

## 目 录

## 【论文】

- 农村承包地经营权抵押融资改革的立法跟进 ..... 许明月( 1 )
- 保险业适用反垄断法问题研究 ..... 周学峰( 14 )
- 刑事庭审实质化与审判方式改革 ..... 熊秋红( 31 )
- 诱惑侦查及其合法性认定
- 法国模式与借鉴意义 ..... 施鹏鹏( 45 )
- 犯罪的本质与刑罚的证成:基于共同善的重构 ..... 郑玉双( 63 )
- 美国宪法的力量和弱点
- 社会系统理论的观察视角 ..... 余成峰( 77 )
- 行政特许法律关系新论 ..... 翟 翌( 96 )
- 讲法治的法理学家:胡适对先秦法家的理解 ..... 喻 中(111)
- 司法如何民主:人民司法的历史阐释与反思 ..... 陈洪杰(126)

## 【民法典编纂】

- 污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化思考 ..... 张新宝 汪榆森(140)
- 论我国《民法总则(草案)》的构造、创新与完善 ..... 陈华彬(156)

## 【法政时评】

- 德国业务性促进自杀罪评析 ..... 王 钢(168)
- 德州扑克是赌博吗? 一个比较法律与公共政策的考察 ..... 王长斌(190)

# JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

---

---

Serial      No. 147      Sept.      2016      No. 5

---

---

## Contents

### Articles

- On the Legislative Follow Up of Mortgage Financing Reform of Management Right of Rural Contracted Land  
..... *Xu Mingyue* ( 1 )
- Research on Application of Antitrust Law in the Insurance Industry ..... *Zhou Xuefeng* ( 14 )
- The Materialization of Criminal Trials and the Revolution of Trial Modes ..... *Xiong Qiuhong* ( 31 )
- Entrapment and the Legal Boundaries: The French Mode as References ..... *Shi Pengpeng* ( 45 )
- The Nature of Crime and the Justification of Punishment: A Reconstruction Based on Common Good  
..... *Zheng Yushuang* ( 63 )
- The Strength and Weakness of the U. S. Constitution: Using “Social Systems Theory” as a Perspective  
of Observation ..... *Yu Chengfeng* ( 77 )
- A New Study on the Legal Relationship of Administrative Franchise ..... *Zhai Yi* ( 96 )
- Pursuit the Rule of Law: Hu Shi’s Understanding about the Pre-Qin Legalist School  
..... *Yu Zhong* ( 111 )
- The Possibility of Judicial Democracy: Historical Interpretation and Reflection on People’s Judicature  
..... *Chen Hongjie* ( 126 )

### Codification of Civil Law

- Reflections on the Recodification of China Tort Liability Law for Environmental Pollution and Ecological  
Destruction ..... *Zhang Xinbao & Wang Yumiao* ( 140 )
- Discussion on the Constitution, Innovation and Improvement of *The General Rules of Civil Law (draft)*  
..... *Chen Huabin* ( 156 )

### Comments on Legislation and Jurisdiction

- On the Crime of Repeatedly Intentional Promoting Suicide in Germany ..... *Wang Gang* ( 168 )
- Is Poker Gambling? A Comparative Study of Gaming Laws and Public Policies  
..... *Wang Changbin* ( 190 )

# 农村承包地经营权抵押融资改革的立法跟进

许明月\*

**摘要:**农村承包地经营权抵押融资改革已在全国进入试点阶段,随之而来的将是在改革经验基础上适时作出立法跟进。农村承包地经营权抵押融资立法应当充分体现改革政策的精神,但也要遵循立法的一般规律。在承包地经营权抵押制度设计时,应当对承包地经营权与承包地经营权抵押制度统一筹划;遵循市场经济规律并充分考虑承包地经营权的特殊性;坚持集体所有,稳定承包关系,不改变土地用途;努力实现抵押权对承包地经营影响最小化。根据承包地经营权的特点对相关抵押制度作出合理的安排。

**关键词:**农村承包地经营权 承包经营权 承包地经营权抵押融资

农业的投入问题一直是制约我国农业经济发展的瓶颈,正在进行的农村土地“三权分置”改革不仅为实现农村土地资源市场化配置,更好地保护农民的土地权益,提高农村土地的利用效率描绘了新的蓝图,而且,也为农业投入问题的根本解决开启了新的思路。农村承包地经营权抵押融资的改革试点工作已按照中央的周密部署在全国展开,随着改革的推进,相关立法的准备工作也需要及时的跟进。根据改革的政策精神,从立法的角度对承包地经营权抵押相关的问题进行谋划,已成为法学界面临的急迫任务。本文将根据有关改革政策的精神,就承包地经营权抵押制度的构建问题谈一些初浅的认识。

## 一、农村承包地经营权抵押融资改革的政策推进与立法跟进

### (一)农村承包地经营权抵押融资改革:突破农业投入“瓶颈”的制度创新

改革开放以来,我国农业发展的基本经验和共识是:一靠政策,二靠科技,三靠投入。投入对于农业发展具有至关重要的作用。这是由市场经济条件下资金要素与其他要素的关系决定的:在市场经济条件下,各种要素是跟随着资金而流动的,劳动力、技术、各种生产资料配置都是通过资金流动而实现的。政策只有体现为资金投入的增加或带来货币收益的提高,才能发挥有效的支持作用;也只有资金投入到位,才能有效推进农业科技的研发、推广和应用。

投入问题一直是制约我国农业发展的“瓶颈”。长期以来,在我国农业发展投入方面一直存在着对政府的高度依赖,然而,尽管政府对农业的投入在逐年增加,<sup>[1]</sup>但农业投入的瓶颈制约并没有得到

---

\* 西南政法大学经济法学院教授,法学博士。

[1] 据统计,在2002年到2012年,仅中央财政以粮食直补、农资综合补贴、良种补贴、农机具购置补贴等方式对农业实施的补贴从1亿元增加到1653亿元。从2005年到2013年8年间,中央财政支持三农的投入从2975亿增加到13799亿,增加了4.6倍,复合增速达到21%。中国产业洞察网:《历年来政府对农业行业投入情况统计》, <http://www.51report.com/free/3036677.html>。2015年,中央财政在农林水方面的支出为17242亿元,比上年增长16.9%。财政部国库司:《2015年财政收支情况》, [http://gks.mof.gov.cn/zhengfuxinxi/tongjishuju/201601/t20160129\\_1661457.html](http://gks.mof.gov.cn/zhengfuxinxi/tongjishuju/201601/t20160129_1661457.html)。

有效缓解,农业的发展仍然受到资金不足的严重制约。这表明,农业发展对资金的需求单纯依赖政府是不可能得到根本解决的,在市场经济体制下,完全依靠政府解决农业投入不足问题的思路是行不通的。

造成农业投入严重不足的根本原因在于农业与资金市场的长期绝缘。我国农业对资金的需求不能有效通过资金市场而获得,满足农业资金需求的主渠道严重堵塞。解决农业投入问题的根本出路也应当是:打通农业与资金市场的通道,使农业对资金的需求能够通过主要通过资金市场而得到满足。

打通农业与资金市场的通道,必须遵循资金市场的基本规律:资金供给是在保障资金安全并支付资金使用对价的条件下通过交易实现。资金安全是对资金提供者现存利益的保障,而资金使用对价则是其预期增益的保障。其中,资金安全保障是最为基本的要求,对于理性的资金提供者而言,如果资金安全得不到保障,为他人提供资金不仅不能使其获得增益,反而要受到损失,他是不可能自愿提供资金的。因此,资金安全保障问题如果得不到解决,资金需求者便不可能通过资金市场获得资金。

提高资金安全保障程度可能有多种途径,但在现代社会,以可以通过市场变价而获得等额或超额的财产提供担保,是社会能够普遍接受的一种基本途径。如果借款人能够提供充分的担保并支付合理的资金使用对价,资金提供者就没有理由拒绝为其提供所需要的资金。因为,“只要农户能够提供合适的抵押物,正规的金融机构也不会将其拒之门外”。<sup>[2]</sup>因此,一方面,担保是通过市场获得资金的基本条件,另一方面,提供担保的能力也决定了一个人的融资能力。当某人能够提供充分的担保时,他也就能够通过资金市场获得其所需要的资金。

财产担保之所以能够发挥资金安全保障作用,其基本的原因在于担保财产可以通过市场转化为等额(或更多)的资金。提高一个人的融资能力,最有效的手段就是提高其所拥有的可以通过市场变价的财产的数量。其拥有量越大,担保能力越强,获得资金的能力也越强。

以上的分析表明,造成我国农业长期以来与资金市场绝缘状态的基本原因是由于农业经营者可提供并且能够为资金提供者接受的担保财产严重不足。要打通农业与资金市场通道,必须让农业经营者能够拥有更多的可以用于融资的担保财产。

“三权分置”改革使农村土地上的权利从“所有权-承包经营权”二元格局转化为“所有权-承包(经营)权-承包地经营权”三元格局,并使承包地经营权成为可自由流转的具备充分市场品格的土地权利。承包地经营权的市场品格不仅将使其成为实现农村土地资源市场化配置的基本手段,而且,会在农村社会形成大量可用于融资的担保的财产,由于这些财产的存在,农业与资金市场长期的绝缘状态将会被彻底打破,农业投入问题也必将因畅通的资金市场渠道而得到根本的改善。

承包地经营权是根据农业资源市场化配置要求而从承包经营权中析出的一种新型土地财产权,它彻底摆脱了“两权分置”框架下的承包经营权所具有的难以克服的身份性,消除了农民以承包经营权融资的各种障碍,也消除了农民在以承包经营权融资时对于可能永久丧失“土地”的担忧。承包经营权作为纯粹的土地利用层面的权利,其流转、抵押不会导致农地集体所有制的改变和农户对土地的永久利益的丧失,完全可以成为具有高度流通性土地权利和高品质的抵押担保财产。特别是,我国“三权分置”改革提出了稳定承包关系的要求,随着承包地经营权抵押制度的推行,以可能丧失土地权利为代价的承包经营权直接融资将会越来越少,而以承包地经营权抵押融资的农户和农业经营者会

[2] 王朝明、朱睿博:《农村承包土地经营权抵押贷款的理论模型与实践经验》,载《河北经贸大学学报》2016年第5期,第86页。

越来越多。“允许经营权抵押贷款,拓展农民融资的渠道,解决农用资金投入不足的难题,进一步恢复了承包经营权的财产属性,强化了承包经营权物权性。”〔3〕随着农业经营模式的转变,尤其是承包地经营权市场的繁荣和发展,承包地经营权抵押融资也将与城市土地使用权融资一样,将逐步成为满足农业资金需求的基本的融资形式。

承包地经营权抵押融资开辟了农业与资金市场的畅通渠道,农业发展对于资金的需求将通过这一渠道不断得到满足。农业也可以与其他产业一样充分利用资金市场满足其发展对资金需求,农业发展的投入问题也必将因此而得到彻底的解决。

## (二)承包地经营权抵押融资改革的政策推进

在我国承包地经营权抵押融资改革之前,有关农村土地权利融资的改革主要是在“两权”的框架下进行的。〔4〕其中,取得了一些成果,但总体上,并不十分理想。法律制度的障碍〔5〕和农民对于永久丧失“土地”的担忧,是其中最主要的原因。2013年11月12日中国共产党第十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)拉开了这一改革的序幕。该《决定》第20条指出:“坚持家庭经营在农业中的基础性地位,推进家庭经营、集体经营、合作经营、企业经营等共同发展的农业经营方式创新。坚持农村土地集体所有权,依法维护农民土地承包经营权,发展壮大集体经济。稳定农村土地承包关系并保持长久不变,在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下,赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。”

2013年12月23日中央农村工作会议在北京召开,会议通过了《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见(讨论稿)》。2014年1月,中共中央、国务院以当年中央1号文件的形式正式印发了《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》。该意见指出:“稳定农村土地承包关系并保持长久不变,在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下,赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。在落实农村土地集体所有权的基础上,稳定农户承包权、放活土地经营权,允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资。”首次以中央文件的形式明确提出允许承包土地的经营权抵押。

为落实中央文件精神,2015年8月10日国务院发布《关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》(国发〔2015〕45号,以下简称《指导意见》)。《指导意见》确立了试点工作的指导思想,提出了依法有序、自主自愿、稳妥推进、风险可控四项原则和五项试点任务,并对组织实施工作做出了具体安排。

2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过《关于授权国务院在北京市大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》,允许在232个县(市、区)暂停《物权法》第184条,《担保法》第37条的实

〔3〕 李国强:《论农地流转中三权分置的法律关系》,载《法律科学》2015年第6期,第185页。

〔4〕 在中央文件正式提出“三权分置”之前,我国各地都普遍存在探索三权分离的实践。有人认为,20世纪90年代以来有关三权分离的探索就已经在全国各地展开。2004年9月,安徽省合肥市发布的《关于规范农村土地承包和经营权流转的若干意见》,是首次将承包权和经营权并行提出的官方文件。参见张毅、张红、毕宝德:《农地的“三权分置”及改革问题:政策轨迹、文本分析与产权重构》,载《中国软科学》2016年第三期,第15页。

〔5〕 根据《物权法》第184条的规定,耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,除法律规定外,禁止抵押。《农村土地承包法》仅规定了通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书的,其土地承包经营权可以依法抵押,家庭承包的耕地并不能直接抵押。

施。该决定的颁布,使承包地经营权改革试点工作得以合法的全面推行。

2016年3月15日,中国人民银行、银监会、保监会、财政部、农业部五部门联合发布《关于印发〈农村承包土地的经营权抵押贷款暂行办法〉的通知》,印发了《农村承包土地的经营权抵押贷款暂行办法》(以下简称《暂行办法》),对承包地经营权抵押贷款条件、具体运作程序和相关配套措施等做出了具体的安排。为承包地经营权抵押融资改革试点工作的开展提供了基本操作性规则。

通过以上政策性文件,农村承包地经营权抵押融资改革在政策上逐渐由模糊到清晰,由原则到具体,最终形成操作性的改革方案并付诸实施。

### (三) 农村承包地经营权的立法跟进

在“三权分置”的基础上允许农村承包地经营权抵押是我国农村土地制度改革的重大的创新,为了推进这一改革的稳妥进行,政策先行和局部试点是完全必要的。但是,随着农村承包地经营权抵押融资试点工作的逐步推进,相关的立法及立法的准备工作也应当及时跟进,只有这样,政策推进的改革成果才能及时以法律制度的形式确定下来,因此项改革而释放的制度红利才能及时为全国农村所共享。根据《指导意见》,农村承包地经营权抵押融资的全部试点工作将于2017年底前完成,全国人大常委会授权国务院暂时在试点区调整有关法律实施的最后期限也是2017年12月31日。一旦试点结束,法律就要对这一改革作出回应:是否制定、修改相关法律及如何在法律上作出具体的制度安排。

将政策上升为法律,并不是直接在法律上复制政策的内容,基于法律在规范性、强制性、协调性、逻辑性和立法技术等方面的要求,一方面,立法要充分体现政策的基本精神,另一方面也需要根据法律规范的一般要求,进行不同的表达和更缜密的安排。就承包地经营权抵押制度的立法而言,以下几个基本问题需要在立法时先行考虑。

#### 1. 关于承包地经营权抵押制度的立法表达问题

承包地经营权抵押立法首先遇到的问题是以任何方式对这种制度进行法律表达。是制定专门法律,还是以嵌入的方式将这一制度纳入现行法律制度的体系?如果不采用专门的立法,这一制度应当嵌入现行法律体系中的哪个法律的哪个部分?对于这些问题,笔者认为,针对承包地经营权抵押进行专门立法没有必要,也不科学。毕竟,承包地经营权抵押是一种担保,而我国现行法律体系中已经存在较为完整的担保制度体系,为了保证这一制度体系的完整性,承包地经营权抵押只能采用嵌入的方式将其纳入现存担保制度的体系中。同时,尽管对于农村承包地经营权本身是不是物权,仍有不同的认识,<sup>[6]</sup>但是,抵押权是传统的担保物权,承包地经营权抵押制度只能纳入现行《物权法》担保物权的制度体系。在立法操作上,应通过修订《物权法》将承包地经营权抵押纳入现存的法律制度体系。

#### 2. 关于相关抵押权的名称问题

在目前的政策表述中,由承包经营权分离出来的“经营权”统一使用的名称是“农村承包土地的经营权”。诚然,承包土地的经营权是农村土地经营权的基本构成,并且,“三权分置”改革也是主要针对农村承包土地而进行的。作为三权分置改革总体设计的一部分,在政策文件中使用这一称谓无可非议。但是,在立法的表达中,能否使用这一称谓,就需进一步斟酌。有学者指出,在立法上,相关经营权应该有不同的表达,并提议以“耕作权”或“耕作经营权”作为相关经营权的正式法律名称。<sup>[7]</sup>笔者

[6] 孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,载《中国社会科学》2016年第7期,第162页。

[7] 同注3引文。

认为,相关权利如何命名,首先应当考虑该名称能否涵盖直接从事农地经营的各种主体的权利以及可能设定这一权利的土地状况。因此,应当充分考虑是否存在没有承包的农村集体所有的农地以及国家所有的交由个人或企业从事农业生产经营活动的土地,以及这些土地能否直接由所有人设定经营权。如果这些土地是存在的,且对这些土地由集体或政府直接设定经营权更为合理,那么,立法中使用“农村承包土地的经营权”这一名称就可能出现逻辑上的问题,因为这些土地不是承包的土地;此外,农村土地概念也比较模糊,没有表明该土地用于农业生产经营的用途。基于此,经营权这一称谓应当保留,因为该项权利至少主体部分是在“三权分置”过程中从承包经营权中分离出来的一种权利,即便不是如此,它也是权利人利用该土地从事农业生产经营活动的权利。基于这些考虑,比较合适的名称还是“农地经营权”。此处的“农”应理解为农业,农地经营权,表达了该权利是农业用地上经营权。与此相适应,相关的抵押也可表述为“农地经营权抵押”。

### 3. 承包地经营权“抵押融资”的表述问题

在政策性文件中,普遍使用“抵押融资”这一表达。这是因为这些政策性文件是基于创设新农地融资手段,解决农业投入问题而制定的。但如果将承包地经营权抵押作为一种担保物权规定于物权法或担保法中,继续使用这种表达,便显得不够妥当。作为担保物权,承包地经营权抵押不仅可以适用于权利人向银行及其他金融机构融资的担保,而且也可以适用于对其他债权的担保。例如,农业经营者购买大型现代化耕作设备、进行较大规模的农用设施建设、购买高科技农作物培育生产技术等等,因这些交易而产生的债权同样可能需要担保,如果仅将农地经营权抵押限制在融资方面,那么,此项制度的创设对于促进农业发展的作用就会受到限制。因此,立法在被担保债权方面,不对承包地经营权抵押设置限制,而应使其与其他担保物权一样,可以用于各种债权的担保。

此外,政策性文件为了推进“三权分置”前提下承包地经营权抵押融资改革,提出了一系列改革推进和保障的措施,在推进改革的过程中,这些措施是完全必要的。但承包地经营权抵押作为一种法律制度,在立法内容选择上,应当紧紧围绕构成抵押制度要素的特定内容来展开,不仅应当回避这些政策推进、保障的内容,而且,也无需规定属于担保物权或抵押权通用的规则。通过科学的立法技术处理,将承包地经营权抵押制度无缝地嵌入现存的抵押权制度体系当中。

## 二、承包地经营权抵押立法的基本原则

### (一) 承包地经营权制度与承包地经营权抵押制度统一筹划

承包地经营权抵押是在“三权分置”的前提下以承包地经营权作为抵押财产而设置的抵押。如果抵押财产在法律上的性质、权利的界限、具体内容、存在期限、权利的流动性等问题不明确,则以该项权利为客体的抵押权制度也不可能科学地建立。

就承包地经营权制度和承包地经营权抵押制度的关系而言,承包地经营权抵押权制度是以承包地经营权的存在为前提的,承包地经营权制度如何设计将直接影响该权利抵押制度有无必要、如何安排及运行效果。例如,如果承包地经营权不能转让,则承包地经营权抵押制度就没有存在的价值;如果其转让受到严格的限制,则相应的抵押制度也不可能发挥很好的效果。在另一方面,要使承包地经营权发挥良好的融资功能,制度设计就必须充分考虑其作为抵押担保财产的一些要求。承包地经营权的独立性、流动性和物权性问题是影响该权利抵押制度的三个基本问题,尤其需要通盘考虑。

### 1. 承包地经营权的独立性问题

承包地经营权必须是农地权利体系中独立的权利,所谓独立,基本的要求是权利界限清晰,本权利与其他权利的关系明确,权利内容确定。就承包地经营权而言,就是要求该权利与所有权、承包经营权是不同的权利,且相互关系明确,承包地经营权基本内容法律上有明确的规定。承包地经营权抵押以承包地经营权为担保财产,如果权利没有独立性,就等同于担保财产不明确,在此种情形,债权人就难以判断该财产的价值,能否有效担保被担保债权,是否应当接受该项担保。在抵押权实行阶段,如果作为抵押财产的承包地经营权缺乏独立性,实现抵押权也会受到利益冲突的相关权利人的牵制,影响抵押权担保的效果。

### 2. 承包地经营权应当具有充分的流通性

抵押权的本质属性是价值权,它是通过抵押财产的价值来担保债权实现的,在被担保债权到期不能实现时,债权人可以通过抵押财产的变价,使被担保债权得到满足。如果承包地经营权不具有流通性,它就不适合作为担保财产;承包地经营权流通性越强,其变价的可能也越大,债权人就越愿意接受。当然,法律上的流通性并非完全等同于实际的流通性,实际上的流通性在很大程度上要受到相关市场发展程度的影响。即便法律上对承包地经营权流通不设任何条件和限制,如果没有市场,承包地经营权也无法顺利地变价。因此,提高承包地经营权的流通性,一方面,对承包地经营权的流通法律上不应进行不必要的限制,另一方面,要大力培育承包地经营权市场,完善各种市场机制。

### 3. 承包地经营权物权化问题

从抵押担保财产的要求出发,承包地经营权如果是一种用益物权,当然更符合其作为抵押财产的要求。这主要是因为:第一,抵押担保要发挥担保债权的作用,担保财产必须具有稳定的价值,如果承包地经营权不具有这种稳定的价值,就不能发挥担保的效果。假如承包地经营权仅仅是一种债权契约约定的权利,它就可能因契约当事人的行为随时处于危险当中,如甲通过合同将其承包的土地交由乙经营,乙基于合同取得该土地的经营权,当乙以该经营权抵押融资时,作为担保财产的经营权就会随时因为甲或乙的行为而消灭或受到影响。在这种情况下,抵押权便很难起到担保债权的效果。第二,抵押担保是以特定物(或权利)的价值来实现担保功能的一种物的担保形式,作为抵押财产应当是具有一定价值的特定财产,承包地经营权作为担保财产来利用时,也应当符合这一要求,即它必须有明确的、社会普遍认同的权利内容和界限,否则,在相关的权利交易发生时,当事人对权利的价值就不能作出合理的判断,只有以法律直接对权利作出界定,才能达到良好的效果。如果承包地经营权不是一种物权,在进行与权利相关的每一笔交易时,当事人都必须花费大量的成本了解权利的具体内容,并据此判断交易是否符合自己的交易目的。这必然会大量增加此类交易的成本,并因此而影响交易发生的可能性。对于理性的债权人而言,很难想象,他会接受以这种不确定的权利作为抵押财产来为债权设置担保。第三,从抵押权的性质来看,抵押权是一种担保物权,它通过登记等法律上的处理取得对抗效力,如果抵押财产本身不具有物权性质,而是一种具体内容各不相同的权利或利益,那么,在登记过程中,就必须对这一权利进行重新界定或确认,这不仅会给登记机关带来巨大的压力,而且,也会导致当事人对于财产价值的预先判断与最终判断不一致,并最终影响其是否接受该抵押担保。最后,抵押权的实现通常以担保财产变价的方式进行,如果担保财产仅仅是一种合同权利,则会严重影响受让人对其价值的判断,也不利于抵押权的实现。因此,从抵押担保的角度来看,承包地经营权若为物权,将更符合其作为抵押财产的要求。但承包地经营权是否都能够成为物权,确实值得怀疑。如

果承包地经营权不能都成为物权,那么,在有关该权利的抵押制度中应如何处理?对此,请容下文再作讨论。

总之,承包地经营权抵押制度的建立,必须依赖承包地经营权制度的确立;承包地经营权制度安排必须充分考虑该项权利担保融资的功能。从某种意义上说,只有通过法律确立了独立的、可流转的承包地经营权,承包地经营权抵押制度的建立才没有法律上的障碍。承包地经营权抵押制度的构建必须紧密结合“三权分置”改革同步进行,统一筹划。承包地经营权制度安排应充分考虑该项权利的融资功能,承包地经营权抵押制度的设计则必须以承包地经营权制度的安排为依托。

## (二) 遵守市场规律前提下充分考虑承包地经营权的特点

抵押权制度是一种民事物权法律制度,抵押权制度本身只能基于当事人平等的前提预设来进行设计。尽管“三权分置”改革赋予承包地经营权融资功能具有明显的支持“三农”的政策导向,但是,抵押权制度本身的设计则必须遵循市场规律,按照抵押担保的基本原理来进行。因为只有如此,才能使抵押融资的功能充分地发挥出来,使农业对资金的需求能够通过资金市场实现最大程度的满足。遵守市场规律首先要求坚持自愿原则,是否采用承包地经营权抵押,如何设置抵押担保,应由当事人通过协商方式确定。政府和农村基层组织不得强迫经营权人设置经营权抵押,也不得要求金融机构必须接受承包地经营权抵押,或对金融机构层层下达指标。其次,遵守市场规律还意味着抵押担保制度设计不得违反市场规律过度强调对一方利益的保护而损害另一方的利益,否则,便可能影响其功能的充分发挥。例如,为照顾承包地经营权人而对抵押权人提出不合理的要求,或为使承包地经营权人更容易获得融资,而要求抵押权人降低贷款安全性的要求,或为了让承包地经营权人获得更多的资金而强制要求抵押权人提高贷款率,尽管在短期内这些做法可能对某个承包地经营权人带来好处,但长此以往,承包地经营权融资的市场就会日益萎缩,最终,对农业的发展仍然是不利的。抵押权制度本身的设计一定要遵循市场规律,平等保护双方当事人利益。允许承包地经营权抵押融资,本身就是对“三农”的最大支持,但不能改变抵押担保的基本规则来体现这种支持。

在另一方面,承包地经营权确实有自身的特殊性,首先,承包地是农村集体所有的土地,通过发包由农户取得承包经营权,再经承包权与经营权分离,形成承包地经营权,其土地上的权利与国有土地所有权归国家,土地使用权以法律直接创设,通过划拨、出让或流转取得不同,因此,在抵押权设定、当事人及利害关系人的权利义务关系界定等方面也不可能相同。其次,承包地主要是用于农业作为种植的土地,是农业的基本生产资料。从抵押权的价值性出发,承包地经营权价值取决于其农产品产出能力,可能影响其产出能力的行为均可能影响担保物的价值,因此,抵押权人对于抵押物利用监督权利也不可能与其他财产抵押完全一样。再次,承包地是农作物种植的土地,为保障农业生产的持续性,在抵押权实现方面,也应当充分考虑承包地的经济功能,尽可能避免因抵押权的实现而对农业生产产生实质性的影响。

## (三) 坚持集体所有,稳定承包关系,不改变土地用途

承包地经营权抵押是在承包权与经营权分离的基础上进行的旨在赋予承包地经营权融资功能的一项制度,抵押权只能就经营权设定,抵押权实现也只能对经营权进行。承包地经营权抵押后,土地所有权和土地承包关系都不应因此而受到影响,原属某一集体的土地仍然属于该集体所有,原由某一农户承包的土地,该农户仍享有承包权。禁止利用承包地经营权抵押改变土地的所有权归属或土地现存的承包关系。

土地用途管制是我国基本的土地制度,关系到粮食安全,因此,任何单位和个人都不得利用承包经营权抵押融资改变土地的用途。

#### (四) 承包地经营权抵押对土地利用影响最小化

承包地经营权是权利人利用土地从事农业生产经营活动的权利,而承包地经营权抵押则是利用承包地经营权价值担保融资或其他债权的实现。土地利用产出新的社会财富,如果因为抵押制度不合理的设计而实质性地影响土地的产出效率,这往往是得不偿失的。尽管无需占有转移抵押财产便可设定的抵押担保是实现对物的利用影响最小化的物的担保方式,但是,不合理的制度设计,也可能对担保财产的利用带来较大的影响。<sup>〔8〕</sup> 抵押制度中可能影响抵押财产利用的主要方面是有关抵押权人和抵押人权利义务的制度和抵押权实现制度的设计。从理论上说,抵押人对于担保财产的正常利用,不应受到来自抵押权人的任何干涉,除非这种利用导致抵押财产价值的减损并对其债权的安全造成威胁。在抵押权实现方面,对已经形成生产能力的抵押财产,采取不适当的方式实现抵押权,也可能降低该财产利用的效率,特别是各种配套设施和生产条件,只有整体利用,才能发挥良好的效果,如果强行将某一部分从整体中分离,便可能导致其生产能力彻底的丧失。在承包地经营权抵押制度设计时,必须对抵押制度对农地经营可能带来的影响给予高度关注,以确保抵押对农业生产经营活动的影响最小化。

### 三、承包地经营权抵押立法的几个具体问题

承包地经营权是通过“三权分置”而于农业用地上形成的一种新型权利,与其他土地上的权利相比,在性质、主体、内容等方面,都有自身的特点。承包地经营权抵押制度设计必须充分考虑这些特点,作出特别的制度安排。笔者认为,就承包地经营权抵押制度的安排而言,应对以下方面的具体问题给予特别的关注。

#### (一) 承包地经营权抵押中的担保财产:承包地经营权

承包地经营权,按照字面理解,应当是权利人存于农村已经承包土地上的以该土地从事农业生产经营活动的权利。承包地经营权抵押中的担保财产就是承包地经营权。承包地经营权到底是一种什么性质的权利,这是首先必须要考虑的问题。

严格来说,承包地经营权在现阶段并没有通过法律进行明确的界定,并不是法定的物权类型,这难免给承包地经营权抵押带来一定的困难。

关于承包地经营权立法定性的问题,学界仍有不同的看法。按照孙宪忠教授的调研,一些官员提出,现在不宜将该权利明确规定为物权,农民不需要将这种权利物权化;同时,也有一些学者认为,土地承包经营权本身是一种用益物权,在该权利上再设置用益物权很难理解。但另一些学者则强烈主张,承包地经营权必须作为用益物权来进行法律安排,并从合法性和可行性方面出发,证明其作为用

〔8〕 古代英国的 mortgage 制度要求设定担保时不仅要有所有权的转移,而且更要求有占有的转移。当时的 mortgage 制度显然是一种一味强调债权安全而罔顾担保物利用的制度安排,对于社会经济的发展造成了严重的阻碍。近代以来, mortgage 担保无论在英国还是在美国,都摒弃了这种不合理的安排。这表明,随着社会的发展,人们在追求债权安全保障的同时,越来越注意尽可能降低其对担保物利用的影响。参见许明月:《英美担保法要论》,重庆出版社 1998 年版,第 110 页。另可参见费安玲主编:《比较担保法》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 242 页。

益物权必然性。<sup>〔9〕</sup>

如前所述,物权性的承包地经营权显然更符合作为抵押担保财产的要求。但问题的关键是,承包地经营权能否完全物权化?从理论上说,当承包人将自己承包的土地交由他人经营时,实际上便将该土地的经营权授予给该他人。承包人将土地交由他人经营,往往出于不同的动机,有时仅仅是临时的打算,如外出打工,暂时将自己的土地交邻居耕种,尽管邻居取得该土地的经营权,但这种经营权可能随时因承包人回乡而丧失。在这种情形,邻居取得的经营权就很难作为一种物权来认定。对于承包地经营权我们不可能也不应当像对待承包经营权那样,通过在全国推行家庭承包制来实现全国农地的全面承包。这违反经营权设置自愿原则,更侵害农民的土地利益。因此,基于短期转包、租赁、临时委托等关系而将承包土地交由他人经营的现象,可能是永久的存在。在这些情形,承包地经营者的权利都不可能是一种物权。

由此必然产生一个基本的矛盾:一方面,根据抵押制度的要求,作为抵押财产的承包地经营权应当是物权性的权利,另一方面,现实中的承包地经营权又不可能完全物权化。如何化解这一矛盾?

按照目前政策的安排,承包地经营权抵押有两种基本的形态:一是承包经营权人以承包经营权中的经营权设定抵押;二是通过合法方式取得承包地经营权的人以其取得的承包地经营权抵押。<sup>〔10〕</sup>在第一种情形,承包经营权本身是一种物权,当承包人以其中的经营权设定抵押时,其经营权直接从承包经营权中分离出来作为抵押中的担保财产。要求其先将经营权从承包经营权中独立出来,按照物权的要求进行登记,使之形成独立于承包权的具有物权性质的经营权,不仅没有必要,而且,操作上也不可行。在第二种情形,经营权人以合法方式取得的承包地经营权抵押,其中比较复杂。承包地经营权不同于国有土地使用权,国有土地属于国家所有,国家可以通过法律统一规定土地使用权的期限,权利的内容,取得和确认方式等等。但是,承包地由众多的成员集体单元所有,为众多的农户承包,一般而言,对经营大户、农业企业等规模性农业经营者取得承包地经营权可以规范地提出登记等要求,而通过个人之间的交易而取得的承包地经营权则难以做到统一规范。因此,对于第二类承包地经营权,当作为抵押财产而设定抵押权时必须有一定的要求。这些要求包括:权利必须要有较长时间的存续期、经规范的书面合同创设,权利内容符合法律要求,经过合法登记机关的登记。

基于以上分析,笔者认为,对于经营权物权化问题,没有可能提出绝对的要求,但经营权人用来抵押的经营权应当是物权化的经营权,法律可以规定设定物权性经营权的条件和方式,使经营权中的一部分成为物权性质的经营权。同时,规定承包经营权人可以直接以承包经营权中的经营权设定抵押担保,该经营权经设定抵押担保后,其权利通过抵押登记而物权化,在后续的交易中,应作为物权性经营权对待。

## (二) 承包地经营权抵押的相关财产:农作物、定着物农用设施、农用机械等生产资料及经营收益

承包地上的农作物、定着物农用设施以承包地为存在基础,同属土地上的附着物。在承包地经营权抵押时,这类物是否属于抵押财产?对于城市建设用地使用权而言,我国一直采用“房随地走,地随

〔9〕 同注6引文,第161页。

〔10〕 《暂行办法》第6条、第7条。有人将抵押第一种形态称之为承包型土地经营权抵押,将第二种形态称之为流转型土地经营权抵押。参见汪险生,郭忠兴:《承包型土地经营权抵押贷款的实践探索——基于对宁夏罗平县和同心县的比较分析》,载《农村经济》2016年第6期,第77页。

房走”的原则,<sup>[11]</sup>《物权法》的规定能否直接适用于承包地经营权抵押?对此,立法必须作出明确的回答。

对于承包地上的定着物农用设施而言,它是固定在承包地上为正常从事农业生产经营所必要的设施,这些设施与承包地分离或毁损,都将直接影响承包地的利用。有这些设施和没有这些设施对于承包地经营者而言有重大的利害关系;同时,定着物农用设施与城市建设用地上的建筑物并没有本质的不同,因而在处理上也没有必要区别对待。因此,维持不低于现状的存在应当是对承包地经营者的基本要求。这类设施虽本身不是承包地经营权的构成,但直接影响承包地经营权的价值。除了改进或维持其功能的修缮以外,经营者不得变更、毁损、废弃。同时,为维护承包地的经营正常,在实现抵押权时,也不得对这类设施进行单独的处置。

对于农作物而言,笔者认为,承包地经营权抵押的担保财产是承包地经营权本身,本不应包含农作物。因此,抵押权设定后及设定前,农作物作为承包地的经营产出应当按照其生产规律进行收割、采摘,正常脱离承包地的农作物,并不能为抵押权效力所及。这更有利于调动经营权人的积极性,并使抵押权对生产经营活动的影响降至最低水平。在实现抵押权之前,承包地的农作物产出都应归经营权人。实现抵押权前或期间,任何一方当事人都不得破坏农作物的正常生产进程,提前收获或强行推迟收获农作物。如果这样处理,剩下的问题就是:抵押权人对实现抵押权期间的农作物收益是否存在优先受偿权?

基于抵押财产是承包地经营权,在抵押权实现期间,对于承包地产出的农作物,应当纳入担保财产的范围。因为,抵押权实现时,抵押权人取得对抵押物价值的控制权,土地上收取的农作物如果不计入抵押财产,可能就会导致抵押财产的价值减少,这对于保障抵押权人的债权实现是不利的。但已经脱离承包地的农作物及其果实,不应为抵押权效力所及。也就是说,应以实现抵押权时农作物是否脱离承包地为标准,已经脱离的,自然脱离抵押权;没有脱离的当然为抵押权效力所及。抵押权实现期间成熟而收取的农作物及其果实,应当纳入抵押权所及的财产范围。抵押权人可以对其变价,并对价款享有优先受偿权。

为保障农作物经营的持续性,实行抵押权而对经营权转让变价后,应及时将承包地交新的经营权人经营,抵押权人有义务监督原经营权人不得违反农作物的自然生长规律,提前收取农作物而进行变价处分。由于新的经营权人在受让经营权时会考虑土地上农作物的价值,并在受让价格中体现该部分利益,因此,实现抵押权后,农作物的经营和收获权也必须及时交给新的经营权人。

但值得注意的是,承包地上产出的农作物,由于其有独立的价值,并能在收获后特定化,因此,它也可以作为独立的担保财产设定抵押权。<sup>[12]</sup> 此项抵押权可以是另行设定的担保其他债权的抵押权,也可以与承包地经营权抵押同时担保同一债权。

与此相关的问题是承包地经营收益是否为抵押权所及。承包地经营收益,在处理上应当与农作物相同。因为,它也是承包地经营所产生的利益。因此,它不能自然地成为承包地经营权的抵押权所

[11] 《物权法》第182条规定:“以建筑物抵押的,该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的,该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的,未抵押的财产视为一并抵押。”

[12] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第52条规定,当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的,土地使用权部分的抵押无效。根据“三权分置”改革和承包地经营权抵押融资改革的精神,因为,经营权分离后可以作为担保财产,本条在以后相关法律出台时似乎需要修改。但从其表述来看,农作物是可以作为抵押财产的。

及,同样可以其设定担保权担保同一债权或不同债权。但这种担保似乎不宜采用抵押的形式,而应当采用收益权质押的形式。

对用于承包地经营的农业生产资料(包括农用机械、农药、种子、化肥等),因为这些都是可以随时脱离承包地而存在的动产,因而,不应纳入承包地经营抵押之担保财产范围。应允许经营权人自由处理。

### (三) 承包地经营权的抵押权设立问题

总体而言,承包地经营权的抵押权设立应与以其他财产设立抵押权适用相同的规则。但考虑到承包地经营权抵押涉及的担保财产、利益主体的特殊性,有以下三个问题还需专门考虑。

#### 1. 承包地经营者可否就取得的一部分承包地上的经营权抵押

在很多情形,承包地经营权人往往经营着大片的土地,为担保某一债权,并不需要将其全部经营的承包地经营权抵押,此时,他能否就其经营的某一部分承包地上的经营权设定抵押权?在我国,对于农村土地并没有采用物的编成主义,土地承包经营权的登记主要是以农户为单位的。经营大户所取得的承包地经营权往来自众多的农户,所以,若其以其中的某一块承包地上的经营权抵押与土地登记制度并没有明显的冲突。因此,对于承包地经营权抵押没有必要对此进行限制。

#### 2. 承包地经营权抵押是否需要经过发包人 or 承包经营权人同意

如前所述,承包地经营权抵押通常包括承包经营权人自己以经营权抵押的情形和通过合法方式取得经营权的人以取得的经营权抵押的情形。在承包经营权人直接以承包地经营权设立抵押权时,其涉及的利益主体包括发包人(代表所有权人)、承包经营权人(抵押人)和债权人(抵押权人)。在这种情形,承包经营权人设定抵押权是否应当取得所有权人同意?按照《暂行办法》的规定,在此种情形,无需取得发包人的同意,<sup>[13]</sup> 仅需将承包地经营权抵押的情况明确告知发包方即可。而在第二种情形,承包地经营权人(经营大户,农业公司等)以其获得的承包地经营权设定抵押权,涉及的相关利益主体包括发包人、承包(经营)权人、承包地经营权人(抵押人)、抵押权人(债权人)。按照《暂行办法》的规定,则要求:(1)承包方同意承包地经营权可用于抵押及合法再流转;(2)承包方已明确告知发包方承包土地的抵押事宜。<sup>[14]</sup> 对于此项规定是否合理,有不同的看法。有些学者基于承包地经营权的物权性,认为物权人处分物权是其基本的权利,因此,要求以承包地经营权设定抵押权时需事先取得承包人的同意是不合理的。<sup>[15]</sup> 笔者认为,基于承包地经营权全面物权化不可行的考虑,允许承包地经营权人不经承包经营权人同意设定抵押权,必然会导致对承包经营权的侵害。但如果规定必须经承包权人同意,也可能带来一些问题:第一,可能对承包地经营权人利用经营权融资带来不便。承包地经营权人根据生产经营的需要可能经常性地融资,而每一次融资都要取得承包人的同意,将给经营权人带来巨大的负担。第二,通常农业大户和农业经营企业经营的大片土地是从众多承包经营户获得的,这可能形成有些承包户同意其抵押,而另一些承包户则不同意抵押,出现这种情况,承

[13] 《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第6条规定:“通过家庭承包方式取得土地承包经营权的农户以其获得的土地经营权作抵押申请贷款的,应同时符合以下条件:……(四)承包方已明确告知发包方承包土地的抵押事宜。”

[14] 《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第7条规定:“通过合法流转方式获得承包土地的经营权的农业经营主体申请贷款的,应同时符合以下条件:……(四)承包方同意承包土地的经营权可用于抵押及合法再流转;(五)承包方已明确告知发包方承包土地的抵押事宜。”

[15] 高圣平:《承包土地的经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式》,载《法商研究》2016年第1期,第6页。

包地经营权人将无法处理,并可能给经营权的受让人带来风险。为了妥善解决这一问题,可在承包地经营权设立登记时,提出统一的要求,使登记的承包地经营权都具有可抵押、再流转的权能。如果承包地经营权不能再抵押、流转,其优化土地资源配置的能力将大打折扣;同时,如果经过登记的承包地经营权内容仍五花八门,也必然导致混乱,严重影响社会交易的安全。经过登记环节的处理,按照物权法定原则,将转让、抵押经营权的权利作为权利人的基本权利纳入该项权利的法定基本内容。如果能够做到这一点,对于经登记的物权化承包地经营权,抵押时就无需再取得承包人的同意。

### 3. 承包地经营权抵押的登记机关与登记效力

《物权法》第127条规定,县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证,并登记造册,确认土地承包经营权;而按《暂行办法》第14条的规定,借贷双方要按试点地区规定,在试点地区农业主管部门或试点地区政府授权的农村产权流转交易平台办理承包土地的经营权抵押登记。承包经营权、承包地经营权、承包地经营权的抵押权登记部门并不统一。在试点阶段这是可以理解的,但是,在立法时,承包经营权以及承包经营权抵押(如果仍有必要的话)、承包地经营权以及承包地经营权抵押登记,都应当由统一的登记机关办理。这不仅便利当事人和登记机关办理登记,也有利于防止登记错误和便利相关当事人查询。

与登记相关的问题是承包地经营权抵押登记应采登记要件主义,还是登记对抗主义?承包地经营权是存于土地上的一种权利,性质上与《物权法》第180条规定的“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”最为接近。按照第187条的规定,对上述土地承包经营权实行登记要件主义,因此,承包地经营权抵押也应当要求必须办理抵押登记,抵押权自登记时设立。

#### (四) 承包地经营权的抵押权实现

承包地经营权抵押权的实现,应当遵守法律规定的实现条件和方式。在实现条件方面,承包地经营权抵押不应有不同的要求,即与其他财产抵押一样,都应以债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形为条件。在实现方法上《物权法》规定的协议折价或者以拍卖、变卖的方式实现,或在达不成协议的情况下依法请求人民法院拍卖、变卖抵押财产的方式实现,对承包地经营权抵押都可以适用。

在承包地抵押权实现方面,以下三个问题需要特别考虑。

##### 1. 承包地抵押权实现时,是否可以对抵押的承包地经营权进行拆分处置

随着农业生产规模的扩大,经营大户或农业企业可能经营着非常广阔的土地。如果抵押权所担保的债务清偿并不需要将设置抵押的承包地经营权整体处分,或经营权人认为只要处分一部分承包地上的经营权就足以清偿债务,此时,可否要求抵押权人仅就该部分承包地上的经营权进行折价、拍卖或变卖?笔者认为,从理论上说,这并没有什么障碍,也不会导致发包人、承包经营权人和其他人的利益受损,因此,立法时可以考虑抵押人在保证债权得以清偿的前提下享有请求债权人仅就部分承包地上的经营权实现抵押权的权利。

##### 2. 发包人和承包经营权人的利益保护问题

承包地经营权抵押权实现时,受让承包地经营权的人应当一并承受原承包地经营权人对于发包人、承包经营权人的义务,尤其是承包地经营权人承担的支付有关费用的义务。不得通过抵押权实现而使发包人、承包经营权人的利益受到减损。为保护发包人,特别是承包经营权人的利益,立法时,可对此作出明确要求,以更好地保护农民的利益。

### 3. 实现方式的创新问题

由于承包地经营权的特殊性,为了维护承包地经营的持续,对承包地经营权的受让人提出要求其具备从事农业生产的条件和能力是必要的,这就有可能出现在以上述方式实现抵押权时不能及时发现合格受让方的问题。为使农业生产经营活动不因此而受到影响,有必要考虑其他合理的方式。笔者认为,以下方式是可以考虑的:(1)转变担保方式。将承包地经营权抵押转变为承包地经营收益权质押等担保形式,避免实现抵押权;(2)增加担保。如在维持承包地经营权抵押的基础上,增加承包地经营收益权质押或农作物抵押,以使债权人的债权能通过收益或农作物得到清偿;(3)接管经营。在一定时间内由债权人自己或安排更善于经营的第三方接替现有的经营权人经营该承包地,而以经营收益抵偿债务。总之,根据承包地经营权的特点,为维护农业生产经营的持续性,承包地经营权抵押权的实现方式可以在现行法律规定范围以外另行考虑,没有必要受现行实现方式的限制。但无论采取哪种方式,都应当有利于承包地的持续经营,不得破坏或削弱承包地作为农业用地的生产能力。

## On the Legislative Follow Up of Mortgage Financing Reform of Management Right of Rural Contracted Land

Xu Mingyue

**Abstract:** The reform of mortgage financing through management right of contracted land in rural areas has entered the experiment stage, following that will be the legislative follow up based on the reform experience. The legislation on the mortgage financing through management right of contracted land should embody the reform policy spirit, but it also needs to follow the general rules of legislation. When designing the legal system of mortgage of the management right of contracted land, the legal system of right of contracted land management and the right of mortgage of the management right of contracted land should be uniformly planned. The legislation should follow the market law, properly consider the particularity of the management right of contracted land; adhere to the collective ownership of the land, stabilize the contract relations, do not change the land use; and to minimize the impact of mortgage on the use of contracted land. The legislation should make reasonable arrangement of the legal system of the relevant mortgage in accordance with the characteristics of the management right of contracted land.

**Keywords:** management right of contracted land in rural areas; management right of contracted land; mortgage financing through management right of contracted land

(责任编辑:丁洁琳)

# 保险业适用反垄断法问题研究

周学峰\*

**摘要:**保险业是一个专业性较强且受到严格监管的领域,其在适用反垄断法时具有一定的特殊性,但是,不宜采用行业豁免的做法,而是应采取行为豁免的方法,即保险业原则上仍应适用反垄断法,但对于保险业所存在的某些特定的保险经营行为可给予反垄断豁免。应在反垄断执法机构与保险监管机构之间建立起协调机制,以保障保险市场的健康发展。

**关键词:**保险 反垄断 豁免

自我国《反垄断法》实施以来,关于保险业应如何适用反垄断法,以及是否应给予保险业以豁免地位的问题就一直存在争议。不仅被反垄断执法机构查处的保险行业协会和保险公司曾竭力主张应给予保险业以豁免待遇,一些保险法学者和业界人士也提出过此类建议。<sup>[1]</sup>最近,随着我国《保险法》修订工作的启动,关于保险业是否应豁免适用反垄断法的问题再次被提出。本文将对这一问题进行分析和研究,以期能为我国《保险法》的修订和《反垄断法》的适用提供参考意见。

## 一、保险业适用反垄断法的制度框架

### (一)中国相关法律现状的初步分析

竞争是市场经济的灵魂与生命力之所在,因此,竞争法被誉为是市场经济的基本法。保险是一种商业活动,保险市场亦是市场经济的组成部分,因此,从理论上讲,保险市场亦应受到竞争法的调整。然而,保险具有一定的专业性和特殊性,现代各国均为保险业规定了一套较为完整的行业监管法律制度,并设置了专门的保险行业监管机构,于是,在这种背景下探讨保险业适用反垄断法的问题,便不可避免地会触及到保险行业监管机构与竞争法执法机构之间的权力划分。

广义的竞争法包括反不正当竞争法和反垄断法两方面内容。在《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)出台后不久,便产生了一个争议性问题,即对于发生在保险市场上的涉嫌不正当竞争行为谁有权查处,是保险监管机构,还是工商行政管理部门。<sup>[2]</sup>《反不正当竞争法》第3条第2款规定:“县级以上人民政府工商行政管理部门对不正当竞争行为进行监督检查;法

---

\* 北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。本文系国家社科基金项目“应对恐怖袭击的损害赔偿机制研究”(批准号:15BFX166)的阶段性研究成果。

[1] 参见辛红:《多地保险行业协会受到反垄断处罚 业内呼吁给予保险一定豁免权》,载《法制日报》2013年11月22日,第6版;陈欣:《美国反垄断法对我国保险业的启示》,载《保险研究》2008年第12期;李祝用、鲍为民:《中国保险业豁免适用〈反垄断法〉的可能性分析》,载尹田、任自力主编:《保险法前沿》(第2辑),知识产权出版社2014年版。也有一些学者明确反对对我国保险业豁免适用《反垄断法》,例如李之彦:《论垄断协议规制对车险保费自律行为的影响》,载《保险研究》2008年第11期。

[2] 参见中国人民保险公司邵武市支公司不服南平市工商行政管理局不正当竞争行政处罚案。

律、行政法规规定由其他部门监督检查的,依照其规定。”最高人民法院正是依据对这一条款的解释并结合对《保险法》中有关条款的解释,对保险业领域的反不正当竞争的监管权限进行了划分,并最终将监管权限划分给了保险监管机构。<sup>[3]</sup> 在制定《反垄断法》的过程中,也曾出现关于反垄断执法权与行业监管权的划分问题。2006年6月,全国人大常委会第一次审议的《反垄断法(草案)》第2条第2款曾规定:“对本法规定的垄断行为,有关法律、行政法规另有规定的,依照其规定。”但是,在第二次审议时,该条款便已被删除,立法者主要是担心该条款的存在有可能导致《反垄断法》被架空。然而,如何处理反垄断执法与行业监管的关系问题依然存在。<sup>[4]</sup>

就我国目前的《反垄断法》而言,仅在附则部分规定了对行使知识产权行为的附条件的豁免和对农业相关事项的豁免,而对保险业并未明文给予行业豁免。就我国的《保险法》而言,仅提及了保险监管机构有权对保险公司的不正当竞争行为进行监管,而未提及反垄断问题。因此,可以认为,在我国现行法律框架下,对于保险市场上的垄断行为,亦应适用《反垄断法》,且不存在对保险业适用行业豁免的法律依据。当然,这不妨碍特定的保险公司对其所从事的特定的保险经营行为,可依据《反垄断法》第15条主张反垄断豁免,由反垄断执法机构对此进行个案审查,自不待言。

## (二) 欧美国家的相关制度

### 1. 美国

美国是联邦制国家,联邦与各州之间存在分权关系。基于美国联邦宪法的规定,联邦政府有权对州际商业活动进行立法和管控,但是,长期以来,保险业一直被认为不属于“州际商业活动”,从而不在联邦政府的权力范围,而是属于各州的权力范围。联邦最高法院在1868年的“保罗诉弗吉尼亚”案中正式确认了上述原则。<sup>[5]</sup> 然而,时至1944年的“美国政府诉东南地区保险业协会”案,联邦最高法院却突然转变了先前的态度,认为保险业务可以构成州际商业活动,因而,国会有权对此予以管理,基于此,《谢尔曼法》等联邦反垄断法亦可适用于保险业。<sup>[6]</sup> 该判例作出后,在保险界引发了震动,而且,各州政府也担心就此失去对保险业的监管权力,因此,联合起来对国会进行游说和施压。美国国会于1945年通过了《麦卡伦-弗格森法案》(McCarran-Ferguson),重申由各州对保险业进行监管是符合公共利益的,并且确认了在保险领域联邦法律不得取代或优先于各州法律的原则。需要注意的是,依照该法案的规定,原则上,仅在保险业务未受到州法的相应监管的条件下,联邦反垄断法才适用于保险业,但是,对于构成“抵制”(boycott)、“强制”(coercion)和“恐吓”(intimidation)的行为例外处理,就上述三种行为而言,其应当优先适用联邦反垄断法而非州法。<sup>[7]</sup> 随后,美国联邦最高法院通过一系列判例,进一步明确了联邦反垄断法和州法适用于保险业的条件,从整体上看,联邦最高法院对联邦

[3] 最高人民法院关于保险监督管理机构与国家工商行政管理机构之间的职权划分先后作过数次不同的解释。参见《最高人民法院行政审判庭关于对保险公司不正当竞争行为如何确定监督检查主体的答复》(2000年4月19日,法行[2000]1号),《最高人民法院行政审判庭关于审理涉及保险公司不正当竞争行为的行政处罚案件时如何确定行政主体问题的复函》(法函[2003]65号),《最高人民法院行政审判庭关于工商行政管理部门对保险机构不正当竞争行为是否有权查处的答复》最终解决了上述争议。

[4] 参见王晓晔:《〈中华人民共和国反垄断法〉析评》,载《法学研究》2008年第4期;杨东:《论反垄断法与行业监管法的协调关系》,载《法学家》2008年第1期。

[5] *Paul v. Virginia*, 75 U.S. 168, 183 (1868).

[6] *U.S. v. South-Eastern Underwriters Association*, 322 U.S. 533 (1944).

[7] 15 USCS § 1013.

反垄断法的豁免条件进行了非常严格的狭义的解释。<sup>[8]</sup> 在《麦卡伦-弗格森法案》通过之后,为了保留对保险业的监管权力和避免联邦法的管辖,美国各州政府纷纷制定了有关保险业监管的法律。

综上所述,美国对保险业的竞争行为所采取的政策可归纳为:有条件、有例外地豁免适用联邦反垄断法,但这并不妨碍各州根据本州的法律对保险业的竞争行为进行监管,实践中,基本上都是由各州的保险监管机构来实施的。并且,州政府对保险业实施实质性的监管是保险业享受豁免适用联邦反垄断法待遇的前提条件。

## 2. 欧盟

基于特殊的政治背景,欧盟的反垄断法(竞争法)的目标,除了促进竞争和提高经济效率以外,还有另外一项使命,即确保欧盟统一市场的建立。《欧洲共同体条约》第85(1)条[现《欧洲联盟运行条约》第101(1)条]明令禁止“企业之间订立的,有可能影响到成员国之间的贸易并且具有阻碍、限制或扭曲共同市场内的竞争的目的或效果的,所有协议、决定或协同行为”。第85(2)条明确规定上述所禁止的价格固定协议或决定无效。第85(3)条则抽象地规定了豁免条件。<sup>[9]</sup>

在欧盟(欧共体)反垄断法出台后,关于反垄断法是否适用于保险市场曾经一度不明朗。1987年1月,欧洲法院(ECJ)在一起欧共体委员会指控德国财产保险业协会建议其会员提高保险费率的构成垄断行为的案例中作出终审判决,判定欧盟反垄断法可以适用于保险业。<sup>[10]</sup> 该判例一经作出,在欧盟保险市场产生了巨大的反响,保险业仍不甘心受反垄断法的规制,于是,纷纷依据《欧洲共同体条约》第85(3)条向欧盟委员会提出豁免适用第85(1)条的申请,从而导致大量的豁免申请被积压在欧盟委员会,令欧盟委员会应接不暇。

为了解决保险业的豁免申请问题,欧盟理事会于1991年5月31日发布了《关于对保险行业中的一定类型的协议、决定和协同行为适用条约第85(3)条的条例》,该条例授权欧盟委员会制定具体的规则,对保险行业中以下六种类型的协议、决定和协同行为,豁免适用欧盟反垄断法关于禁止垄断协议的规定:(1)基于集体确定的统计数据或索赔数目制定共同风险费率表;(2)制定共同的标准保单条款;(3)对一定类型的风险共同承保;(4)对索赔的处理;(5)安保设施的测试和认证;(6)关于重大风险的登记和信息交换。<sup>[11]</sup>

欧盟委员会根据欧盟理事会的授权于1992年发定了条例(No. 3932/92),对于授权范围内的六种类型中的四种类型的保险业行为作出了反垄断豁免的具体规定,而对于其他两种类型的行为(关于对索赔处理的协议;关于重大风险的登记和信息),以缺乏经验为由暂未作规定。<sup>[12]</sup> 基于此,欧盟在保险行业适用反垄断法领域建立起颇有特色的“集体豁免”(block exemption)制度,从而省去了个案审查的繁琐和拖延。

欧盟关于保险行业适用反垄断法的集体豁免规则,自建立起来,每隔一段时间都要进行重新评估

[8] 美国联邦最高法院通过一系列判例,对“保险业务”、“抵制”等概念进行了界定。See *Group Life & Health Ins. Co. v. Royal Drug Co.*, 440 U.S. 205 (1979); *Union Labor Life Insurance Co. v. Pireno*, 458 U.S. 119 (1982); *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Bany*, 438 U.S. 531 (1978).

[9] 原《欧洲共同体条约》第85条,后来其序号被调整为第81条,在《欧洲联盟运行条约》生效后,其成为《欧洲联盟运行条约》的第101条,虽然该条款的序号几经变更,但是,其内容没有实质性变化。

[10] Case 45/85 *Verband der Sachversicherer e. V. v. Commission* [1987] E. C. R. 405.

[11] Council Regulation (EEC) No. 1534/91 of 31 May 1991 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector.

[12] Reg. No. 3932/92 of December 21, 1992, O. J. 1992 L 398/7.

和修订,因而,其规则一直在不断变化。2003年欧盟委员会重新发布了新条例(No. 358/2003),从而使集体豁免的规定得以延期至2010年3月31日。<sup>[13]</sup>

在2003年的条例期限即将届满之前,欧盟委员会对该条例的实施进行了评估,其结论是,对于制定共同标准保单条款的协议行为和对于安保设施的测试与认证的协议行为,没有必要再给予反垄断豁免,于是,欧盟委员会于2010年3月发布了新的条例(No. 267/2010),取代了原条例。根据2010年的条例,可享受反垄断法集体豁免的保险业行为限缩至两种类型。第一种类型:共同编制和分享关于计算特定风险的成本的信息,制定与保险相关的死亡、疾病、事故和残疾的表格;共同开展对于保险业有影响的事项的研究,包括对于特定风险或某类型风险的将来索赔的频率或规模,或关于不同类型的投资的获利性。第二种类型:对一定类型风险的共同保险和共同再保险行为。<sup>[14]</sup>

由于2010年的条例将于2017年3月31日到期,因此,欧盟委员会需要在2016年向欧盟理事会提交一份咨询报告,对于是否需要保险行业的集体豁免规则进行续期或修订提出建议。从现在形势来看,不排除欧盟有可能作出终止“集体豁免”或进一步限缩豁免范围的决定。

总之,从整体上来看,欧盟关于保险行业适用反垄断法集体豁免的范围和条件,呈现越来越严格的趋势,而对于豁免范围以外的涉及保险业的竞争行为,则仍应适用欧盟反垄断法规则。

### (三) 比较与思考

从以上论述中,我们可以发现,关于保险业适用反垄断法的问题,并非中国所特有,在美国和欧盟也存在类似的问题,因此,它们的经验与教训也值得我们吸取和研究。但是,我们也要注意,对于这一问题,可能并不存在普适的或唯一正确的答案。美国和欧盟都是在各自的制度框架内来寻求解决问题的方法,并且受制于宏观制度背景,因此,最终选择的解决办法不尽相同。美国之所以要给予保险业豁免适用联邦反垄断法的待遇,是与保险业属于各州而非联邦政府管辖的传统分不开的。而欧盟在处理保险业适用反垄断法问题时,除了关注对市场竞争的影响外,还有另一个重要目标,即保障欧盟市场的一体化。另外,美国和欧盟还存在一个共同的制度背景,即在联邦政府或欧盟层面都存在统一的反垄断执法机构,而欠缺统一的保险监管机构。在美国,保险业监管仍属各州的权力范围;在欧盟,保险业监管主要依赖各成员国的保险监管机构。

中国的情况则有所不同。中国是单一制国家,并不存在像美国那样的联邦政府与州的权力划分,也不存在像欧盟那样迫切需要解决市场一体化的问题。中国的宏观体制背景与欧美的另一个重要差异还表现在,中国的反垄断执法是“多头执法”,而保险监管则是采取集中统一监管的模式。基于上述原因,本文认为,我们在解决中国所面临的问题时,必须从问题本身出发,通过认真的研究和分析,来寻求解决方案,我们可以借鉴欧美的一些规制方法,但不宜生搬硬套。

我国《反垄断法》所规定的垄断行为包括三类:垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中。对于滥用市场支配地位和经营者集中,应由反垄断执法机构统一执法,对此并无异议。目前争议主要集中在垄断协议方面,从实践情况来看,最为突出的问题包括:保险费率的厘定与保险信息的交换、共同标准保单条款的制定、共同保险(共同再保险)协议。<sup>[15]</sup>下文将对这三项问题逐一进行具体分析。

[13] Regulation (EC) No. 358/2003 of 27 February 2003.

[14] Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

[15] 与欧盟委员会2003年发布的条例(No. 358/2003)相比较,欧盟2003年条例中给予集体豁免的类型还包括“安保设施的测试与认证”。但是,这一类问题在中国并不突出,而且,欧盟委员会在2010年的条例(NO. 267/2010)中也将其从集体豁免的范围中予以删除,因此,本文将不对此进行专门讨论。

## 二、保险费率监管与反垄断规制

长期以来,保险费率都受到保险监管机构的监管,因此,在探讨对保险费率进行反垄断规制时,不可能完全脱离保险监管体制的存在。只有充分理解了对保险费率的监管制度,才能更好地理解对保险费率进行反垄断规制所面临的问题所在。

从反垄断法的角度来看,具有竞争关系的经营者之间所订立的固定价格的协议,具有排除、限制市场竞争的目的或效果,因此,应当予以禁止。由于存在法律的威慑,经营者之间往往不敢明目张胆地订立垄断协议,而更多地采取协同行动的形式,而协同行动的形成往往离不开相互之间的信息交换,因此,具有竞争关系的经营者之间的信息交换往往也是反垄断执法机构关注的焦点之一。从反垄断法的角度来看,保险公司之间所订立的关于确定保险费率的协议,以及对于有助于确定费率的相关信息交换,都具有构成垄断协议的嫌疑。

但是,从保险监管的视角来看,保障保险公司的清偿能力是首要目标,而这一目标的实现又与保险费率的确定息息相关。与普通商品交换相比,保险具有特殊性。在普通商品交换中,往往是一手交钱,一手交货。而对于保险来说,投保人向保险人缴纳保费后,其获得的只是保险人的允诺,即保险人允诺在未来某个时间或保险事故发生时向被保险人或受益人支付保险金。由于保险人有义务支付保险金的时间与保险合同成立的时间之间往往存在较长的时间差,因此,确保保险人有足够的履行给付保险金的承诺就非常重要。当保险人设定的保险费率过低时,有可能影响到保险人的清偿能力,并最终损害全体被保险人的利益。正因如此,保险监管机构非常重视对保险费率的监管,这在一定程度上也反映了保险监管机构的忧虑:保险公司之间的自由竞争有可能导致竞相降低保费的恶性竞争,从而最终会危及保险公司的清偿能力。

上述两种政策之间存在着一定程度的紧张关系,基于保障清偿能力的目的而对保险费率进行监管,会在一定程度上抑制保险人之间的自由竞争。如何处理保险监管与鼓励竞争之间的关系,便成为摆在立法者面前的一道难题。

### (一) 美国保险费率政策的变迁

从美国保险业的发展历史来看,竞争与监管往往交替发挥作用,影响着美国的保险费率政策。

19世纪美国的保险市场,特别是财产保险市场,呈现出高度竞争的态势,从事保险业务的门槛很低,保险公司众多,保险费率厘定粗糙且非常自由。在这种环境下,保险公司之间的竞争日趋激烈,竞相降低保险费率以赢得市场份额,结果导致许多保险公司设定的保险费率低于合理水平,最终致使数千家保险公司陷入破产境地。<sup>[16]</sup> 在这种背景下,为了摆脱恶性竞争,一些保险公司开始通过组建行业协会性质的组织,规定统一的保险费率,以要求协会的会员共同遵守。例如,1866年,从事火灾保险的保险公司组建了一家全国性组织“火险承保公司全国理事会”(National Board of Fire Underwriters),由其为业界制定统一的火险费率,但是,由于保险业之间的竞争习惯难以更改,因此,在该组织成立后的5年内,其作用基本上形同虚设。后来,在1871年和1872年先后发生了芝加哥大火灾和波士顿大

[16] 1877年,据“美国西北地区火险业协会”的主席称,原有4000多家保险公司,仅剩下了1000多家保险公司。See Spencer L. Kimball & Ronald N. Boyce, *The Adequacy of State Insurance Rate Regulation: The McCarran - Ferguson Act in Historical Perspective*, 56 Mich. L. Rev. 545, 548 (1958).

火灾,数十家保险公司顿时陷入破产境地,由此使得保险业被惊醒,从而认真对待保险费率的统一控制问题。随后,许多州和城市的保险业协会等组织也开始积极实施保险费率控制措施,抑制保险公司之间的自由竞争。<sup>[17]</sup>

自19世纪80年之后,在许多地方又出现了协定(compact)机制,即一些保险公司通过订立类似卡特协议性质的协定的方式,共同选择一名管理者,委以设定保险费率的权力,并要求参加协定的保险公司共同遵循,但是,实践表明,这种解决方案的实施效果非常有限。<sup>[18]</sup>

自19世纪末开始,美国反垄断法开始兴起,许多州的立法机构出于维护市场竞争的需要,纷纷通过反垄断性质的立法,禁止保险公司通过订立协定的方式来固定保险费率,从而导致协定机制的终结。

市场自发竞争容易导致保险业竞相恶性降低保费,而保险业之间私下订立的费率协定又有垄断的嫌疑。为了解决这一两难境地,自20世纪初以来,许多州通过立法建立起保险费率管制体系。美国的堪萨斯州是最早实施保险费率管制的州,在1909年的立法中要求各保险公司须将其拟定的保险费率表向州保险监管局主管申报,主管人员可对申报的保险费率表进行审核,以防止其过高或过低,并可对保险费率进行调整。虽有保险公司对于此种管制立法提起违宪之诉,但未获得法院支持。联邦最高法院在1914年的“德国联盟保险公司诉利维斯”案中正式确认了保险费率管制的合宪性,认为州政府对保险费率进行管理是符合公共利益的。<sup>[19]</sup> 该判决作出后,许多州加入到保险费率管制的队伍中。

时至1944年,美国东南地区保险业协会将近200多家保险公司和一些个人受到了垄断指控,控方指控其违反了联邦《谢尔曼法》。据指控,这些保险公司占据了美国东南地区6个州的火险和相关业务90%以上的市场份额,并且,其通过合谋统一确定保险费率,并通过威胁、抵制等方式强制非会员公司采纳其确定的保险费率。该案最终上诉至联邦最高法院,终审判决认为,《谢尔曼法》适用于保险业。判决还指出:“虽然有人提出保险业实施统一费率是为了避免保险公司之间从事恶性竞争,这既是保护保险人的需要,也是保护被保险人的需要,但是,对于保险业来说,竞争是否是一种好事,以及是否应给予保险业以反垄断豁免,不应当由法院来决定,而应由立法机关来决定。”<sup>[20]</sup>

随后,美国国会通过了《麦卡伦-弗格森法案》,以州法对保险业已进行管控为条件,给予保险业以有限的豁免适用联邦反垄断法的待遇。在该法案的刺激下,美国各州先后通过了保险监管法案,其中多数都包含对保险费率的监管。有一些州通过立法授权保险行业组建专门的保险费率评估机构,并要求或允许保险公司加入或接受其服务。一方面,保险费率评估机构可以从各保险公司处收集

[17] Spencer L. Kimball & Ronald N. Boyce, *The Adequacy of State Insurance Rate Regulation: The McCarran - Ferguson Act in Historical Perspective*, 56 Mich. L. Rev. 545, 548 (1958).

[18] 实施效果未达到理想状态的原因有多种。首先,这种协定的订立是建立在自愿的基础之上的,不具备强制性,无法强制市场上的所有保险公司都加入;其次,协定的实施缺乏有效的监督,会有保险公司暗中降低保险费率以扩大市场份额,从而导致协定机制的瓦解。See Angelo Borselli, *Insurance Rates Regulation in Comparison with Open Competition*, 18 Conn. Ins. L. J. 109, 114 (2011).

[19] *German Alliance Ins. Co. v. Lewis*, 233 U.S. 389 (1914). 在该案中,德国联盟保险公司代表在堪萨斯州营业的保险公司提起诉讼,请求法院禁止堪萨斯州的保险费率管制立法的实施,其理由是:保险合同系私人之间订立的合同,政府无权进行干涉,保险费率管理立法违反了联邦和州的宪法。美国联邦最高法院在判决中认为,保险合同虽然属于私人之间订立的合同,但是,州政府对保险费率的管制合乎公共利益,因此,其并未违宪。

[20] *U. S. v. South - Eastern Underwriters Association*, 322 U.S. 533 (1944).

保险信息;另一方面,费率评估机构可以其收集的统计数据为依据拟定保险费率并向保险业推荐。费率评估机构拟定的保险费率,只有经保险监管机构批准后,方可实施。虽然费率评估机构拟定的费率仅是“推荐”性质的,但是,如果哪家保险公司拟定的保险费率偏离了费率评估机构的推荐费率,那么,保险监管机构在审批前将举行听证程序,非常繁琐。因此,实践中,大多数保险公司都会自觉采用费率评估机构的推荐费率。在这种体制下,各保险公司可以费率评估机构为媒介来实现保险费率的统一,并可享受豁免适用联邦反垄断法的待遇。

在统一费率的管制体系下,不仅许多恶性竞争被抑制,良性竞争亦无法实施。自20世纪70年代以来,美国许多州对保险费率又开始采取放松管制的政策。从目前的情况来看,在美国各州中,对于保险费率的监管存在6种不同的体制,其分别包括:事先批准制、备案生效制、先使用后备案制,弹性费率制、改良的批准制和自由费率体制。<sup>[21]</sup> 总体来说,除极少数对费率实行自由竞争的州以外,就大多数州而言,其采取的政策实际上都属于“管制下的竞争”,各州的保险监管机构既是行业监管机构,也是保险市场竞争秩序的维护者。

## (二) 欧盟的保险费率政策

1992年6月,欧盟发布了《关于非人寿保险的第3号指令》,要求各成员国取消对保险费率的审批要求,<sup>[22]</sup> 从而在成员国之间实现了保险费率的自由化,各成员国的保险公司均可在欧盟范围内进行保险费率方面的竞争,而在此之前,许多欧盟成员国,例如德国、意大利、比利时等国,均存在对保险费率的管制政策。在对待保险费率方面,如何协调竞争执法与保险监管之间的关系,一直以来都是一个有争议的话题。德国等欧盟成员国曾经在其国内法中给予保险业在确定保险费率方面的行为以反垄断豁免,但是,这一做法并未获得欧盟法院的认可。

在20世纪80年代,德国的一家财产保险业协会(Verband der Sachversicherer e. V)向其会员发布了一则重新确定保险费率的“建议”,欧共体委员会认定其违反了《欧共体条约》第85(1)条关于限制竞争的规定。于是,该保险业协会对欧共体委员会的决定不服而诉至欧洲法院。在诉讼中,保险业协会一方认为,保险业具有特殊性,保险公司之间需要一定的联合,以避免恶性竞争,从而保障保险公司的清偿能力,并基于此认为,欧共体的竞争法规则不应无条件地适用于保险业;并且还认为,其制定的保险费率是“推荐性”的,而非强制性的,且符合德国的有关立法,因此,不应被认为违反了竞争法。虽然依照德国当时的《反限制竞争法》和《保险监管法》,保险业可豁免适用德国的《反限制竞争法》关于垄断协议的规定,而受保险监管机构的监管,然而,欧洲法院并没有支持德国保险业协会的主张,在其看来:无论是欧共体条约,还是欧共体发布的条例,均没有关于保险业豁免适用欧共体竞争法的规定,因此,保险业仍需受欧盟竞争法的管辖,保险监管并不能取代竞争法机构的执法;德国财产保险业协会制定的保险费率虽然名义上是“推荐性”的,但实际上具有约束力,并且具有限制市场竞争的意图,因此,应对其采取制止措施。<sup>[23]</sup> 该案在欧盟竞争法和保险法中都具有重要意义,为后来的竞争法执法提供了指引。有些成员国的保险行业协会虽然表面上放弃了统一费率或推荐费率的做

[21] 在保险费率自由化方面最为突出的当属美国的伊利诺依州,该州已完全废除了对保险费率的管制,彻底实现了费率的市场化和自由化。

[22] See Article 29 of Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (third non-life insurance Directive).

[23] Case 45/85 Verband der Sachversicherer e. V v. Commission [1987] E. C. R. 405.

实践中有可能鼓励保险公司继续遵循原有的费率计算指标和标准,这种做法仍有可能被竞争法执法机构认定为协同定价而受到查处。<sup>[24]</sup>

### (三) 欧美国家对保险信息交换的反垄断规制

保险人对于保险费率的厘定,是建立在一定的信息基础之上的,因此,保险人之间对于数据的交换,有可能触发合谋定价的嫌疑。然而,从另一方面来看,数据交换对于保险精算和保险业经营效率的提升又至关重要,因此,立法者在对保险人之间的数据交换进行规制时需要权衡利弊,对于分寸的把握至关重要。

依据保险学,保费由三部分组成:纯风险保费、管理成本和保险公司的预期利润。其中,纯风险保费是建立在对风险的测算基础之上的。保险公司通过集中大量的经验数据,运用大数法则,对事故发生概率进行测算。保险公司所掌握的经验数据越充足,对风险的测算就越准确。然而,除了少数历史悠久、实力雄厚的保险公司外,许多保险公司自身积累的数据量往往不足以支撑保险精算的要求。即使对于那些大保险公司而言,当开发一项新类型的保险品种时,也会面临相关数据不足的问题,因此,在保险业长期以来就形成了一种传统,即保险公司之间互相分享与计算保险费率相关的数据。

在美国,保险信息的交换通常是通过保险业自发组建的费率评估机构来实施的。例如,保险服务局(Insurance Services Office, Inc,简称“ISO”),作为一家非营利性的会员制的费率评估和咨询机构,拥有1400多家从事财产保险业务的会员单位,覆盖美国50个州,其一方面从保险公司处收集损失、理赔等数据,另一方面向保险公司提供预测损失成本、基础费率、推荐标准保单等服务。保险服务局所提供的信息交换业务的合法性取决于美国各州的立法,从实践来看,绝大多数州对其合法性都是认可的。尽管如此,在开展涉及具体的保险费率和信息交换业务时,保险服务局对于涉嫌违反反垄断法的行为仍非常谨慎。1992年,美国的保险服务局开发了一项新产品,通过数据库和计算机软件为客户提供保险费率比较的服务,客户在选定特定的州和保险品种并输入被保险人的相关信息后,便可对多家保险公司的费率进行比较。由于该项产品涉及价格信息的交换与比较,保险服务局担心此种产品会被认为违反美国的反托拉斯法,于是向司法部发函询问。司法部经审阅后向保险服务局确认该产品符合《麦卡伦-弗格森法案》所规定的反托拉斯法豁免条件。<sup>[25]</sup>

在欧盟,对特定保险信息的交换,可享受反垄断法的集体豁免,但是,欧盟条例对此规定了极其严格的适用范围和条件。根据欧盟委员会2010年发布的条例,符合集体豁免条件的保险信息交换包括以下两类。第一类是指共同编制和发布为实现以下目的所必要的信息:计算在过去一定年度内承保特定风险的平均成本;编制死亡表格、关于疾病、事故和残疾发生频率的表格,但是,前述信息仅限于计算纯风险保费所需的必要的信息,而不得包含投资收益、管理成本或预期利润方面的信息。第二类是指共同开展有关外环境对保险业影响的研究,以及对研究成果的发布。其研究范围包括:关于特定风险或特定类型风险在未来发生索赔的频率或规模;不同类型的投资获利程度。

依照欧盟条例的要求,上述两类信息交换还必须满足以下条件:第一,不得识别出保险企业或其他保险当事人的身份;第二,在编制和发布文件时必须明确标明其不具有约束效力;第三,不得含有任

[24] 例如,意大利竞争法执法机构对意大利保险业协会的查处。See Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Commission Regulation (EC) No. 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (SEC (2009) 364).

[25] Justice of Department: Response to Insurance Services Office, Inc. 's Request for Business Review Letter. <http://www.justice.gov/atr/response-insurance-services-office-incs-request-business-review-leer>, 访问时间:2016-02-21。

何关于商业保费的暗示;第四,当有任何一家保险企业提出要求时,均可以合理的、可负担得起的和非歧视的条件向其提供上述信息;第五,当有消费者组织提出要求时,除因公共安全的正当理由而不对外披露外,应以合理的、可负担得起的和非歧视的条件向消费者组织提供上述信息;第六,应当允许保险企业依其意愿选择使用其他组织或机构提供的信息或研究成果。<sup>[26]</sup>

对于无法满足上述条件的信息交换,则仍应适用欧盟反垄断法的一般规则来判断其是否构成对竞争的不合理限制。

#### (四) 中国的保险费率监管与反垄断规制

中国对于保险费率的监管政策经历了一个由严格管制到逐步放开的过程。1995年《保险法》第106条规定:“商业保险的主要险种的基本保险条款和保险费率,由金融监督管理部门制订。保险公司拟订的其他险种的保险条款和保险费率,应当报金融监督管理部门备案。”中国人民银行在其制定的《关于印发〈财产保险基本险〉和〈财产保险综合险条款〉费率及条款解释的通知》中要求“各保险公司要严格按照时依照本条款、费率开展业务,未经人民银行总行批准,不得擅自对条款、费率和条款解释内容进行修改。”2002年修订后的《保险法》则将需要审批的保险品种限于“关系社会公众利益的保险险种、依法实行强制保险的险种和新开发的人寿保险险种等”,其他险种则仅需备案。保险监督管理机构审批保险费率时,应当遵循“保护社会公众利益和防止不正当竞争的原则”。由此可见,目前我国大多数财产保险险种的费率基本上是自由的,即使是那些需要报批的保险类型,其改革方向亦是趋于市场化和鼓励自由竞争。<sup>[27]</sup>然而,与市场化改革不相称的是,近年来,发生在保险领域的反垄断案件,多数都与保险费率有关。

例如国家发展和改革委员会对浙江省保险行业协会及相关保险公司行政处罚案、新疆维吾尔自治区发改委对新疆保险行业协会及相关保险公司行政处罚案等,这些案件的共同之处在于,保险公司通过地方保险行业协会的组织对特定保险品种的保险费率达成一致协议,而这些涉案的保险行业协会往往申辩称,他们这样做的目的在于避免保险公司之间的恶性竞争,防止保险费率过低而危及保险公司的偿付能力。由此便产生以下问题:第一,实行保险费率的自由竞争是否必然会导致保险公司自行设定的保险费率低于合理水平,并会危及其偿付能力?第二,如果前一问题是肯定的,那么允许保险业订立固定保险费率的协议是否是解决前一问题的必要的或最佳的途径?

从欧美国家的保险业的发展历史来看,在保险业发展早期,由于保险监管的缺失、保险精算技术不够发达,以及保险业的过度自信和盲目扩张等原因,确实出现了各保险人竞相压低保费,以至于危及保险人偿付能力的现象。但是,随着现代保险监管的强化,特别是对保险公司偿付能力监管的加强,以及保险统计数据 and 保险精算技术的进步,放开普通商业保险品种的保险费率已具备条件,再以保障保险人的偿付能力为由对保险费率进行定价审批管制已不再具有充足理由,更不用提保险公司之间的协议定价或协同定价。欧盟以及美国伊利诺依州对保险费率的放开和对市场竞争的鼓励,并

[26] Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

[27] 以商业车险为例,依照中国保监会制定的《关于深化商业车险条款费率管理制度改革的意见》和改革试点工作方案,商业车险的条款费率须依法报批,但保险公司自主厘定保险费率的权力会随着改革的深入而逐渐加大。依照中国保监会制定的《深化商业车险条款费率管理制度改革试点工作方案》(保监产险[2015]24号): $\text{保费} = \text{基准保费} \times \text{费率调整系数}$ 。其中, $\text{基准保费} = \text{基准纯风险保费} / (1 - \text{附加费用率})$ 。基准纯风险保费由中国保险行业协会根据其所收集的数据进行测算后确定,而附加费用率和费率调整系数由保险公司自主确定。如果保险人选择使用商业车险示范条款的,可分别在 $[-15\%, +15\%]$ 范围内,自主制定“核保系数”和“渠道系数”费率调整方案。

没有导致保险市场秩序的严重混乱或保险公司的破产,也从侧面证明了保险公司之间在保险费率方面的竞争并不必然导致保险费率低于保障保险人偿付能力所需的水平。

另外,退一步讲,即使有可能出现保险人之间恶性竞争的局面,也不适合采取保险人之间通过协议固定保险费率的方式来解决,因为固定保险费率的行为会产生抑制竞争的后果,从而导致定价过高、经济效率低下等诸多问题,并且,在我国已实行备案制的情况下,保险监管机构可以对保险人设定的保险费率进行检查,如果发现费率设置不当的情况,可以直接责令保险人停止使用或限期修改。<sup>[28]</sup>

在反垄断执法压力下,保险公司之间明目张胆地通过协议来固定保险费率的行爲已比较少见,目前,更需要关注的是非基于明示协议的协同定价行为,而协同定价的实现离不开信息交换。在欧美国家,长期以来业已形成通过保险行业协会或专业的费率评估机构来汇集保险数据的习惯,并且,其可依法享受豁免适用反垄断法的待遇。在我国,目前是由国务院批准设立的中国保险信息技术管理有限责任公司统一建设、运营和管理保险信息共享平台,并受中国保监会的监督,但是,保险信息共享平台的运营能否豁免适用反垄断法,尚有待明确。

在本文看来,保险人之间的信息交换与其他产业的经营者之间共享信息的做法有明显差异,因此,在对其进行反垄断规制时,需要进行利弊的权衡。允许保险业之间共享保险信息的积极意义在于:第一,充足的统计数据是保险人精确计算保险费率所需的必要条件,实现保险数据的集中有利于保险业经营效率的提高,也有利于维护保险人的清偿能力。第二,保险监管机构对保险费率的合理性进行监管时,也需要依赖于数据作出判断。第三,如果不允许保险数据的交换或集中,各保险公司只能自行收集数据,这会提高保险业的准入门槛,而且,会导致一些中小保险公司的经营成本大幅提高,因此,允许保险数据的交换或集中,将使得各保险公司,无论规模大小,均可以平等地获取计算费率所需数据,从而有利于保险业之间的竞争,也有利于扶持中小保险公司的发展。但是,若不对保险人之间的信息交换进行限制,则有可能出现某些保险公司之间借交换统计数据之名而行合谋定价之实。

基于上述考虑,本文主张,我国可以借鉴欧盟的做法,在未来对《保险法》或《反垄断法》进行修订时,明确规定对保险人之间的信息交换实行附条件的反垄断豁免。其中,最重要的限制条件包括:将可以共享的信息限于计算纯风险保费所必要的数据;禁止保险公司之间相互获取关于管理费用、利润计算等可用于计算商业保费的数据,更不得直接交换关于商业保费的数据;应当给予所有的保险企业以平等地获取保险数据的机会;应当明确表明该数据对于保险企业无约束效力,允许保险企业自由取舍。

### 三、标准保单条款的制定与反垄断法规制

从反垄断法的角度来看,当同一行业内具有竞争关系的企业都采用相同的标准合同条款,而这些合同条款又构成了企业与客户之间的交易条件时,便具有横向垄断协议的嫌疑,但是,具体的认定则需要权衡其对市场竞争与经济效率所产生的积极影响与消极影响。<sup>[29]</sup>

[28] 参见《财产保险公司保险条款和保险费率管理办法》(保监会令2010年第3号)第13条、第26条、第30条。

[29] See European Commission, Communication from the Commission—Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (OJ C 11, 2011-01-14).

保险企业采用相同的标准保单条款在实践中很常见。从形式上看,标准保单条款包括两类,一类是近乎完整的标准保单条款,另一类则是零散的、专门针对某一问题的保险合同条款,如人寿保险中的不可抗辩条款。从性质上看,标准保单条款可分为两类,一类是法定的、强制性的,各保险公司均必须将其纳入本公司的保单中的标准条款,例如,美国《纽约州保险法》规定的标准火险保单条款;<sup>[30]</sup>另一类则是由保险行业团体或保险费率评估机构制定的、由保险公司自愿采纳的、示范性而非强制性的标准条款,如美国保险服务局(ISO)拟定的各种财产保单、通用责任保单条款。

保单条款的发展历程与保险费率的历程很相似,也先后经历了由各保险公司自由制定到逐步趋同、标准化的过程,并且,在这一过程当中,立法和保险监管机构发挥了重要作用。<sup>[31]</sup> 为避免招致垄断的指控,许多国家的保险业在发布行业标准保单时都非常谨慎。例如,在美国,保险行业协会或费率评估机构在发布标准保单时,通常都要标明仅具有推荐性或示范性质而不具有强制性,允许各保险公司可以自主决定是否采纳全部或部分,或允许保险公司对其中某些条款进行修改,或允许自行拟定的条款。

值得注意的是,欧盟委员会曾在1992年至2010年期间,给予保险业的共同标准保单条款以集体豁免适用反垄断法的待遇,但附加了多项苛刻的条件,其中,要求该标准保单条款本身必须明确说明其仅具有示范性,而不具有约束力,各保险公司可以采取该标准保单条款也可以采取其他交易条款,并且,该标准保单条款必须能够向其他利害关系群体开放。<sup>[32]</sup> 2009年,欧盟委员会在对该项规定的实施情况进行评估后认为,标准合同条款这一形式不仅存在于保险业,也存在于其他行业,如银行业,并且,其他行业都未享受反垄断豁免的待遇,也未因此而阻碍其业务的发展,由此看来,如果仅单独给予保险业的标准合同条款以豁免待遇是不合理的,也缺乏充分的必要性。<sup>[33]</sup> 基于上述考虑,欧盟委员会在2010年发布的新条例中,已将标准保单条款从“集体豁免”的范围中剔除。

需要说明的是,虽然共同的标准保单已不再属于欧盟反垄断法“集体豁免”的范围,但是这并不意味着其被完全排除在豁免范围之外,保险业仍然可基于《欧盟运行条约》第101(3)条[原《欧共体条约》第81(3)条]通过个案申请的方式主张特定的共同标准保单条款豁免适用反垄断法。可以参照的是,在2004年,曾有人指控德国保险业协会和作为其成员的保险公司在职业残疾保单中使用统一的条款构成了法律禁止的“卡特尔”,但是,欧盟委员会以该标准条款符合《欧共体条约》第81(3)条所规

[30] 虽然在当今美国,火险保单是最典型的标准保单,但是,在美国历史早期,火险保单并不统一,而是由各保险人自行拟定,其结果不仅仅是各家保险公司的火险条款互不相同,更为重要的是,许多保单条款设置得不尽合理,对于被保险人的要求过于严苛,并且保单条款复杂、难懂,从而在社会上产生了许多对保险界的报怨。为了消除这种局面,美国的许多州在19世纪后期开始通过立法强制推行标准保单,其中最为著名的,也是后来被其他州广泛采纳的保单当属纽约州的标准火险保单条款。See Thomas L. Wenck, *The Historical Development of Standard Policies*, 35 *The Journal of Risk and Insurance* 537, 545 (1968).

[31] 目前所能发现的文献中关于标准保单的最早记载可见于1523年意大利佛罗伦萨的城市法规,其规定市政府任命的保险监管官的主要职责之一就是审查保险商的保险条款,对于那些与“一般的通用保单”(general and universal policy)不一致的保险条款不予批准,但是,对于通用保单的具体内容没有记载,不过,我们可以从已有的信息中发现,标准保单的产生与保险监管存在着密切关系。事实上,后来的标准保单也往往都与保险立法或监管有关。英国的“劳埃德”保险组织也在1779年自发形成了海商保险方面的标准保单,后来,该标准保单被1795年的议会法案和《1906年海上保险法》所采纳,从而成为法定的标准海商保单。See Thomas L. Wenck, *The Historical Development of Standard Policies*, 35 *The Journal of Risk and Insurance* 537, 538 (1968).

[32] See Commission Regulation (EEC) No. 3932/92, Article 5 - 7.

[33] Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Commission Regulation (EC) No. 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (SEC (2009) 364).

定的反垄断豁免范围为由,驳回了原告的指控。<sup>[34]</sup>

在我国,保单条款也经历了由严格管制到逐步放松的过程,目前,标准保单条款主要由保险行业协会制定。中国保监会在其制定的《关于深化商业车险条款费率管理制度改革的意见》中,一方面要求中国保险行业协会制定行业示范保险条款,另一方面又鼓励保险公司积极开发创新型条款,这种看似矛盾的意见反映了保险监管机构在对待标准保单条款时的复杂态度。关于标准保单条款与垄断协议的关系,在国内尚停留在理论研究层面,笔者未发现国内有执法部门或当事人对此提起反垄断指控,但是,对此问题仍不可予以忽略。总体上讲,笔者倾向于欧盟的主张,即对于保险业的标准保单条款,并不能当然地豁免适用反垄断法,而应当依具体情形去甄别,需要考虑采用该标准保单条款的保险企业所占市场份额、标准保单条款有无约束力,其对市场竞争的抑制作用与促进作用,以及对消费者的影响等因素。

虽然国内保险行业协会制定的标准保单,通常都会冠以“示范条款”的名义,以表明其对会员不具有法律上的约束效力。<sup>[35]</sup>但是,从反垄断法的视角来看,如果采取共同标准合同条款并具有竞争关系的企业占据的市场份额足够大,并且,这些标准合同条款构成了行业企业与客户之间的交易条件时,即使该标准条款标明其仅具有“示范性”,亦有可能被认为具有事实上的约束效力,从而会对竞争构成限制。<sup>[36]</sup> 保单的标准化和统一化会对市场产生一些消极影响:首先,不利于保险公司的创新,会在一定程度上阻碍保险人制定和采用新条款,从而阻碍保险公司之间的竞争;其次,它会使消费者的选择受到限制,有可能导致消费者无法找到适合自己需要的保险条款;再次,标准保单条款也可能造就保险人之间的合谋,共同采用某些有利于保险人而不利于投保人、被保险人的条款,并且,此类标准条款难以依赖市场自身的力量被淘汰。

与此同时,我们也应该看到,标准保单条款对于市场竞争也具有积极的一面。首先,标准保单的优点在于,其省却了每位保险人单独撰写保单条款的成本,特别是对于那些新进入保险市场的中小保险公司,利用现成的标准保单可以降低其经营成本,并且,保险业经营成本的降低,最终也会惠及众多投保人和被保险人。其次,它便于投保人对不同保险公司所提供的相同保险品种的保险费率进行比较,从而有利于促进保险公司之间的公平竞争。保险本质上是一种服务而不是货物,其所提供的服务内容是由保单条款决定的,因此,对各保险公司的保险费率进行有意义比较的前提是,各保险公司采用的都是相同的或极为相近的保险条款,但是,普通人往往并不具备对保单条款的内容进行仔细评估或甄别的能力,因此,如果没有被保险业共同认可的标准保单,那么,在投保人与保险人之间存在信息不对称的情况下,很难实现保险人之间的正当竞争,容易诱发一些保险公司选择设计表面上保费较低而承保范围窄、限制条件多的保单条款,从而导致逆向选择的结果。再次,标准保单条款的采用,对于保险信息交换及保险费率的厘定有重要影响。保险费率的厘定是建立在对于同类风险信息的充分收集和统计分析的基础之上的。如果不同的保险人都采用相同的保单条款,那么,在进行信息收集和统

[34] 值得一提的是,在该案中,没有证据能够证明被指控的标准保单对于协会会员或协会以外的保险公司具有强制性,这是认定该标准保单条款的使用不构成卡特尔的重要依据。See Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Commission Regulation (EC) No. 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (SEC (2009) 364).

[35] 例如,中国保险行业协会制定的《机动车辆商业保险示范条款》。

[36] See European Commission, Communication from the Commission—Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (OJ C 11, 2011-01-14).

计时就会变得非常容易,而如果保险人之间的保单条款迥异,那么,对于信息的统计分析就会变得异常复杂。例如,在一起欧盟案例中,一家保险行业协会在其制定的标准保单中声明其不具有强制性,允许其会员可以更改有关条款,但是,其要求会员在更改标准保单条款时必须通知保险行业协会,于是,其被指控此种做法会导致标准保单具有约束力而有构成横向垄断的嫌疑,但是,欧盟委员会认定,对于保单条款的更改会影响到计算保险费率所需的统计数据的收集,因此,保险行业协会所设定的通知要求具有合理性,不会影响该标准保单享受豁免适用反垄断法的待遇。<sup>[37]</sup>

基于上述考虑,在本文看来,对于保险业的标准保单条款,不宜给予行业性的或概括性的反垄断豁免,但是,对于特定的标准保单条款,可基于个案审查的方法,在综合考虑其使用所带来的积极效应以及对竞争所产生的限制效果,来判定是否应给予其反垄断豁免。

#### 四、共同保险与反垄断法的规制

2013年7月,湖南省工商行政管理局发布公告,对张家界市保险行业协会因组织当地保险企业从事垄断协议行为进行了行政处罚,其所涉及的垄断协议行为主要是指保险企业之间订立的关于车险的共保协议。<sup>[38]</sup>所谓共保协议,一般来讲,是指两家以上保险企业为了共同承保特定的风险而订立的协议,包括共同保险协议和共同再保险协议,其具体的范围和类型在不同国家可能有所差异。<sup>[39]</sup>在我国相关的规范性文件中,共同保险被限定为两个以上的保险公司“使用同一保险合同,对同一保险标的、同一保险责任、同一保险期限和同一保险金额进行的保险”。<sup>[40]</sup>我国的保险监管机构虽然曾经发布过关于共同保险的规范性文件,但其监管的重点在于防范风险的累积,而对其是否构成垄断协议并未给予充分关注。<sup>[41]</sup>

在欧盟,共同保险被划分为两种类型:第一类是指两家以上的保险企业通过共同组建一个相对独立的组织或者通过订立协议共同委托某一家保险企业或某一个保险代理人,由其代表全部成员保险企业与被保险人签订保险合同,各成员保险企业按照事先约定的比例承担保险责任,但承保、理赔等事项可由共保组织或共同委托的保险企业或保险代理人来完成,此种类型的共同保险,又被称为“保险共同体”(coinsurance pool)。第二类是指特定的共同保险(ad-hoc coinsurance),通常是由被保险人或其经纪人先选择一家保险企业作为主承保人,并与其商谈确定保险份额、保险费率和条款,然后,再就剩余份额与其他保险人分别签订保险合同,各保险人分别按照各自签订的保险合同以事先确定的份额来承担保险责任,并且,在通常情况下,其他各位保险人与被保险人签订保险合同时所使用的合同条款以及保险费率都会同主承保人与被保险人签订的保险合同相一致。

共同保险所引发的反垄断法上的关切在于,参与共保的各保险人所使用的交易条件与费率都是

[37] 90/25/EEC, Commission Decision of 20 December 1989 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty - Concordato Incendio.

[38] 国家工商行政管理总局《竞争执法公告》第6号:湖南省张家界市保险行业协会组织本行业经营者从事垄断协议案;湖南省工商行政管理局行政处罚决定书(湘工商竞处字[2012]2号)。

[39] 鉴于共同保险协议和共同再保险协议具有共同之处,因此,为了论述方便,本文在论述共同保险时,除另有说明外,其含义亦包括共同再保险,而不再同时列举共同保险和共同再保险。

[40] 参见中国保险监督管理委员会《关于大型商业保险和统括保单业务有关问题的通知》(保监发[2002]16号)关于“共同保险”的定义。

[41] 参见中国保险监督管理委员会《关于加强财产保险共保业务管理的通知》(保监发[2006]31号)。

相同的,从而抑制了彼此之间的竞争,并且,当其所占市场份额较高时,亦会对相关市场的整体竞争状况产生影响。然而,从另一个角度来看,共同保险是市场应对某些风险的自发产物,其既可满足投保人分散风险的目的,也有利于保险人分散承保风险的需要,因而有其积极的一面。如果没有共同保险,对于某些巨型风险,有可能出现无保险人愿意承保的结果。因此,对于共同保险,是否构成垄断,是否需要给予其豁免适用反垄断法的待遇,需要仔细区分类型而定。

有些巨型风险,如核事故、大规模恐怖袭击、重大环境事故,往往是单个保险人所无力承担的,只能通过数家保险公司共同承保的形式来解决,在这种情况下,共保协议的存在是必要的且合理的,不会对市场竞争产生限制,不构成垄断协议。

然而,对于巨型风险以外的普通风险,既可以采取两家以上保险公司共同保险的方式,也可采取单个保险公司独立承保的方式,在这种情况下,就需要将共同保险对市场竞争的影响进行评估,以作出判断。共同保险对于市场竞争的消极影响在于,当共同保险的成员公司都采用相同的保险条款时,其所提供的保险产品实质上是相同的,此时保险公司之间的竞争本应体现为费率方面的竞争,然而共同保险协议以统一定价的方式抑制了这种价格竞争,并且,当共同保险的成员公司在相关市场上的市场份额相当大的时候,就会对整个保险市场的竞争造成限制,而且,当形成垄断性定价时,保费有可能维持在比较高的水平,从而损害投保人的利益。另外,共同保险采取统一保险条款的方式,也会限制保险公司的创新,造成保险产品的单一化,从而限制了投保人的选择,无法满足投保人多样化的需求。与此同时,共同保险对于保险市场亦有积极的一面,特别是对于那些新成立的保险公司和中小保险公司而言,由于缺乏经验和数据,其对于一些风险可能根本无力独立承保,但是,却可以通过共同保险这一途径参与其中,并有机会与大型保险公司共享经验和数据。对于此类共同保险,欧盟采取了附条件的豁免政策。

依照欧盟条例的要求,只有符合一定条件的共同保险才可以享受反垄断豁免,其中,首要条件就是关于市场份额的要求。市场集中度,是判断共同保险协议是否对竞争构成限制的重要因素。在参与共同保险的保险人所占市场份额很低的情况下,即使存在共同保险协议,亦不会对市场竞争造成严重限制。依照欧盟条例的规定,只有当共同保险的参与企业在相关市场所占据的市场份额不超过20%,对于共同再保险而言,参与企业的市场份额不超过25%时,才可享受反垄断豁免的待遇,但是,对于共同承保“新风险”,自保险共同体设立之日起3年内可享受豁免待遇,且无市场份额方面的限制条件。所谓的“新风险”,是指全新的、先前从未存在过的险种,而不是对既有险种的扩展或更新。<sup>[42]</sup>其他豁免条件还包括:每一家参与共同保险的保险公司都有权(在提前发出通知的前提下)自由地从保险共同体中退出而不受任何惩罚;共同保险协议不强迫参与保险公司必须通过保险共同体来承保某类风险,也不限制成员保险公司在保险共同体之外从事承保业务;共同保险协议不得限制其成员的经营地域、产量或销售,也不得分割市场或客户;成员公司不得就其各自在直接保险中的保险费率缔结一致协议。<sup>[43]</sup>

关于特定的共同保险(ad-hoc coinsurance)的问题,欧盟委员会曾委托安永会计师事务所(以下简称安永)对特定的共同保险问题进行调研。通过安永在2014年提交的研究报告,我们可以对欧盟市场上特定的共同保险问题有所了解。在欧洲保险市场上,当某一投保客户的保险标的过于庞大而

[42] Article 6 of Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

[43] Article 7 of Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

希望能够充分地分散风险时,保险经纪人通常会劝说其采取共同保险的方式,首先,需要在众多的保险公司中选择一家主承保公司,与其谈判确定保险条款、费率和承保份额,然后,再就剩余的份额征募其他保险公司认购。虽然并没有合同上的约束或法律上的约束,其他保险公司与投保客户签订保险合同时所采用的条款和费率通常都与主承保公司的合同相同。尽管如此,在安永看来,并不存在限制竞争的问题,这主要是因为:通常被保险人选择主承保商的过程是一个市场竞争非常激烈的过程,而最终达成的交易条件往往都是最佳的,因此,后续的保险公司已很难提出更优的交易条件了,所以,后续保险公司遵从主承保公司确定的交易条件是市场机制的产物,并不是出于限制竞争的目的。从历史上来看,在欧洲保险市场上确实曾经存在过“最优惠交易条款”的做法,即主承保商在与客户签订的保险合同中约定,如果客户以后给予了其他保险公司更为优惠的交易条件,那么,该交易条件也适用于主承保商。但是,在今天的欧洲保险市场上,此类条款已很少见,并且在许多国家的立法中,也已被明令禁止。<sup>[44]</sup>

在日本,共同保险亦属于豁免适用反垄断法的范围,但是,其条件和程序与欧盟法不同。依照《日本保险业法》的规定,两家以上财产保险公司在从事依照法定条件和程序获得批准的共同保险行为时,将不适用《禁止垄断和维持公平交易法》,但是,以下情形除外:行为人使用了不公平的交易行为,严重限制了一定交易领域的竞争,不公正地损害了保单持有人或被保险人的利益。可获得反垄断豁免的共同保险的领域仅限于航空保险、原子能保险、机动车责任保险、地震保险以及相关的共同再保险行为,并且应满足以下条件:(1)不得公正地损害保单持有人或被保险人的利益;(2)不存在不合理的歧视;(3)对于参加和退出不存在不合理的限制;(4)限于为实现风险分散、平衡或其他目的而必要的最低程度内。并且,日本的财产保险公司欲就其共同保险行为申请反垄断豁免,应当获得首相的批准,而首相在作出批准决定之前,应当先通知公平交易委员会并获得其批准。<sup>[45]</sup>

在我国实践中常见的共同保险主要有两类:一类属于对巨灾风险的共同保险,例如,我国的核保险共同体、航天保险联合体等;另一类则属于以“张家界案”为典型代表的由地方保险行业协会组织或支持的关于市场分割的共同保险。对于第一类共同保险的合法性,通常并无争议,但是,第二类则涉嫌违反《反垄断法》。

其实,早在20世纪90年代在国内航意险领域就曾出现过共同保险。当时主要是因为一些保险公司大打价格战,自1996年深圳开始实行航意险共保体制,各保险公司按约定的比例,共同分享保费,分担相应的成本和责任。自1997年以来,航意险的“共保”模式被推行到全国大部分地区。1997年10月,由国内13家保险公司签订的《全国保险行业公约》达成共识:“对某些特殊业务可采用联合共保的方式,避免有损行业形象的事件发生,一旦共保协议成立,共保各方均不得单方面改变承保条件,以确保保险当事人的共同利益”。<sup>[46]</sup>所谓的“有损行业形象的事件”,主要是指竞相降低保险费率的行为,因此,共保协议具有限制竞争的目的,但是,当时我国尚无《反垄断法》。后来,随着航意险的市场化,共保方式逐渐淡出,但是,曾经出现在航意险领域的问题又在机动车保险领域重现,一些地方保险行业协会采取的应对方案依然是共同保险,即使是在《反垄断法》生效以后依然存在。以张家界

[44] See Ernst & Young, Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market (July 2014).

[45] 《日本保险业法》第101条至105条。

[46] 温怀斌:《论共保模式的优劣与适用对象》,载《福建金融》2004年第1期。

案为例,该市的保险行业协会在2011年组织8家保险企业订立《新车保险协议》,《新车保险协议》统一了张家界新车保险业务的地点、渠道和折扣标准,设立新车窗口,新车承保业务统一由新车窗口办理和管理,各保险公司均需统一委托一家公司代理而不得单独销售,并且,协议还对新车保险的市场份额进行了划分。为了保障协议的履行,保险行业协会还对签约的各家保险公司的行为进行监督检查。<sup>[47]</sup>此种固定价格和划分市场份额的行为,显然违反了《反垄断法》。近年来,共保现象已不再限于机动车保险领域,在其他领域也开始出现,例如,江西省工商行政管理局在2015年查处的一起反垄断案件就是发生在建筑工程意外伤害保险领域,其存在的问题仍然是保险公司通过共保协议划分保险市场份额和保费分配问题,亦明显属于垄断协议性质。<sup>[48]</sup>

总之,在本文看来,在我国现行法律背景下,不宜给予共同保险以宽泛的或一般性的反垄断豁免待遇。对于核保险、航天保险等巨型灾害保险,由于无法由单一保险公司承保,而只能通过共同保险来实施,因而,不构成对市场竞争的限制,可认定其不违反《反垄断法》;对于巨型风险以外的普通风险的共同保险行为,则应基于个案的具体情形来判断是否应给予反垄断豁免。

## 五、保险行业监管与反垄断的关系

从前面的论述中我们可以发现,在一些保险经营领域,保险行业监管措施与反垄断规制措施是并存的。事实上,某些保险监管措施,例如,对保险费率的监管,是对市场价格机制的干预,会对市场竞争产生抑制作用。实践中,一些受到反垄断执法机构调查的保险行业协会和保险公司往往都声称,它们的保险费率和保险条款都是经过保险监管机构批准的,因而应当不再受反垄断执法机构的监管。因此,对于反垄断执法机构而言,如何处理反垄断执法与保险行业监管之间的关系,的确是一个棘手的问题。

对此,美国的“联邦贸易委员会诉泰克产权保险公司”案值得研究。在该案件中,美国六家最大的产权保险公司就其服务收费通过费率评估机构达成横向的固定价格协议,美国联邦贸易委员会指控此种行径违反了联邦反垄断法,而被控保险公司则主张此种行为已受到州政府的监管,从而主张排除适用联邦反垄断法。美国联邦最高法院认为,以“州政府行为”为依据主张豁免适用联邦反垄断法,需满足两个前提要件:一是州的法律或监管政策明确表明了其允许私人从事某种限制竞争的行为;二是州政府监管机构确实对私人所从事的限制竞争行为进行了积极的监管。而在该案中,据法院查明,相关各州的法律的确授权了保险费率评估机构的设立与费率的发布,并要求其向监管机构申报,州监管机构有权对其进行审查并作出否决的决定,但是,这只是纸面上的规定,在实践中,州监管机构几乎没有对申报的费率方案进行过实质性的审查或行使过否决权,充其量只是一个“橡皮图章”。基于此,联邦最高法院认为,州政府并没有对被指控的保险公司所实施的费率固定协议行为进行过“积极监管”,从而驳回了保险公司的主张。在联邦最高法院看来,真正有资格获得联邦反垄断法豁免的是政府的监管行为,而不是私人依据监管政策订立的限制竞争的协议,因此,如果政府并没有实际实施监管权力来对私人行为进行审查并作出独立判断,那么,纯粹的私人协议是不能获得反垄断豁免的。<sup>[49]</sup>

[47] 同注38引文。

[48] 参见国家工商行政管理总局《竞争执法公告》2016年第1号;中国人寿、泰康人寿等保险公司江西分公司垄断协议案。

[49] *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U.S. 621 (1992).

上述案件带给我们的启示是,虽然保险监管机构依法采取的行政监管措施可以不受反垄断法的约束,但是,这并不意味着保险公司依照保险监管政策而实施的某项经营行为可以当然地享受反垄断豁免。只有当保险监管政策本身含有限制市场竞争的效果或意图,并且,保险监管机构对于保险公司的经营行为采取了积极的且具有实质意义的监管措施时,才可以考虑是否给予该项经营行为以反垄断豁免。

## 六、结语

综上所述,关于保险业适用反垄断法的问题,在本文看来,不宜采用行业豁免的做法,但可采取行为豁免的方法,即保险业原则上仍应适用反垄断法,但对于保险业所存在的某些特定的保险经营行为可给予反垄断豁免,为此,立法机构可以《反垄断法》第15条为基础,结合保险行业的特殊性,设定具体的豁免条件,建立豁免的申报、审查和核准程序。另外,值得注意的是,从美欧等国反垄断法的发展趋势来看,反垄断法的豁免范围呈现不断收缩的态势,不仅对于保险业如此,对于其他行业而言亦是如此。<sup>[50]</sup>

探讨保险行业的反垄断法问题,必然会涉及到保险行业监管与反垄断执法的关系。首先,反垄断法奉行市场竞争至上的原则,其看重的是市场竞争给社会所带来的益处,以及垄断所导致的经济效率的降低和消费者福利的减少;而保险监管的出发点则认为市场是有缺陷的,监管的目标就在于通过政府干预来解决“市场失灵”所带来的问题,尤其注重保障保险业的清偿能力。由此可见,反垄断执法与保险监管的着眼点不同,一方无法完全取代另一方,双方可以并行。其次,两者存在互补关系,特别是对于那些被纳入到反垄断豁免范围内的保险经营行为,保险监管机构应确实担负起对其严格监管的职责。最后,当前迫切需要在保险监管机构与反垄断执法机构之间建立起一种沟通和协调机制,避免发生冲突,从而增强法律规则的可预期性,保障保险市场的健康发展。

### Research on Application of Antitrust Law in the Insurance Industry

Zhou Xuefeng

**Abstract:** The insurance industry is a specialized and strictly regulated field, it has a certain particularity in the application of antitrust laws. However, it should not be given industry practices exemption, but should be given the conduct exemption, which means that the insurance industry should be subjected to the antitrust law, except for a certain kind of conduct of insurance business that may be granted to antitrust exemption. We should establish a coordination mechanism between the antitrust law enforcement agencies and insurance regulators in order to ensure the healthy development of the insurance market.

**Keywords:** insurance; antitrust; exemption

(责任编辑:倪鑫煜)

[50] 例如,1999年日本废止《禁止垄断法适用除外法》,将47种适用除外制度减为35种;2001年底又将其减至22种,至2009年时仅剩下18种。参见黄进喜:《反垄断法适用除外与豁免制度研究——以产业政策与竞争政策的冲突与协调为视角》,厦门大学出版社2014年版,第149页。

# 刑事庭审实质化与审判方式改革

熊秋红\*

**摘要:**庭审实质化是刑事审判活动的应然要求,但庭审虚化是我国刑事司法实践中长期存在的突出问题。将审判方式从审问式转为控辩式,为摆脱庭审虚化现象、推进庭审实质化奠定了基础。为了保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用,需要完善举证、质证和认证规则,充实法庭调查和辩论程序。与此同时,还需推动刑事审判模式从传统型向现代型、从“伞形结构”向“三角形结构”转变。我国的刑事审判方式兼具职权主义与当事人主义色彩,但它并非当事人主义和职权主义的简单相加,而是受到文化传统、司法体制、刑事政策、资源状况等多重因素限制,体现出明显的混合性、过渡性和变动性。综合考虑制度路径、立法技术、法治环境等方面因素,我国宜确立直接言词原则和维持卷宗移送主义,并借鉴大陆法系国家的经验,细化直接言词原则的例外情形和加强案卷移送制度自身的正当性。

**关键词:**庭审实质化 审判方式 职权主义 当事人主义

我国在1979年的刑事诉讼法中确立了职权主义或曰超职权主义<sup>[1]</sup>的审判方式。1996年的刑事诉讼法修改,审判方式改革是其中的亮点之一。审判方式从审问式转为控辩式,被视为是对英美当事人主义审判方式的合理借鉴。但是,以推进庭审实质化为目标的审判方式改革并未有效解决司法实践中的庭审虚化问题,尤其是证人出庭率相比改革之前并无明显上升,据此,有学者断言:审判方式改革基本上归于失败。<sup>[2]</sup>2012年的刑事诉讼法修改,在审判方式的选择上,表现出摇摆不定的状态:一方面,在卷宗移送问题上,摒弃了1996年刑事诉讼法所确立的“复印件移送主义”,回归到1979年刑事诉讼法所规定的全案卷宗移送主义;另一方面,借鉴英美法系国家被告人有罪答辩的程序分流功能,对于简易程序的适用范围作了重大扩展,规定基层法院审理的案件,如果事实清楚、证据充分,被告人承认自己所犯罪行,对起诉书指控的犯罪事实和适用简易程序没有异议的,都可以适用简易程序;此外,还建立了公诉案件刑事和解程序,形成了协商型刑事司法模式。在新一轮的司法体制改革中,国家决策层提出要建立“以审判为中心的诉讼制度”,强调要实现庭审实质化,在此背景下,学术界再次出现了引进日本“起诉书一本主义”的呼声,此外,在完善认罪认罚从宽制度和刑事速裁程序试点以及立法问题的讨论中,不少学者所持主张体现出我国的刑事审判方式应当继续向当事人主义方向改革的倾向。在本文中,笔者拟着重探讨审判方式改革与庭审实质化之间的关系,以便回答以审判为中心的诉讼制度改革中所涉及的相关理论和实践问题。

\* 中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

[1] 超职权主义又称“强职权主义”,主要表现为:较之于大陆法系职权主义国家,控诉权更为强大、被告人主体地位弱化以及审判权的泛行政化。参见汪海燕:《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第427-431页。

[2] 参见陈瑞华:《司法的性质与改革之路》,http://www.aisixiang.com/data/1818.html,2016年6月19日访问。

## 一、刑事审判模式的选择困境与选择前提

我国的刑事审判方式改革是继续向英美法系当事人主义模式靠拢,还是在更高层次上回归大陆法系职权主义模式,这一带有方向性和根本性的问题一直困扰着我国刑事诉讼法学的研究者。在1996年刑事诉讼法修改的讨论中,出现了审判方式改革研究的热潮,当时的主流观点认为:我国的刑事审判方式应当向英美当事人主义方向发展,因为原有的审判方式有一定弊端,主要是法官充当调查证据、审问被告人的主角,控辩双方作用发挥不够,容易造成法官与被告人的直接对抗,不利于客观公正地处理案件。<sup>[3]</sup>这种主张为1996年修改后的刑事诉讼法所采纳,主要表现为:为了防止法官“先定后审”,庭前审查改实质性审查为程序性审查;为保证法官在庭审中的中立性、客观性,吸收直接询问和交叉询问制,增强了诉讼的对抗性,将控辩双方的举证和辩论作为庭审中查明案情的主要方式,形成了“控辩式”的庭审方式。

在2012年刑事诉讼法修改的讨论中,关于审判模式的选择,出现了莫衷一是的局面。一种观点认为,我国的刑事审判方式应当继续向当事人主义方向推进,主要理由包括:它有利于实现程序公正,更符合法治原则下对冲突解决方式以及法院角色的要求;它代表了当今诉讼文化的发展方向;逆传统文化改造诉讼结构,是一剂对症良药,有利于克服我国刑事诉讼制度及其运作的固有弊端;实践证明已实施的改革取得了一定成效,利大于弊,应当继续推进改革而不能倒退。<sup>[4]</sup>另一种观点则认为,我国刑事司法改革应当坚持走职权主义道路,主要原因包括:国家权力主导的制度背景;追求客观真实的司法传统;原有职权主义诉讼的基本构架。<sup>[5]</sup>还有一种观点认为,我国的审判方式改革应当走混合式的道路,这其中又有以当事人主义为基调兼采职权主义或者以职权主义为基调兼采当事人主义之别。<sup>[6]</sup>

一般认为,理想的做法是采取“折衷式”或“混合式”,即取职权主义和当事人主义各自之所长,避其所短,嫁接出一套立足于中国国情,同时又兼有两种模式优越性的刑事审判制度。然而,这种理想化的制度是否存在,即便存在,它在运行过程中是否会因为客观环境的制约而走形,则很少有人对其进行深入的研究。比如,如何判断这种“混合式”必是集两种模式之利、而非集二者之弊,就是一个相当困难的问题。因此,可以说,在刑事审判模式问题上,我们面临着选择的困境。这种选择困境导致我们容易“迷失在主义的丛林中”,难以就刑事审判制度改革的总体方向达成共识。

当前,需要明确的是,我国刑事审判方式改革中的模式选择,应当遵循两个基本前提:

其一,它应当是一种遵循刑事司法国际标准之下的模式选择。无论英美的当事人主义,还是法德的职权主义,都是一种现代型的刑事诉讼制度,二者的共性首先是我们必须予以关注的,这种共性集中地体现为刑事司法国际标准。联合国自1945年创建以来在刑事司法与犯罪预防领域中制定和发布了大量的法律文书,形成了刑事司法国际标准。它包括相互联系的六个体系:一是由《联合国宪章》以及《世界人权宣言》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》为主的《国际人权宪章》中的有关规定构成的刑事司法根本性准则体系;二是由关于国际犯罪的联合国公约

[3] 参见陈光中、熊秋红:《刑事诉讼法修改刍议(下)》,载《中国法学》1995年第5期。

[4] 参见龙宗智主编:《徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究》,法律出版社2005年版,第270-273页。

[5] 参见施鹏鹏:《为职权主义辩护》,载《中国法学》2014年第2期。

[6] 参见汪海燕:《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第513页。

规定为主构成的国际刑法体系;三是关于囚犯待遇、非拘禁措施、刑罚和少年犯待遇的联合国准则体系;四是关于执法、司法机关和官员以及律师守则的联合国准则体系;五是关于被害人权利的联合国准则体系;六是关于开展刑事司法国际合作以打击犯罪尤其是跨国犯罪的联合国准则体系。<sup>[7]</sup>我国已经在1998年签署了《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公约》),此外,还参加了刑事司法领域大量国际性文件(如《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《联合国少年司法最低限度标准规则》)的签署。2009年4月13日国务院新闻办发布了《国家人权行动计划(2009-2010年)》,其中谈到:中国“将继续进行立法和司法、行政改革,使国内法更好地与公约规定相衔接,为尽早批约创造条件”;2012年6月国务院新闻办在《国家人权行动计划(2012-2015年)》中重申:中国将“继续稳妥推进行政和司法改革,为批准《公民权利和政治权利国际公约》做准备”。中国政府拟制定新一期国家人权行动计划——《国家人权行动计划(2016-2020年)》。《公约》中包含着公正审判权国际标准的核心内容,以此为核心形成的刑事司法国际标准,无疑将为我国刑事审判方式的改革起到导向作用。

其二,它应当建立在对我国现行刑事审判方式准确认知的基础之上。有学者对现行刑事诉讼模式进行反思,提出了关于刑事诉讼模式的否定性判断和肯定性判断。关于否定性判断,主要认为:(1)现行模式不是封建社会的纠问式;(2)现行模式不是大陆法系的职权主义;(3)现行模式不是英美法系的当事人主义;(4)现行模式既不是传统的混和式(即在纠问式的基础上,借鉴当事人主义而形成的现代职权主义),也不是现代的混合式(即现代职权主义国家在职权主义基础上吸收当事人主义因素而形成的混合模式)。关于肯定性判断,主要认为:(1)现行模式带有一定的传统因素,如司法权力体系内部的行政化色彩严重,侦查、起诉、审判机构的“流水线作业”,控、审职能界线不能完全划清等;(2)现行模式带有社会主义因素,如遵循党对司法机关的领导和管理,审委会和检委会的存在,司法认知上的唯物主义认识论等;(3)现行模式受到域外法制影响较大,尤其是大陆法系的影响,正在不断增强;(4)现行模式受制于诸多现实因素,受不同阶段国家发展战略、发展目标的影响,呈现多样性、变动性与矛盾性。总体而言,现行模式是一种国家本位主义的模式,是一种过渡式的诉讼模式,既包括职权主义的一些成分,也包括当事人主义的点滴因素,还包括传统诉讼制度的一些因素,不能理解为职权主义与当事人主义的简单相加,该模式有待向现代型诉讼模式转型。<sup>[8]</sup>

我国的刑事审判模式应当从传统型向现代型转变,这或许是在思考模式选择问题时可以达成的基本共识。我国现行刑事审判模式无论是与职权主义还是当事人主义,抑或是混合式相比,在权利保障方面的缺憾是明显的,刑事司法国际标准中的一些要求在我国还没有完全实现,如司法独立原则并未得到充分的保障、未明确肯定无罪推定原则、辩护权的保障尚不到位、保留了被追诉者的如实陈述义务、未确立禁止双重危险原则等等。鉴于我国已成为联合国人权理事会的成员国并要接受对人权状况的普遍定期审议,我国在刑事司法改革中,应当注意兑现我们的国际承诺,同时对于各国刑事司法的一些经验加以吸收,以使刑事诉讼立法与国际社会公认的刑事司法准则和国际惯例相接轨,既提升本国的刑事司法人权保障水平,又缓解在对外交往中所承受的国际压力,从而实现国家内政与外交的良性互动。在经济全球化、人权普遍化、法律世界化的时代,加强刑事司法中的人权保障,是我国刑事审判模式从传统型迈向现代型的题中应有之义,因为“在全球化的、现代整体社会发展的视野

[7] 参见陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷主编:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版,第12-15页。

[8] 参见左卫民:《中国刑事诉讼模式的本土构建》,载《法学研究》2009年第2期。

下,现代化的刑事司法所应体现的品质有二,一是对人权的尊重,二是对程序正义的强调”〔9〕

从世界范围内刑事审判模式的演进历史看,解决纠纷、社会控制与规范权力是其中的直接目的,〔10〕在不同的模式下,三者的比重存在差异,刑事审判模式从传统向现代转型,更多意味着要强化规范权力的诉讼目的,这是因为:在弹劾式诉讼中,将解决纠纷作为刑事诉讼的首要目的;在纠问式诉讼中,倾向于强调社会控制;在近现代刑事诉讼中,由于奉行民主和法治原则,才会将规范权力放在举足轻重的位置上加以考虑。有学者认为,我国现行刑事审判结构实际体现为一种“伞形结构”,主要表现为:(1)审判人员不是消极、中立的听证者,他既是庭审程序的“主持者”,也是案件实体真实的“发现者”,拥有几乎不受限制的法庭调查权;(2)检察机关在庭审中不是与辩护主体平等对抗的一方当事人,而是处于与审判机关共同作为国家专门机关追查犯罪并且又对审判活动进行监督的特殊诉讼地位;(3)被害人作为当事人参与法庭审判,与公诉机关相互配合、补充,构成公诉案件控诉主体的二元化,导致控、辩力量对比失衡;(4)在法庭上,辩护人席与被告人席分隔设置,辩护人作为被告人合法利益的维护者在整个庭审过程中不能与被告人及时交流、沟通和协商;(5)被告人在法庭审判中不享有沉默权,必须接受审判人员、公诉人、被害人及其诉讼代理人乃至辩护人对其展开的轮番讯问,成为“讯问的对象”。这种结构存在如下弊端:控、审职能有所混淆,法官中立无法实现;检察机关“一身二任”,背离了其当事人属性,削弱了审判的权威;辩护权受到抑制,控、辩难以形成平等对抗;控诉主体的二元化违背公诉机制并导致控、辩力量对比进一步失衡。因此,应当以“三角形结构”为目标,改革和完善我国刑事审判构造。〔11〕将“伞形结构”改造为“三角形结构”,其中的关键就是以权力制约权力和以权利抗衡权力,规范司法权力的运行,构建符合刑事诉讼规律和特点的审判模式。

## 二、刑事审判模式选择应当考虑的因素

围绕刑事审判方式改革中的模式选择,我国刑事诉讼法学界存在四种主张:当事人主义派、职权主义派、混合主义派、国情派。〔12〕尽管持不同主张者所提出的改革方案不尽一致甚至大相径庭,但是“改”已经在理论界和实务界取得了共识。新一轮的司法体制改革,举起“全面推进依法治国”的大旗,更是使得审判方式改革成为大势所趋。尽管从传统型向现代型转变是我国刑事审判制度发展的总体方向,但是,在遵循刑事司法国际标准和准确认知我国现行刑事审判方式的前提下,我们仍然无法避开刑事审判模式的选择问题。

一个国家刑事审判模式的选择大体应当考虑两方面的因素:其一是世界范围内刑事审判制度发展的总体趋势;其二是该国刑事审判制度发展的现实需要。前者体现出对司法规律的尊重,而后者则体现了从国情实际出发的改革原则。“正确处理按司法规律办事和从中国国情出发的关系,确保走出一条中国特色的司法体制改革之路”,这是新一轮的司法体制改革必须坚持的基本遵循之一。〔13〕

从世界范围内刑事审判制度发展的总体趋势看,西方两大法系的刑事诉讼模式——职权主义和

〔9〕 卞建林:《刑事诉讼的现代化》,中国法制出版社2003年版,第46页。

〔10〕 参见汪海燕:《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第462页。

〔11〕 参见卞建林、李菁菁:《从刑事法庭设置看刑事审判构造的完善》,载《法学研究》2004年第3期。

〔12〕 持该主张的学者认为,“一个国家的诉讼法律制度向哪一个方向发展不是由哪几个专家学者所决定的,它取决于国家综合制度因素”。刘广三、庄乾龙:《对传闻证据规则的反思——基于对规则本身与引进论者的考察》,载《证据科学》2009年第6期。

〔13〕 孟建柱:《完善司法管理体制和司法权力运行机制》,载《党的十八届四中全会〈决定〉学习辅导百问》,学习出版社、党建读物出版社2014年版,第115页。

当事人主义——一直处于相互融合、相互吸收的发展过程之中。但是,从20世纪40年代以来,这种趋势的主流是大陆法系国家纷纷移植英美法系国家的当事人主义诉讼程序,或者采纳当事人主义诉讼程序中的某些因素。且不说20世纪40年代的日本、80年代末的意大利,观察近十多年来大陆法系的代表性国家德国和法国的刑事司法改革,可以看到其明显地受到了英美当事人主义的影响。如2009年在德国确立了量刑协商制度,《德国刑事诉讼法典》第257b条规定:“如果有利于推进诉讼程序,庭审中法庭可以与程序参加人就诉讼程序的进程进行讨论。”法庭可以与诉讼参加人就程序的进一步发展和程序的结果进行协商;任一协商都应当含有认罪内容;法院可以基于案件的所有情况及综合量刑考量,自由裁量给出刑罚的上限和下限;诉讼参与人有机会提出意见;如果被告人和检察院同意法院提出的建议,则协议成立。<sup>[14]</sup> 2004年法国创设了庭前认罪答辩程序,允许被告人在某些轻罪案件中以认罪为前提与检察官进行量刑交易;该程序适用于主刑为罚金刑或者5年及以下监禁刑的犯罪;程序运作分为被告人认罪、检察官提出量刑建议、被告人接受或拒绝量刑建议、法官审核四个阶段;被告人如不服法官裁定,可以提出上诉。<sup>[15]</sup> 德国和法国所发生的这种新变化,主要受以下几个方面因素的影响:对刑事司法功能的重新认识、对刑事司法经济性的考量以及《欧洲人权公约》的要求,<sup>[16]</sup> 其中,重视刑事司法的经济性成为占主流的趋势。有德国学者评论说:“这是一个将主要由成本效益考量及实用主义所引导的程序”;“很明显辩诉交易制度造成了与刑事诉讼程序基本标准之间难以调和的矛盾。辩诉交易制度造成与实质真实、调查原则以及平等对待原则的冲突”。<sup>[17]</sup>

遵循刑事司法国际标准改革刑事审判制度是一种世界性的趋势。考察刑事司法国际标准产生和发展的历史过程,可以看到:《公约》和《欧洲人权公约》中所规定的“公正审判权”,从理论依据上看,源于英美法中的“法律的正当程序”;从具体内容上看,主要体现了英美的刑事程序规则。在欧洲,怎样将英美的正当程序原则及构成公正审判权的特殊规则适用于大陆法引发了很多争议,如怎样解释《公约》第14条和《欧洲人权公约》第6条中的“民事权利和义务”、“刑事指控”、“法庭”、“公正审判”等。这些概念在英美法中比较容易界定,但在大陆法中则需对其含义重新进行解释。<sup>[18]</sup> 随着对人权保护重视程度的日渐提高,欧洲人权法院对刑事司法中公正审判权的要求呈逐步增强的趋势,客观上导致了大陆法系的职权主义诉讼制度进一步向当事人主义诉讼制度靠拢。

我国的刑事司法改革大体上经历了庭审方式改革—审判方式改革—诉讼制度改革—司法体制改革的发展路径。庭审方式改革最初是由司法实践推动的,并从民事诉讼扩展到刑事诉讼。根据1982年《民事诉讼法(试行)》第56条的规定,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据,但是,法院在民事诉讼中有“全面地、客观地收集和调查证据”的义务。由于办案经费不足,法院在收集和调查证据过程中出现了由当事人包吃包住的现象,严重损害了法院的公正形象,引起了社会的严厉批评。因此,1991年修改后的民事诉讼法强化了当事人的举证责任,减轻了法院收集和调查证据的责任,规定:“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”,法院的责任主要是审查核实证据(第64条)。从举证责任的分担开始,当事人与法院之间的位移逐渐扩大,进而推动了审判方式的改革,即从过去的大陆法系职权主义方式向吸

[14] 参见《德国刑事诉讼法典》第257c条,岳礼玲、林静译,中国检察出版社2016年版,第110页。

[15] 参见施鹏鹏:《法律改革,走向新的程序平衡?》,中国政法大学出版社2013年版,第149-158页。

[16] 《欧洲人权公约》第5条第3款规定:“被逮捕或拘留的任何人,应立即送交法官或其他经法律授权行使司法权的官员,并应有权在合理的时间内受审或在审判前释放。”

[17] [德]汉斯-约格·阿尔布莱希特:《德国刑事诉讼法典》,中国检察出版社2016年版,“引言”,第15页。

[18] 详见熊秋红:《解读公正审判权——从刑事司法角度的考察》,载《法学研究》2001年第6期。

收英美法系当事人主义的一些因素的方向转变,庭审活动更多地由当事人双方主导,法官的作用变得越来越消极。审判方式改革从民事诉讼扩展到了刑事诉讼。1979年刑事诉讼法所确立的审判方式是一种强调法官审理职权的模式,法官在庭前为查明案情、核实证据可以进行调查;在庭前审查乃至庭审时发现案件事实不清、证据不足,有权将案件退回检察机关补充侦查;在庭审中,法官直接实施证据调查并推动审判进行。在旧的审判方式下,法官既当“运动员”,又当“裁判员”,难以保持其客观、中立的地位。正因为如此,1996年刑事诉讼法修改,决定采用新的审判方式。在新的审判方式下,庭审活动更多地由控辩双方主导,法官从积极查证变为被动听证,中立性明显增强。审判方式改革最初由司法实践推动,并非出自学者的呼吁或者决策层的顶层设计,这或许能够说明在我国推行当事人主义诉讼模式存在着一定的现实土壤。与此同时,我国对《公约》的签署以及积极为批约创造条件,也意味着当事人主义的因素将在我国刑事司法中得到进一步加强。

从目前正在进行的司法体制改革看,2015年2月最高人民法院发布了《人民法院第四个五年改革纲要》,其中与审判方式相关的刑事司法改革的内容主要包括:(1)全面贯彻证据裁判原则,强化庭审中心意识,落实直接言词原则,严格落实证人、鉴定人出庭制度,严格实行非法证据排除规则;(2)强化人权司法保障,强化控辩对等诉讼理念,完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督;(3)健全轻微刑事案件快速办理机制,有序推进刑事案件速裁程序改革;(4)完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度,构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制。从上述改革举措看,既包括对刑事司法国际标准的遵循,对审判程序正当化的推进,如落实直接言词原则、强化控辩对等诉讼理念;也包括进一步借鉴当事人主义的某些技术性设置,如完善认罪认罚从宽制度。提高刑事审判程序的正当化程度与注重司法资源的合理配置,既符合世界范围内刑事审判制度发展的总体趋势,又符合我国刑事审判制度发展的现实需要。预防冤假错案,要求加强庭审实质化;而化解案多人少的矛盾,要求扩大对简易程序的适用。

可以预见的是,尽管我国的刑事审判方式有向英美当事人主义方向继续发展的迹象,但未来我国的刑事审判模式不会是典型的当事人主义,因为当事人主义所赖以生存的判例法制度、陪审团审判、别具特色的律师行业等条件是我国的司法环境所难以达致的。我国刑事审判方式的发展将会受到文化传统、司法体制、刑事政策、资源状况等多种因素的限制,因此,未来的刑事审判模式不会是纯粹的当事人主义,也不会是纯粹的职权主义,而是一种立足于中国现实国情,各种力量相互博弈,演进、建构与创造并行的刑事审判模式。<sup>[19]</sup> 从我国现行审判方式所具有的特征以及所处的历史阶段看,进一步改革和完善我国的刑事审判方式是极为必要的。

### 三、从庭审虚化到庭审实质化

庭审虚化是我国刑事司法实践中长期存在的突出问题。所谓“庭审虚化”,是指法官对案件事实的认定和对法律的适用主要不是通过法庭调查和辩论来完成的,而是通过庭审之前或之后对案卷的审查来完成的,或者说,法院的判决主要不是由主持庭审的法官作出的,而是由“法官背后的法官”作出的,即庭审在刑事诉讼过程中没有起到实质性作用,法院不经过庭审程序也照样可以作出判决。中国人民大学法学院“刑事庭审实证研究”课题组于2009年曾就我国刑事庭审的现状和问题进行了实

[19] 参见左卫民:《中国刑事诉讼模式的本土构建》,载《法学研究》2009年第2期。

证调查,结果发现,庭审虚化在刑事诉讼中具有相当的普遍性,主要表现为法庭上举证的虚化、质证的虚化、认证的虚化以及合议庭的裁判虚化。<sup>[20]</sup>

造成庭审虚化的原因大致有以下几个方面:第一,证人、鉴定人等不出庭,对书面证言使用没有任何限制,作为对抗制核心的当庭质证难以展开,导致庭审走过场。庭审法官主要通过庭前和庭后在办公室研究案卷来达致对案件事实和法律适用的判断,形成了一种“案卷笔录中心主义”的审判方式。第二,法官庭前或者庭后阅卷,造成“先定后审”或者“审而不定”。1996年的刑事诉讼法修改,对公诉案件的庭前审查,改实质性审查为程序性审查,同时采取了限制案卷移送范围(仅限于移送证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片)的做法。从理论上分析,这种折衷有利有弊,其优点在于除了程序性审查之外,法官能够在一定程度上做到对案件心中有数,便于法庭指挥,同时也是对庭前预审程序缺乏的一种弥补;其缺点在于它使程序性审查不可能真正实现,法官在对移送的案卷进行审查时,不可避免地要进行一定程度的实体审查,这就削弱了审判方式改革要求庭审实质化和防止先入为主的旨意。在操作过程中,法院、检察院两家在对“主要证据”的理解上产生了很大分歧,同时“复印件移送主义”也导致了诉讼成本的显著增加,还产生了限制辩护律师阅卷范围的意外情况,法官往往通过庭后阅卷决定案件的最终处理。<sup>[21]</sup>这种折衷式的改革方案终为2012年修改后的刑事诉讼法所抛弃。回到法官全面阅卷的传统做法之后,法官“先入为主”的问题更为凸显。第三,由于院庭长审批案件、审判委员会讨论决定案件和一审法院就具体案件事先向上级法院请示等造成“审者不判”、“判者不审”、“上批下判”,从而导致庭审虚化成为常态。第四,“重配合、轻制约”的刑事司法体制导致庭审的决定性作用丧失,强势公安、优势检察院、弱势法院的刑事司法格局,造成司法实践中的“侦查中心主义”,庭审演变为一种检验或复核程序,突出表现在疑罪难以从无,而是作出所谓“留有余地”的判决。

庭审实质化与庭审虚化针锋相对,是刑事审判活动的应然要求,其核心是被告人的刑事责任应当在审判阶段通过庭审方式决定。审判是防范冤假错案、保障司法公正的最后一道防线,它理应起到实质性的把关作用。庭审是审判的关键环节,庭审实质化要求通过法庭审理发现疑点、理清事实、查明真相,在此基础上正确适用法律,因此必须力戒形式主义,防止庭审“走过场”。

审判程序有普通审与简易审之分,审判方式有开庭审与书面审之别,无论采取普通审还是简易审、开庭审还是书面审,抑或采取折衷主义的调查讯问式,审判程序均不应“空转”,这是“法官保留原则”的基本要求,否则就变成了“检察官司法”。采取普通程序进行开庭审理的案件,多为被告人不认罪的案件,多为重大、复杂、疑难案件,在这些案件中,固然需要强调庭审实质化的重要性;但这并不意味着适用简易程序审理的案件,就允许庭审走过场,尤其在适用刑事速决程序时,更要注意防止审判因程序简化完全沦为“橡皮图章”,仅仅起到对侦查和审查起诉程序的结论进行确认的作用。

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,要“推

[20] 参见何家弘:《从“庭审虚化”走向“审判中心”》,载《法制日报》2014年11月5日,第10版;何家弘:《刑事庭审虚化的实证研究》,载《法学家》2011年第6期。

[21] 1998年1月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第42条规定:“人民检察院对于在法庭上出示、宣读、播放的证据材料应当当庭移交人民法院,确实无法当庭移交的,应当在休庭后3日内移交。对于在法庭上出示、宣读、播放未到庭证人的证言的,如果该证人提供过不同的证言,人民检察院应当将该证人的全部证言在休庭后3日内移交。”实践中的做法是庭前部分移送和庭后全部移送案卷材料,法官裁判时主要依据案卷中的证据材料,而不是庭审中的举证。参见何家弘:《刑事庭审虚化的实证研究》,载《法学家》2011年第6期。

进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。全面贯彻证据裁判规则,严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据,完善证人、鉴定人出庭制度,保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”。《人民法院第四个五年改革纲要》指出,要“实现诉讼证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭。到2016年底,推动建立以审判为中心的诉讼制度,促使侦查、审查起诉活动始终围绕审判程序进行”。以审判为中心的诉讼制度改革突出了“庭审实质化”这一核心要求,有助于缓解长期困扰我国刑事司法实践的庭审虚化问题。2016年8月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》提出了下列要求:完善庭前会议程序;规范法庭调查程序;完善对证人、鉴定人的法庭质证规则;完善法庭辩论规则;完善当庭宣判制度;严格依法裁判;健全当事人、辩护人和其他诉讼参与人的权利保障制度;建立法律援助值班律师制度;等等。上述举措旨在改变法庭举证、质证、认证过于简化,庭审不充分的状况,保障庭审的实质性与有效性。

我国当前围绕庭审实质化推出的一系列改革举措与保障公正审判权的国际标准相契合,也与我国的近邻日本、韩国的刑事司法改革有共通之处。日本于2011年展开了以构建“符合时代要求的新刑事司法制度”为主题的司法改革,采取的改革举措包括增强辩护方的防御能力,完善证人出庭作证制度,强化对被害人、证人的保护等,目的是为了改变法官过度依赖侦查案卷笔录的现象,促进庭审实质化,体现审判中心主义。<sup>[22]</sup> 韩国在2000年以前,检察官或者司法警察制作的各种笔录,在刑事审判中可以作为证据被采用;2000年之后,强调实质的直接审理主义,法庭陈述的重要性得到加强;2007年刑事诉讼法修订之后,将保障被告人的对质权从证明力的问题上上升到证据能力问题。<sup>[23]</sup> “自2007年修订刑事诉讼法起,可以说此前形式性的证据调查程序成功转换为以发现实体真相为目标的实质性证据调查程序”。<sup>[24]</sup> 可见,庭审虚化并非是我国独有的问题,日本和韩国也将推进庭审实质化作为刑事司法制度的改革目标之一。

#### 四、审判方式改革对庭审实质化的促进

对于我国正在进行的以审判为中心的诉讼制度改革,理论界和实务界有不同的解读,学术界内部也存在着不同观点的争论。但此项改革对于促进庭审实质化的积极意义,则已成为共识。围绕着如何加强庭审功能,诸多改革举措被纳入讨论范围。我国的审判方式改革首先需要解决一些基础性问题或者审判模式选择的前提性问题,即审判程序的正当化或现代化问题,其中包括:确立、尊重被告人的主体地位(如肯定无罪推定原则、赋予被追诉者沉默权、厉行疑罪从无规则);促进控辩平等(如扩大法律援助的范围、提高律师辩护率和辩护质量、加强对辩护律师诉讼权利的保障);塑造独立、公正、权威的法院体制和法官形象(如严格执行非法证据排除规则,有效制约侦查权、控诉权,改变公、检、法三机关重配合、轻制约的现状);完善刑事证据规则、量刑规则;等等。这些基础性的问题不解决,审判方式改革在促进庭审实质化方面将难以取得突破性的进展。

从两大法系国家的刑事审判看,庭审实质化至少需要具备裁判者的亲历性和证人亲自出庭两大

[22] 参见董林涛:《日本审判中心改革动向与评析》,载《中国刑事诉讼法学研究会2016年年会论文集》,2016年8月,第42-46页。

[23] 参见[韩]李柱元:《对证人的反对审问权》,载《第九届中韩刑事司法学术研讨会论文集》,2016年7月,第24-27页。

[24] 参见[韩]吴庆植:《对韩国刑事审判证据调查程序的省思》,载《第九届中韩刑事司法学术研讨会论文集》,2016年7月,第54页。

要素,但在大陆法系和英美法系国家,庭审实质化的路径存在一定的差异。在思考我国的审判方式改革以及庭审实质化问题时,需要对以下两大争议问题作出回答:其一是我国应采直接言词原则还是传闻证据规则;其二是我国应采卷宗移送主义还是起诉书一本主义。

### (一) 直接言词原则与传闻证据规则

关于直接言词原则与传闻证据规则的关系,我国学者存在不同的看法。有学者认为,建立传闻证据排除规则是贯彻直接言词原则的体现,二者均应在我国刑事诉讼中予以确立。<sup>[25]</sup>从刑事诉讼法以及证据法的完善而言,直接言词原则与传闻证据规则均为有效概念;直接言词原则为指导性的法律精神,传闻证据规则为操作性规范;应当在肯定直接言词原则的前提下,建立以传闻证据规则处理书面证言之模式。<sup>[26]</sup>也有学者认为,直接言词原则与传闻证据规则既有联系,又有区别,我国应当确立直接言词原则,而不宜采传闻证据规则。<sup>[27]</sup>

在大陆法系国家的刑事诉讼中,确立了直接言词原则。直接言词原则由两项原则组成,即直接原则和言词原则。由于二者均以有关诉讼主体在场为先决条件且密不可分,故学界通常将两者视为一项原则。直接言词原则包含着以下几个具体规则:在场原则、证人出庭规则、直接采证规则、审理不间断规则、法官不更换规则。

在英美刑事诉讼中,将对质权视为公民的一项宪法性权利。要求证人宣誓后作证、使被告人有机会询问证人、使陪审团能够亲自观察评估证人的行为举止,是法律保障对质权的三个目的。<sup>[28]</sup>对质权要求将证人带到公开的法庭上并须宣誓,这样也就使证人被置于伪证罪的威胁之下。他们的证词连同他们的举止、态度都要在法庭上受到审查。对质权允许被告人向对其不利的证据提出挑战,以便在可能的范围内对案件事实作出最有利于己的辩护。因而,被追诉者被赋予出席所有对其不利的诉讼过程的机会,并且可以利用一种相对而言不加限制的直接询问和交叉询问程序。

在英美法中,对质权与传闻证据规则密不可分。根据传闻证据规则,某一证人在法庭外就案件事实所作的陈述内容被他人以书面方式提交给法庭,或者被另一证人向法庭转述或复述出来,这种书面证言和“转述证言”均为传闻证据。这种“传闻证据”既不能在法庭上提出,也不能成为法庭据以对被告人定罪的根据。排除传闻证据的原因主要在于这种证据不可靠和不可信;同时,“在许多审判中,采纳传闻证据容易拖延诉讼过程”;“由于传播过程中的错误以及人为的欺骗,传闻证据很容易被歪曲:它来源于不在场的证人,该证人既不能对其证言起誓,也不会受到质证,因而其可信程度得不到检验”。<sup>[29]</sup>传闻证据规则旨在保障证人能够受到控辩双方的直接质证。英美法中还有“最佳证据规则”,它是一项规定“原始文字材料作为证据有优先权的简单原则”,现在该原则也适用于录音和照片。<sup>[30]</sup>

大陆法中的直接言词原则融合了英美法中的对质权、传闻证据规则、最佳证据规则等,是一个糅杂了多种因素的混合体。大陆法中的直接言词原则与英美法中的传闻证据规则的根本差异在于:直接言词原则以规范法官审理行为为核心,而传闻证据规则以规范证据资格为核心,在规范书面证言的处理方面分别形成了各自的完整体系,而不是只有传闻证据的排除规则和直接言词的抽象原则这一

[25] 参见龙宗智:《庭审实质化的路径与方法》,载《法学研究》2015年第5期。

[26] 参见龙宗智:《论书面证言及其应用》,载《中国法学》2008年第4期。

[27] 参见刘玫、陈衍:《论直接言词原则》,载《审判中心与直接言词原则研讨会论文集》,2014年12月,第51-56页。

[28] 参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,台湾元照出版有限公司2004版,第383页。

[29] [英]特纳:《肯尼刑法原理》,华夏出版社1989年版,第487页。

[30] [美]乔恩·R·华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第335页。

简单事实。英美法系国家有传闻证据规则应用于对抗制和陪审制的完备理念,而直接言词原则也有详尽的证人不出庭的具体规定服务于大陆法系的职权主义审判方式,二者的非契合性非常明显,难以实现真正的融合。<sup>[31]</sup>在英美对抗制和陪审制下,为保障陪审团进行不偏不倚的审判,必须设定证据可采性标准,排除情感因素和不可靠证据的影响,传闻证据规则因此成为证据规则体系中的一项重要内容,“被认为是英美证据法体系的核心与灵魂”。<sup>[32]</sup>在大陆法系职权主义诉讼模式下,奉行证据形式自由和评估自由原则,如果规定原则上排除传闻证据,将会构成对法官自由心证的妨碍;直接言词原则从规范法官审理行为出发,要求法官的证据调查采取直接和言词方式,仅在例外情形下允许采用书面证言。深入分析我国的刑事诉讼传统和制度,尽管1996年刑事诉讼法确立了控辩式庭审方式,但是有关事实认定的主轴仍然表现为对法官审理行为的规范,而非对证据资格的规范,因此,从制度路径上分析,引进大陆法系的直接言词原则当是更佳选择。

从立法技术上看,传闻证据规则起初只是一项简单的排除性规则,即在诉讼中排除庭外陈述,以避免不可靠的传闻干扰诉讼。然而,实践证明,对传闻的证据价值不能一概地、绝对地予以否定,因此,英美法系国家都对传闻证据规则进行例外性规定,这些例外性规定越来越多,加上浩如烟海的普通法案例,形成了一个错综复杂、难以理解的体系,进而造成了法律适用中的混乱。为此,进入21世纪以来,英美法系国家对传闻证据规则进行了法典化和简化,但是,传闻证据规则的基本理念和原则在英美法系国家发生了明显的分化,英国的传闻证据规则日益宽松,其基本原则由排除变成采纳;美国限制了法官对传闻证据可采性的自由裁量权,从自由化向严格排除规则回归;澳大利亚的传闻证据排除体现出一定的折衷性,保留了排除性的传闻证据规则,但倾向于将传闻证据的可信性作为采纳的依据,同时在法官的自由裁量权方面,采取了较为宽松的规则,但法官无权根据公平正义的精神采纳传闻,表明澳大利亚对传闻证据的采纳仍然采取较为谨慎的态度。以上情况表明,我国如果引进传闻证据规则,从基本原则到具体规则均存在取舍上的困难,因为英、美、澳的传闻证据规则越来越呈现出明显的差异性。

与英美传闻证据规则相比,大陆法系国家对于直接言词原则所设定的例外相对简明、易行,有利于保障法律适用的确定性。以德国为例,直接言词原则的例外包括以下几个方面:(1)证人、鉴定人或共同被告人无可避免地不能到庭接受询问时,其以往接受法官询问所作的笔录,或者接受非法官询问时所作的笔录,以及其他的书面说明等,可被宣读;(2)法官询问证人、鉴定人或共同被告人时所作的笔录,如果检察官、辩护人及被告人均同意宣读,则可被宣读;(3)为了帮助证人或者鉴定人恢复记忆或者消除其证言中的矛盾时,其书面证言或鉴定结论可被宣读;(4)为了对被告人的一些特定记忆进行调查或者其新旧记忆之间的矛盾进行澄清时,其在法官讯问时所作的讯问笔录可被宣读;(5)证人以前所作的书面说明如警察制作的检举告发书状等可被引入诉讼程序中;(6)公共机构的证书或鉴定书(例如聘任证书、缴税证明、刑罚记录摘录、考试及格证书等)以及医生在履行法医职责时出具的鉴定书或证书,可被宣读;(7)医生就不属刑法第224条所规定之重伤的其他身体伤害所做的证明书;(8)例行的鉴定报告(如汽车记速器的摘要记录、血型检验、血液中酒精含量及其回溯计算之结果、医生就血液测验所做的报告等),可被宣读。<sup>[33]</sup>可见,从立法技术上看,我国确立大陆法系的直接言词原则更具可行性。

[31] 参见李峰:《传闻证据规则,抑或直接言词原则?——民事诉讼书面证言处理的路径选择》,载《法律科学》2012年第4期。

[32] [美]约翰·W.斯特龙主编:《麦考密克论证据》(第5版),汤维建等译,中国政法大学出版社2003年版,“代译序”,第9页。

[33] 参见[德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第433-434页。

## (二) 卷宗移送主义与起诉书一本主义

为了保障庭审实质化,需要适度阻断侦审联结,对侦查案卷信息与裁判信息进行必要的切割,以防止法官产生预断。为此,在审判方式改革的讨论中,采日本起诉书一本主义为我国不少学者所主张。<sup>[34]</sup>在我国台湾地区,由卷证并送主义改为起诉书一本主义的讨论也由来已久。<sup>[35]</sup>

从世界各国的情况看,在阻断侦审联结上,主要采取了三种方式:

其一是采起诉书一本主义,以日本为代表。《日本刑事诉讼法》第256条明确规定:“起诉书,不得添附可能使法官对案件产生预断的文书及其他物品,或者引用该文书等的内容。”检察官在提起公诉时,关于案件的实体内容只能提交一纸起诉书,而且起诉书中只能记载被告人的身份事项、诉因、罪名和罚条等表明控诉主张所必要的法定事项,禁止起诉书中写明证据或引用证据材料的内容,以免控诉方抢先一步举证而使法官在开庭前形成有利于控诉方的预断。在起诉书一本主义之下,诉讼由当事人双方主导,法院处于公正的裁判者地位,这被视为当事人主义的重要特征。在英美法中,基本上没有起诉书一本主义的概念,但在英美法系架构下审判并不依照卷证而进行,实际上相当于采起诉书一本主义。但美国不论审判是否采陪审团或由职业法官审判,法官审判前均可调阅起诉审查(preliminary hearing)或大陪审团(grand jury)的记录,这些记录包括有证据能力及无证据能力的证据,以方便法官有效率地指挥诉讼,美国法官审判前之心证并非一张白纸。<sup>[36]</sup>

其二是对公诉审查主体和审判主体进行适当的分离。第15届国际刑法大会决议在专题三“刑事诉讼改革运动与人权保护”第4条中指出:“在审理和判决时,无罪推定原则要求法官公正不倚。为了实现这种公正不倚,必须在起诉职能和审判职能之间作出明确的区分。此外,作出判决的法官不得参与预审阶段的工作。作出判决的法官与对嫌疑人的起诉予以受理的法官不是同一人,这是非常可取的。”<sup>[37]</sup>在英美法系国家,采取陪审团审判制度,将诉讼指挥者与事实认定(裁判)者分离,即便诉讼指挥者被证据污染,也与事实裁判者是否产生偏见无关。

其三是采卷宗移送主义,同时采取措施限制侦查案卷对审判的影响。采卷宗移送主义的大陆法系国家,为了限制侦查案卷对审判的影响,采取了一系列措施。如在法国,刑诉法第347条规定重罪法庭不能将案卷带入评议室。<sup>[38]</sup>在德国,虽然采案卷移送制度,但案卷之内容原则上不得用为裁判之根据。<sup>[39]</sup>在阅览案卷的主体方面,规定陪审员原则上不得接触案卷;审判长和制作裁判文书的法官也不得阅览案卷。德国还有所谓的“询问本人原则”,即刑诉法第250条规定的,对事实的证明如果是建立在一个人的感觉之上,要在审判中对他进行询问。不允许以宣读以前的询问笔录或者书面证言代替询问。<sup>[40]</sup>

采起诉书一本主义,有利于排除法官预断,但该制度的建立需要以诉因制度、证据开示制度等作

[34] 如陈卫东、郝银钟:《我国公诉方式的结构性缺陷及其矫正》,载《法学研究》2000年第4期;张泽涛:《我国现行〈刑事诉讼法〉第150条亟需完善》,载《法商研究》2001年第1期;李奋飞:《从“复印件主义”走向“起诉状一本主义”——对我国刑事诉讼方式改革的一种思考》,载《国家检察官学院学报》2003年第2期;吴宏耀:《我国刑事诉讼制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》,载《法商研究》2004年第5期。

[35] 参见洪维德:《卷证不并送下我国刑事诉讼审前程序之修正当议——以证据开示为中心》,载台湾《检察新论》2014年第15期,第33页。

[36] 参见吴巡龙:《卷证不并送下审判程序的论理——我国应否采起诉状一本主义》,载台湾《检察新论》2014年第15期,第62页。

[37] 《国际刑法大会决议》,赵秉志等译,中国法制出版社2011年版,第120-121页。

[38] 参见[法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第487页。

[39] [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第430页。

[40] 参见魏晓娜:《以审判为中心的刑事诉讼制度改革》,载《法学研究》2015年第4期。

为配套,牵涉甚广。“如无搭配诉因制度以及证据开示制度,则纵然采用起诉状一本制度,则不但无法达到原先期待之目的,反而有导致审理程序杂乱无效率且被告无法充分行使诉讼权之虞”。<sup>[41]</sup> 英美法系国家传统上实行诉因(count)制度,要求检察官明确告知法院或被告人其所起诉之犯罪,使其与同种犯罪有显著区别,使被告方得以为防御作准备,而起诉的原因决定着起诉的效力、审判的范围和既判力所及。英美法系的诉因制度区别于大陆法系的公诉事实制度。但日本刑事诉讼法在采用诉因制度的同时还保留了公诉事实的概念,并且允许在“不破坏公诉事实同一性限度内”变更诉因,还对诉因变更的种类、根据、具体情形、客观界限、程序、诉因变更命令等作了详细规定,这与原则上不允许变更诉因的英美法的诉因制度有异。在日本,关于公诉事实的同一性判断基准,提出了基本事实同一说、罪质同一说、构成要件共通说、诉因共通说、社会嫌疑同一说、刑罚指向同一说、综合评价说等多种观点。<sup>[42]</sup> 总体而言,起诉书一本主义和诉因制度相互配套,共同保障法官的中立地位和被告人辩护权的充分行使。<sup>[43]</sup> 起诉书一本主义大大加重了控辩双方在审判中的责任,因此,控辩双方必须在开庭前就案件的实体问题和程序问题做好充分的准备,特别是必须对拟提交法庭的证据材料进行认真的研究,以便在庭审中充分论证本方的主张,为此,必须建立证据开示制度,控辩双方相互向对方事先公开本方请求法庭调查的证据材料。<sup>[44]</sup> 在日本的司法实践中,出现了控诉方不向辩护方全面开示证据的现象,因而对查明案件事实真相造成妨害。为了完善证据开示制度,《刑事诉讼法等部分条文改正法律案要纲》引入了证据一览表交付程序,赋予了控辩双方整理程序请求权,扩大了类型证据开示范围,这些改革举措无论是对于辩护方的防御,还是庭审的实质化,均具有积极意义。但是,审前整理程序中,在针对当事人证据调查请求、证据开示请求作出裁定时,法官被要求接触证据,如此一来,法官极有可能形成庭前预断。<sup>[45]</sup> 这与确立起诉书一本主义的初衷背道而驰。

我国如果采起诉书一本主义,将会面临诉因制度和证据开示制度如何建立以及法官在其中的角色担当问题,该问题的解决难以一蹴而就。我国立法在案卷移送问题上出现的反复,表明如果采起诉书一本主义,在实践中遇到的困难可能比采复印件主义更大,如辩护律师的阅卷权更难得到保障;法官不敢当庭认证、内心确信依赖于庭后阅卷,庭审更加虚化。“诸多因素的存在决定了在相当长的时期内,法官仍然需要依赖卷宗才能作出相对准确的司法裁判。”<sup>[46]</sup> 采卷宗移送主义,虽然会影响法官心证,但它可使审判者迅速了解案件争点,加速审判进程,避免控辩双方漫长表演、拖延诉讼,有利于节省司法资源。在国际刑事法庭的审判中,也曾就采案卷移送主义或起诉书一本主义产生争议,目前,已就法官开庭前阅览有关证据材料形成制度,并写入了《程序与证据规则》之中,因为案卷移送主义的益处是显而易见的。“法官事先阅览有关材料,是为了对整个案件的方向在审理前有个大致的了解,而不是为了在这个阶段上就裁定这些证据的真实性。”<sup>[47]</sup> 鉴于上述情况,我国暂不宜采起诉书一本主义。

[41] 洪维德:《卷证不并送下我国刑事诉讼审前程序之修正刍议——以证据开示为中心》,载台湾《检察新论》2014年第15期,第37页。

[42] 参见[日]松尾浩也:《刑事诉讼法》(上卷),丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第285页。

[43] 参见刘少军:《日本诉因制度评介》,载《中国刑事法杂志》2004年第4期。

[44] 参见孙长永:《日本起诉状一本主义研究》,载《中国法学》1994年第1期。

[45] 参见董林涛:《日本审判中心改革动向与评析》,载《中国刑事诉讼法学研究会2016年年会论文集》,2016年8月,第42-43页。

[46] 胡莲芳:《卷宗移送主义:对理想的妥协还是对现实的尊重——2012年刑事诉讼法确立卷宗移送的正当性》,载《西北大学学报》(哲学社会科学版)2013年第3期。

[47] 朱文奇:《国际刑事诉讼法》,商务印书馆2014年版,第345-347页。

在案卷移送主义下,为了防止法官在庭前形成不利于被告人的预断,应当特别关注案卷移送制度自身的正当性,主要包括案卷制作的正当性和案卷使用的正当性。在案卷制作问题上,应当进一步推进案卷制作的多方参与,打破案卷的官方性,使得案卷内容同时包含控辩信息,更为全面和客观,而非仅仅反映以有罪证据支撑的案件事实。我国2012年修改后的刑事诉讼法第159条和第170条要求将辩护律师在侦查阶段,辩护人、被害人及其诉讼代理人在审查起诉阶段提出的意见附卷移送,这在一定程度上打破了案卷制作的官方性和单方性,但尚不充分,有待进一步加以推进。在案卷使用问题上,庭审前程序和上诉程序中可充分发挥案卷的功能,但庭审程序中应当严格限制案卷笔录的证据效力;另外,在普通程序和简易程序中,对案卷的使用应当区别对待,在简易程序中,案卷发挥的作用更大,法官通过阅卷可以审查认罪案件的事实基础和定罪证据的合法性,从而有利于保障案件处理结果的公正性。<sup>[48]</sup>

## 五、结语

庭审实质化是刑事审判活动的应然要求。我国1996年和2012年的刑事诉讼法修改以及新一轮的司法体制改革均将推进庭审实质化作为改革目标。在1996年修改后的刑事诉讼法中,将审判方式从审问式转为控辩式,并通过限制案卷移送范围减轻法官的审前预断,为庭审实质化奠定了基础,但遗憾的是没能通过改革提升庭审本身“查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判”的功能,导致审判方式改革的预期目标未能达成。2012年修改后的刑事诉讼法重新确立了全案卷宗移送制度,学界对此褒贬不一。鉴于证人出庭率低导致控辩式庭审方式难以有效运作,修改后的刑事诉讼法明确了证人出庭作证的范围,增设了强制证人出庭作证制度和对证人的经济补偿制度,并且使证人保护措施具体化。在新一轮的司法体制改革中,提出要“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,并采取了一系列充实法庭调查和辩论的改革举措,尤其重视庭审中举证、质证和认证规则的有效构建,为确立直接言词原则创造了条件。

在推进庭审实质化的过程中,审判方式的改革具有基础性和方向性意义。然而,在刑事审判模式的选择问题上,出现了莫衷一是、摇摆不定的局面。要走出刑事审判模式的选择困境,首先必须明确选择的前提。我国的刑事审判模式选择,应当以遵循刑事司法国际标准和准确认知我国现行刑事审判方式为基础前提。据此,推动我国刑事审判模式从传统型向现代型、从“伞形结构”向“三角形结构”转变,应当成为刑事审判方式改革的基本追求。而要回答在当事人主义、职权主义抑或折衷主义的选择中何去何从的问题,主要应当考虑两方面的因素:一方面是世界范围内刑事审判制度的总体趋势,另一方面是我国刑事审判制度发展的现实需要。由此出发,大致可以预见:我国的刑事审判方式将会朝当事人主义方向继续发展,但职权主义的底色仍然浓厚;它不会是当事人主义和职权主义的简单相加,而是受到文化传统、司法体制、刑事政策、资源状况等多重因素限制,体现出明显的混合性、过渡性和变动性。

在关于庭审实质化与审判方式改革的讨论中,有两个分歧极大的问题:一个是我国应采直接言词原则还是传闻证据规则,另一个是我国应采卷宗移送主义还是起诉书一本主义。从制度路径上分析,

[48] 参见万旭:《论侦审联结的有限正当化——以当前刑事司法改革为背景的分析》,载《第九届中韩刑事司法学术研讨会论文集》,2016年7月,第344-350页。

直言词原则以规范法官审理行为为核心,而传闻证据规则以规范证据资格为核心;从立法技术上分析,直言词原则的例外比传闻证据规则的例外更为清晰、更易把握。鉴于我国证据运用的制度体系以证据收集和审查判断等诉讼行为规范为基本内容,同时辅之以少量的证据资格规定,事实上形成了自由心证的证据制度,在此背景下,过多、过细、过于复杂的证据资格规定将会给法官审查判断证据造成较大的困扰,采直言词原则对于解决我国的庭审虚化问题更具现实针对性。起诉书一本主义需要以诉因制度、证据开示制度等作为配套,还需辅之以完善的控辩平等、法官中立的审判机制,在我国当前的情况下引进起诉书一本主义可能导致辩护律师的阅卷权得不到保障和法官难以作出准确裁判的后果。立足于2012年刑事诉讼法所重新确立的卷宗移送主义,我们应当将关注的重心转向案卷移送制度自身的正当性问题,应当加强案卷制作的正当性和重新审视案卷使用的正当性。

## The Materialization of Criminal Trials and the Revolution of Trial Modes

Xiong Qihong

**Abstract:** It's generally speaking that the court investigation and the court debate should be the central elements in the criminal proceedings, especially for the judges to find the facts of the case and to apply the laws and regulations, which is called "the materialization of the trial". In China, however, the trial "goes through the motions". The perennial problem, called "the trial formalism", is serious in the practice of criminal justice in China. The revolution of the trial modes, i. e. from the inquisitorial proceedings to the accusing and defending proceedings, lays the groundwork for abandoning the trial formalism and improving the materialization of the trial. In order to ensure that the trial plays a decisive role in the processes of the fact finding, the determination of evidence, the protection of the rights of action and the achievement of fair rulings, firstly, it's required to improve the rules of producing evidence, cross-examination of evidence and recognizing evidence and to materialize the process of court investigation and court debates. Secondly, it's required to revolutionize the criminal trial mode from the traditional type to the modern type, and from "the umbrella structure" to "the triangular structure". The criminal trial mode in China is characterized by both the inquisitorial system and the adversary system, whereas it's not as simple as the combination of both. It's influenced by several factors, such as the cultural traditions, the judicial system, the criminal policies, the resources status, etc.. On the accounts, the Chinese criminal trial mode shows some distinguishing features as mixture, transitivity and variability. The institutional paths, the legislative techniques as well as the law ruling environment will be taken into consideration when the decision is made. In conclusion, it's suggested that the principle of directness and verbalism ought to be established and the doctrine of the deportation of files ought to be preserved in China. Moreover, it's important to learn from the experience of the civil law countries, to detail the exceptions of the principle of directness and verbalism and to strengthen the legitimacy of the doctrine of the deportation of files.

**Keywords:** the materialization of the trial; trial modes; inquisitorial system; adversary system

(责任编辑:丁洁琳)

# 诱惑侦查及其合法性认定

## ——法国模式与借鉴意义

施鹏鹏\*

**摘要:**法国诱惑侦查最早起源于司法实践,主要用于打击毒品交易、淫媒以及扰乱市场经济秩序的一些犯罪。20世纪90年代,里昂海关官员涉讼案在法国政坛引起轩然大波,直接促成立法者表决通过诱惑侦查的正式法律,确立了诱惑侦查的程序框架。此后,新的立法尤其是2004年的贝尔本二号法律又对诱惑侦查制度进行了全面的改革,引发了对该侦查机制合法性规制的担忧。与其他国家相比,法国的诱惑侦查模式具有四大特质:较周密的判例设定、较审慎的适用原则、较独特的合法性认定标准以及较宽泛的法官裁量权。其中,严格限定诱惑侦查的适用范围以及“以客观标准为主、主观标准为辅”的合法性认定标准尤其值得中国学习。

**关键词:**诱惑侦查 合法性认定 法国模式 借鉴

### 一、导论:引发争议的两个案例

在刑事诉讼的相关理论研究中,诱惑侦查<sup>[1]</sup>无论在中国<sup>[2]</sup>还是在西方一直是极为热门的话题。<sup>[3]</sup>这种通过“诱导利害关系人犯罪”以获得相关证据的侦查手段在执法伦理上原本便受到极大的质疑。而公权力机构的“诱导”究竟是被告人犯罪行为的原因,还是仅提供了犯罪的机会,这是公认的世界性难题,迄今没有哪个国家可以给出一个供实务人员在司法实践中准确把握的、清晰的区分方案。不同国家在认定标准上也存在诸多差异。以新近美国与法国刑事司法合作的两个刑事案件为

\* “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教育部重点实验室教授,法学博士。

[1] 在法国,理论界和实务界并未严格区分“诱惑侦查”(la provocation policière)和“卧底侦查”(l'infiltration),主流教材将这两种侦查手段均称为“主动型侦查”,以区别于传统的“回应型侦查”。法国最高法院在处理涉及此类侦查手段的刑事案件时亦援引相同的法律条款(《法国刑事诉讼法典》第706-80条、第706-81条),作出类似的判决说理,参见 R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale* (tome 2), 5<sup>e</sup> édition, CUVAS, 2001, p. 198 et s.; 以及 Emmanuel Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, p. 282 et s.。在中国,多数学者认为这是两种既有区别又有联系的侦查手段,如龙宗智:《欺骗与刑事司法行为的道德界限》,载《法学研究》2002年第4期,第96-104页。本文依法国的通例进行阐释。

[2] 在CNKI检索中,直接涉及诱惑侦查、卧底侦查、特情侦查、秘密侦查、技术侦查等主题的学术论文有上千篇,学术专著十余部,比较有代表性的作品包括:熊秋红:《秘密侦查之法治化》,载《中外法学》2007年第2期,第141-160页;龙宗智:《诱惑侦查合法性问题探析》,载《人民司法》2000年第5期,第28-29页;孙长永:《侦查程序与人权——比较法考察》,中国方正出版社2000年;程雷:《诱惑侦查的程序控制》,载《法学研究》2015年第1期,第154-169页。我国台湾学者在此一领域亦著述颇丰,比较代表性的如林钰雄:《国家犯罪挑唆之认定与证明——评三则最高法院九十二年度之陷害教唆判决》,台湾《月旦法学杂志》2004年第111期,第207-234页。

[3] 加拿大学者 François Lareau 曾对诱惑侦查的代表性比较法文献作了汇总,约有上百篇文献,参见 [http://www.lareau-law.ca/entrapment2\\_.html](http://www.lareau-law.ca/entrapment2_.html) (访问日期:2015年3月25日)。

例,可以管窥两国在诱惑侦查合法性认定上的分歧:

(一)希瑞尔(Cyril X)变童癖案<sup>[4]</sup>

2004年3月11日,美国移民及海关总署(US Immigration and Customs Enforcement)告知法国司法警察总局,法国公民希瑞尔分别于2003年9月9日23时54分以及2003年9月10日凌晨2时07分登录某刊载未成年色情图片的网站,并下载大量图片。该网站事实上是由美国纽约警署变童癖信息犯罪部所创设及管理,主要对潜在的变童癖罪犯进行“钓鱼式”打击(harponnage)。法国警局随即启动预先侦查程序,并于2004年12月17日启动预审程序。2005年10月19日,法国警局对希瑞尔的住宅进行搜查,发现两个便携式电脑、一个CD-ROM、若干磁盘和U盘,经审查后发现里面储存有大量未成年人色情图片。检方遂以引入、持有以及传播未成年人色情图片的罪名对希瑞尔提起公诉。被告人Cyril对此一控诉持有异议,并向巴黎上诉法院预审庭提出上诉。2006年9月26日,巴黎上诉法院预审庭第二分庭作出维持公诉罪名的终局裁定。被告继续向最高法院提起撤销之诉。法国最高法院刑事庭于2007年2月7日作出终审判决,宣告美国移民及海关总署此前的诱惑侦查行为激起了被告人的犯意,违反了取证正当性原则以及损害了公正审判权,并撤销了巴黎上诉法院预审庭的裁定,移交凡尔赛上诉法院进行重新审理。法国最高法院在判决理由中仅对诱惑侦查的合法性界限进行了简单的描述:

“(巴黎上诉法院)原裁定认为,诱惑侦查事由不足以撤销整个诉讼程序,理由如下:

考虑到,法国司法机关无权判定美国警署在其领土内所实施的侦查行为无效;

考虑到,美国警署的调查构成证明犯罪行为的简单信息(simples renseignements),<sup>[5]</sup>依法转交法国司法机构,附于诉讼案卷,双方当事人均可对此展开辩论。法国警署据此进行侦查并发现犯罪嫌疑人以及收集证据……;

考虑到,警察的侦查发现了希瑞尔的电脑和磁盘……里面存储大量未成年人色情照片;

考虑到,程序中未有任何证据表明,有人唆使希瑞尔实施这些行为,网站及新闻组上所存在的色情图片并非促使其实施犯罪行为的侦查策略。这些网站是否由网民或者美国警署所设计并不重要。希瑞尔本身有犯罪动机,多次且长期访问这种类型的不同网站及论坛。因此,本程序并不违反取证正当性原则”;

“但被告方认为:

一方面,美国警署在国际互联网上直接设立色情网站、可供自由、免费浏览,这在法国视为诱惑侦查,且所提供的链接亦在法国领土内,应属于法国刑法的管辖范围;因此,巴黎上诉法院不能否认其管辖权,并拒绝审核该侦查手段是否与法国的公共秩序以及欧洲人权公约的公正程序条款是否兼容;

[4] Crim., 7 févr. 2007, n° 06 - 87.753, Bull. crim. n° 37, D. 2007. 1212, note J. - R. Demarchi; *AJ pénal* 2007. 233, obs. M. - E. C.; RSC 2007. 331, obs. R. Filniez; *ibid.* 560, obs. J. Francillon; *ibid.* 2008. 663, obs. J. Buisson; *Dr. pénal* 2007. Chron. 29, obs. A. Lepage; *Procédures* 2007, comm. 147, obs. J. Buisson; Crim., 4 juin 2008, n° 08 - 81.045, Bull. crim. n° 141, D. 2008. 1766, et les obs.; *AJ pénal* 2008. 425, obs. S. Lavric; RSC 2008. 621, obs. J. Francillon; *Dr. pénal* 2008. Chron. 10, obs. précitées A. Lepage; *Dr. pénal* 2009. Chron. 1, obs. D. Guérin - Adde; M. Quémener, « Réponses pénales face à la cyber-pornographie », *AJ pénal* 2009. 107 et s.

[5] 法国刑事诉讼奉行证据自由原则,任何证据形式均可进入刑事程序。只要不违反取证正当性原则,即便证据存有瑕疵,也可作为简单信息,裁判者在经对席辩论后决定是否采纳。关于证据自由原则的讨论,参见施鹏鹏:《刑事诉讼中的证据自由原则及其限制》,载《浙江社会科学》2010年第4期,第39-46页;关于简单信息的界定,参见施鹏鹏:《法国刑事诉讼证人作证制度研究》,载何家弘、刘品新编:《证据学论坛》,中国检察出版社2005年第10卷,第536-537页。

另一方面,可提供给任何人的、免费匿名接收或发送禁止图片的争议网站煽动每一位网民实施无法独立于网络链接本身的犯罪,若无此一链接则不会存在这些犯罪,这构成了法国法禁止的犯罪诱发,目的并非查找既定犯罪的证据。如果因访问该网站而被指控的网民此前未有实施犯罪行为的嫌疑,则情况尤甚;

故(原裁定)违反了《欧洲人权公约》第6条、第7条以及第8条、《人权宣言》第7条以及《法兰西第五共和国宪法》第66条、《刑法典》第113-2条、第121-7条以及第227-23条、《刑事诉讼法典》序言性条款、第591条以及第593条等关于取证正当性原则以及辩护权保护的相关规定;”

“本院(最高法院刑事庭)经审理后认为:

公权力机构实施诱惑侦查行为,包括外国公权力机构或通过其中间人在国外所实施的诱惑侦查行为,一旦损及取证正当性原则以及公正程序条款,则所获得的证据不可采。……在本案中,希瑞尔所拥有的若干电子信息储存媒体存有大量非法图片……这是美国公权力机构激起犯意的结果……后移交法国司法机构……违反了取证正当性原则,予以撤销”。

颇具戏剧性的是,案件结果并未因此出现回转,凡尔赛上诉法院极为罕见地作出判决,维持对被告人希瑞尔引入、持有以及传播未成年人色情图片的指控:

“考虑到,依卷宗的证据材料以及侦查人员所进行的查证……被告链接了由美国警署所运营的FTP服务器,并向其传送了年轻裸露女孩的照片,性器官清晰可见(卷宗材料D.27至D.31),被告人将这些图像存储于电脑的硬盘中;考虑到,被告人希瑞尔在第一次出庭讯问中宣称(卷宗材料D.109),有人向他推荐了这些照片,他才登录了美国警署所创设的FTP网站。但在警察的讯问中,他作出了不同的陈述,先是供称不记得警察所提及的网络链接及传输的图片(卷宗材料D.73),此后宣称有时和他人交换一些色情图片,但从未链接美国警署所管理的网站以及借此进行此类图片的交换(卷宗材料D.74.);……希瑞尔从未认为,向其论及该FTP网站的,是美国警署的官员;考虑到,依卷宗材料所证明的事实以及希瑞尔所承认的事实……可判定被告人自行链接了该网站,而未受到美国警察的推动,并向该网站发送其此前已持有的色情图片;考虑到,据此可以推断,希瑞尔此前在电脑硬盘中所持有的图片是非法的,因此,在链接美国警署所管理的网站前,他已实施了犯罪行为,网站仅是证明之前犯罪行为的存在;如果说侦查行为导致了被告人实施犯罪,则损害了取证正当性原则,但如果通过某一机制(即设立对既定犯罪进行诱惑侦查的网站)以揭示此前已实施或应进行追诉的犯罪,则不在此列;因此,在本案中,希瑞尔持有未成年人色情图片的犯罪事实要先于链接FTP网站以及被告人所辩称的受未知名第三人怂恿之前……美国警署所设立的网站并不会促使被告人犯罪,仅是发现先前已存在之犯罪事实的手段……因此,未损及公正程序权。”

法国最高法院刑事庭再次于2008年3月7日撤销凡尔赛上诉法院预审庭的裁定,理由同样是“在本案中,希瑞尔所拥有的若干电子信息储存媒体存有大量非法图片……这是美国公权力机构激起犯意的结果……后移交法国司法机构……违反了取证正当性原则,予以撤销”。

## (二)托玛斯(Thomas X)、弗洛里安(Florian Y)信用卡诈骗案

2010年6月,美国联邦调查局(FBI)设立了一个用于打击信用卡诈骗犯罪的诱惑侦查论坛,名为“信用卡获利论坛”(Carderprofit)。该论坛允许使用者讨论与信用卡欺诈相关的话题,以及买卖、交流与银行卡欺诈相关的财产和服务。美国联邦调查局利用这一论坛监视和记录论坛在线讨论的内容以

及注册用户通过该论坛所发布的信息,并可记录相关用户的IP,以进行犯罪预防和精确打击。依美国联邦调查局在2012年6月26日新闻通报会所发布的消息,唯有精通信用卡技术,并在其他网站上显示出对信用卡技术以及非法使用互联网一定兴趣的网民,方可受邀请并在该论坛上注册。

2012年2月20日,法国反信息及通讯技术犯罪总部(l'office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication)收到来自美国纽约联邦调查局的相关信息,指称法国公民托玛斯涉嫌在互联网上使用假名非法交易信用卡密码。法国侦查人员随即在图卢兹对托玛斯的住宅进行了搜查,收集的若干证据可证明托玛斯利用银行卡在互联网上实施诈骗行为。侦查人员还在诈骗的技术方案中发现另一犯罪嫌疑人弗洛里安。最终,两名被告人被控非法入侵及持有自动化信息处理系统、非法修改数据、有组织地进行诈骗以及组建犯罪团伙等罪名。被告人不服,向巴黎上诉法院预审庭提出上诉,要求撤销指控,败诉后又依同一事由向最高法院刑事庭提起撤销之诉。

最高法院刑事庭于2014年4月30日驳回了被告人的诉讼请求,全案判决理由摘录如下:<sup>[6]</sup>

“(巴黎上诉法院)原裁定认为,诱惑侦查事由不足以撤销整个诉讼程序,理由如下:

考虑到,美国联邦调查局所创设的论坛……仅限于精通信用卡技术的网民,如托玛斯、弗洛里安先生,他们在其他网站上显示出对信用卡技术或非法使用互联网一定的兴趣;托玛斯先生指称受某网民邀请方注册‘信用卡获利论坛’,但该网民系其在某信息专门网站上所结识,未有其他信息,不排除是他本人在其他信用卡网站上所结识。托玛斯承认时常浏览其他信用卡论坛和网站;弗洛里安指称,在信用卡网站‘超级信用卡’(Carder Pro)中与托玛斯认识;未能查实两位受审查者的犯罪行为系美国联邦调查局通过钓鱼网站而确定,该论坛仅能监视、记录用户相互交流信息以及查明用户IP地址。……没有证据表明,这一讨论信用卡技术的网站会促使用户从咨询信息转至实施诈骗行为。”

“但被告人托玛斯认为:

1. 如果先前未有证据证明存在犯罪嫌疑,则警员诱发犯罪的行为违反了取证正当性原则以及侵害了公正程序权;取证手段的不正当将使所获得的证据在法庭上不可用……;

2. ……预审庭仅是指出,受审查者先前对银行卡业务存在兴趣,但这并不能证明其在‘信用卡获利论坛’设立前便已有犯罪行为……;

3. ……受审查者辩称其受到美国联邦调查局卧底人员的邀请方加入‘信用卡获利论坛’,并通过这一论坛获得相关信息以实施推定为犯罪的活动,预审庭对此未予以回应……;

4. ……预审庭有义务确认诱惑侦查并非所有起诉罪名的决定性因素;预审庭并未查明,受审查者被发现的指控事实是否并非仅由美国警署诱惑侦查以及通过这一侦查所获得的、移交法国警方的信息所致。在此一方面,预审庭理由不充分;

而被告人弗洛里安则认为:

1. ……美国联邦调查局所创设的‘信用卡获利论坛’促成了被告人实施所被指控的犯罪行为,使知识相互补充的数人可集体进行银行卡诈骗……;

2. ……在本案件中,美国联邦调查局设立了‘信用卡获利论坛’,允许用户在该论坛讨论与信用卡诈骗相关的话题并买卖、交流与银行卡诈骗相关的财产和服务。因此,‘信用卡获

[6] 法国最高法院刑事庭对托玛斯和弗洛里安的撤销之诉申请分别阐明理由,论据及逻辑基本相同,这里基于篇幅考虑,作综合处理。

利论坛’(的功能)并不限于方便取证,而是让网民相互联系,单独的网民没有能力实施与银行卡相关的信息犯罪;因此,美国联邦调查局诱导了犯罪的发生,并将结果送至法国公权力机关……;

据此,两位被告人均认为,相关侦查行为违反了《欧洲人权公约》第6条第1项、《法国刑事诉讼法典》序言篇、第75条、第171条、第591条以及第593条之规定,指控应予以撤销。”

“本院(最高法院刑事庭)经审理后认为:

……考虑到,被告人在此前便已在其他网站上显示了对银行卡诈骗技术以及如何通过使用互联网达致此一目的的兴趣……网站(‘信用卡获利论坛’)仅是为了查找实施银行卡诈骗的证据以及发现犯罪行为实施者,没有任何证据表明,这一网站会促使用户从咨询信息转至实施诈骗行为。

考虑到,前述事实可证明,美国联邦调查局没有实施可导致犯罪行为的诱惑侦查,原裁定程序合法、认定准确,驳回被告撤销之诉。”

对于前述两个判例,法国学术界的反应不一。对于第一个判例,学术界普遍持赞同态度,因为这符合法国传统上对诱惑侦查合法性的界定标准,即如果诱惑侦查的目的仅是为了发现犯罪证据,则为合法,但如果诱惑侦查旨在唆使实施犯罪行为,则为非法。<sup>[7]</sup> 但这一区分标准在实务中很难准确把握。<sup>[8]</sup> 而且在希瑞尔变童癖案中,最高法院刑事庭一方面认为,凡尔赛上诉法院所提出的“希瑞尔持有未成年人色情图片的犯罪事实要先于链接FTP网站以及被告人所辩称的受未知名第三人怂恿之前”并不必然推导出“美国警署所设立的网站并不会促使被告人犯罪,而仅是发现先前已存在之犯罪事实的手段”,另一方面又多次重申,庭审法官应致力于查明“是否存在先前的证据,可证实存在应追诉的犯罪嫌疑”,但究竟怎样性质的“先前证据”可证明“应追诉的犯罪嫌疑”,最高法院刑事庭语焉不详。<sup>[9]</sup> 对于第二个判例,学术界便存在相当的争议。例如,学者孔布尔(Combles)便认为,最高法院在诱惑侦查的认定标准上出现了转向:从证实之前存在“犯罪嫌疑”转向存在“(实施犯罪行为的)兴趣”。<sup>[10]</sup> 也有学者认为,最高法院的判决在法律和事实上均有充分依据,托玛斯、弗洛里安信用卡诈骗案与希瑞尔变童癖案有根本的不同,前者所设立的论坛仅是为了“监督和记录在线的讨论信息并通过IP地址甄别信息的粘贴者”,而且本案“并非以美国联邦调查局所提供的信息来查明被告人此前所实施的犯罪,而是通过法国警方在法国境内所进行的搜查予以证实。因此,相关人员在论坛上所交换的信息仅是银行卡诈骗再次实施的证据”。<sup>[11]</sup>

由此可见,在法国,无论之于学说还是之于判例,诱惑侦查的合法性界限均存在相当的模糊地带。尤其是随着网络技术的发展,诱惑侦查出现了一些新的形式,提出了诸多新的命题和挑战,不少问题

[7] V. not. P. Maistre du Chambon, «La régularité des provocations policières ; l'évolution de la jurisprudence», *JCP* 1989. I. 3422 ; E. Vergès, «Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale», *AJ pénal* 2006. 354; H. Vlamynck, «La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière», *AJ pénal* 2014. 325 ; P. Bonfils et J. Lasserre Capdeville, «Tentative de clarification de la preuve en matière pénale», in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, dir. V. Malabat, B. De Lamy, M. Giacobelli, éd. Dalloz, 2009, p. 247 s., spéc. n° 15; A. Lepage, «Provocation sur Internet. La distinction entre provocation à la preuve et provocation à la commission d'une infraction à l'épreuve d'Internet», note préc., in *CCE* 2014. 73; La preuve in *Rapport annuel de la Cour de cassation, La documentation française*, 2013.

[8] Obs. P. de Combles de Nayves, *AJ pénal* 2014. 374.

[9] Obs. J. Francillon. *RSC*, 2008, 621 et s (spéc. p. 623).

[10] Obs. P. de Combles de Nayves, *AJ pénal* 2014. 374.

[11] Jacques Francillon, «Cyberdélinquance et provocations policières», in *RSC* 2014, p. 577 et s.

具有普遍性,这均值得理论界和实务界共同关注。中国在2012年的刑事诉讼法修改中新设了“技术侦查措施”,对“卧底侦查”、“控制下交付”等进行了较为粗疏的规定(第151条)。<sup>[12]</sup>但无论从制度规范,还是从学理解释,或者从实践运行等诸方面研判,中国的“诱惑侦查”制度仍亟待完善。本文将着力研究法国诱惑侦查制度的确立、发展、合法性界定、程序控制等核心命题,提炼法国模式的精髓,并对时下中国诱惑侦查制度的改革走向提出进一步的对策性建议。

## 二、法国诱惑侦查制度的确立及发展

在法国,诱惑侦查最早起源于司法实践,主要用于打击毒品交易、淫媒以及扰乱市场经济秩序的一些犯罪(二战前)。<sup>[13]</sup>因未有明确的成文法,对此一侦查手段的合法性规制主要通过最高法院刑事庭的判例。事实上,在将诱惑侦查正式写入法律前,法国最高法院刑事庭已形成一系列较为成熟的判例,判例所秉承的主导思想一直影响至今。<sup>[14]</sup>20世纪90年代,里昂海关官员涉讼案在法国政坛引起轩然大波,直接促成立法者表决通过诱惑侦查的正式法律,颇具戏剧色彩。但认真研判该制度的确立背景,欧盟一体化、国际社会在打击毒品犯罪领域的通力合作以及美国的成功经验均是该制度得以迅速确立的重要因素。随着犯罪形态的复杂化、多样化和国际化,尤其是有组织犯罪的兴起,诱惑侦查制度在内容上得到极大的扩充。其中,新的立法尤其是2004年的贝尔本二号法律对诱惑侦查制度进行了全面的改革,也进一步引发了对该侦查机制合法性规制的担忧。

### (一) 导火索:里昂海关官员涉讼案

1991年2月至4月,法国国家海关搜查与调查局(DNRED; la Direction nationale des Recherches et Enquêtes douanières)里昂分局的多名海关高级官员通过伪装身份与毒贩交易毒品,以此搜集、固定罪证,打击日益猖獗的边境毒品交易活动。但在行动中,这些高级官员为司法警察所抓捕,并随后在里昂轻罪法庭被预审法官裁定予以羁押及提起公诉,原因是当时的法国法并未允许海关官员采取所谓的“控制下交付”以进行案件侦查。<sup>[15]</sup>

案件随即在法国海关系统内引发强力反弹,海关总署及财政部<sup>[16]</sup>接连向司法部<sup>[17]</sup>施压,要求立即释放涉案官员,国会议会及上议院<sup>[18]</sup>亦介入其中,并表态支持海关系统。为尽快解决事态,时任的司法部部长亨利·纳内(Henri Nallet)提议设立联合工作组,商讨妥善的解决方案,工作组由海关总署领导。1991年4月中旬至5月中旬,工作组举行了三次会议,建议分两阶段进行立法:第一阶段立即

[12] 《中华人民共和国刑事诉讼法》第151条第1款规定,“为了查明案情,在必要的时候,经公安机关负责人决定,可以由有关人员隐匿其身份实施侦查。但是,不得诱使他人犯罪,不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法”;第2款规定,“对涉及给付毒品等违禁品或者财物的犯罪活动,公安机关根据侦查犯罪的需要,可以依照规定实施控制下交付”。

[13] Patrick Maître Du Chambon, «La régularité des provocations policières: l'évolution de la jurisprudence», in *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 51, 27 Décembre 1989, I 3422.

[14] 这也是为何法国诱惑侦查制度虽正式确立于20世纪90年代,但学术著述所援引的判例绝大部分在此之前,下文有详述。

[15] Robert Belleret, «Au tribunal correctionnel de Lyon, le dérapage douanier de l'Opération Gisèle», in *Le Monde*, 7 octobre 1992. 其中一名涉事负责人冉·皮埃尔·卡泽(Jean-Pierre Cazé)最近还将亲身经历出版成书,参见Jean-Pierre Cazé, «Un douanier sous couverture. L'infiltration des filières de drogue», Paris, *Le Manuscrit*, 2007.

[16] 在法国,海关系统属财政部管辖。

[17] 在法国,司法部部长是检察系统的首脑,有权要求检察官对个案提起公诉,也可向有管辖权的法院提出部长认为适当的书面要求(参见法国《司法官身份法》第5条以及法国《刑事诉讼法典》第30条的规定)。

[18] Questions écrites du député RPR du Nord, Claude Dhinnin (Assemblée nationale, 25 mars 1991) et du sénateur RI des Vosges, Albert Voilquin (Sénat, 11 avril 1991, 14694).

发布行政通令,设定“诱惑侦查”的司法框架,并赋予检察机关对“诱惑侦查”的监督权;第二阶段表决通过法律,为“诱惑侦查”提供正当的法律依据。整个立法进程非常迅速:1991年6月19日,法国便出台行政通令,对“诱惑侦查”的法律框架作了初步设定。与此同时,工作组草拟了“诱惑侦查”的立法文本,6月初与国家警察总局及国家宪兵队进行商谈,7月初将最终的法律文本交给最高行政法院。8月初,部长理事会通过了该立法文本。12月19日,议会两院依紧急程序(仅作一读)表决通过了《关于加强打击毒品交易犯罪的法律》(la loi n° 91 - 1264 du 19 décembre 1991 «relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants»,以下简称《1991年法律》),正式确立了“诱惑侦查”制度,并赦免了对相关海关官员的指控。各部门在1992年出台了该法律的相关适用细则。整个立法进程持续了近18个月,期间换了三届政府,但几乎未受到很大的阻力,这很大程度上是因为涉案海关官员仍在羁押之中。

## (二)宏观背景

尽管诱惑侦查制度的正式确立系里昂海关官员涉涉案直接推动的结果,但制度外的宏观背景因素仍为该制度的正式立法提供了必要的参考模版及正当性依据,尤其是美国经验、欧盟一体化以及国际刑事合作。

### 1. 美国经验

美国是世界上最早使用现代诱惑侦查手段的国家。早在20世纪20年代的禁酒时期,美国警察便时常假扮游客购酒,以打击活跃于地下市场的酒贩子。<sup>[19]</sup>二战后,美国的毒品管理局(Drug Enforcement Administration)频繁使用“控制下交付”以打击毒品交易,并在20世纪70年代至80年代输出其他国家,获得国际社会相当程度的认可。法国在20世纪60年代便与美国在打击跨境毒品交易犯罪中有过紧密的合作。创设于1933年并在1953年进行深层改革的“打击非法交易毒品中央办公室”(OCRTIS;L'Office central pour la répression du trafic illicite de stupéfiants)<sup>[20]</sup>便是类似于美国毒品管理局的机构设置,主要负责在毒品犯罪领域进行信息收集,“协调警署与宪兵队的调查”,以高效打击法国境内外的毒品犯罪。据法国学者勒内·莱维(René Lévy)考证,“打击非法交易毒品中央办公室”与美国麻醉药物和危险药物管理局(BNDD; Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs,美国缉毒局的前身)及美国缉毒局均有过密切的侦查合作,包括实施控制下交付。而在法国国内的司法实践中,“打击非法交易毒品中央办公室”也秘密使用诱惑侦查,且大多未受检察机关的监督。<sup>[21]</sup>美国“毒品政策联盟”(Drug Policy Alliance)的首席执行官纳德尔曼(Ethan Nadelmann)认为,欧洲国家亦面临类似的毒品交易犯罪,因此即便没有美国毒品管理局的模版,也会设立类似的机构,并确立类似的侦查机制。<sup>[22]</sup>在前述《1991年法律》的起草过程中,法国工作组在相关的立法材料中对美国经验作了一定

[19] 研究美国诱惑侦查发展史的著述较多,比较典型的如 Gary T. Marx, *Undercover: Police surveillance in America*, 70 (4) *Social Science Quarterly* 1004 - 1005 (1989); 程雷:《秘密侦查在西方国家的兴起》,载《国家检察官学院学报》2009年第1期,第148 - 155页。

[20] 打击非法交易毒品中央办公室为1933年11月21日的法令所创设,并为1953年8月3日的法令所修改。与打击伪造货币办公室(创设于1929年)以及打击非法交易人口办公室(创设于1958年)相同,打击非法交易毒品中央办公室隶属于司法警察总局,除负责打击毒品犯罪外,还负责进行“信息汇总”以及“协调警局与宪兵队的调查”,后两者原则上义务立即将属于其管辖权限的案件向中央办公室告知。

[21] René Lévy, « Quand les ministères s' affrontent sur les pouvoirs de police », in *Revue française de science politique*, 2008/4 (Vol. 58), Éditeur Presses de Sciences Po (P. F. N. S. P.), p. 569 et s.

[22] Ethan A. Nadelmann, *Cops Across Borders: The Internationalization of U. S. Criminal Law Enforcement* 247 (The Pennsylvania State University Press 1993).

的介绍,尽管稍显粗浅,但美国毒品管理局在打击毒品犯罪领域的经验对法国诱惑侦查的立法显然有相当的借鉴作用。

## 2. 欧盟一体化

自20世纪80年代起,欧盟一体化的进程开始提速,申根既有规范(1' *acquis de Schengen*)的签订是重要里程碑。申根既有规范是以废除欧盟内部边界控制及强化欧盟外部边界安全审查的一系列措施的总称,由《申根协定》、《关于适用申根协定的条约》及其他一系列规范性文件所组成。依欧盟一体化的基本精神,申根既有规范旨在废除欧盟内部的边界控制,保障欧盟领土内人员的自由流动。例如在协定签字国之间不再对公民进行边境检查;外国人一旦获准进入申根空间内,即可在协定签字国领土上自由通行等等。正如《申根协定》序言所规定的,“欧共体成员国公民之间的关系不断密切,这必须反映为各成员国居民可在欧共体内自由流动,商品及服务可自由流通……”。但其内容又不仅仅局限于此,因为“申根空间内的自由通行在为合法公民提供便利的同时,亦为违法犯罪分子提供便利,这就要求各成员国强化在刑事领域的司法合作”<sup>[23]</sup>。因此,欧盟各成员国在刑事领域的警务合作成为申根既有规范的另一重要内容。同样以《申根协定》为例。《申根协定》第8条规定,“各成员国应制订相关的合作细则,以强化警务合作,弥补公共秩序及国家安全方面的隐患”;第9条规定,“各方应加强海关及警察机构之间的合作,尤其是在打击犯罪方面的合作,如非法交易毒品及武器罪、非法入境及定居罪、税收及海关欺诈罪以及走私罪等。基于此一目的及在尊重各成员国国内法的前提下,各方应加强信息交流”;第18条规定,“各成员国有义务在其领土内积极打击非法交易毒品罪,并在此一领域内有效协调其行动”<sup>[24]</sup>。

受此影响,法国海关必须重新思考打击毒品犯罪的策略及手段,“采用更加灵活、更有选择性的姿态,立足相关的信息以及进行风险分析”<sup>[25]</sup>。法国刑事案件与特赦局(*la Direction des Affaires criminelles et des Grâces*)<sup>[26]</sup>在论及自1989年3月起司法部与财政部进行协商的基本情况时写到,“为了提供与欧洲同行合作的司法手段,财政部希望法律赋予‘某些海关官员’司法警官的资格,因为‘最有效率的海关’(尤其是德国和英国)均拥有这一类型的司法资格”<sup>[27]</sup>。海关总署则认为,“应强化海关人员依委托调查所可采取的侦查手段……可解决未来因欧盟内部边界消失以及交易自由化所带来的海关监管手段弱化问题”<sup>[28]</sup>。可见,法国财政部及海关总署均希望立法者可赋予海关更强大的侦查权,尤其是对毒品犯罪进行诱惑侦查的权力。

## 3. 国际刑事合作

在国际范围内,20世纪80年代末以及90年代初是毒品以及其他延伸犯罪(如洗钱罪)的政治、外交以及行政动荡期。<sup>[29]</sup>为应对此一境况,1988年12月19日,联合国在奥地利维也纳通过了《禁止非

[23] Serge DE BIOLLEY, «Le développement historique du droit pénal de l' étape. Les débuts: *acquis de Schengen*», in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2006, 1-2, 77, p. 24.

[24] 参见施鹏鹏:《欧盟的警务合作及其批判性思考——以申根既有规范为分析蓝本》,载于浩编:《人大法律评论》2015年卷第2辑,法律出版社2015年版,第247-259页。

[25] *Bulletin Quotidien*, 7 juin 1991, p. 7-8.

[26] 法国司法部的下属机构,负责采集信息,并监督法国刑事司法的运作状况。

[27] DACG/SDLC, no 1468-19/1, Note no 1468-17 du directeur des Affaires criminelles et des grâces au Garde des Sceaux et au ministre délégué auprès du Garde des Sceaux, 18 février 1991.

[28] *Op. cit.*

[29] René Lévy, «Quand les ministères s' affrontent sur les pouvoirs de police», in *Revue française de science politique*, 2008/4 (Vol. 58, Éditeur Presses de Sciences Po (P. F. N. S. P. ), p. 569 et s.

法贩运麻醉药品和精神药物公约》(简称《维也纳公约》)。《维也纳公约》第11条规定了“控制下交付”,即“1. 在其国内法律制度基本原则允许的情况下,缔约国应在可能的范围内采取必要措施,根据相互达成的协定或安排,在国际一级适当使用控制下交付,以便查明涉及按第三条第1款确定的犯罪的人,并对之采取法律行动;2. 使用控制下交付的决定应在逐案基础上作出,并可在必要时考虑财务安排和关于由有关缔约国行使管辖权的谅解;3. 在有关缔约国同意下,可以拦截已同意对之实行控制下交付的非法交运货物,并允许将麻醉药品或精神药物原封不动地继续运送或在将其完全或部分取出或替代后继续运送”。法国在1990年7月便围绕是否批准《维也纳公约》展开过争论,而前述第11条便是《1991年法律》的国际法依据。尽管法国议会两院报告者在论及“控制下交付”的立法必要性时并未直接援引《维也纳公约》(甚至也未论及《申根协定》),但无论理论界还是实务界在涉及此一命题时均不可避免地援引国际或区域经验,而这种间接影响虽非“决定性的”,但也是“必要的补充”。<sup>[30]</sup>

### (三) 部门利益与立法争议

一如前述,里昂海关官员涉讼案发生后,法国海关总署希望法律赋予部分海关高级官员进行“诱惑侦查”的权力。而此前,《海关法典》(Code des douanes)已赋予海关官员极大的侦查权:海关官员有权检查商品和行李;有权进行商品或财产的扣押;有要求通报第三者或其他行政部门所持有的文件;有权扣留个人;有权佩戴武器。因此,海关官员所享有的侦查权与司法警察及宪兵队基本类似,而最大的区别则在于前者实施类似侦查行为时无须接受司法审查,法律甚至赋予海关查证笔录更高的证明力。海关总署还希望扩大案件的管辖范围:由传统的“海关诈骗”案件(fraude douanière)扩及所有可能与“海关诈骗”相关联的刑事案件。而依传统做法,海关总署仅负责“海关诈骗”部分,其余则应转交司法警察或宪兵队。

国家警察总署(司法警察的直属机构)以及国防部(宪兵队的直属机构)亦有各自的部门利益考量:一方面,他们希望借此次立法改革扩大各自部门的侦查权,正式确立司法警察及宪兵队在特殊类型刑事案件中进行诱惑侦查的权力;另一方面,他们又不赞同对海关进行扩权,认为这将使海关成为完全独立的侦查部门,几乎不受任何约束(尤其是不受司法审查),容易造成滥权。

因事态紧急,各方虽立场严重对立,但迫于外界的压力,协商的进程并不如想象中的复杂。刑事案件与特赦局居中斡旋,提出了折衷方案,即将海关官员分类,一类是享有类似司法警官权力的海关官员(douaniers - OPJ),另一类则是不享有该权力的普通海关官员。有侦查权资格的海关官员在行使侦查权时应遵守《刑事诉讼法典》的一般规定,接受检察院的领导和监督。司法警官和宪兵队在特定类型的刑事案件中亦享有诱惑侦查的权力。

### (四) 立法发展:2004年3月9日的贝尔本二号法律

在各方部门利益的角力下,《1991年法律》确立了法国诱惑侦查制度的基本框架,司法警官、宪兵队以及具有专门资格的海关官员有权对毒品交易犯罪进行“监视下交付”或“控制下交付”,且需接受共和国检察官的监督(《刑事诉讼法典》原706-82条)。因适用范围较窄,且受到诸多限制,诱惑侦查至今仅适用过一百余次,且多数引发争议。而2004年3月9日所颁布的贝尔本二号法律(la loi dite Perben II,全称为《使司法适应犯罪发展的法律》:la loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité)极大地扩大了诱惑侦查的适用范围,围绕该侦查手段合法性规制的争议进一步发酵。

[30] René Lévy, *op. cit.* p. 569 et s.

贝尔本二号法律在诱惑侦查制度方面所作的改革主要包括:其一,扩大适用范围。依贝尔本二号法律之规定,诱惑侦查适用于《刑事诉讼法典》第706-73条所规定之各种有组织犯罪的侦查程序,包括现行犯侦查程序、预先侦查程序以及预审法官的委托调查程序。其二,明确授权机关及审批程序。在现行犯侦查程序及预先侦查程序中,诱惑侦查须由共和国检察官授权,而在委托调查程序中则由预审法官授权。授权书必须以书面形式,且详细载明理由,并附负责协调此一卧底行动的司法警官的报告。但报告仅载明该司法警官的身份,而不涉及卧底人员。卧底授权书还应写明卧底的期限。依《刑事诉讼法典》新的第706-83条之规定,该期限原则上不超过四个月,但可延长,期限延长亦适用原先的授权程序。诱惑侦查结束后,授权书归入诉讼卷宗。其三,明确实施细则。卧底人员必须是具备法令所规定之能力的司法警员或警官,或者是《刑事诉讼法典》第695-2条及第695-3条所规定的共同调查组中的外国警员。卧底人员在履行职责时可使用的各种策略或手段受到法律的严格限定,主要包括:使用虚假身份;取得、持有、运输、提交因实行犯罪而获得的或用于实行犯罪的物质(包括毒品)、财产、所得、文件或信息;使用或向实施犯罪的人提供具有法律、金融性质的手段以及运输、储存、住宿(《刑事诉讼法典》原第706-82条未作规定)、保存和通信手段。卧底行动受共和国检察官或预审法官的监督;其四,明确卧底人员保护制度。包括身份保密,任何法律文书包括授权书不得提及卧底人员的身份。卧底警察须以证人身份作证的,可采用特殊的技术如远程作证技术、图象或声音处理技术以保护身份不被识别;刑事豁免,卧底人员在履行职责过程中实施法律所允许之行为的,不受刑事追诉。他人协助卧底人员履行职责的,亦享有同等的刑事豁免权。

尽管法国实务部门在实施诱惑侦查时奉行“无可替代”原则,即仅当其他侦查手段无法替代的情况下方可予以适用,但贝尔本二号法律所作的权力扩充还是引发了诸多担忧。最高法院刑事庭多次以判例的形式审慎地阐释诱惑侦查所应奉行的“取证正当性”限制,但如导论中的两个案例所示,“先前存在犯罪嫌疑”、“以取证而非激起犯意为目的”等标准在具体的实践操作中很难准确厘清。

### 三、法国诱惑侦查的制度框架及其合法性界定

#### (一) 制度框架

依侦查人员介入程度的不同,《1991年法律》将诱惑侦查分为两种:监视下交付(*la livraison surveillée*)和控制下交付(*la livraison contrôlée*)。依《刑事诉讼法典》的规定,“监视下交付”指“在全国范围内对存在一项或数项合理理由、怀疑实施第706-73条或第706-74条所规定之重罪及轻罪的个人进行监视,或者对源自犯罪或用于实施犯罪的物品、财产或所得的去向或运输进行监视”(第706-80条);而“控制下交付”则指“对于在全国范围内对存在一项或数项合理理由、怀疑实施第706-73条所规定之重罪及轻罪,获专门授权的司法警员或司法警官,在负责行动协调的司法警官负责下,通过假扮共犯、从犯或窝藏犯以监视涉嫌实施前述重罪或轻罪的犯罪嫌疑人”(第706-81条)。这种区分一直延续至今。<sup>[31]</sup>结合法典及适用通令的规定,我们可简要地将法国诱惑侦查的制度框架分解如下:

#### 1. 适用对象

“监视下交付”和“控制下交付”均适用于:(1)《刑法典》第221-4条第8项所规定的有组织团伙

[31] 也有法国学者认为,区分这两种侦查方式毫无必要,可能是对国际条约及域外经验的误读。参见 René Lévy, *op. cit.* p. 569 et s.

实施的故意杀人罪；(2)《刑法典》第 222 - 4 条所规定的有组织团伙实施的酷刑罪以及残虐行为罪；(3)《刑法典》第 222 - 34 条至第 222 - 40 条所规定的毒品交易罪；(4)《刑法典》第 224 - 5 - 2 条所规定的有组织团伙实施的绑架及非法拘禁罪；(5)《刑法典》第 225 - 4 - 2 条至第 225 - 4 - 7 条所规定的具有严重情节的贩卖人口轻罪或重罪；(6)《刑法典》第 225 - 7 条至第 225 - 12 条所规定的具有严重情节的淫媒轻罪或重罪；(7)《刑法典》第 311 - 9 条所规定的有组织团伙实施的盗窃罪；(8)《刑法典》第 312 - 6 条以及第 312 - 7 条所规定的具有严重情节的勒索罪；(9)《刑法典》第 322 - 8 条所规定的有组织团伙实施的破坏、损害或毁损财产罪；(10)《刑法典》第 442 - 1 条及第 442 - 2 条所规定的伪造货币罪；(11)《刑法典》第 421 - 1 条至第 421 - 5 条所规定的恐怖行为罪；(12)1871 年 6 月 19 日法律（该法律废除了 1870 年 9 月 4 日《关于制造军火的法令》）第 3 条，1939 年 4 月 18 日《关于战争材料、武器以及军火弹药法令》第 24 条、第 26 条、第 31 条以及《防卫法典》第 L2353 - 1 条、第 L2253 - 5 条、第 L2253 - 6 条、第 L2253 - 7 条、第 L2253 - 8 条以及第 L2341 - 4 条所规定的有组织团伙实施的军火方面的犯罪；(13)1945 年 11 月 2 日第 45 - 2658 号关于外国人准入及定居法国的裁定第 21 条第 1 款第 4 项所规定的有组织团伙实施的协助外国人非法入境、非法流动以及非法定居的犯罪；(14)《刑法典》第 324 - 1 条、第 324 - 2 条所规定的洗钱罪以及该法典第 321 - 1 条、第 321 - 2 条所规定的窝藏来自上述十三项犯罪的产品、财产所得以及物件的犯罪；(15)《刑法典》第 450 - 1 条所规定的旨在准备上述 14 种犯罪之一的黑社会组织罪”。“监视下交付”还适用于《刑法典》第 450 - 1 条第 2 款所规定的黑社会组织罪”。

## 2. 适用条件

一方面是实体要件。无论“监视下交付”，还是“控制下交付”，侦查人员在使用此类侦查手段时均应“存在一项或数项合理的理由，可证明存在犯罪嫌疑”。但何为“合理的理由”，这是诱惑侦查合法性认定中最核心的争议问题。最高法院刑事庭尝试通过一系列判例对“合理证明存在犯罪嫌疑”进行厘清，<sup>[32]</sup>并据此区分了“以取证为目的”的诱惑侦查（合法）及“以激起犯意为目的”的诱惑侦查（非法）。但如引论所述，判例仍留下诸多疑问，以至于有比较法学者甚至断言，“（与比利时、荷兰相比）法国各级法院从未尝试确立诱惑侦查的合法性标准”。<sup>[33]</sup>

另一方面是程序要件。“监视下交付”应事先通报共和国检察官，并接受后者的监督。而“控制下交付”则应由共和国检察或预审法官进行书面批准（附批准理由及侦查期限），且接受后两者的监督。

## 3. 侦查方式

“监视下交付”，侦查人员既可对犯罪嫌疑人的行动进行实时秘密监控，也可对源自犯罪或用于实施犯罪的物品、财产或所得的去向或运输进行实时秘密监控。而“控制下交付”，依《刑事诉讼法典》第 706 - 82 条之规定，经授权实施“控制下交付”的司法警官或司法警员可在全国范围内实施如下行为而不负刑事责任：“（1）取得、持有、运输、移送或交付源自犯罪或用于实施犯罪的物品、财产、所得、文件或信息；（2）使用或向实施犯罪的人提供具有法律或金融性质的手段，以及运输、寄存、居住、储藏及通讯手段”。

## 4. 保护措施

卧底侦查人员按法律规定实施诱惑侦查的，免受刑事追责。在诉讼的任何阶段均不得泄露以假

[32] Patrick Maistre Du Chambon, *op. cit.*

[33] Christian De Valkeneer, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale : Analyse en droits belges et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais*, Bruxelles : Larcier, 2000, p. 325.

身份实施卧底侦查的司法警员或司法警官的真实身份(《刑事诉讼法典》第706-84条)。卧底人员在后续的庭审中可进行匿名作证(《刑事诉讼法典》第706-86条)。

## (二) 诱惑侦查的合法性界定

诱惑侦查的正当性一直备受争议。<sup>[34]</sup>早在《1991年法律》颁布前,法国最高法院刑事庭便已形成一系列判例,其中不乏有重大转向。《1991年法律》则基本沿袭了判例的指导理念,更多将诱惑侦查的合法性判断交给法官。因此,在法国,诱惑侦查的合法性界限,主要由判例予以确定。

### 1. 第一阶段:以对被告人的精神强制力为标准

一开始,法国最高法院尝试以“诱惑侦查对被告人精神的强制力程度”为标准来进行合法性判断:如果侦查人员所采取诱惑侦查手段强度极大、足以摧毁被告人的自由意志,则构成刑事免责事由;<sup>[35]</sup>相反,如果侦查人员所采取的诱惑侦查手段并不足以影响被告人的自由判断,则诱惑侦查手段为合法,应追究被告人的刑事责任。法国学术界将前者称为“特殊的诱惑侦查”(les provocations caractérisées),而后者则称为“普通的诱惑侦查”(les provocations simples)。

因此,侦查手段强制力度的判断便成为法院对敏感个案进行判决说理的难点。在司法实践中,如果侦查人员仅是隐匿身份,未通过精心设计的场景促使被告人实施犯罪行为,则构成“普通的诱惑侦查”。相反,如果侦查人员的介入“采取附特殊压力的手段,通过不断重复或精心设计的有效场景,以对利害关系人施加决定性的压力,则为精神强制,应免于各种刑事追责”。<sup>[36]</sup>例如,“如果警察藏身于某建筑物之后或者相邻建筑物之中,仅是为了确认腐败犯罪(在犯罪行为实施时),或者警察通过与毒品交易的犯罪嫌疑人进行对话来查证犯罪,则不构成不当侦查手段,因为侦查人员并未给犯罪嫌疑人施加压力(或者诱导)导致其实施犯罪行为。……犯罪嫌疑人实施犯罪行为的意志依然是完全自由的。陷阱并不是犯罪的原因,即便未设有陷阱犯罪嫌疑人亦会实施此一犯罪。相反,如果警察在犯罪行为发生过程中表现得积极主动并使用各种策略、压力,影响了犯罪嫌疑人的自由意志,则显然程序无效。在此一情况下,警察便是共犯意义上的教唆者,可能和犯罪嫌疑人一起被提起诉讼。这种类型的诱惑侦查在二战及之后的几年时间内被频繁适用,尤其是在黑市犯罪、生活必需品供给犯罪以及腐败犯罪的案件中。……庭审法官通常会对这种侦查方式表示谴责,并据此作出幅度极大的‘减刑’。……庭审法官甚至会以受到精神强制、缺乏犯罪主观要件为由宣告被告人无罪释放”。<sup>[37]</sup>

这一区分标准一直适用至20世纪80年代,<sup>[38]</sup>但面临诸多质疑。一方面,在司法实践中,犯罪嫌疑人实施犯罪的动机往往复杂综合,既有受到侦查人员“诱惑”的因素,也有谋取自身非法利益的因素。甄别何种因素更占据主导地位,显然并不容易;另一方面,随着适用范围的扩大,为应对日益复杂的有组织犯罪以及保护卧底人员的安全,诱惑侦查的技术设计也日益周密。以巧妙的侦查策略推定“影响了被告人的自由意志”显然也不妥当。因此,最高法院刑事庭逐渐以“侦查目的”的标准取代原有的“精神强制力”标准。

[34] Christian De Valkeneer, *op. cit.* p. 338 et s.

[35] Cass. crim. 29 décembre 1949 : D. 1950, 419 ; 28 décembre 1900 : D. P. 1901, 1, 81, note le Poittevin.

[36] Trib. corr. Evreux 22 décembre 1942 : Gaz. Pal. 1943, 1, 78 ; Grenoble, 28 janvier 1943 : Sem. jur. 1943, II, 2277 ; Toulouse 23 avril 1942 : Sem. jur. 1942, II, 1886 note Magnol ; Trib. corr. Seine 7 mars 1963 : J. C. P. 1964, II, 13522 note Bouzat.

[37] R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* p. 198 et s.

[38] Cass. crim. 2 juillet 1984.

## 2. 第二阶段:以实施诱惑侦查的目的为标准

从 20 世纪 70 年代末起,<sup>[39]</sup>最高法院刑事庭开始在一些判决中考虑以实施诱惑侦查的目的为标准甄别侦查行为的合法性界限,而较少考虑诱惑侦查行为本身对犯罪嫌疑人意志的影响。具体而言,最高法院刑事庭认为,以取证为目的的诱惑侦查为合法的侦查行为,而以诱发犯罪为目的的诱惑侦查则为非法。这一标准体现在法律条文中便为“存在一项或数项合理的理由,可证明存在犯罪嫌疑”。因此,实施诱惑侦查的时间节点便成为审查其合法性的重要依据。例如,在希瑞尔变童癖案中,美国联邦调查局卧底人员利用“钓鱼式”网站所进行的侦查针对所有不特定的人群,先前并没有“存在犯罪嫌疑”。故,虽然后来法国警方通过搜查获得被告人先前犯罪的证据,但诱惑侦查程序无效,所获得的证据应予以排除。但在托玛斯、弗洛里安信用卡诈骗案中,两名被告人此前便“已在其他网站上显示了对银行卡诈骗技术以及如何通过使用互联网达致此一目的的兴趣”。美国警方所设置的“信用卡获利论坛”仅是为了“查找实施银行卡诈骗的证据以及发现犯罪行为实施者,没有任何证据表明,这一网站会促使用户从咨询信息转至实施诈骗行为”。

但这一新标准也引发了一定的争议,尤其是在托玛斯、弗洛里安信用卡诈骗案中,两名被告人仅是存在实施犯罪行为的“兴趣”,这是否可直接理解为“犯罪嫌疑”? 据此所启动的诱惑侦查是否构成程序无效事由? 事实上,法国最高法院曾援引司法部 2002 年 1 月 10 日的行政通令<sup>[40]</sup>对“犯罪嫌疑”作过解释,“除有重大证据或受害人、同犯、共犯及证人所指证的犯罪嫌疑人外,以下情况构成可怀疑个人实施犯罪行为的合法事由:犯罪嫌疑人实施了异常行为,尤其是在侦查人员到达现场后的逃逸行为;犯罪嫌疑人在犯罪行为发生时出现于犯罪现场,除非情况或其所提供的供述可表明其不可能涉案;犯罪嫌疑人的供述与侦查人员所查明之事实相冲突的;犯罪嫌疑人有实施犯罪行为的合理动机(如犯罪嫌疑人与受害人关系交恶,且一次或数次对受害人进行威胁的……)”。<sup>[41]</sup>但这些事由主要针对刑事拘留,而非诱惑侦查,且也不符合托玛斯、弗洛里安信用卡诈骗案中的情况。可见,法国诱惑侦查的合法性标准依然存在一定的模糊空间,但较之于此前的“精神强制力”标准无疑更具操作性。在司法实践中,法官仍享有较大的裁量权。时下,将实施侦查的目的作为诱惑侦查的合法性标准是法国现行的通说。

## 四、法国诱惑侦查模式的特质

尽管所受争议极大,但诱惑侦查可在一定条件下有限度适用,这在国际范围内是通例,也受到诸多国际及区际条约的支持。如我国台湾学者林钰雄所言,“正如其他争议的追诉手法一样,犯罪挑唆之所以广为各国警察所运用,正是因为有效,这也是少数说得出来的支持理由”。<sup>[42]</sup>但各国在制度模式设定上存在一定的差别。即便在大陆法系国家,法国诱惑侦查也呈现较为独特的制度设计:

### (一) 较周密的判例设定

法国是成文法国家,判例在普通法院系统中不是法源,<sup>[43]</sup>不得作为判决理由。但这并不意味着

[39] Cass. crim. 2 mars 1971.

[40] CRIM 2002 - 01 E8/10 - 01 - 2002.

[41] 施鹏鹏:《法律改革,走向新的程序平衡》,中国政法大学出版社 2013 年版,第 96 页。

[42] 林钰雄:《国家犯罪挑唆之认定与证明——评三则最高法院九十二年度之陷害教唆判决》,载台湾《月旦法学杂志》2004 年第 111 期,第 208 页。

[43] 行政法院系统是例外。在法国,判例是行政法院系统的法源,具有规范上的效力。

源自上级法院尤其是最高法院刑事庭的判决对下级法院没有拘束力。相反,最高法院或上诉法院在一些较典型的案件中以明示或默示方式阐明的制度法理对于下级法院具有事实上的拘束力。下级法院在类似案件的审理中违反这些基本法理的,将面临判决被撤销的风险。因此,上级法院尤其是最高法院刑事庭的判例是学术研究的重要素材。

较之于成文法,判例更具时效性、灵活性和可参照性的特点。当在一些典型的个案中,各方对适用规范的理解存在争议时,最高法院刑事庭通过判例予以阐明,可有效克服成文法相对抽象及滞后的缺点。一如前述,在法国诱惑侦查制度的发展过程中,成文法远远滞后于判例,最高法院刑事庭很早便通过一系列较周密的判例设置了诱惑侦查的基本框架,尤其是合法性认定的标准。《1991年法律》在很大程度上便吸收了最高法院刑事庭对于诱惑侦查的基本立场。而随着诱惑侦查适用范围的不断扩大,错综复杂的实践现状不断地对原有的理论提出挑战,最高法院刑事庭仅得频繁通过典型个案的制度说理来区分“以取证为目的”的诱惑侦查以及“以诱发犯罪为目的”的诱惑侦查,为下级法院尤其是侦查机构提供判决指引。时下,很难断言法国已清晰区分诱惑侦查的合法性界限,但判例通过个案的素材积累逐渐厘清争议,学术界也通过对判例的梳理构建面向实践的理论体系,较周密的判例设定成为统一法律适用、衔接理论与实务的重要桥梁。

## (二) 较审慎的适用原则

无论之于道德正当性,还是之于取证正当性,诱惑侦查均受到诸多批评。因此,唯有审慎适用,方可避免国家侦查权受到滥用。《欧洲人权公约》以及法国《刑事诉讼法典》对该特殊侦查行为设定了三大原则:程序法定原则,即诱惑侦查的适用必须严格遵循法律所规定的适用范围及程序细则,否则构成程序无效事由,所获得的证据应予以排除;比例原则,即诱惑侦查的适用应与犯罪行为的严重程度成比例,原则上系犯罪侦查的最后手段,仅在唯一且不可替代的情况下适用;司法审查原则,即侦查人员在实施诱惑侦查前应向共和国检察官或预审法官通报,在获得批准后方可适用,否则构成程序无效事由,所获得的证据应予以排除。在司法实践中,由于可实施诱惑侦查的主体多元化(司法警官、宪兵队或有资质的海关官员),且不同主体隶属于不同的行政机关管辖,共和国检察官或预审法官在司法审查中时常面临部门利益纠葛,一些侦查主体甚至以保护卧底人员、提高侦查效率为由拒绝全面通报诱惑侦查信息。<sup>[44]</sup>对此,法国《刑事诉讼法典》一方面强化预审法官及共和国检察官在诱惑侦查程序启动前的审批权以及启动后的监督权(包括撤销实施诱惑侦查的授权以及裁定程序无效),另一方面也赋予总检察长对授权办案的司法警官进行考评,考评结果“将列入晋升的考量因素”(第19-1条)。

## (三) 较独特的合法性认定标准

在比较法上,诱惑侦查的合法性认定分为主观标准与客观标准。所谓主观标准,是指在侦查人员实施诱惑侦查前,以被侦查对象是否存在犯罪倾向或意图为标准,以判定是否应承担刑事责任:如果此前有犯罪倾向,则无论诱惑侦查的强度如何,被侦查对象均应承担刑事责任,辩方无权主张诱陷抗辩;反之则构成诱陷抗辩,被侦查对象无须承担刑事责任。在美国,从1932年美国联邦最高法院首例承认诱陷抗辩的索瑞斯案,直至1992年的雅克布森案,主观标准始终是联邦法院系统以及多数州法院系统中的主流观点。<sup>[45]</sup>但对于证明犯罪意图的具体指标要素,美国法上没有统一的标准。部分法

[44] Jean - Pierre Dintilhac, « Le Contrôle du parquet sur la police judiciaire », in *Archives de politique criminelle*, 2011, n° 1, p. 29 - 48.

[45] 关于美国诱惑侦查的合法性认定,参见程雷:《诱惑侦查的程序控制》,载《法学研究》2015年第1期,第161页及以下;熊秋红:《秘密侦查之法治化》,载《中外法学》2007年第2期,第151页及以下;林钰雄:《国家犯罪挑唆之认定与证明——评三则最高法院九十二年度之陷害教唆判决》,台湾《月旦法学杂志》2004年第111期,第208页及以下。

院总结的判断因素包括:被告人对引诱的回应是否积极;引诱前被告人的主观心态;被告人先前的类似犯罪活动;被告人是否对被引诱的犯罪已经有犯罪计划;被告人的声誉;与引诱人协商时被告人的行为;被告人是否表示过拒绝引诱的意思;被指控的犯罪的性质;警方引诱是否使用了胁迫以及引诱的方式与性质。法官应在综合考量这些因素的基础上判断有无犯罪倾向。<sup>[46]</sup> 而所谓客观标准,是指在诱惑侦查启动后,以侦查人员取证行为是否正当为标准,以判定被侦查对象是否承担刑事责任。英国是奉行客观标准的代表性国家,判断标准主要为:(1)是否具有合理的怀疑;(2)是否遵循了相应的授权、监管程序;(3)引诱手段是否提供了正常的犯罪机会。<sup>[47]</sup> 德国和欧洲人权法院则采用混合标准,综合考虑取证行为的正当性以及被侦查对象的犯罪倾向。<sup>[48]</sup>

法国对诱惑侦查的合法性认定也采用混合标准,但总体“以客观标准为主、主观标准为辅”。在具体案件中,法官首先会审查侦查人员的诱惑侦查行为是否符合取证正当性原则,是否依法定的程序要件及实体要件启动,是否符合比例原则,侦查的目的是否为了取证,而非诱发犯罪。但被侦查对象的犯罪倾向,尤其是诱惑侦查启动前的类似犯罪行为或犯罪嫌疑,也在考虑范围之列。也正因为标准不同,我们方可以理解为何美国与法国警方在希瑞尔变童癖案中的立场完全不同。

#### (四)较宽泛的法官裁量权

赋予法官在非法证据排除上极大的自由裁量权,这是法国刑事证据制度的重要特质。大革命后,法国彻底废除了旧制度下的法定证据体系,转而适用以证据自由、证据自由评价以及内心确信为支柱的自由心证体系。所谓“证据自由”,指在刑事诉讼中,法律及判例原则上不对证据形式作特别要求,犯罪事实可通过各种形式的证据予以证明。而“证据自由评价”,则指法官通过理性推理对各种证据形式的证明力进行评断,以为判决提供客观依据。因此,在自由心证制度下,法官对证据的可采性、证明力评判等拥有最终的裁断权,立法不再对证据形式及证明力作严格预设。故对于诱惑侦查所获得之证据的可采性及证明力,法国法赋予法官极大的裁量权。在司法实践中,法官会综合考虑侦查权的强度及界限、取证行为的正当性以及被侦查对象的犯罪嫌疑等以判定诱惑侦查是否构成程序无效以及据此所获之证据在定罪证明中的作用。

总体而言,法国理论界及实务界对诱惑侦查的适用持极为谨慎的态度。尽管2004年的贝尔本二号法律几乎将诱惑侦查的适用范围扩及所有有组织犯罪,但每年适用这一侦查技术的案件数量依然不多,且主要还是传统的毒品交易案件。最高法院刑事庭频频受理此类案件的撤销审之诉也是基于审慎应用的考量。毕竟,司法是社会正义的捍卫者,自是不能“为达目的,不择手段”(la fin justifie les moyens)。如布扎教授所言,“司法应获得尊重与信赖……应极具尊严、不辞劳苦地与罪犯作斗争……司法机关本身不得使用违法或违反社会伦理底线的手段打击犯罪”。<sup>[49]</sup>

## 五、中国诱惑侦查制度之检讨——以法国模式为参照

在中国,“诱惑侦查”的表述是学术舶来品,时常与秘密侦查、技术侦查、特情侦查、控制下交付等

[46] 程雷:《诱惑侦查的程序控制》,载《法学研究》2015年第1期,第162页。

[47] 同注47引文,第163页。

[48] 林钰雄:《国家犯罪挑唆之认定与证明——评三则最高法院九十二年度之陷害教唆判决》,载台湾《月旦法学杂志》2004年第111期,第219页及以下。

[49] Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à Louis Huguency*, Paris, Sirey, 1964, p. 165.

混杂使用,故其内涵及外延貌似“不言而喻”却又“雾里看花”。如熊秋红教授所指出,“专注于从‘望文生义’的角度或者以一种想当然的方式来解释秘密侦查、技术侦察、技术侦查、特殊侦查等概念及其相互之间的关系,不仅会造成人们认识上的混乱,而且会冲淡应有的‘问题意识’……无论采取哪一种说法,关键是要准确把握立法所应关注的基本问题”。<sup>[50]</sup> 故在比较法视野下,此处所论及的诱惑侦查专指“刑事侦查人员以实施某种行为有利可图为诱饵,暗示或诱使侦查对象暴露其犯罪意图并实施犯罪行为,待犯罪行为实施时或结果发生后拘捕被诱惑者”,<sup>[51]</sup> 既包括毒品犯罪中的控制下交付,也包括其他犯罪中的卧底及“钓鱼”式侦查。

诱惑侦查在我国刑事诉讼中的运用已有数十年,主要适用于毒品犯罪案件。2000年及2008年,为在全国范围内规范该侦查手段的应用,最高人民法院先后下发了《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》及《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》,后者是目前规范各地诱惑侦查应用的基本依据。<sup>[52]</sup> 2012年3月14日十一届全国人大常委会第五次会议通过的《关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》(以下简称“刑诉法修改《决定》”)第57条明确规定,在刑事诉讼法第二编第二章第七节后设立第八节“技术侦查措施”,将诱惑侦查纳入其中。依修改后的刑事诉讼法第151条之规定,“为了查明案情,在必要的时候,经公安机关负责人决定,可以由有关人员隐匿其身份实施侦查。但是,不得诱使他人犯罪,不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。对涉及给付毒品等违禁品或者财物的犯罪活动,公安机关根据侦查犯罪的需要,可以依照规定实施控制下交付”。从比较法的角度看,这一条款的内容与法国刑事诉讼法典第706-81条有相当的类似之处,因此所涉及的争议问题也颇为类似,集中体现在两个方面:一是诱惑侦查的适用范围,二是诱惑侦查的合法性认定标准。

### (一) 诱惑侦查的适用范围问题

一如前述,诱惑侦查在取证正当性上倍受争议,仅是出于对特定形式犯罪的打击效率考量方为各国所采纳。因此,各主要法治国家的立法者均审慎考量诱惑侦查的适用原则,合理限定诱惑侦查的适用范围,极力避免因警察侦查权过分膨胀而损及现代刑事法治的基本原则。对此,中国刑事诉讼法第148条规定:“公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。人民检察院在立案后,对于重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,按照规定交有关机关执行。追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人,经过批准,可以采取追捕所必需的技术侦查措施。”公安部于2013年1月1日起施行的《公安机关办理刑事案件程序规定》(下称《公安部规定》)<sup>[53]</sup> 以及最高人民检察院于2013年1月1日起施行的《人民检察

[50] 熊秋红:《秘密侦查之法治化》,载《中外法学》2007年第2期,第142页。

[51] 龙宗智:《诱惑侦查合法性问题探析》,载《人民司法》2000年第5期,第28页。

[52] 程雷:《诱惑侦查的程序控制》,载《法学研究》2015年第1期,第157页。

[53] 依《公安部规定》第254条,技术侦查措施可适用于以下案件:1. 危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪案件;2. 故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质等严重暴力犯罪案件;3. 集团性、系列性、跨区域重大犯罪案件;4. 利用电信、计算机网络、寄递渠道等实施的重大犯罪案件,以及针对计算机网络实施的重大犯罪案件;5. 其他严重危害社会的犯罪案件,依法可能判处七年以上有期徒刑的;6. 公安机关追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人,可以采取追捕所必需的技术侦查措施。

院刑事诉讼规则(试行)》(下称《检察规则》)<sup>[54]</sup>又分别进行了细化。仅从法律文本上看,中、法诱惑侦查的适用对象存在交叉,大抵均适用于严重危害社会秩序的犯罪案件。但如果具体到制度的运行环境及工作机制,则不难发现中国诱惑侦查在适用范围上与法国存在较大的差别,且有被滥用的极大风险:其一,中国关于诱惑侦查的立法及规范性文件较为粗糙,又未有法国类似的判例制度,故难以为司法实践提供精准指导;其二,中国刑事诉讼法未明确规定诱惑侦查适用的比例原则,未设定“最后、唯一且不可替代”的基本门槛;其三,司法审查缺位,诱惑侦查的适用由侦查机关自行审批,不受检察机关或法院的第三方中立审查;其四,受诉讼构造影响,庭审法官在非法证据排除上的权力极小,难以对诱惑侦查进行有效的合法性评价。在司法实践中,这四大差别决定了中国诱惑侦查在个案适用中的无序性及扩张性,部分执法机关甚至在打击非法营运或卖淫等行政执法案件中运用“钓鱼式”执法,既严重违背了立法的精神,也在社会上造成了极大的不良影响。<sup>[55]</sup>

比照法国经验,中国立法者亦应审慎对待诱惑侦查的适用。具体而论,其一,最高人民法院应适时出台相关的指导性案例,明确诱惑侦查的适用范围及标准。未来,中国应借鉴欧陆的判例制度,最高人民法院刑事庭可及时对司法实践中出现的新现象、新问题以判决说理的形式进行阐释,厘清实务难点,统一法律适用。较之于时下的案例指导制度,欧陆的判例制度无疑更具时效性、灵活性及可参照性,也更符合司法权运行的内在逻辑;其二,刑事诉讼法对于诸如诱惑侦查这一类特殊的侦查措施应明确规定比例原则:诱惑侦查的适用应与犯罪行为的严重程度成比例,原则上系犯罪侦查的最后手段,仅在唯一且不可替代的情况下适用;其三,确立司法审查制度。中国完全可以学习法国,将诱惑侦查的审批权交由检察院,因为检察机关在中国既是公诉机关,同时还是法律监督机关,对特殊侦查行为的合法性监督名正言顺。未事先进行审批的,即构成程序无效事由,所获得的证据应予以排除。检察机关也可以随时终止非法的诱惑侦查行为;其四,改革诉讼构造,赋予法官在证据审查上的最终决定权。时下,中国正倡导以审判为中心的诉讼制度改革,其核心要义便是赋予法官在案件调查及事实认定的终局决定权,改变以往以侦查为中心的畸形诉讼构造。唯有法官在庭审中敢于排除非法诱惑侦查所获得的证据,方可有效遏制侦查权的扩张。

## (二) 诱惑侦查的合法性认定标准

《公安部规定》第262条第2款规定了中国诱惑侦查的合法性认定标准,即“隐匿身份实施侦查时,不得使用促使他人产生犯罪意图的方法诱使他人犯罪,不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法”。可见,中国对诱惑侦查的合法性认定也采用混合标准。<sup>[56]</sup>所不同的是,中国的混合标准是“以主观标准为主、客观标准为辅”,刚好和法国相反。因此,在诱惑侦查上,法国强调的是侦查行为的合法性,而中国强调的是被侦查对象的犯罪倾向(尤其是在司法实践中)。在比较法上,客观标准与主观标准原本各有利弊,并无孰优孰劣之分,而且在绝大部分的刑事案件中,两套标准异曲同

[54] 依《检察规则》第263条,技术侦查措施可适用于以下案件:1. 人民检察院在立案后,对于涉案数额在十万元以上、采取其他方法难以收集证据的重大贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,交有关机关执行;2. 本条规定的贪污、贿赂犯罪包括刑法分则第八章规定的贪污罪、受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪、利用影响力受贿罪。本条规定的利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件包括有重大社会影响的、造成严重后果的或者情节特别严重的非法拘禁、非法搜查、刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人、报复陷害等案件;3. 人民检察院办理直接受理立案侦查的案件,需要追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人的,经过批准,可以采取追捕所必需的技术侦查措施,不受本规则第二百六十三条规定的案件范围的限制。

[55] 如2009年上海的“钓鱼事件”,2015年长沙的“区伯嫖娼案”。

[56] 也有学者认为中国采用的是主观标准,但事实上,中国刑事诉讼法及《公安部规定》对诱惑侦查行为本身的合法性也作了相应的规定。前述观点,参见程雷:《诱惑侦查的程序控制》,载《法学研究》2015年第1期,第158页。

工,均会达致相同的裁判结果。<sup>[57]</sup> 但在中国,由于诱惑侦查的适用缺乏严格的司法审查,侦查机关在司法职能配置中又处于强势地位,因此,强调客观标准无疑将更有利于规范侦查权的合法、合理运行。当然,纯粹以客观标准为主,可能会加大对被侦查对象的定罪风险,因为在特殊的个案中,即便侦查行为完全合法、恰当,也可能在客观上诱发被侦查对象实施犯罪行为,这与中国刑法长期所倡导的“客观真实、实事求是”理念并不契合。从这个意义上讲,法国的“以客观标准为主、主观标准为辅”的合法性认定标准非常值得中国学习、借鉴。具体而言,在涉及诱惑侦查的案件中,法官应首先审查侦查人员的诱惑侦查行为是否符合取证正当性原则,是否依法定的程序要件及实体要件启动,是否符合比例原则,侦查的目的是否为了取证,而非诱发犯罪;其次,法官还应综合考虑被侦查对象的犯罪倾向,尤其是诱惑侦查启动前的类似犯罪行为或犯罪嫌疑,这对于保障案件质量实有裨益。

当然,诱惑侦查在中国所面临的一系列问题具有普遍性。在司法审查机制未设立前,特殊侦查行为的滥用不可能避免。尤其是中国时下面临社会治理的诸多矛盾,刑事诉讼时常承担本不应由其承担的职能,这加剧了警察侦查权的扩张。从这个意义上讲,中国所面临的情况要远比法国复杂,不可寄希望于纯粹的制度移植便可大获成功。但深入了解域外经验,他山之石,这也不失为加速中国刑事司法改革进程的重要方法。

## Entrapment and the Legal Boundaries: The French Mode as References

Shi Pengpeng

**Abstract:** The entrapment in France originates from judicial practices, which aims at struggling against drug crimes, sex trafficking and other crimes that disturb the order of market economy. In the 1990s, the cases involving *douaniers sous couverture* had made a great impact on the political circles and pushed the legislations forward immediately. Thereafter, new acts have been created, especially *la loi Perben II*, which reformed the entrapment comprehensively and meanwhile raised the issue of how to regulate this investigative measure. From a perspective of comparative law, the entrapment in French has four features, including the elaborate precedents, the prudent principles of application, the distinctive criterion of legal boundaries and the widely - applied judicial discretion, among which the strict scope of application and the “objective approach supplemented by subjective approach” as a criterion of legal boundaries offer good experiences for our country.

**Keywords:** entrapment; legal boundaries; French mode; references

(责任编辑:丁洁琳)

[57] 当然也有例外,如本文导论所涉及的案例。

# 犯罪的本质与刑罚的证成:基于共同善的重构

郑玉双\*

**摘要:**刑法实践以犯罪为核心而展开,犯罪是引发共同体的道德评价并受国家刑罚回应的行为,因此需要对犯罪的价值本质和为什么国家要以刑罚加以回应的证成难题作出解释。从自然法的视角看,法律的道德基础在于共同善。法律通过设置一个制度性框架让社会成员可以追求和实现共同善,而刑法是以强制方式保护社会成员的共同善实践机制的特殊规范。刑法通过将某些行为规定为犯罪,反映了这些行为对共同善的不尊重。共同善的本质决定了国家将犯罪者驱离共同善之外是内在回应性的,这支持了刑罚报应主义的合理性,也能回应报应主义所面对的诸多传统挑战。

**关键词:**自然法 共同善 犯罪 刑罚 报应主义

## 一、导论

刑法实践中出现的大量争议性案例,促使人们对刑法是什么这个问题进行追问。比如,因为自动取款机的故障而故意取出远超过卡内金额的行为是盗窃吗?如果一种行为,比如聚众换偶活动、自愿地进行身体器官的交易,并不会给其他人带来损害,那么这种行为应该入罪吗?刑法教义学尝试对这些问题作出回答。按照德国刑法理论,如果一种行为侵犯了法益,那么这种行为就应该受到刑法规范的约束。<sup>[1]</sup>然而,法益理论却仍然面对进一步的理论难题。因为,既然法益作为一个规范性概念赋予刑法规范以评价和归责的效力,那么法益的规范性基础又是来自哪里?是什么使得生命、财产、安宁和秩序等具有重要价值的具体利益值得以刑法这样一种特别的国家权力实践加以保护?<sup>[2]</sup>为什么法益的破坏需要国家以公共权力的方式让犯罪者承受刑罚这种严重的不利后果?

我们通过探求犯罪和刑罚的本质来理解刑法实践的这种特殊性。按照哈伯特·L.帕克的主张,刑法的基本原理建立在三个概念之上:罪行、罪过和刑罚。<sup>[3]</sup>刑法以规范的形式使某些行为得到谴责、审查和刑罚等公共回应,从而使得罪行、罪过和刑罚这三个概念区别于侵权、赔偿损失和行政强制等法律现象。但要解释为什么国家需要以公共谴责和惩罚来回应人的罪行,刑法规范自身无法给出答案。正如乔治·弗莱彻所主张的,刑法理论强调的是“集中体现在刑事审判之中的人类状况的巨大神秘性。为什么人会实施十恶不赦的犯罪行为,为什么我们可以因为人实施了这些行为而谴责和惩

\* 中央财经大学法学院讲师,法学博士。

[1] 对法益的经典探讨,参见[德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第4页。

[2] 参见[英]安德鲁·冯·赫尔希:《法益概念与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良编:《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,第193页。赫尔希尝试把法益理论与英美刑法理论中的损害原则加以贯通,寻找二者之间的共同基础。虽然法益理论的探讨比起损害原则要深入和广泛得多,但赫尔希指出,仅仅法益概念自身并不能担负起恰当犯罪化的理论任务。

[3] [美]赫伯特·L.帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第16页。

罚他们?这个问题的第一个部分强调了个人罪责和刑罚的问题,它直接与道德哲学联系在一起。这个问题的第二个部分关乎集体谴责和国家刑罚,它提出了一个政治哲学的问题:国家可以在什么时候通过对特定个人实施刑罚来代表共同善?”〔4〕

基于此,刑法理论应当对围绕犯罪概念而产生的个人罪责的性质、谴责的道德意义、刑罚为什么是正当的等问题作出理论说明,从而为刑法实践的其他重大议题,比如归责、正当防卫、犯罪构成等问题的探究提供可以依赖的哲学基础。本文尝试为一种基于共同善的自然法刑法观进行辩护,对犯罪的本质和刑罚的证成问题作一个法哲学视角的解释。在法哲学的争论中,新自然法理论在共同善的基础上建立了具有强内在融贯性的政治和法律框架,对我们的社会和法律实践提出了全新的说明。在方法论上,因为对法律实证主义的价值中立的概念分析方法的批判,自然法法理学更好地将法律实践与共同善所构造的价值世界关联起来。法律以权威性的方式引导共同体成员参与到社会合作和共同善的寻求之中,刑法实践的原理和价值也在法律与共同善的关系之中呈现出来。

本文首先对作为社群实践之基础的共同善的性质进行探讨,提出共同善是理解我们的政治和法律实践的基础,也是对法律的性质进行说明的关键要素。在此基础上,对刑法实践中犯罪的过错性和应罚性进行界定,提出犯罪的本质和刑罚的证成问题是理解刑法实践的关键。最后,以共同善为核心对犯罪的本质和刑罚的证成进行重构,主张犯罪是对共同善的严重破坏而应受公共回应的行为,而正是基于此,社群将犯罪者驱离出共同善是保护共同善的内在回应,从而为报应主义提供了新的辩护。

## 二、共同体实践的价值基础:共同善

### (一) 共同善与社会实践

在刑法实践中,主要问题都围绕着犯罪而展开。显然,犯罪行为必然是一种引发身体活动并且可能带来直接后果的行为。如果只是行为人的内心意念,那么作为共同体成员的其他人则无法理性地得知。因此,犯罪行为是犯罪者作为一个能够做出行动的行动者(agency)而展现出他在共同体中的地位,而这也是对犯罪者进行归责的基础。虽然实在的刑法规范具有强烈的地方性,在不同的国家存在差异,但犯罪者因其能动性而被归责,这一理念却具有恒定性。正如塔德洛斯所言,“一个人要对反映出他是行动者的那些事物负责,此外,与责任相关的核心实践,比如对行为负责,对行为的情感反应,在整个人类社会都存在,即便它们的具体表现和行为范围会随时空而变化”。〔5〕尽管塔德洛斯主要从刑事责任的角度来强调人作为行动者这一理念的重要性,然而,这一理念深刻地影响我们对过错性和可罚性的理解。过错性体现在犯罪者作为行动主体以错误的理由而行动,可罚性则是内在于犯罪所体现出的错误的实践推理之中的否定评价,这种评价通过外在的刑罚执行而得以传达。

实践是人们在共同体生活中发展人格、建立目标和追求价值的行动所组成的社会性过程。在对刑法实践的理解上,存在着三种理论来解释人的社会实践的本质。第一种是自治理论,该理论主张刑法的价值在于保护个人自治,其价值取向在于自由主义所主张的人的自由和平等地位。自治是自由和平等的个体,运用自己的能动性建立人生的自我治理过程,而犯罪则是对人的自治的损坏。〔6〕第二种是尊严理论,依据康德主义伦理学的尊严观,尊严是人类的平等道德价值(equal moral worth),这

〔4〕 [美]乔治·弗莱彻:《刑法理论的性质与功能》,载陈兴良编:《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,第174页。

〔5〕 [英]维克托·塔德洛斯:《刑事责任论》,谭淦译,中国人民大学出版社2009年版,第5页。

〔6〕 See Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* 28 (4th ed., Oxford University Press 2003).

种价值使得每个人应该受到尊重,而犯罪是破坏人的尊严的严重过错。<sup>[7]</sup>第三种是共同善理论,该理论主张共同善是人的福乐和繁荣的根本方面,是我们进行价值判断的评价性基础,也提供了所有实践推理的基本原则。<sup>[8]</sup>人们对共同善的追求产生了建立政治共同体的内在需求,因此共同善塑造了共同体的权利和正义观,并使得权威性的法律实践成为必需,刑法实践在三个方面体现出社会实践是共同善之治:刑法之治是实践合理性的运用;刑法对共同善加以规范性保护;犯罪的设置和刑罚的回应是共同善的内在要求。

自治和尊严这两种价值,如果不被放置在关于共同善的本质的理解上,就难以展现出其真正的道德意义。正如科恩(Dan - Cohen)对自治理论所提出的批评:有些行为,比如男医生同昏迷中的女患者发生性关系(State v. Minkowski 案),并没有对患者的自治造成损害,但这种行为显然是强奸犯罪。<sup>[9]</sup>同样地,如果尊严所包含的平等道德价值这个概念不被共同善赋予道德力量,尊严的概念同样会变得空洞。本部分将探讨共同善的性质,通过对共同善的本质进行分析,以展现共同善如何成为理解个人自治和尊严的价值基础。共同善是内在于人的繁荣和福祉的那些重要的方面,共同善是根本性的,以至于它们的存在和价值不再依赖于其他形式的善,因此它们也被称为基本善,或者基本价值。<sup>[10]</sup>根据约翰·菲尼斯(John Finnis)的主张,可以从这几个方面来理解共同善:(1)共同善提供了行动的基本原则;(2)共同善是不证自明的;(3)共同善是客观的;(4)它们关乎人的福乐的根本方面。

尽管这几个方面不是共同善的全部特征,但它们是最重要的特征。共同善与我们对于自我和社会的理解紧密相关。共同善的实践意义体现在对于共同善之追求的特定活动都能变得可以理解。换句话说,正是这些善的存在,使我们的行动变得合理。因此,共同善提供了行动的基本原则,即实现和追求这些善是我们的共同体实践的基本内容,它们引导着我们的实践思考和推理。同时它们又是不证自明的和客观的,共同善的善和好不需要依赖于进一步的论证,它们是无可怀疑的、没有问题的自明之理,也不会因为我们的主观判断而受损。最后,它们是人的福祉的那些最重要的方面,是人之为人的根本依据。

尽管共同善不是穷尽性的,菲尼斯还是列举了最重要和最易理解的七种共同善:(1)生命,第一种基本善,身体的完整和健康,使得人们对于活着的渴望变得有意义;<sup>[11]</sup>(2)知识,关于真理的判断;<sup>[12]</sup>(3)游戏,人类文化中不可缺少的一个组成部分,是人享受生命和外在世界的活动;<sup>[13]</sup>(4)审美体验,审美体验与人的游戏紧密相关,但美却是一种独立的价值。<sup>[14]</sup>(5)社交(友谊),人与人之间的和谐、协作与友爱;(6)实践合理性(practical reasonableness),运用自己的智力以选择行动和生活方式,并塑造个人的品性。(7)宗教,关于人的存在、世界的秩序和和谐背后的那些终极性思考,探讨人以外的至上存在。

这些善虽然不是基本善的全部,却是最重要和根本的那些方面,它们相互之间不可通约,也不能

[7] Meir Dan - Cohen, *Dignity, Crime and Punishment: A Kantian Perspective*, in *Foundational Texts in Modern Criminal Law* 101, 106 (Markus Dubber ed., Oxford University Press 2014).

[8] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* 59 (Oxford University Press 1980).

[9] Dan - Cohen, *supra* note 7, at 104.

[10] Finnis, *supra* note 8, at 92.

[11] *Id.* at 86.

[12] *Id.* at 87.

[13] *Id.* at 87.

[14] *Id.* at 87 - 88.

进行高下的判断。对于个人的福乐和成就来说,它们同等地处于根本地位。<sup>[15]</sup> 菲尼斯主张,我们的社会机制,比如道德、文化和法律,就建立在这些共同善的基础上,社会实践本质上是社会成员相互合作参与到共同善之中的共同生活,每个成员在其中自治地建立善生活,并实现个人尊严。道德就是实践合理性之要求的结果。实践合理性即是一种基本善,也塑造着人们对其他基本善的追求。它要求人们建立融贯的人生计划,不对基本善进行贬低,按照各种基本善的要求来安排人生规划等,而这些正是人们所应当履行的道德义务。简言之,实践合理性为道德推理提供了基本话语和结构,实践合理性的基本要求可以被表达为人们所担负的道德义务或责任。<sup>[16]</sup>

## (二) 共同善与法律实践

自然法法学致力于对法律与基本善的关系给出理论上的说明。按照菲尼斯的分析,人们所生活于其中的社群有四层秩序。第一层,从自然科学的角度来研究共同体,比如声音和视像,物理结构和自然变迁,这个层次使用的主要是自然类型的概念。第二层,从逻辑、认识论、方法论及类似方法来研究;第三层,从技艺、技术和应用科学的角度来研究;第四层,从人的明智慎思和选择的角度,比如心理学、伦理学、人类历史的研究等等层次。这个层次关注的是人与人之间的合作和共同的行动以实现共同善,以及建立相互之间的责任和忠诚。正如在一个家庭之中,家庭成员之间相互促进,以实现自我完善,更好地实现自由和培养责任感。<sup>[17]</sup>

法律的核心意义主要体现在第四层秩序之中,它为人们的合作提供制度性框架。鉴于人的脆弱性使得人们无法在任何时刻都作出好的判断,因此社会合作要么通过磋商和讨价还价而达成一致,要么是通过权威。<sup>[18]</sup> 这是社群行动的真实处境。协商一致被证明是不可行的,因为它需要的成本太高,失败的几率太大,因此被实践合理性的原则排除。因此,权威成为社会生活的必要部分。法律权威对社群生活作出最全面和至高的指引,因此在社群成员的实践推理中扮演着极为重要的角色,也具有重要的道德意义。

法律使得稳定和复杂的社会合作变得可能且持续,社群中的每个个体在法律框架下作出选择,追求共同善,建立融贯的人生规划,实现个人的福祉。个人的生活之中总是充满复杂性,这对个人的实践推理提出挑战,从另一方面也反映出知识这一共同善的价值。同样,法律也是被一个特定社会的历史和文化所塑造。但法律在根本上是实践合理性的要求在社会实践中的反映。然而,此处可能会产生的一个误解是,法律强制人们过上好的生活,这侵犯了个人的自主选择。按照菲尼斯的解释,没有人也没有政府应该负有责任来强制性地来实现这种福祉,或者政府和法律的强制性管辖权由这种无所不包的共同善所定义。实际上,政府的这种管辖权应该是由公共善来实现,按照阿奎那所说的,限制在直接或者间接影响他人的人际关系和外在行动之中。<sup>[19]</sup>

因此,国家的角色是协助公民个体实现共同善,保障共同善得以实现的环境。但国家对人们之联合的规制绝不应该旨在控制这些个人意愿和个人间交往的形式、方向和管理。国家的功能体现在:辅助性——协助个体或群体协调他们的活动,以实现其目标或志向,这样做要以与政治社群的共同善的

[15] See *id.* at 92.

[16] See *id.* at 126 - 127.

[17] *Id.* at 136 - 138; [英]约翰·菲尼斯:《〈法律帝国〉中的理由与权威》,邱昭继译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,北京大学出版社2007年版,第76页。

[18] Finnis, *supra* note 8, at 232.

[19] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* 459 (2d., Oxford University Press 2011).

其他方面相一致的方式。<sup>[20]</sup> 本文主张,建立在共同善之基础上的国家辅助性角色典型地体现在共同体的刑法实践之中。刑法并不指导人们怎样更好地追求知识和提高审美体验,但刑法要对破坏知识和审美体验这些共同善的行为进行惩罚,比如禁止传播谣言和破坏艺术品的行为。因此,对刑法实践的反思和刑法理论的建构,需要贯彻共同善这个基本概念。

### 三、刑法理论与刑法实践

#### (一) 刑法理论的道德之维

既然刑法作为法律实践的特定形式,在共同体的共同善事业中扮演着独特的角色,那么就需要回答刑法是什么的问题。而在回答刑法是什么的问题之前,需要先回答刑法理论是什么。在知识探究中,我们要经常问 X 是什么。这是一种哲学追问,它意在回答 X 的某些根本属性。<sup>[21]</sup> 这种探究被称为概念分析。自然种类的概念往往比较容易给出,因为在很大程度上可以依赖于科学研究的成就。但在追问刑法的本质是什么这个问题的时候,往往有不同的视角。我们可以采取一种描述性的视角,比如我国的刑法包含了多少条文,它从 1997 年开始生效,并且被我们所处的社会理解为是合宪且有效的一部法律。

这种回答是语境性和地方性的,它描述的是一个关于特定事实的真命题,而非给出一个关于刑法之基本概念的命题,因此并非是对刑法本质的回答。另一种描述性视角的回答是刑法是规定犯罪与刑罚的规范体系。它规定了某些类型的行为是犯罪,而应该受到以国家强制力为名义的惩罚。这个界定似乎更加接近于概念说明,然而它仍然缺乏一些维度,即刑法的合法性问题。当主张刑法可以对犯罪和刑罚作出规定的时候,它的合法性(legality)在哪里?这个问题的回答取决于我们采取哪种分析策略。如果采取一种法律实证主义的分析方案,那么刑法的合法性在于它所包含的规范,比如对故意杀人、逃税等行为的禁止,是由社会中的官员的社会实践所赋予的效力。<sup>[22]</sup>

当转向法律的解释主义理论或者自然法理论的时候,研究的视角就从描述性转向了规范性。按照德沃金的建议,刑法规范背后隐藏着“证成”的观念。<sup>[23]</sup> 当刑法作出某项规定的时候,比如“不得以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物”的时候,这意味着法官在司法裁判的时候,首先要按照“符合”的要求,将这一规定的一些要素,比如抢劫的行为结构、对被害人所造成的威胁、抢劫发生的场地等进行解释,解释为的是符合抢劫这种罪。然而,当争议出现的时候,比如抢劫发生在火车卫生间,人们争议这是否是在公共交通工具上抢劫时,德沃金认为法官要进行建构性解释,进入国家权力对犯罪进行规制这一实践背后的价值网络之中。在这个过程中,刑法的概念才能被充分展现出来。

然而,德沃金的解释主义刑法观仍然面对很多挑战。法律的解释理论消解了法律的权威,当权力的运用需要在建构性解释的阶段才能得到证成,或者说在疑难案件中法官需要进入法律实践背后的价值网络之中去寻找一个最佳答案的时候,政治权力的实践就处于一个比较尴尬的位置,因此也让法律权威的正当性受到削弱。具体运用到刑法领域也是如此。当刑法规定被写入刑法条文且生效的时候,人们对于共同善的追求就被放置进一个刑法法律推理所建立起的行动框架之中,实践合理性的具体要求就以法律的形式被确认下来。一旦法官在司法裁判的过程中运用建构性解释对实践合理性的

[20] John Finnis, *Human Rights and Common Good: The Collected Essays of John Finnis* 89-90 (Oxford University Press 2011).

[21] See Scott Shapiro, *Legality* 8 (Harvard University Press 2011).

[22] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 95 页。

[23] [美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台北:时英出版社 2002 年版,第 234 页。

要求进行重新排序或加以否定,那么人们对于共同善的参与就缺少了法律指引所应有的清晰和确定,也使得刑法规范的合法性陷入一种悬而未决的解释状态之中。<sup>[24]</sup>这对于刑法实践来说,更是不能承受之重。

因此,德沃金的解释主义刑法观虽然能够避免法律实证主义的价值中立的困境,但在刑法的道德基础的说明上,却仍然面对着理论上的困难。基于共同善的自然法刑法理论能够克服这种困难。按照前面对共同善之本质的界定,自然法的刑法理论可以被界定为:刑法理论是对刑法规范背后的道德因素进行的规范性说明,而共同善能够提供对这些道德因素的规范理解。我们也可以把刑法理论放置在刑法哲学的传统之中,而不作严格区分,即对犯罪、刑罚等概念进行规范研究。因为犯罪与刑罚都涉及到道德评价和谴责,因此也是一种政治道德实践的表现,所以刑法哲学研究就是探讨刑法背后的道德因素。<sup>[25]</sup>

对刑法的道德意义的探究在理论问题和方法论上区别于其他研究视角。刑法学研究的其他视角有着相对独立的主题,比如犯罪构成、法益、定罪量刑、不作为犯、期待可能性等,需要在刑法学的特定语境中展开,而且也需要借助专门的方法论才能完成。比如:(1)刑法教义性视角,在一个国家中实际生效的刑法内含着怎样的刑法体系,这种体系自身有何种教义性主张,又对刑法的解释设置了哪些必要的限制。我们如何通过揭示和塑造刑法规范,来实现刑法的题中应有之正义。<sup>[26]</sup>(2)社会学视角,从社会学视角研究犯罪又包括不同的角度,比如文化、历史或人类学的视角,我们可以从这些角度看刑法条文的变迁和司法结构观的改变,这种变迁背后反映了政治权力和社会结构之间的互动和张力,同时也可以从社会对犯罪的回应来考察犯罪人在社会中的规范地位的变动。刑罚是一种制裁,反映了社会的分工方式,但刑罚制裁却有不同旨趣,刑罚从压制型向回复型的转变,体现了社会进步。<sup>[27]</sup>

对刑法道德维度的探究不同于教义学视角和社会学视角,并不直接对刑事立法和司法裁判提供直接的指引或展现刑法实践的语境变迁,但它对理解刑法背后的道德复杂性和困境起到了至关重要的作用。例如,刑法的一个基本原则是罪刑法定原则,它指的是犯罪的认定和刑罚的实施必须依照法律。罪刑法定原则是刑法的黄金律(Golden Rule),它被写进我国刑法总则的第3条,也被刑事司法实践所贯彻。然而,从刑法哲学的角度来思考这一原则,它同样会呈现出法律与道德之间的关系这个经典难题。比如,如果一种严重的道德过错没有被规定为犯罪,而刑法所规定的某一种犯罪的危害比起前述道德过错却小得多,在这种情况下,罪刑法定原则是否违背了它背后的道德考量?对这些问题的回答,需要将刑法实践放置在共同体的共同善的实践语境之下,刑法的道德基础在于社群的共同善,为了保护共同善,刑法被纳入以基本善为导向的权威性法律体系之中。刑法的实施体现了法律的实施权威角色。

## (二)刑法与共同善

按照自然法的逻辑,刑法是特别的法律形式,其本质是实践合理性之法,它以权威的方式确定了共同善如何被保护和受到破坏时应如何回应。我们所生活的社群是合作性的,在合作之中建立各种

[24] 这个判断参考了菲尼斯对德沃金的建构性解释方法的批评。See John Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning*, in *Natural Law Theory: Contemporary Essays* 134, 144-145 (Robert George ed., Oxford University Press 1992).

[25] 比如美国著名刑法学家胡萨克所做的努力,他强调道德与政治因素在刑法研究中的重要性。参见[美]道格拉斯·胡萨克:《刑法哲学》,谢望原等译,中国人民公安大学出版社1994年版,第43页。

[26] 参见冯军:《刑法教义学的立场与方法》,载《中外法学》2014年第1期,第172-197页。

[27] 参见胡水君:《社会理论中的刑罚:道德过程与权力技术》,载《中国法学》2009年第2期,第46页。

不同的规划和工程,分享着各种形式和层次的社会目标。在合作过程中,人们遵守承诺,并忠诚于所设定的各种社会目标,共同善被彰显和追求,人的康乐得到维护和促进。而由于人的脆弱性和对共同善的错误理解,导致有些人会以错误和不当的方式对其他人或社群整体造成损害,在这种情况下,犯罪就发生了。<sup>[28]</sup> 刑法对共同善的破坏进行回应,它规定了哪些对共同善的破坏应该受到惩罚,以及施加何种形式的惩罚。我们可以从三个方面具体看刑法的本质。

第一,刑法是体现实践合理性的法律实践。刑法是规范的集合,但它区别于其他的社会规范。它的规范性来自于它对于一个成熟的法律体系的归属。它意味着法律的权威性是被主张的,即法律主张它有道德权威,并且社会成员所集合性地共享的共同善确认了法律的道德权威。此外,“成熟”也意味着存在着一个宪法秩序,宪法秩序并不只是意味着存在着宪法的文本或观念,更主要的是体现在法律的效力层级、立法的变迁、法律对共同善的回应和对争议的解决等都体现了实践合理性的要求。<sup>[29]</sup> 从这个宪法秩序中,我们可以形成刑法的合法性(legality)的观念。在这个意义上,刑法是具有规范性的法律实践。

刑法的规范性体现在内在和外在维度。内在维度指的是刑法为行动者提供了受保护的行动理由。<sup>[30]</sup> 按照权威的实践推理结构,这种行动理由是好的理由,它使得行动者更好地行动,也阻断了行动者在不同选项之间的权衡。外在维度体现在它的社会意义上。如果一个社会没有刑法,可能会有两种境况,一种是无休止的人与人之间的斗争,一种是建立在恐惧和无助之上的脆弱的个人自保,在这两种境况之中,社会合作不能展开,共同善无法得到基本的保障和实现。刑法的存在改变了这种状况。在规范的意义,刑法为群体中的每一个人提供了不同于他们之前所有的考量的行动理由。而在社会意义上,刑法改变了个体的行动方式,也就间接地改变了社会状况和社会文化。人们形成了刑法正义观,并且在社会建构和发展上贯彻这种正义观。人们也会对刑法的诸多善善恶恶问题进行反思,这种反思反过来强化了实践合理性的诸原则对刑法正义之实践的影响。

第二,刑法是关于犯罪的。刑法规定了犯罪的种类,以刑法条文的形式表现出来,并且附之相应的惩罚形式。犯罪的概念形成了刑法实践的枢纽。首先,人们之所以将某种行为视为犯罪,比如敲诈勒索、拐卖等,是因为刑法作出了这样的规定。但并不是刑法赋予了这些行为的规范效力。实际上,刑法是对这些行为的回应,正是因为这些行为的特定结构导致社会要以犯罪这个特定的概念加以评价。这个特定结构主要体现为对价值的破坏,但价值是如何被破坏的,却存在着不同的理论说明。其次,犯罪在法律中是一个特别的概念。在法律中,很多概念是自然意义的,比如完全行为能力人、残疾人和老年人等,有一些概念是建构性的,比如婚姻、法人和权利等。<sup>[31]</sup> 犯罪兼具这两种意义。犯罪是带来实际损害结果或者有造成此结果之危险的行为或意图,因而是事实性的。同时,犯罪又是建构性的,国家权力将行为结果或意图所触发的可罚性赋予法律效力,从而使得犯罪的概念呈现为建构性的。然而犯罪却在建构的过程中保持着道德争议性。比如,犯罪结构的开放性:很多犯罪是以行为结果来认定的,比如故意杀人罪,而很多犯罪是以行为方式来认定,比如伪证罪;可罚性的道德基础的争议:是什么使得犯罪行为是可惩罚的,基于犯罪后果而加以预防的功利主义,还是基于犯罪主体破坏

[28] Finnis, *supra* note 8, at 262.

[29] 菲尼斯用“无缝之网”形象地表达了这样一种秩序状态。See John Finnis, *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, 1 *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Pub. Policy* 115, 120 (1984).

[30] See Joseph Raz, *The Authority of Law* 18 (Oxford University Press 1979); John Gardner, *Justifications and Reasons*, in *Harm and Culpability* 103, 116 (A. P. Simester & A. T. H. Smith eds., Oxford University Press 1996).

[31] 参见[美]罗纳·德沃金:《身披法袍的正义》,周林刚等译,北京大学出版社2010年版,第11页。

在社群中所应承担之公平责任的公平原则? 犯罪评价的争议性: 犯罪行为都是道德过错(moral wrongdoing)吗?<sup>[32]</sup> 犯罪概念的道德相关性使得这些争论反复出现。

第三,刑法是以共同善为导向的,共同善提供了刑法的道德基础。在一般意义上,共同善为法律的权威提供了效力的来源,法律权威引导人们更好地追求共同善,因此法律权威自身也是实践合理性这种共同善的一种特别的社会合作形式。刑法的内容是强制,即基于犯罪行为的发生而对行为者施加惩罚。当共同善被损害而影响社会合作的时候,国家对犯罪主体通过公开的程序、以判决的形式宣告他所应承担的惩罚,以此来恢复被犯罪者破坏的公平秩序。<sup>[33]</sup>

共同善也为政治实践中的其他价值提供了道德意涵,这些价值同样体现在刑法实践的复杂过程之中。比如,正义是一个基本问题,也引发着巨大的争议,特别是在刑事正义的视野下。一些正义原则,比如“法无明文规定不为罪”,“不得溯及既往”等,是刑法实践的金科玉律。然而,纽伦堡审判对纳粹分子的审判所依据的规范,是在他们的恶行之后而被制定出来的。当一些罪行严重的犯罪者被处以死刑的时候,人们会说正义得到了实现。然而,死刑的正当性却受到越来越多的质疑。这些正义实践的疑难给出的警告是,共同善的实现不是一个简单的技术过程,而是充满着不确定性。当很多选项向我们开放的时候,这些选项之间可能会存在冲突,而要作出一个正确的决定,有时并非易事。这凸显了实践合理性的重要性。

#### 四、作为公共道德过错的犯罪

既然刑法理论致力于对刑法实践背后的道德因素进行说明,那么就需要详细探究哪些道德因素是重要的。根据前面的分析,刑法实践以犯罪为核心而展开。而犯罪所涉及到的道德因素体现在,为什么某些符合刑法规范所规定之行为模式的行为应当被视为道德过错而具有可罚性? 本部分为基于共同善的犯罪观进行辩护,主张犯罪的道德过错性和可罚性在于它对共同善造成了严重的破坏而值得公共回应。

对犯罪相关的道德因素的探究区别于教义性或犯罪学视角,它是从哲学的角度对犯罪的结构进行分析。按照牛津大学法理学家格兰特·雷蒙德(Grant Lamond)的提议,“犯罪本质的哲学理解是对刑事责任的基本特征的说明,刑事责任解释了犯罪的规范性地位。犯罪是一种特殊类型的法律过错,一种哲学分析尝试解释,什么使得犯罪如此特殊——什么使得法律如此特殊地对待它们是恰当的,什么类型的事物应该得到这种类型的对待”<sup>[34]</sup>

在刑法哲学的讨论中,存在一些有影响力的犯罪观。它们共享着一个基本的假定:犯罪是一种公共过错。<sup>[35]</sup> 第一,贝克(Becker)和诺齐克(Nozick)提出相类似的主张,犯罪的过错所带来的伤害不同于私法中的过错,前者造成的是社会伤害,是对任何一个潜在的受害者的伤害,因此它带来的是恐慌(fear),让群体的每个人都惧怕自己成为受害的一员。<sup>[36]</sup> 第二,马歇尔(Marshall)和达夫(Duff)认为犯罪的独特性体现在,犯罪主体对受害人所做的过错行为,同时也是对公众的过错。一种过错是否具备此种地位,在于过错所损害的价值,是否对于社群的认同和自我理解,对其成员的善观念具有核心

[32] See Michael Moore, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law* 35 (Oxford University Press 1997).

[33] See Finnis, *supra* note 8, at 263.

[34] Grant Lamond, *What Is a Crime?* 27 (4) *Oxford J. Legal Stud.* 609, 610 (2007).

[35] *Id.* at 620.

[36] *Id.* at 614 - 616.

意义。<sup>[37]</sup> 第三,犯罪的过错性体现在它们违反了法律,因此真正被所有犯罪所破坏的价值是法律的权威性。

第一种主张的问题在于,恐慌只不过是犯罪所被感知的程度,而非犯罪本身。<sup>[38]</sup> 而马歇尔和达夫的解释实际上是主张犯罪所破坏的价值对于社群认同来说是构成性的,而这是一个极强的主张,它是一个关于社群之本质的说明,即我们所重视的价值构成了我们对于社群的理解,没有这些价值,社群就难以存在。价值当然对社群来说是重要的,但是它们的重要性体现在它们对社群中的每个人是重要的,而非在于它们构成了社群本身。对于第三种主张来说,不同于民法规范对于民事违法的重要性,刑事过错往往涉及的是对道德权利和利益,以及其他道德价值的破坏,受到破坏的主要还不是法律规范。

在这个基础上,一种更佳的解释是,犯罪是一种公共过错,不是因为它们是对公共的过错,而是因为它们是社群有责任惩罚的过错。社群不是受害者,而是将犯罪诉诸程序和施加惩罚的适格主体。惩罚是基于犯罪主体的可责行为而施加的负担性责任。惩罚不同于批评和谴责,而是严重的负担。那么什么使得过错行为如此严重以至于应受到惩罚? 答案在于,行为主体表达了对被违反的价值或利益的不尊重。这种不尊重是意愿性的。<sup>[39]</sup>

这个概念界定需要有更进一步的说明。第一,我们要区分过错行为、违反义务的行为和对价值的不尊重。前二者可能会造成对价值的不尊重,但不必然。对价值的不尊重是更严重的形式。第二,并非所有形式的对价值的不尊重都应该受到惩罚。支持惩罚的理由的力度依赖于过错的总的严重性(*gravity*),这反过来又依赖于相关利益和价值的重要性,过错所带来的侵犯(或侵犯之风险)的程度,以及过错主体所展现出的不尊重的类型。<sup>[40]</sup> 在一个主权范围内,当个体对社群内的重要利益或价值不尊重而意愿地加以侵犯的时候,他的行为就是犯罪,国家有责任加以惩罚。国家的回应意味着要对行为主体加以控诉,通过司法程序对犯罪的认定作出权威性的判断,并施以刑罚。

严重到应当加以惩罚的那些过错类型通常反映了个人自治的重要性。这些过错触犯了人的身体的不可侵犯性,或者破坏了个体参与有价值的活动的的能力,或者这些活动本身就是极为重要的,犯罪破坏了支持这些活动的那些公共机制和实践。这些行为破坏了人在社群中的福乐的可能性,因此需要国家以刑法制度加以回应。<sup>[41]</sup> 犯罪与社群之价值之间的实质性关联和国家对犯罪的回应,体现了实践合理性在政治共同体中的贯彻。而犯罪所破坏的那些价值,正是社会中人的福乐的最基本的方面,也就是共同善。然而,并非每一种犯罪都是对共同善的破坏,对共同善的破坏也不一定就是犯罪。人们在社群以多种形式追求共同善,又彼此承担责任。犯罪的概念体现了责任的两个方面。一个方面是,我们负有意愿性地尊重社会中的重要价值的责任,我们重视这些价值,也尊重其他人对这些价值的追求。另一个方面是,当我们违背这种责任的时候,社群应该以一种特别的方式加以回应。

要确定哪些重要价值是值得保护和尊重的,以及社群应以何种方式更进一步地体现出这些价值的重要性,需要关于共同善的更进一步的探讨。第一,关于共同善的理论是否能够为刑罚提供一个合理的基础,它能否胜过其他的哲学立场,比如后果主义;第二,哪些共同善应该得到刑法的保护,换句话说,哪些破坏共同善的行为应该受到惩罚。第二个问题既需要我们对前面提到的各种共同善进行

[37] S. E. Marshall & R. A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, 11 *Can. J. L. & Jur.* 7, 20-21 (1998).

[38] Lamond, *supra* note 34, at 616.

[39] See Lamond, *supra* note 34, at 621-622.

[40] Lamond, *supra* note 34, at 625.

[41] See Lamond, *supra* note 34, at 628-629.

更进一步的分析,比如生命价值、审美价值在共同体中应该如何得到保护和促进,也将犯罪的概念更多地引向教义学的思考,比如具体的刑法规定是如何对这些价值加以保护,而这个探讨也超越了本文要实现的理论目标。所以下面的讨论将重点关注第一个问题,即为什么要对犯罪行为进行惩罚式的公共回应。

## 五、刑罚的证成

犯罪经过审判而触发了刑罚,刑罚这种强制的形式不同于行政强制或赔偿,它本质上是惩罚,原因在于它剥夺了犯罪个体对共同善的追求的资格。犯罪个体所遭遇的这种不利后果,使自身失去了公平地参与共同善之追求的机遇,并担负社会谴责、差别对待的压力。因此,惩罚在初步的意义上是不正当的,因为它的确严重地压制了犯罪主体在社会中的道德实践能力。因此,刑罚面临着证成难题。即使国家通过刑法将一些行为规定为犯罪,并规定了针对这种犯罪的回应方式,比如罚金、徒刑或死刑等,这并不意味着国家以这种方式来回应具有天然的正当性。国家对犯罪行为加以调查,设立法院或陪审团,通过司法程序对犯罪加以确认,最后以实际的约束形式对犯罪者加以惩罚。这个过程需要大量的人力、物力和财力,而且对犯罪者的惩罚伴随着否定、谴责甚至生命的剥夺。因此,刑罚对于一个社会来说看起来是沉重的负担,这样做的目标是什么?

前面对犯罪概念的探讨表明,当犯罪行为表达对重要价值的不尊重的时候,国家有责任对犯罪进行惩罚。然而,国家的责任基础却并非由犯罪的概念所析出。当孩子犯了错的时候,父母有责任对孩子进行管教,父母的理由是这样做是为了孩子的益处,这是一种家长主义式的自然责任。然而,国家的刑罚责任却并非这么自然。尽管有学者建议了一种家长主义的刑罚观,即刑罚是为了犯罪者的潜在或实际的益处,<sup>[42]</sup>但除了与我们的直觉不相符,这种家长主义的刑罚观几乎忽视了犯罪和刑罚问题的独特性,反过来削弱了这种立场在特定问题上的论证力量。笔者将对两种经典的刑罚证成理论进行分析,提出以共同善进行重构的刑罚报应主义可以对刑罚的证成难题作出回答。要说明刑罚的道德基础,我们需要从共同善所推导出的道德原则中获得更进一步的支持。道德应罚性的关键在于它符合了分配正义的要求,而正义的根源在于实践合理性要求我们不只是为了自己,也在共同体中追求和尊重共同善。

### (一) 功利主义

与家长主义相类似的是功利主义立场。功利主义也是一种一般性的哲学理论,它不具有在论证刑罚正当性问题上的特别的论证力量。然而,功利主义在直觉上更容易被人接受。经典的功利主义主张如贝卡利亚所提出的,“刑罚的目的仅仅在于,阻止罪犯再重新侵害公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙”。<sup>[43]</sup>边沁基于功利主义原理进一步地为之辩护,“惩罚之值在任何情况下,皆须不小于足以超过犯罪之值”。<sup>[44]</sup>换句话说,惩罚的收益必须大过犯罪的后果,否则惩罚即没有意义。按边沁的主张,惩罚的收益体现为四个方面:防止犯罪的进一步发生,让犯罪者犯更小的罪,让犯罪者不再犯罪,以最小的代价防止犯罪。<sup>[45]</sup>因此,功利主义视角下的刑罚主要在于预防和威慑潜在的犯罪。

自贝卡利亚和边沁以来,对于功利主义的刑罚观的批评已经不计其数。其中最经典的反对意见

[42] Herbert Morris, *A Paternalistic Theory of Punishment*, 18 (4) *American Philosophical Quarterly* 263, 264 (1981).

[43] [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第42页。

[44] [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第225页。

[45] 同注44引书,第224-225页。

是,如果惩罚一个无辜的人可以防止犯罪,功利主义者会支持这样做。这是一个严重的挑战,功利主义者的可能回应是,如果这样做的结果的确带来了最好的结果,那么它就是正当的。显然这个回应与功利主义的更为一般的哲学立场是相关的,比如道德体系是建立在快乐的最大化的基础上,政治制度是为了实现最大多数人的最大幸福。

然而,除了功利主义这种哲学立场所面对的一般困难之外,功利主义的刑罚观也面对着特定的挑战。刑罚是对犯罪行为的回应,它不仅仅是施加痛苦,也代表着公共传达,即向犯罪人、刑事司法官员和其他人传达出犯罪人作为共同体中具有自主性地位却做出了一项道德过错行为。尽管功利主义刑罚观不否定这种传达的作用,但它认为这不是刑罚的必要构成特征。按照达夫的观点,这是功利主义作为思考刑事正义的方法缺乏说服力的一个表现。<sup>[46]</sup> 而与之类似,塔德洛斯主张,即使施加于犯罪人的刑罚对于犯罪人来说是为重大的不利后果,然而这种刑罚仍然“将犯罪人作为道德能动者对待,认为他至少有能力理解适用于自己的标准、规范及规则,懂得它们的理据,并将它们转换成信念和评价来引导自己的行为”。<sup>[47]</sup> 而功利主义刑罚观并不能展现这种对道德能动者的重要意义的重视。

## (二) 报应主义之批判

报应主义是与功利主义相对的一种刑罚观。尽管还有其他不同形式的立场,比如以威胁为基础的刑罚观,<sup>[48]</sup> 表达主义的刑罚观,<sup>[49]</sup> 沟通的刑罚观,实质上都是报应主义的刑罚观。报应主义刑罚观的一个基本主张是,犯罪者应当受到惩罚,也就是说,惩罚具有内在的应得性。我们可以把它称为一种积极的报应主义。积极的报应主义要回答两个核心问题。第一,应得的观念所反映的犯罪与惩罚间的证成性关系是什么?为什么犯罪者应受责罚,以及他们应受何种责罚。第二即使他们应受责罚,或者以独特的方式承受负担,那么为什么是国家通过刑罚体系来施加这种责罚和负担?<sup>[50]</sup>

自然法理论提供了三种方案,分别是阿奎那的准功利主义刑罚观,菲尼斯的平等的刑罚观和自然法报应主义。尽管共同善理论不同于功利主义,但自然法可以接纳一种功利主义的结构,来为刑罚进行辩护。阿奎那提出,“如果一个人因为犯罪而对社群有危险或危害,那么杀死他以保护共同善,就是值得赞许和有益的”。<sup>[51]</sup> 因此,阿奎那的立场区别于功利主义的地方在于,惩罚的目的是为了保护共同善,而非促进人们的主观化的快乐。这种准功利主义的立场面临着与功利主义一样的困境,然而一个更深层的困境在于,为了社群的共同善而剥夺犯罪者的善,这与自然法的实践合理性不符。一个人的过错使得他的福乐被限缩,但并不意味着他免于成为促进他人之善的程度也被限缩,前者不同于也不必然导致后者。<sup>[52]</sup>

菲尼斯的平等的刑罚观主张,通过刑罚可以使犯罪者和守法者之间的平等得以恢复。按照菲尼斯的话说,“强制是一种刑罚,是因为它们被理性所要求,来避免不正义,维持社会所有成员之间的比例性平等或公平的理性秩序”。<sup>[53]</sup> 在共同善的追求之中,不同个体之间相互负有尊重和保护各自的

[46] R. A. Duff, *Punishment, Communication, and Community* 27-28 (Oxford University Press 2001).

[47] 同注5引书,第82页。

[48] Larry Alexander, *The Philosophy of Criminal Law*, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* 815, 821-822 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., Oxford University Press 2004).

[49] Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, 49 (3) *Monist* 397, 400 (1965).

[50] R. A. Duff, *Legal Punishment*, § 5, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta ed., <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment>.

[51] Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* IIaIIae q. 64, a. 2.

[52] See Mark Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics* 139 (Cambridge University Press 2009).

[53] Finnis, *supra* note 8, at 262.

人生方案的责任,法律提供了保护这种责任之实践的框架,使得各方平等地从自己的人生规划之中实现福祉。而犯罪者的犯罪行为则破坏了这种平等的状态,获取了不当的优势。而刑罚正是通过让犯罪者承受重担,从而恢复被破坏的平等秩序。犯罪者获得的不当优势越大,对平等的破坏越严重,则承受的刑罚就更严重。

这种平等的刑罚观面临着两个困难。首先,犯罪行为破坏了社会成员之间的平等状态,并不意味着犯罪者能够从中得到不当优势,比如偷税的确让偷税者获得不公平的金钱利益,然而谋杀却不会让任何人受益。<sup>[54]</sup> 在后面的情形中,即使刑罚被执行,平等秩序也无法被恢复。其次,平等论可以辩护说,犯罪者通过犯罪行为所获得的不当利益,其实是犯罪者违反刑事法律的那种自由。比如舍尔(George Sher)建议,犯罪者所获得的自由程度是跟被违反之法律的道德严重性程度是相关的。犯罪者触犯法律的道德严重性越高,则他妄得的自由就越多。这也可以解释为什么会存在刑罚的轻重之分。<sup>[55]</sup>

然而,第二个提议其实是对犯罪的本质提出了一个更高的要求,即犯罪所妄得的利益—犯罪所妄得的自由—犯罪的道德严重性之间是正相关的。<sup>[56]</sup> 然而,妄得的利益和妄得的自由之间并非正相关的。我们以强奸罪为例。强奸者从强奸行为中获得心理上的快感,并且通过强迫受害者而得到了额外的自由。按照舍尔的建议,强奸者获得的额外自由是让他受益的。然而,这个建议从根本上否定了自由的意义。自由的目标在于让主体实现某种价值。而强奸者所获得的不是某种价值,而只是一种心理解脱,所以他通过犯罪所获得的不是额外的自由,而是对价值的破坏。<sup>[57]</sup>

因此,需要抛弃功利主义和平等的刑罚观的框架,回到报应主义本身。自然法的报应主义观可以成功地回应报应主义理论所面对的挑战吗?报应主义面临的批评主要有:(1)报应主义不能解释为何有些道德过错严重的行为不被惩罚,而道德过错比较轻的行为反而被定罪;(2)报应主义主张惩罚的目的就是为了让犯罪者得到应得的惩罚,然而这样做既让犯罪者承受重大的负担,也要国家付出巨大的代价,因此报应主义不能证成惩罚;<sup>[58]</sup> (3)报应主义不能解释累犯和赦刑的问题。<sup>[58]</sup>

### (三) 基于共同善而重构的报应主义

本部分尝试说明,基于共同善而重构的报应主义,能够回应上面的三个挑战。按照马克·墨菲(Mark Murphy)的主张,基于共同善的自然法报应主义可总结为:“只要政治共同体的成员犯罪,法律就有理由以权威性的方式决定在一定程度上把他或她驱离共同善之外。在一定程度上把他或她驱离共同善的本旨不在于促进共同善,也不在于把犯罪者和其他公民在某些方面平等化。相反,把犯罪者驱离共同善只是对共同善的内在适切性回应,因为犯罪者未能担当起关于共同善方面的责任。”<sup>[59]</sup>

按照这个概括,惩罚就是将犯罪者隔离在共同善之外,使他在一定程度上丧失从共同善中建立完整人生规划从而实现个人福乐的机会,这种隔离是对他破坏共同善的恰当回应。根据前面对报应主义的三个方面的批评,我们可以相应地将自然法的报应主义理解为三个方面。第一,犯罪者被惩罚是因为他们没有尽到共同善方面的责任,这是一种道德过错。第二,犯罪者应当受到惩罚,这是对共同善的内在的回应方式,而非由惩罚的后果或成本计算来决定的。第三,惩罚与犯罪是内在对应的,犯罪的内在罪性决定了惩罚的程度。因此,上述挑战同样也构成对自然法的报应主义的挑战。下面从

[54] See Murphy, *supra* note 52, at 139.

[55] George Sher, *Desert* 81-82 (Princeton University Press 1987).

[56] See Murphy, *supra* note 52, at 141.

[57] See *id.* at 141.

[58] See R. Shafer-Landau, *The Failure of Retributivism*, 82 *Phil. Stud.* 289, 289-299 (1996).

[59] Murphy, *supra* note 52, at 142.

三个方面分析报应主义如何进行回应。

首先,第一个批评意见认为报应主义必然要求凡是道德过错行为皆应该受到惩罚。这个意见包含两层意义,一方面,只要行为是不道德的,就应该受到惩罚。另一方面,刑法只能惩罚不道德的行为。然而,批评意见错误地理解了道德过错的性质。显然,从表面上看,酒驾、逃税等行为仅仅是因为违法而犯罪,而大量的不道德行为,比如朋友交往中的背叛,却逍遥于法律之外。<sup>[60]</sup>但是,法律是实现共同善的合作方案,对法律的遵守就意味着承担保护共同善的责任。而酒驾和逃税等行为,虽然只是违反了法律,但它们在更为实质的意义上破坏了共同善的合作框架。此外,显然任何一种理论都无法对何种严重程度的行为应受惩罚给出一个具体量化的标准,然而作为共同善之一种的实践合理性,则蕴含着将哪些行为定罪合理化的原则。

其次,反对意见批评报应主义不能说明为什么国家为刑罚所附上的代价是正当的。如果国家只是为了惩罚,没有其他目标,那么这种代价的付出显然是一个零收益的活动。但是这个指责是可以国家的确需要为建立刑罚制度投入巨大的力量。然而,报应主义可以很好地回应这个批评。这个意见混淆了被证成的刑罚的必要条件和刑罚的一般证成目标之间的区别。<sup>[61]</sup>刑罚的一般证成目标是为了内在地回应犯罪对共同善的破坏。这个一般性的目标并不否认社会要求刑罚惩罚真正能够带来一些可见的目标,比如犯罪率的下降,人们守法意识的提高。这种可见的目标使得我们觉得为了刑罚而付出的代价是值得的。但是,这些目标只是证成刑罚的一些必要条件,而且是可变动的。比如,虽然犯罪率仍然在上升,但人们的守法意识开始提高,在这种情况下刑罚仍然是合理的。

而最后一个对报应主义的批评意见关注的是报应主义在刑罚的分配上的角色。这种意见认为,报应主义不能解释刑罚分配的一些问题,比如累犯的加重罚和赦刑所涉及的宽恕(mercy)问题,因为报应主义要求犯罪与刑罚相对应,而累犯和赦刑的例子则给这种对应带来了紧张,因此报应主义与刑罚分配原理是冲突的。然而,这个挑战可以克服。首先,在认定犯罪的过程中,犯罪的环境是起重要作用的,累犯尽管在犯罪构成上与新犯相同,但累犯的环境却不同于新犯,因为累犯对自己的心理倾向的认知要更为清楚,这理所当然地使他的行为的可罚性更高。<sup>[62]</sup>

而赦刑中所涉及到的宽恕的问题,可以通过区分强的(strong retributivism)报应主义和极强的报应主义(extra-strong retributivism)来解决。极强的报应主义主张刑罚的报应是强制性的,而强的报应主义则容许其他目标的实现,而这并不会摧毁报应主义的根基。自然法的报应主义是一种强的报应主义,这种立场容许司法裁判中基于人道主义或社会善的理由而作出减刑或免刑的决定,尽管此处无法就此确立一个一般性的原则。<sup>[63]</sup>

关于报应主义的批评还会以其他形式出现,但可以说,报应主义可以在一般目标上得到证成,这种力量来自作为社群根基的共同善。那么,报应主义是如何表达出这种力量的?我们可以把自然法的报应主义理论在一种更为积极的意义上概括为一种表达主义的刑罚观,即刑罚在构成意义上是一种表达,当犯罪者不承担尊重共同善之责任的时候,社群通过将之驱离共同善而表达出对这种不尊重的回应。但我们要把这种表达观区别于范伯格(Joel Feinberg)的刑罚表达观,后者将刑罚视为谴责,谴责形成了刑罚的定义。<sup>[64]</sup>根据构成性的表达观,惩罚不是定义性的谴责,而是证成性的实践。因

[60] Shafer-Landau, *supra* note 58, at 291.

[61] Murphy, *supra* note 52, at 146.

[62] *Id.* at 148.

[63] *See id.* at 149.

[64] Feinberg, *supra* note 49, at 400.

此,刑罚是一种象征性标记(symbolic marking),<sup>[65]</sup>刑罚通过实际地执行罚金、监禁或者剥夺生命等国家行动,将社群对犯罪行为的回应象征性地标记在这些行动之中。这种象征性的标记可能会在执行之中失败,比如不公正的刑罚,<sup>[66]</sup>然而在国家承担维护共同善的角色上,刑罚在一般意义上被证成。

## 六、结语

塔德洛斯在其一篇文章中抱怨道,“很令人困惑的是,尽管事实上人们在刑法哲学和政治理论中做出了大量出色的成果,但两个学术群体之间的互动却仍然非常有限。大多数政治理论的巨作几乎都对刑法正义问题不着笔墨——罗尔斯的《正义论》、约瑟夫·拉兹的《自由的道德》和德沃金的《至上的美德》是经典的例子”。<sup>[67]</sup>这个批评相对公正,本文以共同善作为基点而对犯罪和刑罚问题的重构,尝试推进法哲学和政治哲学贡献于刑法思考的程度。尽管在一个社会之中,降低犯罪率、刑事审判改革和刑法修订等问题显得更具有现实的紧迫意义,但作为一个追求理想和重视价值的共同体,我们理当深入到现实实践背后的道德原理,因为正是这些原理,塑造着共同体成员关于正义、责任、伤害和防卫等概念的理解。正如前面弗莱彻所说的,一个社会将某些行为认定为犯罪并且以惩罚加以回应,这一实践昭示着人类状况的“巨大神秘性”,而要揭示这种神秘性,需要诉诸关于共同体之根本属性的那些原则。共同善提供了一种规范的刑法理论的基石,在此基础上可以对刑法的疑难进行理性的探析。无论是在西方还是在中国,刑法学界对于理论的礼赞,将极大地助益刑法实践。

### The Nature of Crime and the Justification of Punishment: A Reconstruction Based on Common Good

Zheng Yushuang

**Abstract:** The practice of criminal law takes crime as its core. Crime is an action which triggers moral evaluation of community and deserves punishment as a response from the state. Therefore, we need to explain the value nature of crime and the justification problem of why the state responds to crime by punishment. From the perspective of natural law, the moral foundation of law lies in common good. Law sets an institutional frame to facilitate community members to pursue and realize common good. The criminal law is a special system of norms to protect the common good practice mechanism of community members. By designating certain actions as crimes, the criminal law demonstrates their disrespect to common good. The nature of common good entails that it is internally responsive for the state to expel the offenders outside common good, which supports the reasonableness of retributivism to justify punishment and solves traditional challenges faced by retributivism.

**Keywords:** natural law; common good; crime; punishment; retributivism

(责任编辑:杨琦萍)

[65] See Murphy, *supra* note 55, at 149.

[66] Finnis, *supra* note 8, at 265.

[67] Victor Tadros, *Introduction: Political Philosophy and Criminal Justice*, 7 *Crim. Law and Philos.* 179, 179 (2013).

# 美国宪法的力量和弱点

## ——社会系统理论的观察视角

余成峰\*

**摘要:**美国宪法内涵了基本权利体系演化的巨大潜力,通过以权利为中心的宪法技术发展,实现了普通法原则与革命原则的有机结合,从而使美国达到了国家能力建设的历史高度。新自由主义和身份/承认政治的特殊联姻,对战后美国的“新政”宪法秩序形成了巨大冲击。当代美国宪法不仅面临来自内部矛盾的撕裂,其传统依托的“威斯特伐利亚”宪法框架也在全球化潮流中遭遇冲击。全球社会正在经历的深刻结构变迁,预示着美国宪法模式全球化的内在危机。在私法化、全球化与治理化趋势的多重挑战下,美国宪法已经陷入去政治化和泛政治化的双重困境之中。美国宪法的当代困境具有普遍代表性,这要求我们重新思考18世纪的宪法革命遗产,从中寻找新的历史进步动力。

**关键词:**社会系统论 宪法私法化 去政治化 新自由主义 美国宪法

在经历1940年代、1970年代和1990年代这三波宪法运动之后,美国宪法已经成为当代宪法全球化的经典模版。美国宪法所展示的摧枯拉朽的霸权影响力,使人们难以真正去透视美国宪法的力量和弱点。宪法胜利论掩盖了更为本质的问题:为什么现代社会将其政治主权的集约化通过宪法形式完成?为什么宪法及其规范性生产,能够成为现代社会稳定、治理正当化乃至政治整合的基础?宪法全球化、私法化和治理化趋势的挑战,将使宪法陷入何种危机?替代现存宪法秩序的可信方案的匮乏,是否预示1787年的宪法精神已经死亡?从这些角度出发,对美国宪法力量及其弱点的审视,它所能揭示的将比我们已被告知的更多。

### 一、美国宪法的“基本权利化”:宪法力量的源泉

#### (一)“去政治化”和“再政治化”:<sup>[1]</sup>私人权利与公共权利的宪法技术功能

在美国宪法历史中,始终存在私人权利(private rights)与公共权利(public rights)这两大传统之间的张力。“私人权利”宪法观代表了一种防御性的、消极自由的、演化论的英国普通法叙事传统,在美国独立革命之前,殖民地时期宪法就建立在这种普通法的宪法权利观念之上。“英国普通法之下的权利”,在革命前夕逐步获得承认,并构成此后抵制《印花税法案》(Stamp Act)事件的法理依据。这形成了美国的洛克式立宪主义传统。美国宪法摆脱了其政治母国在光荣革命之后确立的布莱克斯通式(Blackstonian doctrine)“议会至上”宪法传统。它比其普通法母国更为一致地坚持古老、防御性的、普

\* 北京航空航天大学法学院/人文与社会科学高等研究院讲师,法学博士。

[1] 本文使用的“去政治化”概念既含有排除政治干扰、中立政治表达、吸纳政治冲突的褒义,因而对立“泛政治化”的概念,也有相对于民主动员的“再政治化”能力丧失的贬义。两个“去政治化”概念在文中使用时根据语境,含义有所不同。

通法至上的神圣私人权利观念。柯克式的“自然的永恒不变的法”(Law of Nature)对国家主权以及议会制定法的抵抗,也在美国1760年代的政治论辩中,被扩展成以殖民地整体作为英国普通法权利保护对象的宪法论述,并成为此后独立革命展开的法权根据。<sup>[2]</sup> 正因此,在美国早期的国家建设中,由“私人权利”与“消极自由”观念支撑的自我保护的法治主义(self-protective legalism)传统,形成其宪法共同体想象的重要基础。<sup>[3]</sup> 这是美国宪法传统中消极性、防御性、保守性、自由性、财产性、司法性的一面,它强调“权利”作为市民社会自生自发财产秩序的基础,而否定“权利”来源于政治性主权的集体表达,因而也更为强调“法官”在历史中发现法律与自由,以及“法院”作为法律帝国守护者的中心地位。这一“私人权利”宪法观也带来了美国宪法与国家主权之间的长期张力。防御性、自发性、限制性的“私人权利”宪法观,更强调权利原则的习惯性和地方性来源,这就凸显出州主权与联邦主权之间的平衡难题,也因此构成了美国宪法与国家主权、州主权与人民主权、人民主权与联邦主权之间的持久张力。

“公共权利”宪法观则代表了一种进攻性、积极自由的、革命论的共和主义叙事传统,零星的私人权利对于纳税代表权和财产保护状况的不满与抗议,被动员并统一为政治性的主权政治共同体的公共表达,并型构为美国宪法的人民主权-制宪权维度,这形成了美国的卢梭式立宪主义传统。由“公共权利”与“积极自由”观念支撑的共和宪法具有积极性、进攻性、进步性、民主性、政治性、立法性的一面,它强调“民主”作为共和政治建构的基础,而否定“私人权利”能够自动带来公民的平等与自由,因而也更为强调立法主权与人民出场作为捍卫共和宪法政治的重要性。“有德性的公民的法外集会可以用人民的名义用一种具有宪法重要性的权威说话”,<sup>[4]</sup>阿克曼通过日常政治和宪法政治的区分,已对此做出了深刻描述。

“私人权利”与“公共权利”从两个方向共同推动了美国的国家建设与政权巩固,它们以相互支撑的结构化方式,强化了美国的国家能力与民主认同。“私人权利”机制的建设,使得美国在建国时期就能通过古老普通法的权利追溯,迅速摆脱殖民地母国的政治束缚,从而快速填补革命之后的权力真空并推动国家的建设与转型。它通过“私人权利”机制内化了国家权力的迅速扩张,并通过由此形成的法律化架构,来排除任何对其统治正当性的挑战。与此同时,“私人权利”机制通过法律制度化的建立,通过“正当程序原则”、“平等保护原则”、“公正审判原则”等构成对国家权威专制化倾向的制衡,并由此增强其治理正当性从而大幅提高其财政汲取能力。“私人权利”机制也对政治国家和市民社会的边界,作出了有效的划分与控制,这使得国家治理功能的发挥可以沿着权利分化的机制展开,由此推动的权力分化也极大简化了政治权力的运用方式。

私人权利与公共权利的界分,形成了私人自主和公共自主的制度基础,因此也构成了美国宪法力量的重要源泉。它满足了功能分化社会广泛的、多元的利益和价值需求。通过基本权利体系的涵括(inclusion),使得美国可以将其公共权力建立在一般化、实证化、抽象化、功能特定化的运作基础之上。通过弹性可变的、多重结构的权利机制,即使多元的个人分化形式成为可能,也使政治系统的集体决策可以顺利通过权利机制的中介管道得以贯彻。国家权力借助法律权利这一工具,有效地促进了社会的功能分化与治理机制的实证化与抽象化。通过权利机制的构造,也使现代政治权力获得了形式化的巩固:交互重叠的私人权利与公共权利,推动美国的政治系统功能分化取得了稳定性,大大增强

[2] Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical - Sociological Perspective* 183 (Cambridge University Press 2011).

[3] *Id.* at 184.

[4] [美]布鲁斯·阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,中国政法大学出版社2013年版,第236页。

了其政治权力在全社会范围内进行涵括性循环(inclusionary circulation)的能力。权利机制赋予国家权力高度的机动性,保证国家可以通过高度灵活性的政治操作与不同的社会功能子系统建立起联系,从而推动国家在“整体性”(integrity)宪法原则基础上整合政治秩序。权利与宪法之间的这种相互构成关系,通过宪法的民主革命语意得以凝炼化。

权利机制促使社会主体全面而平等地涵括进入现代政治与法律系统之中。一方面,“私人权利”不再只是对于国家权力的外在束缚,它同时也内在地构成了强化国家治理能力的重要法律工具。“主观权利”促成个体被统一涵摄到“客观法”之下。通过“公正审判”、“司法平等”等权利原则建立起的司法运作封闭性,可以有效防止社会经济议题的泛政治化,从而避免法律系统因为剧烈的外部社会冲突陷入停摆和崩溃。而通过“私人权利”机制实现的权力分割,也有效分散了政治系统各部分独自承担正当性生产的风险。<sup>[5]</sup> 通过将人民主权整合为可控的立法权力形式,从而也防止了人民主权失控的危险。

另一方面,“公共权利”机制的建立,则使得美国公民获得公共参与国家主权与立法政治的能力,由此形成的“公共自主性”,构成了国家权力正当化与强固化的另一个重要基础。在阿克曼看来,“私人权利”至上会自然导向“议会至上”的一元民主论和柏克主义(Burkeanism)的精英保守倾向,否定高级立法过程的民主动力,就有可能使得常规政府脱离高级法的伟大原则。<sup>[6]</sup> 而由公共权利提供的民主潜力,则形成了一个自发的政治空间,从外部来激扰官僚化、科层化的组织化政治空间,从而以更具公共精神的方式引导宪法实践的发展。与此同时,由于“公共权利”观念使得主权的焦点从政府转向了人民,因此也推动了分权制衡观念的顺利出现。

概而言之,早期美国通过以权利为中心的宪法主权建构,成功地实现了普通法原则与革命原则的有机结合。现代政治权力作为抽象化、涵括化的公共功能资源在整个社会得以贯彻。公共自主有赖于私人自主的制约,私人自主则有赖于公共自主的激发,它们相辅相成,共同构成了美国国家能力和政治权力锻造的基本手段。国家通过权利机制将其自身塑造成为一个稳定化的公法秩序体系,无论是国家权力的来源抑或其实施,都获得了高度的特定化与抽象化的固定,并由此可以确保大量社会权力和沟通的“去政治化”。桑希尔(Chris Thornhill)因此认为,“权利”在美国革命之后承担了抽象化、功能特定化、涵括化这三项历史功能:首先,权利为国家建构提供了法理层面抽象化的正当性证明;其次,权利通过程序主义设置帮助廓清了国家的内与外的特定功能边界;最后,权利机制允许国家可以通过宣称其主权来自于人民从而大幅提高其权力的涵括能力。<sup>[7]</sup> 正是通过主权与权利机制的辩证融合,美国宪法最终发展出了综合性的国家治理法律技术,它既能够有效掌控其政治系统的拘束力边界,又能够有效组织并整合其抽象化的权力与正当性的再生产,同时还可以灵活容纳各种社会利益与价值的表达。<sup>[8]</sup> 国家作为社会个体权利的最终担保者,也因此获得了作为最高权力拥有者的主权正当性。宪法基本权利体系的建构,使国家取得了“公共性格”,这使国家可以基于其“普遍主义”的政治与法律原则,而非“特殊主义”的社会和经济势力支配,使其能够有效摆脱特权化、身份化群体的非理性干扰,将公共政体的普遍性权威,通过齐平化的权利主体得以贯彻,从而顺利实现主权原则的理性化转换。

《权利法案》的通过,也同样具有非常重要的“去政治化”功能。“司法平等原则”可以避免法律争

[5] 参见注2引书,第188-189页。

[6] 参见注4引书,第6-21页。

[7] Thornhill, *supra* note 2, at 193.

[8] *Id.* at 194.

议的泛政治化,“宗教自由原则”可以避免宗教冲突的泛政治化,“财产权保护原则”可以避免经济冲突的泛政治化,它将大量棘手的社会问题排除在政治高压中心之外,从而防止泛政治化对政体带来的影响。桑希尔十分敏锐地意识到,美国宪法力量的一大秘密,就在于它有效解决了“泛政治化”对于宪法政体造成的持续冲击。宪法基本权利清单体系的建立,实际也使得国家可以将大量的社会管制性责任转移出去,通过法律机制特别是法律程序的完善,实现了一种“去政治化”的宪法技术。这既能将大量社会议题从国家层面切割出去,又能在国家领域之外维持一个自我运转的社会功能体系。<sup>[9]</sup>通过统一的公法体系建构,美国成功将其国家功能从杂多的社会私人领域分离出去,并由此建立起一个统一的、强有力的,且具正当性的国家治理体系,这与当时的欧洲国家始终无法将其宪法与社会议题分割带来的动荡局面形成了鲜明对比。

通过“去政治化”的宪法技术,美国的公共主权(public sovereignty)得以锻造和整合,并且实现了其权力运用的抽象化、内向化、实证化与正当化,而这又是悖论性地通过强化对私人权利的保护来实现的。《权利法案》提供的私人权利保护,可以反向推动政治国家从市民社会的“泛政治化”危险中脱离出来,使其可以有效地集中和分配司法资源,从而将其功能限定为提供抽象化、中立化的公共法律平台,因此也从侧面推动了公共领域与私人领域的功能分化,这最终可以大幅加强国家权力的自主性能力。套用迈克尔·曼(Michael Mann)的经典区分,宪法所提高的不是国家的专制性权力(despotic power),而是其基础性权力(infrastructural power)。<sup>[10]</sup>

这就形成了美国宪法力量的核心悖论:正是通过将国家权力大量转移给司法机关和法官阶层,通过司法的“高级法”传统对“立法”和“行政”权力的制约,以及由此确立的“私人权利”神圣保护原则,因而反向大幅提高了国家的基础性渗透能力。“主权与权利的熔合,构成了抽象化的、强有力的政治系统的基础。”<sup>[11]</sup>宪法的“去政治化”技术,反向提升了国家的“再政治化”能力;对私有领域“泛政治化”议题的剥离,反向增强了公共领域的“再政治化”潜力。通过司法系统保护的权力,能够将宪法从日常的泛政治化社会争议中抽离出去,而不必时刻暴露于易变的、敏感的、脆弱的民意表达。权利的司法化机制,借助稳定化、结构化的规范性预期来涵括与容纳民主意志的公共表达。私人权利机制的发展,有效限制了国家权力的涵括范围,并由此也维护了公共政治空间之外的社会空间。由此所实现的制宪权的司法化过程,推动美国形成了一个功能特定化与运作封闭化的政治体系,可以使其政治性立法过程通过一致性和持续性的司法程序轨道进行,并由此内化对其政治权力运用的控制与诠释。

正是借助将一些社会功能领域界定为“私人领域”的“去政治化”能力,才赋予美国国家作为一个“公共性秩序”(public order)的抽象化能力。新生的美国借此“吸收其政治权威的不确定性,并持续再生产其内部的正当性,以便能够满足已迅速增长的成文法的制定需要”。<sup>[12]</sup>通过“基本权利化”的宪法,美国实现了国家功能的“去政治化”操作能力,由此形成了美国特殊的宪制结构:它保证了立法意志可以持续受到司法权力的“制约与平衡”,并由司法系统来担纲人民制宪权的守护者角色。这就使美国宪法内含了一个深刻的悖论:它既包容又排斥人民意志,人民既在场又不在场,在成文宪法、人民制宪权与法院之间,最终形成了一种特殊的张力和循环关系,这构成了美国宪法力量的核心来源。正

[9] *Id.* at 196.

[10] See Michael Mann, *The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanism and Result*, 25 *Archiv Europeennesde Sociologie* 185, 213 (1984).

[11] Thornhill, *supra* note 2, at 201.

[12] *Id.* at 202.

如桑希尔所言,“每一个部分都在为国家生产正当性,但也没有一个部分会成为激烈的政治争议的唯一焦点”。<sup>[13]</sup>与公法权利发挥的作用一样,私人权利机制也赋予国家与市民社会私人权力保持距离的能力,并由此避免了社会议题的泛政治化。与此同时,这也实现了现代政治系统与经济系统的功能分化,通过宪法及其基本权利机制,政治权力得以统一到主权国家层面,并以其抽象性和自主性,来应对不同社会功能系统复杂分化的现实。

美国国家能力的奥秘,正是通过其宪法的积极与消极两个权利传统共同塑造的:基本权利机制的宪法建制,既使其主权建构能够奠定在人民意志的基础上,与此同时,也剔除了泛政治化要求对于国家宪法的影响,将零星的、杂乱的众意表达排除在国家的正式结构之外。权利的共和与自由这两大传统,构成了美国宪法自我构成和自我限制一体两面性的基础:它既赋予国家排他性的政治权威,同时也使其权力能够集中到特定的功能领域,并且限制其过度政治化的可能性。它使国家权力能被抽象化为一种自主的并能普遍使用的公共品,通过私人权利机制塑造出社会空间的内部分化,并将其在法律层面上予以规范化的确定。共和与自由这两大要素的有机结合,构成了美国宪法的革命性变革与演化论变迁这两大特征,并最终奠定了美利坚合众国的精神基础。宪法权利机制为政治和法律系统进行的社会涵括(inclusion)与社会排斥(exclusion)过程提供了基本的衡量依据,<sup>[14]</sup>从而确保了美国政体反身性自我建构与反身性自我限制这双重运动(double movement)的同时展开。基于主观权利和高级法传统的主权自我构成、国家能力的自我约束、政治涵括和政治排斥的同时并行、自由主义与共和主义原则的有机混合、人民制宪权的司法主义改造,这一系列运作悖论的展开,最终使美国达到了其他国家从未达到的国家能力建设的崭新历史高度,这也构成了政治法律文明史上另一个伟大的成就和悖论。

## (二)通过宪法权利机制实现的社会涵括与社会排斥

在卢曼看来,宪法构成了现代法律系统运作的二阶观察机制,宪法转移了法律系统“法律的效力来自于法律”的自我指涉悖论。正是通过宪法,从而实现了法律系统封闭性运作的自我再生产,宪法成为了法律系统反身性运作的基础,从而可以不断根据新的宪法解释,诠释法律的有效性条件,从而对法律系统与政治系统、经济系统乃至个体和生态的结构耦合关系,不断根据需要作出新的规范和调整。<sup>[15]</sup>通过基本权利体系的建构,宪法也摆脱了对于自然法和上帝概念的追溯,使现代民族国家可以内化强制力、义务规则和正当性的生产,由民主和自由为语意指向的社会涵括/包容进程就获得了制度化的支撑,与此同时,它也为各大社会功能子系统的分化和封闭性运作,建立起了来自法律和政治系统宪制架构的支撑。

制宪权、革命与民主宪法的历史辩证法,实际上转移了现代法律系统效力自我指涉的内在悖论。宪法在政治系统和法律系统之间架设起结构耦合的桥梁,并由此也维持住了两个系统之间所建立的政治民主化与法律实证化之间的复杂激扰关系。政治系统运用法律工具达成其具有集体拘束力的决策目标,法律系统则又通过相应的规制程序约束政治权力的运用,这就构成了经典的自由主义立宪传统:法律对所有公民具有普遍约束力,与此同时,法律本身又是公民民主集体意志的产物。这一现代“法治国”的构想,则又以宪法作为高级法地位的奠定为标志,而美国联邦最高法院

[13] *Id.*

[14] 有关社会涵括与社会排斥,可以参见[德]卢曼:《社会中的法》,国立编译馆主译、李君韬译,台湾国立编译馆2009年版,第635-638页。也可以参见[德]贡塔·托依布纳:《社会宪政:超越国家中心模式宪法理论的选择》,陆宇峰译,载《魔阵、剥削、异化:法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧等译,清华大学出版社2012年版,第154-181页。

[15] 有关政治系统与法律系统通过宪法形成的结构耦合关系,可参见卢曼,同注14引书,第9章。

违宪审查权的获得,则是其典型范例。宪法为“疑难案件”提供了决定规则效力的判断依准,从而成为哈特意义上的“承认规则”(rules of recognition)。宪法由此取代了逻各斯、上帝、理性、启蒙自然法等形而上的超验基础,从而为现代法律系统的自我创生,提供了掩盖、转移和展开其效力自我指涉悖论的机制。这一历史演化逻辑,正是在缺乏封建等级制传统,并以政治革命形式建国的美国宪法中得以集中展现。

18世纪美国宪法革命实现了“社会排斥的丑闻化”,<sup>[16]</sup>宪法革命颠覆了中世纪层级分化社会身份等级制的秩序组织原则。以自由和平等为宪法语意的政治变革推动了从层级分化到功能分化社会的转型,这一进程预设了“将所有个体全部涵括到所有社会子系统”的政治目标。<sup>[17]</sup>18世纪美国市民革命宪法之所以区别于中世纪的“等级会议”宪法,其中的关键,就是其宪法机制内涵了综合性基本权利体系演化的潜力,它保障了由等级性宇宙-政治观(阿奎那)向“平等关怀与平等尊重”(德沃金)宪法-政治观的历史转型。

美国宪法的力量,源于其宪法革命奠定的自由与平等理念之间的特殊张力。这一张力不仅仅表现在自由与平等之间,同时也表现为自由/不自由、平等/不平等之间的张力,涉及“同等情况同等对待”与“不同情况不同对待”的宪法解释难题。从中又生发出一系列有关自由/平等、共和/民主、私人自主/公共自主、消极自由/积极自由、自由主义/共和主义、自由国家/社会正义的宪法解释传统的激烈竞争、冲突与张力,这些不同的政治-法律观念组合以及由此二元论张力提供的宪法解释弹性空间,为不断涵括新的价值和利益并批判旧的社会排斥形式,提供了诸多可能性,从而也为美国宪法的发展提供了演化动力。这也正是通过作为美国宪法王牌的“权利解释学”实现的。

英国学者马歇尔(T. H. Marshall)对市民权、政治权、社会权三代权利发展逻辑的总结,<sup>[18]</sup>阐明了近代以来伴随经济系统、政治系统与其他社会功能系统的分化,由民主-民族国家宪法逐步完成,在某一领土国家范围内,将所有自由个体平等涵括到各大社会系统之中的宪法演化过程。美国在不同历史转型时期经历的宪法革命,在国会、总统、法院与人民之间围绕宪法展开的政治互动,推动了美国从建国时期以财产权、契约自由和言论自由(第一修正案和第五修正案)为核心的宪法观,到内战重建时期对于“平等保护”和“法律正当程序”原则(第十四修正案和第五修正案)的重述,再到新政时期由“卡罗琳案”确立“合理基础”原则完成其转型,这一最终由联邦最高法院完成的宪法原则“代际综合”(multi-generational synthesis),<sup>[19]</sup>精致展现了现代民主-民族国家宪法通过其权利机制实现社会涵括与排斥(inclusion/exclusion)的演化逻辑。

美国立宪时刻的革命成就最终沉淀为不同时期的权利革命成果,它以私人自主、消极自由、个体权利的法治形式,维护了公共自主、积极自由、共和政治的民主传统。社会涵括/社会排斥的“权利议题化”,构成了现代美国宪法政治的基础,权利演化的光谱,则从古典的防御性私权、所有权神圣与契约自由,不断扩展到积极的政治与社会福利权,这一综合性、整全性的基本权利体系,保证了可以通过法律系统-政治系统的外部激扰,不断改变其他社会功能系统的运行状态,为以经济系统为代表的系统代码的无限扩张设置界限,从而进一步推动了现代社会的系统功能分化逻辑。

[16] Pablo Holmes, *The Rhetoric of 'Legal Fragmentation' and Its Discontents Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law*, 7 *Utrecht Law Review* 113, 115 (2011).

[17] *Id.* at 134.

[18] See T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* (Pluto Press 1987).

[19] 参见注4引书,第91-111、121-139页。

## 二、“差异政治/新自由主义框架”对“新政”宪法秩序的破坏

美国宪法的去政治化特征,与其革命建国使命是反抗外部殖民权威,而非欧洲国家面临的封建等级旧制度内部挑战有关。这也使美国制宪权理论与西耶斯的“第三等级”制宪权构想,以及施米特对制宪权和宪定权的严格区分,形成了鲜明的对比。<sup>[20]</sup> 欧洲近现代宪法面临的“泛政治化”困境,与其必须处理中世纪天主教神权帝国秩序崩塌之后,后封建秩序转型过程中各种弥散性权力的无序冲突有关。欧洲社会的封建等级制特权,以及由此形成的层级化、片段化、分散化、裁判权化的政治秩序,必然要求具有高度政治整合能力的政治主权者,来提供一个法律实证化、政治集权化与结构中央化的公共秩序平台,来整合碎片化的无政府主义状态。这就使欧洲国家宪法无法像美国宪法那样,能够从容利用其基本权利的“去政治化”法律机制,来缓慢推动国家能力的稳步建设,而必须通过“泛政治化”的方式,持续介入到市民社会的秩序整合。美国宪法与革命建国的同步性,使其可以充分摆脱地方性、身份性和个人化的社会权力干扰,从而将市民社会固定为一个纯粹自发的领域,可以通过公法与私法、公权和私权的清晰划分,来型构出一个抽象化、实证化、功能特定化,且具有独立性、中立性和涵括性的宪法机制。宪法的“泛政治化”与“去政治化”之间的特殊矛盾关系,可以指示出欧洲和美国在定位政治国家与市民社会关系时所面临的不同历史处境。而从另一方面来看,美国建国时期的特殊历史处境,也使其宪法基因中的“去政治化”因素持续发酵,乃至日后难以通过常规的司法政治来弥合宪法国家与市民社会之间持续增强的张力。

概而言之,再分配主义与身份/承认政治构成了美国战后宪法发展的两大谱系。一方面,战后美国延续了罗斯福新政时期开辟的社会权利扩张的传统,通过“内嵌性自由主义”(embedded liberalism)的构建,推动了美国宪法的新政自由主义(new deal liberalism)转向。<sup>[21]</sup> 另一方面,在1960年代之后,以性别、种族、民族、性、宗教、语言为文化断层线的身份/承认政治深刻改变了美国宪法发展的进程。各种经济和身份差异的交叉轴心,形成对“平权行动”(affirmative action)的强大压力。这带来了战后美国宪法在平等政治与差异政治、经济斗争和身份政治、社会民主与文化多元主义之间的多重张力。南茜·弗雷泽正确地指出,面对这种情况,罗尔斯和德沃金都试图将“传统的自由主义对个人自由的强调与社会民主主义的平等主义加以综合,提出可以证明社会经济再分配正当性的新的正义概念”。<sup>[22]</sup> “自由国家中的社会正义”(阿克曼)理念,推动了美国宪法的福利国家转向。而在另一方面,出于对社会主义和阶级政治的失望与不满,“为了承认的斗争”则构成了美国战后宪法“为权利而斗争”和“认真对待权利”的重要指向。

战后美国宪法理论因此面临一个棘手的难题:它必须设计出一个能够同时兼容社会平等的保护诉求和身份差异的保护诉求,一个能够同时容纳不同的平等和自由要求的新的多维度正义概念。经济民主与文化差异的不同指向,都要求能够在统一的宪法基本权利条款中得以落实,而且,社会民主与文化多元主义这两大张力诉求,还必须能够容纳到宪法文本的传统自由主义基调之中。这两大谱

[20] 参见[法]西耶斯:《论特权·第三等级是什么》,冯棠译,商务印书馆1990年版,第59页;[德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第84页以下。See *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Martin Loughlin & Neil Walker eds., Oxford University Press 2008).

[21] 有关内嵌性自由主义,参见 John Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, 36 *International Organization* 379, 415 (1982).

[22] [美]南茜·弗雷泽、[德]阿克塞尔·霍耐特:《再分配,还是承认?——一个政治哲学对话》,周穗明译,上海人民出版社2009年版,第7页。

系之间的张力,实际上直接导源于战后美国社会不同社会系统的功能分化加速趋势:对于经济系统分配不公的矫正,未必能够同样带来对其他社会系统功能排斥的调整;对于不同文化领域身份差异不公的矫正,也未必能够自动带来经济民主的实现。一方面,没有身份承认就没有再分配,没有再分配也就没有身份承认;而另一方面,在社会民主与文化多元主义这两种规范性期望之间,也可能出现此消彼涨、相互解构的关系。两种规范性期望之间的张力,将美国宪法的“正当程序原则”、“平等保护原则”、“隐私与生命保护原则”等拉向完全不同的解释方向,并在一系列宪法疑难案件中集中爆发出来。<sup>[23]</sup>

这一张力的内爆,也同时构成了美国战后宪法力量与弱点的共同来源。一方面,这些张力反映出美国宪法权利机制所内含的要求将所有人口(population)平等涵括进入所有社会功能子系统的内在驱动力,也就是阿伦特意义上的“对拥有权利的权利”(the right to have rights)。<sup>[24]</sup>它要求从传统的市民防御权、财产权、政治参与权,不断扩大到对所有社会功能子系统的平等涵括权,这体现于一系列有关经济民主、社会民主和文化多元主义的宪法语意的丰富化。阶级政治的衰落与身份政治的兴起,预示着社会系统功能分化的加速,它要求从古典的市民社会对抗政治国家的宪法防御权意象,以及经济层面的福利权保护,扩大到宪法基本权利对于全社会的一般化、全面化、整全化的积极回应;要求从对传统白人男性成年公民有限的政治与法律涵括,过渡到对所有人口在所有社会空间的宪法涵括能力(以布朗诉教育委员会案为转向代表)。

而从另一方面,这些张力也反映出美国建国时期所奠定的自由主义宪法原则的内在悖论。自由主义宪法建立在政治国家-市民社会二元对立的宪法叙事框架之上,宪法基本权利的首要功能是解决政治系统权力媒介的自主化和形式化问题,通过将市民社会处理为统一的“去政治化”的自生自发伦理秩序,由此保证国家治理的抽象化、中立化与实证化,并以此来确保现代政治权力能够切断与外部的宗教、军事、家庭、经济系统的直接联系。正如前文所述,这一古典的宪法权利机制——无论是私人权利和公共权利——都致力于通过行为能力、主观权利和人权的法律化(juridified)机制,来吸纳“泛政治化”的社会权力要求。<sup>[25]</sup>通过“去政治化”的宪法权利技术,可以将它们统一涵括到“市民社会”无差别的自发领域之中,从而实现国家政治权力沟通的中立化、稳定化、实证化和抽象化。

这一传统的自由主义宪法想象,在战后这两股新的规范性期望的张力中遭遇到了挑战——再分配主义和差异/认同政治对政治国家与市民社会的古典二元区分带来了深刻冲击。国家与社会这两大统一空间的二元分立,预设了一个“守夜人”的自由主义国家形象和涂尔干意义上的“有机连带”社会形象,而社会民主与文化多元主义的保护诉求,却要求政治国家能够积极介入并能动回应市民社会的不同权利要求。美国宪法曾经精心维护的国家与社会之间的二元分割被改变了。不仅如此,市民社会的统一形象也被宪法权利形式的多元化发展解构了。如果说,美国建国时期宪法所立足的是“大男子主义”中产阶级家庭文化,这一统一的、无差异的市民社会文化秩序,已被各种差异化、多元化、碎片化的亚文化认同所取代(以格里斯沃德诉康涅狄格州案为转向代表)。伴随政治国家所面对的统一市民社会空间的片段化发展,革命时期所建立的现代政治系统与现代政治宪法的中心性地位,已经在

[23] 可以参考哈贝马斯有关女性主义平等政治的讨论,参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治的商谈理论》,童世峻译,三联书店出版社2003年版,第509-529页。

[24] 参见[美]汉娜·阿伦特:《极权主义的起源》,林蘘华译,三联书店出版社2008年版,第9章。See also Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (Cambridge University Press 2004).

[25] Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* 133 (Oxford University Press 2012). 本文也参考了华东政法大学陆宇峰博士的中译本(待出版),特此致谢。

其“整体性”介入市民社会空间的权力能力上,在传统宪法权利的政治整合能力上,不同程度地遭遇深刻挑战。伴随市民社会弥散性的泛政治要求的加速涌入,古典自由主义宪法的“去政治化”技术能力已不足应对。

伴随致密的市民社会空间被分解为不同代际权利与不同种类权利之间的内在冲突,统一的政治国家民主宪法的伟大形象坍塌了。正如前文所述,宪法的公共权利面向(包括选举权、言论自由、集会自由、结社自由等)从正面构成了政治国家的涵括能力,而私人权利机制(私人财产权、生命权、隐私权等)则以其“去政治化”的法律技术,从反面划定了政治与社会的界限,因此既保护了市民社会的自治性,也保障了政治系统作为一种抽象化的涵括性资源的自主性。这种特殊的宪法政治技术安排,实际也对应于自由资本主义和国家资本主义时期的治理需要,它依托于总体性的国家-国际政治经济学结构,建立在统一国家框架的社会中心化基础之上,通过理性个体自我导向的主体化和社会化驯服过程,以适应大规模生产与大规模消费的福特主义发展需要。而当代美国宪法所面临的挑战则在于,伴随“后工业主义”时代市民社会功能领域分化的加速,以往已经被“去政治化”的多数社会议题和社会权力重新出现“泛政治化”的倾向,并且超越了传统的通过“行为能力”、“法律主体”、“主观权利”进行表达的“法律化”规制途径。“私人权利”通过社会运动的“再政治化”和“泛政治化”动员,已经模糊了它与传统公共权利之间的界分标准(例如“私人权利”的集团化诉权表达)。美国宪法的主权与权利传统辩证法已经不敷使用。

而更严重的困境,则在于继续坚持使用古典的宪法理论来回应和压制复杂变化的社会现实,不管它是表现为新保守主义与自由主义阵营的宪法解释学对立,或是司法能动主义(judicial activism)和司法克制主义(judicial restraint)的传统争论。再分配主义与差异/认同政治的内在张力,既体现了不同人群要求得到不同社会空间平等涵括的呼声,又反映出美国宪法在回应相互冲突的社会涵括与排斥需要时所出现的不适。政治宪法的危机已经难以通过政治宪法的方式得以克服,即使是依托于宪法性道德(constitutional morality)原则的赫拉克勒斯法官,也无法为疑难案件寻找到“唯一正解”(德沃金)。美国政治宪法面临的挑战是悖论性的:一方面,它需要通过宪法条款的积极解释和能动司法来扩大对不同人群在不同社会空间的平等涵括;另一方面,由宪法基本权利扩大解释所形成的涵括能力,也可能对基本权利的去政治化功能产生威胁。“私人权利”的政治化和公共化——财产权经由“阶级”和“福利权”的社会化;文化权经由身份政治实现的公共化——可能会瓦解古典私人权利所预设的个体自主性,由此形成的市民社会空间的“泛政治化”倾向,则可能瓦解现代国家政治权力媒介的自主性和形式性,从而也反向瓦解现代政治宪法通过基本权利机制进行社会涵括的能力。这已在不同思想家有关自由主义与福利国家宪法原则悖论的探讨中得以深刻揭示。<sup>[26]</sup>

套用卡尔·波兰尼(Karl Polanyi)的概念,美国战后的再分配政治与差异/认同政治对宪法实践的影响,其实是一种“自发的社会反向保护运动”。<sup>[27]</sup> 因为,在传统宪法有关政治国家/市民社会、国家/个人这一系列自由主义二元论的预设之下,基本权利主要围绕政治权力型构和个人对抗国家的政治理想展开,而在进入20世纪特别是二战之后,伴随全球化而加速的不同社会功能子系统的跨国分化进程(包括货币、科学、法律、技术、医疗等),对于个体自主空间的威胁,已经远远超出国家政治权力的专制范畴,而体现为相关社会子系统对于人类的整体性排斥和边缘化的危险。它要求一种超越传统政治民主国家宪法的保护方式,要求介入各种系统化、结构化、建制化的社会排斥形式,而由此所激化

[26] 参见注23引书,第9章。

[27] 参见[英]卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的经济与政治起源》,冯钢、刘阳译,浙江人民出版社2007年版,第112-115页。

的政治宪法困境,实际上,正出自于人们依然试图在传统政治宪法的范围内来回应新的权利涵括和排斥的需求。在这样一种宪法理论与宪法实践的困境约束下,“自发的社会反向保护运动”,就只能在“权利爆炸的时代”、“选择的共和国”这样一些不太准确的语意描述中得以呈现。

如果说,罗斯福新政对于美国宪法的改造,是通过“再分配”维度来限制经济系统符码的破坏性扩张趋势,“福利国家”原则因此提供了对具有冲突性的权利诉求的同等权衡标准。而在进入1960年代之后,由“民权运动”掀开的差异/认同政治,则使美国宪法的平等保护原则在应对“差异化”的权利要求时,面临如何在不同性质权利诉求之间进行权衡的难题(譬如女性主义宪法学在性别平等和性别差异之间的权衡悖论)。这就使整个公众被分裂为竞争性的利益和价值群体,“理性公共领域”被街头抗议和密室政治取代。再加之1980年代之后全球新自由主义对于社会民主主义遗产的瓦解,则更为讽刺性地促成差异/认同政治和新自由主义联姻的机会。

如果说,罗斯福新政的“福利自由主义”原则奠定了战后美国宪法新的“整体性”基础,那么,差异/认同政治则带来了美国宪法晚近真正的“整体性”危机。由于身份政治的解构,社会民主主义已经无法作为不同权利诉求的同等衡量标准从而对宪法政治进行整合。相反,要求经济再分配的宪法运动,不仅可能与希望维持现状的新保守主义者,也可能与文化/身份政治的反经济主义观点发生难以调和的冲突。罗斯福“宪法时刻”(constitutional moment)所迸发的政治能量已被耗尽了。

这在当代美国宪法中形成了一种双重困境:一方面,大量相互冲突的泛政治化社会要求形成对国家宪法政治中立性和抽象性的广泛压力,进而导致分治的政府(divided government)与两极化的国会(polarized congress);<sup>[28]</sup>“‘全面的改变的动议’由于各种妥协而成了互不搭调、漏洞多出而且混乱不堪的大拼盘。”<sup>[29]</sup>另一方面,由于宪法基本权利缺乏内部的融贯性疏导,公共领域的交往权力无法顺利转换为行政权力,碎片化的公共舆论不能动员为有效的政治力量从而影响立法与国家治理议程,公民社会与政治国家之间的权力民主循环也被堵塞了。这最终就回归到了普布利乌斯在《联邦论》中对于党争所表达的深切忧虑:“对立党派忙于你冲我突,忽略了公益;制定政策,过于频繁,依据的不是公平原则,没有考虑少数的权利;是利益相投、傲慢专横的多数,利用优势通过立法。”<sup>[30]</sup>

当代美国宪法面临的挑战,还不仅来自于内部矛盾的撕裂,也来自于其传统的“威斯特伐利亚”宪法框架在全球化潮流中遭遇的冲击。“全球化正使国家-领土原则和社会有效性之间的缝隙越来越大”,<sup>[31]</sup>美国宪法在完整主权领土范围内整合政治空间的能力,以及由此预设的基于社会契约论传统的民族公民集合体的宪法形象已被改变了。“宪法爱国主义”(constitutional patriotism)在政治空间上自我闭合能力的弱化,不仅带来各种新的全球社会系统功能分化对于美国宪法的直接影响,同时也意味由大量“全球穷人”(global poor)组成的“跨国公共领域”(transnational public sphere)也会不断对美国作为一个边界性宪法政体的合法性和霸权提出挑战。如果说,美国宪法的内部危机来自于宪法是“什么”(what)的争议,那么其外部危机则来自于对“谁”(who)之宪法的质疑。这形成了20世纪美国宪法的反革命形象,尤其是,一旦跨国经济宪法的全球化潮流不断被政治性地界定为美国式“新自由主义”宪法的全球化。

如果说,美国宪法的力量来自于其持续动员和激发公共领域的的能力,它假定了一个与其领土国家相联的有边界的政治共同体框架及其公共领域主权范围的概念,而正如弗雷泽对“公共领域跨国化”

[28] 参见[美]马克·图施耐特:《新宪法秩序》,王书成译,中国人民大学出版社2014年版,第19-26页。

[29] 同注28引书,第280页。

[30] [美]汉密尔顿等:《联邦论》,尹宣译,译林出版社2010年版,第58-59页。

[31] [美]南茜·弗雷泽:《正义的尺度——全球化世界中政治空间的再认识》,欧阳英译,上海人民出版社2009年版,第24页。

所提出的警告,伴随威斯特伐利亚政治空间的透明化:一方面,公共领域“规范合法性”所要求的特定伙伴公民能够平等参与到政治共同体的公共舆论建构;另一方面,公共领域“政治有效性”所要求的国家公共舆论足够强大以至于能将国家权力隶属于公民控制之下,<sup>[32]</sup>政治公共领域形成的这两大宪法前提,都在跨国化的强大潮流中被蒙上了阴影。传统宪法所预设的公民权、公共领域、政治包容与平等参与的同—性关联已经消失了。由此所形成的是两种异质性权利原则在同一个“自由”概念下的悖谬结合:洛克纳原则对于私人经济自由的神圣维护,以及格里斯沃德原则对于私密生活世界隐私自由的保护。美国战后宪法依托于“凯恩斯主义—威斯特伐利亚框架”(Keynesian—Westphalian frame)<sup>[33]</sup>所重塑的“整体性”宪法价值,已在新的“差异政治—新自由主义框架”(politics of difference—neoliberalism frame)中陷入内外困境,而它还继续沉浸在陈旧的民族国家框架想象中,放任跨国化“流动空间”力量的侵蚀,并借助既有的体制化法律空间,来为跨国私人权力提供“去政治化”的司法掩护机制。

美国宪法一方面在新自由主义框架下制造经济系统的排斥性,另一方面又借助差异政治的“反歧视”和“多元化”策略来提供涵括性。由上述内外危机影响的美国宪法就失去了其作为“正当性”力量的稳定化输出:一方面是在宪法是“什么”上缺乏共识,不同派别都希望将自己的权利版本确立为核心,平等原则与差异原则之间的张力难以弥合;另一方面是在有关“谁”之宪法上同样缺乏共识:“谁在给定的事件中是作为正义的主体计算在内的?谁的利益与需要应受到考虑?谁属于有资格得到平等关系的成员圈子?”<sup>[34]</sup>因此,当代美国宪法一方面缺乏“原则一贯性”(integrity)从而在不同的权利诉求间作出裁断,德沃金的“平等关怀与平等尊重”和罗尔斯的词典式序列正义原则,都不足以承担罗斯福新政时期“再分配”概念的整合功能;另一方面,美国宪法也失去了在法律空间的自足意义上提供稳定的规范化结构来矫正非正义的国际霸权的能力。正是在这种面对“泛政治化”力量而缺乏“规范性”力量疏导的失落感与焦虑感中,各种“认知性”力量就悄然借助专家政治和技术治理的崛起接管了宪法。

### 三、“私法化”趋势对于“整体性”宪法秩序的挑战

当代美国宪法的危机表现至少包括:法律系统与政治系统结构耦合的松散化、公法理论的衰落、法律片段化与全球治理话语兴起的冲击,以及民族—民主国家宪法的整体失落。而所有这些危机的形式,也都可以统一概括为美国宪法的“去政治化”危机。<sup>[35]</sup>

当代美国宪法已呈现出弥散化、私人化、封建化的危险趋势。如果重新审视现代早期美国宪法实现的历史功能:其一,将私人社会权力团体有效整合纳入公共权力组织;其二,通过发展确定化的制度边界与正规化的权力循环模式,建立起不同社会功能系统之间形式性、简洁性的机制与程序;其三,有效控制并过滤能够进入到政治系统的社会议题,从而确保公共权力免于和地方性、私人性、身份性势力以“讨价还价”的方式进行零散沟通。<sup>[36]</sup>而令人担忧的是,以上这些曾由美国宪法实现的政治—法律统一效应,正在美国国内与全球两个层面自发性的宪法“私法化”趋势中遭遇冲击。不同社会功能子

[32] 同注 31 引书,第 8—9 页。

[33] 有关“凯恩斯主义—威斯特伐利亚框架”的概念提法,参见注 31 引书,第 12 页。

[34] 同注 31 引书,第 62 页。

[35] 本文第一部分阐述的“去政治化”是对应于“泛政治化”的褒义概念,本部分阐述的“去政治化”危机,则对应于民主商谈意义上的“政治化”能力的丧失。两个“去政治化”概念指向不同。

[36] 同注 2 引书,第 159 页。

系统自发的运作逻辑,取代了政治公共领域形成的可能性,乃至形成“系统对生活世界的殖民化”(哈贝马斯)。由此所带来的宪法化,是“没有国家主权的宪法化”与“没有政治民主的宪法化”。大量失去控制的社会议题涌入了立法决策的轨道,国家主权的奠基性原则遭遇质疑并出现分歧,私人性的利益妥协取代了公共性的民主商谈。而所谓的“司法中心主义”转向,也正代表了这一“去中心化”和“去政治化”的宪法私法化趋势,这些私法化、片段化的法律机制,同样可以具有类似司法审查的宪法机制,同样也可以具有对法律符码的一般化整合机制。它在一定程度上揭示了美国古典宪法模式内含的法律二元论张力:公法/私法、政治国家/市民社会、主观权利/客观法、国家法/国际法等,在这一名义下也诞生出许多新的法律想象:回应性法、反身法、软法、混血法等等。但这些都无法回避美国宪法所遭遇的严峻挑战——政治主权与主权理性的危机。<sup>[37]</sup> 这形成美国宪法的“新中世纪化”(neo-medieval)与“巴尔干化”(Balkanization)趋势,它典型地表现为公法与私法、公权和私权、政治国家与市民社会之间界线的高度不确定性,宪法不再具有“整体性”的规范化能力,主权秩序的抽象化能力受到了大幅削弱,国家的不同法律机制之间出现种种裂缝,国家不再具有将法律统一涵盖到主权领土内所有领域的的能力。作为抽象化的宪法主权秩序,作为公共资源的政治和司法权力,正被大量私人化的、封建化的势力袭取,乃至重新出现习惯法与身份法意义上的权利形式。如果说,近代早期国家宪法的使命在于克服内部秩序的多元化和碎片化,保障国家权力不受封建私人势力的干扰,那么,当代美国宪法似乎又充满吊诡地回到了历史起点:它重新暴露于世袭化(patrimonialization)和碎裂化(re-particularization)的重重威胁之中。

“私法化”的宪法模式,其法律合理性建基于各种个殊化的社会动力机制,市民社会的“特殊性”(particular)与“商品化”(commodification),推动“私法”取代“公法”成为新型宪法想象的基本模型,私法获得了“准宪法”(quasi-constitutional)的地位。“通过在诸如‘贸易法’、‘人权法’、‘环境法’、‘安全法’、‘国际刑事法’、‘欧盟法’等领域中创造特殊的知识和专家体制——法律实践的世界正被切割为各种制度性工程,以迎合有特殊利益和特殊伦理的特殊观众。”<sup>[38]</sup> 比如由跨国公司所主导的全球商人法,其所引领的经济法律规则重塑以及对于内国法律的改造,已经严重挑战了国家宪法对于政治-法律系统的导控能力;其所包含的商务仲裁机制对于合同效力的自我赋予,其所设置的司法审查机制对于宪法机制的私法化改造,则极大地冲击了传统的公法理论和人民主权观念。<sup>[39]</sup> 在某种程度上,以合同法为代表的私法形象,已经成为所谓“普通法宪政主义”和“社会宪政主义”的范式基础。而晚近新兴的“全球治理”话语,也同样代表了私法技术对于传统公法与国际法理论的深刻改造。伴随国内法与超国家法律孔隙率(porosity)的增加、国家宪法法院的网络化,以及私法和公法不断增长的可转换性,这些因素都使美国宪法深深嵌入到超国家经济的宪法化进程之中。<sup>[40]</sup> 在这个历史转型过程中,法律系统与经济系统的结构耦合,全面压倒了法律系统与政治系统的结构耦合;经济系统的“支付/不支付”符码,已经渗入乃至解构法律系统的“合法/非法”符码;民主-国家宪法正被跨国-经济宪法接管其政治经济空间的整合能力。而具有讽刺意味的是,这一跨国经济的宪法化趋势,其本身就被视为美国宪法帝国化的产物,但它也反过头来吞噬了美国宪法的革命与民主动力,并导致美国民主和公法理论的整体衰落,并对其“制约与平衡”的宪法古典传统构成了严重威胁。

美国宪法的私法化趋势,它所挑战的不仅是政治主权与主权理性,而且也是由公法传统所代表的

[37] 同注16引书,第123页。

[38] Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law—20 Years Later*, 20 *European Journal of International Law* 7, 12 (2009).

[39] 同注16引书,第123页。

[40] 同注25引书,第125页。

民主语意,以及公法理念所内涵的权力分化与制衡的宪制结构。经典民族国家宪法的三权分立理论,预设了由政治系统主导的立法、基于法治程序的行政以及涵摄于法律规则的司法的三权封闭循环结构。立法处于政治系统与法律系统的结构耦合地带,并受到宪法法律机制的约束,司法则依照由政治导控的立法规则进行判案,同时根据公共利益判准,通过不断诠释宪法的“平等与自由”基本原则而不断调整其论证资源,由此来保证民族国家范围内私人自主与公共自主、私法与公法、市民社会与政治国家之间的动态平衡。宪法的私法化趋势,改变了这种三权分立与制衡的格局,而更多趋向于技术治理和功能特定化的“司法中心主义”,或者趋向专家政治和公私讨价还价的“行政中心主义”。<sup>[41]</sup> 美国行政法理论的私有化、规制化、治理化语言转向,正是其典型表现,<sup>[42]</sup> 它不再主要依据议会民主立法的规范性导控,而是主要基于公私“利益攸关者”(stakeholder)之间的认知性协调。

美国宪法的私法化趋势,也使宪法符码出现“去形式化”(deformalisation)的趋势。传统的宪法解释多围绕条件性纲要(conditional programmes“如果……就……”)展开,而“去形式化”的趋势则赋予法官更多的自由裁量权,这一自由裁量权的运用,更多不是依据“自由和平等”的宪法原则理念,而是根据特定社会功能子系统技术化的内在合理性需要,根据目的性纲要(purposeful programmes)对“空白条款”(blank clause)直接进行实质性填充。<sup>[43]</sup> 而这一“去形式化”的技术性填充,则多半根据经济系统的成本-收益考量来进行决断,民主宪法的公共自主语意被各种社会功能子系统的技术性语言包围了,这对美国宪法民主精神的挑战是极为深刻的。

近现代民族国家宪法所建立的法律系统与政治系统的正当性沟通机制,正被私法化、治理化、科学化、去形式化、去政治化的技术性沟通机制所取代,这一宪法发展趋势依托于一种不透明的审议式民主(deliberative democracy)和绿屋政治(green room politics),依赖于跨国专家网络的信息、知识、能力的分享与传播。宪法不再是“使人类行为服从于规则之治的事业”(富勒),而有蜕变为“使人类行为服从于技术之治”的危险。如果说,传统的宪法治理是通过有形的、结构化、规范化的权力场所和规则文本进行,现在则借助一种刻意保持距离的、灵活的、网络化的知识与信息通道,依靠半官方-半私人的“去国家化的治理”协调机构推进。在这种宪法“私法化”趋势下的法律主体,就既不是自由主义模式下的维多利亚式主体,也不是福利国家模式下的福特式主体,由于这一“自生自发”的宪法网络秩序极为强调竞争性和效率性,它就必然预设一个可以灵活调整、空间分散与冷酷排斥的社会权利涵括和排斥结构。在此所受到挑战的就不仅仅是公共自主权利,同时也对古典的私人主观权利构成了严重威胁。宪法不再是通过公共民主来界定私人权利框架的事业,而有沦为被动适应不同社会功能系统封闭性运作的“空白条款”(blank clause)的危险。在这里,宪法开始与外包化(outsourcing)、灵活化(flexibility)、流动性(liquidity)、暂时性(temporary)、短期性(short-term)这些陌生的敌对词汇遭遇。

现代社会的复杂性与未来指向的不确定性,决定了现代政治决策的正当化及其权力悖论的转移,最终只能通过公共自主的民主方式进行,而不可能依据特定功能系统的合理化论证与技术专家俱乐部的知识网络分享予以解决。只有通过民主政治宪法助推的公共领域生成以及涵括/包容所有他者的未来许诺,才能使不同市民社会需求的政治疏导获得正当性证成。罗伯特·达尔(Robert Alan

[41] 高鸿钧教授概括指出,西方的现代社会治理经历了三个阶段:一是与自由放任时期相对应的立法治理阶段(现代之初至19世纪末,美国则到20世纪30年代),二是与福利国家时期相对应的行政治理阶段(19世纪末至20世纪70年代末),三是与新自由主义时期相对应的司法治理(juristocracy)阶段(20世纪70年代至今)。参见高鸿钧:《美国法全球化:典型例证与法理反思》,载《中国法学》2011年第1期,第31页。

[42] 可参见[美]理查德·B.斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2011年版。

[43] 有关条件纲要和目的纲要的讨论,可参见卢曼,同注14引书,第220-227页;[德]卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,世纪出版集团2013年版,第124、279-284页。

Dahl)在其多元主义民主论中就对罗斯福新政之后美国宪法的社会政治动力展开了深刻的分析,正是基于现代政党、政治团体、社会运动、利益集团、差异认同的政治动员,基于种族、性别、阶级、文化认同的不同断层线,通过现代民主宪法的整合机制,借助识别与筛选社会包容与社会排斥的权利搜索器,不同的利益与价值才能不断涵括到政治系统的正当性再生产和法律系统的有效性再生产之中。<sup>[44]</sup>

现代民族国家宪法的出现,使得不同的个体化(individualization)社会需求——要求平等而自由地涵括进各个社会功能系统——获得以政治性方式参与公共意见与公共意志形成的可能性。民主国家政治宪法,使社会涵括与社会排斥能够持续得以问题化和政治化,从而提供了现代社会系统功能分化的框架性条件。在另一方面,民主革命的立宪时刻也同时诞生了“私人”的“市民”形象,而私人自主的权利保障也同时使政治-法律的公共自主成为可能,制宪权与宪定权在此取得了统一。

单纯形式化的权利法案无法自动带来平等的自由,通过基本权利解释学实现的社会涵括/包容,正有赖于公共自主的民主激扰。而宪法的私法化、片段化、治理化趋势,则由不同的社会功能子系统自我承担其构成性与限制性的宪法化功能,这就可能阻断社会涵括与社会排斥的问题化和政治化,从而解构现代宪法革命的历史性遗产——德沃金所极力强调的整体性(integrity)宪法政治原则。<sup>[45]</sup>现代行政官僚体系的常规化封闭权力循环,有赖于“制约与平衡”(check and balance)的宪制安排,有赖于宪法所框架的政治系统与法律系统以及公共领域/公共舆论间相互激扰的制约。而由私法专家与技术治理界定的宪法化方案,则改变了18世纪主要由美国宪法民主革命所提供的“对不能决断的政治事务作出决断”的问题解决逻辑。依靠专家知识提供的模型设计、组织检测等科学方案,依靠跨组织的利益协调谈判,依靠职业伦理与名誉权力机制,都解决不了政治系统权力自我指涉悖论的正当性(legitimacy)问题。

市民社会不同私法秩序之间的冲突,有赖于围绕民族国家宪法发展的公法技术的介入和调和,它预设了所有公权力都集中于单一国家的宪法主权,并通过公共自主的民主意志形成得以正当化。在美国宪法历史上经常出现的困境就在于,私人自主和市民社会的自发私法秩序,垄断了权利法案“常规时期”的法律实践,并取代乃至取消了公共自主和人民公共意志参与政治沟通的可能性,往往只有在战争、革命与动乱迫在眉睫之时,才能通过“非常时期”的政治动员和宪法革命,重新激发宪法与公法精神的回归。以消极自主对抗全能政府的洛克古典自由宪法范式,在实践中往往可能演化为哈耶克-弗里德曼式激进的新自由主义宪法范式:它假设立足于“私有产权”神圣保护的市民社会私法秩序的自我演化,就能够形成一种依赖于“认知性学习”的“普通法宪政主义”演化路径,这些自我规制的私法秩序能够根据“效率”和“竞争”的要求相互观察和协调,从而取代中央化-集权化的民主宪法决策的必要性。如果套用卢曼的社会系统理论语言,这实际已经导致了民族国家法律系统与政治系统结构耦合的松弛化,不同社会系统的符码语言直接侵入到法律系统的符码运作,“合宪/违宪”的规范性考量可能被“效率/非效率”的法律经济学分析解构。

宪法理论的经济主义转向,同时也使法律系统的反身性封闭运作陷入阴霾。杂多的私法“宪法化”所带来的不是法律系统与政治系统、经济系统边界的清晰确立,而是对“合法/非法”这一法律系统符码的侵入与滥用。这一宪法危机并不局限于美国国内,“普通法宪政主义”(common law constitutionalism)思潮,在1980年代之后更是通过新自由主义全球议题,通过“华盛顿共识”和“全球治理”(以

[44] 参见[美]罗伯特·达尔:《民主理论的前言》,顾昕译,东方出版社2009年版;[美]罗伯特·达尔:《多元主义民主的困境:自治与控制》,周军华译,吉林人民出版社2011年版。

[45] 德沃金有关作为“整体性”的法律的论述,参见[美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第158、167、170、196-198、203页。

WTO 为代表的全球贸易投资体系改造、以 IMF 和巴塞尔委员会为代表的全球金融体系改造)成为世界经济宪法运动的主流。它要求赋予跨国公司自由的行动选择权、反对贸易保护主义、取消政府管制、开放资本市场,以建立“自生自发”的全球贸易投资秩序。这一跨国化潮流,则又反过来强化了美国国内宪法议题的新自由主义和新保守主义转向。<sup>[46]</sup>

在德沃金所强调的宪法政治的“整体性”(integrity)意义上,美国宪法的“私法化”趋势,已经使其陷入了“去整体化”(disintegration)的政治危机与主权危机之中。不同社会功能系统自发的宪法化趋势,使美国宪法主权丧失了统一不同社会功能子系统运作的“整体性”能力。所谓“法际间”(interlegality)的协调,不再能够通过由政治-法律公共领域塑造的统一法律语言进行。不同“法际间”的网络化协同效应,更多依赖于中立化、技术化、抽象化的私法语言来进行。它依赖于不同自发法律机制之间的“认知性”调整,而不是来自民主公共领域的“规范性”振荡。这些自我运作的社会子系统的自发宪法化趋势,既不需要统一的、普遍的公法理论与语言,也不需要专事于“社会涵括/包容”生产并以民主语意为依归的现代政治系统。<sup>[47]</sup> 这一“法际间”秩序,现在经常被概括在“宪法多元主义”的名义下,它由杂多的个人、企业、非政府组织、社会网络、国家、国际组织、跨国机构的网络化秩序构成,这一哈耶克式的自生自发秩序,最终依赖于不同社会权力之间不无盲目的认知性激扰。“片段化”的法际间宪法秩序,产生的并非去中心化、去国家化的理想社会局面,而可能使社会涵括/社会排斥的政治化-法律化进程,被不同社会系统的封闭化功能运作逻辑所遮蔽。在这个意义上,由洛克、卢梭、康德所奠定的社会契约论宪法传统,有重新蜕变为霍布斯式“自然状态”的危险。这一“去整体化”的市民社会的“冲突法”秩序,提供不了能够满足“公意”标准的法律符码,它仅仅只是松散耦合于各种不同的功能系统符码,其批判性潜力则被不同的系统符码所吸收、压制与转移,因此无法在“整体性”的宪制意义上提供对社会包容/社会排斥议题的政治性表达与法律化论证。美国宪法的私法化、去整体化趋势,将导致其宪法政治失去其展开内部革命性振荡的空间和能力。“私法化”趋势代表了一种静态的罗马式法律平等语意的实现,它也代表了由公法理念所代表的民主共和语意的衰落,私人自主权利一旦失去民主公共领域革命力量的激发,将使美国宪法围绕“自然法与革命”、“自由和平等”、“制宪权与宪定权”辩证法展开的“整体性”宪法政治陷入困境。

#### 四、“全球化”趋势对于“政治国家”宪法秩序的冲击

法律系统作为社会的“免疫系统”(卢曼),辅助了不同功能系统自我构成与自我限制之间的平衡,这也主要是由现代宪法机制的保障实现的。宪法成为了现代政治系统与法律系统自我再生产的制度基础,通过权力“制约与平衡”(check and balance)的宪制建构以及权利法案的司法化:一方面提供了对社会功能系统破坏性扩张趋势(比如波兰尼笔下的市场社会)的阻断机制;另一方面也为不同主体对抗社会功能系统的内部排斥提供了具有可诉性的反馈机制。现代宪法化解了不同社会功能系统在封闭运作过程中产生的自我解构与彼此对抗的内在倾向。当然,这些预设都建立在特殊的“威斯特伐利亚”民族国家宪法体系之上,不同社会功能系统的运作被假定可以控制在一国领土范围之内,通过公法与私法体系的国内法-国际法建制予以规范化安排,这构成二战之后由美国推动的“内嵌性自由主义”全球政治经济范式的基本假设,它也是战后美国宪法模式能够迅速得以全球扩展的内在

[46] 参见[美]罗纳德·德沃金:《最高法院的阵形:最高法院中的新右翼集团》,刘叶深译,中国法制出版社2011年版;同注28引书。

[47] 同注16引书,第137页。

动因。

演化论(evolution)和革命论(revolution)构成了美国宪法传统的两种基本理解范式。演化论强调宪法作为构成性规则和程序性规则的维度:作为构成性规则,它保证政治性立法与司法性解释的循环封闭性;作为程序性规则,它确保由法律程序规制的政治干预必须通过实证立法的形式进行。革命论则强调宪法的民主参与和公共自主维度,它确保对所有人具有拘束效力的法律正当性来自公民的集体自主,并否认私人自主维度的至上性,阿伦特也正是在这个意义上对美国革命传统做出了全新诠释。演化论和革命论这两大传统同样也构成了美国宪法全球化的双重动力:政治性的一面通过其革命论传统,推动各国政治民主转型之后对成文宪法、三权分立、政党竞争、司法审查制度的全球移植,强调“普通人可以主张他们具有定义、争辩和改变他们所接受的政治传统的权利”;<sup>[48]</sup>经济性的一面则通过演化论传统,由战后美国政府主导的“法律与发展运动”(law and development movement),以及1980年代之后借由世界银行和国际货币基金组织推动的“结构调整计划”(structural adjustment programmes),来主导全球化的普通法律范式渐进发展。政治性维度更为激烈和炫目,经济性维度则更为隐秘与持久。晚近以来“司法中心主义”的全球兴起,就充分揭示出宪法演化论传统的强大力量。<sup>[49]</sup>借助于主导超国家主义的法律创制——包括世界贸易组织(WTO)与北美自由贸易区(NAFTA)争端解决机制、国际投资争端解决中心(ICSID)和互联网域名与地址分配机构(ICANN)等私人仲裁机制,“盎格鲁化”(anglophile)的“普通法宪政主义”理念已深刻主导了宪法基本权利在全球层面(包括公共和私人机制)的实证化进程,从而推动新自由主义的技治化(technocracy)宪法秩序的形成。

尽管阿克曼试图阐明平等式民主观已经取代了自由市场理念,从而成为新宪法秩序的全面基础,但后新政时期的美国宪法似乎已经走向了反面。<sup>[50]</sup>阿伦特对于美国革命的政治还原论实际已经预示了这一悖论性的历史后果:由于阿伦特对“社会问题”的深刻偏见,革命者变成了对社会分配议题漠不关心的城邦公民,政治革命与社会变革之间的联系被生生斩断了,而在这样狭隘的二元论对立中,阿伦特式的革命论传统也就悖谬地向哈耶克式的演化论传统蜕变,宪法被雕刻成“一座死气沉沉的新古典经济学的僵化塑像”。<sup>[51]</sup>正是在这个意义上,美国宪法晚近的新自由主义全球化,实际也正得益于革命论和演化论这两大宪法传统的矛盾性结合。

美国宪法模式在二战之后的全球扩散趋势,不仅是美国宪法霸权影响力的展现,从另一层面来说,第三世界在民族解放运动与现代化运动中通过各种以美国宪法为蓝本的“名义宪法”和“符号宪法”,同样也出于它们自身需要从层级分化社会向功能分化社会转型的“反封建”需要。从更大的世界社会演化的动力来看,这也是不同社会系统世界性扩张的功能迫令的结果。当然,在不同的左翼批判法学视野下,美国宪法的全球霸权也掩盖了民族国家国际体系的中心-边缘结构,以自由和平等(inclusion)为价值语意的宪法全球迁移推动的各国“结构调整”,同样也掩盖了美国宪法全球化所带来的剥削与排斥(exclusion),遮蔽了世界社会(world society)层级式分化趋势的阴暗面。<sup>[52]</sup>

与此同时,美国宪法全球化与世界宪法/全球宪法的自我演化之间,也出现了越来越多的张力。美国宪法对于民主法治以及法律和政治系统关系的独特描述,一方面提供了世界宪法扩展的蓝本,提

[48] 同注4引书,第223页。

[49] 可参见[葡]博温托·迪·苏萨·桑托斯:《迈向新的法律常识——法律、全球化和解放》,刘坤轮、叶传星译,中国人民大学出版社2009年版,第386-432页。

[50] 参见注4引书,第138-139页。

[51] 同注4引书,第229页。

[52] 卢曼认为“世界社会”概念比“全球化”概念更为准确,参见Niklas Luhmann, *Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?* 7 *International Review of Sociology* 67, 79 (1997).

供了现代政治系统与法律系统结构耦合的基本模式;但在另一方面,世界宪法演化也逐渐获得自身的独特动力,全球商人法、互联网数字宪法、全球标准化组织、世界人权法、科学宪法、体育宪法,大量有关“宪法多元主义”、“社会宪法主义”的讨论,以及“政治宪法”的相对衰落,“专家政治”与“治理主义”的去政治-去民主宪法话语的兴起。这些都导致由美国宪法理想提供的民主-国家政治想象,以及由此提供的社会系统分化与世界社会演化的宪法想象,受到空前的冲击与挑战。这也导致了美国宪法模式文化吸引力的持续下降。但由于其历史性霸权的延续,因此也极大地束缚了有关全球宪法演化新动向的解释力与想象力。

当代宪法理论的争论和转型,反映出全球社会正在经历的深刻结构变迁,同时也预示着美国宪法模式全球化的内在危机。在全球宪法的“碎片化”/“片段化”(fragmentation)时刻,美国宪法不再能够有效主导全球宪法演化的动力与方向,而各种自发的超国家、跨国、国际性、区域性、亚国家法律机制的杂乱兴起,这些由全球贸易、世界金融、大众传播、体育运动、宗教集团、科学研究所代表的系统性力量构成的新秩序,正持续渗入并深刻改变由美国宪法为代表的主权国家宪法模式,并由此改变民族国家法律系统的符码运作机制。而在传统共和主义的批判视野下,这些以特权与财产为根据,以利益和效率为基准,以私有化、公私合作与公共治理的企业化为导向的“认知性”(cognitive)宪法秩序的兴起,也代表了美国共和革命“规范性”(normative)宪法维度的衰落。

宪法的世界主义转向,预示着由民族国家宪法(美国宪法)的社会涵括,开始转向世界社会宪法(世界社会系统)的社会涵括。<sup>[53]</sup> 伴随全球法律的片段化趋势,这不仅冲击了民族国家宪法对于本国政治与法律系统的界定能力,也改变了威斯特伐利亚国际体系建构下的领土国家宪法格局。同时,它也不断面临超逸出民族国家范围的各大世界社会功能系统封闭运作所产生悖论的困境:其中既包括由新自由主义原则统摄的世界经济宪法运动,也包括以各种原教旨主义为标签的全球宗教复兴运动,也包括二战之后由全球人权话语界定的新型政治宪法运动,它们显然改变了由18世纪启蒙运动与美国宪法革命所框定的民族国家宪法的历史逻辑。

美国宪法的活力在于它赋予了各种社会动力自我宪法化的可能性,而其弱点则在于它约束社会系统符码过度扩张的能力,这典型表现在美国法理学对于主观权利和基本权利概念界分的模糊化。美国宪法的演化论与革命论传统,以及自由主义和共和主义宪法观之间的持久张力,就折射出在处理这一问题上的犹疑态度,即政治宪法是否应当以及如何介入非国家的社会领域?而主流宪法学则往往通过对市民社会的“去政治化”理解回避这一问题。由此也形成了经典的政治国家宪法想象:在日常时期由宪法文本作为基本法提供司法上的统一性,在非常时期则由人民出场重申高级法来提供政治上的统一性,以此在主权国家范围内实现对所有社会和文化领域的普遍管辖权(jurisdiction)。在这种经典的宪法模式想象下,基本权利被简单归因为抽象主体的范畴。无论是私人权利还是公共权利,都被视为对于个人利益的法律赋权(诉权),它的对抗焦点在于其他个人和国家权力,政治化的焦点,也就自然围绕个人与国家的关系展开,而实际拥有权力的各大社会系统就完全淡出了宪法讨论的视野,充其量最多也只能通过“基本权利的横向效力”(horizontal effect)<sup>[54]</sup>等法律解释技术来处理。

马克思清楚地意识到了经济系统和市民社会的政治性维度,但由此展开的批判却走向了宪法工程的激进反面:共产主义宪法“试图通过正式的组织化过程和封闭的政治控制,整合各种分散的自治

[53] 卢曼,同注14引书,第627-638页。

[54] 有关“基本权利的横向效力”,可以参见[德]贡塔·托依布纳:《匿名的魔阵:跨国活动中“私人”对人权的侵害》,泮伟江译,载《魔阵、剥削、异化:法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧等译,清华大学出版社2012年版,第182-191页。

社会领域”，并“最终窒息了社会分化的动力”。<sup>[55]</sup>正是吸取了自由主义宪法和共产主义宪法的双重教训，美国在二战之后最终建立了“内嵌性自由主义”福利国家宪法，在国家和市民社会之间精心构造出一种既干预又尊重的微妙平衡关系。但是，1970年代之后所出现的福利国家宪法危机，则证明它同样没有克服与其他宪法模式同样的认识论错误：主权国家民主宪法，已经无法直接导控呈加速功能分化趋势的经济、科学、艺术、宗教、教育、医疗等领域的自主逻辑。美国宪法的私法化趋势，实际也正是在面对这样一种挫败感时所作出的被动回应：既然传统政治国家宪法提供的选举、代议、政党竞争、多数决等公法技术已很难直接满足不同功能系统的宪法化需要，甚至还可能对它们的自发宪法化进程构成干扰。但更严重的问题则在于，美国宪法的私法化趋势，实际也很快陷入福利国家以政治系统涵括其他社会系统的相同困境。新自由主义宪法走向了狭隘的经济主义——它试图以经济系统的运作符码来统合其他所有社会领域，并且还试图以经济科学的“认知性”来终极解构民主宪法的“规范性”。

正是自由主义宪法、共和主义宪法、法团主义宪法、共产主义宪法和新自由主义宪法的接连受挫，美国宪法的“私法化”最终采用了“宪法多元主义”（constitutional pluralism）这样一个去政治化的语意表述，而它显然并未对如何限制社会系统的过度扩张问题给出清晰答案，它只是不切实际地寄望于不同社会系统形成数量和种类上的倍增，从而提高相互制约的机会。不同的抽象主体在面对匿名的、自主的扩张性社会机制伤害时，因其个人化权利语言的贫困，因此无法获得基本的“诉讼”能力与途径，这一“可诉性”难题则揭示出了“法律化”或“司法化”的内在局限。美国宪法依然试图通过领土国家的特定权力象征边界，来统合不同的社会自治领域。在各大社会系统的自主运作与美国宪法领土化的政治-法律基础设施之间，已经出现了越来越大的鸿沟；在去领土化的社会系统宪法化和领土化的政治国家宪法化之间，已经出现了越来越大的张力。现在所面临的严峻问题就是：宪法如何提供社会保护反向运动的新动力，以阻止社会系统无限扩张的自我毁灭倾向？美国宪法如何依据业已变化的社会现实，以激发新的宪法时刻来完成其范式转型？

## 五、结语：美国宪法危机的普遍代表性

美国宪法历史上的派系党争难题，实际展现了现代功能分化社会的去中心化逻辑，而其宪法力量也正在于通过基本权利机制的内部分化、三权分立制衡体系、政党竞争制度与司法审查体制的建立，借助日常政治和宪法政治区分形成的二元民主空间，顺应了现代复杂社会功能分化加速背景下的治理需要。它始终坚持并不存在唯一的政治中心、权力顶点与党派势力可以作为“人民”的唯一代言人和决断者，并否认在现代社会条件下能够提供某种一劳永逸的宪法解决方案。

美国宪法传统中的权利冲突难题，也充分展现出现代社会要求全面而平等的社会涵括所形成的内在张力，它既强化了传统宪法的党派冲突语意，也预示了统一的政治国家与市民社会形象的崩塌，它也同时加深了当代联邦最高法院作为“宪法守护者”角色的重要性和不合时宜性。美国宪法既充满了各种意识形态的不连贯性、让人恼怒的折中主义、缺乏决断的不负责任，但同时也避免了“党派多数专制”（tyranny of factional majority）的危险。<sup>[56]</sup>制宪权/宪定权、革命/自然法、公法/私法、制定法/普通法、自由/平等、私人自主/公共自主、民主/法治、自由主义/共和主义、人权/人民主权、平民主义/精

[55] Teubner, *supra* note 25, at 23-24.

[56] 参见同注4引书，第58-65页。

英主义、市民社会/政治国家、自由主义/福利国家,正是在处理和内化这一系列二元悖论时所展示出来的卓绝能力,赋予了美国宪法极为强大的政治整合力量,也成为了美国宪法在战后能够全球扩展的动力来源。

美国宪法的力量来源于它去政治化和再政治化的双重能力,美国宪法的弱点也同样来源于去政治化和泛政治化的双重危机。美国宪法的成功之处,在于它掌握住了现代政治生活的核心特征——民众激情动员和高级法时刻的一体两面性,并且通过宪法的公共理性程序,形成在日常时期和非常时期进行周期性振荡的安全化制度空间。它既推动了现代社会系统的功能分化,同时又通过法律-政治宪法化来限制社会子系统功能分化无限扩张的毁灭性趋势。

美国宪法的当代困境具有普遍代表性,这要求我们重新思考 18 世纪的宪法革命遗产,从中寻找新的历史进步动力。在全球化、私法化与治理化的多重挑战下,在“自由共和国私人公民的集体生活被冷漠、无知和自私所笼罩”<sup>[57]</sup>之时,1787 年美国的理性革命建国精神,还能否再次通过某种危机的洗礼,重新光照“上帝应许之地”(The Promised Land)?

## **The Strength and Weakness of the U. S. Constitution: Using “Social Systems Theory” as a Perspective of Observation**

Yu Chengfeng

**Abstract:** The United States Constitution connotes the great potential of the evolution of the fundamental rights system, which realizes the organic integration of common law principles and revolution principles by the rights-centered technological development of constitution, and thus makes the United States achieve historical heights in the construction of national capabilities. The special “marriage” between neoliberalism and identity/recognition politics has a great impact on the formation of the postwar American constitutional order of “New Deal”. Not only has the contemporary American constitution been confronted with an avulsion from inner conflicts, but the traditional constitution framework of “Westphalia” it depends on is also suffering impacts in the trend of globalization. The whole world is going through a profound structural change, which indicates the internal crisis of American constitution mode’s globalization. Under multiple challenges of privatization, globalization and managerialism trend, the U. S. Federal Constitution is facing double troubles between de-politicization and pan-politicalization. The contemporary dilemma of the US Constitution is universally representative, which requires us to rethink about the legacy of constitutional revolution in the 18th century, and look for the new driving force for historical advance.

**Keywords:** social systems theory; privatization of constitution; de-politicization; neoliberalism; the U. S. Constitution

(责任编辑:刘馨)

[57] 同注 4 引书,第 292 页。

# 行政特许法律关系新论

翟 翌\*

**摘 要:**“受许人的对象人”应从“利害关系人”中独立为新的行政特许法律关系主要主体。该法律关系客体(标的)是完成行政任务的“行为”,而非“物”。该法律关系“标的物”并非“标的”,因是完成行政任务的基础而具公物属性,含“公有公物”与“私有公物”,其效力有公共役权对私权的优先性、物主的维护义务、融通受限等。行政特许各主体基于此客体、标的物产生的多维权利义务构成其法律关系的内容。行政特许法律关系的精细化研究结论有重要的理论及实践价值。

**关键词:**行政特许法律关系 主体 客体 标的物 内容

行政特许制度是各国公私合作的重要方式,在现今行政任务民营化潮流的时代,它日益受到国家的重视。李克强总理在国务院常务会议上指出:“在交通、环保、医疗、养老等领域,推广政府和社会资本合作模式,以竞争择优选择包括民营和国有企业在内的社会资本,扩大公共产品和服务供给,并依据绩效评价给予合理回报,是转变政府职能、激发市场活力、打造经济新增长点的重要改革举措。”〔1〕在制度层面上,2014年《行政诉讼法》修正案已将行政特许明确纳入受案范围;另外,由国务院常务会议通过,国家发改委、财政部、住建部、交通运输部、水利部、央行等联合颁布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》已于2015年6月实施。足见现实对行政特许制度有巨大的需求。

但现实中行政特许制度的运行也有诸多问题,如特许中常见的官商勾结现象,即源于既往行政特许被视作特权和营利工具,而未被施加足够的公法义务,以行贿获取特许权后总体上仍有盈余,故资本乐于于此;又如政府常滥设特许权并拍卖获得高额收入,增加社会负担,是因为忽视了政府在特许中的应有义务,对其产生了不良激励。此类弊端均是由行政特许法律关系权利义务配置失当引发,并且只从行政主体、受许人角度分析问题,忽略了受许人的直接对象人、利害关系人的权利义务所致。

这些行政特许系列问题最终可归结于对行政特许理论系统认知的薄弱:我们不仅对行政特许概念存在巨大分歧,也对行政特许的其他基本理论问题缺乏充分研究,其中一个重要体现即是对“行政特许法律关系”研究的苍白。法律关系分析方法是理解法学问题的基本范式,行政特许法律关系也具有自身特质,对行政特许法律关系的精细化研究,不仅有助于明确有颇多争议的行政特许内涵,也可为现实中行政特许热点问题的治理给出适当方案。因此,对行政特许法律关系的探索具有重要的理论与现实意义。

---

\* 重庆大学法学院特聘研究员,法学博士。本文是重庆市社科规划青年项目(2015QNFX32)、中国法学会部级法学研究课题[CLS(2015)C75]、重庆大学中央高校基本科研业务费(NO. 106112016 CDJSK 08 XK 21)的阶段性成果。

〔1〕 中央政府门户网站, [http://www.gov.cn/guowuyuan/2015-05/13/content\\_2861461.htm](http://www.gov.cn/guowuyuan/2015-05/13/content_2861461.htm), 最后访问日期:2015年11月9日。

## 一、比较法视野下行政特许法律关系的研究价值及展开

### (一) 各国法律中行政特许内涵之分歧

行政特许的内涵在大陆法系和英美法系之间以及两大法系内部均存在不小分歧,这使得我国在引进和实践行政特许理论上出现了不少困惑。

#### 1. 大陆法系的行政特许

在法国,行政特许“通常是指和行政机关签订合同,得到特别允许做某种行为,或使用公产的权利”。<sup>[2]</sup> 具体而言,行政特许包含两种意义,一是针对物的,即“共用公产的特别独占使用特许”,“行政主体和私人间所签订的合同,后者因此取得例外地单独占用共用公产一部分的权利”。<sup>[3]</sup> 另一是“公务的特许”,尤以公用事业特许为主要内容,“公用事业特许经营是公用事业的一种管理方式;借助这一方式,公法人作为特许权所有者,通过签订契约,让一个私法人,即受权经营者,在一定期限内,运营公用事业,同时承担一切责任,并利用经营权从用户方面获取报酬”。<sup>[4]</sup>

德国行政特许的相关含义有三种:一是“特许经营模式”,即私人企业作为受许人执行公共计划,受许人可向特许事业使用人收费以维持运转,“建设特许”也是属于此种特许。<sup>[5]</sup> 二是指公民对某些公物特别使用的特许,如对水资源的经济利用中,原则上不可撤回以确保利用人稳定之地位的特许。<sup>[6]</sup> 第三种是“控制性许可”与“特别许可”分类中的“特别许可”,指对不符合社会理想或有危害性的行为原则上予以禁止,在特别规定的情况下,施予个人做该种禁止行为的自由,特别许可扩大了公民权利的范围(又称为“附免除保留的禁止”),如德国法律禁止在议会周围一定区域举行露天集会,但依法给予特别许可的除外。<sup>[7]</sup>

日本行政法中,特许是指“设定特定的权利(矿业权、河川占用权等)或者授予总括性的法律上的地位(如公企业的事业经营权等)的行为”。<sup>[8]</sup> 就性质而言,乃是一种形成性行为。<sup>[9]</sup> 在内容上,如“公企业的特许”,即“诸如电力、煤气等公共事业、铁路、公共汽车等运输业,承担着向国民生活提供着不可少的服务任务。这类领域所具有的高度公益性,决定了这类营业活动不应当然地归属于私人的原本拥有的自由,而应获得国家的特别批准并在实施过程之中接受国家的业务监督”。<sup>[10]</sup> 此外,特许还有另一层意思,是与公物利用有关的特许使用,即受许人从公物管理人那里获得特别使用权而使用公物。<sup>[11]</sup>

韩国行政法上行政特许含义较为宽泛,“特许指为特定相对人设置新的权利的行为(公共企业特许、对公物使用权的特许、矿业许可、渔业执照等)、设定能力的行为(设立公法人的行为等)和设定法

[2] 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第406页。

[3] 同注2引书,第273页。

[4] [法]让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第473页。

[5] [德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第三卷),高家伟译,商务印书馆2007年版,第457页。

[6] [日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第196页。

[7] [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第212页。

[8] [日]南博方:《行政法》(第六版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第39页。

[9] [日]盐野宏:《行政法I:行政法总论》(第四版),杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第75页。

[10] 朱芒:《日本的行政许可——基本理论和制度》,载《中外法学》1999年第4期,第105页。

[11] [日]盐野宏:《行政法III:行政组织法》(第三版),杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第264页。

定地位的行为(公务员任命、入籍许可等),其中设定权利的行为也叫作狭义的特许。”<sup>[12]</sup>

在我国台湾地区,行政特许一般指对有害于社会或与社会期待不符的行为,予以一般禁止,在特殊例外下特许其从事该行为的情形,如特许制造、贩卖管制刀械等;<sup>[13]</sup>另外,在公物法上,“特许利用乃公物管理机关在特定的公物上依法规或在其得裁量范围内,为特定人设定公法上的特别利用权,使其得继续占有利用,并得排除他人利用之谓”的行为。<sup>[14]</sup>

## 2. 英美法上的行政特许

英美法系的行政特许常用 Franchise<sup>[15]</sup>、Concession<sup>[16]</sup> 或 Privilege<sup>[17]</sup> 表示。在英国行政法中,行政特许常被公法学者认为是一种规制方式,或是对象命令、控制等传统规制方式的补充或替代,特许意味着获得进行某种活动的短期垄断权或独占权以及用拍卖的机制控制市场准入等。<sup>[18]</sup> 在现实中主要用单行法分别规定。<sup>[19]</sup>

美国行政法将行政许可分为“权利性质许可”与“特权性质许可”两种,后者指个人并无事先权利,只是从政府那里取得的特权,如出售烈性酒、啤酒经营、弹子房、舞厅等的执照被认为是个人特权类许可。<sup>[20]</sup> 行政特许还被认为“是对有限资源进行配置的一种方式,如出租车业的经营许可”。<sup>[21]</sup> 强调其资源分配的功能。

## 3. 我国行政特许的内涵

在我国行政法上,行政特许内涵较为混乱,至少有数量有限说,<sup>[22]</sup> 特别限制解除说,<sup>[23]</sup> 赋予特权说,<sup>[24]</sup> 垄断经营说,<sup>[25]</sup> 收费说,<sup>[26]</sup> 分配资源说,<sup>[27]</sup> 公共利益行业说,<sup>[28]</sup> 财产权说,<sup>[29]</sup> 裁量权说,<sup>[30]</sup> 实施致害行为说<sup>[31]</sup> 等多种观点,并无有力通说。

国内学者的这些观点存在的问题首先是表面上的“特点”误作本质,并以此为基础界定行政特许。他们分别从限制的力度、功能、数量、流转、产生方式等侧面去定义行政特许,但这些界定严格意义上并不能被视为“定义”,所谓“定义”是对被界定对象最为本质特征之概括,以上只从行政特许的

[12] [韩]金东熙:《行政法Ⅱ》(第9版),赵峰译,中国人民大学出版社2008年版,第211页。

[13] 应松年主编:《行政许可法教程》,法律出版社2012年版,第34页。

[14] 翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2009年版,第442页。

[15] See James T. O'Reilly, *Confidential Submissions to Utility Regulators: Reconciling Secrets with Service*, 18 Ohio Northern University Law Review 1, 1 (1991).

[16] See Christopher H. Bovis, *Public Service Partnership as Instruments of Public Sector Management in the European Union*, 18 Columbia Journal of European Law 1, 9 (Summer 2012).

[17] 参见张兴祥:《中国行政许可法的理论与实务》,北京大学出版社2003年版,第4页。

[18] [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(下),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第512页。

[19] 张越编著:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第471页。

[20] 王智斌:《行政特许的私法分析》,北京大学出版社2008年版,第22页及注释。

[21] 同注13引书,第34页。

[22] 王克稳:《论行政特许及其与普通许可的区别》,载《南京社会科学》2011年第9期,第85页。

[23] 应松年、杨解君主编:《行政许可法的理论与制度解读》,北京大学出版社2004年版,第115页。

[24] 周佑勇:《行政许可法理论与实务》,武汉大学出版社2004年版,第28页。

[25] 张卿:《行政许可法和经济学》,北京大学出版社2013年版,第204页。

[26] 同注22引文,第86页。

[27] 陈曦:《行政特许与资源配置》,载《湖北行政学院学报》2006年第6期,第33页。

[28] 刘太刚:《行政许可法注评》,中国社会出版社2003年版,第36页。

[29] 同注20引书,第28页。

[30] 杨万丽:《论行政法上的特许行为》,载《云南法学》1999年第2期,第43页。

[31] 肖泽晟:《论行政特许中的信赖利益保护》,载《山东大学法律评论》2008年卷,第82页。

局部“特征”着手,并未把握行政特许的普遍本质。其次是过度强调行政特许的营利功能或经济属性(如数量有限说、财产权说、收费说等)。这使得现实中行政特许常单纯成为政府的牟利工具,增加了社会负担,忽略了行政特许应有的公益属性。

## (二)从“法律关系”视角对行政特许进行精细化研究

### 1. 法律关系分析方法——行政法学新的“阿基米德支点”

以上行政特许内涵在两大法系及我国的巨大分歧,除法系差别等因素外,一个重要原因在于对行政特许的研究方法存在一定的问题。

以大陆法系德国公法学为例,传统行政法学的核心概念是“行政处分”或“行政行为形式”,这种体系着重从行政主体立场阐释政府和相对人的关系,尤为注重行政主体意图形成过程及其效力,而对其他主体之地位及权利义务关注不够,且这种分析方法在历史上以传统高权行政为背景,其对新时代下丰富的行政法现象如给付行政也缺乏更为完满的解释力。巴霍夫(O. Bachof)教授基于法教义学(Dogmatik)相较于私法在行政法中运用较落后的情况,提出应将胡果和萨维尼那里的法律关系方法运用于行政法领域,行政法律关系方法可提供更全面的分析法律事实工具,对行政行为形式理论不能完整刻画的各主体之行为、主张、权利义务的形成及变动等均可作较完满的分析。海伯勒(P. Haberele)教授亦将行政法律关系视为除行政行为形式外,行政法学另一新的“阿基米德支点”。<sup>[32]</sup>

但由于行政行为形式理论在大陆法系行政法学的核心地位,故虽然“法律关系的正确展开,始终被视为必须认真对待的问题。但对法律关系的勾勒,虽经几代学人的努力,大体仍处于粗线条描绘的阶段”。<sup>[33]</sup> 法律关系方法运用效果不彰的重要原因在于其在具体行政领域展开不够,“实践中存在的不是行政法律关系,而是数量众多、内容和形式不同的行政法律关系”。<sup>[34]</sup> 通过法律关系方法对行政特许做精细化研究,一方面有助于明确富有争议的行政特许之内涵;另一方面还可彰显法律关系分析方法在行政法学中的效用。

而在英美法系,虽与大陆法系那种抽象和体系化的法学方法有一定差异,但英美分析法学等流派亦重视法律关系元形式的研究,<sup>[35]</sup> 故以法律关系方法对行政特许相关主体权利义务等进行精细化分析,是两大法系均可接受的路径。

### 2. 基于法律关系方法对行政特许的初步界定

“法律关系是主体之间的法律上的权利与义务关系。”<sup>[36]</sup> 行政特许法律关系在权利、义务等方面有独特之处。有研究者基于法律关系框架,结合历史与比较的方法,认为行政特许乃是行政主体在部分非干涉行政的职权领域,依法准许受许人(即被特许人,下同)从事与行政主体相似活动以完成行政任务,受许人因而在其中享有与行政主体相似的权利、负有与行政主体相似的义务,行政主体对接受特许服务的公民负有间接潜在义务的一种行政许可。<sup>[37]</sup>

与普通许可的恢复性不同,行政特许赋予受许人特殊资格,之所以称为“特殊资格”,是因为受许

[32] 鲁鹏宇:《论行政法学的阿基米德支点——以德国行政法律关系论为核心的考察》,载《当代法学》2009年第5期,第50-59页。

[33] 郑春燕:《现代行政过程中的行政法律关系》,载《法学研究》2008年第1期,第61页。

[34] 同注7引书,第167页。

[35] 参见王涌:《法律关系的元形式——分析法学方法论之基础》,载《北大法律评论》1998年第1卷,第2辑,第576-602页;付子堂主编:《法理学初阶》,法律出版社2005年版,第174-175页。

[36] 孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社2010年版,第315页。

[37] 翟翌:《基于“相似性”本质的行政特许界定及其应用》,载《中国法学》2016年第1期,第144-161页。本文对行政特许法律关系的相关论述将基于此界定展开。

人从事的活动是相似于行政主体的活动,如公用事业特许中,公共服务原是行政主体的职责,通过行政特许使受许人有代替行政主体为民众提供服务的资格。由于受许人从事的是与行政主体相似的活动,故在实体上行政特许之“特”及其与普通许可的区别体现为以下几点。

首先,权利上的“特”。与行政许可有关的权利,在归属上可分为三类:第一类是本属于被许可人自身的权利,在普通许可中得以恢复。第二类是归属不明的权利,一些法律未明确归属或新出现的“无主”权利,根据“未列举的权利视为公民保留”之公法学原理,这类权利并不属于行政主体,并非行政特许中“与行政主体相似的权利”之所指,应推定属于公民,类似普通许可中的权利,应以普通许可的方式授予。第三类是行政特许中的受许人享有的权利,受许人享有的与行政主体“相似的权利”,乃是“本不属于受许人”并且“源于行政主体”、通过行政特许转移给受许人的那些权利。行政特许中受许人享有与行政主体相似的权利之例子,如当行政主体直接提供公共服务,经常使用财政资金填补亏损,以保证公益性的实现,而相关行政特许中,为维持公交、轨道交通特许低票价及公益性,行政主体常给被特许人财政补贴等政策扶持。<sup>[38]</sup>

其次,义务上的“特”。普通许可乃是对公民原本权利的恢复,一般并不附加义务,而即使附加某些义务,其内容和范围也相对较狭窄,与行政任务并无直接关系,并且这些义务同权利相比,处于次要地位,权利才是占主导地位。与普通许可不同,由于行政特许的受许人从事的是与行政主体相似的部分活动,因此其也负有与行政主体相似的义务,行政特许中受许人负担的义务与获得的权利同等重要,甚至是更为重要的。受许人负有与行政主体相似义务的例子比如天然气、电网等行政特许中,受许人不能拒绝为偏僻地区铺设管网;公交车行政特许中,车费不得随成本变化任意变动,受许人还要给老人等特殊群体优惠等。<sup>[39]</sup>

再次,行政主体对特许有潜在义务。在行政法的“透明人理论”下,“私人契约中的一方当事人是‘假的私人’,它含有极高的透明度,让人一看即知其为公法人的伪装、化身或傀儡”。<sup>[40]</sup>因此,“由于政府通过特许达到的目的与行政职权有关,因此虽委外给被特许人,但政府依然须在背后承担义务,只不过这并非‘直接’义务,而是‘潜在’义务。与行政主体一般义务不同,此义务平时并不显现,在特许事业出现运营困难无法维持,政府对其临时接管或最终接管时,这种义务才从‘潜在’变为‘明显’”。<sup>[41]</sup>

基于法律关系对行政特许的该界定可涵盖公务特许、公产使用特许、规制经济学特许以及我国《行政许可法》的有限自然资源开发利用特许、公共资源配置特许、特定行业市场准入特许等现代行政特许的各种类型,它们都与完成行政任务有关。如公产使用特许常与公务相关,共用公产特别独占使用特许之特许合同往往是需占用不动产的公务特许合同的补充,两者相互混合;<sup>[42]</sup>而“规制经济学特许的被特许人在获得垄断地位的同时也需提供公共服务,因此它实际是以公务特许为基础发展而来的特许”;<sup>[43]</sup>公共资源配置特许、特定行业市场准入特许都应限定为完成行政任务的方式;而有限自然资源开发利用特许中,作为受许人的开采人须承担特殊的保护环境、水土,矿产资源综合利用等具

[38] 同注37引文,第152-153页。

[39] 同注37引文,第152-153页。

[40] 袁维勤:《公法、私法区分与政府购买公共服务三维关系的法律性质研究》,载《法律科学》2012年第4期,第47页。

[41] 同注37引文,第153页。

[42] 同注2引书,第273页。

[43] 同注37引文,第149页。

公法性的义务,开采人不再是简单私法主体。<sup>[44]</sup>而其他不以完成行政任务为目的许可,则应归入普通许可而非行政特许。

### 3. 对行政特许进一步精细化研究之基本思路

在基于法律关系初步界定行政特许后,于此基础上还可继续以法律关系方法为依托对行政特许作进一步研究。“任何法律关系都必须具备三个要素才能构成,即主体、内容和客体。”<sup>[45]</sup>我们认为,可基于行政特许法律关系的以下特征规划行政特许精细化研究的基本思路。

第一,主体要素更多。既往许可法律关系主体主要有两方,即一方是许可人或特许人,另一方是作为相对方的被许可人或受许人;而由于行政特许常以公共服务为内容,涉及到接受服务的公民,同时影响不特定利害关系人的利益,故行政特许法律关系的主体除特许人、受许人外,还包括“受许人的对象人”和“利害关系人”。

第二,内容更复杂。普通许可主要涉及许可人与被许可人的双边关系;而在如市政公用事业等行政特许中“为社会公众提供公共产品和服务是政府的责任,……政府把涉及公众利益的市政公用事业项目交给企业去办”。<sup>[46]</sup>故除特许人与受许人的关系外,其法律关系还包括“受许人—受许人的对象人”、“特许人—受许人的对象人”的多维权利义务关系。

第三,法律关系的“客体(标的)”与“标的物”之区分。客体是法律关系的另一重要要素。既往将行政特许法律关系“标的物”认为是行政特许法律关系的客体之观点值得商榷。我们认为,行政特许法律关系客体应是“行为”而非“物”。而由于以完成行政任务为目的,相关物具有了公法属性,故在讨论行政特许时也应关注行政特许法律关系“标的物”。

通过以上分析可见,大陆法系与英美法系之间、两大法系内部以及我国行政法中行政特许内涵分歧巨大,而且作为公私合作的重要制度,行政特许在实践中的问题亦颇多。下文以法律关系方法为路径,基于这几项基本思路对行政特许进行精细化研究,以期明确行政特许的应有内涵并弥合这些分歧,并用以分析现实问题。

## 二、行政特许法律关系主体之重构

我们认为,行政特许法律关系在主体上与普通许可不同,有自身特殊内容,除行政主体,作为相对人的受许人、利害关系人外,还包括了“受许人的对象人”。

### (一)“受许人的对象人”与“利害关系人”之区分

既往对包括行政特许的行政许可法律关系主体之研究,主要集中于“行政主体”和作为相对人的“被许可人”。另外还有一个笼统的“利害关系人”<sup>[47]</sup>或“相关人”<sup>[48]</sup>概念,该“利害关系人”或“相关人”是指行政许可法律关系中“与行政许可行为存在着直接的利害关系的公民、法人或者其他组织”<sup>[49]</sup>或“第三人”(以下简称“利害关系人”)。故现有框架下行政特许法律关系主体主要有:行政主体、受许人、利害关系人。

[44] 参见张梓太:《自然资源法学》,北京大学出版社2007年版,第134页。

[45] 付子堂主编:《法理学初阶》,法律出版社2005年版,第170页。

[46] 徐宗威:《公权市场——中国市政公用事业特许经营》,机械工业出版社2009年版,第11页。

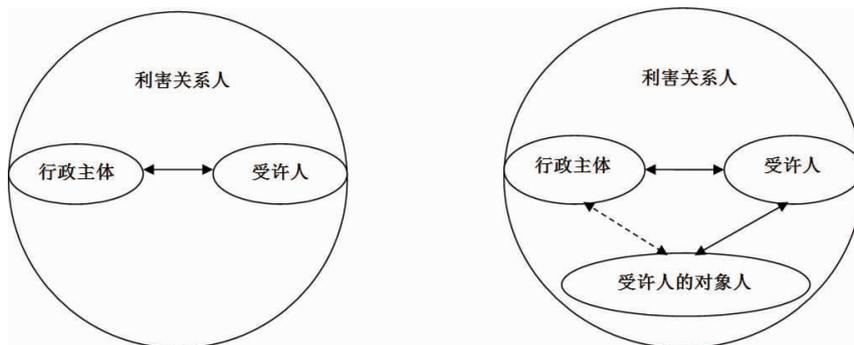
[47] 参见关保英主编:《行政许可法教程》,中国政法大学出版社2011年版,第64-66页。

[48] 参见肖金明主编:《行政许可法要论》,山东大学出版社2003年版,第135-138页。

[49] 同注47引书,第64页。

民营化带来的体制性变革包括已有主体关系的重构与更新。<sup>[50]</sup> 我们认为,这种“三主体”分析范式只适用于普通许可法律关系,不应套用到对行政特许法律关系的研究,对特许法律关系中的“利害关系人”可予以细化重构。

既往行政特许法律关系主体的关系图      本文行政特许法律关系主体的关系图<sup>[51]</sup>



首先,普通许可是对公民原有权利的恢复,被许可人并不在特定公法目的下完成专门行政任务,被普通许可影响的人是不确定的,故可用“利害关系人”来表示普通许可中被客观影响的其他主体。

其次,与普通许可不同,行政特许是行政主体利用受许人完成行政任务的方式,大部分情况均有相应对象(某些行政特许受许人行为可能无直接对象人)。且若特许被行政主体接管,接受特许服务的对象人就成了行政相对人,故不宜宽泛亦用“利害关系人”指称这一类人。由于他们是受许人行为的直接对象,故可称其为“受许人的对象人”,如公交行政特许中,作为受许人的公交公司为乘客服务,乘客即是“受许人的对象人”。

再次,除去“受许人的对象人”,行政特许法律关系中其他不是特许直接服务对象,但又可能被特许影响的主体,可继续称为“利害关系人”。如公交行政特许中,被公交运营影响的出租车经营者和其他不乘坐公交车的公民即为“利害关系人”。

“受许人的对象人”从“利害关系人”分离出来的意义是:通过区分法律关系的“主要主体”与“次要主体”,凸显“受许人的对象人”之重要性。一般认为,行政法律关系的“主要主体”是“行政主体”与“相对人”,“利害关系人”只是二者外的“次要主体”。本文将“受许人的对象人”从“利害关系人”分离出来,将其视为同“行政主体”和“相对人”同样重要的“主要主体”而非“次要主体”,有利于保护这类人的利益。

## (二) 行政特许的多主体法律关系

将“受许人的对象人”从“利害关系人”分离后,行政特许法律关系主体包括:行政主体、受许人、受许人的对象人、利害关系人四者,该多主体法律关系有两方面内涵。

一是法律关系的多维性。与普通许可不同,除行政主体与相对人(受许人)间的关系外,行政特许法律关系还包括受许人与“受许人的对象人”,行政主体与受许人的对象人,以及行政主体、受许人、受许人的对象人与其他利害关系人间的关系。故应对有关法律规范进行调整:由于未明确行政特许内

[50] Geoffrey Dudley, *British Steel and Government since Privatization: Policy 'Framing' and the Transformation of Policy Networks*, 77 *Public Administration* 51, 53 (1999).

[51] 行政主体与“受许人的对象人”间用“虚线”而非实线相连,是因行政主体一般并不与“受许人的对象人”发生直接法律关系,只是在特许经营发生困难被行政主体接管时,两者才发生直接法律关系。详见下文关于行政特许法律关系内容的论述。

涵及其与普通许可的区别,《行政许可法》的许多规范未加区分地同时用于行政特许和普通许可,这些实际上偏重于普通许可的规范并不能涵盖行政特许法律关系的所有主体。恰当做法是在《行政许可法》和其他法律中,对普通许可和行政特许更多地分别规范,以更贴切地调整特许各主体间多维的法律关系。

二是行政特许法律关系性质的复合性。普通许可中主要是政府对相对人的申请作出决定,两者间主要是公法性质的关系。但行政特许法律关系则有两种性质:第一,公法上的行为。与普通许可一样,行政主体对受许人的申请进行公法上的审批。第二,一定私法性质的行为。由于行政主体利用受许人以私法方式完成行政任务(如公交行政特许中乘客向公交公司付钱才能乘车,亦达到了公共服务目的),故广义上这种行为一定程度上有行政私法行为的属性。故对行政特许法律关系的规制应注意公私法相结合的手段。

### 三、“行政特许法律关系客体”知识之完善

#### (一)研究行政特许法律关系客体的必要性

法理学上的法律关系客体“是法律关系主体的权利和义务所指向、影响和作用的对象”。<sup>[52]</sup> 行政法学界对行政特许法律关系客体的研究几乎处于空白。笔者认为,对行政特许法律关系客体的研究有重要价值:“客体”是法律关系的重要要素,对其研究可明确行政特许各主体权利、义务共同指向的对象,进而可更全面地理解行政特许之内涵。

#### (二)对民法学者研究行政特许法律关系客体结论之质疑

目前我国大陆对行政特许客体做系统性研究的主要是民法学者王智斌的专著《行政特许的私法分析》(以下简称“王书”),<sup>[53]</sup>但由于简单套用民法方法,其结论有诸多需商榷之处。笔者认为,对该研究进行批判和比较,并不会增加行政法学的困惑,反而可为本文行政特许法律关系的研究做好借鉴铺垫并可能得出有益结论。

《行政许可法》第12条规定行政特许包括“有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等”。王书由此认为行政特许相关客体有两种:有限自然资源开发利用行政特许客体为有形的自然资源;公共资源配置和特定行业行政特许客体是有限公共资源及特定行业市场准入机会的资格本身。<sup>[54]</sup>

笔者认为,王书的观点值得商榷:第一,将法律关系客体与权利客体混为一谈,笼统使用“行政特许的客体”,认为“民事法律关系的客体也简称民事权利客体”;<sup>[55]</sup>第二,结论不统一。将行政特许有关客体分为两类,有限自然资源开发利用行政特许客体为自然资源;公共资源和特定行业行政特许客体是该行业准入资格自身。<sup>[56]</sup>同一概念下却有两种迥然不同的客体,显然缺乏逻辑自治性。

#### (三)作为行政特许法律关系客体的“行为”

##### 1. 从“权利客体”到“法律关系客体”

以上王书结论之所以存在问题,源于将民法方法不加区分地套用到行政特许中。笔者认为,行政

[52] 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第163页。

[53] 同注20引书,第34-57页。

[54] 参见注20引书,第52-53、75-80、173-181页。

[55] 同注20引书,第175页。

[56] 同注20引书,第79页。

特许法律关系客体的研究应摒弃民法“权利客体即法律关系客体”的惯性思维,从其公法特性出发,讨论“行政特许法律关系的客体”而非讨论“行政特许权的客体”。

首先,“法律关系客体”与“权利客体”不同。权利客体是权利指向的对象,而法律关系客体则是权利、义务共同指向的对象。民法学界亦有人质疑“法律关系客体”“权利客体”同一说,徐国栋教授指出:“有的学者主张人格权没有客体,我们平常理解的人格权的客体实际上是其内容,但与人格权对应的义务确实有客体的,即不作为。按照这样的理路,人格权无客体,但人格权法律关系却有客体。另外,形成权没有客体,只有内容。因此,以权利客体理论不能取代法律关系客体理论。”<sup>[57]</sup>

其次,行政特许法律关系的多维性使其客体与特许权客体不一致。虽然一些简单法律关系的客体可能与权利客体相同,但正如前文指出的那样,由于行政特许法律关系主体除特许人、受许人外,还包括受许人的对象人、利害关系人,故行政特许法律关系内容是行政主体—受许人,受许人—受许人的对象人,行政主体—受许人的对象人,利害关系人—其他主体间的权利、义务。这使得行政特许法律关系各主体权利、义务指向的对象与单一特许权指向的对象并不完全等同。

## 2. 行政特许法律关系的客体:完成行政任务的“行为”

在区分法律关系客体和权利客体的基础上,作为民营化的一种方式,<sup>[58]</sup>笔者认为,行政特许法律关系客体不是物,亦非特许经营资格本身,而是一种“行为”,即“完成行政任务的行为”。

第一,行政特许本质上是一种债,可比照债的理论对其法律关系客体进行解释。首先,债的核心是主体间的“合意”,行政特许中申请人提出申请后,由行政主体决定是否给予其特许权,若同意则受许人和行政主体间也产生了合意;其次,在形式上,行政特许通过直接行政行为、特许合同等方式产生,《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第18条规定该类特许经营应签订特许经营协议。这些协议内含的双方权利义务安排是双方合意的表现,有债的属性,而由于债权法律关系的客体是一种行为即给付行为,<sup>[59]</sup>“如买卖关系中的客体是交付买卖标的物的行为,运输法律关系中的客体是安全及时送达运输标的物的行为”,<sup>[60]</sup>故比照债法,行政特许法律关系的客体也应是一种“行为”。

第二,行政特许法律关系各主体权利义务均指向特定“行为”。在行政特许中,行政主体利用受许人的行为达成行政目的,各主体围绕受许人的行为发生权利义务。以公交车行政特许为例:在受许人方面,由于是提供公共服务的行为,故受许人在行为中享有独占经营资格或可获财政补贴等特权,但亦有对残疾人、老年人减免票款等义务;在行政主体方面,其有权对受许人经营行为进行监督控制,但由于与公共服务有关,行政主体也有义务对受许人经营行为提供必要的政策支持;在受许人的对象人方面,其有权接受受许人有公法属性的服务及政府透过受许人行为提供的财政补贴等好处,但他也需支付费用购买车票;在利害关系人方面,出租车经营者虽有义务忍受依法确定的公交车运营行为对其的竞争,但亦有权对公交车特许经营行为及政府补贴行为侵害其公平竞争权的情况请求法律救济。

通过借鉴债的原理和分析行政特许的多维法律关系可见,由于其法律关系各主体的权利义务均指向“受许人的特许经营行为”,故行政特许法律关系的客体应是一种“行为”。

[57] 徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第156-157页。

[58] E. S. Savas, *A Taxonomy of Privatization Strategies*, 18 *Policy Studies Journal* 343, 348 (Winter 1989-1990).

[59] 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,第72页。

[60] 王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》,法律出版社2011年版,第34-35页。

## 四、作为“公物”的“行政特许法律关系标的物”

一般情况下主要围绕主体、客体、内容对法律关系进行研究,并不会专门谈及法律关系“标的物”,但由于行政特许的公法特性,使其对法律关系标的物的讨论有了必要性。

### (一)“标的物”与“标的”之区分

“标的物”与“标的”并非同一概念。“标的”是“客体”的同义词,二者都有“对象”之意;而“标的物”与“标的”不同,“标的物”源于债法,指债权客体涉及的财产,如买卖电视机合同法律关系之“标的”是出卖人交付电视机的“行为”,而“标的物”则是电视机。<sup>[61]</sup> 前述王智斌博士认为自然资源行政特许客体是自然资源,即是未注意区分“标的物”与“标的”而得出的结论。<sup>[62]</sup> 实际上,自然资源只是该法律关系的“标的物”而非“标的”,如前所述,超越一般私法的、负有特定公法义务的开采行为才是特许法律关系的“标的”。

由于行政特许本质上也是一种“债”,故与债权法律关系一样,行政特许法律关系的“标的物”须与“标的”区分,其“标的物”是与特许相关的不动产或动产。

### (二)行政特许法律关系“标的物”的性质

#### 1. 行政法上的公物

大陆法系公法理论中公物又可称为公产,<sup>[63]</sup>“公物系指直接供公的目的使用之物”,<sup>[64]</sup>可分为供民众使用的“共用公产”(如桥梁、公路等)及供行政主体为公务使用的“公务公产”(如警用装备、办公楼等)。<sup>[65]</sup>

大陆法系的公物中更常见的是“共用公产”,如道路、公益学校设施等对公民日常生活有重要影响,“公物的目的性越来越直接指向保障和增进公众的公共福利”。<sup>[66]</sup> 随着公共行政的发展,不仅直接的给付行为越来越多,相关公产数量也相应增多,“公产与政府的公共职能紧密相关,是政府提供公共服务的重要手段”。<sup>[67]</sup>

#### 2. 行政特许法律关系“标的物”的公物属性

物是否具有公物属性,“主要决定于以下两个关键性的因素:……实体要件是共同利益功能和适用公法规则;程序要件则是行政主体从形式上作出供公用的意思表示以及该财产实际被投入使用”。<sup>[68]</sup> 我们认为,行政特许法律关系之“标的物”具有公物属性。

首先,在实体要件上,由于以完成行政任务为目标,行政特许法律关系之标的物具有公法性。标的物是行政特许达至目标之物质基础,如在公交车行政特许中,受许人要承担提供公共服务的任务,并为老人和残疾人、学生等群体提供票价优惠,该特许以公交车这一标的物为凭借。由于与行政任务

[61] 尹田主编:《民法学总论》,北京师范大学出版社2010年版,第66页。

[62] 参见注20引书,第79页。

[63] 肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版,第8页。笔者将不加区分地使用这两个词,但也有学者持不同观点,参见[德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第455页译者的注释。

[64] 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第135页。

[65] 参见注2引书,第240-241页。

[66] 张杰:《公共用公物权研究》,法律出版社2012年版,第27页。

[67] 张建文:《转型时期的国家所有权问题研究》,法律出版社2008年版,第189页。

[68] 肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版,第24-25页。

的完成直接相关并具有公益属性,故行政特许法律关系之标的物符合公物的实体要件。

其次,在程序要件上,行政特许法律关系之标的物经过了公物命名程序。“命名是公产法的核心法律制度,这种法律行为使财物成为法律意义上的公产。”<sup>[69]</sup>要成为公物,“原则上须满足该物需要具有能够供一般公众使用的形式要求,以及作为公物提供的行政主体的提供公用意思表示”。<sup>[70]</sup>在形式上,“我国实施特许经营有两种方式,一是行政许可,由政府向经营企业颁发牌照,授予其特许经营权。另一种是由政府和选定的经营者签订特许经营合同。”<sup>[71]</sup>这两种情况都有公物命名的效果:第一,直接以行政行为产生的特许,针对的是权利义务较为固定化的特许模式,作为承接这些模式化公法权利、义务的基础,“行政主体通过行政行为对公共用公物的设定,即实现了对公共用公物权的命名”;<sup>[72]</sup>第二,“公物的命名还可以通过契约(包括行政契约与民事契约)等其他法律行为作出”。<sup>[73]</sup>通过合同方式形成的行政特许中,双方以更具体的方式约定权利义务,合同中受许人负有多种公法性义务或一定特权,<sup>[74]</sup>故作为权利义务载体的特许法律关系标的物由此亦有了公物属性。

### (三)作为公物的行政特许法律关系“标的物”之类型

在论证行政特许法律关系标的物的公物属性后,通过类型化研究可明确该标的物的范围。“国有财产或私人财产与公共用公物有个转换过程,即国有财产或私人财产在未提供公众使用时并非公共用公物,只能是私物(国家或个人私物),而一旦按公法规则提供公用则成为公共用公物。”<sup>[75]</sup>故我们认为,可基于归属将该标的物分为“私有公物”和“公有公物”。

#### 1. 私有公物

私人财产并非绝对是“私物”,还存在“私有公物”。私有公物是指那些虽然所有权属于私人,但由于负有特殊的公法义务,也具有了公物属性的物。<sup>[76]</sup>如“行政主体将私有财产(如私有古宅)命名为公物的行为,就等于是在私有财产上设立公共地役权。其法律后果是,古宅所有者的财产所有权受到限制,他只能在不损害公物保护或保存目的的范围内保留私法财产权,即只能行使‘剩余财产权利’……行政主体可以要求古宅的原始所有者不得改变房屋的结构、颜色和形状,不得改建,且有义务对其加以维修”。<sup>[77]</sup>

作为公私合作的方式,不少行政特许常依靠私人投入资源来运营,“在公产的提供主体上,私营部门承担了大量的公共设施供给职能,因此使得私有公产的概念具有了现实意义”。<sup>[78]</sup>如公用事业特许中,很多基础设施如自来水管、天然气管道等都由私人投资并履行某些公法性义务,故行政特许法律关系中那些私人所有的标的物是具有公法属性的“私有公物”。

#### 2. 公有公物

需明确的是,“公物”并不等于公有或国有财产,国家财产可分为“国家公产”和“国家私产”。“我

[69] [德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第464页。

[70] 侯宇:《行政法视野里的公物利用研究》,清华大学出版社2012年版,第46-47页。

[71] 章志远、安丽娜:《公用事业特许研究之述评与展望》,载《贵州警官职业学院学报》2011年第1期,第13页。

[72] 同注67引书,第143-144页。

[73] 同注69引书,第55页。

[74] 参见王守清、柯永建编著:《特许经营项目融资(BOT、PFI和PPP)》,清华大学出版社2008年版,第236-302页所附的特许经营协议范文。

[75] 同注67引书,第34页。

[76] 同注71引书,第65页。

[77] 同注69引书,第127-128页。

[78] 同注68引书,第192页。

国公有和私有的概念是从主体角度划分的,归个人所有的即为私有,归全民(国家)或集体所有的即为公有。而公产和私产是依客体性质划分的,公产是那些为公共利益和目的而存在的财产。”<sup>[79]</sup>私产则“如国库之现金、有价证券、‘国有山林土地’”<sup>[80]</sup>等,“这类财产并不直接服务于社会公共利益,……因此,公有财产中只有部分属于公产”<sup>[81]</sup>

行政特许法律关系标的物中那些属于公有的财产是“公有公物”,如公交行政特许的受让人为国企时,相关财产如公交车等即为公有公物,由于现代行政特许中受让人由国企充当的情况呈递减趋势,故公有公物在行政特许中占比相对较小。

#### (四)作为“公物”的“行政特许法律关系标的物”之效力

“公产负有公共使用的使命,法律给予公法上的特别保护以维持公产的作用。”<sup>[82]</sup>作为承接行政任务的载体,行政特许法律关系标的物因其公物属性而具有某些特殊效力。

##### 1. 公共役权对私权的优先性

公物的二元产权结构理论认为,公物上同时存在私法、公法两种权利,其中的私法权利是指民法意义上的占有、使用、收益等权利;而公法权利即“公共役权”,指因公共利益而由行政主体或公众对公物享有之权利,两种权利在公物中序列并不一致,当物主的私权与公共役权冲突时,公共役权优先并排挤私权,物主对公物只享有除去公共役权后的剩余财产权。<sup>[83]</sup>如公交特许中的客车,只有在完成公共运输任务外,才能被物主私用。

##### 2. 对公物的维护义务

行政特许法律关系标的物如天然气特许经营的输气管道、电信特许经营的基站等是实现行政任务的基本凭借。“公物的维护是指,始终保持公物处于良好的提供公用状态、满足公用使命”,<sup>[84]</sup>为确保特许目的之实现,受让人和行政主体对公物均有维护义务:第一,受让人的维护义务。作为特许运营者,受让人对公物有最重要的维护义务,须严格依照相关制度进行日常维护、检修与保养,对公物承担直接责任;第二,行政主体的维护义务。虽然政府一般不对特许公物承担直接义务,但在受让人因运营困难无法对公物进行维护时,行政主体基于公共利益在接管的同时亦应承担公物的维护义务,以确保特许事业的继续运营。

##### 3. 融通的受限性

作为公物的行政特许法律关系标的物之融通性受到限制,“公物原则上为不融通物:不融通物之特性在于不得为交易之标的”<sup>[85]</sup>。虽然由于经营与融资的需要,行政特许公物尤其是私有公物一定条件下可能会流转,但也常需行政主体批准,如“特许经营期间,乙方未经甲方批准,……不得放弃、变换、扩大、缩小、分包、承包、委托、出租、抵押供热主业”<sup>[86]</sup>。另外,即使私法权益发生变动,亦不影响其公物属性及附属的行政役权。

论证行政特许法律关系标的物的公物属性对相关公共利益的维护有重要意义:现实中很多 BOT

[79] 同注 20 引书,第 39 页。

[80] 同注 14 引书,第 423 页。

[81] 同注 20 引书,第 39 页。

[82] 同注 2 引书,第 261 页。

[83] 同注 69 引书,第 129 - 130 页。

[84] 同注 71 引书,第 131 页。

[85] 同注 65 引书,第 136 页。

[86] 同注 75 引书,第 273 - 274 页。

特许项目“其收费往往以营利为最终目的,从而与公物设置的本来目的相悖……为了吸引投资,政府片面地强调 BOT 的营利性,保证私人收回投资……设置 BOT 公物的本来目的也是满足社会公众的基本生活需要”。<sup>[87]</sup> 通过将行政特许法律关系标的物明确为公物,一方面可抑制政府及受许人的牟利动机;另一方面,由于是公物,行政主体有义务监督受许人对公物的利用,并在特许经营困难时,直接承担对公物的职责,确保其公用目的的实现。

## 五、行政特许法律关系的内容

“法律关系的内容是指法律关系主体所有的权利和义务。”<sup>[88]</sup> 基于行政特许法律关系的多主体,我们认为行政特许法律关系内容主要有行政主体的义务和权利、受许人的权利和义务、受许人的对象人之权利义务、利害关系人的权利义务。由于各方权利义务在特许各阶段呈现不同内容,故下文将分阶段予以阐述。

### (一) 行政主体的义务和权利

行政特许任务很多与给付行政有关,政府具有提供公共产品的义务,<sup>[89]</sup> 作为特许人的行政主体以承担义务为主,其“权利”处于次要地位。

#### 1. 行政主体的义务

在特许审批阶段,借鉴“双阶理论”,<sup>[90]</sup> 签署合同前政府对特许有个前置决定。此决定中行政主体的义务是:须以是否有利于完成行政任务,而非以获得财政收入作为审批特许的考量因素;在决定做出后,应及时通过公物命名程序将原属私人或国家的私产确定为公物。

在特许实施阶段,首先是应监督受许人按设定之行政目的运营特许;其次,应向受许人的对象人或民众公示特许有关情况,行政特许与一般营利性商业不同,意味着更强的监管及价格控制、标准化质量(如公交车、自来水特许)和公共服务,公示有利于民众识别选择公共服务及监督;再次,作为公私合作方式,政府根据协议给予受许人政策扶持。

在特许接管阶段,由于行政特许是受许人代替行政主体完成行政任务,故当特许事业无法运营时,行政主体有接管并维持特许事业运营的义务,以保障公共利益。

#### 2. 行政主体的“权利”

行政特许中行政主体的权利包括:在审批阶段,有权决定是否批准特许申请;在特许实施阶段,有权监督管理受许人,享有行政合同优益权与合同解除权;在接管阶段,有权依法基于公共利益对特许采取强制措施和接管,受许人应予服从。

### (二) 受许人的权利和义务

作为行政特许的直接经营者,受许人在行政特许法律关系中有重要的地位,具体体现在其享有的权利及负有的义务上。

[87] 同注 69 引书,第 197 - 198 页。

[88] 同注 52 引书,第 159 页。

[89] See Jocelyn M. Johnston & Barbara S. Romzek, *Contracting and Accountability in State Medical Reform: Rhetoric, Theories, and Reality*, 59 *Public Administration Review* 383, 385 (Sept.-Oct. 1999).

[90] 参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 22 - 26 页。

### 1. 受许人的权利

在特许申请阶段,相关主体享有《行政许可法》等赋予的程序性权利并可与行政主体商定特许合同中优惠政策等内容;在特许经营阶段,受许人可通过经营获得适当利润,还可获得如财政补贴等政策支持;当因公共利益被接管时,受许人有权依据《行政许可法》中的信赖利益保护原则及合同条款等获得适当补偿。

### 2. 受许人的义务

在特许申请阶段,申请人须按行政主体设定的条件申报,方可能获得特许经营资格;在实施阶段,受许人有保证特许事业连续经营、普遍平等地对待客户、尊重行政主体管理及其合同优益权等义务。<sup>[91]</sup> 另外,由于受许人要执行有公法属性的行政任务,若其行为侵犯他人合法权益,在民事诉讼中其法律责任有可能因基本权利的第三人效力而被加重;在可能的接管阶段,当特许事业无法维系时,受许人须接受行政主体的接管并在接管前按其要求继续运营。

#### (三)“受许人的对象人”之权利义务

正如前文讨论行政特许法律关系主体时指出的那样,受许人的对象人即受许人行为的直接对象,如公交行政特许中,受许人为公交公司,乘客就是行政特许法律关系中的“受许人的对象人”。“受许人的对象人”应从“利害关系人”中独立出来。

行政特许常与给付行政有关,故受许人的对象人除负有普遍的义务(如守法义务等)外,主要以享受权利为主。其享有的权利包括:在特许申请阶段,潜在的受许人的对象人可基于《行政许可法》等的规定,参加听证并发表意见;在特许实施阶段,有权接受受许人的服务,获得行政特许相关信息,对特许事业有公众监督权,对受许人的侵权行为可向法院提起民事诉讼;在特许接管阶段,可基于行政主体的接管,全部或者部分继续享有特许运营的利益。

#### (四)利害关系人的权利义务

行政特许法律关系的利害关系人是除“受许人的对象人”外,其他与特许有关的群体。主要有两类:一是与受许人存在竞争或潜在竞争关系的主体,如与公交车特许经营有关的其他客运业主;二是除前者外,被行政特许影响或间接影响的其他群体。

行政特许法律关系的利害关系人之权利义务主要体现为:首先,在权利上,当新设行政特许可能影响利害关系人的经营权(如管道天然气特许经营资格的排他性),利害关系人有权基于《行政许可法》等的程序性规定要求听证并发表意见。另外,在其合法实体权利受行政特许损害时,可依法要求行政主体或受许人承担责任;其次,在义务方面,由于行政特许的目的在于完成行政任务并事关公共利益,故利害关系人对经过听证等法定程序后产生的行政特许,即使有损其利益,也应予忍受。

## 六、通过法律关系认知和解决行政特许的相关问题

行文至此,本文完成了对行政特许法律关系的精细化研究,我们认为,本文对行政特许法律关系精细化研究的理论价值主要体现在两方面。

第一,弥合各方对行政特许内涵之分歧。如前文所述,中外学界对行政特许概念的巨大分歧,严重影响了行政特许理论与实践的发展。本文对行政特许法律关系的研究有助于对行政特许的诸多观点进行统合与甄别。首先,在大陆法系,如公用事业特许中天然气、电网特许等特许经营模式(德语的

[91] 同注4引书,第480-482页。

Konzession 或法语的 Concession)常与公共服务等完成行政任务相关,公物使用特许也往往作为公务特许的补充,<sup>[92]</sup>两种特许的受许人享有与行政主体相似的权利、义务,这使得二者可在同一内涵的概念下得以统合。其次,英美法系中,行政特许常被与垄断联系起来讨论,在本文法律关系分析方法的视野下,垄断地位可视作为完成行政任务而享有的相似于行政主体的权利。行政特许在英美还常被视为规制或分配资源的工具,这与法律关系方法下将行政特许视为受许人完成行政任务的主旨相符。再次,在我国行政法学中,在法律关系分析方法下,数量有限说、特别限制解除说、赋予特权说、垄断经营说等实际上均是受许人为完成行政任务而具有的与行政主体相似的权利,公共利益说则是受许人为完成行政任务而负有行政主体相似义务的体现,而分配资源说则符合行政特许完成行政任务的旨趣。最后,额外的行政特许的其他界定如大陆法系的实施致害行为说,英美法系将出售烈酒和经营舞厅等视为“特权性质许可”或者行政特许,我国行政法学界中的裁量权说、财产权出让说、收费说在本文界定及法律关系分析方法看来均不是行政特许。<sup>[93]</sup>因此结合本文界定的法律关系方法不仅能更完满地统合各国行政特许的不同界定,而且为行政特许内涵的发展建立了开放性的渠道。

第二,为解决行政特许和民营化的实践问题提供有价值的视角。展望未来,“在多元化的公共任务实现主体面前,国家和社会及私主体也不再对立,私主体可基于基本权之地位来参与公共任务之执行”。<sup>[94]</sup>作为政府利用社会资本提供公共产品的方式,行政特许能广泛运用于交通、市政、能源等领域,有着巨大的应用前景。面对这种趋势,本文行政特许法律关系研究的结论,通过对行政特许法律关系主体、客体、标的物、内容等的精细化认知,为行政特许相关实践问题的解决提供了必要的分析工具,并可有力地改变以往对行政特许相关实践问题认知的误区,从而实现行政特许的有效规制。

## A New Study on the Legal Relationship of Administrative Franchise

Zhai Yi

**Abstract:** The Franchisee's object should be independent from the interested party and be the new subject of legal relationship. The object of administrative legal relationship is not a MATTER, but an ACT of completing the administrative task. The object matter of the administrative franchise is different from the object. Since it has completed the administrative task that it is with the attribute of public property which can be divided into the public property of publicly-owned and the public property of privately-owned, and its legal effect is in that public easements has a priority to the private right, and there is a limitation on owner's maintenance obligation and circulation etc. Administrative subject's multi rights and obligations which were born of this object and subject matter has structured the contents of the legal relationship. The conclusions of the elaborately study on administrative franchise's legal relationship has the important values in theory and practice.

**Keywords:** administrative franchise's legal relationship; subject; object; subject matter; contents

(责任编辑:刘馨)

[92] 同注2引书,第273页。

[93] 同注37引文,第156页。

[94] 杜仪方:《公私协作中国国家责任理论的新发展》,载《当代法学》2015年第3期,第48页。

# 讲法治的法理学家：胡适对先秦法家的理解

喻 中\*

**摘要：**胡适是中国现代思想史上聚光灯式的人物。胡适对先秦法家的理解，既是其思想的一个组成部分，也是重新认识中国法治与中国法家的一个切入点。胡适以西方学术的视野理解法家，以“讲法治的书”与“法理学家”定性法家。胡适对法家之名的质疑，对法家身份的认定，对法家人物的辨析，对法家哲学的分述，对法治逻辑的梳理，对“韩非学”的概括与归纳，都具有思想史意义。胡适关于法家的著述主要集中在1917年前后。在一百年后的今日回望胡适描绘的法家思想肖像，不仅有助于接续先哲学思，而且可以为法家学说与法治理论的再研究确立一个不容忽视的思想参照。

**关键词：**胡适 法家 法治 法理学 韩非

## 一、问题与旨趣

胡适是中国现代思想史上的轴心人物。一方面，他的学术思想辐射的领域、范围极其广泛，甚至可以起到聚光灯的作用。正如学者所见，“适之先生的言行，驳杂而纷繁，褒贬由人，却是后来的一切中国学人绕不过去的桥，而无论专研的是哪种专业”〔1〕。今日我们研究法家与法治，胡适同样是一座绕不开的桥。另一方面，在诸子百家中，相对后起的法家是重要的一家，法家的集大成者韩非子还被视为先秦学术思想的殿军。因此，如果要“整理国故”，法家也是有待“整理”的国故。那么，胡适是如何“整理”法家故旧的？法家在胡适的心镜上投下了什么样的图景？这样的问题，显然值得予以专门探究。

对于这个问题，前人与今人已有一些零星的评论。1922年，梁启超在一次演讲中，针对胡适的“管仲是实行的政治家，不是法理学家”这一论断，提出了自己的质疑：“难道实行政治家就不许他发明少许法理吗？《管子》书中许多奥衍的法理，我绝对承认是由后人引申放大的；但这种引申放大的话，为什么不依托令尹子文，不依托狐偃、赵衰，不依托子产，独独依托管仲？便可以推想管仲和这些思想渊源一定有些瓜葛。”〔2〕吴虞针对胡适所说的《解老》、《喻老》不是韩非作品的观点，也不愿认同。他认为，胡适“断定《解老》、《喻老》二篇，非韩子之作；窃有所疑，未敢轻信”〔3〕。在当下，有学者从“中国法理学的发现”这个角度，把胡适的法家研究称为“胡适版的‘中国法理学史’”，并以之与梁启超版的中国法理学史相并列。〔4〕有学者在关于近现代法家研究的概述中，简略地提到了胡适的法家研

\* 首都经济贸易大学法学院教授，法学博士。

〔1〕 许章润：《基于庸见的法意：胡适之先生关于宪政与法制的看法》，载《法学》2013年第6期，第37-49页。

〔2〕 梁启超：《评胡适之〈中国哲学史大纲〉》，载《梁启超全集》，北京出版社1999年，第3986-3987页。

〔3〕 吴虞：《辨胡适之先生解老喻老说》，载《吴虞集》，田苗苗整理，中华书局2013年，第138页。

〔4〕 程燎原：《“中国法理学”的“发现”：“中国法理学史”在近代的创建》，载《法制与社会发展》2009年第3期。

究,称胡适“首开以法理学参酌法家学说的风气”〔5〕。还有学者立足于诸子学研究的现代转型这样一个角度,把胡适的法家研究概括为三个方面:第一,考辨法家著作篇章的真伪。第二,“以西方法理学的理念来解读法家,开辟了法家思想研究的新局面,并为后来的学者所继承”,同时还以进化论、逻辑学的观点来研究法家。第三,对法家概念的质疑〔6〕。

就这些已有的文献来看,胡适的法家研究确实具有进一步索解的价值。不过,这些文献要么着眼于胡适的法家研究的某个细节,譬如,管子有没有法理思想(梁启超),《解老》、《喻老》是不是韩非作品(吴虞),要么失之太略(李海生),要么着眼于诸子学研究的近代转型(乔松林),要么着眼于中国法理学的发现(程燎原)。这些已有的研究与评论,虽然都触及到胡适的法家研究,但几乎都不是直接针对“胡适的法家研究”这个主题的。因此,胡适的法家研究作为一个独立的主题,还有专门探讨的必要。

事实上,在胡适的众多著述中,并没有专门研究法家的专著。胡适的法家研究主要寄身于他的古代哲学研究著作之中。根据《胡适之先生年谱长编初稿》记载:1917年,胡适结束了在美国的留学生涯,回到中国,开始在北京大学任教。这一年的“九月二十日,北大开学了,先生担任的主要课程是《中国古代哲学史》,开始自编讲义了”〔7〕。这部从1917年开始编写的“讲义”,就是后来在中国学术思想史上一直享有盛誉的《中国古代哲学史》,亦即《中国哲学史大纲》的上卷〔8〕。这部哲学史的第十二篇谈“古代哲学的终局”,其中的第二章题为“所谓法家”。依据这样的叙述框架,“所谓法家”正是中国古代哲学终结之际的产物。按照胡适的理解,“所谓法家”实际上就是那些“讲法治的书”,也是那些“讲法治”的“法理学家”(详后)。据此,“讲法治”的“法理学家”,这样的出自胡适本人的表达方式,也许可以概括胡适对于法家的理解。

那么,“讲法治的书”都是哪些书呢?作为法理学家的“所谓法家”都是哪些人呢?为什么要把“讲法治的书”当作法家呢?那些“讲法治的书”都讲了一些什么法治学说呢?这些都属于“胡适问题”。对于这些“胡适问题”的索解,一方面,可以在法治研究、法家研究、胡适研究之间的交叉地带,看到中国现代法治理论的早期形态,看到现代新法家的理论沟壑,看到中国法治与中国法家之间切不断的纠缠。另一方面,这些“胡适问题”,尤其是胡适以“讲法治的书”、“法理学家”定性法家的角色与身份,比较集中地反映了胡适思想在1917年前后的一个侧面。从1917年至今(2016年),已经走过了一百年的历史。清末阮元曾说:“学术盛衰,当于百年前后论升降矣。”〔9〕在百年后的今日回望胡适描绘的法家思想肖像,不仅可以接续先哲学思,而且可以为法家学说与法治理论的再研究确立一个不容忽视的思想参照。以上,就是本文需要事先交待的问题意识与基本旨趣。

## 二、“讲法治的书”

让人稍觉意外的是,胡适对于“所谓法家”的理解,始于否定法家的存在。胡适认为,“慎到属于老子、杨朱、庄子一系;尹文的人生哲学近于墨家,他的名学纯粹是儒家。又当知道孔子的正名论,老

〔5〕 李海生:《法相尊严:近现代先秦法家研究》,辽宁教育出版社1997年版,第101页。

〔6〕 乔松林:《胡适与近代诸子学研究的转型:以胡适的法学研究为中心》,载《安徽史学》2015年第3期。

〔7〕 胡颂平编著:《胡适之先生年谱长编初稿》,联经出版事业公司1984年版,第295页。

〔8〕 一般认为,中国哲学史的典范,主要是由胡适的《中国哲学史大纲》、冯友兰的《中国哲学史》、任继愈的《中国哲学》奠定的。详见葛兆光:《中国思想史·导论:思想史的写法》,复旦大学出版社2001年版,第4页。

〔9〕 阮元:《十驾斋养新录序》,第1页,载[清]钱大昕著,杨勇军整理:《十驾斋养新录》,上海书店出版社2011年。

子的天道论,墨家的法的观念,都是中国法理学的基本观念。故我以为中国古代只有法理学,只有法治的学说,并无所谓‘法家’。中国法理学当西历3世纪时,最为发达,故有许多人附会古代有名的政治家如管仲、商鞅、申不害之流,造出许多讲法治的书。后人没有历史眼光,遂把一切讲法治的书统称为‘法家’,其实是错的。但法家之名,沿用已久了,故现在也用此名”。<sup>[10]</sup> 这就是胡适的“有法理无法家”论。这个论断有一个前提,那就是,法家之名乃是一个历史的误会。所谓法家,其实就是那些“讲法治的书”。胡适认为,“讲法治的书”确实是客观存在的,那些书阐述了“法治的学说”,但是,法家却是没有的。

所谓“有法理”,是说先秦时代已经形成了比较成熟的法理学。胡适在此举出的法理学包括儒家的正名论,道家的天道论,墨家的法观念。这些法理学,在中国当代流行的法学理论中,尤其是在法理学教科书中,几乎都没有提到。其中,儒家的正名论,其实就是关于合法性依据的理论。据《论语·子路》篇:“子路曰:‘卫君待子而为政,子将奚先?’子曰:‘必也正名乎!’子路曰:‘有是哉,子之迂也!奚其正?’子曰:‘野哉由也!君子于其所不知,盖阙如也。名不正,则言不顺;言不顺,则事不成;事不成,则礼乐不兴;礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足。故君子名之必可言也,言之必可行也。君子于其言,无所苟而已矣。’”这就是儒家正名论的集中表达。按照这段“子曰”,公共的社会生活秩序有赖于适当的刑罚;适当的刑罚有赖于完备的礼乐;礼乐的兴起有赖于把事情做成;把事情做成的前提是要把话说顺当;要把话说顺当,就需要“正名”。由此看来,正名是安排社会秩序的第一个环节。在中国法理学的当代语境下,宪法的功能之一就是正名。在孔子的时代,没有现代人熟悉的宪法,但是政治生活、社会秩序的建构同样需要一个逻辑上的起点,这个起点就是正名。再看道家,《道德经》第八十一章称:“天之道,利而不害”。道家的天道论后来又演化为天理论。在“天理-王法”的框架下,天理相当于王法之上的“高级法”。在一些法理学著作中,天道、天理又被比附为西方的自然法。<sup>[11]</sup> 因此,天道论也是中国固有的法理学。胡适把这些理论称为法理学,对于“中国法理学的发现”,确实是一个贡献。

但是,在人文社会科学领域,有一个基本的通则:“说有容易说无难”。<sup>[12]</sup> 因此,宣称先秦时期“无法家”,就存在着“说无”之“难”。在学术史上,法家的有无,甚至“六家”的有无,一直都是一桩众说纷纭的公案。譬如,任继愈就认为,先秦法家及其他各家都不存在,因而不接受司马谈在《六家要旨》中关于六家的划分。<sup>[13]</sup>

胡适否认法家的存在,其理由在于:法家是后来“许多人附会”的结果。这后来的“许多人”都是谁呢?胡适并未明确指出。在思想史上,最先提出“法家”及其他各家之名的历史人物是司马谈。在《史记·太史公自序》中,司马谈说:“法家严而少恩,然其正君臣上下之分,不可改矣”。他又说:“法家不别亲疏,不殊贵贱,一断於法,则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计,而不可长用也,故曰‘严而少恩’。若尊主卑臣,明分职不得相逾越,虽百家弗能改也。”所谓法家之名,就是由此而形成的。胡适批评的那些“没有历史眼光”的“后人”,看来应当包括司马谈,以及认同其父观点的司马迁,因为正是司马谈父子率先提出了法家之名。此后,《汉书·艺文志》也论及法家。那么,《汉书》的作者班固也应当归属于那些“没有历史眼光”的“后人”。

[10] 胡适:《中国古代哲学史》,载欧阳哲生编:《胡适文集》第6集,北京大学出版社2013年版,第352-353页。

[11] [美]金勇义:《中国与西方的法律观念》,陈国平、韦向阳、李存捧译,辽宁人民出版社1989年版,第32页。

[12] 王之正:《说有易,说无难》,载《文学遗产》2009年第1期。

[13] 任继愈:《先秦哲学无六家:读〈六家要旨〉》,载任继愈主编:《中国哲学史论》,上海人民出版社1981年版,第433页。

在太史公、班固之外,《管子》、《商君书》、《韩非子》这些子书的作者群体,也应当归属于这个“没有历史眼光”的“后人”群体。因为,《管子》、《商君书》、《韩非子》之类的著作,虽然是以管子、商君、韩非命名,但却不大可能是管子、商子、韩子亲手写成的著作,至少其中的部分内容不是出于管子、商君、韩非之手。因此,那些没有留下名字的《管子》、《商君书》、《韩非子》的真实作者群体,也是胡适所说的“附会”者。如果这样的分析可以成立,那么又会出现一个问题:那些参与写作《管子》、《商君书》、《韩非子》的作者群体,他们虽然以管子、商君、韩非的名义编写了现在所看到的《管子》、《商君书》、《韩非子》,但是,他们并未明确提出法家之名,他们并不是“法家”的命名者。把这些人称为“没有历史眼光”的附会者,似乎不太恰当。

直接提出法家之名的代表性人物是司马谈、司马迁父子,还有班固。把这些人的命名活动称为“是错的”,是否恰当?一方面,与先秦时期的其他各家一样,法家学说、法家学派、法家著作是庞杂的,然而,其他各家的学说、学派、著作也是庞杂的。因为,先秦时代的子书,都是在较长的历史过程中逐渐编纂而成的。《商君书》是后人附会商君的产物,其他著作同样是附会的结果,甚至也有附会的成分。这是先秦著作在发生学上的常态。另一方面,把商君、韩非之类的人物称为法家人物,把《商君书》、《韩非子》之类的著作称为法家著作,把这些人物、这些著作称为法家,也许是必要的,是对先秦学术思想进行类型化整理的结果,这也是司马谈划分六家的旨趣所在。而且,以法家命名这个学派也是有依据的,因为正如司马谈所言,他们都强调“一断于法”,他们都强调把“法”作为“治”的依据、准则。如果说儒家、道家、墨家有自己的法理学,那么法家也有自己的法理学,虽然儒家、道家、墨家的法理学不同于法家的法理学。

既然如此,胡适为什么还要否认法家的存在呢?在1958为《中国古代哲学史》所写的“台北版自记”中,我们可以看到胡适所作的进一步的解释:“我也不信古代有‘法家’的名称”,甚至“根本就不承认司马谈把古代思想分作‘六家’的办法”,“至于刘向、刘歆父子分的‘九流’,我当然更不承认了。这样推翻‘六家’、‘九流’的旧说,而直接回到可靠的史料,依据史料重新寻出古代思想的渊源流变:这是我40年前的一个目标。我的成绩也许没有做到我的期望,但这个治思想史的方法是在今天还值得学人的考虑的。”<sup>[14]</sup>

这就是说,否认法家的存在及六家的划分,是胡适一以贯之的观点。在这个观点的背后,有一个更根本的学术追求:研究先秦思想,就应当直接回到先秦史料,直接面对先秦文献,不必受汉代以后的人的影响与干扰,哪怕是《史记》、《汉书》的干扰也要予以排除。如果要恪守这样的学术目标与理念,法家当然就是不存在的,其他各家也是不存在的。因为先秦诸子确实没有提出法家之名或六家之旨。不过,胡适自己也承认,法家之名,沿用已久,他自己也只好使用所谓的法家一词。但是,按照他的理解,所谓法家,准确地说,其实就是那些“讲法治的书”,那些讲法治的法理学家。

### 三、作为法理学家的法家

在承认法家之名可以沿用的前提下,如果把那些“讲法治的书”归属于“所谓法家”,那么,接下来的问题是,哪些人物、哪些“讲法治的书”可以归属于法家?不妨先说那些应当剔出的人物与书。胡适认为,管仲与《管子》、申不害与《申子》、商鞅与《商君书》,都不属于法家。他们为什么不是法家呢?

[14] 胡适:《〈中国古代哲学史〉台北版自记》,载欧阳哲生编:《胡适文集》第6集,北京大学出版社2013年,第144页。

特别是商鞅,为什么不能归属于法家呢?

关于管子与《管子》,一种观点是把他归属于法家。譬如,梁启超的《中国法理学发达史论》一文,在“法家”的小标题下,首先列出的著作就是《管子》。<sup>[15]</sup> 百年以来,思想史家论及法家,大多也将管子归属于法家,且视之为“齐法家”的代表人物与代表性著作,并与“晋法家”构成法家的两翼,<sup>[16]</sup>甚至还有学者把“齐法家”与“晋法家”、“秦法家”并列起来,<sup>[17]</sup>以构成先秦法家的三种形态。尽管如此,否认管子之法家身份的学者,也不乏其人。譬如,蒙文通认为,“《管子》则同于儒而异于法”,“管书之重教化而不恃刑罚,皆大同于儒而反于法也”。<sup>[18]</sup>

胡适亦认为,“管子在老子、孔子之前。他的书大概是前3世纪的人假造的,其后又被加入许多不相干的材料”。因此,管子与《管子》不是法家。至于申不害,他是韩昭侯的国相。由于《韩非子》屡称申子,《荀子·解蔽》也说“申子蔽于势而不知智”,胡适认为,“大概申不害在当时是一个大政治家”,“申不害虽是一个有手段(所谓术也)的政治家,却不是一个主张法治主义的人”。关于商鞅,胡适认为,他的“政策只是用赏罚来提倡实业,提倡武力。这种政策功效极大,秦国渐渐富强,立下后来吞并六国的基础。公孙鞅后封列侯,号商君,但他变法时结怨甚多,故孝公一死,商君遂遭车裂之刑而死。商君是一个大政治家,主张用严刑重赏来治国”。但是,“这不过是注重刑赏的政策,与法理学没有关系。今世所传《商君书》二十四篇,乃是商君死后的人假造的书”。因此,“商君是一个实行的政治家,没有法理学的书”。胡适由此得出结论称:《管子》、《申子》、《商君书》“都是假书,况且这三个人都不配称为‘法家’。这一流的人物——管仲、子产、申不害、商君——都是实行的政治家,而不是法理学家,故不该称为‘法家’。但申不害与商君同时,皆当前4世纪的中叶,他们的政策都很有成效,故发生一种思想上的影响。有了他们那种用刑罚的政治,方才有学理的‘法家’。正如先有农业,方才有农学;先有文法,方才有文法学;先有种种美术品,方才有美学”。<sup>[19]</sup>

胡适把管子、申不害其人其书置于法家群体之外,认为他们不是法家,本文认为,能够找到一定的依据,能够得到某些材料的支持。但是,胡适把商鞅与《商君书》排除在法家之外,却让人觉得意外。因为普遍的观点认为,商鞅是法家,而且是法家的主要代表。譬如蒙文通认为,“法家之学,莫先于商鞅”。<sup>[20]</sup> 萧公权认为,“严格之法治思想必俟商鞅而后成立。韩非则综集大成,为法家学术之总汇。此二人者,不仅思想之内容可观,而其文献之尚存者亦最丰富,故吾人欲述法家之政治思想,不可不以商韩为主”。<sup>[21]</sup> 这就是说,商鞅与韩非都是法家的主要代表。蒙文通、萧公权的观点,大致可以代表百年以来关于法家、关于商鞅的基本观点。换言之,无论法家的范围有多大的摇摆,商鞅与韩非都是法家的核心人物。然而,胡适在继续沿用法家之名、承认有一个法家群体的同时,却不承认商鞅的法家身份,他的理由是什么呢?根据上文的引述,他认为商鞅等人不配称为法家,原因只在于,他们都是实践中的政治家;商鞅是政治家,申不害也是政治家,他们没有法理学的书,不是法理学家,因此,商鞅等人不是法家。胡适的这个观点,隐含了很多信息,值得进一步探讨。

[15] 梁启超:《中国法理学发达史论》,载《梁启超全集》,北京出版社1999年版,第1256页。

[16] 冯友兰:《中国哲学史新编》(上卷),人民出版社2007年版,第170页。当代还有学者把法家分成三家。

[17] 李零说:“齐法家言是集于《管子》,《汉志》列在道家,《隋志》列在法家;三晋法家有李悝、申不害、慎到,则与三晋儒家有关;秦法家有商鞅和韩非”。详见李零:《简帛古书与学术源流》,三联书店2008年版,第328-329页。

[18] 蒙文通:《法家流变考》,载《蒙文通全集》第2卷,巴蜀书社2015年版,第94页。

[19] 同注10引书,第353-354页。

[20] 同注18引书,第90页。

[21] 萧公权:《中国政治思想史》,新星出版社2005年版,第147页。

首先,如果以现代的专业化、职业化的标准来衡量,在中国的先秦时代,根本就没有法理学家,尤其没有专门的法理学家。商鞅、申不害固然不是法理学家,儒家、道家、墨家的代表人物其实也不是法理学家。不仅中国古代没有现代意义上的法理学家,古希腊、古罗马、欧洲中世纪也没有专业化的法理学家。专业化的法理学家,通常认为是从英国19世纪的法理学家奥斯丁(John Austin,1790-1859)开始的。以近现代出现的法理学家来解释法家,把先秦时代的法家完全等同于19世纪才出现的法理学家,由于商鞅“不是法理学家,故不该称为‘法家’”,这样的逻辑恐怕是难以成立的,恐怕不是对于历史的“同情的理解”。因为严格地说,法家本来就不是晚近出现的法理学家。

其次,先秦诸子虽然都不是现代意义上的法理学家,但是,在先秦诸子中,与现代意义上的法理学家相对距离更近一些的,可能就是商鞅了。因为,无论怎么理解法理学家这种角色、身份、职业,既然称之为法理学家,他必然是以“法”为中心来思考问题的。在先秦诸子中,儒家、道家、墨家的代表人物自不必说,就是在法家群体中,最为偏好“法”的代表人物,毕竟还是商鞅。相比之下,慎到重势,申不害重术,韩非子虽然享有兼顾法、术、势的名声,被称为法家的集大成者,但在《韩非子》一书中,对术的论述远远超过对于法的论述。因此,《韩非子》确实兼顾了法、术、势,但三者之中,术的成份毕竟更多一些。只有《商君书》,才把法置于整部著作的中心地位。因此,较之于其他人,反而是商鞅与《商君书》,更靠近法理学家的角色。

再次,如果说《商君书》不是商鞅本人的著作,就否定商鞅与《商君书》的法家属性,似乎也是不妥当的。因为,正如前文已经提及,人们现在所见的先秦子书,其实都不是先秦诸子本人独享著作权的著作。《韩非子》并不是韩非本人独立完成的著作,其中有一些篇章可能出于韩非本人,但另一些篇章恐怕是后来的许多人掺入的,正如胡适自己所说:“依我看来,《韩非子》十分之中,仅有一二分可靠,其余都是加入的”。<sup>[22]</sup>至于《庄子》,也并非就是那个叫庄周的人独著而成的书。《论语》也不是出于孔丘之手。《墨子》当然是不同时代的作者共同创作的结果。因此,以《商君书》不是出于商鞅就否定商鞅作为法家人物、《商君书》作为法家著作,似乎不能令人信服。

最后,胡适不把商鞅归属于法家的一个重要理由在于,商鞅是“实行家”,这个说法的潜在意义是:商鞅不像孔子、孟子那样,是纯粹的思想家或学者。以现代的格局、语境来说,孔孟讲学著书,从事教学科研,似乎像大学里的教授;商鞅则是政府中的官员。因此,商鞅不是法理学家,当然也不是法家。这种逻辑也是有问题的。因为在先秦时代,并没有专业学者与政府官员的区分,甚至在清代以前,都没有这样的划分。在先秦时代,商鞅与孔孟有一个共同的身份,那就是客卿。他们都在游说各国诸侯。他们都希望诸侯接受他们的政治主张。打个比方,当时的诸侯就像雇主,商鞅与孔孟都是希望为雇主效劳的求职者。他们之间的差异是,由于政治主张不同,孔孟的求职过程屡试屡败,鲜有成功,只好在最后几年里把全部心思寄托于教学、著述、文献整理。商鞅在魏国经历了不太成功的职场经历之后,在秦国的职场上大获成功。

以上几个方面表明,胡适把商鞅排除在法家群体之外,是一个不甚恰当的观点。但是,如果我们回过头去,再看胡适对法家的理解,即法家是那些“讲法治的书”支撑的、展现的,法家是讲法治的法理学家。由于商鞅与《商君书》主要讲“刑罚”,而讲“刑罚”与讲“法治”有着本质的区别,因此,商鞅不是讲法治的法理学家,他“没有法理学的书”,当然也不是法家。从这个逻辑来看,商鞅不是法家又是可以成立的。因此,我们必须看到,胡适判断一个人是不是法家,有一个核心的标准:必须是讲法治的法

[22] 同注10引书,第355页。

理学家,必须要有“法理学的书”。而且,法治不同于刑罚,讲刑罚的政治家不同于讲法治的法理学家,当然也就不是法家。这就是胡适的逻辑。既然政治家讲刑罚,法理学家讲法治,那么,法又是什么?法之治与刑罚之治又有什么区别呢?让我们接着往下看。

## 四、法的概念

在否定了商鞅及《商君书》的法家属性之后,胡适认为,慎到与《慎子》,尹文与《尹文子》,尸佼与《尸子》,以及韩非与《韩非子》可以说是“法家和他们书”<sup>[23]</sup>。那么,这些法家人物及其著作,如何阐释法的概念呢?按照胡适的理解,法家的法概念,可以从以下几个方面来理解。

### (一)法的四种含义

胡适相信,《尹文子》是重要的法家文献,尹文也是重要的法理学家。尹文区分了法的四种含义,称“法有四呈”,它们分别是:“一曰不变之法,君臣上下是也;二曰齐俗之法,能鄙同异是也;三曰治众之法,度赏刑罚是也;四曰平准之法,律度权衡是也”(《尹文子·大道上》)。胡适认为,见于《尹文子》的这几句话表明,至此,“法字方才包括模范标准的意义和刑律的意义”。分别来看,“《尹文子》的法理学很受儒家的影响,故他的第一种‘法’,即是不变之法,近于儒家所谓天经地义。第二种‘齐俗之法’指一切经验所得或科学研究所得的通则,如‘火必势’,‘圆无直’等等。第三种是刑赏的法律,后人用‘法’字单指这第三种。第四种‘平准之法’乃金字本义,无论儒家、墨家、道家都早承认这种标准的法。当时的法理学家所主张的‘法’,乃是第三种‘治众之法’。他们的意思只是要使刑赏之法,也要有律度权衡那样的公正无私、明确有效”<sup>[24]</sup>。

按照胡适的理解,法家关于法的概念的一个理论贡献,是对法的含义进行了分类。法家把法分为“不变之法”、“齐俗之法”、“治众之法”、“平准之法”。在这四种含义中,“不变之法”相当于天理,也相当于西方法理学所称的自然法,甚至也相当于“永恒法”,因为它是不变的。“齐俗之法”相当于道德教化,也相当于现在所说的公序良俗。“治众之法”是指奖励与惩罚的法律规范,相当于现在的实证意义上的法律。“平准之法”主要指度量衡及其他方面的统一标准,相当于现在的国家标准或行业标准。这种划分方式,确实具有法理学上的价值与意义。与法理学家奥斯丁关于法的含义的划分,具有同工异曲之妙,因为奥斯丁曾经提出可以将这些广义而言的法,相应地划分为如下四类:第一,神法或者上帝法;第二,实际存在的由人制定的法;第三,实际存在的社会道德;第四,隐喻意义上的法。<sup>[25]</sup> 奥斯丁所说的神法或上帝法,可以对应于尹文子的“不变之法”;“由人制定的法”相当于“治众之法”;“社会道德”与“齐俗之法”大体上是重合的;“平准之法”可以视为“隐喻意义上的法”。可见,单就法的分类理论而言,尹文子在奥斯丁之前两千多年,就表达了与奥斯丁大致相同的法理学构想。把尹文子视为(奥斯丁式的)法理学家,也就可以理解了。

### (二)法的特征

尹文子提出了法的分类理论,韩非子、慎子则提出了法的特征。《韩非子·定法》称:“法者,宪令著于官府,刑罚必于民心;赏存乎慎法,而罚加乎奸令者。”《韩非子·难三》称:“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也。”《慎子》佚文称:“法者,所以齐天下之功,至公大定之制也。”根据这几

[23] 同注10引书,第354页。

[24] 同注10引书,第357页。

[25] [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2001年版,第2-3页。

条资料,胡适认为,法家所说的“治众之法”,主要“有这几种性质:(一)是成文的(编著之图籍),(二)是公布的(布之于百姓),(三)是一致的(所以齐天下之动,至公大定),(四)是有刑赏辅助施行的功效的(刑罚必于民心,赏存乎慎法而罚加于奸令)”。<sup>[26]</sup>

这几个特征,都是“治众之法”的特征。根据其特征与功能,“治众之法”大致可以对应于现代所理解的实证意义上的法律。按照胡适的归纳,这些特征包括:成文性、公开性、一致性、功效性。“治众之法”的这些特征,与西方法理学所强调的“程序自然法”分享了大致相似的思维方式。譬如,富勒的程序自然法理论就强调,法律应当具有一般性、公开性、可预期性、明确性、没有内在矛盾、可以为人所遵循、稳定性、同一性等等。<sup>[27]</sup> 这一系列的程序自然法要素,与法家描述的“治众之法”的特征,是可以彼此呼应的,部分内容还是重叠的,譬如,它们都强调公开性、一致性。可见,以韩非子、慎子作为法家的代表,表达了具有程序自然法意义的法理学观点。

### (三)法与刑罚的区别

在胡适看来,法与刑罚的区别是理解法家的一个要点。如前所述,法家讲法治、讲法理;讲刑罚的则不是法家,他可能是政治实践家,譬如商鞅。那么,法与刑罚到底有何差异呢?

当代法学界一般认为,中国先秦时期的法、刑、律可以互训,因为,《尔雅·释诂》称:“律,法也”,《说文》称:“法,刑也”。《唐律疏议》又述及法律的早期沿革:“昔者,三王始用肉刑。赭衣难嗣,皇风更远,朴散淳离,伤肌犯骨。《尚书大传》曰:‘夏刑三千条’。《周礼》‘司刑掌五刑’,其属二千五百。穆王度时制法,五刑之属三千。周衰刑重,战国异制,魏文侯师于里悝,集诸国刑典,造《法经》六篇:一、盗法;二、贼法;三、囚法;四、捕法;五、杂法;六、具法。商鞅传授,改法为律。”<sup>[28]</sup> 根据这些文献,“刑、法、律三字除了上面这种因时继替的纵的关系之外,还有内容方面互注互训的横的关系。”<sup>[29]</sup> 这就是说,法、刑、律可以相互解释,法与刑罚也没有本质的差异。

但是,胡适却提出了迥异于当代法学界的观点,他认为,在法家的那些“讲法治的书”里,已经严格区分法与刑罚。他提醒我们:第一,“千万不可把‘刑罚’和‘法’混作一件事。刑罚是从古以来就有了的,‘法’的观念是战国末年方才发生的。古人早有刑罚,但刑罚并不能算是法理学家所称的‘法’”。换言之,刑罚是惩罚措施,是打击、折磨、伤害,是凶器,刑罚并不是法理学家所说的法。第二,“须知中国古代的成文的公布的法令,是经过了许多反对,方才渐渐发生的”。这就是说,法家所说的法,是穿越层层制度障碍才生长起来的,来之不易。第三,“须知古代虽然有了刑律,并且有了公布的刑书,但是古代的哲学家对于用刑罚治国,大都有怀疑的心,并且有极力反对的”。在此前提之下,胡适进一步提出,“近来有人说,儒家的目的要使上等社会的‘礼’普及全国,法家要使下级社会的‘刑’普及全国(参看梁任公《中国法理学发达史》)。这话不甚的确。其实那种没有限制的刑罚,是儒法两家所同声反对的。法家所主张的,并不是用刑罚治国。他们所主张的‘法’,乃是一种客观的标准法,要‘宪令著于官府,刑罚必于民心’,百姓依这种标准行劝,君主官吏依这种标准赏罚。刑罚不过是执行这种标准法的一种器具。刑罚成为了‘法’的一部分,便是‘法’的刑罚,便是有了限制,不是从前‘诛赏予夺从心出’的刑罚了”。<sup>[30]</sup> 概括地说,法家作为法理学家,是法治的提倡者,是刑罚之治的反对者。

[26] 同注10引书,第357页。

[27] Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 46-94 (Yale University Press 1969).

[28] 刘俊文笺解:《唐律疏议笺解》(上册),中华书局1996年版,第2页。

[29] 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐:中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社1997年版,第34页。

[30] 同注10引书,第358-359页。

按照胡适的这几点论述,法与刑罚的差异主要体现在:(1)产生的时间不同。刑罚作为一种惩罚措施,是从古以来就有的,但是,法是战国末期才出现的。(2)产生的方式不同。刑罚是自然产生的,但是,法是自觉产生的,是一些人积极努力地争取、冲破各种阻力的成果。(3)客观化程度不同。刑罚没有限制,缺乏客观性,是“诛赏予夺从心出”的暴力工具,但是,法是外在的、客观的标准法。当然,法与刑罚也有联系,两者之间的联系体现在两个方面:一方面,法家与儒家一样,都反对以刑罚治国;另一方面,法家把刑罚纳入到法的范围与体系之内,从而使刑罚成为有限制的刑罚、有客观标准的刑罚,这就实现了刑罚向法的转化。

## 五、法家哲学:先秦时代的法治哲学

在阐述了法家的法概念之后,胡适专门论述了法家哲学。既然法家都是讲法治的法理学家,法家哲学就是先秦时代的法治哲学。胡适认为,法家的哲学可以概括为以下五种相互并列的主义。

一是无为主义。“无为”本来是道家的立场。但老子的无为不同于庄子的无为。老子的无为通往无不为,庄子的无为是圣人的虚静。那么,法家的无为主义旨意何在?胡适认为,老子主张无为主义,孔子也极力称赞无为而治,在这样的整体背景下,“法家中如慎到一派便是受了老子一系的无为主义的影响;如《尸子》,如《管子》中《禁藏》、《白心》诸篇,如《韩非子》中《扬权》、《主道》诸篇,便是受了老子、孔子两系的无为主义的影响”。不过,“法家虽信‘无为’的好处,但他们以为必须先有‘法’然后可以无为。如《管子·白心》篇说:‘名正法备,则圣人无事。’又如《尸子》说:‘正名去伪,事成若化。……正名覆实,不罚而威。’这都是说有了‘法’便可做到‘法立而不用,刑罚而不行’(用《管子·禁藏》篇语)的无为之治了。<sup>[31]</sup>换言之,法家哲学与道家哲学、儒家哲学虽然都主张无为主义,但法家哲学异于后两种哲学之处在于:法家哲学强调,必须先有法,然后才可以做到无为而治;但是,老子、孔子则并不强调法的价值与作用。《道德经》第五十七章称:“法令滋彰,盗贼多有。”依此,法令显然不是实现治理的前提。《论语·为政》称:“为政以德,譬如北辰,居其所而众星拱之。”在这里,“北辰”作为无为的象征,是以“为政以德”作为原则的。但是,法家哲学中的无为主义,是法治前提下的“圣人无事”或“事成若化”,在法治之下,一切都成了,毋需殚精竭虑去谋划。

二是正名主义。上文已经提及,正名本是儒家的主张。但胡适认为,法家哲学中也包含了正名主义。因为,尹文子已论及名与法的关系。胡适称,“尹文的大旨是要‘善有善名,恶有恶名’,使人一见善名便生爱做的心,一见恶名便生痛恶的心。‘法’的功用只是要‘定此名分’,使‘万事皆归于一,百度皆准于法’。这可见儒家的正名主义乃是法家哲学的一个根本观念”。换言之,“法”就在于确定名分,通过名分去评判、指引人们的行为。《尸子》称:“天下之可治,分成也。是非之可辨,名定也。”又说:“君人者苟能正名,愚智尽情;执一以静,令名自正,赏罚随名,民莫不敬。”又说:“审一之经,百事乃成;审一之纪,百事乃理。名实判为两分为一。是非随名实,赏罚随是非。”这几句挂在尸佼名下的法理学,足以代表法家对于正名主义的理解。胡适说,尸佼提出的“这几条法治主义的逻辑最可玩味。他的大旨是说天下万物都有一定的名分,只看名实是否相合,便知是非:名实合,便是‘是’;名实不合,便是‘非’,是非既定,赏罚跟着来”。<sup>[32]</sup>至于名分的出处,当然就是法了。以至于我们可以说,法出而

[31] 同注10引书,第359-360页。

[32] 同注10引书,第360页。

名随,名其实是法的产物。这就是法家的正名主义哲学。从源头上看,正名本是儒家的主张,经法家借用之后,已经变成法家与儒家共同的主张了。但是,法家的正名主义还是不同于儒家的正名主义,因为法家的正名以法为基础,儒家则直接把正名当作“为政”的起点。

三是平等主义。从根本上说,平等是一个现代价值。但是,胡适却相信法家哲学中包含了平等主义。从源头上看,儒家缺乏平等的观念,平等的观念出于墨家,发展于法家,正如《尹文子》所言,“如此,则玩器聋瞽可与察慧聪明同其治也”。《韩非子·显学》亦认为:“夫圣人之治国,不恃人之为吾善也,而用其不得为非也。恃人之为吾善也,境内不什数;用人不得为非,一国可使齐。为治者用众而舍寡,故不务德而务法。夫必恃自直之箭,百世无矢;恃自圜之木,千世无轮矣。自直之箭,自圜之木,百世无有一,然而世皆乘车射禽者何也? 隐栝之道用也。虽有不恃隐栝而有自直之箭、自圜之木,良工弗贵也。何则? 乘者非一人,射者非一发也。不恃赏罚而恃自善之民,明主弗贵也。何则? 国法不可失,而所治非一人也。”在胡适看来,尹、韩的这些阐述,表达了法家哲学中的平等主义。胡适虽然指出了法家对于平等的张扬,但他并没有进一步指出,法家的平等与今日的平等,是否具有相同的含义;或者说,现代性中包含的平等,是否可以直接用于描述法家哲学? 事实上,法家确实有平等的追求。但是,法家的平等并不是近代西方以来的人人平等。法家的平等主义主要在于消蚀传统贵族的特权,如蒙文通所见,“法家之平等,为摈弃世族、扩张君权而壹刑法”,<sup>[33]</sup>这恐怕才是法家哲学中平等主义的真实含义。

四是客观主义。客观主义就是把评判的标准诉诸于客观中立的法。客观主义的对立面是主观好恶,亦即韩非所说的“心治”,或今世所说的“人治”。《韩非子·用人》称:“释法术而任心治,尧不能正一国,去规矩而妄意度,奚仲不能成一轮;废尺寸而差短长,王尔不能半中。使中主守法术,拙匠守规矩尺寸,则万不失矣。君人者能去贤巧之所不能,守中拙之所万不失,则人力尽而功名立。”《韩非子·守道》又说:“故设柙非所以备鼠也,所以使怯弱能服虎也;立法非所以备曾、史也,所以使庸主能止盗跖也。”胡适认为:“这是说,若有了标准法,君主的贤不贤都不关紧要。”因此,“法治的目的在于建立标准法,使君主遵守不变。现在所谓‘立宪政体’,即是这个道理。但中国古代虽有这种观念,却不曾做到施行的地步”<sup>[34]</sup>。换言之,法家哲学包含的客观主义与今日的立宪政体是相通的。但在胡适看来,法家的客观主义仅仅停留在哲学上、理论上,并不能付诸实践。本文认为,以客观中立的规则作为判断是非的标准,并不是完全没有付诸实践。无论是在先秦还是在汉代以后,客观主义都有相当程度的实践。无论是大臣还是君主,都必须遵循某些客观的规则,这些规则可能称为法(祖宗之成法),可能称为礼(君仁臣忠,父慈子孝)。

五是责效主义。“责效”一词,今日已不常用,意指追求实际效果,可以理解为实效主义。法家的责效主义哲学,主要强调以实际效果为导向。通过比较儒家与法家,胡适认为,“儒家所说的‘为政以德’、‘保民而王’、‘恭己正南面而天下治’等话,说来何尝不好听,只是没有收效的把握。法治的长处在于有收效的把握”。“守法便是效,不守法便是不效。但不守法即有罚,便是用刑罚去维持法令的效能。法律无效,等于无法。法家常说‘控名以责实’,这便是我所说的责效。”换言之,责效就是循名以责实效,或循法以责实效。从另一个角度来看,“这种论理的根本观念只要‘控名责实’,要‘形名参同’,要‘以一统万’。这固是法家的长处,但法家的短处也在此。国‘法’的目的在‘齐天下之动’,却

[33] 同注18引书,第76页。

[34] 同注10引书,第362页。

不知道人事非常复杂,有种种个性的区别,决不能全靠一些全称名词便可包括一切”。<sup>[35]</sup>看来,法家的责效主义虽然能够取得实效,实现预定的目标,但也可能抹杀个性、抹杀差异。这正是法治的代价。可见,法治也有它的局限性。法治能够取得实效,法治可以用刑罚作为取得实效的保障手段。但是,也有很多领域是法治所不及的。也许我们可以说,没有法治是万万不能的,但法治也不是万能的。既然如此,那么,法治又是什么呢?

## 六、法治的逻辑

在写于1915年9月至1917年4月的《先秦名学史》一书中,胡适专门论述了法家的法治逻辑。这是从逻辑的角度看法家。他说,“在下面的法治逻辑研究中,我将取材于以上段落中提到的著作,它们是:《商君书》、《申子》、《尹文子》和《韩非子》。除这些之外,我还用到一本书,叫做《管子》。这本书被认为是死于公元前653年的管仲写的。其实《管子》这本书大约是公元前3世纪编纂的。里面甚至有大量后来增添篡改的东西。但是,书中似乎包括许多片断可以用来说明并非公元前7世纪的政治家管仲,而是公元前3世纪的某个或某些不知名的著作家的法律与政治理论。我利用的另一本书是尸佼的片断言论集。相传尸佼是卫鞅的朋友和顾问”。<sup>[36]</sup>这些著作,都属于“讲法治的书”,这些“讲法治的书”阐述了法家的法治逻辑。按照胡适的论述,法家的法治逻辑主要包括以下几个方面的内容。

首先,法治逻辑的起点是正名论。前文已经提及,正名论源出于孔子。胡适认为,“孔子的‘正名’学说含有某些因素,它们可以作为法哲学的开端,如果不算它的基础的话。正如我们已经看到的,正名主义的内容是:名不正,则事不成,刑罚不中,而民无所措手足。看来这种正名学说影响了法哲学的某些早期代表。最接近儒家的尸子说:‘天下之可治,分成也。是非之可辩,名定也。’……‘是非随名实,赏罚随是非。’这个表面上难以理解的理论事实上是非常简单的。它意味着,是非以名实是否相合为转移”。在尸佼的论著之外,“在《尹文子》中,我们发现了更成熟、说得更清楚的关于名实关系的理论。《尹文子》说:‘名者,名形者也。形者,应名者也’。‘故亦有名以检形,形以定名;名以定事,事以检名。’这是关于名与形及事三者关系的扼要说明。这个根本原则可以表达为:要求使名成为是非、贵贱的客观标准,它将在人们中引起人们或赏或罚、或趋或避的适当反映”。<sup>[37]</sup>在胡适看来,尸子、尹文子对于正名的论述,虽然不是法治逻辑的核心内容,却构成了法治逻辑的开端或起点。或者说,正名论是法治的逻辑前提,法治的形成、运行、效果,首先需要在名与形之间、名与事之间建立起某种对应关系。

其次,法治逻辑的首要因素是普遍性原则。所谓普遍性原则,就是从个别事物、个别现象、个别行动中归纳、提炼、抽象出普遍适用的规范或模范。度量衡是普遍适用的模范,法也是普遍适用的模范。法治的普遍性意味着法是所有人仿效、模仿、遵循的对象。“百度皆准于法”就体现了法治逻辑的普遍性。《尹文子》称:“故人以度审长短,以量受多少,以衡平轻重,以律均清浊,以名稽虚实,以法定治乱,以简治烦惑,以易御险难,以万事归于一,百度皆准于法。归一者,简之至;准法者,易之极。如此,顽、器、聋、瞽,可与察、慧、聪、明同其治也。”根据这段话,胡适提炼出法治逻辑的一项基本原则,那就是普

[35] 同注10引书,第362-363页。

[36] 胡适:《先秦名学史》,载欧阳哲生编:《胡适文集》第6集,北京大学出版社2013年,第125页。

[37] 同注36引书,第127-128页。

遍性。他说：“法不再是‘象’，甚至不再是为供世人向往而提出的理想关系，而是特殊事物的同一类必然由此产生的标准的‘法’或‘模范’。正如慎到所说：‘有权衡者，不可欺以轻重；有尺寸者，不可差以长短；有法度者，不可巧以诈伪。’法要没有差别地应用于一切阶级：贫富一样，有德无德一样。”<sup>[38]</sup>可见，法治的普遍性原则旨在消除人与人之间的某些差异，尽可能实现人的均质化、同质化。

再次，法治逻辑的另一个要素是客观性原则。所谓客观性原则，就是上文已经提到的客观主义，主要是指法治的实行者从个人统治的重大责任中解脱出来，完全依靠客观的法律规则处理政务，实施奖惩。个人统治，凭借的是统治者的个人偏好，受赏的人因为期待获得更多的奖励而对统治者有所不满；受罚的人因为期待受到更少的惩罚而对统治者有所不满。这就是没有客观性所造成的弊端。正如《慎子·君人》称：“君人者，舍法而以身治，则诛赏予夺从君心出矣。然则，受赏者虽当，望多无穷；受罚者虽当，望轻无已。君舍法，而以心裁轻重，则同功殊赏，同罪殊罚矣。怨之所由生也。是以分马者之用策，分田者用钩，非以钩策为过于人智也，所以去私塞怨也。故曰，大君任法而弗躬，则事断于法矣。法之所加，各以其分。蒙其赏罚，而无望于君也。是以怨不生而上下和矣。”这段“讲法治的书”，就阐述了法治逻辑的客观性。胡适认为，慎子的这段话表达了“一种法治理论。它是想保卫国家免遭人君个人的反复无常之害，同时通过使君主摆脱个人裁决的责任而免遭人民的不满与怨恨”。<sup>[39]</sup>

最后，法治逻辑的第三个因素在于法治的结果导向。这就是上文提到的责效主义。胡适认为，这是法治逻辑异于与礼治逻辑的地方。胡适说：“孔子的正名主义由于传统地不顾后果而遭到了重大损害。礼治的作用是无用的。因为作为一套松弛而笼统的仪式和规定的礼，并没有实行的办法。另一方面，法家代表总是强调结果的。”按照法治偏好的循名责实，“法是对预见结果的明确表达。假如这种预见的结果不能实现，正如不能实施一样，它们就不再成为法。因此之故，中国古代的法政的代表们由于竭力鼓吹严格实施法治，以致大失人心，招致反对”。法治最大的效果在于实现国家的治理，因为，“法治制度一旦完成就可期望它为国家的长治久安而自动地继续运行”。<sup>[40]</sup>胡适认为，法治逻辑的结果导向将会自动地转化成为国家治理的绩效。只要建立了法治的制度，它就能够获得自动运行的生命。胡适关于法治逻辑与礼治逻辑的对照与比较，很容易让我们得出“要法治，不要礼治”的结论。其实，孔子偏好的礼治并非“无用”，只是因为春秋战国时代的政治社会已经迥异于西周时代，适用于西周时代的礼治逻辑在春秋战国时代当然就捉襟见肘了。说到底，孔子想像的礼治是西周贵族政治的产物，法家追求的法治是“抑世卿”的手段。

## 七、“韩非学”

在法家群体中，胡适特别强调韩非的重要性，他说：“‘法家’两个字，不能包括当时一切政治学者。法家之中，韩非最有特别的见地，故我把他单提出来，另列一节。”胡适单独列出的这一节，体现了胡适的“韩非学”研究。大致说来，胡适的“韩非学”主要包括两个关键词：进化与功用。具体地说，就是进化的法治主义与法治的功用主义。因为在胡适看来，法家就是一些“讲法治的书”，韩非作为所谓法家的主要代表，当然也就是法治学说的主要阐述者，韩非学的核心也就是法治学说。韩非的法治学说，实为进化的、功利的法治学说。

[38] 同注36引书，第129页。

[39] 同注36引书，第129-130页。

[40] 同注36引书，第130-131页。

### (一)进化的法治主义

胡适从原来的“胡洪骅”更名为“胡适”,而且还要“字适之”,从中就可以看到进化论对于胡适的影响。周予同在《五十年来中国之新史学》一文中也提到:“异日如有人专究现代中国以及胡适的史学,如果忽视了第一次世界大战的爆发、中国民族资本主义的抬头、西洋进化论思想的发展以及中国戊戌以来文化水准的提高等等史实,他将决不能了解胡适,而且也决不能了解中国转变期的史学!”<sup>[41]</sup>周予同在此列举了好几项影响胡适学术思想的因素,但学理上的因素就只有进化论。

1917年7月,在发表于《留美学生季报》秋季第3号的《先秦诸子之进化论》一文中,胡适已从进化论的角度审视先秦诸子百家。其中,在论及韩非的进化论时,胡适把韩非比作马尔萨斯,因为韩非主张,“古今生活程度不同,古代‘人民少而财有余,故民不争’,今人‘人民众而货财寡,事力劳而供养薄,故民争’”(《五蠹》篇)。这便是马尔萨斯(Malthus)的‘人口论’的理论。韩非又说人口增加的速率:‘今人有五子不为多,子又有五子,大父未死而有二十五孙。’这与马尔萨斯的‘人口增加之率,如几何级数’恰正相同。韩非又说上古尧舜时代做皇帝的又穷又苦,并不快乐。所以尧舜肯传天下与人。其实并不为实。这种‘生计的历史观’(Economic Interpretation of History)在中国历史上,可算得绝顶眼光了。因为古今生活程度不同,故生在今世,便不当称道尧舜禹汤文武之道”。<sup>[42]</sup>胡适所说的“生计的历史观”侧重于从物质、经济的角度看历史,近似于今人所说的唯物史观。但这样的历史观,却是以进化论作为基础的。胡适对于这种历史观的赞赏,其实也表达了对进化论的推崇。

在1917年9月开始编写的中国古代哲学史讲义中,韩非的进化论被置于保守论的对立面。胡适认为,中国古代的政治学说深受老子的“无为”两个字的影响,如前所述,法家也不例外,法家哲学中就包含了无为主义。按照法家的无为主义,只要有法律,就可做到“法立而不用,刑设而不行”(《管子·禁藏》)的无为之治。对于法家中的无为主义,胡适称之为法家中的保守派。但是,韩非子不同于这些法家的保守派,正如《五蠹》所说,“今有构木钻燧于夏后氏之世者,必为鲛、禹笑矣;有决渎于殷、周之世者,必为汤、武笑矣。然则今有美尧、舜、汤、武、禹之道于当今之世者,必为新圣笑矣。是以圣人不可期修古,不法常可,论世之事,因为之备。宋有人耕田者,田中有株,兔走触株,折颈而死,因释其耒而守株,冀复得兔,兔不可复得,而身为宋国笑。今欲以先王之政,治当世之民,皆守株之类也”。

这段话表明,“韩非是一个极信历史进化的人,故不能承认这种保守的法治主义。他的历史进化论,把古史分作上古、中古、近古三个时期;每一时期,有那时期的需要,便有那时期的事业”。因而,“韩非的政治哲学,只是‘论世之事,因为之备’八个字。所以说:‘事因于世而备于事。’又说:‘世异则事异,事异则备变。’”胡适还强调,“后人多爱用‘守株待兔’的典故,可惜都把这寓言的本意忘了。韩非既主张进化论,故他的法治观念也是进化的。他说:‘故治民无常,惟法为治。法与时转则治,法与世宜则有功。……时移而治不易者乱’”(《心度》”。<sup>[43]</sup>简而言之,进化的法治主义强调法律必须与时俱进,只有与时俱进的法,才能实现治的目标。

从进化论的角度看法家,胡适看到了法家内部的两个流派,法治保守主义与法治进化主义,前者见于《尸子》、《管子》中的相关论述;后者的主要代表则是“最有特别的见地”的韩非子。原来,韩非子之所以“最有特别的见地”,是因为韩非子暗合了胡适彼时颇为心仪的进化论。正是由于这个缘故,韩非的法治主义也就成为了法治进化主义或进化论的法治主义。

[41] 周予同:《经学与经学史》,朱维铮编校,上海人民出版社2012年版,第189页。

[42] 胡适:《先秦诸子之进化论(改定稿)》,载欧阳哲生编:《胡适文集》第9集,北京大学出版社2013年,第728-729页。

[43] 同注10引书,第363-364页。

## (二) 法治的功用主义

功用主义就是现在通称的功利主义,亦即以现实功利作为追求的目标。法治的功用主义与进化的法治主义相互关联,因为,与时俱进的法治在于实现功用性的目标。如果说《韩非子》是“讲法治的书”,那么,韩非讲的法治可以称为功用主义的法治。《韩非子·问辨》称:“夫言行者,以功用为之的彀者也。夫砥砺杀矢而以妄发,其端未尝不中秋毫也,然而不可谓善射者,无常仪的也。设五寸之的,引十步之远,非羿、逢蒙不能必中者,有常仪的也。故有常,则羿、逢蒙以五寸的为巧;无常,则以妄发之中秋毫为拙。今听言观行,不以功用为之的彀,言虽至察,行虽至坚,则妄发之说也。”

胡适由此认为,“韩非的学说最重实验,他以为一切言行都该用实际的‘功用’作试验。……言行若不以‘功用’为目的,便是‘妄发’的胡说胡为,没有存在的价值。……言行既以功用为目的,我们便可用‘功用’来试验那言行的是非善恶”。正如《五蠹》所言,“故微妙之言,非民务也。……今境内之民皆言治,藏商管之法者家有之,而国愈贫。言耕者众,执耒者寡也。境内皆言兵,藏孙、吴之书者家有之,而兵愈弱。言战者多,被甲者少也。故明主用其力,不听其言;赏其功,必禁无用”。这些话,在胡适看来,堪称极端的功用主义,“这种极端的‘功用主义’,在当时韩非对于垂亡的韩国,固是有为而发的议论。但他把一切‘微妙之言’、‘商管之法’、‘孙吴之书’,都看作‘无用’的禁品。后来他的同门弟兄李斯把这学说当真实行起来,遂闹出焚书坑儒的大劫。这便是极端狭义的功用主义的大害了”〔44〕

功用主义可能是一个积极的主义,但是,如果从功用主义走向极端狭隘的功用主义,就不大可能维护长期的功用,这就是胡适所见的韩非学的致命缺陷。不过,韩非毕竟是思想家,思想家的思想棱角、思想锋芒、思想穿透力,换个角度看,就是思想的极端、偏颇与片面性。在一个思想家的思想中,如果什么都留有余地,在任何情况下都不走极端,在任何情况下都兼顾各种因素,那么,他可能就不再是思想家,而是胡适所说的实行家了。须知,片面的深刻正是思想的一个特性。

## 八、小结

述论至此,让我们再次回溯当时的语境:1917年9月,在北京的胡适开始写作关于中国古代哲学史的讲义;但是,1917年的上半年,胡适还在美国完善他的关于先秦名学史的论文。因此,本文聚焦的胡适关于法家的论述,其实是他从美国返回中国之际完成的。隐藏在《中国古代哲学史》、《先秦名学史》这两个文本背后的这个事实,蕴含着一个象征性的意蕴:胡适对于法家的理解,在相当程度上体现了中国文化与西方文化的交汇、融合。

从表面上看,胡适讨论的法家以及中国古代哲学、中国先秦名学,都是中国固有的思想文化,都是国故之学。但是,胡适关于法家的论述包含了一个至关重要的视角,那就是西方的学术框架。一方面,“哲学”、“逻辑”之类的名号,本身就不是汉家故物,传统中国只有“四部之学”,根本就没有“哲学”、“逻辑学”。以“哲学”、“逻辑”之名切割国故之学,本身就体现了西方学术框架对于中国固有思想文化的规制、剪裁。在1958年写于纽约的《中国古代哲学史》台北版序言中,胡适颇为自豪地说,这本中国哲学史“在当时颇有开山的作用”〔45〕胡适“开山”所用的工具,就是西方的学术理论框架。另一方面,单就本文专门致意的法家而言,胡适把法家及法家著作称为“讲法家的书”,把那些书中阐述

〔44〕 同注10引书,第364-365页。

〔45〕 同注14引书,第144页。

的学说称为“法治的学说”,把法家人物称为“法理学家”,也典型地体现了近代西方学术的立场、观点、视角对于胡适言说的支配性影响。试想,倘若没有“法治”、“法理学”、“法理学家”这些源于西方的学术“前见”,胡适不可能将法家及其著作称为“讲法治的书”,也不可能将法家人物称为“讲法治”的“法理学家”。因此,透过胡适的那双从美国带回来的西方学术之眼,法家才被看成“讲法治”的“法理学家”。

既然“所谓法家”都是些“讲法治的书”,都是些“法理学家”,那么,那些“讲法治的书”都可以归属于现代学科体系中的“法学著作”。既然如此,那些附会管子、商鞅、申不害等人的“讲法治的书”,都讲出了一套什么样的法治学说呢?前文分别述论的几个方面,大致反映了胡适关于法家的理解与认知。其中既有洞见,也有不见。胡适关于法家的洞见主要体现在:第一,以进化论与功用主义两个概念描述了“韩非学”的特质,按照保守与进化的二元划分,“韩非学”代表了法家学说中的法治进化主义。第二,把法家的法治逻辑归结为正名论、普遍性、客观性、实效性,丰富了中国的法治理论。第三,把法家哲学概括为无为主义、正名主义、平等主义、客观主义、责效主义,这五种主义具有较高的抽象程度,大致反映了法家的哲学倾向,可以视为中国固有的法治哲学。第四,把法与刑罚进行了严格的划分,提出了迥异于百年中国主流法学著述的法概念等等。这几个方面的观点,无论我们如何评价,都可以体现出一个思想家的洞察力。但是,关于先秦法家,胡适也有不见之处。譬如,他否定法家的存在,又继续沿用法家这个概念,似有自相矛盾之嫌;他将晚近出现的法理学家不加分辨地等同于先秦的法家,有时空错位之虞;他对商鞅的定性也有失偏颇,难称持平公允之论。这几点,也许可以烛照出一个思想家早年的盲点。

## Pursuit the Rule of Law: Hu Shi's Understanding about the Pre-Qin Legalist School

Yu Zhong

**Abstract:** Hu Shi is a very important person in the history of modern Chinese thought. Hu Shi's understanding about Pre-Qin legalist school is not only a component of Hu Shi's thought, but also helps to rethink about the Chinese rule of law and the Pre-Qin legalist school. Hu Shi learned the Pre-Qin legalist school through the western academic vision, Hu Shi defined the Pre-Qin legalist school with “book about the rule of law” and “jurist”. He questioned the name of the Pre-Qin legalist school, identified the legalist school, differentiated and analyzed the characters of the legalist school, discussed the philosophy of the legalist school and the logic of the rule of law, summarized the study of “Han-Fei”, which all have significant meanings in the history of thought. Hu Shi's writings about Pre-Qin legalist school mainly concentrated in around 1917. Looking at the portraits of Pre-Qin legalist school that Hu Shi painted one hundred years ago, it will not only help follow the philosophy and thought of Hu Shi, but also help establish a thought reference for the restudy of the rule of law theory in the future.

**Keywords:** Hu Shi; Pre-Qin legalism; the rule of law; Jurisprudence; Han-fei

(责任编辑:倪鑫煜)

# 司法如何民主：人民司法的历史阐释与反思

陈洪杰\*

**摘要：**在残酷的革命斗争年代，出于取得合法性的政治紧迫性，大众化司法成为人民政权展示其民主实践成就的重要政治象征。然而，司法的大众化实践却存在与生俱来的政治技术难题：如果允许缺乏政治觉悟的普罗大众完全自主地广泛参与司法决策，则有可能导致“法意”被“民意”所裹挟，这并不利于人民政权“改造社会”之目标达成。尽管“马锡五审判方式”成功塑造出一种“法意”兼顾“民意”的实践典范，但这种政治化典范所能起到的道德示范效应与实践应用价值是有限的。对于那种有可能影响政治宣传效果的“非典型性”实践，必须以相对于公众而言“不可视”的方式掩藏起来。在唯有“讲政治”的“典范”才具有“可视性”的二元体制中，“个体”的主体性价值与意义难以得到自我呈现，这反而在事实上压制了司法的民主决策潜力。

**关键词：**司法民主 马锡五审判方式 群众路线 二元体制 政治典范

## 一、人民司法的现代转型与路径选择

在近现代中国艰苦卓绝的社会转型过程中，“人民司法”曾以其独特的实践探索、话语生产以及意识形态建构而塑造了我们独具历史风格与魅力的司法传统。但殊为遗憾的是，我们对于这一历史传统的认识经常陷入两种相互对峙，却又极度缺乏有效学术对话的理论范式之中：要么是“空洞”地重复那种追求政治正确的意识形态化表述，要么是“机械”地照搬西方经验，试图建构一种与历史“决裂”的“现代”司法体制。这既无助于洞察历史，也无助于理解现实。时至今日，人民司法正在以前所未有的深度与广度遭遇现代性，面对转型社会的多元价值诉求，人民司法的当代实践开始陷入一种进退失据的内在紧张之中。

一方面，对于以“司法的人民性”作为合法性标识的历史传统而言，人民司法的权力建制必须与“人民当家作主”的民主诉求建立起可以言说的政治相关性。只有实行司法民主，“使群众直接参与司法活动，把司法审判置于人民监督之下”，<sup>〔1〕</sup>人民司法才能“达到真正能够保护人民的权利的目的”。<sup>〔2〕</sup>“人民司法”在这个层面的运作取向于人民“满意/不满意”的外部合法性诉求。董必武于1953年4月在第二届全国工作会议上的讲话中指出：“人民司法工作者必须站稳人民的立场……尽可能采取便利人民的方法解决人民所要求我们解决的问题。一切这样办了，人民就拥护我们，不然人民就反对我们。”<sup>〔3〕</sup>

\* 上海师范大学哲学与法政学院副教授，法学博士。

〔1〕 侯欣一：《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》，中国政法大学出版社2007年版，第227页。

〔2〕 刘全娥：《雷经天新民主主义司法思想论》，载《法学研究》2011年第3期，第204页，脚注57。

〔3〕 董必武：《董必武法学文集》，法律出版社2001年版，第154页。

另一方面,通过改革开放和经济体制变革开启的当代中国社会转型,国家开始把所有社会问题的治理纳入科层化的组织体系,并且通过具有可预期性的抽象国家制度体系来平衡各种不同社会主体之间的利益关系。<sup>[4]</sup>“依法治国”的政治理念将法律的“管理”与国家的治理联系起来,强调国家借助形式理性的法律来组织它的一切活动。<sup>[5]</sup>这意味着“人民司法”也必须以“合法性”的方式来进行自我组织、自我确认和自我表达,并诉诸符合形式理性的普遍性法律规范以及“法意”阐释,以平等的方式作出裁判、调整各种社会关系。“人民司法”在这个层面的运作取向于法律系统以“合法/非法”为沟通代码的“强调自我合法化、自我确认的统一性要求。”<sup>[6]</sup>

在现代社会,“民主”与“法治”是具有同等意识形态正确性但又各自遵循不同沟通代码的价值系统,由于人民司法在复杂的转型过程中必须同时对这两种价值诉求作出回应,这就有可能导致“民主”与“法治”各自不同的价值沟通取向最终演化成“民意”与“法意”之间的尖锐对峙。在言论获得相对自主性的互联网时代,这种对峙的直接后果是导致人民司法在满足“司法人民性”的政治外部性与维护法律自治的内在统一性之间顾此失彼——司法无论是坚持对“法意”的自主性阐释,还是像在“刘涌案”、“李昌奎案”中那般顺应“民意”,都只会更加强化社会对司法的不信任:司法坚持法律内在统一性的“自说自话”固然会颠覆人们对“司法人民性”那种意识形态化的政治信任;但那种不得已而为之的“改判”对社会公众来说却也更是一个不言而喻的信号:他们的不信任是有根据的。

于是,似乎是在一夜之间,中国法院系统的所有问题一下子全都冒了出来。<sup>[7]</sup>有学者认为,“司法改革在部分学者的错误引导下,在法官群体的有意推动下,走上了所谓职业化的路线,司法与人民渐行渐远,人民失去了对司法权的最终控制”。<sup>[8]</sup>这个时候,试图回归到“人民司法”的传统中去寻找合法性资源就必然会成为政治上可欲的价值选择。有学者认为,人民司法传统没有过时,人民司法的本质是司法民主。<sup>[9]</sup>“马锡五审判方式”作为司法民主最具象征性的行动符号,“重返马锡五”成为人民司法无可厚非的政治出路。而最有代表性的,就是河南省最高人民法院院长张立勇所推动的改革。张立勇认为,“我们推进各项审判方式改革……必须着眼于还权于民,让人民群众真正参与司法……弘扬马锡五审判方式,推行巡回审判,到老百姓中间去……这是真正的人民参与,真正的大众司法”。<sup>[10]</sup>

本文认为,人民司法在现代转型过程中所遭遇的公共性危机使得它必须要寻求某种形式化的改变,以应对合法性所发出的挑战。由于存在众所周知的政治禁忌以及显而易见的“路径依赖”,使得体制必然会倾向于朝着易于做出改变的方向去尝试。然而,“重返马锡五”尽管在政治上不是问题,但人民司法是否足以凭借其“民主本质”来应对现代社会转型的复杂挑战却是不容回避的现实问题。这就必然要求对“马锡五审判方式”的政治内涵进行深刻反思,透过“人民参与”、“大众司法”之形,追问“还权于民”背后的方法论价值。

## 二、大众如何司法:“马锡五审判方式”的历史实践

“马锡五审判方式”是抗日战争期间新民主主义法制建设的重要成就,其源自马锡五于1943年

[4] 唐皇凤:《常态社会与运动式治理——中国社会治安治理中的“严打”政策研究》,载《开放时代》2007年第5期,第116页。

[5] 唐皇凤:《社会转型与组织化调控——中国社会治安综合治理组织网络研究》,武汉大学出版社2008年版,第129页。

[6] 伍德志:《欲拒还迎:政治与法律关系的社会系统论分析》,载《法律科学》2012年第2期,第3页。

[7] 方乐:《转型中国的司法策略》,载《法制与社会发展》2007年第2期,第63页。

[8] 何兵:《必须打破法官对司法权的垄断》,载《南方都市报》2007年11月3日,A23版。

[9] 韩伟:《人民司法传统没有过时》,载《中国社会科学报》2016年3月29日。

[10] 参见张立勇:《论马锡五审判方式在当代的继承与发展》,载《人民司法》2009年第7期,第25页。

在任陕甘宁边区陇东专区专员兼边区高等法院陇东分庭庭长期间的相关审判实践,“他经常深入基层,依靠群众,调查案情,从根据地的实际情况出发,实事求是、不拘形式、公平合理地处理了一系列长期缠讼不清的疑难案件……1944年1月6日,陕甘宁边区政府发出了‘提倡马锡五同志的审判方式,以便教育群众’的号召”。<sup>[11]</sup>

为马锡五审判方式提供经验支撑的是一系列经过精心甄别、筛选并借助导向性宣传的,既契合“法意”又让人民满意的案例群。其中最具代表性的,是马锡五对一起“抢亲”案的处理:华池县张柏和封胖是按照封建习惯经父母指腹为婚的。该地解放后,封胖的父亲封彦贵贪图彩礼,借口“婚姻自由”,申请解除了婚约。接着先后两次将封胖卖于他人作为妻。第一次经张柏的父亲张金才告到政府被撤销了,第二次是卖给四十多岁的富农朱寿昌。封胖却更愿意嫁给年轻的张柏,张金才遂实施抢亲行为,封彦贵到华池县司法处状告张金才,该县司法处就以抢亲为由判决解除张柏与封胖的婚姻关系。不久,马锡五到环县检查工作时路遇封胖本人告状。马锡五经过深入调查,听取广大群众的意见,并请示了县委同意后,就在当地召开群众大会公开进行改判,对封彦贵一女几卖和张金才半夜抢人的违法行为分别给以法律制裁;对封胖与张柏自愿结婚,予以保护。<sup>[12]</sup>“案件审明之后,群众意见和边区婚姻条例的规定完全一致。”<sup>[13]</sup>我们可以看到,正是这类“法意”完美兼顾“民意”的典型案例群,为边区司法的民主化实践建构了一个具有政治示范价值的行动框架。谢觉哉高度赞扬马锡五审判方式:“这方式的好处,政府和人民共同断案,真正实习了民主;人民懂了道理,又学会了调解,以后争论就会减少。”<sup>[14]</sup>马锡五审判方式之所以备受推崇,是因为其可以在诸多层面满足人民政权的司法需求。

其一,社会治理层面。李维汉在其回忆录中指出:“马锡五在其司法工作实践中……深入实际,调查研究,调解纠纷,教育群众,受到群众普遍欢迎……司法会议作出结论,今后民间纠纷(包括一般性刑事案件)应实行民主审判(调查研究,陪审,联系群众,保证被告有充分辩护的机会等),改善区乡处理(不打骂,不强迫)。”<sup>[15]</sup>由此,国家权力以“密切联系群众”的行动姿态介入社会纠纷,实施“德行治理”,以回应社会对秩序的基本需求。

其二,国家政权建设层面。借助于巡回、就地审判,马锡五审判方式可以推动国家权力深入社会最基层,“边区的司法工作要深入群众,要在群众中建立司法工作的基础”。<sup>[16]</sup>通过全面介入并主导社会纠纷的解决,司法的群众路线可以帮助将“国家权力渗透到人们日常生活的各个角落”,<sup>[17]</sup>从而实现国家政权对社会基层的有效控制。<sup>[18]</sup>

其三,合法性竞争层面。马锡五审判方式可以直观呈现“民主司法”的政治外观,从而与国民党政权坐堂问案的“官僚司法”划出清晰、有力的界限。在当时的历史背景下,“民主”的话语生产与政治运作可以为革命党的权力主张提供有效的合法性支持。

其四,意识形态建构层面。边区司法不仅仅只是为了解决纠纷,还是一种组织社会、改造社会的

[11] 参见张希坡、韩延龙主编:《中国革命法制史(1921-1949)》(上),中国社会科学出版社1987年版,第504-505页。

[12] 参见《马锡五副院长在全国公安、检察、司法先进工作者大会上的书面讲话》,载《人民司法》1959年第10期,第36-37页。

[13] 同注1引书,第223页。

[14] 《谢觉哉文集》,人民出版社1989年版,第594页。

[15] 李维汉:《回忆和研究》(下),中共党史资料出版社1986年版,第535页。

[16] 杨永华、方克勤:《陕甘宁边区法制史稿(诉讼狱政篇)》,法律出版社1987年版,第138页。

[17] 郑智航:《新中国成立初期人民法院的司法路线——以国家权力下沉为切入点》,载《法制与社会发展》2012年第5期,第76页。

[18] 比如,1922年澎湃领导的海丰农民运动,在“一切权力归农会”之后,“连两公婆吵架的小事,也要到农民协会去解决”。参见张希坡:《马锡五与马锡五审判方式》,法律出版社2013年版,第146-147页。

工具。<sup>[19]</sup>司法是对社会民众进行“教育、改造”的重要意识形态工具。为了减少社会阻力,马锡五审判方式通过创造运用各种形态的群众参与模式,将司法开放成为“传递权力意志、制造社会同意”的公共空间。按照谢觉哉的说法就是“法庭是人民的工具,法律是群众自己创造出来的,掌握在自己手里,群众自己也必须执行”。<sup>[20]</sup>

如上所述,当国家必须整合、集结来自社会内部的政治支持来“改造社会”,司法的民主悖论就开始在经验层面浮现。张友渔指出:“在合议庭陪审员是多数,审判员是少数,在合议庭是要少数服从多数的,而多数不懂法律知识,容易造成审判上的混乱。”<sup>[21]</sup>谢觉哉从当时的司法实践中敏锐地意识到,如果盲从“民意”的话,就可能会导致司法走到“另一偏向”:“比如强调婚姻自由,农民不愿意,于是强迫要离婚的女子回家;误解宽大政策不杀土匪,致农民不敢捕匪,于是只要是匪就杀。”<sup>[22]</sup>

上述事实说明,如果放任缺乏政治觉悟的普通群众不受任何限制地参与到司法过程中来并形成主导作用,那些有助于解决纠纷或赢得社会文化认同的“充分的群众观点”,却可能恰恰是无助于实现“改造社会”之政治目标的。谢觉哉曾经指出,“我们的法律是服从于政治的,没有离开政治而独立的法律。政治需要什么,法律就规定什么”,因而司法人员一定要“从政治上来司法”。<sup>[23]</sup>然而,在“人民群众真正参与”的司法决策过程中,“讲政治”的专职司法人员是少数,而“不懂政治”的群众是多数。因此,如果司法真正按照“民主”的沟通代码——“少数/多数”——进行决策,那么,少数服从多数的必然结果是政治精英失去对司法的主导权,使那些落后的不合理的东西合法化,并最终影响中国共产党改造社会、推动社会进步的初衷。<sup>[24]</sup>因此,“民主”当然离不开党领导下的“集中”。比如,《鄂豫皖区苏维埃政府革命法庭的组织与政治保卫局的关系及其区别》(1931年10月4日)第十条规定:“判决案子之时,可征求群众意见,若判决办法与群众意见不同,可交上级处理。”<sup>[25]</sup>而更高明的做法,则是在司法决策的过程中就通过精心设计的“民主集中”策略将悖论掩藏起来。这主要表现在以下几个方面:

其一,在党的组织策略里,民主并不是一个不同阶级和群体之间的利益妥协和分配机制,而是一个使所有的在“政治及历史之外”生活的村民进入政治领域的一个有效的动员机制。<sup>[26]</sup>这就决定了司法的民主化策略并不是一种真正面向普通群众实质开放权力的决策机制,而主要是一种为了取得合法性背书的动员策略。比如,晋冀鲁豫边区政府/边区高等法院在《关于司法工作在扶植群众运动中及适应战争环境的几点指示》中指出:凡是经过群众斗争的案件(如减租减息,反贪污等)到政府解决时,司法干部应很好倾听群众团体及各方面的意见,了解真实情况,依法作正确之判决;在案件未宣判前,凡经群众斗争的案件,司法干部必须与专员或县长商酌解决办法,专员或县长在会议时有最后决定权。<sup>[27]</sup>从中可以看出,通过动员群众参与发表意见而不是参与权力决策,司法的民主悖论被巧妙地隐藏在“民主集中”的权力策略之中。

其二,既然民主是一种动员机制,那么“动员”本身也就有可能成为帮助隐藏悖论的权力技术。比

[19] 同注1引书,第225页。

[20] 参见《谢觉哉同志在司法训练班的讲话(摘要)》(1949年1月),载《人民司法》1978年第3期,第5、8页。

[21] 张友渔:《张友渔文选》(下卷),法律出版社1997年版,第167页。

[22] 《谢觉哉日记》(1943年5月17日)(上),人民出版社1984年版,第469页。

[23] 参见注19引文,第5页。

[24] 侯欣一:《谢觉哉司法思想新论》,载《北方法学》2009年第1期,第94页。

[25] 韩延龙、常兆儒:《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》(第3卷),中国社会科学出版社1981年版,第341页。

[26] 强世功:《法制与治理——国家转型中的法律》,中国政法大学出版社2003年版,第104页。

[27] 同注25引书,第411页。

如,华县法院1957年10月在《法律宣传工作总结》中指出:“哪村出现同类案件多,就与干部事先联系好,定期晚上在其村召开群众大会,解决问题,批判错误,让群众进行认识谁是谁非,并诱导群众发言,造成群众性的批判。”<sup>[28]</sup>

在实践马锡五审判方式的典型案例中,我们也可以观察到按照类似逻辑展开的政治动员方式,经过周密的事先准备,干部、士绅(或其他具备社会权威元素的主体)、乡邻群众被有选择地动员起来参与司法过程中,共同推动纠纷朝着动员者预期的方向解决。比如,合水县丁、丑两家土地争议案,两家从1938年起就在国民党统治下的友区政权缠讼不已。1943年陕甘宁边区高等法院陇东分庭成立后,马锡五派石静山推事前往该县,会同合水县有关干部至当地召集乡邻七八人、公正绅士与老年人4人,详细了解案情。并于第三天召集群众及干部二十余人,组成以石推事和区长为首,包括基层干部和群众代表参加的调解组,遵照土地法令,进行调解。4天内彻底结案,争讼权益各得其所,当事人和群众都说:“民主政府处理案件,真是深得人心。”<sup>[29]</sup>

其三,从司法的内在规律来看,在非此即彼的审判中,潜在的悖论更容易呈现为显在的悖论。就此而言,“调解”成为马锡五审判方式最具标志性的实践形态并不是偶然的,而是掩藏悖论的权力策略使然。有学者认为:一方面调解可以在实践中背离法律的某些原则,但是它并没有改变法律政策或整个意识形态;另一方面,在调解的过程中,法律又成为一个有效的工具渗透到乡村社会的治理当中,从而改变着乡村社会,使现实生活逐步符合现代法的规范和要求。<sup>[30]</sup>

谢觉哉指出:“审判与调解结合,即马锡五同志的审判方式……是负审判责任的人亲到争讼地点,召集群众大家评理,定出双方都愿接受也不能不接受的法子。是审判,也是调解……审判是强人服从,调解是自愿服从。审判得好,赢的,输的,都不能不自愿服从。审判与调解是一件事的两面。”<sup>[31]</sup>当作为教育对象的群众被有效地动员组织起来,以“不能不自愿服从”的方式“实习了民主”,司法的民主悖论就此掩藏在马锡五审判方式“知行合一”的政治光环之下。

### 三、典范价值的非典型性解构:“马锡五审判方式”的历史局限

就马锡五本人的司法经历以及其他“马锡五式”司法典型的实证经验来看,马锡五审判方式所取得的实践成就是有目共睹的。但这一实践带有明显的人格化特质,“马锡五在当时是作为贯彻党的群众路线、‘热爱人民、服务于人民’的模范典型来宣传的。正是在人格品质方面是无可挑剔的,因而使马锡五获得了这种裁判的权威”<sup>[32]</sup>。这种人格化特质一方面赋予了马锡五审判方式独具人格魅力的道德示范效应,但另一方面却也严重制肘了其所能取得的制度化成就。

#### (一)人格化实践的制度化悖论

现代法律制度之所以可以成为一种普遍性的社会行为准则,实际上是取决于法律实施的“非人格化”程度。只有当法律实施的普遍化效果并不需要寄期望于某个“人格化”的特殊权威个体,而是一般性地取决于对法律进行技术性运用的职业化官僚群体,法律才有可能面向社会大众建构起有效的制

[28] 参见高其才、左炬、黄宇宁:《政治司法——1949-1961年的华县人民法院》,法律出版社2009年版,第487-489页。

[29] 张希坡:《革命根据地法制史研究与“史源学”举隅》,中国人民大学出版社2011年版,第262-264页。

[30] 同注26引书,第96-97页。

[31] 谢觉哉:《关于调解与审判》(1944年5月11日),载最高人民法院办公厅编:《最高人民法院历任院长文选》,人民法院出版社2010年版,第84-85页。

[32] 张卫平:《回归“马锡五”的思考》,载《现代法学》2009年第5期,第148页。

度化预期与信任。而这恰恰是边区政府提倡并试图推广马锡五审判方式所遭遇的制度化悖论。

其一,马锡五能够很顺利地解决许多别人难以解决的问题,恐怕与其地位和威信有关。在当时,很多案子一经县长或县委书记调解,本来不满意的,也说看在县长或县委书记的面子上也就算了。<sup>[33]</sup>这样一种严重依赖于人格化权威的司法形式在推广过程中必然会遭遇制度化的瓶颈。正如王怀安先生后来所指出的,“司法、行政合一,控、审合一,又没辩护人的审判制度缺乏监督、制约的机制,运行的前提是法官必须都是清官。这种方式是人治,是不宜再作为一种制度来宣扬和推广的”。<sup>[34]</sup>无论何时,这样一种“人治”色彩浓厚的临时措施显然都难以建构起普遍性的制度化预期。

其二,马锡五审判方式要求法官主动依职权调查收集证据,发现事实真相,并需要深入农村基层开展现场庭审活动。这是一种要求投入很大司法成本的审判方式,而这显然是边区司法难以负担的。比如,《陕甘宁边区高等法院分庭组织条例草案》(1943年3月公布)第四条:“高等分庭设庭长一人,推事一人,书记员一人或二人,视事之繁简定之。”<sup>[35]</sup>地方法院或县司法处的编制则更为精简。<sup>[36]</sup>以如此有限的人力资源,实际上很难真正开展有效的巡回、就地审判。

其三,根据《陕甘宁边区县司法处组织条例草案》(1943年3月公布)第八条:“司法处受理民刑案件,如系下列各案,经过侦讯调查后,须将案情提交县政府委员会或县政务会议讨论,再行判决:(1)民事案件诉讼标的物其价格在边币一万元以上者,婚姻、继承、土地案件与政策有关,或风俗习惯影响甚巨者;(2)刑事案件中之案情重要者;(3)军民关系案件之情节重大者。”<sup>[37]</sup>由此可见,在很多情况下,若非行政负责人,普通审判人员就算实施巡回、就地审判,也无法针对社情民意作出及时有效的沟通反馈,其制度实施效果也必然会大打折扣。

其四,马锡五审判方式的核心是:“深入农村,调查研究;依靠群众,解决问题;就地解决,不拘形式。”<sup>[38]</sup>有研究者认为:“由于案件的审理不是一时半会儿就能解决,审判员与当事人近距离接触,尤其就地食宿会产生很多问题,如行贿受贿。”<sup>[39]</sup>受制于当时的各方条件,司法人员下乡办案的食宿住行难以获得制度化保障,只能便宜行事,强调“就地解决,不拘形式”,“有的案件缺少笔录,乃至没有案卷”,<sup>[40]</sup>司法人员与各方当事人之间的互动交往也无法做到严格意义上的“有法可依或有章可循”,难免滋生权力的恣意与腐败。这在根本上是因为司法权力难以受到制度化的保障与制约。

正是因为马锡五审判方式存在难以克服的制度化悖论,在1945年的边区司法工作会议上,有的同志认为“这种方式只能用于落后地区”;有的同志则认为“这种审判方式只能负责人使用”;也有的认为“这种审判方式只能很少案件使用,尤其是在法庭内就不适宜”;甚至有的人干脆反对说,推行这种就地审判方式,在“缺乏干部”的边区只会起到“紊乱正常的诉讼程序”的后果。<sup>[41]</sup>

## (二)人格化实践的“非典型性”困境

当个案中的利益博弈对于纠纷当事人维系自我生活世界之完整意义具有无可取代的地位时,无

[33] 《边区推事、审判员联席会议发言记录》,全宗15-73。转引自汪世荣等:《新中国司法制度的基石——陕甘宁边区高等法院(1937-1949)》,商务印书馆2011年版,第236页。

[34] 孙琦:《王怀安先生访谈录》,载《环球法律评论》2003年夏季号,第175页。

[35] 同注25引书,第367页。

[36] 同注25引书,第369页。

[37] 同注25引书,第370页。

[38] 同注34引文,第175页。

[39] 参见注33引书,第237页。

[40] 同注16引书,第143页。

[41] 《陕甘宁边区第二届司法会议材料》1945年,陕西省档案馆档案,全宗号15。转引自注1书,第224页。

论裁判者“德行”有多高,姿态有多“亲民”,也依然无法简单动用人格化的道德力量去应对这种结构性的利益冲突。以婚姻问题为例,1939年4月4日颁布的《陕甘宁边区婚姻条例》第二条与第十一条分别规定:“男女婚姻照本人之自由意志为原则。”“感情意志根本不合,无法继续同居者”即可向当地乡政府或市政府请求离婚登记。<sup>[42]</sup>然而,由于“中国社会存在着很浓厚的封建残余,特别在男女婚姻问题上,强迫婚姻、父母代订婚姻、一夫多妻、童养媳、买卖婚姻等等,长期统治着男女婚姻关系”<sup>[43]</sup>张闻天在1942年的调查报告中指出:“闹一个婆姨,连送布、出首饰,出聘在内,没有几百元甚至上万元的法币,是不能成功。”<sup>[44]</sup>此类婚姻本就不以感情作为婚姻基础,现在女方既在政府法令的“蛊惑”下,以“感情不合”为由提出离婚,男方要么是坚决不同意,要么就会主张“彩礼返还”。这个时候,按照婚姻自由原则,法院应当支持女方的离婚主张,但法院与此同时却又无法认可男方“彩礼返还”的主张,因为这样会导致反过来承认“以彩礼形式变相进行买卖婚姻”的合法性。这就使得妇女悔婚、离婚成为一件有利可图的事情,而“家庭贫困的男性农民常常抱怨这种政策使他们‘人财两空’,而且再也无能力另订一门亲事”<sup>[45]</sup>

从大量可见的案例来看,“陕甘宁边区的很多婚姻纠纷都因彩礼(财礼)争执而起……而作为边区政府,在执行婚姻自由原则的同时,他们也要考虑那些损失彩礼的男性农民家庭,尽量平衡各方利益,尤其这些农民的家庭都较为贫困,属于共产党革命依靠的对象”<sup>[46]</sup>而平衡的结果主要表现为两方面的政策调整:其一,是对婚姻自由原则进行“政策性限制”。边区高等法院下发指示信:“各县处理离婚案件不能机械搬用婚姻自由原则,良以陕北乃经济文化落后之区,落后之妇女常因爱富嫌贫,每借口感情不合欲离穷汉,另适高门,致令穷人有再娶之难;”<sup>[47]</sup>“农村家庭夫妇为社会经济机构组织成分,不宜轻易乖离,以致危及社会经济基础。”<sup>[48]</sup>其二,是对彩礼返还问题作出“合法性变通”。《修正陕甘宁边区婚姻暂行条例》(1944年3月20日公布)第六条规定:“已订婚之男女,在结婚前如有一方不同意者,可向政府提出解除婚约,并双方退还互送之订婚礼物。”<sup>[49]</sup>

在司法实践中,当法院必须作出离婚判决时,就可能会以“彩礼返还”等方式弥补男方损失以照顾其再娶之需要。当然,由于男方在早年给付的彩礼“数目”会因为通货膨胀而发生贬值,如果只是“照价”返还的话,对男方显然不公平。因此,实际的做法通常是以“赔米”的实物补偿方式来抵消彩礼的贬值。由于缺乏精确的计算标准,“双方对于赔米的多少很难达成一致,地方政府就不得不扮演调解人的角色,让双方同意赔米的数量”<sup>[50]</sup>而这在事实上就等于默认以彩礼形式变相进行买卖婚姻是合法的。谢觉哉在1946年9月15日的日记中这样记载:“庆阳买卖婚姻普遍存在,订婚彩礼常是二百万以上……”“公家禁止买卖婚姻,不光没禁止住,还和老百姓争着买。”<sup>[51]</sup>

[42] 参见韩延龙、常兆儒:《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》(第4卷),中国社会科学出版社1984年版,第804-805页。

[43] 韩延龙:《红色区域婚姻立法简论》,载《法学研究》1984年第1期,第68页。

[44] 张闻天:《神府县兴县农村调查:陕甘宁边区神府县直属乡八个自然村的调查,晋西北兴县二区十四个村土地问题研究(报告大纲)》,人民出版社1986年版,第75页。

[45] 从小平:《左润诉王银锁:20世纪40年代陕甘宁边区的妇女、婚姻与国家建构》,载《开放时代》2009年第10期,第72页。

[46] 参见注45引文,第71-74页。

[47] 《边区政府、高等法院、赤水县司法处关于处理早婚、买卖婚姻及离婚问题的呈、命令、指示信》,全宗15-33。转引自同注33引书,第207页。

[48] 《边区高等法院编制:陕甘宁边区判例汇编》,全宗15-26。转引自同注33书,第186页,脚注1。

[49] 同注42引书,第809页。

[50] 同注45引文,第73页。

[51] 《谢觉哉日记》(下),人民出版社1984年版,第982页。

更为棘手的是抗属离婚问题。出于稳定军心的政治考虑,人民政权在制度天平上越来越明显地呈现出倾向于保护军人婚姻利益的趋势。《晋冀鲁豫边区婚姻暂行条例》(1942年1月5日公布施行)第十八条规定:“抗战军人之妻(或夫),除确知其夫(或妻)已经死亡外,未经抗战军人本人同意,不得离婚。五年以上毫无音讯者,得另行嫁娶。”<sup>[52]</sup>《陕甘宁边区抗属离婚处理办法》(1943年1月15日公布)第一条规定:“抗日战士之妻五年以上不得其夫音讯者,得提出离婚之请求,经当地政府查明属实或无下落者,由请求人书具亲属凭证允其离婚。”<sup>[53]</sup>《修正陕甘宁边区婚姻暂行条例》(1944年3月20日公布)第十条规定:“抗日军人之配偶,在抗战期间原则上不准离婚,至少亦须五年以上不得其夫音讯者,始能向当地政府提出离婚之请求。”<sup>[54]</sup>

而在实践中,即便是上述严格限制抗属离婚的制度设计也基本处于虚置状态,相关研究认为:“军人无视法律大闹公堂、暴力抢亲而带来的社会安全的隐忧、不符合军人愿望的判决难以执行,种种因素促成了‘关门主义’政策的形成。”<sup>[55]</sup>比如,《晋绥边区关于保障革命军人婚姻问题的命令》(1946年4月23日)指出:“关于我军抗属离婚问题,应慎重处理,一般的不准离婚。……各级民政科与司法科遇到抗属请求离婚时,应耐心说服,非经丈夫本人同意,不准离婚。”<sup>[56]</sup>

由上观之,在对待“婚姻自主”问题上,边区的治理实践非常奇怪地呈现出截然对立的复杂面相:相较于马锡五审判方式在“典型”意义上“融情于法,法意顺应民意,民意归顺法意”的“知行合一”;边区司法在处理结构性利益冲突的“非典型性”实践中,陷入了深刻的“践言冲突”。“由于买卖婚姻及离婚处理的不适当,1944年至1945年上半年,全边区发生命案二百零二起,中因奸杀及因离婚未遂而引起自杀总案件,共有一百零六起,占命案总数百分之五十二点四,三边分区甚至占命案总数百分之七十三点六。”<sup>[57]</sup>比如,郝维秀与妻子感情不合,经常吵嘴打架,他曾经三次提出离婚,都没有得到准许,最后在一次吵架中将妻子勒死。命案发生后,边区高等法院于1944年9月30日对各分庭和司法处的指示信中指出:“夫妻感情不合,生活上不能继续同居者,向区乡政府请求离婚的案件,如双方关系实在不能改善时,应由乡政府或者区公所介绍到县司法处处理,勿得片面劝说抑制,以免发生意外事端。”<sup>[58]</sup>边区高等法院关中分庭在1947年的报告中说:“现在各县农村中,对女人有少数人虐待、打骂,引起感情意志不合,使有些女人向政府要求离婚,在我们态度上采取了万一行不行时(有人命危险),才准其离婚。”<sup>[59]</sup>值得玩味的是,尽管兴起于1943年的马锡五审判方式早已“风行各地”,但边区司法却仍然难以得心应手地处理此类问题。

### (三)人格化实践的行动结构缺陷

1983年7月13日《人民日报》发表一篇署名杨子霖的文章,标题是《“马专员”,你在哪里?》,说的是在马专员审理“刘巧儿”一案的故乡——甘肃省华池县,一位在外地工作的干部回到家乡后,看到当

[52] 同注42引书,第836页。

[53] 同注42引书,第807页。

[54] 同注42引书,第810页。

[55] 同注33引书,第216页。

[56] 同注42引书,第881页。

[57] 《婚姻问题与婚姻条例——边区推事审判员联席会议讨论材料之一》,陕西省档案馆,全宗号15、案卷号72。转引自肖周录:《陕甘宁边区判例汇编考略》,载《法学研究》2014年第1期,第198页。

[58] 《边区政府、高等法院、赤水县司法处关于处理早婚、买卖婚姻及离婚问题的呈、命令、指示信》,全宗15-33。转引自同注33书,第208页。

[59] 《边区、三边、绥德、关中分区关于贯彻人权保障与尊重司法机关职权,发检察条例的咨文、命令及司法工作总结与清监报告等》,《高等法院关中分庭:47年6月至48年11月1年来司法工作总结报告》(1949年1月25日),全宗2-1455。转引自同注33书,第211页。

地买卖婚姻、包办早婚现象依然十分严重,但却没人过问。对此,《人民日报》专门发表评论文章指出,今天本报刊登的杨子霖同志寄自“刘巧儿”故乡的来信,表达了那里的群众对“马专员”的怀念。然而,有些基层干部的精神状态却不如当年马专员那样立场坚定。有的在旧的封建习俗面前麻木不仁、束手无策;有的甚至置婚姻法于不顾,站在旧传统势力一边,利用手中的权力,反对青年男女的婚姻自主。因此,群众才深情地喊出“马专员,你在哪里?”<sup>[60]</sup>

从行为选择的角度来看,如果一种示范性的实践形态确实契合基于理性人假设的有效行为激励与合理策略选择的话,那么,这种实践形态就自然而然会通过系统性的个体行为选择而共同形塑普遍性的社会行动结构。然而,尽管执政者不遗余力地通过制造“马锡五审判方式”的政治典范效应来为人格化“典型”的推广提供自上而下的政治导向与行为激励,《人民日报》的报道却足以向我们表明,人格化的“典型”非但没能起到应有的示范推广效应,反而随着时间的推移而日渐被“非典型性”实践所解构。原因在于,在权力自上而下进行流动的等级官僚体制中,最大的政治永远都是如何恰到好处地投上级领导之所好。当上级领导的注意力发生转变的时候,下级官僚自然也就“事不关己、高高挂起”。对于理性官僚而言,在日常事务中依靠德行的积累来获得政治升迁远远不如走上层路线来得快:“下面做事,不如上面有人。”对于这种“非典型性”实践,意识形态最为娴熟的话语策略是将问题归咎为“有些基层干部”的德行或能力。但就学术观察而言,我们显然不应满足于“马专员,你在哪里”的感性追问,而应该深刻反思“马锡五审判方式”与边区司法总体实践及至于人民司法之本体论与方法论之间的复杂关系。

#### 四、司法如何民主:人民司法的双重行动结构

由于“司法民主”的政治诉求内含了无法克服的深刻悖论,似乎很难在一个内在统一的行动系统中建构起一以贯之的既民主又集中的决策体制。强调“讲政治”的司法必须按照政治上“需要/不需要”的内在逻辑进行实际运作,但它却又必须时时在公共领域呈现出“民主”的政治外观。尽管就马锡五本人的个体化实践而言,马锡五审判方式确实是一种有效的、帮助掩藏悖论的权力策略。但正如前文分析所指出的,这种人格化实践却又面临着制度化的悖论:从边区司法的实际情况来看,马锡五在个人经历、人格素养、审判技巧以及可支配的体制资源等各个方面所具备的政治优势是绝大多数普通司法工作人员难以企及的。边区司法其实并不具备全面推广马锡五审判方式所要求的现实条件。但基于政治上的迫切需求,边区领导人无暇深究司法的内在规律,只能以政治“挂帅”。谢觉哉于1944年代陕甘宁边区政府草拟的一份司法指示中指出:“要发扬这方式,<sup>[61]</sup>重大又复杂的案,定要这样做……因此要求分庭各司法处于收到此信2个月内,各研究出至少两个判案例子,不论以前审的现在审的,审得好或审得坏的,虚心考虑,写出教训,把材料及结论送给我们。”<sup>[62]</sup>

然而,如果撇开“讲政治”的因素,官僚机构的实际负责人非常清楚,“马锡五审判方式”作为“点”上的典型塑造是可欲的,但它不可能在边区司法整个“面”上真正铺展开。也正因为如此,1945年边区高等法院代院长王子宜指出:“马锡五审判方式的基本精神,不管是农村,还是城市,不管是上级人员,还是下级人员,都是完全可以,而且应该充分的运用。”但王子宜在具体的操作层面有所保留,他

[60] 同注18引书,第232-234页。

[61] 即是指马锡五审判方式。

[62] 同注14引书,第594-595页。

说：“我们提倡马锡五审判方式，是要充分学习他的群众观点和联系群众的精神，这是一切司法人员都应该学习的，而不是要求机械地搬用他的就地审判的形式。”<sup>[63]</sup>这个时候，面对自上而下的政治功能迫令，最取巧，但也最有效的政治策略就是有针对性地在各级官僚系统中推出自己的“典型”，这既可在政治上表达自己的忠诚，也可在业务上证明自己的能力。于是，一时间，各地司法机关涌现出许多模范司法工作者，呈现“人才辈出”、“群星灿烂”的局面。<sup>[64]</sup>

吊诡的是，尽管“塑造典型”这个政治行为无法真正达到全面推广马锡五审判方式的预期效果，但对于帮助掩藏司法的民主悖论这一目标而言却仍然是有效的。在边区司法系统自上而下、紧锣密鼓的政治推广运动中，围绕着对“群星灿烂”的典型经验的推广、交流、宣传而展开的体制化运作构成了边区政府吸引公众注意力并且可以恰到好处地呈现“人民司法为人民”的民主象征系统。而在这个“可视化”的民主外壳中则隐藏着另一套对于公众而言是“不可视”的，旨在自上而下以高效的行政化决策与强有力的统一行动来处理现实问题的政治决断系统。<sup>[65]</sup>这种二元体制使得政治行动者可以非常灵活地切换自己的社会行动面相，用“民主”的外观建构社会认同，用“集中”的内核改造社会。

值得注意的是，所谓的民主象征系统与政治决断系统并不是依托于建制化的职能部门架构而实现其功能区分的。人民司法的双重行动结构是按照政治上“需要/不需要”的行动逻辑，以“可视/不可视”的行动面相而人为选择在公共领域分别加以突出呈现或刻意遮蔽的政治运作形态。此时，为了有效建构起统一的关于司法民主的政治想象，并且避免悖论在公共领域显现为悖论，与二元分化的行动体制相互呼应的必然是一套旨在“提高认识，统一思想”的一元化话语系统。

在二元体制的运作中，以马锡五审判方式为符号象征的典范系统主要是因为其在实践外观上契合司法民主的政治诉求而获得话语系统所赋予的“可视性”。换言之，马锡五审判方式之所以被推向政治的前台，主要并不是因为其符合司法的内在规律而真正具备可全面推广的内在实践价值，而是因为其外在形式价值而获得了具有“话语权”的政治领导人的“钦定”。由于一元化的话语系统可以自主地按照政治上的需要来塑造、包装其所欲求的典范系统，通过充分运用“可视/不可视”的区分，它不仅可以被用于帮助掩藏司法的民主悖论，还可以被用于帮助达成任何政治功利主义目标。司法政治化的这一运作特质使得其在日后的历史演化中不仅未能发展出真正有效的外部民主机制，甚至连内部决策的民主潜能也遭到决断主义式的压制。下文将结合 1958 - 1960 年大跃进期间司法典范体制的功能运作来阐明这一点。

## 五、司法民主的政治功利主义解构——以 1958 - 1960 年司法大跃进为例

“大跃进”是国家政治领导人自上而下发动的全国性政治运动，作为司法战线的工作当然也不例外。为了响应中央的政治号召，地方的司法工作领导人提出了各种各样的跃进目标与口号：有的提出苦战一年到三年，实现“无反革命，无盗窃，无抢劫，无强奸”甚至“无民事纠纷”的口号；有的则提出在审判工作中要做到党组织、公安机关、检察机关、审判机关、人民群众、当事人对案件的处理都“满意”，

[63] 王子宜：《在陕甘宁边区第二届司法工作会议上的讲话》（1945年12月29日），陕西省档案馆，全宗号15。转引自同注1引书，第225页。

[64] 同注29引书，第268页。

[65] 本文此处的讨论受巴奇霍特关于二元政府之概念分析的启示。参见[美]艾伦·沃尔夫：《合法性的限度》，沈汉等译，商务印书馆2005年版，第262-263页。

等等。<sup>[66]</sup>

为了尽可能避免这些脱离实际的跃进做法冲击正常的司法工作,时任最高人民法院院长的董必武在1958年4月召开的十省市高级人民法院和司法厅(局)负责人参加的司法“跃进”座谈会上,专门从业务层面对很多违背司法规律的跃进口号和做法提出了中肯的批评:“要看到人民内部矛盾是大量的……提‘几无’的口号是没有根据的,是错误的;法院也有些具体的可以跃进的项目,如不要积案,多少时间结案等等,但要紧的是质量;(群众路线)这种走出法庭,改变孤立办案的衙门作风,便于人民是好的,但都走出去也办不到;(几满意)这种口号怎么实现呢?不好检查,无从验证;(司法干部)劳动锻炼是必要的,但经常下去劳动是不可能的;清理积案很好,突击一下也可以,但不能经常搞突击。”<sup>[67]</sup>

尽管如此,董老在政治上的判断却是有所保留的:“大家讨论司法工作能不能跃进,应该说能够跃进……去年开司法会议,只是解决了一个问题,即要听党的话……司法工作怎么样跃进,怎样跃进得好,我们还没有想好,你们是先行的。在政治上你们不可能靠最高人民法院,政治嗅觉最灵敏的是党中央,在行政上是国务院……你们搞跃进,这不是我们搞起来的,是各地党委领导搞起来的,我们不领导对你们没有什么妨碍,插一手反倒不好,我们不提什么意见,就是要你们听省委的话。”<sup>[68]</sup>

就在董必武谈话后两个多月,第四次全国司法工作会议用大鸣、大放、大辩论、大字报的方法总结了建国以来司法战线的工作,结论是存在两条路线的斗争,与正确路线对立地存在着一条右倾路线。<sup>[69]</sup>至此,“讲政治”的考虑全面压倒了“讲业务”,在实践中大行其道的恰恰是那些“高指标、瞎指挥、浮夸风、放卫星”的跃进路线。在当时,林林总总的跃进目标除了相对常规的加强党的领导、提高司法效率、为党的中心工作服务(如在全民大炼钢铁运动中,法院要“有事办政法,无事办生产”,“为高炉造盔披甲,保障钢帅安全升帐”<sup>[70]</sup>)、走群众路线等,法院甚至还积极参与技术革新与技术革命。<sup>[71]</sup>

由于缺乏司法规律的内在支撑,典范系统必须依靠外在的政治功能迫令才能维持自身的持续有效运作。在实践中,这主要表现为自上而下开展的各种检查、评比、竞赛运动。比如,1959年湖南省常德地区各法院,广泛地运用了检查评比的工作方法,促进了司法工作的全面大跃进。桃源县人民法院之所以项项先进,检查评比开展得经常是一个很重要的因素。<sup>[72]</sup>而其关键则在于“始终要在党委领导下进行,这是能否搞好检查评比的根本保证”。<sup>[73]</sup>在“领导亲自挂帅”的评比体制中,每一个司法工作人员的政治前途并不取决于其本人的业务素质与工作能力,而是完全取决于其是否能够恰逢其时地投合上级领导的政治偏好。因此,在这种典范体制的运作中,所有的竞赛在根本上都是政治忠诚度的竞赛。

在典范系统的运作中,尽管那些横空出世的先进个人、单位及事迹因其有效服务于政治上的功利主义需求而被话语系统赋予了显著的“可视性”。但这些“应景”的典范究竟是经过怎么样的政治运作和包装而被推向可视化的政治前台?这背后的运作实际上仍然是“不可视”的。在“政治决定一

[66] 黎一樵:《一篇针砭司法战线“左”倾思想的珍贵文献》,载《党的文献》1996年第2期,第71页。

[67] 参见董必武:《当前司法工作中的几个问题(1958年4月)》,载《党的文献》1996年第2期,第69页。

[68] 同注67引文,第70页。

[69] 同注66引文,第73页。

[70] 《为高炉造盔披甲 保障钢帅安全升帐》,载《人民司法》1958年第18期,第11页。

[71] 参见刘练军:《“大跃进”中的人民司法》,载《政法论坛》2013年第3期,第147页。

[72] 湖南省常德地区中级人民法院:《大抓检查评比 促进司法工作全面大跃进》,载《人民司法》1960年第2期,第19页。

[73] 同注72引文,第20页。

切”的体制中,由于司法必须与时俱进地服务于各种政治上的“中心工作”。“因此,制度所授予他的关于其行动规则的承诺是不可置信的,这就无法给他的职务行为提供基于制度的安全保障,他随时处于因遭到否定而陷入可能受罚等窘境。”<sup>[74]</sup>由于行为导向缺乏制度连贯性,在按照政治上“需要/不需要”的行动逻辑展开运作的司法典范系统中,只有在行为选择上“唯长官意志”才是理性的。其结果是,不仅司法的外部参与民主无从实现,司法的内部决策民主亦成为空中楼阁。

## 六、“法治”的兴起与人民司法的方法论反思

“司法民主”的政治诉求是人民政权在残酷的革命斗争年代与国民党政权争夺合法性的重要权力策略。有学者认为:“在陕甘宁边区,人民政权出于夺取全国政权的需要,把司法当作了发动人民、团结人民的工具……而‘一切让人民满意’的最简单办法就是直接发动群众参与审判活动本身,由人民自己审理自己的纠纷,使司法为民变成人民司法。”<sup>[75]</sup>为了避免大众化司法因为导入民主系统“少数/多数”的沟通代码而导致“改造社会”之政治目标被解构,边区司法自觉发展出一套二元体制来掩藏司法的民主悖论:一方面使用诸如马锡五审判方式这样的典范系统来塑造陕甘宁边区实行民主政治、人民实现当家作主的政治象征;另一方面使用决断主义的政治集中体制来“改造社会”。

作为帮助掩藏司法民主悖论的政治行动策略,按照“可视/不可视”的区分而展开运作的二元体制可以随时响应政治上的需要并有效推出“领导满意、群众称赞”的典范系统。为了保证司法体制的政治响应能力,政治司法必须以“反民主”的方式维持以自上而下的“控制”为行动指南的权力建制。典范系统的有效运作必须依赖于能够“指哪打哪”、“刀把子”式的干部队伍。那种“只唯实、不唯上”的“自由化分子”显然会是典范系统有效运作的最大政治阻碍,必须加以坚决改造或是无情淘汰。就此而言,一部政治司法的典范史同时也是独立人格遭遇政治阉割的精神史。在适者生存的系统演化中,诸如大众化司法的“民主”追求与典范化运作,不仅未能真正推动司法的外部民主参与,反而彻底扼杀了司法体制的内部民主潜能与主体实践能力。

也正因为如此,当自20世纪90年代中晚期以来,中国共产党开始尝试“以合法化谋求合法性”,<sup>[76]</sup>并通过积极着手推动法院正规化建设来落实“依法治国”的政治方略。司法毫不例外地响应政治上的转型诉求,毅然决然地抛弃了以“马锡五审判方式”为“精神图腾”的“司法民主”传统,“大张旗鼓”地通过审判方式改革来重塑自身“依法裁判”的行动面相,并通过强调庭审规范化来打造迎合政治需求的新典范。原最高人民法院副院长王怀安发表于1996年的一篇文章这样评论:“看起来,用这种庭审方式来搞清事实、核实证据、分清是非、打通思想、明确责任,比用庭前那个法官‘跑腿’、‘磨嘴皮’、‘搞得差不多再开庭’的方法要先进。”<sup>[77]</sup>

尽管如此,司法的“法治大跃进”并不意味着法院可以就此凭借“合法/非法”的法律沟通来抗拒来自政治系统“需要/不需要”的功能迫令,其仍然只能以二元体制的权宜之计来践行自己的“法治理想”。然而,随着话语系统的日渐开放,政治司法的“非典型性”实践开始通过各种信息渠道进入公众视野。当政治司法“点面背离”的实践困境因为更具自由度的新闻观察与学术批判而具备了相当程度的“可视性”,其仅仅凭借其日渐乏力的典范系统越来越不能胜任替体制辩护的政治功能,从而陷入了

[74] 王礼鑫:《动员式政策执行的“兴奋剂效应”假说》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2015年第1期,第80页。

[75] 同注24引文,第94页。

[76] 张健:《合法性与中国政治》,载《战略与管理》2000年第5期,第1页。

[77] 王怀安:《谈民事审判方式的改革》,载《法学》1996年第5期,第22页。

前所未有的公共性危机。就此而言,在二元体制日渐失却有效性的互联网时代,如果前文着力建构的分析框架是有效的,那么,“重返马锡五”式的大众化司法就不仅不能挽救人民司法的公共性危机,反而只会让司法的民主悖论以更加敏感、尖锐的方式呈现于公众视野。

## 七、司法民主的主体性重建

在残酷的革命斗争年代,出于争夺合法性的政治紧迫性,人民政权必须以有限的资源取得最大化的政治效果。这个时候,政权组织的“内部决策民主”因为其“不可视”的运作特质和代价高昂的决策成本(为了避免民主决策带来的政治内耗,以及上升为“路线斗争”的政治分裂,党必须将自己的命运托付给已经在残酷的斗争中证明自身能力,具有超凡魅力的政治、军事领袖,并赋予其不容挑战的政治权威与绝对领导权),显然远远不及“可视化”的外部参与民主那样足够吸引眼球并且风险可控。大众化司法由此成为人民政权展示其民主实践成就的重要政治象征。而缺乏内部决策民主作为内在政治支撑的外部参与民主当然也只有依托于政治司法的二元体制才能得以维持“可视化”的“有效”运作。就此而言,“重返马锡五”之“形”,显然并不足以拯救“司法民主”之“神”。

时至今日,人民司法的核心价值显然已经不再是作为与强大政治对手展开合法性竞争的政治功利主义工具,而是承载“法治中国”理想的实践前沿。随着国家政治生活逐渐常态化,“民主与法治”作为政治系统自主设定的价值追求,也必将在日益开放的话语系统中获得不再被政治权力任意伸缩的自主性表达。这也要求我们必须尝试按照司法的内在价值规律去重塑司法民主的实践路径。本文认为,唯有首先实现司法的内部决策民主,才能真正迈向司法的外部参与民主。而当务之急,就是全面反思、清算以自上而下的行政化控制为核心诉求的政治典范体制。

本文认为,民主是一种以个体人格独立为政治前提的基于主体间性的决策实践活动,而现有的政治典范体制却恰恰导致了司法民主的主体性危机。在那种以政治功利主义为导向的、隐藏在体制背后的典范遴选、塑造、推广等一系列政治运作造就了“在官僚组织中通行的并非法理性权威和普适性的、非个人化的规则体系”,<sup>[78]</sup>而是在人格化权力支配下的政治依附关系。也正因为如此,当政治需要“定分止争”的时候,我们就盛产“调解英雄”;当政治需要“依法治国”的时候,就会迅速涌现出大批“办案能手”;当政治需要“司法为民”的时候,我们自然而然就要“重返马锡五”……这一事实严重制肘了人民司法的主体性实践所可能取得的制度化成就。

人民司法在现代转型过程中的公共性危机足以表明,传统的典范系统已经日渐不能胜任替体制辩护的政治功能,政治上的犬儒姿态亦并不足以应对人民司法在现代转型过程中所遭遇的合法性挑战。司法民主的主体性实践需要具备自主政治人格的新典范,而个体的主体性价值显然很难在政治典范体制自上而下的“不可视”运作中得到自我呈现。作为一种希望通过观照他者而反思自我处境的学术思考,张千帆教授曾如此评论美国最高法院处理“布什诉戈尔案”所呈现的司法价值准则:“司法程序本身必须是一个自由、平等与公开的说理过程……法官有自由表达自己的观点,并对于案例的决定享有平等的表决权,但同时必须为自己的决定向法律和历史负责——这本身是巨大的信任和荣誉,也是沉重的压力:记录法官意见的那张纸很普通,但它对公众的影响却可能远远超过法官个人的影响,而其寿命又比任何法官的寿命还要长得多。”<sup>[79]</sup>

[78] 应星:《大河移民上访的故事》,三联书店2001年版,第361页。

[79] 张千帆:《论美国总统大选中的宪政问题》,载《中外法学》2001年第4期,第417页。

本文认为,正是在高度公开透明的“记录法官意见的那张纸”上,法官具有了实践自我的政治可能性。当然,一个沿袭已久的体制必然会有一种行为选择的长期惯性,即使当充分的可能性摆在面前,一个体制化的法官仍然可能选择充当“揣摩上意”的权力傀儡,或是依然沉溺于用空洞乏力的“官方”修辞来愚弄公众……然而,在所有的可能性当中,只要有一种实现自我的可能性被实践,哪怕这只是一份应者寥寥的少数意见,在个体意识日益觉醒的现代社会,这种实践自我的价值觉醒就一定会迸发出空谷足音的时代先声。就此而言,唯有在具有高度“可视性”、平面化的判例典范系统中,个体才有可能穿透体制之幕,在裁判说理的政治对话过程中呈现自身无可替代的主体性价值。也只有在落实个体主体性的价值重建过程中,司法的民主化实践才有可能逐渐由内部决策民主迈向以公民的“主体性”参与为核心形态的外部参与民主,<sup>[80]</sup>并在充分呈现主体间性的公共政治对话中回应人民司法在现代转型过程中遭遇的公共性危机。

### The Possibility of Judicial Democracy: Historical Interpretation and Reflection on People's Judicature

Chen Hongjie

**Abstract:** In the cruel historical periods of revolution, in the urgent need of competing for political legitimacy, the people's regime used the judicial popularization as its important political symbols of democratic achievements. However, the practice of judicial popularization has inherent political and technical problems; if the general public who may lack political awareness can fully participate in the process of judicial decision-making, it may lead to the consequence that the “law” will be coerced by “public opinion”, which is extremely detrimental to the goal of “transforming society” in the people's regime. Although the “Judiciary Style of Ma Xiwu” successfully created a kind of model practice which can take “public opinion” into account within the “law”, but the moral demonstration effect and practical application value of this kind of political model is limited. For the kind of “atypical” practice which may have a negative effect on the political promotion, it must be hidden in a way that is not visible to the public. In the binary system where only “Political Model” can have “visibility”, “Individuals” can hardly present its subjective value and significance, which has resulted in the fact that the judicial democracy has been suppressed.

**Keywords:** judicial democracy; the judiciary style of Ma Xiwu; the masses; the binary system; political model

(责任编辑:刘馨)

[80] 陈卫东教授认为,公民参与司法强调的是社会公众作为国家权力的享有者所具有的对司法活动的“主体性”参与。这种参与形态必须与传统“政治司法”将群众当作“客体”对待的参与形态有效区分开来。参见陈卫东:《公民参与司法:理论、实践及改革——以刑事司法为中心的考察》,载《法学研究》2015年第2期,第5页。

【民法典编纂】

## 污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化思考

张新宝 汪榆森\*

**摘要:**我国未来民法典分则侵权责任编应该增加破坏生态侵权责任的规定。新增的破坏生态侵权责任应适用无过错责任原则与因果关系举证责任倒置规则。在数人环境、生态侵权中,应该扩大连带责任的适用范围。除严格比例因果关系下适用按份责任外,其他数人环境、生态侵权应该适用连带责任。在企业法人等环境、生态侵权案件中,有过错的特定个人与该法人承担连带责任。环境、生态侵权诉讼与环境民事公益诉讼的保护范围不同,是两种不同的制度,环境、生态侵权责任较环境民事公益诉讼责任应优先受偿。

**关键词:**破坏生态侵权责任 连带责任 直索责任 环境民事公益诉讼

### 一、引言

2009年通过的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)在第八章以一个整章计4个条文对于环境污染侵权制度的归责原则、举证责任、责任承担等方面作出了规定,由此构建了我国环境污染侵权制度的基本框架。这一框架总体上是适当的,但《侵权责任法》施行以来,在理论和实践中出现了一些新情况,这些新情况需要在起草民法典分则侵权责任编时予以研讨和应对。这就是污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化问题。

首先,党的十八大报告提出了建设生态文明的目标。这对于环境、生态侵权制度提出了更高的要求。其次,2014年修订的《环境保护法》增加了破坏生态侵权,并规定应当依照《侵权责任法》的有关规定承担侵权责任,但目前《侵权责任法》中并没有破坏生态侵权的特别规定。再次,环境民事公益诉讼制度目前已经基本建立,其与环境、生态侵权制度的关系,亟需厘清。因此,在起草民法典分则侵权责任编时,对现行的环境侵权制度有必要在继承的基础上进一步完善,实现环境、生态侵权责任的再法典化。

本文主要探讨三个问题。第一,如何构建破坏生态侵权责任制度。第二,如何进一步强化环境、生态侵权责任,包括扩大连带责任的适用、增加规定直索责任与环境、生态侵权责任的优先受偿,以助力生态文明建设。第三,如何正确处理环境、生态侵权与环境民事公益诉讼的关系。

本文将以上述问题为导向,着重研究、解决理论和实践中的突出问题;以建言立法为目的,立足我国国情,借鉴国外立法例,实现环境、生态侵权责任的再法典化;以形成条文为具体成果,提出污染环

---

\* 张新宝,中国人民大学法学院教授,法学博士,中国法学会民法典编纂项目领导小组成员侵权责任编牵头人;汪榆森,中国人民大学法学院博士研究生。

境和破坏生态侵权责任的具体方案。

## 二、构建破坏生态侵权责任制度

### (一)从《侵权责任法(草案)》到《环境保护法》的修订

2009年最终通过的《侵权责任法》在第八章规定了“环境污染责任”。对此,虽然有观点认为其中的“环境污染责任”是广义的,既包括污染生活环境,也包括破坏生态环境。<sup>[1]</sup>但主流观点认为,现行《侵权责任法》中的“环境污染责任”仅指狭义上的污染生活环境侵权责任,并不包括破坏生态侵权责任。<sup>[2]</sup>

在侵权责任法起草的过程中,立法部门对这一问题就有过讨论,草案的相关规定也几经变更。《侵权责任法(草案)》(二次审议稿)仅规定“因环境污染造成他人损害的,排污者应当承担侵权责任”。草案三次审议稿和四次审议稿则规定为“因污染生活、生态环境造成损害的,污染者应当承担侵权责任”。但是,最终通过的《侵权责任法》第65条依然仅规定“因污染环境造成损害的,污染者应当承担侵权责任”。因此,从立法的过程来看,将现行法中的“污染环境”解释为既包括污染生活环境,也包括污染生态环境,确实显得勉强。<sup>[3]</sup>

2014年修订的《环境保护法》第64条规定:“因污染环境和破坏生态造成损害的,应当依照《中华人民共和国侵权责任法》的有关规定承担侵权责任。”这一条文从立法的层面明确规定了破坏生态侵权责任,但是其对破坏生态侵权责任的具体制度没有进行规定,而是以引致条款的形式,规定依照《侵权责任法》的有关规定承担侵权责任。然而,如上所述,现行《侵权责任法》中缺乏对于破坏生态侵权的明确规定。因此,在环境、生态侵权责任再法典化的过程中,必须认真思考如何构建破坏生态侵权责任制度。

### (二)破坏生态侵权责任应该适用无过错责任原则

归责原则是侵权责任法的核心问题。因此,要构建破坏生态侵权责任制度,首要的问题就是思考其应适用过错责任原则还是无过错责任原则。对此,学界有不同观点。主流观点认为,破坏生态侵权与污染环境侵权均应适用无过错责任原则。<sup>[4]</sup>也有部分学者持反对意见,认为对于污染环境侵权就应该区分不同类型分别适用不同的归责原则,因此破坏生态侵权也不应该规定统一的归责原则,而应该视不同的生态破坏类型适用不同的归责原则。<sup>[5]</sup>笔者认为,破坏生态侵权责任应该适用无过错责任原则,理由如下。

第一,破坏生态与污染环境都是环境侵权的具体侵权行为方式。环境法学者一般将破坏生态和

[1] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第325页。在《环境保护法》修订之后,最高人民法院环境资源审判庭的同志也持此种态度。参见最高人民法院环境资源审判庭编著:《〈中华人民共和国环境保护法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2014年版,第346页。

[2] 参见竺效:《论环境侵权原因行为的立法拓展》,载《中国法学》2015年第2期,第264页。

[3] 此外,“污染”在环境法中有着特定的含义。“污染”的核心特征之一就是“物质、能量从一定的设施设备向外界排放或者泄露”。因此,“污染”与“生态”也很难进行语文上的搭配。参见汪劲:《环境法学》,北京大学出版社2014年版,第168页。

[4] 参见注3引书,第302页;最高人民法院环境资源审判庭,同注1引书,第346页。

[5] 参见陈海嵩:《论环境法与民法典的对接》,载《法学》2016年第6期,第69-71页;张宝:《环境侵权归责原则之反思与重构——基于学说和实践的视角》,载《现代法学》2011年第4期,第89页。最高人民法院也持这种观点,其认为噪音污染不同于一般污染,适用的是过错责任原则。参见《最高人民法院发布10起环境侵权典型案例》之案例5《沈海俊诉机械工业第一设计研究院噪声污染责任纠纷案》。

污染环境称为环境侵权的“原因行为”。〔6〕对于环境侵权,我国主流学者一直主张应该适用无过错责任原则,理由也比较充分,〔7〕笔者在此不再赘述。上述对此持反对意见的学者可能混淆了归责原则与“污染行为的认定”这两个问题。对于不同的污染类型,“污染”的含义是不同的。对于废水、废气、固体废弃物等而言,只要存在排放可能就构成法律意义上的“污染”;但是对于噪音等而言,根据《环境噪声污染防治法》第2条的规定,其只有在超过一定的标准之后才会被认定为“污染”。因此,不是不同类型的环境污染适用了不同的归责原则,而是不同的排放行为是否构成“污染”本身存在不同的标准。当“存在污染行为”已经得到认定的情况下,各种环境侵权适用的应该都是无过错责任原则。

环境侵权是否应该适用无过错责任原则的实质是管制法与侵权责任的关系问题,因为环境侵权中的“过错”标准一般体现在是否超过了相应的强制标准。〔8〕不过,对这一问题并没有统一的答案。〔9〕关于环境侵权归责原则的选择,更多的是一个立法中价值判断与利益衡量的问题。但现行《侵权责任法》已经明确规定了环境污染责任的无过错责任原则,出于法的安定性的考量,〔10〕论证的义务应该由主张变更的学者承担。此处,笔者仅欲明确:如果环境侵权适用无过错责任原则,那么,破坏生态侵权作为环境侵权的一种类型,自然也应该适用无过错责任原则。

第二,虽然新《环境保护法》第64条仅规定依照《侵权责任法》的有关规定承担侵权责任,但是,笔者认为对此应该理解为依照《侵权责任法》中关于环境侵权的特殊规定承担侵权责任。〔11〕理由在于,即使没有该条的规定,因破坏生态行为引起损害的,也应该依据《侵权责任法》第6条第1款规定的过错责任原则承担侵权责任,而非不承担任何侵权责任。因此,如果认为破坏生态侵权责任适用过错责任原则,则《环境保护法》第64条根本没有规定的必要。

第三,破坏生态侵权与污染环境侵权的共性要求其适用无过错责任原则。虽然破坏生态行为与污染环境行为在行为方式上是不同的。污染环境强调“排入”,破坏生态强调“索取”。〔12〕但是,二者都是对自然的不合理利用,“是环境问题的两种表现形式,互为因果”。〔13〕二者在致害过程和适用特殊规则的内在机理上都高度相似。〔14〕换言之,污染环境侵权适用无过错责任原则的理由,在破坏生态侵权中都能得到满足。因此,在现行《侵权责任法》第65条规定污染环境侵权适用无过错责任原则的情况下,破坏生态侵权适用无过错责任原则也是顺理成章的。此点也为《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕12号,以下简称《环境侵权解释》)所明

〔6〕 参见吕忠梅:《论环境法上的环境侵权——兼论侵权责任法(草案)的完善》,载《清华法论衡》2010年第1期,第247页;同注2引文,第248页。

〔7〕 参见金瑞林:《环境侵权与民事救济——兼论环境立法中存在的问题》,载《中国环境科学》1997年第3期,第194-195页;高圣平主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉立法争点、立法例及经典案例》,北京大学出版社2010年版,第664-665页。

〔8〕 对此,各学者间立场一致。参见金瑞林,同注7引文,第194页;陈海嵩,同注5引文,第70-71页;张宝,同注5引文,第89页。

〔9〕 从比较法上看,对于违反管制法(规制性规范)是否必然构成侵权责任的回答依赖于各国侵权法的结构。不存在统一的标准。参见[荷]威廉·范博姆、[奥]迈因霍尔德·卢卡斯、[瑞士]克里斯塔·基斯林主编:《侵权法与管制法》,徐静译,中国法制出版社2012年版,第476页。

〔10〕 法的安定性是法律的第一大任务。参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版,第82页。

〔11〕 这应该也是《环境保护法》第64条修订的本意。参见最高人民法院环境资源审判庭,同注1引书,第345-346页。

〔12〕 参见金瑞林主编:《环境法学》,北京大学出版社2013年版,第10页;薄晓波:《生态破坏侵权责任研究》,知识产权出版社2013年版,第23-24页。

〔13〕 吕忠梅:《论生态文明建设的综合决策法律机制》,载《中国法学》2014年第3期,第31页。

〔14〕 参见吕忠梅、张宝:《环境问题的侵权法应对及其限度——以〈侵权责任法〉第65条为视角》,载《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2011年第2期,第109页。

确规定。<sup>[15]</sup>

第四,相较于污染环境,破坏生态的行为“难度”更大,破坏生态一方的“能力要求”也越大,诉讼双方的地位失衡更为明显。一家小作坊,可能因为排污污染环境,进而损害邻人的健康。但这家小作坊显然难以以“破坏生态”的方式损害邻人的“人身、财产”。能够实行“破坏生态”之行为的,更加可能是“财大气粗者”,其与受害人之间的地位失衡也就更为严重。因此也更需要侵权法利益天平的倾斜。而且,通过比较两种行为可以发现:污染环境行为中,行为人对于行为后果的可预测性较低,因此其注意义务也较少;但是破坏生态行为中,行为人对于行为后果的可预测性较高,因此其注意义务也较多。<sup>[16]</sup> 注意义务较少的污染环境侵权都要适用无过错责任原则,遑论注意义务更多的破坏生态侵权。

### (三)破坏生态侵权责任应适用“因果关系举证责任倒置”规则

污染环境侵权的另一特殊规则就是“因果关系举证责任倒置”。有学者认为“对环境侵权因果关系的认定需破除‘举证责任倒置’的绝对化分配,实现从立法分配到司法裁量的转变”。其理由在于,“我国环境侵权举证责任倒置的规定在司法实践中遭遇消极抵制,表明这并非解决环境侵权因果关系证明难问题的正解”。<sup>[17]</sup> 也有学者主张环境、生态侵权中应该适用因果关系推定的规则。<sup>[18]</sup> 笔者认为,破坏生态侵权责任应该坚持“因果关系举证责任倒置”这一特殊规则,理由如下。

#### 1. 应正确理解因果关系举证责任倒置的规则内涵

(1)举证责任分配的“倒置”是相对的,而非绝对的。在适用举证责任倒置规则的案件中,“被告只是承担其中的部分要件事实的举证责任”,原告仍然需要对于其他要件事实的存在承担举证责任,而非完全免除举证责任。<sup>[19]</sup>

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2001]33号,以下简称《证据规定》)第4条第3项规定:“因环境污染引起的损害赔偿诉讼,由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。”《环境侵权解释》第6条进一步规定,被侵权人应当就“污染者排放了污染物、被侵权人的损害、两者之间具有关联性”承担举证责任。笔者认为《环境侵权解释》第6条的规定,是对《证据规定》第4条第3项的细化,而不能认为是一种举证责任分配的改变。因为即使仅依据《证据规定》的规则,被侵权人也应该提供类似“关联性”的表面证据。在《证据规定》中,涉及因果关系的,一共有三处,分别涉及环境污染侵权、共同危险侵权与医疗损害侵权,各自的条文表述基本一致。<sup>[20]</sup> 在共同危险侵权中,被侵权人至少要证明被告属于该案件中的危险行为人;在医疗损害侵权中,虽然相关的举证责任在《侵权责任法》颁布后有所改变,但是即使根据《证据规定》的规则,被侵权人至少也要证明其与被告间存在医疗服务的事实。对比到环境侵权,被侵权人当然需要就被告是该案件中的污染者,即“二者之间具有关联性”提供表面证据,此属显然。

(2)倒置的效果之一——使得整个证明过程更易启动。因果关系成立与否的证明过程,不是一蹴

[15] 《环境侵权解释》第1条规定污染环境侵权适用无过错责任原则;第18条规定破坏生态造成损害的民事案件,同样适用该解释的有关规定。

[16] 参见吕忠梅,同注6引文,第252-253页。

[17] 陈海嵩,同注5引文,第61、71-73页。另可参见胡学军:《环境侵权中的因果关系及其证明问题评析》,载《中国法学》2013年第5期,第163-177页。

[18] 参见吕忠梅:《环境司法理性不能止于“天价”赔偿:泰州环境公益诉讼案评析》,载《中国法学》2016年第3期,第254-256页。

[19] 参见叶自强:《举证责任的倒置与分割》,载《中国法学》2004年第5期,第141-142页。

[20] 参见《证据规定》第4条第3、7、8项。

而就、一步到位的,而是在原、被告双方之间不断移转证明的责任,最终由法官形成自由心证的过程。<sup>[21]</sup> 举证责任的分配只是整个证明活动的开端。在因果关系举证责任倒置下,当被告就因果关系不成立进行了一定程度的证明、法官形成了一定程度的内心确信之后,相应的证明因果关系成立的责任就落在了原告身上。证明责任的不断移转贯穿着整个举证、质证过程。其实,无论初始的举证责任如何分配,每一个严肃的原告和被告都会尽力证明因果关系的存在与不存在。因果关系举证责任倒置的效果之一就是使得整个证明过程的启动更为容易。因为如果不实行倒置,以原告的举证能力恐怕很难使法官形成初步的内心确信,而这一初步内心确信的难以形成将直接导致案件的终结——原告败诉,但这显得并不公平。

(3)倒置的效果之二——当因果关系是否存在难以确定时判定因果关系在事实层面成立。举证责任的另一个后果是,如果在双方举证、质证之后,待证事项是否成立仍然无法确定,则由负有举证责任的一方承担不利的诉讼后果。不过,在侵权法因果关系的证明上,问题可能更复杂一些。侵权法上的因果关系问题包含了两种完全不同的法律问题,一是因果关系在事实上是否成立,即事实上的因果关系;二是侵权人对损害在多大范围内承担侵权责任,即法律上的因果关系。<sup>[22]</sup> 需要指出的是,证据层面所要解决的始终是事实上的因果关系问题,而与法律上的因果关系无关。质言之,在因果关系举证责任倒置下,即使被告不能证明因果关系不成立,进而认定因果关系成立,这一成立也只是事实层面的成立,并不意味着被告一定会承担侵权责任。在事实因果关系成立的情况下,法官仍有可能认为其并不构成法律上的因果关系。之所以在事实因果关系之外,仍要求成立法律上的因果关系,目的就在于“通过法政策判断,对责任进行理性限定”。<sup>[23]</sup> 笔者相信,将因果关系举证责任倒置的第二个效果限定在事实层面,可以有效地缓解人们关于这一规则对于被告而言过于严苛的忧虑。

## 2. 正确理解因果关系举证责任倒置规则的目的

(1)因果关系举证责任倒置的原因是原被告举证能力的严重失衡。一方面,在环境、生态侵权中,被侵权人在客观上很难获得证据材料,因为污染、破坏行为系由侵权者积极做出,关键证据材料往往由侵权人持有。另一方面,被侵权人在主观上很难进行证明活动。因为与一般侵权不同,环境、生态侵权的因果关系问题通常会超出一般人的经验范围而主要通过“科学的或医学的证据加以解决”。<sup>[24]</sup> 这种“超经验性”使得具有较多专业知识的侵权人与基本不具该种知识的被侵权人之间产生了明显的证明能力失衡。这种主客观两方面的举证能力失衡需要通过“倒置”来实现再平衡。

(2)因果关系举证责任倒置不同于“证明的方法”与“证明的标准”。由哪一方举证是一回事;以何种证明方法、证明到何种程度,方可认定所欲证明之事项的成立,则是另外一回事。二者之间不能相互替代。“举证责任的倒置”要解决的是被侵权人即原告难以证明因果关系成立的问题;而“证明的方法”、“证明的标准”要解决的则是因果关系本身究竟是否成立的问题。以因果关系举证责任倒置不能完全解决环境、生态侵权因果关系证明难问题为由而主张废弃这一规则的观点,是站不住脚的,因为其本身就不负担这样的理论任务。而证明方法的采信、证明程度的划定,更多的是证据法上的议

[21] 参见卞建林、谭世贵主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2014年版,第19页以下,第450-454页。

[22] 参见[美]丹·B.多布斯:《侵权法》(上册),马静、李昊、李妍、刘成杰译,中国政法大学出版社2014年版,第358-359页。也有学者对此持反对观点,认为所谓事实上的因果关系就是法律上的因果关系。参见[德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,张新宝审校,法律出版社2001年版,第527页以下。

[23] [瑞]海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》(第四版),贺栩栩译,中国政法大学出版社2015年版,第149页。另可参见丹·B.多布斯,同注22引书,第389页。

[24] 参见引丹·B.多布斯,同注22引书,第357页。

题。笔者赞同这样一种观点,“证据法的议题以及证明责任减轻的问题(诸如表面证据规则)留待证据法和程序法解决”。<sup>[25]</sup>

可以说,上述对于因果关系举证责任倒置规则的批评,从根本上讲,源于其自身对于该规则的不完整理解。至于因果关系推定与因果关系举证责任倒置,二者的差异其实并没有字面上看去那样大。因为法律推定可以分为实体法推定和程序法推定,而实体法推定即可引起举证责任倒置的效果。<sup>[26]</sup>

所以,破坏生态与污染环境都是环境侵权的具体侵权行为方式。破坏生态侵权责任应该适用无过错责任原则与因果关系举证责任倒置的特殊规则。二者可以适用同一套侵权规则。

### 三、数人环境、生态侵权中连带责任的扩大适用

#### (一)数人环境、生态侵权的前提——同一损害

数个行为人造成同一损害,这是思考数人环境、生态侵权责任承担问题的逻辑前提。如果造成的是多个损害,对这多个损害自然应该分别判断其责任承担问题。只有在造成“同一损害”这一逻辑前提之下,才能讨论数个行为人之间究竟是承担按份责任还是连带责任。<sup>[27]</sup>但是,究竟如何界定案件中的损害是否属于法律意义上的“同一损害”并不是一个容易的问题。虽然尝试界定“同一损害”和“不同损害”的努力从未停止,<sup>[28]</sup>但笔者更倾向于赞同这样一个观点,“损害何时不可分这一问题不可能由立法细致规定,而应当由法院在个案中裁决”。<sup>[29]</sup>鉴于该问题的复杂性,以及本文论述的重点也并不在此,本文关于同一损害的论述不再详细展开。只需牢记:下文的讨论均在损害是不可分割的同一损害这一前提下展开。

#### (二)我国数人环境、生态侵权责任承担的立法改造

现行《侵权责任法》第八章“环境污染责任”中,涉及数人环境侵权的条文只有第67条。该条是对无意思联络人之间按份责任的规定。按份责任——相对于连带责任而言——利益的天平确实不那么偏向被侵权人。为了避免该条的缺陷,在解释论上可以进行一些努力。但从立法论的角度出发,则应进行更为体系性的思考。对此,有两个问题需要回答。第一,数人环境、生态侵权中是否有必要规定按份责任;第二,如果在数人环境、生态侵权中规定按份责任的话,那么其与连带责任的界限应该划定在何处。

笔者主张,我国未来的民法典分则侵权责任编的“污染环境与破坏生态侵权责任”中应该保留现在第67条的规定,同时增加一个关于数人环境、生态侵权连带责任的条文,以限制第67条的适用范围,尽量实现数人环境、生态侵权中按份责任与连带责任之间的平衡。理由如下:

##### 1. 作为政策考量的连带责任及其扩大化趋势

在确定了所造成的损害是同一损害之后,连带责任不是唯一的选项。在决定造成同一损害的数个行为人究竟是承担连带责任还是按份责任时,“政策考虑——是倾向于受害人还是侵权人——具有

[25] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(全译本)(第5卷、第6卷、第7卷),王文胜等译,法律出版社2014年版,第562页。

[26] 参见邹雄:《论环境侵权的因果关系》,载《中国法学》2004年第5期,第97页。

[27] 参见[奥]肯·奥利芬特主编:《损害的合并与分割》,周学峰、王玉花译,中国法制出版社2012年版,第134、609页。

[28] 参见注27引书,第609页。

[29] 欧洲侵权法小组编著:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第201页。

绝对性”<sup>[30]</sup> 从比较法的角度考察,在同一损害下,即使因果关系是不可分的,也并非一定导致连带责任。欧洲各国几乎都规定“数个行为人造成单一的、不可分的损害时”,应该承担连带责任。<sup>[31]</sup> 但是美国法则更倾向于按份责任。<sup>[32]</sup> 因此,关于侵权人何时承担按份责任,何时承担连带责任,并不存在一个先验性的结论。

不过,以上只是一般性的结论,需要指出的是,就数人环境、生态侵权案件的责任承担而言,美国法也经历了从较早的倾向按份责任到晚近的倾向于连带责任的变化。<sup>[33]</sup> 因此,可以说在数人环境、生态侵权领域,连带责任是主流且呈扩大化趋势,尽管其并非必然。

## 2.《侵权责任法》第12条后段的排除

对于一般侵权而言,数人侵权责任制度的基本理论结构主要是比较过错和原因力等要素。<sup>[34]</sup> “可以正当化连带责任”的,是共同过错与因果关系二者。<sup>[35]</sup> 但是,环境、生态侵权恰恰在此二者上都适用了特殊规则——无过错责任原则和因果关系举证责任倒置。在环境、生态侵权中,行为人不能以自己没有过错为由主张不承担侵权责任。而且推定行为人的污染环境、破坏生态行为与损害后果之间存在因果关系,除非行为人能够证明因果关系不存在。<sup>[36]</sup>

笔者认为,环境、生态侵权责任的这两个特殊规则,使得《侵权责任法》第12条后段实际上并没有适用的余地。依据该段的规定,无意思联络的数人侵权如果无法确定责任大小,则平均承担赔偿责任。问题的关键是,在总损害额确定的情况下,各行为人的责任分配主要的依据就是原因力的大小以及过错的程度。<sup>[37]</sup> 一方面,于原因力的大小而言,在环境、生态侵权中,对于同一损害,因果关系如果完全成立或者其比例能够确定,则依据第11条承担连带责任或依据第12条前段承担按份责任;如果因果关系不能确定,则根据环境、生态侵权因果关系举证责任倒置的规则,只要行为人不能证明因果关系不存在,那么法律就拟制因果关系的成立。需要注意的是,此时,对于此同一损害,因果关系是拟制为完全成立,而非按比例地成立,更非平均地成立。另一方面,于过错而言,环境、生态侵权适用无过错责任原则,行为人无法通过证明其没有过错,或者相较于其他侵权人的过错为轻,而对被侵权人主张免责或减轻其责任。

因此,相较于一般数人侵权,数人环境、生态侵权的类型划分可以大大简化。需要考虑的要素只有一个——对于同一损害,因果关系或其比例能否得到确定。以下即针对因果关系的比例在严格意义上得到确认、因果关系难以确定、聚合因果关系这三种情况,分别对应笔者所建议的三段条文,论证其合理性。

[30] 同注27引书,第609页。

[31] 参见注29引书,第196页。

[32] 参见注27引书,第609-610页。关于美国侵权法上连带责任适用范围的历史变化,可参见王竹:《侵权责任分担论——侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》,中国人民大学出版社2009年版,第17-26页。

[33] 参见丹·B.多布斯,同注22引书,第372-373页。

[34] 参见王竹,同注32引书,第2页。

[35] 参见叶金强:《共同侵权的类型要素及法律效果》,载《中国法学》2010年第1期,第67-72页。

[36] 关于环境侵权责任因果关系举证责任倒置这一规则具体的三个实施步骤,可参见张新宝、庄超:《扩张与强化:环境侵权责任的综合适用》,载《中国社会科学》2014年第3期,第133页。

[37] 从比较法上看,在“损害不可划分但法律允许分配”的情况下,各国或考量因果关系的比例,或考量各自过错的程度。不过,这两种标准最终在结果上差异并不显著。详细的讨论参见[英]H. L. A. 哈特、[英]托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》(第二版),张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版,第209-211页。另可参见张新宝、明俊:《侵权法上的原因力理论研究》,载《中国法学》2005年第2期,第92-103页。

### 3. 严格比例因果关系下的按份责任

《侵权责任法》第67条应该仅仅适用于因果关系在严格意义上得到确认的情形。笔者此处所说的因果关系在严格意义上得到确认,是指每个行为人的行为都足以导致部分的损害,但是不足以导致全部的损害。

所谓每个行为人的行为都不足以导致全部的损害,是为排除聚合因果关系的情形。关于聚合因果关系适用连带责任在下文还有论述。所谓每个行为人的行为都足以导致部分的损害,是指即使没有其他行为人的行为,该行为人的行为也会导致一部分损害的发生。严格比例因果关系的典型例子是,A和B向池塘中排污,毒死C的鱼100条。但A排放的量能且仅能毒死40条,B排放的量能且仅能毒死60条。此时,A和B承担按份责任。

在严格比例因果关系情形下各行为人应该适用按份责任主要是因为特定案件中“同一损害”的认定可能比较宽泛。如果法律完全禁止按份责任在数人环境、生态侵权中的适用的话,则可能产生不公平的后果——在一个损害在更宽松的意义上被认定为“同一损害”的数人侵权案件中,即使行为人证明自己的行为与“同一损害”中的一部分并没有因果关系,其仍然要就整个“同一损害”承担连带责任。这并不公平,因为如果“没有因果关系,损害的民事责任也无从谈起”。<sup>[38]</sup>第67条的保留,可以在相当程度上避免这种不公平情况的出现——只毒死40条鱼的A要为100条鱼的死亡承担连带责任。

笔者认为,非严格比例因果关系情形下,均不宜适用按份责任,总的理由在于在这些情形下都很难有把握地说因果关系是确定且成比例的。这些情形可能包括:因果关系不明,聚合因果关系,叠加原因。因果关系不明和聚合因果关系将在下文论述,此处主要分析叠加原因。

叠加原因,有时也称为“不充分原因”。在叠加原因中,大致可以分为两种情形:一种是各侵权行为大体上在同时共同造成了损害;另一种是各侵权行为相继发生共同造成损害。从比较法上看,在前者,即同时叠加原因下,大多数国家的侵权法认为每一个行为人均应承担连带责任;在后者,即继发叠加原因的情况下,各国则显现出非常大的差异,大多数国家倾向于连带责任,但也有国家采比例原则或根本否认其中部分行为人的因果关系。<sup>[39]</sup>在环境、生态侵权领域,我国有学者将这类叠加原因的情形称之为“环境加算危害行为”,并认为依据我国现行《侵权责任法》的有关规定,“环境加算危害行为”的数行为人之间,承担按份责任。<sup>[40]</sup>

笔者认为,在叠加原因的情形下,不应该适用按份责任,而应该适用连带责任。因为如上文所述,在环境、生态侵权中,影响责任大小的因素就是原因力的比例,而在叠加原因的情形下,这一比例非0%即100%。在这类案例中,因为另外的侵权人的加入,而使得“责任从完全没有变成连带责任”。原侵权人可能会提出如此规则过于严酷的质问。面对这种质问,一般的回应是,“在无辜的受害人和过失的侵权人之间进行利益衡量,我们还是倾向于前者利益优先”。<sup>[41]</sup>不过,笔者却想走得更远些。

表面上看,这样的规则似乎有些不公平。但是从实质上来看,侵权人甲因为侵权人乙而从0%变成100%,同样,乙也因为甲而从0%变为100%。甲与乙的地位是完全一样的。其地位并不因为发生

[38] 同注25引书,第583页。

[39] 参见[荷]J.施皮尔主编:《侵权法的统一:因果关系》,易继明等译,法律出版社2009年版,第208-209页。

[40] 其将“环境加算危害行为”划分为“量的加算”和“质的加算”,但都承担按份赔偿责任。参见竺效:《论无过错联系之数人环境侵权行为的类型——兼论致害人不明数人环境侵权责任承担的司法审理》,载《中国法学》2011年第5期,第100页。

[41] 参见注39引书,第208-209页。

时间的先后而有所差别。二者地位的相同就决定了甲与乙的责任也必须相同。而甲与乙或0%或100%的原因力,就决定了其责任只能为全有或全无。甲或乙既不能因为0%的原因力而承担任何责任,也同样不能因为100%的原因力而只承担部分责任。选项只有两个——甲与乙都不承担任何责任,或甲与乙都承担连带责任。而对于任何一个有良知的人来说,选项就只有一个——连带责任。

相类似地,笔者认为对于同一损害而言,除了上述严格比例因果关系之外,在其他的因果关系类型下,承担按份责任都会产生或法律逻辑或正义观念上的疑虑。马萨诸塞高等法院一百年前的名言在当今依然适用——“如果两个中的每个人都对伤害起了作用,那就足以把两个人都套住”。<sup>[42]</sup>

#### 4. 因果关系不明时的连带责任

对于一般侵权案件而言,因果关系不明是一个非常棘手的问题,几乎每一个国家针对每一类案件都有不同的处理方式。<sup>[43]</sup>从欧洲方面的两个文件来看,《欧洲侵权法原则》在第3:105条关于“不确定的部分因果关系”的规定中,认为每一个可能的行为(至少)应该被推定为造成了等量的损害。<sup>[44]</sup>《欧洲示范民法典草案》在侵权责任的因果关系部分实际上并没有实质性地对因果关系不明的情况作出规定,但其在第VI-4:103条规定了“可供选择的原因”,这大致上相当于我国侵权法上的共同危险行为,在此情形下该草案在责任承担的问题上倾向于连带责任。

笔者认为,环境、生态侵权在这方面可以有不同的处理方式。一方面,环境、生态侵权的因果关系之证明相较于其他侵权类型可能来得更难,但另一方面,法律却将因果关系举证的责任分配给了被告。如果被告不能证明其行为与损害之间不存在因果关系且不能证明其行为与损害之间因果关系的比例,则法律就拟制其与该“同一损害”成立事实上的因果关系。第12条的后半段在环境、生态侵权中几乎没有适用余地——姑且不论第12条后半段本身是否合理。此点已如上文所述。需要指出的是,此处所说的“因果关系不明”,指的是数行为人各自的行为与最终的损害后果之间是否存在因果关系、存在何种比例的因果关系并不明确;但是该数行为人的行为作为一个整体,其与损害之间的因果关系是明确成立的。

但是,环境、生态侵权的这一特性似乎并没有引起足够的重视,也未形成共识。最高人民法院在《环境侵权解释》第3条第2款中,并没有否定《侵权责任法》第12条后半段在环境、生态侵权领域的适用余地。此点令人遗憾。

#### 5. 聚合因果关系下的连带责任

无意思联络的数人环境、生态侵权造成同一损害,如果任何一个侵权人的行为都足以造成损害的发生,那么这种情形属于聚合因果关系下的数人环境、生态侵权。也有人将此种情形称之为“聚合原因(concurrent causes)”,<sup>[45]</sup>或“环境聚合危害行为”。<sup>[46]</sup>在这种情形下,虽然《侵权责任法》第11条规定了行为人承担连带责任。但是,这却不能完全排除第67条的适用。<sup>[47]</sup>因为第67条是环境侵权的特殊规定,属于特殊法,但第11条则属于一般法。二者的关系在某种程度上类似于刑法上“法条竞合”的关系。但即使在刑法学法条竞合的问题上,也存在着“特别法绝对优先”与“重法补充适用”等

[42] Corey v. Harvener (1902) 182 Mass. 250. 转引自注39引书,第212页。

[43] 参见注39引书,第218-219页。

[44] 不过对于该条文的具体解读与适用则要来得复杂得多,具体的内容可参见注29引书,第92-93页。

[45] 参见注39引书,第207-208页。

[46] 参见注40引文,第99页。

[47] 例如,我国有学者在分析“环境聚合危害行为”的侵权责任承担时,认为应该适用《侵权责任法》第11条的规定,但是仍应参照适用第67条。参见注40引文,第100页。

不同观点。<sup>[48]</sup> 因此,虽然笔者曾经从解释论的角度出发,提出了对第 11 条扩大解释以限制第 67 条适用范围的建议,<sup>[49]</sup>但是如果能在立法上直接规定此种情况下行为人之间的连带责任,则显然可以避免很多解释上的纷争。而且,从国外立法例来看,在聚合因果关系的情况下,几乎所有的国家都一致认为侵权人承担连带责任。<sup>[50]</sup> 目前,在《环境侵权解释》第 3 条第 1 款,最高人民法院以司法解释的方式肯定了聚合因果关系下第 11 条的优先适用。此点令人欣喜。

除了上述这几种情形,在数人环境侵权中,就只剩下共同过错侵权了。不过对此情形的处理,各国相当一致,即所有行为人应该负连带责任。<sup>[51]</sup> 《环境侵权解释》第 2 条对此也予以了确认。

#### 四、增加企业法人等环境、生态侵权中相关个人的责任

环境、生态侵权,尤其是严重的、大规模的环境、生态侵权,在很多情况下都是以法人<sup>[52]</sup>侵权的形式出现的。在一定程度上,环境、生态侵权的特殊制度,就是针对生产经营者的环境、生态侵权而特别设立的。<sup>[53]</sup> 一般情况下,法人由于具有法律上独立的人格,因此,法人的侵权责任也由法人独立承担而与法人组织中的个人无关。<sup>[54]</sup> 笔者认为,对于企业法人等环境、生态侵权的情形,可以适度追究负责作出实施该行为决定的法定代表人、实际控制人、直接受益人等个人的直索责任,要求其与法人承担连带责任。需要指出的是,此处所谓的“个人”,并不仅仅指“自然人”,而是指相对于作为侵权行为人的企业法人而言的“个人”,其自身可能也是法人,例如作为企业法人的股东或实际控制人的法人。

##### (一) 道德风险的预防——股东有限责任及其否定

股东有限责任是公司法最突出的特征之一。这一制度安排具有十分明显的商业与经济优势。<sup>[55]</sup> 这也使得法律在很多时候坚持这种有限责任甚至是绝对的。<sup>[56]</sup>

要否认股东有限责任制度,需要强有力的理由。风险的外部性是否否认股东有限责任最重要的理由之一。此处风险的外部性是指有限责任制度使得“公司股东获取了风险活动的收益,却无须承担所有成本”,“其中部分成本由债权人承担”。<sup>[57]</sup> “此种道德风险——有限责任创造了将风险活动的成本转嫁给债权人的激励”,是有限责任招致的最有力的批评之一。<sup>[58]</sup>

[48] 参见王强:《法条竞合特别关系及其处理》,载《法学研究》2012年第1期,第144-145页。另可参见周光权:《法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷》,载《中国法学》2010年第3期,第158-171页。

[49] 参见注36引文,第132-133页。

[50] 参见注39引书,第207-208页。

[51] 例如,《欧洲侵权法原则》第9:101条、《欧洲示范民法典草案》第VI-4:102条、我国《侵权责任法》第8条等。

[52] 其中以公司为代表的企业法人尤其具有典型性。基于此,下文笔者将视行文需要,以公司或企业法人等表述行文。

[53] 例如,在《欧洲示范民法典草案》中,环境侵权的法律规范是排除私人使用的情形的。参见注25引书,第558-561页。我国《环境侵权解释》第18条第2款也明确规定相邻污染侵害纠纷不适用该解释。

[54] 关于法人是否具有“行为”能力,是否应该承担法人责任,存在对立的观点。参见克雷蒂安·冯·巴尔,同注22引书,第252-261页。

[55] 关于股东有限责任制度具体的商业和经济考量,可参见[美]弗兰克·伊斯特布鲁克、[美]丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》,罗培新、张建伟译,北京大学出版社2014年版,第40-44页。

[56] 参见注55引书,第54页。

[57] 同注55引书,第49页。

[58] See Jonathan Landers, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, 42 U. Chi. L. Rev. 589 (1975). 转引自注55引书,第49页。

相较于合同的情形,在侵权债权的情形下,否认股东的有限责任更有依据。<sup>[59]</sup>一方面,在股东有限责任的制度下,侵权行为的被侵权人相较于合同债权人处于更不利的地位。“因为他们不像公司的合同债权人”,他们“没有机会通过谈判程序来保护其利益”。<sup>[60]</sup>另一方面,在侵权的情形,风险的外部性更为明显。侵权行为的被侵权人是非自愿债权人;但是合同等债权人则是自愿债权人。一般认为,对于自愿债权人而言,并不存在所谓的外部性。<sup>[61]</sup>但是对于侵权而言,如果股东的有限责任是绝对的,这将大大鼓励股东以及公司实施侵权行为的意愿,因为责任总是有限的。如果能够在特定的情形下,追究公司背后的股东等个人的责任,则可以有效预防道德风险的发生。<sup>[62]</sup>

## (二)侵权制裁——作为“大脑”的个人与作为“工具”的公司

上文所述的公司人格和股东有限责任的否定只是问题的一个方面。正如一位欧洲学者所评论的,究竟在哪些案件中可以被确定地称为刺穿公司面纱是存在争议的。<sup>[63]</sup>“公司因侵权或滥用权力而承担责任是否应被称为刺穿面纱”,这尤其值得讨论。因为在这种情况下,股东的有限责任并未被忽视,相反,其承担“责任的根据是作为一个独立实体的行为”。<sup>[64]</sup>在这种情况下,否定股东的有限责任,追究其个人责任,更多地是出于制裁个人的侵权行为。

公司的人格是法律拟制的。公司自己不能形成自己的意思并依这一意思而采取行动。或许在一般的侵权行为中,这种行为的意思并不是一定存在的。但是,在环境、生态侵权的领域,通常这种行为的意思是必须的。公司既不会自己径直去污染环境,也不会径直去破坏生态。公司的这种伤害他人的人身、有形财产的行为,一定是通过具体的人来实施的。不仅通过具体的人“去做”,而且也通过具体的人“决定去做”。

当这些“决定去做”的人作出了“去污染环境”或“去破坏生态”的决定时,作为法人的公司,在实质上是沦为了一种行为的工具,它们的作用与产生污染物的设备、破坏生态的机器,并没有本质的差别。这种情形,就类似于教唆一个无民事行为能力人或限制民事行为能力人去实施侵权行为一般。

此处还要略微提及的一点是,既然公司已经沦为了工具,“决定去做”的人才是真正的侵权人,此时公司是否还要承担侵权责任。答案显然是肯定的。一方面,让公司承担连带责任有利于被侵权人的损害填补,因为赔偿的主体增加了,而且一般来讲公司的赔偿能力可能更强。另一方面,毕竟侵权行为是公司实施的,公司应该为其自身的治理结构没有阻止“侵权命令”的产生和侵权行为的实施负责。

## (三)相关个人责任的具体制度构造

### 1. 法人的无过错责任原则与个人的过错责任原则

环境、生态侵权适用无过错责任原则。但这是就直接的侵权人而言的。笔者认为,在企业法人等环境、生态侵权中的个人责任以该个人存在过错为条件。这是由公司的制度原理决定的。“公司独立

[59] 参见注55引书,第57页;[英]艾利斯·费伦:《公司金融法律原理》,罗培新译,北京大学出版社2012年版,第23-24页。

[60] 艾利斯·费伦,同注59引书,第24页。

[61] Richard A. Posner, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, 43 U. Chi. L. Rev. 499 (1976). 转引自注55引书,第50页。

[62] 尽管这一点遭到了质疑,参见注55引书,第49-50页。

[63] Karen Vandekerckhove, *Piercing the Corporate Veil* 12-13 (Kluwer Law International 2007). 转引自[荷]阿德里安·德瑞斯丹等:《欧洲公司法》,费焯译,法律出版社2013年版,第355页。

[64] 参见阿德里安·德瑞斯丹,同注63引书,第356页脚注1。

于股东,这是一切公司(包括一人公司)的本质特征”。<sup>[65]</sup> 如果不论股东是否存在过错,都要对公司债务承担连带责任,那么公司制度也就没有存在的必要了。否定公司的法人格“通常只适用于极端情形”,这也是世界各国的通例。<sup>[66]</sup> 公司法人格否认的行为要件就是存在股东滥用公司独立人格的行为。“过错”是“滥用”的题中应有之义。

## 2. 法人环境、生态侵权中个人责任的“过错”标准

在明确个人责任的过错责任原则之后,需要讨论该过错的判断标准。笔者认为,对于法人环境、生态侵权中的个人过错,需要将法人的行为和个人的行为结合判断。不过,这两个行为过错的判断均可以“是否违反法律、行政法规、强制标准”和“是否明显超出正常经营需求”作为标准。

“过错”的第一个标准是“是否违反法律、行政法规、强制标准”进行污染、破坏活动。此条标准是主要的判断标准。“过错”的第二个标准是“是否明显超过正常经营需求”。企业法人是营利性法人,其日常的活动就是生产经营,如果其污染、破坏行为明显地超出正常经营活动的需要,则可以判定过错的存在。此条标准一般在不存在相关的法律、行政法规、强制标准的情况下才可以适用,即此条标准是作为一项补充性的标准。

是否具有过错与个人、法人两个主体相结合,会产生4种不同情况。当个人具有过错时,不论企业法人最终的污染、破坏行为是否符合过错标准,二者都应该承担连带责任。

需要讨论的是,此处“个人具有过错”是否应该完全由被侵权人承担举证责任。笔者认为,在企业法人最终的污染、破坏行为并不具有过错的情况下,“个人具有过错”的证明责任可以分配给被侵权人。但是,在企业法人最终的污染、破坏行为已经表现为具有过错的情况下,对于相关个人是否具有过错,则应该适用过错推定规则,即推定该个人具有过错,除非其能证明已尽到合理注意义务,不存在过错。理由在于,第一,企业法人的行为是对相关个人所作决定的贯彻执行,以法人行为的过错推定股东等个人的过错是合理的。“过错推定”也是公司法人格否认构成要件的一个特点。<sup>[67]</sup> 当然,这一推定是可以以证据推翻的。如果特定个人能证实其确实已尽到合理注意义务,则可以不承担责任。第二,这种制度安排也是为了避免一种道德风险。如果不适用上述推定规则,则会强烈激励股东等特定个人从事“以合法形式掩盖非法目的”的行为。例如,董事会可能作出合规生产、合法排污的决定,但实质上却指示公司的生产部门超标排污,以攫取利益。在这种情况下,个人的过错极难证明。但使用上述推定规则,可以有效威慑此类道德风险。第三,这一推定规则也可以激励相关个人勤勉尽责,有效地实现公司内部的自我监督,减少超标排污、过度破坏等行为的发生。因为如果股东等个人不能证明自己不存在过错则与公司承担连带责任——这是一个强烈的激励。

## 3. 法人环境、生态侵权中个人责任的责任人范围

在一般公司法人格否认案件中,对于被告范围一般限定在积极股东。在积极股东之外,对于实际控制人,一般认为也可以通过公司法人格否认来追究其责任。但是,对于董事,则一般认为其不适用公司法人格否认制度。<sup>[68]</sup> 笔者认为,在法人环境、生态侵权中,个人责任的责任人范围可以适度扩大,规定为“作出该决定的法定代表人、实际控制人、直接受益人”。如上文所述,在法人环境、生态侵

[65] 朱慈蕴:《一人公司对传统公司法的冲击》,载《中国法学》2002年第1期,第113页。

[66] 艾利斯·费伦,同注59引书,第15页。

[67] 参见朱慈蕴:《公司法人格否认制度理论与实践》,人民法院出版社2009年版,第69-71页。虽然此处所说的“过错推定”与笔者此处所说的以法人行为的过错推定特定个人的过错并不完全等同,但其实质是相通的,即只要存在公司法人格否认适用的情形,不存在过错的举证责任就应该落在相关个人一方。

[68] 参见朱慈蕴:《论公司法人格否认法理的适用要件》,载《中国法学》1998年第5期,第74-75页。

权中追究特定个人的责任,不仅是公司法人格否认制度的具体运用——否定股东的有限责任;同时也可能针对实质上就是两个主体的侵权——个人发布侵权命令,公司执行侵权行为。因此,在法人环境、生态侵权中,规定“直接受益人”承担连带责任,目的就是要威慑任何意图假借公司独立人格,行环境、生态侵权之实的行为。而且,本条规范的典型对象是企业法人,但是却不限于企业法人,而是指任何从事了环境、生态侵权行为的具有独立法人资格的主体。<sup>[69]</sup> 这些组织中的个人,其身份并不都表现为股东或实际控制人。直接受益人是一种类似于兜底条款的规定。

对此,可能有一种批评观点,认为这样的规定是否会使得责任人的范围过大。但正如一位欧洲学者所言,揭开公司面纱可以分为两种类型:一种是依据法律规定刺穿公司面纱,可称为“法律刺穿”(legal piercing);另外一种是根据其他理由或一般原理确定责任而刺穿公司面纱,可称为“司法刺穿”(judicial piercing)。<sup>[70]</sup> 笔者同意这一观点。法律理论与学说不应成为行为人规避法律责任的避风港。

在企业法人等因破产等原因终止后,其存续期间应当承担的环境、生态侵权责任,应该由其行为实施时的法定代表人、实际控制人、直接受益人承担,这是连带责任制度原理的要求。如果该法人终止后,仍有债权债务的承受人,则该承受人也要承担连带责任,这是债务承担理论原理的要求。需要指出的一点是,此处讨论的法人终止后其侵权责任的承担问题,都是在法人与特定个人就某一侵权责任已经成立连带责任的前提下进行讨论的。如果在一个环境、生态侵权责任中,原本就不存在特定个人的直索责任,那么在该法人终止后,该特定个人自然也不负担连带责任。该侵权责任应该由该法人的债权债务的承受人承担。如果不存在承受人,那么被侵权人只能接受侵权责任无法偿付的事实。

## 五、环境、生态侵权责任与环境民事公益诉讼责任的关系

环境、生态侵权诉讼与环境民事公益诉讼之间既有联系,也有重大区别。2015年发布的《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释[2015]1号,以下简称《环境公益诉讼解释》)与《环境侵权解释》,对二者作了具体的规定。笔者认为,环境、生态侵权诉讼与环境民事公益诉讼虽然都是民事诉讼,<sup>[71]</sup>但在性质上具有十分巨大的差别,这是两种不同的诉讼。因这两种诉讼而产生的责任也是两种不同的责任。环境、生态侵权责任较环境民事公益诉讼责任应该优先受偿。

### (一)环境、生态侵权诉讼与环境民事公益诉讼是两种不同的诉讼

第一,二者的起诉主体不同。在环境、生态侵权诉讼中,原告是与该侵权案件有直接利害关系的公民、法人和其他组织。在环境民事公益诉讼中,原告是依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记的专门从事环境保护公益活动且连续五年以上无违法记录的社会组织。在试点区域,人民检察院也可以作为环境公益诉讼的原告。<sup>[72]</sup>

[69] 例如,《环境保护法》第42条第2款规定:“排放污染物的企业事业单位,应当建立环境保护责任制度,明确单位负责人和相关人员的责任。”

[70] 参见阿德里安·德瑞斯丹,同注63引书,第355页。

[71] 在严格意义上,环境民事公益诉讼是环境公益诉讼的一种,其不同于环境行政公益诉讼。参见王明远:《论我国环境公益诉讼的发展方向:基于行政权与司法权关系理论的分析》,载《中国法学》2016年第1期,第64-68页。

[72] 参见《全国人大常委会关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作的决定》、《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》。

第二,二者针对的事由不同。环境、生态侵权诉讼与环境民事公益诉讼都涉及污染环境、破坏生态的行为。但是,前者要求污染环境或破坏生态的行为已造成损害,其损害的对象是具体的人身、财产权益。此点为《侵权责任法》第2条明确规定。因此,公共利益、环境权益等,不宜由侵权责任法保护。但是环境民事公益诉讼则要求污染环境或破坏生态的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益的重大风险,其损害的对象是社会公共利益。这也是个人被排除出环境民事公益诉讼起诉主体范围的根本原因。

第三,二者须分别审理。根据《环境公益诉讼解释》第10条第3款的规定,民事主体不得以人身、财产受到损害为由申请参加环境民事公益诉讼,而应该另行起诉。由此可见,因同一污染、破坏行为提起的环境、生态侵权诉讼与环境民事公益诉讼不能合并审理。

第四,二者可以主张相同的民事责任。虽然二者有上述不同,但是依据目前的规定,二者中原告可以提出的民事责任请求几乎完全相同。二者原告均可主张被告承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。也均可要求被告恢复原状,即承担生态环境修复责任。在环境、生态侵权诉讼和环境民事公益诉讼中,生态环境都可以由被告负责修复。但是,在环境、生态侵权诉讼中,如果被告在期限内不履行修复义务,则人民法院可以委托其他人进行修复,费用由被告承担。但是在环境民事公益诉讼中,在被告不履行修复义务进而须承担修复费用或直接判决被告承担修复费用的情况下,是否由原告直接实施生态环境的修复,司法解释并未明确规定。

## (二) 两个尚未充分讨论的问题——归责原则与因果关系举证责任

对于环境民事公益诉讼的两个重要问题——是否适用无过错责任原则,是否适用因果关系举证责任倒置的规则——并没有引起理论和实务两方面的足够重视和讨论。笔者尝试对此作一探讨。

### 1. 关于归责原则<sup>[73]</sup>

从最高人民法院在两个司法解释中的表述看,其似乎持“环境民事公益诉讼应适用无过错责任原则”的观点。《环境侵权解释》第1条规定“因污染环境造成损害,不论污染者有无过错,污染者应当承担侵权责任”。第18条规定,“本解释适用于审理因污染环境、破坏生态造成损害的民事案件,但法律和司法解释对环境民事公益诉讼案件另有规定的除外。”《环境公益诉讼解释》中并没有规定被告承担环境民事公益诉讼责任以其具有过错为要件。而环境民事公益诉讼也是民事诉讼的一种,因此环境民事公益诉讼应该也可以适用《环境侵权解释》第1条的规定,即适用无过错责任原则。

笔者对此表示反对。笔者认为环境民事公益诉讼应该适用过错责任原则。首先,根据《侵权责任法》第7条的规定,无过错责任原则的适用需要法律的规定。此处的“法律”应该理解为狭义的法律,即全国人大及其常委会通过的法律。这是保障民事主体行为自由的要求,因此不宜依据司法解释的规定来适用无过错责任原则。其次,环境民事公益诉讼针对的不是环境、生态侵权,而是侵害公共利益的情形。环境民事公益诉讼不由《侵权责任法》加以规定,也不受其调整,因此不能通过《侵权责任法》第65条的规定认为环境民事公益诉讼也适用无过错责任原则。《环境侵权解释》第1条中规定的是“承担侵权责任”,但是环境民事公益诉讼中的责任应不属于侵权责任。在《环境公益诉讼解释》中,“侵权责任”、“侵权”字样也被刻意回避。<sup>[74]</sup>最后,从实践来看,环境民事公益诉讼中,败诉被告一

[73] 严格来讲,归责原则是侵权责任法特有的概念。但是,此处为行文方便,对于环境民事公益诉讼,也使用这一概念,其意涵为:污染环境、破坏生态的行为人能否以其行为不具有过错为由主张免责。

[74] 在整个《环境公益诉讼解释》中,“侵权”与“侵权责任”仅出现一次,即在正式条文之前的按语中提及依据《民事诉讼法》、《侵权责任法》、《环境保护法》等法律的规定,制定该解释。

般都具有过错。在最高人民法院发布的3起环境民事公益诉讼典型案例中,被告均为超标排污,具有过错。<sup>[75]</sup>这也符合逻辑上的判断,因为相关强制标准在制定时,应当是考虑了依其排放是否会损害社会公共利益这一问题的。

需要指出的是,上述分析针对的是纯粹环境民事公益诉讼而言,即在该案件中只有公共利益的危害,而没有人身、财产的具体损失。如果在同一起环境、生态纠纷中,已经实际造成了人身、财产的危害,那么在该案件涉及的环境民事公益诉讼中也应该适用无过错责任原则。<sup>[76]</sup>

## 2. 关于因果关系举证责任

在环境、生态侵权诉讼中,适用因果关系举证责任倒置的特殊规则。对于环境民事公益诉讼中因果关系举证责任是否也应倒置这一问题,法律和司法解释中都没有明确规定。《侵权责任法》第66条的规定只适用于环境侵权诉讼。而《证据规定》第4条第3项规定的因果关系举证责任倒置适用于“因环境污染引起的损害赔偿诉讼”,环境民事公益诉讼是否包括在内,亦待商榷。但是,《环境公益诉讼解释》第8条规定,原告须提供“被告的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的初步证明材料”。由此似乎可以推断最高人民法院的意见应该是偏向支持环境民事公益诉讼因果关系举证责任倒置。

笔者认为,环境民事公益诉讼可以实行“裁量的举证责任倒置”,<sup>[77]</sup>即依据《证据规定》第7条的规定,由法官在具体案件中“根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担”。如上文所述,环境、生态侵权适用因果关系举证责任倒置规则的原因就是诉讼双方举证能力的显著失衡。因此,在环境民事公益诉讼中,由法官在具体案件中根据诉讼双方的举证能力来分配举证责任,应该是适当的。

### (三) 一个已经达成的共识——环境、生态侵权责任的优先偿付

《环境公益诉讼解释》第31条规定:“被告因污染环境、破坏生态在环境民事公益诉讼和其他民事诉讼中均承担责任,其财产不足以履行全部义务的,应当先履行其他民事诉讼生效裁判所确定的义务,但法律另有规定的除外。”笔者对此表示赞同,相信也鲜有人反对。毕竟,这一规定延续了《侵权责任法》第4条的精神。虽然生态环境是我们赖以生存的家园,社会公共利益也为我们十分珍视,但是,我们首先关注和保护的,依然是人——他的人身与财产。

综上所述,笔者认为,环境、生态侵权诉讼与环境民事公益诉讼是两种不同的诉讼,但两者间存在着十分微妙且紧密的联系。关于环境民事公益诉讼的归责原则和因果关系举证责任的问题,尚有讨论的必要与空间。《侵权责任法》不调整环境民事公益诉讼,但是,环境、生态侵权责任应该较环境民事公益诉讼责任优先偿付。

## 六、结论

基于上述研究和探讨,笔者建议民法典分则侵权责任编中“污染环境与破坏生态侵权责任”一章

[75] 参见《最高人民法院发布10起环境侵权典型案例》,具体为《北京市朝阳区自然之友环境研究所、福建省绿家园环境友好中心诉谢知锦等四人破坏林地民事公益诉讼案》、《中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司大气污染民事公益诉讼案》、《常州市环境公益协会诉储卫清、常州博世尔物资再生利用有限公司等土壤污染民事公益诉讼案》。

[76] 原因在于,在这种情形下,环境、生态侵权诉讼中的原告也可以要求被告承担生态环境修复责任。那么,即使在环境民事公益诉讼中要求被告承担无过错责任原则,实质上也没有增加被告的负担。

[77] 参见汤维建:《民事证据立法的理论立场》,北京大学出版社2008年版,第205-206页。

的条文如下:

第六十五条 污染环境、破坏生态造成损害的,应当承担侵权责任。

第六十六条 因污染环境、破坏生态发生纠纷,污染环境者、破坏生态者应当就其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

第六十七条 两人以上污染环境、破坏生态,污染者、破坏者承担责任的大小,根据其行为与损害发生所起作用大小等因素确定。

第六十七条(A) 两人以上污染环境、破坏生态,但是无法确定各行为人的行为对损害后果发生所起作用大小,或者任何一个行为人的行为都足以导致损害后果的发生,所有行为人承担连带的侵权责任。

第六十七条(B) 企业法人等污染环境、破坏生态造成损害的,负责作出实施该行为决定的法定代表人、实际控制人、直接受益人有过错的,承担连带责任。

企业法人等因破产等原因终止的,对于其存续期间应当承担的污染环境、破坏生态的侵权责任,其行为实施时的法定代表人、实际控制人、直接受益人、债权债务的承受人有过错的,承担相应责任。

第六十八条 因第三人的过错污染环境、破坏生态造成损害的,被侵权人可以向污染者、直接破坏生态者请求赔偿,也可以向第三人请求赔偿。污染者、直接破坏生态者赔偿后,有权向第三人追偿。

第六十八条(A) 因同一污染环境、破坏生态的行为应当承担公益诉讼责任,不影响依法对被侵权人承担侵权责任。

因同一行为应当承担污染环境、破坏生态的公益诉讼责任及侵权责任,侵权人的财产不足以支付的,先承担侵权责任。

## Reflections on the Recodification of China Tort Liability Law for Environmental Pollution and Ecological Destruction

Zhang Xinbao & Wang Yumiao

**Abstract:** The rules of tort liability for ecological destruction should be provided in the chapter of Tort Liability in China Civil Code. The new provisions of liability for ecological destruction should adopt the doctrine of no-fault liability, but in the allocation of burden of proof, reversal of the onus of proof way. If an environmental tort is committed by multiple tortfeasors, the application scope of joint liability should be enlarged, and only in some exceptional cases the doctrine of liability by shares is applied. If an environmental tort is committed by both legal persons and natural persons, the individuals at fault and legal persons should bear joint liability. Environmental tort litigations differ from the environmental civil public interest litigations in their legislative purpose, and the former enjoy the priority right in compensation to the latter.

**Keywords:** liability for ecological destruction; joint liability; Durchgriff liability; environmental civil public interest litigation

(责任编辑:丁洁琳)

# 论我国《民法总则(草案)》的构造、创新与完善

陈华彬\*

**摘要:**近现代及当代民法对于是否于民法典之始设立总则编,存在罗马式编纂体例与德国式编纂体例的迥异立场。设置民法典总则编既有缺点,也有优点。因以意思表示为核心要素的民事法律行为是私法领域最高程度的提取公因式的结果,所以我国以意思表示为中心概念,经由多层次的抽象化过程而建构民法(私法)总则,是适宜的、恰当的,由此应对我国现今积极制定民法总则给予肯定性评价。民法总则立法是我国民法典制定过程中的前置性工作。目前我国全国人大常委会公布的《民法总则(草案)》尽管结构体系简洁、清晰、明了,但仍缺少对一些重要事项如民事权利的行使的限制、民事义务、戏谑行为、隐藏行为及无效行为的转换等的规定。另外,该《民法总则(草案)》不启用“法律行为”概念而仍然使用“民事法律行为”一语,以及未能依据现今新时代的特点与急剧变迁的社会生活而启用“错误”概念,却依旧使用“重大误解”的概念及规则体系等,均值得斟酌并加以改进或完善。

**关键词:**民法典总则编 《民法总则(草案)》 构造 创新 完善

按照立法机关的计划和安排,近期由全国人大常委会公布的《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称《民法总则(草案)》),拟由2017年3月召开的十二届全国人大第五次会议审议,通过之后编纂民法典的各分编(合同编、物权编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编),并拟于2020年3月由全国人民代表大会审议,通过后将形成我国完整、统一的民法典。在这一过程中,现今正在编纂中的民法总则居于前置性和关键地位。与民法典各分编的编纂系主要对现行民事法律规范进行科学整理、修改完善和删繁就简不同,民法总则的制定主要是另起炉灶进行全新的创新性造法工作。故此,民法总则的制定状况、结构内容及创新性等,在我国民法典制定的全部工作中居于核心和关键地位。

本文拟对上述《民法总则(草案)》的构造、创新(亮点)及完善等予以分析、考量。首先,笔者拟对罗马式、德国式编纂体例对民法典总则编的不同态度及我国现今制定民法典时对总则编的肯认予以分析、释明。

## 一、设置民法典总则编的缺点、优点及我国的肯认立场

### (一)罗马式、德国式编纂体例对民法典总则编的不同态度

#### 1. 罗马式编纂体例对民法典总则编的否定

民法自罗马法以来有两种编纂体例,其中之一是罗马式,称为优士丁尼体系(Institutinen System)。它是古罗马五大法学家之一的盖尤斯(Gaius)的《法学阶梯》建构的体系。这一体系是:第1卷“人

---

\* 中央财经大学法学院教授,法学博士。

法”,第2卷与第3卷“物法”,第4卷“侵权行为与诉讼关系法”。盖尤斯《法学阶梯》的这一体例,之后被优士丁尼编纂的《法学阶梯》所依循。1804年《法国民法典》的编纂即采此体例,唯将诉讼法予以排除,而形成如下体系:第1编“人法”,第2编“财产及对所有权的各种限制”,第3编“取得财产的各种方法”。罗马式编纂体例的最大特色是并不存在像后述《德国民法典》那样的总则。近现代荷兰、比利时、西班牙、意大利及日本“旧民法”(含“人事编”、“财产取得编”、“债权担保编”、“证据编”)采此体例。<sup>[1]</sup>

对于上述罗马式编纂体例,通说认为其有如下缺点:<sup>[2]</sup>(1)无全部民法共通适用的总则;(2)将亲属法与关于人格和民事能力的事项相混淆;(3)将继承仅视为取得财产的一种方法;(4)未区别性质不同的债权与物权,将二者的规定相混淆;(5)将程序法纳入民法中,导致程序法与实体法相混淆。属于罗马式编纂体例的《法国民法典》,尽管其将诉讼法剔除并凸显债法的地位,但罗马式编纂体例的其他缺点则难以避免。

## 2. 德国式编纂体例对民法典总则编的肯认与主要国家(或地区)民法典总则编的构成

德国式编纂体例,又称潘德克吞(Pandekten)编纂体例,是德国学者古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo)、格奥尔格·阿诺尔德·海泽(Georg Arnold Heise)等于其著述中采用的体例。<sup>[3]</sup>该体例的最大特色在于设立民法典总则编。民法发展史上,设立民法典总则编的思想最早可以追溯到19世纪以前的理性的自然法,这一思想于海泽1807年出版的《普通法体系概论》一书、1756年的《巴伐利亚民法典》、1863年的《萨克森民法典》、1896年的《德国民法典》中被贯彻,体现了德意志民族重抽象、重概念、重逻辑体系的思考方法<sup>[4]</sup>和一以贯之的“彻底性”。<sup>[5]</sup>如今,大陆法系的日本、巴西、韩国、泰国、葡萄牙新民法(1966年)及我国台湾地区“民法”均采此体例,其民法典均设总则编。

具体而言,《德国民法典》总则编规定了如下内容:人、物(包括动物)、法律行为、期间、期日、消灭时效、权利的行使、自卫、自助及担保的提供等;《日本民法典》总则编则以权利本位为指针,于第1章“通则”中开宗明义地规定民法的基本原则——公共福祉原则、诚实信用原则及权利不得滥用原则,之后规定民法解释的基准,即“以个人的尊严和男女两性实质上的平等为宗旨解释民法”;于第2章规定“人”,第3章规定“法人”,第4章规定“物”,第5章规定“法律行为”,第6章规定“期间的计算”,第7章规定“时效”。《葡萄牙民法典》(1966年)第1卷“总则”,分别规定如下内容:第1编“法律、法律之解释及适用”(含3章,第1章“法之渊源”、第2章“法律之生效、解释及适用”与第3章“外国人之权利及法律冲突”),第2编“法律关系”(含4分编,第1分编“人”、第二分编“物”、第3分编“法律事实”及第4分编“权利之行使及保护”);《韩国民法典》第1编“总则”,设立如下规定:第1章“通则”、第2章“人”、第3章“法人”、第4章“物”、第5章“法律行为”(含3节,第1节“一般规定”、第2节“意思表示”、第3节“代理”、第4节“无效和撤销”及第5节“条件和期限”)、第6章“期间”及第7章“消灭时效”;我国台湾地区“民法”第1编“总则”,共分7章,分别规定如下事项:第1章“法例”,规定适用于所有民事关系的“通例”;第2章“人”(含2节,第1节“自然人”、第2节“法人”),第3章“物”,第4章

[1] 参见陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,第36-37页。

[2] 同注1引书,第37页。

[3] 陈华彬:《潘德克吞体系的形成与发展》,载《上海师范大学学报》(哲学社会科学版)2007年第4期,第31页。

[4] 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第20页。

[5] 同注1引书,第46页。

“法律行为”,第5章“期日及期间”,第6章“消灭时效”及第7章“权利之行使”。

## (二)对民法典总则编的缺点、优点的考量及我国对民法总则的肯认

### 1. 民法典总则编的缺点考量

设置民法典总则编,存在如下五方面的缺点:<sup>[6]</sup>

其一,理论上存在问题,即设立通用于财产法与家族法(身份法)的民法总则,理论上存在问题。盖财产法(物权法、债法)的规制对象是财产关系,是以合理的思考为基础有目的的结合,属于有意志的、人为的东西;反之,身份法(婚姻家庭法、继承法)的规制对象则为身份关系,系基于人的本性所为的人格的结合,属于给予的、自然的东西。二者的本质既然不同,则其基本规则自然也不相同。因此,总则中除基本原则的规定对二者可予适用外,总则中的其他规定原则上应不适用于身份的法律行为。<sup>[7]</sup>另外,财产关系与身份关系在本质上有所不同,前者系由人类的思考、选择而产生的关系,后者(如亲子关系)则系由人类感情自然而生的关系。婚姻关系中虽然也难免有若干考量等选择关系,但婚姻的真正本质乃是萌芽于自然而生的情爱关系。故此,民法的总则仅能是财产法的通则。<sup>[8]</sup>

其二,适用范围上的缺点。民法总则,依其固有性质,从其形式与名称上看,理应为全部民法的总则,其规定应具有通则性,应适用于总则(编)以后的其他各部分(编)。但事实上却并不如此。包括婚姻家庭法和继承法在内的身份法(家族法)就大多不适用或较少适用总则的规定。身份法中,尤其是婚姻家庭法设有不少特别的规定,其自然优于总则(编)的规定而先予适用。另外,未设特别规定的,也因身份行为的特殊性而并不当然适用总则(编)的规定。故此,民法的总则仅为财产法(物权法、债法)的总则,而与身份法几乎无关。而身份法之所以不能或不能完全适用总则,其因由在于:人的亲属关系的种类、内容,系由社会、法律客观规定,不能适用合同自由原则,任由个人随意变动;身份上的行为(例如结婚、收养、认领等),只能针对特定身份的人,而经济行为(例如买卖、租赁、借用、赠与、互易等)则可针对无数人反复进行;婚姻家庭生活重感情,且较不计较利益,而经济生活,则以计较利益为其特征。<sup>[9]</sup>

其三,理解上的困难。民法总则的设立,使人们由一般到具体去认识民法,违背认识事物的规律,使法律人尤其是刚刚接触民法的法科学生理解民法、研习民法产生困难。易言之,由于民法总则的设立,使学习民法的过程,变成由一般而具体,即先学习民法总则,后学习物权;学习物权时,是先学习物权的总则,而后学习所有权、用益物权、担保物权;学习债法时,是先学习债法通则(债总),之后学习各种之债(债各)。<sup>[10]</sup>

其四,查阅法典的困难。民法总则与民法其他各部分(编)的关系,犹如普通民法之对于特别民法的关系,故在适用上,须先适用其他各部分(编)的规定后,再适用总则的规定。而这就使得人们在查阅法典时,要按从“后”至“前”的顺序为之,盖后面的特殊规定排除前面的一般规定的适用。易言之,只有在后面无法找到特殊规定的情况下,方可适用前面的一般规定。例如买卖、租赁、承揽、建设工程、运输、借款等特别之债,应先适用我国《合同法》“分则”的规定,之后适用《合同法》“总则”的规定,

[6] 参见陈旻雄:《民法总则新论》,三民书局1982年版,第1页以下;参见陈华彬,同注1引书,第49-50页。

[7] 参见[日]松坂佐一:《民法提要(总则)》,有斐阁1975年第3版第3刷发行,第68页。

[8] 参见刘得宽:《民法总则》,五南图书出版公司1996年版,第29页注释1。

[9] 参见施启扬:《民法总则》,三民书局2007年版,第74页。

[10] 同注9引书,第75页。

最后才适用《民法通则》有关民事法律行为的规定。<sup>[11]</sup>

其五,抽象与例外。一般而言,为了使一项规则可以普遍适用,通常应以抽象的方式表述法律条文。例如在总则中不能使用“买卖”一语,而必须说“合同”,或更抽象地说“(民事)法律行为”。盖“合同”或“(民事)法律行为”概念,必须涵括买卖、赠与、租赁、所有权抛弃、结婚、遗嘱乃至解除合同等概念。这就需使总则中的概念具有高度的抽象性、概括性,但这就给人理解总则带来了困难。另外,抽象的规定具有高度的概括性,但其缺点是必须创设例外,并形成原则与例外的复杂关系。<sup>[12]</sup>

## 2. 民法典总则编的优点考量

尽管民法典的总则编具有上述缺点,但是其也具有很多优点。民法典总则编将民法(私法)中共通的、一般性的事项抽象、概括出来规定于民法典之始,这种立法技术从历史的维度看,要求立法者须对法律材料作十分深入的研究,否则是难以进行的。比如,人们必须首先认识到买卖、租赁、抛弃所有权、设定质权、设定抵押权、结婚、订立遗嘱、订立收养协议等行为之间,在哪些方面具有共通性,经抽象、概括,认识到这些行为的共同点在于:它们都是两个人或一个人对特定内容表示的同意。认识到此点,即可以对这些行为的共同之处进行整理,经过理性的思维过程,就可以获得以意思表示为要素的、以发生私法上的效果为目的的法律行为这一上位概念。<sup>[13]</sup>

设立民法典总则编的优点,其最主要的,系见于(民事)法律行为制度上。民法的总则(编)规定(民事)法律行为制度后,立法者就无需于民法乃至商法等特别民法中规定(民事)法律行为制度,从而可以避免重复规定,节省立法成本。一言以蔽之,民法总则编的优点主要有两个方面:其一,将民法上的共通事项加以整理、归纳,可以避免重复规定;其二,总则的抽象性、概括性特质,有助于培养法律人的归纳、演绎和抽象思维能力,进而养成独立思考民法问题的能力。<sup>[14]</sup>

## 3. 我国制定民法典之对于民法总则的肯认

通过上述对民法典总则编的缺点和优点的分析、考量,笔者认为,民法典的总则编尽管是规定私法的基本规则和私法的共通事项(例如期间、时效、住所等),但其主要内容,则是围绕“民事权利主体”、“民事权利客体”、“民事权利”以及引起民事权利变动(民事权利的取得、丧失和变更)的行为(“民事法律行为”),即“人”、“物”、“民事权利”及“民事法律行为”这一私法(民法)的四个基本要素而展开。这些要素是近现代及当代市场经济条件下进行民事交易所不可或缺的。正因如此,新近以来民法总则的“总则性”不断受到质疑,即尽管它是私法的总则,但其规定的大部分内容,却并不是婚姻家庭法和继承法的总则,充其量是物权法和债法这些财产法的总则。<sup>[15]</sup>

尽管如此,笔者认为,民法典总则中规定的“民事权利”和“民事法律行为”制度则具有共通的普遍性。尤其是民事法律行为制度,可谓私法乃至私法学中最一般、最抽象的制度,贯穿于整个私法领域,其不仅适用于物权法、债法,而且适用于家族法(婚姻家庭法)和继承法(身份行为法)。民事法律行为,又以意思表示为其最核心的要素。就此而论,其一,民法总则,不仅是财产法(物权法与债法)

[11] 同注9引书,第75页。

[12] 对此,也请参见注9引书第75页的相关论述。

[13] 同注1引书,第48页。

[14] 同注1引书,第48-49页。

[15] 德国于二战前即有人持此种观点,认为总则系财产法的总则,对身份法不得适用,应另定身份法的总则,并以“民法再见”(Abschied von BGB!)的口号而主张分开。例如,施勒格贝格尔(Schlegelberger)于1937年2月25日在海德堡(Heidelberg)大学的演讲中即作如是的主张。对此,请参见梅仲协等译:《德国民法》,台湾大学法律学研究所编译,1965年5月印行,第24页。

的总则,而且是家族法的总则(盖家族法中当然也有意思表示);其二,民法是意思表示的法,即民事生活领域实行意思自治(私法自治)或私事由自己决定的原则。<sup>[16]</sup>以意思表示为核心要素的民事法律行为是私法领域最高程度的提取公因式的结果,故以意思表示为中心概念,经由多层次的抽象化过程而建构民法(私法)总则,是适宜的、恰当的。由此,我们应对我国民法典之设总则编及现今积极制定民法总则给予肯定性评价。

## 二、我国《民法总则(草案)》的构造、创新或亮点

### (一)我国《民法总则(草案)》的构造

我国《民法总则(草案)》共计11章,186条,各章分别是:第1章“基本原则”,第2章“自然人”(含4节:第1节“民事权利能力和民事行为能力”、第2节“监护”、第3节“宣告失踪和宣告死亡”及第4节“个体工商户、农村承包经营户”),第3章“法人”(含3节:第1节“一般规定”、第2节“营利性法人”及第3节“非营利性法人”),第4章“非法人组织”,第5章“民事权利”,第6章“民事法律行为”(含4节:第1节“一般规定”、第2节“意思表示”、第3节“民事法律行为的效力”及第4节“民事法律行为的附条件和附期限”),第7章“代理”(含3节:第1节“一般规定”、第2节“委托代理”及第3节“代理的终止”),第8章“民事责任”,第9章“诉讼时效和除斥期间”(含2节:第1节“诉讼时效”、第2节“除斥期间”),第10章“期间的计算”,第11章“附则”。

应当指出的是,尽管上述结构从总体上看简洁、明了、清晰,给人以一目了然之感,但是,它对一些重要事项的规定是阙如的,也就是说,上述结构存在较为简单的缺点。易言之,它对于一些重要的民事事项未纳入规定和调整,留下了立法上的空白和缺漏。这其中,对“民事权利的行使的限制”就是一处明显的立法缺漏。从体例结构上看,此应规定于第5章“民事权利”中,即该章的结构应包括2节:第1节“(民事权利)的一般规定”,第2节“民事权利的行使的限制”。此外,关于“民事义务”,也宜单独设章或节作出专门规定[《民法总则(草案)》第5章规定“民事权利”,第8章规定“民事责任”,而唯独缺少关于“民事义务”的规定]。为建构“民事权利-民事义务-民事责任”三位一体的民法规则体系,我国民法总则应规定“民事义务”的概念、内容及规则体系。

### (二)我国《民法总则(草案)》的创新或亮点

#### 1. 第1章“基本原则”部分的创新或亮点

《民法总则(草案)》第1章“基本原则”部分,相较于既有的民事法律规范,有如下创新或亮点。

##### (1)规定人与自然和谐发展原则

《民法总则(草案)》第7条规定:“民事主体从事民事活动,应当保护环境、节约资源,促进人与自然和谐发展。”按此规定,人们在追求经济财富增长的同时,即使在民事活动领域,也应保护自然环境,节约资源,由此使人与自然和谐相处、和谐发展,确保有一个良好的自然生态。毋庸置疑,此规定具有很大的价值和意义,值得赞赏和肯定。

##### (2)公序良俗原则明文化

###### ①公序良俗概述

[16] 同注4引书,第21页。

公序良俗,即公共秩序和善良风俗。前者是从国家的立场,后者是从习俗的立场而言的。法律行为的内容即使不违反单个的强行规定,但若违反公共秩序或善良风俗的,即变成无效。这样的问题,属于合同自由、私法自治之外的问题,不能被社会所容许。违反公序良俗行为的典型,传统上多见于违反有关性风俗。<sup>[17]</sup>但是,在现今,违反公序良俗的范围被极大地扩大了,具体包括如下情形:<sup>[18]</sup>

其一,即使在依合同自由原则而受保护的自由的交易活动领域,如一方当事人利用另一方当事人的无知、无经验等而实施不公平的交易,可能会被视为暴利行为而认定无效,进而被认为是妨碍自由的经济活动的行为,构成违反公序良俗。学上说此为违反经济的公序。在消费者合同领域,对在信息、交涉力上处于弱势地位的消费者拟定的显著不当的合同,也多数被认定为违反公序良俗。

其二,随着社会生活的复杂化,及基于建立福利社会、福祉国家等各种因由,行政规制不断增多,这些行政规制中有很多系以保护私人之目的,因此,如所实施的行为违反其规定时,多数即被认为系违反公序良俗。

其三,晚近以来,有一种倾向认为,与宪法的价值相抵触的行为,也系违反公序良俗的行为。

### ②违反公序良俗的效果

违反公序良俗的效果包括下列三点:

其一,全部无效与一部无效。合同中的部分条款违反公序良俗时,是合同全部无效,还是仅该条款变成无效、其他部分仍然有效(一部无效)?一般而言,所谓违反公序良俗的法律行为无效,指的是合同全部无效。但是,依公序良俗违反的内容的不同而并非全部无效的情况也是有的。特别是在暴利行为中,以合同当事人间的给付的不均衡作为理由的公序良俗违反的场合,不全部无效也是可以的。<sup>[19]</sup>

其二,双方的无效与片面的无效。合同违反公序良俗的场合,是当事人双方均可以主张无效,还是仅值得保护的一方当事人可以主张无效?例如,经营者(事业者)对消费者以显著不公正的劝诱缔结的买卖合同违反公序良俗的场合,就只认可消费者的合同无效的主张,而经营者(事业者)合同的无效的主张则不被认可,是为片面的无效。唯在暴利行为等的场合,尽管公序良俗原则确为保护一方当事人而使用(或存在),但是,以违反公序良俗为理由的规制,系因为不容许其行为违反社会的基本秩序,所以原则上应是双方的无效。<sup>[20]</sup>

其三,抗辩的无效与溯及的无效。对相对人的履行请求,以合同无效为理由而拒绝自己履行的,其根据即是“抗辩的无效”。无效得当然作为抗辩而使用。与此不同,作为提出返还已经为给付的请求的前提而主张合同无效的,称为“溯及的无效”。给付未履行时,主张作为抗辩的无效并无问题(尽管有双方未履行与一方未履行的情形,但无论何种情形均可。可以拒绝未履行的给付的履行请求)。但是,对于是否应支持已经为给付的返还,则应考虑双方当事人行为的不法程度、交易安全的需要与否等,并因利益状况而不同。<sup>[21]</sup>

### ③《民法总则(草案)》对公序良俗原则的规定具有积极价值和意义

[17] 同注1引书,第422页。

[18] 参见[日]四宫和夫、能见善久:《民法总则》,弘文堂2010年版,第266页。

[19] 同注18引书,第274-275页。

[20] 同注18引书,第275页。

[21] 同注18引书,第275-276页。

应指出的是,对于公序良俗,我国《民法通则》、《物权法》、《合同法》尽管存在与其相关的内容规定,但此等法律均未明确使用“公序良俗”一语。《民法总则(草案)》第8条“民事主体从事民事活动,应当遵守法律,不得违背公序良俗,不得损害他人合法权益”,系明文将公序良俗这一重要原则明文化,由此应当肯定,它实具有重要的价值和意义。

### (3) 将习惯规定为民法的法源

民法的法源,即民法规范的存在或表现形式,它是法院等裁判民事案件的依据。《民法总则(草案)》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律规定;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”此条规定的重要意义在于,它将习惯(商业习惯、民间习惯等)规定为民法的法源。从而法院等在处理民事纠纷而无法律规定时,即可据此依商业习惯或民间习惯等而予以裁判。

在比较法上,《瑞士民法典》第1条规定:“法律问题,在文字及解释上,法律已有规定者,概适用法律。法律所未规定者,依习惯法,无习惯法时,法院应遵立法者所拟制定的原则,予以裁判。于此情形,法院务须恪遵稳妥的学说及判例。”《韩国民法典》第1条(法源)规定:“民事,法律无规定者,依习惯法;无习惯法者,依法理。”我国台湾地区“民法”第1条规定:“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理”。这些规定,均将民事纷争解决过程中如何“找法”及其步骤(顺序)作了明定,尤其是它们均将习惯作为法官审理民事案件时,可直接引用的裁判依据(直接法源)。至于判例、学说及外国立法例等,则作为间接法源而予适用。<sup>[22]</sup>另外,英美法系国家因采非成文法主义,所以习惯法、判例法系其民法的基本法源。唯新近以来,在习惯法、判例法之外,英美法国家又开始注意制定成文法(例如美国的加州、加拿大的魁北克均制定了《民法典》),从而使制定法成为英美法系国家的重要法源。

## 2. 第2章“自然人”部分的创新或亮点

《民法总则(草案)》第2章“自然人”部分的创新或亮点主要有如下四个方面:

### (1) 将《民法通则》规定的限制民事行为能力人的年龄下限标准从10周岁降到6周岁

限制民事行为能力人介于完全民事行为能力人与无民事行为能力人之间,即有相对的民事行为能力。所谓相对的民事行为能力,即其为有偿的法律行为须获得法定代理人的同意。所谓同意,于行为之前的,称为允许,于行为之后的,称为承认。在法定代理人事前未为同意(允许),事后也未为承认前,该法律行为的效力,并非无效,也非有效,而是处于可能有效可能无效的效力未定状态。法定代理人若事后为承认,即为有效;事后确定不承认,即为无效。<sup>[23]</sup>之所以如此,是因限制民事行为能力人虽有相当的意思能力,但还不健全,不能使其独立为有效的法律行为,以保护其利益。应注意的是,法律对于限制行为能力人的行为能力,设有特别的效力规定或限制规定时,应优先适用其规定。<sup>[24]</sup>

对于何人为限制民事行为能力人,域外比较法上的立法例未尽一致。《德国民法典》和我国台湾地区“民法”以满7周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人。而按照我国《民法通则》第11条、第12条的规定,我国的限制民事行为能力人包括10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人。精神病人之作为限制民事行为能力人,应由法院宣告。于精神的健康恢复之后,经本人或利害关系人的申请,法院应将限制民事行为能力的精神病人宣告为完全民事行为能力人。<sup>[25]</sup>考虑到现

[22] 参见郑冠宇:《民法总则》,瑞兴图书股份有限公司2014年版,第40页。

[23] 同注22引书,第85页。

[24] 同注9引书,第88页。

[25] 同注1引书,第252-253页。

今我国满6周岁的未成年人事实上已具有相当的能力,其从事各种日常行为如搭乘公交车、购买日用品、观看电影等,若在法律上一概认为无效则无疑有失妥当,且为与我国义务教育法关于年满6周岁的儿童须接受义务教育的规定相配,《民法总则(草案)》遂将《民法通则》规定的限制民事行为能力人的年龄下限标准从10周岁降到6周岁(第18条、第19条)。

### (2) 增加对胎儿利益保护的规定

根据《民法通则》第9条的规定,自然人的权利能力始于出生,终于死亡。因此,仅为母体之一部的胎儿并无权利能力,自不能享受权利,负担义务。但是,如绝对贯彻此原则,则对于胎儿利益的保护难免不周且不公平。胎儿一般都会正常出生而成为人,此为社会生活的常态,因此直接保护胎儿,从一定意义上说,也就是间接保护人类的未来,也系顺乎人情及合乎公平。比如,胎儿于生父死亡后出生(即所谓“遗腹子”),如不承认其有对生父财产的继承权,则有失公平并违反人之常情。因此,为了保护胎儿的利益,须作例外的规定,使胎儿在特定情形下被视为既已出生,取得权利能力。唯各国家或地区民法所采的方法未尽一致,主要有列举主义(个别主义)与概括主义(一般主义)。<sup>[26]</sup>

我国《继承法》第28条规定:“遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。”是采列举主义。另外,《德国民法典》第844条、第1912条、第1923条,《法国民法典》第725条,《日本民法典》第721条、第886条、第965条等,对与胎儿有重要关系的事项(例如继承权、受遗赠权和损害赔偿请求权等),为了保护其利益而将其视为既已出生。我国《民法总则(草案)》第16条在我国《继承法》规定的基础上参考、借镜德、法、日民法的规定,明定:“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益的保护,胎儿视为具有民事权利能力。但是,胎儿出生时未存活的,其民事权利能力自始不存在。”

### (3) 监护人范围的调整与被监护人范围的扩大

鉴于在我国现今市场经济条件下,由《民法通则》规定的职工单位担任监护人、履行监护职责的背景和情况均已发生明显变化,而另一方面,我国现今公益事业性质的组织正日益发展、增多,故《民法总则(草案)》规定:(公益)事业等法律规定的有关组织可以担任监护人(第29条第3款、第31条)。

另外,应值得特别提及的是,《民法总则(草案)》对被监护人范围的扩大,即将智力障碍者及因疾病等原因丧失或者部分丧失辨识认知能力的成年人也纳入被监护人范围(第20、21条及第31条)。此即域外法上的自愿设立监护人制度与成年监护制度。

在域外法上,《瑞士民法典》第372条规定:成年人证明其因衰老(包括精神衰老)、身体虚弱或其他缺陷,或无经验,致不能妥善处理自己的事务时,可基于本人的申请,设置监护人。日本自2000年4月1日起废除原民法中的禁治产制度,实行新的成年监护制度。主要规定在其《民法典》第7条至第20条(法律行为的效力)和第679条以下各条(监护制度)中。按照规定,日本新的成年监护制度分为法定监护与任意监护。任意监护制度的目的,在于使得本人(被监护人)能够为了日后安心而将自己的监护事务托付给特定的人,授予其必要的代理权。<sup>[27]</sup>要利用任意监护,须首先订立任意监护合同。此种合同的内容是:托付监护事务的处理,并为此授予他人必要的代理权,其属于委托合同。委托人称为本人,接受委托的人称为任意监护受托人。<sup>[28]</sup>

[26] 同注1引书,第180页。

[27] 同注1引书,第259-260页。

[28] 参见[日]山本敬三:《民法讲义I:总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第53页。

我国现行法上并无任意监护制度,立基于我国现今老龄化社会的现状和急剧的社会生活的发展、变迁,造成身体障碍、精神障碍的人数以及单独生活的人数不断增加,为保护这些人的利益,并使其安享余生,上述域外法(尤其是日本民法)上的任意监护制度无疑具有极大的参考、借镜价值。由此,也更加证立了《民法总则(草案)》规定成年监护制度的必要性与意义。

#### (4) 明定家庭生活中父母、子女的义务与责任

此即《民法总则(草案)》第25条规定:“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务,子女对无民事行为能力或者限制民事行为能力的父母负有赡养、照顾和保护的义务。”透过此条规定,以张扬中华民族家庭生活中的传统美德,及家庭成员间的义务与责任担当。

### 3. 第3章“法人”部分的创新或亮点

法人是在一定的法定要件下,具有法律上人格,得享受权利及负担义务的社会组织体。其中,基于一定的目的,由多数自然人集合而成的社会组织体,为人合组织体;基于一定的目的,由财产集合而成的社会组织体,为财合组织体。<sup>[29]</sup> 无论人合组织体或财合组织体,一经法律赋予其民事权利能力,即成为自然人之外的另一类民事权利主体——法人。概言之,法人并非自然存在的生命体,而是由法律所创造的权利与义务主体。<sup>[30]</sup> 不具有法人资格,但依法能够以自己的名义参加民事活动的组织体并非法人,学理上称为非法人团体(非法人组织)。<sup>[31]</sup>

对于上述法人制度而言,《民法总则(草案)》的最大创新或亮点,是将我国法人区分为营利性法人与非营利性法人。此种分类系采德国与瑞士民法将私法人分为营利法人与非营利法人的成例。非营利法人包括公益法人与中间法人。<sup>[32]</sup> 易言之,采用营利法人与非营利法人的分类,将不存在中间法人的情形。至于所谓中间法人,指既不以营利,也不以公益为目的的法人。比如,同乡会、同学会、校友会、宗亲会等即属之。对于中间法人,日本法认为其系无权利能力的社团。<sup>[33]</sup> 此点值得注意。

### 4. 第5章“民事权利”部分的创新或亮点

此部分最重要的创新,是《民法总则(草案)》将虚拟财产、数据财产等规定为权利(主要是物权)的客体(第104条),由此使此等财产受到民法的保护。此规定具有积极价值,应值赞同。

### 5. 第6章“民事法律行为”部分的创新或亮点

《民法总则(草案)》对于民事法律行为的创新,主要见于如下五个方面:

其一,对民事行为概念的放弃。《民法总则(草案)》废弃了《民法通则》上的“民事行为”概念,而将发生在民事领域的所有的合法行为与违法行为以“民事法律行为”统一称之。毋庸置疑,此种立场和做法值得肯定,具有十分积极的意义与价值。

其二,将欺诈、胁迫的意思表示的效力统一规定为可撤销。《民法通则》将欺诈、胁迫的意思表示的效力统一规定为无效,而《合同法》区分私人间与涉及国家利益两种情形而分别规定:私人间的欺诈、胁迫的意思表示的效力为可撤销,欺诈、胁迫的意思表示损害国家利益的则为无效。如今,《民法总则(草案)》不区分私人间及是否损害国家利益而统一规定欺诈、胁迫的意思表示的效力为可撤销

[29] 同注22引书,第111页。

[30] 同注22引书,第67页。

[31] 同注1引书,第295页。

[32] 同注1引书,第311页。

[33] 同注1引书,第311页。

(第126条、第128条)。盖在现今,欺诈、胁迫的意思表示损害国家利益的,可以依损害公共利益而适用公序良俗原则获得解决。

其三,对恶意串通的民事法律行为效力的否定,即《民法总则(草案)》第133条规定:“行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。”对此规定,应给予肯定性评价。

其四,厘定违反效力性强制性规定的效果,即《民法总则(草案)》第132条规定:“违反法律、行政法规的效力性强制性规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效。”此条将最高人民法院关于效力性强制性规定的司法解释上升为法律规范,值得赞同。<sup>[34]</sup>

其五,厘定民事法律行为的有效要件,即《民法总则(草案)》第121条规定:“具备下列条件的民事法律行为有效:(1)行为人具有相应的民事行为能力;(2)意思表示真实;(3)不违反法律、行政法规的效力性强制性规定,不违背公序良俗。”此条关于民事法律行为有效(生效)要件的规定,便于民事主体判断自己所实施的民事法律行为的效力(效果),预测自己所为的民事活动的后果,故应予以赞同。

#### 6. 第7章“代理”部分的创新或亮点

代理是指行为人基于本人的授权或基于法律的规定,得以本人的名义为本人法律行为,其法律效果因而归属于本人的制度。<sup>[35]</sup> 其是欧洲中世纪和近代时期市场经济高度发展的产物,当代各国民法均承认之,我国亦然。<sup>[36]</sup> 对于代理制度,《民法总则(草案)》的创新之处主要有三点:(1)规定隐名代理(142条);(2)规定自己代理与双方代理之禁止(第148条);(3)规定不适用表见代理的情形(第152条)。

#### 7. 第8章“民事责任”部分的创新或亮点

此部分最重要的创新或亮点,是将“修复生态环境”规定为一种民事责任的形式(第160条第(五)项)。对此,应给予积极的肯定性评价。

#### 8. 第9章“诉讼时效和除斥期间”部分的亮点

此部分的亮点,是将普通诉讼时效的期间由目前的2年延长为3年(第167条第1款)。应值肯定。

### 三、我国《民法总则(草案)》的不足之处

我国《民法总则(草案)》尽管具有上述创新之处抑或亮点,但毋庸讳言,它也存在诸多不足或值得斟酌、完善之处。具体言之,其包括如下四个方面:

其一,如前述,目前的《民法总则(草案)》缺少对“民事义务”、“民事权利的行使的限制”的规定。这些方面的内容,是作为民法典的总则(即《民法总则》)应当规定、不可或缺的必要内容。

其二,《民法总则(草案)》应采纳德、日、韩及我国台湾地区“民法”上的“法律行为”概念以取代现在使用的“民事法律行为”一语。之所以如此,是因为“法律行为”概念不仅具有法理上的坚实基础,

[34] 陈华彬:《论我国民法总则法律行为制度的构建——兼议〈民法总则草案〉(征求意见稿)的相关规定》,载《政治与法律》2016年第7期,第96页以下。

[35] 同注22引书,第359页。

[36] 同注1引书,第427页。

而且有比较法及民法法制沿革上的根据,以及我国现今法制理论与实务上的需求。<sup>[37]</sup>

其三,《民法总则(草案)》应采用国际传统民法上的“错误”概念及其规则体系以取代目前使用的“重大误解”概念及其规则。在现今,以“重大误解”一语来诠释表意人误解事实,致其意思与表示偶然的 inconsistency 的情形,已明显落后了,可谓是“时代错误”。如今复杂、急剧变迁的社会生活中,宜使用“错误”概念以建构我国的意思表示错误规则体系。

其四,鉴于比较民法经验的可借鉴性,对于大陆法系与英美法系民法(总则)中的其他制度与规则,我国民法总则也应予以回应并加以借镜。这些制度和规则包括:隐藏行为的规则、戏谑行为的规则及无效行为的转换规则等。

## 四、结语

人类法制史上真正的近现代及当代意义的民法典的制定,肇始于近代。而近代各国制定民法典,除了经济的推动力外,皆还有其特殊的政治社会背景。1804年的《法国民法典》是第一部近代意义的民法典,开启了世界各国编纂民法典的先河,其旨在建构1789年法国资产阶级大革命推翻封建政权后的法律秩序,贯彻自由、平等、博爱的理想。1811年,《奥地利民法典》问世,其目的在于反映奥地利社会各阶级的平等关系,实现自由、平等和财产所有权的保护;<sup>[38]</sup>1896年公布的《德国民法典》则是实践“一个民族、一个国家、一个法律”的目标;<sup>[39]</sup>亚洲的日本在明治维新的催生下,成为东方较早制定民法典的国家,其目的在于废除领事裁判权,实现富国强兵。1896年,日本公布了《民法典》的前三编(总则编、物权编、债权编),1898年公布了后两编(亲属编和继承编)。日本《民法典》共五编,自1898年起施行。我国在清朝末年进行法制变革以前,并不存在近现代意义上的私法或民法。<sup>[40]</sup>也就是说,现今我国民法,非我国所固有,而是清末及民国时期从外国民法继受而来。<sup>[41]</sup>

新中国成立后,尤其是21世纪以来,编纂我国民法典的呼声一直十分强烈。2002年,九届全国人大加快民法典的起草工作,并首次对民法典草案进行审议。之后,十届全国人大常委会改易立法安排(计划),暂不对民法典草案进行审议修改,先完成物权法和侵权责任法的制定。2014年我国决定编纂民法典,而“第一步”就是制定民法总则。如今,《民法总则(草案)》已然完成,这部草案的体系构造、内容创新如何,将直接决定或影响我国民法典编纂的“第二步”(民法典各分编的编纂)。正因此,本文对这两个方面作了尝试性的分析、考量,并提出了若干应予斟酌或完善的建议。笔者期冀,这一

[37] 这方面的详情,请参见注34引文,第88页以下。

[38] 参见[德]Hans Schlosser:《近世私法史要论》,[日]大木雅夫译,有信堂1988年版,第116页。

[39] 参见台湾大学法律学研究所编译:《德国民法》,梅仲协撰《德国民法简介》(1965年6月印行),第1页以下。

[40] 参见谢怀栻:《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第369页。

[41] 我国与其他世界文明古国(如古巴比伦、古希腊)一样,都经历了一个漫长的习惯法时期。在中国古代,法与刑不分,论法即刑,刑与法的含义相同。我国的法起源于夏代。《左传·昭公六年》记载“夏有乱政,而作禹刑”。“禹刑”是夏朝法律的总称。但它并不完全是调整刑事方面的法律规范,据有的史学家认为,它包含有调整财产所有权关系、宗法关系、亲属关系和其他民事法律关系的规范。我国封建社会自春秋战国开始,礼治衰微,法治思想崛起。公元前445年,魏文侯即位,以政治家李悝为相,实行变法。李悝总结了新兴地主阶级在各个诸侯国中的立法经验,编了一部《法经》,这是我国历史上第一部比较系统的封建成文法典。在我国漫长的封建社会中没有一部完整的民法,而是重刑轻民,以刑代民。其原因主要有二:一是自给自足的自然经济占统治地位,使民法发展缺少必要的经济前提;二是封建主义的专制统治,使民法发展缺乏必要的社会条件;三是封建统治者以刑代民,用严酷的刑罚镇压人民,强化封建专制制度,维护它们的统治,民法根本没有发展的余地。对此,请参见凌湘权、余能斌:《民法总论》,武汉大学出版社1986年版,第26-28页。

努力能裨益于我国民法总则和民法典早日高质量地出台。

**Discussion on the Constitution, Innovation and Improvement  
of *The General Rules of Civil Law (draft)***

Chen Huabin

**Abstract:** In the era of early modern and contemporary civil code, the codification styles of Roman law and Germanic law have two entirely distinct attitudes toward whether to codify the general rules in the opening chapter of civil code. Establishing the general rules of civil code has both advantages and disadvantages. Since civil legal act, containing the declaration of will as its crucial element, is the result of the highest level of extracting the common factor in the whole private law field, it is reasonable for China to construct the general rules of civil (private) law, which takes the declaration of will as core concept, through the process of multi-layered abstraction. Thus, establishing the general rules chapter in our civil code and zealously codifying the general rules of civil law nowadays deserve an affirmative appraisal. The legislation of the general rules of civil law is the prior work (the first step) to the formulation of Chinese civil code. At present, although *The General Rules of Civil Law (draft)* made public by NPC Standing Committee seems concise, clear and distinct from its structural system, some provisions for crucial items are absent. For instance, provisions of “the limitation of exercising civil rights’ and civil obligations” are obvious omissions. Furthermore, *The General Rules of Civil Law (draft)* doesn’t adopt the concept of ‘legal act’ to replace ‘civil legal act’, and fails to adopt the concept of ‘mistake’ on the grounds of features of the new era and rapidly changes of social life but still adopts the concept and rules system of ‘gross misunderstanding’ and so on forth. All the omissions mentioned above should be weighted, modified and improved.

**Keywords:** the general rules chapter of civil code; *The General Rules of Civil Law (draft)*; constitution; innovation; improvement

(责任编辑: 幸颜静)

## 德国业务性促进自杀罪评析

王 钢\*

**摘 要:**德国立法者于2015年底在刑法中增设第217条“业务性促进自杀罪”,将以促进他人自杀为目的,业务性地向其提供、创设或介绍机会的行为规定为犯罪。这次立法旨在禁止死亡介助社团的活动、遏制有组织的自杀帮助行为,并未否定自杀参与行为原则上不具刑事可罚性的传统立场。尽管如此,该条规定仍然激起了德国学界的普遍反对。其不仅具有严重的违宪嫌疑,在刑法教义学方面存在诸多缺陷,从刑事政策的角度来看也颇具疑问。此次立法体现出了忽视公民自主决定权、过度扩张刑罚范围、臆测行为危险性和高估刑法对自杀预防的有效性等问题,我国应当引以为戒。

**关键词:**自杀 自杀参与 业务性促进自杀 自杀预防 自主决定

### 一、导言

2015年11月6日,德国联邦议院(Bundestag)在经过长达4小时的激烈辩论之后,以相对多数(360票赞成、233票反对、37票弃权或放弃投票)通过表决,将德国刑法第217条修订为“业务性促进自杀罪”。<sup>[1]</sup>该条由两款规定组成,全文如下:

#### 第217条 业务性促进自杀

以促进他人自杀为目的,业务性地向其提供、创设或介绍机会的,处三年以下有期徒刑或者罚金。

自身并非业务性地实施行为,且为第一款中所言之“他人”的亲属或者与其关系密切的共犯,不受处罚。

此次刑法修订在德国引发了巨大争议,鉴于我国学界近年来对于自杀行为违法性以及自杀参与行为可罚性的讨论,德国这次立法变动也引起了我国学者的关注。然而,由于未能充分认识德国刑法第217条的立法背景并正确诠释该条的构成要件,我国部分学者对该条规定的理解存在着偏差。例如,有论者在网络社交媒体中提出,德国刑法第217条的修订表明,德国已经放弃了自杀参与行为不具刑事可罚性的传统立场。这种见解并不符合事实。为了澄清误解、促进我国学界的相应研究,本文拟对德国新增设的业务性促进自杀罪进行解析。下文首先介绍第217条规定的立法背景,然后详细

\* 清华大学法学院讲师,法学博士。本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“刑法违法阻却事由与恐怖主义犯罪应对”(编号:14SFB50015)的阶段性成果。

[1] 历史上,德国刑法第217条规定的是杀婴罪,该罪名已于1998年废除。

阐释其构成要件及适用范围,再结合德国近年来的司法实践和学说发展,从宪法、刑法教义学以及刑事政策等方面对第 217 条的立法进行评析,在此基础上探讨该次立法对我国的借鉴意义。

## 二、立法背景

### (一) 自杀及其相关行为的不可罚性

#### 1. 自杀与自杀未遂

与其他许多欧洲国家不同,德国法很早就确立了自杀以及自杀未遂不具有刑事可罚性的基本原则。早在 1751 年,腓特烈大帝(Friedrich der Große)即废除了普鲁士法律中处罚自杀行为的规定。1796 年,腓特烈·威廉二世(Friedrich Wilhelm II.)废除了对自杀未遂的处罚。与此相应,1851 年的普鲁士刑法典未将自杀与自杀未遂视为犯罪行为。1871 年的德国刑法典也继受了这一传统,只字未提对自杀和自杀未遂的刑罚。<sup>[2]</sup>自 1945 年以来,德国刑法虽然历经了数次重大变革,但自杀与自杀未遂不具可罚性的基本原则却从未被动摇。相反,期间多个立法草案都曾建议,将德国刑法中故意杀人罪和谋杀罪有关“杀人”的表述修订为“杀害他人”,从而明确将自杀行为排除在相应构成要件范围之外。<sup>[3]</sup>虽然在过去半个多世纪的时间里,德国也偶有学者以自杀行为危及到了社会共同体的存续为由<sup>[4]</sup>或者基于全面否认自杀者自主决定之可能性的立场,<sup>[5]</sup>主张自杀行为符合故意杀人罪的构成要件并且具有违法性,但这种观点在学界几乎未能获得任何支持。其原因主要有两点:首先,从法益侵害的角度来看,德国学者们普遍认为,只要没有例外地波及他人,自杀行为就只是造成了自杀者自身的死亡,并未危及他人利益,故而不具有社会危害性与法益侵害性,不能构成刑事不法。<sup>[6]</sup>其次,依据体系解释,也难以认定自杀行为符合故意杀人和谋杀的构成要件。一方面,就法律后果而言,故意杀人罪和谋杀罪分别规定了有期徒刑与无期徒刑,但是在自杀既遂的场合,显然无法再对已经死亡的自杀者科处这些刑罚;另一方面,德国刑法第 212 条第 1 款规定,故意杀人的,处五年以上有期徒刑。据此,若认为自杀也符合故意杀人罪的构成要件,那么在自杀未遂时,即便依据第 23 条第 2 款和第 49 条第 1 款第 3 项的规定减轻处罚,对自杀者也仍然要科处两年以上有期徒刑。然而,根据德国刑法第 216 条,对受嘱托杀人的,也才处六个月以上五年以下有期徒刑,这就导致对自杀未遂的处罚在许多情况下都会重于既遂的受嘱托杀人。受嘱托杀人和自杀在主观方面没有本质差别,二者都以被害人自愿放弃生命为前提,但在客观方面,受嘱托杀人意味着行为人实施了杀害他人的行为,其不法程度明显高于自杀行为。若对未遂的自杀行为科处的刑罚重于既遂的受嘱托杀人,显然是无法容忍的体系矛盾。<sup>[7]</sup>基于这些理由,当前德国司法判例和学界的通说均认为,自杀行为不符合故意杀人罪和谋杀罪的构成要件,不具可罚性。

#### 2. 教唆、帮助自杀

既然自杀行为本身不具有可罚性,在德国法律体系中,教唆、帮助自杀等自杀参与行为也就不能

[2] Vgl. Rohrbach, Die Beteiligung am Selbstmord nach heutiger Rechtsauffassung und de lege ferenda, 1966, S. 16.

[3] Vgl. nur BT - Drucks. 4/650, S. 35.

[4] Vgl. Schmidhäuser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, FS - Welzel, 1974, S. 814 ff.

[5] Vgl. Bringewat, Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW 87 (1975), S. 625 ff.

[6] Vgl. nur Kühl, Strafrecht und Moral - Trennendes und Verbindendes, FS - Schreiber, 2003, S. 964.

[7] Vgl. Neumann, in: Nomos Kommentar, StGB, 4. Aufl., 2013, Vor § 211 Rn. 38 f.

构成刑事犯罪。事实上,在过去的150年间,德国立法者一直都坚持自杀参与行为不可罚的价值判断。<sup>[8]</sup> 1851年的普鲁士刑法典就已经放弃了对自杀参与行为的处罚。在1871年德国刑法典的制定过程中,虽然也有立法建议要求将自杀参与行为确定为刑事犯罪,但该建议在对草案的第一轮审议中即被否决。在整个20世纪中,尽管不时有处罚引诱自杀的立法议案被提出,但这些议案均未能造成法律的变更。<sup>[9]</sup> 与此相应,早在帝国法院时期,德国司法判例就确立了教唆、帮助他人自杀不具有可罚性的基本原则。<sup>[10]</sup> 这一基本原则也在德国学界<sup>[11]</sup>和现今的司法判例<sup>[12]</sup>中获得了广泛认同。在刑法教义学上,教唆、帮助自杀不可罚的原则主要从共犯说和自我答责原则两方面获得确证。共犯说从形式上否定自杀参与行为可以构成犯罪,其基于共犯从属性原则认为,既然自杀行为本身不符合构成要件,那么教唆或帮助他人自杀的,也就由于欠缺正犯的不法主行为不能构成共犯。<sup>[13]</sup> 相比之下,自我答责原则则从实质上阐释了教唆、帮助自杀不具可罚性的内在原因。因为自杀意味着自杀者自主决定选择死亡,其体现着自杀者处分自身生命的自由。只要自杀行为没有例外地侵犯其他法益,国家就没有理由对自杀者的这种自主决定加以干涉:其既不能直接禁止自杀行为,也不能禁止他人参与其中。此时自杀者应当对自主选择的死亡结果自负其责,对之进行教唆和帮助的,只是为自杀者的自主决定提供了建议或条件,同样由于欠缺法益侵害性不能构成犯罪。<sup>[14]</sup>

在绝大部分德国学者看来,教唆、帮助自杀不可罚的结论在刑事政策上也是妥当的。一方面,德国刑法已经为自杀者的生命法益提供了充分的保障。一旦行为人通过强迫或欺骗等方式利用被害人的意思瑕疵促使被害人实施自我杀害行为,其便构成故意杀人的间接正犯,并将因此而受到处罚。<sup>[15]</sup> 正因如此,在长达150余年的时间里,德国司法实务中并未出现因教唆、帮助自杀不可罚而导致的难以容忍的刑罚漏洞。另一方面,在绝大部分案件中,难以证明行为人的教唆、帮助行为与自杀行为之间的因果关系,故而也不宜增设教唆、帮助自杀等构成要件一律禁止自杀参与行为。<sup>[16]</sup>

### 3. 不作为犯

较有争议的是,自杀参与行为不具可罚性的原则是否同样适用于不作为犯。德国联邦最高法院第一刑事审判庭曾在1952年的判决中指出:“帮助自杀不可罚。但是,负有法律义务尽力防范对他人生命之危险并且认识到了这种义务的行为人,在能够阻止自杀时却并不阻止……原则上应当负担故意杀人……的刑事责任。”<sup>[17]</sup> 据此,即便自杀者是自主决定选择死亡,保证人也仍然有义务阻止其自杀或者对之加以救助。在1984年判决的维蒂希案(Wittig - Fall)中,联邦最高法院第三刑事审判庭虽然部分地缓和了这种立场,但却仍然认为,至少当自杀者由于自主决定的自杀行为丧失意识时,保证人仍然有义务对之加以救助,此外,任何人都基于第323c条(见危不救罪)的规定有义务阻止他人自

[8] Vgl. BGHSt 32, 367 (372).

[9] Vgl. F. Neumann, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat? 2015, S. 63 ff.

[10] Vgl. RGSt 70, 313.

[11] Vgl. Eser/Sternberg - Lieben, in: Schönke/Schröder Kommentar, StGB, 29. Aufl., 2014, Vorbem. § § 211 ff. Rn. 35 m. w. N.

[12] Vgl. nur BGHSt 32, 367 (371); BGHSt 46, 279 (284).

[13] Vgl. nur Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 35. Aufl., 2011, Rn. 43.

[14] Vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 156 ff.; Sax, Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, S. 146.

[15] Vgl. BGHSt 32, 38 ff.; BGH GA 1986, 508.

[16] Vgl. BT - Drucks. 4/650, S. 269 f.

[17] Vgl. BGHSt 2, 150.

杀或者对之进行救助。<sup>[18]</sup> 与此相对,除了个别学者之外,<sup>[19]</sup>德国学界目前几乎一致认为,保证人没有义务阻止他人自主决定的自杀,也没有义务对自杀者加以救助。因为作为义务的目的与意义在于防止对被害人的法益侵害,而不是在被害人不愿意接受保护时干涉其意志自由。当自杀者自主决定选择死亡时,法秩序没有理由强求他人进行干涉。此时应当认为被害人的自主决定权排除了保证人的作为义务,否则就是将保护义务不当地转化为了对被保护者的约束和管制。<sup>[20]</sup> 同样,对自杀者不加阻止或不予救助的,也不应构成第 323c 条的见危不救罪。一方面认为行为人可以向自杀者提供建议和帮助,另一方面又认为其基于第 323c 条的规定应当对自杀者加以救助,显然是自相矛盾的。况且,自杀是自杀者刻意导致的事件,其并不属于第 323c 条意义上的“不幸事故”,因此,对自杀者不加阻止或不予救助的,原本就不能符合该条的构成要件。<sup>[21]</sup> 虽然德国联邦最高法院迄今为止尚未明确放弃在前述判决中所持的立场,然而,在学界的持续影响下,同时也是出于对自杀者自主决定权的日益重视,德国司法实务界自 20 世纪 80 年代以来也愈发地倾向于认为,不作为地参与他人自杀的,同样不能构成犯罪。譬如,早在 20 世纪 80 年代末期,联邦最高法院第二刑事审判庭就认为,自杀者自主作出的自杀决定,应当比在维蒂希案中获得更多的重视。<sup>[22]</sup> 同一时期,慕尼黑高等法院更是明确指出,自杀者的自主决定排除他人的作为义务。<sup>[23]</sup> 2010 年,慕尼黑检察院再度明确了这一立场。<sup>[24]</sup> 2013 年,代根多夫地方法院也强调,维蒂希案的判决主旨违背患者的自主决定权,已经不合时宜。<sup>[25]</sup>

#### 4. 过失的场合

除此之外,德国学界和司法判例几乎没有争议地认为,过失地促进他人自杀行为的,也不具有可罚性。德国联邦最高法院在 20 世纪 70 年代就已经指出,既然故意地教唆、帮助自杀不是不法行为,那么出于公平,过失导致自杀就更不应当构成犯罪。<sup>[26]</sup> 最近的司法判例也同样坚持了这一立场:若认为故意的自杀参与不受处罚,而过失促进自杀行为的却构成犯罪,显然存在价值矛盾。<sup>[27]</sup> 德国学者们对这种判决结果也鲜有异议。因为自主决定的自杀不具有法益侵害性,自杀者的死亡结果并不构成刑法意义上的结果无价值,同时,自杀者的自主决定也阻却死亡结果和行为人过失行为之间的归责关系,故而不存在认定过失致人死亡的可能。<sup>[28]</sup>

### (二) 有组织的自杀帮助及其立法对策

如上所述,自杀以及自杀参与行为不可罚,是德国刑事立法、司法和学界长久以来共同遵循的基本原则。然而,近十余年来,德国及其周边国家却开始出现一些以帮助他人自杀为宗旨的社会团体(死亡介助社团),这种有组织地促进他人自杀的社会现象引起了德国政界的忧虑。为了防止教唆、帮助自杀常态化,德国联邦政府和部分州政府以及部分议员开始推动禁止教唆、帮助自杀的刑事立法,

[18] Vgl. BGHSt 32, 367 (373 ff.). 该案中,年迈的患者曾多次向其家庭医生维蒂希表达过自杀的意愿。案发当日,维蒂希医生发现患者在家中实施了自杀行为并因此陷入昏迷状态,却未对之加以救助。联邦最高法院第三刑事审判庭认为维蒂希医生违反了作为义务,但却以其在生命保护和尊重患者自主决定权之间陷入了良知冲突为由,否定了其刑事责任。

[19] Vgl. Herzberg, Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, ZStW 91 (1979), S. 565 ff.

[20] Vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, § 6 Rn. 53.

[21] Vgl. Schneider, in: Münchener Kommentar, StGB, Band 4, 2. Aufl., 2012, Vor § § 211 ff. Rn. 81 ff.

[22] Vgl. BGH NJW 1988, 1532.

[23] Vgl. OLG München NJW 1987, 2940 (2943).

[24] Vgl. StA München NSTZ 2011, 345 (346).

[25] Vgl. LG Deggendorf RDG 2014, 237 (238).

[26] Vgl. BGHSt 24, 342 (343 f.).

[27] Vgl. BGH NJW 2009, 2611.

[28] Vgl. nur Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 147.

并最终导致了第217条业务性促进自杀罪的设定。

### 1. 死亡介助社团

以帮助他人自杀为宗旨的死亡介助组织发源于瑞士,其中最为著名的是EXIT与DIGNITAS两个社团。虽然瑞士刑法第115条将出于自利目的引诱、帮助他人自杀规定为犯罪,然而,在瑞士司法实务中,绝大部分促进他人自杀的行为却都被认为缺乏自利目的,从而使得该条规定几乎没有现实意义。<sup>[29]</sup>这种司法现状也使得(非营利性的)死亡介助团体在瑞士的发展没有遭遇实质性的阻碍。这些团体最初在瑞士开展业务,吸引许多外国公民慕名前往,以在专业人士的帮助下实现放弃生命的愿望,从而导致了“死亡之旅”(Sterbetourismus)社会现象的出现。近年来,其开始将自己的业务范围扩展到其他一些欧洲国家。例如,DIGNITAS就于2005年在德国汉诺威市设置了分支机构。在这些社团的影响下,德国也开始形成类似的组织。2010年初,德国死亡介助协会(Sterbehilfe Deutschland e. V.)成立,开始以前述瑞士社团为榜样,在德国境内提供帮助自杀服务。

德国死亡介助协会章程指出,协会致力于确保自杀者直至生命最后时刻亦能实现其自主决定权,全力推动在德国和瑞士建设广泛和优质的舒缓医疗设施。此外,章程还将协会定位为非营利性组织,协会工作人员不得领取任何报酬或奖金。协会实施会员制,所有成年的德国或瑞士公民,以及在德国或瑞士拥有住所的外国公民,均可注册成为协会会员。为确保协会正常运营,会员需缴纳一定金额的会费。一般会员每年缴纳50欧元,正式会员每年缴纳200欧元,终身会员一次性缴纳2000欧元,特殊终身会员则需一次性缴纳7000欧元。协会只向后三种会员提供帮助自杀的服务。正式会员在入会三年之后方可申请帮助自杀服务,终身会员只需等待一年,而特殊终身会员享有优先权,无须等待。确实存在经济困难的会员,可以申请减免会费。协会的宣传材料指出,自杀帮助绝不因金钱而受挫。为彰显自身非营利性组织的性质,2012年9月,协会还在章程中增加了退还会费的规定:但凡在协会帮助下自杀身亡的会员,其所缴纳的会费将如数退还给其亲属。然而,此后一年多的实践表明,会费退还会造成协会的财政困难。因此,2014年初,协会又对章程进行修订,删除了退还会费的条款。

协会章程对于协助自杀的前提条件和实施流程也有着详尽的规定。会员提出帮助自杀的申请后,协会将首先审查该申请在法律上和伦理上是否具有正当性。提出申请的会员需详细填写调查问卷、签署知情同意书,并将所有书面材料寄回协会。第二步,对于通过书面审查的会员,协会将派遣工作人员前往其住所当面访谈,确认其真实意思。不仅会员本人,其亲属和关系密切人也应共同参与访谈,访谈内容全程录像。若会员的亲属或关系密切人反对会员自杀,协会便只在能够确保其不会对准备和实施自杀的过程加以干扰的前提下才提供帮助自杀的服务。作为流程的第三步,必须由一名医生检测确认提出申请的会员具备完全的认知能力和意思决定能力,并对此出具证明。会员可以自己联系医生进行检测,如果其无法找到合适的、愿意出具证明的医生,则由协会为其介绍医生。在该阶段,协会将谨慎考察会员放弃生命的决定是否受到了他人的影响,是否确实是会员深思熟虑后的、合理且坚定的决断。特别是对于因身患疾病而希望终结生命的会员,原则上要求其已周知通过医疗措施康复的可能性。如果协会对会员意志决定的坚定性存有疑问,则将其单独设置一段等候时间让其重新思考自己的决定。若在这段时间之后还是无法认为会员的死亡决定十分坚定,协会将拒绝协助其自杀。这里的决定性因素是会员的意志决定是否坚定,而不在于其具体的自杀动机。协会的自杀帮助并不以会员身患无法治愈的致命疾病为前提,会员出于其他原因希望放弃生命(例如因丧偶而不愿继续余生)的,并不当然地被排除在协助范围之外。在这一阶段,若会员的意志决定得以确认,则

[29] Vgl. Schwarzenegger, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., 2007, Art. 115 I. Kriminalstatistik.

协会批准其申请,之后不再主动与会员联系,静待其作出最终决定。待会员最终要求提供自杀帮助时,协会将再度与之探讨继续生存的可能性,此时若会员仍然坚持自杀决定,则进入流程的第四步即自杀帮助的具体实施。根据协会章程,协会的自杀帮助仅在德国境内进行。会员实施自杀行为之前,协会将详细向其讲解相应自杀方式的(失败)风险,若会员决定在自杀时让自己的亲属陪伴在身边,则协会还将向其亲属详细解释自杀方式的医学原理和其可能面临的法律风险。若会员决定由协会工作人员陪伴自己自杀,则协会工作人员会在双方约定的时间到会员的住所对其自杀行为进行协助。自杀帮助原则上不必有医生在场,但是,根据会员自身的身体状况或者其所指定的死亡方式,必须由医生提供协助时除外。在这种情况下,若非别无选择,之前为该会员出具认知能力证明的医生不得承担协助自杀的任务。<sup>[30]</sup>

截至2014年12月31日,德国死亡介助协会共吸纳了1067名会员,其中有162人在协会帮助下自杀身亡。2014年间,协会以上述方式协助44名会员实施了自杀,该年的自杀者平均年龄69岁,其中约61%为女性。<sup>[31]</sup>

## 2. 立法动议

尽管迄今为止并无证据表明DIGNITAS和德国死亡介助协会的业务活动有损自杀者的权益,德国政界却普遍对这些自杀帮助团体的存在和发展感到不安。因此,近年来在德国也出现了诸多立法动议要求修订刑法从而禁止有组织的自杀帮助行为。2006年,作为对DIGNITAS在汉诺威设置分支机构的直接回应,萨尔、蒂宾根和黑森三个联邦州政府联合提议立法禁止业务性地向自杀者介绍或创造自杀机会的行为。该提案虽然承认自杀与自杀参与行为不具有可罚性,但却否认公民享有(在他人帮助下)实施自杀的基本权利。提案认为,死亡介助社团并不向其客户强调继续生存的可能,而只是向其提供快捷有效的自杀方案,这可能促使对方过于草率地作出自杀决定,特别是可能使得老年人或重病患者产生应当选择结束生命,以免为他人增加负担的心理压力,并在这种压力的影响下不情愿地选择死亡。若这些社团实现了自杀的商业化,更是无法排除其工作人员为追求经济利益而引诱他人自杀的危险。因此,为妥善保护自杀者的生命法益,应当在刑法中增设第217条“业务性促进自杀罪”以禁止死亡介助社团的活动。该条应如是规定:“以促进他人自杀为目的,业务性地向其介绍或创设机会的,处五年以下有期徒刑或者罚金。”<sup>[32]</sup>显而易见,该立法提案采取了将业务性实施的自杀帮助行为正犯化,并(在维持自杀参与行为原则上不可罚的前提下)例外地对之予以处罚的模式。尽管提案小心翼翼地维护着自杀与自杀参与行为不可罚的原则,但其并未对自杀者的自主决定权予以充分重视,而且其所设置的法定最高刑与受嘱托杀人罪相当,显失均衡,因而在联邦参议院(Bundesrat)审议时即被否决。在2006年召开的第66届德国法律人大会议(der 66. Deutschen Juristentag)上,多数与会人员也对该提案表示了反对。<sup>[33]</sup>

时隔两年之后,巴登-符腾堡和巴伐利亚等13个联邦州政府于2008年再度提议立法禁止有组织的自杀促进行为。<sup>[34]</sup>该提案所阐释的立法理由与2006年的提案如出一辙,但在具体的立法建议上却有所不同。该提案要求增设第217条“职业性和有组织地帮助自杀罪”,该条第一款规定:“从事向他人提供或创设自杀机会的职业,或者成立以此为目的或以此为业的社团的,处三年以下有期徒刑或

[30] Vgl. Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt: Rechtsgutachten zum Verbot organisierter Sterbehilfe, 2015, S. 15 ff.

[31] Vgl. Benzin, Der Ausklang, 2015, S. 9 ff.

[32] Vgl. BR - Drucks. 230/06.

[33] Vgl. Beschlüsse 66. Deutscher Juristentag, 2006, Strafrecht, Beschluss IV. 3. a). 表决结果为37票赞成,73票反对,7票弃权。

[34] Vgl. BR - Drucks. 436/1/08.

者罚金。”第二款规定：“在精神上或经济上对第一款所规定之类型的社团起决定性作用的成员或非成员，等同处罚。”<sup>[35]</sup> 相比于2006年的提案而言，该提案的规定从处罚有组织的自杀帮助行为转向了处罚成立或运营死亡介助社团，将可罚性大幅前置，以至于其至多只是在“间接”保护自杀者的生命法益。这与第217条在德国刑法中所处的体系地位（针对生命法益的犯罪）不符。此外，由于提案仅禁止职业性的自杀帮助，政界普遍担忧，如此立法反而会使得非营利性，也即非职业性的死亡介助社团获得“免死金牌”，从而促进其发展壮大。最后，第二款规定中“决定性作用”等表述也过于模糊，未能明确可罚性的范围。鉴于这种种缺陷，虽然2008年的立法提案降低了有组织的自杀帮助行为的法定刑，但同样未能通过联邦参议院的审议。

2010年，莱茵兰-法耳次州政府继而提出，应当在刑法中增设第217条“宣扬自杀帮助罪”。该条规定，以获取财产利益为目的或者以特别可憎的方式公开提供、预告或者称赞帮助他人自杀的服务或实施自杀的方式、工具或程序的，处两年以下有期徒刑或者罚金。如果宣扬行为致使他人实施了自杀，则处三年以下有期徒刑或者罚金。<sup>[36]</sup> 该提案同样将可罚性大幅前置，而且也未精准地限定可罚行为的范围，亦未获采纳。

2011年，德国联邦政府也提议增设第217条“职业性促进自杀罪”。鉴于前两次立法提案的挫败，该方案回归了2006年提案的路径，即在特定条件下对自杀帮助行为本身予以处罚。根据提案，第217条第1款应当规定：“蓄意且职业性地向他人提供、创设或介绍自杀机会的，处三年以下有期徒刑或者罚金。”第2款规定：“非职业性地实施行为，且为第一款中所言之他人的亲属或者与其关系密切的共犯，不受处罚。”<sup>[37]</sup> 该提案虽然避免了2006年方案中法定刑过高的缺陷，也并未像2008年和2010年的提案一样过度前置可罚性，其甚至还特别通过第2款规定限制了处罚范围，但仍然未能在联邦议院获得多数认同。其原因主要在于，该方案依然强调自杀帮助行为的职业性即行为人的获利目的，实际上难以阻止非营利性的死亡介助社团的活动。即便在支持立法禁止有组织的自杀帮助行为的议员中，大部分意见也认为这完全与立法目的背道而驰。

尽管各级政府的立法提案最终都未获通过，但经过多年的努力，应当通过刑法禁止有组织的自杀帮助行为，逐渐成为了政界的主流见解。进入2015年之后，各党议员持续在联邦议院提出了各种版本的立法建议。有提案要求增设多个条文分别确立帮助自杀不可罚的原则和例外情况下对之予以处罚的前提条件，<sup>[38]</sup> 甚至也有提案要求增设第217条全面禁止教唆、帮助自杀行为。<sup>[39]</sup> 最终，由诸多议员于2015年7月1日联名提出的立法议案吸收了之前四个政府议案的经验，在联邦议院凝聚了最广泛的共识，成功获得表决通过。这便是前文所述的德国刑法新第217条“业务性促进自杀罪”。<sup>[40]</sup>

### 三、条文解析

根据第217条的表述，业务性促进自杀罪在客观方面要求行为人业务性地实施了促进他人自杀的行为，也即业务性地为他人提供、创设或者介绍自杀机会。主观方面，行为人必须具有故意，并且要

[35] Vgl. BR - Drucks. 436/08, S. 4.

[36] Vgl. BR - Drucks. 149/10.

[37] Vgl. BT - Drucks. 17/11126.

[38] Vgl. BT - Drucks. 18/5375.

[39] Vgl. BT - Drucks. 18/5376.

[40] Vgl. BT - Drucks. 18/5373.

具备促进他人自杀的目的。除此之外,该条第2款还规定了个人的刑罚排除事由。对于该条规定,详解如下。

### (一) 客观构成要件

#### 1. 自杀的定义

第217条只将促进他人自杀的行为规定为犯罪,自杀行为本身并不受处罚。这虽然是在德国刑法条文中首次出现“自杀”概念,但是德国学界与司法判例长期以来在对自杀以及教唆、帮助自杀的案件处理中却早已形成了较为固定的对“自杀”的定义。根据这种立场,自杀意味着自杀者自主决定通过自己的行为放弃自身生命。

在主观方面,自杀者必须是自主决定地选择死亡,其必须能够正确认识并评估放弃生命的意义和影响,并且其放弃生命的意志决定不能存在重大意思瑕疵。当被害人不能认识到自己的行为会造成死亡结果时,当然不能认其构成自杀,此时对被害人进行欺骗的行为人应当构成故意杀人的间接正犯。<sup>[41]</sup> 即便被害人认识到了发生死亡结果的可能,但若其并未意欲或放任死亡结果发生,而是相信或者希望死亡结果不会出现的,也不能构成自杀。<sup>[42]</sup> 此外,为确保自杀者是自愿地放弃生命,德国司法判例和学界的多数见解均认为,当被害人陷入动机错误,未能正确认识到自身死亡的目的与意义时,其选择死亡的意志决定存在重大瑕疵,不能认定其自主决定实施自杀。因此,行为人企图杀害极为依恋自己的丈夫,于是假意与其相约一起服毒自杀,在丈夫服下致死的毒药之后,行为人却拒绝服毒的,德国联邦最高法院认定丈夫的行为不属于自杀,行为人构成故意杀人的间接正犯。<sup>[43]</sup>

在客观方面,自杀者必须“自己杀死自己”。换言之,在将不可逆转地造成死亡结果的最后关键时刻,必须是自杀者自己事实性地支配着事态的发展,决定了是否以及以何种方式死亡。<sup>[44]</sup> 唯有在这种严格的限制下,才能确保自杀者直到最后一刻都掌握着自己的生命,也才能认为自杀行为所体现的是自杀者的真实意志。<sup>[45]</sup> 相反,如果行为人在最后关键时刻控制了事态,从而排除了被害人最终决定放弃自杀行为的可能,或者至少造成了妨碍被害人自主决定生死的(即便是抽象的)危险,就应当成立他杀而非自杀。当然,“自己杀死自己”并不意味着自杀者只能通过自己的行为直接造成死亡结果。若被害人利用自己相对于行为人的优势认知支配了导致死亡的整体情势,仍然存在认定自杀的余地。因此,被害人对行为人谎称枪中并无子弹,让行为人持枪向自己扣下扳机,从而中弹身亡的;<sup>[46]</sup> 瘫痪在床的患者谎称为满足自己的性癖好,让护理人员在寒冷天气将自己裸体封闭在垃圾桶里,因而窒息丧生的,<sup>[47]</sup> 德国学界的多数意见均肯定被害人构成自杀。<sup>[48]</sup> 类似地,在被害人与行为人共同支配着导致死亡结果的行为时,只要被害人事实上在最后关键时刻能够凭借自己的力量摆脱行为人的影响,就仍然应当肯定被害人构成自杀。据此,被害人让行为人将一氧化碳引入车厢,或者让行为人打开房间的煤气开关,若其明知可以轻易离开车厢或房间却停留在原地吸入有毒气体身亡,<sup>[49]</sup> 应当肯定被

[41] Vgl. BGHSt 32, 38 ff.

[42] Vgl. Niestroj, Die rechtliche Bewertung der Selbsttötung und die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung, 1983, S. 6.

[43] Vgl. BGH GA 1986, 508.

[44] Vgl. Roxin, Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 184.

[45] Vgl. Jakobs, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 22 ff.

[46] Vgl. OLG Nürnberg NJW 2003, 454 f.

[47] Vgl. BGH NJW 2003, 2326 ff.

[48] Vgl. Roxin, Selbstmord durch Einschaltung eines vorsatzlosen Tatmittlers, FS - Otto, 2007, S. 441 ff.

[49] Vgl. BGHSt 19, 135 ff.

害人构成自杀。同理,在被害人与行为人分别同时按下开关才能引爆炸药炸死被害人,以及被害人根据与行为人的事前计划主动扑到后者驾驶的卡车前被撞死等案件中,也都成立自杀。<sup>[50]</sup>

由于德国司法判例和学界都对自杀采取了严格的定义,只在被害人“自己杀死自己”的场合才肯定构成自杀,安乐死和自杀便成为了应当被严格区分开来的概念。两者虽然在主观方面的成立条件基本相同,但在客观方面,安乐死意味着通过他人行为终结被害人的生命,故而与自杀存在着本质差别。也正因如此,第217条的规定并不适用于安乐死的案件:由于该条客观要件仅限于促进他人自杀,第217条自始便与安乐死无关。

## 2. 促进行为

第217条的罪名虽然被表述为“促进”自杀,但这种对构成要件行为的概括实际上并不十分准确。因为法条本身其实只是要求行为人主观上具备促进他人自杀的目的,本罪的构成要件行为并不是以任何方式对他人自杀行为加以“促进”,而是仅限于向他人提供、创设或介绍实施自杀的机会。只是出于表述上的方便,本文亦使用“促进行为”这一概念。从立法材料来看,对于本罪的构成要件行为应当加以严格限制。特别是,为了避免过度扩张处罚范围、侵犯公民的行为自由与言论自由,不能将任何有关自杀的意见交流或者支持自杀的观点表达都认定为本罪所规定的犯罪行为。只有向他人提供、创设或介绍具体的自杀机会的行为,才能符合第217条的构成要件。

所谓“提供”或“创设”机会,是指创造使自杀行为成为可能或更容易实施的外在条件。提供与创设行为的区别在于:在前者的场合,行为人已经支配着能够促进他人自杀行为的外在条件,其只是将这种自己支配之下的条件供应给他人;而在后者的场合,行为人还必须自己先创造出相应的条件。不论是提供还是创设,都要求行为人必须是为他人实施自杀创造了事实上的可能性。其必须是在个案中直接使得他人具体的自杀行为成为可能或者至少有典型地能够促进他人自杀行为的举动。立法材料指出,向自杀者提供自杀用的毒药或自杀场所的,属于向其提供或创设了自杀机会。相反,单纯从心理上对他人加以影响或者向他人传达有关实施自杀的信息的,尚不足以被认定为提供或创设自杀机会。死亡介助社团向他人散布宣传自杀的资料或传单,解答他人关于自杀的疑问或回应他人相关咨询的,并不因此构成本罪。对于“介绍”自杀机会,也应限制性地予以把握。其要求行为人事事实上确实有意图实施自杀的自杀者与能够为其提供或创设自杀条件的帮助者之间建立起联系,并且必须至少使得双方都表示原则上愿意提供和接受相应的自杀帮助。据此,虽然介绍自杀机会并不以自杀者与愿意向其提供或创设自杀条件的帮助者之间进行当面交流为成立前提,但是,若行为人只是向自杀者提供了广为人知的自杀信息(例如死亡介助社团的地址信息),不能认定其向自杀者介绍了自杀机会。<sup>[51]</sup>

另一方面,行为人只要向他人提供、创设或介绍了自杀机会,就已经符合第217条所规定的构成要件行为。至于他人是否利用相应的机会着手或者成功实施了自杀行为,则非所问。立法理由明确指出,第217条是共犯行为的正犯化,该条的适用并不以自杀者着手实施自杀行为为前提。<sup>[52]</sup>

## 3. 业务性

第217条只将“业务性”(geschäftsmäßig)地向他人提供、创设或介绍自杀机会的行为规定为犯罪。德国立法者此处对于“业务性”这一概念的采用颇为引人注目,因为该概念在德国刑法中其实极为罕

[50] Vgl. Neumann (Fn. 7), Vor § 211 Rn. 54.

[51] Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 13, 18.

[52] Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 16.

见。除了第 217 条之外,现行德国刑法只在第 206 条中使用了“业务性”一词。该条规定,行为人将其作为业务性地提供邮政或电信服务之企业的所有者或职员而获知的属于邮政或电信秘密的事实非法告知他人的,构成侵犯邮政、电信秘密罪。显而易见,即便在该条规定中,“业务性”也并不属于具有重要意义构成要件要素,其对确定构成要件行为毋宁只具有间接意义。因此,德国司法判例和刑法学界对这一概念都关注甚少。只是根据《邮政法》第 4 条和《电信法》第 3 条的规定,刑法学界普遍将第 206 条意义上的“业务性”提供邮政或电信服务理解为持续性地从事邮件寄送或向他人提供电信服务,不论是否出于获利目的。<sup>[53]</sup> 相比之下,德国刑法在许多条文中都使用了与“业务性”近似的“职业性”(gewerbsmäßig)概念,例如第 243 条中的职业性盗窃、第 263 条中的职业性诈骗以及第 253 条中的职业性敲诈勒索等等。由于涉及条文较多,德国司法判例在长期的司法实践中也形成了对“职业性”概念较为明确的定义。根据德国司法判例,“职业性”地实施犯罪是指行为人企图通过反复实施相应的犯罪行为为自己创设持续性的、具有一定规模的收入来源。<sup>[54]</sup>

虽然“职业性”概念的内涵远比“业务性”概念更为明确,但立法者在第 217 条中却仍然选择了“业务性”的表述。其原因在于,“职业性”概念以行为人具有获利目的为前提,而“业务性”概念却并无这种限制。本罪立法理由指出,第 217 条旨在防止行为人影响自杀者的意志决定从而危及后者的生命法益,其必须防止自杀成为一种摆脱困难处境的常态方案,故而不能将处罚范围局限于行为人企图通过促进他人自杀谋取利益的场合。因为即便行为人主观上没有获利目的,其(意图)反复实施促进他人自杀的行为也同样存在损害自杀者自主决定的危险。事实上,在瑞士和德国成立的死亡介助社团基本都属于非营利性组织,若采用“职业性”概念,第 217 条将无法规制这些社团的行为,从而使立法意图完全落空。正因如此,如前文所述,在自 2006 年以来的立法尝试中,但凡使用了“职业性”概念的立法提案均未能通过审议。与此相应,德国立法者也将第 217 条意义上的“业务性”定义为:行为人将向他人提供、创设或介绍自杀机会作为其工作中持续性或重复性的一部分。至于其是否具有获利目的,是否将自杀促进行为与其他经济性或职业性活动相联系,则非所问。<sup>[55]</sup>

需要注意的是,“业务性”概念虽然不要求行为人主观上具有获利目的,但却要求行为人意图持续性或重复性地实施自杀促进行为。在这一点上,其与“职业性”的内涵大体相同。因此,若行为人只是在具体案件中出于“仅此一回”的意思为自杀者提供、创设或介绍了自杀机会,并不构成本罪。当然,这里的持续性或重复性并不以行为人客观上确实已经反复实施了自杀促进行为为前提,而是只需行为人具有持续或重复实施的目的即可。据此,若行为人主观上具有反复实施的意图,但却在第一次向他人提供、创设或介绍自杀机会时就案发的,同样符合了第 217 条的客观构成要件。<sup>[56]</sup>

## (二)主观构成要件

行为人主观上必须对第 217 条客观构成要件要素的实现至少具有间接故意。此外,其还必须具有促进他人自杀的目的,也即其必须是出于蓄意促进他人自杀的意图实施行为。需要注意的是,认定本罪的目的只需行为人对于自杀“促进”具有一级直接故意即蓄意,却并不要求其对他人的“自杀”本身也具有相同的意思。换言之,即便行为人对于他人自杀行为的实施只具有间接故意的心态,只要其蓄意向自杀者提供、创设或介绍了自杀机会,也同样符合本罪的主观构成要件。例如,行为人为方便

[53] Vgl. *Altenhain*, in: Münchener Kommentar, StGB, Band 4, 2. Aufl., 2012, § 206 Rn. 15 ff.

[54] Vgl. BGH NStZ 2008, 282.

[55] Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 16 f.

[56] Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 17.

自杀者在万不得已时实施自杀而向其提供毒药,但内心却真挚地希望自杀者不必选择死亡的,依然具有第217条意义上促进他人自杀的目的。

### (三)个人刑罚排除事由

根据第217条第1款的规定,非业务性地促进他人自杀的行为人,不能作为本罪的正犯受到处罚。然而,根据共犯理论,非业务性地教唆或帮助他人业务性地促进自杀者实施自杀行为的,仍然可以构成本罪的共犯。例如,行为人明知正犯业务性地为他人提供自杀条件,却为正犯进行宣传或对正犯行为加以支持和帮助的,即便其本身欠缺持续或反复实施的意图(故而不符合“业务性”的限制),也可以就正犯的业务性促进自杀行为构成帮助犯。这种处理方式固然符合刑法学理,但却可能在部分案件中导致不合适的结果。譬如,若自杀者饱受病痛折磨希望放弃生命,其亲属遂出于怜悯驱车将之送往业务性促进自杀的社团,使其在社团帮助下完成自杀的,该亲属也会因构成业务性促进自杀的共犯受到处罚。这种结论恐怕违反一般的正义观念。因此,为了避免这种令人难以接受的结果,德国立法者特地设置了第217条第2款,将非业务性实施行为的自杀者亲属或其他与自杀者具有密切关系的行为人排除在共犯处罚范围之外。因为在立法者看来,这些行为人自身已经承受着巨大的精神痛苦,其行为不具有当罚性。<sup>[57]</sup>

根据第217条第2款的表述,只有当行为人自身非业务性地实施行为,并且是自杀者的亲属或关系密切人时,才能根据该款规定认定其不构成犯罪。换言之,对于该款规定的适用而言,“非业务性”与“关系密切(包括亲属)”两个条件缺一不可。对于“亲属”的范围,应当根据德国刑法第11条第1款第1项进行认定。其包括自杀者的直系血亲、直系姻亲、配偶、伴侣、兄弟姐妹、兄弟姐妹的配偶或伴侣、配偶或伴侣的兄弟姐妹以及与自杀者订婚的人等。对于其他“关系密切”人的认定,则与德国刑法第35条(免责的紧急避险)中的标准相同。原则上,只有当行为人与自杀者具有较为长期的交往关系,对之存在类似亲属的关切时,才可能肯定其与自杀者具有密切关系。例如,与自杀者长期恋爱的男(女)朋友、自杀者亲密的同性朋友、与自杀者形成紧密生活共同体乃至事实婚姻的伙伴等均可被认为与自杀者具有密切关系。相反,自杀者的邻居、同事、球友等,一般不足以被评价为自杀者的关系密切人。<sup>[58]</sup>

## 四、立法评述

虽然修订后的第217条已于2015年12月10日生效,但此次的立法变动所体现的绝不是德国刑法学者或司法工作者们的共识。事实上,德国学界对于增设业务性促进自杀罪几乎呈现出一边倒的反对态势。例如,希尔根多夫(Hilgendorf)和罗泽瑙(Rosenau)两位教授就于2015年联名出具意见书,坚决反对在刑法中设置帮助自杀的罪名。截至2015年5月,该意见书已经获得了多达147名德国刑法学者的署名支持。署名者中包括139名教授和8名科研人员,罗克辛(Roxin)、雅各布斯(Jakobs)、许迺曼(Schünemann)、弗里施(Frisch)等诸多知名教授也均悉数在列。<sup>[59]</sup>此外,德国联邦最高法院费舍尔(Fischer)法官亦撰文激烈地抨击此次立法动议纯粹是“无理取闹”。<sup>[60]</sup>这些来自刑法学界和司

[57] Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 19.

[58] Vgl. Müssig, in: Münchener Kommentar, StGB, Band 1, 2. Aufl., 2011, § 35 Rn. 19.

[59] Vgl. Hilgendorf/Rosenau u. a., Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe.

[60] Vgl. Fischer, Absurdes Spektakel um den Tod, Die Zeit v. 29.9.2015.

法实务界的反对意见不无道理。第 217 条的构成要件不仅在刑法教义学上存在诸多缺陷,从刑事政策与宪法的角度来看,该条规定也难以令人满意。下文将依次从宪法、刑法与刑事政策三个方面对业务性促进自杀罪进行评析。

### (一) 宪法方面

从宪法方面来看,第 217 条的规定属于对自杀者基本权利的不当干涉,其忽视自杀者自主决定权的基本立场也与欧洲人权法院的判决相悖。

#### 1. 自杀的基本权利

德国《基本法》第 1 条第 1 款第 1 句规定,人性尊严不可侵犯;第 2 条第 2 款第 1 句规定,每个人都享有生命权和身体完整权。部分德国司法判例和学者曾经认为,人虽然享有生命权,但却并不享有处置自身生命的权利。因为,既然生命不容侵犯,国家就有义务制止任何有损生命的举动,即便是自愿放弃自身生命的行为也不被允许。<sup>[61]</sup> 特别是,生命是人性尊严的基础,自杀行为不仅危及自杀者的生命,更有损其不可放弃的人性尊严。联邦最高法院第五刑事审判庭甚至在 2001 年的判决中还宣称,根据《基本法》的价值决断,自杀原则上属于违法行为。<sup>[62]</sup> 然而,这种见解当前在德国已经过时。从《基本法》关于人性尊严和生命权的规定中无法推导出禁止自杀的结论。首先,从历史渊源来看,德国《基本法》对于人性尊严和生命权的强调都源自于对纳粹政权极权统治的深刻反思。这些规定旨在明确任何人的生命都应当受到平等对待的价值观念,并禁止国家滥用权力侵犯公民的尊严与生命。<sup>[63]</sup> 这显然与禁止自杀没有任何关联。如果依据这些规定否定公民放弃生命的自由,就未免将《基本法》对公民尊严和生命的保护转化成了公民无论如何都必须继续生存的义务,从而与这些规范的原初目的背道而驰。其次,从德国法律体系来看,尊严和生命虽然无可争议地属于法秩序中的最高价值,<sup>[64]</sup> 但这并不意味着对生命的绝对保护。事实上,刑法中的正当防卫以及警察法中的营救性射杀<sup>[65]</sup> 等规定均表明,法秩序对生命权的保护绝非毫无例外。再次,以人性尊严论证自杀违法性的见解也欠缺说服力。随着现代自由主义思想的传播,人性尊严不容放弃的立场已经难以为继。况且,即便是在康德(Kant)的学说体系中,自杀也只是因违反道德法则被视为伦理学的议题,康德本人亦未将自杀视为违反法律的行为。<sup>[66]</sup> 最后,自主决定权恰好是人性尊严的核心内容,<sup>[67]</sup> 通过限制自杀者处分生命的自主决定权来维护其人性尊严,原本就是自相矛盾的立场。

当然,另一方面,不论是德国《基本法》的规定还是联邦宪法法院的判决都不曾明确承认自杀属于自杀者的基本权利。然而,根据当前德国司法实务界和宪法学界的多数见解,却不难得出这一结论。

首先,德国司法判例和学界普遍承认,患者享有通过拒绝治疗放弃自身生命的基本权利。德国联邦宪法法院指出,《基本法》第 2 条第 2 款第 1 句规定的身体完整权不仅保障公民身体完整的事实状态,同时也保障公民自主决定是否以及在何种条件下放弃身体完整性的自由权利。<sup>[68]</sup> 因此,尊重患

[61] Vgl. VG Karlsruhe NJW 1988, 1536 (1537).

[62] Vgl. BGHSt 46, 279 (285).

[63] Vgl. BVerfGE 39, 1 (36 f.).

[64] Vgl. BVerfGE 75, 369 (380); BVerfGE 115, 118 (139).

[65] 譬如德国巴符州《警察法》第 54 条第 2 款规定,为挽救被害人的生命或者使其免受重大的身体伤害,警察在不得已时可以射杀行为人。

[66] Vgl. Kühl, Fünf Kapitel aus dem Buch über (Straf-)Recht und Moral, FS - Schünemann, 2015, S. 163.

[67] Vgl. Hufen, In dubio pro dignitate: Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, S. 851.

[68] Vgl. BVerfG NJW 2011, 2113 (2114).

者的自主决定权属于医生职责中的重要内容。<sup>[69]</sup>与此相应,德国司法判例多年来也一直将患者的自主决定权视为判断医疗行为合法与否的决定性标准。据此,有损患者身体完整性的手术等医疗行为,即便其本身符合医学行业规范,也只有在获得患者承诺时才能合法化。当患者拒绝接受治疗时,医生不得擅自对之加以救治,即便拒绝治疗会导致患者死亡,也同样如此。德国联邦最高法院指出:“对于拒绝接受可以挽救生命之治疗行为的患者,医生也必须尊重《基本法》第2条第2款第1句赋予其的身体完整权。”<sup>[70]</sup>此时不允许其他任何人以所谓的理性标准擅自替患者进行决断。<sup>[71]</sup>这种立场也被贯彻在了消极安乐死的场合。正是出于对患者自主决定权的重视,医护人员根据患者意志放弃治疗措施致使患者自然死亡的,才不构成犯罪。<sup>[72]</sup>由此可见,“消极自杀”,即通过拒绝接受救治而放弃生命,其实是实现自杀者基本权利的合法行为。

其次,既然消极自杀属于合法行为,那么同样基于尊重公民自主决定权的立场,就没有特别的理由将积极终结自身生命的自杀行为排除在基本权利的保障范围之外。<sup>[73]</sup>事实上,德国宪法学界虽然在20余年前才开始探讨自杀者的基本权利,但当前宪法学界的绝大多数见解都肯定公民享有自主决定放弃自身生命的自由。只是在将这种自由归入何种基本权利的保障范围这一问题上,学界目前还存在分歧。有论者认为,自杀是生命权所保障的内容,<sup>[74]</sup>亦有论者将自杀归入一般人格权<sup>[75]</sup>或者人性尊严<sup>[76]</sup>的保障范畴,多数见解则将自杀视为一般行为自由的体现。<sup>[77]</sup>不论采用何种路径,自杀的基本权利都包含两方面的权能:在消极方面,和其他基本权利一样,自杀的基本权利也具有防御权功能,其导致国家有义务尊重自杀者放弃生命的自主决定,不得禁止自主决定的自杀行为;同时,在积极方面,自杀的基本权利也使得自杀者有权请求他人提供自杀的建议和帮助,以便使自己按照自主意愿结束生命。特别是当自杀者由于身体残疾等缺陷无法独立完成自杀行为,或者当其希望以特殊方式(例如通过服用特殊药剂无痛苦地)死亡时,自杀基本权利的积极权能具有重要的现实意义。虽然这种积极权能并不意味着自杀者可以强求他人为自己的自杀行为提供支持和协助,因为被要求的对方也可以基于自身的基本权利(例如良知自由、一般行为自由等)拒绝其请求,但是,倘若他人愿意向自杀者提供建议和帮助,则国家也同样不得禁止这种自杀促进行为。否则,国家将不仅干涉了协助者的行为自由,更会使得自杀者无法实现放弃生命的自主意愿,从而干涉自杀者的基本权利。<sup>[78]</sup>

德国宪法学界肯定自杀的基本权利的立场也为欧洲人权法院的判决所印证。在近年来的判决中,欧洲人权法院亦逐步确立起了自杀者享有自主放弃生命之自由权利的基本原则。

在欧洲人权法院2002年判决的“普雷蒂(Pretty)诉英国”案中,高位截瘫、时日无多的英国公民普雷蒂为了避免病痛折磨,希望在丈夫的帮助下实施自杀。由于英国刑法将帮助自杀规定为犯罪,普雷蒂遂恳请英国检察机关事后不要追究其丈夫的刑事责任,但却遭到拒绝。随后,其起诉至欧洲人权法院。虽然在该案判决中,欧洲人权法院认为,不能从《欧洲人权公约》第2条(生命权)和第3条(禁止

[69] Vgl. BVerfGE 52, 130 (171).

[70] BGHSt 32, 367 (378).

[71] Vgl. BGHSt 11, 111 (113 f.).

[72] Vgl. BGHSt 40, 257 (260).

[73] Vgl. Lang, in: Beck'scher Online – Kommentar, GG, 27. Edition, Stand: 1.3.2015, Art. 2 Rn. 58.

[74] Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 26. Aufl., 2010, Rn. 419.

[75] Vgl. Möller, Selbstmordverhinderung im freiheitlichen Staat, KritV 2005, S. 233 f.

[76] Vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig Kommentar, GG, 75. Lieferung, 2015, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89.

[77] Vgl. Epping, Grundrechte, 5. Aufl., 2012, Rn. 106.

[78] Vgl. Lindner, Verfassungswidrigkeit des – kategorischen – Verbots ärztlicher Suizidassistenten, NJW 2013, S. 136 f.

酷刑和非人道待遇)的规定中引申出公民决定自身生死的权利,但是,其却基于公约第8条的规定肯定了公民自主决定权的重要价值。《欧洲人权公约》第8条第1款规定,人人享有使自己的私人生活得到尊重的权利。欧洲人权法院据此认为,公民在特定时间以特定方式放弃生命的自主决定也应当受到尊重,其有权请求他人对自杀行为予以协助。因此,欧洲人权法院认为,“不能排除”英国禁止帮助自杀的刑法规定干涉自杀者人权的的可能性。<sup>[79]</sup>虽然本案判决最终以相关刑法规定在英国司法实务中的适用存在弹性为由,认定其仍然符合比例原则,但是,《欧洲人权公约》第8条第1款的规定中蕴含着放弃生命的自由权利这一判决主旨,随后却为欧洲人权法院所承继。在2011年判决的“哈斯(Haas)诉瑞士”案中,欧洲人权法院更是对此明确予以肯认。该案判决甚至特别强调,自杀者这种自主决定在何时以何种方式死亡的自由“不能只是停留在理论上的虚假权利”。<sup>[80]</sup>在2012年判决的“科赫(Koch)诉德国”案中,德国公民科赫的妻子瘫痪在床,为实施自杀,其请求德国联邦药品与医用器材管理局(BfArM)批准其获取致死剂量的戊巴比妥钠。在申请被拒绝后,其向德国科隆行政法院提起行政诉讼,败诉后上诉至明斯特高级行政法院并向德国联邦宪法法院提起宪法诉愿,但均被裁定不予受理。欧洲人权法院认为,德国法院和联邦宪法法院的这种态度侵犯了公民依据《欧洲人权公约》第8条第1款所享有的尊重私人生活的权利。<sup>[81]</sup>在2013年判决的“格罗斯(Gross)诉瑞士”案中,欧洲人权法院的立场又向尊重自杀者自主决定权的方向前进了一步。在该案中,瑞士公民格罗斯向多名医生求助,希望对方为自己开具获得戊巴比妥钠的处方,以便无痛苦地实施自杀。然而,由于瑞士尚无法律规定何时允许向自杀者提供自杀药剂,所有的医生都拒绝了格罗斯的请求。欧洲人权法院认为,虽然格罗斯并未患有显著的生理或心理疾病,但其依然享有自主决定放弃生命的权利。瑞士关于提供自杀药剂的立法缺陷导致医生因担心自身责任不敢向自杀者提供可以无痛苦地致死的药物,从而限制了自杀者选择死亡的自由,构成对其尊重私人生活权的侵犯。<sup>[82]</sup>

由此可见,欧洲人权法院当前已将自主决定放弃生命的权利视为《欧洲人权公约》第8条规定的尊重私人生活权的固有内涵。这种立场对于德国法秩序而言意义重大。自20世纪80年代以来,德国联邦宪法法院就一直主张,对《基本法》的解释和适用必须与《欧洲人权公约》的内容和发展状况相适应,<sup>[83]</sup>而欧洲人权法院的判例历来也被视为确定基本权利之内涵和范围的重要标准。<sup>[84]</sup>既然如此,肯定公民放弃生命的自主决定权也是为德国《基本法》所保障的基本权利,才是妥当的立场。据此,德国刑法第217条业务性促进自杀罪的规定通过对自杀促进行为的限制,也间接地侵犯了自杀者的基本权利。

## 2. 对基本权利的限制

当然,如同其他的基本权利一样,自杀的基本权利也可能受到限制。在符合比例原则的前提下,立法者完全可以通过刑事立法的方式限制自杀者处分自身生命的自由。换言之,前文虽然肯定第217条的规定干涉了自杀者的基本权利,但是,如果该规定本身符合比例原则,则立法者对自杀者自由权利的干涉就可以合法化,从而并不构成对自杀者基本权利的侵犯。众所周知,比例原则要求国家对公民基本权利的干预必须遵从正当目的,所采取的干预方式必须适于达成该目的并且属于最低限度的

[79] Vgl. EGMR, Urteil v. 29. 4. 2002 - 2346/02, NJW 2002, 2851 (2853 ff.).

[80] Vgl. EGMR, Urteil v. 20. 1. 2011 - 31322/07, NJW 2011, 3773 (3774 f.).

[81] Vgl. EGMR, Urteil v. 19. 7. 2012 - 497/09, NJW 2013, 2953 (2955 f.).

[82] See ECtHR, Case of Gross v. Switzerland (Appl. no. 67810/10), 14 May 2013, paras. 63 - 67.

[83] Vgl. BVerfGE 74, 358 (370).

[84] Vgl. BVerfGE 128, 326 (367 f.) m. w. N.

必要措施,最后,国家干预措施对公民权利的损害还必须处于合适的范围之内。特别是,考虑到刑法是保护法益的最终手段,只有当相应行为特别具有社会危害性、严重危及有序的社会共同生活,因而急需对之予以制止时,立法者通过设置刑法规范限制行为人自由的举措才符合比例原则,相应的刑法条文也才具有合宪性。<sup>[85]</sup>然而,下文的分析将表明,第217条业务性促进自杀罪的规定欠缺明确的合法目的,其并非达成立法者所宣称之保护目的之合适方式,且构成对自杀者自由权利的过度干预。有鉴于此,应当认定第217条对自杀者自由权利的干涉不能合法化,其侵犯了自杀者的基本权利,具有严重的违宪嫌疑。

## (二)刑法教义学方面

第217条的刑事立法不仅面临着来自宪法的质疑,其在刑法教义学方面也存在诸多缺陷:该条保护的法益并不明确,对构成要件要素的设置存在疑问,第2款的规定也并不妥当。

### 1. 保护法益的缺失

刑法的任务在于保护法益,只有旨在保护他人权利或者公共利益的刑法规范才可能符合比例原则的要求、具有宪法上的正当性。然而,在刑法教义学上,业务性促进自杀罪最为显著的缺陷恰好在于,立法者始终无法明确该罪所保护的法益是什么。由于如前文所述,德国宪法学界普遍承认自杀者享有放弃生命的基本权利,第217条不可能被理解为对自杀者生命法益的实害犯。因为,若非在个案中例外地损害了他人或公共利益,自主决定的自杀行为便只是体现着自杀者处分自身生命的自由,相应地,对之提供帮助的行为也就只是促成了自杀者基本权利的实现,不能被认定为对自杀者生命法益的侵害。虽然第217条只处罚“业务性”即意图重复实施的自杀促进行为,但这并不能改变此处的结论。因为多个合法行为的结合并不能产生违法行为,既然单次实施的自杀帮助行为不具有法益侵害性,也就难以解释,为何同样的行为在被多次重复实施时就会侵害自杀者的权益。<sup>[86]</sup>

德国立法者对此也存在着清醒的认识,因此,恰如之前的多次立法草案一样,此次立法理由也同样指出,第217条“并非旨在将个案中基于困苦抉择或纯粹出于利他原因实施的自杀帮助行为犯罪化。以刑法全面禁止帮助自杀……不仅在法律体系上存有疑问,鉴于多元的伦理观念,其也会构成对意愿自杀者自主决定权的过度侵犯”。<sup>[87]</sup>但是,立法者又认为,为了保护公民的“自主决定和生命权”,必须以刑罚手段防止自杀帮助成为“健康护理中的普遍性的服务项目”。因为帮助自杀的服务可能诱使老年人和重病患者轻易放弃生命,甚至使得其迫于不要成为他人累赘的心理压力或社会压力不情愿地选择死亡。只有杜绝这种服务,这些特殊人群才不会去考虑是否应在他人帮助下实施自杀的问题,也就不会作出相应的决定。据此,应当将业务性促进自杀罪作为对生命法益的抽象危险犯予以把握。<sup>[88]</sup>然而,这种论证并不能令人信服。

首先,立法者虽然在抽象危险犯的刑事立法方面享有较大的自由裁量权,但这并不意味着其可以将任何行为评价为具有对法益的抽象危险并以刑法禁止。对行为的抽象危险性的认定也必须建立在事实基础之上,不能只是立法者的主观臆测。<sup>[89]</sup>由于“自杀”总是以自杀者自己支配着导致死亡的关键步骤为前提,对于心智正常的成年人而言,自杀行为违反其真实意志的危险性极低。事实上,德国立法者并未以存在侵害自杀者生命法益的抽象危险为由肯定自杀帮助行为的刑事可罚性。纵观立法

[85] Vgl. BVerfG NJW 2008, 1137 (1138).

[86] Vgl. Saliger, Verbot organisierter Sterbehilfe? ZRP 2008, S. 199.

[87] Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 14.

[88] Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 2 f., 8, 10 f., 12, 16.

[89] Vgl. Hoven, Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod, ZIS 2016, S. 5.

材料,也没有任何有力的事实证明,业务性的自杀促进行为相比一般的自杀帮助行为具有更高层次的危险。从德国和瑞士的死亡介助社团的运营机制来看,更是难以认为有组织的自杀帮助行为会危及患者的自主决定权。前文已经论及,自杀者可以自由决定加入或者退出社团,社团章程对于协助自杀的前提条件和实施流程也都有着详尽的规定,在提供自杀帮助之前,社团必须反复确认自杀者享有自主决定的能力并且是坚定地选择死亡。在这些死亡介助社团十余年的运营中,并无迹象表明其偏离章程规定不当干扰了自杀者的意志自由。即便单纯从经济方面考虑,这些死亡介助社团也完全没有必要诱使其成员作出放弃生命的意志决定。因为这些社团都属于非营利性组织,劝诱其成员实施自杀不会为其带来额外的经济利益,反而会造成医师劳务和自杀场所与药剂等方面的开支。相反,若其会员继续存活,则社团不仅可以节省帮助自杀的费用,还可以继续向会员收取会费,显然在经济上更为有利。

其次,若认定业务性促进自杀行为存在影响自杀者意志决定的、值得科以刑罚处罚的抽象危险,就难以与安乐死案件的处理方式相协调。相比“自己杀死自己”的自杀行为而言,安乐死意味着死者将自己的生命交由他人处置,由他人行为造成死亡结果,其违背死者真实意志的危险性明显更高。然而,当前德国学界与司法判例却普遍认可消极安乐死和间接安乐死不具有可罚性,根据联邦最高法院第二刑事审判庭较新的判决,甚至部分积极安乐死都可以因构成中断治疗而合法化。<sup>[90]</sup> 据此,既然连更可能损害被害人生命法益的安乐死经常都不违法,就难以以生命保护为由禁止公民实施危险性明显更低的自杀促进行为。虽然第 217 条将处罚范围严格限制在“业务性”促进自杀的场合,但这并不能排除此处的质疑。因为迄今为止,德国学界与司法判例都不认为,只有行为人非业务性地实施的安乐死才能合法化。换言之,即便是业务性地实施的消极安乐死、间接安乐死与构成中断治疗的积极安乐死,也同样合法;而根据第 217 条,业务性地促进他人自杀却违法,两者间显然存在无法调和的价值矛盾。在立法理由中,德国立法者也承认,由医护人员在医院或养老院等场所实施的安乐死不具有可罚性,但其却认为这与第 217 条并不冲突,因为这些安乐死的实施均有医学上的理由,而促进自杀恰好欠缺与医疗诊治之间的关联性。<sup>[91]</sup> 这种辩解显然也缺乏说服力:医护人员当然也完全可能基于医学上的理由帮助患者实施自杀行为,而第 217 条的文义却没有将这种情形排除在业务性促进自杀罪的构成要件范围之外。

由此可见,从保护生命法益的角度,无法为业务性促进自杀罪的刑事立法寻得正当化依据,第 217 条既不能被视为对自杀者生命法益的实害犯,也难以被解释为对自杀者生命法益的抽象危险犯。德国立法者在未能以事实证明业务性促进自杀行为存在对自杀者生命法益的(即便只是抽象的)危险的情况下,就通过第 217 条将可罚性大幅前置的做法,难言妥当。这也使得第 217 条难逃“嫌疑刑罚”(Verdachtsstrafe)或“疑罪从有”之咎。<sup>[92]</sup>

## 2. 构成要件的疑问

首先,如前文所述,为了使第 217 条的适用范围涵盖非营利性的死亡介助社团,立法者刻意放弃了要求行为人具有获利目的的“职业性”概念,而采用了“业务性”的表述。然而,“业务性”这一构成要件要素不仅不能起到奠定可罚的刑事不法的功能,其内涵和外延也极为模糊,必然造成司法认定上的混乱。前文法条解析已经表明,所谓的“业务性”促进自杀,并不以行为人客观上反复实施自杀帮助行为为前提,其只需要行为人在主观上具有持续性或重复性地实施自杀促进行为的意图即可。可是,

[90] 参见王刚:《德国刑法中的安乐死》,载《比较法研究》2015年第5期,第89-99页。

[91] Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

[92] Vgl. Duttge, Strafrechtlich reguliertes Sterben, NJW 2016, S. 123 f.

既然单次的自杀帮助行为本身并不可罚,为何当行为人仅仅内心具有反复实施的意图时,其即便客观上只实施了一次自杀促进行为,就应当构成业务性促进自杀罪?即便如立法理由所言,将第217条作为对生命法益的抽象危险犯予以把握,也难以理解,为何行为人单纯的内心意图就足以提升自杀帮助行为的客观风险,从而造成刑事不法。这种立法难免有“思想刑法”之虞。<sup>[93]</sup>此外,司法实务中也难以通过明确的标准确定行为人是否“业务性”地(即出于重复实施的意图)促进他人自杀行为。单纯就事实而言,只要行为人愿意向他人提供自杀帮助,原则上就表明其对于自杀行为大体持赞同态度,因而也就难以排除其将来再度促进他人实施自杀的可能性。但若仅据此认定行为人构成业务性促进自杀,恐怕就只能导致一概处罚自杀帮助行为的不当后果。要避免这种结论,只能依据其他要素推断行为人主观上是否存在重复实施自杀帮助行为的意图。然而,究竟哪些因素可以表征行为人的这种内心倾向,立法者却完全未予说明。

其次,第217条的立法特别强调行为人的主观目的。其不仅要求行为人存在业务性即重复实施自杀帮助行为的意图,还要求行为人必须具有促进他人自杀的目的。从立法理由来看,德国立法者之所以在该条中设置如此之多的主观超过要素,是为了将合法的中断治疗以及间接和消极安乐死排除在本罪范围之外。因为这些场合中,医护人员并不是出于促进患者死亡的意图实施行为。<sup>[94]</sup>然而,这种通过主观方面限定可罚性的立法方式却难言妥当。如前所述,行为人的主观目的其实并不能将本属合法的自杀帮助行为转换为刑事不法,不仅如此,立法者此处的“谨慎”还难逃无的放矢之嫌。因为按照德国学界和司法判例的共识,安乐死在定义上就不属于自杀,与此相应,中断治疗以及间接和消极安乐死原本也不可能符合第217条的客观构成要件,根本无须再从主观方面将其与促进自杀加以区分。立法者在主观要件方面的小心翼翼,反而令人怀疑其是否正确理解了刑法教义学中的基本问题,是否真的明白此次立法的意义所在。

最后,第217条的客观构成要件范围过于宽泛,将刑事可罚性过度前置。<sup>[95]</sup>尽管立法者在立法材料中一再强调,对本罪的构成要件行为(即提供、创设或介绍自杀机会)应进行较为严格的解释,但是,所谓的“严格理解”,也只是意味着应当将该条的适用范围限制在提供、创设或介绍“具体的”自杀机会的场合而已。相反,第217条的成立并不以自杀者确实利用相应机会着手实施了自杀行为为前提。甚至只是教唆或帮助行为人业务性地促进他人自杀的,原则上也会因构成第217条的狭义共犯而受到处罚。这就使得刑事可罚性被极大地扩张到自杀行为实施之前。然而,在实际案件中,行为人向自杀者提供或创设自杀条件与自杀者着手实施自杀行为之间往往还存在显著的时间和空间间隔,在行为人仅向自杀者介绍了自杀机会的场合,自然更是如此。鉴于放弃生命无疑属于人生中最为重要的决定,自杀者即便先接受了行为人提供或介绍的自杀条件(譬如从行为人处取得致死的药物),也完全可能最终放弃自杀意图。由此可见,单纯提供、创设或介绍自杀机会的行为侵犯自杀者自主决定权或生命法益的危险性极低,对这些自杀促进行为的教唆和帮助就更是难有危险可言。因此,即便将第217条理解为对生命法益的危险犯,也无从将如此显著前置的刑事可罚性正当化。<sup>[96]</sup>

### 3. 第2款规定的缺陷

如前文所述,为了在共犯的场合限制处罚范围,德国立法者刻意通过第217条第2款规定,非业

[93] Vgl. *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. 9. 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, S. 4.

[94] Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 18.

[95] Vgl. *Oglakcioglu*, in: Beck'scher Online-Kommentar, StGB, 29. Edition, Stand: 1. 12. 2015, § 217Rn. 17 ff., 22.

[96] Vgl. *Roxin*, Tötung auf Verlangen und Suizidteilnahme, GA 2013, S. 325.

务性实施行为的自杀者亲属或其他与自杀者具有密切关系的行为人不因构成本罪的共犯而受处罚。然而,这一本应体现立法者人性关怀的特别规定却同样隐藏着教义学上的缺陷。若依立法理由,认为与自杀者存在密切关系的行为人已经承受着丧失亲友的巨大精神痛楚,并因此肯定其行为不具有当罚性,那么就不应当仅仅否定这些关系密切人作为第 217 条的狭义共犯的可罚性,而应当率直肯定其不能作为第 217 条第 1 款意义上的正犯受到处罚。因为相比仅仅加功于他人(正犯)的自杀促进行为从而只是间接促成了自杀者死亡的场合而言,当自杀者的关系密切人必须亲自为自杀者提供、创设或介绍自杀机会时,其完全可能承受着更大的心理压力和更高程度的精神痛苦。或许立法者认为,自杀者的关系密切人一般不会“业务性”即意图重复实施自杀促进行为,因而没有必要着眼于其心理因素否定其作为正犯的可罚性。但是这种认识显然不符合事实。例如,行为人的父母均瘫痪在床并且均请求行为人为其提供自杀的毒药,此时行为人若出于先帮助父亲、日后再帮助母亲的意思向其父亲提供毒剂,就已经符合了第 217 条第 1 款的构成要件。可是立法者却并未规定此时应当免除行为人的刑事责任。

### (三) 刑事政策方面

第 217 条在刑事政策上也难以令人满意。德国立法者企图通过禁止业务性促进自杀行为遏制自杀数量、防止自杀常态化、阻止“自杀文化”的形成,从而实现自杀预防、维持国民对生命的尊重等社会效应。然而,实际上,该罪的设置不仅欠缺必要性,也无法达成立法者的意图。

首先,目前并无任何事实依据证明,死亡介助社团的存在以及由其实施的自杀促进行为会造成自杀数量的增长,企图通过第 217 条实现自杀预防,无异于缘木求鱼。统计数据显示,20 世纪 80 年代初,德国每年自杀人数均在 18000 人左右,之后自杀人数整体呈现下降趋势。2000 年至 2014 年间,德国每年的自杀人数大体上都在 10000 人左右。其中,2000 年自杀人数最多,为 11065 人,2007 年自杀人数最少,为 9402 人。2005 年 DIGNITAS 在德国设置分支机构,但德国自杀人数在 2006 年和 2007 年却持续走低,从 2010 年德国死亡介助协会成立至 2014 年底,德国自杀人数也并无明显波动。2012 年的自杀人数(9890 人)相比 2011 年(10144 人)甚至还出现了回落。<sup>[97]</sup>由此可见,并无确凿的统计数据表明,死亡介助社团的存在会提升自杀数量。对于自杀方式的考察也印证了这一结论。2010 年至 2011 年,德国自杀人数虽然从 10021 人上升至 10144 人,但是,其中通过自缢等方式实施的自杀增长了 115 例,通过服用药物实施自杀的人数反而有所下降。鉴于提供药物帮助他人自杀恰好是死亡介助社团最经常使用的方式,这就表明,即便在自杀人数增长的年份,也难以认定是死亡介助社团促使了自杀数量的增加。<sup>[98]</sup>瑞士的情形也大同小异。根据瑞士联邦统计局公布的数据,尽管死亡介助社团在瑞士表现活跃,而且自 20 世纪 90 年代末期以来,在他人帮助下实施的自杀整体上呈现增长趋势,但是,瑞士全国每年的自杀总人数却在 2003 年至 2013 年间稳定保持在 1100 人左右。这一数量相比于 20 世纪 90 年代中期(每年约 1400 人)甚至还有显著的下降。<sup>[99]</sup>因此,即便是德国立法者自己也不得不承认,“职业性的自杀促进行为究竟能在何种程度上影响自杀率,并无确凿的科学证明”,“迄今为止无法明确证实商业性地提供的自杀帮助与自杀的增长之间存在因果关联”。<sup>[100]</sup>

其次,正如立法理由中提到的,国家必须加强对自杀者的关怀,个案中必须确定自杀者是出于自

[97] Vgl. Statista, Anzahl der Sterbefälle durch vorsätzliche Selbstbeschädigung (Suizide) in Deutschland in den Jahren von 1980 bis 2014.

[98] Vgl. Rosenau/Sorge, Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht? NK 2013, S. 114.

[99] Vgl. Bundesamt für Statistik, Sterbehilfe (assistierter Suizid) und Suizid in der Schweiz, 2012, S. 2; Bundesamt für Statistik, Sterbefälle wichtiger Todesursachen, Männer, Seit 1970; Bundesamt für Statistik, Sterbefälle wichtiger Todesursachen, Frauen, Seit 1970.

[100] Vgl. BT-Drucks. 17/11126, S. 7.

身真实意志放弃生命。这当然是保障自杀者自主决定权的必然要求。但这并不意味着应当动用刑法禁止促进他人自杀的行为。自杀预防是系统性的社会工程,其核心在于关注自杀动机的成因,了解并尽可能地满足自杀者的需求。相反,刑罚并非自杀预防的有效措施。早在启蒙运动时期,欧洲的思想家们就已经认识到,刑法并不能遏制自杀。今天许多国家的实践经验也证实了这一点。譬如,虽然日本刑法中规定了参与自杀罪,但是根据日本政府部门的统计,日本的自杀人数在1889年至2009年间总体上仍然呈现出持续增长的趋势。日本学者山中敬一认为,近几十年来,日本30-60岁之间男性自杀者主要是出于经济问题选择死亡,并没有证据表明刑法有关参与自杀罪的规定对自杀起到了遏制作用。<sup>[101]</sup> 瑞士、奥地利等国的实践也得出了相同的结论。<sup>[102]</sup> 尽管奥地利刑法第78条严格禁止自杀参与行为,但奥地利知名刑法学者莫斯(Moos)却也不得不感慨该条“刑罚恐吓的实际效果极具疑问……以刑法手段进行自杀预防实际上毫无意义”。<sup>[103]</sup> 此外,为了尽可能地保护自杀者的生命法益,法秩序当然要在个案中确保自杀者放弃生命的意志决定的真实性。但是,法秩序完全可以通过民事或行政法律规范确保自杀者是自愿地选择死亡。事实上,德国立法者就曾在2009年通过增设《民法典》第1901a条及其以下条文,规定了在涉及医疗过程中的安乐死案件时认定患者真实意志的条件与程序。相比之下,通过第217条笼统禁止业务性促进自杀行为,则显得过于草率和鲁莽。<sup>[104]</sup>

再次,第217条的立法欠缺民意基础。德国有民意调查显示,约80%的德国公民都希望能够获得无痛苦、有尊严地自愿结束自己生命的机会,<sup>[105]</sup> 另有调查表明,79%的德国公民认为应当允许医生帮助他人实施自杀,72%的公民认为应当允许任何形式的死亡介助行为,甚至还有66%的公民赞同积极安乐死的合法化。<sup>[106]</sup> 据此,业务性促进自杀罪的设置明显不符合民意,所谓防止“自杀文化”、维护国民对生命的尊重等立法理由也就难以成立。

最后,立法者本意在于通过第217条强化对自杀者的保护,但该条的实际效果却与其意图背道而驰。由于该条禁止行为人(即便只是意图)持续性或重复性地实施自杀促进行为,这就使得医生和死亡介助社团的工作人员等具备相关知识和经验的专业人士无法向自杀者提供支持,从而导致自杀者只能向非专业人士寻求帮助。然而,非专业人士完全可能由于欠缺必要的专业知识(例如,使用何种药物以什么样的剂量可以确保自杀者无痛苦地死亡)而使自杀者承受额外的痛楚。更为严重的问题是,在判断自杀者是否确实出于自身真实意志选择死亡这一点上,非专业人士由于缺乏经验,其判断的准确性与可信性远逊于专业人员,而且,面对企图通过放弃生命摆脱困苦的自杀者,非专业人员也难以向其阐释借助医疗措施或社会关怀等方式脱离困境的可能性,容易致使自杀者基于不全面的信息作出错误决策,从而更加难以确保自杀行为是自杀者自主决定的结果。<sup>[107]</sup> 简言之,非专业人士提供的自杀帮助行为更有可能损害自杀者的自主决定权和生命法益,原本旨在保护自杀者的第217条

[101] Vgl. *Yamanaka*, Die Modelle und Typologien des indirekten Paternalismus im Strafrecht, in: v. Hirsch u. a. (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 2010, S. 62 ff.

[102] Vgl. *Neumann/Saliger*, Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung – Kritische Anmerkung zur aktuellen Sterbehilfedebatte, HRRS 2006, S. 288.

[103] *Moos*, in: *Wiener Kommentar, StGB*, 2. Aufl. (35. Lfg.), 2002, § 78 Rz. 5.

[104] 即便是认为应当禁止有组织的自杀促进行为的德国学者,往往也主张采用行政手段而不赞同以刑法进行干预。Vgl. z. B. *Kempf*, Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung, JR 2013, S. 13 f.

[105] Vgl. *Reiter*, Verbot organisierter Selbsttötungshilfe, ZRP 2014, S. 62.

[106] Vgl. *Saliger* (Fn. 30), S. 71 f.

[107] Vgl. *Freund/Timm*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJ zu einem Gesetz zur Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung, GA 2012, S. 496 f.

反而会自杀者置于更加危险的境地。在这一点上,第 217 条的刑事立法存在着严重的自相矛盾。

## 五、对我国的启示

综上所述,2015 年底在德国刑法中新增设的业务性促进自杀罪是争议极大的罪名,其在宪法、刑法以及刑事政策等方面都存在很大的疑问。可以预见,德国政界与学界还将围绕该罪名继续展开论战。第 217 条是最终能否在德国刑法中得以保留,或者被联邦宪法法院宣布为违宪,都还有待观察。虽然我国当前并不存在以促进他人自杀为宗旨的死亡介助社团,学界亦未就有组织的自杀帮助行为展开研究,但是,德国刑法第 217 条的立法和德国学者们的相关批判也对我国有着重大的借鉴意义。从前文的评析中可以看出,对业务性促进自杀行为的法律评价总是不可避免地以对自杀和自杀参与行为的定性为基础,事实上,第 217 条的立法理由和德国学界的讨论也毫无例外地围绕这些基本问题展开。而自杀行为的违法性和自杀参与行为的可罚性,恰好是我国刑法学界近年来较为关注的议题。例如,对于自杀行为的性质,我国已经形成了合法行为说<sup>[108]</sup>、违法行为说<sup>[109]</sup>和放任行为(法外空间)说<sup>[110]</sup>之间的争论;对于自杀参与行为的可罚性,我国当前也存在着肯定说<sup>[111]</sup>和否定说<sup>[112]</sup>两大阵营。鉴于目前我国学界的这种理论争议,对德国有关第 217 条的刑事立法进行详尽的解析就显得尤为必要。在本文看来,德国此次的刑事立法和学界争论也确实在自杀行为的定性、自杀参与行为的可罚性以及借助刑事制裁进行自杀预防的可行性等方面对我国的相关研究有所启示。

首先,就自杀行为的定性而言,应当坚持自主决定的自杀属于合法行为的理念。只有肯定自杀者在法律上负有义务继续生存,才能认定自杀属于违法行为。然而,在以保障公民自由权利为价值取向的法治国家,不论是从对社会的影响还是从家长主义的角度,法秩序都无法、也不应当向公民强加生存义务。<sup>[113]</sup>所谓“生命具有绝对价值”的命题完全不符合事实,也无法与我国刑法中的无过当防卫等规定相协调。德国刑法学者贝尔纳(Berner)早在 19 世纪就已指出:“无论是国家还是他人都不享有要求某个个体维持生命的法律权利。生存着的个体对国家和他人负担义务,但是,其却并无义务生存。”<sup>[114]</sup>只要没有危及他人利益,公民便应当享有放弃生命的自由权利。前文分析表明,德国宪法学界已经对此达成共识,欧洲人权法院近年来的判决也持相同的立场。实际上,借鉴德国学者对《基本法》的诠释,在我国法律体系中其实也不难得出这一结论。我国《宪法》第 33 条规定“国家尊重和保障人权”,生命权作为最重要的基本人权也因此受到宪法保护。生命权当然首先意味着公民继续生存的基本权利。然而,需要注意的是,基本权利并不限于保障公民积极地行使权利的自由,同时也保障公民消极地不行使或者停止行使权利的自由。<sup>[115]</sup>在这个意义上,公民自主放弃生命的权利就应当属于生命权的题中之义。此外,我国《宪法》第 38 条还保障公民的人格尊严。宪法意义上的“人格尊严”也并不同于不受侮辱、诽谤和诬告陷害的人格权,而是泛指公民作为具有独立意志的主体所享有

[108] 参见王钢:《自杀的认定及其相关行为的刑法评价》,载《法学研究》2012 年第 4 期,第 164 页以下。

[109] 参见钱叶六:《参与自杀的可罚性研究》,载《中国法学》2012 年第 4 期,第 103 页以下。

[110] 参见周光权:《教唆、帮助自杀行为的定性》,载《中外法学》2014 年第 5 期,第 1168 - 1179 页。

[111] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社 2016 年第 7 版,第 456 页以下。

[112] 参见冯军:《刑法的规范化诠释》,载《法商研究》2005 年第 6 期,第 68 页以下。

[113] 参见王钢:《自杀行为违法性之否定》,载《清华法学》2013 年第 3 期,第 148 - 156 页。

[114] Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 12. Aufl., 1882, S. 139.

[115] Vgl. Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 91.

的应当得到尊重的权利。<sup>[116]</sup> 因此,至少在患者为摆脱长期的、足以摧毁其人格尊严的严重病痛而选择结束生命时,应当肯定其可以自由决定生死。这种宪法上的价值判断也可以从我国部门法的规定中得到印证。我国众多法律法规均规定,医务人员在实施手术等特殊治疗行为时,必须先征得患者的同意。<sup>[117]</sup> 诸多学者也据此认定专断性医疗行为违法并进而肯定消极安乐死(尊严死)的合法化。<sup>[118]</sup> 这种尊重患者自主决定权的立场当然值得赞许,但也应当被贯彻在自杀的场合。因为如前文所述,在安乐死案件中,并不是由患者亲自支配导致死亡的情势,其对患者生命法益的危险性远高于自杀行为。既然可以依据患者的自主决定权肯定消极安乐死的合法性,自然就更应当肯定危险性较低的自杀行为亦属合法。否则,一方面允许患者通过拒绝或者中断治疗放弃生命,另一方面却又严格禁止其通过自身行为选择死亡,未免自相矛盾。例如,重病患者甲依靠输养设备维持生命,若其向医生表示自己不愿继续接受治疗,医生关闭输养设备导致甲死亡的行为属于合法的消极安乐死;若其自己动手关闭输养设备,却会因构成自杀而违法。两相比较,显失均衡。

其次,既然自杀行为本身合法,教唆、帮助自杀等自杀参与行为也就不违法。这不仅是坚持共犯从属性的必然结论,实质上欠缺充分的理由对自杀参与行为科处罚刑。我国学界认为应当处罚自杀参与行为的见解大体上都是基于相应行为侵害或者威胁了自杀者的生命法益、有违社会对生命的尊重、不利于自杀预防等论据。<sup>[119]</sup> 但是,从前文对于德国刑法第 217 条的批判中不难看出,这些理由其实都不成立。只要承认自杀者享有自主决定放弃生命的自由,自杀参与行为就只是在协助自杀者实现自身的自由权利,不可能构成对其生命法益的实害。若依据相关行为对自杀者生命法益的抽象危险或者出于自杀预防等刑事政策上的考量将自杀参与行为视为犯罪,也不妥当。刑法对于行为的抽象危险的认定必须以事实为依据,立法者虽然可以定义并且禁止危险行为,但却无权杜撰行为的危险性。德国、瑞士和日本等国的实践经验清楚地表明,社会的自杀率总是和特定的政治经济环境相关,在特定的历史时期,社会的自杀率大体趋于稳定,并没有任何证据证明教唆、帮助自杀会显著提升自杀数量。前文关于德国和瑞士的数据更是表明,即便是有组织的自杀帮助社团的介入,也不足以对自杀率造成明显影响。既然如此,就难以认定自杀参与行为存在影响自杀者意志决定、侵害其生命法益的危险性。我国的情况也基本相同。虽然我国司法判例之前对教唆、帮助自杀行为的处罚非常严格,但我国 20 世纪 80 年代的自杀率却处于历史最高水平;近三十余年来,虽然司法实务中对自杀参与行为的处罚有所松动,我国的自杀率却相比 20 世纪 80 年代大幅降低。<sup>[120]</sup> 由此可见,刑法并不是进行自杀预防的有效工具,对自杀者生命法益的保护也并不意味着必须处罚自杀参与行为。事实上,只要能正确界分自杀与他杀,将那些貌似教唆或帮助“自杀”、实则利用自杀者意思瑕疵损害其生命权益的行为作为故意杀人的间接正犯处罚,就已经可以实现对自杀者生命权益的保障。德国过往 150 多年的司法实践虽然并未将自杀参与行为作为犯罪予以处罚,但也未造成处罚漏洞,这种经验值得我国借鉴。考虑到我国当前的自杀率已经低于德国的事实,<sup>[121]</sup> 就更加没有必要在我国强调自杀参与行为的可罚性。

最后,本文虽然主张自杀属于合法行为,但却并不否认自杀预防的必要性。社会应当关注自杀者

[116] 参见林来梵:《人的尊严与人格尊严》,载《浙江社会科学》2008年第3期,第51页。

[117] 例如《医疗机构管理条例》第33条、《执业医师法》第26条、《医疗事故处理条例》第11条和《侵权责任法》第55条。

[118] 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第637页。

[119] 参见王志远:《论我国共犯制度存在的逻辑矛盾》,载《法学评论》2011年第5期,第51页,第53页以下。

[120] 关于我国自杀率的变化,参见邓希泉:《全国每年25万人自杀?错了!》,载《中国青年报》2013年9月13日,第2版。

[121] 根据世界卫生组织2012年的统计数据,我国自杀率为7.8人/10万,远低于韩国(28.9人/10万)和日本(18.5人/10万),也低于德国(9.2人/10万),在171个国家和地区中位列第94名。

放弃生命的原因,关切其心理状况和需求,特别是应当通过各种措施防止公民过于草率地放弃生命。根据我国香港学者的研究,我国自杀率自进入 21 世纪以来显著下降的一个重要原因在于,伴随着城市化的进程,大量农村人口进入城市后难以再获得剧毒农药,从而极大地减少了在农村发生的冲动之下吞服农药的“自杀”案件。<sup>[122]</sup> 虽然这种抑制自杀的效果只不过是中国经济建设过程中的意外收获,但其却鲜活地证明,通过社会政治经济措施防止公民草率地选择死亡,远比刑罚手段更有效。我国当前的自杀率已属世界较低水平,但是,由于庞大的人口基数,每年的自杀人数却仍然位于世界前列,自杀预防依然是我国社会的一项重要任务。然而,相比之下,我国当前的自杀预防策略却难以令人满意,特别是卫生保健和心理健康服务远远落后于社会需求。在这些方面增大投入、加强建设,才是自杀预防的正途。企图动用刑法“一罚了之”,未免太过潦草塞责。刑罚是最为严重的干涉公民基本权利的手段,刑法不应、事实上也不能承担预防自杀的重担。自杀预防意味着防止公民在重大意思瑕疵的影响下错误地决定死亡,对于公民基于自身真实意愿放弃生命的自主决定,法秩序仍然应当予以尊重。通过刑法一律禁止自杀参与行为会严重干涉自杀者处分自身生命的自由,特别是会使得那些无法自由行动的重症患者难以依照自身意愿选择死亡,只能继续忍受痛楚。对于这些自杀者而言,其在生命的最后时刻最不需要的,就是刑法冷漠的蛮横干涉。法国学者孟德斯鸠在 18 世纪时掷地有声的诘问言犹在耳:“当我被痛苦、贫困和屈辱压得心力交瘁时,人们为什么要阻止我结束自己的苦难,残忍地剥夺我自我解脱的手段呢?”<sup>[123]</sup> 正是因为未能充分尊重自杀者自主决定放弃生命的自由,德国刑法第 217 条才受到学界的普遍反对。我国应引以为戒。

## On the Crime of Repeatedly Intentional Promoting Suicide in Germany

Wang Gang

**Abstract:** The crime of repeatedly intentional promoting suicide has been established as § 217 of German Criminal Law in 2015. This rule considers the act of repeatedly intentional promoting suicide as crime. This legislative work aims at forbidding the activity (activities) of introducing and helping suicide's groups, and keeping the organized activities of helping suicide within limits, but the traditional position which advocates that the action of participating in suicide itself cannot be penalized still remains principally in place. Notwithstanding, this provision has caused a fight among German Criminal scholars. Dissenters point out that this provision is suspected of breaching the constitution, and have defects in dogmatic interpretation of criminal law and is questionable when criminal policy is considered. This legislative work reveals the problems of ignoring the right of citizen autonomy, over-extending penalization's boundary, conjecturing the risk of doer's deed and over-estimating the effectiveness of suicide prevention by utilizing the criminal law, which we should serve as a grave warning.

**Keywords:** suicide; participating in suicide; repeatedly intentional promoting suicide; suicide prevention; autonomy

(责任编辑:幸颜静)

[122] 参见宣金学:《特色自杀率的特色下降》,载《中国青年报》2014年7月23日,第9版。

[123] [法]孟德斯鸠:《波斯人信札》,罗国林译,译林出版社2000年版,第94页。

# 德州扑克是赌博吗？一个比较法律 与公共政策的考察

王长斌\*

**摘要:**德州扑克是娱乐活动、竞技性赛事还是赌博的争议,既与赌博的定义存在一定程度的不确定性有关,也与以何种标准及方法确定德州扑克是技能占优还是运气占优有关。与下象棋等纯粹技能性的游戏相比,德州扑克因其存在系统性的机会因素以及信息的不完全性,运气成分相当显著。与桥牌等同类型的纸牌游戏相比,德州扑克具有更强的心理对抗性以及金钱绑定、易学易普及的特质,更容易发展成群众性赌博。西方国家通常在一定条件下允许私人、社交性以及慈善目的的德州扑克,禁止专门的“德州扑克俱乐部”。少数法域将德州扑克合法化,作为一种赌场游戏进行管理。我国允许带有少量财物输赢的娱乐活动,但对这些活动缺乏进一步的管制措施,容易使其演变成群众性的赌博。对于德州扑克等其他赌博形式,我国需要制定更精细和有针对性的法律与公共政策。

**关键词:**体育博彩 赌博三要素 优势地位标准 社交性博彩 博彩法律与公共政策

## 一、引言

2015年中国(江苏)德州扑克大赛因为某名人的参与引起社会强烈关注,但该比赛旋即被南京警方以涉赌为由取消,由此引起德州扑克是体育比赛还是赌博的又一次争议。<sup>[1]</sup>早在2012年,公安部在一则答复中认为,德州扑克俱乐部中的德州扑克游戏,如果有抽头渔利行为的,应当认定为赌博。<sup>[2]</sup>各地公安、检察机关据此查处不少德州扑克涉赌案件,例如北京市朝阳区人民检察院在2013年至2014年间共办理以“德州扑克俱乐部”名义涉嫌赌博的案件4件11人。<sup>[3]</sup>但是,德州扑克比赛也曾在我国有些省份公开举办,例如2013年首届CHPG杯德州扑克大赛在湖北武汉举行;当年11月,首届中国扑克游戏锦标赛暨世界扑克巡回赛(WPT)中国站在海南三亚举行。据报道,这些比赛均获得体育或文化部门的批准或支持。<sup>[4]</sup>2013年,海南省文化广电出版体育厅还颁布了《海南省扑克运动管理办法(试行)》,以落实“国家体育总局棋牌运动管理中心关于支持我省试行开展复式(德州)

---

\* 澳门理工学院博彩教学暨研究中心研究员,法学博士及公共管理硕士。

[1] 详见池海波、李铁柱、赵婧姝:《德州扑克“地下江湖”何去何从》,载《北京青年报》2015年4月20日,第A7版。

[2] 公安部《〈关于对“德州扑克”游戏是否认定为赌博行为的请示〉的答复》(公治[2012]54号)。对该答复的详细讨论见本文第六部分。

[3] 同注1引文。

[4] 同注1引文。

扑克项目的批复精神,规范、发展全省扑克运动,促进扑克运动健康、有序发展”〔5〕看来,不仅民间对德州扑克的认知模糊不清,官方的态度亦彼此冲突。

德州扑克比赛到底是不是赌博?应当如何判定?从公共政策的角度看,我国对德州扑克比赛应当采取怎样的态度和措施?与德州扑克类似的,还有其他纸牌活动或比赛,例如“炸金花”、“斗地主”,还有在我国传之久远、号称“国粹”的麻将。这些活动或比赛,究竟是娱乐、体育,还是赌博?应当如何管理?本文旨在厘清德州扑克的性质,讨论针对此种运动的法律与公共政策。但本文的讨论,不仅对于德州扑克本身有意义,而且对于与德州扑克相同或类似的竞技性赛事,具有一般性的意义。

## 二、赌博:一个需要定义的概念

考察德州扑克是否是赌博,首先需要确定赌博这一概念的涵义。我国的法律虽然使用赌博这一概念,但是从未对赌博作出定义,或对赌博的特征作出描述。我国法律中使用赌博一词较多的是刑事法律和治安处罚方面的法律。我国《刑法》第303条规定:“以营利为目的,聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金。”《治安管理处罚法》第70条规定:“以营利为目的,为赌博提供条件的,或者参与赌博赌资较大的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款;情节严重的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上三千元以下罚款。”两项法律均未就赌博作出定义。最高人民法院、最高人民检察院(下称“两高”)颁布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2005〕3号)等细则性法律文件也未就赌博作出定义,好像赌博已成为被普遍认可的、具有确切含义的字眼。但是,事实上,随着社会的日益复杂化,赌博早已不能再局限于“斗牌、掷骰子”等传统的、简单的形式〔6〕而是在许多情况下变得不容易认定了。以德州扑克为例,不少人就认为不应将其列为赌博,因为它“不光凭运气,而是和国际象棋、围棋等一样,是需要凭借智力因素取胜的竞技游戏”〔7〕再如,在当今的商业社会中,像抽奖式有奖销售、电视竞猜等,都有组织赌博、从中渔利的嫌疑,但从未被当作赌博查处。因此,如何定义赌博行为,概括出赌博行为的本质特征,把赌博行为与正常的商业活动、竞技性赛事区分开来,仍然是我国法律界需要解决的一个课题,也对我国具有重要的实践性意义。

国际上,较为一致的观点认为,赌博的核心特征包括以下三个方面:两个或两个以上的参与者拿出有价值的东西或金钱作为赌注(即赌注或称对价要素, stake or consideration);希望赢得有更高价值的东西或金钱(即奖励要素, prize or reward);所参与活动或游戏的结果取决于机会(即机会或运气要素, chance)〔8〕前两个要素的意思容易理解,第三个要素可以从技能——与“机会”相对的概念——的角度去把握。也就是说,如果一项活动主要靠技能、技术、技巧或知识取胜,则一般不被视为赌博行为,例如下象棋、打保龄球、打高尔夫球、参与知识竞赛等,均属于靠技能取胜的游戏,即使参与者缴纳

〔5〕 海南省文化广电出版体育厅:《关于印发〈海南省扑克运动管理办法(试行)〉的通知》(琼文体〔2013〕15号),2013年2月20日。

〔6〕 我国《辞海》《新华字典》等权威辞书将赌博定义为“以斗牌、掷骰子用财物作注来比输赢”。

〔7〕 同注1引文。

〔8〕 Peter Collins, *Gambling and the Public Interest* 15 (Praeger Publishers 2003); I. Nelson Rose, *Gambling and the Law* 75 (Gambling Times 1986); Anthony N. Cabot & Louis V. Csoka, *The Games People Play: Is It Time for a New Legal Approach to Prize Games?* 4 Nevada Law Journal 197, 199 (Winter 2003/2004).

报名费或其他名目的费用,并有可能得到巨额的奖金,也不被认为是参与赌博活动。这主要是因为,技能竞赛可以鼓励人们发展某方面的技能或知识,有正面的社会效果,不宜作为赌博对其进行压制。<sup>[9]</sup>

然而,这第三个要素,即机会或运气要素,本身具有不确定性,或者说本身就需要定义。输赢结果取决于机会的游戏包括两种情况:一是纯粹取决于机会的游戏,二是包含部分技能、部分机会的游戏。纯粹取决于机会的游戏比较容易处理,如果一个游戏的结果一贯地与参加游戏的人没有关系,就可以确定为纯粹取决于机会的游戏,可以作为赌博进行处理。例如赌场里的老虎机,不论谁玩都一样,没有任何技能可言,输赢与否仅靠运气。但是,包含部分技能、部分机会的游戏则不容易处理。实际上,几乎任何游戏都包含了部分技能、部分机会,完全或纯粹依赖于技能的游戏是不存在的。例如,下象棋被认为属于纯粹技能性的游戏,但即使是下象棋,也有猜先决定谁先走、谁后走的问题,所以也存在运气的成分。因此,如果把含有些微运气成分的游戏都当作“幸运游戏”(games of chance)并作为赌博处理,将导致这一要素成为完全没有必要,因为一个游戏是否具备这一要素,只要满足赌博的赌注和奖励要素,无论如何都会被作为赌博处理,这就出现了荒唐的结果。那么,究竟包含多大比例的机会才算是“幸运游戏”?采用什么标准判断一种游戏是否是幸运游戏?这个因素的不确定,给判断一种行为是否是赌博带来了相当大的难度。

还应当注意,上述赌博的定义只是阐述了赌博的必要构成要素,而非充分构成要素。换言之,三个要素中缺少了其中任何一个,即不构成赌博行为。例如免费抽奖,由于缺少了赌注这个要素,参与者没有损失什么有价值的东西,所以不属于赌博。再如参与一项比赛,如果比赛的奖励仅仅是冠军一类的荣誉头衔,由于该种头衔没有商业交易价值,相当于缺少了奖励这个要素,所以也不被认为是赌博。但即使三个要素都满足,有时候也不一定构成赌博行为,或者不以赌博行为进行惩罚。例如,逢年过节同事拿出一点钱供抽奖,虽然满足了所有三个要素,但因为每个人出的钱都不多,所以被认为是娱乐活动,不被认为是赌博。又如,在我国各地棋牌室中的游戏,不少是带有财物输赢的,完全符合赌博的三个核心特征,但如果赌注小、棋牌室不抽头,也不以赌博处理。<sup>[10]</sup>这样一来,我们发现,在处理具体行为的时候,仅靠判断赌博核心特征的办法去识别赌博行为是不足够的。如果三个要素都满足,可能还需要考察其他的因素,如在上述两个例子中,就要考虑抽奖、棋牌室游戏对社会的影响等因素。而纳入社会功能等因素之后,势必涉及到不同的人对某种活动的社会功能有不同的认识,这就使得对于赌博行为的判断变得复杂起来。

在美国等西方国家,对德州扑克是否是赌博的争议,主要体现在该游戏是否是幸运游戏。按照上文提出的赌博三要素,一个游戏或活动必须具备对价、奖励及机会三个要件时才构成赌博。牌手参加德州扑克比赛需要缴纳参赛费或购买筹码的费用,这是牌手支付的对价。如果牌手胜出,则获得失败者支付的赌注及赞助者提供的奖金,这是牌手获得的奖励。所以,德州扑克无疑具备奖励和对价两个要素,关键是衡量其是否具备第三个要素,即衡量德州扑克到底是幸运游戏还是以技能为基础的游戏。

[9] Anthony N. Cabot & Keith C. Miller, *The Law of Gambling and Regulated Gaming: Cases and Materials* 7 (Carolina Academic Press 2011).

[10] 最高人民法院、最高人民检察院:《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2005]3号)第9条。

### 三、衡量德州扑克是否为幸运游戏：对于标准的探索

美国是德州扑克的起源地，也是该游戏在全球范围内最盛行的地方。近 20 年来，由于网络的普及和电视对德州扑克比赛的转播，德州扑克在美国更是获得了前所未有的发展。<sup>[11]</sup> 相应地，关于德州扑克是否是赌博的争议也越来越多地出现在法院。

迄今为止，对于衡量一种游戏是否是幸运游戏，美国各州法院采用过四种标准：“优势地位标准”（predominance test），“实质性因素标准”（material element test），“任何机会标准”（any chance test）及“赌博天性标准”（gambling instinct test）。<sup>[12]</sup> 在这四种标准中，“优势地位标准”，也称“支配因素标准”，是为较多美国法院所采用的，属于主流标准。

所谓“优势地位标准”，是把一个游戏中的技能因素和机会因素进行比较，如果技能占优势，该游戏就不属幸运游戏；如果机会占优势，该游戏就属幸运游戏。换言之，这一标准重点考察是技能还是机会跨过了 50% 的分界线。但在美国，绝大多数法院在适用这一标准时，并非采用数学的方法（例如概率论），而是采用听取专家证人意见的方法，使得这一标准含有相当浓厚的主观色彩。法院对于 *Joker Club, L. L. C. v. Hardin* 一案的判决颇具代表性。<sup>[13]</sup>

在该案审理的过程中，原告聘请了三个专家证人，被告聘请了一个专家证人。原告聘请的三个专家证人都认为，对于德州扑克游戏，尽管在某一局比赛中一个相对缺乏经验和技能的牌手可能战胜一个职业牌手，但长期而言，技术占优势并起决定性的作用；耐心、记忆、分析概率的能力、阅读对手的能力以及自制力等都是必要的技能，而且都是可以学习和培养的。被告聘请的专家证人则认为，尽管技术在德州扑克中起一定作用，但运气最终起决定作用。他在一个电视扑克锦标赛中看到，在一局比赛中，一个人有 91% 的机会获胜，却输给了只有 9% 机会获胜的对手。第一审法官认为德州扑克是一个机会与技能混合的游戏，其是否是幸运游戏应该由立法机关决定，他无法判断究竟是技术还是机会占优势地位。但该法官最终的结论是：德州扑克属于幸运游戏。

上诉审法官同意德州扑克属于幸运游戏。上诉审法官认为，尽管技术高的牌手更容易打败新手，但新手仍然可以仅凭运气占据上风。没有人能把一张 2 (deuce) 变成一张 A (ace)，所以，当牌翻开的时候，再高明的牌手面对劣牌也必须认输，取胜之匙并没有控制在牌手手中，而是在牌手的控制之外。而对于高尔夫球、保龄球而言，尽管运气也会侵入，但运气不是这些游戏的内在特征，不能盖过技术，球手可以用超卓的技术战胜运气。因此，上诉审法官认为，德州扑克是运气占优势地位的游戏。

“优势地位标准”至少还有一个 50% 的分界线。与“优势地位标准”相比，其他三种标准更加缺乏客观性。“实质性因素标准”重点考察机会是否对一个游戏的结果产生实质性影响。如果机会产生了实质性影响，即使技术占了优势，机会仅起到次要作用，法院也可判决其属于幸运游戏。例如，在纸牌游戏中，如果分牌对输赢产生实质性影响，法院就可判断其不属于技能性游戏。“任何机会标准”是指，只要一个游戏中含有影响游戏结果的机会成分，法院就可判断其属于幸运游戏。如前所述，实质

[11] Robert C. Hannum & Anthony N. Cabot, *Toward Legalization of Poker: The Skill vs. Chance Debate*, 13 UNLV Gaming Research & Review Journal 1, 1 (April 2009).

[12] Anthony N. Cabot, Glenn J. Light & Karl F. Rutledge, *Alex Rodrigues, a Monkey, and the Game of Scrabble: The Hazard of Using Illogic to Define the Legality of Games of Mixed Skill and Chance*, 57 Drake L. Rev. 383, 390-394 (2009).

[13] 643 S. E. 2d 626 (N. C. App. 2007).

上任何游戏都会含有机会成分,所以法官可以轻易地根据自己的意愿判定一个游戏属于幸运游戏。“赌博天性标准”是指,法院不考察一个游戏中技能还是机会的作用,而是看该游戏的性质是否引起人们的“赌博天性”。可见,这些标准实际上都相当主观和模糊,以至于案件最后的判决结果很大程度上取决于主审法官的宗教、文化背景及其对赌博的态度。对于有些法官而言,由于德州扑克是涉及到金钱的游戏,他们很可能先入为主,认定德州扑克属于赌博,然后寻找理由支持其观点。<sup>[14]</sup>

近年来,不少美国学界和律师界人士从数学角度检验德州扑克是否是幸运游戏,并呼吁美国法院采用数学分析方式,增强适用标准的客观性。<sup>[15]</sup>

法国人正式将数学方法引入了判决当中。技术上,法国人的标准属于“优势地位标准”,但法国人在具体适用这个标准的时候却采用了与美国法院不一样的方式。第一,用数学标准(the mathematical criterion)代替了美国法院通常采用的专家证人方式。第二,法国人增加了一个对于牌手的社会风险标准(the criterion of social risk for players)。所谓数学标准是指以数学方法判断是机会还是技能占优势地位,意味着对游戏规则进行通盘考察并进行概率论分析。如果分析结果证明技能在该游戏中占优势地位,则法院还要对游戏给牌手带来的社会风险进行分析。社会风险分析要考虑游戏的社会效果以及牌手的损失,其重点是赌注的大小。如果赌注非常低,且只作为一种娱乐,则一种游戏即使是机会占有数学意义上的优势地位也不被认为是幸运游戏,因为对于参与游戏的人没有负面的社会效果。相反,如果赌注很高,则即使技能在游戏中占数学意义上的优势地位,也不妨碍其成为幸运游戏,要作为赌博对待。<sup>[16]</sup> 在一个案件中,法国最高法院因为一个游戏涉及“巨额赌注”而判决该游戏属于幸运游戏,尽管机会在该游戏中并未占有优势地位。<sup>[17]</sup>

#### 四、为什么德州扑克易被视为赌博:德州扑克的性质

如果采用“优势地位标准”以及较客观的数学方式,我们必须承认,虽然运气在较短的时间内对德州扑克牌手取胜起重要作用,但长期而言,职业牌手能够打败不够熟练的牌手。这一观点是绝大多数专家——如果不是所有专家——研究而得出的结论。诸如数学、心理、竞争评估、阅读手里的牌、识别对手的出牌规律和身体语言、利用自己的位置以及管理金钱等方面的技能是一个好的牌手所必须具备的。因此,德州扑克总体上应该属于技能占优势地位的游戏。<sup>[18]</sup>

从社会功能的角度来看,德州扑克可能有以下正面作用或价值:其一,教育价值。例如,哈佛法学院的几名学生与一名教授成立了一个“环球扑克战略思维学会”(The Global Poker Strategic Thinking Society),致力于推广以下观念:扑克是以概率为基础的游戏,需要进行风险评估、情势分析,还要有阅读人的天分,无论对于中学数学还是对于商学院、法学院的课堂而言,都可以作为一种有效的教学工

[14] Anthony Cabot & Robert Hannum, *Poker: Public Policy, Law, Mathematics, and the Future of an American Tradition*, 22 *Thomas M. Cooley Law Review* 443, 486 (2005).

[15] *Id.* at 464-486.

[16] Joseph M. Kelly, Zeeshan Dhar & Thibault Verbiest, *Poker and the Law: Is It a Game of Skill or Chance and Legally Does It Matter?* 11 *Gaming Law Review* 190, 199-200 (No. 3, 2007).

[17] French Supreme Court (criminal section): Cass. Crim., Nov. 8, 1956; Bull. Crim., n° 727.

[18] 关于对德州扑克数学方面的论证, See Robert C. Hannum & Anthony N. Cabot, *Casino Math* 163-172 (2d ed., Trace Publications 2005). Hannum & Cabot, *supra* note 11; Cabot & Hannum, *supra* note 14. 作者在文中详细列举了众多专家的研究结果。

具。<sup>[19]</sup>其二,身体健康价值。有研究发现,经常下象棋、玩纸牌的人较少得老年痴呆症。<sup>[20]</sup>其三,娱乐价值。也有人认为,即使扑克是一种赌博,也有正面的功能:是“成年人的游戏”,是“劳动阶层的社会粘合剂”,能为老年人和在狱人士提供娱乐。<sup>[21]</sup>

但是,在司法实践中,法官似乎经常对德州扑克的技能因素和正面社会效果视而不见。美国的许多州,例如伊利诺伊、内布拉斯加、纽约和北卡罗来纳等州的法院在未进行分析的情况下,就将德州扑克认定为运气占优势地位的游戏。还有一些州,例如俄勒冈、科罗拉多等州的法院虽然将德州扑克认定为技能占优势地位的游戏,却仍然认为该游戏属于非法赌博。少数州,例如加利福尼亚,虽然法院把德州扑克界定为技能占优势地位的游戏,<sup>[22]</sup>该州法律并将德州扑克合法化,却并未将其完全放开,而是将其作为“受控制的游戏”加以管制。<sup>[23]</sup>

为什么会发生这种情况?既然同为技能占优势地位的游戏,为什么参与德州扑克容易被视为赌博,而参与下象棋、打高尔夫球、保龄球等却被视为体育运动?为什么同为纸牌游戏,桥牌比赛在全世界畅行无阻,而德州扑克比赛却屡遭碰壁?

象棋、高尔夫球、保龄球等运动与德州扑克的不同点之一,在于前者不存在惯常性或称系统性的机会(systematic chance)。如果一个游戏本身即含有随机因素,就可以说这种游戏存在系统性的机会。例如赌场中的老虎机内含一个随机数字发生器,以保证出现在屏幕上的数字没有可以掌握的规律。还有些游戏,例如赌场中的轮盘赌、基诺等,依赖于掷骰子、搅乒乓球等随机因素决定结果,亦属系统性的机会。下象棋虽然有运气因素(例如需要猜先,确定谁先走、谁后走),但这游戏有规则,棋手必须按规则走,不能在下棋过程中打乱棋子,整个下棋过程一环扣一环,所以不存在系统性的机会。高尔夫球、保龄球也一样,如果有机会因素也是外在的、偶然的,游戏本身主要靠技能取胜,不存在游戏本身内在的、系统性的机会。而德州扑克以及所有的纸牌游戏是要洗牌的,所以每个人手中的牌每一次都不一样,每一局牌局的过程和结果输赢在相当大的程度上取决于手中的牌,因此德州扑克输赢的机会因素远远大于象棋、高尔夫球、保龄球。

象棋、高尔夫球、保龄球与德州扑克的另一个不同点,是前者建立在完全信息(perfect information)的基础上,而后者建立在不完全信息(imperfect information)的基础上。所谓完全信息是对游戏规则具有完全的知识和对其他游戏参与者行为的新的行为能够马上掌握。例如下象棋,规则对于双方都是一样的,没有隐藏的规则,当一个棋手走一步棋的时候,没有另外一个棋手观察不到的盘面状况。这是一个完全信息的状态。而德州扑克牌手始终不能看到另外牌手的牌,他只能靠猜测,这是一个不完全信息的状态。处于不完全信息状态的游戏显然比处于完全信息的游戏更具机会性。

因此,虽然同为技能占优势地位的游戏,象棋、高尔夫球、保龄球的技能成分更大,而德州扑克的机会成分更大。换言之,相对于前者而言,德州扑克的“赌博性”更大。另外,还有一些因素决定了德州扑克发展成群众性赌博的机会较高,而象棋、高尔夫球、保龄球则较低。例如,象棋只是两个人的运

[19] Gray Rivlin, *High Stakes for Poker as a Learning Tool*, N. Y. Times, Dec. 12, 2007.

[20] Joseph T. Coyle, *Use It or Lose It—Do Effortful Mental Activities Protect against Dementia?* 348 *New England Journal of Medicine* 2489, 2490 (2003).

[21] Garry J. Smith, *The “To Do” Over What to Do about Sports Gambling: Sanitizing a Tainted Activity*, in *Gambling and Public Policy: International Perspective* 13, 26 (William R. Eadington & Judy A. Cornelius eds., University of Nevada Press 1991).

[22] Cabot & Hannum, *supra* note 14.

[23] *California Gaming Law, Regulations, and Resource Information* (2015 edition).

动,一局棋从开始到结束往往经过相当长的时间,进程较为缓慢;高尔夫球和保龄球必须到特定的场地训练,比赛也需要特定的场地,所需要的时间同样比较长;而德州扑克参与人数较多,不需要特定的场地。

桥牌和德州扑克同为具有系统性机会和不完全信息的纸牌游戏,但二者仍有重要的不同,主要表现在:第一,桥牌更强调计算,而德州扑克更强调心理对抗,因而更符合赌徒心理;第二,桥牌规则复杂,难学难精,不易普及,而德州扑克简单易学,容易普及,如果发展成赌博,对社会的负面影响更大;第三,桥牌需要团队作战,如果牌手之间配合不默契,容易产生冲突,当涉及到大额金钱的时候,更容易产生摩擦,而德州扑克单兵作战,输赢都是自己扛,比桥牌更适合作为赌博的工具;第四,最重要的是,桥牌竞争本身就有相当大的趣味性,既可以涉及到钱,也可以不涉及钱。实际生活中相当多的人打桥牌不涉及钱的问题,参加桥牌比赛的人不少是在追求荣誉。而德州扑克始终与钱、与赌注有关系,追求的主要目标就是赢得金钱,缺了金钱的因素,德州扑克的趣味性则大减。

因此,总体而言,尽管德州扑克是技能占优势地位的游戏,但机会所占的成分不可忽视,再加上其与金钱绑定、易学易普及的特质,令世界许多政府产生高度警惕,或者予以禁止,或者即使允许,也将其置于政府的严格管制之下。

## 五、管制德州扑克的赌博性:其他法域的经验

从以上分析可以发现,德州扑克是一个具有双面性质的游戏,它一方面具有娱乐性,可以被用来作为娱乐、社会交往或锻炼脑力的工具,另一方面又具有较高的“赌性”,可以被用来作为赌博的工具,绝大多数法域将其作为赌博对待。但是,在把德州扑克作为赌博对待的时候,世界各国政府往往根据组织德州扑克的地点与目的,采取不同的公共政策。

### (一)在私人处所里的社交性扑克

如果是在私人场所玩德州扑克游戏,许多国家的法律是允许的,但也须符合法律规定的条件。例如美国《德克萨斯州刑法典》第47.02条规定,利用纸牌游戏下注属于一种轻罪,但是,下列理由可作为辩护理由:当事人在私人场所赌博;除了个人赢的钱之外,无人获得任何其他经济利益;除了利用技能或运气之外,输钱的风险和赢钱的机会对于所有参与者而言是同样的。换言之,此类游戏的主要目的是娱乐或社交,只要无人从中抽头渔利,法律即可允许。如果私人场所的所有者或其他人因为提供打扑克的地点或服务而抽头或接受对价,即为不合法。我国香港亦有类似规定:“如博彩游戏乃在私人处所内的社交场所中进行,并且并非以生意或业务的形式筹办或经营,亦非为任何人的私有收益(以博彩游戏的博彩者或在博彩游戏中博彩的人的身份赢得者不计)而筹办或经营,则该等博彩乃属合法。”<sup>[24]</sup>

也有法律规定了私人处所内赌注或收益的上限,不超过上限者为合法,超过上限者为违法。例如美国北达科塔州规定,社交性扑克每局牌输赢不得超过25美元。<sup>[25]</sup>爱荷华州规定,任何人在24小时内输钱不得超过50美元。<sup>[26]</sup>

[24] 香港《赌博条例》第3(2)条。博彩与赌博含义相同,使用博彩一词主要是淡化赌博一词的负面含义。

[25] North Dakota Century Code § 12.1-28-02 (2009).

[26] Iowa Code Annotated § 99B.12.

## (二) 在酒馆等社交场所的社交性扑克

有些地区允许在酒馆(pubs or bars)等地方玩社交性德州扑克,但通常,此类酒馆或地方必须获得政府的特别许可,并遵守相关的法律制度。

我国香港规定,纸牌等博彩游戏如果发生在非私人处所内的社交场所,则该场所必须是根据有关法律领取酒楼牌照或符合《会社(房产安全)条例》规定的场所,且须遵守以下条件:(1)进入该处所无需缴费;(2)博彩游戏并非由任何掌管、管理或涉及营办该处所或该会址的人或任何受雇于该处所或该会址的人进行;(3)在博彩游戏中,并不涉及与一个由一名或多名博彩者独占做庄的庄家对赌。<sup>[27]</sup>第一个条件禁止参与者缴费,防止所缴的费用成为变相的赌注。第二个条件禁止经营者本身参与游戏,防止其成为或变相成为庄家,使该处所事实上成为赌博场所。第三个条件禁止有独占庄家的游戏,防止有人借此达到经营赌博的目的。这些条件把博彩游戏完全限制在娱乐及社交的范围内,防止这些场所成为专门经营赌博的场所。

美国的爱荷华州允许在获发执照的酒馆内进行扑克等社交性博彩,但在博彩进行期间,店主不得收取入场费或服务费等额外费用,参与者的年龄不得低于21岁,以及在24小时内输钱不得超过50美元。<sup>[28]</sup>美国的科罗拉多州更加严格,虽然允许扑克等社交性博彩,但不允许博彩参加者以外的任何人从中得到任何直接或间接的好处。<sup>[29]</sup>这条严格的法律规定基本上排除了在经营场所内提供社交性博彩服务的可能性。例如,如果酒馆没有收取额外费用,但因为提供社交性博彩场所而吸引了更多的客人,从而提高了酒馆的经营收入,按照科罗拉多州的法律,就算得到了间接的好处,酒馆提供博彩服务场所的行为就是违法的。

在英国,于持有博彩执照的酒馆玩德州扑克,需要遵守赌注和奖金的限制,每名牌手每局扑克的最高赌注是5英镑,酒馆每天的总赌注不得超过100英镑,每局扑克的最高奖励不得超过100英镑,奖励包括金钱、物品、优惠券以及其他具有价值的东西。另外,酒馆不得收取入场费,例如不得要求参与人支付饭费作为入场券,即使参与人自愿支付也不可以。<sup>[30]</sup>

英国不允许专门的德州扑克俱乐部,但是允许在获得相关执照的会员俱乐部(members' clubs)和商业俱乐部内(commercial clubs)玩德州扑克。所谓会员俱乐部,是指为会员福利而成立的俱乐部,例如工人俱乐部等;所谓商业俱乐部,是指成立的目的具有商业营利性质,例如斯诺克俱乐部等。在这些俱乐部玩德州扑克,同样有赌注和奖励的限制。大体上,每人每局的赌注不能超过10英镑,俱乐部每天的总赌注不得超过250英镑,每周的总赌注不得超过1000英镑;奖励每局不得超过250英镑。<sup>[31]</sup>

## (三) 慈善或非营利目的的德州扑克

西方国家往往对以慈善目的或为非营利组织筹款目的而组织的扑克比赛网开一面。例如在美国的麻萨诸塞州,扑克比赛被作为彩票而禁止,但允许宗教团体和其他非营利组织为筹款目的而组织扑克比赛。符合资格的组织包括:美国国会特许的退伍兵组织;教会或宗教组织;共济会;教育或慈善组织;社区服务俱乐部;或其他专为非营利目的而运作的俱乐部或组织。这些组织必须符合以下条件:

[27] 香港《赌博条例》第3(3)条。

[28] Iowa Code sections 99B.6, § 123.49(2)(a), § 123.50(2), and 481 Iowa Administrative Code.

[29] Title 18 Criminal Code: Article 10 Gambling.

[30] The Gambling Commission of the United Kingdom, *Poker in Pubs: Advice on Allowing Poker in Alcohol Licensed Premises*, October 2012.

[31] The Gambling Commission of the United Kingdom, *Advice on Gaming in Clubs and Alcohol Licensed Premises: Gambling Act 2005*, September 2008.

在麻萨诸塞州成立并运作至少两年;从活动所在地的城市或镇获得许可(获得许可也需要满足一定的条件,包括需要指明所筹资金的用途等);金钱奖励不得超过25美元(非金钱奖励没有限制),以及一年内组织的比赛不得超过三次。操作扑克比赛必须遵守严格的规则,包括比赛本身的规则和对比赛组织的各项要求。<sup>[32]</sup>

加拿大卑诗省(British Columbia)也允许为慈善或非营利目的而组织扑克比赛。该省财政部下属的博彩政策与执法局专门为举办无限制性德州扑克比赛发布了一个标准程序,对举办此类活动作出了详细的规定。其主要要求有:第一,必须在比赛前向博彩政策与执法局申请扑克活动执照(The Poker Even Licensee);第二,比赛每12个月内不得超过52场,一个场地每周所能举办的获发执照的扑克比赛活动不得超过一次;第三,比赛必须是小规模的:每名参赛者的参赛费最多为100加元,每次活动不得超过100名参赛者,每次活动的总奖金价值不得超过2000加元,每名参赛者的奖金价值不得超过1000加元,主办者每次活动的毛收入最多为10000加元,在12个月的时段内最多为20000加元,主办者的全部支出(奖金除外)不得超过毛收入的25%;第四,必须符合负责任博彩的相关规定,例如向参赛者准确告知比赛的风险、规则等信息,不得允许未成年人、醉酒的人参加,等等;第五,获发执照后才能进行广告宣传,且宣传必须符合规定;第六,必须符合财务控制和审计条件。如果未达要求,博彩政策与执法局可以:暂停或吊销扑克活动执照;修改现有条件或附加新的条件;冻结博彩账户和资产;罚款;拒绝颁发另一个博彩营业执照。

#### (四)在德州扑克俱乐部、纸牌屋(card rooms)或赌场内的德州扑克

一般而言,如果一个法域把德州扑克认定为赌博,且该法域禁止赌博,则专门的德州扑克俱乐部是不为法律所允许的。

少数法域允许开办所谓纸牌屋,包括不同种类的纸牌游戏,这些纸牌屋相当于赌场,要受到政府严格的管制。例如美国的蒙大拿州允许开办纸牌屋,但必须获得政府特别颁发的执照。加利福尼亚州也允许开办纸牌屋,同样必须获得政府特别颁发的执照,以及遵守地方政府制定的管制规章。<sup>[33]</sup>颁发执照的过程是对纸牌屋的开办者、主要雇员和其他有关人员进行严格审查的过程,其主要目的是严防非法资金和犯罪集团的人士操纵经营。<sup>[34]</sup>关于纸牌屋内的规章制度往往钜细无遗,详细规定纸牌屋的营业时间,参加人的年龄要求,牌桌的数量,每一牌桌座位的数量,所允许的纸牌游戏种类,游戏的具体规则,是否允许收入场费、服务费,是否允许抽头和抽头的比例,是否允许借贷,下注和收取奖励的限制,是否允许安装提款机,等等,不一而足。

多数情况下,德州扑克属于赌场(casino)内的游戏,许多赌场设有专门的扑克室。通常,政府 unlimited 扑克室内的德州扑克的抽头和奖励,反而是多从保护赌客的角度管制扑克室,防止赌场抽头过多,或欺骗赌客,损害赌客利益。<sup>[35]</sup>

## 六、我国需要更精细的法律与公共政策

尽管赌博是一个不可忽视的社会现象,我国却缺少针对赌博的专门法律与相关的公共政策,具体

[32] Attorney General of the State of Massachusetts, *Advisory on Poker Tournaments*, June 30, 2005.

[33] Cabot & Miller, *supra* note 9, at 587.

[34] 参见王长斌:《澳门博彩法律制度》,人民出版社2013年版,第68-73页。

[35] Nevada Gaming Board, *Regulation 23: Card Games*.

到德州扑克,更是付诸阙如。“两高”《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2005]3号)是我国处理赌博问题的重要法律文件,其第九条虽不是直接针对德州扑克,但与认定德州扑克是否是赌博有直接的关系。该条规定:“不以营利为目的,进行带有少量财物输赢的娱乐活动,以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等,不以赌博论处。”公安部《〈关于对“德州扑克”游戏是否认定为赌博行为的请示〉的答复》(公治[2012]54号)直接表达了对德州扑克的意见,虽然效力级别较低,但反映了我国行政主管部门的态度,亦值得重视。该答复认为:“‘德州扑克俱乐部’以‘德州扑克’游戏为名,通过缴纳报名费或者现金换取筹码参加比赛的形式,赢取现金、有价证券或者其他财物,和从中抽头渔利的行为,应当认定为赌博。”

“两高”的司法解释和公安部的答复只是解决法律认定问题,为判断德州扑克是否是赌博提供了一定的依据。但两个文件受法律解释功能所限,行文过于简单,反而可能引发一些不易解决的公共政策问题。例如:第一,在公共场合玩德州扑克游戏是否允许?假如几个牌友在公园玩德州扑克,没有人抽头渔利,所下的赌注不大,按照“两高”的司法解释,此种行为似不应认为是赌博。但是在大庭广众之下玩真金白银的游戏,对于社会的负面效果是显而易见的。第二,什么才是“少量”财物输赢?什么是“正常的”场所和服务费用?标准是什么?第三,按照“两高”的司法解释与公安部的答复,只有从中抽头渔利的德州扑克游戏才应当被认定为赌博。假如有一个公司组织德州扑克比赛,参赛者需要缴纳报名费或者以现金换取筹码,并赢取现金、有价证券或其他财物,但该公司并不从中抽头渔利,相反,却出钱赞助该比赛,目的是扩大自己的影响。这种德州扑克大赛是否允许,是否允许其公开宣传?第四,如果“德州扑克俱乐部”不从中抽头渔利,按照公安部的解释,即不应被认定为赌博。这是否意味着专门的“德州扑克俱乐部”可以合法存在?这样的公共政策是否合适?如果允许其存在,又如何防止此类俱乐部规避“不能从中抽头渔利”的规定?

鉴于德州扑克具有娱乐性与赌博性的双面性质,笔者认为,我国对于德州扑克的法律与公共政策应当作出适当的调整、补充以及完善。

首先,德州扑克具有一定的正面价值,我国应当允许私人场所的德州扑克游戏,但应当采取措施对其进行一定程度的管制(regulate),防止其演变成营利性的赌博活动。所采取的管制措施可以包括:参与游戏的人必须是组织者或其他牌手的亲朋,不允许经常性地接纳不熟悉的人,以防其演变成赌博场所;组织者及任何人不得抽头渔利,也不得收取其他费用;不得有独占性的庄家;可考虑限制赌注和奖金的数额。

其次,我国应当禁止在公共场合玩德州扑克游戏。这里的公共场合,包括公园、商场、候车室、餐馆、火车等允许公众自由进入的场合。如果在向公众开放的棋牌室内玩德州扑克游戏,棋牌室经营者必须确保德州扑克在一个封闭的、不允许公众自由进入的房间,且未成年人不得参加。如果在旅馆房间内或工作场所玩德州扑克游戏,则应该禁止亲朋、同事之外的其他人进入。上述对于私人场所的管制措施,同样应当适用于棋牌室、旅馆等类似场所。

再次,我国应当明确禁止专门的“德州扑克俱乐部”或类似纸牌俱乐部的经营。这类俱乐部的经营性质是明显的,绝大多数——如果不是全部——是抽头渔利的。所以,专门的“德州扑克俱乐部”实质上是赌场,不应允许其存在。一般的棋牌室可以是社区群众消遣娱乐的场所(例如打不带彩头的牌、下棋等),但专门的“德州扑克俱乐部”显然不具此功能。而且,我国也应对棋牌室内“带有少量财物输赢”的娱乐活动进行管制,明确限定赌注和奖金的数额,不宜继续模糊下去。

最后,建议授权国家体育彩票管理部门专属组织以慈善为目的的德州扑克比赛,禁止其他人组织

德州扑克大赛。德州扑克具有“赌博性”,不宜允许私人利用其作为牟利的工具。由国家体彩管理部门垄断经营,主要原因有二:第一,既然德州扑克具有赌博性质,则由彩票管理部门而非体育运动部门管理较为适宜;第二,确保所筹集到的资金,像彩票公益金的使用一样,用于慈善等正当的事业,尽量使其发挥正面的作用,而不是落到某个组织、某些个人的腰包中。同时,我国应当对于德州扑克大赛制定细致的管理规章,对德州扑克大赛的组织及从业人员,赛事活动的组织、规则、场所等制定详细的规章制度,保证其成为一项健康的竞技性赛事,尽量减少其负面社会效果。这方面,海南省制定了《扑克运动管理办法(试行)》已经作了有益的尝试,可以在总结海南省经验的基础上予以完善。

总起来看,我国过去对于赌博行为以刑事法律为主,“禁”字当头,多采取突击式清理、打击的模式。这种模式往往不分青红皂白,大、小赌博一起打,一方面妨碍了民众正常的娱乐活动,另一方面也难以收到持久的效果,往往一阵风过去,一切照旧。“两高”的司法解释允许“不以营利为目的、带有少量财物输赢的娱乐活动”,是合乎情理的改变,但也打开了赌博的魔盒,因为“带有少量财物输赢的娱乐活动”与赌博并没有明显的界限,如果不加以控制,容易发展成群众性的赌博活动,成为不易处理的社会问题。我国应当放弃对于赌博的简单的、粗暴的处理方式,代之以较为精细的法律制度与公共政策。对于德州扑克而言,应当结合其娱乐性与赌博性的双重特点,既不粗暴禁止,也不纵容放任,而是针对组织德州扑克的目的和具体的情况,进行一定的管控,促使其在我国的发展成为可以控制的娱乐活动或竞技性赛事。

## Is Poker Gambling? A Comparative Study of Gaming Laws and Public Policies

Wang Changbin

**Abstract:** The discussion on whether poker such as Texas Hold'em is a recreational activity, a competitive game or a type of gambling lies in the uncertainty of the definition of gambling and different standards and methods used to measure whether chance or skill plays a greater role in determining the outcome of the game. Compared with the games of skill such as chess, chance plays a more significant role in poker because of its systematic chance and incomplete information in the game. Characterized by the stronger psychological confrontation between the players, money binding, easy to learn and to spread, poker is easier to become a tool of mass gambling compared with other card games such as bridge. The western countries usually permit social and charitable poker games as well as the ones in private places under certain conditions, but prohibit the specialized establishment of poker clubs. A few jurisdictions legalize poker and permit playing poker in card rooms or casinos. China has not yet set clear public policies in poker playing, nor in general gambling, thus needs to make intricately detailed laws and regulations to keep poker playing in the right track.

**Keywords:** sports betting; the three elements of gambling; predominance test; social gaming; gaming law and public policy

(责任编辑:刘馨)