

目 录

【论文】

- 论罗马民事诉讼法上的证讼 齐 云(1)
- 担保物权人物上代位权实现程序的建构 程 啸(13)
- 寄送买卖的风险转移与损害赔偿
——基于比较法的研究视角 朱晓喆(29)
- 公司创制章程条款研究 郭富青(52)
- 美国法院遵循先例的运行机制及启示 林喜芬(69)
- “解释论”语境下担保物权实现的非讼程序
——兼评《民事诉讼法》第 196 条、第 197 条 毋爱斌(81)
- 美国法中基于品格证据的证人弹劾 汪诸豪(94)
- 罪责观念中自由和预防维度
——以相对意志自由为前提的经验功能责任论之提倡 王 钰(104)
- 人权“亚洲价值观”的复活?
——评《东盟人权宣言》 黄金荣(119)
- 重访司法能动主义 杨建军(132)
- 从英美实践来看我国参与国际法律事务的有效性 宋 杰(148)

【人物与思想】

- 公民身份与社会平等
——T. H. 马歇尔论公民权 胡杰容(160)

【法政时评】

- 认真对待案例评析:一个法教义学的立场 贺 剑(172)

【法学译介】

- 脆弱性的人类与回应性的国家
..... [美]玛萨·艾伯森·法曼(Martha Albertson Fineman)/李霞 译(186)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 138 Mar. 2015 No. 2

Contents

Articles

- On “*litis contestatio*” in the Roman Civil Procedural Law *Qi Yun*(1)
- On the Enforcement Procedure of Subrogation Right of Holders of Real Rights for Security
..... *Cheng Xiao*(13)
- Risk Transfer and Compensation for Damages in Sale Involving Dispatch; From the Perspective of Comparative
Law *Zhu Xiaozhe*(29)
- Study on Articles of Association Terms Created by Corporation *Guo Fuqing*(52)
- The Operational Mechanism of *Stare Decisis* in America and Its Reference *Lin Xifen*(69)
- Realizing Real Right for Security’s Noncontentious Proceedings in the Context of Interpretative Theory
..... *Wu Aibin*(81)
- Impeachment by Character Evidence; Impeachment of Witness through Character Evidence in U. S. Evidence
Law *Wang Zhuhao*(94)
- The Freedom and Prevention Dimension in the Concept of Culpability; Introduction of the Empiric Functional
Culpability Theory *Wang Yu*(104)
- A Revival of the Asian Values on Human Rights? A Comment on ASEAN Declaration on Human Rights
..... *Huang Jinrong*(119)
- Judicial Activism Revisited *Yang Jianjun*(132)
- The Issue of China’s Effective Participation for International Legal Affairs; A Perspective of Comparing with the
Practices of Both UK and US *Song Jie*(148)

Figures and Thoughts

- Citizenship and Social Equality; T. H. Marshall on Citizen’s Rights *Hu Jierong*(160)

Comments on Legislation and Jurisdiction

- Taking Case Notes Seriously; From the Standpoint of Legal Doctrinism *He Jian*(172)

Translation and Introduction

- The Vulnerable Subject and the Responsive State *Martha Albertson Fineman*(trans. by *Li Xia*)(186)

论罗马民事诉讼法上的证讼

齐云*

摘要:“证讼”是罗马民事诉讼法上的重要制度之一,其核心含义是“证实讼争”。在通常诉讼时期,证讼是指诉讼双方在裁判官面前对讼争事项的确定,意味着法律审的终结和事实审的开始,陪审员必须依据证讼中确定的争点进行判决、使针对同一案件的诉权消灭以及使新债代替旧债,这些效力构成后世“一事不再理”原则和“既判力”理论的最初雏形。进入非常诉讼时期后,诉讼二阶段的区分不再存在,证讼的术语虽仍得保留,但仅意味着在法官面前的原告陈述和被告答辩,其重要作用已成为明日黄花,其效力部分前移到起诉阶段,部分由判决替代。现代民事诉讼法中,区分法律审理和事实审理的做法以及诉讼标的、既判力和诉讼系属理论等方面,无一不受到证讼制度的影响。

关键词:罗马民事诉讼法 证讼 一事不再理 既判力

在罗马民事诉讼法上,“证讼”(litis contestatio)是一个非常重要的制度,从它所具有的保存效力、消灭效力和建构效力,发展出了现代诉讼法上重要的“一事不再理”(Bis de eadem re ne sit actio)原则以及既判力(res iudicata)理论。在西方的法律文献中,关于“证讼”的专题研究不胜枚举,文献山积,十分深入;^[1]而在中文法律文献中,虽然有海量的文章讨论现代诉讼法中的“一事不再理”原则和“既判力”理论,^[2]并且我国大多数诉讼法学者在谈到二者的理论起源以及相互关系时,几乎都会追溯到罗马法,并援引周相先生经典著作《罗马法原论》中的一段文本来说明它们与证讼制度的渊源以及上述二者的关系,^[3]但由于周相先生本身的阐述有些模糊,而上述学者又对罗马民事诉讼法上的证讼制度不了解,导致他们对上述文本的理解、阐述和从其出发作出的推论多有疏漏和臆想之处,而在笔者的阅读范围内,暂时还没有见到一篇专门研究“证讼”的中文文章,对它的介绍零星地散落在我国

* 厦门大学法学院讲师,法学博士。

[1] 择要例举如下:Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozess, Festschrift zum Doktor - Jubiläum des prof. Windscheid, 1889; G. Pugliese, La "litis contestatio" nel processo formulare, Riv. Dir. Proc., 1951, VI; A. Biscardi, La "litis contestatio" nella procedura "per legis actiones", Studi Arangio - Ruiz, 1953, vol. III; M. Andreev, L'effet exticif de la "litis contestatio", Atti Congr. Verona, 1953, vol. III; Giuseppina Sacconi, Studi sulla "litis contestatio" nel processo formulare, Jovene, 1982, etc.

[2] 在“中国期刊网”上,以“既判力”为搜索词,以“关键词”为搜索范围,共有756个结果,择要例举如下:叶自强:“论判决的既判力”,载《法学研究》1997年第2期;李龙:“论民事判决的既判力”,载《法律科学》1999年第4期;汤鸣:“一事不再理原则探析——兼论刑事判决的既判力问题”,载《当代法学》2003年第8期;宋英辉、李哲:“一事不再理原则研究”,载《中国法学》2004年第5期;邓辉辉:“关于既判力本质说的评介”,载《政法论丛》2005年第4期,等等。一个基本观察如下:在我国主流的法学期刊上,“既判力”理论得到持续关注,基本上都会将“既判力”理论与“一事不二理”原则联系起来考察,但至今没有一篇文章专门探讨其理论的历史起源——罗马民事诉讼法上的“证讼”。

[3] 周相先生在此页其实谈论的是在程式诉讼时期的证讼的效力,而在罗马民事诉讼法的不同时期,证讼的效力是不同的;另外,周相在此只谈到了“既决案件之抗辩”,遗漏了与之并列的“已在审理案件之抗辩”;在谈到诉权消灭理论以及与抗辩的关系时其阐述也有些不准确。我国诉讼法学者不知道这些,在引用周相的观点时也多有误解。参见周相:《罗马法原论》(下),商务印书馆2001年版,第975页。

各种罗马法教科书中,其研究的广度、深度和准度显然都是有所欠缺的,因此撰写一篇详细研究证讼制度的专题文章显然是必要的,这样不仅可以观古,还可以鉴今。

一、“litis contestatio”的含义、中文翻译和性质

“litis contestatio”这个拉丁短语,在《辞疏》^[4]著名的“Contestari”词条中得到了解释。“Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.”其直译为:“当两个或更多的诉讼当事人被说成‘证实争讼’(Contestari litem),这是因为当陪审员被安排好后,每一方习惯说‘作证’(Testes estote)。”^[5]对此,意大利学者巴斯瓜雷(Pasquale Voci)也认为,“Litis”就是“诉讼上的争论”,而“contestatio”意为“在证人面前的表示”,那么“litis contestatio”的意思即为:当事人双方在证人的面前确定讼争内容。^[6]因此,从其词源的解释来看,它提到了两个关键要素:确定争议事项以及对此由证人作证。

对于“litis contestatio”的中文翻译,国内的罗马法学者意见不一,主要有如下译法:争诉程序、争讼、聚诉期、争讼期、讼争时期、争点决定以及证讼。^[7]可见,在上述中文翻译中,具备上述两个要素的最接近和最准确的中文翻译应为周栢先生的译法——“证讼”,他也阐述了采此译法的原因:litis为“争讼”,contestatio为“证明”,合在一起即为请人证明诉讼的经过。^[8]

需要指出的是,虽然从词源上可作上述释义,但对于所谓的“litis contestatio”是否真的需要证人的问题,或者说随着罗马诉讼法的发展,不同时期的“litis contestatio”是否都需要证人作证的问题,学者对此是有质疑的。意大利学者弗郎科(Franco Bonifacio)认为,基于现在掌握的充分和确实的信息,证人的参与可能仅仅在法律诉讼时期是需要的,^[9]在程式诉讼时期,这要么不是实质性要素,要么已经不需要了。^[10]而在非常诉讼时期,“litis contestatio”这一术语虽然还保留下来,但其意指“法官听取

[4] 《辞疏》(De verborum significatu)是活跃在奥古斯都时代的罗马的文法学家费斯图斯的一部百科全书式的词典,共20卷,其内容按照字母顺序排列,通常通过词源学和语法学来进行释义,其主题涉及到罗马以及意大利的历史、社会、宗教和地理等方面,它包括了一系列丰富的最古老的文献,但现在大部分已灭失。

[5] 对于“Testes estote”,学者乔治(George Long)将它解释为“作证或作为证人”(bear witness, to be witnesses),即诉讼当事人招呼证人来作证。See William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* 708-709 (John Murray 1875).

[6] Pasquale Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1996, p. 174.

[7] 对于这些译法,依序分别参见:黄风:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第169页;丘汉平:《罗马法》,中国方正出版社2004年版,第420页;江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社2004年版,第463页;黄右昌:《罗马法与现代》,中国方正出版社2006年版,第333页;陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第566页;郑玉波:《罗马法要义》,汉林出版社1986年版,第136页;周栢:同注3引书,第936页。

[8] 同注3引书,第936页。

[9] Cfr. Franco Bonifacio, *Voce di litis contestatio*, *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Unione tipografica editrice torinese, Torino, 1963, p. 973.

[10] 对此,有不同观点,比如费德里科(Federico del Giudice)在《罗马法词典》中解释“litis contestatio”的含义时认为,在程式诉讼时期也要求由证人来作证。Cfr. Federico del Giudice, *Dizionario giuridico romano*, Simone, 2006, p. 321. 不过,更多的学者与前述意大利学者弗郎科的观点相同,比如按照德国学者马克斯(Max Kaser)的观点,在法律诉讼中,在法律审时需要口头形式的庄严陈述,为了这个目的当事人会召集证人,但在程式诉讼中这种形式可能消失了,由于有了程式书证,只需要当事人双方的不正式宣称的同意即可了。See Max Kaser, *Roman Private Law* 406 (3d ed., Rolf Dannenbring trans., University of South Africa 1980).

双方的诉因以便案件的争点得到确定的活动”,^[11]更不要求一定有证人在场。

根据此种观点,“证讼”这种中文译法有缺陷:若“证”意味着“由证人作证”,那么这种译法可能仅仅在法律诉讼时期是准确的,而在程式诉讼时期和非常诉讼时期可能是不准确的,相反,此时“争点决定”(即确定争议事项)这类的译法会更准确一些,但此种译法比较累赘,不够简练;但若我们将“证讼”中的“证”理解为“证实”,而不管证实的主体是当事人自己还是证人,这样“证讼”即意味着“证实讼争”,这种中译法既简洁又符合其含义,而且可涵盖不同的情形,可值采纳。下文我都在此种意义上使用“证讼”这一术语。

针对“证讼”含义的上述理解,我们来分析一下“证讼”的性质,对此虽然学者之间有争议,但通说采合同说。美国学者阿道夫(Adolf Berger)认为,因为在证讼中当事人双方同意将他们的争议交给作为私人的陪审员去审理,因此证讼性质上是一种“合同”。^[12]此时证讼具备合同的两个要素:当事人双方的同意;当事人和陪审员对权利和义务的认可。应该说,“证讼”在性质上为合同这种通说得到了大多数学者的支持,并且他们进一步认为这是罗马早期诉讼的私人仲裁性质的体现之一。^[13]意大利学者维琴佐(Vincenzo Arangio Ruiz)在承认证讼是一种私人合同的基础上进一步认为,裁判官不仅仅是单纯地接受合同,而且参与了当事人双方的合同,他授权证讼的此种辅助行为,对于诉讼双方,意味着“给予审判”(iudicium dare),对于陪审员,意味着“授权审判”(iudicare iubere)。^[14]

鉴于罗马的民事诉讼法是不断发展的,“证讼”这一制度也不可能一成不变,因此我们必须结合罗马民事诉讼法的不同阶段来分析它。我们知道,罗马民事诉讼法大体可分为三个阶段,即法律诉讼时期(legis actiones)、程式诉讼时期(formulae)和非常诉讼时期(cognitio extra ordinem),另外,前二者合在一起又被称为“通常诉讼时期”(ordo iudiciorum privatorum,直译为“私人审判制度”),^[15]与作为后者的“非常诉讼时期”相对。在通常诉讼时期,不管是在法律诉讼时期,还是在程式诉讼时期,诉讼都分为法律审和事实审两个阶段,前者由裁判官负责,后者由陪审员负责,但在非常诉讼时期,不再区分这两个阶段,整个诉讼都由有司法权的法官来主持。与之对应,在通常诉讼时期与非常诉讼时期,证讼这一制度的功能与效力都有不同的表现,下文也分这两个时期,在一般性讨论罗马民事诉讼法的基础上分别讨论证讼这一制度。

二、通常诉讼时期的证讼

(一) 法律诉讼时期的证讼

法律诉讼,顾名思义,是指由法律明确规定诉讼的类型并且原告仅能依据规定的诉讼类型起诉,当事人在诉讼中必须使用法定的言词和动作的诉讼制度(参见 Gai. 4, 11)。法律诉讼程序分为在裁判

[11] 徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第425页。

[12] See Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* 566 (The American philosophical society 1953).

[13] 需指出的是,虽然“证讼”本质上为一种合同是主流学说,但也不断有学者对此种通说提出挑战。Cfr. F. Bonifacio, *Appunti sulla "litis contestatio" nel processo formulare*, Studi Albertario, 1951, Vol. I.

[14] Vincenzo Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2006, p. 137.

[15] 对于这种分期及称呼,参见郑玉波:《同注7引书》,第135页;[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第71页。

官 (praetor) 面前进行的法庭程序 (in iure) 和在作为私人的陪审员 (iudex privatus)^[16] 面前进行的审判程序 (in iudicio/apud iudicem) 两个阶段, 如前所述, 我们将它们分别称为“法律审”和“事实审”。^[17]

在法律审阶段, 原告应首先在裁判官面前进行的法庭程序中, 依据法律规定, 主张自己对被告享有某诉, 并申请依该诉接受审判的许可。该诉的范围仅限于早期罗马市民法的规定; 同时还要求原告在裁判官面前按极其严格的形式, 运用公式化的特定语言 [比如, 法律规定的是“树” (arbores), 起诉时就不能说“葡萄树” (vites)] 和象征性行为 (比如, 在对物之诉中, 将木棒放在诉讼标的物上主张所有权) 提出主张, 稍有失误即有可能招致败诉。而此时裁判官并不需调查原告的主张是否符合事实, 相反, 裁判官应假设原告主张的事实都是真的, 而对其主张是否符合法律规定的诉讼类型进行审查。他若认定原告的诉讼不具备法定要件, 就宣布拒绝诉讼 (actionem denegare), 以中断诉讼; 若认定具备法定要件则承认诉讼 (actionem dare), 此时就进入“证讼”程序, 双方在证人面前确定争议事项的内容。^[18] 从此时起, “法律审”阶段结束, 案件将从裁判官的手中分离, 随后进入在双方当事人选择的陪审员面前进行的程序, 即进入“事实审”阶段。陪审员针对在证讼时所确定的争议事项, 在审理诉讼的成立要件以及事实存在与否的基础上作出判决。若认定诉讼的成立要件以及事实存在, 将作出肯定该诉的判决; 反之, 将作出原告败诉的判决。^[19]

简而言之, 在法律诉讼时期, 诉讼程序大致是这样进行的: 传唤 (原告亲自传唤被告) — 法律审 (在裁判官面前, 原告按规定的套语进行陈述, 做规定动作; 被告不抗辩, 原告被判有理, 即可自行执行; 被告抗辩, 裁判官命令双方选择陪审员) — 证讼 (双方在证人面前确定讼争事项) — 事实审 (陪审员对证讼中确定的争点进行审理裁判) — 执行 (胜诉方自行处理)。由此可见, 罗马早期的民事诉讼带有很强的私力救济的色彩,^[20] 比如, 私人的传唤、选择非专业的私人陪审员、私人拘押债务人以及私人执行等, 因此多数时候, 都是由个人来带动诉讼程序的, 诉讼的主动权掌握在当事人手中, 只不过后来才逐渐转到由国家来进行监督和主导。

由上可见, 在法律诉讼时期中, “证讼”处于整个诉讼程序的中心位置, 它起着“承前启后”的作用, 诉讼进入到证讼阶段, 意味着法律审的结束以及事实审的开始, 并且此时所确定下来的讼争事项

[16] 对于“iudex”这一拉丁术语, 我国罗马法学者对它译法很多: 审判员、承审员、陪审员、法官、民选推事, 等等。笔者采取了如下做法: 在通常诉讼时期, 它是指当事人双方选定的居中裁判的私人, 并不是专职的法官, 因此译为“陪审员”; 在非常诉讼时期, 由于整个诉讼不再区分法律审和事实审两阶段, 全程由国家任命有司法权的官员来主导, 此时译为“法官”。也就是说, 同一个拉丁术语, 根据其不同的历史阶段, 采用了两种不同的翻译, 以对应其不同的地位与职能。对此, 笔者参考了徐国栋教授最新专著中的译法, 参见徐国栋: 同注 11 引书。

[17] 对于这两个阶段, 还有学者译为“法律审”和“裁判审” (黄风: 同注 7 引书, 第 33 页)。在此, 笔者采周相先生的译法 (周相: 同注 3 引书, 第 935 - 946 页), 一般而言, 前者由裁判官审理法律问题, 后者由陪审员审理事实问题。

[18] 我们可以法律诉讼类型之一的“请求陪审员之诉”来大致了解一下在法律诉讼中使用的套语。Gai. 4, 17: “其程序大致是这样的: 提起诉讼的说: ‘我主张, 根据要式口约你应给我一万塞斯特兹, 我要求你对此做出确认或否认。’ 对方说不应给予。原告说: ‘既然你否认, 我要求裁判官指定一名陪审员或仲裁人。’” 参见 [古罗马] 盖尤斯: 《法学阶梯》, 黄风译, 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 296 页。以下凡是引用盖尤斯的《法学阶梯》的原始文本, 都是参照此中译本, 译文有些稍有修改, 不再说明。

[19] 参见 [日] 中村英郎: “民事诉讼制度与理论之法系的考察——罗马法系民事诉讼与日耳曼法系民事诉讼”, 陈刚、林剑锋译, 载《比较民事诉讼法》(第 1 卷), 西南政法大学比较民事诉讼法研究所 1999 年自刊版。

[20] 有学者认为, 罗马民事诉讼法最初具有“仲裁”的性质, 陪审员其实就是一个仲裁员, 裁判官作为权威参与其中, 因此, “证讼”其实就是“和解协议的替代品”。Cfr. E. De Ruggiero, *Teorie nuove e teorie vecchie intorno alla “litis contestatio”*, Bull. Ist. Dir. Rom., 1905, XVII, p. 189.

也成了诉讼标的。^[21]至于说证讼所产生的效力,后文再重点谈论。

(二) 程式诉讼时期的证讼

如前所述,在法律诉讼时期,采严格的形式主义,诉讼的类型都由法律明确规定,现在我们一般认为法律诉讼的类型只有五种,^[22]也就是说只有符合这几种类型的诉讼,才给予其裁判上的救济。但是随着社会的发展以及生活关系日趋复杂化,这种仅对法律规定的案件进行救济的模式难以适应社会变化的需求。另外,法律诉讼程序受严格的形式主义支配,当事人常常因为没有选择正确的诉讼形式,或没有正确地说出套语而败诉,这种只重形式而忽视实质的诉讼类型,有失公允,为世人所厌恶。因此,到了共和国中期,与法律诉讼并存,法院开始允许采用程式(formula)的方式来进行诉讼,这被称为“程式诉讼”,即诉讼当事人双方的陈述经裁判官审查认可作成程式书状,并交由陪审员根据程式所记载的争点而为审判。《艾布求斯法》(Lex Aebutia)(大约颁布于公元前199-126年)确认了程式诉讼的效力,并且开了废除古老的法律诉讼程序之先河,但此时法律诉讼并未完全取消,只不过人们避繁就简,已很少援用。^[23]相比没有弹性和数量限定的法律诉讼,这是一种相当自由的诉讼程序。另外,相较于法律诉讼严格依据市民法,只限于罗马市民之间适用,程式诉讼不仅在罗马市民之间可适用,还可以在罗马市民与外邦人以及外邦人之间适用。^[24]

程式诉讼程序,如前所述,也分为在裁判官面前的法庭程序和陪审员面前的审判程序两个阶段,即法律审与事实审。在法庭程序中,在裁判官面前,先由原告陈述起诉意见,请求裁判官制定程式,若被告认为无胜诉希望而承认原告请求、沉默不语或为不适当防御,则原告胜诉,毋须诉讼;但通常被告会对原告的主张予以否认或提出抗辩,裁判官在双方各执一词时会审查诉讼条件是否具备,然后根据原告请求和被告的抗辩拟定程式,并在程式中任命陪审员。程式先交给原告,原告对于被告可有三种选择:或是提供一个复件(in libello complecti et dare),或者口述其细节(dictare),或者出示其内容而被告仍然可要求一个复件(copiam describendi facere)。^[25]经被告接受后,诉讼就进入“证讼”阶段,到此法庭程序结束,诉讼程序与裁判官相分离。然后,就进入了审判程序,陪审员在审理程式上记载事实存在与否之后,依程式上的判决要旨来宣告判决:若原告主张属实,通常判决被告支付一笔金钱;反之,则开释之。^[26]比如,在Gai. 4. 42中就记载了程式中的如下判决要旨:“陪审员,判罚N.内基迪向A.阿杰里给付一万塞斯特兹。如果事实不成立,则予以开释。”

简而言之,在程式诉讼时期,诉讼程序大致这样进行:传唤(亲自传唤)—法律审(在裁判官面前,原告陈述起诉意见,请求裁判官制定程式,被告承认或默认,则原告胜诉;被告否认或抗辩,裁判官审

[21] Cfr. Vincenzo Arangio Ruiz, *supra* note 14, at 112.

[22] 法律诉讼的类型包括以下五种:誓金之诉、请求陪审员或仲裁员之诉、请求给付之诉、拘禁之诉以及扣押之诉。参见Gai. 4, 12以及黄凤:同注7引书,第153页。

[23] 同注3引书,第948页。

[24] See Max Kaser, *supra* note 10, at 395.

[25] Cfr. E. De Ruggiero, *supra* note 20, at 151.

[26] 参见陈朝璧:同注7引书,第561页;以及周栢:同注3引书,第962页。

查起诉条件,根据原告请求和被告抗辩拟定程式。他依不同情形,决定是行“法定审判”,还是“依权审判”^[27]—拟定程式[程式包括主要部分和附加部分,前者包括陪审员的任命、请求原因、原告请求和判决要旨;后者包括前书和抗辩(参见 Gai. 4,39)]—证讼(双方就裁判官拟定的程式交换意见并同意将之作为双方争讼要点的根据)—事实审(严格依程式中的指示内容进行审理和判决)—执行(执行诉讼)。

由此可见,程式诉讼是由法律诉讼演变而来的,仍然保持了法律诉讼的一些痕迹,比如,诉讼依然分为法律审和事实审两个阶段,事实审中的陪审员仍是由当事人双方选定的私人,等等。但需注意的是,在程式诉讼中,裁判官制定的“程式”具有最重要的作用。它首先确定了当事人争议的焦点,其次提示了判决的要旨,因此,程式是陪审员判决的基础。在这个意义上,程式与证讼已紧密地结合在一起,对此,德国学者鲁道夫(Rudolph Sohm)认为:在法律诉讼中,证讼是通过基于法律的口头形式而完成,而在程式诉讼中,是通过由裁判官拟定的由双方协议通过的书面程式而完成的。^[28]

(三) 证讼的效力

证讼在法律诉讼时期和程式诉讼时期一般具有以下效力。

1. 证讼的保存效力(effetto conservativo)^[29]

证讼的保存效力即所有诉讼的内容和相关事实,都应以证讼时为准,并且陪审员也受制于证讼中所拟定的待决事项,不得越界审理,判决时亦不得变更之,并且判决效力回溯到证讼之日,^[30]即使在证讼后到判决前这段时间内取得时效已经完成或标的物价值已发生剧变,也不得加以考虑。

正是基于证讼的此种“保存效力”,证讼也成了区分责任的重要的时间点。比如,在物件返还诉讼中,被告败诉后应将原物和孳息一并返还给原告。对于原物,被告的责任从证讼时起算,在证讼前,诉争物如有损坏或灭失,其在物件返还诉讼的框架下不需负责,只要交还该物或因此得到的孳息就可以了。在证讼后,被告由于已知或应知自己是占有他人之物,即为“恶信占有人”(参见 D. 5,3,25,7),所以就应对故意和过失承担责任,并且即使对于不可抗力造成的损害也要承担责任,除非其能够证明该物在原告支配下也会遭受到同样的损失(参见 D. 6,1,15,3)。

但到了优士丁尼时代,恶信占有的被告,即使在证讼前也应尽“善良家父”的注意义务,对标的物的毁坏等也承担过失责任。被告若为诚信,则仅返还在证讼时的现存孳息,对于证讼前已消费的孳息,不负返还责任。另外,在古典法中,在证讼前,若被告进行了一些必要的或有用的花费,增加了原物的价值,如果他是“诚信占有人”,在原告未清偿费用之前,被告对原物有留置权(参见 D. 6,1,48),到了优士丁尼时期,甚至将这个留置权赋予了恶信的占有人,以避免原告不当得利(参见 D. 5,3,

[27] “法定审判”(iudicium legitimum)是指在罗马市内或罗马城外 1000 步以内发生在罗马市民之间发生的由独任陪审员审理的诉讼;“依权审判”(iudicia imperio continentia)是指在罗马城外 1000 步以外的当事人为罗马市民或外邦人的由裁判官依其治权审判的诉讼。可见,二者的适用对象、主持审判的人员、地点以及诉由等均不同,这也导致了在二者中证讼的效力也有明显差异,后文会详述。参见 Gai. 4,103-109;以及黄风:同注 7 引书,第 136 页。

[28] See Rudolph Sohm, *The Institutes—A Textbook of the History and System of Roman Private Law* 244 (3d ed., Clarendon Press 1907).

[29] Cfr. Mario Talamana, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 333.

[30] 有学者还将这称为证讼的“回溯效力”(efecto retroactivo),对此效力,可参见丘汉平:同注 7 引书,第 433 页。丘先生认为,由于诉讼是需要时间的,这样日后陪审员的判决其效力是否回溯到证讼时,颇为重要,这会影响到诉讼标的价值的认定。

38)。^[31]

另外,在就数个标的物有选择权的选择之债中,一旦证讼,享有选择权的当事人丧失撤销其已经作出的选择的权利(参见 D. 45, 1, 122pr.)。在有数个债权人的连带债中,一旦证讼中确定了债务人应向某个债权人履行,债务人向其他债权人清偿不能免除其责任(参见 D. 4, 2, 16; D. 46, 3, 57, 1)。^[32] 在涉及到所有权或分配的诉讼中,一旦证讼,诉争的标的物就不可被转让或抵押,^[33] 此时虽然被告对于新的购买人什么也不能做,但原告却可以要求将被转让的物归还给被告(参见 Gai. 4, 117a)。^[34]

2. 证讼的阻止效力(effetto preclusivo)^[35]

证讼的阻止效力即对于同一个案件(eadem res)原告不得提起第二次起诉,或虽然可提起,但被告对此享有抗辩。对此,更多的罗马法学者将之称为证讼的“消灭效力”(effetto estintivo)。^[36]

在法律诉讼时期,没有所谓的“抗辩”,诉权因为“证讼”而当然(ipso iure)被消耗掉(actio consumitur),因此对同一案件提起新的诉讼当然被驳回。对此,在 Gai. 4, 108 中有明确记载:“法律诉讼的情形曾经是不同的:在过去,对某事提起过一次诉讼,随后当然不能就同一事情再起诉;在那时,不像现在使用上述抗辩。”这便是现代诉讼法上著名的“一事不再理”原则的由来,也称为“诉权消耗”理论。此时,“给付”被“判罚”所代替,而此种判罚最初往往表现为一笔金钱,因此常被称为“condemnatio pecuniaria”(金钱罚金)。对于此种效力,法国罗马法学者吉拉尔德(Girard)又称之为债的“必然更新”。^[37]

由于在程式诉讼时期,如前所述,审判分为“法定审判”和“依权审判”两种,证讼的消灭效力的表现也大不相同。根据《关于私人审判的优流斯法》,在法律诉讼时期证讼的直接消灭效力只适用于部分的程式诉讼中,并以符合以下三个条件为前提:第一,根据市民法提起诉讼;第二,针对的是对人

[31] See Max Kaser, *supra* note 10, at 138.

[32] 《法国民法典》第 1198 条有类似的规定:“债务人,只要未受到连带债权人中一人的起诉,即可由其选择向任何一个债权人为清偿。”从该条反面解释,也就是一旦连带债权人中的一个起诉债务人,就只能向该债权人清偿。参见罗结珍:《法国民法典》,中国法制出版社 1999 年版,第 298 页。但《德国民法典》的做法完全与此规则相反,其第 428 条规定:“二人以上有权以其中每一人均可请求全部给付、债务人只有义务履行给付一次的方式,请求一项给付的(连带债权人),债务人可随意向任何一个债权人履行给付。即使债权人中的一人已经提起给付之诉,亦同。”参见陈卫佐:《德国民法典》,法律出版社 2006 年版,第 149 页。两大模范民法典之所以在此问题上截然对立,其实分别对应的是证讼在古典法时期和优士丁尼时期的不同效力。

[33] 丘汉平:同注 7 引书,第 433 页。

[34] See J. E. Goudsmit, *Pandects: A Treatise on the Roman Law and upon Its Connection with Modern Legislation* 310 - 311 (Longmans 1873).

[35] Cfr. Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, G. Giappichelli editore, Torino, 1991, p. 322.

[36] See Max Kaser, *supra* note 10, at 407.

[37] 吉拉尔德认为,债的“更新”可分为两种,即自愿更新(*novatio voluntaria*)和必然更新(*novatio necessaria*),前者是指当事人基于一个新的合同使新债代替旧债;后者是指因为证讼使旧债消灭新债产生。他甚至还认为,证讼的其他效力都可以从它具有的这种“更新”的性质中得到解释。此观点非常精辟,证讼的保存、消灭和建构的效力的确都可从债的“更新”的视角来理解。Cfr. Paolo Federico Girard, *Manuale Elementari di Diritto Romano*, Versione italiana tradotta da Carlo Longo, Società Editrice Libreria, Milano, 1909, p. 715, p. 1025.

之诉;^[38]第三,为一个“法定审判”。符合这三个条件后,当然不能就同一事情再起诉。^[39]而在其他情形,也就是在对物之诉和事实之诉^[40]的“法定审判”中,证讼并不产生消灭市民法上的诉权的效力,但此时可根据荣誉法产生类似的效力,即以“既决案件或已在审判案件之抗辩”(exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae)^[41]为由来对抗原告的起诉。^[42]也就是说,此时原告仍可就同一事件起诉,只不过被告可以前述抗辩对抗之。这也是现代诉讼法上“既判力”(res iudicata)和诉讼系属(lis pendens)理论的由来,它们分别对应着前述两种抗辩。另外,在“依权审判”中,不管是哪种形式的诉讼,证讼的效力与在对物之诉和事实之诉的“法定审判”中证讼的效力一致,即不是直接使诉权消灭,而是被告通过抗辩来对抗原告。^[43]综上,在程式诉讼时期,证讼的这种消灭效力通过两种方式来实现:一是如法律诉讼中一样,直接当然使诉权消灭;二是通过抗辩(ope exceptionis)间接达到消灭的效力。对此,周相先生分别称为消灭的绝对效力和相对效力。^[44]

3. 证讼的“建构效力”(effetto costitutivo)或“修改效力”(effetto modificativo)^[45]

证讼的“建构效力”或“修改效力”即证讼导致原诉消灭,并将它转为一个金钱损害赔偿之诉,如前所述,法国学者吉拉尔德认为此时旧债消灭,新债产生,实为“债的更新”。本不具有可移转性的原诉亦可转变为可移转性的,即从“不可移转诉讼”(actiones intrasmissibiles)转变成“可移转诉讼”(actiones transmissibiles)。^[46]有些诉讼因为其性质是不能移转的,比如侮辱诉和遗嘱逆伦诉,这类诉讼以

[38] “对人之诉”(actio in personam),与“对物之诉”(actio in rem)相对,前者是指仅能针对特定的债务人维护特定法律关系的诉讼,此诉一般针对的是债的关系中的债务人,其主要表现为契约之债和私犯之债;后者是指不针对特定的人而可针对任何侵害物权或身份权的人提起的诉讼,比如返还原物之诉。因此,前者针对的是因契约或私犯而负债的特定的人,而后者针对的是侵害原告的任何的人。See Adolf Berger, *supra* note 12, at 346. 黄风:同注7引书,第12页;周相:同注3引书,第955页。

[39] Gai. 3, 180:“债也因为证讼而消灭,只要是在法定审判中进行。实际上原债自那时解除,被告开始受证讼的约束;如果他被判罚,在证讼结束后他因已决案而承担责任。我们在古人的文章中看到这种情况:在证讼之前,债务人应当给付,在证讼之后,他应当被判罚;在被判罚后,他应当执行已作出的判决。”Gai. 3, 181:“因而出现这样的情况:如果我已经法定审判中就债务提出了要求,在此之后我当然地不能再采取行动,我不能再要求说:‘你应当向我给付’,因为给付的义务随着证讼的开始而终止。”Gai. 4, 107:“如果所进行的法定审判是对人之诉,并且有程式涉及市民法上的权利要求,随后在法律上不能就同一事实提起诉讼,因而上述抗辩是多余的。”

[40] “事实之诉”(actio in factum)与“权利之诉”(actio in ius)相对应。前者是指不是为维护市民法所调整的权利,而是根据案情的特定事实由裁判官基于公平的理念创设的新的诉讼,它进而发展成为裁判官法;后者是指为维护权利而提起的诉讼,在此种诉讼的原告请求(intentio)中应明确列举得到法律承认的权利。See Adolf Berger, *supra* note 12, at 475;黄风:同注7引书,第11-12页。

[41] 这其实是两种抗辩:“已在审判案件之抗辩”(exceptio rei in iudicium deductae)是指以同样的请求已是一个案件的诉讼标的为抗辩理由;“既决案件之抗辩”(exceptio rei iudicatae)是指以对同一个案件已作出判决为抗辩理由,二者区别在于前者只是案件在审理中,后者对案件已作出判决。See Berger, *supra* note 12, at 678.

[42] Gai. 4, 107:“……如果所进行的诉讼是对物之诉或涉及的是事实(法定审判),随后在法律上仍然可再提起诉讼,因而既决案件或已在审判案件之抗辩是必需的。”

[43] Gai. 3, 181:“如果我接受的是依权审判,情况则是另一样:债仍然继续存在,因而,在此之后我在法律上仍有权采取行动,但是,我必定会因既决案件或已在审判案件之抗辩而被驳回。”Gai. 4, 106:“如果所提起的依权审判,无论是对物之诉还是对人之诉,无论有程式涉及的是事实还是包括权利要求,随后在法律上仍可能就同一事实提起诉讼;因此,既决案件或已在审判案件之抗辩是必需的。”

[44] 同注3引书,第971页。

[45] Cfr. Giovanni Pugliese, *supra* note 35, at 320.

[46] D. 44, 7, 59 卡利斯特拉图斯《训诫告示》第1卷:“应记住:在任何情形,在证讼后诉权可移转给继承人以及类似的人。”See The Digest of Justinian, Vol. IV, 648 (Latin Text Edited by Theodor Mommsen with the Aid of Paul Krueger, English Translation Edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press 1985).

赔偿原告的精神上的损失为目的,故而随着原告的死亡而消灭,但这些诉讼在经过证讼后,就变成可移转性诉讼了,此时转变成赔偿一笔金钱的诉讼,即使在证讼后被害人死亡的,亦同。^[47]

而“有期诉讼”(actiones temporariae)在证讼后,也变成“永久诉讼”(actiones perpetuae)。^[48]一般而言,市民法诉讼多为永久诉讼,而荣誉法诉讼多为有期诉讼,因此,若为一个荣誉法诉讼,逾期1年未提起诉讼的,其诉权消灭(参见 Gai. 4, 110);但若此时已证讼的,诉讼则变成了永久诉讼。^[49]

三、非常诉讼时期的证讼

进入帝政时代后,皇帝及内阁总揽国家大权,处理行政上和司法上的各种事务,在这种背景下,一种从统治者(皇帝及作为其代理人的官吏)的立场对被统治者(诉讼当事人)之间的纠纷进行裁判的程序——非常诉讼程序,异常地发达起来。此种程序废止了以前将诉讼分为法律审和事实审两个阶段的做法,没有采取程式诉讼时期的法定审判和依权审判之区分,也不再由私人的陪审员来接受证据和进行裁判,而由代表国家权威的法官自始至终主导着审判的进行。这样,私力救济基本上被公力救济所取代,现代大陆法系民事诉讼中通用的程序就此诞生。

非常诉讼的过程大致是这样的:传唤(原告通常借助公权力以各种方式传唤被告)一审判(法官全程审理法律问题和事实问题,原告陈述起诉要旨而被告答辩即构成“证讼”,法官根据证据进行判决)一上诉(败诉方可向上一级法官上诉)一执行(执送吏负责执行)。从这一诉讼过程可知,当时的诉讼程序逐步摆脱了私力救济而向公力救济转变,同时也反映了国家中央权力的日益加强。

由上可知,在非常诉讼中,“证讼”这一环节被保留下来了,但与法律诉讼时期和程式诉讼时期的证讼相比,它不再体现为一种要式行为,也不再具有早期法的那些效力,^[50]它仅仅是一个被毁坏的形式:在法官面前,原告提出诉求(narratio),被告否认其诉求(contradictio/responsio),即构成了“证讼”(参见 C. 2, 58, 2 pr.; C. 3, 1, 14, 4),证讼不再具有严格决定“诉讼标的”的作用,双方最初的声明也不再具有以前一样严格的约束力,而仅仅是一个简单的陈述(narratio negotii)(参见 C. 3, 9:“证讼指法官开始听取诉因陈述的时刻”),原告在诉讼中还可以修改诉求(参见 D. 9, 4, 4, 3; I. 4, 6, 35),也就是所谓的证讼的保存效力不复存在。^[51]另外,最为重要的是证讼不再有前述的消灭效力,相反,判决(sententia)才有此种消灭效力。^[52]但需注意的是,在优士丁尼法中,判决的此种消灭效力是相对的,它以抗辩的形式存在,即被告可以“既决案件之抗辩”对抗原告针对同一事情的再次起诉。^[53]

总之,在非常诉讼时期,“证讼”在整个诉讼过程中的作用显然已经没有以前那么重要,与法律诉

[47] 同注3引书,第432页。

[48] D. 27, 7, 8, 1 保罗《答复集》第9卷:“……但是,这在以下情形不适用:当继承人因监护人的死亡而被起诉,而监护人在证讼后死亡的,由于证讼,惩罚性诉讼变得具有主动的和被动的可移转性,并且有期诉讼也变成永久诉讼。” See The Digest of Justinian, *supra* note 46, Vol. II, at 805.

[49] 同注7引书,第432页。

[50] 彭梵得:同注15引书,第75页。

[51] Cfr. Pasquale Voci, *supra* note 6, at 223.

[52] See Max Kaser, *supra* note 10, at 428.

[53] I. 4, 13, 5:“同样,如果某人曾在法院对你提起了不论是对物还是对人诉讼,债依然持续,因此,尔后仍可就同一事物对你起诉。但你应通过既决案件之抗辩得到帮助。”参见徐国栋:同注11引书,第425页。

讼时期和程式诉讼时期相比,证讼效力的变化除了上面已列举的,还表现在以下方面。

第一,在优士丁尼的时代,取得时效(Usucapio)因起诉而中断(参见 C. 7,33,10),即从原告最初提起诉讼时即为中断的时间,而不是从证讼时,也就是说是从法官开始审理其手中的诉讼时开始中断。^[54] 这也就是彭梵得所说的,证讼原有的一些效力,“一部分被移转到了诉讼的起始阶段(*actio mota*)”^[55]

第二,在古典法时期,证讼仍然是债消灭的原因之一,因此在盖尤斯的《法学阶梯》里列举了清偿、拟制清偿、正式免除、秤铜式拟制清偿、更新和证讼共六种债的消灭原因(参见 Gai. 3,168-181),^[56] 但在优士丁尼法中,证讼已不再是债消灭的原因,因此在优士丁尼的《法学阶梯》里只列举了清偿、正式免除、更新和合意共四种债的消灭原因(参见 I. 3,29,pr. -4)。^[57] 这正反映了证讼的消灭效力从有到无的变化。

第三,证讼的效力变化也相应影响了连带之债的效力。在罗马法上,连带之债在理论上又被学者分为共同连带之债(*correus, correal obligation*)和单纯连带之债(*in solidum, solidary obligation*),由于证讼效力在不同时期也有所不同,这样证讼的效力问题就与连带之债的不同类型问题交织在一起了,这样就使问题相当复杂:究竟是证讼在不同时期有不同效力,还是说连带之债的不同类型有不同效力?对此,学者之间争议颇多。

无论如何,通说现在这样认为,在优士丁尼法之前,在连带之债中,由数个债权人之一提起诉讼或针对数个债务人之一提起诉讼,视为诉讼针对的是同一事务,因此针对他们其中一个人的证讼使诉权消灭,由其他债权人提起的或针对其他债务人的其他诉讼被禁止,这被称为诉权的“耗尽的同时发生”(*concurrence of consumptions*) (参见 D. 45,2,2; D. 13,1,18)。^[58] 根据这一规则,在连带债务中,债权人只能选择连带债务人之一进行起诉,即使他选择的债务人无力清偿,他也不得再起诉其他连带债务人。这就是我们前面谈到的证讼的“消灭效力”之适用。

但在优士丁尼法中,证讼的此等消灭效力不复存在,此时只有“清偿”(*solutiones*)才能阻止之后的诉讼(参见 C. 8,40,28,2)。也就是说,债权人即使在对连带债务人之一提起诉讼后,也可向其他连带债务人提起进一步的诉讼,直到其债权得到清偿。同样,一个债务人被数个连带债权人之一起诉,他仍然要对其他连带债权人承担责任,直到他全部清偿为止。

四、结论

总之,证讼作为罗马民事诉讼法上的一个重要制度,其核心含义是当事人对于讼争事项的确定。在法律诉讼时期和程式诉讼时期,证讼是一个“承上启下”的时间点,它意味着法律审的终结以及事实

[54] See Thomas Collett Sandars, *The Institutes of Justinian: With English Introduction, Translation, and Notes* 482 (Callaghan & Company 1876).

[55] 彭梵得:同注15引书,第75页。

[56] 同注18引书,第260-264页。

[57] 同注11引书,第458-461页。

[58] See Max Kaser, *supra* note 10, at 275.

审的开始,是整个诉讼的核心时刻:此时,在裁判官的指导下,当事人对于诉讼标的以及可能的裁判结果进行确定并达成协议,这也是后世学者认为证讼具有合同性质以及罗马早期诉讼具有私人仲裁性质的原因,而这也构成了陪审员之后判决的基础,也就是说陪审员只能针对拟定的讼争事项进行判决,同时还必须在查明事实的基础上依照事先拟定的裁判结果进行判决,这使得证讼具有了保存、消灭和建构等重要的效力。

但进入到非常诉讼时期,国家中央集权加强,公力救济挤压私力救济,由裁判官负责法律审和陪审员负责事实审的诉讼二阶段的划分不复存在,由国家授权的法官全程主导着诉讼的审理,诉讼当事人在诉讼中处于相对依附的地位,证讼这一术语虽然得到了保存,但其重要作用和各种效力已成明日黄花,仅仅成了对当事人双方在法官面前陈述案情进行答辩时的一种简单描述。

饶有兴味的是,现代诉讼法学者正是在证讼的“消灭”效力的理论基础上,建构了“一事不再理”原则和“既判力”理论的各自概念和相互关系。现代诉讼法学者关于“一事不再理原则”的含义有两种学说:狭义说和广义说。前者主张,它是指对已有生效判决的案件不得再次审理;后者认为,除了狭义说的情况,它还包括诉讼系属的情形,即诉讼一经提起,就不得以同一案件再次提起新诉或反诉。这样,根据前者,“一事不再理”原则与“既判力”理论可以划等号;而根据后者,“一事不再理”原则除了包括“既判力”理论外,还包括“诉讼系属”的理论。^[59]很明显,这两种观点其实都是基于对不同时期的证讼的消灭效力的演绎。如前所述,在法律诉讼时期,“证讼”可以产生“一事不再理”的“绝对效力”,此时不存在所谓的“抗辩”;而在程式诉讼时期,在一部分“法定审判”中,“证讼”可以产生“一事不再理”的绝对效力,而在另一部分“法定审判”和所有的“依权审判”中,“证讼”并不能产生“一事不再理”的绝对效力,被告只能以“既决案件或已在审判案件之抗辩”(这两种抗辩其实就是现代我们所说的既判力和诉讼系属)来对抗原告,这被称为证讼消灭的“相对效力”,由此可见,“一事不再理”原则与既判力、诉讼系属理论虽然在最终效力上有些许差异,但其实际功能是类似的;而在非常诉讼时期,“证讼”的此种消灭效力已不复存在,其效力部分被“起诉”取代,部分被“判决”取代。从历史发展的角度来看,现在就“一事不再理”原则的含义进行重构,采广义说显然更为合适,这样它就包括既判力和诉讼系属两种情形,更为全面,而对既判力和诉讼系属二者又可区别开来,理论更精致。^[60]

另外,证讼与现代诉讼法的众多制度也有千丝万缕的联系。比如,法律审与事实审的二分,在英美法系以法官和陪审团居中裁判为基础的“对抗式的当事人主义”的诉讼模式中,得到了一定程度的保留;在证讼中当事人确定“诉讼标的”,规定需调查的事实问题,可防止诉讼中的突然袭击;而英美法系的“讼体物”^[61]更是证讼的建构效力的体现,也与我国现在出现的“判决书买卖”现象类似,更是现代的既判力理论所要解决的问题;证讼的保存效力也与我们现在讨论的既判力的时间点的判断标准

[59] 参见谢佑平、万毅:“一事不再理原则重述”,载《中国刑事法杂志》2001年第3期,第73-75页。

[60] 专门研究“既判力”的诉讼法学者陈洪杰即采此观点,参见陈洪杰:“论‘一事不再理’与‘既判力’之区分——从罗马法到现代民事程序法研究”,载《民事程序法研究》2008年,第96页。

[61] 《纽约州民法典草案》第309条:“因人身权、财产权受到侵犯以及债产生的通过司法程序追索金钱或其他财产的权利,以及对未占有的财产的一切其他权利。”第310条:“因财产权受到侵犯或因合同产生的讼体物可以让与的形式转让。所有人死后,该讼体物移转至其遗产代理人,在《民事诉讼法典》规定的情形下,此等讼体物移转至其受遗嘱人或其职务相续人的除外。”可见,讼体物被当做一种特殊的动产,对其可以进行让与或继承。参见[美]戴维·达德利·菲尔德:《纽约州民法典草案》,田甜译,王莹莹校,徐国栋审订,中国大百科全书出版社2007年版,第62页。

息息相关,等等。

On “*litis contestatio*” in the Roman Civil Procedural Law

Qi Yun

Abstract: As an important institution of roman civil procedural law, “*litis contestatio*” means “attestation of the dispute”. In the period of *ordo iudiciorum privatorum*, it means that the parties determine the controversial issues before the magistrate, which signifies the end of process *in iure* and the beginning of the process *apud iudicem*, and it has three main effects: making the judge give the sentence based on the issues identified in *litis contestatio*, making the right to sue on the same case perished and making the new obligation replace the old one, from which the principle of *bis de eadem re ne sit actio* and the theory of *res iudicata* in modern society arise gradually. Entering in the period of *cognitio extra ordinem*, the dichotomy of procedure doesn't exist, although the term of *litis contestatio* is still in use, but it only indicates that before the magistrate the plaintiff states and the defendant responds, i. e. It loses its importance, whose effects partly move forward in the stage of bringing an action and are substituted partly by the judgment. In modern civil procedural law theory, the bipartition between the trial on law and that on fact, the subject matter of lawsuit, *res iudicata* and *lis pendens*, have been impacted, without exception, by the system of *litis contestatio*.

Keywords: roman civil procedural law; *litis contestatio*; *bis de eadem re ne sit actio*; *res iudicata*

(责任编辑: 幸颜静)

担保物权人物上代位权实现程序的建构

程 啸*

摘 要:《物权法》第 174 条虽规定了担保物权的物上代位性,但现行法未建立一套合理可行的担保物权人据以实现物上代位权的程序。未来我国编纂民法典时应摒弃担保物权延续说,改采法定债权质权说,明确规定担保财产灭失、毁损或被征收而产生代位物请求权时,担保物权人依法享有针对这些请求权的法定债权质权;同时,应明确规定担保人的通知义务以及代位物给付义务人(即第三债务人)查询登记簿、在给付代位物前取得担保物权人同意的义务。代位物给付义务人违反义务,侵害物上代位权而给担保物权人造成损失的,应当承担侵权赔偿责任。

关键词:物权法 担保物权 物上代位权 法定债权质权

一、引言

担保物权属于“价值权”(Wertrecht),权利人享有的是对担保财产交换价值排他的直接支配的权利。^[1]当债务人不履行到期债务或发生当事人约定的担保物权的实现事由时,债权人就可以行使担保物权,将担保财产变价并优先受偿,从而保证债权的实现。由此可见,担保物权侧重的是对担保财产交换价值的支配,只要交换价值依然存在,至于承载该交换价值的标的物的样态和性质如何,在所不问,担保物权的效力依然及之。^[2]这就是担保物权的一项重要属性——“物上代位性(dingliche Surrogation)”,也称担保物权人的“物上代位权”。由于物上代位性极大地强化了担保物权的担保效力,有利于保障债权的实现,故许多国家或地区的民法皆规定抵押权人等担保物权人享有物上代位权,^[3]例如,《德国民法典》第 1127 条以下、《瑞士民法典》第 822 条、《日本民法典》第 304 条(以及第 350 条、第 372 条)、《葡萄牙民法典》第 692 条、《荷兰民法典》第 3 编第 229 条、我国台湾地区“民法”第 881 条和第 899 条等。

《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)颁行前,《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)第 58 条与第 73、81 条分别对抵押权和质权的物上代位性作出了规定。不过,《担保法》中

* 清华大学法学院副教授,法学博士。

[1] Vieweg/Werner, Sachenrecht, 3. Aufl., 2007, S. 323. 权利人必须通过限制提供担保物的债务人或第三人的处分权,才能确实地把握该标的物的交换价值。为此,法律上采用了两种方法:一是通过将担保物的占有移转给债权人,对担保人的处分权进行事实上的限制;二是采用登记的方法,对担保人的处分权加以法律上的约束。参见谢怀栻:《外国民商法精要》,程啸增订,法律出版社 2014 年版,第 183 页。

[2] 参见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 405 页。

[3] 无非这些国家或地区的民法对代位物的范围以及物上代位权的实现程序的规定,存在差别,相关资料参见注 2 引书,第 404 - 426 页。

规定的代位物只有抵押物或质物“因灭失所得的赔偿金”。这个范围显然过于狭窄。2000年最高人民法院颁布了《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》),该司法解释对担保物权的物上代位性作了两方面的调整:一是扩大了代位物的范围,将《担保法》规定的“因灭失所得的赔偿金”扩展为担保财产在“灭失、毁损或者被征用的情况下”担保人所得的“保险金、赔偿金或者补偿金”(第80条第1款);二是规定留置权也具有物上代位性(第114条)。〔4〕

《担保法解释》对担保物权物上代位性的规定基本上被《物权法》所接受。出于合并同类项,节约立法资源的考虑,《物权法》立法者在该法第四编“担保物权”第十五章“一般规定”中对担保物权的物上代位性作了统一规定。《物权法》第174条规定:“担保期间,担保财产毁损、灭失或者被征收等,担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的,也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。”由此可见,我国法上担保物权人的物上代位权是指,担保期间,担保财产毁损、灭失或被征收的,担保物权的效力及于该担保财产的变形物或代替物(如保险金、赔偿金与补偿金),担保物权人对这些代位物依然享有优先受偿权。

令人遗憾的是,无论是《担保法》及其司法解释还是《物权法》,都未就担保物权人物上代位权的具体实现程序作出明确规定,其他的单行法也未见相应的规定,〔5〕由此造成了实践中担保物权的物上代位性并不能真正起到强化担保效力,维护担保物权人利益的功能。司法实践中最常见的情形是:在因征收而拆除作为抵押财产的房屋前,拆迁人既不通过查询不动产登记簿了解被征收的房屋上是否存在抵押权,更不会就是否向被拆迁人支付补偿款的问题征得抵押权人的同意,而是直接与被拆迁人协商并将拆迁补偿款支付给被拆迁人。等到债务人不履行到期债务,抵押权人要实现抵押权时,才发现抵押房屋早已不复存在,且拆迁补偿款也已被抵押人挥霍或转移了。抵押权人的物上代位权根本连行使的机会都没有,谈何增强抵押权的担保功能?此时,无奈的抵押权人只能以侵害抵押权为由起诉拆迁人,要求其承担债权不能全部实现的赔偿责任。而法院又往往以拆迁人没有义务查询或取得抵押权人的同意为由,判决抵押权人败诉。〔6〕

鉴于我国整体社会诚信度不高的现状,在法律上确立一套科学合理的担保物权的物上代位权的实现程序显然是非常必要的。本文将围绕《物权法》第174条、《担保法》及其司法解释的规定,借鉴比较法上的合理经验,讨论如何建构我国法上担保物权人实现物上代位权的程序的问题,以期有助于未来我国编纂民法典时作出科学合理的规定。〔7〕文章首先讨论的是担保物权人物上代位权的性质,即在担保财产灭失、毁损或被征收后,原担保物权是继续存在于担保财产的代位物如保险金、赔偿金

〔4〕就留置权是否具有物上代位性的问题,理论界有一定的争论。日本民法通说认为,由于留置权是把物的留置作为效力的本体,且无追及效力,故而其物上代位性不被承认。参见[日]近江幸至:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,沈国明、李康明校,法律出版社2000年版,第16页。笔者亦认为,留置权不应具有物上代位性。因为留置权是基于债权人依特定的合同而占有动产的现实而产生的,一旦留置权人丧失占有,法律再承认此种权利就没有任何基础了。正因如此,我国《物权法》第240条才规定,留置权人对留置财产丧失占有的,留置权消灭。显然,此时留置权人也并没有物上代位权。相比较而言,同以占有担保财产为内容的动产质权却是因为当事人的合意与交付相结合而产生的,故此即便动产质权人丧失了质物的占有,当事人设定质权的合意依然存在,法律承认其物上代位性的基础也依然存在。正因如此,动产质权人有物上代位权,而留置权人不应有物上代位权。

〔5〕例如,2011年1月21日起施行的《国有土地上房屋征收与补偿条例》虽颁布于《物权法》之后,却完全不考虑被征收的房屋上存在抵押权时抵押权的物上代位性如何实现的问题,没有任何规定。

〔6〕相关案例参见“上海银行股份有限公司诉上海浦东工程建设管理有限公司等其他侵权责任纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2013)浦民六(商)初字第8710号民事判决书。如无特别说明,本文所引用的判决书,均检索自北大法宝案例数据库(<http://www.pkulaw.cn>)。

〔7〕实际上,我国民事法律中的许多民事权利都缺乏程序的保障,这是未来我国编纂民法典时应当注意的问题。

或补偿金之上,还是转化为一种新的担保物权即法定债权质权,存在于保险金、赔偿金或补偿金的给付请求权之上。之所以讨论这个问题,是因为物上代位权的法律构成直接决定了担保物权人与担保人、代位物给付义务人之间的权利义务关系,非常重要,须先予以讨论。文章然后讨论了代位物给付义务人与担保人负有的具体义务,从而在程序上真正确保担保物权人物上代位权的实现。文章最后讨论了代位物给付义务人侵害物上代位权时的赔偿责任问题。

二、担保物权人物上代位权的性质

(一) 比较法上的规定

担保财产灭失、毁损或被征收后,倘因此产生了保险金、赔偿金或补偿金等代位物的给付请求权,就发生了担保物权物上代位性的问题,即担保物权人享有物上代位权。然而,物上代位权究竟只是担保物权人享有的原担保物权效力的延长,还是一种新的权利,此即担保物权物上代位权的性质或法律构成的问题。大陆法系国家或地区的民法就该问题采取的观点主要有两种,即法定债权质权说与担保物权延续说。

法定债权质权说认为,担保物权人的物上代位权是法定债权质权,确切地说,是以代位物给付请求权这一债权作为标的物的、依据法律规定直接产生的权利质权。采取法定债权质权说的有德国、瑞士、我国台湾地区等。例如,依据《德国民法典》第 1127 条第 1 款,基于对建筑物以及其他为抵押权承担责任的标的物而产生的债权属于这些标的物的代位物,因此,保险金债权被纳入了抵押权的效力范围,而抵押权人则处于债权质权人(Pfandgläubiger)的地位。^[8] 此时,准用《德国民法典》第 1273 条至第 1279 条关于权利质权的规定。^[9]

担保物权延续说认为,担保财产转为代位物后,原担保物权继续存在于代位物请求权之上。日本采取此说。《日本民法典》对先取特权的物上代位性作了详细的规定,然后,将该规定准用于质权、抵押权等其他担保物权(第 350 条、第 372 条)。《日本民法典》第 304 条第 1 款规定:“先取特权,对于债务人因其标的物的变卖、出租、灭失或毁损而所得的金钱或其他物品,亦可以行使。但先取特权人须在其支付或交付以前实行扣押。”通说认为,原则上担保财产灭失的,担保物权也归于消灭,这是物权法的一般原则。但是,为了强化担保,对担保权人在法律政策上给予特别保护,故此例外地认为,担保物权不消灭,依然存在于代位物上。^[10] 换言之,担保物权人依据物上代位对请求权取得的权利是与原担保权性质相同的法定担保物权,例如抵押权人在抵押财产灭失所得的保险金赔偿请求权上产生法定的抵押权。^[11] 通说认为,《日本民法典》第 304 条第 1 款中所谓债务人所得的金钱或其他物品不是指现物本身,而是指对于其物的请求权,即先取特权等担保物权的物上代位的效力并非及于担保物因变卖、出租、灭失、毁损而发生的现实存在的金钱之上,而是基于保险金、损害赔偿金的请求权之上。^[12] 为了避免代位物因支付给债务人,构成债务人的一般财产,从而违背担保物权的本质,因此先

[8] Erman/Wenzel, BGB, 12. Aufl., 2008, § 1128 Rn. 8.

[9] MuenchKommBGB/Eickmann, 4. Aufl., 2004, § 1128 Rn. 17 ff.

[10] [日]我妻荣:《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社 2008 年版,第 267 页

[11] 同注 2 引书,第 409 页。

[12] 同注 10 引书,第 264 页。

取特权人等担保物权人对债务人应得之金钱及其他的物必须在支付或转移前查封。^[13]

在2007年修法之前,我国台湾地区“民法”第881条规定:“抵押权,因抵押物灭失而消灭。但因灭失得受之赔偿金,应按各抵押权人之次序分配之。”由于该条并未明确抵押权人物上代位权的性质,因此就抵押权人对抵押物灭失所得之赔偿金的权利性质如何,存在担保物权延长说与法定债权质权说两种观点。担保物权延长说认为,“我民法上抵押物之物上代位,似应解为原来担保权(于此为抵押权)之延长为宜”。^[14]判例也曾采取该说,我国台湾地区“最高法院”1970年台上字第313号判例认为,“有担保物权(抵押权、质权)之债权,而其担保物之价值超过其债权额时,自毋庸行使撤销权以资保全,又担保物虽消灭,然有确实之赔偿义务人者,依照民法第八百八十一条及第八百九十九条之规定,该担保物权即移存于得受之赔偿金之上,而不失其存在,此即所谓担保物权之代物担保性”。^[15]法定债权质权说则认为,在抵押财产因灭失得受之赔偿金时,原抵押权因抵押财产的灭失而归于消灭,抵押权人自然不再享有抵押权,其只是针对赔偿金请求权这一债权享有权利质权。^[16]

为了消除对担保物权人依物上代位性而得行使的担保权的性质争议,2007年我国台湾地区“立法机关”修订民法时,在第881条之下特别增加了第二项用于明定担保物权人享有的是法定债权质权。修订后的我国台湾地区“民法”第881条第1、2项规定:“抵押权除法律另有规定外,因抵押物灭失而消灭。但抵押人因灭失得受赔偿或其他利益者,不在此限。抵押权人对于前项抵押人所得行使之赔偿或其他请求权有权利质权,其次序与原抵押权同。”由此可知,一方面,因为抵押物等担保物的灭失,抵押权等担保物权归于消灭;另一方面,为了强化担保物权的担保效力,法律上特别赋予原担保物权人依法享有针对赔偿给付请求权的权利质权。“该权利质权虽为嗣后发生,但基于抵押权物上代位之法理,该质权乃抵押权之代替,故其次序应与原抵押权相同。”^[17]“采取此项立法政策具有确保抵押权安定性之优点。详言之,不仅可避免采取担保物权说时,所生抵押权以不动产以外之财产权为客体之奇特例外,且于转换为权利质权后,因此得适用质权之规定,一方面,使当事人与第三债务人之间之权义关系明确化,他方面使抵押权发生物上代位问题后,其行使权利之方法有明文可资依循。”^[18]

(二)我国现行法的规定与学说

我国《担保法》第58条与第73条一方面规定,抵押权、质权因抵押物或质物灭失而消灭,也就是说,抵押权、质权已经不复存在了;另一方面又规定,抵押物或质物灭失所得的赔偿金,应当作为“抵押财产”或“出质财产”。既然抵押权与质权已经消灭了,赔偿金如何又成为“抵押财产”或“出质财产”?逻辑上自相矛盾!况且,抵押权与质权皆为物权,其客体应为特定之物。赔偿金属于金钱,在赔偿义务人尚未将赔偿金支付给赔偿权利人之前,抵押人或出质人享有的只是金钱债权或赔偿金给付请求权而已,该请求权并非抵押权的客体。一旦赔偿金支付给了抵押人与出质人,即为其所有(货币的占有即所有),混入抵押人与出质人已有的金钱当中,无法特定化并被排他地加以支配,其上也不可能成立抵押权或质权。《担保法解释》第80条第2款规定:“抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下,抵押

[13] 关于担保物权人查封代位物的理由,日本民法学界有特定性维持说、优先权保全说以及折中说等不同的观点。详见注4引书,第43-44页。

[14] 郑玉波:《民法物权》,黄宗乐修订,台湾三民书局2005年版,第265页。

[15] 转引自郑冠宇:《民法物权》,台湾新学林出版股份有限公司2011年版,第458页,注27。

[16] 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第314-315页。

[17] 同注15引书,第458页。

[18] 谢在全:《民法物权论(中)》(修订五版),台湾作者印行2010年版,第370页。

权所担保的债权未届清偿期的,抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。”该规定似乎采取的是日本法上的做法,即通过查封等财产保全措施从而使保险金、赔偿金或补偿金的请求权得以特定,避免因这些代位物被支付给了担保人而成为担保人的一般财产。因此,可以认为,《担保法解释》采取的是担保物权延长说。此外,从当时的民法学说来看,多数民法学者采取的是担保物权延长说,^[19]少数学者认为应当采取法定债权质权说。^[20]

与《担保法》及《担保法解释》对物上代位性的规定相比,《物权法》有几处变化。首先,不再规定抵押权或质权因抵押物、质物的灭失而消灭。《物权法》第177条明文列举的担保物权消灭的情形中也只有“主债权消灭”、“担保物权实现”以及“债权人放弃担保物权”,而不包括担保财产灭失。其次,《担保法解释》第80条第1款规定的是“抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿”,而《物权法》第174条第一句的规定则是“担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿”。显然,《担保法解释》第80条第1款中的代位物可以理解为既包括抵押人、出质人有权获得但尚未获得的代位物,也包括有权获得且已经实际取得的代位物。《物权法》第174条规定的代位物仅限于有权获得且已经获得的代位物。第三,对于债务履行期限尚未届满时代位物如何处理的问题,《担保法解释》第80条第2款规定,抵押权人等担保物权人可以请求人民法院采取“保全”措施,而《物权法》第174条第二句则规定,可以“提存”保险金、赔偿金或者补偿金等代位物。

《物权法》颁行后,就第174条规定的担保物权人物上代位权的性质,只有个别学者认为应当采取法定债权质权说的构成,因为该说更加符合逻辑,毕竟保险金、赔偿金和补偿金请求权上不能成立抵押权,而应当是质权。^[21]我国民法学界的多数学者依然采取的是“担保物权延续说”。^[22]持此说的学者认为:首先,我国法“没有采取大陆法系各国民法公认立场,即‘抵押权代位在抵押设定人所享有的赔偿金(补偿金)请求权上’”,而是采取“抵押权代位在抵押物的变形物或代表物上”。易言之,我国《物权法》规定的是物上代位,物上代位中的代位物仍然是原担保物的转换形态,而非法定抵押、法定质押。既然担保物权是支配担保财产的交换价值的物权,即便担保财产发生了形态变化,也不应当影响该支配权利的实现,担保物权自动存续于代位物之上。其次,虽然大陆法系国家就抵押权等担保物权的物上代位性采取的法定债权质权的做法更符合逻辑,但是如果采取法定债权质权说,则会使得法律关系更加复杂化。^[23]况且,基于担保物权为价值权的特性,其效力当然及于抵押物等担保财产的价值变形物上,即及于作为抵押物的变形物的保险金请求权、赔偿金请求权和补偿金请求权之上,因此《物权法》第174条的方案更为简洁。^[24]

[19] 参见郭明瑞:《担保法原理与实务》,中国方正出版社1995年版,第94、168页;徐武生:《担保法理论与实践》,工商出版社1999年版,第281页;龙超兵:“论抵押权的物上代位性”,载《现代法学》1996年第5期;徐洁:《抵押权论》,法律出版社2003年版,第165页。

[20] 参见许明月:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版,第256页;孙鹏、肖厚国:《担保法律制度研究》,法律出版社1998年版,第181页;叶金强:《担保法原理》,科学出版社2002年版,第136页。

[21] 参见孙鹏、王勤劳、范雪飞:《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第58页。

[22] 王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2013年版,第1144页;尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第529页;陈华彬:《民法物权论》,中国法制出版社2010年版,第395页;高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第343页;陈明添、谢黎伟:“抵押权的物上代位性”,载《华东政法大学学报》2005年第3期,第63页。

[23] 参见温世扬、廖焕国:《物权法通论》,人民法院出版社2005年版,第617-618页。

[24] 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2011年版,第765-766页。

(四)我国应采取法定债权质权说

本文认为,我国应当采取法定债权质权说,所谓的担保物权延续说不仅在理论上存在解释的障碍,而且在实践中有很大的弊端,无法发挥物上代位权应有增强担保物权的担保功能,保护债权人权益的作用。

首先,当担保财产的代位物是特定的动产或不动产时,如房屋被征收时,被征收人选择的不是货币补偿而是房屋产权调换,则该用于产权调换的房屋就是代位物。此时,认为担保物权继续存在于该物之上,从理论上也能加以解释。问题是,如果担保财产因毁损、灭失或被征收获得的是保险金、赔偿金或补偿金,在给付义务人尚未支付前,它们只是债权请求权而已。此时,如果担保物权人享有的是动产质权,尚可理解为该质权继续存在于债权请求权之上。但是,对于抵押权人而言,显然不能说抵押权存在于债权请求权之上。更重要的是,如果代位物给付义务人将补偿金等代位物直接支付给了担保人后,这些金钱势必混入担保人的一般财产中,无法被特定化。此时,如果认为担保物权依然存在于已被一般财产化的保险金、赔偿金、补偿金之上,显然有违物权法的基本原理。^[25]正因如此,在我国司法实践中,一旦补偿金等代位物被支付给了担保人,法院往往就认为担保物权人已经丧失了物上代位权。例如,在“中国信达资产管理公司哈尔滨办事处与哈尔滨市城市建设投资集团有限公司等借款合同纠纷案”中,一审法院认为:由于拆迁办已经将拆迁补偿金支付给了抵押财产的所有权人,故此失去了特定性,抵押权人对拆迁补偿金的优先受偿权已经无法实现,因此抵押权人不能主张物上代位权。作为二审法院的最高人民法院明确肯定了一审法院的观点,并认为,“因大地公司享有土地使用权项下的土地被征收、抵押房屋被拆迁,拆迁补偿金即成为抵押物的代位物。根据《担保法解释》第80条第1款关于在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下,抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿之规定,信达公司哈办有权对拆迁补偿金行使优先受偿权。但由于该项补偿金已经支付给抵押人,且其中绝大部分补偿金已被抵押人转移,从而失去了行使担保物权所必需的财产的特性,抵押权人对拆迁补偿金行使优先受偿权,客观上已无实现的可能。因此,原审法院驳回信达公司哈办对拆迁补偿金行使优先受偿权的主张,并无不当”。^[26]从此案判决可以看出,担保物权延续说不仅无法保护抵押权人,反而有利于抵押人逃避应当承担的担保责任。也就是说,只要抵押人赶在抵押权人之前取得了保险金、赔偿金或补偿金实质上就消灭了抵押权人的物上代位权。

其次,担保物权延续说也不利于构建一套科学合理的物上代位权实现程序,发挥物上代位权增强担保物权之担保功能的作用。事实上,我国《物权法》与《担保法》及其司法解释缺乏的就是一套能够确保担保物权人的物上代位权得以实现的程序。该弊端最鲜明地体现在抵押权之上。与动产质权不

[25] 实践中,法院都是在判决书的主文中直接确认担保物权人有权对担保财产的补偿金、保险金或赔偿金优先受偿。例如,在“成都市农村商业银行股份有限公司与徐某某、易某某、徐某某金融借款合同纠纷案”中,一审法院判决主文中的一项为:“原告成都农村商业银行股份有限公司都江堰石羊支行对被告徐志春位于都江堰市石羊镇徐渡村5组的房屋[都房权徐渡字第0021号]毁损、灭失或者被征收等获得的保险金、赔偿金或者补偿金等享有优先受偿权。”四川省都江堰市人民法院(2012)都江堰民初字第1753号民事判决书。

[26] 奚晓明主编:《担保案件审判指导》,法律出版社2014年版,第391页。不仅如此,令人感到困惑的是,一些法院还认为,如果代位物给付义务人没有将补偿金等代位物支付给担保人,则担保物权人还不能行使物上代位权。例如,在“中国信达资产管理公司北京办事处与北京银地大厦等债权转让合同纠纷上诉案”中,法院就认为:“信达公司享有对抵押物‘银地大厦’设定抵押部分的赔偿金或补偿金优先受偿的权利。但是,根据信达公司提供的证据,并不能证明相应的拆迁补偿款已发放给银地大厦。因此,对于信达公司关于以‘银地大厦’被抵押部分的拆迁补偿款优先清偿1065万元借款本金及利息的上诉主张,本院不予支持。”参见北京市第二中级人民法院(2009)二中民终字第21978号民事判决书。

同的是,抵押权的成立不以转移抵押财产的占有为必要。在抵押人继续占有、使用抵押财产的时候,抵押权人通常无法知悉抵押财产是否灭失、毁损或者将要被征收。这种情况下,法律上不应要求抵押权人随时关注抵押财产的状况,而应当规定担保人以及代位物给付义务人负有通知、查询并取得抵押权人同意后方能支付代位物的义务,否则,抵押权人的物上代位权就无法实现。而我国现行法既未明文规定在担保财产毁损、灭失或被征收时担保人应通知担保物权人,也没有规定代位物给付义务人在向担保人支付代位物前应当查询不动产登记簿并取得担保物权人的同意。从理论根源上说,该问题的症结就在于采取了担保物权延续说来构造担保物权人的物上代位权。依据担保物权延续说,既然担保物权不因担保财产的毁损、灭失而受任何影响,继续存在于代位物之上,担保物权人的权利没有受到任何影响,那么有何必要规定担保人和代位物给付义务人的通知、查询及取得同意的义务?自然,当债权人无法实现担保物权来满足债权时,代位物给付义务人也不会因为没有通知或取得同意而承担赔偿责任。在我国司法实践中,一些法院甚至认为,在担保财产出现毁损、灭失或被征收的情况时,不是担保人要告知,而是担保物权人要负担注意担保物状况变化的义务,否则将因怠于行使权利而承担不利后果。例如,在“珠海市嘉运投资有限公司与兴宁金雁房地产有限公司等侵权责任纠纷上诉案”中,抵押权人嘉运公司认为,拆迁人金雁公司在对房屋实施动迁前没有查明房屋上是否设定了抵押权并通知抵押权人,就与抵押人农药厂签订了《房屋拆迁作价补偿协议书》及《兴城石光街北面农药厂部分地段房屋拆迁作价补偿协议书》并支付了全部补偿款,故此侵害了抵押权人的权利。然而,法院认为,“我国法律并未规定拆迁人在拆迁设有抵押权的抵押物时对抵押权人负有协商、通知义务。故金雁公司的拆迁行为不具有违法性,嘉运公司的该项主张不能成立”。法院进一步认为,抵押权人应负有注意抵押物状况的义务,即“兴宁市政府在对涉案项目作出征收决定后,兴宁市房地产管理局已经作出公告,涉案抵押物的原抵押权人工行兴宁支行应当知晓抵押物面临即将灭失的风险,即应注意抵押物的状况,积极与抵押人协商,维护其抵押权益。嘉运公司作为该抵押权的受让人,也相应负有对抵押物状况的注意义务,并得以抵押权人身份,根据抵押物的被征收拆迁状况,积极向抵押人主张权利,而不应怠于行使权利,直至抵押物灭失”。^[27]再如,在一起案件中,抵押人的房屋被拆迁,抵押人和拆迁公司都没有通知抵押权人,拆迁公司直接将拆迁补偿款支付给了抵押人,而作为债务人的抵押人不履行债务,且将拆迁款转移了。法院认为,作为房屋抵押权人的银行,“应随时关注还款人的还款情况及抵押房屋的状况。涉案房屋拆迁在该地块张贴公告,且甲银行住所地离拆迁地只有一公里,如甲银行稍加留意应能知道拆迁事项,但甲银行却未及时向李某某主张权利也未告知动迁公司应对安置款进行提存。银行疏于管理也是造成本案的原因之一”。^[28]

如果采取法定债权质权说来理解担保物权人的物上代位权,那么在担保财产毁损或灭失而担保人因此获得保险金、赔偿金或补偿金的给付请求权时,担保物权人就成为了权利质权人,即无论担保物权人原先享有的是抵押权还是质权,均依法转化为以保险金、补偿金和赔偿金的给付请求权——这一普通债权——为标的物的权利质权。依据权利质权的基本原理,作为第三债务人的代位物给付义务人即便没有得到出质人的同意,向质权人为清偿的,依然会使得质权人在所受利益的限度内发生债权受清偿的效力,从而使得出质人在该范围内免责,而第三债务人也可以以该清偿为由,向出质人主

[27] 广东省高级人民法院(2013)粤高法民一终字第97号民事判决书。

[28] 参见上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民六(商)终字第187号民事判决书。

张在所受利益的范围内,消灭出质人对第三债务人的债权。反之,如果第三债务人没有得到质权人的同意,而自行向出质人清偿,该清偿对质权人不发生效力,质权人依然在能够实现质权时,对第三债务人主张权利。在这种情况下,第三债务人势必要查询不动产登记簿从而了解是否存在抵押权,并在向担保财产所有人给付保险金、赔偿金或补偿金之前得到担保物权人的同意,否则其要继续承担向质权人给付代位物的义务。如此一来,就能非常有效地保护担保物权人的利益,真正实现法律上确立担保物权的物上代位性的目的。

最后,担保物权延长说也与我国《物权法》的整体规定不协调。日本民法之所以采取担保物权延续说是因为,一方面日本民法承认抵押权等担保物权具有追及效力,另一方面日本法上的代位物的范围也很广,抵押财产转让和出租所得的价金也属于代位物,为抵押权的效力所及。但是,我国《物权法》既不承认抵押权的追及效力,^[29]同时也没有将转让抵押财产的价金或出租的租金作为代位物,整体构造与日本民法有很大的差别。因此,原则上应当认为由于担保财产的灭失而担保物权原则上归于消灭,只是在有代位物请求权时担保物权依法存在于该请求权之上,即产生所谓法定的债权质权。

综上所述,我国民法学界应当摒弃担保物权延续说,改采法定债权质权说,并在未来编纂民法典时,以该学说为基础建构一套科学合理的物上代位权的实现程序。

三、物上代位权实现程序的具体内容

(一) 比较法上的规定

为了确保物上代位权的实现,大陆法系国家或地区的民法都对物上代位权的实现程序作出了详细规定。例如,在德国,为了确保抵押权人针对保险金债权的质权能得到实现,《德国民法典》第1128条作出了如下规定。首先,给保险人和被保险人施加了“通知义务(Benachrichtigungspflicht)”,即保险人或者被保险人必须将建筑物发生损害的事实通知抵押权人,且自通知受领时起一个月的期间届满后,才能向被保险人支付保险赔偿金,该支付的效力及于抵押权人。其次,赋予了抵押权人以“异议权(Widerspruch)”,即抵押权人在保险人或被保险人通知后的一个月内,针对保险人的支付保险赔偿金有权提出异议。如果抵押权人提出异议的,则保险人必须向被保险人和抵押权人共同给付(《德国民法典》第1281条第一句)。^[30]第三,抵押权人可以向保险人登记(Anmelden)。一旦抵押权人登记了抵押权的,那么保险人只有在得到抵押权人的书面同意后,方能向被保险人支付赔偿金且该效力及于抵押权人。否则,即便保险人向被保险人支付了赔偿金,对抵押权人不发生效力,抵押权人依然有权请求保险人支付保险赔偿金。最后,由于德国民法对不动产抵押权的设立采取的是登记生效要件主义(《德国民法典》第873条第1款),保险人完全可以通过查询登记簿而知悉抵押权的有无,因此,《德国民法典》第1128条第3款第二句规定,保险人不得援用其对土地登记簿上登记的抵押权不知情来作为抗辩。

《瑞士民法典》第970条确立了不动产登记簿的公开原则,因此保险人有义务查阅不动产登记簿,

[29] 程啸:“论抵押财产的转让——‘重庆索特盐化股份有限公司与重庆新万基房地产开发有限公司土地使用权转让合同纠纷案’评释”,载《中外法学》2014年第5期,第1382页。

[30] MuenchKommBGB/Eickmann (Fn. 9), Rn. 15.

了解被保险的不动产上是否存在抵押权。^[31] 当查阅登记簿知道了不动产上存在抵押权后,依据《瑞士民法典》第 822 条第 1 款,保险人只有在得到全体不动产抵押权人的同意后,才能将保险金支付给被保险的不动产所有人。倘若不动产抵押权人不同意的,则保险人应当依法院的规定提存(gerichtlich zu hinterlegen)该保险金。^[32]

在日本,依据《日本民法典》第 304 条第 1 款,先取特权人必须在金钱或其他物品等代位物交付给债务人之前,向法院申请查封。这种查封不是物上代位权的成立要件,而是物上代位权的行使要件。通过法院的查封,既能确保代位物给付请求权被特定、持续存在,不因支付而消灭,也能通过查封进行公告,以确保其优先受偿的地位(尤其是在债务人还有其他债权人的时候)。^[33] 法院在查封了代位物给付请求权后,会向给付义务人发出转付命令,由代位物给付义务人向担保物权人进行支付。

我国台湾地区“民法”采取的是法定债权质权说,故此,担保物权人实现物上代位权的方法依据“民法”第 905 条至第 906 条之三关于实现权利质权的规定即可,除非法律另有特别规定或当事人另有约定。我国台湾地区“民法”第 905 条规定:“为质权目标物之债权,以金钱给付为内容,而其清偿期先于其所担保债权之清偿期者,质权人得请求债务人提存之,并对提存物行使其质权。为质权目标物之债权,以金钱给付为内容,而其清偿期后于其所担保债权之清偿期者,质权人于其清偿期届至时,得就担保之债权额,为给付之请求。”据此,作为第三债务人的代位物给付义务人未经抵押权人的同意,不得再向抵押人进行清偿。由于我国台湾地区“民法”对于不动产抵押采取的是登记生效要件主义,因此第三债务人完全可以通过查询登记簿知悉抵押权的存在,一般不发生第三债务人不知标的物有抵押权而将保险金或赔偿金支付给抵押人的问题。但为了避免第三债务人负担过重的责任,^[34] 我国台湾地区“民法”仍在第 881 条第 3 项规定:“给付义务人因故意或重大过失向抵押人为给付者,对于抵押权人不生效力。”学说上认为,尽管如此,在抵押权人知道有物上代位的情形发生后,还是应当尽快通知第三债务人,从而保护自己的权利。^[35]

(二) 我国现行法的缺陷

对于担保物权人的物上代位权应当如何实现,《担保法》完全没有规定。为了弥补这一缺陷,《担保法解释》第 80 条第 2 款作了以下规定:“抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下,抵押权所担保的债权未届清偿期的,抵押人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。”但是,该规定并不足以保护抵押权人等担保物权人物上代位权的实现。首先,当担保物权担保的债权已届清偿期,担保物权人具体应当如何实现物上代位权,并不明确。例如,担保物权人能否要求保险金、赔偿金或补偿金等代位物的给付义务人直接向自己支付? 在代位物给付义务人直接将代位物支付给担保人时,该给付对担保物权人是否发生效力? 对于这些问题,《担保法解释》第 80 条没有规定。其次,对于需要移转担保财产占有的担保物权,如动产质权,担保物权人当然很清楚担保财产是否发生灭失或毁损的情形,从而及时主张物上代位权。但是,对于抵押权这种不移转占有的担保物权来说,无论抵押权担保的债权的清偿期是否届满,都存在一个抵押权人如何才能知道抵押物灭失、毁损或者被征用

[31] Handkomm - Christina Schmid - Tschirren, ZGB, 2006, § 822 Rn. 7.

[32] Handkomm - Christina Schmid - Tschirren (Fn. 32), Rn. 8.

[33] 关于查封必要性的讨论,详见注 4 引书,第 43 - 44 页。

[34] 同注 18 引书,第 371 页。

[35] 同注 18 引书,第 371 页。

的问题。既然抵押权人难以知悉,而抵押人与代位物给付义务人又没有通知抵押权人的义务,试问抵押权人如何能够请求法院对保险金等代位物采取财产保全措施?因此,《担保法解释》第80条第2款的规定在不动产抵押的实践中并不具有可操作性。^[36]

《物权法》第174条第二句改变了《担保法解释》第80条第2款的规定,依据该句,在担保债权的履行期限尚未届满时,担保物权人不是请求法院采取查封或扣押等保全措施,而是规定“也可以提存该保险金、赔偿金或补偿金等”。所谓“也可以提存”代位物的主体究竟是谁?有的人认为,是指担保人,即担保人可以自己或者应担保物权人的要求向提存机构提存保险金等代位物。^[37]有的学者认为,所谓提存代位物的人是担保人,当然担保物权人与担保人也可以就提存进行协商,担保物权人不能单方面作出决定。^[38]显然,无论采取何种观点,是否提存仍取决于担保人。如果担保人在得到代位物后不告知担保物权人,或担保物权人虽然知道担保人取得了代位物并要求其提存,但担保人予以拒绝。在这两种情形下,担保物权人的物上代位权也都无法实现。不仅如此,当同一财产上有多个顺序的担保物权人时,这些担保物权人如何就代位物受偿?当代位物被支付给了担保人,担保人的其他普通债权人向法院申请财产保全,查封了包含代位物的担保人的财产后,此时,担保物权人如何实现其物上代位权?

对于上述问题,现行法上均无规定。2001年颁行的《城市房屋拆迁管理条例》第30条对于房屋拆迁时抵押权如何处理的问题曾有一个原则性的规定,即“拆迁设有抵押权的房屋,依照国家有关担保的法律执行”。但是,该条例于2011年1月21日被《国有土地上房屋征收与补偿条例》废除,新的条例中对于房屋拆迁时抵押权人物上代位权如何实现,连原则性的规定都没有。目前,我国仅有少量的地方政府规章就抵押房屋被征收时如何保障抵押权人的物上代位权作出了一些简单的规定。例如,《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》^[39]第39条规定:“征收设有抵押权的房屋,抵押人与抵押权人应当按照国家和本市房地产抵押规定,就抵押权及其所担保债权的处理问题进行协商。抵押人与抵押权人达成书面协议的,房屋征收部门应当按照协议对被征收人给予补偿。达不成协议,房屋征收部门对被征收人实行货币补偿的,应当将补偿款向公证机构办理提存;对被征收人实行房屋产权调换的,抵押权人可以变更抵押物。”再如,《宁夏回族自治区实施〈国有土地上房屋征收与补偿条例〉办法》^[40]第23条规定:“设有抵押权的房屋被征收的,被征收人(抵押人)应当与抵押权人就抵押权及其所担保债权进行协商。被征收人(抵押人)与抵押权人就解除房屋抵押权达成协议并且已到抵押物登记部门办理了解除抵押物登记手续的,房屋征收部门应当对被征收人给予补偿。未协商或者协商后未就解除房屋抵押权达成一致意见的,房屋征收部门对被征收人实行货币补偿的,应当将补偿款向公证机构依法办理提存手续;对被征收人实行房屋产权调换的,抵押权人可以就产权调换房屋到

[36] 笔者检索北大法宝案例数据库后发现,适用了《担保法解释》第80条的法律文书有12件,但没有一件法律文书中的抵押权人依据《担保法解释》第80条第2款,请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取过保全措施的。

[37] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第309页。

[38] 王利明:同注22引书,第1148页。

[39] 2011年10月10日上海市人民政府第121次常务会议通过,自公布之日起施行。

[40] 2013年12月16日宁夏回族自治区人民政府第16次常务会议讨论通过,自2014年2月1日起施行。

抵押物登记部门办理变更抵押物登记手续。”^[41]

尽管上述地方政府规章对于确保抵押房屋被征收时抵押权人物上代位权的实现有一定的帮助,但是,一则这些规定的效力层级比较低,法院只是参照适用。其中,有些问题如房屋置换时对抵押权人变更抵押物的规定属于民事基本法律问题,地方性法规或地方政府规章无权规定;二则这些规定仅仅适用于抵押房屋被征收的情形,对于其他代位物如保险金、赔偿金则无法适用。因此,迫切需要从法律上对物上代位权的实现程序作出系统完善的规定。^[42]

(三) 未来我国民法典应以法定债权质权说为基础构建物上代位权的实现程序

如前所述,以担保物权延续说来解释《物权法》第 174 条,不仅理论上难以自圆其说,而且在实践中也滞碍难行。因此,未来我国编纂民法典时,应当修订《物权法》第 174 条,明确采取法定债权质权说,构建一整套科学合理的物上代位权的实现程序。^[43] 具体来说,应规定以下内容。

第一,明确采取法定债权质权说,即原则上规定担保人因担保财产毁损、灭失或被征收而有权取得保险金、赔偿金或补偿金时,担保物权人的原担保物权即依法律之规定直接转化为权利质权(即法定债权质权)。该法定债权质权的标的物不是保险金、赔偿金或补偿金,而是保险金、赔偿金或补偿金的请求权。由于该权利质权是依法产生的,所以不以登记为生效要件。如果同一担保财产上有多个抵押权,则这些抵押权均按照原有的顺序相应地转化为权利质权,依据《物权法》第 199 条确定的顺序受偿。如果担保财产只是毁损,并未灭失,则一方面基于不可分性,担保物权继续存在于剩余的担保财产之上;另一方面,担保物权人也相应地享有针对赔偿金请求权的法定债权质权。

第二,当代位物是金钱以外的物时,担保物权人的原担保物权继续存在于代位物上。这主要适用于不动产抵押,包括两种情形。一是抵押房屋被拆迁,采取房屋产权调换方式。由于我国房屋征收并不绝对地采取货币补偿的方式,也可以采取房屋产权调换的方式,并且被征收人享有选择的权利(《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 21 条第 1 款)。所谓房屋产权调换,就是由作出房屋征收决定的市、县级人民政府提供改建地段或者就近地段的房屋。如果被征收的房屋上有抵押权的,此时,调换的房屋就是原房屋的代位物,这种情况下抵押权人的抵押权并不转换为法定债权质权,而是作为法定抵押权继续存在于调换的房屋之上(并非某地方政府规定的只是“变更抵押物”)。调换的房屋上的抵押权是依法产生的,不以登记为生效要件。但是,为了维护交易安全,保护第三人的合法权益,抵押权人应当就调换房屋上的抵押权向不动产登记机构单方申请抵押权(宣示)登记。如果不登记的,则不能对抗善意第三人。例如,被征收人将调换房屋转让给他人时,由于登记簿上没有抵押权的记载,

[41] 类似的规定还有《长沙市国有土地上房屋征收与补偿实施办法》(2011 年 12 月 6 日起施行)第 45 条、《武汉市国有土地上房屋征收与补偿实施办法》(2013 年 1 月 1 日起施行)第 37 条;《深圳市房屋征收与补偿实施办法(试行)》(2013 年 5 月 1 日起施行)第 38 条、《新疆维吾尔自治区实施〈国有土地上房屋征收与补偿条例〉办法》(2014 年 1 月 1 日起施行)第 38 条。

[42] 最高人民法院正在起草《物权法》中担保物权部分的司法解释。该司法解释 2013 年 4 月的讨论稿曾于第 14 条规定:“物权法第一百七十四条规定的因担保财产毁损、灭失或者被征用等所取得的代位物,应当按照物权法第一百九十九条规定的担保物权顺位进行分配。负有给付代位物义务的人因恶意或者重大过失向担保人给付代位物,并以此为由对抗担保物权人的权利主张的,人民法院不予支持。”

[43] 也有学者认为,我国未来民法典应当借鉴我国台湾地区“民法”关于物上代位权的规定。例如,梁慧星教授主持的民法典草案学者建议稿第 545 条规定:“抵押权的效力及于因抵押物毁损、灭失所取得的代位物。因抵押物毁损、灭失所取得的代位物,按照各抵押权成立的先后顺位进行分配。顺位相同的,按照抵押担保的债权比例分配。负有给付代位物义务的人,因恶意或重大过失向抵押人为给付的,其给付对抵押权人不发生效力。”梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·物权编》,法律出版社 2013 年版,第 527 页。

故此购买人取得的是不负有抵押权的房屋。二是抵押人拆除抵押的房屋而自行在原地重建或与他人联建房屋并约定分区一定的份额,这种情形下,新建的房屋和联建房屋中抵押人应有的份额仍然属于代位物,抵押权继续存在于其上。例如,最高法院在有关案件中认为,“虽然电通公司与亚力公司在履行联建协议中可能存在争议,亚力公司实际应分得的联建房屋的份额不确定,但联建协议所约定的亚力公司应分得联建房屋的份额是南阳路支行享有抵押权的抵押物的交换价值的体现,是抵押物的价值变形物,南阳路支行所享有的抵押权的效力及于该价值变形物,电通公司与亚力公司因联建协议所产生的争议及是否实际应取得联建协议约定的份额不能对抗南阳路支行的优先受偿权。电通公司因南阳路支行行使该优先受偿权所产生的损失只能向亚力公司追偿。因此,原审判令在亚力公司不能向南阳路支行偿还借款本息时,电通公司以其控制的亚力公司应分得的联建房屋予以清偿并无不当,应予维持。但因亚力公司设定抵押物的价值为1000万元,原审判决未将南阳路支行的优先受偿权限定在1000万元的范围内不当,应予纠正”。^[44]

第三,规定担保人负有通知担保物权人的义务。担保人在担保财产发生灭失、毁损或被征收时,负有通知担保物权人的义务。^[45] 如果担保物权担保的债权的履行期已经届满而债务人未履行债务的,担保物权人有权就代位物优先受偿,即要求代位物给付义务人将保险金、赔偿金或补偿金支付给自己,超过债权数额的部分归担保人所有,不足的部分由债务人清偿。如果担保物权担保的债权的履行期尚未届满的,则担保物权人有权要求代位物给付义务人提存该代位物。

担保人的通知义务对于那些不以登记为生效要件且实际未办理登记的担保物权的权利人特别有用。例如,《物权法》第188条规定的动产抵押权以及船舶抵押权、航空器抵押权,即便不登记,抵押权也产生,抵押权人也有物上代位权。但是,代位物给付义务人无法通过查询登记簿而知悉是否存在抵押权人,自然无法通知。此时,担保人有义务通知债权质权人(原担保物权人)。原担保物权人有权要求代位物给付义务人向自己和担保人共同给付,或者将代位物提存。如果担保人不履行通知义务,导致担保物权人无法实现物上代位权的,则属于物上保证人的担保人应在其所获得的保险金、赔偿金或补偿金的范围内承担相应的担保责任。如果担保人本身就是债务人,其自然应当完全履行债务,并且不存在以所获得的代位物为限的问题。

第四,明确规定代位物给付义务人在给付代位物前应查询不动产登记簿,并将保险金、赔偿金或补偿金请求权产生的事实通知债权质权人(即担保物权人)。在取得债权质权人同意后,代位物给付义务人才能向担保人支付保险金、赔偿金与补偿金。质权人同意的,可以给付,由此产生的后果就是质权人的质权因债务的清偿而消灭。质权人不同意的,代位物给付义务人应当将代位物提存。倘若在未取得质权人同意的情况下,代位物给付义务人就向担保人给付代位物的,则对质权人不发生效

[44] 中华人民共和国最高人民法院(2001)民二终字第106号民事判决书。

[45] 我国包括最高法院在内,不少法院判决也认为,抵押人在抵押的房屋被拆迁时,应当履行通知抵押权人的义务。相关案例参见,“中国信达资产管理公司哈尔滨办事处与哈尔滨市城市建设投资集团有限公司、黑龙江雅美食品加工有限公司、原审被告哈尔滨大地农业有限公司借款合同纠纷上诉案”,同注27引书,第391页;“中国工商银行宣城分行营业部诉宣城市宣州区百货公司、宣州百货商城、芜湖百蕊房地产公司宣城分公司、安徽杰成房地产公司侵害抵押物权损害赔偿纠纷抗诉案”,载最高人民法院民事行政检察厅:《民事行政检察指导与研究》(总第5集),法律出版社2006年版,第231页以下。

力,质权人于质权实现的条件成就时,依然有权请求代位物给付义务人给付保险金、赔偿金或补偿金。^[46]而代位物给付义务人在向债权质权人履行给付以后,有权依据不当得利请求担保人返还所受领之给付,即返还保险金、赔偿金和补偿金。代位物给付义务人的查询义务是针对那些采取登记生效要件主义与登记对抗要件主义的担保物权而言。通过查询登记簿,代位物给付义务人可以知道是否存在担保物权,并通知且在支付代位物给担保人之前取得担保物权人的同意。

(四)增担保请求权与物上代位权适用上的关系问题

《担保法》第51条第2款规定:“抵押人对抵押物价值减少无过错的,抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分,仍作为债权的担保。”^[47]该款规定的是,如果因不可归责于抵押人的事由而使抵押物的价值减少时,抵押权人如何保全其权利。所谓不可归责于抵押人的事由,即不是由于抵押人的过错(故意或过失)所致的事由,包括自然原因(如洪水、雪崩、地震)、不动产市场的价格波动、建筑物的老化或者公法、私法上对所有权产生的限制等。^[48]此时,抵押权人只能在抵押人因损害而得到的损害赔偿的限度内,要求抵押人提供担保。换句话说,抵押人如果没有因损害而获得赔偿,则抵押权人没有权利要求抵押人提供担保;如果抵押人获得了赔偿,抵押权人有权要求抵押人提供担保的范围,也仅以抵押人所受损害赔偿为限;如果抵押人提出以其获得的该项损害赔偿作为担保,抵押权人不能加以拒绝而要求抵押人另提供与损害赔偿额相当的物的担保。

对于抵押财产非因抵押人过错而减值时的增担保请求权与抵押权的物上代位权的关系,存在不同的观点。第一种观点认为,两个请求权存在区别,分别适用不同的对象。增担保请求权“是担保的补充,且系就抵押物仍然存在,仅其价值减少而为规定者(例如供抵押之耕地,虽经挖土制砖,该地仍然存在;供抵押之房屋,虽因灾害破漏,该屋仍然存在。但两者的价值均已减少是)。与抵押物本身一部减少(一部灭失)之情形不同(例如供抵押之耕地五亩,被洪水流失二亩;供抵押之房屋三间,烧毁一间是)”。^[49]第二种观点认为,增担保请求权与物上代位权会发生请求权的竞合,抵押权人可以择一行使。^[50]第三种观点认为,当抵押财产非因可归责于抵押人的原因而减少价值时,不仅抵押权人可以提出增加担保的要求,抵押人也有此权利,并且抵押人可以通过行使该权利,从而阻止抵押权人就抵押财产因毁损、灭失而取得的代位物行使物上代位权,此时抵押权人不得拒绝。“盖以抵押权之目的本来就在于把握抵押物之交换价值,以确保将来债权之清偿,今已由抵押人提出相当之担保,对其抵押权毫无损害可言;相反地,债务人本在于提供抵押,贷款使用。抵押权人之在保险金上行使物上代位,如抵押债权未届清偿期的时候,所获取之保险金,除有特约或经抵押人之同意外,理应把它提存,以待将来抵押权实行之需。但钱被提存而冻结使用,对债务人以及经济社会言均甚为不利及不经

[46] 我国台湾地区“民法”第881条第3项规定:“给付义务人因故意或重大过失向抵押人为给付者,对于抵押权人不生效力。”笔者认为,在给付义务人知道担保物权人的存在时,其就不应向抵押人为给付,没有必要将条件限制为给付义务人是故意或重大过失。

[47] 《担保法》该款借鉴了瑞士和我国台湾地区的立法。《瑞士民法典》第810条第1款规定:“对非因所有人的过失而发生的价值减少,担保权人仅在所有人因损害而已受到赔偿的范围内,有请求担保或清偿的权利。”我国台湾地区“民法”第872条第4项规定:“抵押物之价值因不可归责于抵押人之事由致减少者,抵押权人仅于抵押人因此所受利益之限度内,请求提出担保。”

[48] *Handkomm - Christina Schmid - Tschirren* (Fn. 32), Rn. 2.

[49] 姚瑞光:《民法物权论》,台湾作者印行1999年版,第236页。

[50] 郑玉波:同注14引书,第270页;谢在全:同注18引书,第437页;郭明瑞:同注19引书,第186页。

济,对于债权人言亦未尝有益。”^[51]故此,为顾及债务人利益以及社会金融流通和经济的发展,应当认为,此时增担保请求权可以排除物上代位权而优先行使。^[52]第四种观点认为,增担保请求权与物上代位性不冲突。郑冠宇教授认为,由于我国台湾地区“民法”第881条第3项规定:“给付义务人因故意或重大过失向抵押人为给付者,对于抵押权人不生效力。”因此,倘若给付义务人并非因为故意或重大过失而向抵押人为给付的,则给付义务消灭。抵押权人的权利质权也因而消灭,此时,抵押权人有必要依据第872条要求抵押人增加担保。反之,如果给付义务人因为故意或重大过失而向抵押人给付的,因该给付对抵押权人不生效力,故其给付义务不消灭,此时依据行使的物上代位性就足够保护抵押权人了,实无增加担保之必要,故此不发生竞合的问题。^[53]

笔者认为,从理论上说,如果立法上已经承认担保物权具有物上代位性,在抵押财产非因可归责于抵押人的原因而价值减少时,担保物权人行使物上代位权即足以担保债权。因此,没有必要再允许抵押权人在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保,从而给予抵押权人双重保护。^[54]但是,就我国而言,由于目前并没有一套合理的担保物权人实现物上代位权的机制,故此,承认物上代位权与增担保请求权的竞合,由抵押权人择一行使之,亦可谓弥补物上代位权立法之欠缺。

四、侵害物上代位权的损害赔偿责任

物上代位性是担保物权的属性之一,侵害物上代位权实质上就是侵害担保物权。我国《侵权责任法》第2条第2款也明确地将担保物权纳入侵权法保护的民事权益范围。因此,在代位物给付义务人侵害物上代位权给担保物权人造成损失时,其承担的是侵权损害赔偿责任。^[55]

担保人就是债务人的情况下,因其本身就与担保物权人之间存在债权债务关系,故无所谓侵害物上代位权的问题。而当担保人是债务人之外的第三人时,完全可能存在担保人单独或与代位物给付义务人恶意串通共同侵害担保物权人的物上代位权的问题。至于代位物给付义务人一般不会单独地故意侵害担保物权人的物上代位权,因为这样做对其没有什么利益。反正其要支付保险金、赔偿金与补偿金,支付给谁对其来说没有区别。因此,实践中代位物给付义务人往往是由于过失而侵害物上代位权,或者与担保人恶意串通共同侵害物上代位权。

目前,我国司法实践中,侵害物上代位权的纠纷主要发生在抵押权人与抵押房屋的拆迁人之间,即抵押的房屋被征收后拆除,但抵押权人并不知悉,拆迁人将抵押房屋被征收后的补偿款全部支付给了抵押人,当债务人到期不履行债务后,抵押权人要实现抵押权时才发现抵押财产已经灭失而抵押人也已将所得的补偿款转移。于是,抵押权人往往针对抵押人(多为债务人)与拆迁人提起诉讼,要求其

[51] 同注2引书,第419页。

[52] 参见孙鹏、肖厚国:同注20引书,第185-186页。

[53] 同注15引书,第474页。

[54] 程啸:《中国抵押权制度的理论与实践》,法律出版社2002年版,第347页。

[55] 司法实践均认为,侵害物上代位权产生的是侵权赔偿责任。参见“甲银行等与丙拆迁公司其他侵权责任纠纷上诉案”,上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民六(商)终字第187号民事判决书;“上海银行股份有限公司诉上海浦东工程建设管理有限公司等其他侵权责任纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2013)浦民六(商)初字第8710号民事判决书;“珠海市嘉运投资有限公司与兴宁金雁房地产有限公司等侵权责任纠纷上诉案”,广东省高级人民法院(2013)粤高法民一终字第97号民事判决书;“包头市郊区农村信用联社股份有限公司与土默特右旗城市管理执法大队、土默特右旗人民政府侵权责任纠纷案”,内蒙古自治区高级人民法院(2013)内商终字第31号民事判决书。

承担侵害物上代位权的赔偿责任。^[56] 在没有规定代位物给付义务人通知并取得担保物权人同意的义务的情况下,法院对于拆迁人等代位物给付义务人有无过错,存在不同的看法。有些法院认为,法律没有规定拆迁人有此种通知或者取得担保物权人同意后才能支付补偿款的义务,故此拆迁人将补偿款支付给抵押人的行为并不违法,也没有过错,不承担赔偿责任。^[57] 有些法院则认为,拆迁人在拆迁抵押房产之前,未向房产登记机关查询被拆迁房产的权利人信息,未将拆迁事项通知抵押权人,未要求被拆迁人与抵押权人协商,也未向公证机关提存补偿款,而是将拆迁补偿款直接发放给被拆迁人,显然是存在过错的。因此,需要承担赔偿责任。^[58]

显然,在未来我国民法典明确采取了法定债权质权说后,代位物给付义务人有查询登记簿与通知担保物权人的义务。如果代位物给付义务人不履行该义务,当然存在过错。由此给担保物权人造成损失的,需要承担赔偿责任。问题是,代位物给付义务人如何承担赔偿责任。对此,一种意见认为,代位物给付义务人应当在债务人不能清偿的范围内向债权人承担相应的补充赔偿责任。理由在于:首先,作为债务人的抵押人是债务的终局承担者,因此在债务人还有其他可供清偿的财产时,债务人自然是第一位的责任人,先行承担赔偿责任;^[59]其次,代位物给付义务人的过错行为并不必然导致债权人的抵押权受损,债权人的抵押权无法实现的根本原因还是取得了补偿款的抵押人不承担担保责任或不履行债务,故此,代位物给付义务人的过错行为与抵押权人的损失之间只是存在一定的因果关系而已,应当承担的是与其过错和原因力相应的责任。^[60]

另一种意见认为,侵害抵押权人物上代位权的实质就是导致债权人的债权无法获得实现,而造成债权人的债权无法实现的原因有二:一是作为抵押人的债务人因为不诚信而不履行债务,未将抵押财产毁损、灭失的情形告知抵押权人;二是补偿款等代位物的给付义务人违规向抵押人支付补偿款。因此,抵押人与代位物给付义务人实际上构成了多数人侵权。我国《侵权责任法》第12条规定:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。”故此,鉴于抵押人与补偿款给付义务人是以不同的方式共同导致了债权人的抵押权及优先受偿权被侵害,债权不能全部受偿,而且侵权各方的责任无法确定大小,因此抵押人与代位物给付义务人应各承担50%的侵权责任。^[61]

本文认为,应当区分抵押人是债务人还是债务人之外的第三人,分别确定第三债务人(即代位物给付义务人)侵害物上代位权的赔偿责任问题。当抵押人就是债务人时,第三债务人侵害物上代位权的,应当承担补充赔偿责任,但最大赔偿范围不超过第三债务人负有给付义务的赔偿金、保险金或补偿金的数额。这是因为债务人是债务的终局承担者,让债务人先承担责任,可以避免追偿的繁琐,减

[56] 司法实践中的诉讼模式有多种,有的以债务人和代位物给付义务人为共同被告,有的以债务人为被告,而以代位物给付义务人为第三人,还有的仅以债务人为被告。

[57] “珠海市嘉运投资有限公司与兴宁金雁房地产有限公司等侵权责任纠纷上诉案”,广东省高级人民法院(2013)粤高法民一终字第97号民事判决书。

[58] 上海银行股份有限公司诉上海浦东工程建设管理有限公司等其他侵权责任纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2013)浦民六(商)初字第8710号民事判决书。

[59] 张文婷:“拆迁人因发放补偿款致抵押权人利益受损的法律责任”,载《人民司法》2013年第12期,第87页。

[60] 上海银行股份有限公司诉上海浦东工程建设管理有限公司等其他侵权责任纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2013)浦民六(商)初字第8710号民事判决书。

[61] 参见“包头市郊区农村信用联社股份有限公司与土默特右旗城市管理执法大队、土默特右旗人民政府侵权责任纠纷案”,内蒙古自治区高级人民法院(2013)内商终字第31号民事判决书。

少司法讼累。当抵押人是债务人之外的第三人时,抵押人与第三人债务人就债务人不能偿还的部分承担连带赔偿责任,最大的赔偿范围也不超过第三债务人负有给付义务的赔偿金、保险金或补偿金的数额。

五、结语

综上所述,担保物权的物上代位性有助于增强担保物权的担保功能,确保债权人的债权得到圆满的实现,但如果欠缺一套合理可行的担保物权人实行物上代位权的程序,则立法者对担保物权物上代位性的规定势必形同具文。故此,未来我国编纂民法典时应当明确规定,在担保物因毁损、灭失或被征收后获得保险金、补偿金和赔偿金时,担保物权人的担保物权(无论原本为抵押权抑或质权)皆转化为法定质权,即以保险金、补偿金和赔偿金之请求权为标的的法定债权质权。此外,立法上还应当明文规定,在担保物因毁损、灭失或被征收时,担保人有义务通知担保物权人,代位物给付义务人也有义务查询不动产登记簿,并应在向担保人给付代位物前取得担保物权人的同意。此外,为了弥补物上代位权立法的欠缺,应承认物上代位权与增担保请求权的竞合,由抵押权人择一行使之。如果代位物给付义务人违反义务,侵害物上代位权而给担保物权人造成损失的,则应承担侵权赔偿责任。

On the Enforcement Procedure of Subrogation Right of Holders of Real Rights for Security

Cheng Xiao

Abstract: According to the Article 174 of Chinese Property Law, in case the property for security is damaged, lost or expropriated during the term of security, the real rights for security extend to the insurance and compensation for damages or expropriation, etc. There is not a reasonable enforcement procedure of subrogation right of holders of real rights for security in the existing laws of China. The future Chinese Civil Code should abandon the theory of extending rights for security and establish a reasonable enforcement procedure of subrogation right of holders of real rights for security in the foundation of the theory of pledge of claim. Meanwhile, Chinese Civil Code should clearly provide that the mortgagor or pledgee has a duty to notify the holder of real rights for security in case the property for security is damaged, lost or expropriated. Before the payment anyone who has the obligation to pay the insurance and compensation for damages or expropriation should obtain the consent of the holder of real rights for security.

Keywords: property law; real rights for security; subrogation right; legal pledge of claim

(责任编辑:丁洁琳)

寄送买卖的风险转移与损害赔偿

——基于比较法的研究视角

朱晓喆*

摘要:寄送买卖是国内和国际贸易常见的一种交易形式,其本质特点在于出卖人仅负责安排运输发送货物,而不承担运输货物的义务。出卖人将货物移交给承运人,并非完成买卖合同的交付义务,所有权未发生转移,但价金风险发生转移。出卖人虽不承担运输义务,但如果未尽到合理安排运输以及其他注意和保护等附随义务,应承担损害赔偿责任,且价金风险不转移。寄送买卖中独立的承运人并非出卖人的债务履行辅助人,出卖人无须为承运人的过错负责。如果货物发生毁损灭失,在符合适当构成要件时,买受人可主张侵害货物所有权的损害赔偿请求权或违反运输合同的违约责任请求权。

关键词:寄送买卖 价金风险 附随义务 履行辅助人 损害赔偿

一、问题之提出

2006 年国家司法考试试卷三第 10 题是一道涉及买卖合同风险转移的单项选择题。题目如下:“甲、乙签订货物买卖合同,约定由甲代办托运。甲遂与丙签订运输合同,合同中载明乙为收货人。运输途中,因丙的驾驶员丁的重大过失发生交通事故,致货物受损,无法向乙按约交货。下列哪种说法是正确的? A、乙有权请求甲承担违约责任;B、乙应当向丙要求赔偿损失;C、乙尚未取得货物所有权;D、丁应对甲承担责任。”该题给出的标准答案为 A,因为题目的立意在于:债务人甲虽然因为第三人丙导致货物毁损而不能向债权人乙按约履行义务,但《合同法》第 121 条规定“当事人一方因第三人的原因造成违约的,应当向对方承担违约责任”,据此应当选 A。^[1]

本题案情反映的是一种被称为“寄送买卖”(Versendungskauf^[2])的交易方式,即出卖人仅有义务办理货物运输,但无须负责运输过程而仅将货物移交给承运人即可,买卖价金风险自货物移交承运人

* 上海财经大学法学院教授,法学博士。本文系上海市教育发展基金 2012 年曙光学者项目(12SG42)、上海市哲学社会科学规划课题(2013BFX010)以及上海市教育委员会科研创新项目(13ZS117)的阶段性研究成果。

[1] 司法部国家司法考试中心编:《2006 年国家司法考试试题解析》,法律出版社 2006 年版,第 251-252 页。北京万国学校组编:《国家司法考试五届真题汇编与详解》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 349-350 页。类似题目出现于 2002 年国家司法考试试卷三第 1 题单项选择,题目和参考答案与 2006 年题目相似。

[2] 《德国民法典》第 447 条称为 Versendungskauf,中文有译为:送交买卖(史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 65 页)、代送买卖(参见邱聪智:《新订债法各论(上)》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 123 页)、送赴买卖(黄立主编:《民法债编各论(上)》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 108 页)。在这种买卖交易形式中,出卖人仅负有将标的物交予运输人以运交买受人的义务,无需送赴、送交至买受人处。翻译为“寄送买卖”能够体现出出卖人上述义务的特征。

时发生转移。我国《合同法》第145条第1款“标的物需要运输的,出卖人将标的物交付给第一承运人后,标的物毁损、灭失的风险由买受人承担”调整的正是此类交易,司法实践中又称为“代办托运”。^[3] 本案涉及寄送买卖诸多复杂的法律问题,具体包括:

(1) 寄送买卖合同的履行地在何处? 出卖人是否有义务将货物安全运输至买受人所在地? 抑或仅负有谨慎注意义务将货物装运和发送?

(2) 寄送买卖标的物于运输途中毁损灭失,出卖人是否仍有义务提供同种货物? 出卖人得否依《合同法》第145条的风险转移规则而请求买卖价金?

(3) 买卖标的物因承运人原因而导致毁损灭失,出卖人是否应根据《合同法》第121条为第三人事由负责而向买受人承担违约责任?

(4) 货物交与承运人后,出卖人是否完成动产占有之转移,从而导致所有权转移? 买卖双方是否可能通过指示交付方式(《物权法》第26条)而发生所有权转移?

(5) 通常出卖人与承运人订立运输合同,如果运输途中货物毁损灭失,买受人可否请求承运人承担运输合同的违约责任或侵害货物所有权的侵权责任?

倘若未厘清上述问题、未限定寄送买卖牵涉的各种法律关系状态,那么2006年司考试卷三第10题将无法得出确定答案。首先,就选项B而言,如果甲乙之间存在委托代理关系,甲代理乙与丙订立运输合同,或将甲丙之间运输合同解释为利益第三人合同,或甲通过指示交付而让乙取得货物所有权,那么乙得依违约或侵权直接向丙请求损害赔偿,B选项所包括的上述可能性不应被完全排除。其次,就选项C而言,甲将货物交与承运人丙,并未完成履行买卖合同义务的交付(详见后文分析),如果不存在指示交付的话,则乙不取得货物所有权,因此C选项的命题也可能成立。最后,就选项D而言,受雇人丁既是运输合同债务人丙的债务履行辅助人,又是丙的受雇人。在前一角色,应由债务人丙负违约责任;在后一角色,除了债务人丙作为用人单位要承担侵权责任(《侵权责任法》第34条第1款),如果工作人员丁有故意或重大过失,应与用人单位承担连带赔偿责任。^[4] 综上,B、C、D选项的结论均可能成立。寄送买卖法律问题的复杂性由此可见一斑。

由上可见,从法律视角考察寄送买卖交易,涉及风险是否转移、所有权是否转移、出卖人是否违反合同义务,以及买受人的损害赔偿请求权等诸多民法问题。按卡尔·拉伦茨的说法,寄送买卖风险负担是民法典的诸多法条相互交织与合作产生的一项复杂的法律规整(Rechtsregelung)。^[5] 因此,本文拟将寄送买卖作为一个整体性课题,对其进行综合的、动态的研究,在准确把握其交易流程的基础上,既分析其风险转移的问题,也解决风险转移后的损害赔偿问题,从而为我国合同法律规范的理解与适用奠定合理的法释义学基础,便于民事裁判的展开。

[3] 奚晓明主编:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第213页。

[4] 《侵权责任法》第34条并未明确用人单位承担侵权责任之外工作人员是否也要承担责任。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条第1款规定:“雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。”周友军认为,该条规定属于《侵权责任法》第34条的特殊规定,仍可适用(参见周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第442页)。笔者对此赞同,并认为该条可以类推适用于工作人员侵害他人财产权的情形。

[5] [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第144-145页。

二、寄送买卖风险转移的法律构造

(一) 买卖合同中的给付风险与价金风险

自买卖合同签订到履行完毕,因不可归责于双方当事人的事由导致标的物毁损灭失,在买卖法上将发生如下两个典型的“风险”问题。

首先,给付风险(Leistungsgefahr)提出的问题是:出卖人原本计划交付的标的物毁损灭失后,是否仍须向买受人再为同种给付?^[6] 如果出卖人仍须给付,则由其负担给付风险;反之,则由买受人负担给付风险。事实上,这种法律风险同时意味着经济损失的风险,因为出卖人如果继续提供给付,可能因市场价格上升而承担更高的采购成本。

给付风险的承担视买卖合同标的物的性质而定。在特定物之债(Stückschuld),买卖标的物是特定物,一旦毁损灭失,买受人就不可能得到该物。因此,特定物之债的给付风险始终由债权人(买受人)承担。^[7] 在种类物之债(Gattungsschuld),买卖标的物有可替代的产品,出卖人有义务在市场上采购同种类物以满足债权人。因此,种类之债的给付风险原则上由债务人承担。^[8] 但是,种类之债通过特定化(Konkretisierung)而给付风险发生转移。所谓特定化,意指将种类之债变更为特定之债。^[9] 英美法上称为货物“划拨”(identification)于合同项下。^[10] 通过特定化,债务人的给付义务限于所确定的标的物之上,如果该物毁损灭失,债务人(出卖人)毋须再行提供相同给付,给付风险转移至债权人(买受人)。种类之债特定化是一种债的变更,原则上可由当事人约定特定化的方式或时间。^[11] 如果缺乏当事人的合意,就需要区分不同债务形态的给付地,来具体判定特定化的发生时点。下文对此将予详述。

其次,价金风险(Preisgefahr)^[12]问题是指标的物因意外而毁损灭失,此项不利益的后果应由何方当事人负担,也即买受人是否需要继续支付价金。^[13] 按常理,任何所有权人应就自己之物的灭失负担损失,但在买卖合同中还引发如下问题:既然标的物毁损灭失,出卖人的给付义务自动消灭,^[14] 而基于买卖合同双务义务的牵连性,出卖人自然也不可再向买受人主张价金;如果买受人已支付价金,可以要求返还。但是,如果在标的物所有权转移之前,买受人已取得占有(常见于不动产买卖、所有权保留买卖),各国法律大都规定,此后发生不可归责于双方当事人的原因导致标的物灭失,买受人也必

[6] Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, S. 397 f.; Jauernig Kommentar/Berger, Vor §§ 446, 447, Rn. 2 ff.

[7] Jauernig Kommentar/Berger, Vor §§ 446, 447, Rn. 4; Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf: Eine rechtsverleichende Untersuchung, Alfred Metzner Verlag, 1982, S. 12.

[8] Fikentscher/Heinemann (Fn. 6), S. 397 f. 在这一意义上,给付风险有时被称为债务人的“购置风险”(Beschaffungsrisiko)。Vgl. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2012, S. 108.

[9] MünchKomm BGB/Emmerich, § 243, Rn. 24. 郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学2004年版,第200页。

[10] 关于大陆法系的特定化与英美法上划拨的比较法研究,参见朱晓喆:“我国买卖合同风险负担规则的比较法困境”,载《苏州大学学报》2013年第4期。

[11] MünchKomm BGB/Emmerich, § 243, Rn. 25.

[12] 价金风险这一术语适用于买卖合同。其他双务合同,例如互易合同、承揽合同都有对待给付风险的问题。本文仅讨论买卖合同,故使用价金风险一词。关于各种双务合同的风险负担规则,参见宁红丽、耿艺“合同法分则中的风险负担制度研究”,载《私法研究》(第3辑),中国政法大学出版社2003年版,第492页以下。

[13] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第340页。

[14] Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 35. Aufl., 2011, S. 204. Looschelders (Fn. 8), S. 176.

须支付价金。^[15]由此可见,标的物毁损灭失风险在买卖合同中实质上转化为何方负担价金的风险问题。简言之,原则上出卖人承担价金风险,^[16]但标的物交付后,价金风险转移至买受人承担。至于各国为何将交付(Übergabe)作为价金风险转移的原则,一方面是因为买受人取得占有后,可以管领和支配标的物,有利于避免和控制风险;另一方面,买受人可以对标的物进行用益,符合利益与风险相一致原则。^[17]基于此,我国《合同法》第142条的风险负担一般规则,实质上就是依交付原则判断买受人在得不到货物时,是否需要支付价金。

就给付风险与价金风险的关系而言,前者是后者发生的前提。因为买卖标的物毁损灭失后首先提出的问题是,出卖人是否仍须给付?如出卖人仍须给付(给付风险未转移),则买受人也须相应地提供对待给付,因而并无价金风险问题;如出卖人不须给付(给付风险转移),则买受人的对待给付要视价金风险是否转移而定。总之,只有当买卖标的物特定化、给付风险转移给买受人后,才会发生出卖人免于给付义务的问题,然后才有买受人是否仍须作出对待给付的问题。^[18] 给付风险与价金风险的转移时点在不同债务形态中表现不同。

(二) 债务给付地与风险转移

债务的给付地(Leistungsort)或履行地(Erfüllungsort)是指债务人作出给付行为(Leistungshandlung)的地点。与此不同,给付效果地(Erfolgsort)是指给付的实际效果(买卖标的物的交付及所有权转移)发生的地点。通常给付行为与给付效果发生在同一地点,但送付之债例外(见下文)。给付地的确定,对于判断履行费用的分配、债务是否按约履行、标的物发生意外时的风险负担、诉讼管辖等均有重要意义。^[19] 如果当事人没有约定的,民法理论上根据给付行为地的不同,区分三种债务形态:赴偿之债、取偿之债和送付之债,其风险移转的标准也不同。

首先,赴偿之债(Bringschuld)的债务人有义务在债权人住所地或营业地事实上提出给付。^[20] 就给付风险而言,需根据具体情况判断:(1)如果债务人将标的物向债权人住所地运送,在送达前因意外事故而灭失,债务人仍须以该种类他物为清偿,^[21]即债务人承担给付风险;(2)如果债务人在债权人住所地提出给付,且债权人受领标的物,则债权消灭,因而特定化没有意义,^[22] 给付风险转移无从谈

[15] 参见《德国民法典》第446条,《台湾民法典》第373条,《美国商法典》第2-509(3)条,《国际货物买卖合同公约》第69条第一款。少数立法坚持将所有权的归属作为价金风险负担的判断准则,例如英国1979年《货物买卖法》第20条。

[16] Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl., 2009, S. 52; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., S. 96; Brox/Walker (Fn. 14), S. 212.

[17] Staudinger/Beckmann, § 446, Rn. 7; MünchKomm BGB/Westermann, § 446, Rn. 1; Jauernig Kommentar/Berger, § 446, Rn. 2. [英]施米托夫:《国际货物买卖中的货物损失风险的转移》,载《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第347页。黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第442页。此外,根据美国法的理论和实务,买卖的货物实际控制人可以更方便地进行货物保险,这也是采取交付主义的重要因素。Gillette & Walt, Sales Law, Domestic and International 234-235 (Foundation Press 1999).

[18] 正如德国学者哈格尔(Hager)所说,“给付风险的转移在逻辑上要先于价金风险的转移。只有在为履行合同的特定物灭失而出卖人免于给付义务的条件下,如下问题才是紧迫的:出卖人是否仍得请求其对待给付即价金。给付与对待给付的这种双务关系意味着,给付风险最迟得与价金风险一起向买受人转移。可以设想,给付风险早于价金风险转移,但决不可能迟于后者”。Hager (Fn. 7), S. 225.

[19] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 193; Looschelders (Fn. 8), S. 102. 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2008年版,第222页。

[20] Larenz (Fn. 19), S. 194; Looschelders (Fn. 8), S. 102; Medicus/Lorenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 2008, S. 100.

[21] 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第241页。

[22] Looschelders (Fn. 8), S. 109.

起;(3)如果债务人提出给付,但找不到债权人,或债权人无理由拒绝受领,或债权人受领迟延,均发生特定化后果,给付风险转移。^[23]就价金风险问题,债务人须在债权人住所地提出给付,此时适用交付原则,标的物自交付时价金风险转移至债权人,即债权人即使得不到债务人的给付,也须支付价金。

其次,取偿之债(Holschuld)的债权人须自己到债务人住所地或营业地接受给付。就给付风险而言,债务人将标的物已从种类物分离的事实通知债权人,并敦促债权人受领,则发生特定化。^[24]如果约定债务的提取期限,则在期限届满时发生特定化。^[25]就价金风险而言,适用交付原则,债权人于债务人住所地受领交付时发生价金风险转移。

最后,送付之债(Schickschuld)的债务人不负有义务将标的物送至债权人住所地或营业地并交付,但有义务按正常方法(如正确书写地址等)安排运输以运向债权人,从而完成为履行债务所为之必要行为。因此,送付之债的债务人向承运人移交标的物时特定化,^[26]与此同时,对待给付风险或价金风险也发生转移。^[27]

(三)寄送买卖风险转移规则的比较法基础

赴偿之债与取偿之债的价金风险转移时点是给付地的交付,而送付之债的给付行为地与给付效果地有别,其价金风险并非在给付效果地(即债权人住所地)交付时发生转移,而是提早到债务人向承运人交寄标的物时,从而构成交付原则的例外。但这一例外却是普遍的立法现象,例如《德国民法典》(BGB)第447条,我国台湾地区“民法”第374条,美国《统一商法典》(UCC)第2-509(1)条,《联合国国际货物买卖合同公约》(以下简称《公约》或CISG)第67条第1款第一句,均作如是规定。通过比较法的考察,能够为理解我国《合同法》第145条提供合理的法律适用基础。

《德国民法典》第447条第1款规定:“因买受人之请求,出卖人将标的物向履行地以外之地点发送,一旦出卖人将标的物移交货运代理人、承运人或其他被指定执行运输的人或机构,则风险转移给买受人。”德国民法理论和实务上总结该条款适用于如下两种情形:(1)如果出卖人自始承担送付债务,基于当事人之间的约定或交易习惯、商业惯例,出卖人有义务将标的物通过承运人向买受人发送。于此,履行地为出卖人住所地,向买受人寄送符合第447条“向履行地以外的地点发送”的要件,且“因买受人请求寄送”自始包含在合同之中。^[28]寄交承运人之后价金风险转移的理由在于,出卖人并不负担将标的物运输至买方的义务,运输风险并非其负责的范围。^[29](2)如果买卖合同自始为取偿之债,买受人应自己提取货物。一般而言,买卖合同如无特别约定或约定不明,原则上债务人的住所地为履行地(BGB § 269I),债权人须自己赴债务人处领取债务,并负责货物的运输。如果出卖人根据买受人的要求,为方便买受人而出于好意进行寄送(注意:不是运输),一旦他如此行事,就将取偿之债转

[23] Looschelders (Fn. 8), S. 109; MünchKomm BGB/Emmerich, § 243, Rn. 28.

[24] Medicus/Lorenz (Fn. 20), S. 100; Looschelders (Fn. 8), S. 109.

[25] Looschelders (Fn. 8), S. 109; Staudinger/Schiemann, § 243, Rn. 37.

[26] Medicus/Lorenz (Fn. 20), S. 100; MünchKomm BGB/Emmerich, § 243, Rn. 29.

[27] 寄送买卖的给付风险和价金风险均在交寄承运人后由买受人承担。MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 1; Erman/Grünwald, § 447, Rn. 11. 除非出卖人违反附随义务,价金风险不转移,对此参见下文分析。

[28] 寄送的要求一般包括在合同中或交货条件(Lieferbedingungen)中,实践中很少有买受人明示的寄送要求。Wertenbruch, Gefahrtragung beim Versendungskauf nach neuem Schuldrecht, JuS 2003, S. 625 (626); Palandt/Wiedenkaff, § 447, Rn. 9.

[29] Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 2, 10; MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 2; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 162; Reinhardt, Die Gefahrtragung beim Kauf, 1998, S. 142.

化为寄送之债,从而也适用第447条。^[30] 归纳言之,取偿之债和送付之债的履行地均为债务人住所地,运输本身是债权人的事情,从而与运输相伴的风险应由买受人承担,而不应加于出卖人。^[31] 需要指出,由于该规则不利于消费者,故而《德国民法典》第474第2款规定,经营者与消费者的买卖合同不适用。

美国《统一商法典》的买卖合同风险转移规则集中规定在第2-509条。首先,根据该条第3款,原则上买受人“接收(receipt)”货物时(即取得货物的实际占有之时)价金风险转移(UCC § 2-509 [3]),即买受人必须支付货物价款。^[32] 其次,该条第1款将需要运输的买卖合同区分为两种情形:(1)如不要求出卖人将货物运输至某地,则货交承运人时风险转移,称为“装运合同”(shipment contract)(UCC § 2-509[1]a),^[33]大致相当于德国法系的寄送买卖。(2)如出卖人须将货物运输至特定地点,置于买受人可接收状态时风险转移,称为“目的地合同”(destination contract)(UCC § 2-509[1]b),^[34]相当于德国法系的赴偿之债。相较而言,装运合同是更为常见的交易形式,只要出卖人合理地安排运输合同并交给承运人,运输过程中或运输后的毁灭风险应由买受人承担。^[35]

从国际性的统一买卖法来看,货交承运人转移风险的规则也普遍获得承认。例如,《公约》第67条第1款第一句规定:“涉及运输的买卖(sale involving carriage of goods),如果出卖人没有在指定地点交货的义务,自货物按照买卖合同约定交与(hand over)第一承运人时风险转移至买受人。”^[36]《欧洲法原则·买卖》(PELS)第5-202条第2款与《公约》的规定几乎完全一致。此处所谓“涉及运输的买卖”有特殊的含义。在国际货物买卖贸易中通常都需要运输,但不是所有涉及运输的买卖风险均自货交承运人时转移,例如《公约》第68条规定运输途中的货物买卖(路货买卖)的风险自订立合同时转移;第69条规定买方有义务在特定地点收取货物,自买方接受货物或违反合同不收取货物时风险转移。此外,如果当事人选择使用国际贸易术语,例如FOB、CIF、EXW、DDU等交易条款,虽然涉及货物运输,但均不适用《公约》第67条第1款货交承运人转移风险的规则。^[37]《公约》第67条所谓“涉及运输的买卖”是指“货物需要运输并且出卖人货交承运人即履行其交货义务(Lieferpflicht)的买卖合

[30] Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 2. 布洛克斯指出,取偿之债履行地是出卖人所在地,故符合第447条向履行地以外发送的要件。Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 35. Aufl., 2011, S. 20.

[31] Reinhardt (Fn. 29), S. 143.

[32] 根据《统一商法典》第2-103(1)(c),“接收”的涵义就是取得货物的实际占有(physical possession of the goods)。U. C. C. § 2-509 Comment 3. Gillette & Walt, *supra* note 17, at 236.

[33] 根据《统一商法典》第2-504条,装运合同是指出卖人与承运人订立运输合同并将货物移交承运人的买卖。Gillette & Walt, *supra* note 17, at 239.

[34] U. C. C. § 2-509 Comment 2. W. H. Danne, *Who Bears Risk of Loss of Goods under UCC § 2-509*, 2-510, 66 A. L. R. 3d 145, § 2a.

[35] Gillette & Walt, *supra* note 17, at 239. [美]劳伦斯/亨宁:《美国货物买卖和租赁精解》,周晓松译,北京大学出版社2009年版,第154页。

[36] 须指出,《公约》第67条第1款第二句“如果卖方有义务在某一特定地点把货物交付给承运人,在货物于该地点交付给承运人以前,风险不转移到买方承担”,其本质上是该款第一句的特殊情况,即出卖人先负责将货物运至某一地点,并承担这一过程中的风险。但在该地点交付给第一承运人后,也适用货交承运人风险转移规则。参见张玉卿编著:《国际货物买卖统一法——联合国国际货物销售合同公约释义》,中国商务出版社2009年版,第429-430页。我国《买卖合同司法解释》第12条借鉴了该条第二句的内容。

[37] Flambouras, *Transfer of Risk in the Contract of Sale Involving Carriage of Goods*, in *International Trade and Business Law Annual*, Vol. VI, University of Queensland, 87-149(2001).

同”。^[38] 简言之,出卖人的义务仅在于交运货物,此外不负其他义务。在此意义上,“涉及运输的买卖”最好理解为“发送买卖”(sale involving dispatch)。^[39] 其立法政策理由,大致有如下数端:其一,从交易的本质而言,出卖人仅有发货义务而无其他义务,换言之,为履行买卖合同他已尽其所能,因而不应该再负担风险;其二,从效率角度而言,货物运抵目的地后,买受人已取得运输和保险单证,可以更便利地进行货物检查以及针对承运人和保险公司提出索赔。其三,从诚信角度而言,倘若买受人不承担运输风险,当市场价格下跌时,他可以轻易地以微小的货损理由而拒绝受领,从而摆脱一项亏本的交易。^[40]

通过比较法分析可见,尽管德国法、美国法与国际公约使用的术语不同,但所指的寄送买卖交易实为同一内容。^[41] 虽然其风险转移的法律理由各有侧重,但最根本的原因是寄送买卖的出卖人不承担运输义务,仅负责发货,从而运输中的风险应由买受人承担。

我国合同法理论虽未采德国法的赴偿之债、取偿之债、送付之债这些术语,但司法实践中长期以来就根据(卖方)送货上门、(买方)自提货物、代办托运三种履行方式来确定合同的履行地。早在1988年最高人民法院曾发布《关于如何确定合同履行地问题的批复》(法经复[1988]20号,已废止)规定工矿产品或农副产品购销合同的履行地因交货方式不同而有所不同:(1)代运制,即由供方代需方向承运部门办理货物托运手续,产品发运地为合同履行地。(2)送货制,即由供方自备运输工具送货或者由供方将货物交承运部门运送给需方,产品送达地为合同履行地。(3)由需方自提的,合同标的物在产品提货地交付,提货地为合同履行地。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(法发[1992]22号)从民事诉讼管辖地的视角来确定合同履行地,第19条规定:“购销合同的双方当事人在合同中对交货地点有约定的,以约定的交货地点为合同履行地;没有约定的,依交货方式确定合同履行地;采用送货方式的,以货物送达地为合同履行地;采用自提方式的,以提货地为合同履行地;代办托运或按木材、煤炭送货办法送货的,以货物发运地为合同履行地。”^[42] 由此可见,送货上门、买方自提、代办托运的内涵恰好对应德国法系的赴偿之债、取偿之债和送付之债的三种债务形态。

我国《合同法》第142条的交付主义是价金风险的一般原则。而第145条则例外规定了上述寄送买卖的风险转移。根据《合同法》第145条的援引,货交承运人风险转移规则适用第141条“标的物需要运输”的买卖,而第141条意义上需要运输的买卖是指如果当事人对于合同履行地没有约定,出卖人将货物交给第一承运人以运交买受人即可。此外,根据《合同法》第62条第(三)项规定,除了货币和不动产之外,债务履行地原则上为债务人住所地。综合分析以上规定可知,第145条所称“需要运输的买卖”并非泛指一切货物运输的买卖,而是指出卖人无送货义务,合同履行地原则上为债务人住

[38] Staudinger/Magnus, Art. 67 CISG, Rn. 1. 同理参见 MünchKomm BGB/Huber, CISG Art. 67, Rn. 5. 于此,买卖合同任何一方组织运输及承担运费均无关紧要。

[39] Flambouras, *supra* note 37, at 87-149.

[40] Flambouras, *supra* note 37, at 87-149; Ewoud Hondius etc., *Principles of European Law Sales (PELS)* 346 (Oxford University Press 2008).

[41] 德国学者将《公约》第67条的买卖形式直接对应为德国民法中的“寄送买卖”。Staudinger/Magnus, Art. 67 CISG, Rn. 1; MünchKomm BGB/Huber, CISG Art. 67, Rn. 5.

[42] 此外,最高人民法院发布的确定买卖合同履行地有关的司法解释还包括:《关于国内工矿产品购销合同、农副产品购销合同中的合同履行地如何确定的批复》(1985年,已废止)、《关于购销合同履行地的特殊约定问题的批复》(1990年)、《关于确定购销合同履行地问题的复函》(1994年,已废止)、《关于在确定经济纠纷案件管辖中如何确定购销合同履行地问题的规定》(1996年)。

所地,根据当事人约定或交易习惯,出卖人为买受人办理托运并将货物移交第一承运人。^[43]因此,从比较法上看,“需要运输的买卖”就是指寄送买卖;从体系上看,它是与送货上门、买方自提相对而言的“代办托运”买卖。

(四)《合同法》第145条的关键词解释

虽然《合同法》第145条的文字表述更接近《公约》的第67条,官方所举立法理由与《公约》的理论基础也大致相当,^[44]但如上文分析,寄送买卖是一种普遍现象,就其风险转移规则的构成要件,我们应参考各国法律实践和学理通说,来澄清围绕该条产生的疑难问题,准确把握其适用条件。具体言之:

第一,《合同法》第145条并未明确“需要运输的买卖”是否限于代办托运、是否适用于送货上门、买方自提的情形,因为这三种形式均可能“需要运输”。德国民法学理上认为《德国民法典》第447条原则上适用于当事人事先约定或按交易习惯发生的寄送买卖。但从文义看,第447条“因买受人之请求”也可能包括买受人事后请求,因此如果当事人原先约定是往取之债,但事后出卖人根据买受人的要求而出于好意发送货物,从而可能转化为送付之债(寄送买卖),适用第447条。^[45]而《公约》第67条和美国《统一商法典》第2-509(1)条均明确限定于“装运合同”,其文义也未给其他情形留下解释空间。但我国司法实务中面临着上述的实际难题,例如在“王何勤诉宁波江东乐家建材有限公司买卖合同纠纷案”中,买卖合同原先为买方自提货物,但事后出卖人因买受人之请求而改为代办托运,法院最终判决出卖人承担风险,其理由是出卖人承诺将货物送至买受人家中,合同履行地为买受人住所地。^[46]本案中,出卖人因买受人的要求而代办托运,但并未与买受人商定将“买方自提”变为“送货上门”,即不存在将取偿之债改为赴偿之债的变更合同意思表示,出卖人的义务应限于办理运输、发送货物,法院认为本案不适用《合同法》第145条,难谓有据。相比而言,德国民法的学理解释和实践做法更有包容性,寄送买卖风险转移规则也应适用于原先为买方自提而事后转化为代办托运的买卖交易。

第二,第145条所谓“出卖人将标的物交付给第一承运人”,此处的“交付”不能理解为履行买卖义务的“交付”,因为寄送买卖的给付行为虽已发生(货交承运人),但给付结果(占有转移)尚未完成。^[47]在《公约》第67条中交付原文为“hand over”,并且起草人有意放弃1964年《国际货物买卖统一法公约》(ULIS)第91条判断风险转移的“delivery”一词,因为后者具有多重含义,在ULIS中它与出卖人的义务履行、风险转移、货物特定化等问题均有联系,因此《公约》在风险转移上一律采用更简明清晰的“hand over”,意思是货物实际控制的移交。^[48]与此相似,《德国民法典》第447条使用的术语也是“移交”(ausliefern),而非第443条意义上的“交付”(Übergabe)。前者是指出卖人与承运人订立

[43] 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2009年版,第227页。实务观点参见北京市海淀区人民法院(2001)海经初字第696号民事判决书,载北京市高级人民法院民事审判二庭编:《合同法疑难案例判解》,法律出版社2002年版,第306页以下。另参见湖南省永州市中级人民法院(2011)永中法民三终字第87号民事判决书。

[44] 胡康生:同注43引书,第227页。

[45] Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 10; MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 9. 但是如果出卖人未经允许擅自对买受人发货,例如为了腾清仓库,即使是出于好意发货也不发生风险转移,同本条注释。

[46] 参见浙江省宁波市中级人民法院(2010)浙甬商终字第568号民事判决书。

[47] Larenz (Fn. 15), S. 22; MünchKomm BGB/Westermann, § 433, Rn. 52; Staudinger/Beckmann (2004), § 433, Rn. 75. 换言之,出卖人虽然交货给承运人,但出卖人的债务并未“履行”或“清偿”(Erfüllung)。Grünwald, Kaufrecht, 2006, S. 88.

[48] Hoffmann, *Passing of Risk in International Sales of Goods*, in *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* 265, 276 (Petar Sarcevic & Paul Volken eds., Oceana 1986); Flambouras, *supra* note 37, at 87-149. 另参见张玉卿:同注36引书,第426-427页。

运输合同,并将货物事实上交与承运人;^[49]而后者是将(第854条意义上)物之占有转移给买受人。而且,德国民法学者也将《公约》第67条的“hand over”对应理解为德文中“实际的移交”(physische Auslieferung),这正是《德国民法典》第447条的用语。^[50] 综上,《合同法》第145条的“交付”最好理解为“移交”,即货物交与承运人,但买受人并未取得货物的占有及所有权。我国司法实践中有将《合同法》第145条的货交承运人与第133条完成交付义务相等同,^[51]或认为货物交付给承运人时标的物所有权即转移,^[52]均属不恰当的理解。

第三,第145条规定“出卖人将标的物交付给第一承运人”,此处所谓“第一承运人”通常是指独立的承运人,不包括出卖人亲自或安排自己的工作人员进行运输。美国《统一商法典》第2-509条和《公约》第67条中的第一承运人均作如是理解。^[53] 其理论基础在于,从风险控制来看,出卖人自己运输时,货物仍在其手中,他可以更好地保护货物并对其保险。^[54] 基于上述思想,最高人民法院《买卖合同司法解释》第11条模仿《公约》第67条,明定“第一承运人”须为独立的运输人,而不适用买受人自行负责运输或出卖人以自己的运输工具送货的情形。^[55] 但是,德国民法的通说却与《公约》恰好相反,其理由是:第447条规定的寄送买卖出卖人本来不负有运输的义务,只是买受人要求出卖人代为办理运输。倘若出卖人出于好意而自己运输时风险也应由买受人承担,于此,出卖人的法律地位不能比委托第三人运输时要低,所以风险应当转移;当然,买受人地位也不应降低,买受人对独立承运人享有的货物损害赔偿请求权,也可以类推适用于自行运输的出卖人。^[56] 尽管德国法上也有反对者从历史的、文义的和利益衡量的角度认定第447条的承运人应指独立的第三方,^[57]但同属德国法系的瑞士、我国台湾的民法理论,以及我国大陆的部分学者赞同上述通说。^[58] 因此,在比较法上存有重大疑问而形势尚未明朗之前,《买卖合同司法解释》第11条遽然将寄送买卖的货交第一承运人限于独立的第三方,此种做法不甚妥当。笔者以为,此类问题宜交由学说和判例来决定,并待到理论发展成熟之后予以立法为妥。

[49] Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 11.

[50] Grunewald (Fn. 47), S. 144.

[51] 参见河南省商丘市梁园区人民法院(2010)商梁民初字第508号民事判决书。

[52] 上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民四商终字第197号民事判决书,上海市闵行区人民法院(2009)闵行二商终字第2148号民事判决书。须指出,如果出卖人将对承运人的返还请求权以指示交付的方式让与买受人,可能发生所有权的转移(Vgl. MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 2),但这是一种特殊的拟制交付。

[53] W. H. Danne, *supra* note 34, § 2b; Schlechtriem & Butler, *UN Law on International Sales* 168 (Springer 2009); Staudinger/Magnus, Art. 67 CISG, Rn. 11; MünchKomm BGB/Huber, CISG Art. 67, Rn. 10. 张玉卿:同注36引书,第428页。

[54] Gillette & Walt, *supra* note 17, at 239, 250. 但对《公约》理论持反对意见的霍夫曼从经济分析角度指出,应认可出卖人自己运输时风险转移,从而鼓励出卖人为买受人的利益而节约运输成本。Hoffmann, *supra* note 48, at 287.

[55] 王闯:“关于审理买卖合同纠纷案件的若干重要问题(上)——解读《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》”,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》第50辑,人民法院出版社2012年版,第22-23页。

[56] Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 14; MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 16 f.; Erman/Grunewald, § 447, Rn. 10; Larenz (Fn. 15), S. 103; Oetker/Maultzsch (Fn. 29), S. 166; Reinicke/Tiedtke (Fn. 15), S. 58.

[57] Hager (Fn. 7), S. 84; Medicus, Schuldrecht BT, 14. Aufl., 2007, S. 12 f.; Wertenbruch (Fn. 28), S. 625 (628 ff.).

[58] 《瑞士债法典》的评注者科勒(Koller)指出,在寄送买卖中,“如果出卖人纯粹出于好意,因买受人的要求而(自行)运输,则不应给出卖人带来不利,也即风险在标的物完好地被寄送时应向买受人转移”。Vgl. Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 185, Rn. 16. 台湾民法观点,参见注2黄立书,第112页。我国大陆学者余延满认为,《合同法》第141条第2款第1项出卖人负责代办托运并非合同义务,而是基于诚信原则和互相协作的履行规则才规定出卖人的这种附随义务,因此出卖人亲自运输时,风险负担应转移给买受人。参见余延满:《货物所有权的转移与风险负担的比较法研究》,武汉大学出版社2002年版,第352页。

第四,《合同法》第145条所谓“标的物毁损、灭失的风险由买受人承担”,“风险”究指何意?从本条规范意旨及其与第142条关联出发,“风险”是指标的物毁损灭失后,买受人是否仍需支付价款。就具体给付不能事由来看,“风险”也指各种导致标的物的毁损、灭失的不可归责于双方的意外事件。有疑问者,此处的风险是否仅限于因运输而发生的风险呢(例如运输中的货损、交通事故或偷窃等)?首先,因物之瑕疵、缺陷包装或不适当的寄送方式,应予排除风险范围,因为此类导致标的物毁损、灭失的事由可归责于出卖人,出卖人应负违约责任。^[59]至于运输风险以外的其他导致货物毁损、灭失的事件,例如地震、海啸等自然灾害,以及战争、罢工等是否构成此处的风险,存有争议。德国民法理论上有人认为,第447条意义上的风险应仅指与运输有关或由运输过程导致的物之毁损、灭失,^[60]但这种对风险概念的限缩解释被多数学者拒绝。通说认为,寄送买卖的债务履行地为出卖人住所地,买受人本应提取标的物并承担此后的风险,但因买受人之请求出卖人安排运输,则买受人应负担货交承运人后标的物发生的一切风险,包括与运输无关的风险。^[61]我国《合同法》第145条并未限定“风险”概念为运输风险,宜从宽解释风险,即所有导致标的物毁损、灭失的不可归责于双方当事人的意外事件。

最后需要说明,《合同法》第145条不适用于目前流行的“网购”交易。通常消费者与网上经营者之间以电子交易系统订立买卖合同,出卖人委托物流公司送货上门,按其债务性质,合同履行地应为买受人住所地,属赴偿之债。^[62]因此,出卖人货交承运人并未完成交付,价款风险不发生转移。

三、寄送买卖之出卖人违反义务的法律效果

(一) 出卖人违反与寄送有关的附随义务及其后果

如果出卖人违反给付义务而未按合同的要求发货,违反给付义务,将承担继续履行、减少价款或损害赔偿等违约责任(《合同法》第107条、第111条、第155条)。此类义务违反的后果显而易见,毋庸详论。本文着重关注出卖人违反与寄送有关的附随义务,例如未按买受人的指令安排运输、未妥善包装货物、未办理货物保险、未尽到安全保护义务等,导致货物毁损灭失,进而是否影响买受人支付价款的义务,也即价款风险是否转移?抑或产生买受人的损害赔偿请求权?以下分述之。

第一,寄送买卖的出卖人负有适当发送货物的义务。经买受人的要求或授权,出卖人须选择适当的承运人、订立运输合同、合理安排运输、在适当的时间发货。于此,要将出卖人的发送义务与适当发货义务区分开来:如果出卖人根本未发货,则违反主给付义务;如果出卖人虽然已发货,但未适当安排运输,则违反附随义务(Nebenpflicht)。^[63]至于何谓适当发运货物,首先须依合同约定或出卖人的明确指示;如无当事人特别约定,出卖人须采取一般标准订立运输合同、以通常交通工具、按通常路线运输、在恰当的时间内完成发货义务。^[64]出卖人违反适当发货义务的首要后果是损害赔偿。对此,《德

[59] Wertensbruch (Fn. 28), S. 625 (631).

[60] Fikentscher/Heinemann (Fn. 6), S. 401; Palandt/Wiedenkaff, § 447, Rn. 16.

[61] Larenz (Fn. 15), S. 102; Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 17; MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 19; Oetker/Maultzsch (Fn. 29), S. 168.

[62] 参见北京市第二中级人民法院(2011)二中民终字第12047号民事判决书,载国家法官学院案例开发研究中心编:《中国法院2013年度案例(买卖合同纠纷)》,中国法制出版社2013年版,第58页以下。

[63] Müller/Hempel, Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, AcP (205) 2005, S. 246 (270).

[64] U. C. C. § 2-504 Comment 2; Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 20 ff.; MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 21.

民法典》第447条第2款有明确规定。^[65]其次,出卖人违反适当发货义务,价金风险不转移,即出卖人不可再主张价金,例如,在美国法律实务中,出卖人订立了不适当的运输合同,风险仍由出卖人承担。^[66]我国也有研究者从理论上指出,出卖人未尽选任运输人的注意义务,属可归责于债务人的事由,风险转移的前提丧失。^[67]

第二,出卖人是否有义务为货物进行保险?根据德国法、英美法的学说和实务观点,以及《公约》第32条第3款,除非有商业惯例或当事人约定,出卖人一般没有办理货物保险的义务,但须及时将发运货物之情事通知买受人,以便买受人办理保险,或按买受人要求提供有关保险的信息。^[68]德国民法理论上将通知义务定性为根据诚实信用原则产生的附随义务,违反义务应承担损害赔偿责任。^[69]《统一商法典》第2-504条将通知义务规定为装运合同的出卖人交货义务的组成部分,故而法院判定,对于未履行通知义务出卖人,不发生价金风险转移,即出卖人不可再主张价金。^[70]

第三,出卖人须尽到与安全运输有关的注意和保护义务。例如,适当方式包装以避免货物碎裂,准确填写地址以避免误导,对于特殊货物须采取防热、防寒、防潮、防止液体流溢等措施。^[71]从性质上看,此类义务与前述的适当发送义务均服务于买卖合同的目的,且非买卖合同的给付内容,而是为了辅助给付实现的附随义务。^[72]

德国民法理论将附随义务区分为“与给付有关(leistungsbezogen)之附随义务”和“与给付无关(nicht leistungsbezogen)之附随义务”。前者为贯彻实现给付利益而成立,例如说明、建议、通知、协助等义务;后者仅为保护债权人之人身或财产之固有利益而存在,最典型的是保护义务。^[73]前述的适当发货义务,仅在实现给付利益,故而属于“与给付有关之附随义务”。但以“包装”为典型的注意义务,是具有“双重效果的附随义务”:一方面为了避免标的物在运输中发生碰撞或损坏,满足债权人的给付利益;另一方面又使债权人免受因瑕疵包装而导致的其他法益损害,保护债权人的固有利益。^[74]

根据“双重效果的附随义务”理论,违反包装等注意义务的法律效果须视损害的利益而定。首先,如果因为包装而损害债权人固有利益,例如电池因不安全的包装而短路并引发火灾,致使债权人其他财产利益受损,于此违反了与给付无关的附随义务,债权人得请求损害赔偿。^[75]其次,如果因为包装而损害债权人给付利益,例如上例中火灾导致货物本身毁损、灭失,出卖人违反了与给付有关的附随

[65] 第447条第2款规定出卖人违反买受人的发运指示,应承担损害赔偿责任。该损害赔偿是债务履行障碍法律后果的特殊情形,请求权基础是《德国民法典》第280条、第281条。MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 21; Erman/Grunewald, § 447, Rn. 17; Kötz, Vertragsrecht, 2009, S. 347.

[66] American Jurisprudence, Volume 67, Sales, § 384, 531 (2d ed., Thomson West 2003).

[67] 参见齐恩平、王立争:“论第三方物流中标的物风险负担”,载《现代财经》2008年第7期,第70页。

[68] Hager (Fn. 7), S. 90; Erman/Grunewald, § 447, Rn. 16; MünchKomm BGB/Gruber, CISG Art. 32, Rn. 14. 张玉卿:同注36引书,第210页。

[69] Reinhardt (Fn. 29), S. 142, S. 162.

[70] 劳伦斯/亨宁:同注35引书,第154页,注释24。

[71] Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 21; Hager (Fn. 7), S. 90; U. C. C. § 2-504 Comment 3.

[72] MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 8; Fikentscher/Heinemann (Fn. 6), S. 402; Malte Stieper, Gefahrtragung und Haftung des Verkäufers bei Versendung fehlerhaft verpackter Sachen, AcP 208 (2008), S. 818 (830).

[73] MünchKomm BGB/Kramer, § 241, Rn. 18 ff. 在德国民法上区分“与给付有关之附随义务”和“与给付无关之附随义务”的意义,首先是损害赔偿的请求权基础不同,前者依据BGB第281第1款,后者依据BGB第280条以及第282条;其次是解除权发生依据不同,前者是BGB第323条,后者是第324条(MünchKomm BGB/Kramer, § 241, Rn. 19).

[74] Müller/Hempel (Fn. 63), S. 246 (270); Malte Stieper (Fn. 72), S. 818 (830).

[75] Müller/Hempel (Fn. 63), S. 246 (270); Malte Stieper (Fn. 72), S. 818 (831).

义务,其具体法律效果较为复杂,须考虑如下三方面的问题。

(1) 损害赔偿。出卖人违反注意义务,影响给付利益的实现,债权人得请求代替给付的损害赔偿,具体损害计算有两种方式:一是,如果瑕疵不严重,买受人得保留瑕疵货物,并请求赔偿无瑕疵的货物与瑕疵货物之间的价值差额;二是,如果瑕疵过于严重,买受人得拒绝接受货物,而要求赔偿已支付的价款、为获得代替货物而支付的费用等。^[76]

(2) 解除合同。如果出卖人违反注意义务发送货物,严重影响买受人的利益实现,则买受人可以解除合同(BGB § 323),并请求损害赔偿。^[77] 我国《合同法》第94条、第97条可作为上述法律效果的依据。

(3) 价金风险是否转移? 德国学者哈格尔认为,虽然《德国民法典》第447条第2款规定出卖人违反买受人的发货指示应承担损害赔偿责任,但这并未阻止风险的转移;这种法律效果对于出卖人违反其他的注意义务也同样适用。^[78] 换言之,出卖人仍有买卖价金请求权,但须对买受人承担违反注意义务的损害赔偿责任。但这种观点受到多数学者的质疑,最重要的反对理由是:所谓“风险”是指标的物因“意外”(Zufall)而毁损、灭失,而出卖人违反注意义务导致货物毁损灭失,属于可归责的行为,根本不落入风险转移规则的调整范畴。即使货物在发运时无瑕疵而事后因瑕疵的包装而发生货物毁损灭失,其后果也是如此。^[79] 因此,出卖人违反与给付有关的附随义务,不仅须负损害赔偿责任,而且还得不到价金。

此外,美国《统一商法典》第2-314条第2款(e)将出卖人适当装箱和包装作为货物与合同相符的要求之一。如果出卖人违反包装义务,买受人可以主张违约损害赔偿。^[80] 而且,义务违反类似于前述出卖人违反适当订立运输合同义务,风险不转移。另根据英国货物买卖法实践,货物装船运输后,因包装而引起货物的瑕疵,出卖人须就此负责,风险不发生转移。^[81] 这些法律规则均表明,寄送买卖的出卖人未采取适当包装而导致标的物的毁损灭失,是可归责于出卖人的事由,并非意外事件,不适用风险转移规则。

笔者认为,我国司法者应参酌上述立法和学说,以《合同法》第156条规定的出卖人包装义务为范例,认定寄送买卖出卖人违反与给付有关的附随义务应承担损害赔偿责任,且价金风险不发生转移,即出卖人不可再主张买卖合同的价金。

(二) 出卖人是否需为独立承运人之过错而负责

前文提及2006年国家司法考试试卷三第10题的问题是寄送买卖的出卖人,是否需为承运人的过错负责任? 由答案推知,根据《合同法》第121条债务人须为第三人原因造成的违约行为负责,本案中出卖人因为承运人的过错要承担违约责任。倘若如此,结合《合同法》第145条就会出现一个奇怪的结论:寄送买卖中随着货交承运人而价金风险转移,出卖人得向买受人主张价金;但出卖人又要对

[76] Malte Stieper (Fn. 72), S. 818 (835 f.).

[77] Malte Stieper (Fn. 72), S. 818 (837).

[78] Hager (Fn. 7), S. 93 f. 相同观点参见 Malte Stieper (Fn. 72), S. 818 (825).

[79] Larenz (Fn. 15), S. 103; Reinicke/Tiedtke (Fn. 15), S. 311; Brox/Walker (Fn. 30), S. 21; MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 21; Erman/Grünwald, § 447, Rn. 18. 《帕朗特民法典评注》的编写者明确指出,瑕疵的包装不属于风险范畴,参见 Palandt/Wiedenkauff, § 447, Rn. 9.

[80] 劳伦斯/亨宁:同注35引书,第120页。

[81] 杨大明:《国际货物买卖》,法律出版社2012年版,第378页。

承运人的行为负违约责任,买受人向其主张损害赔偿,因而价金风险转移的实际效果大打折扣,甚至价金请求权被买受人的损害赔偿请求权抵销,第145条的规范目的由此落空。

寄送买卖的出卖人是否需为承运人的过错负责,本质上是出卖人是否需为债务履行辅助人(Erfüllungsgehilfe)的过错负责的问题。德国个别学者认为,寄送买卖的承运人为出卖人履行向买受人交货并转移所有权的义务而行事,是典型的履行辅助人,因此根据《德国民法典》第278条,出卖人须为承运人的过错负责。^[82]但通说否定出卖人须为承运人的过错负责,其理由如下:(1)寄送买卖的出卖人仅有义务发动运输,但无义务执行运输(Herbeiführung des Transportes, nicht aber die Durchführung)。随着货交承运人,即使给付效果尚未发生,出卖人的给付行为完成,因此承运人并非是为履行出卖人的义务而运输,^[83]申言之,出卖人并不负担运输给付义务,^[84]出卖人亦非使用承运人来履行该义务;^[85](2)违约责任仅与债务人的给付行为有关联,于给付行为中才考虑过错的问题,第278条为债务履行辅助人负责也是与债务人的行为义务有关。但随着货交承运人,这些条件都不存在,出卖人发动运输后,其责任即告终结;^[86](3)从《德国民法典》第447条的规范目的看,承运人的过错导致货物的毁损灭失恰是一种典型的运输风险(Transportrisiko),包括在寄送买卖的风险之中。^[87]

我国台湾地区民法理论上,就债务人是否应为所使用的铁路、邮政等运输部门的过错而负责,存有争议。史尚宽认为,如债务人使用该运输货物,因其无法干涉辅助人,故而标的物灭失时,不适用我国台湾地区“民法”第224条的债务人为履行辅助人而负责。^[88]王泽鉴认为,于此应区分情况对待:如果债务人负担赴偿之债,鉴于债务人利用铁路和邮政扩大其交易活动,对其故意或过失负责任,亦可成立;但如果债务人负担送付之债,清偿地为债务人住所地,债务人仅负责送付承运人,故而邮政或铁路的运输本身非属履行债务之范围,债务人对其过错自不必负责。^[89]相较而言,王泽鉴教授的观点更为全面可取,与德国民法通说一致。

我国《合同法》第121条规定债务人须为第三人原因造成的违约负责任,其中包括为履行辅助人的过错负责的情形。^[90]但是在寄送买卖的场合,根据《合同法》第145条,应认为出卖人的义务仅在于发送货物,而无义务运输,故而毋须根据第121条为运输中承运人的过错负责。如果按照2006年国家司法考试的答案处理《合同法》第145条与第121条的关系,那么寄送买卖中凡是由承运人造成的货物毁损灭失均由出卖人负责,则第145条适用效果将会折损大半,其规范目的将不获实现。

需要指出的是,上述结论仅适用于货交独立的第三方运输主体。倘若出卖人以自己的工作人进行运输,则另当别论。对此问题各国实践和学说有不同的观点。首先,根据《公约》、《统一商法典》相关规定以及我国《买卖合同司法解释》第11条,寄送买卖的出卖人自己或安排自己的工作人进行运输,并不发生价金风险的转移。其次,按照德国民法通说,出卖人安排自己的工作人运输,价金风

[82] Schultz, Preisgefahr und Gehilfenhaftung beim Versendungskauf, JZ 1975, S. 241 (241 ff.).

[83] Reinhardt (Fn. 29), S. 158. Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 28.

[84] Fikentscher/Heinemann (Fn. 6), S. 402.

[85] Reinicke/Tiedtke (Fn. 15), S. 56.

[86] Reinhardt (Fn. 29), S. 158.

[87] BGH, NJW 1965, 1324; Reinhardt (Fn. 29), S. 158. Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 28; MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 23; Wertenbruch (Fn. 28), S. 625 (631).

[88] 史尚宽:同注21引书,第363页。相同观点参见郑玉波:同注9引书,第262页。

[89] 王泽鉴:“为债务履行辅助人而负责”,载《民法学说与判例研究》(第6卷),中国政法大学出版社1998年版,第75页。

[90] 韩世远:同注19引书,第535页。周江洪:“《合同法》第121条的理解与适用”,载《清华大学》2012年第5期。

险也转移。虽然如此,出卖人须对运输人的过错负责。因为从利益状况分析,假设出卖人以独立的承运人运输,价金风险转移后,买受人还可依据《德国商法典》第425条请求承运人就货物毁损灭失的损害赔偿,且该责任无需以承运人的过错为要件;^[91]而出卖人以自己人员运输,因运输人致使货物毁损灭失,买受人如果不能依据债务履行辅助人的过错请求出卖人承担责任,也无法依据运输合同向具体承运人主张(无过错)损害赔偿,从而买受人的法律地位会因此而大为降低,双方利益状态显然失衡。^[92]就出卖人为自己运输人的过错负责,学理上的根据在于,出卖人如以自己运输人执行运输,负有买卖合同中的“诚信给付义务”或“保护义务”,即于运输途中保护标的物、使其不受损害的义务,直至货物安全抵达目的地。出卖人自己的运输人作为履行辅助人应善尽此项义务,否则,应对其过错承担责任。^[93]

(三)小结

寄送买卖的货物发生毁损灭失,如属意外事件,可适用风险负担规则;如是出卖人违反义务所致,则属于可归责于债务人之事由,不适用风险负担规则,同时须根据出卖人违反何种义务来确定其法律效果,具体言之:

首先,倘若出卖人根本未寄送、未将货物交与承运人,构成违反主给付义务,应依《合同法》第107条承担违约责任,且不符合第145条的构成要件,不发生价金风险转移。

其次,倘若出卖人虽已完成货物发送,但未尽到合理安排运输的义务或安全运输的注意和保护义务,违反《合同法》第60条第2款意义上的附随义务,其法律效果在于:如违反“与给付有关之附随义务”,出卖人须负损害赔偿之责,买受人得解除合同,且是可归责于债务人之事由而价金风险不发生转移;如违反“与给付无关之附随义务”,买受人得请求固有利益损害赔偿。

再次,寄送买卖的货物运输并非出卖人的义务范围,承运人亦非出卖人的债务履行辅助人,不能根据《合同法》第121条令出卖人为承运人造成货物毁损灭失的行为负责,否则第145条的规范意义将落空。

最后,寄送买卖中的承运人通常是独立的第三人,如果出卖人安排自己运输人员进行运输,按《买卖合同司法解释》第11条不适用风险转移规则;按德国民法通说价金风险也发生转移,但出卖人须为承运人(债务履行辅助人)的过错负责任。这两种方案的后果对买受人而言均属公平合理。

四、寄送买卖风险转移后的损害赔偿

寄送买卖在出卖人货交承运人后发生风险转移,买受人即使得不到买卖标的物,也须支付价金,但这并不意味着完全由买受人承担货物灭失的经济损失。如果货物毁损、灭失发生在运输途中,且非因不可抗力、货物自然性质或合理损耗,以及托运人、收货人的过错造成的,承运人须承担损害赔偿的责任(《合同法》第311条)。但问题是,寄送买卖交易中通常由出卖人订立运输合同,所以承运人应向出卖人承担违约责任,由此出现如下奇特的法律现象:出卖人因风险转移而有权获得价金,从而对

[91] Münchener Kommentar zum HGB/Herber, § 425, Rn. 5.

[92] Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 30; Erman/Grunewald, § 447, Rn. 10.

[93] Looschelders, Schuldrecht BT, 8. Aufl., 2013, S. 73; Brox/Walker (Fn. 30), S. 21; Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 30. 但对此观点的批判,参见 Reinhardt (Fn. 29), S. 159 ff.

于承运人虽有违约责任请求权但未有实际损害;相反,买受人虽未得到完好的货物,但须支付价金,因其并非运输合同的当事人,从而虽有实际损害但不享有对承运人的违约责任请求权。^[94] 我国也有法院认为:寄送买卖出卖人起诉承运人要求赔偿货物毁损,但因风险已转移,出卖人对买受人仍享有价金请求权,没有实际损失,从而驳回原告诉讼请求。^[95] 但如果这种“权利地位的离散”(Auseinanderfallen von Rechtsposition)给有加害行为的承运人带来免责的后果,显然不符合公平正义。^[96]

从比较法看,令大陆法系学者纠结的上述问题,在英美法中也同样存在。不过,早在19世纪,英国法院通过判例已经确认风险转移后买卖合同的出卖人可就买受人遭受的损害向承运人请求赔偿全部损失,承运人不得以出卖人无损失而进行抗辩。1992年《海上货物运输法》第2条第4款规定买受人可就货物损害向承运人请求赔偿。其理由是承担价金风险的一方当事人不能因欠缺运输合同诉权而使承运人免责。^[97] 而美国《统一商法典》更全面彻底地解决在第三人侵害货物时买卖双方的利益保护问题,第2-722条规定,如果第三人损坏已经划拨于买卖合同项下的货物,则买卖合同的任何一方当事人,只要对货物拥有所有权,或担保权益,或特殊财产权,或保险利益,都有权对该第三人提起诉讼;如果货物已被毁坏或被侵占,根据买卖合同承担风险的一方也有权提起诉讼。由于该条是关于买卖合同当事人对第三人诉权的一般规定,当然也适用于第2-504条的装运合同。由此可见,英美法采取实用主义的态度,通过立法直接规定买受人对承运人的损害赔偿请求权,而较少讨论买受人请求权的理论基础。但对于追求逻辑完满的大陆法系民法学理而言,就买受人对承运人的损害赔偿请求权呈现出多种理论构造的可能性。

(一) 基于侵害所有权的损害赔偿请求权

首先可以考虑,寄送买卖的买受人是否可以主张承运人侵害所有权的损害赔偿请求权。于此必先解决的问题是,出卖人货交承运人后,是否发生所有权转移。前文已述,《公约》第69条的“hand over”,《德国民法典》第447条的“ausliefern”以及我国《合同法》第145条的交付第一承运人,均应理解为“移交”,而非交付。出卖人货交承运人并未完成买卖合同的交付义务,而仅仅表明其作出了给付行为(发送货物),至于给付效果(交付和所有权转移)须待买受人收取货物后才能完成,这正是寄送买卖作为送付之债的特性。^[98] 总之,寄送买卖中的买受人通常在货交承运人后并未取得货物所有权,所以不得以侵害所有权为由,请求承运人损害赔偿。

但是,在当事人有特殊约定时,货交承运人也会导致所有权的转移。于此可以设想如下情形:其一,出卖人将基于运输合同产生的对于承运人的返还请求权,以指示交付方式让与给买受人(BGB § 931、我国《物权法》第26条),从而买受人可能在货交承运人后取得所有权。^[99] 其二,如果承运人作为买受人的占有辅助人(Besitzdiener)接受货物,则出卖人对其交货也是完成交付义务,^[100] 进而发

[94] 以上描述仅针对承运人的违约责任而言。如果与买卖合同没有任何联系的第三人造成货物毁损、灭失,例如第三人侵权,上述现象依然存在:出卖人对第三人享有侵害所有权的请求权,但无损害;而买受人虽有损害,但对第三人享有侵害所有权的请求权。Oetker/Maultzsch (Fn. 29), S. 169.

[95] 浙江省金华市中级人民法院(2010)浙金商终字第1037号民事判决书。

[96] Staudinger/Beckmann, § 447, Rn. 37.

[97] 杨良宜:《提单及其付运单证》,中国政法大学出版社2001年版,第264、280页。

[98] Staudinger/Beckmann, § 433, Rn. 75.

[99] MünchKomm BGB/Westermann, § 447, Rn. 2; MünchKomm BGB/Westermann, § 433, Rn. 52.

[100] Staudinger/Beckmann, § 433, Rn. 75.

生所有权转移。其前提是买受人与承运人建立占有辅助所需的某种社会依赖关系。总之,如果买受人依特殊方式取得标的物所有权,可以侵害所有权为由,请求可归责的承运人或第三人承担损害赔偿

责任。

在商事交易领域,以运输方式买卖货物,承运人在接受货物后通常会向托运人(出卖人)签发证明运输合同的运输单证。运输单证有两大类:一类是普通的托运单,仅有证明运输合同的作用(参见我国《海商法》第80条);^[101]另一类是提单,不仅能够证明运输合同,而且可以代替货物现实交付,即对于有受领权限之人,就货物上权利之取得,具有与交付货物(Übergabe)同等之效力(《德国商法典》第448条)。我国《海商法》第71条关于提单交付与货物所有权变动的关系规定不明,早期的海商法理论将提单界定为“物权凭证”,认为占有提单即享有提单项下的货物所有权,交付提单即表示货物所有权转移。^[102]但这一理论对提单的功能存在误解。根据德国商法理论,为实现提单项下货物的物权变动(让与所有权或设定质权),除了交付提单,买卖双方还须就所有权让与或设立质权达成物权合意(德民§929、§1205)。^[103]从术语来看,《德国商法典》第448条、第475g条、第650条规定提单、仓单、海运提单交付的效力等同于货物交付的效力,因此称为“交付凭证”(Traditionspapier),原文并无“物权凭证”的含义。英国法上,著名的《本杰明论货物买卖》也强调,交付提单可引起拟制占有(constructive possession)的转移,且“可能”(may)导致所有权转移。^[104]言下之意,提单交付并不等于所有权转移,此外还须有当事人之间转移其项下货物所有权的意思。^[105]因此,我国应采上述通说,将交付提单仅理解为代替货物交付,货物的物权变动(包括所有权和担保物权)需视当事人的意思表示而定。^[106]

综上,如果出卖人已向买受人交付提单并达成让与所有权的合意,则买受人取得所有权,从而可以针对承运人主张侵害所有权的损害赔偿。以国际贸易实践中经常出现的“无单放货”为例,《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第3条规定:“承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的,正本提单持有人可以要求承运人承担违约责任,或者承担侵权责任”。从侵权视角看,“无单放货”是承运人对货物的侵权行为,买受人如持有正本提单,可对承运人主张侵权责任。^[107]

(二) 第三人损害清算理论

就赔偿权利人而言,损害赔偿法的原则是受害人仅能就自己的损害主张请求权。但在一些特殊

[101] 史尚宽:同注2引书,第587页。司玉琢:《海商法专论》,中国人民大学出版社2010年版,第102页。提单之外的其他运输单证,虽然不具有代替货物交付的作用,但是出卖人可以通过让与返还请求权的方式(指示交付)完成交付义务。Grunewald (Fn. 47), S. 89.

[102] 对此可参见王文军对物权凭证说的介绍与批评,王文军:《提单项下海运货物索赔之请求权基础研究》,法律出版社2011年版,第21页。

[103] Münchener Kommentar zum HGB/Herber, § 448, Rn. 6 ff.; *Bambach/Hopt/Merkt*, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, § 448, Rn. 2; *Brox/Henssler*, *Handelsrecht*, 20. Aufl., 2009, S. 333 f.

[104] A. G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods* 920 (Sweet & Maxwell 1992).

[105] 杨良宜:同注97引书,第7页。王文军:同注102引书,第74页。

[106] 我国有法院采这种观点并指出:提单与货物所有权的转移不一定同步,所有权的取得取决于合同双方的约定。参见上海市高级人民法院(2009)沪高民四(海)终字第185号民事判决,载国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览(2010年商事审判案例卷)》,中国人民大学出版社2012年版,第401页以下。

[107] 参见刘寿杰:“《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用”,载《人民司法》,2009年第9期,第23-28页。

情况下,损害并非发生在可能有赔偿请求权的债权人身上,而是发生在第三人处且该人没有请求权。于此,如果仍然坚持权利人仅能主张自身的损害,则加害人可能因这种意外的损害转移(Schadensverlagerung)而逃脱责任。为解决这一问题,德国民法学理上提出“第三人损害清算”(Drittschadensliquidation)理论,即赋予赔偿权利人针对加害人主张第三人之损害的权利。^[108] 根据德国司法实践,适用第三人损害清算的案例类型大致包括:(1)寄送买卖风险转移的出卖人得向承运人主张买受人的损害。(2)间接代理的代理人以自己名义与相对人订立合同,如果相对人违约,虽然代理人没有损害,但可就委托人的损害向相对人主张赔偿。(3)因借用、租赁而照管他人之物,在照管期间该物受侵害,得向加害人就所有权人的损害请求赔偿。(4)甲为担保对乙的借款债务而将自己的一项债权让与乙(让与担保),如果债务人丙迟延向乙履行,则甲须向乙支付逾期的借款利息,因此乙虽对丙有请求权但并无损害,而甲虽有损害却对丙无请求权。^[109]

在寄送买卖中,出卖人如将货物移交给承运人,所有权虽未转移给买受人,但价金风险已发生转移,即若标的物发生毁损灭失,买受人仍须支付价金。如果承运人对于货物的毁损灭失有过错,出卖人可向其主张货物所有权受侵害的损害赔偿请求权(BGB § 823I)。但因为价金风险转移,出卖人仍可获得价金,依据损害概念的“差额说”(Differenztheorie),对比损害事故发生的前后,纯粹从经济角度看,出卖人并无损害可言。反之,买受人因不能获得货物却必须支付价金,从而遭受损害,但因其尚未成为货物的所有权人,并无侵权的损害赔偿请求权可言。根据第三人损害清算理论,出卖人可就买受人的损害,向承运人主张请求权。因为出卖人对买受人发生给付不能,但其所获得的赔偿应作为代偿利益(Surrogat),按代偿请求权制度(BGB § 285)返还给买受人,或者出卖人将针对承运人的请求权让与买受人,由买受人直接向承运人主张损害赔偿。^[110]

尽管通过第三人损害清算解决寄送买卖风险转移后的损害赔偿在德国民法上已成为通说,但是理论上对此向来多有质疑。拉伦茨指出,第三人损害清算仅在“差额说”的意义上才适用于寄送买卖。换个视角看问题,出卖人作为所有权人确实因物之灭失遭受了“客观损害”,因此应赋予出卖人损害赔偿请求权,并作为代偿利益让与买受人。^[111] 布洛克斯和罗谢尔德斯都认为,寄送买卖的风险转移仅在出卖人与买受人之间的内部关系上发生效果,在出卖人(所有权人)与加害人(承运人)之间的损害计算上不予考虑。^[112] 布登班德(Büdenbender)以《德国民法典》第843条第4款为例说明法律中存在“规范性损害”(normativer Schaden),例如身体受伤害之请求权人从第三人处获得扶养,但不能因此免除加害人的赔偿义务。如将这一法律思想类推适用在寄送买卖中,则货物的加害人也不能因风险转移而排除出卖人的损害赔偿请求权。^[113] 因此,第三人损害清算适用在寄送买卖案型上纯属多余。

[108] Larenz (Fn. 19), S. 462; Looschelders (Fn. 8), S. 330; Brox/Walker (Fn. 14), S. 306.

[109] Looschelders (Fn. 8), S. 331 f.; Brox/Walker (Fn. 14), S. 308 f.

[110] Staudinger/Beckmann (2004), § 447, Rn. 37 ff; Looschelders (Fn. 8), S. 331; Brox/Walker (Fn. 14), S. 308 f.

[111] Larenz (Fn. 19), S. 464.

[112] Looschelders (Fn. 8), S. 332; Brox/Walker (Fn. 14), S. 309. 史尚宽也认为,“如运送人未依债务本旨为履行,惟应对于托运人负损害赔偿义务。其赔偿金额,结局应归属于谁,乃托运人与第三人之间内部关系,与运送人无关”。史尚宽:同注2引书,第618页。

[113] Büdenbender, Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung – eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur? NJW 2000, S. 986 (1989 ff.). 关于《德国民法典》第844条类推至寄送买卖损害赔偿作为一种法律续造,参见 Stamm, Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege eines originären und rein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 844 Abs. 1 BGB, AcP (203) 2003, S. 366 ff.

此外,第三人损害清算在寄送买卖的适用空间还因为德国民法的特别规定而进一步被压缩。例如,《德国民法典》第474条第2款规定消费品买卖不适用第447条的风险转移规则,出卖人在货交承运人后仍承担风险,从而运输途中发生意外构成自身的损害。再者,如果运输合同属营业行为,则适用《德国商法典》第421条第1款第二句,收货人可以自己的名义主张运输合同所生之请求权,据此寄送买卖的买受人可就其损害向承运人直接请求损害赔偿,而不必求诸第三人损害清算理论。^[114]

(三)真正的利益第三人合同

如上所述,第三人损害清算作为一种法学构想具有强烈的“人为造作”(Kunstprodukt)之嫌,^[115]德国民法理论上一直对此存在质疑,立法上也寻求更妥善的解决方案。所幸1998年德国通过运输法改革法案,对运输合同中收货人的地位重新作出规整,在《德国商法典》第421条第1款第二句规定:“货物被毁损,或迟延交付,或发生遗失的,收货人可以自己的名义,对承运人主张由货运合同产生的请求权;托运人仍然有权利主张此种请求权。”相比而言,我国《合同法》虽有货运合同承运人的赔偿责任之规定(第311条),但未明确究竟只有托运人,抑或收货人也享有损害赔偿请求权。因此,我们可以借鉴德国运输合同法的原理,对我国合同法上寄送买卖收货人的法律地位提出一种解释。

就《德国商法典》第421条第1款第二句文义而言,其规定收货人得“主张”(geltend machen)运输合同请求权。由此带来如下争议:收货人究竟是获得一项针对承运人的实体法权利呢,还是仅仅具有一种诉讼地位?有人根据该条中的“主张”一词,认为其仅赋予收货人以自己的名义行使他人权利的“诉讼担当”(Prozessstandschaft)。^[116]诉讼担当意味着原告得以自己名义进行诉讼,享有实施诉讼权限(Prozessführungsbefugnis),但与享有实体法权利而对应的当事人资格(Sachlegitimation)有别。^[117]倘若如此解释第421条第1款第二句,则寄送买卖的买受人自身并未获得合同请求权,仅解决了买受人为何可以主张请求权的问题(即无需代偿请求权步骤),因此仍需辅之以第三人损害清算来确定出卖人的损害问题。^[118]

如果认为《德国商法典》第421条第1款第二句赋予收货人一项实体请求权,那么其理论基础何在呢?于此可资利用的学说有二。其一,贝克尔(Becker)提出,根据附保护第三人作用之契约的理论,货运合同具有保护收货人之效力。收货人作为第三人,与货运合同的给付存在联系,因为货运合同的目的是将货物运至收货人处,以实现收货人对托运人享有的合同利益,因此收货人取得货物的利益处于货运合同的保护范围之内,符合附保护第三人作用契约的条件。^[119]但该观点的支持者较少。^[120]

[114] Oetker, Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation, JuS 2001, S. 833 (836 ff.); Fikentscher/Heinemann (Fn. 6), S. 308; Brox/Walker (Fn. 14), S. 309. 但也有学者认为,《德国商法典》第421条第1款第二句恰是法定的第三人损害清算的规定。[德]卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第761页。

[115] Bienenbender (Fn. 113), S. 986 (986).

[116] Schrieff, Der neue § 421 HGB und die Drittschadensliquidation, JuS 2000, S. 624 (624); Bienenbender (Fn. 113), S. 986 (988) Fußn. 15.

[117] Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., § 51, Rn. 21; Creifelds, Rechtswörterbuch, 19. Aufl., S. 914. [德]尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,2003年版,第82、105页。

[118] Oetker (Fn. 114), S. 833 (836); Schrieff (Fn. 116), S. 624 (624).

[119] Becker, Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Frachtführer gemäß § 421 Abs. 1 Satz 2 HGB, AcP (202) 2002, S. 722 (725-733). 另参见黄茂荣对运输合同附保护买受人效力的学说介绍,黄茂荣:同注17引书,第451页。

[120] 奥特克(Oetker)反对将货运合同视做附保护第三人作用之契约。Oetker (Fn. 114), S. 833.

其二,德国民法通说认为,货运合同属于《德国民法典》第 328 条所规范的真实利益第三人合同,《德国商法典》第 421 条第 1 款第二句赋予第三人(收货人)一项独立的合同请求权。与此同时,该条还规定托运人仍可主张运输合同的请求权,因此,就货物毁损灭失的损害赔偿而言,收货人与托运人构成《德国民法典》第 428 条、第 429 条意义上的连带债权人。据此,作为债务人的承运人向任一债权人履行,则债务即告消灭。^[121] 在民事诉讼中,托运人和收货人均可作为原告向承运人提起诉讼,但为保护债务人不至于重复给付,法院对其中一人的判决效力也应延伸至其他债权人。^[122]

由于《德国商法典》中的运输合同法仅适用于商业运输,故而利益第三人合同理论并未完全取代第三人损害清算理论在寄送买卖损害赔偿问题上的作用,后者在非营业运输以及货运代理情形中仍有适用余地。^[123] 这主要是因为《德国商法典》原则上优先于民法适用。^[124] 但我国《合同法》采取民商合一的立法,对运输合同并无营业性和非营业性之分,因此,我们可以尝试统一用利益第三人合同理论解决寄送买卖的买受人损害赔偿问题。

我国《合同法》上货运合同的收货人法律地位并不明确。如果收货人同时也是托运人,则收货人行使合同权利自不待言。但通常情况下收货人是作为托运人交易相对方的买受人,与承运人并无合同关系。《合同法》第 311 条规定承运人对运输过程中货物的毁损灭失应承担损害赔偿责任,但对谁承担责任并不明确。这种规则设计欠缺对收货人的利益考量,不尽合理。^[125] 有必要采用利益第三人合同的理论,确定收货人的权利和义务。

首先,我国合同法上是否承认真正的利益第三人合同,即第三人是否可以享有合同请求权?《合同法》第 64 条规定债务人不履行债务“应向债权人承担违约责任”,立法者似乎更倾向于采用不真正的利益第三人合同。学者们围绕该条的文义、体系、法意、比较法、法律漏洞等问题展开了激烈讨论。^[126] 但争论者似乎未考虑到,合同法条文是任意性的规定,如果当事人在合同中约定第三人享有合同请求权,或结合交易状况、合同目的通过意思表示解释也可得出相同的结论,因此,即使《合同法》未一般性地承认赋权型利益第三人合同,也不妨碍认可个别合同或特殊合同类型中第三人的请求权。^[127] 例如,根据我国法律实践,保险合同的受益人、信托合同的受益人、运输合同的收货人均可享有合同的请求权。^[128]

其次,就具体的运输合同类型,我国相关特别法赋予收货人以运输合同的请求权。例如,《铁路法》第 16 条第 2 款规定:“托运人、收货人或者旅客有权按货物、包裹、行李灭失向铁路运输企业要求赔偿。”根据《民用航空法》第 120 条,航空运输合同的收货人可于货物到达目的地点后要求承运人交付货物;如果货物遗失,收货人可请求运输合同的权利;第 121 条还规定,托运人和收货人无论为本人

[121] [德]卡纳里斯:同注 114 引书,第 761 页。Bambach/Hopt/Merkt, Handelsgesetzbuch Kommentar, § 421, Rn. 2; Brox/Henssler (Fn. 103), S. 240; Oetker (Fn. 114), S. 833 (840).

[122] Becker (Fn. 119), S. 722 (742).

[123] Oetker (Fn. 114), S. 833 (841).

[124] [德]卡纳里斯:同注 114 引书,第 6 页。

[125] 张家勇:“为第三人利益合同的意志论基础”,载《清华大学》2008 年第 3 期,第 106 页。

[126] 肯定真正利益第三人合同者,参见韩世远:同注 19 引书,第 232-237 页。否定说参见张家勇:《为第三人利益的合同的制度构造》,法律出版社 2007 年版,第 361-365 页。

[127] 例如《德国民法典》第 328 条也未规定真正利益第三人合同,而是将第三人是否取得权利当成一个意思表示解释的问题。Vgl. Palandt/Grüneberg, § 328, Rn. 3.

[128] 张家勇:同注 126 引书:,第 359-360 页。

或者他人的利益,可以以本人的名义分别行使运输合同的权利。从司法实务看,《最高人民法院关于新疆梧桐塑料厂与乌鲁木齐铁路分局铁路货物运输合同赔偿纠纷一案的请示的答复》指出,“货物运抵到站后,承运人因交付货物与收货人发生权利义务关系,对发生的货物损失,收货人有权依据运输合同向承运人提出赔偿请求”。^[129] 根据上述规定,托运人与铁路或航空部门订立的运输合同,使收货人取得履行合同请求权和违约损害赔偿请求权,承运人对托运人或收货人履行义务后,债务即告清偿,这完全符合利益第三人合同的法律结构。笔者认为,就货运合同收货人的权利而言,铁路、航空与其他运输方式(如公路、水路)并无本质区别,上述理论可应用于其他运输合同。

最后,利益第三人合同理论在运输合同中的疑难问题是:合同当事人可以为第三人设定权利,但不能为其设定义务,那么运输合同的收货人在享有交货请求权的同时,是否应当承担与运输有关的义务呢?例如运费、亏舱费、滞期费、装货费等。自理论言之,史尚宽曾指出收货人承担义务的根据有法律规定说、债务移转说、指示说、无名契约说。^[130] 从各国立法考察,收货人承担义务大多由法律明确规定。例如《德国商法典》第421条第2、3款规定,收货人如果主张交货请求权,则须与托运人一起就运费、滞期费承担连带责任,理论上将其界定为“法定并存性债务承担”。该规则并不违反“禁止为他人设定负担”之原则,因为只有当收货人主张交货请求权时,才启动这一连带责任。而且,因为承运人一旦交付货物,即丧失货物的质权,因此收货人承担连带责任也是对该质权的一种补偿。^[131] 英国《1992年海上货物运输法》第3条规定向承运人主张权利的收货人应如同运输合同当事人一样承担合同义务。其立法理由在于收货人从运输合同获得利益,如不承担义务则显然不公。^[132] 《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》(《鹿特丹规则》)第58条亦规定运输单据持有人行使运输合同权利时才承担相应义务。由此可见,各国法律在这一问题的立场上惊人地相似:收货人负担运输合同义务以其主张交货请求权为前提。这反映的一个朴素的法律原则就是:享有权利须承担相应的义务。这一原则在我国法律中也有所体现。例如,《民用航空法》第120条规定,航空运输合同的收货人在缴付应付款项和履行航空货运单上所列运输条件后,才有权要求承运人交付货物。《最高人民法院关于新疆梧桐塑料厂与乌鲁木齐铁路分局铁路货物运输合同赔偿纠纷一案的请示的答复》也指出,“在货物交付前,承运人与收货人之间不存在权利义务关系”。基于同等事物同等对待原则,其他运输合同也应适用相同规则。

除上述途径以外,为寄送买卖的收货人寻求合同请求权,还可以考虑间接代理理论:出卖人(托运人)作为买受人(收货人)的间接代理人,其与承运人订立运输合同,根据《合同法》第403条由买受人行使介入权,进而主张运输合同的请求权。例如,我国司法实践中,有法院认定托运人受收货人的委托授权,以自己的名义与承运人订立运输合同,最终由收货人直接向承运人主张运输合同的交货及损害赔偿请求权。^[133] 实际上,采间接代理模式理解运输合同,是我国实践中广义的“代办托运”(不限于寄送买卖),即凡是以间接代理人身份订立运输合同,均构成代办托运。甚至买方自己也可委托物流公司、货运代理人等办理托运,出现货损货差后,受托人向收货人(买方)披露实际承运人,法院依据

[129] 其他法院援引该批复作为收货人享有运输合同请求权的依据。参见山东省青岛市中级人民法院(2007)青民四终字第57号民事判决。

[130] 史尚宽:同注2引书,第612-613页。

[131] [德]卡纳里斯:同注114引书,第762页。

[132] 杨良宜:同注97引书,第280-281页。王文军:同注102引书,第142页。

[133] 石家庄铁路运输法院(2003)石铁民初字第13号民事判决,山东省青岛市中级人民法院(2010)青民二商终字第2号民事判决。

《合同法》第403条认定收货人得直接行使运输合同请求权。^[134] 综上,如果出卖人与买受人约定代办托运,可以解释出卖人有委托或授权订立运输合同的意思表示,由买受人行使介入权进而享有运输合同请求权。这一理论构造与利益第三人合同理论也不冲突。

(四) 本文观点及请求权竞合问题

寄送买卖风险转移后,如何保护买受人的利益是必须解决的后续问题。首先要考察的是货物的所有权是否转移。从立法目的来看,《合同法》采取各国通行的立法例,有意将价金风险与所有权移转分开,第145条意义上的货交承运人不能表明所有权转移。但结合物权变动规则,如果出卖人以指示交付或交付提单方式将运输合同项下的货物所有权让与买受人,则买受人享有向承运人因其过错导致货物毁损灭失的侵权责任请求权。

其次,还可以考虑买受人是否享有运输合同的交货及损害赔偿请求权。寄送买卖的启动运输由出卖人完成,即出卖人与承运人订立运输合同并向其交货,因此为确立收货人的运输合同请求权,必须克服合同相对性的困扰。德国法创制“第三人损害清算理论”使托运人得就收货人所受之损害向承运人请求赔偿,但该理论过于造作而被诟病。最近《德国商法典》修改后采取法定方式赋予收货人运输合同请求权(第421条第1款第二句),并以利益第三人合同作为理论基础。此外,以间接代理理论,通过解释当事人委托代理订立运输合同的意思表示,也可使收货人获得运输合同请求权。由于德国民商法典分立的模式,商事运输和间接代理(行纪)均为商法典规范,从而导致上述理论及规则在民事领域不具普适性。而我国《合同法》采取民商合一的立法模式,无论是利益第三人合同理论,还是间接代理,均可贯穿所有运输合同收货人的请求权问题,比较而言,这不失为我国《合同法》的一项优势。总之,笔者认为,在出卖人和买受人就代办运输有明确的或可解释的间接代理意思表示时,应依当事人的意思而定;否则,采利益第三人合同理论,解决买受人的运输合同请求权问题。

如果收货人作为寄送买卖买受人,恰好也获得了货物的所有权,从而对承运人既享有侵权责任请求权,也享有运输合同请求权,构成《合同法》第122条意义上的请求权竞合。^[135] 收货人可选择行使何种请求权。^[136] 但有疑问的是,承运人根据运输合同得主张的抗辩或免责事由,以及短期时效是否可以对抗收货人的侵权请求权? 我国《海商法》第51条规定十二种承运人免责事由,第257条规定货物损害赔偿请求权适用短期诉讼时效一年。此外第56条还规定了赔偿限额。海商法给予承运人责任优待,是因为海上货物运输的风险性极大,倘若承运人适用普通民事交往中的一般责任标准,不利于海运事业发展。法律的上述规范目的不能因为收货人选择侵权或违约而被轻易规避。此外,关于货物运输的国际公约《海牙·维斯比规则》第4条规定,本公约规定的抗辩和责任限制适用于一切因货物毁损灭失而针对承运人的诉讼,不论该诉讼基于合同或侵权(《汉堡规则》第7条亦同)。英国法

[134] 参见上海海事法院(2009)沪海法商初字第724号民事判决,嘉兴市南湖区人民法院(2008)嘉南民二初字第1949号民事判决。

[135] 运输合同的侵权与违约请求权竞合最显著事例为提单项下的“无单放货”行为,对此最高人民法院《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第3条明确采请求权竞合说,参见刘寿杰:同注107引文。理论观点参见:[加拿大]台特雷:《国际海商法》,张永坚等译,法律出版社2005年版,第85页。李章军:《国际海运承运人责任制度研究》,法律出版社2006年版,第171页以下。王伟:《无正本提单交付货物的法律与实践》,法律出版社2010年版,第38页以下。关于铁路运输合同的违约与侵权请求权竞合,参见阴跃平、郝洪建:“铁路货物运输合同纠纷赔偿问题研究”,载《法律适用》2007年第12期。

[136] 参见《最高人民法院关于印发〈民事案件案由规定〉的通知》指出,“在请求权竞合的情形下,人民法院应当按照当事人自主选择行使的请求权,根据当事人诉争的法律关系的性质,确定相应的案由”。

已将此规则转化为国内法。^[137] 我国《海商法》第58条吸取上述经验作出类似规定。^[138] 《民用航空法》第131条规定航空承运人的责任限制不论诉讼根据为何均得适用,也是基于相同立法旨趣。归纳而言,就侵权与违约的竞合,不论采请求权竞合说抑或请求权规范竞合说,合同法上责任限制所追求的法律目的,不应被受害人主张侵权请求权而挫败。^[139] 综上,针对承运人的损害赔偿请求权,如果运输合同有法定或约定免责事由以及短期时效,应适用于侵权责任请求权。^[140]

五、结论

寄送买卖的标的物发生毁损灭失风险后,涉及多重民法问题。寄送买卖是各国买卖法普遍规范的交易形式,虽然各法域使用的术语不同,但寄送买卖的风险转移问题及其后果大致相同,这奠定了我国《合同法》第145条的解释论基础。笔者通过比较法上的研究,于此总结回应本文开篇提出的各项疑难问题:

第一,寄送买卖本质上是送付之债,其给付行为地是出卖人住所地,但给付结果发生在买受人住所地。出卖人将货物移交承运人时,并未完成交付义务,所有权不发生转移。但依《合同法》第145条价金风险发生转移。

第二,寄送买卖的出卖人仅负有发送货物的义务,而无运输的义务。但出卖人须尽到合理安排运输以及与运输有关的注意和保护义务,否则价金风险不发生转移并可能需对买受人承担损害赔偿责任。

第三,寄送买卖的标的物因承运人原因而导致毁损灭失,出卖人无需根据《合同法》第121条为第三人事由负责而向买受人承担违约责任。

第四,一般而言,出卖人将货物交与承运人并未使买受人取得货物所有权。但买卖双方可能特别通过指示交付或交付提单而完成所有权转移。

第五,寄送买卖风险转移后,需解决买受人如何对造成货物毁损灭失的承运人主张损害赔偿请求权问题。如果货物所有权通过特殊方式发生转移,买受人当然得请求承运人侵权损害赔偿;此外,出卖人与承运人订立的运输合同可解释为利益第三人合同,由买受人行使运输合同的违约损害赔偿请求权。若以上两种请求权发生竞合,则应由当事人自愿选择,择一行使。

[137] Atiyah, Adams & MacQueen, *The Sale of Goods* 554 (Pearson Langman, 2005).

[138] 《海商法》未规定短期诉讼时效是否适用于针对承运人的侵权请求权。《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第14条明确了无论违约或侵权,均适用诉讼时效一年。其理由分析参见王志文主编:《国际货物运输法律热点问题研究》,法律出版社2012年版,第202-204页。

[139] Medicus/Lorenz (Fn. 20), S. 194; Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, 1967, S. 176 f.; Lorenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, S. 324. 张家勇:“论责任竞合的逻辑与经验”,载龙卫球、王文杰:《两岸民商法前沿》(第2辑),中国法制出版社2013年版,第604页。

[140] 史尚宽指出,运输合同法有特别减轻承运人赔偿责任事由者,应排除侵权行为法适用。否则,运输法的责任限制规定将等于虚设。史尚宽:同注2引书,第622页。

**Risk Transfer and Compensation for Damages in Sale Involving Dispatch:
From the Perspective of Comparative Law**

Zhu Xiaozhe

Abstract: Sale involving dispatch (Versendungskauf) is a common trading form for both domestic and international trade. The intrinsic characteristic is that the seller is only responsible for arranging the transport of goods instead of delivering the goods himself. The handing over of the goods from the seller to the carrier does not mean the delivery is completed or the ownership of the goods is transferred. However, the risk of price is transferred. Although the seller is not obligated for the transportation of the goods, if he fails to arrange the transportation properly or carry out the duty of caution, protection and other subordinate obligations, he should be liable for the damages and the risk of price is not transferred. In sale involving dispatch, the independent carrier is not assistant performer of obligation, nor is the seller responsible for the actual carrier's mistakes. If there are damages or losses, the buyer can claim the compensation for the damage of ownership of goods or claim the liability for breach of transportation contract, as long as appropriate requirements are met.

Keywords: sale involving dispatch; price risk; subordinate duty; assistant performer of obligation; compensation for damages

(责任编辑: 丁洁琳)

公司创制章程条款研究

郭富青*

摘要:公司创制章程条款是体现股东或公司的意志,蕴含着不同于公司法规范的创新性,且能排除或代替公司法任意规范适用的自治规范。其性质具有契约与自治法规的兼容或并存性的法理基础。公司法对创制章程条款既留有余地又设有限制。创制章程条款是否有效,不但应有一般法上的判断标准,更应作个案化的深入思考。

关键词:创制 章程条款 性质 空间 效力

2005年修订的我国《公司法》充分彰显了公司、股东自治的精神,扩大了公司创制章程条款的空间,具有深远的现实意义。公司自我意识开始被唤醒并逐渐强化,拥有自主经营、自负盈亏、自我发展、自我约束和自我完善的能力已成为公司独立市场主体的品格和内在追求。至此,公司章程已不再是公司法毫无生气的临摹和翻版,开始有了满足自治需要的规范创制,从而赋予了其个性化的生命力。然而,司法实践中针对公司创制条款违法、侵权主张无效的诉讼也相伴而生,从而引发了一系列亟需研究和解决的现实问题,诸如:如何确定和把握公司创制章程条款的自由与限制之间的界线;如何认识公司创制章程条款的性质,以及对其正当性、合法性的影响;司法实践中怎样解释和认定公司创制章程条款的效力等。本文将围绕这些问题进行探讨,寻找答案,并求教于学界同仁。

一、公司创制章程条款的含义、方法与法源地位

(一) 公司创制章程条款的含义

公司设立必须符合人的要件、物的要件及行为要件,行为要件主要是制定章程的行为。我国《公司法》规定设立公司必须依法制定公司章程,制定章程是公司设立的必备条件。^[1] 公司章程尽管被认为是调整公司组织和行为的自治性规范的总和,但是,并不能以此认为章程的全部条文均具有公司创制的性质。究竟什么样的章程条款才能被称之为公司创制的自治性规范? 笔者认为,公司创制章程条款是指公司为了自身的实际需要,依据法律的授权制定的,体现全体股东共同意志或公司团体意志,调整公司组织和活动关系的,具有变更、替代和补充公司法功能的自治规范。据此,公司章程创制条款具有以下特点。

1. 创制的依据源自法律的授权

公司法所属的法域为商法,而商法则又属于私法的范畴,私法调整社会关系的主要方式和原则是

* 西北政法大学教授,法学博士。

[1] 参见我国《公司法》第11条、第23条和第77条。

私法自治,因而私法在结构上必然是以任意法律规范为主体的规范体系。任意法律规范本质上属于赋权性规范,它不仅在法律许可的范围内赋予民商事主体根据自己的意志,通过法律行为去为自己缔结法律关系的自由,而且也授权其为自己创设行为规范。换言之,私法自治必然“承认个人在私法的领域内,就自己生活之权利义务能为最合理‘立法者’,在不违背国家法律规定之条件下,皆得基于其意思,自由创造规范,以规律自己与他人之私法律关系”。〔2〕可见,公司之所以能够创制章程条款是因为公司法任意规范授权或指引的结果。

2. 是股东和公司意思自治的体现

私法自治的理念在公司法中具体表现为股东自治或公司自治原则。“私法自治给个人提供一种受法律保护的自由,使个人获得自主决定的可能性。”〔3〕这必然意味着民商事主体被赋予自主决定自身事务的自由,立法者相信其是自身利益的最佳判断者,对此国家不予强制干预。也就是说,“一个好的社会应该具有畅通的让所有的人都广泛参与决定私人物品和社会物品配置的制度机制”。〔4〕公司作为独立的法人和市场主体,为了依法自主和灵活经营,根据自己的意志和现实需要创制章程条款,是充分实现公司自治的前提和基础性保障。不同的公司存在很大的差异性,其经营理念、治理模式和行为偏好各不相同。如果一个公司根据自己的实际情况和需求,能够事先通过章程创制体现自己意志并适合本公司特殊需要的条款,对公司组织、运行和监督等方面作出合理的制度安排,必将促进其自身规范运行并有助于内部纠纷的解决。

3. 是公司法未作出明文规定的自有规范

公司创制章程条款应当是公司法未作出明文规定,或仅作出提示规定,从而授权公司章程规定的自有规范。就公司章程的制定而言,若章程在公司法的任意性规范之外未作出特别的规定,就意味接受公司法任意规范的管辖。公司根据公司法任意规范创制章程条款,在性质上属于章程的任意记载事项和相对必要记载事项。任意记载事项是公司法没有明文规定的事项,由股东或公司根据意思自治和自身的需要规定;相对必要记载事项则是公司法中有明文规定,但允许公司以自身需要选择记载的事项。〔5〕这类事项属于“法律为当事人提供了一个自主决定记载事项的选择空间。就性质而言,公司法有关相对必要记载事项的规范,属于授权性的法律规范”。〔6〕无论是相对必要记载事项还是任意记载事项,记载与否都不影响章程的效力。一旦记载于章程就产生约束力;没有记载者,则不生效力。并且,公司创制章程条款依据法律的授权在其调整对象上,拥有排除、替代、修改或补充公司法的功能和效力。另外,公司章程的必要记载事项,是公司根据公司法强制性规范的要求,遵守、执行公司法的行为表现,由此形成的章程条款,不属于公司创制条款的范围。

〔2〕 刘宗荣:《定型化契约论文专辑》,三民书局1989年版,第45页。

〔3〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第143页。

〔4〕 杨冠琼:《政府治理体系创新》,经济管理出版社2000年版,第205页。

〔5〕 我国大陆《公司法》没有将章程记载的事项划分为:绝对必要记载事项、相对必要记载事项和任意记载事项,只规定了章程的必要记载事项和授权章程规定任意事项,因此,没有“相对必要记载事项”规定。但是,我国台湾地区《公司法》130条规定:“左列各款事项,非经载明于章程者,不生效力:一、分公司之设立。二、分次发行股份者,定于公司设立时之发行数额。三、解散之事由。四、特别股之种类及其权利义务。五、发起人所得受之特别利益及受益者之姓名。前项第五款发起人所得受之特别利益,股东会得修改或撤销之。但不得侵及发起人既得之利益。”此为相对必要记载事项的规定。

〔6〕 赵旭东:《公司法》,中国政法大学出版社2007年版,第77页。

(二) 公司创制章程条款的方法

订立章程应遵守真实性、不违法、不重复三项原则。所谓不重复原则是指公司法已经作出明文规定的,该内容一般不在章程中再作记载,否则可能出现挂一漏万的弊病。^[7] 然而,我国在公司设立实务中存在许多公司章程大篇幅抄袭公司法条文的现象。这些抄袭条文虽然构成章程的组成部分,但绝不属于公司创制章程条款。此外,笔者认为制定公司章程不能完全照搬公司法的相关条文,但是一些章程条款与公司法相同或相似是不可避免的,也是必要的。一方面,公司法为章程制定提供示范文本,本身就是其规范公司组织和行为的重要调整手段。公司法中有些条文属于许可适用规范,明示公司自行决定是否选用,只有章程选择时才适用,否则就不适用。^[8] 这些条文属于授权性规范,当其符合投资者和公司的需要和期望时,就会被公司章程选择适用。遇此情形就会产生章程条文与公司法相应条文必要的重复,但此时公司并未创制章程条款。另一方面,公司章程的必要记载事项多涉及公司法不允许变更的强制性规定,因此,必要记载事项条款也必然与公司法的相关规定雷同。

公司创制章程条款的方法可以按照不同的标准进行不同的分类。按照创制章程条款所处的时段可以区分为通过初始章程创制条款和通过修改章程创制条款;按照其规范的创造性或新颖性可分为变通条款与全新条款。

通过初始章程创制条款是指在公司设立阶段,根据公司法授权性规范制定适合公司实际需要的自治条款。它可以分为两种情形。其一是根据公司法空白授权立性规范的指示,创制章程条款。例如,《公司法》第38条第11项,第47条第11项,第54条第7项均规定,股东会、董事会、监事会除享有法定职权外,还包括授权“公司章程规定的其他职权”。其二是根据公司法允许公司排除其任意性规范的适用,授权章程“另有规定”而进行条款创制。例如,《公司法》第42条规定:“召开股东会会议,应当于会议召开十五日以前通知全体股东;但是,公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。”通过修改章程创制条款则是指,在公司成立后的存续期间,根据公司发展变革的需要对原章程条款的构成要素及效果加以改变,或废除不适宜的条款,或增加新条款。公司之所以要修订章程,大体存在两种情形:一是章程的必要记载事项客观上发生了变化,公司法要求必须修改章程如实反映公司运营新的状态,例如因公司名称、住所、经营范围、注册资本和法定代表人改变等修改章程;二是当公司经营事项、经营方式与规模、治理和竞争环境等已现实或潜在地发生改变时,必然要求对公司制度进行改进或重新安排。为此,即使在组建公司时章程提供了最好的安排,也会时过境迁、需要因时制宜地修改,保持与时俱进、可持续发展。就公司章程修改的两种情形而言,前者只是公司运营过程中组织要素或业务变化牵涉章程必要记载事项,引起章程修改重新记载发生改变的真实信息。因此,章程修改往往是被动或例行其事地满足法定要求,一般不会产生创制条款;后者则往往是公司出于解决当前问题的需要或防范未来风险的对策而创制新的条款。再者,公司制定初始章程的动机和目的往往出于两个方面的考虑:一是制定符合公司法要求的章程使公司尽早顺利成立;二是为拟成立公司预设营业和自治方式及运行机制先行作出制度安排。就我国公司设立的实际而言,公司的设立人往往偏重于前一个目标的实现而忽视后者,致使公司初始章程创制条款的动力不足。尤其是,多数公司初始章程往往由公司创设人委托律师包办,且未提出特别的要求,律师则在章程范本上根据公司拟营业

[7] 周友苏:《公司法通论》,四川人民出版社2002年版,第291页。

[8] [加拿大]布莱恩·R.柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟等译,法律出版社2001年版,第234页。

的信息进行必要记载事项的填空便完成章程的起草,结果使公司章程的内容与公司法的内容基本雷同,相同组织形式的不同公司的章程也都大同小异。相比之下,公司通过修改章程“创制”自治条款则有明显的主动性、积极性,从而成为公司创制章程条款的主要方法。因为修改章程除了必要记载事项发生变化之外,主要是基于公司谋求个性化治理和调整特殊关系的动机,针对面临的新情况、新问题,必须进行的制度调整或重新安排。

变通创制是指公司制定章程时,以公司法的任意条款为参照,并结合自身性质和实际情况对其内容进行增减性修改,使之变为适宜公司的自治规范的创制活动。英美法系国家的公司立法通常会为制定章程提供一个格式范本。例如,《英国 1985 年公司法》第 8 条规定,公司可以采纳附表 A 全部或部分内容。因此,公司制定章程可通过修改附表 A 的内容来创制条款。^[9]我国《上市公司章程指引》为规范上市公司,确保其章程的格式和内容统一,符合标准化制式,也给上市公司提供了一个章程范本。上市公司在章程中除规定其所包含的内容以外,允许对其内容进行删除或修改的,只须向证监会说明即可。全新创制则是指公司根据自身股权、治理结构和业务的需要,为实现理想的运作机制,对股东、公司机关未来的行为模式及其后果进行制度设计,从而进行条款创制。章程全新创制条款与公司法条款一般既不相同也不存在类似;其他公司的章程中通常也找不到同样的条款,所以,它是公司特有的个性化规范。这些规范既可以是公司根据公司法的授权,在章程中制定的排除并代替公司法任意性规范的适用;也可以是为了弥补公司法预留的空白而创制的条款。

(三) 公司创制章程条款的法源地位

公司根据公司法任意性规范的规定所创制的章程条款是否具有法律渊源的地位。有学者认为“章程对设立人及所有未来的社员均有拘束力,惟并不具法律规范性”;^[10]另有学者认为,章程作为自治规范,“在其自治权限及其范围内,具有法源的地位,享有一般之规定上的拘束力”;^[11]还有学者认为,2005 年《公司法》扩大了公司自治领域,已使公司章程“真正成为公司法的替代性规则和裁判的法源”。^[12]由上述学者的观点所见,公司创制章程是否具有法源地位尚存在分歧。笔者认为,公司制定的章程与国家之立法虽然均有规范性,但是显然有别。国家之立法通常为国家权力机关所制定,由国家强制力保证其执行,且一般具有普遍的约束力;而公司章程由股东或公司制定,通常没有直接的可强制执行性,并且没有普遍的拘束力,以我国《公司法》第 11 条的规定,公司章程仅对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力,除此之外,对公司之外的第三人不产生拘束力。然而,这并不能抹杀公司章程作为一类法律渊源的地位。公司章程创制的条款应当被视为公司自治法规,其理由如下。一则,它具有授权立法性。公司之所以能够通过创制章程条款作出与公司法不同的制度设计,完全是根据公司法任意规范的授权,也就是说,它有国家意志的许可。二则,它具有规范性。公司章程依法创制的有效条款是公司组织、运行的准则,具有拘束力。当股东或公司违反其规定,据此,股东可以起诉公司,公司也可以起诉股东。三则,它作为裁判规则具有优先适用性。公司章程创制的自治条款,一旦获得法官有效的认定,应较之于为之授权的公司法任意性规定而优先被适用,依此判定待决案件的法律后果。结果,使公司法的任意性规定被排除或替代适用,仅处于章程创制条款意思不足的

[9] 葛伟军:《英国公司法:原理与判例》,中国法制出版社 2007 年版,第 34 页。

[10] 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 183 页。

[11] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 16-17 页。

[12] 钱玉林:“公司章程对股权转让限制的效力”,载《法学》2012 年第 10 期,第 103 页。

补充地位。最后,章程创制的条款一旦被法官作为优先适用的裁判依据,就必然间接地获得了以国家权力作为保障的强制执行力。

二、公司创制章程条款的法律空间

公司虽是私法主体,但因融资的公众化、社会化无不与公共利益密切相关。公司法所具有的组织法兼行为法、实体法兼程序法、私法兼公法等特点,又使其成为任意性与强制性法律规范相融合的体系。这意味着公司章程创制条款既有自由空间又受限制或禁止。然而,公司法强制性过多,管得过死,股东与公司自由空间过窄,必然束缚、禁锢其积极性、创造力和活力。反之,过多的任意性规范放任其自由而为,则又会出现权利滥用,侵害债权人和小股东的利益,妨害交易安全。因此,有必要探讨公司章程创制条款的界限和范围。

(一) 公司创制章程条款的自由

公司章程创制条款的理论基础是私法自治,而其法律依据则来自公司法任意规范的授权。依据私法自治理念,“法律恰当的目标则是为生活于其中的个人创造一个私域,使他们能按自己的意愿活动”,^[13]“任何人均可随其所欲,订立契约,作成遗嘱,设立社团”。^[14]民商事主体不但能够通过法律行为缔结法律关系确定其权利和义务,而且可以排除任意法律规范为自己制定有拘束力的行为规范。由此可见,空间和社会秩序是法律的两个重要因素,没有秩序社会无法发展;没有空间就不能调动一个民族、一个社会的积极性。所以,法律任意规范给出一个一般行为范式,使得每一人都知道这条路是宽的;使得每一人去走的时候,能发挥他的潜能,才算是好的法律。^[15]法律之规定“得以当事人之意思排除其法律适用,为之任意法……任意法在当事人无特别意思表示时,有强制之效力,不过用为解释或补充当事人之意思表示而已,固不能反当事人之意思而强行为之”。^[16]进而言之,任意性规范通常认为是允许主体变更、选择适用,或者排除该规范适用的规范,故而以补充任意性规范居多数。此类任意规范在当事人就某一法律关系意思有欠缺时,由法律设立准则以补充当事人意思之所不备;反之,当事人就某一法律关系另有意思时,则依其意思赋以法律效果,从而排斥法律任意性规定之适用。英美法系公司法学者将公司法中的任意规范进一步划分为许可适用规范和推定适用规范。许可适用规范是指只有那些受其影响的当事人选择时才适用,否则就不适用。它属于授权性规范,当其符合大多数交易者的需要和期望时,各方就会选择适用该规范。推定适用规范是指这种法律规范除非受其管辖的当事人选择不适用它,即排除适用它,否则就会自动适用它。因此,学者有时将其称为“缺省的”或“补充的”条文。^[17]因此,这种规范具有填补合同缝隙的功能。股东或公司可以把适合需要的缺省规范留下,而把不适合的排除适用。然而,缺省条款具有黏附性,当事人必须花时间和精力了解这种规范的特点,很可能因当事人不知道推定适用对其不利而未排除其适用。美国许多州的公司法规定,可以在设立章程中选择“优先认股权”和“累积投票权”,但是存在着两种不同的立法例。其

[13] [英]阿兰·艾伯斯坦:《哈耶克传——市场经济和法治社会的坚强捍卫者》,秋风译,中国社会科学出版社2003年版,第231页。

[14] 郑玉波:《民法债编论文选辑》,五南图书出版公司1984年版,第73页。

[15] 梁定邦:“公司治理与律师”,载《中国律师》2001年第1期,第23页。

[16] 刘清波:《民法概论》,台湾开明书店1980年版,第7页。

[17] 同注8引书,第234-235页。

一是,如果公司选择放弃这两项权利,则必须在公司的注册证书中加入条款明确否认这两项权利,否则,推定适用,此被称为“选择弃权法”(opt-out);其二是,通常股东没有这两项权利,如果公司选择给予股东这两项权利,则必须在注册证书中声明股东享有该等权利,此被称为“选择得权法”(opt-in),属于许可适用规范。美国《示范商事公司法》采取了第二种立法例。^[18] 这表明,推定适用规范无需受其影响的当事人采取任何确认措施,便可自动适用于当事人之间的交易关系。这类似强制适用规范,所不同的是强制性规范的适用与当事人的是否选择无关。而许可适用规范只有受其影响的当事人作出选择才适用他们之间的交易关系。总之,尽管存在着立法技术的差异,但是,公司法事先均为公司章程提供了现成的标准化示范规范,由公司制定章程时加以选择。这无疑节约了章程制定的成本,但是,公司除了选择之外,并未“创制”任何规范。

公司法的任意性规范绝大多数属于授权性规范,而且有着丰富的内涵,其外延十分宽广,在强制性规定之外为公司创制章程条款留有充足的自由空间。就我国公司立法中的任意规范加以实证研究,我们发现《公司法》与章程有关的条款达到71条,其中任意条款或包含意思自治成分的条款,共有31条,远远超出了上述类型化的范围。具体可以归纳为以下类型。(1)许可适用规范,即“选择得权法”。《公司法》第106条规定:“股东大会选举董事、监事,可以根据公司章程的规定或者股东大会的决议,实行累积投票制。”只有公司章程明文规定或者股东大会决议适用累积投票,才适用之,否则不适用。(2)提示章程选择规范。《公司法》第170条提示公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所,公司章程选择规定,由股东(大)会或者董事会决定。属于此种类型的条文,在《公司法》中共有9个条文。^[19] (3)授权章程可以除外规定规范。2005《公司法》修订以“但书”的立法技术,将原本为强制性的法律规范转变为任意性法律规范。例如,《公司法》第43条规定:“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”此类“除外规定”《公司法》共规定了6个条文。^[20] 它属于章程未另行规定即推定适用规范,因而,具有“缺省性”,但是,不同于美国公司立法中的推定适用规范,不能由章程单纯声明排除适用,还须由章程作出替代规定,才能排除适用。(4)授权章程补充规定规范。《公司法》第50条第2款规定,经理除法定职权外,“公司章程对经理职权另有规定的,从其规定”。第44条规定:“股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定。”这类任意性规范数量在公司法中多达13条。^[21] (5)空白授权章程创制规定的规范。《公司法》第51条规定“执行董事会的职权由公司章程规定”。第45条规定,有限责任公司“董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定”。第111条的规定也属于这种类型。

上述五种任意规范从第一种到第五种对公司创制章程条款的授权范围依次扩大,公司自治条款的创新程度亦随之增加。尤其是公司法的除外规范和空白规范,以“但是,公司章程另有规定的除外”;“除本法有规定的外,由公司章程规定”;“公司章程规定的其他职权”;“股东(大)会会议认为需要规定的其他事项”等立法文句为章程创制条款提供了广阔的空间,以此制定的公司自治规范的创新

[18] 胡果威:《美国公司法》,法律出版社1999年版,第36-37页。

[19] 除了《公司法》第16条和第170条外,还有第45条、第68条、第134条、第149条、第109条、第110条和第118条。

[20] 《公司法》第42条、第43条、第50条、第72条第3款、第76条以及第167条第3款。除了第76条为新增条款外,其余条款都是对1993年公司法相应条款的修订。

[21] 《公司法》第25条、第38条、第44条第47条、第49条、第50条、第54条、第56条、第82条、第101条、第120条、第142条和第181条。

性亦最为显著。另外,根据私法自治原则必然暗示着“凡未经法律禁止的,都是许可的”,^[22] 依此,只要不违背法律的禁止性规定,公司便可以自主地创制章程条款。

(二) 公司创制章程条款的限制或禁止

公司法为组织法兼有程序法的性质,内在地要求公司的设立和交易行为必须有统一和定型化的标准,以便促进其运行的效率和保护交易安全。因此,公司章程创制条款的自由不是绝对的,而是法律许可范围内的自由,这就不可避免地要受到法律的限制或禁止。具体而言,公司章程创制条款受到以下几个方面的约束。

首先,不能违背法律的强制性规范或与之相抵触。强制性规范是指受其管辖的当事人没有是否适用该规范的选择权,也被称为“不可改变”的规范。“法律之规定不得由当事人任意变更,必须强制遵守,即不问当事人意思如何,强制其适用之法律,为之强行法……强行法之有别于任意法者,强行法在任何情形下有强制之效力。”^[23] 然而,值得注意的是,强制性法律规定并非一律杜绝股东和公司的意思自治。强制性规范主要的规范特征在于不能排除其适用,“不可改变”其发出的禁止性命令或设置的界限,违此则行为无效。因而,强制性法律规范往往可以区分为禁止性命令规范和限制性规范。尽管二者在法律适用上均不得被排除,但是在是否允许当事人意思介入或留有意思自治的余地方面,则截然不同。前者完全禁止当事人意思的介入,必须遵守。其立法文句通常表现为:“……,不得……。”例如,《公司法》第36条规定:“公司成立后,股东不得抽逃出资。”第116条规定:“公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。”显然,对此类禁止性、义务性的强制规定,公司章程不可能有创制条款的作为。后者是法律只对当事人的意思加以限制,并不完全排除当事人意思自治的参与。一般有三种情形:法律只设下限;法律只设上限;法律既有下限又有上限的设定。因此,在限定的范围内不逾越或不抵触限制的情况下,仍有自治的余地。例如,《公司法》第110条规定:“董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。”第118条规定:“股份有限公司设立监事会,其成员不得少于三人。”这种规范虽然禁止了公司章程作出低于法定下限的人数规定,但是,仍可以在最低限以上作出适合自身的规定。又如,《公司法》第24条规定:“有限责任公司由五十个以下股东出资设立。”第46条规定:“董事任期由公司章程规定,但每届任期不得超过三年。”对此,公司章程在法定的上限以下仍可创制规范。

另外,法律的基本原则通常具有强行法的性质,因此章程创制条款必须遵守法律的基本原则。例如,股东平等和公序良俗原则。《民法通则》第7条确立了民事活动不得损害社会公共利益的基本原则。第55条进一步规定,不违反社会公共利益是民事法律行为应当具备的条件之一。第58条则对违反社会公共利益的民事行为作出无效评价。社会公共利益蕴含着社会公众的共同利益,较之私权往往居于优先位级,任何违反社会公共利益的行为均无法获得正当性与合法性质的支持。因此,公司章程的制定和修改不得损害社会公共利益。

其次,不得缺少章程的必要记载事项。例如,我国《公司法》第82条列举了股份有限公司章程应

[22] 该原则从罗马法时代起,就是一个经典性的一般法律原则,今天已或多或少为比较发达的法系所接受。1789年的法国《人权宣言》第5条宣告:“法律只能禁止有害于社会的行为;凡是法律不禁止的,都是许可的。”在1791年的《法兰西共和国宪法》也相应地规定:“凡未经法律禁止的行为,都不得加以取缔。”该原则所包含的思想,得到了以往的许多先进思想家们的赞同。参见[苏]H·马穆托夫:“论‘凡未经法律禁止的,都是许可的’原则”,陈文译,载《环球法律评论》1990年第1期,第1页。

[23] 同注16引书,第7页。

当载明的事项,共有 12 项。其中前 11 项均为必要记载事项,对这些事项公司章程不得随意取舍其项目,否则将导致公司章程无效。因为这些事项绝大多数涉及公司法的强制性规定,所以每项记载也必须符合法律的强制性规定,否则,即使有其中之一违法都会致使整个公司章程无效。然而,对必要记载事项,章程除了依法将公司客观存在的事实进行填空式记载,或依据强制性规范的要求记载外,一些事项在法律没有强制性要求或不违背强制要求的前提下,公司仍然具有自我设计和作细化规定的空间。

总而言之,公司章程创制条款的自由和限制之间必须寻求一个平衡点。这实质上是一个公司运用任意性和强制规范调整章程时,如何保持二者适当比例关系的问题。因为二者在调整功能方面各有千秋也各有不足。任意规范虽然彰显了意思自治的私法精神,有利于公司自主创新、灵活经营和增强活力,但是,它同时也会引发私欲膨胀,激励越权和滥权行为,造成事实上的不平等、不公正。尤其是,当人们处于压力之下,或对什么样的安排最适合他们的利益缺乏经验和判断能力,因而无法有效地保护自己的利益时,立法者制定强制性规范就是合理的。然而,强制性规范的一个缺点就是它会阻止满足各方特殊需要、增加股东共同福利的安排。公司之间是很不相同的,公司参与者的偏好也是在变化的。因此,对许多交易者好的东西对其他人可能不适合。强制性规范不允许调整他们运营的环境以满足不同的私人需要。这种刚性措施因此阻止了有效结果的取得。因此,如何运用任意和强制性规范取长补短,优化配置二者的功能,发挥最佳协同效应,是一个有待深入研究的重要课题。有学者主张,公司法为公司组织及运作提供基础的架构,而章程则是进一步详加规划公司内部运作规则。故除非是不适宜由股东自行决定之事项,例如某些保护债权人之规定不宜由股东自行决定排除;又如对少数股东利益保护措施公司法有必要作强行规定,排斥公司自治外;均应尽量允许公司章程拥有为公司运作、股东之间、股东与公司之间的权利、义务作出安排的功能,才能符合公司的需要。^[24]也就是说,减少公司法的强制性规范,弱化其强制性,增强其任意性,为章程创制条款提供更大的自由空间,应当是公司法未来的发展方向。

三、公司创制章程条款的性质及其效力的支配

(一) 公司章程性质诸学说评述

关于章程的性质,各国学者在认识上存在分歧,主要有自治法说、契约说、共同行为说和折中说。

自治法说认为,章程是公司行使国家赋予的自治权而制定的自治法规。章程不仅约束制定者、发起人,而且也当然约束公司机关及新加入公司者。章程对已经成为其成员者具有普遍的约束力,而且可以根据其成员的一般意思而变更章程;另外,因股东退股或转让其股份而发生人员结构变化时,仍不影响章程的效力。这一切都说明将章程视为自治法规是正确的。^[25]章程的法规性源于其效力的强制性。初始章程的制定虽然只能是股东,但对未参与制定的公司、董事、监事、高级管理人员同样具有约束力。章程修改通常适用资本多数决,并非全体股东一致同意通过,但是,对未出席股东会议或投不赞成票的股东也同样具有约束力。在适用上,章程的规定优于公司法的任意规定。

[24] 曾宛如:“公司自治的界限——以章程设计变更法律原有结构为例”,载 2013 年清华大学主办“21 世纪商法论坛国际学术研讨会”论文集《公司自治与政府管制》,第 177 页。

[25] [韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 76 页。

经济分析法学的创始人科斯历来都认为,“企业问题本质上是一种契约安排的选择”。^[26] 根据1844年英国合股公司法的规定,公司是基于一个被称为“设立契约”的单一的文件而设立的。1856年的合股公司法则引入新机制,将设立公司文件分为组织大纲(the memorandum of association)和公司章程(the articles of association)。^[27] 美国则分别称为公司章程(the articles of incorporation)和章程细则(bylaws)。契约论者主张,组织大纲与章程是股东与股东之间,股东与公司之间创设的契约,但是它不是股东或公司与第三人(包括董事)之间订立的契约。因此,组织大纲和章程对股东和公司具有约束力,但其不能约束第三人。^[28]

共同行为说,即合同说,认为合同行为与契约不同的是,“契约系由双方互异而相对立的意思表示的合致而构成。反之,合同行为乃由同一内容的多数意思表示合致而成立”。^[29] “多数意思表示只有一个方向,如共同设立社团或共同出资等……理论上言,共同行为的多数人间,并无利益相互交换,而系利益之共同促成。”^[30] 我国台湾地区公司主管机关曾解释称“社团法人所订之章程,系由多数人设立社团为共同目的为意思表示趋于一致之法律行为,性质上为共同(合同)行为”。^[31]

折中说则主张“契约说和自治规范说可以并行不悖”。^[32] “初始章程既有公司自治规范的性质,又具有合同的性质,而章程修正则仅具有公司自治规范的性质。”^[33] 其理由为:首先,初始章程由全体股东或发起人制定,并采取全体一致同意的原则,因此,初始章程构成股东之间平行一致的合意,初始章程的制定属于合同行为。而章程修正案则是通过股东(大)会决议的方式作出的,采取资本多数决原则,既不同于一人一票的“人头”多数决原则,更不同于全体一致同意的表决原则。股东(大)会是公司机关,其所作的决议本质上是公司的意思,其以决议方式作出的章程修正案与个别股东的意见无关,对反对决议或不参与决议的股东均有约束力,因此,除全体股东一致同意修改章程的情形外,以合同原理来解释章程修正案对股东的约束力缺乏正当性的基础。^[34] 为此,必须以自治法规的原理加以解读才具有说服力。其次,从章程内容所蕴含的法理来看,章程内容大致可以分为两类,即合同和自治规范。其中关于公司机关内部运作的程序性规定,具有公司社团组织法律的属性,可以由股东(大)会决议制定章程相应的条款,故而对这类条款可以理解为自治性规范;另外关于“股权处分权”的内容,由于本质上涉及到股东私权的处分,股东(大)会决议无权作出决定,故而应将章程的这些规定解释为合同,适用合同的法理来解释其效力。对公司章程内容类型化的分析,具有重大的裁判法意义,有助于全面理解公司章程的条款所具有的法学意义。^[35]

笔者认为,自治法规说强调公司是自治法人社团,能够独立于单个股东通过资本多数决为自身创制组织和运作规范,但是它忽视了公司设立章程制定时公司尚不存在,不可能有公司自治,必须依赖股东的合意才能制定章程。公司设立章程合意的形成,表现为股东意思表示平行地重合在一起,即

[26] [美] 罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译,上海三联出版社1990年版,第207页。

[27] Andrew Hicks & S. H. Goo, *Cases and Materials on Company Law* 165(4th ed., Blackstone Press 2001).

[28] 同注9引书,第36-39页。

[29] 同注10引书,第261页。

[30] 放启扬:《民法总则》,三民书局2009年版,第241页。

[31] 我国台湾地区“经济部”1995年4月11日经商字第09602408460号函。

[32] 钱玉林:“公司章程‘另有规定’检讨”,载《法学研究》2009年第2期,第73页。

[33] 同注12引文,第107页。

[34] 同注32引文,第74页。

[35] 同注12引文,第106页。

“合而相同”。这与交易契约的双方当事人各自基于不同的意思,两个意思表示在交叉点上“契合”存在细微的差异。此外,章程是一种组织合同,股东并未据此进行财产交易,而是以此组建公司促成共同目的事业及利益的实现。为此,在股东之间、股东与公司之间,以及公司内部各机关之间进行权利(力)和义务的配置。但是,它毕竟不像一般合同如买卖合同那样,明确了双方的权利义务和责任等。相对而言,它充其量只能是一种长期的、不完整的相关合同。然而,笔者认为,尽管契约与合同在意思表示上存在差异,但是二者均以意思表示真实地形成合意为成立生效条件,并且都必须遵守意思自治原则,受相同性质的法律调整,因此,二者的差异已经显得微不足道。也就是说,契约说和合同说的理论依据和解说功能并无本质上的区别。

至于自治法规说与契约说或合同说之间同样是以私法自治作为共同理论基础,并且它们对章程的效力范围及优先适用性上,认识统一。所不同的是,自治法规说主张,公司作为社团组织具有独立于股东个人的团体人格,公司法是组织法和团体法。因而,从公司自治立论,强调章程是公司为实现自治,调整公司内部关系而进行自我约束的行为规范;制定和修改章程应当采取资本多数决的议事规则,以团体意志决定其效力,不以单个股东的意志为转移。我国《公司法》第44条规定,股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,必须经代表2/3以上表决权的股东通过。第104条规定,股东大会作出修改公司章程的决议,必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。契约说则以股东意思自治为出发点,强调根据契约自由原则,股东通过合意为自己 and 公司创制行为准则。从章程的契约性必然推导出一个默示规则,即章程制定或修改未经股东同意不得限制、损害或剥夺股东私法性权利,也不得扩大或增加其义务。英国《1985年公司法》第16条规定,如果任何对组织大纲和章程的修改要求某个股东取得或认购比他在修改之日所持有的股份更多的股份,或者该修改增大了该股东缴付股本或向公司支付金钱的责任,那么股东可以不接受该修改。但是,如果全体股东无论在修改作出之前或之后,以书面形式作出承诺,同意受该修改约束,那么这个法定限制将不再适用。可见,章程创制条款的效力受股东个人意思的制约。

由于合同或契约说与自治法规说分别是基于“合意”和“资本多数决”不同的出发点,从而产生两种不同的路径依赖,因此,二者对章程创制条款效力的识别也有所不同。“初始章程存在合同机制,而章程修正案无需全体股东一致同意,不能视为一种合同,因此,不能直接依赖合同机制的存在作为基础,支持章程修正案排除适用公司法。”^[36]另外,契约说虽然可以将社团性公司初始章程视为股东合意的结果,却无法解释一人公司的章程,此外,认为尚未成立的公司与股东之间也存在契约,不符经验逻辑;也无法对修改章程经资本多数决表决通过后,为何对没有参加投票或投反对者同样产生约束力予以说明。自治法规说虽然与公司作为社团法人的特征及公司法的组织法和社团法属性相吻合,然而,当公司虽依法定程序和资本多数决原则通过决议修改章程,但修改条款对股东的私法性权利加以限制、损害或剥夺时,该类条款依然不具有普遍的正当性和有效性。当然,此类修改瑕疵事后可因全体股东一致同意追认,或被受不利影响的股东同意而消除。可见,无论是自治法规说还是契约说,在对章程性质和效力只作一元化的解说上均存在不周延的局限性,致使不同程度地出现顾此失彼和捉襟见肘的尴尬现象。因此,笔者赞同和支持对公司章程的性质进行折中的二元化的认识和把握。

[36] Bebhuk, *Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments*, 102 *Harvard Law Review* 1824 (1989).

(二) 公司创制章程条款的合同性质及其效力解释

首先,设立当初的章程依全体成员的合意而成立,^[37]因此,通过初始章程创制的条款具有契约和自治法规的兼容性。从公司设立过程来看,除一人公司外,绝大多数公司是由多数互相独立的投资者通过意思和资本联合结成社团的产物,并且必须以具有“自治宪章”意义的公司章程这一法定形式将其联合的意思、组织形式、运行程序和议事规则,以及成员互相之间、成员与社团之间的权利义务关系固定下来,形成具有约束力的规范才能保障其存续的稳定性。投资者结社必须在平等和意思自治的原则之下,以形成“合意”为基础,而且意思的联合是资本联合的前提。因为如果某一投资者意识到章程的宗旨及其条款与自己的意志相违背,又无法促使其符合自己的意志时,就必定会退出结社。这决定了公司设立的初始章程必然是全体投资者的合意,是他们之间设立公司的契约。这一点也为各国公司法所证实。我国公司法规定公司设立时的初始章程,在有限责任公司须由全体股东共同制定,因全体股东签名盖章而生效;在股份有限公司采取发起人设立时,由发起人制定,全体发起人签名盖章使章程生效;^[38]采用募集方式设立的股份有限公司,由发起人制定章程并须附于招股说明书的公告之中,若认股人反对公司章程,则拒绝认购股份,反之,认股人认购股份的行为可视为同意章程的意思表示。虽然我国《公司法》第91条规定创立大会应有代表股份总数过半数的认股人出席,方可举行;创立大会对通过公司章程作出决议,必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过,然而,由于在此之前,章程是由全体发起人制定的,而且其他认股人的认股行为已经默示同意了章程,在此前提下,他们在创立大会上对章程的投票表决,均不可能出尔反尔。因此,在创立大会上章程常常获得一致同意而通过,不会存有发起人或认股人反对章程的情形。可见,公司初始章程具有契约的性质和法理基础,毋庸置疑。

其次,当修改章程创制的条款涉及股东或其他主体私法性质的权利处分时,则应解释为合同,才能获得是否有效的公正评价。因未经权利人同意不得损害其合法权益,也不得为其设定义务,是民法意思自治原则的基本要求。将此类章程条款视为合同,不但可以防止大股东滥用资本多数决修改章程损害小股东和公司的利益,而且也为己现实地受此种侵害的小股东提供了有效的救济手段。他可以因修改章程缺乏合意或违背其内心真实的效果意思,并且侵害了其合法权益为由,而主张通过章程修正案的决议无效。可见,当股东与公司作为两个独立私法主体而存在时,二者之间权利、义务的设定、变更或消灭依然应当适用股东意思自治和契约自由的原则进行调整。

(三) 公司创制章程条款的自治性及其效力解释

公司一旦成立,根据全体股东的意思自治便在股东个体资格及其出资的基础上,成功地创制了他们共同的模拟人格,即公司团体法人资格,从而在从事目的事业的范围内代替了每个订约的股东。这一团体人格不但拥有独立于每一位股东的人格,而且拥有独立于股东的法人财产。公司的法人财产

[37] 同注25引书,第594页。

[38] 我国《公司法》第23条第3项规定,设立有限责任公司,应当由“股东共同制定公司章程”;第77条第4项规定,设立股份有限公司,应当由“发起人制订公司章程”。这两个条款虽然使用的文字表述不同,但实际上设立有限责任公司与发起设立股份有限公司在章程的制定程序方面没有任何差异。原因是:一、发起设立股份有限公司不得向社会募集股份,也不存在创立大会,与有限责任公司一样均采用封闭设立方式。这类股份有限公司设立时参与章程制定的只有发起人,公司成立后,发起人便成为股东。二、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(法释[2011]3号)第1条规定:“为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人,应当认定为公司的发起人,包括有限责任公司设立时的股东。”

和一切经营事务均托付法人机关支配和管理,重大事项(包括修改章程)由股东(大)会根据资本多数决形成公司的团体意思而决定之。对外为法律行为则根据团体意志由法定代表人或其委托代理人以公司的名义向相对人为意思表示,缔结法律关系。这表明公司自成立后的存续期间,在运营方式上,无论是内外事务均显现出其极强的团体人格特征。对此必须采取社团法加以规制,并通过公司自治的调整方法才能胜任。因此,初始章程在公司设立阶段除了凸显股东缔结社团契约的性质之外,为了约束和调整存续中的公司社团还必须兼有自治法的属性。作为社团法人的公司,尤其是一家股东人数众多的公司,如果根据公司的实际需要修改章程或作出其他重大决定必须获得全体股东的批准,不仅费时耗力,而且即使是价值最大化的变化也可能被采取机会主义策略的股东暂不投票而阻碍,或一票反对而否决。因而,采用资本多数决的表决机制才是合理的选择。通过资本多数决修改章程条款因不是全体股东合意的结果,对此当然应解释为公司自治法规。尤其是,当修改条款仅涉及公司机关与公司的关系、职权划分、授权、运行程序和议事规则等事项,只有将其解释为自治法规才不失合理性。再者,公司必须为实现全体股东的共同利益的最大化而行事,才能对全体股东有约束力,当它倾向于某个个别的、特定的目标时,它就会失去它的天然的公正性。也就是说,公司依法为实现股东共同的利益而决策和行为的,应当得到股东的尊重。

四、公司创制章程条款效力的司法认定

(一) 公司创制章程条款效力的判断原则

公司无论是通过初始章程还是通过修改章程创制条款,其内容必须具有正当性、合法性,才能产生有效约束力。“自治性法规只能在强行法的范围内被认定其效力,违反强行法规的章程规定是不具有约束力的。”^[39]因此,公司创制章程条款在不违背公司法强制性规定的前提下,只有符合以下原则,才具备正当性或合法性。

1. 不得违背股权平等原则、不得侵害或剥夺股东固有权利和债权人的合法权益

股权平等原则,在有限责任公司是指股东按照出资比例享有股权,在股份有限公司则是指《公司法》第172所规定的“同种类的每一股份应当具有同等权利”。简言之,股东在公司出资比例相同,或持有同种类相同数量股份应当对公司享有相同的权利,承担相同的义务。股权平等原则是公司组织和运行的基础性机制。舍此,公司不但难以稳定发展,甚至会走向解体。然而,需要指出的是,股权平等仅系法律形式意义上的平等,它并不能反映特定公司内部实质意义上的股东平等。如果将这种形式上的平等推向极致、绝对化,并不利于公司内部资源的优化和有效配置,不利于调动各方的积极性和平衡各方的利益关系,也难以追求和彰显实质的公平。正因此,我国《公司法》第35条、第43条允许全体股东约定或公司章程另行规定不按照出资比例分取红利、优先认缴出资和行使表决权。第167条第3款允许股份有限公司章程规定不按持股比例分配利润。这些规定尽管授权章程突破股东平等原则,但只有立足于股东意思自治的前提下,由全体股东一致同意才具有正当性和合法性。否则,对不同意见或未作出意思表示的股东,不具有约束力。股东同意意味着放弃或处分了其股权形式平等的利益,也意味这种对形式平等利益的放弃是为了追求和迎合公司对实质平等和公正利益格局的安排。

[39] 同注25引书,第77页。

否则,股东绝不会同意这种看似不平等的安排。

规范公司的组织和行为,保护公司、股东和债权人的合法权益,维护社会经济秩序,促进市场经济的发展,是我国公司立法的宗旨。我国《公司法》第20条规定,公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。公司章程必须是善意地为了公司整体的利益而修改。如果章程的一项修改不是“真诚地为了公司的整体利益”,而是不公正地侵害了少数股东的利益,法官有权废除批准修改章程的决议。^[40] 英国《1985年公司法》第5条规定,如果15%或更多的公司发行股票的持有者反对修改组织大纲,他们可以在20天之间向法院申请阻止这项修改或要求公司回购其股票。“修改公司章程不得剥夺股东的固有权,尤其注意防止大股东利用控制权来对章程作出损害小股东利益的修改。并且,修改公司章程不得损害债权人和其他第三人的利益。”^[41] 由于股权是股东享有和支配的私法性质的财产权利,除依法可以限制和剥夺,或根据股东的意思自治处分外,其他任何主体不得擅自处分,否则,其他主体的无权处分行为均构成对股东的侵权。凡章程条款涉及股东固有权并作出不同于公司法的安排,实质上是对股权处分,非经受不利益股东的同意,则对该股东没有约束力。例如,有限责任公司的章程要以增加每份出资金额的方法增资,则须有以每一股东的同意为生效必要条件的增资决议。因为每一股东的责任不仅是有限责任,而且每份出资应当均一。也就是说,不得违背每一位股东的意愿扩大其责任限度,也不能限于同意的股东的出资增加每份金额。^[42] 另外,为了损害债权人的利益而修改章程本身就触犯公司法的强制性规定,因而章程的该项修改条款同样无效。

2. 不得违背公司的性质或与公司的基本法理相抵触

公司性质在这里特指划分公司法定形态的本质要求,它使不同的公司组织形态因属性及其特有要素相异而截然有别,违背公司的本质会使公司组织形态之间的界限混乱不清。因为公司的性质是公司的内在规定性,所以,公司章程创制条款不得与公司的本质相抵触。^[43] 如章程规定有限责任公司的股东可以退股,股份有限公司股东转让股份须其他股东同意,封闭公司可以公开募集股份等条款,均与相应的公司组织形态的性质相违背,因而无效。此外,除公司性质之外,公司制定或修改章程时也不得违反公司法的其他基本原理,例如公司法所体现的价值趋向和政策导向。

(二) 公司章程创制条款效力的个案认定方法

公司法虽然从股东、公司自治与维护公正交易秩序、交易安全二者平衡的立场,通过任意和强制两种规范为公司章程创制条款划定了自由空间与禁区的界线和范围,但是这只为判定公司章程创制条款是否有效提供了可供寻找和选择的一般而抽象的法律规定。在公司创制章程条款的实践中,除了章程条款明显违反公司法的强制规定,可以径直判定其当然违法无效外,多数情况下章程创制条款拥有法律授权的依据,并且其是否违法并非一目了然,往往是形式合法却暗藏着规避法律的真实意

[40] 同注8引书,第244页。

[41] 同注6引书,第77页。

[42] 同注25引书,第762页。

[43] 同注25引书,第124、595页。

图。因此,必须充分认识其复杂性,对其进行多方衡量、分析和论证,才能作出最终的效力判断。然而,这只能在个案中将事实、法律和价值等各种判断和利益考量紧密地结合起来才能实现。

针对公司章程创制条款发生争议的案件,法官一般应当遵循以下裁判方法。首先,识别有关章程争议条款的性质,并选择相应的思维路径。如果该条款是初始章程创制的条款,或虽是修改章程创制的条款但涉及股东的私权处分,应认定具有合同性质,并依据合同法及相关法理去判断其效力;反之,若涉诉条款为章程修改所创制且与股东的私权无关,应认定具有自治法规的性质,并按照自治法规产生的依据、条件和程序作为考察其效力的思维路径。其次,寻找相适应的具体法律规定,进行法律判断。法官应先认清涉诉的章程条款规定的对象、构成要件及效力后果,然后从该章程条款出发,通过类比方法在公司法中寻找,看是否存在具体可适用的法律规定。若发现可适用的具体法律规定还要识别其为强制性规范或任意性规范。进而,判断章程创制条款是否违反了强制性规定,违者则无效;至于任意性规范则应判断章程条款是否超越授权范围,是否触犯其他强制性规定,若是则无效,反之则有效。再次,若没有具体的相应法律规定,或者虽有具体规定,但以此却无法判定章程创制条款的效力究竟如何,则须更进一步寻找上位的法律原则、法律政策和立法目的等,进行价值判断。法律原则通常比法律规定更深入、更普遍。任何法律都包括规范和明确的制定原则。法律规范背后的原则是解释其合理性的理由,在案件处理上,法律原则具有指导性影响,法律规范则可以具体地解决问题。^[44] 股东平等作为一项原则同样具有普遍性和高度抽象性,它没有法律规范内在的行为模式和法律后果那样的逻辑结构,对待处理案件不能直接用来进行事实和法律判断。另外,应当将该原则作为进行法律判断一个理由或“背景观点”,对章程条款是否合法有效进行充分的说理和论证,并以此得出正确的结论。还有,在考虑争议章程条款是否违反自由、安全、效率、公司性质、公司法理、小股东保护政策等进行价值判断时,均须进行充分的说理和论证。最后,对争议章程条款所涉及的当事人或利害关系人的利益进行平衡。通常认为只有出于公司的整体利益修改章程才具有正当性,如果旨在增加或扩张某特定主体的利益,或者章程修改的结果致使某一或某类的股东处于不利的境地,均缺乏法律认可的正当性。

按照上述裁判思维方式试结合具体案例分析,更有助于我们深入领悟公司章程创制条款的界限和准确地适用法律,具体、切实和正确地判断其效力。

案例 1. 被告万华工贸公司成立于 1995 年 12 月 21 日,由四名股东共同设立,除原告张某,被告万某外,还有朱某、沈某,注册资本为 106 万元,其中万某出资 100 万元,朱某、沈某、张某各出资 2 万元。1995 年 11 月 23 日,四股东签订了万华工贸公司章程,该章程规定:股东会由股东按照出资比例行使表决权,每 10 万元为一个表决权。^[45]

案例 2. 某有限责任公司注册资本为 541 万元,由 49 个自然人投资设立。2006 年 7 月,公司召开股东会,以超过表决权 2/3 的多数通过了《关于修改〈公司章程〉的决议》,其中修改增加的内容之一是:“自然人股东死亡后,合法继承人继承部分股东权利和所有义务,继承人可以以出席股东会议,但必须同意由股东会作出的各项有效决议。”对此,原告董某等 13 个股东向法院提起诉讼,要求判决该决议无效。

[44] [美]凯斯·R. 孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社 2004 年版,第 33 页以下。

[45] “张艳娟诉江苏万华工贸发展有限公司、万华、吴亮亮、毛建伟股东权纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2007 年第 9 期。

如何评价以上章程两个条款的效力呢?笔者认为,案例1中属于初始章程创设条款,案例2中则属于修改章程创设条款,但涉及股东的私权处分,因此,二者均有合同的性质,可依据合同法理及其相关规定解释其效力。我国《公司法》第43条规定:“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”第76条规定:“自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格;但是,公司章程另有规定的除外。”由此看来,以上两个章程创制条款均是依据公司法的授权作出的除外规定。就二者文义也看不出有与公司法的强制性规定截然相抵触的情形。然而,章程不能剥夺股东的固有权,不得违反股权平等原则。我国《公司法》第4条规定:“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”没有表决权的股东充其量只能旁听股东会会议,不可能享有实质参与公司决策和选择管理者的权力。表决权不仅是股东参与重大决策和选择管理者前提,而且是股东享有资产收益权的保障。因此,普通股股权是股东的固有权,法律通常不能剥夺和限制之,公司章程更是如此。国外有学者曾指出:“只能将有关盈余分派的优先股作为无表决权股份,有关建设股息分派或剩余财产分派的优先股份不得作为无表决权股。”^[46]故而,以上案例1中,章程规定“每10万元为一个表决权”,从该公司股权结构审查,这一规定导致各出资2万元的三名小股东均无表决权,只有大股东万某享有全部表决权。尽管万某在公司中的出资占注册资本的94%以上,享有公司的绝对控制权,但是,章程作出剥夺小股东表决权的安排仍然违反了《公司法》第4条的规定。案例2中章程只许可继承人继承“部分股东权利……继承人可以出席股东会议,但必须同意由股东会作出的各项有效决议”意味着继承人成为股东后表决权自由被剥夺。可见,这两个剥夺股东表决权的章程条款不但侵害了股东的固有权利,而且造成了大股东与小股东、原股东与新股东之间享有的股权不平等。虽然案例1中章程是由全体股东签字一致同意,但是,不得剥夺股东固有权及股权平等原则具有强行法的地位,因此,从合同法理及其效力的规定角度,仍然应当认定该章程条款不具法律效力。而案例2关于公司章程的修正案不仅内容与股权平等原则冲突,而且缺乏原告与其他股东的合意。该章程修正案曾依合法程序获得了超过表决权2/3的多数同意,但是,原告不但不同意而且就此提出了无效之诉,所以按照合同法理的解释,修改章程创制股东资格继承的条款不能产生对原告的拘束力。此外,案例1中章程条款还与社团性有限公司的本质和基本原理相违背,剥夺小股东的表决权,由大股东独揽表决权,致使社团性有限公司变相扭曲为一人公司。因此,上述章程中剥夺股东表决的条款应属无效规定。最后,从利益平衡的角度,案例1中章程创制的条款有利于大股东控制公司,但不利于小股东,公司的整体利益也难以体现;案例2中,章程修正案所创制的条款有利于原股东,但是不利于因继承成为新股东者,同时有助于公司现有管理层保持和巩固其地位,显然不是出于公司整体利益的促进而修改章程。据此,这种违背利益平衡理念、显失公正的章程创制条款,亦不具有法律认可的正当性。

案例3. 2006年新大洲发布《关于修改〈新大洲控股股份有限公司章程〉的议案》,该议案包括以下内容:第一,连续18个月以上单独或合并持有公司发行在外有表决权股份总数5%以上的股东,才有资格提名董事;对独董提名的相关连续持股限制条件则降低为1%。第二,股东提名董事和独董,应“提交公司董事会提名委员会进行资格审查”。此外,“由公司经营管理层提出一名非独立董事建议名单”。^[47]

[46] 同注25引书,第368页。

[47] 钟洪明:“上市公司反收购中的章程应用及法律规制”,载《证券市场导报》5月号,第19页。

上引新大洲章程修正案显然是借助对董事改选设置障碍以阻止敌意收购的条款。从公司自治的角度而言,无疑公司依法可对将来面临敌意收购预先进行预防性安排,然而这种安排不能违背法律的强制规定,也不能损害小股东的利益。那么,新大洲章程的这种安排是否具有法律效力?笔者认为,我国《公司法》虽然没有对董事的提名作出专门的规定,但第103条第2款却明确规定了股东提案权,当然适用于董事候选人的提案。这一规定是一种强制性规范,公司章程中任何提高股东提案权条件的规定都会因违反这一规定而无效,对董事候选人提案权的规定尤为如此。^[48] 新大洲章程修正案第一项对董事提名资格持股比例的要求高于第103条第2款3%的规定;对独立董事提名资格持股比例却低于3%,因而均违法无效。另外,对连续持股期限18个月以上的要求,旨在阻挠收购方改组董事会接管公司的进程,保持现有董事继续控制公司的地位不至于因新入主公司的大股东的意志而丧失,从而使收购者望而却步。此外,项规定人为地造成股东之间因持股期限的不同,享有的董事提名权也不同,与股权平等原则相违背。再者,当目标公司出现收购者持有其多数表决权成为最大股东,却不能进入董事会的局面时,必然会产生大股东与董事会激烈的对立和斗争。从而使公司动荡不安,难以顾及公司预期经营目标的实现,最终使广大的小股东深受其害。但是,收购和反收购均不得损害小股东的利益是法律规定的底线,违背这一原则的任何行为均不具有正当性和合法性。《公司法》第103条第2款规定:“董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东,并将该临时提案提交股东大会审议。”并未赋予董事会审查议案的权利。然而,新大洲章程修正案第二项规定,股东提名董事和独董,应“提交公司董事会提名委员会进行资格审查”,这无形中赋予了现有董事会对股东所提董事候选人具有决定权或拒绝接受权。^[49] 这种妨碍和阻止股东行使董事提名权的做法,实质上是一种越权和侵权行为。此外,章程修正案第二项还规定“由公司经营管理层提出一名非独立董事建议名单”。从新大洲章程修正案使用词句的前后关系理解,这里的“管理层”应指董事之外的公司经理层。根据《公司法》第4条的规定只有股东依法有“选择管理者”的权利。那么,由经理层提出一名董事候选人不但剥夺了股东相应的提名权,而且也与《公司法》第50条的规定相抵触。对此,有学者指出针对可能发生的敌意收购,上市公司可以采取一些反收购措施,但是不能侵害股东对董事的选任之权,这一反收购的底线。我国上市公司章程很多董事选任条款越过了这一底线,应该是无效条款。^[50] 进而言之,经理本为董事会下设机关,由董事会聘任或解聘,并对董事会负责。若由经理提名董事,颠倒乾坤,董事作为经理的监督者就会反过来受制于经理。这势必扭曲公司的治理结构和机制。

五、结语

公司章程创制条款是公司实现自治的前提和基础。公司章程创制条款不但应充分体现股东或公司的意志,蕴含着公司法所没有的创新成分,而且具有排除或代替公司法任意规范调整的功能。公司法对公司章程创制条款既留有余地又设有限制。其中任意法律规范和“法律不禁止即为允许”的私法

[48] 张舫:“上市公司章程中董事选任条款的有效性分析”,载《法学》2009年第1期,第125页。

[49] 例如,2001年发生的方正科技与北京裕兴公司股权之争同样涉及反收购条款的效力之争。方正科技章程规定,董事会有权对董事的资格进行审查。收购方北京裕兴公司及一致行动人在获得第一大股东地位后,要求召开临时股东大会增补董事。但方正科技董事会依据章程规定,以北京裕兴公司等推荐的董事资格不符为由,拒绝将裕兴公司提出的增补董事的议案提交股东大会讨论,使收购方无法入主方正科技,最终反收购成功。

[50] 同注48引文,第129页。

原则为公司章程创制条款提供了必要的空间,即使是限制性强制规范也未完全排除其意思自治。但是,禁止性强制规范却为公司章程创制条款设定了禁区。公司章程创制条款具有契约与自治法规的兼容性或二者并存不悖的法理基础。具体而言,初始章程条款二者兼容,既是股东之间订立的契约又是公司自治法规。修改章程条款则应区分调整对象作不同的法理解释。对规范股东私权处分者应属契约性质,遵从股东自治的意思;对规范公司机关权力划分、议事规则、运行程序等不直接涉及股东私权处分者应属自治法规的性质,彰显公司自治。公司章程创制条款的有效性,不但应当考虑是否符合强制规范的要求、是否侵害股东的固有权利、是否损害债权人和社会公共利益,还要从是否违反公司的性质、法理基础、公共政策等方面进行判断和利益平衡。尤其是必须结合具体案情,探寻章程制定条款的本意和目的,进行全面深入的个案思考,才能最终判定其效力。

Study on Articles of Association Terms Created by Corporation

Guo Fuqing

Abstract: Articles of association terms created by corporation represents the will of shareholders or corporation, it implies innovation distinguished from the norms of the corporation law. Articles of association terms created by corporation is a self-governed rule that can exclude or substitute random terms of corporation law, it has both the nature of contract and the nature of self-governed rule. Corporation law limits creation of articles of association terms, at the same time the former leaves room for the later. Only by taking general law and individual case can the validity of articles of association terms created can be determined ultimately.

Keywords: creation; articles of association terms; nature; room; validity

(责任编辑:幸颜静)

美国法院遵循先例的运行机制及启示

林喜芬*

摘要:中国法中案例指导制度的知识资源主要源于英美法领域(尤其是美国法)的先例遵循制度,但是,美国法院的先例在实践中被遵循的情况却极为复杂。经过法律现实主义的洗礼,先例在美国法院裁判过程中的绝对地位虽被动摇,但主导地位仍在,这成为分析美国法院先例被遵循现状的一个前提。基于实证文献的考察,在审级维度上,高层级法院的先例在不同低层级法院的效力并不一样,低层级法院遵循先例的缘由主要也不是担心自己的判决在未来被推翻。在非审级维度上,联邦法院的先例在州法院及州法院的先例在联邦法院的被遵循情况具有很强的不确定性,甚至很难称为“先例遵循”。这些运行实践的复杂性为思考中国裁判制度改革提供了实证的和技术的视角与借鉴。

关键词:美国法 同案同判 先例遵循制度 判例

一、问题的导出:为何研究美国法院遵循先例的运行机制?

“同案不同判”是司法(尤其是大国司法)的内生之物,它因法律规则模糊疏漏、司法能力参差不齐、新型问题层出不穷等原因而产生。由于“同案不同判”与同等情况同等对待的形式正义相悖,各国均致力于减少此种现象的发生。当然,所采取的路径与方法各不一致。判例法或先例遵循制度就是英美法系国家的一大贡献。近年来,随着我国司法公开和透明度的逐步增强,实践中暴露出诸多“同案不同判”的现象,^[1]这不仅引发了社会公众的普遍关注,同时也成为法院系统亟需解决的重要议题之一。^[2]针对此,最高人民法院于2010年出台了《关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》),致力于保证各地判决的统一性和协调性;设立了专门的案例指导工作办公室,致力于加强和协调有关方面对指导性案例的研究。^[3]《规定》的出台、专设机构的成立以及指导性案例的发布,一定程度上标示着中国特色案例指导制度的初步确立,也象征着带有英美法色彩的“同案同判”技术在中国司法领域的正式实行。

毋庸置疑,如同其他改革举措一样,中国式案例指导制度的酝酿、试行与实施蕴含着“本土的与国际的”、“历史的与现实的”、“理论的与实践的”等多元智慧,不能一概认定为是对英美判例法(尤其是美国判例法)的引介与借鉴,但无论如何,在推动该项改革的过程中,改革的主导者、助推者与拥护者有意无意地参考或对照了英美判例法制度(尤其是美国判例法),也是不争的事实。然而,在案例指导

* 上海交通大学凯原法学院副教授,法学博士。

[1] 类似的争议较多,例如,许霆案与云南的何鹏案之间是否同案,应否同判?

[2] 参见赵蕾:“‘同案同判’是一个神话?”,载《南方周末》2009年9月2日,第1版。

[3] 参见《最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知》(法[2011]354号)。

制度如火如荼试行的过程中,我们对该制度的知识储备是否是充分的呢?一方面,认识与反思当前案例指导制度的初级性和局限性,显然是非常有必要的。例如,“指导性案例的‘发布’机制如何完善”〔4〕“指导性案例中的裁判要点到底起何种作用”〔5〕“指导性案例的‘参照’效力如何界定”〔6〕等等。另一方面,我们对英美判例法(尤其是学界提及较多的美国先例遵循制度)的了解程度又如何呢?尽管不借鉴他域制度资源而展开的司法改革也可能会非常成功〔7〕但是,对于先例遵循制度而言,即使是单纯从比较法知识习得的角度,也可谓是多多益善。

目前,中国法学界关于先例遵循的讨论仍主要集中于以下三个方面:第一,对英美判例法和先例遵循制度的源流考察;〔8〕第二,对英美判例法和先例遵循制度所蕴含的技艺理性及其所具有的司法统一的制度功能进行分析;〔9〕第三,对英美先例遵循制度的内容及甄别同案如何同判的类比方法的考察,〔10〕等等。尽管这些理论资源很有价值,但我们也会发现,在历史、功能、规则、技术等维度之外,我们对英美法领域先例遵循的实践运行情况还缺乏了解。鉴于此,本文拟以实证文献为基本素材,对美国先例遵循制度的实践运行作一初步考察,〔11〕以期有所裨益。为了充分展示当代美国法院先例遵循制度在实践运行中的复杂性,本文拟从以下三个方面进行考察和研究:第一,先例在美国法院的裁判考量中,还重要吗?或者说,真的如法律现实主义理论所认为的不重要吗?第二,如果先例仍然在被遵循,具有审级隶属关系的法院之间,高层级法院的先例在低层级法院的被遵循程度一样吗?第三,不具有审级隶属关系的法院之间,先例被遵循情况又如何呢?

二、探究美国法院遵循先例的前提:先例还重要吗?

探讨美国先例遵循的实践情形,首先需要明晰一个前提,即先例还重要吗?如果先例已并非是法院裁判过程中的重要因素,先例遵循实际上也就变成了伪问题。破解该问题主要涉及对法律现实主义思潮的理解。美国法律现实主义兴起于19世纪末20世纪早期。在此之前,美国占主导地位的法律哲学思想是以兰德尔(C. C. Langdell)为代表的法律形式主义。法律形式主义强调法律适用上的规则至上论和司法裁判中的逻辑三段论。在法律形式主义者看来,庞杂的判例法可以浓缩为类似几

〔4〕 参见李少平:“关于案例指导制度运行机制的几点思考”,载《法律适用》2011年第10期,第2-5页。

〔5〕 参见王亚新、梁根林等:“聚焦最高人民法院第一批指导性案例”,载 <http://www.lawinnovation.com/html/mdfz/sl/8494.shtml> (2014年3月26日访问)

〔6〕 参见冯文生:“审判案例指导中的‘参照’问题研究”,载《清华法学》2011年第3期,第90-106页。

〔7〕 这种法律理念因重视本土语境很容易获得共鸣,例如,德国历史法学派代表人物萨维尼对民族精神的强调,将法律诉诸于民族的生活和精神。参见谢鸿飞:“追寻历史的‘活法’——法律的历史分析理论述评”,载《中国社会科学》2005年第4期,第134页。

〔8〕 这方面有代表性的文献,参见钟建华:“普通法遵循先例原则的形成与发展”,载《比较法研究》1989年第1辑,第30-33页;毛国权:“英国法中先例原则的发展”,载《北大法律评论》1998年第1卷第1辑,第31-64页。

〔9〕 这方面有代表性的文献,参见谢晖:“判例法与经验主义哲学”,载《中国法学》2000年第3期,第68-76页。

〔10〕 这方面有代表性的文献,参见於兴中:“法律中的类比推理”,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》第1辑,中国政法大学出版社2002年版,第97-106页;张健一:“普通法类比推理:概念、相似性标准与说理过程”,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》第7辑,法律出版社2011年版,第66-87页。

〔11〕 本文所涉及的“先例遵循”主要是为了论述的方便,其含义并不严格限制在具有拘束力的先例被遵循的情况,同时还涉及具有参考价值的先例被遵循的情况。

何学原理的少数法律基本原理,精通法律原理的法科生凭借法学教授们总结出的规则便可驰骋天下。^[12] 进入 20 世纪初,法律形式主义受到了法律现实主义的猛烈冲击,后者在思想基础上主要依赖于霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr.)的实用主义法哲学。受霍姆斯“法律的生命在于经验而非逻辑”的影响,裁判行为而非以往的裁判逻辑开始受到重视。法律现实主义者认为,裁判过程很少从一个前提出发而得出结论,相反,裁判往往从一个大致模糊的预先结论出发,然后才试图去寻找证明它的前提。^[13] 一些极端的法律现实主义者甚至戏言,“正义取决于法官早饭吃了什么”。一言以蔽之,法律形式主义者主张法官在针对案件事实的法律推理过程中采取的是一种理性的、逻辑的、审慎的方式;与之相反,法律现实主义者则认为理性推理的逻辑并不能充分揭示法官的裁判过程,其实,心理的、政治的、社会的因素影响着司法裁判。在中文语境中,受法律现实主义的影响,当论述司法裁判过程中的影响因素时,虽然多数学者均肯定“规则”在裁判过程中的重要地位,但是,对于法律以外因素的强调似乎是不可或缺的,甚至一时间,还出现了对法官裁判过程中诸如年龄、性别、出身等感性因素的归纳与强调。^[14]

这些论述在抽象说明美国司法决策过程复杂性的同时,^[15] 也不免容易让人产生疑问:难道美国法院的裁判过程充斥着大量的法律现实主义因素?先例与其他因素分别起到了什么样的影响和作用呢?换言之,如果美国法院在裁判时主要考虑的并非是“先例”,则先例遵循制度无异于名存实亡。对此,以诺曼·道森(Norman Dorsen)为代表的行为或社会背景分析模式在美国一直占居非常重要的地位,该模式将社会科学研究方法引入司法裁判领域,认为法官们基于社会背景或个人秉性所形成的个体和政策价值偏好将直接影响司法裁判。正如道森教授所言,“我们不应忘记,法官们也如世人一般,其成长历程中的林林总总都将深嵌到他或她的性情之中。其实,根本无须诉诸弗洛伊德式的心理学,也能得出早期的经验和训练,将会在今后的行动与决策中有所反映,其灵活与开放的思维也与从前有着莫大的干系”。^[16] 而且,迄今为止,该模式在某些领域也确实得到了一些验证和支持,例如,一项研究发现,相比较男性法官而言,女性法官在涉及个人权利和经济管制案件中更易于接受政府机关的法律立场。^[17] 另一项研究表明,在刑事案件中,联邦上诉法院的白人法官与黑人法官的立场存在较大差别。^[18]

然而,尽管对过程、情境等因素的强调乃是法律现实主义思潮的重要遗产,但是,这些因素也不宜

[12] See Arthur E. Sutherland, *The Law at Harvard* 174 (The Belknap Press 1967). 另参见许庆坤:“重读美国法律现实主义”,载《比较法研究》2007 年第 4 期,第 2-3 页。

[13] Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, in *American Legal Realism* 205 (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed eds., Oxford University press 1993).

[14] 参见孙笑侠、郭春镇:“法律父爱主义在中国的适用”,载《中国社会科学》2006 年第 1 期,第 47-58 页。郭云忠:“刑事司法中的母爱主义”,载《法律科学》2009 年第 2 期,第 54-62 页。

[15] 在美国,法律现实主义也存在“新”与“旧”之分。两者之间的一个非常重要的区别就在于,传统法律现实主义尽管强调经验研究的重要性并开此先河,但事实上他们多数人却很少真正实行,而新法律现实主义则将经验研究作为其基本进路。参见范愉:“新法律现实主义的勃兴与当代中国法学的反思”,载《中国法学》2006 年第 4 期,第 41 页。事实上,对于先例是否重要的经验验证,基本上是后续论述中提及的实证研究开展的。

[16] Norman Dorsen, *A Change in Judicial Philosophy?* Nat'l L. J., Feb. 18, 13 (1985).

[17] Thomas G. Walker & Drborah J. Barrow, *The Diversification of the Federal Bench: Policy and Process Ramifications*, 47 J. Pol. 596, 604-611 (1985).

[18] Jon Gottschall, *Carter's Judicial Appointments: The Influence of Affirmative Action and Merit Selection on Voting on the U. S. Courts of Appeals*, 67 *Judicature* 164, 172-173 (1983).

被过度夸大。事实上,很多支持法律现实主义的研究所关注的因素往往过于间接或琐碎,^[19] 毕竟,即使在一个不会受到政治干预的良好司法体系中法官也无法尽善尽美。另外,更多的或进一步的实证研究则得出了相反的结论,显示种族和性别对司法决策的价值倾向基本上没什么解释力,以至于很多学者都在质疑这些研究视角的有效性和普遍意义。例如,较新的实证研究就专门指出,黑人和白人法官在刑事裁判中的立场并没有太大差别。^[20]

如果说上述研究均存在着关于样本选择上的诸多问题,如用于体现裁判过程的判决意见为虚拟样本,而非真实样本;或者,用于反映讨论法官裁判倾向的案件议题分属不同领域,等等。那么,近期一项非常重要的实证研究则区别于以往。它乃是针对同一时期的同一问题——1988年《量刑指南》的合法性问题,系统考察了如法官的性别、种族、毕业学校等人员要素,法官的政党、任法官之前的职业等政治要素,美国律师协会对法官能力的评价、案件量等角色或机构要素,晋升预期要素,先例的影响作用,等等。^[21] 最终,基于实证素材,研究者得出结论:第一,法官社会背景、意识形态、司法角色及其他一些法外因素在司法决策过程中的影响,并非像之前通行理论所称的那样明显;第二,相比而言,美国法院在裁判过程中所受到的影响主要还是法律上的因素,尤其是先例的因素。该研究指出,“法律概念、先例标准以及法律理论框架在理解司法决策方面也许是不充分的,但绝对是不可或缺的。法律分析,作为一种独特的人类推理方法,决不能被任何源自其他学科的方法论所减损。法官们不仅承载着一系列个体的和政治的偏好,而且也承载着一种特定化了的文化技能——关于法律的智识与经验。正所谓,背景会更替,态度会转换,环境会变迁,但法律却仍然是司法决策的基准”。^[22] 波斯纳(Richard A. Posner)法官也认为,地区法院遵循先例的情况远远比那些批评者所承认的多,即使是对那些不具有拘束力的先例的遵循,也是如此。^[23]

当然,这里并非要揭示、也并非要宣称美国的所有法院在事实或法律问题上以及在任何时候均不受法律以外因素的影响。相反,这些研究主要表明了:美国联邦地区法院在适用法律问题上(也牵涉到一些事实问题)主要考虑的乃是先例。可以说,在多数情况下,美国较低层级的法院仍像一个忠实的代理人一样,遵循着较高层级法院的先例,贯彻着较高层级法院的释法理念。^[24] 事实上,即使高扬法律现实主义的大旗,也应当注意到:第一,裁判过程的复杂性涉及事实要素,也涉及法律要素。旨在维护司法统一或同案同判的先例,主要涉及的是法律要素,即使其中涉及先例与后续判决的事实认定问题——是否是“同案”,也是一种法律化了的事实问题。相比之下,事实问题较容易受到其他因素的干扰和影响,而法律问题则相对较不容易。为此,不宜用一些影响事实认定的要素之实证素材来证伪

[19] 最近,甚至有学者对法律现实主义的经典戏言“正义取决于法官早饭吃了什么”做了验证,三位学者耗费10个月的时间对8名以色列法官的1000余次假释裁判进行跟踪研究。研究者发现在早晨法官会同意2/3的假释请求,几个小时之后会显著下降,直至驳回全部诉请。但是,在每日两次有饮食的休息之后,法官又变得仁慈起来,之后同意假释的次数再次下降。See Shai Danziger, Jonathan Levav & Liora Avnaim-Pesso, *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, vol. 108, PNAS, no. 17, 6889-92 (2012).

[20] Cassia Spohn, *The Sentencing Decisions of Black and White Judges: Expected and Unexpected Similarities*, 24 L. & Soc'y Rev. 1197, 1211-14 (1990).

[21] Gregory C. Sisk, Michael Heise & Andrew P. Morris, *Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning*, 73 New York University Law Rev. 1377, 1377-1500 (1998).

[22] *Id.* at 1499-1500.

[23] Richard A. Posner, *The Federal Courts: Challenge and Reform* 373 (Harvard University Press 1996).

[24] Songer, Donald R., Jeffrey A. Segal & Charles M. Cameron, *The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent Model of Supreme Court - Circuit Court Interactions*, 38 American J. of Political Science 673, 673-696 (1994).

先例的作用。第二,先例的地位既体现于规则规范层面,也体现于裁判过程层面。法律现实主义者在破解先例或判例法的重要作用时,主要是从规则规范层面来讲的,即强调非正式制度在社会治理中的作用。对此,新法律现实主义的代表人物麦考利教授就反复重申,“他尊重法治原则和法律的作用,但必须承认,事实证明,法律在社会治理中仅能起到一种边缘性的作用,这里所说的法律既包括成文法律规则和判例,也包括正式的司法诉讼制度。真正在社会治理中发挥作用的,往往是社会关系自身根据需要产生的规则和制裁机制,以及道德等辅助机制,法律仅仅是通过强制力设定基本框架和边界而已”^[25]。而在裁判过程层面,则并无权威数据显示先例被其他因素替代或颠覆。第三,法律现实主义的贡献乃在于方法论上的经验实证性,新法律现实主义在研究裁判过程复杂性时,更是不预设任何价值立场。因此,至少不宜存在“先例以外的因素就一定起作用”的预设。在探讨先例是否重要的问题时,有通过考察先例以外因素的影响作用来揭示裁判过程复杂性的经验研究,也有将先例与其他因素一同考察的经验研究。对此,前者值得关注,后者更值得注意。

三、美国法院遵循先例的审级维度:同判同效吗?

如果实践中法院遵循先例仍然是司法决策中的主要情况,那么,遵循先例到底有几种表现形式,以及实践情况如何呢?一般而言,美国法院可能遵循的先例主要包括三种情况。第一,本法院之前的类似判决。如果当前的案件所涉及的问题与本法院之前的判决类似,该法院应在当前案件中遵循本院先例的意见。藉由该种先例遵循,可以实现法院判决在不同历史时期的一致性,而无论司法人事是否变更,裁判组织是部分人员组成的分庭、还是全体成员组成的大庭,裁判主体是某一分庭,还是另一分庭。第二,具有审级隶属关系的高层级法院之前的类似判决,即审级维度的先例遵循,主要指低层级法院的判决原则上应遵循具有审级隶属关系的较高级法院的先例,除非有迹象表明较高级的法院将不再坚持之前的判决意见。第三,不具有审级隶属关系的其他法院所作出的先例。非审级维度的先例之遵循,主要指对不同法院系统的其他法院所作出的先例的遵循。由于作出先例的法院与裁判当前案件的法院并不隶属于同一系统或不隶属于同一审级关系,该先例往往仅具有说服效力,而非拘束效力,因此,很难称之为严格意义上的先例遵循。

由于本院先例的遵循问题相对简单,本文不作集中论述^[26]。为了展示美国法院先例遵循实践的复杂性,此部分主要讨论审级维度的先例遵循情况,即具有审级隶属关系的高层级法院的先例在不同下级法院的裁判过程中效力是否一样?如果不一样,下级法院考量的因素是什么?实际上,就美国高层级法院的先例对不同低层级法院的判决之影响,至少有三个方面需要考察:第一,联邦系统高层级法院的先例对联邦系统的不同低层级法院的效力情况,例如,联邦最高法院的先例在联邦上诉法院和联邦地区法院的贯彻情况;第二,州系统高层级法院的先例对州系统的不同低层级法院的效力情况,例如州最高法院的先例在州中间上诉法院和州地方法院的贯彻情况;第三,联邦最高法院的先例对联邦系统其他法院和对州系统法院的效力情况,例如联邦最高法院的先例在联邦上诉法院和州最高法院的贯彻情况。上述三个方面所凸显的“先例效果是否一样,不一样的原因是什么”,显然是各有文章

[25] 参见范愉:同注15引文,第42页。

[26] 引发争议的问题主要是“如何推翻本院先例”,一般只有本院的全员大庭或更高级别的法院才能推翻本院的先例。

的。基于已有的实证文献,本文主要以第三个方面为例,来探讨具有审级隶属关系的高层级法院的同一先例在不同低层级法院的效力情况。

(一) 高层级法院先例的效力情况:同判不同效

以美国联邦最高法院在州系统和联邦系统的判决效力为例,一系列研究已表明,州最高法院的判决在包括搜查扣押、侦查讯问等领域,均表现出非常尊重联邦最高法院判例的一面;^[27] 同样地,联邦法院对联邦最高法院的先例遵循也非常明显。但究竟是州最高法院,还是联邦上诉法院对联邦最高法院的先例遵循方面的程度更深呢? 针对该议题,其一,从隶属关系的角度讲,由于联邦法院与联邦最高法院隶属于同一司法管辖区,因此,前者紧密追随后者判决的可能性和实践预期更大;而相反,州法院却并非是联邦司法系统的直接成员,而且相对远离联邦最高法院的影响范围,因此,与联邦法院相比,州法院(尤其是州最高法院以外的州法院)在追随联邦最高法院的先例方面可能就没有联邦法院那般紧密。其二,从被审查可能性的角度讲,每年联邦最高法院仅听审为数非常少的一部分联邦上诉法院的案件,而对于州最高法院的判决而言,听审的数量就更为稀少。这也可能导致州法院系统在遵循联邦最高法院的先例方面,较之联邦上诉法院相对逊色。事实上,这些逻辑推演也得到了最近一项实证研究的支持,该研究以侦查讯问为对象,考察了州最高法院和联邦上诉法院在“强制”、“被告人的特征”、“程序保护情况”等三个要素方面对联邦最高法院的先例遵循情况。分析表明,州最高法院和联邦上诉法院对联邦最高法院判决的遵循效果并不一致。具体而言,尽管包括联邦上诉法院和州最高法院均非常重视并遵循联邦最高法院的先例,但相比之下,州最高法院在受联邦最高法院判决的影响方面稍微逊色,或言之,联邦最高法院类似的先例对州最高法院的拘束效果没有对联邦上诉法院的拘束效果强。而究其根本原因,乃在于各州最高法院在贯彻联邦最高法院的判决时,仍需要或多或少地考虑各州自身的特殊司法环境,例如,本辖区内民众对打击犯罪的关注,本辖区内这一段时间的犯罪形势,本辖区内追诉机关的执法水平,等等。^[28] 当然,促使州最高法院敢于偏向本辖区内的司法语境,可能也与上述逻辑推演有着密切的关系,即联邦最高法院干预(审查或推翻)其判决的可能性或比率并不高。

(二) 低层级法院遵循先例的缘由:担心判决被推翻?

尽管高层级法院的先例在不同低层级法院的先例效果并不一样,但上述实证文献却验证了先例在法院裁判过程中的重要作用。这也引发了另一困扰美国理论界的争点问题——实践中,低层级法院遵循先例的深层缘由是什么呢?

对此,传统观点认为,美国较低层级的法院在实践中之所以倾向于遵循高层级法院的先例,原因就是它们担心自己的判决可能会被上级法院推翻。具体而言,主要包括以下两个方面的考量:第一,低层级法院的法官担心自身职业信誉和个人声誉可能受损。也就是说,一旦自身判决因不遵循高层级法院的先例而被高层级法院推翻,这可能增加自身判决的被推翻比率,而这可能导致其他同事、律师以及学者等在内的法律职业共同体不再尊重他们的判决或不再认同他们的能力。当然,过高的判

[27] Sara C. Benesh & Wendy L. Martinek, *State Supreme Court Decision-Making in Confession Cases*, 23 *Just. Sys. J.* 109, 109 - 125 (2002).

[28] Sara C. Benesh & Wendy L. Martinek, *Context and Compliance: A Comparison of State Supreme Courts and the Circuits*, 93 *Marquette Law Review* 795, 816 (2009).

决被推翻率也可能降低职业认同或职业晋升的机会。^[29] 第二,低层级法院的法官担心自己不遵循高层级法院先例的努力变为无用功。也就是说,较低层级的法院之所以遵循较高级法院的先例,主要是源于高层级法院尤其是最高法院因贯彻其司法政策而产生的潜在影响。低层级法院确实可能存在与高层级法院不同的价值观念和司法政策倾向,但是,考虑到高层级法院可能通过推翻低层级法院的判决,从而导致低层级法院对自身理念或政策偏好的努力归于无效,^[30] 很多低层级法院往往就会以遵循先例的方式或在高层级法院看来比较理性的方式制作判决,并在此过程中尽可能趋近于自己本来所欲倾向的政策和价值导向。^[31]

针对这些传统理论,一些研究指出,担心判决被推翻对于遵循先例而言,似乎显得有些过于间接。毕竟,如前所述,每年联邦最高法院审查联邦上诉法院或州最高法院的判决数量都非常少,审查后作出推翻决定的裁判就更少。除此之外,从实证的角度讲,新近研究的结论与上述传统理论也并不一致。其中,一项研究考察了联邦上诉法院在1961至1990年间裁判的搜查、扣押案件,表明联邦上诉法院的判决之所以与联邦最高法院的偏好显示出高度的一致性,“担心判决可能被联邦最高法院推翻”并非主要原因。^[32] 该研究还进一步指出,较低层级的法院之所以遵循高层级法院之前所作出的类似判决,除了担心自己的判决被推翻之外,完全可能有其他缘由,案件量增加导致的模式化操作就是其中之一。实证数据显示,随着案件量的逐渐增加,联邦上诉法院转而采取了诸多正式或非正式的捷径来缓解司法负担。由此,法官们已无暇投入应有的时间和精力去研究每个案件的所有事实细节和法律争议,相反,只能将焦点限制在关键问题上,并基于之前所累积的裁判经验,以处理类似问题的常规方式——遵循先例——予以解决。^[33] 在此意义上,遵循先例扮演着降低司法成本、节约司法资源、提升司法效率的重要角色。当然,此项研究并非旨在证明高层级法院的审查对保证低层级法院遵循先例而言没有任何威慑作用,也不是旨在证明“担心判决被推翻”对低层级法院的判决没有任何影响,毕竟,高层级法院对低层级法院判决的审查或推翻带有随机性,因此,再少的审查或推翻比率也意味着低层级法院判决存在被审查或被推翻的可能性。相反,此项研究乃旨在说明“担心被推翻”不足以或不能普遍性地构成低层级法院遵循高层级法院先例的实践缘由。当然,无论如何,“担心判决被推翻”对于那些判决经常被上级法院审查的法院而言,可能会更重要一些。^[34]

四、美国法院遵循先例的非审级维度:何为同判,如何效力?

由于美国实行的是联邦与州并行的双轨制司法体制,这使得在美国分别隶属于不同司法管辖区且不存在审级隶属关系的法院之间的判决遵循情况,与审级维度相比,就显得更为复杂。一般而言,

[29] Evan H. Caminker, *Precedent and Prediction, The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decision-Making*, 73 *Texas Law Rev.* 1, 77-78 (1994).

[30] McNollgast, *Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law*, 68 *Southern California Law Rev.* 1631, 1681 (1995).

[31] *Id.* at 1636.

[32] Kein & Hume, *Fear of Reversal as an Explanation of Lower Court Compliance*, 37 *Law & Society Rev.* 579, 579-606 (2003).

[33] William M. Richman & William L. Reynolds, *Elitism, Expediency, and the New Certiorari: Requiem for the Learned Hand Tradition*, 8 *Corn L. Rev.* 273, 273 (1996).

[34] Kein & Hume, *supra* note 32, at 603.

非审级隶属维度的先例可能存在以下两种情况。第一,同一司法级别^[35]互不隶属的法院之间的先例,例如,联邦第一上诉法院的先例对于联邦第二上诉法院的判决产生的影响;^[36]纽约州最高法院的先例对威斯康星州最高法院的判决产生的影响;纽约州中间上诉法院的先例对威斯康星州中间上诉法院的判决产生的影响;联邦上诉法院的先例对于州中间上诉法院(或者州中间上诉法院对于联邦上诉法院)的判决产生的影响。第二,不同司法级别的、互不隶属的法院之间的先例,例如,联邦上诉法院的先例对州地方法院的判决产生的影响;州中间上诉法院的先例对联邦地区法院的判决产生的影响;某一联邦上诉法院对非隶属于该联邦上诉法院的联邦地区法院之判决产生的影响。

一般认为,非审级维度的先例对本案法院的判决并不具有拘束效力,而仅具有参考效力。也就是说,可以参考并予以引用,但并不要求必须遵循并引用。例如,位于伊利诺伊州的联邦地区法院必须遵循对其有管辖权的联邦第七上诉法院的先例以及联邦最高法院所有的先例,同样地,联邦第七上诉法院需要遵循联邦最高法院的先例。但是,联邦第七上诉法院以外的其他联邦上诉法院的先例对于位于伊利诺伊州的联邦地区法院而言,则仅具有参考价值,而不具强制拘束力。^[37]事实上,由于并不存在相互隶属的审级关系,因此,该非审级维度的先例的被遵循情况几乎无法用“同案同判”或“遵循先例”来概括。当然,理论是灰色的,实践是常青的。这种一般性的认识并不足够,美国法院的运行实践至少会引发出以下几个问题。第一,非审级维度的先例,是否就仅具有参考价值,而不具有拘束力呢?第二,既然不存在隶属关系,非审级维度具有参考价值的先例就可能不止一个,或者,在存在某一具有参考价值的先例的同时,还存在某一具有拘束效力的先例,那么,本案法院如何选择具有参考价值或拘束效力的先例,就变成“何为同判”的问题。第三,当本案所涉及的或所需要解释的法律问题(例如,如何解释州法或如何解释联邦法)不一样时,哪些先例具有参考价值(即“何为同判”)呢?这些被选为具有参考价值的先例,又具有何种效力(即“如何效力”)呢?当然,如果这些问题交织在一起,问题就变得更为复杂了。

(一) 如何解释联邦法:联邦法院判决之于州法院的效力

对于上述疑难问题,需进一步解析。在美国,当涉及联邦法的解释问题时,联邦上诉法院针对联邦法律进行的判决和解释,对州法院是否具有拘束力呢?对此,美国联邦最高法院并无确定性的解决方案,但一系列判决意见涉及了此问题。在 *Lockhart v. Fretwell* 案中,托马斯大法官在并行意见中指出,虽然联邦至上条款要求州法不得与联邦法发生本质性抵触,但该联邦至上原则或任何其他联邦法原则均没有要求州法院关于联邦法的解释就得让步于较低层级的联邦法院对联邦法的解释。在联邦系统中,州法院对联邦法的解释与其所在的联邦上诉区的联邦上诉法院的判决解释,应具有同等的效力。因此,阿肯色州某一法院的确要受到联邦最高法院(以及阿肯色州最高法院和阿肯色州上诉法院)关于联邦法的解释的拘束,但是,如果该州法院打算遵循联邦第八上诉法院关于联邦法的解释,惟

[35] 这里所谓的司法级别,乃是功能意义上的,只是为了论述的方便。事实上,这些法院之间既然不存在隶属关系,也就不存在所谓司法级别之间的相同或不同之说。

[36] 从理论上讲,还存在一种可能,即某一联邦地区法院的判例对于另一联邦地区法院的判决的影响,无论两者是否隶属于同一联邦巡回上诉法院。但是,由于联邦地区法院的判决文书都未被官方出版,这些法院所作的一切判决一般均不具有先例的意义,不仅对后来的法官没有拘束力,而且也无法拘束直接作出判决的法官。See Tony Mauro, *Judicial Conference Group Backs Citing of Unpublished Opinion*, *Legal Times*, April 15, 2004. 尽管如此,虽然不具有先例意义,不能拘束其他法官,但仍具有参考意义。这种先前的类似判决是否会对本案法官的判决造成影响,造成何种影响,也是非常有意义的论题。

[37] 参见林彦:“美国法院如何遵循先例”,载《中外法学》2009年第6期,第955页。

一的理解就是它愿意这样做,而非它必须这样做。^[38] 值得指出的是,联邦最高法院在判决中的并行意见本身也并不具有拘束效力,而仅具有说服性的权威性(persuasive authority)。在此意义上,联邦最高法院的该判例看似是对以下规则进行了强化或确认,即联邦上诉法院针对联邦法进行的先例对州法院而言仅具有参考价值,而非拘束效力。然而,这仅仅表明了联邦最高法院的倾向性态度,既然该并行意见本身并不具有拘束力,因此,到底如何遵行该并行意见,也就是,到底如何遵行上述规则仍取决于各州的态度。实证文献表明,截至2006年,多数(29个)州表达了与联邦最高法院类似的意见。此外,有一些州的上诉法院则要求该州的法院遵循其所在联邦上诉区的联邦上诉法院关于联邦法的解释,其中包括达拉沃尔州、密西西比州、新罕布什尔州、南加州以及犹他州等。这样一来,联邦上诉法院关于联邦法的先例对于这些州法院而言,就并非仅仅是参考价值,而是有了拘束效力。也有一些州,如佛罗里达、堪萨斯、肯塔基、南达科塔以及西弗吉尼亚等州持左右摇摆或矛盾的态度,即一些判例认为应当受联邦上诉法院解释的约束,另一些判例则认为不需要受约束。^[39] 基于以上,非审级隶属维度的先例对于本案判决仅具有参考价值,这一命题实际上并不是绝对的,而是决定于联邦最高法院的判例立场;当联邦最高法院不存在该方面的判例或者联邦最高法院的判例仅具有参考价值时,则决定于各州的判例立场。

(二) 如何解释州法:州法院判决之于联邦法院的效力

如果说在解释联邦法的问题上已相对复杂,那么,解释州法的问题就更为复杂了。在美国,当涉及州法问题时,联邦上诉法院是否有权并从容进行判决和解释呢?关于此一问题,美国联邦最高法院曾在 *Erie Railroad Co. v. Tompkins* 和 *West v. American Telephone & Telegraph Co.* 等案例中指出,联邦上诉法院虽然有权针对州法律问题进行预测、解释和判决,但是,(1)当州法对某问题有规范时,联邦法院有宪法性义务查明并适用该州法律;(2)该州法规范既可以是州立法机关制定的法令,也可以是州最高司法机关作出的判决;^[40] (3)当州最高立法机关和司法机关均无明确规范,但是,州中间上诉法院有,除非联邦法院根据其他有说服力的数据能推测州最高司法机关也将作出相反的判决,否则,联邦法院应尊重该州中间上诉法院关于州法的解释和判决。^[41] 美国联邦最高法院的该判例表明,当州最高法院对州法问题已有先例时,联邦上诉法院在本案中必须尊重(而非仅得参考)该州最高法院的先例;当州中间上诉法院对州法问题已有先例时,联邦上诉法院在本案中也仍应尊重该州中间上诉法院的先例,除非有较有说服力的论据。实际上,就此问题而言,非审级隶属维度的先例已不仅仅具有参考价值,而是具有了拘束效力。

事实上,联邦最高法院的判例仍然没有终结全部的问题。联邦最高法院的判例看似明确,但与此同时,也引出另一个非常重要的实践问题:当涉及州法问题的解释时,如果此前联邦上诉法院在符合条件的情况下(即当时既不存在州法律,也不存在州法院的判例)进行了“Erie 预测”,即预测州法院遇到类似的州法解释问题会如何解决。但是,后来,州中间上诉法院的判决对联邦上诉法院之前的“Erie 预测”进行了拒绝、批评甚至否定,那么,联邦上诉法院在本案中到底是遵循自己之前的“Erie 预

[38] *Lockhart v. Fretwell*, 506 U.S. 376 (Thomas, J., concurring).

[39] Colin E. Wrabley, *Applying Federal Court of Appeals' Precedent: Contrasting Approaches to Applying Court of Appeals' Federal Law Holdings and Erie State Law Predictions*, 3 *Seton Hall Circuit Review* 1, 17-27 (2006).

[40] *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, (1938).

[41] *West v. American Telephone & Telegraph Co.*, 311 U.S. 223, 237 (1940).

测”呢,还是采纳该州中间上诉法院的判决,从而修正自己之前的“Erie 预测”呢?这一疑难问题所涉及的就是“何为同判”的问题,也就是说,到底哪一个先例应被选择为具有参考价值或拘束效力的先例?对此,美国实践中的做法并不统一。一些联邦上诉法院判决指出,尽管存在相关但相反的州中间上诉法院判决,但是,联邦上诉法院应遵循自己之前的“Erie 预测”,例如,联邦第十上诉法院在 *Wankier v. Crown Equipment Corp.* 案中指出,除非州最高司法机关已经涉及并解决此问题,否则,联邦上诉法院对州法的解释对自身与联邦地区法院的判决有拘束力。^[42] 联邦第十一上诉法院也采取了类似的立场。^[43] 相比而言,另一些联邦上诉法院则更乐于脱离自己“Erie 预测”的先例影响,但设置了一些标准。例如,联邦第五上诉法院指出,“我们应尊重我们之前的判决,除非诸多州中间上诉法院均一致或接近一致地作出相反的判决”。^[44] 联邦第六和第九上诉法院也限定了条件,但更倾向于不遵循自己的“Erie 预测”,例如第六上诉法院指出,除非有令人确信的证据显示州最高法院要作出相反的判决,否则,联邦上诉法院应遵循州中间上诉法院关于州法的判决与解释。^[45] 还有一些联邦上诉法院采取灵活的方法,并无确定的规则,如联邦第二、三、七、八上诉法院。^[46] 实际上,就解释州法的问题而言,上述联邦上诉法院的做法,正好揭示了以下两个重要问题。第一,非审级隶属维度的先例是否会被选为先例在实践中并不具有确定性,如上述情况显示的,倾向于遵循自身此前“Erie 预测”的联邦第十上诉法院,就并没有选择遵循不存在审级隶属关系的州中间上诉法院的先例。这看似涉及的是前文提出的第一个问题,即参考还是不参考州中间上诉法院的先例的问题,但实际上并不仅限于此,更涉及选择何者作为类似的先例的问题——是选择州中间上诉法院的类似判决作为先例,还是选择联邦上诉法院自身的类似判决作为先例。第二,可能被选为同判的先例,效力也不尽一样。如上述情况所显示,可能被选为先例的州中间上诉法院的类似判决,在联邦第五巡回上诉法院和在联邦第六上诉法院的效力就不一样。因为设定条件的方式不一样,在前者是“推定不参考”的价值,而在后者就是“推定被参考”的价值,两者的实际效力完全不一样。

五、余论:实证地看西方,技术地看改革

第一,放眼看去,应当说,美国法域的先例遵循制度是复杂的,甚至有些凌乱。这一定程度上因为我们抛开了关于“同案一定同判”、“同判必然同效”、“先例绝对拘束”等理论成见,并专注于美国先例遵循的实证文献和实践运行。毕竟,实证情况很可能与理论归纳存在较大差疏。当然,本文的实证认知还比较粗浅。其实,不仅美国先例遵循尚有诸多论题亟待了解,例如,联邦最高法院的判例在不同联邦上诉法院,或在不同联邦地区法院,或在不同州的贯彻程度一样吗?美国某一联邦上诉法院的先例在另一联邦上诉法院的判决的平行效力如何,等等。而且,即使是英国和美国的先例遵循,从实证的角度讲,也存在较大差别。^[47] 如果再考虑到德国、法国、日本等国家和中国台湾地区先例遵循制度

[42] *Wankier v. Crown Equipment Corp.*, 353 F.3d 862, 866 (10th Cir. 2003).

[43] *Palmer & Cay, Inc. v. March & McLennan Cos.*, 404 F.3d 1297 (11th Cir. 2005).

[44] *FDIC v. Abraham*, 137 F.3d 264, 268-269, (5th Cir. 1998).

[45] *Blaine Constr. Co. v. Ins. Co. of N. Am.*, 171 F.3d 343, 350-351, (6th Cir. 1999).

[46] Colin E. Wrabley, *supra* note 39, at 10-11.

[47] Adam Zachary Wyner, *Trevor Bench-Capon, Precedent and Procedure: An Argumentation-Theoretic Analysis*, <http://www.csc.liv.ac.uk/research/techreports/tr2007/ules-07-002.pdf>. (2011年12月31日访问)

的实证状况,可以预想,关于先例遵循的域内外法治资源可能就更复杂,当然也会更丰富。

第二,美国法域的先例遵循制度之所以复杂,也与其独有的政治、司法体制有着不可分割的关系。这也会使很多人质疑,难道我们对西方的实证认知,就仅仅停留在比较法的层面,而无法落实到中国司法改革的现实?对此,笔者是不认同的,实际上,如果将先例遵循作为一项维系“司法统一”的技术,而非隶属于某一些西方国家的司法传统,则其他法域的很多程序技术资源是可以为中国司法改革提供借鉴或启示的。正如季卫东教授指出的,“今后我国法律体系的完善在很大程度上不妨归结为技术重构,即立法技术、解释技术、行政技术以及法庭技术的实实在在的改良。即使在那些没有制度上的根本变革就无法进展的地方,有关操作手段上的成熟度也还是会在很大程度上左右结局,决定胜负”。^[48]显然,从法治发展的角度讲,通过司法判决技术实现“司法统一”,并非英美法系国家的专利,而是世界各国的共同焦点。仅就美国的先例遵循制度而言,例如,通过职业化的努力确保法官尊重法律因素,以及“下级法院遵循上级法院判决,但不惧怕上级法院推翻判决”,就值得我们借鉴;关于具有审级隶属关系的高层级法院的先例在不同地区的参考或拘束效力问题,也很值得思考。

第三,从中国改革的角度看,也并非是说,有了判例指导技术就一定能达到司法统一、摒弃法官的自由擅断,其实,美国一些实证研究也表明,法官在司法判决制作过程时,遵循先例原则和个体偏好均部分地起着影响作用。同时,也并不是说,先例遵循制度就是解决“同案同判”、实现“司法统一”的惟一方法。除此之外,解决“同案不同判”,还包括量刑标准的统一化、量刑程序的正当化、证据规则的系统化、法官素养的职业化,等等。一些报道曾指出,案例指导制度是其中最有针对性、直接性和可行性的措施。尽管这并非是经由实证验证的结论,甚至在实体法领域也可能并非如此(例如,很难判定到底量刑指南对量刑上的同案同判效果更大,还是指导性案例的效果更大),但是,笔者仍然认为,先例遵循制度或案例指导制度对于推动中国程序法和证据规则的发展,可能是非常有实际效用的。这主要是因为:一方面,英美国家正当程序的发展以及德国二战后程序法规则的发展,判(案)例的作用均功不可没;另一方面,程序法和证据规则均属于法律问题,而判(案)例的更重要的意义应在于对法律争议问题的规则性示范作用,而非对事实争议问题的裁量性示范作用。

第四,从我国现有的《关于案例指导工作的规定》的规范情况及相关的改革举措来看,我国案例指导制度更多地仍停留在对事实问题的关注,以谋求实践中认定事实层面的“同案同判”,例如,孙伟铭案中的定罪问题、许霆案中的量刑问题,等等。而相反,却并未给规则适用与法律解释层面的“同案同判”留有更多的发展空间。虽然这一定程度上契合了中国以事实认定为中心的审级救济模式,但长远来看,这种审级构造并不利于中国司法机制的完善与法律规则的发展。实际上,即使是疑难案件中所表现出来的事实争议问题,下级法院更需要的仍然是上级法院从法律适用的角度进行指导。例如,在彭宇案中,关于证据规则的运用、自由心证的限制要件等,看似是事实问题,其实本质上仍是法律问题。^[49]可以说,如果期望指导性案例在法律争议问题(包括程序法和证据规则领域)上有所发展,强化高层级法院的法律救济功能应势在必行。

第五,稳步推进判决书公开制度和判决理由公开制度,应是中国指导性案例制度能够正常运行的重要配套机制。如果说裁判文书的公开可以为后续法院提供足够丰富的案例,那么,判决理由的公开

[48] 季卫东:“中国法治的悖论与重构”,载《文化纵横》2011年第3期,第29页。

[49] 参见吴泽勇:“证明疑难案件的处理之道——从‘彭宇案’切入”,载《西部法学评论》2011年第5期,第1-8页。

则可以保证这些案例具有可资遵循或参考的价值。从美国判例法的发展史来看,正是因为联邦上诉法院书面判决意见在19、20世纪的系统公开,才极大地推动了当今美国先例遵循的制度化,进而促成了当今先例遵循制度的理念与原则。英国先例遵循制度的发展,也源于类似的原因。^[50] 反观我国以往的司法实践,可以说,裁判说理与判决公开的情况一直都不乐观。近年来,某些地区作了一些有益的改革尝试,试点了判决书公开制度,这为司法公开的推进奠定了基础。^[51] 2013年下半年以来,中国法院的判决书公开情况获得了大力度的推进。《最高人民法院裁判文书上网公布暂行办法》正式实施,明确最高人民法院的生效裁判文书“全部公开”,与此同时,中国裁判文书网与各高院裁判文书传送平台实现联网,下一步将实现全国四级人民法院的全面联网,届时依法能够公开的裁判文书将全部上网公开。^[52] 然而,由于过度重视判决书公开对防治司法腐败和提升审判价值的价值,反而忽视了判决书公开对促进司法理性和司法统一的功能。客观地讲,中国司法公开改革若要汇聚出先例遵循或案例指导制度的源头活水,至少还需要在以下方面继续努力:其一,从“当前高层级法院判决文书的全部公开、低层级法院判决文书的有限度公开”,过渡到“所有层级法院判决文书的全部公开为原则,法律规定的不能公开的情形为例外”,从而丰富案例的基数存量。其二,从当前对公开判决文书(即“裁判事实”或“裁判结论”)的强调和落实,过渡到对公开判决理由(即“裁判心证”或“裁判说理”)的强调和落实,从而强化案例的价值品性。其三,从当前以法院为主体的一元判决意见公开,过渡到在较高级别的法院推行以审判人员为主体的多元判决意见公开,从而体现案例的民主含量。

The Operational Mechanism of *Stare Decisis* in America and Its Reference

Lin Xifen

Abstract: China's guidance case system is a product of learning the *stare decisis* in American legal context. However, through the analysis of the empirical literature and practical operation, it is found that *stare decisis* in America is very complicated. Although abiding by the precedent is still the major factor while judicial decision is made, the influences of precedent made by superior court are different in different jurisdiction. Besides, the precedent made by federal court would only be abided by state court to a certain extent.

Keywords: American law; treat the same case equally; *stare decisis*; precedent

(责任编辑:刘 彰)

[50] Frederick G. Kempin, Jr., *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*, 3 Am. J. Leg. Hist. 28, 31-35 (1959).

[51] 参见曲昌荣:“审判权运行在阳光下”,载《人民日报》2009年8月22日,第1版。

[52] 参见李罡:“法院判决书何时能够全公开”,载《北京青年报》2013年11月28日,第A15版。

“解释论”语境下担保物权实现的非讼程序

——兼评《民事诉讼法》第196条、第197条

毋爱斌*

摘要:2012年修订的《民事诉讼法》确立了“实现担保物权案件”的非讼程序,由于立法简略,实践中各地法院操作混乱,亟需从解释论上予以回应。在解释论上,该程序应以形式审查为原则。同时,在审查中应当保障担保人、债务人的陈述权。经该程序作出的许可拍卖、变卖裁定在性质上为“对物之执行名义”,法院只能对该裁定指向的特定担保财产进行拍卖、变卖。在非讼审查过程中,如就担保物权的有效成立、担保物权实现的条件等实体问题出现争议时,由争议主体向有管辖权法院提起诉讼予以解决。

关键词:担保物权实现的非讼程序 解释论 许可拍卖、变卖裁定

一、问题的提出

担保物权实现,是指担保权人在其债权清偿期届满却未获得清偿时,处分担保财产以使得其债权优先得到受偿的行为。以担保物权实现是否依赖于国家公权力为标准,可分为自力救济和公力救济(即司法保护)两种模式。^[1]我国1995年《担保法》规定“协议不成可向法院起诉”,采取的是协商不成情况下诉讼方式救济,即“司法保护下的自救主义”。^[2]但该种立法模式遭到学界的责难,担保物权实现从“一个非讼案件变成了诉讼案件”。^[3]随后在2007年制定的《物权法》中规定了“协议不成可申请法院拍卖、变卖”,对于国家司法保护主义的态度有所转变,即强调可以通过非讼化途径进行权利上的救济,但由于立法上的不明,学界出现对“担保物权实现的非讼化”路径的无序解释。^[4]

早在罗马法时期,担保物权实现采取的是权利人自力救济主义。^[5]后来,出于对担保物权中债权人、债务人利益衡量,防止担保权滥用,不少国家和地区开始限制自力救济,公力救济模式应运产

* 西南政法大学法学院讲师,法学博士。本文系司法部2012年一般项目“案外人救济制度研究”(12SFB2027)、西南政法大学青年教师学术创新团队资助项目(编号: XNQNCXTD2013-02)的阶段性成果。

[1] 参见丁亮华:“论抵押权之非诉执行实现——《物权法》第195条第2款的解释论展开”,载《法学家》2013年第4期,第96页。

[2] 曹士兵:“我国《物权法》关于抵押权实现的规定”,载《法律适用》2008年第1、2期,第37页。

[3] 方流芳:“民事诉讼收费考”,载《中国社会科学》1999年第3期,第138-141页。

[4] 《物权法》颁布后,对“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”的理解有三种观点:第一种理解认为该规定是指不经过诉讼程序,法院经权利人申请即可拍卖、变卖抵押财产,这应归为非诉讼法律文书的执行程序;第二种理解认为是指“抵押权人与抵押人就抵押权实现方式未达成协议,为了简便抵押权的实现程序,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”,但仍未清楚地表明这是不是执行程序;第三种理解认为是指申请直接进入执行程序,由法院执行部门审查和裁定。参见肖建国、陈文涛:“论抵押权实现的非讼程序构建”,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2011年第1期,第51页。

[5] 参见陈朝壁:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第334页。

生。历史上真正出现担保物权实现非讼公力救济模式可追溯至中世纪罗马-教会法民事诉讼程序。由于诉讼延迟问题比较突出,教会法学家融合日耳曼法关于私人扣押债务人财产的观念和罗马法传统形成了所谓的“履行保证文书(Instrumenta Confessionata)”,创造出“依承诺直接执行抵押物制度”。〔6〕该依据承诺直接进入执行程序的做法,对近现代大陆法系国家和地区民事诉讼立法产生直接的影响,进而演变出两种担保物权实现的非讼化模式。

一是依可执行文书直接启动强制执行模式。该模式要求,在担保权人除依据法院判决、调解书等执行名义申请强制执行外,还可依可执行的文书为依据申请强制执行。德国、日本以及韩国都采取这种模式。具体而言,《德国民法典》规定抵押权的实现必须通过强制执行方式,排除当事人自力救济(该法第1147条)。〔7〕《德国民事诉讼法》规定,由德国法院或德国公证人在其职务权限范围内作出的证书,并且债务人在证书内承认愿意就指定的请求实施强制执行的,可以此证书为依据强制执行(第794条第1项第5款)。“通过可执行的文书,债权人将获得一个执行名义,借助于该执行名义的帮助,他无需事前进行可能长时间的诉讼就可以强制实现他的请求权。”〔8〕与德国不同,日本将该可执行文书限定在公证证书。《日本民事执行法》规定,对于不动产强制执行启动,可以证明担保权存在的公证人所作成的公证证书为依据(第181条第1款)。对于动产为担保权标的物的,需债权人向执行官提交动产时或动产的占有人提交了证明其承诺扣押的文件时开始(第190条)。《韩国民事执行法》规定对于不动产为标的的担保权实现需提交证明担保权存在的文书(第265条)。该证明担保权的证明文书主要是指不动产登记簿的复印件。〔9〕实现有体动产担保权的拍卖,也是要求债权人交出标的物或者标的物的占有人承诺扣押时开始(第271条)。

二是依非讼许可执行拍卖裁定启动强制执行模式。该模式要求申请人经过非讼程序取得许可拍卖裁定后,才能够启动强制执行程序。我国台湾地区的“立法”是这种模式的典型代表。台湾地区的“民法典”规定抵押权人在债权已届清偿期而未受清偿时,可以申请法院拍卖抵押物(第873条第1项)。台湾地区“非诉事件法”将“民法”第873条第1项所定抵押权人申请拍卖抵押物事件定性为非诉事件,在程序上适用非诉程序(第72条)。该模式将非诉程序作为取得执行名义的程序。

德国、日本、韩国采取直接启动执行模式的制度基础是其不动产登记制度。德日韩三国的不动产登记机关为司法机关,〔10〕因登记事项已经初步司法审查,对于登记中产生的争议可直接进入诉讼程序予以解决。因而,对于该担保物权实现没有必要再次经过非讼程序进行审查,可以直接进入执行程序。例如,在德国,负责查封不动产以及对不动产进行强制拍卖的司法助理官,同时也负责当地土地登记工作。〔11〕日韩不动产登记采取共同申请主义,在设立担保物权时要求有担保人承诺日后同意执行。〔12〕而我国台湾地区的不动产登记机关为行政机关,为保障准确性,有必要经过非讼程序进行

〔6〕 Arthur Engleman and Others, *A History of Continental Civil Procedure* 501 (Robert Wyness Millar trans. & ed., Little Brown & Company 1927).

〔7〕 陈卫佐译:《德国民法典》,法律出版社2010年版,第384页。

〔8〕 [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第359页。

〔9〕 [韩]姜大成:《韩国民事执行法》,朴宗根译,法律出版社2010年版,第439页。

〔10〕 参见于海涌:《论不动产登记》,法律出版社2007年版,第161页;金玉珍译:《韩国民法典 朝鲜民法典》,北京大学出版社2009年版,附录《韩国不动产登记法》第7条。

〔11〕 W. A. Kennett, *Enforcement of Judgments in Europe* 82 (Oxford University Press 2000).

〔12〕 张自合:“论担保物权实现的程序”,载《法学家》2013年第1期,第153页。

审查。

我国大陆地区的登记制度与台湾地区相似,由行政机构负责登记,如果登记中出现争议,可以通过异议程序或行政诉讼等予以纠正。2012年修订的《民事诉讼法》采取了第二种立法模式,增加了“实现担保物权案件”的非讼程序。我国此次民事诉讼法的修改,开辟了司法介入担保物权实现的第二条道路,不仅节约了司法资源,还降低了担保权人实现担保物权的成本。随着担保公司等专业化市场主体的兴盛,专业化、社会化的担保市场正逐步形成,^[13]担保物权实现的非讼程序因其快捷、经济特点必将有助于担保物权制度功能的充分实现,也将会发挥立法强大的指引功能,对市场交易行为产生重大影响。实践中,不少银行、小额担保公司等试图通过担保物权实现的非讼程序快速实现权利救济,但被法院以缺少操作依据为由不予立案;有的尽管立案并进行审查,但也是“摸着石头过河”,对条文理解和操作不妥当。正是担保物权实现的非讼程序立法上的“残缺”,导致司法实践不作为或者无序作为,实践与立法目的相悖离。因而,针对上述困境,亟需从解释论上对担保物权实现的非讼程序予以阐释,需要“在现行法的框架内通过对现行法律进行逻辑推论,针对现实生活中发生的法律问题、法律纠纷等推导出最为妥善、最有说服力的结论。”^[14]对此,本文以担保物权实现的非讼程序适用为中心,以北京、广东、重庆、浙江等地区法院实践为基础,以《民事诉讼法》第196、197条规定为文本,就担保物权实现的非讼程序的运行以及与相关实体请求之诉的衔接进行解释,以求从解释论上勾划出担保物权实现的非讼程序有效运作的整体框架。

二、担保物权实现的非讼程序的启动

《民事诉讼法》第196条规定:“申请实现担保物权,由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依照物权法等法律,向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。”由此可知,实现担保物权案件不属于职权事件,而属于申请事件,即需要申请人申请才能启动。这便涉及到申请人主体适格和管辖法院确定这两大问题。

(一) 申请人主体适格的扩张解释

由于非讼程序与民事诉讼程序不尽相同,对于非讼事件的主体以“关系人”称谓更具合理性,具体指的是申请人、相对人(被申请人)及其他利害关系人。担保物权实现的非讼事件中,关系人包括担保权人、担保人、债务人等。其中,申请人主体适格是指请求法院拍卖担保财产的申请人符合民事诉讼法对当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力的要求,还应当具体的申请中具备申请人的资格。结合《物权法》第195条第2款、第220条第1款、第237条规定,能够请求法院作出拍卖、变卖担保财产的“担保物权人”仅有抵押权人,“其他有权请求实现担保物权的人”是质权实现中的出质人、留置权实现中的债务人。对此,在实现抵押权方面,不赋予抵押人以申请拍卖、变卖的权利尚可理解,因为抵押物实际在抵押人控制范围之内,其必定对抵押物妥善保管和使用,因而其缺少提出申请的必要

[13] 许明月:“论现代担保市场法律规制的理念与模式”,载《中国法学》2013年第6期,第46页。

[14] [日]铃木贤:“中国的立法论与日本的解释论——为什么日本民法典可以沿用百多年之久”,载渠涛主编:《中日民商法研究》(第2卷),法律出版社2004年版,第538页。

性。^[15]立法赋予出质人、留置权的债务人以申请的权利,是考虑担保物由质权人、留置权人控制,如果质权人、留置权人怠于对担保财产变现,将会影响债务人的权益。

不过,仅对条文进行文义解释,可能将质权人等具有程序利益的主体排除在保护范围之外。实践中,出质人、留置权的债务人主动要求拍卖、变卖情形不多,恰恰相反的是,在债权人行使担保物权时,出质人、留置权的债务人会干扰担保财产的变现,阻碍债权人权利的实现。因而,此时有赋予质权人、留置权人以寻求借助非讼程序进行权利保护的必要。^[16]我国台湾地区与此相似,最初也只规定抵押权人享有申请法院裁定拍卖的权利,不过随着司法实践的探索,立法已经赋予质权人申请的权利,在理论和实务上对留置权人享有申请法院拍卖权也不存在争议。^[17]因此,从保证质权、留置权实现的有序进行出发,对质权人、留置权人的申请,应比照抵押权人申请进行处理。在确定了申请人之后,与之在担保法律关系中处于相对者即为申请相对人。

(二) 管辖法院的限定解释

根据《民事诉讼法》,对实现担保物权案件享有管辖权的是“担保财产所在地或者担保物权登记地”基层法院。由此可知,该管辖规定系属于专属管辖,排除适用协议管辖和应诉管辖。法院在受理实现担保物权案件后,立案庭要判断担保标的物的登记所在地和担保财产所在地,确定是否享有管辖权。但是,由于担保物权的标的有动产、不动产、权利凭证等之分,因而对担保财产所在地的判断较为困难,容易造成管辖上的争执,同时,也给恶意利用制度漏洞创造空间,违反法定管辖原则。

目前,《民事诉讼法》中对诉讼管辖的规定,主要是以当事人住所地或纠纷发生地为标准,以财产所在地作为管辖权判断依据的仅有国内民事诉讼的协议管辖中的“标的物所在地”、涉外管辖中的“可供扣押财产所在地”、专属管辖中“不动产所在地”和“被继承人死亡时主要遗产所在地”。不过,以上四种财产所在地为管辖地的判断相对较为容易,要么当事人在协议中明确,要么以时间点加以确定。相反,担保物权实现非讼事件管辖却存在难以确定的风险,需要在解释论上与我国现行民事诉讼管辖、执行管辖相衔接。对此,可以根据具体担保物权种类进行限定解释。对于抵押权而言,根据《物权法》第180条规定,对于建筑物及其土地附着物、建设用地使用权、土地承包经营权以及正在建造建筑物等,需要登记才成立抵押权的,管辖权归登记地基层法院;对于在建船舶、航空器以及交通运输工具等特殊动产,抵押权成立不以登记为要件,但通常这些财产都有相应的登记机构,因而对该类型担保财产的管辖法院为财产登记注册所在地法院;对于其他不具有登记注册所在地的动产而言,以抵押权成立时约定抵押财产所在地法院有管辖权。对于动产质权而言,以债权人接收动产质权的质押标的物所在地法院有管辖权;对于权利质权,需要办理出质登记的,以出质登记地为财产所在地,使得登记所在地和财产所在地同一化;对于需要交付权利凭证的,以质权协议上约定的交付地点为财产所在地,没有约定的,推定质权人住所地或营业所在地为财产所在地。对于留置权而言,留置权属于法定担保权,适用的范围较广泛,对此主要是以留置权成立时标的物所在地基层法院为管辖法院。

此外,实现担保物权案件属于申请事件,存在申请相对人,可能会出现相对人对管辖提出异议的

[15] 对此,有人主张应当赋予抵押人以申请法院拍卖、变卖担保财产的权利。参见金殿军:“请求法院拍卖、变卖担保财产的法律问题”,载《法学》2010年第1期,第137页。

[16] 浙江省高级人民法院《关于审理实现担保物权案件的意见》、重庆市高级人民法院《关于实现担保物权特别程序若干问题的解答》都将质权人、留置权人纳入申请人的范畴。

[17] 参见杨与龄:《强制执行法论》(最新修正),中国政法大学出版社2002年版,第74-75页。

情形。对此,受理申请的基层法院应比照诉讼程序中管辖权异议程序进行审查并作出裁定。不过,异议人对该裁定不享有上诉权。因为,管辖权异议制度作为管辖制度的程序性救济措施,虽然对保障当事人诉权、保证管辖规则的正常运行和构建程序正义具有重要意义,但担保物权实现的非讼程序的立法目的是通过简便程序实现担保物权,若允许权利人对异议裁定上诉,则有悖非讼程序便捷性要求。

三、法院对实现担保物权案件的审查

对于实现担保物权申请的审查,《民事诉讼法》要求法院“经审查,符合法律规定的”,裁定拍卖、变卖担保财产。不过,“符合法律规定”具有抽象、不明确的特点,也不能传递出法院作出准许拍卖、变卖裁定的审查标准和审查内容。对此,需要从体系解释和目的解释出发,探寻该非讼程序所应遵循的审查原则及审查的内容。

(一) 遵循形式审查原则

从体系解释角度,“实现担保物权案件”所适用的程序规定在“特别程序”中,适用的是非讼法理。非讼程序只进行形式审查,不处理实体争议问题。但由于担保物权实现的非讼程序中不仅审查申请人提出的申请是否符合作出许可拍卖、变卖裁定的要件,还经常会夹杂着关系人对担保物权的有效成立、实现担保物权的条件、担保财产担保的范围以及担保财产的范围的争执,因而一个程序中可能会出现实体争议和形式争议相交织的情形,此时应当如何解决?对此,有两种截然相反的主张:一种观点主张,依据诉讼与非讼程序法理二元分离适用立场,非讼程序只进行形式审查,对于实体争议问题应当另行通过诉讼程序解决;^[18]另一种观点主张,如果非讼审查程序拒不审查当事人之实质事项的争执,而要求其另诉解决,造成执行名义取得程序与权利确定程序之不必要的分离,无端放弃扩大程序制度解决纷争功能之可能性,相应加重法院及当事人负担,致使权利人无法快速、便捷实现权利,悖逆程序效益原则及程序利益保护原则。因而从诉讼与非讼程序法理交错适用的立场出发,要求担保物权实现的非讼程序不再沿用形式审查论,在审查中出现对实体法律关系的争执可直接改依通常或简易诉讼程序审理。^[19]

上述两种观点争执的焦点在于是采取诉讼法理与非讼法理交错论还是二元论。交错论固然有其优势,如通过程序一次性解决纠纷,但其缺点在于模糊了程序的差异性,在诉讼法理与非讼法理上的转化问题上赋予法官较大的裁量权,对于我国原本程序弱化或非正式化倾向严重的当下,诉讼法理和非讼法理的交错适用只会加剧这种趋势。因而,应坚持诉讼法理与非讼法理二元论,诉讼事件适用诉讼法理,非讼事件则适用非讼法理,非讼程序中不处理实体争议事项,关于实体权利义务关系争执,应另行通过诉讼程序处理。我国《民事诉讼法》也持诉讼法理与非讼法理二元论,第179条规定:“人民法院在依照本程序(即特别程序)审理案件的过程中,发现本案属于民事权益争议的,应当裁定终结特别程序,并告知利害关系人可以另行起诉。”因而,对实现担保物权案件的审查应当以形式审查为原则,即法院对双方当事人提供资料的合法性、完整性、有效性进行审查,如法官确实对相关事实存疑,

[18] 参见吴光陆:《强制执行法》,三民书局股份有限公司2007年版,第69页;曹士兵:同注2引文,第35页。

[19] 参见高圣平:“担保物权实现途径之研究——兼及民事诉讼法的修改”,载《法学》2008年第1期,第45页;许士宦:“非讼事件法修正后程序保障之新课题——以担保物拍卖及本票执行事件之非诉讼化审理与诉讼化审理为中心”,载《月旦法学杂志》2005年第10期,第236-238页。

可依职权调查取证,听取双方意见,对相关事实的真实性、合法性进行审查,但这种审查只是从审慎角度处理存在争议的案件,并不意味着法院在该程序中对实体问题进行裁断。具体而言,形式审查原则可概括为:(1)在非讼审查中,法院仅能为形式审查,而不能依职权审查实体事项;(2)在非讼审查中,当事人就实体事项提出的主张、抗辩,法院亦不予以审查;(3)对于主债权、担保权的瑕疵等实体事项的争论,即实现担保物权的前提条件争议,应当通过诉讼程序加以解决。

不过,对于被申请人提出的实体性异议直接产生非讼程序终结的效力并不妥当。因为,假使如此,担保物权实现的非讼程序可能最终沦为如督促程序那般境地,基本上被束之高阁。因此,被申请人只有对主债务的真实性及有效性、登记情况、担保物权的成立、担保范围及数额、其他在先优先权、担保物权实现的条件等实体方面提出异议,才能阻断法院作出许可拍卖、变卖裁定,而诸如被申请人偿债能力等不能作为异议事由。这里尤其要注意的是,法院应该依职权主动审查担保物上是否存在其他优先权,如若存在,应驳回申请人的申请。同时,法院应对被申请人的异议事由进行初步审查,只有被申请人的异议让法官产生合理怀疑,方能认为理由成立,驳回申请人的申请,由申请人另循诉讼程序解决,从而防止申请人滥用权利,拖延时间。

(二) 作出许可拍卖、变卖裁定的要件

从语义上分析,法院作出许可拍卖、变卖裁定的前提是,“经审查,符合法律规定”。结合非讼程序的形式审查原则,以目的解释为方法,“符合法律规定”即法院作出裁定前需要对主债权、担保物权的合法性、完整性、有效性进行形式审查。详言之,法院作出许可拍卖、变卖裁定必须满足以下形式要件。

(1)主债权合法。担保物权具有从属性、附随性,其附随于主债权。担保物权的成立有效依附于主债权合同合法有效,如果主债权债务的产生是违法的,那么担保物权也不受法律保护。因而,应当对主合同的合法性进行审查。这里不是要求审查主合同的有效性,而是对申请人提供的主合同的形式要件进行合法性审查。如果双方对合同效力有争议,则只能中止审查,告知申请人通过诉讼程序主张权利。在对主债权合法性审查的同时,可以对实现担保物权是否超过诉讼时效予以审查。

(2)担保物权成立。担保物权包括约定担保物权和法定担保物权,对于约定担保物权要审查担保合同的合法性,如抵押财产是否属于《物权法》第184条和《担保法》第37条规定的不得抵押财产。同时,还要查明担保物权登记状况。担保物权的登记分为登记生效主义和登记对抗主义。对于不动产抵押、部分权利质押需要登记生效的,法院要查明是否进行登记;对于法定担保物权而言,如《合同法》第286条规定的建筑工程担保、留置权,重点是审查以上权利成就的条件。

(3)债务履行期限届满但债权未受到清偿。通过对主合同进行形式审查,便可以得知债务履行期限。由于债权尚未受到清偿属于消极事实,很难提供相应的证据加以证明,故以申请人主张为准。但是,对于最高额抵押而言,由于最高额抵押系就将来应发生的债权所设定的抵押权,因此其债权数额在结算前并不确定,实际发生的债权数额不及最高额时,应以其实际发生的债权数额为准,对该数额的确定,在法院作出许可拍卖裁定前,应当赋予债务人陈述的机会。^[20]同时,根据《物权法》及《合同法》相关规定,在下列情形下,尽管债务履行期限尚未届满,但抵押权也可以请求实现抵押权:①债务人被宣告破产或被撤销;②债务人于履行期限届满前已经明确表示不履行债务的;③因抵押人的行

[20] 纪钧涵:“抵押物裁定拍卖程序之概要(上)——以不动产抵押权之实行为例”,载《万国法律》2007年2月,第115页。

为使抵押财产损毁或价值减少,抵押权人请求恢复抵押物的价值或提供相应的担保被拒绝的。

(4)请求法院拍卖、变卖担保财产的必要性。对于抵押权而言,根据《物权法》第195条第2款的规定,要求抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成一致;对于质权、留置权而言,根据《物权法》第220条第1款、第237条的规定,出质人、债务人还应就债权人怠于行使质权、留置权承担证明责任,对此,出质人、债务人主要提供其催促债权人行使担保物权的证明,如律师函、催告书等。对于质权人、留置权人提请法院裁定拍卖担保物而言,其应当就无法正常行使担保物权提出相应的证据。

(三) 审查范围应当包括确认债权数额

担保物权实现的非讼程序是对担保物现状(尤其注意是否存在其他在先物权)、担保范围、债务履行情况、实现担保物的条件等方面予以审查,但是否应就担保财产所担保的债务额予以审查,或者说是否在该程序作出的裁定中确定担保财产变现后所需偿还债务数额?对此,从对广东省东莞市第一人民法院、重庆市南岸区人民法院实践考察得知,司法实践部门主流观点认为,《民事诉讼法》增加担保物权实现的非讼程序,仅仅是为了给快速变现担保物提供一条路径,防止由于诉讼程序的繁琐漫长导致担保物价值贬损。对于担保物担保范围等实体方面的问题,还应通过普通民事诉讼程序加以确认,即债权人如想实现担保物权,必须经过“申请拍卖、变卖担保财产+主债权数额确认之诉”的“双阶程序”。

实践部门“双阶程序”做法该如何评价?在《民事诉讼法》增加担保物权实现的非讼程序之前,对于担保物权的保护,都是在债务返还给付之诉中,一并提起对担保财产变现价款优先受偿的诉讼请求,然后在执行程序对担保财产和被执行人财产一并进行处理。这体现的是“一体解决”思想。新修订的《民事诉讼法》于2013年实施后,由于立法不明,实践中将担保物权的实现分为取得许可拍卖、变卖裁定和确认债权判决两道程序,与原来一次解决纠纷相比,人为增加当事人成本付出,与简便、迅速实现担保物权的立法目的背道而驰。实践中出现“双阶程序”的根本原因在于立法的不明确和对担保物权实现的非讼程序的认识不够。不过,实践中法官对该程序作出如此谨慎的反应,也具有其合理性。因为非讼程序具有程序简略的特点,这在实现便捷、迅速的同时,也会带来因程序不够严格而给关系人以恶意利用的机会,从而可能导致法院错误裁判或者侵害第三人利益,给法院和法官个人带来考核上的压力。

不过,制度的实施不能屈服于实践的压力,而应当遵循制度设置目的及基本法理。首先,担保物权实现的非讼程序存在的法理根基在于担保物权法律关系主体之间的承诺,即双方主体对涉及担保物权相关实体法律关系不存在任何争执的认可,其中包括主债权数额、担保范围等。因此,在保障关系人陈述权有效行使的前提下,只要关系人对担保债权的数额、优先权的享有达成一致,即没有必要经过诉讼程序进行确认。其次,立法目的正是利用非讼程序的弹性、合目的性及法官裁量权等特质以迅速实现权利。虽然法院通过非讼程序便赋予申请人以执行请求权,貌似对当事人的程序权保障不力,但从担保权成立过程中,有债权人、债务人、担保人的自主性参与,且以订立协议、登记等形式来证明实体权利的存在,实质上已达到高度盖然性的要求。相反,一味追求对实体权利真实存在的审查,将推延权利的实现,对债权人来说显然不公平,也不符合程序效益原则。

实践中出现“双阶程序”的做法不仅不能充分发挥担保物权实现的非讼程序的效率优势,甚至比原有的诉讼模式显得更为拖沓,也直接违背立法目的——“为了更好地保护担保物权人的合法权益,

节约诉讼资源”。^[21]“如果担保债权数额没有确定,即使担保财产被拍卖、变卖,也不能优先偿还不确定的担保债权”。^[22]因此,从对担保物权实现的非讼程序的立法目的解释和历史解释来看,在该非讼程序审查中,只要关系人对担保财产担保的债权数额大小达成一致看法,如主债权数额、利息计算方式等,并且法院依职权查明不存在虚假、恶意等情形时,即可在裁判文书中予以载明。不过,对裁定书中载明的担保债权数额,并非法院的裁判事项,而是对关系人达成一致意见的确认,也体现当事人意志对法院的约束。

四、非讼审查中对关系人的程序保障

从对多地基层法院的实证考察发现,对“实现担保物权案件”的处理并不统一,有的书面审查之后直接作出裁定,有的还增加组织听证环节。不过,与宣告失踪死亡、宣告无主财产等非讼案件不同,担保物权实现的非讼程序因合同相对性而具有双方主体的特性,且容易在非讼审查中出现实质争议,因此,在该审查程序中应当给予关系人以特别的程序保障。

(一) 保障关系人陈述权

因担保物权实现的非讼程序针对的是担保财产的变现方式问题,不涉及实体法律关系判断,所以主要审查书面内容。该非讼程序由申请人申请而启动,故申请人仍应当承担对主张申请的证明责任,法院只需审查申请人提交的申请和相关证据的合法性,而不审查其中担保合同的效力以及不对相关资料作出实质性判断。但特别情况下,还需要对附条件或附期限担保合同中条件或期限是否满足进行判断。不过,在该审查程序中,应当维护关系人尤其是债务人、担保人最为基本的程序利益。“利害关系人对裁判基础事实享有陈述意见的权利是大陆法系国家和地区对非讼程序保障的最低限度要求,也是宪法意义上合法听审权在非讼程序中的具体表现。”^[23]这是因为债务人的债务是否存在以及债务范围会影响到担保物变现后清偿的程度,或者担保人的担保财产是否被拍卖、变卖,又会影响担保人对债务人的求偿权等问题,因此有必要保障担保人、债务人的程序利益,通知其陈述意见。对此,法官在裁定前,应给予担保人、债务人以陈述意见的机会,以确认债权是否在担保范围之内,避免将来对被申请人造成难以恢复的损害。

不过,实现对担保人、债务人陈述权的保障,又遇到另一个技术操作难题——送达问题。通知担保人、债务人陈述意见的关键在于能够通知到其本人,但实践中,“送达难”已经成为担保物权实现的非讼程序对效率追求的拦路石。根据在广东省东莞市第一人民法院调研,对于该问题,审查法官普遍主张将申请人提交的申请书、证据材料等向债务人、担保人送达,但对送达义务的履行程序意见不一。一种观点认为,法院只需完成送达程序,而不必保障送达效果,即按债务人、担保人提供的联系方式向其进行电话通知、邮寄送达等,至于债务人、担保人是否确实收到材料,不影响法院的审查进程。其理由是,对实现担保物权非讼事件的审查属于形式审查,不涉及实体问题,审理期限短,非必须向被申请人送达,故可参照管辖权异议审查的模式进行。另一种观点认为,法院应保障当事人的知情权,严格

[21] 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第197页。

[22] 戴伟民、宋彪:“担保物权实现中确定债权数额应有程序保障”,载《人民法院报》2013年7月4日,第006版。

[23] 姜世明:《非讼事件法新论》,新学林出版股份有限公司2011年版,第40页。

履行自己的送达义务,应按诉讼程序的要求向被申请人送达,在无法通过其他方式送达的情况下,还需公告送达。对此,笔者赞同第一种观点,认为公告送达并非必须。理由是,担保物权的成立具有高度盖然的可信赖性,法院在受理实现担保物权案件后,发现被申请人下落不明时,只要案件事实清楚、债权债务关系明确、登记等手续和权利凭证齐全,经审查符合法律规定的,可直接作出许可拍卖、变卖裁定;但如果发现案件事实和法律关系有待进一步查明,法官对担保物权的效力、范围等无法形成内心确信的情况下,裁定驳回申请,告知申请人可另行诉讼。^[24]此外,为保证担保物权实现的非讼程序有效运作,未来担保市场交易中可引入德国、日本等国家所采取的“承诺”制度,^[25]即在担保物权设立时,担保人承诺日后如债务不能清偿时,愿意通过担保物权实现的非讼程序对担保财产进行变价,以偿还担保债权。这更可以降低担保物权实现的非讼程序中必须通知到担保人的必要性。

(二) 赋予关系人保全处分权

在利害关系人起诉前或者当事人起诉后,为保障将来的生效判决能够得到执行或者避免财产遭受损失,法院依程序可以进行诉讼保全。同理,对于担保物权非讼实现而言,也可能会有担保财产被灭失或者价值减损情况发生,从而增加担保财产变现的难度。对这些妨碍行为,无法直接适用现有诉讼保全制度,因为此处的“诉”是针对诉讼程序,而且其适用条件也是根据诉讼程序法理设置的。日本在1979年制定《民事诉讼法》时将实现担保物权作为执行程序中的重要制度确定下来,但在实施过程中,出现抵押权设立人或第三人损坏抵押不动产、滥用短期租赁合同侵害抵押权人权利、利用留置权妨害担保不动产拍卖等妨害执行的情况,^[26]对此,2003年日本通过了《改善担保物权及民事执行制度的修改民法等部分内容的法律》,增加了针对实现担保物权的保全处分程序。^[27]对此,尽管我国与日本在担保物权实现的非讼化路径选择不一致,但出现的问题在表现形式上是相同的,有必要对保全制度适用范围进行扩大解释,将其延伸至担保物权实现非讼审查前及非讼审查中:(1)在非讼申请前,担保财产所有人或占有人有造成担保财产价值严重减少行为,或者具有危险性的行为,在申请人提供担保的情况下,法院根据申请可对欲变现担保财产进行财产保全,或命令财产所有人或占有人禁止为一定的行为;并且,申请人必须在30日内依担保物权实现的非讼程序提出申请。(2)在非讼审查过程中,如果出现上述情况,申请人可以提出保全请求,法院根据情况决定是否需要提供担保,经审查决定是否采取保全措施。

五、许可拍卖、变卖裁定的性质与效力

根据我国《民事诉讼法》第179条、第197条的规定,非讼程序的处理结果分为终结程序裁定、驳回申请裁定和许可拍卖、变卖裁定。毫无疑问,许可拍卖、变卖裁定最为重要。在此集中就其性质和效力进行分析、阐释。

(一) 许可拍卖、变卖裁定性质上为“对物之执行名义”

民事诉讼标的是当事人争议并要求法院进行审判的对象,担保物权实现的非讼程序的程序标的

[24] 浙江省高级人民法院《关于审理实现担保物权案件若干问题的解答》也持该观点。

[25] 详见《德国民事诉讼法》第794条第1项第5款;《日本民事诉讼法》第181条第1款、第190条。

[26] 参见[日]生熊長幸:《民事執行法 民事保全法》,成文堂,2006年,第171-172页。

[27] [日]中野貞一郎:《民事執行法》(增補新訂6版),青林書院,2010年,第193页。

为担保物权实现的方式,这便决定了法院审查的对象——在实体事实不存在争议的前提下仅就担保物的变现发出执行名义。从对“裁定拍卖、变卖担保财产”的文义解释来看,经担保物权实现的非讼程序作出的许可拍卖、变卖裁定主文应当为许可对担保财产的拍卖、变卖。同时,如同前述,许可拍卖、变卖裁定主文也应当列明债权人优先受偿的数额,以便于拍卖、变卖后优先受偿没有障碍。如北京市朝阳区人民法院作出的裁定:

……依照《中华人民共和国民事诉讼法》第197条、《中华人民共和国物权法》第170条、第187条之规定,裁定如下:

对被申请人乙的担保房屋准予采取拍卖、变卖等方式依法变价,申请人甲对变价后所得款项在66万元的范围内优先受偿。^[28]

从上述裁定主文的表述可以看出,经担保物权实现的非讼程序作出的许可拍卖、变卖裁定只涉及到担保物的信息,而未如通过诉讼程序作出判决书主文那样,主要是围绕着“人”进行的实体权利义务分配。通过比较可知,许可拍卖、变卖裁定在性质上属于“对物之执行名义”。“对物之执行名义,以物代债务人之责任。”^[29]即以担保财产为强制执行对象,以担保物代替债务人的责任。担保人不必然负有履行金钱给付的义务,但必须容忍、接受对担保财产进行强制执行。^[30]与“对物之执行名义”相对的是“对人的执行名义”。“对人的执行名义”是以人为对象要求其承担一定的义务,在执行程序中则相应演变为“以债务人一般财产为执行对象”,^[31]即强制执行的对象为债务人所有财产。如执行所有财产后债权人债权仍未得到全部受偿,债权人的执行请求权并未因行使而丧失,在发现债务人有其他财产时,债权人可以要求执行机构继续对债务人的财产强制执行。

(二)许可拍卖、变卖裁定具有执行力

“诉讼之判决乃属法律适用之判断作用的效果,非讼事件则属基于意欲达到一定结果之处分行为。”^[32]许可拍卖、变卖裁定是双方主体对担保物权相关实体法律关系不存在争议前提下国家的适度介入,以国家机关名义对担保财产进行变现。该裁定有启动国家执行的执行力。不过,由于该裁定为“对物之执行名义”,也便限定了申请执行人的执行请求权^[33]的范围仅限定在担保财产。如果依据许可拍卖、变卖裁定就担保财产变价后仍不能满足清偿全部担保债权,则未得以清偿部分债权变为普通债权,债权人只能通过诉讼等途径重新取得“对人的执行名义”,获取对债务人的执行请求权,即对债务人所有的其他财产进行强制执行。

与形式审查原则相一致,许可拍卖、变卖裁定并不就任何实体法律关系确认、变更,因而该裁定不产生形成力和既判力。虽然在裁定中应当对关系人认可的债权数额予以载明,但由于该数额的确定是基于关系人的意思自治,而非法院的判断,因而对该数额的表述也不产生任何效力。

[28] (2013)朝民特字第10564号裁定书。

[29] 陈计男:《强制执行法释论》,元照出版有限公司2012年版,第95页。

[30] 参见赖来焜:《强制执行法总论》,元照出版有限公司2007年版,第353页。

[31] 林洲富:《实用非讼事件法》,五南图书出版股份有限公司2010年版,第114页。

[32] [日]兼子一:《新修民事诉讼法体系》(增订版),酒井书店,1965年版,第40页。

[33] 执行请求权,即债权人以执行名义为依据请求国家执行的权利。详见[日]石川明:“執行請求權”,《綜合法学》1964(8),第16-20页。

六、担保物权实现的非讼程序中的救济机制

目前,担保物权实现的非讼程序存在程序简单、一审终审的特点,立法上并未向关系人提供相应救济渠道。实践中已经出现救济无门的担忧。对此,需要通过扩大解释的方式弥补法律的遗漏。

(一) 对许可拍卖、变卖裁定形式错误的救济

在民事诉讼中,判决效力中有羁束力问题,亦即法院不能自行撤销或变更,以满足程序安定性的要求。而非讼裁定也与诉讼判决一致,法院受自己裁定的羁束,而不得任意撤销、变更。但在某些情形下,会出现裁判错误或者发生情事变更,如果仍旧一味坚持裁判的羁束力,则可能会出现法院将错就错的情形。因此,“为能继续保持非讼裁判的妥当性、合目的性,有必要承认在一定条件下,非讼裁判具有变更可能性,亦即得由原法院自行撤销、变更其不当裁定”。^[34] 不少国家和地区的立法对非讼裁判文书中都采取“有限保障”原则,即对于允许抗告或复议的非讼裁定,不允许撤销、变更;对于无抗告等救济程序的裁定,可以撤销、变更。如德国《非讼事件法》第18条规定:“法院事后认为其所作成裁定为不适当者,有权加以变更。若该处分权依申请始能作成,而该申请被驳回者,仅能依申请变更之。对于可即时抗告之裁定,法院无权变更。”我国台湾地区“非讼事件法”第40条规定:“法院认为不得抗告之裁定不当时,得撤销或变更之;因申请而为裁定者,其驳回申请之裁定,非因申请不得依前项规定为撤销或变更之。”即“非讼裁定之可变更性即成为非讼法上之基本原则及特色”。总体而言,非讼裁定在裁定错误或者因情事变更而使得裁定不合时宜的情况下,允许撤销、变更相关裁定。实质上,我国民事诉讼法特别程序中,宣告失踪、宣告死亡程序等也遵循了裁判文书可撤销、可变更的基本原则。例如,宣告失踪案件中,被宣告失踪公民重新出现,法院应依申请作出新判决,撤销原判决。

担保物权实现的非讼裁定也可能会出现裁判后发现裁定时未查明的隐藏事实,或者裁判后情事变更,从而导致原裁定不当、不合目的。例如,在担保物权实现非讼审查程序中,可能会出现被申请人由于联系不上而导致其未能行使陈述权,出现申请事实与实际状况不一致的情形,裁判后,被申请人得知后,向法院申请撤销该裁定;或者,法院在作出许可拍卖、变卖裁定后,被申请人已经及时偿还债务等,主债权与担保物权也随之消灭,从而使得担保物权实现的非讼裁定丧失实体法基础。此时,如果不给关系人以一定救济途径,则非讼程序的不当或错误会直接违背合目的性、妥当性的程序目的。因此,原法院如发现其所作出的裁定有不当,有权予以撤销、变更。不过,从我国《民事诉讼法》有关实现担保物权的条文来看,并未给关系人以救济的权利及途径,这直接违背程序设置的基本原理。因而,有必要以非讼法理为基础进行扩大解释,规定在裁定后发现裁定错误或发生情事变更情况下,原审法院可以依职权或申请撤销、变更。

同理,裁定经送达后,发现原裁定书写错误,或其他明显错误的,可随时依申请或依职权对裁定进行变更。关系人申请事项或程序费用,裁定中脱漏而未裁定在内者,应依申请或依职权裁定补充相关裁判事项。

(二) 产生实体争议的诉讼救济

《民事诉讼法》规定,申请人的申请经审查“不符合法律规定的,裁定驳回申请,当事人可以向人民

[34] 沈冠伶:《民事程序法之新变革》,新学林出版股份有限公司2009年版,第242页。

法院提起诉讼”。此处“不符合法律规定”，应当包括两个方面：一是申请人提供的证据材料不符合形式要件的要求，法官根据职权探知主义，认为申请人主张事实未达到法官心证要求；二是在审查过程中，关系人对主债权、担保权及担保范围等实体法律关系出现争执，因而丧失适用该程序的前提条件。^[35]但问题是，语义解释上，可以提起诉讼的前提是法院裁定驳回申请。那么，法院作出许可拍卖、变卖裁定后，关系人是否可以就实体争议问题另行提起诉讼？在当事人对实体争议问题提起诉讼后，是否允许关系人启动担保物权实现的非讼程序？等等。上述疑问都涉及到实体请求之诉与担保物权实现的非讼程序之间的衔接问题。这需要从立法目的、程序的功能等角度进行解释。

1. 启动债务偿还给付之诉后不能再启动担保物权实现的非讼程序

根据现行立法，享有担保物权的债权人寻求司法保护的途径有两种方案可供选择：一种是直接提起给付之诉，要求债务人偿还债务，并提出对担保财产变现价款优先受偿的诉讼请求，在获得胜诉判决后，依据该判决进入执行程序；另一种是经担保物权实现的非讼程序，获取许可拍卖、变卖担保财产的裁定。前者是将实体争议作为前提；后者以不存在实体争议为假设。不过，担保物权实现的非讼化有阶段性、个别性，即并非当然从程序一开始就有讼争性，也并非每个案件都存在实体性争议，而是个别案件、在非讼程序中可能会出现争议，此时即需要转入诉讼程序进行审理。

由上可知，给付之诉中都会对主债权、担保物权等实体法律关系一并予以裁断，该“对人的执行名义”具有确定力、执行力，有直接处置担保财产的效力，因而债权人没有另行申请拍卖、变卖担保物的必要性。从目的解释出发，债权人等没有必要再次通过担保物权实现的非讼程序获取许可拍卖、变卖裁定，即因提起给付之诉而丧失通过非讼程序救济的程序利益。这也可节约司法资源、节省担保物权关系人诉讼成本、防止关系人恶意利用程序而致使担保法律关系始终处于不安定状态。

2. 确认之诉审理终结后仍可启动担保物权实现的非讼程序

从诉之利益的角度，提起确认之诉是因为原告的权利或法律地位现实处于不安之状态，因而有必要通过诉讼程序来解决纠纷。有关担保物权的确认之诉可以有多种，如确认主债权数额、确认担保物权是否存在等，每一个确认之诉的提起，都是因存在实体争议问题。而通过担保物权实现的非讼程序获取执行名义的前提是关系人对实体法律关系不存在争执，因而在确认之诉审理时，没有担保物权实现的非讼程序适用的时空条件。同时，对于确认之诉，可能会有上诉问题，为避免程序错乱，在确认之诉审理过程中并不适合一并申请准许拍卖、变卖担保财产。

在确认之诉终结而取得有终局性的判决时，可依此确定判决启动担保物权实现的非讼程序。尽管如此，该确认之诉也只是解决了有关担保物权实体法律关系争议中的一种，如确认主债权数额，而实践中还可能会出现对其他实体法律关系存在争议为抗辩事由，阻碍担保物权实现的非讼程序的适用。因此，对于可能存在实体争议问题的事件，最有效、最妥当的作法是提起给付之诉。然而，对于各程序的选择适用问题，主动权、选择权仍在当事人手里，其选择路径不一样，可能对其费用承担、权利实现造成实质性影响，权利人应当承担其选择路径产生的不利结果，即程序的自我责任。

3. 法院作出许可拍卖、变卖裁定后仍允许再提起确认之诉

经过非讼程序获取许可拍卖、变卖裁定后，关系人是否仍可以对实体法律关系进行争议？非讼裁

[35] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉释解与适用》，人民法院出版社2012年版，第317页。

定作出的前提是关系人对“实现担保物权前提条件”不存在争议,但裁定作出后,如果一方主体对实体法律关系产生争议,是否允许其提起确认之诉?对此,许可拍卖、变卖裁定不具有既判力,即表明关系人仍可以对相关实体问题产生争执,不能因非讼裁定就阻却争议主体通过诉讼程序解决纠纷的权利。因此,如果争议方提起确认债权不存在或担保物权不存在等诉讼,并获得胜诉判决时,可根据情况作出如下处理:如果申请人依据该裁定进入执行程序,则债务人可依据《民事诉讼法》第225条规定的执行异议程序进行救济;如果申请人并未依据该裁定进入执行程序,判决胜诉方可依据胜诉判决申请法院撤销原许可担保物拍卖、变卖裁定。

七、结语

担保物权非讼实现的快捷、简便特点能够满足当前市场交易频繁的需求,因而也对不少国家执行制度产生了较大影响。例如,日本自1979年《民事诉讼法》中确立以可执行的文书直接申请执行拍卖后,债权人向法院申请不动产强制拍卖的很少,绝大多数不动产拍卖是担保权执行,基本上占到九成左右。^[36]因此,有理由相信,我国“实现担保物权案件”非讼程序的确立,肯定会对不动产执行案件带来结构性的变革。同时,伴随着该非讼程序从“纸面”走向“行动”,会对社会公众行为产生重要的引导作用,促使市场交易主体自发形成一些新的交易习惯,如在担保物权设立时引入“承诺”制度,即担保人承诺在不履行债务时债权人可以申请法院拍卖担保物,并确立担保的范围。这便要求在制度层面对不动产登记制度、公证制度进行改进,以满足担保物权非讼实现的需求。此外,许可担保物执行拍卖裁定作为执行依据,其启动的执行拍卖程序与金钱债权执行拍卖程序并没有实质上的不同,但在拍卖价款的分配、执行救济程序的设置上,由于许可拍卖、变卖裁定性质上为“对物之执行名义”,不对实体法律关系确认,因而会产生一些差异,对此有待理论上进一步深入研究。

Realizing Real Right for Security's Noncontentious Proceedings in the Context of Interpretative Theory

Wu Aibin

Abstract: Civil Procedure Law (2012) established realizing real right for security's noncontentious proceedings. On the interpretative theory, the program should be in the form of the principle of review. Meanwhile, in this procedure, we should protect the guarantor, the debtor's illustrating right. Permitting the implementation of the auction ruling is enforcement basis for objects. If essential issues yielded, they should be resolved through litigation procedure.

Keywords: realizing real right for security's noncontentious proceedings; interpretative theory; permitting the implementation of the auction ruling

(责任编辑:杨琦萍)

[36] 白绿铉:“日本民事执行机关及不动产拍卖程序”,载《强制执行指导与参考》2004年第1集,第226页。

美国法中基于品格证据的证人弹劾

汪诸豪*

摘要:证人弹劾是对抗制司法证明程序中的重要环节,为诉讼方盘查对方证人或敌意证人的可信性提供了合法手段,也为事实认定者合理评价言词证据的证明力提供了程序保障。影响证人证言品质的因素是多元的,因此存在多种弹劾方法,其中“以品格证据弹劾证人”因涉及到品格证据的特殊可采性规则而需特别关注。美国证据法允许使用证人的不诚实品性来攻击证人证言的可信性,这是进行“证明价值 VS 危险性”权衡的结果。证明品性的具体方法受到法律规制:允许使用名声和意见证言证明不诚实品性,但以具体行为或先前定罪记录证明不诚实品性则受到严格限制。美国证据法中以品性弹劾证人可信性的规则,对于我国证据制度改革,尤其是未来我国证人弹劾规则的创设具有借鉴意义。

关键词:证人弹劾 品格证据 诚实品性 外源证据

一、引言

司法审判被划分成事实认定和法律适用两部分,其中事实认定是法律适用的前提,因为“事实先于权利和义务而存在,并且决定了权利和义务。没有准确的事实认定,权利和义务就会失去意义”。^[1]在现代司法制度语境中,事实认定是通过庭审证据的理性评价得出的,这是证据裁判原则^[2]的要求。在对抗制模式下,或者在具有对抗制元素的诉讼模式中,对证据证明力的评价并不仅仅是事实认定者(法官或陪审团)的活动。司法程序也激励诉讼双方参与到证据评价的过程中,通过当事人双方的举证、质证,为事实认定者得出理性裁判提供保障。

对于证人证言这种言词证据而言,对抗制的作用尤其体现在证人弹劾制度上。诉讼中任何一方,有权对对方提供的证人进行弹劾,攻击该证人证言的可信性。除此之外,如果己方证人在法庭上提供

* “2011 计划”司法文明协同创新中心成员,中国政法大学证据科学研究院讲师,美国印第安纳大学布鲁明顿分校法学院职业法律博士(J. D.)。本文系教育部人文社会科学研究项目 2013 年青年基金项目“证人弹劾制度研究”(项目编号:13YJC820073)的阶段性成果。

[1] [美]罗纳德·J. 艾伦:“证据法的理论基础和意义”,张保生、张月波译,载《证据科学》2010 年第 4 期,第 497 页。

[2] 证据裁判原则有三个递进关系:“首先,裁判的形成必须以证据为依据;其次,裁判所依据的证据是具有证据能力(可采性)的证据;最后,据以作出裁判的证据必须达到法律规定的相应要求。”参见陈光中主编:《刑事证据法专家拟制稿(条文、释义与论证)》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 127 页。

的证言对本方不利,即当己方证人变成敌意证人时,该诉讼方也可以弹劾自己的证人。^[3] 美国《联邦证据规则》607 规定:“任何一方,包括提出证据的一方,都可以攻击证人的可信性。”证人弹劾制度实际上给诉讼双方提供了一个质证的法律手段,有利于暴露证言中的错误风险,为在法庭上最终得出正确的事实认定结论提供了程序保障。并且,证人弹劾制度实际上也是程序正义的要求,因为其体现了程序参与原则。^[4] 因此,证人弹劾制度在司法证明程序中处于极其重要的位置。

与影响证人证言可信性的各种因素相对应,存在着不同的证人弹劾方法,包括“错误”弹劾和“谎言”弹劾两大类。其中对于“谎言”弹劾,重要而复杂的方法是使用品格证据:指出该证人具有不诚实的一贯品格特性。然而,在英美法中,“品格证据不得用于证明特定情形下的行为一致性”是一项普遍原则且深入人心。所以,以品格证据弹劾证人实际上是一项庭审中的“例外”规则,有着特殊的证据可采性规定。作为英美成文证据法之典范的美国《联邦证据规则》详细界定了在弹劾证人时允许使用的证明被弹劾方不诚实品性的具体方法,概言之,允许使用关于被弹劾方名声和意见的言词证据来证明被弹劾方的不诚实品性,但以具体行为或先前定罪记录来证明不诚实品性则受到严格限制。本文将对美国法中相关规则进行介绍和分析,力求能够为中国相关证据制度的改革,尤其是未来证人弹劾制度的创设提供比较法上的参照。

二、证言品质与弹劾证人的方法

(一) 证言品质:证言可信性的影响因素

弹劾证人实际上就是要揭露该证人所提供证言中存在的不可靠因素,从而对证人证言的可信性提出质疑,降低法庭事实认定者对该证言证明力的评价。可见,对证人的弹劾取决于对其证言可信性影响因素的理解。那么,究竟有哪些因素会影响到证人证言的可信性呢?^[5]

一份证言可以看做是一个关于案件事实的主张。证人如何形成该主张主要有三种情况:第一种情况,证人以其感官(听、看、摸、嗅等)感知到了案件事实,即证人对于将要作证的事实具有亲身感知;^[6] 第二种情况,证人并没有亲身感知案件事实,而是从别人那里听到了相关的表述,即证人在转述他人的亲身感知,该证言是一项传闻(hearsay);^[7] 第三种情况,证人并没有亲身感知到其证言中所表述的案件事实,但他感知到了其他相关事实,并据此推测出所要证明的事实,即证人根据其亲身感

[3] 美国《联邦证据规则》改变了禁止诉讼方弹劾己方证人的传统普通法规则。因为提出证人的一方无法保证证人值得信赖,如果不允许他弹劾己方证人,那么当他所提出的证人的当庭证词变得对其不利时,他就失去了防御手段。所以,《联邦证据规则》第 607 条允许提出证人的一方弹劾证人。参见《美国联邦证据规则起草咨询委员会注释》英文原文索引: Fed. R. Evid. 607(b) advisory committee's note.

[4] 参与原则要求,“受刑事裁判直接影响的人应当有充分的机会、富有意义地参与刑事裁判的制作过程。基本要求是,程序参与者应在裁判制作过程中始终在场,应有充分的机会提出本方证据、发表本方观点,应有充分机会反驳对方证据和观点,裁判结论应建立在各程序参与者提出的证据和观点之上”。参见陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社 2009 年版,第 94 页。

[5] See Ronald J. Allen, Richard B. Kuhns, Eleanor Swift & David S. Schwartz, *Evidence: Text, Problems, and Cases* 353 (5th ed., Aspen Publishers 2011).

[6] 对于除专家证人以外的普通证人而言,具有亲身知识是他具备证人资格的基本要求。美国《联邦证据规则》第 602 条规定了证人的“亲身知识要求”。

[7] 什么样的证言才属于传闻? 要符合以下三项要求:(1) 传闻证据是一种陈述,其形式可以是口头的或书面的陈述。(2) 传闻证据是在法庭上提出法庭外的人作出的意思表示,也就是说,原陈述者并没有出庭。(3) 提出传闻证据的目的是为了证明其内容为真。参见张保生主编:《证据法学》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 283 页。

知进行推测,提供个人意见证言。^[8] 根据英美证据法的一般规则,传闻和意见形式的证言原则上不可采。因此,对于证人证言品质的研究,主要是关注基于亲身感知的证言性主张之形成过程。

亲身感知证言性主张的形成要经历以下几个环节,每个环节都存在影响证言可靠性的因素。(1)在案件发生时,证人以其某种感官感知到了特定案件事实,但证人的感知能力是否良好?他是否存在某些感官(视觉、听觉、嗅觉等)上的缺陷或者有误导性的心理认知倾向?在案件发生的特定情境下,是否存在影响感知准确性的因素(例如光线、噪音等)?(2)证人在头脑中记忆其所感知的事实,但证人的记忆是否准确?间隔时间的长短、作证事项的细致程度等会影响记忆的准确性。(3)在法庭上给出证言前,证人需要决定是否如实说出其脑海中的事实。证人是否会撒谎?在本案中是否存在引诱证人撒谎的因素(如特定的利益关系、偏见)?或者证人是否具有一贯不诚实的品格特征?(4)证人出庭作证,其表述是否精确?是否存在表达上的含混或者偏差?综上,证人品质的影响因素主要包括:(1)感知的准确性;(2)记忆的可靠性;(3)表述的精确性;(4)作证的诚实性。^[9]对证人的弹劾也主要集中于这几个方面。如果在以上几方面能够找到证人证言不可信之源,就可以有效地降低事实认定者对该证言证明力的评价。

(二)弹劾证人的方法与程序

弹劾证人就是对证言的以上品质进行攻击。根据所涉及证言品质内容的不同,可将弹劾分为两类。

第一,主张证人的感知、记忆或者表述存在错误。这些错误并非证人刻意为之——证人并非故意撒谎,而是归因于证人个体或者人类普遍的感知、记忆或表达能力瑕疵,或者归因于客观物理环境的局限性。例如,主张证人是高度近视且在案件发生时未佩戴眼镜;或主张案发现场光线昏暗,证人不可能隔那么远的距离辨认出被告人;或主张从案发到庭审时隔太长,证人很难记住一些细节案情,因此证言可信性不强。对于这类主张存在“错误”的弹劾,律师既可以通过交叉询问方式直接进行弹劾,也可以通过独立地提出另一个与该证言相冲突的证据进行弹劾。此类弹劾方法遵循一般的证据法规则或者诉讼程序规则,不受特殊证据规则的约束。

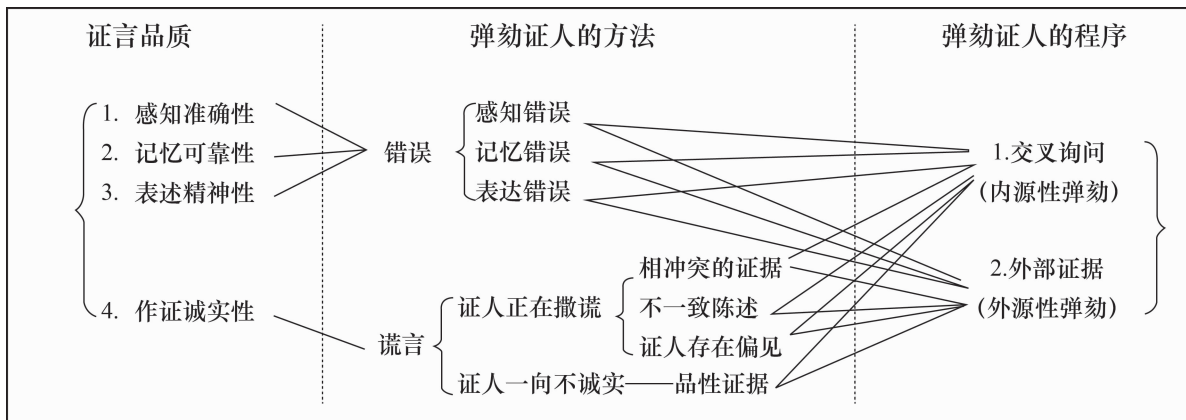
第二,主张证人所述证言为谎言。^[10]主张证人说谎要比主张证言中存在感知、记忆或表达的错误更为复杂。具体而言,主张存在“谎言”的弹劾又包括两种不同的情况:第一种情况,不涉及证人的品格或行为习惯,而只针对当下证人所作证言进行质疑——证人正在撒谎;第二种情况,对证人为人是否诚实这一品格特性提出质疑——证人具有不诚实品性。笔者将前者称作“单次撒谎行为弹劾”,将后者称作“不诚实品性弹劾”。对于“单次撒谎行为弹劾”而言,重点的是要证明当下案件中证人正在说谎,但不涉及对证人品性的一般评价。而“不诚实品性弹劾”以对证人品性的一般性评价(证人是个人不诚实的人,具有说谎的一般倾向)为依据,通过指出本案中证人的行为符合其一贯说谎的品性,从而证明其证言不可信。

[8] 关于证言主张形成根据的表述,参见[美]特伦斯·安德森、戴维·舒姆、威廉·特文宁:《证据分析》,张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第86页。

[9] 在罗纳德·J.艾伦教授的《证据法》中,将这几个方面概括为“诚实作证的能力、准确叙述的能力、感知能力和记忆能力”。See Allen, Kuhns, Swift & Schwartz, *supra* note 5, at 351. 在《证据分析》一书中,作者将影响证人可信性的因素概括为诚实性、客观性和观察灵敏度。参见注8引书,第87页。

[10] 对于 That's an error! 和 That's a lie! 这两种弹劾方式的分类,参见 George Fisher, *Evidence* 257 (3d ed., Foundation Press 2013).

概括上文的描述,可以将证言品质与弹劾证人的方法、程序图示如下:



其中,对证人进行弹劾包括两种具体方式:内源性弹劾(intrinsic impeachment)和外源性弹劾(extrinsic impeachment)。^[11] 内源性弹劾是通过交叉询问进行弹劾,交叉询问“是人类迄今为止发明的揭示事实真相之最伟大的法律引擎”。^[12] 通过交叉询问可以表明证人在感知、记忆和表达上的错误,或者表明证人存在偏见。此外,在交叉询问中也能够引出关于证人具有不诚实品性的证据。外源性弹劾是提出独立的外部证据(extrinsic evidence)与所要弹劾的证人证言相对抗。例如,传唤另外一位证人或者另行提供物证、书证,证明所要弹劾的证人证言中存在错误、该证人在本案中撒谎或者有着一向不诚实的品性。^[13]

三、证人弹劾中品格证据的可采性原理

鉴于以不诚实品性弹劾证人规则不同于一般的品格证据规则,并且以何种证据形式来证明品性又受制于具体的可采性规则,因此,与其他方法相比,基于品性的弹劾在规则适用上更为复杂,需要给予特别关注。

根据美国《联邦证据规则》第404条(“品格证据;犯罪或其他行为”),关于一个人品性的证据,原则上不得用以证明在某个特定场合下该人做出了与其品性相一致的行为。例如,在一项故意伤害的指控中,针对被告人到底是否首先发起攻击这一争议事实,控方不能用被告人脾气暴躁且具有暴力倾向的证据来证明其在本案中是首先发起攻击者。那么,为什么英美证据法规定品格证据原则上不可采——不能用于证明特定场合下行为与品性的一致性呢?

当用品格证据证明特定行为时,实际上经过了以下三段论的推理过程:(1)大前提:人通常会按照

[11] 有关内源性弹劾(intrinsic impeachment)和外源性弹劾(extrinsic impeachment)的定义及其区别比较,参见 Allen, Kuhns, Swift & Schwartz, *supra* note 5, at 359.

[12] John Henry Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law* 1697 (3d ed., Little, Brown and Company 1940). 转引自注7引书,第45页。

[13] 弹劾证人的这两种不同程序,也被称为弹劾的两个阶段。第一阶段是通过交叉询问来弹劾,第二阶段是通过提出外部证据(另外一位证人或者文书证据)来弹劾。参见[美]约翰·W.斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤建维等译,中国政法大学出版社2003年版,第67页。

与其品格特性相一致的方式行事;(2)小前提:证据显示某人(甲)具有某种品性 X;(3)结论:因此有理由相信,在该案的情境中,甲作出了与其品性 X 相一致的行为。按照通常的生活经验常识,这一推论有时是有效的,所以品格证据对证明被指控的行为有时具有经验和逻辑上的相关性。但是,“用于此目的的品格证据,虽然具有相关的些微证明价值,但常常带来危险的偏见、注意力的分散和时间的浪费”。^[14] 所以,在证明特定行为时,品格证据的使用涉及两方面。首先,品格证据在证明行为时,在生活经验上其是具有证明价值的,但证明价值比较微弱,因为没有强有力的理由表明一个人在特定场合中一定会按照其品性行事。其次,品格证据的使用具有危险性,它会导致不公正的偏见或者混淆本案的争点。例如,事实认定者可能会过高地估计品性与具体行为之间的关联程度,或者仅仅因为被告是个“坏人”而倾向于惩罚他,忽略本案中的具体证据情况。^[15] 并且,对证人品性的调查会导致时间上的拖延。为了证明被告人具有某种品性,可能需要引入意见形式的其他证人证言、关于其名声的其他证人证言、关于其之前特定行为的证据或其先前定罪记录。对这些证据的调查将导致诉讼拖延,降低审判的效率。英美证据法对品格证据之证明价值和危险性权衡的结果就是,规定品格证据原则上不得用以证明特定行为,除非符合法律规定的例外情况。^[16] 其中的一项例外就是可以根据法律的要求,使用品格证据弹劾证人。

当以弹劾证人为目的时,英美法允许使用品格证据。这里的品性指的是与证人证言可信性相关的品性,即证人是否诚实。具有相关性是所有证据可采的必备前提,而只有证人是否诚实的品性才与其证言可信性相关,其他品性(如是否脾气暴躁、是否懒惰等)与证人诚实与否无关。具体而言,以弹劾证人为目的提出品格证据,实际上是要证明证人“不诚实”这一品性。证明“诚实”品性的证据,可以用于为证人“正誉”(Rehabilitation)^[17]之目的,但只有当证人的诚实品性受到攻击之后才可启动证人正誉程序。^[18]

在一般情况下,英美法假定以品性证明被告人实施了被指控行为的危险性实质上超过其证明价值,但在证人弹劾的情况中有所不同。此时,不诚实的品格证据只是作为案件的一项“附属证据”。如果一项证据通过一个推论链条与待证事实直接相关,那么就是一项直接相关证据;但如果该证据本身并不与待证事实相关,只是“对由一项直接相关证据建立起来的推理链条中某个环节起着增强或削弱的作用”,那么就是一项间接相关的或附属证据。^[19] 可见,在一般情况下,当以品格证据证明具体行为时,该具体行为是一项待证事实,该品格证据是直接相关证据。但在证人弹劾中,不诚实的品格证据是为了证明证人证言不可信,而该证人证言才是用于证明待证事实的直接相关证据。此时,不诚实的品格证据是一项间接相关(附属)证据。图示为:

[14] 同注 13 引书,第 367 页。

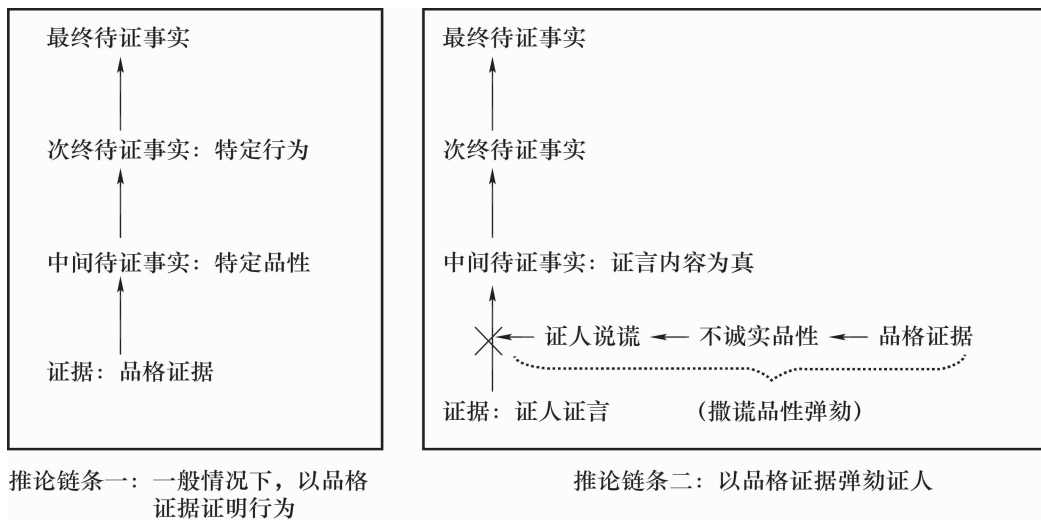
[15] John Kaplan, Jon R. Waltz & Roger C. Park, *Evidence* 28 (17th ed., Harcourt Brace Legal and Professional Publications 1998).

[16] 关于品格证据排除规则的诸多例外,参见美国《联邦证据规则》第 404 条 a(2)、(3)。

[17] “当证人的诚实品性受到攻击时,反方当事人可随后通过引入关于该证人诚实品性的证据来为该证人正誉。正如提出弹劾证据意在证明证人在证人席上说谎,提出正誉证据是为了证明证人在证人席上是真诚的。”See Allen, Kuhns, Swift & Schwartz, *supra* note 5, at 358.

[18] 美国《联邦证据规则》第 608 条(a)规定:“只有当证人的诚实品性被攻击之后,用于证明诚实品性的证据才可采。”

[19] 直接相关证据和间接相关证据的分类,参见注 8 引书,第 83 页。这种分类不同于直接证据和间接证据(或者称为环境证据)的分类。



从两张图的比较中可以看出,对于待证事实而言,当为弹劾证人目的使用品格证据时,该品格证据只是间接相关。由于与待证事实并非直接相关,因此其误导性风险(引起不公正的偏见)就大大降低了,因为不会让事实认定者直接形成关于待证事实的偏见。尤其是对证人不诚实品格证据的提出,不会导致事实认定者形成被告是“坏人”的偏见,因为该品格证据并非针对被告,而是针对被告方证人的可信性。即使在被告本人作为证人提供证言的情况下,由于英美法要求只能以关于证人不诚实这一品性的证据进行弹劾,而不能提出关于其他品性的证据,这时引起坏人偏见的危险性也相对较小。而关于证人是否诚实的品格证据,与其证言的可信性是相关的。所以,在“证明价值 VS 危险性”的权衡中,英美法选择认可其证明价值。这解释了为什么在证人弹劾制度中,品格证据之一般排除规则变成了(不诚实)品格证据一般可采规则。

四、基于品性弹劾证人可信性的证据形式

在证人弹劾中允许使用证人不诚实的品性证据,并非意味着在证明这种品性的具体证据形式上没有任何限制。恰恰相反,美国《联邦证据规则》通过第 608、609 条规则,对以何种品格证据形式来弹劾证人作出了限定。总体而言,允许使用的证据形式包括:关于证人名声的证言,关于证人是否诚实的意见证言,证人的先前定罪记录,以及证人未被定罪的先前不良行为。但这几种证据的具体可采性受制于某些具体条件和诉讼程序。本部分将以美国《联邦证据规则》的立法文本,以及相关的立法史料、学理阐释为素材,分析这几种证据在用于弹劾证人时的具体可采性。

(一) 名声和意见证言

相区别于《联邦证据规则》第 404 条(a)禁止使用品格证据来证明与该品性一致的行为[要素性事实(“fact of consequence”)]^[20]之一般性禁止规定,第 608 条(a)允许为证人弹劾目的而采纳诚实与

[20] 有关“要素性事实”(fact of consequence)的定义,参见[美]罗纳德·J. 艾伦、理查德·B. 库恩斯、埃莉诺·斯威夫特:《证据法——文本、问题和判例》,张保生、王进喜、赵滢译,高等教育出版社 2006 年版,第三章第一节“相关性基本概念”。See also Allen, Kuhns, Swift & Schwartz, *supra* note 5, at 123.

否的品格证据,并就该类证据的可用形式进行了具体限定:“可以用关于证人诚实与否之品性的名声证言或者关于该品性的个人意见形式的证言,来攻击或支持证人可信性。”^[21]

根据上述规定,诉讼一方可以通过这样一种方式在法庭上攻击证人的诚实品性,即通过传唤另一名证人[本文中称之为“品性证人”(character witness)]出庭作证,证明目标证人(target witness,也就是被弹劾对象)的不诚实品性。进一步而言,以弹劾目标证人为目的、出现在法庭上的品性证人可以提供两种形式的证言来向事实认定者展示目标证人的不诚实品性:第一种形式,就目标证人(被弹劾对象)在其生活的社区中有不诚实品性的坏名声进行作证;第二种形式,就该目标证人是否为一个具有不诚实品性的人而给出自己的负面意见观点。^[22]

需要注意的是,《联邦证据规则》第608条(a)并不允许诉讼一方通过其传唤的品性证人在法庭上陈述目标证人在过去的具体不良行为实例来证明该目标证人具有不诚实品性。正如下文将会提到的,只有在交叉询问程序中,根据《联邦证据规则》第608条(b),提问方才可以为弹劾目的而就某些特定类型的过去具体不良行为实例向目标证人进行发问。但是《联邦证据规则》并不允许诉讼一方所传唤的品性证人在直接询问程序中陈述这些目标证人的先前不良行为。

(二) 证人的先前定罪记录

如上所述,根据《联邦证据规则》第404条(a),关于品格证据的基本原则是“品性不能证明行为”,因此事实认定者不能基于对象在法庭外的过去的行为来判断对象在法庭上的行为。^[23]然而,根据《联邦证据规则》第609条(a)和(b),证人过去不尊重法律/违反法律的行为却可以被采纳用来证明该证人在法庭上作证时说谎。该规则背后的推论原理在于,如果证人过去曾被定罪,那么其被定罪的证据应当允许被法院采纳,作出以下引申:(1)该证人曾经犯罪并被法院定罪量刑,这表明该证人表现出了对社会行为准则的不尊重;(2)该证人,尤其是曾犯有伪证罪或虚假陈述罪行的人,相比于遵纪守法的一般普通人,更具有说谎的品性倾向;(3)因为这种说谎的倾向,所以该证人在法庭证人席上作证时更有可能说假话;^[24](4)并且,曾被定罪量刑的证人往往不敬畏法庭庄严的仪式,也不会认真对待在法庭上作证前的“宣誓说真话”环节。^[25]

根据曾被定罪量刑所涉及罪名的不同,证人先前定罪记录的可采性问题可以区分为三种情况。

第一种情况,先前定罪的罪名涉及不诚实或虚假陈述。一个典型的例子就是证人曾经犯有伪证罪。此时,不管先前定罪的罪行是重罪还是轻罪,^[26]该定罪记录都可以采纳来证明该证人的不诚实品性,进而弹劾证言可信性。根据《联邦证据规则》第609条(a)(2)的规定,这类涉及不诚实或虚假陈述的先前罪行可以被用来弹劾任何证人,且法院在证人弹劾程序中遇到诉讼方提出的这类证据时只能自动采纳,而没有排除该证据的自由裁量权。^[27]这也就是说,即便目标证人(被弹劾对象)是被告人本人的情况下,法院也无权对该种类型的先前罪行进行类似于《联邦证据规则》第403条规定的

[21] 《联邦证据规则》第608条(a)英文原文索引: Fed. R. Evid. 608(a); 其中文翻译参见王进喜:《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》,中国法制出版社2012年版,第170页。

[22] See Arthur Best, *Evidence, Examples & Explanations* 161 (8th ed., Wolters Kluwer 2012).

[23] See Allen, Kuhns, Swift & Schwartz, *supra* note 5, at 238 - 243.

[24] See Best, *supra* note 22, at 153 - 154.

[25] See Barbri Review - Evidence, *Impeachment - Criminal Convictions Portion*, lectured by Professor Michael A. Simons, St. John's University School of Law.

[26] 在美国,被判一年有期徒刑或以上的被称为“重罪”(felony),被判一年以下有期徒刑的被称为“轻罪”(misdemeanor)。更为详细的定义解释,参见 Webster's New Dictionary of Synonyms 相关解释。

[27] 有关法官自由裁量权(discretion)的深入描述,参见:Allen, Kuhns, Swift & Schwartz, *supra* note 5, at 157 - 159.

证明力与不公正偏见危险性的衡平比较。^[28] 这种情况所涉及的惟一问题是:所提出的目标证人(被弹劾对象)先前罪行是否涉及“不诚实或虚假陈述”。有一些类型的犯罪,比如欺诈罪或伪证罪,显然涉及“不诚实或虚假陈述”,而其他类型的犯罪则并非如此清晰,比如抢劫罪。虽然一般普通人可能会认为抢劫是一种不诚实的获取金钱方式,但是美国《联邦证据规则》起草咨询委员会却并不这么认为。^[29] 事实上,起草咨询委员会在《联邦证据规则》第 609 条语境下对“不诚实或虚假陈述”范畴的理解是比较具有限定性的,即某种形式的欺诈必须是该种类型的犯罪行为不可分割的一部分,诸如“伪证或者教唆伪证、虚假陈述、刑事诈骗、贪污或者造假的因素或者欺诈”,且该目标证人(被弹劾对象)必须是曾有过某种形式的说谎。^[30]

第二种情况,先前定罪的罪名不涉及不诚实或虚假陈述。这种情况下,作为具有可采性的前提条件,证人先前定罪的罪行必须是被判刑一年以上的重罪,比如谋杀罪、强奸罪、银行抢劫罪、销售毒品罪,等等。根据《联邦证据规则》第 609 条(a)(1)的规定,这些目标证人(被弹劾对象)的上述定罪记录可由诉讼一方在对目标证人的弹劾中被提出来使用。此外,与《联邦证据规则》第 609 条(a)(2)所不同的是,审判法院对是否采纳该类不涉及“诚实性或虚假陈述”的重罪证据拥有自由裁量权。此外,审判法官会进行类似于《联邦证据规则》第 403 条规定的证明力与不公正偏见危险性的衡平比较。^[31] 只有当这类重罪证据通过了衡平检验后,才能在证人弹劾程序中被法院采纳。

第三种情况,无论是上述涉及“不诚实或虚假陈述”的定罪记录,还是不涉及“诚实性或虚假陈述”的重罪定罪记录,如果自证人刑满释放之日起至在当前的弹劾程序中该定罪记录被作为弹劾证据提出来,之间的间隔超过十年期限的,一般来说该定罪记录将失去可采性。^[32] 可以说,第三种情况是上述第一、二种情况的例外。其总体指导思想是:目标证人在十年之前被定罪的记录,由于在时间跨度上过于久远,因此无法确定他或她在当前状态下的可信性。

(三) 证人未被定罪的不良行为

美国法允许在证人弹劾程序中采纳该证人的先前定罪记录以证明该证人不可信,其背后所假定的逻辑相关性同样适用于证人过去“未被定罪的不良行为”,即一个严重不尊重法律的人(虽然他或她的行为未经审判定罪)在法庭上作为证人所作的证言,很有可能是不可信的。然而,相比于证明某人过去曾被法院判处了某项具体罪名(只需查询法院判决记录即可)而言,要证明某人过去曾经实施过某项未被定罪的具体不法行为时,难度要大得多。^[33]

《联邦证据规则》第 608 条(b)规定,在交叉询问环节,提问方可以向目标证人(被弹劾方),以提问的方式,询问与诚实性相关的该证人的具体行为实例。^[34] 根据《美国联邦证据规则起草咨询委员会注释》就规则第 608 条(b)的相关注解,^[35] 这项证人弹劾方法的使用有四个限制。(1) 提问者必须是真诚地相信,目标证人的确有该先前不良行为。如果连提问者本人都不相信目标证人有过该行为,

[28] 有关《联邦证据规则》第 403 条证明力与危险性衡平比较的深入描述,参见同注 20 引书,第三章第二节“证明价值与规则 403 危险”。

[29] See Barbri Review – Evidence, *supra* note 25.

[30] 参见《美国联邦证据规则起草咨询委员会注释》英文原文索引:Fed. R. Evid. 609 advisory committee’s note. 另见王进喜:《美国〈联邦证据规则〉(2011 年重塑版)条解》,中国法制出版社 2012 年版,第 178 – 179 页,条解[5]。

[31] 参见《联邦证据规则》第 609 条(a)(1);英文原文索引:Fed. R. Evid. 609(a)(1)。

[32] 参见《联邦证据规则》第 609 条(b);英文原文索引:Fed. R. Evid. 609(b)。

[33] See Best, *supra* note 22, at 159.

[34] 参见《联邦证据规则》第 608 条(b);英文原文索引:Fed. R. Evid. 608(b)。

[35] 参见《美国联邦证据规则起草咨询委员会注释》英文原文索引:Fed. R. Evid. 608(b) advisory committee’s note.

则其不得故意进行相关提问,提问者在提问之前必须要已经掌握有相关信息,显示目标证人有该不良行为。^[36] (2)有关问题必须在交叉询问环节中提出,而非在直接询问环节中进行。^[37] (3)提问者仅能就目标证人(被弹劾方)在欺诈或说谎方面的过去未被定罪的不良行为进行提问,而不能就其他与“证人可信性”无关的过去不良行为进行提问。(4)提问者仅能对目标证人(被弹劾方)未被定罪的不良行为进行内源性提问(*intrinsic questioning*),而不能再提供任何外部证据。^[38]当提问者向目标证人询问某项具体的过去未被定罪的不良行为且该证人矢口否认后,提问者不得再另行传唤其他证人或出示书证、物证来进一步证明其主张。因此,通过询问过去未被定罪的不良行为方式来弹劾目标证人是否能够成功,完全取决于该目标证人(被弹劾方)自己的回答,而与其他因素无关。《联邦证据规则》第608条(b)仅允许对目标证人的过去未定罪的不良行为进行内源性询问而不允许通过外部证据证明之用意在于:目标证人究竟在过去是否有某项不良行为,对于当前审理的案件而言,仅仅是一个附属性问题,^[39]而非案件的待证事实,与案件的要件^[40]之间不具有相关性。过度纠结于目标证人过去是否真正有过某项有关欺诈或说谎方面的不良行为,既费时费力,又容易把整个案件审理导向错误的方向,所谓“喧宾夺主”。^[41]

五、结语

综合本文的分析,对证人证言可信性的评价,取决于对证人感知、记忆、表达能力及诚实性的判断。弹劾制度实际上为事实认定者更理性地作出判断提供了程序上的保障。其中,基于品性的弹劾方法,激励对抗方提出质疑证人诚实性的证据,为事实认定者评估证言风险扩展了信息来源。但由于品格证据具有引发偏见和造成诉讼拖延的风险,因此以品格证据弹劾证人需要遵循严格且复杂的方法和程序。除了美国法,其他英美法系国家的证据法中也规定了基于品性的证人弹劾规则。如澳大利亚《1995年证据法》第94条和第104条分别对品格证据的排除与采纳进行了具体规定;加拿大《证据法》在第9条和第12条规定了证人弹劾规则。^[42]它们都采取了与美国《联邦证据规则》相类似的态度,允许在品性、声望、行为或者倾向成为争议事实时,或者在被告人提出证据证明自己在总体上或某一方面具有良好品性时,或者被告人提出证据来反驳控方证人的可信性时,对关于一个人品性、声望、行为及倾向的证据加以采纳,并且允许公诉人就仅仅与被告人的可信性有关的任何事项对被告人进行交叉询问。^[43]

可见,在英美法系国家的证据法中,证人弹劾规则是一项非常重要的内容。在法律全球化的背景下,证人弹劾制度的意义并不局限于英美法系。因为,不可否认的一个趋势是,传统上属于大陆法系

[36] See *Barbri Review – Evidence*, *supra* note 25.

[37] 有关直接询问和交叉询问的定义及其区分的比较分析,参见 Best, *supra* note 22, at 149.

[38] 有关内源性弹劾(*intrinsic impeachment*)和外源性弹劾(*extrinsic impeachment*)的定义,及其区别比较,参见 Allen, Kuhns, Swift & Schwartz, *supra* note 5, at 395.

[39] 有关“附属性问题”(collateral matter)的定义,参见 Best, *supra* note 22, at 164 – 165.

[40] 有关“要件”(essential element)的定义,参见同注20引书,第三章第一节“相关性基本概念”。

[41] 美国圣约翰大学法学院 Michael A. Simons 教授对笔者相应提问的回答。另见[美]阿瑟·波斯特:《证据法入门:美国证据法评释及实例解说》,蔡秋明、蔡兆诚、郭乃嘉译,元照出版公司2002年版,“证人弹劾”章节。See also Allen, Kuhns, Swift & Schwartz, *supra* note 5, at 638 – 640. 另见王进喜:同注21引书,第171 – 172页,条解[5]和[6]。

[42] See *Canada Evidence Act* (1985), Justice Law Website of Canada.

[43] 关于澳大利亚《1995年证据法》中涉及品格证据规则的内容,参见张保生主编:《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》,中国政法大学出版社2008年版,第178 – 179页。

国家的诉讼程序中,对抗制的因素在增加。大陆法系国家的民事诉讼程序已经呈现出明显的对抗制特征;即使在刑事诉讼领域,也已经不存在纯粹意义上的职权主义模式,而是或多或少地吸收当事人主义因素,甚至出现了以日本、意大利为代表的所谓混合模式。有学者总结说,虽然职权主义与当事人主义在进行相互借鉴、吸收,但总的看来,职权主义对当事人主义因素的吸收明显强势于相反的方向,^[44]对抗制的扩张会推动证人弹劾规则向英美法系外法域的扩张。因为按照本文的分析,证人弹劾是对抗制环境下诉讼双方协助法庭事实认定者进行证据评价的一个程序保障,所以对抗制构成了证人弹劾规则的适宜程序环境。近年来,中国的司法制度中也逐渐引入了对抗制的理念,尤其是2012年《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》修订中新增了多条有关证人出庭作证方面的规定。^[45]然而,目前我国相关立法中尚无证人弹劾方面的规定。如何建立适合本土语境的证人弹劾规则已然成为我国当下一个值得研究的问题。本文希望通过对美国基于品性之证人弹劾规则的介绍,及对该制度背后基本原理的探究,为中国的证人弹劾制度构建提供一个比较法上的参照。当然,如何设计具体的能够契合中国诉讼制度的弹劾规则,是一个有待严谨论证的庞大课题。这既需要对域外的证人弹劾制度及原理有全面的理解,也需要对中国本土法律制度和司法实践中的迫切需求有准确的把握。这将是本文作者继续深化研究的方向。

Impeachment by Character Evidence: Impeachment of Witness through Character Evidence in U. S. Evidence Law

Wang Zhuhao

Abstract: Impeachment of witness is a key part in adversarial system of judicial proof process, which provides a legitimate tool for a litigating party seeking to attack the credibility of opposing party's witness or hostile witness of own side. It functions as a procedural safeguard for find-finders evaluating witness testimony in a reasonable way. Various considerations impact on the quality of testimony, thus a variety of impeachment methods exist, one of which is impeachment of witness through character evidence. Since the general rule in FRE 404(a) regarding the admissibility of character evidence is prohibitive, the admissibility of character evidence for purpose of impeachment draws special attention. U. S. evidence law allows using dishonesty character of witness attacking on such witness' credibility, which is a generalized balancing result between probative value of such testimony and its dangers. Specific techniques to prove character are regulated by law: reputation or opinion evidence regarding character of dishonesty is allowed, while prior bad acts or prior criminal convictions are highly regulated. Impeachment of witness through character evidence in U. S. law could be a reference in corresponding evidence law system transformation in China.

Keywords: impeachment of witness; character evidence; character of truth-telling; extrinsic evidence

(责任编辑:幸颜静)

[44] 参见卞建林主编:《中国刑事司法改革探索》,中国人民公安大学出版社2007年版。

[45] 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第62条(证人出庭作证的人身安全保障)、第63条(证人出庭作证的经济保障)、第187条(证人出庭的范围)、第188条(证人不出庭的法律后果)等。

罪责观念中自由和预防维度

——以相对意志自由为前提的经验功能责任论之提倡

王 钰*

摘 要:罪责原则的前提是罪责观念,持有哪种罪责观念对如何执行罪责原则具有关键作用。主张绝对意志自由的传统罪责论和主张一般他行为可能性的社会罪责论以及用预防代替罪责试图绕过意志自由讨论的功能罪责论,都有各自的缺点。采用相对自由的概念对理解现行刑法归责是根本的。如果将它通过绝对自由概念替代,就等于放弃了归责。本文主张一种建立在相对意志自由基础之上、加入预防目的的经验功能罪责论:刑罚是为积极一般预防服务的,刑法罪责应该被理解为虽然有相对自由还是实施不法行为。这是一种介于雅各布斯(Jakobs)和罗克辛(Roxin)理论之间的罪责观念。

关键词:罪责原则 意志自由 传统罪责论 社会罪责论 功能罪责论

刑罚施加以纯粹的客观结果为前提的做法,其实跟刑法本身的历史一样长久。但是只有古代的刑法才毫无顾忌地以结果归责为基础。随着社会的发展,结果责任存在的合理性被大大地打上了问号。比如早在13世纪,“违法肇因者”(versari in re illicita)原则就将可归责的结果限制于禁止行为产生的后果范围内。又如,20世纪中期开始,德国《刑法》第56条(现在的第18条)要求结果加重犯中,行为人对加重的结果至少要有过失的主观心态。通过这样的规定,表面上看起来结果责任被消除了,罪责原则(责任原则)^[1]成为法治国家秩序的基础。

罪责原则的拉丁文表述为“Nulla poena sine culpa”,意思是“无罪责就无刑罚”。中国刑法中“主客观相一致”原则表面上看反映了一部分罪责原则的要求,但是不能替代罪责原则作为我国刑法的基本原则。罪责原则的实质是可责难性,强调的是一种价值判断而不是事实判断。而主客观相统一原则是处于事实判断层面,讨论的是存在论的问题。它的基本含义是:对犯罪嫌疑人、被告人追究刑事责任,必须同时具备主客观两方面的条件。^[2]而对这两方面应该如何统一,是否需要完全对等等问题却没有更细致的研究。所以,有学者认为,目前大陆法系犯罪论体系的发展早已超越了存在论,进入到规范论与价值论的知识领域,主客观相统一原则仍然囿于存在论的知识范围内,并且其本身具有抽象性与含糊性,应以法益原则和责任原则予以取代。^[3]也有学者更加激进地指出:主客观相统一的原则在方法论上是对刑法规范科学的基本背离,而辩证统一说与所谓的主客观一致、原则性与灵活性

* 浙江大学光华法学院讲师,法学博士。本文系中国法学会2014年部级法学研究课题“构建中国轻罪评价体系”[CLS(2014)D043]的阶段性研究成果。

[1] Schuldprinzip 在本文中译为“罪责原则”,作为犯罪第三阶层的Schuld本文译为“罪责”。因为中文的“责任”是一个太过广泛的概念,还包括职责、义务等中性的意思,因此不能准确地对应德文中Schuld的含义。Schuld是一种责难,所以翻译成“罪责”更加妥当。但为了跟以往研究进行衔接,本文基本上将“罪责”和“责任”作为同义词来使用。

[2] 高铭暄、马克昌:《刑法学》,中国法制出版社1999年版,第39页。

[3] 参见陈兴良:“主客观相统一原则:价值论与方法论的双重清理”,载《法学研究》2007年第5期。

的结合诸如此类的原则,在其思维的形式逻辑上是典型的似是而非的悖论。^[4] 所以在不重视罪责原则的中国刑法及其实践中,也不断地存在违背罪责原则的立法、司法和法学理论。^[5]

虽然罪责原则被德国刑法和宪法相继确定,但在德国刑法典中也存在着一些有违反罪责原则嫌疑的规则,比如客观处罚条件。典型的包含客观处罚条件的条文有“昏醉违法罪”(德国《刑法》第323a条)^[6]和“参与斗殴罪”(第231条)^[7]等。立法者一直都不能将它们从刑法典中排除出去,有人甚至质疑它们才是真正的结果责任的残余。虽然客观处罚条件的数量很有限,但是刑事政策上的考量保证它们能够继续存在下去。德国联邦议院制定的法律草案甚至想将“昏醉违法罪”的刑罚加重,但是刑法学界对此的反对声非常强烈。

本文的论证是建立在罪责刑法的哲学基础上的。只有行为人能够负责的犯罪行为,国家才能使用刑罚进行干涉。而我国《刑法》第18条第4款“醉酒的人犯罪,应当负刑事责任”的规定以及德国《刑法》昏醉违法罪都违反了这一原则。因为醉酒者已不具备行为能力,在自己做出行为时并没有故意和过失,所以应该排除罪责。但是立法者还是在刑事政策的驱动下制定了这样的条文,来处罚在昏醉中实施犯罪行为的醉酒人。然而违反罪责原则的规定是不能在一个法治国家堂而皇之地存在和被执行的。在学界没有人公开支持要突破责任原则对醉酒人进行处罚,学者们都在绞尽脑汁地对这些有问题的法条进行注释,以使其符合罪责原则。那么究竟什么是罪责,为什么要用罪责原则严格地限制处罚性呢?

一、作为预防机能上限的罪责原则

(一) 结果责任与罪责责任

罪责责任原则并不是一开始就被提倡的,人类社会的归责在很长时间里是结果责任。结果责任可以追溯到远古社会的早期文明当中。结果责任的存在和那个时代对神秘自然崇拜的世界观是息息相关的。早期的人类将自己视为自然周期的一部分。因为他们明显地依靠外部的生活条件,所以自然对他们来说显示的不是线性而是周期循环的规律。所有决定和威胁他们生活的变化和变迁,在他们眼里都是一种自然的既定规律。现在是对过去的重复,同时也向他们展示了发展方向的确定性。因为远古的人们既不能理性地解释自然,更不能掌控自然,所以就理所当然地将世界理解为至高无上的闭合的统一体。^[8] 那时的人们将所有的经验都理解成在一个相互联系的系统之中,异常的自然现象因为不能放在他们归纳的循环世界之中,所以被赋予了特殊的意义。因此,打雷闪电被看成更高权力(神灵)的赐予;日食被认为是灾祸的不祥预兆;久旱不雨被认为是对某种行为的惩罚。在这套认知体系中没有一个事件是孤立的,所以没有所谓的“意外事件”,因为所有一切都能在整体中找到对应的意义。在这个系统中个人意志基本上没有能动的空间,所以不受重视。在法律评价中不去探询个人的思想领域,因为不是罪责决定结果而是结果决定罪责。

[4] 李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第9页。

[5] 冯军:“刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷”,载《中外法学》2012年第1期,第59页以下。

[6] 德国《刑法》第323a条规定,故意或过失饮酒或使用其他麻醉品,使自己处于无责任能力或不能排除其无责任能力的醉酒状态下实施犯罪行为的,处5年以下自由刑或罚金刑。所处罚金不得重于其在醉酒状态下实施的犯罪的刑罚。

[7] 参与斗殴或参与由多人实施的攻击行为,如果其斗殴或攻击行为致他人死亡或重伤的,处3年以下自由刑或罚金刑。

[8] Peter L. Berger/Thomas Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit: Eine Theorie der Wissenssoziologie, S. 118.

假如主人在庆典上提供了一道菜,其中一位客人因为吞食不当造成窒息而死亡,那么在一个认可结果责任的社会中,主人毫无疑问地必须对这个严重的结果负责。通过结果的出现,主人的行为对客人的死亡就具有了意义,不需要具有今天所理解的个人失败意义上的责任。至于行为之于结果有没有设置危险关系,行为人有无故意或过失,这些对于古代的逻辑来说都是无关紧要的。结果出现的偶然性并不是归责的障碍,因为在那个时期的世界观中没有“偶然事件”存在的空间。远古社会封闭的整体世界观要求将所有人类经验都归纳到一个整体的关系网络中,而个人在其中的作用微乎其微。在那个时期,没有罪责的刑罚也不会让人觉得不公正,因为这样的刑罚被看做像死亡和疾病一样不能逃脱也无法反抗。

而罪责责任的基础却是另一番图景。在社会世界观不断理性化的过程中,人们对事物的理解不断加深,知识不断积累,不再认为事物的发生发展是由神秘力量支配的。现代人的世界观发生了彻底的变化,即认为事物和事件基本上都是可以理性解释的。比如日食是自然科学可以解释的现象,可以预报。世界不再主观地被认为是封闭的至高无上的整体,而是被客观地解释为遵循自然法则的秩序。对因果关系的掌握和对外部生活条件越来越少的依赖决定了新的对世界的认识:现实是线性发展的而不是循环往复的。以前所认为的个人受整体支配的命运性在这样一个新的世界观下就丧失了。人开始作为能动的主体而不是客体被对待了。人的行为和人的干预要追溯到人本身。行为主体对相对自由的滥用是有社会意义的原因。行为和行为人不再通过命运而是通过罪责被联系起来。罪责原则就是自治原则的表达,也就是告别命运世界观的标志。所以在现代刑法中,罪责这个概念是作为“意外事件”的对立面提出的。“意外事件”是个人作用范围之外的,行为人既不希望也不能预见和不能避免的结果,这个结果不能归责于行为人。

但是这种世界观的转变不是突然完成的,中间的转化过程经历了很长时间,罪责思想是长达几千年的理性觉醒的结果。在这个发展过程中也经历了过渡阶段,比如13世纪前叶卡洛琳娜法中规定的自陷禁区原则(*versari in re illicita*)。该原则是指如果在禁止区域内行动,就要对产生的一切后果负责,不管这个后果是否是可避免和可预见的。自陷禁区原则限制了纯粹的结果责任,将行为人的责任限制在不允许的前行为范围内,所以是明显的归责方法的进化。但是这个原则还是会导致非常广泛的责任。好在归责原则的发展并没有就此止步,现代社会发展出罪责思想,也就是完全以可掌握性和可计划性为前提进行的归责。可以毫不夸张地说,罪责思想是现代刑法的目的论要点。虽然罪责思想的影响力对整个刑法体系各个部分不是相同的,但是它对归责的形式和方法是有塑造性作用的。

(二) 罪责原则

罪责思想是现代刑法最高的规范性秩序原则,从结果归责到责任原则的变迁反映的是社会深刻的思想观念的转化。人只能为他自己能够做到的事受到谴责,这种新的思想观念根植在社会意识之中。通过现代社会的自我解释,罪责原则成为使用刑罚解决个人和集体关于法益相关冲突的关键。罪责原则要求不能处罚没有罪责的不法行为人,而且刑罚要与行为人的罪责相当。只有这样,刑罚才能达到通过催生守法的动机来避免社会损害行为的最佳效果。

罪责思想设定了一种社会心理机制,对这种机制的遵守是通过训练法忠诚来达到预防目的前提。前瞻性的预防必须兼顾到回溯性的罪责的方面。罪责原则是公正归责要求的具体化,是追求规范效果倾向的严格上限。同时它也是公正归责内在的预防要求的体现和具体化。突破罪责原则也就意味着突破公正归责的要求。将罪责原则嵌入预防机制并不是为了掩饰国家刑罚目的理性和评价理性的

冲突,罪责正义与预防思想本来就不是严格对立的,相反它们是相辅相成的。罪责正义如果不服务于预防,就成了为罪责而罪责,那么在以保护法益为己任的现代刑法中就没有地位了。相反如果预防没有罪责思想的支持,在使公民承担刑事责任时不重视罪责正义,那么就损害了加固和保障法信任的目标。如果行为人不该受刑罚,那么对他放弃刑罚不意味着放弃所期望的预防性,这时处罚恰恰是由于预防的原因才放弃的,因为超过罪责边界的刑罚不能与积极一般预防相协调。所以在一个正确理解的预防观念之下,罪责思想绝不是一个外部的附加品,而是内嵌的界限。

二、罪责观念

本文认为罪责就是滥用人类的意志自由。随之而来的问题是,人是否有自由意志呢?如果人根本不具有意志自由,那么就不存在滥用意志自由的罪责,这样客观处罚条件和醉酒人承担刑事责任的规定就有可能不被罪责原则所否定。由于严重缺少科学上实证结果的支持,意志自由的解释力度和范围越来越受局限了。众多证据证明人类意志是有条件的,所以没有“非决定论”^{〔9〕}意义上的意志自由,或者说至少是不能被证明的。本文不采用德国近年来非常流行的功能罪责论(即将罪责通过一个全新的设想,通过加入预防需要来完善),而是在承认现实的基础上(不存在绝对的意志自由),以“相对意志自由”为前提构建罪责观念。相对意志自由只在筛选出来的现实范围中发挥作用,并且本文认为它与决定论的图景是不相冲突的。相对意志自由是摆脱精神缺陷、心理不成熟和身体强制后的自由,它建立在一定的社会观念之上,即什么构成了自由和负责任的人格。相对意志自由在法律中表现为,法律只承认有社会意义的排除自由的因素可以作为排除罪责的前提。与之相反的是社会道德,它是刑法之外的价值,因为社会道德以“客观绝对的(非决定的)”自由为前提。所以刑法罪责责难最终应该描述为:“行为人在社会的意义上而不是社会伦理意义上的个人失败。”

本文认为罪责原则只有以与社会相关的自由尺度为前提才能获得它的清晰性。一个与道德标准相区别的罪责原则对现代预防性刑法既是足够的,也是不可或缺的,因为对无罪责者的处罚与稳定社会的预防目的相抵触。罪责概念是罪责原则的基础,它是国家实施刑罚权的基础和界限,所以关系到刑罚处罚的合法性的问题。在这个领域内最有争议的一个问题是关于罪责和意志自由的讨论。自由的概念自然不能从严格非决定论意义上理解为完全无条件和自发的行为的自由,而是要从自由积极的意义方面理解,将人类看做多元化存在,有一定的因果关系决定能力的主体。

但是否存在这样一个“相对决定论”是很有争议的,所以随之有争议的就是刑法罪责是否以人类自由决定能力为前提。由这个争议出发,历史上的罪责观念一直在否定和批判中发展演变,经历了心理罪责、规范罪责论到社会罪责论再到功能罪责论的发展过程。心理罪责和规范罪责论都认为作为罪责前提的意志自由是非决定论意义上的存在,所以被本文归为传统的罪责观念。

〔9〕 决定论是一种认为自然界和人类社会普遍存在客观规律和因果联系的理论 and 学说。心理学中的决定论认为,人的一切活动,都是先前某种原因和几种原因导致的结果,人的行为是可以根据先前的条件、经历来预测的。非决定论则否认自然界和人类社会普遍存在着客观规律和必然的因果联系,认为事物的发展、变化是由不可预测的、事物内在的“自由意志”决定的。心理学中的非决定论认为,人的一切行为是由个体的目的所决定的,个体有选择的自由,个体的选择、意向、决定不受客观条件的制约,也不存在必然的因果关系。

(一) 传统罪责观念

传统罪责观念认为刑法上行为人的罪责完全基于具体情况下绝对的个人的他行为可能性。该学说建立在这样一个基本设想之上,即人是有自由的个体,即使是考虑到所有潜在影响行为的因素,他还是能够自主地形成自己的意志的。传统罪责学说眼中人的图景是拥有个体自由、能自我控制的人。虽然这一个体完全是社会相关的,但是他的主体性并不是通过社会关联性而建立,个体对于社会关系来说一开始就是独立自主的。

根据传统罪责学说,构成刑罚的罪责不能超出纯粹的自由意志滥用的范围。德国联邦最高院的判决采纳的是传统的对罪责观念的理解,即认为人因为有自由的、负责任的、符合道德的自我决定权,所以可以选择守法而放弃不法行为,可以根据法律规范从事法律的命令行为并避免法律的禁止行为,因此他要为他的行为负责任。^[10] 与此相关的是,法官对罪责的判决不仅包含对行为的无价值判断和由此推出的由于错误意志决定而导致的行为人个人失败的无价值判断,而且使行为人在道德上也被贬低了。所以这种罪责观是使行为人在社会伦理上产生污点的责难性。典型的对罪责的理解,也就是将滥用自由意志作为有责行为的前提的理解,是一种针对过去的罪责进行平衡的思想:为了报复出于滥用自由而产生的个人失败,用惩罚行为人来作出回应。这是一个严格个人伦理观影响下的罪责概念,它与报应思想有关,它将公平公正的理想提升到自我负责的原则,行为人错误的意志决定不仅是必要的,而且也是构成刑罚充分的条件。确定刑法罪责时不考虑可能存在的预防性方面的问题,因为预防不能存在于个人伦理性的报应层面。

对此种罪责观的反对意见认为,自由意志是经验上无法证明的,所以拒绝罪责和根据罪责的刑罚。^[11] 另外一种观点虽然没有全盘否定对罪责思想的传统理解,但是认为归责的基础不在于行为人本人而在于民众报应的需要。^[12] 介于两者之间的中间观点(也是主流观点)虽然也坚持罪责思想,但是鉴于无法证明的人类自由意志的绝对性问题,将自由理解为“一般人的他行为可能性”。比如根据法条评论 Lackner/Kühl 23, 26 的说法,罪责就是没有达到行为要求,这个要求是对所有人提出的,并具有一般的驱动性。按照罗克辛的观点是,人虽然有规范可交谈性(在这个意义上行为人有自由)但是还是为不法行为,所以就有罪责(AT I 19/36 ff)。另外还有一个观点认为,罪责应该通过刑罚的预防目的来确定。^[13] 还有一部分学者将罪责回溯到民主法治国家,并将其解释为“缺少对他人交往自治的忠诚”(mangelnde Loyalität gegenüber der kommunikativen Autonomie anderer)。^[14] 最后还有目的理性的罪责概念,它是建立在社会契约论和与此相联系的对刑法的屈服之上的。^[15]

对于上述第一种意见,最重要的证据就是神经生物学家里贝特(Benjamin Libet)的实验。这些实验证明没有意识的神经元活动先于有意识的导致行为的意志决定。有意识的决定的重要部分都是在边缘系统的皮质区域通过生物化学和物理过程事先决定的。考虑过程采取哪个方向取决于处于相应的神经细胞线路中的调节机构。有意识的自我只不过是各种行为可能性的权衡平台。所以不是我

[10] BGHSt 2, 194, (200).

[11] 比如 Bauer, Baurmann, Ellscheid/Hassemer 等。

[12] Franz Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, ZStW 92 (1980), S. 637 ff.

[13] Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, § 17.

[14] Urs Kindhäuser, Rechtstreue als Schuld-kategorie, ZStW 107 (1995), S. 725 ff.

[15] Carsten Momsen, Überlegungen zu einem zweckrationalen Schuldbegriff, in: Festschrift für Heike Jung, 2007, S. 569 ff.

们做我们所想的,而是我们想我们所做的。

即使是在神经生物学专家中,也有不少人反对这个实验得出的结论;学者们尤其对实验的适宜性以及对于结果的解释有异议。就连里贝特自己后来都说,自由意志的存在也是一个好的科学选项,甚至比通过证明决定论否认自由意志要好。^[16] 另外,通过自然科学的方法虽然能解释神经元联系,但是却不能证明意志自由不存在,因为自由意志是无法通过上述方法来理解的,它根本不是大脑研究的对象。神经元过程虽然可能是人类行为的必要条件,但绝对不是充分条件。另外还要认识到,到目前为止的实验只是实验室中的微观实验,它不能解释人类生活复杂巨大的关联性,因为人的决定取决于众多的要素,比如遗传基因、学习过程、环境条件、感觉或者情感等,这些因素之间的具体关系是神经生物学无法解释的。在说明罪责刑法的合法性时,虽然确定客观的自由意志存在有困难,但是谁都不能否认,自由和负责的思想是我们社会道德意识的一部分。

(二) 社会罪责观念

因为非决定论的意识自由无法被证明,所以很多文献提出将基于严格的个人伦理观点的传统说用社会观察角度来补充或代替,这样发展出社会罪责论。因此罪责概念就被改变,行为人的个人避免能力要通过社会期待来确定。社会罪责论认为,精神正常的成年人的自由和责任是不容质疑的社会性现实,也是法律制定的前提。罪责可以被定义为社会行为要求,应该作为一种社会归责来理解,它是对行为人的告诫,因为他使社会期待落空了,所以他在社会的意义上是个失败者(而不是伦理上的)。通过社会比较的考量来补充罪责概念是对罪责中个人性要素的限制。社会罪责论眼中的人是处于社会关系中并身负各种责任的个体,人虽然是主体,但是不可能将所有社会关系毫无限制地利用。社会既不是一个简单的不相关的个体的集合,也不是一个完美协调的概念。社会罪责概念将个人放在现实的社会和时代背景中去理解,在这样的社会罪责概念下,自治与义务的辩证关系就必然与各个共同生活体中的社会文化有了更紧密的联系。

社会罪责理论的最有代表性的表述是“一般的他行为可能性”。在这个自由公式里最关键的判断是,在行为人所处的相同条件下的其他正常公民是否能够做出合法的行为。这里的自由概念结合了社会罪责概念的前提,也就是说,刑法条文对自由相关的事实情况的选择明显是校准了一些社会参数。精神缺陷、身体强制、思想不成熟、禁止错误等等都被法律考虑到了,因为这些要素在社会里对判断个人责任有很重要的意义。本文所代表的相对自由,因为很明显受到日常生活道德归责准则的影响,反映的是跟一般社会规则相联系的自由。相对自由涉及到的的是一个从社会生活抽离出的基本范畴。所以,刑法既不能将公民看成纯粹的本体论的产物,也不能将其作为纯粹的规范的形象。相对自由论尽量避免极端,所以选择了折中道路。因为相对自由构成了社会他行为可能性的前提,所以它与社会罪责论的关系十分紧密。

因为本文所提倡的自由概念在很大程度上依赖社会性考虑,所以它跟一般的他行为可能性很类似。不同的是它避免了“超一般化”。超一般化使行为人的个性淡化,而且如果仔细推敲的话,也是不能成立的。因为对于行为人来说他的刑法责任不应该依赖于另一个“思想体”在他的位置上会如何行为。而相对的自由概念不是跳过行为人的个性,而是判断行为人是否将他现有的避免不法行为的潜力滥用了,也就是说,行为人虽然有相对自由还是违法地行为了。由于遵循个人归责的思想,从而使

[16] *Libet*, in: Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente*, S. 287.

得归责的焦点在于个性化的行为人,而不是由行为人触发的抽象体。只有这样,刑法罪责的确定才能建立在一个有经验性内容的结果之上。

作为罪责原则前提的相对自由只是按照已有的事实情况来确定,所以就避免了在决定论和非决定论之间旷日持久的争论。刑法的相对自由只跟那些特定的影响行为的因素有关,这些因素在人类关系系统中有重要意义。所以在现实的刑事程序中,只有一部分原因结果关系需要掌握,并将行为人的行为追溯到这些原因中去。现行刑法的归责在这个意义上是有“片段特征”的。对刑法自由概念的限制性对责难的“质量”也有一定的影响。对相对自由的滥用不会使行为人具有在社会伦理上蒙耻的责难,这种伦理性的对行为人的贬低只有当罪责判断跟绝对意志自由的滥用相关时才会存在。对相对自由滥用所引起的罪责判断只跟“社会责难”相关。行为人行为的无价值性来源于:行为人使得期望落空了,而这个期望的满足对于保持一个社会整体来说是不可或缺的。罪责判决完全不是一个简单的价值判决(也就是行为人要对一个被评价为不法的事实负责),而是通过这样的罪责判决产生一个资格性的价值判决:行为人只是在社会性,而不是社会伦理性的意义上失败了。它跟传统罪责理论的差别就在于,责任诉求在社会罪责概念的基础上不被看做“责难”而是被看成“质问”。

对有相对刑法自由概念的认识使得我们进一步询问,在多大程度上归责的过程不仅被社会性而且被功能性的考虑所影响和塑造了呢?

(三) 功能罪责概念

1. 起源

功能罪责论的理论基于两点考虑:其一,认为报应性的施加痛苦的传统罪责观念应该被拒绝,并且刑法法益保护的任务可以通过预防的思想达到;其二,认为刑法的目的设定对整个教义学特别是对它的核心概念“罪责”没有影响。问题是,如何以及在多大程度上可以将预防的思想整合到罪责判断中去。罪责概念的功能化意味着作为刑罚基础的罪责与另外一个范畴,也就是预防相结合。要回答归责要在多大程度上通过预防的思想补充这个问题,就要先研究预防的思想。

预防的思想其实包含各种非常不同的观念。能够归于预防这个上位概念之下的理论从个人特殊预防到消极的一般预防再到积极的一般预防。在将由社会罪责论主张的罪责概念功能化的过程中,积极一般预防起到了核心的作用。相反消极的一般预防(把国家刑法目的看做威吓)作为刑罚理论不再被提倡。并且个人预防(把行为人的重新社会化作为刑罚目的)因为其明显地缺乏实现性也处于危机之中。特殊预防的思想不能回答刑罚威慑的意义何在,因为只有当行为人被处罚了之后才可能有答案。所以特殊预防的刑罚目的理论有天生的缺陷,因而便不可能成为功能概念的支柱。

鉴于积极一般预防理论的重要地位,因而有必要对这个学说的基本概念进一步厘清。积极一般预防跟个人预防和消极一般预防都属于相对刑罚理论。跟所谓的绝对刑罚理论不同的是,国家刑罚的意义仅在于能够预见的预防犯罪的社会目标。根据积极一般预防的学说,刑法的任务是保证那些对和平的共同生活不可或缺的规范具有作用。如果对蔑视规范的行为不处罚的话,那么刑法规范的影响就会渐渐消失。被置于法律之下的公民势必会发出疑问,为什么其他无视规范的人有特权不被追究,而他却应该遵守规范。这样一种缺乏法忠诚的现象迟早会使法忠诚本身的意义受到质疑,甚至一般性的对规则的无视会导致社会的解体。所以刑法的功能是,通过对可以归责于个人的规范违反作出反应来发挥刑法规范的行为指导作用。对行为人的刑事处罚作为法规范不可破坏性的证明,支

持和加强了法社会成员对法的忠诚。^[17] 刑法的任务是,保障法忠诚的行为方式的确认和内在化。积极一般预防的观念得以建立的原因是,通过施加刑罚可以有说服力地使其他处于规范之下的人认识到法忠诚的意义。通过使用刑罚这个恶可以使违反规范的行为人付出代价,从而使得符合规范的行为最后比违反规范的行为展现出更多的优势。通过这种方法,规范的核心导向价值就存在于个人的生活世界中了。

积极一般预防学说从体系上来看,认为规范体现了一种期待,而犯罪行为是对这种期待的破坏。但犯罪行为造成的期待的落空可以通过几种方式补偿。以盗窃罪为例:盗窃使得财产和占用受到保护这样的期待落空了。在期待和现实的对抗中有三种反应模式。

第一种反应是通过训练重新改变期待。财产和占用受到保护这样的期待可以被消减,甚至被取代。这种处理方式的成功关键在于使期待符合经验。

第二种冲突处理方式是通过对改造实施关系使未来的令人失望的事情不再发生。在盗窃罪中具体来说就是将财产和占有用一定方式保护起来,比如装安全锁、雇私人保安、安报警装置等,通过这样的方法使未来潜在的盗窃不可能发生,这样所谓的期待也就不会落空了。这时,现实和期待是相符的,而解决冲突的代价要由受害者或潜在的受害者承担。

第三种方式是将期待以反实际的方式坚持下来。这种冲突解决方式对刑法来说具有很大意义。通过将令人失望的行为而不是期待本身作为错误来评价,从而使行为人引起的令人失望的情形得到克服。期望既不跟情况相一致,情况也不跟期望相符。虽然有经验性的违反行为还是要坚持确定期待的效力。通过施加刑罚,被损害的规范的法效力就展示出来了。同时盗窃也被宣布为没有价值的行为方式。因为行为人造成了社会期待和经验之间的冲突,所以要在社会面前让行为人付出代价,以这种方法来解决冲突。刑法的作用是使法社会的期待不被放弃,起到了确认规范和社会导向模范的作用。刑事司法活动使民众在见证法具有执行力后产生信任,并且对行为人的处罚平息了其他法管制下人们波动的感受(尤其是受害人),因为他们看到解决冲突是通过让行为人付出代价,所以积极的一般预防是为了达到学习、信任和满足的效果。

2. 预防是否以意志自由为前提

如上所述,预防刑法是建立在人类可以通过规则被引导这个基础上的。它通过命令和禁止规范对人类的行为产生影响,来防止未来对法益的侵害。成功的预防目的的追求以人类行为是可掌控和可避免为前提的。从这个前提出发,很多人认为刑法的预防性任务跟决定论的图景完全不相符。因为当预防是指对第三人的行为影响时,其成功的前提是,结果的可能性是敞开的而不是固定的,也就是说只有在可以改变的情况下改变才有可能性。这个观点论证说,如果一个理论一上来就想对未来有定论,那么它必然就会自缚手脚;如果世界的运行轨迹已经不能改变地确定下来了,那么刑法的制裁都会变得毫无意义;如果行为人的行为是已经被决定的了,那么预防就不会产生作用。所以在决定论基础上建立一个对事物运行进行积极影响的观点是行不通的,预防刑法的思想与决定论的图景是相互冲突的。因此这些人会主张,从逻辑上看预防刑法是以意志自由为前提的。意志自由的原则因此重获了新的意义并挽回了一部分已经丧失的吸引力。

但进一步深究会发现,前面这种所谓的逻辑其实是建立在误解的基础上的,因为他们将决定论与

[17] Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 3/27.

宿命论混淆了。而这两个观念之间是严格区分的。1901年 Max Ernst Mayer 就恰如其分地指出：“决定论的反对者喜欢将决定论用宿命论来概念偷换，这样就可以有足够好的理由来反对决定论。”^[18]

宿命论代表了一种思考模式，认为所有发生的事都是命运决定的。人类就像古希腊悲剧里的主角被置于神祇的判决之下，一切个人的对上层权力的反抗和对规则的挣脱都是困难和徒劳的。宿命论下的个人是无助的，因为他就像悬线木偶，命运可以任意操纵他。^[19]对宿命主义者来说，他的生命就好像一出电影，不论他做什么都是不可更改地朝着一个结局发展。因为在剧本中他的命运已经被确定了，他看不到反抗的意义，由于受这种工具性角色意识的影响，所以变得消极被动。这种宿命论观点在哲学传统上一直是受批判的，被称为“懒惰理性”（faulen Vernunft）的学说。^[20]因为根据宿命论的世界观，人类行为只能在事先规定好的轨道上发展，刑法对未来行为进行正面影响，和通过这种积极影响的方法对法益保护作出贡献的希望都是徒劳的。

而决定论的观点跟上述宿命论完全不一样。决定论不认为世界的运行是被命运力量控制，宿命的结局即使人类的干预也不可避免。决定论只是认为有一个因果过程，它是以前发生的指示性的因素为条件的。认为人们的行为完全由已经存在的内在和外在的条件所引起，这跟预防效果的达成不是对立的。恰恰相反，只有决定论的观点才能与预防性法益保护相协调。因为人类的行为越是在客观现实层面被不同规律所确定，对它的掌握和控制就越是容易成功。人类行为的被决定性正好迎合了刑法作为社会发展导航工具的观点。所以，决定论恰恰严丝合缝地嵌入了预防性学说之中。反而是以自由意志为前提的主体的客观不被决定的选择可能性才会摆脱刑法的意志引导，并削弱刑法预防性的影响。

除此之外，决定论者的知识理论立场也与非理性的决定被动性有很大的差别。对决定论者来说未来是主观上开放的。跟宿命论者不同，决定论者不认为自己是生命洪流里的一块木板，因为决定论者没有命运之书在手，他只能理性地按照他的设想构建未来。决定论者不诉诸于“懒惰理性”而是笃信“有抱负的行为理性”（ambitioniert – handelnden Vernunft）。^[21]

另外，退一步讲，也不能认为决定论世界观的结果是不完美的，而认定意志自由的存在。如果预防性法益保护的观点真的以一个无法证明的“自由”为前提的话，那么应该是预防刑法概念的承载能力要接受再次考查，而不是意志自由的存在要被无条件地假定。因为决定论世界观跟预防思想不能协调而拒绝决定论世界观的观点，形象一点说明就是好像自己答不出试卷而埋怨卷子出得不对。

3. 刑法罪责概念预防的维度

到目前为止的经验表明，使用刑罚来促进规范的遵守和保护法益是有效果的。这引出了另一个问题，这样的结果是否说明，罪责概念不仅被社会性考量因素也被功能性考量因素或多或少地支持了呢？纵观有关罪责刑法的文献，可以清楚看到，刑法罪责概念的功能性诠释被很多社会罪责说的支持者所拒绝。他们的观点是，对罪责概念的全面功能化会取消法治国家对自由的保护，因为是罪责原则保证了公民免受国家刑罚的干预。^[22]但是也有观点认为，作为刑罚前提的罪责应该强调其预防性考

[18] Max E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 2007, S. 74.

[19] Stephan Meder, Schuld, Zufall, Risiko, 1993, S. 3.

[20] Ulrich Pothast, Probleme bei der Rechtfertigung staatlicher Strafe, JA 1993, S. 104 (109) mit Hinweis (Fn. 18) auf Cicero, De fato.

[21] Grasnack, JR 1991, S. 366.

[22] Burkhardt, GA 1976, S. 334 f.

量的一面。^[23] 作为体系一部分的罪责是否真正能够经受住来自外部的预防目的的考验,还需要作进一步的分析。

这个问题还是要先从一般的他行为可能性学说开始。这个学说使得罪责原则从不能证明的非决定论的死胡同中被解救出来,它是很多罪责学说的起点,它属于社会罪责概念,不属于功能罪责概念。^[24] 所以这里要特别对它预防的一面进行研究。如果一般他行为可能性自己就可以跟预防的考虑相融合的话,那么就不应该再将作为刑罚基础的罪责与功利主义的算计作出区分。而事实情况也正是如此。Jescheck/Weigend 教科书的观点强调了意志自由学说的预防维度,也就是询问其他人在行为人所处的环境中如何行为或者能够如何行为:

“如果想将具体的行为人作为衡量其责任的标准,那么,其结果在刑事政策上也是不能被支持的。因为它将导致下列结果:某人越没有通常的性格,其责任的程度就会被评价为越小。这种思考必将最终导致排除最危险的犯罪分子的责任非难,因为绝对缺乏与法共同体的联系,将会得出绝对否定责任非难的结果,而法秩序不得不要求最低限度的意志努力,如果其应当通过规范(代替直接的强制)来维持的话。行为人在行为时对自己的标准作出正当的评价,法共同体是不能忍受的。犯罪人的个性并不能阻止刑法对犯罪人提出在同等情况下其他人能够满足的要求。这其中就具有主观归责的规范内容。”^[25]

这一论述表明,建立在一般他行为可能性学说之上的罪责学说事实上不仅属于社会罪责概念也属于功能罪责概念。如果一般他行为可能性是刑法罪责的核心前提并且这个归责支柱受到刑事政策考量影响的话,那么刑罚目的理论早就合并到作为刑罚基础的罪责当中了。^[26] 这个发现不仅限于一般他行为可能性的学说上,只要与罪责相关的自由的标准是根据社会性负责的模型来确定的,就同样适用。本文所支持的相对的自由概念也不只限于社会性维度,而是在很大程度上承载了预防的标准。因为对一些完全确定的影响自由的事实选取的反面是,其余潜在的影响行为的因素的意义就被遮蔽了,所以刑事政策的因素不可避免地存在于刑法自由概念的范围之内。这个观点 Stratenwerth 也重点强调过。“当然人们可以说,犯罪是来自‘自由’,在这个意义上,没有外部或内部原因能够强迫行为人。很大一部分机会犯罪就属于这种类型,比如盗窃商店。而很大一部分被认为是犯罪的慢性法破坏者却跟自由没有关系。他们的人生大多是这样的,从小家庭破裂,他们从未感受和学习到什么是人们之间关爱,所以几乎不能建立社会关系,他们在学校就经常遇到困难,以致很早就被送到儿童院或者教养机构。等到他们最终处于社会之外时,他们只能用犯罪的方法解决通常的生活问题。这里存在着行为强迫,这是当事人无法避免的。”^[27]

然而法律在罪责成立方面却不探讨这种行为强制。现行法律的归责由于导致行为的关系的巨大的复杂性已经从一开始就只包含直接观察到的社会范围。这个被考虑到的范围与没有被包含进去的隐藏范围相比,好比是冰山浮出水面的一部分与水下的一部分。行为人遗传生物学和身心医学方面的因素以及家庭和社会的影响在实在法的归责中都被隐去了。有人认为对行为人这方面的不关注一

[23] SK/StGB – Rudolphi, Vor § 19 Rn. 1b.

[24] 参考 Jescheck 和 Rudolphi 的罪责学说。

[25] Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 5. Aufl., 1996, S. 427 f.

[26] Jakobs (Fn. 13), § 17/ § 25 und Bernhard Häffke, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, S. 33 (45).

[27] Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011, S. 17 f., Rn. 12.

方面是由于法院有限的认知能力,将所有潜在影响行为因素都考虑进去的个人归责是无法实现的。另一方面是出于司法经济的原因考虑。司法资源是有限的,一个全面包含所有因素的对行为人个人的分析在刑事程序的时间和经费安排下是无法实现的。

但是现行法律归责的深层维度是无法被上述理由完全说明的。因为即使是认知理论和司法经济的观点也不能解释,为什么刑法罪责成立的标准在认识错误、精神病患、防卫过当和免责的紧急避险中作出了规定,如果没有这些规定是更容易确认犯罪和节约司法成本的。而且在量刑领域,Stratenwerth所述的行为强迫在刑事诉讼中也被部分地照顾到了。所以所谓的扩日持久和取证困难的理由是站不住脚的。

在罪责成立阶段不注重这些要素的真正原因其实是更深层的预防性的考量。因为“行为人缺乏社会化不能被纳入与自由相关因素组成的范畴,因为如果照顾到它就会影响归责”。^[28]从刑法自由概念的相对性可以筛选出其他有预防指示性的要素,因为那些因素会对做出符合规范行为的能力产生影响。相反,将方方面面影响行为的因素都考虑进去的绝对的非决定论的自由概念才不需要对免罪事由作出甄别筛选。只有将精力集中在所选取的自由相关的案件事实上才可以进行一定程度的罪责归属工作,社会规范稳定性的要求才会被合理地满足。

4. 预防罪责观念

传统的观点认为应该反对含有积极一般预防的罪责观念,因为它建立在“虚张声势”和对规则接受者的欺骗之上,^[29]积极一般预防的罪责观念蒙蔽公民,使其认为对行为人的刑罚是以回溯目的为导向的罪责报应,而不是为了预防犯罪而施加的,也就是说行为人是因为他的错误举动而不是基于存在于他本人之外的目的被惩罚的。所以积极的一般预防试图在绝对刑罚理论的包装下追求一般规范认同的稳固,导致了“体系公开的不真实”。^[30]如果仔细审视一下以预防为导向的刑罚就会发现,“这里只是在演戏,目的是为了公民能一起参与进来”。^[31]所以一般的对预防刑罚的宣传尽量不让它显得是预防性的。但是一个在沉默中工作的,其真实目的不能为公民所知的归责概念是不能适用的。至少这样一个为了起到作用而必须成为“秘密学说”^[32]的概念在规范上是不可接受的。^[33]

上述主要针对雅各布斯罪责观念的批评对所有积极一般预防意义上的“功能化”的罪责模型都适用。但这个批评的误区是,似乎只要关注预防意义上的罪责功能性就会引起不稳定的效果。但其实,如果把社会偏离行为的刑法结算归结为对个人的报应,才是简单粗糙的,因为没有照顾到罪责概念深层心理的和感情的基础。罪责原则根植在现代社会性的意识中,只通过单纯的理性考量只能得到很有限的结果。预防观念的加入并不能导致目的确定的罪责的物质基座溶解掉。如果人们不把罪责当做预防计算的纯规范的可塑的因素,而是把它当做对相对自由的滥用,并且跟经验性的结果联系起

[28] LK - Jähnke, § 20 StGB, Rn. 17.

[29] Michael Bock, Ideen und Schimären im Strafrecht, ZStW 103 (1991), S. 636 (650 ff.); ders., Prävention und Empirie, JuS 1994, S. 89 (97f.). Neumann/Schroth, Theorien von Kriminalität und Strafe, S. 122 f.; Michael Baurmann, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, GA 1994, 368 (384); Helmut Frister, Die Struktur des „voluntativen Schuldlements“, 1993, S. 77, 80.

[30] Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S. 786 (803).

[31] Bock (Fn. 29), S. 651.

[32] Bock (Fn. 29), S. 653.

[33] Cornelius Pritwitz, Strafrecht und Risiko 1993, S. 235.

来,也能达到预防和罪责的协调一致。因为相对自由的概念自己扮演了基础的前法的归责设想,建立在这种自由概念之上的经验性的功能的预防思想不是被发明的罪责,不是虚构一种刑法外的现实社会中根本就不存在的个人关系。正是因为它显著的前置性的归责原则导向,对国家刑罚预防性的设置就不会导致不稳定性。所以对预防性功能形式的认知和预防效果之间的关系跟决定论和主观自由的关系很类似。决定论者没有失去他的自由感是因为他知道他行为的条件,如果所有公民都知道刑罚的一般预防影响方向,那么刑罚预防功能就会少量地流失。当然这个模型是建立在一个基础之上的,那就是在可预见的时间里没有基本的人类思想和行为关系的变动。

如果为了这个模型的有效性而同时兼顾个人负责性的观点,并不会导致刑法负责模型合理性的丧失。当影响社会成员是刑法的任务时,想保证特定的行为方式尽量地不发生,就有必要将法接受者的想象和评价都包括进去。如果将上述考虑结合起来就会发现,将之称为欺骗的反对是站不住脚的。

三、本文主张的经验功能罪责与雅各布斯和罗克辛功能罪责观念的区分

本文支持的经验功能罪责概念的前提是,刑罚是为积极一般预防服务的,刑法罪责应该被理解为虽然有相对自由还是实施不法行为。所以这个经验功能罪责概念是介于罗克辛和雅各布斯所提出的功能罪责概念之间的。罗克辛和雅各布斯所提出的功能罪责概念在现代讨论中占有重要地位,因为它们的典型特征是在罪责教义学中扮演某种程度的支柱。为了避免误解,所以对两者的比较是非常必要的,也对阐明本文的观点有所帮助。

(一) 与雅各布斯罪责观念的区别

雅各布斯首先论述了非功能性的对罪责的理解。结果他得出结论,罪责是根据特定的规定上限(根据刑罚目的的要求)为社会特定的状态带来的规定效果。^[34] 雅各布斯所指的刑罚目的是积极的一般预防。这个定义被很多人强烈地批评过。^[35] 人们认为他的学说是建立在一个循环论证基础上的,因为预防的概念作为刑罚目的依赖于罪责:预防是指防止犯罪行为,而犯罪行为是以罪责为基础的;罪责将犯罪跟不可抗拒的自然事件区分开,对后者不需要人来负责。从刑罚理论的角度看预防就是防止罪责。所以根据功能罪责概念的逻辑就出现:什么是罪责? 罪责是预防所需要的。那么什么是预防? 预防是防止罪责。准确地说,积极一般预防的目的是增加遵守规范的守法人。而只有当一个人看到有罪责的规范违反行为被用刑罚威吓的时候,他的法信心才能被加强。对无罪责的人的处罚只能让受责难的人成为倒霉的人,这样的刑罚不能加强规范信心只能增加恐惧心理。所以积极的一般预防是以罪责概念为前提的,而绝不能反过来成为罪责概念的前提。

雅各布斯也试图首先将非功能罪责概念根据卢曼(Luhmann)的社会学学说发展。他认为有罪责的是一个使行为期待落空的行为,并且期待和现实之间的冲突不能用其他方式调和。有问题的是,雅各布斯错误理解了其他冲突处理方式的可能性,也就是什么时候用其他方式防止类似行为再次发生,而不需要通过刑罚的措施。比如他认为冲动犯(Triebtaeter)是可以免责的,只要有治疗这种现象的药物被制造出来。但是这是不正确的。冲动犯作为免责事由的可能性是因为,在医学上发现,他们的行

[34] *Jakobs* (Fn. 13), § 17/22.

[35] 参见 *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht*, § 22 VI 4; *Kühl*, *L/K*, Vor § 13, Rn. 25; *Otto, Harro*, *Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde*. GA 1981, 481 ff.

为不取决于那些社会假定的人类的决定自由,所以这些行为不受刑罚和刑法威胁的影响,也就是说他们没有他行为可能性。否则由于精神病患而免责这种法律后果实际上就取决于是否有医疗药物手段来对付生物-心理性缺陷。如果没有医学上的治疗方法就要处罚做出不法行为的精神病人,这样的结论在我们的法律框架里是不被允许的。

(二) 与罗克辛罪责观念的区别

罗克辛并没有将罪责概念功能化,而是设立了一个新的犯罪体系概念,即“负责性”(Verantwortlichkeit),而它的内容是从刑罚目的中推导出来的。^[36]他把很多传统上属于罪责的规定都放在这个概念之下,比如防卫过当、阻却责任的紧急避险和行为中止。罗克辛认为不加入刑罚目的的罪责是“虽然有规范可交谈性还是做出不法行为”。他认为,规范可交谈性是指能认识不法的能力和 control 行为的能力。它是以人类的决定自由为前提的。但是有些情况下当行为人有规范可交谈性还是做出违法行为时也会免除刑罚,所以在罪责之外还有一些因素对于苛责是必要的,那就是预防的因素。罗克辛解释这些条款是因为在那些情况下处罚对刑罚目的没有意义,所以可以排除刑罚。罗克辛认可的刑罚目的既有特殊预防也有一般预防,报应思想被他全盘放弃了。^[37]

当人们将罪责理解为心理罪责时,会发现现行法中的刑罚确实还依赖于除罪责之外别的要素。通常所谓的阻却责任和排除责任事由跟在心理罪责意义上所理解的罪责没有关系。但是罗克辛的学说受到的批评是,他将刑罚目的限制于特殊预防和一般预防,而刑罚至少还服务于通过满足受害人的报应要求来达到的保护法和平的目的。^[38]在这种限缩下,罗克辛的学说就不能合理地解释为什么在阻却责任的紧急避险的情况下不需要刑罚。因为人们必须确定地知道刑罚有哪些一般的和特殊的预防效果,和人们在这种情况下应该怎样行为(也叫做社会心理机制),否则就不能说预防效果恰恰在上述情况下不存在。但是在这样紧急避险的情况下是否有预防性和什么样的预防性都没有被阐述清楚。功能论的支持者又辩护说,预防效果不能经验性地理解,而是要规范性地理解。但是这种尝试只能导致另一个疑问,那就是什么是规范而非经验性理解的预防,对这个问题的回答要么被回避,要么就是循环论证式的,因为它要回到引用实定法的规定上去(免责的紧急避险不处罚是因为没有规范性的预防效果,为什么没有规范性的预防效果是因为法律作出这种规定)。

(三) 观点异同之总结

罗克辛的观点跟本文所提出的模型的相同点是,罪责相关的自由的结构和内容跟经验性的确定基本上是相符的。但是罗克辛选择的检验连接点“规范的可交谈性”和相对自由的基础性前提不一样,这点在习惯犯上表现得最明显。习惯犯不具有规范可交谈性,所以他应该没有罪责,这个结论跟我们的经验是不符的。跟罗克辛模型不同,本文的模型避免了额外建立一个完美的意志自由前提。首先,就像上文论述过的,意志自由的规范确定在教义学上是建立在一个不稳固的基础之上的。另外更重要的一点是,以意志自由为前提的自由概念完全是由于它对得到想要的结果是必要的而建立起来的。因为前面的研究已经表明,建立在非决定论的意志自由之上的自由概念是一个太过广泛而“无法归责”的自由,不能将法益相关的冲突用社会所期待的方式规定出来。罗克辛谈到“刑事诉讼不能在伦理意义上识别罪责,当法官确认行为人有归责能力并且没有法定免责事由从事不法时,对于构成

[36] Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, S. 10, 33.

[37] Roxin (Fn. 17), § 19 Rn. 44.

[38] Diethelm Kienapfel, *Grundriss des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 1996, Z 2 Rz 9.

刑法罪责请求就足够了”,^[39]这个观点得到了广泛认可。只是如果还继续坚持非决定论的意志自由并且坚持一个包含所有潜在行为确定因素的自由概念,就显得有些前后矛盾。这个绝对自由概念是不能满足现代预防刑法的归责要求的。现代预防刑法要求,与归责相关的被选出的事实可以固定下来特定的影响行为的因素,并且使罪责归属在保证社会秩序必要的范围内有可能。将绝对的非决定论的自由概念加入到以结果为导向的预防刑法中去,就好比将过时的马达装在现代赛车中一样,不能具有相匹配的动力。

如果现行刑法的自由概念在事实上不是绝对而是相对,那么预防思想的影响就不会开始于排除责任事由的“边缘区域”(罗克辛的模型)。事实上,它从选取自由相关的事实时就开始起作用了。现行刑法的自由概念不应是归责的前提,而应该按照归责目的来建构。在这个意义上,就没有预防之前的罪责。

雅各布斯的罪责概念跟本文所支持的功能模型的相同之处是,它承认意志自由跟归责是相关的,并且自由与负责的关系一开始就从归责的角度审视。不同的是,本文的观点是,在纯粹规范视野中要拒绝构成刑罚罪责的功能化。雅各布斯的罪责概念脱离归责的经验前提太远。在雅各布斯下面的观点中,想象的成分表现得最明显:对行为人来说是否真正的或者只是规范意义上有一个合法替代行为存在,对社会性的确定罪责是不重要的。^[40]即使将罪责作为描述过程(Beschreibungsvorgang),也就是通过第三人的行为来理解的(人们不是发现罪责者而是制造罪责者),也不能放弃一个真正的归责事由。认为罪责概念是纯规范性的并不允许对现实因素考虑的观点是自相矛盾的。归责的前提是应该存在一个真实的合法替代行为。这个真实的社会他行为可能性的条件原则上根据经验性的确定就可以达到,所以可以被相对自由概念所容纳。所以归责不取决于纯粹的“规范建构”,而是依赖于经验的发现。这个经验的范畴确保了一个正义的标准,也就是保证了法治国家的安全,而避免了从速草率的积极一般预防的需求。

四、小结

由于人类拥有绝对自由的不可证明性,所以在构建刑罚责难基础的罪责时,各学说都通过各种各样限制自由的做法,绕过自由概念的哲学难题。比如,社会罪责论认为关于刑法罪责责难问题不是具体的行为人在具体情况下是否有其他的行为可能性,而是只需要有一般的他行为可能性存在即可,也就是只要“一般人”在特定的环境下能作出跟行为人相比不同的合法行为,就可以确定罪责。但是该学说却没有回答,为什么只要其他人在行为人所处的环境下可能正确地行为,就要让他负责受处罚这个问题。

在由一般预防推导出来的罪责概念中也有关于自由的问题。因为一般预防的基础是社会意识,“训练法忠诚”的目的只有当行为是可以避免的时候才能够成功。另外,意志自由的问题也不能通过只赋予罪责限制刑罚尺度的功能来免除。

因为以上种种困难,所以有人认为“人类自由不能被证明,只能被假设,并且罪责责难只能通过类

[39] Claus Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, Arthur Kaufmann - FS (1993), S. 524.

[40] Jakobs (Fn. 13), § 17/23.

推来确定,就是比较其他人在行为人所处环境中是否可能作出合法行为”。^[41] 但是将假设的意志自由作为责任的基础是不合理的。因为绝对的意志自由是一个太“强烈”的自由,它已经不能与现行法中的罪责归属协调一致。调查行为人与行为的关系根据法律和刑事诉讼的程序中不能照顾到所有潜在决定行为的因素,而是只能就特定影响行为的因素进行研究。传统罪责观点在解释现行罪责刑法的问题上显得十分无力。现行法罪责归属不应以绝对的而应以相对的行为人自由为前提。

在刑法自由概念的相对性的背景下,报应刑罚的思想在现行法的前提下就是不合法的。因为报应刑罚的前提是行为人将自由意志支配下的绝对的避免可能性滥用了。^[42] 但是根据本文观点,这个归责的前提是无法被证明的。特殊预防和消极的一般预防也因为自身的缺陷而无法承担起刑罚目的的任务。而积极的一般预防旨在维护社会的法忠诚,可以担当起现代社会刑罚目的这一重任。刑罚目的从选取自由相关的归责前提开始就内嵌于罪责概念之中,从这个角度来说,罪责其实是按照归责目的来建立的。本文主张罪责是对相对自由的滥用,这样就跟经验性的结果联系起来,达到了预防和罪责的协调一致。因为相对自由的概念自己扮演了基础的前法的归责设想,所以建立在这种自由概念之上的经验性功能罪责调和了期待与现实之前的差距,这样加入预防性设置的罪责概念就保证了国家刑罚的稳定性。

The Freedom and Prevention Dimension in the Concept of Culpability: Introduction of the Empiric Functional Culpability Theory

Wang Yu

Abstract: The principle of culpability requires a concept of culpability as its presupposition. The traditional culpability theory admits absolute free will; while the social culpability theory is based on the general possibility of other acts; and the functional culpability theory attempts to substitute the traditional view with the concept of prevention. But each of these theories has shortcomings. Hence, this paper proposes a new concept of culpability based on relative free will, coined empiric functional culpability. This theory presumes that penalty serves the positive general prevention and relative free will implicates criminal responsibility if illegal behavior is committed despite the freedom of choice. It is a novel concept between the culpability theories of Jakobs and Roxin.

Keywords: principle of culpability; free will; traditional culpability theory; social culpability theory; empiric functional culpability

(责任编辑:幸颜静)

[41] Sch - Sch²⁸, vor §§ 13, S. 110.

[42] Radbruch, Rechtsphilosophie, 1987, S. 72.

人权“亚洲价值观”的复活？

——评《东盟人权宣言》

黄金荣*

摘要:《东盟人权宣言》的通过标志着东盟在实现东盟政治一体化以及建立亚洲次区域人权机制方面迈出了重要一步;该宣言规定的很多人权规范都与国际人权标准存在着较大的差距,但与1993年《曼谷宣言》的基本观点存在很大的相似之处。《东盟人权宣言》体现的人权“亚洲价值观”招致了国际社会的批评,但考虑到东盟国家内部的复杂状况以及东盟长期的人权政策,东盟国家建立符合国际人权标准且强有力的区域性人权机制的道路仍然比较漫长。

关键词:人权 亚洲价值观 东盟 区域性人权机制 国际人权标准

2012年11月18日,参加东盟国家峰会的东盟十国领导人共同签署了《东盟人权宣言》,这不仅标志着东盟在建立东盟共同体的道路上迈出了重要一步,而且也标志着东盟在建立亚洲次区域国际人权机制方面迈出了具有象征意义的一大步。然而,令人多少有些奇怪的是,《东盟人权宣言》通过后并没有获得多少掌声和欢呼,反而受到国际社会诸多的批评和指责,这种批评很容易让人想起20世纪90年代西方对人权“亚洲价值观”的口诛笔伐。本文将在阐述《东盟人权宣言》对于建立亚洲区域性人权机制之意义的基础上,分析《东盟人权宣言》与国际人权标准存在的差距及其可能引发的人权“亚洲价值观”怀疑,最后将从东盟国家内部发展的角度解析东盟人权观念的成因以及未来的发展方向。

一、《东盟人权宣言》产生的背景、经过和影响

《东盟人权宣言》是东盟地区人权政策逐步演变的产物,而东盟人权政策是随着东盟一体化进程的发展而逐渐浮出水面的。东盟自1967年由印度尼西亚、泰国、新加坡、菲律宾和马来西亚正式成立以来,一体化进程一度非常缓慢。从1967年到1992年的20多年间,东盟只举行了四次首脑会议就是一个证明。随着冷战的结束以及经济全球化的发展,东盟也加快了一体化的步伐,20世纪90年代东盟陆续接纳了越南(1995年)、老挝(1997年)、缅甸(1997年)和柬埔寨(1999年)这些新的成员国(文莱于1984年加入)。东盟成员国的扩大虽然使得东盟内部更具多样性,但这并没有妨碍东盟往一体化迈进。进入21世纪后,东盟一体化进程明显加速,首脑会议几乎每年都会举行一到两次;根据2003年10月第九届东盟首脑会议发表的《东盟协调一致第二宣言》,东盟一致决定于2020年建成“东盟共

* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。本文受国家社会科学基金一般项目“人权的普遍性与主体性问题研究”(课题批准号:14BFX141)的资助。

共同体”。为了实现“同一个愿景、同一个身份和同一个关爱和共享的共同体”的目标,东盟2007年通过了《东盟宪章》,从而为东盟的政治、经济一体化确立了全面的法律和机构框架。

人权问题是在冷战后才逐渐成为东盟关注的事务。自东盟成立之后相当一段时间内,东盟基本只关注经济一体化和区域安全问题,直到20世纪90年代冷战结束后,人权问题才随着人权全球化的新浪潮正式提上东盟议事日程。1993年6月维也纳世界人权大会召开前后,部分东盟国家的人权立场引起了世界范围内对人权亚洲价值观的大讨论,东盟也不得不对人权问题进行公开回应。1993年7月,第26次东盟外长会议通过的会议公报首次将人权作为公报的重要内容。该公报在重申《曼谷宣言》有关保护和促进人权时应考虑具体的文化、社会、经济和政治环境以及反对干涉内政和将人权问题政治化等原则的同时,也“重申东盟对尊重1993年6月25日《维也纳宣言》确认之人权和基本自由的承诺”,“强调在人权的所有方面加强国际合作的重要性”,并“一致认为东盟也应考虑建立一个适当的区域性人权机制”。^[1]这是东盟首次公开声明要考虑建立区域性人权机制问题。1993年9月,东盟的议会间组织还通过了一个比较简单的《吉隆坡人权宣言》,宣言虽然影响力并不大,但也反映了人权问题对东盟地区日益重要的现实。

但尽管如此,由于东盟国家的政府和社会对于是否应建立区域性人权机制以及应该建立什么样的人权机制等问题意见分歧非常严重,因此自1993年之后,东盟在建立区域性人权机制方面迟迟未能获得实质性进展。直到2007年11月东盟国家通过《东盟宪章》,东盟建立区域性人权机制的方向才逐渐开始明确下来。该宪章不仅明确将“尊重基本自由,促进和保护人权以及促进社会正义”作为东盟及其成员国应该遵守的基本原则,而且还首次确认“东盟应建立一个东盟人权机构”。2009年10月,东盟正式成立了由各国政府代表组成的东盟政府间人权委员会,并且很快就将制定《东盟人权宣言》作为该委员会的重要使命。

由东盟政府间人权委员会主导的《东盟人权宣言》从起草到通过的时间并不算太长,但起草的过程从一开始就充满争议。2010年9月,东盟政府间人权委员会决定将起草工作分两步走,先是成立一个起草小组专门负责宣言的起草工作,然后由政府间人权委员会进行修改。政府间人权委员会给起草小组确立的指导思想是要其充分考虑到“国家和地区的特殊性以及东盟内部存在之不同政治、历史、文化和宗教背景的相互尊重,并且考虑权利与责任之间的平衡”。^[2]但对于如何贯彻这个指导思想,东盟各国代表在起草宣言的过程中争论仍然非常激烈。争论主要在倾向普遍人权观的印尼、泰国和菲律宾与以越南、老挝为代表的倾向特殊人权观的国家之间展开。新加坡、马来西亚、缅甸、文莱、柬埔寨诸国尽管有时也赞同印尼等国的观点,但总体而言倾向越南、老挝的立场。^[3]除了政府间的争论外,东南亚以及西方的非政府组织也对宣言的起草方式和内容不断提出批评。由于政府间人权委员会起草过程比较秘密,其草案的内容也迟迟不能得到公开,很多非政府组织对此提出了严厉批评,甚至联合国人权高专也一度加入批评的行列。在宣言草案内容泄露后,对其内容的批评更是不绝

[1] Joint Communique of the 26th ASEAN Ministerial Meeting, Singapore, 23 - 24 July 1993, http://www.aseanhrmech.org/downloads/1993_Joint_Communique.pdf (visited on 19 June 20, 2014).

[2] Solidarity for Asian People's Advocacy Task Force on ASEAN and Human Rights, A Commission Shrouded in Secrecy: A Performance Report of the ASEAN, Intergovernmental Commission on Human Rights 2010 - 2011 (2012), <http://www.crin.org/docs/acsis-final-online-version.pdf> (visited on 19 June, 2014).

[3] Gerard Clarke, *The Evolving ASEAN Human Rights System: The ASEAN Human Rights Declaration of 2012*, 11 Nw. J. Int'l Hum. Rts. 1, 17 (2012).

于耳。在宣言草案提交给东盟各国外长后,又因为争议巨大而不得不进行近两个月的外交谈判,直到2012年11月东盟首脑会议前夕才达成一致。从《东盟人权宣言》的起草过程也可以看出,尽管一体化进程不可阻挡,但东盟各国的人权观念仍然存在很大的差异,正是这种巨大差异使得该宣言在很大程度上非常具有东盟特色,也使宣言通过后不可避免引发国际社会的争议。

但尽管如此,我们还是不能否认《东盟人权宣言》的通过对于东盟乃至亚洲和世界的积极意义。对于东盟来说,通过宣言对《世界人权宣言》规定之诸多人权的确认至少表达了人权立场差异很大的所有成员国都愿意遵守国际人权法的政治意愿,它也预示着东盟将采取更为积极的人权政策。对于致力于区域整合的东盟来说,宣言的通过既是东盟往政治一体化方向迈进的象征,也是继设立政府间人权委员会之后东盟区域性人权机制建设方面迈出实质性一步的标志,宣言可以说为将来东盟建立更强有力的国际人权保护机制奠定了重要基础。

由于《东盟人权宣言》是亚洲地区通过的第一份具有实质意义的区域性、综合性人权宣言,因此它的通过是亚洲在建立区域性人权机制方面的一个重大突破,对建立其他亚洲次区域乃至覆盖整个亚洲的人权机制也具有重要的示范意义。在全世界范围内,亚洲是目前惟一一个缺乏覆盖全洲的区域性国际人权机制的大洲。自1948年联合国《世界人权宣言》通过之后,人权的全球化已经成为一个不可阻挡的浪潮,不仅以《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》为核心的全球性人权公约获得越来越多国家的接受,而且各种区域性人权机制也纷纷得以建立。从20世纪50年代以来,欧洲、美洲和非洲都先后建立了以区域性人权公约以及人权法院为基础的区域性人权机制。但与上述区域相比,亚洲迄今仍然没有一个适用于全亚洲的区域性国际人权公约,更谈不上存在保障人权的区域性国际人权法院,甚至连一个不具法律效力的综合性亚洲人权宣言也不存在。^[4]

从目前已经建立的区域性人权机制看,与全球性人权机制相比,区域性人权机制具有很多优势:区域内的国家因地理相近,在历史、文化、观念、宗教等方面通常会具有比较大的相似性,相对更容易对人权问题达成共识,因此往往可以通过比全球性人权公约更加符合本区域实际、更为具体的区域性人权公约,并且也更容易建立更加具有可操作性、更强有力的人权保障机制。欧洲、美洲、非洲都已经先后建立区域性国际人权法院,而联合国迄今仍然缺乏一个国际人权法院就是一个很好的证明。正因如此,联合国一直以来都一再试图推动区域性人权机制的建立和发展。早在1977年,联合国大会通过的决议就呼吁“那些人权领域还不存在区域性安排的国家考虑同意在各自所在区域建立促进和保护人权所需的适当区域性机制”。^[5] 1993年联合国世界人权大会通过的《维也纳宣言和行动纲领》明确承认“区域安排在促进和保护人权方面起着根本性作用”,并重申“需要考虑在尚不存在促进和保护人权的区域和次区域安排的地方设立这类安排的可能性”。在其他大洲都已经存在区域性人权机制的情况下,《维也纳宣言和行动纲领》实际上主要是敦促亚洲地区积极采取行动,尽早建立区域性人权机制。

[4] 1998年,亚洲的一些非政府组织曾在韩国通过《亚洲人权宪章》,但迄今仍然不存在由亚洲各国政府通过的适用于全亚洲的综合性人权宣言。由部分亚洲国家议会组成的“亚洲议会和平协会”(2006年后改名为“亚洲议会大会”)曾试图起草一个综合性亚洲人权宣言,根据部分中国媒体的报道(新华网2005年11月22日),2005年11月该协会在泰国帕塔亚举行的第六届年会上最终通过了综合性的《亚洲国家人权宪章》。不过对于这个宪章,在全世界范围内除了中国媒体外几乎没有得到任何关注,实际也没有产生任何实质性影响。即使这个宪章真的获得了通过,由于“亚洲议会和平协会”仅仅是由部分亚洲国家的议会组成的国际议会组织,其是否能够真正代表全亚洲的政府仍然存在很大的疑问。

[5] A/RES/32/120(1977).

亚洲国家虽然为建立亚洲区域性人权保障机制采取了一些行动,但一个不得不承认的事实是,在《维也纳宣言和行动纲领》通过20年后亚洲的区域性人权机制仍然没有取得任何实质性进展。在1993年亚洲各国政府为参与世界人权大会而通过的《曼谷宣言》曾“重申有必要探讨是否可能在亚洲设立关于促进和保护人权的区域安排”,但20年后,这种全亚洲性的人权机制区域安排最终仍然限于“探讨”阶段。亚洲区域性人权机制的难产在很大程度上与亚洲国家地域的广大以及各国之间在政治、经济和文化以及历史等方面过于多元化有很大的关系,也与亚洲国家的人权观念不太发达有关系。2004年联合国人权高专就曾指出,在亚洲52个国家中,只有3个国家全部加入了联合国七大核心人权公约,因此必须充分意识到“要在这个如此广袤和多元的地区达成建立人权机制的共识存在极大的困难”〔6〕。因此,即便在可预见的将来,要建立亚洲区域性人权机制也绝非易事。

在建立覆盖全亚洲的区域性人权机制非常困难的情况下,建立亚洲次区域人权机制就成为一个更加可行的选择。目前伊斯兰世界已经通过了若干人权宣言,阿拉伯国家联盟通过的《阿拉伯人权宪章》也已经于2008年正式生效,不过,由于阿盟是横跨亚非国家的国际组织,因此阿拉伯地区国家人权机制并不能算纯粹的亚洲次区域人权机制。另一个有希望建立亚洲次区域人权机制组织的是南亚区域合作联盟,但由于其迄今仍未能通过综合性的区域人权宣言和国际人权公约,因此现在还不能说其已经建立了亚洲次区域人权机制。目前在建立亚洲次区域的人权机制方面迈出实质性一步的就只有东盟,它不仅已经建立了东盟政府间人权委员会,而且还通过了《东盟人权宣言》。随着东盟一体化进程的加快,东盟区域性人权机制还有望进一步得到加强。因此《东盟人权宣言》及其确立的东盟区域性人权机制对于亚洲而言确实具有开创性的重要意义。

二、《东盟人权宣言》与国际人权标准的差异

《东盟人权宣言》是人权立场差异较大的东盟各国最后妥协的产物,这种妥协性决定了它的内容既有与国际人权标准相容的一面,也有带有东南亚特色但却与国际人权标准不相符的一面。如果单从《东盟人权宣言》规定的内容看,它可以说是到目前为止全世界范围内内容最为全面的人权宣言之一。《东盟人权宣言》基本是以《世界人权宣言》的内容为基础制定的,但在某些方面却大大超越了《世界人权宣言》以及其他国际人权文书的规定。

首先,从宣言的结构上看,《东盟人权宣言》不仅有通常人权宣言所具有的序言和实体权利清单,而且还有像人权公约那样专门阐释人权观念、人权实施方式等方面内容的“一般原则”。例如,该宣言第6条规定了个人的权利与义务相平衡原则,第7条规定了对人权普遍性与特殊性关系的基本认识,第9条则确认了人权保护过程中应遵循的非选择性、非歧视性、非对抗性以及避免人权双重标准和政治化原则。这些规定吸收了1993年亚洲国家通过的《曼谷宣言》以及《维也纳宣言和行动纲领》中的部分内容,但也有某些不同于上述文件的表述。《东盟人权宣言》确认的这些人权“一般原则”实际就表明了东盟国家在对待人权问题上所持的基本观念和态度。

其次,从实体权利的清单上看,《东盟人权宣言》不仅确认了《世界人权宣言》规定的所有公民权

〔6〕 Sou Chiam, *Reports from Regional Human Rights Mechanisms: asia's Experience in the Quest for a Regional Human Rights Mechanism*, 40 VUWLR 127, 144 (2009).

利和政治权利以及经济、社会和文化权利,而且还确认了发展权、环境权与和平权这三种所谓的第三代人权。这些权利虽然在某些全球性人权宣言和区域性人权公约中得到了确认,但在全球性国际人权公约层面还缺乏足够的国际法基础。例如,发展权只是得到了联合国1986年《发展权宣言》、1993年联合国《维也纳宣言和行动纲领》以及《非洲人权与民族权宪章》的明确确认;目前虽然有某些区域性国际人权公约确认了个人的“健康环境权”(如美洲《圣萨尔瓦多议定书》第11条)或者民族的“环境权”(如《非洲人权与民族权宪章》第24条),但联合国1972年《人类环境宣言》、1992年《关于环境和发展的里约宣言》等联合国文件却只是确认了保护环境的重要性,而没有直接确认作为人权的环境权;和平权作为人权的国际法基础也比较脆弱,1984年联合国大会通过的《人民享有和平权宣言》只是确认“我们星球上的人民”“享有神圣的和平权”,《非洲人权与民族权宪章》第23条也只确认“一切民族”享有“和平与安全”的权利,两者都没有确认和平权是一项个人权利。而《东盟人权宣言》不仅把“享有安全、干净和持续的环境的权利”视为“每个人”的权利,而且还把发展权与和平权都视为“每个人”以及“东盟各民族”享有的权利。因此,在对第三代人权的整体确认方面,只有《非洲人权与民族权宪章》可以与《东盟人权宣言》相媲美,体现了比较鲜明的发展中国家人权观念特色;不仅如此,《东盟人权宣言》还进一步全面扩展了这些权利的主体,从而使其在各种全球性和区域性人权文件中独树一帜。

第三,在某些权利条款的内容上,《东盟人权宣言》也比《世界人权宣言》以及《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会、文化权利国际公约》的规定有进步之处。例如,该宣言第2条反歧视条款规定的禁止歧视的理由中,明确增加了年龄和残疾两个因素;第4条有关“妇女、儿童、老人、残疾人、移徙工人以及脆弱和边缘化群体的权利是人权和基本自由不可转让、不可分开和不可分割的组成部分”的规定扩展了公约的规定;第13条有关禁止奴役条款比公约增加了任何人不受人买卖或贩卖(包括贩卖人体器官)的规定;第28条有关适足生活水准权的条款不仅比公约更加明确地罗列了食物权、衣着权和住房权,而且明确将享有医疗保健和必要社会服务的权利、享有安全饮用水和卫生的权利也作为这个权利的有机组成部分;第29条健康权的条款特别规定“东盟国家应为克服在防范、治疗、照顾和支持感染传染病(包括艾滋病/毒)人士过程中引发的污名化、沉默、否定和歧视问题创造积极的环境”;第30条有关社会保障及母亲和儿童权利条款特别规定了无论婚生还是非婚生儿童都应享有同等的社会保护。这些在一定程度上超越《世界人权宣言》和两个全球性人权公约的规定至少表明,《东盟人权宣言》也显示了总结并超越现有国际人权标准的愿望和努力。

然而,《东盟人权宣言》在权利内容上的全面和进步并没有受到多少关注,而其中有关反映东盟特殊人权观念的原则和规定则受到国际社会的强烈批评。联合国人权高专纳维·皮莱(Navi Pillay)在该宣言通过之前就发表声明认为《东盟人权宣言》存在某些不符合国际人权标准的因素,并呼吁东盟国家领导人重新审议宣言草案;在该宣言通过之后,她又表示,该宣言仍然保留了某些不符合国际标准的语言。^[7] 联合国人权理事会下属的人权状况协调委员会发表的声明虽然承认《东盟人权宣言》具有里程碑的意义,但也认为很多规定都不符合国际人权法规标准。^[8] 包括国际大赦组织在内的60

[7] “UN Official Welcomes ASEAN Commitment to Human Rights, but Concerned over Declaration Wording”, [http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=43536#](http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=43536#.UiCMcbKBQjs). UiCMcbKBQjs(visited on July 7, 2013).

[8] “人权专家敦促确保《东盟人权宣言》内容符合国际人权法规标准”, <http://www.un.org/chinese/News/story.asp?newsID=18779>, 2013年7月10日访问。

多个国际和东盟内部非政府组织则对该宣言提出了更加严厉的批评,它们不仅批评该宣言的制定过程缺乏透明性,而且还认为该宣言只是一种“国家权力宣言”,^[9]该宣言被称为人权宣言“名不副实”。^[10] 美国政府也宣称,东盟通过的人权宣言不符合国际标准,而且可能会被该地区的专制政权所利用。^[11]

国际社会对《东盟人权宣言》批评的焦点主要集中在表明东盟国家对人权的基本态度和观念的诸多“一般原则”上,但也指向个别具体权利的表述。国际社会之所以对于这些规定提出批评,最核心的一个理由就在于,宣言的这些规定不符合国际人权标准,从而为有关国家限制乃至剥夺宣言规定的具体权利大开了方便之门。综合而言,这些涉嫌不符合国际人权法表述或者可能对权利施加不适当限制的条款主要包括如下一些内容。

第一,宣言第8条规定:“人人在行使人权和基本自由时应考虑旁人的人权和基本自由。人权和基本自由的行使只应受法律所确定的限制,确定此种限制的惟一目的在于保证对旁人的人权和基本自由给予应有的承认,并在一个民主的社会中适应国家安全、公共秩序、公共卫生、公共安全、公共道德以及人民普遍福利的正当需要。”权利限制条款在国际人权文书中并不鲜见,例如,《世界人权宣言》第29条第2款就规定:“人人在行使他的权利和自由时,只受法律所确定的限制,确定此种限制的惟一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重,并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”但很显然,《东盟人权宣言》第8条比《世界人权宣言》多了“国家安全”、“公共卫生”、“公共安全”三个限制因素。但这三个限制权利的因素在国际人权法中也并非不存在,它们也可以成为限制特定人权的正当理由。例如,《公民权利和政治权利国际公约》第12条就规定,对迁徙自由可以为了“国家安全、公共秩序、公共卫生或道德”而通过法律予以限制,第22条规定的结社自由也确认国家可以以同样的理由通过法律予以限制。然而,这并不意味着《东盟人权宣言》的规定就是合理的,因为《公民权利和政治权利国际公约》中这些可以构成限制权利正当理由的“国家安全”、“公共卫生”、“公共安全”因素都只是针对具体的某项权利和自由而言的,而《东盟人权宣言》第8条的规定却使以这些因素为由限制权利成了适用于其确认之所有人权和基本自由的“一般原则”,这就意味着,即使是那些《公民权利和政治权利国际公约》明确规定不可克减的权利和自由(如不受奴役的自由,思想、良心和宗教自由等),东盟国家也可以以此为由进行限制。从这个意义上说,该宣言中如此宽泛的权利限制条款确实大大超出了目前国际人权法的规定。

第二,宣言第6条规定:“对人权和基本自由的享有必须与履行相应的义务相平衡,因为任何人都对所有其他人以及其所生活的社区和社会负有责任。”在人权文书中出现有关个人应负之义务的规定并不新鲜。《世界人权宣言》第29条就有“人人对社会负有义务,因为只有在社会中他的个性才可能得到自由和充分的发展”的表述,但该条只是宽泛地确认人对社会负有义务,却并没有像《东盟人权宣言》那样要求享有具体权利时必须与履行相应的义务相“平衡”。在国际人权公约具体的权利条款中也有行使某项权利必须履行相应之义务的规定,例如,《公民权利和政治权利国际公约》第19条第

[9] “Critics Call ASEAN Human Rights Document ‘Declaration of State Power’”, http://www.upi.com/Top_News/World-News/2012/11/18/ASEAN-members-sign-rights-declaration/UPI-57581353254777/ (visited on July 10, 2013).

[10] “ASEAN’s Human Rights an Unworthy Sham, Say 62 Rights Groups”, <http://phuketwan.com/tourism/aseans-human-rights-unworthy-sham-rights-groups-17059/> (visited on July 11, 2013).

[11] “美国:东盟人权宣言不符合国际标准”, <http://www.voachinese.com/content/us-asean-right-20121121/1550117.html>, 2013年7月11日访问。

2款就特别规定,行使自由发表意见的权利“带有特殊的义务和责任,因此得受某些限制”,但这也仅仅是个别条款的规定而已。与《东盟人权宣言》第8条一样,第6条把权利行使与义务履行相平衡作为一项宣言原则也意味着它适用于宣言规定的所有权利,包括那些《公民权利和政治权利国际公约》明确规定的即便在社会紧急状态下也不得予以克减的权利,并且这也暗示国家可以以平衡权利和义务的关系为由限制权利。因此,这种有关权利与义务关系的表述方式在一定意义上确实超出了目前国际人权文书的规定。

第三,宣言第11条有关生命权的条款规定:“人人有应受法律保护的生命权。除了依照法律,否则不得剥夺任何人的生命。”这个有关生命权的条款也与《公民权利和政治权利国际公约》有关生命权的规定存在一个显著的区别。该公约第6条规定:“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”与之相比,《东盟人权宣言》第11条存在的最大问题是,其对生命权的保障力度显然比国际人权公约要弱了很多。根据公约的规定,国家即便是依据法律也“不得任意剥夺任何人的生命”,但很显然,如果根据《东盟人权宣言》第11条,国家依照法律就可以剥夺任何人的生命,这就使得生命成了国家依照法律就可以任意剥夺的东西了。因此,在保障生命权这个最重要的人权上,《东盟人权宣言》的规定显然比现有的国际人权公约倒退了一大步。

第四,宣言第22条规定:“人人有权享有思想、良心和宗教自由。要杜绝一切形式的基于宗教和信仰的不容忍、歧视和仇恨煽动。”这个条款并不仅仅只是一个思想、良心和宗教自由条款,第2句话事实上也涉及到平等权、表达自由等方面的权利内容。在表达自由方面,它又涉及到在表达有关宗教和信仰问题时的限制问题。《公民权利和政治权利国际公约》第19条规定的表达自由只能为了“尊重他人的权利或名誉”以及“保障国家安全或公共秩序,或公共卫生或道德”的目的由法律予以限制;公约第20条也只是要求法律禁止“任何鼓吹战争的宣传”和“构成煽动歧视、敌视或强暴”的“任何鼓吹民族、种族或宗教仇恨的主张”。但《东盟人权宣言》第22条的规定则可能把基于宗教和信仰而引发但属于言论自由范畴的冒犯性语言(但远未达到鼓吹宗教仇恨)也纳入禁止的范围,从而对言论自由构成超越国际人权标准的不适当限制。

《东盟人权宣言》的上述条款都与国际人权文书的相关规定存在较大的区别,并且这些区别无一例外地都使宣言规定的权利和自由受到了比国际人权标准更多的限制。《东盟人权宣言》之所以受到国际社会批评,其根本的原因就在于此。例如,联合国人权状况协调委员会现任主席弗斯特(Michel Forst)就认为,《东盟人权宣言》生命权条款中“根据国家法律”的规定有可能被各国用来阻挡国际人权机构调查执法机构过度使用武力以及继续使用死刑的借口,而第6条有关权利行使须与义务履行相平衡的规定也会使政府在更大范围内任意、不对称和不必要地限制人权。^[12] 美国国务院主管民主、人权和劳工事务的助理国务卿丹尼尔·贝尔(Daniel Baer)则声称,《东盟人权宣言》有关“要杜绝一切形式的基于宗教和信仰的不容忍、歧视和仇恨煽动”的规定为过于宽泛的禁言进行辩护,从而对言论自由和宗教自由进行釜底抽薪。^[13] 我们不得不承认,《东盟人权宣言》的诸多与众不同的规定确实让人不由得想起20世纪90年代曾喧嚣一时的人权“亚洲价值观”。

[12] 同注8引文。

[13] “副助理国务卿贝尔就《东盟人权宣言》发表讲话”, <http://iipdigital.usembassy.gov/st/chinese/texttrans/2012/12/20121203139498.html#axzz2dSFJ6WEc>, 2013年8月1日访问。

三、《东盟人权宣言》与“亚洲价值观”的渊源

人权的“亚洲价值观”是20世纪90年代国际人权话语中最热门的话题。^[14]它主要由李光耀、马哈蒂尔等亚洲国家领导人对西方普遍人权观的批评而产生,并通过1993年亚洲各国政府通过的《曼谷宣言》得以系统体现。人权的“亚洲价值观”不仅在1993年维也纳召开的联合国世界人权会议上成为政治辩论的话题,而且也成为20世纪90年代学术界热议的主题。尽管人们对人权的“亚洲价值观”内容并没有权威的定义,但其核心内容是强调人权的特殊性而不是普遍性这一点上却是确定无疑的。由于“亚洲价值观”强调亚洲文化在尊重政府权威、珍视社会和谐等问题上存在迥异于西方个人主义传统的集体主义传统,因此在人权问题上,“亚洲价值观”偏重于集体权利而不是个人权利,强调权利与义务的平衡而不是片面强调权利,强调发展权作为人权的不可或缺性以及国际人权交流的非对抗性和非政治性。

对于人权的“亚洲价值观”,西方学术界虽然不乏同情的声音,但总体而言仍然普遍把它视为亚洲威权政府为自己的压制性行为进行辩护的借口。例如,杰克·唐纳利(Jack Donnelly)就认为,如果传统实践与国际普遍承认之人权有冲突,传统的实践通常必须让步,“主权、发展和对社会秩序的传统观念并不能让亚洲各国政府免除实施国际普遍承认之人权的责任”。^[15]“亚洲价值观”的提出体现了“贪婪的亚洲统治精英试图操纵公众对经常很傲慢和专横的西方所怀有的恐惧和可以理解的憎恨,是为了维护他们贪婪的统治,并通过转移注意力的方式推脱他们对自己同胞的苦难应负有的责任”。^[16]迈克尔·弗里曼(Michael Freeman)认为,无论是“亚洲价值观”还是“西方价值观”,这类笼统的概念对于人权的解释和适用问题都不太可能具有说服力,“它们更可能成为掩盖那些掌权者纵容他们对剥削和压制的传统胃口的烟雾弹”。^[17]

值得指出的是,李光耀等人还把“亚洲价值观”作为新加坡、韩国等东亚国家和地区经济崛起的一个重要原因。^[18]新加坡、韩国、中国台湾、印尼等诸多亚洲国家和地区都是在威权统治时期实现经济起飞的,这一众所周知的事实也在一定程度上加强了人权“亚洲价值观”的说服力。然而,经济学诺贝尔奖得主阿马蒂亚·森(Amartya Sen)对于这个观点并不认同,他认为经济发展与威权统治并没有必然关系,因为相反的例子也可以举出很多,因此他认为,“我们不应把亚洲的韩国或新加坡的高经济增长作为威权主义在促进经济发展方面做得更好的证据”。^[19]尽管对于“亚洲价值观”与亚洲经济发展之间关系的理论争论并没有得出结论,但在1997年亚洲金融风暴之后,随着东南亚国家经济危机的加深以及印尼等亚洲国家民主化进程的发展,人权的“亚洲价值观”热潮也随之消退却是一个不争的

[14] 对人权的“亚洲价值观”的系统介绍,可以参见信春鹰:“亚洲价值观与人权:一场没有结束的对话”,载夏勇编:《公法》(第1卷),法律出版社1999年版,第167-181页。

[15] Jack Donnelly, *Human Rights and Asian Values: A Defense of "Western" Universalism* 83 (Joanne R. Bauer & Daniel A. Bell eds., Cambridge University Press 1999).

[16] *Id.* at 87.

[17] Michael Freeman, *Universal Rights and Particular Culture* 56 (Michael Jacobsen & Ole Bruun eds., Curzon Press 2000).

[18] See Fareed Zakaria, *Culture Is Destiny: A Conversation with Lee Kuan Yew*, 73 *Foreign Affairs* 109, 109 (March/April 1994).

[19] Amartya Sen, *Human Rights and Economic Achievements* 91 (Joanne R. Bauer & Daniel A. Bell eds., Cambridge University Press 1999).

事实。此后,无论是政界还是学术界,人权的“亚洲价值观”都逐渐失去了往日曾有的光环。

然而,从《东盟人权宣言》的有关规定看,人权的“亚洲价值观”似乎非但没有退出历史舞台,相反它还通过更为权威性的人权宣言显示了自己的存在。《东盟人权宣言》不仅在很多方面与被视为体现人权“亚洲价值观”的1993年《曼谷宣言》存在相似之处,在某些方面甚至还进一步发展了《曼谷宣言》规定的精神。《东盟人权宣言》与1993年《曼谷宣言》存在两个最核心的相似点。

首先,两者都体现出很强的人权特殊主义倾向。1993年《曼谷宣言》是亚洲国家为了参与即将召开的联合国世界人权大会而阐述的亚洲国家人权立场,它所具有的一个重要特点就是在指出人权具有普遍性的同时特别强调人权的实现应该考虑到各个国家的具体情况,主张不能以西方的普遍人权价值观和人权标准片面地要求其他存在不同于西方国家国情的地区和国家完全采用同样的观念和标准。该宣言第8条宣称“尽管人权具有普遍性,但应铭记各国和各区域的情况各有特点,并有不同的历史、文化和宗教背景,应根据国际准则不断重订的过程来看待人权”。但1993年联合国世界人权大会通过的《维也纳宣言和行动纲领》并没有完全采纳《曼谷宣言》的立场。它虽然承认人权具有因国情因素而异的特殊性,但其核心立场还是特别强调坚持人权普遍性的重要性。《维也纳宣言和行动纲领》第5条就声明,“固然,民族特性和地域特征的意义,以及不同的历史、文化和宗教背景都必须要考虑,但是各个国家,不论其政治、经济和文化体系如何,都有义务促进和保护一切人权和基本自由”。从《东盟人权宣言》的规定看,它最终并没有采纳《维也纳宣言和行动纲领》抑制人权特殊性而弘扬人权普遍性的倾向,而是仍基本采用了1993年《曼谷宣言》中的表述方式。《东盟人权宣言》第8条以类似《维也纳宣言和行动纲领》的语言重申“一切人权均为普遍、不可分割、相互依存、相互联系。必须站在同样地位上,用同样重视的眼光,以公平、平等的态度全面看待本宣言所载之所有人权和基本自由”的同时,仍强调“人权的实现必须考虑到本地区和国家的具体情况,记住它们存在不同的政治、经济、法律、社会、文化、历史和宗教背景”。因此可以说它全面继承并发展了《曼谷宣言》强调人权的国情特殊论立场。

其次,两者都坚持人权非政治化的原则。人权的非政治化原则是1993年《曼谷宣言》极力主张的一个原则。它一再强调“所有人权的普遍性、客观性和不可选择性,必须避免在实施人权时采用双重标准,并避免其政治化”;强调“尊重国家主权和领土完整、不干涉他国内政,以及不利用人权作为施加政治压力的手段等原则”,认为“促进人权应通过合作和协商一致的方式加以鼓励,而不是通过对抗和将不相容的价值观强加于人”,“在解决及实现人权的所有方面确保采用积极、均衡和非对抗性的办法”,反对“任何人利用人权作为提供发展援助的条件”。但1993年《维也纳宣言和行动纲领》只是确认,“审议人权问题必须确保普遍性、客观性和非选择性”,并没有确认人权的非政治化原则,只是强调“粮食不应被用来作为施加政治压力的工具”,因此总体而言,《维也纳宣言和行动纲领》并没有反对西方国家普遍推行的很容易导致人权问题政治化和对抗化的人权外交。但《东盟人权宣言》在这个问题上显然全面继承了1993年《曼谷宣言》的精神,其第9条明确宣称:“在实现本宣言所载之人权和自由的过程中,应坚持公正性、客观性、非选择性、非歧视性、非对抗性和避免双重标准和政治化原则。”由此可见,《东盟人权宣言》在反对利用人权作为施加政治压力、干涉他国内政的做法上可以说与1993年《曼谷宣言》一脉相承。

除了上述规定之外,《东盟人权宣言》的其他一些规定也可以说与李光耀阐述的有关“社会利益高

于个人利益”^[20]的“亚洲价值观”精神相一致。《东盟人权宣言》第6条要求“对人权和基本自由的享有必须与履行相应的义务相平衡”，第8条确认的宣言权利可以依法受“民主的社会中适应国家安全、公共秩序、公共卫生、公共安全、公共道德以及人民普遍福利的正当需要”的宽泛限制以及第11条确认的生命权通过法律就可以剥夺的规定等内容无不反映出一种对人权可以依照社会利益予以宽泛限制的倾向，这种倾向在“社会利益高于个人利益”的传统亚洲价值观下似乎是天经地义的，但却可能与国际人权标准所体现的“人权和基本自由是全人类与生俱来的权利”^[21]以及不得以公共利益为名任意侵犯人权的基本理念相冲突。《东盟人权宣言》在很大程度上仍然全面继承1993年《曼谷宣言》的精神表明，尽管国际环境已经有很大的改变，东盟国家也经历了20余年的发展，但这并没有在多大程度上改变东盟国家原来的基本人权观念。

四、东盟国家的发展与东盟人权观念变迁的过程和前景

对于很多国际人权活动家而言，原本被寄予厚望的《东盟人权宣言》反映的人权观念最后竟然在很多方面仍然与1993年《曼谷宣言》的精神如出一辙，这多少有些出乎意料。要知道，自1993年《曼谷宣言》通过之后到现在已经有20余年，东南亚国家原来那些力主人权“亚洲价值观”的领导人（如李光耀、马哈蒂尔和苏哈托）即便仍然健在，其影响力也已经大为消退；“亚洲价值观”曾赖以发挥影响力的基于经济成就的自信心也随着1997年亚洲金融危机的肆虐而遭受重大挫折；更为重要的是，与1993年时相比，2012年底通过《东盟人权宣言》时东南亚国家的民主化进程也已经取得了一些重大进展：在东盟最初的五个成员国中，原来属于威权体制的印度尼西亚现在已经逐渐成为东盟民主国家的典范，威权色彩曾一度比较浓厚的新加坡和马来西亚，近年的几次大选也已经被西方视为基本透明和自由，而菲律宾和泰国虽然素有军人干政的传统，但自20世纪90年代以来民主选举制度总体已经趋于平稳。^[22]在其他五个新成员中，柬埔寨的民主制度已经基本趋于稳定，而军人曾长期执政并长期被视为人权保护反面典型的缅甸也在2011年宣布开始民主化进程。但所有这些积极因素似乎并没有让《东盟人权宣言》完全采纳盛行于西方的普遍人权观，非但如此，20世纪以来一直受到西方批判的人权“亚洲价值观”却又通过《东盟人权宣言》堂而皇之再次登堂入室。这种结果确实让对东盟在亚洲建立首个区域性人权机制抱有期望的人大跌眼镜。

不可否认，从总体而言，东盟地区大部分实行民主体制的国家都属于去威权统治未远的转型民主国家，其民主并未完全成熟，有的国家还经常受到军事政变（如泰国、菲律宾）或军事冲突（如柬埔寨）等因素的干扰，而诸如缅甸这样长期军人执政的国家则才刚刚开始民主化的进程。除了那些实行民主制或向民主制转型的国家，东盟国家还存在基本实行君主专制制度的文莱以及长期由共产党执政的越南和老挝。因此，在西方国家的眼中，姑且不论那些还未采用民主制的国家，即便是那些实行民主制的东盟国家，其人权实践也存在很大的问题。例如，在美国2013年发布的国别人权报告中，美国就批评新加坡对言论自由、新闻自由、互联网自由、结社自由施加过多的限制，也批评其长期存在的鞭

[20] Daniel A. Bell, *A Communitarian Critique of Authoritarianism: The Case of Singapore*, 25 *Political Theory* 6, 16 (1997),

[21] 《维也纳宣言和行动纲领》第1条。

[22] 对于西方对东南亚各国民主大选状况的评价，可以参见美国2013年国别人权报告，<http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/>, 2013年8月15日访问。

刑制度;批评泰国法律规定的冒犯君主罪以及禁止对君主进行批评的做法侵犯言论自由,政府拥有和控制广播电视的做法有违新闻自由,而泰国在其南部伊斯兰叛乱地区实施的《紧急状态法》则侵犯一系列人权;批评马来西亚对言论、集会、结社都进行广泛限制,限制媒体和宗教自由,歧视妇女和非马来人族群。菲律宾和印度尼西亚是美国认为目前民主制运行相对较正常的国家,但它也仍然批评菲律宾政府机构实施了大量法外杀戮行为,对大量人权侵权行为无法进行追究,并且腐败猖獗;批评印度尼西亚限制宗教自由,限制部分叛乱地区和少数人宗教群体的言论自由,并且官员腐败也很严重。^[23]由此可见,尽管这些东盟国家在制度上已经基本完成了民主的转型,但仍然不得不时时要面临来自西方的人权批评和政治压力。

东盟国家在《东盟人权宣言》中之所以仍然基本采用1993年《曼谷宣言》的表述,原因不仅仅在于东盟各成员国自身都在不同程度上存在不符合西方人权标准的人权问题,更大的原因还在于,将人权主要作为一国的内部事务、反对人权政治化以及以人权作为干涉内政的手段是东盟各国长期以来的一贯立场。与欧盟一样,东盟的建立从一开始就具有通过促进地区一体化、制约地区大国和强国(如印度尼西亚)的目的,但与欧盟不同的是,东盟从一开始就特别坚持“不干涉成员国内政”的原则,2007年通过的《东盟宪章》又再次重申了这一原则。与欧盟始终将人权作为促进欧洲一体化的价值基石不同,东盟在很长一段时间内根本没有把人权问题视为其要处理的重要问题,它既没有将东南亚国家的人权状况作为加入东盟的前提条件,也从来没有因为其成员国的人权问题而对其进行制裁;不仅如此,东盟在抵制西方的人权压力方面总体而言也颇为坚决。

东盟在对待缅甸的人权问题上的态度和做法就非常典型地体现了其有关人权非政治化以及反对干涉内政的原则。在东南亚国家中,缅甸是因为人权问题而受到西方批评最多的国家,如何面对西方对缅甸的人权政治压力始终是东盟不得不面对的问题。“在实践中,东盟国家在反对外来干预方面‘抱成一团’并对批评其成员国(尤其是)人权纪录的外国或国际组织采取了统一立场。”^[24]在20世纪90年代东盟发展的过程中,西方国家曾以缅甸加入东盟将会使其军事独裁统治得到一定程度的合法化为由坚决反对东盟接纳缅甸。但东盟最终还是坚持将人权问题与成员国资格脱钩的立场并于1997年正式接纳缅甸为成员国,尽管为此它不得不承受东盟以取消东盟与东盟年度会议方式进行的外交报复。2005年,缅甸根据东盟规定将于2006年担任东盟轮值主席国,但美国和欧盟表示坚决反对,东盟与西方的关系为此曾一度陷入僵局,只有在缅甸政府主动放弃2006年东盟轮值主席国后此次外交危机才得以化解。2007年11月,美国参议院通过决议,敦促东盟暂停缅甸的东盟成员国资格,直到其对人权的尊重得到改善为止;2009年美国国务卿希拉里又声称,如果缅甸军政府不释放昂山素季,东盟就应该考虑驱逐缅甸。不过,对于美国的这种要求,东盟却始终不为所动。^[25]

东盟抵制人权外交和反对将人权问题政治化的做法并不等于对成员国的人权问题无动于衷,无所作为,它只不过采取了一种不同于对抗性人权外交的人权政策而已。东盟对于成员国的人权可以说采取了一种称之为“建设性接触”^[26]的策略。“建设性接触”策略是与动不动就施制裁这种高度

[23] 同注22引文。

[24] Li - ann Thio, *Implementing Human Rights in ASEAN Countries: 'Promises to Keep and Miles to Go before I Sleep'*, 2 Yale Hum. Rts. & Dev. L. J. 1, 19, 51 (1999).

[25] 东盟与西方人权外交的博弈过程,可参见于臻:“冷战后东盟对西方人权压力的反应及其影响”,载《东南亚研究》2011年第1期,第54-57页。

[26] Li - ann Thio, *supra* note 24, at 45.

政治化的西方传统人权外交政策相对而言的,它总是避免直接对抗,主要采用以劝说和潜移默化影响的方式触及东盟成员国的人权问题。东盟认为,采用孤立和公开谴责的方法不仅会恶化东盟成员国之间的关系,而且也经常无助于成员国人权纪录的改善。东盟接纳缅甸成为成员国就是基于这样一种通过“建设性接触”促使其逐渐改变的策略,东盟国家无视西方对缅甸的长期制裁以及对其施加的外交压力坚持对缅甸进行贸易和投资也是基于这个理念。这种理念和做法的有效性虽然一直受到西方的怀疑,但在东盟看来,这却是一种与2007年《东盟宪章》确认的“主权、平等、领土完整、不干涉、共识与多元中的统一原则”相协调的人权政策,同时也确实是一种颇具东方特色的做法。

当然,随着东盟国家民主化的发展以及社会的进步,东盟的人权观念和 인권政策也不可能是一成不变的,人权问题将在东盟一体化进程中扮演越来越重要的角色已经成为一个无可避免的趋势。总体而言,随着时间的推移和政治的发展,东盟各国对 인권问题已经表现出了日趋积极的态度。这个方面的一个例证就是,在1993年之前,在东南亚10个国家中,只有越南和柬埔寨加入了《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》,但到现在只有新加坡、马来西亚、文莱和缅甸还未加入。就单个国家而言,转变最为典型的一个例子就是印尼。印尼在20世纪90年代曾是倡导人权“亚洲价值观”最积极的东盟国家之一,其在当时曾因对华裔族群的暴力事件以及占领东帝汶期间的作为而备受国际社会指责,但进入21世纪印尼的民主制度开始逐步稳定之后,印尼又转身与菲律宾和泰国一样成为积极推动东盟采取更积极人权政策的东盟国家。可以想象,随着缅甸民主化进程的加速,缅甸对 인권问题的看法也将会发生一些改变。正是因为东盟各国内部这些积极的变化让人权问题开始越来越成为东盟一体化进程中不可或缺的议题。2007年《东盟宪章》第14条明确规定要设立“东盟人权机构”,2009年正式成立东盟政府间人权委员会,2012年通过《东盟人权宣言》都是这一趋势的一个明显证明。

但《东盟人权宣言》的通过表明,东盟对 인권采取更为积极的政策并不必然意味着其迅速投向普遍人权观的怀抱。这不仅因为东盟内部仍然存在众多西方眼中的“威权”国家,而且还因为东盟大部分国家的政治、经济、文化、历史等因素确实决定了其不太可能完全屈从于西方的压力。在东盟国家中,除泰国外都曾遭受过西方的殖民统治,除新加坡外都仍属于发展中国家,此外东盟各国内部在政治制度、宗教信仰、经济发展程度方面也都存在巨大的差异,这些因素都决定了宽容对待各国差异、不干涉内政(包括不以人权为由干涉内政)成为其不可动摇的原则,即便东盟各国将来普遍实现了民主化,恐怕也很难一下让这种观念很快得到改变。

2009年东盟政府间人权委员会的建立与2012年《东盟人权宣言》的通过都标志着东盟往建立区域性人权机制迈出了重要一步。东盟政府间人权委员会的《2010-2015年工作计划》也承诺在《东盟人权宣言》通过之后要讨论制定《东盟人权公约》的可能性,因此东盟区域性人权机制将要向前进一步迈进已成为一个不可阻挡的趋势。对于东盟来说,非洲区域性人权机制的发展过程或许具有一定的借鉴意义。非洲人权机制在人权的集体主义色彩和实施机制较弱等方面与东盟具有一定的相似性,非洲国家之间存在的巨大差异性也与东盟有类似之处,因此非洲区域性人权机制的发展经验对东盟很有意义。非洲自1981年通过《非洲人权与民族权宪章》后在 인권实施机制发展方面长期进展缓慢,直到2006年才正式建立了较强有力的非洲人权与民族权法院。非洲的经验说明,初期未能建立强有力的人权机制并不一定会成为其发展的障碍,从长远看,东盟通过其固有的协商共识决策模式未来逐步发展出具有东盟特色的强有力区域人权保障机制(包括建立东盟人权法院)并非没有可能性。

然而,从短期看,东盟建立更加强有力的区域人权机制前景并不太乐观。从东盟政府间人权委员会的现有职权可以看出,东盟目前很明显还无意让这个人权委员会发挥区域人权监督者的角色。该委员会现在只负有人权倡导和教育功能,不仅不具有受理申诉和案件调查这类“硬”功能,而且其成员也都只是不具有独立性的政府代表,正因如此,有人甚至把该委员会形容为一个无法在人权保护方面真正发挥作用的“湿爆竹”而已。^[27] 现在东盟各国尽管在对待国际人权方面取得了长足进步,但总体而言,对于参与国际人权监督机制仍然非常不热心。这不仅体现在东盟各国中还有新加坡等四个成员国迄今未加入联合国两大核心公约,而且还体现在绝大部分国家都对国际人权个人申诉机制持排斥态度。在东南亚国家中,加入允许个人向人权事务委员会进行申诉的《公民权利和政治权利国际公约议定书》的只有菲律宾一个国家。不仅如此,东盟国家之间存在的超乎寻常的巨大差异(宗教信仰、政治制度、经济发展水平都存在极大差异)使得各国在人权问题上的态度差异也极为显著,在这种情况下,指望东盟能够在人权问题上迅速采取强有力的统一政策是不现实的,因此,东盟的区域性人权机制在相当一段时间内恐怕还不得不保持“只有舌头,没有牙齿”^[28]这样一种状态。

A Revival of the Asian Values on Human Rights? A Comment on ASEAN Declaration on Human Rights

Huang Jinrong

Abstract: The passage of the ASEAN Declaration on Human Rights marked an important step towards the political integration and the establishment of a sub-Asia human rights regime in ASEAN. While many provisions of human rights in the Declaration contravene the international human rights standards, it is quite congenial to the basic views of the Bangkok Declaration made by Asian Countries in 1993. The Asian Values manifested in the ASEAN Declaration on Human Rights have stirred up criticisms from international society. There is still a long way to go before ASEAN can establish a powerful regional human rights regime fully consistent with international standards, considering the extreme complexity within ASEAN countries and long term human rights policy ASEAN has insisted on.

Keywords: human rights; Asian values; ASEAN; regional human rights regime; international human rights standards

(责任编辑:刘馨)

[27] See Gino J. Naldi, *The ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights: A 'Damp Squib'?* 22 Sri Lanka JIL 1, 1 (2010).

[28] See Andrea Durbach, Catherine Renshaw & Andrew Byrnes, 'A Tongue but No Teeth?': *The Emergence of a Regional Human Rights Mechanism in the Asia Pacific Region*, 31 Sydney L. Rev. 211, 211 (June 2009).

重访司法能动主义

杨建军*

摘要:司法能动主义的发展重心经历了从“司法审查”到“权利保障”的转变,界定司法能动主义的标准也由单一趋向于多元。宣布其他机构的违宪行为无效、忽视或放弃司法先例、造法性司法、违反解释方法、结果导向的判决,是司法能动主义的主要表现形态。积极发现和回应社会现实需求并扩大权利救济,合理地控制政府权力,法官职业群体的中立性、超然地位和审慎反思性,是司法能动主义正当性的主要所在。面对反多数难题、自然法与个人偏好入侵司法等诸多质疑,司法能动主义需要合理确定自身的限度,坚守宪法边界,并审慎地展开自己的行动。

关键词:司法能动主义 司法审查 权利 反多数难题 宪法

过去 60 年,“司法能动主义”成为了一个用来批评法官行为的常用语,除了其显在的含义外,其含义是模糊的,它的起源也早已经被人们所忘掉。少有学者知道这一概念最初是什么时候产生的,为什么它会成为一个主流的概念,无论是反对者还是滥用者,很少有学者能清晰地解释该概念应当意味着什么。公众使用该概念来批评法官的行为,而多数学者则拒绝它,因为司法能动主义的概念变得越来越模糊和晦涩,越来越不清晰,充满了“混乱”。这是因为该概念的界定使用了不同的甚至是矛盾的方法,多数人对该词的使用也非常随意,很多学者和法官都在使用该概念,但是对它却不作任何界定,即便在学术领域,它也并不是一个被清晰界定的概念。对该概念的历史考察表明,从一开始它就不存在统一的界定。^[1]有人将之阐释为“推翻司法先例”;有人则理解为“司法侵入了立法过程”;有人解释是“通过解释法律或适用法律等方法的伪装而进行实质上的造法”;有的则用多维视角对该概念进行界定;而人们对该词最为简明的说明是,它是一个人们都不喜欢的概念。^[2]但具有讽刺意味的是,这一概念却成为了很多司法话语中的“台柱子”。

司法能动主义是发端于美国的一种司法哲学,但 20 世纪中期以来,司法能动主义在欧洲,亚洲的印度、韩国、日本、新加坡以及非洲的很多国家,甚至在 WTO 的法律适用中,都得到了广泛传播。近年来,这一司法哲学也对中国的司法实践、理论和发展走向产生了一定影响。但是,这一概念在中国被使用中,同样出现了认识和理解上的巨大分歧,甚至被部分滥用。而语言学理论告诉我们,概念的滥用容易导致概念的模糊,甚至意味着概念的死亡。今天,当讨论“能动司法”的话语渐趋平静之时,我们对“司法能动主义”这一学说进行理论上的清理,无疑可以获得钩沉稽古、正本清源之效。

* 西北政法大学教授,法学博士。本文系 2010 年度国家社科基金项目“司法能动与中国特色司法发展道路的探索”(10BFX050)的阶段性生活成果。

[1] Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, 92 Cal. L. Rev. 1441, 1442 - 1443 (2004); Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 Emory L. J. 1195, 1197 - 1198 (2009).

[2] Joseph A. Reinert, Esq., *The Myth of Judicial Activism*, 29 The Vt. B. J. 35 (Winter, 2003 - 2004).

一、司法能动主义发展的重心转移:从司法审查到权利保障

如果从其发端及发展历程来看,美国的司法能动主义大致可分为“旧”阶段与“新”阶段两个时期。“旧”阶段毫无疑问指的就是司法审查,即司法机关通过司法审查制约与监督公共权力、控制行政权力;“新”阶段的特征主要是,司法转而更加注重保障人们的自由和权利,尤其是更加注重对人身权利进行保护。可见,司法能动主义在不同时期的关注重点是不同的,初期主要是司法审查,发展到了后来才主要以“公民的权利保障”为主要关注点。

(一) 司法审查

以司法审查为主要特征的司法能动主义的哲学主张根植于西方的分权思想和英国司法独立的历史传统,此外,与美国开国者们的宪法设计理念以及司法制约立法等司法实践和民主政治的发展密切相关。尤其是,汉密尔顿对孟德斯鸠主张的继承和发展,对权力分立与制衡、司法独立以及宪法的监督实施等主张,为司法能动主义提供了更为坚实的理论支持。

从历史源头上来看,美国的司法审查制度可溯源于英国的法律至上、限制权力的宪法遗产和普通法法官解释法律的权利等传统。“美国的违宪审查制度是普通法的法律至上学说在美国发展的产物”。^[3]普通法强调法律理性、法律至上,否决国王超越国家法律的权力,最为典型的就科克大法官否决詹姆斯一世关于国王审理案件的请求。而柯克、布莱克斯通的著作,较大地影响了美国法律发展,因为很多美国的法官、律师,早期接受的都是他们的法学思想。柯克主张权力受制于理性,认为议会不能够既制定法律,又自己审查法律的合宪性。虽然柯克的思想在英国并没有获得主导地位,但是,柯克将人权和理性思想作为约束议会的主张却“墙里开花墙外香”,在美国的宪政理论和司法制度中扎下了根。^[4]

在美国制宪会议辩论期间,制宪者们,包括许多反对过宪法的人,都经常讨论司法机关通过对法律的解释来拥有“决定这些法律是否合宪的权力”,虽然他们看到了其中可能蕴含的司法权超越立法权的某种危险。而《联邦党人文集》第七十八篇对于司法审查权的辩护,成为了前马歇尔时代对司法审查问题进行辩护的最经典论述,该篇明确提出,“对政府施以限制的成文宪法在效力上必然要高于普通法律”,“解释法律是法院正当而特殊的领域”,“告诉人们法律是什么完全是司法部门的义务和领域”,从而确立了在宪法解释问题上的“司法至上性”;此外,汉密尔顿还强调宪法应当优于法律、人民的意图尤其是代理人的意图;汉密尔顿主张,法院可以将违背宪法精神之律令宣布为无效。^[5]宣布立法之无效之所以要由司法机关来完成,原因在于立法机关不可能自己宣布自身权力运行是否违宪,而法院则是人民与立法间之居间机关,法院的职权除了包括解释宪法和法律,还可以否决违背宪法之立法。而司法权否决立法,并非司法权高于立法权,而是以民权高于一切为其根据,故立法法规倘与民权之原意抵触,法官当可借后者之力量处理之,并且不会“影响政治系统之程序”;对法官也需有“故意侵夺立法权之虞”,因为为了防止这种情形的发生,宪法已经规定了众议院有提出弹劾案以及

[3] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2001年版,第8页。

[4] 同注3引书,第52页。

[5] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第393页;[美]汉密尔顿:《美国宪法原理》,严欣淇译,中国法制出版社2005年版,第114页。

参议院享有审判弹劾案的权力。^[6] 汉密尔顿提出的司法独立、司法约束立法和行政等思想,为司法审查制度提供了法律哲学的正当化奠基与论证,也成为了马伯里诉麦迪逊案件的基础,奠定和确立了司法审查作为宪法制度的核心原则。^[7] 美国联邦宪法虽然没有明确赋予联邦法院司法审查的权力,但是,宪法中隐含了法院据以确立司法审查权威的规定,新的司法机关的管辖权可以延伸到“根据宪法、美利坚合众国的法律和条件所产生的……所有案件”。作为汉密尔顿主义的继承者马歇尔则在马伯里诉麦迪逊案件中,将司法权扩张到了“在普通法和衡平法中基于宪法而产生的案件”,以及基于联邦法和联邦条约而产生的案件,并提出不按照美国宪法制定出来的法律是无效的法律的主张。^[8]

在美国,司法宣告立法违宪的实践最早可以追溯到1761年的莱奇米尔案,针对该案,詹姆斯·奥蒂斯(James Otis)提出了司法废止违宪立法的论辩。^[9] 而在美国独立战争期间,尤其是1780-1787年间,很多州的案件,都经历了司法权直接就合宪性作出裁判的情形。^[10] 因为在美国独立战争和马伯里诉麦迪逊案以前,各州法院至少在20个案件中行使了司法审查权,而在美国联邦宪法生效后,联邦最高法院运作不久,很多联邦法官就肯定了司法审查权,最为著名的就是18世纪90年代的韦尔诉希尔顿案,该案维护了对州法律的司法审查权,也成为了通往马伯里诉麦迪逊案的重要一步。可见,司法审查实际上是美国司法的一个重要传统。美国法院最初处于非常弱势的地位,毫无疑问,正是马伯里诉麦迪逊案,使得司法审查理念转变成了有效的宪法实践,确立了最高法院对国会立法的合宪性进行审查的权力,提升了联邦最高法院在国家中的地位。在该案中,马歇尔法官明确宣布,审查合宪性的权力,不可避免地源自于司法机关判断法律的职责。^[11] 此外,针对各州立法的司法审查,也构成了美国宪法司法审查的重要内容。为了使州法院的判决与美国的宪法和法律保持一致,马歇尔法院在“马丁诉亨特承租人案”和“科恩兄弟诉弗吉尼亚州案”这两个案件中,确立了最高法院对州法院判决的上诉管辖权,这样在美国,无论是国家或者是州法律,都需要经过联邦最高法院的合宪性审查。当然,宪法解释中的司法至上性,遭到过杰斐逊和吉布森等人的“立法至上”和“同级审查”主张的反对。^[12]

早期的司法审查既包括审查特定行为是否违宪,也包括“法律虽然与宪法相符但是与自然正义相悖”的情形,当然,后来第二种形式慢慢消失了。逐步地,对实质权利的保障、依据美国宪法第十四条修正案中关于禁止各州不经正当程序剥夺公民权利等规定(即正当程序条款),成为了1890-1937年间最高法院推翻联邦和州经济法规的重要依据。最为典型的的就是1905年的洛克纳诉纽约州案(Lochner v. New York),针对纽约州关于“禁止在面包房里工作时间每周超过60小时”的规定,最高法

[6] [美]汉密尔顿:《美国宪法原理》,严欣淇译,中国法制出版社2005年版,第116、127页。

[7] [美]施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海、柯琳、石明磊译,中国政法大学出版社2005年版,第10-13页。

[8] [美]沃尔夫:《司法能动主义》,黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,第19页。

[9] 奥蒂斯主张,“关于议会法案,违反宪法的法案是无效的;违反自然公平的法案是无效的;如果议会的法案是用请求的方式写就的,也是无效的……最高法院必须废止这样的法案”。正如格雷大法官所说,奥蒂斯“否认议会是它自己法案之公正与合宪性的最终裁决者;……法律的有效性必须由法院进行判定;因而就预示了美国宪法的原则,即宣布危险的法律无效是司法机关的职责”。参见注7引书,第4页。

[10] 同注7引书,第5-9页。

[11] 同注7引书,第23-25、43、46页。当然,早期的司法审查权不是一项明示的权力,而是从法官判案的基本任务中延伸出来的一项默示权力——属于一种温和的司法审查。参见注8引书,第22页。

[12] 同注8引书,第20页,第47-48页。

院以该法律违背了正当程序条款保护的“契约自由”而否决了该法律。^[13] 统计表明,在联邦最高法院建立后的 200 多年历史中,联邦最高法院共计宣布 135 项国会立法违宪。^[14]

司法能动主义由司法审查向以权利保护为重点的转型是随着自由市场经济观念向国家调控市场的理念转变而完成的。随着时代的发展,霍姆斯、布兰代斯等人奉行实用主义哲学,主张使法律成为改革的工具、法律应当随着社会的变化而变化,而发生在 1937 年的美国“宪法革命”,则直接促成了美国司法的大转折。在司法逐步转变为对新政立法理念的认同、支持下,联邦最高法院在“西海岸旅馆诉帕里什案”中,以 5:4 的结果裁决州立法合宪,从而支持了州的最低工资立法。^[15] 比较发现,1937 年前美国的司法观念虽然存在很多反复,但是关键的价值则是保护契约自由、反对政府干预,法院常常据此价值原则与新政唱对台戏,以契约自由、正当程序等为借口不断否决新政立法。“西海岸旅馆诉帕里什案”后,法院在经济、司法哲学上已逐步从崇尚绝对“经济自由”向“自由限制”转型,不再固守自由不受限制的理念,表现出了与新政合作的态度,联邦法院开始逐步支持新政的福利立法和劳工立法。新政后期,美国法院开始将司法能动工作的重心逐步转向了民权保护、种族平等、言论自由等领域,而这也为 20 世纪 60 年代以权利保护为重心的司法能动主义的发展奠定了深厚基础。

(二)对自由和权利的保护

现代的司法能动主义,源于对少数人权利的保护。“保护少数”的观念诞生于 19 世纪,最初源自于少数国家的政治过程,并且在凡尔赛和平条约和大会之后得到扩展。初期运用于国际协议中的“少数者”的概念,包含了“种族的、语言的或者是宗教的少数”。保护“少数”的观念是随着司法承认而快速增长的,斯通 1932 年写道,保护少数者是战后国际司法的贡献,因为到了 20 世纪 30 年代,“少数者”已经成为了一个可以被接受的概念,并且成为了国际法的一个含义。^[16] 而二战前后德国、俄国和其他地区出现的警察国家以及种族主义政策,尤其是二战之中多数者对于少数者如犹太人的迫害和屠杀,使得人们对极权、种族歧视更加厌恶,而民权、权利表达、种族平等等问题在二战后则受到了国际社会越来越多的关注。而“犹太问题”、“黑人问题”等表明,通过立法而建立起来的既有政治系统,在哲学价值基础上是存在漏洞和缺陷的,也表明“少数者”的问题是历史、信仰、行为之间以及其他各种问题交织的结果。^[17]

保障人权虽然是美国宪政设计者早在《人权宣言》中就赋予公权力机关的基本职责,但“少数者”在美国国内立法和司法中获得确认的过程却是逐步的。表面看来,1937 年前法院主要关注的是经济问题,仅仅是 1937 年之后,权利问题才受到了司法的关注。但实际上,“公民权利”,即人作为人而不是经济动物的自由问题的关键所在,在 1937 年前就已经被法院顾及到了,并且成为了未来司法的主题。但是在民权领域,联邦最高法院在相当长的时间内都无法限制各州,而民权类案件也很少进入最高法院。一战以来,一系列侵犯公民权利和表达自由的联邦法律的出现,将权利保护问题推到了司法

[13] 同注 8 引书,第 28 页,第 29-30 页。

[14] 任东来:《美国宪政历程:影响美国的 25 个司法大案》,中国法制出版社 2004 年版,“前言”。

[15] 毕竟悦:“改革中的法院与法院的改革”,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第 3 辑),法律出版社 2005 年版,第 198-199 页。

[16] Robert M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, 91 Yale L. J. 1287, 1297-1298 (1982).

[17] *Id.*

部门面前。从1919年的申克案^[18]起,损害表达自由而上诉到联邦最高法院的案件持续增多,与此同时,此前一直被人们认为各州不受《权利法案》规制的主张,也已经被改变。不过,虽然此前人们注意到了对少数者权利的保护,但是,关于司法对少数人和他们权利的清晰保护则一直等到1937-1938年的宪法重建。早在美国新政时期,联邦中央就规定如果出台项目,需要对于各种计划和不同州不同地区的不同种族的相互影响予以特别关注。在一些计划中,比如在民间资源保护中,联邦就默认了很多当地的模式;而在国家青年管理项目中,一项持续的努力则致力于影响当地人进行平等对待。^[19]总之,1937年后,在美国国内民权意识高涨的时代潮流下,更加关注公民权利、表达自由和种族平等,就必然成为了联邦最高法院顺应国际、国内潮流并作出选择的价值所在。^[20]现代法治和宪法建立的一个基本原则,就是选举制和“多数决”的民主制。但是,当多数主义成为宪法的主流观点的时候,包括宗教的、种族的、民族的、人种的“少数”就成为了斯通法官宪法注释四所述的司法保护的特别目标。^[21]在美国,司法能动主义是在“保护少数”与美国权利法案的结合下不断发展的。在美国建立初期,联邦政府很少对人权进行干预,内战后,联邦宪法中增加了对州权利的限制,对人权的保护也增加了“正当程序”和“平等保护”条款。从20世纪前半期,法院开始从过去强调财产权利转变为强调人身权利,为权利法案赋予实质性的、对各州具有约束力的权利内容。^[22]

1937年后的美国司法之所以能够将重点转向权利保护、公民自由,与1937年前后的美国国内的司法内在转变有关。从司法的使命来看,美国的联邦最高法院曾经关注过“联邦-州”、“工商业-政府”等问题并且成功解决,而现在,则必须更多地关注“个人-政府”之间的关系了。因此,最高法院的重点从保护经济自由转向保护表达自由和公平审讯等权利的保护,民权问题的显现就成为了美国司法发展的必然逻辑重心。^[23]例如:(1)1943年的“弗吉尼亚州诉巴尼特案”,法院裁决不能强迫教徒向国旗敬礼,因为法院认识到了忠诚是靠“赢得的”而非“强迫的”。^[24](2)日侨疏散案。在1944年的远藤单方诉讼案中,最高法院判令将八名日裔美国人从重新安置中心释放出来,理由是,尽管最初的军事需要证明疏散是正当的,但这种需要在珍珠港事件三年后已不复存在,因而判决使远藤得到了法院的人身保护令。^[25](3)而曾“幽灵”般笼罩美国的麦卡锡主义(McCarthyism)在当时,就遭到过敏锐的法官如道格拉斯大法官公开发表文章的质疑,因为它缩小了人们自由讨论的公共空间。^[26]正如科温(Corwin)教授提出的,新政废除对财产的“自由”保障以后,法院就转而“支持人们自由思想的价值,自

[18] 该案事实是,1919年,当事人申克因为向被征兵者邮寄反征兵的小册子,被以违反联邦《1917年反间谍法》而处罚。而当事人则认为自己有权散发小册子,因为这是宪法第一修正案赋予的公民权利。针对这一情形,霍姆斯则主张,宪法并不保护造成现实危险的言论。参见[美]麦克洛斯基:《美国最高法院》,任东来、孙雯、胡晓进译,中国政法大学出版社2005年版,第137页。

[19] Cover, *supra* note 16, at 1295-1296, 1298-1299.

[20] 同注18引书,第144-145页。

[21] Cover, *supra* note 16, at 1294.

[22] [美]施瓦茨:《美国法律史》,王军译,法律出版社2011年版,第149-151页。

[23] 同注18引书,第135-139页、第144页。

[24] [美]鲍威:《沃伦法院与美国政治》,欧树军译,中国政法大学出版社2005年版,第9-10页。

[25] 同注7引书,第274-275页。

[26] 相关论述请参见[美]曼彻斯特:《光荣与梦想——1932-1972年美国社会实录》(上),广州外国语学院英美问题研究室翻译组、朱协译,海南出版社、三环出版社2004年版,第491-501页;王希:“麦卡锡主义的闹剧与悲剧”,载《读书》2000年第11期,第20-28页;张威:“光荣与梦想的终结:美国‘中国通’记者的命运及麦卡锡主义”,载《新闻与传播研究》第2006年第4期,第18-27页。

由言论和公平竞争”。^[27]

注重保护权利和自由,也是美国司法职业群体合力推进的结果。如,斯通法官从马歇尔、霍姆斯、布兰代斯、休斯等法官的论述中,发现了支撑新样态的司法能动主义的原则。马歇尔认为,纠正自由政府,不能靠政治过程,而要靠加强司法;霍姆斯法官则深信“自由观点交流”,主张“在涉及公民权利的案件问题时,法官不能太严格地固守于司法克制主义的教条”;布兰代斯引证说美国政府的基本原则是“自由地想,自由地说”;休斯法官则认为人权法案可以阻止“激情和偏见”、防止破坏民主,提出法律保护少数人的基本的权利,是为了拯救民主统治,防止权力运作伤及自身。此外,作为首席大法官,休斯领导了一个能够按照他的主张行动的法院,促进了对权利、自由言论和出版等公民权利的保护。^[28]

总之,在一系列的社会背景和历史逻辑的推进下,言论、出版、宗教自由、少数民族、刑事被告和个人在受立法和行政调查时享有的权利,都在法院的关心下被提了出来。尤其是在沃伦法院时期,在人身保护方面取得了三项重要成就:(1)接受了人权保护的优先地位说;(2)发展了人权法案保障权利对各州有约束力的倾向;(3)扩大了权利保护的实体内容。^[29]当然,沃伦法院时期和先前是不完全相同的。如,1890-1937年间,保护的首先是财产权和合同权利。沃伦法院则偏爱另一种自由——人权和人的尊严。^[30]在美国,布朗诉教育委员会案件虽然也曾对司法的目标主义提出了批评,但到了1964年,议会和总统加入了对种族隔离的反对争论者阵营中,因而支持黑人利益和权利的司法能动主义者,就不再会遇到它曾经遇到的问题了。而沃伦之后,无论是伯格法院或者是伦奎斯特法院,在扩大对民众的自由权利保护和平等方面,同样给与了高度关注。^[31]

二、界定司法能动主义的标准:单一与多元

在对“司法能动主义”的界定中,存在单一标准与多元标准的不同主张。

一些研究者主张用单一的标准来界定司法能动主义,但即便是持单一标准者,也有以下不同的主张:(1)第一种单一标准是“否决或者改变法律”。这是一种传统视角对司法能动主义的界定,最为典型的是波斯纳,他主张以司法对其他机关的否决权的行使为标准,即当法官推翻或者改变既有法律或者行政行为的时候,该行为就可以被界定为能动的。(2)第二种单一标准以应对社会问题为视角,主张以司法中夸张的修辞或附带意见来表达司法意见,以图解决社会政策问题,或扩张司法权限,超出法律规定实现对社会纠纷的解决。(3)第三种单一标准以“司法造法”为标准,认为司法造法是另一种对法律的改变。(4)第四种单一标准是在司法中作价值判断,即法官关注司法中的价值内容,运用法官自身的价值立场来进行裁决。^[32]在传统司法中,能动主义法官指那些改变既存法的人,他们将判决建立在高度的伦理道德上以解决社会问题和争执,扩张司法权限,以支撑他们的判决或者附随意

[27] Alpheus Thomas Mason, *Judicial Activism: Old and New*, 55(3) Va. L. Rev. 394 (1969).

[28] *Id.* at 403-404, 398.

[29] 同注22引书,第197页。

[30] Mason, *supra* note 27, at 398.

[31] 同注8引书,第41页。

[32] Margit Cohn & Mordechai Kremnitzer, *Judicial Activism: A Multidimensional Model*, 18 Can. J. L. & Juris. 333, 338 (2005).

见,即当司法者改变、偏离或者扩张了宪法的核心价值^[33]的时候,就可以被视为“司法能动主义者”。

运用单一标准来界定“司法能动主义”是一种容易理解的视角,但批评者认为运用单一标准来界定司法能动主义几无可能,因而主张用复杂的维度来进行评价。^[34]例如,有学者提出用17个参数作为检测司法能动主义的标准:(1)违背先例、创造法律、在多种可能中选择了激烈的变革方式而作出判决,司法缺乏稳定性;(2)法院作出的解释与语义解释、原初含义相矛盾,通常,运用目的解释就比运用原初解释更为能动;(3)法庭卷入了民主立法和政策制定过程,推翻既有立法,自己创立政策,就表明其更为能动;(4)法院在法律推理的时候,更多运用实质推理,作出实质(公正)的判决;(5)起始点的司法能动,即忽视令状、忽视最初的界限,如稳定、公正、良心等;(6)扩张了司法范围、领域,即扩张了司法权;(7)判决中使用了高度的实质价值性修辞;(8)通过宽泛的附带意见,实现法官对社会、政治变革的主动参与;(9)广泛地依据比较法资源进行判决;(10)法院不仅解决争议,还通过补充意见,发挥他们超越纠纷解决的功能;(11)法庭创立的规则不限于单个案件,而是适用于了广泛的领域;(12)司法判决的基础并不惟一、清晰,依据的规则模糊、复杂、自相矛盾、有漏洞,或法官偏离社会多数意见判决;(13)立法机关是确认或是拒绝了判决,立法机关认为判决无效、与法律相矛盾,因而迅速地废除某判决,则表明判决是能动的;(14)行政机关的反应,即行政机关对判决蔑视或者最终不尊重,即表明司法可能是能动的;(15)司法机关的反应,即判决很快被后来的判决所推翻,则前一判决能动的可能性就较高;(16)公众的反应,即判决如果招致了公众意见、媒体、非政府组织、专业机构及其他社会成员强烈的集中批评,该判决就可能是能动的;(17)不尊重尊严、自由、平等核心价值,相反进行了广泛的价值判断。^[35]

由于很难选取任何一个单一标准来完全涵盖司法能动主义一词所指涉的所有相关含义,因而试图界定“司法能动主义”是存在很大困难的。但是,在一定意义上再现该概念的组成部分,尤其通常的实质共性则还是可能的。有学者提出了“一种可操作的界定”,即主张司法能动可以通过案例结果来测量,认为每个案例可以被编纂为“能动”或者“非能动”的。具体可以参照两个基本标准:其一,司法对其他政府部门不尊重。如,以宪法为基础,通过司法审查,法院拒绝尊重、解释或者适用立法,宣布立法或者行政行为无效,或者是司法撤销政府政策,出现了司法“对其他部门不尊重”的情形,并作出了“实质的判断”。其二,案例中超越、不认同或者是抛弃先例,对司法先例不尊重,不照章办事。在此需要澄清的是,推翻下级法院的判决,并不涵盖在这一定义中。推翻下级法院的判决可能会被视为“司法能动”的一种形式,但却不属于“政策上的实质能动”。而只有推翻了先例,才可能被归为“能动”的司法。如果人们发现法院仅仅是在应用、解释、修正、限制或者扩张现有法律,而对于案例是否创造新法,或者是简单解释,或者是创造的新法有争议,那么就不能够被简单地划分为“能动的”判决。任何案件,如果不符合上述两条中的任何一条,就属于“非能动主义者”。当然,多数的能动主义案件,涉及的是对政府行为的诉讼(如侵权与合同法),而依据宪法创立规则,同时依据创立的规则推翻先例

[33] *Id.* at 340-341.

[34] 如何理解、衡量、判断和界定司法能动主义?布拉德利·坎农(Bradley Canon)总结了传统上界定司法能动主义的六维结合理论:(1)背离多数主义,即通过民主过程完成的立法,被司法机关所忽视;(2)背离解释的稳定性,致使早期的判决、原理和解释被改变;(3)偏离解释的精确性,使得宪法条文与草案清楚的目的自相矛盾,或与语义相矛盾;(4)司法影响了立法政策的最终决定,背离民主立法的目的;(5)司法判决创立政策,反对给其他个人或机构留下自由裁量的空间;(6)政策选择的实用性,通过司法判决取代了其他机构的考虑。See Cohn & Kremnitzer, *supra* note 32, at 339.

[35] *Id.* at 341-353.

的情形并不常见。^[36]

应当注意到,“司法能动主义”一词在现实生活中可能并没有一个完全固定的所指。(1)不同法院的能动程度是不同的。如果把“非能动主义”标注为0,而把简单的能动主义标注为1,依据宪法创立规则并且依据规则推翻先例被标注为2,那么通过测试所有法院的能动水平就可以发现,不同法院的能动主义水平是从0(反映的是限制或者是非能动)到2之间波动的。^[37](2)存在表达与实践分离的情形。最好的例子就是,布什诉戈尔案,被广泛视为一个司法能动的先例。很多法官参与了该案,但他们却声称自己是一个司法克制主义者。^[38]因而,司法判决可以同时是能动与克制的——法院可能在口头上否决某种司法观点,但在行动上可能却在做。(3)法官的能动性本身是飘逸的、随时变动的。同一法官在有的案件中是能动的,而在有的案件中则是克制的。^[39]如,伦奎斯特法院可能在维护联邦主义上是能动的,而在社会问题上则是消极的。^[40](4)司法能动主义的哲学,既可能通过司法限制立法或者政府行为表现出来,也可能通过支持立法或者行政行为表现出来。“法院既可能因为削减了政府权力(如马伯里案),也可能因为扩张政府权力(如麦克洛和吉本斯案)而遭受激烈的批评”。^[41]如施莱辛格(Schlesinger)所言,有时候,联邦法院会因为支持社会变化而备受责备,而其他时候,其做法则相反;有时候支持经济利益,另一些时候则相反;有时候导致了太多的立法无效,而有时候很少这样做。^[42](5)很多评论者认为,司法能动主义并没有很清晰的类型,因此,对司法哲学作清晰二分其实是不合适的、简单化的。^[43]因为很多时候,司法中的“能动”与“克制”的确是一个统一体,很难完全清晰界分,在所谓的司法克制中,也难以完全排除能动的成分。

三、司法能动主义的多样表现形态

虽然难以就概念内涵达成完全精确化的一致认识,但是,这并不妨碍人们对司法能动主义基本形态的把握。有学者通过对高级法院和初级法院的案例考察,认为司法能动一词具有五种主要形态,即宣布其他机构的违宪行为无效;放弃先例;立法性司法;抛弃解释的方法;结果导向的判决。^[44]

其一,否决其他机构的违宪行为。当法律和宪法发生冲突的时候,法庭必须决定,是适用法律而推翻宪法,或者是适用宪法而搁置法律。在具体案件中,司法在处理政治纷争中推翻宪法,破坏立法的基础,对立法进行否决时,就是典型的司法能动。司法能动主义者认为司法机关之所以要推翻立法,是因为立法机关不可能自己否决自己的立法,并认为,如果司法机关不介入,就违背了宪法的精神和目的。当然,施莱辛格(Schlesinger)在此过程中,洞察到了司法能动对民主的威胁,所以他最终认同的是在公民自由案件中,仅能够适度地发挥“司法能动”。^[45]

[36] John Patrick Hagan, *Patterns of Activism on State Supreme Courts*, 18 *Publius* 97, 99, 100, 102 (Winter 1988).

[37] *Id.* at 101.

[38] Reinert, Esq., *supra* note 2, at 37.

[39] Cohn, *supra* note 32, at 338.

[40] Kmiec, *supra* note 1, at 1455.

[41] Green, *supra* note 1, at 1216.

[42] *Id.* at 1216.

[43] Hagan, *supra* note 36, at 101.

[44] Kmiec, *supra* note 1, at 1454.

[45] Kmiec, *supra* note 1, at 1449.

其二,忽视、无视或者放弃司法先例。虽然先例在保持法律确定性和统一性方面具有重要的作用,但是赋予法院否决过时先例的灵活性,同样可以促进法律的稳定与统一。^[46]因而,推翻先例,是司法固有的能动属性,这不是因为司法要追求内容创新或者是实质判断,而是因为司法需要固守司法底线,需要通过既有规则作出限制或者进行范围的扩张来适应社会发展。因而,陈旧的或者过时的先例,就可以通过限制或操作性的解释而被避开。但现有先例无论是被非明确推翻或者是创造先例而被超越,进而司法通过创立政策进行立法,都是司法能动的特征。^[47]当然,在这里还需要区分“垂直先例”和“水平先例”,如果下级法院不遵守最高法院的“垂直先例”,则完全可被视为司法能动。而不遵守“水平先例”的问题很复杂,“水平先例”要求一个法院在类似案件中遵守本法院的先前判例,因而,一些法律人如布伦纳法官(Brennan)、史蒂文斯(Stevens)就认为,如果法官不遵守“水平先例”,就属于司法能动;但是有的学者如加里·劳森(Gary Lawson)则不如此认识,他认为法官虽然推翻了先例,但在实质上可能与宪法的含义保持了一致,因而不能认为推翻水平先例就是能动的。当然,法院对待先例的态度也会因为先例的来源不同而有所区别。(1)联邦最高法院往往倾向于遵从普通法先例,因为它觉得初审法院处于改变普通法先例的更好位置。(2)宪法先例在实践中并没有被充分遵守,这是因为立法机关“修改宪法的难度使得法院不得不将改变过时的宪法教条作为惟一有效的途径”。(3)成文法先例经常被视为最正确。原因在于,一旦法院解释了法律法规,则该解释就成为了法律法规的组成部分,所以,推翻早期的意见几乎和重写法规一样,而这显然是立法机关的事情。可见,人们对待普通法、宪法和成文法先例的方式并不完全一样。但是问题也变得越来越复杂,因为宪法案例、成文法案例变得越来越像普通法。^[48]

其三,司法造法,即造法性司法。司法造法的历史和普通法的历史一样久远,因为即便无法律,法官也得判决,而法律往往存在空白,因而,法官造法填补立法空白就是必然的。^[49]当民主和寻常法治不能够得到宪法所要求的结果的时候,当民众不能够依靠议会、总统这类民选机构发挥作用的时候,只能依靠法院。史蒂文斯认为,在判决中如果司法的副产品是立法,法官则就是能动的。虽然道格拉斯基于分权理论反对司法造法,不过,沃伦法院的很多判决却被人们所接受,如米兰达诉亚利桑那州案即是典范,米兰达案的判决表明,无论司法能动与否,最为关键的是要作出“好的判决”。^[50]

其四,抛弃或违反解释方法。原旨的解释主义者承认宪法有一个起草者“给定的、确定的含义”,认为法律解释应以追求立法者“给定的”含义和“探究镶嵌在宪法中的原则”^[51]为基本目标,并且将解释法律视为法院基本的、正当的角色。总之,法官解释法律时释放出来的意旨应当是“宪法”的意旨而不能是自己的意旨,法院的解释也仅仅只能是为了审判某一单个的案件,法院的解释本身,并不具有特殊的权威,这是原旨主义者认定的解释宪法的基本规则。不过到了后来,法律解释就不再是为了寻找一个固定立法者既存的给定的含义,而是要进行创造,尤其是19世纪以后。如,美国学者米勒(Miller)和墨菲(Walter Murphy)认为,要想有一个“好”的宪法,“道德”的宪法,宪法解释就必须超越

[46] 同注8引书,第2-3页。

[47] Hagan, *supra* note 36, at 98, 99.

[48] Kmiec, *supra* note 1, at 1466-1469.

[49] John Paul Stevens, *The Meaning of Judicial Activism*, 25 CBA Rec. 42, 43 (May 2011).

[50] Kmiec, *supra* note 1, at 1473.

[51] C. Herman Prithett, *Prudential Judgment and Judicial Review*, 48(3) *The Review of Politics* 467 (1986).

到宪法之外。^[52]

其五,结果导向的判决。无论是为了实现某种政治目的、迎合社会势力的偏好,或者是为了使判决取得良好的社会影响、实现判决结果的公正,都体现了司法具有的结果主义导向的特征。结果导向的判决主张,实际上是社会学法学的一种观点,是对既往的法律形式主义的一种矫正和解构,具有法律实用主义的特色。社会学法学认为,法律并非由自身决定,也并非在高阶规范和原则的基础上被决定,而是由其与社会的关系所决定的。^[53]如庞德就把司法作为一种工具,认为司法创造性因素决定于法律或者法律学理之外的东西,如各种社会政策、社会压力、政治要素或者经济命令,等等。^[54]麦考密克则提出了后果主义的论证方式,而波斯纳也承认结果导向在很大意义上是的确存在的,认为法官的恰当目标应当是为了获得一个合乎情理的结果,因而波斯纳赞同对法律过程作一种“功能性的、充满政策性的、非法条主义的、自然主义的并且是怀疑主义但又决不是玩世不恭的理解”,一言以蔽之,波斯纳赞同的是一种实用主义的法理学。^[55]“结果导向”的司法主张甚至质疑制宪者意图的客观性、可探知性以及语言的确定性,认为,由于社会的变迁,解释者在解释过程中,掺杂自己的主观意图就是不可避免的,解释者超越立宪者意图也是必然的。而且在结果导向的司法能动主义者看来,与其他因素相比较,立法者意图也没有那么重要。^[56]法律技巧、模糊的先例、法条的变化等等是变化如此之广,并且,司法中也不存在“惟一正确的答案”,因而,聪明的法官必然会明白,政治选择在司法中是不可避免的,所以,司法必须关注社会结果。^[57]结果导向的司法判决的理论依据在于,任何立法都是抽象的一般性规定,但是,立法无法预测未来社会的一切发展,法官也无法用过去制定的法律来解释当下的案件,因而通过司法权的创造性运用弥补立法的不足,以满足当下的判决就是必要的。^[58]如,布什诉戈尔案、罗伊诉韦德案中的法院都是能动的,因为法官们抛弃了先例、造法性地进行了司法,遵循结果导向而完成了司法。

四、司法能动主义哲学理论的合理性

笔者以下对司法能动主义哲学理论的合理性作出具体分析。

其一,积极发现和回应社会现实需求,促进司法良好结果的实现,这既是能动司法的正当性所在,也是司法内在性质的要求。原本,奠基于概念法学的司法哲学主张法官应当严格依据立法者建立的规则体系进行司法裁断,认为司法者的角色不过是再现立法者的旨意。但是,法律语言的空缺、开放性、流变性等原因,决定了解释者必须去发现时代赋予法律的涵义,而不可能仅仅固守法律的原初含义。尤其是,在社会急剧转型的进程中,司法裁判的方式也必然会出现重大转型,即法官不再仅仅是“判断”和“解释”法律,而需要结合时代的精神去发现、阐释或者创立法律规则,以回应社会的需要。如,霍姆斯法官关于“法律发展的关键的因素就是对社会政策(即什么是对社会最好的)的考虑。

[52] Gray L. McDowell, *Judicial Activism and Reasonable Doubt*, 46(2) *The Review of Politics* 310 (1984).

[53] [德]尼古拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海世纪出版集团2013年版,第62页。

[54] [英]罗杰·科特瑞尔:《法理学的政治分析——法律哲学批判导论》,张笑宇译,北京大学出版社2013年版,第158页。

[55] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第34-35页。

[56] 同注8引书,第4页。

[57] Kmiec, *supra* note 1, at 1447.

[58] 李辉:《司法能动主义》,中国法制出版社2012年版,第98页。

在填补法律的‘空隙’或漏洞这一点上,审判与立法没有区别,不同的只是形式”。^[59]而卡多佐也表达了类似的观点,卡多佐生活的时代是一个美国工业化、城市化高速发展的转型时期,关注社会需求和时代需要以及公共政策,是卡多佐秉持的基本司法哲学观。在卡多佐看来,当时的时代,“只有很少的规则非常确定”,而普通法的哲学就是“实用主义的哲学”,因此,法官必须保持“在普通法的空隙界限之内来进行法官实施的创新”;法官和立法者一样,都要选择“适合目的原则”,依据“理性和正义宣告法律”、寻求“当代的道德”都是法官的义务。法律的客观标准不是任意的,而是“逻辑、历史、习惯、效用以及为人们接受的正确行为标准是一些独自或共同影响法律进步的力量”。法官必须要像立法者那样进行利益衡量,价值判断,“他只是在空白处立法,他填补着法律中的空白地带”。^[60]可见,霍姆斯、卡多佐等学者的司法观,实际上是主张法官要立足于时代需要、促进裁判结果的正当性的一种司法观。这一主张在实践中最为典型的表现是,在自由资本主义时期,随着经济关系的发展和变化,法官们不断通过新的宪法解释去适应时代发展的需要,矫正市场的缺陷与不足。^[61]如,在20世纪中期的布朗诉教育委员会案件中,法院最终推翻了“隔离但平等”的原则,依据的就不是什么历史依据或者宪法的原初含义,而是“社会学证据”,而布朗案则给法院这样一种自信,“即法院实际上也可以以一种获得大部分美国人认可的方式推动重要的社会变革”。^[62]选择和确立良好的公共政策,这才是符合法律基本原则和精神的做法,而促进社会良好结果的实现也正是司法能动主义最为有力的自我辩护和高度正当性的自我证明。

其二,扩大权利救济,凸显权利保护,是司法能动主义顺应时代发展潮流和社会运行内在逻辑而作出的妥当选择。司法能动主义关注社会不公,主张通过司法救济,扩大权利保护,促进社会平等。为了获得正义的裁判结果,司法能动主义者认为应当减少程序上的障碍,因为程序仅仅是一个工具,因此,不能够让程序挡住实质正义实现的道路。针对政府和立法行为,能动主义者秉持的是“怀疑”主义,而不是假定立法或者政府行为的合宪性。能动主义者主张通过审查,让政府或者立法者为自己的行为合法性承担举证责任。就法院管辖范围而言,能动主义者主张宽泛的司法救济权,尤其以解决公民个人权利和政府权力的争议为使命。如,司法能动主义很好地通过布朗案等为民主目的和正义的实现作出了贡献;实现了对公民权利尤其是言论和宗教方面不受欢迎的少数群体的自由的保护;废除了代表权不平等的选区划分;很好地保护了犯罪嫌疑人、罪犯的权利以及公民的隐私权,根除了刑讯逼供,创立了米兰达规则;建立起了理性死刑制度,将死刑限于最严重的犯罪;否决了政府对那些完全属于人身性和私人领域领域的干预,如避孕与堕胎等。^[63]

其三,司法能动主义是适度控制政府权力的必要而合理的“辅助性预防措施”。既保障政府的统治能力,又控制政府行为,是美国立宪主义者认为联邦国家建立时面临的最重要问题,而控制政府除了依靠人民,还需要一些“辅助的手段”。^[64]而最合理的“辅助手段”,就是通过司法对行政行为的审查、监督和校正,为此,司法能动主义的存在就具有了更大的正当性。

[59] 转引自注8引书,第33页。霍姆斯于1902-1932年任美国联邦最高法院法官。

[60] [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2002年版,“译序”,第60-70页。

[61] 如“马勒诉俄勒冈州”案,最终法院支持了俄勒冈州关于限制纺织工厂工作时间的立法,实际上就是对社会发展趋势的一种很好把握。

[62] 同注8引书,第40页。

[63] 同注8引书,第5-6、123-128页。

[64] 同注8引书,第9-11页。其他辅助性手段,地方与中央分权;中央的内部分权。

其四,推崇法官能动地进行司法的合理性还在于,法官职业群体具有很多特殊的能力和优势,如:法院比各种政治机构尤其是立法机关更少犯错误;法官接受过良好的法律职业教育,对政治问题有着更深刻的理解;法官不受或者很少受政治压力的影响,比起立法者来说,更加中立,而无须为某个单一的选民群体辩护;超然的地位和法官的职业性质决定了法官可以而且必须进行更多的、审慎的反思。^[65]

此外,司法能动主义可以最大限度地实现个案正义、填补立法的不足、实现法律与社会发展的平衡统一、积累立法经验,等等。^[66]

五、对司法能动主义的质疑及其回应

探究和审视司法能动主义哲学观,必须注意到学界对其的批评。20世纪以前,学者们主要争论的是“立法性司法”,法官创立法律。如布莱克斯通偏好司法造法,认为它是普通法最为突出的特征;而边沁则认为司法造法侵犯了立法的功能,会使司法成为一个“把戏”或无耻的“谬论”;到了 Loncher 时代,学者们激烈批评司法造法,甚至攻击法院偏向商业利益、破坏社会立法,因而违反了正当程序。^[67] 司法能动主义之所以被常常批评或者贬低,很多时候是因为它推翻了立法和先例,法官用自己的观点建立了规则。^[68] 此外,批评者对司法能动主义提出的以下质疑,也需要司法能动主义的倡导者、支持者认真回答:

其一,司法能动主义是个“大杂烩”。批评者指出,司法能动主义一词的含义包括:(1)任何严重的司法错误;(2)争议的、不受欢迎的结果;(3)使立法无效的判决;(4)多种因素的大杂烩。虽然很多人接受了使立法无效即为“司法能动”的观点,但是大杂烩式的司法能动在今天仍然普遍存在,即使用该概念的人往往会自己去界定概念,根据自身的需要向概念注入含义。因而,司法能动主义成为了各种含义的杂交种,可以是上述所论指的任何一种,或者是所有上述各种含义的复合体。

当然,需要特别注意的是:(1)司法“错误”不等同于“司法能动”。因为当法院误读了立法、忽略了先例、拙劣地推理、弄错了事实,并且如果司法错误是赤裸裸的,那么该行为则不应被描述为司法能动。一些错误虽然源自于司法无能,而这些无能虽然可能源于司法能动者,但是,司法能动与司法错误之间,并不等同。(2)“不受欢迎的结果”并不必然属于“司法能动”。如果司法能动仅仅意味着不受欢迎的结果,则它也就仅仅意味着司法政策上的直接错误。无论司法能动主义意味着什么,它都必须与司法实践相连,不仅与结果相关,而且与适当的司法方法相关,否则就不能够被称作为“司法能动”。(3)将“判决使立法无效”的情形界定为司法能动,也仅仅是经验主义的,多数情形是因为这样的“能动”容易统计。因为在1947年前,司法能动的主要属于“使立法无效”,而1947年后,司法能动主义的内涵,则主要和个人权利的保护相关。对司法能动主义的大杂烩式的界定,可能没有考虑到1947年前后的历史差异,因此,拯救“司法能动”,需要重新界定该概念。^[69]

[65] 同注8引书,第128-131页。

[66] 同注58引书,第232页。

[67] Kmiec, *supra* note 1, at 1444-45.

[68] Reinert, Esq., *supra* note 2, at 35.

[69] Green, *supra* note 1, at 1218-20.

其二,司法能动主义无法克服“反多数难题”。一些批评者认为,如果司法部门认为某部法律违反了宪法,因而就宣布其违宪,这样造成的结果是,在宪政制度上,它违反了多数民主的制度。而如果允许进行这样的立法性司法,那么选举民主的希望何在?^[70] 司法能动主义受到的这一批评引发的深度问题是,司法应当更加忠实于多数民主还是更加忠实于实质结果? 矛盾与冲突还在于:(1)非选举的民主机构(法院)与选举出来的民主机构制定法律的冲突;(2)结果导向的判决与严格依据法律规则和原则判决之间的冲突;(3)严格适用法律与创造性地运用先例之间的矛盾冲突。^[71] 而在保守的宪法理论者看来,司法能动主义者会带来“民主的终结”。^[72]

能动主义的司法权运行如何跳出“反民主的立论困境”? 如何论证司法体现民主、保护民主而非对抗民主、推翻民主,摆脱自己并非为民主制造麻烦的形象? 如何对自身的民主性进行正当化论证? 对此,美国国内学者提出了一元论民主与二元论民主的区分。“一元论者将司法审查的每项措施推定为反民主的,并竭力通过一两次机敏的辩论,从‘反大多数人的困境’中保全最高法院。相比之下,二元论者则将法院的保守作用视为秩序井然的民主制度的基本部分。”^[73] 二元论者将法院的司法审查视作为真正的人民退场时刻,人民主权推动的高级立法的守护机制。^[74] 当然,无论是一元论者还是二元论者,都不否认司法权来源于人民、人民是最高的司法权威、司法权背后是人民的权威在发挥作用的事实。不过,二元论民主的能动主义者并不认为自己否弃了民主,而认为自己是在民主的框架内发展民主。因为法院的解释受到了人民的制约,包括宪法修正中对法官判决的修正、国会对法官的弹劾,等等,都决定了法官不可能是任意的。此外,能动的司法也能够监督代议民主的运作过程、清理整治变革的渠道、保护被多数损害的少数者的权益,^[75] 因而,司法本身就on能够更好地促进民主。此外,相对来说,能动主义追求的是包含道德价值的实质民主而不仅仅是形式民主、看重的是当下民主而不拘泥于过去的民主。^[76] 而关注司法能动主义的沃尔夫也注意到了,所谓的民主,仅仅是一种“政治手段”而非政治本身的目的,因此,如果一个非民主形式的政府能够得到人民同意并保护人民的权利,那么它也就具有了《独立宣言》中提出的合法政府的要求。^[77] 而对于司法审查,也有学者进行辩护,如施密特就认为,司法审查中“司法并没有对立法施加任何影响,它根本不能像其他国家活动那样,施加影响,进行干预。司法要受法律约束,就连在裁决涉及法律的有效性的疑难案件时也并未离开纯粹的规范性;它仅仅起钳制的作用,并不下达任何命令”。^[78]

其三,司法能动主义者将个人偏好、自然法与高级法、统治体制的本质嫁接于司法过程中,是否注入了不适当的司法能动主义? 是否表明司法仅仅信任自然法? 是否表明奠基于美国式的宪政民主而不仅仅是多数民主? 问题还在于,当司法诉诸于个人偏好时,哪些是不公正的? 当诉诸于自然法或者高级法的时候,哪些更为公正? 其中的边界很难去识别。结构的司法能动主义者主张,司法应奠基于

[70] Hon. Robt. G. J. Hoester, *Thoughts from the Bench: Judicial Activism*, 14 St. Louis B. J. 45, 46 (1967-1968).

[71] Kmiec, *supra* note 1, at 1449-50.

[72] Keith E. Whittington, *Conservative Fissures*, 60(2) *The Review of Politics* 598 (1998).

[73] [美]布鲁斯·阿克曼:《我们人民:宪法的根基》,孙力、张朝霞译,法律出版社2004年版,第4页。

[74] 田雷:“重新理解美国宪法”,载《北大法律评论》(第11卷第2辑),北京大学出版社2010年版,第458页。

[75] [美]约翰·哈特·伊利:《民主与不信任》,朱中一、顾运译,法律出版社2003年版,第73-184页。

[76] 侯学宾:“美国宪法解释中的不同民主观——原旨主义和能动主义之比较”,载《当代法学》2010年第1期,第64-66页。

[77] 同注8引书,第8-9页。

[78] [德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘峰译,上海人民出版社2005年版,第208页。

正当性,司法的正当性在于,它唤起公众赞同和强烈支持;司法通过诉诸于自然法的原因,在于它说出了公众内心的正义需求。当然,司法必须使人相信,司法系统避免了个人观点、偏见和傲慢,是在捍卫大多数人的利益,捍卫分权、司法的自我约束、法治等原则,能够使人相信自身扮演的是司法警察的角色,是在捍卫宪法的边界。此外,司法能动主义必须合宪,而不能威胁共和,所以,司法应当适当地发挥作用,很多时候,当法官试图成为立法者时,应把他们拉回到宪法文本中。^[79]

六、司法能动主义的限度与边界

司法能动主义自诞生之始,就始终受到司法克制主义或者说是法律解释原旨主义者的质疑和挑战。司法能动主义虽然在美国有很长的历史,但是在美国司法史上,司法能动主义也并非一以贯之。历史上,司法能动主义和司法克制主义曾交替成为支配美国的司法哲学。人们经常发现,随着社会的发展和政治力量不断变化,司法能动主义也曾经被司法克制主义所矫正或者取代。司法克制和原旨解释学主张对法律的解释应当限定在法律可能的“文义射程之内”,认为超越法律文义处理案件,已经不是解释法律而是创造法律了。在克制主义者看来,法官首先应在法律范围内解决问题;司法不应被视为最高的立法者和社会冲突的最终裁决者,在宪法系统中,司法是宪政系统中的一员,它与其他政府机构、多种政治力量和社会成员,一起共同参与多种对话与公共领域的立法;在宪政框架中,最高法院被委以的责任是,积极参与并保护核心的价值。^[80] 背离了这些基本原则和价值,司法就很可能是能动的。

当然,二者的区分是相对的。从司法中的“解释”或“立法”角度来看,司法能动与司法克制二者仅仅是程度不同而已,司法能动主义者强调法官要实现“社会正义”,最为关键的是,要积极扩大司法对权利的保护以及促进公平的实现,保障权利的具体化,而司法克制则主要关注民主国家中对于司法权以及法官的自由裁量权的限制。^[81] 就学者区分来看,布莱克、道格拉斯、*Retlege* 是司法能动主义者,法兰克福特、*Jackson, Burton* 等,是司法克制主义者,而 *Reed, Vinson* 则是中间主义者。一方更主张司法权的自我克制,另一方更主张扩张司法性的立法;一方主张司法为实现社会正义的工具,另一方则主张立法、行政应通过人民想要的方式去发挥作用。简而言之,布莱克、道格拉斯等主张通过解决特别争端以适应社会,而法兰克福特、*Jackson, Burton* 等人则主张对司法应当给予限制。现代法治奠基的根基就是权力分立,而能动性的造法则打破了权力分立的基本政治框架,破坏了现代的民主体制。因此,必须思考在三权分立系统中,司法的范围是什么?^[82] 在很多克制主义者看来,“司法能动主义”概念掏空了作为基石的司法传统。^[83] 司法能动主义的观点从未在美国得到多数人的支持。实际上,推翻立法案的司法方式在过去多年中招致了激烈的批评,尤其是在宪法领域。不过,作为一种司法哲学,司法能动主义也是在回应各种质疑的进程中逐步确立和论证其理论的合理性。此外,面对质疑,人们必须思考司法能动主义的限度。“适度的司法能动主义”或者说“温和的司法能动主义”,

[79] Greg Jones, *Proper Judicial Activism*, 14 Regent U. L. Rev. 141, 179 (2001).

[80] Cohn & Kremnitzer, *supra* note 32, at 336.

[81] 同注 8 引书,第 2-3 页。

[82] Kmiec, *supra* note 1, at 1446-47.

[83] Green, *supra* note 1, at 1201.

也许是一种可能的选择。不适当的司法能动主义主要在于它使用自然法、基本的人性概念,或者依据感觉来作出判决,它追求的是不择手段地运用各种资源,以寻求实质上的正确。^[84]而适度的司法能动主义虽然仍然主张司法的能动性,但是,在“强度”上已经有所减轻,它不但强调司法能动的有限行使,而且强调法院在行使这一权力的时候,必须非常审慎,虽然对“温和”的理解、判断和实施是一件困难的事情。^[85]

其一,适度的司法能动主义者强调司法的适度自我限制,主张仅仅当行政机关行使权力超越了宪法授权,或者与宪法相冲突时,才行使否决权。

其二,坚守宪法的边界。道格拉斯发现,宪法杀手存在于“私人权利的边缘”,因为法院的确是作为保护私人权利的超级立法者。^[86]适度的司法能动主义者认为,宪法应当成为司法能动主义的一个标准。适度的司法能动主义者赞同自我约束意义上的司法能动,主张将司法奠基于宪政结构、分权与自由主义原理。适度的司法能动主义者主要关心的是权力的边界、司法必须坚守宪法的原则,认为法官要获取、维护信任和权威,就必须在任何情形下都接受和遵循议会及总统通过的法律的统治,而不能超越法律,以维护联邦成文宪法的实施。一旦法院超越宪法和法律,就只剩下法官个人的意识,而法官的个人意识不是宪法。换句话说,法官不应当违宪,“宪法应被视为一个司法哲学的目的地,而不是始发地”,^[87]因为司法的首要目的是为了维护宪法的统治。司法虽然需要在维护权力运作和保护民权方面保持平衡,更多应为了“公民权利”而能动,但不能是“法官滥用权力”方式的能动;法官应结合文本和历史,在宪法框架中寻找判决的依据。^[88]

其三,结构的司法能动主义者主张,司法必须保护大多数;司法要自我约束,即要避免司法权侵入立法权、宣告法律或者州行为违宪时应当非常审慎、应当适度运用解释而不是立法;司法应忠于宪法;那些视司法为工具的观点,充满了危险。^[89]

七、结语:司法能动主义——一个关于司法作用的永恒话题

每一个法院都是时代的产物,反映穿黑色长袍的法官的偏好。在美国,从马歇尔时代到伯格时期,法院都被某些特殊的利益和偏好的价值观所导引。因此,司法能动主义无论朝着什么方向发展,都进入了宪政正统观的核心悖论——最高法院被视为了一个自我解释、自我实施法律的代言人。^[90]但是,必须承认,长期的实践表明,当宪法修正案的过程存在滞后等缺陷的情形下,在公民权等问题上,司法过程比起立法过程更具有优越性,司法的干预并没有损害政治活动的源泉,司法对政治活动更多地是在促进而不是阻碍。^[91]

[84] Jones, *supra* note 79, at 144.

[85] 同注8引书,第197-200页。

[86] Mason, *supra* note 27, at 396.

[87] Jones, *supra* note 79, at 144-45.

[88] Jones, *supra* note 79, at 166-68.

[89] *Id.* at 168-69.

[90] Alpheus Thomas Mason, *Whence and Whither the Burger Court? Judicial Self-restraint: A Beguiling Myth*, 41 *The Review of Politics* 3 (Jan. 1979).

[91] 同注8引书,第194-195页。

司法能动与司法克制都并非是纯粹的概念,而是一个问题的不同方面。司法能动主义也并非是一个坚如磐石的概念,它代表了许多理念,是一个值得进一步研究的概念。很多人藐视“司法能动主义”这一提法,认为它是一个臭名昭著的概念,但也有学者认为,它并非一无是处。在 20 世纪 90 年代,“司法能动”和“司法能动主义”概念在美国的法律评论和期刊文章标题中出现了 3815 次,在 21 世纪的前 4 年,在文章标题中则出现了 1817 次,每年平均至少有 450 篇的相关文章发表。司法能动主义也经常显现于公共争论的领域里,如在华盛顿邮报、纽约时报、博客、政治争论等报刊上。^[92] 虽然有很多争议,但关于司法能动主义的理论,代表了重建“美国司法传统”的努力。^[93] 很多时候,司法能动主义可能表达的是人们对于判决不认同的一种感受,但司法要解决案件,司法就必须是能动的、“来者不拒”的。^[94] 虽然在法律现实主义者看来,区别能动的司法、克制的司法是无意义的,但这样的区别,却又是司法哲学中一个关于司法作用的永恒学术话题。

Judicial Activism Revisited

Yang Jianjun

Abstract: With the transition of the core of judicial activism from judicial review to right protection, a polybasic rather than a sole standard should be taken on it. Judicial activism encompasses derogation of an unconstitutional act, defying or abandoning a precedent, creative jurisdiction, violation of an interpretation rule, and a consequence-oriented judgment. Its legitimacy mainly roots in finding and responding social needs, in expanding of right protection and controlling government properly, and in detachment and prudence of judges. Being criticized by the counter-majoritarian difficulty or invasion of natural law and personal preference into jurisdiction, judicial activism should determine its reasonable province, scrupulously abide by constitution and act with deliberation.

Keywords: judicial activism; judicial review; right; the counter-majoritarian difficulty; constitution

(责任编辑:刘 彰)

[92] Kmiec, *supra* note 1, at 1442.

[93] Green, *supra* note 1, at 1198 – 1200.

[94] [美]劳伦斯·索伦:《法理词汇》,王凌晖译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 186 – 187 页。

从英美实践来看我国参与国际法律事务的有效性问题的

宋 杰*

摘 要:国家在参与国际法律规则的制定与形成过程中,应确保自身的参与是一种有效的参与,能够通过参与把本国利益融入相应国际法律规则之中。从中国参与联合国国际法委员会和国际法院的活动实践来看,与英美国家的相关参与实践相比较,无论是在参与技术、参与时机还是最终的参与效果上,中国的表现均不理想。在今后参与国际法律事务的过程中,为保证自身参与的有效性,中国在参与技术、参与方式等方面都有必要加以改进和完善。

关键词:有效参与 国际法律规则 国家利益 中国

一、“有效参与”的含义及其意义

近年来,在对待和参与国际事务方面,无论是在国际组织的问题上,还是在国际争端的解决方面,相较于传统的“韬光养晦”政策,我国的立场与态度,已有了一些细微然而却意义深远的改变。在国际组织方面,我国不仅积极地参与越来越多的全球性和区域性国际组织的活动,还积极组建了上海合作组织;在通过法律手段解决国际争端方面,我国已经习惯了 WTO 争端解决机制,积极利用该机制来解决我国与其他国家的有关争端。

但是,必须同时注意到,参与国际事务是一回事,是否有效地参与则是另一回事。一国不仅要积极参与国际事务,更重要的是能够有效地参与(effective participation)。

所谓“有效参与”,是指一国在参与国际事务的过程中,能够通过参与来有效地影响规则的制定、形成与发展,从而能够确保自身利益在参与过程中得到有效维护。有效参与有两个不同层次:一般层次能够做到有效地影响规则的制定与形成,能够在参与中有效地保护本国利益;高层次的有效参与则是指国家在国际规则的制定过程中能够做到把本国相关规则国际化,即以本国规则为蓝图和底本来制定相关领域的国际规则。而无论是何种层次的有效参与,均有一个基本前提:参与该国际事务谈判的代表应对谈判事务所涉及到的规则非常熟悉和精通。不精通相应规则,任何时候的参与都不可能“有效”。关于此点,新加坡国立大学法学院王江雨副教授回忆其 1999 年参与一次国际公约谈判的经历可以非常形象地说明:^[1]

* 浙江工商大学法学院教授,法学博士。本文是国家社科基金项目“国际法上的司法干涉问题研究”(项目号:13BFX145)的研究成果。

[1] http://blog.sina.com.cn/s/blog_3fac2db10100jo5r.html, 2014 年 2 月 18 日最后访问。

1999年春天,正在中国银行法律部工作的我忽然接到法律部老总的命令,要求迅速做好准备加入外经贸部牵头的中国政府代表团,去参加联合国国际贸易法委员会关于应收账款融资转让公约谈判的会议。

这次会议是在联大一个很大的会议室召开的。我初到会场,坐在放着“China”牌子的桌子后面,亲身经历以前在电视上才能看到的场面,当时的心情就像一个膨胀的气球,充满着自豪、兴奋、忐忑不安,还有一丝受宠若惊。

但气球很快被捅破了。第一天开完会,我的心情就由兴奋转入气馁。会议讨论的内容大而化之地知道一些,但具体细节完全不懂。当少数几个代表情绪激动地讨论每一条该怎么起草时,大多数代表包括我,都陷入不知所措茫然不语的境界。原来国际条约谈判是这么难啊,是这么的抠字眼。严重缺乏此方面专业知识的我,只好缄口不言并倍感痛苦。

我很快发现,会议的发言基本上是被美国、英国、德国、法国等代表垄断了。这少数几个国家的代表争吵激烈,但争的内容,以及为什么争吵,我基本上不懂。其中,美国占据了当然的主导地位,两位代表让人印象深刻。一位是国务院的官员,人显得极为专业。有一次,他要求大会秘书处架起PowerPoint设备,在开会时间为所有代表讲述贸易应收账款转让的基本原理,秘书处二话不说,就让他把国际公约的谈判场所变成了个人的讲堂。另一位是Peter Winship教授,人显得极为儒雅有范。有一次会议休息期间,他跑来和我攀谈,问我学术专长是什么,对这个公约草案有什么看法等。一时间我面红耳赤。我时年二十六岁,有什么学术专长?对这个我基本不懂的公约又能有什么看法?但我是谁?我来干什么?我难道不是正式受到指派的参加公约谈判的中国政府代表团的成员?我难道不该懂这些问题?面对该教授,一向伶牙俐齿的我顿时被令人窒息的羞愧、自责和负罪感所包围。Winship教授见我支支吾吾,就闲扯了几句,说他感到奇怪的一件事情是,他参加这个公约起草好几年了,会议开了若干,但发现每一次会议来自中国的代表都是不同的人,这样不利中国的有效参与等。

通过上述实例可以看出,在有效参与该公约谈判方面,同英美发达国家相比,我国的参与非但“无效”,在很多方面更暴露了我国参与的“技术性”缺陷。我国参与为什么“无效”?导致无效的原因有哪些?可以从哪些方面予以改进?本文的目的,即是通过对我 国和英美国家参与国际法律事务实践的比较研究来为上述这些问题初步提供“答案”。而在研究中国参与国际法律事务的有效性问题时,笔者将主要从中国参与联合国国际法委员会的活动和中国参与国际法院的实践为例进行讨论。^[2]在中国参与国际法委员会活动方面,将主要以参与国际法委员会编纂《外交保护条款草案》为例来进行讨论。笔者将首先简述英美国家在上述两个领域的相应实践,然后就我国的实践进行概述,并结合英美的实践来对我国参与实践的得失进行检讨,在此基础上提出建议。

[2] 中国参与WTO争端解决机制目前已经比较熟练,因此,本文不以其为样本进行研究。

二、英美参与国际法委员会活动的实践

《联合国宪章》第13(1)条规定,“大会应发动研究,并做成建议:(子)以促进政治上之国际合作,并提倡国际法之逐渐发展与编纂”。为履行此职责,大会于1947年决议设立国际法委员会(下称委员会),将其作为联合国负责国际法发展与编纂的主要机构。

委员会的工作方法与流程是:选定专题;为每一专题指定一特别报告员;请各国政府提供有关法律、司法判决等有关文件;请秘书处提供调查报告等;特别报告员提出报告;委员会通过以报告为依据的附有评论的一读草案;一读草案分发各国并提交联合国大会;委员会在研究对草案的评论和大会第六委员会在辩论中所作评论后再行提出报告,对一读草案作适当修改;一旦认为比较成熟,委员会即会在报告基础上通过二读案文并提交联合国大会,由大会第六委员会对草案进行审议,并在审议基础上作出关于进一步行动的建议:(a)不采取行动;(b)通过决议表示注意,或通过该报告;(c)向会员国推荐以缔结公约。^[3] 委员会工作特点在于:把各国政府意志、成员国代表要求和国际法专家的研究结合起来。^[4]

通过上述介绍可以看出,在国际法委员会编纂过程中,各国都可以参与委员会的活动,将本国的立场、建议与实践提供给委员会以便其编纂借鉴和考虑。委员会对各国所提交的意见,通常会重视并积极考虑,将其尽可能地吸收到自己所编纂的草案之中。毕竟,离开各国实践而只是单纯学理上的草案,不会引起各国兴趣,最终也不可能获得各国支持。

下面将以《外交保护条款草案》为例,对英美参与国际法委员会活动的实践进行描述。

国际法委员会于1995年决定将外交保护列入其工作议程,随后,在第48届会议上将其确定为适宜于“编纂和逐步发展”的三个议题之一;^[5]1995年12月11日,大会在第45次会议上,请求各国政府就此议题向委员会递交建议。根据大会这一决议,1996年8月5日,美国向委员会递交了书面评论意见。在评论中,美国就外交保护的性质、用尽当地救济规则、法人的外交保护、持续国籍等问题,都发表了自己的看法,或提出了希望委员会重点关注的法律问题。^[6]

委员会在第56届会议上完成了《外交保护条款草案》的一读,随后,根据章程规定,经由秘书长将草案转发给各国政府以进行评议。截止到2006年1月26日,共收到包括英、美等国在内的11个国家的书面评论。^[7]

英国在其评论中对草案的全部条款逐一进行了评论。英国不仅评论了草案诸规定的优点和不足,也逐一介绍或陈述了本国的实践或立场,以及支撑本国立场的相应国际案例。^[8] 特别是针对草

[3] 王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第165页。

[4] 梁西主编:《国际法》(修订第2版),武汉大学出版社2003年版,第38页。

[5] 《联合国国际法委员会1995年年鉴》第2卷,第501段;《联合国国际法委员会1996年年鉴》第2卷,第248段和附件2,增编1。

[6] 参见联合国文件:A/51/358/Add.1。

[7] 这些国家包括:奥地利、萨尔瓦多、危地马拉、墨西哥、荷兰、挪威(代表北欧国家丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)、巴拿马、卡塔尔、美国和乌兹别克斯坦。参见联合国文件:A/CN.4/561,第8页。随后,又有英国、意大利、比利时发表了评论。参见联合国文件:A/CN.4/561/Add.1,A/CN.4/561/Add.2。

[8] 关于英国的评论,参见联合国文件:A/CN.4/561/Add.1。

案第 11 条所涉及到的多国籍股东的多重求偿问题,英国主张“协调求偿”的观点,^[9]被吸收在委员会二读通过的案文中,尤其是案文第 11 条“对股东的外交保护”的相关评注中。^[10]

美国分别对草案的第 5 条,第 8 条,第 10 条,第 11 条,第 12 条,第 14 条第 1 款,第 16 条(a)项、(c)项,第 19 条等条款发表了评论。^[11]例如,对于草案第 5 条有关“持续国籍”的规定,美国认为,该条第 1 款应增加一个“仅”字,从而能够突出第 2 款和第 3 款规定的外交保护权仅限于符合持续国籍条件的人提出的要求。^[12]对于第 10 条关于“公司的持续国籍”的规定,尤其是第 2 款“国家继续有权为在发生损害之时为其国民,但由于损害而按照该国法律终止存在的公司行使外交保护”的规定,美国认为,此款所属原则并不反映习惯国际法,其政策依据并不充分。^[13]美国在陈述自身意见过程中同样注重援引相关案例。

对于美国的这些评论,特别报告员在其所提交的第 7 次报告中给予了不同的反馈。在评论每一条款的时候,对于美国所提出的这些意见,无论是建议部分采纳、完全采纳还是拒绝,特别报告员都会提到并阐述具体原因。例如,对于第 5 条所提意见,特别报告员认为,此意见值得考虑并建议接受此项建议。^[14]对于美国针对第 10 条第 2 款的批评,特别报告员认为,这一意见并未考虑国际法庭的法官(特别是巴塞罗那电力、电车和电灯公司案中美国籍法官杰赛普)及学者等对此问题的关切。^[15]美国的这些意见及特别报告员的不同建议,不同程度地体现在委员会最终通过的二读案文之中。^[16]

对于二读案文的处理,无论是美国还是英国都主张,将条款草案制定成公约的基础尚不成熟,因此,不主张现阶段将其制定为国际公约。^[17]目前,该案文依然维持着草案的形态。

通过英美的上述参与可以看出,尽管参与方式和时机有所不同,但通过参与,它们都把本国的利益和意志不同程度地融入了国际法委员会最终通过的案文之中。

三、英美参与国际法院活动的实践

国际法院是联合国六大机关之一,在通过法律方法解决争端并进而维护国际和平与安全上扮演着重要角色。国际法院的管辖权包括诉讼管辖和咨询管辖。

英美参与国际法院活动的实践,在诉讼事项和咨询事项领域,表现并不完全相同,因而有必要分开描述。

在诉讼事项领域,英国是到目前为止,安理会五个常任理事国中惟一接受了法院强制管辖权的国家。美国在国际法院成立之时,也发表了声明,表示愿意接受法院的强制管辖。但在经过 1984 年尼加拉瓜诉美国“军事和准军事行动案”判决之后,美国在对法院的判决表示失望之余,撤回了自己所发

[9] 同注 8 引文,第 8 页。

[10] 参见联合国文件:A/61/10(英文本),第 59-60 页。

[11] 美国所发表的具体评论,参见联合国文件:A/CN.4/561(中文),第 8-43 页。

[12] 同注 11 引文,第 16 页。

[13] 同注 11 引文,第 26 页。

[14] 关于特别报告员对美国等国所提意见与建议的立场与态度,参见联合国文件:A/CN.4/567(中文)。

[15] 同注 14 引文,第 23-24 页。

[16] 关于此点,可参见联合国文件:A/61/10(英文本),A/CN.4/567。

[17] 参见联合国文件:A/62/118(中文),第 7-9 页。

表的声明,不再接受法院的强制管辖。

但无论是英国还是美国,从参与诉讼角度看,都实质性地参与了在法院的多起诉讼。在这些诉讼中,它们或作为原告国出现,或作为被告国出现,或与其他国家达成将争端交付国际法院裁决的协议,共同将案件提交法院裁决。

国际法院受理的第一起诉讼案件是1947年的“科孚海峡案”,是英国针对阿尔巴尼亚提起的。1949年,英国再次在国际法院提起诉讼,不过,这次针对的是挪威,争执对象是渔业管辖权问题,这也是国际法院所受理的第二起诉讼。从1947年到2014年1月,英国作为当事国在国际法院的诉讼案件一共是13起,其中,作为原告国提起的诉讼共7起,作为被告国应诉的案件共5起,以特别协定方式由两国共同启动在法院的诉讼程序的案件1起。最近的一起案件,是塞尔维亚和黑山诉英国“使用武力的合法性案”。

从1950年法国诉美国“在摩洛哥的美国国民权益案”起,美国先后以原告国或被告国身份参与国际法院诉讼案件24起,其中,最近的5起案件都与美国在国内实施《维也纳领事关系公约》有关。在这24起案件中,由美国作为原告国提起的案件共9起,由美国作为被告国的案件共15起。另外,美国还曾与加拿大一起,将两国间围绕缅甸湾海域划界的争端提交给法院裁决。在美国参与法院的诉讼案件中,不乏一些经典案件,如美国诉伊朗“美国驻德黑兰外交和领事人员案”,尼加拉瓜诉美国“军事和准军事行动案”等。

国际法院还拥有咨询管辖权。自法院成立至今,法院共受理了26起发表咨询意见的请求,除1起拒绝发表咨询意见的请求案件外,^[18]对于其他25项请求,法院都发表了咨询意见。在这26起案件中,无论是英国还是美国,都积极地参与了相应咨询程序。

《国际法院规约》(下称规约)第66(1)条规定,“书记官长应立将咨询意见之申请,通知凡有权在法院出庭之国家”。第2款规定,“书记官长并应以特别且直接之方法通知法院所认为对于咨询问题能供给情报之有权在法院出庭之任何国家,或能供给情报之国际团体,声明法院于法院所定之期限内准备接受关于该问题之书面陈述,或准备于本案公开审讯时听取口头陈述”。在收到法院通知后,各国和有关国际组织会根据问题的性质与重要性等因素确定是否参与。如果参与,可以在两个不同阶段参与。第一阶段,在法院所确定的时间内,向法院递交书面陈述意见(written statement)或针对他国意见的书面评论意见(written comment);第二阶段,如果认为必要,在口头审理阶段派员参加口头审理程序。国家既可以决定只向法院递交书面陈述意见或只参与口头听审程序,也可以决定同时参与上述两个程序。

在国际法院审理的26起咨询案件中,英国共参与了13起,^[19]其中,在12起案件中发表了书面陈

[18] 1993年,世界卫生组织请求国际法院对“国家在战争或武装冲突中使用核武器是否违反了其根据国际法包括世界卫生组织章程在内所承担的义务”问题发表咨询意见。国际法院认为,世界卫生组织的这一请求不属于其职权范围,因而拒绝发表咨询意见。

[19] 这13起案件是:1949年对保、匈、罗和约的解释问题咨询意见案;1948年为联合国服务而受损害的赔偿问题咨询意见案;1950年灭种罪公约的保留问题咨询意见案;1953年联合国行政法庭判决赔偿的效力问题咨询意见案;1955年国际劳工组织行政法庭判决问题咨询意见案;1955年西南非委员会是否接受请愿者听证申请咨询意见案;1959年政府间海事协商组织海上安全委员会组织问题咨询意见案;1961年联合国某些开支问题咨询意见案;1993年国家在武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案;1995年使用或威胁使用核武器的合法性问题咨询意见案;1998年关于执行人权使命的特别报告员豁免于某些法律诉讼的异议问题咨询意见案;2003年在被占领的巴勒斯坦领土上修筑隔离墙的法律后果咨询意见案;2008年科索沃单方面宣布独立是否符合国际法咨询意见案。

述意见,^[20]在11起案件中参与了法院的口头审理程序,^[21]在9起案件中同时参与了书面和口头审理程序。^[22]特别地,在两个与核武器使用有关的咨询意见案中,针对他国递交的书面陈述意见,英国向法院递交了书面评论意见。

在26起咨询意见案件中,美国参与了23起。^[23]美国除了在这23起案件中发表了书面陈述意见外,还在其中的10起案件中参与了口头审理程序。^[24]与英国一样,在两个与核武器使用有关的咨询意见案中,美国针对他国所递交的书面陈述意见,向法院递交了书面评论意见。在1998年“关于执行人权使命的特别报告员豁免于某些法律诉讼的问题咨询意见案”和2008年科索沃单方面宣布独立是否符合国际法案中,美国同样递交了书面评论意见。

有必要特别提及英美在两个与核武器使用有关的咨询意见案和科索沃单方面宣布独立是否符合国际法咨询意见案中的表现。为了影响到国际法院即将发表的意见,它们在法院展开了有效博弈。

在“国家在武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案”中,美国在其所递交的书面陈述意见中,一方面认为世界卫生组织所提问题超出了其职权范围,法院应拒绝发表咨询意见,另一方面又附带强调,并不存在禁止使用核武器的普遍性国际法律规则。^[25]英国在其书面陈述意见中,同样认为世界卫生组织所提问题超出了其职权范围,法院不应发表咨询意见。同样,英国强调,无论是条约国际法还是习惯国际法,都不禁止核武器的使用。^[26]这些意见明显地对法院产生了影响。法院经审理后指出,世界卫生组织所提问题超出了其职权范围,因而拒绝发表咨询意见。在“使用或威胁使用核武器的合法性问题咨询意见案”中,美国在书面陈述意见中再次强调,不存在禁止使用核武器的普遍国际法,武装冲突法、国际环境法、国际人权法也均不禁止使用或威胁使用核武器;英国也在其书面陈述意见中强调了类似观点。^[27]国际法院最终所发表的咨询意见,明显受到了这些意见的影响。国际法院一方面指出,在一般情形下,使用或威胁使用核武器违背了人道法及武装冲突法,但另一方面

[20] 就上述13起案件而言,除西南非委员会是否接受请愿者听证咨询意见案外,英国都递交了书面评论意见。

[21] 在上述13起案件中,除1955年国际劳工组织行政法庭判决问题咨询意见案和2003年在被占领的巴勒斯坦领土上修筑隔离墙的法律后果咨询意见案外,英国都参与了口头审理程序。

[22] 这9起案件是:1949年对保、匈、罗和约的解释问题咨询意见案;1948年为联合国服务而受损害的赔偿问题咨询意见案;1950年灭种罪公约的保留问题咨询意见案;1953年联合国行政法庭判决赔偿的效力问题咨询意见案;1959年政府间海事协商组织海上安全委员会组织问题咨询意见案;1961年联合国某些开支问题咨询意见案;1993年国家在武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案;1995年使用或威胁使用核武器的合法性问题咨询意见案,2008年科索沃单方面宣布独立是否符合国际法咨询意见案。

[23] 美国没有参与的两个案件是:1972年请求复核联合国行政法庭第158号判决问题咨询意见案、1974年西撒哈拉问题咨询意见案和2010年复核世界劳工组织行政法庭第2867号判决案。

[24] 这10起案件是:1949年对保、匈、罗和约的解释问题咨询意见案;1953年联合国行政法庭判决赔偿的效力问题咨询意见案;1959年政府间海事协商组织海上安全委员会组织问题咨询意见案;1970年南非不顾安理会决议继续留驻纳米比亚的法律后果咨询意见案;1980年世界卫生组织和埃及间关于1951年3月25日协定的解释问题咨询意见案;1989年联合国总部协定适用的解释问题咨询意见案;1993年国家在武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案;1995年使用或威胁使用核武器的合法性问题咨询意见案;2008年科索沃单方面宣布独立是否符合国际法咨询意见案。

[25] See Written Statement of the Government of the USA Concerning the Case of Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8770.pdf>. 2014年2月21日最后访问。

[26] See Written Statement of the Government of the United Kingdom Concerning the Case of Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8742.pdf>. 2014年2月21日最后访问。

[27] See Written Statement of the Government of the USA, Statement of the Government of the United Kingdom Concerning the Case of Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8700.pdf>. 2014年2月21日最后访问。

又强调,在自卫的极端情形下,无法得出使用或威胁使用核武器是否合法的结论,这样,就为核武器的使用留下了一个非常重大的例外。

在科索沃单方面宣布独立是否符合国际法案中,同上述两案一样,英美既递交了本国的书面陈述意见,也递交了对其他国家意见的书面评论意见,同时还派人参加了法院的口头审理程序。无论是英国长达138页的书面陈述意见,还是美国长达152页的书面陈述意见,^[28]二者均认为,科索沃的行为并不违反国际法。这与国际法院最终发表的咨询意见高度一致。

四、中国参与国际法律事务的实践

(一) 中国参与国际法委员会活动的实践

在国际法委员会制定《外交保护条款草案》的过程中,无论是启动阶段、一读,还是二读期间,我国既没有向委员会递交有关我国相关实践的材料,也没有递交对草案中任何条款的评论意见。仅在二读案文已经通过,并被送到联合国大会第六委员会审议的时候,我国出席该委员会会议的代表才对草案进行了评论。我国代表段杰龙除发表了总体性评论观点外,还特别对草案第1、4、7、8、12、13、15、19条进行了具体评论,并声称“保留今后对条款草案进一步作出评论的权利”。^[29]

将我国的上述参与实践与英美的相关实践相比较就会发现,我国参与实践的不足主要体现在如下几方面。

第一,从参与时机看,我国对于参与时机的把握不“敏感”,显得过迟。从国际法委员会工作流程可以看出,在其对国际法任一议题进行编纂的过程中,国家参与的最好时间点应该是启动该议题编纂阶段和对一读案文的评议阶段。因为在此阶段,国家既容易寻找到自身的相关利益点,也容易找到能够支撑和证明自身观点的国际案例和国家案例,从而能在第一时间影响国际法委员会的编纂,并在此基础上把本国利益渗透进该议题之中。而在后面阶段的参与,尤其是二读案文通过之后的参与,其效果则相当有限甚至没有效果,主要原因是:一方面,从国际法委员会的角度看,其编纂活动已经结束,国家不可能在此层面再影响到该委员会;另一方面,即使国家想在其他场合——如以草案为基础进一步制定国际公约的场合——试图说服其他国家接受自身论点,进而达到修改甚至抛弃国际法委员会此前已经制定成型的某一案文,就必须首先找到足够多的案例和实践来证明自身立场的正确。由于相关案例和实践在该案文的最初形成阶段基本上已经为其他国家所穷尽,国家在此背景下要寻找到足够的案例来证明自身论点,从操作层面来看是非常困难的。这也是国际法委员会在编纂国际法的过程中,英美的参与实践主要集中在启动阶段和一读审议阶段的主要原因。所以,如果我国能在国际法委员会一读和二读期间及时递交相关实践与立场,参与效果会更好。

第二,评论比较空泛,不具建设性。仔细研究国际法委员会的编纂流程和英美参与实践就会发现:一方面,国际法委员会对国际法任一议题的编纂,都是建立在大量的国际案例和国家案例的基础

[28] See Written Statement of the United States of America, Written State of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=1>. 2014年2月21日最后访问。

[29] 中国代表段洁龙在第61届联大六委关于“国际法委员会第58届会议工作报告”议题中“外交保护”和“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”两项专题的发言(2006-10-13),来源:<http://www.fmprc.gov.cn/ce/ceun/chn/zgylhg/flyty/ldlwjh/t348875.htm>. 2014年2月21日最后访问。

之上的,没有任何一项编纂成果完全建立在纯粹的法理基础之上;另一方面,国家参与效果的好坏,也与国家所提建议事由是否有充分依据,是否有相应案例支撑密切相关。一国要让自已的立场和论点为国际法委员会所接受,要想成功地把本国利益渗透进相应的国际规则之中,其所提建议就一定要具有建设性,要建立在相应的国际实践和本国实践的基础之上。完全脱离案例等实践的单纯建议或纯理论性的建议,被认为不具有建设性,既很难为国际社会的其他成员所接受,也达不到影响相应领域国际规则制定和形成的目的。我国代表在对《外交保护条款草案》发表意见的时候,尽管提出了比较多的意见,并且,这些意见大体上也体现了中国的立场与利益,但是,由于意见无一例外地都没有援引任何案例,都是基于“我们认为”、“我们理解”这一“想当然”的逻辑,^[30]缺乏国际案例作和国家案例为支撑,其说服力就非常弱,很难说服其他国家同意和接受中国观点。

第三,对在外交保护领域的本国和国际实践,研究不够。这也是导致我国最终所提建议不具有建设性的原因之一。其实,就外交保护这个话题而言,我国至少在如下两方面是有独特利益的。第一种情形与当前的民间对日诉讼有关。在八年的对日抗战中,对于那些处于日本占领区内的国人而言,由于中国政府的权力无法在该区域有效行使,因此,对于在该区域内遭受伤害的平民而言,如慰安妇,尽管伤害是在中国领土内发生,但由于其权力行使者为日本,因此,应该承认在此特殊情势下,如果遭受伤害的国人无法得到日本的有效救济,中国应该同样享有行使外交保护的权力。第二种情形是有关双重国籍的外交保护或经常居住国针对国籍国行使外交保护的问题。中国移居海外的国民越来越多,其中部分取得了另一国国籍,部分在他国永久居住。在此情形下,另一国国籍国或经常居住国针对中国行使外交保护的情形就会出现。在此情形下,我国该持何种立场,同样需要斟酌与研究。

(二) 中国参与国际法院活动的实践

我国参与国际法院活动的实践可分为两个阶段:1971年以前和1971年以后。

1971年以前,在联合国代表中国的是“非法占据席位”的“中华民国”。从1946年到1971年,无论是诉讼案件还是咨询意见案,“中华民国”的参与均很积极。(1)诉讼案件,“中华民国”在国际法院成立之初就发表了接受国际法院任意强制管辖权的声明。此外,在“中华民国”与其他国家缔结的部分双边条约中,均载入了通过国际法院解决争端的条款;^[31](2)咨询意见案,从1946年到1971年,“中华民国”共参与了7起咨询意见程序,递交了对相关问题的书面陈述意见。^[32]

在联合国大会于1971年通过了第2758号决议,决定“驱逐蒋介石的代表”并“恢复中华人民共和国的一切权利”后,^[33]中华人民共和国参与国际法院的实践,也可以从诉讼案件和咨询意见程序两个角度观察。(1)诉讼案件,截止目前,我国尚没有发表接受国际法院强制管辖的声明;对于“中华民

[30] 在我国意见中,“我们认为”出现了五次,“我们理解”出现了两次,“我们建议”出现了一次。但无论是“认为”、“理解”还是“建议”,均没有提供可以作为证据支撑的案例。

[31] 部分这类条约如1946年《中美友好通商航海条约》(第28条),1947年《中菲(律宾)友好条约》(第2条),1948年《中美经济合作协定》(第10条)等。

[32] 这7起案件分别是:1947年联合国接纳会员国的条件咨询意见案;1948年为联合国服务人员遭受伤害的赔偿咨询意见案;1953年联合国行政法庭判决赔偿的效力咨询意见案;1955年国际劳工组织行政法庭就尼斯科所作判决的咨询意见案;1955年西南非委员会就请愿举行听证的受理性问题咨询意见案;1959年政府间海事协商组织海上安全委员会章程咨询意见案;另外,在1954年接受西南非请愿书和报告的程序问题咨询意见案中,“中华民国”虽然没有递交书面陈述意见,但特别提到了本国驻联合国代表在联大表决通过请求法院发表咨询意见的决议时陈述的立场。国际法院在其所发表的咨询意见中特别提到了此点。因此,本案也计算在“中华民国”参与的案例中。

[33] 参见联合国文件:A/RES/2758(XXVI)。

国”1946年所发表的有关声明,我国明确地表示不予承认。^[34]我国也从来没有尝试利用国际法院来解决与他国间的争端。对于我国加入的多边条约中载有通过国际法院解决争端的条款,除个别技术性条约外,^[35]我国一般都提出了保留。(2)咨询案件,自1971年以来,除科索沃单方面宣布独立是否符合国际法咨询意见案外(下文将单独分析),我国没有参与国际法院的任何咨询意见程序。即使是对于涉及到核武器使用这样敏感和重大的问题,在其他有核国家和中间状态国家都参与的情形下,甚至在从来不参与国际法院咨询意见程序的朝鲜都参与的情形下,^[36]我国依然没有参与,尽管我国在有关核武器使用的主张具有伦理优势。^[37]同样,无论是在大会还是安理会,我国也没有试图推动大会或安理会积极利用法院的咨询管辖权。^[38]

科索沃咨询意见案是我国自1971年恢复在联合国的合法席位以来第一次参与国际法院咨询意见程序。我国不仅向国际法院递交了本国的书面陈述意见,^[39]还派人出庭参与了口头听审程序。仅就这些表现而言,我国的此次参与是积极的,方式也是多样的。但是,这是否就意味着,此次参与就是有效的呢?答案恐怕并非如此。

将我国此次参与实践与英美相关实践进行认真比较就会发现存在如下几方面的问题。

(1)从书面陈述意见的篇幅来看,我国8页纸的篇幅与英国138页、美国152页的篇幅完全不“对等”。

(2)从书面陈述意见的内容来看,我国的意见通篇都只是在强调原则的重要性,对于科索沃问题则没有具体的分析与评论。无论我国在自身意见中强调安理会第1244号决议的重要性也好,还是在强调领土完整原则的重要性也好,抑或是在强调民族自决原则也好,其共同点都在于强调原则的重要性。但从实践操作的角度来看,由于任何原则都有适用的例外,^[40]在没有对原则的适用进行精细讨论的基础上强调其重要性,实际上对于解决具体问题是没有任何帮助的。反观英美陈述意见,其对于科索沃问题的来龙去脉,国际法院是否应该发表咨询意见,本问题涉及到哪些法律问题,每一个法律问题应该怎么样去分析等,都作了详细分析与讨论。无论是就其说理性而言还是就其分析的明晰性、详尽性而言,都要远远超过中国所递交的意见。这些意见都明显地影响了国际法院最终的咨询意见。

(3)从参与技术角度来看,尽管中国和美英一样,都递交了书面陈述意见并发表了口头意见,但中国却并没有像英美一样,针对其他国家的书面陈述意见递交本国的书面评论意见。^[41]英美递交评论意见的主要目的,是试图通过充分博弈来最大程度地影响国际法院,推动和说服国际法院在咨询意见中吸收本国意见。

[34] 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第612页。

[35] 例如,对于《保护文学与艺术作品伯尔尼公约》第33条(有关通过国际法院解决争端),我国就没有提出保留。但有意思的是,对于同为知识产权领域的另一公约,即《保护工业产权巴黎公约》第28条第1款(有关通过国际法院解决争端),我国却提出了保留。

[36] 这是朝鲜参与国际法院活动仅有的两个案例。

[37] 例如,我国一直主张不对无核武器国家使用核武器,不率先使用核武器等。

[38] 国际法院前院长、中国籍现任法官史久镛先生在院长任内曾呼吁应多推动利用国际法院的咨询职能。参见史久镛:“国际法院的咨询职能——在联合国大会第六委员会的演讲”,载《中国国际法年刊》(2004年卷),第11-12页。

[39] 中国的书面陈述意见,参见:<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15611.pdf>。2014年2月23日最后访问。

[40] 前南斯拉夫刑庭和卢旺达刑庭上诉法官刘大群先生曾经在多个场合都强调,国际法原则均有例外。就原则的研究而言,与其研究其重要性,不如研究其适用的例外。只有通过对其例外的研究,对于该原则的具体适用我们才能获得充分和准确的认识。

[41] 英美的书面评论意见分别参见:<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15702.pdf> <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15704.pdf>。2014年2月22日最后访问。

(4) 中国的参与意见完全“无视”参与咨询程序的基本“套路”。从国家参与咨询意见的实践来看(包括国际法院自身发表咨询意见的实践),书面评论意见一般都会首先分析和“重新”界定所提请发表咨询意见的问题,然后,会进一步分析国际法院对该咨询意见是否拥有管辖权、该咨询意见是否应予受理等问题。这些问题都是国际法院发表咨询意见之前需处理的“先决性”问题,会直接影响国际法院考虑决定还是拒绝发表咨询意见。遗憾的是,中国对于其他国家既往参与咨询程序的“成熟”实践“视而不见”,一开始就进入到了对实体问题的分析。这种不遵循“套路”的做法对于国家的有效参与实际上并无益处。

(5) 从实质内容看,中国的部分意见还包含有自相矛盾的地方。在书面陈述意见中,中国最大程度地强调了领土完整原则的重要性。但正如国际法院所指出的,《联合国宪章》第2条第4款中所载“领土完整原则”是适用于“国家间关系的”,^[42]英国在其书面陈述意见,^[43]美国在其书面评论意见^[44]中同样强调了此点。在此背景下,我国意见强调此点实际上隐含了一个重要前提:科索沃是一个国家!而这,与我国意见所追求的目的是完全相背离的。

从上述分析可以看出,在参与国际法院活动方面,无论是参与诉讼案件还是咨询意见程序,同英美国家相比,我国在1971年之后的参与效果同样是不理想的,几乎没有参与。即使个别案件参与了,但参与效果也不好。甚至从某种程度来看,此种参与更“暴露”了我国参与国际法律事务的缺陷与经验的不足。

五、总结和建议

通过前述分析和比较可以看出,在参与国际法律事务方面,无论是参与国际法委员会活动也好,还是参与国际法院活动也好,与英美相比,我国的参与均有相应不足,参与效果不理想,离“有效参与”的标准差距还很远。

有效参与国际法律事务是国家维护自身利益、将本国利益融入相关国际法律规则中的一个过程。其实,无论是参与国际法委员会的活动也好,还是参与国际法院的活动也好,目的与意义均在于此。这也是英美选择积极参与国际法委员会和国际法院活动的主要原因。

从国际法委员会的角度来看,国际法委员会的工作成果,无论是最后被制定成国际公约,还是仅仅维持草案形态,都会对国际社会成员产生重要影响。例如,就维持草案形态的公约案文而言,其意义在于:一方面,其不妨碍国家与国际法庭在实践中援引有关条款,^[45]通过援引来积累更多实践,推进该规则的继续发展;另一方面,对于特定条款而言,即使不同国家分歧甚大,也不影响相关国家继续

[42] “Thus, the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States.” See *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2010, p. 437, para. 80.

[43] See *Written Statement of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, pp. 86 - 87, paras. 5. 8 - 5. 11, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15638.pdf>. 2014年2月21日最后访问。

[44] See *Written Comments of the United States of America*, pp. 15 - 18, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15704.pdf>. 2014年2月21日最后访问。

[45] 例如,就《国家对国际不法行为的责任条款草案》而言,迄今已经有多个国家、国际司法机构在实践中多次、反复援引了该条款草案的多个条款。有关这些援引的具体情形,参见联合国秘书长报告: *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and Other Bodies*, A/62/62.

推进自身实践,通过实践来积累案例,并以此来影响该领域国际法规则的发展。^[46]

从国际法院的角度来看,无论是就诉讼案件还是就咨询意见而言,参与意义同样明显。

从诉讼案件角度看,尽管在理论上,国际法院的裁决仅约束当事国,^[47]但由于很多案件既涉及到重要的国际法实体问题,也涉及到精致的程序问题。国际法院就这些问题所作裁决,是当代国际法重要内容的一部分,对所有国家都有重要意义。而从参与角度看,参与一方面可以锻炼自身运用和解释国际法的能力,另一方面也可以给国家参与其他国际法庭的诉讼提供经验。中国现阶段已经在频繁地利用WTO争端解决机制,而从国际法院角度来看,WTO争端中碰到的很多问题,其实都可以从国际法院相关案例中找到可利用或者借鉴的“营养”。

从咨询意见角度看,国际法院迄今所发表的很多咨询意见属于对某一国际法问题的权威表达或澄清,其中部分意见甚至对当代国际法的发展产生重大影响,如有关国际组织国际法主体地位的意见,有关联合国经费的意见等,这些意见都为国家和国际组织在实践中所尊重和遵守。一旦国家不参与国际法院咨询意见程序,实际上会丧失一个很好的将本国利益融入该意见中的机会,而在国际法院发表该咨询意见后,又不得不正视此意见给自身所带来的现实的或潜在的不利后果。

通过对我国参与实践的上述研究,笔者认为,英美的参与实践可给我国如下启示。

首先,一般而言,对于所有的国际法律事务,我国都应该高度重视,积极参与,而不是仅局限于参与国际法委员会和国际法院的活动。只有通过积极的参与,我国才有机会影响国际规则的制定,也才有机会把自身利益融入相应国际规则之中。长期以来,我国一贯主张和呼吁改变旧的国际法律秩序,但改变旧的国际规则秩序单靠主张和呼吁是难以成功的,只有通过勤勉的参加才会有希望与可能。

其次,为保证参与的效果,在参与任何国际法律规则制定的时候,还应确保本国选派的代表对相应国际法律规则有独到和深入的研究,同时还应确保参与代表的连续性。我国参与国际法委员会活动的效果之所以不尽如人意,一定程度上与我国选派参与代表的机制有关。^[48]在很多时候,我国参与的代表都是行政系统派出的外交代表,而非相关专家。由于代表来自于行政系统,受限于时间及工作性质等,很多时候他们并未对相应规则作过精深研究;即使在某些谈判场合有相关专家参与,由于专家参与权限受到诸多限制,也会导致其难以充分发挥作用。代表的连续性问题同样重要。对于同一国际法律文件的先后多轮谈判,我国应最大可能地确保参与代表的连续性,而不是先后选派不同代表参与。反观英美,在多数情况下,其派遣参与国际谈判和规则制定的代表均为本国研究相应问题的著名学者,如参加1998年罗马规约谈判的美国代表即为国际刑法领域的顶尖权威巴西奥尼教授,而且,参与同一问题谈判的代表一般也很少轮换。专家领衔参与国际规则的制定与谈判,其参与效果当

[46] 以《国家对国际不法行为的责任条款草案》第48条为例。对于该条有关“受害国以外的国家援引不法行为的责任”,由于其给一国干涉另一国提供了合法性基础,包括中国等在内国家是持排斥立场的。但对于那些热衷和支持干涉的国家而言,中国等国家的排斥却并不妨碍其在实践中继续推进相关干涉实践,并通过此类实践反过来为该款提供存在必要性的证据与基础。在比利时诉塞内加尔“或引渡或起诉义务问题案”中,比利时即第一次尝试以“受害国以外的国家”身份来援引塞内加尔的国家责任。关于此点的分析,参见宋杰:“国际法院参与下的国际司法干涉——以‘比利时诉塞内加尔案’为切入点的研究”,载《法商研究》2012年第6期,第96-97页。

[47] 《国际法院规约》第59条规定:“法院的裁决除对于本案及当事国外,无约束力。”

[48] 仔细研究我国自1971年以来选派参与国际谈判和国际会议代表的机制就会发现,在不同阶段,我国选派代表时关注重点也不一样。例如,在20世纪70年代和80年代中期之前,重点强调的是所选派代表的政治素质和外语水平;而在20世纪80年代中期到近90年代末期,重点强调的是“利益均沾”,出国参与国际事务和谈判被视为一种“福利”,参与人员“配额”会“公平”地在不同部门之间进行分配。

然要好于一般行政官员参与的效果。

再次,应注意对参与时机和方式的把握。以国际法委员会的编纂活动为例,在国际法委员会开始启动对某一议题编纂的时候,我国就应积极参与,在规定时间内递交本国有关实践并提出自己认为应关切的问题或建议。与此同时,还应抓紧时间研究相关领域的国家实践和国际实践,为后续参与做好充分准备。在一读案文通过后,更应抓住机会,结合本国利益提出建设性的评论与意见。在二读案文通过后,应结合本国利益向该委员会提交本国有关该案文处理的建议。

最后,从学术研究角度来看,为了中国今后参与国际法律实践更有效,学者应认识到实证研究的重要性,并重视对正在发展中的国际法律问题的研究。从前述研究可以看出,参与国际法律规则制定和形成的有效性,在相当程度上取决于所提意见的建设性,相关建议是否有国际案例和国家案例的支撑。一国如果不重视对国际法的实证研究,不充分掌握他国实践和国际实践,在参与国际法律规则制定和形成的过程中,无论是外交代表还是学者,将很难有效地影响他国,说服其他国家接受本国立场与建议。所以,做好国际法的实证研究是本国有效参与的前提和基础。学者实证研究做好了,还可以为外交代表参与提供智力支持。为此,学者应加强对本国实践、其他各国实践和国际实践的研究。此外,对于正在发展中的国际法问题,尤其是国际法委员会正致力于编纂的议题,国内学者同样应积极关注。这些正在发展中的国际法议题,正是本国要参与或即将参与的形成中的重要国际法律规则。

The Issue of China's Effective Participation for International Legal Affairs: A Perspective of Comparing with the Practices of Both UK and US

Song Jie

Abstract: During the drafting and adopting process of international legal rules, in order to integrate their interests into the rules, the participating states should participate in the process effectively. Compared with the participating practices of both UK and US, China demonstrates its ineffectiveness in both the activities of International Law Commission and the activities of the International Court of Justice. In order to participating effectively, it is important for China to improve and enhance its participation performances.

Keywords: effective participation; international legal rules; state interest; China

(责任编辑:倪鑫煜)

公民身份与社会平等 ——T. H. 马歇尔论公民权

胡杰容*

摘要:在公民权问题研究上,T. H. 马歇尔的思想具有重大影响。他强调公民身份的权利方面,将公民身份作为一个由民事、政治、社会三重要素构成的权利系统,在分析公民权历史演进后,论述了它对社会平等的影响。马歇尔指出,18世纪兴起的民事权利和19世纪兴起的政治权利是20世纪社会权利发展的前提,但社会权利是民事权利和政治权利得以落实的保证。继而,他认为,虽然民事权利和政治权利摧毁了以封建契约为基础的等级制,但对资本主义社会不平等的阶级结构产生直接影响的是社会权利。这一思想为英国乃至西方福利国家的社会立法提供了理论指导和合法化依据。随着福利国家危机的出现和全球化时代的到来,马歇尔的公民权思想引发了一些批判性反思。

关键词: T. H. 马歇尔 公民身份 民事权利 政治权利 社会权利

T. H. 马歇尔(Thomas Humphrey Marshall, 1893 - 1981)是英国著名的社会学家,亦是现代公民权研究的领军人物。^[1] 吉登斯(Anthony Giddens)曾言:“马歇尔首先是因其杰出的公民身份著作而为世人牢记的,其经典著作《公民身份与社会阶级》持续影响了大半个世纪。”^[2] 这部最具原创性的作品不仅是现代公民权研究第二次浪潮兴起的标志,也是第三次研究高潮对话的焦点。^[3] 在一定程度上,马歇尔的公民权思想为这一研究主题划定了一个坐标体系。

马歇尔的公民权思想对社会立法的理论研究与实践产生了直接的影响。在社会立法动力机制问题上,公民身份演进论从制度主义路径出发,分析了民主制度对社会立法的作用。福利体制的比较研究更是将公民社会权作为类型区分的基础,丹麦学者艾斯平-安德森(Esping-Andersen)主张,如果公民维持基本的生活需要是根据马歇尔公民权理论中的社会权利,而不是完全依赖劳动力市场,则体现为劳动力的“去商品化”,据此可将西方福利国家体制划分为自由主义、保守主义和社会民主主义三个类型。^[4] 作为社会自由主义者,马歇尔关注公民身份的权利方面,主张公民身份是一个多重要素构成的权利系统,其中,社会权对社会平等具有重大的意义。这一思想为英国乃至西方世界社会立法的

* 中国政法大学社会学院副教授,社会学博士。本文系受中国政法大学“211工程”三期建设项目资助的研究成果。

[1] “citizenship”的中文翻译不大统一,有的译为公民身份,如《公民身份与社会阶级》《公民身份:女性主义的视角》《理解社会公民身份》等,有的译为公民权,如《公民权研究手册》。因为马歇尔更强调公民身份的权利方面,因此本文较多沿用“公民权”这一译法,也兼取“公民身份”。为了将“citizenship”与“civil right”区分开来,将“civil right”译为民事权利。

[2] [英]安东尼·吉登斯:“T. H. 马歇尔、国家与民主”,载[英]T. H. 马歇尔、安东尼·吉登斯等:《公民身份与社会阶级》,郭忠华、刘训练编,江苏人民出版社2008年版,第221页。

[3] [英]安东尼·M. 里斯:“T. H. 马歇尔与公民身份的进展”,载注2引书,第196页。

[4] Gosta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism* 37 (Polity Press 1990).

巩固与发展提供了理论基础和思想指导。他因此与波兰尼(Karl Polanyi)和米尔达尔(Alva Myrdal)并称为保卫英国福利国家的三大巨头。^[5] 总体看来,马歇尔的思想在公民权研究和社会立法实践上都具有不可忽视的影响。

一、马歇尔公民权思想的兴起

1949年,在剑桥大学阿尔弗雷德·马歇尔(Alfred Marshall)纪念讲座上,马歇尔作了题为《公民身份与社会阶级》的两次演讲,集中阐发了他的公民权思想。^[6] 而仅仅数月前,英国宣告建成世界上第一个福利国家。公民身份包含的社会权是福利国家的核心观念,而福利国家是公民身份长期演进过程达到的最高峰。^[7] 福利国家的诞生体现了公民社会权的扩张,引发了人们对公民权问题的广泛关注与持续讨论,而社会权的思想为福利国家的创建和发展提供了理论支持。因而,马歇尔公民权思想的兴起与福利国家的诞生具有不可割舍的联系。

(一) 马歇尔公民权思想兴起的历史背景

第二次世界大战后,西方世界先后进入福利国家的创建时期,这是促成马歇尔公民权思想兴起的社会历史背景。现代战争使得政府公共职能增强、干预范围扩大,也带来了政府的资源动员与汲取能力的提高。同时,战争促进了阶层之间的社会整合,有利于下层群体更有效地提出福利要求。第二次世界大战期间,英国人民饱受战争之苦,福利需求不断高涨,创建与穷兵黩武的战争国家相对的福利国家成为共同的期待。1942年,贝弗里奇(William Beveridge)发表了《社会保险及其相关服务报告》,勾勒了福利国家的蓝图。1945年,成功组阁的英国工党政府相继通过了《国民救助法》《社会保险法》《国民健康服务法》《工业伤害法》。1948年7月5日,这些法案同时生效,标志着福利国家首先在英国建立。^[8]

作为政府干预公民福祉的系统性制度安排,英国福利国家的建立是工党政府对马歇尔公民权思想的政治实践。威伦斯基和莱博克斯(H. L. Wilensky & C. N. Lebeaux)早已指出,福利国家的关键是政府保障所有公民享有最低标准的收入、营养、住房、教育和就业机会,这些属于公民的权利而不是慈善恩赐。^[9] 总体看来,第二次世界大战后,马歇尔公民权思想的兴起,尤其是社会权利观念的发展,与福利国家的建设和扩张密不可分。

(二) 马歇尔公民权思想的学术渊源

马歇尔是土生土长的英国人,曾在剑桥大学学习与短暂工作。1919年,他到伦敦经济学院(London School of Economics,简称LSE)工作,直至1956年退休。可以说,其终生学术生命与伦敦经济学院结下不解之缘。作为费边社会主义(Fabian Socialism)的发源地和社会自由主义(social liberalism)的大本营,伦敦经济学院是马歇尔学术思想成长的沃土。在这里,他吸收了卫伯夫妇(Sidney Webb & Beatrice Webb)倡导的费边社会主义思想,并在霍布豪斯的影响下,开始关注公民权问题。但他抛弃

[5] Anupama Roy, *Citizenship and Rights*, 3 *European Journal of Social Theory* 19, 23 (2000).

[6] 阿尔弗雷德·马歇尔(Alfred Marshall, 1842-1924)是英国著名经济学家,而T. H. 马歇尔(Thomas Humphrey Marshall, 1893-1981)是社会学和社会政策学家。除特别标明,本文提到的马歇尔均指后者。

[7] [英]安东尼·吉登斯:《第三条道路:社会民主主义的复兴》,郑戈译,三联书店2000年版,第11页。

[8] 魏新武:《社会保障世纪回眸》,中国社会科学出版社2003年版,第70页。

[9] Harold Wilensky & Charles Lebeaux, *Industrial Society and Social Welfare* xii (2d ed., The Free Press 1965).

了霍布豪斯的哲学取向,融入了贝弗里奇社会立法的主张。马歇尔相信,积极的国家不应止于做“最后的守夜人”,而应承担起对公民的社会责任。这种社会自由主义的价值立场鲜明地体现在他的公民权理论中,使之超越了古典自由主义的公民权传统。

如果说,社会自由主义为马歇尔的公民权理论提供了价值理念,那么,功能主义则是他分析公民身份演进过程的方法论工具。第二次世界大战后至1960年代初期,西方资本主义世界进入了一个相对和平繁荣的时期,帕森斯(Talcott Parsons)的结构功能主义理论正好因应了这一时代特点,并在社会学理论版图中取得主宰地位。它将社会视为不同部分组成的系统,强调社会变迁是结构分化和功能优化的过程,这一理论为马歇尔分析公民身份的历史演进提供了一个分析性的概念框架。继而,在帕森斯的学生——默顿(Robert K. Merton)的经验功能主义范式的启发下,他试图将公民身份制度的历史演进与现代社会的变迁结合起来,将国家机构的功能分化和国家版图的地域融合作为公民身份权利体系内部分化的影响机制,并考察公民权的发展对社会阶层结构平等化的效果。

二、马歇尔论公民身份权利体系

马歇尔对公民身份与社会平等关系的讨论肇始于英国著名经济学家阿尔弗雷德·马歇尔的问题。1873年,阿尔弗雷德·马歇尔在《工人阶级的未来》一文中提出,随着生产技术的进步与工人阶级生活方式的绅士化,建立一个包含不平等的平等社会是可以理解的。马歇尔指出,这个论断中包含着一个社会学的假设,即存在一种与共同体完全成员身份观念或公民身份观念联系在一起的基本平等,当这一平等得到认可,社会阶级体系的不平等则可接受。^[10]

从阿尔弗雷德·马歇尔论断中这一社会学假设出发,马歇尔结合史实,分析了现代资本主义兴起与发展过程中,英国公民身份的演进历程及其动力机制与社会效果。具体来说,他试图回答这四个开放式问题:公民身份的基本平等与社会阶级的不平等是否相容?继而,市场自由与基本平等之间是否会有张力?推动社会平等的现代动力是否存在不可逾越的限制?从强调义务转向关注权利会产生什么影响?^[11]显然,阿尔弗雷德·马歇尔作为古典自由主义经济学家,强调自发调节的市场是最有效率的生产组织形式,相信财富增长及其涓滴效应(trickling-down)会促进社会的平等化。而作为社会自由主义者,马歇尔主张,虽然自由市场的效率原则使得财富大规模增长,但也带来了财富分配的不平等,而要实现社会公平与平等,更需要通过社会立法来保障公民身份的基本平等。

(一) 公民身份的界定

从古希腊城邦社会迄今,公民身份一直是法学和政治学的核心概念,但最早明确界定这个概念,并展开具体研究的是马歇尔。^[12]他指出,公民身份“是一种地位,一种共同体的所有成员都拥有的地位,所有拥有这种地位的人,在这一地位上所赋予的权利和义务都是平等的”。^[13]在马歇尔之后,不同研究传统的学者围绕公民身份的概念界定展开了持久的讨论,基本达成了一个共识,即公民身份是依据现代民族-国家的成员资格而享有的平等权利及其承担的相应义务。雅诺斯基(Thomas Janoski)提

[10] 参见[英]T. H. 马歇尔:“公民身份与社会阶级”,载注2引书,第5-8页。

[11] 同注10引文,第9-10页。

[12] 同注10引文,“编者导言”第2页。

[13] 同注10引文,第23页。

出,公民身份是在一个民族-国家中拥有的、包含一定程度上平等与普遍权利和义务的、被动和主动的成员资格。^[14] 佛克(Keith Faulks)也指出,公民身份指“社会成员的特定地位,其内涵包括各种权利、法律与社会责任,并坚持平等、正义与自治的价值”。^[15] 在一定程度上,马歇尔对公民身份的概念界定得到了广泛的承认。

具体说来,马歇尔的公民身份界定包含三层含义。首先,公民身份是一种地位。在形式上,它是作为特定国家成员的法律地位,通常以拥有一国的国籍为标志。这种地位或根据出生地主义或根据血缘主义而先赋获得,或通过入籍归化而后天取得。这说明具备公民资格,成为特定共同体的合法成员,可以依据出生地原则、血统原则或归化原则。欧菲尔德(Adrian Oldfield)区分了作为“地位”与作为“实践”的公民身份,前者源于古典自由主义的传统,强调作为一个公民,享有免于国家干预的自由与广泛的个体权利;而后者始于古典共和主义的传统,主张成为一个公民,必须具备公共精神,并参与公共活动。^[16] 马歇尔强调,公民身份是一种地位,大体说来,他受到了盎格鲁-撒克逊的古典自由主义传统的影响。其次,公民身份是特定共同体完全与普遍的成员资格。不同于机械性的聚合体,共同体是以一定的社会连带关系为基础的有机整体,成员具有强烈的身份感,并体现为成员对共同体的归属感和成员之间的认同感。马歇尔关注成员与共同体的关系,意味着公民身份涉及的不仅是个人相对于国家的法律地位,也包含着个体之间的社会整合关系。更重要的是,他强调,这种成员资格是完全性而不是部分性的,是普遍性而不是特殊性的,这一普遍主义的原则要求将共同体的所有成员无一例外地包容进来,并赋予全面的权利与义务。最后,公民身份的实质内容是平等的权利和义务。他指出,基于这种成员资格,作为共同体一份子的成员享有平等的权利和义务。成员资格构成了权利与义务分配的准则,正是它承载的权利与义务,使得公民身份具有实质意义。

从马歇尔对公民身份的界定看,公民身份包含着形式和实质双重意义。在形式意义上,公民身份是共同体的成员资格,表现为一国的法律地位。而在实质意义上,公民身份包含着平等的权利与义务。可以说,成员资格是形式载体,而权利义务是实质内容。不可否认,实践中,可能出现公民身份形式与实质意义的背离,即具有公民的法律地位不一定享有平等而全面的权利与义务。但从马歇尔公民权理论来看,他强调的是公民身份的实质意义,即完全而普遍的公民身份意味着全面而平等的权利和义务。

(二) 公民身份之权利体系

公民身份是一体两面的,权利和义务即是它不可分离的两个方面,但马歇尔重点关注的是权利方面。他主张,公民身份是一个多重要素构成的权利系统和制度体系,从英国的立法实践看,各要素的扩张具有明显的历史时序性和层次递进性。具体来说,18世纪,与市民社会紧密联系的各项民事权利(civil rights),如人身自由,言论、思想和信仰自由,私有财产权,订立合同权,以及司法权利相继确立,并得到法院系统的保障。19世纪,包括选举权与被选举权的政治权利(political rights)破除垄断,向普通大众开放,其权利保障机构是国会或地方议会。在此基础上,20世纪,公民身份之社会权利(social rights)走上了重建道路。作为一种福利要求权,它具体包括收入维持、劳动就业、医疗健康、受教育、住

[14] See Thomas Janoski, *Citizenship and Civil Society* 8-11 (Cambridge University Press 1998).

[15] [英] Keith Faulks:《公民身份》,黄俊龙译,陈巨擘校订,巨流图书有限公司2003年版,第19页。

[16] 参见[英]露丝·里斯特:《公民身份:女性主义的视角》,夏宏译,吉林出版集团有限公司2010年版,第23页。

房等再分配和经济补偿的权利,而教育体制和社会公共服务体系是其担纲者。^[17] 概言之,公民身份之权利体系是一个包含民事、政治、社会三重要素的系统,它们分别由不同的机构来保障实施,并具有历史进化的特点。

马歇尔对公民身份权利体系特征的考察可以从制度环境、适用范围、涵盖内容三个基本面向来进行分析。首先,他强调公民权依托的制度环境,将公民权的三个要素与特定的组织机构联系起来,提出法院系统、议会机构和公共服务体系分别是民事权、政治权、社会权的制度保障。由此看来,他对公民权的分析不是从抽象个体的自然权利观出发,而是强调权利依托于一定的制度环境和历史脉络,因为“权利只有在特定的制度环境中才有意义,只有凭借特定的物质条件才能实现”。^[18] 从卢梭提倡“天赋人权”,到马歇尔强调权利保障的组织基础,表明权利研究从抽象的哲学思辨走向经验主义,这是作为社会学家的马歇尔对公民权研究的重大贡献。其次,马歇尔关注公民权适用对象的普遍化。民事权利从地方性逐渐走向全国性,政治权利最初只是拥有财产的少数精英群体享有,后来逐渐扩大到全民范围,而社会权利尽管最初具有明显的片面性和狭隘的地域性,但以全面而普遍的公民身份为基础的社会权利最终在20世纪中叶建立。总体看来,公民权的适用对象逐渐从特殊主义走向相对的普遍主义。最后,马歇尔强调权利内容的广泛性。在他看来,现代公民身份是一个复合性的权利系统,包含相互联系、相互影响的三大要素。

不可否认,马歇尔的公民身份权利体系观也存在一些问题。第一,一些具体权利的类型是否准确归类。马歇尔将人身安全、言论出版与信仰自由作为民事权利,这些权利属于民事权利还是政治权利,是值得商榷的。第二,公民身份权利体系包含民事、政治、社会三大要素是否具有完备性。在马歇尔公民身份权利体系之上,雅诺斯基提出,当代公民权的范围包括法律权利、政治权利、社会权利和参与权利四大类别,并可细分为更具体的若干小类。^[19] 随着全球生态危机的严重化,斯图亚特(F. Steward)提出了生态公民身份的概念,并指出马歇尔的公民权体系仅从个人与国家的关系出发,忽视了人与环境的关系,而生态环境和自然资源对人类生存至关重要,应增加环境权利。这样看来,公民身份之权利体系是一个开放的系统,并不能将社会权视为最高或最后的发展阶段。如果说,第一代公民权包括民事权利和政治权利,马歇尔复兴的第二代公民权增加了社会权,而第三代公民权又增加了环境权。^[20] 第三,公民身份权利体系是否是一个统一性、同质性的制度安排。从权利实践上看,民事、政治和社会三大不同要素之间没有必然的均衡关系,民事权利的扩张是新兴的工商业阶级和专业群体反对封建王权斗争的产物,而政治权利和社会权利的扩大则与工人阶级反抗资产阶级之社会运动和议会斗争紧密相关。

(三) 公民身份权利体系之演进

公民身份之权利体系发展成为一个完整的制度系统经历了一个动态的演进过程。从结构功能主义视角出发,马歇尔将公民权的历史发展与社会结构变迁联系起来,强调公民权三要素从混合走向分化与地域融合和国家机构的功能分化具有共变关系。在他看来,在加强王权的过程中,英国以普通法为基础的王室司法体系代替了地方性的习俗,司法体系从地方封闭走向全国统一。同时,曾经身兼多

[17] 同注10引文,第10-18页。

[18] J. M. Barbalet, *Citizenship: Rights, Struggle and Class Inequality* 4 (University of Minnesota Press 1988).

[19] [美]托马斯·雅诺斯基:《公民与文明社会》,柯雄译,辽宁教育出版社2000年版,第264页。

[20] 参见[英]Derek Heater:《公民身份》,张慧芝、郭进成译,韦伯文化国际出版有限公司2006年版,第40-41页。

项职能的英国御前委员会分化为议会、法院和各个不同的委员会,国家机构的专门化使得公民身份的三要素从此分属不同机构的职能范围。^[21]

马歇尔的论断暗含着公民身份权利体系的演进与现代民族-国家建设具有紧密联系的前提预设,即臣民与君主之间的从属性依附关系,逐渐变为公民与国家之间的权利义务关系,平等与普遍的公民权才成为现代国家的核心特征。吉登斯指出,在马歇尔的公民身份演进论背后,隐含着民族-国家的扩张,因为民族-国家是公民身份话语指向的实体,只有在这个共同体内,公民身份才能得以实现。^[22]英国从一个松散的封建制国家转变为现代民族-国家,政治权威的统一化削弱了地方割据的封闭性,促成了公民权体系全国范围内的普遍化与平等化;而政府组织结构的功能专门化,又使公民权的三要素发生分化与独立化。

马歇尔不是从先验出发,而是将公民权置于一定的历史环境中,从社会结构变迁中寻找公民身份权利体系演变的动力因素,但他的分析也有不可忽视的问题。首先,他把公民权的演进看做一个不可逆转的扩张过程,隐含着一种线性的历史进化论。^[23]令他难以预见的是,1970年代末期,英国撒切尔政府对福利国家进行收缩性改革,削弱了某些领域的社会权。其次,他主要聚焦英国经验,带有一种文化中心主义的倾向,没有看到公民权的发展在不同国家具有不同的轨迹。例如,俾斯麦时期的德意志帝国建立了相对完善的社会保险制度,却牺牲了各项政治权利,在这种威权主义政体下,统治阶级以社会权利的授予来换取政治权利的悬置或剥夺。正是看到了不同政治体制下公民权的演进轨迹不同,迈克尔·曼(Michael Mann)将公民权的演进与统治策略联系起来,提出不同政治策略的政体,公民权呈现出不同的发展路径。^[24]再次,他只是泛泛论述社会结构的功能分化与公民权历史演进之间的共变关系,到底是什么力量通过一个怎样的过程促成了公民权的变迁却语焉不详。在这个意义上,他的研究只是公民权演化的“历史描述”,而不是明确的“因果解释”。^[25]最后,马歇尔站在社会民主主义的立场上,强调权利是自上而下授予的,而不是自下而上争取的。公民权包含着平等、自由的价值,争取公民权的过程必然不是风平浪静的,而是充斥着激烈斗争与复杂博弈的过程。虽然英国以不流血的“光荣革命”著称,但在资本主义兴起与发展的过程中,一些民事权利仍然是包括零售贩运商、远航贸易商、银行家、工业家等新兴的工商阶层与封建领主、城市行会、中央集权的君主斗争取得的。^[26]而政治权利从有产者向无产者的扩张则与工人阶级运动直接相关,如著名的“宪章运动”。因此,阶级冲突与社会革命对公民权发展的影响也是不容忽视的。

(四) 马歇尔论公民身份权利体系内部关系

在马歇尔看来,公民身份权利体系是一个三位一体的制度系统,民事、政治、社会三要素之间相互联系、相互影响。公民权的历史演化和具体实践表明,民事和政治权利是推动社会权利发展的前提条件,而社会权利是民事和政治权利得以实现的现实保障;但公民身份之基本平等与市场自由之间的张力也使得民事权利和社会权利处于某种紧张关系中。

首先,公民身份之民事和政治权利是社会权利得以建立的基础。在英国公民身份演进过程中,延

[21] 同注10引文,第11-12页。

[22] 同注16引书,第80页。

[23] 同注3引文,第202页。

[24] 参见[英]迈克尔·曼:“统治阶级的策略与公民身份”,载注2引书,第260-283页。

[25] 参见陈鹏:“公民权社会学的先声——读T. H. 马歇尔《公民权与社会阶级》”,载《社会学研究》2008年第4期,第235页。

[26] 参见[美]泰格·利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第152页。

续着民事权利、政治权利、社会权利这一时序性发展过程,民事和政治权利成为社会权利得以建立的前提条件。马歇尔指出,民事权利为工人要求改善经济社会地位提供了有力的理据,而政治权利则直接为社会权利的建立提供了正式途径。^[27]在他看来,经由政治民主制度,合法议会斗争成为扩大社会权利的有效方式,即代表工人阶级利益的政党通过选举占据多数议席,保护劳工利益的社会权利才得以大大推进。例如,1945年,英国工党政府成功组阁,并通过了一系列的社会立法。因此,在公民身份这一复杂的制度系统中,民事权利与政治参与的扩大是社会权利建立的前提条件。

其次,社会权利为民事和政治权利的实现提供了保障。马歇尔看到了阶级偏见和财产分配的不平等导致权利与救济出现分离,他认为,只有通过社会权利,提升保障民事与政治权利的能力和机会,才能真正实现自由。譬如,虽然民事权利赋予了公民平等的司法诉讼权,但昂贵的诉讼费用却使穷人对法庭望而却步,是《法律援助和法律咨询法》规定的法律援助服务,保证了平等司法诉讼权的实现。^[28]政治和民事权利是消极的公民权,而社会权利是积极的公民权,有利于保证公民身份成为一种实质性地位。正是借助社会权利的保护,那些在能力或资源方面处于劣势的群体才能有效实现民事权利和政治参与,继而从消极自由走向积极自由。在这个意义上,社会权利有助于民事与政治权利的实现,也有利于形式与实质公民身份的融合。

马歇尔公民权思想最大的贡献是提出了社会权,正是对社会权的强调表明他试图超越自由主义和共和主义公民身份传统之间的对立。肇始于亚里士多德的共和主义公民权范式主张,成为一个公民,必须具备公民美德,积极参与公共事务;而自由主义的公民权范式则强调个体享有免于国家干预的自由,即民事权利和政治权利。^[29]无论是公民参与,还是个体权利,都离不开一定的物质基础条件。共和主义的公民身份范式将拥有财产视为美德的象征,主张只有拥有财产才能公正无私地参与公共活动,但以经济领域之不平等何以推动政治领域之平等?而自由主义的公民身份范式强调形式性、消极性的民事权利和政治权利,忽视了经济匮乏和能力限制对实现这些权利造成的阻碍。里斯特(Rose Lister)提出,马歇尔不仅提出了公民身份之权利体系,而且关注三大权利如何支撑公民参与行为和这些权利得以运用的社会经济条件,而公民身份之权利和政治参与的相互交织是贯穿福利国家的红线。在这个意义上,马歇尔的公民权理论是将自由主义与共和主义对公民身份的理解综合在一起的前期尝试。^[30]他对公民身份的理解体现了参与的理念,尤其强调社会权是实现积极自由的条件,因为社会权利有助于那些在力量和资源方面处于劣势的群体有效行使民事权利和政治权利。奥利弗和亨特(Dawn Oliver & Derek Benjamin Heater)指出,社会权对古典自由主义是一剂解毒药,它不仅保护个体的消极自由,还提升个体的积极自由,使不同的公民能够基本同等地行使政治权利和民事权利。社会权还为全面的社会和政治参与创造条件,这意味着它同时提升了自由主义和古典共和主义的权利价值。在这个意义上,马歇尔公民权理论是自由主义和共和主义公民权理论的综合。^[31]

尽管马歇尔将公民身份作为一个统一的权利体系,在他关于公民身份基本平等与市场自由之间紧张关系的论述中,也暗含着民事权利与社会权利之间的张力。可以说,公民身份之权利系统是一个

[27] 同注10引文,第32-33页。

[28] 同注10引文,第36页。

[29] 同注20引书,第5-9页,第83-87页。

[30] 同注16引书,第22-23页。

[31] 同注16引书,第52-53页。

矛盾的统一体。马歇尔看到,在《伊莉莎白济贫法》(*The Poor Law*, 1601年)、斯宾汉姆兰法令(*Speenhamland Law*, 1795年)和《新济贫法》(*The Poor Law Amendment Act*, 1834年)中,社会权利与民事和政治权利存在某种消解与抵触。^[32] 即使作为完全与普遍的公民身份,民事权利和社会权利也会处于某种张力之中。在18-19世纪,公民身份的民事和政治权利将农奴从封建桎梏下解放出来,缔造了自由出卖劳动力的工人,为资本主义市场经济的建立与发展准备了必要条件。这一阶段公民身份与资本主义自由市场经济之所以保持盟友关系是因为民事权利与现代资本主义自由价值相互融合。但在20世纪,市场自由和公民身份之社会权利处于敌对状态,因为“现代形式的社会权利恰恰意味着地位对契约的入侵,市场价格对社会正义的服从,权利宣言对自由议价的替代”。^[33] 例如,依据民事权利,劳资双方对工资标准可自主约定,但如果社会立法规定了最低工资标准,则工资不能全然由劳资双方签订的用工合同确定,而是要遵循社会立法确定的最低工资标准。马歇尔看到了公民身份之基本平等与市场自由价值之间的矛盾隐含着社会权利与民事权利之间的张力。奥利弗和亨特也提出,民事和政治权利与社会权利之间的冲突在于前者维护个人自由,保障市场经济的顺利运转,而后者体现了集体平等的理念,表面与市场经济相冲突。^[34] 马歇尔从公民身份三要素与市场自由之间的紧张关系看到了民事权利和社会权利之间的张力,这一点得到了当代学者的认同。

三、马歇尔论公民身份与社会平等

在马歇尔看来,公民身份表达的是现代社会个人自由和社会平等的理念,从公民身份的历史演进看,公民权是一种渐进发展的社会平等制度。具体说来,民事权利保障了公民的人身自由平等,政治权利促进了国家管理和政治决策的平等参与机会,而社会权利则保证了更加真实与充分的地位平等,并对现代资本主义不平等的阶层结构产生了直接的影响。

马歇尔区分了两种不同的阶级体系,前者是以身份等级为基础、依靠封建契约来维系的封建等级制;后者是受到财产、教育、国家经济结构等多种因素共同作用的阶级制。^[35] 他认为,随着现代资本主义和市场自由主义的兴起,人身平等与自由权得以扩张,单一、共同的公民身份取代了差别性的特殊身份。^[36] 换言之,公民身份的民事权利瓦解了先赋性地位的不平等,对封建等级制下的社会不平等具有根本性的破坏作用,但由于民事权利和政治权利是一种消极的公民权,只能保障消极自由,对资本主义的阶级不平等并没有产生直接的影响。

社会权利与社会平等之间的关系是马歇尔关注的重点。他主张,社会权利对资本主义社会的阶层结构具有直接的影响,并通过社会立法成为对抗资本主义社会不平等的有效途径。因为社会权利是一种福利要求权,人们可以据此要求获得实际收入,以共享某种标准之文明生活方式。^[37] 价格补贴、最低生活保障、累进制的个人所得税、社会保险制度和公共性的社会服务体系,通过财富再分配或转移支付,提高了低收入阶层的实际收入,缩小了不同阶层之间的收入差距,促进经济地位的平等化。

[32] 同注10引文,第18-20页。

[33] 同注10引文,第49页。

[34] 参见[英]彼得·德怀尔:《理解社会公民身份:政策与实践的主题与视角》,蒋晓阳译,北京大学出版社2011年版,第46-47页。

[35] 同注10引文,第23-24页。

[36] 同注10引文,第27页。

[37] 同注10引文,第34-35页。

在英国,无论是国民健康服务体系,还是社会保险制度,或是以家庭财产状况调查为基础的社会救助津贴,都体现了社会权利的扩大,蓬勃发展的社会权利直接影响了现代资本主义阶级体系的不平等。

马歇尔看到,公民权是一种不断发展的社会平等制度,民事权利摧毁了封建等级制下的身份不平等,而社会权利直接减低了现代资本主义社会的经济地位不平等。但他提出,公民权演进的目标不是绝对平等,实现平等的运动也不是无限的。公民身份只是提供“不平等社会结构”中“平等的基础”,即使是社会权利,其目标也不是消除阶级差异,而是缔造一个依照社会正义的原则来看阶级差异是合法的社会。作为功能论者,他认为教育选择和职业分化这些社会分层机制具有激励效应,对社会运行具有不可或缺的作用,由此带来的阶级差别不仅是客观存在的,也是应被认可的。^[38] 在这个意义上,公民身份之基本平等与社会阶级之不平等可以共存。他虽然看到了现代资本主义社会的阶级不平等,并主张以社会权利来促进平等化,但他将这种不平等视为教育选择和职业分化的必然结果。他的这种功能论视角没有看到现代资本主义社会阶级结构的压制性和冲突性,也没有看到生产资料私有制是其根本原因。

总体看来,马歇尔强调公民权的扩张对社会平等的影响,主张通过权利的发展与扩张来缓解阶级不平等,这是一种社会改良主义的立场,属于社会民主主义传统的中间偏左路线。^[39] 他看到了自由市场资本主义虽然破除了封建贵族的特权,提升了个体的自由平等,但也带来了社会的两级分化。正如波兰尼所说,自发调节的市场是一个彻头彻尾的乌托邦,它的扩张使得市场脱嵌于社会,直接威胁到社会的存续,而自发性的社会保护运动使市场复嵌于社会。^[40] 社会权的扩张及社会福利制度的创建正是这样的一种社会保护运动。自由市场经济提高了生产效率,刺激了财富的增长,但也容易导致经济危机和极端的贫富分化。通过民主政治体制和社会权利来修正现代资本主义扩张可能导致的经济和社会危机,使现代西方社会成为民主-福利-资本主义的复调社会。^[41] 他认为,公民权保障了现代资本主义社会不同阶层之间的基本平等,而社会经济地位的实际不平等是教育分层和职业分化的必然结果。以社会权利为基础的社会立法只是现代资本主义体系内部对自由市场的一种内部调适或修正,其社会平等效应有助于规避极端不平等可能引发的阶级冲突,从而维护了资本主义自由市场体系的有效运行。在此意义上,马歇尔具有政治上的改良主义和思想上的社会民主主义倾向。

四、马歇尔论权利和义务的关系

权利与义务构成了公民身份之一体两面,二者之间的关系及其平衡是公民权的核心问题。在《公民身份与社会阶级》开篇提出的四个问题中,马歇尔就开始思考公民身份的权利与义务关系问题,并提出要“改变权利与责任之间的平衡”。

对公民权责的不同偏重形成了自由主义与共和主义公民身份范式之间的分野。雅诺斯基认为,古老的共和主义传统是从责任角度理解公民权,强调公民身份包含着对公共利益的责任承诺和对公

[38] 同注10引文,第52-55页。

[39] 同注34引书,第59页。

[40] 参见[英]卡尔·波兰尼:《大转型——我们时代的政治与经济起源》,刘阳、冯钢译,浙江人民出版社2007年版,第62-66页。

[41] 参见[英]T. H. 马歇尔:“福利资本主义的价值问题及其再思考”,载注2引书,第106页。

共事务的积极参与。而自由主义政治传统则从权利方面来理解公民身份,强调个体权利优先于义务。^[42] 概言之,共和主义的公民身份范式认为,只有实践共同体的责任、承担政治参与的义务,才能成为公民;而自由主义的公民身份范式主张,公民是权利的享有者。在《公民身份与社会阶级》这一经典文献中,马歇尔关注的重点是扩大权利而不是强化义务,也不是义务的具体内容。在他看来,权利是公民身份的重要因素,正是公民身份强调的重点从义务转向权利,才对社会平等产生了巨大的影响。

虽然马歇尔更偏重于公民身份的权利方面,但并没有忽视义务与责任问题。他明确指出,“如果人们在捍卫权利时诉诸公民身份,那么就不能忽视公民身份相应的义务”;“义务要么源于地位,要么源于契约”;“如果契约的义务被公民身份的权利诉求所排挤,那么,我们也必须接受公民身份的义务”。^[43] 由此可见,马歇尔也强调公民身份的义务。继而,他区分了强制性与模糊性义务。他指出,公民责任不仅仅是一系列有限的强制性义务,如交税、社会保险供款、受教育和服兵役等,还包括一些模糊性的责任,即成为一名好公民要承担起提升共同体福利的一般性职责。以工作责任为例,它在现代经济中具有同等重要性,虽然充分就业可保障人人享有工作机会,但人们更要恪尽职守努力工作。^[44] 如果说强制性的义务表现为法律责任,则模糊性的义务体现了公民的道德责任,马歇尔强调公民身份的道德责任。

在公民身份权责关系问题上,马歇尔比较了权利的明确性与责任的模糊性,主张权利和义务是动态平衡的。他明确指出,“任何权利的获得同时都意味着义务的履行”。即使社会权利是与某种文明标准相对应的绝对权利,也只是有条件地免除公民身份的一般义务。^[45] 概言之,马歇尔主张,公民身份既关乎权利,也关乎义务。虽然福利权是一种普遍适用性权利,但其真正享受必须满足共同体的责任要求。这意味着社会权利不是无条件地免责,而是受到享受资格的限制和给付条件的约束。例如,社会救济是以家庭资产状况调查为前提的,而享受社会保险金必须参保并承担缴费或缴税的义务,即使是普遍主义原则的社会津贴也不是绝对无条件的。显然,马歇尔强调权利的附条件性。达伦多夫(Ralf Dahrendorf)提出,自由主义的首要原则是刚性、无条件的权利和柔性、有条件的义务,如果对权利设置限制性的义务,就明显违反了这一原则。^[46] 因此,简单地将马歇尔的公民权思想归于自由主义公民身份传统是存在疑义的。

总体看来,尽管马歇尔强调的重点是公民身份的权利方面,但他并不是主张无责任的权利,也没有抹煞公民应该承担的法律责任和道德责任,更没有割裂权利与义务之间的关系。

五、批判与反思:公民身份的新问题

马歇尔从英国当时的社会背景和文化脉络出发,分析了公民权的历史演进及其对社会平等的作用。1970年代末期以来,人口老龄化、女性就业率的提高、经济全球化和后工业化等因素对福利国家

[42] 参见托马斯·雅诺斯基:“政治公民权:权利的根基”,载[英]恩勒·伊辛·布雷恩·特纳主编:《公民权研究手册》,王小章译,浙江人民出版社2007年版,第25页。

[43] 同注10引文,第51页。

[44] 同注10引文,第55-57页。

[45] 参见[英]T. H. 马歇尔:“福利的权利及再思考”,载注2引书,第72-73页。

[46] 同注16引书,第34页。

的制度安排构成了重大的挑战。^[47] 西方福利国家出现严重的财政危机,不得不进行社会立法的重大调整。在这一新的时代背景下,公民权问题的研究不仅是与马歇尔展开批判性对话,更是从不同的维度来延续或拓展其思想。

(一) 性别与公民身份

马歇尔把公民身份作为一个价值中立的概念,假定公民主要是工人阶级的白人男性,对公民身份制度背后隐藏的性别歧视和种族排斥视而不见。里斯特批判指出,马歇尔忽视了妇女在公民身份问题上遭遇的社会排斥。在19世纪后期的英国,如果没有丈夫的同意,已婚女性不能拥有自己的财产、不能签订合同、不能自由地受教育或就业,甚至不能监护自己的子女,直到1928年,英国妇女才取得投票权。他的公民权理论不仅掩盖妇女的公民权长期遭到排斥的历史现实,而且无视妇女运动对公民权推进的意义,这是一种性别盲视。^[48] 事实证明,女性公民权的发展并未遵循马歇尔的公民权理论,公民权虽然促进了阶级之间的地位平等,但在多大程度上促进了性别平等是值得质疑的。在社会权上,福利国家将女性作为家庭照顾者,男性作为养家糊口者,使得男性往往享有与劳动力市场参与相关的社会保险,而女性则不得不依靠具有耻辱化效果的社会救助和选择性的社会福利服务。这一性别分裂现象表明社会权利在一定范围和程度上巩固了传统的性别角色分工和性别不平等。

(二) 全球化与公民身份

当今,公民权面对的时代主题已经不同于马歇尔时代的社会历史背景,其中,势不可挡的全球化浪潮使得移民劳工的权利保护问题日益突出。莫里斯(Lydia Morris)在《危险的阶级》一书中指出,公民身份是公民与非公民之间权利与义务分配的有形界线与无形壁垒,传统的公民身份概念探讨的是民族-国家内部的包容与排斥问题,马歇尔没有关注跨国的事件和结构,也没有关注移民问题。^[49] 全球化时代的移民劳工即使通过归化入籍可以取得形式公民身份,但由于种族歧视和文化差异,却难以享受实质意义的公民权,公民权制度对他们来说不是社会平等而是社会排斥制度。如何实现全球经济中的社会正义,如何保障移民劳工享有完全与平等的权利,这些已经成为一个备受关注的问题。一些学者提出了世界公民身份或者全球公民身份的概念,索伊萨尔(Yasemin Soysal)主张,以人权取代公民权,因为人权与公民权具有共同的语言,它既是公民身份权利的基石,又是一种泛化的、超越民族-国家界限的公民身份形式,如果以人权取代公民权,则可实现权利的更包容、宽广、开放。^[50] 但人权是所有个体因他们共同的人性而享有的基本道德权利,而公民身份关系到特定政治共同体的治理问题,有效的公民身份实践只有在确定的政治共同体中才能实现,如果不能结合政治共同体的理念,则缺少实现人权理想的有效机制。^[51] 尽管以人权取代公民权带有一种乌托邦的理想主义,但在世界治理和全球正义的话语下,公民身份包含的部分权利正在逐渐跨越民族-国家界限。

(三) 公民身份之权责问题

社会权为福利国家的创建提供了合法性说明,但随着福利国家发生严重的财政危机,新自由主义(neo-liberalism)思潮兴起。以哈耶克(Friedrich Hayek)和弗里德曼(Milton Friedman)为代表的新自由

[47] [德] 弗兰茨-克萨韦尔·考夫曼:《社会福利国家面临的挑战》,王学东译,商务印书馆2004版,第59-123页。

[48] 同注16引书,第108-110页。

[49] 参见孙湛宁:“公民权与阶级关系再思考”,载《社会学研究》2009年第3期,第240页。

[50] Yasemin Soysal, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe* 139 (University of Chicago Press 1994).

[51] 同注15引书,第200-205页。

主义者提出,为了保障公民的社会权利,政府大规模干预经济是一条“通往奴役之路”。因为宽容、慷慨的社会福利限制了人们的自由意志,损害了公民的自由选择权和自主独立精神。

同时,社群主义(Communitarianism)复兴了古老的共和主义公民身份传统,攻击马歇尔的社会权利论片面强调权利、忽视义务,导致权利与义务分离和严重的福利依赖问题。^[52] 伊茨奥尼(Amatay Etzioni)、塞尔伯恩(David Selbourne)等社群主义者提出,权利的享有与个人赏罚或功绩毫无关系的平权主义观念破坏了公民秩序的道德基础。他们主张,福利权不是无条件的普遍性权利,只是附条件的潜在特权或有限性的资格权利,而且,职责在道德和逻辑上优先于权利,要以对共同体的奉献与职责平衡个人自由与权利。而布莱尔(Tony Blair)和吉登斯则主张,权责是相辅相成,无责任则无权利,不存在没有责任的权利,公民应该承担起对个人、家庭和共同体的道德责任。^[53] 总体看来,面对福利国家的危机,当代的公民身份强调的重点已经从权利转向了责任和义务,包括工作责任和家庭责任在内的“责任话语”成为福利国家重构的主流修辞。新自由主义、社群主义和第三条道路都试图改变马歇尔强调权利的倾向。

Citizenship and Social Equality: T. H. Marshall on Citizen's Rights

Hu Jierong

Abstract: T. H. Marshall was an epoch-making thinker on the issue of citizenship, and had an important influence on it. He emphasized the aspects of rights, and treated citizenship as a right system including civil, political and social parts. After analyzing evolution of citizenship, he discussed them on social equality. T. H. Marshall argued that civil rights rising in 18th centuries and political rights growing up in 19th centuries are prerequisites for social rights in 20th centuries, but social rights are guarantee for enforcement of civil and political rights. Furthermore, he thought civil and political rights ended the hierarchy based on feudalism contract, but it is social rights that decreased the status inequality in capitalism society. Marshall emphasized rights of citizenship, especially social rights and the effects on equality. These ideas supplied theory guidance and legitimate basis for social legislation in western welfare states. But with the crisis of welfare state occurred in the late 1970s and globalization, some criticisms and suggestion to his thoughts on citizenship were put forward.

Keywords: T. H. Marshall; citizenship; civil rights; political rights; social rights

(责任编辑:刘馨)

[52] 参见钱宁:“论公民权利的社会福利理论价值及其局限性”,载王思斌主编:《中国社会工作研究》(第2辑),社会科学文献出版社2004年版,第25-42页。

[53] 同注34引书,第60-90页。

【法政时评】

认真对待案例评析：一个法教义学的立场

贺 剑*

摘 要：改革开放以来，案例研究在我国经历了 20 世纪 90 年代和现今的两次研究热潮，但案例研究在本体论层面是什么并未得到认真对待。纵观比较法经验，案例研究是一类与论文、书评等相比有着显著特点的独立的法学文献，具有篇幅简短、个案取向、偏重教义三个特征。在我国，案例评析可以辅佐和围观司法实务，也可以为部门法和非部门法研究提供教义学基础。对公报案例、指导性案例的评析举隅以及对相关理论的澄清都是有力说明。案例评析在我国的推广，有待于主流法学期刊的开放和学术评价体制的微调，亦需在写作体例和文献运用上予以规范。案例评析的昌明，将成为我国法教义学昌明的重要标志。

关键词：案例研究 案例评析 法教义学 法学文献

在我国，案例研究时下正红。这一方面得益于最高人民法院在 2010 年底宣布建立“案例指导制度”，并相继发布多批指导性案例；^{〔1〕}另一方面也得益于部分学者的持久酝酿和积极推动，如 2008 年以来纯民间性质的“判例研读沙龙”。目前相关研究主要有三类：针对具体案例的研究；^{〔2〕}针对判例制度或案例指导制度的研究；^{〔3〕}针对案例研究本身的研究。本文的研究属于第三类，即本体论研究。

在本体论层面，主流观点认为，案例研究应百花齐放，并具有不同类型和多元研究方法。如以涉及案例的数量为标准，区分个案性案例研究、类型化案例研究和整体性案例研究；以研究视角为标准，区分部门法规则、法理问题及法社会学的案例研究；^{〔4〕}又或者以研究方法为标准，区分个案解析研究、个案引出问题研究、个案作论据研究等。^{〔5〕}

在上述区分中，“案例研究”并非一种独立存在，它只是“与案例有关的研究”，缺乏鲜明的面孔、特定的目的以及方法论上的“独门暗器”。^{〔6〕}有鉴于此，本文试图通过比较法上的经验，为案例研究

* 中国人民大学法学院博士后研究人员。

〔1〕 参见《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（法发〔2010〕51号）。

〔2〕 参见苏力：“法条主义、民意与难办案件”，载《中外法学》2009年第1期（媒体案例）；周江洪：“合同解除与违约金责任之辨”，载《华东政法大学学报》2011年第5期（公报案例）；王亚新：“一审判决效力与二审中的诉讼外和解协议”，载《法学研究》2012年第4期（指导性案例）。

〔3〕 相关文献汗牛充栋，跨度最长的应是张骥教授十多年来以判例及指导性案例为题的系列作品。

〔4〕 参见李友根：“论案例研究的类型与视角”，载《法学杂志》2011年第6期。类似区分，参见廖义男：“裁判评析与法学方法及法学发展”，载《法令月刊》2009年第7期，第139页。

〔5〕 参见黄卉、章剑生：“判例研究及其方法”，载《华东政法大学学报》2011年第3期，第92-93页。其所指的研究方法更接近于案例研究的类型。

〔6〕 少数研究尽管富有洞见地提出应将“抽取先例性规范”作为当下案例研究的重要目的，但并未对此类案例研究予以进一步“画像”。参见解亘：“案例研究反思”，载《政法论坛》2008年第4期。

提供一幅“画像”,并探讨它在我国法上的功能和推广之道。在术语选择上,本文将这类案例研究称为“案例评析”,以有别于含义宽泛的案例研究以及社科领域惯用的个案研究(case study)。

一、案例评析:独立的法学文献

与成文法、判例法的标签及其背后隐含的成见不同,案例在两大法系都举足轻重。^[7] 正因如此,两大法系都发展出了一类专门针对案例(法院判决)的文献——案例评析(case comment, case note),^[8]或称判决评析(Urteilsanmerkung, Urteilsbesprechung)。

(一) 案例评析的两种类型

案例评析离不开案例。但由于出版平台、写作周期等因素,案例评析与案例未必同台、同时发布。比如在英美,二者原则上就是两条线:案例见诸案例报告(law report, case report),案例评析则刊发于法律评论或其他法学期刊。^[9]

与发布方式相对应,案例评析也可分为两类,这在德国最为明显。一类案例评析直接附于判决之后,二者同步发表于法学期刊。^[10] 这样安排的好处是单刀直入,无须再铺叙判决;坏处是没有标题,只能一律称作“评析”,在引证时也只能屈居为附庸。民法大家卡纳里斯教授在1985年《新法学周刊》(NJW)上的一篇案例评析即属此类。一方面,作者开篇就可以直奔主题,“该判决尽管结论深值赞同,但论证并不尽如人意,无论是在教义学层面,还是在司法实务或法政策层面均是如此”;但另一方面,尽管出自名家,该评析在引用时仍毫无独立地位,通常只能表述为:“《新法学周刊》1985年卷,第2403页以下(附卡纳里斯的评析)。”^[11] 这类评析篇幅较短,如卡纳里斯的评析虽然只有约1200词,但在其所属的“案例”栏目(Rechtsprechung)已经是长篇了。例外地,少数刊物如《法学家报》(JZ)“案例”栏目(Entscheidungen)上的同类评析则平均近3000词。

另一类案例评析属于另起炉灶型,发表时间晚于案例。为免突兀,这类评析开篇都要先转述判决。有些评析出于简便起见,会先给出案号信息及判决要旨,再简述案情和问题,然后作评析,其代表如电子月刊《联邦最高法院判决评析》(LMK)的评析,不仅没有独立标题,篇幅也都在千词以内。更细致的,会专设引言,交代背景与现状、案情及论理,然后作评析,此外还有结论以及独立标题,其典型如《新法学周刊》的“案例评析”栏目(zur Rechtsprechung),所载评析也平均近3000词。^[12]

(二) 案例评析的独立地位

尽管案例评析有不同类型,在不同国家或法域也有不同风格,但从两大法系的主要国家来看,案例评析一直以来都是一类独立的法学文献。

[7] 参见[美]梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第43-48、88页。

[8] 传统上,“comment”指案例评析,“note”指对立法、法律理论或原则的评析,但通常并不区分。

[9] Neil Duxbury, *Jurists and Judges: An Essay on Influence* 56 (Hart Publishing 2001).

[10] 这与法学期刊竞相刊载或转载法院判决的传统有关。阅读这些“转载”判决有时甚至成为执业者的义务。如柏林高院曾作出判决:《新法学周刊》公布的德国联邦最高法院判决,在一个多月后应为法律界所周知,不知者将就其不当法律咨询承担专家责任(KG, NJW 2006, 1983)。

[11] BGH NJW 1985, 2403 (m. Anm. Canaris).

[12] 在德国,部分法学教育类期刊还会刊载两个案例评析的“近亲”:一是改编或虚拟案例的解析,相当于案例题参考答案;二是针对真实判决的较少争议的评析,旨在帮助学生备考。

从法学期刊的栏目设置来看,案例评析与论文、书评等受到同样的重视。例如,英国《法律季刊》的三大常设栏目就是案例评析(notes)、论文和书评;美国《哈佛法律评论》虽还有专门针对立法、法学理论或法律原则等的评论(notes),但同时也固守案例评析、论文和书评的区分,而且还将案例评析细分为针对最高法院判决的评析(leading cases)和针对其他下级法院判决的评析(recent Cases)。^[13]除了细节差异,德国《新法学周刊》、《法学家报》等的栏目设置也大体相似。

就学术影响尤其是在学术评价体制中的位阶而言,案例评析与其他类型的文献也有较大差别。在德国,学者在著述清单中通常会分门别类,区分法律评注、专著、论文、案例评析等。在美国,在顶尖法律评论上发表文章固然是莫大荣誉,年轻学者谋求终身教职也常系于此,但光有发表还不行,所发表的还必须是“论文”,且往往必须是注释紧凑、内容充实的长篇大论;^[14]“案例评析”则不够格。

就实务影响而言,案例评析与论文、专著等同样存在差别。比较法大家、《比较法总论》作者之一克茨教授曾对1985年的德国《联邦最高法院民事判决集》作过一项引证统计,发现在其刊载的41篇判决中,案例评析的被引频率是0.4次/篇,低于法律评注(6.2)、论文(3.5)和教科书(2.5)。^[15]美国学者也有类似发现,根据一项1928年前后的引证统计,在约3万个案例中,有80个案例引用了法律评论总计161次,其中抛开书评被引1次,论文总计被引99次,而案例评析和其他类型的评论总计仅被引48次。^[16]

案例评析与论文等的区别还可以从文献进化史的角度去探求。以美国为例,案例评析的产生远在论文之前。早在美国建国前后,在当时盛行的《英国法释义》等著作中,作者们就已不时援引、评述古老的英国案例,以阐释学说理论或司法规则。1789年以后,各种案例报告开风气之先,将关注点从古老的英国案例转至新近的本土案例,并对案例作更具体的分析和评论,案例评析的雏形由此形成。1808年以来,最早的一批法学期刊诞生,案例评析在其中继续成长。相比之下,论文(lead articles)迟至1829年才有过昙花一现,直到1852年,论文作为一种固定栏目才出现于《美国法记录和英国法评论》。至于论文、案例评析与其他类型的文献一同成为现代法学期刊的常设栏目,则还要得益于1887年《哈佛法律评论》的出现。^[17]

二、案例评析在比较法上的特征

案例评析在各国法学文献大家族中都有一席之地主要在于,它具有以下三个特征:篇幅简短、个

[13] 其他法学期刊常设栏目也大抵类似,不同之处仅在于称谓,如案例评析在《剑桥法学杂志》被称为“案例及评析”(case and comment),在《现代法律评论》则被称为“案例”(cases)。纵然是重理论而轻实务的《耶鲁法学杂志》,也只是自2005年10月(第115卷)起才废除案例评析(case comment),而代之以“就法律或法学最新进展作原创性论证”的评析(comment),评论对象拓展为图书、案例、立法、政策和论文。参见 Comments Submission Guidelines for YLS Students, 载《耶鲁杂志》网站(www.yalelawjournal.org)。

[14] Lawrence M. Friedman, *Law Reviews and Legal Scholarship: Some Comments*, 75 Denv. U. L. Rev. 661, 664, 667 (1998).

[15] Hein Kötz, *Scholarship and the Courts: A Comparative Survey*, in *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday* 183, 193 (David S. Clark ed., Duncker & Humblot 1990).

[16] Douglas B. Maggs, *Concerning the Extent to Which the Law Review Contributes to the Development of the Law*, 3 S. Cal. L. Rev. 181, 191-204 (1930).

[17] Michael I. Swygert & Jon W. Bruce, *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-Edited Law Reviews*, 36 Hastings L. J. 739, 741-773 (1985).

案取向、偏重教义。

(一) 篇幅简短

篇幅简短在我国常被等同于“缺乏深度”,^[18]但从比较法来看,短则是案例评析的共同特点。在英国,案例评析大都在三四页上下,一两千词左右。^[19]在德国,除了长度恒在千词以内的短评,不同类型的长篇评析也往往在三千词以下,超过四千的凤毛麟角。在此,笔者对2011年《新法学周刊》、《法学家报》的相关统计可资佐证(参见下表)。倘若将前述英语或德语案例评析直译成中文,以英译中(1:1.5)、德译中(1:2)的比例换算,前述案例评析的长度也大多在3000-6000字。

《新法学周刊》(NJW)、《法学家报》(JZ)上长篇案例评析的篇幅(2011年)

刊物 \ 词数	1000 - 1499	1500 - 1999	2000 - 2499	2500 - 2999	3000 - 3499	3500 - 3999	4000 - 4499	4500 - 4999	5000 - 5499	平均词数
NJW (56篇)	3	5	8	18	16	5	1	—	—	2702
JZ (43篇)	4	7	9	6	9	5	2	—	1	2682

篇幅简短并不意味着绝对的字数上限。案例评析的简短,更多是相对于本国或本法域其他法学文献的篇幅而言。例如,美国法律评论的案例评析普遍偏长(5000词左右),有时堪比英国的论文,^[20]但与其动辄几十、上百页的论文相比仍是小巫见大巫。^[21]以《哈佛法律评论》为例,其两类案例评析的篇幅通常是10页(约5000词)和8页(约4000词),而其论文通常约50页(约25000词)。^[22]当然,案例评析的长短未尝没有其他规律可循。英美的案例评析往往不遗余力转述法官们的多数、协同及不同意见,因而介绍部分普遍偏长,介绍与评析的比例大致为1:1;^[23]德国的案例评析重在评析,且无需为协同、不同意见操心,故介绍与评析的比例至多仅在1:3左右。^[24]

惟一的例外是法国的案例评析(note d'arrêt)。^[25]自1845年定期出版以来,案例评析一直是法国法学文献大家族中耀眼的明星。其名为案例评析,其实却相当于“有关某一法律问题的博士论文”,^[26]篇幅之长可想而知。它的影响力也有目共睹:根据1929年以来的惯例,案例评析与案例一同刊载于官方的案例报告,几乎无人不读,加之法国判决素来简陋,对读者来说,案例评析的重要性甚至

[18] 同注6引文,第5页。

[19] 《法律季刊》和《剑桥法学杂志》均属此类。罕见的例外是《现代法律评论》,其案例评析自20世纪90年代以来骤然变长,并持续至今,平均在五千词上下,而代价则是不再以个案为取向(case-specific)。Duxbury, *supra* note 9, at 55.

[20] *Id.* at 56.

[21] 这还是持续变长的结果,早期更短,如《哈佛法律评论》的最高法院“专辑”,在几十年前就仅是“半辑”。Ernest J. Brown, *The Supreme Court*, 1957 Term, 72 Harv. L. Rev. 77, 77-198 (1958).

[22] 最长通常不超过60页。这一限制源于《哈佛法律评论》2004年底的一项全国调查,在调查中,约90%的受访者认为法律评论上的论文过长,调查还发现,40-70页足以满足论述需要。参见《哈佛法律评论》的“投稿须知”(Submissions),载其网站(www.harvardlawreview.org)。

[23] 《哈佛法律评论》的案例评析严格遵循了这一比例。另据统计,85%-90%的法律评论中案例评析之介绍与评析的比例都是5:5或4:6,参见Tobi Tabor, *Preparing a Casenote* (Summer 2010),载《休斯顿法律评论》网站(www.houstonlawreview.org),第30页。

[24] 这也是德国判决书“判决要旨迷信”(cult of the headnote)的缘起,相关批评参见:Hein Kötz, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, *RabelsZ* 37 (1973), 245 (259 ff.).

[25] 以下关于法国案例评析的事实材料,均参见Duxbury, *supra* note 9, at 47-59.

[26] *Id.* at 54 (“often a note in name only, being a dissertation upon this or that point of law”).

超过了案例本身。据本文观察,法国的案例评析之所以如此,源自诸多特殊情境,它们共同使得案例评析成为一种稀缺资源(因而写作者不甘于以三言两语“暴殄天物”)。具体而言,首先,由于法院论理惜墨如金,写作案例评析就势必面临无“理”可评、无米可炊的难题,这只有少数作者通过与法院的私下交流才能解决。其次,案例评析巨大的影响力使得其作者有望成为“影子法官”(shadow-judges),可以展示法律技艺,影响司法发展,许多杰出学者因此沉湎其中,甚至写作本身也被视为一种特权和身份。此外,部分有意兼做实务的学者也会追求在案例评析中露一手以推销自己。上述特殊情境注定了案例评析在法国的稀缺和精细化、论文化,但也使得它在比较法上不具有代表性与可复制性,因此下文对其不予关注。

(二) 个案取向

从比较法来看,案例评析与案例几乎都是一案一评。例如,在本文统计的德国2011年《新法学周刊》和《法学家报》总计150篇案例评析中,有149篇是一案一评,只有1篇同时评析了两个案件,而这也纯属巧合:两个案件都是关于同一问题的首批判决,而且被刊载于同一杂志的同一期,这才使得原本的两篇评析被例外合成一篇。^[27]

从功能来看,案例评析的全部意义在于界定案例,通常是“某个”“新”案例对于既有法律状态的影响。要实现这种界定,逻辑上便很难去同时评析“多个”新旧有别的案例。但案例评析并非只谈“本案”,在梳理现行法时,同样会涉及以往的相关案例。

对于个案的执着让案例评析成为法律生活的必需品,但也注定了它的平凡。它是基础文献,也是“低端文献”。^[28]这构成了它与同样涉及案例的“高级文献”即法学论文的分野:案例评析始终以个案为取向,论文则以建构理论、诠释规则等为依归。据此,不但上文法国的案例评析可以被确定归为论文,其他一些论文与案例评析间的灰色地带也可以得到澄清。比如在《哈佛法律评论》每卷第1期的“最高法院专辑”中,除了多数由学生编辑执笔的最高法院判决评析,通常还有少数由法学教授撰写的前言(foreword)和评析(comments)。后者虽然也称“评析”,^[29]但其实与论文无异,因为它们不仅明显更长,而且都会超出个案探讨一般理论或规则,有时还会给出相应的预测或建议。^[30]再比如,目前流行的系列评析或类型化评析,虽然有比较“炫”的关于许多案例的表格式统计或类型化区分,但它们一方面无意于评析个案,因而不同于案例评析,另一方面,它们与齐备、深入的教义学论文又有相当差距,实质上仅能算是论文的半成品,更接近于案例综述或文献综述。^[31]

(三) 偏重教义

在案例评析中注重法教义学分析,不仅在德国等大陆法国家理所应当,在英国等教义分析

[27] Schwamb, Erste Rechtsprechung zum. Unterhaltsprivileg gem. §§ 33, 34 VersAusglG., NJW 2011, 1648.

[28] Duxbury, *supra* note 9, at 55 (“one of the lowliest forms of legal literature”).

[29] 还有研究者将“前言”也视为一类案例评析(*Id.* at 56),但这种长度在百页上下,撰写本身即被视做至高荣誉的文章,不仅在旨趣、论述上与案例评析迥异,其影响力甚至远超绝大多数论文。在Shapiro教授统计的论文引证率百强中,有13篇都是“前言”,其中3篇进入前20,参见Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, 71 Chi. - Kent L. Rev. 751, 763 (1996).

[30] 如《哈佛法论评论》2010年第1期关于Citizens United v. FEC案(企业政治言论)的3篇评析。

[31] 如“系列评析”概念的创造者所言,它的功能在于“综观法院见解发展之趋势,并观察其间之异同与变化,而对法规适用情形及能否达成原来立法目的及其规范功能,作一適切之评估,并提供将来应否及如何修法之参考”。廖义男:同注4引文,第140页。这显然意在构建规则,而非评析案例。

(doctrinal analysis)仍居主流的普通法国家也是如此。^[32] 惟一可能的例外是美国,但即便在美国,20世纪60年代以来风起云涌的法律交叉学科影响之所及,也主要限于论文、专著等“高端”领域,相对基础和低端的案例评析迄今仍以教义分析为重点。

以《哈佛法律评论》上美国总统奥巴马先生在学生时代的惟一一篇案例评析为例,^[33]其涉及所谓“胎儿权”问题(fetal rights)。原告是一名婴儿,她在娘胎中因为母亲与第三人撞车而受损害,除了向第三人请求赔偿,她能否同时以自己的母亲存在过失为由向其主张侵权责任,进而从母亲购买的汽车责任险中获得赔偿? 审理该案的伊利诺伊州最高法院回答:不能赔偿。在总长6页的篇幅中,作者先用3页对研究背景、本案案情以及法院论理进行综述,然后才作评析。作者赞赏该案结论,并作了如下论证。(1)“胎儿-母亲”场景不同于“胎儿-第三人”场景,后一场景下胎儿可以向第三人主张侵权责任的既定规则,未必适用于前一场景。(2)让母亲承担对胎儿的“合理”注意义务,实务中难以操作,且侵害了母亲的隐私权等宪法权利。(3)此类案件在宪法上须审慎权衡,尽管尚无定论,但美国最高法院以往在堕胎案中的分析框架,即在母亲的隐私权、身体自主权和各州保护胎儿的利益之间作权衡,仍富有参考价值。(4)根据上述框架,在母亲仅有过失的情形下,本案法院所作的权衡应予赞同;但若系故意,相关权衡将更艰难。(5)与事后施以侵权责任相比,事前加强孕期教育、健康护理等能更有效保护胎儿利益。在上述论证中,(2)、(5)是对法院论理的转述,(1)、(3)、(4)主要运用了区分和类比方法,惟一有所创见的(3)虽然提出了宪法权衡这一思考进路,但其分析过程仍局限于对现有文献、判例的综述和类比。总体而言,它们都没有超出英美法语境下教义分析的范畴。

美国的案例评析偏重教义,可以从其篇幅有限、实务取向以及主要由学生撰写因而承担法学教育的职能(培养教义分析的能力)等方面得到解释。波斯纳法官在批评由学生编辑的法律评论时,还曾有以下激进建议:不但是由学生撰写的各类评析,连由教师执笔的论文也都应当向教义学转型,因为,法教义学依然是法学学术的最大板块,并且对律师、法官和大多数学者至关重要。至于非教义学论文,波斯纳则建议交由教师编辑的同仁刊物发表。^[34] 在有意无意师法美国、将其作为法教义学的死敌或克星时,不应忽视:在引领法学创新的世界潮流之前,美国同样全面而深刻地经历了近一个世纪(1870-1965年)的法教义学时代,^[35]甚至直到今天,教义学研究尽管基本退出了精英法学院的舞台,但依然活跃于其他法学院的讲堂及其法律评论,以教义学论文为例,其绝对数量亦不逊于从前。^[36]

在评析案例时偏重教义分析并不意味着排斥价值判断,相反,二者是兼容且互有交融的。对于大多数案件而言,教义分析“可以减轻裁判者价值衡量的负担,而直接得出契合法律背后基本价值选择

[32] 可参见《法律季刊》、《现代法律评论》上的案例评析。事实上,就连作为评析对象的案例报告,其宗旨也是报告法院判决中的“教义”,参见 Geoffrey Wilson, *English Legal Scholarship*, 50 *Modern Law Review* 818, 840 (1987)。

[33] *Recent Case*, 103 *Harv. L. Rev.* 823 (1990)。所评案件是 *Stallman v. Youngquist*, 125 *Ill. 2d* 267, 531 *N. E. 2d* 355 (1988)。这本是匿名发表,但在奥巴马参选总统时被曝光。参见 Ben Smith & Jeffery Ressler, *Exclusive: Obama's Lost Law Review Article*, *Politico* (Aug. 22, 2008)。

[34] Richard A. Posner, *The Future of the Student-Edited Law Review*, 47 *Stan. L. Rev.* 1131, 1136 (1995); Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 *Harv. L. Rev.* 761, 779 (1987)。

[35] Richard A. Posner, *Legal Scholarship Today*, 45 *Stan. L. Rev.* 1647, 1650 (1993)。

[36] James Lindgren, *Reforming the American Law Review*, 47 *Stan. L. Rev.* 1123, 1125 (1995)。波斯纳也坦陈,纯以数量论,教义学很可能依然是法学研究的主流。Richard A. Posner, *Legal Scholarship Today*, 115 *Harv. L. Rev.* 1314, 1317 (2002)。

的结论”。^[37] 因为作为教义分析依据的现行法往往是“目前为止人们在价值判断问题上所能达成的最大妥协和共识”，而教义分析也已经是“目前为止人们所能找到的最周全的价值衡量”。^[38] 对于少数疑难案件而言，教义分析虽然未必能直接求得妥当的答案，但至少可以为价值判断提供正确的教义学道路，确保案件“以法律为准绳”。同时，在既定的价值判断基础上，教义分析还能经由类比、区分等方法给出初步的价值权衡，上文奥巴马先生参考美国最高法院近似案例而作的宪法权衡即为例证。

教义分析包含但并不垄断价值判断。尽管如此，仅就案例评析而言，社科方法在价值判断上的作为空间仍属有限。例如在侵权法上判断行为人是否负有合理的注意义务进而应否承担过失责任时，法律经济学的追随者通常乐于采用“汉德公式”：假如采取适当措施预防事故的成本是 B，事故一旦发生造成的实际损失是 L，事故发生的概率是 P，那么当事故预防成本小于事故损失与事故概率的乘积，即 $B < PL$ 时，行为人应承担过失责任。^[39] 但其实要真正得出结论，光有上述靓丽的公式还不行，还必须对 B、L、P 赋值以完成计算。对于司法裁判而言，法院未必能也未必需要取得相应数据，即便他们是法律经济学的信徒，也可以“跟着感觉走”、依常识或经验“看着办”。但对于案例评析而言，要想对“看着办”的判决陟罚臧否，却必须以具体、可信的数据为前提，这往往难以实现。^[40]

三、案例评析在我国法上的功能

案例评析的功能由其特征决定。就篇幅简短而言，它可以减轻阅读负担，毋庸赘言。以下主要就个案取向、偏重教义两点展开。

(一) 辅佐和围观司法实务

为司法服务是案例评析的要义。它可以是辅佐司法，阐发案例意旨，丰富法律论证；也可以是围观司法，检讨判决理论、结论等的瑕疵。^[41] 以下分别举例说明。

其一，辅佐司法。在指导案例 2 号（吴梅案）中，最高法院发布了如下裁判要点：在民事案件二审期间，双方当事人达成和解协议后撤诉，“一方当事人不履行和解协议，另一方当事人申请执行一审判决的，人民法院应予支持”。从法律依据来看，这类推适用了 2007 年《民事诉讼法》第 207 条第 2 款。但在理论上，对于另一方当事人为何可以在一方当事人不履行和解协议时恢复执行原生效判决，吴梅案及其官方解读^[42] 都缺乏有力说明。而随后的案例评析则大致弥补了这一缺憾：根据合同解除尤其是和解合同解除的理论，“一方当事人不履行和解协议”通常会使对方当事人享有法定或约定解除权，后者据此可以解除和解协议，使双方的实体法律关系回复到和解协议之前，亦即生效判决所确认的状态。这一阐释，对于吴梅案以及民法相应条文的适用都极具意义：生效判决的执行或恢复执

[37] 许德风：“论基于法教义学的案例解析规则”，载田士永、王洪亮、张双根主编：《中德私法研究》（第 6 卷），北京大学出版社 2010 年版，第 28 页。

[38] 许德风：“论法教义学与价值判断”，载《中外法学》2008 年第 2 期，第 173、178 页。

[39] *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). 相关介绍和批评，参见冯珏：“汉德公式的解读与反思”，载《中外法学》2008 年第 4 期。

[40] 罕见的例外，参见 *Hein Kötz/Hans-Bernd Schäfer, Judex oeconomicus: 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht*, 2003, S. 1 ff.

[41] 参见王泽鉴：“民法五十年”，载《民法学说与判例研究》（五），1996 年自版，第 23 页。

[42] 参见最高人民法院案例指导工作办公室：“指导案例 2 号《吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案》的理解与参照”，载《人民司法·应用》2012 年第 7 期（李兵执笔）。

行,并不取决于和解协议是否得到履行,而取决于其是否被有效解除。^[43]

其二,围观司法。尽管法理学者如今大都承认法教义学是“处理常规案件的基本手段”,但论者所强调的往往还是法教义学在疑难案件中的无力以及社科方法等的优越性。^[44]而本文认为,鉴于当下的司法裁判质量,法教义学仍将是法学界相当一段时期内关注的重点。可资例证者,正是偏重教义的案例评析的“围观”功能。

先来看法律适用有误但结论不受影响的判决。以《最高人民法院公报》2011年第5期“深圳富山宝实业有限公司与深圳市福星股份合作公司、深圳市宝安区福永物业发展总公司、深圳市金安城投资发展有限公司等合作开发房地产合同纠纷案”为例,最高法院认为该案合同解除行为有效,并为此引证了法释[2009]5号第24条:“当事人没有约定合同解除异议期间,在解除通知送达之日起三个月以后才向人民法院起诉的,人民法院不予支持。”但实际上,这一条文不应在本案适用,因为非解约方是在该条文出台近5年前,即“2004年12月25日收到解除函件后,并未在规定的时间内行使异议权”。本案合同解除行为有效的真正理由是解约方享有解除权。法院援引前述条文,纯属画蛇添足。^[45]

其次是法律适用有误且最终累及结论的判决。以《最高人民法院公报》2010年第5期“广西桂冠电力股份有限公司与广西泳臣房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”为例,该案是一房屋买卖违约纠纷,买受人请求不履行合同的出卖人赔偿因房价上涨而导致的约1.3亿元损失。最高法院以合同不履行也会给出卖人“造成一定损失”、“综合考虑本案的实际情况”为由,将损失“酌定”为1000万元。但如其后评析所言,上述类似于与有过失的损失分担的做法,在法律适用上“似无任何合同法依据”;^[46]就实体结果而言,一个多亿真金白银的流向,更是稀里糊涂、不明不白地“酌”定了。

案例评析的辅佐和围观功能意味着,它是法学理论服务司法实务、推进法官和学者沟通交流的有效途径之一。这不仅在法官绝对强势的英美法系国家如此,^[47]在学者相对有影响力的大陆法系国家更是如此。以德国为例,一位医事法学者曾在案例评析中对德国联邦最高法院民六庭提出如下批评:“除极少例外,……民六庭已经多年不与学说对话。根本就看不出来,它是不是还在关注学说的讨论,是不是还采纳其意见。无所不在的只有自我引证:民六庭俨然上帝,只同自己讲话。”^[48]这番批评之后,民六庭便积极与学者对话,且不乏采纳主流学说而修正以往观点的例子。^[49]

在我国台湾地区,亦不乏学者借案例评析而阐释理论,其后被法官采纳的佳话,其典型如王泽鉴先生的“请求权竞合说”。^[50]苏永钦先生对此曾有如下评论:“王泽鉴针对最高法院的重要民事判决发表一系列的评释,刻意从具体案例出发,而铺陈较具深度的理论作为评述的基础,由点而线,由线而

[43] 参见贺剑:“诉讼外和解的实体法基础”,载《法学》2013年第3期;隋彭生:“诉讼外和解协议的生效与解除”,载《中国政法大学学报》2012年第4期。

[44] 参见苏力:同注2引文;苏力:“司法解释、公共政策和最高法院”,载《法学》2003年第8期。

[45] 参见贺剑:“合同解除异议制度研究”,载《中外法学》2013年第3期。

[46] 陆青:“合同解除效果与违约责任”,载《北方法学》2012年第6期。另参见周江洪:同注2引文。

[47] 美国的例子,参见 Dennis J. Callahan, *A Law Student in the Supreme Court: United States v. Drayton and the Future of Consent Search Analysis*, 13 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 567 (2004); Swygert & Bruce, *supra* note 17, at 789. 英国的例子,参见 Duxbury, *supra* note 9, at 84-113.

[48] *Erwin Deutsch*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 15. 2. 2000 - VI ZR 135/99, JZ 2000, 729 (729 f.).

[49] 如 BGH, NJW 2004, 2011 (2013).

[50] 参见王泽鉴:“德国民法的继受与台湾民法的发展”,载《比较法研究》2006年第6期,第8页。

面,暴露实务个案思考的盲点与矛盾,可说首开风气之先。”^[51] 案例评析之所以被“刻意”作为理论铺陈的工具,无疑得益于它对实务界的强大亲和力。前辈学者的这番洞见和苦心,对于如今学者尤其是部门法学者参与法律发展依然深具价值。

(二) 夯实法学研究的基础

案例评析对于法学研究的意义,可以从部门法研究、非部门法研究两方面来说明。对部门法研究而言,案例评析的意义有三:

其一,为教义学理论提供求同存异的平台和检验反思的机会。部门法上的许多争论,不少都是纯粹的“解释选择问题”,^[52] 尽管概念、规则、逻辑截然不同,但一旦落实到具体案件,结论却可能相同。对于这些争论,案例评析提供了华山论剑的舞台。另一方面,许多理论学说往往只有经由案例评析才能得到检验和修正的机会。法律史上的经典例证莫过于德国法学家耶林 1858 年有关一物二卖的案例评析,在鲜活的案件事实面前,耶林感到全身的“法律感觉及法学脉动都断然地起来反对”,最后只能痛苦地改变其 1844 年在《罗马法论文集》中的观点。这一经历,促使耶林开始依“法的目的”思考法律问题,从而促成了德国法学从概念法学到利益法学的转向,同时,也使得耶林意识到论文写作与案例评析的差别,并由此开创了在德国风行至今的案例研习课程(Übung)。^[53]

其二,推动跨部门法的研究。在以二级乃至三级学科划分势力范围的当下,法学内部的跨学科研究实属罕见和难得。抛开研究能力与兴趣不论,跨学科议题的难于挖掘也是重要原因。而案例评析却可以为此提供契机,因为不同法条虽有学科归属,案例却不受学科界限。以上文吴梅案为例,尽管它一般被看成一个民诉法案例,但这并不妨碍后来的部分案例评析研究该案的实体法问题,而从结果来看,这种实体法与程序法的交叉研究对于理解吴梅案以及相应的民诉法条文也是很有裨益的。

其三,为集大成的法学文献奠定基础。集大成的法学文献,在英美是体系书,在欧陆是法律评注,要完成这些作品,非海量的本国案例和学说作支撑不可。这是一项浩大的工程,即便最优秀的作者,受制于时间和精力,也不大可能去逐一阅读、评析所有案例,遑论再作深入研究。^[54] 因此,完成海量的案例评析储备,让作者参考、援引现成的评析,不失为一个务实的选择。在海量储备的意义上,案例评析也将成为中国法律人的一项集体事业。

对非部门法研究尤其是法理学研究而言,案例评析有助于澄清判决的教义学基础,为相关理论分析提供正确的路径。与之相对的是,现实中非部门法研究对判决的教义学基础有所误会,以至于累及核心观点的不在少数。

以“泸州二奶案”为例,多篇有影响力的非教义学研究都因为对该案的教义学基础尤其是法律依据认识不清,最终形成“六经注我”的误会。^[55] 以下先对该案中屡遭误解的法律问题作一简短的教义分析,然后指出相关非教义学研究的失误之处。

[51] 苏永钦:《司法改革的再改革》,月旦出版社 1998 年版,第 412 页。

[52] 详见王轶:“论物权变动模式的立法选择”,载《月旦民商法杂志》2003 年第 2 期。

[53] 参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学》,中国法制出版社 2011 年版,第 57-64、167 页。

[54] 即便是最优秀的教科书,也无法全然做到这一点,如韩世远教授对上文“广西桂冠电力股份有限公司与广西泳臣房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”的述评,诚然精当,但也是点到为止,并未涉及案情。参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 539 页。

[55] 参见林来梵、张卓明:“论法律原则的司法适用”,载《中国法学》2006 年第 2 期;郑永流:“道德立场与法律技术:中德情妇遗嘱案的比较和评析”,载《中国法学》2008 年第 4 期;何海波:“何以合法?对‘二奶继承案’的追问”,载《中外法学》2009 年第 3 期。

现有研究的一个重要出发点是,该案遗赠行为被判无效的法律依据是所谓“公序良俗原则”,^[56]即《民法通则》第7条规定的“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益”。其实不然,该案正确的法律依据是《民法通则》第58条第1款第5项:“下列民事行为无效:……(五)违反法律或者社会公共利益的。”^[57]从判决文书来看,《民法通则》第7条或公序良俗原则只是一审判决判定遗赠无效的依据,二审判决对此虽有论及,且认为一审“适用法律正确”,但它同时也有意无意适用了正确的法律规定:“我国《民法通则》第58条规定‘民事行为违反法律和社会公共利益的无效’,因此,遗赠人黄永彬的遗赠行为,应属无效民事行为……”^[58]

二审判决的法律适用主要体现为以下三段论:《民法通则》第58条规定,违反社会公共利益的民事行为无效(大前提);遗赠人违反《婚姻法》第3条忠实义务的行为,是违反社会公共利益的行为(小前提);遗赠行为无效(结论)。^[59]

前述三段论明显不成立。因为根据前述大、小前提,结论不应当是遗赠行为无效,而应当是遗赠人违反忠实义务的行为即同居行为无效。相应地,二审判决中关于公序良俗原则的论述纯属无用功,因为它旨在论证前述小前提:依公序良俗原则,“违反社会公共利益”并非“一切违反伦理道德的行为”,但肯定包括“违反已从道德要求上升为具体法律禁止性规定……的行为”,例如违反《婚姻法》第3条的行为。至于其他论述,如公序良俗原则是“社会道德的法律化”、“在法律适用上有高于法律具体规则适用之效力”等,虽在后来引发热议,但更纯粹是题外话,它们甚至与本案错误的法律适用都扯不上关系。

上述不合逻辑的三段论表明,二审判决在教义学上尽管正确找到了《民法通则》第58条这一大前提,却没有正确确认以下小前提:有妇之夫向同居第三者做出的遗赠行为是否违反社会公共利益。这才是本案的关键问题。它的回答并没有想象中艰难,二审法院完全无需节外生枝地引入公序良俗原则,乃至以错误的三段论收场;它只需尽最大努力对前述问题予以裁量。这一自由裁量有《民法通则》第58条作支撑:在该规定中,立法者已经将道德问题(是否违反社会公共利益)引入法律框架(法律行为是否无效),并授权法院作出判断。^[60]上述判断诚然有别于恣意裁量,但却不可避免地包含了

[56] 有研究将《民法通则》第7条等同于《德国民法典》第138条,但实际上,后者在中国法上对应的并非《民法通则》第7条,而是第58条第1款第5项。参见郑永流:同注55引文,第186页。类似误会,参见何海波:同注55引文,第447页。

[57] 只有极少数人注意到这一点,可惜亦未强调《民法通则》第7条与第58条的差别。参见王轶:“泸州遗赠案随想”,载《判解研究》2002年第2辑,人民法院出版社2002年版;金锦萍:“当赠与(遗赠)遭遇婚外同居的时候”,载《北大法律评论》第6卷第1辑,法律出版社2004年版,第291-292页(脚注14、19)。罕见的例外,参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第295页;以及杨洪奎先生为“张学英依与其同居人所立遗嘱诉遗嘱人之妻蒋伦芳给付受遗赠的财产案”(编写人杨丽,载《人民法院案例选》2002年第2辑)撰写的“责任编辑按”。

[58] 参见四川省泸州市纳溪区人民法院民事判决书(2001)纳溪民初字第561号,四川省泸州市中级人民法院民事判决书(2001)泸民一终字第621号,载《判例与研究》2002年第2期,第47、50页。二审所引《民法通则》第58条“违反法律和社会公共利益”的“和”字有误,应为“或”。

[59] (2001)泸民一终字第621号(第50页)。二审判决还有另一个类似的三段论:根据前述《民法通则》第58条(大前提),遗赠人违反《婚姻法》第4条的“禁止有配偶者与他人同居”的行为是违反法律的行为(小前提),因此遗赠无效(结论)。正文的相关评论对其同样适用。

[60] 这类本身价值中立但引入了价值判断“管道”的法律条款被称为“转介条款”,并被视为“民法维持体制中立的奥秘”。参见苏永钦:“私法自治中的国家强制”,载《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版;苏永钦:“从动态法规范体系的角度看公私法的调和”,载《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版。

一定的主观判断。在这个意义上,二审法院无论如何判决,只要不明显过格,都是正确适用了法律。^[61]

二审判决的另一画蛇添足之处,是在论证遗赠行为有效应符合《民法通则》第58条时,增加了《民法通则》和《继承法》关系的讨论。其实,遗赠行为作为民事法律行为,其消极生效要件除了《继承法》第22条的特别无效事由,当然还包括《民法通则》第58条的一般无效事由,这是最基本的民法教义学知识。这与上述两部法律的关系是一般法、特别法还是上位法、下位法毫无关联,如果非要找出关联,两部法律(的相应条文)也只是互补关系,而不是相关研究所以为的互斥关系。

据上所述,“泸州二奶案”的几篇非教义学经典研究的误会也就浮出水面。首先,既然该案真正的法律依据并非“公序良俗原则”,且真正的法律依据——《民法通则》第58条与《继承法》第22条之间并无轩轻,那么,将该案作为(民法)原则与(继承法)规则角力的例证就难说恰当。^[62] 同样,将该案的法律技术解读为普通法与特别法的关系、原则与规则的关系、“行为与法律行为两分”等与本案无关甚或本身都有问题的技术,并以此说明“法律技术服务于道德立场”,也就失之妥当。^[63] 将上述错误的法律技术或类似技术作为“法条主义的泥潭”之罪证,更可谓冤枉。^[64] 其次,该案的法律依据即《民法通则》第58条第1款第5项之规定本身包含立法者对于司法裁量(价值判断)的授权,在此授权框架内,相应裁量权的行使以及由此产生的判决即便掺入裁判者的主观判断也仍具有合法性,所以,该案并不能说明法条主义和价值判断的不靠谱,因而也无法在排除法的意义上为法律程序加冕,使其成为司法判决合法性的“最后的庇护”。^[65]

四、案例评析在我国的推广之道

(一)案例评析的历史及教训

在近年案例研究的热潮之前,我国20世纪90年代初也曾有过一轮类似热潮。其时最具代表性的包括最高法院应用法学研究所编辑的《人民法院案例选》(1992年),梁慧星先生出版的《民法学说判例与立法研究》(1993年),^[66] 以及《法学研究》、《中国法学》等开辟的相关栏目。这一轮热潮有两个推手:一是当时关于判例(法)制度的大讨论,最终虽否定判例法,但肯定判例,这为案例研究的风行提供了有利的外部环境;^[67] 二是榜样的力量,以王泽鉴先生的《民法学说与判例研究》为例,该著作自20世纪80年代初以影印本形式在大陆传播以来,对法学界尤其是民法学界产生了持续而

[61] 即便是相关教义学研究对此也有误解,如认为该案是“背弃法律的明文规定”,是“法官在有明文规定的前提下,作出了超越法律的判决,而用以进行这种超越的手段就是价值判断”。卜元石:“法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径”,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第13-14页。

[62] 参见林来梵、张卓明:同注55引文,第131-132页。

[63] 参见郑永流:同注55引文,第185-187页。

[64] 参见何海波:同注55引文,第441-445,456页。

[65] 参见何海波:同注55引文。相关批评,参见黄卉:“论法学通说”,载《北大法律评论》第12卷第2辑,北京大学出版社2011年版(亦未注意到《民法通则》第58条第1款第5项)。

[66] 此后的类似作品,如杨立新教授的《民法判解研究与适用》系列(1994-)和王利明教授主编的《中国民法案例与学理研究》系列(1998)。

[67] 如陈光中、谢正权:“关于我国建立判例制度问题的思考”,载《中国法学》1989年第2期;沈宗灵:“当代中国的判例”,载《中国法学》1992年第3期。

深刻的影响,^[68]它所力倡的“判决评释”自然也成为一时的典范和学习模仿的对象。

这一轮热潮的案例研究与本文的案例评析颇为相似,遗憾的是,其消逝速度也很惊人。以《中国法学》为例,在1995年的三期“判例评析”后,篇幅简短的个案评析就销声匿迹。案例评析的短命,固然与其后大规模立法时代的到来有关,但更深层次的原因或许在于,在初步模仿和探索的过程中,“案例评析是什么”的问题意识尚未形成。由于缺乏本体论层面尤其是功能层面的体认,案例评析注定只能命如潮汐而难以扎根。

以史为鉴,在当下的研究热潮中,案例评析无疑须予以认真对待。现状是令人忧心的,除本体论上迄今缺乏体认外,就学者的自发实践而言,即便部门法上的教义评析也大多徘徊于案例评析与论文之间,以案例评析而论,枝蔓芜杂,稍嫌啰嗦;以教义学论文而论,又欠有力、丰满,如上文所言,更像论文的半成品。^[69]本文无意否定这类文献的价值,但只是认为它们可以更上层楼,而不应安于享一时雨露。本文更不认为案例评析可以取代教义学论文,而只是坚信二者各有所长、各擅胜场。在一切法学文献都“论文化”、连书评都“马脸化”的时代,上述强调和鼓吹是必要的,不然法律书评的今天,很可能就是案例评析的明天。

还需说明,有别于在学界板凳一坐十年冷,案例评析在实务界已红红火火数十年。但严格说来,这类案例评析并非“评析”,它们绝大多数由主审法官或相关法官撰写,意在交代法院的内部分歧或未曾言明的说理。这毋宁是“本院认为”的未尽之言。作为另一种形式的“审判公开”,尤其是作为一种经验交流渠道,它自然深受实务界人士喜爱。^[70]但这种“自判自评”,很难不给人以自卖自夸的遐想,也很难进行深入挖掘和反思。^[71]从比较法来看,案例评析通常都是由法官以外的人来写,如学者、律师、法科学生等。就本文的统计而言,在德国,尽管也有不少法官撰写案例评析,但他们所评的多是最高层级法院的判决,而本人则就职于下级法院,绝少有法官评自家法院判决的情况。^[72]

[68] 若以引证率测度影响力,该作品是中国法学30年间(1978-2007年)影响力最大的作品之一,以CSSCI被引521次位居第二,仅次于博登海默的《法理学》(中译本)。参见凌斌:“中国法学30年”,载《法学》2009年第6期,第21页。

[69] 近期少见的例外,如周江洪:同注2引文;朱晓喆:“买卖之房屋因地震灭失的政府补偿金归属”,载《交大法学》2013年第2期。

[70] 参见张骞:“指导性案例中具有指导性部分的确定与适用”,载《法学》2008年第10期。

[71] 在私法领域的罕见例外,是最高人民法院已故法官杨洪奎先生为《人民法院案例选》第1-49辑所撰写的,涉及民法全部领域的数百个“责任编辑按”。这些略为另类的按语,实际上是对法官所撰案例和评析的再评析,简约而不简单,令人感佩。人物生平,参见吴晓芳:“为了永远的纪念”,载《人民法院报·天平周刊》2005年11月24日;王学堂:“学为好人”,载《人民法院报·天平周刊》2005年12月8日。

[72] 笔者对偏实务的《新法学周刊》(NJW)和偏学术的《法学家报》(JZ)2011年刊载的三类案例评析作了统计,结果如下表。

	教授	法官	律师	检察官	公证员	科研助手等	其他(包括企业法务、政府顾问、外国律师及身份不明等)
NJW 短评(51)	6	7	27	2	2	2	5
NJW 长评(56)	20	6	20	—	6	2	2
JZ(43)	35	1	—	—	—	6	1

在14篇法官评案中,除了1篇关于欧盟法院判决的评析和2篇卸任法官对地方高院判决的评析,其他11篇中,只有1篇是对地方高院判决的评析(作者其他地方高院的法官),剩下10篇都是对联邦最高法院(7篇)或联邦宪法法院(3篇)判决的评析,作者分别来自区法院(3篇)、地方法院(4篇)和地方高院(3篇)。绝大多数法官的评析都与自家法院的判决无关。惟一的例外是一篇NJW短评(NJW 2011, 2796),由慕尼黑地方法院的庭长所写,所评案件由该庭初审(支持原告)、慕尼黑地方高院二审(支持被告)、联邦最高法院三审(支持原告),颇有玩味。

(二)大力推广的前提及措施

作为对案例评析之倡导,本文从制度前提、具体操作两方面探讨其在我国的推广之道。

在制度层面,案例评析要在国内大幅推开,需满足两个前提条件:一是主流法学期刊开放门户,二是现有学术评价体制作出微调。

就法学期刊而言,接纳案例评析意味着要过以下心理关。第一,案例评析的简短和教义意味着理论创新的不足。但这只是案例评析与论文的功能不同使然,接纳案例评析并不“跌份儿”,《哈佛法律评论》《法律季刊》《法学家报》等各国顶级刊物都已作出了表率。第二,受制于版面,案例评析的增多会挤压论文的发表空间,但这也能促成大浪淘沙。第三,大部分案例评析与指导性案例、媒体案例等“明星案例”无缘,或累及刊物引证率;可作为补偿,法学期刊也将收获教科书的引证、同行的敬重乃至实务界的青睐。

就现有学术评价体制而言,关键要对案例评析和论文予以区分对待,至少对部门法学者应如此。一方面,应承认案例评析的写作难度和投入逊于论文,因此在评价上可以低于论文,甚至不妨量化对应;另一方面,应承认案例评析是评定学者学术能力的一项基础指标,因此在招聘、晋升等场合,对案例评析的发表质量及数量提出下限要求。试想,如果我国部门法学者每人都至少发表过两篇合格的案例评析,我国的司法裁判质量何至于此,我国的部门法学术水准又将是何等局面。

在操作层面,亟待解决的问题是如何撰写案例评析,这本质上是一个需不断练习、摸索和体悟的带有个人色彩的细活,但仍有一定程式或技巧可循。

第一,基本结构,即案例和评析两部分。评析固然因人因案而异,案例的转述却务必求真求简,如一审判决理由、当事人的起诉、答辩、上诉等,都可以视需要而舍弃。转述案情看似简单,但亦须谨慎,以免失真。仍以“泸州二奶案”为例,如前述,虽然该案两审判决结论一致,推理却不同,对这一差别的忽视最早见于二审法官撰写的文章,^[73]后来研究陈陈相因,^[74]才造成进一步误会。在形式方面,为便于查阅和数字化,案例评析至少应包含判决案号、判决要旨、相关法条、相关判决、关键词等信息。

第二,常见的写作思路。美国各种《法律评论》每年招收新编辑时都会考案例评析,相关备考指南或写作守则为此总结的写作思路颇有参考价值,特整理如下:(1)判决结论正确,但说理不足;(2)判决结论正确,但说理或解释、适用法律有误;(3)判决形成的规则暧昧、模糊;(4)判决将造成负面的社会影响;(5)判决结论和说理虽然正确,但还有更好的方案;(6)判决结论和说理正确,以往批评都站不住脚;(7)判决遗留或遗漏了什么问题,应如何处理;(8)判决可能引发什么问题,应如何处理。^[75]

第三,资料文献的运用。基于依法判案的要求,对本国案例的评析原则上只能依据本国的法条、案例和学说。这便涉及案例评析中的崇洋现象:尽管“法学家对案例的学理研究”“动辄引用德国法、英美法、台湾法甚至罗马法的条规及其原则”^[76]的年代已经过去,但取而代之的是对国外法案例和学

[73] 参见赵兴军、时小云:“违反公序良俗的民事行为无效”,载《法律适用》2002年第3期,第68页。作为“案情介绍”,该文提到,“二审法院……以与一审法院同样的理由”维持原判。

[74] 如杨遂全等:《婚姻家庭法典型案例研究》,人民出版社2003年版,第15、18页;郑永流:同注55引文,第178页,脚注2;林来梵:同注55引文,第131页,脚注42。

[75] 参见 Eugene Volokh, *Academic Legal Writing* 38 (4th ed., Foundation Press 2010);另参见 Preparation for the 2012 Write on Competition: How to Write a Case Comment,载美国乔治城大学法学院网站(www.law.georgetown.edu)。

[76] 葛云松、张谷、金勇军:“编者按语”,载《北大法律评论》第1卷第2辑,法律出版社1999年版,第679页。

说,尤其是各色外语脚注的青睐,“‘涉外’抄袭”^[77]仍不鲜见。在本文看来,外国法文献只有在两种情形下才有必要出现于中国法的案例评析当中:一是在确定有明显有外国法渊源的某法律条文的立法目的时,经由目的解释或比较法解释引证外国法材料;二是借鉴外国案例、学说中有说服力的论理。舍此,不管是英美法的先例还是德国法的通说,都不过是无关中国法痛痒的“洋书袋”。

五、结语

形象地说,篇幅简短好比案例评析的“皮相”,个案取向好比案例评析的“血肉”,而偏重教义则是案例评析的“神经”和“精神”。正是由于法教义学之下的文献分工,案例评析才会偏重个案,从而有别于同样涉及案例但偏重规则的教义学论文;正是因为法教义学旨在为司法实务服务,而不是纯粹追求智识愉悦或谋求学术同道的引证,案例评析才会越短越好。在这个意义上,案例评析与法教义学密不可分,甚至可以说是法教义学发展到高级阶段的必然产物。对于逐渐从本体论思考步入实践“应用”阶段的我国法教义学^[78]而言,案例评析的推广和昌明无疑还有很远的路要走,但笔者乐观地相信,那一天终会到来。

Taking Case Notes Seriously: From the Standpoint of Legal Doctrinism

He Jian

Abstract: During the ebbs and flows of the passion in studying cases in Chinese legal scholarship, the question, what is a case study (or more accurately, a case note), has never been taken seriously. Based on the exploration of comparative law, the case note is an independent member in the legal literature family, which is strictly different from other members like articles and book reviews. In the context of Chinese law, the case note has mainly two functions, namely, providing arguments for and reflections on the judicial practice; and providing solid doctrinal analysis on cases for doctrinal and theoretical legal studies. The flourishing of case notes in China requires not only more access to legal journals, but also the modification of the academic evaluation system; moreover, the establishment of standards or rules related to styles, structures and materials of case notes are also necessary. Case notes are closely connected to legal doctrinism. When the day of legal doctrinism really comes, case notes will also flourish.

Keywords: case study; case note; legal doctrinism; legal literature; mistress testament

(责任编辑: 幸颜静)

[77] 丁洁琳:“法学期刊编辑素质论”,载《比较法研究》2005年第4期,第156页。

[78] 分别参见许德风,同注38引文;许德风:“法教义学的应用”,载《中外法学》2013年第5期。

【法学译介】

脆弱性的人类与回应性的国家

[美]玛萨·艾伯森·法曼(Martha Albertson Fineman)*

李霞译**

译者按:本文为法曼教授“脆弱性理论”的阐述之作,以下四大关键性概念的解析有助于对本文的理解。(1)脆弱性(vulnerability),是指全人类共有的可能遭受外来伤害的脆弱本性。脆弱性主要表现为两大方面:一是身体上的脆弱性,如对食物、空气的需要;遭受疾病、意外时的痛苦;年老、死亡的不可避免性。二是经济或制度上的脆弱性,主要是指个体对工作、家庭等社会关系的依赖。此类脆弱性的最大特点在于,其损害会在人的一生中不断积累,可能影响后代子孙。(2)依赖(dependency),本文所指依赖主要包括两种形式:一是“不可避免的依赖”,指人生中不可避免的、必然性的生理依赖,如所有人在婴儿时期都必然依赖于他人的照顾与供养;很多人在年老、疾病或残疾时可会需要依赖于他人的照顾。二是“派生性依赖”,指对不可避免的依赖者进行照顾的人需要依赖于一些资源才能够完成照顾工作,此种依赖非为不可避免,也非人人都会经历。(3)社会机构(social institution),本文所指社会机构与通常之理解略有不同。本文中,所有通过国家程序形成的较稳固的人的集合皆可视为社会机构,如家庭、企业、学校、教堂、政党、工会等。(4)韧性(resilience),这一概念可以说是法曼教授脆弱性理论中仅次于脆弱性的重要概念,其主要指人们应对各种内在与外来、身体上或经济制度性危害的能力。法曼教授认为,人类脆弱性不可能消除,我们只能通过各种途径来获得对抗各种伤害的韧性,人所能够经受灾害的程度取决于人的韧性程度。

一、平等等同于同样对待?

(一)美国当前的平等理念——仅反对特定形式的歧视

美国宪法旗下的平等保护法声称,平等对待即同样对待。乍看来,此种将平等视为无差别对待的视角貌似合理,但当具体到个人时就会发现其不当之处:其忽略了个体出身的不同,也忽略了个体境遇与能力的差异。而平等保护主义竟置上述差异于不顾,假设人人机会均等。近几十年来,美国个体

* 美国埃默里大学法学院罗伯特·伍德拉夫(Robert W. Woodruff)教授,女性主义与法律思想研究中心和人类脆弱性研究中心主任。原文刊登于《埃默里大学法学院公法及法学理论研究系列报告第10-130号》2009年春季卷。

** 华东政法大学科学研究院教授,法学博士。

间在财富、社会地位及权力掌控方面的鸿沟日益加深,^[1]想要运用上述平等保护主义来解决这些问题简直是天方夜谭。

在“自己责任”、“优胜劣汰”、“能者居之”等自由市场光环的笼罩下,人们将许多个体间的严重不平等纳入可容忍的范围内,有时甚至视为理所当然。我们并未要求国家积极处理此类不平等,也未赋予国家以义务去建立相关机制以保证社会资源或责任在个人、组织及机构间进行更公平的分配。^[2]恰恰相反,在个人自由、个体自治和契约自由等最高原则的名义下,国家被迫“置身事外”,不得干涉此类不平等。^[3]

当然,为了缓和社会矛盾,美国法律逐渐承认完全建立在市场化竞争和绩效之上的系统可能存在着对社会公平的歪曲与破坏。^[4]然而,当前法律体系所承认的不平等仅限于针对某些个体或群体特性的歧视,而这些歧视的非法化也是经过了长期斗争才得以实现的。^[5]在美国社会中,身份一直是公民权利斗争的焦点,因此有关平等问题的法律所保护的通常是由诸如性别、民族和宗教信仰等身份特性决定的。^[6]也就是说,美国当前法律所禁止的歧视并非一般性的,只有那些基于特定身份特性的歧视才为法律所禁止,这也正是问题之所在。只要不是基于种族、性别等相关的歧视,人们可能被雇主以任何理由解雇,可能会无缘由地被拒绝提供住宿商品或服务交易等。^[7]

以上对于“平等”与“不平等”的界定催生了很多不当激励——因不同原因而受保护的各团体间

[1] [美]罗伯特·伍德拉夫:《埃默里大学法学院公法及法学理论研究系列报告第10-130号》2009年春季卷,第17页,第234页。在美国,贫富差距在20世纪70年代末急剧增大,直到1993年达到最高峰,此后,开始缓慢缩小。Richard Wilkinson & Kate Pickett, *The Spirit Level* 235 fig. 16.2 (Bloomsbury Press 2010)。然而,从2000年开始,贫富差距又开始持续增大,而且这一差距比以往任何时候都要大。当前,最富有的20%的人口的收入比最贫困人的收入多九倍。从1992年到2007年,美国最富有的10%的人口大约占全美30%的收入。See United Nations Dev. Programme, *Human Development Report 2009*, at 195 tbl. m (2009)。

[2] 相比之下,英国最近通过了平等法案,要求公共决策者在制定政策时必须进行“相应考虑”,以促进全民的机会平等。Sandra Fredman, *Positive Duties and Socio-Economic Disadvantage: Bringing Disadvantage onto the Equality Agenda*, 2010 Eur. Hum. Rts. L. Rev. 290, 295 (Eng.) (quoting Equality Act 2010, c. 15, § 149(1))。

[3] See, e.g., *Lyng v. Int'l Union*, 485 U.S. 360, 371 (1988) (认为一个将参与罢工人员从食品券计划中去除的法律并没有违反美国宪法第五修正案的平等保护条款,因为“它与在私人劳资纠纷中不偏袒任何一方这一政府目标具有合理相关性”)。

[4] 在20世纪60年代,为了应对民权运动,通过了《1968年公平租赁法》[Fair Housing Act of 1968, Pub. L. No. 90-284, 82 Stat. 81(经修订编纂于《美国法典》第42篇,第3601-3619条)]。该法案禁止买卖或租赁房屋时的歧视,这是美国意识到需要对市场和私人交易进行干涉的一个例证。See 42 U.S.C. § 3604 (2006) (“以下行为是违法的——基于种族、肤色、宗教信仰、性别、家庭地位或原始国籍的原因而在进行善意要约后拒绝出售或租赁,拒绝就出售或租赁进行协商,或以其他方式造成的房屋不可用或拒绝。”)。

[5] 最初的《公平租赁法》仅仅禁止基于种族、肤色、宗教信仰和原始国籍的歧视。Fair Housing Act of 1968, Pub. L. No. 90-284, 82 Stat. 81. 1974年修订补充加入了“性别”。Pub. L. No. 93-383, 88 Stat. 729 (1974)。1988年加入“家庭地位”。Pub. L. No. 100-430, 102 Stat. 1622 (1988)。

[6] See, e.g., *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28-29 (1973) (该案的结论为:在平等保护分析中,财富歧视并非提起严格审查的基础,因为它没有“传统的应受怀疑的征象:贫困阶层并没有背负障碍,也没有遭受故意不平等对待的历史,更没有退居到一种政治无力的地位,因此,无需在多数决的政治进程中得到特殊的保护”)。与之相比,加拿大人权事务委员会在2000年建议将“社会地位”加入歧视之中,因为他们认识到长时间生活在贫困中是超出人们控制的因素,认为其与“持续的不利条件”相关。同注1引书,第294页[citing *Canadian Human Rights Act Review Panel, Promoting Equality: A New Vision* 106-13 (2000), available at dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/J2-168-2000E.pdf]。

[7] See Jonathan Fineman, *The Inevitable Demise of the Implied Employment Contract*, 29 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 345 (2008)。对此种情形进行了具体简洁的解释。See, e.g., *Engquist v. Or. Dep't of Agric.*, 128 S. Ct. 2146, 2149 (2008) (认为公共雇员不可以提出“平等保护法案下的索赔,声称与和其情况类似的其他员工相比,其被任意地区别对待,而不同时主张此种区别对待是基于雇员的某种特殊阶层的特性”)。

相互分离、彼此对抗,他们原本可以联合起来共同争取一个更为公平的社会;那些察觉到自己在这种平等保护定义之下未获利者开始怨恨和反弹。^[8]同时,其也对法院有关“歧视”的认定产生了不当影响。为了得到法律保护,原告必须证明其所在的群体长期遭受歧视。也就是说,只有在积累了足够长时间的歧视之后,法院才将基于特定身份特征的群体性歧视认定为不平等,各群体为了满足这一条件不得不人为地进行选择,被迫将一些人排除在外或包括在内。^[9]

只关注个体或群体的特征而不关注财富、权力、机会或社会资源分配的做法影响到了美国社会中相关利益集团的组织,同时也影响着法律保护的进程。涉及平等问题的法律斗争与政治斗争都围绕着一个问题来展开,即一个寻求保护的特定群体是否能被认定为历来受到歧视的离散与孤立的少数,以此得到按照种族、性别或族裔等标准而划分出的群体才能享有的平等保护。当男女同性恋者希望能够不受歧视地结婚或参军时,这正是他们主张权利的切入点。^[10]在当前的平等保护原则下,利益群体不得不围绕身份特性来进行组织,以期跻身于受保护阶层。^[11]

(二) 平等与保障国民的基本需要

在我看来,将身份特性与平等挂钩的最大问题在于其只片面地追求平等索赔,而且只局限于身份特性这一角度来考虑政府对社会公平所应承担的责任。而那种信奉自己责任、个体自治的学说深信机会均等的美国梦已实现,认为在这个公正公平的体系中,歧视只是例外,是可以发现和可以补救的。^[12]

然而,美国当前立法并未就国民的住房、教育、医疗等基本社会需要提供宪法性保障,在这一前提下,当下盛行的将平等解释为“同样对待、仅反对特定形式的歧视”的观点是有问题的。在欧洲及许多其他国家,很多学者已开始用人权理念来审视国民的基本社会需要,而在美国尚无动静。许多有美国

[8] 例如,白人阶层提起了反向歧视的索赔,认为平等保护法使他们遭受不利。See, e. g., *Does Affirmative Action Punish Whites? Courts See a Growing Number of Reverse Discrimination Cases*, MSNBC. COM, Apr. 28, 2009, <http://www.msnbc.msn.com/id/30462129/>.

[9] See, e. g., See Also Roy L. Brooks & Kristen Widner, *In Defense of the Black/White Binary: Reclaiming a Tradition of Civil Rights Scholarship*, 12 Berkeley J. Afr. Am. L. & Pol'y 107 (“批评者认为,作为黑/白范式的结果,反歧视法律和努力在很大程度上并未能够很好地响应对亚裔美国人、拉丁裔美国人和美国土著的种族侵害。”) [citing Devon W. Carbado, *Race to Bottom*, 49 UCLA L. Rev. 1283, 1310 (2005)]。

[10] See *Witt v. Dep't of the Air Force*, 527 F.3d 806, 823 (9th Cir. 2008) (Canby, J., concurring in part and dissenting in part) (认为,“参与同性恋关系及相关私人行为是高度宪政秩序之下的个人权利,‘不过问、不告诉’法令使这种关系和行为遭受到如此的不利,以至于其必须受到严格的审查”); *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 997 (N. D. Cal. 2010) (认为,“审讯中的证据表明同性恋者属于少数的严格审查的类型,设计此种严格审查的目的是为了对其进行保护”,以此来回应原告所提出的“加州的提案 8 对性及性取向予以歧视违反了平等保护条款”)。

[11] 需说明的是,我对美国当代平等思想的批判并不代表基于种族或性别的歧视不再是问题,不应该在法律中作出规定。我所关注的是以往只注重身份平等的不充分性,我所要阐述的是:我们决不能只停留在增加反歧视措施的层面上,而应该超越他们,形成一个更为强大的平等思想。上述平等保护原则的一个当然性缺陷在于,它所保护的对象仅限于法律上的歧视(法律所明确规定为对受保护阶层不利的情形),而对于事实上的歧视不能够提供保护。其另一缺陷在于,从表面上看,贯彻这一平等原则的政策和法律保护了具有特殊身份特性的主体们,而实际上,这些政策和法律成功地转移了公众视线,降低了人们对全体美国成员社会福利的关注——有关种族、性别等歧视的讨论取代了像贫穷或缺少进入有意义工作的机会等这些超越前述分类的歧视的探索,成为学术、政治和大众媒体讨论的主题。此外,这还反映了美国政治制度中所欠缺的集体责任意识,即没能做到在欧洲被认为理所当然的事情——确保基本的社会物品。

[12] See, e. g., *Plyler v. Doe*, 457 U. S. 202, 221 (1982) (得出结论认为教育权不是一项基本权); Alicia Ely Yamin, *The Right to Health under International Law and Its Relevance to the United States*, 95 Am. J. Pub. Health 1156, 1157 (2005) (“美国是惟一个没有对医疗投入法律关注的工业化国家”)。

民权利保障的国际协议仍未得到美国国会的批准,其中既包括那些与经济权利相关的协议,^[13]也包括《消除对妇女一切形式歧视公约》^[14]和《儿童权利公约》。^[15]法院对此袖手旁观。事实上,若想人权理念适用于美国司法和立法中,即便没有被完全拒绝,也一直是受到抵制。当法官们在具体判例中争论应适用宪法还是适用人权理念时,后者竟被最高法院的几位大法官斥为“追随国外潮流”。^[16]

我所创造的“脆弱性”概念及“人类是脆弱的”这一观点其实是改头换面地进行人权的论述。对于美国读者来说,这是一个超前的新观点。这一概念源自于以前的一些表述,但是我认为,作为一种探索人权的新方法,它与过去那种注重于权利的人权研究不同,而是以“人性是脆弱的”作为关注点。此外,对于人类脆弱性的研究可使个体、个体的集合体(如社会机构、国家等),全部纳入讨论和关注之中。正是人人都具有脆弱性这一特点使人们在相互关系中将彼此定位为平等的人;而在国家与个人之间,其暗示了一种责任。人类的脆弱本性要求国家必须积极作为,承担责任。国家这一责任的实现有赖于社会机构的建立和支持。然而,社会机构本身容易受到各种内外部腐败与分裂的侵害,因此,为保证国家责任履行的透明性,社会机构必须被有效监控。

二、平等抑或自治?

(一) 美国现状——自治优先于平等

如上所述,人类脆弱性可谓国家承担广泛社会责任的节点——为应对人类的共同脆弱性问题,国家须积极作为,以确保全体国民的平等。^[17]然而,平等是一个令人难以琢磨的概念,在不同语境下有

[13] See Organization of American States, American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, O. A. S. T. S. No. 36, 1144 U. N. T. S. 123 (1978) (美国已签署但未批准); International Covenant on Civil and Political Rights, *opened for signature* Dec. 19, 1966, 6 I. L. M. 368 (1967), 999 U. N. T. S. 171 (entered into force Mar. 23, 1976) (美国虽已批准但却提出了五项保留、五个谅解备忘录和4个声明,包括保留将儿童处以死刑的权利,使之很大程度上在美国变得毫无意义); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *opened for signature* Dec. 19, 1966, 6 I. L. M. 360 (1967), 993 U. N. T. S. 3 (entered into force Jan. 3, 1976) (美国已签署但未批准)。

[14] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, *opened for signature* Mar. 1, 1980, 19 I. L. M. 33 (1980); 1249 U. N. T. S. 13.

[15] Convention on the Rights of the Child, *opened for signature* (Nov. 20, 1989), 28 I. L. M. 1456 (1980); 1577 U. N. T. S. 13.

[16] See *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551, 624 (U. S. 2005) (Salia, J., dissenting) (法官们认为,“对于美国的法律是否应该与其他国家的法律一致这一问题,答案是否定的。事实上,其他国家的法律在很多重大的方面都与我们的法律不同——既包括宪法规定的不同,如陪审团的审判权、大陪审团诉讼等,也包括法院所作出的宪法解释的不同”); *Lawrence v. Texas* 539, 598 (2003) (Salia, J., dissenting) (“法官们有关国外相关见解的讨论纯属毫无意义。无论如何,‘法院都不应该将国外的情绪、时尚或时髦强加在美国人们身上。’”)(第二版对原版有所改动)[quoting *Foster v. Florida*, 537 U. S. 990, 990n. (2002) (Thomas, J., concurring in denial of certiorari)]; *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815, 868 n. 4 (1988) (Scalia, J., dissenting) (“虽然大赦国际对于何谓文明的解释为多数国家所信赖,但欲借助其标准构筑我国的基本信念是完全不恰当的。当前,我国40%的州没有对15岁的重罪犯废除死刑,这一现状对摆在我们面前案件的审判具有决定性意义,尽管这种立场违背了世界各地的统一做法。但是,不应忘记,我们所要阐述的是美国的宪法,而非世界统一做法”)。

[17] 在此,我不想参与有关市民概念范围的讨论。如果非市民在一国定居或长期旅行、或有其他联系使所在国应对其承担责任时,在他们的处境也适当的情况下,非市民应当性地被给予如同市民一样的平等地位。

着千丝万缕的差别。^[18] 在本文中,我将试图通过脆弱性这一概念来探讨机会平等的实现方式。^[19] 本文的核心观点在于,为了达致真正的机会平等,国家必须保证承担财富、健康、就业、安全等基本社会资源分配的组织对所有人一般性开放,既不存在享有特权的个人与群体,也不存在处于不利地位、很少或根本没有机会享受上述资源的个人与群体。^[20] 这并非提倡结果平等。我并没有忽视或否认个体在能力方面的差异,也不否认个体应对自己负责这一信条。恰恰相反,我认为,近几十年来,美国国民最为缺乏的正是平等的机会,很多人不仅没有获得平等的机会,反而陷入困境无力自拔,现在是努力改进以履行机会均等这一承诺的时候了。^[21] 政府习惯于将种种困境归咎于个体自身,对深陷困境之人不闻不问,无视造成这些困境的不平等的制度。^[22]

当然,无论怎样界定平等,保障“平等”都只是理解国家与个体间互惠关系的角度之一。国家与个体间的互惠关系还包括了保障“自治”、“自由”等其他角度。这也就意味着,国家在制定政策时必须对各个目标进行权衡,特别是在各目标间存在矛盾甚至冲突的时候。^[23] 在这一权衡过程中,国家的

[18] 我国历史上有着强烈反对特权的倾向。在美国的革命进程中,立宪主义者运用平等的观念来“反对任何脱离平等权的特权”。Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, at 83, 401 (1998). 弗吉尼亚州、宾夕法尼亚州、佛蒙特州、北卡罗来纳州的第一部宪法都包含了反对不平等特权的规定:“除公共服务需要外,任何人或任何一部分人,都不得享有取之社会的独占或分离的利益或特权”,1776年北卡罗来纳州宪法第3条,1776年弗吉尼亚州宪法第4条;“政府不为个别人、家族或一部分的特殊利益或特权而存在,所有人都仅仅是社会的一部分……”,1776年宾夕法尼亚州宪法第5条,1777年佛蒙特州宪法第6条。

[19] 机会均等的宏伟理念一直是美国的战斗口号。现任总统奥巴马在2004年民主党全国代表大会的主题演讲中呼吁:将政府的优先事项作一个“轻微的改变”,以期“确保在美国每一个孩子都有个体面的生活目标,机会之门仍对所有人敞开”。奥巴马在民主党全国代表大会上的主题演讲(2004年7月27日)(副本可见于<http://www.americanrhetoric.com/speeches/convention2004/barackobama2004nc.htm>)。

[20] 目前,国家仅承担反对特定形式的歧视这一责任。本文的基本前提是,那种做法是不够的,而且将导致更为严重的机会不均等,国家必须积极作为,以应对这一情况。

[21] 同注1引书,第17页,第159-161页,第195页。尽管美国有反对歧视的条款,但在最不平等的富裕工业化国家排名中,我国仅名列新加坡之后居第二位。此外,社会流动性也受到了限制。来自20世纪80年代和90年代的统计数据显示,36%的出生于最贫穷的五分之一家庭的孩子在成年后仍会停留在此阶层。一项有关孩子出生时其父亲收入及此孩子30岁时自己收入的研究表明,自20世纪80年代以来,社会流动性开始迅速下降。联合国《2009年人类发展报告》显示,从1992年到2007年,美国最富有10%人口与最贫穷10%人口的收入或支出的比率是15.9,比加拿大、爱尔兰、荷兰、法国、瑞士高出6点,比挪威、瑞典、芬兰、奥地利、德国高出9点,比英国高出2点。

[22] See, e.g., Personal Responsibility and Work Opportunity Act of 1996, Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105(该法通过了有关社会福利分配的重大改革;受助者必须工作、受助时间受到限制);在签署该法时,克林顿总统表示,“新法的通过象征着美国政府重新获得了与受助者讨价还价的能力,即接受国家救助时必须有所回报”,由此可以看出,美国政府恪守的所谓的机会平等并非通过完善不平等的体制来实现,而是更加倚重个体自治。President Bill Clinton, *Remarks on Signing the Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996 and an Exchange with Reporters* (Aug. 22, 1996), in 2 *Public Papers of the Presidents of the United States*; William J. Clinton 1996, at 1326 (1988)。

[23] 同注18引文,第55页。在美国早期历史上,平等和自由是一贯相联的。弗吉尼亚州第一宪法是美国最早的宪法之一,它宣称,“所有人天然的同等自由与独立,享有某种与生俱来的权利……” Va. Const. of 1776, § 1. 塞缪尔·亚当斯认为,所有殖民者都享有“公正和真实的自由,平等和不偏不倚的自由”。Samuel Adams, *The Rights of the Colonists; Report of the Committee of Correspondence to the Boston Town Meeting*, (Nov. 20, 1772), reprinted in 7 *Old South Leaflets* 417 (No. 173). “在革命党人使用的短语中,只有‘自由’比‘公众利益’被使用得更多”。同注1引书,第256页。威尔金森·皮克特认为,美国既平等又自由的承诺在冷战时被打破,“东欧和苏联的国有经济似乎表明只有以自由为代价才能获得更大的平等。”

行为方式得以明确,同时,各目标的含义、各理念间的相对关系不断随着政策的变化、时间的推移而改变。^[24] 与倡导个体平等理念优先的国家相比,倡导个体自治理念优先的国家更为克制,更少干预个体活动。显然,国家对“平等”与“自治”孰先孰后的不同看法会导致不同的意识形态与政治立场。^[25] 近几年来,一直被美国引以为荣的平等似乎逐步让位于片面极端的自治。^[26] 不受国家规制、控制或干涉的自治被视为实现个体解放与行为自由的必不可少的因素,人们没有意识到,一味强调自治会加剧社会的不平等,进而导致很多人选择权与自治权的不断萎缩。

作为衡量个体的一种理念,自治也处于支配地位。人们对自治的理解通常与自给自足、独立等概念结合在一起,从这一角度理解的个体自治与依赖、脆弱性等概念之间几乎不可调和。也许这就是那些靠政府救济的人被迫放弃自治权(以及隐私)并被污蔑为寄生虫或失败者的原因。^[27]

此种意义上的自治要求政府奉行有限政府的信条,任何旨在提高弱势群体社会福利或救助措施的政府项目和建议,都被视为与政府所应保持的克制态度相抵触。在政治层面上,自治反对任何形式的国家福利及权力再分配,将这类行为斥为干涉自由。^[28] 这导致了政府几乎无法推行任何有意义的改革,政府官员提出的任何进步的政治提议几乎都被妖魔化为无效的政府规制或被视为国家对私人领域无根据且混乱的干涉。^[29] 在自治理念中没有国家的容身之所。国家的主要作用只是在所谓的优胜劣汰、经营管理的市场中促进个人竞争并对个人的努力和才能进行奖励。^[30] 自治理念盛行的社会要求国家给予市场以充分的自由,在这种体制中,成功和失败都仅仅被理解为个体行为的结果,与政府无关。

(二) 平等与自治关系的矫正

如果采取自治优先于其他目标这一立场,并且只考察特定时间内的行为,那么我们对个体间是否机会均等的考察会当然性地仅集中于个体能力、努力程度等方面。然而,这就违背了考察事物时所应

[24] 在美国早期的政治历史中,依赖——自治的一个反义词——与我们今天所理解的相当不同。依赖这一标签被广泛应用,其主要作用在于排除特定主体的政治权利(选举权);同时也成为拒绝为“二等公民”提供正义的借口。将依赖运用于妇女和儿童身上已司空见惯,同时,这一术语也被用于贫穷的“工薪阶层”和那些没有显著的财产或资本积累的男人。依赖被用来形容不得不依靠他人生活的情形——为了工资而工作。关于“依赖”的政治含义的演变。See Nancy Fraser & Linda Gordon, *A Genealogy of Dependency: Tracing a Keyword of the U. S. Welfare State*, 19 Signs; J. Women Culture & Soc'y 309, 315-16 (1994) (描述了工薪阶层的男人是如何逐渐获得独立地位的)。当然,现今我们将已变体为“纳税人”的工薪阶层视为独立公民的典范。问题在于强大的政治术语背后所潜藏的意义是可以改变的,并且这些术语可能需要进行定期重构并探索其背后可能隐含的意义。

[25] 例如,新茶党运动支持了有限政府的立场,减少了政府支出。2010年5月华盛顿大学研究所为研究民族、种族和性别所主持的民意调查显示,74%的新茶党“忠实支持者”(那些强烈支持新茶党的人)同意以下声明:“虽然机会均等对于黑色人种和少数人种的成功很重要,但保证这种平等却不是政府的责任”。Matt Barreto & Christopher Parker, *May 2010 Washington Poll*, Wash. Poll, http://www.Washingtonpoll.org/results/june1_teaparty.pdf (last visited Sept. 10, 2010).

[26] Martha Albertson Fineman, *The Autonomy Myth* 10 (2004). 独立理念对于个体自治、平等的重要性可以追溯到美国是以一个名为“独立宣言”的文件而开国的现实。尽管对于一个刚起步的国家来说它只是一份有关自由的声明,然而,作为一个“固有”的原则,它却阐明了每一个人都应被赋予诸如生命权、自由权和追求幸福的权利等不可剥夺的权利。*The Declaration of Independence* para. 2 (U. S. 1776).

[27] 同注26引书,第49-54页。受到指责的只是特定形式的国家援助。事实上,很难想象一个人可以在完全得不到或以前也从未得到过国家、社会机构物质支持和补贴的情形下进行活动。

[28] 基于此,包括公共援助或福利、医疗保健、平权运动等在内的很多社会福利计划受阻。

[29] 这在一定程度上解释了为什么有那么多围绕谁是“应得到帮助的穷人”、谁是“不应得到帮助的穷人”的讨论。

[30] 正如上面第二部分所论述的,国家责任可以扩张到消除对特定人群的歧视这一范围。此类歧视被认为是对自由市场体系不合法的扭曲,因此,国家干预存在法律依据。也就是说,歧视一旦被认定,国家是可以通过干预得到处理和纠正的,之后,社会需要回复到国家保持克制、理想化的自由市场。

具备的系统性与整体性眼光,将会忽略潜伏在现象后面系统性的、历史性的不平等这些重大问题^[31]——每个人的出身不同,自出生起就有人享有丰富的物质供给,也有人连基本的需要都无法得到满足。相反,如果从平等优先这一立场来讨论国家与个体间的适当关系,上述问题就会迎刃而解。平等优先意味着我们需要一个更加积极作为、负责任的国家来保障国民的基本需要,从而保障个体拥有自由选择的基本起点。这并不意味着将自治抛开,而是说自治的实现不可能脱离社会及其组织所提供的物质供给、补贴与支持,只有在具备了上述物质支持的前提下个体才有自由选择的可能。

自治并非人类的天性,而是由一个关心成员需求、关注社会机构运行情况、注重人类脆弱天性的社会培育出来的。秉持平等并不代表削弱个体自治。如果我们想要实现的是社会大部分成员的自治,而不仅仅是在历史中逐渐培育出的出身良好的人的自治,那么整个社会必须建立在平等的基础上。此外,自治并不代表着个体间的相互孤立。社会成员间互惠关系的部分内涵表现在每个人都扮演着一定的社会角色,以确保更大的社会利益。^[32]怠于履行甚至拒绝履行对他人的责任不应成为我们的选择。任何一个人都是社会的一部分并从中受益,这就意味着我们理应承担一定超出自身与家庭需要的社会责任。融合了平等的自治包含了社会成员间的互惠互利,而不再等同于自利、自我孤立和仅关心个人事务。^[33]

国家保障个体自治并不意味着拥有无限能力与财力的个体即可拥有无穷无尽的机会与选择权。能力与财力并非个体获得机会及回报多寡的惟一标准。社会应该也有能力确定适当的标准与限制来规范个体积累的方式与方法。另一方面,包含平等理念在内的自治同时要求社会为每个人提供一些基本的机会。也就是说,社会应当致力于为所有人提供一些最低限度的、可实现的机会以供个体选择,从而得以实现个体自治。

平等与自治在美国的历史中皆有重要的象征意义——全民平等是美国的立国承诺,个体自治则是美国梦的基本承诺,两者同为美国价值体系中的重要组成部分。当前自治优于平等的长期存续,将会导致社会无视个体间在物质、社会地位、历史或其他资源方面的差异,把实质平等的目标降低成仅仅对所有人相同对待而已。因此,应突破自治的束缚还原平等的应有地位。

当然,平等与自治都是抽象的。其无定形、包罗万象、不精确的本性意味着这两个术语可以同时

[31] 平权诉讼案件已经充分证实了此种对于平等的界定在处理历史性和体系性不平等时的局限性。See, e. g., *Parents Involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 712 (2007) (经审理认为,西雅图学区“运用种族这一特征来分配入校名额”的计划违宪,因为西雅图的学生从未按照种族特征分别入学); *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 498-99 (1989) (经审理认为,一项规定城市建筑包工合同中至少30%的款项应转到少数族裔所有的商业企业的法规违宪,尽管在过去5年中,在这个黑人占50%的城市中,仅有0.67%的城市建筑包工合同被授予少数族裔企业,因为里士满城不能提供在合同签署方面存在歧视的明确例子,少数族裔在建筑工程方面参与较少是出于其他的因素,“如营运资金不足、无法满足职业需求、不熟悉招投标程序,业绩记录不足”。

[32] See, e. g., Christopher Beem, *Work, Parenthood, and the Idea of Reciprocity in American Social Policy*, Focus, Spring-Summer 2006, at 18, 18 (将“公平的互惠关系”界定为这样一种原则,即“每一个想要分享社会物品的公民都有义务向社会给付相应比例产品的贡献作为回报……粗略、直观地说就是:在十分公平的经济布局下,每一个人都应做自己该做的那部分事情”)(对原作有所改动)[quoting Stuart White, *The Civic Minimum* 18 (2003)]。

[33] 同注1引书,第54-58页。威尔金森、皮克特在 *The Spirit Level* 中的研究表明,社会越不平等,人们相互间的信赖度就越低,信赖度越低,社会中的人们就越不愿意付出时间和金钱帮助他人。美国的社会信赖度已从20世纪60年代的60%下降到2004年40%。作为一个有趣的轶事,乔什·布尔表明美国最近流行的对越野车的痴迷证实了“对顽强的个人主义的钦佩,以及将自己封闭起来不与他人接触的重要性……”[citing Josh Lauer, *Driven to Extremes: Fear of Crime and the Rise of the Sport Utility Vehicle in the United States*, 1 *Crime Media Culture* 149 (2005)]。

被对政府责任持有完全不同立场的人使用。而我认为,平等与自治不应割裂开,强调其中一方都会相应地牺牲另一方。如今大行其道的所谓形式平等将弱势群体和依赖者排除在外,希望以此摆脱他们所带来的社会负担,但这同时也剥夺了他们自治的机会。为实现真正的机会均等,国家必须完善规则,加强对社会的管理,限制少数特权阶层,以实现社会福利和责任的公平分配。

除非直面人类脆弱性和依赖所带来的挑战,否则,平等只是一个空洞的标准,仅仅能够为那些因某些特征而长期受到歧视的个体争取自给自足和独立的权利。当下盛行的对平等的理解无法将个体境况与身家背景纳入考虑,这也就意味着,此种平等不可能成为矫正性概念,为保障机会平等注入实质性的内容。我们可以回想一下,一味地强调个体自治给社会正义带来了怎样的扭曲后果,在当前这种自治凌驾于实质平等之上的体系中,谁是真正的受益者。

三、依赖与自治主体

在西方所谓的自由传统中,对于平等内涵的界定、对国家与社会机构、个人之间责任的分配都是建立在将人人都视为拥有完全自治能力的主体的基础上的。^[34] 我们将各种社会关系(家庭之外的)都比喻为契约,认为社会是通过契约建立起来的。^[35] 个体被认定为自治、独立的一方当事人,与国家及各种社会机构通过协商、讨价还价最终形成合意的方式进行交易。在这一过程中,忽略了个体之间在权力、背景及实际能力方面的差异,人人都被视为具有能力的自治个体。就这样,“自由主体”这一概念成为政治与法律思维的核心。^[36]

问题在于,人人都是肉体凡胎,人人的生存有赖于对物质的需求;人人都不可避免地会遭受到疾病、意外事故和死亡等;还可能在年幼、年老或生病时需要他人的照顾,这对人类的重要意义不言而喻,然而,这些问题为何在有关平等、社会、政治和法律的诸理论中,反而统统不见踪影了呢?^[37] 承认人类的各种依赖性及其脆弱性将撼动传统的政治理论和法律理论,令其陷于困境。然而,大部分政治与法律研究都未关注依赖问题,在既存体制中,家庭被设计成了依赖者的主要照顾主体,^[38] 从而使依赖问题成为私人领域的事务,国家与社会得以“解脱”。^[39] 这成功地掩饰了个体境遇的差别,维系了个

[34] See, e. g., *Personal Responsibility and Work Opportunity Act of 1996*, Pub. L. No. 104 - 193, 110 Stat. 2105; Michelle A. Travis, *The PDA's Causation Effect: Observations of an Unreasonable Women*, 21 *Yale J. L. & Feminism* 51, 57 - 59 (就《怀孕歧视法案》之前的法院判例并没有对雇主强加任何义务,因为法院将怀孕视为女性自己的个体选择这一问题进行了讨论)。

[35] 社会契约论在美国建国时相当流行。See Willi Paul Adams, *The First American Constitutions* 218 - 22 (Rita Kimber & Robert Kimber trans., Univ. of N. C. Press 1980) (1973)。

[36] 同注 26 引书,第 224 - 227 页。讨论了既往理论对“自由主体”过于依赖。

[37] See Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, 20 *Yale J. L. & Feminism* 1, 12 (2008)。

[38] See generally Martha Albertson Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies* (1995) (认为对于家庭的讨论必须将依赖及对依赖的照顾包括在内)。

[39] 同注 26 引书,第 57 - 59 页;同注 37 引书,第 11 页。

体自治和自己责任。^[40]

上述对人的依赖性和脆弱性的混乱认知是必须受到质疑的。在本人的《自治的神话：依赖论》一文中，我对那种简化依赖性并加以歧视的观点进行了批驳，上述不恰当的做法在政治言论中更甚。^[41] 我们需要对依赖问题进行更加全面且细致的探讨。

依赖有两种形式，第一种形式的依赖是指人生中不可避免的、必然性的生理依赖，此乃人之本性——所有人的婴孩期皆需依赖他人的照顾和供养，而在年老、生病或残疾时很多人也需要依赖他人的照顾和帮助。此类依赖往往会博得同情与怜悯，政府也会关注。用政治术语说，不可避免的依赖者在社会福利体系中属于“应该得到帮助的穷人”。^[42]

第二种形式的依赖与不可避免的依赖既有一定关联性，又具有独立性。^[43] 第二种形式的依赖大多是隐性的，然而，一旦进入公众视野，往往会受到污蔑与谴责。我将此类依赖命名为“派生性依赖”，以此来提醒人们常被忽略的一个简单事实：对不可避免的依赖者进行照顾的人是需要依赖于一些资源才能完成照顾工作的。这种依赖既非“不可避免的”，也非人人都会经历的。相反，它是社会通过建构家庭等组织方式，强行施加给一部分人的。而在家庭组织内，成员内部的分工是以性别为基础，家庭内部的传统之一即是根据性别差异对不同角色有着不同的期望和要求，如丈夫与妻子、父亲与母亲、儿子与女儿的分工与期望皆有所区别。^[44] 事实证明，此种家庭组织结构的存在与传统家庭关系的延续很难实现真正的两性平等。^[45]

对依赖者照顾责任的分配上，我主张“集体责任制”：将依赖所产生的主要照顾责任重新分配，不再局限于家庭，而是让其他社会组织，特别是那些与市场和国家有关的组织适当分担依赖所产生的照顾责任。^[46] 这种责任的再分配是顺利成章的，因为在社会的繁衍和延续中，无论是国家还是市场组

[40] 对于何谓与“公”相对应的“私”的界定导致了将家庭置于国家干预和规制之外这一意识形态的活跃，该种意识形态对个体家庭的滥用或重大过失毫不关心。与个体自治相比，将家庭视为私人领域更为不当。事实上，家庭只是一种法律建构，国家通过法律赋予特定的社会实体如家庭以一定权力，并给予家庭更多的其他社会实体所不享有的补助和保护。家庭被构造成家庭成员情感与责任的归属地，成员将家庭内部的关系置于一个独特的高度，认为家庭是一个免受国家干预的私人空间。

[41] 同注26引书。

[42] 1996年修订的《受供养子女家庭援助法》(Aid to Families with Dependent Children)更多关注的是对单身母亲进行惩罚，而非对儿童给予同情。“自己责任”的信条以及对婚姻和工作的信仰被认为是结束“依赖循环”的必需品，此处的“依赖循环”是指依赖者的后代也成为福利享受者。该改革被命名为“对贫困家庭的临时救助”。See, e.g., *Poverty & Out-of-Wedlock Births, Before the H. Comm. on Ways and Means* (March 12, 1996) (testimony of Tim Hutchinson), 1996 WL 163896 (F. D. C. H.) (“我们不但没有将人们从贫困和绝望中解脱出来，相反，我们还发展出一个已进入到第三代的依赖循环……福利立法改革必须包括强制性的工作要求，我们必须恢复个体的工作尊严”）。

[43] 同注26引书，第47-49页，第31-40页。其实，存在着很多形式的依赖，如经济依赖、心理依赖或感情依赖，这些依赖与不可避免的依赖有时存在着相关性。我将讨论限定于不可避免的依赖和派生性的依赖两种形式，对上述两种依赖的照顾都发生在家庭内部，而且这种照顾对于社会和社会机构的延续是必不可少的。正如我在其他地方论述的那样，是家庭的照顾造就了工人、市民、战士、学生、老师等社会人。

[44] Martha Albertson Fineman, *Evolving Images of Gender and Equality: A Feminist Journey*, 43 *New Eng. L. Rev.* 437, 447 (2009).

[45] 孕产深化了既存的男女之间的工资差距，因为已是母亲的女性比不是母亲的女性挣得要少。例如，一项对于20世纪70年代开始工作女性的调查显示，每生一个孩子将损失3%的工资，生两个或更多的孩子将损失5%至7%的工资；另一项对于20世纪80年代开始工作女性的调查显示每生一个孩子将损失7%的工资。Sarah Avellar & Pamela J. Smock, *Has the Price of Motherhood Declined Over Time? A Cross-Cohort Comparison of the Motherhood Wage Penalty*, 65 *J. Marriage & Fam.* 597, 598 (2003); see also Jane Waldfogel, *The Effect of Children on Women's Wages*, 62 *Am. Soc. Rev.* 209, 216 (1997) (研究发现一个孩子会造成4%的损失，两个或两个以上的孩子会造成12%的损失)。

[46] 同注26引书，第31-49页。

织都从照顾工作中受益。^[47]

尽管上述观点的重要性已经被很多学者意识到,但仍有人否认依赖与自由主义的政策和法律等重要问题有着核心联系。许多主流政治学家与社会学家在谈论公正、效率或自由等形而上的理论时,常常对我提出的依赖问题选择性地无视,因为他们将第一种形式的依赖问题理解为具有人生阶段性,随着人的成熟便解决了。在他们看来,即使存在不可避免的依赖,也与他们所关注的主体无关,一个成熟的政治主体早就解决了依赖问题并已经成为完全自治的人。因此,这些主流政治学家与社会学家,在发展和探索他们的法律和政治宏论时,认为依赖问题不值一提或者该留给那些关注家庭等俗务的人。^[48]对于派生性依赖问题,则使用“个体选择”、“自己责任”等来回击,^[49]认为生育孩子纯属个体自由选择,既然选择了生育就表明自己承担照顾责任,不应抱怨,也不应指望他人的帮助。

此外,公、私领域的划分也一直禁锢着理论学家。尽管长期以来对这种划分的批评之声不绝于耳,占主导地位的理论学者们还是将对依赖者的照顾划为家庭责任的私人事务范畴,国家除了对虐待或遗弃等严重家庭问题进行干涉外,对其他家庭问题则无权过问。^[50]依赖问题的私人化使得国家与社会对此不再关注,想当然地认为这对大多数人来说都不是问题。这一状况促使我不得不转而使用“脆弱性”这一概念及“人人都具有脆弱性”这一观点,因为我发现,此类概念在追求实质平等时比依赖概念具有更强的说服力。^[51]

四、人类的天性——脆弱性

“vulnerable”这一概念,通常指代某些在社会中处于弱势的群体,与之相连的是一般受伤害、被剥夺、依赖他人等蔑视性的各种形容词。^[52]而我所使用的“vulnerable”概念则不再指称特定群体,而是

[47] See *id.*

[48] 这种反应反映了传统的公、私二分法使得许多主流学者在他们的理论中可以逃避那些困难并具有潜在破坏性的问题。See, e. g., Martha Albertson Fineman, *Contract, Marriage and Background Rules*, in *Analyzing Law: New Essays Legal Theory* 183, 184 – 84, (Brian Bix ed., 1998) (讨论了 Jules Coleman 教授未能在其文章中整合家庭这一问题); Barbara Bennett Woodhouse, *Hidden in Plain Sight: The Tragedy of Children’s Rights from Ben Franklin to Lionel Tate*, 7 – 11 (讨论了学者在阐述儿童权利时存在的困难,学者们倾向于将儿童问题局限于家庭内部展开讨论); Kerrie E. Maloney, *Gender-Motivated Violence and the Commerce Clause: The Civil Rights Provisions of the Violence Against Women Act after Lopez*, 96 *Colum. L. Rev.* 1876, 1898 – 99 (1996) (quoting Ann Althouse, *Federalism, Untamed*, 47 *Vand. L. Rev.* 1207, 1210 (1994)) (解释了联邦法官不愿审理家庭案件是出于他们信念的鼓动,他们认为家庭事件是联邦法官尊严之下的“无关紧要的杂乱小事”。

[49] See, e. g., Katherine M. Franke, *Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire*, in *Feminist and Queer Legal Theory* 29, 31 – 35 (Martha Albertson Fineman et al. eds., 2009).

[50] See, e. g., Ronald Dworkin, *What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, 10 *Phil. & Pub. Aff.* 185 (1981) (将基于选择产生的不平等视为可接受的不平等)。

[51] Fineman, *supra* note 37, at 17 – 18. (解释了此种研究方法可以让我们“庆祝在反歧视模式下取得的种族、民族、性别平等的进步”时仍然探究此种制度是否于特定个体有利)。对弱势分析的关注也将社会机构置于监视之下。

[52] See, e. g., Fineman, *supra* note 37, at 8 nn. 19 – 21; *Who Are Vulnerable Populations?* Center for Vulnerable Populations Res., <http://www.nursing.ucla.edu/orgs/cvpr/who-are-vulnerable.html> (last visited Sept. 10, 2010) (“弱势群体是指相对风险增强(如暴露于危险因素)或易受健康相关问题困扰的社会群体……弱势群体经常被主流社会歧视、排斥或被剥夺权利”)。

用来形容人类不可逃脱的天性——脆弱性。^[53] 人类的脆弱性主要有以下几个特征。

第一,普世性。普遍存在乃人类脆弱性的第一个特征,也正是脆弱性的普遍存在,要求社会与国家责任理论都必须以人类的脆弱本性为中心。^[54] 脆弱性的第二个特征是恒久性。人类的脆弱性源自于我们的肉体构造,因此我们随时都有可能遭受临近的甚或是现存的危害、损害和灾难。轻如心烦意乱,重如骇人的毁灭性灾难,都会对我们的身心造成伤害。这些损害可能是出于意外也可能是源自故意行为,^[55]可能源于自然灾害,也可能仅仅是由于时光的流逝,还有可能仅仅是因为我们活在一个充满未知的世界。^[56] 尽管我们可以试图减少危险的发生、减缓我们脆弱性的显现,然而,损害发生的可能性是不可能完全消除的。许多危害是超出个体甚至全人类的控制范围的。例如,生老病死是人类的宿命,纵使帝王将相也终难逃黄土一抔。对于许多其他可能造成身体损害的外在因素我们也无能为力。我们随时都有可能遭受病痛、大规模流行疾病或其他生物性灾难的折磨。除病毒和细菌外,我们还有可能遭受自然力量的损害,如气候变化引发的洪水或干旱以及随之而来的饥荒或火灾,我们无力避免这些自然灾害。此外,损害源还可能是污染或化学品滥用等人类行为。第三,复杂性。在谈论生物性和自然性的威胁以及其他可能危害人类身体健康的各种内、外因之外,脆弱性还具有极其复杂这一特点,其具有许多其他的表现形式。身体损害可能会影响到我们的工作、经济状况或家庭社会关系,即所谓的经济与制度性损害,此类损害同样能够带来灾难性的后果,这也从另一个侧面说明了人类对社会的巨大依赖性。个体所遭受的经济与制度性损害会在一生中不断累积,进而加剧其脆弱性,形成恶性循环。个体与家庭成员在经济方面可以说是“一荣俱荣,一损俱损”,经济性损害所带来的差距、破坏及由此产生的负担会在代际间传承。^[57] 另外,经济与制度性损害具有群体性特征,具有相同社会地位或文化背景的人们通常会面临相似的经济状况,同样,因种族、性别、民族或宗教信仰而受到长期歧视的团体也可能遭遇相同的负面经济制度。如果相关法律与政策能够以脆弱性理论为基本前提,着力减缓脆弱性的影响,则社会完全有能力通过这些法律与政策来处理相关损害。第四是脆弱性具有特殊性。尽管人类注定摆脱不了脆弱的命运,但每个人的情况却不尽相同。每个人的体质有所差异,经济状况和社会地位也不同。因此,个体间的脆弱程度在广度和深度上都存在差异。也就

[53] 同注 37 引书,第 8、12 页。Vulnerability 这一概念可以作为一个启发式的设计,迫使我们审视隐藏在法律、社会和文化习俗中的假想和偏见(本书中将 vulnerability 界定为一种“普遍的、不可避免”的人类境况,并认识到,在人的一生中,脆弱性的程度并非一成不变)。

[54] See generally Fineman, *supra* note 26.

[55] 认识脆弱性的不同表现形式十分重要。一些脆弱性明显超出个人甚至是社会的掌控,而其他一些则可被视为“自我归责型”。建立在个体自治、自给自足和自己责任之上的自由主体本身难以避免脆弱性,而他们却认为自己应为自己的境况负主要责任,而不去思考这一境况的本性或产生缘由。

[56] See Fineman, *The Vulnerable Subject*, *supra* note 36, at 9.

[57] 自 1993 年至 1995 年,每年只有 29.5% 的低收入家庭从低收入人群中退出。John Schmitt & Ben Zipperer, *Is the United States a Good Model for Reducing Social Exclusion in Europe?* 37 Int'l J. Health Services 15, 41 (2007). 在包括英国与加拿大在内的富裕工业化国家中,我们的流动性水平是最低的。*Id.* at 41 tbl. 11. 在跨代的流动性分析中,加拿大、芬兰、德国和瑞典经济流动性大大高于美国。*Id.* at 42. 研究表明,贫穷家庭平均需要三代以上的人才能够达到中等收入家庭的水平。*Id.* at 44. 美国在改善儿童贫穷方面几无作为。在联合国儿童基金会改善儿童贫穷措施的国家报告数据中,美国在 26 个富裕国家中排名第 25 位,因为其他富裕国家通过诸如收入支持、家庭津贴、日间护理等社会保障系统将儿童贫困率降低了 10% - 15%。Barbara Bennett Woodhouse, *Race, Culture, Class, and Crisis in Child Welfare: Theory into Practice*, 81 St. John's L. Rev. 519, 521 - 22 (2007) (citing UNIFF, Innocenti Report Card 6, *Child Poverty in Perspective: An Overview of Child Well-Being in Rich Countries* 4, 20 (2005), available at <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/repcard6e.pdf>).

是说,脆弱性既有普遍性,也有特殊性,个人体会皆不同。导致个体间脆弱性千差万别的一个重大原因在于个人拥有或掌控的资源的质与量不同。所以,虽然社会不可能根除脆弱性,却可以通过计划、体制和结构来调节、补偿或减轻弱势性。^[58] 因此,对于脆弱性的阐述不仅要考虑个体地位,还需考虑制度问题。

五、社会机构与韧性

需注意的是,应对人类脆弱性并非想要达到无坚不摧这一不现实的目标,而是意在提高个体应对与处理生活中不幸遭遇的韧性。因此,脆弱性理论的最终锚定于我们的“社会机构”——那些可以为应对脆弱性提供更大韧性的社会机构。

(一) 社会机构与资源供给

在各种社会机构的设计与构建中,人类脆弱性的现实是相当重要的考量因素。理论上,各社会机构的建立皆源于人类的脆弱本性。^[59] 这些社会机构在功能上相互咬合并有一定程度上的重叠,尽管存在着缺口与潜在危险,但不可否认的是,这些机构共同为我们的生存及生活提供支持与补助。^[60] 他们共同组成了一个系统,用以减轻缓解及应对人类的脆弱性。当我们遭遇不幸、灾难或暴力时,相应机构会共同或单独为我们提供缓解困境的资源,这些资源不断累积就成了我们应对各种危害的韧性。^[61] 社会机构可以提供至少五大类资源:物质的、人力的、社会的、生态或环境的、存在主义的。^[62]

所谓物质资源,是指那些决定我们当前生活质量的物质利益或产品,例如住房、食物、娱乐设施或交通设施等。以储蓄和投资形式出现的物质资源还能为我们日后的生活积累额外的资源。^[63] 在法律与政策层面上,税法与继承法对财富的分配具有重大影响,它们理所当然地属于这个系统的一部分,此外,银行业的规定、信贷政策和货币政策也同样属于此类。^[64]

同物质资源类似,人力资源同样影响物质福祉。人力资源乃推动整个社会发展的主要动力,同时,在这一过程中,个体得以从市场活动的参与中不断积累物质资源,从而增加对抗脆弱性的能力。

[58] 同注1引书,第81、84页。除医疗保健等能够处理我们身体脆弱性的具体性机构外,创造一个更为平等的社会有助于缓和所有层面的脆弱性(认为,更为平等的社会中将存在更少的健康问题,不论是心脏病还是精神疾病的发病率都会有所降低,此种健康问题的减少是从全社会的层面上来看的,而非仅仅针对贫穷人口健康问题的改善)。

[59] 同注37引书,第12-13页。

[60] 同注37引书,第12-13页。

[61] 例如,乌尔·布朗芬布伦纳的儿童生态发展模式研究了制度和资产对儿童发展的影响。Barbara Bennett Woodhouse, *Hidden in Plain Sight: The Tragedy of Children's Rights from Ben Franklin to Lionel Tate*, 21-23.

[62] 上述有关基本社会资源的列表是对我在“The Vulnerable Subject”一文中所列社会资源的扩充;在“The Vulnerable Subject”一文中,我采用了Peadar Kirby在“Vulnerability and Violence”一文中所列明的四种类型的资源:物质的、人力的、社会的和生态的。See Fineman, *supra* note 37, at 13-14 & nn. 34-36 (citing Peadar Kirby, *Vulnerability and Violence* (2006)).

[63] 物质资源是指那些为我们所拥有或可支配的物品。

[64] 政府补贴与行政性合同同样也起到了决定财富分配的作用。在20世纪,“工业与科技在研究经费、补贴、战时支出等方面获得了政府的巨额补贴”。Kevin Phillips, *Wealth and Democracy* 243 (2002)。例如,在1996年的电信法案中,政府给予电视广播公司价值400-1000亿美元的光谱,无非是为了践行对公共服务计划的一个空泛的承诺。*Id.* at 248。虽然,很多公司都提倡自由经济,但事实上,几乎没有哪个财富的获得不是借助于政府的偏袒。同上注,第204页。

这些资源经常被冠以“人力资本”这一称号。^[65] 个体能力的最初来源主要是提供教育、培训机会的各种社会机构,人们可以从中获得相应的知识与经验。这些知识与经验是个体获得就业机会的基本条件,此后,在工作中人们可以积累更多经验。

社会资源主要是指那些无形的、难以计量的社会关系,个体可以从健康和谐的社会关系网中获得支持与力量。^[66] 家庭是提供社会资源的主要机构,特别是对年幼者及其他需要被照顾的人而言。同时,个体通过组织政党、工会、商会等机构来加强韧性以对抗来自市场的损害。近几十年来,人们还围绕诸如种族、民族、性别等身份特性创建了强大的社交网络以加强个体归属感。

生态资源主要由自然环境来提供。我们对自然的体验依赖于直接、广大无边的感官——人类的生存有赖于清洁的空气、洁净的水资源……这一切都是大自然的供给。周边环境状态的重要性不言而喻,然而,即便是遥远的北极圈的浮冰、巴基斯坦的洪水对我们美国来说同样重要。各种各样的外在因素及人类行为足以影响我们生存的环境,并进一步影响人类健康福祉。^[67] 因此,为保护人类健康、防止环境进一步恶化,必须完善相关立法并加强监管,同时推动相关环境保护机构的建立。^[68]

所谓存在主义资源主要是指宗教、文化、艺术,甚至是政治等形而上的信仰或美学观念。^[69] 这些有助于我们思考人类在整个宇宙中的位置、生命的意义与价值。尽管大部分提供存在主义资源的机构都被划归“私人”组织,然而,政府仍可通过税收政策或其他更直接的方式资助宗教和文化团体。^[70]

(二) 社会机构与国家责任

以上各类资源都与国家责任密切相关。因为上述资源的供应机构大部分都需借助国家程序才能成为法律存在。^[71] 企业、学校、工厂、家庭或教会等实体都是被国家赋予合法地位后,方得以享受法律所带来的利益及保护。^[72] 他们的内涵、意义由国家界定,解散也需通过特定程序。这些机构被赋予分配社会资源的合法地位,因此,国家必然要对其进行监管。既然各社会机构的创建目的在于对抗人类的脆弱本性,那么,社会成员从中所获得韧性的多寡理应成为衡量这些社会机构运行是否有效及公正的标准。而国家又在这些机构的创建中发挥着决定性作用,这也就意味着国家必须履行相应责任来保证真正意义上的机会平等。也就是说,从这些机构的创建到维持,国家都必须参与其中,以确

[65] See Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice* 70, 164 (2006) (认为实现社会公正的最佳方式是以“能力”为基础分配社会资源,即国家应放任社会与个体自治,由个体能力决定自己的生活水平)。

[66] 同注1引书,第76页。社会关系状况与心血管疾病的发病率、心脏病的康复率相关。一项实验表明,互为友善的人们更不容易罹患感冒。

[67] See, e. g., David Pace, *More Blacks Live with Pollution*, Associated Press, Dec. 13, 2005, available at <http://hosted.ap.org/specials/interactives/archive/pollution/part1.html> (“空气污染与‘基因、环境等其他许多因素一起,可能增加人们罹患哮喘、慢性肺病的危险……证据显示,在高度污染地区,人们不但有很高的住院率,死亡率也同样很高’。” quoting Dr. John Brofman, Director of Respiratory Intensive Care at MacNeal Hospital)。

[68] 例如,1970年创立的环境保护署(EPA)通过制定法规并强制其实施的方式来监控环境。Reorganization Plan No. 3 of 1970, 3 C. F. R. 199 (1970) (reprinted as amended in 42 U. S. C. § 4321 (2006))。

[69] 存在主义可以被定义为:“对个体生存方式的选择、个体处理自己与其他社会存在间的关系有着至关重要影响的观念及思想。” *Microsoft Encarta College Dictionary* 501 (Kathy Rooney et al. eds., 2001)。

[70] See, e. g., 26 U. S. C. § 501(c)(3) 4321 (2006) (赋予教堂和其他宗教团体免税的地位)。

[71] 耶鲁大学教授罗伯特·达尔指出,“没有由政府保证强制实施的密集法律网的保护,美国最大的公司也不可能存活一天”。Gar Alperovitz & Lew Daly, *Unjust Deserts* 138 (2008) (quoting Robert Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy* 183-85 (1982))。达尔还指出,将经济机构视为“私人领域”是对他们“社会与公共”属性的“误读”。

[72] 所涉及的法律文件主要包括宪章、企业营业执照、驾照、婚姻许可证等。

保资源的分配平等、公正,而非一味追求私人利益或商业利益。然而,美国现存的各种资源分配体系中却充斥着对个体的不公正对待。具体说来,在机构的运作过程中,一些人被赋予特权,而其他人则处于相对的不利地位,只能依靠自己来应付人人都有的脆弱性。^[73]而对于此种体系问题造成的不平等,国家却视而不见。

需注意的是,尽管社会机构在对抗人类的脆弱性上起着举足轻重的作用,但其本身也存在着脆弱性。它们可能由于市场的波动、国际政策的变迁、体制与政治的妥协甚至是人们好恶的转变而成功或失败。^[74]即使那些曾经久经考验的机构也存在着潜在的不稳定性,容易受到内外力量的冲击。然而,这一脆弱性几乎一直被掩盖着,掌控机构的人总是极力否认机构的脆弱性。^[75]这种讳疾忌医的做法不但无法根除社会机构的脆弱性,反而会加剧整个人类的脆弱性。

社会机构的脆弱性意味着国家必须对其运行进行监控、评估、更新,必要时甚至需要重组。上述行为的实施应始终以机会平等的践行为目的,这也是国家积极作为以保证所有人平等对待的方式之一。另外,之所以在对个体脆弱性的考察中引入社会机构是为了更深入地研究个体问题——通过将个体置于社会及社会机构的大环境下有助于将历史上的、既存的不平等更清楚地展现出来,从而要求国家积极作为,对此不平等作出回应。

六、一个更为积极行为的国家

需明确的是,此处我们要决定的并非国家是否应参与社会资源的分配,因为其早已涉入其中,我们真正要决定的是应否要求国家积极作为以保证资源的平等分配,即应否要求国家承担相应责任去建立一个公正平等的制度,以确保所有人实质意义上的机会平等。当下盛行的所谓限制国家行为的主张,低估甚至忽视了一个事实,即国家是可以通过法律对社会机构的产生和解散的全过程进行干预和塑造的,也忽视了那些社会机构产生及扩散不平等的“能力”。当前我们的任务正是要揭露社会机构是如何在运作中不断地培育特权阶级,创造并加剧不平等的。

为达到这一目的,首先要承认的是,没有人是真正意义上自治的独立个体,每个人都从社会及社

[73] 20世纪90年代及2000年的研究表明,黑人和穷人更有可能居住在危险垃圾点附近,或其他主要污染源如发电厂和工业园区附近。Pace, *supra* note 67. 一项基于2000年人口普查数据的研究显示,在19个州,居住在导致重大健康危险的污染区的黑人人口是其他人种的两倍。*Id.* 然而,布什政府依然秉承一种局限的平等观念,其声称,环境保护局的使命不是减轻特定种族或特定收入人群所遭受的污染,而是“不区分种族、宗教信仰、肤色的差异,保证人们能够呼吸到清洁的空气”(quoting Marcus Peacock, then - Deputy EPA Administrator)。2003年,环境保护局总监察长报告称,环保局未将环境平等提上日程;2005年,通用问责局报告,环保局在2000-2004年制定《清洁空气法》时仍未考虑平等问题。*Id.* See also Marlen E. Koro, Shivanthi Anandan & Jennifer J. Quinlan, *Microbial Quality of Food Available to Populations of Differing Socioeconomic Status*, 38 *American Journal of Preventative Medicine* 478, 478 (2010) [“集中于饮食质量的公共卫生研究证实,低社会地位的人口较少获得高品质的食品(即营养丰富的产品)、瘦肉和低脂奶制品”]。

[74] See, e. g., David I. Walker, *Commentary, The Social Insurance Crisis and the Problem of Collective Saving: A Commentary on Shaviro's Reckless Disregard*, 45 B. C. L. Rev. 1347, 1348-49 (2004) (就人类寿命的延长、医疗费用的持续增长、生育高峰期出生人口的退休等原因可能导致的社会保障的不足进行了讨论); Nick Timiraos & James R. Hagerty, *No Exit in Sight for U. S. as Fannie, Freddie Flail*, *Wall St. J.*, Feb. 9, 2010, at A1 (2006年开始的房地产泡沫破裂导致房地美和房地美损失惨重,之后陷入困境)。

[75] See, e. g., David Cho, *Banks "Too Big to Fail" Have Even Bigger; Behemoths Born of the Bailout Reduce Consumer Choice, Tempt Corporate Moral Hazard*, *Wash. Post*, Aug. 28, 2009, at A01 (当信贷危机使银行陷入困境时,联邦政府向大型银行注入了数以亿计美元的援助)。

会机构中受益。但问题在于,有些人处于相对的优势地位并获得较多的利益,而其他人则处于相对的不利地位。因此,我们的研究必须深入到社会机构的组织、运作和产出等各个方面,因为社会资源的分配正是通过这些程序才得以完成。国家的建立是为了满足全体人的“公共利益”,而非特定的少数人利益。^[76] 国家有责任防止特权群体的产生与存在,创造一个人人得以实现最大发展可能的环境。

然而,美国当前盛行的自治和自己责任等理念严重阻碍了积极国家的构建。因此,对我们来说,真正的挑战在于如何突破以上意识形态的束缚,认真思考如何在一个非极权的语境下,有无可能去建立一个积极的国家。当前的社会资源分配体系不但没有解决不平等反而推波助澜。从理论上说,重构国家角色就意味着国家必须设计出一套处理上述不平等的程序,从而达到所有人机会平等。通过纠正资源与机会的不当分配,不仅有利于构建更为平等的社会,同时也有助于实现更为强大的民主、保证更大范围的公众参与。^[77]

最后,要强调的是,我所提出的人类的脆弱性并非倡导结果平等,有时,需区别对待,国家容忍甚至赋予特定个体或群体一定的优势地位也是公正的题中之意。只是,当国家或社会机构同意或默许某一制度性特权或优势的产生时,他们有义务对此种区别对待作出解释。优势或特权地位的赋予应公正而且透明。这一过程必将改变立法、司法以及政治话语的基本理念。脆弱性的分析更加符合“美国梦”关于所有人机会平等的承诺,还有助于人们更加明确地认识自我,认识个体对国家和社会机构的依赖关系,认识实质意义上机会平等的重要性。是否有利于实质平等的实现理应成为评判国家、社会机构行为正当与否的标准。

(责任编辑:倪鑫煜)

[76] 美国的成立是基于政府为了公共利益而设的理念,政府承诺所有人都有权从中获得利益。在革命时期制定的很多宪法都明确地提及“公共福利”或“公共利益”作为组织政府的目的。例如,弗吉尼亚州、佛蒙特州、宾夕法尼亚州的宪法规定,“政府是,或应该是,为了公共利益,保护人民、民族或群体的安全而设”。Pa. Const. of 1776, art. V; Vt. Const. of 1777, ch. 1, art. VI; Va. Const. of 1776 § 3.

[77] 从资源分配角度对国家及其机构进行评估必将改变美国的法律进程。脆弱性理念将使法院超越仅仅认定具有特定特征的个体或群体是否属于被敌视或歧视的少数这一职能,法院将突破身份歧视的局限性,受理有关资源分配不公或制度性不平等案件。在脆弱性的研究进路下,我们的目光不再局限于个人意志,因为人类共有、普遍存在的脆弱性将关注整个社会而非特定的少数人,脆弱性分析可被视为社会应给予其成员何种保护的“后身份”时代研究的一部分。我们已经认识到,歧视与不平等并非局限于具有某种特征的个体或群体,社会资源的分配不公更是不平等产生的根源,因此,我们不仅应关注特定身份的歧视,更应关注那些能够潜移默化地产生并加剧现存不平等的结构和安排。