

目 录

【论文】

比较法中功能主义进路的历史演进

——一种学术史的考察 郑智航(1)

论生态损害综合预防与救济的立法路径

——以法国民法典侵权责任条款修改法案为借鉴 竺 效(15)

论股东对公司高管薪酬的投票权 赵金龙 付建荣(30)

慈善信托近似原则在美国立法中的发展及其启示 李喜燕(47)

从诉之效力位阶看民事案件受理制度 杨会新(62)

论争点效之比较法源流与本土归化 丁宝同(75)

论美国《模范刑法典》的犯罪论体系 江 溯(92)

论脆弱证人作证制度 张吉喜(107)

死因调查制度的问题与重构

——以普通法系的死因裁判制度为借鉴 吴启铮(127)

从比较视角看女性主义法学的出路 林 林(148)

美国法上的“负面信息披露” 朱春华(157)

【民法典编纂】

论意思表示错误的撤销权存续期间

——以中国民法典编纂为背景的分析 薛 军(174)

【法学信息】

中华人民共和国民法总则(专家建议稿) 李永军等(182)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 145 May 2016 No. 3

Contents

Articles

- The Historical Evolution of the Functionalism in Comparative Law: From an Academic History Perspective
..... *Zheng Zhihang* (1)
- On the Legislation Blue Print of Integrated Prevention and Remedy of Ecological Damage: Using Modification
of Tort Liability Provisions of French Civil Code for Reference *Zhu Xiao* (15)
- Shareholders' Say on Pay: International Experience and Lessons for China
..... *Zhao Jinlong & Jenny Fu* (30)
- Development and Enlightenment of Cy-Près Doctrine on Charitable Trusts in America *Li Xiyan* (47)
- On Civil Cases Accepting System from the Perspective of Hierarchical Relationship of Action Effect
..... *Yang Huixin* (62)
- The Logical Origin on Comparative Law and Localization of Issue Preclusion *Ding Baotong* (75)
- The Structure for Analyzing Criminal Liability in Model Penal Code *Jiang Su* (92)
- On the System of Vulnerable Witness *Zhang Jixi* (107)
- Problems and Reconstruction of Death Investigation System in China: Taking Coroner System of Common Law
for Reference *Wu Qizheng* (127)
- The Way Out for Feminist Jurisprudence from the Perspective of Comparison *Lin Lin* (148)
- Adverse Agency Publicity in the American Legal System *Zhu Chunhua* (157)

Codification of Civil Law

- On the Limitation Period for the Revocation of the Juristic Act with Error—An Analysis in the Context of the
Chinese Civil Law Codification *Xue Jun* (174)

Legal Information

- General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China (Draft) *Li Yongjun et al.* (182)

比较法中功能主义进路的历史演进

——一种学术史的考察

郑智航*

摘要:功能主义研究进路在比较法中一度占据主流地位,并直接推动了比较法的发展。经过几代人的努力,功能主义逐步形成了以“事实方法”为基础,以“问题”为导向,以求同为目的的研究进路,而且在具体的比较过程中,各个功能主义进路的主张者采取的步骤大体具有一致性。学者们对功能主义进路进行的批评也一直并未中断过,特别是在后现代主义思潮的影响下,法律文化论、批判性比较和比较法律经济学等对比较法学中的功能主义进路进行了较为严厉的批评。面对上述批判,功能主义进路进行了一定的回应,并在此基础上以一种开放的态度总结了功能主义进路的优势和劣势,从而实现从功能主义到新功能主义,即结构-功能主义的转变。

关键词:比较法 功能主义 法律文化论 批判性比较 比较法律经济学 结构-功能主义

从方法论上讲,法学方法和研究进路的更新与发展往往受制于法律本体论的更新与发展。以比较方法为核心构建的比较法这一学科更是充分地说明了这一点。^[1] 在比较法发展早期,法学界奉行的是概念法学和法律实证主义,相应地,比较法在研究过程中选择了以法条主义为核心的规范比较的研究进路。到了19世纪末20世纪初,概念法学和法律实证主义受到了利益法学、自由法学、法律社会学和法律现实主义的广泛批判。他们对概念法学和法律实证主义有关法的本质展开了批判,并否认法律是一种自洽的实体,而是需要通过目标理解法律、以法律的社会效果判断它们的合理性。这种“功能主义”进路极大地推动了比较法研究范式的更新,^[2]特别是自德国比较法学家茨威格特和克茨系统确立比较法的功能主义进路以后,功能主义研究进路在比较法中一度占据主流地位,并直接推动了比较法的发展。一方面,功能主义研究进路扩大了比较的范围,增强和提升了比较法的实践功能;另一方面,有助于摆脱本国法律概念和法律思维方式的束缚。^[3] 中国学术界也是通过茨威格特和克茨的《比较法总论》一书接触到比较法中的功能主义研究进路,并对这一进路展开了一定的学术研究。就既有的研究而言,学者们对于比较法中的功能主义进路的研究缺乏一种学术脉络上的把握,呈现出零散化、碎片化的特点,而且也没有对比较法中的功能主义研究进路遭遇到的批判以及这些批判对功能主义研究进路的发展产生的影响进行系统分析。因此,本文试图从学术史的角度对比较法中功能主义研究进路的学术发展脉络、功能主义进路在法律实践中的具体操作方案、功能主义进路遭遇的批判以及功能主义进路的最新发展等问题进行分析。

* 山东大学法学院副教授,法学博士。

[1] Roscoe Pound, *Philosophy of Law and Comparative Law*, 100 *University of Pennsylvania Law Review* 1, 2 (1951).

[2] 朱淑丽:《比较法学中的反法条主义进路》,载《社会科学》2014年第4期,第101页。

[3] 黄文艺:《比较法:原理与应用》,高等教育出版社2006年版,第34页。

一、比较法中功能主义进路的发展脉络

尽管古罗马法学家在研究罗马法时就开始使用比较的研究方法,但是真正现代意义上的比较法则是在19世纪中期左右兴起的。^[4]这一时期的比较法主要采取规范主义进路。这种规范主义进路是以概念法学和法律实证主义为法哲学基础的。由于概念法学和法律实证主义自身的缺陷,比较法学界出现了反法条主义的倾向。另一方面,社会科学对于法学领域的影响日益加强,特别是功能主义在社会科学的迅速兴起并占据重要地位直接推动了比较法研究进路的转向,即从规范主义进路到功能主义进路。

(一) 比较法中的规范主义进路

从时间节点上看,比较法兴起的时期正好是概念法学兴起的时期。概念法学源于历史法学演变而成的潘德克吞法学。历史法学派的开创者萨维尼主张在对罗马法进行深入研究的基础上,总结规律、清理和建构民法的基本概念、体系和原理。萨维尼的学生普赫塔在萨维尼学说的基础上提出私法学应当建构一个精确的概念金字塔,即从一个最高的基本公理(或抽象概念)开始,层层演绎,即可获得一个逻辑完满的概念体系,并且这种概念体系还可以衍生法律规则、弥补法律漏洞,即“将实证条文回溯到其原则和基本概念,并经由演绎,从如此寻得的体系学说去填补漏洞”。历史法学由此转向了“概念法学”(Begriffsjurisprudenz),由于其借用了优士丁尼法典中的《学说汇纂》的名称,又被称为“学说汇纂法学”或“潘德克吞法学”。^[5]1884年,耶林把“概念法学”作为反对潘德克吞法学家的关键词。^[6]在概念法学看来,法律是从抽象的法律体系、概念和原则中演绎出来的,法学概念应当保持“在继承和运用过程中的前后一致性,强调法学概念的意义必须固定不变和保持法律体系的逻辑严密性,并将三段论式的演绎法作为其最主要的研究和分析手段;在把此种研究和分析模式运用于法律实践的过程中,它还附带性地形成了一种坚持成文法是唯一法律渊源并反对在解释法律的过程中渗入价值、目的或利益等主观因素的立场”。^[7]

这一时期的概念法学深深地影响到了比较法的发展,并在研究上形成了以法条主义为核心的规范主义研究进路。德国早期比较法学派的主要代表人物波斯特(Albert Post)、伯恩霍夫特(Franz Bernhft)和科勒(Joseph Kohler)等人都采取的是一种规范主义的比较进路。他们主要从法律实证主义立场出发,认为对法律进行比较并不是为了向外国学习,而是要为欧洲国家进行殖民扩张提供正当根据。在此基础上,他们对各国法律制度进行了文本上的比较,并提出各国法律制度都具有相似性,都有着同一的发展方向,在发展过程中都需要服从同一的进化规律。^[8]1862年,国际社会科学进步

[4] 罗马法学家盖尤斯在研究《十二铜表法》时,就认为该法模仿了梭伦立法。他也对迦拉太人的习惯与罗马的父权制度进行了比较,从而找到两者之间的相似之处。英国法学家梅因是较早提出“比较法”概念的学者。他认为,“与法学迅即联系起来的研究领域是历史学和伦理学,而历史学和伦理学的研究范围又确实是如此之广,以至于可以包含法学的很大一部分;法律本身又包含了一个巨大的领域,那就是比较法——英国法乃是其中一个很小的部分”。参见[美]波洛克:《比较法学的历史》,张小平译,载《比较法研究》2011年第5期,第158页。

[5] 朱晓喆:《耶林的思想转型与现代民法社会化思潮的兴起》,载《浙江学刊》2008年第5期,第20页。

[6] [德]汉斯-彼得·哈佛坎普:《概念法学》,纪海龙译,载《比较法研究》2012年第5期,第155-156页。

[7] 蒙晓明:《为概念法学正名》,载《法学》2003年第12期,第16页。

[8] See Anne Peters & Heiner Schwenke, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, 49 *International and Comparative Law Quarterly* 800, 804 (2000).

协会在布鲁塞尔召开的首次大会就坚持的是这种规范主义的研究进路。比较法问题是此次大会研讨的一项重要议题。在有关比较法问题的议题上,大会将其目标定位为“研究各国的民事、政治和刑事法律、它们在人们的社会条件下的作用、它们的缺陷和导致的后果以及它们的改进和改革的难易程度”。就大会所作的报告而言,主要包括法典编纂的基础和方法、关于外国人的立法和改进的介绍以及外国法人的跨国承认等。^[9] 这些报告主要是从不同国家的法律规范体系出发,搜集各个国家的相关文本,从中寻找相对应或对等的法律规范,然后对其进行比较。

到了19世纪末20世纪初,《德国民法典》的制定与检查进一步强化了比较法的规范主义研究进路。为了给《德国民法典》提供智识支持,比较法学者坚守概念法学高度强调概念和分类的信条,从实体法体系出发,专门研究大陆法系国家的正式规则、制度和程序等。^[10] 1900年,巴黎国际比较法大会召开。此次会议的基本目标就是促进法律教育和国家立法,并从概念法学的角度出发将法律理解为国家制定法。比较法的任务在于关注各国具体立法之间的合理趋同现象,寻找到各国制定法的共同基础,并从这种观察和比较中找到一个重要的模式作为范例,将其融入到具体的国家制定法中。尽管此次会议也提出了“发现和创立人类社会的共同法”,但是,大会普遍认可的有关变通(adaptation)是比较和借鉴其他国家立法模式时一个重要阶段的论断在事实上构成了对“人类社会的共同法”的消解。对此,萨莱伊(Saleilles)认为“这种变通难以形成一种优先的、统一的法律”。^[11] 此次大会之所以强调“变通”主要还是基于概念法学对历史法学有关“法律是民族精神的体现”这一观点的继承与延续。从这种意义上讲,此次会议进一步强化了比较法研究的规范主义进路。

经过近半个世纪的发展,规范主义在比较法研究中成为了一种重要的研究进路。总结起来,比较法的规范主义研究进路具有以下几个方面的内容:第一,规范主义进路坚持的是国家主义传统。规范主义进路首先预设了国家和国家法律体系两个基本元素,并从这两个元素推导出国际元素。国际元素的主要功能是为每一个民族国家确定的领土范围提供合法性。^[12] 另一方面,民族国家、社会和法律体系在相当程度上是封闭和自给自足,可以孤立开来进行研究的实体。^[13] 第二,规范主义进路认为法律规范存在于各种法律文本之中,人们通过对于法律文本的认识就能够充分把握法律规范的基本内容。第三,规范主义进路强调法律规范或法律规范体系是比较的基本单元。“规范比较的基本步骤是,首先在被比较的各个国家的法律渊源中寻找对应的或对等的法律规范,然后对这些对应的或对等的法律规范进行比较。”^[14]

(二) 早期比较法学中的功能主义进路

在比较法研究规范主义进路兴起的同时,一直伴随着反法条主义这样一种倾向。特别是耶林对法律功能的重视更是为比较法学中功能主义进路的萌芽奠定了方法论基础。尽管耶林早年深受潘德

[9] 在首次大会上,有五分之一的成员是从事比较立法的学者,比较立法是年会的一个重要板块。[美]大卫·S. 克拉克:《千禧之年,了无新意——世纪初与世纪末的比较法》,赖骏楠译,载高鸿钧等编:《比较法学读本》,上海交通大学出版社2011年版,第38-39页。

[10] 朱淑丽:《德国比较法学的发展脉络》,载《比较法研究》2006年第2期,第152页。

[11] 同注9引文,第40页。

[12] [法]皮埃尔·勒格朗、[英]罗德里克·芒迪主编:《比较法研究:传统与转型》,李晓辉译,北京大学出版社2011年版,第70-75页。

[13] [英]威廉·推宁:《全球化与比较法》,吴大伟译,载[英]埃辛·奥赫绪、[意]戴维·奈尔肯编:《比较法新论》,马剑银、鲁楠等译,清华大学出版社2012年版,第85页。

[14] 黄文艺:《论当代西方比较法学的发展》,载《比较法研究》2002年第1期,第1页。

克吞学派和概念法学的影响,并提出了“较低层次的法学”和“较高层次的法学”的区分,^[15]但是,他后来愈来愈意识到概念法学忽视了法律的目的性,并认为概念法学用概念的基本逻辑代替了生活的基本逻辑。自1860年代开始,耶林就提出了反概念法学的主张。他在《法律:实现目的的手段》一文中明确提出:“对逻辑性的渴求使得法学变成了法律数学,这个错误源于对法律的误解。生活不是为了概念的目的而存在,相反,概念却要为了生活的目的。不是逻辑被赋予存在的权利,而是生活、社会关系、正义的感觉所要求的东西才有存在的权利——逻辑的必要性和可能性并不是最重要的。”^[16]为了使法律真正地反映现实生活,耶林提出法律是实现目的的一种手段,它具有满足社会需要的重要功能。尽管他没有把功能主义引进到比较法研究领域,但是,他推动了人们对于法律本体论认识的发展与更新。茨威格特等人在评价耶林对于比较法研究的贡献时指出,耶林的法律目的论对现代比较法的发展产生了重要影响,从而使比较法成为了一种具有评价性的、反法条主义的和现实性的方法。^[17]

在比较法的发展历史上,德国学者恩斯特·拉贝尔(Ernst Rabel)将功能主义系统引进到了比较法研究领域。拉贝尔在早年研究罗马法和法律史时就采用了比较法的方法。1919年,他在《慕尼黑大学比较法研究所》一文中将比较法的研究划分为以下三个领域:“(1)比较法律史,即历史比较法,它是作为研究各个具体国家的法律制度时采用的一种比较方法而出现的,而不是一个单独的法律学科,但尽管有这种局限,它在发现和回答法律史问题方面已经取得了丰硕的成果;(2)教义学的、系统的,或者可以称为现代法律意义上的比较法;(3)作为哲学一部分的比较法,在这里,历史法学和系统法学与法哲学和社会学一起研究关于法律起源和效力的最深刻的问题;在这里,法律比较不仅仅只是提供资料,而是可以作为一个任何人都无法胜任的裁判员,它本身就是法律比较者。”^[18]1924年,拉贝尔在《论法律比较的任务和必要性》一文中在重申比较法上述三个领域的基础上提出了比较法研究应当坚持功能主义进路。他认为,“法律比较就是将一个国家(或其他立法共同体)的法律规定与另一个制度下的法律规定一起进行研究,或者还要与历史上的和现在的尽可能多的其他的法律一起进行研究。我们要研究各个地方所提出的问题是是什么以及它们是如何被回答的,以及这些答案之间的关系怎样”^[19]因此,拉贝尔认为比较法的比较对象不是固定的数据和孤立的条文,而是针对某一问题所提出的这个国家和那个国家的解决方法。在比较过程中,人们应当从全部法律制度的整体出发来理解这些解决方法。然后,考察这些方法为什么会产生、它们的功用是什么以及在哪些方面有成功之处。^[20]这正是功能主义进路的精髓所在。拉贝尔将这种方法称为“功能方法”。

尽管拉贝尔提出了功能主义进路,但是,他的研究进路具有较强的实用主义倾向,缺乏学理性。他除了对解决实际问题感兴趣外,对当时有关比较法方法论的论争不感兴趣。他也没有从比较法的核心在于制度的功能比较这一洞见中发展出一套精细化的方法。^[21]他的学生马克·莱因斯坦(Max

[15] [德] Helmut Coing:《鲁道夫·耶林的法律体系概念》,吴从周译,载《法学丛刊》2000年第4期,第76-92页。

[16] Rudolf von Jhering, *Law as a Means to an End* 330 (The Boston Book Company 1913).

[17] Konrad Zweigert & Kurt Siehr, *Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method*, 19 *The American Journal of Comparative Law* 215, 219 (1971).

[18] 杜涛:《德国比较法学之父拉贝尔》,载《比较法研究》2004年第6期,第111页。

[19] 同注18引文,第112页。

[20] David J. Gerber, *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language*, in *Rethinking the Masters of Comparative Law* 170, 199 (Annelise Riles ed., Hart Publishing 2001).

[21] Ralf Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law* 340, 362 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Oxford University Press 2006).

Rheinstein)在功能主义进路的学理论证方面作出了重大贡献。莱因斯坦认为,从法律科学的角度来看,“法律是社会控制和组织的工具”这一命题要求人们探究具体法律规则和法律制度的社会功能。为了论证具体法律规则和法律制度的合法性,我们必须从以下两个方面来考虑:一是,法律规则和法律制度在当前社会中发挥何种功能;二是,法律规则和法律制度是否很好地发挥了这一功能,以及有没有其他更好的发挥这一功能的法律规则和法律制度。莱因斯坦认为,只有通过与其他法律体系进行比较才能较好地回答这些问题。^[22]在此基础上,他提出比较法应当从各国法律制度的功能出发来对法律制度进行比较。

(三)比较法中功能主义进路的成熟

二战后,功能主义进路在比较法中进一步确立了主流地位,特别是德国学者茨威格特和克茨合著的《比较法总论》在继承拉贝尔、莱因斯坦等人思想的基础上对比较法中的功能主义进路展开了最为系统的阐述。一方面,茨威格特和克茨从比较法的概念、功能、方法和历史等方面建构了一套完整的比较法研究体系,从而克服了比较法重视实用主义而忽略自身理论建构的问题;另一方面,他们对比较法中的功能主义进路进行了细致化研究,从而提升了功能主义进路的精细化程度。在他们看来,“任何比较法研究作为出发点的问题必须从纯粹功能的角度提出,应探讨的问题在表述时必须不受本国法律制度体系上的各种概念所拘束”。^[23]因此,坚持功能主义进路就必须在从事比较法研究过程中彻底摆脱本国的法学教条主义的先入为主的想法和意见。^[24]相较于规范主义进路而言,茨威格特和克茨认为功能主义进路能够实现不同法律体系和法律结构的法律,不同法律概念、法律术语和法律程序的法律,不同意识形态的法律等的比较。为了证明这些法律能够进行比较,茨威格特和克茨提出三个理论前提。第一,法律是解决社会问题和需求的工具,因此,我们可以从“问题-解决办法的方法”来理解法律。第二,各个法律秩序所要解决的问题都是相似甚至相同的,各国的法律具有类似的功能,都需要执行类似的任务。第三,各国不同的法律秩序对于同样的生活问题都采用了相同或相似的解决办法。^[25]

与此同时,鲁道夫·B.施莱辛格(Rudolf B. Schlesinger)提出了“共同核心理论”(Common Core theory)。他召集皮埃尔·波纳西(Pierre Bonassies)、吉诺·哥尔拉(Gino Gorla)、纳沃尔纳·络伦兹(Werner Lorenz)和伊恩·R.麦克尼尔(Ian R. Macneil)等学者开展了“共同核心项目”的研究。该项目的目的是要以合同法的主要领域为主线,来确定各种主要的法律体系在一定程度上存在一个“共同的核心”(Common Core)。^[26]通过这种努力,施莱辛格等人试图克服过去比较法在方法上的狭隘,并去揭示每种被选择的法律体系中的规定和概念之间存在的功能性和系统性的关系。^[27]在这个过程中,他们提出了“事实方法”(factual approach)的概念。在这种方法看来,人们可能对解决某一问题的答案存在争议,但是他们通常会关注共同的问题。因此,这种事实方法以“问题-案例”为导向,能够完全打破概念法学所建构的封闭的法律体系,从而使直接比较各个法律体系所确定的解决办法成为一种可能。^[28]

[22] Max Rheinstein, *Teaching Comparative Law*, 5 *University of Chicago Law Review* 615, 618 (1938).

[23] [德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第47页。

[24] 同注23引书,第48页。

[25] 参见朱淑丽:《挣扎在理想与现实之间——功能主义比较法90年回顾》,载《中外法学》2011年第6期,第1283-1284页。

[26] Donald E. Claudy, *Formation of Contracts a Study of the Common Core of Legal Systems*, 54 *Cornell Law Review* 482, 482 (1969).

[27] Claudy, *supra* note 26, at 483.

[28] 同注26引文,第57页。

经过茨威格特、克茨和施莱辛格等人的努力,功能主义进路无论在理论基础方面,还是在具体方法运用方面都走向了成熟,甚至在比较法研究中确立了自己的正统地位。而且,功能主义在实践领域中得到了广泛运用。它“不仅在转型国家的新法典编纂中得到广泛运用,不仅贯穿在各种国际统一法事业(诸如CISG、《国际商事合同通则》)中,还渗透于欧洲民法典运动中的各项学术事业”。因此,有学者认为,正是由于功能主义的转向,比较法在欧洲大陆焕发出强劲的生命力,并从患有“灰姑娘情结”的边缘角色变为了一门充满雄心、积极参与实践并富有声望的热门学科。^[29]

二、比较法学中功能主义进路的具体内容

功能主义进路经过几代人的努力,逐步形成了以“事实方法”为基础,以“问题”为导向,以求同为目的的研究进路,而且在具体的比较过程中,各个功能主义进路的主张者采取的步骤大致是一致的。因此,具体分析功能主义进路的出发点、研究目的和研究步骤有助于我们全面把握功能主义进路的具体特质。

(一) 功能主义进路的出发点

一如前文所述,功能主义进路具有强烈的反概念法学或反法条主义倾向,其比较的出发点并不是法律条文或法律规范,而是问题。因此,功能主义特别强调“事实方法”的运用。换言之,功能主义首先关注的并不是各国法律条文或规范的具体规定是什么,而是一国是否遇到了与其他国家遇到的同样或相似的问题。运用这种“事实方法”所确定的问题是功能主义进路的出发点。在规范主义进路看来,大陆法系与普通法系由于受制于各国法律传统和法律概念体系的影响和制约而难以具有可比性。例如,大陆法系在构造财产法律制度时,使用的是“物权”、“债权”等基本概念体系,而普通法系并没有这样的概念;大陆法系在构造合同法体系时,使用的是“要约”和“承诺”等基本概念体系,而普通法系使用的是“约因”和“对价”等概念体系。倘若将规范体系作为比较法研究的出发点的话,大陆法系与普通法系的确难以比较,因为难以在两者之间寻找到合适的比较项。功能主义则认为,尽管大陆法系与普通法系在法律概念体系上存在差别,但是各个法律体系所要解决的问题是相同的或相似的,用施莱辛格的话来说,各国法律秩序之间存在着“共同核心”。这种“共同核心”应当成为功能主义进路的出发点。因此,功能主义进路主张突破本国法律制度体系的各种概念的拘束,将提问方式从“法律如何规定”转变为“法律如何处理某一问题”。例如,规范主义进路提问方式是“外国法关于契约设有什么形式规定”、“外国法怎样调整德国法所有的先位继承和后位继承”等。功能主义进路认为需要改变这种提问方式,需要这样提问:“外国法如何保护当事人免于草率立约或者不受未经认真考虑的行为的约束”、“人们应当试图查明外国法考虑以什么方法满足立遗嘱人在死后长期控制其遗产的要求”。^[30]换言之,功能主义进路的出发点并不是法律规则本身,而是根据生发出规则的政治、社会、经济和意识形态语境来判定其所意指的那些事物。^[31]

在司法实践中,法院在某些案件的审理过程中,援引外国相关的立法及其案例来解释本国法律规范或是国内法律规范并无规则,也无类似国内案例加以援用,法院援引外国相关的立法或案例来补强

[29] 同注25引文,第1288页。

[30] 同注23引书,第47页。

[31] [比]马克·范·胡克:《比较法的认识论与方法论》,魏磊杰、朱志昊译,法律出版社2012年版,第74-75页。

法律论证时,往往采取这种功能主义进路的出发点,从问题出发而非从法律条文或法律规范出发。例如,德国联邦最高法院在1958年审理“录音案”时,就遇到了一个相当棘手的问题,即《德国民法典》没有人格权的概念。从法律体系的角度来讲,他人录音并将此录音传播出去到底侵犯了被录音者何种法律权利?法院在审理过程中,并没有从概念出发,而是从“无形损害如何赔偿”这一问题出发,运用功能比较的方法,认为“每个人的个人价值在法律制度中具有核心的重要性,凡是同我们的观点类似的国家,几乎都承认无形损害赔偿作为对侵害人格的适当的私法制裁。出版自由在这些法律秩序中也具有根本性的重要意义,而且对于精神损害的赔偿的能力并不影响出版自由,因此所谓允许对人格侵害给予无形损害赔偿就意味着侵害或者危害基本法所承认的出版自由——这种反对意见是毫无根据的”。^[32]又例如,美国法院在 *Lawrence v. Texas* 案中,认为尽管法律没有规定同性鸡奸行为应当如何处理,但是,同性鸡奸行为从本质上讲是一种自愿同性性行为,法院要处理的问题是自愿同性性行为是否是一种私人性行为,是否属于私人生活的一部分。美国法院从功能主义的问题导向出发,援引了欧洲法院在 *Dudgeon v. United Kingdom* 一案中的判决,即两个成年人之间的自愿同性恋行为是犯罪的做法违背了《欧洲人权宣言》第8条所规定的个人私生活受到尊重这一基本原则,^[33]认为同性鸡奸行为是一种私人性行为,属于私人生活的一部分,国家不得基于国家安全、公共安全或者国家的经济福利等以外的因素对这种行为进行限制。^[34]

(二) 功能比较的目的

在功能主义进路看来,比较的主要目的并不在于说明某国某项法律制度存在的必要性和正当性,而是要通过这种比较来发现哪个国家的法律制度更具有功能上的优越性,从而为移植和传播外来法律文化寻找到合法性。因为功能主义认为某种外来法律文化既然在某些方面能够比该社会固有的法律文化具有更优势的功能,能够更好地满足该社会的需要,这个社会就应当主动接受这种法律文化。换言之,功能主义进路强调不同法律制度和法律文化进行功能上的比较和竞争,并在此基础上形成一种优胜劣汰。借用黄文艺的表述,“功能好者,强者得势;功能差者,弱者淘汰”。^[35]在这个过程中,功能主义进路试图寻找一种普遍性,并在此基础上推动世界各国法律的协调或统一。莱因斯坦曾经指出,比较法是一门注重观察和追求精密的法律科学。它的研究主题是在任何时空条件下都普遍有效的规律,^[36]特别是在国际化、全球化这种大背景下,比较法学者也往往利用这种功能比较来推动法律的国际化 and 全球化进程。例如,有学者就认为,“晚近欧盟在统一私法方面所取得的巨大进步被视为是功能比较的杰出成果”。^[37]

(三) 功能主义比较的基本步骤

功能主义进路以“事实方法”为基础,以“问题”为导向。在具体研究和分析过程中,不同的学者将功能主义比较大致划分为不同的步骤。例如,意大利学者卡佩莱蒂(M. CapPelletti)将功能比较分为以下六个步骤:第一,寻找所要比较的国家的人们共同遇到的社会问题和需要;第二,找出那些处理共同社会问题或社会需要的法律制度所采用的法律规范、程序和制度;第三,对有关国家采用的法律解

[32] 同注23引书,第28页。

[33] *Dudgeon v United Kingdom* [1981] 45 Eur. Ct. H. R.

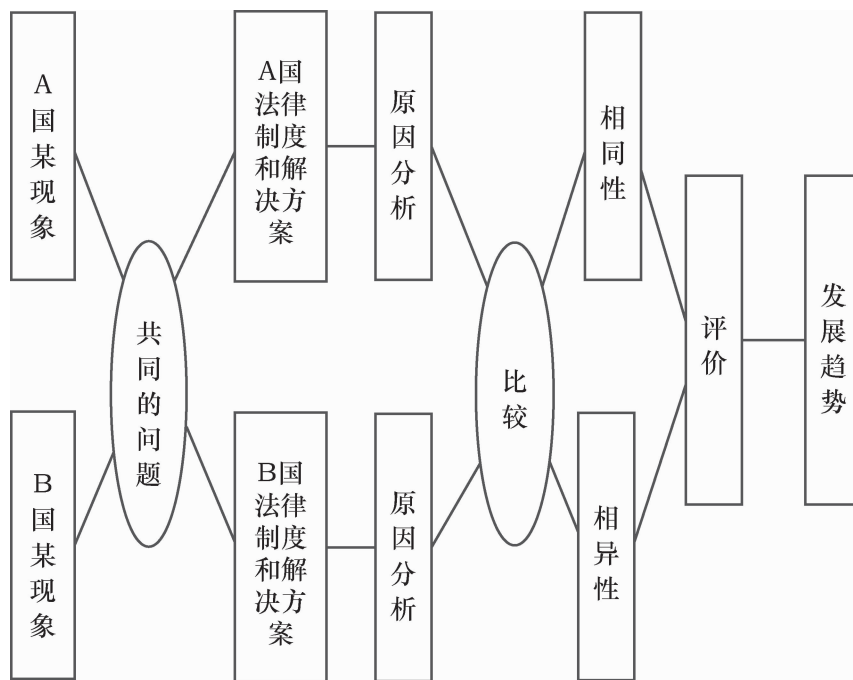
[34] *Lawrence et al. v Texas* [2003] 539 U. S. 558.

[35] 黄文艺:《多元法律文化互动的多元透视》,载《吉林大学社会科学学报》2001年第1期,第16页。

[36] Max Rheinstein, *Teaching Tools in Comparative Law*, 1 *American Journal of Comparative Law* 95, 98 (1952).

[37] 鲁楠:《全球化时代比较法的优势与缺陷》,载《中国法学》2014年第1期,第115页。

决的相同性或相异性的理由进行探索性研究;第四,进一步研究这些相同性或相异性产生的原因和其反映出来的可能发展趋势;第五,对各国为解决共同社会问题所采取的法律解决办法进行评估;第六,根据既定的社会存在和迫切需要、既定的解决办法的实际影响以及某些领域的发展趋势,合理地预测未来的发展动向。^[38] 柯茨(Peter de Cruz)将功能主义比较分为以下八个步骤:第一,确定并尽可能准确地陈述问题;第二,假定“本辖区”是待比较的辖区;第三,决定需要什么主要法律渊源;第四,收集要考查辖区的相关材料;第五,根据待比较法律制度的法律哲学和意识形态组织材料;第六,勾画出对问题的可能回答;第七,按照有关内在价值批判地分析法律原则;第八,均衡地提出结论。^[39] 茨威格特和克茨在总结他人研究成果的基础上提出功能主义比较大致有以下五个步骤:“第一,从功能角度提出一个研究问题(如何解决社会问题 X);第二,介绍解决问题 X 的制度及其方法;第三,列举解决办法中的相似和差异;第四,从功能角度解释研究中发现的相似和差异(包括建立一个能够比较各个解决办法的体系);第五,对研究结果作出批判性评价,必要时判断哪一个解决办法是‘最好的’”。^[40] 尽管不同的学者对功能主义比较基本步骤的表述有所不同,但是,大体上是一致的。我们可以用下图式来展示功能主义比较的基本步骤。



功能主义比较基本步骤图

需要强调的是,研究者在进行功能主义比较的过程中,需要处理以下三个关键的问题:第一,如何确保相似性的准确性。一如上文所述,功能主义采取的是事实方法,它往往将价值问题和政治问题排除在外。为了确保相似性的判断具有客观性和准确性,功能主义将适用范围主要限定在技术性较强

[38] [意]卡佩莱蒂:《比较法教学与研究:方法与目的》,王宏林译,载沈宗灵、王晨光编:《比较法学的动向》,北京大学出版社1993年版,第15-19页。

[39] 沈宗灵:《比较法学的方法论》,载《法制与社会发展》1996年第3期,第12-13页。

[40] 同注25引文,第1283页。

的私法领域,而把受道德和价值观影响较大的私法领域和公法领域排除在外。^[41] 第二,如何对各国法律制度和解决方案的相同性和相异性进行评价。在功能主义看来,评价是推断未来发展趋势的前提性工作,也是对宾德尔(Binder)“(比较法)积累了成堆的建筑石材,却摆在那里不予利用”^[42]这一辛辣的讽刺进行的有力回击。在实践中,对各国法律制度和解决方案的评价不是依据自然法学所预先设定的价值和观念来进行的,而是依据这些法律制度与解决方案满足社会需要、解决社会问题的效能这一标准来进行的一种具有强烈实用主义色彩的评价。^[43] 第三,如何处理语境问题。尽管功能主义认为人们不能够在脱离具体法律、经济和文化语境的条件下考虑法律制度的功能问题,并且也认为“相同类别的法律观念在不同的社会语境中可能具有不同的社会功能”,^[44]但是,比较法学者往往难以展开深入的语境研究,并且这种语境研究有可能陷入“地方性法律概念”的陷阱。因此,功能主义往往会缩小语境分析的范围,而不会像社会学家、人类学家或者政治学家那样去开展语境的研究。这种处理语境的方式招致了学者们的广泛批评。英国学者埃辛·奥赫绪就认为,“功能性方法的初衷是摒除法律规则中的本土维度,把法律规则简化为所在法系中的超越情境的有效类型,但是,情境/语境性进路特别注重‘本土维度’”。^[45]

三、比较法学中功能主义进路遭遇的批判

尽管功能主义进路在20世纪中下叶成为了比较法学研究的一种主流研究进路,但是,学者们对功能主义进路进行的批评也一直并未中断过。特别是在后现代主义思潮的影响下,法律文化论、批判性比较和比较法律经济学等对比较法学中的功能主义进路进行了较为严厉的批评。这些批判对于比较法学中功能主义进路的发展起到了巨大的推动作用。

(一) 法律文化论者的批判

法律文化论者深受人类学发展的影响,并从人类学的一些基本前提出发来构建一种法律阐释观。在他们看来,法律不仅仅是解决社会问题或满足社会需要的工具,而是一种文化意义之网,即法律是一种赋予特定地方的特定事物的特定意义的方式。它向人们表达和传递着人们有关世界、秩序、正义等问题的看法、态度、情感、理想和信仰等。因此,我们不应当只从功能角度,而应当从意义的角度来理解法律。^[46] 人们的信念与情感会对法律制度发挥作用的方式产生重要影响。^[47] 在法律文化论的研究中,比较方法是一种重要的研究方法,但是,他们并没有采取规范主义和功能主义的比较进路,而是采取一种文化比较的进路。美国法律人类学的代表人物克利福德·吉尔兹就认为,“比较法研究在于文化译释(culture translation),依据某种法律认识所特有的行为框架、预设和成见来明确阐释另一种法律认识所特有的行为框架、预设和成见的努力,而不是对制度分类的某种运作”。^[48] 吉尔兹这一

[41] 同注2引文,第103页。

[42] 同注23引书,第69页。

[43] 同注38引书,第17页。

[44] 同注31引书,第308页。

[45] [英]埃辛·奥赫绪:《发展中的比较法》,载[英]埃辛·奥赫绪、[意]戴维·奈尔肯编:《比较法新论》,马剑银等译,清华大学出版社2012年版,第60页。

[46] [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平编:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1994年版,第145-146页。

[47] [美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社2002年版,第14页。

[48] 同注46引文,第130页。

思想得到了伯恩哈德·格罗斯菲尔德、库里兰、范·胡克等人的支持,他们甚至认为“把比较法看作法律文化的对比”是“对待比较法唯一有意义的方式”。^[49] 法律文化论者之所以反对功能主义进路,大致有以下几个方面的原因:

第一,法律文化论者认为功能主义进路在理论上预设了法律的功能是稳定的、一层不变的,但在实践中,法律可能是功能紊乱的。在功能主义进路看来,法律的功能也是遵循的进化论的逻辑,即人们可以通过其目前的效用来解释法律的本质。法律文化论者认为尽管许多法律是功能性的,而且促进社会和经济生活,但法律与生活的关系不能总是根据功能主义进行理解。例如,即使一个国家的法律被原封不动地移植到其他国家,该法律在新社会机制中的效果和作用也可能完全不同。^[50]

第二,法律文化论者认为功能主义进路采取一种外在的旁观者的姿态,将外域法律体系视为一种可从外部进行观察的事物。这种外在观察方式忽视了隐含于外域法律规则和制度中的概念、原理、信念等因素,因此,也就忽视了外域法律规则和制度所具有的文化意义。因为人们应当努力理解的既不是本本上的法律,也不是行动中的法律,而是作为一种文化现象而存在的思想中的法律。^[51] 例如,功能主义往往认为宪法序言通常不解决具体问题,因此不具有可比较性。但是,在法律文化论看来,宪法序言具有重要的象征意义,体现了宪法制度的文化语境与价值追求,因此,宪法序言具有可比较性。^[52]

第三,法律文化论者认为功能主义比较的目的具有强烈的普遍主义色彩。功能主义进路主张对各国法律制度和解决方案的相同性和相异性进行评价并在此基础上推断未来发展趋势。从这种意义上讲,功能主义进路的主要任务还是在于“求同”。特别是在法律国际化和全球化这种大背景下,功能主义的这种“求同”特质表现得更有明显。法律文化论者认为功能主义的这种求同目标带有强烈的普遍主义色彩,即容易将某一国家的法律概念、规范和理论视为普世的、放之四海而皆准的信条,从而忽视各国法律文化的特殊性。例如,库里兰就认为,过去功能主义比较法研究进路将同一性看作是比较法基本性概念,而将差异性视为一个派生性概念。这种同一性往往具有强烈的极权主义色彩。其实,在比较法中,差异性才是首要性和永恒性的概念,因为比较不可能创造完全的等值物或同一性,差异性才能构成比较行为的根本特征。^[53]

(二) 批判性比较论者的批判

批判性比较(critical comparison)是后现代法学中的一股重要思潮。该思潮由德国学者根特·弗兰肯伯格提出来。在他看来,功能主义进路是一种富有政治侵略性的进路。它已经超出了学术的范围,充当起“政治干涉”和意识形态工程的工具,强化和扩张了西方的法律权威。^[54] 具体来讲,功能主义进路主要存在以下几个方面的问题。

第一,功能主义进路所强调的客观性和中立性是虚假的。批判性比较论者认为功能主义在研究过程中并不能够做到他们所声称的客观和中立,他们个人的前见以及超越学术的政治负载无时不在

[49] [德]伯恩哈德·格罗斯菲尔德:《比较法的力量与弱点》,孙世彦、姚建宗译,清华大学出版社2002年版,第13页。

[50] 同注12引书,第109-111页。

[51] See William Ewald, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to "Rats"*, 46 *American Journal of Comparative Law* 701, 704 (1998).

[52] 雷安军:《比较法的功能主义原则:危机与出路》,载《中南大学学报》(社会科学版)2014年第2期,第106页。

[53] Vivian Grosswald Curran, *Culture Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, 46 *American Journal of Comparative Law* 43, 77 (1998).

[54] 同注25引文,第1292页。

影响他们的比较和判断,他们甚至是“以自身尺度衡量别人的无意识解读”。^[55]也正是受制于这一因素的影响,功能主义进路推动的法律国际化和全球化的构想往往只是法律西方化和欧美化的一种翻版。

第二,功能主义进路提出的“类似推定”排除了法律体系之间的根本冲突。批判性比较论者认为功能主义的类似推定使研究者只将注意力停留在“社会问题-解决方法”这一关联性引导研究中,忽视了这些关联性引导背后的法律体系并不总是相容的。柯伦就认为,“即便对于纯粹属于功能主义的研究对象问题的研究,如实际条约的起草、国际法律的协调以及对其他国家法律解决办法的理解,也会由于忽略不同法律体系中不相容的特征而受到损害”。^[56]

第三,功能主义进路关注于正式法律制度的比较,缺乏对非正式制度的比较,因而具有强烈的法律中心主义色彩。批判性比较论者认为尽管功能主义进路对规范主义进路的法条主义进行了批判,但是,它仍然具有极强的形式化因素,在研究对象上也还是关注于传统法律话语的概念,而非正式制度缺乏必要的敏感性,也没有注意到法律的政治本性,从而致使比较法学往往屈从于霸权主义的政治规划。^[57]因此,批判性比较论者主张将研究焦点转向法律背后的政治因素。

第四,批判性比较论者也对功能主义的普遍主义倾向进行了批判。在批判性比较论者看来,功能主义进路对于法律发展所坚持的进化论思想在客观上忽视了法律发展的错综复杂性。其实,法律发展并不存在一种普遍的真理和道路,而是存在着多种可能性。比较法的研究并不是为了简单地移值和继承外国的法律制度,而是转化为一种法律批判的工具。在这个过程中,人们能够对本国法律与外国法律之间的关系保持更为敏感的态度,并在此基础上形成一种“学习经验”。^[58]

(三) 比较法律经济学的批判

20世纪90年代中期,学者们开始将比较法与法律经济学结合起来,形成了“比较法律经济学”。该学科认为,比较法尽管“可以通过使用许多学者认为是理论上最先进的社会科学工具,从而在衡量与理解可供选择法律类型中的相似与差别的目标方面前进进一步”,^[59]但是,功能主义进路强调比较法研究应当注重功能比较的思想还是值得提倡的。然而,比较法律经济学认为既有的功能主义进路存在以下方面的不足。一是功能的概念过于含混,从而影响比较法建立一套中立和科学的比较标准。^[60]在比较法律经济学看来,采取功能主义进路的比较法学者们往往将功能简化为“法律制度对社会需要的满足”这一表述。这一表述既显空洞和主观,又不具有可操作性,从而致使比较法研究的随意性增大。为了弥补这一缺陷,比较法律经济学提出用“效率”来代替功能主义提出的“功能”和“社会需要”。例如,马太就认为效率是一个客观性较高的比较标准,因为在公认的经济范式,只承认两三种效率观念。^[61]用效率来替代“功能”和“社会需求”会大大减少认知上的分歧。二是功能主义进路没有较好地解释法律变迁这一问题。既有的功能主义进路往往认为法律移值是法律制度变

[55] [德]根特·弗兰肯伯格:《批判性比较:重新思考比较法》,贺卫方、王文娟译,载梁治平主编:《法律的文化解释》,三联书店1998年版,第175页。

[56] 李秀清等:《20世纪比较法学》,商务印书馆2006年版,第200页。

[57] 同注2引文,第105页。

[58] 同注55引文,第175页。

[59] [美]乌戈·马太:《比较法律经济学》,沈宗灵译,北京大学出版社2005年版,序言第V-VI页。

[60] Ugo Mattei, *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence*, in *Rethinking the Masters of Comparative Law* 250, 253 (Annelise Riles ed., Hart Publishing 2001).

[61] 同注59引书,第4页。

迁的主要形式,而法律移植和继受的发生通常是由于主张移植和继受工作的那些人的“声望”。比较法律经济学认为,这种“声望”的解释是空洞的,而且对于法律借鉴的原因分析不够。因此,比较法律经济学主张法律变迁的原因主要是因为人们对于效率的追求,是不同法律体系围绕效率进行竞争的结果,并且在交易成本为零的情况下,法律会自然地朝着最有效率的规则的方向演变。^[62] 三是比较法律经济学对功能主义进路的法律体系竞争的结果的趋同倾向进行了批判。在比较法律经济学看来,不同国家法律体系之间的竞争可能会影响到法律发展,但并不必然导致法律趋同,也可能导致趋异。例如,在干涉主义占主导的法律领域(主要指公法领域),公共政策会对法律规则产生影响,而不同法域公共政策的价值是存在差异的,因此,法律规则之间的差异会一直存在。^[63]

四、比较法中功能主义进路的最新发展

面对法律文化论、批判性比较和比较法律经济学等的批判,功能主义进路进行了一定的回应,并在此基础上以一种开放的态度来总结功能主义进路的优势和劣势,努力增强功能主义进路研究的科学性,从而不断推进比较法学的发展与创新。

(一)功能主义进路的回应

在功能主义进路的主张者看来,学术界有关其研究的客观性与中立性立场的质疑是成立的。但是,这种质疑并不是功能主义进路本身所固有的缺陷,而是功能主义进路的主张者在操作过程中的失误。他们没有充分利用功能主义的潜在力量,没有在实践中充分地遵循基本的理论原则和教导。^[64] 从功能主义进路的理论出发点来看,它本身就反对以法条主义为核心的规范主义所主张的那种所谓的中立性与客观性,反对将功能主义作为一种科学性方法。在他们看来,功能主义本身并不是一种规范性的方法,而是一种建构性的方法,具有强烈的解释性色彩。既然功能主义进路是一种解释性视角,它就必然会受到研究者个人“前见”的影响。因此,功能主义进路本身并没有强调中立性和客观性这一立场。所谓的中立性和客观性立场更多地是研究者在实践中强加给功能主义进路的。因此,新功能主义者提议研究者放弃传统宣称的中立性和客观性立场,将功能主义转化为一种建构性方法,从而真正理解不同的法律制度和规范。^[65]

普遍主义倾向也是功能主义进路备受批判的一个方面。法律文化论者和批判性比较论者都认为功能主义进路过分关注于不同法律文化之间的求同性,而忽视了异质性,从而带有强烈的普遍主义色彩。在功能主义进路的主张者看来,既有的一些功能主义研究确实不像社会学家、人类学家或者政治学家那样开展语境研究,因此,借鉴和强化法律文化论者的语境论思想还是有必要的。埃辛·奥赫绪就认为,“无论如何,甚至是所谓功能等效的制度,也有本土维度,因为它们反映了法体系和社会体系的结构。这样一来,法律的、社会的、文化的、经济的、宗教的和政治的背景都不能够忽略。事实上,在研究结果的阐述中,这种背景至关重要。对一位比较法学家来说,他想要摆脱欧洲中心主义,在我们这个‘全球化’的世界研究‘本土主义’,那么,具有不同社会文化和法律文化的国家中的法体系与法

[62] 同注59引书,第122-123页;同注25引文,第1287页。

[63] [美]安东尼·奥格斯:《经济学进路:法律体系间的竞争》,载[英]埃辛·奥赫绪、[意]戴维·奈尔肯:《比较法新论》,马剑银、鲁楠等译,清华大学出版社2012年版,第85页。

[64] Jaakko Husa, *Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?* 67 *Labels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 417, 430 (2003).

[65] 同注25引文,第1295页。

律制度一定需要进行比较”〔66〕对于批判性比较论者的批判,功能主义进路的主张者认为,批判性比较深受后现代主义思想的影响,它们对于语境的强调在实质上是以牺牲法律的实践性为代价的,意图是将比较法学科与实践世界分割开来,从而降低了比较法学科的实践性。尽管这些思想可能为比较法提供一些理论资源,但是,比较法学者对这些思想还是要持一种保留态度。〔67〕

至于没有明确界定“功能”的概念而将“功能”简化为“法律制度对社会需要的满足”这一问题,功能主义进路承认了这一点,并且主动借鉴社会学的方法,努力寻找功能观察点,不断完善功能比较方法的步骤。在这个过程中,功能主义进路不再从泛泛的角度而是从特定的角度来界定“功能”这一问题。〔68〕但是,功能主义进路并不赞同比较法律经济学用效率取代功能的那种做法,因为仅仅根据功利的标准来比较和评价不同的法律制度,极有可能把不产生最大经济效益或经济效益低下的法律制度简单地视为落后的法律制度,而且,“效率”这一概念本身也是一个不确定性的概念。它并不比“功能”这一概念更客观,它也会受到政治、价值等因素的影响。因此,奥利弗·布兰德(Oliver Brand)认为“效率”不能成为一个更合理的替代性比较标准。〔69〕

(二)从功能主义到新功能主义

近年来,功能主义进路在回应法律文化论、批判性比较和比较法律经济学等的批判过程中,在捍卫基础研究信条的前提下,不断推动研究进路的创新,从而在一定程度上实现了从功能主义进路向新功能主义进路的转变。具体来讲,这种转变主要体现在以下几个方面。

第一,结构-功能主义思想的引入。为了进一步强化语境论的运用,功能主义进路引进了结构-功能主义的一些基本思想。在结构-功能主义看来,社会是具有一定结构或组织化手段的系统,社会的各组成部分以有序的方式相互关联,并对社会整体发挥着必要的功能。而社会系统反映着一个互动制度化逐渐稳定的过程,其中渗透了人格,并为文化所限制。制度化的规范要求、角色行动者的决策、文化价值取向的轮廓都可以被那些反映每一行动组成部分变量特色的概念即模式变量类型化。〔70〕新功能主义进路从这一基本论断出发认为比较法要想了解法律的复杂性,就必须与整体的法律文化结合起来,将法律的技术专长和文化认识结合起来。意大利学者萨科更是从结构-功能主义角度出发提出了“法律共振峰”(Legal Formants)学说。在该学说看来,制定法,判例法,立法者、法官和法学家所提出的特定释义等构成了“法律共振峰”。这些“法律共振峰”之间是随着特定的社会结构和社会文化而不断变化着的。比较法学的任务就是要动态地研究他们的演变过程。〔71〕萨科“法律共振峰”学说既扩大了功能主义进路的研究对象,又加强了功能主义进路的实践面相,即“它建立在对各法律体系内的具体法则和规范之实际运作的观察之上”。〔72〕

第二,从求同到存异。前已叙及,普遍主义倾向是功能主义进路备受批判的一个方面。为了防止这种普遍主义倾向的出现,新功能主义进路愈来愈重视政治、经济、社会和文化因素对法律的影响,强调比较法的“本土主义”,并在此基础上主张法律文化的多元并存。因此,功能比较的目的并不只是为

〔66〕 同注45引文,第60页。

〔67〕 [英]巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院——近三十五年史》,苏彦新等译,清华大学出版社2008年版,第71页。

〔68〕 同注8引文,第808页。

〔69〕 Oliver Brand, *Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies*, 32 *Brooklyn Journal of International Law* 405, 428 (2007).

〔70〕 [美]乔纳森·特纳:《社会学理论的结构》(上),邱泽奇等译,华夏出版社2001年版,第30-36页。

〔71〕 Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 *The American Journal of Comparative Law* 1, 26 (1991).

〔72〕 [意]罗道尔夫·萨科:《比较法导论》,费安玲等译,商务印书馆2014年版,第68页。

移植和传播外来法律文化寻找合法性,而也是保存法律文化的多样性。埃辛·奥赫绪认为,比较法研究的目的并不是整个世界上只创建同一种法律,而是发现并了解和解释法律体系之间和法律制度之间的差异性,并且对这种差异性进行解释。另一方面,比较法要在具有差异性和歧异性的法体系之间发现相似性,并解释这种相似性。^[73] 萨科对此说到,“法律比较的前提条件是确认存在多元的法律体系,但是,这门科学当然不仅限于进行这种简单的确认。如果比较法关注这些多元体系,那么它就要确定这些法律体系在多大程度上是一致的,以及在多大程度上是不同的”。^[74] 在功能比较的过程中,研究者应当对其他国家的法律制度和法律文化采取一种“同情式的理解”,并在此基础上探寻各种不同法律文化互动与和谐共生之道。

第三,主张研究进路的多元化。在回应法律文化论者、批判性比较论者以及比较法律经济学的批判过程中,新功能主义进路坦然地承认功能主义进路与其他研究进路一样既有自己独到的地方,又有自己的限度。特别是功能主义进路自始至终都强调比较法的实践面相。从理论上讲,研究进路的选取往往取决于所要研究和解决的问题。比较法所要解决的实践问题往往会影响到研究进路的选取。因此,新功能主义反对将功能主义进路的作用过分夸大,而应当允许多种研究进路的并存。研究者根据自身的学术旨趣、研究目标、主观能力和可负担的成本,去选择一种切实可行的研究进路。^[75]

The Historical Evolution of the Functionalism in Comparative Law: From an Academic History Perspective

Zheng Zhihang

Abstract: the Functionalism approach was once dominant in comparative law, and directly promoted the development of the comparative method. Through the efforts of several generations, functionalism gradually formed a research method, which is based on “fact”, guided by “problems” and aimed at seeking common approach. In the process of detailed comparison, many functionalists took similar steps. Scholars have constantly criticized the functionalism approach. Especially in the influence of modernism, such as multiculturalism, critical comparative law, comparative law and economics. Facing all these criticism, the functionalism approach responded, and further reviewed the advantages and disadvantages with an open attitude. This accomplished the evolution from functionalism to new features, namely the structure – functionalism shift.

Keywords: comparison method; functionalism; legal multiculturalism; critical comparison; comparative law economics; structure – functionalism

(责任编辑:丁洁琳)

[73] 同注45引文,第61页。

[74] 同注72引书,第14页。

[75] 同注25引文,第1295页。

论生态损害综合预防与救济的立法路径

——以法国民法典侵权责任条款修改法案为借鉴

竺 效*

摘 要:法国目前正在审议《民法典》侵权责任条款的修改法案,尝试以民法典的生态化实现对生态(或环境)本身损害的救济。其实,这仅仅是法国为实施欧盟2004年环境责任指令而建立的集预防与救济环境损害为整体的法律框架中的一种适应性立法。尚未有一个欧盟成员国单纯通过修改传统的侵权责任法,或仅依靠制定针对环境损害的修复赔偿责任的立法,就得以实现对这类新型损害的有效事先预防和充足事后救济。随着我国民法典编纂和《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》的开展,就此现实的立法课题,我国应借鉴法国经验,研究制定《生态损害综合预防与救济法》,同时将《侵权责任法》第八章进行生态化改造后编入未来的民法典。

关键词:民法典 侵权责任 生态损害

无论污染环境或破坏生态的危害行为是否已经造成人身伤害或财产损失,都存在造成或者可能造成人类生存、发展所必须依赖的生态(或环境)的任何组成部分或其任何多个部分相互作用而构成的整体的物理、化学、生物性能的任何重大退化的可能性。^[1] 我们必须研究如何建立有效的法律制度来预防和救济这类新型的生态(或环境)本身的损害(本文称之为“生态损害”)。^[2] 本文以介绍法国民法典应对上述课题的最新修改趋势为起点,将法国民法典侵权责任条款生态化修改议案融于欧盟针对环境本身损害的责任指令10余年实践的大背景下,尝试揭示民法典侵权责任条款生态化在生态损害预防和救济机制中的角色定位,究竟是“主旋律”,还是“协奏曲”。

一、法国民法典侵权责任条款生态化法案引出的问题

法国目前正在推动《民法典》的一项修改,即在传统侵权责任条款后增列有关生态(或环境)本身损害赔偿责任的专门条款,以弥补传统侵权责任法对生态(或环境)本身损害救济能力之不足。这一立法动议的导火索是Erika油污案。该案发生在1999年,远早于欧盟旨在预防和救济区别于传统环境侵权损害的环境本身损害的《关于预防和补救环境损害的环境责任指令》(Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council on Environmental Liability with Regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage,以下简称“ELD指令”或“环境责任指令”)在法国的实施时间。但

* 中国人民大学法学院教授,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,法学博士。

[1] 参见竺效:《生态损害的社会化填补法理研究》,中国政法大学出版社2007年版,第60页。

[2] 参见竺效:《反思松花江水污染事故行政处罚的法律尴尬——以生态损害填补责任制为视角》,载《法学》2007年第3期,第6-15页。

值得注意的是,2012年9月25日,法国最高法院(Cour de cassation)在对Erika油污案判决中明确承认了“纯生态损害”(préjudice écologique pur)的独立存在,将其与精神损害、经济损害等相区分,并将之定义为“因侵害而使环境遭受到的直接或间接的损害”。^[3] 法国最高法院也指出,“对于责任人因其过错而对环境造成损害,却以自然不属于任何特定人为借口而给予豁免,这并不公平”。^[4] 在该判决作出之前,纯生态损害的救济没有被列入法国成文法之中,因此,这一判决,也可被视为法国最高法院所创设的一个先例。而在此前,巴黎上诉法院于2010年对生态损害进行了分析及阐述,该院判决书更为详细地对生态损害予以了阐释——“对自然环境的任何显著损害,特别是空气、大气、水、土壤、土地、景观、自然景观、生物多样性和这些要素之间的相互作用,这些并不会影响到某种特定的人类利益,却会影响合法公众利益”。^[5] 在此基础上,巴黎上诉法院也提出,“损害非市场化的环境资产而造成的环境损害,(应)支付与损害相等的金额以进行补偿”。^[6] 实际上,上述法院判词将生态损害单独提出来的目的是使环境要素的价值突显并得到法律的承认,从而得到有效保护。

在法国最高法院审理Erika案件的同时,2012年5月23日,一份由上议院Retailleau议员提交的第546号提案,提议将纯生态损害的救济增列入《法国民法典》之中,使之成为民法典中新的损害赔偿责任。但这一提案也“折射出法国为实施欧盟环境责任指令而于2008年通过的环境责任相关法律的有限和不充分的本质”。^[7] 具体而言,该议案建议在《法国民法典》中增加第1386-19条规定“任何人因其过错而对环境造成的损害都必须进行修复”^[8]和第1386-20条规定“环境损害的修复主要以实物偿付为主”^[9]。^[10]

2013年4月,法国上议院Anziani议员提交了第519号提案,提议在《法国民法典》中增加3个条款,即增加第1386-19条规定“任何人对环境造成的损害,都必须进行修复”;^[11]增加第1386-20条规定“环境损害的修复主要以实物偿付为主,如遇损害无法修复时,可以经济赔偿的形式支付给国家或由政府指定的符合国务委员会的法令规定条件的环境保护机构”;^[12]增加第1386-21条规定“一旦这些活动行之有效,为预防即将发生的损害、避免加重或者减轻损害后果而支出的费用,可以获得

[3] Nathalie Hervé - Fournereau, Avocetta Meeting Helsinki 2013 National Report France, available at http://www-user.uni-bremen.de/avosetta/france_helsinki.pdf, p. 2.

[4] Following the 'Erika' Ruling by the French Court of Cassation, What Steps Should Be Taken at European and International Level? — Technical Paper from the CPMR General Secretariat, available at http://www.crpm.org/pub/docs/402_tp_cpmr_-_erika.pdf, p. 7.

[5] Following the 'Erika' Ruling by the French Court of Cassation, What Steps Should Be Taken at European and International Level? — Technical Paper from the CPMR General Secretariat, available at http://www.crpm.org/pub/docs/402_tp_cpmr_-_erika.pdf, p. 8.

[6] Christine Gateau, *Towards the Introduction of the Notion of Environmental Loss in the French Civil Code?* Paris International Litigation Bulletin no. 4, available at <http://www.hoganlovells.com/files/Publication/7ccc5b69-30cf-4064-b7ee-7276fc770792/Presentation/PublicationAttachment/cha2d6e1-9a9d-44f9-a438-77b1b17a2d57/4%20-%20Towards%20the%20introduction%20EN.pdf>, p. 10.

[7] Nathalie Hervé - Fournereau, Avocetta Meeting Helsinki 2013 National Report France, available at http://www-user.uni-bremen.de/avosetta/france_helsinki.pdf, p. 3.

[8] 原文为“Toute personne qui cause par sa faute un dommage à l'environnement est tenue de le réparer。”

[9] 原文为“La réparation du dommage à l'environnement s'effectue prioritairement en nature。”

[10] Bruno Retailleau, Proposition De Loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le code civil, available at <http://www.senat.fr/leg/pp11-546.html>.

[11] 原文为“Toute personne qui cause un dommage à l'environnement est tenue de le réparer。”

[12] 原文为“La réparation du dommage à l'environnement s'effectue prioritairement en nature. Lorsque la réparation en nature du dommage n'est pas possible, la réparation se traduit par une compensation financière versée à l'État ou à un organisme désigné par lui et affectée, dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'État, à la protection de l'environnement。”

赔偿”。^[13]

比较可见,相对于2012年的第546号提案,2013年第519号提案主要有如下变化:第一,去掉了第1386-19条中的“过错”,换言之,环境修复的责任拟采用无过错归责原则;第二,对于环境的修复不仅限于“实物偿付”,^[14]而优化为优先考虑“实物偿付”,一旦“实物偿付”不可能,则可以经济赔偿的形式来偿付;第三,新增加的条款将预防措施费用增列为可获赔偿的损害类型之一。但是,西方学者认为,不管是法国最高法院的判决,还是上议院议员的上述相关提案,都只是面对生态(环境)本身损害的特殊性和复杂性时改变民事责任体系过程中的第一步,一些关键的问题,诸如,其所称的“环境损害”的定义和标准、环境损害的评估,以及环境责任(environmental liability)和环境民事责任(environmental civil liability)之间的衔接等,仍有待厘清。^[15]此外,笔者认为,仅通过Anziani议员2013年第519号提案所建议增加的第1386-21条将预防生态(环境)本身损害的相关费用列为可获赔偿的损失范围,但没有同步建立以潜在加害行为人评估、识别、排查、监测、预防、消除足以导致生态(环境)本身损害的风险的义务为核心的法律制度,事实上很难有效防范生态(环境)本身损害的发生。法国围绕生态(环境)本身损害赔偿救济的司法实践和立法推进足以引发我们的思考。如果未来《侵权责任法》尚有修改后编入我国拟议中的民法典之可能,可否新增与传统侵权责任机制有重大区别的生态(环境)本身损害的修复、赔偿责任机制,这是否就足以预防与救济生态(环境)本身的损害。我们切忌妄想“窥一斑而知全豹”,必须将法国民法典的个别条款的局部增修放在欧盟实施10多年的环境责任指令的大背景中,方可作出准确解读。

二、法国民法典生态化的背景——欧盟环境责任指令及其转化

2004年4月21日,欧洲议会和欧盟理事会联合发布了《关于预防和补救环境损害的环境责任指令》,旨在预防、救济生态(环境)加害行为针对受保护物种和自然栖息地、水、土地等特定生态(环境)要素本身的损害。2006年、2009年和2013年,欧盟又分别以相关指令对2004年ELD指令进行了修订(见表1),逐步拓展了ELD指令所规定的环境本身损害赔偿责任所采的严格责任的适用范围,并将适用ELD指令的环境要素扩展至海水。

表1 欧盟环境责任指令的后续修订

年份	名称	修改内容
2006年	关于采掘行业废物管理的2006/21/EC号指令 ^[16]	在《环境责任指令》附件三清单所列的危险职业活动基础上拓宽了严格责任的范围
2009年	关于二氧化碳地质储存的2009/31/EC号指令及修订的几个指令 ^[17]	

[13] 原文为“Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d’un dommage, en éviter l’aggravation, ou en réduire les conséquences, peuvent donner lieu au versement de dommages et intérêts, dès lors qu’elles ont été utilement engagées.”。

[14] 与“恢复原状”之意相类似。

[15] See Nathalie Hervé - Fournereau, Avocetta Meeting Helsinki 2013 National Report France, available at http://www-user.uni-bremen.de/avosetta/france_helsinki.pdf, p. 4.

[16] Directive 2006/21/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the Management of Waste from Extractive Industries.

[17] Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Geological Storage of Carbon Dioxide.

2013年	关于近海油气开发安全的2013/30/EU号指令及修订的2004/35/EC号指令 ^[18]	拓宽至海水污染的范围
-------	---	------------

ELD指令第19条要求欧盟成员国在2007年4月30日之前,将该指令转换成为国内立法,并加以适用。但实际上,直到2010年7月,所有欧盟成员国才完成该指令在各自国内的立法转化(见表2^[19])。其中,2006年意大利首先通过其第152号法令对ELD指令进行国内法化。截止2008年,意大利、比利时、捷克、丹麦、德国、荷兰、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、斯洛伐克、西班牙、瑞典等19个成员国将ELD指令转化为国内法。2009年,爱尔兰、英国、法国、希腊等7个国家也完成了ELD指令的国内法转化。2010年,奥地利、芬兰对ELD指令进行了国内法化。

就立法形式而言,所有的欧盟成员国,包括英国和爱尔兰等普通法系国家在内,都采用了成文法或制定法的方式将ELD指令加以国内法化。但由于各自环境法律体系的差异,各个欧盟成员国对ELD指令的立法转化之具体形式不尽相同。从理论上分析和归纳,笔者拟将之归纳为“修改旧法”、“综合立法”和“系统立法”三种不同的模式。

“修改旧法”模式是在原有的法律框架内进行修改或补充,以完成对ELD指令的国内法化,但不再另行制定旨在实施ELD指令的专门性的法律。意大利、法国、立陶宛和荷兰对ELD指令的转化就是通过对其本国环境法典或者综合性环境保护法的修改来实现的,即属这一模式。例如,意大利将ELD指令的内容以一个由19个条款和5个附件组成新的部分增列入原本已经存在的《环境法典》(environmental code),并对该国当时已存在的其他立法进行修改。法国则以新制定的《关于环境责任的第2008-757号法律》^[20]和《关于预防与修复环境损害的2009-468号政府法令》^[21]对《环境法典》等相关法律条款进行了修改和新增,^[22]来实现对ELD指令的国内法化。而立陶宛则是通过《第9-47号法律》^[23]和《第11-858号法律》^[24]对其环境保护法进行了相应修改,以转化指令。荷兰则以《关于2008年修订的环境管理法与环境责任指令实施之间的关系的第166号法令》^[25]对原有的《环

[18] Directive 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on Safety of Offshore Oil and Gas Operation.

[19] See Stevens & Bolton LLP, *Study on Analysis of Integrating the ELD into 11 National Legal Frameworks*, Final Report prepared for the European Commission - DG Environment, available at <http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/Final%20report%20-%20ELD.pdf>, pp. 105 - 115.

[20] LOI n° 2008 - 757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (1).

[21] Décret n° 2009 - 468 du 23 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement.

[22] See Stevens & Bolton LLP, *Study on Analysis of Integrating the ELD into 11 National Legal Frameworks*, Final Report prepared for the European Commission - DG Environment, available at <http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/Final%20report%20-%20ELD.pdf>, p. 109.

[23] 该法律的详细中译名称为《关于修订及增加〈环境保护法〉第1、2、6、7、8、14、19、26、31、32、33和34条及附件,废除第24条,以及增加转化指令的大部分条款的第32条第1款、第2款的相关法律》,英译名称为 Law No. IX - 147, 24.03.05, Official Gazette, 2005, No. 47 - 1558 (12.04.05), Law amending and supplementing Articles 1, 2, 6, 7, 8, 14, 19, 26, 31, 32, 33 and 34 of and the Annex to and repealing Article 24 of the Environmental Protection Law and supplementing the law with articles 32(1) and 32(2) transposed most provisions of the ELD.

[24] 该法律的详细中译名称为《关于修订及增加〈环境保护法〉第1、7、8、9条,第二章的名称及附件的法律》,英译名称为 Law No. XI - 858, 28.05.10, Official Gazette, 2010 No. 70 - 3472 (2010.06.17), Law amending and supplementing Articles 1, 7, 8, 9, the name of Chapter II and the Annex to and of the Environmental Protection Law.

[25] Wet van 24 april 2008 tot wijziging van de Wet milieubeheer in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2004/35/EG (milieuaansprakelijkheid).

境管理法》进行了修改,以实现 ELD 指令的实施。

“综合立法”模式是成员国为落实 ELD 指令或者协调该指令与其现有法律的关系,专门颁布的详细、全面的综合性法律文件的一种转化模式。在这种转化模式下,除该种综合性较强的专门立法外,一般不再颁布具体的实施性法规,也不对相关已有立法进行修订;或者,即使存在个别性的另行颁布实施规定或修改旧法的情况,也主要出于形式或程序上的法律衔接的目的。葡萄牙、斯洛文尼亚、斯洛伐克、塞浦路斯、卢森堡、马耳他、罗马尼亚、希腊、英国、爱沙尼亚、德国、爱尔兰采用了这种模式以转化 ELD 指令。例如,塞浦路斯于 2007 年颁布了《关于预防与补救损害的环境责任法》;^[26]爱沙尼亚于 2007 年颁布了《环境责任法》;^[27]罗马尼亚于 2007 年颁布了《关于预防和补救环境损害的环境责任的政府紧急条例》;^[28]斯洛伐克于 2007 年颁布了《预防和修复环境损害法》;^[29]葡萄牙于 2008 年颁布了《规范环境损害责任法令》;^[30]爱尔兰于 2008 年颁布了《爱尔兰关于欧洲委员会(环境责任)规定 2008 年第 547 号》(2011 年修正);^[31]斯洛文尼亚于 2009 年颁布了《关于修复环境损害措施类型的规定(Regulation)》;^[32]希腊于 2009 年颁布了《与〈环境责任指令〉相一致的关于预防和补救环境损害方面的环境责任之第 148 号总统令》。^[33]比较而言,其中马耳他和德国的转化方式稍具特殊性。马耳他于 2008 年颁布了《环境损害预防与补救规定(Regulation)》,^[34]在原有的框架性立法《环境(和空间规划)法》的基础上,将指令内容转化成为环境法的附属法,即将转化 ELD 指令的立法以法规的形式独立于环境法,以与马耳他既有的法律体系相协调。德国于 2007 年颁布了《关于实施欧洲议会与理事会在环境责任方面指令的法》,^[35]并赋予这一转化 ELD 指令的专门性的综合立法以“所有违反该法的法律或法规都无效的”非常高位阶的法律效力。^[36]

而“系统立法”则指欧盟成员国以制定旨在转化 ELD 指令的专门立法为基础,同时选择采用修改相关旧法、制定配套法或地方实施细则的多样化的较为系统性的立法组合方式,以实现 ELD 指令的国内转化实施。比利时、奥地利、捷克、拉脱维亚、芬兰、西班牙、波兰、瑞典、匈牙利、保加利亚、丹麦共 11 个国家采用的是系统立法的模式,但各自又存在一些差别。例如,奥地利在颁布旨在转化 ELD 指令的联邦专门立法的同时,其布尔根兰州、下奥地利、施蒂利亚州、蒂罗尔州、上奥地利州和维也纳等地也颁布了一些单一法令(详细见表 2)。又如,捷克、波兰、西班牙、芬兰、保加利亚这 5 个欧盟成员国则采用了“专门立法+单行法规”的模式。以捷克为例,其在 2008 年颁布了《预防和补救环境损害的法

[26] Environmental Liability with regards to the prevention and remedying of environmental damage Law of 2007, Law 189(I)/2007, No. 4154, 31/12/2007, Government Gazette of the Republic of Cyprus.

[27] Act on Environmental Liability, proclaimed on 28 November 2007 with Resolution No. 203 of the President of the Republic of Estonia.

[28] Government Emergency Ordinance No. 68/2007 on environmental liability with regard to preventing and remedying environmental damage, published in the Romanian Official Gazette, Part I. No. 446/29. VI. 2007.

[29] Act No. 167/2008 Coll. of 22 April 2008 on the prevention and remedying of environmental damage and amending certain laws.

[30] Decree – Law No. 147/2008 of 29 July 2008.

[31] S. I. No. 547/2008 – European Communities (Environmental Liability) Regulations 2008. And S. I. No. 307/2011 – European Communities (Environmental Liability) (Amendment) Regulations 2011.

[32] o vrstah ukrepov za sanacijo okoljske škode, Na podlagi devetega odstavka 110. e člena Zakona o varstvu okolja (Uradni list RS, št. 39/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/06 – ZMetD, 66/06 – odl. US, 33/07 – ZPNačrt, 57/08 – ZFO – 1A in 70/08).

[33] Presidential Decree No. 148/2009 published in the Official Gazette on 29 September 2009 (FEK A' 190/29. 9. 2009).

[34] Prevention and Remedying of Environmental Damage Regulations, 2008, LN 126/2008, Subsidiary Legislation 504. 85.

[35] Act concerning the Prevention and Remedying of Environment Damage of May 10, 2007.

[36] See *The EU Environmental Liability Directive: A Commentary* 143 (Lucas Bergkamp & Barbara Goldsmith eds., Oxford University Press Inc. 2013).

案》后,于2009年和2011年又先后颁布了《土壤生态损害的识别与修复法令》^[37]和《环境损害风险评估的方法及金融安全条件的政府指令》^[38]。拉脱维亚、瑞典则采用了“修改旧法+单行法规”的模式。以拉脱维亚为例,在对其《环境保护法》(2006年第24号)进行相应修改的同时,还专门制定了《关于评估对受特殊保护的物种或栖息地影响的重要性标准的规定(2007年第213号)》^[39]《关于环境损害的预防、补救措施及评估程序和预防、紧急及补救措施的费用计算的规定(2007年第281号)》^[40]。丹麦采用的则是“专门立法+单行法规+修改旧法”组合转化方式,除了制定《调查、预防与补救的环境损害法(环境损害法,2008年第466号)》^[41]外,丹麦还颁布了3个单行法规,即《关于466号法案部分开始实施的第1092号法令》^[42]《关于环境损害法项下行政与监管费用求偿的第657号法令》^[43]和《关于确定环境损害存在和某些类型环境损害补救标准的第652号法令》^[44]。此外,丹麦还对渔业、供水、海洋保护、自然保育、森林、矿业等领域的多部原有立法也进行了相应修改(详见表2)。

表2 欧盟成员国^[45]转化ELD指令的立法形式与模式^[46]

国家	国内主要立法	转化模式
意大利	《意大利环境法规(2006年第152号法令)》的第六部分	修改旧法
荷兰	《荷兰关于2008年修订的环境管理法与环境责任指令实施之间的关系第166号法令》	修改旧法
法国	1.《法国关于环境责任的第2008-757号法律》 2.《法国关于预防与修复环境损害的第2009-468号政府法令》	修改旧法
立陶宛	1.《立陶宛第9-47号法律》(关于《环境保护法》修订及增加第1、2、6、7、8、14、19、26、31、32、33、34及附件,废除第24条,以及增加第32条第1款,第32条第2款所转化的指令的大部分条款的相关法律) 2.《立陶宛第11-858号法律》(修订及增加《环境保护法》第1、7、8、9条,第二章的名称及附件)	修改旧法
斯洛伐克	《斯洛伐克关于预防和修复环境损害的法案(2007年第359号)》	综合立法
葡萄牙	《葡萄牙规范环境损害责任的法令(2008年第147号)》	综合立法
斯洛文尼亚	《斯洛文尼亚关于修复环境损害措施类型的规定(2009年)》	综合立法
塞浦路斯	《塞浦路斯关于预防与补救损害的环境责任法律(2007年第189号)》	综合立法
罗马尼亚	《关于预防和补救环境损害的环境责任的政府紧急条例(2007年第68号)》	综合立法

[37] o zjst' ovanf a naprave ekologicke ujmy na pude, Sbrka zakonu c. 17 /2009.

[38] Nařzení vlády o zp ůsobu hodnocení rizik ekologické újmy a bliř finan ěního zajiřtění, Priedpis ě. 295/2011 Sb.

[39] Regulation on the criteria to be used when assessing the significance of the effect of damage to species or habitats subject to special protection measures (Official Gazette 54, 30.03.2007), Regulation No. 213, Record No. 21, section N 32.

[40] Regulation on preventive and remedial measures and a procedure for the assessment of environmental damage and the calculation of the costs of preventive, urgent and remedial (Official Gazette 78, 16.05.2007), Regulation No. 281, Minutes No. 25, section 31.

[41] Sbrka zakonu c. Lov om undersøgelse, forebyggelse og afhjælpning af miljøskaeder (miljøskaedeloven).

[42] Bekendtgørelse om ikrafttræden af § 4, stk. 1, nr. 6, litra c, i lov om undersøgelse, forebyggelse og afhjælpning af miljøskaeder (miljøskaedeloven).

[43] Bekendtgørelse om dækning af omkostninger i forbindelse med administration og tilsyn efter miljøskaedeloven.

[44] Bekendtgørelse om visse kriterier for vurdering af, om der foreligger en miljøskaede og om krav til afhjælpning af visse miljøskaeder.

[45] 克罗地亚于2013年7月加入欧盟,尚未来得及上交国家实施报告,其数据难以获得,暂未列入本表。

[46] 中国人民大学法学院2013级环境与资源保护法学硕士生孙海萍协助编制了本表,在此表示感谢!

希腊	《希腊与〈环境责任指令〉相一致的关于预防和补救环境损害方面的环境责任总统一令(2009年第148号)》	综合立法
爱沙尼亚	《环境责任法(2007年第203号总统一令)》	综合立法
爱尔兰	《爱尔兰关于欧洲委员会(环境责任)规定2008年第547号条例》(2011年有修正)	综合立法
英国	1.《英国环境损害(预防和补救)条例(2009年第153号)》(2010年修正) 2.《北爱尔兰环境责任(预防与补救)(修正案)条例(2011年第210号)》 3.《苏格兰环境责任条例(2009年第266号)》(2011年修正) 4.《北爱尔兰环境责任(预防与补救)条例(2009年第252号)》 5.《直布罗陀环境责任(预防与补救)条例(2008年第100号)》	综合立法
马耳他	《马耳他环境损害预防与补救的法规(2008年)》	综合立法 (附属法规)
卢森堡	《卢森堡关于预防和补救环境损害的环境责任相关的法律(2009年)》	综合立法
德国	《德国服务于实施欧洲议会与理事会在环境责任方面指令的法案(2007年)》	综合立法
芬兰	1.《芬兰对特定种类的环境损害补救的法案(2009年第383号)》 2.《对特定环境损害进行补救的政府法令(2009年第713号)》	系统立法 (专门立法 + 单行法规)
拉脱维亚	1.修改《拉脱维亚环境保护法(2006年第24号)》 2.制定《关于评估对受特殊保护的物种或栖息地影响的重要性标准的规定(2007年第213号)》 3.制定《关于环境损害的预防、补救措施及评估程序和预防、紧急及补救措施的费用计算的规定(2007年第281号)》	系统立法 (修改旧法 + 单行法规)
西班牙	1.《西班牙环境责任法(2007年第26号)》 2.《西班牙关于实施环境责任法(2007年第26号)的指令(2008年第2090号)》 3.《由于强制金融安全的形成而采纳优先级和时间表的部长令(2011年第1783号)》	系统立法 (专门立法 + 单行法规)
波兰	1.《波兰补救环境损害的规定》 2.《波兰建立环境损害评价标准的规定》 3.《波兰预防和补救环境损害的法案》(2007) 4.《关于对环境的紧迫威胁和环境损害予以登记的规定》 ^[47] 5.《补救活动和条件的种类及其实施方式的规定》 ^[48]	系统立法 (专门立法 + 单行法规)
瑞典	1.《瑞典环境法典修正案(2007年第660号)》 2.《瑞典严重的环境损害条例2007年第667号》	系统立法 (修改旧法 + 单行法规)

[47] Ordinance of the Minister of Environment of 26 February 2008 on the register of imminent threats of environmental damage and environmental damages (issued under the Act on the Environmental Protection Inspectorate).

[48] Ordinance of the Minister for the Environment of 4 June 2008 on types of remedial measures and on the conditions and manner in which they are carried out (issued on the basis of the 2007 Act).

<p>奥地利</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1.《奥地利联邦环境责任法案》 2.《奥地利布尔根兰州环境责任法案》 3.《上奥地利州环境责任法》 4.《下奥地利州环境责任法》 5.《奥地利施蒂利亚州环境责任法》 6.《蒂罗尔州关于损害被保护物种及自然栖息地对土壤的某些损害的责任的2009年第5号法案》^[49] 7.《奥地利维也纳环境责任法》 8.《奥地利克恩顿州修订2002年自然保护法的2009年第9号法案》^[50] 9.《奥地利萨尔茨堡州修订环境保护与环境信息法的2010年第45号法案》^[51] 10.《福拉尔贝格州修订IPPC及塞尔索指令II的装备法的法案》^[52] 	<p>系统立法 (专门立法 + 单一法令 + 修改旧法)</p>
<p>匈牙利</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1.《匈牙利关于对自然造成的损害的评估及提供修复规则2007年第91号政府法令》 2.《匈牙利政府制定的预防和修复环境损害的规则(2007年第90号)》 3.《匈牙利2007年第92号令修订2004年第219号令(地下水保护)》^[53] 4.《匈牙利第93号令,修订第220号令(地表水质保护)》^[54] 5.修订1995年环境保护通则^[55] 6.修订1995年水管理法^[56] 7.修订1996年的自然保育法^[57] 8.2012年废物管理法 	<p>系统立法 (单行法规 + 修改旧法)</p>
<p>保加利亚</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1.《保加利亚关于预防和补救环境损害的环境责任法案(2008年第43号)》^[58] 2.《保加利亚在适用环境损害预防和补救法案时的预防与补救措施的种类及其最低费用的规定(2008年第1号)》^[59] 3.《保加利亚关于在环境损害预防和补救法案第3条第1款所指向的附件一所列活动的经营者公共登记册的规定(2008年109号)》^[60] 	<p>系统立法 (专门立法 + 单行法规)</p>

[49] 5th Act of 18 November 2009 on liability in the event of damage to protected species and natural habitats and for certain land damage (Tyrol Environmental Liability Act – T – UHG), Land Law Gazette of the Tyrol, No. 2/2010, issued on 21 January 2010.

[50] 9th Act of 26 November 2009 amending the Carinthian 2002 Nature Protection Act, Land Law Gazette for Carinthia No. 4/2010; 55th Act of 9 July 2009 amending the Carinthian IPPC Installations Act, Land Law Gazette for Carinthia No. 26/2009, issued on 30 September 2009.

[51] 45th Act of 5 May 2010 amending the Environmental Protection and Environmental Information Act, Land Law Gazette of Salzburg, issued on 30 June 2010.

[52] Act amending the IPPC Installations and Seveso II Installations Act, Land Law Gazette for Vorarlberg, No. 3/2010, issued on 2 February 2010.

[53] Decree No. 92/2007 (IV. 26.) on the amendment of Government Decree 219/2004 (VII. 21) on the protection of groundwater.

[54] Government Decree No. 93/2007 (VII. 21.) on the amendment of Government Decree 220/2004 (VII. 21) on the protection of the quality of surface waters.

[55] Act LIII of 1995 on environmental protection.

[56] Act LVII of 1995 on water management.

[57] Act LIII of 1996 on nature protection.

[58] Prevention and Remediation of Environmental Damage Act (PREDA) (SG No43/2008).

[59] Regulation No 1 of 29 October 2008 on types of preventive and remedial measures under PREDA and the minimum cost of such measures (SG 96/2008).

[60] Regulation concerning the public register of operators who carry out the activities referred to in Annex 1 to Article 3(1) of PREDA (approved by Council of Ministers' Decree No 317 of 12 December 2008, SG No 109/23.12.2008).

丹麦	<ol style="list-style-type: none"> 1. 制定《丹麦调查、预防与补救的环境损害法(环境损害法)(2008年第466号)》 2. 制定《丹麦关于466号法案部分开始实施的第1092号法令》 3. 制定《丹麦关于环境损害法项下行政与监管费用求偿的第657号法令》 4. 制定《丹麦关于确定环境损害存在和某些类型环境损害补救标准的第652号法令》 5. 修改《丹麦渔业法(2014年第568号)》 6. 修改《丹麦供水法(2013年1199号)》 7. 修改《丹麦关于授权发电厂的建立和修改的第565号法令》 8. 修改《丹麦海洋保护法(2013年第963号)》 9. 修改《丹麦自然保育法(2013年第951号)》 10. 修改《丹麦森林法(2013年第678号)》 11. 修改《丹麦矿业法案(2013年第657号)》 12. 修改《丹麦狩猎和野生动物管理法(2009年第930号)》 13. 修改《丹麦水道法(2009年第927号)》 	系统立法 (专门立法 + 单行法规 + 修改旧法)
比利时	<ol style="list-style-type: none"> 1. 《比利时关于预防和补救环境损害的皇家法令》 2. 对海洋保护、转基因等相关领域的法律作出修改 3. 联邦层面外,其各个区也制定地区转化指令的单一法令 	系统立法 (专门立法 + 单一法令 + 修改旧法)
捷克共和国	<ol style="list-style-type: none"> 1. 《捷克预防和补救环境损害的法案(2008年第167号)》 2. 《捷克土壤生态损害的识别与修复法令(2009年)》 3. 《捷克关于环境损害风险评估的方法及金融安全条件的政府指令(2011年第295号)》 	系统立法 (专门立法 + 单行法规)

三、法国民法典侵权责任条款生态化的“全局”与“局部”

通过本文第二部分的比较分析可知,欧盟成员国旨在转化欧盟 ELD 指令的上述立法具有一个共性,即欧盟成员国均建立起包含了预防与补救环境(本身)损害的法律制度,并在此前提下,将预防环境损害发生或扩大的费用的赔偿、修复被损坏环境(或生态)的救济性的法律制度作为“预防与救济”一体化的新型法律制度的重要组成部分。此外,根据所掌握的资料和信息,笔者尚未发现一个欧盟成员国单纯通过修改传统的侵权责任法律,或仅依靠制定针对生态(环境)本身损害的赔偿责任的立法,就实现了对直接危害环境本身的行为的有效事先预防和充足、及时事后补救。哪怕个别成员国存在冠以“责任法”名义的立法,事实上也将相关主体预防环境本身损害的义务和公共机构的相应监督执法职责纳入其中,既有实体性义务条款,也有程序性规则。例如,爱沙尼亚《环境责任法》的第一条“适用范围”之第1款即明确该法的适用范围包括环境损害的预防和救济两个部分。^[61] 基于此,笔者不禁担忧,仅通过修改我国侵权责任法的相关条款,将生态损害纳入侵权责任法救济的范围,未来是否足以有效遏制生态损害的发生?

作为经典传统民法典寻求解决环境问题急先锋的法国民法典,其侵权责任条款生态化修改的动

[61] § 1. Scope of application of Act (1) This Act regulates the prevention of and remedying of damage caused to the environment based on the principle that polluters shall pay.

议是否是一种孤立的存在?事实上,基于全局性的分析,我们必须承认法国民法典侵权责任条款的生态化修改议案仅仅是法国以实施欧盟 ELD 指令为目标的整体法律变革框架下的一种侵权法的适应性立法。如前所述,法国通过前述《关于环境责任的第 2008 - 757 号法律》和《关于预防与修复环境损害的第 2009 - 468 号政府法令》建立了针对环境本身损害的统一一体的预防与救济法律制度,这一法律发展涉及对《环境法典》(Code de l'environnement)、《行政司法法典》(Code de justice administrative)、《刑事程序法典》(Code de procedure penale)等既有法律的修改和补充。^[62] 例如,在《环境法典》第一卷(Livre Ier)新增了第六编“部分环境损害的预防与修复”(Titre VI: Prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement),该编内容涉及第 1 章“适用范围”(Champ d'application)、第 2 章“制度”(Régime)、第 3 章“刑罚”(Dispositions pénales)、第 4 章“部分行为的特别规定”(Dispositions particulières à certaines activités)、第 5 章“杂项条款”(Dispositions diverses)。

仔细分析《环境法典》第一卷新增的第六编的章节结构和条文(参见表 3),我们可以发现,增加危害行为人对生态(环境)本身损害的修复和赔偿的法律责任,仅仅是法国所建立的针对生态(环境)本身损害的预防和救济一体化的新法律制度的一个环节,是一种事后被动的救济制度,必须与事先识别生态损害风险、监测监管可能造成生态损害的潜在危害行为、排查与排除生态损害威胁、防控和降低生态损害等事先主动的预防制度相互结合,构成预防和救济生态损害的完整法律制度框架。而审议中的法国民法典有关侵权责任的第 1386 条的相关修改法案也主要旨在解决传统侵权责任规则与新兴的生态(环境)本身损害的修复、赔偿责任规则的衔接问题。事实上,仅仅依靠法国民法典侵权责任条款的修改,根本无法起到有效预防和充分救济生态(环境)本身损害的效果。例如,诸多涉及预防生态(环境)本身损害发生的行政监管制度、当事人的预防性清理义务和行政监管制度、损害的鉴定评估和修复义务的代履行及其行政监管制度等内容均无法被编入传统的民法典,而旨在追究加害行为人和失职监管机构及其工作人员的刑事责任的相关实体规则和程序规则也已超出了民法典的范畴,所以法国已经同步修改了《行政司法法典》《刑事程序法典》等法律。

综合上述的归纳和分析,笔者认为,生态损害的事先预防制度与事后救济制度必须整体考量、统一设计,形成一个有机整体,才能发挥该项法律制度的整体效能。而在生态损害预防与救济一体化的法律制度中,民法典侵权责任条款的相应生态化只能成为有益的“协奏曲”。在生态损害预防、修复、赔偿等主要环节分散立法的模式下,生态化后的民法典侵权责任条款这支“协奏曲”可以成为生态损害综合预防与救济法律制度这一整体的必要组成部分;而在包含了生态损害赔偿机制的生态损害预防与救济这种综合性、专门性立法模式下,则只能成为“生态损害综合预防与救济法”这一“独舞”的“伴奏曲”了。总之,无论是“协奏曲”模式,还是“伴奏曲”模式,民法典侵权责任条款的生态化并无孤军作战以预防和修复生态损害的可能。因此,我们不能孤立地看待法国民法典第 1386 条旨在救济生态(环境)本身损害的修改动议,更不能神化民法典生态化对于生态损害预防和救济的功能。

[62] LOI n° 2008 - 757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (1).

表3 法国《环境法典》第一卷第六编章节结构

编	章	节	次节
第六编 部分环境损害的预防与修复	第1章 适用范围	第1节 原则	
		第2节 预防和修复损害措施	第1次节 预防措施
			第2次节 修复措施
		第3节 行政警察的权力	
	第4节 预防和修复措施的费用		
	第2章 制度		
	第3章 刑罚		
	第4章 部分行为的特别规定		
	第5章 杂项条款		

四、预防、救济生态损害的非民法典与民法典“共鸣”之路

就我国建立综合预防和救济生态损害的法律制度的路径而言,鉴于我国《环境保护法》刚于2014年4月完成修订,此轮修订没有专门涉及生态损害的预防与救济问题,而短期内不可能再次修改该法。因此,以环境基本法的相关章节就生态损害预防与修复的行政管理体制、生态损害预防与修复的基本义务及其行政代履行、以生态损害预防与修复为前提的索赔机制和赔偿责任作出集中性的原则规定,以适用于环境、生态各要素领域,这一由环境基本法统一原则规定的立法方案短期内不具可操作性。

而通过对环境单行法进行逐个修改和补充的方式,成熟一个环境要素领域,建立一个环境要素领域的生态损害预防和救济制度,并侧重于以单行法中生态损害预防与修复费用的赔偿责任为中心,以赔偿责任威慑潜在生态损害危害行为人,以责任促预防,也不失为一种带有试探性的保守稳健的立法方案。例如,可以通过修改《海洋环境保护法》、《水污染防治法》或制定《土壤污染防治法》,在相关章节中分别就生态损害的预防、修复和赔偿责任作出规定。但是从2015年8月获得通过的《大气污染防治法》的修订情况来分析和预见,笔者担忧这一分散立法的路径恐怕也很难实现。有关侵权责任,《大气污染防治法》仅设第125条一条衔接条款,原则规定“排放大气污染物造成损害的,应当依法承担侵权责任”。对此,立法起草机关的态度非常明确,即“目前的侵权责任法设专章对‘环境污染’和‘免责事由’作了具体规定,从立法技术要求简练的角度出发,规定了一个衔接性条款”,“此外,根据党的十八届四中全会的精神,民法典正在编纂过程中,届时将适用民法典的相关规定,其他法律作出专门规定的,也可适用其他法律的规定”。^[63]《大气污染防治法》作为《环境保护法》修订后修改通过的首部环境单行法,其立法技术具有风向标意义,如果不出现特殊情况,立法机关对待环境单行法的侵权责任条款的技术处理思路会得到延续。因此,笔者认为,通过环境单行法逐个立法的方式建立以生态损害的修复与赔偿为中心的扩大化的侵权责任特别法的方案也不可预期。

因此,笔者建议,我国可以借鉴和发展法国的立法经验,制定《生态损害综合预防与救济法》,同时将《侵权责任法》第八章进行生态化改造后编入未来的民法典,以此在我国奠定生态损害综合预防和

[63] 参见信春鹰主编:《中华人民共和国大气污染防治法释义》,法律出版社2015年版,第285页。

救济的完整法律制度的基石。其中,侵权责任条款的生态化主要旨在将生态(或环境)本身损害的修复责任,以及加害人以外主体所负担或可能负担的预防或减轻生态(或环境)本身损害、修复生态(或环境)本身损害的合理必要费用的赔偿责任增加为侵权责任之组成部分。为了保持未来“侵权责任法编”的传统民法结构的逻辑性和传承性,建议可以将我国现行《侵权责任法》第八章扩展为“环境侵权责任”和“生态损害责任”两章,前一章针对新《环境保护法》已经立法拓展的以污染环境和破坏生态为原因行为的传统环境侵权责任,^[64]而后一章则专门针对本文所讨论的区别于传统环境侵权责任的生态或环境本身损害的民事责任。

2015年9月,中共中央、国务院印发了《生态文明体制改革总体方案》,其中第39段提出“严格实行生态环境损害赔偿制度。强化生产者环境保护法律责任,大幅度提高违法成本。健全环境损害赔偿方面的法律制度、评估方法和实施机制,对违反环保法律法规的,依法严惩重罚;对造成生态环境损害的,以损害程度等因素依法确定赔偿额度”。^[65]2015年12月初,中共中央办公厅、国务院办公厅又印发了《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》,明确国家“逐步建立生态环境损害赔偿制度”。^[66]笔者认为,生态(环境)本身损害的追责最终是为了预防和修复这类损害,即对潜在的危害行为人起到震慑作用,促使他们及时采取一切必要的措施预防生态(环境)本身损害的发生,因此,应明确以造成损害的危害行为人为生态(环境)本身损害的首位修复义务人,并且应综合运用损害赔偿机制、环境保护行政监管机制、检察机关等司法监督机制、保险和基金等市场机制、社会公众和环保公益组织公众参与机制来尽力修复被损害的生态(环境)。因此,生态(环境)本身损害的预防、修复和赔偿救济的问题已经成为我国当下的一个重大立法课题,笔者建议,我国应尽快研究制定有关生态损害综合预防、修复和赔偿的专门法,该法的名称可以为“生态损害综合预防与救济法”,^[67]就该专门立法结构而言,建议其主要章节应包括“总则”、“生态损害的预防与控制”、“生态损害的修复”、“生态损害的求偿”、“法律责任”和“附则”。

“总则”章应首先明确“生态损害综合预防与救济法”的立法目的是为了预防和修复生态损害,完善环境责任机制,保障公众健康,促进经济社会可持续发展,推进生态文明建设。还需明确该法在空间和时间上的适用范围,以及主要调整的活动类型。此外,该章也须对该法的法律原则作出抽象概括,生态损害的预防、修复和赔偿工作应贯彻和遵循预防为主、综合防治、损害担责、公众参与等原则。有关我国生态损害预防、修复和索赔的行政管理体制和主管机关及其权力配置也须在本章中予以明确。为了促进和提高环境保护领域各行政主管部门之间的协助配合,必须建立生态损害防治相关的环境信息的共享机制。

[64] 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248-265页。

[65] 《中共中央、国务院印发〈生态文明体制改革总体方案〉》,http://news.xinhuanet.com/2015-09/21/c_1116632159_3.htm,2015年9月27日访问。

[66] 参见《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈生态环境损害赔偿制度改革试点方案〉》,http://legal.people.com.cn/n/2015/1203/c188502-27887121.html,2015年12月3日访问。

[67] 笔者主张使用“生态损害”的表述,“生态损害”可以言简意赅地表达生态(或环境)本身损害的含义。这一主张主要基于两个方面的考虑:其一,破坏生态和污染环境是两类不同的加害行为,“生态环境”的表述并非经得起科学的推敲(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256-259页)。其二,党和国家相关重要文件所采用的是“生态文明”的提法,而非“生态环境文明”这一表述。例如,2012年11月8日,党的十八大报告多次使用“生态文明”的表述(参见胡锦涛:《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》,人民出版社2012年版,第9、19、39-41页)。

“生态损害的预防与控制”章应首先明确在预防生态损害发生的阶段,有关企事业单位和其他经营者的法定义务,企事业单位或其他经营者应采取一切可能的措施识别和评估生态损害风险、排查和监测生态损害隐患、排除和降低生态损害威胁,建立和完善本单位生态损害风险和应急管理制度,全力预防生态损害的发生;一旦发现潜在的生态损害风险、隐患或威胁,生态损害预防义务人应当立即采取一切必要的措施阻止生态损害的发生;生态损害预防义务人已经采取了一切必要可行的预防措施,但生态损害的风险、隐患或威胁尚未消除时,涉事的企事业单位或其他经营者应依法及时报告所在地环境保护等有关主管机关。相应地,也应明确生态损害预防阶段环境保护等行政主管机关的职责,主要包括要求和指导有关企事业单位或其他经营者履行法定义务,建立和完善生态损害风险和应急管理制度;要求涉事企事业单位或其他经营者提供任何关于生态损害迫近威胁的信息;要求或指导涉事企事业单位或其他经营者采取必要的预防措施;以及必要时自行或组织第三方采取必要的生态损害预防措施。如果生态损害已经发生,则将工作重心转入防止生态损害的进一步扩大,同理,也应明确该阶段涉事企事业单位、其他经营者的义务和环境保护等法定行政监管机关的职责。

“生态损害的修复”章应明确生态损害危险行为人的首位修复义务,生态损害修复阶段涉事企事业单位或其他经营者的一般义务为:遇有生态损害的发生,应当立即向有关主管机关通报生态损害事故的所有相关信息,并且根据主管机关的要求或指导采取相应的生态损害修复措施,按时向主管机关提出备选的生态损害修复方案。生态损害修复阶段,环境保护等行政主管机关的一般职责也是该章应明确规定的,主要包括:要求有关企事业单位或其他经营者提供任何关于生态损害的信息;要求或指导涉事企事业单位或其他经营者采取必要的生态损害修复措施,或者要求涉事企事业单位或其他经营者按时提交备选的生态损害修复方案;在涉事企事业单位或其他经营者拒绝开展生态损害修复行动或者不能确定生态损害修复责任人时,决定自行采取或组织第三方采取必要的生态损害修复措施。生态损害的修复必须依赖于生态损害鉴定评估机制,该章应建立我国生态损害鉴定评估工作的基本流程,包括:(1)对损害发生前生态(环境)的基线状态进行调查,综合污染物和物种变化等情况确认是否存在生态损害,确定生态损害已经发生的,应当同时判定生态损害的范围与程度;(2)已确定存在生态损害的,受委托生态损害鉴定评估机构应当根据污染物暴露途径的验证分析,判定生态损害的因果关系,认定可归责的生态损害修复责任人;(3)确定因果关系与生态损害修复责任人后,有关主管机关应当继续委托鉴定评估机构研究编制生态损害的修复方案,或者由行政主管机关责令负有生态损害修复义务的主体在指定期限内提出备选的生态损害修复方案,或者与生态损害修复责任人共同协商制定生态损害修复方案;(4)接受有关主管机关、企事业单位或其他经营者编制生态损害修复方案的委托后,鉴定评估机构应确立生态环境修复的目标,顺次采用资源或服务对等法、价值对等法等方法量化生态(环境)相对于基线状态的受损水平,确定将受损生态(环境)恢复到基线水平的基础修复措施;(5)基础修复措施确定后,鉴定评估机构应当判定基础修复措施能否将生态损害完全恢复到基线状态;(6)对于不能通过基础修复措施完全恢复到基线状态的生态损害,还应当顺次采用资源或服务对等法、价值对等法等方法确定补充性修复措施;(7)基础性与补充性修复措施确定之后,鉴定评估机构应当根据基础性与补充性修复措施的恢复路径与时间评估生态损害的期间损失,并采用替代等值分析方法对其进行量化,确定补偿性修复措施;(8)对于全部或部分修复不能的生态环境损害,采用环境价值评估方法量化修复不能部分的生态损害量。生态损害鉴定评估流程中也揭示了我国未来的生态损害修复措施主要包括基础性修复措施和补充性修复措施。作为程序性保障机制,该

章也需对行政主管机关确定生态损害修复方案和通知生态损害修复义务人的程序、生态损害修复措施的执行程序和生态损害修复中的信息公开等公众参与程序作出规定。

“生态损害的求偿”章的特色性制度包括生态损害赔偿责任的归责原则,建议采用归责原则的两分法,对于在中华人民共和国境内生产、储存、运输、销售、使用、处置具有生态、环境高危害风险的物质或者使用具有生态、环境高危害风险的工艺、设备的企事业单位或其他经营者,应采用无过错原则,而对于其他一般性行为人则采用过错责任原则。以环境保护等行政监管部门为生态损害预防和修复的督促、代履行组织和求偿基本主体,并将实施预防和修复生态损害作为求偿的前提,是体现生态损害综合预防与救济理念的核心制度之一,建议未来可以明文规定,依法负有生态损害预防、修复责任的企事业单位或其他经营者不履行预防、修复生态损害的责任的,国务院或生态损害发生地县级以上地方各级人民政府的环境、海洋、国土资源、林业、草原等相关环境、资源、生态保护主管部门应在各自行政管理职责范围内分别、共同或协商组织专业技术机构和人员代为预防生态损害或修复被污染环境、恢复被破坏生态系统;由县级以上国家行政机关根据前款规定组织代为履行生态损害修复责任的,由组织开展生态损害预防或修复代履行工作的国务院或县级以上地方各级人民政府的相关环境、资源、生态保护主管部门代表国家提起生态损害求偿诉讼,由致害行为人赔偿已实际产生或将产生的预防生态损害发生和扩大、修复被污染环境或恢复被破坏生态系统的必要合理费用,包括但不限于生态损害预防措施费用、生态损害扩大防范措施费用、生态损害的基础性修复措施费用或补充性修复措施费用、生态损害恢复期间的过渡性生态服务功能损害以及执法机构根据本法所进行的生态损害预防、修复、索赔所产生的各项合理必要的行政辅助性花费。其中,行政辅助性花费应主要包括:生态、环境基线水平的评估;生态损害的确定;生态损害责任人的确定;生态损害预防或修复措施的研究和选定;生态损害预防或修复方案的编制;生态损害预防或修复费用的评估;生态损害恢复期间的过渡性生态服务功能损害的评估;生态损害无法恢复时象征性损害的评估;以及为鉴定评估上述各项所发生的必要合理的监测、咨询等辅助性活动;执法机构为索赔生态损害而提起的诉讼活动等。针对运用基础性修复措施和补充性修复措施仍无法使得被污染的环境修复或被破坏生态系统恢复的情形,应授权环境保护等行政主管部门代表国家提起生态损害象征性损害求偿诉讼,由致害行为人承担象征性损害赔偿,而象征性生态损害赔偿的数额可以参照类似的生态损害事故的修复费用进行评估,且应明文规定所获象征性生态损害赔偿款须用于其他生态损害的预防、修复工作,不得挪作他用。此外,生态损害求偿中,多因一果生态损害的赔偿责任分配、免责事由、抗辩事由、求偿金额的确定等特殊程序机制也可以在该章中予以设计。生态损害的行政机关索赔是生态损害求偿制度的主线,包括发支付通知、签订支付协议、由行政机关提起的生态损害赔偿民事公益诉讼等程序,如果行政机关怠于履行生态损害预防、修复和索赔职责,则应由检察机关通过发出检察建议书并进而通过环境行政公益诉讼予以司法监督。社会公众则可以通过向负有行政监管职责环保行政部门或检察督促职责的检察机关举报,请求他们履行法定职责,甚至可以在拒绝履职的情况下,通过提起环境民事公益诉讼向赔偿责任人索赔生态损害。无论是由行政机关或社会组织依法提起的生态损害赔偿环境民事公益诉讼,都有财产或证据保全、特殊索赔时效、生态损害赔偿环境民事公益诉讼与环境侵权诉讼的衔接等一些特殊的公益诉讼程序需要本章予以规定。此外,对于生态损害赔偿款的管理、使用和监督;赔偿责任人不明的生态损害预防、修复费用的解决机制;从事具有造成生态损害高风险活动的行为人的生态损害强制责任保险等生态损害赔偿的配套辅助机制也应在本章中予以规定。

“法律责任”章应主要规定造成生态损害主体、行政监管部门及其工作人员的行政责任、民事责任和刑事责任。此外,对于生态损害危害行为人的保险人、财务担保人的补偿责任;对于造成或可能造成生态损害的企事业单位或其他经营者无能力足额支付合理必要的生态损害预防或修复费用时,应由为其提供贷款的金融机构、对其控股或者参股的单位和个人,对生态损害的预防和修复承担连带责任;对于环境影响评价机构、环境监测机构等第三方主体,一旦其所提供的环境服务弄虚作假导致生态损害发生的,也应当与造成生态损害的企事业单位或其他经营者承担连带责任。

“附则”章主要解决本法所涉及关键性术语的界定和实施日期。其中,应明确界定“生态损害”、“损害”、“环境损害威胁”、“生态损害鉴定评估”、“基线”、“补充性修复措施”、“生态损害恢复期间的过渡性生态服务功能损害”等主要特色性术语。

On the Legislation Blue Print of Integrated Prevention and Remedy of Ecological Damage: Using Modification of Tort Liability Provisions of French Civil Code for Reference

Zhu Xiao

Abstract: The tort liability article of Civil Code is currently under consideration in France. The objective of this modification is to achieve remedy of the ecological (or environmental) damage *per se* through ecological Civil Code. In fact, it is only a suitability legislation as part of the complete implementation legal system in France for the of Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council on Environmental Liability with Regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage. None of EU member states achieve an effective advance prevention and adequate afterward remedy of these new damages by simply modifying a traditional tort law or individually legislating repair liability systems against environmental damage. In terms of this realistic legislation issue, with the compiling of Civil Code and implementation of 2015 Ecological/Environmental Damage Compensation Institution Experimental Reform Program, China should use the French experience for reference to formulate the Ecological Damage Comprehensive Prevention and Remedy Act. Meanwhile, the Chapter VIII of Tort Liability Act should be incorporated into future Civil Code after the ecological transformation.

Keywords: Civil Code; tort liability; ecological damage

(责任编辑:倪鑫煜)

论股东对公司高管薪酬的投票权

赵金龙 付建荣*

摘要:公司高管薪酬本为降低代理成本、激励高管的工具,但实践中高管日益扩大的权力破坏了董事会作为利益冲突隔离机制的有效性,造成高管薪酬脱离业绩和高管自定薪酬现象严重。股东对公司高管薪酬投票是股东民主应有之义,股东大会是股东对公司高管进行投票控制的主要平台。在高管薪酬规制方面,多数市场经济发达国家实行了各具特色的股东对高管薪酬投票表决措施。我国应当参照其他国家的经验,建立相应的公司高管薪酬的股东投票制度:投票对象包括未来高管薪酬政策和上年度高管薪酬政策实施情况;股东对高管薪酬政策的投票具有约束力,对上年度高管薪酬政策实施情况的投票具有建议性;公司立法应该明确规定股东对高管薪酬投票的强制性。

关键词:高级管理人员 薪酬 股东投票 控制

何谓公司高级管理人员?学者认为,高管人员是在层级组织的公司中,以纵向和横向分权方式行使公司权力和权威的人。各国公司法一般均明确界定高管人员的范畴,如公司 CEO 或总裁、公司秘书、财务主管等人。^[1] 高管人员一般包括总裁、首席执行官、董事会主席或董事长、副总裁或副总经理、公司秘书、司库、主计长、CFO 或财务负责人。^[2] 在澳大利亚,《2001 年公司法》对于包括董事、公司秘书及高级管理人员在内的重要管理人员的薪酬规定了一个投票程序。该法将高级管理人员界定为“作出或者参与影响公司全部或者实质部分营业的决策;或者有能力实质影响公司财务状况的人(董事或者公司秘书不在此列)”。^[3] 我国《公司法》对董事和高级管理人员分别定义,其中第 217 条规定,高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

高管薪酬是指公司向高管支付作为其服务对价的现金、非现金等形式的酬劳。对管理层追求股东利益的主要报酬是由合同而非法律来创设的,很明显是通过报酬合同形式。尽管如此,法律可以促进报酬对策,有时甚至强制性规定。^[4] 高管薪酬本来是作为降低代理成本、激励公司高管的工具,但在实践中,高管薪酬不但没有发挥激励作用,反而成为代理成本的一部分。随着权力扩张,高管不断侵蚀和影响董事会决策,而独立董事独立性的缺乏又导致高管薪酬决定过程中董事会倾向于高管。公司治理改革的重要成果就是在董事会中设立由独立董事组成的薪酬委员会,使其发挥隔离利益冲突的作用,如果独立董事的独立性得到保证,那么董事会关于高管薪酬决策则完全值得股东信赖,也

* 赵金龙,河北大学政法学院教授,法学博士;付建荣(Jenny Fu),澳大利亚堪培拉大学法学院助理教授,澳大利亚国立大学法学博士。

[1] 邓峰:《普通公司法》,北京大学出版社 2009 年版,第 588 页。

[2] 同注 1 引书,第 589-591 页。

[3] Australian Corporations Act 2001 (Cth), s 9.

[4] Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* 51 (Oxford University Press 2004).

就没有“问题薪酬”存在的可能性了。^{〔5〕} 问题在于日益增大的高管权力破坏了利益冲突隔离机制,从而出现了高管自定薪酬现象。

目前就高管薪酬事前规制措施而言,各法域依据股东民主赋予股东对高管薪酬投票权已成为一条重要路径。股东投票权制度可以保障股东参与高管薪酬决定过程,监督董事会履行勤勉义务,修复高管薪酬决定的利益隔离机制,切断董事会与高管间的利益链条;另一方面,高管薪酬决定过程的股东参与对发挥高管薪酬激励作用、实现高管薪酬与公司绩效挂钩具有积极意义。股东对高管薪酬实行投票控制依据何在? 股东对高管薪酬投票制度需要哪些配套制度? 本文拟在阐述股东对高管薪酬控制的理论依据、路径及该制度比较法考察的基础上,对于我国高管薪酬制度的完善提出一些建议,以期有助于我国公司治理水准的提升。

一、股东对公司高管薪酬投票的理论依据和路径

(一) 股东对公司高管薪酬投票是股东民主应有之义

1. 公司高管薪酬决定程序的关键点

高管薪酬制度作为一个系统性制度,由制定、实施、救济等制度共同组成,其中薪酬决定机制发挥基础性、根本性作用。高管薪酬问题往往出现在决定过程。程序性公正的缺失是公司高管薪酬问题的关键。程序公正对于高管薪酬的正当化具有决定性的意义。^{〔6〕} 建立具有公平性、独立性和透明度的薪酬决定程序,对于解决高管薪酬问题至关重要。高管薪酬决定程序的公正,可以有效地防止高管自我交易和自我激励,从而有助于实现高管薪酬的实质性公正。^{〔7〕} 在高管薪酬决定程序公正性方面,决定主体和决定标准至关重要。

首先,高管薪酬决定主体。根据各国公司法,高管由董事会聘任和决定其薪酬,根据董事会授权经营管理公司。美国公司法规定,由董事会决定高管薪酬,在大型上市公司中,董事会下设薪酬委员会负责处理高管薪酬。英国由公司章程授权董事会任命高管并确定其薪酬,薪酬细节通常规定在高管与公司签订的服务合同中。我国《公司法》就董事及董事以外高管薪酬的决定权分别作出规定。公司法将对董事薪酬的决定权授予股东大会,将对董事以外的高管薪酬决定权授予董事会。根据《公司法》第38条及第100条,股东会选举非由职工代表担任的董事、监事,决定其薪酬事项;而根据第47条,董事会决定聘任或者解聘公司经理及其薪酬事项,并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其薪酬事项。根据《上市公司治理准则》第71条,董事报酬的数额和方式由董事会提出方案报请股东大会决定。在董事会或薪酬与考核委员会对董事个人进行评价或讨论其报酬时,该董事应当回避。而根据第79条,经理人员的薪酬分配方案应获得董事会的批准,向股东大会说明,并予以披露。董事会下设薪酬委员会研究和审查董事、高级管理人员的薪酬政策与方案。薪酬委员会对董事会负责,应将关于董事和经理的薪酬提案提交董事会审查。经理人员的薪酬方案应当获得董事会批准,在股东大会上说明并向股东披露薪酬情况。现有规则并未要求该委员会提交专项报告

〔5〕 朱弈锐:《论高管薪酬的“董事问责”》,载《现代法学》2010年第4期,第174页。

〔6〕 周云帆、朱羿锐:《经营者薪酬的程序控制论》,载《当代财经》2005年第2期,第78页。

〔7〕 邓辉、张怡超:《公司高管薪酬信息披露制度功能之辩证》,载《当代法学》2010年第6期,第62页。

并予以披露。此外,我国上市公司还采取股权激励方式,但该种薪酬形式须经股东大会通过。^[8]从上述规定和实践可知,除股权激励计划须经股东大会通过外,我国董事以外高管薪酬一般由董事会决定,股东对董事以外高管薪酬的发言权极其微弱。

其次,高管薪酬决定标准。人们对薪酬关注的重心主要是高管薪酬是否合理,即高管薪酬是否与公司绩效呈正相关关系。“合理性”一直被视为审查高管薪酬的重要标准,而“公司自治”和“商业判断原则”是这一审查标准的重要内容。职业经理人市场作为市场经济和公司制度的产物,主要依靠市场调节,法律无法规定高管薪酬数额,这属于“公司自治”范畴。董事会享有公司经营权并负责公司的经营管理,有权选任高管负责公司日常事务,目的在于提高公司效率,促成公司最大限度盈利,使股东利益最大化。

如何判断高管薪酬是否与公司绩效相挂钩?美国《国内税收法典》可资参考,该法典规定,如果高管薪酬超过100万美元的部分以绩效为基础,则该部分薪酬可以享受税收扣减,但是这种情况需要具备四个条件:(1)薪酬是达到一项或多项预定客观绩效目标取得的;(2)完全由两名外部董事组成薪酬委员会,并由薪酬委员会设定绩效目标;(3)绩效的主要目标必须向股东充分披露并且在支付高管薪酬前经股东大会批准;(4)支付高管薪酬前,薪酬委员会应以书面方式向股东大会说明高管已经达到绩效要求。^[9]相比之下,我国没有规定高管薪酬的绩效标准,也缺少评定绩效的程序,在源头上不能保证高管薪酬与公司绩效相挂钩,因此,我国相关规定能否保证高管薪酬的合理性存有疑问。

2. 股东对公司高管薪酬投票表决乃股东民主应有之义

股东是公司的所有人,他们选举董事管理公司营业,尽管后者可以任命经理人员管理公司日常事务。公司目的在于为股东赚取利润,董事在管理营业中的目标必须是股东财富最大化。^[10]尽管股东为公司所有人,但是长期以来法律却规定公司行为必须通过董事会来进行。需要注意,这种规则并非真正要剥夺股东权利,因为股东可以选举董事,董事对股东负责,至少在理论上如此。董事与公司、股东之间是何种关系?理论上认识不一,大致有代理说、信托说、委任说。然而,不管董事以何种身份控制公司营业,任何学说都没有否认股东是受益所有人这一事实。在传统观念上,董事对股东负有信托义务,并且直接对股东负有该种信托义务。在公司治理中,没有足够空间容纳“利益相关人”或“其他成员”,债权人、雇员以及社区等都被简单地视为第三人。没有人对他们承担信托义务并且他们在公司治理中没有合法的角色。^[11]第三人可以对公司施加影响,他们可以与公司进行合同谈判或者拒绝订立合同,或者可以寻求法律对公司行为予以管制。但是,这些影响都是外在的;在公司内部,只有股东利益才重要。

[8] 根据中国证监会《上市公司股权激励管理办法(试行)》的规定,上市公司董事会下设的薪酬和考核委员会专门负责拟定股权激励计划草案。在董事会审议通过股权激励计划后,上市公司应将有关材料报送中国证监会进行备案,同时还应当抄报证券交易所及公司所在地的证监局。证监会自收到完整的股权激励计划备案申请材料之日起20个工作日内,如果证监会对此提出异议,则上市公司不得发出召开股东大会的通知以审议并实施该计划;如未提出异议,上市公司则可以发出召开股东大会的通知,审议并实施股权激励计划。股东大会就股权激励计划等事项作出决议,必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

[9] Mark A. Salky, *The Regulatory Regimes for Controlling Excessive Executive Compensation: Are Both, Either, or Neither Necessary?* 49 U. Miami L. Rev. 795, 819-22 (1995).

[10] See *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N. W. 668, 684 (Mich. 1919); E. Merrick Dodd, Jr., *For Whom Are Corporate Managers Trustees?* 45 Harv. L. Rev. 1145, 1145 (1932); Milton Friedman, *A Friedman Doctrine—The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits*, N. Y. Times, Sept. 13, 1970, at SM17.

[11] *Id.*

不管如何,公司中两权分离的出现和理性人的存在,公司代理问题成为一个必然。在两权分离的情形下,经营者(即高管)掌握着最有价值的经营决策信息,拥有越来越多的权力,公司权力不断集中到其手中,导致其权力不断膨胀,代理问题不可避免。股东是公司所有人和公司主权者,公司制度的运作一切为了股东利益行事。法律总是通过一组基本法律对策解决代理问题、控制经营者,通常分为两组六类,即规制性对策(包括规则与标准、代理关系的准入和退出)与治理性对策(包括任命权中的选举和罢免、决策权中的作出和否决、对代理人的激励即信托和报酬激励)。^[12] 薪酬激励属于治理性对策,后者的目的在于改变代理人积极性而非扩张本人权利,属于激励对策。薪酬对策即对成功提高本人利益的代理人给予报酬。^[13]

高管薪酬制度作为一种重要激励机制本为解决代理问题而生。问题在于,如果薪酬制度特别是新型薪酬形式不加适当控制,高昂而不合理的薪酬本身就会成为代理成本的一部分。因此,应当重视股东的公司所有人角色,提倡股东对经营者的有效监督,通过内部机制的充分运行,实现股东利益最大化和公司利益最大化。对强化股东严格监督或者活跃的收购市场严格监督而言,强有力的报酬是一个理性选择;或者说,慷慨的报酬是股东监督无效率的结果。^[14] 由此,公司制度要真正反映公司本质、真正反映股东民主、保障股东在公司中的主权地位,股东对高管薪酬的强力监督就是一个必然选择。

(二) 股东对公司高管薪酬投票控制的路径

1. 股东大会作为股东控制公司高管薪酬的平台

公司治理结构的目的即在于监控控制了公司的经营管理者而不是公司所有者,^[15]使其忠诚勤勉尽责,实现股东利益和公司利益最大化。要解决公司高管薪酬问题,需要重构高管薪酬风险的控制机制,其中之一便是发挥股东大会的作用。“世界各国改革公司治理的趋势,均在于修复中断的股东民主链条,恢复股东大会和董事会在法律设计上的正常功能,监督经营者更好地为股东利益服务。”^[16] 股东大会的职权大致可分为三类:一类是基础性的规则型事项,如公司章程修改和公司重组决议事项;另一类涉及具体重大商业决策,如解散公司或出售公司重大资产等;第三类属于公司特殊商业决策,如公司利润分配、薪酬政策等事项,与前两类相比这一类决策需要依赖更多内部信息以及解决股东与董事间的利益冲突。^[17]

在公司治理中,强化对经营者的干预和控制要通过公司治理结构中的分权制衡对经营者监督约束以及以股东为主导的对经营者激励约束,两者须共同发挥作用才能有效指引经营者履行职责,其中,加强股东对高管薪酬决定中的发言权越来越成为一种控制代理成本的重要手段。

股东大会是一项保护股东利益的法律制度,在股东大会上股东根据自己的意志对公司事务进行表决,这体现的不仅是股东权的行使,更体现的是一种制度安排,而这种制度安排成为股东民主的重

[12] Kraakman et al., *supra* note 4, at 23 - 27.

[13] *Id.* at 26.

[14] *Id.* at 51 - 52.

[15] 宁金成:《公司治理结构:控制经营者理论与制度研究》,法律出版社2007年版,“序言”第2页。

[16] 参见郭富青:《论股东民主的异化和公司治理的变革趋向》, http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=34984.

[17] 刘赞:《高管问题薪酬的股东控制——对合理性审查标准的修正》,载《法学杂志》2011年第10期,第136页。

要表现形式。^[18] 在公司高管薪酬决定机制上如何体现股东民主? 就各国公司法律制度的设计而言, 最合理的平台应该是股东大会, 股东主要是通过股东大会这一平台参与对高管薪酬的控制。

2. 股东对公司高管薪酬投票作为控制高管薪酬的手段

股东行使决定权一般有两种方式: 一种是由股东提出议案并进行表决后交由公司有关机构实施, 称之为发起; 另一种则是公司董事或管理层议案在获得股东会批准后由董事会或管理层实施, 称之为表决。^[19] 完善公司高管薪酬决定机制主要涉及第二种方式, 一方面股东能够在高管薪酬决定上表达意愿, 另一方面尊重董事会经营权, 不能侵夺董事会权利。在完善高管薪酬制度的路径选择中, 一个有效途径是赋予股东对高管薪酬的投票权, 即由董事会制定高管薪酬政策, 提交股东会表决, 获得股东批准后实施。

在股东权益中, 对股东最有价值的莫过于股利分配请求权和董事监事选举权, 前者满足股东经济需要, 后者则可满足股东对公司经营阶层的人事控制需要。这两种权利之实现莫不以股东表决权之行使为前提。因为股东可通过表决权之行使, 将内心的需要和愿望转化为法律上的意思表示, 而众股东的意思表示依资本多数决原则又可上升为公司的意思表示即股东大会决议, 并对公司自身及其机关产生拘束力。可以说, 舍去股东之表决权, 股东大会制度将沦为具文, 股东大会决议即公司的最高意思表示将无由形成, 公司的运作秩序将会陷于紊乱, 股东权之保护亦将无从谈起。^[20] 赋予股东对高管薪酬的投票权能够使股东一定程度上直接控制董事会的薪酬方案, 股东根据自身对薪酬政策的考量进行投票符合公司的本质要求。

二、股东对公司高管薪酬投票制度的比较法考察

从各国公司高管薪酬的制度实践看, 建立股东对高管薪酬的投票制度已成为一个突出现象, 甚至形成一种趋势。笔者认为, 考察一些典型国家的相关制度实践对于解决我国高管薪酬问题具有一定启迪和借鉴意义。

(一) 英美法系代表国家的制度实践

1. 英国公司股东对高管薪酬的投票制度

英国是第一个对公司高管薪酬实行股东投票的西方国家。早在 20 世纪 90 年代中期, 英国公众对于高管薪酬过高的愤怒已经让政治家们不能再忽视。1979 年至 1994 年间, 英国大型上市公司 CEO 的薪酬上涨了 600%, 不过这与公司绩效并无相关性。与此同时, 许多公司大量裁员、失业人口速增与 CEO 薪酬不断上涨形成鲜明对比。由于担心社会动荡, 重要商业议员一再呼吁对高管薪酬作出限制。^[21] 1995 年英国产业联合会制定《格林伯里守则》(Greenbury Code),^[22] 该自律性公司治理守则规定, 上市公司应设立由非执行董事担任的薪酬委员会。薪酬委员会每年要向股东提供一份高管薪酬

[18] 石纪虎:《论股东大会的概念》,载《北方法学》2010年第3期,第53页。

[19] 同注17引文,第139页。

[20] 刘俊海:《论股东的表决权》,载《法律科学》1995年第6期,第62页。

[21] Deborah Gilshan, Railpen Inv. & PIRC Ltd., *Say on Pay: Six Years on, Lessons from the UK Experience* 7 (2009), <http://www.pirc.co.uk/publications/SayonPay.pdf>.

[22] The Greenbury Committee, 1995, *Directors' Remuneration—Report of a Study Group Chaired by Sir Richard Greenbury (the Greenbury Report)* (London: Gee & Co.).

年度报告,对公司薪酬政策及每位董事薪酬构成作出充分披露。但该守则并未包含股东对于年度报告的批准。该守则规定仅在特殊情况下,即当薪酬政策发生变化或对薪酬构成有争议时,董事会允许股东对高管薪酬进行投票。《格林伯里守则》主要功绩是要求公司对高管薪酬进行充分披露。

1999年政府审计发现,270个公司中仅有7个公司选择在年度股东大会上批准薪酬报告。2002年政府引入股东对高管薪酬报告的投票制度。当年修订的英国公司法要求上市公司就下一及未来会计年度董事薪酬政策、公司在本会计年度向每位董事支付薪酬的构成及数额向股东提交年度董事薪酬报告(Directors' Remuneration Report,简称“DRR”)。DRR要在年度股东大会上提交大会投票表决,但是表决结果没有约束力。^[23]这些措施在2003年生效,规制对象涵盖了除替代投资市场(alternative investment market)外所有在英国上市交易的公司。随后几年,这项制度产生很大影响,主要有如下方面:(1)公司和大股东间或者至少与主要机构投资者团体和代理服务公司间磋商会议增多。磋商形式从原来敷衍了事发展到认真对待股东意见。(2)在所有公司中,股东否决薪酬报告罕见,在新制度实行的最初六年中只有八个案例。在调查对象中,只有10%的公司得到20%的反对票。有证据表明,公司薪酬政策如果在一年内收到反对票,而在随后一年内得到更多支持票,往往表明这些公司迎合股东意见而修改了薪酬政策。(3)主要机构投资者协会如英国保险协会(ABI)和全国养老基金协会(NAPF)通过对薪酬指导方针规定系列黄色和红色界线,扩展其对公司高管薪酬的影响。这些股东权力很像足球赛中的黄牌和红牌。建议投票属于亮黄牌。大股东投票反对薪酬报告相当于对董事会亮黄牌警告。如果公司董事会对该警告不予理会或者不对高管薪酬制度进行改革以及薪酬没有更好地与绩效挂钩,之后股东就会更换公司董事,这相当于亮红牌。股东通过这种形式告诫薪酬委员会委员:如果他们还想继续留在董事会,就必须重视股东对公司薪酬政策的担心。

英国是第一个要求公司将高管薪酬报告提交股东大会投票表决的西方国家,该探索为公司治理带来了重大改革。但是,自2003年开始生效的这种建议性投票制度不能保证股东建议能够被董事会听取。尽管媒体十分关注葛兰素史克公司案,但是这种仅具有建议性的股东投票权没有保障,股东也将是一直作为一个倾听者。^[24]例如在2009年5月,因为公司未能达到绩效目标,持有皇家荷兰壳牌公司59%股份的投资者投票反对给高管支付奖金。根据该公司长期股权激励计划,如果公司在同行业中排名降低,高管不会得到分红奖励。2008年该公司在同行业排名下降,但是薪酬委员会仍然决定给予高管部分股份。^[25]

2013年情况发生重大改变,4月25日英国通过《2013年英国企业与规制改革法案》(Enterprise and Regulatory Reform Act),并于10月1日开始生效。该法案对英国公司法中关于上市公司执行及非执行董事薪酬的批准和披露制度作出重大修改,主要是赋予股东就公司董事薪酬政策进行有约束力的投票表决权。^[26]该法案规定,上市公司董事薪酬报告分两部分:(1)公司本会计年度董事薪酬政策建议,包括确定董事薪酬的依据、衡量董事业绩标准、薪酬构成及预计薪酬支付数目等;(2)对于上一会计年度董事薪酬执行情况的总结,包括公司支付给每位董事的实际薪酬的构成及数额、董事业绩和

[23] UK Companies Act, s 234B, s 241A, schedule 7A.

[24] James Herron, *Controversial Head of Shell Remuneration Committee to Retire*, Dow Jones Newswire, Sept. 11, 2009.

[25] Jeffrey N. Gordon, “Say on Pay”: *Cautionary Notes on the U. K. Experience and the Case for Shareholder Opt-In*, 46 Harv. J. on Legis. 323, 590-591 (2009).

[26] UK Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, s 79; UK Companies Act 2006, s 439A.

过去十年公司每一会计年度向首席执行官(CEO)支付的薪酬数额及其与公司业绩的对比等。

根据该法案,在2013年10月1日或之后开始的第一个会计年度,公司薪酬政策必须在股东大会年会上交由股东投票表决。之后,薪酬政策至少每三年交由股东批准,或者如果公司希望修改薪酬政策(即使只是轻微修改)可以提前由股东投票;如果在股东大会年会上薪酬实施报告没有获得通过,那么要求公司在下一次股东大会年会上公司薪酬政策要获得股东同意。公司薪酬政策必须获得公司股东普通决议的通过,即获得投票总数的简单多数。一旦薪酬政策获得通过,公司不得进行与该薪酬政策不一的薪酬支出或者失去职位的支出,除非这些支出经过股东特别准许;否则,进行这些支付的董事要对由此引致的公司损失承担无限连带责任。

与上述股东对薪酬政策具有约束力的投票一样,股东对公司上一会计年度薪酬政策实施情况进行的建议性投票也是获得简单多数通过。由于该种投票决议只具建议性,因而没有公司薪酬必须遵守通过的投票结果。^[27] 这种投票实质上是允许股东就他们对公司薪酬政策实施情况是否满意发出信号。如果公司没有通过这一建议性投票,公司必须在下一年将其薪酬政策在同一股东大会年会上交由股东重新进行有约束力的投票(除非在同一股东大会年会上虽然薪酬政策实施报告未获建议投票多数通过,但是该薪酬政策获得了股东投票多数的支持)。

英国的上述改革并非源自任何欧洲或者其他超国家组织的指导或要求,相反,这些改革是英国政府经过与公司、股东、机构投资者及其他利益当事人协商之后在国家层面上作出的一个创新。^[28] 对于英国上述改革对于公司治理的效果,仍未见书面文献记载,这意味着仍有待于进一步观察。不过从股东民主发展趋势看,应当会对英美法系产生一定的影响。^[29]

2. 澳大利亚股东对高管薪酬的投票制度实践

澳大利亚高管薪酬的规制经历了一个发展演变过程。从20世纪80年代中期一直到2015年,由于公司治理结构安排和市场因素影响,高管薪酬规制历经数变。^[30] 2004年前立法变动集中于高管薪酬的披露,2004年出台《公司法律经济改革规划法案》(简称CLERP 9),经该法案修订的澳大利亚公司法要求公众公司年度报告要包含一份清晰可识的董事薪酬报告。该报告需就以下事项进行充分披露:(1)董事会在决定董事高管(key management personnel)薪酬性质及数额方面遵循的政策;(2)该政策与公司业绩的关系(3)公司在本会计年度向每位董事高管及收入前五名的公司管理人员(executives)支付薪酬详情。^[31] 与英国2013年前的规定相似,该薪酬报告要经过股东建议性表决。^[32] 2007年全球金融危机期间和之后,澳大利亚对于高水平高管薪酬批评不断,金融危机的爆发进一步强化了公众关于高管薪酬助生金融危机的认识。另外,全球金融危机表明,尽管采用立法控制高管薪酬的数量,但是现行制度仍然有不当之处,需要审查。^[33]

[27] UK Companies Act 2006, s 439.

[28] Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, *Binding Shareholder Say-on-Pay Vote on Route to Reality in the UK: US Companies Take Note* (9 July 2012), <http://www.cgsh.com/files/News/3b4b3be5-0f26-49ce-9c95-0bfd5207e8df/Presentation/NewsAttachment/2339ed13-5b2d-4e59-9830-0ce4ed80a645/CGSH%20Alert%20-%20Gov%20UK%20Binding%20Say%20on%20Pay.pdf>.

[29] *Id.* 笔者认为,英国的改革实践如能最终实施,对于寻求对高官薪酬进行改革的美国投资者而言可能是一个有力的示范。

[30] Vito Giudice, *Yesterday, Today and Tomorrow: Executive Remuneration and Say-on-Pay in Australia*, paper presented at the 2015 Australia Corporate Law Teachers Association Conference, 1-3 February, University of Melbourne.

[31] Australian Corporations Act 2001 (Cth), s 300A.

[32] *Id.* at 250R.

[33] Giudice, *supra* note 30.

2007年澳大利亚政府宣布授权生产力委员会调查高管薪酬实践,主要任务包括:考虑澳大利亚与国际上高管人员薪酬的趋势、评估高管薪酬规制框架的效果、调查使用各种不同报酬结构诸如激励计划和以股权为基础的报酬、评估金融危机后国际上对高管薪酬问题的回应。2009年12月19日生产力委员会提交报告共计17条建议,其中包括引入“两步否决”规则(two-strike rule)使股东在高管薪酬问题上有更大发言权。^[34]

澳大利亚于2011年通过《公司修订(提高董事和高管人员薪酬的责任机制)法案》。被该法案修改的公司法在“两步否决”规则的基础上引入“两步否决”和重新选举董事表决的程序,这一程序如下:(1)如果公司当年董事薪酬报告得到25%或者更多否定票,公司下一年度薪酬报告必须解释董事会的回应行动,或者如果董事会不提议任何行动,要说明原因。^[35](2)如果公司下一年度薪酬报告得到25%或者更多否决票,公司必须将一项解散董事会的决议案(spill resolution)在同一股东大会年会(AGM)上提交给股东表决。^[36](3)如果该解散董事会决议案在AGM上获得50%或者更多有效投票而得以通过,公司须在该次AGM召开90日之内就解散董事会召开股东会会议(spill meeting)。^[37](4)在该解散董事会的股东会议(spill meeting)上,股东在最近AGM讨论董事薪酬报告时那些担任董事职务的个人要重新参加董事选举。^[38]“两步否决”和重新选举董事表决程序在某种意义上使得股东对高管薪酬投票表决具有一定的约束力,这一动向应当引起注意,显然股东在公司中的话语权较以前更有份量。

3. 美国股东对高管薪酬的建议性投票实践

在美国,从20世纪80年代开始,公司管理层薪酬就成倍增长。很多评论家认为这样的薪酬是一种社会不公,政府应当干预高管薪酬、限制高管薪酬的增长。这种主张当时并未得到政府的认同。相反,投资者、管理者和立法者认为,只要是薪酬属于高管应得范畴即只要薪酬与绩效挂钩,他们就可以接受。

20世纪90年代初,美国开始对高管薪酬采取一些管制措施,例如国税局对于与绩效不挂钩的薪酬部分进行税收惩罚。2003年美国证券交易委员会(SEC)核准股票上市规则时,要求公司薪酬计划要获得股东支持。2006年SEC要求披露和解释更多的薪酬细节,以确保公司薪酬委员会真正独立,并要求董事会控制薪酬顾问间的分歧。然而,很少有证据表明这些措施约束了高管薪酬从而维护了股东利益。

美国国会从2007年开始一直积极进行股东建议性投票权立法活动。事实上,这种建议性投票可以追溯到1992年,1992年SEC准许股东按照Rule14A-8对高管薪酬提出提案;如果股东提案旨在干涉公司日常经营,SEC允许董事会予以排除。在1992年规则适用期间,股东对高管薪酬问题并不感兴趣。例如,在1994年对高管薪酬提案表示支持的仅为12.8%;从1993年到1997年,股东薪酬提案赞成票的平均比例只有11.3%,而且没有一个提案获得足够支持票。2007年在8个公司中有大约50个高管薪酬提案得到40.8%的支持率。2008年在至少11个公司中,有90多个高管薪酬提案得到

[34] Productivity Commission, Commonwealth of Australia, Executive Remuneration in Australia (2009) Report.

[35] Australian Corporations Act 2001 (Cth), 250U.

[36] *Id.* at s 250V.

[37] *Id.* at s 250W.

[38] *Id.* at ss 250U, 250R(2), 250V.

41.7%的支持率。^[39]

改革一直在进行中,2007年美国众议院通过高管薪酬的股东投票法案,2009年美国国会再一次提出赋予股东对高管年度薪酬以及对离职高管提供“黄金降落伞补偿”(golden parachute remuneration)^[40]的投票权,2009年7月美国众议院通过《公司及金融机构薪酬公平法案》。这些法案的一个突出和共同内容就是赋予股东对高管薪酬的投票权。虽然该项权利行使的结果只有建议性,但仍得到大力支持。承认或者允许股东对高管薪酬的投票权使股东有权监督受管理层过度影响的董事会决议,有利于保护股东权益。这项措施通过多种路径得到认可,例如在法院作为一种薪酬方面的“商业判断”条件、在股票上市中作为上市规则、通过立法将其写入法律条文。SEC批准了NYSE和NASDAQ的新规则,赋予股东对高管薪酬的投票权:(1)所有与资本相关的薪酬计划必须提交股东大会审议通过才能实施;(2)任何涉及资本增加的薪酬计划必须通过股东大会批准;(3)如果实施经营者薪酬计划必须出售库存股票,也必须经过股东大会批准;(4)禁止代理人对资本相关薪酬计划进行投票。

2010年美国国会通过《多德-弗兰克华尔街改革与消费者保护法案》,该法案规定,2011年1月21日之后,以各公司相继召开年度股东大会为起点,所有上市企业必须每三年至少一次将公司高管薪酬方案提交股东大会进行建议性投票”,每六年就是否将投票频率增加为一年或两年一次提请股东表决。^[41]在公司有兼并收购或任何类型重组时,也应让股东就公司为高管提供的黄金降落伞补偿方案进行投票。上述投票结果没有约束力,但是,参与投票的国内养老基金和其他大型机构投资者必须公示他们的投票结果并解释原因。^[42]

实践中,在2012年委托书征集季,股东对高管薪酬投票呈积极态势,公司的平均股东支持率为91%,即使那些在2011年其高管薪酬报告未获得股东投票支持的公司也在2012年取得积极进步。这一结果产生的原因似乎归于公司更积极地与股东接触,就股东对高管薪酬的担忧予以回应以及改变薪酬政策使其强化报酬和业绩间的相关性。尽管如此,在2012年委托书征集季中薪酬报告未能通过股东投票的公司数量仍然增加了。^[43]对于产生原因,众说不一。有人将其归结为公司报酬与业绩日益脱节,委托书咨询公司的负面建议更加重这一态势;有人认为是源于股东对公司业绩的不满,或者薪酬水平绝对或者相对太高所致。总体上,在公司、业者和机构股东中存在一个共识:美国现行股东对高管薪酬投票制度的态势是将公司薪酬规划在包括委托书说明及附加资料中,更多与股东沟通以及就其薪酬实践加强与股东联系的结果。另外,公司也明显放弃了不受股东欢迎的薪酬措施诸如税收增长补贴和某些额外津贴。^[44]

(二) 欧盟与欧洲国家股东对高管薪酬的投票制度实践

1. 欧盟对于股东投票效力从建议性到约束性的倡导

2003年5月,欧盟委员会通过一项通讯《公司法现代化与提高欧盟公司治理:前进计划》,提出系

[39] Randall S. Thomas & Kenneth J. Martin, *The Determinants of Shareholder Voting on Stock Option Plans*, 35 Wake Forest L. Rev. 31, 50 (2000).

[40] 在公司控制权变动时采取该补偿措施。

[41] Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, s 951.

[42] 《“股东决定薪酬”:美国企业高管的薪酬能否获得公司股东的首肯?》, <http://www.knowledgeatwharton.com.cn/index.cfm?fa=article&articleid=2347&languageid=4>.

[43] Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, *supra* note 28.

[44] *Id.*

列强化股东权利和董事会现代化的建议,包括提供一项创新措施旨在鼓励正确的规制制度。该文件确认董事薪酬的形式、结构和水平应当属于公司和股东权利能力范围。最终,欧洲委员会在2004年提出薪酬政策应该交由股东进行建议性投票。^[45]为使此项改革更适用于商业,欧洲委员会表示:若持有至少1/4公司股票的股东要求,公司可以决定进行投票,换句话说,如果有足够数量股东作出这一选择,那么股东就可以对薪酬政策进行投票。^[46]2007年,欧洲委员会发现大多数成员国的股东有权决定董事薪酬,但是很少国家采取对高管薪酬的投票制度。2009年欧洲委员会提出言辞更强硬的建议,在相关公报中建议股东特别是机构投资者行使其对高管薪酬的投票权。显然,欧洲委员会打算更有力地指导成员国加强股东对高管薪酬的控制权。^[47]

为提高股东在该领域的权力和地位,欧洲委员会一直尝试各种努力,如《2012年欧洲公司法与公司治理行动计划》(IP/12/1340)和2014年3月27日公布《关于欧洲经济长期融资的通讯》(IP/14/320)。上述法律文件出台后,2014年欧洲委员会公布一份新指令草案,强化股东介入公司治理并在欧洲上市公司中引入股东对高管薪酬的投票制度。^[48]该草案建议成员国公司就董事薪酬政策及上一年度薪酬政策实施情况进行清晰、可比和全面的披露,并建议成员国赋予股东对董事薪酬政策至少每三年一次进行有约束力的投票表决。该草案还建议各成员国赋予股东就上一年度董事薪酬政策实施情况进行建议性投票的权利。该指令草案进展如何有待观察,但是它明确无误地揭示出欧盟对公司高管薪酬问题提高股东话语权的意图。

2. 荷兰实行对高管薪酬有约束力的股东投票制度

在荷兰,2003年零售商Ahold公司会计丑闻导致夏季消费大幅缩水,然而对即将上任的CEO却保证了固定分红,^[49]公众对于“为失败而买单”的薪酬政策愤怒至极。有鉴于此,荷兰政府在2003年成立公司治理委员会(Tabaksblat Committee),该委员会负责制定一个与英国《格林伯里规则》相似的规则即《公司治理守则》(Tabaksblat Code),该守则于2004年通过。总体上,《公司治理守则》与《格林伯里规则》有相同之处:在总体监督模式上,遵循“遵守或解释”原则,即守则条款应被无条件适用,对任何违反条款的事项都必须给予充分解释。^[50]不过,荷兰模式也有其特点:(1)投票只针对薪酬政策不包括薪酬报告细节,并且只对制定的下一年度薪酬政策投票。在英国,股东对薪酬报告的两个方面即下一年度薪酬政策与上一年度薪酬实施情况都进行投票表决。(2)股东投票不一定是一年一次,倘若公司不改变现有薪酬政策,则不需要对现有政策进行投票。(3)股东对薪酬政策的投票具有约束

[45] Commission Recommendation of 14 December 2004: *Fostering an Appropriate Regime for the Remuneration of Directors of Listed Companies*, 2004/913/EC, Preamble Clause 8 (Dec. 29, 2004), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004H0913;EN;HTML>.

[46] Guido Ferrarini, Niamh Moloney & Maria Cristina Ungureanu, *Understanding Directors' Pay in Europe: A Comparative and Empirical Analysis* 28 (ECGI Working Paper 126/2009, 2009), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1418463&rec=1&srcabs=1425469.

[47] Commission Recommendation Complementing Recommendation 2004/913/EC and 2005/162/EC as Regards the Regime for the Remuneration of Directors of Listed Companies 3, COM (2009) 211 (Apr. 30, 2009), [http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/COM\(2009\)_211_EN.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/COM(2009)_211_EN.pdf).

[48] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/cgp/shrd/140409-shrd_en.pdf.

[49] *Trouble in Store*, Economist, May 17, 2003, at 55.

[50] Neil Baker, *In Europe, CEO Pay Gets Complicated*, Compliance Wk., May 20, 2008.

力,如果股东否决新的薪酬政策,那么现有薪酬政策仍然有效。^[51]

与荷兰一样,瑞典、挪威和丹麦都对下一年度高管薪酬政策实行有约束力的投票制度。与荷兰做法不同的是,瑞典和挪威要求每年都进行股东投票,即使薪酬政策每年并没有变化。

此外,瑞士公司股东对高管薪酬的表决权也经过了从建议性到约束性的转变。2013年,瑞士经全民公决,通过抵制上市公司过高薪酬法令[Swiss Ordinance against Excessive Compensation in Listed Stock Companies (“OAEC”)]。该法令赋予在瑞士注册的上市公司的股东对高管薪酬有约束力的投票表决权。根据该法令,上市公司董事会向股东提交的年度薪酬报告中必须详细披露公司向董事会、管理层及公司咨询委员会(advisory board)成员支付薪酬的情况。在年度股东大会上,股东就公司在下一会计年度将向全体董事、管理层及全体咨询委员会成员的年薪总额分别予以表决。^[52] 公司董事、管理层或咨询会成员违背股东大会决议或公司章程支付或领取薪酬的,最高可被判处三年有期徒刑并处罚金。^[53] 该法令允许上市公司通过公司章程,就高管薪酬支付选择股东预先批准、事后批准或两种批准方式相结合的模式。到目前为止,大多数公司选择预先批准模式。^[54] 如果采用预先批准模式,但是批准的高管薪酬总额不足以支付实际所需,公司只有在公司章程作出相应规定的情况下才能向高管支付额外薪酬。^[55]

3. 德国、西班牙等国对高管薪酬的非强制性投票制度

顾名思义,非强制性投票意味着不强制要求对高管薪酬实行股东投票,而是给予公司更大的选择权。在符合一定条件时,如果股东希望行使投票权,就可以发起对高管薪酬的投票。采取这种制度的国家有德国、西班牙等。

2009年9月德国通过《管理委员会薪酬法》(Act on the Appropriateness of Management Board Remuneration),根据该法的规定,在下面两种情况下,股东可以发起建议性投票:(1)公司自愿就公司薪酬进行投票;(2)持有至少5%或是价值50万欧元股份的股东提出对高管薪酬进行投票的要求。^[56] 德国股东对高管薪酬的投票制度实际上是响应欧洲委员会在2009年的号召,对公司高管薪酬予以投票。从上述德国法律的规定来看,股东投票权可以由公司主动发起,同时持有一定股份的股东也可自己主动提出要求,后者显然旨在确保股东利益。

德国采用非强制性投票制度是基于其特有的董事会结构。德国实行双层董事会制度,股东选举监事会,董事会由监事会选举并向其负责。传统上监事会成员的薪酬由股东会决定,董事薪酬由监事会决定。采用非强制性投票制度的目的是赋予股东对监事会确定董事薪酬更大的监督权,但并不剥夺监事会在此方面的决定权。

西班牙立法也未对股东投票权进行强制性规定,但是公司治理准则建议董事会向普通股东会议提交薪酬政策报告进行建议性投票,而不是将对薪酬实施情况的投票写入公司年度会计报告。公司

[51] Kate Burgess & Richard Milne, *European Investors Balk at Director Pay*, *Fin. Times*, June 2, 2009, at 15.

[52] Swiss Ordinance against Excessive Compensation in Listed Stock Companies, s 18.

[53] *Id.* at s 24.

[54] *Swiss Ordinance against Excessive Compensation in Listed Stock Companies—First Experiences after the Shareholder’s Meeting Season 2014*, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c82d510c-cd4b-41aa-a941-8312628ee7bf>.

[55] Swiss Ordinance against Excessive Compensation in Listed Stock Companies, s 19.

[56] Freshfields Bruckhaus Deringer, *Briefing: Remuneration and Corporate Governance in Financial Institutions 8* (2009), <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2009/oct09/26798.pdf> (for Germany).

治理准则建议投票不仅对现行薪酬政策,还要就薪酬报告所解释的现行政策与上一年度薪酬政策发生的最重要变动进行投票,其中包括薪酬委员会制定薪酬政策的细节以及薪酬顾问身份。^[57]

(三) 国外股东对公司高管薪酬投票制度的启示

纵观国外高管薪酬的股东投票权制度,各有特色。在英美法系国家,初期,英国对于当前薪酬政策和下一年度薪酬政策采取建议性投票。但时至今日,英国股东投票政策变成了有约束力的投票制度;澳大利亚初期该制度也属无约束力投票,但现在“两步规则”的采用使得股东投票具有了迫使董事参加重新选举的效果,因此等同于有一定约束力;美国针对高管薪酬投票制度不断出台系列法案,经历了倡议非强制性股东投票到实行强制性股东投票制度的变化,这充分体现了对股东权利的日益重视。

大陆法系国家中,荷兰只针对下一年度高管薪酬政策实行有约束力的股东投票,它所施行的有约束力投票在世界范围内首开先河,意义重大;德国、西班牙不强制公司实行股东投票,而是通过法律规定股东发起投票的条件,给予公司选择的空间。欧盟作为一个地区性国际组织,一直倡导强化股东权利和改善公司治理,通过出台系列公司指令等规范性文件指导欧洲公司和成员国公司立法的运作。欧盟就股东对公司高管薪酬投票从无约束力到有约束力的建议应当会对欧洲公司及成员国立法有着一定的影响。鉴于欧盟最新指令草案的公布,对下一年度高管薪酬政策实行有约束力的股东投票在欧盟成员国内可能形成趋势。

从世界范围看,经济发达国家和相关组织越来越重视股东对高管薪酬的投票权,将其作为解决高管薪酬问题和完善公司治理的一个重要手段,也是落实股东民主、强化股东权利的重要体现。我国仅规定了股东对高管股权激励拥有决定权,股东大会作用似乎有忽视之嫌。然而,事实是我国公司股东大会对董事薪酬的决定权并不小于西方国家,然而规定有待细化。就有关国内高管薪酬研究成果而言,学者对高管薪酬决定问题缺乏应有的关注,这应该是学界的一个不足。其他国家加强股东对高管薪酬控制、赋予股东对高管薪酬投票权的立法和实践,应当说对我国解决类似问题具有重要的参考价值。

三、我国公司高管薪酬决定机制的现状

(一) 我国公司高管薪酬决定机制存在的问题

目前,我国公司高管薪酬决定机制存在的问题主要有两方面,即公司高管薪酬与公司绩效不挂钩以及公司高管自定薪酬。

首先,在我国上市公司中,高管薪酬与公司业绩关联度低甚至不相关现象严重。尽管几乎所有公司都在章程中强调经营者薪酬与绩效考核挂钩,但是2003年至2008年期间数据显示,高管薪酬均值保持上涨态势,且与公司业绩不成正比。通过观察我国在此期间的经济发展与高管薪酬实践,发现高管薪酬增速明显快于经济发展的速度。^[58]判断高管薪酬合理性最根本的标准是高管薪酬与公司绩效呈正相关,即高管薪酬取决于高管为公司创造价值的业绩;支付高管薪酬的基本原则应该是“业绩

[57] European Corporate Governance Institute, *Answers to Questionnaire on Directors' Remuneration in Listed Companies*, Spain (2008), http://www.ecgi.org/remuneration/questionnaire/spain_update_2008.pdf.

[58] 张育军:《上海证券交易所联合研究报告》,上海人民出版社2010年版,第174页。

涨、薪酬涨,业绩降、薪酬降”。但是历年的《荣正中国企业家价值报告》显示,高管薪酬变化的幅度与公司业绩变化的幅度并不一致,公司业绩对高管薪酬的影响存在很强的滞后性。2008年沪深两市1624家上市公司实现归属母公司净利润总额为8209.14亿元,相比于2007年整体下滑16.88%,但高管薪酬不仅没有下降,反而呈现小幅增加。^[59]

2011年年报披露期间高管薪酬成为投资者最关心的话题。一直徘徊在亏损边缘的ST天龙2010年再度亏损639.4万元,而公司支付的高管薪酬却从2009年的79.46万元升至111.01万元。这一现象反应了我国一些上市公司的现状。这些上市公司不一定能给社会和股东带来多少利益,但是不论公司的经营状况如何,公司高管都可以从公司得到高额薪酬。高管薪酬增长脱离公司的经营状况,只与时间有关,公司实际上成了高管的摇钱树。^[60] 高管薪酬无法真正体现公司的业绩,这无疑损害了股东和公司的利益。

根据德勤公司的相关调研报告,我国上市公司2013年至2014年期间高管薪酬总体态势表现为,“2013年A股全行业上市公司高管最高薪酬均值延续2012年增长态势,各行业增长幅度差异减小。企业内部高管薪酬差异连续三年呈进一步缩小趋势,最高薪酬获得者岗位近半数为公司董事长,总经理/总裁获最高薪酬企业数量增多……股权激励实践市场分析发现:上市公司采纳的激励工具分布首次呈现均衡分布特点,同时采纳股票期权和限制性股票的复合激励方式的上市公司数量明显增多。截止2013年年末,A股上市公司规范股权激励实践的8年里,累计公告数量突破600家,其中最近三年(2011年至2013年)集中公告了近400家,其中2013年一年之内共有156家上市公司公告了股权激励方案。”^[61] 不过,该调研报告没有指出高管薪酬是否与公司业绩相符或者相符的程度。

第二,公司高管自定薪酬现象严重。依据我国《公司法》,股东大会决定董事薪酬,董事会决定董事以外的高管薪酬。实践中,股东在高管薪酬制度上发挥一定的作用,有权决定公司股权激励计划,除此之外每一年度高管薪酬决定权则属于董事会。此外,在一部分上市公司中,由于存在董事会成员兼任公司高管的现象,“内部人控制”出现的几率很高。^[62] 在这种情形下,作为股东利益代表的董事会会在决定高管薪酬的过程中完全倾向于高管,高管自定薪酬现象的出现成为一种必然。

我国《上市公司治理准则》规定,董事会应当设立薪酬委员会负责研究和审查董事、高管的薪酬政策与方案。在实践中,薪酬委员会未能发挥其应有的作用,主要原因有:首先,薪酬委员会缺乏独立性。专门委员会的独立性依赖于独立董事的独立性,在目前独立董事的独立性受到普遍质疑的情况下,薪酬委员会的独立性无法得到保障。其次,实践中常常出现独立董事人数不足、一个独立董事在公司多个专门委员会任职的情况。在这种情况下,薪酬委员会的专业性受到削弱。这就使薪酬委员会形同虚设,加之其本身缺乏足够的知情权和调查权,难以完成研究和审查董事、高管薪酬政策与方案的任务。

董事会本为股东利益的代言人,实践中却被掌控公司权力的高管所左右,加上其他因素的影响,

[59] 同注58引书,第170页。

[60] 《上市公司严重亏损 高管的工资为何能够倍增》, <http://biz.cn.yahoo.com/yopen/20110407/296552.html>, 2012/3/25。

[61] 德勤管理咨询(上海)有限公司:《2013-2014中国A股上市公司高管薪酬调研报告》, <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cn/Documents/human-capital/deloitte-cn-hc-sharemgtwagesreport-zh-100914.pdf>。

[62] 曾小青:《公司治理、受托责任与审计委员会制度研究》,东北财经大学出版社2005年版,第114页。

董事会在高管薪酬的决定上很难忠实履行职责。结果,高管薪酬的确定一定程度上偏离股东利益,甚至董事会可能与高管沆瀣一气,侵夺股东利益。

(二) 高管薪酬问题的产生原因

高管薪酬问题产生的原因复杂,诸如相关法律制度不健全、股权结构不合理导致内部人控制、传统家文化导致内部人主导薪酬制度等等。从实践来看,高管薪酬问题最直接、最根本的原因在于高管薪酬脱离股东控制,主要表现为:首先,股东对高管薪酬的决定缺乏直接监督;其次,股东对某些薪酬虽然有决定权,但是中小股东缺少表达诉求的制度支持,致使其权利形同虚设。需要明确,即使相关配套制度健全,“理性冷漠”和“搭便车”心理的存在仍然可以导致股东怠于行使权利。

在我国上市公司中,呈现股东大会监督作用逐渐弱化、董事会权力扩大之势,除大股东及担任董事、监事的股东外,大多数股东并不关心公司的经营及日常事务。我国公司高管薪酬除了股权激励计划需要股东会批准外,其他均由董事会决定。股东对高管薪酬的控制主要通过董事会和监事会来进行,但是实践中的董事会形式化、董事会“内部人控制”、监事会形式化等现象,使得董事会和监事会对高管的监督职能形同虚设。由于中小股东的“理性冷漠”和“搭便车”心理以及由于董事会和监事会监督职能缺失,致使高管薪酬脱离股东控制、高管薪酬畸高问题凸显。不仅股东不满,职工也很不满,然而制度缺失使得股东日益变得像“局外人”,对畸高的高管薪酬束手无策。尽管高管股票期权计划须经过股东会同意,在这一方面股东对高管薪酬能够实现有效干预,但是我国的股票期权制度仍不完善,仅仅依靠对股权激励的控制无法达到对高管薪酬的有效控制。

与域外对公司高管薪酬的股东控制实践相比,可知缺少股东对高管薪酬投票的控制是我国高管薪酬问题产生的一个重要法律原因。当然我国还缺乏便利中小股东行使权力的其他法律制度支持或者相关制度不完善,比如委托书征集制度(含电子委托书征集制度)、股东网络投票制度不完善、缺乏电子股东论坛制度等等。

四、建立我国股东对公司高管薪酬的投票制度

参照其他国家的实践并结合我国的实际,我国公司高管薪酬的股东投票制度设计主要解决以下问题:

(一) 投票对象包括未来高管薪酬的政策和上年度高管薪酬政策的实施情况

建立股东对高管薪酬的投票制度并非让股东干预公司日常经营,而是体现股东的意志和意愿,因此股东投票对象首先应当是薪酬政策。股东对高管薪酬政策的评价标准是高管薪酬是否与公司绩效呈正相关。对公司而言,对高管薪酬的绩效评价应当包括如下方面:(1)生存能力。公司生存是公司能够运营的基础条件,只有能够存续下去,才能谈得上盈利、创造价值、公司规模扩张以及创新成果等问题。保障公司生存的条件有很多,但是最重要的是公司必须具有充分的偿债能力。当然,公司遵纪守法也是其得以生存的底线之一。(2)盈利能力。公司存在的本质和缘由是为股东赚取利润,这是公司的出发点和归宿所在。公司盈利能力强弱可以直接反映公司创造剩余产品的能力,一定程度上反映了公司的经济效益、高管管理水平以及公司对社会所作的贡献。(3)创造价值能力。创造价值包含两层含义,一是公司高管为公司创造的价值,二是公司高管为股东创造的价值。必须明确,创造价值能力已成为西方国家尤其是美国上市公司衡量经营者业绩的主要标准。(4)成长能力。成长能力包

括公司目前成长能力和公司未来成长能力。成长能力强弱决定着公司的竞争力以及公司未来的发展空间。(5)竞争能力。竞争能力是指公司具备的各种竞争优势,竞争能力强意味着公司能够获得超过其他公司的利润、价值以及成长机会。股东根据上述指标,对高管薪酬政策进行投票表决,体现出股东的意志。需要股东批准的薪酬政策应该包括确定薪酬的依据、衡量业绩标准、薪酬构成以及预计薪酬支付数目等内容。

其次是对公司上年度高管薪酬政策的实施情况投票。这一投票主要反映公司是否切实执行了体现股东意志的高管薪酬政策。需要明确,股东对上一年度薪酬实践投票可能会给公司带来一些混乱,这要从理论上予以明确。首先,股东对高管薪酬的投票旨在控制失控的高管薪酬,并非事后完全取代董事会通过的薪酬方案。投票权源于股东对公司的所有权,股东作为公司的所有者,将经营权授予董事会,但是股东有权监督公司经营,股东投票权就是股东监督公司经营的一种重要体现。不过,这种干预不能代替董事会对高管薪酬的决定权。其次,高管薪酬制度涉及许多法律问题。在采纳有约束力投票制度的国家,股东投票对象为未来薪酬政策;在这种模式下,投票既能发挥股东对高管薪酬的控制作用,又不会使董事会面临被揭开的混乱劳动合同问题。

(二) 股东对高管薪酬投票的效力

股东对高管薪酬投票的效力主要有两方面:首先,对高管薪酬政策的股东投票具有约束力;其次,对上年度高管薪酬政策实施情况的股东投票具有建议性。

笔者建议,我国实行对高管薪酬政策的股东投票具有约束力。其理由有三点:第一,实行有约束力的投票制度,能够确保董事会尊重股东意见,从而董事会受到一定的约束。建议性投票制度对于董事会无法形成约束,董事会完全可以不予理睬,从而该项制度的实践价值会大打折扣。目前我国上市公司中,经营者控制现象严重,股东大会“形骸化”凸显,股东要么对经营者过于信任,要么对公司事务选择用脚投票,不关心公司业务与执行情况,这样股东大会成了摆设,经营者成了公司权力的代表。有约束力的股东大会投票使得股东大会在公司中的重要地位落到实处,有利于对董事会形成约束。第二,股东通过公司高管薪酬投票制度能够更好地监督董事会,迫使后者恪尽职守、勤勉尽责。在高管薪酬决定过程中,董事会倾向于高管利益的主要原因是高管薪酬决定过程缺乏股东干预。有约束力的投票为股东控制高管薪酬决定机制提供路径,可以切断董事会与高管间的利益链,促使董事会为股东利益而行为。第三,相对于建议性投票制度而言,有约束力的投票制度有助于解决股东“理性冷漠”和“搭便车”现象,能够激发股东关心公司事务的积极性。如果选择建议性投票制度,股东在参与公司治理的过程中,股东明知投票权只有建议性,即使股东否决薪酬报告,董事会也可能不会采纳股东投票表决的结果;如果明知投票会被忽视,股东就会对高管薪酬政策持冷漠态度,消极对待投票权。有约束力投票制度有助于股东积极行使权利,有利于董事会对股东负责,这也符合当今公司领域股东对高管薪酬进行投票控制的发展趋势。

高管薪酬政策投票的约束力主要表现为:薪酬政策必须经过半数以上股东投票赞成才有效。如果薪酬政策未能通过股东投票,公司有三种选择:(1)继续执行上次通过的薪酬政策;(2)继续执行上次通过的薪酬政策并就特定薪酬支付变动单独寻求股东许可;(3)对于法律变动之后第一个会计年度的公司而言,要召开股东大会寻求股东通过薪酬政策。

对于上年度高管薪酬政策实施情况的股东投票具有建议性,投票只是允许股东对他们批准的公司薪酬政策实施情况表达是否满意。根据英国法律,如果公司上年度薪酬政策实施情况未能通过

股东投票,那么公司下一年须将其薪酬政策交由股东重新投票。我国公司高管薪酬政策实施情况的投票制度也可采用这种模式。当然,英国法律还规定,任何违背薪酬政策的报酬都要返还给公司,这种做法体现了对股东决定公司薪酬政策的尊重,符合公司的本质要求。

股东对高管薪酬政策投票的约束力以及对上一年度高管薪酬政策实施情况投票的建议性并没有剥夺我国《公司法》第47条所规定的董事对高管薪酬的决定权,公司董事根据股东通过的高管薪酬政策决定高管薪酬的合理性在于:一方面,由于高管薪酬政策问题在公司实践中日益增长的重要性而成为公司重大事项,对此作为公司所有人的股东直接干预具有必然性;另一方面,董事会遵循高管薪酬政策决定高管具体薪酬的支付也具有一定的自由裁量权,利于公司经营。股东对于上一年度高管薪酬政策实施情况的建议性投票则体现了股东对董事会和董事的监督,虽然不具有刚性约束力,但可以形成一定舆论力量,对董事会和董事也是一种软性约束。

(三) 强制性投票制度的界定

公司高管薪酬的股东投票立法范式有两种:一是制定强制性规范,强制推行立法者认为适当的薪酬政策或者薪酬水平;二是通过诱导性规范,引导当事人建立立法者认可的薪酬体系。劳动力市场是要素市场的有机组成部分,而职业经理人市场则是劳动力市场的重点。高管激励机制作为市场经济的一部分,应当通过市场调节达到完善,法律不能取代市场调节的作用,激活公司内部控制机制才是解决问题的关键。如果薪酬管制的目的在于保护股东利益,那么立法者就不应逾越权力边界,代替股东作出高管薪酬边界的判断。对高管薪酬的投票制度应当赋予公司、股东一定的选择空间,毕竟众多公司特点不一,法律“一刀切”的强制性规定缺乏合理性。这里所说的“强制性规范”是一种实体性规范,是一种直接涉及薪酬政策内容或者水平的国家意志的直接干预,与股东对高管薪酬投票制度所说的“强制性”有明显区别,后者只是针对股东投票程序的这种强制,对此,我们必须有充分的认识。

如本文第二部分所述,对于高管薪酬投票程序的强制性问题,各法域规范不一。总体上看,英国、美国、澳大利亚大致可以归入到强制性投票制度范畴,荷兰《公司治理守则》自律文件的性质决定了其非强制性的特性,德国和西班牙则属于非强制性投票制度范畴,赋予股东一定的选择权。不过,从股东民主在世界范围内复兴发展的趋势来看,将股东对高管薪酬的投票权从立法上界定为强制性制度更能顺应时代潮流,更能直接有助于高管薪酬问题的解决。因此,我国公司立法在此问题上应该将股东对高管薪酬的投票明确界定为强制性制度。

五、结语

自20世纪90年代以来,全球公司治理机制发展出现了趋同趋势,具体表现之一就是“股东运用投票权对管理层约束成为潮流”。^[63]进入21世纪以来,股东对高管薪酬的干预和控制呈现日益强化的态势。从比较法视角看,在高管薪酬事前规制方面,依据股东民主理论赋予股东对高管薪酬投票权予以控制已成为一条重要路径。“在我国破产机制和企业收购市场还不能对企业管理人员进行有效的制裁时,企业高管报酬方面的改革就变得非常重要。”^[64]股东对高管薪酬的投票控制一方面可以修

[63] 胡汝银等:《中国上市公司治理面临的问题与对策》,载郭锋编:《公司法修改纵横论》,法律出版社2000年版,第179页。

[64] 郁光华:《公司法的本质:从代理理论的角度观察》,法律出版社2006年版,第190页。

复高管薪酬决定的利益隔离机制,另一方面有助于高管薪酬与公司业绩挂钩,从而使高管薪酬激励机制发挥作用。当然,良好制度的运行必须有配套措施予以保障,否则缺乏良好的环境也会出现“水土不服”的现象。我国在大环境上应当进一步深化政治体制改革、祛除官本位制度的影响,建设符合市场经济要求的法治文化、祛除家文化的影响,改革我国公司所有权结构,从而为公司的良性运作营造一个良好的氛围。此外,大力发展机构投资者、进一步完善高管薪酬披露制度、制定和完善各种便利股东行使权利的制度以及完善税法控制机制都具有积极意义。

Shareholders' Say on Pay: International Experience and Lessons for China

Zhao Jinlong & Jenny Fu

Abstract: Executive compensation is a means to reduce agency costs and to motivate company executives. In practice however, the ever – expanding powers of executives destroy the effectiveness of corporate board as a mechanism to manage conflicts of interest. This further leads to the lack of pay – performance association and self – determination of remuneration by company executives. In this respect, in line with an increasing trend of shareholder democracy, many developed market economies have introduced various forms of shareholder vote on executive remuneration. This paper argues that China should establish its own system of Say on Pay by mandating a binding shareholder vote on proposed executive remuneration policy for current financial year and a non – binding vote on the implementation of the policy for past year through company legislation.

Keywords: company executives; remuneration; Say on Pay; control

(责任编辑:丁洁琳)

慈善信托近似原则在美国立法中的发展及其启示

李喜燕*

摘要:当慈善财产无法按照捐赠人意愿得以使用时,如何既不违背捐赠人意愿,又能充分发挥慈善财产的公益效用是慈善立法必须考量并解决的问题。慈善信托近似原则在美国经历了被拒绝、被认可、进一步拓展的不同阶段,其在美国的新发展表现出相关立法日益融合、捐赠人意愿优先保障、尽可能发挥慈善财产公益效用等特点。事实表明,解决此类问题的关键是实现捐赠人意愿与公共利益之间的动态平衡。而我国当前立法尚存在近似原则界定不明、相关规定不够全面周延、适用程序不够中立灵活等问题。我国应该利用慈善事业基本法制定的契机,辩证地吸收美国经验,以达到落实捐赠人意愿与发挥慈善财产的公益效用之间平衡的最佳效果。

关键词:慈善信托 慈善捐赠 美国 近似原则 行政背离原则

随着时间的推移和社会的发展,慈善捐赠财产往往面临无法按照捐赠人(委托人)^[1]意愿^[2]使用的问题。面对此类问题,如何尽可能地遵循慈善捐赠人意愿,又充分发挥捐赠财产的公益效用,是激励慈善捐赠,推动慈善事业发展的必然要求。慈善信托近似原则是英美法系国家处理类似问题的有效工具。我国学者尽管已经对此内容有所研究,^[3]但尚缺少从动态发展的角度对该原则的分析,^[4]更欠缺从慈善捐赠人意愿与公共利益的动态平衡的研究。本文将从美国慈善信托近似原则的发展轨迹切入,探寻其立法发展的趋势和特点,从而为我国慈善事业立法提出有益的建议。需要说明的是,虽然英美法系的慈善信托移植到我国后一般称作公益信托,^[5]但出于表述和行文方便,本文全文采用慈善信托的说法。

* 重庆文理学院法学系副教授,法学博士。本文系重庆市社科规划培育项目(项目编号:2014PY83)和重庆文理学院重大培育项目(项目编号:201310)的研究成果。

[1] 在英美法系国家,委托人与捐赠人并没有作区分。也有其他学者常常为英国慈善法文本中同时出现的 trustor 和 donor 感到迷惑,因为在我国的民法体系中两者代表不同的法律关系,而英美法则没有作区分。参见韦玮:《论基金会法人财产运用中的“近似原则”及其适用》,载《法商研究》2009年第3期,第63-69页。下文中提及的捐赠人在适用慈善信托的形式下也指委托人。需根据上下文情况而定。

[2] 在我国现有的文献中多数将 donor intent 翻译为捐赠人意图,但是在我国相关立法中一般使用捐赠人意愿一词,虽用词不同,但为同一个意思。

[3] 韦玮:《论基金会法人财产运用中的“近似原则”及其适用》,载《法商研究》2009年第3期,第63-69页。万妮娅:《论近似原则在公益信托中的适用》,载《研究生法学》2007年第1期,第84-90页。吴健:《评公益信托之力求近似原则》,载《当代法学》2002年第12期,第48-58页。

[4] 尽管有学者从历史发展角度对英国近似原则的起源和演变予以一定的分析,并得出“近似原则是英国人尊重个人意愿和保护公共利益之间的这个平衡点”这一结论,但该文并未对美国有关该问题的历史发展及我国关于近似原则的适用进行分析研究。参见解锐:《从判例法到成文法:力求近似原则在英国的起源和演变》,载《青岛行政学院学报》2010年第1期,第105-109页。

[5] 刘迎霜:《我国公益信托法律移植及其本土化》,载《中外法学》2015年第1期,第151-170页。

一、慈善信托近似原则的渊源

(一) 近似原则的产生

“近似原则”(Cy - Près Doctrine)一词源于诺曼民族,由法语“cy pres comme possible”演变而来,意思为“as near as possible”^[6]或“as near as may be”^[7]。“Cy - Près”的法语发音似乎更像是“see pray”。传入英国以后,该词的发音类似于“si press”。更普遍的用法是法语和英语的组合“si pray”^[8]。近似原则作为一项法律原则首见于罗马的查士丁尼法典,最初主要适用于遗赠财产,其基本规则是当遗赠人的原始意愿被发现非法而不能实现时,通过适用近似原则,将该财产用于其他的目的,以保证慈善信托继续有效,而不是把遗赠财产返还给遗嘱人或者其继承人。近似原则的适用最终保障慈善财产能够继续留在慈善事业中,而不会返还给遗赠人或者其继承人。可见,该原则的缘起并非仅仅作为执行意愿的工具。因此,有人提出近似原则的根源事实上是从民法中找到的。^[9]在罗马的案例中,当捐赠人捐赠财产的特定意愿被发现非法时,该笔财产将被用于合适的目的,以保留对捐赠人的纪念。^[10]其原理在于,若因技术困难而把遗赠用于慈善目的的财产返还给遗嘱人的继承人是公平的。近似原则的适用表明捐赠人的意愿不是慈善财产利用的唯一标准,在尊重捐赠人意愿的同时,也强调发挥慈善财产的公益效用。

(二) 两种近似原则的适用与区分

近似原则在15世纪被引入英国。^[11]那时的人们普遍认为慈善遗赠的目的是为了赎罪以实现永恒的幸福。^[12]当特定慈善意愿不可能实现时,通过适用近似原则而将遗赠财产用于其他的慈善目的,能够救赎遗赠人的灵魂,以使其不被遗忘。

但是在后来的实践中,英国法院存在两种性质的近似原则:王室特权性质和衡平司法性质。^[13]现有资料只能概括地说明现代衡平司法性质的权力源于以往的王室特权性质的权力。最初国王被视为是为了公共利益而捐赠的所有财产的宪法受托人,^[14]能够公正地对待他的臣民。后来这些权力的大部分渐渐被国王的议会所取代,然后下放给独立的大法官,^[15]成为对于大部分慈善机构适用近似原则的司法性权力。^[16]因为适用近似原则的职责通过王权授予了大法官,^[17]大法官行使了双重职能:作为王室职能履行者适用特权性质的近似原则,作为司法官员适用司法性质的近似原则。区分两类近似原则的历史原因是模糊不清的,在能够被找到的案例中两种类型没有明确的界限。在以下两

[6] Estate of Jackson, 92 Cal. App. 3d 486, 489, 155 Cal. Rptr. 380, 381 (2d Dist. 1979).

[7] Simmons v. Parsons College, 256 N. W. 2d 225, 227 (Iowa 1977).

[8] Mark S. Dennison, Circumstances Warranting Application of Cy Pres Doctrine to Modify Terms of Charitable Trust, 88 Am. Jur. Proof of Facts 469, 477 (2006).

[9] John S. Bradway, Tendencies in the Application of the Cy Pres Doctrine. 5 Temp. L. Q. 489, 490 (1931).

[10] See Joseph Willard, Illustrations of the Origin of “Cy Près”, 8 Harv. L. Rev. 69, 69-70 (1894).

[11] Perry, The Law of Trusts and Trustees § 690 (7th ed. 1929).

[12] Willard, supra note 10, at 69.

[13] Moggridge v. Thackwell, 7 Ves. 36, 83, 32 Eng. Rep. 15, 31 (Ch. 1803).

[14] Story, Equity Jurisprudence § 1583 (14th ed. 1913).

[15] Selden Society Publications vol. 10, xi-xlv (1896).

[16] Story, Equity Jurisprudence §§ 38-41 (14th ed. 1913).

[17] Story, Equity Jurisprudence §§ 38-42 (14th ed. 1913).

种情况下,只能通过王室特权性质的近似原则处理:一是捐赠被用于非法目的或与公共政策相反的目的而导致捐赠无效;二是捐赠用于一般的慈善机构。^[18]

不过,王室特权性质的近似原则被认为是完全不考虑捐赠人意愿的自由处置手段,而司法性质的近似原则逐渐成为实现捐赠人意愿的专用工具。能够追溯到的适用王室特权性质近似原则的案例主要是对宗教的迫害。许多向宗教用途捐赠的财产要么因违反了抑制迷信用途的立法,要么因违反了这些法规所表述的公共政策,而被适用特权性质的近似原则予以处理。^[19] 在这些情况下,捐赠人的意愿不可避免地被忽略,^[20] 从而招致对于特权性质近似原则的一致批评。19世纪初,这种宗教迫害已经被《宽容法案》所限制,明显的专制性特权近似原则不再具有适用空间。1803年,埃尔登勋爵(Lord Eldon)的一次判决成为英国司法划时代的标志。^[21] 该判决试图在司法性质和特权性质的近似原则之间予以界分。如果捐赠财产给予普遍的慈善机构,没有指明具体的目的或者没有设立一项信托,基金会适用于特权性质的近似原则,另一方面,如果捐赠人明确地设立一项信托,即使没有任命指定的受托人,也仅能适用司法性质的近似原则。后来,埃尔登测试被英国法院广泛采纳,但由于两个原则的结果往往是一样的,对于特权性质和司法性质近似原则的确切区分仍然成为遗留问题。^[22] 由于特权性质的近似原则所采用的自由处理方式引发了人们的强烈批评,因此,近似原则日益强调对于捐赠意愿的解释和执行。^[23]

(三) 司法性质近似原则对普遍慈善意愿的要求

与特权性质的近似原则所采用的自由处理方式不同,适用司法性质的近似原则必须满足的前提条件是找到普遍的慈善意愿。通常情况下,适用近似原则的表述是,如果捐赠文书或者多重证据表明捐赠人具有让慈善机构受益的普遍慈善意愿,那么捐赠人对于让特定慈善组织受益的特定意愿的失败不会导致捐赠基金返还给捐赠人的继承人,而是通过适用近似原则将捐赠财产用于与指定的慈善机构近似的慈善组织。但因法院强调执行“死亡之手”的控制,普遍的慈善意愿往往不容易找到。如果捐赠财产用于已经存在的组织,而在捐赠人去世前该组织已终止,就不能适用近似原则,因为它表明特定的慈善意愿仅仅在特定的情况下适用,并且拒绝了任何普遍慈善意愿的可能性。^[24] 但是当一项捐赠财产给予从未存在过的组织时,鉴于捐赠人对于该组织是否存在并不关心,表明他并不在意该特定的组织,^[25] 该笔捐赠财产将被视为具备普遍的慈善意愿,可以适用近似原则。近似原则对于慈善捐赠人具备普遍慈善意愿的要求,表明近似原则的适用首先需要考虑符合捐赠人的慈善意愿。

[18] The Law of Trusts § 399.1 (1939).

[19] *Cary v. Abbott*, 7 Ves. 490, 495, 32 Eng. Rep. 198, 200 (Ch. 1802).

[20] 这种专制性权利的最典型案例是在犹太人教区支持建立阅读室的一项捐款,因违背公共政策而被宣告无效,运用王室特权的近似原则将该捐赠财产用于建立医院,部分捐款随后被用来支持基督教牧师。*De Costa v. De Pas*, 27 Eng Rep. 150, 150 (Ch. 1754).

[21] *Moggridge v. Thackwell*, 7 Ves. Jr. 36, 36 (1802).

[22] 除了对非法宗教目的捐赠财产作出处理以外,特权性质的近似原则与司法性质的近似原则就尽可能地符合捐赠人意愿的处理方面证明要求是一致的。See *In re Smith*, 1 Ch. 153, 174 (1932). 英国法院有时对于直接作出的捐赠认为是信托,以便法院而不是王室特权来适用近似原则。*In re Schoales*, 2 Ch. 75 (1930).

[23] Kohn, *The Doctrine of Cy Pres in England and America*. 21 Case and Comment 628, 638 (1915).

[24] Comment 14 Harv. L. Rev. 453 (1901).

[25] *In re Harwood*, 1 Ch. 285, 285 (1936).

二、慈善信托近似原则在美国信托立法中的发展

近似原则在美国的适用并非一帆风顺。独立后的美国司法系统最开始拒绝采纳源于英国的近似原则,^[26]原因在于法院认为近似原则在英国是不受限制任意适用的,适用该原则被认为有损美国的法律。^[27]因此,近似原则在美国法律中不存在适用空间。19世纪中期以前,美国法院对于近似原则的排斥导致一旦出现不符合信托条款的情况,则慈善信托失败,财产被返还给委托人。

19世纪后期,在 *Jackson v. Phillips* 一案对于特权的讨论后,法院意识到慈善机构在提供公共服务中的重大作用,认为“衡平法院对慈善信托财产的衡平适用”可以让更多的财产用于慈善事业。^[28]由此,美国法院逐步接受并最终承认了适用近似原则的司法权力。1935年《信托法重述》确认了近似原则,在适用该原则时,原告需要证明慈善捐赠人拥有普遍的慈善意愿,而情况的变化使其意愿不能实现。此后,慈善信托近似原则在美国的发展日益复杂,并通过《信托法重述(二)》(Restatement (Second) of Trusts) (1959)、《信托法重述(三)》(Restatement (Third) of Trusts) (2003)、《统一信托法典》(The Uniform Trust Code) (下称 UTC) (2005)^[29]等予以体现。

(一) 日趋宽松的适用规则

其一,适用条件为“不可能、不切实际或非法”。《信托法重述(二)》延续了《信托法重述》关于近似原则的规定,仅仅在注释方面体现得更加充实。^[30]《信托法重述(二)》第399条规定近似原则的适用标准有三:一是捐赠人创立或旨在创立特定目的的慈善信托;二是实现特定的慈善意愿变得不可能(impossible)、不切实际(impracticable)或者非法(illegal);三是委托人具有一个更加普遍的慈善意愿。普遍慈善意愿除了充当证明责任要件外,在决定“尽可能的接近”委托人意愿中也有其相应的作用。此外,该原则的适用还有禁止性条件。如果信托财产适用于具体的慈善目的,并且信托条款明确如果目的失败、信托终止,那么因为不具备普遍的慈善目的,该财产不能适用近似原则。

其二,适用条件逐步放宽。《信托法重述(三)》第67条在《信托法重述(二)》的基础上对适用近似原则的条件又予以放宽。该重述关于近似原则适用的变化有:第一,“浪费”也可以成为近似原则的适用条件。当信托中的财产在完成特定的慈善目的后还有剩余,尽管为实现该目的继续花费所有的基金也是可能的,但却是浪费的。若信托相关条件表明如果捐赠人知道这种没有预料到的情况出现,他将不会施加这样的限制。^[31]第二,用词及顺序的变化。《信托法重述二》中“不合法”用词为 illegal,位置在不可能和不切实际之后,而在《信托法重述三》中“不合法”的用词变为 unlawful,且排在了不可能与不切实际之前。一是表明已经把不合法作为近似原则适用的第一个考虑条件,即首先要考

[26] *American Academy of Arts & Sciences v. President & Fellows of Harvard College*, 78 Mass. 582, 12 Gray 582, 595-97, 1832 WL 2469 (1832).

[27] Ronald Chester, George Gleason Bogert & George Taylor Bogert, *The Law of Trusts and Trustees* § 433 (3d ed.).

[28] *Jackson v. Phillips*, 96 Mass. 539, 575-576 (1867).

[29] 当前美国适用的是2010版的《统一信托法典》,不过就近似原则部分没有发现有新的变化。

[30] 1935年《信托法重述(一)》有13条注释,而后者有18条注释。Alberto B. Lopez, *A Reevaluation of Cy Pres Redux*, 78 U. Cin. L. Rev. 1307, 1323 (2010).

[31] Restatement (Third) of Trusts § 67 cmt. c (2003).

虑因不合法而适用近似原则的情况。二是通过 *unlawful* 更加准确地表达了近似原则的适用条件。^[32]

其三,普遍慈善意愿的要求演变为缺省性规则。在适用近似原则时,UTC 与《信托法重述(三)》对于普遍慈善意愿的要求适用缺省性规则,假定信托具备普遍慈善意愿而能够适用近似原则,除非找到相反意愿的信托条款才能阻止近似原则的适用。缺省性规则不是完全地省略了对于普遍慈善意愿的要求,而是把证明责任从提出适用近似原则的一方主体转移到反对适用近似原则的一方主体。事实上,捐赠人的捐赠条款很少禁止近似原则的适用,因此,一般情况均可适用近似原则。^[33] 普遍慈善捐赠意愿的假定也减少了近似原则申请人的适用障碍,降低了慈善信托财产返还到捐赠人或者其继承人手中的可能性。

其四,适用要求日渐自由。《信托法重述(二)》要求重新分配慈善信托财产时应该与委托人的原始意愿“尽可能的接近”(as near as possible)。在制定计划时,法院将考虑委托人估计到特定的目的不能实现时的可能愿望。《信托法重述(三)》提出,新目的应“合理地接近原始目的”(reasonably approximates the designated purpose)。这种“合理的接近”标准在文本方面与“尽可能的接近”不同。从文本上说,不需要最接近,而是“有理由相似或者接近委托人指定的目的”。^[34] 同时,建议的多种适用方式可能属于“有理由接近原始目的”,但是法院可以选择使用“比认识到的方式更好的其他利用方式”。这就支持了“有理由认为在相对近似的目的中,慈善信托人将倾向于选择最有利于公众的方式”。而 UTC 中的近似原则采取了更为广泛的含义,只要求慈善财产的使用“与委托人原始慈善目的相一致的方式”(in a manner consistent with the settler's charitable purposes)。^[35] 有学者说这已经不应该继续被称为“近似原则”,因为原来的传统用语已经不再适用,慈善捐赠人的意愿不再得到最大的保护。UTC 的改变似乎导致“一旦给与慈善机构,财产就永远地致力于慈善事业”。^[36] 后 UTC 时代,近似原则给传统的近似原则蒙上重大的阴影。它不仅放松了传统近似原则的适用条件,而且在补救司法效率的同时创立了不同的理论框架。

(二) 实现捐赠人意愿的制衡性措施

虽然近似原则的适用规则日益宽松,但是仍然有相应的制衡性措施保障捐赠人意愿的实现。

其一,优先考虑捐赠人原始意愿。尽管有的学者认为《信托法重述(三)》与 UTC“扩大了法院适用近似原则的权力”,“法院是否要摆脱慈善信托法律文书的限制,取决于其关于近似原则利益平衡的立场”,^[37]但近似原则的适用也不是任意的。当近似原则的适用需要满足信托目的“非法、不可能、不切实际或者浪费”时,并且只有当没有反对方证明捐赠人不具备普遍慈善意愿时才能适用近似原则。而在为近似原则制定适用计划时,法院一般都要考虑新的方案与捐赠人原始意愿的一致性,捐赠人的

[32] 因为 *illegal* 虽然与 *unlawful* 常常被作同义使用,但是二者仍有差别。作出这种修改的原因应该有二:其一,因为原来对于政府不认可的宗教在英国是被视为 *illegal* 而遭禁止的,后来对于所有的宗教信仰都持宽容的态度,不同的宗教信仰已经不再被视为 *illegal*。其二,因为 *illegal* 不仅包括法律直接禁止的行为比如谋杀、阻塞公路等,而且也指违反法定义务或社会公共政策不可强制执行的行为,而 *unlawful* 主要适用于允诺、协议、合同对价等,虽非违法(受到积极禁止)但未受到法律之允准而不能成为合法权利之基础,或因其不符合道德或因违反公共政策,从而使其在法律上无效力。显然,法律直接禁止的行为因其本身具有效力,就不会涉及到适用近似原则的问题。因此,使用 *unlawful* 而不再使用 *illegal* 体现了用词更加严谨、准确。参见薛波主编:《元照法律词典》,法律出版社 2003 年版,第 659、1384 页。

[33] Restatement (Third) of Trusts § 8 cmt. g (2003).

[34] Restatement (Third) of Trusts § 67 cmt. d (2003).

[35] John K. Eason, *The Restricted Gift Life Cycle or What Comes Around Goes Around*, 76 Fordham L. Rev. 693, 730 (2007).

[36] Edith L. Fisch, *Changing Concepts and Cy Pres*, 44 Cornell L. Q. 382, 382 (1959).

[37] Alberto B. Lopez, *A Reevaluation of Cy Pres Redux*, 78 U. Cin. L. Rev. 1307, 1334 (2010).

原始意愿仍然是判断新用途的主要依据。这种评估办法依赖于能够获取到的促使捐赠人选择特定慈善目的的相关证据。如果方便,征求捐赠人的意见是相当合适的。比如捐赠人的顾问可能表露对于特定机构的特定项目的设计源于要使该机构受益的愿望,从而捐赠给该机构;或者相反可能会发现,委托人具有对某个特定领域或特定的慈善活动具有鼓励学习或研究的强烈愿望,然后选定在这个似乎适合的机构。前种情况下,如果没有制定出精确的计划,或者资金是多余的,法院将在委托人所选择的机构中确定不同但相关的捐赠目的或者活动。后一种情况下,法院将可能认为委托人的兴趣应该在相似或类似机构的特定领域或者慈善活动。此外,UTC还规定了优先于近似原则的情况。当特定信托目的失败时,若信托条款另有约定,规定信托财产返还给委托人并且委托人还在世或者规定了其他受益人,且信托产生不到21年,信托财产将优先适用信托条款而被分配给非慈善受益人,而不适用近似原则。这种优先适用条款从另一个侧面说明了对于慈善捐赠人原始意愿的尊重。

其二,赋予捐赠人执行慈善信托条款的诉讼资格。普通法中捐赠人不具备提起执行慈善信托条款的诉讼资格,原因在于限制性捐赠是一个完成的交易,即使捐赠人内心意愿发生变化也无权修改捐赠条款。近似原则的适用需要受托人、总检察长或者其他有特定权益的主体向法院提出申请,经过法院的批准,由法院指定新的适用计划。尽管法院在指定适用计划时一般也会考虑受托人的愿望,即使受托人不同意该计划也不受影响。但是UTC第405条改变了这种立场,其授予捐赠人执行慈善信托条款的诉讼资格,为捐赠人执行慈善信托条款提供了法规依据。^[38]同时,这种资格的赋予并不否认总检察长或者具有特定权益的人起诉执行信托的资格。但在2004年后,总检察长执行慈善信托的角色在各州发生了极大的变化。“有的州宁愿取消总检察长代表受益人执行慈善信托条款的权力,而另一些州则可能使总检察长在执行中承担更次要的角色,还有的州可能宁愿删除该条款。有的州可能认为只有当没有指定的慈善组织来接收慈善财产的情况下,总检察长才享有以受益人身份起诉执行慈善信托条款的资格。而另一些州宁愿不改变该执行条款。”^[39]在2005年,特拉华州出台了一项比UTC条款走得更远的条款,允许捐赠人将该诉讼资格赋予其继承人。捐赠人执行慈善信托的诉讼资格为慈善捐赠人实现捐赠意愿提供了制衡性权利,为避免偏离慈善意愿起到了一定的约束作用。

三、慈善信托近似原则在美国其他立法中的延伸

慈善信托近似原则在美国的发展不仅仅表现在信托立法中,《机构基金统一管理法案》(Uniform Management of Institutional Funds Act)(1972)(下称UMIFA)及《机构基金统一审慎管理法案》(The Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act)(下称UPMIFA)(2006)两部立法表明慈善信托近似原则在基金立法中予以拓展;而信托立法中行政背离原则内容的发展表明了近似原则的某些原理在行政背离原则中的延伸。

(一)基金立法逐步引入近似原则

其一,UMIFA不限制近似原则的适用。UMIFA规定,经过捐赠人书面同意,基金会理事会可以全部或部分地取消捐赠文书对基金的使用或者投资方面的限制。如果由于捐赠人去世、不能、不方便或者无法确认身份而无法取得其同意,理事会可以提请合适的法院取消捐赠文书在捐赠基金上施加的

[38] Unif. Trust Code § 405(c), 7C U. L. A. 485 (2006).

[39] Unif. Trust Code § 405(d), cmt. (2010).

关于使用及投资方面的限制。这种申请应该送达总检察长,总检察长有权参与庭审。如果法院发现限制已经过时(obsolete)、不合适(inappropriate)或者不切实际(impracticable),将下令取消施加在基金上的全部或者部分限制。限制取消后不允许将该基金用于教育、宗教、慈善或该基金的其他慈善目的以外的其他目的。同时,该法“不限制近似原则的适用”。可见,UMIFA 允许对捐赠人限制的取消,虽未规定可以改变捐赠人限制,但运用否定的句式表明不限制近似原则的适用。^[40]

其二,UPMIFA 明确地引入了慈善信托中的近似原则,同时比 UTC 中的近似原则表现出更大的灵活性。该法规定,如果包括在捐赠文书中对于机构基金使用方面的特定慈善意愿或者限制变得不合法(unlawful)、不切实际(impracticable)、不可能实现(impossible to achieve)或者浪费(wasteful),法院在慈善机构的申请下可以修改基金目的或者基金使用方面的限制。这种修改要与在捐赠文书中表明的目的相一致。该法与 UTC 关于近似原则的适用条件、适用程序与适用要求基本相同,但体现出更大的灵活性。首先,UPMIFA 中适用近似原则有个可选择的做法,即持有该捐赠基金的机构可以经捐赠人同意直接取消限制或修改限制,在无法获得捐赠人同意时,可以申请法院取消或者修改限制,因此近似原则的适用方式不仅仅局限于法院裁决一种方式。其次,该法规定了一种适用近似原则的简易流程。如果机构认定包括在捐赠文书中有关管理、投资或者机构基金的目的方面的限制是不合法、不切实际、不可能实现或者浪费的,而受限制的机构基金不足 25000 美元,从基金设立之日起已经超过了 20 年,并且机构以一种与捐赠文书表明的慈善目的相一致的方式使用该财产,在通知总检察长后 60 天,机构可以全部或者部分地取消或修改限制。这说明该法针对小额久远基金修改的适用程序更为灵活。这意味着当一项限制不再发挥作用,而近似原则的适用程序成本过高,则可以通过这种灵活的程序取消或者修改限制。在这种灵活程序中,基金数额和年限限制是可变的,根据不同辖区实际确定。因为基金的捐赠意味着对于所有权的绝对放弃,因此 UPMIFA 没有关于返还捐赠人捐赠基金的规定。

(二) 近似原则的辅助性原则

近似原则是对慈善财产使用目的方面的规则,而行政背离原则是对信托财产管理方面的规则。行政背离原则(The Doctrine of Equitable Deviation),^[41]有时被用作 The Doctrine of Equitable Approximation 或 The Administrative Deviation,适用于信托的管理条款,从管理方面保障慈善财产能够更加有效利用。《信托法重述(二)》^[42]已有关于该原则的适用条款,该原则也是促进慈善财产能够有效利用的保障原则。UTC 在沿用原有行政背离原则规定的基础上有所变化。该法规定行政背离原则的适用情况有二:一是因信托人没有预料的情况,修改或者终止将更好地实现信托的目的,法院可以修改管理条款或者处置条款(administrative or dispositive terms)或者终止信托。UTC 不仅允许法院修改信托管理条款,还可以修改其处置条款,扩大了法院适用行政背离原则的权力。比如,如果受益人(beneficiary)已经因健康原因或者重伤而变得不能提供支持,修改处置条款以获得受益人支持是合适

[40] Uniform Management of Institutional Funds Act § 7 (1972).

[41] See Frances Howell Rudko, *Cy Pres Doctrine in the United States from Extreme Reluctance to Affirmative Action*, 46 Clev. St. L. Rev. 471, 482 (1998). The Doctrine of Equitable Approximation 更加明确地具有尽可能的接近意思。但是为了与近似原则相区分,本文称为行政背离原则,有的论文称为行政偏离原则(参见李喜燕:《美国慈善捐赠意愿法律保障的历史演进及其启示》,载《河北大学学报》(哲学社会科学版),2014年第5期,第97-102页)但近似原则本身也算作一种平衡性质的原则,因此便于区分,而且也是为了说明这个原则主要适用于行政管理条款,笔者在此称为行政背离原则。

[42] 因为查找不到 1935 年《信托法重述》的完全版法条,因此笔者不清楚是否在《信托法重述》中便已经对行政背离原则予以同样的规定。

的。二是如果现有信托条款的存续是不切实际、浪费或者损害信托的管理,法院可以修改管理条款(administrative terms)。^[43]与近似原则一样,行政背离原则需要考虑委托人如果知道这种难以预料的情况发生时将作出什么决定。行政背离原则不是不顾委托人的意愿,而是修改不合时宜的具体要求以更好地实现委托人的广义目的。在可行的程度内,修改必须与委托人可能的意愿一致。法院在批准修改方案之前,必须存在因委托人没有预料的情况,而不论这种情况是在信托产生时还是产生后出现。UPMIFA也采纳了UTC中的行政背离原则,该法规定的内容与UTC中的行政背离原则基本一致。

行政背离原则与近似原则的相同之处在于:一是都出现了委托人所没有预料到的情况而不能实现信托目的或阻碍了信托目的的实现;^[44]二是一般都需经过法院的程序,由法院从可以执行的修改计划中指定新的实施方案,并且都要求通知总检察长,总检察长可以参加诉讼程序;三是两个原则的适用都应该按照与委托人(捐赠人)的意愿相一致的方式进行。但是二者的不同在于:一是适用内容不同。近似原则适用于慈善目的的修改或重新确定,而行政背离原则适用于慈善信托管理方式、投资甚至信托的处置,但是同时有些情况下两个原则又相互交叉,比如法条规定两者都可能适用于信托的处置条款。^[45]在适用行政背离原则时,法院不得将委托人的信托财产或者遗赠转给与信托文件设置的慈善目的不同的其他慈善实体。也就是说行政背离原则不能对慈善信托的目的作出改变,适用行政背离原则时,遗嘱人原始慈善目的仍然有效。二是适用条件不同。近似原则的适用要求慈善捐赠人具有普遍慈善意愿,而行政背离原则的适用没有这个要求。尽管如此,在很多情况下两个原则难以被分清,二者常被称为“equitable approximation”或“approximation”。近似原则的适用条件是原慈善目的变得不合法、不可能、不切实际或者浪费时适用,而行政背离原则却适用于信托条款变得不切实可行、浪费、损害信托的管理,或者因预料不到的情况,修改或者终止信托有利于实现基金的目的。由于法院一般不容易决定哪种原则更合适,受托人一般会将慈善信托的情形描述为对受托人更加有利的原则。^[46]三是适用范围不同。行政背离原则可以适用于私人信托,也可适用于慈善信托,而近似原则适用于慈善信托或者捐赠基金,不适用于私人信托。综上,如果特定的情况不符合近似原则的适用条件,行政背离原则在一定程度上能够为更好地落实慈善委托人(捐赠人)意愿、发挥捐赠财产的公益效用提供补充性措施。

四、美国慈善信托近似原则立法发展的特点

美国慈善信托近似原则的发展特点主要体现为在捐赠人意愿与公共利益之间寻找平衡点,这种平衡的重心随着社会发展的不同阶段而有所不同。永久地执行捐赠人的意愿以激励慈善捐赠是正当和必要的,而追求充分利用慈善资源、最大化慈善财产的公益效用也具有相应的合理性。于是司法实践往往面临两个风险:一是严格遵守的风险,二是过度放松的风险。而美国近似原则的发展体现了在严格遵守与过度放松二者之间的动态平衡,从而达到遵循捐赠人意愿和发挥慈善财产的公益效用双重目的,推动了社会财富向慈善业的聚集。

[43] Restatement (Third) of Trusts § 66 cmt. b (2003).

[44] Evelyn Brody, *From the Dead Hand to the Living Dead: The Conundrum of Charitable - Donor*, 41 Ga. L. Rev. 1183, 1186 (2007).

[45] Unif. Trust Code §§ 412 - 413 (2005).

[46] Wendy A. Lee, *Charitable Foundations and the Argument for Efficiency: Balancing Donor Intent with Practicable Solutions through Expand Use of Cy Pres*, 34 Suffolk U. L. Rev. 173, 201 - 202 (2000).

(一) 相关立法逐步融合

其一,适用范围日趋一致。不论是近似原则还是行政背离原则,其适用范围均在扩展,并体现出日益一致的趋势。首先,尽管近似原则发端于慈善信托,但美国的近似原则早已不限于慈善信托。美国近似原则通过信托法适用于慈善信托,通过《机构基金统一审慎管理法案》适用于非营利法人持有的基金,通过案例法适用于非营利法人的其他财产。^[47]其次,行政背离原则最初仅仅适用于信托,但是随着社会的发展,该原则现在已不仅仅适用于信托,基金立法也明确引入了行政背离原则。因而行政背离原则也开始适用于非营利法人所持有的限制性捐赠基金。

其二,适用条件与程序逐步趋同。首先,就近似原则的适用条件而言,最初信托法的适用条件为“不可能、不切实际或违法”,UMIFA 适用条件为“过时,不合适或不切实际”,发展到现在,无论《统一信托法》,还是 UPMIFA 近似原则的适用条件均统一为不合法、不可能、不切实际或浪费。而行政背离原则的适用条件中关于不切实可行、浪费等的要求也体现出与近似原则适用条件的趋同性。其次,除了 UPMIFA 中规定的灵活适用程序外,无论是慈善信托形式还是直接向非营利法人的捐赠,无论是近似原则还是行政背离原则,其最终的决策权均在法院,适用程序也体现出趋同性。

其三,两个原则相互补充。虽然行政背离原则与近似原则在适用前提、适用程序、适用要求方面具有一定的相似性,但是两者在适用内容、适用条件、适用范围及适用要求方面还有一定不同。当某些情况不符合近似原则的适用条件,却符合行政背离原则的适用条件时,则可以适用行政背离原则予以处置,从而补充了近似原则的适用空白。尽管行政背离原则的适用不可避免地给法院系统增加了负担,但这种方式无疑是保障慈善财产更多地用于公共利益的补充性手段。

(二) 对捐赠人意愿的优先保障

虽然不论是慈善信托立法还是基金立法,都体现出尽力实现慈善财产的公益效用,但是对于捐赠人原始意愿的尊重仍然放在优先位置。

其一,优先考虑遵从捐赠人意愿的实体性规定。首先,在信托法和非营利法人法中,尽管在捐赠限制的修改方面等微小区分仍然不可避免,但把尊重捐赠人的原始意愿作为基本要求方面都是相同的。慈善捐赠是否在技术上被看作信托,受托人(受赠人)都需要尊重捐赠人的原始意愿。对向非营利法人性质的慈善机构作出一项捐赠或许没有特别的捐赠限制,但没有法院的确认该法人不能改变其目的,即使非营利法人修订了其公司章程,也必须认真对待能够满足的原始意愿。其次,近似原则和行政背离原则的适用均要具备其适用条件。如果不符合这两个原则的适用条件,则受托人(受赠人)仍应按照捐赠人原始意愿管理和使用慈善财产。在近似原则的适用中,还需满足普遍慈善意愿的缺省性规则的要求。再次,适用这两个原则时,新目的或者经营管理方式要与捐赠人原始意愿相一致,捐赠人的意愿是主要的决定因素,并且在确定捐赠人原始意愿时需参考立法注释和相关案例,而且在修改捐赠用途时,如果能够征求捐赠人意见也被认为是合适的,也从另一侧面体现出对于捐赠人意愿的尊重。又次,对捐赠人原始意愿的实质性尊重还体现在委托人的替代性处置方式优先。如果委托人在信托条款中明确地规定了信托的替代性处置方式,当出现信托失败,而且委托人在世或者信托产生之日不到 21 年,信托财产就会根据委托人指定的替代性处置方式被返还给委托人或者非慈善的受益人。最后,UPMIFA 规定经过捐赠人同意受赠人可以取消或者修改在捐赠文书中关于捐赠财产的用途、管理、投资或者机构基金目的方面的限制,也说明了对捐赠人意愿的优先考虑。此外,美国严

[47] 同注 41 引文,第 90-95 页。

格禁止适用特权性质近似原则,除非有立法的明确授权,不允许有任何随意改变捐赠人意愿的情况。

其二,捐赠人意愿实现的程序性保障。首先,除小额久远基金使用目的的修改或者经过捐赠人同意取消或者修改捐赠限制两种特殊程序外,近似原则和行政背离原则的适用均需向法院申请,并最终由法院予以裁决。虽然总检察长在整个过程中均有代表慈善受益人参与法院审判程序的权力,但是没有适用近似原则或行政背离原则的决定权。这种程序尽管被认为极大地消耗甚至浪费了司法成本,但是却保障了近似原则或行政背离原则适用中决策主体的中立性,从而更好地保障捐赠人意愿的实现。其次,普通法中委托人只有请求返还财产的诉讼资格,而 UTC 首次确认了委托人具有执行捐赠意愿的诉讼资格,从而被视为是对保障捐赠意愿实现的一种救济性权利,^[48]通过这种制衡性的救济权更好地保障捐赠人意愿。尽管 UMIFA 与 UPMIFA 并未明确授予捐赠人执行捐赠协议的诉权,但也并未限制捐赠人执行捐赠意愿的诉讼权。实践中,采用慈善信托形式的捐赠人往往可以适用《信托法》行使其执行捐赠意愿的诉讼权,未采用慈善信托形式的捐赠人也可在符合合同法要求的基础上,运用合同法原理提起诉讼。

(三) 日益强调慈善财产为公益所用

其一,适用条件逐步宽松。不论是把“浪费”作为适用近似原则的条件,还是关于普遍慈善意愿的缺省性规定,均体现了近似原则适用条件的放宽。UTC 还规定即使有替代性的受益人或者明确的返还条款,仍然只能在信托人在世或不超过 21 年才能执行。这种近似原则适用的例外性规定,一方面说明了慈善捐赠意愿优先于近似原则的适用,体现出对于慈善信托委托人意愿的尊重;另一方面也说明除了这两种例外性规定以外,基本上排除了财产返还给捐赠人的可能性,保障了慈善财产的公益效用。^[49]

其二,适用程序更为灵活。与 UTC 只有一种适用程序不同,UPMIFA 对于近似原则的适用程序有三种。第一种是经捐赠人同意取消或修改捐赠限制。第二种是经过法院批准取消或者修改限制。这种取消或修改对于近似原则与行政背离原则均可适用。第三种是对于小额久远捐赠基金的简易程序。这种小额久远基金的适用程序既避免了金额过低诉讼成本过高的浪费,又赋予受赠公益组织灵活的处理权限,提高了慈善财产的使用效率。这三种不同的适用程序体现出近似原则适用中的更大灵活性。

其三,适用要求更为自由。在适用近似原则时,UTC 明确近似原则的权力不仅适用于慈善目的的修改或信托的终止,而且可以适用于修改信托的管理或者处置条款。法院可以下令终止信托并分配给其他慈善机构。如果信托财产不仅仅满足信托的当前目的,法院也可下令终止部分信托。另一方面,UPMIFA 与 UTC 不再要求“尽可能接近”原始意愿,而是要求以一种“与委托人慈善目的相一致的方式”分配信托财产。因此,有关近似原则的现行规定扩展了法院的权力。法院要么修改信托条款,要么终止信托并重新分配信托财产,体现出更为自由的适用要求。

五、美国慈善信托近似原则立法发展对我国的启示

美国立法发展表明,最初美国强调对于捐赠人意愿的严格遵守,兼有对近似原则理解的混淆与偏

[48] 李喜燕:《慈善捐赠人权利研究》,法律出版社 2013 年版,第 77 页。

[49] *Principles of the Law of Nonprofit Organizations*, 1 The American Law Institute Preliminary Draft No. 5 (2009).

见,从而拒绝适用慈善信托近似原则,因此,一旦出现不能按照委托人意愿使用财产的情况,慈善财产便返回给委托人,不利于慈善事业的发展。后来美国认识到慈善财产在公共服务中的巨大作用,不仅开始适用近似原则,而且扩展到基金立法,并放松了适用规则,行政背离原则也逐步成为近似原则的辅助性规则。这些发展体现出一方面尽力遵从捐赠人意愿,另一方面又力求充分发挥慈善财产的公益效用,有效地推动了美国慈善事业的发展。2012年,中国GDP约为美国的1/2,但是美国的慈善捐赠总量却是中国的近24倍。^[50]这一事实充分表明了美国慈善事业的发展程度。而根据2014年11月份统计显示,我国在世界135个国家中捐赠指数排名倒数第八,这表明我国慈善捐赠的情况与世界各国存在很大的差距。^[51]我国慈善捐赠不足的问题已经引起我国政府高度关注,2014年底国务院发布《关于促进慈善事业健康发展的指导意见》,提出“鼓励社会各界开展慈善活动,鼓励开展形式多样的社会捐赠和志愿服务”。在此背景下,引入美国慈善信托近似原则相关规范,从立法上明确相关原理和规范,方能既遵从捐赠人意愿、有效激励捐赠,又能充分发挥慈善财产的公益效用,从而有效促进我国慈善事业的发展。

(一) 我国近似原则相关立法的现存问题

其一,未见近似原则立法术语。从表面上看,近似原则似乎是对捐助人原始意思的改变,但从本质上看却是对捐助人慈善意愿的尊重。^[52]目前我国在立法上尚未明确提出近似原则的概念,仅有相关立法条款规定了相关内容,主要有《信托法》第69条、第72条,^[53]《公益事业捐赠法》第18条,^[54]《基金会管理条例》第27条,^[55]《慈善法》第18条、第42条、第57条。^[56]《信托法》中规定信托成立后发生设立信托时不能预见情形的处理或者信托终止后信托财产的处理,《公益事业捐赠法》中规定确需改变捐赠协议约定的用途的情况的处理,《基金会管理条例》中规定接收物资无法用于符合宗旨用途的做法,《慈善法》中慈善项目终止后剩余捐赠财产的处理。这些条款内容在一定程度上体现了近似原则的某些精神,但均未明确提出近似原则术语。分析我国的立法背景,可能存在两种原因:一种是立法者并未考察国外的相关做法,而是通过预测或者已经发现捐赠财产在特定情况下无法按照捐赠人意愿予以使用,因而作出了一定的规定;另一种可能是已经借鉴了美国等国家近似原则的内

[50] 黄明:《我国年度捐赠总额连续两年下降 与国际差距依旧悬殊》,http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-09/21/c_125419034.htm,最后访问日期:2015年3月30日。

[51] 英国慈善救助基金会:《世界捐助指数中国排名为何不佳》,http://view.news.qq.com/original/intouchtoday/n3030.html,最后访问日期:2015年3月30日。

[52] 韦祎:《论基金会法人财产运用中的“近似原则”及其适用》,载《法商研究》2009年第3期,第63-69页。

[53] 我国《信托法》第69条规定:公益信托成立后,发生设立信托时不能预见的情形,公益事业管理机构可以根据信托目的,变更信托文件中的有关条款。第72条规定:公益信托终止,没有信托财产权利归属人或者信托财产权利归属人是不特定的社会公众的,经公益事业管理机构批准,受托人应当将信托财产用于与原公益目的相近似的目的,或者将信托财产转移给具有近似目的的公益组织或者其他慈善信托。

[54] 我国《公益事业捐赠法》第18条规定:受赠人与捐赠人订立了捐赠协议的,应当按照协议约定的用途使用捐赠财产,不得擅自改变捐赠财产的用途。如果确需改变用途的,应当征得捐赠人的同意。

[55] 我国《基金会管理条例》第27条规定:基金会的财产及其他收入受法律保护,任何单位和个人不得私分、侵占、挪用。基金会应当根据章程规定的宗旨和公益活动的业务范围使用其财产;捐赠协议明确了具体使用方式的捐赠,根据捐赠协议的约定使用。接受捐赠的物资无法用于符合其宗旨的用途时,基金会可以依法拍卖或者变卖,所得收入用于捐赠目的。

[56] 我国《慈善法》第18条第2款规定,慈善组织清算后的剩余财产,应当按照慈善组织章程的规定转给宗旨相同或者相近的慈善组织;章程未规定的,由民政部门主持转给宗旨相同或者相近的慈善组织,并向社会公告。第42条第2款规定,慈善组织违反捐赠协议约定的用途,滥用捐赠财产的,捐赠人有权要求其改正;拒不改正的,捐赠人可以向民政部门投诉、举报或者向人民法院提起诉讼。《慈善法》第57条规定,慈善项目终止后捐赠财产有剩余的,按照募捐方案或者捐赠协议处理;募捐方案未规定或者捐赠协议未约定的,慈善组织应当将剩余财产用于目的相同或者相近的其他慈善项目,并向社会公开。

容,但未明确提出近似原则概念。不过在笔者看来,现有立法中有关近似原则的内容规定应该属于第一种原因,即立法当时并未系统研究借鉴国外的有关近似原则。而在《慈善法》中,与近似原则内容相关的法条主要有三个条文。其进步在于《慈善法》一定程度上对慈善捐赠设置了类似于近似原则的内容,但是却并未在总则中明确提出近似原则或行政背离原则概念。而根据美国经验,不论是慈善法人获得的一般慈善捐赠财产,还是通过信托设立的慈善财产,在符合特定适用条件的情况下,均明确提出了近似原则和行政背离原则,并根据这两个原则对慈善财产作出相关处理。作为成文法系国家,我国应在慈善事业基本法中就近似原则作出一个明确的界定和纲领性规定,而《慈善法》却并未在总则中予以体现,这不能不说是一种遗憾。

其二,相关规定不够全面周延。首先,近似原则适用范围不够确切。当今美国立法对于近似原则的适用范围不仅包括慈善信托,而且包括非营利法人持有的慈善捐赠基金及其他财产,近似原则的适用范围广泛,而且行政背离原则又是近似原则的辅助性原则。反观我国的情况,尽管现有立法对于慈善信托财产、基金会财产和慈善项目终止后剩余捐赠财产在一定范围内允许适用类似近似原则,但无法涵盖慈善信托和基金会运行过程中发生的各类情况。《信托法》关于近似原则的适用情况有二:一是信托成立后,发生不能预见的情况;二是当发生慈善信托终止,没有信托财产权利归属人或者信托财产权利归属人是不特定的社会公众。《基金会管理条例》仅仅对于物资不能按照基金会宗旨使用进行了规定,其适用范围既没有包括其他慈善财产,也没有就慈善财产不能按照捐赠人意愿使用的其他情况的适用予以规定。《慈善法》虽然对慈善组织终止以后和慈善项目终止后捐赠财产有剩余的情况下作出了类似于近似原则的规定,但慈善项目终止是否包括了项目完成了预计任务而终止和项目无法完成预计任务而终止的情况则不得而知,而所谓的慈善项目是否既包括慈善捐赠财产又包括慈善信托财产也没有详细解释。针对非营利性的社会团体和民办非企业单位等其他慈善组织中也没有关于近似原则相关内容的适用规定。同时,也未见到适用于慈善财产管理方面的类似于美国行政背离原则的规定。《信托法》第69条有关变更有关条款的规定是否包括管理条款尚值得商榷,即使该条的含义可以被解释为包括对慈善财产管理方面的变通,但也存在适用条件描述不够具体,适用范围指向不明确,决定主体有失公正中立等问题。除《信托法》外,在其他相关慈善立法中,更未见到有关类似于美国行政背离原则所涉管理条款的变通性规定。其次,近似原则适用条件不够周延。《信托法》规定慈善信托成立后发生设立时不能预见的情形,适用近似原则。究竟不能预见包括哪些情况,是否包括可能出现目的不合法、不切实际、不可能实现或者浪费等情况,并未指明,实践中可能导致不确定、缩小化或扩大化解释。《公益事业管理法》规定确需改变捐赠协议约定的捐赠用途的,需要经过捐赠人同意,但是未对无法获得捐赠人同意时如何处理作出规定。《慈善法》中对于慈善项目终止后的剩余捐赠财产适用近似原则,而此处的终止如何理解,包括何种情况也不得而知,是否既包括了慈善项目完成以后的剩余慈善财产,也包括了慈善项目无法完成、尚未完成而导致项目终止的剩余捐赠财产。如果对于项目无法完成或尚未完成而剩余的捐赠财产,便由慈善组织来决定适用近似原则对慈善捐赠人的意愿难免有失尊重。

其三,适用程序不够中立灵活。美国近似原则的整个发展历史体现出在遵从捐赠人意愿与发挥慈善财产公益效用之间寻找平衡点,在适用近似原则时充分凸显其适用程序的中立性和灵活性。反观我国立法,虽然对近似原则的相关内容作出了一定的规定,但是在捐赠人意愿保障和捐赠财产的充分发挥方面欠缺灵活性和中立性,从而一方面不能充分遵从捐赠人意愿,另一方面又影响慈善财产公益效用的充分发挥。首先,对捐赠人意愿保障不足。《基金会管理条例》规定当接受捐赠的物资无法

用于符合其宗旨的用途时,由基金会依法拍卖或变卖。由慈善组织决定将慈善捐赠财产用于相近的其他慈善项目,决策成本可能比较低,但是这种由慈善组织决定,缺乏中立机构参与的程序,也可能导致难以最大程度地考量和实现捐赠人意愿。同样,《慈善法》规定慈善项目实现后剩余财产的规定并没有涉及征求捐赠人意愿的规定,虽然该法对于滥用慈善财产的情况赋予了慈善捐赠人向法院起诉的权利,是对于捐赠人意愿保障的一大突破,但这一诉权规定仅限于事后的保障,而对于慈善组织不能按照捐赠协议的约定使用慈善财产,并没有关于事先征求捐赠人同意的有关规定,而是将决定权赋予了慈善组织。而《信托法》中近似原则的适用是由公益事业管理机构决定或批准,但是哪个部门是公益事业管理机构并未明确,且仅仅通过公益事业管理机构来监督和保障实现慈善信托中委托人的目的也是难担此任。其次,关于发挥慈善财产公益效用的规定的灵活性不够。虽然在我国当前形势下,更应该侧重考虑捐赠人意愿,以激励慈善捐赠,但是目前立法在促进慈善财产公益效用的灵活性方面尚显不足。这首先体现为近似原则的适用程序不够灵活。《信托法》规定变更信托条款或者变更适用目的,其决定权或批准权均归公益事业管理机构,缺乏替代性处理条款、返还条款或小额久远信托基金方面的灵活性规定,而《公益事业捐赠法》、《基金会管理条例》也都缺乏类似的灵活性规定。这就可能导致处理慈善财产的实践操作中缺乏效率,影响慈善财产的公益效用。同时,关于慈善财产管理使用过程中未来情况的考虑不周延,不仅可能导致对于捐赠人意愿的保障不足,也可能致使慈善财产的公益效用不能得到有效发挥。

(二) 完善我国近似原则相关立法的建议

其一,对近似原则予以统一规定。立法应该对近似原则这个基本术语予以统一规定,在慈善捐赠中,不论是基金会还是公益信托,不论是民办非企业单位还是非营利性的社会团体,只要是接受慈善捐赠,从事慈善活动,均可纳入近似原则的适用范围,并对近似原则的适用条件和适用程序等方面确立统一的规范性要求。同时,由于我国慈善事业发展不足,更应大力倡导和激励慈善捐赠,这便需要我国立法在捐赠人意愿与公益效用二者平衡的问题上,更加侧重对于捐赠人意愿的尊重和保障,以便有效激励慈善捐赠。此外,鉴于我国现代意义的慈善事业发展历程相对较短,有些情况还估计不足,有些问题还没有暴露出来,因此,我国还应该强化立法的全面性、周延性、规范性和可操作性。

其二,全面周延地规定相关内容。首先,针对慈善信托而言,信托成立后,发生设立信托时不能预见的情形,不能预见的情形包括哪些情况应该给予一定的解释。另一方面,即使是信托终止,近似原则的适用也不应该仅仅局限于没有信托财产权利归属人或者信托财产权利归属人是不特定的社会公众两种情况。对于存在信托财产权利人,但是因权利人无法确认或者其他原因不能接收慈善信托财产时,也可以适用近似原则来进行处理。其次,针对慈善捐赠而言,对于慈善项目终止后的尚有捐赠的剩余财产的处理,一方面应该对慈善项目终止的情形予以周延性规定或解释,另一方面对于项目终止后剩余捐赠财产的处理也应该根据不同的情况经过不同的决定程序,不应该直接由慈善组织决定,如此,方能充分体现对于捐赠人意愿的尊重,避免因丧失捐赠人信任而影响捐赠积极性。当然,这些程序中也应该设定小额或者久远的捐赠财产的灵活性简易程序。再次,应该针对募捐方案有规定或者捐赠协议有约定,但是捐赠目的无法实施的情况规定相应的处理程序,这样便可以避免类似白血病

患者石晓燕捐赠余款纠纷案,^[57]黄宁、顾云诉如师附小余款纠纷案^[58]等纠纷的出现。最后,我国慈善立法不仅应就近似原则相关内容予以完善,还可以借鉴美国行政背离原则的有关精神,针对慈善财产的管理和投资问题作出类似于美国行政背离原则的规定。通过近似原则解决慈善财产使用目的或者信托目的方面出现的问题,通过行政背离原则解决慈善财产行政管理、经营或者投资方面出现的问题,既要保障慈善捐赠财产的有效利用,又要充分凸显对于捐赠人(委托人)慈善意愿的尊重。

其三,设定中立灵活的适用程序。首先,设定中立的近似原则适用程序,客观解释和保障捐赠人意愿。现有立法规定对基金会接受捐赠的物资无法用于符合其宗旨的用途时,由基金会依法拍卖或变卖。我国《慈善法》规定慈善项目终止后捐赠财产有剩余的,按照募捐方案或者捐赠协议处理;募捐方案未规定或者捐赠协议未约定的,由慈善组织决定。这种决策成本可能小于法院程序,但是这种做法也可能导致慈善组织对于捐赠人捐赠意愿和捐赠人利益的漠视,应该考虑在这种程序下能够建立一个保障捐赠人意愿的制衡机制。同时,对于受托人不能按照信托文件执行信托的行为,只规定了由监察人向委托人报告,并有权以自己的名义向人民法院提起诉讼,而未规定有关委托人的权利。立法应该明确慈善信托中受托人不能按照信托文件执行信托的情况下委托人所享有的具体权利。其次,强化对慈善财产利用的灵活性,以便充分发挥慈善财产的公益效用。对于慈善信托中发生的不能预见的情况,或者信托完成以后剩余财产的利用方面的规定不应该过于机械,对于达到一定年限且在一定数额以下的慈善信托财产,可以规定一种灵活的处理程序,由受托人向公益事业管理部门提交报告后,经过一定时间段(比如参照美国的60天,或者更短),便可将信托财产用于宗旨相同或者相近的慈善组织或者其他慈善信托,这样一方面可以体现对于委托人意愿的尊重,另一方面又避免产生高额的成本。当然此类灵活性规定也可适用于向基金会直接捐赠的慈善财产。此外,立法应该明确,无论哪种情况下适用近似原则,慈善捐赠财产必须用于慈善目的,以保证发挥慈善财产的公益效用。

五、结语

近似原则在美国的整个发展轨迹体现出围绕捐赠人意愿与公共利益二者动态平衡的主线,既强调慈善财产的公益效用,又要优先考虑和尊重捐赠人的意愿。在这种平衡过程中,相关立法也日益体现出逐步融合的过程。当然,尽管美国近似原则与行政背离原则的适用内容有所交叉而可能引起困惑,又因两个原则适用的决定权主要在法院而可能产生过高的司法成本,但不能否认,美国在慈善捐赠人与公共利益的动态平衡方面的处理模式为我国处理同样情况提供了有益的参考。当出现无法实现委托人(捐赠人)原有捐赠意愿的情况下,我国也应确立捐赠人意愿与公共利益之间动态平衡的思

[57] 2004年12月,合肥市虹桥小学五年级学生石晓燕身患白血病无钱治疗,在虹桥小学、庐阳区教育局、少先队总队和媒体的倡议下,筹集到捐款9万多元。然而石晓燕病逝,剩下55472.8元捐款。石晓燕的父母就5万元捐款余款归属问题将虹桥小学推上被告席。合肥市庐阳区人民法院作出一审判决:驳回原告石继斌、余红武的诉讼请求。同时发出“司法建议”,建议合肥市庐阳区教育局团委将“捐赠余款55472.8元转交给慈善或公益事业机构,用于发展相同目的的公益事业”。参见《合肥:捐款引出“爱心”官司 捐款余款权属惹争议》, <http://news.163.com/05/0530/08/11L04J6TI0001122E.html>,最后访问日期:2015年10月15日。

[58] 黄宁、顾云之子黄昊1996年10月被医院确诊为“小儿急性淋巴细胞白血病”,如师附小通过媒体呼吁,筹到捐款241783.65元。后黄昊病故,除黄昊治疗报销外,筹款结余70733元。2001年12月,黄宁、顾云起诉,要求如师附小返还剩余捐款,后撤诉。2005年再次诉至法院,如皋市人民法院作出一审判决驳回黄宁、顾云的诉讼请求,10月江苏省南通市中级人民法院作出终审判决:驳回上诉,维持原判。参见《受捐者或其继承人对剩余善款无所有权——南通中院判决黄宁、顾云诉如皋师范学校附属小学募捐款权属》, <http://www.gdzjtour.com/thread-44383-1-1.html>,最后访问日期:2015年10月15日。

想,强化立法融合,在优先保障实现捐赠人意愿的前提下,最大程度地发挥慈善财产的公益效用,以达到激励慈善捐赠、促进慈善事业发展的目的。当然,这还需要我国各界对于慈善立法的广泛研讨与论证,以便近似原则能在我国慈善事业中发挥更大的作用。

Development and Enlightenment of Cy-Près Doctrine on Charitable Trusts in America

Li Xiyan

Abstract: It's necessary to consider and solve the problem that follows the donor's wish and guarantees effective use of charitable property when the charitable property can't be used according to the donor's intent. Cy-Près Doctrine was refused firstly, then applied, and extended in U. S. The development of Cy-Près Doctrine revolves the line fluctuating the dynamic balance between the donor's intent and the public benefit. The trend of development embodies the feature that relevant legislations merge with each other, guarantee the donor's intent with priority and exert the public benefit as much as possible. Legislation Development of Cy-Près Doctrine of charitable trust in America embodies that the key is to realize the balance between the donor's intent and the public benefit. There exists the problem in our legislation that the definition of the Cy-Près Doctrine is undefined and the legislation is not separate with each other. Legislation is not comprehensive and definite and the procedure of the application is not neutral and flexible. So we should amend our legislation, absorbing the relevant experience of Cy-Près Doctrine in America, so that we can realize the donor's intent as much as possible and improve relevant legislation that ensures the public benefit.

Keywords: charitable trusts; charitable donation; America; the Cy-Près doctrine; the doctrine of equitable deviation

(责任编辑:倪鑫煜)

从诉之效力位阶看民事案件受理制度

杨会新*

摘要:立案难与程序保障不足被认为是我国案件受理制度的两大问题。我国法律规定提交合法诉状并且起诉符合《民事诉讼法》第 119 条规定的才能立案,此规定被认为提高了诉讼系属的门槛并由此导致立案难。实际上,从诉的效力位阶理论分析,立案表明诉的合法性已获得肯定性评价,而诉讼系属仅是诉成立的效果,二者处于不同的效力位阶。提交合法诉状即可发生诉讼系属,是否立案不影响诉讼系属的发生。在对诉讼要件的审理上,我国兼采单层阶段诉讼模式与复式平行诉讼模式,立案庭与审判庭均可对诉讼要件进行审查,但其审查的内容应与其所能提供的程序保障相适应。因而,立案庭仅能对诉讼要件进行初步审查,将明显欠缺诉讼要件且无法补正的诉排除在外,而将大部分审理任务转由审判庭承担,并且分别不同情况为当事人提供相应的程序保障。

关键词:起诉要件 诉讼要件 立案难 程序保障

一、前言

对立案登记制的倡导源于学界,其认为我国《民事诉讼法》第 119 条误将诉讼要件规定为起诉要件,提高了诉讼开始的门槛,并由此导致立案难。不仅如此,现行法下由立案庭单方面对是否符合诉讼要件予以审查,当事人未被赋予程序参与的机会,对当事人的程序保障不足。依照学者的设计,原告向法院起诉,法院审查认为诉状符合要求的即应立案登记,从而启动诉讼程序,至于是否符合《民事诉讼法》第 119 条规定的诉讼要件,则在立案后由审判庭进行审理。如此,不仅降低了起诉的门槛,而且由审判庭通过开庭的方式对诉讼要件进行审理,为当事人提供了程序参与的机会,符合程序正义原理。^[1] 概括而言,学者主张的立案登记制在于降低起诉的门槛,并为当事人提供必要的程序保障。与学者提倡的立案登记制不同,当前正在进行的案件受理制度改革尽管冠之以“立案登记制”之名,但登记立案的条件仍然包括《民事诉讼法》第 119 条,立案的条件并未降低,而且仍然是在立案阶段对诉状是否合法及起诉是否符合第 119 条之规定一并予以审查,因而在实质上并未改变原有的立案制度。^[2] 与此同时,案件受理制度改革将重点置于“严格执法”之上,通过规范工作流程、强化责任追究来破解立案难。这也契合了实务部门的一贯认识,即认为立案难并非根源于立法不当,而是执法不严

* 国家检察官学院副教授,法学博士。本文系 2015 年国家社科基金西部项目“迈向制度理性的民事庭审阶段化构造研究”(项目编号:15XFX012)的阶段性成果。

[1] 参见江伟:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改建议稿(第三稿)及立法理由》,人民法院出版社 2005 年版,第 240 页;张卫平:《起诉条件与实体判决要件》,载《法学研究》2004 年第 6 期,第 58-68 页;傅郁林:《中国民事诉讼立案程序的功能与结构》,载《法学家》2011 年第 1 期,第 106 页。

[2] 囿于司法解释的效力位阶,其只能解释而非修改《民事诉讼法》的规定。

的结果。^[3]

无论是学界十多年来对立案登记制的倡导,还是当前案件受理制度的改革,均将解决立案难、保障当事人诉权作为首要目标。饶有兴味的是,二者尽管目标一致,而且都主张改立案审查制为立案登记制,但各自的路径却有着巨大的差异:学者主张降低起诉条件、后置《民事诉讼法》第119条的审查以缓解立案难、完善程序保障,而当前的改革却将重点置于法院立案工作作风与工作纪律的整顿上。路径的差异一方面反映出大家对立案难的原因存在认识分歧,另一方面也说明对于案件受理制度进行理论梳理的必要性。从诉的效力位阶来看,立案制度的本质在于如何评判诉之成立与诉之合法。而所谓立案审查制,是指只有当诉同时具备成立要件、合法要件时方发生诉成立的法律效果,仅具备成立要件不能发生诉成立的法律后果。而立案登记制,则是当诉具备成立要件时即发生成立的法律后果,是否具备合法要件,不影响成立效果的发生。本文以诉的效力位阶理论为依托,对我国案件受理制度采立案登记制进行合目的性解释,并在此基础上探讨诉讼要件审查过程中的当事人程序保障。

二、诉的效力位阶

诉乃原告将其请求向法院提出,要求法院为一定内容判决之要式诉讼行为。^[4]由于诉的目的在于引起法院的审判活动,并依赖于审判而发生效力,故为取效性诉讼行为,对诉的效力评价应当遵循取效性诉讼行为评价的一般规则,即从是否成立、是否合法、是否合理三个层面或位阶进行评价。^[5]三个评价位阶呈现层层递进的关系,前一个具备后方进入后一阶段的评价。与诉的三个评价位阶相对应,民事诉讼过程在理论上分为三个阶段:起诉阶段、诉讼审理阶段和本案审理阶段。在起诉阶段判断是否具备起诉要件,具备起诉要件的诉方成立,起诉要件即为诉的成立要件。诉成立后进入诉讼审理阶段,判断诉讼要件是否齐备,齐备的诉方合法,诉讼要件即为诉的合法要件。最后进入本案审理阶段,判断诉是否合理,本案要件即为诉的合理要件。立案制度涉及到的是诉之成立与诉之合法问题,而与诉之有理无关,因而本部分仅就德日等大陆法系国家诉之成立与诉之合法的要件、审查及效果予以论述。

(一) 起诉要件与诉讼要件

1. 诉之成立要件——起诉要件

诉因原告起诉而成立。但并非所有的起诉行为都可使诉适法成立,而是必须具备起诉要件。欠缺此要件,即使存在起诉行为,其起诉在诉讼法上也视为不成立。^[6]此要件在大陆法系被称为起诉要件,也即诉之成立要件。通常而言,起诉要件包括:(1)采用法定的形式来起诉。通常为书面即诉状的形式,法律有特别规定的可以采用口头形式起诉。(2)诉状应写明必要记载事项。(3)缴纳诉讼

[3] 参见《“立案登记制降低起诉门槛,旨在保护诉权”:质疑与回应》,载《人民法院报》2007年6月5日,第5版,最高人民法院立案庭审判员苗有水观点。

[4] 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(上),三民书局2010年版,第273页。

[5] 在民事诉讼法理论上,按照当事人诉讼行为是否直接产生诉讼上的法律效力,分为与效性诉讼行为与取效性诉讼行为,前者直接导致某个诉讼效果的发生,后者则在于引起法院的活动。在效力评价上,对与效性诉讼行为从是否成立、是否有效两个层面进行,对取效性诉讼行为则从是否成立、是否合法及是否有理由三个层面进行。参见[德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第96-97页。

[6] [日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第152页。

费。是否符合起诉要件,属于法官依职权调查事项。诉状递交法院后,审判长就诉状是否欠缺必要记载事项以及是否粘贴印花展开审查,在此过程中,审判长并不应当对诉讼要件及请求的妥当与否作全面的判断。对于诉状欠缺必要记载事项的,审判长将命令原告于一定期间内补正。原告补正后,诉状被看作是有效提出的,诉状的时间溯及到最初提交诉状之时;如果原告不予以补正,审判长则依命令驳回诉状。《日本民事诉讼法》第137条即作出如此规定。^[7]除此之外,审判长无权不受理诉状。审判长认为应当受理诉状的,则依职权向被告送达起诉状副本。在德日,起诉由两步完成,一是原告向法院提交起诉状,二是法院将起诉状副本送达被告,由此在原告、被告、法院之间形成三方诉讼关系。

诉之成立的效果表现为两个方面:一是发生诉讼法上的效果,即案件系属于法院。诉讼系属是大陆法系的一个概念,意指法院对案件进行审理并作出判决的状态。案件诉讼系属后,同一案件不得再次起诉,且产生管辖恒定等效果。^[8]二是发生实体法上的效果,主要表现为诉讼时效的中断。

2. 诉之合法要件——诉讼要件

诉因原告起诉而成立,已成立之诉要获得法院实体审理与实体判决,必须具备一定合法要件,此种诉合法所需之要件,被称为诉讼要件。德国民事诉讼理论认为,诉讼要件包括三类:(1)涉及法院的诉讼要件,包括属于法院裁判权范围、受诉法院有管辖权等。(2)涉及当事人的诉讼要件,包括当事人确实存在、当事人能力、当事人诉讼能力和诉讼实施权等。(3)涉及诉讼标的的诉讼要件,包括不曾诉讼系属、无已经发生既判力的裁判、具有诉的利益等。由于诉讼要件的满足通常情况下被认为体现了公共利益,因而法院应当依职权审查诉讼要件。^[9]与诉讼要件相对的是诉讼障碍,当存在诉讼障碍时,诉的合法性将获得否定性评价。与诉讼要件由法院依职权调查不同,诉讼障碍属于当事人自由处分事项,当事人未提出抗辩的,法院不得依职权调查。诉讼障碍包括重复起诉、仲裁协议等。

在理论上,诉讼要件是对案件实体内容进行审理并作出判决的前提。当诉不具备诉讼要件时,该诉即为不合法,法院不能对案件实体内容进行审理或判决,而应以程序判决驳回,此项判决在日本被称为“诉讼判决”。如果法院忽略诉讼要件欠缺而作出本案判决,则当事人可以提起上诉或者再审。原告之诉具备诉讼要件时,法院最后应为实体判决,日本称之为“本案判决”。

(二) 起诉要件与诉讼要件的关系

起诉要件与诉讼要件既相互联系又相互区别。起诉要件是法院进行诉讼审理、判决的前提,起诉要件的欠缺将使得案件本身不能进入法院,也就没有了诉讼审理的可能。起诉要件与诉讼要件随着诉讼的不断推进而呈逐步递进状态,前一个要件为后一个要件提供必要的前提,而后一个要件又在前一个要件的基础上逐步向前推进。^[10]与此同时,起诉要件与诉讼要件的区别亦是明显的。概括而言,二者存在着以下区别:

其一,所处的诉讼阶段不同。前已述及,民事诉讼过程在理论上分为起诉、诉讼审理和本案审理三个阶段。起诉要件对应着其中的起诉阶段,是判断诉是否成立的标准,而诉讼要件对应着诉讼审理阶段,是判断诉是否合法的标准。从逻辑上讲,起诉要件是诉进入法院大门的要件,只有具备起诉要

[7] 同注6引书,第148页;[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第160页。

[8] 诉讼系属后诉讼标的之法律关系转移于第三人的,德国和我国台湾地区采当事人恒定主义,即原来的当事人仍是适格的当事人,得继续进行诉讼,日本民事诉讼法则采诉讼承继主义,受让人得以当事人身份参加诉讼,或依当事人申请,由法院裁定该第三人承担诉讼。由于当事人恒定并非诉讼系属的必然结果,故本文对此不予分析。

[9] [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第81页。

[10] 参见毕玉谦:《民事诉讼起诉要件与诉讼系属之间关系的定位》,载《华东政法学院学报》2006年第4期,第62页。

件,诉方能系属于法院。在诉系属于法院之后,法院方能对诉是否具备诉讼要件进行审查,从而判断诉是否合法。因而从时间上看,只有在起诉阶段完成之后,才能进入诉讼审理阶段。

其二,功能不同。起诉要件的功能在于判断诉是否成立,或者说诉讼是否系属于法院。但并非所有系属于法院的诉讼都有本案审理的必要性,对哪些诉讼进行本案审理,将哪些诉讼排除出本案审理之外,即是以诉讼要件为判断标准的。从这个意义上讲,诉讼要件是启动本案审理的一道阀门,承担着案件进入实体审理的过滤功能,它对那些因符合起诉要件而进入法院视野的案件进行筛选和过滤,把那些无需进行实体审理的案件挡在实体审理程序之外。^[11]这不仅节约了司法资源,避免法院进行无益的审理与判决,还避免了因进入无益的本案审理而给被告带来的诉累。

其三,审查方式不同。起诉要件主要表现为诉状记载是否完备及是否缴纳诉讼费用,因而对起诉要件仅需进行形式审查即可。而诉讼要件则包括受诉法院是否具有管辖权、当事人是否适格、是否具有诉的利益等内容,仅作形式审查对诉讼要件是否具备毫无助益,必须要进行实质性审查。

其四,裁判方式不同。在日本,对于不符合起诉要件的,审判长依命令驳回诉状。而对不符合诉讼要件的,则是作出驳回起诉的诉讼判决。二者存在明显的区别。

三、诉之成立与立案难

我国《民事诉讼法》规定,起诉除了向法院递交符合法律规定的诉状外,还应符合第119条的起诉条件。人们通常将这一规定解释为,只有提交了合法诉状并且起诉符合第119条起诉条件的,诉方告成立,从而发生诉讼系属等法律效果。如此一来,起诉条件设置“高阶化”也便成为人们的普遍认识。但这一解释存在以下逻辑不足:从内容上看,递交诉状相当于大陆法系国家起诉要件的规定,而第119条的起诉条件则与大陆法系国家的诉讼要件通约。^[12]如果认为二者一并构成我国诉之成立要件,则导致了诉之合法要件的缺失,从而无法对诉是否合法进行评价。实际上,我国法律并未明确规定诉成立的要件和时间。如果将原告递交符合要求的诉状解释为诉成立的条件,将原告起诉时间解释为诉成立时间的话,则可以避免起诉条件“高阶化”的理论责难。上述解释的可行性依赖于以下两点:一是大陆法系国家起诉要件(即诉之成立要件)与我国相关制度的对应性,重点在于诉状记载事项的比较;二是大陆法系关于诉成立的法律效果与我国的对应性,即在我国原告起诉之后能否发生这些效果。

(一)大陆法系国家起诉要件在我国的对应性

在大陆法系国家起诉要件中,最为重要的便是诉状的记载事项要符合法律的要求。诉状的记载事项与其功能密切相关,素有“识别说”与“理由记载说”之区别。所谓识别说,是指诉状只要记载能够特定诉讼请求的事实即可。相反,理由记载说着眼于民事诉状的记载事项与请求原因的相互关系,要求诉状中必须记载请求具有合理理由的一切必要事实。该说亦称为“事实记载说”。^[13]各国对于诉状记载事项的不同要求,反应了立法对于诉状承担功能的不同设定。按照识别说,诉状仅发挥特定

[11] 陈亮:《诉讼要件抑或本案要件?》,载《清华法学》2015年第5期,第158页。

[12] 王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2010年版,第33页;段文波:《论民事一审之立案程序》,载《法学评论》2012年第5期,第143页。

[13] 段文波:《美日民事诉状比较及借鉴》,载《国家检察官学院学报》2012年第2期,第157页。

诉讼请求的功能,当然,此为诉状的基本功能所在。而依事实记载说,诉状在特定诉讼请求之外,还有利于促进争点整理,发挥诉讼促进的功能。

从德日及我国台湾地区对诉状必要记载事项的规定看,立法者将诉状的功能定位于特定诉讼请求,即识别功能。《日本民事诉讼法》第133条第2款规定,诉状应该记载下列事项:当事人及法定代理人;请求的趣旨及原因。其中请求的趣旨是指原告希望获得的判决内容,而请求原因是指能够用来支持请求内容的事实,也被定义为“为了使请求得到特定而必须写明的事由”。^[14]《德国民事诉讼法》第253条规定,诉状应记明:当事人与法院;提出的请求的标的与原因以及一定的申请。按照我国台湾地区“民事诉讼法”第244条的规定,起诉状应当载明:(1)当事人及代理人。(2)诉讼标的及其原因事实。台湾地区“民事诉讼法”于2000年2月9日修正之时,为了使诉状表明的事项更加明确,增加了在起诉状上记载诉讼标的的原因事实的要求。(3)应受判决事项的声明。应受判决事项之声明,是指原告向法院提出的请求法院判决的具体内容,在台湾地区民事诉讼实务中称为“诉之声明”。

我国《民事诉讼法》第121条规定:“起诉状应当记明下列事项:(一)原告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式,法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式;(二)被告的姓名、性别、工作单位、住所等信息,法人或者其他组织的名称、住所等信息;(三)诉讼请求和所根据的事实与理由;(四)证据和证据来源,证人姓名和住所。”比较来看,我国诉状中的前三项分别对应于当事人、诉讼请求及原因事实,与大陆法系国家和地区的诉状必要记载事项是一致的。至于第四项“证据和证据来源,证人姓名和住所”的要求,则是出于促进争点整理、促进诉讼的考虑,这在德日亦有充分的体现。德日等国在规定诉状必要记载事项以特定诉讼请求的同时,将事实或证据规定为任意记载事项,清晰地表达了立法者希望扩大诉状功能的目的。如《德国民事诉讼法》第130条规定原告在诉状中提出支持其主张的事实和证据名称,使双方当事人通过诉答文件的交换即可大致明确诉讼主张和答辩主张,在诉答程序中即可形成争点的大致轮廓。对于该条款的效力,学者和实务界都认为仅具有建议的效力,即使不予记载也不影响起诉的效力。^[15]1996年制定的《日本民事诉讼规则》第53条第1、2款规定,诉状除了应该记载请求旨趣、请求原因之外,还应记载可以支持该请求的具体事实,且应依各个亟待证明的事由,记载与该事由相关的重要事实及证据。记载事实主张的诉状,应尽可能分别记载支持该请求的事实以及与该事实相关联的事实。之所以如此规定,目的在于使法官尽早了解问题的所在,促进争点整理,而不仅仅是特定诉讼请求。但上述规定乃训示性规定,新法的立法者希望在诉状中记载请求理由事实成为民事诉讼的惯行。^[16]我国台湾地区“民事诉讼法”第244条第2、3款规定:“诉状内宜记载因定法院管辖及其适用程序所必要之事项。”“准备言词辩论之事项,宜于诉状内记载之。”“宜”字更是清晰表明了建议而非强制的性质,原告即使没有在诉状上记载上述事由或证据,也不会影响诉状的受理。由此,上述大陆法系国家和地区在规定必要记载事项的同时,对任意记载事项加以规定,其希望当事人对任意事项予以记载并借此扩大诉状功能的用意是明确的。从我国《民事诉讼法》第121条的“起诉状应当记明下列事项”的表述来看,“证据和证据来源,证人姓名和住所”在我国应为必要记载事项。但考虑到立案审查的形式性,这一必要记载事项也不会对当事人诉权的行使造成实质性障碍。

[14] 王亚新:同注12引书,第31-32页。

[15] 参见傅郁林:《再论民事诉讼立案程序的功能与结构》,载《上海大学学报》(社会科学版)2014年第1期,第48页注释2。

[16] 王亚新:同注12引书,第32页。同注13引文,第157页。

综上,我国对于诉状必要记载事项的要求与德日基本一致,原告递交符合法律规定的起诉状并交纳诉讼费用后,即已满足了起诉要件的要求。因而可以说,德日等国的起诉要件在我国具有对应性。接下来要分析的是,在具备了起诉要件的情况下,能否发生诉成立的效果。

(二) 起诉行为能否发生大陆法系国家诉成立的效果

前已述及,在大陆法系国家,诉成立后会发生诉讼系属的诉讼法上效果,以及时效中断等实体法上效果。诉讼何时系属于法院以及何时发生诉讼时效的中断均具有重大影响。就诉讼时效而言,德日均认为在原告起诉时即将诉状递交法院时发生中断(《德国民事诉讼法》第 207 条、《日本民事诉讼法》第 147 条、第 133 条),但对于诉讼何时系属于法院则存在差异。德国法以诉状送达被告为发生诉讼系属的时点。原告将起诉状递交法院后,审判长对起诉状是否存在拒绝送达的情形进行审查,对审查认为不存在拒绝送达情形的,法院依职权向被告送达起诉状副本,只有在向被告送达起诉状后起诉才完成,诉讼系属的效力也由此开始(《德国民事诉讼法》第 253 条第 1 款、第 261 条第 1 款)。〔17〕日本和我国台湾地区的民事诉讼法没有具体规定诉讼系属的时点,由此引发了学说上的争议:一说认为原告将诉状递交法院时产生诉讼系属。但是如果诉状不具备必要要件,即使递交给法院,也会被法院驳回,不能产生诉讼系属的效果。另一说认为诉状送达被告时诉讼系属于法院。如果诉状无法送达给被告的,法院应当将诉状驳回,不产生诉讼系属的效果。但基于《日本民事诉讼法》第 147 条的规定,“以诉状送达为条件,向法院递交诉状的时间产生起诉效果”被认为是最妥当的解释。〔18〕台湾通说亦认为,诉讼系属因起诉而开始。〔19〕

在我国,由于存在一个立案审查阶段,诉讼系属及时效中断的效果是从原告起诉时产生还是从法院受理时产生便有了不同意见。笔者认为,将上述法律效果发生的时点解释为原告起诉之时是妥当的。

首先,诉讼时效因起诉而中断。诉讼时效制度的机理在于,通过对“在权利上沉睡的人”课以不利后果(失权),促使权利人及时行使权利,以稳定社会秩序。而对于积极行使权利的人,则通过诉讼时效的中断,使其免受失权的不利影响。因此,只要能够表明权利人积极行使权利,诉讼时效即应中断。而提起诉讼这一行为本身已明确表明了权利人积极行使权利的态度,诉讼时效即应于其起诉时(向法院递交诉状时)中断,而无须等待法院受理案件,也无须待诉状送达被告。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第 12 条亦明确规定:“当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的,诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。”尚需进一步明确及完善的是,如果“诉状”完全不符合起诉要件的要求,如欠缺当事人、诉讼请求、事实理由的,自然不发生诉讼时效的中断。因为从实体方面考虑,诉讼时效的中断必须针对特定的请求权,而在欠缺当事人、诉讼请求或者事实理由的情况下,请求权无法获得特定,诉讼时效中断的对象根本不存在。对于诉状不符合法律规定但可以补正的,法院应告知原告补正。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5 号)(以下简称“新《民诉法解释》”)第 209 条增加了诉状中被告记载不明确时的补正,但诉状可补正的情形不限于此,对于诉状不符合形式要件的,均应告知原告补正。诉状在原告补正后符合要求的,诉讼时效溯及到递交诉状时中断。

〔17〕 [德]罗森贝格等:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社 2007 年版,第 685 - 686 页。

〔18〕 同注 6 引书,第 148 - 149 页。

〔19〕 [日]新堂幸司:同注 7 引书,第 161 页。杨建华:《各审级之诉讼系属》,载《问题研析民事诉讼法》(二),第 89 页。

其次,因起诉而产生禁止重复起诉、管辖恒定等诉讼系属的效果。^[20]我国法律对于何时产生禁止重复起诉的效果并无规定。从程序安定性的角度而言,原告起诉后法院立案前,不得就同一案件再次起诉,因而可解释为原告起诉之时即发生禁止重复起诉的效果。实际上,由于起诉需要预交诉讼费用,很少有原告会在前诉立案前再次起诉。对于地域管辖的恒定,^[21]新《民事诉讼法解释》沿用了旧《民事诉讼法解释》的规定,其第37条规定:“案件受理后,受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。”第38条规定:“有管辖权的人民法院受理案件后,不得以行政区域变更为由,将案件移送变更后有管辖权的人民法院。”从文义来看,司法解释将管辖权的基准时确定为法院受理案件之时,而非起诉之时。对此,笔者认为,首先,实践中大部分案件起诉即被受理,也就是说起诉与受理的时间是一致的。其次,对于起诉后没有被立即受理,即起诉与受理时间不一致的情形,如果确定管辖的因素在此期间发生变化的,需要考虑以哪个时间作为确定管辖权的基准时更为合理。笔者认为,管辖恒定的目的在于诉讼经济,避免管辖变动造成司法资源的浪费,并减少当事人讼累。当事人只能根据起诉时的情况确定管辖法院,如果以案件受理作为确定管辖权的基准时,则会置当事人于无所适从的境地,也与管辖恒定的目的相悖。因此,以起诉作为确定管辖权的基准时更为合理。

综上所述,尽管我国存在一个立案审查阶段,但并未因此推迟诉讼时效中断的时间,从法解释学的角度,也完全可以将诉讼系属及其法律效果的发生时间解释为原告提起诉讼之时,当事人的程序利益及时效利益并未受到影响。由此可以说,在当前案件受理制度下,并未提高诉讼开始的条件,在原告提交符合要求的诉状后,诉讼即系属于法院,是否符合第119条的规定,不影响诉讼系属的发生。只是由于我国法律规定在立案阶段对诉状及第119条的起诉条件一并进行审查(审查通过的予以立案,不通过的作出不予受理的裁定),而在审查诉状与审查起诉条件之间没有明确的阶段划分,这使得人们在一定程度上忽视了诉成立与合法二位阶的区分,容易形成立案审查通过前案件没有进入诉讼的认识。同时我国立法也未从裁判形式上对上述二位阶作出区分。如日本对于不符合诉成立要件的,作驳回诉状的处理,而对不符合诉合法要件的,则是作驳回起诉的诉讼判决。我国则不予区分,一律裁定不予受理,更是加剧了上述的混同。

实际上,我国的立案与诉讼系属分处于不同的效力位阶。立案表明诉的合法性已获得肯定性评价。在我国,只有提交合法诉状及起诉符合《民事诉讼法》第119条规定的,方予以立案,因而,立案是对诉具备成立、合法双重要件的一个肯定性评价,立案后即可对诉进行合理性评价,也即案件可以进入实体审理阶段。而诉讼系属仅是诉成立的效果,仍要对诉是否合法进行评价后,才能进入实体审理阶段。因而,立案与诉讼系属处于不同的效力位阶,二者不能等同。希望借立案登记制解决立案难的观点,正是在观念上认为只有立案才说明案件系属于法院,并认为对“起诉条件”(诉是否合法)的审查将本应进入诉讼程序的案件挡在了门外。而实际上,只要当事人提交了符合条件的诉状,案件即系属于法院,案件系属之后立案庭对“起诉条件”的审查已经进入了下一个位阶,即属于对诉是否合法的判断。立案庭审查认为“起诉条件”不具备的,裁定不予受理,将案件挡在本案审理之外。而德日等国

[20] 参见注8。

[21] 级别管辖的恒定在最高人民法院1996年5月《关于执行级别管辖规定几个问题的批复》中得以体现。该批复规定:“当事人在诉讼中增加诉讼请求从而加大诉讼标的额,致使诉讼标的额超过受诉法院级别管辖权限的,一般不再予以变动。但是当事人故意规避有关级别管辖等规定的除外。”由于适用情形限于当事人在诉讼中增加诉讼请求,因而和本文讨论的基准时的确定无直接关联。

对于不符合诉讼要件的起诉亦是通过诉讼判决予以驳回,不进行本案审理。就此点而言,我国并无不同。因而,立案难与立案审查程序并无直接关联。至于在立案阶段审查“起诉条件”是否会损及当事人的程序保障,则属于另外一个问题,本文将在下一个部分论及。

(三) 立案难的实践分析

以上笔者依托诉的效力位阶理论,对我国法上的诉之成立要件进行合目的性解释,认为并不存在起诉条件的“高阶化”,即从理论上讲,我国法律规定并不会导致立案难。本部分从实践中立案难的表现及原因入手,进一步证成上述结论。

对近年来司法实践中的立案难进行类型化分析可以发现,应立案而不立案的情形主要有以下三类:一是腐败性应立案而不立案,表现为司法人员基于不正当动机和目的有意阻止诉讼审理以实现个人利益。对于这种违法不受理所导致的立案难,解决的根本方法当然是消除司法腐败和司法不端,而与案件受理制度无关。二是政策性应立案而不立案,表现为法院依据“隐性”的司法政策对某些案件的起诉予以限制,这些案件主要是敏感性、群体性案件。立案在于决定哪些纠纷可以通过诉讼的途径予以解决,诉讼解决纠纷的范围与司法权在国家权力体系中的地位密切相关。而由于我国司法独立性的不足,尽管某些案件在法律上属于司法解决的范围,但实际上已经超出了法院的纠纷解决能力。因而,对于此类立案难,也无从通过立案登记制获得解决。三是法院自我便利性应立案而不立案,典型的如年度结案率的考核诱发了“抽屉案”的产生。^[22] 此类立案难的原因在于法院管理的非合理性,亦与采立案登记制或是立案审查制无关。由此可见,上述立案难的出现与立案审查制并无必然联系,在立案登记制下仍有出现的可能,立案审查制对立案难并无太大“贡献”。^[23]

与学界对于立案难的认识不同,以最高人民法院为代表的实务界认为立案难并非根源于立法不当,而是执法不严的结果。正是基于这样的认识,最高人民法院的司法解释尽管使用了“登记立案”的表述,却并未降低立案的条件,而是将重点放在严格执法之上:强调法院不得拒收诉状;对符合法律规定的起诉应当当场予以登记立案;当事人提交的诉状和材料不符合要求的,法院应当一次性书面告知在指定期限内补正;加强立案监督、强化责任追究等。不可否认,上述规定对于缓解腐败性及自我便利性立案难具有积极意义,但对于政策性立案难却力有不逮。

(四) 小结

立案在于决定哪些纠纷可以通过诉讼的途径予以解决,而诉讼解决纠纷范围的大小与司法权在国家权力体系中的地位密切相关。从表面上看,我国关于民事诉讼受案范围的立法与其他国家并无太大的差异,但我国特有的一些政策性因素在实质上发挥着不容忽视的影响。可能会有观点认为,在“有案必立、有诉必理”的政策压力下,涉及敏感性问题的案件也极有可能进入法院的大门,从而倒逼法院解纷能力的提升。但笔者倾向于认为,政策性应立案而不立案具有一定的现实合理性。迫使法院对超出其解纷能力的案件作出判决,对纠纷本身的解决并无实益,反而会减损法院的公信力。一个务实的做法可能是,对敏感性案件立案受理后,在审判阶段予以驳回。就此而言,仅仅用立案登记制度代替立案审查制度,只能是形式上的改良,因为登记之后纠纷能否通过诉讼方式解决,仍然是不确

[22] 张卫平:《起诉难:一个中国问题的思索》,载《法学研究》2009年第6期,第67页。

[23] 不可否认,立案难与立案登记制在表面的确存在关联,表现为实践中法院常以不符合第119条为借口而不予立案,即立案阶段对《民事诉讼法》第119条的审查为不依法立案提供了更多的借口。参见毕玉谦:《当事人的起诉与法院的立案审查》,载《人民法院报》2005年11月2日,第B01版。

定的。可以说,立案难的问题远非案件受理制度所能解决,而有待于司法权的独立与强大。

四、诉的合法性审查与程序保障

对于一项制度的评价不应囿于名称的相同或近似,而应在分析其实质内容的基础上,辨析其功能与作用。从内容上看,我国的“起诉条件”与大陆法系的起诉要件有着根本的不同,而与大陆法系的诉讼要件可以通约。^[24]除了内容上的一致性外,我国的“起诉条件”实际上也发挥着诉讼要件的作用,即作为对本案进行审理、判决的前提而存在。我国民事诉讼法规定,不符合起诉条件的,裁定不予受理;而受理后发现不符合起诉条件的,则裁定驳回起诉。此即是说,不符合“起诉条件”,不得进行本案审理,已经开始本案审理的,必须予以终止,“起诉条件”正是启动本案审理的一道阀门。尽管我国的“起诉条件”在内容与功能上与大陆法系国家的诉讼要件大致等同,但我国在立案阶段及开庭审理阶段均可对诉讼要件进行审查,而这两个阶段可能提供的程序保障差异迥然。因此,在现有法律框架下研究立案庭与审判庭在诉讼要件审查上的分工,使二者审查的内容与其所能提供的程序保障程度相适应就显得尤为必要。

(一)我国对诉讼要件的审理模式

在理论上,诉讼要件是作成本案判决的前提,原告之诉不具备诉讼要件的,法院应以程序判决驳回诉讼,不得再为本案之审理。但就诉讼要件与本案要件的审理是否有着明确的阶段划分,存在单层阶段诉讼与复式平行诉讼两种不同的模式。

单层阶段诉讼在罗马法中即已出现。古罗马的民事诉讼基本上是由两个阶段构成的:在第一阶段,法官对于该诉是否具备诉权,也就是诉是否具备应在本案程序上进行审理的要件进行审查,具备该要件方可将案件送由第二阶段的判决法院审理。因而,第一阶段和第二阶段是截然分开的,第一阶段审理的要件大体对应于今天所说的诉讼要件,而第二阶段则为本案审理阶段。诉讼要件是诉讼从第一阶段转向第二阶段的要件,或者说,只有在进行第一阶段的审理且确认符合诉讼要件时,方可进入第二阶段,进行本案审理,这也被称为法定序列主义。现行德国法、日本法均采用复式平行诉讼,也被称为一体化审理模式。德日没有二阶段的诉讼构造划分,诉讼要件与本案要件的审理并行进行。在判明欠缺诉讼要件的时候,法院应作出驳回诉的判决,停止对本案的审理。但对是否欠缺诉讼要件存疑时,并不一定必须停止本案审理而对诉讼要件是否存在进行集中审理,因为是“复式平行诉讼”结构,所以没有必要首先对诉讼要件进行审理,无论对本案进行审理还是对诉讼要件进行审理都没有关系。^[25]但无论如何,在作出本案判决时,应确认诉讼要件的存在,只有在例外情形下,基于被告利益保护及诉讼经济的考虑,方允许不查明诉讼要件是否具备而作出诉无理由的判决。^[26]

从历史演进看,到德国普通法末期,单层阶段诉讼被放弃,对诉讼要件的审理逐渐与本案审理同时并行。这一模式的转变基于两方面的原因:一是诉讼要件地位的下降。在单层阶段诉讼模式下,欠

[24] 段文波:同注12引文,第143页。

[25] [日]高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第3-14页。

[26] 日本判例认可一项例外,即当处于不明状态的诉讼要件为诉的利益时,可不待就诉的利益之要件具备与否作出判断,而直接从显无理由之本案进行审理并作出驳回之本案实体判决。参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(上),三民书局2010年版,第326-327页。同注25引书,第11-12页。

缺诉讼要件而开始的本案审理程序是无效的,由此作成的实体判决也被认为当然无效,这显然不利于判决的安定。人们开始对欠缺诉讼要件的实体判决当然无效提出批评,而认为只有通过特别程序(如再审程序)才能宣告判决无效。由此,判决的当然无效和诉讼要件的直接联系从此被切断了,诉讼要件的审理逐渐与本案审理同时并行。^[27]而实际上,法定序列主义并不必然危及判决的安定。法定序列主义只是在于阐明诉讼要件与本案要件的先后审理顺序,欠缺诉讼要件的本案判决是否当然无效则是诉讼要件的重要性与判决安定性之间的利益衡量问题。随着诉讼要件地位的下降及对判决安定性的重视,在法定序列主义下,非经过特别程序,欠缺诉讼要件的本案判决仍为有效。在法院就欠缺诉讼要件之诉讼误为本案判决时,当事人得通过上诉请求上级法院依法改判;若该判决已生效的,于符合再审要件时,得申请再审为救济。二是对审理效率的追求。比较而言,单层阶段诉讼与复式平行诉讼存在以下区别:前者中只有在确认诉讼要件存在时,方能进行本案审理,法官必须依照法定顺序依次审理诉讼要件与本案要件,不能自由裁量,因而诉讼要件是“本案审理”的要件或前提。后者中诉讼要件是否齐备存疑时,并不影响本案审理,只是不能作出本案判决,因而诉讼要件是“本案判决”的要件或前提,如此一来,法院便可对审理对象进行合目的性的裁量,以实现诉讼的迅速、经济。^[28]

就我国而言,尽管存在诉讼的二阶构造,但对诉讼要件的审查与历史上的单层阶段诉讼模式并不相同,而是在单层阶段诉讼的基础上,兼采复式平行诉讼模式。按照法律规定,立案庭对诉讼要件(即我国的起诉条件)进行集中审查,诉讼要件齐备的则转到审判庭进行本案要件的审理,不齐备的则作出不予受理的裁定。这一将立案审查阶段与开庭审理阶段分立,立案庭负责对诉讼要件的审查,审判庭审理本案要件的做法便具有了单层阶段诉讼的特征。复式平行诉讼模式表现在,审判庭在本案要件的审理过程中,对于立案庭疏漏或看错的诉讼要件仍要进行审查,审查认为诉讼要件欠缺的,则裁定驳回起诉,其中诉讼要件与本案要件并无法定的审理顺序。因此,审判庭对诉讼要件的审理便具有了复式平行诉讼的特征。

我国之所以采取单层阶段诉讼模式,被认为与我国长期以来的职权主义与管控思想有关。^[29]而之所以在单层阶段诉讼模式的基础上兼采平行诉讼模式,则与立案阶段的特点直接相关:首先,在立案阶段,法官一般只接触原告一方当事人,审查原告单方提交的诉讼材料;其次,立案审查期限短,绝大部分案件当场立案,^[30]立案审查期限最长不超过7天;再次,由于诉讼材料的有限性和单方性,再加上审查时间的紧迫性,决定了在立案阶段只能针对起诉人提供的材料进行形式性审查。上述特点决定了立案阶段无力完成对诉讼要件的全面审查,只有在开庭审理阶段进行审查。

但需要说明的是,在本次案件受理方式改革中,单层阶段诉讼模式的比重进一步降低,而复式平行诉讼模式得以加强。根据《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》,法院在法定期间内不能判定起诉是否符合法律规定的,应当先行立案。此即是说,诉讼要件是否齐备存疑的,不影

[27] 同注25引书,第2-3页。

[28] 同注25引书,第4页。

[29] 张卫平:《民事案件受理制度的反思与重构》,载《法商研究》2015年第3期,第5页;段文波:《起诉程序的理论基础与制度前景》,载《中外法学》2015年第4期。

[30] 在2003年,民事案件的当场立案率即已达到80%。参见姜启波:《人民法院立案审查制度的必要性与合理性》,载《人民法院报》2005年9月21日,B01版。而在本次案件受理制度改革中,最高人民法院《关于人民法院登记立案若干问题的规定》鼓励“当场登记立案”,立案登记制实施以来的数据表明,各地法院当场登记立案率达90%,上海、河南、重庆、甘肃等地均超过95%。15分钟甚至5分钟即可完成一个案件的立案。参见《立案登记制改革坚决彻底成效显著》,载《法制日报》2015年7月6日。

响进入本案审理阶段,诉讼要件已不再是进入本案审理的必要条件。与传统的单层阶段诉讼模式相比,我国的诉讼模式已经出现了分化,而分化的根本原因在于诉讼要件地位的下降,这与法制史上由单层阶段诉讼转变为复式平行诉讼的原因是一致的。另外,当场立案率的提升进一步压缩了立案阶段对诉讼要件审理的空间,在很大程度上将对诉讼要件的审理转移至审判庭。

(二) 诉讼要件的审查与程序保障

前已述及,我国兼采单层阶段诉讼与平行复式诉讼模式,立案庭与审判庭均可对诉讼要件进行审查。但显然,立案阶段与开庭审理阶段具有不同的程序特征。在立案阶段,法院审查认为诉讼要件欠缺的,径直作出不予受理的裁定,而未赋予原告陈述理由并补充提出主张、证据的机会;法院审查认为具备诉讼要件后,才向被告送达起诉状副本,被告在此之前根本无从提出诉讼要件不具备的主张或抗辩。因此,该审查侵害了当事人对诉讼要件的辩论权,不符合正当程序的要求。而开庭审理阶段为双方当事人言词辩论提供了可能,原告可以陈述自己的理由并补充证据,回答法官的质疑,被告可以提出抗辩。学者们据此主张将对诉讼要件的审查后置,由审判庭通过口头辩论的方式予以审查。^[31]这无疑是一项较为彻底的改革提议。但遗憾的是,本次案件受理程序改革依然坚守了在立案阶段审查诉讼要件的做法。因此,在现有法律框架下研究立案庭与审判庭在诉讼要件审查上的分工,使各自审查的内容与其所能提供的程序保障相适应就显得尤为必要。

1. 立案阶段对诉讼要件的审查

立案阶段对诉讼要件的审查限度及审查内容,应与该阶段能够提供的程序保障的程度相匹配。上已述及,基于立案审查中诉讼材料的有限性和单方性、审查时间的紧迫性等特点,立案阶段难以为当事人提供充分的程序保障。因而,立案阶段的审查范围与标准应与其所能提供的程序保障相匹配,以避免当事人的合法权益受到不应有的侵害。可能的做法是,在对诉状予以形式审查的同时,对诉讼要件进行初步的审查,以过滤一批诉的合法性显有问题的案件。具体而言,可以分为以下三种情况:

其一,初步审查未发现欠缺诉讼要件,或者审查后对诉讼要件是否具备存在疑问但在法定期限内无法作出明确判断的,均应依法受理,将案件转交审判庭。被告认为诉讼要件欠缺或者存在诉讼障碍的,可在开庭审理阶段提出主张或抗辩。

其二,初步审查认为诉讼要件欠缺的,法院应当一次性书面告知在指定期限内补正。当事人在指定期限内没有补正的,或者经补正仍不符合要求的,裁定不予受理。但在作出不予受理的裁定之前,应给予原告陈述和证明的机会。

其三,初步审查认为明显欠缺诉讼要件并无法补正的,作出不予受理的裁定。类似于“赵薇瞪眼睛”的案^[32]即应在立案阶段予以排除,且无须经过口头辩论。即便在日本,也并非所有诉讼要件的审理都要经过口头辩论。对于明显欠缺诉讼要件且无法补正之诉,法院可以不经口头辩论,直接作出驳回诉之判决(《日本民事诉讼法第104条》)。日本最高裁判所第三小法庭平成8年5月28日判决认为,从裁判制度的趣旨来看,如果属于明显不可诉之情形,而且也完全不能期待通过当事人其后的诉讼活动来提出适法之诉,那么法院无须向被告送达诉状就可以直接作出驳回诉讼之判决。^[33]因

[31] 张卫平:同注29引文,第5页。傅郁林:同注1引文,第113页。

[32] 当事人以演员赵薇“在电视中瞪他”为由,将赵薇起诉到上海浦东新区法院,要求法院登记立案。参见《最高法回应“赵薇瞪眼被诉”:滥用诉权》,http://news.xinhuanet.com/mrdx/2015-06/10/c_134313057.htm,访问日期:2015年7月1日。

[33] [日]新堂幸司:同注7引书,第160页。

此,在立案阶段通过初步审查,将明显欠缺诉讼要件且无法补正的诉排除在外,并不会危及对原告的程序保障,反而可以更早地排除无益诉讼,防止被告受到滥诉的干扰,并节约司法资源。

2. 法庭审理阶段对诉讼要件的审查

法院在立案阶段未发现诉讼要件欠缺或者原告对诉讼要件予以补正的,则诉讼进入法庭审理阶段。由于立案阶段仅能对诉讼要件进行初步的审查,而且被告未被赋予抗辩的机会,因而在法庭审理阶段仍应对诉讼要件予以审查。与立案阶段不同,法庭审理阶段为双方当事人对诉讼要件存否展开辩论提供了可能性,但这并不意味着必须要对诉讼要件展开言词辩论,只有在法院认为诉讼要件欠缺或者被告提出抗辩的情况下,言词辩论方为必要。分述如下:

首先,法院审查未发现诉讼要件欠缺,或者说法院对诉之合法性不存在任何疑虑的,通常不会进行诉之合法性的辩论。诉讼要件属于依职权调查事项,不待被告提出抗辩,法院即应主动进行审查。法院审查认为诉讼要件具备,则并无就诉讼要件展开言词辩论的必要。但尚需阐明的是,诉讼要件属于依职权调查事项,这一属性旨在说明法院具有依职权对诉讼要件进行斟酌的权限,并不排除被告就诉讼要件的欠缺或者瑕疵提出抗辩的权利。因而,尽管法院未发现诉讼要件欠缺,但被告提出抗辩的,仍有就此展开辩论的必要。总之,如果法院认为诉讼要件齐备,且被告未提出抗辩的,则无须就诉讼要件存否进行辩论;相反,如果法院对诉之合法性存在疑虑,或者被告对之存有疑虑并提出抗辩的,则应为双方当事人提供言词辩论的机会。^[34]

其次,被告以存在诉讼障碍提出抗辩的,法院应给予双方当事人辩论的机会。诉讼障碍属于被告得自由处分的事项,只有被告提出抗辩时法院方可予以斟酌。被告未提出抗辩的,视为被告放弃了责问权,诉讼障碍因放弃责问而获得治愈,对此法院不得依职权予以调查。比如,在双方签有仲裁协议的情况下,一方当事人径直向法院起诉的,如果对方当事人以存在仲裁协议提出抗辩,则就该诉讼障碍存否应给以当事人陈述、证明的机会。相反,如果对方当事人未提出抗辩,法院不得依职权予以调查。

五、结语

立案难与程序保障不足被认为是我国案件受理制度的两大问题,二者均根源于在立案阶段审查诉讼要件这一法律规定。人们将我国案件受理制度归结为立案审查制,是认为只有当诉同时具备成立要件、合法要件时方发生诉成立的法律效果,仅具备成立要件不能发生诉成立的法律效果。而主张改立案审查制为立案登记制,是认为在立案登记制下,当诉具备成立要件时即发生成立的法律后果,是否具备合法要件,不影响成立效果的发生。如果抛开立法论而基于解释论的立场,对我国案件受理制度作立案登记制的合目的性解释亦是可行的,即当事人提交合法诉状即发生诉成立的法律效果,立案庭对《民事诉讼法》第119条起诉条件的审查是对诉合法与否的评判,因诉不合法而裁定不予受理的,并不影响诉成立效果的发生。如此解释不仅有利于保障当事人诉权,也切断了立案难与立法的关键。与此同时,我国兼采单层阶段诉讼与复式平行诉讼模式,在立案阶段与开庭审理阶段均可对诉讼

[34] 《德国民事诉讼法》第280条即规定,如果法院对诉之合法性存在疑虑,或者被告对之存有疑虑并提出抗辩的,则法院可以命令对于诉合法与否进行单独辩论。

要件进行审查,但二阶段所能够提供的程序保障迥异,各自审查的内容应与其所能提供的程序保障相适应。为此,立案阶段应仅作初步审查,而由审判庭承担更多的诉讼要件审查任务,并在此基础上明确不同情况下的程序保障。

On Civil Cases Accepting System from the Perspective of Hierarchical Relationship of Action Effect

Yang Huixin

Abstract: Difficulties in filing a case and insufficient procedural protections are considered to be two big problems of case accepting system in China. Civil cases could only be accepted when a declaration is legally forwarded and the action meets the requirements of commencement of action required by Articles 119 in Civil Procedure Law, which is thought to have raised the threshold of litigation dependency and lead to difficulties in filing a case. In fact, according to the theory of hierarchical relationship of action effect, a case being filed means the legitimacy of action has been evaluated positively, while litigation dependency is only the effect of the establishment of an action. The two belong to different status. Litigation dependency occurs as long as a declaration is legally forwarded and has nothing to do with cases being filed. Both Case Filing Tribunal and Civil Adjudication Tribunal can examine the requirements of action, but the content they examined should be compatible with the procedural protection they can offer. Therefore, Case Filing Tribunal should only examine the requirements of action preliminary and eliminate the action obviously lacking requirements and can not be corrected, while Civil Adjudication Tribunal undertakes most of the examination. Corresponding procedural protection should also be offered according to different conditions.

Keywords: requirements of commencement of action; requirements of action; difficulties in filing a case; procedural protection

(责任编辑: 幸颜静)

论争点效之比较法源流与本土归化

丁宝同*

摘要:对民事判决效力的谱系化认知,既须以“判决的确定”为界限区分未确定判决与确定判决的效力,还须区分确定判决之主文与判决理由的效力。“预决效力”和“先决效力”之制度构想的提出,意在寻求“争点效”理论的本土归化。其间有本源联系,即三者均指判决理由中之判断事项的程序法效力,均源于既判力客观范围之传统制度方案的内在缺陷,且在程序法理基础和制度功能取向上存在共性。也有本质区别,即争点效强调判决理由中之判断结论的刚性确定力,并不区分争点的性质;而预决效力和先决效力则突出判决理由判断之效力的柔韧性和程序性,且要区分争点的性质。

关键词:既判力 判决理由 争点效 预决效力 先决效力

传统理论、立法将既判力之客观范围限定于判决主文中的判断事项,而将判决理由的判断事项排除在外,这将造成制度层面的漏洞,即允许当事人实施的后诉可能对前诉构成实质性的重复争执,与既判力制度的初衷背道而驰。虽然大陆法系民事诉讼立法中普遍规定有中间确认之诉,当事人可以利用其获取中间确认判决,将本诉程序中之先决性事项纳入中间确认之诉的诉讼标的(判决标的)范畴,进而纳入中间确认判决的主文,最终赋予其以既判力,但是,如果当事人未能妥当利用该制度,就仍然无法达成纠纷之一次性彻底解决的诉讼目的。

为摆脱这一困境,诉讼法学界开始了对既判力客观范围之传统界定模式的反思,并形成了扩张既判力之客观范围的一系列理论学说和制度设想。其核心理念为:如果赋予判决理由中之判断事项以既判力或类似之制度性效力,就可以减少后诉对前诉构成实质性重复争议的现象,有利于避免冲突、矛盾之裁判结论的出现,诉讼之纠纷解决功能的外延将会扩大、内涵将会强化。

一、既判力之客观范围的传统界定

(一)原则上既判力限于判决主文

大陆法系之传统民事诉讼法理论认为,确定判决之既判力的客观范围取决于判决标的的范围。而且,判决是针对诉讼中的争议事项作出的,“当事人在诉讼中发生争议的东西,法院都应当进行裁判。因此,诉讼标的和裁判标的之间没有区别,和诉讼标的一样,裁判标的也是原告希望作出与诉讼请求相符的裁判的请求”。因此,“裁判标的和诉讼标的是同一的”。^[1]而判决主文中的判断恰恰是针对作为诉讼标的(即判决标的)的实体法律事项的对应判断,其与诉讼标的(即判决标的)的范围是一种

* 西南政法大学法学院副教授,法学博士。本文是国家社科基金项目“民事公益侵害阻断程序研究”(13CFX065)和西南政法大学校级重点科研项目“民事诉讼公益侵害阻断程序研究”(2012-XZZD21)的研究成果。

[1] [德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1157页。

对应的关系。进而可以得出这样一个公式:既判力的客观范围=判决标的的范围=诉讼标的的范围=判决主文中判断事项的范围。^[2]因此,结论只能是:“既判力的客观范围原则上限于判决主文中的判断事项。”而诉讼标的之旧实体法学说又认为,“实体法请求权是法律争议的标的,也必须将该请求权视为裁判的对象”,所以,前述结论也就进一步转化为:“既判力的客观范围原则上限于判决主文中以诉或反诉的形式提出的实体法请求权所为的判断。”根据这种传统界定模式,民事诉讼中裁判主体针对某一争议事项所作出的判断想要进入判决主文,从而进入既判力之作用的客观范围,必须具备两项前提条件:第一,该争议事项中包含了实体法上的请求权(在给付之诉中),或包含了类似的私法权利类型——如支配权(在确认之诉中)和形成权(在形成之诉中);第二,该争议在程序上是以诉或反诉的特定形式提出的。

所以,大陆法系主要立法例的普遍做法是:将既判力之客观范围限定于判决主文中的判断事项,而将判决理由中包含的判断事项排除在外。如《德国民事诉讼法》第322条第1款规定:“判决中,只有对于以诉或反诉而提起的请求所为的裁判,有既判力。”《法国民法典》第1351条规定:“既决事由的权威效力,^[3]仅及于作为判决标的的事由。请求之物应为同一物;诉讼请求应基于同一原因;诉讼应在相同的当事人之间进行,并且应系由同一的原告对同一的被告以同一身份提起。”^[4]《日本民事诉讼法》第114条第1款规定:“确定判决,只限于包含在判决主文之内的判断才具有既判力。”再如我国台湾地区“民事诉讼法”第400条第1款规定:“除别有规定外,确定之终局判决就经裁判之诉讼标的,有既判力。”

(二)原则上判决理由无既判力

传统界定模式下,被排除在既判力客观范围之外的判决理由中的判断事项主要有以下四类:

第一类为事实认定判断。

“法院在其判决中认定,并作为其裁判基础的事实不能具有既判力。这一点与不能对事实认定提起诉讼的规定是一致的”,^[5]即“既判力不包括事实确认(Tatsachenfeststellung),即使事实确认包含在判决理由中并作为裁判的基础”。^[6]其原因有二:第一,事实认定判断不涉及实体法上的权利类型,不能单独作为提出诉的依据;第二,在民事诉讼程序中,有关争议性事实的主张是不可能以诉或反诉的形式提出的。

第二类为先决性法律关系判断。

“先决性法律关系,如果法院在其关于某一请求权裁判中意外地对其作出了裁判,也不能独立于涵摄结论发生既判力”,^[7]即“如果发生既判力的确认或否认的法律后果取决于先决的权利和法律关系的存在或者不存在,则该先决的权利或法律关系不参与既判力”。^[8]但与“事实认定判断”不同,“先决性法律关系”本身具有实体法的属性,其直接或间接地包含请求权或类似实体权利类型的功能,

[2] 林剑峰:《民事判决既判力客观范围研究》,厦门大学出版社2006年版,第59页。

[3] 此处原文表述为“l' autorité de la chose jugée”,意为“已经判决的事情的权威效力”,简称既判力。

[4] 《法国民法典》第1351条是对既判力的经典性界定。前后两个诉讼应当符合本条所规定的条件,后一诉讼才会因为前一诉讼裁判的权威效力而不予受理。这四个条件即是:同一的原告,同一的被告,基于同一原因,诉讼标的同一。简称为“四个同一”。

[5] 同注1引书,第1159页。

[6] [德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第326页。

[7] 同注1引书,第1160页。

[8] 同注6引书,第327页。

并可以单独作为提出诉的依据。所以,确定判决中就先决性法律关系所作的判断不能进入判决主文进而取得既判力的原因只是程序性的,即当事人关于先决性法律关系的主张在诉讼程序上未以诉的形式提出。故而,既判力之客观范围的传统界定模式又认为,“为了使这种法律关系的认定具有既判力,当事人可以使用中间确认判决这种手段”。〔9〕而且,用“中间确认之诉”制度解决诉讼标的之外“先决性法律关系”判断的约束力问题,已经成为大陆法系国家和地区民事诉讼立法的通例。〔10〕

第三类为抗辩权判断。

所谓“抗辩权判断”,即法官在判决理由部分,就出现在诉讼中的、以实体法上的抗辩权为基础的、权利性抗辩所作出的判断。既判力之客观范围的传统界定模式认为,确定判决对于被告方当事人以民法中规定的抗辩权为依据所提出之抗辩作出的“抗辩权裁判也没有既判力,即使它是以被告的反请求权为基础的,只要该反请求权没有通过反诉要求作出有既判力的裁判”,〔11〕即“被告得需主张的抗辩和无需主张的抗辩不参与既判力”。〔12〕既判力之客观范围的传统界定模式之所以将裁判主体就当事人以抗辩权为依据所提出之实体性权利抗辩所为之判断排除在既判力客观范围之外,其原因就在于:诉讼中出现的实体性权利抗辩尽管在本质上包含了与请求权类似的抗辩权,但其永远也不可能取得进入确定判决之主文进而取得既判力所要求的诉的形式。〔13〕

第四类为甄别抽象法律规范判断。

所谓甄别抽象法律规范判断,是指出现在确定判决之判决理由部分的裁判主体关于诉讼中实体法律规范适用问题的论证和判断。根据既判力之客观范围的传统界定模式,“法律论证也不能具有既判力,至少不能本身单独地、独立于涵摄结论获得既判力”,〔14〕即“作为裁判理由的抽象法规不参与既判力”。“如果在第二个诉讼中应当就同一法律问题进行裁判,则法院不受前一个诉讼法院的法律观点的拘束,即便是同一个法院由同一个法官裁判。”〔15〕既判力之客观范围的传统界定模式将“甄别抽象法律规范判断”排除在判决主文之外,进而排除在既判力客观范围之外,其原因有二:第一,裁判主体作出这种判断的目的仅在于对实体法请求权进行法律归类,而不以实体法请求权的实现为目的和必然结果;第二,裁判主体作出这种判断不以当事人的主张为前提,即使当事人就此提出主张,由

〔9〕 同注1引书,第1160页。

〔10〕 如《德国民事诉讼法》第256条第2款规定:“在诉讼进行中,原告和被告就法律关系的存在或不存在有争执,而该诉讼的裁判的全部或一部是以此法律关系为据时,原告可以在作为判决基础的言词辩论终结前提请原诉申请的扩张,被告可以提起反诉,申请以裁判确定该项权利关系。”类似的规定还有《日本民事诉讼法》第245条(中间判决)、第145条(中间确认判决),我国台湾地区“民事诉讼法”第383条等。

〔11〕 同注1引书,第1161页。

〔12〕 同注6引书,第328页。

〔13〕 在我国大陆民法学界,根据私法权利的作用形态,理论上一般是将私法权利分为支配权、请求权、形成权与抗辩权。而在诉讼法学界,现在通行观点的是将诉分为给付之诉、确认之诉和形成之诉。给付之诉在私法权利类型体系中的实体法基础就是这一分类体系中的请求权,确认之诉则可能以支配权和包含请求权的实体法律关系状态为基础,形成之诉则多以其中的形成权为基础。可见,支配权、请求权和形成权,在民事诉讼制度中均可找到对应的诉的形态,唯独“抗辩权”找不到。究其原因,支配权、请求权和形成权的设计均以主动实现实体权益为目标,具有积极性、主动性和独立性;唯独抗辩权以对抗对方主体的实体权利主张为目标,具有消极性、被动性和附属性。

〔14〕 同注1引书,第1162页。

〔15〕 同注6引书,第329页。

于不以实体请求权的实现为目的,故而也绝对不能以诉的形式提出。^[16]

(三)原则下之例外:抵消权抗辩

所谓“抵消权抗辩”,是指在诉讼中,针对原告方当事人的债权请求(即诉请债权),被告行使实体法规定的抵消权,提出“以其对原告享有之其他债权(即反对债权)予以抵消”的抗辩。^[17]

传统界定模式认为,既判力客观范围原则上限于判决标的(即诉讼标的)的范围,即判决主文中的判断事项。但抵消权抗辩是一个例外:确定判决之判决理由中,裁判主体就抵消权抗辩作出的判断,在该抗辩可以对抗的诉讼请求金额范围内,就抗辩所主张的反对债权产生既判力。

赋予确定判决之判决理由中有关抵消权抗辩之判断以既判力的根本原因在于:抵消权抗辩在具备防御机能的同时,还具有主动行使反对债权的机能。^[18] 从其法律属性上讲,“抵消权抗辩既具有抗辩的性质,同时其本身又是当事人提出的可以单独构成诉讼标的的反对债权,也即具有类似于反诉的特殊性”。^[19] 因此,与其他类型的实体性权利抗辩不同,抵消权抗辩主张包含了独立于对方当事人所主张债权的另一项债权,它足以构成一个独立的诉。只是由于当事人在前诉中选择行使抵消权,它才在诉讼程序中成为一种抗辩事由;表现在判决文书中,才被纳入判决理由部分。鉴于此,作为例外,就确定判决之判决理由中的抵消权抗辩判断,在该抗辩可以对抗的诉讼请求金额范围内,应将其纳入既判力客观范围之内。目前,无论是在理论界,还是在立法层面,就此几乎已经达成共识。^[20] 但对于其获得既判力的具体范围,学界争议较大,各立法例也不尽相同,^[21] 并形成了相互对立的两种观点:第一种观点认为:在以“反对债权不成立”为由驳回抵消权抗辩主张时,“反对债权不成立”的判断结论产生既判力;在抵消权抗辩主张被认可时,“反对债权存在”的判断结论产生既判力。^[22] 第二种观点则认为:在以“反对债权不成立”为由驳回抵消权抗辩主张时,“反对债权不成立”的判断结论产生既判力;在该抵消权抗辩主张被认可时,“反对债权存在”和“诉请债权与反对债权因抵消而在抵消金额

[16] 既判力之客观范围的传统界定模式将裁判主体之甄别抽象法律规范判断排除在判决主文之外,进而排除在既判力的客观范围之外。这种界定方案主要在民事诉讼中的某项实体性判决结论的作出须以对请求权的法律归类为前提条件的民事诉讼案件中有实践意义。由于对请求权的法律归类成为裁判主体作出实体性判决的前提条件,因此,在前诉作出实体性判决时,必须首先对请求权进行法律归类,而这种归类又必然涉及实体请求权规范的甄别和选择,所以在判决理由中就必然会出现对民法中的请求权规范进行甄别和选择的法律论证和判断。但是,该法律论证和判断不具有既判力。之后,若于后诉中,就该项请求权的法律归类问题再次产生争议,后诉法官在甄别和选择实体请求权规范时,可以不受前诉确定判决之判决理由中的法律论证和判断结论的约束,而结合后诉案件的具体情况选择适用其他的实体请求权规范。

[17] 尹腊梅:《民事抗辩权研究》,知识产权出版社2008年版,第125页。

[18] 吉村德重:《抵消抗辩と既判力》,载《法政研究》1981年第2-4号,第15页。

[19] [日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑峰译,法律出版社2003年版,第510页。关于抵消权抗辩的详论论述,可参见中野貞一郎:《抵消の抗辩》,载中野貞一郎:《訴訟關係と訴訟行為》,弘文堂1961年版,第26页;木川統一郎、北川友子:《訴訟の抵消と既判力》,载《比較法学》1994年第1号,第45页;小林秀之、吉田元子:《试论无条件的抵消》,载《判例時代》1995年第921号,第38页。

[20] 如《德国民事诉讼法》第322条第2款规定:“被告主张反对债权的抵消,而裁判反对债权不存在时,在主张抵消的数额内,判决有确定力。”《日本民事诉讼法》第114条第2款规定:“对于为相抵而主张的请求成立或不成立的判断,只对以相抵对抗的金额有既判力。”我国台湾地区“民事诉讼法”第400条第2款规定:“主张抵消之请求,其成立与否经裁判者,以主张抵消之额为限,有既判力。”

[21] 坂原正夫:《民事訴訟法における既判力の研究》,慶應通信株式会社(慶應義塾大學法學研究會発売所)1993年版,第104页。

[22] 中野貞一郎:《民事訴訟法の第199条第2款》,载中野貞一郎:《訴訟關係と訴訟行為》,弘文堂1961年版,第145页;三ヶ月章:《民事訴訟法》,有斐閣2004年版,第124页;小山昇:《民事訴訟法》,青林書院新社1973年版,第399页;新堂幸司:《新民事訴訟法》,弘文堂2004年版,第588页。

范围内消灭”这两项判断结论均产生既判力。^[23]

但是,要赋予判决理由中的抵消权抗辩判断以既判力,必须满足两项特别的程序性要件:第一,判决理由中抵消权抗辩判断结论的既判力,仅限于为判断原告告诉妥当与否而就被告据以提出抵消权抗辩的反对债权所作出的实质性判断,即反对债权在实体法意义上存在与否及其内容的判断;第二,诉讼程序中,裁判主体必须首先就原告告诉债权进行审理,并作出其有效存在之判断结论后,才能就被告据反对债权提出之抵消权抗辩进行审理、判断。^[24]

二、判决理由中判断事项之既判力的赋予:德国扩张模式

为克服传统界定模式的缺陷,德国诉讼法学界的主要研究方向是:以既判力概念体系的稳定和理论体系的统一为基本前提,寻求既判力之客观范围向判决理由中之判断事项的扩张。

(一)中间确认之诉:既判力之客观范围的间接扩张

在德国,早在最初制定民事诉讼法典的时候,萨维尼(Savigny)等学者就反对机械地将既判力的客观范围限定于判决主文中的判断事项,而认为,判决理由中,就先决性法律关系所作出的判断结论,也应该赋予其既判力。^[25]

萨维尼强调,裁判主体的使命在于通过确定判决判定处于争议中的民事实体法律关系,并为该判决所产生的确定效果提供程序保障。而要完成这个使命,除了在诉讼进程中要阻止外部因素对程序进程的侵害,满足当事人最迫切的要求外,还必须力求在诉讼结束后维持被确定的民事法律关系的制度性安定。而只有通过中间确认判决的方式,对本来作为判决理由的先决性实体法律关系事项予以确定,将其纳入中间确认判决的主文,赋予其既判力,并制度性地援用于将来发生的相关法律争议,才能在诉讼程序结束后获取这种制度性的安定。萨维尼的理论主张遭到了来自维特泽(Wetzell)和翁格尔(Unger)的严厉批判,并最终在这场理论论战中败下阵来。立法者最终采取了维特泽(Wetzell)和翁格尔(Unger)的主张,设计了前文所述之既判力客观范围的传统界定模式。但立法者同时也认为,萨维尼的理论有利于避免就同一当事人之同一法律问题在前后两次诉讼程序中作出相互矛盾之裁判,从而避免相互矛盾之裁判的出现,亦属民事诉讼制度应有之价值目标。于是德国民事诉讼立法在就既判力之客观范围采用传统界定模式的同时,在其诉讼程序规则体系中也创设了当事人可以直接以先决性法律事项为诉讼标的提出中间确认之诉的程序方案。^[26]当事人可以利用中间确认之诉来获取萨维尼理论主张中所要求的中间确认判决,将诉讼中出现的先决性法律争议纳入中间确认之诉的诉讼标的(即判决标的)的范畴,进而将裁判主体对这些先决性事项的判断纳入中间确认判决的判决主文,以赋予其既判力。从这一点上讲,萨维尼虽然在整体上输掉了关于既判力之客观范围界定模式的论战,但却最终成为了“中间确认之诉”制度的始祖。

[23] 在日本,此观点属少数说。参见兼子一、松浦馨、新堂幸司、竹下守夫编:《条解民事訴訟法》,弘文堂1986年版,第344页;新堂幸司:《民事訴訟》,弘文堂1990年版,第16页;梅本吉彦:“抵消抗辩与既判力”,载三ヶ月章、青山善充编:《民事訴訟法の争点》,有斐阁1979年版,第270页。

[24] 以上关于赋予判决理由中抵消权抗辩判断以既判力的程序性要件的分析,可参见柏木邦良:《既判力の研究(2):既判力の客観的範囲・各論(1)》,リンパック2005年版,第96页。

[25] 骆永家:《既判力之研究》,三民书局1999年版,第66页。

[26] 同注25引书,第66页。

中间确认之诉的制度方案,其本质是将本诉中诉讼标的(判决标的)之外的事项纳入中间确认之诉的诉讼标的(判决标的)之内,从而使其进入中间确认判决的主文,并最终获取既判力。从程序原理上讲,这种制度进路依然近乎苛刻地坚守着既判力之客观范围的传统界定模式。但从诉讼的程序功能上看,它也确实通过在本诉程序中嵌入一个中间确认之诉的方式,使本应位于本诉之判决理由中的事项进入到中间判决的判决主文中,从而间接地实现了既判力之客观范围的扩张。

(二)从“意思关联理论”到“矛盾关系扩张理论”:既判力之客观范围的直接扩张

在萨维尼之后,这种借助一定的程序设计有条件地赋予判决理由中的判断事项以既判力的思潮蓬勃发展起来。尤其是二战后,越来越多的德国学者倾向于通过将既判力范围向判决理由中之判断事项扩张来强化判决在实体法律秩序层面的遮断效果。而判决理由中的判断事项应在多大范围内产生既判力?实现这种扩张的条件和理论依据又在哪里?这些问题就成为既判力之客观范围扩张理论所必须解决的首要问题。围绕这些问题也产生了不同的理论主张,具有较大影响的是“意思关联理论”。该理论后来又在日本和我国台湾地区演变为“矛盾关系扩张理论”。但是,后来的这些理论不同于早期的中间确认之诉,它们不再寻求对既判力客观范围之传统界定模式的机械坚守,并为赋予某一判断事项以既判力而苛求其进入判决主文,而是开始主张直接赋予判决理由中之判断事项以既判力。

意思关联理论的核心主张是:如果后诉中当事人所主张的法律效果与前诉之确定判决的既判力所确定的法律效果存在着目的论意义上的关联,即使这种关联性是通过前诉确定判决之判决理由中的判断事项与后诉判决主文中的判断事项形成的,也应当获得制度性的维持。而在以维持这种关联性为必要的限度内,应赋予前诉确定判决之判决理由中的判断事项以既判力。^[27] 该理论的主要倡导者是措伊纳(Zeuner)。他认为,“为了避免不公正,既判力应当延伸至实质补偿联系或者交换联系。比如给付请求权的正面裁判应当对关于对待给付请求权的后果诉讼有拘束力。判令执行委托的裁判和在后诉诉讼中要求费用补偿的,应当适用类似原则”。^[28] 我国台湾学者骆永家对该理论的解释是:前诉之确定判决就其判决标的所判定之实体法律关系状态及其所寻求之实体法律秩序,如果包含或排斥后诉之确定判决就其判决标的所判定之实体法律关系状态及其所寻求之实体法律秩序,则前后两诉的诉讼标的(即判决标的)之间存在“法律上之意思关联”。例如,甲对乙提起请求返还一万元借款之给付之诉,乙主张甲的债权不成立,即使债权成立也已经因清偿而消灭,裁判主体依据“债权成立并已清偿”的抗辩判决驳回原告之诉讼请求。其后,乙以甲的债权不成立、前次清偿甲属不当得利为由,提起要求返还前次所清偿金钱的给付之诉。在这种情况下,前诉之确定判决已经判定的“债权成立并已清偿”与后诉诉讼标的中“返还不当得利之请求”间,存在上述“法律上之意思关联”。此时,前诉确定判决的判决理由中的“债权成立并已清偿”的判断应有既判力,当事人不得以后诉的形式主张作为前诉之诉讼标的的债权自始不成立。所以,前述示例中的后诉违反前诉之确定判决的既判力,应以程序裁判的方式予以驳回。^[29] 另有学者认为,亨克尔的主张也属于意思关联理论。亨克尔认为,当判决理由中的判断事项所涉及的实体法律关系是作为判决对象的诉讼标的的前提性法律关系时,该确定判决的既判力的客观范围就应当扩及于该前提性法律关系,即其判决理由中就该前提性法律

[27] 有关该学说的介绍,可参见上村明广:《既判力の客観的範圍の諸問題》,载《岡山大学創立十周年記念論文集(上)——法学と法史の諸問題》,岡山大学法経学会1959年版,第179页。

[28] 同注1引书,第1167页。

[29] 同注25引书,第68页。

关系的判断应当具有既判力,当事人不得于后诉中再行争议。^[30] 但笔者认为,该主张是对早期萨维尼理论的简单重复,不应纳入意思关联理论的范畴。另外,德国学者罗森贝克(Rosenberg)、施瓦布(Schwab)、戈特瓦尔德(Gottwald)也曾经试图接受意思关联理论,但后来又放弃了这一理论主张。如三人所著《德国民事诉讼法》一书中就曾提及,“在本书以前的版本中,作者曾经试图通过扩展先决性的概念和相应的拘束力阻止出现客观上相互不一致的裁判的危险,但这种扩展很难与第322条第1款的字面意思相符。在补偿联系或者意义联系框架内的既判力拘束尤其具有两种危险:(1)当事人可能受到拘束的突袭,因为相应的界限不可预测并且毫不清晰。(2)如果第一次判决证明是错误的,则存在连续司法不公的更大的危险。因此,出于两种理由应当坚持判决的个别元素(即判决理由中的判断——笔者注)不能具有既判力”。^[31] 台湾学者骆永家也指出,措伊纳(Zeuner)的理论中,“‘意思关联’的基准,并不够明确,尚有赖于主观的判断”。^[32]

该理论后来又在日本和我国台湾地区演变为“矛盾关系扩张理论”。该理论认为,前诉判决的既判力原则上基于主文中的判断事项产生,但从实体法秩序的安定性来看,当后诉中当事人的请求或主张与前诉判决理由中的判断结论处于一种矛盾关系中,进而可能颠覆前诉确定判决主文中有关实体法律关系状态的判定结论时,前诉确定判决之判决理由中的相应判断事项应当被赋予既判力。^[33] 我国台湾地区也有学者主张,只有当后诉不受前诉确定判决之判决理由中的判断结论的拘束将导致前诉整个确定判决有可能被实质性地推翻或否定时,前诉确定判决之判决理由中的相应判断事项才产生既判力。^[34]

总体看来,德国的既判力扩张理论,以维持既判力概念体系的稳定和理论体系的统一为基本前提,直接着眼于传统界定模式下之既判力客观范围自判决主文向判决理由的扩张,以判决理由中的判断事项对实体法律关系状态的实质性作用为标准来决定是否应赋予其既判力。

三、判决理由中判断事项之制度性效力的创设:日本扩张模式

与德国相比,既判力之客观范围扩张理论在日本的发展更为激进,甚至在一定程度上开始突破“以既判力概念体系的稳定和理论体系的统一为基本前提”这一理论预设,并试图创设新的概念体系和研究范式,从而为判决理由中之判断事项创设某种不同于既判力的制度性效力。

(一) 判决之参加性效力扩张理论:日本激进扩张模式之始作俑者

判决之参加性效力扩张理论由日本学者兼子一所创,其理论内核是:试图将“仅限于参加人与被参加人间之参加性效力,扩张于当事人间”。^[35]

[30] 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,三民书局1996年版,第659页。

[31] 同注1引书,第1168页。

[32] 同注25引书,第69页。

[33] 有关该学说的介绍,可参见柏木直良:《訴訟物の概念の機能》,载新堂幸司編:《講座民事訴訟(2)》,弘文堂1985年版,第181页;柏木邦良:《既判力の客観的範囲の研究》,リンパック2001年版,第158页;柏木邦良:《既判力の研究(3):既判力の客観的範囲・各論(2)》,リンパック2006年版,第181页。

[34] 同注30引书,第659页。

[35] 同注25引书,第73页。

所谓判决之参加性效力,是指确定判决在“辅助参加人”^[36]与“被参加人”^[37]间的效力。如A(买方)与B(卖方)签订有买卖标的物X的合同,之后发生纠纷,A以B为被告提起诉讼,要求B承担因X的瑕疵造成损害的赔偿责任,而B称其标的物X是自C处购得,C则可以辅助参加人的身份参加诉讼,而B则是被参加人。在A与B的诉讼中,如法院以X确有瑕疵为由,判决B败诉,则判决理由中“标的物X确有瑕疵”的判断对C亦将产生约束力,即之后如果B以C为被告提起损害赔偿诉讼,在该后诉中,C不得再就标的物X之瑕疵问题再行争执,法院也须据前诉之确定判决认定X确有瑕疵。此处,前诉判决理由中“标的物X确有瑕疵”的判断在B(被参加人)和C(辅助参加人)之间所产生的约束力,即为“判决之参加性效力”。^[38]

判决之参加性效力与既判力有着本质的差异,表现在四个方面:第一,既判力为本诉双方当事人之间之内部关系,以确定判决所判定的实体法律关系状态的安定性为其价值目标,而参加性效力则是诉讼中的辅助参加人与被参加人之关系,以二者之间程序责任之平等分摊为其价值目标。第二,针对本诉作出的终局判决,无论原告胜诉还是被告胜诉,判决确定后主文部分的判断事项均产生既判力,而只有在被参加人败诉时,确定判决中判决理由部分的相应判断事项才会产生参加性效力。第三,既判力属于法院职权调查事项,其援用不以当事人的程序主张为前提,而参加性效力不属于法院职权调查事项,其援用以当事人的程序主张为必要。第四,既判力之客观范围原则上以判决主文中的判断事项为限,而参加性效力不涉及判决主文中的判断事项、只针对判决理由中的相应判断事项。^[39]

兼子一通过将这种本来限于辅助参加人与被参加人之间的判决理由部分之判断事项的参加性效力扩张适用于本诉当事人之间,创设了“判决之参加性效力扩张理论”。该理论认为,判决之参加性效力理论以辅助参加人与被参加人之间的程序平等为基本价值目标,以在二者之间产生禁反言的程序效果为表现方式;所以,当在本诉双方当事人间亦有必要适用禁反言原则时,亦可在本诉之双方当事人之间类推适用判决之参加性效力,即前诉判决理由中的判断,在前诉当事人间亦产生判决之参加性效力。如:在前诉中买方诉请卖方交付买卖合同标的物,法院以合同无效为由,判决买方败诉;在之后买方又以不当得利为实体法依据诉请卖方返还买卖价款的后诉中,卖方不得主张合同有效。因为,前诉判决理由中已经判定“合同无效”,基于在同一买卖合同关系的双方主体间的诉讼中应当适用禁反言原则的要求,此时应当在买卖合同双方之间类推适用判决之参加性效力。

在兼子一的理论中,我们可以发现:第一,他已经在创设不同于既判力的判决效力概念,即判决的参加性效力;第二,他已经开始考虑借鉴英美法系民事诉讼制度中所特有的“禁反言”制度。从这个层面上讲,在日本民事诉讼法学界,兼子一可谓是既判力客观范围扩张之“激进理论”的始作俑者。

(二)争点效理论:日本激进扩张模式之系统化拓展

在兼子一的判决之参加性效力扩张理论之后,由日本学者新堂幸司倡导的争点效理论,则将既判力客观范围扩张理论的这种激进趋向推向系统化拓展的层面。其标志性文献是新堂幸司的两篇文章

[36] 相当于我国民事诉讼制度中的“无独立请求权第三人”。

[37] 本诉当事人。

[38] 参见兼子一:《既判力与参加性效力》,载《法政研究》1965年第3-6号,第33页。

[39] 如判决理由中针对本诉判决之先决性事项的判断、支撑败诉理由的证据判断和事实认定判断等出现在判决理由部分的判断,满足相应程序要件,均能获得相应的参加性效力。

《既判力与诉讼标的》^[40]与《附条件给付判决及其效果》^[41]其后新堂幸司又通过《否定争点效的最高裁判所判决遗留的残局》^[42]《参加性效力的扩张与辅助参加人的从属性——有关争点效主观范围之试论(一)》^[43]和《从诉讼当事人获得登记者之地位——有关争点效主观范围之试论(二)》^[44]三篇文章对该理论进行了展开。按其所言,争点效理论是受德国学者措伊纳(Zeuner)的“既判力客观范围扩张理论”(意思关联理论)及美国法中“issue preclusion”(争点排除)和“collateral estoppel”(间接禁反言)制度的启发,并在兼子一教授所倡导的“判决之参加性效力扩张”理论的影响下,提出的一种全新的、旨在扩张传统既判力之客观范围的理论主张。

争点效理论认为,在前诉中已经被双方当事人作为主要争议事项形成程序对抗,而且法院也对其进行了充分审理并在终局判决的判决理由部分作出了判断,当其作为主要的先决性事项出现在其他后诉的审理程序中时,前诉法院的确定判决在判决理由部分对该争议事项所作的判断结论将产生“通用力”——既不允许后诉当事人提出与该判断结论相冲突的主张或实施相应的举证行为,也不允许后诉法院作出与之相冲突的判断。因此,所谓争点效,即前诉之确定判决在判决理由部分就某争议事项所作的判断结论所具有的禁止后诉当事人为之相冲突之主张或法院为之相冲突之判断的“通用力”。^[45]争点效理论试图通过赋予判决理由中对诉讼中的重要争点所作的判断以一种通用的确定力,并将这种确定力与传统意义上的既判力相区别,进而实现既判力客观范围向判决理由中之判断事项扩张的理论目的,摆脱传统既判力客观范围理论与诉讼实践脱节的困境。可见,在新堂幸司的理论体系中,争点效是不同于传统既判力概念的一个全新概念。该理论同时提出,赋予确定判决之判决理由中的判断事项以争点效必须具备相应的程序要件:其一,争点效的赋予仅限于判决理由对主要争点作出的判断;其二,前诉当事人已就该主要争点穷尽诉讼攻防手段;其三,判决理由就该主要争点的判断结论是“实质性”(而非“程序性”)的;其四,前诉之系争实体利益大于或等于后诉之系争实体利益;其五,当事人须于后诉程序中提出援引该项判断结论之争点效的程序主张。^[46]当事人如于后诉程序中成功援引争点效,其效果则表现为:其一,在后诉程序中,对方当事人不得再提出与该争点效相冲突的主张或抗辩,裁判主体不得作出与该争点效相冲突的判断结论;其二,争点效在时间维度上以前诉之“判决基准时”^[47]为界限;其三,争点效在主体维度上限于确定判决之双方当事人间,并准用既判力主观范围之扩张制度来向第三方主体扩张。^[48]

综上所述,争点效概念与传统的既判力概念既有显著差异,又有密切关联:第一,争点效理论以诚实信用与平等原则的程序理念为其价值基础,以避免就同一争议事项的矛盾判断为其价值趋向;^[49]而既判力则以纠纷一次性解决的程序理念为其价值基础,以禁止就同一判决标的的重复论争和矛盾判断为其价值趋向。第二,争点效的制度功能仅限于“积极作用”形态,即其并不能阻止涉及同一争议

[40] 新堂幸司:《訴訟物と争点効》,有斐閣 2002 年版,第 145 页。

[41] 同注 40 引书,第 183 页。

[42] 同注 40 引书,第 269 页。

[43] 同注 40 引书,第 227 页。

[44] 同注 40 引书,第 297 页。

[45] [日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 492 页。

[46] 同注 45 引书,第 499 页。

[47] “判决基准时”,又称“判决标准时”,是既判力时间范围理论体系中的一个概念。

[48] 同注 45 引书,第 502 页。

[49] 王福华:《民事诉讼基本结构》,中国检察出版社 2002 年版,第 155 页。

事项的后诉进入诉讼程序,而只能要求后诉程序中的当事人和裁判主体遵循有争点效的判断;而既判力的作用形态既可能表现为阻止涉及同一争议事项的后诉进入诉讼程序的“消极作用”,也可能表现为要求后诉程序中的当事人和裁判主体遵循既判力判断的“积极作用”。第三,争点效仅限于判决理由中就某一非判决标的的争议事项的判断结论产生,其客观范围的判定不以诉讼标的(判决标的)的范围为基准;而既判力的客观范围取决于诉讼标的(判决标的)的范围,以判决主文中的判断事项为限,仅有的例外是判决理由中对抵消权抗辩的判断结论。第四,争点效的赋予须以相应的程序性要件为前提;而既判力的赋予属于强制性的制度设计。第五,争点效的程序运用以后诉程序中当事人提出援引争点效的程序主张或抗辩为前提条件;而既判力属于法院职权调查事项。第六,争点效作用的时间范围和主观范围基本照搬既判力作用之时间范围和主观范围的理论和制度。

在争点效理论发展的后期,新堂幸司又提出了“遮断效”的概念,进一步扩张其原有的理论体系。所谓“遮断效”是指,前诉之确定判决就其没有作出判断,但当事人于诉讼程序中具有“正当解决期待”的争议事项所产生的“阻断后诉”的约束性效果。如:在前诉中A争点构成主要争点,而在后诉中B争点构成主要争点,前诉判决并未就B争点作出判断。但从前诉的整体程序运行来看,基于原告的诉讼行为和诚实信用原则,被告有足够的理由期待,只要解决A争点事项,就足以最终判定原告的诉请是否成立。对于B争点,被告则有足够的理由期待原告于前诉中一同提出,而不是在此之后另诉提出。此时,前诉判决尽管没有对B争点作出判断,但其仍能阻止以B争点为据的再诉,这种程序阻断的效果即为“遮断效”。^[50]综合新堂幸司的相关论述,他认为“遮断效”是区别于“既判力”和“争点效”的第三种效力形态。它不同于既判力是因为:既判力产生于标识诉讼标的(裁判标的)的判决主文中的判断事项;而遮断效产生于当事人具有“正当解决期待”的争议事项,它不属于前诉之诉讼标的(判决标的)的范畴,如对其作出判断,该判断结论应位于前诉确定判决之判决理由部分。它不同于争点效是因为:争点效的赋予,以后诉所涉及的争议事项在前诉程序已经获得充分审理和实质性判断为限;而遮断效则是基于诚实信用原则被赋予当事人于前诉程序中有“正当解决期待”的争议事项,而该争议事项在前诉程序中并未获得充分审理,亦未获得实质性判断。从这一层面上讲,“遮断效”概念已对“争点效”概念构成了实质性突破。

新堂幸司提出争点效及遮断效概念后,在日本民事诉讼法学界掀起了轩然大波,众多学者参与了该理论的研讨和论证。^[51]但该理论并未在实务领域获得足够的支持。尽管新堂幸司本人声称,“作为判例而言,从下级审的层面来看,对争点效持肯定与否定的判例各占一半”,但其也不得不承认,日本最高裁判所的判例基本上否定了争点效理论,而最具代表性的判例是“最高裁判所第三小法庭1969年6月24日的判决”和“第一小法庭1973年10月4日的判决”。^[52]

四、预决效力与先决效力:争点效之本土归化路径

(一) 制度构想

有关既判力之客观范围向判决理由中之判断事项扩张的理论探索,至少说明了这样一个现实,即

[50] 同注45引书,第505页。

[51] 同注45引书,第493页。

[52] 同注45引书,第494页。

因追求理论体系的内在逻辑统一,传统之既判力客观范围理论已在一定程度上脱离于诉讼实践。为摆脱这一困境,必须对其作出修正。我国的民事诉讼法学理论体系,也应对此困境给予预见性的关注,进而引导未来的民诉法典修订。然而,我国的既判力理论研究和制度设计处于起步阶段,理论体系尚未系统构建,立法入典更未提上日程。因此,研究的起点应是如何“奠基”而非怎样“批判”。所以,我国现阶段对既判力之客观范围的探讨,依然应重点着墨于其“基础理论体系”。即使考虑到其传统界定模式的缺陷,意图寻求既判力之客观范围的扩张,也应以基础理论体系的稳固为前提。

因此,在我国当前民事诉讼理论研究和立法现状之背景下,就民事判决理由之效力问题的探索,应坚守两个基本理念。其一,要避免德国之扩张模式的墨守成规,即不能满足于中间确认之诉制度的阶段性补救功能,也不能基于对“意思关联理论”和“矛盾关系扩张理论”的机械模仿而冒然赋予判决理由中的判断事项以既判力,因为那将使既判力理论和制度陷入僵化的自我循环,失去应有的发展前景。其二,要避免日本之扩张模式的过度激进,即不能照搬参加性效力扩张理论、争点效理论或遮断效理论的学说体系,冒然打造颠覆性的基本概念,因为那将冲击既判力概念和理论体系的稳定性和统一性,进而摧毁既判力理论和制度的生存根基,阻碍我国民诉立法之既判力制度的系统构建。所以,不妨在德国与日本之扩张模式之间寻求一条中间路线,赋予判决理由中之判断事项以一种柔性的程序法效力,以实现价值趋向上的有机兼容,在有限度地扩张既判力之客观范围的同时,维持既判力之理论体系的稳定和统一。

综上,笔者提出以下两项制度构想:

其一,赋予判决理由中之事实判断以预决效力,即在判决确定后,以形式上之确定力为基础,其判决理由中就案件所涉及之主要事实争点的判断和认定结论产生“预决效力”。

第二,赋予判决理由中之法律判断以先决效力,即在判决确定后,以形式上之确定力为基础,其判决理由中就案件所涉及之主要法律争点的判断和认定结论产生“先决效力”。

(二) 预决效力:判决理由中之事实判断

所谓判决理由中之事实判断的预决效力,亦称“已确定事实的预决力”^[53]“已决事实的预决效力”^[54]也有学者称其为“民事既判事实之预决效力”^[55]即先期诉讼之确定判决已就某主要事实争点于判决理由中作出判断和认定,当该项事实在后续之诉讼或其他程序中再次形成争议时,后续程序之当事人可不再举证,而由裁判主体根据当事人的主张对该项争议事实作出与先期确定判决一致的判断和认定。

就预决效力的本质和法理根据,学界形成了两种代表性的学说:其一,拟制真实说。该学说根源于罗马法谚语——“既判事项是真实的”。民诉学界,最早系统论证该学说的是德国法学家萨维尼。他认为,案件事实一经法院判决认定,就被拟制为真实的事实,不允许当事人再次争执,并禁止后诉法院在审理关联案件时作出相反的事实认定。^[56]其二,客观真实说。该学说主要由前苏联诉讼法学者倡导。其认为,判决确定的事实就是客观真实的,后诉相关案件的审理法院必须以既判事实作为裁判的基础。因而,民事诉讼法上的预决效力,就是先期确定民事判决中的证据判断和事实认定,对于后

[53] 江伟、常廷彬:《论已认定事实的预决力》,载《中国法学》2008年第3期,第102页。

[54] 翁晓斌:《论已决事实的预决效力》,载《中国法学》2006年第4期,第180页。

[55] 胡军辉:《论民事既判事实之预决效力》,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2010年第4期,第39页。

[56] [德]汉斯·弗里德海姆·高尔:《既判力论文集》,松本博之等译,信山社2003年版,第18页。

续关联案件之审理法院的拘束力。^[57]

就此,笔者认为,关于预决效力之本质问题的讨论,早期“根据论”的逻辑分析模式应让位于更加务实的“程序功能论”的逻辑进路,从预决效力之程序效果的角度,对其本质属性进行务实性的阐释,才是解答这一问题的正确途径。因此,本文认为,本质上讲,预决效力是一种证明争议事实的程序法效力,因其源于先期诉讼程序的规范运作,而具备优于一般证据的证明效果。但是,这种预决效力是柔性的,而非绝对的。因为,尽管其证明效果优于一般证据,但其在本质上仍然是一种证据,当然可以被更强有力的证据所推翻。故而,源于预决效力的免证效果也不是绝对的。恰如有学者所指出的,已决事实的效力是一种“相对免证的效果,是一种可用反证推翻的推定,显然不属于既判力范畴”。^[58]

作为一种柔性的程序法效力,预决效力的赋予需要满足相应的程序要件:其一,预决效力的赋予仅限于判决理由中就案件之主要事实争点(即要件事实及其所依据之基础证据)所作出的判断。其二,先期诉讼当事人已就该主要事实争点穷尽诉讼之攻防手段。其三,判决理由就该主要事实争点的判断结论是“实质性”(而非“程序性”)的。其四,当事人须于后续程序中提出援引该项判断结论之预决效力的程序主张。

当事人如于后续程序中成功援引预决效力,其法律效果则表现为:其一,在后续程序中,援引预决效力的一方当事人,可就该主要事实争点免于举证。其二,另一方当事人就同一主要事实争点提出不同于先期判决之认定结论的主张时,只有提出更加充分的相反证据才能对抗预决效力。其三,裁判主体仅得于相反证据足以推翻先期判决之认定结论时,方可于后续程序中推翻预决效力,作出相反的事实认定结论。其四,预决效力不需要在时间维度上援引适用既判力之时间范围的制度方案,后续程序中提出相反证据也不需要受“判决基准时”的限制。其五,预决效力需援引适用既判力之主观范围的制度方案,在主体维度上限于确定判决之双方当事人间,并准用既判力主观范围之扩张制度向第三方主体扩张。

(三)先决效力:判决理由中之法律判断

所谓判决理由中之“法律判断”^[59]的先决效力,即先期诉讼程序之确定判决已就某项主要法律争点于判决理由中作出的判断和认定,当该项法律争点在后续之诉讼或其他程序中再次形成争议时,后续程序之裁判主体应将其作为判断法律关系状态、确定权利义务内容的先决性依据,并对法律关系争议作出与之一致的判断和认定。

从制度功能上看,这种先决效力具有决定法律关系性质和内容的效果。但本质上讲,其源自于先期诉讼程序在规范运作的基础上就该项法律关系所作出的判断和认定,是一种程序法上的效力。而且,这种先决效力也不是绝对的,而是柔性的、具有依附性的,即先决效力的强度取决于程序的属性。具体来讲,其一,高级别法院确定判决的先决效力强于低级别法院确定判决的先决效力;其二,诉讼判决的先决效力强于行政裁决的先决效力。

作为一种柔性的、具有依附性的程序法效力,先决效力的赋予亦需满足相应的程序要件:其一,先决效力的赋予仅限于判决理由中就案件之主要法律争点所作出的判断。所谓主要法律争点,应作广义理解,其包括(但不限于)先决性法律关系争议、抗辩权争议和法律规范适用争议。因此,先决效力

[57] [前苏联]史图钦:《苏维埃民事诉讼上的预决》,张柴葛译,载《苏维埃国家和法杂志》1956年第5期,第53页。

[58] 叶自强:《论司法认知》,载《法学研究》1996年第4期,第22页。

[59] 此处的“法律判断”,包括但不限于前文所提及的“先决性法律关系判断”、“抗辩权判断”和“甄别抽象法律规范判断”。

主要(但不仅是)产生于判决理由中的“先决性法律关系判断”^[60]“抗辩权判断”^[61]和“甄别法律规范判断”^[62]其二,先期诉讼当事人已就该主要法律争点穷尽诉讼之攻防手段。其三,判决理由就该主要法律争点的判断结论是“实质性”(而非“程序性”)的。其四,当事人须于后续程序中提出援引该项判断结论之先决效力的程序主张。其五,先期诉讼在程序属性位阶上不低于后续程序。^[63]

当事人如于后续程序中成功援引先决效力,其法律效果则表现为:其一,在后续程序中,援引先决效力的一方当事人,可就该主要法律争点免除主张责任。其二,对方当事人不得再行提出与先决效力相冲突的主张或抗辩,裁判主体亦不得作出与先决效力相冲突的判断结论。其三,先决效力需援引适用既判力之时间范围的制度方案,在时间维度上以前诉之“判决基准时”为界限;其四,先决效力需援引适用既判力之主观范围的制度方案,在主体维度上限于确定判决之双方当事人间,并准用既判力主观范围之扩张制度向第三方主体扩张。

但是,需要特别强调的是,作为一种柔性的、具有依附性的效力,先决效力的成功援引,必须以先期诉讼在程序属性位阶上优于后续程序为前提。具体来讲,第一,后续行政裁决程序中,当事人可成功援引先期诉讼确定判决的先决效力,但不可于后续诉讼程序中援引先期行政裁决的先决效力;第二,后续低级别法院诉讼中,当事人可成功援引先期高级别法院确定判决的先决效力,但不可于后续高级别法院诉讼中援引先期低级别法院确定判决的先决效力。

(四)与争点效的逻辑区分

以上提出之预决效力和先决效力,与诉讼法学界引人注目又饱受争议的“争点效”概念比较,既有本源联系,也有本质区别。^[64]

所谓本源联系,可概括为四个方面:

其一,三者均是指确定判决之判决理由中的判断事项所产生的效力。所谓争点效,即在前诉双方当事人已就某主要争议事项形成实质性程序对抗,法院也对该争议事项进行了充分审理并作出了实质性判断时,确定判决之判决理由中的判断结论所具有的禁止后诉中当事人为与之相冲突之主张或法院为与之相冲突之判断的“通用力”。所谓预决效力,是指判决理由中之事实判断的效力,即先期诉讼之确定判决已就某主要事实争点于判决理由中作出判断和认定,当该项事实在后续之诉讼或其他程序中再次形成争议时,后续程序之当事人可不再举证,而由裁判主体根据当事人的主张对该项争议事实作出与先期确定判决一致的判断和认定。所谓先决效力,则指判决理由中之法律判断的效力,即先期诉讼程序之确定判决已就某项主要法律争点于判决理由中作出的判断和认定,当该项法律争点在后续之诉讼或其他程序中再次形成争议时,后续程序之裁判主体应将其作为判断法律关系状态、确定权利义务内容的先决性依据,并对法律关系争议作出与之一致的判断和认定。

其二,三种效力形态的提出,均源于既判力客观范围之传统制度方案的内在逻辑缺陷。因追求理论体系的内在逻辑统一,传统之既判力客观范围理论已在一定程度上脱离于诉讼实践。就此,德国诉讼法学界试图以既判力概念体系的稳定和理论体系的统一为基本前提,寻求既判力之客观范围向判

[60] 所谓“先决性法律关系判断”,即确定判决之判决理由中就系争诉讼标的之前提性法律关系所作出的判断。

[61] 所谓“抗辩权判断”,即确定判决之判决理由中就以实体法上的抗辩权为基础的权利性抗辩所作出的判断。

[62] 所谓“甄别法律规范判断”,即确定判决之判决理由中关于诉讼之实体法律规范适用问题的论证和判断。

[63] 所谓“程序属性位阶”,即特定程序的效力层级。具体而言,诉讼的程序属性位阶高于行政程序,高级别法院诉讼的程序属性位阶高于低级别法院的诉讼。

[64] 邵明:《论法院民事预决事实的效力及其采用规则》,载《人民司法·应用》2009年第15期,第94页。

决理由中之判断事项的扩张。日本诉讼法学界则提出了更为激进的理论进路,试图创设新的概念和研究范式,从而为判决理由中之判断事项创设某种不同于既判力的制度性效力。争点效概念正是在这一逻辑背景下产生的。而本文的制度构想及预决效力和先决效力概念的提出,则是尝试为争点效理论寻求一种本土化的逻辑路径,并力求避免德国之扩张模式的墨守成规和日本之扩张模式的过度激进。

其三,三种效力形态在程序法理基础和制度功能取向上存在共性。首先,三者均以诚实信用与平等原则的程序理念为其价值基础,以避免就同一争议事项的矛盾判断为其价值趋向;其次,三者之制度功能均仅限于判决效力之“积极作用”形态,并不阻止涉及同一争议事项的后诉进入诉讼程序,而只要求后诉程序中的当事人和裁判主体遵循前诉判决理由就该争议事项作出的判断结论;再次,三者作用之客观范围的判定均不以诉讼标的(判决标的)的范围为基准。

其四,三种效力形态的程序运行逻辑存在共性。首先,三者的赋予和援引均需以相应的程序性要件为前提;其次,三者作用之主观范围的界定均需援引适用既判力之主观范围的制度方案,在主体维度上限于确定判决之双方当事人间,并准用既判力主观范围之扩张制度向第三方主体扩张。

所谓本质区别,亦可概括为四个方面:

其一,争点效并不区分争点的性质,预决效力和先决效力则要区分争点的性质。预决效力产生于判决理由中就主要事实争点的判断和认定,而先决效力产生于判决理由中就主要法律争点的判断和认定。所谓主要事实争点,应作广义理解,其包括案件所涉及之要件事实及其所依据之基础证据。所谓主要法律争点,亦应作广义理解,其包括(但不限于)先决性法律关系争议、抗辩权争议和法律规范适用争议。

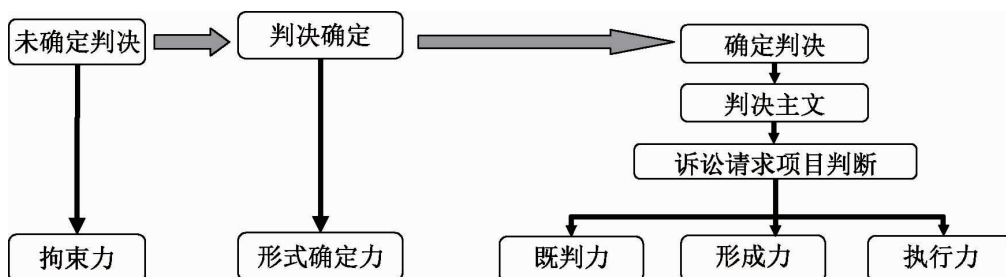
其二,争点效概念强调判决理由中之判断结论的刚性确定力,而预决效力和先决效力则突出判决理由判断之效力的柔韧性和程序性。争点效理论意在赋予判决理由中的判断事项以一种通用的确定力,进而将其界定为:前诉之确定判决在判决理由部分就某争议事项所作的判断结论所具有的禁止后诉中当事人为与之相冲突之主张或法院为与之相冲突之判断的“通用力”。但在本文的论证体系中,预决效力是一种证明争议事实的程序法效力,因其源于先期诉讼程序的规范运作,而具备优于一般证据的证明效果,但它是柔性的、而非绝对的,是可以被更强有力的证据所推翻的;先决效力虽具有决定法律关系性质和内容的效果,但本质上亦源自先期诉讼程序之规范运作,是一种程序法上的效力,它也不是绝对的,而是柔性的、具有依附性的。

其三,争点效需援引适用既判力之时间范围的制度方案,其作用范围在时间维度上以前诉之“判决基准时”为界限。而预决效力不需要在时间维度上援引适用既判力之时间范围的制度方案,后续程序中提出相反证据也不需要受“判决基准时”的限制。

其四,后续程序对先期判决之争点效的援引无须考虑程序属性的位阶关系,而先决效力的成功援引却必须以先期诉讼在程序属性位阶上优于后续程序为前提。就先决效力的援引,具体来讲,第一,后续行政裁决程序中,当事人可成功援引先期诉讼确定判决的先决效力,但不可于后续诉讼程序中援引先期行政裁决的先决效力;第二,后续低级别法院诉讼中,当事人可成功援引先期高级别法院确定判决的先决效力,但不可于后续高级别法院诉讼中援引先期低级别法院确定判决的先决效力。但争点效的援引,无须考虑这一因素,即便后续程序属高级别法院诉讼,亦可援引先期低级别法院判决的争点效。

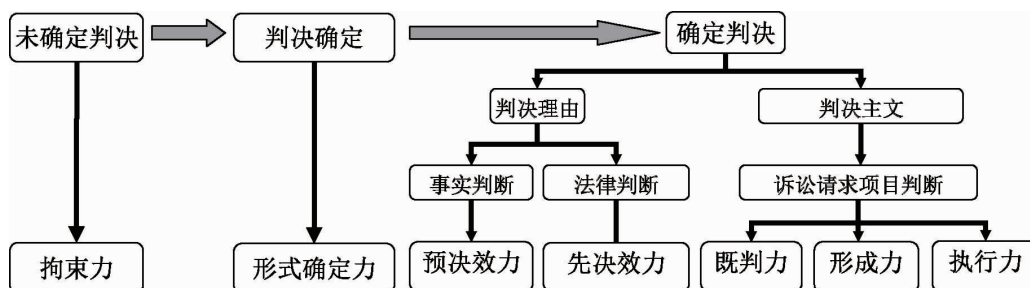
五、结论：民事判决之效力谱系的修正

传统理论认为,对民事判决效力的谱系化认知须以“判决的确定”^[65]为界限区分未确定判决和确定判决的效力,进而形成图示 1 之谱系认知框架:



图示 1 民事判决效力的谱系框架(修正前)

但是,笔者认为,基于前文就判决理由中判断事项之效力问题的论述,以及所提出的“预决效力”和“先决效力”的制度构想,还必须区分确定判决之判决主文和判决理由的效力。因此,有必要对图示 1 之谱系认知框架进行如图示 2 之修正:



图示 2 民事判决效力的谱系框架(修正后)

就图示 2 之民事判决效力的谱系认知框架,可作以下之解读:

第一,未确定判决的效力——拘束力。

拘束力又称为“羁束力”,^[66]是指判决一经宣示,就产生的对法院的约束效果——禁止法院非依法定事由和程序对判决任意变更或取消。^[67]法院以裁定、决定等形式作出的判断,也准用判决拘束力。

第二,判决的确定。

所谓判决的确定,即穷尽诉讼制度中所有常规救济程序后获得的终局判决。此时,判决已经达到用通常的不服声明不能剥夺其存在的状态,即称为确定判决。^[68]判决一经确定,即发生当事人不得

[65] “判决确定”是大陆法系民事诉讼法学理论的一个重要概念,但我国现行民事诉讼立法未采用这一概念,取而代之的是“判决生效”这一概念。尽管从时间点上看,判决的生效与判决的确定是同一时刻,但笔者认为,“判决确定”相对于“判决生效”更具逻辑上的合理性。

[66] 王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,三民书局 2002 年版,第 474 页。

[67] 肖建国:《判决的效力与既判力理论》,载江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 133 页。

[68] [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社 1995 年版,第 154 页。

以上诉的方法请求上级法院将该判决废弃与变更的效力,此即判决的形式上确定力。^[69]我国现行立法所称之“判决生效”,^[70]相当于“判决确定”的意思。因此,有台湾学者指出,“大陆民事诉讼法并无‘确定判决’之用语,所称‘发生法律效力之判决’实为确定判决”。^[71]

第三,确定判决之判决理由的效力——预决效力和先决效力。

在判决确定后,以形式上之确定力为基础,其判决理由中就主要事实争点的判断和认定结论产生“预决效力”,就主要法律争点的判断和认定结论则产生“先决效力”。

所谓判决理由中之事实判断的预决效力,即先期诉讼之确定判决已就某主要事实争点于判决理由中作出判断和认定,当该项事实在后续之诉讼或其他程序中再次形成争议时,后续程序之当事人可不再举证,而由裁判主体根据当事人的主张对该项争议事实作出与先期确定判决一致的判断和认定。预决效力的赋予需要满足四项程序要件:首先,仅限于判决理由中就案件之主要事实争点所作出的判断;其次,先期诉讼当事人已就该主要事实争点穷尽诉讼之攻防手段;再次,判决理由就该主要事实争点的判断结论是“实质性”的;最后,当事人须于后续程序中提出援引该项判断结论之预决效力的程序主张。

所谓判决理由中之法律判断的先决效力,即先期诉讼程序之确定判决已就某项主要法律争点于判决理由中作出了判断和认定,当该项法律争点在后续之诉讼或其他程序中再次形成争议时,后续程序之裁判主体应将其作为判断法律关系状态、确定权利义务内容的先决性依据,并对法律关系争议作出与之一致的判断和认定。先决效力的赋予需要满足五项程序要件:其一,仅限于判决理由中就案件之主要法律争点所作出的判断;其二,先期诉讼当事人已就该主要法律争点穷尽诉讼之攻防手段;其三,判决理由就该主要法律争点的判断结论是“实质性”的;其四,当事人须于后续程序中提出援引该项判断结论之先决效力的程序主张;其五,先期诉讼在程序属性位阶上不低于后续程序。

第四,确定判决之判决主文的效力——既判力、形成力和执行力。

以形式上之确定力为基础,确定判决之判决主文中针对诉讼请求项目的判断结论将产生既判力、形成力和执行力。

所谓既判力,即判决一旦确定,其就诉讼中出现的实体性主张所为之判断,就成为规范双方当事人间民事法律关系的法定依据,当事人不得就同一实体性事项再行讼争或提出不同主张,法院也不得就同一实体事项再次以诉的形式受理或作出不同的判断。^[72]既判力在本质上兼具程序法与实体法的属性。^[73]其客观范围仅及于(确定判决之)主文中的判断,亦即对于诉讼标的之判断。^[74]

所谓形成力,即已确定之“形成判决”^[75]所特有的,导致法律关系发生、变更或消灭的效力。“所有形成之诉的共同特点是透过判决(形成判决)形成某种法律状态的当然变更。”^[76]产生于形成诉讼

[69] 同注66引书,第487页。

[70] 我国《民事诉讼法》第155条规定:“最高人民法院的判决、裁定,以及依法不准上诉或者超过上诉期没有上诉的判决、裁定,是发生法律效力之判决、裁定。”理论界和实务界均习惯性地称之为“判决生效”。

[71] 杨建华:《大陆民事诉讼法之比较与评析》,三民书局1991年版,第135页。

[72] 叶自强:《论判决的既判力》,载《法学研究》1997年第2期,第96页。

[73] 叶自强:《论既判力的本质》,载《法学研究》1995年第5期,第26页。

[74] 江伟、肖建国:《论既判力的客观范围》,载《法学研究》1996年第4期,第40页。

[75] 并非所有的形成之诉都产生形成判决,原告败诉时的判决就不是形成判决,也不具有形成力,但具有既判力。

[76] [日]三ヶ月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版公司1997年版,第56页。

的形成判决,其目的则在于对将来的民事法律关系状态作出实体性判断,其法律效果则在于形成新的民事法律关系或变更、消灭既有的民事法律关系。^[77] 这种透过裁判而变更、形成法律关系及法律状态的效力即为裁判的形成力。^[78] 又有学者称之为“判决之创设力”。^[79]

所谓执行力,即当确定判决主文中包含给付性内容,而义务人又没有自动履行时,当事人可据以向法院申请强制执行的效力,^[80] 即确定判决所具备的,使其所包含的给付性内容得以现实化的效力。^[81] 也有学者将其界定为“以强制执行实现给付判决所宣告的给付义务的效力”。^[82]

The Logical Origin on Comparative Law and Localization of Issue Preclusion

Ding Baotong

Abstract: To analyse the effect of civil judgment systematically, we should not only distinct determined civil judgment from un-determined civil judgment, but also differentiate between text and justification in a determined civil judgment. In the justification of a determined civil judgment, the fact judgment possess preliminary effect and the legal judgment possess pre-determination effect. Compared with issue preclusion, there are essential relationship and distinction. They are all procedural effect of the justification in a determined civil judgment, which is the essential relationship. Issue preclusion does not distinguish between fact issue and legal issue, but preliminary effect and pre-determination effect must distinguish between fact issue and legal issue, the essential distinction.

Keywords: Res Judicata; justification of civil judgment; issue preclusion; preliminary effect; pre-determination effect

(责任编辑:幸颜静)

[77] 李木贵:《民事诉讼法》(上),三民书局2006年版,第2-4页。

[78] 同注76引书,第57页。

[79] 同注66引书,第501页。

[80] 参见江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第283页。

[81] [日]中野贞一郎、松浦馨、铃木正裕:《新民事诉讼法讲义》,有斐阁1998年版,第369页。

[82] 同注68引书,第168页。

论美国《模范刑法典》的犯罪论体系

江 溯*

摘 要:20 世纪以来,两大法系犯罪论体系形成了三种模式,即两分制、三分制与四分制。普通法采取的是两分制犯罪论体系,但这种犯罪论体系存在较大缺陷。与普通法两分制犯罪论体系不同,美国《模范刑法典》采取了一种三分制犯罪论体系,其克服了普通法两分制体系的缺陷,因此更为科学。《模范刑法典》三分制的犯罪论体系和德国刑法的三阶层犯罪论体系无论在形式上还是在实质上均存在共通性。三阶层犯罪论体系具有体系性、逻辑性和实用性的优势。作为我国通说的四要件犯罪论体系存在体系性不足、逻辑性不强和实用性不佳等重大缺陷。从长远来看,我国应当采用更为科学的三阶层犯罪论体系。

关键词:《模范刑法典》 普通法 两分制 三分制(或三阶层)

一、问题的提出

在我国最近十多年的刑法学研究中,犯罪论体系一直是争论的焦点。犯罪论体系之所以如此重要,乃是因为刑法事关国民的生命、自由、财产、资格等最为重大的法益,因此,审查判断特定行为人是否构成犯罪必须慎之又慎,这就要求司法者必须遵循一套既符合逻辑又具有实用性的犯罪审查体系即犯罪论体系。^{〔1〕}因此,犯罪论体系的建构与发展当然就成为刑法理论最为重要的任务。新中国建立以后,由于特殊的历史原因和政治原因,我国继受了前苏联的四要件犯罪论体系。但是,从 20 世纪 80 年代以来,由于德国和日本的阶层犯罪论体系逐渐引入我国,对传统的四要件犯罪论体系产生了极大的冲击,由此在我国刑法学界形成了重构论、维持论和改良论等几种关于犯罪论体系的主要立场。^{〔2〕}在犯罪论体系的争论中,我国学界主要参考和借鉴的是德国和日本的阶层犯罪论体系,虽然学者在其论述中有时会介绍英美刑法的犯罪论体系,但由于我国刑法理论与英美刑法理论在话语方面的隔阂,因此对英美刑法的介绍常常是知识性的、背景性的,并没有将其真正融入犯罪论体系的讨论之中。

本文试图通过对美国《模范刑法典》的犯罪论体系的探讨来增进我国学界对英美刑法(尤其是美国刑法)的理解。美国法学会于 1962 年正式公布的《模范刑法典》(Model Penal Code)在过去半个多世纪的时间里,对美国刑法的法典化、司法实务以及刑法理论研究均产生了深远的影响。美国是一个

* 北京大学法学院副教授,法学博士。

〔1〕 参见蔡圣伟:《刑法案例解析方法论》,元照出版公司 2014 年版,“前言”。

〔2〕 关于我国刑法学界的犯罪论体系之争,参见付立庆:《犯罪构成理论:比较研究与路径选择》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 103 页以下。

联邦制国家,各州均有各自的刑法典,联邦政府也有单独的刑法规范[《美国法典》第18编(US Code Title 18)],但值得注意的是,绝大多数州的刑法典以及联邦刑法改革均受到《模范刑法典》的深刻影响。与此同时,《模范刑法典》对各州法院和联邦法院的刑事审判实务也产生了重要的影响,大量的司法判例将《模范刑法典》作为一种有说服力的法源加以援引。此外,在《模范刑法典》的影响下,美国的刑法理论逐渐走向成熟,出现了一些杰出的刑法理论家。^[3]在某种意义上,《模范刑法典》可以说是“美国刑法”的代名词。

《模范刑法典》之所以取得巨大成功并产生如此深远的影响,显然与其自身的诸多创新不无关系。无论是在宏观的法典结构方面(例如《模范刑法典》创设了一个完整的总则和一个体系化的分则)还是在微观的具体制度层面(例如《模范刑法典》实现了犯罪心态的类型化,并确立了要素分析法),《模范刑法典》都有远远优于普通法的创新之处。^[4]但本文所探讨的是一个更为关键的问题:在刑法理论之核心的犯罪论体系方面,^[5]《模范刑法典》是否亦有其独到之处?根据美国著名刑法学家乔治·弗莱彻(George P. Fletcher)的研究,在20世纪,两大法系的主要国家在理论和实务上逐渐发展出犯罪论体系的三种模式,即四分制、三分制和两分制。^[6]两分制犯罪论体系的代表是英美普通法。在普通法上,通常认为犯罪的成立包括两个要件,即犯罪行为(actus reus)与犯罪心态(mens rea),前者表明犯罪的外部侧面,后者则反映犯罪的内部侧面。^[7]

三分制(或者三阶层)是德国的犯罪论体系,其认为犯罪的成立应当分为三个阶层来判断,即构成要件符合性、违法性和罪责。所谓构成要件符合性,是指行为必须符合刑法各本条以及其他刑罚法规所规定的某个构成要件(包括客观的构成要件与主观的构成要件)。符合构成要件的行为通常是违法的,但在例外情况下,如果存在正当化事由如正当防卫、紧急避险或者被害人同意等,则可以排除行为的违法性。在行为符合构成要件并具备违法性之后,还要进一步判断行为人是否具有罪责(例如是否达到刑事责任年龄以及是否具备刑事责任能力),即是否具有应受谴责性。因此,构成要件符合性、违法性与罪责之间是一种逻辑递进的关系,一个行为只有通过了上述三个阶层的审查才可能被认定构

[3] 关于《模范刑法典》的上述影响, see Sanford H. Kadish, *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, 87 Cal. L. Rev. 943, 948-951 (1999).

[4] 关于《模范刑法典》的创新之处, see Paul H. Robinson & Markus D. Dubber, *The American Model Penal Code: A Brief Overview*, 10 New. Crim. L. Rev. 319, 319-341 (2007).

[5] “犯罪论体系”(Verbrechensaufbau)是德国刑法学的概念,在英美刑法学上,唯一可能与之对应的概念是“刑事责任分析结构”(structure for analyzing criminal liability)。从功能性比较的角度上看,既然两个概念的功能基本一致,那么用德国刑法学上的“犯罪论体系”来指代英美刑法学上的“刑事责任分析结构”,大体上是可以成立的。

[6] George P. Fletcher, *Criminal Theory in 20th Century*, 2 Theoretical Inquires in Law 265, 268-273 (2001) [hereinafter Fletcher, *Criminal Theory*]. 除了这三种模式以外,乔治·弗莱彻还提出了一种所谓的整体(holistic)犯罪论体系, see George P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International (Volume One: Foundation)* 55-58 (Oxford University Press 2007) [hereinafter Fletcher, *The Grammar*].

[7] See, e.g., Wayne R. LaFare, *Principles of Criminal Law* 157 (West 2003); Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* 85 (5th ed., LexisNexis 2009); Richard G. Singer & John Q. La Fond, *Criminal Law* 37 (6th ed., Wolters Kluwer 2013); Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* 83 (7th ed., Oxford University Press 2013); Paul H. Robinson & Michael T. Cahill, *Criminal Law* 114-117 (2d ed., Wolters Kluwer 2012).

成犯罪。^[8]

四分制(或者四要件)是前苏联的犯罪论体系,主张犯罪的成立应当具备犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面等四个要件。我国通说也采取四分制(或者四要件)的犯罪论体系。^[9]四分制(或者四要件)的四个要件之间是一损俱损、一荣俱荣的平面耦合关系,只要缺乏其中任何一个要件,犯罪就不能成立。在这四个要件之中,犯罪客观方面和犯罪主观方面可以分别对应于两分制的犯罪行为与犯罪心态,但与两分制不同的是,四分制(或者四要件)承认犯罪主体与犯罪客体的独立地位。其中,犯罪主体主要处理刑事责任年龄(例如未成年)和刑事责任能力(例如精神病)的问题,而犯罪客体这个独特的范畴是指犯罪所侵害而由刑法所保护的社会关系。此外,在四分制(或者四要件)体系之下,正当化事由(正当防卫与紧急避险)被作为“排除犯罪性的事由”而置于体系之外,无法纳入到上述四个要件之中。

那么,作为当今英美刑法之集大成的美国《模范刑法典》,到底采取了哪一种犯罪论体系呢?本文的目的即在于通过比较法的考察来回答这一问题,以便为我国犯罪论体系的争论和选择提供参考和借鉴。

二、普通法两分制犯罪论体系及其缺陷

从历史渊源上看,普通法的两分制犯罪论体系可以追溯到17世纪爱德华·科克(Sir Edward Coke)爵士的一句话“actus not facit reus nisi mens sit rea”(直译为:如果意图不是邪恶的,那么行为就不是邪恶的),^[10]其含义是:只有犯罪行为和犯罪心态都存在时,罪状才能得到满足。^[11]至于犯罪的抗辩事由(defense),例如正当防卫、紧急避险、精神病、未成年等,则是被置于犯罪要件之外的,由此形成犯罪要件(offense)与抗辩事由(defense)相互并列的两大范畴。^[12]此外,在普通法上,虽然在术语上将抗辩事由区分为正当化事由(justification)与宽宥事由(excuse),但两者之间的区分被认为并不重要。^[13]由此可见,普通法两分制犯罪论体系具有两个特征:第一,犯罪要件仅包含犯罪行为与犯罪心态,而抗辩事由是犯罪要件之外的独立范畴;第二,在抗辩事由中,不区分正当化事由与宽宥事由。但是,普通法两分制犯罪论体系在这两个方面都存在一定的缺陷。

(一)犯罪要件与抗辩事由的并列及其问题

首先,在普通法两分制犯罪论体系之下,犯罪要件仅包含犯罪行为与犯罪心态,导致所有抗辩事

[8] 关于德国三分制(或者三阶层)犯罪论体系的英文文献, see George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 575-579 (Little, Brown and Company 1978); Wolfgang Naucke, *An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts*, 1984 (3) *BYU L. Rev.* 305, 305-321. 德文文献, Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., 2006, S. 194-197; Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2011, S. 62-72.

[9] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第47页。

[10] See George P. Fletcher, *The Nature and Function of Criminal Theory*, 86 *Cal. L. Rev.* 687, 688 (2000).

[11] 参见[美]乔治·弗莱彻:《美国刑法理论的形成》,蔡爱惠译,载《中外法学》2009年第2期,第268页。

[12] 我国著名刑法学家储槐植先生将英美刑法的犯罪论体系经典地总结为双层次的犯罪论体系,即分为实体性要件或犯罪本体要件(犯罪要件)与程序性要件或责任充足要件(抗辩事由)(参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1987年版,第46-47页),这是储槐植先生对于英美刑法的独到见解。从现有英美刑法的文献来看,一般认为抗辩事由并不包含在犯罪要件之中,两者是相互并列的范畴。See, e. g., Fletcher, *Criminal Theory*, supra note 6, at 269.

[13] See J. C. Smith, *Justification and Excuse in Criminal Law* 1-126 (Stevens & Sons 1989).

由都处于犯罪论体系之外,以至于抗辩事由在犯罪论体系之中缺乏一个“概念上的家园”。^[14] 一个犯罪的成立当然需要具备犯罪行为与犯罪心态,但并不意味着只要具备了犯罪行为与犯罪心态就构成犯罪;相反,如果存在抗辩事由,犯罪的成立就可以被否定。换言之,犯罪要件是犯罪成立的必要条件,并非充分条件。因此,将抗辩事由置于犯罪要件之外的两分制犯罪论体系并不是一个完整的结构,它并不能充分完成审查犯罪是否成立的功能。

其次,在普通法两分制犯罪论体系之下,犯罪要件仅包含犯罪行为与犯罪心态,抗辩事由则作为犯罪要件之外的范畴,这显然与普通法对抗制的刑事诉讼模式不无关系。在对抗制之下,抗辩事由不是被作为犯罪成立的要素来对待,而是被作为程序问题或者证据问题来处理的。如果某个行为符合了某个犯罪的罪状,那么就在表面上(*prima facie*)具有了可罚性。由于在对抗制之下,检察官与被告人享有平等的地位,因此如果被告人可以提出某种抗辩事由,就可能推翻这种表面的可罚性,从而获得无罪释放的判决。^[15] 但是,两分制犯罪论体系这种将犯罪要件与抗辩事由并列的方案可能会导致一种误解,即在刑事诉讼中,检察官负责证明“犯罪要件”,而被告人则负责证明“抗辩事由”。事实上,在美国的刑事诉讼中,证明责任的分担绝不是如此泾渭分明的。美国刑事诉讼中的证明责任包括两个层面,即举证责任(*burden of production*)与说服责任(*burden of persuasion*)。从美国各州的法律来看:由于无罪推定原则的存在,对于犯罪要件和抗辩事由,无论是举证责任还是说服责任,主要是由检察官来承担的,只有在例外情况下,即存在积极抗辩(*affirmative defense*)^[16]的情况下才由被告人承担证明责任。而且,检察官与被告人证明抗辩事由的标准是不同的:对于检察官而言,必须达到排除合理怀疑的程度;对于被告人而言,则通常仅需要达到优势证据的证明程度即可。^[17] 由此可见,从程序法的角度上看,犯罪要件与抗辩事由之间的关系是极为紧密的,在实体法的犯罪论体系上将两者作为并列的独立范畴,会造成对两者之间关系的误解。

(二)正当化事由与宽宥事由的混同及其不足

普通法两分制犯罪论体系不仅将抗辩事由置于犯罪要件之外,而且在抗辩事由中不重视正当化事由与宽宥事由的区分。这种对于正当化事由与宽宥事由的态度,一方面与英美法的实用主义有很大关系:既然正当化事由和宽宥事由都会导致被告人无罪,那么在理论上对两者区分就没有太大的意义;另一方面,不区分正当化事由与宽宥事由,与英美法的法律思维方式有关。按照美国著名刑法学家乔治·弗莱彻(*George P. Fletcher*)的看法,德国法体现出一种“结构化的”法律思维方式(*structured legal thinking*),这种法律思维方式导致其严格区分正当化事由与宽宥事由:一个具有正当化事由(例如正当防卫)的行为,被认为是行为人有权去实施的;而一个具有宽宥事由(例如精神病)的行为则不被认为是行为人有权去实施的,只是因为行为人独特的个人状况(例如精神或者年龄),我们不得不原谅他的行为。与德国法的思维方式不同,英美法则呈现出一种“圆滑的”法律思维方式(*flat legal thinking*):普通法重视的是某种抗辩事由是否具有“合理性”(*reasonableness*),只要某种抗辩事由具有合理性,就可以导致被告人无罪的结果,至于正当化事由与宽宥事由的区分本身,则显得并不

[14] Fletcher, *Criminal Theory*, *supra* note 6, at 269.

[15] See Markus D. Dubber, *Criminal Law: Model Penal Code 186-187* (Foundation Press 2002).

[16] 所谓“积极抗辩”(affirmative defense),是指被告人并不否认检察官所主张的事实真实性,但提出其他的理由来说明为什么自己不应承担责任的抗辩事由。典型的“积极抗辩”包括自我防卫、紧急避险、被胁迫、精神病以及时效。

[17] See Dressler, *supra* note 7, at 67-78.

重要。^[18]

但是,普通法不区分正当化事由与宽宥事由的做法,不仅不符合人们的道德直觉,而且与普通法的相关规范存在冲突。首先,正当化事由和宽宥事由所包含的道德意义是不同的。当一个人因为正当防卫而杀害了侵害人的时候,即使是普通公民,也会认为防卫人是有权利这样做的,防卫行为在道德上是值得赞许的,而且,刑法也鼓励防卫人在遭受侵害的时候实施防卫行为。但是,当一个精神病人杀害一个无辜者的时候,普通公民既不会认为这样的行为是有权利的行为,也不会认为它在道德上是值得赞许的,只是因为行为人存在精神缺陷,所以我们要原谅他。由此可见,正当化事由和宽宥事由的道德意义是不同的,对于具有强烈道德性的刑法而言,绝不能无视两者之间在道德意义上的差异。其次,对于共犯的认定来说,正当化事由和宽宥事由的区分也具有重要的意义。按照普通法的原理,当一个人帮助或者教唆另外一个正在实施正当防卫的人并且造成侵害人死亡或者受伤害的情况下,因为防卫人有正当化事由,所以帮助者是无罪的。但是,如果一个人帮助或者教唆一个精神病人去杀害他人的话,在这种情况下,由于精神病人所具有的只是宽宥事由,仅对其自身产生作用,因此帮助或者教唆的行为仍然是犯罪。最后,按照普通法的原理,正当化事由与宽宥事由的溯及力是不同的。例如,当一个人在实施某个行为的时候,他的行为被规定为一种正当化事由,但是在其接受审判的时候,这种正当化事由已经被法律所取消了,在这种情况下,行为人仍然可以援引该正当化事由为自己脱罪。但是,如果行为人在实施行为的时候所具有的只是一个宽宥事由,而在其接受审判之时,该宽宥事由已经被法律所取消,那么行为人就不能援引这一宽宥事由为自己脱罪。^[19]

三、《模范刑法典》三分制犯罪论体系及其展开

由上可知,普通法两分制犯罪论体系存在两个方面的缺陷:第一,将抗辩事由作为与犯罪要件并列的范畴,不仅会造成两分制犯罪论体系缺乏审查犯罪的完整性,而且会导致对于犯罪要件和抗辩事由的证明责任的误解;第二,在抗辩事由之中不区分正当化事由与宽宥事由,既不符合人们的道德直觉,也不符合普通法的相关规范。那么,作为英美刑法之代表的《模范刑法典》,是否沿袭了普通法两分制犯罪论体系呢?

(一)《模范刑法典》第 1.02 条第 1 款(a)和第 1.13 条第 9 款

对于理解《模范刑法典》的犯罪论体系而言,第 1.02 条第 1 款(a)和第 1.13 条第 9 款是至关重要的。

首先,第 1.02 条第 1 款(a)规定,规定各罪状的各项条款的一般目的如下:(a)禁止和预防无正当理由或者无宽宥事由而对个人利益或者公共利益造成实质危害或者有造成实质危害之危险的行为。从表面上看,这一条款主要是关于《模范刑法典》目的的规定,但从中却可以推导出一个关于犯罪的定义,即犯罪是无正当理由或者无宽宥事由而对个人利益或者公共利益造成实质危害或者有造成实质危害之危险的行为。这一犯罪的定义实际上包含犯罪成立的三个要件:第一,犯罪是对个人利益或者公共利益造成实质危害或者有造成实质危害之危险的行为;第二,犯罪是无正当化事由的行为;第三,

[18] See George P. Fletcher, *The Reasonable and the Right*, 98 Harv. L. Rev. 949, 949-983 (1985).

[19] See Dressler, *supra* note 7, at 218-221.

犯罪是无宽宥事由的行为。很显然,在《模范刑法典》对于犯罪的界定中,不仅包含了普通法上的犯罪要件,而且包含了普通法上的抗辩事由(无正当化事由或者无宽恕事由),这种界定方式与普通法有所不同。

其次,如果说《模范刑法典》第 1.02 条第 1 款(a)只是从侧面对犯罪要件作出了规定,那么第 1.13 条第 9 款则从正面对犯罪要件作出了具体规定。第 1.13 条第 9 款规定,“犯罪要件”是指下列(i)这样的行为,(ii)这样的附随情状,或者(iii)行为的结果:(a)其包含于罪状所描述的被禁止行为中;或者(b)其确定了必需的犯罪心态类型;或者(c)否定了该行为的一个宽宥事由或正当化事由;或者(d)否定了基于时效法的抗辩;或者(e)确定管辖权或者审判地。从这一规定可以看出,《模范刑法典》中的“犯罪要件”不仅包括实体要件,也包括程序要件。根据《模范刑法典》第 1.13 条(10)的规定,“实体要件”(material element)是指并非专门与时效、管辖权或者审判地或者其他同样与(i)规定该犯罪的法律旨在防止的伤害或者罪恶以及行为的附带后果,或者(ii)该行为的正当化事由或者宽宥事由的存在无关的事项相关的要件。这就意味着,第 1.13 条(9)的(a)、(b)、(c)属于所谓的“实体要件”,而第 1.13 条第 9 款的(d)、(e)则属于所谓的“程序要件”。而从第 1.13 条第 9 款(a)、(b)、(c)关于犯罪“实体要件”的规定上看,犯罪的成立包括三个实体要件:第一,符合罪状的犯罪行为(criminal conduct);第二,犯罪行为无正当化事由;第三,犯罪行为无宽宥事由。^[20]

由此可见,《模范刑法典》第 1.13 条第 9 款关于犯罪实体要件的规定与第 1.02 条第 1 款(a)关于犯罪的界定是完全一致的。综合上述两个条文,我们可以发现,《模范刑法典》采取了一种三分制(或者三阶层)的犯罪论体系:第一阶层的问题是,行为是否符合罪状的各个要素,即是否存在对个人利益或者公共利益造成实质危害或者有造成实质危害之危险的犯罪行为;第二阶层的问题是该犯罪行为在一般意义上是否违法,即是否具备违法性(无正当化事由);第三阶层的问题是行为人是否因其缺乏正当化事由的违法行为而应受谴责,即行为人是否具备罪责(无宽宥事由)。下面根据《模范刑法典》的相关规定来简要叙述三个阶层的具体要素。

(二) 第一阶层:(符合罪状的)犯罪行为

根据《模范刑法典》的上述规定,犯罪成立的第一阶层是必须存在符合罪状的犯罪行为(criminal conduct)。应当注意的是,这里的犯罪行为是一个综合客观要件和主观要件的阶层,相当于普通法两分制犯罪论体系的犯罪行为与犯罪心态的总和。具体而言,符合罪状的犯罪行为包含以下两个要素:

1. 客观要件

《模范刑法典》规定的犯罪客观要件主要包括行为、危害结果、附随情状以及因果关系。

首先,《模范刑法典》确立了“无行为即无犯罪”的基本原则,这一原则体现在《模范刑法典》第 2.01 条第 1 款:任何人,除非其责任是基于包含一个有意行为或者不实施其物理上能作为的不作为的行为,不构成犯罪。按照这个条文,如果没有实施作为或者不作为的话就不构成犯罪。根据“无行为

[20] 就证明责任而言,《模范刑法典》第 1.12 条第 1 款规定:“除非犯罪的每个要件得到排除合理怀疑的证明,任何人不得被认定为构成该罪。缺乏此等证明之时,推定被告人无罪。”由于抗辩事由属于《模范刑法典》所指的“犯罪要件”,因此原则上抗辩事由的证明责任由检察官承担。当然,《模范刑法典》第 1.12 条第 2 款对积极抗辩的证明责任作出了例外规定,要求被告承担一定的证明责任。但是,应当注意的是,即使是在被告人承担积极抗辩的证明责任的情况下,就举证责任而言,被告人只需要提出“支持该抗辩之证据”(《模范刑法典》第 1.12 条第 1 款 a 项)即可,并不需要达到优势证据的程度;就说服责任而言,则仍然由检察官承担,而且必须达到排除合理怀疑的程度。这说明《模范刑法典》对检察官证明责任的要求和标准比普通法更为严格。

即无犯罪”的基本原则,单纯的思想不是行为,单纯的身份或者说单纯的地位也是不能构成犯罪的。^[21] 根据《模范刑法典》第2.01条的规定,行为的形态主要包括作为(act)与不作为(omission),此外还明文规定了持有(possession)。

第一,作为。在普通法上,作为是最基本的行为形态,原则上犯罪的成立都要求作为,不作为则被认为是一种例外的行为形态。^[22] 按照《模范刑法典》第2.01条,作为最核心的要件是“有意性”(voluntariness),这与普通法的要求是一致的。^[23] 当然,《模范刑法典》并没有从正面解释什么是“有意性”,而是从反面列举了不具有“有意性”的那些举止,包括(a)反射运动或者痉挛;(b)在无意识或者睡眠状态下的身体运动;(c)处于催眠状态下的动作或者由催眠中的暗示所引起的动作;(d)一种身体运动,在另外的情况下其并非行为人有意识或者习惯性的努力或者决意的产物(《模范刑法典》第2.01条第2款)。这种细致的规定方式可以为司法实践中判断某种举止是否具有有意性,因此是否构成作为提供相当明确的指引。

第二,不作为。如前所述,相对于作为而言,不作为属于例外的行为形态。《模范刑法典》第2.01条第3款规定,实施一项犯罪的责任不得以未实施行为的不作为为根据,除非规定该罪的法律明文规定不作为足以构成该罪,或者法律另行规定了实施所不为之行为的义务。根据这一规定,《模范刑法典》将不作为的法律义务分为两种类型,第一种类型称之为直接的不作为义务(direct omission),即刑法典直接规定某种不作为构成犯罪;第二种称之为间接的不作为义务(indirect omission),即民法、侵权法等规定某种不作为可以构成犯罪。^[24] 由于直接的不作为规定在刑法典之中,因此通常不会有太大的争议,但对于民法、侵权法等规定的不作为义务,则存在其是否违反“合法性原则”(principle of legality)的讨论。^[25]

第三,持有。除了作为与不作为以外,《模范刑法典》第2.01条第4款还规定了持有:持有构成本条所称的行为,如果持有人明知其获得或者收受被持有物,或者其意识到对被持有物的控制达到了足以能够终止该持有的期间。在英美刑法理论上,对于持有到底属于作为还是不作为,甚或是一种独立的第三种行为形态,是存在一定争议的。^[26] 从《模范刑法典》的这一规定来看,持有既可能是作为(“如果持有人明知其获得或者收受被持有物”),也可能是不作为(“或者其意识到对被持有物的控制达到了足以能够终止该持有的期间”)。以持有赃物罪为例,如果明知是赃物而购买,就是作为型的持有;如果购买的时候不知道是赃物,过了一段时间才知道,但知道之后不及时上交而继续保有达到一段时间,就是不作为型的持有。^[27]

其次,对于犯罪的成立而言,危害结果是一个必不可少的要素。除了被害人死亡、人身伤害、财产损失等实害结果以外,《模范刑法典》还承认一种危险结果。例如,《模范刑法典》第211.2条(轻率地使他人处于危险状态)规定,行为人轻率地实施使他人处于或者可能处于遭受死亡或者严重身体伤害的危险状态的行为的,成立轻罪。无论行为人是否相信已经装填子弹,明知地将枪支指向他人或者他

[21] See Dressler, *supra* note 7, at 96-99.

[22] See Robinson & Cahill, *supra* note 7, at 141-142.

[23] See Singer & La Fond, *supra* note 7, at 38.

[24] See Dubber, *supra* note 15, at 35-36.

[25] See Robinson & Cahill, *supra* note 7, at 144-145.

[26] See *id.* *supra* note 7, at 146-147.

[27] See Singer & La Fond, *supra* note 7, at 44.

人所在的方向的,均应当推定其具有本条规定的轻率和危险。

再次,除了行为和危害结果以外,许多犯罪的罪状中还有一种要素叫附随情状,是指行为之时或结果发生之时客观存在的某种事实,包括行为的时间、地点以及犯罪的对象等,这些要素对于某些犯罪来说同样是必不可少的,但又不具有像行为等要素那样的核心地位,所以称之为附随情状。例如,《模范刑法典》第221.1条第2款规定了夜盗罪,即“行为人在夜间侵入他人住宅”,这里的行为当然是“侵入”,但“夜间”、“他人”、“住宅”就是附随情状。

最后,《模范刑法典》还对因果关系作出了明确规定,第2.03条(行为与结果之间的因果关系)首先规定:(1)存在下列结果,没有该行为不会发生该涉案结果;以及(a)行为先于结果,没有该行为不会发生该涉案结果,以及(b)行为与结果的关系符合本法或者规定犯罪的法律所附加的因果关系要求。这表明《模范刑法典》明确将因果关系区分为两个层次,即事实因果关系(条件关系)与法律因果关系:对于前者的判断,遵循普通法上的“如无前者,即无后者”的“*But for*”公式;对于后者的判断,根据《模范刑法典》第2.03条第2款的规定,则取决于特定犯罪的心态:以蓄意或者明知引起特定结果作为犯罪要件时,如果实际结果不在行为人计划或者预期的范围内,除非存在特殊情形,^[28]该要件不成立;以轻率或者疏忽引起特定结果作为犯罪要件时,如果实际结果不在行为人认识的或者在疏忽的情况下应当认识的危险范围内,除非存在特殊情形,^[29]该要件不成立。这种将法律因果关系与犯罪心态联系在一起的规定方式与普通法广泛探讨介入因素的做法不同,可以说是《模范刑法典》的另一个独特之处。

2. 主观要件

《模范刑法典》在犯罪主观要件(犯罪心态)的规定方面是极具特色的,这主要体现在两个方面:

第一,《模范刑法典》改变了普通法关于犯罪心态之规定的混乱状况,将犯罪心态从八十多种表述概括为四种类型,即蓄意、明知、轻率、疏忽。《模范刑法典》第2.02条对四种犯罪心态的具体涵义作出了明确规定。^[30]

第二,更为重要的是,与普通法对犯罪心态采取“整罪分析法”(offense analysis)不同,《模范刑法典》在犯罪主观方面采取的是“要素分析法”(element analysis)。所谓“整罪分析法”是指,每一种犯罪只可能有一种犯罪心态,要么是故意,要么是过失,这种犯罪心态适用于某一个犯罪的所有实体要素,即一种犯罪心态适用于犯罪的行为、结果及附随情状;所谓“要素分析法”是指,对于一个犯罪的每一个不同的实体要素,行为人可能有不同的犯罪心态。“要素分析法”的根据是《模范刑法典》第2.02条第1款的规定:除了第2.05条的规定以外,任何人均不构成犯罪,除非其在法律要求的蓄意、明知、轻率或者疏忽等犯罪心态之下实施了犯罪的每个实体要件。

[28] 这里的例外情形规定在《模范刑法典》第2.03条第2款:(a)根据具体情况,实际结果与计划或者预期的结果的区别仅在于受伤害或者损害的人或者财产不同,或者,计划或者预期的对人或者财产的伤害或者损害比实际发生的伤害或者损害更严重或者更广泛;或者(b)实际结果中包括有计划或者预期的种类相同的伤害或者损害,并且实际结果的发生并不是过于遥远或者过于偶然,以至于与行为人的责任或者犯罪的轻重无[适当(just)]关系。

[29] 这里的例外情形规定在《模范刑法典》第2.03条第3款:(a)实际结果与可能发生的结果的区别仅在于受伤害或者损害的人或财产不同,或者,可能发生的伤害或者损害比实际发生的侵害或损害更严重或更广泛;或者(b)实际结果包括可能发生的种类相同的伤害或者损害,并且实际结果的发生并不是过于遥远或者过于偶然,以至于与行为人的责任或者犯罪的轻重无(适当)关系。

[30] 关于这四种犯罪心态的具体含义,参见《模范刑法典》第2.01条。

我们可以用一个例子来简要说明“要素分析法”的含义。例如,《模范刑法典》第 213.1 条规定的是强奸和相关犯罪:(1)强奸。男性与不是其配偶的女性发生性行为,存在下列情形时,构成强奸:(a)行为人以武力或者以即将造成任何人死亡、严重身体伤害、极度痛苦或者实施绑架相威胁,致使该女性屈服;或者(b)行为人在该女性不知晓的情况下,通过使用药物、致醉物或者令该女性不能抵抗的其他手段,实质减弱该女性对自己行为的理解或者控制能力;或者(c)该女性处于无意识状态;或者(d)该女性不满 10 岁。强奸罪当然是一个蓄意的犯罪,行为人对行为和结果都应当是蓄意或明知的,但是对于“不是其配偶的女性”这样的附随情状,按照“要素分析法”就不一定要达到“蓄意”或“明知”的程度,而是达到“轻率”即可,因为行为人对于附随情状完全可以有不同于对行为与结果的犯罪心态。为了确定某个犯罪的每个要素的犯罪心态(特别是在分则条文没有明确规定某个要素的犯罪心态的情况下),《模范刑法典》第 2.02 条规定了一些具体的规则。很显然,《模范刑法典》的犯罪心态要素分析使得对行为人主观方面的认定更为精细化。而且,采取《模范刑法典》的要素分析法必定会加大检察官的证明责任,因此会更加有利于对被告人的人权保障。

《模范刑法典》犯罪心态要素分析法^[31]

	结果	附随情状	行为
蓄意	行为人有意识地引起该结果	行为人意识到或者希望该情况发生	行为人有意识地参与该行为
明知	行为人意识到行为几乎肯定能引起结果	行为人意识到(或者高度肯定)情状存在	行为人意识到行为的性质
轻率	行为人有意识地无视存在一个犯罪实体要件的实质且不合理的危险,或者无视实质且不合理的危险将产生于其行为	行为人有意识地无视了存在着实体要件的实质且不合理的危险	——
疏忽	行为人应当意识到存在一个犯罪实体要件的实质且不合理的危险,或者该实质且不合理的危险将产生于其行为	行为人应当意识到有一个存在着犯罪实体要件的实质且不合理的危险	——

(三) 第二阶层:违法性(缺乏正当化事由)和第三阶层:罪责(缺乏宽宥事由)

根据《模范刑法典》的规定,一个行为符合某个犯罪的罪状,即符合上述客观要件和主观要件,还不足以认定该行为构成犯罪,还必须进一步审查其是否具备违法性(缺乏正当化事由)和罪责(缺乏宽宥事由)。与普通法两分制犯罪论体系不同的是,《模范刑法典》不仅将抗辩事由全部作为“实体要件”而纳入犯罪要件之中,而且区分了“正当化事由”与“宽宥事由”。《模范刑法典》的起草者们指出,“当我们说某人的行为是‘正当的’,通常是指该行为被认为是正确的,或者至少不是不可欲的(undesirable);而当我们说某人的行为是‘可宽宥的’,通常是指该行为被认为是不可欲的,但出于某种原因,我们不能因该行为而谴责行为人”。^[32] 根据这种理解,《模范刑法典》规定了紧急避险(第 3.02 条)、正当防卫(包括自我防卫、防卫他人与防卫财产)(第 3.04 - 3.06 条)、执法(第 3.07 条)、公共义务(第 3.03 条)、特殊责任(第 3.08 条)以及同意(第 2.11 条)等正当化事由;同时规定了被胁迫

[31] See Robinson & Cahill, *supra* note 7, at 163 - 164.

[32] American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* Art. 3 Introduction 3 (ALI 1985).

(第 2.09 条)、军事命令(第 2.10 条)、警察圈套(第 2.13 条)、不知法律(第 2.04 条第 3 款)、精神病(第 4.01 条)与未成年(第 4.10 条)等宽宥事由。但是,应当指出的是,由于《模范刑法典》的起草者们认为,在一些边缘性案件中,有时候很难精确地区分正当化事由与宽恕事由,^[33]因此他们并没有打算在这两者之间进行一个精准的区分,而只是维持一种大致的分析性区分(a rough analytical distinction),^[34]这表明了《模范刑法典》所持的“有原则的实用主义”(principled pragmatism)^[35]的立场,即一方面《模范刑法典》会努力保持其理论品格,另一方面则会考虑其对于实际运行的各州刑法的影响。^[36]

(四)小结

通过对《模范刑法典》犯罪论体系的考察,我们发现其采取了一种三分制(或三阶层)犯罪论体系。与普通法两分制犯罪论体系不同,《模范刑法典》三分制(或三阶层)犯罪论体系不仅将抗辩事由纳入犯罪实体要件之中,而且在抗辩事由之中功能性地区分正当化事由与宽宥事由,从而有效地避免了普通法两分制犯罪论体系的上述缺陷。

四、三分制(或三阶层)犯罪论体系的共性、优势与启示

如前所述,通常认为,采取三分制(或三阶层)犯罪论体系的典型代表是德国。通过本文的上述考察,发现作为英美刑法之典范的美国《模范刑法典》也采取了一种三分制(或三阶层)犯罪论体系,那么,德国和《模范刑法典》所采取的三分制(或三阶层)犯罪论体系是否具有共性?与其他犯罪论体系(例如两分制或四分制犯罪论体系)相比,三分制(或三阶层)犯罪论体系具有哪些优势?更为重要的是,三分制(或三阶层)犯罪论体系对于我国犯罪论体系的建构又具有哪些启示呢?

(一)三分制(或三阶层)犯罪论体系的共性

从德国犯罪论体系的发展来看,由于受到不同时代哲学思潮的影响,经历了古典犯罪论体系——新古典犯罪论体系——目的主义的犯罪论体系——新古典暨目的论的犯罪论体系的发展过程。除此以外,当前德国极具影响力的犯罪论体系是德国学者罗克辛(Roxin)和雅科布斯(Jakobs)所主张的功能论或者目的理性的犯罪论体系。^[37]当然,无论是哪一种犯罪论体系,均没有脱离构成要件符合性、违法性与罪责这一基本的三分制(或三阶层)结构。虽然《模范刑法典》所采取的三分制(或三阶层)犯罪论体系无法与高度理性化、精致化的德国三分制(或三阶层)犯罪论体系相媲美,但不可否认的是,两者之间存在高度的内在共通性:

首先,从形式上看,无论是《模范刑法典》的三分制(或三阶层)犯罪论体系还是德国的三分制(或三阶层)犯罪论体系,均将犯罪成立的基本条件区分为三个层层递进的阶层,即符合罪状的犯罪行为(构成要件符合性)(包括客观的构成要件和主观的构成要件)、违法性(缺乏正当化事由)与罪责(缺乏宽宥事由)。由于《模范刑法典》和《德国刑法典》在具体规定上有所不同,因此导致两个犯罪论体

[33] See Kent Greenawalt, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 Colum. L. Rev. 1897, 1897-1927 (1984).

[34] American Law Institute, *supra* note 32, at 2.

[35] Herbert L. Packer, *The Model Penal Code and Beyond*, 63 Colum. L. Rev. 594, 594 (1963).

[36] See Dubber, *supra* note 15, at 11.

[37] 关于德国犯罪论体系的发展史,参见[德]克劳斯·罗克辛:《构建刑法体系的思考》,蔡桂生译,载《中外法学》2010年第1期,第5-22页;喻海松:《德国犯罪构造体系的百年演变与启示》,载《中外法学》2012年第3期,第626-640页。

系的每一个阶层内部的要素略有不同(例如在正当化事由和宽宥事由的类型上并不完全相同),但这并不影响两者在形式上的共通性。不仅如此,两个犯罪论体系的每一个阶层所对应的基本原则在形式上也具有共通性:第一,符合罪状的犯罪行为(构成要件符合性)这一阶层是为了确保行为违反了一个刑法事先明文规定的罪刑条款,这是与美国刑法的“合法性原则”(Principle of Legality)^[38]和德国刑法的“罪刑法定原则”(Nullum Crimen Sine Lege Scripta)^[39]相对应的;第二,违法性(缺乏正当化事由)这一阶层是为了确保一个符合罪状(或者构成要件)的行为实质上侵害了法律所保护的权利或利益,这是与英美刑法的“损害原则”(Harm Principle)和德国刑法的“法益保护原则”(Rechtsgüterschutzprinzip)相对应的;^[40]第三,罪责(缺乏宽宥事由)这一阶层则是为了确保一个客观上的不法可以正当地归责于一个行为人,这是与英美刑法的“应受谴责性”(Blameworthiness)^[41]和德国刑法的“罪责原则”(Schuldprinzip)^[42]相对应的。

其次,从实质上看,无论是《模范刑法典》的三分制(或三阶层)犯罪论体系还是德国的三分制(或三阶层)犯罪论体系,均具备两个实质的共通性:第一,对于刑事责任的实体问题,根据一套单一的、“全面的”规则体系来加以整理和排列,没有脱逸于这一体系之外的重要要件,这集中体现在三分制(或三阶层)体系不仅涵盖了本体要件,而且包含了抗辩事由;不仅涵盖了积极要件,而且包含了消极要件;不仅涵盖了行为要件,而且包含了行为人要件。凡是与犯罪成立相关的重要要件,均被合理地安排在三分制(或三阶层)体系之下;第二,两者均承认正当化事由与宽宥事由之间的区分,以及与这一区分相对应的不法与罪责之间的区分。“发现不法与罪责是作为构筑刑法体系与众不同的材料,依照 Hans Welzel(汉斯·韦尔策尔)的看法,这是最近这二到三代学者在释义学上最为重要的进展。”^[43]不法与罪责可谓德国三分制(或三阶层)体系的两大支柱,两者的区分对于刑法教义学的所有重要问题的解决均会产生影响。^[44]《模范刑法典》的起草者们虽然没有使用德国刑法的“不法”和“罪责”概念,但从其功能性地区分正当化事由与宽宥事由的态度,以及英美刑法上对于违法(wrongfulness)^[45]和责任(blameworthiness)的探讨可以看出,^[46]其实质上也承认不法与罪责的区分。在某种程度上,可以说不法与罪责的区分是两大法系刑法的一条共同“语法”(the grammar of criminal law)。^[47]这说明,《模范刑法典》的三分制(或三阶层)犯罪论体系与德国的三分制(或三阶层)犯罪论体系在实质上具有共通性。

[38] 《模范刑法典》第 1.05 条(制定法主义)规定:(1)任何行为均不构成违法行为,除非它是本法典或者本州其他制定法规定的一项犯罪或者违警罪。

[39] 《德国刑法典》第 1 条(无法无刑)规定:本法只处罚行为前法律已明文规定予以处罚的行为。

[40] 关于英美刑法的“损害原则”与德国刑法的法益理论之间的相似性,参见[英]安德鲁·冯·赫尔希:《法益概念与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》第 24 卷,北京大学出版社 2009 年版,第 187-201 页。

[41] See American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* Art. 4 (ALI 1985).

[42] See Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* 20-22 (Hart Publishing 2009).

[43] [德]许迺曼:《区分不法与罪责的功能》,载许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台北春风煦日论坛 2006 年版,第 416 页。

[44] 参见张明楷:《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》,载《现代法学》2009 年第 6 期,第 44-56 页。

[45] See, e. g., Antje du Bois-Pedain, *The Wrongfulness Constraint in Criminalization*, 8 *Crim. Law and Phil.* 149, 149-169 (2014).

[46] See, e. g., Michael S. Moore, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law* 1-82 (Oxford University Press 2010); Fletcher, *The Grammar*, *supra* note 6, at 298-339.

[47] “刑法的语法”(the grammar of criminal law)是美国著名刑法学家弗莱彻在语言学家乔姆斯基的启发之下提出的术语,其含义是各国刑法背后共通的原理。See George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law Introduction* (Oxford University Press 1998).

(二) 三分制(或三阶层)犯罪论体系的优势

从理论和实践的角度上看,相对于其他犯罪审查体系而言,三分制(或三阶层)体系具有以下优势:

第一,体系性。德国著名刑法学家罗克辛指出,“体系是一个法治国不可放弃的因素。……关于正确体系的问题,不是像经常所说的那样,是一个无用的玻璃珠子游戏,而是如何使用正确的法律进行工作的问题”^[48]“体系性构建的刑法所认同的是:(1)将犯罪的一般条件的广泛素材都转化为统一的基本概念;(2)将这些基本概念之间的关联明确化;(3)通过对超越于个别案件的可估算的解决方案的发展,以保障法律的平等适用。”^[49]我国学者周光权指出,“犯罪论体系是将成立犯罪的各种构成要素加以组织化、有序化排列,并对犯罪成立与否进行合理化、功能性判断的知识系统”^[50]因此,犯罪论体系并不是简单地罗列犯罪成立的各个要素,而是按照一定的原则将这些要素有机地排列起来,以便法官可以正确地适用刑法。相比两分制或四分制(或四要件)犯罪论体系而言,三分制(或三阶层)犯罪论体系具有明显的体系性,这主要体现在三分制(或三阶层)不仅将犯罪成立的要件全部囊括在体系之下,而且将这些要件有机地排列在符合罪状的犯罪行为(构成要件符合性)、违法性和罪责这三个范畴之中,从而可以最大限度地防止刑法适用的恣意性,确保法的安定性。

第二,逻辑性。三分制(或三阶层)犯罪论体系不仅具有体系性,而且具有内在的逻辑性,这种逻辑性体现三个阶层之间存在一种严格的逻辑递进关系:前者的存在不以后者为前提,而后者的存在则必然以前者为前提。概言之,没有前者必然没有后者,反之则不然。在符合罪状的犯罪行为(构成要件符合性)、违法性与罪责这三个阶层之间,没有符合罪状的犯罪行为(构成要件符合性),就不可能有违法性,因此违法性以符合罪状的犯罪行为(构成要件符合性)为前提。但具有符合罪状的犯罪行为(构成要件符合性)未必有违法性,如果存在正当化事由,违法性就会被排除。同样,如果没有违法性,就不可能有罪责,因为罪责是以违法性为前提的。但具有违法性未必有罪责,如果存在宽宥事由,则罪责就会被排除。不仅如此,在运用三分制(或三阶层)进行犯罪审查的过程中,严格遵循事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、形式判断先于实质判断、定型判断先于个别判断的逻辑顺序。^[51]由此可见,三分制(或三阶层)犯罪论体系具有强烈的逻辑性,这使得犯罪审查判断的过程更具有可检验性,更有利于保障裁判结论的正确性。

第三,实用性。三分制(或三阶层)犯罪论体系并不是一个抽象的逻辑体系,而是具有极强的实用性。三分制(或三阶层)犯罪论体系不仅可以为典型的故意既遂的作为犯提供一个逻辑严密的审查体系,而且可以用来审查其他所有特殊的犯罪形态,例如不作为犯、犯罪停止形态(犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止等)、共同犯罪等;三分制(或三阶层)犯罪论体系不仅可以为普通的刑事犯罪例如杀人、抢劫、放火等提供一个完备的审查体系,而且可以用来审查现代社会所面临的极其复杂的网络犯罪、经

[48] [德]罗克辛:《德国刑法学总论·第1卷》,王世洲译,法律出版社2005年,第132页。

[49] 罗克辛:同注37引文,第5页。

[50] 周光权:《刑客观主义和方法论》,法律出版社2013年版,第13页。

[51] 参见陈兴良:《犯罪构成论:从四要件到三阶层》,载《中外法学》2010年第1期,第68页。

济犯罪和金融犯罪。^[52] 这说明,三分制(或三阶层)犯罪论体系具有普遍的适用性与极强的实用性。

(三)三分制(或三阶层)犯罪论体系对我国的启示

20世纪50年代以来,由于特殊的历史原因和政治原因,我国引入了前苏联的四要件犯罪论体系,迄今为止,这一体系仍然是我国刑法学界和司法实践的通说。不可否认的是,四要件犯罪论体系对于我国刑法学的建立起到了不可估量的作用,对于我国刑事法治建设亦作出了不可估量的贡献。^[53] 但是,如果从三分制(或三阶层)犯罪论体系的上述共性和优势来观察,我们会发现,四要件犯罪论体系存在如下重大的缺陷:

第一,四要件犯罪论体系的体系性不足。体系性是衡量犯罪审查体系之优劣的首要标准,与三分制(或三阶层)犯罪论体系相比,四要件犯罪论体系的体系性明显不足。首先,虽然四要件犯罪论体系的主张者强调犯罪构成是决定犯罪成立与否的唯一标准,但正当防卫、紧急避险等正当化事由却被作为“排除社会危害性的行为”或“排除犯罪性的行为”而置于四要件之外。这就意味着,根据四要件犯罪论体系,会出现一个行为符合犯罪构成,但却不构成犯罪的矛盾状况。正如我国著名刑法学家陈兴良教授所指出的那样,正当行为之所以在四要件犯罪论体系中付之阙如,其根源在于以社会危害性为中心的四要件犯罪论体系所具有的形式化特征,这是四要件犯罪论体系的结构性缺失。^[54] 正当化事由在四要件犯罪论体系中的缺位,表明这一体系欠缺完整性。其次,如前所述,三分制(或三阶层)犯罪论体系承认正当化事由与宽宥事由之间的区分以及与之相对应的不法与罪责之间的区分,这一区分不仅符合人们的道德直觉,而且对于具体问题的处理具有重要意义。四要件犯罪论体系的两大支柱是客观与主观,强调主客观相统一,不承认正当化事由与宽宥事由之间的区分以及与之相对应的不法与罪责之间的区分。^[55] 但问题是,客观与主观的含义并不明确,在不同的场合可能具有不同的意义;强调主客观相统一,并不能理顾客观与主观的关系,也不能保证从客观到主观的犯罪认定过程;仅仅停留在客观与主观两个概念之上,在某些场合难以限定处罚程度;客观与主观也无法对应于客观危害与主观恶性。相反,以不法与罪责作为犯罪论体系的两大支柱,不仅符合犯罪的实体,符合刑法规范的性质与机能,符合刑罚目的,而且可以正确地正当化事由与宽宥事由,有效地解决共犯问题,有利于明确从重、从轻与减轻处罚、免除处罚的根据,有利于完善保安处分制度。^[56] 不法与罪责之区分的缺失,表明四要件犯罪论体系欠缺体系的合理性。一个欠缺体系的完整性和合理性的犯罪论体系,显然无法确保法的安定性、刑法适用的公平性和裁判结论的正确性。

第二,四要件犯罪论体系的逻辑性不强。在四要件犯罪论体系中,犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面四个要件是相互依存的,它们之间是一损俱损、一荣俱荣的关系,彼此之间并不存在严格的逻辑递进关系即位阶关系,这主要体现在两个方面:首先,在四要件犯罪论体系内部,对于

[52] 运用德国三分制(或三阶层)犯罪论体系来分析计算机犯罪和网络犯罪, Vgl. Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht: EinGrundriss, 2. Aufl., Springer, 2012, S. 56-78. 运用德国三分制(或三阶层)犯罪论体系来分析经济犯罪和金融犯罪, Vgl. Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2013; Wirtschaftsstrafrecht: Besonderer Teil, 3. Aufl., 2011.

[53] 参见高铭喧:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》,载《中国法学》2009年第2期,第5-8页。

[54] 参见陈兴良:《四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆——从正当行为切入的学术史考察》,载《现代法学》2009年第6期,第57页。

[55] 参见陈兴良:《犯罪论体系的去苏俄化》,载《政法论坛》2012年第4期,第11-16页。

[56] 同注44引文,第44-56页。

四个要件的排列顺序是存在争议的:通说采取的是“犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面”的排列顺序,也有学者主张采取“犯罪主体—犯罪主观方面—犯罪客观方面—犯罪客体”的排列顺序。在三分制(或三阶层)犯罪论体系之下,由于彼此之间存在严格的逻辑关系,因此构成要件符合性、违法性和罪责的顺序是不可变更的。其次,即使四个要件可以按照一定的逻辑来排列顺序,这种顺序与三分制(或三阶层)犯罪论体系之下构成要件符合性、违法性与罪责之间的位阶关系也是存在根本区别的:四个要件中后一个要件的存在并不以前一个要件的存在为前提,而前一个要件也不能独立于后一个要件而存在。^[57] 一个欠缺逻辑位阶性的犯罪论体系,不仅不符合思维经济性的要求,增加犯罪审查的难度,而且会造成具体案件认定的偏差。^[58]

第三,四要件犯罪论体系的实用性不佳。从实用性角度上看,四要件犯罪论体系至多可以用来判断典型的故意既遂的作为犯,对于其他特殊的犯罪形态,例如不作为犯、犯罪停止形态(犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止等)、共同犯罪等,四要件犯罪论体系往往会显得捉襟见肘。因此,即使是坚持四要件犯罪论体系的学者,在分析上述特殊犯罪形态之时,也不得不采取三分制(或三阶层)犯罪论体系作为分析工具。此外,对于网络犯罪、经济犯罪和金融犯罪等现代型犯罪而言,四要件犯罪论体系更是无能为力。这充分说明,四要件犯罪论体系缺乏普遍的适用性与良好的实用性。

最后,由于四要件犯罪论体系在上述方面与三分制(或三阶层)犯罪论体系之间存在概念、话语和体系等方面的重大差异,因此造成了我国刑法学界与德国、日本以及美国同行在学术交流上的障碍。在最近十几年的国际交流中,由于我国刑法学者总是需要不断地向德国、日本以及美国同行解释什么是四要件犯罪论体系,因此人为地影响了学术交流的成效。

由于四要件犯罪论体系存在上述根本缺陷,因此本文认为,在建设社会主义法治国家的大背景之下,为了确保法的安定性、刑法适用的公平性和裁判结论的正确性,我国应当摒弃四要件犯罪论体系,改为采取更具体系性、逻辑性和实用性的三分制(或三阶层)犯罪论体系。

五、结语:不约而同?

与普通法两分制犯罪论体系不同,1962年美国《模范刑法典》采取了一种三分制(或三阶层)犯罪论体系。从比较法的角度上看,虽然自德国刑法学家李斯特、贝林以来,三分制(或三阶层)犯罪论体系就已经在德国学界确立了其通说的地位,但是,直到1975年德国刑法修订,这一犯罪论体系才正式确立于刑法典之中。1975年《德国刑法典》第34条和第35条明确规定两种不同类型的紧急避险,即正当化的紧急避险(RechtfertigenderNotstand)与宽宥的紧急避险(EntschuldigenderNotstand),正式在刑法典中确立了违法性与罪责或者正当化与宽宥的区分,从而最终完成了三分制(或三阶层)体系的法定化。^[59] 从现有的起草资料和立法资料来看,没有任何证据表明《模范刑法典》的制定受到了1975年之前德国刑法学界关于三分制(或三阶层)犯罪论体系之探讨的影响;也没有任何证据证明1975年《德国刑法典》受到了美国《模范刑法典》的影响。两大法系最具代表性的两个国家——德国和美

[57] 参见陈兴良:《犯罪论体系的位阶性研究》,载《法学研究》2010年第4期,第111-122页。

[58] 关于四要件犯罪论体系在具体案件认定方面的偏差,参见注57引文,第117-121页。

[59] 关于德国犯罪论体系与刑法典的关系史,参见江溯:《犯罪论对刑法典的形塑作用:以德国犯罪论与刑法典的关系史为线索的考察》,载《南京师大学报》(社会科学版)2013年第1期,第78-83页。

国——在没有相互参照的基础上,在两部最为重要的刑法文本中竟然采取了几乎完全相同的犯罪论体系,这不能不令人拍手称奇!无论如何,这场犯罪论体系的“不约而同”堪称比较法史上的一个佳话!

对于当下我国犯罪论体系的争论而言,采取一种“既然德国和美国采取了相同的犯罪论体系,那么我们就应当采用这一体系”的态度当然是失之谬误,但是,采取一种完全无视先进法治国家之犯罪论体系的鸵鸟政策同样是大错特错。虽然作为我国通说的四要件犯罪论体系具有一定的历史合理性与现实合理性,并且对于我国刑事法治的发展进步作出了不可磨灭的贡献,但是,如前所述,四要件犯罪论体系存在体系性不足、逻辑性不强和实用性不佳等重大缺陷。因此,虽然在当下中国的司法实务中,四要件犯罪论体系仍然拥有相当广阔的市场,但随着我国社会主义法律体系的建成、人权保障观念的不断深入以及司法专业化的持续推进,对于一套更为精确的、更符合逻辑因而更能实现刑事法治领域之人权保障的犯罪论体系的需求必定日益强烈。因此,在刑法理论上和司法实务中逐渐采取德国刑法学和美国《模范刑法典》的三分制(或三阶层)犯罪论体系应当是大势所趋。或许,在不久的将来,德国刑法学、美国《模范刑法典》和中国刑法学将迎来一个更可喜的“不约而同”!

The Structure for Analyzing Criminal Liability in Model Penal Code

Jiang Su

Abstract: Since the 20th century, three models of structure for analyzing criminal liability have been formulated in the two main legal families, i. e. bipartite structure, tripartite structure and quadripartite structure. Common law adopts a bipartite structure, which is flawed in two important aspects. Unlike the common law bipartite structure, Model Penal Code has adopted a tripartite structure, which avoids the deficiencies of common law bipartite structure and therefore more scientific. By comparing the tripartite structure in Model Penal Code and German tripartite structure, it can be found that both have not only formal but also substantial similarities. In addition, the tripartite structure proves to be more systematic, logic and pragmatic. As the dominant theory in China, it cannot be denied that the quadripartite structure has historical values and contemporary values. But it cannot be denied either that the quadripartite structure is not systematic, logic and pragmatic. Therefore, in the long run, the more scientific tripartite structure should be adopted in China.

Keywords: Model Penal Code; common law; bipartite structure; tripartite structure

(责任编辑:幸颜静)

论脆弱证人作证制度

张吉喜*

摘要:脆弱证人是指那些按照通常的方式作证会对自身产生不利影响或不能全面、准确地提供证言的证人。在相关国家,脆弱证人主要包括三类:未成年人,性犯罪案件中的被害人以及按照通常方式作证可能对自身产生不利影响或影响证言质量的其他证人。为了最大限度地保护脆弱证人,提高其证言的质量,相关国家的法律规定了脆弱证人适用特殊的作证方式。虽然这在理论上受到了一些质疑,但是这些质疑并不能否定脆弱证人作证制度。在我国,刑事诉讼法对脆弱证人缺乏相应规定,理论界对脆弱证人作证制度也没有进行系统的研究。“推进以审判为中心的诉讼制度改革”迫切需要我国确立脆弱证人作证制度。

关键词:脆弱证人 作证方式 对质权

近些年来,相关媒体报道了一些由经过专门训练的“法庭陪伴狗”陪同证人出庭作证的新闻。这些新闻中谈到,狗具有安抚证人的作用,能让那些情绪紧张的证人放松下来。^[1] 这些新闻报道凸显出了司法实践中的脆弱证人问题。脆弱证人是指那些按照通常的方式作证会对自身产生不利影响或不能全面、准确地提供证言的证人。脆弱证人作为证人中一类特殊的群体,受到了很多国家刑事诉讼法的重视。许多国家的刑事诉讼法确立了脆弱证人作证制度,规定了脆弱证人的特殊作证方式。中国共产党第十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了“推进以审判为中心的诉讼制度改革”。落实证人出庭制度是实现以审判为中心的重要保障。在“推进以审判为中心的诉讼制度改革”的背景下研究脆弱证人作证制度具有特别重要的意义。在正式展开论述前,需要说明三点:第一,虽然脆弱证人既可能是控方证人,也可能是辩方证人,但是,在实践中脆弱证人主要是控方证人,因此本文主要关注的是控方的脆弱证人。第二,由于部分按照通常的方式作证会对自身产生不利影响或不能全面、准确地提供证言的人是被害人,因此本文中的证人除了包括狭义的证人外,还包括被害人。第三,由于相关国家的脆弱证人作证制度较为完善,因此本文主要采用了比较研究的方法考察、分析相关国家的脆弱证人制度。为了确保比较研究具有代表性,本文既选取了英美法系的代表性国家,如英国、美国和加拿大,也选取了大陆法系的代表性国家,如法国和德国,还选取了混合式刑事诉讼的代表性国家,如日本和意大利。

* 西南政法大学法学院副教授,法学博士。本文为2012年国家社会科学基金项目“刑事诉讼特别程序实施问题研究”(12XFX015)的阶段性成果。

[1] 参见 <http://pet.163.com/15/0820/10/B1F3K5VA0042000M.html>; <http://news.enorth.com.cn/system/2014/10/31/012237145.shtml>; <http://www.sinoca.com/news/ca/2014-12-03/381081.html> 等。

一、脆弱证人的范围及对脆弱证人适用特殊作证方式的必要性

“脆弱证人”(vulnerable witness)是英文法律文献中较为通用的学术术语。^[2]很容易与脆弱证人相混淆的概念是匿名证人(anonymous witness)。^[3]两者的区别在于,保护脆弱证人与保护匿名证人的目的和方式是不同的。对匿名证人进行保护的目的是为了隐瞒证人的真实身份,防止证人因作证而受到威胁、报复,因此,被告人不应当见到证人,也不应当知道证人的真实身份。而对脆弱证人进行保护的目的是为了防止采用通常的作证方式作证对证人产生不利影响或影响证言的质量,这里的“不利影响”不是指被告人对证人的威胁、报复,而是指证人因作证而导致对自己的心理、健康、名誉等产生不利影响。因此,脆弱证人应当适用特殊的作证方式,具体将在第二部分论述。事实上,在大多数涉及到脆弱证人的案件中,被告人是知道证人身份的。

(一)脆弱证人的范围

英国刑事诉讼中脆弱证人的范围主要体现在《1999年少年司法与刑事证据法》(The Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999)第16条和第17条中,主要有四类。第一,在作证时不满17周岁的证人。第二,因智力障碍、身体残疾、患有精神疾病或其他疾病,法院认为可能影响证言质量的证人。这里证言的质量指的是证言的完整性、连贯性和准确性。连贯性指的是证人回答对其提出的问题的能力。这不仅是指证人能够回答对其提出的问题,而且指其证言能够被公众所理解。上述两类脆弱证人是《1999年少年司法与刑事证据法》第16条规定的。第三,证言的质量可能因害怕在刑事诉讼中作证而受到影响的证人。法院在认定上述证人时,除了需要考虑证人的意见外,还必须考虑如下因素:犯罪的性质、证人的年龄、证人的家庭状况、证人的工作状况,以及被告人或被告人的家人针对证人实施的行为。第四,性犯罪的被害人(除非其告知法院不需要适用特殊的作证方式)。上述两类脆弱证人是《1999年少年司法与刑事证据法》第17条规定的。

在美国,法院普遍认为出庭作证可能造成精神上伤害的证人,应当适用特殊的作证方式。^[4]除了上述脆弱证人之外,各州还将未成年被害人纳入脆弱证人的范围。如根据美国《俄亥俄州证据规则》(Ohio Rules of Evidence)第807条的规定,在提供证言时不满12岁的性犯罪或暴力犯罪被害人需要适用特殊的作证方式。

《加拿大刑法典》第486.2条和第486.3条规定了三种类型的脆弱证人:^[5]第一,18岁以下的证人或由于身体或精神上的原因作证困难的证人;第二,采用一般的作证方式不利于完整地、准确地陈述案件事实的证人。在认定上述脆弱证人时,法官应当考虑证人的年龄、证人的精神障碍或身体残疾、犯罪的性质、证人与被告人的关系以及其他相关因素。第486.2条特别规定,在恐怖主义犯罪、严重的有组织犯罪等案件中,采用一般的作证方式不利于完整地、准确地陈述案件事实的证人需要适用

[2] 2016年2月16日,笔者以“vulnerable witness”作为关键词在Westlaw的“Law Reviews & Journals”中检索,共检索出文献210篇。

[3] 关于匿名证人的研究,参见张吉喜:《论证人匿名作证制度》,载《比较法研究》2014年第6期,第113-127页。

[4] *Perez v. State*, 536 So. 2d 206 (Fla. 1988). 在一些州,需要有专业的心理学证据证明作证对证人可能造成精神上的伤害。See *People v. Newbrough*, 803 P.2d 155 (Colo. 1990); *Altmeyer v. State*, 496 N.E.2d 1328 (Ind. CA 1986).

[5] 2005年7月21日加拿大通过C-2法案(Bill C-2),修正了刑法中与未成年证人和其他脆弱证人相关的规定。该法案于2006年1月2日生效。

特殊的作证方式。第三,《加拿大刑法典》第264条规定的“恐吓型犯罪”中的证人。^[6]

在《法国刑事诉讼法典》中,下列证人属于脆弱证人:第一,根据《法国刑事诉讼法典》第706-52条和第706-53条的规定,具有性(侵害)性质的犯罪案件中的被害人。^[7]第二,出庭作证可能受到精神创伤的证人。^[8]

德国刑事诉讼中的脆弱证人主要包括三种类型。第一,根据《德国刑事诉讼法典》第241条a、第58条a和第255条a第2款的规定,不满18岁的证人。第二,根据《德国刑事诉讼法典》第247条的规定,不会当着被告人的面吐露实情的证人和当着被告人的面询问存在着严重损害其健康危险的证人。第三,根据《德国刑事诉讼法典》第247条a的规定,当庭询问存在着严重损害其福祉危险的证人。

在《日本刑事诉讼法典》中,脆弱证人的范围较广,共包括六类证人。第一,根据《日本刑事诉讼法典》第157条之三的规定,当着被告人的面作证可能感到有压力,且情绪稳定可能会受到严重影响的证人。在认定证人属于此种情形时,法院需要考虑到犯罪的性质、证人的年龄、证人的精神状况或身体状况、证人与被告人的关系以及其他因素。第二,根据第157条之四的规定,相关的性犯罪案件中的被害人。^[9]第三,根据第157条之四的规定,可能因法官及诉讼参与人在其作证时在场而感到有压力、情绪稳定受到严重影响的证人。在认定证人属于此种情形时,法院需要考虑犯罪的性质、证人的年龄、证人的精神状况或身体状况、证人与被告人的关系及其他因素。第四,根据第304条之二的规定,在被告人到场时作证感到压力而不能充分作证的证人。第五,根据第157条之二的规定,法院考虑到证人的年龄、精神状况或身体状况以及其他因素,认为作证时可能感到极度的焦虑或紧张的证人。第六,根据第158条的规定,法院考虑证人的重要性、年龄、职业、健康状况、其他情况及犯罪的轻重,并征求公诉人及被告人或其辩护人的意见后,认为有必要适用特殊作证方式的证人。

在意大利刑事诉讼法,下列两类证人属于脆弱证人:第一,未成年人(《意大利刑事诉讼法典》第498条第4款)。第二,因患有精神疾病、年幼或残疾而害怕作证的证人以及因出庭作证对健康产生危害的证人。^[10]

尽管上述各国法律规定的脆弱证人范围存在一些细微的区别,但是综合上述各国的规定,脆弱证

[6] 《加拿大刑法典》第264条规定,被告人以杀害、伤害被害人或其家人以及以损毁被害人的财物等方式恐吓被害人的,构成犯罪。

[7] 在这里,具有性(侵害)性质的犯罪是指《法国刑事诉讼法典》第706-47条规定的犯罪,具体包括故意杀害与谋杀未成年人,在杀害或谋杀之前或同时实施强奸、毒打或野蛮行为的犯罪,或者对未成年人实施性侵犯或性侵害,或者利用未成年人卖淫的犯罪。本文中的《法国刑事诉讼法典》条文均引自罗结珍译:《法国刑事诉讼法典》,中国法制出版社2006年版。下文中不再一一注明。

[8] 在法国,如果证人不能出庭,可以通过不出庭作证的方式提供证言。法国法院对“证人不能出庭”标准作了较为宽泛的解释,将其解释成包括出庭作证导致证人受到精神创伤在内。See Stefano Maffei, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses* 222 (Europa Law Pub. 2006).

[9] 具体罪名包括:第一,《日本刑法》第176条至第178条、第181条、第225条规定的犯罪(限于以猥亵或结婚为目的,下同)、第227条第1项(限于第225条规定的犯罪的帮助犯)或第3项(限于以猥亵为目的)或第241条前段规定的犯罪。第二,《儿童福利法》(1947年第164号法律)第60条第1项规定的犯罪,或第34条第1款第9项第2目规定的犯罪,或《儿童卖淫、儿童色情行为处罚及儿童保护法》(1999年第512号法律)第4条至第8条规定的犯罪。

[10] 《意大利刑事诉讼法典》第195条规定,只有在直接感知案件事实的证人死亡、患病或查无下落时,才可以不出庭作证。意大利法院对“患病”作了扩张解释,使其不仅包括因患有精神疾病、年幼或残疾而害怕作证的人(See Corte Cost., judgment No. 20/1995, Giur. Cost. 232 (1995)),还包括因出庭作证对健康产生危害的证人(See Cass. Crim., 25 September 2000, Galliera, Cass. Pen. 616 (2002))。

人主要包括如下三种类型:第一,未成年人。多数国家都将未成年人作为脆弱证人,只是相关国家对于未成年证人年龄界限的规定不尽相同。如英国《1999年少年司法与刑事证据法》规定的是在作证时不满17周岁的未成年证人,《加拿大刑法典》和《德国刑事诉讼法典》规定的都是不满18岁的未成年证人。《日本刑事诉讼法典》虽然没有明确规定未成年证人属于脆弱证人,但是将证人的年龄作为认定证人是否属于脆弱证人的重要因素。第二,性犯罪案件中的被害人。多数国家对性犯罪案件中被害人的年龄没有作任何限制,只有美国《俄亥俄州证据规则》规定,在提供证言时不满12岁的性犯罪被害人属于脆弱证人。第三,按照通常方式作证可能对自身产生不利影响或影响证言质量的其他证人。部分国家只将按照通常方式作证可能影响证言质量的证人作为脆弱证人,如英国。部分国家只将按照通常方式作证可能对自身产生不利影响的证人作为脆弱证人,如美国、法国、德国和意大利。部分国家将上述两类证人都作为脆弱证人,如英国、加拿大和日本。《加拿大刑法典》第486.2条规定的采用一般作证方式不利于完整地、准确地陈述案件事实的证人属于影响证言质量的情形。《加拿大刑法典》第486.3条规定的“恐吓型犯罪”中的证人,既可能属于影响证言质量的情形,也可能属于对自身造成不利影响的情形。

在脆弱证人的认定上,对于第一种类型和第二种类型的证人,法院没有自由裁量权,即只要是未成年人证人和性犯罪案件中的被害人,就应当被认定为脆弱证人。对于第三种类型的证人,法院在认定时则具有一定的自由裁量权。如根据英国、加拿大和日本等国的规定,法院在认定此类证人时,需要考虑犯罪的性质、证人的年龄、证人的精神障碍或身体残疾、证人的家庭状况、证人的工作状况、证人与被告人的关系、被告人或被告人的家人针对证人实施的行为以及其他相关因素。

(二)对脆弱证人适用特殊作证方式的必要性

证人作证的一般方式是,在侦查阶段和审查起诉阶段,向侦查机关和审查起诉机关提供证言,作为提起公诉的依据;在审判阶段,证人出庭作证接受控辩双方的直接交叉询问。通过上文的考察,我们得知了脆弱证人的三种类型:第一,未成年证人;第二,性犯罪案件中的被害人;第三,出庭作证可能对自身产生不利影响或影响证言质量的其他证人。对脆弱证人需要适用特殊作证方式。第三类脆弱证人的名称已经表达了适用特殊作证方式的原因,即为了防止对证人自身产生不利影响或保障证言质量。下面主要阐述对第一类脆弱证人和第二类脆弱证人适用特殊作证方式的原因。笔者认为,未成年证人和性犯罪案件中的被害人自身的特征和交叉询问的缺陷决定着对其应当适用特殊的作证方式。

1. 脆弱证人自身的特征决定着对其需要适用特殊的作证方式

未成年证人和性犯罪案件被害人的下列特征决定着对其需要适用特殊的作证方式。

第一,未成年人。在1990年代,法学学者和心理学学者就对未成年人进行了深入的研究。研究表明,未成年人具有如下特点:首先,在未成年证人作证时,询问其的方法和场所特别重要。未成年人会因身着不熟悉服装的办案人员的出现而感到紧张,也会因为被告人和旁听公众的出现而感到恐惧。另外,法庭的设置也可能使未成年证人感到焦虑。上述情形都会影响到未成年人证言的质量。相反,如果询问未成年证人的方法和场所符合未成年人的身心特点,未成年人就能够十分准确地说出

其所看到或经历的事。^[11] 其次,未成年证人的长期记忆力较差。记忆的基本规律是,随着时间的推移,记忆的内容会越来越模糊。对于未成年证人来说,尤其如此。研究发现,与成年证人相比,随着时间的推移,未成年证人遗忘的速度更快。^[12] 因此,犯罪发生与未成年人作证之间的时间间隔会影响其证言的准确性。^[13] 从侦查阶段到审判阶段,未成年证人证言的质量逐步下降,未成年证人的证言越接近案件的发生时间,其证言越准确和完整。^[14] 再次,未成年被害人作证的方式和次数影响其恢复正常生活的速度。在公开的庭审中作证的未成年被害人与那些没有在公开的庭审中作证的被害人相比,有更多的行为障碍。与在刑事程序的一个阶段提供证言的未成年被害人相比,在刑事程序的多个阶段都提供证言的未成年被害人恢复正常生活的速度更慢。^[15] 复次,有时未成年人可能会默认他们内心不同意的陈述。^[16] 最后,多次询问未成年人可能导致扭曲其记忆。^[17]

第二,性犯罪案件中的被害人。在性犯罪案件中,让被害人出庭作证会对其形成二次伤害。研究表明,性犯罪案件中的被害人在被告人面前作证时,特别容易受到心理上的伤害。^[18] 正因为如此,部分性犯罪案件中的被害人极其不愿意出庭作证,甚至有时候在法庭上会突然推翻其审前所作的陈述。欧洲人权法院曾明确指出,刑事程序对于性犯罪案件中的被害人来说往往是一种折磨,在被害人不愿意与被告人对质的情况下尤其如此。因此,欧洲人权法院认为,在与性犯罪相关的刑事程序中,必须考虑被害人是否得到了尊重。为了保护被害人,应当采取一些特殊的措施,只要这些措施与辩方权利的充分和有效保障相一致。^[19]

2. 交叉询问的缺陷决定着对脆弱证人需要适用特殊的作证方式

交叉询问是对抗式刑事诉讼的标志。交叉询问的功能是质疑证人的可靠性和证言的准确性。证据法学家威格摩尔(Wigmore)称其为“发现案件事实的最伟大的法律引擎”。^[20] 然而,威格摩尔也承认有必要对交叉询问进行适当控制,因为其有可能歪曲事实。威格摩尔说,律师可以运用交叉询问让事实变得像谎言。^[21] 近些年来,交叉询问的功能开始不断受到质疑。有学者认为,交叉询问的真正目的几乎与发现案件事实无关,而在于通过提出的问题控制证人,避免其披露对辩方不利的证言。^[22]

[11] K.J. Saywitz, *Improving Children's Testimony: The Question, the Answer and the Environment*, in *Memory and Testimony in the Child Witness* 113-140 (M.S. Zaragoza et al. eds., Sage, Thousand Oaks 1995).

[12] J.E.B. Myers, K.J. Saywitz & G.S. Goodman, *Psychological Research on Children as Witnesses: Practical Implications for Forensic Interviews and Courtroom Testimony*, 28 *Pacific L.J.* 3, 6 (1996).

[13] Emily Henderson, *Alternative Routes: Other Accusatorial Jurisdictions on the Slow Road to Best Evidence*, in *Children and Cross-Examination: Time to Change the Rules?* 44 (John R. Spencer & Michael E. Lamb eds., Hart Publishing 2012).

[14] J.E.B. Myers and Others, *supra* note 12, at 76.

[15] G.S. Goodman and Others, *Testifying in Criminal Court* 117 (Chicago Univ. Press 1992).

[16] Rachel Zajac, Sarah O'Neill & Harlene Hayne, *Disorder in the Courtroom? Child Witnesses under Cross-Examination*, 32 *Development Review* 181, 186 (2012).

[17] D.A. Poole & L.T. White, *Tell Me again and again: Stability and Change in the Repeated Testimonies*, in *Memory and Testimony in the Child Witness* 24-43 (M.S. Zaragoza ed., Sage, Thousand Oaks 1995).

[18] L.C. Brannon, *The Trauma of Testifying in Court for Child Victims of Sexual Assault v. the Accused's Right to Confrontation*, 18 *Law & Psychol. Rev.* 439, 442 (1994).

[19] *S.N. v. Sweden*, App. No. 34209/96 (2 July 2002).

[20] John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* 29 (Little, Brown 1940).

[21] John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* 32 (Little, Brown, revised ed. 1974).

[22] Christine Eastwood & Wendy Patton, *The Experiences of Child Complainants of Sexual Abuse in the Criminal Justice System* 4-5 (Research Report, Queensland University of Technology 2002).

甚至有学者认为,有经验的交叉询问者的目标是让诚实的证人尽可能地感到迷惑,使诚实的证人看起来像撒谎者。^[23] 也有学者指出,交叉询问远非发现案件事实的有效手段。^[24]

上述对交叉询问的批评尤其适用于脆弱证人。首先,辩护律师往往通过交叉询问来质疑未成年人的认知能力,将未成年人描述成不可靠的证人。其次,辩护律师交叉询问的方式往往影响未成年人证言的准确性。辩护律师常常在交叉询问中提出具有迷惑性的问题,如双重否定式问题和具有诱导性特征的问题,这可能影响未成年人对问题的理解,从而影响其证言的准确性。另外,交叉询问中还经常出现具有攻击性的问题,这往往会让未成年人感到焦虑,使其很难回忆案件事实,其证言的准确性也容易受到影响。^[25] 再次,即使向未成年人提出不具有迷惑性或攻击性的问题,也有可能获得不准确的证言。研究表明,如果向未成年人提出的问题是封闭性的,即只能回答是或不是的问题,很容易获得不可靠的证言。相反,如果向未成年人提出的问题是开放性的,则能够获得更为准确的证言。^[26] 最后,交叉询问中经常出现的具有攻击性的问题,会让性犯罪案件中的被害人感到羞辱,使其受到二次伤害,影响其恢复正常生活的速度。

二、脆弱证人的特殊作证方式

为了最大限度地保护脆弱证人,提高其证言的准确性,相关国家不仅规定了脆弱证人可以在出庭作证时适用特殊的作证方式,还允许脆弱证人通过不出庭作证的方式提供证言。

(一) 在出庭作证时适用特殊的作证方式

相关国家法律规定,脆弱证人可以在出庭作证时适用下列特殊作证方式:

1. 禁止被告人直接对脆弱证人进行反询问

在禁止被告人直接对脆弱证人进行反询问时,相关国家通过以下三种方式对脆弱证人的证言进行审查:

第一,由专家询问人询问脆弱证人。

专家询问人又被称为中间人(intermediary)。根据中间人是否可以以适当的方式重新组织辩方向证人提出问题为标准,可以将中间人制度划分为两种模式:一是英国模式;二是美国模式。

英国《1999年少年司法与刑事证据法》第29条规定了“通过中间人询问证人”。该条规定的中间人是翻译人员或法院准许的其他人员。在询问证人之前,中间人需要向法院提供证人理解能力和交流能力的报告,提出询问脆弱证人可能需要的特定设备。^[27] 只有在证人的理解能力和交流能力存在问题的情况下,才由中间人对其进行询问。在由中间人询问脆弱证人时,必须保障法官和辩护人有机

[23] Diane J. Birch, *The Criminal Justice Act 1988—Documentary Evidence*, *Criminal Law Review* 15, 17 (1989).

[24] J. Hunter, *Battling a Good Story: Cross-Examining the Failure of the Law of Evidence*, in *Innovations in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching* 269–271 (P. Roberts & M. Redmayne eds., Hart Publishing 2007).

[25] L. Henry et al., *Perceived Credibility and Eyewitness Testimony of Children with Intellectual Disabilities*, 55 *Journal of Intellectual Disability Research* 385, 386 (2011).

[26] Adrian Keane, *Towards a Principled Approach to the Cross-Examination of Vulnerable Witnesses*, 6 *Criminal Law Review* 407, 417 (2012).

[27] Emma Davies, Emily Henderson & Kirsten Hanna, *Facilitating Children to Give Best Evidence: Are There Better Ways to Challenge Children's Testimony?* 34 *Criminal Law Journal* 347, 357 (2010).

会与中间人进行交流,并且能够看到和听到中间人对证人的询问;^[28]在由陪审团审判的案件中,必须保障陪审团能够看到和听到中间人对证人的询问。在司法实践中,法院常常根据中间人的专业领域不同为不同的脆弱证人指定不同的中间人。^[29]在英国,中间人可以设计向脆弱证人发问的适当方式,可以重新组织辩方向脆弱证人提出的问题。通过这种方式,中间人可以控制辩护律师提出的不恰当的问题。事实上,这也是中间人最主要的功能。^[30]除此之外,中间人还具有如下两方面的功能:一是将证人的回答告知辩方。二是向脆弱证人解释辩方提出的问题,向辩方解释脆弱证人的回答,使脆弱证人和辩方能够相互理解对方。

在美国,在未成年证人作证时,需要由中间人参与。但是,与英国的脆弱证人制度不同,美国的中间人只是相当于扩音器,其功能是放大未成年证人的声音。不允许中间人重新组织辩方向脆弱证人提出问题,也不允许中间人向未成年证人解释辩方提出的问题和向辩方解释未成年证人对问题的回答。^[31]

第二,由辩护人或法院指定的其他人员询问脆弱证人。

在英国,对于那些理解能力和交流能力都没有问题的脆弱证人,虽然不需要由专家询问人进行询问,但是被告人也不能直接对其进行反询问,而是需要由辩护人或法院指定的其他人员对其进行询问。英国《1999年少年司法与刑事证据法》第34条和第35条规定,被指控性犯罪的被告人不能亲自对被害人进行反询问;被指控特定犯罪的被告人也不得亲自对未成年被害人和其他未成年证人进行反询问。这里的特定犯罪包括性犯罪、猥亵儿童犯罪、绑架儿童犯罪以及伤害儿童犯罪等。^[32]第36条规定,除了第34条和第35条之外,如果法院认为,被告人亲自对证人进行反询问,可能降低证言的质量,也可以决定禁止被告人亲自对特定证人进行反询问。在作出此决定前,法院必须考虑:证人对接受被告人亲自反询问的意见;可能被问及的问题的性质;被告人在刑事程序中的行为,包括一般行为和针对证人的行为;证人和被告人之间的关系。第38条规定,如果法院禁止被告人亲自对证人进行反询问,必须告知被告人委托辩护人对证人进行反询问;被告人应当在开庭前告知法院其是否委托了辩护人。如果在开庭前,被告人告知法院其没有委托辩护人,或者被告人没有告知法院其是否委托了辩护人,法院必须考虑是否有必要指定辩护人代理被告人对证人进行反询问。

与英国不同,加拿大没有区分理解和交流能力有问题的脆弱证人与理解和交流能力没有问题的脆弱证人,而是规定在不宜由被告人直接对脆弱证人进行反询问时,由辩护律师对脆弱证人进行反询问,在被告人没有辩护人时,由法官指定律师询问脆弱证人。《加拿大刑法典》第486.3条规定了不应当由被告人直接对脆弱证人进行反询问的三种情形:第一,对于18岁以下的证人,被告人不能亲自对证人进行反询问,除非法官认为,为了司法公正需要由被告人亲自对证人进行反询问。第二,法官认为,为了获得证人完整的、准确的证言,被告人不应当亲自对证人进行反询问。在作出上述决定时,法官应当考虑证人的年龄、证人的精神障碍或身体残疾、犯罪的性质、证人与被告人的关系以及其他相关因素。第三,在恐吓型犯罪(《加拿大刑法典》第264条)中,被告人不应当亲自对证人进行反询问,

[28] 如果被告人有两名或两名以上辩护人,至少应当保障一名辩护人能够看到和听到中间人对证人的询问。

[29] Victims and Witnesses Unit (Ministry of Justice, UK), *The Registered Intermediary Procedural Guidance Manual* 9-11 (2012).

[30] Davies, *supra* note 27, at 357-358.

[31] *U.S. v. Romey* 32 M.J. 180, Cert. denied 112 S. Ct. 337 (U.S. Military App. Ct.).

[32] 这里的未成年是指未满17周岁的未成年人,但是,在绑架未成年人犯罪和伤害未成年人犯罪案中,这一年龄为14周岁。

除非法官认为,为了维护司法公正需要由被告人亲自对证人进行反询问。

第三,由审判人员询问脆弱证人。

《法国刑事诉讼法典》在“重罪的审判”和“轻罪的审判”中都对由审判人员询问证人作了几乎一致的规定。这里以“重罪的审判”为例,对由审判人员询问证人作一介绍。《法国刑事诉讼法》第309条第2款规定:“审判长对一切有损法庭审案尊严或者旨在拖延审理,使之不能得出肯定的准确结果的言行,均应予以驳回。”第312条规定:“以第309条之规定为保留条件,检察院以及各当事人的律师可以向审判长请求发言,直接向被告人、民事当事人、证人以及所有被传唤出庭的人提问。”根据上述规定,如果审判长认为被告人及其辩护人直接询问脆弱证人不利于获得准确的证言,有权不允许被告人及其辩护律师直接询问脆弱证人,由审判长亲自对脆弱证人进行询问。

《德国刑事诉讼法典》第241条a规定,对不满18岁的证人只能由审判长进行询问,但是审判人员、公诉人、被告人及其辩护人和陪审员可以请求审判长增加询问的问题。如果审判长根据其职责裁量权认为由上述人员直接询问未成年证人不会损害证人的福祉时,可以准许上述人员直接询问未成年证人。

在意大利,一般由庭长询问未成年证人;只有在辩方直接询问未成年证人不会造成其紧张的情况下,才允许辩方直接询问未成年证人。《意大利刑事诉讼法典》第498条第4款规定:“询问未成年人由庭长根据当事人的问题和意见进行。在询问中,庭长可以借助未成年人的家属或者少年心理学专家的帮助。在听取当事人意见后,如果庭长认为直接询问未成年人不可能造成证人紧张,则裁定依照以上各款规定的程序进行举证活动。上述裁定可以在询问过程中撤销。”

2. 在看不见被告人的情况下作证

相关国家通过以下四种方法让脆弱证人在看不见被告人的情况下作证:一是通过声像传播的方式作证;^[33]二是在脆弱证人与被告人之间设置屏障;三是在脆弱证人作证时将被告人带出法庭;四是其他不让脆弱证人看见被告人的方式。

英国《1999年少年司法与刑事证据法》第24条规定,未成年证人可以在法庭外通过声像传播的方式作证,但是不能妨碍未成年证人看见法官、陪审团、辩护人以及帮助证人的翻译人员或其他人员,也不能妨碍上述人员看见证人。

《加拿大刑法典》第486.2条对脆弱证人在看不见被告人的情况作证作了较为全面的规定。第一,对18岁以下的证人或由于身体或精神上的原因作证困难的证人,在作证时,法官应当命令其在法庭外作证或在其与被告人之间设置屏障,或通过其他不让证人看见被告人的方式作证,除非法官认为该命令与司法公正不符。^[34]在这里,立法使用的是“应当”,即该规定是强制性的,法官没有任何裁量权。第二,对于其他证人,如果法官认为其在法庭外作证或在其与被告人之间设置屏障,或通过其他不让证人看见被告人的方式作证,有助于完整地、准确地陈述案件事实,可以命令证人采用上述方式作证。此时,法官应当考虑证人的年龄、证人的精神障碍或身体残疾、犯罪的性质、证人与被告人的关系以及其他相关因素。第三,在恐怖主义犯罪、严重的有组织犯罪等案件中,如果法官认为有助于被害人完整地、准确地陈述案件事实,可以命令被害人在法庭外作证或在其与被告人之间设置屏障,或

[33] 脆弱证人在通过声像传播的方式作证时,虽然处于法庭之外,但是脆弱证人的所在之处可以被视为法庭的“延伸空间”(参见本文第三部分),因此,笔者将其作为特殊的出庭作证方式,而非不出庭作证。

[34] 在法庭外作证通常是通过声像传播的方式实现的。

通过其他不让被害人看见被告人的方式作证。对于第二类和第三类证人,立法使用的是“可以”,即对于上述第二类证人和第三类证人适用特殊方式作证是非强制性的,法官享有裁量权。证人在通过上述方式作证时,法官应当让被告人、法官和陪审团通过声像传播或其他方式看见证人作证,允许被告人在观看证人作证时与辩护人进行交流。

《德国刑事诉讼法典》规定了在脆弱证人作证时将被告人带出法庭和脆弱证人通过声像传播的方式作证。《德国刑事诉讼法典》第 247 条规定了可以命令被告人在询问证人期间离开法庭的三种情形:第一,法庭担心同案被告人或者证人不会当着被告人的面吐露实情;第二,法庭担心当着被告人的面询问未满 18 岁的证人会严重损害证人的福祉;第三,法庭担心当着被告人的面询问其他证人存在着严重损害证人健康的迫切危险。如果审判长命令被告人在询问证人期间离开法庭,在被告人再度出庭时,审判长应告知他证人作证的内容。《德国刑事诉讼法典》还规定了证人在异地通过声像传播的方式作证。《德国刑事诉讼法典》第 247 条 a 规定,在当庭询问证人存在着严重损害证人福祉的迫切危险时,法庭可以命令证人在异地通过声像传播的方式作证。

《日本刑事诉讼法典》对脆弱证人在看不见被告人的情况作证也作了较为全面的规定。《日本刑事诉讼法典》第 157 条之三规定,法院在听取了公诉人和被告人或其辩护律师的意见后,考虑到犯罪的性质、证人的年龄、证人的精神状况或身体状况、证人与被告人的关系以及其他因素,认为证人当着被告人的面作证可能会感到有压力,可能会严重影响其情绪稳定,可以采取让证人看不到被告人,或证人和被告人相互都不能看到对方;但是,在采取措施让被告人看不到证人时,必须有辩护律师在场。这里的措施包括在脆弱证人与被告人之间设置屏障或单向镜。第 157 条之四规定,在相关的性犯罪和儿童性犯罪案件中,法院在听取公诉人及被告人或其辩护人的意见后,可以将被害人安排在法庭以外的其他地方(但在法庭所在同一建筑物内为限)通过声像传播的方式作证。^[35] 另外,根据该条规定,对于其他证人,法院根据犯罪的性质、证人的年龄、证人的精神状况或身体状况、证人与被告人的关系以及其他因素,认为法官及诉讼参与人在场可能会使证人感到有压力,可能会严重影响其情绪稳定,也可以让证人通过上述方式作证。《日本刑事诉讼法典》第 304 条之二规定,法院发现证人在被告人在场时感到压力而不能充分作证时,在听取了公诉人和辩护人的意见后,可以在证人作证过程中将被告人带离法庭,但是必须有辩护人在场。在证人作证之后,法院应当让被告人进入法庭,告诉被告人证言的主要内容。

《法国刑事诉讼法典》规定了在脆弱证人作证时可以将被告人带出法庭。《法国刑事诉讼法典》第 339 条规定:“审判长在听取某一证人作证或讯问某一被告人之前、之时或之后,得让一名或数名被告人退出法庭,并且对案件的某些情节分别进行讯问,但是,审判长应当注意,只有告知每一位被告人在其退出法庭之后所发生的事实以及由此产生的结果,始能继续进行随后的审理活动。”

3. 作证时由陪伴者陪伴

《加拿大刑法典》第 486.1 条规定,对于 18 岁以下的证人或有精神障碍或身体残疾的证人,法官应当命令证人选择陪伴者(support person),允许其在证人作证时陪伴证人,除非法官认为该命令有违司法公正。在这里,立法使用的是“应当”,即该规定是强制性的,法官没有任何裁量权。该条还规定,对于其他证人,如果法官认为上述方法有助于证人完整地、准确地陈述案件事实,可以命令证人选择

[35] 同注 9。

陪伴者,允许其在证人作证时陪伴证人。在作出上述决定时,法官应当考虑证人的年龄、证人的精神障碍或身体残疾、犯罪的性质、证人与被告人的关系以及其他相关因素。在这里,立法使用的是“可以”,即该规定是非强制性的,法官享有裁量权。第486.1条还规定,同案的其他证人不能作为陪伴者,除非法官认为由同案的其他证人作为陪伴者确实有利于司法公正;法官可以命令证人与陪伴者在证人作证时不能进行交流。《法国刑事诉讼法典》第706-53条规定,在具有性(侵害)性质的犯罪案件中,在听取未成年被害人的陈述时,应有心理专家或者儿科专业的医生在场,或者有该未成年人家庭的成员、法院指定的管理人或少年法官委托的人在场。^[36]《日本刑事诉讼法典》第157条之二规定,法院在听取公诉人和被告人或其辩护人的意见后,考虑到证人的年龄、精神状况、身体状况以及其他因素,认为证人可能会感到极度的焦虑或紧张,可以允许证人在作证时由适合于缓解证人焦虑或紧张的人陪伴。陪伴者不应当以任何方式在证人作证时干扰法官或其他人员询问证人或证人作证,不得不恰当地影响证言的内容。

4. 脆弱证人出庭作证时的其他特殊作证方式

在相关国家的法律中,脆弱证人出庭作证时适用的特殊作证方式除了上述之外,还包括以下几类:第一,法官不穿戴假发和法官袍。英国《1999年少年司法与刑事证据法》第26条规定,法官在有脆弱证人出庭作证的案件中,不穿戴假发和法官袍,着便装出庭。第二,对辩方询问脆弱证人的问题进行限制。英国《1999年少年司法与刑事证据法》第41条规定,辩方一般不得向性犯罪案件的被害人提出和被害人与被告人或第三人之间先前性行为相关的问题。美国《联邦证据规则》第611条规定,法院应当对询问证人和提出证据的方式和顺序予以合理控制,以做到有效地确定真相、保护证人免受骚扰或者不当困窘等。第三,证人在看不到旁听民众的情况下作证。《日本刑事诉讼法典》第157条之三规定,法院在听取了公诉人和被告人或其辩护律师的意见后,考虑到犯罪的性质,证人的年龄、精神状况或身体状况,作证对证人名誉的影响以及其他因素,可以采取让证人和旁听民众都相互看不到对方。

(二) 通过不出庭作证的方式提供证言

为了保护脆弱证人,相关国家法律规定了脆弱证人可以通过不出庭作证的方式提供证言。相关国家法律关于这方面的规定主要包括如下几类:一是将脆弱证人的证言作为传闻证据规则的例外;二是将脆弱证人的审前证言笔录作为证据使用;三是审判人员在庭外询问脆弱证人;四是将脆弱证人的审前证言录像作为证据使用。

英国和美国都规定了传闻证据排除规则,但是该规则具有诸多例外。传闻证据规则的例外扮演着保护脆弱证人的角色。英国《2003年刑事审判法》第114条规定,在刑事诉讼中,对于不是以言词证据的形式提供的陈述,在法院认为司法利益要求其具有可采性时,其具有可采性。在认定司法利益是否有上述要求时,法院应当考虑陈述者不能提供口头证据的理由、质疑该陈述的难度、对当事人带来的损害程度以及相关的其他因素。第116条规定,证人不能出庭的情形包括:证人由于身体或者精神状况不适宜出庭作证,法院担心证人不出庭作证等。在这里,法院需要考虑证人是否符合《1999年少年司法与刑事证据法》第16条和第17条(参见上文)的规定。《美国联邦证据规则》第804条规定,当符合法定条件时,如果陈述者不能出庭,其陈述具有可采性。陈述人被视为不能出庭作证的情形包

[36] 同注7。

括:陈述者声称对自己所作陈述的内容记不清了;陈述者由于死亡、患有身体或精神上的疾病,或身体虚弱不能在审判或者听证过程中出庭或者作证。法院普遍认为证人出庭作证可能造成精神上的伤害也属于证人不能出庭作证的情形。^[37]

在意大利,脆弱证人可以通过审前证言笔录的方式作证。《意大利刑事诉讼法典》第 512 条规定:“当由于不可预见的事实或情形而不可能重复有关的证明行为时,根据当事人的要求,法官决定宣读由公诉人或法官在初步庭审过程中取得的文书。”根据该规定,只有在因“不可预见的事实或情形”导致证人不能出庭作证的情况下,才能够当庭宣读收入控方案卷的审前证言笔录。很明显,脆弱证人不属于“不可预见的事实或情形”。然而,意大利的法院认为,“不可预见的事实或情形”属于一项主观要求,因此,它也适用于脆弱证人。^[38]

《日本刑事诉讼法典》规定审判人员可以在庭外询问脆弱证人。《日本刑事诉讼法典》第 158 条规定,法院考虑证人的重要性、年龄、职业、健康状况、其他情况及犯罪的轻重,并征求公诉人及被告人或其辩护人的意见后,认为必要时,可以传唤证人到法庭外进行询问或到证人的住处进行询问。法院应事先给公诉人、被告人及其辩护人了解询问事项的机会。公诉人、被告人及其辩护人可以申请法院增加对必要事项的询问。第 159 条规定,如果公诉人、被告人或其辩护人在法院询问前条证人时不在场,应给予其了解证人陈述内容的机会。如果该证人的陈述可能对被告人产生无法预期的显著不利后果,被告人或其辩护人可以申请法院就必要事项对证人进行再询问。法院认为上述申请无理由时,可以驳回。

英国、美国、加拿大、法国和德国都规定了脆弱证人可以通过审前证言录像的方式作证,其中,英国、美国和德国还对审前证言录像的程序要求作了明确的规定。《加拿大刑法典》规定了证人可以通过审前证言录像作证的两种情形。《加拿大刑法典》第 715.1 条规定,被害人或其他证人在犯罪发生时未满 18 岁,在犯罪发生后合理时间内录制了视频,该视频在符合以下两项条件时,具有可采性,除非法官认为采纳该视频有损司法公正:第一,在该视频中被害人或证人描述了犯罪行为;第二,被害人或证人在作证时采纳了视频的内容。《加拿大刑法典》第 715.2 条规定,被害人或其他证人能够作证但是由于精神或身体上的原因作证有困难,在犯罪发生后合理时间内录制了视频,该视频在符合以下两项条件时,具有可采性,除非法官认为采纳该视频有损司法公正:第一,在视频中被害人或证人描述了犯罪事实;第二,被害人或证人在作证时采纳视频的内容。在加拿大,审前的证言录像是独立的证据,即使证人出庭作证,其也可以作为证据使用。在使用证人审前证言的录像作为证据时,如果证人出庭作证,其仍然需要接受反询问。《法国刑事诉讼法典》规定,在具有性(侵害)性质的犯罪案件中,未成年被害人可以通过审前证言录像的方式作证。^[39]《法国刑事诉讼法典》第 706-52 条规定,在具有性(侵害)性质的犯罪案件的调查和侦查过程中,在听取未成年被害人的陈述时,“经其同意,或者如其处于不能表示同意的状况,经其法定代理人的同意,得进行录像录音”。“如未成年人或其法定代理人有此请求,前款所指的录制材料可以仅仅是录音。”“共和国检察官或者预审法官决定不进行录音录像时,所做的决定应当说明理由。”“在程序进行的过程中,按照预审法官的决定,可以播放录像或录音,各当事人、律师或鉴定人,在预审法官或书记员在场时,观看或听取录制件的复制本。”

[37] *Perez v. State* 536 So. 2d 206 (Fla. 1988).

[38] Cass. Crim., 25 September 2000, Galliera, Cass. Pen. 616 (2002).

[39] 同注 7。

英国、美国和德国还专门对审前证言录像的程序要求作了明确的规定,其基本特征是:第一,审判人员必须在场;第二,必须给予辩护律师询问脆弱证人的机会。根据英国《1999年少年司法与刑事证据法》第28条的规定,在证据保全程序中对未成年证人进行主询问和反询问的录像时,被告人不能在场。法官和辩护人能够看到和听到对证人的询问,并能够与证人进行交流;被告人能够看到和听到对证人的询问,并能够与辩护人进行交流。该录像可以在审判中播放,在播放该录像时,应当给陪审员提供一份与录像中的对话相对应的文字记录。《美国联邦证据规则》第804条规定,在陈述人不能出庭作证时,其符合下列两项条件的先前证言可以作为证据使用:第一,先前证言是在审判、听证或者依法进行的证言存录程序中作为证人作出的(无论是在当前的案件中作出的,还是在其他案件中作出的);第二,受该证言指控的当事人已有机会对提供该证言的证人进行过交叉询问。法院认为,在证言存录程序(the videotaped deposition)中,证人证言的录像具有可靠性保障,因为该程序与庭审极为相近:首先,证人需要宣誓;其次,辩护律师在场且有机会对证人进行反询问;再次,该程序是在法官面前进行的。^[40]《德国刑事诉讼法典》第58条a规定,为了未满18岁的人的利益以及因第255条a第2款规定的犯罪受到伤害的未成年人的利益可以得到更好的保护,考虑相关因素,可以以声像媒介记录对证人的询问。只有为了追诉犯罪的目的,并且只有在查明案件事实需要时,声像资料才具有可采性。《德国刑事诉讼法典》第255条a第2款规定,在特定犯罪案件中,询问不满18岁的证人,可以用播放先前询问该证人的声像记录来代替,条件是法官、被告人及其辩护人参与了上述对证人的询问。在作出是否适用上述规定的决定时,法院应当考虑证人的利益,并应当说明原因。在必要时,法院应当准许控辩双方对证人进行补充询问。^[41]

三、对脆弱证人适用特殊作证方式受到的质疑及对质疑的反驳

对脆弱证人适用特殊作证方式的质疑主要来自于两方面:一方面是与被告人的公正审判权有关;另一方面是与案件事实的准确认定有关。^[42]

(一)对脆弱证人适用特殊作证方式与被告人的公正审判权

有观点认为,对脆弱证人适用特殊的作证方式侵犯了被告人的公正审判权。^[43]公正审判权是指由一系列与公正审判有关的、具体的权利组合而成的权利群或权利集合。《公民权利和政治权利国际公约》《欧洲人权公约》《美洲人权公约》《非洲人权与民族权宪章》以及相关国家的宪法都明确规定了被告人的公正审判权。^[44]在公正审判权所包含的具体权利中,脆弱证人作证最有可能侵犯的是被告人的对质权。

[40] *State v. Peters*, 587 A.2d 587, 589-590 (New Hampshire SC 1991); *State v. Conklin*, 444 N.W.2d 268 (Minn. 1989).

[41] 这里的特定犯罪包括侵犯性自主权的犯罪(《德国刑法典》第174至第184条g)、侵犯生命权的犯罪(《德国刑法典》第211条至第222条)、虐待被保护人的犯罪(《德国刑法典》第225条)以及侵犯人身自由的犯罪(《德国刑法典》第232条至第233条)。

[42] 事实上,案件事实的准确认定也属于公正审判的内容之一。加拿大最高法院在女王诉莱沃格尼斯(*R. v. Levogiannis*)案中的一致意见指出,考察被告人的权利是否被侵犯需要考虑法院发现案件事实的职责。刑事诉讼程序的目的之一是发现案件事实,为此,所有的证人都必须以最有助于发现案件事实的方式作证。在分析证人作证方式的合宪性时,一定不能忽视法院在发现案件事实中的作用。See *R. v. Levogiannis*, 4 S.C.R. 475, 483 (1993).

[43] Fiona Raitt, *The Vulnerable Witnesses (Scotland) Act 2004*, Scottish Criminal Law 1127, 1128 (2009).

[44] 关于公正审判权所包含的具体权利,参见张吉喜:《刑事诉讼中的公正审判权——以〈公民权利和政治权利国际公约〉为基础》,中国人民公安大学出版社2010年版。

对质权是指被告人询问不利于自己的证人的权利。笔者认为,脆弱证人通过特殊的方式作证是否限制了被告人的对质权不能一概而论。以是否限制了被告人的对质权为标准,可以将上文中介绍的脆弱证人的特殊作证方式划分为四类:一是没有限制被告人对质权的作证方式;二是是否限制了被告人的对质权存在争论的作证方式;三是是否限制了被告人的对质权需要根据具体情形进行分析的作证方式;四是限制了被告人对质权的作证方式。

没有限制被告人对质权的作证方式包括作证时由陪伴者陪伴、作证时法官不穿戴假发和法官袍以及证人在看不到旁听民众的情况下作证。另外,在禁止被告人直接询问脆弱证人时,由辩护人询问脆弱证人也有限制被告人的对质权,这是因为在公正审判权理论中,只需要被告人或其辩护人有机会对证人进行反询问,便意味着被告人的对质权得到了保障。^[45]

是否限制了被告人的对质权存在争论的作证方式是脆弱证人通过声像传播的方式作证。由于声像传播运用的是虚拟空间,因此通过这种方式获取的证言被称为“虚拟”证言。有观点认为,视听技术改变了传统的作证方式,使得无法对证人进行真正的质疑,从而限制了被告人的对质权。^[46]但是,随着网络和通信技术的发展,越来越多的人接受了证人通过声像传播的方式作证,并认为其没有限制被告人的对质权。休·威廉姆斯(Hugh Williams)法官指出,“让证人亲自出庭作证和同样的证人通过电子方式将其影像有效地呈现在法庭上,在原则上是没有区别的。今天的科技已经发展到,即使在可靠性是争点的情况下,人们也常常只依据电子影像进行判断。事实上,对于许多人来说,电视和电子媒介是他们了解世界的主要信息来源。他们在较大程度上或唯一依据银屏上呈现的影像作出决定,无论涉及的是大事还是小事,无论涉及的是政治问题,法律问题,还是道德问题。所以,在21世纪的今天,如果法院拒绝使用电子技术,坚持电子时代前的传统方法,是十分不合理的”。^[47]在加拿大,法院认为,通过声像传播的方式作证,证人事实上是出庭了的,没有违宪。^[48]意大利宪法法院指出,证人通过声像传播的方式作证没有侵犯被告人的对质权,因为该技术将遥远的地方变成了法庭的“延伸空间”。^[49]欧洲委员会也认为,《欧洲人权公约》没有规定被告人与证人面对面对质的权利,因此应当准许证人通过声像传播的方式在庭审中作证。^[50]

脆弱证人通过不出庭作证的方式提供证言是否限制了被告人的对质权,需要根据具体情形进行分析。《欧洲人权公约》第6条没有规定在什么时候以及应当怎样询问证人,因此证人并不一定需要在公开的审判中作证。欧洲人权法院认为,在审前听证程序中询问脆弱证人并不违反《欧洲人权公约》的规定,但是必须确保辩方在询问证人时能够以适当的方式行使对质权,^[51]即如果在审前阶段获取证人的证言时,辩方的权利得到了保障,那么便没有限制被告人的对质权。只有在审前和审判阶段辩方都没有机会询问证人时,才会限制被告人的对质权。另外,在脆弱证人作证时将被告人带出法庭

[45] *Kremers v. The Netherlands*, App. No. 25205/94 (19 October 1995).

[46] K. Murray, *Live Television Link: An Evaluation of Its Use by Child Witnesses in Scottish Criminal Trials* 168 (The Scottish Office, Edinburgh 1995).

[47] *R. v. Wong*, HC Auckland CRI-2005-004-15296, 55-56 (17 May 2006).

[48] *R. v. C.N.H.*, B.C.J. No. 782, 2006 Carswell BC 734 (BCPC) (2006).

[49] *Corte Cost.*, judgment No. 342/1999, *Giur. Cost.* 2692 (1999).

[50] Council of Europe, *Recommendation No. R(97)13 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Intimidation of Witnesses and the Rights of the Defence*, preamble § 9, part IV § 27 (adopted September 10, 1997).

[51] Maffei, *supra* note 8, at 76.

是否限制了被告人的对质权,也需要根据具体情形进行分析。如果辩护人可以对脆弱证人进行反询问,便没有限制被告人的对质权;只有在被告人没有辩护人,或辩护人没有机会对脆弱证人进行反询问时,才会限制被告人的对质权。除此之外,在脆弱证人与被告人之间设置屏障是否限制了被告人的对质权,也需要根据具体情形进行分析。在决定是否限制了被告人的对质权时,考虑的一项重要因素是,辩方是否有机会在询问证人时观察证人的举止。如果辩方没有机会在询问证人时观察证人的举止,便没有机会对证人的可靠性形成印象,从而影响其行使对质权,^[52]即在脆弱证人与被告人之间设置屏障时,如果辩护人能够观察证人的举止,便没有限制被告人的对质权。

限制了被告人对质权的作证方式包括:在禁止被告人直接询问脆弱证人时,由专家询问人、法院指定的人员或审判人员询问脆弱证人;在脆弱证人作证时,对辩方询问脆弱证人的问题进行限制。

尽管脆弱证人的有些作证方式限制了被告人的对质权,但是并不能因此说这些作证方式侵犯了被告人的公正审判权,这是因为公正审判权的要求超越了被告人的权利,公正审判权要求刑事程序不仅对被告人是公正的,对其他各方也应当是公正的。在刑事案件中,法院需要考虑三方利益,即被告人、被害人和其家人以及公众的利益。脆弱证人通过特殊的方式作证能够避免遭受心理上的伤害和其他不利影响,同时还有利于提高其恢复正常生活的速度。^[53]被告人的公正审判权和脆弱证人的权利应当相平衡,这种利益权衡法得到了相关国家和欧洲人权机构的认可。

美国联邦最高法院认为,不应当从字面上教条地解释被告人与证人面对面对抗的权利,宪法中的对质权条款并不保障被告人享有绝对的在审判中与证人进行面对面对质的权利。^[54]相关学术研究成果证明了当庭作证对未成年被害人所带来的心理上伤害。^[55]未成年被害人的身心健康是需要保障的重要利益,政府具有保障未成年人身心健康的职责。对未成年被害人是否有必要适用特殊作证方式需要建立在对个案进行分析的基础上。在分析时,法院必须考虑:未成年人害怕作证不是因为他们害怕出庭,而是因为其害怕被告人在场;未成年人出庭作证会对其造成严重的精神伤害;未成年人出庭作证会影响其准确地陈述。^[56]

加拿大最高法院在女王诉莱沃格尼斯(R. v. Levogiannis)案中的一致意见是,“考察被告人的权利是否被侵犯需要考虑多方面的因素,包括证人的权利和被告人的权利。《加拿大刑法典》第486.2条规定,可以通过在被告人与证人之间设置屏障的方式作证,这是合宪的。人们不能忽视,在许多时候,法院的诉讼程序会伤害未成年人,尤其是暴力犯罪的被害人,他们参与刑事司法程序会更进一步受到伤害。……在分析当前案件中证人作证方式的合宪性时,一定不能忽视证人的困境”。^[57]

欧洲人权法院认为,虽然《欧洲人权公约》第6条并没有明确要求保障证人的权利,但是,公正审判并非仅仅保障辩方的权利。在道森诉荷兰(Doorson v. Netherlands)案中,欧洲人权法院指出,证人的权利也受《欧洲人权公约》的保护,也是设计正当程序时必须考虑的因素:“证人的生命、自由和安全都可能处于危险中,而证人的生命、自由和安全属于《欧洲人权公约》第8条保护的利益。……公正审

[52] *Van Mechelen v. Netherlands*, 25 E.H.R.R. 647, at § 59 (1998).

[53] A Baddeley, MW Eysenck & MC Anderson, *Memory* 46 (Psychology Press, East Sussex 2009).

[54] *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895).

[55] Myers, *supra* note 12, at 76.

[56] *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988).

[57] *R. v. Levogiannis*, 4 S.C.R. 475, 483, 484 (1993).

判的原则要求平衡辩方的利益与作证的证人或被害人的利益。”^[58]

(二)对脆弱证人适用特殊作证方式与案件事实的准确认定

被告人与证人面对面对质的目的是为了确保证言的可靠性。在被告人与证人面对面对质的情况下,证人需要宣誓,且辩方和事实裁判者都能够观察证人的举止,这样有助于判断证言的可靠性。^[59]有观点认为,脆弱证人通过特殊方式作证会影响案件事实的准确认定。^[60]笔者认为,该观点值得商榷。

首先,从脆弱证人的角度来看,特殊作证方式有助于提高证言的准确性。这一观点在本文第一部分已经述及,这里作一补充论证。禁止被告人直接对脆弱证人进行反询问,由专家询问人、辩护人或法院指定的其他人员,或者审判人员询问脆弱证人,与被告人直接询问脆弱证人相比,能够缓解证人的压力。相关研究表明,在没有压力的情况下,脆弱证人更有可能提供最准确的证言。^[61]在由专家询问人询问脆弱证人时更是如此。专家询问人往往是在语言学或心理治疗方面受过训练的专家。专家询问人能够通过一定的方式缓解脆弱证人作证的压力。另外,专家询问人在询问过程中还根据保护脆弱证人和获取最佳证据的需要,对控辩双方提出的问题进行必要的组织和加工。研究表明,当专家询问人参与对脆弱证人的询问时,证人会感到更加自信,证人的作证更加连贯,提供的证言更加准确。^[62]脆弱证人作证时由陪伴者陪伴、脆弱证人在看不见被告人的情况下作证、脆弱证人作证时法官不穿戴假发和法官袍、对辩方询问脆弱证人的问题进行限制以及脆弱证人在看不到旁听民众的情况下作证等特殊作证方式,同样能够对减轻脆弱证人作证的压力、提高证言的准确性起到一定的积极作用。脆弱证人通过不出庭作证的方式提供证言也有利于提高证言的准确性,原因有二:一是侦查阶段离犯罪发生的时间间隔较短,证人不仅遗忘的案件信息较少,而且其证言被污染或歪曲的可能性也较小。^[63]二是脆弱证人当庭作证会承受一定的压力,而在审前作证的环境则较为轻松。基于上述原因,欧洲人权委员会建议,应当在“刑事程序的最早阶段,在报案后尽快”询问脆弱证人,而且不应当重复询问脆弱证人。为了避免对脆弱证人进行重复调查,在审前询问脆弱证人时应当记成笔录。^[64]

其次,从裁判者的角度来看,脆弱证人通过特殊的方式作证既不会对裁判者认定证言的可靠性产生不利影响,也不会对最终裁判结果产生实质性影响。一般认为,人类判断可靠性的能力是非常差的。在心理学领域,对206项研究的meta分析发现,人们分辨谎言与事实的水平比扔硬币所得的结果稍好一些。^[65]相关研究还发现,在由陪审团审判的案件中,无论是证人在庭审中面对被告人作证,还是证人在庭外通过声像传播的方式作证,都不影响陪审员判断证人可靠性的能力,^[66]即证言的呈现

[58] *Doorson v. Netherlands*, App. No. 20524/92, at § 70 (1996).

[59] *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895).

[60] Yvette Tinsley, *Use of Alternative Ways of Giving Evidence by Vulnerable Witnesses: Current Proposals, Issues and Challenges*, 42 (4) *Vict. U. Wellington L. Rev.* 96, 101 (2011).

[61] Baddeley, *supra* note 53, at 48.

[62] Raitt, *supra* note 43, at 1127-1128.

[63] Baddeley, *supra* note 53, at 62.

[64] Recommendation No. 13/1997 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence, § 25-27 (1997).

[65] Charles F. Bond, Jr. & Bella M. DePaulo, *Accuracy of Deception Judgments*, 10 (3) *Personality and Social Psychology Review* 214, 230 (2006).

[66] HK Orcutt and Others, *Detecting Deception in Children's Testimony: Fact Finders' Abilities to Reach the Truth in Open Court and Closed - Circuit Trials*, 25 (4) *Law and Human Behavior* 339, 339 (2001).

方式不影响陪审员辨别真伪的能力。

但是,在陪审团审判时,脆弱证人通过特殊的方式作证可能不当地影响陪审员对证人可靠性的印象(the perceptions of credibility)。相关研究发现,对证人可靠性的印象受与证人表情和行为相关的多种因素的影响。情绪化的、难过的被害人被认为比平静的、表情放松的被害人更加可靠。^[67] 如果被害人通过声像传播、审前证言录像等方式作证,其可能不会感到紧张或不会表现出情绪化。如果被害人在审判中当庭作证,其可能会感到紧张或表现出情绪化。有研究成果表明,无论是成年证人,还是未成年证人,与通过声像传播、审前证言录像等方式作证相比,他们的当庭证言更容易得到陪审员的支持。^[68] 但是,相关的实验研究表明,脆弱证人的特殊作证方式几乎不会对案件的裁判结果产生影响。^[69] 原因可能是,特殊的作证方式会使陪审员对被告人产生一定偏见。^[70] 陪审员对被告人的这一不利心证与上述陪审员对被告人的有利心证可能相互抵消,从而导致了证人的特殊作证方式不会对裁判结果产生实质性影响。

四、我国脆弱证人作证制度的构建

在我国,刑事诉讼法对脆弱证人缺乏相应规定,理论界对脆弱证人制度也没有进行系统的研究。在我国刑事诉讼法中,与脆弱证人相近的规定是《刑事诉讼法》第270条。根据《刑事诉讼法》第270条的规定,询问未成年被害人、证人时,应当通知合适成年人到场;合适成年人一般是其法定代理人;在无法通知法定代理人、法定代理人不能到场或者法定代理人是共犯时,也可以通知其他合适成年人到场;其他合适成年人包括未成年被害人、证人的其他成年亲属,所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表。该规定类似于上文中提到的在证人作证时由陪伴者在场。但是,从立法目的来看,通知合适成年人到场不是基于未成年人的脆弱性,而是基于未成年人自我保护能力的不足,其目的并不是陪伴未成年人,而是保障未成年人的合法权益。^[71]

本文第一部分谈到了相关国家规定的三类脆弱证人,即未成年人、性犯罪案件中的被害人、按照通常方式作证可能对自身产生不利影响或影响证言质量的其他证人。上述三类脆弱证人在我国刑事诉讼中也是客观存在的。中国共产党第十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治

[67] GC Bollingmo and Others, *Credibility of the Emotional Witness: A Study of Ratings by Police Investigators*, 14 *Psychology, Crime & Law* 29, 29 (2008); EM Wessel and others, *Credibility of the Emotional Witness: A Study by Court Judges*, 30 (2) *Law and Human Behavior* 221, 221 (2006).

[68] Sara Landstrom, *CCTV, Live and Videotapes How Presentation Mode Affects the Evaluation of Witnesses* 123 (PhD Thesis, University of Gothenburg 2008).

[69] Natalie Taylor & Jacqueline Joudo, *The Impact of Pre-recorded Video and Closed Circuit Television Testimony by Adult Sexual Assault Complainants on Jury Decision-Making: An Experimental Study* 12-19 (Research and Public Policy Series No. 68, Australian Institute of Criminology 2005).

[70] 虽然相关国家的法律明确要求法官警告陪审团,不能由于脆弱证人适用特殊方式作证而产生对被告人的不利推断,但是事实上陪审员内心的这种不利推断是难以避免的。如英国《1999年青少年审判与刑事证据法》第39条规定,在禁止被告人亲自询问证人的案件中,法官必须警告陪审团,确保陪审员不会因禁止被告人亲自询问证人而对被告人产生偏见。《加拿大刑法典》第486.2条规定,不能从证人作证的命令中得出不利于被告人的推论。

[71] 我国《刑事诉讼法》第270条突出的是保障未成年人的合法权益。该条规定,到场的法定代理人或者其他人员认为办案人员在讯问、审判中侵犯未成年人合法权益的,可以提出意见;询问笔录、法庭笔录应当交给到场的法定代理人或者其他人员阅读或者向他宣读;另外,到场的法定代理人还可以代为行使未成年被害人、证人的诉讼权利。

国若干重大问题的决定》提出了“推进以审判为中心的诉讼制度改革”。落实证人出庭制度是实现以审判为中心的重要保障。因此,“推进以审判为中心的诉讼制度改革”迫切需要我国确立脆弱证人作证制度。另外,在侦查阶段和审查起诉阶段,为了鼓励脆弱证人作证,保障证言的质量,对脆弱证人也应当适用特殊的作证方式。笔者认为,参照相关国家的法律规定,结合我国的实际情况,我国可以构建如下脆弱证人作证制度。

(一)脆弱证人的作证方式

根据脆弱证人情况的不同,对其可以适用下列不同的作证方式:

1. 作证时由陪伴者陪伴以及创造符合脆弱证人特点的作证环境

为了消除未成年人作证时内心的恐惧感,在未成年人作证时,应当由其法定代理人或其他其信任的人在场。需要对我国《刑事诉讼法》第270条作适当修改,使合适成年人在场不仅仅是为了保障未成年人的合法权益,而且具有对未成年人的陪伴功能。为了突出合适成年人对未成年人的陪伴功能,不是未成年人的所有成年亲属以及所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表都可以作为合适成年人,只有那些能够获得未成年人信任的人才可以作为合适成年人,因为只有能够获得未成年人信任的人才能够起到对未成年人的陪伴作用。

另外,有研究表明,未成年证人的作证环境特别重要;如果未成年证人的作证环境符合未成年人的身心特点,未成年人能够更准确地说出其所看到或经历的事。^[72]因此,未成年人作证场所(包括法庭)的设置上应当区别于一般证人作证的场所,不仅桌椅的摆设应当突出轻松的氛围,而且还可以考虑增加一些与未成年人身心特点相符的图案和增设一些与未成年人身心特点相符的物品。另外,办案人员应当穿着便装,这样不仅能够缓解庄严肃穆的气氛,而且还能够使未成年人对衣着、言行与其相似的人产生心理认同,这同样有助于让未成年人提供准确的证言。除了为未成年证人创造适宜的作证环境之外,如果作证会对证人的名誉产生不利影响,也应当为其出庭作证创造适宜的环境,最为典型的便是采取措施让该脆弱证人和旁听民众都相互看不到对方。

2. 禁止被告人直接询问脆弱证人

在脆弱证人出庭作证时,根据具体情况,可以禁止被告人直接对其进行反询问。在禁止被告人直接对脆弱证人进行反询问时,相关国家规定由专家询问人、辩护人 or 审判人员等询问该证人。笔者认为,我国应当首选由专家询问人询问脆弱证人。这是因为专家询问人具有相关方面的专业知识,有助于让脆弱证人提供准确的证言。只有在没有专家询问人的情况下,才可以由审判人员或律师询问脆弱证人。同时,应当对审判人员和律师进行专业培训,逐步实现只有接受过专业培训的审判人员和律师才可以询问脆弱证人。

专家询问人的作用不应当仅仅被限定在转达控辩双方和审判人员提出的问题以及证人的回答,而是应当充分利用自己的专业知识,在与控辩双方和审判人员交流后,根据脆弱证人的特点合理地设计向其提出的问题,并使控辩双方和审判人员能够理解脆弱证人的回答。专家询问人必须具有相关的专业知识和履行职责的能力。因此,需要制定专家询问人资格认定制度。英国从2006年开始对专家询问人采取政府登记制,建立了全国性的专家询问人名录;所有的专家询问人在进入全国姓名录前都需要接受专门的培训。英国的这一做法值得我国借鉴。另外,为了确保专家询问人履行职责,在立

[72] Saywitz, *supra* note 11, at 113 - 140.

法中不仅需要明确专家询问人具有诉讼参与人的诉讼地位,还需要明确其权利、义务和责任,如专家询问人应当具有中立性,即不能与案件有任何利害关系;伪证罪适用于专家询问人;等等。

3. 让脆弱证人在看不见被告人的情况下作证

相关国家主要通过四种方式让脆弱证人在看不见被告人的情况下作证:一是通过声像传播的方式作证;二是在脆弱证人与被告人之间设置屏障;三是在脆弱证人作证时将被告人带出法庭;四是其他不让脆弱证人看见被告人的方式。笔者认为,一般情况下,应当采用第一种方式,即通过声像传播的方式让证人在看不见被告人的情况下作证,因为:第一,我国法院的硬件设施已经能够完全满足该方式;第二,与其他方式相比,该方式是限制被告人的对质权最小的方式。需要指出的是,如果采取的是第三种方式,必须确保以下两点:一是在该脆弱证人作证时有辩护律师在场,而且辩护律师可以对其进行发问;二是在被告人返回法庭后,法官应当向其宣读该证人的证言。

4. 对辩方询问脆弱证人的问题作出适当限制

为了防止对脆弱证人造成不利影响,保障证言的质量,审判人员应当对辩方不恰当的询问证人行作出适当限制。由于对何为不恰当的询问行为缺乏明确的标准,审判人员应当谨慎行使裁量权,否则有可能走向两个极端:一是没有有效地控制不恰当的询问行为,辩方不恰当的询问行为影响到了脆弱证人证言的准确性,或对脆弱证人造成了伤害。二是积极地限制辩方询问脆弱证人,不合理地限制了被告人的对质权,甚至引发辩审冲突。

5. 脆弱证人通过不出庭作证的方式提供证言

相关国家的法律关于脆弱证人不出庭作证的规定主要包括如下几类:一是将脆弱证人的证言作为传闻证据规则的例外;二是将脆弱证人的审前证言笔录作为证据使用;三是审判人员在庭外询问脆弱证人;四是将脆弱证人的审前证言录像作为证据使用。我国具有将证人的审前证言笔录作为证据使用的传统,因此,在脆弱证人不出庭作证时,可以选择将其审前证言笔录作为证据使用。另外,我国建立了较为成熟的讯问犯罪嫌疑人全程同步录音录像制度。可以借鉴该制度,在审前询问脆弱证人时进行全程同步录音录像,并将该录音录像在庭审中作为证据使用。^[73]随着办案机关硬件条件的不断完善,审前脆弱证人证言的录像应当逐步替代审前证言笔录。另外,在审判人员认为必要时,可以在庭外询问脆弱证人。在将脆弱证人的审前证言笔录或审前证言录像作为证据使用时,如果审判人员认为必要,脆弱证人仍然应当出庭,接受控辩双方的交叉询问和法庭的调查。此时,脆弱证人的审前证言笔录或审前证言录像和其当庭证言都具有证据能力。在这种情况下,由于审前证言笔录或审前证言录像与当庭作证之间可能存在较长的时间间隔,可能会造成证人当庭提供的证言与审前证言笔录或审前证言录像不一致。^[74]为了避免这一现象的发生,英国刑事司法改革办公室建议检察官在辩方对证人进行反询问之前,向证人提几个简短的问题,以使证人适应法庭作证的环境,如问证人“你需要休息吗?”“你能够清楚地看到每个人吗?”^[75]另外,相关国家允许在证人出庭作证前向其开示其

[73] 根据2014年5月26日最高人民检察院颁布的《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》,讯问录音、录像资料“是检察机关讯问职务犯罪嫌疑人的工作资料”,而非定罪量刑的证据。与此不同,审前询问脆弱证人的全程同步录音录像属于定罪量刑的证据。

[74] Mandy Burton, Roger Evans & Andrew Sanders, *Vulnerable and Intimidated Witnesses and the Adversarial Process in England and Wales*, 11 (1) *The International Journal of Evidence and Proof* 1, 1 (2007).

[75] Office for Criminal Justice Reform (UK), *Convicting Rapists and Protecting Victims—Justice for Victims of Rape: A Consultation Paper* 33 (2006).

庭前证言,以使证人恢复记忆。笔者认为,上述做法值得我国借鉴。

审前证言笔录或审前证言录像的优势在于,其形成的时间距离案件发生的时间较短,脆弱证人的记忆可能更加准确。但是,与当庭证言相比,脆弱证人的审前证言笔录或审前证言录像不利于保障被告人的对质权。为了解决脆弱证人的审前证言笔录或审前证言录像不利于保障被告人对质权的问题,我们可以借鉴相关国家的证言存录程序。在证言存录程序中,必须有下列人员在场:审判人员、检察人员和辩护人。审判人员、检察人员和辩护人都能够询问证人。虽然犯罪嫌疑人、被告人不能在场,但是必须保障犯罪嫌疑人、被告人能够看见证人、听见对证人的询问和证人的回答,并且能够与辩护人进行交流。如果被告人有两名辩护人,能够保障其中一名辩护人符合上述条件即可。为了确保辩方能够在证言存录程序中有效地行使对质权,在证言存录程序前必须向辩方开示相关证据。^[76]

(二)脆弱证人作证的程序问题

对于未成年证人和性犯罪案件中的被害人,法院应当依职权适用特殊作证方式,没有自由裁量权。对于出庭作证可能对自身造成不利影响或影响证言质量的其他证人,法院在决定是否适用特殊作证方式时具有一定的自由裁量权。法院既可以依职权决定对该类脆弱证人适用特殊作证方式,也可以依控方的申请决定对该类脆弱证人适用特殊作证方式。在审判阶段,控方可以在开庭前向法官提出上述申请,也可以在庭审过程中向法官提出该申请。如果控方提出了上述申请,应当承担举证责任。控方应当举证证明对该证人适用特殊作证方式有助于防止因作证而对其造成不利影响,或有助于其完整地、准确地陈述案件事实。需要指出的是,不能仅仅因为证人不想见到被告人而适用特殊的作证方式,证人对出庭作证所带来的紧张等不舒服的感觉亦有容忍的义务。只有那些确实影响证言质量或对证人造成不应有的不利影响的因素才是决定是否适用特殊作证方式时需要考虑的。^[77]法院在决定是否对此类证人适用特殊的作证方式时,需要综合考虑犯罪的性质、证人的年龄、证人的精神障碍或身体残疾、证人的家庭状况、证人的工作状况、证人与被告人的关系,以及被告人或被告人的家人针对证人实施的行为等因素。无论法院是否决定对证人适用特殊作证方式,都应当在庭审中公开说明原因。另外,应当赋予脆弱证人以选择权,即脆弱证人可以放弃适用特殊的作证方式,选择适用一般的作证方式。

法院在考虑了证人的需要和案件的性质后,可以选择一项或数项可以防止对证人造成不利影响或提高证言质量的特殊作证方式。在上述脆弱证人的特殊作证方式中,部分作证方式会在一定程度上限制辩方的对质权。根据必要性原则,任何限制辩方权利的措施都必须被限制在必要的范围内,因此,对被告人对质权的限制应当被控制在最小的范围内,即如果适用对辩方权利限制较小的作证方式就能够实现目的,便不应当适用对辩方权利限制较大的作证方式。^[78]

在对脆弱证人适用了特殊作证方式的案件中,还需要明确如下几点。第一,不能由于对脆弱证人适用了特殊的作证方式而得出不利于被告人的推论。第二,应当根据脆弱证人的具体情况设计询问的问题。如果脆弱证人是未成年人,询问的问题应当简短,并且应当符合逻辑顺序。在询问时语速应

[76] 在这方面较为典型的国外立法例是《意大利刑事诉讼法典》第398条第3款。该款规定,至迟在举行附带证明程序两天以前,控方应当开示证人在此之前的所有证言。如果起诉的犯罪是性犯罪,且涉及到的证人是16岁以下的未成年人,则必须向辩方开示侦查中收集的所有证据。如果控方没有向辩方开示相关证据,那么在附带证明程序中收集的证言在庭审中不具有证据能力。

[77] *R. v. Buckingham*, O.J. No. 3546 (C. Jus.) (2009).

[78] *Van Mechelen*, 25 E.H.R.R. 647, at § 58 - 60.

当放慢,并作适当停顿,这样未成年人才有时间思考如何回答。还要避免使用反义疑问句,因为未成年人难以准确地回答反义疑问句中的问题。当提及某人、某物或某地时,应当尽量使用具体名称,而不应当使用代词,因为代词可能会使未成年人产生混淆。另外,询问的时间不宜过长,因为未成年人集中注意力的时间一般只有几分钟。第三,在脆弱证人适合出庭作证的案件中,可以对脆弱证人进行必要的培训。研究显示,有准备的证人能够在交叉询问中给出更为准确的回答。^[79]因此,可以在审前,通过一定的方式告知证人交叉询问的目的、应对交叉询问的方法、应对诱导性问题和双重否定问题的方法等。

最后需要指出的是,对于那些应当适用特殊作证方式而未予以适用的脆弱证人证言,应当作为瑕疵证据对待。对于该瑕疵证据,应当区别情形进行处理:第一,如果未适用特殊作证方式未影响到该证言的真实性,经过补正或者作出合理解释,应当赋予其证据能力;不能补正或者作出合理解释的,不得作为定案的根据。第二,如果未适用特殊作证方式影响到了该证言的真实性,该证言不得作为定案的根据。

On the System of Vulnerable Witness

Zhang Jixi

Abstract: Vulnerable witnesses are those who will be detrimentally affected or cannot fully and accurately give testimonies by testifying in the usual way. In the countries concerned, vulnerable witnesses include minors, victims of sexual offenses and other witnesses who will be detrimentally affected or whose testimony will be adversely influenced by testifying in the usual way. In order to maximize the protection of vulnerable witnesses and improve the quality of their testimony, the countries concerned have provided special ways of testifying for vulnerable witnesses. Although some scholars criticized special ways of testifying for vulnerable witnesses theoretically, the system of vulnerable witness cannot be overturned. In China, neither the criminal procedure law has provisions for vulnerable witnesses, nor the system of vulnerable witnesses has been studied systematically. Promoting the reform towards a trial-centered criminal procedure requires the system of vulnerable witnesses urgently.

Keywords: vulnerable witnesses; the ways of testifying; the right of confrontation

(责任编辑:丁洁琳)

[79] Louise Ellison & Jacqueline Wheatcroft, *Exploring the Influence of Courtroom Questioning and Pre-trial Preparation on Adult Witness Accuracy* 38 (University of Leeds: Arts & Humanities Research Council 2010).

死因调查制度的问题与重构

——以普通法系的死因裁判制度为借鉴

吴启铮*

摘要:当今世界的死因调查制度大致可以分为独立式模式与附属式模式两大类。我国的死因调查制度完全附属于刑事诉讼,并不存在一套独立、完整的死因调查制度体系,且由侦查机关完全主导,导致了程序逻辑上的悖论和结构上的失衡,在部分案件的实践中造成了司法公信力的弱化。普通法系的死因裁判制度具有独立性强、程序公正、社会参与度高、司法公信力强的优点。我国可借鉴普通法系的死因裁判制度且结合自身司法体制的特点,确立独立式的死因调查模式,建立死因调查委员会,完善调查程序,使调查结论更具社会公信力。

关键词:死因调查制度 死因裁判制度 死因调查模式

一、问题的提出

在人权的价值位阶中,人的生命权无疑是最重要的。然而,当死亡个案发生时,是否一定会作为刑事案件进行立案侦查呢?依法理逻辑与我国现行法律,自然并非如此。从逻辑上讲,并非所有的死亡事件都是刑事案件,“事件”与“案件”是两个不同的概念。^[1]只有符合刑事诉讼法所规定的条件的死亡事件才属于刑事案件中的“人命案”。我国《刑事诉讼法》规定了立案程序,^[2]立案先于侦查,只有符合立案条件的死亡事件才会成为刑事诉讼中的人命案件而进入到侦查程序之中。

显然,一宗死亡事件要进入刑事诉讼程序之中,前提是必须具有“怀疑有犯罪事实发生”这一要件。因此,查明死因,确认是否是犯罪行为所致,将决定是否启动刑事诉讼程序。在我国,勘验尸体或者鉴定都是查明死因的基本措施,但都属于刑事诉讼中的侦查行为。依我国法律,立案先于侦查,但在死亡个案中,死因的查明却有赖于勘验或鉴定等侦查行为,这无疑形成了逻辑上的悖论。在那些无法初步判断死因或者存在模糊地带的死亡个案中,侦查机关拥有较大的裁量空间。尤其是在那些人员死亡系由公务人员造成(例如警员开枪)或者发生于国家机关场所(例如羁押场所)的事件中,此种裁量空间就会容易留下权力滥用的隐患。假如此时侦查机关所公布的调查结果为公务人员系合法

* 上海师范大学法政学院法律系讲师,法学博士。

[1] 从逻辑上,“事件”涵盖了“案件”,“事例”涵盖了“案例”。狭义地说,进入刑事诉讼程序之后的事件方成为刑事诉讼概念中的“案件”。本文以下所引述的案例,在具体称谓上遵循这种区分。但是,由于案例研究的范围甚广,例如在管理学领域也存在“案例研究”,此已约定俗成。因此,本文以下在讲到案例时,则统称“案例”,不再使用“事例”一词。

[2] 我国《刑事诉讼法》第107条规定:“公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人,应当按照管辖范围,立案侦查。”可见,无论是发现犯罪事实还是犯罪嫌疑人,都意味着是侦查机关认为发生了犯罪,因此,侦查机关认为有犯罪发生是立案的前提。

使用武力(例如正当防卫),若没有相当过硬的证据公诸于众,则侦查机关的公信力将面临严峻的考验,甚至可能激化社会矛盾和情绪。

事实上,近年来所发生的若干起死亡事件已引起社会的诸多争议,在致人死亡的一方当事人是公务人员的情况下尤为如此。从舆论观察的情况来看,近些年来的此类死亡个案,社会舆论的焦点既有死因是否系“非法被杀”及法律责任等实体问题,也有死因调查程序是否合法正当等程序问题。但鉴于条件及主题的限制,本文并不打算讨论个案的实体问题,而将集中讨论我国的死因调查制度及其包含的程序性问题。以下是近几年发生在我国内地与香港的若干起有较大影响的死亡个案,其中大部分涉及公务人员。

表1 对若干宗我国内地与香港的死亡个案的死因调查及追诉状况的简要比较

	徐纯合事件 ^[3]	太原女民工命案 ^[4]	张磊案 ^[5]	黄静案 ^[6]	徐步高案 ^[7]	林宝案 ^[8]
官方认定死亡性质是合法还是非法	合法	非法	非法	警方认定强奸(中止),法院判无罪	徐是合法被杀,徐杀他人均是非法 ^[9]	合法

[3] 2015年5月2日,黑龙江省庆安县农民徐纯合在庆安火车站与警察发生冲突,被警察击毙。舆论就警察开枪是否合法有不同意见。5月9日,新华社评论称,有关部门应公布完整的录像和调查结果,来证明开枪的决定必要和适当。并邀请更权威中立的部门参与调查,以此赢获公信力。事发后,警方调查组认为,民警李乐斌开枪是正当履行职务行为,符合人民警察使用警械和武器条例及公安部相关规定。参见《庆安枪击案调查结果即将公布》,载《东方早报》2015年5月13日,A15版;《庆安枪击案警察开枪属正当履职 舆论“U”形反转各方需反思》,载《东方早报》2015年5月15日,A02-A03版。

[4] 2014年12月13日,太原市民警王文军等人在处置一工地警情期间,发生一起女民工周秀云非正常死亡案件。公诉机关分别以故意伤害罪、滥用职权罪对王文军等人提起公诉。起诉书称,检方查明,王文军等警员对被害人进行了殴打。参见《太原女民工命案庭审 警员承认打人》,载《新京报》2015年05月20日,A15版。

[5] 2010年1月12日,时任贵州省关岭县坡贡镇派出所副所长的张磊在出警过程中,致两村民中弹死亡。遵义市中级人民法院认定张磊的行为属防卫过当,一审认定张磊犯故意杀人罪,判处有期徒刑8年。参见《贵州关岭警察枪杀2人获刑8年》,载《东方早报》2013年6月22日,A07版。

[6] 2003年2月24日上午,湘潭女教师黄静被发现裸死在宿舍床上,经查23日晚上其男朋友姜俊武曾与之同宿。警方认为不属于他杀而未立案侦查。黄静父母坚持认为姜俊武有犯罪嫌疑,要求警方立案。其间,不同机构共出具了5份司法鉴定。最后,湘潭市雨湖区人民法院一审判决被告人姜俊武无罪,但需赔偿附带民事诉讼原告人黄淑华、黄国华经济损失57399.50元。由于多份鉴定意见之间存在互相矛盾之处,花费了极长的时间,导致了社会公众的质疑,拖延了整个司法过程。参见《湘潭女教师黄静裸死案一审宣判 被告人姜俊武被判无罪》,载《法制日报》2006年7月11日,第5版;李蒙:《黄静案回眸》,载《民主与法制》2013年第29期。

[7] 徐步高案是2001年至2006年于香港发生的三宗涉及警员徐步高的开枪杀人案,三宗案件共有四人死亡(包括徐步高本人),一人重伤。香港死因裁判法庭于2007年2月26日起合并审理涉及徐步高的三宗开枪引致四人死亡案件的死因聆讯,研讯共进行36天。全案作供证人共116人,提堂证物258项,研讯期间有大量心理学专家作供。最终,陪审团裁定,徐步高是杀3人的真凶,3人均是非法被杀害;而徐步高则被裁定“合法被杀”。参见《徐步高案最快今有裁断官:谁人行凶心理分析无帮助》,载《明报》2007年4月24日,A02版;《死因庭一致裁决徐步高是凶手枪杀3人死于“合法被杀”》,载《明报》2007年4月26日,02版。

[8] Limbu Dil Bahadur(中文译名林宝)是一名尼泊尔籍男子。2009年3月17日,警员许嘉麒在处理一宗对林宝的滋扰投诉事件中,遭到林宝的袭击。许嘉麒因感生命受威胁于是开枪,其中第二枪击毙林宝。死因裁判法庭经过76日死因研讯,陪审团一致裁定林宝“合法被杀”。在研讯过程中,死因裁判法庭传召了40多名证人,包括开枪的警员、调查人员以及曾与尼泊尔籍男子接触的街坊等。参见《尼汉遭警击毙案 今起传40证人》,载《明报》2009年9月8日,A11版;《尼汉被警轰毙案合法被杀76天聆讯 陪审团津贴“加码”至5.4万》,载《明报》2010年5月26日,A11版。

[9] 为方便论述起见,此处所述的“合法被杀”或者“非法被杀”,是借用香港死因裁判法庭的概念。在内地的案件中,合法被杀,即正当防卫,或者警务人员正当履行职务的行为;非法被杀,即触犯刑法致人死亡的行为,包括防卫过当。

是否追诉造成死亡事件的人	否	是(尚未终审)	是(法院作有罪判决)	是(但法院作无罪判决)	否(徐已死亡)	否
由谁调查死因	警方	警方	警方	警方	死因裁判法庭	死因裁判法庭

可见,不同死因调查制度的程序和方式有着显著的区别。同为具有较大社会影响的事件,社会舆论对不同死因调查制度下的结论的反应也不尽相同。例如,徐纯合事件调查结果公布之后,仍有部分网民质疑调查结论;而在黄静案中,由于出现多份相互矛盾的鉴定意见,导致一直存在质疑的声音;但在香港的林宝案中,虽然有媒体和社会组织质疑警方的开枪行为,但在死因裁判法庭经过研讯并作出裁定之后,社会上却并未质疑死因裁判法庭的公正性。可见,不同的死因调查制度对社会效果的影响也存在差异。

二、中国的死因调查制度:现状与悖论

(一)立法现状及特征

严格地讲,我国现行法律并未形成一套完整、单独的死因调查制度体系,有关死因调查的规定零星地散见于《刑事诉讼法》以及相关法律法规中。

1. 侦查机关主导型的死因调查权

我国现行的死因调查是由侦查机关主导的。按照我国的管辖制度,绝大多数死亡个案实际上就是由公安机关负责进行调查的,其行为包括:受案、初查、决定立案和侦查,且包括了现场勘查、检验、鉴定等侦查行为。而关键性的行为如决定尸体解剖,也是由公安机关决定。^[10]依职能划分,检察机关和法院并不享有主动调查死因的权力。如果公安机关没有将死亡个案列为刑事案件侦查直至移送审查起诉,那么检察机关和法院就不会介入死因调查。从上述案例看,不仅警方实际主导了死因调查,而且社会舆论的关注点也始终集中在警方的调查之上。因此,我国的死因调查总体上属于“侦查机关主导型”。

2. 附属式的死因调查体制

所谓附属式的死因调查体制,是指死因调查体制并非独立存在,而是附属于某一制度。“大陆法系国家的死因调查制度附属于刑事诉讼。在这些国家,非自然死亡事件或者发生在羁押场所等特殊场合的死亡事件,一般由对刑事案件负有侦查职责的部门,如司法警察、检察官、预审法院等进行调查,其中以检察官负责调查居多。”^[11]我国的死因调查附属于刑事诉讼,且基本上从属于侦查的范畴。如果警方认为涉及犯罪,则启动追诉程序;如果认为不涉及犯罪,调查即告结束。我国死因调查制度的内容主要包括勘验、检查、解剖尸体和鉴定。显然,我国的死因调查体制与侦查混合在一起,死因调

[10] 《刑事诉讼法》第129条规定了公安机关对死因不明的案件的决定解剖权。《人民检察院刑事诉讼规则》(试行)第212条第1款亦规定了人民检察院的解剖权。对于羁押场所的死因调查,检察机关也有一定的调查权,但这是基于国家法律监督机关的定位而作的特殊规定。然而,由于检察机关对绝大多数案件并不具有侦查权,因此,从整体上讲,死因调查仍然是属于警方主导型的。

[11] 林劲松:《论羁押场所死因调查制度》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2013年第2期,第96页。

查就是侦查(以及立案前的初查)的一部分,如果警方认定不涉及犯罪而终止死因调查,那就意味着初查或侦查的结束。

3. 概括式的死因调查范围

概括式的死因调查范围,是相对于普通法系死因裁判制度中的以详细列举形式规定死亡个案报告制度而言的。我国法律并未详细列明死因调查范围,仅笼统地使用了“确定死因”或者“查明死因”的表述。对于非羁押场所死亡的普通情形,我国法律规范笼统地使用了“确定死因”或者“查明死因”的表述。^[12]因此,普通情形下的死因调查范围是极其概括的。

对于羁押场所的死因调查,现行法律建立了“因病死亡”和“非正常死亡”的两分法,并规定采取不同的调查方式。《监狱法》第55条规定:“罪犯在服刑期间死亡的,监狱应当立即通知罪犯家属和人民检察院、人民法院。罪犯因病死亡的,由监狱作出医疗鉴定。人民检察院对监狱的医疗鉴定有疑义的,可以重新对死亡原因作出鉴定。罪犯家属有疑义的,可以向人民检察院提出。罪犯非正常死亡的,人民检察院应当立即检验,对死亡原因作出鉴定。”依现行法规,因病(或衰老)死亡的,由羁押场所方首先作出医疗鉴定;对于非正常死亡的,由检察机关进行死因鉴定。^[13]虽然现行法律对羁押场所的死因调查范围规定了两分法,但基本上仍然相当概括,而数量上处于绝大多数的非羁押场所的死亡个案的调查则是完全概括,并不加以区分。这与列举式的死亡个案报告制度形成明显区别。

4. 单向性的死因调查程序

我国当前的死因调查程序呈现出单向性的特点,包括线性、强职权及排斥参与。由于死因调查附属于侦查程序,而基于侦查程序的强职权性,侦查机关单方面决定解剖尸体、鉴定等行为,其行使权力的方式几乎是不受限制的。同时,除了羁押场所死亡事件的死者家属可以提出疑义的特殊情形之外,死因调查程序也排斥死者家属的参与。因此,当前的死因调查制度的结构并不平衡,其权力运行缺乏必要的制约。

5. 单一化的死因调查手段

有学者指出,现有规定基本上将医疗鉴定等同于死因调查,无论是因病死亡还是非正常死亡,都以鉴定结论为处理事件的最终依据。^[14]实际上,直接涉及死因调查手段的规定还有勘验(包括解剖尸体),而医学鉴定又需要借助于解剖的结果,因此,前述论断基本是符合事实的。除此之外,现行法律并未有其他的死因调查手段,使死因调查具有“鉴定化”倾向。

(二)我国死因调查制度的缺陷

1. 程序逻辑上的矛盾

法律为死亡事件进入刑事诉讼程序设定了前提,即必须符合“发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人”的立案条件,否则,死亡事件将不会成为法律意义上的刑事案件。这里存在着一个明显的悖论:法律要求所发现的是“犯罪事实”,但从逻辑上讲,这必然不是司法裁判中的犯罪事实,而是警方主观上所认

[12] 《刑事诉讼法》第129条规定公安机关有权决定解剖“死因不明”的尸体。《公安机关办理刑事案件程序规定》第213条、第214条则笼统地使用了“确定死因”或者“查明死因”的表述。除此之外,普通情形下的死因调查并未再作分类。

[13] 上述分类及由此造成的调查方式的差别,参见《看守所条例》第27条,公安部《看守所条例实施办法(试行)》(1991)第33条,《人民检察院看守所检察办法》(2008)第19条,《人民检察院监狱检察办法》第32条,最高人民法院、公安部、民政部《看守所押人员死亡处理规定》(2011)第7条、第9条。这些条款基本上都延续了《监狱法》第55条所规定的“两分式”的死因范围分类和调查方式。

[14] 同注11引文,第95页。

为的“犯罪事实”,亦即犯罪嫌疑;但即使如此,也仍然需要一定的调查,此即警方的“初查”,^[15]但是由于法律对此类调查未加规范,更未有限定标准和程序,“如果警方得出了一个意外事件的结论,案件根本不会进入刑事诉讼程序,那么,我们在刑事诉讼法中为解决此类问题所作的一切设计和努力都将落空”。^[16] 由于程序的失控,如果同一死亡事件由不同机关初查,就有可能导致两个截然不同的结果。初查程序的粗糙也容易破坏后续的侦查、审查起诉和审判各个阶段对犯罪事实调查的缜密设计。

而在死亡事件发生于羁押场所的特殊情况下,由于现行法律采用了因病死亡与非正常死亡的两分法,并采取不同的调查方式,导致存在严重的逻辑矛盾。在调查活动展开之前,羁押方就可以且必须首先对死亡原因作出因病死亡或非正常死亡的归类判断,然后才选择不同的调查方式,这种结论先行、判断预设式的规范不仅违背逻辑,而且埋下了权力滥用的隐患。^[17] 可见,在此种情况下,其逻辑矛盾比一般情形还要严重。

2. 程序结构上的不平衡

首先,侦查机关主导模式使死因调查存在结构偏向。死因调查附属于刑事诉讼,实际上与立案和侦查相挂钩,尤其在那些存在事件内外的利害关系的情形,就容易损害调查的中立性。

其次,单向性的调查程序使其缺乏有效制约,在那些死亡个案发生于羁押场所的场合,检察机关的参与十分有限,而在非羁押场所的场合,检察机关则基本缺席,更遑论其他机构的参与。

再次,调查程序缺乏社会参与,即使是死者家属在整个调查程序中也只有见证、签字以及局部异议的权利,^[18]更没有其他公民的参与,调查权的行使呈现出封闭性。

3. 程序内容的片面化

我国现行死因调查制度规定的调查手段十分狭窄,在实践中几乎等同于医学鉴定,以鉴定结论为处理事件的最终根据。但是,“调查”的范畴比“鉴定”要广泛得多,死因调查必须建立在对所有涉及死亡事件的证据的广泛调取和研究的基础上。死因调查的“鉴定化”倾向容易使调查结论变得偏颇,缺乏其他方式的印证,并且为滥用权力留下了空间。

(三) 现行死因调查制度的实践后果

1. 容易损害实体公正

由于生命权的位阶最高,死因调查应当力求最大程度的公正。在实体上,死因调查应力求准确地确定死者的身份、死亡的时间、地点和原因,为以后查明责任奠定基础。然而,由于当前死因调查制度存在的上述程序性、结构性问题,使其往往容易与其他因素相结合而损害实体公正。例如,余祥林案、

[15] 《公安机关办理刑事案件程序规定》第171条第2款规定:“对于在审查中发现案件事实或者线索不明的,必要时,经办案部门负责人批准,可以进行初查。”

[16] 张栋:《论死因裁判制度在我国的构建与前景》,载《法律科学》2014年第4期,第164页。实际上,除认定为意外事件外,认定为正当防卫(无过当)或者正常执行职务的行为,其效果亦同。

[17] 同注11引文,第94页。

[18] 例如,《刑事诉讼法》第129条、《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第212条、《公安机关办理刑事案件程序规定》第213条及《看守所押人员死亡处理规定》第12条均涉及解剖尸体时通知家属到场并签字或盖章,而《看守所押人员死亡处理规定》第14条则规定近亲属对检察院作出的调查结论有异议、疑义的可以要求复议。

赵作海案中的“亡者归来”现象,说明在确定死者身份上都出错,从而导致冤案的发生。^[19] 尽管这些错案所占比例不高,但这些错案的发生的确与死因调查制度的缺陷有关联,且一旦发生,结果就比较严重。因此,不改革死因调查制度,就难保不会再次发生损害实体公正的事件。

2. 影响司法效率

效率也是司法的价值之一,制度应力求有效率地查清死因。某些证据容易随着时间的推移而变化甚至消失,从而影响死因调查的准确性。另外,如果调查过分拖延,也是对死者家属的“二次伤害”。例如,在黄静案中,经过5次内容互相矛盾的司法鉴定,在死因尚未查清的情况下又启动了追诉程序,历经3年多最终产生了无罪判决的结果。这说明,当前死因调查制度也存在没有效率的情况,且在某些案件中误导了刑事诉讼。

3. 在争议案件中损害司法公信力

当前,我国的司法公信力已遭遇巨大挑战,此种牵一发而动全身的系统性“疾病”在我国社会转型时期显得危机重重,引起了全社会的广泛关注。^[20] 死因调查由于涉及到人命事件,所遭遇的挑战更是明显。从部分案例可以看出,由于程序结构的失衡及社会参与途径不足,造成部分影响性事件的调查结论容易引起舆论和公众的质疑。这并不是说,这些调查结论在实体上就是不正确的,而是说,制度缺陷与案件影响力的叠加更加容易引发争议。正如有学者所言,“对于我国已经进入刑事程序的案件,由于死因的调查完全是由警方单方面封闭进行的,有关当事方并没有像国际通行的做法那样,通过法定的途径直接参与调查结论的形成,导致死因结论公信力的不足,必然引发不必要的社会争议”。^[21] “对不明原因死亡案件性质的认定取决于公安机关的调查结果,而这种单方面作出的调查结果又很难使双方当事人信服,致使当事人上访不断。”^[22] 如此,即使调查结论在实体上是正确的,也会因制度缺陷而引起对司法公信力的冲击。

三、普通法系的死因裁判制度及其运行程序

从广义的角度而言,凡是以查明死因为目的的制度,都可以归入死因调查制度的范畴。在当今世界,普通法系的死因裁判制度以其独立性和专门性为显著特征。前述香港的徐步高案、林宝案的处置方式便是死因裁判制度的典型,显示出了不同的效果。

(一) 死因裁判制度的发展现状

1. 英国的死因裁判制度:起源及现状

死因裁判制度起源于英国。“Coroner”又译为验尸官、死因裁判官等。死因裁判官的研讯程序最早要追溯到1194年的英格兰。法律要求第一个发现尸体的人要报警,然后死因裁判官将迅速地选出

[19] 在“余祥林杀妻案”中,已经被认定“被杀”的张在玉突然返回家乡,这才导致了已经被以故意杀人罪判处有期徒刑15年的余祥林得以获得再审改判无罪。导致错案的一个至关重要的因素是当初对无名女尸的身份的错误认定。参见张立:《愚人节这天,他“无罪出狱”》,载《南方周末》2005年4月7日。在“赵作海案”中,被发现的无名尸体被误认为是同村赵振响,后来赵振响重新回到村里,才使已经被以故意杀人罪判处死缓的赵作海得以改判无罪。参见石玉:《蒙冤11年 赵作海无罪释放》,载《南方都市报》2010年5月10日,A17版。

[20] 毕玉谦主编:《司法公信力研究》,中国法制出版社2009年版,第412页。

[21] 张栋:《论死因裁判制度在我国的构建与前景》,载《法律科学》2014年第4期,第164页。

[22] 罗力彦:《死因裁判制度有助于构建和谐社会》,载《民主与法制时报》2006年10月9日,A16版。

死因陪审团对可疑的死亡事件进行的调查。死因裁判官的地位仅次于治安官,被认为是当地政府最重要的职位。^[23]《1926年死因裁判官(修订)法》形成了现代死因裁判制度。在现代,验尸官负责调查暴力致死、猝死、非自然死亡、意外死亡、狱中死亡、不明原因的死亡等法律规定需要调查的情况的原因和死亡情况。调查在验尸官法庭举行,法律有规定时还需召集陪审团参加。调查结束后,验尸官或陪审团要公布事实认定书,并以调查报告予以证明。^[24]

(1) 英国死因裁判制度的现代法源

规范当代英国死因裁判制度的最重要成文法当属《1988年死因裁判官法》(Coroners Act 1988)。英国《1988年死因裁判官法》的内容包括死因裁判官、暂委死因裁判官、研讯的一般规则、特殊案件的研讯、医学证人与验尸检查、经费与研讯统计、杂项、补充条款等八个部分。《2009年死因裁判官与司法法》(Coroners and Justice Act 2009)对死因裁判制度作了一些补充规定,该法的第一部分为与死因裁判制度有关的条款,第二部分为其他罪行的规定。

(2) 英国死因裁判官的产生方式

根据《1988年死因裁判官法》的规定,死因裁判官的产生方式是任命而非选举。死因裁判官由相关的委员会分区域任命产生;在任职资格方面,任何被任命为死因裁判官的人都必须是执业五年以上的出庭律师、事务律师或者法律上适格的执业医生。^[25]英国还设置了暂委死因裁判官(deputy coroner)^[26]职务。经相关委员会主席批准,死因裁判官可以任命其暂委死因裁判官,也可以任命其助理暂委死因裁判官。^[27]当死因裁判官患病期间,或者因合法或合理的理由缺席期间,或者其不适合主持研讯期间,暂委死因裁判官可以代行死因裁判官的职权。^[28]

(3) 死因裁判官的职权

根据《2009年死因裁判官与司法法》附表的规定,死因裁判官拥有以下几类权力:要求他人提供或者出示证据;进入指定的场地,进行搜查和扣押;发掘尸体进行勘验;采取行动以阻止其他可能死亡事件的发生。^[29]此外,死因裁判官可以要求适格的执业医师进行验尸,也有权命令将尸体转移至适当的地点。^[30]英国的死因裁判官拥有较为广泛的权力,这有利于其指挥死因调查的进行。由于死亡事件往往不排除各种扑朔迷离或者遇到障碍的情况,因此需要采用多种措施来进行调查方能揭开死因。死因裁判官的多项职权使其得以排除调查中的多种障碍,为研讯呈上必要的证据,使裁判官本人或者陪审团有条件凭借证据进行判断。

(4) 举行研讯的条件

根据《2009年死因裁判官与司法法》的规定,调查的目的为确认死者的身份、死亡的方式、时间和地点以及法律规定的与死亡事件有关的详情。^[31]因此,为确定死因,必须进行细致的调查。在英国,

[23] H. Morley Swingle, *Coroner's Inquests in Missouri; Modern Usage of the Hue and Cry*, 63 J. Mo. B. 80, 80 (2007).

[24] 参见薛波主编:《元照英美法词典》,北京大学出版社2014年版,第324-325页。

[25] Section 1(1), Section 2(1), Coroners Act 1988 (UK).

[26] 我国香港特别行政区《死因裁判官条例》的官方中文版本将 deputy coroner 称为“暂委死因裁判官”,为保持中文表达的一致,本文将英国的 deputy coroner 亦称为“暂委死因裁判官”。

[27] Section 6(1)(a), Section 6(1)(b), Coroners Act 1988 (UK).

[28] Section 7(1), Coroners Act 1988 (UK).

[29] Schedule 5, “Powers of Coroners”, Coroners and Justice Act 2009 (UK).

[30] Section 14, Section 15, Coroners and Justice Act 2009 (UK).

[31] Section 5(1), Coroners and Justice Act 2009 (UK).

研讯(inquest)是非常重要的死因调查方式。当死因裁判官被告知在本地区出现死者尸体,并且有合理理由怀疑该死者死于暴力或是非自然死亡,死于原因不明的猝死,死于监狱,或死于其他法律所规定的地点或环境,则死因裁判官应当尽可能迅速地就死因举行研讯。^[32]可见,进行死因研讯,一类是死因不明的死亡;一类是非自然的死亡;还有一类是发生于官方场所的死亡,此类死亡事件与公权力的行使相关联,尤其需要举行研讯以确定死因。

(5) 陪审团参与研讯

对于陪审团参与研讯的案件,死因裁判官应保证召集不少于7名且不多于11名的陪审员在指定的时间和地点出庭;他们应当在死因裁判官面前作出宣誓,勤勉地研讯死因,并根据证据作出真实的裁决。^[33]如果在未有陪审团参与的情况下,无论是在研讯之前还是在研讯期间,死因裁判官认为有理由怀疑死亡发生于监狱内或者发生在其他法律所规定的地点或情形之下;或者死亡发生在警察羁押场所之内,或者死亡源于警察在声称是执行公务的情况下所导致的伤害事故;或者死亡是源于意外事故、中毒或者疾病,且根据法律的规定需要向政府部门或者法定的官员报告的事件;或者死亡事件的连续发生或可能重复发生将会损害公众健康或安全的情形下,那么,死因裁判官应当召集陪审团进行研讯。如果死因裁判官认为有召集陪审团的其他任何理由,那么死因裁判官也可以召集陪审团进行研讯。^[34]可见,英国法律对召集陪审团进行死因研讯的范围作了宽泛的规定,除了那些死因存疑的案件,公权力运行过程中发生的死亡事件的案件,涉及社会公共利益的案件之外,英国法律还赋予了死因裁判官相当大的自由裁量权,可以召集陪审团进行研讯。这也反映了死因裁判制度的特性,其目的不仅在于查明死因,为查明事实真相铺路,还在于更好地维护社会公共利益,并且对公权力进行严格的监督,以尽可能避免因公权力的运行而导致死亡事件的发生。

(6) 裁决的作出

在有陪审团参与研讯的场合,陪审团在听取证据之后,应当作出裁决;在未有陪审团参与研讯的场合,则由死因裁判官在听取证据之后作出裁决。^[35]如果少数意见不多于2名,则死因裁判官可以接受多数意见作为裁决结果。在其他意见不一致的情形下,死因裁判官可以解散陪审团并发出令状召集另一个陪审团。^[36]研讯的程序并不包括指明谁是该宗命案的罪犯,死因裁判官也不应指控任何人犯有罪行。^[37]因此,裁决应当根据绝对多数作出,其运作机理与普通陪审团基本相同。当进行陪审团研讯时,裁判结果完全掌握在陪审团的手中,这是死因裁判制度的显著特点。由于陪审团来自于普通公民,因此其独立性相当高,外界难以操控,这显然与警方完全主导的死因调查有明显区别。另外,裁决的对象是死因,而非罪行,故而死因裁判官不能对任何人提出指控,这使死因裁判程序明显区别于刑事诉讼程序,两者的根本目的是不同的。

2. 死因裁判制度在美国的传播与现状

英国的裁判制度被移植到美国,美国的死因调查制度是在古代英国死因裁判制度的影响的基础

[32] Section 8(1), Coroners Act 1988 (UK).

[33] Section 8(2), Coroners Act 1988 (UK).

[34] Section 8(3), Section 8(4), Coroners Act 1988 (UK).

[35] Section 11(3), Section 11(4), Coroners Act 1988 (UK).

[36] Section 12, Coroners Act 1988 (UK).

[37] Section 11(6), Coroners Act 1988 (UK).

上发展而来的。^[38] 当前美国的死因调查制度在各个州也不尽相同。有的州仍然保留死因裁判制度,有的州则适用法医制度(medical examiner system),还有的州适用结合两者特征的混合制度。^[39] 堪萨斯和内华达有地区死因裁判官,而科罗拉多、爱达荷、印第安纳、路易斯安那、内布拉斯加、北达科他、南卡罗来纳、南达科他和怀俄明有县死因裁判官。^[40] 美国是联邦制国家,各州的法律制度各不相同,但不同的法院组织仍采用了相似的死因调查标准。美国法域众多,当然无法逐一阐述,此处选取存在死因裁判制度的三个典型州进行简述:密苏里州具有混合性的特征,南卡罗来纳州是纯粹适用死因裁判制度的州,而路易斯安那州则受到大陆法系的历史影响且废除了死因陪审团。

(1) 密苏里州

密苏里州的县有经选举产生的死因裁判官。在密苏里州的114个县中,有100个设有死因裁判官,而其他的司法管辖区拥有法医制度。根据现行法律,密苏里的死因裁判官有职责调查任何已确信死亡的事件:由于“凶杀、自杀和意外”暴力导致的;由于非法堕胎导致的;由于不可预见的突发事件导致的;由于不寻常的或者可疑的行为导致的;在法定羁押条件下或在公共收容所受伤或患病的而导致的。警方有职责向死因裁判官报告上述死亡案件,死因裁判官同样也有职责在移动尸体前通知警方。如果裁判官认为案件涉及公共利益要进行进一步的调查,就可以召集一个死因陪审团,由陪审团来调查导致死亡的方式及人员。死因裁判官不必对每一个凶案进行研讯,他对是否展开研讯程序有裁量权。死因调查开始后,县检察官应当帮助死因裁判官准备研讯,特别是对陪审团指导的准备、对陪审团发布其他指令以及在研讯中询问证人。^[41]

死因裁判官通常会签发一个令状,指示治安官召集由六名品行良好且守法的市民来组成死因陪审团。根据法律,陪审团可以通过“摄影的、电子的或者其他方式”来检视尸体。研讯的特点是司法性的,并且通常在法庭中进行,死因裁判官、陪审团、检察官、证人、社会公众和媒体在各自相应的席位上就坐。在研讯过程中,检察官应当向证人提问,造成他人死亡者的律师可以将准备向其委托人提出的问题提交给检察官,但律师没有交叉询问证人和自己提出证据的权利。证据调查结束后,死因裁判官应让陪审团进入陪审室进行商议。在听审之后,陪审团应独立审议并作成书面裁判。如果死因陪审团裁决死亡是重罪的结果,死因裁判官就将迅速地通知县巡回法官。死因裁判官并无职权命令逮捕嫌疑人。^[42]

因此,在密苏里州,死因裁判制度与法医制度并存,但绝大部分地区实行的是死因裁判制度。法律规定了需要予以调查的死亡事件的类型以及死亡报告制度。同样地,密苏里州实行陪审团审判,但不同的是,密苏里州的死因裁判制度中有检察官的介入,其作用类似于协助研讯的进行,同时也有律师的参与,但律师的作用是很有限的。由于死因陪审制度的目的不在于追诉罪行和定罪,因此,如怀疑涉及刑事罪行,那也只能另行移送给法官,死因裁判官的职责不在于追诉和定罪。

[38] Cyril H. Wecht, *Legal Medicine and Forensic Science: Parameters of Utilization in Criminal Cases*, 34 Duq. L. Rev. 797, 800 (1996).

[39] Andrea R. Tischler, *Speaking For the Dead: A Call for Nationwide Coroner Reform*, 33 Sw. U. L. Rev. 553, 557 (2004). See also Robert D. Felder, *A Coroner System in Crisis: The Scandals and Struggles Plaguing Louisiana Death Investigation*, 69 La. L. Rev. 627, 633 (2009).

[40] Tischler, *supra* note 39, at 557.

[41] Swingle, *supra* note 23, at 80-81.

[42] *Id.* at 83-84.

(2) 南卡罗来纳州

在南卡罗来纳州,县死因裁判官有权就不明原因的死亡事件举行研讯。在这一“准司法性”的听审程序中,死因裁判官可以召集陪审团和证人,但接受研讯的人并不具有刑事审判中的多项宪法性权利,如有辩护人在场以及交叉询问的权利。^[43] 研讯并不作为刑事审判或者刑事程序的任何一部分,其目的在于帮助调查死亡事件是否是犯罪行为所导致。死因裁判官的研讯目的是展示死亡原因以及排除其他死因的可能性。^[44]

在开始研讯前,死因裁判官必须得到令状来召集一个14人以内的陪审团。在死因裁判官主持研讯后,陪审团的职责是宣布死亡是由灾难和意外引起的还是由重罪而导致的。^[45] 当前,几乎所有的研讯都是在法庭里进行的。证人和陪审员由死因裁判官带领宣誓,并展开研讯程序。目前,南卡罗来纳州的法律允许死因裁判官询问证人和接受研讯者,向陪审团作出审议的指示,并将不愿合作的证人作藐视法庭处理。因此,从本质上来说,死因裁判官在研讯中同时拥有检察官和法官的权威。^[46]

与普通法系的其他法域一样,南卡罗来纳州同样采用陪审团裁决作为死因调查的方式。死因调查的性质并非刑事追诉,这决定了,尽管嫌疑人在普通法的传统宪制下享有一系列的宪法性权利,但接受死因研讯的人并不享有诸如交叉询问等刑事诉讼程序中所具有的权利。研讯的程序具有准司法性质,因此死因裁判官在研讯中具有普通法官的角色,但其权力较大,同时又被视为具有检察官的权威。

(3) 路易斯安那州

由于殖民史的原因,路易斯安那州的法律制度带有很强的大陆法系因素。路易斯安那州也设立了死因裁判官。在路易斯安那州,死因调查是由成文法所规定的死因裁判制度来规范的。法律体系赋予了死因裁判官在死因调查的范围和运行上以很大的自由裁量权。^[47] 目前,路易斯安那州《刑事诉讼法典》(Code of Criminal Procedure)的第三部分第一章“死因裁判官”对死因裁判官的职权进行了规范。路易斯安那州的死因裁判官隶属于司法分支。在每一个县,死因裁判官由选举产生,任期四年。死因裁判官通常必须是持证医师。^[48]

首先,死因裁判官有职责通过必要的死亡调查来确定所有法定案件中死者的死因和方式,涉及到的案件有,诸如由于暴力、意外或可疑情形所导致的死亡,或者死因裁判官确信存在合理的理由说明死亡是由于有刑事违法行为的发生。其次,死因裁判官认为有必要时,有权确认涉案人员的精神是否健康。再次,在某些县,死因裁判官也能够调查强奸案的医学问题。^[49] 可见,路易斯安那州的死因调查官所调查的范围和种类比其他法域更广更多。

死因陪审团和研讯制度被路易斯安那州《刑事诉讼法典》所废除。^[50] 死因裁判官可以进行验尸

[43] Marshall Crane, *Coroner's Inquests in South Carolina: A Unique, Impartial, and Public Opportunity to Seek Justice*, 66 S. C. L. Rev. 785, 785 (2015).

[44] *Id.* at 787-788.

[45] *Id.* at 788-789.

[46] *Id.* at 792-793.

[47] Felder, *supra* note 39, at 628.

[48] http://louisiana.gov/Government/Judicial_Branch/#Jurors, 访问日期2016年4月19日。

[49] Felder, *supra* note 39, at 635-636.

[50] La. Code Crim. Proc. Ann. art. 101.

或者让适格的医师进行验尸。^[51] 在调查过程中,死因裁判官可以发出传票,要求证人在公开的听审中出庭并作证,或者要求提供与死亡事件有关的医学记录和其他文件。^[52] 如果案件涉及明显的罪行,死因裁判官应当制作书面调查报告并将报告移送给地区检察官。在凶杀案中,死因裁判官的报告应当证明死因。如果死因裁判官的调查表明犯罪已经发生,但嫌疑人并未被羁押,死因裁判官可以将其逮捕,并将其移送给治安官。^[53] 死因裁判官对死亡原因和方式的发现,通常是警察对参与到与死亡事件有关的犯罪活动当中的人进行逮捕及地区检察官随后对其提起公诉的决定性因素。死因裁判官对死亡原因和方式的裁判及其附随的证据,将可能成为决定特定案件或审判的结果的重要且具有影响力的证据。^[54]

作为既受到大陆法系历史影响,又受到美国普通法影响的州,路易斯安那州的死因裁判制度特别与众不同。路易斯安那州的死因裁判制度受到法典的规范,在设立死因裁判官的同时又废除了死因陪审团和研讯制度,这使其死因裁判制度与其他州具有明显的区别。同时,路易斯安那州的死因裁判官具有逮捕嫌疑人等权力,又被披上了职权主义的色彩。

总而言之,美国各州的死因裁判制度各具特点,但大多在英国死因裁判制度的基础上发展而来。以上三个州,南卡罗来纳州是纯粹的死因裁判制度,密苏里州具有混合性,路易斯安那州则具有一些大陆法系的色彩,可谓各具代表性。尽管如此,他们还是具有一些共同的特性:首先,死因裁判制度均具有独立性,并不是刑事诉讼程序的一部分,也不负责定罪量刑。其次,死因裁判官隶属于司法分支,与警察或检察官相区别,并具有广泛的职权。再次,在死因调查过程中,注重通过勘验、传召证人、提供证据等多种手段来发现死亡事件的真相,并不局限于单一的验尸。最后,死因裁判官作为中立的主体主持调查,听审的过程具有司法性或准司法性,这应当是没有疑义的。

3. 新西兰的死因裁判制度及其最新改革

新西兰于2006年制定了《2006年死因裁判官法》(Coroners Act 2006),以取代《1998年死因裁判官法》(Coroners Act 1988)。该法规定其目的是为了帮助预防死亡事件和促进正义的实现;为了实现上述目的,法案建立了一个独立的死因裁判制度,规定了必须向死因裁判官报告的死亡事件以及报告和调查死亡事件的程序,由死因裁判官协同其他由法律允许或规定的死亡事件调查机构进行死因调查。死因裁判官可以要求提供调查、医学检查或者委员会报告。^[55] 死因裁判官可以以书面通知的形式要求某人提供相关信息、物件或其他物品。^[56] 在满足死因裁判官已经依法发出通知要求某人提供信息、证据或物品时,区域法院的法官可以根据警察的书面申请签发令状,对指定的地点、飞行器、车辆进行搜查,警察可以据此进入指定地点及执行搜查。^[57] 在死因裁判官已经作出说明的情况下,区域法院的法官可以签发令状,从指定的地点、飞行器或者车辆处移走尸体,警察可以据此进入上述指

[51] La. Code Crim. Proc. Ann. art. 102.

[52] La. Code Crim. Proc. Ann. art. 103.

[53] La. Code Crim. Proc. Ann. art. 105 - 106.

[54] Felder, *supra* note 39, at 638 - 369.

[55] Section 118, Coroners Act 2006 (NZ).

[56] Section 120, Coroners Act 2006 (NZ).

[57] Section 122 - 123, Coroners Act 2006 (NZ).

定地点进行搜查。^[58] 警察可以根据令状扣押与进行验尸有关的证据。^[59]

新西兰死因裁判制度的大致框架与英国类似,但是在某些细节上却有所区别。与英国一样,新西兰强调死因裁判制度的独立性,但是在死因裁判官的权力行使上,却设置了区域法院的法官签发令状的权力,这在一定程度上构成了对死因裁判官的权力的制约。

(二) 死因裁判制度的运行程序:以我国香港特别行政区为考察重点

普通法系实行死因裁判制度的地区,其程序运作有诸多相似之处。我国香港特别行政区的死因裁判制度源于英国的死因裁判制度,其程序与后者具有较大程度的相似之处。在实行研讯程序的传统普通法系地区,死因裁判制度的程序大致包括个案报告、调查取证、研讯及听审、陪审团审议、裁决等过程要素。其主要阶段和主体程序并无太大的不同,但在权力配置和程序细节上则可能稍有差异。前文已经梳理了英国、美国三个具有代表性的州以及新西兰的死因裁判制度的主要内容,基于保持行文的便利性和完整性,此处将以香港的死因裁判制度为重点来阐述其运行程序。并且,由于香港的死因裁判制度与英国相关制度存在历史渊源,且具有普通法系司法结构的典型性,又未受到大陆法的影响,因此,本文将以此作为阐释死因裁判制度运行程序的重点。作为一国之内实行普通法制度的地区,且其死因裁判制度又在华人社会运转良好,因而,香港的死因裁判制度及其运行程序就显得尤其具有介绍与借鉴的价值。香港的死因裁判制度主要由1998年《死因裁判官条例》、1998年《死因裁判官规则》以及其他成文法例中的有关内容构成。

1. 死因裁判法庭及其构成

死因裁判法庭是一个对各种不同类型的死因事件进行调查的特殊法庭。死因裁判法庭如何运行主要是由《死因裁判官条例》规定的。^[60] 香港死因裁判法庭属于非讼法庭,相当于英国的验尸法庭。它负责研讯死亡的原因,研讯并不是对刑事案件的审判,其职责不在于找出谁应对死者的死亡负责,因此,它并不行使刑事审判管辖权。^[61] 死因裁判官由行政长官委任,且必须具有在普通法地区的法院执业为大律师、律师或讼辩人的资格,且执业已不少于5年。终审法院首席法官也可委任暂委死因裁判官。^[62]

2. 死亡个案报告制度

香港《死因裁判官条例》附表1第1部以列举形式规定了20类“须予报告的死亡个案”,其中最主要且常见的包括:在医学上的死亡原因是注册医生不能在死因证明书上准确地陈述的;意外或受伤所导致的死亡;罪行或怀疑罪行所导致的死亡;怀疑该宗死亡个案是自杀所导致的;在受官方看管时死亡,在具有逮捕或拘留的法定权力的人履行其职责的过程中死亡;在政府部门的处所内死亡,而该部门的任何公职人员有法定的逮捕或羁留权力;是杀人罪行所导致的,等等。条例规定了报告的义务人。根据条例,负有报告责任的人包括:注册医生、医院主管人、官方看管情况下负责看管的人、政府处所的管理人、警务处处所的管理人、任何警务人员、生死登记官等,而接受报告的人为死因裁判官。^[63]

[58] Sections 128 – 129, Coroners Act 2006 (NZ).

[59] Section 131, Coroners Act 2006 (NZ).

[60] Mark S. Gaylord, Danny Gittings & Harold Traver, *Introduction to Crime, Law and Justice in Hong Kong* 156 – 157 (Hong Kong University Press 2009).

[61] 郭天武、何邦武:《香港刑事诉讼法专论》,北京大学出版社2009年版,第89页。

[62] 参见香港《死因裁判官条例》第3条、第3AA条及第3A条。

[63] 参见香港《死因裁判官条例》第4条、附表1第1部及第2部。

3. 死因裁判官的权力

死因裁判官拥有决定进行尸体剖验、检掘遗骸、埋葬或火葬的权力,进行死亡个案调查的权力,授权警务人员或协助人员进入处所或地方并进行搜查的权力,研讯前检讨的权力,传召证人作供和调取物证的权力,进行研讯的权力等。

4. 研讯前的调查措施

死因裁判官可调查须予报告的死亡个案或他认为为公共利益而应调查的任何其他死亡个案;可授权警务人员及其协助人员,在合理时间进入或于必要时强行进入授权手令所指明的处所或地方并进行搜查;可进行研讯前检讨,研讯前检讨不得在公开法庭进行,并可通知有适当利害关系的人出席;有权传召证人到死因裁判官席前作供,调取物证。有适当利害关系的人有权获取证人陈述书或医学或技术报告的副本。^[64]

5. 研讯的基本程序

(1) 须研讯个案的条件。香港《死因裁判官条例》规定了就死亡个案进行研讯的条件:任何人突然死亡;因意外或暴力而死亡;或在可疑情况下死亡;或任何人的尸体在香港被发现或被运入香港,则不论该宗死亡个案是否须予报告的死亡个案,如死因裁判官认为有需要进行研讯,即可就该宗死亡个案进行研讯。凡有人在受官方看管时死亡,死因裁判官须在切实可行的范围内尽快就该宗死亡个案进行研讯。如律政司司长要求就某人的死亡进行研讯,死因裁判官须进行该研讯。原讼法庭亦有权在特定条件下命令进行研讯。^[65]

(2) 研讯的目的和事项。研讯的目的须为研究该宗死亡个案的原因及与该宗死亡个案有关的情况,研讯的程序及在研讯中提出的证据须专注于以下事项:死者的身份;死者是如何、何时和在何处死亡;当其时根据《生死登记条例》须就该宗死亡个案登记的详情;以及在该研讯并无陪审团参与的情况下,由死因裁判官就该宗死亡个案所达致的结论;在其他情况下,指由陪审团就该宗死亡个案所达致的结论。^[66]

(3) 研讯的通知,即将进行研讯的死因裁判官须依法将研讯的时间和地点通知有适当利害关系的人,且须安排对行为相当可能会在该研讯中被质疑的人发出合理通知。^[67]

(4) 研讯的过程。除法定情形外,研讯须公开进行。有适当利害关系的人,或对行为相当可能会被质疑的人,或当缺席者的行为被质疑时,该些人在研讯中可由大律师或律师代表。有适当利害关系的人和任何获死因裁判官准许的人,有权亲自或经由大律师或律师讯问证人。条例还规定了文件证据在研讯中的可接纳性情形,且有适当利害关系的人可对接纳该文件证据提出反对意见,亦有权阅读该文件证据的文本。^[68]

(5) 陪审团参与研讯及裁断。除少数由该条例规定的情形之外,死因裁判官不得在没有陪审团参与的情况下进行研讯。陪审员小组以抽签或任何其他随机抽选办法选出后,由死因裁判官以抽签方式从中再选出5名陪审员组成陪审团。研讯的结果取决于多数的裁断。凡研讯在有陪审团参与的情

[64] 参见香港《死因裁判官条例》第9-13条。

[65] 参见香港《死因裁判官条例》第14条、第15-16条及第20条。

[66] 参见香港《死因裁判官条例》第27条。

[67] 参见香港《死因裁判官条例》第28-29条。

[68] 参见香港《死因裁判官条例》第30-32条、第40条。

况下进行,而陪审员之间经合理磋商后仍有不同意见,则多数陪审员的裁断须视为陪审团的裁断;但是,基于任何因由陪审团看来理应进一步考虑他们的裁断,则死因裁判官可指示陪审团进一步考虑他们的裁断。^[69] 死因裁判法庭的调查范围主要是死者死亡的时间、地点及死者身份,而最重要的是死亡原因,其直接关系到以后案件的定罪与量刑。裁判官应将调查结果向律政司报告,以助其推断死亡事件的真相。若作出判决为“合法杀害”则不需要负刑事责任。而“非法杀害”则可能涉及谋杀罪等重大的犯罪。^[70]

表2 香港死因裁判法庭接受个案的数量以及陪审团参与研讯的数据(2010-2014)^[71]

	向死因裁判官报告的个案	须予进一步调查的个案	须进行研讯的个案	有陪审团参与的研讯	没有陪审团参与的研讯	有陪审团的研讯的百分率
2014	10 598	967	148	139	9	94%
2013	10 249	1 099	176	140	36	80%
2012	10 472	1 420	164	138	26	84%
2011	10 017	1 224	182	149	33	82%
2010	9 999	1 106	172	131	41	76%

实际上,《死因裁判官报告》(2014)列出了过去13年间的数字,过去各个年度的有陪审团的研讯的百分率分别为:2009(87%)、2008(93%)、2007(84%)、2006(86%)、2005(79%)、2004(70%)、2003(62%)、2002(63%)、2001(45%)。可以看出,除个别年份之外,在过去13年间,有陪审团参与的研讯的比例呈迅速增长的趋势,至2014年竟高达90%以上。“越来越多的死者家属认识到死因研讯牵涉的法律问题和其对日后刑事诉讼和民事诉讼所产生的影响,同时对陪审团制度抱有信心,认为陪审团裁决更加公正,从而纷纷提出书面申请,要求使用陪审团参与死因裁判。”^[72] 因此,陪审团在死因裁判制度的实践中的分量越来越重,扮演着越来越重要的角色。

(三) 死因裁判制度的特点、优势与比较

1. 独立调查型模式

死因裁判制度属于独立调查型模式。其并不隶属于刑事诉讼体系,这使其与附属式的死因调查制度有着显著的区别。死因裁判权运行的关键在于“裁判”,使其区别于一般意义上的刑事调查,更不隶属于警方的罪案调查体系。死因裁判制度的目的也在于调查死因,并非认定刑事责任。独立调查模式的死因裁判制度与普通法系的司法独立传统相得益彰,不仅在机构设置上具有很强的独立性,而且在制度体系、程序设置等方面都显示了独立性的优势,使其成为刑事诉讼的一种前置性程序,从而能够在死因未明的情况下启动追诉程序的逻辑矛盾。

当前我国的死因调查制度附属于刑事诉讼,在启动诉讼程序之后,死因调查与追诉犯罪交织在一起,从而容易出现程序逻辑上的问题。独立调查型模式是死因裁判制度的显著特征,我国在重构死因调查制度时,应当着重借鉴独立调查型模式的原理与优势,以独立调查型模式为基本的机理,去具体

[69] 参见香港《死因裁判官条例》第14条、第21条、第23条及第42条。

[70] 同注62引书,第89页。

[71] 参见《死因裁判官报告》(2014),第3页。资料来源:香港特别行政区司法机构年报,2014年度《死因裁判官报告年报》网址为 http://www.judiciary.gov.hk/tc/publications/cgreen_report2014.pdf。

[72] 同注62引书,第117页。

设计符合我国实际情况的死因调查制度。

2. 中立化的调查权力

死因裁判制度的机构和权力行使方式都具有中立化的特征。中立化的机构是死因调查权力能够实现中立化的前提。普通法系地区大都设立了独立的死因裁判法庭或者死因调查官职位。死因裁判官和陪审团行使权力不受他人干涉,这与高度行政化的警察主导型调查模式完全迥异。死因裁判庭在死因裁判官的主持下进行研讯,陪审团在此基础上进行裁断。

我国的死因调查完全由高度行政化的警方进行主导,权力行使方式具有单向性的特征,在运行方式和运行程序上,都相对缺乏制约,难以保持机制上的平衡。死因是一个客观事实,为查明客观事实,正确追究责任人,或者避免悲剧再现,都有赖于一个较为中立、平衡的死因调查机构的运作。因此,我国在重构死因调查制度时,可以吸收普通法系死因裁判制度的中立化运行特征,从法律上保障死因调查机构在行使职权时不受干涉,在运行机理上尽量保证其平衡。

3. 全面化的调查措施

死因裁判制度中具有较为全面的调查措施。死因裁判官拥有对死亡个案进行调查的权力,包括命令剖验尸体,授权警察进入处所和进行搜查,传召证人作供,调取书证、物证,获取医学或技术报告,召集陪审团、利害关系人和代表律师进行研讯等。全面化的调查措施有利于查明死因,从而为下一步正确追诉嫌疑人,查明事件责任或者建章立制以避免类似死亡事件再次发生奠定基础。

我国当前的死因调查制度过于依赖鉴定,且在实践中几乎等同于鉴定,对于那些比较复杂的或者争议较大的死亡事件来说,这并不利于全面查明死因。因此,死因裁判制度中的全面化调查措施是值得借鉴的,尽可能地采用多样化的调查手段,以避免将死因调查混同于鉴定,有利于查明真正的死因以及与死亡的相关情况。并且,对于那些比较复杂的或者争议较大的死亡事件而言,单一化调查措施所呈现的结果的公信力相对较弱,而多样化的调查措施促进了相关利害关系人的参与,从而尽可能地全面呈现死因,并可以提高调查结果的公信力。

4. 公众参与的调查体系

死因裁判制度具有公众参与的特征。它不仅建立了陪审团参与研讯的体制,使普通公民能够根据呈堂证据依据常理来对死因作出裁断,而且它吸纳了适当利害关系人、证人的参与,且利害关系人及受质疑者也可以有律师代表参与研讯。这使死因裁判制度具备了制约单方权力独断的功能。例如,在上述具有较大影响的香港“徐步高案”中,应香港警方请求帮助警方评析该案调查的澳大利亚学者博汉仕在分析该案时指出,死因裁判的研讯是在公众、媒体及利害关系人(如相关案件中身故人员的亲属和香港警队)的参与下公开审理的。由于媒体的深入推断、本案的特殊性质和消除公众疑虑的需要,死因裁判法官认为应当充分调查警员死亡事件的有关情况,而不仅仅是致死原因。^[73]因此,在那些影响较大、公众较为关注或难度较大的案件中,广泛的公众参与不仅有利于消除公众的疑虑,回应社会的关切,而且有利于最大程度地查明死因以及与死亡事件有关的其他情况。这样,在社会瞩目之下,死因裁判制度不仅获得了较大的社会公信力,成为一种社会与司法之间的“平衡器”,而且能够更好地接近事件真相。

与之相比,我国大陆地区的死因调查制度在公众参与度上较弱,在某些社会关注的影响性事件

[73] 博汉仕:《“魔警”徐步高案中不确定事项的分析》,陈波、谭程予译,载《犯罪研究》2015年第1期,第101页。

中,其运行无法很好地回应社会关切,这不仅削弱了司法公信力,而且由于倚赖于相对封闭的科层制系统内的调查体系,其内外信息交换容易受到阻滞,在那些难度较大的案件中也不大容易尽最大程度地查明与死亡有关的全部案件情况。在迈向公开化的司法改革中,死因裁判制度中公众参与式的调查体系更是具有借鉴的价值。

四、我国死因调查制度的模式选择与重构

(一)死因调查制度的模式选择

死因调查制度如何构建的首要问题是模式的选择问题,它是死因调查制度改革的前提,归根到底是死因调查权力如何根本配置的问题。在当今世界上,死因调查制度大致可以分为“独立式”和“附属式”两大类。普通法系的死因裁判制度即是独立式死因调查模式的典型,而大陆法系则多采用附属式的死因调查模式,使之附属于刑事诉讼。

独立调查模式具有诸多优点,并且更加符合死因调查制度的性质和目的,正如一位美国学者在对死因裁判制度进行总结时所言,“为了在宪法界限之内使制度更加有效,死因裁判官的研讯就必须是公众庭审式的,其运行必须独立于政府法官与警察部门,并致力于展示导致死亡的原因,以及促进发现真相”。^[74] 在独立式调查模式中,除行使调查权的法定机关之外,其他任何机关和个人都不能干预调查程序的独立运作,使调查的过程具有最大程度的中立性,而且广泛吸收公众参与,因而其社会公信力也很高。附属式调查模式多见于大陆法系,但典型的大陆法系国家多采用检察官指挥警察的体制,因而在死因调查中也是以检察官负责调查居多。因此,我国的调查模式与大陆法系又不尽相同,我国采用的是警方主导型的死因调查模式,而检察机关主要是起监督作用。

当前我国的死因调查制度与刑事诉讼完全捆绑,不仅结构失衡,且其权力行使具有较大的独断性。尤其是在那些公务人员致人死亡的事件中,其程序中立性更是非常弱,削弱了死因调查的公信力。死因调查模式的选择应着眼于如何合理配置死因调查权力而避免权力的任意性。无论是从理论分析还是从实践效果出发,我国均应建立独立式的死因调查模式,这有助于贯彻死因调查的中立性原则,并避免由同一个机关与其刑事立案职权相捆绑的程序悖论。

需要澄清的是,独立式死因调查模式并非必然是普通法系的死因裁判制度,即并非必须由死因裁判法庭负责调查方能称为是独立式的,而是说,死因调查体制必须独立于刑事诉讼体制,与其互不隶属。在普通法系中,虽然普通法院审理刑事案件,死因裁判法庭也属于法院序列,但由于其与普通法院互不隶属,因此仍然保有独立性。在我国的模式选择中,只要在机构设置、职权安排上具有专门性,程序上不附属于刑事诉讼,则不失为一种独立式的死因调查模式。

(二)死因调查制度的重构

1. 死因调查委员会的构建及其职能

(1) 检察机关序列下的死因调查委员会的设置

在建立独立式死因调查模式的前提下,我国可考虑在检察机关序列下设置“死因调查委员会”。

[74] Crane, *supra* note 43, at 808.

有学者提出在我国建立死因裁判制度,并引入死因陪审团,^[75]建议在我国法律框架内设置死因裁判作为立案阶段之前的程序,将案件在进入刑事诉讼之前通过司法权予以控制,而不是将许多有关死因的未决疑问都混杂到后续的诉讼中去解决。^[76]应当说,死因裁判制度的独立性强,社会公信力也高,作为刑事案件立案的前置性程序也具有较为充足的理据。但是,在借鉴死因裁判制度的基本原理和诸多优势的时候,对我国死因调查制度进行合理化改革的具体实现路径尚需考虑诸多因素。死因裁判制度建立在普通法系的法院系统具有优越地位的历史传统上。针对有的学者以香港的陪审团制度来作为东亚地区亦有陪审团存在的基础的观点时,高一飞教授认为,香港陪审团的存在是东亚国家和地区的特例,其存在有特殊的历史和社会背景,并不能成为其他地区也可以推行陪审团的理由。而针对东亚地区为何又可以接受参审制的问题,他又认为,专业法官的存在能够维持职权主义审判模式的运行是其中非常重要的因素。^[77]

死因陪审团是普通法系死因裁判制度的重要内容之一,其运行与普通陪审团并无太大差异。但是,我国的法院系统缺乏普通法系的历史背景与传统,如果按照那种直接建立死因裁判制度的观点,贸然将死因调查程序置于法院系统内部,并引进死因陪审团作为其基本的运行机制,可能会遇到水土不服的问题。从司法体制的结构与特征上讲,我国的刑事司法具有强职权主义的特点,在宏观司法体制不变的前提下,独立的死因陪审团裁判或与职权主义的司法模式产生较大的冲突。因此,这些因素都决定了我国不能直接地、贸然地在法院系统内部建立死因裁判制度及设立死因陪审团,否则,将与现行的司法制度产生较大幅度的不协调。

就我国刑事司法改革的方向而言,在当前推行以审判为中心的诉讼制度改革的背景下,应当着重强化法院作为案件的最终裁决者的角色。毕竟,死因调查属于调查制度的范畴,如果调查的结论是该事件涉及犯罪的发生,则可能需要另行启动刑事诉讼程序。在当前法院内外的独立性还不强的情况下,如果由死因裁判法庭去承担调查工作,则难以完全避免死因调查与审判相挂钩,反而可能有损司法公正。因此,在我国当前刑事司法运行状况的背景下,从利弊衡量的角度上讲,也不宜直接在法院系统内部建立死因裁判制度及设立死因陪审团。

我们借鉴普通法系的死因裁判制度,所参考的乃是其中的基本原理和基本优势,并非直接复制其制度。只要符合独立式死因调查模式的属性与特征,我们仍然可以借鉴普通法系死因裁判制度的若干积极要素,在现行司法体制中寻求改造死因调查机构的途径。不少大陆法系国家采用以检察官为主的死因调查方式,而我国的司法体制仍具有大陆法系的特征,其职权主义的特征使在检察系统中设立死因调查机构更能与我国现行司法制度相协调。有学者提出了构建检察官参与命案现场勘验的制度,认为当前命案证据收集存在片面化、碎片化的问题,容易造成错案,应从外部引入力量强化监督,提出命案现场勘验中检察官外向型参与式监督具有必要性,并认为检察机关作为国家法律监督机关的宪法定位以及法定的检警关系是其基本的理据。^[78]诚然,检察官对警察的外部监督具有必要性,但这仅能解决现场勘验的微观问题,而解决死因调查的程序性结构问题,尚需相关制度的设置。然而,从检警之间的宪制地位和关系的角度而言,在检察机关序列下设置死因调查委员会,无疑既能从

[75] 同注21引文,第171页。

[76] 张栋:《中国刑事证据制度体系的优化》,载《中国社会科学》2015年第7期,第146页。

[77] 参见高一飞:《东亚文化背景下的建议性陪审团》,载《财经法学》2015年第1期,第92-94页。

[78] 参见王守安:《检察官参与命案现场勘验制度研究》,载《国家检察官学院学报》2016年第1期,第59-60页。

宏观上实现对死因调查的程序控制,又符合现行宪制和司法体制的基本原理。综上所述,构建与警方侦查相分离的独立式死因调查模式,在检察机关序列下设置死因调查委员会,所考虑的有四层因素:

其一,检警宪制地位因素。我国检察机关的宪制地位比公安机关更高,其行使职权的独立性具有法律依据。在我国“一府两院”的宪制下,检察机关作为国家法律监督机关,具有很高的宪制地位,而公安机关既是政府的职能部门,又是刑事诉讼中的侦查机关,其在宪制中的位阶无疑比检察机关低。检察机关依法独立行使职权为我国宪法和法律所明定,在检察机关序列中设置死因调查委员会,将是与警方侦查相分离的独立式死因调查模式的有利保障。

其二,司法体制中的检警关系因素。我国《刑事诉讼法》规定了法院、检察院、公安机关之间“分工负责、互相配合、互相制约”的关系,也就是说,我国并未采用一般大陆法系国家的“检警一体化”模式。在诉讼结构中,检察机关不仅并未与侦查机关“一体化”,反而对侦查机关负有监督制约的职责。在公安机关对死亡事件具有调查权的情况下,我国法律所规范的检警关系为在检察机关序列下设置死因调查委员会以制约警方的调查权,具有坚实的法律基础。

其三,职权主义传统因素。众所周知,我国的司法传统具有较强的职权主义特征。尽管程度不同,但东亚的大多数地区都具有职权主义的司法传统。正如前述高一飞教授所主张的,职权主义是东亚地区未实施陪审团制的重要因素。然而,有的东亚法域却在检察体制中设置有委员会形式的审查机构,如日本的“检察审查会”。这说明,此类设置在检察机关序列中针对个案的票决制机构可以与职权主义传统相兼容。从职权主义传统考虑,将负责调查死因的机构置于检察机关序列之中要比置于法院内部更为合适。

其四,当前司法改革中以审判为中心的诉讼制度因素。有学者将构建死因裁判制度作为实现“以审判为中心”的证明目的的内容之一,认为“死因裁判制度作为典型的以审判的架构尽早解决证据问题的代表性制度,其构建和完善应当纳入立法日程”,并认为死因陪审团之所以至今方兴未艾,“是因为死因陪审团解决的是‘有罪不究’,它是负责举发犯罪的,具有中立的司法性质”,“解决了案件是否需要进入刑事诉讼程序的问题,使得整个刑事诉讼进程都在以审判为中心的逻辑之下进行”。^[79] 笔者赞同该学者认为我国死因调查所存在的单方性、封闭性的观点,亦赞同以审判为中心的司法改革方向,但是,对于死因调查制度在中国司法制度和现实情境下的实现路径,则认为尚有需要仔细考量之处。其实,死因裁判制度并非仅解决“有罪不究”的问题,由于它的裁判结果包括“合法被杀”和“非法被杀”,因此它还可解决“错误追究”的问题。如果仅将死因裁判法庭视为追究犯罪的功能性机构,则恐怕与“以审判为中心”的诉讼制度反而有所抵触。值得注意的是,我们还需要仔细辨析我国与普通法系国家和地区在审判独立性方面的差异以及具体司法环境的差异。普通法系背景下的死因裁判制度有着长期的司法独立传统,并且法庭和法官均具有较高程度的独立性,这使得,即便死因裁判庭经调查之后认为案件涉及犯罪的发生而需要启动刑事追诉程序,其法庭、法官及普通陪审团的独立性也使后续刑事案件的审判不会受到前置的死因裁判的影响,其独立式的裁判模式是较为彻底的。而我国语境下的审判独立则通常被认为属于整个法院系统以及法院的独立,其与普通法系仍然存在现实上的差异。如果不考虑两者之间的这些历史与现实的差异,而完全复制死因裁判制度和死因陪审团制度,当死因裁判庭经调查之后认为案件涉及犯罪的发生而需要启动刑事追诉程序时,后

[79] 张栋:《我国刑事诉讼中“以审判为中心”的基本理念》,载《法律科学》2016年第2期,第78页。

续的刑事审判是否还能继续坚持审判的独立性,是否会在压力之下预设了有罪的判决结果,从而使后续的刑事庭审流于形式?在我国的具体语境下,这是否会导致反而削弱了“以审判为中心”的诉讼制度?这些都是非常现实的问题。

由属检察机关序列的机构来进行死因调查,若结果显示需要启动刑事诉讼,则最终要受到法院审判的制约,反而有利于巩固以审判为中心的诉讼制度。只要在机构设置、职权安排与程序运行三个方面贯彻死因调查的独立性,确保与其他机构的职权无交叉,程序不附属,则仍可视为一种独立式的死因调查模式。

(2) 死因调查委员会的设置方式及其职能

死因调查委员会可以设置若干名常任的死因调查官,死因调查官须具有检察官的身份,但必须完全不隶属于其他任何检察部门。类似地,可以采用抽签的方式从普通公民中选取一定数量的人员(如一案5名或7名)作为死因调查委员,组成死因调查委员会。死因调查委员的组成是任务式的,即一案一组,以避免人员固定而成为摆设或者容易被购买。事实上,我国检察机关已经试行了若干年人民监督员制度,以随机抽选的方式确定参加案件监督的人员、人民监督员独立进行评议和表决等。^[80]根据这些经验,只要将人民监督员由任期制变为任务式,并不难组成我国的死因调查委员会。

这样,死因调查委员会既有专业的死因调查官来主持,又有由普通公民组成的死因调查委员的参与,相当于吸收了普通法系的死因陪审团制度的积极因素,又兼具我国司法体制的特点,是独立式死因调查模式的一种具体组织形式。

与死因裁判法庭的职能相仿,死因调查委员会的职能为查明死因,但不得确定犯罪嫌疑人,不得自行启动刑事诉讼程序。在调查结束后,死因调查官应根据委员会的调查结果,公布死者身份、死亡时间、地点以及死因,但结论中不得确定罪责。

2. 死因调查程序的运行方式

(1) 确立死因调查程序的独立性原则

死因调查程序必须贯彻独立性原则。首先,死因调查程序不可附属于其他程序,也不可与其他程序相交叉。其次,死因调查官不能兼任其他职务,其职权行使受到保障,其他任何机构和个人都不得干涉。再次,死因调查委员的人身受到保障,独立表决,任何机构和个人不得干涉。最后,死因调查程序的参与者,包括证人、利害关系人、物证技术专家、警员等,都应独立作证或发表意见,任何机构和个人不得干涉。

(2) 明确死因调查官的职权

死因调查官具有指挥、主持死因调查程序的广泛职权。其应有权命令尸体解剖、挖掘检验遗骸、埋葬或火葬,命令警务人员或协助人员进入有关的场所并进行搜查,向有关个人或者单位调取物证,传召证人作证,委托专家进行鉴定,组织和主持调查听证,公布死因调查结论等。

(3) 建立死亡个案报告机制

死亡个案报告机制是普通法系的死因裁判制度得以顺利运转的前提。可以建立死亡个案报告机

[80] 2010年《最高人民法院关于实行人民监督员制度的规定》第13条规定了人民监督员属任期制的。第27条第1款则规定:“参加案件监督的人民监督员,应当以随机抽选的方式确定。”第28条规定了案件监督工作的步骤,最后包括人民监督员进行评议和表决;而第30条规定了人民监督员“根据案件情况独立进行评议和表决”。因此,人民监督员作出决定也是采用表决制,并且须独立进行。其经验也容易被吸纳到构建死因调查委员会之中。

制,以法律规定应当予以报告的死亡个案类别,其重点有:医学上死亡原因不明;意外或受伤所导致的死亡;怀疑罪行所导致的死亡;在任何官方场所(包括羁押场所)中发生的死亡;因公务人员的行为而致人死亡……。对于那些由公权力行使而导致的死亡个案,更是必须“强制性地”进入死因调查程序,而不得在程序开始前就予以终结。另外,应当以法律规定相应的责任报告人,一般是医生、警察等在职务上负有特定职责的人,须就其相应范围内的死亡个案向死因调查官报告。最后,对违反报告义务的行为规定惩罚措施。

在建立死亡个案报告机制之后,由于对法定范围内的个案须予以强制调查,就不能再保留现行的因病死亡与非正常死亡这样在调查前就预设结论的两分法,以避免将死亡个案草率认定为因病死亡而无需启动调查程序,从而规避责任。

(4) 死因调查方式全面化

当前我国几乎把死因调查等同于医学鉴定,这导致调查方式的片面化,如果不与其他调查手段配合,就难以揭示出真正的死因。普通法系的死因裁判制度就广泛采用了多种调查手段。除了通常的解剖尸体和医学鉴定之外,还应当规定包括搜查取证、调取物证书证、传召证人作证、获取各类医学或技术报告、召集利害关系人听取其陈述等在内的多元化调查方式。

(5) 保障利害关系人的参与权

我国并未规定利害关系人的参与,且对家属知情权的保障十分薄弱。我国应借鉴死因裁判制度的相关做法,以法律规定死者近亲属、遗产管理人、保险受益人、可能导致死者死亡的人等人员为利害关系人,利害关系人有权出席听证并发言。同时,应扩大死者家属的参与权,除参加听证之外,还应享有解剖尸体的在场权、申请重新鉴定或者补充鉴定的权利、及时获得调查和程序信息的权利。

(6) 建立死因调查委员会的听证制度

香港的死因裁判法庭属于法院体系,而其死因裁判制度中的“研讯”一词在中文语境中无疑具有在法院举行的意味。如果我国要在检察体系中设置死因调查委员会,那么“听证”便是合适的表述。听证程序由死因调查官主持。利害关系人有权参加听证,并发表意见。物证、书证、鉴定意见等证据材料应当在听证会上出示,证人、鉴定人、专家辅助人应当出席听证,并接受询问。所有死因调查委员会委员应当全程出席听证会。

(7) 明确死因调查结论及其效力

听证结束之后,死因调查委员会委员退席评议,就结论进行表决,以多数决为结论。死因调查结论由死因调查官撰写成书面的《死因调查报告》并公布。死因调查结论应当包括三个方面的内容:一是导致死亡的医学上的原因。医学上的死因主要依靠医学鉴定来确认。二是死亡方式。对暴力性死亡可以分为自杀、他杀和意外死亡三种。死亡方式的判断通常需要以医学鉴定为基础,并根据所获取的证据材料进行综合分析。三是责任判断,即判断死亡事件中是否存在责任主体,属于无责任死亡还是有责任死亡。^[81] 例如,香港死因裁判法庭对案件作出的“合法被杀”或者“非法被杀”的结论即是此类。但由于死因调查程序只负责查明死因,并非追责程序,不能自行启动刑事诉讼。因此,如果调查结论为无责任死亡或虽有责任存在但不涉嫌犯罪,则由其他机关按照有关的程序处理。如果调查结论为有责任死亡且涉嫌犯罪,则由公安机关或者检察机关,按照刑事诉讼法的管辖规定另行启动相应

[81] 同注11引文,第98-99页。

的立案侦查程序。

五、结语

严格地讲,由于我国死因调查制度完全依附于刑事诉讼,这使我国并不存在一套独立、完整的死因调查制度体系,且由于实行侦查机关主导型的死因调查模式,其调查过程中的权力单向性、独断性也导致了程序逻辑上的悖论和结构上的失衡。在实践中,现行死因调查制度也不能很好地回应社会对死亡事件真相的探求,并在某些影响性事件中对司法公信力造成了不同程度的损害。在当前司法改革的背景下,为了回应每一个案件中都实现公平正义的需求,我国应借鉴普通法系的死因裁判制度,建立一套以独立式死因调查模式为基本特征的死因调查制度体系,使其不再依赖于侦查机关单方面所得出的结论,而借助于一个相对独立的死因调查委员会,并吸收公众参与,丰富调查方式,以得出比较具有社会公信力的调查结论,这也是践程序正义、充分保障人权的要求。每一个人的生命都是无价的,尽管这套独立模式的死因调查制度比现行制度成本更高一些,但这是尊重每一个生命的要求。

Problems and Reconstruction of Death Investigation System in China: Taking Coroner System of Common Law for Reference

Wu Qizheng

Abstract: Nowadays, the death investigation system in the world can be classified into two models, the independent model and the subsidiary model. China's death investigation system is completely subsidiary to criminal process. There is no one set of independent and complete death investigation system in China. As a result of investigation dominated by the investigative organization, the investigative process is full of paradox, and its structure is imbalanced, which has weakened judicial credibility in several cases. The coroner system of common law has several advantages, such as strong independence, procedural justice, high degree of social participation and good judicial credibility. Taking the coroner system for reference and combining it with the characteristics of China's judicial system, China can establish an independent death investigation model, set up the death investigation commission and improve the investigative process, which will make the investigation conclusion better social credibility.

Keywords: death investigation system; coroner system; death investigation model

(责任编辑:丁洁琳)

从比较视角看女性主义法学的出路

林 林*

摘 要:女性主义法学经历了三波浪潮,其在起到积极作用的同时,也存在差异偏执、自我孤立、内部纷争等弊端。本文基于比较的视角,从正视性别差异、他者关系、不同地域种族文化背景下的女性主义,以及国际法与国内法协同四个方面,就女性主义法学的价值诉求与现实出路作出了分析和探讨。

关键词:女性主义 差异 他者 协调

女性主义(Feminism)又称女权主义,是自19世纪以来为争取女性与男性的平等权利而产生的政治运动与文化思潮。其对于国际妇女解放运动以及国际社会性别主流化潮流的建构,有着直接而深刻的影响。女性主义大致经历了三次浪潮,第一波浪潮是从19世纪中后期到20世纪50年代,以英美等西方中产阶级白人妇女精英等自由派为主体,以追求选举权等与男性平等的政治权利为中心。第二波浪潮是从20世纪60年代至20世纪80年代左右,以西方新左派等激进女性主义者为主体,深入解剖女性受压迫的阶级、经济、文化等根源,以反抗父权制压迫、谋求女性的全面解放和人格独立为目标。第三波浪潮是后现代背景下,更推崇女性自身的主体价值、个体体验和多元文化现实性,探寻建构女性自身的话语体系。在三次浪潮过程中,除了男女的性别差异之认识纷争之外,三代女性主义者之间,西方白人女性主义者与有色人种和第三世界发展中国家女性主义者之间的比较与批判,也交织其间,使得女性主义的话题本身,就充满了“他者”“比较”的意味:不同性别之间的比较、不同种族之间的比较、不同文化和宗教背景的比较,以及不同国家与国家,国际社会普遍准则与各成员国国内法精神的比较。

与女性主义三次浪潮相对应,女性主义法学也经历了三次浪潮。第一代,从20世纪70年代到80年代初期,以对平等权利和同一性与差异性问题的关注为重点。第二代,20世纪80年代,主要侧重对社会性别权利与法律认知的关注。第三代,20世纪90年代之后,在后现代背景下,对女性声音多样性的揭示以及对政治理念的拒绝。^[1]

应当说,女性主义运动及女性主义法学对推动国际社会为争取男女平等权利、构建性别平等社会的法律话语体系产生了深刻影响,起到了直接的促进作用。例如,对消除性别歧视,对女性的选举权、受教育权、工作权,同工同酬权、婚姻自主权、生育权和堕胎权,以及性骚扰、家庭暴力等的国际立法等相关领域,均作出了积极的贡献。但另一方面,不论是三波女性主义者之间还是同一波但不同地域、文化、种族等背景下的女性主义者之间,所进行的“比较”,又呈现令人尴尬的状态。概括而言,即是女

* 中国政法大学比较法学研究院教授,法学博士。

[1] Adelaide H. Villmoare, *Feminist Jurisprudence and Political Vision*, 24 (2) *Law and Social Inquiry* 443 (1999).

性(权)主义者仍然或多或少带有贬义和激进的意味,始终囿于认识的偏颇和现实进路的单一。例如,以男性为阶级对立的一面,深陷男女性别差异与平等权利之间的逻辑关系窘境;力图破除男权统治,而出路却是将女性自我孤立,甚至以弃绝异性恋,推崇非性或女同性恋为理想模式;追求女性主义法学特质的话语体系,却以批判和排斥男性主导的法律制度为前提;扩大白人女性主义和有色人种女性主义之间的文化与现实差异,以多元化声音和个体经验,模糊女性共同的价值诉求,等等。受这些认识论和方法论的影响,女性主义法学也同样陷入了诸多的困境和尴尬之中。朱迪尔·贝尔评述认为,女性主义法学至少有三个方面的缺陷:“第一,没有真正搞清楚女性主义要批判的是什么;第二,重复强调那些已经说出来的东西,却将未予言明但推定为真的事实排除在外;第三,吊诡的是,这些法学家几乎完全只关注女性。”^[2]因此,从比较的视角重识女性主义法学,需要重新确立四个价值诉求的原点。

一、重新确立男女之别的逻辑原点

男女的性别差异是客观存在的。不论是先天还是后天,不论是心理实验还是社会分析,男女之别都不容否定。试图抹杀或者夸大男女的性别差异,而达到所谓的平等,都会堕入逻辑的陷阱。正确的态度应当是,承认男女的性别差异,但不能将差异作为男女不平等问题的唯一根源;承认男女之间社会文化的差异,但不能将其作为推翻男权重建女权的唯一原点;承认女性之间的文化背景差异,但不能将其作为否定女性主义命运共同体的唯一原点。

应当看到,恰恰是差异的存在,才带来了平等的问题。犹如男女之间的差异以及女人之间的差异一样,男人与男人之间也存在巨大的差异。作为同一个阶级的男女,与另一个阶级的男女之间,也存在巨大的差异。作为同一个国家和种族、文化背景下的男女,与另一个国家和种族、文化背景下的男女,同样存在巨大的差异。因此,如果将“差异”视为不平等的唯一根源,纠结于差异、局限于差异,就必然会发现无数的无法弥合的差异,就像女人的个体体验一样,有着无数的受压迫的生活版本,无限制地凸显“差异”,就不可能确立人类社会,当然也包括女性在内的共同的价值观和参照系。而不平等的情形,也将无休无止。女性主义法学要为女性主义寻找法理的基础,提供法律的保障,为女性获得应有的平等权利提供共同的司法准则,就必须在正视差异的基础上,确立全人类的共同法则,而不是单一的男人的法则或者女人的法则,即“法律面前人人平等”。

如果我们回溯人类追求“人人平等”的历史,就会发现,“人人平等”事实上建立在人人不平等的状况之上,就是今天,在“人人平等”的法律规则下,人人不平等的现象也无处不在。因此,正视不平等正是解决不平等的基本态度,也是根本的原点。这种正视,是以法律的形式,包容了差异,而给予了无差别的平等对待。这也是正义的原则。

从心理学角度看性与性别,可以为我们重新检视男女性别差异的意义提供反思和启示。

Sex 指的是与男性或女性相联系的生物现象,称之为生理性别。而 Gender 指的是男性或女性的心理现象,即男性和女性都具有的社会文化认同的人格特征,可以称之为心理性别。心理性别是由文化决定的。每种文化都或多或少对男性和女性进行了区分,因而,各种文化之间对于某一性别标准或

[2] [美]朱迪尔·贝尔:《女性的法律生活——构建一种女性主义法学》,熊湘怡译,北京大学出版社2010年版,第24页。

规范存在很大的差异。

从心理学研究的历程看,关于性别差异的研究始终备受争议,这本身说明差异客观存在,以及对差异认识的差异也客观存在。不仅研究方法、结论一直受到质疑,甚至究竟该不该进行这个领域的研究,至今也没有定论。不过,随着科学的进步,至少通过实验得出了一些共识:(1)性别差异研究的实验方法和结论很大程度与其研究取向有关,也与其自身怎么看待性别差异有关。(2)在性别和行为之间寻找联系(即行为的性别差异)并不能说明究竟是什么导致了性别差异的产生。人的性别不可能通过实验来控制,因此,性别差异的研究实际上是一种相关设计,而相关设计是不能作出因果推论的。(3)研究所发现的性别差异,一般都不是性别本身造成的。其他一些与性别相关的变量(如地位、职业和教育背景),才是具有决定力量的因素。(4)不可否认,在社会规范和他人刻板的强大压力下,男性和女性在社会化过程中的经历是不同的,社会化的结果自然也不一样。(5)性别差异在多大程度上由生物因素决定,在多大程度上被社会文化所塑造,这是目前任何一种有关人格心理学的研究取向都无法确定的。(6)在人格内部讨论人格变量的性别差异的意义是很有限的,应该同时考虑情境因素的作用,才能恰当地预测和解释行为。(7)对今天的人们而言,尤其是对心理学工作者而言,正确的性别观才是最重要的:既承认男女性别客观存在的差别,又要对差别的原因有清醒的认识,不要轻易成为男权主义或女权主义的追随者。^[3]

通过上述归纳,可以得出一个结论,即性别差异的研究本身就有指标任务取向不同的差异。先天与后天的因素始终交织在一起,很难厘清哪个因素起决定作用。这本身就证明了关于男女性别与生理差异具有生物性和文化性双重属性。要解开男女权利不平等的“心结”,也必须从这双重属性入手。如果我们刻意违反社会文化对男女性别的规范结果,刻意去人为矫正一些已经被几千年社会文化所共同认可的性别取向,就一定能获得男女权利平等的结果吗?对此,笔者表示高度的怀疑。这是一种试图将女性与其社会文化之根、与其命运共同体完全割裂开来的偏执的逻辑。对此,迪马特·巴贝克就尖锐地指出,“从女性主义运动当中,我们可以吸取如下教训:虽然对差异的认可在理论上和政治上都是必需的,但是这种认可如果被以对抗性的立场和理论来建构,它将会造成分裂,弄巧成拙”。^[4]

对能否超越差异可能存在认识上的不同,但这不妨碍面对差异采取正确的态度,即承认和对话。“差异是无法超越的,除非它被认真地聆听和对待。只要差异仍然被否定(间接地或直接地),我们就必须坚持并主张抛开那些否定差异的人的影响。不过,当差异被认可时,应该被赋予的是一种差异性的角色;而不是将一个人同他人划分开来,差异只能被认作是一种存在方式,一种生活事实。”^[5]具体的路径无非是:其一,表达差异和聆听差异;其二,根据已经呈现出来的差异商谈公共性。

由此,我们可以获得的启示是,重新确立女性主义及法学的价值原点,首先需要重新确立男女性别和文化差异的逻辑原点,承认合理的性别差异,革除不合理的性别歧视,是重塑女性权利价值的逻辑起点。

其次,正视性别差异和后天文化的历史影响,革除文化对女性的不良社会偏见,正是为女性权利的补强、实现与男性权利平等的基础。如果抹杀男女之别,一味追求女性与男性完全一样的形式平

[3] 参见郭永玉:《人格心理学》,中国社会科学出版社2005年版,第524-525页。

[4] [英]米兰达·弗里克、詹妮弗·霍恩斯比编:《女性主义哲学指南》,肖巍、宋建丽、马晓燕译,北京大学出版社2010年版,第216-217页。

[5] 同注4引书,第220页。

等,就会使女性堕入自我设计的二次伤害的牢笼。比如,刻意抹杀女性的生理特质,非要与男性比拼重体力和夜间加班或者危险领域的工种,就是一种偏误。

再次,对女性特殊的权利保护,正是尊重了女性与男性的生理差异,也正是体现人格尊严和人格权的重要内容。从人道主义出发,审视女性应有的特殊权利保护,恰恰体现了更高层次的“平等”。因人道的考量,女性获得特殊的权利保护和救济,是在人权的意义上的平等对待,犹如对老人、儿童和残疾者的关爱一样。而这种人道主义的权利平等,恰恰是女性主义及法学所忽略的。

二、重新确立“他者”的人类命运共同体的价值原点

回顾女权主义运动近二百多年的历史,发现其中存在的矛盾、分歧、内耗、反复、交错始终伴随其间,而到头来连基础性问题仍然没有得到解决。1998年,娜塔莎·沃尔特在出版《新女权主义》一书时承认,女性“在经济状况和权力上仍然不如男人”的同时,当代女权主义的任务依然是“打击经济、社会和政治不平等的物质基础”。她甚至推翻了几十年来女性一直渴望的摆脱男权压迫、追求自我独立的思想逻辑,提出“我们想要和男人齐心协力地改变社会,而不是反对他们”,“毕竟,尤其是在改变家庭领域的现状方面,意味着男人要承担相应份额的家务劳动,而妇女则要越来越多地走出家门”。为此,“我们必须彼此携手,和男人携手,共创一个更加平等的社会”。〔6〕这可谓找到了问题的源头,也回到了问题的原点。

类似地,琳恩·西格尔在1999年出版的《为什么要女权主义?》一书的结尾处,满含醒悟地写到,女权主义运动的目标应当是:“一个不仅是某些女人而是所有女人都能更好地生活的世界。按照我依然称之为社会主义女权主义的构想,这对男孩和男人来说也同样是一个美好百倍的世界。”〔7〕

性别一词的最新用法是作为“妇女”的同义词。斯科特对此评述到,“将‘性别’作为‘妇女’的代名词,这表明,与妇女相关的信息亦与男子相关,对妇女的研究意味着对男子的研究。这种看法表明,女性世界是男性世界的一部分,它产生于男性世界,由男性世界所创造。这种看法否定那种将男、女历史分成不同领域的观点,它表明,孤立地研究女性,会强化这样的信念,即男性的历史与女性的历史毫不相干”。〔8〕

女权主义者在性别研究中采取了多种研究方法,这些方法可归纳为对三种理论取向的选择:第一种是纯女权主义理论,力图以父权制的起源和发展为经纬论述女性的命运。第二种是马克思主义传统,力图与女权主义的阶级压迫和劳动分工论述相一致。第三种是从法国后结构主义和英美客体-关系理论中分离出来的,运用各种心理分析学派的理论、阐释学、语义学等理论,解剖性别主体差异和认同差异的原因。不论是何种理论,以往的女性主义都不知不觉地强化着与男权这个“阶级”对立的情绪,通过“运动”给社会也给女性集体造成了女性独立=对立的印象。扩大性别差异造成的裂痕和不可调和,是女性主义者自己也没有想到的结果。

特里莎·德·劳里提斯对女性主义主体的重新认识给人以启示:“主体当然是在社会性别中建构

〔6〕 [英]沃特斯:《女权主义简史》(英汉对照),朱刚、麻晓蓉译,外语教学与研究出版社2013年版,第301页。

〔7〕 同注6引书,第302页。

〔8〕 琼·W.斯科特:《性别:历史分析中的一个有效范畴》,载[美]佩吉·麦克拉克肯主编:《女权主义理论读本》,广西师范大学出版社2007年版,第170-171页。

的,但不单单由性别差异来决定,而是在不同的语言与文化再现中形成的;主体在经历性别关系的同时也经历种族与阶级关系,并在此过程中形成社会性别意识;主体不是统一的而是多元的,虽是分裂的,却更是矛盾的。”^[9]以往女权主义者的理论逻辑,在区分了男女性别差异的命题之下,对女性内部因种族、阶级、宗教、文化、意识形态等等不同而带来的“差异”、“分裂”、“矛盾”显示了更大的兴趣,结果使自己堕入了纯学术、纯理论的发散、蔓延状态之中,而忘却了自己的使命——对女性主体权益的追求和解放,或者说,忘却了提出具体的、实际的、符合社会现实的解决方案。几乎大多数女权主义理论家表现出对认识论、后现代主义、后结构主义等的偏好,热衷于用语言结构学、阐释学的学术分析去条分缕析地解构女性的各种差异,却对提出立法与权益保护的路径和方案,缺乏兴趣和能力,而希冀用女性的个体经验来构筑女性主义的集体意识。

我们都认可女性主义法学要建立女性自己的法律话语体系的努力,但问题是,这个体系是没有男性的女性自我封闭的体系,还是包括男性在内或者与男性相关的开放的话语体系?女性主义法学要保护女性自身的平等权利,其规制的对象是女性还是男性?如果与男性无关,女性主义法学的落点在哪里?当然,我们还可以继续发问,有没有可能在已经由男性创制和占主导的法律体系中,构建起女性特色的法律价值大厦?这种构建,是将男性和女性作为一个整体,还是将男性和女性作为对立的两个主体?

后现代背景的女性主义心理学在批评了传统主流心理学刻意将男性和女性塑造成对立的两个阵营之后指出,“女性主义心理学应体现文化多元、视角多元、方法多元,要求综合考察女性社会的、政治的、历史的、发展的因素,强调采用多元的方法研究多元的女性现实”。这是因为,女性主义心理学的再造需要不断引入外在于主流之外的个体,例如,有色妇女。“由于女性是男性的‘他者’;而有色人种又是白色人种的‘他者’,因此有色妇女就成了‘他者的他者’。”^[10]

以男性作为他者的观念,可以帮助女性更深刻地认清自己为什么弱势、为什么被压迫和被剥夺,同时,也有助于女性将自己置身于男性存在的现实框架中,找到独立与解放的路径。

他者的理论模式,给出了社会互动的四种类型:合作、互惠、竞争和敌视。“在合作中,各派直接得益。在互惠中,我给予你,因此你得益而我受损失,但预期中你将回报情感。在竞争中,只有一派在其他派的损失上得益。在敌视中,我伤害你,以此伤害了自己。双方都受损失。”^[11]没有人否认,女性与男性终究是一个命运共同体,因此,不论有多大的差异、多大的“阶级仇恨”,都是属于同一个阶级内部的事务,将女性作为一个阶级,与男性的阶级对抗,不论哪一方获胜,都是女性也同时是男性的灾难。女性与男性只能合作、互惠,可以竞争,但决不能敌视。有学者即指出,“单纯由‘男性’考量‘女性’是不够的(‘女性’已被添加入考量范围);如果‘女性’这一假设保持不变,单纯地将女性分类,讨论不同类别的女性也是不够的。就在‘女性’被添加到‘男性’旁边的那一刻,这个世界便不再能依照‘男女’关系来衡量,这是势在必行的”^[12]

因此,女性尽可以憎恨男性,但又不可以没有男性。这就是生活的无奈,也是社会存在的法则。

[9] 特里莎·德·劳里提斯:《社会性别机制》,载[美]佩吉·麦克拉克肯主编:《女权主义理论读本》,广西师范大学出版社2007年版,第202页。

[10] 郭爱妹:《女性主义心理学》,上海教育出版社2006年版,第247-248页。

[11] [英]罗伯特·莱顿:《他者的眼光:人类学理论入门》,蒙养山人译,华夏出版社2005年版,第155页。

[12] [美]伊丽莎白·韦德、何成洲主编:《当代美国女性主义经典理论选读》,南京大学出版社2014年版,第51页。

唯一的出路,就是与男性一起,来革除性别歧视带来的种种偏见,来调整男权过度带来的女权的缺失,达到男女平等和权能的平衡。女性主义法理学的一个基本目标是把女性从她们不对等的责任中解救出来,而路径则是,“除非平等地对责任进行分配,否则女性根本无法获得平等。女性所承担的不平等的负担也无法得到减轻,除非她们身上的责任可以转移给其他人:转移到男人、机构、政府以及社会的头上。责任既是人类的因而也是男性的;它既是个人的也是集体的”〔13〕

三、重新确认不同阶层女性的共同价值原点

在经济全球化和互联网技术的背景下,世界各国的女性问题得以联通联动,女性主义的全球格局也发生了极大的改变。以精英女性为主流的女性主义运动,被更多非精英的殖民地和欠发达国家女性主义所替代,多元、跨文化、相对性等关键词,开始进入女性主义及法学的叙述句法。某种程度上说,全球化放大了女性主义各种差异化视点,放大了各国女性主义间的不兼容、不合拍、不和谐的声音,也展现了世界女性的复杂状况和价值诉求的不同关注点。例如,非洲和非洲裔美国人重点关注在西方的帝国主义家长制笼罩下,非洲女性性别身份不可避免地受种族、殖民、帝国主义影响的问题和方式。如尼日利亚的一位文艺评论家就认为黑人女作家与白人女性主义者不同,这主要是因为她们的种族,她们所经历过去,西方对黑人的征服以及至今仍排外的西方文化对黑人的微妙或明显的控制。

比较种族与性别交织在一起时女性的处境,可以发现,种族歧视和性别歧视有着极大的相似性,都是在意识形态上强化所谓的“天生的”及“生物的”的分类,而被社会文化建构出来。但是,它们作为概念两者并没有内在的关联性。只不过两者有着叠加的效应,当这两种身份同时并存在女性身上时,黑人女性所面对的问题比白人女性完全不可同日而语。海柔尔·卡比甚至悲观地认为,通过立法改善种族歧视和性别歧视似乎都是无效的。“我们一旦进行历史分析,会明显发现必须要进行分析的制度是不同的,而所需要的分析形势也不同。由此,我们认为建立这些比较是徒劳的,并常被证明仅仅是一种学术活动而已。”〔14〕

注重了妇女的多样性和社会文化背景的多样性,意味着我们必须采取新的“围绕差异团结一致”的战略和实践。“这要求超越两极分化的关于文化相对性与普遍性的辩论,转向追求坚持承认差异和特有性,同时又使我们拥有共享的(尽管是偶然应急的)公平和正义用语的框架。最后,后结构主义的权力与差异理论为我们指出方法,用以抵制与男性相比较的平等所构成的障碍,以及向更透彻地理解在社会性别中得到授权的精英利益这一方向发展。这些战略共同为扩大我们的变革理论与实践的宝库发挥作用,并且开始憧憬国际法律话语中的‘妇女’,她具有多元性而不是只有一个意义,叛逆而不依顺,追求联合而非普遍性。”〔15〕

当然,追求国际间的联合,需要注意妥善解决不同传统文化中妇女权利被侵害的冰冷现实。一方

〔13〕 同注2引书,第285页。

〔14〕 海柔尔·卡比:《白人女性听着!黑人女性主义及姐妹情结的局限》,载[美]伊丽莎白·韦德、何成洲主编:《当代美国女性主义经典理论选读》,南京大学出版社2014年版,第92页。

〔15〕 黛安娜·奥托:《北京大会之后对妇女人权话语的局限与潜力的反思》,载[美]凯莉·D.阿斯金、多萝安·M.科尼格编:《妇女与国际人权法》(第一卷)(妇女的人权问题概述),黄列、朱晓青译,生活·读书·新知三联书店2007年版,第141页。

面,需要破除强调普遍性即意味着接纳西方价值和殖民文化,结果是破坏非西方国家的社会和政治独立的疑惑;另一方面,又要关注以文化、宗教和社会习俗为借口,包括包办婚姻、男性财产继承和女性生殖器割礼等在内的某些做法,对妇女遭际产生的影响。这就需要化解传统宗教文化与社会性别之间貌似和谐实则冲突的矛盾。“非常需要调和文化与社会性别;当两者冲突时,不应当总是文化占据上风。相互冲突的权利应当得到平衡。文化、传统和宗教习俗常常被用来作为剥夺妇女基本的公民权利和政治权利(例如选择婚姻伴侣的权利、财产所有权以及免受虐待)的正当理由,而且根本没有关注这些习俗对妇女造成的整体影响。”^[16]

女性主义要获得与男性平等的权利,首先要集结女性主义最大的能量,将不同阶层、不同社会制度和经济发展阶段的女性团结在共同的价值观之下,而不是条分缕析各自的文化差异,造成女性主义的更大分化。重新确立不同国家、不同阶层女性主义的价值原点,就是要建立女性主义最广泛的同盟,在实现性别平等的主题下,促进世界女性主义事业的共同进步。

四、重新确立国际法与国内法之间法律文化的协同原点

长期以来,在国际法和国际关系语境下,女性的声音与角色长期缺位。在国际政治关系格局中,男性控制着知识,而女性要么被看成是不相称的,要么被看成是匆匆过客。女性主义者处于一种尴尬的境遇:“身在祖国却不能自由地讨论协商,而只是伴随男性,我们当然不希望身在自己的祖国却成为无家可归者,但我们也不想成为暴力的接管者。我们想要一种不同的、能容忍差异的国际关系。”^[17]不可否认的是,尽管存在着西方与第三世界国家女性之间巨大的政治和文化的鸿沟,女性主义者们仍渴望国际间的交流与合作,这反映了通过国际力量来反推国内改革的一种策略和路径。自20世纪70年代之后的30多年来,女性主义者和代表女性利益的组织一直在发起运动,以求在理论和实践上改变这一状况。国际间的女性主义的联盟、学术讨论、媒体合作等等,努力形成一种国际机制,扩展女性主义知识、权利和策略,成为新鲜事物。“这些组织将与国际关系隔离的女性带入我们的研究视域,将西方女性主义者的言论扩展到非西方国家。实际上,交流就是女性主义浪潮的中心议题。”^[18]这些努力促进了女性主义国际化的发展,尤其体现在女性主义法学方面的积极进展上。联合国开展的一系列涉及性别平等的国际间条约、宣言,在国际法的层面,将不同的女性主义的诉求努力联系在一起。通过国际法来推动各国国内法在促进社会性别平等事业上的改革和完善,是颇为有效的路径。它提示各国的女性主义者求同存异的重要性,将分歧和不同的目标统一到国际法的精神上来,以寻求一种共识性的突破和更加现实的出路。比如,第四次世界妇女大会1995年在北京召开之后,中国政府明显加大了对妇女权益保护的系统性立法和务实性举措的力度。《北京宣言》及《行动纲领》对于持续推动世界女性主义运动成果,也起到了里程碑的作用。黛安娜·奥托为此评价道,“在重新评估后北京时代女权主义人权战略的解放潜力时,这里适用的方法是将女权主义的干预定位在所有非精英群体的解放斗争这样一个更广阔背景下。重新建构国际法,使其能够瓦解全球范围的男权体制,这实

[16] 伯塔·E. H. 特鲁约尔:《透过社会性别化的眼镜看人权:形成、发展与革命》,载[美]凯莉·D. 阿斯金、多萝安·M. 科尼格编:《妇女与国际人权法》(第一卷)(妇女的人权问题概述),黄列、朱晓青译,生活·读书·新知三联书店2007年版,第38页。

[17] [美]克瑞斯汀·丝维斯特:《女性主义与后现代国际关系》,余潇枫等译,浙江人民出版社2003年版,第279页。

[18] 同注17引书,第40页。

际上是一个多方面和联合行动的项目。其共同目标是在公平公正的全球经济框架下,建构一个包含和促进多元以及无等级的身份与群体的法律制度。这样的项目依赖与差异和特性的新概念的发展,这些新概念取代‘文化相对性’,同时也依赖于理解语境和公正的新模式,这些新模式有悖于‘普遍性’帝国主义”。〔19〕

北京大会的成果体现在国际法律话语中的妇女权利时,仍然折射了背后的复杂的政治文化背景。特别是涉及诸如性、生育权和家庭关系等问题。“大会的成果文件宣布了措辞谨慎且有时是含糊不清的妥协立场,基本上并没有从以往的承诺后退。然而,最终措辞的某些部分因各国作出的大量保留而得到扩大,这些国家希望自己与达成的妥协保持距离。所有这些都表明,在妇女平等与权利问题上,仍存在很大的争议。”〔20〕

确立国际法与国内法之间的协同,在尊重各国的法律文化特质和差异的基础上按照国际法的精神重构协同的女性主义法学体系,反过来影响各国的法律文化重塑。关注传统文化中的女性状况,包括改造既定的男性至上的法律规则,是国际法与国内法协同首先要面对和解决的问题。“妇女们和女孩们经由社会化的过程进入到传统的女性决策之中,并且或多或少地被期待去接受这样的角色安排。如果她们真的这样做了她们就变成了弱者。如果她们不这么她们就会被惩罚。……女性主义法理学必须把女性的生活摆在法律面前。它必须把性别平等假定为一个组织的原则,并且将传统理论中的男性至上主义‘连根’拔出。”〔21〕

其次,要从各种差异论的困扰中跳脱出来。面对差异的解决方案恰恰不是差异本身,这对于协同国际法与国内法尤为关键。过往的女性主义法学阵营主要有两大派。一派从性别差异论立论,认为传统法学不适用于女性,它基于对所谓人类的假定,实质却适用于男性。当然,为什么不适于女性并没有给出一致的看法。另一派强调女性宰制论,认为传统法学理论预设了一种男性至上的自主体制,否定了女性的地位。男性主宰显然贬低了女性的地位,朱迪尔·贝尔即指出“差异论女性主义不是进步,它是一种倒退”〔22〕。她主张超越两派的差异,而关注两者的共同之处,重构女性主义法学在平等、权利与责任方面的全新体系。这才是女性主义法学未来的应有之道。

再次,法律的协同不能离开社会文化的协同,特别在国际法与国内法的比较和衔接上更是如此。一些国家至今未签署《消除对妇女一切形式的歧视》等国际公约,就是一个明证。这在说明传统文化对法律文化制约的同时,也说明了一个真理:法律并不是万能的。有学者就提出,“法律平等并不能消除女性在事实上所遭受的性别不平等。虽然现代法律明文禁止明显的性别歧视,要求公平对待男性和女性,但是在政治上居于主流地位的仍然是男性,高报酬、高技术含量的工作仍以男性为主,科学技术领域仍是男性占统治地位”〔23〕。同样,拥有形式上的平等而没有事实上的平等更是国际女性的普遍现象。比如,所谓的机会平等,就带有典型的形式意味。在就业歧视中,就最突出地表现出对女性机会的堂而皇之的剥夺。女性主义政治学家贾格尔就批评说,“机会平等实现的目标就是让有能力的人获得与能力相当的发展,这必将导致社会的精英管理,而精英管理反过来又总是不可避免地导致机

〔19〕 黛安娜·奥托:《北京大会之后对妇女人权话语的局限与潜力的反思》,载[美]凯莉·D.阿斯金、多萝安·M.科尼格编:《妇女与国际人权法》(第一卷)(妇女的人权问题概述),黄列、朱晓青译,生活·读书·新知三联书店2007年版,第120页。

〔20〕 同注19引文,第131页。

〔21〕 同注2引书,第271页。

〔22〕 同注2引书,第25页。

〔23〕 陈英、陈新辉:《女性视界——女性主义哲学的兴起》,中国社会科学出版社2012年版,第63-64页。

会的不平等。处于社会上层的人将拥有各种优势,他们的孩子可以从中获益,即使在国家干预下,严格意义上的机会平等也不可能实现”。^[24]

这种观点未免让人有些灰心。但是对于女性在现实中所遭遇的种种不平等而言,法律的确常常让人无言以对。正像女性主义法学家所指出的那样,许多法律貌似保护女性,实则在伤害女性。在法律的名义下,女性的处境有时更为悲惨。法律需要植入人心,人心造就法律的文化。没有文化只有法条,期望法律发挥作用,如同是天方夜谭。女性主义法学的国际化,为国内法的改革与完善提供了外部动力,但要发挥积极的作用,还需要国内法的跟进。这就需要同步营造人性的力量、文化的力量。让所有人,包括男人和女人,都将性别平等作为社会文化的信条和信仰。

所谓重新确立法律文化协同的原点,就是从这个意义上提出的,就是希望全球化背景下的各国女性,能有一个相对统一的坐标系,将多元化和差异性统一在国际法的精神下,同时,关注不同的文化背景对性别平等的影响。这其中,需要跨越各国各自的宗教、文化和种族的局限,破除传统的落后的文化习俗对女性权利的戕害,共建全球化时代国际兼容的法律文化谱系。

The Way Out for Feminist Jurisprudence from the Perspective of Comparison

Lin Lin

Abstract: With positive contribution feminist jurisprudence underwent three waves despite its drawbacks, such as bias, egoism and conflicts. From the perspective of comparison, four aspects should be taken seriously because they shall provide reference for the way out for feminist jurisprudence. The four aspects include sexual difference, relationship among others, feminist against different regional and racial cultures, and coordination between international norms and native laws.

Keywords: feminist; difference; others; coordination

(责任编辑:杨琦萍)

[24] 同注23引书,第65页。

美国法上的“负面信息披露”

朱春华*

摘要:作为一种新型管制手段,负面信息披露成为联邦行政机关的偏爱。它可能具有信息通知与警告危险、制裁违法的混合功能,具有成本低廉、促进信息公开、控制风险与促进执法的优势。由于法律控制经验不足,它成了不适用正式程序并自由裁量的非正式行为,伴随权力滥用与权利损害。近百年以来,国会仅在极个别法律对其限制,行政机关自我限制的努力有限,法院拒绝司法审查。它面临的特定人权益、公众安全及知情权的价值冲突难题,仍需探索精巧的平衡方案。

关键词:信息公开 负面宣传 行政行为 功能 法律控制

21世纪以来,市场经济是信用经济的理念成为共识,建立健全一个完善的社会信用体系成为了新的战略目标,并被写入了党的十六大以来的历届报告以及“十一五”与“十二五”规划。为落实这一战略任务,国务院于2007年和2014年下发了两份推进社会信用体系建设的纲要文件,进一步明确了指导思想和工作要点。^[1]在这两份文件中,提到要将“健全负面信息披露制度”,“失信黑名单披露”,“对典型案件,重大案件予以曝光”等作为失信惩戒机制的重要工具。

负面信息披露制度在行政管理领域的陆续引入大约开始于20世纪90年代,进入21世纪以来发展迅速。作为一种新的高效管制手段得到上述纲领性文件的首肯后,行政实践更是呈加速扩张之势,各部门各地方的行政机关通过规章或规范性文件建立了多种形式的黑名单披露或违法行为披露制度,新的制度构想也在不断形成中。

应当看到,在全球进入风险社会和信息社会的背景下,负面信息披露并非中国独创,而是许多国家积极利用的新型管制手段。然而,这种所谓的“非强制”手段并非单刃之剑,负面信息披露的威慑效果使其和其他权力一样具有威力,如果不受法律制约,自然伴随权力的滥用与对权利的伤害。美国作为最早进入信息社会的国家之一,负面信息披露很早即被其行政机关广泛运用,引发的问题也相当多,受到国会、法院和法律研究者较多的审视,是美国行政法上的一个传统命题。

一、“负面信息披露”的概念

在美国行政法学中,有一个成熟定型的概念,即“不利机关宣传”(adverse agency publicity),也可意译为“负面信息披露”或“不利信息宣传”,指的是行政机关为引起公众注意其执法行动或政策而进

* 中南民族大学法学院副教授,法学博士。本文为国家社科基金青年项目“法治政府的信息规制工具研究”(项目编号:12CFX025)的阶段性成果。

[1] 《国务院办公厅关于社会信用体系建设的若干意见》(国办发[2007]17号),《国务院关于印发社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)的通知》(国发[2014]21号)。

行的信息宣传,这种宣传会对内容中涉及的相关主体造成不利后果。^[2]

“负面信息披露”的定义有三方面值得注意:第一是行政机关作出的行为(agency action),第二是向公众进行的公开宣传(publicity),第三是会对宣传中涉及的主体造成不利影响(adversely affect persons identified in the publicity)。从以上三个特征可见,“负面信息披露”属于政府信息主动公开行为的一种,^[3]但又独特地具有潜在的伤害性,与行政机关一般性的信息公开行为有所区别。

正因为如此,在美国行政法学中,“负面信息披露”往往被独立于信息公开法进行介绍,许多教材与专著设专节将它作为行政机关作出的一种非正式行为(informal agency action)进行讨论。^[4]虽然只有少数联邦行政机关得到了国会明确的立法授权,但负面信息披露被广泛运用,由于缺少国会立法控制与行政机关自我限制,成了一种高度的自由裁量权,并造成了许多权利损害案件,但法院却不愿意介入进行司法审查。

二、联邦行政机关的实践史

相比罚款、许可等历史悠久的管制手段,负面信息披露是新生事物,但联邦行政机关有意识的以其作为一种规制工具的历史至少可以回溯到19世纪晚期。

(一)最早实践者——食品药品监督管理局

19世纪晚期以来,由于缺少监管,食品药品领域掺杂掺假的问题突出,食品药品监督管理局(FDA)的前身——美国农业部化学部门(chemical division)展开了行动。由于该部门缺少强制性监管手段的立法授权,唯一可以仰仗的执法措施就是通过发布调查报告,对不法商业予以揭露和批判。1887年至1902年间,该部门分十期发布了调查食品掺假的第13号公报《食品和掺假食品》(Foods and Food Adulterants),获得了令人瞩目的社会效应。这一系列调查报告,可以视为联邦行政机关负面信息披露的早期实践。

经过一系列推动立法的努力,食品药品的负面信息披露逐步获得了明确的立法授权。1906年,国会通过了《纯净食品和药品法案》(Pure Food And Drug Act),授权农业部化学局公告依据该法进行的诉讼的判决结果,该公告应当包括法院的事实调查,也可以包括化验员的调查结果和农业部部长认为适当的解释性的事实陈述。根据此项授权,化学局于1908年5月2日发布了其成立以来的第一个法院判决公告。^[5]

更大的立法突破来自于1938年通过、取代1906年《纯净食品和药品法案》的《食品、药品和化妆品法案》。该法第705条(a)款吸收了旧法对公告法院判决的授权,第705条(b)款则破天荒地规定:“若食品药品监督管理局局长认为食品、药品、器械或化妆品存在对健康的急迫危险或对消费者的重大欺

[2] 可参见作为独立咨询机关的“美国行政会议”(Administrative Conference of United States)对“adverse agency publicity”的定义,1 C.F.R. § 305.73-1 (1973)。

[3] 如果是依申请公开,则不属于负面信息披露的定义范围之内。所谓的纠正性广告(corrective advertising),即行政机关责令相关主体进行更正性宣传,虽然在功能和效果上与负面信息披露很相似,但由于往往有一定程序保障,并且可以获得司法审查,也不在该定义范围内。Ernest Gellhorn, *Adverse Publicity by Administrative Agencies*, 86 Harv. L. Rev. 1380, 1389, 1421 (1973)。

[4] See, e. g., Glen O. Robinson, *The Administrative Process* 393 (West Publishing 1993); Alfred C. Aman, Jr. & William T. Mayton, *Administrative Law* 273 (West Publishing 2001); William F. Fox, *Understanding Administrative Law* 135 (Matthew & Bender 1997)。

[5] 陈晋华:《行政机关发布负面信息的法律控制研究——以美国食品药品监督管理局为例》,2014年上海交通大学博士学位论文,第21页。

诈的情形,则其还有权就此发布信息。”该款是立法第一次明确授予了行政机关直接发布负面信息的权限。由于消费者对食品药品危害信息的敏感性,发布此类负面信息成为了一种程序简单而威力巨大的执法手段,相比需要法院批准且程序复杂的扣押或禁止令,成为食品药品监管局的执法偏爱。

以负面信息披露为后盾,在历史上,食品药品监管局甚至绕开国会,在2011年获得强制召回不合格食品的立法授权之前,就自行发展出了所谓“自愿召回”的监管措施。^[6] 它的策略是,在发现存在食品药品危险时,以不服从将启动禁止令等正式法律程序,特别是以发布关于该产品的警告信息为威胁,要求企业“自愿”合作,进行召回。主要由于畏惧将遭受不利宣传的威胁,几乎所有企业都会选择“自愿”召回。20世纪早期以来执法历史的统计数据表明,食品药品监管局对禁令与扣押的使用显著减少,而越来越多的依赖便捷的“自愿召回”完成行政目标。^[7]

21世纪以来,食品药品监管局依旧频繁地通过多种渠道,采用多种形式发布关于特定企业或产品的负面信息,除了传统的新闻通稿(press release),也利用官方网站、官方刊物、电视、广播、会议发言,甚至利用在国会作证的机会。例如,该局的官方网站发布大量关于特定产品或企业的警告信息,并标以多种名义,如“对病人的建议”、“对健康护理专业人士的信息”、“信息警告”、“常见问题”、“安全通知”、“召回通知”、“紧急退市”等。^[8]

(二)自我控权的模范——联邦贸易委员会

联邦贸易委员会拥有负面信息披露最复杂的政策与实践,但它并没有获得法律的明确授权来发布负面信息。其于1918年即在实践中确立了一项负面信息披露制度——正式提交诉状指控存在违法嫌疑的公司后,可以立即就此发布新闻通稿(重大案件还可能召开新闻发布会),将违法者和违法情形通知和警告公众,这一做法由于缺乏明确法律授权而受到了挑战。

哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院于1968年在一个标志性案件中从宽解释《联邦贸易委员会法》,驳回了原告认为该委员会越权的主张。1967年2月13日,联邦贸易委员会提出诉状指控原告公司从事不公平与欺诈商业活动,并发布虚假与误导性广告,该诉状列举了被指控的违法事实以及虚假广告用语。原告收到诉状后请求该委员会在其作出最终行政裁决前不要就此案件发布新闻通稿。联邦贸易委员会拒绝了这一请求,原告遂起诉到哥伦比亚特区联邦地区法院,请求禁止该委员会在作出裁决前发布新闻通稿。地区法院作出了有利于原告的判决,并严重质疑了该委员会在类似的准司法性裁决程序进行中发布新闻通稿的权限。但哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院推翻了下级法院的判决,认为《联邦贸易委员会法》规定了该委员会消除不公平与欺诈商业活动的广泛职能,第6条f款具体授权该委员会在认为有利于公共利益时可以公布其获得的信息,该委员会为警告公众而公开嫌疑违法行为和嫌疑违法人的事实信息的新闻通稿在该法授权范围内。^[9]

进入网络时代以来,联邦贸易委员会在提起行政诉状(administrative complaint)启动裁决程序,或向法院提交司法诉状启动司法程序后,一般都会在官网上发布主题消息,公开相关指控,并会随着程序进展,将诉状、法律备忘录、动议及决定、和解协议及最终裁决等相关法律文书在同一主题信息项目下进行网上公布。为了实现信息传播效果的最大化,新兴的网络社交媒体也成了发布负面信息的重要

[6] 2011年国会修订《食品、药品和化妆品法案》,全面授予了FDA强制召回不合格食品的权利,在此之前它只对婴儿配方奶粉等极少数特定产品有强制召回权。

[7] Peter Barton Hutt & Richard A. Merrill, *Food and Drug Law* 1205 (2d ed., Foundation Press 1991).

[8] Nathan Cortez, *Adverse Publicity by Administrative Agencies in The Internet Era*, 2011 B.U. L. Rev. 1371, 1410 (2011).

[9] *FTC v. Cinderella Career & Finishing schools, Inc.*, 404 F.2d 1308, 1309-1314 (D.C. Cir. 1968).

要渠道,例如 Facebook, Podcasts, RSS feeds, Twitter feeds。^[10]

为了规范本机关的负面信息披露行为,联邦贸易委员会制定了详细的发布负面信息的政策,以确保准确和避免滥用,它们被表述于不断修订的行政规章、工作手册和指导书中。尽管存在一些批评,但这些政策被认为对于其他行政机关是个模范,较好平衡了行政效率、警示公众的需要及保护私人利益三者间的关系。^[11]

(三) 其他机构

由于负面信息披露能及时将本机关进行的执法行动(政策)或获知的危险(违法)信息通知与警告公众,对被监管对象形成巨大压力,又能灵活作出而无需经过繁琐的行政程序,可以想见,所有联邦行政机关都希望有权运用这一管制手段。但迄今为止,有学者认为,只有食品药品监督管理局、消费品安全委员会、专利与商标局三个机关享有发布负面信息的明确立法授权。^[12]

绝大多数行政机关则没有明确的授权,最多只能从本机关拥有的一般信息发布权限中推断拥有发布特定人负面信息的权限。但无一例外,这些行政机关如同联邦贸易委员会一样极力主张其拥有推断(默示)授权,这是因为他们都认识到这一管制手段的有效性。联邦环境保护部前首席法律顾问乔纳森·坎农(Jonathan Cannon)的认识可谓具有代表性,他认为策略性地运用这样负面信息披露,可以是对传统监管的“一种补充,有时甚至是替代”,能够改变被监管对象的行为模式。^[13]核监管委员会在一份规章制定文件中同样谈道:“民事罚款和负面信息披露促进(被监管对象)守法。”^[14]

(四) 一般功能

因为行政实践千差万别,对行政机关负面信息披露的表现方式进行一般归类是困难的。有时,负面信息披露先于或伴随行政机关的正式法律行为,例如在行政(司法)裁决或者在规章制定程序中披露负面信息(例如公布诉状或裁决结果);有时则完全独立作出,不与其他执法行动或法律程序相关联(例如单独发布食品安全信息)。同时,负面信息披露的内容、公开的方式、与特定人的利害关联程度都存在差异。

但作为一种管制工具,各行政机关青睐负面信息披露基于其共同的功能。著名行政法学者欧内斯特·盖尔霍恩(Ernest Gellhorn)教授于1973年发表了美国学界公认的关于负面信息披露的经典研究,他调查了多个行政机关的实践与政策,认为负面信息披露可能有两种功能:一是通知与警告,二是制裁。在第一种情况下,行政机关利用负面信息披露向公众与被监管对象宣传自己的执法措施或政策,从而使相关主体能掌握信息,促进行政目标的实现;或者行政机关通过传递特定厂商或产品的危险(违法)信息,实现警告公众避免安全或健康危险的目的。在第二种情况下,行政机关公开特定厂商的违法(危险)信息是为了追求公众抵制的不利效果,并且有意识地以此作为一种制裁手段,惩罚违法

[10] <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings>, 2015年6月23日最后访问。

[11] Cortez, *supra* note 8, at 1416.

[12] *Id.* at 1384. 《消费者产品安全法》(15 U.S.C. § 2055(b)(1))授权消费者产品安全委员会可以发布能确定到具体厂商的消费品安全信息;前述《联邦食品、药品、化妆品法》(21 U.S.C. § 375(b))对食品药品监督管理局的授权;《发明者权利法》(Inventor's Rights Act of 1999, 35 U.S.C. § 297(d))授权专利与商标局公开对专利促进公司(invention promoters)的诉状。其他可能包含明确授权的法律则有:《有毒物品控制法》(The Toxic Substance Control Act)授权环保部(EPA)披露制造商提交时指定为秘密的信息;7 U.S.C.A. § 430 (2006)授权农业部长公布关于血清等的检测结果;《汽车安全法》(The Vehicle Safety Act 49 U.S.C. 30118-30119)授权国家公路交通安全管理局(NHTSA)通知公众有安全缺陷的汽车产品。

[13] *Id.* at 1420.

[14] Nuclear Regulatory Commission, Revisions to Procedures to Issue Orders, 56 Fed. Reg. 40664, 40683 (1991).

者并威慑潜在的违法者。行政机关可能基于不同目的进行负面信息披露,有些行政机关是为了通知和警告,如联邦贸易委员会;有些行政机关则将其作为一种制裁手段,如环保部;还有些行政机关则同时追求上述二种功能,即通过负面信息披露实现通知与警告,并作为一种制裁手段,如食品药品监督管理局。^[15]

(五) 优势

负面信息披露作为具有上述混合功能的新型管制手段拥有以下四重优势:第一,具有一般信息公开所具有的好处:满足公众知情权、减轻信息不对称促进市场效率、促进交流提高民主议事质量、促进政府透明与对公众负责、作为限制公权力的手段促进有限政府;第二,警告危险的功能使其成为一种高效的风险规制手段,兼具成本低、高效率、灵活性(根据风险信息作知情同意的选择)的优势;第三,作为一种惩罚手段的优势是惩罚效果明显,无需考虑执行问题且成本低廉(主要是传播成本);^[16] 第四,很重要的一点是其作为新型管制手段,缺少法律限制(无需经过复杂行政程序、无需法院批准、相对人不服难以提起诉讼),被认为是一种自由裁量的非正式行政行为,相比其他受到多重法律约束以致显得“僵化”的正式行为,对行政机关自然很有吸引力。^[17] 以上因素叠加起来,负面信息披露成为行政机关的偏爱并被广泛运用自是当然的。

三、引发的社会问题

负面信息披露并非完美的化身,它也可能引发权力滥用,对相对人造成不公正的伤害,误导与损害社会公众,伤害行政机关自身的威信。它造成的社会问题表现在如下方面。

(一) 信息失真(错误、夸大或误导)

负面信息披露是政府警告公众避免危险的高效工具,但如果信息错误、夸大或误导(以下简称“失真信息”),又或者该信息自身没问题,但在传播中失真,则不仅不能实现保护公众的目的,还会伤害负面信息涉及到的特定厂商,甚至牵连整个行业。纵观历史,行政机关经常发生因发布失真信息而造成重大损失的案例,有些甚至成为社会焦点事件。^[18]

由于食品药品信息的高敏感性,错误信息往往造成重大损失,备受争议,经常被诉的行政机关之一就是食品药品监管局。该局有保障食品药品安全的直接职责,对公开相关危险信息可以说有天然的需求,但在判断危险是否真实临近时,由于缺少证据,或面临冲突的证据,再加上人类科学和技术的相对局限,经常不得不“决策于未知之中”。此种情况下,该局采取的一贯政策正如前局长查尔斯·爱德华兹(Charles C. Edwards)所言,“在应对生与死的问题,如肉毒杆菌时,有时公众利益要求在科学信

[15] Gellhorn, *supra* note 3, at 1382 - 1419.

[16] James T. O'Reilly, *Federal Information Disclosure* § 25:1 (3d ed., West Group 2000).

[17] 例如,即使有明确召回授权的联邦机关也更倾向于以不利宣传为后盾的、行政程序更简捷的“自愿”召回。Lars Noah, *Administrative Arm - Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*, 1997 Wis. L. Rev. 873, 875, 888 (1997). 行政机关青睐运用非正式行为并非一定是试图逃避法治约束的不良倾向, Tim Wu 认为在新兴成长行业,由于管制经验不足,非正式管制手段由于其灵活便捷性,相较规章制定或裁决等正式管制手段有更大的优势,值得提倡。Tim Wu, *Agency Threats*, 60 Duke L. J. 1841, 1842 (2011).

[18] 相关案例, see James O'Reilly, *Libels on Government Websites: Exploring Remedies for Federal Internet Defamation*, 55 Admin. L. Rev. 507, 525 (2003).

息不完全时采取行动,决策必须倾向于消费者保护”。^[19]

如此,警告信息出错是必须承受的代价,但仔细究察,在人类不可避免的知识(技术)局限之外,粗心、率性、目的不正当等权力滥用因素也可能掺杂其中,形成复杂的因果关系之图景,正如下例所示。1989年3月2日,美国驻智利圣地亚哥的大使馆接到匿名电话称智利出口美国的葡萄被注射了氰化物,食品药品监督管理局立即扣留了所有智利进口的水果并开展调查,其所属费城实验室在检测样品中发现二颗葡萄有刺穿痕迹并可能被注射了氰化物,而其所属辛辛那提实验室则没有发现氰化物。面对冲突的证据,该局发布了智利水果的进口禁令,并发布新闻通稿公开了费城实验室的检测结果,鼓励消费者销毁已购买的智利水果,要求零售商停售全部智利水果。一些智利种植者和出口商以新闻通稿所依赖的费城实验室检测存在失误为由提起诉讼,要求赔偿2.1亿美元。法院在审理中确认费城实验室的技术人员违反了操作规程,导致结论出现了偏差,但仍着眼事件整体,拒做“事后诸葛亮”,认为收集证据与警告公众是食品药品监督管理局的自由裁量行为,构成《联邦侵权赔偿法》的赔偿免除范围。^[20]

(二) 无立法授权与权力滥用

绝大部分行政机关没有发布负面信息的确立法授权,仅能主张推断(隐含)授权,然而有时行政机关走得太过远,特别是过分追求惩罚功能时,往往明显超出了授权范围,甚至构成目的不正当的权力滥用。

并非所有负面信息披露都有惩罚性,但谴责性强、引发显著社会抵制的负面信息披露有较强的惩罚特征:它积极唤起社会抵制使相对人遭受财产、名誉等多重损失,而这正是行政机关所追求的效果,用于惩罚违法者并威慑潜在的违法者。美国学界有部分学者认为这种“耻辱罚”在特定情形下对公司或白领非常有效,法院和国会可加以规范和利用。^[21]《联邦量刑指南》就允许法院在对公司决定缓刑时可以附加运用负面信息披露,其第8D1.4(a)节授权法院可以责令公司自负费用,以法院指定的形式和媒体,公开其违法行为、定罪事实与所受处罚,以及预防再次违法的措施。^[22]

从形式上看,法院责令违反刑法的公司发布关于自己的负面信息与行政机关主动公开谴责性信息相去甚远。但本质上,二者都是执法机关有意利用社会公众抵制而形成的一种制裁。只不过往往被法律人称为一种“附带性”的“非正式制裁”或“社会制裁”,但站在受制裁者的立场,却与正式制裁一样真实和严酷。无论法律体系怎么命名这种行为,它作为一种强制手段和正式惩罚一样可能被滥用。

早在1941年,美国行政程序法制定之前,负面信息披露可能作为制裁手段被滥用就引起了法律界的关注,司法部长行政程序委员会关于行政程序法调研向国会作的报告措辞严厉地谴责了联邦酒精管理委员会(The Federal Alcohol Administration);该委员会倚重负面信息披露作为一种法律之外的制裁来保证其命令的遵守,即使其命令的有效性存在问题时也是如此,这种权力滥用必须受到谴责。^[23]

[19] Gellhorn, *supra* note 3, at 1415.

[20] *Fisher Bros. Sales, Inc. v. U. S.*, 46 F.3d 279, 284 (1995).

[21] 美国耻辱罚学术探讨的一个简要回顾,参见 Note, *Shame, Stigma, and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions in Criminal Law*, 116 Harv. L. Rev. 2186 (2003).

[22] The U. S. Sentencing Commission Sentencing Guidelines.

[23] Final Report of the Attorney General's Comm. on Admin. Procedures, S. Doc. No. 77-8, at 135 (1941).

欧内斯特·盖尔霍恩教授在其研究中也发现,联邦生活费用委员会(The Cost of Living Council)更倾向于运用负面信息披露作为一种获得服从的非正式惩罚,而不是其他正式惩罚。并且,它运用负面信息披露延伸它的管辖权到完全超越法律的地方。^[24]

以上绝不是孤例,许多行政机关都曾在无权限的场合运用这种制裁手段进行压制,甚至侵犯了当事人的宪法权利如言论自由、宗教自由、隐私权或生育自由等,相关宪法诉讼案件也不少。^[25]

(三) 处罚量不确定与过重

负面信息披露作为制裁手段有固有缺点,它的惩罚效果取决于公众态度以及其他多个易变社会因素,惩罚量不确定且难以预测,相比数量确定的罚金或监禁等惩罚手段存在劣势。它独立作为制裁手段时,有时惩罚效果过重(公众反应过度,受罚人难以回归社会),有时却又不足。它也时常附着于其他正式惩罚(例如将对公司的处罚决定进行曝光),执法机关在考虑对违法人施加“最优惩罚”或“合乎比例”的惩罚量大小时,是否以及如何考虑这些“附带性”影响是一个难题。^[26]

比如,当行政机关对违法对象处以罚金,并发布负面信息时,违法人会遭受双重经济损失。经济学关于耻辱信息对公司财产影响的一份实证研究表明,被指控或被宣判欺骗顾客的公司由于商誉受损造成公司价值的损失(通过股票价值来衡量)比公司名义上遭受的罚金要高数倍。^[27] 执法机关是否应考虑实际发生的全部经济损失,而对罚金数额予以调整,以符合美国宪法第八修正案禁止“过高的罚金”体现的比例原则,就是一个有趣的问题。核管制委员会(Nuclear Regulatory Commission)在面临这一问题时,在个案中曾采取自相矛盾的做法。

在1984年对 Inspection & Testing 公司处以民事罚款案中(Civil Monetary Penalties),该公司承认违法,但基于数项理由请求减少罚款,其中之一便是该委员会负面信息披露对公司已造成重大损失(公司信用降低、丧失银行服务与潜在合同利益),公司无能力支付罚款(否则会破产)。核管制委员会认为关于罚款数额评估的政策允许以个案方式考虑被处罚人的赔偿支付能力,在该案中明确考虑了负面信息披露对当事人造成的经济损失,同意了减少罚款的请求。^[28] 但在同年早些时候对 Reich Geo - Physical 公司处以民事罚款案中,该公司以已因负面信息披露遭受重大损失为由请求减少罚款,该委员会却认为执法信息公开是其一贯政策,公司基于负面信息披露造成的经济损失非减轻罚金应当考虑的理由。^[29] 二案的实质差别在于前案中的公司因负面信息披露和罚款濒临破产,对原定的罚款数额没有支付能力,但这正好说明了“非正式制裁”如果足够显著,很难将其作为“附带性”影响而完全不予考虑。

(四) 媒体审判与审判偏见

当行政机关将特定厂商的违法(危险)事实公之于众,并随后提起诉讼或相关案件正在法院审理进程之中时,就有操纵舆论妨碍公平审判的可能;如案件不涉及诉讼,仅涉及行政裁决(调查),处于裁决(调查)过程中即公布信息,有立场固化形成行政偏见的可能,并且如果随后的最终裁决有利于相对

[24] Gellhorn, *supra* note 3, at 1404.

[25] Seth F. Kreimer, *Sunlight, Secrets, and Scarlet Letters: The Tension between Privacy and Disclosure in Constitutional Law*, 140 U. Pa. L. Rev. 1 (1991).

[26] 更多论述参见朱春华:《公共警告制度研究》,中国社会科学出版社2013年版,第83页以下。

[27] Jonathan M. Karpoff & John R. Lott, Jr., *The Reputational Penalty Firms Bear from Committing Criminal Fraud*, 36 (2) Journal of Law and Economics 757, 758 (1993).

[28] Order Imposing Civil Monetary Penalties on Inspection and Testing, Inc., 49 Fed. Reg. 28781, 28783 (1984).

[29] Order Imposing Civil Monetary Penalty on Reich Geo - Physical, Inc., 49 Fed. Reg. 44253, 44255 (1984).

人,之前造成的名誉损害可能难以恢复。^[30]

在影响深远的美国诉雅培实验室案件中,被告实验室因引入劣质和错误标识的静脉注射药剂而被刑事起诉。大陪审团决定刑事起诉后仅几个小时,司法部负责该案起诉的官员邀请电视采访介绍了此起诉,食品药品监督管理局更是发布了新闻通稿明确地称该药剂造成了50起死亡。北卡罗来纳东区联邦地区法院裁定食品药品监督管理局的新闻通稿及司法部官员电视采访等审判前宣传妨碍了公平审判,并且无法通过变换审判地点或延期审判等方式消除影响,因此准予了驳回刑事起诉的动议。^[31]第四巡回法院尽管推翻了下级法院的判决,认为被告的公平审判可能性并非完全不存在,但也认为相关宣传是“高度煽动”和“引发偏见”的,并在司法意见里对司法部官员与食品药品监督管理局公布引发偏见的信息表示“最强烈的反对”(strongest disapproval)。^[32]

历史上,公平雇用委员会(Equal Employment Opportunity Commission)广泛运用“媒体审判”(trial-by-press)以促进执法的策略受到了许多批评。尽管《公平雇用法》有意限制该委员会发布负面信息,立法禁止其公开起诉状直到已正式提起了诉讼,^[33]但实践中并没有得到良好遵守,个别委员甚至委员会作为一个整体时有在未正式提起诉讼,且证据并不充分的情况下就公开指控个体或公司雇用过程存在违法的歧视性行为。委员会的新闻通稿经常用贬损性的词语谴责被指控违法者,显示其立场和决心,获取公众支持与信心。该委员会诉诸舆论的策略有其现实的考虑,诉讼存在下列不足:审判过程漫长、难以举证歧视意图、刑事胜诉少见而民事惩罚较轻;另外,减少歧视的根本方法被认为是消除族群间的无知、偏见以及隔离,而信息公开被认为能直接促进上述目标实现。^[34]

(五) 侵害商业秘密、个人隐私与国内安全

行政机关主动公开涉及特定人的信息,尽管真实,如果包括受保护的商业秘密或个人隐私,也会造成伤害。另外,被披露的负面信息,和其他公开的信息一样,可能被恐怖分子或罪犯所利用,成为一个国内安全问题。例如,1999年,根据《清洁空气法》的要求,环保部准备在网站上公开国内众多工厂(设施)可能的最坏化学释放后果的信息。由于担心被恐怖分子所用,国内安全委员会等机关推动了立法程序要求推迟公开,其后,环保部制定规章决定上述信息不能以可以确定到具体工厂(设施)的方式从网上获得。^[35]2001年“9·11”恐怖袭击事件发生后,国会迅即于2002年通过《国内安全法》(Homeland Security Act of 2002)授权行政机关不予公开类似的关键基础设施的信息。^[36]

(六) 过多使用与信息泛滥

行政机关发布负面信息是为了影响公众的决策与行动,无论负面信息意在传递风险还是惩罚,只有成功地吸引公众注意,影响到公众的决策与行动,才能达到目的。当某一行政机关过多使用负面信

[30] 在 *FTC v. Cinderella Career & Finishing Schools, Inc.* 一案中,地区法院作了有利于原告的裁决,认为 FTC 提交行政起诉状后,在正式裁决作出前即发布新闻通稿,构成预先判断,并且如果 FTC 最终作出有利于相对人的裁决,新闻通稿造成的损害也难以恢复,FTC 应在“准司法程序”(quasi-judicial proceedings)避免此种行为。*Cinderella Career and Finishing Schools, Inc. v. FTC*, Civil Action No. 503-67 (D. D. C., 1967). 但随着人们逐渐接受“三权合一”的独立管制机构,并且采取了机关内部分权保证公平,“预先判断”这一论点逐渐消失。Gellhorn, *supra* note 3, at 1420.

[31] *U. S. v. Abbott Laboratories*, 369 F. Supp. 1396, 1403 (D. C. N. C., 1973).

[32] *United States v. Abbot Labs, Inc.*, 505 F.2d 565, 571 (4th Cir. 1974).

[33] Equal Employment Opportunity Act of 1972, 42 U. S. C. A. § 2000e-5b.

[34] Gellhorn, *supra* note 3, at 1398.

[35] James W. Conrad, Jr., *The Information Quality Act—Antiregulatory Costs of Mythic Proportions?* 12-SPG Kan. J. L. & Pub. Pol'y 521, 531 (2003).

[36] Pub. L. No. 107-296, § 214(a)(1)(A), 116 Stat. 2135.

息披露时,可能消耗社会对它的关注,从而淹没真正重要的信息。

例如,高速公路交通安全委员会(NHTSA)关于汽车产品安全隐患的警告削弱了公众关注,因为那些不断发布的警告“针对所有缺陷信息,不论严重程度,几乎涉及了所有品牌和样式的汽车”。而联邦贸易委员会不作区分,公开每一件诉状的实践让公众处于信息饱和,可能妨碍了真正风险信息的传达。^[37]

在“信息过剩”的信息社会,风险信息过多的危险可能很严重。桑斯坦谈到,人们面临着一种信息超负荷无处不在的风险,从而导致消费者对大量的信息和根本没有信息等量齐观。^[38]

负面信息披露作为一种惩罚手段时情况同样如此。政府发布的惩罚性信息可能淹没在广泛存在的对公司的批评信息之中,因而无效。^[39]意大利法学家贝卡里亚也早就说过,“耻辱这种刑罚不应该过于经常的使用。因为,如果过于频繁地借助舆论的实际效果,就削弱了它本身的力量。另外,这种刑罚也不应该一下子施用于一大批人,因为,大家都耻辱,就成了谁都不耻辱了”。^[40]

四、法律界的忧虑——缺乏控制的自由裁量权

上述社会问题的根源在于,行政机关进行负面信息披露缺少国会立法的规范,缺少行政自我控制,缺少正当程序的保护,难以获得法院的司法审查,致使其成为一种几乎不受控制的自由裁量权(boundless discretion),容易发生错误和滥用。

这一状况,自其20世纪初成为一种广泛运用的行政手段以来基本没有变化。半个多世纪以前,律师即感慨,负面信息披露作为一种制裁,作出时无需正式证据,无需听取相对人意见,没有律师参与,没有丝毫获得司法审查的机会。^[41]1973年,美国行政会议(Administrative Conference of United States)成员——欧内斯特·盖尔霍恩教授的前述经典研究再次指出负面信息披露缺少行政机关自我控制,缺少立法控制与司法审查,并分别对国会、行政机关和法院提出了改进建议。^[42]在此基础上,美国行政会议提供过一个建议性质的指南,希望行政机关能以此改善自己发布不利宣传的实体政策与程序。^[43]然而近40年过去了,南森·科特斯(Nathan Cortez)于2011年发表的回溯性研究发现情况基本没有变化,以上建议也基本未被国会、法院和行政机关采纳。^[44]

(一)难以获得司法救济

在近百年的时间里,许多行政机关因为负面信息披露越权、错误(误导)或违反正当程序等而被诉,其中,食品药品监督管理局、联邦贸易委员会、消费品安全委员会是最常被诉的机关。除了1973年才成立的消费品安全委员会因国会立法施加了行政程序及司法控制这一特例外,起诉其他机关获得司

[37] Gellhorn, *supra* note 3, at 1418, 1427.

[38] 参见[美]凯斯·R.桑斯坦:《风险与理性——安全、法律与环境》,师帅译,中国政法大学出版社2005年版,第331页。

[39] John C. Coffee, Jr., “No Soul to Damn; No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 Michigan Law Review 386, 425–428 (1981).

[40] [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第54页。

[41] See H. Thomas Austern, *Sanctions in a Silhouette*, in Walter Gellhorn & Clark Byse, *Administrative Law* 671, 674 (4th ed., Foundation Press 1960).

[42] Gellhorn, *supra* note 3, at 1419.

[43] Adverse Agency Publicity (Recommendation No. 73–1), 38 Fed. Reg. 16389 (1973).

[44] Cortez, *supra* note 8, at 1371.

法审查并获得有效救济的罕见,^[45] 相对人面临以下难以克服的障碍。

1. 法院一贯认为负面信息披露不符合司法审查受理条件

(1) 不构成“最后决定”

除了《消费者产品安全法》这一特例外,由于国会未在行政机关的组织法中规定可以对负面信息披露进行司法审查,可行途径似乎是根据《联邦行政程序法》作为一般依据进行司法审查。根据联邦行政程序法第704节,“法律规定可受审查的机关行为,和没有其他适当的法院救济的机关的最后决定(final agency action)应受司法审查”。^[46] 那么行政机关的哪些行为是“最后决定”?立法中没有说明,迄今为止,国会也没有明确的解释,对此的解释是由判例来进行的。^[47]

联邦最高法院的判例认为,“最后决定”的构成条件有两个:第一是行政机关的行为标志着决策程序的完成,因而不是中间性或未确定的;第二是该行为决定了权利或义务,或者从中产生了法律后果。^[48] 自1946年行政程序法制定以来,几乎没有法院认为涉案的负面信息披露构成最后决定,^[49] 因而不能获得司法审查。^[50] 法院的理由大多围绕着它作为一种提供信息的非正式行为而具有的特点:它只是提供信息,没有决定权利义务,没有法律约束力;它没有正式法律程序,没有明确的程序终点,作出后也可能改变,难以认定为正式决策程序的完成;对相对人造成的损害具有间接性,即基于公众自己的选择而造成;损害难以证实,往往具有推测性,因而不构成一种直接的、迅速的实质损害。^[51]

(2) 不成熟或未穷尽行政救济

即使证明了负面信息披露构成“最后决定”也不足够,普通法发展出的司法审查条件还包括成熟原则与穷尽行政救济原则,以避免司法程序不必要地和不合时宜地干预行政程序。最高法院在决定行政机关的行为是否成熟时提出过两个标准,问题适宜于司法裁判以及推迟审查会给当事人造成困难,而前一标准取决于争议问题是否为法律问题以及行政行为是否构成“最后决定”。^[52] 穷尽行政救济则是指当事人没有利用一切可能的行政救济以前,不能申请法院裁对他不利的行政决定。^[53]

理论上,“最后决定”、“成熟”与“穷尽行政救济”是三个不同的条件,但本质上都是关于起诉时间的规定,侧重不同而已。三者间关系复杂,有时考虑相同或相近的因素,以致难以区分。^[54] 成熟原则与最后决定的关系尤其紧密,在美国判例演进过程中非常复杂。一般认为构成最后决定只是认定是

[45] 只有极个别案[如 *United States v. International Medication Systems, Ltd.*, No. 73 - 626 - WPG (C. D. Cal., 1973); *Silver King Mines, Inc. v. Cohen*, 261 F. Supp. 666 (D. C. Utah 1966)] 获得法院支持,这些案例影响不大且年代久远,也没有得到最高法院的审查,成为司法主流意见之外的特例。See Fox, *supra* note 4, at 23.

[46] 5 U. S. C. § 704 (2006).

[47] Kevin M. McDonald, *Are Agency Advisory Opinions Worth Anything More than the Government Paper They're Printed On?* 37 Tex. Tech L. Rev. 99, 103 (2004).

[48] *Bennett v. Spear*, 520 U. S. 154, 177 (1997).

[49] 最新上诉法院的判例由哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院于2006年作出,法官回顾了自1948以来的判例史,总结道“从没有法院认定行政机关的新闻通稿构成《行政程序法》所定义的最后决定”。*Kevin Trudeau v. Federal Trade Commission*, 456 F. 3d 178, 189 (2006)。

[50] 许多法院把“最后决定”视为管辖权条件,但哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院开始改变立场,认为这只是诉因(cause of action),而不是管辖权条件。*Id.* at 183.

[51] Cortez, *supra* note 8, at 1441; O'Reilly, *supra* note 18, at 512.

[52] *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U. S. 136, 148 (1967).

[53] 参见王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第651页。

[54] 参见一个经常入选教科书的有趣案例:在哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院审理的一个案件中,三个法官都认为该案不符合司法审查条件而驳回起诉,但关于理由则不能达成一致,分别基于以上三个不同原则撰写了自己的司法意见。*Ticor Title Insurance Co. v. FTC*, 814 F. 2d 731 (1987).

否成熟的因素之一,但也有认为是否成熟只是认定构成最后决定的因素之一。^[55] 还有认为,当法官对是否构成最后决定存在疑问时,他们往往求助于成熟原则与穷尽行政救济原则作决定。^[56]

因此,阻碍负面信息披露被认定为最后决定的考虑因素,如程序非正式性,不直接决定权利义务、公众接收信息造成损害的间接性等,又会再一次在认定成熟或穷尽行政救济时造成困难。

(3) 不构成制裁 (sanction)

《行政程序法》定义“机关行为”(agency action)时进行了列举,包括“行政机关的规章、裁决、许可、制裁 (sanction)……”^[57] 当行政机关发布负面信息以惩罚或威慑相对人时,比较接近的机关行为就是“制裁”,如果能证明负面信息披露构成“制裁”,则是获得司法审查的捷径。

《行政程序法》通过后不久,哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院于1948年在“赫斯特电台诉联邦通讯委员会”案中就考虑了此问题。1946年,联邦通讯委员会出版了俗称“蓝皮书”的一份报告——《广播执照持有者的公共服务责任》。原告依据《行政程序法》起诉,认为该份报告对其经营的广播电台公共服务运营表现的描述内容虚假、歪曲,使其名声受损并丧失商业合作伙伴的信任。法院认为依据《行政程序法》进行司法审查的前提是行政机关的行为构成“机关行为”(agency action),本案中的报告最接近的机关行为之种类就是制裁。但法院认为该报告显然不构成《行政程序法》定义的“制裁”以及“机关行为”,不能获得司法审查。^[58]

该案的裁决此后一直起着先例指导作用,直到1988年该院在另一案中松动了立场。该案中环保部与职业安全卫生研究所联合出版的一份报告比较了十三种合规的石棉防护呼吸面罩,推荐使用采取供气制工作原理的二种面罩,认为能提供最大安全保护,并称另一呼吸面罩“尽管合规但不建议使用”。代表名声受损公司的工业协会起诉到法院,称该报告实际效力相当于废止另外十一种未被推荐面罩的生产许可的规章 (rule),但却没有经过规章制定程序。上诉法院的判决认为该报告仅为不具法律效力的建议,并不构成规章。此案中没有法律效力的法官附带意见在原告主张之外,还讨论了该报告是否构成“制裁”,并提出了如下理论:负面宣传造成了不利后果并不足以认定构成了“制裁”,但如果行政机关负面宣传的意图 (intent) 在于惩罚相对人,并且内容虚假或缺乏授权,那么就构成了“制裁”,从而可以获得司法审查。^[59]

哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院因其特殊地位,被誉为“最具影响力的联邦上诉法院”(或“第二最高法院”),这一法律理论随后在该院及其他上诉法院的判例中也得到了探讨,但至今尚未被判例正式确立,“赫斯特电台诉联邦通讯委员会”案也未被正式推翻。^[60] 并且,行政机关发布信息可能有多重意图,要证明主观目的在于惩罚异常困难,这一途径是否可行需要观察法院判例将来的走向。

2. 缺少可行的诉因 (cause of action)

即使解决了司法审查的受理条件,在宪法、制定法与判例法中要找到法院认可的诉因是另一个极其困难的问题。

当事人可以《行政程序法》作为根据起诉,但立即会遭到“最后决定”的认定难题,如前所述困难

[55] 参见[美]斯蒂芬·G.布雷耶、理查德·B.斯图尔特、卡斯·R.森斯坦恩、马修·L.斯皮策:《行政法:难点与案例》(影印本),中信出版社2003年版,第1117页。

[56] William F. Fox, Jr., *Understanding Administrative Law* § 11.03 (4th ed. LexisNexis 2000).

[57] 5 U. S. C 551(13) (2006).

[58] *Hearst Radio v. FCC*, 167 F.2d 225, 226 (D. C. Cir. 1948).

[59] *Industrial Safety Equipment Association, Inc. v. EPA*, 837 F.2d 1115, 1117-1119 (1988).

[60] *Kevin Trudeau v. Federal Trade Commission*, 456 F.3d 178, 189 (2006).

重重。

当事人还可能根据《联邦侵权赔偿法》(Federal Torts Claims Act)要求政府赔偿错误信息造成的损失,此时面临的障碍一是难以证明损失,二是法律的赔偿豁免规定。根据《联邦侵权赔偿法》第2680节(A),行政机关行使自由裁量权的行为属于国家赔偿的豁免范围,法院的判例一般将发布负面信息视为自由裁量行为,根据本条无法获得赔偿。^[61]更大的障碍来自同法第2680节(H)的规定,“诽谤、造谣中伤以及虚假的陈述”也属于国家赔偿的豁免范围,根据该条,法院判例一贯认为行政机关发布虚假信息造成的损失无法获得国家赔偿。^[62]要绕过该法的障碍,唯一可行的方法就是在个案中游说国会通过一个私法律案放弃豁免,然后交由联邦索赔法院决定是否赔偿以及赔偿金额。这种方法需要在国会和索赔法院都取得支持,并且成本极高,要付出游说国会费用和索赔法院诉讼费用。在历史上,成功获得赔偿的案例寥寥无几。^[63]

其他成文法也难以作为根据,《隐私权法》(Privacy Act)仅适用于行政机关记录系统中的个人记录,保证行政机关正当的制作、保持、使用和公开个人的记录。但该法不适用于公司等组织,行政机关负面信息披露的内容绝大部分也都不是个人记录。除此之外,《信息公开法》(Freedom of Information Act)、《商业秘密法》(Trade Secrets Act)、《塔克法》(Tucker Act)等相关法都难以作为依据。^[64]

在上述成文法途径行不通时,当事人还可能根据法院的普通法审查权限,以“越权”为由请求“非法定的审查”(Nonstatutory action),但这种审查适用范围非常窄,并且法院一般从宽解释行政机关发布负面信息的权限,要证明越权非常困难。

最后,当事人还可能以宪法作为起诉根据。但宪法的征收条款不能提供帮助,没有判例将负面信息造成的损害视为一种“征收”,^[65]而要证明宪法权利如言论自由权、隐私权受侵害也非常困难,因为负面信息披露主要是针对公司的管制手段,主要涉及法规而非宪法的权利;^[66]同时,负面信息披露的非强制性、损害的推测性、造成损害的间接性等特点同样会困扰法院。^[67]比较有希望的诉因,似乎是宪法上的正当程序条款,但如后文所示,法院们并不认可。

3. 司法难以提供完全的救济

还有另一个较小一点的麻烦,即使法院允许审查错误的信息,也难以提供完全的救济。首先,错误的信息一旦公布,即使以同一方式更正,造成的名誉损害也难以完全恢复。最高法院在1788年的案件中就认识到了这一点,“对人格和名誉造成的损害难以恢复,最清白的人也会立刻失去好名声……但却没有同等有效的手段予以恢复,因为许多读过指控的人可能不会知道平反的消息”。^[68]1980年,另一个法院的司法意见则说,“宣布无罪的信息很少得到指控违法的同样关注”。^[69]在现代信息社会,这个问题更为严重,人类畏惧风险的固有心理引导媒体更关注风险信息报道,而恢复名

[61] See *Banfi Prods. Corp. v. United States*, 40 Fed. Cl. 107, 125-126 (Fed. Cl. 1997). *Fisher Bros. Sales, Inc. v. U.S.*, 46 F.3d 279, 282 (1995)

[62] James T. O'Reilly, *The 411 on 515: How OIRA's Expanded Information Roles in 2002 Will Impact Rulemaking and Agency Publicity Actions*, 54 Admin L. Rev. 835, 849 (2002).

[63] 相关案例参见 O'Reilly, *supra* note 18, at 526-534, 540.

[64] *Id.* at 518.

[65] *Id.* at 523.

[66] Cortez, *supra* note 8, at 1450.

[67] Kreimer, *supra* note 25, at 1.

[68] *Respublica v. Oswald*, 1 U.S. 319, 324 (1788).

[69] *Rushford v. Civiletti*, 485 F. Supp. 477, 479 (D.D.C. 1980).

誉(亦即风险不存在)的信息却易被忽视。多份经验研究表明大众媒体存在风险报道的结构性偏见,一份定量研究发现媒体对断言存在风险的消息的报道范围是否认存在风险的信息的三倍多。^[70]

其次,对错误或误导信息有时不容易澄清。信息在传播中失真可能包含多个原因,有时是行政机关发布的信息不准确,有时则完全是新闻媒体或社会公众发生了连锁性误读。对这种不幸事件,法院难以提供有效救济,也不能把责任都加诸于行政机关。^[71]例如,1989年,一法院在审理过程中裁定消费品安全委员会违反法律发布了新闻通稿,但拒绝应原告要求责令该机关撤回通稿,认为尽管报道可能造成了负面公众影响,但在法院最终决定作出前,责令撤回只会加重对原告的损害并让公众困惑。^[72]

综上可见,法院不愿对负面信息披露进行审查,即使错误的负面信息也难以获得有效的司法救济。研究者认为以下四个因素导致了法院的克制立场:司法不愿介入行政自治领域;损害往往是推测性(不确定)的;不利宣传没有确定法律权利义务,或者没有改变行为时,司法介入会不经济并妨碍行政效率;司法审查可能妨碍行政机关将来的行动能力。^[73]总体而言,在公众安全与知情权与对特定厂商的权利保护发生冲突时,法院全面倾向前者。

(二)缺少正当程序保护

发布负面信息有可能对相对人极具伤害性,甚于正式的法律惩罚,但作为一种非正式行为却不适用《行政程序法》或其他正式法律程序,因此主张违反正当程序的诉讼不少,许多学者也呼吁强化正当程序保障,但几乎从未得到法院的判决支持,国会也极少回应。

1957年,一家诊所提起诉讼,请求禁止食品药品监督管理局向公众发布警告称其癌症治疗方法针对内癌(internal cancer)时无效。由于《食品、药品和化妆品法案》第705(b)条明确授权食品药品监督管理局发现食品(药品)等“危害消费者的健康,或存在对消费者的重大欺骗”时公开发布警示信息,原告进而主张该条款因没有赋予相对人通知与听证的机会而违反宪法上的正当程序。法院驳回了这一主张,认为发布信息并非发布命令或者裁决权利,无需事先予以通知与听证的机会。^[74]类似诉讼一直存在,但法院一贯驳回,国会迄今也没有修订该条对食品药品监督管理局施加更多行政程序控制。^[75]

1971年,程序保护的一丝曙光出现在“威斯康辛州诉康丝坦蒂尼奥”案。原告被州的酒类管制官员认定为酗酒成瘾者,失去了购买酒类饮料的权利,其姓名在州内所有出售酒类饮料的商店张榜公布。最高法院判决,在任何情况下,如果政府采取某种可能贬损(stigmatize)特定个人名誉的行为,则政府的行为构成对个人自由的剥夺,必须适用正当法律程序,因此被张榜公布的人有权在张榜公布之前获得通知和听证。^[76]

但这一案件的趋势于5年后即被“保罗诉戴维斯”案终止,原告被路易斯维尔市警察局列入一份商店活跃扒手的名单,并将名单散发于本地各家商店。本案中,大法官们发生了激烈的意见对立,判

[70] See Frank B. Cross, *The Public Role in Risk Control*, 24 *Environmental Law* 887, 906 (1994).

[71] *Trudeau v. FTC*, 384 F. Supp. 281, 293 (D. D. C. 2005). 本案中法院认为行政机关发布的负面信息是准确的,媒体的误读当然不能归责于行政机关。

[72] *United States v. Children's Dolls*, WL 140250, at 7-8 (S. D. N. Y. 1989).

[73] Lawrence A. Walke, *Federal Agency Publications: The Availability of Judicial Review*, 69 *Wash. U. L. Q.* 1267, 1284 (1991).

[74] *Hoxsey Cancer Clinic v. Folsom*, 155 F. Supp 376 (D. D. C. 1957).

[75] See, e. g., *Ajay Nutrition Foods, Inc. v. FDA*, 378 F. Supp 210 (D. N. J. 1974); *United States v. Diapulse Mfg Corp.*, 262 F. Supp 728 (D. Conn. 1967).

[76] *Wisconsin v. Constantineau*, 400 U. S. 433, 437 (1971).

决的多数意见与前案作了区分,认为本案中原告的隐私权并没有受损害,并且,原告所受到的“单独的名誉损害”不受正当程序保护。^[77]

此案确立的“单独的名誉损害不受正当程序保护”之原则一直沿用至今,由于负面信息披露对相对人造成的损害主要是因名誉受损引发,而不是信息本身侵犯了财产或人身权利,通过司法途径获得正当程序保护异常困难。有学者分析了1973年至2011年间关于负面信息披露的诉讼,发现很少有当事人主张正当程序,而提出主张的也无一胜诉。^[78]

(三)缺少国会的立法控制

行政机关发布负面信息成为了一种缺少边界的自由裁量权,缺少立法控制是一个主要原因。国会于1946年通过《行政程序法》时就清楚在特定情况下,负面信息披露可能成为一种制裁,^[79]可能被滥用,但并未重视,没有设法条予以规范。^[80]

《行政程序法》通过之前,司法部长行政程序委员会对行政程序法的调研报告就涉及过负面信息披露。多数派的报告关注了这一争议问题,即司法程序刚开始,关于事实的正式裁定尚未作出,行政机关就发布关于违法嫌疑人及违法事实的信息,但却认为需要进一步研究,从而未有明确结论。相反,少数派的报告则建议禁止行政机关在正式裁决程序的调查(初始)阶段即发布负面信息。^[81]

《行政程序法》通过后,行政机关发布负面信息被以越权或违反正当程序为由提起的诉讼不少,然而国会一直“默认”或“忽视”相关行政实践,并未立法对其明确授权或禁止,也不施加更多行政程序或司法控制。例如,哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院在一案中指出,国会长久以来清楚知道联邦贸易委员会缺少明确授权而发布负面信息的行政实践,并持默认态度。^[82]

数十年来,法律界对负面信息披露加强法律控制的呼声一直存在,迄今国会仅在下面三部法律中加以限制。《有毒物品控制法》要求环保部披露制造商提交时指定为秘密的信息时提前30天通知利害关系人。《联邦竞选法》禁止联邦选举委员会披露对违法嫌疑者的调查信息,担心信息可能不公正、未成熟、妨碍选举。^[83]立法控制的典范是1972年通过的《消费者产品安全法》(The Consumer Product Safety Act)。该法设立的消费品安全委员会在成立后,数次因发布关于特定消费品的错误或误导性信息而在上诉法院乃至最高法院败诉。在制造商的游说下,国会于1981年对《消费者产品安全法》进行修订,在原有的披露特定消费产品信息的程序规定基础上,进一步强化了行政程序控制,新增了法院救济措施。^[84]该法被学界认可为可供类似立法参照的模板,^[85]其核心是通知-评论的程序条款:要求消费品安全委员会披露特定消费产品安全信息时,须准确、公平且与本法目的合理相关,并尽其现实可能,提前15天通知产品经营者主要内容(紧急情况下可以缩短通知时间),给予发表评论的合理机会;委员会如果没有尽此程序义务,法院可以根据经营者的诉请禁止此项披露。同时,该法还明确,如

[77] 即不是因为政府行为侵犯财产或人身权利时一并造成名誉损害,而前案之所以适用正当程序是因为政府行为在剥夺原告购酒权利的同时造成了名誉损害。*Paul v. Davis*, 424 U.S. 693, 711 (1976).

[78] Cortez, *supra* note 8, at 1449.

[79] S. Doc. No. 248, 79th Cong., 2d Sess. 274 (1946) (House of Representatives Reports on APA).

[80] Francis E. Rourke, *Law Enforcement through Publicity*, 24 U. Chi. L. Rev. 225, 232 (1957).

[81] Final Report of the Attorney General's Comm. on Admin. Procedures, S. Doc. No. 77-8, at 134, 194, 221 (1941).

[82] *FTC v. Cinderella Career & Finishing Schools, Inc.*, 404 F.2d 1308, 1309 (D.C. Cir. 1968).

[83] Toxic Substances Control Act, 15 U.S.C. § 2613; Federal Election Campaign Act, 2 U.S.C. § 437(a).

[84] O'Reilly, *supra* note 16, at § 14:107.

[85] O'Reilly, *supra* note 18, at 542; Gellhorn, *supra* note 3, at 1435.

果委员会披露了错误或误导信息,则应以与披露方式相等的方式进行更正。^[86]

除了上述特例,虽然法律界素有呼声,国会并没有修法对其他行政机关发布负面信息施加控制。

(四) 缺少行政自我控制

相比司法与国会施加的外部控制,有法院与学者认为行政机关的自我控制更为有效,^[87]主张行政机关规定自身发布负面信息的实体政策与行政程序,并提供错误信息的更正途径。1973年,美国行政会议对行政机关提出了改善负面信息发布政策与程序的五条建议:内容真实、描述准确,避免贬损用语;与规制性调查或审判型程序相关联的负面信息仅能在三种限定的情况发布;^[88]其他负面信息披露要符合法定目的并采取预防措施保证内容准确;关于指控的信息要强调其仅为指控。实际可行且符合执法程序的本质时,发布负面信息前须提前通知相对人,并给予其准备回应的合理机会;对错误或误导信息应以同一方式更正。^[89]美国行政会议希望每一机关能在平衡公共利益与特定人保护的基础上,建立符合上述要求的规则。但该建议发布后,只有极个别行政机关正式作了回应。

1974年,原卫生教育和福利部基本采纳了上述建议,启动规章制定程序,公布了本部门发布负面信息的规章的征求意见稿,^[90]并于1976年完成了规章制定。但该规章却对负面信息作了狭窄的定义,仅适用于向“新闻媒体”披露的关于特定人的“负面信息”,^[91]这意味着排除了通过其他方式主动公开的负面信息。

1977年,隶属于卫生教育和福利部的食品药品监督管理局也作了正式回应,在《联邦公报》(Federal Register)公布了信息发布规章的征求意见稿。它适用于向“新闻媒体”披露的所有信息,不局限于负面信息,其较大程度上采纳了美国行政会议的建议,但又作了多处保留,以防止对公众发布警告信息的能力受到限制。比如,草案第2.703(c)节规定,不得认为本规章阻止局长情况必要时发布信息警告公众,即使这可能在法律程序上造成偏见。规章草案的说明也指出,即使有同等有效的其他手段可采用(比如当事人停止违法),局长也可以发布信息;本机关的首要任务是保护消费者,任何合理与有助于实现此目标的信息发布手段都应允许。^[92]这是一个好的尝试,但这一规章草案始终没有完成正式立法。1991年,该机关撤回了这一提案。^[93]现在,食品药品监督管理局除继续适用原卫生教育和福利部于1976年制定的规章外,主要利用分散的、不具强制约束力的指导文件与雇员手册来规范信息发布,这些文件与手册并没有采纳美国行政会议的建议,没有规定外部相对人参与的程序(虽然食品药品监督管理局在实践中经常在发布负面信息前预先通知相对人,但这并非程序义务),也没有规定相对人申请更正信息的特别程序。^[94]

其他行政机关则没有正式对美国行政会议的建议作出回应,虽然有少数行政机关,例如司法部等

[86] 15 U. S. C. § 2055(b)(1), § 2055(b)(7) (2008).

[87] *Industrial Safety Equipment Association, Inc. v. EPA*, 837 F.2d 1115, 1118 (1988); Gellhorn, *supra* note 3, at 1423.

[88] 三种情况是:1. 必须迅速通知公众以避免重大公众健康危险与实质经济损失,但当当事人停止违法行为即可避免损害时,可行情况下,应给其机会停止违法行为而不予负面信息披露;2. 根据裁决程序的需要,通知须加入程序的相对人;3. 负面信息可能被其他信息源所公开时,行政机关应主动公开信息以增进行政效率、公众理解或媒体报道的准确性。

[89] *Adverse Agency Publicity*(Recommendation No. 73-1), 38 Fed. Reg. 16389 (1973).

[90] 39 Fed. Reg. 28643-28644 (1974).

[91] *Release of Adverse Information to News Media*, 41 Fed. Reg. 3 (1976).

[92] FDA, *Administrative Practices and Procedures*, 42 Fed. Reg. 12436, 12440 (1977).

[93] *Withdrawal of Certain Pre-1986 Proposed Rules*, 56 Fed. Reg. 67440, 67446 (1991).

[94] Cortez, *supra* note 8, at 1402, 1408.

制定有关于信息发布的规章,^[95]但无一采纳其建议。^[96]除了《行政程序法》规定的一般请愿程序外(general administrative petition processes),^[97]联邦行政机关也没有统一的专门规则或程序来解决信息错误的异议与救济。^[98]

直到2000年,为改善联邦机构的信息质量,国会通过《信息质量法》(The Federal Data Quality Act),要求管理和预算局发布包含政策与程序的指南,促进所有联邦机构在向公众发布信息时保证信息的有效性、客观性和完整性,并建立与信息存在利害关系的人申请更正错误信息的行政系统内处理机制。^[99]

据此,管理和预算局于2002年2月发布了这一指南的最终版本,要求其他联邦机构依据该指南发布自己的政策,并建立(或沿用已有)利害关系人申请信息更正的制度。^[100]至当年秋季,大部分联邦机构落实了这一要求,并确立了自己的信息更正制度。^[101]如果对信息更正的处理决定不服的是否可以提起诉讼呢,司法与理论界存在一定争议,绝大多数判例和理论认为不能依据《行政程序法》获得司法救济。^[102]

考虑到行政实践千差万别,管理和预算局的指南放松了《信息质量法》的要求,即该指南的适用范围排除了下列信息公开:新闻通稿、档案文件、公报文件……传票或裁决程序;公开的信息由第三方(如州、合同商、私人)提供时,行政机关在不违反指南精神的前提下,可以不同的方式实施该指南。这两处排除了许多负面信息披露,例如行政机关召开新闻发布会指控某公司违法无须适用该指南。虽然如此,美国信息法的权威学者詹姆士·赖利(James T. O'Reilly)认为相关规则仍然可能使行政机关发布负面信息时更谨慎,相对人也可能以之为依据请求更正错误信息。^[103]

以上可见,行政机关虽然在自我限制方面有所进展,但并不愿意对负面信息的披露施以实质羁束。更何况,对极少数制定了规则的机关,没有司法等外部控制,落实情况也不一定好。^[104]目前来看,行政自我控制的不足,使负面信息披露仍然保持着“自由裁量”的属性。

五、展望

2009年,奥巴马总统于上任当日即连发两份备忘录,承诺要推动“透明与公开政府”以实现“史无

[95] 28 C. F. R. § 50.2 (2010). 该规章主要是为了避免信息披露影响审判公正。

[96] Cortez, *supra* note 8, at 1425.

[97] 5 U. S. C 555(b) (2000).

[98] O'Reilly, *supra* note 18, at 545.

[99] 44 U. S. C. S. § 3516 (2000).

[100] Guidelines for Ensuring and Maximizing the Quality, Objectivity, Utility, and Integrity of Information Disseminated by Federal Agencies, OMB, 2002. (67 Fed. Reg. 8452).

[101] Conrad, Jr., *supra* note 35, at 521.

[102] Stephen M. Johnson, *Ruminations on Dissemination: Limits on Administrative and Judicial Review under the Information Quality Act*, 55 Cath. U. L. Rev. 59, 68 (2005).

[103] O'Reilly, *supra* note 62, at 841, 845, 849.

[104] 例如,证券交易委员会(Securities and Exchange Commission)的规则要求提起诉讼时应提前通知相对人,以免其从新闻中才知道这一情况。2010年,该委员会对一公司提起了诉状,并在社交媒体推特(twitter)上进行了公布,但却没有通知该公司。一些国会议员批评这一做法意在羞辱,该委员会随后进行的自身调查表明,相关职员甚至并不知道这项规则的存在。Cortez, *supra* note 8, at 1423.

前例的公开”,^[105]并采取了一系列措施鼓励联邦行政机关更大程度上的信息公开,这使得负面信息披露也面临更宽松的环境。另一方面,风险的频发性与严重性使得负面信息披露作为一种风险控制手段的地位日趋突出,^[106]法律对其施加限制、对相对人提供程序保护或损害救济都会面临可能削弱行政机关控制风险能力的诘问。

但是,由于信息传播更迅速,更容易在传播中失真,市场(特别是资本市场)对负面信息的反应更迅速,失真信息造成的损害变得更严重了。^[107]并且,网络与自媒体正在缩小积极公开与消极公开的实质差别,冲击了传统信息公开法赖以确立的框架基础,^[108]让负面信息披露的法律调整难度进一步加大。

长远来看,信息社会与风险社会的联袂深入将使负面信息披露的问题日趋复杂,在保护特定人合法利益、公众安全及知情权的价值权衡中,由于法律控制经验的不足,很难不全面偏向后者,要找到精巧的解决办法仍要经过很长的探索之路。

Adverse Agency Publicity in the American Legal System

Zhu Chunhua

Abstract: As an innovative regulatory tool, adverse publicity is used by federal agencies pervasively. It may provide information to the public; it may warn the public of the imminent danger; it may serve to punish law violations. It is cheap and can efficiently promote transparency and open Government, eliminate risks and deter violations. With few experiences of legal control, it has long been a discretionary informal agency action without affording procedural safeguards that attach to more formal actions, followed by the abuse of discretion and legal injuries. However, Congress rarely limits this discretion; agencies have unsatisfactory internal self-discipline; courts are extremely reluctant to intervene. There is a long way to go to find the solutions to the quandary about balancing the conflicting interests of public safety, rights to know and protections for persons affected by adverse agency publicity.

Keywords: information disclosure; adverse publicity; administrative action; function; legal control

(责任编辑:刘馨)

[105] The White House, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies: Transparency and Open Government* (Jan. 21, 2009). *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies: Freedom of Information Act* (Jan. 21, 2009).

[106] 例如,“9·11”恐怖袭击事件发生后,为强化国内安全,国会迅速立法扩张了FDA监控食品安全的权限(包括获得与发布信息的权限)。See Sarah Taylor Roller, Raqiyyah R. Pipins & Jennifer W. Ngai, *FDA's Expanding Postmarket Authority to Monitor and Publicize Food and Consumer Health Product Risks: The Need for Procedural Safeguards to Reduce "Transparency" Policy Harms in the Post-9/11 Regulatory Environment*, 64 Food & Drug L. J. 577, 577-578 (2009).

[107] Cortez, *supra* note 8, at 1413.

[108] 例如,行政机关在网站上公布大量信息,并没有积极向媒体通报,但却可能收到同样的传播效果;这些信息,有些反映了行政机关立场或为其所采信,而有些则是个体(公司)所提供,行政机关仅仅公布,没有为其真实性背书。Cortez, *supra* note 8, at 1411, 1439.

【民法典编纂】

论意思表示错误的撤销权存续期间

——以中国民法典编纂为背景的分析

薛 军*

摘 要:可撤销的法律行为这一范畴中所对应的各种意思表示瑕疵类型,各有其特殊性,不应该设立统一的法律规则。中国法上如果针对意思表示错误(重大误解)的规范模式,更多地采取意思主义的进路,就应该限制相关撤销权的存续期间,要求表意人立即撤销其意思表示。如果立法层面上给予撤销权的行使以特定的除斥期间,相关期限也不宜过长,并且其起算点应该采取客观标准,从意思表示作出之日起开始起算。

关键词:民法典编纂 重大误解 错误 可撤销法律行为

一、导言

根据中国民法典编纂的整体规划,第一步将进行“民法总则编”的编纂。由此看来,未来中国民法典会借鉴德国民法潘德克吞体系,也就是大体上把民法典覆盖的范围划分为总则、债法、物法、家庭法以及继承法。^[1]但未来中国民法典的宏观体系显然不会与此完全相同。由于中国已经制定了单行的《合同法》和《侵权责任法》,未来中国民法典中很可能以合同法和侵权法为核心,略加完善,作为民法典单独的两编,从而在某种意义上拆解大陆法系传统的债法体系。但即使合同法和侵权法单独成编,学者们在讨论中普遍认为,仍然有必要设立专门的债法总则编。^[2]已经开始内部征求意见的《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称《民法总则征求意见稿》),基本上没有涉及人格权的内容,因此也可以预料,在未来的民法典中将会有专门的人格权编。

当下的中国民法典编纂应该摒弃教科书式的法典观念,将主要目标设定为重新整理民法的法源体系,消除不同时期制定的民法规范之间的不协调和可能的缺漏,同时梳理、评估我国最高人民法院历年来颁布的大量司法解释,将其中合理的内容纳入到民法典文本之中,实现中国式的“市民法”与

* 北京大学法学院教授,法学博士。

[1] 关于德国民法的潘德克吞体系的内涵与形成,可参见薛军:“略论德国民法潘德克吞体系的形成”,载《中外法学》2003年第1期。

[2] 笔者注意到在《民法总则征求意见稿》第87条的第二、三款中分别极其简略地涉及了无因管理之债与不当得利之债。这里以请求权基础条款的方式提及这两种债的发生根据,是否意味着不再有债法总则之编纂的必要,还值得观察。但在笔者看来,在民法总则之中分别以一个条文来处理无因管理之债与不当得利之债,既存在体系性的错误,也过于简单。关于债法总则之存在的必要性的讨论,参见王利明:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2008年版,第609页以下。

“裁判官法”的融合。^[3] 基于这样的考虑,笔者对于中国民法典借鉴德国式的、以法律行为为核心的总则编的结构设计,持有一定的保留意见。因为这会造成一个高度抽象化与学理化的民法总则与后面具有明显的松散型汇编色彩的各分编之间的不协调。但是,鉴于目前围绕民法总则的编纂已经成为一个既成的事实,那么在民法总则编相应条文的起草中,在提炼抽象规则的时候,就要特别慎重注意各种具体的情景对于具体规则的需求。因为评判一部民法典品质之良善的根本标准,并不在于将抽象学理体系转化为法条,而在于为司法实践提供精确且具有针对性的条文。^[4]

本文着重研究意思表示错误情形之下的撤销权存续期间的问题,正是以其作为一个典型例子来说明在很多情况下我们所习以为常的那些抽象规则,不过是因为我们对于是否应该设计具体规则,以及如何设计具体规则的无知而已。在意思表示错误的撤销权存续期间问题上,应该有自己的特殊规则,而且这一规则必须与中国民法上的意思表示瑕疵体系整体相协调。

二、对可撤销法律行为的撤销期限统一模式的质疑

根据中国民法学界一直以来的观念以及立法的规定,可撤销的法律行为的撤销权人必须在法定的期限之内予以撤销,这一撤销权存在的除斥期间,统一确定为1年,从撤销权人知道或者应当知道撤销事由之日开始起算。^[5] 《民法总则征求意见稿》基本上沿袭了这一做法,只是规定,1年期限的起算点,在因胁迫而为的意思表示的情况之下,是从“胁迫行为终止之日”开始起算。之所以针对胁迫行为确定一个特别的起算点,是注意到了因胁迫而为的意思表示具有特殊性。因为即使当事人知道其因胁迫而为的意思表示是一种可撤销的意思表示,自己享有撤销权,但如果胁迫状态持续存在,且超过1年以上的时间(这在实务中是很常见的情形)从而导致撤销权因为除斥期间届满而消灭,那显然是不合适的。征求意见稿注意到了因胁迫而为的意思表示的特殊性,因此设立专门的规则,值得肯定。^[6] 但问题是,这种特殊性其实不仅仅存在于胁迫的情形之中。关于意思表示错误(我国民法体系中叫做重大误解)情形之中的撤销权的行使期间,也应该设立单独的规则。^[7]

意思表示错误,顾名思义,就是表意人因为各种原因,非故意地在表示出来的意思与内心真实的效果意思之间存在偏离。为了体现对表意人内心真实意思的尊重,法律赋予其撤销存在错误的意思表示的权利。^[8] 从基本的法律逻辑来看,意思表示错误的产生与意思表示的相对人没有任何关系,该制度是以牺牲意思表示相对人的利益来实现对存在意思表示错误的人的保护。在这种前提之下,如果赋予发生意思表示错误的当事人一方以1年的时间来撤销其意思表示,而且该期限的起算点还采取主观标准,也就是当事人知道或者应当知道意思表示错误存在之日起起算。这无论如何都是不

[3] 薛军:“民法典编纂与法官‘造法’:罗马法的经验与启示”,载《法学杂志》2015年第6期。

[4] 薛军:“中国民法典编纂:观念、愿景与思路”,载《中国法学》2015年第4期。

[5] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第210页。相关立法参见我国《民法通则》第59条,《合同法》第54条。

[6] 关于胁迫的情形中,撤销权的除斥期间的起算点应该从胁迫状态停止之日开始起算,这在目前中国的法律体系中并无实体法的依据,这是学界研究中逐渐达成的共识。相关论述参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第313页。

[7] 虽然有学者认为我国民法上的重大误解与大陆法系国家民法上的错误,二者之间存在差别。但大多数学者认为,这二者其实是一回事。

[8] 关于民法上的意思表示错误的比较法层面上的研究资料,可参考史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第394页以下。[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第493页以下。

合理的。但非常遗憾的是,《民法总则征求意见稿》就采取了这种立法模式。

事实上,作为中国民法学理论与实践重要借鉴来源的德国法,对于意思表示错误的撤销权的行使期间采取了特殊规则。《德国民法典》第121条第1款规定,错误人在知悉撤销原因后,必须在“没有有过错的迟延的情况下行使撤销权”。这里所谓的不存在有过错的迟延,就是撤销权人必须尽快地撤销其意思表示,不允许存在可归责于其自身的拖延。^[9]换言之,德国法上要求存在表示意思表示错误的当事人必须“立即”撤销其意思表示——当然,这种立即,不是客观意义上的立即,而是主观意义上的、具有合理的可期待性的立即。根据布洛克斯的解读,这应当是在分析各种情形的基础上确定在个案中哪种期限对撤销权人而言是合理的,比如考虑时间、咨询律师的时间等等。^[10]

德国法的规定是合理的。因为法律上赋予意思表示错误的当事人以撤销权,本来就已经是限制,甚至可以说是牺牲了相对人的利益,在这种情况下就不应该再赋予意思表示错误的当事人以欺诈、胁迫情形中类似的除斥期间利益。否则就存在利益考量上的严重失衡。因为在欺诈或胁迫的情形中,出现意思表示瑕疵本来就不可归因于表意人,而主要是由于对方当事人(以及在特殊情况下是由第三人)引起的,在这种情况下,赋予撤销权人以一段时间的除斥期间,自然具有合理性。但是在意思表示错误的情形中,仍然赋予表意人的撤销权以类似的除斥期间显然是过于宽厚的待遇了,这无异于鼓励当事人基于一个可归因于自己的原因去利用除斥期间进一步使得自己的利益最大化,而毫无可归责性的对方当事人却不得不忍受这一段时间处于法律上的不确定状态。

概言之,在不同的意思表示瑕疵类型之中,当事人对于相关瑕疵的存在所具有的可归责性,当事人对于撤销权的行使,撤销权存续期间的长短,所导致的利益状态是完全不同的。法律上不应该针对这些完全不同的情形,强行地确立统一的规范模式。中国法上应该针对具体的意思表示瑕疵类型,确定与其更加吻合的具体的规则。

三、意思表示错误的撤销权存续期间设定中的体系性因素

虽然有上述德国法要求发生意思表示错误的表意人不迟延地立即撤销其意思表示的例子,但从比较法的层面上看,赋予意思表示错误的当事人行使其撤销权以1年的时间,甚至更长时间的除斥期间利益,也的确并非特例。例如,《意大利民法典》第1442条规定,意思表示错误的当事人提出宣告合同无效之诉^[11]的时效期间是5年,该期间从发现错误之日开始起算。而且意大利法上关于错误的这

[9] 参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2006年版,第38页。

[10] [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第262页。

[11] 在这里需要注意的是,意大利民法上关于意思表示瑕疵而导致的合同效力瑕疵形态与中国存在一定的差异。中国法上只区分绝对的无效与可撤销,但意大利民法上区分“自始无效”(nullo)与“可宣告无效”(annullabile)以及“可撤销”(rescindibile)。如果合同存在合意欠缺类型的瑕疵(例如错误、欺诈与胁迫),那么相关合同的效力形态是“可宣告无效”。这就意味着合同已经有效,但可以被一方当事人通过提起诉讼的方式来宣告其自始无效。如果合同存在给予对价关系上的严重失衡的缺陷,那么相关合同的效力形态是“可撤销”。这同样意味着合同已经有效但可以被一方当事人通过提起诉讼的方式来撤销相关的合同。从体系上看,意大利法上的可宣告无效与可撤销具有类似的法律效果,但二者也存在一定的差别。因为根据意大利法的规定,可宣告无效的合同的当事人如果没有在规定的除斥期间(也就是5年)内提起宣告无效之诉,合同就不能再被宣告无效。但如果另外一方当事人提出履行请求,那么存在意思表示瑕疵的一方当事人仍然可以通过提出抗辩的方法来拒绝履行合同(《意大利民法典》第1442条第4款)。在合同属于可撤销的情况下,超过撤销权存续的除斥期间(1年,从合同订立之日开始起算)之后,合同完全有效,并且当事人也不能以提出抗辩的方式来对抗相对方的履行请求。因此可以说,意大利法上的可宣告无效,是一种介于绝对无效与可撤销之间的相对无效的情况。具体论述,参见F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, VIII edizione, Napoli, 2000, 938ss.

一规定,也同样见于关于欺诈的规定。

但如果深入到意大利民法的体系之中去,就可以发现,这种做法并不构成一个反例。这主要是因为,意大利民法上对因为意思表示错误而可以宣告合同无效,施加了非常严格的限制。根据《意大利民法典》第1429条的规定,错误要使得合同能够被宣告为无效,不仅要求错误具有“显著性”(essenziale),而且要求相关的错误对于另外一方当事人而言具有“可识别性”(riconoscibile)。这就意味着存在意思表示错误的合同的另外一方当事人,对于合同可能因为意思表示错误而被另外一方当事人宣告无效,是知道或者是应当知道的。在这种主观状态之下,相对人一方并不存在一个需要特别保护的信赖利益。也正是因为这一点,意大利法上并没有规定发生错误的一方当事人在宣告合同无效之后,另外一方当事人可以要求损害赔偿。在这种情况下,规定宣告合同无效之诉的除斥期间为5年,并且从知道错误存在之日起开始计算,并不存在体系上以及利益衡量上的失衡问题。^[12]

我国台湾地区“民法”第90条也规定了因为意思表示错误而撤销的撤销权存续期间为1年。那么这一规定是否构成一个支持我们的立法选择的例证呢?仍然不是。整体而言,我国台湾地区民法上的错误制度与我国大陆的民法上的重大误解制度,与德国民法上的意思表示错误制度相比,都存在显著差别。根据台湾地区“民法”第88条的规定,发生错误的意思表示要具有可撤销性,除了具有实质性(也就是表意人如果知道相关错误的存在就不会作出意思表示)的要求之外,还要求相关错误的发生,不能是因为表意人的过失。^[13]换言之,如果是因为表意人自己的过失导致其意思表示发生错误,那么相关的错误将不具有可撤销性。相比之下,德国法上关于错误的可撤销性,并无这一限制。由于这一严格的限制性要件的存在,我国台湾地区“民法”规定意思表示错误的撤销权存续期间为1年,并且这里的1年的除斥期间的起算点采取客观标准,也就是从作出意思表示之日开始起算,这样的规定基本上是可以接受的。考虑到意思表示错误人对于其错误的存在不具有过失,所以往往不知道错误的存在,在这样的情况下,对于为期1年的撤销权除斥期间,采取客观标准的起算点,从整体而言,对于意思表示受领人不是特别苛刻。另外,不可忽视的是,根据台湾地区“民法”第91条的规定,因为错误而撤销其意思表示的一方当事人,要赔偿对方的信赖利益。由于发生错误的一方当事人也没有过错,所以这是一种无过错的损害赔偿赔偿责任。在这种情况下,法律制度对善意相对人的保护,就比较完备。^[14]

笔者之所以不厌其烦地分析意大利民法与我国台湾地区“民法”的立法例,主要是为了强调,意思表示错误的撤销权存续期间,究竟应该如何设定,必须考虑到体系性因素,而不能孤立地来看待这个问题。大体而言,这些体系性因素包括但不限于以下几个方面考虑:(1)从整体而言,究竟是采取意思主义的错误理论——只要求表意人一方存在意思表示错误,就可以使得相关的错误具有可撤销性,

[12] Cfr. , C. M. Bianca, *Dirittocivile. III. Ilcontratto*, Milano, 2000, 645ss.

[13] 我国台湾民法理论上曾经有一种趋势试图将“民法”第88条所提到的表意人的过失,限缩解释为仅指重大过失,以此来扩大具有可撤销性的意思表示错误的范围。这显然是受到了《日本民法典》第95条的规范模式的影响。关于日本民法上的意思表示错误的效果的论述,可参见[日]三本敬三:《民法讲义I:总则》,谢亘译,北京大学出版社2012年版,第173页以下。但我国台湾地区的主流民法学者仍然认为,由于法律条文的规定非常清晰明确,因此这种限缩解释,并没有依据,从而坚持认为,这里所指的过失就是一般意义上的过失。参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第302页。考虑到现实生活中,绝大多数情况下,表意人发生意思表示的错误都是由于其过失所导致,所以我们甚至可以说,台湾地区民法上的意思表示错误制度,已经具有非常浓厚的表示主义的特征,与具有浓厚的意思主义特征的德国民法上的错误制度相比,具有重大差别。

[14] 参见林诚二:《民法总则》(下册),法律出版社2008年版,第484页。

还是表示主义的错误理论——要求意思表示的相对人必须知道或者应当知道错误的存在,才使得相关的错误具有可撤销性。这一选择意味着相关的意思表示错误制度,侧重于不同的法律价值的维护。表示主义的错误理论更倾向于保护交易的稳定、安全与效率,而意思主义的错误理论更加倾向于保护当事人的真实意思。(2)如果采取意思主义的制度构架,那么依据何种标准来筛选出哪些具体的错误类型,使其具有可撤销性,这种筛选的标准是原则上比较宽泛,还是进行严格的限制。(3)意思表示撤销之后,相关当事人赔偿责任的承担上是采取过错责任原则还是无过错责任原则。^[15]对这些问题的回答,都会直接地影响到意思表示错误时的撤销权存续期间,以及起算点的设定。因为这后两个方面,恰恰是在制度层面上进行精细的利益平衡的工具。

如果本来在意思表示错误的模式选择上,已经比较倾向于保护表意人,那么在撤销权期限的设定和起算点上,就必须限制表意人的利益。这往往表现为限制撤销权存续期限和起算点上的客观主义的标准。如果在相关制度的模式选择上,已经对相对人提供了足够的保护,那么在相关期限的设定和起算点的标准上,就可以相对宽松。这就是本文所强调的体系性视角。在立法者进行制度设计时,需要注意到,很多构成要件具有功能替代作用,这个方面严格一些,可能在另外一个方面就要宽松一些,否则就可能造成利益衡量上的失衡。总之,我们不能孤立地看某一个要件,而是必须时刻注意将其还原到制度整体之中去分析和考虑其功能和价值。

四、对中国法上错误的意思表示的撤销制度的反思

结合上文的论述,反观我国大陆民法上的重大误解(意思表示错误)制度,可以发现,我国的立法者似乎不太注意,如何在这些复杂的利益架构中精确地衡量相关当事人的利益,做到既尊重表意人的真实意思,同时又保护善意相对人的合法利益以及交易秩序的稳定。

从整体架构而言,我国民法上的重大误解制度不具有表示主义的特征。无论是《民法通则》还是《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》),还是后来制定的《合同法》,都没有明确提出相关的错误,必须为相对方知道或者应当知道时,才具有可撤销性。在意思主义的前提之下,《民通意见》第71条所规定的关于重大误解的认定标准,也就是“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解”。^[16]这种界定比较类似于大陆法系国家意思表示错误制度中对错误的“实质性”的要求。但除此之外,我国民法制度上并不要求发生重大误解的当事人对于相关错误的发生不具有过错,因此比较类似于德国法上的态度,对错误的可撤销性,采取了相对宽松的态度。^[17]

在这样的情况下,我国民法制度上,却仍然给予发生重大误解的当事人以1年的时间来决定是否撤销,这显然不妥当。另外还要注意,根据我国的主流学说,发生重大误解的当事人对于因为其撤

[15] Cfr., R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 600ss.

[16] 参见我国《民通意见》第71条。

[17] 但是由于我国民法上要求当事人必须以向人民法院或者仲裁机构提起诉讼或仲裁的方式来行使其撤销权。这导致在实务上出现的因为意思表示错误而要求撤销的案例数量并不多。关于我国法律上对撤销权行使方法的这一限制是否妥当,笔者另行撰文分析。

销相关的意思表示而给对方造成信赖利益的损失所承担的赔偿责任,采取过错责任的归责原则,统一纳入到所谓的缔约过失责任的框架之中去。^[18] 过错责任原则的采纳进一步使得制度设计中的利益结构失去平衡,非常不利于市场交易中的善意相对方的利益的保护。

非常遗憾的是,《民法总则征求意见稿》在这一问题上可以说是无所作为。征求意见稿不仅拒绝使用通行的“错误”概念,继续使用不具有科学性,容易误导人的“重大误解”概念,而且置比较法上的经验和民法学界已有的研究成果于不顾,试图不加区别地针对所有类型的可撤销法律行为设立统一的撤销权除斥期间,这些期间都采取主观标准的起算点。这虽然是延续了《合同法》第55条的规定,但具体到意思表示错误的撤销这个问题上,其实是一种倒退。因为根据《民通意见》第73条的规定,在重大误解的情形中,撤销权存续的除斥期间的起算点,是采取客观标准,从行为成立之日开始起算。而在《民法总则征求意见稿》中,统统采取主观标准的起算点。这使得本来已经有很多不合理因素的意思表示错误制度,在经过几十年之后,不仅没有改善,反而会变得更加不合理。以这种态度去编纂民法典这样一个如此重要的立法活动,岂非咄咄怪事!

以上情况存在,可谓一个典型例证。它突出地表明了我国立法者粗疏且不求甚解的一贯风格。事实上,通过上文的论述可以发现,关于可撤销法律行为的撤销权的存续期间及其起算点,以及是否存在最长的限制性期间,都应该针对各种具体的意思表示瑕疵类型,设定具体的规则,这样才具有针对性。不得不说,在很多情况下,所谓的“宜粗不宜细”的立法指导思想,其实是立法者对于相关制度如何建构,缺乏基本认知的托词而已。

到目前为止,笔者的分析还只是局限于民法总则部分的法律行为制度中关于意思表示错误的撤销权存续期间的一些讨论。如果把这一讨论进一步延伸到具体的法律行为类型,例如合同、遗嘱和婚姻合意的层面上去,我国立法者的这种粗疏的立法态度所引发出来的问题会更加明显。事实上,在不同类型的法律行为之中,对于意思表示错误的撤销规则也应该是具体的,有针对性的。因为只有这样,才能够实现对社会生活更加精确的调整。

对此,仅举一个比较法上的例子来说明。在德国法上,针对遗嘱中出现的错误,相对于德国民法典总则编中关于意思表示错误的一般规则,就在以下方面作了特别规定。第一,除表示错误和内容错误外,被继承人的动机错误也可以导致撤销(《德国民法典》第2078条第2款)。而在民法总则部分规定的错误中,动机错误不具有法律意义。这里之所以出现了撤销原因的扩大,主要是因为遗嘱中不涉及交易安全,也不存在需要保护的意思表示受领人。第二,就意思表示错误是否具有足够的重要性——以致于当事人可以撤销其意思表示——的判断而言,在遗嘱的情形中只需要考虑相关错误在表意人主观认知层面上的重要性(《德国民法典》第2078条第1款)即可,不需要考虑相关错误在客观上的重要性。因此《德国民法典》第119条第1款中的“合理评价情况”的限制性的要件在遗嘱的情形中没有出现。之所以有这种差别,也是因为在遗嘱的情况中只需要考虑被继承人的意思,因此可以更加彻底地贯彻意思主义。第三,遗嘱存在错误的时候,撤销权人是因遗嘱被撤销而直接受有利益的人,而不是可以随时撤回遗嘱的被继承人。这与总则中的意思表示错误时的撤销权人是发生错误的

[18] 《民法总则草案建议稿》第114条第一款规定:“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,行为人因该行为而取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”根据这一条款的表述,可以看到立法者在因为意思表示错误撤销而导致的信赖利益损害赔偿的问题上,坚持采取过错归责的原则。

意思表示者本身,存在重大差别。之所以有这一特殊规则,与遗嘱的法律效力形态有直接关系。被继承人订立遗嘱之后,其本身并不受到遗嘱的约束,他可以随时撤回遗嘱,重新订立新的遗嘱。相关遗嘱产生法律效果是在被继承人死亡之后,而在此时,被继承人本身已经不可能撤回其遗嘱了,所以撤销权只能赋予与遗嘱的撤销存在利害关系的当事人。第四,在遗嘱存在错误的情况下,撤销的意思表示必须向遗产法院作出。这一特殊性与遗嘱在性质上是单方行为、死因行为有关。撤销的意思表示并无一个严格意义上的受领人,它所影响的是由遗嘱继承转变为法定继承。而法定继承在德国法上由遗产法院监督,所以相关的撤销的意思表示必须向遗产法院作出。第五,存在错误的遗嘱可以在1年的期限内撤销,而无须不迟延地进行。这与总则部分的一般规定完全不同。这同样是因为,如果不存在意思表示的受领人就不存在需要保护的信赖利益,因此也不需要督促撤销权人尽快地行使撤销权。在这种情况下,需要考虑的只是法律关系的稳定性。第六,遗嘱的撤销不会导致信赖利益的损害赔偿请求权。这是因为遗嘱中指定的继承人对遗嘱有效性的信赖不值得特别的保护。^[19]

面对着德国法上这一系列针对遗嘱情形中的意思表示错误的特别规定,我们应该清醒地认识到:民法总则中针对法律行为设立抽象的一般规则,对于解决具体情形中的意思表示瑕疵及其效力问题,意义其实并不是如我们设想的那么大。这也正是笔者一直主张要深刻反思在中国民法典编纂中是否应当继续沿袭德国式的以法律行为为核心的大总则的立法模式的主要原因。因为即使在德国民法典的体系中,这种所谓的提取公因式的立法技术,也基本上是不成功的。^[20] 但好在德国立法者清楚地知道抽象规则可能导致的问题,特别注意针对具体的意思表示瑕疵情形,去制定具体的规则,并不试图去针对所谓的可撤销法律行为制定统一的规则。而且对于某种具体的意思表示瑕疵,在不同的制度中,德国法的立法者根据具体的情况,设置例外的规则。这样至少可以确保实践不会因为抽象规则的立法技术而受到损害。

中国的立法者(在目前的情况下,就是中国民法典的编纂者)毫无疑问应该认真地反思自己的立法技术和价值导向,避免去制定一些“看上去很美”的一般性规则。这些规则虽然号称具有一般性,但绝大多数其实是以某种特定的情景为原型而制定的。^[21] 如果不注重具体规则的制定,这些抽象的一般规则,必然在具体而且丰富的社会现实面前显得捉襟见肘,而且更加有害的是,在形式主义(法条主义)的整体氛围中,这些一般规则的存在,会使得司法者基于一种“法律上对此已经有明确规定”的确信(其实是一种幻象),去忽视现实生活中千差万别的利益格局,而粗暴地适用这些抽象规则于各种截然不同的情形。如果是这样,那么法律就会走向自己的反面,成为了社会现实的普罗克斯之床。^[22]

[19] 同注10引书,第270-271页。

[20] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第30-35页。

[21] 我国已经有学者注意到这一问题,对大一统的法律行为作为立法概念,提出了质疑。参见张谷:“对当前民法典编纂的反思”,载《华东政法大学学报》2016年第1期。在中国社会科学院法学研究所孙宪忠教授主持的民法总则立法建议稿中,直接区分了财产行为与身份行为,分别设立不同的规则体系。

[22] 对于大陆法系法典传统中可能导致的这种一般规则之普遍可适用性的幻象,以及对经济生活的负面影响的分析,可参考LLSV学派的批评性的意见。Cfr., R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer & Robert W. Vishny, *Legal Determinants of External Finance*, 52 *The Journal of Finance* 1131 (1997); R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer & Robert W. Vishny, *Law and Finance*, 106 *Journal of Political Economy* 1113 (1998). 国内的一个相关文献可参考马克·J.洛:《法系渊源、政治与现代股票市场》,谈萧译,朱慈蕴校,载《北大法律评论》(2008年),第9卷第2辑,北京大学出版社2008年版,第328页以下。大陆法系国家的学者对于相关意见的回应,可参见Cfr., Benedicte Fauvarque-Cosson & Anne-Julie Kerhuel, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*, 57 *Am. J. Comp. L.* 811 (2009); Cfr., Catherine Valcke, *Comparative Law as Comparative Jurisprudence—The Comparability of Legal Systems*, 52 *Am. J. Comp. L.* 713 (2004).

五、结论

就意思表示错误的撤销权存续期间而言,应该放弃针对所有的可撤销法律行为设立统一的撤销权存续期间的做法。立法上必须针对各种具体类型的意思表示瑕疵制定更加具有针对性的规则。就意思表示错误的情形而言,如果采取意思主义的错误理论,而且对具有可撤销性的错误采取一种相对宽松的界定,在这种情况下,对意思表示的撤销权的行使,就应该要求表意人立即不迟延地撤销。如果对可撤销的错误采取一种严格的界定,那么可以考虑给予表意人的撤销权以一定的存续期限,但该期限的起算应该采取客观标准的起算点,也即从意思表示作出之日开始起算。另外,民法总则虽然试图对所有类型的意思表示错误作出一般规定,但必须意识到,意思表示错误制度在合同、遗嘱和婚姻合意中,都应有大量的特殊规则。因此需要时刻注意在具体制度中,对意思表示错误制度制定一系列具体的、具有针对性的规范。

On the Limitation Period for the Revocation of the Juristic Act with Error —An Analysis in the Context of the Chinese Civil Law Codification

Xue Jun

Abstract: In the category of the revocable juristic act, there are different kinds of defective declarations of will, and every kind of this declaration has its own particularity, so it is not suitable to set uniform rules. In Chinese law, with regard to error, if we adopt the will approach, we should restrict the limitation period, requiring the party to cancel his will immediately. If we award a certain period for exercising that right, the period should be not too long and the starting point should also be objective that means from the day on which the declaration is made.

Keywords: civil law codification; fundamental misunderstanding; error; revocable juristic act

(责任编辑:丁洁琳)

【法学信息】

中华人民共和国民法总则(专家建议稿)

中国政法大学民商经济法学院民法研究所“中国民法典研究小组”*

李永军等

第一章 一般规定

第一条【立法目的】

为给民事案件的审理提供裁判依据,正确处理私法主体之间的纠纷,特制定本法。

第二条【调整对象】

本法调整自然人的人身关系以及自然人、法人和非法人团体之间在民事活动中形成的财产关系。

第三条【法律渊源】

人民法院裁判案件,本法及其他法律有规定的,从其规定;没有规定的,依习惯;没有习惯的,依法理。

前款所称习惯,以不违背公共秩序和善良风俗为限。

第四条【权利行使的一般准则】

行使权利、履行义务,应当遵循诚实与信用方法。

第五条【权利保护的私力救济方式】

为保护自己或他人的合法权益,可以实施正当防卫、紧急避险以及自助行为,但以不逾越必要程度为限。

第六条【一般法与特别法的关系】

同一法律关系,本法与其他特别民事法律规范有不同规定的,适用特别规定。

第七条【法院不得拒绝审判】

人民法院不得以本法及其他民事法律规范没有规定为由,拒绝案件的受理与裁判。

第八条【时间效力】

本法的效力不溯及既往。

本法实施之前的民事活动,当时的法律没有规定的,适用本法,但法律另有规定的除外。

第九条【地域效力】

本法适用于中华人民共和国领域内发生的民事活动,但法律另有规定的除外。

第十条【对人效力】

本法关于主体的规定,适用于中华人民共和国领域内的本国主体、外国主体和无国籍自然人,但法律另有规定的除外。

第十一条【举证义务】

当事人对其主张有提供证据的义务,法律另有规定的除外。

* 中国政法大学民商经济法学院民法研究所“中国民法典研究小组”组长:李永军,副组长:刘家安,成员:于飞、陈汉、费安玲、刘智慧、田士永、迟颖、戴孟勇、尹志强、席志国、翟远见。

第十二条【法律解释】

只有立法机关有权对本法及其他民商事法律作出具有普遍约束力的解释。

人民法院裁判案件,应当兼顾法律文义、法律体系以及法律目的,在宪法确定的价值体系内,对法律条文含义不明确之处进行解释。

第二章 自然人

第一节 权利能力**第十三条【权利能力的存续】**

自然人的权利能力,始于出生,终于死亡。

自然人的权利能力一律平等。

第十四条【出生与死亡的时间】

户籍上登记的出生时间,推定为出生时间。有证据证明户籍登记的出生时间错误的,以证据证明的出生时间为准。

死亡证明上记载的死亡时间,推定为死亡时间。有证据证明死亡证明上记载的死亡时间错误的,以证据证明的死亡时间为准。

第十五条【胎儿利益的保护】

涉及胎儿利益保护的,视为胎儿已出生,但胎儿娩出时为死体者除外。

第二节 宣告失踪、宣告死亡**第十六条【宣告失踪的要件】**

自然人下落不明满两年的,利害关系人可以向人民法院申请宣告其为失踪人。

前款所称利害关系人,包括被申请人宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女,以及其他与被申请人宣告失踪人有民商事权利义务关系的人。

第十七条【宣告失踪期间的起算】

自然人下落不明的时间,从其离开住所地或最后居住地的次日开始起算;战争期间下落不明的,从战争结束之日起开始起算;意外事故中下落不明的,从意外事故发生的次日开始起算。

第十八条【宣告失踪的公告】

人民法院审理宣告失踪的案件,应当依照民事诉讼法的相关规定发出公告。公告期间届满,人民法院根据被宣告失踪人失踪的事实是否得到确认,作出宣告失踪的判决或者终结审理的裁定。

第十九条【宣告失踪的法律效果】

人民法院在宣告自然人失踪的同时,应当根据有利于保护失踪人财产的原则,指定失踪人的财产代管人。

前款所称财产代管人,可以是失踪人的配偶、父母、成年子女或其他关系密切的亲属;没有以上规定的人,或者以上规定的人不能或者不愿代管的,人民法院可以指定其他人或组织担任代管人。

失踪人有意定代理人的,财产代管人的职责不得与意定代理人的代理权限相冲突。

第二十条【财产代管人的职责】

财产代管人应当妥善保管失踪人的财产,维护失踪人的财产利益,了结失踪人的债权债务,建立必要的账目,并在有关失踪人的诉讼中担任法定代理人。

财产代管人因故意或重大过失造成失踪人财产损害的,应当承担赔偿责任。

第二十一条【财产代管人的变更】

财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人财产利益或丧失代管能力的,失踪人的利害关系人可以向人民法院申请变更财产代管人。

第二十二条【宣告失踪的撤销】

被宣告失踪的人重新出现或者确知其下落的,本人或者利害关系人可以向人民法院申请撤销失踪宣告。

宣告失踪被撤销后,失踪人的财产代管人应当停止代管行为,及时向本人移交相关财产及财产账目、报告代管情况,但代管行为仍显有必要的除外。

第二十三条【宣告死亡的要件】

自然人有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告其死亡:

(一)下落不明满四年的;

(二)因意外事故下落不明,自事故发生之日起满两年的;经有关机关证明该自然人不可能生存的,不受两年期限限制。

战争期间下落不明的,适用前款第(一)项规定。

第二十四条【申请宣告死亡的利害关系人】

申请宣告死亡的利害关系人,包括被申请宣告死亡人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女,以及其他与宣告死亡有密切关系的人。

申请宣告死亡不受前款所列人员顺序的限制。

第二十五条【宣告失踪与宣告死亡的关系】

自然人下落不明符合申请宣告失踪和申请宣告死亡条件,利害关系人中有人申请宣告失踪,有人申请宣告死亡的,人民法院应当受理宣告死亡的申请。

第二十六条【死亡时间的确定】

人民法院应当在宣告死亡的判决中确定死亡的时间:

(一)根据本法第二十三条第一款第(一)项的规定被宣告死亡的,其死亡时间为法定期间届满之日;

(二)根据本法第二十三条第一款第(二)项的规定被宣告死亡的,其死亡时间为意外事故结束之日;

(三)战争期间下落不明被宣告死亡的,其死亡时间为战争结束之日。

第二十七条【宣告死亡的法律效果】

对于婚姻关系的终止及继承的开始,宣告死亡发生与自然死亡相同的法律效果,但配偶反对宣告死亡申请的,其婚姻关系不受宣告死亡影响。

自然人的权利能力及其在宣告死亡期间实施的法律行为效力,不受宣告死亡的影响。

第二十八条【死亡宣告的撤销】

被宣告死亡的人重新出现或确知其没有死亡,本人或利害关系人可以向人民法院申请撤销死亡宣告判决。

第二十九条【死亡宣告撤销的财产法律后果】

被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的自然人或组织,应当返还原物;原物不存在的,应当返还尚存利益。但合法取得财产的第三人不负返还义务。

第三十条【恶意利害关系人的责任】

利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得财产的,应返还原物及孳息;造成损害的,应承担损害赔偿义务。

第三十一条【死亡宣告撤销的身份法律效果】

死亡宣告被人民法院撤销的,其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复;其配偶再婚的,其夫妻关系自再婚之日起消灭。

被宣告死亡人在被宣告死亡期间,其子女被他人依法收养的,在死亡宣告被撤销后,不得仅以未经本人同意而主张解除收养关系,但收养人和被收养人同意的除外。

第三节 自然人的人格权益

第三十二条【自然人的人格利益】

自然人的生命、身体、健康、自由、肖像、名誉、隐私等人格利益受法律保护。

第三十三条【自然人人格利益的利用】

自然人利用其人格利益,不得违反法律及公序良俗。

第三十四条【自然人的姓名权】

自然人享有姓名权,有权决定、使用和依法改变自己的姓名,有权排除他人干涉、盗用、假冒其姓名或对其姓名进行侮辱、贬损、不正当称呼。

达到与姓名同等识别程度的笔名、艺名、网名等,适用前款规定。

第四节 自然人的住所

第三十五条【住所的确定】

自然人以其户籍所在地的居住地为住所。

经常居住地与住所不一致,或户籍所在地不明以及不能确定其户籍所在地的,经常居住地视为住所。自然人离开户籍地最后连续居住一年以上的地方,为经常居住地,但住院治疗的除外。

自然人由其户籍所在地迁出后迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以原户籍所在地为住所。

第三十六条【无行为能力人、限制行为能力人的住所】

无行为能力人、限制行为能力人以其法定代理人的住所为其住所。

第五节 监护

第三十七条【适用范围】

本节所规定的监护,是指亲权之外对无行为能力人或者限制行为能力人的监护。基于亲权而形成的监护,本法亲属编另有规定的,从其规定;没有规定的,可以准用本节规定。

第三十八条【监护人】

无行为能力人或限制行为能力人,由下列人员按照顺位担任监护人:

- (一)配偶;
- (二)父母;
- (三)成年子女;
- (四)其他近亲属;

没有上述四类监护人的,由民政部门或社会福利机构担任监护人。

对担任监护人有争议的,由被监护人所在单位,或住所地的居民(村民)委员会、民政部门在上述人员中选任。对选任不服提起诉讼的,由人民法院根据有利于被监护人生活的原则进行裁决。

同一顺位有多位具有监护人资格的,应当由其中一人担任监护人,但父母担任监护人的除外。

第三十九条【自愿监护人】

如依据本法第三十八条未能确定自然人监护人,关系密切的其他亲属、朋友拟自愿承担监护责任的,经被监护人的所在单位或住所地的居民(村民)委员会、基层民政部门同意后成为监护人。

第四十条【监护人的变更】

未经全体有资格的监护人同意,不得自行变更监护人。擅自变更的,由原被选任的监护人和变更后的监护人共同承担监护责任。

监护人死亡,或者因主客观原因不履行监护职责,或者侵害了被监护人的合法权益,或者其他有监护资格的人或者单位认为自己更适合担任监护人的,可以向人民法院起诉要求变更监护人。

监护人本人也可以向人民法院起诉要求变更监护人,但在人民法院判决变更之前,仍应履行其监护职责。

第四十一条【监护人的监护职责】

监护人的监护职责包括:

- (一)照顾被监护人的生活;
- (二)管理和保护被监护人的财产;
- (三)代理被监护人实施法律行为;
- (四)代理被监护人诉讼或者仲裁;
- (五)其他职责。

第四十二条【财产管理】

被监护人个人财产的,监护人应当在担任监护人之日起造具清册,在监护关系终止时清算。

监护人不得处分被监护人的财产,但是为了被监护人的直接利益目的进行的处分除外。

监护人管理被监护人的财产时,不得进行风险性投资。

第四十三条【意定监护】

成年人可以依照自己的意思选择监护人,并与其签订书面委托监护合同,将本人的人身、财产监护职责全部或者部分授予监护人。意定监护人在该成年人丧失或者部分丧失行为能力后承担监护人职责。

意定监护人的职责范围,仅限于委托监护合同中有明确约定的部分。

意定监护人必须亲自履行其监护职责。

第四十四条【本人意愿优先】

如果被监护人在丧失行为能力之前关于在特定情况下是否继续治疗、是否捐献器官、遗体等有明确意愿的,此等意愿对知晓的法定监护人、意定监护人、医院都有约束力。

第四十五条【遗嘱指定】

父母一方死亡后,生存方可以在遗嘱中为未成年子女指定监护人。

第四十六条【监护关系的终止】

有下列情形之一的,监护关系终止:

- (一)被监护人取得完全行为能力的;
- (二)被监护人死亡的;
- (三)监护人死亡或丧失监护能力的;
- (四)监护人有正当理由辞去监护职责的;
- (五)经被监护人近亲属请求,监护人被人民法院撤销其监护资格的。

第四十七条【监护终止时的财产清算与移交】

监护关系终止,监护人应对被监护人的财产进行清算,并根据不同的终止原因将财产移交下列人员:

- (一)被监护人取得完全行为能力的,移交给被监护人;
- (二)被监护人死亡的,移交给被监护人的继承人;
- (三)监护人死亡或丧失监护能力的,移交给新监护人;
- (四)变更监护人的,移交给新监护人。

监护人死亡的或者被宣告失踪的,其清算及移交义务由其继承人或财产代管人履行。

第六节 个体工商户、农村承包经营户

第四十八条【个体工商户】

自然人在法律允许范围内,依法经登记从事工商业经营的,为个体工商户。

第四十九条【个体工商户的住所】

个体工商户在登记机关登记的经营场所为其住所。

第五十条【农村承包经营户】

农村集体经济组织的成员,在法律允许的范围内,按照承包合同规定从事商品经营的,为农村承包经营户。

第五十一条【个体工商户、农村承包经营户的债务】

个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。

第三章 法人、非法人团体

第一节 一般规定

第五十二条【法人的定义】

法人是依法设立的独立享有民事权利和承担民事义务的团体。

第五十三条【法人的设立】

法人非依本法或者其他法律规定不得设立。

法人的设立,应当符合下列条件:

- (一)有自己的名称、组织机构和住所;
- (二)有自己的章程;
- (三)目的事业不违反法律及公序良俗;
- (四)有符合法律规定的独立财产;
- (五)履行法律规定的法人设立程序

第五十四条【法人的能力】

法人的权利能力自成立时产生,于终止时消灭。

第五十五条【设立中的法人】

设立中的法人应当从事与其设立目的相一致的民商事活动。

设立人应当对法人设立过程中的债务承担责任;设立人为两人以上的,承担连带责任。

法人在其设立期间从事民事活动产生的法律后果,由设立后的法人承受。

第五十六条【法人机关和法定代表人】

法人机关的设立和行使职权应当依据法律和其章程。

法人的法定代表人应当依照法律或者其章程确定。

第五十七条【法人的分支机构】

经法人授权,法人的分支机构可以自己的名义从事民商事活动,由此产生的债务,由法人承担,但法律另有规定的除外。

第五十八条【法人的住所】

法人以其登记的住所为住所;未登记的或者登记不明的,以其主要办事机构所在地为住所。

第五十九条【法定代表人的职务行为致人损害的民事责任承担】

法定代表人履行职务行为时致人损害,由法人承担民事责任。

第六十条【超越法人目的的法律行为】

法人实施的法律行为不因超越其章程规定的目的范围而无效,但法律另有规定的除外。

第六十一条【法人的解散事由】

有下列情形之一的,法人解散:

- (一)因目的事业已经完成或确定无法完成;
- (二)其章程规定的存续期间届满;
- (三)其章程规定的其他解散事由出现;
- (四)法律规定的其他情形。

第六十二条【法人的清算与终止】

法人解散的,应当依法进行清算。在清算期间,法人应当停止清算目的范围以外的一切活动。

法人未依法及时进行清算的,由法律规定的清算义务人对债权人承担民事责任。

第六十三条【清算程序的法律适用】

法人的清算依法律规定或者法人章程进行。法律或者章程没有规定的,准用公司法关于公司法人清算程序的规定。

第六十四条【公法人的法律适用】

依法成立的行政机关及承担行政职能的法定机构,从成立之日起具有权利能力,其从事民事活动,准用本法关于法人的规定。

第二节 社团法人

第六十五条【社团法人的定义和类型】

社团法人是以自然人、法人或者其他非法人团体作为成员,依照法律规定成立的法人。

社团法人可以是营利性的,也可以是非营利性的。

第六十六条【社团法人的设立】

设立营利性社团法人,须遵循法律、行政法规的规定,并于依法办理登记时成立。法律规定应当办理批准手续的,依照其规定。

设立非营利性社团法人,应当依法经主管机关批准,并办理登记手续。

第六十七条【社团法人的章程】

社团法人的章程应记载以下事项:

- (一) 社团法人的名称;
- (二) 社团目的;
- (三) 董事或理事的人数、任期及任免规则。设有监事的,需载明监事的人数、任期及任免规则;
- (四) 社员大会的召集、议事及决议规则;
- (五) 社员的出资或会费缴纳义务;
- (六) 社员资格的取得与丧失;
- (七) 解散社团法人的事由;
- (八) 不违反法律规定的其他事项。

第六十八条【社团法人的机关】

社员大会是社团法人的意思机关,有权依法制定、修改章程,选举或者更换执行机关、监督机关成员,并行使章程规定的其他职权。

董事会或理事会是社团法人的执行机关,由社员大会产生,并对社员大会负责,根据章程的规定行使职权。

法律对社团法人的机关另有特别规定的,优先适用特别规定。

第六十九条【社员的退社与除名】

社员可随时退社,但法律另有规定的除外。以不违反强行性规范及公序良俗为限,章程可对社员退社作出限制。

章程可就社员的除名事由及程序作出规定,但以不违反强行性规范及公序良俗为限。

第七十条【社团法人的变更】

社团法人存续期间发生登记事项变更的,须向法人登记机关申请变更登记,法律另有规定的除外。

未依前款进行变更登记的,法人登记事项的变更不得对抗善意第三人。

第七十一条【社团法人的消灭】

社团法人经清算完毕,完成注销登记,法人消灭,法律另有规定的除外。

第七十二条【社团法人消灭后的财产归属】

营利性社团法人清算完毕后,剩余财产依章程规定处理,章程没有规定的,按成员的出资比例处理。

非营利性社团法人清算完毕后,剩余财产依章程规定处理;章程没有规定的,依法律规定处理。章程和法律均未规定的,准用本章第三节关于财团法人的规定处理。

第三节 财团法人

第七十三条【财团法人的定义】

财团法人,是指利用自然人、法人或者其他非法人团体捐助的财产,以从事慈善、社会福利、宗教等社会公益事业为目的,依照法律规定成立的非营利性法人。

第七十四条【财团法人的核准、登记】

设立财团法人应当依法经主管机关批准并办理登记。法律另有规定的,从其规定。

第七十五条【财团法人的捐助章程】

财团法人的设立人应当制定捐助章程。

捐助章程应当载明捐助目的以及所捐财产情况。

第七十六条【以遗嘱捐助方式设立财团法人】

以遗嘱捐助方式设立财团法人的,应当在遗嘱中写明捐助目的,并指定遗嘱执行人。未指定遗嘱执行人的,由主管机关指定。

第七十七条【财团法人的机关】

财团法人应当依照捐助章程设立执行机关和监督机关。

执行机关和监督机关依法行使捐助章程规定的职权。

第七十八条【违反捐助章程行为的法律效力】

对于财团法人的执行机关违反捐助章程的行为,主管机关或者捐助人等利害关系人可以请求人民法院予以撤销。

第七十九条【财团法人消灭后剩余财产的处理】

财团法人消灭后的剩余财产应当依照捐助章程的规定用于公益目的;无法依照捐助章程规定处理的,由主管机关划归与该财团法人性质、宗旨相同或者相近的财团法人,并向社会公告。

第八十条【宗教团体法人的性质】

依法登记的宗教团体,具有法人资格。

宗教团体法人得以其宗旨为限,依法从事民事活动。

第八十一条【社团法人规定的准用】

本章第二节关于社团法人的规定,凡与财团法人的规定不相抵触者,准用于财团法人。

第四节 非法人团体

第八十二条【非法人团体的定义】

本法所称非法人团体,是指虽不具有法人资格但依法能够以自己的名义享有权利承担义务的营利或非营利团体。

法律规定非法人团体应登记的,自登记时成立。法律规定非法人团体须经有关部门批准才能设立的,依照其规定。

法律对特定非法人团体有特别规定的,依其规定。

第八十三条【合伙的法律调整】

法律规定须经登记的商事合伙,适用法律有关合伙企业的规定。

法律规定须经登记但未登记,或法律规定无须登记的合伙组织,适用本节规定以及法律有关合伙合同的规定。

第八十四条【非法人团体的认定】

具备下列条件的,可以认定为非法人团体:

- (一) 有自己的名称和组织机构
- (二) 有自己的章程或组织规则
- (三) 有必要的财产或经费

第八十五条【非法人团体的财产】

营利性非法人团体的成员享有与出资相应的财产权利,并可在退出或团体解散时请求分割团体的财产,但章程或组织规则另有规定的除外。

非营利性非法人团体的成员对于团体的财产不享有财产权利,在退出或团体解散时,成员不得请求分割团体财产,但章程或组织规则另有规定且不违反法律禁止性规定的除外。公益性非法人团体解散或终止时,参照财团法人终止时的财产处理规则处理剩余财产。

第八十六条【营利性非法人团体的责任】

营利性非法人团体以其财产承担民事责任,团体财产不足以承担责任的,由成员承担连带责任,但法律另有规定的除外。

第八十七条【非营利性非法人团体的责任】

对非营利性非法人团体的有权代理所产生的债务,由团体以其财产承担责任,其成员不承担责任。

非营利性非法人团体的财产不足以承担责任的,由代理人承担连带责任。

法律对于非营利性非法人团体的责任承担另有规定的,依其规定。

第八十八条【非法人团体的机关】

非法人团体的机关,依章程或组织规则确定,并可参照法律有关法人机关的规定。

第四章 法律行为

第一节 一般规定

第八十九条【法律行为的概念】

法律行为是民事主体依其意思表示设立、变更、消灭民事权利义务的行为。

第九十条【法律行为的约束力】

法律行为自成立时起具有法律约束力,行为人非依法律规定或者当事人约定,不得擅自变更或者解除。

第九十一条【其他法律另有规定时的法律适用】

其他法律对法律行为另有规定的,适用其规定。

第二节 行为能力

第九十二条【完全行为能力】

十八周岁以上的自然人是成年人,具有完全行为能力。

十六周岁以上不满十八周岁的自然人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全行为能力人。

第九十三条【无行为能力】

不满七周岁的未成年人、不能辨认自己行为的成年人,是无行为能力人。

无行为能力人的意思表示无效。

无行为能力人由其法定代理人代为意思表示。

第九十四条【视为无行为能力】

在无意识或者暂时性精神错乱状态时作出的意思表示,视为无行为能力人作出的意思表示。

第九十五条【限制行为能力】

七周岁以上的未成年人、不能完全辨认自己行为的成年人,是限制行为能力人。

限制行为能力人作出的意思表示,经法定代理人同意后生效,但与其年龄、智力相适应或者使其纯获法律利益的除外。

第九十六条【限制行为能力人未经法定代理人同意的单方法律行为】

限制行为能力人未经法定代理人同意的单方法律行为,无效。

第九十七条【限制行为能力人未经法定代理人允许的合同】

限制行为能力人未经法定代理人允许的合同,非经法定代理人追认,不生效力。追认的意思表示应当在合理期限内作出。

相对人可以催告法定代理人在十五日内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。意思表示被追认之前,善意相对人有撤回的权利。撤回的意思表示可以向未成年人作出。

第九十八条【零用钱条款】

未成年人未经法定代理人同意而订立的合同,如果未成年人已经以金钱履行了合同中的给付,而其金钱系法定代理人为此目的或者为未成年自由处分而给与的,或者是第三人经法定代理人同意而给与的,不适用第九十七条的规定。

第九十九条【限制行为能力原因消灭后的承认】

限制行为能力人在限制行为能力原因消灭后承认所订立合同的,其承认与法定代理人的追认具有相同效力。

第一百条【法定代理人】

无行为能力人、限制行为能力人的监护人是其法定代理人。

第三节 意思表示

第一百零一条【意思表示的基本方式】

意思表示可以采用明示方式,也可以采用默示方式。

第一百零二条【沉默】

沉默不构成意思表示,但依照法律规定、交易习惯或者当事人约定具有意思表示的意义的除外。

第一百零三条【无相对人意思表示生效】

无相对人的意思表示,自意思表示完成时起生效。

第一百零四条【对话意思表示和非对话意思表示】

以对话方式作出的意思表示,自相对人了解时生效。以其他方式作出的意思表示,自意思表示到达相对人时生效,但撤回通知同时或者先于意思表示到达的除外。以公告方式作出的意思表示,自公告发布时起生效。

采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。

第一百零五条【意思表示受行为能力变化的影响】

表意人发出意思表示后死亡、丧失行为能力或者其行为能力受限制的,其意思表示不因此而失去效力。

第一百零六条【受领人行为能力瑕疵】

向无行为能力人或者限制行为能力人作出的意思表示,自其通知到达其法定代理人时生效,但依照第九十七条第二款向未成年人撤回意思表示的除外。

第一百零七条【送达代替到达】

表意人非因自己的过失,不知道相对人的姓名、居所的,可以依照《民事诉讼法》关于送达的规定,以公告送达作出意思表示。

第一百零八条【真意保留的意思表示】

表意人故意在内心保留的真实意思与表示出的意思不一致的,不得主张其意思表示无效。需要他人受领的意思表示,相对人明知表意人真意保留的,该意思表示无效。

第一百零九条【通谋虚伪的意思表示】

表意人与相对人通谋实施虚伪意思表示的,其意思表示无效,但不得以其无效对抗善意第三人。

虚伪意思表示隐藏他项法律行为的,适用法律关于该他项法律行为的规定。

第一百一十条【戏谑的意思表示】

表意人非出于真意并且预期他人可以认识到欠缺真意的,其意思表示无效。

第一百一十一条【意思表示错误】

意思表示的内容有错误,或者表意人若知道真实情况即不为意思表示的,表意人可以撤销其意思表示。

对于交易有重大影响的主体或者客体的性质错误,视为意思表示内容的错误。

第一百一十二条【传达错误】

意思表示,因传达人或者传达机关传达不实的,视为表意人的错误。

第一百一十三条【因错误撤销】

因意思表示错误而作出的意思表示,撤销权人在意思表示作出后经过一年未撤销的,其撤销权消灭。

因意思表示错误、传达错误而撤销意思表示的,表意人对因信赖其意思表示有效而受损害的相对人或者第三人,应当承担赔偿责任,但受害人知道或者应当知道撤销原因的除外。

第一百一十四条【受诈欺、受胁迫而可撤销】

因受诈欺或者受胁迫而作出违背真实意思的意思表示,表意人可以撤销其意思表示。因第三人诈欺而作出违背真实意思的意思表示的,相对人知道或者应当知道该事实的,表意人可以撤销其意思表示。

第一百一十五条【因受欺诈、受胁迫撤销】

因受欺诈或者受胁迫而作出意思表示的,表意人在发现欺诈或者胁迫终止后经过一年未撤销的,或者在意思表示作出后经过十年的,其撤销权消灭。

第一百一十六条【意思表示的解释】

意思表示的解释不应当拘泥于文句,应当探求表意人的真实意思。

第四节 法律行为的内容

第一百一十七条【内容违法】

法律行为违反法律、行政法规的禁止性规定的,无效,但法律另有规定的除外。

第一百一十八条【内容不当】

法律行为违反公共秩序或者善良风俗的,无效。

第一百一十九条【恶意串通行为】

双方恶意串通损害国家、集体或者第三人利益的法律行为,无效。

第一百二十条【显失公平行为】

乘他人急迫、轻率或者无经验实施的财产法律行为,依当时情形显失公平的,利害关系人可以在法律行为作出后一年内向人民法院申请撤销该法律行为或者减轻其给付。

第五节 法律行为的形式

第一百二十一条【形式自由】

法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。

第一百二十二条【书面形式】

书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。

第一百二十三条【要式行为及形式瑕疵补正】

法律、行政法规规定或者当事人约定应当采用特定形式的法律行为,在完成该形式前,推定法律行为不成立,但一方已经完成法律行为所指向的内容并且对方接受的,不影响法律行为的效力。

第六节 无效、可撤销

第一百二十四条【自始无效】

无效法律行为,自行为成立时起没有法律约束力。

第一百二十五条【转换】

无效法律行为具备其他法律行为要件的,如果可以认为当事人知道该法律行为无效就会实施其他法律行为的,其他法律行为有效。

第一百二十六条【部分无效】

法律行为部分无效的,全部无效,但除去无效部分仍然成立法律行为,并且可以推知当事人仍然有意实施该法律行为的,其他部分不受影响。

第一百二十七条【撤销的效果】

法律行为被撤销的,自行为成立时起无效,但法律另有规定的除外。

第一百二十八条【撤销的意思表示】

撤销的意思表示,应当向相对人作出。对方有异议的,可以请求确认撤销的效力。

第一百二十九条【撤销权的消灭】

有下列情形之一的,撤销权消灭:(一)撤销权人在法定期间内没有行使撤销权;(二)撤销权人放弃撤销权。

第七节 双方法律行为

第一百三十条【合意】

当事人意思表示一致,双方法律行为成立。

当事人对于双方法律行为的必要内容意思表示一致,但对于非必要内容未作表示的,推定双方法律行为成立。

第一百三十一条【要约与承诺达成合意】

当事人可以采取要约、承诺的方式达成意思表示一致。

第一百三十二条【要约】

要约是希望和他人成立双方法律行为的意思表示。

要约应当符合下列规定:(一)内容具体确定;(二)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。

第一百三十三条【要约的撤回】

撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

第一百三十四条【要约的撤销】

要约可以撤销,但有下列情形之一的除外:(一)要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;(二)受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行双方法律行为作了准备工作。

撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

第一百三十五条【要约失效】

有下列情形之一的,要约失效:(一)拒绝要约的通知到达要约人;(二)要约人依法撤销要约;(三)承诺期限届满,受要约人未有效承诺;(四)受要约人对要约的内容作出实质性变更。

第一百三十六条【承诺】

承诺是受要约人同意要约的意思表示,其内容应当与要约的内容一致。

承诺对要约的内容作出非实质性变更的,除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外,该承诺有效,双方法律行为的内容以承诺的内容为准。

受要约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。

第一百三十七条【承诺期限】

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的,承诺应当依照下列规定到达:(一)要约以对话方式作出的,应当即时作出承诺,但当事人另有约定的除外;(二)要约以非对话方式作出的,承诺应当在合理期限内到达。

第一百三十八条【承诺期限的起算】

要约以信件或者电报作出的,承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的,自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的,承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

第一百三十九条【承诺生效】

承诺生效时双方法律行为成立,但法律另有规定的除外。

第一百四十条【推定承诺】

依照当事人约定或者交易习惯,承诺不需要通知的,在一定期间内有可以推定为承诺的事实的,双方法律行为成立。

第一百四十一条【承诺迟到】

受要约人在承诺期限内发出承诺,按照通常情形能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的,除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外,该承诺有效。

第一百四十二条【双方法律行为的成立地点】

承诺生效的地点为双方法律行为成立的地点。

采用数据电文形式的,收件人的主营业地为双方法律行为成立的地点;没有主营业地的,其经常居住地为双方法律行为成立的地点。当事人另有约定的,按照其约定。

第一百四十三条【双方法律行为的解释】

当事人对双方法律行为的理解有争议的,应当按照双方法律行为所使用的词句、有关条款、行为目的、交易习惯以

及诚实信用原则,确定其真实意思。

第一百四十四条【格式条款的解释】

双方法律行为采用格式条款的,应当按通常理解进行解释。对格式条款的意思表示有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款的意思表示不一致的,应当采用非格式条款的意思表示。

第一百四十五条【多方法律行为】

多方法律行为,参照适用双方法律行为的规定,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第八节 附条件 附期限

第一百四十六条【附条件、附期限的可能】

当事人可以约定法律行为附条件或者附期限,但法律另有规定的除外。

第一百四十七条【附条件】

附生效条件的法律行为,自条件成就时生效。附解除条件的法律行为,自条件成就时失效。

当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就;不正当地促成条件成就的,视为条件不成就。

第一百四十八条【附期限】

附生效期限的法律行为,自期限届至时生效。附终止期限的法律行为,自期限届满时失效。

第九节 代理和意定代理权

第一百四十九条【代理人意思表示的效力】

行为人在代理权限内以被代理人名义作出的意思表示,直接对被代理人产生效力。该意思表示既可以明示地以被代理人名义作出,也可以基于事实情形推定以被代理人名义作出。

代理人旨在以他人名义实施法律行为,但该意思不明显的,其行为视为代理人以自己名义实施的法律行为,直接对代理人产生效力。

代理人代理他人受领意思表示的,准用第一款的规定。

第一百五十条【限制行为能力人作为代理人】

代理人作出或者受领的意思表示的效力,不因其为限制行为能力人而受影响。

第一百五十一条【意思表示瑕疵和知情】

代理人的意思表示,因意思表示瑕疵或者因知道或者应当知道特定情况,致其效力受到影响的,应当就代理人而非被代理人的意思表示是否存在瑕疵或代理人在作出意思表示时是否知道或应当知道特定情况为准。

在意定代理情形下,代理人按照被代理人的特定指示实施行为的,被代理人不得以代理人不知情为由进行抗辩。

第一百五十二条【意定代理权的授予】

以法律行为授予的代理权称为意定代理权。

授予意定代理权的意思表示既可以向被授权人作出,也可以向旨在与其实施代理行为的相对人作出。

授予代理权无需具备特定形式。

第一百五十三条【意定代理权的有效期】

授予意定代理权的意思表示向第三人作出的,意定代理权自第三人收到授权人关于意定代理权消灭的通知时起失效,但第三人在实施法律行为时知道或者应当知道代理权已经消灭的除外。

第一百五十四条【以通知方式授予的意定代理权的有效期】

意定代理权以特别通知或者公告方式告知第三人的,被授权人在向第三人通知的情形中对该第三人具有代理权,在公告的情形对任何第三人具有代理权,但第三人在实施法律行为时知道或者应当知道代理权已经消灭的除外。

代理权在被撤回之前持续有效。

第一百五十五条【授权书】

代理人向第三人出示授权人给予的授权书的,视为授权人发出代理权授予特别通知。

授权书在被返还给授权人或被宣告无效之前持续有效,但第三人在实施法律行为时知道或者应当知道代理权已经消灭的除外。

第一百五十六条【意定代理权的消灭】

意定代理权的基础法律关系存在的,意定代理权可以撤回,但基础法律关系另有约定的除外。

撤回的意思表示可以向被授权人作出,也可以向代理行为的相对人作出。

第一百五十七条【被授权人实施单方法律行为的效力】

代理人实施单方法律行为但未出示授权证书,相对人立即拒绝的,单方法律行为不发生效力。被代理人已经将授予代理权告知相对人的,相对人不得拒绝。

第一百五十八条【自己代理】

非经被代理人许可,代理人同时以被代理人的名义和自己的名义或者同时以被代理人的名义和第三人的名义与自己实施法律行为,损害被代理人利益的,被代理人可以撤销该行为。

第一百五十九条【无权代理人实施双方法律行为的法律效力】

没有代理权而以他人名义实施双方法律行为,自被代理人追认时起对被代理人发生效力。被代理人知道他人以自己名义实施法律行为而不作否认表示的,视为同意。

被代理人拒绝追认的,对于知道或者应当知道自己无代理权而以他人名义实施法律行为的无权代理人,相对人既可以选择要求该无权代理人履行义务,也可以选择要求无权代理人赔偿其因不履行义务所遭受的损失;代理人不知道代理权限欠缺的,应当赔偿相对人因信赖代理权而遭受的损失,该损失以有效履行后相对人应获得的利益为限。相对人知道或应当知道代理权欠缺的,代理人无需承担责任。

代理人为限制行为能力人的,不承担责任,但代理人经其法定代理人同意而实施的行为除外。

第一百六十条【相对人的催告和撤回】

相对人催告被代理人追认的,被代理人应当向相对人作出追认与否的意思表示。

催告前被代理人向代理人作出的追认或拒绝追认的意思表示因催告而失效。追认意思表示应当在受领催告后十五日内作出,过期未追认的,视为拒绝追认。

在被追认之前,相对人有权向被代理人或代理人撤回订立合同的意思表示,但相对人在订立合同时知道代理权欠缺的除外。

第一百六十一条【无权代理人实施的单方法律行为】

无权代理人实施的单方法律行为无效。但在实施单方法律行为时,相对人未就代理人所声称的代理权提出异议,或相对人同意代理人实施无权代理行为的,准用上述关于无权代理人订立合同的规定。单方法律行为系经无权代理人的同意而对其实施的,亦同。

第一百六十二条【法定代理】

法定代理准用关于意定代理的规定,但法律另有规定的除外。

第十节 第三人同意**第一百六十三条【同意】**

法律行为应当经第三人同意才发生效力的,同意或者拒绝的意思表示应当向当事人作出。

第一百六十四条【允许】

允许是指事先同意。允许可以在法律行为成立前随时撤回,但当事人意思表示另有规定的除外。

第一百六十五条【追认】

追认是指事后同意。法律行为经追认的,溯及自法律行为成立时发生效力,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一百六十六条【无权处分】

无处分权的人处分他人财产,经权利人同意或者无处分权的人实施处分后取得处分权的,该处分行为有效,但法律另有规定的除外。

第五章 民法上的时间

第一节 期间

第一百六十七条【期间的计算单位】

民法所称的期间,以公历年、月、星期、日、小时为计算单位。

当事人可以约定期间的计算单位。约定的期间计算单位不是以月、年的第一日起算的,一个月为三十日,一年为三百六十五日。

当事人未约定期间的计算单位的,以公历年、月、星期、日、小时为计算单位。

第一百六十八条【期间的起算点】

以小时为单位计算期间的,从规定之时起开始计算。

以日、星期、月、年为单位计算期间的,开始的当日不算入,从次日起开始计算,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一百六十九条【期间末日的确定】

以日计算期间的,从起算点算足至该期间之日,为期间的末日。

以星期、月、年计算期间的,如以星期、月、年的第一日为起算点,则相应地以星期日、月末、年末为期间的末日;如不以星期、月、年的第一日为起算点,则相应地以最后一星期、月、年中与起算点相当之日的前一日为期间的末日。

以月、年计算期间的,如最后一月没有与起算点相当之日,则以该月的末日为期间的末日。

第一百七十条【期间末日的顺延】

期间的末日是法定休假日、经省级以上人民政府批准的临时休假日或者调休后的休假日的,以休假日结束的次日为期间的末日。

第一百七十一条【期间末日的终止点】

期间末日的截止时间为当日二十四时,但当事人有固定业务时间的,截止时间为停止业务活动之时。

第一百七十二条【期间的逆算】

法定或者约定的期间须自一定的起算点溯及往前进行逆算的,准用本节规定的期间计算规则。

第二节 诉讼时效

第一分节 一般规定

第一百七十三条【诉讼时效的客体】

请求权受诉讼时效的限制,但下列请求权除外:

- (一)基于不动产权产生的停止侵害、排除妨害、消除危险、返还原物请求权;
- (二)基于物权以外的其他支配权产生的停止侵害、排除妨害、消除危险请求权;
- (三)基于亲属关系产生的请求权;
- (四)请求金融机构支付存款本息的请求权;
- (五)请求债券发行人兑付公开发行债券本息的请求权;
- (六)请求投资人缴付出资的请求权。

第一百七十四条【普通诉讼时效期间】

请求权的诉讼时效期间为五年,法律另有规定的除外。

第一百七十五条【短期诉讼时效期间】

下列请求权的诉讼时效期间为二年:

- (一)供应人基于供应电、水、气、热力合同及提供电信、网络、有线电视服务合同享有的各期费用支付请求权;
- (二)定作人基于承揽合同享有的瑕疵修补请求权、修补费用偿还请求权、损害赔偿请求权,以及承揽人基于承揽合同享有的损害赔偿请求权;

(三)保管人基于保管合同享有的报酬支付请求权、费用偿还请求权、损害赔偿请求权,以及寄存人基于保管合同享有的损害赔偿请求权;

(四)托运人或者收货人基于运输合同享有的损害赔偿请求权。

第一百七十六条【长期诉讼时效期间】

下列请求权的诉讼时效期间为十年:

- (一)因生命、身体、健康、自由受侵害产生的损害赔偿请求权;
- (二)旨在设立、移转、变更、消灭不动产物权的请求权;
- (三)基于动产物权产生的返还原物请求权;
- (四)基于劳动或者雇佣关系产生的报酬请求权。

第一百七十七条【诉讼时效期间的一般起算规则】

诉讼时效期间从权利人可以行使请求权之日起计算,法律另有规定的除外。

第一百七十八条【诉讼时效期间的特殊起算规则之一】

未确定义务履行期限的请求权,诉讼时效期间从权利人催告义务人履行的宽限期届满之日起计算,但义务人收到权利人的催告通知后明示拒绝履行义务的,诉讼时效期间从义务人明示拒绝履行义务之日起计算。

分期付款买卖中的价金等由义务人分期履行的请求权,诉讼时效期间从最后一期义务的履行期限届满之日起计算。

水电费等由义务人定期履行的请求权,诉讼时效期间从各期义务的履行期限届满之日起分别计算。

法律行为无效、被撤销、被解除后产生的返还不当得利或者赔偿损失的请求权,诉讼时效期间从法律行为被确认无效、被撤销或者被解除之日起计算。

因持续性侵权行为产生的请求权,诉讼时效期间从侵权行为终止之日起计算。

第一百七十九条【诉讼时效期间的特殊起算规则之二】

夫妻之间在婚姻关系存续期间产生的人身损害赔偿请求权,从婚姻关系消灭之日起计算。

被监护人与监护人之间在监护关系存续期间产生的请求权,从监护关系消灭之日起计算。

第一百八十条【最长诉讼时效期间】

任何诉讼时效期间,从请求权产生之日起计算,最长不得超过二十年。

前款规定的二十年期间不适用本法关于诉讼时效中断、不完成和延长的规定。但是,人身损害赔偿请求权的权利人从身体受到伤害之日起超过二十年才发现损害的,人民法院可以延长诉讼时效期间,但最长不得超过三十年。

第二分节 诉讼时效的中断和不完成

第一百八十一条【诉讼时效中断的事由】

在诉讼时效期间内,发生下列情形之一的,诉讼时效中断:

- (一)权利人请求履行;
- (二)义务人承认义务;
- (三)权利人提起诉讼或者申请仲裁;
- (四)权利人申请支付令;
- (五)权利人申请义务人破产或者申报破产债权;
- (六)权利人为行使请求权而申请宣告义务人失踪或者死亡;
- (七)权利人申请诉前财产保全等诉前措施;
- (八)权利人申请强制执行;
- (九)权利人申请追加当事人或者被通知参加诉讼;
- (十)权利人在诉讼中反诉或者仲裁中反请求主张抵销。

第一百八十二条【诉讼时效中断的一般效力】

诉讼时效中断的,从中断事由终止之日起,诉讼时效期间重新计算,法律另有规定的除外。

第一百八十三条【权利人请求履行导致诉讼时效中断的一般效力】

诉讼时效因权利人请求履行而中断的,从请求履行的通知到达义务人之日起,诉讼时效期间重新计算。

权利人请求履行部分义务的,诉讼时效中断的效力及于全部请求权,但权利人明示放弃剩余请求权的除外。

第一百八十四条【视为权利人请求履行的事由及其导致诉讼时效中断的效力】

权利人行使同时履行抗辩权、基于留置权或者质权拒绝返还担保物、行使选择之债的选择权或者将种类之债特定化的,视为权利人请求履行,诉讼时效从权利人实施相应行为之日起中断。

权利人对义务人行使抵销权的,视为权利人请求履行,抵销后剩余请求权的诉讼时效从抵销通知到达义务人之日起中断。

权利人请求人民调解委员会或者其他依法有权解决民事纠纷的国家机关、社会团体保护其民事权利的,视为权利人请求履行,诉讼时效从权利人提出保护请求之日起中断,但权利人撤回请求或者其请求未被受理的,诉讼时效视为不中断。经调处达成调解协议的,诉讼时效期间从调解协议约定的履行期限届满之日起重新计算;经调处达不成调解协议的,诉讼时效期间从调处程序终止之日起重新计算。

权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告,请求保护其民事权利的,视为权利人请求履行,诉讼时效从权利人报案或者控告之日起中断,但权利人撤回报案或者控告的,诉讼时效视为不中断。公安机关、人民检察院、人民法院决定不立案、撤销案件、不起诉的,诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算。刑事案件进入审理阶段的,诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

第一百八十五条【义务人承认义务导致诉讼时效中断的一般效力】

诉讼时效因义务人承认义务而中断的,从承认义务的通知到达权利人之日起,诉讼时效期间重新计算。

义务人承认部分义务的,诉讼时效中断的效力及于全部请求权,但义务人明示不承认剩余义务的除外。

第一百八十六条【义务人承认义务导致诉讼时效中断的特殊效力】

义务人履行部分义务的,视为承认剩余义务,诉讼时效期间从义务人履行部分义务之日起重新计算。

义务人作出分期履行或者延期履行的承诺的,诉讼时效期间从义务人承诺的履行期限届满之日起重新计算,但权利人拒绝其分期履行或者延期履行的,诉讼时效期间从拒绝通知到达义务人之日起重新计算。

义务人为履行义务提供担保或者承诺提供担保的,诉讼时效期间从提供担保的意思表示到达权利人之日起计算。

第一百八十七条【权利人提起诉讼导致诉讼时效中断的一般效力】

诉讼时效因权利人提起诉讼而中断的,在诉讼程序终结前,诉讼时效期间不开始计算。从人民法院作出的判决、调解书生效之日起,诉讼时效期间重新计算。

诉讼时效因权利人提起诉讼而中断后,权利人撤回起诉、起诉被裁定驳回或者不予受理的,诉讼时效视为不中断。于此情形,如起诉状已经送达义务人,诉讼时效期间从送达之日起重新计算。

第一百八十八条【权利人提起债权人代位权或者撤销权诉讼导致诉讼时效中断的效力】

权利人提起债权人代位权诉讼后,生效的判决或者调解书仅保全了部分债权的,剩余债权的诉讼时效期间从判决、调解书生效之日起重新计算。权利人因不符合债权人代位权的行使条件而受败诉判决的,全部债权的诉讼时效期间从判决生效之日起重新计算。

权利人提起债权人撤销权诉讼后,全部债权的诉讼时效期间从判决生效之日起重新计算。

第一百八十九条【权利人申请仲裁导致诉讼时效中断的效力】

诉讼时效因权利人申请仲裁而中断的,在仲裁程序终结前,诉讼时效期间不开始计算。从仲裁机构作出的仲裁裁决或者调解书生效之日起,重新计算诉讼时效。

诉讼时效因权利人申请仲裁而中断后,权利人撤回仲裁申请或者仲裁申请被裁定不予受理的,诉讼时效视为不中断。于此情形,如仲裁申请书已经送达义务人,诉讼时效期间从送达之日起重新计算。

第一百九十条【权利人申请支付令导致诉讼时效中断的效力】

诉讼时效因权利人申请支付令而中断的,在人民法院发出支付令或者裁定驳回申请前,诉讼时效期间不开始计算。权利人撤回申请或者申请被裁定驳回的,诉讼时效视为不中断。

人民法院发出的支付令因义务人提出异议而失效后,自动转入诉讼程序的,适用本法关于诉讼时效因权利人提起诉讼而中断的规定;债权人不同意提起诉讼的,诉讼时效期间从支付令失效之日起重新计算。

第一百九十一条【权利人申请义务人破产或者申报破产债权导致诉讼时效中断的效力】

诉讼时效因权利人申请义务人破产而中断的,在破产程序终结前,诉讼时效期间不开始计算。权利人撤回破产申请或者破产申请被驳回的,诉讼时效视为不中断,但破产申请已经送达义务人的,诉讼时效期间从送达之日起重新计算。

诉讼时效因权利人申报破产债权而中断后,权利人撤回申报的,诉讼时效视为不中断。

第一百九十二条【权利人为行使请求权而申请宣告义务人失踪或者死亡导致诉讼时效中断的效力】

诉讼时效因权利人为行使请求权而申请宣告义务人失踪或者死亡而中断的,在诉讼程序终结前,诉讼时效期间不开始计算。权利人撤回申请的,诉讼时效视为不中断。

诉讼时效因权利人为行使请求权而申请宣告义务人失踪或者死亡而中断后,人民法院作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决的,诉讼时效期间从判决送达权利人之日起重新计算。

第一百九十三条【权利人申请诉前财产保全等诉前措施导致诉讼时效中断的效力】

诉讼时效因权利人申请诉前财产保全等诉前措施而中断的,在诉讼程序终结前,诉讼时效期间不开始计算。权利人撤回申请的,诉讼时效视为不中断。人民法院裁定驳回申请的,诉讼时效期间从裁定送达权利人之日起重新计算。

人民法院裁定采取诉前财产保全等诉前措施后,权利人依法提起诉讼或者申请仲裁的,适用本节关于诉讼时效因权利人提起诉讼或者申请仲裁而中断的规定。权利人不在法定期限内提起诉讼或者申请仲裁,导致人民法院裁定解除保全的,诉讼时效期间从裁定送达权利人之日起重新计算。

第一百九十四条【权利人申请强制执行导致诉讼时效中断的效力】

诉讼时效因权利人申请强制执行而中断的,从人民法院受理申请之日起,诉讼时效期间重新计算。

权利人申请强制执行仲裁裁决或者公证债权文书,被人民法院裁定不予执行的,诉讼时效期间从裁定送达权利人之日起重新计算。

第一百九十五条【权利人申请追加当事人或者被通知参加诉讼导致诉讼时效中断的效力】

诉讼时效因权利人申请追加当事人或者被通知参加诉讼而中断的,适用本法关于诉讼时效因权利人提起诉讼而中断的规定。权利人撤回申请或者参加诉讼的通知被撤销的,诉讼时效视为不中断。

第一百九十六条【权利人在诉讼中反诉或者仲裁中反请求主张抵销导致诉讼时效中断的效力】

诉讼时效因权利人在诉讼中反诉或者仲裁中反请求主张抵销而中断的,在诉讼或者仲裁程序终结前,诉讼时效期间不开始计算。

诉讼时效因权利人在诉讼中反诉或者仲裁中反请求主张抵销而中断后,从判决、仲裁裁决、调解书生效之日起,抵销后的剩余债权或者因不符合抵销要件而未消灭的债权的诉讼时效期间重新计算。

第一百九十七条【诉讼时效因不可抗力而不完成】

在诉讼时效期间的最后六个月内,因不可抗力导致权利人不能行使请求权的,从不可抗力造成的障碍消除之日起六个月内,诉讼时效不完成。

第一百九十八条【诉讼时效因无行为能力人或者限制行为能力人没有法定代理人而不完成】

在诉讼时效期间的最后六个月内,没有法定代理人的无行为能力人或者限制行为能力人享有的请求权或者对其享有的请求权,从其取得完全行为能力或者法定代理人确定之日起六个月内,诉讼时效不完成。

第一百九十九条【诉讼时效因继承人或者遗产管理人未确定而不完成】

在诉讼时效期间的最后六个月内,被继承人生前享有的请求权或者对于被继承人的请求权,因继承人或者遗产管理人未确定而不能行使的,从继承人或者遗产管理人确定之日起六个月内,诉讼时效不完成。

第二百零零条【诉讼时效因权利人被义务人控制无法主张权利而不完成】

在诉讼时效期间的最后六个月内,因权利人被义务人控制无法主张权利而不能行使请求权的,从权利人脱离控制之日起六个月内,诉讼时效不完成。

第三分节 诉讼时效完成的法律效果

第二百零一条【诉讼时效完成的法律效果】

诉讼时效期间届满后,义务人有权拒绝履行。

前款规定的诉讼时效抗辩权只能由义务人决定是否行使,人民法院或者仲裁机构不得向当事人释明,也不得主动适用法律关于诉讼时效的规定进行裁判。

第二百零二条【诉讼时效完成对权利的效力】

请求权诉讼时效期间届满的效力及于利息债权等从权利,法律另有规定的除外。

第二百零三条【诉讼时效完成对抵销权的影响】

请求权在诉讼时效期间届满前已经符合抵销条件的,在诉讼时效期间届满后,权利人仍可以以该请求权与义务人享有的请求权进行抵销。

第二百零四条【诉讼时效抗辩权的放弃】

诉讼时效期间届满后,义务人可以放弃诉讼时效抗辩权。义务人虽不知诉讼时效期间届满的事实,但已经履行义务、承诺履行义务、为履行义务提供担保、将义务移转给他人的,视为放弃诉讼时效抗辩权。

诉讼时效期间届满后,义务人以承诺履行义务、为履行义务提供担保或者将义务移转给他人的方式放弃诉讼时效抗辩权的,请求权的诉讼时效期间依其原有时效期间重新计算。

第二百零五条【诉讼时效制度的强行性】

当事人不得约定排除、缩短或者延长诉讼时效期间,也不得约定诉讼时效期间的适用范围、计算方法、完成效果及诉讼时效的中断、延长、不完成的事由及其效果。

诉讼时效期间届满前,义务人所作的抛弃诉讼时效抗辩权的意思表示无效。

第三节 除斥期间

第二百零六条【除斥期间的确定】

撤销权、解除权、追认权、优先购买权等形成权的行使期间,法律有强制性规定的,按照法律规定处理;法律未设强制性规定,但当事人有约定的,按照约定处理;既无法律规定也无当事人约定的,行使期间为权利人知道或者应当知道权利发生之日起的合理期间。

第二百零七条【除斥期间的起算点】

除斥期间从权利人知道或者应当知道权利发生之日起开始计算,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第二百零八条【除斥期间的不变性】

除斥期间不适用本法关于诉讼时效中断、延长或者不完成的规定,法律另有规定的除外。

第二百零九条【除斥期间届满的法律效果】

除斥期间届满后,权利本身归于消灭。

除斥期间届满的法律效果无需由当事人主张,人民法院或者仲裁机构应当依职权适用。

(责任编辑:丁洁琳)