的 *Halford v. the United Kingdom* 案中,欧洲人权法院再次指出英国法的缺陷:该案系争的国家机关内部电话的监察,并不在上述法案的授权范围内,由于英国政府拿不出针对机关内部电话监察的法律授权依据,结论自然是英国政府的此种行为违反公约第8条的规定。

为回应欧洲人权法院的判决要求,1999年英国内政部通过了通讯监察咨询书,提议修改《1985年通讯监察法》。基于 *Halford* 案判决的教训,咨询书建议将原法案的授权干预范围,扩张到非公共电信网络,并建议有限度承认雇主对雇员通讯的监控权。英国政府还建议采纳一种新的令状:锁定人但不限定监察措施,易言之,这种令状可以授权对特定人的所有通讯方式进行监察。2000年,英国制定《2000年侦查权限制法》(*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*),该法采纳了上述建议,并对多种类型的通讯监察措施设定了授权依据,初步满足了欧洲人权公约第8条规定的“依法为之”的法律保留原则的要求。

四、宏观透视:对内国刑事诉讼法典的整体改造

欧洲人权法院围绕“公正审判”条款持续作出的自主性解释,亦从整体上改变了内国刑事诉讼法典的面貌,其中尤以对不太注重保障公正审判权的传统大陆法系国家为甚,有些国家在欧洲人权法院判决的压力下,不得不另起炉灶,重新制定全新的刑事诉讼法典,以回应欧洲人权法院的要求。这种基于区域性人权法院判决的压力,对本国刑事诉讼法典进行根本性改造的举动,可谓国际刑事诉讼发展史上的一道奇观。

这其中,尤以奥地利2004年制定的全新刑事诉讼法典最为典型。在长达40余年的时间里,奥地利可谓惨遭欧洲人权法院的“修理”,这一屡战屡败的经历显示出,奥地利传统的刑事诉讼距欧洲人权法院要求的“公正审判”存在着不小的距离。

在1960年和1963年涉及平等武装的 *Pataki* 及 *Dunshirn* 案中,依照当时的奥地利旧法,上诉事实审程序仅检察官有参与权,申诉人据此指摘奥地利违反公正审判的要求。当时的欧洲人权委员会认为,容许检察官在场但否认辩方相应的在场权,显然违反平等武装原则。随后,奥地利修改了刑事诉讼法,将上诉事实审改为公开程序,规定应传唤未受羁押的被告人并得拘提羁押中的被告人到庭。不

[28] 林钰雄:《论通讯监察——评析欧洲人权法院相关裁判之发展与影响》,载林钰雄:《刑事程序与国际人权》(二),元照出版有限公司2007年版,第275页。

[29] 麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第58页。

过,针对羁押中被告人的规定,立法赋予法院自行决定的裁量权。结果在1980年的X案中,申诉人据此指摘本条规定违反公约第6条,因为奥地利上级法院审理案件时,不但未将其拘提到庭,而且还提高了量刑的刑期。在该案败诉后,奥地利再次修改本条规定,新规定增加若被告人提出申请或基于公正利益的必要,法院应拘提其到庭接受审判。

尽管如此,奥地利政府仍然不能避免败诉结果。在1993年的Kremzow案中,申诉人K被奥地利法院以谋杀罪及非法拥有武器罪判处20年有期徒刑。该案经上诉后,K未申请,而上诉审法官也未依职权将其拘提到庭受审,最后上诉审在被告人缺席的情况下,将刑期提高至无期徒刑。K申诉至欧洲人权法院,该院认为,本案上诉审理的是重大影响被告人权利的审判事项,因此内国法院必须保障被告人“自我辩护”的公约要求,纵使被告人本身并未提出到庭申请,亦无不同,因为内国法院基于内国法本来就有权且应该依职权拘提其到庭,据此,欧洲人权法院判决奥地利政府违反公约第6条。

在2000年涉及合理程序期间的Rösslhuber案中,奥地利政府于1989年开始侦办当时轰动一时的WEB丑闻,该案涉及35位被告人及300家左右的公司,卷证高达8万多页。1995年,本案终结侦查提起公诉,隔年开始进行主审程序,申诉人R于1999年被奥地利法院以背信罪判处6年有期徒刑。其后,R以奥地利内国刑事程序延宕过久,违反合理程序期间为由向欧洲人权法院提起申诉。欧洲人权法院虽然肯认本案确实特别复杂,但终究认为单纯以案件复杂的理由,仍然无法正当化如此长的程序期间,最后判处奥地利政府败诉并赔偿10万奥币。

此外,在涉及无罪推定的冤狱赔偿案,如1993年的Sekanina案,2000年的A. Rushiti案;涉及有效辩护的Can案(1985年)和Lanz案(2002年);涉及对质诘问权的Unterpertinger案(1986年)和Windisch案(1990年),奥地利政府均以败诉告终。

面对屡战屡败的局面,奥地利政府终于痛下决心,于2004年制定了全新的刑事诉讼法典,以适应欧洲人权法院判决的要求。该刑事诉讼法典前半部(主要是审前程序/侦查程序)的法条全部重新制定(§§1-226öStPO),内容主要为:废除有悠久历史的调查法官制度,改以检察官担任侦查的主导者,同时以法官作为检察官采取侦查措施合法性的控制者,以彻底贯彻控审分离;大幅提升辩方的权利配备,例如,辩方对于干预其权利的侦查措施,具有普遍的、广泛的救济权;落实听审原则以及据此衍生的被告人缺席审判之一般禁止原则;迅速审判原则及程序之强制停止;重申无罪推定原则;被告人辩护权的保障及容许被告人于侦讯阶段受律师协助;对质诘问权之保障及证据替代品之禁止。^[30] 后半部刑事诉讼法及其他相关刑事法(如刑法、少年法、财政刑法)也必须重新全盘检视,调整适应,因此,陆续纳入改革的范围。由于此次修法变动剧烈,因此立法给予了长达4年的适应期,全新刑事诉讼法典于2008年1月1日才正式施行。对于奥地利重新制定的这部刑事诉讼法,学者普遍将其誉为“百年大改革”、刑事诉讼发展的“大跃进”。^[31]

早在奥地利批准公约10年之后的1967年,当时奥地利的司法部长克里卡特斯基(Klecatsky)就已感觉山雨欲来,并正确指出,任何个人法律事务都可能扯上公约第6条。事实上,奥地利并非特例,可以说,公约个人申诉案的创设,彻底改变了欧洲法。^[32] 想不到,一语成谶,40年后,正是为回应公约

[30] 林钰雄:《改革侦查程序之新视野》,载林钰雄:《刑事程序与国际人权》(二),元照出版有限公司2007年版,第425-429页。

[31] 林钰雄:《开启检察官定位的新纪元——从奥地利刑事诉讼与检察官制度的变革谈起》,载林钰雄:《刑事程序与国际人权》(二),元照出版有限公司2007年版,第373页。

[32] 转引自林钰雄:《区域性国际人权法院与内国法之互动——以奥地利刑事法为例》,载林钰雄:《刑事程序与国际人权》(二),元照出版有限公司2007年版,第355页。

第6条“公正审判”的要求,造就了奥地利全新的刑事诉讼法典。奥地利全新刑事诉讼法典诞生背后的重要推手无疑是欧洲人权法院,有学者就特别指出:“尽管斯特拉斯堡对内国法的影响,是存在于公约47个签约国的普遍现象,但奥地利之事例,还是特别值得一提。奥地利不但因此调整宪法诉愿制度,并且再三修改刑事诉讼法,最后还换掉整部刑事诉讼法!这对于一个拥有自己法律文化传统的西欧国家而言,当然不是轻易之举,其实,这是经历约40年缠斗后的痛定思痛。”^[33]

无独有偶,2007年瑞士国会亦通过了全新的统一刑事诉讼法典,该法于2011年1月1日正式施行。这部全新的刑事诉讼法典出台的动因,除了满足整合瑞士各邦刑事诉讼法的需要,适应有效防制跨境(国或邦)犯罪的新要求外,亦是顺应欧洲人权法院关于“公正审判”裁判见解的要求。瑞士国会在关于该全新刑事诉讼法法案的说明中就明确指出,它同时是植基于《瑞士宪法》及欧洲刑事程序人权(相关欧盟法及《欧洲人权公约》)与《公民权利和政治权利国际公约》基础的崭新刑事诉讼法,堪称是继奥地利2008年新刑事诉讼法之后,另一呈现近代人权与刑事追诉原则的代表作。^[34]

五、借鉴与启示

欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度所进行的持续改造,目前已成为国际刑事诉讼发展中最重要的趋势,^[35]遗憾的是,对这一重要趋势,我国大陆地区的刑诉法学者却未给予根本重视。尽管我国大陆地区的学者也进行了一些关于欧洲人权法院判决的研究,但这些研究视野都比较局限,内容也比较单一,主要集中在欧洲人权法院对某一问题的见解^[36]以及对某个案例的裁判理由,至多论及欧洲人权法院判决对某国法律制度的影响,对这一趋势的研究欠缺整体的认识和把握。事实上,欧洲人权法院的崛起已极大地改变了刑事诉讼制度的传统版图,冲击着我们关于刑事诉讼制度模式(英美法与大陆法、当事人主义与职权主义)的传统认知,欧洲人权法院判决“让欧洲刑事法形成了一种异中带同,有差异亦不乏共识的特殊欧洲化现象。英国之例,可以说是被欧洲人权法院所欧洲法化的普通法,而奥地利情形,则是被该院所欧洲法化的大陆法。欧洲人权法院不但成为两大法系的整合平台,而且还成为整合方向的指导者”^[37]。

就借鉴与启示层面而言,欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度的影响与改造,至少有如下三个方面值得引起我国理论界和实务界的重视。

首先,就对现代刑事诉讼制度模式的认识而言,传统的理论总结偏重于以刑事程序的外部特征作为区分标准,形成所谓当事人主义/职权主义,英美法系的刑事诉讼/大陆法系的刑事诉讼的分野。而在欧洲人权法院看来,内国无论奉行何种模式,都应当遵守公约第6条规定的“公正审判”要求,“公正审判”条款规定的各项要求应是内国构建刑事诉讼制度模式的设计蓝图。^[38]易言之,欧洲人权法院

[33] 同注32引文,第334页。

[34] 王士帆:《全新刑事诉讼法典——瑞士刑诉改革与整合》,载《政法法学评论》第118期,第111页。

[35] 例如,林钰雄教授就指出,如果要从比较法的角度预测或掌握21世纪各国刑事诉讼法的改革脉动,有两个趋势是观察的重点:一是从19世纪以来以审判为中心的刑事诉讼结构,已经渐次转移到侦查程序;二是在全球化及区域性国际化的浪潮之下,跨国性与超国性的法整合,尤其是国际人权法的发展,以聚沙成塔的方式渐渐改造诸多内国法。同注30引文,第404页。

[36] 如,张志铭:《欧洲人权法院判例法中的表达自由》,载《外国法译评》2000年第4期;郭明文:《欧洲人权法院视野中的审前羁押》,载《人民检察》2007年第11期;李昌盛:《对质诘问权在欧洲人权法院的实践及启示》,载《湖北社会科学》2011年第12期。

[37] 同注32引文,第363页。

[38] 该条规定了包括接受独立公正的法庭审判、公开审判、无罪推定、合理的程序期间、及时获知被控罪名和理由、辩护权保障、法庭上的公平质证、上诉的权利、获得刑事错案赔偿、免受双重危险等法治国的基本要求。

眼中的现代刑事诉讼制度模式必须以“公正审判”为内核支撑,至于程序外观上的细节设定只要没有损害“公正审判”的要求,尚属可以接受的差别范围。

例如,德国最近进行的“参与式侦查模式”改革,此项改革的特点旨在将原来审判中的程序保障“提前”至侦查程序中践行,并且以此作为省略部分审判程序保障的前提条件,以提高庭审效率。因此,如果在侦查程序中,检察官已经充分让几个共同被告人和证人对质诘问,如果他们的辩护人也允许质问时在场,假使未来审判程序时有人翻供,或证人因为其他难以排除的原因而未到庭,也可以在庭审中引入侦讯笔录作为直接言词证据的替代品。^[39]按照传统的理解,直接、言词原则和传闻法则是审判中心模式的产物,原则上是以审判中的陈述为依据,但欧洲人权法院运用“整体观察法”解释质证条款时认为,重点是有无保障辩方质证的机会,至于这个保障是在审判中或侦查中践行,则是次要的问题。

因此,我国刑事诉讼制度模式的构建不应当像过去一样,被当事人主义/职权主义,英美法系/大陆法系的某些程序外观和细节特征所吸引,而是应当注重从整体上吸收“公正审判”的精神。例如,我国审判程序没有贯彻直接、言词原则,而是以朗读侦讯笔录为主,此点备受学者诟病。如果在短时期内,我国不能克服这种“卷宗笔录中心主义”的缺点,不妨依照德国“参与式侦查模式”的改革,将审判中的部分程序保障内容“提前”至侦查程序中。例如,在侦查程序中,允许被告人与证人进行对质诘问,充分保障被告人的辩护权,建立完整的、覆盖全部侦查取证措施的独立见证制度,借此来提升整体刑事诉讼程序的公正程度。再如,我国强制处分的发动仍由侦查机关自行决定,如果我国的国情决定短时间内还不能摒弃这种审批模式,那么不妨在立法中加大强制处分措施的规范密度,通过进一步贯彻法律保留原则、法的明确性原则和比例原则,提升强制处分运用的正当性。

其次,就对现代刑事诉讼原则的认识而言,欧洲人权法院倾向于将抽象的诉讼原则具体化、规则化和权利化,不断充实诉讼原则的内涵,逐步拓展诉讼原则的适用范围,使诉讼原则这一原本抽象的规定焕发出鲜活的生命力。

例如,前述论及的无罪推定原则,欧洲人权法院将其具体化为举证责任规则和证据评价规则,使这一原则不仅适用于检察官控诉举证场合,法官证据评价场合,还推广至冤狱赔偿、缓刑撤销,甚至诉讼费用分担等诸多方面,极大地扩展了无罪推定原则的适用范围。^[40]

再如,就不得强迫自证己罪原则而言,欧洲人权法院首先通过1993年的Funke案和1996年的John Murray案将该原则权利化,认为:“刑事被告人保持沉默以及不促成自我入罪(…to remain silent and not to contribute to incriminating himself)之权利,理当包含于公约第6条文义范围之内。”“在侦讯时保持沉默以及不自我入罪的两项特权乃‘普遍被承认的国际标准’,属于公约第6条所保障的公正审判概念之核心内涵。”其后又先后通过判例将不得强迫自证己罪原则的适用主体从犯罪嫌疑人、被告人扩展至凡是有自证己罪冲突之人,将适用基准由供述基准转化为主动基准,认为“强迫”的概念不仅包括直接强制情形,亦包括间接强制情形。^[41]

正是由于欧洲人权法院坚持这种将诉讼原则权利化的立场,使某些传统上较为忽视被告人权利

[39] 同注30引文,第419页。

[40] 同注23引文,第171-279页。

[41] 所谓间接强制是指追诉机关未施予物理力,但透过对被告人/证人拒绝主动协助的行为科予不利益的方式,等于是处罚不协助,压缩被告人/证人本可自由决定是否主动协助作证的空间,是从反面来强迫被告人/证人放弃不自证己罪权利。同注15引文,第122页。

保障的国家,在欧洲人权法院面前屡战屡败,甚至迫使这些国家不得不另起炉灶,制定符合“公正审判”要求的全新刑事诉讼法典。有学者在分析奥地利制定全新刑事诉讼法典的原因时就指出:“奥地利频吃败仗的宿因之一,在于其旧刑事诉讼法设计的出发点,过于信赖国家机关的公正性,而忽略了赋予辩方对等的权利。……新法典大幅提升了辩方的权利配备,例如,辩方对于干预其权利的侦查措施,具有普遍的、广泛的救济权,这也是公约第6条对新法典的影响。”^[42]

反观我国,仍然将无罪推定、不得强迫自证己罪等诉讼原则当作抽象、空洞的口号,不让这些原则“接地气”,以致这些原则在我国的刑事诉讼中仅具有宣示作用。此外,我国《刑事诉讼法》对这些原则的设定也不是从被告人权利配备的角度出发,而主要是从指引国家公权力机关行为的角度出发,也因此,违反这些原则并不被认为是侵害了被告人的诉讼权利,毋宁是国家公权力机关的行为偏离了法律规定的指引。例如,我国《刑事诉讼法》第12条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”有学者就指出,该条主要讲人民法院的审判权,实际上只是把无罪推定作为司法工作者实施司法行为所要贯彻的一项原则来对待,而没有将无罪推定视为被追诉人所享有的一项刑事程序基本权。^[43]再如,我国《刑事诉讼法》第50条虽然增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定,但另一方面仍然在第118条保留“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答”的规定。因此,我国《刑事诉讼法》规定的不得强迫自证己罪“只是针对侦查机关而设的‘义务型’条款,而非被追诉人的‘权利型’条款,犯罪嫌疑人并不能依据该条款获得沉默权,只要侦查机关不动用强迫手段取供,而是依法讯问,则犯罪嫌疑人仍须如实回答,无权保持沉默”^[44]

最后,就现代刑事诉讼制度的发展路径而言,欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度的影响与改造向我们深刻地揭示出,刑事诉讼制度的发展必须坚持立法模式和司法判例模式相结合的“双轮驱动”模式,才能得到持续健康的发展。这主要是因为,立法模式和司法判例模式各有优点,能够实现有效互补。立法模式的优点在于,有助于刑事诉讼制度能够获得持续稳定的发展,有助于为刑事诉讼实务提供相对明确的操作指南,有助于在较短的时间内一次性确立制度规范的基本框架。司法判例模式的优点在于,能够迅速灵活地回应社会发展对刑事诉讼法提出的要求,从而有利于及时确立符合时代精神的刑事诉讼制度,有助于节约制度变迁的成本,能够有效地吸收来自社群的正义观念与经验共识,从而可以增进公众对刑事诉讼法的认同感。^[45]

从前述的梳理可以看出,在欧洲,无论是传统的英美法系国家,还是大陆法系国家,刑事诉讼制度的发展都采取了立法模式和司法判例模式相结合的方式。以英美法系的英国为例,其1985年制定的《通讯监察法》,2000年制定的《侦查权限制法》均是回应欧洲人权法院判决的结果。再以大陆法系的法国为例,为吸收欧洲人权法院判决的精神,法国立法者不惜改变刑事诉讼法典的传统结构。2000年6月15日,法国议会两院通过并颁布了《关于加强无罪推定及被害人权利保护的律法》,创造性地在法国《刑事诉讼法典》中增设了序言篇。其中,不少权利保障条款直接源自公约,堪称法国《刑事诉讼法典》的“权利总则”。“法国立法者创设此一‘权利总则’的重要目的便是将《欧洲人权公约》以及欧洲人权法院判决的精神纳入法国国内法,便于法务人员在制作法律令状或刑事判决时直接援引。”^[46]

[42] 同注32引文,第363-364页。

[43] 同注22引书,第178页。

[44] 同注22引书,第180页。

[45] 郭松:《刑事诉讼制度发展的三种模式:一个概要性的分析》,载《南京大学法律评论》2014年第2期,第236-252页。

[46] 同注1引文,第84页。

激进者如奥地利,在欧洲人权法院判决的持续压力下,甚至另起炉灶制定了全新的刑事诉讼法典。

反观我国,目前刑事诉讼制度的发展仍然采取的是“单腿走路”的模式,即只注重通过立法修律的方式推动制度发展,基本忽视司法判例对刑事诉讼制度变迁的引导作用。“在三十年的刑事诉讼制度建设与改革中,一直坚持了刑事诉讼立法对刑事法治发展的主导作用。两次‘大改’都是由立法推动的,而不是通过司法实践推动。与此相应,由于刑事诉讼制度变迁由立法主导,司法实践在整体上表现为对立法的亦步亦趋。”^[47]事实上,制定法本身的特性决定其必须寻求司法续造才能得到更好的发展,“法律的空缺结构意味着,存在着某些行为领域,这些领域如何规范必须由法院或官员去发展,也就是让法院或官员依据具体情况,在相互竞逐的利益(其重要性随着不同的个案而有所不同)间取得均衡”。^[48]如果一国刑事诉讼制度的发展失去了司法判例的助力,不注重发挥法官的司法续造功能,那么该国的刑事诉讼制度就会成为一潭死水,失去向前发展的生命力。目前我国《刑事诉讼法》新确立的“非法证据排除规则”在实践中遭遇“排除难”的尴尬,正是这种“单腿走路”模式造成的直接结果。可见,刑事诉讼制度的发展完善不可能缺少司法的助力,失去司法的助力,即使刑事诉讼法规定得巨细靡遗,于实践运用时也会面临重重困难。“在那些为法官从事法律解释和漏洞填补留有决定余地的地方,法官可以对法律续造施加影响。通过这种方式,法律适用成为(法律)发展过程中具有驱动性的时刻。”^[49]因此,未来我国刑事诉讼制度发展的路径,应当高度重视欧洲人权法院判决对国内刑事诉讼制度影响与改造的经验,选择立法模式和司法判例模式相结合的“双轮驱动”模式。

On the Impact and Reform of the Judgment of the European Court of Human Rights on the Criminal Procedure System of Signatory Countries

Ai Ming

Abstract: The judgments of European Court of Human Rights has produced a huge impact on the criminal procedure system of signatory countries by individual applications mechanism, the judgments of the binding force, the signatory countries bearing the obligation of compulsory transformation and the power of own interpretation. This impact is not only reflected in the concept and rules of micro perspective, the procedure principles and the specific system of intermediate perspective, but also re-formulating the code of criminal procedure law. The development of criminal procedure system of our country should draw lessons from European, choosing the combinative mode of legislation and judicial precedents model.

Keywords: European Court of Human Rights; judgments; criminal procedure system; impact

(责任编辑:刘馨)

[47] 左卫民:《中国道路与全球价值:刑事诉讼制度三十年》,载《法学》2009年第4期,第88页。有研究者曾统计过1999-2011年《刑事审判参考》、《审判监督指导》和《最高人民法院公报》中刑事案例涉及的法律领域。统计发现,刑事程序案例的总体比率很低,最高也未超过20%,尤其是《最高人民法院公报》没有一例是纯粹的刑事程序案例。转引自注46引文,第246页。

[48] 同注14引书,第123页。

[49] [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第26页。

美国刑事审判中陪审团适用法律权述评

陈学权*

摘要:无论是过去还是现在,美国刑事审判陪审团均享有一定的适用法律权。在当代美国刑事审判中,陪审团适用法律的权力体现在以下三个方面:一是在法官指示下享有有限的定罪权,二是死刑判处权,三是宣告法律无效权。因此,认为陪审团只负责认定事实、没有适用法律权,显然是对美国刑事审判陪审团制度的误解。美国刑事陪审团享有的法律适用权对于当前我国人民陪审员制度改革具有启示意义。

关键词:美国刑事审判 陪审团 适用法律权

拉丁文法谚云:“法官不回答事实问题,陪审团不回答法律问题”(Ad quaestionem facti non respondent iudices, ad quaestionem juris non respondent juratores),这是对普通法国家刑事审判权在陪审团和法官之间配置的经典表述。迄今为止,国内法学界普遍认为,在美国刑事审判中,陪审团仅负责事实认定,法律适用由法官负责。然而,美国刑事审判中陪审团果真仅负责事实认定吗?答案无疑是否定的。鉴于我国最高人民法院和司法部2015年颁布实施的《人民陪审员制度改革试点方案》提出:“人民陪审员在案件评议过程中独立就案件事实认定问题发表意见,不再对法律适用问题发表意见”,笔者认为,有必要对美国刑事审判中陪审团适用法律的权力之理论和实践进行考察和分析,从而澄清一些片面认识,为我国人民陪审员制度改革提供科学的理论参考。

一、美国刑事审判中陪审团享有明示的适用法律权之演变

陪审团享有明示的适用法律权,是指成文法或者判例法明确规定陪审团享有适用法律的权力。人类最早的陪审团审判可以追溯至公元前462年的雅典,雅典陪审团大约于公元前450年被引入古罗马帝国,当时的陪审团既认定案件事实,又负责法律适用。^[1]目前理论界对英国陪审团是否起源于古罗马帝国尚存争议,但可以肯定的是英国在北美的殖民扩张将陪审团制度带到了美国。因此,下文对美国刑事审判中陪审团享有明示的适用法律权之考察,拟从英国入手,然后按照陪审团审判在美国发展的历史沿革进行论述。

(一)陪审团是否享有明示的适用法律权之问题在英国的产生

在英国陪审团审判早期,陪审团在评议案件时必须遵循法官给出的法律指示,按照法官给出的法律作出判决,否则将被追究法律责任,这意味着陪审团没有独立适用法律的权力。不过,英国陪审团

* 对外经济贸易大学法学院教授,法学博士。本文系国家“2011计划”司法文明协同创新研究中心和中国法学会2015年重点课题“我国刑事陪审中法律问题与事实问题的区分”[项目编号:CLS(2015)B11]的研究成果。

[1] Richardson R. Lynn, *Jury Trial Law and Practice 2* (John Wiley & Sons Press 1986).

必须按照法官给出的法律适用的意见作出裁决的做法在1670年得到了改变。当时作为基督教公谊会教徒的威廉·佩恩(William Penn)和威廉·米德(William Mead)因带领一伙人在伦敦恩典教会大街上聚会,被指控蔑视国王和他的法律;两被告人被指控的真实原因是政府不喜欢不属于圣公会的基督教徒。该案指控事实清楚,被告人有罪还是无罪完全取决于裁判者对非法集会罪名的理解。12名陪审员在最初评议时,有4名陪审员不同意定罪,随后法官要求陪审团重新评议;在随后的数次评议过程中,法官反复暗示陪审团:“按照英国的法律,除非陪审团作出法院可以接受的正确裁定,否则你们不能解散;在此期间,你们不能享用任何食物和饮料。”评议一直持续到第二天,陪审团12名成员最终作出了一致裁决:被告无罪。随后,法院虽然接受了陪审团的无罪裁决,但是对陪审团宣告:鉴于你们的错误裁决,按照英国法律,你们将被监禁,直到你们每人缴清40马克(Mark,17世纪英国货币单位)的罚金才能被释放。对此,作为当时陪审团成员之一的布谢尔(Bushell)在被释放后,坚持认为自己作为陪审员独立地作出无罪裁决是正当的,法院对他的监禁非法,因而提起了诉讼,最终法院判决布谢尔胜诉。^[2]至此,英国废弃了法院有权通过惩罚陪审员的方式威胁陪审团按照法官的意见作出裁决的做法,确立了陪审团不会因为拒绝适用法官指示的法律而被追究法律责任的基本原则。

在上述案件的审理中,虽然没有明确讨论陪审团是否享有适用法律的权力问题,但是判决结果事实上已经表明法院认可了陪审团有权独立地适用法律。不过,在煽动、诽谤罪领域,长期以来形成的陪审团只能认定有关出版物或者言论是否存在、而后由法官认定相关出版物或者言论是否构成煽动、诽谤罪的规则一直有效,这意味着在此类案件中陪审团没有适用法律决定被告人是否有罪的权力。此种情形一直持续到18世纪60年代至70年代才被改变,当时接连发生了约翰·威尔克斯案(John Wilks case,1762年)、约翰·米勒案(John Miller Case,1770年)等数起被告人在其主办的报刊上发表被政府视为诽谤皇室的文章之案件。在此类案件中,相关文章是否发表的事实很容易证明,因而案件的关键是能否认定相关出版物构成诽谤。在庭审过程中,辩护方极力论证此类案件应该同其他案件一样,陪审团有权适用法律直接决定被告人有罪还是无罪;更重要的是,曾经在先前系列煽动、诽谤案件中主张严格限制陪审团适用法律权力的时任王座法院首席法官的曼斯菲尔德(Mansfield)伯爵开始动摇,他在给约翰·米勒案陪审团的指示中婉转地陈述:“如果你们选择决定这个案子的法律问题,你们应该无愧于自己的良心,确信你们的决定将成为法律。但是,如果每个案件中的法律问题都由你们陪审团来决定的话,基于每个人的不同观点,我们将会生活在非常糟糕的不确定的状态之中。”^[3]在这几起案件中,陪审团均没有遵循先前的仅仅只是给出被告人是否存在相关行为的特别裁定之惯例,而是直接作出了无罪判决,从而确立了陪审团在煽动、诽谤案件中也享有适用法律权之规则。随后,英国议会于1792年又通过了《诽谤法》(Libel Act,又称《福克斯法案》,Fox's Act),明确赋予了陪审团在诽谤案件中有权适用法律和决定被告人是否有罪的权力。

鉴于英国的判例法传统,允许陪审团解释法律可能会影响判例法的发展,诚如有学者所言,“17世纪形成的陪审团自由裁量的传统剥夺了职业法官在案件事实定性处于模糊状态的情况下解决疑难问题的机会,从而延缓了判例法的发展”^[4]。因此,自17世纪末开始,陪审团决定法律适用的权力被

[2] Valerie P. Hans & Neil Vidmar, *Judging the Jury* 22 (Plenum Press 1986).

[3] James Oldham, *Trial by Jury: The Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries* 29 (New York University Press 2006).

[4] Thomas A. Green, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury 1200-1800*, at 94 (University of Chicago Press 1985).

重新审视。至 18 世纪后期,英国上、下议院有关陪审团有无适用法律的权力之争论达到巅峰,但越来越多的议员和法官倾向于法律问题只能由受过专门法律训练的法官来解决,陪审团只能认定事实。^[5] 在此背景下,英国陪审团适用法律的权力逐渐被侵蚀,至 18 世纪末陪审团基本上不再享有此权力。而且,上述赋予陪审团在诽谤犯罪案件中适用法律权力的《福克斯法案》于 2009 年被《审判和验尸法案》废止,后者明确规定取消英国在普通法时期形成的、现在已经过时的有关诽谤犯罪的实体规定,因而相关的程序法也就自动失效,这意味着现在的英国陪审团在所有的案件中原则上只能根据法官的指示适用法律。

(二) 美国陪审团享有明示的适用法律权之兴起

英国人在北美建立第一个殖民地弗吉尼亚州的时候,英国国王詹姆斯一世于 1606 年 11 月 20 日在给弗吉尼亚殖民地政府的指示中就要求建立陪审团审判制度。^[6] 在英国皇室将陪审团作为“国王的工具”在殖民地推广时,殖民地人民视陪审团为“自由的守护神”,认为陪审团享有适用法律的权力是确保陪审团能够有效制约不公正的殖民地法律和英国皇家任命的压迫殖民地人民的法官之必要手段,因此双方格外看重陪审团适用法律的权力。

1735 年发生在纽约的曾格(Zenger)诽谤案就是人民争取陪审团享有法律适用权力的著名案例。当时持不同政见的人士因对英国国王新任命的州长不满,创办了《纽约周刊》批判州长。曾格因在其商店发行该报刊受到指控,按照当时英国的法律,在此类案件中陪审团只能就被告人是否出版或者发行了相关言论作出认定,至于这些言论是否构成诽谤罪完全由法官决定。在审判中,被告人和辩护律师均承认指控事实,但否定构成犯罪。辩护律师从两个方面论证了本案陪审团有权就曾格是有罪还是无罪直接作出裁定:一是即便陪审团无权决定法律问题,相关言论是否构成诽谤也并非单纯的法律问题,而是事实和法律的混合问题;二是即便陪审团无权在此类案件中决定法律适用的规定在英国是好的法律,但未必在北美就是好的法律。随后首席法官詹姆斯·德兰西(James De Lancey)在给陪审团的指示中略显胆怯地说:“本案摆在你们面前的唯一争点是起诉书指控的事实是否构成诽谤,这无疑是一个或许应该由法官来决定的法律问题。”^[7] 但是,陪审团最终没有服从法官的指示,直接作出了无罪裁决。

曾格案发生后,英国法依然不承认此案中确立的陪审团在此类案件中享有适用法律的权力,这进一步激起了殖民地人民为争取陪审团拥有适用法律权的斗争热情。与此同时,实践中以下两个方面的因素也在推动陪审团享有适用法律的权力。一方面,当时主持陪审团审判的法官人数常常不只一人,而且他们都会告诉陪审团其对本案法律适用的意见,但由于他们中的相当一部分人没有接受专门的法律训练,因而对陪审团给出的有关法律适用的指示意见常常不一致,从而给陪审团在适用法律方面享有自由选择的空间。另一方面,当时盛行的反等级的宗教观与陪审团享有适用法律权之理念刚好吻合。当时殖民地的清教徒确信作为普通人的陪审员有权解释圣经,而圣经又是法律的主要基础,因此没有接受专门法律教育的普通的陪审员凭借其生活常识和良心完全可以理解法律,理应享有适用法律的权力。^[8]

[5] 有关此方面的争论参见:Lloyd E. Moore, *The Jury: Tool of Kings, Palladium of Liberty* 78-79 (Anderson Publishing Co. 1988).

[6] Perry & Cooper, *Sources of Our Liberties* 44 (The Legal Classics Library 1990).

[7] James Alexander, *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger* 26 (Belknap Press 1972).

[8] Matthew P. Harrington, *The Law-Finding Function of the American Jury*, 3 Wisconsin Law Review 377, 378-379 (1999).

因此,大约在美国独立战争前后,英国在北美的十三个殖民地基本上都确认了陪审团在审判中既有权认定事实,又享有适用法律权。例如,宾夕法尼亚州于1692年通过判例、1790年通过宪法规定陪审团在审判中有适用法律的权力;马塞诸塞州于1641年、康乃迪克州于1788年、佐治亚州于1777年、新泽西州于1676年、伊利诺伊州于1822年、缅因州于1860年通过判例或者立法赋予了陪审团适用法律的权力。

美国于1791年颁布的宪法第六修正案、第七修正案规定了人民在刑事和民事案件中有获得陪审团审判的权利。虽然该修正案对陪审团在审判中的具体功能问题保持了沉默,但是宪法草案的起草者约翰·亚当斯(John Adams)、托马斯·杰斐逊(Thomas Jefferson)、埃尔布里奇·格里(Elbridge Gerry)等都曾明确地认为,陪审团可以而且应该决定法律适用,如约翰·亚当斯于1771年就指出:“即便与法官有关适用法律的指示意见相左,陪审团仍应当根据其生活的常识和良心对案件作出裁定,这不仅是陪审团的权利,更是其义务。”^[9]

也许是受各州和联邦宪法起草者主张陪审团有权适用法律的观点之影响,美国联邦最高法院于1794年,也就是其建立后的第5年,在主持的第一起陪审团审判案件——乔治亚州诉布雷尔斯福德案(Georgia v. Brailsford)中明确承认陪审团有权适用法律。在陪审团退庭评议之前,本案首席大法官约翰·杰伊(John Jay)先告诉陪审团双方当事人对案件事实没有分歧,双方争论的焦点是本案究竟应当适用什么法律,然后他把法院一致认为本案应当适用什么法律的意见告诉给陪审团,最后他向陪审团作出了如下指示:“先生们,我或许可以准确无误地提醒您们一个古老的法则,即陪审团负责回答事实问题,法律问题由法院来决定。然而,需要注意的是,有一些法律认为由你们同时来决定事实和法律方面的争议也是合理的。即便如此,在今天以及其他任何类似的场合,我们不会怀疑你们对法院意见的尊重,毕竟你们是判断事实问题的最好法官,而我们才是法律问题的最佳判断者。当然,无论是事实问题,还是法律问题,最终都在你们的决定权力范围之内。”^[10]在此案中,虽然陪审团最后完全按照法官有关本案如何适用法律的意见作出了裁决,但是联邦最高法院由此确立了陪审团有权适用法律、不受法官有关法律适用意见约束的原则,这标志着陪审团享有法律适用权在美国的全面确立。

(三)美国陪审团明示的适用法律权之衰落

在乔治亚州诉布雷尔斯福德案中确立陪审团有权适用法律后大约100年里,联邦最高法院从未对此提出质疑。直至1895年,联邦最高法院在斯帕尔夫和汉森诉美国案(Sparf and Hansen v. United States)中再次讨论陪审团是否有权适用法律的问题。在该案中,下级法院主持庭审的法官在给陪审团的指示中强调一旦指控的事实成立,陪审团就应当按照法院给出的法律定罪。在陪审团根据法官指示的法律认定被告人有罪后,被告人将此案上诉至联邦最高法院,理由是:法官要求陪审团根据其指示的法律作出裁决之指示违法;法官应当告诉陪审团有权独立地适用法律。最终,联邦最高法院9名法官以5:4的微弱优势驳回了上诉,并认为:“在刑事审判中,针对案件事实,向陪审团给出适用法律的指示,是法官的责任;根据其良心认定事实,接收并适用法官指示的法律对被告人作出有罪或者无罪的裁定,是陪审团的责任。法官没有告诉陪审团有权独立适用法律的义务。”^[11]

在联邦最高法院通过斯帕尔夫和汉森诉美国案否决了陪审团享有明示的适用法律权之前,已经

[9] Hans, *supra* note 2, at 37.

[10] *Georgia v. Brailsford*, 3 U. S. 1, 6 (1794).

[11] *Sparf and Hansen v. United States*, 156 U. S. 51, 55 (1895).

有部分州废止了陪审团适用法律的权力;在此案之后,其余各州纷纷跟进。至1920年,美国仅有康涅狄格州、宾夕法尼亚州、马里兰州、乔治亚州、田纳西州、印第安纳州、伊利诺斯州、路易斯安那州、亚利桑那州和俄勒冈州共10个州的陪审团在刑事案件中有决定法律适用的权力。^[12] 迄今为止,仅有印第安纳州和马里兰州宪法中有关陪审团在刑事案件中享有适用法律的权力之规定被保留;不过,此两州关于陪审团有权适用法律的规定几乎没有实践意义,因为其州最高法院均认为此规定“仅仅具有宣告性”,从而阉割了该规定的本来含义。^[13] 相比而言,在美国民事案件的陪审团审判中,适用法律的权力从陪审团转移至法官更为快捷,至1820年时已基本完成。^[14]

19世纪美国联邦和各州法院纷纷取消陪审团享有明示的适用法律权之缘由,美国学者认为有三点:一是法官和律师的专业水平日益提高,他们确信比陪审员对法律的理解更准确。二是美国外来移民的增加和陪审员名单的不断扩充使得法官和陪审员之间的社会分层加大,进而使得法官认为需要对陪审团进行有效的控制。三是一些商人和银行家基于市场交易的考虑,他们更多地希望法律的稳定性和适用时的确定性,因而不断地游说法官掌握适用法律的权力。^[15] 这些理由无疑是有道理的。不过,在笔者看来,推动美国陪审团失去适用法律权力深层次的原因,可能是美国在摆脱英国的殖民统治后,政治逐渐走向民主,司法日益走向独立,法官不再是政府用以压迫人民的工具,而是成为社会公正的捍卫者,因而人民逐渐地接受和认可陪审团享有的明示的适用法律权之丧失。

二、美国刑事审判中陪审团享有的使法律无效权之理论与实践

在美国联邦最高法院以及大部分州法院明确否决了陪审团享有明示的适用法律权之后,在刑事审判实践中陪审团拒绝按照法官指示的法律作出裁决的案例时有发生,而且客观上此类裁决也不能被撤销,从而使得陪审团事实上仍然享有适用法律权。对此,有美国学者指出:“当陪审团不再被允许解释法律的时候,他获得了无视法律之存在作出无罪判决的权力。”^[16] 此种权力,在美国被称之为陪审团使法律无效权(Jury Nullification Power),可以认为是陪审团享有的默示的适用法律权。

(一) 陪审团使法律无效权的含义

陪审团使法律无效权的内涵是:即便所有的陪审员都无合理怀疑地相信控方对被告人的指控事实成立,甚至在被告人完全承认指控事实的情况下,陪审团仍有权拒绝适用法官指示的法律,按照自己的良心作出被告人无罪或者按照比指控罪名更轻的罪名作出裁决。不过,需要指出的是,“陪审团使法律无效权”的真实含义并非是让法律无效。事实上,在陪审团明知根据法律规定被告人有罪而判决无罪或者裁定比实际罪名更轻的罪名时,相关法律当时及以后仍然是有效的,只不过在此案中陪审团拒绝根据该法律判决被告人有罪或者相应的罪名。因此,美国学者认为,“陪审团使法律无效是明显的用词不当”“陪审团使法律无效赋予了陪审团拒绝对特定的被告人适用法律的不受复审的裁量

[12] *Slansky v. State*, 192 Md. 94, 63 A.2d 599 (1949).

[13] Oldham, *supra* note 3, at 31.

[14] Harrington, *supra* note 8, at 413.

[15] Randolph N. Jonakait, *The American Jury System* 246 (Yale University Press 2003).

[16] William L. Dwyer, *In the Hands of the People: The Trial Jury's Origins, Triumphs, Troubles, and Future in American Democracy* 73 (St. Martin's Press 2004).

权”。^[17] 相比之下,英国学者对陪审团享有此权力最为常用的表达方式是“Jury Dispensing Power”,直译为中文便是“陪审团的赦免权”,^[18] 此表达方式可能更为贴切。

陪审团行使法律无效权的情形大致有以下三种:一是陪审团认为在案件的侦查和起诉过程中,追诉机关实施了一些令人过分反感的行为,这些行为包括但不限于伪造证据、不合理的搜查和扣押等,陪审团认为这些行为与被告人实施的犯罪行为相比更应该受到社会的谴责,因此决定以判被告人无罪的方式惩罚政府。二是陪审团认为有关何种行为被视为犯罪的法律本身就是不公正的,即虽然国家的法律已经明确规定了某一行为属于刑法应当制裁的犯罪行为,但是陪审团基于此法律本身就不公正,认为依照法律确定被告人有罪不公平,因而拒绝适用此法律给被告人定罪。三是陪审团虽然认为被告人的行为构成犯罪,而且应当接受刑事制裁,但是陪审团担心一旦作出有罪裁决后,法官会对被告人处以不公正的刑罚,因而直接对被告人作出无罪裁决或者在可能的情况下以更轻的罪名作出有罪裁决。总之,当作出有罪裁决会让陪审团感觉违背了公平、常识和良心时,陪审团就可以行使使法律无效权,无视案件的证据情况和法律规定,判决被告人无罪。

(二) 陪审团享有使法律无效权的理论来源

陪审团享有使法律无效权,在美国并无成文法规定,也无最高法院相关判例明确认可。在司法实践中,陪审团之所以事实上享有此权力,与美国陪审团审判的相关制度紧密相关。

首先,陪审团原则上只需作出一般裁定。陪审团作出的裁决分为一般裁定(general verdict)和特别裁定(special verdict)。前者是指陪审团只需要给出被告人是有罪或者无罪的结果,至于作出这个结果的具体理由和推理过程不需要公开说明;后者则是陪审团就案件中某一具体事实是否存在作出结论。美国学者的实证研究表明:“与作出一般裁定相比,陪审员针对案件中某一具体事实作出特别裁定时,对准确理解法官指示的法律自信心更强,自我感觉准确率更高。特别裁定的使用有助于陪审团正确处理大量的复杂信息。”^[19] 然而,美国宪法第六修正案规定:“在一切刑事诉讼中,被告人有权由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速和公开的审判。”鉴于此,被告人有权由陪审团来决定自己是有罪还是无罪。正因如此,“真正的特别裁定在刑事审判中几乎没有被使用过,因为使用特别裁定会剥夺陪审团独立审判的权力,违反美国宪法第六修正案规定的陪审团有权对被告人是否有罪作出最终决定的权力”^[20]。由于一般裁定不需要公开陪审团最终裁决的理由,因而在陪审团作出无罪裁决时外界难以判断究竟是陪审团没有遵循法官指示的法律还是因为陪审团认为证据不足等其他原因,从而客观上保护了陪审团行使使法律无效权。

其次,陪审团作出的无罪裁决受禁止双重危险保护。美国宪法第五修正案规定,任何人不会因同一犯罪行为而陷入两次被判罪的危险境地,此乃美国之禁止双重危险规则。据此规则,如果陪审团作出有罪裁决,被告人可以放弃受禁止双重危险保护,提起上诉。但是,一旦陪审团作出无罪裁决,该裁决就具有终局性;即便该无罪裁决是基于法官错误地给陪审团指示法律,或者陪审团错误地评价证据而作出,均在所不问。因此,虽然美国宪法修正案没有明确规定陪审团有使法律无效之权力,但是宪

[17] Jonakait, *supra* note 15, at 252.

[18] Michael Singer, *Jury Duty: Reclaiming Your Political Power and Taking Responsibility* 76 (Praeger 2012).

[19] Larry Heuer & Steven Penrod, *Trial Complexity: A Field Investigation of Its Meaning and Its Effects*, 18 *Law & Hum. Behav.* 29, 50 (1994).

[20] Kate H. Nepven, *Beyond “Guilty” or “No Guilty”: Giving Special Verdicts in Criminal Jury Trials*, 21 *Yale L. & Policy Rev.* 263, 263 (2003).

法修正案禁止双重危险之规定事实上蕴含了陪审团必然享有此权力。这或许是美国宪法及修正案的起草者认为虽然陪审团有权适用法律,但在宪法修正案中仅规定被告人享有禁止双重危险和获得陪审团审判之权利,而对陪审团有权适用法律未作规定的原因。

最后,陪审员不会因为其裁定而遭受任何惩罚。即便陪审员无视法律对有罪的被告人作出无罪判决,陪审员也不会因此受到任何惩罚。此原则于17世纪70年代在前文所述的英国布谢尔案中得到确立。在此案中,法院强调:“当陪审员发誓将根据他们自己最好的认识来作出裁决时,如果又被命令必须根据另一个人的意见作出裁决,那么陪审员为什么必须忍受如此罪恶的判决呢?任何人都不能通过别人的眼睛来观察,也不可能通过别人的耳朵来聆听,更不可能通过别人的理解和推理对需要自己判断的事实作出结论。”^[21]自此之后,此原则在英国和美国的陪审团审判中得到确立,迄今从未动摇。

上述三个方面的制度相互契合,必然催生出陪审团享有使法律无效权。正因如此,有美国学者认为:“陪审团使法律无效权,是隐藏于美国宪法人权法案中的最高机密。”^[22]

(三) 陪审团行使使法律无效权的案件状况

鉴于外界很难识别陪审团是基于何种内心作出无罪判决,因而陪审团行使使法律无效权的案件比率很难精确地统计。不过,据美国学者估算,陪审团行使使法律无效权的案件大约占其审理案件总数的4%。^[23]在英属殖民地时期,美国陪审团已经开始行使使法律无效权,本文前面提到的曾格诽谤案就是其中的代表。

在美国独立建国后,陪审团行使使法律无效权的情况时常发生。其中,代表性的案例类型有:一是19世纪中后期有关帮助奴隶逃跑的犯罪案件。鉴于当时相当一部分人是废奴主义者,因此在审判帮助奴隶逃跑的被告人时,陪审团比较容易作出无罪判决,有关此方面的代表性案例如美国诉莫里斯案(U. S. v. Morris)。^[24]二是19世纪晚期有关工会及工人罢工的犯罪案件。在19世纪早期美国法的规定是所有以要求提高工资为目的的罢工都是犯罪。到19世纪晚期,随着陪审员社会阶层的扩大以及劳工组织的发展,陪审团在此类案件中开始频繁地行使使法律无效权,最终迫使政府放弃对此类犯罪的刑事追诉。三是20世纪20年代违反禁酒令的犯罪案件。美国1920年开始实施的禁酒令法案遭到很多陪审团的抵制,因而在此类案件中陪审团常常通过行使使法律无效权判决被告人无罪。对此,实证研究指出:“在禁酒令时期,非法制造、运输、销售私酒者很难被陪审团定罪。在1920年至1930年,美国联邦起诉违反禁酒令的案件在堪萨斯州、俄克拉荷马州、内布拉斯加州被陪审团宣判无罪的比率为13%,在新英格兰地区此比率达到48%,在纽约此比率达到60%。”^[25]四是20世纪70年代民众在抗议越南战争时实施的相关犯罪,包括一些毁坏公共财产、非法侵入政府机关等。其中,最有影响的是政府对28名反对越战左翼组织成员提起的7项重罪指控案件。在此案中,法官在给陪审团指示时甚至鼓励陪审团行使使法律无效权:“如果你们发现已经走过了头的政府对被告人的指控冒犯了正义的基本标准,让你们对正义的普遍意义感到震惊,你们或许可以判决被告人无罪”^[26]五是

[21] Jonakait, *supra* note 17, at 250.

[22] James Joseph Duane, *Jury Nullification: The Top Secret Constitutional Right*, 22 *Litigation* 6, 6 (1996).

[23] Aaron McKnight, *Jury Nullification as a Tool to Balance the Demands of Law and Justice*, 4 *BYU L. Rev.* 1103, 1109 (2013).

[24] Jeffrey Abramson, *We the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy* 82 (Harvard University Press 2000).

[25] Dwyer, *supra* note 16, at 77.

[26] Singer, *supra* note 18, at 80.

近些年陪审团行使使法律无效权的案例主要发生在与种植、吸食大麻有关的毒品案件中。鉴于大麻毒性低,近些年美国民众支持种植、吸食大麻合法化的人数日益增多,也有个别州已经对种植、吸食大麻作非犯罪化处理,因而陪审团在审理此类犯罪案件时行使使法律无效权的情况日益普遍。最近比较有代表的此类案件是2012年发生在新泽西州的埃德·佛贤(Ed Forchion)吸食大麻案。在此案中,埃德·佛贤承认自己因患有骨癌而吸食大麻多年,对警方在其汽车中发现约一磅重的大麻也供认不讳。在陪审团审判时,埃德·佛贤向陪审团提出希望他们行使使法律无效之权,最终得到陪审团的认可,获得无罪释放。^[27]因此,综观美国历史上发生的陪审团行使使法律无效权的主要案例,绝大多数都是由于陪审员认为给被告人定罪的法律本身是不公正的。

三、美国刑事审判中陪审团享有适用法律权之评析

考察美国刑事审判中陪审团适用法律权力的历史演变以及当前陪审团行使使法律无效权的理论与实践,可以得出的基本结论是:无论是过去还是现在,美国刑事审判中陪审团均享有一定的适用法律权。因此,认为陪审团只负责认定事实、没有适用法律权,显然是对美国刑事审判陪审团制度的误解。

(一)美国刑事审判陪审团享有适用法律权之模式:有限的法律适用权

刑事审判中涉及的法律,既包括刑事实体法,还包括程序法和证据法。美国刑事审判陪审团享有的适用法律权主要体现在根据法官指示的法律对被告人定罪。具体来说,在法庭辩论结束后,法官在给陪审团法律指示时,会明确地告诉陪审团有关支持指控成立应当满足的基本法律条件;然后陪审团在评议时就指控罪名成立或者不成立作出回答。在辩护方提出精神病辩护等法定免责理由时,法官给陪审团的指示会明确告诉陪审团此类辩护成立的基本条件;相应的陪审团在评议时就指控罪名成立、被告人负刑事责任或者因有精神病不负刑事责任,或者指控罪名不成立作出回答。在控辩双方提出即便指控的重罪难以成立,但该指控之重罪下包含有必然能够成立的轻罪之意见时,法官给陪审团的指示会告诉陪审团有关罪名变更的法律规定,此时陪审团在评议时需要回答的是:指控罪名成立,构成某罪;指控罪名不成立,被告人无罪。总之,就定罪问题而言,法官根据个案给陪审团指示相关法律,然后由陪审团自由决定作出有罪或无罪、重罪或轻罪的裁决。

对被判决有罪的被告人,法院还得对其量刑作出裁决。对已被定罪的被告人之量刑,显然既涉及事实之认定,又涉及刑法之适用。在美国刑事司法中,联邦最高法院在解释被告人有权获得陪审团审判的宪法第六修正案时认为,宪法第六修正案并不要求由陪审团来决定对被告人的量刑。^[28]鉴于此,在美国,量刑决定权一般专属于职业法官,陪审团不负责量刑方面的法律适用。不过,存在以下两个方面的例外:一是判处死刑的例外。无论是在联邦法院,还是州法院,死刑之判处只能由陪审团作出;二是尚有阿肯色、肯塔基、密苏里、俄克拉何马、得克萨斯和弗吉尼亚共6个州将除死刑之外的其他重罪案件的量刑权赋予了陪审团。^[29]

[27] Jury Nullifies in "NJ Weedman" Marijuana Trial, http://stopthedrugwar.org/chronicle/2012/oct/19/jury_nullifies_nj_weedman_marijuana, 2016年10月30日访问。

[28] *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 246 (1949).

[29] Nancy J. King, *The Origins of Felony Jury Sentencing in the United States*, 78 Chicago - Kent L. Rev. 937, 937 (2003).

综上,在美国刑事陪审团审判中,陪审团适用法律权主要体现为定罪权,此种定罪权是在法官给定的法律框架下的有限选择权。美国刑事审判陪审团在量刑上有死刑判处权,其余量刑权原则上被法官掌握。因此,美国刑事审判中陪审团享有的是有限的法律适用权。

(二) 法院对陪审团行使使法律无效权的基本态度:严格控制

美国联邦和各州法院虽然认可陪审团享有使法律无效权,但在审判实践中法官可以通过一些方式鼓励或者限制陪审团行使此权力。

首先,法官在给陪审团的法律指示中是否应该明确告诉陪审团享有此权力。对此,从理论上讲,存在以下三种可能:一是法官可以告诉陪审团能够通过行使使法律无效权判决被告人无罪;二是禁止法官告诉陪审团享有此权力,并向陪审团强调遵循法官指示的法律是陪审员的义务;三是在此问题上保持沉默,在给陪审团的指示中完全不涉及此问题。在司法判例中,此三种方式都曾出现过;不过,现在联邦法院和几乎所有的州法院,都认为法官既没有义务也没有权利告诉陪审团享有使法律无效的权力。^[30]

其次,控辩双方在法庭辩论时能否主张陪审团享有此权力。在禁止法官告知的情况下,如果允许辩护方在法庭辩论时主张陪审团享有此权力,事实上也等于让陪审员知道自己可以行使此权力。目前,对辩护方能否在法庭上告诉陪审团享有此权力,尚未出现联邦最高法院的相关判例,联邦巡回法院和各州法院在此问题上存在明显的分歧。当然,在允许辩护方提及时,一般都会允许控诉方驳斥辩护方的观点,并向陪审团解释为什么在本案中应当作出有罪判决。^[31]

最后,法官严格或者放松对证据关联性的要求。在陪审团审判时,证据的关联性由法官判断;陪审团能否接触到一些证据,可能会对被告人是否应当承担刑事责任的判断产生影响。对于辩护方来说,一般会尽力提交有助于陪审员理解乃至同情被告人犯罪行为的证据。严格地讲,这些证据对于被告人是否实施了犯罪行为而言并无直接的关联性。对于这些证据的关联性如何把握,法官通过行使自由裁量权,禁止或者允许辩护方提交一些可能会令陪审团理解乃至同情被告人犯罪行为的证据,从而影响陪审团作出是否使法律无效的裁决。^[32]

综上,美国联邦和各州法院对陪审团行使使法律无效权总体上持谨慎态度。不过,美国民间组织——“充分知情陪审团协会”(Fully Informed Jury Association)在不遗余力地推动陪审员行使使法律无效权。该组织成立于1989年,目前在美国各州都设有分会。20多年来,该组织通过在法院附近设立广告牌、媒体和网络宣传、举办陪审员讲座、编辑和发行陪审员权利手册、游说议会议员等方式,试图尽可能地让所有的美国公民知道自己作为陪审员时有权不听从法官给出的法律指示,行使使法律无效权,以更好地实现司法公正。在该协会的游说下,有关陪审员应该被明确地告知享有使法律无效权的议案已经进入20余个州议会的立法程序,不过到目前为止尚未有州通过此类立法议案。^[33]可以预料,在该组织的推动下,越来越多的陪审员会知道自己享有此权力,因而行使此权力的总体概率在今后一段时间可能会提高。

[30] Robert E. Korroch & Michael J. Davidson, *Jury Nullification: A Call for Justice or Invitation for Anarchy?* 139 *Mil. L. Rev.* 131, 146 (1993).

[31] Bradley J. Huestis, *Jury Nullification: Calling for Candor from the Bench and Bar*, 173 *Mil. L. Rev.* 68, 92 (2002).

[32] Jack B. Weinstein, *Considering Jury Nullification: When May and Should a Jury Reject the Law to Do Justice*, 30 *Am. Crim. L. Rev.* 239, 245 (1993).

[33] 有关“充分知情陪审团协会”组织的相关信息来源于其官方网站:<http://fija.org/>,2016年10月30日访问。

(三) 美国刑事审判陪审团享有使法律无效权的正当性分析

对于美国刑事审判陪审团事实上享有的使法律无效权,美国法律界褒贬不一。赞成陪审团使法律无效权的主要理由是:首先,陪审团使法律无效权能够有效地保护被告人免受政府权力的滥用。陪审团使法律无效权之要旨就是反对不公正的法律以及法律的不公正适用,这与美国宪法起草者设计的由同类人进行的陪审团审判以防止国会通过压迫人民的法律以及检察官滥用起诉权侵害人民的理念是一致的。^[34] 其次,陪审团使法律无效权本身就是人民直接行使民主权利的重要形式。一方面,陪审团使法律无效权对国家的立法权起到了很好的制约和平衡作用,并推动法律的不断修改和完善,诚如学者指出:“陪审团行使使法律无效权是立法程序的重要反馈来源,因为一些经常被陪审团拒绝适用的法律应该被修改。”^[35] 另一方面,赋予陪审团使法律无效权可以将陪审员所代表的社区价值源源不断地注入刑事审判体系之中,从而更好地体现民意。最后,陪审团享有使法律无效权是陪审团审判制度赖以存在的意义。如果陪审团的职能仅限于认定事实,那么陪审团认定事实的能力并不见得比法官强,对被告人也不会有特别的好处。因此,如果禁止陪审团行使使法律无效权,陪审团就没有任何存在的意义。^[36] 还有学者认为,如果陪审团成为法律问题的最终裁决者,当刑法与社会公共情感发生冲突的时候,我们确实会面临法律被否决或者陷入无政府主义状态的风险;但是,这些法律外行人的观点,即便与法律不一致,也是富有经验的,而这正是实现常识性正义时比法律更为需要的要素。^[37]

美国法律界反对陪审团享有使法律无效权的主要理由有三点。首先,陪审团使法律无效权的存在严重削弱了法治,实际上是人治的做法。因为如果法院允许陪审团在评议案件时讨论是否可以不执行法律,那么法律的效力就不存在了,存在的只是仅凭良心而治的无政府状态和一系列不可预见的由12个人临时作出的判决。^[38] 其次,陪审团使法律无效权无助于提高民主。陪审员既不能代表也未能体现社会的意见,因为12名陪审员不足以成为统计学意义上的代表社区的样本,陪审团中12名陪审员的个人偏见和意见无法成为社区意见中的民主代表。^[39] 最后,陪审团使法律无效权的存在违背了律师和法官的职业伦理。律师职业伦理标准禁止刑事辩护律师力劝陪审团无视法律;阻止律师此类行为的发生是主持庭审的法官之根本责任。^[40]

良法善治是法治的基本要义。其中,“良法”是实现法治的基础,“善治”是实现法治的保障。两者的有机结合,构成了现代法治;缺乏其中任何一个方面,法治都难以真正实现。鉴于此,美国刑事审判陪审团享有使法律无效权之正当性在很大程度上取决于被陪审团否决实施的法律是否属于良法。从理论上讲,无法保证立法机关制定的所有法律都是良法;而且,法律一旦被制定出来后就是静态的,而社会生活在不断地变化,因此已经制定的法律脱离现实生活的情况不可避免地会发生。在司法实践中,如前所述,从美国刑事审判陪审团行使使法律无效权的一些代表性案例来看,确实有一些法律属于“恶法”;在陪审团不断地行使使法律无效权的压力下,这些法律最终被修改或废止。因此,在实

[34] Jon M. Van Dyke, *The Jury as a Political Institution*, 16 (3) *The Catholic Lawyer* 224, 234 (1970).

[35] Clay S. Conrad, *Jury Nullification as a Defense Strategy*, 2 *Tex. F. on C. L. & C. R.* 1, 3 (1995).

[36] Dale W. Broeder, *The Functions of the Jury: Facts or Fictions?* 21 *U. Chi. L. Rev.* 386, 415 (1954).

[37] Norman J. Finkel, *Commonsense Justice, Culpability, and Punishment*, 28 *Hofstra L. Rev.* 669, 670 (2000).

[38] Lawrence W. Crispo, *Jury Nullification: Law Versus Anarchy*, 31 *Loy. L. A. L. Rev.* 1, 3 (1997).

[39] Richard St. John, *License to Nullify: The Democratic and Constitutional Deficiencies of Authorized Jury Lawmaking*, 106 *Yale L.J.* 2563, 2582 (1997).

[40] Rebecca Love Kourlis, *Not Jury Nullification; Not a Call for Ethical Reform; But Rather a Case for Judicial Control*, 67 *U. Colo. L. Rev.* 1109, 1120 (1996).

践中客观存在“恶法”的情况下,赋予陪审团对这类法律说不,具有一定的正当性。然而,由于陪审团使法律无效权几乎是一种不受制约的权力,而且外界很难获得陪审团滥用此权力的证据,因此该权力的存在确实可能会导致“良法”得不到实施,从而不利于法治社会的建构。鉴于此,美国法院在认可陪审团享有此权力的前提下,又采取原则上不鼓励,甚至会适当地限制陪审团行使的谨慎态度,可谓煞费苦心,这一纠结的心态诚如美国学者所言:“我们试图阻止陪审团行使使法律无效权的同时,我们又很珍惜陪审团享有此权力,此权力是不正当的,但又被强烈地保护。”^[41]

四、结语

“陪而不审,审而不议”是我国人民陪审员制度存在的最大问题。对于这一问题的产生缘由和解决方法,我国理论界比较流行的观点是:人民陪审员不懂法律,因而在评议案件时无法针对案件的法律问题发表意见;建议借鉴国外陪审团审判中法官回答法律问题、陪审团回答事实问题的做法,让我国人民陪审员只负责事实认定,而将法律适用问题交由法官负责。鉴于此,党的十八届四中全会通过的《全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,“逐步实行人民陪审员不再审理法律适用问题,只参与审理事实认定问题”。限于本文之主题和篇幅,笔者在此只想说明的是:在当代实行陪审团审判颇具代表性的国家,作为法律外行的陪审团并非仅仅只负责事实认定;相反,陪审团享有一定的适用法律之权力,尤其是陪审团享有的使法律无效权更是职业法官所没有的。美国刑事审判中陪审团之所以能真正发挥审判功能,根本原因显然不是陪审团仅需回答自己熟悉的事实问题、不需回答法律问题。虽然我国尚未实行陪审团审判,相关制度与实行陪审团审判的国家不具有可比性,但是仅仅试图通过“人民陪审员不再审理法律适用问题”之改革解决当前我国人民陪审员“陪而不审,审而不议”之问题,恐怕是把错了脉、开错了药。

Review on Jury's Power of Applying Law in American Criminal Trial

Chen Xuequan

Abstract: No matter in the past or at present, the American criminal jury both have a certain degree power of applying law. In the contemporary American criminal justice, the jury's power of applying law is reflected in the following three respects: the first is the limited conviction power under judges' instruction, the second is the power of sentencing someone to death, and the third is jury nullification power. Therefore, the viewpoint that jury is just responsible for ascertaining the facts and has no power of applying law is obviously a misunderstanding to the American criminal trial jury system. The American jury's power of applying law is significant to the reformation of the people's jury system of our country.

Keywords: the American criminal trial; the jury; power of applying law

(责任编辑:倪鑫煜)

[41] Darryl K. Brown, *Jury Nullification Within the Rule of Law*, 81 Minn. L. Rev. 1149, 1199 (1997).

英美法系的物权法定原则

黄泂一*

摘要:英美法系财产法与大陆法系物权法在价值取向和具体财产权(物权)的功能上存在相似性与对应性。英美法系各国的学说和法律虽然没有明确将物权法定原则作为财产法的基本原则,但在司法实践中,法官仍然默默遵循着这一原则,即财产权利的类型和内容只能由判例法和制定法决定,当事人创设新型财产权利或对既有财产权利的内容进行变更的约定只能约束合同当事方,不具有对抗不特定多数人的效力。法官对物权法定原则的遵循主要是基于保护交易安全和保障财产可转让性两个理由。物权法定原则在英美法系的存在足以说明该原则具有超越外在概念体系的实质合理性。但是,在登记制度完善后,英美法系的物权法定原则也呈现出松动的趋势。目前,英美法系的财产法学者基本上承认物权法定原则的存在,认为该原则具有合理性。英美法系存在物权法定原则的结论也说明信托制度与物权法定原则并不存在不可调和的矛盾。

关键词:物权法定原则 英美法系 信托

一、问题的提出

物权法定原则(Numerus Clausus)是大陆法系各国物权法普遍遵循的基本原则,但在物权法制定的过程中却引起了学者的广泛争议。虽然我国《物权法》第5条最后确立了物权法定原则,但学术界的质疑之声却始终未曾平息。众所周知,在大陆法系各国中,物权法定原则与统一所有权概念、物债二分的民法体系、物权法的自治性观念(Autonomie des Sachenrechts)密切相关,具有体系维护作用,因而具有形式合理性,但是,这种来源于罗马法和潘德克顿法学的外部逻辑体系并不具有先验性和普世性,如果我们将这种外部逻辑体系取消,那么镶嵌于其中的物权法定原则还能存在吗?英美财产法以判例为基础,并不存在大陆法系的外部逻辑体系,恰好为我们提供了一个分析对象,如果物权法定原则在英美法系也同样存在,那么这一原则背后就必然存在超越外在体系的内在价值和实质合理性,反之则否。

我国学术界对这个问题存在严重分歧。部分学者认为英美法系并不存在物权法定原则,例如马俊驹和梅夏英认为:“英美财产法缺乏严密的理论体系,反而摆脱了概念法学的束缚。如它不局限于‘物权法定原则’,可以根据社会需要,以契约形式设定财产权,以保证人们对财产的充分利用。”^[1]我

* 中山大学法学院副研究员,法学博士。本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“住宅建设用地使用权续期规则研究”(16YJC820004)的阶段性成果,并受中山大学“中国立法研究”大科研平台资助。

[1] 马俊驹、梅夏英:《财产权制度的历史评析和现实思考》,载《中国社会科学》1999年第1期,第90-105页。

国台湾留美学者谢哲胜也认为,在英美法中,物权的创设原则上是自由的。^[2] 另有部分学者则认为英美法系存在物权法定原则,例如张鹏认为,“从美国司法实践中的一系列案例看,美国法是奉行物权法定的,一般不允许当事人创设新的财产权种类”。^[3] 刘红兵认为,英国法中也存在物权法定原则。^[4] 国内专门研究英美财产法的学者吴一鸣也赞成这种观点,他认为英美法就物权的种类和内容都存在法定原则。^[5] 大部分学者对这个问题保持沉默,并没有表态。

鉴于英美法系财产法与大陆法系物权法存在明显差异,本文第一部分将简要梳理英美财产法的术语和观念,简单比较英美法系的财产权类型与大陆法系的物权类型,为下一步的研究奠定基础。由于英美财产法建立在判例的基础上,本文第二部分将观察英美各国在司法实践中是否遵循物权法定原则。本文第三部分将以英国 1925 年以来的财产法改革与登记制度建立为例,分析制定法与登记制度对英美法系物权法定原则的影响。除此之外,英美信托制度与物权法定原则的关系也是本文关注的问题,这主要是因为部分大陆法系学者认为英美信托制度对物权法定原则造成了冲击,^[6] 但如果英美法系本身就存在物权法定原则,那么它和信托制度又是如何兼容的呢? 对于这一问题,我们将在文章的各部分穿插论述,并给出答案。

二、前置问题

在考察英美法系是否存在物权法定原则的对应物时,我们要先解决一些重要的前置问题。首先,物权法定原则是以“物权”和“债权”的区分为前提的,但英美法中并无这一对术语,而是使用“财产”(property)或“财产权”(property right)这些概念,但它们是否同样为对物权(right in rem)呢? 换言之,如果英美法系明确区分“财产权利”与“合同权利”,那么就有存在物权法定原则的可能性,反之则否。第二,英美法系财产法的外延与大陆法系物权法不同,内部又存在着不动产法(real property law)与属人财产法(personal property law)、普通法财产法与衡平法财产法的区分,如何理解上述概念术语的内涵与外延,特别是脱胎于衡平法的信托制度,对本文的研究主题至关重要。第三,为方便读者理解,这部分还会简单梳理英美法中的主要财产权类型,并与大陆法系物权类型进行简要比较。

(一)“财产权利”与“合同权利”的区分

虽然英美法中并不存在物债二分的私法体系,但在英国经典作家的著作中,就已经存在将财产权

[2] 谢哲胜:《中国大陆物权法制的立法建议——兼评王利明教授物权法草案建议稿》,载《财产法专题研究(三)》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 122 页。

[3] 张鹏:《美国法上的物权法定原则》,载《法学》2003 年第 10 期,第 108-118 页。

[4] 刘红兵:《英国法上物权法定原则之考察》,载《河北法学》2013 年第 11 期,第 138-143 页。

[5] 吴一鸣:《英美物权法——一个体系的发现》,上海人民出版社 2011 年版,第 157 页以下。

[6] 可参见:Wolfgang Wiegand, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, Archiv für die civilistische Praxis, 190. Bd., H. 1/2 (1990), S. 126-128; 沃尔夫冈·维甘德(Wolfgang Wiegand):《物权类型法定原则——关于一个重要民法原理的产生及其意义》,载《中德私法研究》2006 年第 2 卷,北京大学出版社 2007 年版,第 105 页;朱虎:《物权法自治性观念的变迁》,载《法学研究》2013 年第 1 期,第 147 页;孙静:《德国信托法探析》,载《比较法研究》2004 年第 1 期,第 95 页;T. H. D. Struycken, The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property, in Party Autonomy in International Property Law 59, 62 (Roel Westrik & Jeroen van der Weide eds., Sellier European Law Publishers GmbH, Munich, 2011);[日]能见善久:《信托和物权法定主义——信托与民法的交错》,载《西原道雄先生古稀纪念论文集》(2001 年 12 月)。转引自申政武:《物权的本质论与物权法定原则》,载渠涛主编:《中日民商法研究》2007 年第 1 号(总第 6 卷),北京大学出版社 2007 年版,第 94 页;郑瑞琨:《信托法与物权法定原则的冲突及其解决》,载《政法论坛》2007 年第 4 期,第 78-87 页;谢哲胜:《中国大陆物权法制的立法建议》,载《财产法专题研究(三)》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 122 页。

(property right)理解为对世性权利(right in rem)的观念,例如威廉·布莱克斯通(William Blackstone)将“财产”定义为:“一个人可以对世界中的外在事物进行独占专横支配的领域,并且可以排除世界中的任何个人的权利。”^[7]亚当·斯密(Adam Smith)同样强调了对人权与对世权的区分,他提出“不仅是财产权(Property),所有的排他性权利都是对世权”,并且以对书的著作权和对机器的发明专利为例来说明对世权。^[8]杰里米·边沁(Jeremy Bentham)也是从对世性的角度来解释财产权,“授予特定人对某物的财产权,就是禁止不特定人干涉的指令”^[9]

这种将财产权理解为对世性权利的观念,在当代英国财产法学者的著作中也能找到,在劳森(F. H. Lawson)和冉得(Bernard Rudden)的《财产法》(The Law of Property)第三版中,明确使用了“real right”,“property right”或“proprietary right”来表示对世权,而用“contractual right”来表达合同权利。他们指出,对世权是指任何具有以下特征的权利:可转让;权利随标的物的灭失而消失;可以对抗不确定的人;在物的持有人破产时,权利人可以取回该标的物。而与对世权相对的合同权利就只能向合同相对人主张权利。^[10]劳森和冉得的《财产法》第二版对这一问题的阐述更加细致,他们从法律关系出发来说明财产与合同的区别:法律关系可以分为物的关系与人的关系,两者的区别在于:前者是权利人与一切人的法律关系,它拘束着整个世界;后者是权利人与相对人的法律关系,它拘束着某一特定的人。但是,他们又强调,在现实中,物的关系并没有拘束所有人,而是只拘束着知情人或者受公示的人,此处的知情人并不仅仅是实际知情的人,还包括那些能够知情而被推定受公示的人。换句话说,合同权利仅仅对特定人有效,而财产权利则对不特定的人(一切人或受公示的知情人)有效。^[11]

虽然英国法学家们继续延续经典著作中的观念,从权利的效力范围出发区分财产权利与合同权利,但是20世纪的美国学术界却出现了对上述区分标准进行解构的做法,进而产生了对财产权利的另一种界定——权利束(a bundle of rights)观念。20世纪早期,霍菲尔德(Hohfeld)提出权利(right)、特权(privilege)、权力(power)、豁免(immunity)四个基本法律概念,并以之为工具分析对人权和对物权。^[12]20世纪20年代、30年代的法律现实主义者(legal realists)在霍菲尔德理论的基础上,进一步解构对物权与对人权的区别,例如科宾(Arthur Linton Corbin)认为:“我们关于财产的概念已经发生了变化。财产不再是对物或客体的描述,它仅仅是一束法律关系(a bundle of legal relations)——权利、权力、特权、豁免。”^[13]这样,将财产理解为“权利束”(bundle of right)的观念就产生了,这种观念后来被20世纪60年代、70年代兴起的法律经济分析学派所采纳。在今天,将财产理解为权利、权力和责任的结合体的观念在美国似乎已经成为了正统观念。^[14]在近年美国出版的财产法教科书中,学者们仍然从权利束的角度解释财产权,例如美国财产法权威约翰·G.斯普兰克林认为,财产是“权利束”,

[7] 2 William Blackstone, *Commentaries*. See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?* 111 *Yale L. J.* 357, 360-361 (2001).

[8] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* 9-86 (R. L. Meek et al. eds., 1978). See Merrill & Smith, *supra* note 7, at 362.

[9] See Merrill & Smith, *supra* note 7, at 363.

[10] F. H. Lawson & Bernard Rudden, *The Law of Property* 14-15 (3d ed. Oxford University Press 2002).

[11] [英]F. H. 劳森、B. 拉登:《财产法》(第2版),施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版,第2-3页。

[12] Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 *Yale L. J.* 710, 718-733 (1917). 关于霍菲尔德对对物权和对人权的分析,还可参见 Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 *Colum. L. Rev.* 773, 780-783 (2001).

[13] Arthur Linton Corbin, *Taxation of Seats on the Stock Exchange*, 31 *Yale L. J.* 429, 429-431 (1922).

[14] 对于20世纪美国财产观念的变迁,可以参见 Merrill & Smith, *supra* note 7, at 357-398.

其中包括了排他权、转让权、占有使用权,但这三种权利都不是财产权的必备要素,考虑到财产权利人既享有权利又负有义务,因此将财产定义为与物有关的、人与人之间的关系更为准确。^[15]但是,这种定义显然已经看不出财产权利与合同权利的区别了。目前,已经有美国学者开始对权利束的观念进行批判,强调应该回到传统,从对世性(in rem)的角度来理解财产权利与合同权利的区分。例如,贝尔(Bell)和帕克莫夫斯基(Parchomovsky)认为,“与合同权利仅能对抗协议的另一方不同,财产权可以对抗世界上的任何一个人,不管其是否同意”。^[16]梅瑞尔(Merrill)和史密斯(Smith)认为:“无论是大陆法系还是英美法系,长期以来都承认某些权利能够对抗所有人,而其他权利仅能对抗特定的人或特定的团体。”^[17]

(二)分裂的财产法

英美法系并不像大陆法系那样拥有一个统一的物权法,其财产法内部存在不动产法与属人财产法、普通法财产法与衡平法财产法的区分,此处作简要说明。

1. 分裂的财产法:不动产法与属人财产法

不动产法(real property law, land law)与属人财产法(personal property law)的区分源于普通法司法制度对两种不同财产权益的不同诉讼保护方式——real action 和 personal action,前者用于保护土地权益,原告可以要求被告返还原物(recover),从而重新获得对土地的占有(seisin),后者用于保护土地权益以外的其他财产权益,被告有权选择是返还原物还是赔偿损失。^[18]在这两种不同的诉讼保护方式的基础上,发展出了不动产法和属人财产法,real property 在外延上相当于大陆法系的不动产权,而 personal property 或 chattel 的外延则相当于大陆法系中除了不动产权以外的其他具有财产价值的权利,包括有体动产(movable property)和无体动产(intangible personal property),例如知识产权、股权、汇票、可转让的债权、债券、特许经营权、许可权等。^[19]

因此,普通法中的 real action 和 personal action 与罗马法中的对物之诉(actio in rem)和对人之诉(action in personam)并没有对应关系,英美法中的不动产和属人财产与大陆法系中的对物权(right in rem)和对人权(right in personam)也没有对应关系。

2. 分裂的财产法:普通法与衡平法

在历史上,英美法存在普通法与衡平法的区分,相应的就有普通法财产权与衡平法财产权的区分,后者是大法官依据衡平法予以保护的财产权。就普通法与衡平法的关系来说,“衡平法遵从法律”(equity follows the law),衡平法并不否定普通法,而是对普通法的补充,这一关系也反映在财产权方面,普通法财产权构成了英美财产法的基本架构,而衡平法财产权只是对这一架构进行补充和完善。

衡平法地产权可以分为两类:一类是与普通法地产权类型相对应的,例如衡平法上的非限嗣继承地产权、衡平法上的终身地产权、衡平法上的租赁地产权等,它们实际上是通过信托的方式被创设出来的,也即以信托受益人权益的形态存在;另一类衡平法地产权则是衡平法独创的,在普通法上并无

[15] [美]约翰·G. 斯普兰克林:《美国财产法精解》(第2版),钟书峰译,北京大学出版社2009年版,第4-7页。

[16] Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *A Theory of Property*, 90 *Cornell L. Rev.* 531, 534 (2005).

[17] Merrill & Smith, *supra* note 12, at 781. 这两位学者还认为,忽视财产权的对世性,是导致法律经济分析学者难以理解某些问题的原因,例如从财产权的对世性出发,就很容易理解 Numerus Clausus 原则。See Merrill & Smith, *supra* note 7, at 385-397.

[18] See W. S. Holdsworth, *Historical Introduction to the Land Law* 11-12 (Oxford Clarendon Press 1927); Lawson & Rudden, *supra* note 10, at 13-14.

[19] See Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* 332-334 (Dissertation, Maastricht University 2008); 同注5引书,第8页以下;同注15引书,第9-10页。

对应形态,例如地产权合同(estate contract)、限制性约据(restrictive covenant)、抵押人的回赎权(mortgagor's equity of redemption)、衡平留置权(equitable lien)、衡平法负担(equitable charge)等。从衡平法财产权的产生来看,它实际上是大法官通过判例赋予并加强某些法律地位的对抗效力而形成的,这些法律地位在普通法上原本完全得不到保护(例如信托受益人的权利)或仅仅具有合同效力(限制性约据)。这种对抗效力是通过个案渐进式获得的,并非直接取得了对抗所有人的效力。实际上,对财产权的承认与发展来说,普通法和衡平法都是通过判例逐步扩展财产权的种类和范围,两者并没有实质的区别,相较而言,只是后者出现时间较晚,受过去的先例和教条约束较少,法官更倾向依据自然正义对权利人进行救济,法官能动性更强而已。

虽然普通法财产权与衡平法财产权都具有对抗不特定多数人的效力,但衡平法财产权不能对抗普通法财产权的善意买受人,普通法财产权则可以对抗之。在现代登记制度建立以前,这构成了两者的重大区别,但在现代登记制度建立后,这一区别的重要性就大大降低了,无论是根据英国登记法还是美国大多数州登记法,任何不动产权利,不论其性质如何,未经登记,均不得对抗善意买受人。^[20]关于登记制度对英美财产法的影响,后文中还将详细分析。

衡平法对英美财产制度最大的贡献当属信托制度。考虑到英美信托制度与物权法定原则的关联,此处对其属性进行简要剖析。信托制度来源于中世纪的用益制度(use),这种用益制度类似于我国今天普遍存在的房产借名登记或股权借名登记,名义持有人享有普通法上的地产权,但对土地的占有、使用、收益均由受益人享有。从15世纪开始,大法官开始向受益人提供救济,起初仅仅将受益人权利视为一种对人权(right in personam),后来逐渐将这种权利视为土地权益,认为受益人享有衡平法上的地产权。这样“双重土地权利”(duality of landownership)的观念就产生了。^[21]从用益制度到信托制度,主要存在以下几个方面的发展:客体不限于非限嗣继承地产权(fee simple),扩展到其他财产权益;受托人不限于消极挂名权利人,可以负有积极管理义务;大法官进一步扩大受益权的对抗力,除了善意买受人外,受益权能对抗几乎所有第三人。^[22]从前面的简要分析来看,近代形成的信托制度实际上是对普通法财产权的一种持有方式,也即当事人可以为了自己的利益持有普通法财产权,也可以为了他人的利益持有普通法财产权,后面这种情况就是信托。从这个意义来讲,受益权并非是从普

[20] See Akkermans, *supra* note 19, at 336-337; 高富平、吴一鸣:《英美不动产法:兼与大陆法比较》,清华大学出版社2007年版,第91页;同注5引书,第80-81页。

[21] 目前我国学者普遍将英美法中的信托理解为“双重所有权”,这实际上是对信托的一种误解,这种误解产生的源头可能是对“duality of landownership”的误译。在英美不动产法中,与大陆法系中的“土地所有权”相对应的概念是“非限嗣继承地产权”(fee simple),而“ownership”或“own”实际上仅仅是泛指财产的归属,其含义就是我们日常用语中的“拥有”,例如“我拥有土地所有权”,“我拥有建设用地使用权”,“我拥有地役权”。因此,“duality of landownership”应该翻译为“双重土地权利”,信托并不会导致在同一块土地上存在两个效力相同的普通法财产权,也不会导致普通法财产权的分裂。

[22] 用益或信托受益人权利的对抗第三人的范围是基于衡平法院的个案判决逐渐扩展的:1465年,第三人在向受托人购买土地时,如果已经注意到了土地上设定的用益,受益人就可以对抗该第三人;1522年,受益人可以对抗受托人的继承人;1595年的Chudleigh's Case中,第三人如果从受托人处无偿受让信托土地,即使其不知道信托,受益人也可对抗该第三人;1660年,如果受托人以信托土地清偿自己的债务,受益人的权利可以对抗受让土地的债权人。E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property* 57 (16th ed., London: Butterworths 2000). 转引自注5引书,第93页。

通法财产权中分裂出来的,^[23]而是基于信托关系产生的对人权,只是大法官通过判例赋予并不断增强其对抗效力,使之成为了衡平法财产权,用大陆法系的观念来看,这实际上就是一种“债权物权化”。^[24]

(三) 英美法中的主要财产权类型

从前面的分析来看,英美法中的“财产”(property)相当于大陆法系中的广义财产权,大致相当于德国法中的“Vermögen”,法国法中的“les biens”,而“财产权”(property right)则是指能够对抗不特定多数人的非人身权利,与大陆法系中的“对物权”相当。为切合本文的主题,此处提及的英美财产权类型主要是指不动产财产权和有体动产财产权,知识产权不在讨论之列。虽然英美财产法在历史发展和概念术语上与大陆法系存在较大差距,但从功能比较(functional comparison)的角度来看,目前英美法的主要财产权类型与大陆法系的物权类型并无太大差异,具有相当的对应性。

在不动产方面,英美法中的非限嗣继承地产权(fee simple, fee simple absolute in possession)与大陆法系的土地所有权在功能上相当。^[25]在不动产用益方面,英美法中的租赁地产权(leasehold estate, tenancy)亚类型众多,在实际功能上发挥着大陆法系地上权、永佃权、永租权的作用;英美法中的地役权(easement)、获益权(profit)、限制性约据(restrictive covenant)相当于大陆法系中的地役权和人役权。在不动产担保方面,英美法中的主要制度是不动产按揭(mortgage),该制度在历史发展中出现过多种形态与变化,但就目前的实际功能来看与大陆法系的抵押制度已经趋同。

在动产方面,英美法中的“title”或“ownership”相当于大陆法系中的动产所有权,虽然在历史上普通法不对动产提供返还原物救济,但衡平法和现代英美法也提供回复占有、返还原物的救济。英美法中的动产寄托(bailment)是一种“所有人-占有人”关系,囊括了间接占有的所有情形,受寄人(bailee)获得占有,享有侵权之诉的保护,但在动产上却无法成立类似于不动产租赁的用益财产权,因此英美法中没有形成大陆法系的动产用益物权制度。在动产担保方面,英国法中的质权(pledge)、占有性留置(possessory lien)相当于大陆法系的质权、留置权;权利保留担保(retention of title)和动产按揭(mortgage of chattel)相当于大陆法系的所有权保留与让与担保;就集合动产成立的固定担保(fixed

[23] 这种观点也被英国上议院判例所承认,在 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* (1996) AC 699, HL 一案中,布朗尼·威金森法官(Lord Browne-Wilkinson)认为:“对财产或金钱享有普通法和衡平法上的全部利益的人,对该财产并不享有衡平利益(equitable interest)。普通法权利(legal title)包括了所有的权利。除非或者直到存在普通法地产权和衡平法地产权分离的情况,独立的衡平利益并不存在。所以,谈论出让人‘保留’衡平利益是没有意义的。唯一的问题是,金钱已经给付的情况是否在衡平法上对受让人课加了信托义务。如果是这样,衡平利益才根据该信托首次产生。”从布朗尼·威金森法官的观点来看,信托受益人的权利并非是普通法权利的一部分,换句话说,信托并没导致普通法权利或普通法地产权的分裂,受益人享有的衡平权益是“无中生有”附加到受托人享有的普通法权利之上的。See Bram Akkermans, *supra* note 19, at 342-343.

[24] 关于信托受益人权利是对人权还是对物权,英国法学界也有争论。梅特兰认为,信托受益人的权利几乎等同于对物权,但是由于该权利不能对抗善意受让人,因此信托受益人的权利不是真正的对物权;奥斯丁·斯各特则认为信托受益人的权利是真正的对物权,因为其他对物权也可能因时效取得而失效,因此与其他对物权相比,信托受益人的权利并没有处于一种更糟的地位,只是信托受益人的权利比受托人的权利更易受到侵害。同注11引书,第55-56页。

[25] 在历史上,权利人对非限嗣继承地产权进行塑造的私法自治空间较大,不仅可以通附条件转让的方式改变非限嗣继承地产权的内容,还可以通过设定限嗣继承地产权(fee tail)、终身地产权(life estate)或定序授予(settlement)在时间上将其切割为现实权益和未来权益。但自19世纪以来,在交易习惯、私法判例和制定法的合力下,权利人对非限嗣继承地产权进行塑造的私法自治空间逐渐缩小。在英国法上,限嗣继承地产权、终身地产权、定序授予以及相应的未来权益已经被转化为衡平权益或信托,早已不复存在;美国超过99%的私有土地都是以非限嗣继承地产权的形式持有的,限嗣继承地产权被绝大多数的州废除,基本上已经从现实生活中消失,终身地产权也逐渐被信托所取代,处于逐渐消亡状态。之所以会发生这种变化,主要是为了消除土地权利的破碎化现象,促进财产流转。上述内容可参见高富平、吴一鸣,同注20引书,第136-147、157-159、162-164、191-192、205-206页;同注5引书,第61、71、151页;同注15引书,第101-103、105-106、109-110页。

charge)和浮动担保(floating charge)主要在商事交易中使用,前者相当于大陆法系的财团抵押。美国几乎所有的州都采纳了《统一商法典》中的“动产交易法”,将各种动产担保整合为“担保权益”(security interest),就不同标的分别适用不同的公示方法(登记、占有、控制)。

三、英美法系各国在司法实践中对物权法定原则的遵循

英美法系各国的财产法渊源包括判例法(普通法和衡平法)和制定法两部分,但以判例法为主要渊源,因此我们在判断英美法系各国是否存在物权法定原则时,就需要重点考察法院在司法实践中是否遵循物权法定原则,即是否承认当事人关于“创设新型财产权利或对既存财产权利的内容进行修正”的约定具有对抗不特定多数人的效力。对此,本文选择英国、美国、澳大利亚三国的司法实践作为考察对象。

(一)英国司法实践对物权法定原则的遵循

英国司法系统遵循物权法定原则最为典型的案例为1834年的 *Keppel v. Bailey* 案。^[26] 本案的案情如下:在1795年,一家经营制铁厂的公司修建了一条铁路,将附近一家采石场出产的石灰石运输到制铁厂。制铁厂公司与采石场主人签订了一份约据(covenant),该约据规定,制铁厂公司以及他们的继承人、管理人以及受让人将会从该采石场取得他们所需要的所有石灰石。在1833年,制铁厂的部分业务被转让给了约瑟夫(Joseph)和克劳谢·贝利(Crawshay Bailey),他们在受让时已经注意到了上述约据的存在,但是他们仍然试图修建另一条铁路,并从其他采石场获取石灰石。采石场的主人因此向法院提起诉讼,要求约瑟夫和克劳谢·贝利使用已经修好的那条铁路,并使用自己采石场出产的石灰石。就本案中的约据是否创设了一项财产权利,审理本案的布鲁厄姆法官(Brougham LC)认为:“财产及其享益所附带的内容(incident)是已经被确切知道的;对财产可能产生影响的负担,或者所有人以外的其他人在财产上创设享有的权利,必须被法律所认可。在占有方面,财产可以由某一入享有,回复权由另一人享有;在用益方面,终身地产权可以由某一入享有,剩余地产权由第二个人享有,回复权可以由第三人享有。因此,在享益方面,一个人可以拥有占有和非限嗣继承地产权,另一人享有地租权(rent)、十一税权利(tithe)或者地役权。所有的这些财产权都被法律所熟知并由其调整。但是,并不能因此就认为,财产权人可以按照自己的想象(fancy)和任意(caprice)设计新颖种类(novel kind),并将其依附在财产上。这样的自由空间对于法律科学(science of law)和公共福利(public weal)都会造成不便。赋予当事人创设只约束他们自己和他们的代理人的不动产和动产的协议的最全面自由并不会造成损害,在协议被违反时,只需以损害赔偿进行救济。这是合理的自由,并不会造成损害。但是,如果当事人被允许自由创设新的不动产持有模式和享益模式,并使之依附于土地或房屋,随地产权的转让而转移,就会造成重大弊端和权利混乱。每一块土地,每一栋房屋,可能都会以数种方式被持有着;这样几乎就很难知道在取得土地时被授予了哪些权利或者被课加了哪些义务。”^[27] 布鲁厄姆法官的判决意见不仅旗帜鲜明地表明了英国法不承认当事人任意创设财产权利的自由,强调财产权利需要得到法律的认可,而且说明了理由,因为采取自由创设主义会导致财产权利持有模式的多样化,难以查知标的物上的权利义务关系,导致权利混乱,损害公共福利。

[26] *Keppel v. Bailey* (1834) 2 My & K 517.

[27] *Keppel v. Bailey* (1834) 2 My & K 517, p. 520-526.

1863年财税法院(Court of Exchequer)审理的 *Hill v. Tupper* 案^[28] 也遵循了物权法定原则。在本案中,一块土地上有一条运河,该土地的非限嗣继承地产权人授予了本案原告一项租赁权,明确约定原告享有在运河上使用船舶的排他性的权利和自由,并且进行船舶出租。本案被告是在运河的一侧进行营业的旅馆主人,他也开始进行船舶出租。原告认为被告侵犯了其财产权利,因此提起诉讼。就本案的约定是否构成了一项排他性的财产权利,审理本案的波洛克法官(Pollock CB)认为:“这仅作为转让人给予的许可或约据,能约束转让人自己和受让人,但是并没有赋予他以自己的名义提起侵害所谓排他权的诉讼的权利。原告声称,正如地产权人有权授予挖掘泥煤、渔猎的权利,没有任何理由否认他可以授予本案原告所主张的权利。答案是,法律不允许他这样做。正如法律不允许地产权人将权利或者授予男性继承人或者授予女性继承人一样。新的无形地产权益(incorporeal)不能由地产权人任意或按其喜好来创设;他必须接受法律所规定的地产权以及对地产权的处分权,它们由法院判决或议会制定法来决定和控制。转让人可以任意授予他人拥有在自己财产上的权利,并使自己受到约据的约束,但他不能在财产上附加新的内容(incident),正如本案使受让人以自己的名义就这样的限制权利提起侵害之诉。”^[29] 审理本案的另一名法官马丁(Martin B)持同样观点,他认为:“承认这种权利将导致土地上可以创设无数多种权益,也会无限增加可能的地产权种类。”^[30] 因此,在本案中,波洛克法官再次确认财产权利只能由判例或制定法来决定,而不能由当事人任意创设,进而认为本案的约据只能约束合同当事人,而这种“运河使用权”不是具有对抗第三人效力的财产权利,因此拒绝对其提供侵权法上的保护。在一年后的 *Stockport Waterworks v. Potter* 案中,法官布拉姆韦尔(Bramwell B)再次确认了上述观点,直接提出“新的财产权不能被创设”。^[31]

在1916年的 *King v. David Allen and Sons, Billposting, Ltd.* 一案^[32] 中,英国上议院也否定了当事人创设新型财产权利的自由。在本案中,建筑物的所有人通过协议授予了原告一项在建筑物的外墙张贴广告的权利,后来建筑物的所有人将建筑物租给了本案被告,虽然租赁合同并没有提及建筑物所有人与原告的协议,但被告知道该协议的存在。被告承租房屋后,拒绝原告在房屋墙壁上张贴广告。原告认为,协议授予的广告张贴权具有财产权性质(proprietary nature),因此能够约束被告。审理本案的巴克马斯特法官(Buckmaster LC)在考虑了所有的财产权利类型后,认为原告的权利不能被归入已经被承认的财产权类型,因此只能是对人权,他所获得的只是许可(licence)。从本案的判决思路来看,法官明确认为英国法中的财产权类型是封闭的,存在有限的类型,如果当事人的约定不能满足任何一种财产权类型的构成要件,就只能是对人权,不能约束第三人。

1965年的 *National Provincial Bank v. Ainsworth* 案^[33] 同样具有重要意义,英国上议院再次表明了对物权法定原则的坚持,同时在一般意义上说明了财产权利的特征,具有重大的理论意义。本案所涉及的是妇女对婚姻房屋的居住权是否构成一项可约束第三人的财产权利。在本案中,居住在房屋中妇女已经被其丈夫抛弃,该房屋后被其丈夫设定了担保权,争点在于妇女的居住权是否能约束作为担保权人的银行。审理本案的霍德森法官(Hodson)在考虑了现存土地上的各种权利类型后,认为本案

[28] *Hill v. Tupper* (1863) 2 H & C 121.

[29] *Hill v. Tupper* (1863) 2 H & C 121, p. 123 - 124.

[30] *Hill v. Tupper* (1863) 2 H & C 121, p. 128.

[31] *Stockport Waterworks v. Potter* (1864) H & C 300, p. 321.

[32] *King v. David Allen and Sons, Billposting, Ltd.* (1916) 2 AC 54, HL.

[33] *National Provincial Bank v. Ainsworth* (1965) AC 1175, HL.

妇女的权利不属于其中的任何一种,因此只能是对人权,不能约束银行。^[34] 威尔伯福斯法官(Wilberforce)认为,之所以不承认妇女的权利是财产权利,是因为:“财产权与对人权的区分,尽管宽泛或者暧昧不清,但妻子的权利应该归属何处是毫无疑问的。在一种权利或利益被承认为财产权利或具有财产权效力之前,它必须是可定义的,可被第三人识别的,在性质上有被第三人查知的可能,并且在一定程度上具有持久性和稳定性。妻子的权利并不具有上述特征,而是呈现出相反的特点。”^[35] 这个判决的思路与 *King v. David Allen and Sons, Billposting, Ltd.* 案一样,同样也是将案件中争议的权利与现存的财产权利进行比较,不符合任何一种现存财产权利,即为对人权。

法院对类型固定原则的坚持,在涉及租赁权、地役权的案件中表现得特别明显。在 1936 年的 *Clore v. Theatrical Properties* 案中,可以看见法院对租赁权构成要件的严格遵循。在本案中,地产权人授予被告租赁地产权,允许其使用房屋的前庭(front of house)以及部分房屋。随后,地产权人将地产权转让给原告,原告试图阻止被告行使其基于租赁契据而获得的权利。本案的争点在于,被告的权利是否构成租赁地产权。审理本案的赖特法官(Wright MR)认为,租赁需要授予受让人对土地的排他性占有(exclusive possession),但在本案中,部分房屋是由地产权人和被告共同占有的,被告并没有获得排他性占有,因此其权利只能是一种对人权,属于许可。^[36] 在许多案件中,法院继续坚持租赁权的构成要件,区分许可与租赁地产权,例如 1985 年的 *Street v. Mountford* 案中,法官强调排他性占有、特定时间段以及支付地租为租赁权的三个构成要件,^[37] 在 1989 年的 *Ashburn Anstalt v. Arnold* 案,则认为租赁权的构成要件仅包括排他性占有与特定时间段两个。^[38] 对于地役权,1956 年的 *Re Ellenborough Park* 案提出了四要件:存在需役地和供役地;权利是为了供役地的利益;需役地和供役地由不同的主体享有;授予的权利必须确定。^[39] 这几个要件一直被法院在判断是否构成地役权时所遵循,只要不满足构成要件,即不属于地役权。例如,在前面所提及的 *King v. David Allen and Sons, Billposting, Ltd.* 案中,由于不存在需役地,不符合地役权的构成要件,因此约定权利被认为不属于地役权,同样,前面所提及的 *Hill v. Tupper* 案的约定权利也明显不符合地役权的要件,因为该权利的存在是为了特定人的利益,而非特定土地的利益。

上述这些案例揭示,英国法院较为严格地遵循着物权法定原则,并不承认当事人的约定权利具有对抗第三人的效力。在类型强制方面,英国法院在遇到主张第三人效力的约定权利时,一般都会仔细检索现行法律所承认的各种财产权类型,如果系争权利不符合任何一种既存的财产权利,法院就会将该种权利认定为对人权。在类型固定方面,法院一般都会遵循该种财产权利的构成要件,如果当事人约定的权利不满足构成要件,即不是该种财产权利。从英国法院的判决中也可以看出法官反对自由创设财产权利的理由,即自由创设财产权利将导致权利混乱,第三人难以查知财产的持有方式以及其上的权利义务关系。

值得注意的是,在普通法上,自从租赁地产权被认定为普通法财产权后,司法实践中就没有承认过新的普通法财产权;与普通法相比,衡平法更多地赋予了实践中形成的约定具有对抗第三人的效

[34] *National Provincial Bank v. Ainsworth* (1965) AC 1175, HL, p. 1220 - 1225.

[35] *National Provincial Bank v. Ainsworth* (1965) AC 1175, HL, p. 1247 - 1248.

[36] *Clore v. Theatrical Properties* (1936) 3 All ER 483, CA.

[37] *Street v. Mountford* (1985) AC 809, HL, p. 818.

[38] *Ashburn Anstalt v. Arnold* (1989) Ch 1, CA, p. 9.

[39] *Re Ellenborough Park* (1956) Ch 131. 可参见[英]黛安·查佩尔:《土地法》(影印本),法律出版社 2003 年版,第 383 - 384 页。

力,但这也不意味着是对物权法定原则的突破,因为当事人固然创设了法律关系,但对抗第三人的效力实际上是法院赋予的,某一种衡平法财产权的构成要件也是通过判例累积形成的。衡平法与普通法在这方面存在的差异,只是说明了在衡平法领域,法院的能动性较强而已。我们以限制性约据(restrictive covenant)的形成来说明这个道理:

限制性约据是指出让人将自己某块土地的财产权转让给受让人时,与受让人约定不得在该土地上为特定行为,这种约据本身只是出让人与受让人之间的合同,从原则上讲并不能约束出让人和受让人的后手,但在司法实践中,衡平法院逐级承认了限制性约据对第三人的约束力,使之成为了衡平法上权利。承认限制性约据的财产权属性的标志性案件是1848年的 *Tulk v. Moxhay* 案。^[40] 在本案中,塔尔克(Tulk)在1808年将莱斯特(Leicester)广场周围的一块土地转让给了埃尔姆(Elms),并约定埃尔姆要保持该块土地作为公园的状态,不能在该土地上建筑,并允许居民在支付合理费用后使用这个公园。经过多次转手,莫克思(Moxhay)取得了这块土地,尽管他知道约据的存在,但仍然准备在这块土地上进行建筑。随后,Tulk 寻求衡平法院的救济,请求法院发布禁令禁止莫克思实施施工行为。审理本案的科特纳姆法官(Lord Cottenham)认为,本案的问题并不在于约据能否随土地转让而转移,而在于买受人在购买土地时明知约据存在的情况下,他对土地的使用方式是否可以与约据所规定的不同。科特纳姆法官认为,莫克思必须按照约据所规定的方式使用土地,原因在于受到约据限制的土地的价格必然比一般的土地价格低,如果允许买受人不按照约据使用土地或者再次转让时允许其后手不按约据使用土地,那么买受人将获得不当利益。因此法官认为,如果一个地产权人对其土地拥有的利益存在缺陷,那么从他那里受让地产权的人应与其处于同样的地位,故而约据可以约束莫克思。^[41] 在这个案件中,虽然法院没有直接肯定约据随土地转让而转移,但实际上是承认限制性约据对供役地受让人的约束力。这一判例实际上就肯定了这一类约据具有衡平法上的财产权效力。通过随后一系列判例的积累,^[42] 作为衡平法财产权的限制性约据的构成要件逐渐明晰:首先,限制性约据存在的前提是需役地存在;第二,限制性约据中约定的义务必须是消极不作为义务;第三,限制性约据约定的义务必须与土地直接相关(touching and concerning the land);第四,当事人之间需要有使约据随供役地转让而转移的意图。只要法院认为当事人的约定不符合上述要件,即不被认定为限制性约据。从这个例子来看,在衡平法领域,当事人的约定是否具有对抗第三人效力也是由法院决定的,衡平法财产权的具体构成要件也是通过判例积累确定的。

(二) 美国司法实践对物权法定原则的遵循

从笔者收集到的资料来看,美国法院在司法实践中也是遵循物权法定原则的,这些判例主要是关于地产权的。最典型的判例是1893年的 *Albin Johnson v. Royal Whiton* 案。^[43] 在本案中,罗亚尔·惠灵顿(Royal Whiton)通过遗嘱将其所拥有的一块地产进行了如下安排:“在我的所有子女死亡后,我将所有地产的三分之一给予我的孙女萨拉·惠灵顿(Sarah A. Whiton)以及她的父系继承人(to my granddaughter, Sarah A. Whiton, and her heirs on her father's side),剩余的地产给予我的其他孙子女以及他们的继承人,由他们均分。”在此之后,包括萨拉·惠灵顿在内的五个孙子女将非限嗣继承地产

[40] *Tulk v. Moxhay* (1848) 2 Ph 774.

[41] *Tulk v. Moxhay* (1848) 2 Ph 774, p. 777-778.

[42] *Haywood v. Brunswick Permanent Benefit Building Society* (1881) 8 QBD 403; *Rogers v. Hosegood* (1900) 2 Ch 388; *London County Council v. Allen* (1914) 3KB 642.

[43] *Albin Johnson v. Royal Whiton* 159 Mass. 424; 34 N. E. 542 (1893).

权转让给了本案原告阿尔宾·约翰逊(Albin Johnson),在买卖合同中,双方约定,如果土地权利存在瑕疵,那么出卖人须返还押金(deposit),随后进行了契据交付。后来,原告向法院起诉,要求被告返还押金,因为萨拉·惠灵顿无权转让绝对非限嗣继承地产权。最后这个案子到了马萨诸塞州最高法院,审理本案的是著名法官霍姆斯(Oliver Wendell Holmes),他认为,“给予我的孙女 Sarah A. Whiton 以及她的父系继承人”的确是一种限制,因此萨拉·惠灵顿所获得的地产权是一种受到限制的地产权(qualified fee),并且是一种新的继承地产权(a new kind of inheritance)。从这种地产权的内容和创设文据来看,它既不属于非限嗣继承地产权,也不属于限嗣继承地产权,非限嗣继承地产权的创设文句一般为“to A and his heirs”,限嗣继承地产权的创设文句一般是“to A in tail”或“to A and the heirs of his body”。霍姆斯法官认为,当事人不能创设新的地产权,并且认为萨拉·惠灵顿有权转让非限嗣继承地产权。他主要是从财产的可转让性(alienability)方面来阐述理由的:“我们所要考虑的,不是继承问题,而是财产的可转让性,这需要进行更深远的考虑。如果当今可以在可继承地产权上课加限制,并且剥夺后代享有的转让清晰产权的权力,这是最不幸和意想不到的。对于熟悉的限嗣继承地产权,立法机关已经通过制定法对其进行限制。可以说,否认萨拉·惠灵顿享有转让非限嗣继承地产权的权力是与马萨诸塞州法律的政策明显相反的。”霍姆斯法官的判决并没有拘泥于法学教义本身,而是直接诉诸法律目的和政策——保障财产的可转让性,之所以否定当事人创设新地产权,原因就在于这样会阻碍财产的流转。霍姆斯法官的态度实际上与近代以来普通法上促进财产流转的一贯做法一致。^[44] 判决所造成的实际后果是萨拉·惠灵顿的地产权被认定为了非限嗣继承地产权。^[45]

在实践中,配偶经常会通过遗嘱授予生存一方以终身地产权,并且赋予他(她)转让或遗赠非限嗣继承地产权的权力。这实际上就创设了一种介于终身地产权和非限嗣继承地产权之间的混合地产权(hybrid)——如果配偶在有生之年持续享有地产权并且没有留下遗嘱,那么其所享有的权利就是终身地产权;如果配偶转让或遗赠,那么其享有的权利就是非限嗣继承地产权。在这一类的地产权发生争议时,没有任何一个法院将其认定为新的地产权类型,法官需要在终身地产权和非限嗣继承地产权之间作出选择:部分法院将上述遗嘱解释为设立了终身地产权,理由是这样最符合遗嘱人的意愿;^[46] 也有部分法院认为遗嘱实际上是创设了非限嗣继承地产权,理由是根据解释规则,存疑时应该作有利于非限嗣继承地产权的解释,这种解释背后的政策目的实际上就是促进财产的自由转让。^[47] 从这些判例中,也可以明显看出法院对物权法定原则的坚持。^[48]

在租赁地产权领域,物权法定原则也得到了体现。美国法上只承认定期租赁地产权(the term of years tenancy)、续期租赁地产权(the periodic tenancy)、随时终止租赁地产权(tenancy at will)以及宽容租赁地产权(tenancy at sufferance)四种租赁地产权的亚类型。但在实践中,当事人创设的租赁地产权可能不符合上述四种中的任何一种,例如在战争期间,当事人可能会约定“战争期间的租赁”(tenancy for the duration of the war, tenancy until the end of the war)。法院在面对这种租赁地产权时,并没有直

[44] 可参见本文脚注 25 中的相关内容。

[45] 其实,罗亚尔·惠灵顿要达到目的并不难,只要他授予萨拉·惠灵顿终身地产权(life estate),并将剩余的非限嗣继承地产权(fee simple in remainder)授予其父系继承人即可。

[46] *Smith v. Bell*, 31 U. S. (6 Pet.) 68 (1832), p. 74-79; *St. Louis Union Trust Co. v. Morton*, 468 S. W. 2d 193, 198 (Mo. 1971).

[47] *Sumner v. Borders*, 98 S. W. 2d 918, p. 919-920 (Ky. 1936); *Fox v. Snow*, 76 A. 2d 877, p. 877-878 (N. J. 1950).

[48] See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 Yale L.J. 1, 13-14 (2000); Christina Mulligan, *A Numerus Clausus Principle for Intellectual Property*, 80 Tenn. L. Rev. 235, 239 (2013).

接承认其为新的租赁地产权亚类型,而是将这种战争期间的租赁纳入前面四种亚类型中。由于定期租赁地产权需要确定的日历上终止时间(definite calendar end),因此可供法院选择的只能是续期租赁地产权和随时终止租赁地产权两种,对于在租赁契据中约定定期给付租金的,法院通常将其解释为续期租赁地产权,其他的就会被解释为随时终止租赁地产权。^[49]当然也有少数法院通过对定期租赁地产权所要求的“确定的日历上终止时间”进行扩张解释,尝试将当事人的约定纳入定期租赁地产权,即“确定的终止时间”只要求租赁确定会终止即可(certain to end),并不要求有日历上终止时间(definite calendar end),战争终究会停止,因此“战争期间的租赁”也确定会终止,也可以归入定期租赁地产权。^[50]这个例子也可以看出,美国法院所认定的租赁地产权也仅仅限于所承认的四种,虽然将当事人的约定硬塞进这四种类型可能违背了当事人的意愿,但法院仍然拒绝承认新的租赁地产权类型。^[51]

另一个关于租赁地产权的例子是“终身租赁”(lease for life)。前面已经谈到,租赁地产权仅限于既有的四种,所谓终身租赁不属于其中的任何一种,而法律所承认的以权利人终身为期限的地产权只有终身地产权(life estate)一种。因此,面对所谓终身租赁时,法官只能在随时终止租赁地产权和终身地产权之间选择。部分法院从满足当事人的意愿出发,将解释重点放在终身性上,因此将终身租赁认定为终身地产权。^[52]也有法院认为,租赁地产权与自由持有地产权之间存在差别,前者不存在“占有转移”(delivery of seisin),因而将终身租赁解释为随时终止租赁地产权。^[53]也有个别法院承认了终身租赁可以作为一种地产权,在 *Garner v. Gerrish* 一案^[54]中,法院首先批评了将终身租赁认定为随时终止租赁地产权的做法,认为以“占有转移”(delivery of seisin)作为否定终身地产权的理由完全是基于一种“过时的观念”(antiquated notion),但本案法院也没有将终身租赁认定为终身地产权,而是将其认定为“可依租赁人意愿而终止的终身租赁”(life tenancy terminable at the will of the tenant)。这实际上就是承认了一种新的租赁地产权。当然,这种承认还是一种例外情况,这也不意味着物权法定原则被突破了,因为当事人的约定还须经过法院认可,并非单纯依据当事人的私法自治就创设了新财产权利。

从上面这些案例可以看到,虽然美国的制定法和判例都没有明确提及物权法定原则,但在司法实践中,法官实际上都在默默地遵守物权法定原则,当事人原则上只能在既定的财产权类型中进行选择,在当事人意图创设新的财产权利或对既定财产权利进行修改时,法官仍然会将当事人之间的法律关系套入既有的财产权类型。根据美国学者梅瑞尔和史密斯的研究,美国法院在司法实践中所承认的财产权利仅仅包括不动产领域的衡平役权以及知识产权领域的阻止信息滥用(the doctrine of misappropriation of information)和公开权(right of publicity)。^[55]从判决理由来看,美国法官主要是从保障财产的可转让性的角度来理解的,也即他们认为,当事人任意创设财产权利,将会阻碍财产的流转。这恰恰是近代以来普通法所意图避免的。

[49] *Nat'l Bellas Hess v. Kalis*, 191 F. 2d 739 (8th Cir. 1951); *Stanneyer v. Davis*, 53 N. E. 2d 22 (Ill. App. Ct. 1944).

[50] *Smith's Transfer & Storage Co. v. Hawkins*, 50 A. 2d 267, 268 (D. C. 1946).

[51] 当然,当事人要达到目的并不难,只需要设立附终止条件的定期租赁地产权(a term of years determinable)即可,例如约定租赁地产权的期限为50年,同时约定以战争结束为终止条件。

[52] *Thompson v. Baxter*, 119 N. W. 797 (Minn. 1909).

[53] *Nitschke v. Doggett*, 498 S. W. 2d 335 (Tex. Civ. App. 1972).

[54] *Garner v. Gerrish*, 473 N. E. 2d 223 (N. Y. 1984).

[55] *Merrill & Smith*, *supra* note 48, at 20.

(三) 澳大利亚司法实践对物权法定原则的遵循

从澳大利亚近年来的判例来看,澳大利亚法院同样遵循着物权法定原则,甚至比英国法院更加严格。在 *Georgeski v. Owners Corporation SP49833 and Others* 一案^[56] 中,法官拒绝承认被许可人(licencee)的权利具有对抗第三人的效力。在本案中,原告对一块位于河边的国有土地享有租赁地产权,同时被许可使用河滩,被告则享有穿过原告的土地到达河边的通行权,后来,原告在被许可使用的河滩上建起了船台和码头,被告则经常在船台和码头上进行钓鱼、划船、游泳等活动。原告认为被告的行为构成了侵占(trespass),因此向法院提起诉讼,要求法院禁止被告在船台和码头上从事无关通行的其他活动。这一案件的争点在于原告作为被许可人,他的权利是否能够对抗许可人以外的第三人。在法理上,许可(licence)并不能使被许可人享有排他性的占有(exclusive possession),与租赁地产权不同,被许可人的权利只是合同权利,只能对抗许可人,而不能对抗许可人以外的第三人,因此,在被许可人的权利受到侵害时,其只能请求许可人提起侵占之诉,而不能以自己的名义提起侵占之诉。在实践中,如果严格遵循这一法理,可能会导致不公平的现象出现,因为许可人可能怠于提起侵占之诉,在许可人是政府机构时,这种情况就很可能出现。在英国司法实践中,上述法理已经出现了松动,在 *Manchester Airport Plc v. Dutton* 案^[57] 中,英国上诉法院的多数意见认为,在被许可人获得对土地的占有权利(a right of occupation of land)时,就可以对直接侵害其权利的人提起侵占之诉,这实际上就使得被许可人的权利具有了一些财产权利的效力。但在 *Georgeski v. Owners Corporation SP49833 and Others* 案中,巴雷特法官(Barrett J)仍然坚持着传统观点,即原告所享有的是许可而非租赁,被许可人享有的权利不属于财产权清单上的权利,对土地也不享有排他性占有,因此不能提起侵占之诉。从本案的判决来看,澳大利亚仍然流行着传统观点,除非被许可的权利属于既存的财产权利(例如地役权或获益权),被许可人的权利只能是一种合同权利,无法对抗第三人。这实际上就是遵循物权法定原则的体现。

除了不承认当事人约定的新财产权类型外,澳大利亚法院也不承认不符合既定财产权内容要件的约定具有财产权效力。例如,地役权和限制性约据的内容只能包含消极不作为义务,而不能有积极作为义务,如果当事人约定了积极约据(positive covenant),就只具有合同效力。在 *Clifford v. Dove* 一案^[58] 中,原告在被告的土地上享有一项地役权,可以使用供役地上的畜栏、设备以及其他定着物。在被告拆除畜栏等设施后,原告向法院起诉,要求被告重建畜栏并且重新安置定着物。由于本案被告并非役权设立时的土地权利人,因此,本案的争点就是积极约据是否能随土地转让而转移。在 *Clifford v. Dove* 案之前,曾经有澳大利亚法院认可过积极约据可以随土地转让而转移,例如在 *Frater v. Finlay* 案^[59] 中,法官就认为如果积极约据构成了地役权的一部分或者内含有地役权的成分(incident to an easement),那么就可以对抗供役地的继受人;在 *Rufa Pty Ltd v. Cross* 案^[60] 中,法官也采取了相似的观点,认为原权利人之间达成的关于建立维护界墙的协议可以约束继受人。但在 *Clifford v. Dove* 案中,

[56] *Georgeski v. Owners Corporation SP49833 and Others* (2005) 12 BPR 22.

[57] *Manchester Airport Plc v. Dutton*, (2000) QB 133.

[58] *Clifford v. Dove* (2004) 11 BPR 21.

[59] *Frater v. Finlay* (1968) 91 WN (NSW) 730.

[60] *Rufa Pty Ltd v. Cross* (1981) Qd R 365.

布莱森法官(Bryson J)还是采取非常保守的态度,坚持英国上议院在 *Rhone v. Stephens* 案^[61] 中的观点,即积极作为义务只能在合同关系中被执行,因此,本案中的原告基于积极约据而享有的权利不具有对抗第三人的效力。这一案件非常典型地体现出了近期澳大利亚法院在处理积极约据案件时所表现出的保守态度。

在涉及获益权的案件中,澳大利亚法院对财产权利法定构成要件的解释也非常严苛,只要当事人的约定有所偏离,就不承认其财产权效力。在 *Permanent Trustee Australia Ltd v. Shand* 案^[62] 中,原告根据一项许可获得了在被告土地上种植、收获澳洲坚果的权利,并据此提出了登记申请(lodge a caveat)。本案的争点在于这一权利是否构成了财产权益(proprietary interest),因为只有财产权益才能获得有效的登记。原告认为该权利构成了获益权(profit à prendre),但法院并不认可原告的观点。审理本案的法官杨(Young J)认为,获益权的关键要件是权利人取走的要么是土地的组成部分,例如泥土、矿产,要么是土地的自然出产物,因此获益权的收益仅限于天然孳息或天然出产物(fructus naturales),而不包括人工孳息或人工出产物(fructus industriales)。在普通法上,天然孳息是指仅靠自然力作用的出产物,被认为是其原物的组成部分,如毛、奶、矿物、幼仔等,也包括草、灌木、树等有多年生根茎的植物;而人工孳息主要是指劳动得来的产物,耕种土地所获得的庄稼收益(emblements)属于人工孳息,如小麦、谷物、蔬菜等。^[63] 法官认为,本案原告收取的澳洲坚果需要在土地上耕作劳动,属于人工孳息,因此其权利不构成获益权,不是财产权利。

澳大利亚法院对既存财产权利构成要件的严格解释在 *Clos Farming Estates v. Easton* 案^[64] 中也得到了明确的体现。在本案中,土地开发商将其享有的土地分为若干小块进行出售,每一小块土地由两部分组成,一部分是居住用地,另一部分是农业用地,在出售后,每一小块土地的买受人享有非限嗣继承地产权,而开发商则保留对每一小块土地的农业用地部分享有“经营葡萄园的地役权”(Easement for Vineyard),也即开发商对每一小块土地享有地役权,同时保留一小块土地不出售,作为需役地。“经营葡萄园的地役权”赋予了开发商在买受人的土地上进行农业生产、收获葡萄并出售的权利,开发商(原告)据此提出登记申请,请求法院宣布他的权利是可登记的(caveatable),而买受人(被告)则认为这个权利不构成有效的地役权。审理本案的布莱森法官(Bryson J)认为原告享有的权利并不构成地役权,因为原告对被告土地享有的权利并没有提高需役地的效用,因此它不满足 *Re Ellenborough Park* 一案^[65] 中所提出的构成要件,同时布莱森法官还遵循 *Permanent Trustee Australia Ltd v. Shand* 案的观点,认为原告的权利也不构成获益权。在判决中,布莱森法官明确表达了对本案的政策考量:“(供役地)名义上是作为自由持有的土地,但事实上却受制于封建领主权利(seigniorial rights),这一权利使进行农业活动的机会完全把持在需役地权利人的手中,使供役地权利人处于无权的境地。这种对土地权利的创新安排(novel scheme)并不为法律所知。它重新引入了对自由持有地产权的负担,这种庄园式的不动产权利安排——数个世纪之前存在于英国并且在那里已经被废除了——从来没有被引入过澳大利亚。在我看来,地役权不能被用来改变自由持有地产权并创造实质上不同的土地权

[61] *Rhone v. Stephens* (1994) 2 AC 54, HL. 在本案中,英国上议院认为,关于保持屋顶处于修缮状态的约定属于积极约据,不能约束继承人。

[62] *Permanent Trustee Australia Ltd v. Shand* (1992) 27 NSWLR 426.

[63] 参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第586页。

[64] *Clos Farming Estates v. Easton* (2001) 10 BPR 18, 845.

[65] *Re Ellenborough Park* (1956) Ch 131.

利。自由持有人处于无权的境地,无法控制影响他们的农业用地。土地的最有效的利用被阻碍,这既有害于公益(public interest),也有害于自由持有人的利益。”^[66]在本案的上诉审中,原告主张该权利是一种独立的财产权益(sui generis interest),但法官拒绝了这一主张,并提出了政策性的说理:“如果(原告的)主张被接受,那么许多普通的商业安排就会获得永久性的对世效力(perpetual effect in rem),因为这只需要原当事人或原来的开发商占有并明确表明这一意图即可。法院拒绝承认那些——严重干涉或限制所有人排他性占有权的——土地权益,正是为了防止这样的结果出现。”^[67]这个案件非常具有代表性,表明了澳大利亚法院不仅遵循着类型强制原则,当事人不能创设新财产权利,同时还严格遵循着类型固定原则,当事人的约定如果不符合某种财产权利的构成要件就不能被认定为该种财产权利。从法官的判决中,我们也可以看到法院严格遵守物权法定原则的内在理由,即维护自由持有地产权人对土地的利用自由,警惕封建性质的土地权益再现并损害公益。^[68]

从英国、美国、澳大利亚三国的司法实践情况来看,英美法系中也存在着物权法定原则,当事人创设新型财产权或改变既有财产权内容的约定原则上不具有对抗不特定多数人的效力,除非获得法院的承认。这就是说,承认新型财产权利的权限属于法院,而不属于私法自治的范畴。从三国法官的说理来看,侧重面各有不同:英国法官主要从保障交易安全的角度考虑,避免第三人难以察知标的物上的权利义务关系而受害;美国法官主要从保障财产的可转让性的角度来论证,防止财产处分权限被任意限制;澳大利亚法官关注的则是对财产的自由利用,防止封建式土地关系再现。

四、制定法与登记制度的影响

与判例法相比,在英美法系财产法的历史发展中,制定法一直扮演着较为次要的地位,仅仅是作一些零星的修正,例如通过制定法废除了一些不合时宜财产权类型(例如限嗣继承地产权)或者对某些财产权的效力进行限制(例如各种未来权益),并没有进行整体性的塑造。但是,自1925年开始,英国议会通过一系列的制定法对财产法进行了整体改革。这些制定法对普通法地产权和土地权益的种类进行压缩和限制,使英国财产法在20世纪发生了重大的转变,对物权法定原则也产生了相应的影响。另外,英美法系国家的不动产登记制度存在差异,美国大多数州实行契据登记制,澳大利亚实行托伦斯登记制,英国在1925年财产法改革后也建立起了一套土地登记制度。登记制度的建立,对物权法定原则也产生了一定的影响。在这一部分,我们将以1925年英国财产法改革为例,分析制定法和登记制度对英美法系物权法定原则的影响。

(一) 普通法地产权和土地权益的制定法主义

1925年《财产法》第1节明确规定:“(1)法律上能够存在或转让或创设的地产权仅限于——a)占有性的、绝对的非限嗣继承地产权;b)定期租赁地产权。(2)法律上能够存在或转让或创设于土地之上的权益或负担仅限于——a)为了与占有性的、绝对的非限嗣继承地产权或租赁地产权相当的权益,在土地上的地役权、权利或特权;b)在土地上的永久或定期的地租权;c)以按揭方式设定的负担;

[66] *Clos Farming Estates v. Easton* (2001) 10 BPR 18, 845, p. 850.

[67] *Clos Farming Estates v. Easton* (2002) 11 BPR 20, 605, p. 668.

[68] 笔者认为,在本案中,开发商所享有的权利实际就是独立地役权(easement in gross),在美国已经被承认了,只是英国和澳大利亚还未承认这种权利。独立地役权其实并不能被视为一种封建权利,虽然供役地权利人对于土地的利用受到了很大的限制,但并没有被课加积极作为义务,因此并不具有任何封建属性。

d)……不以文契(instrument)设定的其他类似的土地负担;e)可对租赁地产权行使的或依附于地租权的进入权(rights of entry)。(3)土地上所有其他的地产权、权益和负担只有衡平法权益(equitable interests)的效力。^[69]

这一条款实际上是大幅压缩了普通法上可以设定的地产权、土地权益和土地负担的种类,地产权仅限于非限嗣继承地产权和定期租赁地产权两种,土地权益和土地负担只能是地役权、地租权、按揭权和其他土地负担,凡是不被第1节所列举的地产权和土地权益都被转变为衡平法权益。在立法和司法的权力分配方面,1925年《财产法》第1条实际上剥夺了法院承认新普通法地产权的权力,自此之后,承认新普通法地产权的权力由司法系统转到了议会,法院只有承认新衡平法地产权的权力。考虑到普通法地产权才是英国地产权制度的基础,1925年后的法院实际上仅仅扮演了次要角色。

议会除了限制普通法地产权和土地权益的种类,将限嗣继承地产权、终身地产权、定序授予、未来地产权益转为衡平法权益外,还陆续通过制定法消除这些权利的对抗效力。在1925年之后,上述权利只能作为衡平法权益存在,并由1925年《定序授予法》调整。在1996年之后,这些衡平法权益又因为1996年《土地信托和受托人任命法》被土地信托所代替。同时,根据1925年《财产法》第2条,信托受益人的权利属于可超越的权利,即不管该权利是否被登记,也不管买受人是否注意到信托受益人的权利,只要其向受托人正确地支付了对价,信托受益人的权利对买受人就不具有约束力,信托受益人的权利转而存在于价金之上。^[70]这一规定实际上是否定了受益人权利的对抗效力,使之重新恢复到对人权的本来面目。正是通过上述途径,大量的普通法地产权先是被转化为衡平法权益,接着被转化为信托受益权,最终被消除了对抗效力,失去了地产权利的特征。在这一系列改革下,当事人对非限嗣继承地产权进行塑造的私法自治空间也基本消失了。

(二) 登记制度建立的影响

1925年后英国财产法的另一个重大变化就是登记制度的建立,登记制度的建立使英国法上判断地产权利是否具有对抗效力的标准变成了“登记”。前面我们已经提到,在登记制度建立前,普通法地产权采取的是“设立在先,权利优先”原则,先设立的普通法地产权当然具有对抗其后所有人的效力,无论它是否能被他人知悉;衡平法地产权也具有对抗力,但却不能对抗善意买受人。但在登记制度建立后,普通法地产权和衡平法地产权在对抗效力方面的区别逐渐失去了意义,除个别例外情况,登记

[69] Law Property Act 1925, S. 1. Legal estates and equitable interests

(1) The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are -

a) An estate in fee simple absolute in possession;

b) A term of years absolute.

(2) The only interests or charges in or over land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are—

a) An easement, right, or privilege in or over land for an interest equivalent to an estate in fee simple absolute in possession or a term of years absolute;

b) A rentcharge in possession issuing out of or charged on land being either perpetual or for a term of years absolute;

c) A charge by way of legal mortgage;

d) …and any other similar charge on land which is not created by an instrument;

e) Rights of entry exercisable over or in respect of a legal term of years absolute, or annexed, for any purpose, to a legal rentcharge.

(3) All other estates, interests, and charges in or over land take effect as equitable interests.

[70] Law of Property Act 1925, S. 2. 英国法在20世纪初消灭信托受益人权利的对抗效力的做法是符合社会发展的,因为在工商业社会,信托财产更多是以货币形态表现出来的,受益人对信托财产享有的权利也多是取得金钱给付,在这种情况下,信托财产由哪些具体内容构成对受益人来说并不重要。受益人权利如果具有较强的对抗力,反而会阻碍信托财产的处分流通,不利于信托财产的保值增值,进而影响信托目的的实现。

与否成为了是否具有对抗效力的标准。此处就有一个需要回答的问题:既然登记成为了取得对抗效力的标准,那么英国法的可登记权益的类型是否为开放的呢?也即,当事人是否可以通过登记赋予任何土地权益以对抗效力呢?这对回答本文的问题至关重要。

在1925年之后,英国法实际上采取了双轨制登记模式:一种是1925年《土地负担法》所建立的负担登记制度,主要针对未进行产权登记的土地;另一种是1925年《土地登记法》所建立的产权登记制度,针对的是已经进行产权登记的土地。前一种实际上是一种过渡模式,后一种才是英国法旨在最终确立的登记制度。英国法通过特殊的机制,将逐渐引导当事人进行产权登记。目前英国绝大多数的土地已经进行了产权登记。^[71]

在1925年、1972年《土地负担法》之下,普通法财产权与衡平法财产权的差异仍然具有意义。凡属于1925年《财产法》所规定的普通法负担(租赁地产权、地役权、地租权、按揭权以及其他类似负担),无论是否登记,均具有对抗所有人的效力。对于衡平法上的负担,则需要分为以下三类:第一类是制定法规定的可登记的五种负担,包括了后顺位按揭权、一般性的衡平法负担、地产权合同、限制性约据等,只要登记就可以对抗所有人;第二类是可超越(overreaching)的负担,主要是指定序授予、信托受益权,无论是否登记,都不能约束正常支付对价的买受人;第三类是不可登记又不可被超越的负担,这类负担是否能够约束买受人,仍然要依据注意原则(doctrine of notice)来判断,也即这类负担不能约束善意且支付了对价的买受人。因此,土地负担登记制度并没有根本上改变英国法财产权利的效力规则,只是将部分衡平法财产权纳入了登记对抗模式。^[72]

1925年之后建立的产权登记制度,则根本上改变了英国财产权利的效力规则。除了非限嗣继承地产权和租赁地产权两种可登记产权外,其他的土地权益被分为了优先利益(overriding interest)和次级利益(minor interest)两个种类。优先利益无须登记就具有对抗效力,可以约束地产权买受人,包括地役权、获益权、根据时效法已经或正在取得的权利、地方土地负担,租期小于21年的租赁地产权、实际占有土地的人的权利。在这些优先利益中,除了地方土地负担属于公法性质的负担外,其他种类都属于占有性的土地权益,一般通过现场查验就可以发现这类土地权益的存在,因此,虽然优先利益无须登记即取得对抗效力,但它们对交易安全并不会构成太大的妨害。值得特别注意的是,“实际占有土地的人的权利”是一种开放性的权利类型,也即只要某种土地权益“和土地直接相关”(subsist in reference to land),并且权利人实际占有了土地,那么就构成了优先利益。^[73]次级利益是指除了优先利益以外的所有土地权益,又可以分为两种:其中一种主要是指信托受益人权利,无论是否登记,均在地产权转让时被超越,不能约束地产权买受人;另一种就是除了信托受益人权益以外的所有次级利益,

[71] 同注5引书,第184页以下;高富平、吴一鸣,同注20引书,第536页以下。

[72] 同注39引书,第114-117页;高富平、吴一鸣,同注20引书,第506页以下。

[73] 根据1925年《土地登记法》第70条(1)(g)的规定,这种“实际占有土地的人的权利”是指“实际占有土地的人,或收取土地租金和其他土地收益的人所拥有的权利,除非经过对该人的调查但其未披露这一权利”。2002年《土地登记法》已经将“收取租金”这个要件废除了。从上述规定来看,占有人的权利要成为优先利益,还要具备一个条件,即如果买受人在对占有人进行调查时,占有人没有披露自己的权利,那么这个权利就不能成为优先利益。现实中,归属于“实际占有土地的人的权利”的优先利益包括基于买卖合同先行占有不动产的买受人的权利、因禁反言的许可而占有不动产的权利、承租人购买租赁土地地产权的选买权、优先购买权、配偶一方对不动产拥有的衡平法土地权益都属于优先利益。虽然在理论上,对人权不属于土地权益,即使实际占有,也不足以构成优先权益,但是在司法实践中,也出现了将对人权认定为优先利益的判决。例如在2001年的 *Saeed v. Plus-trade Ltd.* (2001) EWCA Civ 2011 一案中,上诉法院认为,停产的权利既可以是地役权,也可以是契约性的对人权,但无论是契约性对人权还是地役权,均可以成为土地登记法规定的优先权益。参见高富平、吴一鸣,同注20引书,第551-554页;陈永强:《英国土地登记法研究》,中国法制出版社2012年版,第113-115页。

这类次级利益是否能对抗受让人只取决于是否进行了登记。因此,英国法上的属于次级利益的权利类型是开放的,当事人可以选择的登记方式包括声明(notice)、警告(caution)、限制(restriction)和禁止(inhibition)四种,^[74]在登记之后,次级利益就取得了可以对抗地产权受让人的效力。^[75]因此,在产权登记制度建立以后,土地上的权益是否具有对抗效力已经不再取决于该种权益的性质(普通法财产权抑或衡平法财产权)以及注意原则,而是取决于权益的外观——登记以及不动产占有。由于优先利益中存在开放性的“实际占有土地的人的权利”以及次级利益本身的开放性,当事人实际上可以通过土地实际占有和登记赋予任何直接针对土地的权益以对抗效力。因此,我们可以说,产权登记制度已经使英国不动产领域的物权法定原则发生了松动。

五、英美法系学者的态度

从笔者掌握的文献来看,英美法系学者对物权法定原则的关注虽然较晚,但基本上也认为财产法中存在这一原则。就英国、美国、澳大利亚三国的情况来看,美国学者对物权法定原则的讨论最为深入。

在英国学者的著述中,我们可以看到他们对物权法定原则的明确承认。例如,冉得(Rudden)教授认为,财产权利的种类是固定的,其标准被限定并且至少被切割为提前规定的模式,但是合同就可以按照当事人的需要进行约定和修改,因此“想象只属于合同,不适用于财产”(fancies are for contract, not property)。^[76]在其与劳森合著的《财产法》中,他们认为,财产法的大多数领域都被一些标准的权益(standard interests)所涵盖,包括所有权、终身权益、租赁、信托受益人权益、按揭、固定担保、浮动担保、地役权以及限制性约据,除此之外,其他大多数对财物的权利不能算作财产权利,只能算作债权,因此英国法上确实存在封闭的财产权益名单(a closed list of interests in property),但是制定法和法院还是可以承认新的财产权利。^[77]施瓦丁(Swadling)也认为,英国法和其他所有的成熟土地法律体系一样,也建立在物权法定原则基础上。^[78]英国学者斯帕克斯(Sparkes)指出,由于英国法中没有财产权利的单一定义,所以英国法上物权法定原则的表现形态是“封闭的区域”(an enclosed area)而非财产权的列举清单(a list),这一点与大陆法系不同。但是他同样认为,普通法地产权的数量存在正式的限制,衡平法权益的数量也存在理论上的限制;从功能的角度来看,斯帕克斯认为,物权法定原则的功

[74] 声明是指将次级利益记载于产权登记簿的负担登记栏和产权证书上,进行声明登记必须取得登记产权人的同意。警告是指在登记簿的权属登记栏中进行次级利益登记,在登记产权人不同意次级利益权利人进行声明登记时,次级利益权利人就会选择警告登记。限制就是在权属登记栏中对产权处分方式所作的限定,产权只有根据这一限定的方式进行处分,受让人才不会受到特定土地权益的拘束,它通常被用来保护信托中受益人的利益。禁止是指法院或登记机关签发的完全禁止或在一定时间内禁止对产权进行处分的禁令,例如破产程序中在权属登记栏中记载破产禁令,防止产权人处分产权。参见高富平、吴一鸣,同注20引书,第560-563页。

[75] 关于1925年后的产权登记制度,还可参见注39引书,第114-117页。

[76] B. Rudden, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, ch. 11, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Third Series, 239, 241 (J. Bell & J. Eekelaar eds., Clarendon Press 1987).

[77] Lawson & Rudden, *supra* note 10, at 193-195.

[78] W. Swadling, *Land Burdens—An English Perspective*, in *Towards a unified System of Land Burdens* 117, 121 (S. Van Erp & B. Akkermans eds., Intersentia, Antwerp 2006); W. Swadling, *Opening the Numerus Clausus*, 116 *Law Quarterly Review* 354, 354 (2000).

能是减少土地上的负担,特别是积极作为义务,以提高土地的流通性(saleability of land)。^[79]

美国学者对物权法定原则的讨论较多,他们也认为美国财产法中存在这一原则,除个别学者对物权法定原则持消极态度外,^[80]大多数学者认同物权法定原则的合理性,并从各个角度展开论证。早期学者多沿袭司法判决中的理由(Johnson v. Whiton),从财产的可转让性的角度对物权法定原则进行解释,代表性的人物为梅里曼(John Henry Merryman)教授。梅里曼教授认为,笼统地批评物权法定原则限制私法自治的理由是站不住脚的,与此相反,这一原则恰恰也在保障当事人的私法自治:物权法定原则虽然限制了当事人对财产权类型和内容的塑造,但却保障了继承人或后手的自由,换句话说,这一原则的确限制了“父亲的自治”(father's autonomy),但却保障了“儿子的自治”(son's autonomy),避免了“死手控制”(dead hand control)的出现。如果当事人可以任意创设新的财产权利类型或对内容进行塑造,那么财产继承人或受让人对财产利用和转让权限都会受到很大的限制。例如,未来权益的创设就会限制当下持有财产的人的自由。市场经济体制下需要财产的自由流转,保障财产自由流转的政策(a policy of free alienability)其实就是物权法定原则的原因。梅里曼还认为,美国与大陆法系国家相比,由于当事人可以创设各种未来权益,财产流通容易受到限制,因此更容易出现家庭封建体制。^[81]

近年来,美国学者对物权法定原则的研究以经济分析为主,代表人物为海勒(Heller)、梅瑞尔和史密斯、汉斯曼(Hansmann)和卡拉克曼(Kraakman),他们的经济分析理论模型各有差异,但均认为物权法定原则符合经济效率。^[82]这几位经济分析学者的观点,已经在我国国内引起了广泛关注,此处不再赘述。除了从经济效率的角度对这一原则进行解释,一些美国学者还提出多元化的解释路径。例如,达干(Dagan)认为,从法律现实主义的角度来看,财产权的形式是人际互动的重要内在架构,这一架构巩固人们的期待,同时表达了法律对核心人类关系类型的规范理念,对物权法定原则也应该从这个角度进行理解。^[83]扎米尔(Zamir)提出,财产法的目标是保障客观的福利,这一点与合同法不同,合同法更重视自治和当事人的偏好,物权法定原则的存在也要从这个角度进行理解,即它确保社会上存在的财产权形式都能提高客观的福利。^[84]辛格(Singer)和戴维森(Davidson)认为,并不能单纯地从

[79] Peter Sparkes, *Certainty of Property: Numerus Clausus or the Rule with No Name?* 3 *European Review of Private Law* 769, 769 – 804 (2012).

[80] 持这种观点的代表人物为爱泼斯坦教授(Richard A. Epstein),他认为,限制财产持有人自由的规则应该被废除,包括那些调整地役权的规则和禁久决的规则(the rule against perpetuities)。造成社会成本的权益并不会成为问题,因为来自市场力量的压力最终会将当事人的创造性限制在几种有用的权益之上。爱泼斯坦提出的方案很简单,所有财产权益(proprietary interest)都以通知(notice)为对抗要件,通知需要被排他性地记录在公共登记(public register)中,登记和通知可以使第三人知悉当事人设定的财产权益,至于财产权益采取何种形式无关紧要,因此物权法定原则应该被废止。See Richard A. Epstein, *Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes*, 55 *S. Cal. L. Rev.* 1353, 1353 – 1368 (1982); Alfred F. Conard, *Easement Novelties*, 30 *Cal. L. Rev.* 125, 131 – 133 (1942); Richard A. Epstein, *Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property*, 64 *Wash. U. L. Q.* 667, 705 – 707 (1986).

[81] John Henry Merryman, *Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law*, 12 *Am. J. Comp. L.* 224, 224 (1963).

[82] Michelman A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons; Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 *Harv. L. Rev.* 621, 621 – 688 (1998); Michelman A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 *The Yale Law Journal* 1163, 1163 – 1223 (1999); Merrill & Smith, *supra* note 48, at 1 – 70; Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 *J. Leg. Stud.* 373, 373 – 420 (2002).

[83] Hanoch Dagan, *The Craft of Property*, 91 *Cal. L. Rev.* 1517, 1517 – 1571 (2003).

[84] Daphna Lewinsohn – Zamir, *The Objectivity of Well – Being and the Objectives of Property Law*, 78 *N. Y. U. L. Rev.* 1669, 1669 – 1754 (2003).

经济效率的角度解释这个原则,财产法关注的不仅仅是效率,它还是一种社会和政治机制,物权法定原则实际上是作为国家的管制平台而存在的。^[85] 多夫曼(Dorfman)认为,物权法定原则之所以存在其实是政治合法化问题,在民主社会,只有集体行动创造的财产权形式才有政治合法性,这个原则的存在实际上是为了限制私人立法。^[86] 罗宾兰(Robilant)则从协商民主的角度解释物权法定原则,因为新财产权形式的增加是立法者、法院、公民以及社会运动共同达致的结果,特别是对于涉及公共利益的资源,其使用和管理不能仅仅由权利人决定,而是应该通过民主协商的过程来决定。^[87] 也有学者就美国的特殊情况,提出改进美国财产法的建议。如贝尔和帕克莫夫斯基提出,在联邦主义下,为了创造动态的财产权制度,应该允许一州的居民采用另一州的财产权形式,只要登记并支付一定费用即可。^[88]

澳大利亚埃奇沃斯教授(Brendan Edgeworth)的观点值得我们注意。埃奇沃斯教授认为,在登记制度建立前,简化财产权利是减少交易成本的替代方法,但在托伦斯登记制度建立起来后,通过减少财产权类型来解决第三人知悉问题已经不是最好的办法了,前登记时代的 *Keppell v. Bailey* 案和 *Hill v. Tupper* 案的说服力已经大大减弱了,澳洲托伦斯登记制度的公示能力比美国的契据登记制度强得多,因此,他认为澳大利亚法院在司法实践中过于保守,应该适当放松。但是,埃奇沃斯教授还是反对只要登记公示就可以创设财产权利的观点,因为财产权类型仍然存在最优数量的限制,并且公共政策目标的存在也不可能放任当事人随意创设财产权利。在财产权制度的整体改革方面,埃奇沃斯认为制定法应该发挥主要作用,因为财产权界限的确定非常重要,法官不能经常修改、增加财产权利,但在制定法不清晰或有需要时,法官还是可以通过判例发展财产法。^[89]

六、结论

行文至此,我们终于可以对前面提出的问题作出肯定的回答:物权法定原则在英美法系财产法中也同样存在。经过数个世纪的渐进式演变(特别是19世纪以来不断压缩权利人对非限嗣继承地产权进行塑造的私法自治空间),英美法系财产法在不动产和动产上分别形成了以非限嗣继承地产权和title为核心的财产权体系,虽然在概念术语上与以所有权为核心的大陆法系物权体系存在差异,但在价值取向和具体财产权(物权)的功能上却存在着相似性与对应性。就物权法定原则而言,英美法系各国的学说和法律虽然没有将其明确作为财产法的基本原则,但在司法实践中,法官仍然默默遵循着这一原则,即财产权利的类型和内容只能由判例法和制定法决定,当事人创设新型财产权利或对既有财产权利的内容进行变更的约定只能约束合同当事方,不具有对抗不特定多数人的效力。从司法判

[85] Joseph William Singer, *Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society*, 94 *Cornell L. Rev.* 1009, 1009 - 1062 (2008); Nestor M. Davidson, *Standardization and Pluralism in Property Law*, 61 *Vand. L. Rev.* 1597, 1597 - 1663 (2008).

[86] Avihay Dorfman, *Property and Collective Undertaking: The Principle of Numerus Clausus*, 61 *University of Toronto Law Journal* 467, 467 - 520 (2011).

[87] Anna di Robilant, *Property and Deliberation, The Numerus Clausus Principle, New Property Forms and New Property Values*, draft; Anna di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: The Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, 62 *Am. J. Comp. L.* 367, 367 - 416 (2014).

[88] Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Of Property and Federalism*, 115 *The Yale Law Journal* 72, 72 - 115 (2005).

[89] Brendan Edgeworth, *The Numerus Clausus Principle in Contemporary Australian Property Law*, 32 *Monash U. L. Rev.* 387, 387 - 419 (2006).

例中的说理来看,法官遵循物权法定原则的理由主要包括两个方面:其一,保护交易安全,防止第三人因难以查知的法律关系而受害;其二,维护非限嗣继承地产权人对土地的自由利用与自由处分,保障财产的可转让性。这两个理由恰恰与大陆法系学者对物权法定原则的说理相合,足以说明物权法定原则具有超越外在概念体系的实质合理性。但是,在登记制度完善后,英美法系的物权法定原则也呈现出松动的趋势。目前,英美法系的财产法学者基本上承认物权法定原则的存在,大多数学者认为该原则具有合理性,但亦有学者主张适当放松或放弃这一原则。

英美法系存在物权法定原则的结论也说明了信托与物权法定原则并不存在不可调和的矛盾,关键在于我们如何理解和把握信托制度。在英国法中,信托受益人的权利原本只是对人权,后来逐渐获得了对抗不特定多数人的效力,成为了一种衡平法财产权。进入20世纪后,其对抗效力又呈现出减弱的趋势。站在大陆法系的立场上,信托受益权的形成实际上是一种“债权物权化”的过程,这种权利可以被视为信托财产上的一种负担,正如他物权构成所有权的负担一样。虽然信托关系的具体内容取决于当事人的约定,但这并不妨碍将其塑造为他物权,因为无论在大陆法系还是英美法系,均存在地役权、限制性约据、租赁地产权这样的具体内容当事人约定的财产权(物权)。

The *Numerus Clausus* Principle in Anglo – American Law System

Huang Longyi

Abstract: Although the property laws of Anglo – American law system and civil law system have great differences in terms of historical development and terminology, there are similarities and correspondences in terms of value orientation and functions of specific property rights. Though the doctrine and laws of common law countries do not explicitly recognize the *numerus clausus* principle as the basic principle of property laws, however, in judicial practice, judges still abide by the principle silently. The types and contents of property rights can only be determined by case laws and statues and the agreements made by parties aiming at creating new types of property rights or changing the contents of existing property rights can only bind the parties of agreements, which do not have the effect of binding unspecified persons. From the reasons in judicial precedents, the justifications of the *numerus clausus* principle are protecting the transaction security and the alienability of property. The existence of the *numerus clausus* principle in Anglo – American law system is sufficient to prove that this principle has substantial rationalities beyond the external conceptual system. However, after the registration system has been established and perfected, the *numerus clausus* principle in Anglo – American law system also shows a loose trend. At present, the scholars of property laws in common law countries generally acknowledge the existence of the *numerus clausus* principle and most of them believe this principle is reasonable. In addition, the existence of the *numerus clausus* principle in Anglo – American law system also proves that there is no irreconcilable contradiction between the trust system and the *numerus clausus* principle.

Keywords: Keywords: *numerus clausus*; Anglo – American law system; trust

(责任编辑:幸颜静)

大同小异抑或貌合神离？中美环境 公益诉讼比较研究

巩 固*

摘 要:美国公民诉讼原告范围宽泛而起诉资格严苛,只能在有特别立法的具体领域、针对法定违法行为、在违法状态存续时提起,受“通知”、“勤勉起诉”等诉前程序制约,以禁令为主要救济手段,鼓励机构或部门干预以更充分地保护国家利益,诉讼费用可双向转移,同时救济原告私益与国家利益。我国的环境民事公益诉讼在这些方面与美国有很大的不同,其根源在于理论基础的差异。从理论层面来看,美国制度具有“公法私法化”色彩,而我国具有“私法公法化”特征。尽管我国制度看起来比美国更为宽泛,但实效不佳,存在诸多疑难。环境公益诉讼内在地兼具公、私不同属性,须妥善处理诸多问题,其良好实施有赖于法律层面的细密规则,我国在此方面任重而道远。

关键词:环境公益诉讼 公民诉讼 比较研究 中美

作为现代环境公益诉讼的开山鼻祖和成功典范,美国公民诉讼向来为我国学界所追捧,被奉为理想模板,成为制度建设的指针。然而,由于各种原因,我国法律实践中最终建立起来的环境公益诉讼制度与美国模板之间存在诸多差异,有些甚至是根本性的,称之貌合神离、南辕北辙,亦不为过。二者在具体制度上到底存在哪些差异,如何从理论上认识这种差异,这种差异对制度的实践功能和社会效果的影响如何,既是关乎对中美两个环境大国的重要制度进行深入比较的理论问题,更是全面认识我国现行环境公益诉讼制度的本质特点与利弊欠缺从而进行调整、完善所需探究的实践问题,本文在此试析之。

在具体分析前,需要说明的是,尽管我国学界通常把环境公益诉讼分为民事和行政两类,但当前我国有正式法律依据且实践中普遍开展的环境公益诉讼仅限于前者,^[1]即依据《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环境保护法》)第58条、《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)所确立的由环保组织针对环境公益侵权行为提起的诉讼。由此,本文所谓的中国环境公益诉讼,仅指此类诉讼。^[2]而美国的公民诉讼虽然名为“民事诉讼”,但实际上包括了以环境违法者为被告、针对环境违法行为的诉讼,和以环境监管者为被告、针对违反“非

* 浙江大学光华法学院副教授,法学博士,国家“2011计划”司法文明协同创新中心专职研究人员。本文系国家“2011计划”司法文明协同创新中心研究成果以及教育部人文社会科学研究青年基金项目“激励视野下的环境法实施问题研究”(13YJC820025)的阶段性成果,本文受中央高校基本科研业务费专项资金资助。

[1] 目前只有部分地区的检察机关根据最高人民检察院相关政策文件在环境资源领域开展“行政公益诉讼”试点,作为一种改革探索,尚缺乏法律依据,未形成常规制度,案件数量也有限。

[2] 我国学界通常把《海洋环境保护法》关于在海洋生态、水产资源、海洋保护区受到破坏给国家带来重大损失时由海洋管理部门代表国家索赔的规定也视为一种环境公益诉讼,但这种诉讼到底属于公益诉讼还是私益诉讼,理论上不无疑问,就实践来看,其适用情形特殊,只有零星提起,本文也不予讨论。

裁量职责”行为的诉讼两种不同类型。严格说来,二者都难以与我国的“民事诉讼”划上等号,但前者与我国环境民事诉讼的相似度更高(都以普通社会主体为被告、针对不当环境行为提起),具有一定的可比性。故本文所探讨的美国公民诉讼仅限于此种前者。另外,美国法律有联邦法与州法之别,本文之研究只及于联邦法层面。

一、制度比较:小同大异

(一)原告

原告方面主要涉及两类问题:一是哪些类型的法律主体可以拥有诉权,即主体范围;二是在符合范围的情况下,还要具备哪些条件才能成为适格原告,即原告资格。在此方面,两国差异巨大,美国范围宽泛而资格严苛,可谓“宽进严出”,我国则反之。

“单从公民诉讼条款的法律规定来看,原告范围极其广泛,涉及美国社会公共与私人领域的具有独立法律地位的任何法律实体。”^[3]多数公民诉讼条款规定任何“人”(person)或“公民”(citizen)均有权起诉。尽管这里的“人”和“公民”并非无所限定的空泛概念,实际内容须依单行法具体界定,但总体较为宽泛。例如,《清洁水法》规定,“术语‘人’意味着个人、企业、合伙、协会、州、市政当局、州的委员会或政治分支,或任何州际实体”。^[4]依此规定,不仅普通社会主体,而且政府或机构也可成为公民诉讼的原告。不过,本已拥有强大执法权的政府机构提起公民诉讼的合理性和必要性颇受质疑,^[5]把政府机构纳入公民原告范畴在概念使用和实施程序方面也存在不少疑难,^[6]故实践中以政府机构为原告的公民诉讼并不多见,在一些判例中,法院也对此表现出排斥的态度。^[7]但无论如何,那些没有执法权的普通社会主体,不论社团、企业还是个人,均在公民原告的潜在范围,此点毋庸置疑,其数量不计其数。相比之下,我国环境公益诉讼的原告范围要狭窄得多。根据我国《环境保护法》第58条的规定,只有符合法定条件的环保组织才有提起环境公益诉讼之可能,其他社会主体,无论公民、企业甚至一般政府机构都无权起诉。据专家估计,截至2014年第三季度末,在此范围的环保组织全国总共约有700余家。^[8]

在原告资格方面则反之。尽管美国公民诉讼条款普遍采用“任何人皆可起诉”的宽泛表述,但在司法实践中,原告的起诉要受到最高法院以宪法为基础发展出来的原告资格的限制。据此,公民诉讼的适格原告必须是其合法权益受到不利影响的人,须表明自身受到具体、实在、迫切且有别于一般公众的个人性的“事实损害”,该损害与被控违法行为具有可追溯的因果关系,以及损害能够为支持性判决所补救等。除此之外,法院在司法实践中发展起来的关于案件受理的一些惯例性规则[又称“谨慎性原告资格”(prudential standing)],如“利益区间”(zone of interest)、“成熟”(ripeness)、“诉由消失”(moot)等,也对公民起诉起到制约作用。由此,尽管法律规定的公民原告范围宽泛,但起诉要想获得受理,还须经受多重检验,并不容易成功,实践中公民原告因资格问题被驳回起诉的情形并不鲜见。

[3] 陈冬:《美国环境公民诉讼研究》,中国人民大学出版社2014年版,第24页。

[4] 33 U. S. C. § 1362(4) (2006).

[5] See Edward Lloyd, *Citizen Suit and Defenses against Them*, 59 A. L. I. 781, 787 (2009).

[6] See Jeffrey G. Miller, *Citizen Suits: Private Enforcement of Federal Pollution Control Laws* 17-18 (John Wiley & Sons 1987).

[7] 典型案例如 *United States v. City of Hopewell*, 508 F. Supp. 526 (E. D. Va. 1980).

[8] 周辰、庄雅瑜:《环保组织诉企业污染接连被地方拒立案,谁在阻拦环境公益诉讼》,澎湃新闻网, http://www.thepaper.cn/news-Detail_forward_1378897, 访问时间:2016年8月1日。

就我国的情况来看,《环境保护法》第58条在原告资格方面只规定了“登记级别”(依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记)、“年限”(专门从事环境保护公益活动连续五年以上)和“守法情况”(无违法记录)三方面形式性要求,对原告与案件之间的实质关系未有任何要求。立法者似乎认为,只要环保组织满足这些形式要件,其公益起诉就当然有效,法院不得拒绝,故该条第2款规定“符合前款规定的社会组织向人民法院提起诉讼,人民法院应当依法受理”。《解释》第4条第2款规定的“社会组织提起的诉讼所涉及的社会公共利益,应与其宗旨和业务范围具有关联性”,似乎通过要求原告宗旨与诉讼内容之间的联系而具有了实质审查意味——没有关联性的起诉应不被受理,但这一缺乏上位法依据且对《环境保护法》第58条构成严重限缩的“解释”是否恰当,不无疑问。从实践情况来看,此要求也并未为法院严格遵循。司法实践中,法院所受理的案件与原告的宗旨、业务无直接关联的并不鲜见,有些原告的起诉范围甚至跨越多个领域。比如,2016年7月21日,中国生物多样性保护与绿色发展基金会(以下简称“绿发会”)针对产生较大社会影响的北京万象幼儿园“毒跑道”事件提起的环境公益诉讼获得法院受理,^[9]尽管该“诉讼所涉及的公共利益”与绿发会“动员全社会关心和支持生物多样性保护和绿色发展事业”之宗旨的“关联性”似乎并不直接。而此前,绿发会提起的环境公益诉讼已分别涉及生态破坏(厦门红树林及绿发会诉海南红树林旅游股份公司生态破坏案)、水污染(绿发会诉宁夏回族自治区隆德县人民政府等八被告水污染案)、海洋保护(绿发会诉康菲石油中国有限公司及中海油生态破坏案)、固废处置(绿发会诉浙江富邦违法填埋制革泥案、绿发会诉常州永泰丰化工和常州清红化工“毒垃圾”案)、人文遗迹保护(绿发会诉上街区马固村村委会、上街区人民政府、峡窝镇人民政府和上街区文广局等人文遗迹破坏案)、大气污染(绿发会诉大众汽车中国销售公司大气污染案)、濒危植物保护(绿发会诉雅砻江流域水电开发公司濒危植物保护案)和土壤污染(绿发会诉八被告腾格里沙漠污染案),几乎囊括了环境问题的常见领域。就此而言,我国环境公益诉讼原告规则颇有些“严进宽出”,范围有限但资格宽松,只要符合形式要件,起诉几乎没有限制。

(二) 被告

与原告相同,美国公民诉讼的被告也是“任何人”(any person),但与原告略有差异的是,多数公民诉讼条款明确在指代被告的“任何人”后面以括号形式注明“包括(A)美国政府,和(B)任何属于宪法第十一修正案所许可范围内的其他政府部门或机构”^[10]。从而清楚地表达了把政府、机构纳入被告范围的意图。当然,政府机构成为公民执法诉讼的被告仅限于其自身为环境侵害者(而非作为环境监管者)之时。另外,在司法实践中,对政府的诉讼还要受到宪法“主权豁免”(sovereign immunity)的制约。^[11]在被告方面,我国与美国类似,我国《环境保护法》第58条只规定了可诉行为,而未对行为主体作具体界定,故可理解为任何从事了此类活动的主体都可成为环境公益诉讼的被告。实践中,环境公益诉讼的被告也的确呈多样化趋势,据笔者对2015年各级法院受理的环境民事公益诉讼案件的实证分析表明,被告除个人、企业等通常主体外,还出现了事业单位(贵州大学)、村委会(马固村)、地方政府(隆德县人民政府、上街区政府)、行政机构(上街区文广局等)等。^[12]

[9] 《首例“毒跑道”环境公益诉讼正式立案》,贵阳网, http://www.gywb.cn/content/2016-07/22/content_5114448.htm, 访问时间: 2016年8月1日。

[10] 15 U. S. C. § 2619(a)(1) (2006).

[11] See Miller, *supra* note 6, at 26-27.

[12] 参见巩固:《2015年中国环境民事公益诉讼的实证分析》,载《法学》2016年第9期,第16-33页。

(三) 立法模式与适用领域

作为一种特殊制度,公民诉讼是制定法(statute)的产物,采取的是单项立法、逐个授权的模式。这意味着,一方面,并非所有环境领域都可适用公民诉讼,而只有其单行法特别规定了公民诉讼条款的领域才可以。虽然从1970年《清洁空气法》开始,已有至少21部联邦环境法规定了公民诉讼条款,^[13]但仍有许多重要法律没有规定,如《国家环境政策法》《联邦杀虫剂、杀真菌剂和灭鼠剂法》《候鸟保护法》《海洋哺乳动物保护法》等,故在这些领域难以适用。另一方面,即使在有特别立法的领域,公民诉讼的可及范围也要受到该法自身调整范围的制约,而非及于该领域之全部。例如《清洁水法》的调整范围为“美国水体”,但其并非一切位于美国境内的水体,而仅指“可航水体”及其联接部分,由此,根据《清洁水法》提起的公民诉讼,其地理范围也仅限于此。相比之下,我国环境公益诉讼采取的是概括立法模式,依我国《环境保护法》第58条之规定,环境资源相关的一切领域,只要有存在符合可诉范围的行为,即有提起公益诉讼之可能,其范围相当宽泛。

(四) 可诉范围

美国公民诉讼是针对环境违法行为提起的,这里的“违法行为”既不是一切具有“违法性”的行为,也不是所有违反载有公民诉讼条款的单行法之规定的行为,而是限于公民诉讼条款本身所明确规定的可以提起公民诉讼的特定违法行为,其范围狭窄,且因法而异。例如,《清洁空气法》公民诉讼条款在1970年制定之初只规定了“违反(A)该章规定的排放标准或限制,或(B)部长或州根据这种标准或限制所签发的命令”两类可诉情形,^[14]直到1977年修改时才增加了第三种——“未经许可擅自建设或操作新的或修改的大型排放设施”。^[15]《清洁水法》也把公民诉讼的可诉范围限定为违反排污标准、限制或相关命令的行为。^[16]只有个别法律的规定较为宽泛,如《濒危物种法》把“违反本章任何条款”的行为都纳入可诉范围,^[17]但这种情况很少见,也与该法调整范围的狭窄有关——濒危物种数量本就有限。相比之下,我国环境公益诉讼的可诉范围要宽泛得多。依据我国《环境保护法》,一切有“损害社会公共利益”之嫌的“污染环境”和“破坏生态”行为,均在可诉之列,不限领域、类型,甚至也不以“违法”为必要。

(五) 起诉时限

多数美国公民诉讼条款把被告界定为“被控正在违法的人”(any person who is alleged to be in violation of……),实践中,这被法院解读为诉讼只能在违法行为发生中或持续进行时提起,而不能在行为终止后提起。当然,由于环境行为常常具有重复性和间歇性,是否真正“终止”不易判断,故实践中法院对该标准的认定有所放宽,但仍有起码要求,即原告至少须表明在起诉时善意相信违法行为正在持续或处于间歇状态。^[18]在Gwaltney v. Chesapeake Bay Found中,最高法院指出,《清洁水法》的客观表述表明不允许对“完全过去的违法”(wholly past violations)提起公民诉讼,而只能起诉持续性或间歇

[13] 具体包括《清洁空气法》、《清洁水法》、《濒危物种法》、《毒物控制法》、《地表采矿控制和复垦法》、《海洋保护、研究和保护区法》、《安全饮水法》、《噪声控制法》、《能源政策和保护法》、《资源保护和修复法》、《综合环境反应、补偿和责任法》、《电厂和工业燃料利用法》、《应急计划和社区知情权法》、《外大陆架土地法》、《危险液体管道安全法》、《深海床矿产资源法》、《深水港口法》、《海洋热能保护法》、《预防船舶污染法》、《公共土地法》、《能源资源开发法》。参见注3引书,第21-23页。

[14] 42 U. S. C. § 7604(a)(1) (2006).

[15] 42 U. S. C. § 7604(a)(3) (2006).

[16] 33 U. S. C. § 1365(a)(1) (2006).

[17] 16 U. S. C. § 1540(g)(1)(A) (2006).

[18] *Natural Resources Defense Council v. Southwest Marine, Inc.*, 236 F.3d 985 (9th Cir. 2000).

性违法——行为已经“过去”的污染者未来很有可能再次污染。^[19] 我国法律没有此类规定,而司法实践中针对彻底终止的违法行为的环境公益诉讼不胜枚举,典型的莫过于2015年的6起对被告已受刑事处罚的“刑事旧案”进行“追诉”的案件,以及以“腾格里沙漠污染”、“渤海溢油”等重大环境事件为基础的起诉。^[20] 这些案件中的违法行为在公权力干预下早已终止并且一定时期内无复发之可能,有的被告甚至已在狱中,但法院仍受理公益起诉并认可巨额赔偿。由此可见,我国并不强调起诉时间与行为状态的关系。

(六) 前置程序

在美国,公民诉讼不可径直提起,而要受到两个重要的前置程序的限制,即“通知”(notice)和“勤勉执法”(diligent prosecution)。几乎所有公民诉讼条款都规定,在下列情况下没有诉讼可以提起:一是在原告发送“指控违法通知”给(1)环保局长,(2)违法行为发生地所在州,(3)被控违法者之后60天(有的法律规定90天)之前;^[21]二是如果环保局长或州已在法院提起和勤勉地执行一项民事或刑事诉讼以要求守法时。但实践中构成勤勉执法的执法活动并不限于“起诉”,而只要积极、充分的执法行动(如适当的行政处罚)即可。诉前通知和勤勉执法是法律明确规定的强制要求,原告必须严格遵循,否则将构成管辖瑕疵导致起诉驳回。对此,不仅公民诉讼条款的措辞“没有诉讼可以提起……”清楚表达了这一点,最高法院也明确指出,通知“对于依据公民诉讼条款起诉来说是一个强制要求,地区法院不能抛开这一要求自由裁量”^[22]。而我国法律没有此种规定,原告起诉之前无需通知他人。《解释》第12条规定的“人民法院受理环境民事公益诉讼后,应当在十日内告知对被告行为负有环境保护监督管理职责的部门”从侧面印证了这一点——只有在案件受理之后才有“告知”管理者之必要,并且发出通知的义务人是法院而非原告。在“勤勉执法”方面,实践中大量已经或正在受到行政处理的案件又被公益“追诉”的事实表明,行政执法对我国环境公益诉讼的提起几乎不构成任何障碍。

(七) 救济手段与责任方式

常为我国学界所忽略的是,美国公民诉讼中可资利用的救济手段其实并不多,其主要手段是“禁令”(injunction),即法院签发的要求当事人为或不为某种行为的命令,包括“禁止性禁令”(prohibitory injunction)和“强制性禁令”(mandatory injunction)两类。禁令本是衡平法上的救济手段,只有在没有其他适当的救济手段时由法院裁量适用;只用于停止或防止损害行为的发生,而不涉及损害填补。在公民诉讼中,禁令是规定最早、适用最普遍的救济手段,在许多领域甚至是唯一可用的法定救济形式,申请禁令也因而成为公民原告的主要诉求。就此而言,可以认为,公民诉讼主要就是一种禁令诉讼。

其次是“民事罚款”(civil penalties),即被告因其违法行为而承担的货币惩罚。罚款方便易行,惩罚色彩明显,有助于增强公民诉讼的威慑力,激励原告起诉,具有积极意义。但要注意的是,这也是为我国学界所忽略的。民事罚款在公民诉讼中的适用并不普遍:一是适用范围有限,只有公民诉讼条款特别规定可以请求罚款的领域方可。而在诸多环境立法中,只有《清洁水法》《资源保护和再生法》《超级基金法》《清洁空气法》等少数法律中的公民诉讼条款有此规定,而且除《清洁水法》外,多数罚款条款都是后来修改添加的。二是适用条件严格。即使有特别规定的领域,适用对象也仅限于该法明确规定可进行罚款处罚的特定违法者(多为违反特定“许可”、“限制”、“要求”或“行政命令”者),

[19] 484 U. S. 49 (1987) (2006).

[20] 参见注12引文。

[21] 典型规定可参见《清洁水法》相关规定,33 U. S. C. 1365(b) (2006).

[22] *Hallstrom v. Tillamook County*, 493 U. S. 20, 31 (1989).

并且其适用须严格遵循法定条件,包括费用计算、额度及用途等。至于其他货币责任,无论是对原告个人还是生态环境“本身”之损失的“赔偿”,均不在公民诉讼的可用范围。

禁令和民事罚款是公民诉讼条款明确规定的法定武器,但实践中,公民诉讼很少走到判决地步,“多数执法案件是通过双方协商的和解协议(consent decree)来结案的”,^[23]因此和解协议也是公民诉讼的重要救济手段。和解协议在双方自愿、平等的基础上达成,须向社会公开、接受公众评议并经法院批准方可生效,其内容通常包括停止和纠正违法行为、缴纳一定罚款以及采取环境改良措施等。和解协议形式灵活,内容丰富,措施更有针对性,并能缓解诉讼当事人之间的冲突,降低实施成本,受到特别欢迎。司法实践中还发展出一种被称为“附加环境项目”(Supplemental Environmental Projects, SEPs)的协议形式,被告可利用自身优势,通过自愿承担一些不属于法定义务但对环境有益的环保项目或相关社会实践(如充分批露环境信息、进行环境援助、改善周边环境质量等),来换取谅解及责任减免。实证研究表明,SEPs既有利于被告又有利于社区,其使被告获得罚款减扣,并能提升相邻社区生活质量,从而与社区建立更好的关系。^[24]

在我国,《环境保护法》未对环境公益诉讼的救济手段和责任方式作任何规定,立法者似乎认为其作为一种“民事诉讼”可自动适用民法相关规定。但由于环境公益诉讼的特殊性,原告的请求往往难以通过传统民事责任得到实现。对此,《解释》作出一系列规定,试图解决这一问题。根据《解释》第18条,原告可以要求被告承担的责任方式主要有停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失和赔礼道歉六类,基本上是按照“止害—消损—赔偿”的民法逻辑来设计的。《解释》第19条到第24条分别就这些责任的确定和实施作出了具体规定,并试图把一些环境领域的特色责任分别纳入传统民事责任之中,如把应对环境事件的预防、处置费用纳入“停止侵害、排除妨碍、消除危险”,把生态环境修复、支付生态修复费用纳入恢复原状,把生态服务功能损失纳入赔偿损失。另外,《解释》第25条也认可了调解协议或和解协议的效力,并要求不少于30日的公告期以及法院审查,但不允许当事人以达成和解协议为由申请撤诉,而是要求法院出具调解书。

从比较的视角来看,如果说禁令与我国的停止侵害、排除妨碍、消除危险因均针对行为而可大致对应,和解协议与调解书因均尊重双方意愿而大致对应的話,那中美在责任方面的最大差异在于“货币责任”。公民诉讼中只有数量有限、范围狭窄、条件严格的罚款可用,而我国则有从环境处置费用到生态修复费用、生态功能损失等在内各种名目的货币责任,并且条件自由、范围宽泛。依我国现行法,几乎任何环境被告——只要曾对环境产生过不利影响——都有可能承担数额不菲的“修复费”或“赔偿”。

(八)官方干预和“国家利益保护”

所有美国公民诉讼条款都规定了“官方干预”(intervention by administrator)制度。^[25]据此,对于政府机构不是诉讼当事人的公民诉讼,环保局长可行使干预权,介入诉讼过程。也有法律(如《濒危物种保护法》)授权司法部长行使此权。^[26]另外,为更好地保护“美国利益”(United States interests protected),原告起诉时还须向司法部长和环保局长递交起诉状副本;拟达成的和解协议草案也须报送二者

[23] Miller, *supra* note 6, at 89.

[24] See Kristi M. Smith, *Who's Suing Whom? A Comparison of Government and Citizen Suit Environmental Enforcement Actions Brought under EPA Administered Statutes, 1995-2000*, 29 Colum. J. Envtl. L. 359, 391 (2004).

[25] 代表性条款如《清洁水法》和《清洁空气法》的相关规定: 33 U.S.C. § 1365(c)(2), 42 U.S.C. § 7604(c)(2).

[26] 16 U.S.C. § 1540(g)(3)(B) (2006).

征求意见,在二者签收45天后方可审批通过,二者的意见将作为法院审批的重要参考。我国目前尚未有类似制度。《解释》只要求法院受理案件后“告知”相关环保部门,而调解协议或和解协议只须法院单方审查。《解释》第9条规定的“人民法院认为原告提出的诉讼请求不足以保护社会公共利益的,可以向其释明变更或者增加停止侵害、恢复原状等诉讼请求”,倒是体现了为保护公益而干预的思想,不过,把这一任务交由居间裁判的法院来承担,是否妥当,不无疑问。

(九) 诉讼费用转移

多数美国公民诉讼条款规定了诉讼费用转移制度,允许法院判定诉讼费用(包括合理的律师费和专家证人费)给案件的“胜诉方或实质胜诉方”(any prevailing or substantially prevailing party)^[27],或在法院认为适合的时候判给“任何一方”(any party)^[28]。尽管实践中这一费用主要为胜诉原告所获得,但无论从条文表述还是司法实践来看,都没有排除被告获得(也意味着原告承担)的可能。在此方面,我国《环境保护法》没有涉及,但《解释》第22条规定“原告请求被告承担检验、鉴定费用,合理的律师费以及为诉讼支出的其他合理费用的,人民法院可以依法予以支持”。与美国相比,我国制度的最大特点是只允许转移原告的费用给被告承担,而不能反之。在司法实践中,该条款受到广泛应用。在2015年受理的总共38件环境公益诉讼案件中,要求被告承担诉讼费用的有18件,并普遍获得法院的支持。^[29]

(十) 实体权益

美国公民诉讼救济的实体权益具有双重性。从原告资格角度,就法院决定案件受理所围绕的核心要素来看,其针对的是原告因被告行为而受损害的环境权益,其范围不限于人身、财产等已为传统法所确认的法律权利,还包括审美、娱乐等各种尚未或无法上升为法律权利的正当利益,如动物爱好者观赏公共土地上出没的野生动物的利益。^[30]但从诉讼请求和法律责任角度来看,公民诉讼救济的又是国家利益。无论是要求停止违法行为的禁令,还是向国库支付的民事罚款,都是以国家为预设对象、以恢复被侵害的公法秩序为目的的。在此方面,我国环境公益诉讼的救济对象则明确限定为“环境公益”。不仅法律规定诉讼的启动条件是“损害社会公共利益”,禁止原告“通过诉讼牟取经济利益”,^[31]相关司法解释更明确排除了对原告私益的救济。^[32]从诉讼请求和法律责任来看,受到救济的所谓“社会公共利益”实际上被等同于国家之于“国有”环境资源的“民事权利”,因而要通过“恢复原状”、“赔偿损失”等民事责任加以填补。

综合这些方面来看,中美环境公益诉讼可谓小同而大异。尽管在为保护环境公益而赋予部分社会主体以起诉特权方面具有一致性,但具体制度有很大差别,除了在被告范围的宽泛性方面较为接近外,其他方面几乎都有重大差异。之所以如此,源于两国对环境公益诉讼的理论基础和性质定位的不同,只有上升到理论层面,才能有深入理解和系统把握。对此,本文第二部分将予以分析。

[27] 33 U. S. C. § 1365(d) (2006).

[28] 42 U. S. C. § 7604(d) (2006).

[29] 同注12引文。

[30] See *Mt. Graham Red Squirrel v. Espy*, 986 F.2d 1568 (9th Cir. 1992).

[31] 《环境保护法》第58条。

[32] 《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第10条第3款:“公民、法人和其他组织以人身、财产受到损害为由申请参加诉讼的,告知其另行起诉。”

二、理论比较：“公法私法化”与“私法公法化”

作为一种为保护公益而由私人实施的特殊制度,环境公益诉讼不可避免地兼具公、私不同属性,涉及公共利益与私人利益、监管者与公民原告以及司法与行政等诸多关系,不同于传统诉讼形式,也非简单套用任何传统诉讼理论所能充分解释。而在公、私两种因素中,何者居主导地位对制度体系具有型塑作用,决定着制度的本质,具有基础理论意义,是中美两国制度差异的根源所在,故应作为理论比较的关键。

(一)美国:公法私法化

对于美国公民诉讼的本质特征,可以“公法私法化”来形容。所谓公法私法化,是指其本质上是一种公法制度,但由于以私人为实施主体,许多方面又呈现私法性特征。之所以如此,既是不同力量、因素综合作用的结果,又是立法与司法博弈的产物。

公民诉讼的公法本质源于其“私人执法”的理论基础。与公民诉讼有关的理论很多,为我国学者经常提到的有“公共信托”、“环境权”、“私人检察总长”、“私人实施法律”等。^[33]但对这些理论的差异及其对公民诉讼的实际影响,学界鲜有深究。实际上,前两种理论是1960年代公民诉讼尚在设想阶段时一些学者为推动这一在当时看来不无颠覆色彩的制度创新而提出的理论假说,虽经由个别学者努力而在一些地方立法中有所体现,^[34]但并未为联邦公民诉讼立法所吸收。从内容上看,这些理论也主要是一种模糊、抽象的理念表达,其实际功能在于对公民可以拥有公益诉权(也意味着创立公民诉讼制度的必要性)进行正当化论证,为社会接受公益诉讼提供一种形而上的理论基础,其本身并不足以指导规则体系的具体建构。而私人检察总长虽然常有论著或判决提及,但使用较为随意,似乎只是对各类具有公益效果的诉讼中的私人原告的一种形象说法和比喻,其内涵、外延并无清晰界定,对公民诉讼实践的指导意义也很有限。从制度形成和运作的现实来看,真正对公民诉讼起到支配作用的乃是“私人执法理论”(private enforcement theory)。^[35]

私人执法是一个公法上的概念,是与“公共执法”(public enforcement)或“政府执法”(government enforcement)相对而言的。传统公法理论认为,对违反公法的行为只能由政府、机构等拥有公权力的行政主体进行执法,普通私人无权执行。然而,政府对执法权的“垄断”可能造成其利益依赖公法执行的社会主体在政府执法不力时遭受损害或得不到应有救济。由此,在英美法中素有允许私人一些与自身利益密切相关的公共事务中直接起诉违法者,通过诉讼来执行法律的传统。此传统在美国衍生出代位公益诉讼制度,相关立法也为国会在环境法中制定公民诉讼条款提供了先例。^[36]

私人执法之所以存在,源于人们对于政府执法之局限的认识,以及更充分地保护公众利益的社会需求,这些情况在20世纪中叶的美国环境法领域得到充分显示。当时的美国,经济高速发展带来严

[33] 参见注3引书,第10-19页;徐祥民、凌欣、陈阳:《环境公益诉讼的理论基础探究》,载《中国人口·资源与环境》2010年第1期,第149-152页。

[34] 例如,有学者认为,《密歇根州环境保护法》以及康涅狄格、夏威夷、新泽新、明尼苏达州等州的宪法或环境法有关公民环境诉权的规定即体现了公共信托理论和环境权理论的影响。参见注3引书,第14-18页。

[35] 也有学者译为“私人实施法律”。笔者认为,“实施”在汉语中是一个中性概念,概指一切依法而为的活动,包括私人的自愿守法;而“执法”更强调法律实施主体的公权性和强制性,用在此处或更为贴切。

[36] See Barton H. Thompson, Jr., *Innovations in Environmental Policy: The Continuing Innovation of Citizen Enforcement*, 2000 U. Ill. L. Rev. 185, 195-196 (2000).

重的环境危机,环境质量每况愈下,公害事件层出不穷,引发公众对健康风险的普遍担忧和对政府履职不力的强烈不满,要求加强环境治理的呼声高涨。但其实当时并非没有环境立法,尤其对于水、大气等常规污染,从20世纪30年代、40年代开始州和联邦已经陆续制定了许多法律,二战后更加大力度。但这些法律都因为政府执法不力而未获良好实施。政府执法不力的原因很多,既有环境事务庞杂、执法成本高,执法者缺乏足够资源造成的“无力执法”或曰“执法不能”;也有政府片面追求经济发展,为短期政治利益不惜牺牲环境,甚至为被管制企业“俘获”^[37]所造成的“不愿执法”。无论如何,当时形成的一种普遍共识是,环境执法仅靠政府是不够的,在政府不能或不愿充分执法时,应当允许私人通过起诉“代位执法”。^[38]有极端观点甚至认为,“政府常常成为违法主体,联邦政府自身就是违反法律的常客。即便是政府执法,也常常是无效率的。只有私人是确保环境守法的唯一有效手段”^[39]。

史上首个公民诉讼条款的诞生过程充分体现了这一点。在《1970年清洁空气法》制定之初,直接负责的国会污染分委员会主席马斯基(Sen. Muskie)提交的法律草案只对饱受诟病的传统制度作出了微小改变,受到舆论的强烈批评。著名调查记者内德(Nader)领导的研究团队在大量深入调查的基础上出版了《内德调查报告:消失的空气》一书,详细梳理了与大气污染相关的各种社会因素和其中的利益勾连,对政府执法不力大加鞭挞。为突出效果,该书封面即醒目标注着“森·马斯基的污染分委员会及其负责的联邦法律已经使全国无数公司获得了进行污染的日常业务许可证”、“尽管都市大气污染的60%归因于汽车,但联邦控制机构在控制汽车排放方面只花费了其预算的2.5%”等语。^[40]该书及诸多类似报道产生重大社会影响,在强烈的不满和怀疑氛围下,立法者不得不郑重考虑学界呼吁已久的公民诉讼,并最终将之纳入立法。立法者坦诚,把CAA纳入公民诉讼条款是因为“参议院委员会感到完全依靠联邦机构来完成全部空气污染消除工作是不可能的”,公民的参与是“成功执行其(CAA)承担的空气污染目标的关键因素”,^[41]而公民诉讼可以“刺激和补充政府执法行动”。^[42]

正因为秉持“刺激和补充政府执法行动”的使命,直接起诉违法者的公民诉讼又被称为“私人执法诉讼”(private enforcement action),其实质是在政府不能或不愿进行环境执法时,由私人代替政府行动。^[43]此注定了公民诉讼的公法本质,也只有从此角度出发,公民诉讼的主要内容才能得到系统解释。

在原告方面,主要为私人而非政府,即使特殊情形下政府实体或机构可以充当原告,也只能在没有监管权、以普通“民事主体”身份(而非管理者)行动时,原因在于作为管理者的政府机构如想执法可以直接行使其执法权,而无须使用第二位的、作为“后补”的公民诉讼。在被告方面,法律之所以特别注明包括政府或相关部门、机构等,是因为这些公法人自身完全可能成为环境违法者(如政府拥有或经营的工厂、市政设施违反环境义务),而政府执法往往对这些“自家人”网开一面,因而更需公民诉

[37] See Marver H. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission* 18-20 (Princeton University Press 1955).

[38] See Barry Boyer & Errol Meidinger, *Privatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental*, 34 Buff. L. Rev. 833, 836-838 (1985).

[39] David Kimo Frankel, *Enforcement of Environmental Laws in Hawaii*, 16 Hawaii L. Rev. 85, 130-131 (1994).

[40] John C. Esposito & Larry J. Silverman, *Vanishing Air: Ralph Nader's Study Group Report on Air Pollution*, cover (Grossman Publishers 1970).

[41] Senate Comm. on Public Works, 93d Cong., *A Legislative History of the Clean Air Act Amendments of 1970*, at 138 (Comm. Print 1974).

[42] Smith, *supra* note 24, at 364.

[43] 与之相对的另一类型,即针对未依法履职的环境管理者提起的公民诉讼被称为“强制执法诉讼”(action-forcing suit),强调对政府执法的“强制”。

讼。可诉范围更充分地体现了公民诉讼的公法性——只有违反公法的强制性规定或特定要求的“行政违法”行为才可被诉。把起诉限定在违法行为“持续中”是因为公民诉讼以实现被告守法为目的,如果行为已彻底终止,无纠错之可能,也就没有通过讼进行补充执法的必要。诉前通知和勤勉执法对公民诉讼的排除一方面体现了公民诉讼与政府执法在性质上的“同一性”——二者有一即可,不可得兼;另一方面体现了公民诉讼对政府执法在顺位上的“补充性”——如有线索应首先告知更加名正言顺的政府执法者并留出适当时间确保其优先执法,只有在通知期满后其仍无适当举措从而以行动表明不愿或不能执法时,才可由私人起诉。以实现守法而非救济原告为核心的法律责任更充分体现了公民诉讼的公法属性,也是确证及彰显其公益性的关键——以针对行为的禁令为主导责任甚至唯一救济手段,原因正在于执法的首要任务是停止和纠正违法行为,并且禁令在内容上也与作为政府执法常规手段的“守法令”(compliance order)相呼应;部分公民诉讼条款虽然规定了货币责任,但其性质是行政处罚性质的“罚款”而非民事救济性质的“赔偿”,^[44]而且与政府执法诉讼中的罚款适用相同规则。^[45]在这种责任方式下,公民原告胜诉所能达到的实际效果是与政府严格执法相同或类似的效果——这也是法院审核和解协议及 SEPs, 决定批准与否的主要判准——从而真正实践了对政府执法的“补充”。^[46]“政府干预”和“美国利益保护”更是为了充分保护公益而作出特殊规定。授予诉讼费用给胜诉方或“适当方”不仅体现了对公民原告为公共利益所支付的个人成本的弥补,而且也体现了对公民诉讼这种由私人发起的“准执法”活动的适度警惕与限制——如果败诉或被法院认为有恶诉、缠诉等“不当执法”嫌疑,不仅成本自担,还有可能承担对方的诉讼费用,从而确保这种私人“执法权”的谨慎行使。

“执法”本质注定了公民诉讼的公法特性,可以解释其大部分内容,但仅此并不足以解释全部,其中最重要的,是对启动该诉讼具有门槛意义的原告资格。如前所述,根据宪定原告资格的要求,公民原告必须自身利益受被诉行为损害且该损害至少在起诉时尚有可司法补救性。事实上,许多公民诉讼条款本身也明确要求原告须与案件有利害关系,如《清洁水法》公民诉讼条款对公民的界定为“一个或一些其利益受到或将要受到不利影响的人”。^[47]《海洋热能保护法》干脆直接在开篇规定“任何其合法利益受到或将要受到不利影响的人可以起诉……”。^[48]乍看起来,这些要求似乎与公民诉讼的公益性不甚相符,如果按照我国学界那种认为只有原告与案件无个人利害、“纯粹”为维护公益而提起的诉讼才是公益诉讼的主流观点的话。但实际上,美国的所谓公益诉讼主要是就其内容和功能而言的,而不是因为原告与案件无利害关系。其实,在美国既不可能存在与原告自身利益无关的诉讼,也不可能存在纯粹的公益诉讼,因为按照美国主流司法理论,司法权的功能即在于救济个人权益,与私益无关而指向全体公民之共同利益的事务属于不具有“可司法审判性”(justiciability)的“政治事务”,应由经民选产生、向选民负责的政治分支通过以民主原则支配的政治过程来处理,而不应由未经选举

[44] 该罚款英文表述为“civil penalty”,国内通常直译为“民事罚款”。但其虽包含“civil”(民事)一词,本质上却是一种行政责任,故有学者干脆将之译为“行政罚款”。参见苏苗罕:《美国联邦政府监管中的行政罚款制度研究》,载《环球法律评论》2012年第3期,第103-115页。

[45] 例如,《清洁水法》公民诉讼条款规定法院须根据本编1319(d)的规定适用适当的民事罚款,而1319(d)主要是针对政府执法诉讼中的罚款制定的,包括罚款上限及各种计量因素,其中“违法严重性”(the seriousness of the violation or violations)是首要考虑因素。

[46] 和解协议通常包括“守法时间表”、“守法报告要求”以及一定数额的“民事罚款”,其目的是达到相当于政府勤勉执法的效果。See Miller, *supra* note 6, at 89-90.

[47] 33 U. S. C. § 1365 (g) (2006).

[48] 42 U. S. C. § 9124 (a) (2006).

产生的、不对选民负责的、往往带有精英阶层偏见的法官个人来决定。^[49] 对此,美国宪法第3条有关“司法权及于案件和争议”的规定为之提供了文本依据,并演化出被法院视为宪法最低要求和“不可克减的最低标准”(irreducible minimum)的“standing”规则,^[50] 其核心功能即在于通过确保原告与案件之间存在具体、实在的利益关系,避免把指向抽象公益的政治问题带入法院。在司法实践中,1970年的 *Sierra Club v. Morton* 案确立了“事实损害”作为宪定原告资格之核心要件的不可撼动地位,^[51] 1992年的 *Lujan v. Defenders of Wildlife* 更首次在有公民诉讼条款的明确授权的情况下清楚地表达了对不能证明自身受到具体、迫切损害的原告的拒绝。^[52]

正因为此,美国公民诉讼并非如我国学界通常认为的那样由与案件无利害关系者提起、围绕纯粹公益的保护展开。事实正相反,其只能由那些表明其个人利益受到被控违法行为的“特殊”伤害的人提起,证明自我利益而非公共利益受损,或者反过来说,证明受害的不是公共利益而是个人特殊利益才是原告获得诉讼资格的关键。^[53] 这也意味着,维护个人利益(而非公共利益)才是诉讼的直接目的,以及法院裁判的直接着眼点。

从这一角度来看,公民诉讼又具有私益诉讼的意味。尽管这种诉讼的确是立法者基于加强环境公益保护目的所特别设计的,但其公益功能主要是通过内容(要求被告守法)和责任(停止违法行为的“禁令”、支付给国库的“罚款”等)所实现的使被告守法的客观效果来实现的,诉讼的“表面”目的和直接功能仍为救济个人,而非保护所谓环境公益,原告也并不被视为公共利益的当然代表。这也是为何,普通公民也好,社会组织也罢,均可以成为公民诉讼的原告,且在法律地位上与环保组织一视同仁。实际上,环保组织的原告资格之所以似乎比一般社会主体更加方便地获得,是因为其作为一个在环保方面有特殊利益的组织能够更加容易地证明自己的“个人利益”受到侵害——如一个拥有诸多成员的观鸟组织通常比一个普通市民更容易证明自己在观鸟方面的客观利益,从而在相关环境违法活动影响其观鸟时提起公民诉讼——而不是法律认为其作为环保组织比一般公民更能代表环境公益,或者其主张的某种环境偏好(如观鸟)直接等同于环境公益,当然优先于其他环境利益(如经济开发)。也因此,公民原告的起诉仍然要以其自身名义提起,并且法律明确规定“代表自己”(on his own behalf)。公民诉讼的许多其他规则也体现出一定的“私法化”特征。例如,公民诉讼仍要受到具有司法惯例性质的“诉由消失”(moot)规则的制约,也即原告在诉讼中的个人利益必须在诉讼期间持续存在,即使在起诉时适格,如果后续事件剥夺了其诉请保护的利益,案件仍有可能构成诉由消失而被撤销。^[54] 另外,多数公民诉讼条款规定,如果公民原告的起诉为政府机构的“勤勉执法”所排除,则其也

[49] 代表性观点,如美国最高法院大法官斯卡利亚认为,司法承载的是“保护个人和少数群体免受大多数人强迫”的“非民主功能”,只能用来维护少数人利益而不能解决多数人问题,因为其本身是“以一种做不好这方面事务的方式设计的——从受过高等教育的精英中选择、为一种凌驾于具体结果之上的抽象价值所控制、被免去了对选民的责任”。这种机制对“保护个人免受人民之侵害”来说是一种完美设计,但由其决定“什么对人民来说是好的”则是可怕的,因为“当法院,被认为为了所有人民的利益,要求行政部门坚持政治过程本身所不能强制执行的政策时,他们可能(尽管初衷良好)是在执行他们自己阶层的政治偏见。” Antonin Scalia, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *Suffolk U. L. Rev.* 881, 896 (1983).

[50] *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464, 472 (1982).

[51] 403 U.S. 727 (1972).

[52] 504 U.S. 555 (1992).

[53] 诸多判例表明,如果原告控告的基础“只是对于整个社会的利益”,而非“能够单独为通过司法干预执行法律提供充分理由的个人损害”的话,法院将视之为“一般性抱怨”(general grievance)而不予受理。典型案例如 *Federal Election Comm. v. Akins*, 524 U.S. 11 (1998); *Center for Auto Safety v. National Highway Traffic Safety Administration*, 793 F.2d 1322 (D.C. Cir. 1986).

[54] *U.S. Parole Comm'n v. Geraghty*, 445 U.S. 388 (1980).

有权介入案件的后续处理,包括监督执法过程,提出处理意见、参与和解协议拟定等,^[55]其目的也在于保护公民利益。

必须要特别指出的是,公民诉讼虽然保护私益,却并非“私法诉讼”,其并不等同于私法层面以保护个人民事权益为指归的侵权诉讼,而是一种公法性质的诉讼——以违反公法规定为前提,以纠正违法行为、承担公法责任为内容。这意味着,原告通过公民诉讼所获救济是有限的,即仅限于那些符合公法目的、适合公益保护、使被告恢复守法状态所必须的特定措施(即禁令和罚款),而不包括对个人损害的赔偿。原告所诉请保护的利益只能通过对违法行为的纠正获得间接保护,从属于恢复公法秩序这一公益目的,这也是公民诉讼的可诉范围被限定为“违法行为”的原因所在。在欠缺行为违法这一大前提的情况下,原告的那些尚不构成法律权利的利益(如对不属于自己所有的野生动物的观赏)所受不利影响是无权获得法律保护的。至于其法律权利所受损害,自可以通过侵权诉讼加以救济,而不受加害行为是否违法的限制。

综合两方面来看,可以认为,公民诉讼既是一种公益诉讼又是一种私益诉讼,既是一种基于私益保护而启动但客观上有利于环境秩序维护的公益诉讼,又是一种为了保护公益而给原告以更充分保护的私益诉讼。但无论是公益还是私益,都是有限的且相互制约:一方面,诉讼所要实现的环境公益仅限于补充执法、恢复受损的环境公法秩序,而不涉及其他环境事务,且只能在违法行为对社会主体造成“事实损害”时由受害者本人启动;另一方面,诉讼所保护的私益也仅限于在环境公法秩序的“辐射”范围内、对其保护客观上有利于实现“补充执法”的利益,其救济只能通过要求被告守法来获得,从而藉以实现保护环境公益这一根本目的。

(二)中国:私法公法化

与口头上的美国样板相反,我国当前的环境公益诉讼实践走的是一条“私法公法化”的道路。尽管法律明确规定以保护“环境公共利益”为目标,并赋予原告一些通常只有公权主体才有的特权,但本质上却是一种私法制度,运用的是私法的救济手段,体现的是私法的治理思维。这种状况的出现,既有误读美国经验的原因,也是中国法律理论的特色使然。

就前者而言,我国学界对公民诉讼的研究不可谓不多,但主流研究存在两方面偏失:一是关注点片面集中于原告资格而忽略制度细节。多数研究把重点放在对公民诉讼条款有关“任何人皆可起诉”之宽泛表述的引介而缺乏对各种限制性条件的全面考察,^[56]以至于无论学界还是公众都形成了一种环境公益诉讼“人人皆可提起,法院不得拒绝”的认识,^[57]并把原告资格的宽泛视为环境公益诉讼区别于传统诉讼的主要特色和核心特征。^[58]又由于意识到“人人皆可起诉”的理想事实上无法做到,把诉权首先扩大到那些比一般公众更有资格和能力代表环境公益的“人”——环保组织——之上就成了

[55] See Miller, *supra* note 6, at 65-69.

[56] 个别学者对公民诉讼的起诉限制有专门论述,但似乎并未引起学界充分关注。参见陈冬:《环境公益诉讼的限制性因素考察——以美国联邦环境法的公民诉讼为主线》,载《河北法学》2009年第8期,第160-164页;曹明德:《中美环境公益诉讼比较研究》,载《比较法研究》2015年第4期,第67-77页。

[57] 例如,2013年《环境保护法》修改期间,网上流传的一封名为《人人都有权发起公益诉讼》的民间环保人士公开信提出“人人都有权发起环境公益诉讼”的号召,并建议新环保法环境公益诉讼条款修正为:“对污染环境、破坏生态,损害社会公共利益的行为,任何一个中华人民共和国公民,任何一个中华人民共和国的自然人和法人,都可以向人民法院提起诉讼。人民法院必须及时受理,公正审判。”<http://www.ngocn.net/news/87612.html>,访问时间:2016年8月1日。

[58] 正因为此,古罗马的公益诉讼、大陆法系的团体诉讼等在放松原告资格、扩大诉权方面具有一定共性的制度也常被学者们用作指导我国环境公益诉讼建设的参考,尽管这些诉讼与公民诉讼无论在时空、适用领域,还是性质、内容方面都存在明显差异,难以成为同一制度的基础。

一种务实的折中选择,受到广泛赞同。二是为公民诉讼条款的“民事诉讼”表述所迷惑,未对其性质作细致探究而径直以我国语境下作为纯粹私法诉讼的民事诉讼去理解。尽管公民诉讼包含以违法者为被告和以行政管理者为被告两种不同类型这一点已为学界所普遍认知,但主流观点仍将前一类型与我国的民事诉讼相对应,^[59]而未对其“公法诉讼”本质予以充分关注。

就后者而言,我国公共资源领域的诸多“特色”理论也深刻影响和支配着人们对环境公益诉讼的理解。在我国法律领域,人民、国家与政府,社会利益、公共利益与国家利益,物、财产与资源,私人权利(private right)与公共权利(public right)等概念从未得到清楚界分,再加上浓厚的“民法帝国主义”倾向,人们惯以民法思维去认识和分析公共问题。在理论及实务界占主导地位的“自然资源国家所有权物权说”看来,宪法有关自然资源属于“全民所有,即国家所有”的规定意味着自然资源(也即各类环境要素及其构成的整体环境)是属于国家所有,但由国务院及相应政府机构具体“行使”的财产,并且这种所有权在性质上与民事主体对其财产所享有的“直接支配和排他”的物权无本质差异,都是民法意义上的“占有、使用、收益、处分”之权。^[60]在这种视角下,环境污染、生态破坏等活动被顺理成章地理解为一种针对国有财产的民事侵权,与民事主体之间发生的财产侵权无异,完全可以通过民事途径获得救济,只是因为环境资源在受益群体及客观属性方面具有一些特殊性(如公益性、整体性、流动性、无形性等),故需要在制度上作出一些变通和特殊安排,但只需在构成要件、责任方式、举证责任、诉讼费用分担等方面略加调整即可。另外,在近年来悄然兴起的一种具有所谓“生态中心主义”色彩的环境理念下,与个人利益无关而指向生态环境整体的“生态损害”或者说“环境本身的损害”也被视为一种应受法律保护的“环境公共利益”,并当作国家所有权的对象。由于这种利益的损害不在传统法的调整范围,难以通过传统诉讼得到救济,故对其救济被视为环境公益诉讼的核心任务和独特功能。

正是这些因素的影响以及实践中大量危害明显却无人问津的环境事件的刺激,最终造成了我国环境公益诉讼的“私法公法化”特征,其具体表现在以下两方面:

一方面,我国环境公益诉讼制度是以公益维护为直接目的,并作出一些通常在公法领域才有的倾斜性安排。例如,由于把保护环境公益视为环境公益诉讼的直接目的,并且是唯一目的,故我国《环境保护法》第58条专款规定禁止原告牟利,《解释》第10条第3款更明确排除了对原告个人损害的救济。^[61]原告范围则根据其性质(是否是“专门从事环境保护公益活动”的社会组织),以及“登记级别”(在设区的市以上民政部门登记)、“活动时间”(专门从事环境保护公益活动连续5年以上)、“守法表现”(无违法记录)等被认为足以表明其“公益代表”资格的条件来判断。而一旦通过审查,被确认符合法定条件,原告即具有了代表国家(或“社会”)维护环境公益的权威,不需要任何实际利害关系的存在即可起诉,而法院不得拒绝。在此情形下,符合法定条件的700多家环保组织实际承担着环境领域“公共利益代言人”的角色,并因而拥有了与国家机关(接近于检察机关,优越于环境管理机构)类似的“准司法权力”。《解释》在举证责任、支持起诉、诉讼费承担等方面对原告的“一边倒”也具有类似特点。

但另一方面,我国环境公益诉讼制度本质上仍属于一种私法制度,被作为一种特殊的环境侵权诉讼——由公益代理人提起、针对生态环境这种特殊财产、以损害赔偿为主要责任形式——来设计。正

[59] 后一类型则被视为“行政诉讼”。

[60] 《物权法》第2条第3款、第39条。

[61] “公民、法人和其他组织以人身、财产受到损害为由申请参加诉讼的,告知其另行起诉。”

因此,《解释》完全从民事责任角度确定环境公益诉讼的诉讼请求和责任形式,并把各种具有特殊性的环境救济手段硬塞进民事责任体系。《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》也从侧面印证了这种认识,其第18条规定:“本解释适用于审理因污染环境、破坏生态造成损害的民事案件,但法律和司法解释对环境民事公益诉讼案件另有规定的除外。”这一规定显然意味着:(1)环境民事公益诉讼案件属于“因污染环境、破坏生态造成损害的民事案件”之一种,(2)其相关内容有特别法的特殊规定的,适用特别规定,(3)没有特殊规定的,仍适用环境侵权司法解释。也正因为作为私法制度而非公法制度来对待,环境公益诉讼的运行基本与公法无关,无论可诉范围,还是责任承担,都主要考虑是否存在“侵害环境社会公共利益”,而不以行为“违法”为前提。

三、实效比较:“补充执法”与“执法补充”

以上表明,我国的环境公益诉讼与美国公民诉讼尽管在为保护公益而扩大诉权方面具有相似性,但在制度性质及理论基础方面存在根本的不同,具体内容更是千差万别,可谓是完全不同的诉讼模式。当然,差异本身并不是问题,不同模式各有利弊,不存在绝对高下。对制度评判而言,真正有意义的,还是实际效果。一个好的诉讼制度,应具有良好的诉讼激励,可防控滥诉风险,解决适合司法解决的重要案件,与其他执法机制协调互补,方便法院审理且可以以较低成本实施。从这些方面来看,中美仍有较大差距。

(一) 起诉激励与滥诉控制

起诉激励是公益诉讼良好实施所需解决的首要问题。公益诉讼的终极目的是维护和促进社会公共利益,但如同任何公益性事务一样,公益诉讼也面临着“外部性”、“搭便车”等带来的“集体行动困境”,需要“选择性激励”(selective incentives)的支持。^[62] 如何激励起诉,使某些社会个体愿意为了由全体成员共享的环境公益而支付个人成本去打官司,是环境公益诉讼制度必须考虑的问题。另一方面,在公民原告拥有“准执法权”的情况下,如何保证以保护公益名义提起的环境诉讼真正是为了保护环境,避免“滥诉”、“恶诉”、“缠诉”或“无意义诉讼”,也是需要制度化解的问题。

在此方面,公民诉讼把公益诉权赋予那些受到“事实损害”的人,由此,不论是环保组织还是普通公民甚至企业,只要认为自身享有的某种客观利益(哪怕并不具有独立的法律权利地位)受到违法行为损害即可通过诉讼维权,从而具有内在的起诉激励。正因为此,尽管在美国打环境官司的代价不菲,但环境公益诉讼仍有较高数量。^[63] 原告除了财大气粗、实力雄厚的全国性环保团体外,地方社团、社区、个人等“小型”原告也占据很大比例,^[64] 并有近三分之一的原告来自公司、土地所有者、开发商、企业、州和以信仰为基础的组织等“非传统公民”。^[65] 同时,“事实损害”也在相当程度上保证了原告环境诉求的真实性,以及案件具有起码的社会效益——至少可救济原告本人,从而具有“滥诉”防控

[62] 参见[美]曼瑟尔·奥尔森:《集体行动的逻辑》,陈郁等译,上海三联书店2011年版。

[63] 美国环境公民诉讼的案件数量先抑后扬。相关统计显示,从20世纪70年代公民诉讼条款出现到20世纪80年代初期,在由EPA执法的环境领域提起的公民诉讼每年平均不到30件(Miller, *supra* note 6, at 12.);自20世纪80年代中期以来有明显增加,从20世纪90年代中期到21世纪之初达到年均近50起(See Smith, *supra* note 24, at 398-400)。有起诉意愿而在诉前解决的更多,据统计,自1995年到2002年间,发送起诉通知的案件平均每年有550起之多(See James R. May, *Now More Than Ever: Trends in Environmental Citizen Suits* at 30, 10 *Widener L. Rev.* 1, 2 (2003))。

[64] See Smith, *supra* note 24, at 385.

[65] May, *supra* note 63, at 3.

功能。公民诉讼的诉讼费用分担规则也有类似的效果,其规定胜诉或至少实体上“占优”的当事人而非仅仅原告可以获得诉讼费补偿,既可激励违法或受害程度较重、胜诉把握较大的原告起诉,又对那些受害较轻或违法情形不明显、可诉可不诉或者假借诉讼追求不当目的的原告诉起限制和威慑作用——败诉不仅自担费用,如果让法官感到有“滥诉”或“恶诉”之嫌还有可能承担对方的费用,从而减少滥诉几率,避免浪费司法资源。

相比之下,我国不要求甚至不允许环境原告与案件有利害关系,但对认为符合“代表公益”条件的环保组织充分授权,允许其自由起诉并要求法院“应当”受理,潜意识里似乎是认为环保组织的章程、登记级别及以往表现足以保证这些组织嫉恶如仇、不计得失地同环境侵害行为作斗争;其章程里所载的公益目标也可以保证其当然选择重要案件,无滥诉之可能,无须制度防范。由于我国环境公益诉讼的适用范围极其宽泛,没有领域和法定限制,再加上糟糕的环境质量及执法状况,理论上此类诉讼应当很多,以至于不少人担心新《环境保护法》的生效会带来环境公益诉讼的“井喷”。但现实是,在2015年一整年,拥有诉权的700多家环保组织中只有9家单独或联合提起了38起案件,且多数集中在3家全国性组织和一家具有特殊性的地方组织之手,^[66]其中有些案件还是针对相同事件的系列案件,如以事件而论,其数量更少。^[67]有些地方甚至出现检察机关向当地符合起诉条件的多家环保组织发出“督促起诉意见书”仍无人问津的情况。^[68]就案件情形来看,虽然过去曾备受非议的针对轻微违法起诉小企业或个人的“抡起大棒打蚊子”现象不再明显,^[69]但原告在择案标准上的“功利性”还是显而易见。^[70]多数诉讼是在违法行为停止后的“追诉”,几乎不涉及对居民、个人等社会主体的救济而只强调救济所谓的“生态损害”。这些案件当然有其价值,但是否充分发挥了环境公益诉讼的功能,能否达到环保效果最大化,不无疑问。与之形成鲜明对照的是,许多环境侵害行为正在持续发生、对周边居民产生实际损害的案件还很少进入司法程序,那些遭受实际影响因而具有强烈起诉冲动和真实环保诉求的公民却被拒之门外。在诉讼费承担方面,《解释》对原告作出了绝对倾斜的支持,不仅只允许原告请求诉讼费,甚至对“败诉原告”也有相应减免或支持。^[71]这种“一边倒”的激励起诉功能自不待言,但似乎完全没有考虑滥诉问题,与环境事务的复杂性和环保组织的多元化不甚契合。

(二) 受案情形

环境行为不计其数,而司法资源总量有限,环境公益诉讼不可能对一切产生负面环境影响的活动照单全收,而应集中有限资源于适合司法解决的、比较重要的案件。另外,作为一种特别设计的新型诉讼,其还应重点解决那些传统诉讼解决不了的问题,方发挥其独特价值功能。

在此方面,公民诉讼主要通过法定可诉范围与原告资格规则加以“过滤”,二者叠加的结果是,只

[66] 当然,实践中不排除环保组织有意起诉但驳回或和解的情形,故环保组织的起诉数要高于实际的受案数,但从新环保法实施后法院的受案积极性,以及媒体对环境公益诉讼的高度关注来看,这一数字出入不会太多。参见注12引文。

[67] 如“绿发会诉腾格里沙漠案”虽然形式上是8件诉讼,但实际上是针对同一事件。

[68] 《江苏省徐州市人民检察院对徐州市鸿顺造纸有限公司污染环境案提起民事公益诉讼》,人民网,http://news.xinhuanet.com/le-gal/2015-12/25/c_128567803.htm,访问时间:2016年9月1日。

[69] 孟登科:《抡起大棒打蚊子》,载《南方周末》2010年10月4日,第5版。

[70] 如大连市环保志愿者协会在选择诉讼“首案”时明确提出“三符合”原则:一要符合新环保法及相关法律法规;二要符合大连市建设、生态建设、法治建设的总体方向;三要符合广大市民和环保志愿者的热切期盼,即要选择那些老百姓了解、关心和呼声高的案例。参见李社生:《大连环境公益诉讼将启动 中石油案或成辽宁首案》,载《辽沈晚报》2015年4月7日,第7版。

[71] 《解释》第24条第2款规定:“其他环境民事公益诉讼中败诉原告所需承担的调查取证、专家咨询、检验、鉴定等必要费用,可以酌情从上述款项中支付。”第33条第2款规定:“败诉或者部分败诉的原告申请减交或者免交诉讼费用的,人民法院应当依照《诉讼费用交纳办法》的规定,视原告的经济状况和案件的审理情况决定是否准许。”

有既形式上违法又在结果上对他人产生了实际不利影响的行为才能进入公民诉讼的审理范围,其特别排除了三种类型的案件:

一是“不违法但侵害他人民事权利的行为”,这是传统侵权诉讼的受案范围,不需要通过公民诉讼来解决。

二是“不违法但对生态环境造成损害的行为”,这是不适合司法解决的问题,因为不以法律规定或相关标准为依据的“生态损害”技术上既难以判断,价值上也不应追责。实际上,环境破坏作为工业文明的一种“原罪”,是现代社会几乎任何人类活动都或多或少具有的。在不侵犯他人权利的前提下,如果没有规则、标准、要求、许可等法定内容的辅助,孤立地去判断一种环境行为是否违反“社会公共利益”殊为不易,更非司法之所长。烟筒冒烟、污水入河、施工产生振动或噪音、填海造田、猎杀动物、把荒野变为城市、填埋湿地进行建设……除非持绝对的“生态中心主义”观念和“不发展”立场,否则这些改变自然面貌的“污染或破坏”从来不会仅仅因为改变环境本身就当然站在社会公益的反面,成为必须担责的非法行为,恰恰相反,其常常是“发展”所必须,是“发展”的一部分。什么样的环境行为背离公益、什么样的符合公益,这是需要以科学与民主为基础、根据现实情况和社会需求来判断、通过公开辩论和公共协商来形成、并以立法形式来记载的“政治问题”,非法官可以独自判断。

三是“违法但未对他人产生事实损害的行为”。仅仅形式上违法仍然不是公民诉讼的充分条件,其还要求具体社会成员的受害。之所以如此,除前述惯于从权利保障角度确定司法权范围的美国传统外,也与环境法自身的固有缺陷有关。由于人类科技和认知水平的局限,以及立法过程的政治化,环境法本身并非尽善尽美,未必公平适用于所有地区和人群。“管理环保决策的联邦规则和程序经常是复杂的、矛盾的、难以使用的、对抗性的、昂贵的、僵硬的、不确定的。”^[72]从现实主义角度来看,要求环境法的绝对实施不仅事实上不可能做到,^[73]而且也未必符合社会效益的最大化。因此,在美国,对污染的“相对主义观点”及对轻微环境违法的“宽容”素有相当的社会基础。“对轻微违法的严格执法将会招致合法性质疑,无论谁来进行执法。即使法律明确规定了量化限制和严格责任,仍然可以期待其应被‘合理地’执行。”^[74]有种极端观点甚至认为,在不对具体个人或少数群体造成实际伤害时,不严格执法乃是一件好事,“对法律的迷失或误导是社会变革的主要动力之一”。^[75]因此,即使从社会利益角度来看,仅仅形式违法而无实际损害后果的环境行为也没有通过诉讼予以纠正的必要,只有那些至少对部分社会成员的具体利益产生了实际不利影响的环境违法才是需要通过诉讼予以纠正的。这似乎与我国主流的“违法即当然侵害公益”、“执法必严、违法必究”等朴素观念不甚相符,但更契合环境法的特点和环境事务的复杂性,更有利于法律效果与社会效果的统一。另外,对起诉须在“违法进行中”提起的要求也可在很大程度上保证把公民诉讼用于解决正在发生的迫切问题。

我国环境公益诉讼既不以行为“违法”为前提,也不要求实际损害后果,而只规定了“损害社会公共利益”这一抽象、模糊的表述。实践中,在国家主义法治观的影响下,行为“违法”本身(无论是否造成实际损害)作为对国家权威的挑战被视为当然的公益侵害行为。而在近来兴起的把生态环境“实体化”并强调环境损害的累积性、无形性的生态中心主义影响下,对环境的任何负面影响都可被视为一

[72] Robert V. Percival, *Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models*, 54 Md. L. Rev. 1141, 1165 (1995).

[73] 对公司律师的调查显示,认为公司可以做到完全守法的不到三成。对大多数公司而言,完全的环境守法是不可能的。一个公司可能面临几十甚至上百件环境义务,只要一个没有做到,就是“违法者”。See Jonathan H. Adler, *Stand or Deliver: Citizen Suits, Standing, and Environmental Protection*, 12 Duke Environmental Law & Policy Forum 39, 47 (2001).

[74] Boyer & Meidinger, *supra* note 38, at 940.

[75] Scalia, *supra* note 49, at 897.

种公益损害,即使无明显后果也被认为具有累积性损害。由此,除了在不救济个人民事权益损害方面与美国相同外,美国公民诉讼所刻意排除的其他两种情形——“影响环境但不违法”与“违法但无事实损害”——均在我国环境公益诉讼的受案范围。前者对司法裁判的挑战可想而知,尽管就实际案例来看绝大多数案件都存在违法情形(这也说明不以违法为前提的公益侵害判断事实上是非常困难的,无论对于法官判断,还是原告举证),但这种可能性在理论上是完全存在的。原告若起诉合法进行但对生态环境改变巨大从而具有明显“生态损害”的活动(如某大型水利工程),依现行法,法院似乎也“应当”受理,但其处理难度可想而知。而后者,也即针对“违法但无事实损害”情形的案件实践中更是大量存在。尽管这类诉讼从维护抽象的环境法律权威、实现充分守法意义上有其价值,但在同时危害公众人身财产利益的环境违法大量存在的现实面前,不无避重就轻之嫌。在起诉时间方面,由于我国法律并无“行为持续中”的要求,而对行为已终止的案件的处理要比行为正在进行中的案件更为容易,故实践中大量案件都是对违法行为已经停止、被告已受公法处罚的“旧案”的“追诉”,这在2015年的受理案件中体现尤为明显。^[76]

(三) 与政府执法的关系

环境公益诉讼是国家环境治理制度体系中的一环,其运行应当置于制度整体大背景下来看待。作为一种为应对政府执法不足而特别设计的制度,环境公益诉讼应保持与政府执法的“互补”关系,在政府执法力不能及的地方发挥其“补充”性作用。

正如其制度设计者所预期的,实践中的公民诉讼发挥着“补充政府执法”的功能。这里的“补充”,是“代位”意义上的,即在政府机构不(不能或不愿)执法时由公民代为进行。公民诉讼与政府执法在程序上的不可得兼,^[77]以及二者责任、手段的雷同都是这种“代位”的体现和保障。对被告来说,无论执法者是政府还是公民,其面对的都是同一套法律体系,遵守相同规则,满足同样要求,履行同等义务,其责任在公民诉讼中也并没有质的变化和量的增加。实际上,由于公民诉讼的和解协议可灵活变通,使得公民诉讼常常比政府执法对被告更为有利。比如,被告可通过依自己的资源优势量身定做的SEPs来减缓其本应承担的法律责任(如折抵民事罚款数额),以与原告和解而非被政府处罚的形式结案也可在很大程度上维护被告的声誉和商业秘密等。从这个意义上说,公民诉讼的惩罚力度实际要比充分的政府执法略低,但也正是因为这种“折扣”,增强了公民诉讼的实施优势,使并不真正拥有国家权力、资源、能力有限的公民的起诉具有了相当的威慑力或者说“吸引力”——被告为避免受到政府执法的更重惩罚而积极应对公民诉讼。而从环境效果角度讲,和解协议尤其是SEPs的内容通常比单纯的罚款更有助于案件所涉及的具体问题的解决,更有利于实现被告的长远守法,以及改善原被告关系,切实提升社区环境质量。

我国的环境公益诉讼也是对行政执法的补充,但这种“补充”主要是责任力度意义上的,即让被告承担更多责任。作为一种私法制度,我国的环境公益诉讼相当于另起炉灶地建立了一套与政府执法相平行的制度。无论在起诉条件、操作程序还是责任追究上,二者都可独立进行并可重叠适用。实践中,对已受相关部门行政处罚的同一行为“追加”公益诉讼已成为环境原告的一种惯常选择,此在2015年体现得非常明显。然而,这种重复处理常因内容、效果与行政执法的雷同而降低其实际意义,这在针对被告行为的诉讼请求和法律责任中表现尤为突出。比如,在2015年环境公益诉讼中适用最

[76] 参见注12引文。

[77] 典型制度为“诉前通知”与“勤勉执法”。另外,尽管法律并未明确规定公民诉讼可以排除政府执法,但政府机构针对已经通过公民诉讼得到合理解决的同一事实和行为再行起诉的,通常不会被法院受理。

多的“停止侵害”,其具体内容多为要求被告停止超标排污或实现达标排放,^[78]而这些内容完全可以通过环境法中规定的“责令停止”、“限期治理”等行政责任予以实现,没有必要再大费周章地另行提起公益诉讼,启动复杂的审判程序,尤其在执法部门对违法处罚并无异议甚至已作出实质内容雷同的处罚的情形。当然,实践中被告拒不执行处罚导致违法行为持续的情况并不鲜见,但这也不是启动公益诉讼的充分理由——如果被告因为“不重视”而拒不履行行政处罚,很难相信同样的内容写入民事判决书就能得到重视和遵从。实际上,依现行法,拒不执行已生效的处罚决定的,处罚机关可直接申请法院“非诉执行”,无需另行起诉。放弃这一便利而诉诸于繁琐的诉讼程序,可谓舍近而求远,无益于问题的尽快解决,也无益于司法资源的集约利用。

在货币责任方面,我国环境公益诉讼倒是明显区别于行政执法,从而具有责任力度上的“补充”意义。由于我国现行环境法中的责任制度设置不合理,罚款数额较低、依据粗糙且有总额限制,导致环境法领域长期存在“守法成本大于违法成本”的问题,“罚款‘顶破天’仍便宜了责任人”的“法律尴尬”不时出现,^[79]严重影响环境法的权威与实效。《解释》确立了包括生态修复费用、生态服务功能损失、环境损害处置费用等在内的各类“环境赔偿”,尤其其中的“生态修复费用”,以对受损环境的“恢复原状”为标准进行计算,动辄以百万元计,极大地增加了对被告的货币惩罚,对于补强环境责任具有积极意义,成为当前环境公益诉讼区别于行政执法的显著“优势”。这一点也在2015年的实践中得到充分体现。多数案件的原告都提出了以对生态环境的补偿或修复为依据的高额赔偿,受到法院普遍支持,致使高额赔偿成为环境公益诉讼的显著亮点。就此而言,把当前的环境公益诉讼称之为“生态赔偿之诉”亦不为过。然而,这种“行政缺陷民事补”的应对路径理论上不无错位,实践中更不乏问题:公益诉讼毕竟数量有限,不可能普遍提起,以公益诉讼为途径的个案处理覆盖面极窄,大量不被起诉的违法者仍然逍遥在外;普遍性问题只由个别被原告选中的“倒霉蛋”担责,也不尽公平;这种责任的高强度以及纯粹通过公益诉讼附加的特点也会使被告对公益原告持“仇视”态度,使诉讼具有较强“对抗性”而加剧实施成本。^[80]另外,真正的生态修复应有严格的适用条件,不可轻易提起,难以普遍适用。而当前制度藉由“虚拟赔偿”演变成一种几乎可适用于一切情形的普遍责任,^[81]其在实践中的一些不当适用已引起争议。^[82]而从法律角度来看,生态赔偿责任的设置关乎社会主体权利义务的重大变动,事关重大、非同小可,应以法律规定为妥,以对此未有丝毫提及的《环境保护法》第58条为直接法律依据的《解释》能否创设这种具有重大意义的实体性内容,不无疑问。实际上,解铃还须系铃人,正本清源,完善环境罚款制度,通过提高罚款力度、改善罚款结构、取消罚款上限等普遍性地提升环境违法的货币责任方为问题解决的根本之道。如此处理,既可从整体上提升违法成本,实现普遍公平,又避免了“生态修复”、“环境赔偿”适用范围局限、举证困难、计算复杂、成本高昂等不便,并把被告的矛头从

[78] 参见注12引文。

[79] 参见竺效:《反思松花江水污染事故行政处罚的法律尴尬》,载《法学》2007年第3期,第6-15页。

[80] 例如,有“亿元污染”、“天价赔偿”之称的“泰州12·19环境公益诉讼”从中级法院一直打到最高法院,时间跨度3年,直到2016年1月最高法院裁定驳回被告的再审申请才算尘埃落定。

[81] 从理论上讲,任何环境活动都会对环境产生一定程度的“损害”,累积成对整个生态系统的“影响”,并可通过“虚拟成本”计算出相应赔偿额。

[82] 如前述“泰州12·19环境公益诉讼”中,曾受被告污染的河流水质早已自然恢复,在诉讼时已不存在需要实际修复的现实环境及相应费用,但法院仍判处了1.6亿元的天价赔偿。在大气污染类案件中此类问题更加突出,例如近期宣判的“中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司大气环境污染责任纠纷公益诉讼”案,其生态赔偿责任的科学性即受到学者质疑。参见常纪文:《从振华污染案看环境公益诉讼问题》,载《经济参考报》2016-08-09, http://jjckb.xinhuanet.com/2016-08/09/c_135577319.htm,访问时间:2016年9月1日。

原告个人转移到法律之上,可在一定程度上缓和双方关系的紧张。

(四) 司法资源的节约利用

在环境诉讼比一般诉讼更复杂、专业、耗时,影响更广泛,而司法资源极其稀缺的现实条件下,如何最大限度地节约和充分利用司法资源也是环境公益诉讼制度设计须考虑的内容,其主要有两方面举措:一是尽量让行政处理优先;二是尽量降低诉讼难度,方便法官审判。

就前者而言,美国公民诉讼的“诉前通知”和“勤勉执法”不仅体现了对行政机关的法定执法权的尊重,也是对司法资源的节约利用——能行政处理的先行政处理,实在不行才动用司法手段,因为对于具有较强专业性的环境案件来说,拥有专业设备、技术人员和监测网络的行政机构的处理远比法院更加经济、方便。除此之外,“诉前通知”还要求必须通知违法者,目的也在于给其以及时纠错、主动守法的机会,能改就改,能不起诉就不起诉。有关“行为进行中”的状态要求和“诉由消失”规则也可保证及时纠错、彻底悔改的违法者免于被诉。

我国没有诉前过滤机制,却有“受案后通知”和“协助起诉”制度,^[83]意在调动环保、检察等权力机构对违法者形成“围剿”之势,确保诉讼顺利进行。但如果公益诉讼所欲实现的目标是行政机构本就有权力、有责任实施的,其不充分行使职权加以直接解决,反而通过支持起诉“绕道”司法,把主要任务推给原告和法院,不无讽刺,对司法资源也是一种浪费。另一方面,那些主要问题已通过行政手段得到基本解决的案件,再行提起公益诉讼,也难言合理。譬如,近期较受关注的、有“全国首例大气污染公益诉讼案”之称的“中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司大气环境污染责任纠纷公益诉讼”案(以下简称“德州振华案”)中,被告被诉前已连受5次行政处罚,在起诉的前一天已被当地环保部门处以“责令全部停产整治、停止超标排放废气污染物”,在起诉后的第3天该公司生产线已实现“全部放水停产,并另外新选场址,原厂区准备搬迁”。^[84]这种在美国公民诉讼制度下很难被受理的案件在我国却受到隆重对待和严重处理,判处高额赔偿。单就此个案来看,我国的环境公益诉讼似乎要比美国严厉得多,可环境法实施的整体情况呢?

从审判难度来看,不仅具有专业性还常常具有“政治性”的环境案件向来是法院唯恐避之不及的棘手难题。对此,除前述“能不审就不审”、尽量交由行政机构处理这一大原则之外,在必须审理的情形下,立法也应有所限定,为法官审判提供指引,减少其孤立判断的空间。在此方面,美国主要诉诸对“法定性”的强调。在公民诉讼中,无论受案范围、判断依据,还是责任判处都有明确的法律依据,法官并非抛开法律自我判断何为“环境公益”、“是否受到损害”以及“如何加以保护”,而是严格适用法律,对被告是否符合法律的要求进行判断,包括“被告行为是否属于公民诉讼条款明确规定的特定违法情形”、“被告违反的或应履行的法律义务的具体要求是什么”等。在责任判处方面,也有明确依据。如关于罚款的实施,各单行法都有细致的指引,包括适用情形、参考因素、处罚额度等。需要法官自由裁量的,主要是对和解协议的审批,但也有大致的参考——达到相当于正常执法的效果。双方当事人也只需围绕“法律的要求到底是什么”、“被告是否违反了这种要求”以及“如何恰当实现这种要求”,其判断依据客观、明确,相对容易处理。而且,这种对“法定性”的要求也使得司法判断与行政机构的判

[83] 《解释》第11条规定:“检察机关、负有环境保护监督管理职责的部门及其他机关、社会组织、企业事业单位依据民事诉讼法第十五条的规定,可以通过提供法律咨询、提交书面意见、协助调查取证等方式支持社会组织依法提起环境民事公益诉讼。”第12条:“人民法院受理环境民事公益诉讼后,应当在十日内告知对被告行为负有环境保护监督管理职责的部门。”

[84] 《全国首例大气污染公益诉讼案宣判 企业赔偿2198万》,中国新闻网, <http://news.china.com/domestic/945/20160720/23105129.html>, 访问时间:2016年9月1日。

断大致一致,不会出现被告依法行为(如达标排放)又不侵害他人权利的情况下仍可能承担“生态赔偿”的“法律尴尬”。

在此方面,我国环境公益诉讼几乎没有任何“法定性”的要求,而只有“损害社会公共利益”的抽象规定。按照环境公益诉讼依特殊侵权处理,而侵权责任的承担是不以违法为必要的,法院审判不受法律规定、标准、要求等的约束,而只需考虑是否“损害社会公共利益”。然而,在缺乏法律指引的情况下由法官个人去判断环境行为是否损害社会公共利益,既挑战法官的专业能力,也超出司法权的适当范围,更可能导致司法判断与行政判断的各行其是与潜在冲突。在行为责任方面,尽管法律未有明确要求,实践中法院基本上还是依据是否违法进行裁判的,如根据是否“达标”、“合规”判断是否“停止侵害”,尽管并不符合主流理论,^[85]但实际问题不大。但在货币责任尤其生态赔偿方面,司法判断高度独立,不得不主要依赖环境科学去探究生态损害“是否存在”、“程度如何”以及“如何修复”。但在多数具体环境领域,现有科技水平尚未达到可充分、精确认知的程度,故存在大量模糊、不确定之处,成本高昂而效果有限,庭审往往演变成科学之争,司法判断不无疑点。以有新环保法时代“环境公益诉讼第一案”之称的“福建绿家园、自然之友诉谢知锦等四被告生态破坏案”为例,尽管该案性质上属于损害相对客观、容易确定的林业类案件,但在责任计算及判罚方面不无疑点。^[86]在其他更加开放、复杂的案件中,如要求“修复渤海生态环境”的“绿发会诉康菲石油中国有限公司及中海油生态破坏案”,要求“修复被超标排放所损害的大气环境”的“绿发会诉大众汽车案”案,以及前面提到的要求被告对德州市的大气环境造成的损害进行赔偿的“德州振华案”等,疑难更加明显。另外,《解释》第9条中有关法院认为原告请求“不足以保护社会公共利益”时可以向原告“释明”诉讼请求变动的规定,在缺乏明确规则指引的情况下,也不易操作,其与法院应有的诉讼中立地位的关系,也颇值得玩味。

四、结论

以上分析表明,我国的环境公益诉讼制度与美国环境公民诉讼条款存在巨大差异,可谓两种完全不同的模式。表面看来,我国制度比美国更为宽泛、开放,更少约束、限制,但一些在美国压根就不会被受理的案件在我国可能会受到“重判”。但这种宽泛并没有带来社会实效的同等提升,其根本原因在于,环境公益诉讼这种内在地兼具公私属性的特殊诉讼制度,必须妥善处理各方面问题,在细密规则的规范和指引下方能顺利运行。选择合适的诉讼范围、确立适度宽松的原告资格及起诉限制,平衡司法与行政的关系,最大限度地降低诉讼成本,尽可能地为法院审判提供便利,都是制度设计需要考虑的,仅仅规定宽泛的原告资格授权是不够的。

正因为此,从法律形式上看,美国的公民诉讼条款复杂、细密,其本身就是一个涉及多方面内容的制度体系。除此之外,大量判例、原则、司法惯例也起着重要作用,是整个规范体系的重要组成部分,对诉讼的健康运行不可或缺。而我国环境公益诉讼的相关立法严格来说还只是关于允许起诉的宽泛授权,远谈不上建构了系统的制度,大量操作性规定都是由《解释》来完成的,不仅合理性存疑,有些内

[85] 依我国主流理论,环境侵权的构成不以行为“违法”为必要。

[86] 该案的生态修复初步费用估算报告是由“北京中林资产评估有限公司”出具,被告质疑该公司作为“资产评估机构”没有评估生态环境修复费用的资质、参与人员不具有鉴定资格、评估系原告单方委托且没有征询被告意见等,更有被告质疑评估只是依据改变林业用途的亩数计算,并没有对涉案林地被改变之前的状况和功能进行实地调查;但法院仅以法律未禁止单方委托、被告未申请重新鉴定、评估人员“均属于生态学、环境保护方面具有博士学位的高职称专家”等笼统理由予以反驳,并对评估结果予以采信。

容也超出了司法解释所能作用的范围。因此,我国环境公益诉讼要想真正获得良好的发展,立法层面还有大量工作要做,其中法律层面的立法完善首当其冲、不可或缺。对此,在《环境保护法》新修不久、短期内不会轻易再修的情况下,通过各单行法的修改逐个完善是一条可行的思路。各单行法可在《环境保护法》第58条所确定的基本框架下,根据自身目标和对象特点(如水、大气的流动、易变,土壤、固废的稳定、持久)对其调整范围内的环境公益诉讼的范围、对象、程序、责任方式、与法律标准的关系、与行政执法的配合衔接等关键内容作出细化、可操作的具体规定,既充实《环境保护法》的制度框架,又为自己量身定做一套真正“合身”的制度,最终形成框架统一、类型多样、因法而宜的环境公益诉讼制度体系。此种处理也符合《环境保护法》与环境单行法之间作为“综合法”与“具体法”的应然关系。

最后,不得不说的是,当前我国这种与美国模式迥异的“私法公法化”模式如果是理论界充分研究、立法者深思熟虑后基于客观情势的自觉选择,即使其中不无功利或非理性成分(如刻意要与美国不同),即使实际效果不尽如人意,那这种选择本身也难言错误,学界也无可指摘。但如果这种选择并非基于充分认知的清醒选择,而是由于对他国经验的认识不够全面、深入而造成对所谓理想模板的误解,是依照自己想象的但与客观实际并不相符的他国成功经验而刻意构建的产物的话,那这种选择无论如何不能称为正确,且学界首先应当作出检讨,而对当前制度的全面检视和修正,包括对现行模式整体的根本性反思,亦为必要。

Just Looks like Twins: Comparative Research on Environmental Public Interest Litigation between China and U. S.

Gong Gu

Abstract: Citizen suit in America has a wide plaintiff scope but rigid standing rules, and it can be only filed against illegal action in some special fields, which have made citizen suit clause restricted by prior procedures such as Notice and Diligent Prosecution. It employs injunction as the primary method of redress, encourages agency or department to intervene with litigation to protect state interest fully. Meanwhile, Citizen suit in America has bilateral litigation cost shift system and remedies both plaintiff and state's interest. All of these features are very different from China. From theoretical perspective, citizen suit in America could be described as Privatization of Public Law in contrast with China's Publicization of Private Law. Although it seems that China's environmental public interest litigation can be put into practice more freely and wildly, it suffers from bad efficacy and many difficulties in reality. As a kind of special institution which intrinsically combined with public and private characteristics, environmental public interest suit has to deal with many problems cautiously with detailed law rules, otherwise, it cannot play its due value. All in all, there is still a long way to go in China concerning environmental public interest suit.

Keywords: environmental public interest litigation; citizen suit; comparative research; China and U. S.

(责任编辑:杨琦萍)

《中国评论》中的中国法律及其研究价值

李秀清*

摘要:《中国评论》(The China Review: Or, Notes and Queries on the Far East, 1872 - 1901)是19世纪末期中西文化交流史上的主导性媒介,所刊有关中国法律和习俗的文章多,内容丰富,包括摘译《大清律例》、《洗冤录》和《刑案汇览》,专文论述中国古代法律传统及《大清会典》,评述中国法律的实施,介绍中国的官制、刑法、监狱、婚姻、继承、收养、商事等。与《中国丛报》相比,《中国评论》关注中国法律的范围、侧重点和论述方法均有明显变化。对于中国法律典籍西译史的深入研究、19世纪西方人中国法律观变迁史的总结等比较法律史的诸多论题,《中国评论》都有重要价值。

关键词:《中国评论》 《中国丛报》 19世纪 比较法律史

《中国评论》是香港期刊“The China Review: Or, Notes and Queries on the Far East”的通常译名,于1872年6月由英国人丹尼斯(N. B. Dennys, 1840 - 1900)^[1]创刊,1901年6月停刊,共25卷、150期。^[2]每卷各期页码连续,最多的是第12卷、519页,最少的是第24卷、296页,其他各卷三四百页不等。《中国评论》主要刊载篇幅较长的专题文章(articles),其他主要栏目还有“书讯”^[3]和“释疑”^[4]等,绝大部分都是英文,以法、德、意、西和葡等文撰写的仅有几篇,总体上说,是一份英文期刊。尽管它在报刊史及中西交流史等研究中还有另一译名——《远东释疑》,但无论专文还是释疑乃至书讯,绝大多数都是关于中国,其中,有关法律的内容就很丰富,值得关注和研究。

一、《中国评论》刊载中国法之概况

《中国评论》的作者队伍庞大,有四百余人,主要是欧美的来华传教士、外交官、公务人员、商人、记者等,其中,英国人最多,而中国作者仅何启(1858 - 1914)一人。^[5]内容涉及面极广,发刊词^[6]中

* 华东政法大学法律学院教授,法学博士。本文系国家社科重点项目“《中国评论》与十九世纪末西方视野中的中国法”(15AFX006)的阶段性研究成果。

[1] 丹尼斯曾任香港《德臣报》(China Mail)主编,系《中日释疑》(Notes and Queries on China and Japan, 1867 - 1870年)的创办人,以及香港市政厅博物馆和图书馆的创立人。

[2] 其中,前18卷,各卷均是从头一年的7月到次年的6月为一卷,双月刊,每卷6期;第19卷,1891年,6期;第20卷,1892年至1893年,6期;第21卷,1894年至1895年,6期;第22卷,1896年至1897年,6期;第23卷,1898年至1899年,6期;第24卷,1899年至1900年,6期;第25卷,1900年至1901年,6期。

[3] 即 Short Notices of New Publication and Literary Intelligence 或者 Notices of New Books and Literary intelligence。

[4] 即 Notices and Queries。

[5] 详见王国强:《〈中国评论〉(1872 - 1901)与西方汉学》,上海人民出版社2010年版,“附录二《中国评论》作者索引(共405人)”,第405 - 464页。

[6] *Introductory*, The China Review: Or, Notes and Queries on The Far East, Vol. I, No. 1, July, 1872 to June, 1873, p. 1. 以下引注中,将该刊刊名统一简化为“The China Review”。

明确提到的就有艺术和科学、人种、民俗、地理、历史、文学、神话、风俗习惯、自然志^[7]和宗教等。第11卷第3期的最后,首次刊载有“To Contributors”^[8](类似于现在的“征稿启事”),明确欢迎以下三类主题的来稿,其后各期也多原封不动地加以刊载。为清晰起见,特制表如下:

主题序列	主题分类
1	古代和现代建筑(Architecture, Ancient and Modern)
2	土著种族(Aboriginal Races)
3	农业、工业和商业(Agriculture, Industry and Commerce)
4	考古学(Archeology)
5	艺术和科学(Arts and Sciences)
6	文献学(Bibliography)
7	传记(Biography)
8	中亚的人种、地理和历史(Central Asia, Ethnography, Geography and History of)
9	年代学(Chronology)
10	朝鲜的历史、语言、文学和政治(Corea, History, Language, Literature and Politics of)
11	工程(Engineering Works)
12	人种(Ethnography)
13	动植物(Fauna and Flora)
14	自然地理和政治地理(Geography, Physical and Political)
15	地质学(Geology)
16	行会和贸易组织(Guilds and Trade Combinations)
17	通史和地方志(History, General and Local)
18	碑铭(Inscriptions)
19	中外交流(Intercourse between China and Other Nations)
20	中国对于日本文学、宗教、哲学和文明之影响(Japan, Chinese Influence on the Literature, Religion, Philosophy and Civilization of)
21	法学(Jurisprudence)
22	古今文学(Literature, Ancient and Modern)
23	体育和娱乐的风俗习惯(Manners and Customs, sports and pastimes)
24	神话(Mythology)
25	医药(Medicine)
26	冶金术和矿物学(Metallurgy and Mineralogy)
27	钱币学(Numismatics)
28	政制和行政(Political Constitution and Administration)
29	宗教及其教义、法事和仪式(Religions, Their Tenets, Rites and Ceremonies)
30	与东方相关著作之书评(Reviews of Works Relating to the East)
31	秘密社团(Secret Societies)
32	贸易线路(Trade Routes)
33	本地小说、戏剧等作品的翻译(Translations of Native Works, Novels, Plays, etc.)

[7] 即 Natural history,又被译为“自然史”或“博物学”,本文从吴国盛先生的观点,将其译为“自然志”。参见吴国盛:《自然史还是博物学?》,载《读书》2016年第1期。

[8] 详见 The China Review, Vol. XI, No. 3, July, 1882 to June, 1883, p. 202.

从上表所列的欢迎来稿主题及其实际刊载的九百余篇专文和一千余条释疑可知,《中国评论》所含内容主要是与中国有关,几乎涵盖此时期初露端倪的中国近代“七科之学”的文、理、法、商、医、农、工等领域。

在经过近一年逐页浏览后发现,按我们现在理解属于三十三类主题之一的“法学”的内容十分丰富,既有专文,也有简要的释疑和报道。将之进行归纳,主要有下列方面:

(一) 摘译中国法律典籍

1. 《大清律例》。哲美森(George Jamieson, 1843 - 1920)和杰弥逊(J. W. Jamieson, 1867 - 1946)各翻译了若干条款。前者在译者序中明确说明是依据其1870年版,摘译的内容涉及“兵律”和“户律”,分五个部分连载。^[9]杰弥逊的摘译相对较少,仅包括《户律·钱债》“违禁取利”条律文及5条附例、“得遗失物”条律文,《户律·市廛》“私充牙行埠头”条律文及5条附例、“把持行市”条律文及5条附例、“私造斛斗秤尺”条律文。^[10]

2. 《洗冤录》。翟理斯(Herbert A. Giles, 1845 - 1935),据其道光二十三年(1843年)版翻译了前两册,无译者序,连载于第3卷第1期至第3期。^[11]

3. 《刑案汇览》。译者也是哲美森,翻译了9起案例,涉及收养、继承、婚姻,对其中4起案例附加有注解。在简要的前言中,译者还介绍了《刑案汇览》的性质及选摘这些案例的原因,对于中国的法典及其实施也有所评论。^[12]

此外,杰弥逊也摘译了两组重要案例:一组是关于给没赃物,另一组是倒卖田宅。^[13]至于它们是否来自《刑案汇览》,还有待细查,注释中只是说明译自“a Chinese collection of leading cases”,若将之直译,即为《中国指导性案例汇编》。

(二) 专文介绍中国古代法律传统

有一篇由汉恩·蒲拉斯(Dr. J. Heinr. Plath)译自德国《巴伐利亚皇家科学院汇刊》^[14](1865年)的长文——“古代中国的立法和法律”^[15],分两期刊载,介绍中国古代尤其是夏、商、周三朝的立法、司法,以及包括婚姻家庭和土地等民事法律制度,并有一些评述。在文中,多处参引《周礼》、《论语》、《左传》、《中庸》等经典文献。

此外,有一则短文“中国最初的法典编纂”^[16]。该文认为,如同罗马颁布《十二表法》,子产铸刑书在中国法律史上也具有划时代的意义,尽管最初这遭到激烈的反对。

[9] *Translations from the Lü - Li, or General Code of Laws*, *The China Review*, Vol. VIII, No. 1, July, 1879 to June, 1880, pp. 1 - 18; Vol. VIII, No. 4, pp. 193 - 205; Vol. VIII, No. 5, pp. 259 - 276; Vol. VIII, No. 6, pp. 357 - 363; Vol. IX, No. 3, July, 1880 to June, 1881, pp. 129 - 136; Vol. IX, No. 6, pp. 343 - 350; Vol. X, No. 2, July, 1881 to June, 1882, pp. 77 - 99.

[10] *Extracts from the Ta - Ching Lü - Li*, *The China Review*, Vol. XVIII, No. 2, July, 1889 to June, 1890, pp. 118 - 124.

[11] *洗冤錄 The His Yuan Lu, or Instructions to Coroners [Translated from the Chinese]*, *The China Review*, Vol. III, July, 1874 to June, 1875, No. 1, pp. 30 - 38; No. 2, pp. 92 - 99; No. 3, pp. 159 - 172. 译者还加了题注,将《洗冤錄》直译为“Record of the Washing Away of Wrongs”。

[12] *Cases in Chinese Criminal Law*, *The China Review*, Vol. X, No. 6, July, 1882 to June, 1883, pp. 357 - 365.

[13] *Chinese Law. Translations of Leading Cases*, *The China Review*, Vol. XVIII, No. 1, July, 1889 to June, 1890, pp. 33 - 36.

[14] 即 *The Transactions of The Royal Bavarian Academy of Science*, 慕尼黑。

[15] *Legislation and Law in Ancient China. According to Chinese Sources*, *The China Review*, Vol. VII, July, 1878 to June, 1879, No. 3, pp. 187 - 193; No. 5, pp. 285 - 290.

[16] *The Primitive Codification of Chinese Law*, *The China Review*, Vol. X, No. 1, July, 1881 to June, 1882, p. 71.

(三) 专文论述中国的宪法性法律,即《大清会典》

有一篇长文,题名即为“中华帝国的宪法性法律”,^[17]作者是该文发表前不久刚刚病逝的丕思业(C. F. Preston, 1829 - 1877)。他认为,《大清会典》在一定意义上可被视作是中华帝国的宪法性法律,并翻译了乾隆二十九年(1764年)的《钦定大清会典》序言全文,对《大清会典》的印刷版本及中国古代印刷技术进行考证,简要介绍其内容,最后还对《大清会典》和中国古代礼仪文化作了总结性评价。

(四) 中国官制

此方面内容零散,涉及面广。除杰弥逊的“中国文官改革之观察”^[18]这篇政论文章外,其他主要有:

(1) 官衔术语。主要有欧德理(E. J. Eitel, 1838 - 1908)的“中国官衔”^[19]、白挨底(G. M. H. Playfair, 1850 - 1917)的“中国官名”^[20]等两篇文章。

(2) 满汉官员比例。“中国政府中的满汉官员”^[21]即是此方面的专文。

(3) 地方官员列表。在英国领事馆工作的商人班德瑞(F. S. A. Bourne, 1854 - 1940)发表“中国各省官员列表”^[22]、“中国历任中央和地方高级官员列表”^[23]等文,前者列出自1874年起任职,包括各省道台及其以上级别官员,尤其是通商口岸负责海关事务,与外国人直接打交道的官员名录,内含170余位地方官员的任职、调任等时间表。后者内列自1860年至1879年2月清朝中央主要官员,及各省道台以上、除学政之外的共144名官员的重要信息,同时,对其中的满汉比例和高官中捐钱获得初任官员的人数也作了统计。

(4) 任官禁止。有一则简讯——“禁止在本省任官职”,它特别提到,在中国,任何人不可在自己本省担任文官职位。^[24]

(5) 官职买卖。“官职买卖及其后果”^[25]一文,对此有简要介绍。它认为,在中国,从前只有名誉官职可以买卖,在叛乱时期,实职以候选方式首次被买卖,后来买卖官职的花样不断增多,滋长腐败,致使正常提拔和升迁的渠道受堵。

(6) 关注清朝政要的言论和动向。刊载有“驻英法公使曾纪泽日记摘译”^[26]、“使臣薛福成论中国

[17] *Constitutional Law of The Chinese Empire*, *The China Review*, Vol. VI, No. 1, July, 1877 to June, 1878, pp. 13 - 29.

[18] *Chinese Views on Civil Service Reform*, *The China Review*, Vol. XIX, No. 1, 1891, pp. 37 - 42.

[19] *Chinese Official Ranks*, *The China Review*, Vol. III, No. 1, July, 1874 to June, 1875, pp. 377 - 379; *The China Review*, Vol. IV, No. 2, July, 1875 to June, 1876, pp. 125 - 130.

[20] *Chinese Official Titles*, *The China Review*, Vol. VI, No. 3, July, 1877 to June, 1878, pp. 242 - 253.

[21] *The Share Taken by Chinese and Bannermen Respectively in the Government of China*, *The China Review*, Vol. VI, No. 2, July, 1877 to June, 1878, pp. 136 - 137.

[22] *Tabular View of The Officials Composing the Chinese Provincial Governments*, *The China Review*, Vol. VI, No. 6, July, 1877 to June, 1878, pp. 351 - 362.

[23] *Historical Table of The High Officials Composing the Central and Provincial Governments of China*, *The China Review*, Vol. VII, No. 5, July, 1878 to June, 1879, pp. 314 - 329.

[24] *Prohibition of Hold Civil Office in One's Native Province*, *The China Review*, Vol. X, No. 3, July, 1881 to June, 1882, p. 220.

[25] *Office Purchase and Its Result*, *The China Review*, Vol. XII, No. 2, July, 1883 to June, 1884, p. 136.

[26] *Extracts from the Diary of Tseng 'Hou - Yeh, Chinese Minister to England and France*, *The China Review*, Vol. XI, No. 3, July, 1882 to June, 1883, pp. 135 - 146.

人移民海外”^[27]、“张之洞论中国改革”^[28]、“中国官员自撰的为官记录”^[29]等文,此外,还多处提及皇太后和李鸿章。

(五) 刑事法律

关于犯罪,除数则报道评论上海、厦门、广州等地存在“杀女婴”^[30]这一陋习之外,主要还有两篇文章:一是司登得(G. C. Stent, 1833 - 1884)的“两起钉头案”^[31],另一是阿拉巴德(Ernest Alabaster, 又译阿拉巴斯特,1872 - 1950)的“中国犯罪之说明”^[32],主要对不同的杀人罪如过失杀人与谋杀、不同方式的谋杀等作了具体的介绍。另外,阿拉巴德还有一则答疑,举例解释醉酒是否应承担刑事责任这一问题。^[33]

关于刑罚,引人关注的是费伊女士(L. M. Fay)“论国事犯的处决”^[34]一文,较详细地描述审判和处决犯叛逆罪、叛乱罪者的过程。

此外,还有若干简讯,主要有:评述禁止和废除鞭背罪人,^[35]就小斯当东所译《大清律例》的刑罚进行补正,^[36]评论地方审判中所处刑罚及鉴定尸体方法具有迷信色彩,^[37]报道地方官员可应被执行者家属之请求变通执行绞刑或斩刑,^[38]介绍《大清律例》中的“保辜限期”^[39]。

(六) 司法

有一篇文章题为“中国法律的实施”^[40](作者署名 Lex),是针对中国司法的最主要评论文章。该文指出,中国法与西方法的差异较大,应该从历史发展、法律形式与基本原则等方面去回应“中国法是什么”这一问题,并对中国古代律法的演变和清朝修律概况作了简要回顾,指出科举制和宗法制对于中国法律实施的影响,具体介绍诉讼程序,并以清末的“安德海案”与“佰稜科举舞弊案”等为例,揭露中国的司法腐败。在最后总结中,该文的作者指出,中国法的实施所呈现出的是一幅明亮与灰暗兼具的图景,既不可过度赞扬,亦不能极端指责。

此外,还有两篇以广东监狱为主题的文章:一篇是传教士嘉约翰(J. G. Kerr, 1824 - 1901)医生的

[27] *Minister* 薛福成 on *Chinese Emigrants Abroad*, *The China Review*, Vol. XXI, No. 3, 1894 to 1895, pp. 138 - 141.

[28] *H. E. Chang Chih Tung on Reform in China*, *The China Review*, Vol. XXIII, No. 6, 1898 to 1899, pp. 301 - 310.

[29] *Record of Services of Chinese Officials Written by Themselves*, *The China Review*, Vol. IX, No. 6, July, 1880 to June, 1881, pp. 370 - 375. 内有刘坤一、瑞麟、叶名琛、姚锦元和孙凤翔等任职广东时的为官履历及相关信息。

[30] *Female Infanticide*, *The China Review*, Vol. I, No. 4, July, 1872 to June, 1873, pp. 272 - 273; *Female Infanticide from an Unpublished History of Amoy*, *The China Review*, Vol. II, No. 1, July, 1873 to June, 1874, pp. 55 - 58; *Female Infanticide among the Punti Chinese*, *The China Review*, Vol. II, No. 2, July, 1873 to June, 1874, pp. 130 - 131.

[31] *The Double Nail Murders*, *The China Review*, Vol. X, No. 1, July, 1881 to June, 1882, pp. 41 - 43.

[32] *Illustrations of Chinese Criminal, Practice—II*, *The China Review*, Vol. XXV, 1900 - 1901, pp. 174 - 175.

[33] *Effect of Temporary Insanity—Drunkenness*, *The China Review*, Vol. XXV, 1900 - 1901, p. 93. 这第25卷共6期,各期并没有如同其他卷那样标出期号。

[34] *On the Execution of State Criminals*, *The China Review*, Vol. II, No. 3, July, 1873 to June, 1874, pp. 173 - 175.

[35] *Punishments*, *The China Review*, Vol. XVII, No. 1, July, 1888 to June, 1889, p. 52; *Flogging of Criminals*, *The China Review*, Vol. IX, No. 5, July, 1880 to June, 1881, p. 323.

[36] *Punishments under the Chinese Penal Code*, *The China Review*, Vol. IX, No. 2, July, 1880 to June, 1881, p. 124.

[37] *Chinese Punishments and Superstitions*, *The China Review*, Vol. XI, No. 5, July, 1882 to June, 1883, p. 333 - 334.

[38] *Decapitation v. Strangulation*, *The China Review*, Vol. XVI, No. 3, July, 1887 to June, 1888, p. 182.

[39] *Limit of Responsibility for Effects of Wounds according to Chinese Law*, *The China Review*, Vol. X, No. 4, July, 1881 to June, 1882, pp. 286 - 287.

[40] *The Administration of Chinese Law*, *The China Review*, Vol. II, No. 4, July, 1873 to June, 1874, pp. 230 - 244.

“广东的监狱”^[41],介绍广东番禺和南海监狱的状况;另一篇“广东监狱”,^[42]没有作者具名,看似是广东监狱的实地调查报告。其他还有几则零星报道,包括转载自《京报》的执法官虐囚行径^[43]、摘自《中国丛报》和《申报》分别有关广东以命抵命的规则、北京不鼓励诉讼的规定^[44],以及三则关于刑讯的简讯^[45]。

(七) 家庭法

此方面最为庞杂,内容极为丰富,涉及婚姻、继承、收养等方面的法律和习俗。有报道、释疑,有专文,还有一篇以“比较中国家庭法”^[46]为标题的超长篇书评。

关于婚姻。主要关注中国婚姻的效力,比如有对于结婚是否需要登记^[47]、有无结婚证书或其他证明婚姻效力的方法^[48]的提问,以及相应的解答。其中有一篇解答,题名即是“中国婚姻的效力”^[49],作者署名 G. J. (应该是哲美森)。他在文中首先说明,在中国,不存在结婚证书之说,国家或宗教组织对于结婚典礼也没有任何的控制,接着,还介绍了亲属或同姓不能为婚的律例规定、婚约及其他结婚程式、妾的地位等,特别强调基于双方父母或男性尊长同意的婚约才是关键。

关于继承。关注比较集中的首先是遗嘱,有四篇标题都为“中国的遗嘱”^[50]的问答,对于中国是否有遗嘱、遗嘱的见证人应该需要几名、各地的遗嘱习俗是否有别等问题进行解释。

还有一篇专文,即“被普遍理解和适用的中国遗嘱继承”^[51]。在该文中,作者欧德理指出,在《大清律例》中找不到有关遗嘱的规定,但在香港或中国其他地区,习俗中却存在遗嘱,其有效的前提就是与律例中规定的遗产继承原则不相矛盾,比如,不能剥夺儿子的继承权等,并将《大清律例》的“立嫡子违法”等条款译出附于文后,还进行评述。另有一篇从继承与家长权的视角论述中国继承制度的文章。^[52]

同时,还有连载三期的名为“继承法”^[53]的文章,是阿查立(Chaloner Alabaster, 1838 - 1898)摘自数年前公布、但迄今仍有效力的指导性案例汇编(a collection of Leading Cases),共 18 则中国各地法官的裁决。作者在文章开头的按语中指出,在中国,有关财产的遗嘱继承似乎没有绝对固定的法律,但

[41] *The Prisons of Canton*, *The China Review*, Vol. IV, No. 2, July, 1875 to June, 1876, pp. 115 - 122.

[42] *The Canton Prisons*, *The China Review*, Vol. XI, No. 6, July, 1882 to June, 1883, pp. 343 - 347.

[43] *Official Barbarities*, *The China Review*, Vol. XIII, No. 3, July, 1884 to June, 1885, p. 224.

[44] *Judicial*, *The China Review*, Vol. XVII, No. 1, July, 1888 to June, 1889, p. 54. 这则报道被重复刊载于该卷第 2 期第 114 页。

[45] 这三则简讯是:*Torture in British and Chinese Prisons*, *The China Review*, Vol. IV, No. 3, July, 1875 to June, 1876, pp. 203 - 204; *Torture in China*, *The China Review*, Vol. XI, No. 4, July, 1882 to June, 1883, p. 260; *The Use of Torture*, *The China Review*, Vol. XII, No. 2, July, 1883 to June, 1884, p. 136.

[46] *Comparative Chinese Family Law*, *The China Review*, Vol. VIII, No. 1, July, 1879 to June, 1880, pp. 67 - 107. 该文是庄延龄(E. H. Parker, 1849 - 1926)对于穆麟德(P. G. von Möellendorff, 1847 - 1901)所著《中国家庭法及与其他国家之比较》的长篇书评。

[47] *Marriage Registries*, *The China Review*, Vol. III, No. 4, July, 1874 to June, 1875, p. 255.

[48] *Chinese Marriage Law*, *The China Review*, Vol. V, No. 1, July, 1876 to June, 1877, p. 72.

[49] *Validity of Chinese Marriages*, *The China Review*, Vol. V, No. 3, July, 1876 to June, 1877, pp. 204 - 205.

[50] *Chinese Wills*, *The China Review*, Vol. IV, No. 4, July, 1875 to June, 1876, p. 268; *Chinese Wills*, *The China Review*, Vol. IV, No. 5, July, 1875 to June, 1876, pp. 331 - 332; *Chinese Wills*, *The China Review*, Vol. IV, No. 6, July, 1875 to June, 1876, pp. 399 - 400; *The China Review*, Vol. V, No. 1, July, 1876 to June, 1877, p. 69.

[51] *The Law of Testamentary Succession as Popularly Understood and Applied in China*, *The China Review*, Vol. XV, No. 3, July, 1886 to June, 1887, pp. 150 - 155.

[52] *Inheritance and "Patra Potestas" in China*, *The China Review*, Vol. V, No. 6, July, 1876 to June, 1877, pp. 404 - 407.

[53] *The Law of Inheritance*, *The China Review*, Vol. V, No. 3, July, 1876 to June, 1877, pp. 191 - 195; Vol. V, No. 4, July, 1876 to June, 1877, pp. 248 - 251; Vol. VI, No. 1, July, 1877 to June, 1878, pp. 55 - 56.

在司法实践中,却存在若干获得承认的基本规则。作者在多数裁决后,还附有简要解释。

关于收养。有数则简讯,包括:“中国的养子”^[54],提到中国最早的养子是司马攸,他是司马昭之子,但被过继给伯父司马师;“收养”^[55],提及中国在收养方面,有类似于印度、古代罗马的原则;“收养——与此相关的一起案件”^[56]是转摘自《京报》,某人“继于姨夫为嗣”改为龙姓之后,申请要求“归宗”、恢复自己原来的邱姓的报道。

此外,有两篇长文:一篇是港府职员米歇尔-英尼斯(N. G. Mitchell - Innes)的“收养”一文,^[57]就中国人为何重视收养、按何顺序确定被收养人、被收养人继承财产及其他权利的保障等问题进行阐述;另一篇是哲美森在日本东京英吉利法律学校的演讲稿——“收养的历史及其与现代遗嘱的关系”^[58],先回顾世界法律史上的收养,接着解释中国法律中关于收养的规定,分析源自古代罗马法的遗嘱继承,最后总结出收养与遗嘱之间的关系及原则。

(八) 商事法

署名 A. C. D. 的作者发表“中国商法评注”一文^[59],主旨是说明中国确实缺乏体系化和制度化的商法,并分析原因,但同时提出,在实践中,事实上存在包括买卖、合伙、保证人、经纪人等方面的大量商事规则。另一篇专文是署名 K. 的“中国的行会及其规则”^[60]作者鉴于在中国多数条约口岸都已设立行会,但商人们对行会规则却又都不甚了解,故将某港口城市的行会规则全文译出,包括序言和 25 个条款的具体规则。

此外,还有关于中国的破产、买卖和合伙登记等方面规则的若干简讯。^[61]

二、《中国评论》刊载中国法律的特点——与《中国丛报》比较

19 世纪,外国人来到中国之后,一待条件成熟,就积极创办报刊,报道和介绍中国情况,这几乎是当时来华有识之士的一致做法。所以,此时期相关西文报刊不计其数,其中,在《中国评论》之前,同类期刊中在西方国家影响最大的,非《中国丛报》莫属。

《中国丛报》(The Chinese Repository, 1832 - 1851)于 1832 年 5 月创刊于广州,创办人是美国第一个来华传教士裨治文(E. C. Bridgman, 1801 - 1861)。在他移居上海后,卫三畏(S. W. Williams, 1812 - 1884)于 1848 年继任主持刊物。《中国丛报》存续时间长,前后整整 20 卷,总 232 期,卷、期稳定,体例固定,文字也较规范,转摘多有出处,每卷附有索引,可以说,它是外国人在中国境内创办的第一份

[54] *Adopted Sons in China*, The China Review, Vol. XIII, No. 2, July, 1884 to June, 1885, pp. 119 - 120.

[55] *Adoption*, The China Review, Vol. VII, No. 3, July, 1878 to June, 1879, pp. 281 - 282.

[56] *Adoption—A Cass in Point*, The China Review, Vol. IX, No. 2, July, 1880 to June, 1881, pp. 122 - 123. 作者于 1890 至 1895 年担任香港殖民政府的司库。

[57] *Adoption*, The China Review, Vol. XIV, No. 4, July, 1885 to June, 1886, pp. 199 - 205.

[58] *The History of Adoption and Its Relation to Modern Wills*, The China Review, Vol. XVIII, No. 3, July, 1889 to June, 1890, pp. 137 - 146.

[59] *Notes on Chinese Commercial Law*, The China Review, Vol. II, No. 3, July, 1873 to June, 1874, pp. 144 - 148.

[60] *Chinese Guilds and Their Rules*, The China Review, Vol. XII, No. 1, July, 1883 to June, 1884, pp. 5 - 9.

[61] *Bankruptcy in China*, The China Review, Vol. VI, No. 2, July, 1877 to June, 1878, p. 136; *Laws of Sale amongst the Chinese*, The China Review, Vol. VI, No. 2, July, 1877 to June, 1878, p. 137; *The Commercial Law Affecting Chinese: With Special Reference to Partnership Registration and Bankruptcy Laws in Hongkong*. “China Mail” Office, Hongkong, 1882. The China Review, Vol. VI, No. 2, July, 1882 to June, 1883, pp. 52 - 53.

成熟的英文期刊。它涉及的内容较广,虽然并没有将“法律”作为其三十类主题之一,^[62]但所载关于中国法律的文章及报道却不少,大致可分为中国的立法、法律的实施、刑法、诉讼、监狱、土地制度等。其中涉及诉讼的最为庞杂,主要包括刑事诉讼的程序、证据、庭审、审判官、监狱管理,介绍土地制度等民事法的最为简单。^[63]

与《中国丛报》一样,《中国评论》也是内容庞杂,涉及面广。但是,细细研读这两份期刊,感觉还是有很大的变化,这不仅体现在后者在征稿启事中已经明确将“法律”(Jurisprudence)作为三十三类受欢迎主题来稿之一,而且还表现在下列四个方面:

首先,关注中国法律的范围更广。如前所述,《中国评论》摘译中国法律典籍,如《大清律例》、《洗冤录》和《刑案汇览》等,这在《中国丛报》中没有看到。同时,《中国评论》对于官制改革、满汉官员比例、官衔买卖、任官禁止、婚姻效力、妾的地位、收养顺序、遗嘱生效条件、破产、合伙登记、买卖抵押、行会组织规范等内容,也都是《中国丛报》几乎没有涉及的。

其次,关注中国法律的侧重点有变,最为明显的即是重民轻刑。在《中国丛报》中,民事法最为简单,仅有零星几则简讯涉及土地制度,刑事法尤其是刑事司法占据主要篇幅。而在《中国评论》中,犯罪与刑罚的很少,刑事审判、刑讯逼供、公开斩绞死刑犯等在《中国丛报》中有屡见不鲜的报道和描述,在《中国评论》中已是极为少见。相应地,有关财产买卖、婚姻家庭等有较多论述,摘译《大清律例》主要是其中的《户律》,摘译《刑案汇览》时主要关注的也是收养、继承、婚姻等案例,甚至在针对中国第一部由官方组织系统翻译的外国法典,即任职同文馆的法国教习毕利干(A. A. Billequin, 1837 - 1894)翻译的《法国律例》的书评中,所附英汉对照仅有的5个法条,也即是关于结婚资格和要件的《法国民法典》第144条至151条。^[64]

再次,不仅关注律例条文,而且还重视司法判例、习惯法和地方习俗。在《中国评论》中,不仅有哲美森摘译《刑案汇览》的9起案例,杰弥逊摘译的两组指导性案例,还有阿查立摘译的18则关于继承的地方裁决。对于结婚仪式、遗嘱见证人、收养仪式、商业交易习惯等,《中国评论》的编作者都特别重视介绍各地实际遵循的习惯和风俗,其中,涉及香港及广东一带的习惯和习俗就有不少。这种探究律文的实际运作,以及律文之外及背后的观念、民俗、风情的视角,是《中国丛报》的读者较少能够感受到的。

最后,报道和介绍中国法律的方法发生明显变化,学术性增强。这具体又表现在:系统性的论述增多,在有关中国的立法演变史、宪法性法律即《大清会典》、官制改革、国事罪、广东监狱、法律的实施及婚姻家庭法、商事法等方面,《中国评论》都不仅有简要报道和释疑,更有长篇文章;介绍力求中立客观,评论尽量避免偏激,这是继研读《中国丛报》之后,浏览《中国评论》时明显会有的感受,即使在少数几则关于非法刑讯的报道中,也看不到《中国丛报》中跃然纸上完全抨击性的那类风格的行文;广泛运用比较法,将中国法律纳入世界法律体系进行论述,不仅有直接冠以“比较”之名的如“比较中国家庭法”等长文,还在其他专文,甚至在简要的报道和释疑中,都可以看到将中国法律和习俗,与印度、日

[62] 由卫三畏制作、附在《中国丛报》最后一卷的“文章列表”显示,其1257篇文章按主题被划分为三十类。List of the Articles in the Volumes of *The Chinese Repository*, Arranged according to Their Subjects, *The Chinese Repository*, Vol. XX, 1851, pp. ix - liv.

[63] 详见李秀清:《中法西译:〈中国丛报〉与十九世纪西方人的中国法律观》,上海三联书店2015年版。

[64] *Codes Francais*, Translated into Chinese, by A. Billequin. Tung Wen College, Peking: 1882, *The China Review*, Vol. X, No. 6, July, 1881 to June, 1882, pp. 420 - 423.

本、古希腊、古罗马、英国、法国等相关制度进行比较的内容,这在《中国丛报》中尚属稀少。此方面值得另文详述。

三、《中国评论》应有的法学研究价值

《中国评论》是英国汉学或曰英美汉学的代表刊物,甚至有学者称其是“西方世界最早的真正汉学期刊”。最近十余年间,有两部以其为主题的研究论著已经问世,值得关注,即段怀清和周伶俐编著的《〈中国评论〉与晚晴中英文学交流》(广东人民出版社,2006年),以及前文已有参引的王国强所著《〈中国评论〉(1872-1901)与西方汉学》,最值得关注。两者都以《中国评论》为切入点,但从书名即可知道,视角和侧重有所不同,前者侧重于晚晴中英文学交流史,后者则特别着墨于西方汉学。相对而言,后者的论述更为系统、详实,是作为复旦历史学博士的作者,在博士论文基础上修订出版,不仅有脉络清晰的学术史综述,对于该刊史实,包括出版时间、栏目设置、编(作)者群体等都有细致的考证,而且还特别就其对于中国语言的研究、所翻译的汉籍,及其对于包括英国汉学在内的西方汉学的推动进行综合考察,同时,其“附录”所列各表也有重要参考价值。

2010年,国家图书馆出版社全套影印出版《中国评论》,合并共计22册,并在第1册册首与第22册最后,分别增加“总目”、“各卷目录”,与两个索引^[65]。这促发了大陆学界史学、社会学、跨文化交流等领域学者对其的浓厚兴趣和深度关注。^[66]但是,令人遗憾的是,包含着上述如此丰富法律内容的《中国评论》,在近代法研究领域至今尚没有得到应有的重视。就笔者阅读所及,迄今看到的仅是零星的介绍和引用,包括:田涛、李祝环在合著《接触与碰撞:16世纪以来西方人眼中的中国法律》中,提及发表于《中国评论》上的文章,即丕思业的“中华帝国的宪法性法律”,及翟里斯摘译《洗冤录》的信息;^[67]前述王国强博士的论著,就《中国评论》翻译中国法律文献及其对于汉学的价值有简要介绍;张振明在“晚清英美对《大清律例》的认识与研究”^[68]一文参考了《中国评论》中的三篇文章,及张世明在《法律、资源与时空建构:1644-1945年的中国》(第四卷 司法场域)一书中对其有几处引用。^[69]

《中国评论》曾发行较广,在欧美等国主要图书馆都有收藏,对于19世纪末、20世纪前期的西方人论中国法律的相关著作多产生过影响,在当代研究中西文化交流史的论著,如美国M. G. 马森著的《西方的中国及中国人观念(1840-1876)》^[70]和英国约·罗伯茨(J. A. G. Roberts)编著的《十九世纪西方人眼中的中国》^[71]等中,《中国评论》都是参考资料。但是,在当代欧美著名学者论中国法律传统的力作[如德克·布迪和克拉伦斯·莫里斯的《中华帝国的法律》(朱勇译,江苏人民出版社,2008年)]

[65] 即一者为各卷索引之汇总,另一者为福开森(John C. Ferguson, 1866-1945)按主题制作的总索引,由别发洋行(Kelly and Walsh Ltd.)于1918年出版发行。

[66] 比如,北京外国语大学比较文学与跨文化研究专业江莉的博士论文即是《十九世纪下半叶来华西方人的汉语研究——以〈中国评论〉为中心》(2015年)。

[67] 参见田涛、李祝环著:《接触与碰撞:16世纪以来西方人眼中的中国法律》,北京大学出版社2007年版,第101、102-103页。

[68] 该文刊载于《北京理工大学学报》(社会科学版)2011年第3期。

[69] 详见该书第六章第一节“有清一代外国人对中国法律的学术研究”,广东人民出版社2012年版,第722、725、730页。

[70] 该书中文版由杨德山翻译,中华书局2006年出版。

[71] 该书中文版由蒋重跃、刘林海翻译,时事出版社1999年出版。

和卜正民等的《杀千刀：中西视野下的凌迟处死》（张光润等译，商务印书馆，2013年）等]中，它却似乎也已被遗忘。

可见，当下近代法研究中对于《中国评论》的关注不足是显而易见，系统、深入的研究更是阙如。仅以比较法律史的视角看，就可据《中国评论》延伸思考若干论题，有较大的研究价值。具体而言，至少有下列方面：

一是弥补中国法律典籍西译史研究之不足。以《大清律例》为例，小斯当东（George Thomas Staunton, 1781 - 1859）于1810年将《大清律例》译成英文，它是《大清律例》的第一个西文版，问世后迅速引起各界关注，不仅《爱丁堡评论》（Edinburgh Review）、《评论季刊》（Quarterly Review）、《评论月刊》（Monthly Review）、《亚洲杂志》（Asiatic Journal）、《文学公报》（The Literary Gazette），以及《中国丛报》等都迅速刊载有书讯或长篇书评，而且仅时隔两年，即1812年，据此英文版翻译为法文版和意大利版的《大清律例》分别在巴黎和米兰出版，同样据此英文版翻译为西班牙文版的《大清律例》分别于1862年在哈瓦那、1884年在马德里出版。^[72] 学界对《大清律例》的西译史已有关注，但对于《中国评论》曾刊载的摘译《大清律例》几乎没有研究。同样，对于《洗冤录》、《刑案汇览》的摘译，也都没有给予应有的关注。^[73] 就此而言，仔细研究《中国评论》刊载的对于这些中国法律典籍的摘译，其学术意义不言而喻。

二是《中国评论》对于曾纪泽、薛福成、张之洞、李鸿章及皇太后慈禧等清廷政要的言论，以及其他法律改革措施的关注，也可作为我们研究此时期西方人对于中国政治、法律改革的看法的依据。《中国评论》创建和存续期间，中西关系在历经两次鸦片战争之后，清廷以巨大代价换来中西关系表面上的暂时缓和，开始正视中西力量的差异和体制的迥异，已形成共识，认为从器物到制度的引入势在必行，着手开始各方面的改革。毫无疑问，西方对此总体上当然是欢迎的。例如，就清廷出资组织系统翻译并出版《法国律例》，就曾毫不吝啬地赞誉，“不管这一译事是出于清政府本身的意愿，还是因为外国顾问的建议”，“清政府的进步和开明（liberal and enlightened）的政策都可喜可贺”，并且指出，清政府能组织翻译欧洲国家的法典，这本身“就是清廷高层人士的心理态度转变的革命性标志，也是过去数年进步发展的结果”。^[74] 对于这些方面的深入研究，应该可以得出一些有启发性意义的总结。

三是《中国评论》所载中国法律，集中反映了19世纪末西方人的中国法律观，将其与此前的《中国丛报》、《中日释疑》，以及同一时期前后的《皇家亚洲文会北华支会会刊》^[75] 等同类期刊进行比较，无

[72] 据意大利特里亚斯特（Trieste）大学历史学教授 Guido Abbattista 于2016年4月，就影印出版该校图书馆藏的1812年意大利版《大清律例》及相关论文的约稿说明，笔者才获悉《大清律例》还有这两个西班牙文版。特此致谢。

[73] 对于中国法律典籍西译史关注最早、研究最精的当属苏亦工教授，早在《环球法律评论》2003年春季号，他就发表《另一重视角——近代以来英美对中国法律文化传统的研究》一文，介绍小斯当东英译《大清律例》的情况及其意义，还就《大清律例》另两个法文版，即费拉斯特（P. L. F. Philastre）翻译、1876年在巴黎出版，及布莱斯（Gui Boulais）翻译、1924年在上海出版，做了简要说明，该文还据转引资料提到，哲美森曾“翻译《大清律例》的部分内容，并发表在《中国评论》上”、“翻译引述过《刑案汇览》的部分内容”。这是笔者迄今所查阅到的大陆学界仅有的较具原创性的相关论文。顺便要说明的是，此文提到的费拉斯特即是法国海军上尉霍道生（1837 - 1902），布莱斯即是法国耶稣会传教士鲍来思（1843 - 1894）。

[74] *Codes Francais*, translated into Chinese, by A. Billequin. Tung Wen College, Peking: 1882, *The China Review*, Vol. X, No. 6, July, 1881 to June, 1882, pp. 420 - 423.

[75] 即 *Journal of The North - China Branch of The Royal Asiatic Society* (1858 - 1948)。关于该刊概况及有关研究，详见上海图书馆编：《皇家亚洲文会北华支会会刊（1858 - 1948）：导论·索引·附录》，上海科学技术文献出版社2013年版。

论是关注内容侧重点的不同,还是具体观点的变化,以及这些不同和变化的原因,都很值得具体的探究。单就变化原因,就不仅可从该时期中外关系的特点这一大背景,从该刊作者群的身份和知识结构、稿件来源,还可以从刊物所在地香港的地缘和文化氛围等方面进行思考,若深入探讨,其中每一项皆可成就一篇有价值的文章。同时,就其所刊的中国法律,包括前已提及的翻译中国法律典籍、介绍中国古代立法,以及评述中国传统法律文化、中国的婚姻家庭制度和习俗、中国司法实践等方面,分断面各个进行具体论述,进而归纳分析,这样才能较客观地总结出西方人的中国法律观在19世纪的纵向变化,及其在19世纪末所呈现出的特点。^[76]

四是《中国评论》存续的19世纪末,清朝的法律本身与康雍乾时期的已经有很大差异,而西方汉学也早已走过了“游记汉学”,正经历从“传教士汉学”转向“专业汉学”,其所刊之中国法律,正好成为我们研究传教士眼中的中国法到专业汉学家眼中的中国法的转变过程。

除创刊人丹尼斯外,后来担任主编的还有前已提及的欧德理、霍近拿(Alexander Falconer, 1847 - 1888)和波乃耶(James D. Ball, 1847 - 1919),主编们是主笔,均是汉学家。^[77] 摘译中国法律典籍或撰有相关专文的其他署名作者,如庄延龄、翟理斯、哲美森、杰弥逊、阿查立、丕思业、司登得、阿拉巴德,以及尚未提及的具有法学研究价值的《圣谕广训》^[78]译成英文并就此作专题演讲的理雅各(James Legge, 1815 - 1897),个个都是响当当的汉学家。他们是中西文化交流史(或曰冲突史)的重要人物,其中有的同时又是传教士,有的先是传教士、后脱离教会而成为纯粹的港府职员或学者,个别的如哲美森还曾担任英国驻华法院(The British Supreme Court for China and Japan)的法官。他们在关注中国法律的同时,也译介中国其他传统典籍。

研究这些作者,以及他们眼中的中国立法、司法及其变化,也有助于我们了解此时期西方视角下对于中国文明位阶和中国在世界体系中地位的衡量和判定。

五是当我们考察《中国评论》中的中国法律时,自然还会将其与此前后时期问世的中文期刊如何介绍和评价西方法律、清朝驻外使节和其他赴西方求学考察的一代有识之士对于西方法律的经验和印象等进行比较,集中于19世纪文化交流的主要中西媒介和主要人物的思考和观点,考察彼此之间的视角和态度的不同和变化,是比较法律史研究中不可或缺的论题。

就此类中文期刊言,当首推在其之前于香港创刊、也是其第一份中文期刊的《遐迩贯珍》(1853 - 1856),其中1853年第3号上的“英国政治制度”^[79]和1854年第2号上的“花旗国政治制度”^[80],即是分别介绍英国与美国的政制、法律的专文,将其作为英美法输入中国之途径和表现的研究成果已有,^[81]但将其作为中西法律一进一出比照对象的研究却阙如。其他的,如《循环日报》(1874年创刊)

[76] 有关其所刊载的中国司法方面的分析,详见拙文:《〈中国评论〉与十九世纪末西方人眼中的中国司法》,载《中外法学》2017年第1期。

[77] 在四位主编中,欧德理的著述最为丰富。其中文名又被译为艾德,出生于德国,1862年加入巴塞尔会(Basel Mission)并被派来中国广东传教,1865年娶英国女子为妻,同年转而加入伦敦传道会,1879年辞退传道工作,开始为香港政府服务。其著述多达数十种,涉猎甚广,包括中国的传统经籍文本、民间风俗、历史、宗教、哲学及香港历史等。参见黄文江:《欧德理的汉学研究》,载《国际汉学》(第十四辑),大象出版社2006年版,该文附录即是“欧德理的汉学著述”。

[78] *Imperial Confucianism*, *The China Review*, Vol. VI, No. 3, July, 1877 to June, 1878, pp. 147 - 1158; No. 4, pp. 223 - 235; No. 5, pp. 299 - 310; No. 6, pp. 363 - 374.

[79] 详见[日]松浦章、[日]内田庆市、沈国威编著:《遐迩贯珍——附解题·索引》,上海辞书出版社2005年版,第694 - 695页。

[80] [日]松浦章、[日]内田庆市、沈国威编著:《遐迩贯珍——附解题·索引》,上海辞书出版社2005年版,第665 - 667页。

[81] 李栋:《鸦片战争前后英美法知识在中国的输入与影响》,中国政法大学出版社2013年版,第133 - 142页。

等也都可作为研究参照。

而 19 世纪末致力于中西文化交流且呼吁变法自强之言论影响颇巨的驻外使节,以及赴西方求学、考察的启蒙先行者,前者如曾纪泽、郭嵩焘、薛福成、黄遵宪,后者如马建忠、王韬等,都留有详尽的日记或文集。它们几乎已经引起近代史所有领域研究者的关注,若在比较法律史的研究中,能将它们与同时期的《中国评论》所刊相关文章联系起来参考,肯定会有更为丰富全面的思考。

六是《中国评论》虽然于 1901 年戛然而止,但它的影响并没有因为停刊而终结,无论形式还是内容。

从形式上言,1919 年 3 月,英国人库寿龄(Samuel Couling, 1859 - 1922)在上海创办的《新中国评论》(The New China Review),就是一份旨在赓续《中国评论》的刊物,其栏目设置也承袭后者,《中国评论》的作者,如庄延龄、翟里斯都积极撰稿支持。^[82]

再就内容看,《中国评论》所刊包括法律在内的文章,不仅被同时期其他相关报刊,如《北华捷报》(North China Herald)和《皇家亚洲文会北华支会会刊》等转载和参引,欧德理、庄延龄、哲美森、阿拉巴德等同时也是这些报刊的作者。

更重要的是,《中国评论》中的中国法律,还随着其部分作者于 19 世纪末、20 世纪初出版的颇具影响的中国法论著而得到更广泛的流布,如阿拉巴德 1899 年于伦敦出版的《中国刑法评注》^[83]、1906 年于上海出版的《中国法和诉讼复审程序略记》^[84],以及哲美森 1921 年在上海出版的《中国的家庭法和商事法》^[85]等。其中,阿拉巴德的前一部著作副标题显示,该书的编纂主要基于阿查立的相关重要论述,在序言中,作者也明确说明了这一点,想必是为了纪念自己这位刚刚去世的叔叔并表达崇敬之情,^[86]同时序言中明确提到的参考资料也包括了哲美森发表于《中国评论》的文章。最后一部论著的作者哲美森,在序言首句即提到自己数年前摘译《大清律例》发表于《中国评论》这一情况。《中国评论》直接借助于这些 20 世纪前期西方人所著中国法权威论著而影响持久,前已提及的两部论著——《中华帝国的法律》和《杀千刀:中西视野下的凌迟处死》,虽然没有直接参考《中国评论》,但阿拉巴德和哲美森的论著恰恰都是它们的参考书,前者同时列了阿拉巴德的《中国刑法评注》和哲美森的《中国的家庭法和商事法》,后者应该是因为主题关系,只列了阿拉巴德此书。此外,在比较法领域广受关注的《美国学者论中国法律传统》和《法律东方主义:中国、美国与现代法》等书,也多处参引阿拉巴德和

[82] 详见[英]库寿龄(Samuel Couling)主编:《新中国评论》(The New China Review, 1919 - 1922)之“出版前言”(王国强撰),国家图书馆出版社 2012 年版。

[83] 即 Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law and Cognate Topics, with Special Relation to Ruling Cases, Together with a Brief Excursus on the Law of Property Chiefly Founded on the Writings of the Later Sir Chaloner Alabaster, K. C. M. G., etc., Sometime H. B. M. Consul - General in China, 通常被简称为“Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law”。它是《中华帝国的法律》一书所参考的西方学者研究清代法律的主要三部著作之一,参见[美]德克·布迪和克拉伦斯·莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社 2008 年版,第 50 页。

[84] 即 Notes on Chinese Law and Practice Proceeding Revision。

[85] 即 Chinese Family and Commercial Law。

[86] 阿查立生有一子,名为 Chaloner Grenville Alabaster,中文名是晏礼伯,曾任职于香港律政司。在阅读近代文献时,看到多处资料提到曾在中国海关任职的阿拉巴德是“阿查立的另一个儿子”,这可能有误。在《中国刑法评注》“序言”(preface)的最后部分,阿拉巴德特别向为本书编写提供了重要帮助,尤其是承担繁琐校订工作的自己的堂弟“Mr. C. G. Alabaster”致谢。据此可以推测,阿拉巴德是阿查立的侄子。See Ernest Alabaster, *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law*, preface, p. XV.

哲美森的这两部著作。^[87]

此外,《中国评论》对于当时香港司法实践和法律习俗的描述和介绍,也可成为研究香港这个时段的法律社会史所不可忽略的重要资料。

四、结语

《中国评论》是19世纪末期中西文化交流史上的主导性媒介,在西方世界流布甚广,影响广泛。其所刊有关中国法律和习俗的内容丰富,包括摘译《大清律例》、《洗冤录》和《刑案汇览》,专文论述中国古代法律传统及《大清会典》,评述中国法律的运行机制和实施效果,还介绍了中国的官制、刑法、监狱、婚姻、继承、收养、商事等方面。与此前影响较大的同类期刊《中国丛报》相比,《中国评论》涉及中国法律的范围更广,较侧重于民事法,在关注律例条文的同时也重视司法判例、习惯法和各地习俗,系统性论述增多,将中国法纳入世界法律体系之中进行比较的文章不少。《中国评论》的法学研究价值应该受到重视,仅从比较法律史角度看,它就有助于深入探讨中国法律典籍西译史,总结清末法律变革前夕原汁原味的西方人的中国法律观以及与此相关的他们对于中国文明进程和位阶的评判,拓展和深化中西法律文化交流(冲突)史、西方人眼中中国法律观的变迁史等研究,有助于探究巨大变革社会中不同法律文化的激荡、冲突与融合。概而言之,《中国评论》可补以往研究的文献之阙,继而可深究时代之变,以辨史观,以为今鉴,其法学研究价值不容置疑,值得高度重视,深入系统地加以研究。

Chinese Law in *The China Review* and Why We Study It

Li Xiuqing

Abstract: *The China Review: Or, Notes and Queries on the Far East* was a leading journal for Sino-western communication history in late 19th century. It has published numerous articles about Chinese law and custom, including selected translations of the *Ta - Ching Lü - Li*, the *His Yuan Lu* and the *Xing' anhuilan*, special reports about ancient Chinese legal tradition and *Qing Collected Statutes*, comments on the implement of Chinese law, introductory articles about Chinese bureaucratic system, criminal law, prison, marriage, inheritance, adoption and commercial law. Vis - à - vis *The Chinese Repository*, *The China Review* has changed significantly its range, focus and methodology when report about Chinese law. *The China Review* has important value for many studies in comparative legal history, e. g. Western translations of Chinese legal classics, the transition of 19th century Westerner's attitude about Chinese legal world.

Keywords: *The China Review*; *The Chinese Repository*; 19th century; comparative legal history

(责任编辑:丁洁琳)

[87] 详见高道蕴、高鸿钧、贺卫方编:《美国学者论中国法律传统(增订版)》,清华大学出版社2004年版,第402、409、411、414、455、461页;[[美]]络德睦(Teemu Ruskola):《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第11、81、87、89、94、97、99页。

纳粹统治时期德国法律史学的源流、变迁与影响

——以价值与方法的“连续性”为视角

高仰光*

摘要:纳粹时期的德国法学经历了一个全面而系统的“历史化”改造过程,即所谓的“法律更新”运动,其基本特征是以政治想象之中的日耳曼-德意志传统取代位于法律现实幕后的罗马法传统。法律史学在这一改造的过程中发挥了至关重要的作用,掌握学术话语权的法律史学者有组织地参与到价值再评判与方法论重构的过程当中,形成了一套针对实证主义法学的具有强烈批判性的理论,并对所有部门法产生了辐射性的影响。这些理论与纳粹的政治话语相裹挟,在战后很长的一段时间里为学者所讳言,但无可否认的是,其中蕴涵的批判性并未湮灭,而是以另外的形式存在于当代德国以及欧盟的政治思维与法律实践之中。

关键词:纳粹 法律史学 历史化 连续性 主观权利

一、为什么需要反思纳粹的法律史学?^{〔1〕}

法律史学之于法学的意义在于通过诉诸既往的经验来诠释当下的精神,进而对实定法(positive law)及其背后的学说体系的未来变动形成某种趋向性的指引。^{〔2〕}法律史学的这一功能在民族国家诞生以来的任何时代都不能被忽略,^{〔3〕}而在社会价值观发生剧变的某些特殊时代,例如纳粹统治欧洲的时期,则表现得尤为明显。事实上,德国的法律史学在这一时期不仅非常活跃,而且始终与政治保持着极为紧密的联系,其宗旨便是勉力为纳粹法学提供思想改造的基础。对此,二战之后联邦德国的

* 中国人民大学法学院副教授,法学博士。

〔1〕 对于1933-1945年之间的德国法学,究竟应当称其为“纳粹法学”(Nationalsozialistisches Recht),还是较为客观地称之为“纳粹统治时期的法学”(Rechtswissenschaft in der NS-Zeit),本身就是一个重大的理论问题:政治上的立场应否为法学研究设定基调,归根结底取决于“法学”(jurisprudence)的定义。考虑到其一贯严谨的学术传统,德国法学界对于这两种称谓加以混用,很难被认为是无意之中的疏漏,而是在刻意淡化二者之间的立场区别,避免用语相异的学者之间出现划派和对立的倾向。为尊重这样的表述习惯,本文在行文之中亦混用之,并且不对这两种称谓做区别化的界定。同样的模糊处理也适用于“纳粹的法律史学”与“纳粹统治时期的法律史学”以及类似的成对概念。

〔2〕 以“诠释当下”作为法律史学科的存在意义,并不是所有学者都愿意接受的公论。另有一派反对的意见认为,法律史的研究务求客观,特别应当提防被卷入当下。然而无论是主张积极融入,还是坚决拒斥并且隔离,都会发现自身面临的困难:想融入者难融入,欲逃离者逃不开。不过反过来看,正是二难处境为法律史学支撑起了思想的空间,使得法律史学研究者的目光能够在理论和材料的两极之间流连忘返,而不致沦落于空泛或者僵死。

〔3〕 法律史学作为一门意旨明确的、具有独立性的学术,其历史并不久远,因为法律史学的主要功能一方面在于维护法律体系自治的设想,即充实“法治”的理念;另一方面在于为客观存在于民族国家之中的法律秩序提供合法性的基础,即作为“民族性”的一种表达方式。无论如何,作为法学一部分的法律史学都与近代国家的政治需求保持着密切的联系,因而是现代性的产物。

法律史学界在整体上保持缄默,极少有学者触碰这一段学术史。^[4]这表明时下学界的一个共识,即认为这一时期的法律史学仅仅是服务于纳粹意识形态表达的一种工具,缺乏独立的学术品格,因而并不具有学术回顾的价值。直至20世纪80年代后期,反思的帷幕才缓缓拉开。20世纪末的法律史学界对纳粹法学给出了一个总体评判,即“非正义”(Unrecht),^[5]以标明其区别于1933年之前以及1945之后的德国法学的本质上的差异性。然而,这一标签化的判断似乎仍然暗示着某种既有的思想倾向,那就是把纳粹时期的法律史从德国法律史当中完整地剥离出去。对一段被视为完全异质的学术活动史大加挞伐?这显然不是一个迟来的反思所期望得到的结果。

对于某一个时段的法律史教学和研究状况进行整体性的回顾和评价,本是法律史学的业内课题,更可冠以“法律史学史”的名义开展研究。但是,“法律史学史”亦蕴含着自身成立的必要前提,也就是所谓的“连续性”(Kontinuität):^[6]只有当某个时段的法律史学与此前以及此后的法律史学相比,除了特殊性之外,同时也具有相当的关联性,尤其是在价值和方法两个方面的关联性,那么它才能被当作“法律史学史”链条上的一个环节来看待。这一必要前提同样适用于部门法的学术史,以及外延更大的“法学史”。如果从根本上缺失了“连续性”,表现为与古人以及来者的思维和实践活动彻底断裂,一如中国的文革时期,法律的意义遭到彻底否定,法学教育活动完全停止,司法从业人员离岗转业,那么无论是“法律史学史”,还是“法学史”,便全都无从谈起。纳粹德国的情况与此不同:1933年之后的法学一如既往地处于显学的地位,法律史学的重要性则被异乎寻常地抬高;在纳粹的意识形态塑造与大规模社会动员的活动中,从来都不缺少法学家和法律史学家的身影;此外,法律精英阶层在国家决策与社会管理系统中的优势地位并未因为1945年纳粹的覆亡而受到怎样的撼动,纳粹时代个别的“桂冠法学家”(Kronjurist)在经历了短暂的沉默之后甚至赢得了更加显赫的声誉。^[7]毋庸置疑,纳粹乃是一个“历史化”(historicization)的过程:无论在思想上,还是在行动上,亦无论向前,还是向后,“连续性”都是存在的,只是长期处于被“故意”忽视的状态,或是被“假装”不存在。^[8]这必然造成历史认知上的重大偏差:如果一个有效地串联着历史链条,对相邻时段发挥着塑成性影响的关键环节逸失了,或是被假想所湮灭,或是被人为地摘除,那么整个链条的可理解性就成了问题。

实际上,对于德国近代的法学以及法律史学来说,“连续性”从来就不是什么新鲜事物。19世纪初,萨维尼(Karl Friedrich von Savigny)就是通过论证和强化罗马法与当下的“连续性”意象成功地颠

[4] Roderich Wahsner, Die Deutsche Rechtsgeschichte und der Fachismus, Kritische Justiz, Vol. 6, No. 2 (1973), S. 172.

[5] “非正义”(Unrecht)也可以译为“不法”。Jochim Rückert, Das Bild der Rechtsgeschichte in der Deutschen Rechtsgeschichte der NS-Zeit Zur Einführung, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, S. 1.

[6] 维亚克尔曾经对欧洲思想中的“持续性”概念有过非常完整和系统的总结,他在“旁论:关于持续性的概念”一节中指出:“持续性同时也是——对于欧洲法史学家而言,可说是中心概念——继受的前提要件。”参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》(上),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第28-30页。

[7] 最典型的例子如基尔大学的教授拉伦茨(Karl Larenz),而诸如施密特(Carl Schmitt)、胡勃(Ernst Rudolf Huber)、克吕格(Herbert Krüger)、科罗伊特(Otto Koellreutter)、福斯特霍夫(Ernst Forsthoff)、毛兹(Theodor Maunz)等学者,都曾为论证纳粹政权的合法性而发表大量论著,因而得到纳粹政权的高度肯定,而且在战后依然掌握着学术话语权。

[8] 冷战时期联邦德国的法律史学者大多对于纳粹法律史学有一种“选择性失明”的反应。米歇尔·施托莱斯曾提到这样一件“不难理解”的事:1951年,乔治·达姆(George Dahm)在修订再版《德意志法》教科书的时候,专门删除了1944年版本中的“纳粹法”章节,并且表示,“这时候就谈论纳粹还为时尚早”。参见Michael Stolleis, Die Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus: Umriss eines wissenschaftlichen Themas, in: Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus: Beiträge zur Geschichte einer Disziplin, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, S. 3;人们似乎总是难以对置身其中或亲身经历的事物展开评价。对于这个问题,汤因比也曾指出:“对于研究人类事物的整体进程和特征而言,那些距离最近、史料最丰富、最为熟悉的历史事件恰恰是最不能说明问题的。”参见[英]汤因比:《历史研究》(下卷),郭小凌、王皖强等译,上海世纪出版集团2010年版,第787页。

覆了自然法及理性法的统治,^[9]奠定了历史法学派对于私法的支配地位;^[10]该学派的另一位缔造者艾希霍恩(Karl Friedrich von Eichhorn)认同萨维尼在方法论上的贡献,但是反对萨维尼所依赖的素材渊源,他认为“连续性”意象只能建立在本土法(日耳曼法)的基础之上,这一主张构成了德国法律史学的另外一支重要的思想渊源。放在更为宏观的背景下来看,德意志的民族性(Nationalität),作为民族国家形成时期最上位的概念,也是历史“连续性”的产物,历史法学派不过是民族性自我肯定的一条路径,而且也许并不是最主要的路径。^[11]鉴于萨维尼以及历史法学派在德国法律史上的崇高地位和巨大影响,可以说,对“连续性”的尊重和信奉正是德国法律史学的自我意识(Selbstbewusstsein)得以生成和延展的基础;反言之,失去对“连续性”的把握就意味着学科自我意识的中断。以自我意识的标准来判断,德国法律史学在纳粹时期便是处于盲目自大和极端亢奋的狂热状态,而在战后的20余年之中,则几近休克。^[12]时至20世纪60年代末,联邦德国步入战后经济复苏的尾声,个别学者开始试图恢复法律史学的自我意识。施瓦布(Dieter Schwab)于1969年1月14日在吉森大学做了一场题为“历史法学在第三帝国的自我理解”的演讲,基本观点是:纳粹时期的法律史学既没有在自我理解(Selbstverständnis)上做根本性的转向,也没有在纳粹主导的“法律更新”(Rechtserneuerung)运动中发挥决定性的作用。^[13]言外之意,纳粹时期的法律史学尽管客观上没能超然于政治之外,但是主观上“独善其身”的自我意识仍然保持着德国法律史学一贯的“连续性”。这一观点发表不久便遭到激烈的驳斥,瓦斯内尔(Roderich Wahsner)质疑施瓦布的演讲是一场旨在为纳粹法学和法律史学洗刷历史责任的辩护。^[14]这场辩论之后,学界对于纳粹时期法律史学的价值判断仍然处于悬而未决的状态。由于显而易见的原因,鲜有学者加入到辩论之中,这一话题不久便陷入了沉寂。^[15]随后接近20年的

[9] 萨维尼最著名的两部论著,即《中世纪罗马法史》和《当代罗马法体系》,仅从标题上就明确体现出他试图以中世纪共同法(ius commune)的世俗部分作为基础搭建符合现实需求的学说体系的构想,其中蕴含着对历史的“连续性”意象的强烈信仰。萨维尼执着于“连续性”的另一个例证,存在于他关于城市起源的理论中,他一厢情愿地把中世纪的城市宪章视为罗马市民法的一种幸运的遗存,甚至枉顾随处可见的诸多反面证据,为此,他遭到了艾希霍恩等学者的批判。但是萨维尼对此并不以为然,因为他从来没有把自己当成一位历史学家。参见Gerhard Dilcher, Die Geschichte der Stadt, in: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Springer Verlag Berlin Heidelberg, 1999, S. 331-333.

[10] 关于历史法学派的崛起,参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第347-365页。

[11] 在18-19世纪德意志民族性逐渐凝聚的过程中,文学所发挥的作用显然是最主要的。歌德在1796年发出“德意志?您在哪里?”的呼唤,是那个时代最具代表性的文化符号。某种意义上,历史学家兰克、语言和民俗学家格林兄弟,以及法学家萨维尼,都是这一感召之下的实际行动者。因此,19世纪德意志知识界的主导思想便是“与过去联系起来”。参见[荷]叶普·列尔森:《欧洲民族思想变迁:一部文化史》,骆海辉、周明圣译,上海三联书店2013年版,第119-122、147页。

[12] 所谓“休克”并非是指法律史学无事可做,关张大吉。战后德国的历史学与法律史学其实并不冷清,但是学者们大多选择退回古代法和中世纪法的研究领域,最多把目光延伸到18-19世纪,他们充满对现实的不安全感和疑惑,因而谨慎地使自己的研究与社会现实保持着较远的距离。因此,与当代史相对应的“当代法律史”处于无人理睬的境地。参见Michael Stolleis, *The Law under the Swastika* 25 (Thomas Dunlap trans., the University of Chicago Press 1998);另参见Conan Fischer, *Review*, 108 *The English Historical Review* 536 (Apr. 1993);另参见注7。

[13] Dieter Schwab, *Zum Selbstverständnis der historischen Rechtswissenschaft im Dritten Reich*, *Kritische Justiz*, Vol. 2, No. 1 (1969), S. 64.

[14] Roderich Wahsner, *Die Deutsche Rechtsgeschichte und der Fachismus*, *Kritische Justiz*, Vol. 6, No. 2 (1973), S. 172.

[15] 值得注意的是,这是一场发生在德国新生代法律史学者之间的辩论。施瓦布与瓦斯内尔两人均出生于纳粹时代,前者生于1935年,后者生于1938年,他们在发表上述观点的时候仅仅是三十来岁的年轻人,因而他们之间的对话也体现了最早一批纳粹统治的“非亲历者”的反思。然而,某种程度上,他们两人所代表的新生代在当时尚且承担不了对那个特殊年代发表总结陈词的历史责任。后来,施瓦布与瓦斯内尔均未继续从事专业法律史学的研究,分别转向家庭法和劳动法的领域,但是他们之间的这场辩论却时常引发后世学者的回味。

时间里,法学的各学科陆续进入对纳粹时代本学科的反省当中,唯有法律史学一直保持沉默。^[16]而与同一时代德国的历史学相比,法律史学同样落后甚远。^[17]直到1986年,法律史学界久负盛名的《萨维尼法律史杂志》发表了吕克尔特(Joachim Rueckert)撰写的《所谓“健全的民族感情”:萨维尼的遗产?》一文。^[18]这也是法律史的权威刊物第一次刊载探讨纳粹思想源流的论文。坚冰开始消融,法律史学界进入了思想活跃期。1987年夏秋之季,法律史学界在慕尼黑南郊的林贝格宫(Schloss Ringberg)首次召开专门学术会议,主旨定位于对纳粹时期德国法律史学进行回顾与评价。这次会议的部分发言稿在1989年结集出版,书名为《纳粹时代的法律史:学科史的文集》,其中收录的论文在尺度上突破了学界既有的禁锢,为后续不断走向深入的研讨打下了坚实的基础。^[19]这部会议文集的主编之一,公法学家和法律史学家施托莱斯(Michael Stolleis),也成为这场学科反思运动的领军人物,而包括吕克尔特、克罗舍尔(Karl Kroeschell)、兰道(Peter Landau)、维洛瓦特(Dietmar Willoweit)、鲁伊格(Klaus Luig)等一批著名的法律史学者,也纷纷投身于这场迟来的反思。不久之后,第27届德国法律史学会(1988年)专门设置了关于纳粹时期法律史的单元,讨论的范围进一步扩大。^[20]

1990年,柏林墙拆除,两德统一。这一重大历史事件为整个西方世界营造出可观的思想空间,德国法律史学的自我意识变得愈加强烈,并随着时间推移进一步体现为“世纪末的情结”:学者们希望对20世纪的法律史学做出整体性的评价,而不是以简单拒斥或一概否定的态度将其中的某些部分挖掉,然后交出一份开着天窗的试卷。^[21]同时,德国的法律史学界极为敏感地意识到,追寻时代精神的第一要务便是客观地重构包括纳粹法律史学在内的各个逸失环节在价值和方法上的“连续性”。^[22]然而,这场反思的残酷性恰恰也在于对“连续性”的承认:新时代的学者们必须尝试从一个在感情上极端

[16] 德国法学界较早对纳粹时代进行反思的部门是私法。1968年,伯纳德·吕特尔斯(Bernd Rüthers)出版了《无限制的解:纳粹时期私法秩序的变迁》一书。公法上的反思接踵而至,1974年,米歇尔·施托莱斯(Michael Stolleis)出版了题为《纳粹法的公共福利原则》(Gemeinwohl formeln im Nationalsozialistischen Recht)的公法学论著。但是这些著作在当时的法律史学界均未引起波澜。

[17] 德国历史学界早在20世纪60年代末已经有一些学者发表了对于纳粹时代历史学科进行回顾与反思的文章和著作,例如魏尔纳(Karl Ferdinand Werner)于1967年出版的《纳粹构画的历史图景与德国史学》(Das NS - Geschichtsbild und die deutsche Geschichtswissenschaft)一书,再如格劳斯(F. Graus)于1969年发表在期刊上的文章《历史描述与纳粹主义》(Geschichtsschreibung und Nationalsozialismus),等等,但是这种风气并没有跨界传播到法律史学的学术圈子里来。Michael Stolleis, *The Law under the Swastika* 41, 203, endnote 1 (Thomas Dunlap trans., the University of Chicago Press 1998).

[18] 所谓“健全的民族感情”(Gesundes Volksempfinden)是1933年之后出现在纳粹政权官方文件中的一个极为意识形态化的名词。吕克尔特在其文章中指出,这一术语并非纳粹首创,实际上是萨维尼在其著述中论证的“民族精神”(Volkgeist)概念的一个翻版。吕克尔特说:“萨维尼在他的著述中确乎使用了‘民族精神’这一理念,并不只是顺带说说。而且,他的论辩的结构,其逻辑,均类似于‘gesundes Volksempfinden’的逻辑。”参见Joachim Rückert, Das “gesunde Volksempfinden” - eine Erbschaft Savignys? in: Savigny - Zeitschrift für Rechtsgeschichte, GA, 103 (1986), S. 199 - 247;另参见[德]约阿希姆·吕克尔特:《未被认识到并且未获承认的精神遗产——萨维尼对于1900以后的德国法学的影 响》,盛桥仁译,载《清华法学》2003年第2期,第31页。

[19] 莫尔(J.C.B. Mohr)出版社以这本论文集(1989年)为先导,形成了一套“二十世纪法律史丛书”,陆续出版研究以20世纪现(当)代法律史为研究对象的学术作品。至2016年第2季度,这套丛书已经出版了91本,其中近半数作品是研究纳粹法律史的文集或专著,其余作品大多也包含描述纳粹法律史的章节。

[20] 参与专题发言的法律史学者有四位,分别是基尔大学的哈腾豪尔(Hans Hattenhauer),法兰克福大学的瑙克(Wolfgang Naucke),比勒菲尔德大学的兰美尔(Siebert Lammel)以及美国哈佛大学的德裔学者瓦格茨(Detlev F. Vagts)。法律史学界的纳粹反思运动已经波及到欧洲之外。See Michael Stolleis, *The Law under the Swastika* 203, endnote 3 (Thomas Dunlap trans., the University of Chicago Press 1998).

[21] Joachim Rückert, Das Bild der Rechtsgeschichte in der Deutschen Rechtsgeschichte der NS - Zeit Zur Einführung, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS - Zeit, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, S. 1 - 5.

[22] 除纳粹时代的法学和法律史学之外,另一个可能的逸失环节是前东德(DDR)的法学和法律史学,而纳粹时期与前东德在法学和法律史学上的连续性,尚且是一个很少有学者研究的领域。

令人厌恶的对象中寻求自身思想和行动的根源。对于每一位反思者来说,重构“连续性”的过程都潜藏着这样一对矛盾,也就是客观性和残酷性之间的对立共存。如果把纳粹时代“极端令人厌恶”的性质代入反思的过程,又该如何保证反思自身的客观性?如果出于对客观性的维护,淡化甚至无视其“极端令人厌恶”的性质,那么这样的反思与战后学术界的“选择性失明”又有什么本质上的区别?是不是唯有去感情化才意味着真正的客观?重构“连续性”究竟是重建一个仅仅为这个时代所需要的“连续性”,还是有必要更进一步,重建一个更加客观的、跨越时代局限的“连续性”?如果仅仅为时代需要重构“连续性”是可以被接受的,那么纳粹时代的法律史学者为迎合时局所进行的理论建构为什么又是不能被接受的?难道只是因为“他们”所迎合的是一个被他们的后人评价为“非正义”(Unrecht)的思想体系?如果是这样,“我们”又如何保证当下重构的“连续性”图景不会被我们的后人做出“非正义”的评价?正义和非正义的界限究竟在哪里?对于这一界限的追问是否又将导致自然法的回归,从而给政治安全带来新的风险?这一连串颇具历史哲学色彩的问题,并非每一位反思者都有能力并且情愿正面作答,但是对于肩负了法学功能的法律史学者来说,却无一可以回避,因为这正是“诠释当下”的核心。

二、价值观重塑之中的法律史学

公众视野中的纳粹是一套残酷的暴力机器,却往往忽略它也是一个完整的思想体系,即所谓的“民族社会主义的世界观”(nationalsozialistische Weltanschauung)。阿道夫·希特勒在1933年9月1日借帝国文化日(Reichskulturtag)的场合提出了这一概念,并指出其核心乃是德意志的“民族精神”(Volksggeist)。然而这不过是陈词滥调。“民族精神”的概念可以向上追溯至18世纪狂飙时期(Sturm und Drang)的反启蒙主义思想家赫尔德(Johann Gottfried Herder)^[23]而诸如文学家歌德、海涅,哲学家黑格尔,法学家萨维尼,心理学家冯特(Wilhelm Maximilian Wundt),等等,19世纪每一个时代最杰出的知识分子,在其各自领域的学术研究中都深受这一概念的影响。可见,纳粹的思想体系既非无中生有,也非舶来品,其根源深刻埋藏于德意志过去时代的政治理想与实践之中。由于具有这样的“连续性”,纳粹主义给欧洲带来的灾难绝不是什么飞来横祸,因此当代人才有反思的必要。然而,如果将“民族精神”竖为标靶,显然失之过宽。因为人类的近代史上并不是只有德国才热衷于宣扬这一概念,而在德国,也并不是所有宣扬“民族精神”的时代都被评价为“非正义”(Unrecht)。即便时至今日,民族主义话语仍然是欧洲乃至全球政治领域最响亮的声音。^[24]因此,对于“连续性”的考察重点应当从“民族精神”的宏大叙事下移至它在某些社会领域激起的异样的回响,比如法律领域。

作为包罗万象的世界观,纳粹主义当然也是一种“法律观”(Rechtsanschauung)^[25]而促成纳粹的思想体系沿着这个方向具体化构建的任务,则非法律史学不能承担。值得注意的是,早在纳粹党成立

[23] 同注11引书,第88-91页。

[24] 2007年,欧盟在《里斯本条约》中明确放弃了将自身塑造为一个联邦制国家的想法,并在该条约第50条规定了“退欧条款”,以申明其作为一个进出自由的“国家联合体”(Staatenverbund)的定位。根据这一条款,2016年6月23日英国发生“公投脱欧”事件,这足以向世人表明,民族国家仍然是欧洲政治舞台的主宰者。

[25] Schmelzeisen, Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild, 1934, S. 7.

之初(1920年2月24日),^[26]该党便在《二十五点纲领》(25 - Punkte - Programm)第十九点中宣称:我们要用德意志共同法(deutsches Gemein - Recht)取代服务于唯物主义世界秩序的罗马法。^[27]这一主张具有非常明确的法学意义,它完整地否定了存在于以《德国民法典》为代表的实定法及其背后学说体系的历史基础。事实上,这一主张也并不新鲜。自16世纪德国继受罗马法以来,日耳曼法与罗马法这两大私法渊源围绕支配性地位的竞争便从未停止,18世纪至19世纪德意志的法律学术化运动进一步加剧了两种知识体系之间的对抗,此后的私法学者几乎在探讨每一个具体问题的时候都会被卷入到这个话语背景当中来,他们也就根据所依赖的素材渊源,自然地分为“日耳曼法的”和“罗马法的”两个阵营。可以说,日耳曼法与罗马法之间的对立和并存是德意志私法演进史的一条主线,而无论日耳曼法,还是罗马法,都在这个演进的过程中积累了极为丰富的学术资源。从这个意义上来说,纳粹《二十五点纲领》第十九点的实质不过是将德意志私法史中固有的争执上升到了意识形态的高度。20世纪初,以潘德克顿学派为智识基础的《德国民法典》形成了针对日耳曼法的压倒性的优势。曾广泛存在于德意志地区各王国、大公国、公国、侯国和其他封建领地之上的本地立法(Landsrecht)以及德意志共同法(Gemeinrecht),还有三个自由市的城市法(Stadtsrecht),则失去了与罗马法相竞争的能力。所谓德意志共同法,主要是指那些得到德意志各地方裁判官(Vogts)普遍认可的法律判决,后来也包括普及范围较广的习惯法,以及由这些素材归纳得出的法学理论。^[28]由于在法律渊源上极为杂乱,而且以解决纠纷为中心的实践指向过于强烈,德意志共同法在体系化程度和理论深度上根本无法与罗马法相比肩。实际上,德意志共同法长期以来都是落后的代名词,早在罗马法的体系化工作完成之前,德意志工商业相对发达的北部地区,如普鲁士、萨克森以及三个自由市,也拒斥将德意志共同法作为法律渊源,而是以本地立法或城市法作为司法适用的基础。^[29]有趣的是,就连最热衷于宣扬德意志“民族精神”的普鲁士也没有冒然地用德意志普通法来取代罗马法,而是运用专制权威的力量积极促成了潘德克顿式民法典的诞生。因此,《二十五点纲领》第十九点提出的是一个完全无视德国法律现实的激进主张,其结果自然是响应者寥寥。

然而,在魏玛民主政府日趋疲弱的社会控制力之下,任何反现实思想和行动都开始变得越来越具有吸引力。1929年6月5日,哥廷根大学的法律史教授梅耶(Herbert Meyer)发表了题为《法律与民族性》(Recht und Volkstum)^[30]的演说,特别强调民族性因素在法律中应当发挥的作用,他指出,“法律制度和法学理论会发生变化,但是对于它们而言,民族性作为一种独特世界观的基础性地位并不会随

[26] 始建于1919年的德国工人党(Deutsche Arbeiterpartei, NPD)就是在1920年2月24日这一天被更名为“德意志民族社会主义工人党”(Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei, NSDAP),即纳粹党。因此,《二十五点纲领》也就是纳粹党的基本纲领。这一纲领在1926年5月22日召集的纳粹党员大会上被进一步确定为“不可变更”的条文。参见 Peter Landau, *Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht*, in: *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus: Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, S. 11.

[27] 《二十五点纲领》第19点的原文如下: Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht.

[28] Gemeinrecht, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Lfg9. (hrsg. von Albrecht Cordes, Heiner Lück), Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2009, S. 60 - 77.

[29] *The Civil Code of the German Empire* 73 (Walter Loewy trans., Boston Book Co. 1909).

[30] Volkstum本意是与民俗相关的习惯,在纳粹时期被发展成为一个专有概念,以表达包涵种族主义性质的民族观。因此本文将其译为“民族性”,并不能很准确地反映出这一演讲在当时情境之下的煽动性内涵。

之发生改变”。^[31] 从上下文来看,梅耶这番发言的用意并不在于继续包装“民族精神”的宏大叙事,而在于指明,以财产权为代表的所有的私权利,仅仅是法律秩序中的变量,因而无法超脱于恒定的社会价值的约束而存在。这意味着,自《拿破仑法典》的时代以来具有神圣地位的财产权观念被相对化。这必将引发重塑私权理论的需求。为此,梅耶向法学界发出了令人印象深刻的号召,“回归基尔克!”梅耶的演说也许是法律史学界对于纳粹《二十五点纲领》第十九点主张的第一次正面回应。与此同时,席卷全球的经济大萧条正处于爆发的边缘,魏玛政府深陷困局,而纳粹党的影响力正在急速膨胀。梅耶在这一历史时刻展开对基尔克的追溯,某种程度上引领了法律史学的注意力在不久之后的整体转向。需注意,作为“连续性”意象的一个典型的表达,“回归基尔克”意味着对罗马法的全面宣战,因为基尔克(Otto Friedrich von Gierke)是19世纪后半叶日耳曼法阵营中唯一一位在研究能力和学术地位上可以与潘德克顿学派相抗衡的私法史学家。基尔克从他对城市法起源的“共同体”理论中延伸出了以国民整体为基础的国家思想,进而撰写了四卷本的巨著《德意志共同体法》(Das deutsche Genossenschaftsrecht),从中传达出的一个基本观点便是:德意志的法律从不从属于个人。针对1887年由温德莎伊德(Bernhard Windscheid)主导的德国民法典第一草案,基尔克给予当头棒喝,他指出潘德克顿学派在资本主义自私动机的驱使之下削弱了德意志固有法中蕴含的种种美德。同样对第一草案表示愤怒的安东·门格(Anton Menger)教授则怀揣另一个理由,他指责第一草案漠视在社会人口中占很大比例的无产者的基本需求。^[32] 值得注意的是,这两个从不同角度出发的反对意见揭示出德国民法典第一草案的定位,即以保护社会中少数有产者的财产权为宗旨;同时也暗示着,罗马法通天塔成功竖立的同时也无法避免投下巨大的阴影,而在这阴影之下,“固有法的传统”以及“多数人的利益”等等发源于不同路径的思潮很可能会汇流到一起,并激荡起强有力的反对力量。^[33]

1933年初纳粹党夺权(Machtergreifung)之后,梅耶公然表示赞同纳粹主义,历史学界和法律史学界的部分日耳曼法学者如梅尔克(Walther Merk)、什未林(Claudius Freiherr von Schwerin)、埃克哈特(Karl August Eckhardt)以及熊菲尔德(Walter Schönfeld)等,也一道加入这个看起来前途光明的学术阵营(Zunft)。^[34] 与此同时,纳粹党迅速着手推进“法律更新”(Rechtserneuerung)运动,对于法学的所有部门进行转向性的思想改造,其核心便是《二十五点纲领》第十九点提到的“去罗马法化”。为此,纳粹法学家尼克莱(Helmut Nicolai)^[35]已经提前定下了贬低罗马法的基调,^[36]他一方面刻意强化罗马法的舶来品属性,否认罗马法在德意志法律史上具有“连续性”;另一方面将罗马法与种族理论相结

[31] Diethelm Klippel, Subjektives Recht und germanisch - deutscher Rechtsgedanke in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS - Zeit, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, S. 31.

[32] Paolo Grossi, *A History of European Law* 111 (Laurence Hooper trans., Wiley - Blackwell 2010).

[33] 基尔克的反对意见使其声名大噪,尽管他的指斥并没有在《德国民法典》后续的几个草案之中发挥确定的作用,但是基尔克的法学思想已经被时人称为“社会主义的油滴”。参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第452-453页。

[34] Dieter Schwab, Zum Selbstverständnis der historischen Rechtswissenschaft im Dritten Reich, Kritische Justiz, Vol. 2, No. 1 (1969), S. 61.

[35] 与拉伦茨、施密特等人不同,尼克莱并非纯粹学者出身的法学家,他从未在大学中任教职,也没有专门的研究领域,而仅是凭借1932-1933年所撰写的《种族主义法学理论和未来宪法的基础》等文章被纳粹政权认定为法律史学的引导者。因此,尼克莱属于当时“政客知识分子”的代表人物,其言行不属于本文所回顾和讨论的对象。

[36] Helmut Nicolai, Die Rassengesetzliche Rechtslehre, 1932, S. 6.

合,提出“罗马-拜占庭-东方”的概念,并进一步演绎为“犹太-罗马”的形式。^[37]表面上看起来,罗马法似乎成了犹太人为了钻营和行骗而从他们的东方老家带到欧洲来的一把保护伞。为此,罗马法被贴上了“异类法”(fremdrecht)的标签,继受罗马法变成了一个外来法律入侵(Ueberfremdung)的过程。这是一个前所未有的歪曲。罗马法遭到指控的另一个理由,就是它的抽象性。根据马克斯·韦伯(Max Weber)的分类,以罗马法为代表的现代西方法属于典型的形式理性(formal rational)法。^[38]这类法律仅以其内在标准对事物作出判断,拒斥诸如政治、宗教、伦理等外在因素的影响;而内在标准的生成往往通过受到一般性规则或原则约束的逻辑推导来实现,使得人们可以借助逻辑工具对内在标准之间错综复杂的关系加以准确把握,这导致形式理性法具有较为明显的体系化特征。^[39]然而,在不同的语境之下,形式理性法这些最显著的优点同样也可以被视为重大的缺陷。尼克莱指出,罗马法体系的封闭性阻断了法律与民族,法律与道德以及法律与真实生活之间的必要联系,逻辑推导所付出的代价是人的道德感和精神信仰;法律被一小撮精英玩弄于股掌之中,作为其合法性基础的人民大众反而被挡在了门外。^[40]这一论调又是旧调重弹。自从15世纪到16世纪德意志继受罗马法以来,罗马法多次面临这样的指控,但是自从历史法学派崛起之后,类似的非议越来越少,至20世纪初几乎不再有人提起,因为韦伯对形式理性法的归纳和分类已经较为完整地回应了这个问题。相应地,日耳曼法学者对罗马法的质疑开始具体化、规范化,并且在范围上有所限定,这是因为,即便以日耳曼法为中心的私法理论也强调形式理性的特征。^[41]最典型的例子如基尔克与潘德克顿学派之间的论战,几乎完全是在接近成熟的私法教义学的框架之内展开的,因而双方之间并不存在方法论层面的分歧。相比之下,尼克莱对罗马法的质疑和否定已经退回到近代早期的水平。倘若以建立在种族主义基础上的社会伦理作为判断事物的标准,不仅法律的形式性特征消失殆尽,法律是否能够保持理性也成了一个悬疑。某种意义上,尼克莱所攻击的对象并非是私法制度本身,而是法律的现代性基础。尽管如此,偏激的认识还在不断扩大:对罗马法的过度贬损使得法律史学界中的罗马法学者失去了话语权,甚至开始遭受到人身上的迫害。^[42]相当讽刺的是,“去罗马法化”运动导致纳粹法律史学的阵营内部也陷入了矛盾之中,这集中体现在看待萨维尼的态度上,^[43]一方面,学者们无法否认萨维尼和历史法

[37] 为了制造罗马法与种族理论的联系,尼克莱刻意重构了罗马国家的历史:日耳曼人与罗马人最早均发源于北欧地区,是寒冷地带的原住民(Urvolk),之后一部分人向南进入意大利建立了罗马国家,统治低级的地中海居民。但是由于统治阶层逐渐放低了种姓的门槛,导致从近东的叙利亚和犹太移民泛滥,这些人控制了商业和资本,并且导致罗马沦落为一个血统混杂的国家。此后,罗马国家无法凭借优秀种姓的道德感和自律得以支撑,只能依靠暴力维持统治。因而,罗马法缺乏最基本的内在道德性,也没有灵魂(Seele),这是其远离种族纯粹性的必然结果。参见 Helmut Nicolai, *Die Rassengesetzliche Rechtslehre*, 1932, S. 7.

[38] [德]马克斯·韦伯:《法律社会学:非正当性的支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第220、227、284页。

[39] 同注38引书,第276-277页。

[40] Helmut Nicolai, *Die Rassengesetzliche Rechtslehre*, 1932, S. 8.

[41] 日耳曼法学者之所以能够和罗马法学者形成观点上的对峙,在于双方共享法教义学的问题域。只需要翻看一下20世纪初的日耳曼法学者鲁道夫·许伯纳(Rudolf Hübner)在其《日耳曼私法的历史》一书中采纳的篇章结构,即总论、人法、物法、债法、家庭法、继承法,就可以清晰地发现罗马私法体系的影子。See Rudolf Hübner, *A History of Germanic Private Law* (Francis S. Philbrick trans., Little, Brown and Company 1918).

[42] 相当一部分罗马法学家离开大学教职,例如著名的罗马法学者弗里茨·舒尔茨(Fritz Schulz)。1933年,他作为一名犹太人的后裔被洪堡大学强制退休之后,从罗马法的教席上退下来。但是,舒尔茨于1934年在慕尼黑和莱比锡发表了题为《罗马法的原则》(Prinzipien des Römischen Rechts)的演说。这似乎表明纳粹时期官方意识形态对于罗马法的压制并没有后人想象的那么严重。

[43] Lawrence Preuss, *Germanic Law Versus Roman Law in National Socialist Legal Theory*, 16 (4) *Journal of Comparative Legislation and International Law (Third Series)* 273 (1934).

学派对于“民族精神”理念的重大推动,另一方面又不能接受萨维尼以中世纪罗马法素材打造私法理论基础的事实。^[44] 这充分表明,片面提出“去罗马法化”是一个割裂历史统一性的谬误。

1933年“法律更新”运动的另一条路径是抬高日耳曼法的历史地位,尤其是古代和中世纪早期日耳曼法的历史地位。鉴于尼克莱对种族主义法学理论的阐发,越是距今久远的过去,日耳曼种族的纯粹性就越高,这使得古代和中世纪早期日耳曼法成为当时法律史学关注的焦点。这一观念同样并不新鲜。早在1875年,海尔曼(阿米尼乌斯)的巨大雕像就在条顿森林竖立了起来,^[45]古罗马历史学家塔西佗的论著从那时起开始被越来越多地引用,以至于在德国“为现代民族主义立下了汗马功劳”。^[46] 纳粹夺权之后,唯日耳曼论在各个领域被推向了顶峰。可以说,所有新造的,或是沿用的政治-法律术语必须追溯至日耳曼法,或是被日耳曼法化的其他法律渊源。除了前文提到的作为核心价值的“民族性”(volktum)以及“民族精神”(volkgeits)之外,频繁出现在纳粹官方话语体系中的“元首”(Fueher)、“追随”(Gefolgschaft)和“忠信”(Treue)等词语,都被视为古代日耳曼法之中最值得称道的优点。事实上,古代日耳曼法中根本就不存在“元首”和“追随”,二者是晚近才形成的概念。具体来说,可以找到“追随”一词的最早出处是1878年格林编纂的《德意志辞典》,^[47]而直到魏玛时代的社会学学者那里,如马克思·韦伯、弗朗茨·奥本海默(Franz Oppenheimer)等等,与“元首”相近似的概念才露出端倪。^[48]“忠信”(Treue)作为一个真正可以上溯到较为久远年代的日耳曼法概念,最早与部族之间的停战协定有关,中世纪则被用于说明人对上帝的信仰,另外亦可以与拉丁语中的fides(诚信)相对应。然而在什未林和梅尔克的改写之下,“忠信”的对象变成了“德意志的民族感情”(deutsche Nationalgefuehl)。梅尔克还特别强调,罗马法中的fides概念是一个“毫无热情的冷淡鼻息”,而Treue则是像“火焰一般热烈的”(Glutwärme)对于至高意志随时做好效劳乃至牺牲准备的觉悟。这样的表述已经不太像是学术研究性质的话语了。更甚的是,就连教会法也无法逃避日耳曼化的改造。对于纳粹的思想体系来说,基督教的确处于比较尴尬的地位,因为它在20世纪初是德国接近4/5的人口的宗教信仰,^[49]然而其教义和组织的发展史却是沿着尼克莱口中的“犹太—罗马—拜占庭”的路径展开的。而且,作为近代西方法律传统的一支重要的历史渊源,教会法自11世纪到12世纪的文艺复兴以来一直与罗马法保持着较为密切的关系,二者在方法论上更是保持着高度的一致性,以至于被中世纪的学者合并称为“两法”(utrumque ius)或“共同法”(ius commune)。^[50]此外,遍布欧洲的基督教会会在15世纪到16世纪德意志继受罗马法的过程中也发挥了极为重要的作用。因

[44] 纳粹党的思想领袖罗森贝格(Alfred Rosenberg)曾盛赞萨维尼所推崇的“民族精神”是“已经过去的十九世纪的最伟大的发现”,但是为了使内部逻辑能够自圆其说,以施梅蔡森、尼克莱为代表的学者指责萨维尼所讲的“民族精神”缺乏种族纯粹性的理论支撑,因而是虚弱的和空洞无物的。

[45] 塔西佗在《日耳曼尼亚志》当中叙述了发生在公元9年的“条顿森林堡”战役,日耳曼联军领袖阿米尼乌斯(日耳曼名字是海尔曼)首次击败强大的罗马军团。这一事件在19世纪后半叶被提升到弘扬“民族精神”的高度,海尔曼也因此被赋予民族英雄的声望。普法战争之后,海尔曼雕像在条顿森林被竖立起来,

[46] 同注11引书,第24页。

[47] Karl Kroschell, Führer, Gefolgschaft und Treue, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, S. 58.

[48] *Ibid.*, p. 56.

[49] 在这4/5的基督教人口中,有3/5是新教徒,剩余的1/5是天主教徒。参见 *The Civil Code of the German Empire* 71-73 (Walter Loewy trans., Boston Book Co. 1909).

[50] *Eltjo, J.H. Schrage, Utrumque Ius: eine Einfuehrung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

此,基督教对于“去罗马法化”有着不小的阻碍作用。根据1920年《二十五点纲领》之第二十四点所确立的原则,宗教信仰自由只能在不违背日耳曼种族的道德情感和习俗的前提下才能被保障。这意味着,基督教对生命意义的解读仅仅是相对的,因而必须服从于与国家权力相连接的种族主义意识形态的改造。事实上,这亦是发源自俾斯麦时代的思想潮流,那时的知识界便陷于民族性与宗教传统的冲突当中,马丁·路德则被赋予了和海尔曼(阿米尼乌斯)相并列的民族英雄的地位。^[51] 纳粹夺权之后,法律史学的一项新任务即是排除基督教及其教会法中的犹太和罗马因素,建立一种符合“日耳曼-基督教”模式的新的宗教秩序。不过,这一领域的改造显得比较牵强和生硬。譬如,日耳曼法律史学家埃克哈特在1942年编写了一本题为《耶稣是不是犹太人》的书,试图使基督教兼容于纳粹的种族血统论。他在这本书中提出,耶稣既非他的父亲所生,也非他的母亲所生,因而没有犹太人的血统。这个观点就连纳粹党卫军的头目希姆莱也接受不了,最终以该观点可能对持续中的战争产生不利影响为由拒绝向民众宣传。^[52]

总的来说,纳粹的“法律更新”运动彻底打破了近一个世纪以来罗马法和日耳曼法之间对立共存的关系。《二十五点纲领》第十九点把罗马法定义为“服务于唯物主义世界秩序”的法律渊源,因而,“法律更新”所要攻击的对象绝不局限于罗马法本身,还涉及任何可能与罗马法沾边的思想观念,比如自然法、法国大革命、启蒙、自由主义、个人主义以及资本主义等等。^[53] 罗马法只是一个综合了这些“消极”的思想观念的负面符号。与之相对,日耳曼法则是发挥积极功能的正面符号,它代表着民族精神、共同体的自由、社会责任感、道义自觉。善恶二分的背后,潜藏着种族主义和排外主义的评价标准。这无论对于罗马法,还是日耳曼法来说,其实都是一个灾难。因此,纵然“民族精神”是近代民族国家为了论证自身存在的合法性而着力宣扬的一种“历史想象”,但是纳粹所主导的法律史学已经远远突破了“历史想象”所能承受的底线,罗马、日耳曼和基督教三条欧洲历史发展的主线全部被改写,不仅始终以激进的价值预设为前提,而且在改写的过程中存在大量歪曲事实、颠倒是非的情况,其目的无外乎是为纳粹的思想体系创造与过去相衔接的接口,进而完成自身合法性的论证。毋庸讳言,这种处于政治绑架之下的理论虚构显然不具有任何学术上的意义。然而,为数众多的法律史学者加入了这场篡改历史的盛宴,并且熟练地运用学术工具和方法主动完成对自我和对他人的精神强迫。人们通常认为,是极权的暴力机器使知识分子失去了节操,陷入了癫狂。如果仅仅是这样,那么除了对“极权之恶”痛加口诛笔伐之外,对于当代人来说,也就无甚反思的余地了。事实上,情况并非如此简单,纳粹时期的法律史学者不仅并没有完全丧失学术自觉,有些学者在极权之下的自省意识甚至比之前的时代还要强烈。例如,日耳曼学的代表人物什未林就曾经主张,尽管法律史学必须与现实建立联系,但是只有那些运用史学方法的扎扎实实的研究才能满足纯粹的学术需要,其中不当掺杂任何与“法律更新”运动有关的价值取向。^[54] 站在今人的角度反观,他本人并没有做到这一点。那么,纳粹时期的法律史学者何以能够极其理性地做出显然是非理性的言行?而“理性”的标准又是什么?这的

[51] 俾斯麦时代的所谓的文化之争中,“德国的天主教徒就一定是最早的、最原始的日耳曼人吗?”或“天主教是最初的日耳曼人信奉的宗教吗?”这样的问题被反复提及和争论,这也反映了俾斯麦或多或少地想借文化之争来推动帝国反对罗马天主教的意图。同注11引书,第24-25页。

[52] 基尔大学的法律史教授埃克哈特在1933年10月加入纳粹党卫军(SS),并于1935年初调遣至希姆莱手下,成为希姆莱智囊团中的头目人物。

[53] Roderich Wachsner, Die Deutsche Rechtsgeschichte und der Fachismus, Kritische Justiz, Vol. 6, No. 2 (1973), S. 177.

[54] Dieter Schwab, Zum Selbstverständnis der historischen Rechtswissenschaft im Dritten Reich, Kritische Justiz, Vol. 2, No. 1 (1969), S. 67.

确是最值得反思的问题。此外,对于法律史学来说,虚构固然难以避免,但是一个健康的“历史想象”所能承受的底线究竟在哪里?如果这条底线存在的话,法律史学者仅凭借学术上的自省意识能否坚守这条底线?当代的法律史学者可能也并不知道这些问题的答案,但绝不当根本不把它们当成问题。

三、方法论改造之中的法律史学

就在法律史学着力对罗马法和日耳曼法做出强迫虚构的同时,实证主义法理学以及部门法学所仰赖的教义学方法亦面临着深刻的危机。需看到,自拿破仑时代以来逐渐成熟的西方法学体系既是一个价值的体系,又是一个方法的体系,价值与方法共同目的在于影响外在的客观世界,即指引法律实践的活动。具体来说,价值为体系的历史基础所承载,方法则体现为体系的理论架构。价值与方法之间是彼此交融、相互支撑的关系。很难想象,在历史基础遭到彻底颠覆的情况之下,同一体系的理论框架可以丝毫不受撼动。“法律更新”运动把罗马法作为一个负面符号,不仅牵连以自由主义(Liberalismus)为首的一系列价值观念沦为贬损和否定的对象,同样导致与之密切相关的方法论遭到攻击,诸如法律的形式主义、法学概念的抽象化、部门法的分类、法律术语的专业化、逻辑推理、法律的体系化等特征,统统在攻击之列。然而,对方法论的诟病亦并非纳粹时期特有的现象。早在1847年,历史法学派刚刚站稳脚跟的时候,基尔希曼(Julius Hermann von Kirchmann)就在其题为《作为科学的法学的无价值性》的著名演讲中,对形式理性的自负和僵化提出了质疑。^[55] 长期以来,这样的质疑并未得到学界主流的重视,可是到了1933年,基尔希曼的质疑却直接转化成了行动。这具体表现在前后衔接的两个方面:其一,反“主观权利”(subjektives Recht)论;^[56] 第二,法律的“生活化”改造。

应当说,纳粹时期的法学家们选择“主观权利”作为攻击法学方法论的突破口具有一定的历史必然性。某种程度上,试图对于历经数百年积淀而成,并且已经深深扎根于法律实践的法学方法论进行全面否定的工作并不容易完成,甚至不容易开始。任何人都难以从一座大厦的外面窥清其内部的结构。同样,任何不了解“主观权利”的演变及其运作规则的法学的门外汉,也根本无法击中法学方法论的标靶。从法学视角来看,“主观权利”并不等同于人们对物的私的占据或拥有,因为占据或拥有只是在人类社会普遍存在的一个事实,而并不直接具有法律上的意义。以*ius*这个词指代主体所享有的财产性“权利”,这种用法在古典时代的罗马法著作中并不鲜见,但是据图尔(Andreas von Tuhr)考证,罗马法学家实际上并不关心这个概念,也没有主动把它当作法律解释的基础,他们更关心的仍旧是具体的诉。^[57] 中世纪的罗马法学者试图通过拆解诉因的方式将“权利”的整体面貌从纷繁复杂的事实之中抽象地呈现出来,但是该观念止步于艰深的学说,影响力十分有限。直到近代的启蒙主义将以个人为中心的自由观念先后注入道德、政治和法律的驱壳,“权利”的话语在法律实践中取得支配性的地

[55] [德]J. H. 冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期,第138-155页。

[56] 所谓的“主观权利”(subjektives Recht),是德语文化圈特有的法学名词,其得名与德语中Recht一词拥有“权利”与“法”的双重涵义有关,因此“主观权利”在英语里用right就可以表示,不会与表示客观法律秩序的law相互混淆。参见赵宏:《主观权利与客观价值——基本权利在德国法中的两种面向》,载《浙江社会科学》2011年第3期,第39页。

[57] 对于罗马时代是否已经形成了对主观权利的明确意识,在学界是存在争议的。参见[德]赫尔穆特·科殷:《论“主观权利”概念的历史》,纪海龙译,载《清华法治论衡》2012年第1期,第395页。

位,法学独立于其他学科的意义才显露出来。图尔指出,私法的中心概念,同时也是纷繁杂多的“法生活”的最后抽象,就是主体的权利。^[58]这意味着,法学变成了权利的学术(科学)。对于“主观权利”的演变历程,纳粹时期的法律史学并不否认其真实性,但是基本史观发生逆转之后,这一历程不再具有任何进步的意义,对个人自由的捍卫反而成了一个“堕落”的过程,因为自由(Freiheit)只属于民族整体,^[59]而个人主义(Individualismus)则被视为社会共同体的腐蚀剂。朗格(Heinrich Lange)对此种“堕落”史观解说得很清楚:“过去的一百年中,自由主义在德国击败了他的伟大的对手,也就是18世纪普鲁士的义务本位的共同体思想,并且取代了随时准备牺牲的集体主义自由观。……1918年革命的爆发,同样是自由主义的碎片所发生的持续性影响,因而也被视为一种源于自由思想的堕落表现。”^[60]朗格认为,方法论上的争议本质上是一个历史哲学问题,说穿了,其实就是“个人”(Individuum)与“共同体”(Gemeinschaft)之间究竟谁是历史的推动力,究竟应当让谁屈服于谁的问题。以民法典为核心的体系化的法学,自拿破仑时代以来,便把“个人”奉为上位概念,这是“主观权利”的根源。因此,从“正本清源”的目的出发,作为法律主体的“个人”必须被相对化,并放到社会共同体之中去考虑。唯有当个人被视为共同体之中的一份子,并根据相应的社会身份做出行为,才具有法律意义。^[61]这种认识的必然结果,就是使个人从法律的主体变成对象,就是“用义务取代权利”。

朗格为法学方法论的改造定下了基调,然而学者们对于“主观权利”的存废问题却有着不尽相同的主张。其中一派以齐伯特(Wolfgang Siebert)和拉伦茨(Karl Larenz)为代表,他们认为,作为法律概念的主观权利已经无法兼容于新的法律秩序,因此必须着手建立新的替代性概念,以满足私法教义学的游戏规则。齐伯特的思路是用“民族共同体权利”(Volksgenössische Berechtigung)的概念取代“主观权利”的概念,使之与义务相对,并作为义务的内在限制。拉伦茨的着眼点也在于为失去“主观权利”支撑的“个人”寻找一个理论上的替代物,但是他意识到抽象化这条路恐怕难以走通,因此拉伦茨把“个人”的权利与他在民族共同体中的具体社会地位相联系,指出每一种(个人)权利都只能与民族共同体的需求保持一致,并且其内容受到限定。这相当于把抽象而且独立的“人格人”转变为具体而且附庸的“身份人”。需要注意的是,纳粹主义基于人种论的思想体系近乎夸张地强调英雄人物的强力意志,因而“人格”(Persönlichkeit)的概念不仅未被压抑,反而时常得到宣扬。作为增强社会控制力的一种需求,极权政治往往一方面将个别人物的精神力量塑造为超越时空的永恒存在,另一方面将大多数普通人湮没在集体之中,使其失去自我的利益诉求,甚至失去自我的主观意识。但是,此种矛盾很难在既有的私法理论中得到调和,因为“人格”作为一种经过“抽象化”的概念设定,其意义恰恰在于实现社会中千差万别的具体个人之间的“平等”的价值;反之,如果在否认“平等”的前提下强调“人格”,那么这种“人格”也就不再是抽象的私法概念,而变成了少数人拥有的特殊“身份”,^[62]或者说仅仅是一个政治旗号。以舒尔茨-沙菲尔(Rudolf Schulz-Schäffer)为代表的另一派主张更为彻底,也更为激进,那就是把“主观权利”的概念从法律中完全驱逐出去,取消义务的对立面,使义务成为不受

[58] 同57引文,第395-396页。

[59] Dietmar Willoweit, Freiheit in der Volksgemeinde, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, S. 301.

[60] Diethelm Klippel, Subjektives Recht und germanisch-deutscher Rechtsgedanke in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, S. 41.

[61] *Ibid.*, S. 35.

[62] 从“人格”矛盾的范例中,我们能够很清楚地看到价值与方法之间的紧密关系:对“个人”这一事实进行抽象化,进而形成概念的方法,直接服务于“法律面前人人平等”的价值。

任何条件制约的法律概念。但是,这一主张并不具有现实可能性,因为一旦放弃以“请求权”为基础的理论框架,就连客观法律秩序的最基本的安定性也无法得到保障。举要而言,主体的抽象意义被取消之后,法律行为的理论变成了无源之水,财产不再有公、私区分的必要,合同和侵权的意义也完全消失了。作为一个法学部门的私法,其实已经消解殆尽。因此,有一部分民法学者以非常委婉的措辞抵制这一激进的主张,比如布隆梅耶(Karl Blomeyer)和宾得(Julius Binder),他们认为必须正视并且承认“主观权利”的客观存在,唯一需要做的是把这个概念“辩证地”置于客观法(objektives Recht)之下。但是,究竟如何在制度中体现被置于次要地位的“主观权利”,却仍然是一个问题。对此,曼尼克(Alfred Manigk)提出一个更具现实意义的观点,他指出,既然不能无视“主观权利”,那么就不需要费脑筋改变或清除与“主观权利”有关的制度,只要警惕并尽可能弱化潜藏于“主观权利”中的“个人主义”因素就行了。拉伦茨对曼尼克的这一观点表示认同,因为这看起来是对现有私法制度变动最小的一种方案了。

可以肯定的是,发生在学者之间的这场争辩并未导致“主观权利”在私法领域遭到实际的废除,但是反“主观权利”论在私法理论的不同层面还是造成了相当大的影响。譬如,施托尔(Heinrich Stoll)指责《德国民法典》是法国启蒙影响之下的“自由-唯物主义”的产物,而且处处体现着外来的“犹太-罗马”法律传统。尼佩代(Hans Carl Nipperdey)则声言,必须用民族的民法典取而代之。^[63] 具体到制度的层面,以物权法为例,《德国民法典》第933条关于所有权人对所有物的排他性支配的规定被认为是对于《法国民法典》第544条的效仿,^[64]因而遭到批判和取缔。这意味着,新的物权理论必须建立在社会共同体的基础之上,所有权人将变成财产的“受托人”。1934年至1935年,维亚克尔(Franz Wieacker)以日耳曼法中的“总有”概念为基础建立了一套符合“时代精神”的比较完整的物权理论。^[65] 当代法律史学家保罗·格罗西(Paolo Grossi)在回顾维亚克尔的这一理论的时候曾经非常形象地指出,“……人与物的关系不再是从主体的角度出发,而是从物(对象)本身出发,或者说是‘从下面’仰视的所有权(Eigentum von unten)”^[66] 类似这种本末倒置的理论在私法的其他分支也层出不穷。

与私法相比,“主观权利”在公法中受到的冲击则更为直接。如果说纳粹时期的私法还能通过替换概念或颠倒主次关系的方法勉强维持其原有的教义学传统,公法面临的则是自身是否仍然存在的问题。1936年前后,批判“主观权利”的运动延伸至公法领域,这在时间上稍晚于私法的变革,情况却比私法要简单得多,因为公法学界几乎没有做任何有意义的抵抗。毛兹(Theodor Maunz)^[67] 直接宣布了“主观公法权利的死亡”。^[68] 霍恩(Reinhard Höhn)解释了这一宣言背后的理论:既然每个人都不再

[63] Hans Carl Nipperdey, Das System des Bürgerlichen Rechts, in: Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts, München & Berlin, 1938, S. 97.

[64] 《德国民法典》第933条规定:“物之所有人在不违反法律或第三人权利之范围内,得自由处分其物,并得排除他人对物之一切干涉。”《法国民法典》第544条规定:“所有权是指以完全绝对的方式享有处分物的权利,但法律或条例禁止使用的除外。”

[65] Thorsten Keiser, Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und Fascismo, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, S. 19.

[66] Paolo Grossi, Das Eigentum und die Eigentümer in der Werkstatt des Rechtshistorikers, in: Rechtsgechichte und theoretische Dimension, Lund 1990, S. 27;

[67] 毛兹是纳粹时期德国公法学界掌握话语权的代表性学者,他曾经在1933年加入纳粹党及其冲锋队,并从1935年一直担任弗莱堡大学的教授,与基尔学派的埃克哈特一道参与主导了法学教育的改革。战后的毛兹曾担任巴伐利亚州的文化部长,但是1964年因为他在纳粹时期的激进言论被披露,而被迫辞职。这也是唯一一位因供职于纳粹政权而在战后受到影响的学者。Michael Stolleis, Theodor Maunz: The Life of a Professor of Constitutional Law, in: The Law under the Swastika 185 - 192 (Thomas Dunlap trans., the University of Chicago Press 1998).

[68] Theodor Maunz, Das Ende des subjective öffentliche Recht, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 96 (1936), S. 49.

被视为独立的个体,而是共同体的一份子,所以对于个人来说,就不再需要借以抵抗共同体人格的“主观权利”来保障已然乌有的个体法律人格。^[69] 法律史学家什未林在其编撰的法律史教科书中表达得更为清晰,他说,个人与国家并不处于相互对立的关系,个人归根结底并不存在,每一个个体所能拥有的只是共同体的整体权利和义务的一部分。^[70] 事实上,纳粹时代的每一位法学家都清楚地知道,在纳粹极度强调整体的国家理念中,吸收了所有个人利益的国家不再是必要的恶,而是至上的善,因而绝对没有“个人防御国家侵犯”的合法性基础,自然也绝对没有个人基本权利存在的空间。

改造法学方法论的另外一条路径是强调法律与生活的连接与融合,这是紧随“破”之后的“立”,也是否定“主观权利”之后几乎必然要走的一条路径。事实上,针对实证法学脱离现实生活的指控并非是从1933年才开始的。基尔希曼在1847年的著名演讲中语带讽刺地指出:“这是法学的胜利,它搞出了一种法律,一种民众不再认识的法律,一种不再存在于民众心目中的法律,一种被民众视为与无法控制的自然力量没有区别的法律。”^[71] 耶林(Rudolph von Jhering)在1884年则对潘德克顿学派大加嘲讽,并特意使用了“概念法学”一词作为标签,其用意就是抨击那种通过构造概念隔绝于真实生活的书呆子气。这一批判路径后来经过黑克(Philipp von Heck)等学者的改造渐趋系统化,后来被称为利益法学派。1900年前后,法国和比利时等很多欧陆国家不约而同地产生了反形式主义的倾向,^[72] 实证主义法学从内部产生自己并不断丰富自己的学说显得那么苍白和无趣,学者们的目光重新转向自然法,聚焦于充满热情的社会伦理,发出对价值的呼唤以及对“贴近生活”的呐喊。^[73] 客观地讲,法学界在这一时期出现对于形式主义法哲学的批判并不突兀,这可以被理解为针对潘德克顿法学期以来处于极端强势地位的一种合理的反弹。从某种意义上来说,由概念和逻辑搭建的体系在追求确定性的同时必然付出僵化性的代价,德国法学沿着体系化的道路走向极致,其结果就是使法律与人们在日常生活中所能理解的正义与秩序相差越来越远。20世纪初兴起于德语文化圈的法社会学担负起这一批判的重任,受到法国社会学家孔德(Comte)和涂尔干(Durkheim)所开创的社会学实证主义传统的影响,奥地利法学家埃利希(Eugen Ehrlich)提出了“活法”(Lebenden Recht)的概念,认为法学研究的对象应当是“支配实际生活的法”。^[74] 同一时代的马克斯·韦伯则指出,形式理性法在学术上的自我否定再正常不过,因为对形式主义的批判从根本上就来自于形式理性法的内部,“……近代的法发展(某种程度上,古代罗马的法发展亦然)包含了助长法形式主义之弱化的各种倾向”。^[75] 然而在德国,反形式主义的思潮并没有得到实践界的及时响应,因为随着《德国民法典》的颁布和施行,形式主义的法学正如日中天,沃尔夫(Christian Wolff)对于“几何-演绎”方法论的阐述使得法学思维的封

[69] Reinhard Höhn, Das subjective öffentliche Recht und der Staat, in: Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936), S. 57.

[70] Claudius Frh. Schwerin, Germanische Rechtsgeschichte, 1936, S. 17, 22.

[71] 同注55引文,第152页。

[72] 法国社会学家孔德(Comte)和涂尔干(Durkheim)开创了社会学实证主义传统,这为批判形式主义提供了全新的视野和丰富的素材,并由此催生了法社会学这一全新的学术领域。此外,法国学者萨莱伊和朗贝尔于1900年在巴黎召开第一次国际比较法大会,某种程度上具有回归自然法和反形式主义的特征,比较法学也应运而生。这些新学科的出现,某种程度上都归功于对传统分析实证主义法学思维的反动力量。

[73] [德]汉斯·彼得·哈佛坎普,《概念法学》,纪海龙译,《比较法研究》2012年第5期,第156页。

[74] Ehrlich Eugen, in: Österreichisches Biographisches Lexikon 1815 - 1950 (ÖBL). Band 1, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 1957, S. 229; 另参见全威:《埃利希“活法”论中的价值探究》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2010年第12卷增刊,第63页。

[75] 同注38引书,第322页。

闭性又向前迈进了一步,以至于在人们的普遍观念中,法学最终和生活现实失去了联系。^[76]这一学派林立、观点混杂的状况至20年代末终结。熊菲尔德在1929年做出断言:对逻辑的信仰消失了,体系的约束也解除了,最终获得胜利将会是生活。^[77]类似论调日渐高涨,使得形式主义法哲学从韦伯所说的“内部的弱化”逐渐被来自外部的力量所否定。纳粹夺权之后,“法律更新”运动彻底颠覆了形式主义原有的支配地位。1934年,帝国法律部长汉斯·弗兰克(Hans Frank)提出“要生活的法,不要形式的法”的口号,希特勒本人也再三提到期待一个“自然的法秩序”(natuerlich Ordnung)。法学界立刻制造出很多与之关联的专门概念,如“生活法”(Lebensrecht)、“生活法定性的法”(lebensgesetzliches Recht)以及把法律视为“民族的生活习惯的一种表达”(Ausdruck der Lebensgesittung des Volkes),等等,^[78]不一而足;《德国民法典》则被斥为“非自然的”和“人工的”法秩序的代表作。1937年1月25日,帝国司法部的秘书施莱格尔贝格(Franz Schlegelberger)做了题为《告别民法典》(Abschied von BGB)的演讲,从纳粹官方的角度较为系统地阐述了法律“生活化”的理念。他指出,对法律的实质意义的理解不能超脱于民族共同体的实际生活,法律的概念从生活中来,因而不应当反其道而行之,用一些苍白(blutlos)而危险的概念来支配人们的生活。在演讲中,他甚至把民法典中一系列抽象概念的危险性比作嗜血的食人鱼。然而,所谓的“生活”究竟是什么?这是一个看似清晰,实际上却十分模糊的概念。由于“生活”本身站在“反抽象”和“反概念”的立场上,但是在讨论与政治、道德和法律的关联的时候,“生活”又必须是抽象的概念,否则便无法展开理论层面的表述。正因如此,“生活”变成了一个任由解释的对象,当它被注入纳粹主义的内涵,如鼓吹种族主义的“民族精神”,否定“犹太-罗马”的历史因素,反“主观权利”论,等等,这一批判就不再是允许反思的学术,而具有了绝对化的意义。在明确的政治导向之下,纳粹时期法学界最优秀的理论家,如施密特、拉伦茨、胡勃(Ernst Rudolf Huber)等,都被建构全新的“生活化”的法学理论所吸引,其关键便是对“生活”进行解读。施密特在1934年十分清晰地表达了“生活”之于法律的优先性:与其认为是规范和规则造就了秩序,不如说,它们只是在既有的秩序中发挥着特定的功能,因而无法脱离于实际的情况,并且只能在相对小的程度上保持着独立。^[79]施密特的这一断言宣告了凯尔森法学方法论的倒转:告别抽象,走向具体。

与此同时,对于法律史学者来说,最重要的任务莫过于论证德意志的法律史从来就是一个“生活法的历史”。比较典型的例子是贝谢特(R. Bechert)在1935年撰写的《德意志法律史教科书》。这部教科书对古代日耳曼法的评价是一种“从民族自觉意识中逐渐成长起来的共同体秩序”,而法兰克王国时期出现的所谓“官僚法”(Amtsgericht)则“并非民族精神生活的直接表达”,而是消解了民族性的国王个人强权的体现;中世纪时期的日耳曼法是“为生活观所承载的德意志精神的统一体”,对罗马法的继受则完全是“对法律的民族性毫无了解的法学家们”所做的蠢事,导致德意志被引入了一条歧途;直到1933年,德意志法律中的民族性才重新被唤醒。^[80]这种以“民族精神”作为单一演进线索编织起来的法律进化史被多个版本的教科书所采纳,成为纳粹官方的宣传口径。从贝谢特的教科书中不

[76] 同注73引文,第157页。

[77] W. Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Licht des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des Rechts, in: Die Rechtsgerichtspraxis, Festschrift Reichsgericht, II 1929, S. 191-272.

[78] Joachim Rückert, Der Rechtsbegriff der Deutschen Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: der Sieg des “Leben” und des konkreten Ordnungsdenkens, seine Vorgeschichte und seine Nachwirkung, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, S. 177.

[79] Carl Schmitt, über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934.

[80] R. Bechert, Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig, 1935.

难发现,贯穿始终的史观除了单调和贫乏的特点之外,还具有强烈的排斥性,“非黑即白”的逻辑设定不容许任何质疑和反思的存在。“生活”这一关键词的涵义被限缩,基本等同于剥夺个人物质利益和主观愿望之后的共同体的精神生活。据此,“生活”唯有通过共同体人格的极少数代表者的行动方能显现出来。此外,“生活”与“真实”(Wirklichkeit)的大量连用提供了一种反向的暗示,似乎任何与“生活”保持一定距离的智力和精神活动都是虚假的,因而也是毫无意义的。由此,纳粹时期的法律史学便面临一个需要解释的重要问题,那就是如何看待普遍存在于现实之中的宗教生活。对此,赖厄斯(Johann von Leers)的解释是,共同体的精神生活并不等同于宗教生活,因为符合生活法定性的“此在秩序”(Daseinsordnung)是由民族自觉性(Volksbewusstsein)内生发出来的,而非像教会法那样是一个来自于教会权威的单方面的诫命。^[81]这意味着,基督教不再被当成与个人相联系的精神信仰。然而,从赖厄斯的解释中,不难发现熟悉的痕迹,这与法律自证其合法性的路径十分相似。因此,尽管纳粹法学家打着反现实的旗帜,竭力攻击既有法秩序的历史基础,但是他们对于已融入德语思维传统的分析哲学和实证法学的方法论仍然具有高度的依赖性。

除了迎合纳粹意识形态的理论创建之外,法律史学者还积极参与对法学教育体系的改造,使“法律更新”运动面向年青一代,并在更广泛的空间内展开。1934年下半年,担任帝国教育部负责人的日耳曼法律史学家埃克哈特开始推动“法学教育规则”(juristische Studienordnung)的实施。^[82]他十分直白地表达了让学术为政治服务的观念,“德国的法学必须具有民族社会主义性质。民族社会主义不是说说客套话,而是一种世界观,是一个由全新的价值营造起来的精神世界,……没有什么战斗阵地比大学更好”。^[83]同年12月底,帝国教育部在柏林召开会议,约有170余名法学家参加,埃克哈特作为大会主持人,排斥众人提出的异议,宣布全面改造法学教育的计划。这一全新的“教育规则”与以“生活”为中心的方法论改造密切相关,所谓的“法律真实”(Rechtswahrer)^[84]成为指导高校法科教学的基本方针。埃克哈特在会议结束时特别强调,公法与私法之间的划分是人为制造的理论,只归属于旧的历史,因此高校的法科学生必须在课堂中摆脱陈旧概念和逻辑的束缚,去了解真实社会中的法律秩序。埃克哈特的总结陈词仅仅在四周之后就变成了官方发布的教育政策,如此高效的改革在德国高等教育发展史上前所未有。^[85]值得一提的是,自19世纪普鲁士时代以来,德国的法学教育经过百余年的积淀,逐渐形成了基本固定的模式,法学学术和法律实践活动一直保持着极为密切的关系。某种意义上,实定法规范及其背后的学说体系根本就是法学教育的产物。因此,与政客型学者的理论创建相比,改造法学教育的影响更为深远。以私法为例,1935年之前各个高校围绕着德国民法典开设的诸如总则、物法和债法等课程,都被取消,取而代之的是与社会生活关系更为密切的一系列课程,例如家庭(Familie)、合同与不法(Vertrag und Unrecht)、物与金钱(Ware und Geld)、家庭继承(Familienerbe)等。^[86]这些课程从名称上便充满否定既有方法论的意味。原有在私法课程中占据核心地位的“民法典总则”对于学生修习私法具有精神引导的意义,因而也成为课程体系改造的重点对象:总则中贯彻

[81] Johann von Leers, *Deutsche Rechtsgeschichte und Deutsches Rechtsdenken*, Berlin, 1939.

[82] 埃克哈特在1934年10月1日就任纳粹最高学术管理机构的高等教育委员会的负责人,掌握对法律、国家、政治、经济和历史等专业进行改造的决策权。

[83] Karl August Eckhardt, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, Bd. 11 der Schriftenreihe, Hamburg, 1935.

[84] Ralf Frassek, *Juristenausbildung im Nationalsozialismus*, *Kritische Justiz*, Vol. 37, No. 1 (2004), S. 85.

[85] *Ibid.*, S. 88.

[86] *Ibid.*, S. 92.

的“个人主义”思维必须得到彻底根除,而总则中抽象化的一般性概念,尤其是抽象人格的概念,也必须得到清算。《德国民法典》第1条关于个人权利能力的规范,在课堂中被替换成了这样的内容:法律共同体是民族共同体;民族共同体则是德意志血统的集成。^[87]相应地,权利平等的观念则被个人归属于特定共同体的身份所取代。这些批判民法典的内容出现在高校法科学生第一学期必须修习的课程之中,其中“家庭”这门课程的地位非常重要。作为对个人本位的重要替代品,家庭被看作一个财产性的,根据血缘联系和共同体思维而形成的,一种事实上的具体生活秩序。这门课也谈到权利的概念,但并非是像民法典总则那样以抽象的人作为出发点,而是从一个人的出身以及他归属的特定家族展开讲述权利,并且从一开始就将个人定位于共同体的一员。这样的权利自然是不平等的,它实际上包含两个部分,其一为特权,其二为与之相对应的义务。此外,“物与金钱”的课程替代了原有的物权法,而“合同和不法”成为取代债法的课程,“家庭继承”与原有的继承法课程相比,差别更小。这些新课从1935年夏季学期开始在全德范围内推广,就“合同与不法”这门课而言,拉伦茨在基尔大学讲授了整整十年,而南德的某些高校,如图宾根大学,则对开设这些新课有所抵触。^[88]有趣的是,新的课程体系在全面否定旧体系的合法性的同时,其下的各门课程却与原有课程保持着——对应的关系,这使得熟谙私法教义学的法学教师仍旧可以胜任新开设课程的讲授工作。这是一个非常值得注意的现象,尽管私法教学在1935年“法学教育规则”的指引下完全颠覆了原本集成在德国民法典中的价值观,但是对同一部民法典所提供的方法论的框架,却几乎没有本质上的突破。正可谓,价值多变异,方法难离弃。埃克哈特主导的法学教育改造更像是一个用“旧瓶”装“新酒”的过程。基于这样的事实,拉伦茨并不认为纳粹时期的私法教育与德国民法典的距离有多么遥远,维亚克尔甚至有些极端地认为,这一时期的私法实质上并没有受到政治上扭曲观念的影响,私法仍然沿着既有的教义学传统被传授和学习,^[89]“告别民法典”只不过是虚张声势的政治口号而已。尽管这并非学界公论,但依然在一定程度上表明,纳粹法学在方法论上自我改造的尝试是失败的。而且,如果价值与方法这两个本应同气相求的方面出现了脱节,那么法学理论与法律实践之间也难以保持顺畅的衔接。

四、纳粹的法律史学与当代欧洲的法律史研究

未来如何发展,很大程度上取决于人们看待过去的态度。因而对于当代欧洲的法学以及法律史学而言,1933年至1945年绝不是可以一言以蔽之的历史阶段。在这个前提之下,自20世纪90年代以来,施托莱斯和吕克尔特等学者不止一次提到对纳粹时期的法律史学进行回顾与反思的三条路径,其一为还原其面貌,其二为追溯其思想源流,其三为评价其后世之影响。^[90]相比之下,前两条路径尚且易于推进,纳粹时期距今不到百年,相关史料纵然浩如烟海,学者们只要将精力贯注于耙梳重要人物的言论和行动,从中追索先前时代的影子,便可取得一定的成就;第三条路径乃是危途,因为涉及到

[87] 这一教义的德语原文是,“Rechts genosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist。”拉伦茨曾多次在其著作中提到这一时期民法典第一条的情况,参见Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht – Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: Dahm u. a. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 24.

[88] Ralf Frassek, Juristenausbildung im Nationalsozialismus, Kritische Justiz, Vol. 37, No. 1 (2004), S. 92.

[89] Wieacker, Privatrechts geschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 55.

[90] Joachim Rückert, Das Bild der Rechtsgeschichte in der Deutschen Rechtsgeschichte der NS – Zeit Zur Einführung, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS – Zeit, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, S. 1 – 2.

纳粹时代与当下的关联性,任何试图评价者都必须背负起沉重的历史责任,既要直白透彻地道出极端状态之下的法律史学投射于当代政治和法律生活中的映像,又要在措辞上极尽谨慎,避免被误解为替纳粹和法西斯主义招魂。然而,某种意义上,与前两条路径相比,立足于当下的主观评价反而是最重要的,因为在现当代政治-法律史研究的领域,即便常以“客观”自居的还原或是追溯工作,大体上都无法逃离主观评价的预先指引。此外,为史料所承载的证据之间有太多抵牾,因而只能居于次要的辅助地位,学界和公众能否就这段历史的解读达成共识,进而影响到当下实践中的判断,才是关键之所在。换句话说,最重要的问题并非“过去是什么”,而是“现在怎么看”。

纳粹时期的“法律更新”运动旨在缔造一个全新的法律帝国,但是如上文所述,塑造这个乌托邦的大部分思想模式,如历史主义、民族精神、社会达尔文主义、强人政治、实质理性、社会主义、团体本位等,早在18世纪后半叶便开始流行于德语文化圈之中,至19世纪由普鲁士所支配的时代,各种素材已经准备得相当充分了。因此,纳粹并非是一场以非理性和反理性为基础的政治运动,而是试图把对理性的另外一种诠释推向极致,同时竭力否定和排斥近代德国在不断城市化的历史中逐渐形成的以形式理性为核心的现代性范式。这就像是一个“农村包围城市”的过程,正如瓦斯内尔指出的那样,“民族性的创造性力量”一语当中,“瓦解和撕碎的力量”也不言而喻地捆绑在一起了。^[91] 尽管纳粹的思想和行动在表面上多呈现出反现代的破坏性特征,然而,从整体上来说,纳粹所追求的仍然是一个现代化的目标。因此,纳粹时期的理论家所要做的,便是收集那些针对法律现实的已有的批判性思想,把它们稍加改造,片面夸大其中的部分内容,然后串联和编织起来,包装成为一个看起来面目一新的理论体系,并强制适用于实践,以便立竿见影地形成“效果历史”。^[92] 这是一种对于批判性的滥用。一般来说,与纳粹政权关系越密切的学者,其言行就越具备“批判性滥用”的特征。日耳曼法律史学家埃克哈特便是一个典型的例证。尽管当时也有法律史学者对僭越学术门槛的做法提出批评,但是仅凭微弱的学术自觉不仅不足以对当时的学术生态起到扭转的作用,就连批评者自身也难免沦陷其中。^[93] 对于“批判性滥用”最为激烈的指责出现在战后的时代,矛头不再指向个别学者,而是直接指向了学科,即认为,德国在19世纪到20世纪关于日耳曼-德意志法律史的教学和研究的全部目的便是培育法西斯的意识形态。^[94] 客观地讲,日耳曼-德意志法律史的确是历史主义、民族精神、团体本位等上文罗列的批判性因素最为集中的承载体。即便是在20世纪末出版的德意志法律史教科书中,这些特征鲜明的内容也无法被忽视或篡改。^[95] 不过,据此便对学科的这一研究领域进行整体否定,似乎仍有失公允,毕竟,这些批判性因素即便在罗马法史的研究中也可以寻到踪迹,甚至表现得更为强势。^[96] 譬如,历史主义作为19世纪到20世纪德国法律史学建立全部学说的总的基础,无论对于日

[91] Roderich Wahsner, Die Deutsche Rechtsgeschichte und der Fachismus, Kritische Justiz, Vol. 6, No. 2 (1973), S. 178.

[92] 效果历史(Wirkungsgeschichte)是伽达默尔在哲学解释学的背景下提出的历史观念,他认为,真正的历史对象不是客体,而是自身和他者的统一物,是一种关系。在此关系中同时存在着历史的真实和历史理解的真实。参见[德]伽达默尔:《真理与方法——哲学解释学的基本特征》,辽宁人民出版社1987年。

[93] 参见脚注54:什未林的反思。

[94] Roderich Wahsner, Die Deutsche Rechtsgeschichte und der Fachismus, Kritische Justiz, Vol. 6, No. 2 (1973), S. 178.

[95] 以米泰斯·利勃里希(Mitteis Liebrich)在1949年初版的《德意志法律史》为例,至1978年该教科书修正至第15版,可谓战后时代的一部经典的民族法制史教材。本书避免纳粹时期法律史教科书的常用措辞,所援引的材料也刻意跳开了纳粹时期的著作,尽可能站在客观的立场上描述近代德国法的“民族本位”属性。参见Mitteis Liebrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 15. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 1978.

[96] 参见脚注44:毋庸置疑,罗马法也是塑造“民族精神”的重要历史基础。

耳曼-德意志法律史,还是对于罗马法律史,都具有同等重要的意义。因此,当“法律更新”运动针对罗马法传统展开攻击的时候,首当其冲的任务便是扣上异种文化入侵的帽子,使之与历史主义的理论分离开来,并使这一合法性基础归为日耳曼-德意志法律史所独享。这说明,纳粹时期的法学思想仍然试图从某种人为建构的历史中寻求现实的合法性,这与近百年之前萨维尼和艾希霍恩提出的主张并无二致。正因如此,伴随着民族国家自我意识的不断强化,以及作为这一强化过程之体现的民法典的制定,19世纪至20世纪的法律史学变成了一门显赫得不太正常的学科。

战后的联邦德国为祛除纳粹主义残留的影响,对于那些曾被大肆宣扬的与民族国家有关的符号,如国旗、国歌、国徽等,一律以极为谨慎的态度来对待,民族法律史的研究也退回到相对封闭的学者圈子。至20世纪60年代,欧洲一体化进程开始为战后的联邦德国提供登上国际舞台的机会,随着欧洲各国在经济和政治上的关系越来越紧密,欧洲(盟)法开始成为一个独立于民族国家法律体系之外的实定法系统,这导致了法律史学的一个全新研究领域的出现,即一个全欧洲共享的法律史,也即“欧洲法”的历史。值得注意的是,在与纳粹时代迥异的,强调民主、商谈、法治和文化多元的政治环境之下,历史主义的合法性论证仍旧被沿用于欧洲法律史的研究领域。欧盟建立之后不久,基尔大学的法律史教授哈腾豪尔(Hans Hattenhauer)在其《欧洲法律史》一书的初版序言中十分有代表性地讲道:“今天若是谁想要构画一个完整的欧洲法律史的图景,他一定居心不良。这项任务缺乏很多基础性的、足以满足今人之需求的准备工作,尤其缺乏欧洲范围内的素材搜集。所以,最终的图景只能类似于一副用很多马赛克拼凑成的作品。而我试图完成一个设想,……依据欧洲法律精神,把思想脉络相类似的学者放置在一起。欧洲只能由它的历史性(Geschichtlichkeit)得到理解,并且只有当它从自己的过去之中不断地找到新的确定性(Gewissheit),才能拥有未来。”^[97]这几乎可以被看作一个宣言,借由欧洲法律史的外壳,法律史学与法律现实之间的关联再次被打通,欧洲(盟)法也得以跳出仅仅停留在技术层面上的比较法的窠臼,获得了自身的主体性和自我意识(Selbstbewusstsein)。不难发现,哈腾豪尔的这一主张与萨维尼对于“当代罗马法体系”的建构,以及纳粹时期的法律史学对于日耳曼-德意志法律史的“崇高化”的包装相比,在思想进路上并没有多大的区别。从某种程度上来说,尽管一直遭受来自自然法和实证主义法学的挤压,历史主义依然是贯穿19世纪至20世纪德国法学的最稳定的“连续性”。基于这个理由,纳粹时期的法律史学必须被视为该“连续性”链条中一个特殊的环节,即历史主义极端化的范例,而不应被排斥在链条之外。亦唯有基于这个理由,纳粹时期的法律史学对于现实之中正逐渐变得清晰的“欧洲法律史”的镜鉴意义才能浮显出来。

作为极端时代的另一项遗产,纳粹的法律史学影响到战后欧洲法学界对于“体系性”的理解与评价。尽管《德国民法典》在纳粹时代并未遭到形式上的废除,也未被新的民族法典所取代,^[98]但是毫无疑问,纳粹时期的法律史学对于以潘德克顿为典范的体系性思维抱有明显的敌意,这导致《德国民法典》在法律教育和司法实践中处于部分地被架空的状态。法律史学试图以基尔克的理论为依据,恢复德意志共同法在私法秩序中的支配性地位。这一方面表现为抨击民法典所构建的体系乃是一座不接地气的“空中楼阁”,另一方面,则把与生活真实相衔接的性质赋予民法典的对立面,也就是德意志

[97] Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, S. VIII.

[98] 纳粹时期《德国民法典》在文本上发生的较大变化有1938年6月6日的婚姻法(Ehegesetz),1938年7月31日的遗嘱法,1939年7月4日的失踪法。《德国民法典》中新增添的文本较少,主要是1940年12月21日在《船舶法执行条例》(Durchführungsverordnung zum Schifffrechtsgesetz)基础上出台的“未注册船舶的法令”。参见 *Das BGB im Nationalsozialismus*, Buch 1. Allgemeiner Teil Einleitung, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2015.

共同法。这当然是纳粹意识形态的一种表达,亦在战后随着纳粹的覆灭销声匿迹,《德国民法典》重新得到了承认,其权威性甚至超过了魏玛时代;公法上的发展则保障人们在价值判断上的争论在法律框架之内进行,而不致演化为突破法律规范的外部批判,如通常以政治运动为载体的道德攻击等。1966年4月20日,拉伦茨以120多年前基尔希曼在柏林法学会发表的著名演讲为标靶,同样借柏林法学会的场合,发表了题为《论作为科学的法学的不可或缺性》的演讲,重申了形式理性法之于现代社会的意义,以及教义学在私法领域中的基础性地位。^[99]这与其说是拉伦茨与基尔希曼之间的隔空辩论,不如说是拉伦茨对于包括自己在内的一大批从纳粹时代走过来的私法学者曾经产生的偏见的一场清算。同样经历过纳粹统治的维亚克尔在《近代私法史》一书中更为系统地表达了与拉伦茨相一致的观念。

然而,时至欧洲一体化开启的崭新时代,纳粹时期曾经喧嚣一时的争辩,即共同法与民法典之间的相互对立与排斥,却重新浮现出来,只不过问题发生了转换:新的欧洲法的历史基础究竟是什么?贯穿于欧洲(盟)实定法的方法论的类型,究竟是以立法权威为中心的法典化思维,还是由司法实践主导的共同法思维?这表面上是一个法律领域的专门问题,却切中了当代欧洲政治的要害,如何回答,某种意义上取决于作答者对于欧盟“主权”程度的判断。尽管从欧共体到欧盟的重要条约都涉及对欧洲政治体的权限的界定,但是各成员国在这个关键问题上显然还是无法取得统一的认识,这导致对于欧盟而言,法典化思维从根本上欠缺合法性的基础。因此,欧洲(盟)法毫无疑问是一个成文规范的系统,但也许并不能被当作一个法教义学意义上的规范体系。这为共同法(*ius commune*)概念重出江湖奠定了基础。意大利法律史学家贝勒莫(Manlio Bellomo)作为探索共同法概念史的当代重要学者,其学术研究的现实抱负便是承接哈腾豪尔所指出的“(让欧洲)从自己的过去之中不断地找到新的确定性”。贝勒莫并不避讳这一点,他认为,对欧陆共同法的发展史的探讨有助于欧洲各国在经济边界打破之后寻找到法律转型的切入点,而所谓的“法律转型”,关键就在于促使各国主动突破由法典化思维所形成的法律上的壁垒。在这里,贝勒莫对法典化表现出明显的敌意,他认为,正是18世纪到19世纪欧洲各国出现的法典化运动终结了欧洲共同法发展的历史,进而将大量模糊性、僵化性和不确定性带入了各国的法律体系,因而对于正形成于当代的一般性的欧洲(盟)法而言,根深蒂固的法典化思维是最大的阻碍。^[100]此外,贝勒莫还把学术批判的矛头指向苏格兰法律史学者阿兰·沃森(Alan Watson),因为沃森在《民法法系的形成》一书中把法典化运动置于欧陆法律发展史的重要位置。^[101]值得一提的是,贝勒莫的授业师加拉索(Francesco Calasso)是最早致力于研究共同法概念和共同法历史的学界先驱,他的标志性著作题为《共同法的概念》,于1934年出版;^[102]另一本题为《共同法的历史遗留问题》的专著,出版于1939年。这两部书看待共同法的观点有着鲜明的时代烙印,其中不乏对种族主

[99] [德]卡尔·拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性——1966年4月20日在柏林法学会的演讲》,赵阳译,载《比较法研究》2005年第3期,第144-155页。

[100] Kenneth Pennington, L'Europa del Diritto Comune by Manlio Bellomo, in: the American Historical Review, Vol. 96, No. 4 (Oct., 1991), S. 1189.

[101] 贝勒莫在《欧洲的共同法律史:1000-1800》一书末尾的“文献提要”部分说道:“阿兰·沃森的《民法法系的形成》一书是错误的、不可靠的、充满矛盾的,也不知道为什么会翻译为意大利语。对于此书,格罗西(Paolo Grossi)也给予强烈的负面评价。”Manlio Bellomo, *The Common Legal Past of Europe: 1000-1800*, at 238 (Lydia G. Cochrane trans., the Catholic University of America Press 1995).

[102] Francesco Calasso, *il concetto di diritto comune*, Modena, 1934; *il problema storico del diritto comune*, Mailand, 1939.

义的鼓吹。^[103]可以说,从加拉索到贝勒莫所持续关注共同法,曾经便是纳粹法律史学借以对抗《德国民法典》的德意志共同法的意大利版本。当然,共同法这一研究领域并不致因为与极端时代的思想渊源有所牵连,便贴上了法西斯的标签,从而失去了存在的合法性。事实上,贝勒莫同时代的很多欧洲法律史学者都意识到共同法对于欧洲(盟)法,尤其是对于欧洲统一私法进程的重大意义。不过,与意大利的情况不同,共同法在德国并没有被置于与法典化截然对立的地位。科殷(Helmut Coing)是共同法研究在德国的扛旗者。1967年,身为马克斯-普朗克欧洲法律史研究中心所长的科殷创办了名为《共同法》(*ius commune*)的欧洲私法史杂志,吸引欧洲的私法学者和法律史学者加入这一新兴的研究领域。他在发刊词中明确地指出,共同法这一概念在新时代不再具有任何民族国家的属性,其涵义就等同于欧洲私法史。^[104]这相当于与纳粹时期意识形态化的共同法概念划清了界限。科殷后来在一次演讲中提到,共同法是潜藏于欧洲(盟)法背后的法理基础和学术资源,正如潜藏于《德国民法典》背后的潘德克顿体系一般;因此,唯有当实定法出现漏洞的时候,共同法才有可能被法律实践所采纳。^[105]可以看出,这是一个试图对共同法与实定法之间的矛盾进行调和的思路,而调和的基本框架仍旧是德国私法最谙熟的教义学套路,即以大多数学者的共识为缺乏管辖权威的法律争议提供答案。因而,体系化仍然是首要的目标。不难发现,这与贝勒莫试图还原的共同法在欧洲历史中的形象存在着不小的差距。尽管任何人都不会对不同意见感到头疼,然而乐观地看,这种在基本认识上的分歧恰恰构成了当代欧洲法律文化的多元性特征。

进入21世纪后,德国法律史学对于欧洲法的“历史化”(historicization)过程怀有相当程度的警觉,很多学者都对“欧洲精神”这一概念的实体化提出了学术纯粹性上的质疑。^[106]因此,对于哈腾豪尔所提出的欧洲的“历史性”的命题,首当其冲的问题也许并不是选择按照贝勒莫还是按照科殷的思路去理解共同法,而是这究竟是不是一个必须得到解释与回答的命题。“疑欧派”中比较有影响的批判性理论,例如马克斯-普朗克欧洲法律史研究中心的现任所长杜威教授所倡导的“纠缠态(Entanglements)史观”,试图对于赋予欧洲法以精神内涵的“历史性”作完全不同于传统的解读:从某种“去中心化”的角度出发,把欧洲放在全球史的视野下进行观察,尤其强调非欧洲性质的法律文化对于欧洲法的“历史性”的塑成作用,以便部分地克服欧洲传统中的历史主义所携带的本质主义特质。^[107]这样的努力是有意义的,杜威反对那种利用法律史在法学中树立一个新的主体性概念的思路,以避免新偶像投射下的巨大阴影,而是主张从发生关联的不同法律文化的相互关系(纠缠)之中积极地理解“历史性”的内涵。这一方面保持了法律史与法律现实之间的相关性,另一方面,又将法律史从历史主义的“连续性”的束缚中解放了出来。具体来说,杜威提示人们注意那些传统法律史学的盲区,例如人们通常认为近代殖民地的法律制度和文化的由宗主国单方输入而被动形成的,但是却看不到宗主国为了

[103] *ius commune*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Lfg14. (hrsg. von Albrecht Cordes, Heiner Lück), Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2011, S. 1035 – 1036.

[104] Helmut Coing, Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, in: *Ius Commune* 1, 1967, S. 1.

[105] Helmut Coing, *The Sources and Characteristics of the Ius Commune*, 19 (3) *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 489 (1986).

[106] 对传统“欧洲”概念的质疑并不是21世纪学者的首创,早在战后时代,法律史学界就有一批非主流的学者提出了这样的观点,如奥地利学者科沙克尔(Koschaker),他在1947年就提出欧洲史观是“新萨维尼主义”的体现,再如西班牙学者德奥尔(Alvaro D'Ors),则认为既有的欧洲史观过于“日耳曼化”,应当将在基督教史的基础上重建欧洲史观。

[107] Thomas Duve, *European Legal History – Concepts, Methods, Challenges*, in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History*, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, pp. 29 – 61.

达到更好的治理效果,不仅必须对殖民地原有的秩序状态保持较大程度的容忍和退让,而且可能对自身的法律制度和文化的修正和调整;再例如,如果放在全球视野下观察,近代马德里与墨西哥、马尼拉之间关系的近密程度远远超过马德里与同在欧陆的梅尔斯堡,^[108]因而对于西班牙法律制度与文化的探讨,绝不当局限在欧洲的范围之内。近代欧洲破碎的事实应当得到充分的正视。这似乎暗示着,被赋予精神气质的“欧洲”作为一个单一文化体的概念,不仅是虚构的,而且很可能并不是一个站得住脚的虚构。如果站在这一立场上,那么对于共同法历史的追寻也就显得不是那么重要了。由于理论上的开放性和新颖性,近十年来,全球范围内越来越多的欧洲法律史学者开始加入这个阵营,或至少受到这一阵营的观念的部分影响。^[109]这可能导致传统的法律史学与比较法学在未曾有过的深度上开始发生结合。然而,以“纠缠态史观”为代表的后现代法律史学似乎从一开始就迈出了太大的步子,因为它并没有太多地把欧洲(盟)实定法的因素考虑在内。因此,它究竟能否压倒哈腾豪尔的宣言,架空法典化和共同法之间经久的辩论,成为法律史学界的共识,以及能否为欧洲法的各个领域带来价值和具体上的变化,仍有待于时间的考验。毕竟,如果法律史的理论无法对法律现实产生具有历史意义的“效果”,便只能止步于艰深学说的层面。不过,对于欧洲法律史新思维的展望,已不再属于本文所讨论的范围了。

The Origin, Change and Influence of German Legal Historiography during the Nazi Period

Gao Yangguang

Abstract: German jurisprudence had experienced a comprehensive and systematic process of historicization during the Nazi period, namely the *Rechtserneuerung* movement. Its basic character was to replace the traditional method of Roman law behind the legal reality with the political imagination of Nordic German tradition. Legal history had played a vital role in the process of this transformation. The scholars, who occupied the academic authorities, had actively participated in the process of value re-assessment and methodological reconstruction, built a set of critical theory which was strongly against the legal positivism. The theory was mixed with the ideology of Nazi, which was ignored after a long period of time for scholars after World War II. However, the critical essence of the theory still existed, with another form, in contemporary Germany and the EU's political thought and legal practice.

Keywords: Nazi; legal history; historicization; continuity; subjective right

(责任编辑:刘馨)

[108] Hespanha, *Uncommon Laws, Laws in the extreme peripheries of an early modern Empire*, in: *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 130, pp. 180 - 240.

[109] 不同学者对于这一反传统的研究思路有着各自不同的表述,如“跨国法”(transnational law)、“全球法律多元”(global legal pluralism)、“规范混合”(regulatory hybridization),等等。Thomas Duve, *Introductory Remarks*, in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History*, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, p. 3.

金融举报者激励和反报复保护法律制度研究

——以美国萨班斯法和多德-弗兰克法为核心

马 一*

摘 要:金融违法违规行为由于其固有的复杂性和隐蔽性,对其的有效发现一直都是世界性难题。美国学界研究表明金融举报在发现公司违法违规行为中的作用居于首位,监管机构自己主动发现的作用居于末位,甚至低于审计师和媒体。美国从萨班斯法到多德-弗兰克华尔街改革及消费者保护法,一直围绕着金融举报者奖励和反报复保护两大制度进行不断的构建和升级完善。我国金融举报者制度的规定聊胜于无,激励和反报复保护核心制度的缺位乏力注定了该制度沦为一纸空壳,由此带来的金融违法违规发现机制的孱弱和执法力度的疲软也放纵了我国各种金融乱象丛生,在此时代背景下建构并全面提升我国的金融举报者激励和反报复制度迫在眉睫。

关键词:金融举报者 激励和反报复保护 萨班斯法 多德-弗兰克华尔街改革法

我国当下的资本市场乱象纷呈早已是不争的事实,非法集资、财务造假、内幕交易、违规减持、欺诈发行、虚假信息披露、操纵股价等层出不穷且呈蔓延之势,而其中只有少部分违法行为被严厉查处追责。金融乱象野蛮滋长,究其根由,法律不完备固然是重要原因,但更重要的恐怕是监管的失职与不力。对违法违规行为能否及时发现,发现后的执法力度如何直接决定了监管是否有效。然而现实中监管层的孱弱表现在一定程度上甚至让人怀疑其对各种违法违规现象的发现能力严重滞后乏力。面对无处不在的各种金融乱象,有学者通过研究发现“举报是检测证券欺诈的最有效的方法”。据美国注册舞弊核査师协会(Association of Certified Fraud Examiners)的统计,全球43%的上市公司舞弊案件都是由举报者揭发出来的,由于举报者是内部人士,有利于“更好、更早地获得有关公司欺诈的信息”。统计发现,在美国被发现的上市公司欺诈案件中40%是由于举报者提供了线索。^[1]另据研究表明,内部人发现上市公司欺诈的可能性比外部审计师高出13倍。^[2]同时也有研究表明,允许举报者得到法律保护可使得上市公司治理得到长足进步,促使上市公司建立专门部门以坚持合规审查,这种合规文化的养成,将督促上市公司在商业决策时顾及法律和道德的要求,并最终减少上市公司的违法行为。^[3]与此同时,研究也同样表明,在82%的情况下员工举报自己的公司,会遭遇报复,例如,被终止劳动合同、被胁迫或显著改变工作内容等。这项研究还发现,许多员工举报公司后,他们被迫迁

* 山东大学法学院讲师,法学博士。本文系国家社科基金青年项目“普惠金融视角下银行商业特许经营模式法律问题研究”(16CFX047)的阶段性成果。

[1] Geoffrey Christopher Rapp, *Mutiny by the Bounties? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act*, 2012 BYU L. Rev. 73, 110 (2012).

[2] Association of Certified Fraud Examiners 2010 Report to the Nations, 24 (2010), <http://www.acfe.com/rtnn-europe.aspx>.

[3] James A. Fanto, *Surveillant and Counselor: A Reorientation Compliance for Financial Firms*, Social Science Electronic Publishing 4-8, 41-42 (2013).

移到另一个行业甚至是另一个城镇,以避免骚扰。^[4] 专项调查也显示,员工不想举报公司证券违法最重要的原因也正是这种一系列的报复,报复可能体现在社会排斥的各种方面,如,丢失社会身份、业界负面口碑、就业损失、破坏未来事业等。

尽管如此,研究也发现对举报者的奖励能够有效激励举报者。通过对1996年至2004年间美国企业的诈骗案件进行研究(样本包括216例涉嫌舞弊,包括安然、世通、HealthSouth等知名企业,涉及违法行为的资产规模在7.5万亿美元),发现在健康医疗领域,41%的欺诈由举报者举报;在其他政府采购领域,14%的欺诈是由举报者举报。而在216个证券欺诈案例中,26件是上市公司员工举报,占18.3%,从而排名第一;专家分析师发现24件,占16.9%;媒体发现22件,占15.5%;行业管理机构和行业协会发现20件,占14.1%;审计师发现16件,占11.3%;美国证券交易委员会(以下简称“美国证交会”)发现10件,占7%,排名倒数第一。^[5] 激励机制下金融举报者的举报积极性、重要性和有效性由此可见一斑。

一、美国金融举报者激励和保护立法的源起

(一)源起英格兰:美国“举报者分享”立法的起源

为激励举报者而与举报者分享罚金的历史可以追溯到中世纪英格兰。1318年,当举报者成功举报政府官员兼职做酒商,爱德华二世国王提供了1/3的罚款作为奖赏以激励举报者。^[6] 其后法院发布了告发分享令状“writ Qui Tam”,即自然人个人协助国王起诉,他可以接收全部或部分罚款作为奖励。该令状的名字来源于一句拉丁语 qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur 的缩写,意为“为此事,谁为国王提起诉讼,这也为了他自己”。

1951年英格兰和威尔士的法院废止了告发分享令状“writ Qui Tam”,代之以《统一举报行为法》。后来,美利坚合众国的缔造者把“政府将赔偿分成给举报者”的想法带到了马萨诸塞州,那里的“面包欺诈,对举报者将分发1/3的罚款金,欺诈犯罪之发生所在地的市镇将受益罚金的其余部分”。^[7] 此后在康涅狄格州、弗吉尼亚州和南卡罗来纳州等也开始出现类似立法。该法律制度后来被美国《虚假索赔法》所沿用,允许举报者用对诈骗联邦政府的行为的知悉,协助联邦政府提出索赔诉讼,并取得诉讼赔偿金额的一部分作为奖励。

(二)美国举报者保护立法起源于通用汽车公司对消费者维权领头人的迫害

美国保护举报者立法的起点其实来源于在消费者运动中通用汽车公司对汽车消费者维权领头人的各种信用诋毁行为。拉尔夫·纳德博士(Ralph Nader)是美国著名的消费者维权家,毕业后开始写关于消费者安全问题的文章。他首先在1959年的一篇文章中批评汽车行业称“不安全的汽车你不能买”,1965年纳德在其专著《任何速度都是不安全的》中声称,许多美国汽车都是不安全的。纳德将超过100起与通用汽车相关的事故诉讼联系到一起,并开始对这些诉讼中关涉的通用汽车的安全进行调查。^[8] 1966年初通用汽车公司试图诋毁纳德,雇用私人侦探挖掘调查他的过去,并雇用妓女向他

[4] Alexander Dyck & Luigi Zingales, *Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?* 65 (6) *The Journal of Finance* 2213-2253 (2010).

[5] *Id.* at 2230.

[6] Charles Doyle, *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes* 67 (BiblioGov, April 20, 2010).

[7] Dyck & Zingales, *supra* note 4, at 75.

[8] Diana T. Kurylko, *Nader Damned Chevy's Corvair and Sparked a Safety Revolution*, *Automotive News*, v. 70 (1996).

下套,逼迫他妥协。^[9] 纳德起诉通用汽车公司侵犯其隐私权,并最终 425 000 美元和解解决了这一案件。纳德起诉通用汽车公司一案,最终通过纽约上诉法院的决定,将侵权法的保护范围扩展至“过度监督”。随后,纳德用通用汽车公司赔偿的钱成立了一个消费者权益保护法律研究中心。纳德的“任何速度都是不安全”的汽车安全宣传,以及不断升级的全国交通死亡人数,促进国会在 1966 年通过了《全国交通和汽车安全法》,该法建立了国家公路交通安全管理局,标志着汽车安全从消费者到政府的历史性转变。而美国民众也开始意识到,举报者已经不那么可恨和需要躲藏,举报者不但是正义的,同时还是对抗社会欺诈和不法行为的重要力量。1983 年美国最高法院在判决中引入了所谓的“举报者”,并采用了一个非常形象的专门称谓“吹哨人”(the whistleblower),关于举报者的法律格局开始改变。

(三)美国“举报者分享罚金”的《虚假索赔法》

1986 年《虚假索赔法》(False Claims Act, 即 FCA)是一部美国联邦法律对公司(通常是联邦承包商)和个人欺骗政府的责任追索立法,是联邦政府打击针对政府欺诈的主要工具。在通过 1986 年《虚假索赔法》之前,对举报者没有法律上的有效保障措施以激励这些举报者能够勇敢向前。^[10] 1986 年《虚假索赔法》对举报者的奖励和激励进行了革命性的提升,该法律规定:允许不隶属于政府的告发人(在法律上称为“关系人”),代表政府利益,与政府一起协同一致,向欺诈政府的另一方提出诉讼。如果诉讼后政府能够获赔,那么该“关系人”可以获得一部分(通常约 15% 到 25%)损害赔偿作为奖励。

《虚假索赔法》所确立的主要制度如下:首先,强制立法必须给举报者奖励,而以前国会认为是否给予举报者奖励属于他们的自由裁量;其次,出台了“反报复”的立法规定,赋予了举报者“反报复”的权利,如起诉雇主报复,用实际权利对抗雇主的报复;第三,规定了雇主的损害赔偿条款,如果雇主报复雇员,造成的损害需要两倍到三倍的赔偿;第四,在针对欺诈政府行为的诉讼中给予了举报者更多的参与权和控制权,甚至政府的索赔金额,由举报者来指导;第五,专门开辟出财政资金,为作为原告的举报者提供律师费。由此在诉讼中,律师使用该法给予的政策,大规模向欺诈政府的相对方索赔。

1986 年至 2012 年间,在所有联邦政府的反欺诈行为案件中,70% 是由举报者依据《虚假索赔法》完成的。这些案件通常涉及医疗保健、军事或其他政府支出领域,尤其是在政府的药品采购领域,举报者提出诉讼是政府对抗欺诈的最常用手段,占据了绝大多数索赔案件。《虚假索赔法》诞生后的 1987 年到 2013 年,美国政府收回 389 亿赔偿金,这一数额的 70% 即 272 亿美元是举报者参与政府对欺诈政府行为的索赔诉讼追回的。^[11]

二、美国萨班斯法对金融举报者的全面保护

(一)旨在打破员工沉默的萨班斯法

21 世纪初公司欺诈和贪婪导致两大跨国集团安然和世通的垮台。巨大的丑闻引起了公众、公司、

[9] Alan Kucinich, *President Dwight D. Eisenhower and the Federal Role in Highway Safety: Epilogue—The Changing Federal Role*, Federal Highway Administration 47 (May 7, 2005).

[10] Phillips & Cohen LLP. False Claims Act History, <http://www.phillipsandcohen.com/False-Claims-Act-History/> (last visited May 12, 2016).

[11] Joseph M. Makalusky, *Blowing the Whistle on the Need to Clarify and Correct the Massachusetts False Claims Act*, 94 Mass. L. Rev. 41, 45-46 (2012).

华尔街和国会几乎前所未有的关注。高薪的管理层是欺诈者,但公司员工、投资者和退休人员却是这种欺诈事件的主要受害者,他们在公司的欺诈行为和公司最终的崩溃中遭受了最大的损失,这显然是非常不公平的。

国会对这些证券欺诈问题的调查显示,这些公司的某些员工早就发现了问题所在,但这些员工并没有告发,最终欺诈行为导致企业毁灭。然而,由于对举报者的法律保护不周,这些雇员往往不愿意用自己的职业生涯冒险。当时,愿意揭露公司舞弊的员工很少,以至于当公司内部人员冒着自己的职业生涯风险进行举报,会被2002年的《时代周刊》奉为封面人物和时代英雄。^[12]为应对来自公众的强烈抗议,美国国会迅速采取行动,2002年颁布了《公众公司会计改革和投资者保护法》(Sarbanes - Oxley Act, 俗称萨班斯 - 奥克斯利法,以下简称“萨班斯法”),为举报公司欺诈的公司员工提供全面的法律保护,该法旨在打破企业员工沉默的僵局,给予公司举报者以综合法律保护,以促进知情员工举报。

(二) 萨班斯法中的 806 条款

通观萨班斯法,对金融举报者的基本问题与范围的确定如下:

(1) 举报者是公开交易的公司的员工;

(2) 被举报的对象限于公开交易的公司,具体范围包括:①1934年的证券交易法第12条下注册的发行证券的公司(15 U. S. C. 781);②或根据第15(d)1934年的证券交易法(15 U. S. C. 78o(D))报告所需的文件的公司,以及这些公司的官员、雇员、承包商、分包商或代理;

(3) 以下行为属于举报者举报:①提供信息或以其他方式协助调查;②或者提交文件、导致提交文件、证明、参与,或以其他方式协助提交或即将提交的文件(利用对雇主的任何知悉);

(4) 公司以下行为可以被举报:员工合理地认为,①构成违反本法第1341、1343、1344或1348条款;②任何监管的证券交易委员会规则;③或任何有关的联邦法律对股东的欺诈行为;

(5) 具体向以下机构提供信息或协助进行调查属于举报行为:①联邦监管机构或执法机构;②任何一个国会或任何一个国会委员会的成员;或③有监督管理权的人(或其他有权调查、发现或终止不当行为的雇主);^[13]

2002年的萨班斯法第806节创造了一个新的联邦反报复公司举报者的保护体系。过去,劳动行政部门的审查委员会(ARB)和联邦法院认为举报者必须报告“明确具体”违反金融立法的行为,才能够得到“举报者身份”。萨班斯法后ARB抛弃了这种做法,认为举报者“合理相信”上市公司涉及违反金融法规,对该行为进行举报,不论是否“明确具体”,都可以得到举报者保护条款的保护。^[14]

(三) 萨班斯法下举报者的举报渠道

1. 强制公开交易公司建立“第三方接听”匿名举报渠道

萨班斯法的另一个显著部分是建立匿名举报渠道的要求。萨班斯法301条款要求受保护公司审计委员会建立检举流程,使得所有员工都可以匿名提交关于可疑的会计或审计事项的问题。此外,它要求委员会必须有程序保留和处理报告,为保障这一要求的实现,其要求公开交易公司与一家独立的第三方公司签订合同,以便独立第三方证明收到报告。

[12] 2002年12月22日出版的美国《时代周刊》杂志封面。世通公司的员工 Cynthia Cooper、联邦调查局的员工科琳·罗利以及安然公司的员工 Sherron Watkins 三人当选为该杂志评选的“年度风云人物”。《时代周刊》杂志的评选理由是“她们冒着巨大的职业及个人危险去揭露世通公司、联邦调查局以及安然公司的事实真相。”

[13] The Sarbanes - Oxley Act of 2002 Section 806—Protection for Employees of Publicly Traded Companies Who Provide Evidence of Fraud.

[14] Timothy J. Fitzmaurice, *The Scope of Protected Activity under Section 806 of SOX*, 80 (5) Fordham law review 2041 (2012).

2. 举报者保护立法不保护直接向媒体爆料的员工

举报者必须向联邦监管机构或执法机构,或向国会的任何成员或委员会提供信息,才能得到保护。萨班斯法不保护向媒体直接爆料的举报者,因为如果员工直接向媒体爆料,许多信息是未经查实的,会引起公开交易公司的巨大震动,这种行为被认为是“不负责任”的。当然美国也存在持相反观点的人,他们认为这些举报者和其他举报者一样是负责任的。但是立法者并没有采纳这种观点。

(四) 行政申诉与反报复民事索赔权:对金融举报者的双重保护

萨班斯法禁止对公司举报者进行报复,集中体现在第 806 节中规定的反报复条款。该节采用了独特的双轨道执法制度。公司的举报者可以向职业安全和健康委员会(Occupational Safety & Health Administration,即 OSHA)进行行政投诉,该委员会会派出调查员进行调查并出具调查结果,如果行政投诉后的 180 天内委员会没有给出结果,且这样的延误并不是由于申请人不诚信的行为导致的,则萨班斯法允许申诉人向联邦法院起诉。萨班斯法规定,在这种情况下无论争议金额大小,举报者都有权在适当的联邦地区法院提起“重新审查诉讼”。^[15]这使得联邦法院体系可以保护举报者,从而解决了职业安全和健康委员会行政投诉有时需要几年时间的弊端。OSHA 曾经向联邦地区法庭提交过动议,认为这样两个层级的国家力量在进行同一个案件的审理,对国家权威是一个损害。但是联邦法院坚持在萨班斯法下超过 180 天即可受理的规定,认为:在联邦法院体系介入前,行政体系已经得到了合理的时间去解决,如果未能解决,联邦法院可以进行全新的(从头到尾的)司法审查。由于 OSHA 常常未能及时地保护举报者,这种双轨道也是一种改进。

截至 2007 年,学者研究表明,萨班斯法后举报者向 OSHA 提起的申诉共 361 个,但只有 13 个胜利,换言之,在 OSHA 的申诉,仅 3.6% 的成功率。^[16] 2007 年至 2011 年 12 月 31 日间只有十多人在 OSHA 的申诉获得成功。从萨班斯法生效至 2011 年底,1260 例的 OSHA 申诉中仅有 1.8% 的胜率。OSHA 对举报者的保护总体失败,有以下原因:(1)萨班斯法对原告的举证责任保护还是比较倾斜的,但是 OSHA 并没有很恰当的运用;(2)OSHA 人手不够,申诉案件太多;(3)OSHA 是管理劳动关系的政府部门,对于金融案件的复杂性,其知识不够等。^[17] 因此,联邦法院的民事索赔权对举报者来说,是必不可少的。

萨班斯法对原告和被告规定了不同的举证责任。在大多数民事诉讼中,原告和被告必须证明他们的证据是处于“优势”的证据,即法官或陪审员发现一方的证据比另一方的证据更可能是真的。在萨班斯法中对处于原告地位的举报者,只适用于相对较轻的“优势”举证责任。相反,被告必须通过“清晰和有说服力的”证据来证明他们没有对原告进行报复,这是一个比“优势”标准更重的负担,虽然没有达到“排除合理怀疑”这一在刑事案件中使用的标准,但是无疑要被告证明自己没有实施报复行为的证据要求是非常高的。以 Welch 案件为例:原告是一家小银行的首席财务官,他告发了对潜在

[15] The court examined whether it could ignore the plain meaning of the statutory language and stated this should be done only if the language is ambiguous, there is clear evidence of contrary legislative intent, or it would lead to an absurd result. The first two did not apply and it used the absurd result standard. The court presumed that Congress passed the statute as a spur to the DOL to give timely relief to SOX plaintiffs. It found no reason to penalize the plaintiff for what may be an unrealistic timetable imposed by Congress. *Hanna v. WCI Communities, Inc.*, 348 F. Supp. 2d 1322, 1329 (S.D. Fla. 2004).

[16] Richard E. Moberly, *Unfulfilled Expectations: An Empirical Analysis of Why Sarbanes - Oxley Whistleblowers Rarely Win*, 49 (1) Wm. & Mary L. Rev. 65, 67 (2007).

[17] Richard Moberly, *Sarbanes - Oxley's Whistleblower Provisions: Ten Years Later*, 64 S. C. L. Rev. 1, 4 (2012); Terry Morehead Dwor-kin, *SOX and Whistle blowing*, 105 Mich. L. Rev. 1757, 1764 - 65 (2007); Valerie Watnick, *Whistleblower Protections under the Sarbanes - Oxley Act: A Primer and a Critique*, 12 Fordham J. Corp. & Fin. L. 831, 833 (2007).

的金融诈骗的担忧。当原告说除非他的律师在场,否则拒绝与该银行谈论他的疑虑时,银行终止了他的工作。法官裁定原告的证据占优势,认为原告是在报告一个真诚的信念与坚信的事件,而被告银行没有令人信服的证据证明其在原告不配合银行调查的时候就终止原告工作的原因。^[18]

在萨班斯法下,报复定义为包括解职、降职、停职、威胁、骚扰,或以任何其他方式歧视举报者。这是一个广泛的定义,其范围较之以往要严格得多。因此,这种双轨机制给了举报者一个行政、司法双重高级别的法律保障。这也使得在萨班斯法实施后,对金融举报者的权利保护更加具有体系性。

(五) 萨班斯法将报复举报者行为责任刑事化

在萨班斯法下的雇主,包括公开上市的公司和他们的承包商、分包商、代理商,禁止打击报复员工举报涉嫌舞弊或其他违法行为。萨班斯法下的举报者保护范围仅限于公开交易的公司的雇员,但是把报复员工的责任刑事化、严格化——如果报复员工,责任人就需要承担刑事责任。萨班斯法规定:公司员工向执法人员提供有关该公司行为的真实信息或任何可能构成联邦罪行的行为的任何真实信息,任何人明知而故意进行报复,采取任何对举报人有害的行为,包括对举报人的合法就业或生计的干扰等,将被处以罚款或不超过10年的监禁,或者两者并罚。^[19]

(六) 2014年美国法院对萨班斯法适用范围的扩展——公开交易公司合同相对方的员工

2014年3月4日,美国最高法院在 *Lawson v. FMR LLC* 一案中,裁定萨班斯法第806节禁止打击报复举报者的规定,不仅适用于公开交易公司的员工,而且公开交易公司的承包商和分包商的员工也受萨班斯法的保护,显著扩大了该法的覆盖面。

本案大概案情如下:劳森(Lawson)即原告是私人公司 FMR LLC 的雇员,该私人公司为公开交易的共同基金提供顾问服务,当劳森提出了对共同基金的成本会计方法的关注时,其遭受了 FMR LLC 的报复。最高法院认为:萨班斯法的反报复禁止应作狭义的理解,认为它仅适用于公众(上市)公司对雇员的报复,劳森作为一个私人承包商的雇员,不可能适用萨班斯法举报者反报复的规定。但最高法院作了一个更广义的解释,认为向公众公司提供服务的私人合同公司员工可以受到萨班斯法下反报复条款的保护。最高法院分析了第806节的立法历史,包括安然丑闻产生的事实(当安然公司的两名雇员和外部会计师事务所的雇员试图报告公司不当行为时,都遭到报复),最高法院以历史分析的方式解析了安然事件,认为安然事件后国会应当允许公众上市公司的合同公司的雇员也能够获得萨班斯法的保护,这样越多的专业人士参与,上市公司的欺诈行为会受到越多的阻止。最高法院的意见明确指出,律师事务所、投资顾问、会计事务所等可能的雇员也受萨班斯法的保护,这一裁决大大扩大了举报者诉讼的范围。

三、多德-弗兰克法对金融举报者激励和保护的全面升级

在2008年至2009年金融危机期间,以伯纳德·麦道夫的庞氏骗局为代表的诸多丑闻暴露出了金融监管体系的薄弱,金融市场信心崩溃;火上浇油的是衍生品专家 Harry Markopolos 撰写了严厉的证词向国会作证,从2000年至2008年,他5次写报告警告政府麦道夫可能出事,但是政府置之不理。^[20] 美国证交会对此种举报没有处理,最终导致丑闻事件的发生,在公众的质疑中,美国证交会非

[18] *Welch v. Cardinal Bankshares Corp.*, 2003 - SOX - 15, 3, 15 (ALJ Jan. 28, 2004).

[19] Sarbanes - Oxley Act of 2002.

[20] Harry M. Markopolos, CFA, Was the 2002 - 2003 President of the Boston Security Analysts Society. Past Presidents, Boston Sec. Analysis Soc., http://www.bsas.org/BSAS_About/AO3.asp.

常尴尬。^[21] 这些事件促成了大萧条以来最重要的金融改革。国会意识到美国的部分监管结构,包括美国证监会、合规检查办公室(OCIE)和美国金融业监管局(FINRA),都需要帮助以识别财务欺诈。政府决定给举报者扩大财政补偿金额,同时承认自己需要帮助。为应对这种复杂性,美国证交会有聘请资深经纪人、交易员和后台人员进行调查的需要。美国证交会自身一直也在思考,到底应该聘请行业专家来认定欺诈,还是应该外包这一功能。^[22]

2010年7月奥巴马总统签署了《多德-弗兰克华尔街改革和消费者保护法》(以下简称“多德-弗兰克法”),对举报者的法律保护进一步完善并强化。该法立法目的之一便是“奖励举报不法行为,保护举报者”。^[23] 为了提高其发现违法行为的专业技术水平,监管机构可以聘请资深专家。通过对具有专业知识的外部信息持有者提供举报奖励,美国证交会可以接收和获取到更有效率、更有价值的信息,能够更好地部署其审查人员和执法人员。

(一) 多德-弗兰克法的 922(a) 条款

在多德-弗兰克法之前,1988年《内幕交易和证券欺诈行为法》允许美国证交会奖励向其提供内幕交易信息的个人。在2010年7月之前,美国证交会执法的21年间,仅向5个举报者颁发了16万美元的奖励。^[24] 2010年3月,美国证交会监察长发表了一份报告,直接批评美国证交会的奖金太少。^[25] 1988年的《内幕交易和证券欺诈行为法》规定只提供“不超过10%”的奖金,这意味着即使是举报者,美国证交会也有自由裁量权不奖赏金。在2010年多德-弗兰克法之前,美国证交会几乎以轻蔑的态度对待举报者,仅仅在有限的案件(如内幕交易案)中为线人提供赏金。但事实证明,对举报者的奖励比监管调查能带来更有效的、更持续的效果,严重的欺诈行为可能因为举报者的存在而得到缓解和纠正,从而降低社会成本。

2010年多德-弗兰克法对前述不利的规定进行了修正,规定在所有司法或行政行动中,如果有一个或多个举报人提供源泉性信息,使得美国证交会能够成功执法,那么举报者可以得到罚款10%到30%的奖励。第922节(a)定义了本法的“司法或行政行为”是指“证券法下任何可以带来超过一百万美元的货币制裁的司法或行政行为”。至于到底给10%还是30%,美国证交会考虑的因素包括:(1)举报者提供的信息对司法或行政行为的成功具有重要意义;(2)举报者和举报者的法律代表(举报者本人可以请代表协助美国证交会执法)对执法提供帮助的程度;(3)举报者提供的信息能否阻止证券违法行为的发生和进行;(4)其他美国证交会可能通过规则或法规确认的相关因素。^[26]

同时,多德-弗兰克扩大了奖励范围,使得奖励范围超出诈骗政府的行为,“对私人投资者或金融市场的欺诈”也可以触发赏金奖励。此外,较之萨班斯法,多德-弗兰克法对举报者提供了更广泛、更

[21] *Madoff Ponzi Scheme; Hearing Before the H. Comm. on Fin. Servs.*, 111th Cong. 10 (2009) <http://online.wsj.com/public/resources/documents/MarkopolosTestimony20090203.pdf>.

[22] Damian Paletta & Aaron Lucchetti, *Law Remakes U. S. Financial Landscape*, Wall St. J. 78 (July 16, 2010).

[23] Shruti Shah & Robert N. Walton, *The SEC's Tricky Balancing Act, the FCPA Blog* (Nov. 8, 2010), <http://fcpublog.squarespace.com/blog/2010/11/8/the-secs-tricky-balancing-act.html>.

[24] Gibson Dunn, *U. S. SEC Awards \$1 Million Bounty for Information Leading to an Insider Trading Action* (July 27, 2010), [http://www.gibsondunn.com/publications/pages/SECAwards\\$1MillionDollarBounty-InsiderTradingAction.aspx](http://www.gibsondunn.com/publications/pages/SECAwards$1MillionDollarBounty-InsiderTradingAction.aspx).

[25] Office of Audits, U. S. Sec. & Exch. Comm'n, Report No. 474, *Assessment of the Sec's Bounty Program* (2010), available at <http://www.sec-oig.gov/reports/auditsinspections/2010/474.pdf>.

[26] Dodd-Frank Act § 922(a).

有力度的保护。^[27]

(二) 多德-弗兰克法对举报者“源泉性信息”的界定

关于提供哪些信息的举报者可以有资格取得奖励,多德-弗兰克法规则 21f-4(b)规定:(1)“原始信息”来自举报者“独立的知识”或“独立分析”;(2)举报者是信息的源头,美国证交会没有获得该信息的其他来源;(3)不完全是来源于司法或行政听证的指控、政府报告、听证、审计、调查或新闻媒体;(4)在多德-弗兰克法颁布日期后,第一次提供给美国证交会。多德-弗兰克法定义的“独立的知识”是“举报者知悉的,不是从公开渠道获得的真实的信息”,“独立分析”则意味着举报者的“自己的思考评价分析结果,但它揭示了一般不知道或公众不能分析出来的信息”。

(三) 多德-弗兰克法的反报复规定

多德-弗兰克法规定举报者只有领取奖金的时候才明确自己的身份。第 922 节甚至允许对参与诈骗的员工免于被追究责任,以使其没有后顾之忧和潜在恐惧。而与此同时,根据该法,企业如果采取报复措施,则将承受严重的后果。通过消除报复的恐惧和相关的负面影响,多德-弗兰克法确保了举报者更容易举报且不受报复。如果举报者因为举报而被雇主终止工作,该法规定必须给举报者复职,同时解雇的期间,需要奖励其双倍工资,并报销其律师费用。此外,多德-弗兰克法还为举报者延长了诉讼时效,从报复发生之日起计算,反报复索赔六年之内都可以提起。^[28]

(四) 多德-弗兰克法中的具体实施机制

1. 建立专门的举报者办公室 OWB 及汇报机制

多德-弗兰克法第 924 节(d)要求美国证交会在委员会内部建立一个单独的举报者办公室(Office of the Whistleblower,以下简称 OWB)专门负责举报者事务,办公室的使命是:有力管理举报者事务,帮助美国证交会识别和阻止欺诈,从而加强法律的执行,从早期减少投资者的损失。为确保举报者奖金的及时支付,国会设立了一个单独的基金——投资者保护基金,符合法律规定的举报者的奖金将从基金中支付。^[29]

在 2014 财年,为了增加索赔的透明度,美国证交会创建了一个单独的网页,^[30]所有最终由美国证交会发出的奖励或拒绝奖励都在此以裁定的形式发布。^[31] OWB 的网站还包含一个链接到执行财务报告 and 审计小组的网页,其目的是让举报者能够识别和起诉违反证券法等的财务报告和审计作假行为,为举报者提供正在控诉的样本,使得举报者知悉什么样的东西可以举报及如何控诉。

2. OWB 建立举报者专线并对举报者身份保密

2011 年 5 月 OWB 创建举报热线来回应对来自举报者的问题,该热线由执法人员在 24 小时内回复。在 2014 年办公室回访了超过 2731 个电话,这些电话大都涉及到来电者应该如何提交线索以获得奖励。除了通过热线与举报者沟通,办公室还提交额外的信息提示与举报者定期交流。作为与举报者交流的纽带,OWB 还为员工组织培训,专门应对和加强与举报者的沟通能力。培训课程包括:根据多德-弗兰克法主动告知员工有关委员会的权限,以及打击报复举报者的执法行动。2014 年 6 月 16 日

[27] Dodd - Frank Act, Pub. L. No. 111 - 203, 124 Stat. 1376, 1376 (2010); see also Henry Klehm III et al., *Securities Enforcement Has Crossed the Border Regulation Authorities Respond to the Financial Crisis with a Call for Greater International Cooperation, but Where Will That Lead?* 13 U. Pa. J. Bus. L. 927, 936 (2011).

[28] Bruce Carton, *Pitfalls Emerge in Dodd - Frank Bounty Provision*, Compliance Week 22, 22 (Oct. 2010).

[29] U. S. Sec. & Exch. Comm'n, *Implementing the Dodd - Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, <http://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank.shtml>.

[30] <https://www.sec.gov/about/offices/owb/owb-final-orders.shtml>.

[31] <https://www.sec.gov/rules/other/2016/34-78025.pdf>.

美国证交会首次对报复举报者的行为开罚,一个对冲基金的首席交易员曾向美国证交会举报其佣金收费的违法行为而遭到报复,美国证交会对这个对冲基金进行了严厉处罚。此外,美国证交会还开发了举报、投诉和线索的收集和分辨系统,即 Tips, Complaints, and Referrals Intake and Resolution System (即 TCR System),举报者选择 TCR System 发送信息采集表单,TCR System 系统对举报信息可适当审查、分配和跟踪。

由此,美国证交会收到了越来越多的举报者的举报。自 2011 年举报计划实施以来,向美国证交会的举报逐年增加:2011 年收到 334 份举报,2012 年收到 3001 份举报,2013 年收到 3238 份举报,2014 年收到 3620 份举报。^[32] 2014 财年,美国证交会收到的最常见的举报者举报类型包括:公司披露和财务(16.9%)、诈骗(16%)、证券市场操纵(15.5%)。^[33] 通过对 2012 年、2013 年、2014 年的举报类型分析,公司披露及财务问题、欺诈发行、操纵股价是举报者举报最多且逐年增加的项目。

从实施多德-弗兰克法以来,美国证交会已在美国以外的 83 个国家收到举报者的举报。在 2014 财年,美国证交会收到了来自国外 60 个国家提交的举报信息。除美国外,2014 年举报者最多的分别来自英国、印度、加拿大、中国和澳大利亚。2014 财年意义重大,举报者超过 3600 个,美国证交会还给出了一个破纪录的举报奖励数额——3000 万美元,这是 2013 年全年奖励的一倍。从 2016 年最新的执行情况来说,美国证交会发出的奖励数额越来越大。^[34]

日期	发出的奖励额度
2016 年 6 月 9 日	1700 万美元奖励
2016 年 5 月 20 日	45 万美元奖励
2016 年 5 月 17 日	500 万美元奖励
2016 年 5 月 13 日	350 万美元奖励

总体而言,奖励金融举报取得了巨大的成功,80% 的举报者都有过先向公司内控部门举报的经历,但上市公司不改变这些金融违法行为,他们才向美国证交会举报。^[35] 前美国证交会主席玛丽 L. Schapiro 表示:“尽管美国证交会有接受高容量的建议和投诉的历史,但从多德-弗兰克法开始,我们收到的举报的质量变得更好。”^[36] 实践证明,美国多德-弗兰克法极大地打击了证券欺诈犯罪,提高了上市公司整体的内部治理水平。

(五) 多德-弗兰克法不仅强化了举报者保护还促进了公司治理

多德-弗兰克法通过缓和举报者参与举报的紧张情绪、激励和保护举报者,不仅极大地影响了公司员工、公司和美国证券交易委员会,而且还直接促进了公司治理的完善和改进。^[37]

由于立法为举报者员工创造出了更多的货币激励,举报者更容易决定挺身而出——强有力的保

[32] 2014 Annual Report to Congress on the Dodd - Frank Whistleblower Program, <https://www.sec.gov/spotlight/financial-reporting-and-audit-task-force.shtml>.

[33] *Id.*

[34] <https://www.sec.gov/whistleblower>.

[35] Ben Protess & Nathaniel Popper, *Hazy Future for Thriving S. E. C. Whistle - Blower Effort*, N. Y. Times (April 23, 2013).

[36] SEC Adopts Rules to Establish Whistleblower Program (May 25, 2011), available at [http://www.sec.gov/news/press/2011-116.htm](http://www.sec.gov/news/press/2011/2011-116.htm).

[37] Eugene A. Ludwig, *Assessment of Dodd - Frank Financial Regulator Reform: Strengths, Challenges, and Opportunities for a Stronger Regulatory System*, 29 (1) Yale J. on Reg. 181, 183 (2012).

护和货币奖励将使举报更容易和更诱人。多德-弗兰克法提供货币奖励给举报者的赏金计划,已经开始产生比以往更多的举报者。在该法通过后的几个月,在律师事务所咨询举报者事宜的数量急剧上升。^[38] 在过去的几年中,许多公司已被判犯有欺诈罪,这与举报者法律保护的强化不可分割。这些公司被迫向政府或监管机构支付数百万美元的罚金,由此举报者收益颇丰,这促进了更多的人参与举报。最近对公司的罚款与历史处罚相比,增幅巨大。美国证交会近期开出的几个巨额罚款包括:8亿美元(西门子)、5亿7500万美元(KBR公司)和1亿8500万美元(戴姆勒)等,这些都与举报者有关。

强化公司治理监管的另一个后果是增强了员工的反欺诈意识——由于该法对举报者的激励和保护,员工会更倾向于寻找欺诈。迹象显示多德-弗兰克法虽不会完全消除舞弊,但至少有一点,这些规定会间接迫使公司改变他们的公司治理方式。^[39] 公司会主动增加公司治理方面的支出,并密切关注预防欺诈,以避免美国证交会潜在的巨额罚金。对于公司而言,多德-弗兰克法迫使他们再次对公司治理作出重大改进。^[40]

与此同时,企业将面临新的挑战,因为一个内部错误可能最终耗资数百万美元——随着员工举报数量的有可能增加,公司将增加显著的成本来检视自身以保护自己。除了应付越来越多的举报者,公司还有可能面对员工的反报复索赔,这也是很多公司增加的成本。根据多德-弗兰克法,举报者可以针对公司的报复行动提起索赔,公司也越来越多地被迫辩护自己没有报复举报者。因此,企业必须改变他们的政策限制和防止报复性行动,因为要证明自己没有实施报复行为的责任相对较重。如果处理得当,欺诈和反报复索赔都可以通过适当的内部公司治理来控制 and 防止,这些都直接督促公司自律和公司治理的规范化。

四、我国金融举报者激励和保护制度现状与检视

我国在食品药品、职务犯罪、支付结算违法违规行为及价格违法行为等方面都有着对举报人奖励的制度,^[41]但通观我国《国家食品药品监督管理局关于印发食品药品违法行为举报奖励办法的通知》、《最高人民法院、公安部 财政部关于保护、奖励职务犯罪举报人的若干规定》、《支付结算违法违规行为举报奖励办法》、《价格违法行为举报奖励办法》等立法,奖励额度低下,对举报人保护极度不力、几乎等同于空白是不争的事实。挺身而出的举报人常遭受打击报复,甚至人身安全都得不到保障,这严重挫伤了知情人举报的积极性。

在金融证券领域,我国证监会2014年6月颁布的《证券期货违法违规行为举报工作暂行规定》也确立了我国的金融举报及其奖励制度,全文短短25个条款,对举报奖励和举报人保护规定如下:

[38] Kevin LaCroix, *The Dodd - Frank Whistleblower Provisions: Some Other Things to Worry About*, The D&O Diary (Nov. 2, 2010), <http://www.dandodiary.com/2010/11/articles/securities-litigation/the-doddfrank-whistleblower-provisions>.

[39] Financial Services Committee, *Oversight of Dodd - Frank Act Implementation*, <http://financialservices.house.gov/dodd-frank>.

[40] Mike Koehler, *Will Dodd - Frank's Whistleblower Provisions Be Exported?* Corp. Comp. Insights 18, 20 (Oct. 2010).

[41] 具体参见《国家食品药品监督管理局关于印发食品药品违法行为举报奖励办法的通知》、《最高人民法院、公安部 财政部关于保护、奖励职务犯罪举报人的若干规定》、《支付结算违法违规行为举报奖励办法》、《价格违法行为举报奖励办法》等。

举报人奖励	举报人保护
<p>第 14 条 举报奖励限于举报下列违法违规行为的实名举报:</p> <p>(一)内幕交易或利用未公开信息交易;</p> <p>(二)操纵证券、期货市场;</p> <p>(三)信息披露违法违规;</p> <p>(四)欺诈发行证券。</p> <p>第 15 条 举报事实清楚、线索明确,经调查属实,已依法作出行政处罚且罚没款金额在 10 万元以上的,按罚没款金额的 1% 对举报人进行奖励;已依法移送司法机关后作出生效的有罪判决的,酌情给予奖励。奖励金额不超过 10 万元。对于举报在全国有重大影响,或涉案数额巨大的案件线索,经调查属实的,奖励金额不受前款规定的限制,但最高不超过 30 万元。</p>	<p>第二十一条 打击报复举报人,或利用举报故意捏造事实、伪造证据、诬告陷害他人的,依法承担法律责任。</p>

从以上规定可以看出,我国对金融举报人的奖励仅限于对四种违法行为的实名举报,奖励范围严格受限,众多的其他类型的金融违法行为,无论其危害性多大都无从得到奖励;金融举报的奖励绝大部分在 10 万以下,这个数额同举报人有可能面对的一系列报复相比严重偏低,故举报成本异常高昂,这也就严重抑制了潜在举报人的举报积极性;在举报人保护方面,也仅仅只有一条宣示性规定,没有任何有力的保护措施,更不要奢望系统的保护制度和体系,反报复保护的缺位也使得金融举报人望而却步。举报人奖励和反报复保护这些重要制度的欠缺,导致我国金融举报机制低效,甚至无效。

关于该制度具体实施的统计数据,笔者未能查阅到官方数据,笔者查阅到的最新的、公开的新闻报道也是两年前的数据,即截至 2014 年 7 月 13 日,举报中心收到各类举报 494 件,其中网络举报 400 件,信函举报 24 件,电话举报 66 件,来访举报 4 件。其中反映上市公司信息披露、内部交易、操纵市场、欺诈发行违法违规事项分别是 75 件、25 件、45 件、2 件,70% 的举报并不属于举报范围。^[42] 而关于举报奖励的数据,笔者从公开资料尚未查找到任何有关信息。

五、金融举报者制度下中美证券监管机构执法现状之比较

如前文所述,我国和美国有着各自的举报者保护和激励制度,那么该制度之下中美在金融市场违法行为的发现机制和发现效果、执法力度、执法效果、案件类型等的比较也就有其必要性。

2013 年我国证监会新增立案 190 件,在办案件 79 起,结案 153 起;2014 年证监会立案 205 件,在办案件 66 起,结案 217 件;2015 年度,证监会系统共受理违法违规有效线索 723 件,较 2014 年增长明显,新增立案案件共计 345 件,同比增长 68%。^[43]

我国证监会近三年执法案件汇总

年份	新增立案	在办案件	办结案件
2013	190	79	153
2014	205	66	217
2015	345	77	334

[42] 证监会:《举报中心收到各类举报 494 件 70% 的材料不属于稽查案件的调查事项》,中证网 http://www.cs.com.cn/sylm/jsbd/201407/t20140718_4452378.html,2016 年 8 月 23 日访问。

[43] 参见《中国证监会 2015 年稽查执法情况通报》, http://www.cs.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201601/t20160122_290097.html。

在案件类型结构上,我们以2015年我国证监会全年执法案件为分析对象。2015年1月至12月,证监会对内幕交易、利用未公开信息交易立案调查共计85起,对超比例持股立案调查53起,对信息披露违规及证券期货服务机构违法违规立案调查共计61起,占比18%,同比增长53%。对操纵市场案件立案调查共计71起,案件数量创下近三年来新高,占比达到21%,同比增长373%,其中又以信息操纵、滥用程序化交易操纵、滥用融资融券操纵等新型操纵案件为重点。对非法经营证券业务、非法咨询立案调查24件。首次将编造、传播虚假信息,证券公司新三板违规开户,私募基金违法违规等类型案件纳入执法视野。(2015年立案案件类型结构见下图)^[44]

2015年我国证监会立案案件类型结构图

案由	案件数量	所占比例
内幕交易、老鼠仓	85	25%
操纵市场	71	21%
违规信息披露	61	18%
超比例持股	53	15%
新三板违规开户及其他	27	8%
非法经营和咨询	24	7%
编造虚假信息	13	4%
私募违法违规	7	2%

2012年美国证交会共有734次执法行动,获得总额达31亿美元的非法所得和罚款;2013年美国证交会共有686次执法行动,获得总额达34亿美元的非法所得和罚款;2014年由于新的调查方法和数据分析工具的创新使用,该年的执法更为强劲有力,截至2014年9月的财政年度,美国证交会备案了755次执法行动,执法覆盖了范围非常广的违法行为,并获得总额达41亿6000万美元的非法所得和罚款。在对金融举报人全面有力的保护下,美国证交会在通过金融举报系统对违法违规行为信息的获取量和获取面上,表现出色:

近年美国证交会接到的举报案件类型与数量^[45]

年度	公司披露及财务	公开发行业新股	操纵市场	内幕交易	交易行为及价格	海外行贿	未获批发行新股	市场事件	市政债券和养老金	其他
2012	547	465	457	190	144	115	100	85	64	703
2013	557	553	525	196	168	149	105	89	48	764
2014	610	581	563	256	144	159	102	139	58	911

通过以上对中美证券监管机构执法现状的比较,我们不难发现,从执法数量上,美国证交会执法远远多过中国证监会执法;从处罚力度上,美国证交会更为严厉,其罚款近三年达到117.5亿美元,远高于我国。中美证券监管机构会在执法数量和执法力度上存在显著差异,而这种差异的成因只能有两种可能:(1)要么中国证券市场远比美国规范,而这显然不是事实;(2)要么中国证监会的案件发现

[44] 同注43。

[45] 2014 Annual Report to Congress on the Dodd - Frank Whistleblower Program, <https://www.sec.gov/spotlight/financial-reporting-and-audit-task-force.shtml>.

机制、发现能力、执法能力与执法力度等与美国证交会相差太多,大多数案件并没有被发现和调查。中国证监会在违规信息获取方面表现孱弱,深思背后的原因,不外乎有以下方面:(1)缺乏有效的举报者奖励和反报复保护机制,导致众多案件尤其是巨额案件难以获得查处线索,大多数执法仅局限于小额内幕交易;(2)罚款数额太少,并由此带来举报者获得的奖励数额很小;(3)缺乏资金聘请外部经验丰富的专门人才发现违法行为;(4)人手不足或者专业经验不足,无法及时查处案件。这些都凸显了我国强化金融举报人激励和保护制度的必要性和迫切性。

六、我国金融举报者激励与反报复保护制度之建构

金融举报是非常重要的金融市场违法违规行为的发现途径和发现机制,尤其是在金融违法行为日益隐蔽化、专业化的当代。笔者认为建构我国金融举报者激励和反报复保护制度体系应当做出以下方面的努力。

(一)第一道防线:金融违法违规行为惩处的立法、执法和司法要从“弱法治”到“强法治”

我国金融市场各种违法违规行为处罚的立法规定较轻和执法严重不力是不容否认的事实。关于我国金融市场违法行为责任承担的立法规定,主要见于我国的证券法、证券投资基金法和刑法等。我国各类金融违法行为猖獗多年,但纵观我国现行立法,对金融违法违规行为的追责中,重行政责任,轻民事责任和刑事责任的倾向却异常明显。立法规定问责过轻已是极大的漏洞,再加上行政执法和司法审判并未真正对金融违法行为依法严惩,相反,徒有虚名的“严惩”倒为数众多,这进一步纵容了金融违法违规的肆意。

在行政执法方面,执法受干扰几为常态,证监会执法受阻严重,“只抓小偷,不擒大贼”的“无牙老虎”弊端明显,对此证监会主席肖钢曾毫不讳言在《求是》上发表署名文章称证监会每年立案调查110件左右,但能够顺利作出行政处罚的平均不到60件,平均每年移送的涉刑案件30多件,但最终不了了之的超过一半。至于这种执法严重不力的原因,其也一针见血地指出证监会在执法中既有人情世故的原因,也有不敢碰硬、不坚持原则的原因。在处罚力度上,我国当前资本市场相关的法律法规有1200件左右,其中规定的追责条款有200多个,但这些规定中,无论是民事赔偿责任、行政责任还是刑事责任,没有启用过的条款超过2/3,^[46]以致法律规则失灵严重。证监会执法独立性不足早已是个老问题,且多年来变化不大,其背后更深层次的问题令人深思,也让人无奈。

在司法审判方面,对各种金融违法行为量刑偏轻也饱受各界批评。以国内最大的“老鼠仓”案——马乐案为例,其累计成交金额10.5亿余元,非法获利约1883万元,一审和二审均判处有期徒刑三年,缓刑五年,并处罚金1884万元,以致深圳市人民检察院、广东省人民检察院和最高人民检察院均认为判决适用法律错误、量刑明显不当而提出了抗诉,最终最高人民法院再审才改判为有期徒刑三年。^[47]

可以说,当下对金融违法违规行为的惩处,无论是立法、执法还是司法,都处于“弱法治”的状态,而这种“弱法治”直接打击了金融举报者的积极性,也加大了金融举报者的风险——对于金融举报者而言,即使自己奋不顾身、挺身而出进行了举报,该行为被不被查尚在两可,即使被查处了,惩处的鞭子也是轻轻落下,举报人自身反倒极可能陷入各种被报复的危险,对潜在的金融举报者而言是严重抑

[46] 周芬棉:《证监会执法难避人情干扰 涉刑案件过半不了了之》,载《法制日报》2013年08月07日。

[47] 李微敖:《最大老鼠仓马乐案再审改判三年》,载《南方周末》2015年12月11日。

制和致命打击。所以要从根源上鼓励金融举报者举报违法行为,必须对各种金融违法行为施以“重典”——须从民事赔偿责任、行政执法和处罚力度以及刑事责任三方面对金融违法行为进行严惩,甚至在一定程度上“以刑治市”都不为过——香港证监会对金融违法行为的执法理念就是“刑事检控先行”,其次才考虑罚款和民事赔偿,以增强阻吓之效。^[48]“强法治”是金融举报者的第一道护身符,也是建立金融举报者信心的根本。

(二) 专门立法:以金融举报者激励和反报复保护为核心

鉴于我国金融市场的各种乱象,极有必要对金融举报者激励和保护进行专门的立法,提升其立法层级,改变仅仅在《证券期货违法违规行为举报工作暂行规定》中加以规定的做法。

美国最新的奖励举报者数据都是巨额的奖励,重赏之下才有勇夫。而我国的举报奖励制度规定奖励数额在10万元以内,匿名举报奖励为零,且没有兑现数据。知情人员不愿意用自己的执业生命去冒险,后果就是没有有效的举报,举报线索的质量差,制度无法产生有效的效果。故专门立法中必须凸显举报激励和反报复两个核心点,举报奖励制度必须改变当下奖励额度低下的现状,大幅度提升奖励额度,与举报者共享罚金,同时也必须强化对举报者的反报复保护,借鉴美国的反报复措施,在立法中对各种报复行为明令禁止,举报人在遭遇报复后有权利寻求多途径救济和保护,包括行政申诉和进行民事诉讼索赔。与此同时,也必须对各种报复行为进行严惩,对其中一部分性质严重的报复行为追究其刑事责任,在举证责任上要实行举证责任倒置,由报复者证明自身没有为报复行为,证明自身行为的正当性。如此给予金融举报者强有力的保护,才能使金融违法行为主体即使知悉谁是举报者也不敢进行报复,从而真正给予金融举报者全面有力的保护。

只有全面建立反报复保护制度,方能消除举报者的后顾之忧。举报激励和反报复保护两大关键制度缺一不可,美国对金融举报人的激励和反报复保护制度的变迁和现行规定为我们提供了极有价值的借鉴范本。

(三) 多方面入手:具体金融举报体系之建构

1. 在证监会专门成立一个部门进行“举报者”保护、线索归类与奖励

美国证交会在多德-弗兰克法后,成立了专门的办公室OWB以实施该法。专门的部门、专门的人员是一个制度能够顺利、有效实施的根本保证。我国缺乏一个强有力的专门从事举报者保护和激励的独立部门,这也是为何我国举报者不积极协助执法的一个重要原因。

2. 为金融举报者提供举报线索“归类电子平台”

证监会一旦开启完善的举报系统,那么信息将是海量的,需要有归类、跟踪、回访、协助、奖励、允许对奖励申诉等一条龙的配合执法流程。如前所述,美国的举报者就有专门的“举报、投诉和线索的收集和分辨率系统”(TCR System)可以使用。举报者举报的内容和线索千差万别,需要一个有力的电子系统来进行跟进。举报信息由举报平台进行技术处理,在线填报模式下他人不可侦测,这样能够保证举报者的身份被严格保密。

3. 扩大举报奖励范围

根据我国现行规定,当下举报者能够获得奖励的案件类型严格受限,主要集中在交易和发行领域:内幕交易,利用未公开信息交易,操纵证券、期货市场,信息披露违法违规,欺诈发行证券等。这也反映出执法者对各种违法违规行为的重视程度和偏好,即对于财务造假、“守门人”行为、法律文件造

[48] 凤凰财经综合:《港证监会主席豪言“打虎不手软”:处理案件刑检先行》,http://finance.ifeng.com/a/20130805/10347992_0.shtml,2016年10月30日访问。

假、证券公司行为、资产重组或处置、关联交易、大股东占款、隐形担保、损害小股东利益等众多违法违规行为没有得到执法者的足够重视。违法成本低、获益巨大导致众多违法行为频出,而这些也许是侵害散户利益最严重的行为,这种状况必须改变。任何案件无论其案由如何,案件类型如何,只要是违法违规行为,都理应纳入举报奖励范围,而不应有所区别。

4. 及时公开处罚进程和处罚结果

美国证交会对处罚进程予以及时公开,执法的导向性非常强。同时,其“举报者要求奖金渠道”,允许所有对处罚有贡献的举报者(举报者很可能不是一个,其相互也不知道有几个)提交自己的请求,最终由美国证交会在3个月的时间内,决定给予每个举报者多少奖励。^[49]如果有举报者不服,认为自己的举报“对案件处罚有贡献”,那么他们可以向美国证交会申诉,美国证交会同作出最终裁决,判断该“举报是否有价值”。^[50]这种做法值得我国借鉴和引入。

综上,作为金融市场违法行为重要发现机制的金融举报人制度,在我国并没有良好的立法和制度保障,金融举报人也没有得到良好的激励和保护,因此我国证监会也就缺失了一个至关重要的案件发现机制和途径,随之也就缺失了一个应对金融违法犯罪的有效武器,执法效果差也就势所必然。建立一个强有力的、健全的举报者保护体系,对中国金融市场的健康发展意义重大。虽然中美之间文化差异导致对举报者保护不一,但是美国通过萨班斯法和多德-弗兰克法全面提升了对金融举报者的保护措施和保护力度,用15年的时间从根本上提高了举报者的举报质量,加大了对举报者的奖励和保护力度,最终使得美国证券监管执法能够顺畅、有效的运行,我们当不能无视这一宝贵经验。

Research on the Legal System of Incentives and Anti-retaliation Protection of Financial Whistleblower: From the Aspect of SOX and Dodd-Frank Act

Ma Yi

Abstract: Because of its inherent complexity and concealment, financial illegal behavior has always been a worldwide problem. The research shows that the financial whistleblower plays the most important role in the discovery of company illegal behavior. From the SOX to Dodd - Frank Act, The United States has been constructed and upgraded its legal system of incentives and anti - retaliation protection of financial whistleblower. The absence of incentives and anti - retaliation protection has reduced the legal system of financial whistleblower in China. It results in the weakness of financial illegal discovery mechanism and law enforcement, and also indulges China's various financial chaos. In the context of this background, it is urgent to construct and improve the financial whistleblower incentives and anti - retaliation System in our country.

Keywords: financial whistleblower; incentives and anti - retaliation protection; SOX; Dodd - Frank Act

(责任编辑:倪鑫煜)

[49] Claim an Award Whistleblower, <https://www.sec.gov/about/offices/owb/owb-awards.shtml>.

[50] Final Orders Whistleblower, <https://www.sec.gov/about/offices/owb/owb-final-orders.shtml>.

民国宪制设计的庞德方案：安全与自由的衡平

陈范宏*

摘要：近代中国政潮汹涌，立宪频仍，实验了欧美成功宪制的诸多范例，然未尝胜绩。国民政府根据孙中山博稽中外的五权宪法理论，绍承清季以来的立宪之路。美国法儒庞德此时应邀来华，试图以宪法文本的解释与适用取代政治道德、政治权势之变来实现宪法的制度化。其将三民主义解读为国族统一、私权保障与服务国家。服务国家对应孙文之万能政府；而私权保障则暗合孙文所谓“听人民的话”。庞德借助这一契合重构民国宪制，从而导向其以盎格鲁美国宪政民主模式为底本，因应服务国家中社会安全与个体自由衡平之需要的司法中心模式。具体而言之，即强势且独立的司法权、弱勢立法权、必要而节制的行政扩权这一服务国家理念下维持文明生活方式不易的宪制方案。

关键词：庞德 司法中心 三民主义 司法审查 服务国家

一、序说：立宪的坎坷路

政潮汹涌、立宪频仍的近代中国，宪法成为争权夺利之外衣，文本递嬗之快，令人咋舌。^{〔1〕} 几乎尝试了欧美既有成功政体的主要选项（二元君主制、虚君立宪、总统制、内阁制），甚至还独立开发了混合政体（半总统制）。^{〔2〕} 近代立宪运动可谓坎坷，围绕政治力量的“你方唱罢我登场”，宪制设计也因之曲折反复，最终都不免落于失败窠臼，1946年民国宪法也不过局促于孤悬海岛，小锅小灶地适用至今。论者尝谓，清季民国昙花一现之宪法，几无专研意义，^{〔3〕} 从宪政实践经验面观之，所言不虚。但纸面宪法未能落实为宪政，并不能抹杀制宪先贤“参考古今，博稽中外”的智识贡献与宪法创作。观古鉴今，法政精英一直在探索近代立宪“屡战屡败”之因缘及对策。宪政未能肇建于中国之分析主要有三条线索：一是检讨制度规范。以宪制模式的选择为成败关键，是以有各种制度的更迭争论，究其实，乃赋予宪法不能承受之重：创建宪政。因此，立宪失败，宪制的不当选择难辞其咎。^{〔4〕} 二是反思文化

* 暨南大学知识产权研究院讲师，法学博士。本文系国家社科基金一般项目“罗马法与中国民法法典化研究（15BFX104）”的阶段性研究成果。

〔1〕 近代中国自晚清立宪以迄南京国民政府，共出台十多个宪法文件：《钦定宪法大纲》、《宪法重大信条》、《中华民国临时政府组织大纲》、《中华民国临时约法》、《中华民国宪法草案》（民国二年）、《中华民国约法》、《中华帝国宪法案》、《中华民国宪法草案》（民六宪草）、《中华民国宪法草案》（安福宪法）、《中华民国宪法》（曹锟宪法）、《中华民国宪法案》（国宪草案）、《训政纲领》、《中华民国约法草案》、《中华民国训政时期约法》、《中华民国宪法草案》（五五宪草）、《中华民国宪法草案修正草案》（期成宪草）、《中华民国宪法草案》（政协宪草）、《中华民国宪法》。

〔2〕 有论者指出近代中国宪法从开始即试图调和总统制与内阁制，于1913年“天坛宪草”半总统制即已基本定型，1946年民国宪法正式确立比较典型的半总统制，独立完成这一混合政体的创作。参见聂鑫：《近代中国宪制的发展》，载《中国法学》2015年第6期，第202页。

〔3〕 参见张千帆：《宪法学导论》，法律出版社2004年版，第87页。

〔4〕 参见严泉：《〈天坛宪法草案〉与民初宪政选择的失败》，载《开放时代》2003年第5期，第43-52页。

传统。西方宪政肇生于文化,是一种内生性自然演进之结果;而我国传统政治文化窒碍宪政生成。诸如,权大于法的文化环境下,宪法作为权力制衡之努力只能是徒劳;^[5] 欧美宪政“绝对不合中国需要”;^[6] 中国民众自治经验、公共教育欠缺,不具备共和制所需要之政治智慧和能力。^[7] 但亦不乏以传统为积极资源者,如康有为、余英时等。^[8] 三是权衡现实势理。势即不相上下的社会力量,“谁也不敢欺负谁”的制衡格局;理即各方之法律信仰,遵奉宪法的彼此共识。所以,制宪必须基于政治现实折衷妥协,条件不备下贸然制宪难免失败;宪法文本与政治实力为基础的“绝对宪法”脱节难以有基本共识。此外,有论者将立宪失败归罪于军阀政治;^[9] 因人立法、贿选宪法等程序瑕疵之诱因,归根结底仍落于前述三条线索之框架。

追溯挫败因缘,端为对症下药:倡言渐进改良者有之,如严复、胡适诸公,唯有民智开化、理性训练后方可标本兼治,重症不宜猛药;鼓吹暴力革命者有之,如孙中山、陈独秀等国共两党人士,寻求外科手术式的总体解决。前者又可细分为自上而下的立宪维新,如康有为、梁启超的变法改革;及自下而上的除旧布新,如梁漱溟的乡村建设运动。无论是激进革命,还是渐进改良,意在扫除社会历史、文化、现实等多重制约,皆以制定一部完备而可行的宪法为追求目标。最终,或无实现之时机,抑或由枪炮之射程来决定自己权力的范围进而褒贬其他。那么,在近代中国有没有一种不汲汲于以权势为基础的宪法文本革命,而笃力既存文本的解释与适用,进而实现宪法制度化的路径;跳脱于政治总解决以重组社会的“启蒙-革命”视域而是专注于尊重传统与因应时需并举的宪法实践来构建宪制政府(constitutional government)的尝试呢?

美国法学家庞德(Roscoe Pound)受聘国民政府而对中国宪制之擘画即为一例,其“内阁制不适国情”论说及“帝国主义反动帮凶与典型奴才”身份遭遇了口诛笔伐,^[10] 至于外人的具体立论及导出中国宪制之选择、路径则隐匿于历史的尘埃中。过浓的政治挂帅往往模糊了历史人物及其所参与事件的本相,更掩盖了其垂范当下的经验珍璧。近来,有论者试图跳脱于政治站队的束缚而著力于外人在华具体言行,努力还原全貌。如田雷对古德诺(Frank J. Goodnow)言行的重新解读;亦有不少注重有贺长雄具体言说而为中肯之论。^[11] 然而,学界关于庞德来华之研究,主要致力于其主持国府法制改革之法制史梳理,鲜有专门论述其对民国宪政设计之解读及在既有框架内重构中国宪制的努力。关涉其“宪政意见”有关之论述,往往也仅基于文本的分析申言其对国府之力挺,或引用当时舆论之批判訾讥庞德为雇主解围之行径。^[12] 至于庞德把脉我国具体情势而开列之宪制“药方”则鲜有齿及。管见以为,庞德以文本解释与适用取代政治道德、政治权势之变来实现宪法的制度化,通过策略性解读及落实方案的设计,实现对民国宪制的重构,从而导向其修正后的美国式宪政民主模式,殊有回溯价

[5] 同注3引书,第106页。

[6] 参见梁漱溟:《国共两党和谈中的孙科》,载《梁漱溟全集》(第7卷),山东人民出版社1993年版,第195-196页。

[7] See Frank J. Goodnow, *Reform in China*, 9 Am. Pol. Sci. Rev. 209, 211-224 (1915).

[8] 康有为努力从传统政治与文化权威汲取养分塑造新的政治权威以实现宪制的构建,参见章永乐:《共和的诤友:康有为〈拟中华民国宪法草案〉评注》,载《中外法学》2010年第2期,第243页;余英时将儒家的仁恕、墨家的兼爱、道家的无为与西方强调人之尊严、博爱、个人自由反对政治力量的过分介入等比附,认为中国人文传统不乏与现代民主精神相契合的因子,参见余英时:《钱穆与中国文化》,上海远东出版社1994年版,第286页。

[9] 参见王人博:《宪政之累——近代中国宪政文化的沉思》,载《现代法学》1997年第4期,第104页。

[10] 民国时期对庞德宪制观点的批判见于1946年12月上海《大公报》发表的社论《辟“不合国情说”》及戴文葆《异哉,所谓内阁制不合国情!》。参见王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第130-137页。

[11] 参见李超:《论民初宪法顾问有贺长雄的制宪思想》,载《湖北社会科学》2015年第7期,第106-114页;张晋藩:《“变”与“不变”:20世纪上半期中国法律近代化转型的趋向问题》,载《史学月刊》2004年第7期,第5-7页。

[12] 参见王健:《庞德与中国近代的法律改革》,载《现代法学》2001年第5期,第29页。

值。诚然,时移世易,但清末民国时期“富强宪法”的理念、掣肘宪政在地化之诸因素似乎换装重现。庞德提供了一个在保持既有文本基本不易,假借策略性诠释重置宪政设计,进而通过法学家、法官之解读与适用注入宪政基本元素,着眼将来宪制发展的方案,不失为宪法文本革命之外的一个平稳选择。虽然,从实践成果观之,庞德给中国指明的宪政之道未能落实而夭折,充其量在台湾仍有少许遗韵。然而,以史为鉴,回溯历史上未实现之可能选项,或许能发掘出裨益当下的养分。

职是之故,笔者拟以庞德对民国宪制的解读与重构为线索,开示其社会学法理学话语勾勒出的中国特色宪制,即以美国宪政民主模式为底本,因应服务国家(service - state)^[13] 社会安全与个体自由衡平之需要及对美国模式的批判、借鉴,立基于权能分配(power - distribution)而非权力分立(power - separation)的弱势立法权、广泛行政权、独立且强势司法权的司法中心主义宪制方案。

二、立宪思想的美国化解读:宪政民主的内核

1928年(民国十六年),国民政府完成北伐,奠都南京。立法院承继晚清修律以来的法律移植硕果,展开了中国法制的宏图巨擘。是时,三民主义为建国最高指导准则,宪制建设自不例外。然民族、民权、民生究系所指为何,囿于其本身的模糊性而聚讼盈庭。中华民国宪法之父张君劢以欧陆概念体系勘之为民族主义(nationalism)、民主(democracy)、社会主义(socialism),并申言各派力量侧重不同而为之解释将演绎出与宪政民主相悖的政治架构,极力驳斥三民主义入宪的做法。^[14] 庞德首先肯认三民主义作为立宪思想的事实,次而通过对之策略性解读,完成了立宪目标由工具主义(富强)易轨生活方式(服务国家)的转身;且淬取出现代宪政民主的意蕴。清季以降,立宪基本理念即以国家主义为主导的“富国强兵”思想,乃民族自救运动之一环。然而,民族救亡因素夹杂下的立宪运动,其实与宪政之理路抵牾:富强的国家诉求,终极动机非限制权力,而是为了国家的强大与民族的复兴。以富强的功利目的来理解三民主义也将导致危险的宪制安排。诚如张君劢指出,强调“民生”者,侧重团体利益而使得人权保障、个体自由及基本政治权利退居次席;笃力“民权”者,强调民主、人权等价值而倾向于引入弱肉强食的资本主义经济体系;著力“民族”者,汲汲于固有传统、道德及文化之贮存及民族独立与复兴而戕害思想自由、言论自由、社会乃至政治自由。^[15] 庞德认为这些侧重各异的阐释忽视了孙中山思想中的欧美宪政民主内核。法律与政治的根本问题是制衡,因此,对三民主义各面向的极端阐释与实践都将造成危险的对立,这与孙中山本意相悖。^[16]

庞德显然不认同张君劢等以富强为诉求,以欧陆话语体系对三民主义反宪政民主嫌疑的“误读”。他认为根据孙中山学说,中国立宪之目标是构建“服务国家”,^[17] 为民众提供一种文明的生活方式,而非富国强兵等工具性诉求。“服务国家”是庞德对美国宪政民主政府发展方向的预测,乃其中和极端演绎从而平衡民族、民权、民生三者的策略性解读之基点。也正是通过“服务国家”的概念,实现了三

[13] 庞德用服务国家(service state)一词而非福利国家(welfare state),其解释为后者无法涵盖前者政府之职能且后者往往有不少华而不实无法兑现的允诺;关于何为一般福利、公众福利等之认知亦人言言殊。See Roscoe Pound, *Law in the Service State: Freedom versus Equality*, 36 A. B. A. J. 977, 977 (1950).

[14] See Chun - Mai Carsun, *Political Structure in the Chinese Draft Constitution*, 243 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 67, 75 (1946).

[15] Carsun, *supra* note 14, at 75.

[16] See Roscoe Pound, *Development of a Chinese Constitutional Law*, 23 N. Y. U. L. Q. Rev. 375, 383 (1948).

[17] See Roscoe Pound, *The Chinese Constitution*, 22 N. Y. U. L. Q. Rev. 194, 196 (1947).

民主义与美国式宪政民主的挂钩接榫。庞德从当时中国所处之时代背景出发,认为三民主义立足于20世纪政治乃个人自由挑战的认知,进而具体阐释了其对三民主义的独特理解:(1)民族主义即中国为统一和谐的政治共同体,所有族群平等相处;获得国际社会的平等相待;最终实现国内的和谐与世界和平。(2)民权主义即对政府权力的限制,以保护个人在文明生活中的合理预期,即公民权利;以此来拒斥那种否认个体权利与自由的全能政府(omnicompetent government)理念。(3)民生主义即“服务国家”原则,即政府不仅提供传统领域的公共安全与秩序,而且提供一般性服务(general services),通过渐进的程序,因应具体的情势调和个人利益与社会利益。^[18]换言之,三民主义系指国家统一与和谐、私权保障和服务国家。“服务国家”之构建,民族主义是其前提,民权主义乃其内核,民生主义则强调个人利益与社会利益的动态平衡。因此,三民主义所追求者为中国人一种文明的生活方式,以及为此方式之实现所配备之宪制架构及政治共同体之整合。由此观之,孙中山宪政思想之逻辑起点——民权主义注重对个体权利之捍卫而掣肘公权,在当时的历史条件下甚至与富强的诉求背驰。考虑到孙中山将“民权”而非富强定位为欧美革命的根本目标,^[19]由此观之,庞德对三民主义去功利化的解读可谓切中肯綮。

在完成立宪目标预设的“拨乱反正”之后,庞德着手三民主义宪政体制的构想。在庞德看来,三民主义借助其宪法性权威决定了民国宪法的规范设计及其发展。首先,在“服务国家”诉求的统帅下,民族、民权、民生不仅没有冲突解释之虞,而且为宪政民主内涵在中国之理论发展与落实厚植了基础。^[20]具体而言之,民族主义的统一与和谐内涵,窒息了地方分离主义与宗派、阶层、族群歧视的空间;民权主义对私权的坚定捍卫将抵制立法与行政专制的侵犯;民生主义则加于政府以提供更好公共福祉的义务。其次,三民主义乃解释与适用宪法,进而发展宪法以护卫私权免遭公权戕害的后盾。无论是政治家、立法者操作宪法,还是法官处理宪法难题,衡奉三民主义“捍卫私权、推进服务国家”理念为圭臬。鉴于非因公务员之过错,仅为政府权力运作而致个人损害之情形,超出宪法第24条的射程范围,^[21]庞德认为这是三民主义用武之时,根据“服务国家”的价值预设,政府为公众利益而为服务行为致私权受害,后果之承担者当然是公众,即受害人亦得主张国家赔偿。^[22]换言之,面对规范有限而实践无穷的困局,三民主义是弥隙文本与现实脱节的利器。再次,三民主义適切调适了“服务国家”中个人自由与公共安全之冲突。由于“服务国家”不仅提供基本的秩序与安全,而且将产出更多的社会、经济服务来满足人们之生活需求,甚或可以说除灵魂福利外,政府将无所不能。^[23]政府对个体生活的全面介入也因之相伴而生,在个体自由与公共安全中寻求中道权衡成为宪制设计的核心诉求。将此一诉求投射于孙文学说,即民生、民族主义的实践非牺牲而是增进民权主义之实现;民权主义是抑制民生、民族主义实践中政府权力扩张以保持平衡的阀门。在庞德看来,民权即美国宪法中的权利法案(Bills of Rights),^[24]而权利法案正是18世纪晚期盎格鲁美国公法(Anglo-American public law)因应政府权力扩张而挤压个人自由空间之情势,于宪法中确立的制衡规范。^[25]由此,庞德完成了三民

[18] Pound, *supra* note 16, at 384.

[19] 参见孙中山:《孙中山全集》(第九卷),中华书局1986年版,第306页。

[20] Pound, *supra* note 16, at 384.

[21] 《中华民国宪法》第24条:“凡公务员违法侵害人民之自由或权利者,除依法律受惩戒外,应负刑事及民事责任。被害人民就其所受损害,并得依法律向国家请求赔偿。”

[22] Pound, *supra* note 16, at 385-386.

[23] Pound, *supra* note 13, at 977.

[24] Pound, *supra* note 17, at 194.

[25] See Roscoe Pound, *Justice According to Law*, 14 Colum. L. Rev. 103, 115 (1914).

主义的良性解读与美国宪政传统内质契合的工作。

庞德为彰显其对孙中山学说之美国化理解的合理性,申言孙中山本人对其学说之阐释是理解与适用三民主义的根本依据。^[26]从孙中山对三民主义的界定可窥知美国式宪政诚为其宪制设计之重要参照。其在阐释民权主义、民生主义时,多以欧美是从,尤奉美国为尊。将三民主义等同于林肯总统的“国家是人民所共有,政治是人民所共管,利益是人民所共享”^[27]。此立论正与庞德对宪法第1条之解读契合,无论从“尽可能使各规范有效且协调”的法律解释原则,还是“确保公共安全、增进国民福祉”的宣示,皆昭示三民主义与民享、民有、民治共和国的内在同质性。^[28]

综上以观,庞德将三民主义策略性地解读为“国族统一”、“私权保障”、“服务国家”三原则。此类解读实在差序化民族、民权、民生三者位阶,视民权为核心,民族、民生均以之为实现民权为要务。因此,在庞德的思虑中,专注取法美国的权利法案(民权)才是三民主义解释之正途。民族主义所贮存之救亡意蕴完全服务于私权保障与增进福祉的目的,而不是相反。如此实现了立宪目标非富强而是文明的生活方式的转变。再以民权、民生为切入点,经由美国宪制模式发展之趋势——“服务国家”,庞德顺理成章地将美式宪政民主的内涵嫁接于三民主义之中。庞德对三民主义的点睛之笔奠定了其解读并重塑中国宪制的基础。

三、宪制范例备选项及比较:服务国家之选择

“服务国家”的兴起是庞德评析各国宪制及修正美国三权分立模式的前提性判断。与传统国家“守夜人”仅提供一般安全、秩序不同,服务国家全面介入各项福利事业,几乎提供除灵魂福利之外的所有公共产品。但是,赋予政府以更多的权力来换取更多的公共服务,政府权力的急剧扩张也随之而来,逐步进化为全权国家(omnicompetent state),其离专制国家(absolute state)也即一步之遥。^[29]甚至,由于不利行政扩权以因应时需,对分权制衡(checks and balances)、权力限制(limited authorities)等之质疑也甚嚣尘上。^[30]根据庞德观察,自由与公平的博弈中服务国家给宪制带来之影响主要有以下方面:^[31]首先,传统自由,诸如个人自主自决等观念让位于一种新的自由观念,即免于贫困、免于恐惧的自由。个人自助事业也遭遇社会福利事业更多侵入,政府职权得以快速扩张。其次,作为美国宪制特色的权利法案是限制政府行为、确保私权从而满足文明社会生活期望的设置,且配备司法分支执行之。然而,服务国家开始改变美国权利法案的观念。因为服务国家的特征之一即给公众以慷慨的权利承诺,如宪法中“消灭贫困”、“保障休息”等宣称,它们或根本不是法律规范,抑或无法兑现诺言。宪法开具这类空头支票,其实损伤了整个宪制结构。再次,宣示性权利无法从政治与法律得到满足的恶果之一即是宪法信念的式微,而这是走向独裁国家的关键一步。在此背景下,服务国家抛出其最大的卖点:一个强人、超级领袖可以完成制衡机制无法企及的业绩。极权政府亦鼓吹唯有权力的集中方能兑现宪法承诺,甚至倡言宪政民主本身就是一种矛盾。因为民主意味着不受制约的多数意志,多数意志当为唯一主宰者,因此民主的导向是独裁政府而非宪政政府。最后,服务国家之颠覆在道德、经

[26] Pound, *supra* note 16, at 382.

[27] 同注19引书,第394页。

[28] Pound, *supra* note 16, at 386-387.

[29] See Roscoe Pound, *The Rule of Law and the Modern Social Welfare State*, 7 Vand. L. Rev. 1, 10 (1953-1954).

[30] See Roscoe Pound, *The Constitution: Its Development, Adaptability, and Future*, 23 A. B. A. J. 739, 739-740 (1937).

[31] See Roscoe Pound, *Law and Service State: Freedom versus Equality*, 36 A. B. A. J. 977, 977-980 (1950).

济、一般福利、基本法律理念等领域亦余波荡漾。如侵权法中不论主观过错的绝对责任扩张,践行承诺的契约精神也在预期违约等理论的冲击下荡然无存,盎格鲁美国法逐步盛行合同的国家干预主义(contractual dirigism)等等,而这些恰是美国宪政民主稳固的要素。^[32]

虽然服务国家不乏危害宪政民主之虞,但庞德认为其错不在服务国家本身。复杂的工业社会中,对于很多事业政府比个人更为便利且更具能力承担。那么政府权力扩张成为必然趋势的情况下,需着重考量的是如何在服务国家境遇下维持宪政民主体制于不坠。^[33] 庞德通过当时比较成功的宪制范例之探讨断言:民众大会制度、瑞士委员会制囿于中国幅员辽阔、各地风俗迥异等之国情不足取;俄国极权而非宪政民主体制不能学;而迄至20世纪英美宪制乃最为成功的模式。^[34] 但庞德揆诸中国固有国情认为议会制/内阁制亦难以移植成功。庞德唯独对总统制是否适合中国未作明确表态,但从其对美国宪制策略性解读来看,行政、立法、司法等几乎皆比照美国为修正之论。鉴于美国三权分立模式无法满足服务国家之需求,且其又非宪政民主的必备配置,而英美宪制之核心在独立的司法权免受立法权、行政权之胁迫与指挥。^[35] 庞德提出了既迎合服务国家赋予政府广泛权力之要求,又不至于使之侵害个体自由的宪制安排:修正式美国宪政民主体制,或其所谓的“司法中心主义”模式。^[36] 具体而言,即弱化立法权、扩张行政权、强势司法权;而通过庞德的解读,以孙文学说为指导的中华民国宪制就是这样一种新型体制。^[37]

四、宪法文本的创造性解释：法学家再造立法

国民政府立宪,衡以践行孙文学说为依归。而孙中山宪制设计之蓝图即为20世纪之中国造一“驾乎欧美之上”的新“政治机器”:构建一万能政府;且使其听人民的话。^[38] 新造之原理即“权能分开”。庞德话语体系中的“服务国家”对应孙文之“万能政府”;而私权的宪制保障则暗合孙文所谓“听人民的话”。借助这一契合及其对孙文学说的独特理解,庞德开启了对中国宪制的解读与重构。具体而言之,其方案是中和“五五宪草”(简称宪草)与1946年宪法(简称宪法),从中创造性挖掘出“强势司法权”、“弱势立法权”、“必要而节制的行政扩权”这一“服务国家”理念下修正式美国宪制模式。

(一) 乐见弱势立法权：议会专制的教训

孙中山将政权与治权区分,前者由选举、罢免、创制、复决四权组成;后者分立法、行政、司法、监察、考试五权。其汲取瑞士直接民权精神,将政权留给国民大会行使,治权交由政府运作。在庞德看来,九权不过是欧美宪制中行政、立法、司法三权的再分配。因此,其在解读中国宪制时,仍是围绕立法、行政、司法三权展开,且与美国模式的比较中折衷权衡。虽然庞德批判普通法典的理念,呼吁中国制宪者毋庸亦步亦趋于欧美宪法,但是基本的宪政民主原理却坚如磐石:立法权与行政权的分离及司法权必须独立。庞德认为,现代服务国家不仅行政权与司法权彼此渗透,而且立法与行政功能也很难

[32] *Id.* at 1050 - 1053.

[33] See Roscoe Pound, *The Ideal Elements in Law* 357 - 358 (Indianapolis, Ind.: Liberty Fund 2002).

[34] Pound, *supra* note 17, at 210.

[35] See Roscoe Pound, *The Place of the Judiciary in a Democratic Polity*, 27 A. B. A. J. 133, 135 - 139 (1941).

[36] 但庞德反复强调三权分立模式无法适应服务国家之需要,因此保持其制衡精义而为权力再分配与界定,将司法分支移位于宪制架构之中心,恢复普通法的传统。庞德论说常将法官、法庭或司法权置于宪制的核心,乃过去与未来的掌控者与法律的活圣人。See Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 Colum. L. Rev. 605, 622 (1908).

[37] Pound, *supra* note 17, at 214.

[38] 同注19引书,第321页。

截然分开。^[39] 美国三权分立的实践使得立法与行政、行政与司法摩擦不断,有时甚至危害到整个宪政体制,而解决方案往往只能留待下次大选实现平衡。^[40] 有鉴于此,庞德以权力分配(distribution of powers)取代权力分立(separation of powers)。他认为,权力分立的理念与现代政府的效率追求背道而驰,更无法满足服务国家集中权力的诉求。^[41] 而权力分配则意味着权力之间并不是那么泾渭分明,非此即彼。^[42] 因此,庞德对于中国未采美式三权分立模式而是采权力分配的做法推崇有加。其亦是在此基础上,对中国宪制斟酌损益实现三权的重新分配。

庞德关于立法权的思考主要是从法国式议会专制、英国光荣革命后的议会专权及其在北美的运作实践淬炼经验,对强势立法权深度狐疑而乐见其弱势的配置。法国革命以降,毫无限制的立法权致使政局动荡,纸面宪法更迭频繁窒碍法治权威树立;^[43] 英国议会专制致其国内与殖民地弊政丛生。美国宪制史上,立法权与行政权的摩擦也从未中断。且因有立法的掣肘,行政效率低下成为美国宪制模式的基本特征。^[44] 总之,检讨立法权强势的教训,使得庞德对弱化立法权持欢迎态度。

在近代中国宪制史上,立法权之格局起起伏伏,在“天坛宪草”时期达到顶峰,形成了与当时政治力量对比不甚协调的“议会中心主义”模式。随着国民党与袁世凯的决裂,该模式淡出历史舞台。庞德基于对立法权专制危害的认识,婉转地表达了对正式宪法文本的批判,而主张回到“宪草”的布局。兹将“宪草”与宪法关于立法院规定比较如下:

比较内容	五五宪草	正式宪法
地位	最高立法机关	最高立法机关
职权	决议法律案、预算案、戒严案、大赦案、宣战案、媾和案、条约案等;就立法事宜质询其他部门	决议法律案、预算案、戒严案、大赦案、宣战案、媾和案、条约案等
选举、任期	正、副院长,立法委员国民大会间接选举并对其负责;任期三年,连选得连任	正、副院长,立法委员任期三年,连选得连任;正、副院长由委员互选;立法委员由人民选举
议事	无规定	常会每年两次,临时会由总统咨请或立法委员四分之一以上请求;关系院院长及首长可列席陈述意见
对行政权监督	总统提交复议之议决案,出席委员三分之二以上维持原案者,总统必须公布;但对于法律案、条约案由国民大会复决	行政院长,由总统提名,经立法院同意任命;行政院对立法院负责;经总统核可交付之复议案,出席委员三分之二以上维持者,行政院长应接受或辞职
宪法修正提议	无	立法委员有提议权,议决仍需国民大会复决。
委员履职保障	院内言论与表决不负责任;除现行犯,非经立法院许可,不得逮捕或拘禁	院内言论与表决不负责任;除现行犯,非经立法院许可,不得逮捕或拘禁
兼职禁止	不得兼任公职或执行业务	不得兼任公职或执行业务

[39] Pound, *supra* note 29, at 19.

[40] Pound, *supra* note 17, at 224.

[41] See Roscoe Pound, *The American Idea of Government*, 10 *Vital Speeches of the Day* 681, 683 (1944).

[42] Pound, *supra* note 17, at 223.

[43] See Pound, *supra* note 16, at 392.

[44] 庞德肯认美国三权分立的宪制保障违背了行政追求效率的原则,但指出这是为了实现更高的价值。Pound, *supra* note 35, at 134.

诚如上表所示，“宪草”中立法权几乎被限制在一般性立法的范畴，其对行政权的制约非常有限。甚至其职责范围内之法律案、条约案等重要议案复议之决定权亦被国民大会瓜分。其正、副院长，委员均由国民大会选举，立法院没有任何人事决定权。正式宪法则试图扭转立法院孱弱的局面。首先，“宪草”所界定基本职权不变情况下，取消了质询其他部门仅限于立法事项的规定。其次，扩大民众参与，立法委员之选举由国民大会间接选举改为人民直接选举，以及正、副院长由委员互选等的修正在一定程度上缓解了国民大会对立法权的束缚。再次，采用内阁对议会负责的模式，行政院需向立法院负责，而且行政院长经立法院同意任命。最后，确立立法院对行政院不信任投票新模式，即对于经总统核可交付之复议案，出席委员三分之二以上维持者，行政院长应接受或辞职。

尽管制宪者试图以“修正式内阁”来改变立法权羸弱的设计，然为平衡计，内阁制国家中议会常有的弹劾权、倒阁权、修宪释宪权、疆土决定权、违宪审查权等未置备于立法院，相较而言仍属于弱势立法权，然而庞德对于内阁制因素导入而强化立法权的做法不以为然，斥之为危险倾向且表达了对“宪草”对应设计的赞赏。^[45] 但是对于正式宪法强化对立法权限制的规定，庞德予以肯定。如宪法规定立法院法律案直接提请司法审查，即无需如美国的具体诉讼来启动，也不必如“宪草”所规定的得由监察院提请。^[46] 为实现对立法权的削弱，庞德还建议引入美国的司法审查模式，个人可以提起对立法侵害私权的控告。^[47] 他认为立法院与英国议会截然不同，前者不具有后者的全权性与不受限制之权力，甚至也并非英国议会乃自己行为的最终裁决者，由司法院实现对立法院的全程监控。^[48] 而且从立法委员不得兼任官吏之规定可见总统制痕迹明晰。当然，庞德也坦诚，立法权滥用远没有行政权肆意扩张所带来的危害大。因此，在庞德思忖服务国家的宪制安排时，精力主要集中于行政权与司法权的博弈，立法权相对边缘化；甚至将司法而非立法作为法律的开始。^[49]

（二）怵惕行政权扩张：服务国家所必需

诚如前述，庞德指出随着服务国家之兴起，人们对安全、自由、政府职能及宪政民主等观念不变，其最显著者或可首推行政权的急剧扩张。但是，立基于权力分立、彼此制约的总统制窒息了行政权的扩张，而英国式的内阁制/议会制可能导致的立法权专制又教训诸多，皆无法因应服务国家功能之履行。因此，重置行政权分配与定位以便利其“必要而危险”的扩张成为庞德行政权设计的基本理念。庞德认为中国宪法所要解决的首要问题是构建统一、稳定且延续的政府，而这一目标舍安定强大的中央集权无法实现。基于此，庞德对正式宪法重纸面民主而轻国之时需，以内阁制严重削弱行政权的做法深表隐忧。^[50] “宪草”与正式宪法关于总统选举、任期、统帅权、荣典权、赦免权、外交权、任免文武官员等事项无甚出入，兹将其权限相异之规范列表如下：

[45] Pound, *supra* note 17, at 227.

[46] *Id.* at 229 – 230.

[47] *Id.* at 222.

[48] Pound, *supra* note 16, at 390.

[49] See Roscoe Pound, *Possibilities of Law For World Stability*, 1 *Syracuse L. Rev.* 337, 340 (1949 – 1950).

[50] Pound, *supra* note 17, at 228 – 229.

比较内容	五五宪草	正式宪法
公布法令权	依法公布法律法令,且关系院院长副署	依法公布法律法令,须经行政院长或院长及相关部会首长副署
戒严解严权	依法宣布戒严解严	依法宣布戒严,但须立法院通过或追认,且立法院得议决提请解严
紧急命令权	经行政会议议决,三个月内提交立法院追认	立法院休会期间,得经行政院会议议决,但一个月提请立法院追认,如立法院不同意,立即失效
行政院组织权	任免行政院正、副院长,政务委员,各部会首长;均对总统负责	行政院长由总统提名,经立法院同意任命之;副院长、各部首长及政务委员,由行政院长提请总统任命之;行政院对立法院负责
考试院组织权	正、副院长,考试委员由总统任命,对国民大会负责	正、副院长,考试委员由总统提名,监察院同意任命
司法院组织权	正、副院长由总统任命,对国民大会负责	正、副院长,大法官由总统提名,监察院任命

览表可知,“宪草”以总统为核心的行政权远远超过美国总统制下行政分支的权力。行政院完全置于总统掌控之下;考试院、司法院之人事任命权亦决定于总统;紧急命令、戒严解严、法律之发布几乎无任何限制。除监察院处于行政权射程之外,行政、立法、司法几乎全部统合于或一定程度受制于总统之权力,满足了庞德所谓的“赋予更多权力以换取更多服务”的服务国家理念。^[51]然而,正式宪法则反其道而行之,旨在贯彻欧陆的内阁制精神。^[52]

庞德显然反感宪法逆服务国家趋势而动的做法;但对超级总统制又有保留的肯认,这源于其服务国家行政权扩张的基本底线:不能为提供社会服务而侵害私权。他认为行政部门提供普遍福利已成为政府必要之职能且客观存在,行政权的扩张无可避免。^[53]通过检讨美国权力分立实践,其认为执行权定位限定了行政部门扩权的空间,那种“某个权力必须专属三个分支之一”的权力分立观念被实践证明是对行政扩权的巨大障碍,也是美国宪制无法因应时势之原因。^[54]此种宪制下的执行权已无法涵盖提供各种社会服务的行政分支之权能,且无法涵摄服务国家中行政分支越界司法、立法的事实。因此,庞德主张以行政权(administrative)替代执行权(executive),^[55]基于此,在理解五权宪法时,庞德主张解读为行政院(administrative yuan)而非执行院(executive yuan)。^[56]而且,对于有架空行政权嫌疑之做法,庞德亦不予认同。如庞德驳斥国民大会设置常任机构的提议,申言其可能蜕变为寡头统治或独裁,因为一旦常任机构行使国民大会之权,那么总统的行政权专断将随时可能被废黜,其因应服务国家的特质也将无实现之可能。不仅如此,庞德还质疑宪法企图以内阁制废除行政权专断且辅之以全面限制总统权力之设计。其认为宪法更多侧重对英国内阁制与美国总统制的亦步亦趋以彰显民主,全然不顾中国选举经验匮乏之事实;远逊于“宪草”汲汲于国家统一与安定以奠定宪政基础的设计。^[57]甚至断言,打破立法院与行政院的平行结构,立法院将扮演超级行政院角色,这与孙中山五

[51] Pound, *supra* note 31, at 978.

[52] 参见张君勱:《中华民国民主宪法十讲》,商务印书馆1947年版,第65-68页。

[53] Pound, *supra* note 33, at 86.

[54] Pound, *supra* note 35, at 136.

[55] Pound, *supra* note 17, at 204.

[56] *Id.* at 225.

[57] *Id.* at 196.

权宪法的宪制构想背道而驰。^[58]

宪法试图对“宪草”中总统权力做全方位限缩,恨不能为立法院谋得英国全权议会的至高地位。然而,庞德除极力反对打破行政院与立法院平衡的内阁制设计外,对其他限制规范的设计未予置评,而是从总体上予以肯定。^[59]这折射出庞德对超级总统之适度限制持开放态度,庞德论说中反复强调服务国家不必然也不应该是独裁国家。^[60]如宪法取消总统对考试院、司法院组织权;而以总统提名,监察院任命代之;在公布法令权、戒严权、紧急命令权等方面设置严苛的立法院监督。庞德限制总统行政权最明显者在质疑行政院对总统负责的安排。^[61]其指出中国宪制的总统与美国总统类似意在保障其超然性不为党争所累,但总统对行政院的完全控制消弭了这种超然性,因为总统取代行政院成为真正负行政责任的机关。这种将行政院从总统之“军机处”改为独担责任且向国民大会负责的部门,体现了庞德对总统权力予以适度制衡的理念。

综上所述,庞德在考量中国宪制行政权配置时主要有两大依据:其一,服务国家催生的行政扩权;其二,安全、统一、延续之政府比民主诉求更为迫切的国势。“宪草”中总统权限远胜美国总统,尤其人事任命权上更是将行政院配置成执行总统意志之机构,司法院与考试院组织权亦被总统收入囊中。这显然超出了庞德所谓服务国家行政权扩张的范畴,几近独裁。因此,庞德中和“宪草”与宪法,不认同前者的行政院向总统负责,也反对后者的行政院向立法院负责,而是倾向于直接向国民大会负责;鉴于宪草在立法、外交、紧急命令等事权上总统独断太盛,因此认可宪法适度限缩超级总统之权力。诚然,行政权的急剧扩张与向司法、立法的积极渗透,因应了服务国家职能定位之需求,但对个人自由的威胁亦接踵而来。庞德将狙击“修正式总统制”蜕变为独裁制的重任预留给了独立且强势的司法权。

(三) 打造强势司法权:宪制政府的保障

从前述立法权之弱化,行政权之扩张来看,两权之失衡昭昭,宪制政府质变为独裁政权或一念之间。尤其行政权行使准立法权、准司法权动摇了整个宪政政府的根基。庞德坚信:以法官创制和执行法律的体制实现了稳定与变迁的平衡。^[62]而英美的全部经验昭示,所有个体自由保障的设计中,司法独立于行政与立法是最根本性的。^[63]因此,构筑法治(the rule of law)抵制官僚或超人独裁(super-man dictatorship)之藩篱,维持服务国家行政扩权境遇下宪制政府与文明生活存续之使命,庞德开出的药方是:强势且独立的司法权配置。

首先,权利法案之落实需以强势司法权为后盾。公权力对私域介入的深化催生了权力限制升级的诉求,而18世纪后期英美法以“权利法案”提供相应的解决方案。^[64]庞德将权利法案模式二分:其一,劝慰式的宣言。此模式寄望政府善意行使权力,然鉴于权力扩张与滥用的天性往往徒劳,而矫正的方案往往是革命与暴动,法国人权宣言即为著例。其二,权利法案被作为最高法律之组成部分,所有人平等适用且受害人可起诉至法院来保障实施,通过法庭的诉讼程序来矫正对权利之侵犯,美国权

[58] *Id.* at 227 - 228.

[59] *Id.* at 194 - 232.

[60] Pound, *supra* note 29, at 21 - 22.

[61] Pound, *supra* note 17, at 228.

[62] Pound, *supra* note 30, at 742.

[63] Pound, *supra* note 17, at 206.

[64] Pound, *supra* note 16, at 387.

利法案即是这一模式的典型代表。^[65] 服务国家兴起后,民众日益汲汲于政府服务对自己需求与期望的满足而忽视或让渡个体自由,那么何以使个体自由与合理诉求免受政治权力干涉之权利法案不沦为具文呢? 庞德认为唯有复兴司法权,以强势且独立的司法分支方能构筑自由的壁垒。^[66]

因此,庞德称赞中国明智地选择了盎格鲁美国法的权利保护模式。^[67] 中国不仅有完备的权利法案设定而且以司法权之保障实施为后盾。如人身保护(第8条)、公务员及国家赔偿责任(第24条)皆赋予个人向法庭起诉之权,由法庭强制执行。纵使权利法案中的宣示性条款如第7条,庞德亦认为在法官解释与适用宪法时亦可将之解读为制约行政、立法、司法的恣意而保护私权的逻辑起点。庞德通过加持司法权的解读试图在中国构建美国式的司法审查模式,即个人可以在普通法院发起对立法与法令(立法权与行政权)的挑战。然而,美国司法审查的艰难实践昭示需要强大的法庭(strong courts)作为支撑,否则难以为继。^[68] 关于此,庞德从两方面强化中国宪法中的司法权:一则肯认宪法明确赋予多于美国司法分支权力的设计。如颂扬司法院对立法合宪性的审查,抛弃宪草规定的经由监察院动议,而是直接送审的全程监管模式(第171条);而且认为此安排较美国个案审查为优。^[69] 二则矫正司法权介入违宪审查规定的不彻底。从宪法文本解释来看,直接宣告违宪的权力并未赋予法庭而是交给大法官解释,再通过法庭的执行来完成违宪审查的程序,庞德认为此安排无法彻底保障权利法案。^[70] 其将这些瑕疵的纠正诉诸于法官、法学家对宪法原则的阐释与发展,如第16条可导出个人起诉至法院或申诉至司法院挑战违宪法律与法令之原则。^[71] 换言之,即通过解释与适用宪法的实践使得法庭获得美国式违宪审查之权力。

其次,独立且强势之司法权乃捍卫法治的坚强后盾。社会安全与个体自由是西方文明的核心价值,而它们皆由法治原则(doctrine of the rule of law)护卫。然而服务国家出现后,二者关系异常紧张。行政权与立法权的肆意扩张不断挑战以权力制衡为基础的法治原则,进而威胁自由传统。在庞德看来,确保法律运作的司法权旁落是对法治原则的最大侵害。^[72] 庞德一方面检讨了行政机关行使司法权的劣势及对法治原则背离的本质,认为现代服务国家诉求行政分支执掌更广泛的司法职能,进入20世纪甚至日渐有将行政权置于司法审查之外的趋势,这加大了行政专制(administration absolutism)的风险。^[73] 庞德另一方面论证了法官执掌司法权具有行政机关无可比拟的优越性,如稳定性与灵活性兼备,^[74] 防止专断与制衡的能力等。^[75] 此外,庞德还提出了实现司法功能发挥的最佳人选:法律家,以法学家、法官、律师为核心的法律职业共同体,诚如他指出,法院及法学职业共同体“必须无畏地肩负起如何使法律迎合世界发展之需要以保护法治原则”。^[76] 以法官为中心(judge-centered)的普通

[65] Pound, *supra* note 49, at 341-342.

[66] Pound, *supra* note 29, at 21.

[67] Pound, *supra* note 16, at 389.

[68] Pound, *supra* note 17, at 222.

[69] *Id.* at 229.

[70] *Id.* at 224-225.

[71] Pound, *supra* note 16, at 390.

[72] 庞德指出在行政机关不断压迫立法机关提高其司法权能及免除司法审查,不断蚕食司法权的管辖范畴,法的统治将蜕变为行政独裁。See Roscoe Pound, *Report of the Special Committee on Administrative Law*, 63 Annu. Rep. A. B. A. 331, 338-339 (1938).

[73] See Roscoe Pound, *Jurisprudence II*, 414 (St. Paul, West Pub. Co. 1959).

[74] See Roscoe Pound, *The Spirit of The Common Law*, 176 (Marshall Jones Company, 1931).

[75] Pound, *supra* note 73, at 457.

[76] See Roscoe Pound, *Executive Justice*, 55 Am. L. Reg. 137, 146 (1907).

法传统亦昭示,没有训练有素的法官来维持且重塑法律所设定的制衡,法律本身难以驾驭成熟的社会经济秩序。^[77]

庞德认为,中国由司法院统领最高行政法院和最高法院并与处理民事、刑事案件的普通法院并列,这规避了行政司法受迫政治压力及受行政长官控制而有失公允中立的弊病。^[78]但是,行政法院之设立仍是当时的权宜选择,一俟司法分支的改革完成,最终将由普通法院统一管辖。^[79]因此,庞德毫不讳言对中国超越美国设立司法院举措的溢美。^[80]庞德取缔行政司法的根本之途乃在于中国建立统一法律教育。当时中国法律家们风格各异的解释及适用法律的技术使得如何借鉴美国宪法成为比较棘手的问题。^[81]因此,庞德操刀中国司法改革的核心工程即移植美国的法律教育于中国,从课程设计到图书馆建设;从教师配备到授课模式,庞德为中国打造了一套美国式的法学教育体制,^[82]期能培养出一批批熟稔普通法法律技术且谙熟社会学法理学的法官、法学家、律师,以支撑司法分支的现代功能。

再次,扩张司法权以维护宪政民主制及文明社会秩序。庞德认为宪政民主政府是美国宪制的核心特征之一。^[83]在宪政民主体制下,法院而非立法、行政机关具有找寻宪法真意的决定性功能,即所谓最终司法控制(ultimate judicial control)。^[84]因此,从横向的分权来看,倘出现行政、立法、司法职能模糊的宪法空白,其最终裁决者在司法机关;从纵向的分权来看,中央与地方事权的纠纷亦应由司法权衡酌。任何弱化司法权对行政意志审查的做法将葬送宪政政府。^[85]基于此,一方面,庞德在设计中国的司法权之前置性举措即为中国宪法的适用选择了美国化路径。宪法第80条要求法官超越党派、派系且独立行使司法权,庞德认为这要求中国宪法之适用走美国模式:使得政治问题法律化。对国民党中央政治会议全程监控立宪、宪法解释与适用,庞德委婉批评并极力主张将宪法作为法律文件而非政治文件对待。^[86]另一方面,服务国家兴起后混合型的权力日益出现使得三权之界限更加模糊。那么面对新生权力与权力界限模糊情形,谁来决定其归属呢?庞德的回答是交由司法权来解决。^[87]如五院之间关系的细节与原则、权力重叠或冲突的处理等皆应由司法分支来完成。^[88]换言之,宪法构筑宪制的骨架,而司法分支在解释与适用中逐步点缀一系列基本原则与细节,最终建构起宪政政府的大厦。此外,庞德主张由司法院垄断法律解释权。他指出如将法律中的抽象概念让渡给立法或行政机关行使,将给权力制衡带来毁灭性灾难。^[89]事实上,庞德设计中国宪制时,极力注重法院解释与发展宪法的功能。如置宪法判例于正式法源之地位,直接赋予法官造法之权能;如果这仍是通过法律解释间接立法,那么赋予法官根据权威宪法学说——孙中山论著修正宪法,则等同于将属于

[77] Pound, *supra* note 35, at 135 - 136.

[78] Pound, *supra* note 72, at 344.

[79] Pound, *supra* note 25, at 25.

[80] Roscoe Pound papers, at pt. 3, Reel 61, 190, 121 (Harvard Law School Archive 601559).

[81] See Roscoe Pound, *Law and Court in China: Progress in the Administration of Justice*, 34 A. B. A. J. 273, 275 (1948).

[82] 庞德关于中国法学教育美国化改革方案的详尽论述,参见庞德:《关于中国法律教育问题的初步报告》,载王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第504-539页。

[83] Pound, *supra* note 41, at 681.

[84] Pound, *supra* note 29, at 29.

[85] Pound, *supra* note 30, at 739.

[86] Pound, *supra* note 16, at 390.

[87] Pound, *supra* note 35, at 136.

[88] Pound, *supra* note 16, at 378.

[89] Pound, *supra* note 30, at 741.

国民大会之宪法修正职权置于司法机关。如前所述,宪法第24条未能全面贯彻三民主义服务国家的理念,庞德即主张法官以三民主义为依据矫正之。

综上以观,庞德的司法权设计不仅有凌驾于政府“治权”之势,甚至有侵入属于国民大会部分“政权”之虞,或可谓超级司法权。总之,服务国家不至蜕变为极权体制,避免权利法案沦为空头支票,解决央地权限划分、五院关系及权力分配等宪制危机,宪政因应时势的发展及在地化等无不以独立且强势的司法权为支撑。庞德不仅回归普通法中司法权的核心地位,而且将之置于整个宪政架构的中心,是比立法权、行政权更理性且稳定的平衡力量,视“司法中心主义”是服务国家平衡个人自由与社会安全以维持文明生活方式(civilization)的良方。

五、结论:认真对待司法

孙中山的宪制设计理想是“造成万能且听人民的话之政府”以成地球上的“新世界”。其既重视人权、国民大会等实现民权的功能,又寄望一个高效与强大“全能政府”(an all-powerful government)。但是,全能政府极易僭越行政专断的必要范围(administrative prerogative),甚至是独裁。是以,根据其思想所拟之“宪草”因应全能政府的需求,构建了超级总统制,又以人民之“政权”规制政府之“治权”。庞德思虑所及在服务国家不可避免,万能政府成为或将要成为现实之情况,寻觅社会安全与个体自由的中道权衡。其从19世纪最耀眼的英、美宪制精义中发掘出司法权必须独立于立法权与行政权;进而以此为轴心,主要结合美国三权分立的实践,将三权作一次重新分配,形成以强势、独立司法权为中心的宪制架构。庞德以“宪草”、“1946年宪法”文本为基础折衷权衡解读出修正式美国宪制模式,引入其认为抵制专制的灵丹妙药“司法中心主义”于中国宪法中,以强势司法权勾勒中国宪制政府(constitutional government)的蓝图。

庞德策略性解读立宪思想:三民主义之追求乃“服务国家”,其内理是美式宪政民主,无论是国族统一(民族)还是服务国家(民生)概以私权保障(民权)为目标。中国宪制以权力分配取代美国式的权力分立,使行政权获得了扩张的法理空间却又在司法权的严密监视之下而不敢、也不能越雷池半步。实现了“万能政府”与“有效监管”的统一。庞德在评析中国宪制重新分配行政、立法、司法三权时,总是围绕削弱立法权、审慎扩张行政权,防止议会专制与行政专制,尽可能将独立且强势的司法权塑造成宪政民主制的最后屏障。因此,在庞德的解读下,立法院仅剩一般性立法的职权,即立法院无倒阁权,弹劾权也被收归监察院、国民大会。法院则可通过处理五院关系及权限分配之纠纷介入本属于行政与立法之事务。从行政权的设计来看,庞德不反对因应政府服务功能需求的行政扩权,而是关注行政权如何行使,实则强调司法审查的深度介入。以功能分配取代权力分立为基础所勾勒出的弱势立法权、广泛行政权及强势且独立的司法权宪制模式,顺应了服务国家行政权以更积极主动的方式介入社会生活的趋势,又确保了将司法职能收归法院,且通过司法扩权实现法院对行政行为监督的升级改造。

庞德将历史、文化、社会作为宪制基石的三要素,而我国历史上是以皇权为核心并没有三权分立之制度实践,文化与社会更鲜有以司法权制约行政权的基因。即便是清末立宪以来的法制近代化,中国引入议会主权理念,将之作为民主政治之核心,从理论到实践一直是立法权与行政权之间博弈得如

火如荼,甚少有将司法权作为中心来对待。^[90] 从世界范围来看,司法机关获得与立法机关、行政机关分庭抗礼之地位且在宪法的解释与适用上拥有广泛职权,成功的范例除美国外似乎寥寥。^[91] 庞德打造强势且独立司法权的设计不可不谓另辟蹊径,但是在美国司法分支基础上的进一步扩权从而形成以司法权为中心的宪制安排欲落地于我国不免存在诸多窒碍。但是,庞德通过把脉我国实际及宪制发展理论导出的宪制在地化之步骤、方法及可行的路径,仍颇值玩味。在服务国家的趋势下,议会专断不足取,行政扩权成必然,为持守安全与自由之间的平衡,司法权的改造与升级成为一个不错的选项。于构建我国宪制而言,庞德方案的最大价值或许在提醒我们“认真对待司法”及对司法人才培养的重视:纸面宪法落实为宪政;通过宪法文本的解释与适用丰盈宪法内涵;化解宪政危机,实现政治问题的法律化;保持对行政权扩张的深刻警惕等等兹事体大问题之处理无不以司法权的适当配置为要务。诚然时移世易,庞德所解读之中国及世界情势丕变,但政府权力扩张而危害个体自由之虞的宪政难题却并未消逝而是时论时新,因此重访庞德因应服务国家兴起之背景对中国宪制的擘画仍颇具镜鉴意义。

Roscoe Pound and Chinese Constitution: Seeking the Balance between Security and Freedom

Chen Fanhong

Abstract: In modern China, we have experienced different constitutional modes which achieved great success in western country. However, none of them brought constitutional government for Chinese people. GMD government drafted Chinese Constitution according to Sun Yat – sen’ teachings and recruited Roscoe Pound as legal adviser. Instead of political morality and political powers, Pound tried to take the interpretation and application of Constitution as the right way to constitutional government. As his analysis, the Three People’ s Principle means Nation Unity, Bills of Rights, Service State. This interpretation just parallel with Sun’ s omniscipotent government and People’ s rights. From this perspective, Pound tried to find a solution to keep balance between security and freedom in service state which sharp expansion of administrative power was inevitable. Pound suggested that strong and independent Judicial power, limited Legislation, expansion and controlled administrative power is the way to protect and develop civilized society and constitutional government for China.

Keywords: Roscoe Pound; judicial – centralism; Three People’ s Principles; judicial review; service state

(责任编辑:丁洁琳)

[90] 但康有为或许是个例外,其关于美式独立司法权以制衡强行政权的论述,参见章永乐:《共和的诤友:康有为〈拟中华民国宪法草案〉评注》,载《中外法学》2010年第2期,第240页。

[91] 同注2引文,第201页。

论意定代理权的授予行为

陈华彬*

摘要:代理权系整个代理关系的基础,而代理人所享有的代理权,其发生原因则因法定代理与意定代理而有差异。法定代理系依法律的规定而发生,意定代理则系透过本人(被代理人)的授权行为而取得。基于本人(被代理人)的意思授予代理权的意定代理,主要是依委托、雇用、承揽、承包及合伙等基础关系授予代理权。意定代理权授予行为的性质、方式、范围、内容、认定、瑕疵及其效力,我国现行立法未予明确或虽有关涉但未尽清晰,应依当代比较代理法的共通法理与实证经验而予厘清、厘定及释明。对意定代理权授予行为的无因性(抽象性)于法制史上的肇源与演进的分析,尤其是对有因说与无因说的优缺点的严谨、细致的考量表明,对于意定代理权的授予与其所由授予的基础关系于效力上的关联,我国应采独立性、无因性(抽象性)。意定代理权授予行为的无因性(抽象性)肇源于德国民法,我国不认可德国私法中统一的无因性制度系统,而仅认可其中的代理权授予行为的无因性及商法中票据行为的无因性,是适宜的、妥洽的。

关键词:意定代理权 授权行为 授权行为的性质 无因性(抽象性) 德国民法

一、引言

代理是代理人基于本人(Vertreter,被代理人)的授权或法律的规定,而以本人(被代理人)的名义为本人(被代理人)为法律行为,其法律效果由此归属于本人(被代理人)的制度。代理为三面关系,其系由本人(被代理人)、代理人(Vertreter)及相对人(第三人)三方当事人构成。本人(被代理人)与代理人间为授权的法律关系(内部关系),代理人与相对人(第三人)间为代理关系(外部关系),相对人(第三人)与本人(被代理人)间则因法律效果的归属而发生权利、义务关系。^[1]这其中,代理权(Vertretungsmacht)系整个代理关系的基础,处于枢纽和关键地位。盖代理权之有无,系决定代理行为之是否有效。^[2]而代理人享有的代理权,其发生原因则因法定代理(gesetzliche Vertretung)与意定代理(gewillkürte Vertretung)而有差异,即前者(法定代理)系依法律的规定而发生,后者(意定代理)则系透过本人(被代理人)的授权行为(Bevollmächtigungsakt)而取得。^[3]易言之,意定代理是基于本人(被代理人)的意思授予代理权的代理,譬如依委托(Auftrag)、雇用、承揽、承包及合伙等基础关系授予

* 中央财经大学法学院教授,法学博士。

[1] 参见郑冠宇:《民法总则》,瑞兴图书股份有限公司2014年版,第359页;参见陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,第430-431页。

[2] 参见陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,第439页。

[3] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第66-67页。

代理权,即属之。而法定代理于罗马法初期即已存在,其系非基于本人的意思而是出于法律的规定授予代理权的代理。^[4]

值得注意的是,意定代理权(gewillkürte Vertretungsmacht)的授予,根据私法自治原则,本人(被代理人)可依其自由意思于其认为需要的范围内,随时以意思表示对其所信赖的人予以授予,使代理人代理本人(被代理人)实施法律行为,进而由本人(被代理人)承受该法律行为的法律效果。^[5]依民法法理,如前述,意定代理中本人(被代理人)与代理人间存在内、外部双重关系:一是本人(被代理人)与代理人间通常有委托、雇用、合伙、承包、承揽合同等基础关系,称为“内部关系”。基于此等基础关系,代理人有为本人(被代理人)为一定行为的义务;二是本人(被代理人)单独行为的授权关系,称为“外部关系”,其使代理人有代理权,代理人所实施的行为对本人(被代理人)直接发生效力。^[6]本人(被代理人)与代理人间的此种授权行为(“外部关系”)与其基础关系(“内部关系”、“对内关系”)是否互为关联抑或各自独立、不相干涉,学理上存在“有因”与“无因”两种主张。我国现行立法对此未明示其立场。另外,意定代理权授予行为的性质、方式、范围、内容、认定、瑕疵及其效力,我国现行立法同样也未予明确,抑或虽有关涉但未尽清晰。有鉴于厘清、厘定及释明此等问题所具有的积极价值与功用,尤其是它关涉到对我国民法意定代理授权行为与其基础关系的正确理解与实务运用,故此,笔者尝试对之展开研究,并以此就教于各位方家。

二、意定代理权授予行为的性质、方式、范围、内容、认定、瑕疵及其效力

(一) 意定代理权授予行为的性质与我国的应有立场

在现今比较法上,代理权被认为系由委托、雇用、承包、承揽及合伙等事务处理合同(Geschäftsbesorgungsvertrag)^[7]中广泛发生。有疑问的是,代理权系从此等事务处理合同中直接发生(即只要有事务处理合同,作为其效果就当然发生代理权),抑或代理权系由与事务处理合同各自独立的代理权授予行为而发生。于现今,比较法上的通说认为,应以后者为当。^[8]易言之,意定代理权系依本人(被代理人)与代理人之间的法律行为(代理权授予行为)而发生。^[9]而关于该代理权授予行为的性质,则存在“委托合同说”、“无名合同(nicht benannter Vertrag)说”、“事务处理合同说”(Geschäftsbesorgungsvertrag)及“单独行为说”。^[10]

于比较代理法上,《日本民法》的起草者认为,意定代理系由委托合同而发生。^[11]故此,《日本民法》第104条、第111条第2项明定(明示)“依委托而发生代理”。但是,为处理本人(被代理人)的事务而订立委托合同的情形,常常并不伴有代理权的授予。相反,于委托以外的事务处理合同中伴有代

[4] 参见陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,第432页。

[5] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第67页。

[6] 施启扬:《民法总论》,中国法制出版社2010年版,第282页。

[7] 所谓“事务处理合同”,也称“事务处理权”(Geschäftsführungsbefugnis),即意定代理权授予行为的原因行为(Grundgeschäft),例如委托、雇用、承揽、承包及合伙等。代理权授予系无因,与其原因绝缘,故原因虽有瑕疵,但对代理权并无影响。学理上称为代理权的独立性、无因性。对此,请参见梅仲协等译:《德国民法》,台湾大学法律学研究所编译1965年5月印行,第183页。

[8] 参见[日]四宫和夫、能见善久:《民法总论》,弘文堂2010年版,第299页。

[9] 参见[日]四宫和夫、能见善久:《民法总论》,弘文堂2010年版,第299页;[日]石田穰:《民法总论》,悠悠社1992年版,第387页;参见[日]松坂佐一:《民法总论》,有斐阁1975年第3版第3刷发行,第251页。

[10] 参见[日]藤井俊二:《民法总论》,成文堂2011年版,第153-154页。

[11] 参见[日]藤井俊二:《民法总论》,成文堂2011年版,第154页。

理权授予的情形则是不少。譬如于雇用、合伙、承包、承揽等合同中就大多伴有代理权的授予。故此，于现今比较法上，通常不认为委托与代理之间存在直接关系，^[12]而是认为代理权被广泛地由委托、雇用、承包、承揽及合伙等事务处理合同中发生。另外，“无名合同说”认为，代理权授予行为系本人（被代理人）与代理人之间的一种无名合同，即属于民法中未作为典型合同而予规定的特殊的合同。按照此说，本人（被代理人）与代理人之间一旦缔结了委托合同等关于事务处理的合同，则意即缔结了以代理权授予为目的的合同。^[13]

应指出的是，上述各说中的“单独行为说”具有更积极的价值与功用，由此值得关注与重视。按此说，本人（被代理人）的授权行为是作为与“事务处理合同”个别存立的独立的代理权授予行为。^[14]其属于有相对人的行为，仅需由本人（被代理人）单方面向代理人（内部授权）或向代理人对之为代理行为的第三人（外部授权），为授予代理权的意思表示即可，且此内部授权或外部授权，效力均系相同。代理权的授予无须被授权人（代理人）的同意，即可发生授权的效力。盖其仅系单方面使代理人取得代理权，享有以本人（被代理人）名义为法律行为的资格，并未由此而负担义务，^[15]非属债的发生事由（原因）。^[16]由此，代理权的授予，对限制行为能力人而言，系纯获法律上利益的行为，故无须获得其法定代理人的同意。^[17]唯限制行为能力人授予他人代理权的行为，若未事前得到法定代理人的允许，则为无效的单独行为。^[18]另外，还应指出的是，按照该“单独行为说”，因代理人方面的行为能力的限制、意思表示的瑕疵等对代理权授予行为的效力并无影响，故而它具有保护依代理而进行的市场交易的安全的功用。此也为“单独行为说”的一个优点。^[19]

值得指出的是，现今大陆法系重要国家的德国与瑞士代理法系采“单独行为说”，由此其可为我国之采该说提供比较法上的借镜。于德国，自奥托·莱纳尔（Otto Lenel, 1849 - 1935）主张单独行为说以来，该说即流行于该国，成为通说。^[20]其解释谓：代理系依本人（被代理人）的一方的授予的意思表示而成立，委托以处理他人的事务为目的，而其处理事务的结果，先对受托人发生，之后由受托人将其结

[12] 值得提及的是，古罗马法不认可委托与代理的区别。《法国民法典》（1804年）第1984条、《奥地利普通民法典》（1811年）第1002条亦同。故在此等法制上，代理权常依委托合同而成立，从而以授权行为为委托合同的外部关系（Ausserverhältnis）。唯委托与代理并非同一。代理权的授予系对代理人赋予一定的资格（Legitimation），代理人对于本人不负任何义务。自德国拉班德（Paul Laband, 1838 - 1919）倡导代理与委托的区别而以代理为无名合同以来，委托合同说遂失去势力。于《日本民法》，其以“类似委托的无名合同说”为普行的学说（参见《日本民法》第111条第2项）。对此，请参见梅仲协等译：《德国民法》，台湾大学法律学研究所编译1965年5月印行，第177页。

[13] 参见[日]四宫和夫、能见善久：《民法总则》，弘文堂2010年版，第299页。

[14] 参见[日]四宫和夫、能见善久：《民法总则》，弘文堂2010年版，第299页。

[15] 参见[日]松坂佐一：《民法总则》，有斐阁1975年第3版第3刷发行，第251页。

[16] 基于代理权的授予，只产生代理人作为的权限，并未产生作为的义务。债的关系的产生原则上导因于契约（契约原则），只有法律严格限定的情形，才允许以单方法律行为成立债之关系。若容许以代理权的授予直接产生债的关系，将严重破坏契约原则。事实上，本人（被代理人）与代理人之间的权利、义务关系，系由其基础关系产生。对此，请参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第132页。

[17] 代理权的授予系意思表示，自以授权人有行为能力为前提，其授予原则上有待接受，但不需为法律行为上的承诺表示，如其不愿接受代理权可以舍弃。被授权人与授权人之间的权利、义务，由基础关系（内部关系）而生，就其内部关系（基础关系）的形成而言，被授权人固须有行为能力，但接受代理权的授予，并不以完全行为能力为必要，盖其效果只与授权人相关。对此，请参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第140页。

[18] 参见郑冠宇：《民法债编总论》，新学林出版股份有限公司2015年版，第67 - 68页；参见我国台湾地区“民法”第167条、第78条。

[19] 参见[日]四宫和夫、能见善久：《民法总则》，弘文堂2010年版，第299页。

[20] 《德国民法典》关于意定代理权的授予也采“单独行为说”。参见[日]本城武雄、目崎哲久编著：《民法总则》，嵯峨野书院1996年版，第203页。

果移转于委托人,由此,委托的结果对于本人(被代理人)乃系间接的。反之,于代理权授予,代理人与相对人(第三人)所为的意思表示的结果,直接对本人(被代理人)发生,无须移转。尽管授权多与委托合同同时成立,但代理权并非委托合同的结果,而是源于授权行为本身而发生。申言之,授权不伴随委托合同,也能成立。譬如前述,代理权可与雇用、承包、承揽及合伙等同时成立。另外,《瑞士债务法》第32条^[21]也采单独行为说,并为瑞士学界的通说。^[22]

综合上述并基于当代比较代理法的共通经验及其可借鉴性,对于我国民法理论与实务中的代理权授予行为的性质之厘定与解释,应以采“单独行为说”为宜。也就是说,宜将意定代理中本人(被代理人)的授权行为解为系本人(被代理人)的单独行为。^[23]

(二) 意定代理权授予的方式、范围与内容

按当代比较代理法,意定代理授权的意思表示,原则上并无任何方式的限制,为不要式行为,既可以书面为之,也可以口头(言词)为之,系一种有相对人的单独行为,于相对人了解(对话),或到达相对人(非对话)时发生效力,不以相对人承诺,^[24]不以有授权证书为必要,且也不以明示为限,如依本人(被代理人)的行为或其他情事足以间接推知本人(被代理人)有授权的意思的,也生效力。^[25]唯依比较法上的通说,意定代理权的授予不得以合同(契约)为之。盖民法立法的旨趣系在力图以最少的要件(如生效要件)对代理权的授予与存在加以限制,若代理权的授予与存在有待于被授权人(代理人)的参与,则必会产生诸多因意思表示瑕疵而影响代理权存在或生效的情形。^[26]

我国《民法总则》第165条规定:“委托代理授权采用书面形式的,授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间,并由被代理人签名或者盖章。”据此,对法律没有要求采用书面形式的委托授权,虽然当事人可以自由选择书面形式或口头形式,但由于委托授权不仅对委托人、受托人双方具有效力,且对与代理人为法律行为的相对人(第三人)具有效力,其不仅是委托人取得代理效果的法律依据,也是受托人、相对人(第三人)要求委托人承担法律责任的依据,故当事人于选择委托授权的形式时通常都应采取书面形式。^[27]尤其是若系受委托处理不动产物权的移转,由于依《物权法》的规定,不动产物权的移转应依书面为之,故该委托合同应以书面为之,而代理权的授予也应如此。于当事人不以书面进行代理权的授予,从而不具备“代理权要式性”时,该代理权授予行为不生效力,此时若仍以代理人身份实施法律行为,即构成无权代理。另外,依我国台湾地区“民法”第554条第2项、第558条第3项的规定,经理人除有书面授权外,不得为不动产的买卖或设定负担,代办商除有书面的授权外,不得负担票据上的义务,或为消费借贷,或为诉讼。^[28]

按照代理法法理,意定代理授权的范围与内容,应依本人(被代理人)的需要而定,经由本人(被代理人)的授权,代理权限的范围即因本人(被代理人)授权的内容而确定。^[29]在我国,于典型的委托授

[21] Oser Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Art 32 III, 2. br 1929。

[22] 参见梅仲协等译:《德国民法》,台湾大学法律学研究所编译1965年5月印行,第177-178页。

[23] 值得注意的是,梁慧星教授就认为《民法通则》第65条第2款关于意定代理权的授予系采“单独行为说”。对此,请参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第227页。

[24] 参见王泽鉴:《债法原理:基本理论、契约、无因管理》,台湾2012年3月自版,第318页。

[25] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第67-68页;参见我国台湾地区“最高法院”1995年度台上字第1481号判决。

[26] 参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第140-141页。

[27] 参见李开国:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,第356页。

[28] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第68页。

[29] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第68-69页;参见我国台湾地区“最高法院”1973年台上字第1099号判例。

权的情形,委托授权的内容和范围,应依委托人所欲达到的目的而定,其可以是代理为一次法律行为的一次性委托,如代签一份合同,也可以是于一定时间内连续代理同种法律行为的特别委托,如商店营业员的委任。此外,还可以是针对某一事业代为一切法律行为的总委托,如公司经理的委任等。^[30]

(三) 意定代理权授予行为的认定

按当代比较代理法,如前述,意定代理的授权行为通常并非要式行为,故无须特别的方式,以口头(言词)为之也无不可。唯于现今比较代理法的实证经验上,为提示授予代理权证据的方便起见,通常由本人(被代理人)交与代理人委托书。此委托书,须由本人(被代理人)签名或盖章,其非系委托合同书,而是授予代理权的证据。比较实务上,由本人(被代理人)授予白纸委托书(代理人姓名或代理事项空白未填),经代理人将空白栏填入后也可生委托书的效力。^[31]另外,按意定代理权授予的单独行为说,本人(被代理人)交付委托书,即是代理权授予行为。实务中,本人(被代理人)交付了委托书,但实际上并未授予代理权的,相对人应受表见代理的保护。还有,代理权的存在与否,不必非依委托书而认定。比如,与本人(被代理人)共同生活、对帮助本人(被代理人)从事营业活动的家庭成员,即应认为存在默示的代理权授予行为。^[32]最后,比较实务上的判例认为,即使未交付委托书,但为某特定交易而交付了印章的,也应解为有代理权的授予。^[33]

在我国,于委托授权的情形,授权委托书(简称“委托书”)是委托人制作并授予受托人的指明受托人具有一定代理权限的法律文件。委托人将制作好的授权委托书交付受托人,即构成委托授权的书面法律行为,产生委托授权的法律效果,且授权委托书一经交付受托人,就成为受托人向第三人证明自己享有代理权的证明文件。故此,授权委托书又称代理证书,其于实务中对认定行为人代理权的有无、代理权的范围及是否构成表见代理皆具有重要价值。由此之故,《民法总则》第165条遂规定,“代理人的姓名或名称”、“代理事项和权限”、“代理期间”及“委托人的签名或盖章”,系授权委托书应记载的事项。同时,于委托书授权不明时,本人(被代理人)应向相对人(第三人)承担民事责任,代理人负连带责任。此所谓“委托书授权不明”,系指委托书有关授权的文意不明确、不具体,他人对授权范围可作或大或小的解释。于代理人以较大授权范围的理解而与相对人(第三人)为法律行为时,就可能违反本人(被代理人)较小授权范围的本意。由于委托书授权不明系由本人(被代理人)造成,故为保护善意相对人(第三人)的利益、保障交易安全,本人(被代理人)即应对代理人的代理行为负责,且使代理人负连带责任。^[34]

(四) 意定代理权授予行为的瑕疵及其效力

首先,本人(被代理人)以心里保留(真意保留、内心保留)的方式授予代理权的效力。代理权授予行为的效力,本应根据本人(被代理人)与代理人的关系而判定,原则上不受代理人的代理行为的相对人(第三人)的影响。唯实际上也有须例外认可的情形。比如,本人(被代理人)甲对代理人乙的代理权授予的意思表示系依心里保留(真意保留、内心保留)而为之,基此,乙与相对人(第三人)丙为代理行为时,若丙知悉甲的真意的,即不必使代理权授予行为有效。若分别考量代理权授予行为与代理

[30] 参见李开国:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,第357页。

[31] 参见刘得宽:《民法总则》,五南图书出版公司1996年版,第310页;参见[日]四宫和夫、能见善久:《民法总则》,弘文堂2010年版,第300页;参见[日]藤井俊二:《民法总则》,成文堂2011年版,第154页。

[32] 参见[日]藤井俊二:《民法总则》,成文堂2011年版,第155页;参见[日]四宫和夫、能见善久:《民法总则》,弘文堂2010年版,第300页。

[33] 参见日本最判1969年10月17日《判时》573号56页。

[34] 参见李开国:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,第360页。

行为,则不应以代理权授予行为的效力之判断而考量代理行为的相对人丙的情事,唯代理权授予因以实施代理行为为前提,故完全分离考量二者也系不妥。^[35]

其次,因受代理人欺诈而授予代理权的效力。代理权的授予系基于高度的信赖关系而实施,故此,若当事人间已不存在信赖基础时,自应允许本人(被代理人)随时撤回其代理权的授予,唯同时也应对相对人(第三人)的利益加以保护。故此,依当代比较代理法法理与实证经验,本人(被代理人)受代理人欺诈而授予代理权的,于代理人与相对人(第三人)为法律行为前,本人(被代理人)可撤回其授权的意思表示;于代理人与相对人(第三人)为法律行为后,本人(被代理人)的撤回虽应有效,但不发生溯及效力,本人(被代理人)仍须就该法律行为负责。^[36]

最后,因受相对人(第三人)欺诈而授予代理权的效力。本人(被代理人)甲因受相对人(第三人)丙的欺诈,而对代理人乙授予代理权,甲于主张系被丙欺诈而对乙撤销其代理权的授予时,丙可否主张欺诈系由相对人(第三人)所为的,以(丙)明知其事实或可得而知者为限,方得撤销之?对此,现今比较法上的通说认为,丙不得主张其系民法总则意思表示规则中的第三人(相对人),^[37]由此,甲仍可撤销对代理人乙的授权行为,乙所实施的行为即为无权代理,甲可拒绝承诺,唯丙因系恶意,故不得对乙主张其为无权代理而要求损害赔偿。^[38]

三、意定代理权授予行为的有因说与无因说及我国的立场

(一) 意定代理权的授予与其基础关系:有因说与无因说

按代理法法理,本人(被代理人)之向代理人授予代理权,其目的在于使代理人享有资格,而可对外以本人(被代理人)的名义实施法律行为,并进而使本人(被代理人)承受其实施法律行为(代理行为)的法律效果。而本人(被代理人)之所以授予代理人代理权,通常系由于代理人与本人(被代理人)之间存在有委托合同关系、雇用合同关系、合伙合同关系、承包合同关系及承揽合同关系或其他法定关系,此等关系为代理权授予的基础关系,也为代理权授予的原因行为。^[39] 尽管有此等基础关系,但本人(被代理人)仅在认为有必要使受托人、受雇人、承包人或承揽人(如加工人)等对外有所行为时,方需要对其授予代理权。比如,甲雇用新店员乙,实习期间仅让其观摩,未授予与顾客订立合同之权。若乙迳以甲的名义与顾客订立合同,即应成立无权代理。^[40] 故此,即使有委托、雇用、合伙、承包及承揽等基础关系存在,若未涉及到对外实施法律行为的必要时,本人(被代理人)并不需要对受托人、雇用人、承包人及承揽人(如加工人)等授予代理权。^[41] 应指出的是,意定代理权的授予及其基础关系虽以同时存在为常态,但也有即使有代理权的授予,也并非当然有基础关系存在的情形,譬如甲嘱乙代订酒席,属社交行为(好意施惠行为),虽无委托、雇用、合伙、承包及承揽等基础关系,乙仍取得代理权。^[42]

[35] [日]四宫和夫、能见善久:《民法总论》,弘文堂2010年版,第301页。

[36] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第71页。

[37] 比如,我国台湾地区“民法”第92条第1项规定:“因被诈欺或被胁迫而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。但诈欺系由相对人(第三人)所为者,以相对人明知其事实或可得而知者为限,始得撤销之。”

[38] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第71-72页。

[39] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第69页。

[40] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第226页。

[41] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第71页。

[42] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第226页。

由上述情况可知,意定代理权的授予,并非委托合同、雇用合同、合伙合同、承包合同及承揽合同等基础关系的外部效力,而是独立的法律行为,学说称为本人(被代理人)代理权授予行为的独立性。唯于比较法和比较实务上,存有疑问的是,意定代理权的授予与其所由授予的基础关系(原因行为)二者于效力上系处于何种关系,若基础关系(原因行为)无效或被撤销,代理权的授予行为是否也应无效或被撤销。对此,存在有因说与无因说的迥异认识,兹分述如下。

按照有因说,基础关系的效力将影响代理权授予的效力,代理权的授予之无效或被撤销,系因基础关系无效或被撤销所使然、所造成。授权行为的命运,须与基础关系(原因行为)相依存。^[43]也就是说,授权行为与其基础关系(原因行为)不可分离,如基础关系(原因行为)归于无效、不生效力或被撤销,则授权行为也因之而消灭。并且,按此观点,于雇用或委托限制民事行为能力人的情形,若雇用或委托合同因法定代理人不同意而不生效力时,经授予的代理权也随之消灭,该未成年人(限制民事行为能力人)以本人(被代理人)名义而为的法律行为,因欠缺代理权,故构成无权代理。^[44]

与上述有因说不同,无因说则认为,代理权的授予,常有其处理事务的法律关系存在,本人(被代理人)与代理人间的权利、义务,系受此法律关系的拘束。故代理权的授予与其基本(基础)的处理事务的法律关系,应加以区别,前者并不因基本(基础)法律关系而受影响。^[45]也就是说,依无因说,代理权的授予,系独立于其原因行为之外的单独行为,不受其原因行为效力的影响,即使其所由授予的基础关系(原因行为)无效,代理权授予仍可独立、有效而存在。除本人(被代理人)有使授权行为与基础关系同一命运的意思表示外,授权行为有效;基础关系无效的,无效的基础关系效力的瑕疵对有效的授权行为并无影响。^[46]根据此说,雇用人对于受雇人授予代理权的,于雇用关系无效或被撤销时,代理权授予的行为也不当然无效或被撤销。^[47]

(二)对意定代理权授予行为的有因说与无因说的考量评析及我国的应有立场

1. 对意定代理权授予行为的有因说与无因说的考量评析

意定代理权授予行为的有因说与无因说,是比较代理法上备受重视、讨论的问题。在我国亦然。尤其是有因说,系为我国不少学者所主张。其理由主要是:无因说对恶意及有过失的相对人(第三人)也予以保护,系属不妥,应采有因说加表见代理的制度框架以保护交易安全。^[48]唯笔者认为,有因说的理由尽管有其合理之处,但无因说更应值得重视,值得赞同。

在域外学说与立法上,德国自拉班德(Paul Laband, 1838 - 1919)于1866年在《商事法杂志》(Zeitschrift für Handelsrecht)发表“代理权授予及其基础关系的区别”(Unterscheidung der Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Verhältnis),倡导严格界分基础关系(原因行为)与代理权的授予,被誉为法学上的发现之一^[49]以来,德国代理法学说与1896年制定的《德国民法典》即采代理权授予行为

[43] 参见廖毅:《民法(总则编)整合式案例研习》,保成文化出版2007年版,第477页。

[44] 参见王泽鉴:《债法原理:基本理论、契约、无因管理》,台湾2012年3月自版,第326-327页。

[45] 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第140页。

[46] 参见廖毅:《民法(总则编)整合式案例研习》,保成文化出版2007年版,第477页。

[47] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第70页。

[48] 例如,叶金强:《论代理权授予行为的有因构造》,载《政法论坛》2010年第1期,第109页以下;汪渊智:《论代理权的授予行为》,载《山西大学学报》(哲学社会科学版)2015年第6期,第118页以下;殷秋实:《论代理权授予与基础行为的联系》,载《现代法学》2016年第1期,第86页以下。

[49] 参见王泽鉴:《法学上之发现》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第4册),台湾1992年自版,第4-6页。

的独立性与无因性观点,^[50]这一立场甚至也影响及于1911年制定公布的《瑞士债务法》。^[51]

于德国民法上,其民法典总则编规定的意定代理权授予行为的无因性与物权法编中的物权行为无因性及债务关系法(“债法”)编的“债务约束”(Schuldversprechen)^[52]、“债务承认”(Schuldanerkenntnis)^[53]——无因债权、无因债务制度,以及其商法中所定的票据行为无因性制度,系一个具有彻底性的“无因性”制度系统,彰显了德国私法(民商法)上无因性制度的完整性和体系性。此等无因性制度的旨趣,系均在于保护交易安全。^[54]唯应指出的是,与此无因性制度体系中的物权行为无因性必有其原因,无因性旨在使物权行为不受其原因行为不成立、无效或被撤销的影响,且得发生不当得利不同,代理权授予行为并非必有原因行为,且也不发生不当得利问题。^[55]也就是说,代理权的授予同其基础关系的有三种形态:只有授权行为而无基础关系;只有基础关系而无授权行为;既有基础关系也有授权行为。^[56]值得指出的是,德国私法(民商法)上无因性制度系统中的此意定代理权授予行为的无因性对各国家或地区的立法、理论及实务产生了重要影响。除前述《瑞士债务法》外,俄罗斯民法、欧洲民法典草案(DCFR)、意大利民法、荷兰新民法、法国民法判例及英美民法,均致力于采取之。^[57]这一趋势与动向值得我国代理法理论、立法及实务予以关注。

尤其值得指出的是,意定代理权授予行为的独立性与无因性于如下四个方面具有显著的优势^[58]:(1)代理行为的相对人所关心的只是代理权的有无,至于基础关系是否有效,并非外界所易知,故采无因说可以保护交易安全。(2)本人(被代理人)明知代理人为限制行为能力人,仍以之为代理人,如采有因说,显然违背本人(被代理人)的意思。(3)按现今比较代理法的规定,限制民事行为能力并不影响(限制民事行为能力)代理人所为或所受意思表示的效力。^[59]于明知代理人为限制民事行为能力人的情形下,仍愿与代理人为代理行为,如采有因说,会破坏相对人的此种信赖。(4)若采有因说,会使代理人的行为变成无权代理,而须负无过失损害赔偿责任,此对代理人颇为严苛。应指出的是,意定代理权授予行为的独立性与无因性的这些优势或优点,对于我国之采意定代理权授予行为的同样立场,可提供理论上的证立。

2. 意定代理权授予行为的无因性于法制史上的肇源、演进及我国对于它的立场

(1) 意定代理权授予行为的无因性(抽象性)于法制史上的肇源与演进

意定代理权授予行为的无因性,也称意定代理权授予行为的抽象性,于比较代理法史上,其于欧陆尤其是于德国,系源起于委托与代理的关系中,后者具有独立性、无因性(抽象性)。近代自然法理论的始祖胡果·格老秀斯(Hugo Grotius, 1583-1645)按罗马法的现代适用(“罗马法的现代惯用”),对日常交易的诸问题,根据自然法而考量实务的要求与习惯(Consuetudo),倡导自然法的民事法学说,

[50] 参见《德国民法典》第167条。

[51] 对此,请参见该法第32条(尤其是其中第2项)的规定。关于对该条的最新翻译,请参见戴永盛译:《瑞士债务法》,中国政法大学出版社2016年版,第12页。

[52] 《德国民法典》第780条(债务约束之书面方式)规定:“以契约为给付之约定,而其约定应独立发生债务者(债务约束),除另有其他方式之规定外,须以书面为约定,其契约始为有效。”

[53] 《德国民法典》第781条(债务承认之书面方式)规定:“以契约承认债务关系之存在者(债务承认),须以书面为承认之表示,其契约始为有效。就债务关系之存在予以承认,而关于此项债务之发生,另有其他方式之规定者,承认契约亦应具备此种方式。”

[54] 参见陈华彬:《罗马法的 traditio、stipulatio 与私法上无因性概念的形成》,载《中国法学》2009年第5期,第66-67页。

[55] 参见王泽鉴:《债法原理:基本理论、契约、无因管理》,台湾2012年3月自版,第327页。

[56] 参见廖毅:《民法(总则编)整合式案例研习》,保成文化出版2007年版,第477页。

[57] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第226-227页。

[58] 参见廖毅:《民法(总则编)整合式案例研习》,保成文化出版2007年版,第477-478页。

[59] 比如,我国台湾地区“民法”第104条即明定:“代理人所为或所受意思表示之效力,不因其为限制行为能力人而受影响。”

并据此认为代理就是委托。^[60] 唯作为意定代理的构成要件,对于委托与代理的关系,胡果·格老秀斯首次尝试主张二者是可以分离(分隔开)的对内关系与对外关系。^[61] 这一思想之后被德国学者鲁道夫·冯·耶林(Rudolf von Jhering, 1818 - 1892)与拉班德等所承继,尤其是后者即拉班德除力倡代理与委托的界分(区隔)、分离外,还极力倡导代理权的无因性(抽象性)。尽管如此,应指出的是,受包括胡果·格老秀斯等人在内的近代自然法理论的影响而制定的欧陆近代民法——《法国民法典》(1804年)、《奥地利民法典》(1811年)及《普鲁士普通邦法》(1794年)——于认可代理与委托的关系上仍系较为保守,其通常于立法上将委托、代理、授权相混淆(混同),^[62] 认为仅委托合同系意定代理权授予的基础(关系),二者同时成立或消灭,代理、代理权授予及委托合同系属同一意义。^[63] 换言之,1804年《法国民法典》(含1867年《法国商法典》)、1811年《奥地利民法典》及1794年《普鲁士普通邦法》尽管均对代理作出了规定,唯这一时期仍然没有形成独立的代理观念而建构起统一的代理制度。于《法国民法典》、《奥地利民法典》及《普鲁士普通邦法》中,代理被视为委托合同的效力,即将代理人进行代理活动看作是受托人对委托人的义务,其未能厘清代理与其基础关系的界线。^[64]

如前述,于民法代理法史上,真正于理论、立法及实务上厘定、区隔委托等基础关系(原因行为)与授权行为的关联,进而认可二者于效力上的无因性(抽象性)的,系拉班德及其之后的学说、立法与实务。而当时之所以将对外的代理权行使自对内的委托合同等基础关系(原因行为)中独立出来,并使代理权及其行使具有独立性、无因性,其主要的因由系在于经济上的需求与古罗马法等法典上的根据。^[65] 于现今,如前述,除德国民法、瑞士债务法外,俄罗斯民法、欧洲民法典草案(DCFR)、意大利民法、荷兰新民法、法国民法判例及英美民法,均采取委托、雇用、合伙、承包及承揽等基础关系(原因行为)与代理权授予行为的独立性、无因性的区分原则。应当肯定,这一意定代理权授予行为的无因性(抽象性)于法制史上的演进与变迁的轨迹,值得重视。

(2) 对意定代理权的授予与其基础关系的关联我国应采无因性

如前述,代理权的授予与其基础关系(原因行为),系分别独立的法律行为。代理权的授予系本人(被代理人)纯为自己利益的考虑,仅使代理人享有资格,并未使其负有义务或享有权利。而代理人之负有义务或享有权利,系由代理权授予的基础关系(原因行为)予以确定和规范。概言之,委托合同、雇用合同、合伙合同、承包合同及承揽合同等代理权授予的基础关系(原因行为),系规范、确定本人(被代理人)与代理人之间的权利、义务关系。^[66] 并且,委托合同、雇用合同、合伙合同、承包合同及承揽合同等基础关系(原因行为),系代理人之负有义务的根本依据。^[67] 若代理人行使代理权时未能维护、照顾本人(被代理人)的利益,本人(被代理人)即可基于此等基础关系(原因行为)对之主张

[60] 参见[日]远田新一:《代理法理论的研究》,有斐阁1984年版,第174页。

[61] 参见[日]远田新一:《代理法理论的研究》,有斐阁1984年版,第175页。

[62] 参见[日]远田新一:《代理法理论的研究》,有斐阁1984年版,第174页以下。

[63] 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第4册),台湾1992年自版,第5页。

[64] 参见李开国:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,第311页。

[65] 对此点的详实分析,请参见[日]远田新一:《代理法理论的研究》,有斐阁1984年版,第177页以下。

[66] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第70页。

[67] 委托合同、雇用合同、合伙合同、承包合同及承揽合同等基础关系(原因行为),系在于决定代理人的事务处理权义(权利、义务),代理权的授予则在决定相对人(第三人)与本人(被代理人)的法律关系,即本人(被代理人)得向相对人(第三人)主张权利,相对人(第三人)得主张本人负担义务,二者系互相独立存在。由此,即使实务中本人(被代理人)与代理人常将订立委托合同的意思表示,与授予代理权的意思表示同时为之,但概念上二者仍不宜混淆。对此,请参见邱聪智:《民法债编通则》,辅仁大学法学丛书编辑委员会编辑,台湾1997年修订6版第5刷(自版),第55-56页。

权利。^[68]

另外,应指出的是,于授予代理权的基础关系(原因行为)即使无效的情形,也并不意即本人(被代理人)不愿就代理人所实施的行为对自己发生效力。^[69]比如,对限制民事行为能力人授予代理权,无须其法定代理人的同意即可发生效力,但其基础关系(原因行为)比如委托合同、雇用合同、承包合同、承揽合同及合伙合同,则需得到法定代理人的同意,方能生效。唯若法定代理人拒绝同意而使委托合同、雇用合同、承包合同、承揽合同及合伙合同无效,本人(被代理人)以限制民事行为能力人为其代理人的授权行为也不受影响。故此,代理权的授予系独立于其基础关系(原因行为)之外的单独行为,并不受其基础关系(原因行为)效力的影响。^[70]

总之,代理权的授予行为与其基础关系(原因行为),应严加区别,代理权授予系无因(abstrakt),其与基础关系(原因行为)系绝缘,即代理权授予行为不仅具有独立性,且也具有无因性(抽象性)。^[71]二者系个别存立,不得混而为一。^[72]故此,我国代理法理论、立法及实务对于意定代理权的授予与其所由授予的基础关系于效力上的关联,应以采独立性、无因性(抽象性)为宜。

四、结语

意定代理权的授予,是扩展本人(被代理人)的意思自治,补充、延长其手足的必要手段。于人类民法的代理法史上,尽管将包括意定代理在内的统一代理制度确定为民法上的一项独立制度系较晚的事(于近代才发生),但是,代理制度的法观念与法思想却在较早时期(于近代之前)就存在了。1896年的《德国民法典》在“代理权”这一概念下,于总则编中规定作为(民事)法律行为的延长线上的代理制度,并使代理权的授予同各种基础关系相界分(相分离),由此建构起统一的、涵括各种代理类型的制度体系。1896年《日本民法》、1907年《瑞士民法典》及1929-1930年的《中华民国民法》,均建立起了完整的代理制度体系。我国1986年制定的《民法通则》于第4章“民事法律行为和代理”中专设一节“代理”(第2节),规定代理制度的基本规则。以此为基础,1999年制定的《合同法》也于第3章“合同的效力”中定有代理的规定(第47条、第48条、第49条)。2017年3月15日全国人大通过的《民法总则》于第7章专设“代理”一章,分别就代理的“一般规定”、“委托代理”及“代理终止”等作出规定。这些均系我国有关代理的基本规定,彰显了涵括意定代理在内的代理制度系统于我国民法上的基础地位和重要价值与功用。

意定代理(权)是域外及我国代理制度系统中一项与法定代理(权)相对应的基础性制度,故此,意定代理权授予行为的性质、方式、范围、内容、认定、瑕疵及其效力,均系代理法理论、立法及实务上一项不能回避、绕不过去的关键问题,需要予以厘清、厘定及释明。尤其是对于意定代理权授予行为与其所由授予的基础关系于效力上的关联,究系采有因性抑或无因性,因其攸关各方当事人的实益与利害,故更需要作出清晰的厘清与解释。如前述,关于此点,笔者主张采取无因性。而关于意定代理

[68] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第70页。

[69] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第70页。

[70] 参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第70页。

[71] 参见梅仲协等译:《德国民法》,台湾大学法律学研究所编译1965年5月印行,第164页。

[72] 参见刘得宽:《民法总则》,五南图书出版公司1996年版,第310页。也就是说,尽管代理权的授予与其基础关系通常系同时存在,但仍分属两个个别独立的法律行为。基础关系规范本人(被代理人)与代理人之间的内部事项,代理权的授予方使得代理人得以对外以本人(被代理人)的名义实施法律行为,故代理人虽享有代理权,若无基础关系存在,代理人对授权人(本人、被代理人)并不当然有义务行使代理权。对此,请参见郑冠宇:《民法债编总论》,新学林出版股份有限公司2015年版,第69页。

权授予行为的无因性,其学理及立法上的渊源系由来自于德国民法。尤其值得指出的是,如前述,于德国民法上,无因性是一项完整的具有“彻底性”的系统制度,其除总则编规定的代理权授予行为无因性外,还涵括物权法编中的物权行为无因性及债务关系法(“债法”)编的“债务约束”、“债务承认”,即无因债权、无因债务制度。此外,德国商法也认可票据行为的无因性制度。^[73]我国民法立法、理论及实务尽管并不认可德国私法中的统一的系统的无因性制度(即对其中的物权行为无因性、“债务约束”、“债务承认”制度不予认可),但认可其中的代理权授予行为无因性及商法中的票据行为无因性制度,^[74]则应当说是适宜的、妥洽的。这其中,尤其是意定代理权授予行为的独立性、无因性(抽象性),系由其本性(本色)所使然、所造成。故而,我国采取之,实应值得肯定与赞同。

On the Granting Action of Commission Agent Right

Chen Huabin

Abstract: The agent right, whose causes differ in commission agent and legal agent, is the basis of the entire agent relationship. The legal agent right is from the law, while the obtainment of commission agent right is from the granting action of the principal. Commission agent right, which is granted by the principal, is mainly in accordance with basic relations such as entrustment, employment, hiring and partnership to grant agent right. The nature, mode, scope, content, identification, defect and effect of the granting action of commission agent right are ambiguous or even not formulated in our country's current legislation. So in order to define, clarify and explain those above, we should refer to the common legal theory and empirical experience of contemporary comparative law of agency. Based on the analysis on the origin and evolution of non-causa (abstract) of the granting action of commission agent right in legal history, together with the rigorous, thorough and meticulous consideration between the advantages and disadvantages of causativeness theory and non-causa theory, it is advised to adopt independence, abstract and non-causa on the efficacy correlation between the granting action of commission agent right and basic legal relationship of the granting action. Non-causa (abstract) of the granting action of commission agent right originated from German Civil Law. Although regard to German private law, we don't accept its unified non-causa rule system, it is proper and appropriate for us to recognize its non-causa of the granting action of commission agent right and non-cause in bill conduct of mercantile law.

Keywords: commission agent right; the granting action; the nature of the granting action; non-causa (abstract); German Civil Law

(责任编辑:丁洁琳)

[73] 近现代以来,大陆法与英美法各国家和地区,以及日内瓦统一票据法,于商法中的票据关系领域莫不采票据行为无因性,德国商法中的票据法自也不例外,即采票据行为无因性。关于对此的详实分析,请参见陈华彬:《罗马法的 traditio、stipulatio 与私法上无因性概念的形成》,载《中国法学》2009年第5期,第67-68页。

[74] 尽管我国1995年5月10日公布的《票据法》将票据关系与原因关系混在一起,而完全否定了票据行为的无因性,但我国票据法理论以及《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》(法释[2000]32号)第14条已间接修正了《票据法》的规定,而采票据行为无因性。对此,请参见陈华彬:《罗马法的 traditio、stipulatio 与私法上无因性概念的形成》,载《中国法学》2009年第5期,第73页。