

## 目 录

## 【论文】

- 格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法学建构:理论与方法 ..... 舒国滢(1)
- 法官、检察官员额制改革的限度 ..... 陈永生 白冰(21)
- 不可量物侵入的物权请求权研究  
——逻辑与实践中的《物权法》第90条 ..... 肖俊(49)
- 占有保护解释论的三个争议问题 ..... 章正璋(62)
- 中国式监事会:安于何处,去向何方?  
——国际比较视野下的再审视 ..... 郭雳(74)
- 论监事独立性概念之界定  
——以德国公司法规范为镜鉴 ..... 杨大可(88)
- 辨识与解析:民事诉讼专家辅助人制度定位的经纬范畴 ..... 毕玉谦(99)
- 论中国传统性善论和法治的兼容性  
——兼驳“人性恶是法治基础”的观点 ..... 郭忠(112)
- 近代中国的“以礼入法”及其补正  
——以清末民初民事习惯法典化为例的实证研究 ..... 张洪涛(127)
- 论美国《宪法》“协定条款”的法律变迁及对中国区域法律治理的启示  
——从二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义 ..... 何渊(142)
- 国际性仲裁协议的准据法确定  
——以仲裁协议的有效性为中心 ..... 陈卫佐(156)
- 【民法典编纂】
- 民法总则法律行为效力制度立法建议 ..... 王轶(171)
- 【法政时评】
- 知识产权侵权警告函的正当性边界 ..... 刘维(182)
- 司法实践对我国立法完善的必要性分析  
——以司法实践与立法完善的关系为视角 ..... 刘仲屹(192)

# JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

---

---

Serial No. 144 Mar. 2016 No. 2

---

---

## Contents

### Articles

- Georg Friedrich Puchta's Construction of Legal Science: Theory and Methodology ..... *Shu Guoying* ( 1 )  
Limitation of the System Reform of the Specified Number of Judicial Personnel  
..... *Chen Yongsheng & Bai Bing* ( 21 )  
The Study on the Claim of Real Rights of Immissio ..... *Xiao Jun* ( 49 )  
Three Interpretative Issues of the Legal Protection of Possession ..... *Zhang Zhengzhang* ( 62 )  
Revisiting the Chinese Styled Board of Supervisors: How It Gets Failed? —An International Comparative  
Perspective ..... *Guo Li* ( 74 )  
On the Definition of the Concept of Supervisory Independence—By Reference to German Corporate  
Legal Norms ..... *Yang Dake* ( 88 )  
Identification and Analysis: Categories of the Systematical Position of the Expert Assessor in Civil Litigation  
..... *Bi Yuqian* ( 99 )  
Chinese Theory of Good Nature Is Compatible with Rule of Law: Refuting the Opinion that “Evil Human Nature  
Is the Basis of Rule of Law” ..... *Guo Zhong* ( 112 )  
“Bringing Courtesy into Law” and Its Amendment in Modern China—An Empirical Study of Codification  
of Civil Customs within the End of Qing Dynasty and the Beginning of the Republic of China  
..... *Zhang Hongtao* ( 127 )  
Constitutional Changes to the US “Compact Clause” and Its Implications for China's Regional Legal  
Governance—From Dual Federalism to Cooperative Federalism and Currently New Federalism  
..... *He Yuan* ( 142 )  
Significance, Methods and Trend of Determining the Law Governing an International Arbitration Agreement:  
Focusing on the Validity of an Arbitration Agreement ..... *Chen Weizuo* ( 156 )

### Codification of Civil Law

- Legislative Proposals for Validity System of Juristic Acts in General Provisions of Civil Law ... *Wang Yi* ( 171 )

### Comments on Legislation and Jurisdiction

- Legal Boundary for Unjustified IP Warning Letter ..... *Liu Wei* ( 182 )  
Research on the Necessity of Judicial Practice to the Legislative Perfection in China: From the Perspective  
of Relationship between Judicial Practice and Legislative Perfection ..... *Liu Zhongyi* ( 192 )

# 格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法 学建构:理论与方法

舒国滢\*

**摘要:**格奥尔格·弗里德里希·普赫塔在德国历史法学派的理论阵营中属于“罗马派”,他提出“习惯法”、“制定法”和“科学法”三种法源的理论,认为科学法乃历史学派所开创的法源理论之“拱顶石”。在他看来,科学法不过是“纯粹逻辑演绎的结果”,一种法学家自己学说的直白记述而已,它可以采取一种独特的“概念的谱系”方法来获得。此外,普赫塔于1838年出版的《学说汇纂教科书》中发展出“一种学说汇纂学的法教义学”,对于19世纪中后期的“学说汇纂学派”之学说的形成具有一定的影响。

**关键词:**科学法 历史法学派 罗马法 学说汇纂 普赫塔

在19世纪德国法学发展的过程中,德国历史法学派的崛起乃是一个重要的现象。众所周知,历史法学派的形成与弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861)个人的活动有直接的关联。除此之外,还有一位重要的人物,他就是被誉为“历史学派第二首脑”(zweites Haupt der historischen Schule)<sup>[1]</sup>的格奥尔格·弗里德里希·普赫塔(Georg Friedrich Puchta, 1798-1846)。普赫塔的法學思想涉猎广泛、内容庞杂,而汉语学界对此却一直鲜有专门的研究。本文试图从普赫塔众多的著作中采撷其中较有影响力的理论部分,重点阐述其法学建构的理论和方法。

## 一、德国历史法学派的理论阵营

我们要研究格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的学说,首先应大体了解一下德国历史法学派的理论阵营。

“历史法学派”的建立是以《历史法学杂志》(Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft)的创刊为标志的。1815年夏季,为阐明历史法学派的宗旨并致力于历史法学的研究,时任柏林大学罗马法教授的弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼、法律史教授卡尔·弗里德里希·艾希霍恩(Karl Friedrich Eichhorn, 1781-1854)以及约翰·弗里德里希·路德维希·戈申(Johann Friedrich Ludwig Göschen, 1778-1837)三人共同创办了学派“机关刊物”——《历史法学杂志》。在该杂志的创刊号(第1期)的“发

---

\* “2011计划”司法文明协同创新中心成员,中国政法大学教授。本文系作者承担的北京市社会科学基金重大项目“法学成长中的方法与知识谱系”(项目编号:14ZDA07)的阶段性成果。

[1] Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, S. 154.

刊词”——《关于本刊之目的》(Ueber den Zweck dieser Zeitschrift)中,<sup>[2]</sup>萨维尼把法学家的学术阵营分为具有“根本差异”的两个学派:一个是“历史学派”(die geschichtliche Schule);另一个被笼统地称为“非历史学派”(die ungeschichtliche Schule)。<sup>[3]</sup>他自己及其他刊物编者属于前者,而18世纪末、19世纪初形成的其他学派(比如,沃尔夫学派、优雅学派、哥廷根学派、历史-哲理学派)则统统属于后者。<sup>[4]</sup>故此,随着《历史法学杂志》的创刊,历史法学派实际上宣告成立。

在历史法学派的发展过程中,尽管其成员认同和坚持学派的基本立场和观点(比如,“法形成于民族精神”),但他们在学问志趣、研究方向,乃至价值理念上尚存有较大的差别:一些人把作业的重心放在罗马法的研究上,试图从中开发出德国法学知识的生长之点;而另一些人则对“罗马法在德国的合法性”(die Berechtigung des römischen Rechts in Deutschland)产生疑问,<sup>[5]</sup>于是他们把注意力放在日耳曼(或德意志)法律传统之整理、耙梳上,以期建立真正的具有德意志民族特性的法学。

这样,历史法学派内部实际上就形成了两个支派:一个被称为“罗马派”(Romanistik),另一个被称作“日耳曼派”(Germanistik)。

“罗马派”的代表人物首先就是萨维尼本人,在萨维尼之后,则有1842年接替萨维尼在柏林大学教席的格奥尔格·弗里德里希·普赫塔以及先后在巴塞尔(1845年)、罗斯托克(1846-1849年)、基尔(1849-1852年)、吉森(1852-1868年)、维也纳(1868-1872年)、哥廷根(1872-1892年)等大学担任教授的鲁道夫·冯·耶林(Rudolf von Jhering, 1818-1892)等。

“日耳曼派”的奠基人即为卡尔·弗里德里希·艾希霍恩,尽管他与萨维尼共同创办历史法学派的机关刊物《历史法学杂志》,但他在学问志趣上并未完全受到萨维尼影响,甚至反对萨维尼的浪漫主义“民族”思想(der romantische „Volks“-Gedanken),而更多地追随“哥廷根学派”(die Göttinger Schule)<sup>[6]</sup>之实用主义的历史理解方法来研究德意志国家-法律史和德意志私法,并于1815年发表了历史法学派的另一篇纲领性文章——《论德国法的历史研究》(Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts, 1815),为历史法学派的日耳曼支派的研究奠定了基础。<sup>[7]</sup>

“日耳曼派”以艾希霍恩为榜样致力于研究法律中的日耳曼-德意志的文化因素,思考“纯粹的”

[2] Siehe F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn, J. F. L. Göschen (Hrsg.), Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1., Nicolaische Buchhandlung, Berlin, 1815, „Inhalt“.

[3] Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1., 1815, S. 2.

[4] 对于萨维尼的创刊词,特别是有关“历史学派”和“非历史学派”的划分,蒂堡表示不满,曾经撰文予以回应,说这一划分完全是“胡闹”(Unwesen)(Siehe Thibaut, Besprechung des Einleitungsaufsatzes aus der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, in: Heidelberger Jahrbücher der Literatur, 1815, Nr. 42, SS. 657-661; ders., Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule, in: Archiv für civilistische Praxis, 21. Bd., 3. Heft, Mohr, Heidelberg, 1838, SS. 187-199)。

[5] Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht; nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, Ferdinand Schöningh, München, 1983, S. 103 (汉译,参见[德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第100页)。

[6] 有关哥廷根学派以及哥廷根法学派,参见舒国滢:“德国十八九世纪之交的法学历史主义转向——以哥廷根法学派为考察的重点”,《中国政法大学学报》2015年第1期,第32-40页。

[7] Siehe Eichhorn, Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1., 1815, SS. 124-146; Hans Thieme, Savigny und das Deutsche Recht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung, Bd. 80, 1963, S. 7; Gerd Kleinheyer, Jan Schröder (Hrsg.), Deutsche Juristen aus neun Jahrhunderten: eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 3., neubearbeitete und erw. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, S. 121 (汉译,参见[德]格尔德·克莱因海尔·扬·施罗德主编:《九百年德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第127页); Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1996, S. 403 (汉译,参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第389页)。

德意志法,即“自称源头是德意志的、未受共同法影响的法”,其目标是在科学的基础上以与共同法相竞争的方式“重构”所谓的“德意志共同私法”(Gemeines deutsches Privatrecht)。<sup>[8]</sup>

艾希霍恩之后,“日耳曼派”的代表人物主要有雅科布·格林(Jacob Grimm, 1785 - 1863)、<sup>[9]</sup>格奥尔格·贝塞勒(Georg Beseler, 1809 - 1888)和奥托·冯·基尔克(Otto von Gierke, 一译“祁克”, 1841 - 1921)等人。格林虽为萨维尼在马尔堡大学任教时的学生,且终身在人格上追随萨维尼,但他并未承继其师的学业,而专注于日耳曼和德意志法律古文献的研究,他本人并不承认罗马法与日耳曼法(德意志法)之间的对立,不主张在生效的德国法中排除罗马法因素;<sup>[10]</sup>贝塞勒声称自己是萨维尼的追随者,认为自己的思想“由萨维尼的基本观点引出”,<sup>[11]</sup>并尝试将萨维尼的理论在民族主义的基础上进行重新架构,却批评萨维尼的理论忽略“从民众生活的自然基础中生发而来”的民众法(Volkrecht, 英文 people's law, 一译“部族法”或“民族法”),指责罗马法在德国的继受乃“国族的不幸”(Nationalunglück),<sup>[12]</sup>称罗马法为“外来”、“异域”之法(das fremde, welsche Recht),因而必须推翻其“极不适当的”主导地位,由民族精神的浪漫主义转向国族民主主义的要求,为日耳曼派反对罗马派的立场提供了充分的理由;基尔克是19世纪后期历史法学派之日耳曼派的代表,认为罗马法只能给予德意志法以形式,而附着在形式上的精神是德意志“祖先的法的精神”;他赞同贝塞勒的观点,从早期日耳曼法中推导出“私法的社会责任”的观点,批评罗马个人主义的私法理论,呼唤日耳曼民族在“统一”与“自由”两种思想之间进行调和。<sup>[13]</sup>

不仅如此,日耳曼支派的法学家们[比如,图宾根大学教授奥古斯特·路德维希·莱舍尔(August Ludwig Reyscher, 1802 - 1880)、布雷斯劳大学教授威廉·爱德华·维尔达(Wilhelm Eduard Wilda, 1800 - 1856)等人]并不满足于仅仅作为历史法学派的分支,认为萨维尼的《历史法学杂志》不能完全代表他们的心声,针对“法学之日耳曼派和罗马派间的争斗”,遂于1839年专门创办自己的机关刊物《德意志法和德意志法学杂志》(Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft),其宗旨

[8] Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, SS. 156 - 157.

[9] 雅科布·格林是萨维尼的学生,后来成为德国著名童话作家、语言学家、法学家,著有《家庭和儿童童话集》(即《格林童话》)、《德语语法》、《论法之诗》、《德意志法律古董》和《德语大辞典》等(参见舒国滢:《在法律的边缘》,中国法制出版社2000年版,第197 - 207页)。

[10] Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht; nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, SS. 93 - 94 (汉译,参见[德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第89 - 91页)。

[11] Georg Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Weidmann'sche Buchhandlung, Leipzig, 1843, S. 58.

[12] Georg Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, S. 42.

[13] Gerd Kleinheyer, Jan Schröder, Deutsche Juristen aus neun Jahrhunderten: eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, SS. 52 - 55, 146 - 151, 168 - 171 (汉译,见格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》,第54 - 59页,第151 - 156页,第172 - 175页); Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, SS. 403 - 410 (汉译,见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》[下],第389 - 395页)。

在于参与“建立一种祖国的法学”(eine vaterländische Rechtswissenschaft)。<sup>[14]</sup> 1846年,日耳曼支派的法学家联合日耳曼历史学家、语言学家和文献学家在法兰克福召开第一届“日耳曼学者大会”(Germanistentag/Germanistenversammlungen,雅科布·格林被推举为该会主席),他们致力于推动“本民族的风俗和习惯具有法律效力”,“排除外来的罗马法”,在本民族基础上,在绝对的学术体系之理想的引导下,努力通过学术性概念构建一套封闭的德意志私法体系,实现“德意志民族的德国法”之目标,并且将(本民族的)法典编纂[即“统一的德意志立法”(eine einheitliche deutsche Gesetzgebung)]作为赢得“立法战争”(das Schwert der Gesetzgebung)的手段。<sup>[15]</sup>

不过,正如人们后来所知道的,对德国的整个法学乃至法律制度造成更为深远影响的,并不是历史法学派的日耳曼支派,而是其罗马派。与日耳曼派不同,<sup>[16]</sup> 罗马派的法学家们之工作架构和目标在于“通过经验-历史的罗马法媒介更新现行法的科学性”,<sup>[17]</sup> 所以,在此方面,他们最初并不在传统的日耳曼-德意志古法[即罗马法继受前的日耳曼-德意志古法(习惯法)],而是在罗马法(包括中

[14] Siehe Horst Heinrich Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, SS. 77, 79 (汉译,参见[德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第72、75页)。不过,到了19世纪中叶,无论日耳曼派还是罗马派法学家均无力单独把握罗马法的继受及其后的私法发展,两派学者认识到跨学科合作的必要性,于1861年(萨维尼于斯年去世)共同创办《法律史杂志》(Zeitschrift für Rechtsgeschichte),力图将《历史法学杂志》和《德意志法和德意志法学杂志》结合在一起,1880年成立萨维尼基金会(die Savigny-Stiftung),负责该刊物的编辑出版,刊物更名为《萨维尼基金会法律史杂志》(Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,简称ZRG),分为“罗马分部”(die Romanistische Abteilung,简称RA)和“日耳曼分部”(die Germanistische Abteilung,简称GA),到1911年,又分出“教会分部”(die Kanonistische Abteilung,简称KA),实际上形成一个刊物有三份独立年刊的形式。无论如何,自从1861年后,该刊已经没有了萨维尼当年所宣示的历史学派纲领的机关刊物的性质,而变成了一份真正的研究法律史的专业杂志,它旨在促进“对不同民族法律领域”的科学研究,“尤其是那些既涉及罗马法和各种不同的日耳曼法自身、又涉及它们相互之间关系的研究”( [Georg] Bruns, *Die Savigny-Stiftung*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte [ZRG]*, Romanistische Abteilung [RA], Bd. 1, 1880, SS. III-XX)。

[15] Reinhard Zimmermann, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, in: Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel und Peter Meincke (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, SS. 14-15 (汉译,参见[德]莱因哈德·齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统》,常鹏翱译,北京大学出版社2009年版,第23页); Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, S. 411 (汉译,参见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,第395-396页); Horst Heinrich Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, SS. 93-95, 105 (汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,第89-91页,第103页)。因此,与罗马派法学家不同,日耳曼派法学家则把注意力主要集中在继受前的那个时代的“日耳曼”法(das „germanische“ Recht),但他们相对忽略欧洲大陆日耳曼各部族法(与古代末期的罗马“粗俗”法之间)复杂的混合性(Reinhard Zimmermann, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, S. 15 [汉译,参见莱因哈德·齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统》,第23-24页])。

[16] 早期日耳曼学派的法学家们并没有给德国带来多少新鲜的法学理论,实际上,正如他们所承认的,当时的德国法学被罗马派统治,而自己这一派的学人却面临着“德意志法的贫乏”之困境(Horst Heinrich Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, S. 80 [汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,第75页]);不过,后期日耳曼派在商法(Handelsrecht)、社团法(Verbandsrecht)、不动产法(Liegenschaftsrecht)以及有关共有与信托理论(die Gesamthands- und Treuhandlehre)的教义学建构中亦曾发挥过独特的作用,有些学者在法律史层面研究了东日耳曼人的继承法、北日耳曼人的债法以及盎格鲁萨克逊的法律(Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, SS. 422-423 [汉译,见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,第407-408页])。

[17] 比如,萨维尼就认为,罗马法作为“罗马法学家的法”(Recht der römischen Juristen)或“一种共同的习惯法”(ein allgemeines Gewohnheitsrecht)一开始就具有“科学的性质”(eine wissenschaftliche Natur),德国已经接受了“新的生活关系”,而罗马法很“适合”这种新的关系(F. C. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1., SS. 78-79)。

世纪继受的罗马法<sup>[18]</sup>)中寻找“既定的素材”[他们认为,传统的日耳曼-德意志古法(作为民众的习惯法)所能提供给学术研究的素材极为有限,这样,他们宁可去研究和整理罗马法],从罗马法学家卓越的法技术(Rechtstechnik)里获取法律论证的技艺。当然,罗马派法学家们的知识兴趣并非完全属于(罗马)法律史的,<sup>[19]</sup>毋宁说,哪怕研究罗马法史,他们的着眼点仍然不过是从现代德国法的建构工作,从现代法学的视角评价罗马法,将罗马法的历史知识用来服务于现行法,其任务在于发现和确定现行德国法中的“罗马源头”(Römischer Ursprung),在这个范围内,从德意志民族的“法意识的罗马法元素”(die römischen Elemente des Rechtsbewußtseins)中剔除那些“不再重要”或“仅仅因为我们的误解而延续着某种具有阻碍性虚假生命”的元素,以便为那些“依然具有生命力的”罗马法元素之发展与作用获得更为自由的空间。

因此,我们看到,罗马派法学家们的理论雄心首先在于构建一种新的法教义学,即形成实在法(特别是实在私法)的教义学,这种法教义学的使命在于“技术-建构式地(或概念-体系式地)处理有效法”,或者说,“科学、完整地探查实在法素材,并且通过概念来逻辑地把握这些素材”,<sup>[20]</sup>而非历史研究本身。<sup>[21]</sup>

当然,建构新的法教义学,本身并非像当时的法学家们(无论罗马派法学家、还是日耳曼派法学家)想象的那么简单,其中扭结着极为复杂的法学问题和理论争议。比如,构建法教义学时的素材选择,“民众法”(直接的习惯法)与“法学家法”、“非科学法”(das unwissenschaftliche Recht)与“科学法”(das wissenschaftliche Recht)、“本族法”(eigenes Recht)与“异族(外来)法”(fremdes Recht)的对立,法的“外行理解”(Laienverständnis)与“内行理解”(Sachverstand)之间的矛盾,那种“整个远离民众意识、最终由那些……将毕生精力奉献于自己的(学术)研究的人掌握”的法(贝塞勒语)之约束力问题,等等。<sup>[22]</sup>

历史法学派的法学家们(尤其是罗马派法学家)必须在这些重大而复杂的法学问题和理论争议中选择自己的理论立场、进路和方法论,并给出自己的问题解答,通过自己的专业工作消除罗马法与德

[18] 相对于欧洲其他地区(特别是意大利和法国),德国对罗马法的继受时间滞后,其法学起步也较晚。1495年,德国设立了帝国宫廷法院(Reichskammergericht),作为帝国最高法院。法院中法官依“共同法”裁判案件,于是作为“共同法”主要内容的罗马法,在德国取得了越来越重要的地位。大体上,北德在15世纪末,南德在16世纪中开始并逐渐完成罗马法的第一次继受过程,《国法大全》中的《学说汇纂》成为德意志私法的主要成分。这也是德国法学家习惯上把德意志地区所继受的具有“罗马源头的”私法称为“学说汇纂”(潘德克顿)的原因。借用温德莎伊德的话语,它们可称为“德国的罗马法”(Siehe Bernhard Windscheid, Das römische Recht in Deutschland, in: Wissenschaftliche Vorträge gehalten zu München im Winter 1858, Braunschweig, 1858)。

[19] 对于这一点,耶林在其名著《罗马法的精神》第1册第4版“前言”中曾给予明确的说明:“我关注的焦点不是罗马法,而是法,只不过我是在罗马法上进行研究与阐释。换言之,我的任务相对属于法哲学与教义学的,而不属于法律史的范围。”(Rudolf von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I., 4. Aufl., Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1878, S. IX)

[20] Werner Krawietz, Zur Einleitung: Juristische Konstruktion, Kritik und Krise Dogmatischer Rechtswissenschaft, in: Werner Krawietz (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, SS. 3, 6-7.

[21] 其实,通过萨维尼的观点,我们知道,罗马派法学家们所追求的所谓法学研究是历史性和体系性的综合,但19世纪中叶之后,法律史与法教义学工作开始走向分离。比如,当时有学者指出:法学因历史法学派而退化成为一种历史法学,历史法学派学者只是语文学家或“古董商”。仅仅关注历史上的法学观点会阻碍法学的发展。法学要发展,完全可以发展自己的观点。一定不能让法学继续作为一门历史的、过时的法学而存在(Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, SS. 18, 27 [汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,第10-11页,第20页])。

[22] Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, SS. 90-91 (汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,第86-87页)。

意志法之间的隔阂(对于德意志法而言,罗马法是敌人还是朋友?<sup>[23]</sup>),使“罗马法在它自己的基础上超越自己”,进而实现“使罗马法德国化”和“罗马法的现代化”(Modernisierung des römischen Rechts)。<sup>[24]</sup>

## 二、普赫塔学说的基础:法源论

有了历史法学派理论阵营及其争点的勾勒,我们大致上具备了宏观把握格奥尔格·弗里德里希·普赫塔学术思想之基本脉络和框架的基础。此处,我们先了解一下他的生平和著作。

普赫塔于1798年出身在德国纽伦堡附近卡多尔兹堡(Cadolzburg)的一位有名的法官家庭[其父名字为沃尔夫冈·海因里希·普赫塔(Wolfgang Heinrich Puchta, 1769-1843),巴伐利亚安斯巴赫(Ansbach)的一位法官],1811-1816年在素有“古典人文主义”传统的纽伦堡文科中学(当时,该校的校长即后来成名的哲学家黑格尔<sup>[25]</sup>)接受教育,1816年在埃尔朗根大学学习法律,此间聆听过从他处转任该校哲学教授的谢林之普通哲学课程(比如,Intia universae philosophiae),1820年获得法学博士学位,1823年起,先后在埃尔朗根大学(1823-1828年)、慕尼黑大学(1828-1835年)、马尔堡大学(1835-1837年)、莱比锡大学(1837-1842年)任教,1842年应萨维尼邀请到柏林大学担任罗马法教授,同时兼任立法大臣,1845年任普鲁士枢密院成员,1846年1月8日因“在一次访问途中(1845年12月29日)突感不适”而去世。普赫塔一生著有《法学百科与方法论讲义纲要》(Grundriß zu Vorlesung über juristische Encyclopädie und Methodologie, 1822)、《习惯法》2卷本(Das Gewohnheitsrecht, 1828-1837)、《学说汇纂教科书》(Lehrbuch der Pandekten, 1838)、《法学阶梯教程》3卷本(Cursus der Institutionen, 1841-1847)、《民法论文集》(Georg Friedrich Puchta's Kleine civilistische Schriften, 1851)等著作。<sup>[26]</sup>

普赫塔一生也致力于“使罗马法德国化”和“罗马法的现代化”的理论构建工作。其学说的基础在于他提出了较为系统的法源论。普赫塔认同萨维尼在1814年秋所发表的“学派性著作”——《论立法与法学的当代使命》中所确立的历史法学派纲领,继承萨维尼所主张的“法产生于民族的意识”的观点,承认有三种法源,即“直接的民族信念”、“立法”和“科学”,相应地,在他看来,法律可以分为“习惯

[23] Bernhard Windscheid, Das römische Recht in Deutschland, in: Wissenschaftliche Vorträge gehalten zu München im Winter 1858, Braunschweig, 1858, S. 43.

[24] Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, S. 105 (汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,第102页); Gerd Kleinheyer, Jan Schröder, Deutsche Juristen aus neun Jahrhunderten: eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, SS. 443-445 (汉译,见格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编:《九百年德意志及欧洲法学家》,第452-453页)。

[25] 但这绝不意味着普赫塔后来的法学(特别是其法哲学)深受黑格尔思想的影响,恰恰相反,他甚至在一定程度上拒绝黑格尔的某些哲学概念(比如有关“自由”的概念)(Siehe Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, Böhlau Verlag, Köln/Weimar, 2004, S. 31)。

[26] Christoph-Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, V&R unipress, Göttingen, 2009, SS. 58-59, 84 ff., 124 ff.; Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, Böhlau Verlag, Köln/Weimar, 2004, SS. 21-23; Johann August Ritter von Eisenhart, Georg Puchta, in: Allgemeine Deutsche Biographie (ADB), Bd. 26, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1888, SS. 685-687; Peter Landau, Georg Friedrich Puchta, in: Neue Deutsche Biographie (NDB), Bd. 20, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin 2001, SS. 757-759; Paolo Becchi, German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, The Historicisms, and “Conceptual Jurisprudence”, in A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900, at 218 (Damiano Canale, Paolo Grossi & Hasso Hofmann eds., Springer Science + Business Media B. V., Dordrecht, 2009).

法”(Gewohnheitsrecht)、“制定法”(gesetzliches Recht)和“科学法”(Recht der Wissenschaft)三种。<sup>[27]</sup>习惯法是来源于直接民族的意识,并在民族的习俗(惯习、习惯)中表现出来的法,乃“直接的民族信念”的体现;<sup>[28]</sup>制定法又称“颁行法”(promulgirtes Recht),是根据立法权力之符合体制的表达并加以公布的意志而形成的法,此时,立法机关作为民族精神的代表而存在(立法者没有与民族精神或法学家相对立的“独特法律意识”);<sup>[29]</sup>科学法是一个民族在进步的时代通过科学活动(die Tätigkeit der Wissenschaft)或科学技术工作而形成的法,它是“科学演绎的产物”(Produkt einer wissenschaftlichen Deduktion),即通过科学活动基于其原理(Prinzipien)还原而得,不单单是由作为民族精神之代表机关(Organe des Volkessesgeists)的法学家加以表述的,不过,因为它通常通过整个民族之一部分法学家之活动而得以彰显,故而又被称为“法学家法”(Juristenrecht),此法主要存乎于法学家的意识之中,并为法学家所拥有。<sup>[30]</sup>在许多案件中,法官可能会舍弃现实的民族信念和立法,转而利用科学法,即从现行法的原理中推断出有待适用的法条(该类法条建立于内在根据之上,以科学真理所赋予的权威为基础,科学真理是其有效性的条件);此时,科学法就成为一个补充性的法源,就此而言,它也可被称作“实务法”(das Recht der Praxis),即在法院有效的法。<sup>[31]</sup>

### 三、普赫塔的“科学法”思想

在普赫塔看来,现代法律形成的过程中,法学活动是至关重要的因素,因此,科学法日益成为所有法律中最为重要的部分(科学不仅支配着立法,而且支配着法院实务)。正因为如此,在普赫塔看来,科学法乃历史学派所开创的法源理论之“拱顶石”(Schlußstein)。<sup>[32]</sup>

不过,若要从知识论上把握普赫塔有关科学法的思想,我们还必须研究普赫塔所提出的所谓“双重法学家法学说”(Lehre vom doppelten Juristenrecht)。<sup>[33]</sup>尽管普赫塔的法源理论受到萨维尼在1814年的论战小册子《论立法与法学的当代使命》中提出的法律之“双重生命”(“政治要素”和“技术要

[27] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Aufl., Nach dem Tode des Verfassers besorgt von A. F. Rudorff, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1863, S. 19; ders., Cursus der Institutionen, Bd. 1., Siebente neu vermehrte Auflage. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von Adolf Friedrich Rudorff, Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1871, S. 26 f.

[28] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Aufl., SS. 20 – 24; ders., Cursus der Institutionen, Bd. 1., SS. 27 – 28. 欧根·埃利希认为,(普赫塔和萨维尼等人)把习惯法建立在其拘束力的“普遍的法律确信”(或“直接的民族信念”)之上,那么鉴于国法理论,这个学说仅仅意味着要有一个特殊的先决条件,即“任何一种法均出自国家,国家在特定的先决条件下(其中就包括普遍的法律确信存在这个条件)也允许国家以外的法存在”(参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第519页)。

[29] G. F. Puchta, Pandekten, SS. 24 – 28; ders., Cursus der Institutionen, Bd. 1., SS. 29 – 31; ders., Das Gewohnheitsrecht, I., Johann Jacob Palm, Erlangen, 1828, S. 146.

[30] G. F. Puchta, Pandekten, SS. 29 – 30; ders., Cursus der Institutionen, Bd. 1., SS. 32 – 33; Christoph – Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, S. 397.

[31] G. F. Puchta, Pandekten, SS. 29 – 30; Hans – Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004, S. 141.

[32] Christoph – Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, S. 387 ff.

[33] Christoph – Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, S. 392.

素”)思想的影响,<sup>[34]</sup>但他并不赞同萨维尼将习惯法和法学家法完全混同的说法。在他看来,法学家有双重职能(doppelte Funktion),即从事著述(学术研究)活动和从事实践(实务)活动;<sup>[35]</sup>相应地,法学家对法也有“双重影响”(eines doppelten Einflusses):一方面是对习惯法的影响,另一方面是对科学法的影响。<sup>[36]</sup>故此,法学家法就有两面,同时包含两种成分,必须加以区分:法学家乃民族和民族精神之代表,他们对民族的习惯法有直觉代表的一面(相对于科学法而言,习惯法是“不能基于内在理由演绎得出的”法<sup>[37]</sup>),通过“自然的”法律知识来获得之,这是法学家法的“自然”成分;<sup>[38]</sup>不过,法学家的这种代表者地位只是法学家法的一个方面,习惯和习惯法不仅仅应当成为(法学家)知识的来源,而且还应当是法条的科学真理。这样,法学家法就需要一种(纯粹的习惯难以证成的)合乎技艺的程序(eines kunstgerechten Verfahrens),法学家通过自己的活动来为习惯法提供支持(或一种“外在的权威”),并且通过“有意识的科学程序”来创制新的法条,这是法学家法所包含的科学成分,其体现的是法学家法之“技艺-认知科学”的一面(这一面是科学活动,而不是民众活动)。所以,必须将两种法学家法区别开来:一种是作为“真正的习惯法”、仅仅因为法学家之“国族法律意识”的代表地位而有效的法学家法,即“法学家-习惯法”(Juristen-Gewohnheitsrecht);<sup>[39]</sup>另一种是作为上述第三种法源、

[34] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼在其所著的《论立法与法学的当代使命》第2部分中指出,法律具有双重生命(ein doppeltes Leben),一是作为整个民族生命的一部分,可以称之为“政治要素”(das politische Element),一是作为“掌握在法学家之手的独特科学”,即具有“独特的科学生命”,可以称之为“技术要素”。所有后继的现象均可以从法律的这双重生命原理(doppeltes Lebenprinzip)中得以解释(Siehe F. C. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814, S. 7. 汉译,参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,法制出版社2001年11月版,第10页)。萨维尼在1840年出版的《当代罗马法体系》第1卷第2章第14节中再次指出,法具有双重生命:它依其基本特征继续存活于民族的共同意识当中,而更为精确的发展和具体应用则是法学家阶层(Juristenstand)的特殊使命(Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1., Veit und Comp., Berlin, 1840, S. 45. 汉译,参见[德]萨维尼:《当代罗马法体系》(I),朱虎译,中国法制出版社2010年版,第41页)。按照当代学者的理解,法的技术要素属于科学的范畴(Siehe Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, Ferdinand Schöningh, München, 1983, S. 116. 汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第112页)。关于萨维尼的“法的双重要素”或“双重生命”学说,也可参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年3月版,第455页。

[35] Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, S. 394. 需要指出的是,萨维尼在1840年出版的《当代罗马法体系》第1卷第14节有关科学法的论述,基本上接受了普赫塔的思想,比如,萨维尼在自己的著作中将普赫塔有关法学家“双重职能”(doppelte Funktion)的概念改造成为法学家阶层的“双重作用”(eine zwifache Wirksamkeit)。其中,一个是“实质上的作用”(eine materielle Wirksamkeit),即代表整个民族所进行的民众法(部族法)的活动;另一个是“形式上的作用”(eine formelle Wirksamkeit),即以纯粹科学的方式生产(新)法的活动(Siehe F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1., § 14, S. 46)。

[36] Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, S. 399.

[37] G. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, II., Johann Jacob Palm, Erlangen, 1837, S. 17; Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500 - 1850), Verlag C. H. Beck, München, 2001, S. 197.

[38] 其实,法学家代表民族和民族精神之问题较为复杂,是不是法学家在任何时候都与民族和民族精神相一致呢?这个问题就不能简单作答,比如,在历史上,恰恰是德国法学家而非德国普通民众接受了罗马法,不能简单地说法学家接受了罗马法就当然代表了德国民族的法意识(Siehe Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, S. 105 [汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,第102页])。

[39] 普赫塔认为,在理论家和实务家那里存在着一种“实务的双重性质”(eine doppelte Art von Praxis):它既以科学演绎的法条为基础,但也表现为法律专家的“国族法律意识”,因此包含着习惯法,通过法学家,法的续造也以习惯法规则为基础(G. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, II., SS. 17, 21, 43)。不过,此时的习惯法不再是“民众法(部族法)”,而是“法学家法”(Siehe Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule [1500 - 1850], S. 208)。

基于“内在理由”推演出来的“科学的”法学家法(das „wissenschaftliche“ Juristenrecht),即科学法。<sup>[40]</sup>“科学的”法学家法(科学法)不是习惯法,并非像习惯法那样是直接由民族创造的,其权威性立足于以下三点:一是现行法的合理性;二是由现行法所引导出的原则的真理性;三是构成这些原则的结论之正确性。<sup>[41]</sup>故此,无论从事理论(或学术)的法学家、还是从事实(或实务)的法学家都必须作为民族的代表根据所谓的科学“演绎”来建构法条,<sup>[42]</sup>他们的工作实际上简化为一种“赤裸的思维法则”(die kahlen Gesetze des Denkens)活动;此时的法学家法(科学法)不过是“纯粹逻辑演绎的结果”,一种法学家自己学说的直白记述而已。<sup>[43]</sup>此时的所谓科学“演绎”不过是指基于法律原则、在公认的标准[“事物的性质”(die Natur der Sache)、“法学推论”(die juristische Konsequenz)和“类推”(die Analogie)]之观察下推导出法条。<sup>[44]</sup>

科学法揭示了法的一个面向,即在“理性”中寻求法的内在根据(内在权威的面向)或者法的逻辑-体系性质:在普赫塔看来,法不仅是意志的产物,而且也是来自抽象推导之概念的产物。<sup>[45]</sup>相应地,法学不仅仅在于研究所谓“法学家们的一致意见”(die übereinstimmende Meinung der Juristen)或法学家们的“通说”(“博士们的共同意见”),而更重要的在于研究一种“建立在科学根据之上的意见”(eine „auf wissenschaftlichen Gründen beruhende Meinung“),<sup>[46]</sup>它不纯粹是“继受性的”(rezeptiv),也不仅仅是解释制定法和习惯法,而像任何其他科学一样,法学具有“生产性”(Produktivität),负有“一种生产性使命”(eine produktive Aufgabe,如上所述,科学本身是一种法源)。<sup>[47]</sup>基于这种理由,普赫塔认为,强调科学法与法学家-习惯法的区别是很重要的,因为科学法完全以科学上的“真理”(以及科学上的“谬误”)标准行事,而一个法条(法律命题)“只有通过其科学真理”才能够“具有(法效论上的)权威性”。<sup>[48]</sup>那么,完成了此项使命,建立于“内在”权威性基础上的科学“真理”即可从“现行法的合理性”(die Vernunftmäßigkeit des bestehenden Rechts)中产生。

[40] G. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, I., Johann Jacob Palm, Erlangen, 1828, SS. 147, 165 - 166; Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 393, 397; Hans - Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, SS. 188 - 190, 371 ff.

[41] G. F. Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Hrsg. von Adolf Friedrich August Rudorff, Bd. 1, 6. Aufl., Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1873, S. 42f.; Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, SS. 72 - 73. 参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第506页。

[42] 在此意义上,“法条”(Rechtssätze)乃通过“法之科学处理”(die wissenschaftliche Behandlung des Rechts)或法学家们的“理论工作”(die theoretische Arbeit)才得以出现的(*Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*[1500 - 1850], S. 199)。在普赫塔看来,德国继受的“罗马共同法”(das gemeine römische Recht)主要是以法学家法的形式存在的(1837年之后,他又把它看作是制定法),故此,从事科学工作的法官或学者必须尽可能地考量它的“实践需求”以及与体系原则的协调性,不过,在罗马法的“精神”上总是存在着一种法之续造(漏洞填补以及科学法的构建)的潜在手段(*Hans - Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, SS. 448 - 449)。

[43] Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 393 - 394.

[44] Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, S. 86.

[45] Hans - Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, S. 194.

[46] 这是因为,法学的标准是真理,而不是像在习惯法的场合,其标准乃“民族(法学家)的信念和习惯”(Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule* [1500 - 1850], S. 196)。

[47] 按照19世纪德国法学家(比如,鲁道夫·冯·耶林)的理解,所谓“生产性法学”(die „produktive Jurisprudenz“)不再满足于“讲述性阐释方式”(die erzählende Darstellungsweise),而是推进法学概念的表达(*Horst - Eberhard Henke, Wie tot ist die Begriffsjurisprudenz?*, in: Werner Krawietz (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, S. 390)。普赫塔也强调法学是一种生产性活动,认为它的“生产性”仅仅在于它揭示了既有法的内容,而不在于它创制了新法(参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第510页)。

[48] Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 418 - 419.

在这一点上,普赫塔与萨维尼相同,不是从先验哲学出发建构法律的“先验体系”(eine „apriorische Systematik“),而是直接根据实在法(制定法及习惯法)的内容来构建法学的自治性和科学性,使现行法的法学(die Jurisprudenz des geltenden Rechts)有资格成为法律科学(Rechtswissenschaft)。<sup>[49]</sup>

若进一步了解普赫塔的上述想法,我们在此有必要简单阐释其有关法哲学的论述,因为在他看来,法(实在法)作为“活的有机体”(ein „lebendiger Organismus“)既可以是“特殊科学”(即法学)的对象,也可以是“一般科学”(即哲学)的对象。<sup>[50]</sup>他认为真正的法学有体系性的一面,也有历史性的一面,同样,作为法学之先决条件的法哲学亦有两方面的使命:一个是体系性的,另一个是历史性的。<sup>[51]</sup>法哲学的体系性使命涉及法的概念,即法哲学必须在体系性方面为“法的概念生成”(die begriffliche Genese des Rechts)作出阐释和说明,把法律理解为内在的自我完善的体系;<sup>[52]</sup>法哲学的历史性使命关涉“人类精神整体中的法的历史”,即它把法理解为“一个更高的有机体(世界有机体, Weltorganismus)的一部分”,将法的历史置于人类精神整体中加以探究,通过人类历史考察法的开端、发展乃至其最终的完善。<sup>[53]</sup>由于当代法还不可能达到这种完善的程度,真正的哲学家还必须像历史学家那样做一个观察者,基于普遍的世界法律史去考察“法概念在各民族历史上的展现”(Entfaltung des Rechtsbegriffs in der Geschichte,法作为“人类精神的一种创造”,它的展现乃通过各民族之历史推进的过程),在法学的(自我管辖)领域内<sup>[54]</sup>寻找法律的“最终历史根据”(der letzte historische Grund)。<sup>[55]</sup>

[49] Hans - Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, S. 257; Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 439 - 440. 有学者认为,由于普赫塔、萨维尼等人的提倡,在19世纪德国法学史上第一次出现了“一种实证的、针对现行法的法学”,这种新的法学把实在法本身看作是理性的相互关联的整体,即把实在法视为一个无漏洞的内在的“体系”;它从实在法的“法理”(ratio juris,比如“事物的性质”[Natur der Sache])中推导出法的概念和原则,而不借助于自然法的理性原理(Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule [1500 - 1850], SS. 245, 269 - 271)。

[50] 普赫塔认为,应当区分两种法学:一是“实在法学”(eine positive Rechtswissenschaft),另一是“哲理法学”(eine philosophische Rechtswissenschaft),实在法学研究“实际是什么的”法(实际的法——实在的、历史的法),哲理法学研究“应当是什么的”法(该法不是既定的,而是永恒不变的,来源于不变的理性法则,因而也可以称为“自然法”或“理性法”),两者是相互独立、又相互依存,共同构成整个“法的科学”(die ganze „Wissenschaft des Rechts“)。

普赫塔并没有完全回到18世纪的自然法学,而承认法的历史性的一面,把法(实在法)和法的概念的生成发展看作是“一般的有机体”或“世界有机体”的一部分(或者说,法[实在法]是历史之“有机”、“内在关联”、“理性”的产物),因而与人类的整个(精神)历史有关,故此其有关法学的论述部分地受到同时代的德国唯心主义哲学家(尤其是弗里德里希·威廉·约瑟夫·冯·谢林)之哲学观点的影响(Siehe G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 32, SS. 83 - 86; Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 433 - 434, 443 - 444; Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule [1500 - 1850], S. 208)。

[51] 我们从上文的论述中看到,承认法和法学兼有体系性(哲学性)和历史性几乎是18世纪末期以来反沃尔夫体系的法学家们(尤其是历史法学派的法学家)的共同看法(Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule [1500 - 1850], S. 202)。

[52] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 32, SS. 82 - 86; § 33, S. 87 ff.

[53] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 32, SS. 84 - 85.

[54] 在法学领域,法学家们总是把实在法理解为“孤立化”(Isolierung)的,即把当前时代的法看作是那个民族或那个民族的法。与此不同,法哲学则把“各个民族的法”(die Rechte der einzelnen Völker)仅仅看作是整体的“瞬间”(die Momente)和“线索”(Spuren),此时,法学家们原则上把法看作是“孤立的”(isolierte),但又必须看到它们之间是“相互连接的”,其中,某一个民族可以部分地继受其他民族的法(G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 32, S. 86)。

[55] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 8, S. 15 ff.; Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, S. 458.

#### 四、体系思维与普赫塔之“概念的谱系”方法

此处抛开“法概念在各民族历史上的展现”或法概念形成的“历史回答”(historische Antwort)这个话题不谈(事实上,普赫塔的知识兴趣并不是法律史,而是法的理论建构),而重点考察普赫塔有关“法概念体系”(das System der Rechtsbegriffe)的论述,因为这一部分被认为是其学说的独到之处,对后世法学家们的法学(尤其是民法法教义学)影响最大。

如上所述,在普赫塔看来,法是一个活的有机体,它在历史上通过民族精神而产生,建立在一定的法原则(Prinzip des Rechts)基础之上,这些法原则可以将“法条的集合”(die Massen von Rechtssätzen)整理成序,使之成为“法律制度”(Rechtsinstituten),而法不过就是由单个法条的集合整理成序的法制度构成的;<sup>[56]</sup>由此看来,法的每个部分均可按照“体系”联接起来,因为这些部分均为整体的构成要素,而整体不过是“一个在特殊的组织上展现的躯体”(ein in besondere Organe sich entfaltender Körper)。<sup>[57]</sup>所以,在他看来,时代法学的使命在于重视法的逻辑或理性的一面,纯粹形式地处理法律问题,将制度的“有机的”关联通过(抽象的、一般的)概念之“逻辑关联”来加以呈现,旨在实现“通过法学家的法的形式再造”(die formelle Weiterbildung des Rechts durch die Juristen)之正当化。<sup>[58]</sup>

[56] 法可以通过意志表达为一种规定,一种法条;构成一个民族之法的法条可以按照其规定的关系而整合于一定的集合之中,这些按照其规定的关系而整理成序的法条的集合就被称为“法律制度”,例如,我们可以将“所有权”的法条的集合称为一个法律制度(G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 6, S. 11)。普赫塔有关“法律制度”的理解,同萨维尼有关“法律制度”的理解有关,但又有所不同:按照拉伦茨的说法,萨维尼在《论立法与法学的当代使命》认为所有的法最初并非起源于立法,而来自民族的共同信念(民族精神),这种法的起源形式显然不是一个逻辑演绎,而是直接感受和直观,其最初并不涉及规范或“规则”,而只有具体的、同时也是典型的行为方式(即在其法律意义上被认识到的典型的生活关系本身)作为对象,后者由法共同体成员同样以“内在必要性”的意识普遍观察到。这样的生活关系(例如婚姻、家长权、地产所有权、买卖)被想象成(或安排为)法律上有约束的秩序,就是“法律制度”,它成为法发展的起点和基础(Siehe Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 1991, SS. 13-14)。萨维尼在《当代罗马法体系》第1卷第2章第5节有关“法律制度”的论述中进一步指出:所有的法律制度连接成一个体系,它们只有在这个体系的整体关联中才能被完全理解,而法规则(法条)也只有在法制度的直观(die Anschauung des Rechtsinstituts)中才具有更深的基础。简单地说,萨维尼所讲的“法律制度”乃是支配某个“法律关系”之法律上的“原型”(der rechtliche Typus),它具有“有机性”(这种有机性既表现在组成部分之活的关联中,也表现在它的持续发展之中),在法律制度中,一系列法条或法规则才统一起来。故此,在萨维尼看来,法体系不是制定法体系或法律体系,而是法律关系和法制度的关联体(F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1., SS. 9-10)。按照萨维尼[当然也包括弗里德里希·尤里乌斯·施塔耳(Friedrich Julius Stahl, 1802-1861)在1833年的《法哲学》中所坚持]的这种理解,科学活动必须首先指向法律制度[Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850), S. 261]。值得注意的是,欧根·埃利希在《法社会学原理》中曾批评普赫塔以及萨维尼对于法制度和法条之关系的理解:在埃利希看来,法制度的产生和法条的产生是风马牛不相及的两码事。法制度是在社会本身,即“民族意识”中进行的,它外在地体现在行为规则(习俗)之中,而法条则是由法学家(作为著作者、教师或者法官在各自的专业活动中)表述的。普赫塔和萨维尼不是分开讨论这两种现象,而是相继讨论它们两者;他们在根本没有意识到这种差异的情形下,就提出了一种在本质上只适合于法学家法的学说,然后又把这个学说援用至社会中的法律发展。事实上,法制度和法条等问题涉及完全不同的知识领域,把它们混合在一起只能造成混乱(参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第516-517页,第520页)。

[57] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 33, S. 87.

[58] Christoph-Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, S. 457.

所以,“体系”思考在普赫塔的法建构工作中扮演着极其重要的角色,<sup>[59]</sup>他有时称“法乃一理性的存在体”(ein Vernünftiges),认为这种存在体的一面在于“它是一个体系,构成一个属和种的有机体”。<sup>[60]</sup>故此,“法的体系性知识”成为其生前著作探讨的重点。他把法的体系性知识看作是“将法的部分联接起来的内在关联的知识”:这种知识内在地应是完美的,因为诚如上述,法本身就是一个(有机的)“内在的体系”(只有如此认识,才能把握其性质);而且,法的体系性知识能够提供一种将所有的法的部分包含在内的保障,在此意义上,它“外在地”也应是“完美的”。<sup>[61]</sup>

由此,普赫塔认为,要形成法的体系性知识,最为重要的工作在于建构<sup>[62]</sup>法条体系(das System der Rechtssätze)以及作为法条(规则)“思考”因素之关联理解的法概念体系。这是因为,在结构上,所

[59] Hans - Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, S. 257 ff. 所谓体系思考,是指多样性中的统一性之展开,由此作为一个意义的关联体而被认识(Siehe Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 19)。应当看到,体系思考不仅为普赫塔一人所强调和重视,它基本上构成了18世纪末、19世纪中期德国法学家们(比如哥廷根学派,历史-哲理流派,蒂堡,萨维尼等人)的普遍的学术-思想倾向,这些法学家均高度评价科学体系的价值。实际上,“从体系上思考法学”或曰“给法学灌注一个体系”的思想,即所谓“法的体系的思考”,乃自然法学说[尤其是克里斯蒂安·沃尔夫及其在法学界的门徒(丹尼尔·内特布拉德、约阿希姆·格奥尔格·达耶斯等人)的自然法学说,严格地说,这是一种理性主义]的一个产物(遗产)(参见舒国滢:“近代自然科学对法学的影响——以17、18世纪理性主义法学作为考察重点”,载《法学评论》2014年第5期,第21-23页)。但德国历史法学派的法学家的体系思考不能简单地看作是一种“自然法的遗赠”(ein „naturrechtliches Vermächtnis“,关于“体系与概念建构方法”乃“历史法学派最重要的自然法遗赠”的观点, Siehe Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, S. 373. 汉译,参见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,第363页),它实际上不再直接与18世纪的自然法学说发生联系,而试图通过归纳方法、从实在法素材(比如罗马法)中发展法的概念、原则、法条,建构体系[Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500 - 1850), S. 270]。所以,这种体系思考深深地建立在(康德、黑格尔、费希特、谢林等人的)德国唯心主义哲学的基础之上。比如,康德说:“体系的统一性是指普通的知识首次成为科学,即使知识的一个纯粹集合成为一个体系”(Immanuel Kant, Kritik der Reinen Vernunft, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1993, S. 748; 汉译,参见康德:《纯粹理性批判》,邓晓芒译,杨祖陶校,人民出版社2004年版,第628-629页);黑格尔曾经尝试将“真理”作为“整体”来理解,即把真理当作是“自身循环往复、包含着对立而又处在‘具体’概念的扬弃运动之中”的东西。依此解释,真理存在的真正形式,就只能是科学的体系。由此,“体系”在科学(包括法学)中居于核心地位,演绎的体系成为“法学科学性”的代名词。此处的“体系”远远不是仅指素材的客观性和容易支配性,而是指能够保证真理的认识精神(内在的“合理性”标准、真正的科学性之必要要求)的唯一方式,这样,(萨维尼、普赫塔等人的)法的“内在体系”思想的提出,使此前一个世纪之久的法体系概念的发展达到暂时的终结,因为此前的法学的体系构建直接与“素材”(质料)相关联(按照这种理解,一个独立的体系仅仅存在于法学赋予其素材[质料]的外在形式之中),康德的知识论改变了此种旧的体系观,而使法学体系不再局限于(旧的)教科书体系,而要求法学应像其他科学一样具有独立于对象(即法本身)的科学性,它能够产生有关法的独立知识。如此说来,康德之后的客观唯心主义知识论确立了认识主体对客体(即认识对象)的科学、理性的关联[Siehe Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 19 ff.; 吴从周:《民事法学与法学方法》第二册,台湾地区一品文化出版社2007年出版,第49-50页。Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500 - 1850), S. 245 f.]。

[60] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 2, S. 6.

[61] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 33, S. 87.

[62] “建构”(construction/Konstruktion)这个词本身是19世纪德国法学界最喜欢使用的术语和“生产性法学方法”的核心操作手段。比如,鲁道夫·冯·耶林曾经指出,“我们当今的法学有两个喜欢的表述……一个在法律史方向上,另一个在教义学方向上——前者为有机发展,后者为法学建构”(Rudolf von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, II. 1., Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1852, S. 340)。19世纪著名公法学家、德国国家法学的缔造者保罗·拉班德(Paul Laband, 1838 - 1918)在《德意志帝国国家》(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches)第二版(1888年)序言中也指出,“某个特定实在法之教义学的科学使命”首先“在于法制度的建构,即将单个的法条追溯至一般的概念,另一方面,推导出从这些概念得出的结论”(Cf. Werner Krawietz, Zur Einleitung: Juristische Konstruktion, Kritik und Krise dogmatischer Rechtswissenschaft, in: Werner Krawietz [Hrsg.], Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, S. 3)。简言之,所谓法学的建构是将法律关系还原为法律概念的工作,它所处理的问题是将某个法律图形(或法律案型)归于法体系之中,使之与体系的一般概念形成联系(Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule [1500 - 1850], SS. 267 - 268)。

谓法的体系是法条体系,<sup>[63]</sup>从知识论上看,它又是由作为法条思考因素之关联理解的法学概念构成的“科学”体系:根据知识论上构建的法学概念体系,人们就可以推演出新的法条。<sup>[64]</sup>

普赫塔在法条体系和法概念体系的建构上采取了一种独特的“概念的谱系”(Genealogie der Begriffe)方法,<sup>[65]</sup>这种方法实际上是通过形式逻辑的方式对必要的抽象法条(规则)的理解采取一种概念层系(die Hierarchie der Begriffe)的建构思考。按照普赫塔自己的话说,法学此时的任务是在体系的关联上去认识彼此互为条件、又相互衍生的法条,以便能够追溯单个法条的“谱系”,向上回溯至其原则,并且同样地从原则向下延伸至其最外部的分支。在这样的作品中,那些隐藏在民族法律精神之中的法条被带入意识之中,并被发掘出来,只有这样,法条作为“科学演绎的产物”才清晰地产生出来。<sup>[66]</sup>这就要求法的体系性知识抓住法条的整体关联和它们相互之间的亲缘关系,以便“能够通过在其形成中起作用的所有中间环节,向上和向下追溯每一个概念的来源”。比如,当观察需要经过的某块土地(该土地的所有人指定了相邻权的所有人)的单个权利时,法学家必须一方面意识到该权利在法律关系体系中的地位,另一方面又必须把该权利的来源向上追溯至权利的概念,并从权利的概念向下追溯,才能得到此项权利,该权利的性质才会被完满地确定。这个过程包括对“权利”、“物权”、“自物权”、“他物权”概念的理解,物之“使用权”及其条件、“役权”(Servitut)的界定,由此人们才会知道,一块土地(利用供役地)的役权叫做“地役权”(Prädialservitut),而一块土地(因为通行)需役的权

[63] 法不以法律关系为内容,因而不是法律关系体系。在这一点上,普赫塔与萨维尼的看法不同。

[64] 通过阅读普赫塔著作,可以看出,法条是法本身的构成因素,它是通过法概念来思考或理解的,法条只有通过概念的“科学演绎”(概念的谱系追溯)才会清晰地产生出来。由此可以推断出下面这一观点:离开了法概念,我们并不知道什么是法条,当然也并不知道什么是法。后来,伯恩哈德·温德莎伊德在其所著的《学说汇纂教科书》第1卷第24节中更明晰地表述了法条和法概念之间的关系,他指出:法条的真正思维是法学探讨的对象,这种思维也表现在概念上,即表现在“思考因素之关联理解”(Zusammenfassungen von Dankelementen)上;因此,“只有基于法概念的充分理解,真正的法体系(即法条的内在整体关联)才能够产生”(Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 3. Aufl., § 24, S. 59)。上面的论述说明,法学有不可替代的价值和必要性,没有法学概念体系,就很难说有所谓的法的体系或法条体系。

[65] 普赫塔在不同著作,甚至同一著作的不同地方,既使用“概念的谱系”,也使用“法条的谱系”(比如,他在《法学阶梯教程》第1卷第15节讲“法条的谱系”(Genealogie der Rechtssätze),在第33节讲“概念的谱系”(Siehe G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 15, S. 33., § 33, S. 88)。那么,普赫塔法条的谱系和概念谱系(说到底,法条和概念)之间是什么关系,后世学者对此的看法不一(参见 Christoph - Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, S. 763 ff.)。也有学者(比如,法兰克福大学法律史教授阿希姆·吕克特[Joachim Rückert, 1945 -])认为,“概念的谱系”并不是普赫塔原创,萨维尼早在1814年的《论立法与法学的当代使命》中就曾提及罗马法学之“概念和原理”(die Begriffe und Sätze)的“存在”与“谱系”(Daseyn und Genealogie)(参见 F. C. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 17 [汉译,参见弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,第23页]; Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, SS. 35 - 36, besonders, Anm. 180)。

[66] 这一段话对于理解普赫塔的“概念的谱系”或者其“概念金字塔”式的法概念体系极为重要,被后世学者(尤其是德国法学者)频繁引用[原话见 G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 15, S. 33. 另见 Puchta, Organischer Zusammenhang des Rechts (Auszug), in: Hans Hattenhauer und Arno Buschmann (Hrsg.), Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit; Mit Übersetzungen, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2008, S. 195; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 21]。在科学法知识获取上,普赫塔承认有“双重操作”(die doppelte Operation)方法:一是“法学推论”(die juristische Konsequenz,即基于[案型依性质归属其下的]原则推断法条),二是“类推”(Analogie,即在既存之法之相似情形中推断法条)(参见 G. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, II., S. 16; ders., Pandekten, S. 30)。有关“原则”、“事物的性质”、“法学推论”和“类推”的相互作用,参见 Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, S. 92 ff. 不过,后世的法学家,比如,菲利普·赫克(Philipp Heck, 1858 - 1943)把从上位概念(原则)推导出特殊概念和法条(新规则)这一过程称为“颠倒方法”(Inversionsmethode)或“颠倒程序”(Inversionsverfahren)[参见 Philipp Heck, Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen? (1909), in: Günter Ellscheid und Winfried Hassemer (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1974, S. 42]。

利叫做“道路役权”(Wegservitut)<sup>[67]</sup>也就是说,按照普赫塔的分析,在这里,“道路役权”首先是一项(主观)权利(或对标的的一种力);其次,它是一项“对某个物”的权利(物权);再次,它是一项“对某一他物”的权利,即物的部分附属性质的权利;而物的附属之特殊性质是物之使用,故此,“道路役权”属于“物之使用权的谱系”,这个谱系还可以不断地向下追溯。<sup>[68]</sup>

上述方式就是普赫塔所讲的“概念的谱系”方法,通过该方法所形成的法就是所谓的“科学法”。以这样的方式,普赫塔也就成功地使历史法学派从法律史转向现行有效的私法。<sup>[69]</sup>

## 五、普赫塔的“学说汇纂学”

此处,我们转向考察普赫塔有关罗马法,尤其是有关《学说汇纂》的阐释和体系建构,从中或许更能够窥见普赫塔之理论脉络及其面貌。

如上所述,无论萨维尼、还是普赫塔均认为科学法(或者科学的法学家法)是德国法的重要渊源,而这种科学法(法学家)的素材主要在古典时期的罗马法学家们的著作中寻找(说到底,科学的法学概念体系的建构与实在法的素材相关联,法学家不可能抛弃既有的实在法素材去凭空构建概念体系<sup>[70]</sup>)。他们和其他罗马派法学家必须像之前的注释法学派、评注法学派和人文主义法学派以及“《学说汇纂》之现代应用”中的德国法学家那样认真地对待作为古代罗马“法学家法”之承载形式的罗马法文献——主要是优士丁尼的《国法大全》,其中最为重要的(核心)部分就是《学说汇纂》。<sup>[71]</sup>

正因为如此,与日耳曼支派试图从日耳曼-德意志法源中寻求资源(素材)来构建私法体系之路线不同,罗马派法学家们主要通过搜寻和整理罗马法素材,以自己的专业工作为德意志民族构建真正属于本民族的富有表达力和精确解释力的法律语言以及本民族的现代法律,或者像莱布尼茨、尤斯图斯·默泽尔(Justus Möser, 1720-1794)等人所憧憬的那样,构建“科学的”罗马法,编纂一部“新国法大全”(Novum Corpus Juris)或者新的《学说汇纂》(ein neue Pandekten)。<sup>[72]</sup>

沿着这样的理论企图、理路和方法,在历史法学派内部,逐渐生成出一种新的、独特的学问风格(Wissenschaftsstil),这就是所谓的“学说汇纂学”(Pandektenwissenschaft,或者Pandektistik,<sup>[73]</sup>也译作“潘德克顿之学”),该学问的目的不再是简单地注释罗马法文本,而是通过“创造性(生产性)的教义学建构”,解释(注释)优士丁尼的《学说汇纂》作为超越实证的合法性基础,以“形式-概念的、体系-构建的方法”,从中抽出一般的法规则和法概念,并对之进行体系化,来形成一种共同私法(民法)之教

[67] G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1., § 33, S. 88.

[68] Siehe Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 21 ff.

[69] Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, S. 154.

[70] Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, S. 266.

[71] 欧根·埃利希指出,“在《国法大全》中包含的几乎全部法学家法都逐渐转化为欧洲大陆的共同法,相反,由国法转化的却出奇地少”。参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第203页。

[72] Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, SS. 149-150; F. C. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1., „Vorrede“, S. XV; ders., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, SS. 75, 78-79 (汉译,参见弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,第94页,第98页); Reinhard Zimmermann, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, S. 11 (汉译,参见莱因哈德·齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统》,第18页)。

[73] 欧根·埃利希则较早用另一个德文词——Pandektologie来表达“学说汇纂学。”参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第374页。

义学上无矛盾的实证体系,即发展出“一种学说汇纂学的法教义学”(eine pandektistische Rechtsdogmatik)——“学说汇纂体系”[das Pandektensystem,有时也被称作 Pandektensystematik (学说汇纂体系论)],通过学说汇纂法学对概念运用的方式打造出一幅完整的符合生活关系的法秩序图景。<sup>[74]</sup>

在历史上,古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo, 1764 – 1844)、格奥尔格·阿诺德·海泽(Georg Arnold Heise, 1778 – 1851)、安东·弗里德里希·尤斯图斯·蒂堡(Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772 – 1840)、路德维希·阿恩茨·冯·阿尔内斯伯格(Ludwig Arndts von Arnesberg, 1803 – 1878)、尤里乌斯·巴龙(Julius Baron, 1834 – 1898)、厄恩斯特·伊曼努尔·贝克尔(Ernst Immanuel Bekker, 1827 – 1916)、爱德华·博肯(Eduard Böcking, 1802 – 1870)、阿尔瓦斯·布林茨(Alois Brinz, 1820 – 1887)、卡尔·布赫尔(Karl Bucher, 1786 – 1854)、格奥尔格·克里斯蒂安·布尔卡迪(Georg Christian Burchardi, 1795 – 1882)、古斯塔夫·埃姆明豪斯(Gustav Emminghaus, 1791 – 1859)、卡尔·厄斯马尔西(Karl Esmarch, 1824 – 1887)、弗里德里希·路德维希·凯勒(Friedrich Ludwig Keller, 1799 – 1860)、约翰内斯·埃米尔·孔彻(Johannes Emil Kuntze, 1824 – 1894)、费尔迪南·雷格尔斯伯格(Ferdinand Regelsberger, 1831 – 1911)、康拉德·弗朗茨·罗希赫特(Conrad Franz Rossihirt, 1793 – 1873)、布鲁诺·席林(Bruno Schilling, 1798 – 1870)、约翰·亚当·索伊菲特(Johann Adam Seuffert, 1794 – 1857)、卡尔·弗里德里希·费尔迪南·辛特尼斯(Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, 1804 – 1866)、卡尔·阿道夫·冯·范格罗(Karl Adolf von Vangerow, 1808 – 1870)、弗里德里希·H·费林(Friedrich H. Verling, 1833 – 1896)、卡尔·格奥尔格·瓦希特尔(Carl Georg Wächter, 1797 – 1880)、莱奥波德·奥古斯特·瓦恩柯尼希(Leopold August Warnkönig, 1794 – 1866)、奥托·温特(Otto Wendt, 1846 – 1911)等人都曾经撰写并出版过论述学说汇纂的作品,他们对于学说汇纂学的形成和发展均作出过各自的贡献。

普赫塔于1838年出版了自己的学说汇纂学著作——《学说汇纂教科书》。在这本书的“导论”中,普赫塔明确指出,德国现行的法一部分是“本国的”,一部分是“外来的源头”,而外来源头中重要的是罗马法,其中优士丁尼的《学说汇纂》更是至关重要,其作为“继受法”而发生效力。他写此书的目的在于对以“学说汇纂”(潘德克顿)为名的“当代罗马法体系”进行系统的阐释,这种阐释应具有根本的体系特征,但也不能缺少历史要素,此种历史要素主要是指晚近的罗马法史,尤其是孕育着当代罗马法的法学史。<sup>[75]</sup>

与之前的学者(比如,古斯塔夫·胡果和格奥尔格·阿诺德·海泽)不同,普赫塔从人的意志与客体关系的角度来寻找权利分类的根据。他认为,在私法中,法律关系是人和人之间的关系,这个关系(作为法律上的自由之结果)的核心就是权利,也就是说,法律关系是权利的复合体,它们通过人在关系中的交往和相互作用而得以确定。<sup>[76]</sup> 所以,(主观)权利的概念是法律上认可的“意志与客体之关系”的一种表达:作为“道德意志”(自由)主体的人本身的活动是对客体的支配,这种支配的后果就是“一种支配客体的法律上的力”(eine rechtliche Macht über den Gegenstand)或者“通过法条赋予个人支

[74] Siehe Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 152; Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, S. 12; Eugen Bucher, Was ist „Begriffsjurisprudenz“?, in: Werner Krawietz (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, SS. 370 – 371.

[75] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, SS. 1 – 10, 16.

[76] 在后来出版的《法学阶梯教程》中,普赫塔进一步指出,“权利使人(Mensch)成为人(Person),并通过人的活动本身加以确定”(G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 28, S. 68.)。

配客体的力”。<sup>[77]</sup> 在此意义上,任何权利都是一种支配客体的力。<sup>[78]</sup>

在普赫塔看来,权利可以通过人的意志获得其内容,这是权利的自由方面,也只有这种自由的规定性不受人的地位之影响;但是,在私法关系中,人的地位在特定条件下对于其权利意志(rechtliches Willen)又具有特定的影响,所以,权利的内容部分地也通过人的地位来决定;同时,虽然一定的客体由于某种权利而受(人的)意志支配,但客体的性质也反作用于权利,它构成权利多样性的基础,<sup>[79]</sup>故此,权利的内容部分地还通过客体来决定。这样,普赫塔就把权利分类的根据分两个方面:一是从“权利依照人的地位不同”(Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen)来分类;二是从“权利依客体的不同”(Verschiedenheit der Rechte nach dem Gegenstand)来分类。<sup>[80]</sup>

从“权利依照人的地位不同”(Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen)来对权利进行分类,实际上是不考虑个人的特性而把人当作“有机联系”之整体的一员,以此作为根据,就可以发现有亲属(家庭)关系、公法关系和教会法关系,与这些法律关系相对应的权利(法)有三种,即“私权”、“公权”和“教会权”;私权又可以分为“财产权”和“亲属权”。<sup>[81]</sup> 人的公权地位和教会权地位对其私权具有影响,而人的“财产权”和“亲属权”之间也是相互作用的,即人在家庭中的地位影响其财产关系,在家庭(亲属)关系中,除了婚姻和家長权关系外,还涉及某种特殊的财产权,比如,遗产的亲属继承及其顺位。<sup>[82]</sup>

从“权利依客体的不同”来对权利进行分类,主要考察的是“权利的客体”(die Gegenstände der Rechte)或“权利意志的客体”(Gegenstand des rechtlichen Willens)作为分类根据,这是权利的必然和逻辑的方面[从“权利的客体”的角度看,一类权利和另一类权利在逻辑上具有不同的性质,比如,对物权不同于债权,役权不同于质权,这种不同表现出“逻辑必然性”(logische Nothwendigkeiten)的差异]。权利的客体有“物”、“行为”(Handlungen)和“人”,前两种客体完全将受权人(Berechtigten)排除在外,第三种客体可能考虑、也可能不考虑受权人。由此就形成了5类权利。(1)对本人的权利(Rechte an der eigenen Person):人格权(Recht der Persönlichkeit)和占有权;(2)对物权(Recht an Sachen):所有权和他物权;(3)对(他人)行为的权利(Rechte an Handlungen):债权;(4)受权人之外的对人权(Rechte an Personen außer dem Berechtigten):夫妻(婚姻)权、家長权和子女权;(5)(财产)转入受权人并由其代表的对人权:继承权和其他财产权。<sup>[83]</sup>

从结构上看,普赫塔的《学说汇纂教科书》主要有8编。其中,第1-3编可以视为“总则”部分,分别讨论“法律规定”、“法律关系”(人、权利的内容、权利的产生与终止、权利的保护)和“法律规定对法律关系的应用”等。<sup>[84]</sup> 第4-8编讨论“主观权利体系”,即第4编“对本人的权利”(第1章“人格

[77] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, SS. 46-47.

[78] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 30, S. 72.

[79] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 30, S. 73.

[80] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, SS. 50, 71.

[81] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, S. 50.

[82] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, SS. 69-70.

[83] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, S. 71 und Anm. (a). 需要指出的是,普赫塔在《法学阶梯教程》以及其他著作中对5类权利的排列顺序有一些调整(比如,把“对物权”放在第1类,接着是“对人权”和“对行为的权利”,最后一类才是“对本人的权利”),而且“受权人之外的对人权”和“转入受权人并由其代表的对人权”也分别转换为其他的表述,比如,“对其他人的权利”(或“对我们以外的人的权利”[Rechte an Personen außer uns])和“转入我们的对人权”(Rechte an in uns übergegangenen Personen)(G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 30, SS. 73-79. Also see Christoph-Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 707-761).

[84] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, SS. 19-174.

权”,第2章“占有权”);第5编“对物权”(第1章“概述”,第2章“所有权”,第3章“地上权与永佃权”,第4章“役权”,第5章“质权”);第6编“对行为的权利”(第1章“论一般之债”,第2章“各个之债”);第7编“对人权”[第1章“夫妻(婚姻)权”,第2章“家长权和子女权”,第3章“父权”];第8编“继承权”[第1章“概述”,第2章“继承权的缺失”,第3章“继承权的取得”,第4章“继承权的内容”,第5章“论遗赠”,第6章“遗产信托”,第7章“不应继承的情形”(Indignität)]。<sup>[85]</sup>此外,普赫塔还增加了一个篇幅较短的部分(第9编),讨论“继承权之外的财产权”。<sup>[86]</sup>

普赫塔的学说汇纂学以“道德意志”(自由)作为私权构成的核心—起始范畴,运用纯粹逻辑的方法(形式—概念的方法),来构建权利(私权)概念的“公理的”、“封闭的”、“无漏洞的”体系,不仅在知识论上企图实现法学的“科学性”,而且在实践上意欲使法官的“法的发现”(Rechtsfindung)工作符合“正确涵摄的逻辑工作”(die logische Art der richtigen Subsumption)要求,通过法(权利)概念的体系化(科学化和逻辑化)来达到法的正当化,实现法的安定性和公正性。由此,普赫塔将学说汇纂学中的严格概念形式主义带到完全支配性的地位,其所描述的是“一幅现代社会的法律划分的图景”。<sup>[87]</sup>

笔者把普赫塔所致力于完成的这样一种(学说汇纂)体系化(科学化和逻辑化)工作的理想称为“法律公理体系之梦”。<sup>[88]</sup>

## 六、普赫塔学说的影响

后世的法学家对普赫塔的学说,尤其是其“概念的谱系”方法论进行了专门的讨论,比如,著名法学家卡尔·拉伦茨(Karl Larenz, 1903—1993)在其所著的《法学方法论》(Methodenlehre der Rechtswissenschaft)第2章有关“19世纪的概念法学”的论述中以其自己的理解描述了普赫塔的“概念的谱系”方法,认为普赫塔所讲的“概念的谱系”不过就是依照逻辑规则建构体系的“概念的金字塔”(Begriffspyramide),<sup>[89]</sup>在这种概念的金字塔中,处于整个金字塔塔尖的“最上位概念”(der „höchste“ Begriff)高悬于(该金字塔)底部之上,但却正好能够在周遭形成一种纵览一切的全景视野:假如我们从(概念

[85] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, SS. 175—791.

[86] G. F. Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, SS. 792—796.

[87] Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, SS. 399, 436 f. (汉译,参见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,第386页,第418—419页); Christoph—Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 700—707; 欧根·埃利希:《法社会学原理》,第372—373页。

[88] 参见舒国滢:“寻访法学的问题立场——兼谈‘论题学法学’的思考方式”,载《法学研究》2005年第3期,第3页。

[89] Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 19. 需要说明的是:在拉伦茨之前,已经有人使用过“概念的金字塔”一词来评论普赫塔所代表的所谓“概念法学”。比如,菲利普·赫克在1932年所著的《概念形成与利益法学》一书中用“演绎的概念金字塔”(einer „deduktiven Begriffspyramide“)来描述历史法学派,尤其是普赫塔的体系方法,他指出,“历史学派……原本……以演绎的概念建构的科学纲领”作为出发点,通过“这种想法……而形成演绎体系的理想,人们可以说,而且或许应当公正地说,这是一种‘演绎的概念金字塔’”,即一种概念分类的理想,其漏洞可以通过纯粹的推导从上位概念中推演出来(Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1932, SS. 67, 73, 159, 165ff.);德国社会学家、法学家弗朗茨·W.耶路撒冷(Franz W. Jerusalem, 1883—1970)于1948年出版的《法学批判》中也提及概念法学的“概念金字塔”,把它看作是“非真正的体系”或“假体系”(die Pseudosysteme),与“真正的体系”(克里斯蒂安·沃尔夫所提出的“理性法的概念金字塔”)相对(Siehe Franz W. Jerusalem, Kritik der Rechtswissenschaft, Verlag Josef Knecht—Carolusdruckerei, Frankfurt am Main, 1948. S. 133 ff.; ders., System und Begriffsjurisprudenz, in: Werner Krawietz [Hrsg.], Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, SS. 308—309; Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 153)。当然,并非所有的德国学者都认可(拉伦茨等人)将普赫塔所讲的“概念的谱系”说成是“概念的金字塔”,也就是说,“概念的金字塔”之说可能包含着对普赫塔理论方法的误读(Siehe Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, SS. 46—113)。

的)底部向上攀登,那么借助每个步骤,我们就会把一个(概念的)横向层级抛在下面。经过一层又一层,(概念)金字塔在宽度上消失,却达到了高度。宽度(即素材的丰富程度)愈来愈大,高度(即概观视野的可能性)则愈来愈小。宽度与内容相对应,高度与“抽象”概念的范围(应用领域)相对应。假如一个最一般概念(ein allgemeinsten Begriff)立于(概念金字塔的)塔尖之上,人们从任何基点出发、通过一系列中间环节,能够在每次放弃特殊性的过程中不断上升,将这个最一般概念之下的所有其他属概念和种概念都涵摄出来,那么一个逻辑体系的理想就得以实现。<sup>[90]</sup> 沿着这样一种逻辑思考运作方式,任何法律问题都可以圆满地加以解决。

正因为如此,拉伦茨认为,普赫塔带着清晰的确定性将其时代的法学指向“概念的金字塔”意义上的逻辑体系之路,并且因此而决意将它发展成为“形式的概念法学”(formale Begriffsjurisprudenz),为超过一个世纪的占主流的“法学形式主义”(juristischer Formalismus)铺平了道路。<sup>[91]</sup> 换言之,从理论形态上看,普赫塔有关一般法学的观点和方法论学说(特别是有关“概念的谱系”的论述)属于“法学实证主义”[der rechtswissenschaftliche Positivismus,用当代著名法律史家弗朗茨·维亚克尔(Franz Wieacker, 1908 - 1994)的话说,这是一种“法学形式主义”(der rechtswissenschaftliche Formalismus),其特点在于注重法学的形式构造,而摒弃法学的现实伦理、政治和国民经济功能],其所构建的是(源于历史法学派的)“法学实证主义体系”或“形式主义法学”(die formalistische Rechtslehre)。<sup>[92]</sup> “实证主义”或“形式主义”成为后世学人评价普赫塔法学的关键词。<sup>[93]</sup> 这种“实证主义”或“形式主义”用一句话来概括,就是“事物应符合概念,而不是概念应符合事物”(Die Sache also dem Begriff, satt der Begriff der Sache angepaßt)。<sup>[94]</sup>

鲁道夫·冯·耶林在1852年(时任吉森大学法学教授)出版的《罗马法的精神》第1卷中将普赫塔称为“大师”,并将这一卷题献给普赫塔[其献词为“谨以此纪念大师格奥尔格·弗里德里希·普赫塔”(Dem Ankenken des großen Meisters Georg Friedrich Puchta)]。<sup>[95]</sup> 不仅如此,耶林在1858年出版的《罗马法的精神》第2卷第2部分第39-41章有关“法律技术论”(Theorie der juristischen Technik)的论述中更进一步地提出了一种“自然历史的方法”(die „naturhistorische Methode“)——一种所谓的

[90] Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 20.

[91] Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, SS. 20, 24. 当然,“概念法学”(Begriffsjurisprudenz)一语并非拉伦茨首创,也不是菲利普·赫克的杜撰。实际上,此一术语最早来自于耶林在1884年出版的著作《法学上的诙谐与严肃》。耶林在这本著作中把“以概念进行操作”、将法学思维等同于“概念思维”的一切法学通称为“概念法学”(Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1884, S. 347)。

[92] 按照德国学者的解释,所谓“法学实证主义”是指“只从法学的体系、概念与定理中推论出法条及其适用”的理论学说,其强调既存的法秩序是一个由制度与法条组成的封闭体系,独立于由制度与法条所调整的生活关系之社会现实之外,法官之法的发现工作局限于正确涵摄的逻辑学工作(Siehe Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, S. 430 ff. [汉译,参见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,第415页及以下]; Gerd Kleinheyer, Jan Schröder, Deutsche Juristen aus neun Jahrhunderten: eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, S. 9 f. [汉译,参见格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》,第10-11页]; Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, SS. 12-24, 128-129 [汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,第3-17页,第126-127页]; Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, S. 33)。

[93] Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, Böhlau Verlag, Köln/Weimar, 2004, S. 28.

[94] Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, S. 70 (汉译,参见霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,第3-17页,第65页)。

[95] Rudolf von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I., Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1852.

“生产性法学方法”(die produktive rechtswissenschaftliche Methode),<sup>[96]</sup> 其主要包括三个基本的操作阶段:(1)“法学的分析”(juristische Analyse, 主要是概念建构),即分析实在法(法律)素材,从中抽象出“法律字母”(Rechtsalphabet, 即简单概念的目录),形成概念建构的技术——“法律化学”(die Chemie des Rechts);(2)“逻辑的集中”(logische Konzentration, 主要是通过“联结”(Verbinden)和“堆积”(Zusammendrängen)的方法,从单个既有的法条中构建原则;(3)“体系的建构”(systematische Konstruktion),即在自然历史的方法下形塑法律素材,建构成一个完整的法律身体(juristische Körper),其外在形态就是法律体系。耶林试图通过上述三个基本的操作阶段,构建符合技术地形成“法律身体”的三大法则[即“实证素材覆盖法则”(Gesetz der Deckung des positive Stoffes),“无矛盾法则”(Gesetz des Nichtwiderspruchs),“法律审美法则”(Gesetz der juristischen Schönheit)],并把“体系的建构”称为“较高层次的法学”(Höhere Jurisprudenz),相应地,则把“法学的分析”和“逻辑的集中”称为“较低层次的法学”(Niedere Jurisprudenz)。<sup>[97]</sup> 在这里,他不仅赞同和接受了普赫塔的“形式的概念、建构法学”方法,而且甚至将这种法学的理论和方法推向极端[比如,耶林在论述概念和法条的特性时有一句话很有代表性:“概念是生产性的,它们自我配对,然后生产出新的(概念)。法条本身则没有这样的孕育力(diese befruchtende Kraft)……”<sup>[98]</sup>]。故此,耶林之学术的第一阶段(1842-1858年)就是在普赫塔的思想影响下成长起来的。<sup>[99]</sup>

而且,正是受普赫塔思想的感召和激励,在19世纪中后期的德国法学中逐渐出现了以构建私法(民法)公理体系为志业的一批法学家,他们撰写了大量以“学说汇纂”为题的具有建构性质的民法教义学专著或教科书,由此而形成了一个我们业已耳熟能详的学派——所谓“学说汇纂学派”(Pandektisten,一译“潘德克顿学派”或“潘得克吞学派”)。<sup>[100]</sup> 正是这个学派,完成了现代民法教义学理论体系的构建,为19世纪末期《德国民法典》的编纂奠定了坚实的理论基础,实现了德国人一个世纪以来存有的“一个民族、一个帝国、一部法律”(Ein Volk, ein Reich, ein Recht,也译为“一民、一国、一法”)

[96] Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, S. 249.

[97] Rudolf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II. 2., Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1858, SS. 334-389. 另见 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 24 ff.; 吴从周:《民事法学与法学方法》第二册,第51-71页,第100-116页。

[98] Rudolf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I., „Einleitung“, § 3, S. 40. (汉译,参见吴从周:《民事法学与法学方法》第二册,第11页);另见 Thomas Henkel, *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta*, SS. 35-36, besonders, Anm. 180.

[99] Siehe Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, S. 400, Anm. 77 (汉译,参见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,第387页,注21)。不过,1858年之后,耶林的法学逐渐转向“目的方法时期”(die zweckmethodische Phase),即从概念法学转向利益法学。此时,他将“琢磨着把法学上升为一门法律数学的逻辑整体崇拜”看作是“一种迷途”,它源于对“法的本体的错误认识”。耶林指出,生活不是概念,而概念为了生活才存在;不是逻辑所要求的,而是生活、交易、法感所要求的才必须去实现,后者可能在逻辑上演绎得出,也可能无法得出(Rudolf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III. 1., 4. Aufl., Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1888, S. 321)。在《法学上的诙谐与严肃》中,耶林专门写了一篇文章《在法学概念的天国里——一个幻想图景》(Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild),批判包括其早年思想在内的所有“概念法学”。按照耶林的说法,普赫塔确实把他的许多学生,甚至把在他之后去世的老师萨维尼也变成了“概念法学家”(Begriffsjuristen)(Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, SS. 247-316)。

[100] Reinhard Zimmermann, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, S. 14 (汉译,参见莱因哈德·齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统》,第22页)。

的伟大梦想。<sup>[101]</sup>

从这个意义上,我们说,普赫塔像他的老师萨维尼一样,铸造了德国现代民法的灵魂。我们在检视德国19世纪法学的成长史时,绝不能忘记或忽略普赫塔这样一位伟大的法学家,尽管萨维尼的光芒有时遮蔽了他的身影,但这并不重要,重要的是他的著作以及著作的思想是永存的。所以,弗朗茨·维亚克尔说,普赫塔虽然在精神层次和观照能力(Anschauungskraft)与乃师萨维尼尚不可相提并论,但自19世纪30年代起,其在体系和概念建构上显示出的逻辑力和民法学方法上的影响力上均超过了萨维尼。<sup>[102]</sup>

## Georg Friedrich Puchta's Construction of Legal Science: Theory and Methodology

Shu Guoying

**Abstract:** Georg Friedrich Puchta stands alongside the Roman strand in German historical school of law. He proposes a triple theory of law's sources including conventional law, statutory law and law of scientific deduction, which becomes the keystone of law of scientific deduction and the theory of law's sources initiated by historical school of law. He maintains that law of scientific deduction is "the product of pure logical deduction", which is the straightforward description of what jurists have said and can be attained by the unique methodology of "the pedigree of concepts". Apart from that, Puchta develops "Legal Dogmatics of Pandects" in his *Textbook of Pandects* published in 1838, thus having an impact on the emergence of the doctrines of Pandects' school in the late nineteenth century.

**Keywords:** law of scientific deduction; historical school of law; Roman law; Pandects; Puchta

(责任编辑:倪鑫煜)

[101] “一个皇帝、一部法律、一个帝国”最早是东罗马帝国皇帝优士丁尼提出的建立新秩序的一个伟大构想,制订《国法大全》被看作是这个伟大构想的一个部分(参见陈志强:《拜占庭帝国》,商务印书馆2003年版,第127页)。随着帝国的统一,德国1873年后开始提“一个民族,一个帝国,一个皇帝”(ein „Volk“, ein „Reich“, ein „Kaiser“)的口号。《德国民法典》实施时,1900年1月1日出刊的《德国法律人报》(Deutsche Juristen-Zeitung)所使用的通栏标题是“一个民族、一个帝国、一部法律”(Ein Volk, ein Reich, ein Recht)。

[102] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, SS. 399-400 (汉译,参见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,第386-387页)。

# 法官、检察官员额制改革的限度

陈永生 白冰\*

**摘要:**我国目前推行的员额制改革将法官、检察官员额比例确定为不得超过中央政法专项编制的39%。从实施状况来看,这一比例过低,导致法官、检察官员流失迅速加剧,办案压力大幅上升,并可能导致以审判为中心的司法改革目标异化。从当今世界主要国家法官、检察官员人口比来看,我国处于中间略偏上的位置。由于社会主义或前社会主义国家法官、检察官员人口比普遍高于其他国家,大陆法系国家普遍高于其他国家,而我国同时兼具这两者,因此法官、检察官员人口比不宜过低。从法官人均办案数来看,中国似乎比较低,但实际上,这是因为中国与其他国家法院受理案件的标准、诉讼分流机制、法官与司法辅助人员的比例、法官的行政负担等因素不同;就法官采用普通程序审理案件的人均办案数而言,我国与其他国家大体持平。因此,我国有必要适当提高法官、检察官员额制改革的比例;区分不同地区、类型、级别的法院,确定不同的员额比例;强化配套制度的建设,扩大司法辅助人员队伍。

**关键词:**员额制改革 限度 法官、检察官员人口比 人均办案数

自十八届三中全会以来,司法改革再一次成为我国法律界关注的焦点。2014年6月,中央全面深化改革领导小组第三次会议审议通过《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》(以下简称“《意见》”)和《上海市司法改革试点工作方案》。前一文件将完善司法人员分类管理规定为“司法体制改革的基础性、制度性措施”,并提出建立法官、检察官员额制;<sup>[1]</sup>后一文件明确规定了上海市司法改革试点的具体内容,其中一项重要内容就是完善司法人员分类管理制度。在上海市的司法改革方案中,司法机关工作人员被划分为法官与检察官、司法辅助人员、行政管理人员,这三类工作人员的比例被确定为33%、52%和15%。自此,上海作为我国员额制改革的第一个试点地方正式拉开了帷幕。

2014年10月,十八届四中全会公布的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称“《决定》”)将“推进法治专门队伍正规化、专业化、职业化,提高职业素养和专业水平”作为建设高素质法治专门队伍的一项重要内容。2015年2月,最高人民法院公布的《人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》将建立法官员额制度规定为实现“法院人员的正规化、专业化、职业化建设”的重要措施。与此相类似,最高人民检察院也公布了《关于深化检察改革的意见(2013-2017年工作规划)》(2015年修订版),提出要建立检察官员额制度,合理确定检察官与其他人员的比例。

然而,员额制改革在试点过程中引发了不少问题,譬如,不少人担心员额制改革会导致大量年轻法官、检察官难以进入员额,以致出现了严重的法官、检察官“离职潮”;再如,随着立案登记制的推出,

\* 陈永生,北京大学法学院教授,法学博士;白冰,北京大学法学院博士研究生。

[1] 杨维汉:“中央司改办负责人就司法体制改革试点工作答记者问”,引自新华网:[http://news.xinhuanet.com/legal/2014-06/15/c\\_1111149887.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2014-06/15/c_1111149887.htm),最后登录时间:2016年2月29日。

法院受理案件的数量大幅度增长,员额制改革导致在一些发达地区,尤其是城市地区法院本就案多人少的局面更加严峻。那么,员额制改革实施的现状如何?在推行过程中到底存在哪些问题?是否有必要作适当修正?应当如何进行修正?本文将在对域外相关经验进行考察的基础上,对这些问题进行深入分析。

## 一、员额制改革的现状与问题

自2014年启动司法改革试点以来,试点范围不断扩大。其中,第一批试点省、市6个,第二批试点省、市12个。2016年2月22日,中央召开政法工作会议,决定启动第三批省、市的试点。至此,司法改革试点在全国所有省、市全面铺开。从试点的情况来看,不同省、市根据本地实际,制定了不同的试点方案;同时针对普遍关心的重点问题,构建了不同的对策予以应对。应当说,本次司法改革的多数举措都得到了法律界和法学界的一致肯定,但对员额制改革则存在一定的疑虑。本部分试图对员额制改革的现状及存在的问题进行深入分析,以便为探讨未来如何进一步完善奠定基础。

### (一)员额制改革的现状

本次法官、检察官员额制改革的一个突出特点是,中央统一确定员额制改革比例的上限:不超过中央政法专项编制的39%。各地可以根据本地实际确定员额制改革的目标,但可以低于这一比例,不能高于这一比例。根据笔者收集的资料,主要省、市员额制改革的目标及举措参见下表。

表一 部分地区员额制改革试点情况

序号	省份	试点批次	员额比例	备注
1	上海	第一批	33%	
2	广东	第一批	39%的员额比例在全省统筹	省内区域不平衡的状况极为严重,在员额比例上,粤东西北地区不到30%,珠三角地区则突破39%,经过一段时间的过渡期,逐步达到改革目标。
3	吉林	第一批	省、市、县三级院员额比例按照34%、37%、40%配备。	(1)区分不同级别法院、检察院,确定员额比例 (2)中级法院院级领导入额比例不得超过本院院级领导基数的40%,基层法院院级领导入额比例不得超过本院院级领导基数的50%。
4	湖北	第一批	36%	院领导中纪检组长、政治处(部)主任,以及办公室主任等中层综合行政部门的负责人,如果要入额,必须提前作书面承诺,入额后放弃党组成员和相应的领导职务。
5	海南	第一批	高院和中院法官员额比例为38%,基层法院为40%。检察官比例为32%	
6	青海	第一批	39%以下	试点法院、检察院的院长、检察长及其副职首批不进员额

7	山西	第二批	30%以内	各试点法院、检察院领导人额数控制在领导班子人数的30%以下
8	内蒙古	第二批	39%	
9	黑龙江	第二批	市、基层检察院的检察官分别为36%、40%以下	
10	贵州	第二批	30%以内	

**说明:**

本表数据来自笔者收集的资料以及媒体的报道。

值得注意的是,一些地方在试点过程中,还将员额比例进一步降低,譬如,山西、贵州都将员额比确定为30%以内。广东省由于沿海地区法院、检察院办案压力本来就非常大,要实现39%的员额制改革目标极为困难,因而采取了全省统筹的方式:对于经济发展相对落后、案件数量相对较少的粤东西北地区,其员额比例设定为不到30%,而发达的珠三角地区则可以突破39%。例如,在案件数量极大的深圳市,市中法院法官员额最多不超过60%,各区法院法官员额最多不超过65%。<sup>[2]</sup>

**(二) 引发的问题****1. 人员流失迅速加剧**

法官、检察官离职现象在近两年成为法律界普遍关注的一个问题。北京市高级人民法院法官、中国应用法学研究所的胡昌明博士曾对2660名法官就职业满意度进行调查,调查表明,法官群体离职倾向非常强烈:94.47%的法官考虑过要离开法院,其中57.37%的法官认真考虑过要离开法院,而目前着手进行离职准备的有9.81%,从没有想过离开法院的法官仅占5.53%。<sup>[3]</sup>据媒体报道,2013年,上海法院辞职的法官超过70名,较2012年有明显增加;2014年共有105人离职。最新的数字更令人咋舌,2015年截至一季度末,上海法院已有50人选择离开,一个季度的离职人数已近2014年一半。<sup>[4]</sup>

笔者认为,导致法官、检察官离职现象日益严重的原因非常复杂,包括经济待遇、司法环境、工作压力、个人选择等诸多因素。但是,自2014年以来,各地法官、检察官离职率急剧上升,则与司法改革,尤其是员额制改革的推行有着紧密的关系。具体而言,员额制改革的推行对法院、检察院以下两个群体影响最大,最可能使他们产生离职意向。

其一是法院、检察院中没有担任领导职务的业务骨干。对这一群体而言,尽管经验丰富,承担着较重的办案任务,但由于他们没有担任领导职务,因而推行员额制改革过程中极可能无法入额,成为司法辅助人员。同时这些人有着多年积累的工作经验和人脉,转而从事律师或公司法务等职业极有优势,一旦未能入额,离职的可能性非常大。

其二是工作不久的法院、检察院工作人员。按照中国实践中的作法,新入职法院、检察院的人员,一般先担任书记员。不过,按照以前的预期,他们几年之内就可以晋升为助理审判员、助理检察员,若干年后晋升正式的审判员、检察员,从而完成职业身份上的蜕变。在员额制改革过程中,由于已有法

[2] 王逸吟:“法官员额制的广东试点”,载《光明日报》2015年6月8日,第10版。

[3] 胡昌明:“中国法官职业满意度考察——以2660份问卷为样本的分析”,载《中国法律评论》2015年第4期,第197页。

[4] “去年上海86名法官离职 司法改革能消解‘离职潮’吗?”,引自东方网: <http://shzw.eastday.com/shzw/G/20150420/u1ai147926.html>,最后登录时间:2016年2月29日。

官、检察官资格的人都有相当比例被“降格”为法官助理、检察官助理,那么,没有法官、检察官资格的助理审判员、助理检察员以及书记员“升任”法官、检察官的可能性极低。此外,由于本次司法改革的一项重要内容是实现法院、检察院人员的分类管理,在改革完成后,法院、检察院内部不同类别的人员之间一般不得相互转任,因此在司法改革完成之前未能获得法官、检察官身份的助理审判员、助理检察员以及书记员极可能一辈子无法获得法官、检察官身份。由于这一群体在进入法院、检察院之前司法改革可能尚未启动,他们都预期不久的将来能够担任法官、检察官,但在司法改革启动之后,他们很可能一辈子无法担任法官、检察官,这种职业预期的落差以及个人前程的黯淡极可能促使部分人从法院、检察院离职。

## 2. 办案压力大幅上升

员额制改革设定的较低的员额比目标可能造成的最现实,甚至最大问题是办案压力问题。一位已经启动员额制改革的基层法院院长表示,如何在改革中既符合法官员额的要求,又解决好案多人少的矛盾,是其面临的最大挑战。<sup>〔5〕</sup> 具体而言,员额制改革之所以会加剧法院的办案压力,主要原因有以下方面。

其一,本就案多人少的局面。根据《中国法律年鉴》公布的统计数据,自1986年到2013年,全国检察机关起诉案件的数量由257 219件增长到958 727件,净增倍数为3.73倍,而同期检察机关人数由140 246人增加到250 879人,净增倍数仅为1.75倍。法院的情况也基本类似,自1986年到2013年,全国法院受理一审案件的数量由1 611 282件增长至8 876 733件,净增倍数为4.5倍,而法院人数由16.3万人增加到33.8万人,净增倍数仅为2.01倍。由此可见,案件数量增长的幅度远超工作人员的增长幅度,办案人员的工作压力可想而知。按目前的员额制改革目标,这种办案压力将急剧增长。从以往的情况来看,法官、检察官数量占中央政法专项编制的比例各地并不相同,但大致在六七成左右,按照目前39%的改革目标,将有一多半的法官、检察官不能入额,因此最终入额的法官、检察官的办案压力将非常大。

其二,立案登记制所带来的新的压力。2015年4月1日,中央全面深化改革领导小组第十一次会议审议通过了《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》,决定为充分保障当事人诉权,切实解决群众反映强烈的“立案难”问题,改革法院案件受理制度,变立案审查制为立案登记制。立案登记制给法院案件数量增多带来的影响立竿见影。据最高人民法院新闻发言人孙军工介绍,自2015年5月1日以来,截至同年9月30日,全国法院共登记一审案件620万余件,同比增长31.9%。<sup>〔6〕</sup> 在案件数量大幅增长的同时,法官人数大幅减少,两相叠加,入额法官的办案压力可能增长一倍、两倍,甚至多倍。

其三,院、庭领导入额带来的隐性压力。尽管目前一些地方的试点方案,回应了对于院、庭领导不办案却入额的担忧,例如在上文表一中,山西要求各试点法院、检察院领导入额数控制在领导班子职数的30%以下。但显然,就全国大部分地区而言,大部分领导入额将是不可避免的现象。道理很简单,按照最高人民法院于2015年9月21日发布的《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》,院、庭长承担着对独任法官以及合议庭审判的案件进行监督、管理的职责,这决定了院、庭长必须入额。尽管目前不少地方都喊出了“领导入额一样办案”的口号,但由于院、庭领导所承担的繁重的行政事务

〔5〕 同注2引文。

〔6〕 赵春艳:“最高法通报立案登记制改革实施情况”,载《民主与法制时报》2015年11月17日,第001版。

及其在院所处的特殊地位,决定了其办案数量很难与其他入额的法官、检察官相比,这导致其他入额法官、检察官身上的办案压力势必更重。

### 3. 司法改革可能异化

十八届四中全会通过的《决定》要求,“推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验”。由此,以审判为中心的诉讼制度改革成为本次司法改革的重要方面。一般认为,审判中心主义包含两个方面的要求:首先,就侦查、起诉、审判三阶段而言,对案件裁判起决定作用的应当是审判阶段。侦查、起诉阶段收集的证据必须经过审判阶段审查、核实,只有经过审判阶段查证属实的证据,才能用作认定案件事实的根据;其次,就审判阶段而言,必须以庭审过程中出示、质证的证据为依据,未经当庭出示、质证的证据,不得用作认定案件事实的根据。要实现以上要求,在审判过程中,被告人、被害人应当亲自出庭陈述;证人、鉴定人等应当亲自出庭作证;案件事实的裁判者应当亲自出席庭审,审查证据,听取陈述,等等。一旦充分实现这些要求,庭审的时间将大大延长,法官的工作量将显著增大。如果法官官员额制改革严格按照不超过39%的目标执行,将导致法官数量大大减少,导致进入员额的法官人均办案数量大大增加。一旦办案压力超过了能够承受的限度,办案法官就可能尽量简化庭审,尽量压缩证据调查的范围,尽量控制控辩双方质证、辩论的时间,而主要通过庭外阅卷认定案件事实。很显然,这是违背审判中心主义的要求的。

不仅如此,一旦认定案件事实主要依靠庭外阅卷,法官还可能进一步将办案任务推卸给司法辅助人员。之所以如此,是因为开庭审判是在控辩双方同时到场的法庭上进行,甚至可能有公众旁听,新闻媒体采访报道,法官无法将主持审判的任务推卸给司法辅助人员,而阅卷是非公开进行的,通常是在办公室里、在他人不在场的情况下进行的,因而即使法官指令司法辅助人员承担阅卷任务,而自己不用阅卷,他人也无从知晓。一旦出现这种情况,司法审判就异化为这样一幅图景:司法辅助人员在开庭前阅卷、提出处理意见;法官在庭审过程中虽然形式上出席了庭审,但为了提高审判效率,只是匆匆走一下过场;庭审结束后,仍然由司法辅助人员结合庭审过程中出示的证据,继续阅卷,并提出处理意见,最终根据司法辅助人员的汇报形成裁判结论。很显然,这种做法严重违反直接言词原则的要求,与审判中心主义的改革目标背道而驰。

## 二、法官、检察官员额的比较考察:基于人口比的分析

本次员额制改革的启动,一项重要原因是因为人们普遍认为,外国法官、检察官数量少,而我国法官、检察官数量多。譬如,美国联邦最高法院只有9位法官,日本最高法院只有15位法官,而我国最高法院有1169位法官。<sup>[7]</sup>那么,外国最高法院的法官这么少,地方法院的法官也这么少吗?采行对抗制审判模式的国家法官这么少,采行职权主义审判模式的国家法官也这么少么?本部分将对其他国家、地区法官、检察官与全国人口的比例(以下简称“人口比”)问题进行全面考察,从而判断中国法官、检察官是否真的太多。

### (一) 研究范围的界定

本文收集到的数据来自联合国毒品与犯罪问题办事处(United Nations Office on Drugs and Crime,

[7] 何帆:“法官多少才够用”,载《人民法院报》2013年6月7日,第005版。

简称 UNODC)在联合国官方网站公布的统计数据。<sup>[8]</sup> 该办事处公布的法官的数据较为完整,达到了102 国家、地区,但有 21 个国家、地区只统计到 2010 年以前的数据,没有统计到 2011 年至 2013 年的数据,为节省论文篇幅,对这 21 个国家、地区予以忽略。同时,为节省篇幅,下表(表二)只列举 2011 年至 2013 年的平均数,不列举每一年的数据。对于只统计到其中两年数据的国家、地区,取这两年的平均数;对于只统计到其中一年数据的国家、地区,以这一年的数据作为三年的平均数。就每十万人检察官数而言,则采用 UNODC 提供的全部 42 个国家、地区自 2011 至 2013 年的平均数据。

## (二) 实证数据的比较考察

### 1. 主要国家、地区法官人口比

表二 2011 - 2013 年主要国家(地区)法官人口比

排序	国家/地区	每十万人 口法官数	排序	国家/地区	每十万人 口法官数
1	列支敦士登	180.6	42	洪都拉斯	10.7
2	摩纳哥	99.9	43	美国	10.6
3	保加利亚	57.3	44	巴拉圭	10.5
4	斯洛文尼亚	47.9	45	智利	10.5
5	克罗地亚	44.6	46	阿尔巴尼亚	10.2
6	黑山	41.5	47	哥伦比亚	10.0
7	希腊	34.0	48	马耳他	9.7
8	安道尔	33.9	49	法国	9.1
9	塞尔维亚	28.8	50	塞浦路斯	8.9
10	捷克	28.6	51	巴巴多斯	8.5
11	匈牙利	28.2	52	以色列	8.4
12	波斯尼亚和黑塞哥维那	28.1	53	巴拿马	8.1
13	奥地利	28.0	54	澳门特别行政区	7.5
14	波兰	26.0	55	亚美尼亚	7.4
15	立陶宛	25.5	56	特立尼达和多巴哥	7.3
16	斯洛伐克	25.0	57	北爱尔兰	7.2
17	哥斯达黎加	24.7	58	吉尔吉斯斯坦	6.7
18	德国	24.6	59	危地马拉	6.5
19	瑞典	21.2	60	新西兰	6.3
20	拉脱维亚	20.8	61	英格兰和威尔士	6.0
21	俄罗斯	20.4	62	毛里求斯	5.6
22	罗马尼亚	19.7	63	韩国	5.5
23	芬兰	18.1	64	格鲁吉亚	5.5

[8] 参见联合国官方网站:<https://data.unodc.org/?lf=1&lng=en#state:0>; <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/statistics/crime.html>,最后登录时间:2016年2月29日。

24	爱沙尼亚	17.4	65	阿塞拜疆	5.2
25	意大利	17.1	66	阿根廷	4.9
26	葡萄牙	16.9	67	苏格兰	4.9
27	蒙古	16.4	68	澳大利亚	4.6
28	瑞士	15.9	69	布隆迪	4.4
29	挪威	14.9	70	墨西哥	4.2
30	丹麦	14.5	71	多米尼加	
31	荷兰	14.3	72	多哥	
32	中国	14.3	73	爱尔兰	3.1
33	哈萨克斯坦	13.3	74	圭亚那	2.9
34	土耳其	13.1	75	日本	2.9
35	冰岛	13.0	76	秘鲁	2.6
36	摩尔多瓦	12.4	77	香港特别行政区	2.2
37	阿尔及利亚	12.0	78	新加坡	2.1
38	圣基茨和尼维斯	11.9	79	布基纳法索	1.9
39	巴哈马	11.8	80	菲律宾	1.7
40	西班牙	10.8	81	肯尼亚	1.2
41	萨尔瓦多	10.8			

## 说明:

在联合国毒品与犯罪问题办事处公布的数据中,对美国只公布了联邦法官的数量以及每十万人口的法官数,没有公布联邦和各州总的法官数,但该办事处公布了美国自2003年至2007年联邦和各州总的法官数量以及每十万人口的法官数,因而对美国使用2005、2006、2007三年的平均数。

由表二可以看出,在81个国家和地区中,自2011年至2013年,我国每十万人中约有14.3名法官,排在第32位,处于中间略偏上的位置。每十万人法官数比中国高的不仅有许多发展中国家,也有许多发达国家,譬如,瑞典每十万人法官数是21.2,是中国的1.48倍;葡萄牙是16.9,是中国的1.18倍,等等。值得注意的是,作为大陆法系的代表性国家以及中国自近代以来进行法律移植的重要学习对象,德国的法官人口比也比中国高,为24.6,是中国的1.72倍。另外,意大利1988年修正的刑事诉讼法在传统职权主义的基础上吸收了对抗制诉讼的很多合理因素,是采行混合制刑事诉讼模式的代表性国家,其法官人口比也比中国高,为17.1,是中国的1.20倍。此外,作为前社会主义阵营的“老大哥”、新中国成立后进行法律移植的最主要学习对象,在司法制度方面与中国相似度极高的俄罗斯,其法官人口比也比中国高,为20.4,是中国的1.43倍。最后,中国的近邻蒙古国的法官人口比也比中国高,为16.4,是中国的1.15倍。

如果按照目前确定的员额制改革目标39%严格执行,中国法官的数量必须减少一半左右,也即每十万人7.15名法官左右。这一比例在表二81个国家、地区中排名第58位,进入法官人口比最低的大约四分之一的国家、地区的行列,低于当今世界绝大多数发达国家和地区。高于中国的国家、地区,除前文列举的外,还包括美国(10.6)、法国(9.1)、西班牙(10.8)、冰岛(13.0)、北爱尔兰(7.2)、我国

的澳门特别行政区(7.5),等等。

## 2. 主要国家、地区检察官人口比

表三 2011-2013年主要国家(地区)检察官人口比

排序	国家/地区	每10万人口 检察官数	排序	国家/地区	每10万人 口检察官数
1	巴拿马	80.6	22	英国(苏格兰)	9.9
2	巴拉圭	66.3	23	美国	9.4
3	立陶宛	25.3	24	瑞典	9.4
4	爱尔兰	24.6	25	斯洛文尼亚	9.2
5	拉脱尼亚	22.1	26	波斯尼亚和黑塞哥维那	8.3
6	保加利亚	20.1	27	佛得角	7.8
7	匈牙利	18.1	28	科索沃	7.6
8	吉尔吉斯斯坦	15.4	29	塞尔维亚	7.5
9	波兰	15.2	30	墨西哥	6.8
10	哥斯达黎加	14.4	31	芬兰	6.7
11	克罗地亚	14.3	32	澳门特别行政区	6.6
12	爱沙尼亚	13.2	33	德国	6.3
13	葡萄牙	13.1	34	安道尔	6.1
14	丹麦	12.4	35	新加坡	5.2
15	黑山	12.2	36	希腊	5.0
16	捷克	11.6	37	奥地利	4.4
17	中国	11.2	38	意大利	3.1
18	罗马尼亚	11.2	39	香港特别行政区	3.0
19	亚美尼亚	10.7	40	日本	2.1
20	瑞士	10.5	41	菲律宾	1.9
21	英国(北爱尔兰)	10.1	42	圭亚那	1.5

### 说明:

在联合国毒品与犯罪问题办事处公布数据中,对美国只公布了联邦检察官的数量以及每十万人人口的检察官数,没有公布联邦和各州总的的数据。其他年份,美国检察官的数据大多不完整,最完整的是1998年,因而本表美国的数据用的是1998年的。1998年,美国检察官总数是26000人,美国总人口是27585万人,每十万人人口检察官数量是9.4。

由表三来看,与法官人口比一样,中国检察官人口比也处于中间略偏上的位置:在42个国家和地区中,我国每十万人人口中约有11.2名检察官,排在第17位。同样,检察官人口比比中国高的不仅有许多发展中国家,也有许多法治发达国家,譬如,爱尔兰每十万人人口检察官数是24.6,是中国的2.2倍;葡萄牙是13.1,是中国的1.17倍;丹麦是12.4,是中国的1.11倍。

与法官一样,如果按照目前确定的员额制改革目标39%严格执行,中国检察官的数量也必须减少一半左右,也即每十万人人口5.6名检察官左右。这一比例在表三42个国家、地区中排名第35,进入检察官人口比最低的五分之一的国家、地区的行列,低于当今世界绝大多数国家和地区。高于中国的国家、地区,除前文列举的外,还包括美国(9.4)、英国(苏格兰,9.9)、英国(北爱尔兰,10.1)、德国(6.3)、瑞士(10.5)、瑞典(9.4)、芬兰(6.7)、我国澳门特别行政区(6.6),等等。

### (三)域外法官、检察官人口比的基本规律

通过前文的研究,虽然无法断定我国的法官、检察官人口比刚好合适,但是按照目前的司法改革方案,将法官、检察官的员额比降低到39%以下,改革幅度显然过大。道理很简单,目前,我国法官、检察官的人口比在当今世界主要国家、地区中只是中等略偏上,大概处于前40%的位置,并不处于前列,即使要予以缩减,能够缩减的幅度也是有限的。而如果按照目前确定的改革方案执行,我国的法官、检察官人口比会降低为全世界最低的四分之一,甚至五分之一的国家、地区之一。当然,有学者可能从反面论证:即使按照目前的改革目标严格执行,我国的法官、检察官人口比也不是世界最低的,仍然有大约四分之一、五分之一的国家、地区的法官、检察官人口比比我国低,而且有不少是法治发达国家、地区。譬如,就法官人口比而言,还有英国(英格兰和威尔士、苏格兰)、澳大利亚、新西兰、日本、韩国、新加坡、我国香港特别行政区等比我国(大陆地区)低。就检察官人口比而言,还有意大利、日本、希腊、新加坡、菲律宾、我国澳门特别行政区等国家、地区比我国低。笔者认为,这种看法看起来似乎有一定的道理,其实是难以成立的。原因在于,判断中国的法官、检察官人口比是否合理,不仅要中国法官、检察官人口比的具体数据与其他国家、地区进行对比,而且应当研究影响法官、检察官人口比的具体因素,并结合这些因素判断中国的法官、检察官人口比是否合适。之所以如此,是因为合理的法官、检察官人员数量最终是由法官、检察官应当承担的工作量决定的:法官、检察官应当承担的工作量越大,需要的法官、检察官人数就越多;反之,需要的法官、检察官人数就少。而法官、检察官应当承担的工作量又与国家的政治传统、司法体制、司法机关的职能、审判模式等紧密相关,这些因素不同,法官、检察官承担的工作量就不同,因而需要的法官、检察院人员的数量就会存在差别。本部分将对影响法官、检察官人员数量的主要因素进行考察,并在此基础上研究我国目前确定的员额制改革目标是否合适。

#### 1. 前社会主义国家法官、检察官人口比普遍较高

##### (1) 前社会主义国家法官人口比普遍较高

从表二来看,一个明显的规律是,前社会主义国家的法官人口比普遍高于其他国家、地区。在法官人口比排名前27的国家、地区中,前社会主义国家占了17个,约占63%。之所以前社会主义国家法官人口比普遍较高,主要是因为在前社会主义国家,法官、法院承担的职能比其他国家、地区更加广泛。以刑事诉讼为例,在其他国家、地区,裁判职能与控诉职能是严格分离的,法官只承担中立裁判的职能,不承担打击犯罪的职能,而在前社会主义国家,控诉与裁判职能分离不彻底,法官除了承担裁判职能,还有责任协助侦查、起诉机关收集证据,查清犯罪事实。对此,不少学者进行过深入论证,有学者认为,在苏联的权力架构中,苏维埃法院作为国家的审判机关不仅仅负责解决社会争端、维护社会秩序,而且属于国家政权机构的重要组成部分,承担着维护国家统治的正当性与正统性的任务。<sup>[9]</sup>不仅如此,不少法律也对此作出了明确规定。譬如,《苏俄刑事诉讼法典》第3条“提起刑事诉讼和揭发犯罪的责任”明确规定,不仅检察长、侦查员和调查机关,而且法院,在发现犯罪形迹的时候,都有责任在自己的职权范围内提起刑事诉讼,采取法律所规定的一切措施来查明犯罪事件和犯罪人,并使他受到惩罚。<sup>[10]</sup>

[9] 王建国:《列宁司法思想研究》,法律出版社2009年版,第260页。

[10] 《苏俄刑事诉讼法典》,张仲麟等译,中国政法大学出版社1989年版,第2页。

(2) 前社会主义国家检察官人口比也相对较高

从表三来看,前社会主义国家的检察官人口比也比较高。在检察官人口比排名前20的国家、地区中,前社会主义国家、地区(包括现社会主义国家中国)共有13个,占65%。之所以前社会主义国家检察官人口比普遍较高,主要是因为前社会主义国家检察机关承担的职责比其他国家、地区广泛。在其他国家、地区,检察机关在刑事诉讼只是一个公诉机关,主要承担与公诉有关的职责,如(部分案件)侦查、审查起诉、出庭支持公诉等,而在前社会主义国家,受前苏联的影响,检察机关被定位为国家法律监督机关,在刑事诉讼中不仅承担公诉职能,而且承担法律监督职能。具体而言,在前社会主义国家,检察官除了负责(部分案件)侦查、审查起诉、出庭支持公诉等其他国家、地区检察官也承担的职责外,还承担法律监督职责,如审查批准逮捕,审查决定是否延长羁押期限,就诉讼参与人对侦查机关的行为提起的控告、申诉进行审查,等等,而在非社会主义国家,这些职能是由法官承担,而不是由检察官承担。

(3) 受传统影响,已转变为资本主义国家的前社会主义国家法官、检察官人口比仍然比较高

既然在前社会主义国家、地区,法院、检察院承担更多职能,需要的法官、检察官数量当然相对较多。尽管在变革为资本主义国家以后,这些国家的法院、检察院承担的职能有所缩减,但由于这些国家的政治变革是和平实现的,原司法体系基本不变,因此,受长期的历史、政治、法律传统以及心理惯性的影响,其法官、检察官人口比仍然相对较高。

2. 大陆法系法官人口比普遍高于英美法系

从表二来看,大陆法系国家、地区的法官人口比普遍高于英美法系国家。法官人口比处于第40位,即中部以前的国家、地区中,没有一个是典型的英美法系的。典型的大陆法系国家、地区的法官人口比通常都处于这一位置之前,譬如,希腊是第7位,德国是第18位,意大利是第25位,葡萄牙是第26位,西班牙是第40位,等等。相反,法官人口比处于第60位以后的国家、地区中,很少有典型的大陆法系国家、地区。之所以大陆法系国家的法官人口比普遍高于英美法系国家,主要是因为两大法系的司法理念、审判模式、陪审方式等存在重大差别,导致大陆法系法官在诉讼过程中承担更多职能,因而需要的人数较多,法官人口比较高。

(1) 司法理念的差异

从诉讼理念来看,大陆法系偏重实体正义,而英美法系偏重程序正义。就刑事诉讼而言,在英美法系国家,证明责任分配得非常清楚:证明被告人有罪的责任由控方承担,法官绝不承担收集证据查清案件事实的责任,控方收集的证据能够证明被告人有罪的,法院就判决其有罪;否则,法院就作出无罪裁判。而在大陆法系国家,法院也承担着查清案件事实以实现实体正义的职责:如果控方收集的证据能够查清案件事实,法院就依法作出裁判;如果控方收集的证据不足以查清案件事实,法官有责任采取一切法律许可的措施收集证据,进一步查清案件事实。如法国《刑事诉讼法典》第310条明确规定:“审判长得本着荣誉与良心,采取其认为有利于查明事实真相的一切措施。”<sup>[11]</sup>

(2) 诉讼模式的差异

在诉讼模式方面,英美法系实行对抗制,而大陆法系实行审问式。在刑事诉讼中,大陆法系检察机关在提起公诉时,必须将全部案卷材料移送法院。法官经审查,如果认为符合开庭审判的条件,应

[11] 《法国刑事诉讼法典》,罗结珍译,中国法制出版社2006年版,第237页。

当将起诉书副本送达被告及其辩护人,并通知被告方提交证据。在庭审过程中,法官不仅负责主持法庭审判,而且主导法庭调查与法庭辩论:出示哪些证据、不出示哪些证据、按照何种顺序出示证据、对被告人的讯问、对证人、鉴定人等的询问,等等,都由法官进行,控辩双方只有在认为法官对证据的调查、讯问、询问不充分时才可以申请法官批准,进行补充性的调查、讯问和询问。<sup>[12]</sup>由此可见,在大陆法系国家,法官承担着极为繁重的职责。而在英美法系国家,刑事诉讼奉行起诉状一本主义,检察机关在提起公诉时只提交一纸起诉书,不得提交证据材料。在法庭审判过程中,控方的证据由控方出示,辩方的证据由辩方出示;法庭调查以及法庭辩论的范围、顺序、方式,包括对实物证据的出示、对被告人的讯问、对证人、鉴定人的询问等,都由控辩双方决定,法官只负责对控辩双方的争议进行裁决,以及在认为控辩双方的讯问、询问不充分时进行补充讯问、询问。由此可见,在审判阶段,英美法系国家法官承担的职责比大陆法系国家法官轻得多。

### (3) 陪审方式的差异

众所周知,就陪审的方式而言,英美法系国家通常采用陪审团制,而大陆法系国家通常采用参审制,这两种不同的陪审方式对法官员额的要求是不同的。

第一,法官与陪审员分工不同,导致对法官员额要求不同。在英美法系陪审团制度下,陪审团裁决事实问题,法官裁决法律问题。就刑事诉讼而言,陪审团决定定罪问题,法官决定量刑问题。由此可见,在实行陪审团审判的案件中,法官大致只承担一半的审判任务。而在大陆法系参审制下,法官既参与事实问题的审理,也参与法律问题的审理,这意味着法官承担的审判任务大致是实行陪审团审判方式的两倍,因而大陆法系国家需要的法官员额当然通常比英美法系国家多。

第二,参与陪审团审判的法官与参与参审制合议庭的法官数量不同导致对法官员额要求不同。在陪审团制度下,只需要由一名法官与若干名陪审员,通常是12名陪审员共同组成法庭。而在参审制度下,通常需要由若干名法官与若干名陪审员共同组成合议庭。譬如,在法国,重罪法院对重罪案件的审理采用陪审制,重罪法院陪审庭由3名法官与9名陪审员共同组成。在德国,对刑事案件的审理有大陪审法庭与小陪审法庭两种方式,小陪审法庭由1名法官与2名陪审员组成;大陪审法庭由3名法官与2名陪审员组成。<sup>[13]</sup>既然采用陪审团审判,只需要一名法官参与,而采用参审制方式审判,通常需要2名以上的法官参与,那么采用参审制的大陆法系国家、地区需要的法官数量当然通常多于采用陪审团制的英美法系国家、地区。

### (四) 对中国的启示

就上述影响法官、检察官员额的两项因素而言,我国两者同时兼具,这决定我国的法官、检察官员额不宜降低过多,绝不宜降低到与那些既非社会主义或前社会主义,也非大陆法系的国家、地区持平的程度。我国司法改革确定的39%的员额目标如果严格执行,将导致我国的法官、检察官员额比低于几乎所有前社会主义国家,也低于几乎所有典型的大陆法系国家,是不符合我国国情的。

[12] 如《法国刑事诉讼法典》第309条明确规定:“审判长有权维护庭审秩序并指挥(direction)庭审。”第312条进一步规定,检察院以及各当事人的律师只有向审判长提出请求,才可以向被告、民事当事人、证人以及所有被传唤出庭的人提问。同注11引书,第237-238页。《德国刑事诉讼法典》第238条“主持审理”明确规定:“审判长主持审理、询问被告人和调查证据。”《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社2013年版,第191页。

[13] 宋冰:《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》,中国政法大学出版社1999年版,第169页。

### 1. 我国仍然是社会主义国家,这决定了我国的法官、检察官人口比不宜太低

首先,与其他前社会主义国家一样,在我国,法院不仅仅是一个裁决纠纷、解决社会争议的机关,同时又是一个打击违法犯罪、维护社会稳定的机关。且不说在我国实践中,许多地方法院被要求承担扶贫维稳、招商引资等形形色色、千奇百怪的任务,就立法层面而言,我国法律明确要求法院必须承担除裁决纠纷以外的许多政治、社会任务。譬如,我国《法院组织法》第3条明确规定:“人民法院的任务是审判刑事案件和民事案件,并且通过审判活动,惩办一切犯罪分子,解决民事纠纷,以保卫无产阶级专政制度,维护社会主义法制和社会秩序……教育公民忠于社会主义祖国,自觉地遵守宪法和法律。”既然在我国,法院承担着比非社会主义国家法院更多的职责,法官人口比就不宜太低。

其次,与其他前社会主义国家一样,在我国,检察机关不仅是一个刑事公诉机关,同时又是一个法律监督机关。在我国刑事诉讼中,检察机关不仅要承担与公诉相关的(部分案件)侦查、审查起诉、出庭支持公诉等职能,而且要承担审查批准逮捕、审查延长羁押期限、对诉讼参与人就侦查机关的行为提起的申诉、控告进行审查等职能,而在非社会主义国家,后面这些职能都不由检察机关承担。既然在我国,检察机关承担着比非社会主义国家检察机关更多职能,检察官人口比就不宜太低。

### 2. 我国的司法制度仍然具有强烈的大陆法系特征,因而法官人口比不宜太低

我国现代诉讼制度主要是自清末以后逐步移植西方诉讼制度建立起来的。我国清末民初对西方诉讼制度的移植主要效法的是法国、德国以及日本,具有强烈的大陆法系特征。1949年新中国成立后,中央政府宣布废除国民党的《六法全书》,建立社会主义法律制度。当时,几乎所有法律制度,包括诉讼制度都以前苏联为效法的对象,而前苏联法律制度本质上也是大陆法系的,因此新中国法律制度本质上仍属大陆法系。1979年刑事诉讼法和1982年民事诉讼法制定时我国的改革开放刚刚启动,对域外法的了解非常有限,因而这两部法律仍然主要受前苏联诉讼制度影响。20世纪90年代中后期启动的审判方式改革,包括1996年对刑事诉讼法的修正,在保留传统职权主义特点的基础上,吸收了英美法系当事人主义的一些合理做法,主要表现是在庭审方式方面由审问式改革为对抗制。2012年刑事诉讼法的修正在1996年刑事诉讼法的基础上,又向职权主义的方向“回调”,恢复了传统职权主义诉讼的一些做法。总体而言,笔者认为,我国刑事诉讼无论是从立法规定,还是实践运作来看,仍然具有强烈的大陆法系特征。

#### (1) 从司法理念来看,我国仍然属于大陆法系

如前所述,从诉讼理念来看,大陆法系偏重实体正义,英美法系偏重程序正义,而我国诉讼制度对实体正义的追求,相对于传统大陆法系国家而言,有过之而无不及。从立法层面来看,我国《刑事诉讼法》第1条<sup>[14]</sup>对刑事诉讼目的的规定,只强调了实现实体正义,根本没有强调实现程序正义。从实践来看,《刑法》得到了比较严格的遵守,而《刑事诉讼法》则一直不受重视。长期以来,刑讯逼供、超期羁押、侵犯律师权利等现象一直屡禁不止,根源即在于在诉讼理念方面过分重视实体公正,而轻视程序公正。

#### (2) 从诉讼模式来看,我国仍然具有强烈的大陆法系特征

第一,从起诉方式来看,我国一直没有实行英美法系的起诉状一本主义。在1979年《刑事诉讼

[14] 我国《刑事诉讼法》第1条规定:“为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,根据宪法,制定本法。”

法》实施期间,我国刑事诉讼是典型的职权主义诉讼模式,起诉方式实行的是全卷移送主义,检察机关在提起公诉时,必须将全部案卷材料移送法院。1996年修正的《刑事诉讼法》吸收了对抗制诉讼模式的一些合理因素,在起诉方式方面也进行了一些改革,缩小了检察机关移送案卷材料的范围,但是并没有完全采行英美法系的起诉状一本主义。2012年修正的《刑事诉讼法》在起诉方式方面出现了“回调”,恢复为全卷移送主义。

第二,从审判模式来看,我国也具有强烈的大陆法系特征。尽管如前所述,自1996年修正刑事诉讼法,我国在审判模式方面就吸收了英美法系的合理做法,建立了主要由控辩双方举证、质证的对抗制审判方式,但无论从立法还是实践来看,我国的审判模式仍然呈现出强烈的职权主义特征。

首先,从立法上来看,在审判时,法院有权随时询问证人、鉴定人等。在典型的英美法系国家,在法庭审判过程中,对证人、鉴定人等的询问,主要由控辩双方进行,法官只有在控辩双方询问完毕,存在疑问时,才进行补充询问。但在我国,《刑事诉讼法》以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》只简单规定,审判人员有权询问被害人、证人、鉴定人等,而没有规定询问的时间。这意味着,审判人员询问被害人、证人、鉴定人等,既可以是在控辩双方询问完毕后,也可以是在询问过程中,甚至可以是在控辩双方询问之前。既然审判人员有权随时询问被害人、证人、鉴定人等,那就与大陆法系职权主义审判方式具有高度的相似性。

其次,从实践来看,法官经常积极协助检察官实现控诉职能。在典型的英美法系国家,控、审职能的区分非常清楚,控诉职能由检察机关行使,法官只负责中立裁判,不行使控诉职能。但在我国,由于刑事诉讼偏重实体正义的价值目标并没有改变,法院仍然被要求承担打击犯罪的职责,因而实践中,法官经常积极协助检察官行使控诉职责:在检察官讯问、询问不充分时积极补充讯问、询问;在控方出示的证据不足以证明被告人有罪时积极进行庭外调查,收集证明被告人有罪的证据;甚至通过限制被告方行使辩护权,协助控方证明被告人有罪。由此可见,与传统大陆法系国家一样,我国法官不仅行使了裁判职能,而且承担着协助控诉方查清案件事实的职责。既然我国法官承担的职责与传统大陆法系国家一样,比英美法系国家更多,需要法官的数量就应相对较多,法官员额比例就不宜降得过低。

(3)从陪审方式来看,我国仍然实行大陆法系的参审制

如前所述,在参审制下,法官既参与法律问题的审理,也参与事实问题的审理,并且经常需要两名以上的法官与陪审员组成合议庭,因而相对于陪审团审判而言,参审制客观上要求法官员额比更高。众所周知,我国实行的也是参审制,因而客观上也要求法官员额比保持较高的水平。

### 三、法官员额的比较考察:基于人均办案数量的分析

对笔者前文主要从法官、检察官人口比的角度论证我国法官、检察官员额不宜降得过低,有学者可能提出质疑,认为不同国家的诉讼率不同,也即相同数量的居民,向法院提起诉讼的数量不同,因此研究法官、检察官员额比多少比较合理,应当以法官、检察官的年人均办案数为标准进行比较。而如果以法官年人均办案数为标准进行比较,就会发现我国法官年人均办案数比其他国家、地区低,甚至低得多,因此我国本次司法改革将法官、检察官员额比压缩至39%以下,具有正当性。事实上,在前几年讨论法官员额制改革的过程中,就有学者以此为据,论证我国实践中广泛存在的“案多人少”问题是

个伪命题,<sup>[15]</sup>因此有必要降低我国的法官额比。这一分析角度看起来似乎很有道理,但如果仔细推敲,实际上难以成立。道理很简单,中国与其他国家在法院受理案件的标准、诉讼分流机制、法官与司法辅助人员的员额比、审判管理体制等因素方面,都存在很大差别,仅仅以中国法官年人均办案数量低于其他国家,来论证中国应当大幅度降低法官额比,是不科学的。

### (一) 案件标准不同

首先应当承认,如果仅仅比较法官年人均办案数量,中国与其他国家、地区确实存在差距,而且这种差距非常大,甚至达到了令人惊讶的程度。根据《中国法律年鉴》公布的统计数据,2013年,我国全国法院受理的各类案件总数是13 371 745件,当年,全国法官总数是19.6万人,<sup>[16]</sup>平均每名法官办案数是68件。而其他国家法官每年人均办案数经常是我国的几倍,甚至几十倍。譬如,根据美国全国州法院中心(National Center for State Courts, NCSC)出台的年度报告,2013年美国州初审法院系统共受理案件9 410万件。<sup>[17]</sup>而截止2011年,州初审法院的法官人数为27 570人。<sup>[18]</sup>自2011年至2013年,州初审法院法官数量应当不会有重大变化,按照这一数据推算,州初审法院的法官每人每年审理的案件数量为3 413件,是中国的50倍。再如,根据世界银行的统计,1995年至1996年,智利法官年人均办案数为4 809件,大约是中国的71倍;哥伦比亚法官年人均办案数是1 512件,大约是中国的22倍;新加坡法官的年人均办案数是1 203件,大约是中国的18倍。<sup>[19]</sup>

当然,并非所有国家、地区法官年人均办案数都那么高,有些国家、地区法官年人均办案数相对较低,只是中国的几倍。譬如,根据美国全国州法院中心的统计,2013年,美国州上诉法院所受理的案件数量为262 230件,<sup>[20]</sup>2011年州上诉法院法官人数为1 336人,<sup>[21]</sup>据此推算,州上诉法院法官每年平均办理案件数量为196件。此外,根据世界银行的统计,1995年至1996年,德国法官年人均办案数是168件,大约是中国的2倍;法国法官年人均办案数是305件,大约是中国的5倍。<sup>[22]</sup>

从以上数据来看,绝大多数国家、地区法官年人均办案数量都比中国高,而且高几倍,乃至几十倍。应当说,比中国高几倍是可以理解的,比中国高几十倍则有些令人难以置信。如前所述,2013年,美国州初审法院法官年人均办案数为3 413件,以每年250个工作日计算,每天必须办理14起案件;以每天工作8小时计算,平均每小时必须办理1.7起案件,这是无法让人理解的。之所以中国法官年人均办案数与其他国家、地区存在如此大差别,主要是因为以下原因。

#### 1. 对交通违章案件的定性与处理程序不同

在其他国家、地区,司法裁决原则被普遍规定为法治的基本要求,只有经过司法机关,即法院裁

[15] 王禄生:“为什么‘案多人少’只是一个传说?”,引自共识网:<http://www.21ccom.net/articles/dlpl/shpl/2012/1024/69661.html>,最后登录时间:2016年2月29日。

[16] 刘奕湛:“最高法:法官人数近20万”,载《北京晨报》2013年7月26日,第A07版。

[17] Court Statistics Committee & Conference of State Court Administrators, *Examining the Work of State Courts: An Over View of 2013 State Court Caseloads*, available at: [http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/EWSC\\_CSP\\_2015.ashx](http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/EWSC_CSP_2015.ashx),最后登录时间:2016年2月29日。

[18] U. S. Department of Justice, *State Court Organization*, 2011, available at: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/sco11.pdf>,最后登录时间:2016年2月29日。

[19] Maria Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, 2 Yale Hum. Rights & Dev. L. J. 87, 98 (1999).

[20] Court Statistics Committee & Conference of State Court Administrators, *supra* note 17.

[21] U. S. Department of Justice, *supra* note 18.

[22] Dakolias, *supra* note 19.

决,才能剥夺公民的生命、自由、财产等基本权利。因此其他国家、地区,只要是涉及对违法、犯罪行为进行惩罚,不管违法、犯罪行为性质轻重、数额多少,都必须经过法院认定。正因为如此,在我国通常由警察直接处理的交通违章,如超速、超载、违章停车、未系安全带等,在其他国家、地区,也都必须由法院裁决。如前所述,2013年,美国州初审法院系统共受理案件9410万件,其中,交通案件(Traffic/Violations)就占一半以上,为5110万件,高达54%。<sup>[23]</sup>

交通违章案件由于大多事实清楚、证据充分,相对人不存在异议,因而一般由法官在听取相对人意见后直接作出决定,通常只需要几十分钟,甚至几分钟即可作出裁决。如日本1954年就制定了专门审理此类案件的《交通案件即时审判程序法》。采用这一程序审理时,警察、检察官、法官在同一场所办公,警察签发处理意见后交检察官,检察官经审查认为符合起诉条件的提交法官,法官确认被告人没有异议的,即采用这一程序进行审理。立法对审理程序没有作出明确规定,只要法院认为适当即可。通常,法官会听取被告人陈述、辩护人辩解,必要时调查其他有关证据,然后立即作出决定。采用这一程序审理无需作出正式裁判文书,只需签发《交通票证》,即《违反道路交通安全法案件迅速处理的通用文书》即可。<sup>[24]</sup>

## 2. 对一般违法行为的定性与处理程序不同

对其他违法行为的处罚,中国通常实行“双罚制”:同样的行为,如果数额不大,情节不恶劣,后果不严重,属于行政违法,由公安、税务、食品监管等执法机关按照治安管理处罚程序或行政处罚程序进行处理;如果数额较大,情节恶劣,后果严重,就被认为构成犯罪,由公安司法机关按照刑事诉讼程序进行处理。而在其他国家、地区,对犯罪的评价仅包含质的评价,不包含量的评价:只要实施了符合犯罪构成要件的行为,不管数额、情节、后果如何,通常都被认为构成犯罪。正因为如此,在其他国家、地区,犯罪案件的数量特别大。譬如,2013年美国州地方法院受理刑事案件的数量是1950万件,<sup>[25]</sup>同期,美国联邦基层法院受理刑事案件的数量是39万件,<sup>[26]</sup>两者相加为1989万件。而根据《中国法律年鉴》公布的统计数据,2013年,我国全国法院受理刑事案件的数量为97万件,只有美国的1/20。

不过,在其他国家、地区海量的刑事案件中,绝大多数都属于轻罪,相当于我国由公安机关处理的治安案件,或者由其他行政执法机关处理的行政处罚案件,与我国相对应的必须由公检法机关侦查、起诉、审判的案件,即重罪案件比率很低。譬如,在美国,重罪案件,即可能判处1年有期徒刑以上刑罚的案件一般不到20%。美国全国州法院中心统计到了2013年美国32个州全部刑事案件以及重罪案件的数量:全部刑事案件的总数是:12 127 325件,重罪案件是2 395 031件,重罪案件比率(重罪率)只有19.7%,不到20%。<sup>[27]</sup>

由于绝大多数轻罪案件控辩双方争议不大,事实清楚,证据确实、充分,采用特殊审判程序处理即可,有的甚至无需采用言词方式审理,因而审判速度非常快。对此,笔者将在下文详述。

[23] Court Statistics Committee & Conference of State Court Administrators, *supra* note 17.

[24] [日]田宫裕:“刑事程序的简易化”,载[日]西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色——日本法学家论日本刑事法》,中国·法律出版社/日本·成文堂1997年联合出版,第414-417页。

[25] Court Statistics Committee & Conference of State Court Administrators, *supra* note 17.

[26] <http://www.uscourts.gov/statistics/table/na/federal-court-management-statistics/2015/06/30-3>,最后登录时间:2016年2月29日。

[27] [http://www.ncsc.org/Sitecore/Content/Microsites/PopUp/Home/CSP/CSP\\_Criminal](http://www.ncsc.org/Sitecore/Content/Microsites/PopUp/Home/CSP/CSP_Criminal),最后登录时间:2016年2月29日。

## (二) 诉讼分流能力不同

### 1. 中外诉讼分流能力之比较

在其他国家、地区,尽管法院最初受理的案件数量很大,但由于这些国家、地区的诉讼程序分流能力很强,绝大多数案件都在诉讼过程中采用比较简易的程序处理了,最终采用正式审判程序审理的案件比例非常低,因而尽管法院受理的案件数量很大,但法官承担的工作量并不大,因此需要的法官数额比例不高。譬如,美国全国州法院中心统计到了2013年美国23个州刑事案件采用陪审团审理的比率,平均只有1.03%。具体而言,这23个州全部刑事案件的总数是2 982 066件,采用陪审团审理的总数是30 798件,采用陪审团审理的比例仅为1.03%。<sup>[28]</sup>其他国家、地区也大体如此。譬如,在日本,对于可能判处50万日元以下罚金、罚款或者缓刑、没收或者其他附加处分的案件,可以适用简易程序(又称略式程序)。实践中,日本简易程序的适用率非常高,通常都在90%以上。譬如,自1988年至1992年,日本适用简易程序案件的比率分别为92.2%、92.2%、92.8%、92.8%、93.0%。<sup>[29]</sup>

而在我国,无论是民事诉讼还是刑事诉讼,程序分流能力都远不及其他国家、地区。以刑事审判阶段为例,我国几乎所有刑事案件(除为数极少的刑事自诉案件)都必须由法官采开庭用审判的方式处理,而不能由司法辅助人员采用和解、调解的方式直接处理;<sup>[30]</sup>刑事一审案件都必须采用言词审理方式,而不能采用书面方式审理;不仅如此,我国的刑事简易程序简化程度非常低:对可能判处的有期徒刑超过三年的,应当组成合议庭进行审判;检察院应当派员出席法庭支持公诉,等等。正因为如此,我国实践中审判阶段的分流率非常低。2013年是2012年修正的刑事诉讼法实施的第一年,按照《中国法律年鉴》公布的统计数据,全国法院审理的一审刑事案件为953 976件,其中,适用简易程序的案件数量为490 021件,仅占51.4%。

### 2. 域外诉讼分流程序的主要类型

#### (1) 由司法辅助人员直接处理,无需法官审判

尽管其他国家、地区法院受理案件的范围非常广泛,但由于有些案件属于非诉讼案件,因而可以由司法辅助人员直接处理,无需法官进行审判;还有些案件数额很小,或情节轻微,后果不严重,因而可以由司法辅助人员采用调解、和解等方式(ADR,即纠纷替代解决方式)解决,无需法官进行审判,这大大地减轻了法官的审判压力。譬如,在日本,各级裁判所受理的案件包括诉讼案件和非诉讼案件两类,通常情况下,只有诉讼案件才要求法官亲自处理,非诉讼案件可以由司法辅助人员办理。而诉讼案件仅占全部案件总量的1/4至1/3左右,其他都是非诉讼案件,因此,日本法官每年需要亲自处理的案件只是法院受理的案件中的一小部分。以平成24年(2012年)的数据为例,日本全国各级裁判所共受理各类民事行政案件1 707 568件,其中诉讼案件659 080件,仅占38.6%。共受理各类刑事案件1 098 955人,其中诉讼案件440 619人,仅占40%。据此,2012年,日本除家庭裁判所外的各级裁判所共受理各类诉讼案件1 099 699件。<sup>[31]</sup>根据联合国公布的统计数据,日本现有法官3656名,<sup>[32]</sup>平均每名法官办理诉讼案件的数量为301件。

[28] *Id.*

[29] 同注24引文,第409-410页。

[30] 我国2012年修正的《刑事诉讼法》虽然确立了刑事和解制度,但在审判阶段,即使是和解的案件,也必须由法官开庭审判。

[31] 高魁:“日本法官办案效率管窥”,载《人民司法》2015年第1期,第106页。

[32] <https://data.unodc.org/>,最后登录时间:2016年2月29日。

## (2) 主要进行书面审查, 无需采用言词方式审理

在许多国家、地区, 对控辩(原被告)双方争议不大、达成和解(调解)协议的案件, 情节轻微、量刑不重的刑事案件, 或数额、争议不大的民事、行政案件, 法官可以在听取双方意见的基础上, 采用书面方式进行审理, 而无须采用开庭审判的方式, 这也有利于大幅度提高审判效率。此种处理方式最典型的是美国的辩诉交易制度。在控辩案双方就定罪量刑问题达成协议后, 法官经审查, 如果认为被告人的有罪答辩是在明知、自愿的基础上作出的, 并且检察机关的指控存在一定的事实基础, 法官就可以按照控辩双方达成的协议作出裁判, 无需开庭审理。根据美国司法统计局(Bureau of Justice Statistics)公布的统计数据, 1984年, 美国联邦地区法院采用辩诉交易的方式处理刑事案件的比率就达到了84%。此后, 美国联邦地区法院采用辩诉交易的方式处理刑事案件的比率逐渐上升, 1995年达到90%, 此后进一步上升, 1999年至2001年持续保持94%的比率。<sup>[33]</sup> 根据《纽约时报》公布的统计数据, 近年, 美国联邦法院的案件大约97%, 州法院的案件大约94%是采用辩诉交易的方式解决的。<sup>[34]</sup>

辩诉交易在美国确立后, 其他不少国家、地区也借鉴辩诉交易制度的合理因素, 建立了类似辩诉交易的特殊诉讼程序。如意大利的“依当事人要求适用刑罚”的程序(《意大利刑事诉讼法》第六编第二章), 我国台湾地区的协商程序(我国台湾地区“刑事诉讼法”第七编之一), 等等。

除辩诉交易外, 其他国家、地区还有一些其他主要进行书面审查、无需开庭审判的特殊审理程序, 如日本的简易程序(《日本刑事诉讼法》第六编)、德国的处罚令程序(《德国刑事诉讼法》第一编第一章)、意大利的处罚令程序(《意大利刑事诉讼法》第六编第五章), 等等。

## (3) 只就量刑问题进行审判, 无需就定罪问题进行审判

此种分流方式最典型的是英美法系国家广泛实行的传讯制度(arrainment)。在英美刑事诉讼中, 在检察机关提起公诉后, 法官应及时确定日期对被告人进行传讯。在传讯时, 法官先向被告人宣读起诉书, 然后要求被告进行答辩。如果被告人答辩有罪, 并且法官查明被告人是在明知答辩的意义与后果的情况下自愿答辩有罪, 法官将不再就定罪问题进行审判, 而直接进行量刑; 如果罪行轻微, 法官还可直接作出判决。从实践来看, 由于被告人自愿答辩有罪的比例很高, 因而传讯制度对提高审判效率具有极为重要的意义。在英国, 根据2014-2015司法年度的《皇家检控署年度报告》(附件D)公布的统计数据, 该年度, 治安法院审理刑事案件的总数为563 625件, 被告人作出认罪答辩的案件共432 033件, 认罪答辩率为76.7%; 刑事法院审理的案件总数为100 865件, 被告人作出认罪答辩的案件共72 527件, 认罪答辩率为71.9%。<sup>[35]</sup> 由于被告人认罪答辩案件在英国刑事案件中所占比例极高, 因而对于英国刑事司法制度的正常运转有着无可替代的重要意义。对此, 斯宾塞教授指出, “如果不是因为多数被告人答辩有罪, 因而使法院无需再听取口头举证, 那么, 英国的刑事司法制度基本上无法运转”<sup>[36]</sup>

[33] George Fisher, *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America* 223 (Stanford University Press 2003).

[34] Erica Goode, *Stronger Hand for Judges in the 'Bazaar' of Plea Deals*, N. Y. Times, Mar. 23, 2012, at A12.

[35] Crown Prosecution Service, *Annual Report and Accounts 2014-15, Annex D: Casework Statistics*, available at: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/438548/49940\\_CPS\\_Annual\\_Report\\_2015\\_print.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/438548/49940_CPS_Annual_Report_2015_print.pdf), 最后登录时间: 2016年2月29日。

[36] John Spencer, *Criminal Procedure in England - A Summary of Its Merits and Defects - The Outline of the System*, in *The Criminal Process and Human Rights: Toward a European Consciousness* 67, 75 (Mireille Delmas - Marty ed., Martinus Nijhoff Publishers 1995).

(4)采用简易方式审理,无需遵循普通审判程序的严格限制

这是审判阶段诉讼分流的最典型方式,即对案件事实清楚,证据确实、充分,被告人认罪的并同意适用简易程序的案件,通过简化审判程序,如由法官一人独任审判,检察官无需出庭支持公诉,庭审程序简化,从而提高庭审的效率。在其他国家此种审判方式分流案件的比例也非常高。譬如,在英国,根据2014-2015司法年度的《皇家检控署年度报告》(附件D)公布的统计数据,治安法院按照简易程序审理的一审刑事案件的总数是563 625件,刑事法院按照普通程序审理的一审刑事案件的总数是100 865件,简易程序的适用率达84.8%。<sup>[37]</sup>

### (三)法官与司法辅助人员的比例不同

在其他国家、地区,每名法官都配有几名,十几名,甚至几十名司法辅助人员,以协助其处理事务性工作,包括采用调解、和解等非诉讼方式独立处理一些争议不大的纠纷,这是导致其他国家、地区法官人均办案量极高的又一项重要原因。譬如,按照美国法院网公布的统计数据,自2011年7月至2013年底,因财政经费紧缩,美国联邦法院系统一共削减了3 200名司法辅助人员,这占美国联邦法院系统全部工作人员的15%。<sup>[38]</sup>据此可以推算出,在2011年7月削减之前,美国联邦法院系统全部工作人员的总数大约为2.1万人;削减之后,美国联邦法院系统全部工作人员的总数大约为1.8万人。同期,美国联邦法院系统法官的总数是860人,<sup>[39]</sup>因此,在削减之前,法官与司法辅助人员之比是1:23;削减之后,法官与司法辅助人员之比是1:20。

其他国家、地区司法辅助人员与法官的比例虽然不一定有美国那么高,但每名法官通常都会配备多名司法辅助人员则是共同的做法。譬如,在日本,1999年7月1日,日本司法改革审议会公布法官总数为2 843人,司法辅助人员总数为21 835人,两者之比仍然为1:7.6。<sup>[40]</sup>

正因为日本司法辅助人员与法官的比例比中国高得多,所以尽管在上述表二中,日本法官与居民人口比与中国相差很大,中国排第35位,而日本排第87位,但如果以法院全部工作人员数量与居民人口比相比较,中国与日本的差异就非常小。譬如,1990年前后,日本法院全部工作人员的总数为24 630人,<sup>[41]</sup>当时,日本总人口为1.2亿,每十万人人口法院工作人员数为19.9人。1990年,中国法院全部工作人员总人数为235 420人,<sup>[42]</sup>全国总人口为11.4亿,每十万人人口的法院工作人员数为20.6人。由此可见,中国法院全部工作人员与居民人口比与日本基本持平。就此而言,应当说中国法院与日本法院的工作效率不相上下,因而认为中国法官工作效率比日本低是没有道理的。

然而,在我国,大多数法官都没有专门为自己服务的司法辅助人员。实践中,从立案到庭前审查、从庭前调解到庭外调查,甚至送达诉讼文书,通常都必须由法官负责。之所以如此,是因为我国各级法院,尤其是基层法院司法辅助人员非常少,大多数法院只有一种司法辅助人员书记员,没有法官助理,而书记员的数量又非常少,别说一名法官配一名书记员,在有些基层法院,一个法庭都很难配一名书记员。譬如,2012年,全国法官(包括正副院长、专职审判委员会委员、正副庭长、审判员、助理审判

[37] *Supra* note 35.

[38] <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/sequestrations-impact-judiciarys-programs-and-operations-annual-report-2013>, 最后登录时间:2016年2月29日。

[39] <http://www.uscourts.gov/judges-judgeships/authorized-judgeships>, 最后登录时间:2016年2月29日。

[40] 同注31引文,第106页。

[41] 周道鸾:《外国法院组织与法官制度》,人民法院出版社2000年版,第272页。

[42] 朱景文:《中国法律发展报告——数据库和指标体系》,中国人民大学出版社2007年,第194页。

员)一共 195 028 人,而司法辅助人员(包括法官助理 4 595 人,书记员 82 213 人)只有 86 808 名,<sup>[43]</sup>法官与司法辅助人员之比为 1 : 0.45,平均每两个法官还不够配一名书记员,只有其他国家的十分之一,甚至几十分之一。

#### (四)行政负担不同

在其他国家、地区,法院只是一个裁决案件以解决纠纷的机关,不承担其他政治、行政任务;即便认为法院有实现社会正义的职责,也是通过公正裁决案件实现的。并且,在其他国家、地区,法院内部是一种平面结构,同一法院内部法官与法官之间的地位是平等的,不存在上令下从的管理关系,因此一旦合议庭或独任法官就案件裁判结论达成一致意见,即可制作裁判文书并对外发布,不需要报请其他部门审批。因此,在其他国家、地区,法院、法官需要承担的行政性事务是比较少的。

然而,在我国,法院、法官则承担繁重的行政管理任务。首先,如前所述,在我国,法院不仅承担着通过裁决案件从而解决社会纠纷的任务,而且有义务协助同级党政部门完成其他“中心工作”,譬如,扶贫维稳,征地拆迁,甚至招商引资,等等。另外,我国法院内部是一种类似行政机关的上令下从的金字塔形结构,对许多重大案件(事项),独任法官、合议庭都无权独立作出决定,必须报请上级有关人员批准。譬如,在本次司法改革以前,所有案件的裁判文书都必须经过院、庭长审核才能签发;疑难、复杂、重大案件必须报请院、庭长审批,提请审判委员会讨论,甚至向上级法院请示,申请同级党政部门进行协调,等等。这种繁琐的审核、协调程序大大增加了独任法官、合议庭的工作量,降低了诉讼效率。实践中,许多案件法庭审判经常只需要三四个小时,甚至一两个小时,但法院受理案件后经常需要一两个月,三四个月,甚至更长时间才能作出裁判,一项重要原因即在于此。

本次司法改革的一项重要目标是实现“让审理者裁判、由裁判者负责”,因此有关部门应当采取措施,削弱,甚至取消院、庭长,审判委员会,上级法院,以及同级党政部门对合议庭及独任法官审判的案件进行审批、协调的权力,然而从有关部门发布的司法改革文件来看,同级党的部门、上级法院、审判委员会协调、审批、讨论的权力没有变化,院、庭长审批案件的权力不仅没有被弱化,反而被进一步强化。具体而言,对院、庭长审批案件的权力,最高人民法院于 2015 年 9 月 21 日发布的《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》虽然取消了院、庭长审核签发裁判文书的权力,<sup>[44]</sup>规定“除审判委员会讨论决定的案件以外,院长、副院长、庭长对其未直接参加审理案件的裁判文书不再进行审核签发”,但同时规定院、庭长对其他法官审理的案件有进行监督 and 管理的权力,并明确规定,对于以下四类案件,院、庭长有权要求独任法官或者合议庭报告案件进展和评议结果:(1)涉及群体性纠纷,可能影响社会稳定的案件;(2)疑难、复杂且在社会上有重大影响的案件;(3)与本院或者上级法院的类案判决可能发生冲突的案件;(4)有关单位或者个人反映法官有违法审判行为的案件。院、庭长监督、管理案件权力的强化将导致独任法官以及合议庭审理的案件中需要院、庭长审批的比例增高,程序更加复杂,大大增加独任法官以及合议庭的办案工作量,增加对法官员额的要求。

[43] 陈陟云等:《法院人员分类管理改革研究》,法律出版社 2014 年版,第 85 页。

[44] 《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》第 6 条规定:“除审判委员会讨论决定的案件以外,院长、副院长、庭长对其未直接参加审理案件的裁判文书不再进行审核签发。”

## 四、员额制改革应遵循的限度

### (一) 充分考虑域外经验与中国实践状况,适当提高员额制改革的比例

通过前文的研究,已不难得出结论:我国本次司法改革将法官、检察官员额比确定为不得超过中央政法专项编制的39%,比例过低,有必要适当上调。

第一,如前文所述,员额制改革在实践推行过程中已经(可能)引发不少问题,包括人员流失问题迅速加剧,办案压力大幅增大,改革目标可能异化,等等。对此,可能有人辩解说,法院人员流失问题一直存在,不能将人员流失归结为员额制改革;就办案压力而言,主要是城市地区、经济发达地区,农村地区、经济不发达地区基本上不存在这些问题;就改革异化而言,只要准确界定法官与司法辅助人员的职权范围,不会导致司法辅助人员成为实际的裁判者,而法官成为审批者。笔者认为,这些辩解看起来似乎有一定的道理,其实是难以成立的。首先,虽然我国法院系统一直存在人员流失问题,但是从媒体报道以及各地反映的情况来看,自2014年下半年,也即员额制改革试点启动以来,人员流失问题急剧加快,以致有的法院不得不采取严厉的限制辞职措施,这与员额制改革的目标设置过高显然存在紧密联系。其次,就办案压力而言,虽然“案多人少”问题主要表现为城市地区、经济发达地区,但是许多中等发展程度的地区法院也面临巨大的压力,如果说尚有压缩空间的话,主要是一些西部农村地区法院。换言之,就全国平均水平而言,法院工作压力基本达到饱和水平,可压缩的空间不大。对此,笔者在前文已作详细论述,下文还会作进一步论述,此处从略。再次,就法官与司法辅助人员的关系而言,即使立法对法官与司法辅助人员的职权界限规定得非常清楚,但由于法官与司法辅助人员客观上存在领导与被领导的关系,如果过分压缩法官额,导致法官工作压力超过了其能够承受的极限,那么其就有可能将一些本应由法官承担的工作分派给司法辅助人员承担,导致司法辅助人员成为实际的裁判者,而法官成为审批者,违背司法审判直接言词原则的要求。

第二,如前文所述,从法官、检察官人口比来看,我国处于中间略偏上的位置,而从当今世界主要国家、地区法官、检察官人口比的分布规律来看,中国的法官、检察官人口比是基本合理的;即便为实现法官、检察官专业化、精英化而压缩员额,可以压缩的空间也非常有限。目前的司法改革方案要求将法官、检察官员额比降低至中央政法专项编制的39%以下,将导致我国法官、检察官人口比在主要国家、地区中的排名从中间略偏上的位置降低到垫底的1/4甚至1/5的国家、地区之列,不仅低于所有前社会主义国家,也低于几乎所有大陆法系国家,与我国的政治体制、法律传统、诉讼模式等都严重不符,是不合理的。

第三,从法官年人均办案数量来看,虽然如果不考虑办案方式的差异,以法院处理的所有案件平均计算,中国法官人均办案数量比其他国家、地区低得多,但是由于其他国家、地区诉讼分流的能力非常强,因而其他国家、地区最终由法官采用普通程序进行审理的案件比例很低。实际上,如果不是以法院处理的全部案件平均计算,而是以采用普通程序审理案件的数量平均计算,中国法官人均办案数量是高于很多国家、地区的。如前所述,2013年,我国法官人均办案数是68件,其中刑事诉讼适用简

易程序的比例是 50% 左右,这意味着,采用普通程序审理的案件大约是 34 件。<sup>[45]</sup> 而其他国家、地区法官每年采用普通程序审理案件的数量一般都低于这个数字。譬如,根据美国联邦法院系统公布的统计数据,自 2014 年 7 月 1 日至 2015 年 6 月 30 日一个司法年度,美国联邦地区法院受理案件的总数是 374 791,当时,联邦地区法院法官的总数是 677 名,平均每位法官办理案件的数量为 554 件。而实际上,由于存在着强大的诉讼分流机制,有高达 96.9% 的案件采用正式审判程序以外的程序处理,采用正式审判程序审理的只有 17 起案件。<sup>[46]</sup> 再如,根据美国法院网公布的统计数据,自 2009 年至 2013 年,美国联邦上诉法院审理的案件数分别是 1 367 件、1 208 件、1 349 件、1 381 件、1 259 件,在此期间,美国联邦上法院的法官人数一直是 179 人(地区上诉法院法官 167 名、联邦巡回上诉法院法官 12 名),<sup>[47]</sup> 每名法官每年平均办案数量分别是 7.64 件、6.75 件、7.54 件、7.72 件、7.03 件。<sup>[48]</sup> 其他国家、地区也大体如此。如前所述,2012 年,日本除家庭裁判所外的各级裁判所共受理各类诉讼案件 1 099 699 件。<sup>[49]</sup> 而日本简易程序的适用率一般为 92% 左右,<sup>[50]</sup> 据此可以推算出,2012 年,日本采用正式审判程序的案件大约为 87 976 件。根据联合国公布的统计数据,日本现有法官 3656 名,<sup>[51]</sup> 平均每名法官每年采用普通程序审理案件的数量为 24 件,这一数字比中国本次司法改革之前的 34 件还少 12 件,低 42%。

## (二) 区分不同地区、类型、级别的法院,确定不同的员额比例<sup>[52]</sup>

### 1. 不同地区、类型、级别的法院,法官办案压力不同

#### (1) 不同地区的法院,法官办案压力不同

首先,不同省、市、自治区的法院,法官办案压力差别很大。由于我国不同地区,如城市与农村,东部、中部与西部地区,经济发展程度差别很大,因而案件数量差别很大,这导致不同地区法院的法官办案压力差别很大。从表四来看,办案压力最大的是上海,2011 年人均办案数是 122.5 件,是全国法官人均办案数 57.9 件的 2 倍多。人均办案数最少的是西藏,为 17.8 件,不到全国法官人均办案数的 1/3。如果说西藏属民族区域自治地方,地广人稀,情况特殊,与其他地区不具有可比性的话,那么作为产煤大省的山西与上海是具有可比性的。山西法官人均办案数是 25.3 件,不到全国法官人均办案数的 1/2。如果将法官人均办案数最多的上海与人均办案数最少的西藏相比,差距高达近 7 倍;将上海与山西相比,差距也高达近 5 倍。

[45] 由于法院系统一直未公布民事案件采用简易程序审理的数量,无法计算民事诉讼简易程序的适用率,因而只能参照刑事诉讼简易程序的适用率,也按 50% 计算。

[46] *Supra* note 26.

[47] *Supra* note 39.

[48] <http://www.uscourts.gov/statistics/table/32/judicial-facts-and-figures/2013/09/30>,最后登录时间:2016 年 2 月 29 日。

[49] 同注 31 引文,第 106 页。

[50] 同注 24 引文,第 409-410 页。

[51] *Supra* note 32.

[52] 由于篇幅限制,本部分主要以法官的员额比为研究对象,但是本部分的研究结论对检察官员额比的配置也基本适用。

表四 2011年各省、市、自治区法官人均办案数

序号	省、市、自治区	法官人均结案数	序号	省、市、自治区	法官人均结案数	序号	省、市、自治区	法官人均结案数
1	上海	122.5	12	安徽	59.4	23	湖北	38.2
2	浙江	110.0	13	新疆	58.0	24	广西	37.8
3	北京	105.1	14	四川	56.9	25	陕西	36.5
4	江苏	100.5	15	辽宁	52.8	26	江西	35.6
5	广东	95.0	16	吉林	51.8	27	黑龙江	32.7
6	重庆	93.6	17	海南	48.2	28	甘肃	32.7
7	福建	88.4	18	云南	46.9	29	青海	25.9
8	山东	75.3	19	贵州	44.2	30	山西	25.3
9	天津	63.2	20	内蒙古	43.8	31	西藏	17.8
10	宁夏	60.1	21	河南	39.0	全国法官人均结案数		57.9
11	河北	59.7	22	湖南	38.3			

说明:

1. 本表数据来源于《中国各省份法院办案效率排行榜》,引自: [http://mp.weixin.qq.com/s?\\_\\_biz=MzA5MDQyNzQ3MA==&mid=404291354&idx=1&sn=ee5bcc089cfdea2fea30aab898818d97&scene=5&srcid=0217KnHY82VdudXXq89UJBT0#rd](http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MDQyNzQ3MA==&mid=404291354&idx=1&sn=ee5bcc089cfdea2fea30aab898818d97&scene=5&srcid=0217KnHY82VdudXXq89UJBT0#rd),最后登录时间:2016年2月29日。

2. 本表按各省、市、自治区法官人均办案数降序排列。

不仅不同省、市、自治区法官办案压力差别很大,同一省、市、自治区内,不同县、市、区法官的办案压力差别也非常大。从表五来看,山东省不同地区法官办案压力差别非常大。就中级法院而言,办案压力最大的是临沂中院,人均办案数为58.7件,办案压力最小的普通法院(除铁路法院、海事法院)是菏泽中院,人均办案数为23.2件,前者是后者的近2.5倍。就基层法院而言,办案压力最大的是威海市基层法院,人均办案数为162.2件,办案压力最小的普通基层法院(除铁路法院)是菏泽市基层法院,人均办案数为57.3件,前者是后者的近2.8倍。就基层派出法庭而言,办案压力最大的是莱芜市派出法庭,人均办案数为214件,办案压力最小的是菏泽市派出法庭,人均办案数为65件,前者是后者的3.3倍。

表五 2009年山东省各地法院法官年人均办案数

单位	中级法院法官人均办案数	基层法院法官人均办案数	人民法庭法官人均办案数	单位	中级法院法官人均办案数	基层法院法官人均办案数	人民法庭法官人均办案数
济南法院	40.9	113.3	123.9	日照法院	43.6	155.2	209.6
青岛法院	47.3	140.2	179.4	滨州法院	44.0	109.7	188.6
淄博法院	48.6	121.4	160.5	德州法院	29.0	72.2	89.0
枣庄法院	29.5	134.5	197.7	聊城法院	54.7	118.4	196.1
东营法院	24.6	88.4	171.7	临沂法院	58.7	129.8	155.2
烟台法院	38.5	113.2	121.3	菏泽法院	23.2	57.3	65.0
潍坊法院	42.8	114.8	88.0	莱芜法院	24.6	117.0	214
济宁法院	49.2	82.6	105.1	铁路法院	20.0	27.4	
泰安法院	43.7	104.4	131.4	海事法院	56.4		
威海法院	42.7	162.2	145.9				

**说明:**

本表数据来自山东省高级人民法院研究室:《山东省法院审判力量配置与法官负荷问题的调查报告》,载《最高人民法院2009年司法统计分析重点课题选编》,2010年9月印刷。引自:<http://www.wtoutiao.com/p/153kpic.html>,最后登录时间:2016年2月23日。

其他省、市、自治区也大体如此。如在广东省内,深圳市2014年全市法院受理案件数为225400件,办结207700件,<sup>[53]</sup>阳江市2014年全市法院共受理案件数为16962件,办结15832件,<sup>[54]</sup>两者的差距达13倍之多。就青海省而言,西宁市的城西区法院、格尔木市法院,截至2015年10月底,年人均结案数都已近百件,而青海的部分牧区,因辖区人口稀少,经济不发达,案件量相对较少,有些法院人均办案数不足10件,两者差距达10倍之多。<sup>[55]</sup>

**(2) 不同类型的法院,法官办案压力不同**

由于自20世纪80年代改革开放以来,我国经济发展速度非常快,与之相应,民事案件急剧增加,但由于审理民事案件法官的增长速度远远跟不上民事案件的增长速度,导致审理民事案件法官的办案压力最大。而行政诉讼由于由普通法院管辖,而普通法院在本次司法改革以前人财物由同级党委、人大或人大常委会、政府管理,地方化问题非常严重,“民告官”困难重重,因而行政诉讼案件数量很少,法官人均办案数很低。刑事案件介于这两者之间:自改革开放以来刑事犯罪增长速度很快,但低于民事纠纷的增长速度,因而审理刑事案件的法官人均办案数低于审理民事案件的法官,但高于审理行政案件的法官。譬如,2007年,全国法院共审理民事一审、二审案件5108391件,全国审理民事案件的法官共65843人,人均办案数为77.6件;全国法院共审理刑事一审、二审案件812177件,全国审理刑事案件的法官共1.9万人,人均办案数为42.7件;全国法院共审理一审、二审行政案件130669件,全国审理行政案件的法官共8482人,人均办案数为15.4件。从以上数据来看,审理民事案件的法官的办案压力大致是审理刑事案件的法官的2倍,是审理行政案件的法官的5倍。

**(3) 不同级别的法院,法官办案压力不同**

由于我国三大诉讼法对中级以上法院的管辖范围作出了严格的限制,因而中级以上的法院法官人均办案数比基层法院少得多,而且法院级别越高,人均办案数越少。从下表来看,就山东省三级法院以及最高人民法院而言,基层法院每年人均办案数是80.5件,中级法院每年人均办案数是28.6件,只有基层法院的1/3左右;高级法院为17.2,只有基层法院的1/5左右;最高人民法院的人均办案数是10.7,只有基层法院的1/8左右。

表六 2009年最高人民法院以及山东省三级法院法官人均办案数

单位	审、执结案数	法官人数	法官人均办案数
最高法院	11 749	1 100	10.7
山东省高院	6 010	350	17.2
山东省中级法院	69 911	2 411	28.6
山东省基层法院	823 816	10 237	80.5

[53] 万国营:“2014年深圳市中级人民法院工作报告”,引自深圳市中级人民法院网:<http://www.szcourt.gov.cn/sfgk/gsxx/gzbg/2015/07/02163050392.html>,最后登录时间:2016年2月29日。

[54] 赵菊花:“2014年阳江市中级人民法院工作报告”,引自阳江新闻网:<http://www.yjrb.com.cn/news/yj/693562.shtml>,最后登录时间:2016年2月29日。

[55] 许聪、袁有玮:“正视差异,凸显特色——青海法院人员分类改革调查(上)”,载《人民法院报》2015年11月30日,第1版。

说明:

1. 本表中山东省法院的数据来自山东省高级人民法院研究室:《山东法院审判力量配置与法官负荷情况分析》,载《人民司法》2010年第19期,第52页。

2. 本表最高人民法院法官数据系笔者根据最高人民法院领导介绍的2013年的数据(张先明:《周强在最高法院“五四”青年节座谈会上寄语青年干警:坚持公正司法,推进依法治国,让青春在共筑中国梦中华绚丽光彩》,载《人民法院报》2013年5月5日,第001版)推算:2013年,最高人民法院法官数量为1169人,那么2009年应该在1100人左右。

3. 2009年最高人民法院审、执结案数来自最高人民法院工作报告。

2. 对不同地区、类型、级别的法院,应确定不同的员额比例

既然不同地区、类型、级别的法院,法官人均办案数不同,那么就应当根据法官办案数的差别,确定不同的员额比例:对人均办案数高的法院,应确定较高的员额比例;对人均办案数低的法院,应确定较低的员额比例。大体上,法官员额比例的高低应当与既往法官人均办案数成等比关系。之所以如此,是因为既往法官人均办案数越大,表明该法院的案件数量越多,只有确定较高的法官员额比,增加法官数量,才能使法官人均办案数恢复合理状态,从而保障审判、执行的质量。反之,如果对既往人均办案数差距较大,甚至极大的法院确定相同的法官员额比,就会导致既往人均办案数多的法院依然面临巨大的压力,甚至面临更大的压力,而既往人均办案数少的法院依然存在法官办案数量不足、人员闲置的问题。当然,在确定法官员额比时除了要考虑既往法官的办案数,还应当考虑案件及诉讼程序的复杂程度、不同法院承担的职能等其他因素,但是,在确定法官员额比时完全不考虑既往法官的人均办案数,对既往人均办案数相差几倍,甚至十几倍的法院确定相同的员额比,或者大体相同的员额比,显然是不妥当的。

(1) 对不同地区的法院,应确定不同的法官员额比

第一,对不同省、市、自治区的法院,应确定不同的法官员额比。在这一方面,本次司法改革存在严重问题。按照中央的规定,各省、市、自治区本次司法改革的员额比上限是一样的,都是不得超过中央政法专项编制的39%,这必然导致既往法官人均办案数多的地方依然面临巨大压力,而以往人均办案数少的地方依然人员闲置。当然,对39%的员额制改革目标,可以理解为这只是一个上限,各省、市、自治区应当根据本地情况确定本地合理的员额比例,从而实现法官员额在全国的合理分配。但实际上,由于中央确定的员额比的上限都是39%,而具体确定各省、市、自治区员额比的又是各省、市、自治区的司法改革部门,这极可能导致各地在实际确定员额比的时候,从维持本地现状出发,确定接近39%、大体相同的员额比改革目标,无法反映各地办案压力的实际差别。从前文表一来看,就存在这种问题。譬如,广东和青海确定的员额比的改革目标都是39%,而从前文表四来看,2011年,广东法官的人均办案数(95.1)是青海(25.9)的3.7倍,确定相同的员额比改革目标显然不合理。另外,有些省、市、自治区确定的员额比改革目标虽然存在一定的差别,但差别很小,完全没有反映各省、市、自治区既往办案压力的真实差距,也是不合理的。譬如,从前文表一来看,上海确定的法官员额制改革目标为33%,山西确定的员额制改革目标为30%,看起来存在3%的差别,但实际上,从前文表一来看,2011年,上海法官的人均办案数为122.5件,山西法官的人均办案数为25.3件,前者是后者的4.8倍,员额制改革目标只相差3%,显然没有反映两地法官办案压力的真实差距。

第二,对同一省、市、自治区内不同的法院,也应确定不同的法官员额比。从目前各省、市、自治区确定的员额制改革目标来看,也存在与全国范围内类似的问题:首先,有些省、市、自治区在确定各地的员额制改革目标时,没有根据各地的实际情况,确定各自不同的员额比,而是规定相同的员额比,很

显然,这非常不合理。其次,有些省、市、自治区虽然对各地法院确定了不同的员额比,但差别过小,没有反映各地法院办案压力的真实差别。譬如,如前所述,按照广东省的规定,粤东西北地区法官员额制改革目标可以低于30%,而珠三角地区则可以高于39%,深圳各区法院法官员额最多还可以到65%,但实际上,如前文所述,2014年,深圳市法院受理的案件是粤西阳江市的13倍之多,员额制改革目标低于30%与最高65%的差别显然没有反映两地法官办案压力的真实差距,是不合理的。

### (2) 对不同类型的法院,也应确定不同的法官员额比

从笔者收集的资料来看,中央对各省、市、自治区以及省、市、自治区对各下级法院在确定员额制改革目标的时候,基本上都没有考虑不同审判庭既往审判压力的差别。而如前所述,民事、刑事以及行政审判庭法官人均办案数差别很大,审理民事案件法官的办案压力大致是审理刑事案件法官的2倍,是审理行政案件法官的5倍,对这三种法庭确定相同的员额制改革目标显然不合理。

### (3) 对不同级别的法院,同样应确定不同的法官员额比

值得肯定的是,有些省、市、自治区在确定不同法院法官员额比时考虑到了不同级别法院审判压力的差别,规定基层法院的法官员额比应当高于中级法院和高级法院。譬如,从表一来看,海南省规定,高级法院和中级法院法官员额比为38%,基层法院为40%;吉林省规定,省、市、县三级法院法官员额比按照34%、37%、40%配备。但是,大多数省、市、自治区都没有考虑到不同级别法院审判压力的差别,而是对三级法院规定相同的员额比,这显然很不合理。另外,就考虑到不同级别法院审判压力差别的省、市、自治区而言,对不同级别法院员额比差别的规定普遍过小,与不同级别法院审判压力的差别不成比例。从前文表六来看,如果以山东为例,那么基层、中级、高级法院法官人均办案数之比大致为5:2:1,而按照前述海南的规定,高级法院和中级法院法官员额比例相同,都是38%,比基层法院少2%,显然没有反映不同级别法院法官办案压力的真实差距。当然,考虑到上级法院审理的案件一般比下级法院审理的案件重大、复杂,并且上级法院除承担审判职责,还承担了对下级法院进行监督的职责,那么三级法院法官员额比的差别可以小于既往人均办案数的差别,但是完全不考虑既往人均办案数的差别,或者虽然考虑了,但是对三级法院规定的员额比差别过小,都是不妥当的。

### (三) 强化配套制度的建设,有效扩大司法辅助人员队伍

前文对域外相关制度与实践的考察表明,其他国家、地区法官之所以能保持较高的审判效率,每名法官每年能处理较多,甚至天量的案件,是因为有完善的配套机制作保障,如充足的司法辅助人员队伍,发达的诉讼分流机制,等等。我国本次进行员额制改革就意在借鉴法治发达国家、地区的先进经验,实现法官的精英化。但是,司法制度不同组成部分之间是一个有机联系的整体,要实现法官精英化,在减少法官员额的同时,必须同时建立、完善其他系列、配套制度,如扩大司法辅助人员队伍,完善诉讼分流机制,减少法院内部的审批程序,等等。

应当说,有关决策部门还是注意到了配套制度的建设问题,譬如,就刑事诉讼而言,在2012年修正的刑事诉讼法从立法层面大幅度扩大简易程序适用范围的基础上,有关部门又于2014年6月启动了刑事案件速裁程序试点工作,并准备进一步推动被告人认罪认罚从宽处罚制度的试点。然而,笔者认为,目前的司法改革方案对建立相关配套制度的规划存在很多不足之处。正如前文所分析的,最高人民法院于2015年9月21日发布的《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》,不仅没有弱化法院内部的审批机制,反而进一步强化了院、庭长对独任法官与合议庭的监督、管理权,这不仅不利于实现司法公正,对提高审判效率也非常不利。

此外,在司法辅助人员队伍的建设方面,本次司法改革也存在重视不足的问题。如前所述,在其

他国家、地区,每名法官通常都有几名,甚至几十名司法辅助人员为其服务,而在我国,法官与司法辅助人员之比为1:0.45,两名法官都不够配一名司法辅助人员。这意味着,在我国,法官实际上从事了许多本应由司法辅助人员,如法官助理、书记员完成的工作,这是导致我国法官人均办案数不及其他国家、地区的重要原因。应当说,我国有关部门也注意到了强化司法辅助人员队伍建设的重要性。早在1999年10月,最高人民法院发布的《人民法院五年改革纲要》就规定,要改革我国以前长期实行的书记员晋升助理审判员、助理审判员晋升法官的做法,切断这三者之间的晋升通道,将助理审判员改革为法官助理,对书记员、法官助理、法官实行单独的职务序列管理。2003年10月20日,中共中央组织部、人事部、最高人民法院联合发布了《人民法院书记员管理办法(试行)》(以下简称“《管理办法》”),对聘任制书记员制度作出了全面规定。2004年9月,最高人民法院发布了《关于在部分地方人民法院开展法官助理试点工作的意见》,正式确定在海南高院、常州中院、房山法院等18个法院开展法官助理制度试点工作。<sup>[56]</sup> 2008年,最高人民法院又在西部12个省、市、自治区挑选了800余个基层人民法院试行法官助理制度。

然而,由于种种原因,书记员制度的改革以及法官助理制度的建立在实践中推行中困难重重,书记员、法官助理跳槽现象非常严重,队伍极不稳定。如前所述,到2012年,全国一共有195 028名法官,而书记员只有82 213名,法官助理更少,只有4 595名,这三者之比为42:18:1左右,司法辅助人员完全不能满足实践的需要。书记员队伍之所以不稳定,笔者认为重要原因有以下几点:第一是身份受歧视。自2003年颁布《管理办法》之后,书记员在我国实践中出现了多种类型:录用制、聘任制、聘用制、劳务派遣制等不同类型。除录用制书记员大多数是在《管理办法》实施之前招录的,具有中央政法专项编制,仍属公务员,其他几类都不具有公务员身份。后三种中,聘任制书记员虽然不具有公务员身份,但多数具有事业编制,而聘用制、劳务派遣制既不具有中央政法专项编制,也没有事业编制,属于典型的合同工。劳务派遣制书记员甚至与法院之间连合同都没有,而只是与劳务派遣公司之间存在合同关系。第二是晋升空间狭窄。这又体现为两个方面:首先,书记员不得晋升为法官助理,法官助理不得晋升为法官,内部晋升渠道完全被堵死。其次,职级晋升受到严格限制。按照《管理办法》第15条的规定,最高人民法院书记员的职级最高配备为正处级,高级人民法院书记员的职级最高配备为副处级,中级人民法院书记员的职级最高配备为正科级,基层人民法院书记员的职级最高配备为副科级。第三是经济待遇过低。在许多法院,书记员,尤其是聘用制书记员以及劳务派遣制书记员待遇非常低,只有法官的一半,甚至三分之一,四分之一。

既然我国以前对书记员制度改革以及建立法官助理制度的探索存在严重问题,而本次司法改革又需要强化司法辅助人员队伍的建设,那么有关决策部门就应当总结以往的经验、教训,就司法辅助人员队伍的建设提出明确的目标以及有效的改革举措。譬如,法官助理、书记员与法官之间应保持何种比例?应采取哪些不同于以往的举措,以有效解决司法辅助人员队伍不稳定的问题?等等。但可惜的是,目前的司法改革方案对这些问题都没有作出明确规定。

就法官与法官助理、书记员的比例,笔者认为,至少应达到1:1:1,也即每名法官至少应当有1名法官助理、1名书记员,共两名司法辅助人员协助其工作。之所以每名法官至少必须有两名司法辅助人员协助其工作,是因为在司法改革完成后,也即在合理状态下,法官主要负责开庭审判及相关的工作,譬如庭前阅卷、制作庭审提纲、主持法庭审判、撰写裁判文书等,工作负担相对于以前有所减轻;而

[56] 吴晓锋:“法官助理助力中国法官走向职业化”,载《法制日报》2008年11月2日,第002版。

司法辅助人员则需要在法官的指导下处理大量辅助性工作,如在法官的指导下审查诉讼材料,组织庭前证据交换,组织庭前调解并草拟调解文书,办理财产保全和证据保全措施,委托鉴定、评估,等等,工作任务很重。

为稳定司法辅助人员队伍,笔者认为至少应当采取以下措施:第一,应当提高法官助理与书记员的地位。法官助理和书记员都可以考虑设两种:固定编制的和非固定编制。固定编制的法官助理与法官一样,也应当具有中央政法专项编制。非固定编制的书记员不占中央政法专项编制,但必须给予事业编制。当然,为了解决人员不足的问题,在固定编制的法官助理、书记员之外,还可以按照办案需要,采用合同制的方式短期聘任部分人员,如通过国家司法考试后正式执业前的实习生、高校学生等,担任法官助理或书记员。第二,提高法官助理、书记员的经济待遇。法官、法官助理和书记员的经济待遇大体按照梯级设计:法官的待遇最高,法官助理次之,书记员的待遇最低。但是,即便是书记员的待遇,也应当与一般行政公务员的待遇持平,否则,就很难保障书记员队伍的稳定,很难实现书记员队伍的专业化、职业化。第三,应当取消禁止书记员、法官助理升任法官的规定。如前所述,我国自1999年以来启动的法院人员分类管理制度改革一直建立在这样一种认识的基础上:由于书记员可以晋升助理审判员,助理审判员可以晋升法官,导致书记员队伍不稳定,法官队伍素质偏低。笔者认为这是一个认识的误区。实际上,导致出现这一问题,关键原因不在于书记员、助理审判员可以晋升为法官,而是因为我国以往对招录书记员没有设定严格的标准,而选任法官时又坚持内外有别:书记员、助理审判员晋升为法官的条件、程序比较简单,而从外部选任法官的条件、程序非常严格,结果导致担任书记员成为担任法官的一条捷径,不仅严重影响法官队伍素质,而且严重影响书记员队伍的稳定性。不过,如果仍然沿袭1999年以来书记员制度改革的做法,严格禁止书记员晋升法官助理、法官助理晋升法官,由于完全堵死了书记员、法官助理的职业晋升通道,又会影响其工作积极性,不利于保障书记员、法官助理队伍的稳定性。笔者认为,可以采取一种折中措施:不再严格禁止书记员、法官助理升任法官,但是,不管是从书记员、法官助理中选任法官,还是从社会上遴选法官,都必须坚持相同的标准和程序。这样一来,书记员、法官助理表现突出的可以升任法官,这有利于拓展其职业发展空间,提高其工作积极性;但由于坚持与从外部遴选法官相同的条件和程序,因而从书记员、法官助理中遴选法官不会影响法官队伍素质;同时,此种情况下,书记员、法官助理能够成功升任法官的比例不会很高,因此有利于保障书记员、法官助理队伍的稳定性,实现书记员、法官助理队伍的专业化、职业化。

## 五、结语

由以上分析可见,我国本次司法改革将法官、检察官员额确定为不得超过中央政法专项编制的39%,存在不少问题,有必要进行反思与检讨。

首先,从实践来看,这可能导致许多年富力强但没有行政职务的法官、检察官被“降格”为法官助理、检察官助理,以致许多地方法院、检察院离职率大幅上升;基层法官、检察官人均办案数进一步上升,在立案登记制的双重夹击之下,不堪重负;在重压之下,承办法官可能千方百计简化开庭审判程序,主要依靠法官助理、书记员庭外阅卷来裁决案件,以致以审判为中心的司法改革永远如水月镜花。

其次,从域外经验来看,就法官、检察官与居民的人口比而言,我国在主要国家、地区中处于中间略偏上的位置,与我国的国情基本适应。从法官人均办案数来看,我国虽然低于很多国家,但这主要是因为我国与其他国家法院受理案件的标准、诉讼分流机制、法官与司法辅助人员的比例、法官的行

政负担等因素不同。实际上,就法官采用普通程序审理案件的人均办案数而言,我国与其他国家大体持平。

此外,当前的改革方案对我国不同地区、不同类型、不同级别的法官办案压力的差别也考虑不足。根据本文的研究,法官人均办案数最多的上海是人均办案数最少的西藏的近7倍;审理民事案件法官的人均办案数大致是审理刑事案件的法官的2倍,是审理行政案件的法官的5倍;中级法院、高级法院、最高法院法官每年人均办案数只有基层法院的1/3、1/5、1/8左右。对人均办案数差别如此之大的不同地区、不同类型、不同层级的法院规定大致相同的员额比,显然极不妥当。

因此,有关部门在未来进一步完善司法改革方案时,有必要适当提高法官、检察官员额制改革的比例;区分不同地区、类型、级别的法院,确定不同的员额比例;同时,大力强化配套制度的建设,扩大司法辅助人员队伍。

### **Limitation of the System Reform of the Specified Number of Judicial Personnel**

Chen Yongsheng & Bai Bing

**Abstract:** It is required by the reform in the system of specified number of judicial personnel that the proportion of judges and prosecutors should not exceed 39% of the establishments of the political and legal special organization. It is proven by the practice that the proportion is too low, and because of this, the phenomenon of resignation of judges and prosecutors becomes severer, and working pressure of Judges and prosecutors becomes heavier, and these may cause the alienation of the judicial reform which aims at trial centralism. The proportion of judges, prosecutors relative to the population in China is only a little higher than the world average. The proportion of judges, prosecutors relative to the population in the socialist countries or the former socialist countries is generally higher than that of the other countries, and the proportion in civil law countries is generally higher than that of the common law system countries. The proportion of judges, prosecutors relative to the population in China should not be too low as China is both a socialist country and a civil law country. The number of cases handled by a Chinese judge per year seems less than that of the other countries, but this is caused by a variety of factors which are quite different from those of the other countries, for example, the standard of accepting cases by courts, the diversion mechanism to the litigation, the proportion between judges and Judicial support staff, and the administrative burden undertaken by judges in China. As far as the cases trialed by ordinary process are concerned, the workload of a China judge is about the same as that of the other countries. As a result, we should properly increase the proportion of judges and prosecutors, and determine different proportions for the courts located in different area, the courts of different types and the courts at different levels. Besides, we should strengthen the construction of supporting system and increase the number of judicial support staff.

**Keywords:** reform of the specified number of judicial personnel; limitation; proportion of judges, prosecutors relative to the population; the per capita number of tried cases

(责任编辑:丁洁琳)

# 不可量物侵入的物权请求权研究

## ——逻辑与实践中的《物权法》第90条

肖俊\*

**摘要:**我国《物权法》第90条过度依赖国家排放标准的问题,不仅引发了学理上对它的性质争议,也导致实践中民众失去一种通过物权请求权来排除不可量物侵入妨害或者获得补偿金的救济方式。从私法史上看,该制度起源于罗马法中对他人不动产的间接侵入的限制。虽然在现代民法中它的功能已经扩张到对于健康生活和环境安宁的保护,但制度基础仍在于不动产用益中的人对于物的支配关系。通过对教义学的梳理以及对我国实践的考察,可以在现行法基础上完善不可量物侵入制度,并为在未来民法典中进行相应规定做好准备。

**关键词:**不可量物侵入 容忍义务 排除妨害 补偿请求权

### 一、引言:相邻关系和环境污染的嫁接问题

我国《物权法》第90条规定:“不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物,排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。”本条的特殊之处在于,法条内容是要防止污染物的超标排放,但从体系上看,又处于物权法的相邻关系中。对它的性质,学界的主流立场大致有两种:第一种从物权法的视角出发,认为这是“保护环境的相邻关系”,发生在不动产之间的违反国家规定的排放,<sup>[1]</sup>也有人称之为“因排污产生的相邻关系”<sup>[2]</sup>“相邻环保关系”;<sup>[3]</sup>第二种则从侵权法的视角认为,这是日常生活的环境侵权,是一种私人间的环境侵害。<sup>[4]</sup>尽管不同的立场在表述上存在着差异,但结果是一样的,都是依靠环保排放标准来判断不可量物侵入的违法性,而此时相邻关系仅有物理意义而丧失了规范效果,即按照具体的社会地理环境决定所有人的自由支配力。

对此,一个新近的研究提出,《物权法》第90条只是一个单纯的排污管制标准,与相邻关系和侵权责任无关。<sup>[5]</sup>从实在法的立场上看这是有道理的,但单纯遵循法条字面表述的后果却是缺乏建设性

---

\* 上海交通大学凯原法学院讲师,法学博士。

[1] 王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2012年版,第675-677页。

[2] 马俊驹、陈本寒:《物权法》,复旦大学出版社2007年版,第163页。

[3] 温世扬主编:《物权法教程》,法律出版社2009年版,第103页;申卫星:《物权法原理》,中国人民大学出版社2008年版,第268页。

[4] 程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第453-455页;王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第328-329页。

[5] 李云波:“探寻《物权法》第90条的‘小标题’之谜——兼论法条小标题的基本原理”,载《法学论坛》2014年第1期,第117-119页。

的,仅仅在物权法中增加了一条毫无意义的排污条款,也使得立法者引入不可量物侵入制度的目的落空。<sup>[6]</sup>

因此,对于《物权法》第90条的反思,有必要跳出既有的框架,从本源上考察物权规范如何延伸到对安宁健康这些非典型的人格权益的保护,进而澄清它与相邻关系、排除妨害、环境侵权之间的区别,理解其特有的制度旨趣。本文从以下三个方面展开研究:

第一,制度功能和规范性质的冲突问题。既然不可量物侵入肩负保护环境和安宁的使命,为什么要把它规定在物权法中?它与环境污染和侵权损害的区别是什么?

第二,裁判标准的建构问题。单纯规定国家排放标准的《物权法》第90条是否足以满足实践中排除侵入的需求?法官如何适用这一规范?

第三,请求权的内容问题。《物权法》第90条没有规定具体的请求权内容,因此需要研究受侵入人如何行使排除妨害请求权,并且在不得不容忍侵入的情况下如何获得金钱上的补偿。

## 二、“不可量物侵入”的辞源与界定

### (一) 中西语境下“不可量物侵入”的术语构造差异

在现代汉语的构词中,不可量物侵入是一个主谓结构的短语,其重心在于主语“不可量物”,包括烟尘、煤气、噪音、光线、电磁波辐射等在形态上具有“不可称量性”的物质。<sup>[7]</sup>由此人们的思维自然而然地进入了环境保护领域,但对于其后的动词谓语,是“侵入”、“排放”、还是“损害”,往往不加区分。比如法工委编的条文说明把《物权法》第90条概括为“污染物排放”;<sup>[8]</sup>而最高人民法院物权法研究小组则把它概括为“不可量物侵害”;<sup>[9]</sup>而教科书又遵循我国台湾地区“民法”第763条“气响侵入的防止”的方式,将之称为“不可量物侵入”。<sup>[10]</sup>

从大陆法系传统来看,这一术语的建构不是以其主语,而是以谓语动词为核心。《德国民法典》第906条把它称为“immissionen”,《意大利民法典》第844条称它为“immissioni”,在法国判例法中其被称为“immission”,<sup>[11]</sup>它们的共同来源是拉丁语 *immissio*,动词形式是 *immittere*,表示不动产所有权人使得有体物进入毗邻的不动产所有权范围的行为。<sup>[12]</sup>

用 *immissio* 指称不可量物侵入的做法源于罗马法。在 D. 8, 5, 8, 5 这个文本中,法学家阿里斯多(Aristo)探讨了烟雾侵入他人房屋的问题:奶酪作坊的所有权人排出的烟雾进入了楼上的房间,但是他在建造奶酪作坊方面没有过失,没有滋扰邻人的目的,也没有给对方带来财产与人身上的损害,此时能否给予楼上的人以诉权保护?阿里斯多认为可以给予对物之诉(*actio in rem*)。理由是,“一个人在他自己的财产上可以合法地行事,但不能侵入到他人之物上”(In suo enim alii hactenus facere licet,

[6] 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第153页。

[7] 朱岩、高富平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京大学出版社2007年版,第305页。

[8] 同注6引书,第153页。

[9] 参见最高人民法院物权法研究小组:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第284页。

[10] 崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第454页。

[11] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔:《法国财产法》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第409页。

[12] See Adolf Berger, *The Encyclopedic Dictionary of Roman Law* 492 (The American Philosophical Society 1953).

quatenus nihil in alienum immittat)。

在这个论断中,他区分了两个动词——“作为”(facere)和“侵入”(immittere)。所有权人可以在自己的土地上合法地“作为”,但在他人所有或占有的土地上行为或者使得某物进入其中则是违法的。对此,可以直接通过保护占有或者保护所有权的诉权,要求对方停止妨害。但如果烟雾进入他人领地,并不是所有权人的直接行为导致的,而是合法地完成于自己的土地上,随后烟雾不受其控制自发散至他人的土地之上,此时法学家用以描述的语词是“侵入”(immittere),表示这种妨害并非有意干涉他人不动产,而是蔓延造成的间接妨害。<sup>[13]</sup> 在此情况下,被侵入人可以提起类似于现代民法中物权排除妨害请求权的“否认之诉”(actio negatoria),通过否认他人的地役权的存在来保护自己所有权。由此,从起源上奠定了“不可量物侵入”的物权基础。

## (二)现代民法中“不可量物侵入”的界定

虽然《德国民法典》第906条列举了煤气、蒸汽、臭气、烟、煤因子、热、噪音震动这些不同物质的侵入,但在学理上,对侵入的特征把握仍然是从妨害所有权的视角进行,施蒂尔纳的《德国物权法教科书》将之归纳为三个要素:第一,侵入物的不可估量性;第二,干涉来自于另一块土地或者其上的设备;第三,不属于非物质的消极干涉。<sup>[14]</sup> 近似的还有意大利法,《意大利民法典》第844条第1款列举了一系列不可量物的类型,但在司法和学理中,也是按照它们对所有权的侵入方式进行判断,包括侵入的间接性、物质性和持续性。结合两者,我们可以完整地把握不可量物侵入的形态特征。

第一,侵入的不可估量性。侵入的客体如果是有形的,那么可以直接适用物权法的排除妨害请求权。但这一制度可以类推适用到重量轻微的物质影响,如落叶、蜜蜂的飞行以及灰尘的侵入等。<sup>[15]</sup> 由此可见,我国《物权法》第90条规定的废弃物和水污染物,应该被理解为不是废弃物、水污染物本身的侵入(否则可直接依《物权法》第35条对之提起诉讼),而是它们所携带以及散发出来的化学物质和气味的侵入。

第二,侵入的间接性。侵入的产生不是源于直接针对他人土地的行为,而是在自己土地上完成的合法行为所造成的间接效果。<sup>[16]</sup> 这种侵入是无法支配和控制的,而强度也在不断变化。<sup>[17]</sup> 侵入行为是在权利人控制范围之外对别人的权利所造成的妨害,而能够控制地直接针对他人土地的行为,可以根据所有权的排除妨害请求权来救济,就不属于不可量物侵入。比如《德国民法典》第906条第1款第3款规定“以特别管道进行侵入”就属于直接侵入。

第三,侵入的物质性。侵入的影响必须具有物质性,可以客观地作用于人的器官或者器具上,能够给相邻的土地留下可以物理测量的后果。<sup>[18]</sup> 如果带来的影响是非物质性的,即便是所有物的使用给邻地在使用或者价格上带来消极的影响,比如对于景观的干涉,也不属于不可量物侵入。此外,所谓的“道德侵入”,比如在邻地上开妓院,也不属于这一范围。<sup>[19]</sup>

[13] Cfr. G. Longo, Voce *Immissioni* (diritto romano), in *Novissimo Digesto*, VIII, Torino, 1962, p. 186.

[14] [德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第542-543页。

[15] [德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第172页。

[16] Cass. civ. II, ottobre 1967, Repetorio generale annuale - Foro italiano, 1969, p. 14 - 15.

[17] Cass. civ. II, ottobre 1968, n. 3226, Contratto e Impresa, 1969, I, 1, p. 1376.

[18] Cass. civ. II, febbraio 1969, n. 570, Filangeri, 1969, I, p. 1480.

[19] 德国法参见注14引书,第543页;意大利法参见 De Martino, Art. 844 (*Immissioni*), in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1976, p. 205.

第四,侵入的持续性和现时性。首先,侵入必须是持续的或者周期性的。“持续”意味着在每一次个别的侵入之间都存在着联系,每一个单独的侵入都不是一个孤立的现象;而“周期”意味着即便持续的过程中有一些规律的停顿也构成侵入,但偶然的声响不属于这一范围。其次,侵入必须具有“现实性”,这意味着侵入现象继续存在或者危险就要来临,如果侵入已经停止,就不适用该制度。<sup>[20]</sup>

因此,随着科技与经济的发展,如果出现了超出法条列举范围的新的侵入类型,只要符合这四个要件,就可以对之适用不可量物侵入规则,比如现在日益被人警惕的电磁波辐射。

### (三)“不可量物侵入”与近似现象的区别

基于对物全面支配关系,所有权人可以对物进行占有、使用、收益、处分,当这些权能受到限制时,可以要求排除他人干涉。物权法对于不可量物侵入的规范,正是排他性的完整体现:不仅排除有形直接的干涉,而且也应该排除无形间接的干涉。

虽然从现实生活层面看,不可量物的侵入与环境污染是难以区分的,都表现为噪音、烟尘、电磁波辐射等带来的负面影响,但是从规范层面看,两者的差别是明显的:前者表现为不可量物对私人领域的“侵入”;而后者则相反,重视的是不可量物在大气和公共空间中的“排放”,是工业活动引发的物质从某地排出进入公共空间的行为。<sup>[21]</sup> 认识到这一点,就可以明确区分旨在调整公共卫生安全的环境污染排放与调整私人不动产利用的不可量物侵入。

此外,不可量物侵入和侵权损害的关系也容易混淆。不可量物侵入具有连续性、现实性和物质性的特征,以可感知的方式改变了人的生活环境,人的神经系统会因为侵入在短时间内产生一些不良后果,比如睡眠、饮食和工作状态的恶化。但它与侵权法上的损害不同,后者要求损害的大小和范围必须是确定的,才具有可救济性,<sup>[22]</sup> 不可量物侵入的违法性判断不需要直接的病理后果作为构成要件,只要其持续存在对不动产的用益具有实质影响即可。而在不可量物侵入超过容忍程度又造成人身损害时,就会产生两者的竞合,受受害人一方面可以通过物权法要求增加防治设施使得侵入下降到可容忍范围,另一方面也可以要求依据侵权法获得损害赔偿。

## 三、不可量物侵入容忍标准的内涵与具体判断

### (一)《物权法》第90条的司法实践与侵入违法性的判断

同样对于所有权的妨害,有形物与不可量物侵入的救济方式的差别在于,后者在排除妨害之前必须进行违法性判断,因为它的妨害具有间接性的特点,如果一律禁止,是对邻地所有权使用自由的过度剥夺。《物权法》第90条中规定了不可量物的排放“不能违反国家标准”,但是从当前的司法实践看,法官更多采用的是相邻关系的一般原则来判断侵入是否违法。在“北大法宝”中,关于《物权法》90条的裁判文书共46个,其中与不可量物侵入无关的17个,原告提起而法官没有采纳的有3个。剩下的26个法官适用《物权法》第90条的案件中,和国家标准一起适用的有5个;和相邻关系的一般

[20] Cass. civ. 7 settembre 1977, n. 3889, cfr. C. Salvi, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell' ambiente*, Milano, 1979, p. 300.

[21] Salvi, *supra* note 20, at 389.

[22] 周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第123页。

原则(《物权法》第 84 条或《民法通则》第 83 条)一起适用的有 20 个;和其他法条共同适用的有 1 个。<sup>[23]</sup>

通过案例群的分析,我们可以发现,在“北大法宝”收录的案例中,法官在适用《物权法》第 90 条时,同时援用相邻关系的一般原则的比例高达 78%。由此可见,法官没有僵化地适用国家标准,而是根据具体的地理环境因素进行判断,比如距离(“房屋相隔较远,声音未达到常人难以容忍的异常程度”,[2011]闵民一民初字第 11742 号)、风向(“从当地实际情况看,夏季东南风向居多,原告的房屋居西,被告的厕所居东,原告的住房处于下风方位”,[2010]青民五终字第 759 号)、经营方式(“养殖应考虑对相邻方生活、环境的影响”,[2012]修民初字第 421 号)等等。在此基础上,判断邻人正常生活状态是否受到干扰,比如“严重妨碍相邻方的正常工作、生活”([2012]玉区法民初字第 966 号),或者“污水堆积,散发恶臭,影响了原告的正常生活”([2012]海南一中民二终字第 270 号)。

反之,单纯适用《物权法》第 90 条会导致不公正的后果。比如邻人的猪圈已经达到了散发恶臭的情况下,法官仍以原告未能证明气味、噪音、污水是否超出国家标准为由,驳回请求([2012]海南一中民二终字第 270 号案)。类似的还有由于原告方未能证明被告排放的油烟、噪音违反了国家规定的相关标准,所以法院驳回原告请求([2013]光民初字第 128 号案)。

由此可见,法官联动地适用《物权法》第 84 条和第 90 条,突破第 90 条中的国家排污标准,从而作出更为公正的判决。这一思路也符合大陆法系的学理,即相邻关系可以产生出法定的容忍义务。<sup>[24]</sup>有学者提出,可以依照体系解释的径路,结合相邻关系(《物权法》第 84 条)来建构容忍义务克服过于僵化的国家标准。<sup>[25]</sup>不过笔者认为,单纯援引相邻关系原则只是一种权宜之计,它不能代替不可量物侵入规则。

首先,《物权法》第 84 条的规定过于简略,所谓的有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的标准过于抽象,仅具有伦理宣传性的特点。<sup>[26]</sup>在现代民法中,不可量物侵入的容忍规则包含了诸多要素:容忍义务、地方通行标准、平衡生产需求、经营在先规则等,单靠相邻关系的一般原则不能为法官提供足够的技术支持。

其次,这种联动适用的方法并没有从基础上澄清不可量物侵入和环境污染的差异,这使得它的适用范围过于狭窄:传统的相邻关系基础在于邻里和睦的相互关怀照顾义务,<sup>[27]</sup>在此之外,大量的涉及到工业生产和居民、学校之间的不可量物侵入的案件,由于与“邻里和睦”无关而被法官所忽略,直接将之看作是环境侵权,使得市民们失去了一个根据所有权获得保护的机会。有学者甚至认为,法官在不可量物侵入的违法性判断中主要依靠国家的强制性标准,<sup>[28]</sup>这正是因为没有能够准确界定“不可量物侵入”,只适用环境污染或者人身损害的规则来解决问题造成的后果,而不是制度自身逻辑的延伸。

基于这些问题,有必要在《物权法》第 84 条和第 90 条的基础上,系统地建构不可量物侵入的容忍

[23] 对于《物权法》第 90 条的考察通过北大法宝的“法条联想”进行,完成于 2015 年 6 月 1 日上午,包括了从 2009 年到 2014 年的判决。

[24] 同注 14 引书,第 231 页。

[25] 焦富民:“容忍义务:相邻权扩张与限制的基点——以不可量物侵扰制度为中心”,载《政法论坛》2013 年第 4 期,第 116 页。

[26] 纪海龙:“法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例”,载《法律科学》2014 年第 2 期,第 85 页。

[27] 谢在全:《物权法》(上册),中国政法大学出版社 2011 年版,第 177 页。

[28] 宋亚辉:“环境管制标准在侵权法上的效力解释”,载《法学研究》第 2013 年第 3 期,第 38-39 页。

义务,一方面从学理上澄清它的物权基础,另一方面在司法适用中将之具体化。

## (二)不可量物侵入合理容忍标准的内涵:主体与不动产的用益关系

虽然罗马法对于不可量物侵入没有提出一个明确的限制标准,但确认了对于日常生活的烟雾排放不能提起对物之诉(D. 8,5,8,6)。但没有明确提出合理容忍规则。德国法学家耶林在此基础上,提出对于间接侵入在行使排除妨害请求权之前,必须采取容忍标准进行判断,一方对于不动产的合理使用即是另一方合理容忍的范围。<sup>[29]</sup> 但是,随着重工业时代的到来,人们发现在日常生活和工业生产中的不可量物侵入标准是不同的,前者只要对自己的不动产合理使用即已足,而后者即使在合理使用范围内,仍然可能给对方带来不可承受的妨害,因此需要从受侵入方能够容忍的范围进行判断。<sup>[30]</sup>

通说认为,不可量物侵入的容忍规则应以一般理性人为标准,由此能够权衡一般人的感受与环境意识。然而问题是,物权法的规则,如何以理性人的意识作为标准,又如何实现环境保护的目的呢?德国法学家沃尔夫认为,对于一般理性人的评价必须以生活习惯以及被妨害的不动产的用途来评价妨害的程度和持续时间,此外还要考虑到基本权利所体现的价值和大众利益。<sup>[31]</sup> 由此可以发现,不可量物侵入的容忍义务,实际上是通过作为物权法基础的人与物的支配关系进行判断,由此把理性人的感受与不动产的经济用途和使用状态联系在一起。

从本质上看,“容忍”一词只关系到了人身状况,因为只有人而不是土地本身能够进行容忍。虽然不可量物的侵入并没有影响到不动产结构或造成财产上的损害,但它改变了人的存在环境,使人因为不可量物侵入在短时间内产生睡眠、饮食和工作状态的恶化;与此同时不可量物侵入又被规定在物权法中,其目的在于保护所有权。所以结合两者,可以发现所谓的“不能忍受”,其实指的是承受侵入的人由于精神和生理的良好状况受到干扰,使得其对不动产的用益状态受到的阻碍达到了不能容忍的程度,<sup>[32]</sup> 因此,对于受侵入方的人身权益的保护,应该按照他们对于不动产的用益关系进行衡量。

物权是一种人对于物的直接支配的权利,在客观的用益关系之中,存在着一部分的主观利益,它是由权利人的生存状况决定的。如意大利最高法院指出,“对人的存在条件的改变所引起的对物的使用方式的改变,导致了所有权的缩小,因此权利人的不舒服也被看作是对使用权能的客观剥夺”。<sup>[33]</sup> 而且,所有权人因为噪音遭受的无法午休的妨害也会带来不动产交易价值的变化。<sup>[34]</sup> 此时,主体的健康、安宁利益的维持构成了判断不动产所有权受到侵入的标准。

这一观点对《物权法》第90条的适用是很有意义的。法官对于不可量物侵入中的人身利益的保护,常常是从环境排放标准或者人身损害结果方面进行判断,忽略了对于不动产正常用益所需要的主体状况的考察。以[2003]青海法海事初字第14号案例为例,原告同创学院诉称,被告公司港口作业造成的矿石粉尘、煤粉尘等各种粉尘长期污染校园,围墙、各楼房墙壁等的墙面由白变红、变黑,严重影响了正常教学工作,对师生的身体健康造成了潜在的伤害。但法院认为,原告只能证明学校建筑物受过前港分公司作业影响,对于其诉求无证据证明,不予支持。

[29] Jhering, Rudolf von, *Zur lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn in Jahrbücher für die Dogmatik*, Vol. VI, 1863, p. 22. Cfr. De Martino, *supra* note 19, at 200.

[30] P. Bonfante, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, p. 774, 813.

[31] 同注15引书,第173页。

[32] M. A. Mazzola, *Immissioni e risarcimento del danno*, Torino, 2009, p. 70.

[33] Cass. SU 10186/98. Cfr. *Id.* at 70.

[34] 同注15引书,第175页。

虽然在该案中原告没有证明师生受到了实际的人身损害,也不能证明港务局排放违反国家标准,但是当校园长期遭受粉尘侵入达到了墙壁变色的地步,可以据此认为师生们在校的正常活动会受到影响,由此判断学院的所有权受到妨害,所以能够提起排除妨害请求权。

### (三)不可量物侵入合理容忍的判断及其限制

结合《德国民法典》与《意大利民法典》的相关规定以及判例与学理,可以发现在现代民法中,对于不可量物侵入的合理容忍标准的考察主要通过以下四个方面进行判断。

第一,侵入的状态及其对不动产用益的影响。对于受侵入主体的不动产用益状态的考察是判断容忍标准的起点。如果没有造成实质性的影响,则不得进行限制,否则即是对他人的不动产使用自由的剥夺。法官必须把具体的侵入事实和不动产用益关系受妨害程度联系起来,一方面要考察侵入的状态,包括侵入时间长短、侵入强度以及侵入的时间点;另一方面,则是关注受妨害的不动产用益关系,它包括了在不动产中进行的持续必要的生理活动、家庭生活、工作、社会活动等。

对此,可以2005年最高人民法院公报中“陆耀东诉永达公司环境污染损害赔偿纠纷案”为例进行观察。<sup>[35]</sup>原告起诉称其住宅受到被告经营场所的照明路灯的影响。法官依照这样几个要素进行判断:第一,距离。永达公司的经营场所与周边居民小区距离甚近,中间无任何物件遮挡。第二,数量。光线数量足以改变居室的暗光环境。第三,侵入的对象。受侵入不动产是居室,夜间须具备暗光环境。第四,受侵入不动产的用益状态。原告不能在此良好休息。

虽然本案被称为“环境污染”,也有学者认为这一判决体现了国家管制性规范(《城市环境装饰照明规范》)在侵权法上的适用。<sup>[36]</sup>实际上该规范并没有对光线的排放强度作出定量的规定,但法官利用光线的强度、距离、时间、侵入的对象和后果推断光线侵入超过容忍范围。

第二,受侵入不动产的经济用途。容忍标准的基础在于主体对于不动产用益状况,因此随着物的客观用途的差异,不动产用益与人身利益的结合度也不同。对于与主体健康状态结合非常密切的住所、医院、学校,不能仅仅适用一般理性人的标准,相对于工业生产或者商业经营用途,它们需要更高层次的安宁和舒适。

虽然目前的物权法理论还没有关注到这一点,但是行政规范对此并不陌生。比如1997年的《环境噪声污染防治法》就提出了“噪声敏感建筑物”这一概念,其第63条规定,“噪声敏感建筑物”是指医院、学校、机关、科研单位、住宅等需要保持安静的建筑物。此外,地方性法规如2007年的《宁波市环境污染防治规定》第22条与第23条对此作出了更为详细的规定。

划分噪声敏感建筑物的理论基础即是不动产的经济用途。所谓“敏感建筑物”,并非是指建筑物自身材料结构上的敏感,而是特殊的经济用途决定了不动产权利主体对于噪声的敏感。把这种思维引入《物权法》第90条的适用,通过不动产经济用途的区分把这种敏感建筑物的范围从噪声扩大到所有的不可量物范围上,将会对法官的自由裁量提供有益的指引。

第三,制造侵入的不动产所在的社会经济地理条件。对侵入的考察不能只从受侵入方进行,还需要考察侵入方不动产所在的社会经济环境。这就是《德国民法典》第906条所谓的“当地通行的标准”以及《意大利民法典》第844条所提到的“特定的地理条件”。地点状况的条件内在于正常容忍概

[35] “陆耀东诉永达公司环境污染损害赔偿纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第5期。

[36] 解亘:“论管制规范在侵权行为法上的意义”,载《中国法学》2009年第2期,第60页。

念中,法官对容忍的合理范围的考察,必须结合制造侵入的不动产所处的区域进行,越是靠近侵入源,容忍义务越大,反之就越小。它不能替代对具体用益关系的判断,但可以作为某个地区的一般范围的评价标准。<sup>[37]</sup>

在前工业时代,土地的用途差异主要体现为城市和农村的划分,工业化的发展给土地的经济文化内涵带来了质与量上的变化,而城镇化的扩张也引发了区域经济用途的变化,需要更为细致的划分。以意大利法为例,依照行政规划和社会地理经济条件可以分为:(1)城市的历史中心,(2)完成区,(3)扩展区,(4)工业区,(5)农业区,(6)公益区。司法实践认为,在这些不同的区域中,第一区对侵入的容忍程度是最小的,而第四区的容忍度最大。按照历史中心区所适用的标准被判定为不可容忍的侵入,在工业区可能只是正常容忍状况。<sup>[38]</sup>

这一原理在我国的环境保护法中已经得到部分适用,比如在《声环境质量标准》(GB 3096 - 2008)中,划分了五类的区域,对于噪音的控制呈现从严到宽的分布:(1)康复疗养区区域;(2)以居民住宅、医疗卫生、文化教育、科研设计、行政办公为主要功能的区域;(3)以商业金融、集市贸易为主要功能,或者居住、商业、工业混杂的区域;(4)以工业生产、仓储物流为主要功能的区域;(5)交通干线两侧一定距离之内的区域。这种分类模式,可以类推到所有类型的不可量物上,按照地域在健康、生产、效益、安全上的不同价值取向来界定合理容忍范围。

第四,可期待的预防成本。即便在超过容忍范围的侵入中,生产的需求并不总是要为相邻所有人的利益作出牺牲。《德国民法典》第906条第2款规定的“不能在经济上以合理期待的预期阻止”,《意大利民法典》第844条第2款规定的“协调生产需求与所有权人利益”,都体现出了所有权的社会功能,当侵入是不可容忍时,如果某种生产性活动比另一方的所有权保护更为重要,法官必须给予此种不可容忍侵入以合法性。

在超出容忍范围的情况下,法官可以判决企业采取必要的措施以避免侵入,即便增加生产成本,也必须用尽一切必要手段避免超过正常容忍范围的干涉。但如果现有的技术不能减少这种妨害或者成本过高时,就必须要求受侵入方承受这种生产活动带来的妨害。这里的“可期待性”不是指具体实施妨害行为的企业的经济状况,而是同类企业的负担能力。

除此之外,《意大利民法典》第844条还规定了经营在先规则。如果买主在获得土地时已经知道了邻地存在着侵入的污染源而以相对低廉的代价购买,在这种情况下,他不能通过不可量物侵入规则来得到救济。这在英美法上称为“自己迁入妨害”(coming into nuisance),在意大利法和法国法上称为“经营在先”,在我国学界被称为“危险引受”。<sup>[39]</sup>但是,对于这种“自愿”的程度,需要进一步明确。如果买主已经尽到注意义务,但仍不能知道原先存在的侵入源,则不适用这一规则。

#### (四) 容忍义务与国家环境标准的区别

不可量物侵入规则要解决的是毗邻不动产的不相容使用方式的冲突,而环境保护法所要直接保护的對象只是在环境中生活的人的健康状况。<sup>[40]</sup>对于噪音的规范,是对公共安宁的保护,涉及到噪音制造者和受影响的集体之间的关系,由此可以要求噪音制造者遵守规定的具体标准。但这种处理

[37] Trib. Napoli, 15 febbraio 1988, Rassegna di diritto civile, 1990, p. 902.

[38] D. M. 2.4. 1968, n. 1444. Cfr. Mazzola, *supra* note 32, at 96.

[39] 王俊:《相邻关系纠纷案件审判要旨》,人民法院出版社2005年版,第175页。

[40] Cass. civ. marzo 1980, n. 2062, Contratto e Impresa, 1980, I, 1, p. 1871.

并不能排除不可量物侵入制度的适用,相邻方仍可要求在个案中判断侵入的合法性。<sup>[41]</sup>这意味着超过环保规定的侵入肯定是不法的,但即便未超过这一标准,也不必然是合法的,应该由法官根据不可量物侵入制度在具体情景中进行衡量。

这一主张与我国环境法学界对于国家排放标准的反思具有一致性。对于公共环境的保护自然也能够为私人健康提供保障,但并不总是能够达到目的,因为它是一种社会、政治、经济共同妥协的结果,不足为私人提供充分的保护。环保法学者们认为,我国法院在民事责任判断上过分倚重环境标准。现有的环境标准还不成熟,一方面科学性不强,存在着标准过时,新型环境缺乏判断,数值确定修改依据不明等问题;另一方面环境标准数值的确定总是与符合中国国情的经济技术条件相联系,而不是以公民的人身健康安全作为指标。<sup>[42]</sup>

所以,从公私法划分上看,合理容忍标准和排污标准是性质完全不同的规范,而从当前中国的现实出发,在人身健康保护方面,不可量物侵入的合理容忍标准也有其独特的优势。

## 五、不可量物侵入的排除妨害请求权

### (一)不可量物侵入排除妨害请求权与《物权法》第35条

《物权法》第90条只规定不得超标排放,但没有具体规定受侵入人的请求权。笔者认为,受侵入人的排除不可量物侵入请求权源于《物权法》第35条的排除妨害请求权。由于受我国台湾地区学说的影响,<sup>[43]</sup>我国大陆学界也有观点认为物权的排除妨害请求权只能适用于可量物的侵入,但基于前文的分析可以看到,有形物与不可量物只是在妨害形态上存在差别,在超过容忍范围的情况下,它同样是以占有之外的方法阻碍了所有权的支配力,其与排除妨害请求权之间应该是特殊与一般的关系。在实践中也有法官直接依据《物权法》第35条来排除不可量物侵入,这种立场是值得推崇的(参见[2012]岳民初字第02061号)。

也有学者对于不可量物侵入适用排除妨害请求权的效果缺乏信心,邱聪智先生认为,排除妨害请求权具有釜底抽薪的作用,容易妨害事业活动之存毁生灭,因此,在其违法性判断上应采取更为严格的立场。<sup>[44]</sup>笔者认为这是由于对排除侵入请求权的类型和效果缺乏了解导致的过度担忧。因为适用排除妨害请求权的目的是为了禁止生产活动,更多情况下是让侵入方在可预期的范围中增加预防措施,使得两块不动产的使用收益能够并存。

此外,还要考虑到侵入双方是所有权人或者非所有权人以及两者的请求权范围差别。当制造侵入方不是所有人时,法官会认为承租人不是适格被告,比如在[2011]海民初字第1020-1号、第1405号、第1143-1号驳回起诉的民事裁定以及[2013]北立民终字第10号、第12号、第13号等一系列的判决中,邻人共同起诉某酒吧,但法官以酒吧经营者不是房屋的所有权人,被告不适格为由驳回。

为了解决以上问题,需要重新梳理排除侵入请求权的类型与内容,以便在不同情形中准确地分配相应的救济手段。

[41] Mazzola, *supra* note 32, at 147.

[42] 张晏、汪劲:“我国环境标准制度存在的问题及对策”,载《中国环境科学》2012年第1期,第187-190页。

[43] 王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第130页。

[44] 邱聪智:《民法研究(一)》,中国人民大学出版社2002年版,第332页。

## （二）排除不可量物侵入请求权的类型与行使

根据排除的方式,受侵入人排除侵入请求权可以分为积极禁止与消极禁止。积极禁止需要通过侵入人为一定的行为,对不动产和其上的工作物进行改造,使得侵入回到容忍限度之内,达到排除妨害的效果,而消极的禁止则是要求侵入人停止侵入行为,比如深夜禁止弹钢琴或者酒吧停业来达到排除妨害的效果。从两者的关系上看,积极禁止是消极禁止的辅助选择。侵入人可以选择停止侵入行为,或者通过一定行为改进工作流程,增加预防措施,从而能够维持其原本在不动产上所从事之活动。<sup>[45]</sup>

积极禁止又可以分为绝对禁止和相对禁止。绝对禁止是要求全面消灭产生侵入的工作物,通常是在对健康和环境有严重威胁的情况下采用;而部分禁止,是要求对不动产和工作物进行部分的改造,使之回到可容忍状态中。在实践中,绝对排除侵入源是少见的做法,因为它会对经济发展造成严重不利后果,较为常见的是,由法官勾勒出一个容忍范围和框架,侵入人通过对于不动产和工作物的改造使侵入回到容忍限度之中,达到排除妨害之目的。

而积极禁止请求权,由于涉及到对不动产内部结构的改造,直接影响到相邻不动产权利的本身,这种请求权是属于所有权人的。债权性的使用收益权不能要求现在或者将来的所有权人进行有效的改造,同样地,如果被告不是制造侵入物的所有权人,也不能要求他对不动产的结构进行改造。所以当排除妨害请求权涉及到对不动产内部结构的改造,这种请求权是属于所有权人的,而且只能针对所有权人提起。<sup>[46]</sup>

在消极禁止方面,无论是物权人或者是占有人、承租人,只要是能够对物进行直接使用收益的人都可以提起,因为不可量物侵入制度的目的是保障对于土地的圆满使用收益状态。但是不同的权利人在请求权内容以及相对方选择上是有差别的,承担人只能根据自己对不动产使用目的来确定侵入范围的标准,不能排除相邻不动产未来的其他可能性,而所有权人的排除妨害请求权可以针对侵入源现在以及未来的所有权人。

此外,如果所有权人在出租他人不动产时,明知其用途会对周围的不动产发生不可容忍的侵入,则行为妨害不论是自己进行或者是他人为妨害行为,都应该承担责任,与他人构成共同妨害人。比如甲承租乙的咖啡屋,噪音侵扰邻居,此时甲乙都是不可量物侵入的责任人。

## 四、不可量物侵入的补偿请求权

### （一）不可量物侵入的分类与补偿金问题

根据不可量物侵入规则中的合理容忍标准,我们可以把侵入分为可容忍和不可容忍两种类型,但是为了保护经济发展,如果可期待的预防成本过高或生产经营活动在国计民生方面具有重大意义,法律允许这种超过容忍范围的侵入维持下去,这就产生了介于可容忍和不可容忍侵入之间的一个中间形态“合法的不可容忍侵入”。此时考虑的是冲突利益的协调问题。如果侵入源得到了有效的授权,则附近的居民就必须承受侵入带来的妨害,不能主张《物权法》第35条的排除妨害请求权,而只能要

[45] Mazzola, *supra* note 32, at 242, 252.

[46] *Id.* at 245 - 248.

求获得相应的补偿。

这种问题,随着近年来规划调整和建设发展而显得更为突出。不少先建的工业区特别是化工区周围,建设了大量的居住区,甚至形成了居住区包围工业区的局面。在这种工业区建在先、居住区建在后,交错分布的情况下,单纯依靠合理容忍标准是难以解决问题的。此外,基于公共利益考量,比如铁路的噪音问题,作为国家建设项目,噪音事先通过铁路局测评,因此法官通常在噪音侵权的案件中会直接认定,铁路的噪音没有超过标准(比如北京铁路运输法院[2001]京铁经初字第23号),虽然此时由于公共利益的违法性阻却,不能要求铁路停止运营,但是应该为受侵入方提供防御措施,并且为之提供相应的补偿金,否则对于受侵入人是不公平的。

从实体法上看,不可量物侵入的补偿金请求权可以在1987年《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》第157条对公平原则的解释中找到基础:“当事人对造成损害均无过错,但一方是在为对方的利益或共同利益进行活动的过程中受到损害的,可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”这恰好符合了为协调生产的需求,在相邻方必须容忍侵入超过容忍限度造成妨害的情形中,一方因为另一方的受损而获得利益。从理论上讲,更准确的术语是近年来学界提出的“牺牲补偿请求权”,下文在此基础上展开分析。

## (二)不可量物侵入补偿金的性质

民法上的补偿金请求权指的是为了他人的权利,而使得自己的权利受到限制或者利益减少,基于这样的牺牲可以获得的金钱上的对价。<sup>[47]</sup>在我国民法学界被称为“牺牲请求权”或者“牺牲补偿请求权”,主要用来描述《物权法》第92条不动产权利人利用相邻不动产的赔偿,以及《侵权责任法》第31条第2句紧急避险造成第三人损害的适当补偿。<sup>[48]</sup>虽然对此的探讨没有延伸到不可量物侵入请求权上,但它们的特征是一致的,即所有权人本应享有的防御请求权,因一项特别法律规定而被剥夺时,所有权人获得的请求权。<sup>[49]</sup>

对于不可量物侵入给予补偿金的规定,起源于《德国民法典》第906条第2款。这影响到了《意大利民法典》,后者虽然没有明文规定,但司法实践认为根据《意大利民法典》第844条的规定可以给予补偿金。我国《物权法》第90条也没有规定补偿请求权,但不妨以同样的方式进行解释和创设。

虽然都体现为给付金钱弥补损失,但补偿金与损害赔偿是两种不同的救济方式,差异主要体现在以下三个方面:第一,从对象上看,损害赔偿针对的是不法行为,而补偿金是对于合法行为的责任,在其本质上是由没有违法性的行为所引起技术意义上的民事责任,平衡由于合法行为所导致的不公正后果。<sup>[50]</sup>第二,从功能上看,损害赔偿是对过去损害的填补,而不可量物侵入请求权的救济是面向未来的。因为行为没有违法性就不会被停止,所以补偿金是给予未来妨害的救济。第三,从内容上看,损害赔偿针对的是受损害人财产的完整性,通过计算确定相应的金钱赔偿,使受害人获得完全的满足。而补偿金的功能只是基于权利受到限制而获得的一种对价,所以补偿只能根据平均损失进行计算,不能进行完全赔偿。<sup>[51]</sup>

[47] R. Scognamiglio, *Indennità*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 594.

[48] 张谷:“论《侵权责任法》上的非真正侵权责任”,载《暨南学报》2010年第3期,第43-44页。

[49] 同注14引书,第551页。

[50] Scognamiglio, *supra* note 47, at 535.

[51] 同注15引书,第175页。

虽然我国《侵权责任法》也规定了对合法行为造成损害的救济,比如其第24条的公平责任规定,“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失”,但这与不可量物侵入的补偿金请求权仍然是不同的。《侵权责任法》第24条的公平责任发生在加害人和受害人之间,主要依当事人的经济状况决定责任分配,而补偿金则主要依受益人的受益程度与受害人所受损害的情况决定补偿。<sup>[52]</sup> 公平责任的目的是替代发挥社会保障制度、商业保险制度等其他救济制度,而不可量物侵入的补偿金的基础在于弥补不动产使用收益受到限制和妨害。

从传统理论上,在不可量物侵入中,补偿金责任是一种物权性的义务,因为它所保护的客体仍然是对于不动产的使用收益状态以及维持两块用途具有不兼容性的土地的利益平衡。其补偿范围原则上不包括人身伤害和对动产的影响。<sup>[53]</sup> 虽然我们的侵权责任是广义的,主体的权益只要受到损害就可以依据《侵权责任法》进行救济,但此时与其说是“侵权责任”,不如说是“与损害有关的救济”,或者说是一种“不真正的侵权责任”。<sup>[54]</sup>

### (三) 补偿金的计算方式

为了确保补偿金给付标准的统一,需要有合适的计算方法,常见的方法有两种,即“减少收益的资本化”和“土地价值的减损”。

第一种是“减少收益的资本化”,即由于侵入带来了不动产现有收益与原来收益的差异,把这种差异进行资本化就是补偿之债的内容。这种计算方式的基础是对于未来损失的计算,在不动产的经济用途不发生变化,没有运用新技术减少侵入程度的情况下,未来侵入带来的损失是可预见和可计算的。它的计算公式如下:<sup>[55]</sup>

$$Vd = \frac{D}{1+r} + \frac{D}{(1+r)^2} + \frac{D}{(1+r)^3} + \cdots + \frac{D}{(1+r)^n}$$

其中,Vd表示承受未来损害的价值,D表示一年中不动产减少的收入,r表示利率,n代表的是年份。由此法官可以计算出受损不动产应得到的补偿,但它的缺点是不能适用于不动产用途发生改变的情形。

第二种计算方法可以称为“土地价值的减损”。这种计算方法以原先不动产在市场上的价格与受侵入的价格进行比较,差价即是所应得的补偿。因为受损的不仅是土地的收益,还可能包括其他的损失,比如农地上作物周期的缩短。通过市场交易的方式来衡量不动产的价值减损,更为全面地反映现实状况,不仅能够克服经济用途固定化的问题,而且能够反映出第一种收益减少资本化的方法所不能反映出损害的状况。<sup>[56]</sup>

但是,从不可量物侵入的制度目的来看,在这两种计算方式中,第一种方法更为合适。因为在不动产用途确定的情况下,减少收入的资本化并不会与不动产的市场交换价格相等。这也与补偿金的性质是相符的,它补偿的是土地用益内容的缩减,而不是给予受侵入土地各方面利益的全部保护。<sup>[57]</sup>

[52] 曹险峰:“论公平责任的适用——以对《侵权责任法》第24条的解释论研读为中心”,载《法律科学》2012年第2期,第106页。

[53] 同注15引书,第176页。

[54] 同注48引文,第44页。

[55] R. Pardolesi, *Circolazione del fondo soggetto ad immissioni industriali e diritto all'indennizzo*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1978, p. 409.

[56] A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, VIII, Milano, 1995, p. 522.

[57] Salvi, *supra* note 20, at 271.

## 六、结论:环境保护中的现代潮流与私法传统

保护生态环境的压力与急迫感,使人们倾向于承认环境保护规范的特殊性,但是传统的物权保护仍然是值得关注的命题,其优势在于能够给予个人以物权请求权,由此可以实现“弥除祸害于无形,使一般公众利益均沾,极具实效性”的目的。<sup>[58]</sup>我国《物权法》第90条是本着同样的目的而制定的,只是由于过度强调环境保护,而丧失了其制度内涵。但这并非没有挽回的余地。笔者以为,对于不可量物侵入制度的完整建构,固然需要寄希望于未来的民法典,但也可以传统的学理和司法实践为基础,在现行法的框架内进行建构和完善。

首先,把《物权法》第90条作为建构不可量物侵入制度的中心,它规范的对象是“侵入”,这是对于不动产物权的无形、间接、周期性的妨害,从而有别于环境污染与侵权损害。

第二,通过《物权法》第84条的相邻关系一般原则,结合相邻不动产的距离、时间判断不可量物侵入的强度,软化《物权法》第90条中的国家排放标准。在这样的过程中,必须把相邻关系的一般原则与工业时代的土地利用特征相结合,不仅适用在日常生活的邻里关系中,也要扩展到生产和工业用地上。

第三,在《物权法》第90条适用中,整合行政法规中的“环境敏感物”以及“声环境质量标准”的原理,结合不动产的经济用途以及所在的社会经济环境,对于合理容忍限度进行判断。

第四,对于超出容忍范围的侵入,可以依据《物权法》第35条提起排除妨害请求权,请求权的内容依据不同的需求和权利人而有所差异。对于超出容忍程度,但是基于司法或者公共利益许可的“合法的不可容忍侵入”,受侵入方可以依据公平责任或者“不真正的侵权责任”获得补偿。

### The Study on the Claim of Real Rights of *Immissio*

Xiao Jun

**Abstract:** Because of the defects in the content of article 90 of Real Rights Law, there has been an academic debate about its nature, and in the practice, people can't utilize the claims of real rights to exclude the emission and obtain indemnity. From the perspective of history of private law, this institution is originated from the *actio negatoria* in Roman law although its function in the modern civil law has expanded to the protection of interests of healthy living and the peace of living environment, but the foundation is still on the real rights law. By the traditional doctrine and Chinese practices, we can construct the complete norms in the structure of existing law, which also laid the foundation for the future improvement of the Chinese Civil Code.

**Keywords:** *immissio*; criterion of normal tolerance; *actio negatoria*; claim of the indemnity

(责任编辑:幸颜静)

[58] 同注44引书,第332页。

# 占有保护解释论的三个争议问题

章正璋\*

**摘要:**我国《物权法》第 245 条有关侵害占有的损害赔偿规范,是独立的请求权规范基础而非参引性规范,占有人有权直接依据该条规定请求侵害占有的损害赔偿,请求权规范基础与归责原则存在本质区别。占有人返还原物请求权的一年期间性质上应该解释为除斥期间,该期间可以并且有必要一体适用于所有的物上请求权性质的占有保护请求权。物之占有是民事生活中一种普遍的事实,该事实具有可侵性。占有之诉与本权之诉存在本质区别,占有之诉败诉以后当事人有权提起本权之诉,本权之诉败诉以后当事人亦有权提起占有之诉。有本权的占有人占有被侵害时享有占有诉权固无问题,其是否享有侵害占有损害赔偿的本权诉权则受制于侵权法的保护范围以及侵害占有是否即构成侵害本权等因素。

**关键词:**侵害占有 请求权基础 占有之诉 本权之诉

我国《物权法》第 245 条规定:“占有的不动产或者动产被侵占的,占有人有权请求返还原物;对妨害占有的行为,占有人有权请求排除妨害或者消除危险;因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿。占有人返还原物的请求权,自侵占发生之日起一年内未行使的,该请求权消灭。”这就是我国《物权法》对于占有保护之规定。而《物权法》第 34、35、37 条分别规定了物权人的返还原物请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权以及损害赔偿请求权。与《物权法》第 245 条占有保护请求权相比,这些请求权属于本权保护的请求权,意在保护本权,本权是否存在构成请求权能否成立之基础。与《物权法》第 245 条相呼应,最高人民法院在其制定的《民事案件案由规定》(法发[2008]11 号、法发[2011]41 号)中新增加了“占有保护纠纷”案由,包括占有物返还纠纷、占有排除妨害纠纷、占有消除危险纠纷以及占有物损害赔偿纠纷等四个子类。占有保护类诉讼是继公司诉讼、证券诉讼之后我国国民商事领域新增的一类极为重要的诉讼形式。从北大法宝网-中国法律信息总库司法案例栏目所收录的占有保护类裁判案例来看,如果输入“占有”二字,选择“标题”匹配“精确”进行检索,能够搜索到“占有保护纠纷”总数为 1283 个,内容涉及“占有保护”、“占有物返还”、“占有排除妨害”、“占有侵权”、“占有损害赔偿”以及“占有物返还、赔偿”等,《物权法》第 245 条已经成为司法裁判中引用频率

---

\* 苏州大学王健法学院/东吴公法与比较法研究所教授,法学博士。本文系 2013 年度教育部人文社会科学研究一般项目“物权法与侵权法对占有的二元保护机制研究”(13YJA820071)以及 2015 年度国家社会科学基金项目“占有保护疑难法律问题研究”(15BFX163)的阶段性研究成果。

很高的一个法条。<sup>〔1〕</sup> 自立法论角度而言,《物权法》第 245 条之规范目的在于保护占有,规范内容在于赋予占有人占有物返还请求权、占有妨害除去请求权、占有妨害防止请求权以及侵害占有的损害赔偿请求权,对此国内学界迄今未见不同意见。但是,自解释论角度而言,在《物权法》第 245 条占有保护规范之理解、解释和具体适用问题上,学界却甚有争议。争议的焦点问题主要集中在占有物损害赔偿请求权是否属于独立的请求权、《物权法》第 245 条规定的一年期间的性质及其适用范围、《物权法》第 245 条所规定的占有保护与《物权法》第 34、35、37 条所规定的本权保护之间的关系等三个方面,本文将从解释论的角度对此加以研究,希望对于《物权法》第 245 条的理解、解释和具体适用能够有所帮助。

## 一、占有物损害赔偿请求权是否属于独立的请求权基础

对于《物权法》第 245 条规定的侵害占有的损害赔偿规范是否构成独立的请求权基础,目前国内学界并无充分的讨论,多数学者没有正面触及和回答这个问题,只是泛泛而论。“占有虽非一种权利,但也属法律所保护的一种财产利益,不受他人非法的任意侵害。侵害占有的,应负侵权的损害赔偿责任。”<sup>〔2〕</sup> 只要占有受到侵害,占有人即可以行使法律所赋予的占有物返还请求权、占有妨害除去请求权、占有妨害防止请求权和侵害占有的损害赔偿请求权。新近也有持否定观点的学者认为,“侵害占有的损害赔偿规范(《物权法》第 245 条第 1 款第 3 分句)并非一项独立的请求权基础规范,而是一条参引规范,指示参照《侵权责任法》关于过失责任之规则。循此解释路径,既不至于违反体系,因为在物权法中规定参照债法的指示性规范并无不可,也不必为了逻辑上的一贯而牺牲过失责任原则的适用”<sup>〔3〕</sup>

针对上述否定见解,笔者认为,我国《物权法》第 245 条关于侵害占有损害赔偿的规定,是一项独立的请求权,属于独立的请求权规范而非参引性规范。认为侵害占有的损害赔偿规范并非一项独立的请求权基础规范而是一条参引规范,无法令人信服,理由如下:

第一,否定说没有解释清楚何为请求权基础,请求权基础的构成要件有哪些,《物权法》第 245 条为何无法构成独立的请求权基础等问题。

请求权学说系由德国法学家温德莎伊德(Windscheid)1856 年在其名著《从现代法的观点看罗马法的诉权》(Die Actio des römischen Civilrechts Vom Standpunkt des heutigen Rechts)一书中率先提出的。温氏认为,某人的所有权被侵害对于所有权人来说(首先)并不是产生诉权,而是产生返还原物、赔偿损害等请求权(Anspruch),该请求权被拒绝时,则有诉权之产生。因此,诉权实乃请求权之影

〔1〕 在北大法宝网-中国法律信息总库首页的“司法案例”栏目下输入“占有”,选择“标题”匹配“精确”进行检索,可以搜索到标题中包含“占有”的案例总数民事部分为 1301 篇,其中包含了 18 个与占有无关的案例,例如张占有与袁峰等健康权纠纷上诉案、王占有诉许文博机动车交通事故责任纠纷案、陈倩倩诉吕占有委托代理合同纠纷案、范占有诉杨志军民间借贷纠纷案、胡占有诉李二涛等人身损害赔偿纠纷案,等等,因此北大法宝网所收录的占有保护类案例截止 2014 年 6 月 1 日为 1283 个。下文如无特别说明,所选案例均引自北大法宝网-中国法律信息总库,网址:<http://www.pkulaw.cn>。

〔2〕 王胜明:《中华人民共和国物权法解读》,中国法制出版社 2007 年版,第 521-523 页。

〔3〕 吴香香:“论侵害占有的损害赔偿”,载《中外法学》2013 年第 3 期,第 617 页。

子。<sup>[4]</sup> 温氏由此提出了实体法上的请求权概念,将实体法上的请求权与诉权分离,请求权以及请求权基础学说由此发轫。温氏的请求权学说为《德国民法典》所接受。《德国民法典》第194条规定:“向他人请求作为或者不作为的权利(请求权),受消灭时效的限制。”因此,按照《德国民法典》,所谓的请求权是指向他人请求作为或者不作为的权利。此乃德国立法、司法以及学术等各界对于请求权概念之共同基本理解。而学说上所谓的请求权规范基础,又称为请求权基础,是指“可供支持一方当事人得向他方当事人有所主张的法律规范”。<sup>[5]</sup> 德国民法上的请求权概念以及请求权基础的思考模式在大陆法系各国广为传播,在中国学界、立法部门和司法实务部门影响同样巨大。<sup>[6]</sup>

请求权基础主要由积极要件构成,积极要件是指能够支持一方向他方有所主张的法律规范和依据。凡是能够支持一方向他方有所主张的法律规范,就是请求权基础。请求权基础与请求权能否成立并非同一范畴,二者之间属于必要关系,而非充分或者充要关系。没有请求权基础,请求权缺少法律依据从而无法成立。请求权基础存在而请求权能否成立,还须视法律上是否有针对特定请求权基础设置有排除规范或者对立规范(Ausschlussnormen /Gegennormen)。例如《德国民法典》第985条规定所有权人可以要求占有人返还占有物,而该法典第986条又规定有权占有人,或者自有权占有的间接占有人处取得有权占有时,占有人可以拒绝返还占有物。因此,《德国民法典》第985条可以成为所有人向承租人等有权占有人要求返还占有的请求权基础,但是如果不存在承租人严重违约、租期届满等情形该请求权往往不能成立。<sup>[7]</sup> 那么,我国《侵权责任法》第6条关于过失责任之一般规定是否构成请求权体系中的辅助性规范呢?所谓辅助性规范,是指满足请求权规范构成要件之特征,在适用请求权规范时起辅助作用之规范。<sup>[8]</sup> 笔者认为,对于侵害占有损害赔偿请求权来说,《物权法》第23、25、26、27条等能够据以确定占有成立的规范,构成侵害占有损害赔偿请求权体系中的辅助性规范。但是,《侵权责任法》第6条关于过失责任之一般规定,不具有请求权规范构成要件之特征,既不构成侵害占有损害赔偿请求权基础的积极要件,又不构成该请求权基础的排除规范或者对立规范,同时亦无法成为该请求权体系中的辅助性规范,其作用仅仅在于确定对于依法成立的侵害占有损害赔偿请求权在诉讼中适用何种归责原则。

从我国《物权法》第245条第1款第3分句的句式进行分析:“因侵占或者妨害(占有)造成损害的,占有人有权请求损害赔偿”之规定,意在确立请求权,显然属于请求权规范,法律以此为占有被侵害之人提供占有保护之具体救济措施。该规定显然具备请求权基础的积极构成要件,自解释论角度

[4] Die Verletzung meines Eigentums erzeugt also für mich nicht ein Klagerecht, sondern ein Recht, die Wiederaufhebung der Verletzung zu fordern, und dieses Forderungsrecht gestaltet sich dadurch, dass seine Befriedigung verweigert wird, zum Klagerecht... für uns ist das Klagerecht nichts als ein Schatten des Rechts. Siehe Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts Vom Standpunkt des heutigen Rechts, düsseldorf 1856, S. 222 ff., 229.

[5] 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第50页。

[6] 从学术上看,梁慧星研究员认为,“请求权,指权利人得请求他人为特定行为(作为、不作为)的权利”。梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第73页。王利明教授认为,“所谓请求权(Anspruch),是指请求他人为一定行为或不行为一定行为的权利”。王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第429页。从立法上看,改革开放以后,伴随着我国《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权法》《公司法》《证券法》等一大批商事法律的制定以及修改,法律制度设计的严谨性和可操作性越来越强,其具体表征就是立法上赋予了物权等权利人、合同当事人、消费者、中小股东和股民等投资人以具体的、有明确指向性、针对性和可诉性的、得以主张和实行的各种请求权。从司法上看,截止2014年12月20日,仅北大法宝网-中国法律信息总库所收录的民事类裁判文书中,即有超过2000份明确提出或者指明了案件当事人的请求权基础问题。

[7] Dieter Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 8. Aufl., München: Carl Heymanns Verlag, 2008, S. 10-12.

[8] [德]迪特尔·梅迪库斯:《请求权基础》,陈卫佐、田士永、王洪亮、张双根译,法律出版社2012年版,第11页。

而言,无权占有人能否主张侵害占有的损害赔偿问题姑且不论,有权占有人对于侵害其有权占有造成之损害可以据此请求损害赔偿固无问题。否定说认为《物权法》第245条侵害占有的损害赔偿规范并非一项独立的请求权基础规范,而是一条参引性规范,但是并没有提出令人信服的论点和论据,亦没有提出自己的请求权概念以及对于请求权基础构成要件的见解。从否定说对于恶意占有、善意占有以及有权占有等情形下占有损害赔偿请求权的给付范围以及请求权行使条件等具体问题的论述上看,否定说对于请求权以及请求权基础问题的理解,与国内学界通说对于该问题的理解并无不同。仅仅以侵害占有损害赔偿之成立须适用过失责任归责原则为由,即否定《物权法》第245条侵害占有损害赔偿规范是独立的请求权基础,道理显然不充分,结论令人费解。

第二,否定说混淆了请求权基础与归责原则。否定说认为侵害占有的损害赔偿规范并非一项独立的请求权规范基础,而是一条参引规范,指示参照《侵权责任法》关于过失责任之规则,该项解释明显混淆了请求权基础与归责原则。《侵权责任法》第6条规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。根据法律规定推定行为人有过错,行为人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。”而《侵权责任法》第2条第2款对于侵权法保护范围内的“民事权益”的列举,并没有包含占有在内。因此,《侵权责任法》第6条从立法功能上分析属于归责原则规范,并非请求权规范基础。如果《物权法》第245条没有明确规定侵害占有的损害赔偿请求权,那么占有人能否直接依据《侵权责任法》第6条主张侵害占有的损害赔偿责任就会很成问题。

况且,否定说并没有着眼扩大解释“民事权益”之范围,以使侵权法保护之权利客体涵盖占有,使得占有人可以依据对于侵权法之解释要求侵害占有的侵权损害赔偿,而是属意于该条所规定的过错归责原则。可见,否定说在侵害占有损害赔偿请求权基础及其归责原则问题上明显存在误读。当然,如果对于侵权法上的“民事权益”进行解释,以使侵权法保护之权利客体涵盖占有,为侵害占有的损害赔偿提供请求权基础,那么解释的恰当对象也应该是《侵权责任法》第2条,而不应该是第6条,《侵权责任法》第6条属于“责任构成和责任方式”之规范,意在确定归责原则,无意确立请求权规范基础,该条规定与请求权基础无关,这从该条所处的《侵权责任法》第二章的章名中便可见一斑,否定说之解释方法和解释目的明显有违《侵权责任法》之立法体系。

第三,大陆法系自罗马法以来,占有保护请求权的种类和内容主要包括占有物返还请求权、占有妨害除去请求权、占有妨害预防请求权以及侵害占有的损害赔偿请求权,其中前三类属于物上请求权的保护方法,行使该三项请求权而引发之诉讼,传统民法上称为占有之诉,属于狭义上的占有保护诉讼(下文如无特别说明,占有之诉取其狭义),第四类属于债权的保护方法。<sup>[9]</sup>目前大陆法系的瑞士(《瑞士民法典》第926、927、928条)、葡萄牙(《葡萄牙民法典》第1276条)、日本(《日本民法典》第198、199、200条)、韩国(《韩国民法典》第204、205条)等国的民法典和我国《物权法》第245条均明确规定了侵害占有的损害赔偿请求权。德国、意大利和旧中国的民法典虽然没有明确规定侵害占有的损害赔偿请求权,但是通过对于侵权行为法所保护权利客体范围的目的性扩张解释,司法实践上早已将占有纳入侵权法的保护范围之内。无论是法律明确规定的侵害占有损害赔偿请求权抑或经由解释而来的侵害占有损害赔偿请求权,均完全符合请求权基础的积极构成要件,占有人有权据此主张侵害

[9] 章正璋:“我国民法上的占有保护——基于人民法院六年来占有保护案例的实证分析”,载《法学研究》2014年第3期,第203页。

占有的损害赔偿从无疑义。至于侵害占有损害赔偿案件是适用过错、无过错抑或其他的归责原则,属于归责原则方面的问题,对于侵害占有损害赔偿请求权基础问题不生影响。从我国的司法实践情况看,物权法实施以来法院审理了大量侵害占有损害赔偿的案件,截止2013年10月1日,仅北大法宝网收录者即达92个,其中法院判决支持占有人损害赔偿请求的案件为55件,不予赔偿的案件为37件。<sup>[10]</sup> 司法裁判上所确认的侵害占有损害赔偿请求权的基础主要是《物权法》第245条第1款第3分句,将《侵权责任法》第6条作为侵害占有损害赔偿请求权基础的案例目前尚无法检索到,法院的该项司法实践值得肯定。

## 二、《物权法》第245条所规定的一年期间的性质及其适用范围

《物权法》第245条第2款规定:“占有人返还原物的请求权,自侵占发生之日起一年内未行使的,该请求权消灭。”对于该条所规定的一年期间法律性质上究竟属于诉讼时效还是除斥期间,我国学界目前存在完全不同的看法。时效论者认为,首先,从比较法的角度来看,这一期限在许多国家被认为是诉讼时效,而不是除斥期间,这一期限应当可以适用中止、中断等制度。其次,除斥期间仅仅适用于形成权,而诉讼时效适用于请求权,占有物返还请求权就其本质而言,与其他请求权无异。因此,该一年期间应该属于诉讼时效的范畴。再次,占有人在其占有被侵夺以后,可能根本不知道占有物被侵夺,而一年的期限又比较短,如果再不允许中止、中断、延长,就会导致许多占有人无法主张此种权利,这显然不利于占有人利益之保护。最后,立法此处所设置的时效期间,显然是指占有人能够客观行使其权利的期间;这也意味着,起算点应该是占有人能够客观主张其权利之时。这正是“时效于无法行动者不得经过”(contra non valentem agere non currit prescriptio)这一法谚的具体要求。这就是说,占有返还的一年时效应当理解为诉讼时效,作为可变期间,其可以适用时效中断、中止或延长等事由。<sup>[11]</sup> 而除斥期间论者则认为,“因为占有保护一般比较紧迫,规定为除斥期间可以促使占有人及时行使权利,使社会秩序及时稳定下来。如果规定为诉讼时效,由于诉讼时效可以中断、中止甚至延长,而且诉讼时效的起算原则上从权利人知道或者应当知道之日起计算,这样拖延的时间较长,不利于社会秩序的稳定。而且,从我国《物权法》规定的起算点来看,也应确定为除斥期间。”<sup>[12]</sup>

针对上述不同理解和解释,笔者认为,仅仅从《物权法》第245条第2款的字面含义出发,尚不足以得出该条所谓的一年期间性质上一定就是诉讼时效或者一定就是除斥期间,该款属于典型的法条含义不明之条款,完全可以有不同之理解,其性质须待有权机构作出明确解释才能确定。因此,我国学界对此问题之争议,仍属于价值判断与利益衡量之范畴,非属于事实判断问题。从大陆法系既有之立法成例看,有将占有保护请求权之行使期间规定(解释)为诉讼时效的,比如瑞士民法与旧中国民法等,也有将占有保护请求权之行使期间规定(解释)为除斥期间的,比如德国民法与日本民法等。<sup>[13]</sup> 从我国实际出发,笔者赞同将《物权法》第245条第2款所规定的一年期间解释为除斥期间,理由如下:

[10] 同注9引文,第203页。

[11] 石佳友:“《物权法》占有制度的理解与适用”,载《政治与法律》2008年第10期,第34页。

[12] 刘智慧:《中国物权法释解与应用》,人民法院出版社2007年版,第701页。

[13] 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第596页。

第一,从《物权法》第245条第2款所使用的词句分析,所谓“自侵占发生之日起”,表明此处一年期间的起算点是一个客观的时点,这与除斥期间相同而与诉讼时效相异,诉讼时效自当事人知道或者应当知道权利被侵害之时起算,其起算点是一个主观时点。

第二,该款明确规定一年期间经过后“请求权消灭”,而按照《民法通则》第138条以及《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3条等规定,诉讼时效完成以后,当事人所享有的实体法上的请求权并不消灭。

第三,从占有保护制度的设立目的和社会功能上看,此处的一年期间也应解释为除斥期间,不能中断、中止或者延长,以求简便高效。这对于真正的权利人并无不利,因为即使占有保护请求权期间经过,受害人的本权并不消灭,基于本权的请求权仍然得以行使。

第四,时效论者所认为的除斥期间仅仅适用于形成权,而不适用于请求权的思想观点过于传统守旧,与大陆法系许多国家的立法以及司法实践明显不符。请求权适用除斥期间并不存在任何制度性、构造性障碍,二者之间并非水火难容,现代民法早已放弃了就除斥期间适用何种权利作统一规定与解释之实践。<sup>[14]</sup> 尤其应该看到,瑞士民法与旧中国民法所规定的普通诉讼时效期间分别为10年和15年,在此情况下将占有保护请求权之行使期间规定(解释)为短期时效尚有必要,而我国《民法通则》所规定的普通诉讼时效期间仅为2年,如果将《物权法》第245条第2款所规定的一年期间解释为诉讼时效,实在无法体现占有之诉的简便高效。

除了返还原物请求权,有学者认为《物权法》所规定的返还原物的一年除斥期间,应该统一适用于所有的占有保护请求权,即同样适用于占有妨害除去请求权以及占有妨害防止请求权。<sup>[15]</sup> 也有学者对此观点表示否定,认为“占有保护请求权中的排除妨害请求权和消除危险请求权,原则上同妨害或者危险的持续状态紧密相连。如果妨害已经消失或者危险已经不存在,自然没有排除妨害或者消除危险请求权提请的必要;如果妨害或者危险持续发生,那么此项排除妨害或者消除危险的请求权自然没有受时效限制的道理。”<sup>[16]</sup> 笔者赞同肯定说。此项争议的焦点实际在于如何理解占有保护制度中所谓的“侵害”或者“妨害”,即是否区分“侵害”或者“妨害”的行为与“侵害”或者“妨害”的后果。否定说只考虑到妨害已经消失或者危险已经不复存在,以及妨害或者危险持续发生的情形,但是对于“侵害”或者“妨害”的后果持续存在的情形却没有顾及。《德国民法典》第864条与旧中国民法典第963条所规定的占有保护请求权行使期间,均一体适用于所有的物上请求权性质的占有保护请求权,原因在于上述国家(地区)在理论与实践均明确区分持续性侵害、妨害行为之发生(*der Beginn einer fortgesetzten Störung*)与持续性侵害、妨害后果之终止(*das Ende einer fortgesetzten Störung*),将侵害后果之持续排除在侵害行为之外。<sup>[17]</sup> 如果对于“侵害”、“妨害”的行为与“侵害”、“妨害”的后果不加区分,那么对于侵占他人之物的行为,只要侵害人不返还侵占物,则侵害的后果一直持续,那么原占有人也就一直有权行使占有物返还请求权,这种理解当然有悖于大陆法系一些国家民法上设置占有保护除斥期间(或者诉讼时效)制度之立法目的。同理,对于倾倒垃圾于他人土地之上的行为,倾倒行为可能并非持续发生,而“侵害”、“妨害”的后果却持续存在。“对于持续性侵害状态,占有人排除妨害请

[14] Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck München, 2009, S. 74.

[15] 张双根:“占有的基本问题——评《物权法草案》第二十章”,载《中外法学》2006年第1期,第125页。

[16] 同注2引书,第523页。

[17] Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck München, 2009, S. 73.

求权自侵害状态终止之时起算的立法没有任何意义。很难想象,被害人可以随时起诉,而只要侵害状态一直持续,就以起诉之时点作为一年除斥期间之开始。”<sup>[18]</sup>因此,笔者赞同将《物权法》所规定的返还原物的一年除斥期间统一适用于所有的物上请求权性质的占有保护请求权之主张。而对于《物权法》第245条第1款所规定的侵害占有的损害赔偿请求权,考虑到其债权请求权之性质以及填补损害之立法功能等因素,则不应该适用一年除斥期间,而应该适用二年的普通诉讼时效,这也是目前国内学界的一致的主张和解释。

目前我国法院针对《物权法》第245条第2款规定已有若干判例,实务上主要倾向于认为该款规定的一年期间为除斥期间,认为该一年期间为诉讼时效的判例目前尚无法检索到。基于上文所阐述的理由,笔者认为司法实务之观点值得赞同。例如在“褚纪琴等与张斌等所有权确认纠纷上诉案”中,受诉法院认为,“本案张斌、沈慧琴与褚纪琴、李兆根、李萍、徐伟高、李燕之间系因对房屋拆迁补偿款的权属产生争议,故属于所有权确认纠纷,并非占有物返还纠纷,不适用《中华人民共和国物权法》第二百四十五条关于占有物返还之除斥期间的规定”。<sup>[19]</sup>而在“曾巧玲与李国栋返还原物纠纷上诉案”中,受诉法院认为,“本案李国栋之返还原物请求权,不属于占有保护请求权,不适用上述规定的‘一年’除斥期间,本案应适用一般诉讼时效的规定,由于曾巧玲持续侵权至今,原审认定本案未超过诉讼时效并无不当”。<sup>[20]</sup>

### 三、侵害占有与侵害本权

如同大陆法系许多其他国家的立法,我国《物权法》明确区分了物权的保护与占有的保护,对于侵害占有与侵害本权,确立了不同的请求权基础。《物权法》第245条赋予占有人以占有物返还请求权、占有排除妨害请求权、占有消除危险请求权以及占有物损害赔偿请求权等四类占有保护请求权,这属于占有的保护方法。而《物权法》第34、35、37条分别规定了物权人的返还原物请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权以及损害赔偿请求权,这属于本权的保护方法。占有之诉与本权之诉在请求权基础、立法目的、归责原则、举证责任、诉讼时效与除斥期间的适用、诉讼结果、诉讼程序以及能否以本权直接进行抗辩等诸多方面存在明显区别。本权之诉无法完全取代占有之诉的立法功能。<sup>[21]</sup>此外,对于有本权但是无法对第三人(侵害人)主张的情形,比如合同债权,以及对于无权占有的情形,本权的保护无能为力。<sup>[22]</sup>这正是我国《物权法》第245条规定占有之诉和占有保护的主要原因。占有保护与本权保护兼容互补、互不排斥,无法相互替代,构成财产归属秩序从事实到权利的双重保护格局。<sup>[23]</sup>自解释论角度而言,对于侵害占有与侵害本权,学界流行的下述三种观点值得商榷。

第一,有学者认为,“概言之,并不存在真正意义上的‘占有损害’,占有人是否得主张损害赔偿取决于他是否享有收益权限,而有收益权限的占有人在我国大陆民法仅限于有权占有人。对有权占有

[18] Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 9. Aufl., Frankfurt am Main, 1906, S. 819.

[19] 上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民二(民)终字第907号,北大法宝网-中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI. C. 325270。

[20] 湖南省郴州市中级人民法院(2012)郴民一终字第213号,北大法宝网-中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI. C. 884276。

[21] 同注9引文,第189-193页。

[22] 王泽鉴:《民法物权(二)》,三民书局2005年版,第345页。

[23] 同注9引文,第186页。

的侵权法保护实质是对占有本权的保护。单纯占有不具有财产归属内容,对于单纯占有的侵害无法构成侵权行为,不能对其以损害赔偿的方式予以保护”。<sup>[24]</sup> 笔者认为,上述理解和解释不符合事实和法律,原因如下:

其一,该项解释不符合占有保护之立法目的。占有保护的立法目的在于维护现存之财产占有秩序,禁止以私力改变占有现状,以维护社会和平与物之秩序。<sup>[25]</sup> 占有是指人对物的实际控制与支配,占有是事实而不是权利。在一些国家(地区),该事实持续满一定期间占有人可以依据取得时效的规定取得占有物上的有关权利。占有的事实遭受侵害导致占有中断或者丧失的,取得时效亦随之中断。<sup>[26]</sup> 占有事实属于社会关系和法律关系的一部分,占有事实遭受侵害或者存在侵害之虞在社会生活中时常发生,例如盗窃他人钱财、侵占他人房屋、倾倒垃圾于他人土地之上、邻近他人地基挖坑施工从而害及他人建筑物之安全等等,无疑构成占有(事实)之侵害。正因为占有具有可侵性,因此占有保护制度才有存在之必要。对于侵害占有的行为,占有人有权要求停止侵害、排除妨害、消除危险、返还占有物以及侵害占有的损害赔偿。如果侵害占有同时亦构成侵害占有背后之本权,并且该本权亦属侵权法保护之列,则发生请求权竞合。<sup>[27]</sup> 因此,自解释论角度而言,占有事实完全存在被侵害之可能,“占有损害”客观存在,这不违背任何的法律逻辑和生活逻辑。从占有人是否得主张损害赔偿取决于他是否享有收益权限这个前提条件,无法得出并不存在真正意义上的“占有损害”这个结论,上述解释具有倒果为因、买椟还珠之意。

其二,认为“对有权占有的侵权法保护实质是对占有本权的保护”的观点,混淆了占有保护与本权保护,明显以偏概全。占有可以区分为有权占有和无权占有,占有本身固为事实,但是占有背后往往存在着得为占有之权(支持占有之本权),这就是有权占有。占有本权主要包括物权、债权、身份权等等,比如基于所有权关系、质权关系、租赁关系、亲权关系、监护关系等而占有自己或者他人之物。占有一旦成立,即与本权关系相对独立。通常情况下,对于占有之侵害亦往往构成对于本权之侵害。但是,侵害占有与侵害本权并非总是一一对应关系,侵害占有也并非总是构成侵害本权,占有本权也并非全部属于侵权法保护之对象。因此,对有权占有的侵权法保护与对占有本权的保护二者之间并无必然联系,对此下文还将详细讨论。作为占有保护请求权具体内容的占有物返还请求权、占有排除妨害请求权、占有消除危险请求权以及占有损害赔偿请求权具有充实的生活基础和法律逻辑,在体系上、逻辑上构成一个整体。如果不存在真正意义上的占有损害,不能对侵害占有以损害赔偿的方式予以保护,那么同样不存在真正意义上的占有物返还请求权、占有排除妨害请求权和占有消除危险请求权,该解释明显难以成立。

其三,该项解释与罗马法以来大陆法系各国立法和司法实践不符。大陆法系自罗马法以来即存在占有保护制度,以保护占有不受侵害,占有保护与占有背后的本权保护判然有别。除了我国《物权法》外,瑞士、葡萄牙、日本、韩国等国均在物权法中明文规定侵害占有的损害赔偿请求权,而德国、意大利、我国台湾地区等则通过对于侵权法所保护的利益范围的扩张解释,提供侵害占有损害赔偿的请求权基础。各国(地区)立法以及法律实践上所谓的占有保护请求权均包含有侵害占有损害赔偿请求

[24] 同注3引文,第617页。

[25] 同注9引文,第207页。

[26] Paul Jörs/Wolfgang Kunkel, Römische Recht, 4. Aufl., Springer Verlag, 1987, S. 132.

[27] BGHZ 73, 355, 359 = NJW 1979, 1358. Spiess JZ 1979, 717 f.

权之内容,上述各国(地区)司法实践亦支持侵害占有的损害赔偿请求,如果不存在真正意义上的“占有损害”,那么侵害占有的损害赔偿请求权岂不成为了伪条文?这么多立法者同时犯错实在难以想象。另外,占有人是否得主张损害赔偿取决于他是否享有收益权限之观点亦不能绝对化,大陆法系各国(地区)司法实践上赋予无收益权限的恶意占有人侵害占有损害赔偿请求权之实践,亦属常有。<sup>[28]</sup>

其四,认为单纯占有不具有财产归属内容,对于单纯占有的侵害无法构成侵权行为,不能对其以损害赔偿的方式予以保护的观念同样没有事实和法律依据。占有固为事实,并非权利,但究属财产法益。侵夺、妨害占有造成占有人财产损失时,占有人有权要求侵害占有的损害赔偿。<sup>[29]</sup>占有人亦有权依不当得利之规定要求侵害人返还占有物、返还不当得利。<sup>[30]</sup>占有关系为绝对法律关系,占有人之外的任何人均负有不得侵害、妨碍占有的义务,占有对于占有人当然具有财产归属内容。侵害占有能否请求损害赔偿其内在的法律逻辑在于:占有是否存在?占有有无被侵害之可能性?侵害占有能否要求损害赔偿?损害赔偿的请求权基础何在?从大陆法系各国的占有立法来看,除了日本和韩国等极少数国家外,多数国家的立法将占有作为事实关系予以调整,学界通说也认为占有是事实而不是权利。即使是在日本和韩国,其民法典上所规定的占有之诉,也主要考虑事实关系而非权利关系。对于占有之诉,当事人不得直接以本权作为抗辩,法院亦不得以本权作为裁判的依据(见《日本民法典》第202条、《韩国民法典》第208条)。占有是事实而非权利,无论是有权占有还是无权占有,甚或是权属不明或者权属有争议之占有,均可享受占有之诉的保护,这也是我国司法实践中的基本态度。<sup>[31]</sup>因此,大陆法系各国均将占有物返还请求权、占有妨害除去请求权以及占有妨害预防请求权规定在民法典物权编或者独立的物权法当中。大陆法系自罗马法以来即存在占有之诉,同时也存在侵权之诉,这两类诉讼同样古老并且互不隶属,构成财产归属秩序从事实到权利的双重保护格局,侵害占有与侵权行为原本并无瓜葛,侵害占有是否构成侵权行为也并不重要,侵害占有与侵权行为之所以发生关联,其原因有二:首先是受到德国民法典占有保护立法模式的影响。德国法系的一些国家(地区)出于立法纯粹的需要,在占有的物权法保护中只规定了占有物返还请求权、占有妨害除去请求权以及占有妨害预防请求权,而性质上迥异的侵害占有损害赔偿请求权则以法律解释的方式藉由侵权法解释而来,这才使得侵害占有与侵权行为沾了一点边。<sup>[32]</sup>其次,因为侵害占有损害赔偿请求权性质上属于债权请求权,需要借用侵权法上的归责原则、构成要件、诉讼时效等规范,使人误以为侵害占有就是侵权行为。因此,认为单纯占有不具有财产归属内容,不能对其以损害赔偿的方式予以保护的观念难以成立。

第二,有学者认为,“被告人得于占有之诉败诉而于本权之诉胜诉。于占有之诉败诉者,得更提起本权之诉。然于本权之诉败诉者,不得再提起占有之诉。权利人以不合法手段而引起合法之结果时,即有此种情形。”<sup>[33]</sup>此项解释同样涉及本权之诉与占有之诉二者之间的关系,包括了占有之诉败诉以后能否再提起本权之诉以及本权之诉败诉以后能否再提起占有之诉两个方面的内容,下面分别阐述。

其一,关于占有之诉败诉以后能否再提起本权之诉的问题。例如,所有人以自力将其物由占有人

[28] 同注22引书,第386页。

[29] 同注22引书,第384页。同注2引书,第523页。

[30] 同注22引书,第378-381页。

[31] 同注9引文,第196、197页。

[32] Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck München, 2009, S. 1812.

[33] 同注13引书,第597页。

取回,<sup>[34]</sup>此时如果占有人提起占有之诉,那么按照大陆法系德、日、韩以及我国台湾地区等诸多国家和地区之法律及司法实践,所有人不能以其享有本权(所有权)直接对抗,所有人在占有之诉中应该败诉。<sup>[35]</sup>但是所有人基于所有权得更提起本权之诉,事属显然,该本权之诉可以作为占有之诉的反诉,或者另案提起。<sup>[36]</sup>我国《物权法》对于本权之诉与占有之诉二者之间的关系无明文规定,上述各国和地区之实践经验值得借鉴。对于《物权法》第34条以下所规定的本权保护以及第245条所规定的占有保护,亦应作如此理解和解释,即当事人于占有之诉败诉以后有权提起本权之诉。目前,我国占有保护司法实践中业已出现当事人于占有之诉败诉后再提起本权之诉的案例,例如在“李金全与中国人民财产保险股份有限公司平顶山市分公司占有物返还纠纷再审案”中,<sup>[37]</sup>原告于占有之诉败诉、原审判决生效以后,又依本权作为请求权基础向检察机关申诉要求再审,其本权保护之请求合法有据,获得了检察机关和再审法院的支持。此外,在一些占有保护案件中,原告起诉被告侵害占有,被告以享有本权作为抗辩,但是被告对于其本权是否存在无法证明,此类占有诉讼均以被告败诉告终,例如“朱学习与朱新亚恢复原状、财产损害赔偿纠纷案”即如此。<sup>[38]</sup>对于此类案件,一旦原来占有保护诉讼的被告方能够举证证明其本权存在,剔除诉讼时效等其他影响诉讼成败的因素,其本权保护的诉讼请求应予支持。

其二,关于本权之诉败诉以后能否再提起占有之诉的问题。对此问题,我国学者史尚宽、王泽鉴等持否定的观点,认为本权之诉的败诉者不得再提起占有之诉。例如甲以乙侵夺其停车位而提起返还所有物之诉,经法院判决,乙系基于租赁关系而为占有,败诉确定时,甲不得再提起返还占有物之诉。<sup>[39]</sup>笔者认为,上述否定论学者的观点值得商榷。

首先,该观点混淆了程序法上的诉权和实体法上的胜诉权。<sup>[40]</sup>本权之诉的败诉者不得再提起占有之诉的观点,无论是参照旧中国《民事诉讼法》还是新中国《民事诉讼法》,均属于法无据。

其次,即使将本权之诉的败诉者不得再提起占有之诉的观点,理解为本权之诉的败诉者亦无法赢得后来的占有之诉,该结果也仅仅能够适用于一部分占有保护之情形,主要是指否定论学者所例举的基于合同之有权占有情形。对此问题,我国《物权法》第241条亦具有明文规定。但是,该情形无法也不应该上升为一项普遍适用的法律原则,因为占有的发生原因除了合同外,还有先占、拾得遗失物、侵权行为以及继承等等。<sup>[41]</sup>对于非基于合同之占有,占有人即使在本权之诉中败诉,但是其占有理应受到法律保护,尤其是受占有之诉的保护,其依法提起占有之诉的权利不应剥夺。占有之诉与本权之诉存在本质区

[34] 针对“于占有之诉败诉者得更提起本权之诉”的观点,史尚宽先生列举了两个事例:其一,所有人以自力将其物由占有人取回;其二,买受人以自力将所买之物由出卖人处取去。先生认为在例二的情形下买受人虽然于占有之诉败诉,但是仍能取得所有权,所以有权提起本权之诉。笔者认为,动产非经交付所有权不能移转,买受人以自力将所买之物由出卖人处取走时无法获得所有权,所以买受人尽管有权提起本权之诉,但其本权并不存在,买受人在基于所有权的本权之诉中仍然难以胜诉。如果买受人提起基于债权的给付之诉,则出卖人基于买卖合同须承担给付义务。同注13引书,第597页以下。

[35] Dieter Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, S. 154-156. 同注22引书,第368页。

[36] 我国《物权法》对于占有之诉能否以本权直接抗辩无明文规定,司法实践中享有本权之被告(侵害人)往往直接以本权进行抗辩,法院并没有要求侵害人提起反诉或者另行起诉,而是对侵害人所依据之本权的真实性、合法性进行调查审理,如果本权真实合法,则法院最终将依据本权而不是依据占有进行裁判。同注9引文,第190-191页。

[37] 河南省平顶山市湛河区人民法院(2010)湛民再初字第9号,北大法宝网-中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.1461818。

[38] 河南省漯河市中级人民法院(2010)漯民一终字第44号,北大法宝网-中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.750754。

[39] 同注13引书,第598页。同注22引书,第367-368页。

[40] 李木贵:《民事诉讼法(上)》,元照出版有限公司2010年版,第37-41页。

[41] 同注22引书,第215页。

别,占有之诉的占有人无须证明本权之存在与合法,无论有权占有还是无权占有,甚至是权属不明或者权属有争议之占有,均可享受占有之诉的占有保护,对此上文已有阐述,此处不赘。因此,本权之诉的胜负成败不应该影响当事人占有诉权之行使。目前,我国占有保护司法实践中已出现当事人于本权之诉败诉后再提起占有之诉的案例,法院并没有拒绝立案和审判,没有否定本权之诉的当事人依法再提起占有之诉的诉权,司法机关的该项实践态度值得肯定。例如在“徐某等诉某公司等占有保护纠纷案”一案中,受诉法院认为,“徐某曾向本院提起诉讼要求某公司及某公司三公司返还朝阳一村18栋101房的所有权,虽然该诉讼请求已经生效判决驳回,但本案中徐某及徐某某向本院提起的是房屋占有及使用权保护之诉,与前案属于不同的法律关系,不当适用一事不再理的法律原则,故某公司三公司的上述答辩意见,本院不予采信”。<sup>[42]</sup> 受诉法院最终支持了原告占有保护的请求。

再次,支持占有之本权可为复数亦可为单数,“本权之诉的败诉者不得再提起占有之诉”的观点仅仅能够适用于部分本权为单数之占有,<sup>[43]</sup> 对于本权为复数之占有则可能有误。例如,房屋的居住权(用益权)人在争夺房屋所有权(本权)的诉讼中败诉,但是其所获得的居住权(用益权)合法有效,对于房屋继承人(所有人)侵害其占有的行为,仍然有权提起占有之诉。再比如,质押合同中的冲抵条款、流质条款被判为无效,占有人(质权人)在本权之诉(所有权之诉)中败诉,但在债务清偿完毕之前,质权人依质权有权占有质押物,对于出质人侵害和妨碍占有的行为,占有人仍然有权提起占有之诉,事属当然。

第三,有学者认为,“有本权的占有人,其占有被侵害时,既有本权诉权,亦有占有诉权”。<sup>[44]</sup> 笔者认为,该观点同样值得检讨和商榷。侵害有本权之占有,比如基于债权之占有,占有人享有占有诉权自不待言,而占有人是否享有本权诉权却不可一概而论。

其一,有本权之占有人对于侵害其占有的行为,得基于本权请求返还占有物、除去占有妨害或者预防占有妨害之发生,对此没有疑义。

其二,有本权之占有人对于侵害其占有的行为,能否依据本权被侵害要求侵权的损害赔偿,则不可一概而论,因为此所谓本权是否在侵权法保护的客体范围之内(我国《侵权责任法》第2条),不无疑问。例如,按照大陆法系各国之通说,债权通常不受侵权法保护。因此,当占有本权为债权时,比如基于承揽、保管、运输、委任、租赁、借贷等关系而占有他人之物,占有人对于侵害其有权占有的行为有权要求侵害占有的损害赔偿固无问题,但是占有人基于侵害债权的损害赔偿请求权通常难以成立。

其三,侵害基于某本权所产生之占有,是否即构成侵害某本权同样不无疑问。例如,基于配偶权、亲权以及监护关系(权)等权利,一方经营管理他方的财产并因此而为占有,第三人侵害该占有,并非总能构成配偶权、亲权以及监护关系之侵害。这对于当事人利益影响甚巨,配偶权、亲权等权利属于人身权,侵害人身权可以要求精神损害赔偿,而各国对于侵害占有并无精神损害赔偿之说。笔者认为,对于物权性占有人,占有人享有占有诉权与本权诉权固无问题。而对于作为占有本权之债权、身份权等其他本权,侵害占有是否即意味着侵害本权,以及侵害基于债权、身份权等本权之占有,占有人是否一定同时享有占有诉权与本权诉权则不可一概而论,这是显而易见的事实。

[42] 湖南省长沙市芙蓉区人民法院(2010)芙民初字第1902号,北大法宝网-中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.368843。

[43] 例如,甲以乙侵夺其停车位而提起返还所有物之诉,经法院判决,乙系基于租赁关系而为占有,甲之本权诉讼败诉确定时,不得再提起返还占有物之诉。同注22引书,第367页以下。

[44] 同注22引书,第367页。

## 四、结论

我国《物权法》第 245 条规定的侵害占有的损害赔偿规范,是独立的请求权规范基础而非参引性规范,占有的不动产或者动产被侵占的,占有人有权直接依据该条规定,要求侵害人赔偿损失,无须借助其他的请求权基础,法院可以直接依据该请求权规范进行裁判。该条所规定的占有人返还原物请求权一年期间性质上应该解释为除斥期间,借助法律解释的方法,该期间可以并且有必要一体适用于所有的物上请求权性质的占有保护请求权。物之占有是民事生活中一种普遍的事实,该事实具有可侵性,侵害占有损害赔偿请求权是占有物返还请求权、占有妨害除去请求权以及占有妨害预防请求权逻辑上、生活上和体系上必然的延伸和结果,侵害占有的损害赔偿与侵害本权的损害赔偿判然有别,并非一回事。支持占有之本权可为复数亦可为单数,有基于合同者,亦有非基于合同者。本权之诉的败诉者不得再提起占有之诉的观点缺少法律依据,无法也不应该上升为一项普遍适用的法律原则。有本权的占有人在其占有被侵害时有权要求侵害占有的损害赔偿,其是否享有基于本权的损害赔偿则取决于侵权法的保护范围以及侵害占有是否即构成侵害本权等因素。对于物权性占有人,占有人同时享有占有诉权与本权诉权,此时发生请求权竞合。而对于作为占有本权之债权、身份权等其他本权,侵害占有是否即意味着侵害本权,以及侵害基于债权、身份权等本权之占有,占有人是否一定同时享有占有诉权与本权诉权则不可一概而论。

### Three Interpretative Issues of the Legal Protection of Possession

Zhang Zhengzhang

**Abstract:** The norm of the damages compensation action of possession in article 245 in the Real Right Law of the People's Republic of China is a kind of norm foundation of claim, rather than a kind of transmission norm. There are obvious differences between the norm foundation of claim and the doctrine of liability fixation. In the nature, the one year in which the possessor may require possession to be restored on account of deprivation of possession is a kind of dilatio peremptoria (ausschlussfrist), a period in which all kinds of claims of protection of possession can and necessarily be applied based on real right. Possession is a kind of fact, rather than a kind of right. It may be based on right/rights or not. Possession may be deprived or disturbed. The loser in the right-based action has the right to put forward possessory action and vice versa. The lawful possessor has the right to put forward possessory action either the possessor is deprived of possession or the possessor is disturbed in his possession by unlawful interference. Whether the possessor has the right to put forward petitory action depends on the scope of protection of tort law.

**Keywords:** deprivation of possession; interference with possession; foundation of claim; possessory action; petitory action

(责任编辑:丁洁琳)

# 中国式监事会：安于何处，去向何方？

## ——国际比较视野下的再审视

郭 雳\*

**摘 要：**在我国公司治理体系下，监事会的表现堪称失败。理论上均衡周到的安排实践中却饱受批评，被指形同虚设。作为该项机制的主要形成国和主要继受国，德国与日本提供了很好的参照系，特别是后者在2002年、2014年两次修法集中展现了制度变迁、现实考量及利益博弈。通过细致比对，中国式监事会貌合而神离，其失灵主要源于：其一，移植时对制度背景因素的遗失或忽视；其二，立法中过多诉求造成的迷失。此外，我国公司普遍存在的控制权特征也具有制约作用。监事会改革的出路在于简化功能，确立更加单纯而切实的定位。允许公司进行模式选择的做法，也可以被考虑。

**关键词：**监事会 公司治理 独立董事 职工保护和参与 公司法修改

全球不少地区在其公司架构中都设有监事会(board of supervisors)，例如德国(Aufsichtsrat)<sup>[1]</sup>日本(监查役会)<sup>[2]</sup>。当然，“监事会”这一相近称谓下的制度内涵却不尽相同。在没有类似机制的国家如美国，亦有学者称赞监事会的设计区分了监察和执行、监督者(监事)和被监督者(董事和经理)<sup>[3]</sup>。遗憾的是，监事会在我国公司治理中的实际效用发挥整体上乏善可陈，常遭受边缘化、质疑嘲笑甚而应被取消之议。本文拟结合相关最新发展，对中国、德国和日本监事会制度进行比较，审视这项机制在我国的失败之源，呼吁公司法界对其存废改良加强认识和讨论。本文集中关注上市公司的监事会。

### 一、规则界域的我国上市公司监事会

我国《公司法》第117条第1款规定“股份有限公司设监事会”。根据相关条文要求，监事会是指依法产生，应向全体股东负责，对董事、经理层等经营管理行为及公司财务进行监督，维护公司及股东合法权益的法定常设机构。<sup>[4]</sup>

---

\* 北京大学法学院教授，法学博士。在本文写作中，Klaus Hopt教授、Rudiger Veil教授、神田秀树教授、金建植教授、高旭军教授、习超教授提出了宝贵意见，松尾刚行、孙天驰同学提供了出色的研究助理工作，笔者在此一并致谢。

[1] 德国《股份公司法》(Aktengesetz)第95条规定，“监事会由三名成员组成。章程可增加成员人数。该人数应为三的倍数”，并以资本金为标准具体规定了不同规模公司所设监事的最大人数。

[2] 日本《公司法》(株式会社法)第390条规定：“监事会由全体监事组成。”如下文所述，虽然为方便起见日文中的“监查役”常被译为监事，但其与我国法律所指实有不同。

[3] Cherie J. Owen, *Board Games: Germany's Monopoly on the Two-Tier System of Corporate Governance and Why the Post-Enron United States Would Benefit from Its Adoption*, 22 Penn St. Int'l L. Rev. 167, 184 (2003).

[4] 李建伟：《公司法学》，中国人民大学出版社2011年版，第329页；赵振华：《公司法》，法律出版社2010年版，第150-153页。

### （一）结构、特征和功能

中国式公司监事会属于委员会型，由三名以上监事组成。监事会每六个月至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会主席由全体监事过半数选举产生。监事会权能罗列不少，<sup>〔5〕</sup>但主要与对董事、高级管理人员运营公司及财务状况进行监管有关。

董事、高级管理人员不得兼任监事。监事的任期每届为三年。监事任期届满，可以连选连任。值得注意的是，中国采用职工监事制度。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。监事对公司负有忠实义务和勤勉义务。监事执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

### （二）监管部门与交易所的进一步要求

证券市场监管者——中国证监会出台了公司治理准则和指导意见，以指导上市公司设立和维持高标准的公司治理，其中一部分与监事会相关。《上市公司治理准则》（以下简称“《治理准则》”）第4章规定了监事会的责任、构成和会议规则，其中第64条要求监事具有法律、会计等方面的专业知识或工作经验，使其人员和结构能够独立有效地行使对董事、高管及公司财务的监督和检查。《治理准则》还规定了监事知情权和监事会发现上市公司违反法律、法规或公司章程行为时的报告义务。此外，《上市公司股东大会规则》第8-12条、第27条详细规定了监事会召开特别股东大会的特殊程序。《上市公司章程指引》第7章规定了关于监事会章程的内容。《关于提高上市公司质量的意见》等对于监事会也有涉及。

与此同时，上海证券交易所颁布《上海证券交易所上市公司治理指引》，其中第4章与监事会有关。第28条规定公司可以任命独立监事，公务员不能成为监事。第32条规定监事应公开和公司的利益冲突，此外一个人“不能过多担任上市公司董事或者监事”。《上海证券交易所上市公司监事会议事示范规则》、《上海证券交易所上市公司内部控制指引》对于监事会的议事程序及其在公司内控中的角色作了特别规定。深圳证券交易所亦有类似安排。

### （三）公司治理中的其他相关机制

除监事会外，我国还有其他一些公司治理机构，尤其是董事会和股东大会。中国采取的是单层二元委员会结构，监事会和董事会均由股东大会选举而产生。<sup>〔6〕</sup>

董事会是公司的常设机构，由股东大会选举的董事组成，代表公司并行使管理职权。<sup>〔7〕</sup>值得注意的是，尽管董事（特别是内部董事）是监事会监查的对象，由董事组成的董事会也监督董事和经理的公司运营。

独立董事常常是与监事会相伴的话题。2001年，证监会颁布《关于在上市公司建立独立董事制

〔5〕 参见我国《公司法》第118条、第53条、第54条。

〔6〕 范健、王建文：《公司法》，法律出版社2011年版，第375页。

〔7〕 甘培忠：《企业与公司法学》，北京大学出版社2014年版，第220页。

度的指导意见》，独立董事这一英美的公司治理机制随后被引入我国《公司法》，并且中国并未舍旧纳新，而是在保留监事会的同时增加了独立董事制度。独立董事对公司及全体股东负有诚信与勤勉义务，维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权益不受侵害。

独立董事制度在我国实施的效果并不太好。<sup>[8]</sup> 常见的批评包括，独董的人选确定和产生机制受董事会、大股东影响极大，其独立性受到质疑。独立董事们并未展现出《指导意见》所要求的专业能力，也不总是有足够的时间和精力来履行职责。又如作为公司外部人员，独立董事通常没有机会获得第一手信息，而要依赖于内部董事和经理。<sup>[9]</sup> 对此失望之余，一些学者提出应当废除设立独立董事的强制要求。<sup>[10]</sup>

与此相关的还有董事会下的审计委员会，它同样体现了美国式的公司治理。审计委员会是董事会内设的专业委员会，大部分由独立董事组成，主要负责监督信息公开、会计信息质量、内部审计和外部独立审计。<sup>[11]</sup> 《治理准则》第52条允许上市公司的董事会设立专业委员会，如审计委员会，并要求独立董事在其中应占多数并担任召集人，且审计委员会中至少应有一名独董是会计专业人士。

会计审计的确经常与监督发生联系。除了内部人的监查之外还有外部人的监查。根据中国《公司法》规定，公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。公司会计审计制度被认为有利于提高公司的运作水平。<sup>[12]</sup>

最后，股东派生诉讼为中小股东提供了监督董事和经理的途径。然而到2013年，实践中只出现过约80起派生诉讼，<sup>[13]</sup>而且大部分是针对中小企业的。此外，根据中国《公司法》第151条，股东派生起诉董事、高管可以向监事会书面请求，但没有明确允许监事会代表公司起诉。实际上，也几乎没有监事会直接主动起诉董事的。较早前的规则中曾规定有这一职权，<sup>[14]</sup>但在《公司法》制定过程中被取消了。<sup>[15]</sup>

## 二、围绕监事会的理论和实践批判

总体而言，中国学界给予监事会实际运行的评价很低。这些批评包括：“形同虚设的状况”，<sup>[16]</sup>“最尴尬的机构”，<sup>[17]</sup>“有的公司将监事会搞成养老院”，<sup>[18]</sup>等等。同时，也有实证研究证明监事会的失效，<sup>[19]</sup>以及监事会不能发挥监督公司会计信息质量的作用。<sup>[20]</sup> 案例研究亦发现，在董事、经理损害

[8] Donald C. Clarke, *The Independent Director in Chinese Corporate Governance*, 31 Del. J. Corp. L. 125 (2006).

[9] 方流芳：“独立董事在中国：假设和现实”，载《政法论坛》2008年第5期，第113页。

[10] 张昊：“构建监事会与独立董事关系的法律问题研究”，载《哈尔滨商业大学学报》（社会科学版）2010年第3期，第111页。

[11] 参见《上海证券交易所上市公司内部控制指引》第17条“审计委员会职能”。

[12] 同注6引书，第437页。

[13] 张瀚文：“我国股东代表诉讼的法律实证研究”，载《南方金融》2013年第7期，第85页。

[14] 原国家体改委《股份有限公司规范意见》（1992年）第65条第1款第6项规定，监事会的职责之一是“代表公司与董事交涉或对董事起诉”。

[15] 官晋东、冀蓓红：“公司治理结构弊端之监事会制度的完善”，载《法律适用》2005年第11期，第94页。

[16] 李建伟：同注4引书，第331页。

[17] 李建伟：同注4引书，第331页。另见金亮：“我国上市公司监事会制度失效分析”，载《法制与社会》2010年第7期，第51页。

[18] 常健、饶常林：“完善我国公司监事会制度的法律思考”，载《上海社会科学院学术季刊》2001年第3期，第142页。

[19] 袁萍、刘士余、高峰：“关于中国上市公司董事会、监事会与公司业绩的研究”，载《金融研究》2006年第6期，第30页。

[20] 薛祖云、黄彤：“董事会、监事会制度特征与会计信息质量”，载《财经理论与实践》2004年第4期，第88页。

公司利益,导致破产或者清算的恶劣情形下,监事会几乎没有发挥警示或预防的功能。<sup>[21]</sup> 在晚近的一系列知名案件中(如南纺股份、万福生科、广东新大地、和云南绿大地),监事会也都没有发挥作用。考虑到国内研究普遍的含蓄风格,监事会在我国如此完败的现状不免令人触目惊心。那么问题出在哪里?

### (一) 监事会地位低下、资源匮乏

很多上市公司忽视监事会,只把它当成一种摆设。根据对深圳证券交易所中小板上市的私营企业调查,大多数公司没有监事会办公室,一半公司认为监事会不是常设的机构而是临时机构。硬件关联着软件,为有效地监查经理,监事会需要拥有准确而全面的公司信息,一个解决之道是常驻公司内部。偶尔来公司浏览经理预先准备资料的兼职监事只能获得被编辑过的(有时甚至是捏造的)二手信息,至少部分监事应全职进场以便更好地发挥监查功能。但事实上多数监事不是全职且没有自己的办公室。

同样缺失的还有权力。有学者提出,中国监事会不能发挥功能的原因是中国法律未给予监事会充分的权力,来控制并监查经理和董事。<sup>[22]</sup> 根据中国《公司法》第 37 条、第 53 条和第 99 条,选举董事和监事是股东大会的权力,而非监事会的权力。因此,监事会应像德国那样被赋予选择和解除董事、经理的权力。如下文所述,这种观点虽不无吸引力,但有必要结合德国具体情况加以认识。

### (二) 职工监事制度徒具其形

实践中,很多监事是公司内部人。而由于实行职工监事制度,1/3 以上的监事为职工。但是职工基本上是经理的下属,所以有学者指出,“被监查的人”反而成为事实上的“监查者”,<sup>[23]</sup> 因为职员的升降由经理决定,所以前者不可能充分发挥其功能。即便抛开隶属关系不谈,当监事会和董事会成员同为内部人时,监督职能也很可能受到影响,独立性打上折扣,这种情况在国有控股公司尤甚。<sup>[24]</sup>

党政组织关系有时也会使情况进一步复杂化。一些公司中设立的党委会扮演着重要角色。很多高管和部分监事也是党委委员,决策重心或发生迁移。除此之外,由于国有控股公司中高管多数都是党员,<sup>[25]</sup> 监事的党内地位可能会影响监事会的监查效力。比如监事的党内地位比其他高管低的话,监事会未必能充分发挥其功能。

从人力资本来分析,监事会不能发挥功能的另一原因是很多职工监事并非法律或者会计的专业人士。而为了有效地对董事、经理进行监查,至少部分监事应当拥有法律、会计以及其他相关领域的专业知识。目前,监事普遍缺乏专业知识的问题比较突出。

### (三) 监事缺乏适当的考核和激励机制

要对监事会进行有效的考核、激励实际上是比较困难的。设想 A 公司监事会找到 100 个问题并指示经理纠正,而 B 公司监事会找到 10 个问题,哪家公司的监事会做的更好? 有人认为因为找到的问题数量多,A 公司的监事会做得更好;但也有人会说,由于 B 公司的监事会建立并维持了好的预防

[21] 陈建军:“如何完善我国公司监事会制度”,载《经济师》2007 年第 6 期,第 24 页。

[22] See Jun Zhao, *Comparative Study of US and German Corporate Governance: Suggestions on the Relationship between Independent Directors and the Supervisory Board of Listed Companies in China*, 18 Mich. St. U. Coll. L. J. Int'l L. 495, 506 (2010).

[23] James H. Feinerman, *New Hope for Corporate Governance in China?* China Q. 590, 607 (2007).

[24] Yuwa Wei, *Volatility of China's Securities Markets and Corporate Governance*, 29 Suffolk Trans. L. Rev. 207, 230 (2006).

[25] Lin Zhang, *Adaptive Efficiency and the Corporate Governance of Chinese State - Controlled Listed Companies: Evidence from the Fundraising of Chinese Domestic Venture Capital*, 10 U. C. Davis Bus. L. J. 151, 162 (2010).

机制,化解那90个问题于无形。而且,或许A公司实际存在的问题有1000个,监事会只是找到了其中10%,而B公司存在的问题只有10个,监事会成功地抓住了所有问题。

另一方面,如若缺少有效的考核和激励制度,就很难让监事履行职责,发挥作用。有学者提出,为更好地给予监事激励,监事报酬要反映他们的工作量,公司股票期权也可以成为报酬的一部分。<sup>[26]</sup>同时,兼具激励和约束的考虑,有学者认为,应对公司特别是国有控股公司更多地采用外派监事。<sup>[27]</sup>

#### (四)与独立董事关系不清、叠床架屋

从其引进伊始,独立董事与监事会制度之间的关系就备受争议。普遍的认识是,独立董事源于英美法,而监事会是大陆法上的概念,两者可能存在一些矛盾和冲突,<sup>[28]</sup>而彼此职能分工不清、界限模糊,<sup>[29]</sup>容易造成重叠或资源浪费。有观点认为,独立董事在“事前和事中”发挥作用,而监事会在“事后”起作用,因而两种机制可以相互协调。<sup>[30]</sup>然而,这种理论上的分工配合在实践中往往难以落实,反而容易在两者之间产生扯皮推诿、搭便车的问题。

#### (五)受制于高管/控股股东

当然,中国式公司治理的根本问题还在于强势的高管经理层和过度支配的控股股东。<sup>[31]</sup>大多数中国上市公司都存在着控股股东。<sup>[32]</sup>私营企业中,控股股东事实上集股东权与经营权于一身,通过委派经理实施控制。因为多数的监事是由股东大会选举的,所以监事会通常在控股股东(往往也在经理)的控制下。国有控股公司中,控股股东/经理对公司运作同样影响巨大,对其违法或者不妥当之处监事会很难进行纠正。

曾有上海的一家上市公司,在爆出违规后,总经理指示监事会来解决问题。也许不应质疑高管改正错误的意愿,但科层结构式的指示径直指向监事会——高管自己的监查机构,该事例确实颇具象征意义。经理层下意识地居于监事会之上,这种做法受到了学者的批评。<sup>[33]</sup>进而言之,监事会在我国失去功能不仅基于法定职权多寡,更在于公司治理机制各组成部分在实际地位上的不平衡。这与同为大陆法系传统的德日也存在很大不同。

### 三、监事会在德国的应用

与我国情况类似,德国上市公司中具有代表性的公司类型也是股份有限公司(Aktiengesellschaft),其具备独立法律人格,基本资本划分为股份,以公司资产对债权人承担责任。

[26] 冯建生、徐会志:“中国上市公司独立董事与监事会并构模式探析”,载《华北电力大学学报》(社会科学版)2005年1期,第39页。

[27] 杜习奇:“外派监事会开展国有资产延伸监督案例研究”,载《理论观察》2014年3期,第61页。

[28] 同注6引书,第399页。

[29] 王欣新:《公司法》,中国人民大学出版社2012年版,第294页。

[30] 同注26引文,第38页。

[31] Chien - Chung Lin, *The Chinese Independent Director Mechanism under Changing Macro Political - Economic Settings: Review of Its First Decade and Two, Possible Models for the Future*, 1 Am. U. Bus. L. Rev. 263, 325 (2012).

[32] Wenge Wang, *Ownership Concentration and Corporate Control of Chinese Listed Companies*, 11 US - China L. Rev. 57, 80 (2014).

[33] 同注29引书,第141页。

### （一）德国监事会的功能

德国公司治理的特征是双层委员会制度，监事会和董事会有高低层次之分，<sup>[34]</sup>通常由董事会代表公司，监事会监督董事会及业务经营。<sup>[35]</sup> 监事会是公司的领导机构，<sup>[36]</sup>每年至少要开四次会议，<sup>[37]</sup>负责选举董事，<sup>[38]</sup>决定董事会的运营规则、<sup>[39]</sup>董事报酬，<sup>[40]</sup>可以撤销董事任命。<sup>[41]</sup> 另外，董事会有义务向监事会汇报。<sup>[42]</sup>

德国式监事会兼具监督和指导职能。历史上监督功能先出现，而后监事会又获得了指导公司管理的功能。<sup>[43]</sup> 监督功能方面，监事会需要监督对公司发展可能有重要影响的事项，<sup>[44]</sup>对监事会来说这既是权利，<sup>[45]</sup>也是义务。<sup>[46]</sup> 监事会的监督不仅包括董事管理是否合法，也包括其管理是否合乎目的和效率。

与此同时，监事会虽不参与公司的日常运作，但是对于公司的重要业务，监事会有权决定是否同意。根据章程或监事会决定，特定种类业务只有获得监事会同意以后才能实施。<sup>[47]</sup> 在实践中，这类需要经监事会同意的事项主要包括不动产交易、新建工厂、担保和贷款、设立及关闭分店等。<sup>[48]</sup> 根据公司治理准则 5.2，监事会主席需要定期和董事沟通，在公司战略、商业发展和风险管理领域提供指导意见。

### （二）职工参与

德国式监事会的最大特点是职工参与制度。具体可分为以下五种情形：（1）适用《矿业业参与决定法》的公司，监事会由 11 名监事组成，4 名是股东代表，4 名是职工代表，其余 3 名是公益代表。（2）适用《矿业业参与决定补充法》的公司，即属于矿业业康采恩的公司，监事会由 15 名监事组成，7 名是股东代表，7 名是职工代表，最后一名是公益代表。<sup>[49]</sup>（3）适用《职工参与决定法》的公司。职工人数 2000 名以上的公司，适用该法。监事人数为偶数，根据职工数量具体设定为 12 到 20 名不等，其中职工代表和股东代表监事等额。（4）适用《三分之一参与决定法》的公司，职工数量为 500 名以上未达 2000 名，监事会人数是三的倍数，三分之一是职工代表，三分之二是股东代表。（5）不设职工代表监事的公司。当职工人数未达 500 名时，监事会没有强制性的职工参与；另外，如果公司大部分是直接致力于党政、学术或者艺术时，也没有强制性职工参与。

[34] 同注 6 引书，第 437 页。

[35] 德国《股份公司法》第 78 条第 1 款和第 111 条第 1 款。

[36] 德国《股份公司法》第 76 条第 1 款；另见胡晓静：“德国上市公司中董事会与监事会的共同作用”，载《当代法学》2008 年 3 期，第 125 页。

[37] 德国《股份公司法》第 110 条。

[38] 德国《股份公司法》第 84 条第 1 款。

[39] 德国《股份公司法》第 77 条第 2 款。

[40] 德国《股份公司法》第 87 条第 1 款。

[41] 德国《股份法》第 84 条第 3 款。

[42] 周梅：“论监事会的信息获取请求权”，载《南京大学学报》（哲学·人文科学·社会科学版）2013 年 4 期，第 27-28 页。

[43] 新山雄三：《ドイツ監査役会制度の生成と意義》，日本商事法務研究会 1999 版。

[44] Wernhard Möschel：《ドイツ株式会社》，日本信山社 2011 年版，第 74 页。

[45] 德国《股份公司法》第 111 条第 2 款。

[46] 德国《股份公司法》第 171 条第 1 款。

[47] 德国《股份公司法》第 111 条第 4 款。

[48] 高桥英治：《ドイツ会社法概説》，日本有斐阁 2012 年版，第 165 页。

[49] 在大型矿业业康采恩的公司，监事会由 21 名成员组成。

在多数情况下,监事会中股东代表监事和职工代表监事的意见是一致的,但也有例外。<sup>[50]</sup> 如果股东代表监事和职工代表监事出现意见分歧的话,可以投第二次票而作出决定。<sup>[51]</sup> 在强调职工参与、共同决策的理念下,监事会扮演着关键角色,一方面给了工会、职工委员会信息传递、意见表达的渠道,另一方面还能切实监督制衡董事、高管,包括解职表现不佳的经理。<sup>[52]</sup> 简而言之,德国式公司治理中监事会发挥了持续有效监督和确保职工利益的功能。<sup>[53]</sup>

#### 四、监事会在日本的制度演进与利益博弈

目前日本公司治理的特色是允许企业在三套方案中任选一种。根据2014年修改后的法律,日本的上市公司有三种选择:<sup>[54]</sup> (1)单层双会模式(传统模式),公司设有董事会(取締役会)和监事会(監査役会),均由股东大会选举。(2)单层委员会模式(美国模式),即公司只设董事会,没有监事会。董事会内部设置三个委员会:审计委员会(監査委员会)、报酬委员会及提名委员会(指名委员会),每个委员会的大多数成员由独立董事组成,股东大会选举董事。(3)最新的混合模式,即公司不设监事会,董事会下设立名为“审计等委员会(監査等委员会,ASC)”的特殊委员会。

历史上看,日本的监事会制度最初是从德国和法国引进的。<sup>[55]</sup> 此后到1950年代,监事会拥有非常大的监查职权,不仅监查董事行为的合法性,也监查董事运作的适当性。<sup>[56]</sup> 二战后,受美军占领和美国法律的影响,日本公司法经历修改,监事会被认为没有那么必要。<sup>[57]</sup> 于是监事们被剥夺了监查经理行为的职权,而仅保留会计审计职权,<sup>[58]</sup> 然而会计审计本来是外部会计师的工作,可以说当时监事制度被视为是一项临时制度,未来注定会被废除。<sup>[59]</sup> 但是随后上市公司的会计丑闻表明董事会的监查力量明显不足,因此1979年日本立法者决定恢复监事监查经理行为的权力。<sup>[60]</sup> 2002年的公司法改革中,美国模式被引进,为日本公司提供了第二种选择。<sup>[61]</sup> 最近2014年日本法律再次修改,引进了第三种选择——混合模式。此外,日本如今实际上强制要求上述三种模式的上市公司均设独立董事。<sup>[62]</sup>

##### (一)传统模式

传统模式下的日本监事会与中国的较为相似。董事特别是内部董事负责日常活动,重要事务由

[50] Dieter Sadowski et al., *The German Model of Corporate and Labor Governance*, 22 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 33, 38 (2000).

[51] 《职工参与决定法》第27、28条。See also Thomas J. Andre, Jr., *Some Reflections on German Corporate Governance: A Glimpse at German Supervisory Boards*, 70 *Tul. L. Rev.* 1819, 1826-1827 (1995-1996).

[52] Steven N. Kaplan, *Top Executives, Turnover and Firm Performance in Germany*, 10 *J. L. Econ. & Org.* 142, 148-155 (1994).

[53] David Charny, *The German Corporate Governance System*, *Colum. Bus. L. Rev.* 145, 159 (1998).

[54] 江头宪治郎:《股份公司法(株式会社法)》,日本有斐阁2015年版,第376页。值得注意,对小公司来说还有其他选择,如不设立监事会而只设一两名监事等,但实践中其很少出现在上市公司。

[55] 山村忠平:《監査役制度の生成と発展》,日本国际书院1997年版,第60-61页。

[56] 同注55引书,第79-80页。

[57] 滨田道代:《日本会社法の歴史的展開》,日本商事法务研究会1992年版,第218页。

[58] 同注55引书,第66-68页。

[59] 松中学:“監査役の身份危機”,载《商事法务1957号》(2012),第5页。

[60] 同注59引书,第9页;同注55引书,第80页。

[61] 同注54引书,第548页。

[62] Gen Goto, *The Outline for the Companies Law Reform in Japan and Its Implications*, 35 *ZJAPANR / J. JAPAN. L.* 14, 17 (2013).

董事会决定。设立董事会的公司有三名以上的监事，大部分为独立监事（社外监查役）。<sup>[63]</sup> 监事的主要权责是监查董事的运作。<sup>[64]</sup> 当监事发现违法行为时，他们应向董事（会）汇报。<sup>[65]</sup> 如果董事的行为可能造成公司的实质损害，监事可以请求法院制止董事的行为。<sup>[66]</sup>

日本公司的监事现在基本上只有监查董事行为是否合法的功能。<sup>[67]</sup> 至于董事行为是否适当，监事不能监查。一般来说，适当性要由董事会决定，但是如果不当性超出一定程度，可能违反董事的勤勉义务，那么在此种意义上监事也可以监查董事行为是否明显不适当。<sup>[68]</sup> 譬如公司建厂购买不动产，价格适当性不是监事会监查的，可是如果价格太贵可能导致违反董事勤勉义务的，监事就可以监查。监事有权调查，要求董事和员工报告公司财产情况。<sup>[69]</sup> 另外，监事应当参加董事会，并且可以陈述自己的意见。<sup>[70]</sup>

日本监事会的特点之一是每位监事均享受上述的所有权力。少数派监事甚至单一监事（不管多数派监事或者监事会是否支持他/她）均可监查经理的行为，向董事会报告，甚至请求法院停止经理的行为。因此，监事会只是一个信息、专业知识和经验分享的平台。<sup>[71]</sup>

与中、德两国不同，日本的监事会没有职工代表。日本法律规定职工不能同时成为监事。<sup>[72]</sup> 日本的监事会由三名以上监事组成，成员过半数为独立监事。<sup>[73]</sup> 事实上，2014年修法时，工会提倡日本要引进职工监事制度，但是基于以下原因未被立法者接受：<sup>[74]</sup>（1）职工处于董事和经理的控制之下，彼此在一个团队中合作，而监事会要监查董事和经理的运作，所以如果职工作为监事会的成员，意味着被监查者参加监查，可能导致监查无效或者无意义。（2）一般来说内部监事以前是该公司的职工。那么，至少一名监事已是职工可以信赖的前员工。<sup>[75]</sup>

与此相关，日本公司的独立监事有着不同背景，但许多是会计师、律师或者其他专业人士。<sup>[76]</sup> 因为监事会要监查很多事项，通常会指定一名或多名常设监事，每天上班，负责日常监查。<sup>[77]</sup> 同时，为确保监事会的有效监查，帮助人员是必要的。一半左右的上市公司设有监事会帮助人员，平均人数为1.93名。<sup>[78]</sup> 帮助人员是公司职员，由公司支付薪酬，但要听从监事的指示。此外，如果监事需要雇佣

[63] 日本《公司法》第335条第3款。

[64] 日本《公司法》第381条第1款规定：“监事监督董事（设置外聘会计公司的，为董事及外聘会计）执行职务。此时，监事须依法省令的规定作成审计报告。”

[65] 日本《公司法》第382条。

[66] 日本《公司法》第385条第1款。

[67] 同注54引书，第523页。

[68] 同注54引书，第524页。

[69] 同注54引书，第525页。

[70] 日本《公司法》第383条第1款。

[71] 同注54引书，第532页。

[72] 日本《公司法》第335条第2款。

[73] 同注54引书，第541页。

[74] 参见 <http://www.moj.go.jp/content/000049083.pdf>, <http://www.moj.go.jp/content/000054772.pdf>, <http://www.moj.go.jp/content/000072741.pdf>。

[75] 提倡职工监事制度的部分学者认为，职工会更放心地与职工监事交流，向他们举报。同理，假如已经存在职工可以信赖的监事，则不再那么需要职工监事。See Goto, *supra* note 62, at 31.

[76] 根据2015年日本监事协会的调查，上市公司21.7%的独立监事是律师，20.9%是会计师或者税务专家，这些专业人士占独立监事背景的最大部分，此外3%是教授。

[77] 经营法友会会社法研究会：《监事指南（監査役ガイドブック）第3版》，商事法务2015年版，第14页。

[78] 同注77引书，第14页。

专业人士(如会计或者律师),该费用也由公司承担。<sup>[79]</sup>

## (二) 美国模式

美国模式与美国上市公司的公司治理架构基本相同。采取美国模式的日本公司不设监事会,重要决定由董事会下设的委员会作出,这些委员会成员半数以上是独立董事。董事会的角色在于监查经理,日常运作则委托给后者。因为易于理解,美国模式得到了在日本的很多外国投资者的青睐。<sup>[80]</sup>当然,美国模式在日本仅有十几年历史。<sup>[81]</sup>其被引进的初衷是通过赋予公司选择自由,日本公司会选择最适合本身情况的制度。<sup>[82]</sup>然而实践中美国模式未被大量采用,日本有约4000家上市公司,只有100家左右采用美国模式,<sup>[83]</sup>最近这一数量还有所下降。<sup>[84]</sup>

日本公司普遍排斥美国模式事出有因。该模式下,董事提名和高管薪酬主要通过董事会提名委员会和薪酬委员会决定,为此需要说服占委员会多数的外部董事。而历史上,日本公司总经理的权力来源就是人力资源管理和报酬管理,引进美国模式意味着剥夺或削弱此权力。总经理不希望失去提名和薪酬决定权,因此一般拒绝美国模式。<sup>[85]</sup>对于少数采用了美国模式的国际化日本公司,这种新型公司治理曾被寄望于提升企业价值、增强透明度和遏制腐败,<sup>[86]</sup>然而最近东芝等丑闻表明其效果未必可靠。

## (三) 混合模式

近年来,安倍晋三首相推行经济改革,热切希望外国投资者购买日本上市公司的股票。但是美国及他国投资者很难理解日本传统的监事会制度,进而对日本的公司治理心存疑虑。<sup>[87]</sup>例如,监事没有董事会的投票权,因此监事会监查是否有效值得怀疑。<sup>[88]</sup>针对这一问题,2014年的修法允许日本公司选择混合模式,融合此前的传统模式和美国模式。

混合模式和美国模式的相似处在于,都只有董事会而没有监事会,同时重要的运作决定可以委托给内部董事(但混合模式不设首席执行官)。混合模式和传统模式的相似处在于,混合模式设立的委员会很像传统模式的监事会,<sup>[89]</sup>被称为监查等委员会。该委员会的委员都是董事,但在股东大会选举时一般董事和监查等委员会董事是分开选举的(在这个方面和传统模式的监事选举相近)。美国模式和混合模式的最大区别是,混合模式没有强制设立的提名和薪酬委员会。传统模式公司可以选择转化为混合模式,同时保持日式总经理的人力资源管理和薪酬管理权力。此外,监查等委员会的功能

[79] 日本《公司法》第388条,另见同注77引书,第26页。

[80] 对美国公司治理架构的批评意见,可参见 Kelli A. Alces, *Beyond the Board of Directors*, 46 Wake Forest L. Rev. 783 (2011).

[81] Takashi Araki, *Changing Employment Practices, Corporate Governance, and the Role of Labor Law in Japan*, 28 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 251, 267 (2007).

[82] 久保利英明、菊地伸:《平成14年商法改正のすべて》,商事法务2002年版,第55页。

[83] 同注54引书,第381页。

[84] 阿部泰久:《立法经纬から読む会社法改正》,新日本法规2014年版,第46页。

[85] 滨边阳一郎:“监查等委员会设置会社の導入によるガバナンス改革の行方”,载《青山法务研究论集》2014年第9期,第17页。

[86] Makoto Toda & William McCarty, *Corporate Governance Changes in the Two Largest Economies: What's Happening in the U. S. and Japan?* 32 Syracuse J. Int'l L. & Com. 189, 205-206 (2004-2005).

[87] 长友英资等:“グローバル社会における我が国コーポレート・ガバナンスの展望”,载《月刊监事》586号(2011),第6页。

[88] Bruce A. Aronson, *The Olympus Scandal and Corporate Governance Reform: Can Japan Find a Middle Ground between the Board Monitoring Model and Management Model?* 30 UCLA Pac. Basin L. J. 93, 140 (2012).

[89] 混合模式的监查等委员会和美国模式的审计委员会非常相似,但前者还有权就董事提名和报酬向股东大会提出意见,从这个意义上讲,监查等委员会职权比美国模式的审计委员会略大一点。

与监事会近似，原来的监事可以被提名为监查等委员会委员。通过采用混合模式，把监事会转移到监查等委员会，以前的独立监事变成了独立董事，从而更容易被外国投资者所接受和认同。已经有近300家日本上市公司公开表达了想要转化为混合模式的意愿。<sup>[90]</sup>

#### （四）模式间博弈

目前绝大多数日本上市公司仍采用传统模式，但其很难吸引外国人投资。同时，日本公司常见的内部均衡制度由董事会构建，通过总经理指导之下的员工维持；相对而言，作为董事会指挥系统之外的机构，监事会比较难以嵌入内部均衡制度。<sup>[91]</sup> 有学者批评指出，为提高监事的监查效果，其应当作为董事来实施监查，在这方面日本的监事面临强烈的身份认同危机。<sup>[92]</sup>

就此而言，混合模式颇具吸引力，因为监查等委员会委员也是董事。而对日本公司来说，混合模式比美国模式更容易接受，例如其更平稳地解决了人力资源和报酬权力的问题。但也必须指出，美国模式和混合模式面临一个共同难题。在这两种模式下，董事会的工作重心分别是监查首席执行官（美国模式）和内部董事（混合模式）。这意味着许多在传统模式下由董事会决定的重要运营决策，在美国模式和混合模式下是委托给总经理的，因此总经理的权力可能比传统模式下大。特别是因为混合模式下总经理还保有人力资源和薪酬决定权力，这可能意味着在混合模式下总经理的权力将可能是最大的。

## 五、进一步的比较与借鉴

### （一）中国与德国

中、德两国公司法中的共同点是都设有职工监事。有学者认为，职工参与是职工民主管理的一种方法；<sup>[93]</sup> 在坚持中国特色社会主义的前提下，职工监事是项好的制度。<sup>[94]</sup> 然而如前所述，由于不能独立于经理，包括职工监事在内的内部监事饱受尖锐批评，因此中国必须考虑如何加强职工监事的独立性。一个思路是由更高层次（如市/省总工会）的工会成员或派员而非本公司职工来担任职工监事。当然无论谁担任，只要强力经理/控股股东存在，只要监事的专业能力不足，其功能的发挥就将受到很大的限制。

两者之间一个比较大的区别在于德国法中的监事会和董事会有高低差异，中国法中则没有。简单来说中国公司的监事会比德国的弱。一部分学者提倡通过借鉴德国法来强化中国式监事会的权力，<sup>[95]</sup> 如否决重要决策的权力、<sup>[96]</sup> 知情权，或者选举和解除董事。<sup>[97]</sup> 然而，控股股东、强势经理（董事）的结构性矛盾仍在，因为大部分监事要由股东选举产生，监事会依然很难如愿行使新权力。

[90] 参见 <http://blog.livedoor.jp/kawailawjapan/archives/7846387.html>。

[91] 同注 59 引文，第 6 页。

[92] 同注 59 引文，第 8 页。

[93] Chao Xi, *In Search of an Effective Monitoring Board Model: Board Reforms and the Political Economy of Corporate Law in China*, 22 *Conn. J. Int'l L.* 1, 43 (2006).

[94] 李胜利：“独立董事还是监事会”，载《生产力研究》2005 年 7 期，第 158 页。

[95] 周梅：“德国监事会制度的最新发展及对中国监事会发展的启示”，载《中德法学论坛》2009 年 1 期，第 102 页。

[96] 曹杰、李爱兰：“论我国独立董事制度与监事会制度之冲突及选择”，载《法制与社会》2010 年 10 期，第 49 页。

[97] 叶成朋：“公司监事会制度之完善”，载《商场现代化》2011 年 6 期，第 28 页。

此外,一些技术性改进包括借鉴德国做法,明确限制一个自然人担任监事的公司家数,目前对于独立董事存在类似要求,<sup>[98]</sup>上海证券交易所也要求监事在就职前应就其是否有足够的时间和精力履行职责向监事会和董事会作出声明。这有助于确保监事有更多的时间和精力履行其职权,特别是在更多律师、会计师等专业人士担任独立监事的情况下。德国的其他某些做法,如由持股银行来选派监事会成员进行监督,目前在我国受限于《商业银行法》第43条金融与实业分离的规定,基本难以借鉴。

## (二) 中国和日本

比较之前,必须指出的是日本的终生雇佣机制。<sup>[99]</sup>多数日本上市公司的管理层均出身于自身员工,大学毕业以后就一直在该公司工作并最终升职到经理。他们视自己为公司的第一利益关系人,制约着股东行使控制权。<sup>[100]</sup>在日本,至少对于很多上市公司,强势控股股东不是大问题。此外,就传统模式而言,日、中两国在独立董事和监事会制度并存方面是一致的,日本的基本思路是让两者尽可能协调和沟通,这和部分中国学者的主张一致。<sup>[101]</sup>

围绕监事会制度,两国存在若干差异及可资借鉴之处:

第一,虽然中国法律未禁止独立监事,但也没有强制要求设立。如前所述,40%以上的日本独立监事是会计师或律师,而在中国目前监事大部分是不具备专业知识的内部人。有学者提出,中国应引进独立监事制度,<sup>[102]</sup>特别是增加有专业能力的监事。当然,对候选人的审慎选择和合理报酬是其发挥作用的前提,要确保他们有足够的的时间和动力来有效监督。此外关于监事教育,日本监事委员会(监查役委员会)提供有监事培训,中国亦可考虑引进由协会等机构提供的更加系统的专业培训。

第二,中国式监事会采取委员会制和决议行动,而日本则给每位监事个人充分的权力监督经理。这意味着,如果监事会在某个问题上不能达成一致,日本的监事可以个人身份行使自己的权力防止公司受损。有建议给予中国的监事更大的个人权力,<sup>[103]</sup>当然在赋权坚持正确意见的少数派监事的同时,也有必要设置合理机制防止个别监事滥用其权力。

第三,一般而言,日本法给予监事更多的权力。我国可以考虑引进的做法包括:提名监事候选人时的监事同意权、限制董事会或者经理决定监事报酬的职权,此外可明确给予监事会将董事或经理诉至法院的权力,以制止可能损害公司利益的行为。可以进一步强化的还有监事知情权。在日本混合模式中,监查等委员会有权向股东提出关于董事候选人的意见,这或可视为是中国和德国制度的折中。我国也有学者提出,应将董事的提名及考核权赋予监事会,以使监督更有效力。<sup>[104]</sup>

第四,日本监事会拥有常设监事和平均约两个帮助人员(在设立帮助人员制度的公司)。中国在

[98] 中国上市公司协会2004年出台的《上市公司独立董事履职指引》第5条第2款规定:“独立董事应当确保有足够的时间和精力有效履行职责,原则上最多在五家上市公司兼任独立董事。”

[99] Ronald Dore, *Papers on Employees and Corporate Governance*, 22 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 159, 168-169 (2000-2001).

[100] John O. Haley, *Heisei Renewal or Heisei Transformation: Are Legal Reforms Really Changing Japan?* 19 J. Japanese L. 5, 13 (2005).

[101] Yonghui You, *Coordination and Perfection between Independent Director and Supervisor's Council*, 1 J. Pol. & L. 61, 63 (2008). 另见吴小评:“关于独立董事与监事会功能整合的再思考——兼与日本比较”,载《黑龙江社会科学》2010年5期,第144页;田玮:“关于我国上市公司监事会与独立董事制度协调发展的探讨”,载《法制博览》2015年4期,第61页。

[102] 郑雄:“完善公司监事会制度之思考”,载《怀化学院学报》2008年10期,第44页。

[103] 刘家胜:“我国上市公司监事会功能保障完善对策探究”,载《淮海工学院学报》(社会科学版)2009年3期,第45页。

[104] 杨队赴:“浅论国有企业监事会的地位和作用”,载《中国市场》2014年8期,第59页。

加强监事会时,可以考虑引进常设监事<sup>[105]</sup>以及帮助人员。<sup>[106]</sup> 同样,在此之前应进行成本收益分析。

第五,中国的上市公司不能像日本的那样自主选择公司的治理模式。因为每家公司的情况不同,最合适的公司治理也不一样,因此有学者建议中国引入模式间的选择和竞争。<sup>[107]</sup> 不过,相应地,允许多种模式并存可能会导致市场的混乱,至少是在初期一段时间内。

最后,日本允许公司决定选择传统模式、美国模式或混合模式,最大动因在于吸引外国投资。一些公司采取美国模式或混合模式,是希望使外国投资者更容易理解。中国的吸引外资传统上以外商直接投资为主,但上市公司和证券市场在这方面也开始扮演越来越重要的角色,2015年5月李克强总理指出,中国将继续坚持证券市场的开放进程。<sup>[108]</sup> 而要吸引国外投资尤其是来自英美的机构投资者,比较直接的办法就是复制/模拟出一个其熟悉的公司治理场景。当然,正如独立董事制度在许多移植国家的失败经历所展示,当外国投资者发现改革只是形式,新模式形似而实非,投资将不再增加,甚而会流失。<sup>[109]</sup>

## 六、反思及结论

没有人会否认当学习国外经验时,社会文化特征和其他相关国情应被认真对待。<sup>[110]</sup> 然而中国公司引进监事会制度,一些东西却在“移植”过程中被遗失或忽视了。例如职工监事被引入,但德国职工监事机制设立和发展的前提是非常有力的职工保护和工会。更重要的是,各国公司治理的生成机理未得到我们的深刻理解和省思。由于日本的终身雇佣和内部拔擢传统,经理实际上较大程度代表了员工等内部人的利益诉求,因此压缩了职工监事存在的必要,相应地,监事的角色主要是由具有专业能力的外部人,从财务监督的角度通过个体行为来呈现的。在美国,职工利益是由工会组织和利益相关者理论所涵盖的。在公司治理架构中体现得最突出的则是外部人(独立董事)对于内部人(CEO统领的管理层)行为的监督和背书,因为前者占据绝大多数,这一功能于是在单层董事会下以各个委员会的形式实现。同时作为继受者,日本积极地进行着制度尝试及改良,晚近为了吸引外资更相继提供了多元化的制度选项。

监事会在我国的另一个失败之源在于立法者引进时因试图追求过多目标而陷入迷失和自相矛盾。考虑到大多数监事由股东大会选举产生,监事会的目标似乎是为了全体股东利益,《治理准则》第59条也的确提到其“为所有股东负责”。与此同时,近年来国家对中小股东保护不断强调,结合累积投票权等规定,监事会和独立董事一样对此恐怕也责无旁贷。但是,职工监事的设置又为其赋予了更多一层的使命,而财务审查、不法行为监控等对监事能力提出了极高要求。理想状态下无所不能、与董事会均衡匹配的监事会运行起来难免顾此失彼、进退失据,而委员会式的工作机制使原本就难以承受之重更加无处安放,南橘北枳的命运几乎从开始就注定了的。

改革并改善中国公司的监事会机制,应当建立在前述审思之上。一个可资讨论的思路是针对不

[105] 蒋卫军、林小红:“论我国公司监事会制度的立法缺陷及其完善”,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2008年1期,第38页。

[106] 李海东:“国有企业监事会如何发挥作用”,载《中外企业家》2014年3期,第48页。

[107] 龙卫球、李清池:“公司内部治理机制的改进”,载《比较法研究》2005年6期,第71页。

[108] 李克强:“稳步推进股票市场对外开放”,2015年5月27日,http://finance.qq.com/a/20130527/002754.htm。

[109] Donald C. Clarke, *Law without Order in Chinese Corporate Governance Institutions*, 30 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 131 (2010).

[110] Michael H. Lubetsky, *Cultural Difference and Corporate Governance*, 17 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 187, 206 (2008).

同性质和需求的企业,确立差异化的监事会构成和定位。例如,对于国有控股公司,监事会的中心工作可转向侧重于职工参与和保护,因为财务审计方面已经存在有董事会审计委员会、外部审计以及国资审计等多重干预,而对于其他公司,监事会则不妨更多地加强财务审计方面的影响力,突出专业化和专职化,牵住解决大股东/内部人控制问题的牛鼻子。从理论上讲,如此将监事会的定位明晰化,将有助于克服委托代理环境下的代理人自利倾向、降低其推诿懈怠的可能,<sup>[111]</sup>同时也可发挥作为委员会的监事会之协商沟通的组织体功能。<sup>[112]</sup>

我国现行《公司法》对于国有公司给予了一定的特殊规定,有些即涉及到监事会,只不过其主要集中于有限责任公司。未来将国有控股公司作为一种特殊类型的公司,在《公司法》中作出涵盖有限责任公司和股份有限公司等形态的专章规定,并根据上述思路规范其监事会颇有必要,甚至可以就国有控股公司单独进行立法,彻底解除统一型《公司法》面对多种场域下各类诉求难以调和的束缚。需要说明的是,任何严肃而有意义的机制或规则革新必须依托全面的调查研究、细致的成本收益分析以及广泛深入的论证,笔者无意终结围绕我国公司监事会的讨论,也不主张轻率地一否了之或者截取某些枝节片断就急于生搬硬套地提出改良方案,而是希望认真检视以往我国制度失败的根源,在深化认知的基础上重启对其的争鸣和探索。

本文主要对三国公司法制度进行比较,表明虽然均名为“监事会”,其实际功能和作用机理却大相径庭。德国式监事会居高临下,监督和指导董事会及管理层,强调职工参与。日本从德国引进了监事会制度,但公司治理模式正越来越受到美国的影响,其监事会体制现在面临来自其他两个选项的竞争。允许公司根据自身情况在若干基本模式中进行选择,也可以作为我国的改革思路加以考虑,同时未来中国公司的监事会设计更需要确定重点、有所取舍,假如倾向于德国体制,则职工利益保护的色彩应得到强化;假如更青睐日本做法,则常驻公司的独立外部专职监事、帮助人员、个体履职等应受到重视。

另有几点需要说明。其一如前所述,中国式监事会的无效很大程度上归因于上市公司控股股东/经理的强势。即便法律给予监事更大的权力和独立性,倘若上市公司股权结构未发生变化,监事会的功能发挥仍将受到较强的制约。其二,本文集中讨论内部制衡及其对公司治理的影响,实际上外部制衡也非常重要。<sup>[113]</sup>有评论认为,具有中国特色的市场经济即体现为强有力的金融市场政府监督,<sup>[114]</sup>以及政府在上市公司持股。<sup>[115]</sup>此外,德国和日本传统的以银行为中心的外部制衡机制,<sup>[116]</sup>日本的交叉持股制度等,<sup>[117]</sup>也在公司治理中发挥作用。其三,中、日、韩等东亚国家引入独立董事概念,被认为旨在获取制度的附属性利益、投国外资本所好,却不愿意放弃管理权或作出真正改变,<sup>[118]</sup>这种舍本逐

[111] Paul Redmon, *Companies and Securities Law: Commentary and Materials* (5th ed., Thomson Reuters 2009).

[112] Margaret Blair & Lynn A. Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, 85 *Virginia Law Review* 247 (1999).

[113] Clarke, *supra* note 109, at 131.

[114] Hua Cai, *Bonding, Law Enforcement and Corporate Governance in China*, 13 *Stan. J. L. Bus. & Fin.* 82 (Fall 2007).

[115] Iain MacNeil, *Adaptation and Convergence in Corporate Governance: The Case of Chinese Listed Companies*, 2 *J. Corp. L. Stud.* 289, 339 (2002).

[116] Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Corporate Governance and Commercial Banking: A Comparative Examination of Germany, Japan, and the United States*, 48 *Stan. L. Rev.* 73 (1995-1996).

[117] 郭雳:“交叉持股现象的分析框架与规范思路”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2009年第4期,第67页。

[118] Bruce E. Aronson, *Changes in the Role of Lawyers and Corporate Governance in Japan — How Do We Measure Whether Legal Reform Leads to Real Change?* 8 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 223, 238 (2009).

末取巧行为所导致的功能失调已为不断出现的公司丑闻所验证，有必要在包括监事会在内的后续治理改革中加以克服。

围绕监事会，我国学界曾提出过不同主张。一些观点指应废除监事会制度，<sup>[119]</sup>另一些学者认为可以保留监事会，同时采用一系列手段对其加以完善。<sup>[120]</sup>无论如何，监事必须摆脱当前行使“廉价投票权”的“名誉”地位，<sup>[121]</sup>真正承担起某种“简单但切实”的功能。在《公司法》将迎来下一轮修订之际，监事会的存废改进理应引起同仁们的重视，而更关键的前提是去除以往的遗失和迷失，为中国式监事会探寻一个相对清晰、符合国情的定位。

## Revisiting the Chinese Styled Board of Supervisors: How It Gets Failed? —An International Comparative Perspective

Guo Li

**Abstract:** The Board of Supervisors (BOS) of Chinese listed companies is widely condemned as a failure. Though seemingly well balanced in book, it has almost never achieved its goals in practice. Drawn from a thorough comparison with Germany and Japan, this paper identifies three factors explaining such a malfunction: the misunderstanding and misplacement in transplant, the incompatible and often disoriented multiple objectives, and the prevalent control pattern of Chinese companies. The key to further reform and improve the BOS is to narrow down its focus which fits best into Chinese circumstances. It could also be considered to allow companies to choose their own corporate governance model out of several basic options, as available now in Japan.

**Keywords:** board of supervisors; corporate governance; independent director; employee protection and participation; revision of company law

(责任编辑：丁洁琳)

---

[119] 王砚书：《我国上市公司监事会统合监控模式研究》，河北人民出版社2010版，第33页。

[120] 李建伟：“论我国上市公司监事会制度的完善”，载《法学》2004年第2期，第78页。

[121] 薛祖云、黄彤：“董事会、监事会制度特征与会计信息质量”，载《财经理论与实践》2004年4期，第88页。

# 论监事独立性概念之界定

——以德国公司法规范为镜鉴

杨大可\*

**摘要:**无论在德国还是中国,实现“监事独立”都是一项浩大工程。通过与学界和实务界的长期密切交流,德国立法者在界定监事独立性概念(包括任职前和履职中)方面已积累了较为成熟的立法经验,特别是随着2012版《德国公司治理准则》的出台,德国即将率先完成此项工程。反观我国,由于现行公司法规范仅从监事候选人的“履历污点”角度对其消极任职资格提出要求,而未对监事履职过程中独立性的保有和丧失给予必要关注,因此监事在履职过程中仍然受到“利益冲突”的困扰以及来自大股东或作为大股东代表的经营管理层的不当干预,实现“监事独立”之路仍任重而道远。德国此次对监事独立性丧失原因的拓宽也使得确定独立性概念的具体内容越发困难。是故,有必要对德国目前开放性的监事独立性概念进行合理界定,以期为我国实现“监事独立”之路指出可能的前进方向。

**关键词:**《股份法》 《德国公司治理准则》 监事独立性 利益冲突

## 一、问题的提出

监事会在我国公司治理实践中的弱势地位已无需赘言。<sup>[1]</sup>正如德国公司法学者康贝格(Comberg)先生在其关于中国股份有限公司组织制度的研究报告中所言,“中国公司的监事会几乎只是一个特定人谋得象征性职位的地方,而且从结果上看,这些人对公司的命运不会产生任何影响”。<sup>[2]</sup>

以股份有限公司为例,由于许多大型股份有限公司均由国有企业转制而来,计划经济时期的过时治理模式不可避免地会在一定程度上仍留存于转型后的公司中,并反映在其公司治理实践中。<sup>[3]</sup>虽然国家不遗余力地推进国有企业内部治理结构的建立和健全,但改制后的国有企业“新三会”仍然未能实现对“老三会”的“权力交接”,其中的监事会在履职过程中仍然受到“利益冲突”的困扰以及来自

\* 同济大学法学院助理教授,法学博士,中德(国际)经济法研究所专职研究员。本文系2014年度同济大学人文社会科学青年基金项目“股份有限公司监事会信息权制度构建研究”(项目编号:0701219040)的阶段性研究成果。

[1] 参见李开甫:“简论我国公司监事会制度的不足与完善”,载《法学评论》2005年第2期,第123-124页;施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第308页;刘俊海:《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》,法律出版社2006年版,第388页以下;石少侠:“我国新《公司法》中的公司治理结构”,载《当代法学》2007年第6期,第4、6页。

[2] Vgl. Philp Comberg, Die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft in China; ein Vergleich mit den Organisationsstrukturen der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht, Hamburg, 2000, S. 88 ff.

[3] 阮淑珍:“公司监事会制度运行存在的问题与完善建议”,载《财会月刊》2010年第17期,第80-81页;徐利飞:“上市公司监事会现状分析及对策研究”,载《财会通讯》2010年第9期(下),第58、59页;王敏:“论公司监事会机制创新的三条路径”,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2012年第1期,第109-111页。

大股东或作为大股东代表的经营管理层的不当干扰,其(确切地说是监事的)独立性无从谈起。在这样的现实下,监事会(监事)不可能对决定其命运的大股东或作为大股东代表的经营管理层实施有效的监督,而维护中小股东利益和公司整体利益的职责更成为“水中月,镜中花”。更令人担忧的是,我国目前的公司法规范没有对监事独立性作出明确定义,其确切的法律内涵无从知晓。实现“监事独立”之路任重而道远。

而在同样实行“二元制”公司治理结构的德国的公司实践中,实现“监事独立”的浩大工程却已随着2012版《德国公司治理准则》(DCGK,以下简称《准则》)<sup>[4]</sup>的出台而悄然接近完工。《准则》的此次修订旨在加强监事会对董事会实施监督时的独立性。基于这一目的,“准则委员会”<sup>[5]</sup>对监事独立性的概念进行了全面修正并大大拓宽了可能导致监事丧失独立性的原因的范围。不过,确定独立性概念<sup>[6]</sup>的具体内容也因此变得更加困难。是故,笔者认为有必要根据《准则》及其相关法律规范的规范目的,对目前开放性的监事独立性概念进行合理界定,以期为我国实现“监事独立”之路指出可能的前进方向。

## 二、监事独立性概念的第一个层面:监事候选人的独立性要求

对于监事候选人的独立性要求,即消极任职资格,我国《公司法》第51条第4款、第117条第4款和第146条已作出明确的规定。但在仔细研读这些法律条文后不难发现,除不考虑不具备完全行为能力的自然人外,我国立法者只是希望将那些存在“经营管理劣迹”的人员“限时地”(三到五年不等)排除出监事候选人名单;而对同样可能严重影响监事公正客观履职的“利益冲突”<sup>[7]</sup>要件未给予充分关注。

“利益冲突”在德国公司法规范关于监事任职资格的语境下被称为“董事或高管职务与监事职务的互不相容性”。根据德国《股份法》(AktG,以下简称《股份法》)第100条第2款第2项和第105条第1款,有关公司的经营管理机构成员或者在附属公司中担任此类职务的人以及代理人、全权代表等不得担任监事;同时,该法第100条第2款第3项还规定,如果A(资合)公司的董事是B公司的监事,那么A公司的法定代表人不得担任B公司的监事(即“连锁董事会”,又称“禁止交叉任职”)。为因应

[4] 关于《准则》2012年之前版本的介绍,可以参见冯果、李安安:“金融创新视域下的公司治理——公司法制结构性变革的一个前瞻性分析”,载《法学评论》2010年第6期,第35页;同注1引书,第4、19页以及其他相关论述。Vgl. auch Hans - Christoph Ihrig/Jens Wagner, Reaktion börsennotierter Unternehmen auf die Änderung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“, BB 2003, S. 1625 ff.; Roland Kirsten, Deutscher Corporate Governance - Kodex: Die rechtmäßige Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen am Beispiel des Prüfungsausschusses, BB 2004, S. 173 ff.; Eberhard Vetter, Update des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2005, S. 1689 ff.; Anderas Hecker, Die aktuellen Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex im Überblick, BB 2009, S. 1654; Henrik - Michael Ringleb/Thomas Kremer/Marcus Lutter/Axel v. Werder, Die Kodex - Änderungen vom Mai 2010, NZG 2010, S. 1161 ff.; Dake Yang, Die Auswahl eines Aufsichtsmechanismus für chinesische börsennotierte Aktiengesellschaften vor dem Hintergrund rechtsvergleichender Erfahrungen, Berlin, Berliner Wissenschafts - Verlag GmbH, 2014, S. 63.

[5] 该委员会由德国联邦司法部设立。

[6] 监事独立性概念包括两个层面的内容:一是监事候选人的独立性要求,即监事消极任职资格要求中的“互不相容性”;二是监事履职过程中独立性保有或丧失的判断标准。由于第一层面内容相对较易界定,因此本文将更多篇幅放在第二层面上。关于“互不相容性”的更具体内容,可参阅[德]马库斯·路德、盖尔德·克里格勒:《监事会的权利与义务》,杨大可译,法律出版社2011年版,第9页以下。

[7] “利益冲突”是指公司利益与监事个人利益之间的冲突。需与之相区别的是所谓“义务冲突”,“义务冲突”是指为公司利益行为的义务与基于另一法律关系而为不同行为的义务之间的冲突。

我国公司实践的现状,笔者认为此类规定值得借鉴。

但除此之外,德国现行公司法规范未就互不相容性作出其他规定。德国学界通说由此认为,由于法律未明文规定,因此即使是在与上述规定极为相似的情况下,有关人员仍可在同行业的竞争企业中担任监事。<sup>[8]</sup> 笔者认为,从合格履职的角度出发,每名监事均有义务促进“本”公司的利益,而以同样的方式促进另一家与本公司处于竞争关系中的公司的利益几乎是不可能的。是故,如果两家公司(A公司与B公司)之间在核心经营领域中存在竞争关系,那么已担任A公司监事的人不得同时担任B公司的监事。其实道理很简单,监事有义务全面了解本公司未来的经营计划并在监事会内部会议上就其可行性进行讨论。但在“竞争对手的人”也可以参与有关讨论时,公开讨论应如何进行?属于商业秘密范畴的经营决策将如何保密?从这一思路出发,笔者认为,只有一个人首先放弃其在原公司的监事职务后,才能在另一竞争企业担任监事职务。<sup>[9]</sup> 否则,他只能被视为竞争企业的“表见监事”,其参与作出的监事会决议应属无效,其他监事可以据此提起确认决议无效之诉。

另外,鉴于一个人的时间和精力毕竟有限,为保证监事合格履职,有必要对其兼职的数量加以适当的限制。在这方面,德国《股份法》第100条第2款规定,已在十家设有必设监事会的公司中担任监事职务的人不得再担任监事。在这里,康采恩公司中的2到5个监事会席位可以不被计算在内,也就是说在这种情况下一个人最多可以同时担任15个监事职务(《股份法》第100条第2款第2句),而监事会主席职务必须被重复计算(即相当于2个监事职务,《股份法》第100条第2款第3句)。

在《准则》的框架内,第5.4.1条第2款就明确建议监事会在选聘监事时应首先确定“独立监事”的具体数量,并在提出聘任建议时充分考虑这一点。该条同时还强调,如果候选人与公司、公司机构、某一控股股东或某一关联企业之间的业务或个人关系可能对股东大会的选聘决定产生重大影响,那么监事会的聘任建议必须予以充分披露。<sup>[10]</sup> 虽然这种“潜在的利益冲突”并不必然排除有关候选人的选任资格,<sup>[11]</sup>但是监事会却可以据此不建议股东大会聘任该人;而且在德国的公司实践中,监事会的选聘建议往往对股东大会的聘任决定产生决定性影响。

### 三、监事独立性概念的第二个层面:监事履职过程中独立性的保有及丧失

在候选人正式取得监事职位后,为合格履职,其仍需时刻保有独立性。一旦其独立性基于某种原因受到侵蚀或完全丧失,则其必须暂时停止履职,甚至永久性地离开监事岗位。德国《股份法》和《德国公司治理准则》(前者如第111条,第93条第1款第2条结合第116条;后者如第5.4.1条,第5.4.2条等)中的相关规定充分体现了德国立法者的这一立法初衷。笔者在下文中将首先对德国监事会

[8] 据此,Daimler与Audi,Siemens与Bosch,Kaufhof与Karstadt的监事会可以由相同的人员组成。关于德国联邦法院(BGH)在司法实践中的观点,可以参阅BGH v. 21.2.1963 - II ZR 76/62, BGHZ 39, S. 123。“只有当某人严重违背公司利益且达到‘不可容忍’的地步时,才能将其排除出候选人名单;而且即便如此也不构成该人不得获聘的强制性障碍,而只构成《股份法》第103条第3款意义上的重大解聘事由。”

[9] 同样持此观点的有Henrik-Michael Ringleb/Thomas Kremer/Marcus Lutter/Axel v. Werder: Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex 2014, § 5.4.2 Rn. 1030.

[10] Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.1 Rn. 971 ff.

[11] 这是因为根据《股份法》等公司法规范的相关规定,监事的利益冲突问题在某些情况下可以通过排除该监事参与监事会特定议题的讨论或表决而得到一定程度的缓解。

制度的发展历程以及与监事独立性概念直接相关的《德国公司治理准则》的基本情况作简要介绍。然后,笔者将重点阐述监事在履职过程中独立性的具体内涵,以期清晰界定监事丧失独立性的诸多原因,以便公司采取应对措施。这也为我国立法者在将来清晰界定监事履职过程中的独立性的保有和丧失提供有益的借鉴。

### (一)德国监事会制度发展历程梳理

一百多年前,德国首创监事会制度,并在此基础上创设了职工参决制。最近几十年间,监事会制度更是成为欧洲各界关注的焦点和各国效仿的对象。欧盟委员会在协调欧洲各国国内公司法的同时,大力推行监事会制度(包括职工参决制)。

监事会制度是德国“二元制”公司治理结构最显著的特点,而且这一治理结构在许多情况下与职工参决制紧密联系。德国的监事会制度在始创初期运行良好,但自20世纪90年代德国企业出现严重危机以来,人们对监事会制度的有效性开始产生怀疑。德国各界普遍认为监事会过去那种消极被动的态度和行为方式已无法满足现代公司治理的高要求。

立法者首先对此作出回应:1998年的《企业控制及透明度法》(KonTraG)一方面为监事会创设了相对较少的强制性规定,另一方面又制定了指导监事会(包括监事)行为的“建议性规范”。具体来讲,该法明确规定监事有义务对董事会建立的风险管理体系<sup>[12]</sup>实施监督;在监事会的年度决算会议上,监事有义务邀请决算审计人员列席并认真听取其意见。此外,监事的权利也得到相应扩大,其有权与决算审计人员签订审计合同。

此后,2002年的《企业透明度及披露法》(TransPuG)也采取了一系列重大举措,例如:董事会向监事会作出的年度报告必须详细说明企业计划和对该计划的偏离并分析其原因;每名监事都可以在董事会向监事会作出报告后单独要求董事会提交附加报告;董事会报告必须尽可能及时并采取书面形式(“文本形式”);监事会的各专门委员会必须定期向监事会报告其工作情况;等等。<sup>[13]</sup>之后的2005年《企业诚实经营及撤销权现代化法》(UMAG)虽然既未修改也未补充与监事会有关的规定,但却将“商业判断规则”引入德国《股份法》(第93条第1款);而且通过第116条对第93条的援引,这一规则也同样适用于监事会。在此免(限)责条款的保护下,德国监事会在对董事会实施监督和提供咨询时变得更加积极和大胆。

随着德国联邦最高法院从1991年到2002年十余年间司法实践的发展<sup>[14]</sup>和上述法律规范的相继出台,监事会制度发生了一系列戏剧性变化,主要体现在监事会职责的扩大和监事的权利与义务的相应扩大。具言之,虽然监事会的首要职责(权)仍是对董事会的经营管理实施监督,但其在公司中所扮演的角色却已由原来的单纯的监督机构逐渐演变为共同经营管理机构、咨询机构和共同决策机构。现今,监事会的职责不仅是回顾性的,更具有浓重的“展望性”意味。正因为如此,德国学界普遍认为,在理想状态下,监事会的上述职责将使本国的“二元制”公司治理结构兼具“一元制”公司治理结构(全体机构成员共同负责作出战略性的、面向未来的经营管理决策)的优点。

[12] 关于风险管理体系,详见杨大可:“论风险管理体系概念在法律层面的引入——以监事会的完善为目标”,载《当代法学》2015年第1期,第94-102页。

[13] 这几方面内容即构成德国监事会信息权制度的基本架构,具体参见杨大可:“德国股份有限公司监事会信息权制度评析及启示”,载《德国研究》2015年第1期,第70-81页。

[14] Vgl. BGH v. 25. 3. 1991 - II ZR 188/89, BGHZ 114, S. 127 - 130 = AG 1991, S. 312; „Die Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung zu überwachen, enthält die Pflicht, den Vorstand in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung zu beraten.“ BGH v. 21. 4. 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, S. 244 - 255 = AG 1997, S. 377 (ARAG).

## (二)《德国公司治理准则》概况

2000年5月29日,德国成立了“公司治理”政府委员会(全称是“公司治理-企业管理-企业监督-股份法现代化”政府委员会),即所谓的“Baums委员会”。该委员会的任务是深入研究和分析德国企业管理及监督制度中可能存在的问题。<sup>[15]</sup> 在此项任务的框架内,委员会对“如何使监事会对经营管理实施更好、更有效的监督”这一问题进行了深入研究,并于2001年7月1日提交了《最终报告》。<sup>[16]</sup> 该报告包括若干项建议,其中只有小部分涉及股份有限公司方面的强制性法律规范的修改,而大部分内容则属于调整意见,这些意见被陆续纳入之后的《准则》中。

2002年2月26日,《准则》第一版正式出台,之后几乎每年都会针对德国公司治理实践中的某些重大问题作出修正。例如,2009年《董事薪酬适度法》(VorstAG)出台后,《准则》根据其中新的规定作了相应修改并明确了董事会为公司利益行为的义务,同时建议提高监事会组成的多样性并加强董事会薪酬顾问的独立性。2010版《准则》在此基础上进一步作出一系列完善,其中最大的亮点是具体规定了女性参与监事会和董事会的方式并重点强调了监事会的专业化趋势和具体要求。虽然2011年《准则》未作出任何修订,但在之后的2012年它又出重拳,计划对监事的独立性提出具体可行的建议并欢迎社会各界献计献策。经过一段时间的热烈讨论并综合考虑社会各界反馈的意见,《准则》提出了一系列旨在加强监事独立性的建议。2013年5月,《准则》完成了自我“瘦身”并就董事薪酬提出若干建议。其中最大的亮点是建议董事的薪酬由固定部分和可变部分组成,并且可变部分应有最高限额的限制。

根据德国学界的通说,《准则》实质上是德国上市公司董事会及监事会的行为准则,约占50%的篇幅;其次,《准则》还提出了80项强制性建议(Empfehlungen,约占40%的篇幅)以及若干项非强制性建议(Anregungen,约占10%的篇幅)。但需注意,《准则》要借助“遵循或解释”规则方可施行。

就性质而言,《准则》既非法律也非法令,而是“软法”。其与法律的唯一关联体现在《股份法》第161条规定的所谓“遵守情况说明”<sup>[17]</sup>中。根据该条款,上市公司的董事会及监事会须就以下事项作出年度报告:本公司是否已经遵守、是否将会遵守《准则》中的行为建议以及哪些建议未被遵守作出说明。德国立法者希望借此加强董事会与监事会之间在公司治理方面的交流并提高上市公司的经营和监督的透明度及可问责性。<sup>[18]</sup>

早在2002年,第一版《准则》和欧盟委员会的相关报告中就涉及监事的独立性问题。<sup>[19]</sup> 2005年,欧盟委员会更是在其针对监事的建议性规定(第13条第1款和附则II)中明确提出了监事独立性概念以及判断监事是否具有独立性的若干标准。<sup>[20]</sup> 受此影响,2005版《准则》明确采纳了欧盟委员会对监事独立性所作的定义;随后,这一定义又被《企业会计现代化法》的《政府立法理由》所引用,并得到《股份法》的最终确认。

[15] Vgl. Ihrig/Wagner (Fn. 4), S. 1625.

[16] BT-Drucks. 14/7515 v. 14.8.2001, in Buchform erschienen 2001 (Hrsg.: Baums).

[17] Vgl. Ihrig/Wagner (Fn. 4), S. 1625.

[18] Vgl. Kirsten (Fn. 4), S. 173.

[19] 如《准则》第5.4.1条,同注1引书,第4、19页以及第8页以下。就欧盟层面的相关规范而言,最重要的当属2002年11月4日发布的《关于现代欧洲公司法框架性规定的公司法领域高层专家组报告》以及2003年5月21日发布的《呈交欧洲议会的关于革新公司法和改善欧盟公司治理的委员会报告》。

[20] 具体参见2005年2月15日欧盟委员会针对上市公司的非执行董事和监事以及董事会或监事会提出的若干建议性规定(2005/162/EG)。

诚如前文所言,为进一步强化监事会仅为公司利益服务的意识,2012版的《准则》对监事独立性概念作了全面修订,这也为进一步明确此概念的确切内涵提供了契机。

#### 四、监事履职过程中独立性概念的具体内涵

毫无疑问,“利益冲突”将会严重侵蚀监事履行职务时的独立性,进而影响监事依公司利益履行监督职责并为董事会提供恰当的咨询。根据德国学界的通说,当利益冲突出现时,已不能期待监事仅为公司利益行事。

为应对德国公司实践中日益突出的“利益冲突”现象,2012版《准则》首当其冲,通过多项规定着力规范监事的独立性问题。<sup>[21]</sup>第5.4.2条就是其中最为重要的核心条款。该条第1句首先建议监事会根据本公司的实际需要聘任适当数量的所谓“独立监事”;<sup>[22]</sup>同时根据该条第3句,监事会中不得包含两名以上的前董事会成员,而且没有设定时间限制。<sup>[23]</sup>这就在一定程度上从源头排除了存在重大利益冲突的人员进入监事队伍的可能性。

而在判断监事在履职过程中是否已丧失独立性时,《准则》第5.4.2条第2句扮演着至关重要的角色。由该条款可知,如果某监事与公司、公司机构、某一控股股东或某一关联企业之间存在某种业务或个人关系,并且这种关系可能导致重大且持续性的利益冲突的产生,那么此时可以认为该监事已丧失独立性。接下来笔者将根据该条款列明的构成要件,具体分析监事在何种情况下将丧失其独立性。

##### (一)存在可能产生重大且持续性的利益冲突的关联关系

###### 1. 主体要素

为了加强监事会对公司经营管理的监督,也就是对管理层的经营管理行为进行批判性审查,监事无疑应独立于董事会或公司。这一点在上市公司中尤其重要,由于股权分散、股东数量庞大,股东或股东大会无力对董事会实施有效监督。对此,《准则》重点提到了两种可能严重侵蚀监事独立性的危险情形:一种来自董事(会),另一种来自控股股东。<sup>[24]</sup>

首先,不论是与董事的关系还是与由该董事代表的公司的关系都可能产生监事对该董事的依附性。但《准则》在这方面似乎考虑不周,其第5.4.1条第4款只涉及与母公司之间的业务关系,而未涉及与整个企业(也就是与所有子公司)之间的业务关系。而母公司的董事会完全可以间接地通过子公司对监事施加影响。由此,笔者认为,这里的关联关系应当涵盖与整个企业之间的业务关系。另外,在监事持有公司业务伙伴的多数股份或者担任其代理人时,他同样可能因其与公司业务伙伴的“共同利益”而丧失独立性。与此相反,关系链(即与某个与公司有关联的人之间的关系)因很难被董事会知悉而通常不会影响监事的独立性。2012版《准则》出台后,两名存在重大关联关系的监事中,若一监事被认定为不具备独立性,则另一监事之独立性亦随之丧失。

[21] Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 998 ff.

[22] 此时监事会享有很大的自由裁量空间。2012版《准则》之前的各版本均只要求监事会拥有“足够”数量的独立监事即可。以“适当”取代“足够”,表明立法者希望监事会中拥有更高比例的独立监事。Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1023 f.; 还可参阅朱慈蕴、林凯:“公司制度趋同理论检视下的中国公司治理评析”,载《法学研究》2013年第5期,第30页。

[23] 这意味着即便有关的董事已离职超过两年的所谓的“冷却期”,也仍然不能担任监事。Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1025 f.

[24] Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1011 ff.

其次,公司的控股股东可以凭借其其对董事会的影响力对公司行使控制权,此时,监事会有义务防止该控股股东通过滥用控制权给中小股东造成损害。这就要求监事既要有能力与受控股股东控制的董事会抗衡,又要独立于控股股东,因此2012版《准则》明确指出监事与控股股东或其关联企业之间的关联关系同样可能导致该监事丧失独立性。对此,德国学界和实务界表现出了截然不同的态度:前者普遍欢迎和接受《准则》对独立性概念的扩张,<sup>[25]</sup>而后者则给予猛烈批评。很多实务界人士认为这种做法未考虑不同企业中职工参决制的特殊性,并可能侵害控股股东对企业的正当领导权,更何况相关法律已为大股东与中小股东之间冲突的解决作出了全面规定。

那么,《准则》中的建议是否会削弱控股股东领导企业所需的影响力?从目前德国的公司实践来看,这种担心完全没有必要。控股股东对监事会中股东监事的人选享有绝对的话语权。即便在实行职工参决制的关联公司中,“独立监事”仍由控股股东负责任免,且在履职时服从控股股东的指示,因此控股股东并未丧失其对监事会决议的影响力。<sup>[26]</sup>

关于控股股东的范围如何确定的问题,目前德国学界主要有两种观点:一是以《有价证券收购法》第29条第2款中的“拥有30%表决权”为标准;另一是适用康采恩法上的控制权概念(《股份法》第16至18条)。笔者认为,前一个标准显得过于僵化了,因为在现今的德国公司实践中,很多情况下大股东无需掌握30%的表决权就可对董事会施加决定性影响,此时有必要通过具备独立性的监事对中小股东提供保护;而就后者而言,虽然其更关注对中小股东的保护,但由于《准则》旨在制定能够得到本国和国际双重认可的公司治理标准,进而使国际机构投资者可以清楚地了解德国的公司治理体系,因此这一标准同样显得不够“称手”。其实,欧洲立法者在这方面考虑得更为全面和长远,他们在《康采恩决算指令》中明确提出了“决算法上的控制权概念”,<sup>[27]</sup>德国商法规范立法者对此反应迅速,第一时间将此概念转化至《商法典》第290条。该条款对“决定性影响”作出了更明确的定义,因而更易于被投资者所理解和掌握。许多德国学者因此认为,虽然规范目标有所不同,但是《商法典》第290条的规定更适合用来解释《准则》中的控制权概念。

## 2. 德国认可的主要关联关系——以业务或个人关系为思考进路

由于2012版《准则》仅提及业务或个人关系这两种重要的关联关系,因此笔者拟从这两种关系入手,对德国监事独立性的概念进行细致分析。

首先是业务关系。<sup>[28]</sup>虽然《准则》未对此作出明确界定,但德国学者普遍认为“业务关系”的核心内涵是上述主体之间定期或依据长期债务关系形成的业务往来,即经济上的对待给付。是故,单纯的法律或事实关系绝非此意义上的“业务关系”。<sup>[29]</sup>然而,所有的业务都会导致监事独立性的丧失吗?鉴于2012版《准则》的规范目的——防止“监督不足”(Kontrolldefizit),<sup>[30]</sup>笔者认为,此处的业务关系应当排除那些无足轻重的、不会引起重大且长期利益冲突的业务关系(即采取限缩解释),因为这通常

[25] 在第69届德国法学大会上,多位学者明确提出,关联公司的监事会同样应当聘任不代表大股东利益的股东监事。

[26] 但应注意,在实行职工参决制的公司中,控股股东的代表将不再占据监事会中的多数席位。

[27] 这一概念可被视为控制权概念的国际标准,而且欧盟委员会的建议性规定也建议各成员国鼓励第三人了解康采恩的经济状况,借此判断某企业是否属于该康采恩的成员。

[28] 参见 Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1016 ff.

[29] 私法上的债务关系(例如因侵权行为、不当得利等产生的债务关系)或公法关系(例如由公法机关对企业实施监管)均不构成业务关系。而事实关系(如竞争关系或空间上的相邻关系)同样如此。

[30] 其实,2012版《准则》中的独立性规则主要目的并非防止监事滥用监督权为自己或他人谋利,而是为了避免企业遭受监督不足的危险。坦率地讲,相比滥用监督权,监督不足给监事会监督职能的发挥带来的负面影响要更大。

不会影响监事的独立判断。另外,由于任职之前的业务关系不会对公司未来的利益构成威胁,而且《准则》和相关法律已对此作出全面规定,<sup>[31]</sup>因此此类关系同样不会导致监事会独立性的丧失。<sup>[32]</sup>

其次,就个人关系而言,虽然《准则》同样规定得比较模糊(仅在草案中简要提及),<sup>[33]</sup>但是《股份法》第115条第2款、《证券交易法》第15a条第3款、《破产条例》第138条以及欧盟委员会建议性规定中的相关条款均有助于我们探知“个人关系”的基本内涵。在上述法律规范中,“个人关系”指向那些与监事存在近亲属关系的人,例如配偶(伴侣)、亲生子女、配偶(伴侣)的子女以及享有生活费请求权的家庭成员。但也有个别学者认为这一范围过于狭窄,因为某些特殊的亲密关系和超过通常社会交往程度的极亲近的朋友关系同样可能在一定程度上“腐蚀”监事的独立性。这种观点确实有一定道理,但是由于前述关系的亲密程度难以以数据形式被客观地加以衡量,因此为了保证监事正常履行职责(避免“监督不足”),应当给予其必要的信任,相信其在履职时不会优先考虑朋友关系或其他个人关系。而且在实践中,通常只有亲近的伴侣关系或亲属关系才可能显著影响监事决策的客观性。<sup>[34]</sup>

### 3. 利益冲突因素

除上述监事对董事会和控股股东可能存在的依附性(关联关系)外,欧盟委员会的建议性规定未提及其他因素。但笔者认为,从2012版《准则》防止“监督不足”的规范目的考虑,监事的独立性还意味着不存在重大的利益冲突。<sup>[35]</sup>据此,只有在前述业务或个人关系可能导致重大且持续性利益冲突时,才可能导致有关监事丧失独立性。<sup>[36]</sup>因为此时已经出现一种现实的危险,即某监事的个人利益或者其代表的第三人利益极有可能诱使或迫使其违反仅为公司利益服务的义务,进而破坏其参与监事会决策时的客观性。在这种情况下,有关监事无疑将会在相当长一段时间内无法合格地履行其职责,因此不得允许其参与监事会的讨论和决议,并可以考虑根据《准则》第5.5.3条第2句和股份法上的相关原则要求其辞去监事职务。<sup>[37]</sup>

然而在出现利益冲突时,监事除了回避相关讨论和决议,甚至辞职外,是否存在其他更有利于保持公司现有监督强度的办法是值得关注的问题。在目前的德国公司实践中,监事可以首先尝试通过主动披露利益冲突或者在表决时优先考虑公司利益的方式来化解冲突。若尝试未果,再考虑剥夺相关监事的会议参加权(讨论和表决)也为时未晚。<sup>[38]</sup>特别是当利益冲突只是偶然出现,且可通过暂时停止有关监事履职避免此类冲突的不利影响时,<sup>[39]</sup>则完全没有必要要求相关监事辞职。笔者认为,为防止公司频繁发生“监督不足”的状况,这种做法因具备较高的可操作性而值得我国借鉴。

此时又会出现另一问题:在哪些情况下个人或业务关系可能导致重大且持续性的利益冲突?根

[31] 《股份法》和《准则》中都有关于“冷却期”的规定。例如《股份法》第100条第2款第1句第4项和《准则》第5.4.4条第2句、第5.3.2条第3句和第5.4.2条第3句。

[32] 虽然欧盟委员会的建议性规定认为此类关系同样会对现任人员产生影响,但这其实只是就曾经担任过董事的监事候选人而言。

[33] 详见 Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1015.

[34] 另外还要注意的一点是,一家公司可以通过其经营管理机构对另一家公司的监事施加影响。因此,如果某监事与另一家公司的管理人员之间存在近亲属关系,那么此时同样存在《准则》意义上的重大个人关系。由此可见,个人关系对公司机构成员和非自然人的控股股东的经营管理人员都很重要。

[35] 欧盟委员会的建议性规定将利益冲突明确限定在监事与公司、公司管理层和大股东之间的关系上。

[36] Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1020.

[37] 联邦最高法院和很多学者支持此观点,具体参见 BGH, NZG 2009, 346 Rn. 25; Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2006, § 103 Rn. 96 f.; Bruno Kropff/Johannes Semler (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 100 Rn. 72.

[38] Vgl. Dake Yang (Fn. 4), S. 72 ff.

[39] 详见注1引书,第301页。

据《准则》的规范目的和欧盟委员会的建议性规定,如果相关利益冲突已经严重削弱监事的判断力并使其在相当长一段时间内无法对董事会和控股股东实施客观公正的监督,那么此类冲突就属于重大且持续性的冲突。不过应当注意,利益冲突的存在是否确实影响监事的判断力要视具体情况而定,特别是某些重大且持续性的利益冲突很可能在未来才会出现,监事的判断力目前可能并未受到影响,因此不应武断地认为有关监事在参加所有监事会决策时都已丧失独立性。《准则》由此建议:为了保持监事会工作的连续性,对于有可能因利益冲突而被迫离职的监事,监事会可以暂时对其采取“隔离观察”,这一做法同样殊值借鉴。另外,对于这里的“可能”,笔者认为应作限缩性解释,即公司利益必须已经受到现实的威胁。更确切地说,此类关系必须已足以影响监事决策,也就是可以确定有关监事将会按照公司、董事会或控股股东的指示参与监事会决策。<sup>[40]</sup>

## (二) 导致监事丧失独立性的其他可能情形

除上述情形外,为了将更多可能致使监事丧失独立性的情形精确地囊括进来,2012版《准则》草案还列举了其他导致监事丧失独立性的可能。<sup>[41]</sup>这种开放性的规定<sup>[42]</sup>给上述概念体系之外的可能导致监事丧失独立性的其他重要情形保留了“制度接口”,是比较高超的立法技术,值得我国借鉴。

但是鉴于此项开放性的规定不得改变《准则》的规范目的(即避免“监督不足”),因此有必要对可能导致监事丧失独立性的情形的其他构成要件作出明确界定,尤其要排除那些由欧盟委员会的建议性规定或《准则》草案提出的但未被2012版《准则》采纳的情形。总的来看,除《准则》明确规定的上述情形之外,可能导致监事独立性丧失的其他情形非常有限,主要集中于职工监事独立性的丧失。这有助于保证所有投资者均能比较轻松地把握《准则》中独立性概念的确切内涵。

此外,还有一个值得思考的问题,即在实行职工参决制的公司中职工监事是否会因为其与公司之间的劳动关系而丧失独立性?对此问题同样需要具体问题具体分析。如果劳动关系使某职工监事与公司之间产生某种业务关系,相关监事的独立性确实可能因该业务关系的存在而受到影响。因为在这种情况下,该监事可能不得不依雇主(确切地说是公司的经营管理层)的利益行为,这将导致重大利益冲突的产生。<sup>[43]</sup>但是《准则》和欧盟委员会的建议性规定<sup>[44]</sup>认为,如果法律为职工监事规定了合理的解约和反歧视保护规则(例如《共同决定法》第26条或《三分之一参与法》第9条<sup>[45]</sup>),并且有关的职工监事也不属于经营管理人员,那么此时应当认定其仍然具备独立性。<sup>[46]</sup>

除劳动关系和可能的业务关系之外,职工监事的职工属性及其所肩负的代表职工利益的义务同样可能在个别情况下导致监事会中的利益冲突。但在此种情况下,职工监事虽然必须按照《准则》第5.5.2条履职,却不会因此丧失独立性。另外,某职工监事属于工会成员同样不会使其丧失独立性,即

[40] 有少数学者主张重大且持续性的利益冲突必须是可能出现,甚至是很可能出现的。如果以此为标准,那么只在极少情况下才认定存在此类利益冲突,这样一来此类冲突本身就属于绝对的例外情况。实际上,德国学界普遍认为,只有在例外情况下存在个人或业务关系只有在例外情况下才会导致有关监事丧失独立性。是故,完全没有必要再对重大且持续性的利益冲突的存在可能性提出更高的要求——只要根据现存个人或业务关系的类型可以设想存在此类利益冲突就足够了。很多学者也由此认为,控股股东的代理人、公司的主供应商或者将主要精力用于为公司提供服务的监事已不具备独立性。

[41] 《准则》草案第5.4.2条第2句。

[42] 需注意,《准则》第5.4.1条第4至6段的“利益冲突披露建议”不属于上述开放性条款。

[43] 如果相关监事居于领导岗位(例如依据《共同决定法》第15条第1款第2句被选为高级职员)并进而参与甚至独立进行经营决策,那么此时势必出现“监督不足”的情况,而这正是《准则》所要极力避免的。

[44] 附件II第1项字母b。

[45] Vgl. Henssler, in: Hanau/Ulmer, MitbestR, 3. Aufl. 2013, § 26 MitbestG Rn. 11 f.

[46] 德国目前的公司实践也表明,职工监事的决策确实极少受到董事会的不当影响,其独立性也基本不会因此而丧失。

使工会已与该监事所在公司签订集体工资协议也同样如此。<sup>[47]</sup>

## 五、结语

### (一) 监事独立性概念的第一个层面: 监事候选人的独立性要求

如上文所述,在这方面我国公司法规范尚存在明显不足。笔者认为应将可能严重影响监事公正客观履职的“利益冲突”要件作广义理解,也就是将其理解为“董事或高管职务与监事职务的互不相容性”,同时其范围也应相应地扩展至本公司的附属公司和竞争公司。

此外,鉴于监事合格履职需要有充足的时间和精力,因此我国未来公司法规范应对一人兼任监事职务数量的上限作出明确规定。

最后,为防止存在利益冲突的“高危人群”进入监事队伍,未来的公司法规范应对独立监事的数量作出建议性规定,并要求监事对潜在的利益冲突进行披露,以便股东大会排除不适格的候选人。

### (二) 监事独立性概念的第二个层面: 监事履职过程中独立性的保有及丧失

在这里讨论的核心是监事履职过程中独立性概念的具体内涵。德国公司法规范中(特别是《股份法》和2012版《准则》)的独立性概念并不意味着监事绝对不得为他人利益行为,而在于防止“监督不足”的发生。因此,如何保证监事独立于董事会和控股股东才是问题的关键。<sup>[48]</sup>

如果董事会或者控股股东能够基于其与某监事之间的个人或业务关系而对该监事施加影响,并进而严重破坏该监事决策时的客观性,那么此时该监事丧失独立性。考虑到监事陷入利益冲突的可能性很大,同时也为了防止公司频繁出现“监督不足”的状况,应当将未被《准则》明确承认的、可能导致监事丧失独立性的情形限定在极小的范围内。是故,职工监事原则上应被视为具备独立性。

德国立法者和《准则》制定者所界定的监事独立性概念对于进一步强化监事仅为公司利益服务的意识大有裨益,德国监事会的监督效率和效果也由此得到进一步改善。<sup>[49]</sup>在这样的背景下,我国立法者可以考虑通过明确界定监事独立性概念来保证监事全心全意为公司利益履行监督职责,进而提升监事会的监督能力。

为此,笔者建议立法者尽可能全面而清晰地列举可能导致监事丧失独立性的所有情形,例如当某监事与公司(包括母公司和各子公司)、公司机构、控股股东之间存在某种业务或个人关系,并且这种关系可能导致重大且持续性利益冲突的产生时,则可以认定该监事已丧失独立性。具体来讲:

首先,可以对“业务关系”进行较为宽泛的解释,也就是说可以将其理解为两者之间定期或依据长期债务关系形成的所有业务往来,即经济上的对待给付;而对“个人关系”则应作限缩性解释,认为其

[47] 这虽然会在该监事与公司之间建立起业务关系,但却既不会对工会及其代表产生任何影响,也不会在监事会中引发可能导致“监督不足”的利益冲突。

[48] 关于监事独立性的保障,我国有学者建议借鉴日本2002年5月生效的商法修正案提供的新思路,即公司可以用三个专门委员会(即审计委员会、薪酬委员会和提名委员会)来代替监事会,具体参见徐明:“经济危机下的公司治理问题及应对”,载《法学》2010年第6期,第103页;此外,德国《股份法》第107条第3款也规定监事会可以依其意愿建立一个或多个委员会。由于肩负特定职责的委员会由具备特殊专业技能的人员组成,因此《准则》第5.3.1条基于提高监事会工作效率和质量的目的,也建议监事会根据本公司的具体情况和监事数量建立负责处理复杂事务的专门委员会。根据德国目前的公司实践,常见的专门委员会有审计委员会、提名委员会、人事委员会、公司战略及投资委员会等。具体参见注12引文,第94-102页,以及注1引书,第256页以下。

[49] 在这方面,我国证监会在其[2008]50号行政处罚决定书中也提及监事负有“为公司和全体股东的利益服务”的义务,参见甘培忠、周淳:“上市公司定期报告信息披露违法董事责任认定研究”,载《北方法学》2012年第3期,第74页。

只包括近亲属关系,比如配偶(伴侣)、亲生子女、配偶(伴侣)的子女以及享有生活费请求权的家庭成员。

其次,可以将“重大且持续性的利益冲突”理解为一种“现实的危险”,即某监事的个人利益或者其代表的第三人利益极有可能诱使或迫使其违反仅为公司利益服务的义务,并进而影响其参与监事会决策时的客观性。不过,此类利益冲突是否确实影响监事的判断力和客观性要依具体情况具体分析,不应武断地认为有关监事在参加所有监事会决策时都已丧失独立性。若能认定确实存在此类利益冲突,监事的客观性也因此受到影响,则应禁止有关监事参与监事会的讨论和决议,甚至可以直接免除其监事职务。因为此时已经可以确定他将在很长一段时间内无法合格履职。不过,为防止公司频繁发生“监督不足”的状况,并尽可能保持监事会工作的连续性,可以考虑对相关监事进行“隔离观察”或者短时间停止其职务行为。

最后,虽然职工监事的职工属性及其所肩负的代表职工利益的义务可能在个别情况下导致利益冲突的产生,但由于此类利益冲突并非产生于其劳动关系或其与公司之间的业务关系,而是产生于其所肩负的维护职工共同利益的义务,因此其决策极少受到董事会的不当影响并能够较好地保有其独立性。职工监事也因此可以被视为“天然的独立监事”。

## On the Definition of the Concept of Supervisory Independence

### —By Reference to German Corporate Legal Norms

Yang Dake

**Abstract:** No matter in Germany or in China, it is a tremendous project to realize “supervisory independence”. Through long-term close communication with both the academia and the practice, German legislators have accumulated comparatively mature legislative experience in defining the concept of supervisory independence (including before and during service), and in particular, with the enactment of *German Corporate Governance Code* amended in 2012, Germany will take the lead in accomplishing this project very soon. Whereas in our country, since the current corporate legislation only stipulates negative position qualification from the perspective of “resume stain” of the supervisor candidates, without paying necessary attention to the maintenance and loss of the supervisory independence during service, hence, while serving their posts, the supervisors are still bothered with “conflict of interest” and inappropriate interference from majority shareholder or the management representing the majority shareholders. In view of this, it’ll be a long and arduous process to achieve “supervisory independence”. Germany’s broadening of the causes of loss of supervisory independence makes it more difficult to clarify the concrete contents of supervisory independence. Thus it is necessary to reasonably define German current open concept of supervisory independence in expectation of shedding light on the possible direction to realize the “supervisory independence” in our country.

**Keywords:** Stock Corporation Act; German Corporate Governance Code; supervisory independence; conflict of interest

(责任编辑:丁洁琳)

# 辨识与解析:民事诉讼专家辅助人 制度定位的经纬范畴

毕玉谦\*

**摘要:**在专业分工具有法律意义以及证据规则日渐发达的历史背景下,从两大法系的法院专家与当事人专家辅助人的基本结构模式来看,在应对诉讼上的专业问题时,英美法系采用的是以当事人的专家辅助人为主兼以法院专家为辅的模式,大陆法系则采用以法院专家为主兼以当事人的专家辅助人为辅的模式。我国民事诉讼中所实行的专家辅助人制度是一种新事物,对这种专业人士的身份识别和制度层面的定位尚存在争议与模糊认识,因此,对其法律逻辑关系所涉及的经纬范畴进行考察,对我国的立法与审判实务具有重要价值。

**关键词:**民事诉讼 专家辅助人 制度定位 经纬范畴

## 一、引论

当前,理论界或实务界对民事诉讼中专家辅助人的理解与定位存在一些模糊不清的认识。2015年2月4日起实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第122条第3款规定“具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见,视为当事人的陈述”,这与我国《民事诉讼法》第79条规定不相契合,即“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或专业问题提出意见”。两者之间的差异主要在于理论上意见证据能否转换为或者视同于陈述证据;接下来的问题是,发生这种转换或者视同的目的、意义和功能是什么。这无疑涉及到对专家辅助人在制度层面的基本定位问题。

自从人类社会发展到一定阶段,社会分工日趋明显并具有实际意义那天起,纠纷的解决无不与特定的行业或专业有关。法律和司法程序本身就是一种特殊的行业或专业,而它所解决的纠纷往往涉及其他行业或专业领域,对此,法官是门外汉,由于各行各业内部知识、信息资源的不对称性,导致法官在判案时不得不依靠有关的专业人士。在司法程序上,“采用专家证言的做法甚至可以追溯到古埃及人、古希腊的毕达哥拉斯和西西里人时期。早期专家证言的使用通常以医疗为中心议题,尤其涉及对孕妇执行死刑的收费问题”〔1〕在英格兰,第一起涉及专家证言的案例是与建筑领域有关的,据称

---

\* “2011 计划”司法文明协同创新中心专家,中国政法大学教授,法学博士。本文系作者主持的中国政法大学校级人文社会科学研究项目“民事诉讼专家辅助人制度研究”(13ZFG82001)的阶段性成果。

〔1〕 Robert F. Taylor, *A Comparative Study of Expert Testimony in France and the United States: Philosophical Underpinnings, History, Practice, and Procedure*, 31 Tex. Int'l L.J. 181, 184 (1996).

发生在1782年,“在该案中,由于法庭排除了专家对发生港口泥沙淤积原因的证言导致法庭对此案重新审理。在重审过程中,法院采纳了一位首席土木工程师有关诺福克港发生泥沙淤积原因的证言”。〔2〕与古老的欧陆相比较,尽管美国的建国历史较为短暂,但“在美国法庭中最早所使用的专家证言也是非常广泛的,其中包括工程师、医生和其他专业人士凭借其专业经验和职业培训而出庭作证”。〔3〕

何谓“专家辅助人”?回答这一问题必须基于一种特定的语境和法律文化背景。从比较法的角度,我们在国外的教科书、法学论著甚至立法或司法实践中似乎还无法寻觅完全相同的术语或概念。但两大法系各自对其有不同的定义与称谓,例如,在大陆法系德国的民事诉讼上,它被称为专家(expert)。〔4〕尽管在某些情况下,当事人也有权聘请自己的专家,但有关论著通常还是将这种专家称为法院专家或法庭专家(court expert),〔5〕同时,因在诉讼上这种专家主要被用来从事鉴定活动,故又被称为鉴定人。〔6〕而在英美法系的民事诉讼上,它被称之为专家证人。

专家辅助人是一种专业人士,或应当概括性地被称之为“专家”。它是一种学理上的表述,而在我国现行《民事诉讼法》和相关司法解释中,它被称之为“有专门知识的人”。实际上,“专家辅助人”在概念上并非是一种科学、确切的表述。因为,“专家”就是“辅助人”,或者说,这种“辅助人”就是“专家”。这一概念原本欲表达的含义是,专家在法官就专业问题作出判断时承担辅助人的角色。它所体现的是,在事实认定上,当出现专业性问题时,法官需要得到专家的协助。在法官与专家之间就事实的整体认定关系问题上,法官乃系主角,专家系配角地位。可见,在法理用语上,对“专家辅助人”更加准确的表述就是“专业辅助人”。

在民事诉讼这种特定语境下,对专家辅助人在制度层面的定位,必然要涉及到对相关经纬范畴的考察。笔者认为,这种经纬范畴主要表现在专家辅助人与诉讼当事人、专家辅助人与法院、专家辅助人与鉴定人以及专家辅助人与专家证人之间逻辑关系上的衡量与评判。其中,诉讼上的鉴定人是大陆法系的提法,专家证人则是英美法系的概念;而无论专家辅助人、鉴定人还是专家证人均系对诉讼上承担不同、相同或类似职能专业人士的称谓。在诉讼上,之所以出现对专业人士不同的概念与定义,除了法律文化、诉讼模式等不同所致以外,主要的原因在于专家辅助人、鉴定人和专家证人在不同社会环境和司法条件下所发挥的功能和作用上的差异。以下将就这种逻辑关系上的经纬范畴进行考察与论证。

## 二、扭曲与斧正:关于专家辅助人与诉讼当事人之关系的基本方略

### (一)命题的内敛性与程序法益的张力

在诉讼上,当事人为证明其事实主张和反驳对方的事实主张必然要涉及三个基本层面的议题。

〔2〕 Pamela V. Cullen, *A Stranger in Blood: The Case Files on Dr. John Bodkin Adams* (2006).

〔3〕 Peter B. Oh, *The Proper Test for Assessing the Admissibility of Nonscientific Expert Evidence under Federal Rule of Evidence 702*, 45 Clev. St. L. Rev. 437, 441 (1997).

〔4〕 Simon L. Goren, *Civil Procedure - Germany* (West) 101 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1990).

〔5〕 Sven Timmerbeil, *The Role of Expert Witnesses in German and U. S. Civil Litigation*, 9 (1) Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 173 (2003).

〔6〕 德国民事诉讼法上的这种专家(expert),通常出现在有关法典的译文中。在我国被翻译为“鉴定人”。这主要是根据专家的主要职能所作出的一种转译性理解。此种情形可参见《德意志联邦共和国民事诉讼法典》,谢怀栻译,中国法制出版社2001年版,第99-102页。

其一是法律问题。对此,当事人通常需要聘请律师作为其诉讼代理人,以此协助其完成诉讼行为;其二是事实问题。在许多情况下,当事人是通过提供证人来满足相关证明要求的;其三是专业性问题。对此,当事人有权聘请专家来协助其从事必要的诉讼行为。可见,律师、事实证人和专家等都可成为一方当事人的诉讼辅助人。

从社会文明的一般意义上而言,专家辅助人属于某一专业领域的专家或专业人士,他们通常具有一定的文化素养并较注重其社会声望,被视为社会先进生产力的代表。因此,他们应当被假定有其独立的人格、严谨的理性、执着的职业操守与尚善的社会良知。尽管受一方当事人之托而应从专业的角度对该方当事人负责,但民事诉讼活动中发生的诉讼法律关系毕竟受国家公法所调整,专家对当事人负责所尽义务不得以牺牲社会的公平与正义为代价。为此,法律有理由期待即便是当事人聘请的专家也无任意践踏社会基本良知和职业操守的资本与自由。

在诉讼过程中,除了当事人与律师、事实证人与专家存在一种私人利益关系以外,律师、事实证人、专家与法院还存在一种公法意义上的诉讼法益关系,这层关系要求律师、事实证人、专家参与诉讼活动时不得违背良知、职业操守等,甚至还要求专家恪守中立,不得刻意违反科学真理。

## (二)大陆法系的基本取态与端倪评析

作为一方当事人的专业辅助人,其在两大法系承担着截然不同角色。在大陆法系,一方当事人的专业辅助人出现在诉讼中的频率远远低于法院专家,即使有也往往处于从属或补充地位。例如,“从理论上讲,德国涉及专家的有关制度的建立旨在促进发现事实真相的程序得以更加有效的运行。法院专家是独立于各方当事人的并且其立场也是客观的”。〔7〕这是因为,法院专家具有明显的官方色彩且深受法院的信任。“在德国民事诉讼中,当事人还可以雇佣自己的专家。”〔8〕但这毕竟不属于一种常态现象,其中有一个不容忽视的原因是,“法院通常会怀疑当事人选任专家意见的可信度,因为这些专家是受雇于当事人并且已经与当事人的律师讨论过案情”。〔9〕由于这种专业辅助人与当事人之间的关系密切,其所作所为很容易被人怀疑受到当事人的操纵。“然而,德国民事诉讼法并未设定用于规范这些当事人选任专家的规则。德国法院会认为,这样的专家提供的意见不具有与法院专家意见相同的价值。”〔10〕

事实上,大陆法系的立法与司法多年来有无限夸大法院专家作用的倾向,而这种倾向被持续至今,也是当事人专家倍受官方冷落所产生的一种必然结果。当事人聘请的专家与当事人之间存在密切的关系是不言而喻的,但这是否就一定意味着当事人的专家在法庭上会完全置科学真理于不顾而撒谎,答案显然并非如此。虽然不能完全排除在个别情况下会有类似的现象发生,但业内的声誉与司法系统的不良记录等措施将在相当程度上有效遏制这种情况的发生。为此,完全没有必要因噎废食。英美法系实行的是以当事人专家为中心的专家证人制度,适当借鉴英美法系对专家证人的庭审调查方式,对大陆法系模式的诉讼程序加以必要的改进与完善,是多有裨益的。

在诉讼上所遇有的专业性问题属于案件待证事实的一部分,立法上设置当事人聘请专家制度的初衷之一,就是期待有关专家从专业角度出发,采用意见证据证明对一方当事人有利的专业性事实,

〔7〕 See Timmerbeil, *supra* note 5, at 179-180.

〔8〕 Stein/Jonas-Leipold, *Zivilprozessordnung* § 402/56 (21st ed. 1999).

〔9〕 See Timmerbeil, *supra* note 5, at 178.

〔10〕 Stein/Jonas-Leipold (Fn. 8), § 402/56.

意在同时协助法庭发现事实真相,克服或防止法院专家的鉴定意见当中可能存在的瑕疵与偏颇。

值得一提的是,在我国民事诉讼上,专家辅助人系对当事人聘请专家的一种特别称谓。而在通常情况下,这种专家辅助人往往是与法院专家(即鉴定人)同时出现在法庭上的。在立法论上,鉴于这种当事人专家与法院专家系相互制约、互为补充的关系,这两类专家在诉讼上所发挥的职能作用具有反差性而非契合性。因此,对于法院专家,我们有理由要求其站在客观、中立的立场上发表专业意见,因为这种专家的立场与法院是无差别的,它超越了任何双方当事人的利益而具有公共属性,但是,对于当事人聘请的专家,我们不必苛求其必须像法院及法院专家那样在法庭上完全恪守客观、中立。既然是当事人聘请的专家,其职责就应当是站在一方当事人的角度在专业问题上对该方当事人负责,同时在法律上承担一种客观、真实的义务,因此,这是一种相对的客观、中立。特别是在由法院专家提出鉴定意见的情况下,坚持绝对中立的应当是法院专家,而当事人只要恪守相对中立即可。也就是说,当事人聘请的专家只能在法律与专业科学允许的范围内替一方当事人“辩护”,为其当事人在针对法院专家意见的合理性问题上最大限度地排除其中的疑点与瑕疵,以协助法庭发现案件真实。

### (三)英美法系的基本取态与改良计议

在英美法系的民事诉讼中,当遇有专业问题时,专家证人制度发挥着不可替代性的作用,但专家证人与诉讼当事人之间的关系非常特殊。至少在理论上,在美国民事诉讼中,专家证人的选择有两种方式:要么由当事人雇佣自己的专家证人,要么由法院指定专家证人。在美国民事诉讼中,当事人可以雇佣自己的专家证人,当事人在雇佣专家问题上享有选择权,这种被称为“选购专家”(expert shopping)的模式,使当事人有机会寻找最有利于支持其观点的专家。当事人对“寻找最好的科学家并不感兴趣,反而最感兴趣的是寻找最佳的证人”。虽然这种专家(证人)受雇于一方当事人,但他或她必须保持客观、中立。当事人的律师将会为专家出庭作证进行必要的准备。<sup>[11]</sup> 为了更加直白地表述这种现象,甚至有学者坦言:“在美国民事诉讼上,通常情况下,原告要寻找在科学观点上持极端立场的专家,而被告则要寻找正好持恰恰相反极端立场的专家。”<sup>[12]</sup>

关于当事人专家如何处理科学真理与受雇佣一方当事人的利益之间存在的冲突,有学者认为,“一方面,专家可有助于支持雇佣他的一方当事人的利益,虽然不排除专家的证言也有助于推动发现事实真相的程序,但是在任何支持一方和发现事实真相程序之间的冲突可能会导致专家所作证言受到人为操纵或含有虚假的成分。另一方面,专家可以(仅仅)支持事实审理者寻求事实真相,并在此意义上,他(专家)可以被视为系事实审理者的一种扩张。这些都是可能成为专家证人的角色或功能”。<sup>[13]</sup> 也就是说,当遇有当事人专家作证时,其采用的专业知识所证明的科学真理与当事人的利益相一致时,当事人的专家在推动事实审理者发现案件真实上发挥的是一种积极作用,但是,当遇有当事人专家在其采用的专业知识所证明的科学真理与当事人的利益相冲突时,当事人的专家在推动事实审理者发现案件真实上很可能会发挥一种消极作用,甚至是阻碍作用。可见,一方当事人专家出庭作证的目的基本上是与该方当事人的利益相一致的。在这种情形下,“专家证人的客观性受到人们的高度关注”。<sup>[14]</sup> 在评价专家证人与其所属一方当事人之间的关系问题上,人们习惯于听到这样一些

[11] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 165.

[12] William T. Pizzi, *Expert Testimony in the US*, 145 New L. J. 82, 83 (1995).

[13] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 164.

[14] John H. Langbein, *Legal Institutions: Trashing the German Advantage*, 82 Nw. U. L. Rev. 764 (1988).

议论:“专家们至少在经济上要依赖于当事人的支出,这势必会影响其观点的客观性。”<sup>[15]</sup>“没有人愿意让赞助人感到失望,而超越的心理压力是那种金钱上的诱惑。”<sup>[16]</sup>

专家证人制度本身就是一把双刃剑,主要看裁判者是如何运用这把剑。在实践中,英美法系的事实审理者居于消极仲裁者地位。在诉讼结果上,有学者感言:“胜诉或许取决于专家的善言巧语或者自信,而并非他的专业能力。”<sup>[17]</sup>另外,欧洲人不是唯一对这种专家证人制度持批评态度的人。一些美国本土的学者要求要尽量多地采用法院指定的专家。他们抱怨当事人聘用的专家只不过是当事人手里的“萨克斯管”(saxophones)。<sup>[18]</sup>对英美法系的专家证人制度,更有学者认为,在美国,甚至连法院和立法者也对当事人聘请的专家能否做到独立和客观持怀疑态度。立法咨询委员会曾经指出,国会颁布的《联邦证据规则》第706条,意在希望普通法规则中涉及“法院指定专家”如果以成文法形式确定之后,该项制度能够更加广泛地运用于司法领域。<sup>[19]</sup>可见,为了克服当事人与其专家证人之间因特殊利益关系给发现事实真相所造成的妨碍,英美法系不得不启用法院专家发挥替代性的作用,但因成本、传统文化等方面的原因导致实际效果与预期相差甚远。但这些均并非意味着英美法系的专家证人制度属于一种完全失败的范例。

当事人聘请专家的“党派性”是制约法院专家意见的必要条件。如果这种专家辅助人的专业意见失去“党派性”,则失去存在的价值。从这个意义上讲,如果一味强调在美国民事诉讼上当事人的专家证人必须去“党派化”,这种要求是不切合实际的,是类似乌托邦式的理想主义的体现,同时,在一定程度上也背离了专家证人制度的对抗性机能,事实裁判者正是借助两种截然不同专业观点的对抗,从中发现事实真相。在审判实践中,其关键的问题是如何设定相应的保障机制与程序规则,使得事实裁判者不至于被这种专家证人的花言巧语所误导,以使得这种专家辅助人制度能够趋利避害,发挥应有的不可替代的功能。

### 三、协力助推与专业制衡:专家辅助人与法院之关系的“条形码”

#### (一) 专业视野的韧性与程序理念的空间

总体而言,专家在诉讼过程中就是诉讼辅助人。无论法官或律师在诉讼领域均属法律上的专业人士,在遇有专业性问题时,无论是法官还是律师都被假定缺乏必要的认识能力与判断能力,于是都不得不寻求专业人士的辅助或协助。“专家证言被用于法庭上以便帮助事实审理者理解专业或复杂的问题。采用专家提供专业证言并非近年来才有的现象,而是在普通法系国家法院已经沿用了数个世纪之久的做法。”<sup>[20]</sup>由于传统法律文化与诉讼模式上的原因,导致两大法系专家辅助人与法院之间的关系呈现出截然不同的表征与特色。

在法理上,狭义上的专家辅助人,旨在协助一方当事人在诉讼过程中就其诉讼主张所涉及的专业性问题向法庭进行陈述、解释、说明,这些行为本身亦系一种证明行为。狭义上的专家辅助人主要限

[15] *Id.* at 763, 766.

[16] See John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. Chi. L. Rev. 835 (1985).

[17] John Basten, *The Court Expert in Civil Trials — A Comparative Appraisal*, 40 Modern L. Rev. 174, 174 (1977).

[18] See Langbein, *supra* note 16, at 835.

[19] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 170 – 171.

[20] Randall K. Hanson, *Witness Immunity under Attack: Disarming “Hired Guns,”* 31 Wake Forest L. Rev. 497, 497 – 498 (1996).

于大陆法系上的应用,它专指当事人聘请的专家。专家辅助人制度的有效运用可弥补法院专家的缺陷与不足。专家辅助人制度既是证据辩论主义的体现,也是自由心证主义的基础。说到底,它是正当程序理念在大陆法系具体适用的产物。

## (二) 信条的专奉与不同逻辑的漂移

在诉讼上,始终坚持不偏不倚的中立立场对于专家是至关重要的,对于法院专家尤其如此。采用德国模式有利于规避怀有偏见的专家,但它缺乏有效的机制来限制和制约法院指定专家的实际权力。<sup>[21]</sup> 在德国民事诉讼中,当遇有不同的意见同时存在时,一个称职的法院专家会当然地在其意见中提到所有这些不同的意见。但是,如果专家支持其中一种观点,很明显,考虑到还存在其他不同意见,那么该专家就无法再继续恪守中立。<sup>[22]</sup> 对此,有学者直言不讳地指出:在实践中,德国采用的法院专家的方式,“其主要问题在于过多地依赖于法院专家,在许多情况下,不是由法官而是由法院专家决定案件的裁判”。<sup>[23]</sup> 在有法院专家参与的诉讼中,各方当事人只能被动等待判决的作出,并且在接受判决时往往没有辩解的机会。<sup>[24]</sup> 由于缺乏有效的反询问机制,使得当事人几乎没有任何机会来“修正”其观点上的空缺。即使当事人聘请有己方的专家来对其他已有的几种观点进行解释,但这还不足以保证法官会放弃对由其亲自指定的法院专家的信任。<sup>[25]</sup> 因此,一些德国学者对法院专家往往成为案件事实裁判者的情形进行了批判。<sup>[26]</sup> 可见,当事人聘请专家有助于制约法院专家的专横与肆意,但如何塑造当事人专家与法院之间的一种新型关系,以发挥当事人专家的应有作用,将成为极具价值与不容回避的严肃议题。

相较而言,广义上的专家辅助人则系对英美法系国家专家证人的一种定义。在普通法传统上,专家证人制度在诉讼过程中不可或缺。长期以来,专家证人出庭作证,起到了辅助诉讼当事人的作用,而在此基础上,双方当事人的专家证人的对决与交锋,又起到了协助法庭对专业性问题作出识别与判断的功效。无独有偶,美国的民事诉讼也像德国那样坚持专家应恪守中立立场的信条,即认为,“虽然这种专家(证人)受雇于一方当事人,但他或她必须保持客观、中立”。<sup>[27]</sup> 因此,在法庭不选任法院专家的条件下,当事人聘请的专家以证人身份出庭作证,有利于事实审理者发现事实真相。“专家可以(仅仅)支持事实审理者寻求事实真相,并在此意义上,他(专家)可以被视为系事实审理者的一种扩张。这些都可能成为专家证人的角色或功能。”<sup>[28]</sup> 然而,长期以来,法院一直认为,专家证言是无用的,甚至是危险的。<sup>[29]</sup> 对此,有学者指出,“美国法官应当意识到带有偏见的专家证言的危险性,以及其对发现案件事实真相过程所造成的妨碍。在许多情况下,这种偏见将会被对方所揭露。但这并不总是会发生”。<sup>[30]</sup> 另外,专家证言的质量经常遭到质疑。许多人感到,专家在对法律制度一窍不通的

[21] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 185 - 186.

[22] *Id.* at 180.

[23] Kurt Jessnitzer/Gunter Frieling, *Der gerichtliche Sachverständige* 6 (10th ed. 1992).

[24] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 185 - 186.

[25] *Id.* at 180.

[26] Stein/Jonas - Leibold (Fn. 8), § 402/2.

[27] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 165.

[28] *Id.* at 164.

[29] Michael H. Graham, *Expert Witness Testimony and the Federal Rules of Evidence: Insuring Adequate Assurance of Trustworthiness*, 1986 U. Ill. L. Rev. 43, 46 (1986).

[30] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 186.

情况下所提供的证言,缺乏法律上的关联性,尤其是当他们提供的证言涉及法律上的责任、疏忽,或者因果关系问题的时候。<sup>[31]</sup>

在英美法系,多年以来已经有若干方案用来解决当事人专家妨碍发现事实真相程序的问题。其中包括:其一,有的建议设立由若干名专家组成的专业法庭,<sup>[32]</sup>以便能够对不同当事人和其专家之间所出现的分歧进行评估。<sup>[33]</sup>与美国普通法庭所不同的是,该专业法庭将扮演更为积极的角色。但是,建立这样一个法庭将极大增加诉讼成本,因为来自许多不同的专业领域能够胜任的专家需要被长期聘用,需要支付给他们与其才能相称的薪酬(competitive salaries)。并且,这批专家需要接受法律基础教育。因此,该方案仅适用于一些标的额大的案件。<sup>[34]</sup>在美国,尽管联邦法院审理的绝大部分案件诉讼标的额超过75 000美元,但诉讼成本仍然处于失衡状态。可见,日常纠纷案件更多地采用法院指定专家,显系更为便利和低廉的解决方案。<sup>[35]</sup>其二,在美国,一位名叫理纳德·哈特(Learned Hand)的法官提出的方案是建立由专家组成的一些特别陪审团。<sup>[36]</sup>这些陪审团针对专业争点问题举荐裁决意见。这种方案因由特别陪审团组成而有吸引人之处,但这种方案是在法官和陪审团之外而存在的“专家陪审团”,因此其成本也是相当高昂的。<sup>[37]</sup>另外,其实际应用中也遇到了一些不曾预料的问题。例如,曾经有一起涉及硅胶乳房植入物专业问题的案件,法官建立了一个专业陪审团(小组)用于对发现事实真相程序的改善。后来,由于对抗式诉讼模式导致产生数十亿美元的赔偿支付。该陪审团认为,没有证据表明乳房植入物会引起系统性疾病。<sup>[38]</sup>在该案中,因为当事人选任专家证言的证明力不足,导致对抗式诉讼模式最终失利。原告方的专家主张,他曾查验过多达4700多名妇女,这大大增加了这位专家的收入。不足为奇的是,专家提供了有利于原告的证言。然而,一位来自医学院的学生后来作证称,每小时她可以对三到四名女性进行检查,为此她以每小时50美元的价格从专家那里收到了相应报酬。可见,该专家并未像他在证词中所言是他亲自对这些女性做了检查。<sup>[39]</sup>其三,在美国,学者巴斯特(Basten)提到过建立“专家法官”的可能性。<sup>[40]</sup>其实现的途径要么是从特定专业领域聘用专家做法官,要么是给现任法官提供获取特定领域专业知识的机会。同时,这种方案的成本也显得很昂贵,并且鉴于现有的专业领域不计其数,不可能庭审中出现任何专业问题都能够找到相应的专家,因此,这一问题还是不能得到彻底的解决。<sup>[41]</sup>其四,美国科学促进会(the American Academy for the Advancement of Science,简称AAAS)提出的方案系被称为法院指定科学专家(the Court Appointed Scientific Experts,简称CASE)的新型体系。在该体系中,将会成立一个委员会来帮助法官逐案寻找中立专家。这个项目是由联邦司法中心进行评估。<sup>[42]</sup>CASE方案将显得更为便利,以解决

[31] Paul M. Lurie & Mark R. Becker, *Kumho Tire and Judicial Scrutiny of Expert Testimony by Engineers*, 20 Constr. Lawyer 37 (2000).

[32] James A. Martin, *The Proposed "Science Court,"* 75 Mich. L. Rev. 1058, 1064-1069 (1977).

[33] Arthur Kantrowitz, *The Science Court Experiment: Criticism and Responses*, 33 The Bulletin of the Atomic Scientists 44 (1977).

[34] *Id.* at 43-50.

[35] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 170-171.

[36] Learned Hand, *Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony*, 15 Harv. L. Rev. 40, 56 (1901).

[37] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 171.

[38] George C. Harris, *Testimony for Sale — The Law and Ethics of Snitches and Experts*, 28 Pepp. L. Rev. 1, 2-3 (2000).

[39] *Id.* at 2-3.

[40] See Basten, *supra* note 17, at 190.

[41] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 171.

[42] See Harris, *supra* note 38, at 8.

适用美国《联邦证据规则》第706条所遇到的问题之一——寻找适格专家。然而,法院仍将需要决定是否任命自己的专家,这似乎是一个更大的难以克服的障碍。<sup>[43]</sup>

### (三) 传统文化的惯性与程序优化的理性

值得一提的是,在美国,过去所有涉及非当事人选任专家的方案均以失败而告终。这些方案对于帮助法院获取中立的专家证言甚至没有任何必要,因为立法机构已经通过《联邦证据规则》第706条为其提供必要的途径。可见,问题不是法院能通过何种方式获取中立性的专家证言,而是为何法院不根据《联邦证据规则》第706条去指定中立的专家。<sup>[44]</sup>虽然有很多批评是针对现实做法的,但也有很多人担心一旦建立起非当事人选任专家制度将削弱美国的对抗式诉讼模式。令人担忧的是,法院专家会损害法官的公正性,强化对当事人的限制和破坏当事人寻求陪审团裁决的权利。<sup>[45]</sup>有人提出,“法院专家的权力过大,尤其是当围绕某一涉及专业性争点出现不同观点时,法院专家成为事实上的裁判者”。<sup>[46]</sup>英美法学者迪森(Deason)认为,“专家从来就不可能是完全中立的”。<sup>[47]</sup>即使迪森所说并不正确,“……睿智、客观的科学家仍将在基本专业问题上存在争议”。<sup>[48]</sup>如果法院专家对法院审判的结果存在强大影响力是可信的话,那么指定法院专家参与诉讼将是十分危险的事情,因为案件的最终结果将仅仅取决于这位法院专家赞同其中哪一种专业观点。<sup>[49]</sup>因此,有的学者提出,“法院专家充当的角色无非是给陪审团担任翻译,解释所涉及术语中的原理以便陪审团能够理解而不去顾及各方当事人所片面强调的观点”。<sup>[50]</sup>

在美国民事诉讼中,缺乏非当事人选任专家的参与与美国民事诉讼的基本特质有关。在对抗式诉讼模式中,当事人在调查事实真相上居于主角地位,法院仅扮演被动的角色。<sup>[51]</sup>尽管法官的作用在过去的几年已经从消极的程序监督者转变为诉讼程序中的案件管理者,<sup>[52]</sup>法院仍然不将对案件事实的调查作为其所要承担的恰当职责,可见,这种做法不符合《联邦证据规则》第706条的规定。<sup>[53]</sup>

美国《联邦证据规则》第706条给了美国法官更多参与审判的权力,至少就专家证人而言。理论上,美国法官有权像德国法官那样经常任命法院专家,但美国法官基于在诉讼上的被动角色并不行使这一权力。<sup>[54]</sup>这是因为,美国和德国的民事审判制度的差异不仅表现在许多细节上,而且还涉及彼此的基本属性(fundamentals)。美国民事审判制度好似整体上发生在当事人之间的一场战争,律师是其中的主角和斗士(warlords)。<sup>[55]</sup>法官基本上仅仅承担被动的角色。<sup>[56]</sup>可见,在可预期的将来,只要

[43] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 172.

[44] *Id.* at 172.

[45] Stephen A. Saltzburg, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge*, 64 Va. L. Rev. 1, 74-80 (1978).

[46] Samuel R. Gross, *Expert Evidence*, 1991 Wis. L. Rev. 1193-1194.

[47] Ellen E. Deason, *Court - Appointed Expert Witnesses: Scientific Positivism Meets Bias and Deference*, 77 Or. L. Rev. 59, 99-121 (1998).

[48] T. Dunkelberger & S. Curren, *Debating Court Appointed Experts*, N. Y. L. J., Feb. 13, 2001, at S13.

[49] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 172.

[50] See Dunkelberger & Curren, *supra* note 48, at S13.

[51] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 173.

[52] See Langbein, *supra* note 16, at 858.

[53] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 173.

[54] John C. Reitz, *Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure*, 75 Iowa L. Rev. 992 (1990).

[55] See Langbein, *supra* note 16, at 823, 823.

[56] *Id.* at 828.

美国民事诉讼中法官那种消极、被动的观念和角色不加改变,由法院任命专家的做法亦不会成为一种司法程序中的常态现象。

#### 四、同工异曲的尺度:关于专家辅助人与鉴定人之关系的阶梯

##### (一) 国家本位主义引发的偏见与缘由

从法理上讲,由传统文化与审判模式所决定,在诉讼上当遇有专业问题时,大陆法系实行鉴定人制度。为了保障鉴定人的中立性而避免受到当事人的影响,鉴定人的选任由法院确定,例如,根据德国《民事诉讼法》第404条规定,法院有权选任专家。<sup>[57]</sup>因此,大陆法系的鉴定人往往具有官方色彩,以便使其能够站在法院的立场上来决定某一专业性问题上对事实认定上的影响。对此,有德国学者指出,“鉴定人是一种中立的法官辅助人,其活动的方式和范围都受制于法院的指示”。<sup>[58]</sup>因此,在大陆法系民事诉讼上,鉴定人的功能与作用在于补充法官在事实认定上涉及有关专业知识、特别经验法则等方面的欠缺与不足。事实上,鉴定人就是法院专家或顾问之一种,他们在公法意义上具有利益的一致性。

为了贯彻诉讼(证据)辩论主义,同时也基于克服法官在涉及专业性问题上过分依赖鉴定人意见的弊端,大陆法系为保障当事人在专业性问题上能够享有话语权,也为诉讼当事人设计有相应的专家辅助人制度。例如,在德国民事诉讼中,当事人还可以雇佣自己的专家。<sup>[59]</sup>可见,我国民事诉讼上所谓的“有专门知识的人”这种专家辅助人早已为其他大陆法系国家采用,其立法目的与司法功能亦并无不同。当然,受传统文化上的国家本位主义等观念影响,在大陆法系国家的司法程序上,对当事人聘请的专家始终充满着偏见与不信任,导致即使在诉讼上出现当事人专家,其提供的专业意见与观点也往往被法院所忽略,审理法官通常将这种意见与一方当事人的诉讼利益视为一种有机构成。在相当程度上,这与法院长期以来只信任法院专家有绝对的关系,法院对自己专家的习惯性依赖与顺从是法院对当事人专家产生怀疑与排斥态度的一大成因。

在界定专家辅助人与鉴定人之间的关系问题上,应当认识到,从科学与专业的角度,专家辅助人在法庭上以及在法律面前应当坚持客观、中立的立场,尤其是在无须采用鉴定方式而仅仅依靠一方当事人聘请的专家就某些专业性问题上向法庭进行解释、说明便有可能解决问题的情况下。当然,在法庭围绕鉴定人的意见听取一方或双方的不同意见之时,一方当事人专家的诉讼立场有可能是一种相对中立的情势。这是因为,专家辅助人是当事人一方的专家,他考虑专业问题主要是从维护其中一方当事人合法权益的角度,尽管他应当承担不得恶意违反科学原理、专业常识和职业操守的法律义务,但在法律上他并无义务站在对方当事人的立场上来解释和阐释科学原理。而鉴定人是法院的专家,他在对专业问题进行研究、判断、阐述时无需考虑任何一方当事人的利益。从对抗意义上讲,法院选任的鉴定人与当事人聘用的专家在事实认定问题上站在不同角度所发表的专业意见是一种诉讼(证据)辩论主义的体现,鉴定人的鉴定意见虽然出自中立的立场,但并非当然无条件地被法院所全盘采认,因为鉴定意见当中是否有违科学原理、专业法则以及有无其他偏颇或不当之处,法院自身无从加以辨

[57] Klaus Müller, Der SachverständigenGerichtlichenVerfahren 83 (2d ed. 1978).

[58] 参见[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908页。

[59] Stein/Jonas - Leipold (Fn. 8), § 402/56.

析与确认。故此,听取诉讼当事人所聘专家发表的对抗性意见成为审理法官的最佳选择,这种“专家对专家”的对抗式格局,通过审理法官的调查询问使其能够排疑解惑,以利于法庭形成科学、理性、正当的心证。这种在法院专家与当事人专家之间就专业问题所开展的证据辩论是法院形成正确心证的必要条件。

## (二)对抗式的格局与话语权的制衡

在形式意义上,在民事诉讼中专家辅助人与鉴定人之间的关系是一种不同专家站在不同的立场和角度所形成的对抗式关系,这种对抗是不同专业观点的对抗,而在本质意义上,它反映了当事人与当事人之间在专业问题上的利益冲突以及法院与当事人在平衡这种利益冲突上的公法关系。如果将鉴定人制度的设置视为法院独占专业知识与信息资源,那么在立法上确立专家辅助人制度就可以被认为是为了克服这种不平衡状态所采取的立法救济主义的体现。在程序上,这种制度设计既有利于制衡鉴定人的鉴定权,又有利于制约法院的自由裁量权,尤其是当法院在采认鉴定意见显得明显随意与无端之时则更为重要。正如有学者所言,“大陆法系缺乏有效的机制来限制和制约法院指定专家的实际权力”。<sup>[60]</sup> 法院对法院专家意见通常是在无法分辨与质疑其中缺陷的条件下概括性地接受的,法院专家一旦给出专业意见,在许多情况下会毫无悬念地转化为法院的官方意见。在专业问题上,大陆法系的法院几乎沦为法院专家的传话筒。

随着社会专业化分工的发展趋势日渐显现,法院专家操控法院的裁判议程与裁判权力的局面日趋加剧。从这个意义上讲,专家辅助人制度在大陆法系还有极大的发展空间,它的正确应用有利于控制法院专家意见建议权被滥用为司法裁判权而又不受制约的局面,它是在继续保留大陆法系法院专家制度基础上的一种历史性的改良与变革,但这种改良与变革的预期是否能够得以实现,关键取决于法院的改革意志、决心、内在动力以及其他社会力量的协力配合度。

## 五、不同语境下之位阶识别:关于专家辅助人与专家证人之关系的移位

### (一)困惑中的原委辨析:大陆法系专家作证制度的悖论

单从专业的角度而论,无论专家辅助人还是专家证人,均属于在自然科学领域的专家或专业人士,他们均系采用科学专业知识、经验与技能来协助一方当事人证明案件事实的。这是二者之间最大的相同之处。而这二者的最大不同在于,它们根植于不同的法律文化及传统背景,因此,如果说这二者都存在一些固有的缺陷需要加以改良的话,那么,“需要改变并不是实定性法律,而是根深蒂固的文化属性”。<sup>[61]</sup> 并且二者在不同的诉讼法域发挥着各自不同的功能,其中专家辅助人依附于大陆法系的文化背景,而专家证人则从属于英美法系所特有的法律传统。

大陆法系的文化背景与法律传统造就了司法程序中的职权主义管理模式,对此,有学者从比较法的角度指出,德国和美国的民事诉讼制度都在本质上属于对抗性模式(fundamentally adversarial system),<sup>[62]</sup>但是,德国法官扮演的角色比美国法官更为积极。<sup>[63]</sup> 这种积极的角色所体现的司法能动

[60] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 185 - 186.

[61] See Reitz, *supra* note 54, at 988.

[62] See Langbein, *supra* note 14, at 763.

[63] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 183.

主义与大陆法系对诉讼程序坚持国家干预主义的基本态度不无关系。由于法官在诉讼过程中始终处于强势的管理者地位，“法院与法院专家之间是一种密切关系”，<sup>[64]</sup>法院专家在决定专业性问题上几乎成为法院自身的化身。“鉴于法院专家在德国民事诉讼中扮演着极为不同的角色，以至于当事人可以与案件存在利害关系或持有偏见为由像撤换法官那样撤换法院任命的专家。”<sup>[65]</sup>在此情形下，当事人及其律师在诉讼过程中不得不处于被动与从属地位，专家辅助人的地位式微与作用有限也就变得在所难免。

在实践中，由于“通常情况下法官在庭审过程中将会信赖由法官本人事先选任的专家”，<sup>[66]</sup>这种在法官眼里，在专业权威的话语权上居于不可替代性和极端排他性的优势，使得法院专家的存在感显得相当强烈，以至于当事人专家的出现与否显得可有可无，客观上演变为如此一种现象：当事人雇用专家并不像法院专家在德国民事诉讼中被频繁使用。<sup>[67]</sup>法院专家的专业意见在法院对事实问题的决策与判断上实际处于垄断地位。长期以来，这种现象一直被学术界所诟病。例如，有学者感言：“在德国，民事诉讼法典并未提供有效的措施来制约法院指定专家。提起上诉来撤销判决（to appeal de novo）是一种可供当事人选择的制约机制。但对于法院专家一个最重要的制约，则莫过于要求法官不得让法院专家实际承担裁判决定者的角色。”<sup>[68]</sup>然而，如果在诉讼过程中仍对法院专家过分加以偏重，而不对法院专家与当事人专家之间不平衡关系进行结构性调整，那么对大陆法系专家制度克服现有缺陷的任何乐观理由及其前提将不复存在。另外，“在德国民事审判程序上，在绝大多数情况下只有一位专家在庭审调查过程中作证，他通常是由法院任命的”。<sup>[69]</sup>这种现象表明，大陆法系的专家作证制度存在一种悖论，即如果法院任命二个或二个以上的专家，就会因这些专家之间对专业性问题上存在争议而影响法院专家的权威性。而法院只任命一位专家，其专业意见的唯一性将成为其权威性的根本保障。但事实上，对某一科学真理的认识，不同的业内专家存在不同的认识实属正常现象。

在许多情况下，专家之间的争论与辩驳有利于在发现科学真理的过程中去伪存真、明辨是非。科学的权威正是在历经一次次专业性挑战的条件下才能证明其真理性的品质。大凡以科学权威之守成而一味回避任何争议与挑战的做法，其预期的成效只能适得其反。这即是大陆法系在专家作证制度上形成悖论的原因。因此，唯有在一定程度上引入英美法系专家证人制度，才有利于破解其中的困局。

## （二）宪政观念的变量：英美法系专家证人制度之利弊博弈

从协助一方当事人从事诉讼活动的角度讲，英美法系的专家证人说到底也是一种专业辅助人，也可以将其称之为英美法系条件下的专家辅助人。但恰如有学者所述，“专家证人在法律制度上的地位取决于科学、法律和国家之间所形成的一种特定的思想观念”。<sup>[70]</sup>

英美法系专家证人制度产生和发展于其独特的历史环境。早在13世纪，作为美国制度先驱的

[64] Stein/Jonas - Leibold (Fn. 8), § 402/1.

[65] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 179.

[66] Horst Sandler, Richter und Sachverständige, NJW 1986, 2909.

[67] BGH NJW 1996, 1597, 1598; NJW 1998, 2735; NJWRR 1994, 219, 220 - 221.

[68] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 186 - 187.

[69] *Id.* at 181.

[70] Carol A. G. Jones, *Expert Witnesses - Science, Medicine, and the Practice of Law* 17 (Clarendon Press 1994).

英国法院系统,出于帮助事实审理者理解专业或复杂问题的目的而开始启用专家证人制度。<sup>[71]</sup> 随后英国的先辈们将专家证人制度引进于美国司法系统。<sup>[72]</sup> 美国法官在诉讼中仅作为一位仲裁者(a referee),因此,能够更加符合对抗制诉讼模式,这种模式还得到所谓竞技正义理论(sporting theory of justice)的支持。<sup>[73]</sup> 该理论认为,像美国这样类型的社会深受体育与竞争观念的主导,国家所提供的审判体系是以一种法律博弈的形式(in the form of a legal gamble)出现的,法官仅仅居于仲裁者地位。

近年来,法官已经变成了管理型法官,<sup>[74]</sup>更多地参与审前程序。然而,美国法官在庭审过程中的角色依然消极被动。<sup>[75]</sup> 这种司法行为的消极与被动,被视为公正、中立、不偏不倚的必要元素与特质。在美国,专家通常与各方当事人为伍,利用专业技术知识来支持当事人的主张。因为一般情况下会有不止一位专家参与其中,故此也会有不止一种专业性意见被摆在事实裁判者面前。鉴于专家是由当事人聘用的,因此,专家与当事人之间存在着比与法院之间更密切的关系,他(或她)的客观性有因此受到损害的危险。

美国的民事审判制度在所确立的诸种目标当中,其中包括寻求事实真相。<sup>[76]</sup> 由于存在受到专家影响的风险,可能导致查明事实真相的程序被人为操纵。然而,该项制度本身创设诸如对他方的专家进行交叉询问、弹劾以及使得对方有机会传唤己方专家证人出庭这些保障机制。美国民事审判制度的基本观念是,在专家提供所有信息之后,事实裁判者将能够对事实真相作出认定。并且,在美国民事审判系统中,即使事实裁判者不能够听信和理解专家的意见,事实裁判者也同样是判决的决定者。<sup>[77]</sup>

然而,多年来,人们对以美国为代表的英美法系的专家证人制度的批评不绝于耳。早在150多年前,美国有一个高等法院的法官曾坦言,“经验表明,那些持相反意见自称是专家的人可以获得任何数量……浪费时间和使法院和陪审团竭力忍耐,对所涉及的问题不是尽量去澄清而是更加令人费解”。<sup>[78]</sup> 另有学者指出,“美国模式的主要不足之处在于,它容易产生偏见性、缺乏客观性的证言。此外,美国的体系严重依赖于当事人的能量,或者更准确地说,严重依赖于律师抨击对方专家证人的可信度以及尽可能削弱其影响力的技能”。<sup>[79]</sup> 从当事人专业辅助人的视角来观察,英美法系的专家证人制度具有极端化倾向,“在对立的专家之间存在不同见解有助于表明,在专业科技领域存在极端观点上的分歧,但是这种现象的确使得事实裁判者感到困惑不解”。<sup>[80]</sup> 因此,当事人在专业性问题上的对立,使得法院不得不在当事人专家的不同意见和争议当中竭力寻求平衡点,为了摆脱这种窘境,法院必须推出自己的专家,才有利于使自身处于一种超然的境地。因为,法院的裁判权在实质上是局外

[71] Pamela V. Cullen, *A Stranger in Blood: The Case Files on Dr. John Bodkin Adams* (2006).

[72] Jennifer L. Mnookin, *Idealizing Science and Demonizing Experts: An Intellectual History of Expert Evidence*, 52 *Vill. L. Rev.* 763 (2007).

[73] Jerome Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* 91 (1973).

[74] Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 *Harv. L. Rev.* 374 (1982).

[75] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 183.

[76] See Frank, *supra* note 73, at 80-102.

[77] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 181.

[78] *Winans v. New York & E. R. Co.*, 62 U.S. 88, 101 (1858).

[79] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 185-186.

[80] See Dunkelberger & Curren, *supra* note 48, at 88.

人与旁观者对事实真相以及是非曲直所享有的一种判断权。

## 六、结语

事实上,在理论或立法层面,如果将专家辅助人的意见视为当事人陈述的一部分,这种立场显然表明对当事人所聘请专家的不信任。这种规定似乎是在暗示,这种专家辅助人在诉讼上有替一方当事人说假话的权利。在现实生活中,当事人所申请的专家辅助人出庭的直接目的在于从专业的角度为一方当事人的利益服务。与其说当事人需要寻找到最好的专家,不如说当事人是为了向法庭提供最佳的证人。当事人所提供的专家会仅仅站在一方当事人的立场上,借助专业知识为其诉讼利益服务,甚至有时会置基本的科学原理、常识于不顾。但是,不容忽视的是,在许多情形下,一方当事人或双方当事人聘请的专家就某一专业问题发表的意见是从不同角度进行论证和阐释的,有助于使法庭更好地认识和矫正法院专家(即鉴定人)所提供专业意见的缺陷与偏差。当然,这并不能够排除在一些极端情形下,双方当事人聘请的专家向法庭提供的意见是在严重扭曲科学原理与客观真理的条件下形成的。这种做法不仅有违设立专家辅助人制度的初衷,不能为法庭客观、公正地认识和判断鉴定意见提供必要的帮助,反而容易混淆视听。事实上,设立专家辅助人制度本身就具有两面性,它如一把双刃剑,如果不能深刻把握好其中的内在规律,就有可能使该项制度的弊端大于其益处。因此,对此制度的深层次设计应当扬长避短、趋利避害。我们不宜将专家辅助人的意见视为当事人陈述的一部分,这只会助长其主观性、偏私性、片面性与“党派性”。我们至少应在立法层面上坚持和主张专家辅助人向法庭出具意见应当具有客观性、科学性,强调专家在专业上应当秉持客观、中立立场,在庄严而神圣的法庭上既要对方当事人负责,又要对科学和专业负责,还要对法律负责。为此,应相应地配套出台有助于规范专家辅助人出庭行为的程序规则,比如专家辅助人出庭宣誓制度、专家辅助人故意提供虚假意见责任追究制度、专家辅助人出庭不良记录与黑名单制度等等。

### Identification and Analysis: Categories of the Systematical Position of the Expert Assessor in Civil Litigation

Bi Yuqian

**Abstract:** Under the historical background that division of professional legal significance is great and evidence rules have been developed, looking from the basic structures of the courts' experts and the party's experts models of the two major legal systems, dealing with major problems in the litigation, the Anglo-American law system is based on the mode of court auxiliary expert supplemented with parties' expert, while the civil law's adoption is quite the opposite. Expert assessor in civil lawsuit system is a kind of new things. Professional identity and systematic position of the expert assessors are still controversial and not clarified, therefore examining its legal logic relation matrix involved in the category is of important value for our country's legislation and judicial practice.

**Keywords:** civil litigation; expert assessor; systematical position; relational category

(责任编辑:幸颜静)

# 论中国传统性善论和法治的兼容性

## ——兼驳“人性恶是法治基础”的观点

郭 忠\*

**摘 要:**近年来有论者认为西方法治和性恶文化有关,中国人治和性善文化有关,因此性善论阻碍了中国法治。但是,西方法治论者并非主张人性恶,性恶论其实更倾向于专制而非法治。性恶论无法支撑法治的原因在于,它无法给人们的自由和道德留下空间,忽视了法治扬善的目的。传统性善论是中国人道德生活之依据,它并不必然开出人治思想,只是由于古代中国社会物质生活条件的限制,无法产生出权力的外部制约思想。由于性善论并未排除对权力作恶的警惕,它和现代法治可以兼容并存。较之性恶论而言,性善论更利于保障自由和人权,更利于法治实施,它可在目的和实施层面为法治奠定人性基础。

**关键词:**法治 性善论 性恶论 文化

### 一、问题的提出:传统性善论阻碍了中国法治吗?

随着文化热在中国的兴起,文化对政治、经济以及法律制度的影响开始得到重视和研究。韦伯(Max Weber)的《新教伦理与资本主义精神》把新教伦理与资本主义精神予以成功勾连,为中国学者树立了良好的典范。从文化角度探索不同法律制度的文化因素,也构成了不少学者的学术路径。在这种思潮中,为什么西方近代以来走上了法治之路,而中国为什么长期以来盛行人治,人们也开始从文化角度寻求成因。一种影响广泛的声音认为,法治奠定在一定的人性认识基础之上,西方走上法治之路和西方的性恶文化有关,而中国始终徘徊在人治社会和性善文化有关。有的学者甚而进一步得出结论:“性善论误尽了中国法治。”<sup>[1]</sup>在这股思潮中,台湾著名学者张灏在20世纪80年代发表的题为《幽暗意识与民主传统》的论文对大陆学者影响巨大,张先生以幽暗意识来表达人们对人生和宇宙阴暗面的认识,在他看来,基督教所存在的幽暗意识造成了基督教传统重视客观法律制度的倾向,而这种倾向也带来了近代自由主义者对权力的警觉。而中国儒家虽然也存在幽暗意识,但始终没有淹没它基本的乐观精神,人们相信,既然人有体现至善,成圣成贤的可能,政治权力就应该交在体现至善的圣贤手中,让德性与智慧来指导和驾驭政治权力。这也就是为何中国传统开不出民主宪政的部分症结。<sup>[2]</sup>

\* 西南政法大学行政法学院教授,法学博士。本文为付子堂教授主持的国家社科基金重大项目“全面推进依法治国与全面深化改革关系研究”(项目编号:14ZDC003)的阶段性成果。

[1] 郝铁川:“‘性善论’对中国法治的若干消极影响”,载《法学评论》2001年第2期,第20-24页。

[2] 张灏:《幽暗意识与民主传统》,四川教育出版社2013年版,第3-27页。

或许是受张灏先生影响,一些学者运用其理路,但采用了更为简单直接的语词,用人性善恶作为分析的依据,通过中西比较的方式,得出法治的人性基础为人性恶,从人性善中开不出法治的似是而非的结论。他们将人性恶和人性善作了非此即彼的对立式处理方式,直接的结论必将是得出:人性善的观念阻碍了中国的法治进程,因此必须对传统性善论进行彻底的批判,才能肃清传统文化的流毒,奠定中国法治的人性基础。

但是,性善论是中国传统文化中的核心,是中国人道德生活的重要理据,不可不慎重对待。笔者的疑问就是,难道人性善的理念真的和法治背道而驰,会阻碍法治的进程吗?本文认为,性善论较之性恶论更能和现代法治兼容,性善论并不否定现实中权力行恶的可能,只不过由于传统社会的经济和社会生活条件的制约,无法萌芽出法治思想,只能依靠人内在的德性修养,发扬“内圣外王”的理想和儒家政治抗议精神,来实现对君主权力的约束。在现代中国法治发展的道路上,性善论可以从目的层面和实施层面为法治奠定人性基础,对法治建设发挥重要的作用。拒斥传统,并不能真正开出法治。

## 二、性恶论(唯恶论)无法筑起法治的人性基础

### (一)西方法治论者并非主张人性唯恶

虽然对于人性这一概念,人们可以从多个角度进行理解,或曰善性恶性,或曰理性非理性,或曰社会性自然性,但总之,强调的是人之为人的普遍性特征以及人与其他生物相比较的区别性特征。和自然科学不同的是,哲学、社会科学以及人文科学都涉及到对人的内心世界的认知,无论是世界观、人生观的探索,还是社会规律、人文世界的研究,都需要对共同的人类内心世界的把握,以建立自身的理论基础。毋庸置疑,人性的认识也构成了法律制度建立的观念基础。

作为人类智慧结晶的法治是建立在怎样的人性观基础上呢?近年来,一些中国学者在研读西方法学著作的过程中,逐渐形成了“法治的人性基础是人性恶”的观点,从而否认在“人性善”的中国文化传统中可以生长出法治。如有学者认为,“纵观古今中外的政治、法律学说史、制度史,钟情于理想的人性,却屡屡事与愿违;而在对人性从根本上持悲观态度的性恶论基础上,却建立起了民主法治的宪政大厦”。〔3〕西方民主法治纯粹是在性恶论的基础上建立起来的这种观点符合事实吗?

首先,我们需要对性恶论的含义进行一个界定。“性”乃原始的存在于本性中的倾向,外在的善恶表现可能并不来自于本性。凡没有外界的压力,纯粹出自本性的表现如果只是为恶的,就是性恶;如果出自本性的表现如果只是善的,就是性善。如果没有外在的压力,出自本性的表现是善恶皆有的,则不能称之为性恶论。因为,性恶论主张的是人性中只有恶的倾向,而没有善的自觉的苗头,从这个意义上来看,性恶论实际上是一种唯恶论,而西方法治主义者大多不是这种意义上的性恶论者。

我们先从古希腊最早的法治论述开始。柏拉图和亚里士多德是希腊法治理论最重要的贡献者。柏拉图通常被认为是人治论者,其实柏拉图既主张人治,也主张法治,在不同的情况下,他主张采用不同的治国方法。在《政治家》篇中,柏拉图认为最好的统治形式是人治,但这仅仅是当存在着睿智、公正以及掌握了统治技艺的统治者时才可行。然而,当找不到这样的统治者时,法治则成为第二等好的

〔3〕 里赞:“人性恶与法治:一个形而上学的视角”,载《现代法学》2001年第3期,第31页。

统治形式,它也是最为现实可行的。柏拉图认为,法治来自人们对统治者品行的怀疑,“人们确实感到,这样一位拥有绝对权力的人一定会运用他的权力来伤害他的私敌,把他们都铲除掉。……人们只好聚集起来,制成成文的法律,尽快追踪那正逝去的真正的政制”〔4〕在柏拉图看来,法治尽管束缚了统治行为,使其无法尽善尽美,但它是人性堕落状况下的现实需要。他认为,一个人依照成文法律来治理,是六种统治形式中最优秀的。〔5〕柏拉图在其晚年的《法律篇》中更是详尽地勾画了他的法治蓝图,高度赞扬了法治,把统治者称为“法律的仆人”。他说:“在法律服从某种其他权威,而它自己一无所有的地方,我看,这个国家的崩溃已为时不远了。但如果法律是政府的主人并且政府是它的奴仆,那么形势就充满了希望。”〔6〕在柏拉图主张法治的时候,他确实强调了统治者滥用权力、堕落腐败的现实状况,但他是否主张人性恶呢?柏拉图对人性的研究主要体现在《理想国》之中,书中他借苏格拉底之口,指出人的灵魂中有三种构成要素:理智、激情和欲望,如果三者理智的领导下,协调一致,各司其职时,则将实现正义、智慧、勇敢和节制四种美德。柏拉图并没有断言人性是善还是恶,但是从其表述中,可以推断,柏拉图的人性观中,善恶因素皆有,正义的人是理智起主导作用的人,不正义的人则是欲望起主导作用的人,现实中人的正义或不正义是来自灵魂中不同因素主导的结果。柏拉图不主张人性唯恶,但同样得出了以法律来约束权力的法治主张。

亚里士多德是比柏拉图更为坚定的法治主义者,他完全否定了人治的可能,同时较柏拉图更为完整地阐述了法治思想。在《政治学》中,亚里士多德也是从人性角度论证法治的必要性,他说:“法律绝不会听任激情支配,但一切人的灵魂或心灵难免会感受激情的影响。”〔7〕他还说:“崇尚法治的人可以说是唯独崇尚神和理智的统治的人,而崇尚人治的人则在其中渗入了几分兽性;因为欲望就带有兽性,而生命的激情自会扭曲统治者甚至包括最优秀之人的心灵。法律则是摒绝了欲望的理智。”〔8〕亚里士多德突出了人性中欲望和兽性因素的存在,但是否主张人性恶呢?答案也是否定的。在《尼各马可伦理学》中,亚里士多德是将人和动物进行比较来认识人性的,他认为,生命活动为植物、动物共有,但人的生命的特殊性在于“有逻各斯的部分”〔9〕正是因为灵魂中理性的存在,人才能追求德性的完善。他说:“人的活动是灵魂的一种合乎逻各斯的实现活动与实践,且一个好人的活动就是良好地、高尚地完善这种活动。”〔10〕在亚里士多德看来,正是因为灵魂中逻各斯的存在,人才产生了好坏、善恶之分。但亚里士多德同时又重视非理性因素对人性的影响,他认为,逻各斯“无力使多数人去追求高尚和善”〔11〕他认为对人性起决定作用的还是社会,人在本性上不能脱离城邦,因为“人类天生就注入了社会本能”。正是城邦社会使人和动物区别开来,“和其他动物比较起来,人的独特之处就在于,它具有善与恶,公正与不公正以及诸如此类的感觉”〔12〕由此可以看出,亚里士多德虽然突出了人性中欲望、激情等非理性因素,但同时又主张理性和社会性对人性的塑造。显然,人并非本性为恶,而是善

〔4〕 [古希腊]柏拉图:《政治家篇》,载《柏拉图全集》(第三卷),王晓朝译,人民出版社2003年版,第157页。

〔5〕 同注4引书,第159页。

〔6〕 [古希腊]柏拉图:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社2001年版,第123页。

〔7〕 [古希腊]亚里士多德:《政治学》,颜一、秦典华译,中国人民大学出版社2003年版,第106页。

〔8〕 同注7引书,第110页。

〔9〕 [古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2003年版,第19页。

〔10〕 同注9引书,第20页。

〔11〕 同注9引书,第312页。

〔12〕 同注7引书,第4页。

恶皆有。

英国思想家洛克(John Locke)是开启近代自由主义法治理论的最重要的思想家。在《政府论》中,洛克通过自然状态和社会契约的理论假定,确立了政府保护人民自然权利的目的。他认为,为了实现人民的自由和权利,政府权力便需要受到制约,这种制约主要依赖法律。洛克说:“立法或最高权力机关不能揽有权力,以临时的专断的命令来进行统治,而是必须以颁布过的经常有效的法律并由有资格的法官来执行司法和判断臣民的权利。”<sup>[13]</sup>在洛克看来,如果政府拥有绝对的专断的权力,或者没有以经常有效的法律来统治,就会违背了社会和政府的目的。在洛克的理论思路中,确实怀着对权力的深深怀疑和恐惧。他说:“如果以公众的集体力量给予一个人或少数人,并迫使人们服从这些人根据心血来潮或直到那时还无人知晓的、毫无约束的意志而发布的苛刻和放肆的命令,而同时又没有可以作为他们行动的准绳和根据的任何规定,那么人类就处在比自然状态还要坏得多的状况中。”<sup>[14]</sup>这一对权力的恐惧还体现在他对于分权的制度设计中,他认为,“如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权力,这就会给人们的弱点以绝大的诱惑,使他们动辄要攫取权力,借以使他们自己免于服从他们所制定的法律,并且在制定和执行法律时,使法律适合他们自己的私人利益”。<sup>[15]</sup>洛克看到了人性经不起权力诱惑的弱点,这当然是其主张法治的一个重要因素。但洛克主张人性恶吗?作为经验主义哲学奠基人的洛克并不主张人存在着先天善恶的任何观念,他主张的是心灵白板说。在《人类理解论》中,洛克说:“我们可以假定人心如白纸似的,没有一切标记,没有一切观念,……他在理性和知识方面所有的一切材料,都是从哪里来的呢?我可以一句话答复说,他们都是从‘经验’来的。”<sup>[16]</sup>所以,洛克对人性的考察是通过抹去特定社会经验的自然状态下的人来进行的,因为这样才能看到更为普遍的人性。在《政府论》中,洛克引用胡克尔的话表明,人类互爱义务的基础在于人类自然的平等,正义和仁爱的重要准则都是由此引申而来。洛克还认为,自然状态是自由状态,却不是放任的状态,这是因为理性自然法教导着人类,“人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产”。<sup>[17]</sup>对自然状态下形成的人性,洛克始终抱有乐观的态度,即它一般不会是一种战争状态,理性自然法始终指导着人类。同时,洛克对自由的推崇也来自他对人性的乐观心理。所以,可以肯定地说,洛克决不是人性恶的主张者,相反他更强调自然状态下人类理性带来的性善的一面。

另一位启蒙思想家孟德斯鸠(Montesquieu)尽管没有系统地论述法治思想,但他分权学说中洋溢着法治的精神。他说,自由是做法律所许可的一切事情的权利,为了保障这种法律自由,国家权力必须受到约束。他认为,政治自由只有在国家权力不被滥用的时候才存在。“但是一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”这句话通常是被一些学者拿来证明孟德斯鸠的性恶观的,但这句话根本就不是孟德斯鸠对人性的断言,他只是从经验上强调了权力容易被滥用,并无关人性如何。更何况该句话后面还跟了一句:“说也奇怪,就是品德本身也是需要界限的。”<sup>[18]</sup>显然,无界限地运用权力不仅可能来自恶意,也可能来自善意。因此他才说品德本身也需要界限。从《论法的精神》中我们看不到孟德斯鸠对人性恶有丝毫主张。

[13] [英]洛克:《政府论》(下),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第84页。

[14] 同注13引书,第86页。

[15] 同注13引书,第89页。

[16] [英]洛克:《人类理解论》(上),关文运译,商务印书馆1959年版,第68页。

[17] 同注13引书,第6页。

[18] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

在另外一些主张法治的思想家那里,我们甚至还看到以人性善作为法治基础的例证。法国思想家卢梭(Rousseau)主张法治,他说:“凡是实行法治的国家——无论它的行政形式如何——我就称之为共和国,……一切合法的政府都是共和制的。”<sup>[19]</sup>在他看来,共和国的法律应当超越一切人之上,所以他才说“法律的对象永远是普遍的”。<sup>[20]</sup>但卢梭的人性观却是人性善。他主张自然状态下的人尽管不知道善恶,却存在着天然的怜悯之心,只是进入了不平等的社会状态后才改变了天然的善良本性。卢梭对体现公意的法律之正确性的信任,正是来自对人性的信任。德国哲学家康德(Immanuel Kant)既是法治国的主张者,也是一位性善论者。康德认为,“国家是许多人依据法律组织起来的联合体”。<sup>[21]</sup>在康德看来,国家的任务是通过法律给与公民一个自由的空间,并对此加以协调和保障。为了防止形成专制统治,康德要求立法权、执行权和司法权分立。立法权必须属于人民,如果把立法权交给政府的行政机关,就会导致暴政。司法权由选举产生的公民担任,由符合宪法规定的执行法律的人员构成。康德对法治国的主张意味着他主张人性恶吗?并非如此。康德认为,人的本性具有两重性,一方面人是感性的存在物,因而必须服从自然律,因此没有自由。但另一方面,人又是理性的存在物,能够认识到道德律的存在,从而可以摆脱自然律的支配,通过自律来获得自由。这样,人的自律纯粹来自于人的理性本质和自由意志,而非感官经验或法律强制,这就提供了人的道德行为的可能。康德相信人作为“有限的理性存在者”,虽然有着追求感官刺激和现世幸福的自然需要,但终究可以超越感性的经验世界,遵循道德律来实现人的自由和尊严。康德对人性的乐观态度说明他是一位建立在人的理性本质论上的性善论者。也正因为主张性善,康德才主张道德的可能以及天赋的自由。<sup>[22]</sup>

## (二)性恶论更倾向于专制而非法治

### 1. 性恶论容易推导出强者统治

如果世界上人人都是利己主义者,都是为了实现自己利益最大化而行动,都没有确定的善恶、是非等正义观念,那么实现自我利益就会被视为是最大的善。在争夺利益的情况下,强者将会取得胜利,在这种情况下,人们所能推崇的统治形式必然是强者统治。即使存在正义和美德,那也必然具有伪善的品质,目的也是为了达成自己的利益。

在柏拉图的《理想国》中,色拉叙马霍斯便是强者统治的主张者。他说:“难道不是谁强谁统治吗?每一种统治者都制定对自己有利的法律,……不管在什么地方,正义就是强者的利益。”<sup>[23]</sup>色拉叙马霍斯对人性的极端不信任,导致了他这样的结论,他认为,牧羊人把牛羊喂得又肥又壮不是为了牛羊的利益,而是他们自己或主人的利益。以此类推,统治者为人民操心最终也是为了自己的利益。

与此看法相似的是,古希腊智者学派卡利克勒从人们彼此争夺的本性出发,把弱肉强食当成是自然法则,认为正义不过是强者制定的。所谓正义,就是强者对弱者的统治和强者的利益。<sup>[24]</sup>

如果人们都相信人性只能是恶的、利己的,彼此之间就不能产生丝毫的信任,和平地建立政权就不可能,政权的建立就只能是一方对另一方的暴力统治,权力的正当性根基无法建立。当社会把暴力作为统治基础的时候,稳定而长久的统治将无法实现。

[19] [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第51页。

[20] 同注19引书,第50页。

[21] [德]康德:《法的形而上学原理》,林荣远译,商务印书馆1991年版,第138页。

[22] 同注21引书,第50页。

[23] [古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆1986年版,第19页。

[24] 杨适:《古希腊哲学探本》,商务印书馆2003年版,第292页。

## 2. 性恶论更容易导致专制统治

英国思想家霍布斯(Thomas Hobbes)是著名的性恶论者,但他的性恶论并未开出法治,而是走向了专制极权。尽管霍布斯作为著名的启蒙思想家,较早地提出了社会契约论,把国家权力的正当性建立在契约的基础上,开启了国家建立的现代性历程。但是,由于霍布斯的人性设定为恶,所建立的国家也只能被他合理地推论为专制国家。在霍布斯的《利维坦》中,自然状态是每个人对每个人的战争状态,战争状态的出现来自于霍布斯对人性的看法。他认为善恶是人从外界刺激的感觉中诞生,人的欲望获得满足,便称为善;人所憎恶和嫌恶的对象便称为恶。<sup>[25]</sup> 由于人们受感觉的指引,便会避苦求乐,所以人人都具有满足自己欲望保存自我的本性。在自然状态下,这就导致人们“永无休止的权势欲”,它“使人倾向于争夺、敌对和战争”。<sup>[26]</sup> 当然霍布斯否认自己是性恶论者,他认为人为了保存自己可以做任何事情,但这并不是人性恶,他认为一个人在自然状态下为了满足自己欲望做任何事情,是不能称为恶的,因为来自天性的,就不能说是恶的,就如同“来自于动物天性的激情本身,并不是邪恶”。<sup>[27]</sup> 但从人类已有的善恶观念来看,霍布斯无疑主张人的天性为恶。这种人性之恶在他那里并未导致强者的统治,是因为霍布斯认为“自然使人在身心两方面的能力都十分相等”,<sup>[28]</sup> 以至于无法形成最强者的统治。但自然状态下人性之恶毕竟会导致战争状态,霍布斯认为,战争状态将启发人的理性去推导出各种自然律,而人的理性无法维持对自然法的服从,因为人的自然激情与此相冲突,因此需要建立权力来加以保障和维护和平的信约。这就是霍布斯从自然状态走向国家状态的理论逻辑,然而国家的主权者通过大家授权建立,原来自然状态下的所有权利授予了他,主权者因此享有了绝对的至高无上的不受任何外部制约的权力。在霍布斯那里,主权者不仅不受其他任何权力约束,甚至也不受他自己制定的法律的约束,<sup>[29]</sup> 无疑主权者进行的统治是极权统治。如果说在霍布斯那里人性恶导致了战争状态,那么同样人性恶导致了极权统治。因为人性恶的现实决定了和平才是第一自然法,而为了维护和平,必须要赋予统治者极端权力,防止分权带来的战乱危险;同时为了和平也必须要求臣民不得以任何理由(甚至包括自然法)对抗统治者。主权权力的无限性导致霍布斯无法建立一个法治国家,法律无法具有针对所有人的普遍性。由于人性恶的设定,霍布斯因此也否定法律要实现自由,而自由只有在主权者未对其行为加以规定的事物中才存在,他说:“我们不能认为生杀与夺的主权由于这种自由而被取消或受到限制。我们已经说明,主权代表人不论在什么口实之下对臣民所做的事情没有一件可以确切地被称为不义或侵害的。”<sup>[30]</sup> 实际上通过社会契约,人们用自然状态下的天然自由换来的只是主权者对臣民恩赐的自由,无非就是因为人性恶之状况下,自由对主权权力具有危险性。

法家是中国历史上性恶论的主要表达者,而法家确实也提出了他们的“法治”主张,然而法家的“法治”根本不是现代意义上的法治,而是一种强调法律治民作用的皇权专制,同时也是彻头彻脑的人治。这种人治加专制的统治形式正是从人性恶的命题中推导出来的。法家相信他们发现了人们追逐利益的本性,据此就可以获得君主驾驭他的人民,实现其目的方法,即通过刑赏二柄实现对人民的利

[25] [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第37页。

[26] 同注25引书,第72-73页。

[27] [英]霍布斯:《论公民》,应星、冯克利译,贵州人民出版社2003年版,第10页。

[28] 同注25引书,第92页。

[29] 同注25引书,第207页。

[30] 同注25引书,第165页。

益诱导,使人民按照君主预定的目的行为。按史华兹(Benjamin I. Schwartz)的说法,“这是一个主要以快乐和痛苦为基本导向,以简单的人性模型为基础的行为主义方案”。<sup>[31]</sup> 商鞅断定人的行为具有巨大的逐利趋势,他说:“民之与利与,若水于下也。”<sup>[32]</sup> 从利益追求中人们产生了好恶,而有好恶,则君主就可以利用它来达到自己的目的。他说:“好恶者,赏罚之本也,夫人情好爵禄而恶刑罚,人君设二者以御民之志,而立所欲焉。”<sup>[33]</sup> 韩非接受了他老师荀子的性恶论,他对人性的看法与商鞅亦完全一致,他说:“故與人成與,则欲人之富贵;匠人成棺,则欲人之夭死也。”<sup>[34]</sup> 希望人富贵和希望人死去并非出自仁慈或狠毒,而是出自各自利益考虑。在韩非看来,追逐利益的人性是无法被教化和改变的,但是可以利用人性这种特点实现良好的秩序,他表达了和商鞅类似的意思,他说:“凡治天下,必因人情。人情者有好恶,故赏罚可用。赏罚可用则禁令可立,而治道具矣。君执柄以处势,故令行禁止。”<sup>[35]</sup> 他还说:“而好恶者上之所制也,民者好利禄而恶刑罚。上掌好恶以御民力,事实不宜失矣。”<sup>[36]</sup> 法家从人性恶推导出“法治”的治国方法,但这种治国方法不过是为君主利益服务的手段,君主并不受其法律制约,因此和现代法治主义大相径庭。较霍布斯而言,法家更显其赤裸裸的专制色彩。

### (三)为什么性恶论无法支撑法治

#### 1. 性恶论无法给人们的自由和道德留下空间

在柏拉图的《理想国》中,格劳孔讲述了一个牧羊人的故事,大意是一牧羊人通过一场离奇的经历,找到了一枚可以隐身的戒指,从此该牧羊人失去了外界的监督,开始变得无恶不作。故事试图表明,人的本性是罪恶的,没有自觉向善的可能,之所以未有恶行产生不过是因为没有行恶的条件。“人都是在法律的强迫之下,才走到正义这条道路上来的。”<sup>[37]</sup> 由于性恶论者没有看到人性中存在着向善的一方面,因此,在统治形式的选择方面,更强调强权、高压和惩罚,以形成秩序,他们否定个人存在着道德上自治的可能,必须通过外力的控制,他们才有可能向善。这就是为什么悲观人性论总是容易导向专制统治的原因。

悲观的人性论崇尚强权和高压,因此无法给人的自由留下空间。如果主张自由,则必然需要对人性抱乐观的态度,相信人是可以自己管理自己,通过自由实现一种秩序。自由意味着一种自我决定和自我选择,不需要外在的权力来强迫和干预;在这种自我决定和自我选择下,人可以自己形成是非意识、善恶意识,不需要别人来告诉自己什么是善,什么是恶。自由还意味着坚信人们不需要强制,都可以作出正确的选择。在洛克的《政府论》中,被他人强制的合理性只在于个人还处于儿童的幼稚状态,当他到了具有足够理性的年龄,便具有了自由的条件。正是因为人人有条件行使自由,所以法律的目的是“保护和扩大自由”。<sup>[38]</sup> 对近代法治的主张者来说,自由毫无疑问是实现法治的最主要的目的。

悲观的人性论不仅否定了自由的可能,也否定了道德的可能。否定人们自觉向善的可能,就否定

[31] [美]史华兹:《中国古代的思想世界》,程钢译,江苏人民出版社2004年版,第345页。

[32] 商鞅:《商君书校注》,张觉校注,岳麓书社2006年版,第172页。

[33] 同注32引书,第86页。

[34] 韩非:《韩非子校注》,张觉校注,岳麓书社2006年版,第151页。

[35] 同注34引书,第629页。

[36] 同注34引书,第708页。

[37] 同注23引书,第47-48页。

[38] 同注13引书,第36页。

了道德行为本身。所有的道德都不可能是他律,而是自律,道德行为的道德性出自人们行为的自由。没有自由就没有道德可言,但人性恶的主张者却往往强调外部压力才是道德行为的根源,如霍布斯主张,没有国家和法律,人们只能陷入可怕的战争状态;商鞅主张道德行为只能从刑法强制中产生出来,他说:“刑生力,力生强,强生威,威生德,德生于刑。”<sup>[39]</sup>但是,采用法律强制来实施道德,其实是取消了道德。正如法国哲家居友(Jean. Marie guyan)所言,我们决不能以社会的法律制裁来作为道德上的制裁,人类的道德行为并没有什么制裁可言,它只是人类在自身进化中形成的一种本能上的自我要求和自我限制。<sup>[40]</sup>

自由和道德都是无法否定的,对于人民来说,否定其自由,就会带来反法治的专制,不仅不人道,而且不利于人性的发展和道德的树立。对于国家权力来说,否定其有自由的可能,也就否定了在法律能力不及之处,国家还有实现善政的可能。因为法律有局限性,国家权力在法律无法约束的地方,仍然需要依照正义和道德来行使。

## 2. 性恶论只看到了防恶的必要,而忽视了法治扬善的目的

近代法治论者在论及法治或权力约束必要性时,往往会以人性中恶的倾向作为理据,但那并不是对人性的一个总结性结论,也不是主张法治以人性恶为基础。因为法治的基础主要在于其目的和价值层面,在该层面,法治的目的不是实现恶,而是实现善,而这种善只能是人性之善在法律层面的体现。法治要实现人的尊严、人的自由、人的权利、人与人之间的公平和正义,就必须肯定人有善良和值得尊重的一面,才值得通过法律去实现这样一种人性。人性恶的认识必导致法律对人之价值的全面否定,从而走向专制泥潭。

所以,我们对人性的认识不仅要认识到其中有受到罪恶诱惑的可能,也要认识到其中有向善的倾向。认识到恶的存在,是防恶,特别是防止权力作恶的依据,是法治必要性的理论基础;认识到善的存在,是扬善,特别是实现权利和自由的依据,是法治目的性的理论基础。在法治必要性层面我们正视人性之恶的存在,在目的性层面我们却必须要以人性之善作为基础。

## 三、性善论和人治没有必然的勾连

### (一) 性善论是中国人道德生活之依据

中国古代关于人性的认识有着不同的见解。孔子不以善恶讲性,但自孟子以善言性之后,人性问题的论争便围绕人性善恶而展开。大致存在以下观点:性善、性恶、性无善恶、性超善恶、性有善有恶、性三品、性二元论、性一元论。<sup>[41]</sup>由于性善论第一次将“性”赋予了一个道德的含义,提供了道德行为的内在理据,因此孟子性善论是心性之学的正宗,中国思想的核心。<sup>[42]</sup>而性恶论则沦为非主流。性善论的巨大影响甚至垄断了此后“性”字的解释,《说文解字》解释“性”字为:“人之阳气性善者也。”自宋以来,“人之初,性本善”便进入儿童启蒙经典“三字经”中,成为中国人最正统的道德信仰。

孟子为什么要以善言性,将人性赋予道德的含义?在中国古代,“以生言性”是大传统,即人们认

[39] 同注 32 引书,第 52 页。

[40] 万俊人:《现代西方伦理学史》(上卷),北京大学出版社 1992 年版,第 193 页。

[41] 张岱年:《中国哲学大纲》,中国社会科学出版社 1982 年版,第 183-232 页。

[42] 牟宗三:《中国哲学的特质》,上海古籍出版社 2007 年版,第 63 页。

为：“生之谓性”，性字也是从生字中派生而来的。<sup>[43]</sup> 性字的构成除了“生”字外，还有一偏旁“心”，表示“性”是心的属性，它是无形的，没有外在物质表现形式的存在。但是，性又不是僵死的，而是有生动的存在。在孟子时代的许多人眼中，人性就是生命的自然本能，如告子所言，“食色性也”。<sup>[44]</sup> 然而这种认识并未将人性与禽兽之性区分开来。孟子认为，“人之所以异于禽兽者，几希”。<sup>[45]</sup> 人还有那么一点点（几希）与禽兽不同的地方，即人内在的道德倾向，即人不需要刻意地行仁义，完全可以从内心中找到道德的倾向和力量，所以他说舜“由仁义行，非行仁义也”。舜的行为是由自己内在的仁义推动的行为，不是刻意的道德行为。通过人禽之辨，孟子奠定了人性之道德性，他同时将人的口、耳、目等与动物相同的欲望称之为命，徐复观先生因此认为，“性自内出，人当实现时可居于主动地位；命由外至，人对于其实现时，完全是被动而无权的”。<sup>[46]</sup> 由此可见，孟子不同意性恶，不将人之欲望视为性，目的是为了建立道德行为的自主性。人的本性在于人的自由，外在欲望等限制阻止不了人内在的自由，而这种自由决定了人 can 不受欲望的制约，主动地、发自内心的追求道德。正如牟宗三先生所说，“了解孟子的性善论，才可了解并从而建立人的‘真实主体性’（real subjectivity）。中国儒家正宗为孔孟，故此中国学术思想可大约地称为‘心性之学’。此‘心’代表‘道德的主体性’（moral subjectivity），它堂堂正正地站起来，人才可以堂堂正正地站起来”。<sup>[47]</sup> 孟子的心性之学的建立不仅给后世道德生活奠定了理论基础，也给后世的道德修养提供了方法指导。可以说，中国社会道德秩序的建立离不开孟子的性善论。

西方社会自中世纪以来，道德生活的建立便和基督教融合一起，在基督教思想中，“原罪”构成了世界罪恶之源，只有依靠上帝的恩典或基督的救赎，才能实现灵魂的拯救。而“原罪”意味着本性的罪恶，它来自于“善的缺乏”（奥古斯丁语），由于人性中善的力量不足，因此需要借助外在的力量实现道德的生活。但中国却是一个缺乏宗教的社会，使中国人能够安身立命、建立秩序的却是道德。按梁漱溟的观点，中国是以道德代宗教，“安排伦理名分以组织社会；设为礼乐揖让以涵养理性。二者合起来，遂无事宗教”。<sup>[48]</sup> 性善论于是也构成了几千年来道德生活的最基本的理据。从这个意义上讲，在没有另一套文化系统可以取代的情况下，性善论有着不可动摇的地位。

## （二）性善论并未排除对人的罪恶的警惕

孟子将人性确立为善，便意味着他对人的道德行为抱有完全乐观的态度吗？需要注意的是，西方语境中的人性和孟子的人性是有区别的，孟子的人性善是潜藏的，往往被后天的行为倾向所掩盖，所以这种人性的认识和发扬需要修养的工夫。而西方语境中的人性是设定不变的，或为基督教义设定，或为思想家观察和推理设定，它既不需要尽心去体认，也不需要大力去发扬，它亦是自然显露的。如果我们认识到孟子人性的潜藏性，发扬善性的艰难性，就不会对人们现实行为的道德性抱乐观态度了，相反，会对现实行为的罪恶抱忧患的态度。

此外，善恶是相对立的概念，没有恶，就没有善；没有善也就没有恶。牟宗三先生在论及孟子“道德的善”的时候，很好地解释了这种善恶的辩证法。他说：“道德的善是通过罪恶意识而显的。”同时他

[43] 梁涛：“以生言性的传统与孟子的性善论”，载《哲学研究》2007年第7期，第36页。

[44] 《孟子译注》，金良年撰，上海古籍出版社2004年版，第233页。

[45] 同注44引书，第177页。

[46] 徐复观：《中国人性论史·先秦篇》，上海三联书店2001年版，第145页。

[47] 同注42引书，第63页。

[48] 梁漱溟：《中国文化要义》，上海人民出版社2005年版，第98页。

还说：“所谓罪恶，纯粹是道德意识中的道德的善映照出来的。”〔49〕因此，孟子道性善，必是对罪恶意识有着深刻的领悟。而同样，在西方原罪观念中也必有着对善意识的深刻领悟。

张灏先生在《幽暗意识与民主传统》一文中正确地认识到儒家传统中的幽暗意识。他说：“儒家这种人性论也有两面性。从正面看去，它肯定人性成德之可能，从反面看去，它强调生命有成德的需要就蕴含着现实生命缺乏德性的意思，意味着现实生命是昏暗的，是陷溺的，需要净化，需要提升。没有反面这层意思，儒家思想强调成德和修身之努力将完全失去意义。因此，在儒家传统中，幽暗意识可以说是与成德意识同时存在，相为表里。”〔50〕

对成德意识的强调不就是对现实人性之堕落的反映吗？如果世界上到处都是善行，那么主张人性善就没有丝毫意义。正因为世界上遍布恶行，孟子才让人去寻找人性中那一善心的苗头，以扑灭内心的恶欲，壮大内心善的力量。

按张灏先生的考察，宋明儒学中的“复性”思想也是本着孟子生命二元论演变而成，其主题“本性的失落与复原”也含有相当浓厚的幽暗意识。但张灏先生认为，幽暗意识和民主宪政有着密切的关系，近代自由主义对权力的警觉来自基督教原罪观念的影响。而中国传统中虽然也存在幽暗意识，但二者表现幽暗意识的方式和蕴含的强弱很不同。基督教是作正面的透视与直接的彰显，而儒家的主流大致而言是间接的映衬与侧面的映射。儒家的幽暗意识始终没有淹没它基本的乐观精神，因此儒家坚持政治权力就应该交在体现至善的圣贤手里。让德性与智慧来驾驭政治权力。〔51〕

但儒家对成圣成贤真有如此乐观吗？儒家并不认为恢复失去的善性是容易的，相反它需要做长期的修养工夫，孟子说，必须“尽其心”，才能“知其性”；需“存其心”，才能“养其性”。这种培养心性的工夫，是每天、每时、每刻都进行着的善恶交锋，正邪不过一念之间。试看孔孟之后，又有谁成为了圣人？各朝皇帝又有谁可称为圣贤人物？在君主世袭的现实面前，儒家还能如此乐观吗？还可能坚持政治权力就应该交在体现至善的圣贤手里吗？在现实挫折面前，儒家依然抱这种思想是不合逻辑的。张灏先生此时可能倒因为果了，不是性善论带来了人治，而恰好是人治需要性善论，以激励君主实现仁政。

### （三）性善论并不必然开出人治思想

在笔者看来，性善论并不必然开出人治思想，同样性恶论也不必然开出法治思想。二者的相遇只能算一种巧合。

人们在谈论西方性恶论时，总是以基督教的原罪思想为依据，把基督教和自由主义进行一种勾连。但是原罪观念最早由公元2世纪的古罗马神学家图尔德良提出，由公元4世纪的神学家奥古斯丁加以详细的阐发，最后形成为基督教的传统观念。原罪的观念在中世纪已遍布欧洲，但为什么在中世纪1000多年的历史中并未诞生法治的理念和实践？为什么天主教的哲学家阿奎那还通过《论君主政治》这篇长文千方百计地为君主政治辩护？阿奎那在文中强调，君主政体是最好的政体，君主制度是防止暴政的上策，荣誉或荣耀都足以激励君主实施仁政。〔52〕不仅如此，阿奎那还认为君主的地位

〔49〕 同注42引书，第59页。

〔50〕 同注2引书，第16页。

〔51〕 同注2引书，第23页。

〔52〕 《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1963年版，第48-65页。

超过法律,法律对他来说不具有强制性,只能要求他自愿服从。<sup>[53]</sup>阿奎那为什么仍然主张人治?难道作为经院哲学大师的阿奎那失去了幽暗意识,对君主的人性又产生了乐观的心态?为什么在宗教意识浓厚的中世纪并未产生法治思想,而在宗教意识已大为减弱的启蒙时代反而产生了法治的思想?

以上说明原罪意识和法治思想的诞生没有必然联系。由此我们可以推知,中国古代即使产生了基督教的原罪思想,它并不会促使法治思想的产生,君主的权力依然不受法律约束,人们还是只能希望君主实施仁政。我们依然还可以推知,如果在启蒙时代,中国的性善论传播到欧洲,并被他们普遍接受了,欧洲人同样也不会放弃他们的民主宪政和法治,而转而崇尚人治。

恐怕法治思想的产生并非主要是一种文化的结果。在笔者看来,近代西方思想家在论及法治及其权力约束时,常常谈到人性的弱点,不过是利用了原罪文化下的社会心态,以加强对其观点的论证和说服的效果,而这根本无法构成法治思想产生的缘由。真正促使法治产生的因素应该是社会物质生活条件的变化,只有靠它才筑起了法治的经济基础。法治并非和文化毫无关联,但单靠人性论并不能带来法治。

在中国古代,在性善论兴起之前,早已是人治社会了。而君主统治这种形式是农耕经济和血缘伦理社会的必然。由于人们世世代代被固定在土地上,靠土地过着自给自足的生活。在人们长期聚族而居、共同生活的情况下,血缘关系内部的自然统治形式就会被固化下来,当民族共同体形成时,这种长幼尊卑的等级秩序必然会扩大到国家领域,演变成君臣父子的等级秩序,中国的君主统治得以形成。当个人被捆绑在土地和家长制之下的时候,个体就不会产生自由和平等的观念,也不会产生对统治者进行约束,并保障个体自由和权利的要求。只有在个体独立、自由和平等的条件下,才会产生对法治的要求。在中国古代的社会物质生活条件下,个体自由和平等的意识无法萌生出来。

欧洲社会对个体自由和平等的愿望,来自于资本主义生产关系的产生。大规模的工业生产需要大量的劳动力从封建领主和家长的束缚中解脱出来,成为自由和平等的个体,完成一种从身份到契约的运动。资产阶级对自由和平等的要求最终才开启了近代法治思想的大门。

由此可知,中国的人治社会形成和性善论没有关系,而孟子性善论的产生,实际上提供了一种个人道德修养的理论和方式,对中华文明的形成和敦促君主仁政起了重要作用。在没有法治产生的社会经济条件的情况下,性善论也只能为人治提供仁政基础。而这并不意味着它会阻碍法治思想的产生和法治的进程。

#### (四)文化继承才能有益法治

对中国文化的大规模反思最早始于“五四运动”。在面对中国落后挨打,被西方列强欺凌、瓜分的现实面前,中国知识界和青年学生高呼民主和科学的口号,对中国文化传统进行反思和批判,他们把现实困境的缘由归因于传统文化对思想的束缚,并试图通过新文化运动革除旧文化。但结果正如余英时先生所说,“五四运动成功地摧毁了中国传统的文化秩序,但是五四以来的中国人尽管运用了无数新的和外来的观念,可是他们所重建的文化秩序,也还没有突破传统的格局”。<sup>[54]</sup>传统依然像影子一样跟着中国社会前进的步伐。百年后的今天,面对中国法治之路上的种种障碍,一些学者依然认为这是传统文化的流毒未能肃清之故,仍然试图通过对旧文化的彻底批判来建立新秩序,却未能认识到

[53] 同注52引书,第122-123页。

[54] 余英时:《中国思想传统及其现代变迁》,广西师范大学出版社2004年版,第89页。

今天与昨天不能一刀两段,也无法一刀两段,今天只能是昨天的延续。因此,新秩序无法通过抹去旧秩序的记忆,凭空建造或移植而来,新秩序只能是在旧秩序基础上的演变、发展和更新。如果我们通过彻底批判和抛弃旧文化来建立新秩序,则可能我们不仅未能建立新秩序,旧有的优秀文化也将被我们抛弃。

传统文化不都是适应现代社会需要的,儒家的纲常礼教之中,也有不少不适应现代文明的糟粕,和现代社会自由、平等的价值追求相抵触,特别是从儒家文化中衍生出来的讲人情、重关系等社会现象甚至成为现代法治的严重障碍,这是我们应当警醒的。但传统文化中的优秀部分却是应当得到尊重和继承的。儒家性善论是中国文化的宝贵遗产,是全体中国人道德生活的依据。中国古代社会中道德生活的目标就在于恢复至善的人的本性,而这一目标对于一个没有超越性宗教的社会来说是多么的可贵!没有性善论,人们又用什么方法来克服物欲的诱惑,防范人性的堕落,实现道德的人生?

法治消除的是外部恶,道德实现的是内心美,二者何尝有过矛盾?不仅没有矛盾,而且相互不可分离。西方原罪文化不能仅视为一种性恶文化,其实更是一种向善的文化,通过忏悔罪孽,改恶为善,实现道德的人生。通过宗教的自我约束,在法律无法达到的地方实现秩序。如果失去了这种提升人性、自我约束的道德,西方法治也无法形成,而只能走向专制。因为不容乐观的人性,更需要的是强制,而不是自由。

作为宝贵遗产的儒家性善论,对法治是可以起到正面的、积极的作用的。但是性善论也有不足之处,且并非一整套体系和思想都可直接适用于现代法治。首先,传统性善论偏重于心性修养,而忽视外在制度建设,由修身而达致治国,易流于空谈而误国。正如牟宗三先生所说,中国文化缺乏理性之“构架表现”,因此缺乏逻辑数学与近代意义的国家政治法律。<sup>[55]</sup>性善论在该方面尤其突出,其运用于治国领域过于务虚而非务实。其次,在性善论基础上发展起来的儒家“内圣外王”的政治理想更多地是适应人治社会的产物,虽然内圣(内在的道德修养)是有益法治的,但外王(圣王的政治追求)却充满人治的色彩。因此牟先生认为当前儒家的使命在于开出新外王,在他看来新外王就是民主与科学。<sup>[56]</sup>

受这一思路的启发,笔者认为适应现代社会需要的“外王”并非要以人来担当,它也可以是至上的法律,这种至上的法律体现了内在道德领域展现出来的精神和价值。通过这种至上的法律实现“良法善治”,实现人性善和善法之勾连,实现儒家“性善论”在政治理想领域的创造性转化。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中指出,“法律是治国之重器,良法是善治之前提。”按俞可平先生的观点,“善治”是“公共利益最大化的公共管理”。<sup>[57]</sup>在笔者看来,“善”作为一种政治和法律的价值追求,和人的内在的道德体验是一个整体,性善和“良法善治”可以完全相通相融。崇尚“性善”的民族,必有着对“良法善治”强烈的期待。从这一角度来看,由性善论发展起来的“内圣外王”,也可以经过现代转化适应中国法治的需要。

性善论在治国方面虽有不足之处,在中国历史上也曾经为人治提供过理论支撑,但这并不意味着人治就是性善论的结果,或者性善论只能带来人治。在吸收西方民主与科学的精神,以及在学习借鉴西方法治文明的基础上,中国文化也可以产生理性的构架表现,而性善论也可以为中国法治奠定人性

[55] 牟宗三:《政道与治道》,广西师范大学出版社2006年版,第44页。

[56] 同注55引书,“新版序”,第8-11页。

[57] 俞可平:“善治与幸福”,载《马克思主义与现实》2011年第2期,第1页。

基础。

在中国走向法治的进程中,人们防止权力作恶的意识确实较为薄弱,这是客观存在的现象,但原因不能全算在性善论的头上。笔者认为,主要原因还在于人治社会里普遍存在的权力神话论的流毒。

权力神话论和人治是相伴而生的现象,任何人治社会都需要一种权力神话论来论证其统治权力的合法性。古埃及的法老自称为“太阳的儿子”,巴比伦的汉穆拉比王自称为“月神的后裔”,而西方中世纪有君权神授思想,君主的权力被认为是上帝授予的,因此国王的所作所为没有过错(The King can do no wrong)。只有神话权力,统治权力的合法性才能得到论证。而中国的儒家学说并未提供权力神话论,相反它把权力合法性建立在符合天道的基础上,而天道是民心 and 道德的体现,权力并不具有天然而稳定的合法性,它由君主自身的道德修养而定,唯有君主做到为政以德,才能具有政权合法性根基,这不能不说是具有历史的进步性。但是,中国的封建统治集团为了维护自己的统治,却有神化自身的要求,如通过“真龙”、“天子”之称谓,以获取对君主地位的神化来延续其统治。这种神话带来了百姓对君主地位的迷信。

儒家性善论不仅不否认权力作恶的可能,相反还对权力作恶抱有十分的警惕。夏桀、商纣等暴君正是儒家警醒世人的实例。但是由于古代小农经济、伦理社会的生产生活方式,注定了无法在此基础上实施民主和法治,也无法产生权力的外部制约思想。因此儒家只能通过提供内在在道德修养的方法,发扬“内圣外王”的理想和儒家政治抗议精神,敦促君主实施仁政。但这并不意味着性善论不能为法治发挥巨大的作用。

## 四、性善论和法治可以兼容并有益法治

### (一)警惕权力作恶不必排斥性善论

性善论主要存在于道德修养领域,它能激励人们去聆听自己良心的声音,最大限度地发挥道德的力量。不论对于普通百姓还是当权者,性善论都可以作为道德行动的依据和指南。

然而在无限权力面前,人们容易受到诱惑,甚至我们可以说出“绝对的权力导致绝对的腐败”这样极具修辞色彩的警句。但这并不能得出人性为恶的结论,因为它不能解释在其他没有制约的地方,为什么也能看到善的光辉和力量。比如,它无法解释冒生命危险救助他人,这种没有外在强制的利他行为如何是可能的。因此,权力导致腐败的现象并不足以得出人性为恶的结论。

性善论完全可以解释“绝对的权力导致绝对的腐败”现象。性善论只是强调人性中有善的倾向,强调我们要倾听良心的声音,它并不否定在某些情况下善的力量难以发挥出来。比如,在绝对的权力面前,人们更容易泯灭良知,更难以克制私利。在现代社会权力作恶的现实面前,笔者相信性善论者会更加主张法治,因为在权力的外在监督之下,利益的诱惑大大减轻,更利于人性之善的发挥。

由于法律具有局限性,法律无法约束人的行为的方方面面,因此权力不可能完全受到法律约束。而性恶论无法解释法律之外的自由裁量如何可能是正当的。只有相信即使没有法律的制约,人们也可以有道德的行为,这样才能许可权力的自由裁量。因此,法治也需要对人性拥有乐观的心态。

性善论既拥有对人性的乐观,又不排斥对权力作恶的警惕,它和中国的法治完全可以兼容并存。

### (二)性善论更利于保障自由和人权

从法治的目的层面看,自由和人权是其价值追求。自由和人权不是权力对人的恩赐,而是人性自

身的要求。自由和人权表明人性值得肯定和尊重,人性不同于兽性,人可以区分善恶,可以自由地行为,并为自己的行为承担责任。

要赋予和实现人的自由,就必须对人性拥有乐观的心态,相信一个人无须法律的强制性指引,便可以合理地安排自己的事务,可以依靠教化,改恶为善。只有在这种对人性的乐观心态下,法律才能放心大胆地赋予人们自由的空间,并形成一种自由的秩序。

同样,要赋予和实现人的权利,也必须对人性拥有乐观的心态。人权是人性的外在呼声,人不得被强权任意践踏,仅仅是因为人性的绝对要求。人具有自由,能够成为道德的主体,并能够在共同体中相互理解和尊重,这是人具有权利的最重要的条件。而一个被欲望控制、不由自主地追求利益的人性,和动物性的区分仅仅在于智力,如何可能被尊重,如何可能放心其权利的行使?权利的本质在于正当性,而非利益本身,只有对人性抱有乐观的心态,才能放心大胆地让人追求正当的权利。

### (三)性善论更利于法治实施

法治的核心要义在于权力的制约,而其实施则在立法、司法、执法和守法过程之中。在一个民主社会中,如果没有对人性抱有积极的乐观心态,又如何能够信任立法的正义性?尽管民主的立法可能有不公正,但不可否认它的基本倾向的正义性。没有对这种立法正义的基本信任,民主是不可能的,法治更不可期待。

在司法、执法和守法过程中,法治意味着整个过程对法律的服从,而服从法律本身无法仅仅靠强制,而更大程度上在于服从法律的道德义务。试想,假如官员不愿意执行法律,公民不愿意遵守法律,那么法律能强制得了谁?对于崇尚性恶的个体来说,服从法律的道德义务并不体现为对个体的利益,而更多地体现为一种负担,那么谁又愿意服从法律呢?如果说为了长远利益,性恶的个体也会放弃短期利益。但是对于崇尚性恶的个体来说,谁会相信别人会放弃哪怕是短期的利益呢?自己率先放弃利益,就陷自己于不利的境地。由于他们总是从自己的人性来看待别人的人性,不相信别人会服从法律,自己又如何会服从法律?没有对人性的乐观态度,就没有人们彼此之间的信任,而这种信任恰好就是人们服从法律的道德依据。

## 五、结语

尽管文化不是决定性的,但不可否认,法治总要孕育在一定的文化土壤中,才能生根、发芽、开花、结果,法治离不开特定的文化。西方法治是在西方文化的土壤中孕育出来的,法治的治国方略可以学习,但法治生长的文化土壤却难以照搬,故法治的文化土壤,我们只能改良自己的,而无法拿来别人的,否定了性善文化,我们也拿不来原罪文化。盲目地批判传统文化,并不能因此建立起现代法治。因此我们必须从自身的文化传统中寻求现代法治可资利用的资源。在笔者看来,将西方法治的人性基础解读为性恶论,断言中国性善论的传统开不出法治的观点有重大理论缺陷,是一个不严谨的结论。这样的观点试图抽走法治生长的文化土壤来建立法治,不仅可能败坏中国文化的根基,也会使中国法治失去营养自身的土壤。

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,“加强公民道德建设,弘扬中华优秀传统文化,增强法治的道德底蕴”。这说明尊重和弘扬自身优秀传统已成为中国法治的未来走向。性善论作为传统文化的重要组成部分,其对于法治的意义应该重新得到评价。性善论尽管曾经服务

于人治,在治国领域有着不足之处,但无妨通过现代转化,在目的和实施层面为法治奠定人性基础,并有利于增强中国法治的道德底蕴。从东亚日本、韩国以及中国台湾等地的法治之路来看,其法治并非是和本土文化一刀两段的结果。在韩国更为独特的是,国家对儒学传统的极力维护,正在实现一种儒家传统和西方法律的会通。<sup>[58]</sup>由此可见,在尊重自身文化传统基础上,完全可以走出一条适合本土的法治之路。

**Chinese Theory of Good Nature Is Compatible with Rule of Law:  
Refuting the Opinion that “Evil Human Nature Is the Basis of Rule of Law”**

Guo Zhong

**Abstract:** In recent years, some scholars consider that the western rule of law relates to culture of evil human nature, and Chinese rule by man relates to culture of good nature. But some great western ideologists advocated that rule of law didn't allege original evil human nature. The theory of evil nature tends to despotism instead of rule of law. It is impossible for the theory of evil human nature to leave liberty and morality for human being, and the theory ignores the moral purpose of rule of law, so it can not sustain the theory of rule of law. Chinese theory of good nature is the reason of Chinese moral life, and it does not lead to rule of man inevitably. In ancient China the theory of restriction of powers didn't appear because of the limitation of Chinese social material living conditions. The theory of good nature doesn't neglect the evil power, and it can be compatible with modern rule of law. This ancient Chinese theory of good nature is better than the theory of evil nature in safeguarding liberty and human right, and actualizing rule of law. It is the humanity basis for rule of law in the aspect of purpose and actualization.

**Keywords:** the rule of law; theory of good nature; theory of evil human nature; culture

(责任编辑:刘馨)

[58] 杜文忠:“会通之路:儒教对韩国现代法律的影响”,载《中国人民大学学报》2008年第4期,第142-147页。

# 近代中国的“以礼入法”及其补正

## ——以清末民初民事习惯法典化为例的实证研究

张洪涛\*

**摘要:**面对民事习惯在“个人习惯—社会习惯(地域性习俗—全国性惯例)—国家法”的演进过程中,受人口、地域和司法导入机制的影响而形成的国情困境,中国近代立法者不得不选择一种自上而下的道德实用主义道路,“复制”了历史上的“以礼入法”过程:将民事习惯法典化的国情困境道德化,归因于习惯自身的碎片化、封建落后、不合时宜;并借助于道德化/意识形态化的节约机制等功能,快速实现了民法典的现代化,但又使民法典走上了去中国化的脱嵌化的道路。为此,中国法治需要一种自下而上的能将法治推进到技术操作层面的技术实用主义意识形态,也需要一种将民事习惯法典化嵌入到中国社会进行透视的嵌入性分析方法。

**关键词:**民事习惯法典化 国情困境 “以礼入法” 道德实用主义 技术实用主义 嵌入性分析

西方早期的法律与道德呈现混而不分的状态。到了19世纪,就有人“反对18世纪根据道德来识别法律的做法”,对“法学从属于伦理学的理论”提出不同的看法;<sup>[1]</sup>到了近现代,法律超过宗教和道德成为了主要的社会控制手段,也相应地形成了一种相对独立的学科法学和“自治型法”;甚至还提出了“纯粹法学”的观点,将道德从法律科学中清除出去,但最后失败了,不得不承认存在“最低限度的自然法”。与分析法学不同,波斯纳(Richard A. Posner)从实证角度,研究了“道德和法律理论的疑问”,提出“要消除法律的神秘,特别是要把法律从道德理论这个重大的神秘制造者中解脱出来”。<sup>[2]</sup>

比较而言,中国古代法律对道德的依赖性可以说有过之而无不及,自汉代“以礼入法”后就形成了“德主刑辅”的格局,一直延续至清末,既没有形成现代意义上的法学,也没有形成相对独立的“自治型法”;即使到了近现代,像西方那样的情形也没有出现,传统的处理法律问题的道德化/意识形态化方式,<sup>[3]</sup>与西方相比也更为普遍而突出。

因此,本文研究的问题包括两个方面:一是对“定性”上的“大同”的追问,即中国近代法律是否摆

---

\* 东南大学法学院教授,社会学博士,江苏高校“2011计划”区域法治发展协同创新中心研究员。本文系国家社科基金项目(13BFX001)、国家社科基金重大招标项目“民国江苏司法档案与法律适用研究”(14ZDB127)之子课题“民国江苏司法档案整理与研究”、2016年东南大学基本科研业务费重大科学研究引导基金项目“邓小平党治思想宪制意涵研究”和省级重点研究基地项目“法律的嵌入性”的阶段性研究成果。感谢匿名评审人提出的中肯的、专业的、建设性的修改意见。

[1] [美]庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年版,“第一版前言”,第1页。

[2] [美]波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,“原书序”,第1页。

[3] “意识形态不可避免地与个人在观察世界时对公正所持的道德、伦理评价相互交织在一起”,“虽然两者都是对世界总体认识的方法,并都起着节约信息费用的作用”。([美]诺斯:《经济史中的结构与变迁》,陈郁等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第53、229页。)在这个意义(即功能)上,意识形态(化)与道德(化)没区别。另见苏力:《也许正在发生》,法律出版社2004年版,第144页;苏力:《法律与文学》,三联书店2006年版,第231-271页。

脱了对道德的依赖?如不能,中国近代法律为何、如何走上道德化?对法律有何影响?如何扬长避短?这些关于中国近代法律与道德的问题是否具有普遍意义?二是对“定量”上的“小异”的追寻,即中国法律为何比西方更加依赖道德?道德能满足中国法律的什么功能要求?中国法律为何比西方更需要这种功能需求?

本文首先考察近代中国民事习惯法典化的状况;其次,从习惯进入国家法的三个环节,探讨国情困境形成的原因;再次,研究国情困境的初步克服——道德实用主义及其不足;最后,探讨道德实用主义弊端之弥补——技术实用主义。

## 一、近代中国民事习惯法典化的状况

为了“求最适于中国民情之法则”,实现民法典与中国国情的融合,满足制定民法典或当时司法实践的需要,近代中国进行了两次全国性的民事习惯调查,形成了近千册民事习惯调查报告书,出版了共计3432则习惯的《民事习惯调查报告录》(以下简称《报告录》)。<sup>[4]</sup>这些民事习惯是否转化成了《大清民律草案》、民国《民律草案》和《中华民国民法》(以下简称“民国民法”)的具体条文呢?

第一,从明定习惯条文看,将近代三部民法文献进行统计,并与《报告录》进行对照,结果如表(一)。首先,从表中横向看,《大清民律草案》前三编明定习惯条文共23条,占前三编的1.75%,习惯利用率仅为0.67%;民国《民律草案》共38条,占2.49%,习惯利用率仅为1.11%;“民国民法”前三编共39条,占前三编的4.00%,习惯利用率为1.11%。其次,从表中纵向看,总则栏中,《报告录》12条,《大清民律草案》、民国《民律草案》和“民国民法”分别为1、2、1条,可能的习惯利用率分别为8.33%、16.67%、8.33%,由于收录习惯较少,其利用率最高;物权栏中,《报告录》1368条,《大清民律草案》、民国《民律草案》和“民国民法”分别为20、23、14条,利用率分别为1.46%、1.68%、1.02%;债权栏中,《报告录》985条,《大清民律草案》、民国《民律草案》和“民国民法”分别为2、10、24条,利用率分别为0.20%、1.02%、2.44%;亲属继承栏中,《报告录》1046条,也应是习惯影响较大区域,但《大清民律草案》、民国《民律草案》和“民国民法”分别为0、3、0条,利用率最低,分别为0、0.28%、0。三部民法文献明定习惯的平均利用率分别为:总则11.11%,物权1.39%,债权1.22%,亲属继承0.10%;合计的平均利用率0.97%;合计占条文比率2.77%。

近代三部民法典中明定习惯条文与《报告录》对照表(一)(单位:条)

		总则	物权	债权	亲属继承	合计	习惯利用率(%)	占条文比率(%)
明定习惯条文	大清民律草案	1	20	2	无	23	0.67	1.75
	民国《民律草案》	2	23	10	3	38	1.11	2.49
	“民国民法”	1	14	24	无	39	1.14	4.00
《报告录》		12	1368	985	1046	3410		
三部民法典明定习惯的平均利用率或比率(%)		11.11	1.39	1.22	0.10	0.97	0.97	2.77

[4] “其因借阅而致散佚者,或恐不免。本清册惟就现存者编录……”(北洋政府《司法时报》第232期;转引自苗鸣宇:《民事习惯与民法典的互动》,中国人民公安大学出版社2008年版,第94页。)因此,实际的民事习惯共计3410条。

**说明:**

此表中明定习惯条文的统计数据来自苗鸣宇:《民事习惯与民法典的互动》,中国人民公安大学出版社2008年版,第113-114、148-149、178-179页;条文比率=条文数÷条文总数×100%;习惯利用率=习惯数÷习惯总数×100%;《大清民律草案》(前三编)、民国《民律草案》和“民国民法”(前三编)的条文总数分别为1316、1522和975条。

第二,除了明定习惯条文外,间接条款也可导致习惯的进入;但即便是将此算在内,相对于调查的习惯而言,也屈指可数。还有学者认为,《大清民律草案》亲属、继承两编由本国法律家起草,吸纳了中国传统习惯。<sup>[5]</sup>但这里的习惯并非来自民间,而是传统礼法。<sup>[6]</sup>

第三,也不能唯条款数量而论,有学者以《大清民律草案》和“民国民法”中的“法例”为例,认为强调了习惯的重要。<sup>[7]</sup>但有学者认为:本条规定不是出于中国人的习惯,而是由《瑞士民法典》第一条改写而来;该条还有排除其他非制定法渊源(如习惯、法理)适用效力目的;这里的习惯法依据后来的司法解释有其特定的含义,并不是说法律直接承认民事习惯具有法律效力。<sup>[8]</sup>另据“民国民法”编订者史尚宽解释,本条中的习惯有多方面限定,并非事实上的民间习惯,而是德国意义上的习惯法,立法者对传统民事习惯(如“先卖权”、“典权”、“婚约”等)持严格限制甚至拒斥的态度。

第四,上述都是从形式来看,从明定习惯条文的内容看(民法典中的习惯是否是从《报告录》中总结提炼而来),《大清民律草案》23条中,14条在《报告录》中没有相关习惯记录,9条有相关记录;20条直接从《日本民法典》中翻译而来,2条仿效《瑞士民法典》的规定,1条在《中国民事习惯大全》中有相关习惯记录。民国《民律草案》38条中,11条由《大清民律草案》保留下来,7条从《大清民律草案》修改而来,2条合并《大清民律草案》4条而来,18条新增加的(其中,4条没有相关习惯记录,14条有相关记录)。“民国民法”39条中,17条从民国《民律草案》保留而来,3条从民国《民律草案》修改而来,19条新增的(其中,13条未见相关习惯记录,6条有相关记录)。<sup>[9]</sup>

综上,不论是从形式还是从内容看,清末民初民事习惯对民法典制定的作用相当有限。“我们试就新民法从第1条到第1225条仔细研究一遍,再和德意志民法及瑞士民法和债编逐条对校一下,其95%是有来历的,不是照帐誊录,便是改头换面。”<sup>[10]</sup>“采德国立法例者,十之六七,瑞士立法例者,十之三四,而法、日、苏联之成规,亦尝撷取一二。”<sup>[11]</sup>

## 二、人口因素的作用:从个人习惯到社会习惯

根据习惯向国家法演进的具体过程:个人习惯—社会习惯(地域性习俗—全国性惯例)—国家

[5] 刘广安:“传统习惯对清末民事立法的影响”,载《比较法研究》1996年第1期,第107-111页。

[6] 张生:《中国近代民法法典化研究(1901-1949年)》,中国政法大学出版社2004年版,第106-108页。早期的“礼”来源于社会习俗,但后来的“礼”脱离了社会习俗;关于这个问题的详细论述,参见张洪涛:“从‘以礼入法’看中国古代习惯法的制度命运”,载《法商研究》2010年第6期,第143-149页。

[7] 同注5引文,第107-111页。

[8] 同注6引书,第102-104页。

[9] 参见注4引书,第115-196页。

[10] 吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第172页。

[11] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,“初版序”。

法,<sup>[12]</sup>将首先探讨人口因素在个人习惯向社会习惯演变过程中的作用。

人口因素对清代习惯法的影响,我们可以进行共时性的描述,即将同一时期不同人口密度地区习惯的发展加以比照。根据“这一时期人口密度分布呈现出东密西疏,沿海向内地递减的特点”,<sup>[13]</sup>将近代中国人口密度分布的资料与《报告录》中的习惯统计资料放在如下表(二)中。由于《报告录》“调查方法有问卷式,有报告式,其中,报告式亦详略不一……各地调查报告有详略之分及深浅程度的不同,一般说来仍嫌简略……调查之范围尚不够广泛……是项调查未能包括广东、广西、云南、四川、台湾等省”等不足,<sup>[14]</sup>因此,我们无法从各个省的人口密度数据与习惯法的数据的比较中很精确地推断出两者之间的内在关联,甚至存在与人口密度理论相反的情形,典型的如黑龙江省、山西省、河南省等就是如此;但从东南沿海内陆地区与西北内陆边远地区的均数来看,习惯法大体上存在与人口密度分布一致的特点:“东密西疏,沿海向内地递减”,人口密度高的东南沿海内陆地区习惯的均数为 229 条,人口密度低的西北内陆边远地区习惯的均数为 133 条。

近代中国人口密度与《报告录》中习惯分布的共时性比照表(二)

人口密度 (单位:人/平方公里)				习惯 (单位:条)	内 陆 地 区	江西	129.3	91.3	184	
						湖北	131.3	136.9	254	
东 南 沿 海		1929 年	1936 年			湖南	137.1	137.6	138	
		直隶	173.7	204.2	116	黑龙江	4.2	8.3	518	
		奉天	46.3	47.4	63	吉林	46.3	47.4	32	
		山东	179.5	260.8	143	均数	132.1	144.5	229	
		江苏	308.9	334.8	168	西 北 内 陆 边 远 地 区	陕西	59.8	52.2	307
		浙江	196.1	204.1	151		甘肃	12.7	17.2	233
		福建	125.1	99.0	282	热河	28.2	11.4	60	
		河南	164.5	211.2	83	绥远	6.2	6.0	33	
		山西	68.0	74.2	353	察哈尔	7.3	7.3	31	
		安徽	139.4	166.0	250	均数	22.8	18.8	133	

说明:

1. 直隶相当于后来的河北省,奉天相当于后来的辽宁省。
2. 人口密度的资料来自乔启明:《中国农村社会经济学》,商务印书馆 1947 年版,第 34 页。
3. 习惯的资料来自于笔者对《报告录》中各省习惯的统计。

其次,还可将中国人口史的资料与清代习惯法史资料加以历时性比照,看出两者之间的内在关联。“第一阶段:自商、周、秦至公元初的西汉末年,人口增加到约 6000 万。第二阶段:自东汉至八世纪中叶的盛唐,人口增加到约 8000 余万。第三阶段:从中唐经五代,至北宋期间的 12 世纪初人口突破 1 亿,在 13 世纪初达到近 1.2 亿。第四阶段:经过宋末元初和元明之际的动乱,明初人口仅约 7000 万,但至 17 世纪初又增加到接近 2 亿。第五阶段:明末清初的人口下降在 17 世纪初得到恢复,至 19

[12] 参见张洪涛:“法律必须认真对待习惯”,载《现代法学》2011 年第 2 期,第 16-25 页;本文的习惯是指具有制度意义的习惯,关于习惯、习俗、惯例之间的区别与联系,详见此文。

[13] 刘彦斌:“中国近代人口与耕地状况”,载《农业考古》1999 年第 5 期,第 205-210 页。

[14] 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 45-46 页。

世纪中叶达到 4.3 亿的高峰。”<sup>[15]</sup>“中国历史上的民间法”也经历了一个与之类似的变化：“习惯法的历史极其久远,这一点,从中国古代契约文书发展演变的历史上可以得到很好的证明和说明。宋代以后……习惯法在民间社会尤其是民间经济活动方面的重要性日益突出。明清时代……习惯法既得到了进一步的发展……从而对缓解因资源稀缺而造成的巨大社会压力起到了重要作用。”<sup>[16]</sup>

另外,人口数对民事习惯法典化的影响,在西方法律发展历史中也可以得到验证。如在英国和法国法治发展历史上,英国统一习惯法即普通法之所以能在亨利二世(1154-1189年)统治期间形成,法国统一习惯法即“普通法”的形成(1804年)要晚英国将近五六个世纪,其中的一个重要因素就是,“法兰西更大,它的人口可能是英格兰或南意大利人口的 5 倍。它的统一进程开始得较晚”<sup>[17]</sup>

为什么人口的增加会导致习惯法典化的困难甚至失败呢?

第一是人口密度论的解释。人口密度论认为,任何一个互动都包含着合作与冲突的可能性,当互动人数增加到 30 人时,合作与冲突的可能性的增加比人口本身的增加要快得多,用数学语言表达,就是人口以算术函数增加,互动密度以几何函数增加。当人口增加到一定规模时,群体对管理调整的需求就加速了,更加需要调节者——管理者。假定法律制度作为协调社会中人们的不同行为和目的的工具,那么互动密度就可以预测法律制度比社会人口增加得更快。但当人口增加不是通过法律制度而是其他制度如习惯来完成协调人们之间关系的任务时,法律制度就不会像预期的那样增加,而其他制度如习惯就会得到较快的发展。<sup>[18]</sup> 中国清代基本上属于后一种情形:人口从明末的近 2 亿激增到清代 4.3 亿,解决因人口激增而导致的协调问题尤其是民间纠纷,除了受观念和技术的限制对国家制定法进行有限的修改、调整、扩容外,主要还得依赖于内生于中国社会的习惯。这是因为,“中国古代法典,无论《唐律》还是《大清律例》,都绝少关于‘私法’的规定,与此形成鲜明对照的是,仅今人搜集入藏的明清契约文书一项,其总数就已超过 1000 万件。这个数字为我们展现出一个极广大的社会空间,其中,国家法虽然不是全无影响,但其作用肯定极其有限”<sup>[19]</sup> 可见,在国家制定法变化不大的条件下,人口的增加,必然导致人口密度的提高,进而导致通过习惯协调人们之间关系的需求和个人习惯的增加;而个人习惯的增多,必然导致由个人习惯整合成为社会习惯、地域性习惯整合成为全国性惯例的难度增加,最终造成了清末民初民事习惯法典化的困难甚至失败。

第二是集体行动能力论的解释。由个人习惯整合成为社会习惯、由地域性习俗整合成为全国性惯例的过程,实质上是一个社会共识形成的过程,进而也是一个集体行动能力的问题。当人口较少、集团规模较小时,人们寻找个人习惯的“相似点”或“交集”就较为容易,采取一致行为所需的信息成本和组织成本较低,人们容易达成共识,集体行动能力较强,“关于协商、共识和过程的概念,可以轻易地适用于人数和复杂性低的简单世界”<sup>[20]</sup> 随着人口数的增多和集团规模的增大,如清代人口由原来的一亿激增到四亿多,以及随之而来的个人习惯的不断增多,寻找个人习惯的“相似点”就较为困难,“人数的众多还意味着各方进行协商的难度的增加和达成能够给各方都带来附加值的一致性方案

[15] 葛剑雄主编:《中国人口史》(第一卷),复旦大学出版社 2002 年版,第 149 页。

[16] 梁治平:《在边缘处思考》,法律出版社 2003 年版,第 12-13 页。

[17] [美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 559 页。

[18] [美]B. 梅休、R. 列文格:“人类聚合体中的互动规模和密度”,载《美国社会学杂志》第 82 卷(1976 年),第 86 页;转引自朱景文:《现代西方法社会学》,法律出版社 1994 年版,第 96-98 页。

[19] 同注 14 引书,第 30-31 页。

[20] [美]尼尔·考默萨:《法律的限度》,申卫星等译,商务印书馆 2007 年版,第 179 页。

的可能性的减少……人数的增加意味着更多的各执一词和协商失败的极大可能性”。<sup>[21]</sup> 人们采取一致行为所需的信息成本和组织成本较高,不易达成共识,集体行动能力较弱,由个人习惯整合成社会习惯、由地域性习俗整合成全国性惯例的难度就相应地增大,所需整合时间更长,甚至使社会无法承担,最终造成了其民事习惯法典化的困难甚至失败。

第三是博弈论的解释。博弈论是从微观的习俗的生发机制来解释人口数对民事习惯法典化的影响,将习俗定义为,“在一人口群体 P 中,当其中的成员在一重复出现的境势 S 下,这些作为行动角色者的行为的常规性 R 只有在下列条件下而成为人口 P 中的共同知识时,它方才为一种习俗:(1)所有人遵同 R;(2)每个人都会预计到他人会遵同 R;并且(3)因为 S 是一个协调问题,而一致遵同的 R 是 S 中的一种协调均衡,在他人遵同 R 的条件下每个人又乐意遵同它”。<sup>[22]</sup> 因此,当人口增多时,人口群体 P 就会增大,参与博弈的人就会增多,协调问题 S 就更加困难,而且由于参与博弈的人口越多,信息的不对称问题就更加突出,以及由于信息不对称而带来的道德问题就更容易出现,人们搭便车的动机就更为强烈,因此,(1)所有人遵同 R 的可能性更小;(2)每个人都会预计到他人会遵同 R 的可能性也在下降;并且(3)一致遵同的 R 是 S 中的一种协调均衡更难形成,在他人遵同 R 的条件下每个人又乐意遵同它的可能性也在下降。可见,随着人口的增加,个人习惯在急剧地增加,由个人习惯整合成为社会习惯、地域性习俗整合成为全国性惯例的难度也在增大,最终使之难以法典化。

总之,人口的变化,必然导致个人习惯的相应变化,进而导致由个人习惯整合成社会习惯的难易度的变化:当人口基数小时,寻找个人习惯的“相似点”或“交集”就较为容易,由个人习惯整合成社会习惯也较为容易,习惯导入制定法就较易;反之,就较难。

### 三、地域因素的影响:从地域性习俗到全国性惯例

法国地域面积 55 万平方公里,中国当时地域面积若为 960 万平方公里(绝不会低于这个数),为法国的 17.4 倍,地域和幅员远比法国辽阔,“其河流、群山、平原可以在相当于欧洲大小的区域内延伸”。<sup>[23]</sup> 因此,在气候类型上,法国较为单一,主要属于温带,即使是在欧洲,“相毗邻的国家的气候几乎相似,没有显著的差别……温带极为广阔”;<sup>[24]</sup> 而我国的气候类型远比法国复杂多样,跨越热带、亚热带、暖温带、中温带和寒温带,东南部受夏季季风影响多雨,广大的西北部地区少雨干旱,一年中常会出现南方洪灾与北方旱灾并存的情形。也因此,在地形上,法国国土面积的 2/3 是平原,农业和林业面积占国土面积的 82%,森林约占国土面积的 30%,地形较为单一;而我国的地形远比法国复杂多样,多山、多丘陵,陆地的平均高度等于全世界陆地平均值的两倍,素有“一山有四季,十里不同天”,“山高一丈,大不一样”,“高处不胜寒”之类的说法。综合气候、地形等各种自然环境因素,地理学界将我国分为三大自然区:东部季风区、西北干旱区和青藏高原区;又可细分为 7 个自然地区:东北区、华北区、华中区、华南区、西南区、西北区和青藏高原区;还可以细分为 28 个亚区和 58 个小区。<sup>[25]</sup>

[21] 同注 20 引书,第 20 页。

[22] 韦森:《社会制序的经济分析导论》,上海三联书店 2001 年版,第 167 页。

[23] 黄仁宇:《现代中国的历程》,中华书局 2011 年版,第 7 页。

[24] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆 1963 年版,第 275 页。

[25] 叶春生主编:《区域民俗学》,黑龙江人民出版社 2004 年版,第 79-80 页。

“高山大川异制,民生其间者异俗。”<sup>[26]</sup>“法律应该和国家的自然状态有关系;和寒、热、温的气候有关系;和土地的质量、形势和面积有关系……和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。”<sup>[27]</sup>“在这个意义上,习惯法就像是风景,从南到北,自东泊西,习惯随风景变换。”<sup>[28]</sup>东北民俗地理区、华北民俗地理区、华中民俗地理区、华南民俗地理区、西南民俗地理区、西北民俗地理区和青藏高原民俗地理区,还可以细分为关东民俗、燕赵民俗、齐鲁民俗等 16 个区域民俗。<sup>[29]</sup>

这种习惯的地域性差异,给习惯整合成为全国性惯例带来困难。例如,受地形等主要因素影响,在《报告录》中,南方大部分地区不动产转让须交付上手老契,乃因土地转移频繁;<sup>[30]</sup>黑龙江等北方则因土地多系新近垦成而非受让取得,鲜有此类规定。<sup>[31]</sup>又如,在北方因地广人稀,许多地区有“土地经界”的习惯,凡两家地头相接,须由两家共同留出“隔地”若干尺供牛马迴旋,<sup>[32]</sup>而在南方很少有这方面的习惯。再如,在《报告录》有关用水权的习惯中,在地处西北干旱的陕、甘等地区,大多形成有关自河、湖中取水时间长短的规则习惯,如“镇番县水利,向分川、湖两种,自清明前四日起至小雪日止,归川灌溉,又自小雪节次一日起至次年清明节前止,归湖浇灌”。<sup>[33]</sup>而在南方多水塘地区,大多形成水塘取水量的规则习惯,还有其他附带权利(如养鱼权等)的规定,如“凡公共荫塘,必须各依契据所载车水,契据内如载有‘括脚’两字,车水则可车到塘底,否则,只能车到荫塘陡砌下而止,且有‘括脚’两字,即能在荫塘内养鱼,否则,不能养鱼,只能车水”。<sup>[34]</sup>东南、西北方之所以有如此不同的习惯,就是因为东南方雨量充沛,西北方雨量较少,不可能照顾到养鱼权等附带权利。正如“想要把一个像英国一样潮湿国家的水法适用于干旱的美国西南地区的尝试注定要引起社会紧张”一样,<sup>[35]</sup>在我国,如果将雨量较少、地广人稀的西北方形成的规则习惯适用于雨量较为充沛、地少人多的东南方,或者反过来,都会引起社会的紧张。

地域辽阔还表现在我国行政区划上。“嘉庆年间(1800年前后)的中国人口约为 3 亿 350 万余人,州县数为 1603。”<sup>[36]</sup>1935 年,全国有 1934 个县,设治局 43 个,共计 1977 个县级行政单位。<sup>[37]</sup>“虽然民俗区域与行政区域不是同一个概念,但是二者的边界在许多地方事实上是重合的。”<sup>[38]</sup>“长期稳定的行政区域必然使同一区域内的语言、风俗等文化因素趋向一体化。”<sup>[39]</sup>在这个意义上,有多少行政区域就有多少习惯共同体,《报告录》以县为基本单位来搜集、整理习惯有其合理性,我们也可以通过统计《报告录》中涉及不同行政区域范围的习惯条文数,来大致测算《报告录》对来自当时中国社会

[26] 《礼记·王制第五》,远方出版社 2004 年版,第 24 页。

[27] 同注 24 引书,第 7 页。

[28] 同注 14 引书,第 52 页。

[29] 参见同注 25 引书,第 85-92、104-301 页。

[30] 前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社 2005 年版,第 127、157、162、170、254 页。

[31] 同注 30 引书,第 50、55、58、68、75、79、86、92、94、103、111、112、114、115、117、119 页。

[32] 同注 30 引书,第 47、62、64、67、78、88、95-96、97、108 页。

[33] 同注 30 引书,第 404 页。

[34] 同注 30 引书,第 252 页。

[35] [德]格罗斯菲尔德:《比较法的力量与弱点》,孙世彦等译,清华大学出版社 2002 年版,第 123 页。

[36] [日]寺田浩明:“权利与冤抑”,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社 1998 年版,第 250 页。

[37] 江照信:《中国法律“看不见中国”》,清华大学出版社 2010 年版,第 28 页。

[38] 同注 25 引书,第 39 页。

[39] 同注 25 引书,第 38 页。

的习惯的整合程度。

根据习惯通行于行政区域大小的不同及其整合程度由高到低的顺序,可以将《报告录》中的习惯分为五种情形:通行于全国各省的习惯;整合到全省一级的习惯;整合到数县的习惯;整合到一县的习惯;调查达到村镇一级的习惯。<sup>[40]</sup> 第一种情形在《报告录》中是个空白,最后一种情形也几乎没有,只能按照三种情形对《报告录》中的习惯进行统计。下面不妨按照物权、债权和亲属继承进行归类,将涉全省的习惯、涉数县的习惯和涉一县的习惯及其各自所占物权、债权和亲属继承总习惯条文的比率进行统计,在此基础上将各自习惯条文数合计及其比率平均,可以大致得出《报告录》对整个习惯的整合状况,详见表(三)。

《报告录》中习惯整合情况统计表(三)(单位:习惯为“条”;县为“个”)

	习惯条文 总数	涉一省的 习惯及比率	涉数县的 习惯及比率	涉一县的 习惯及比率	县级 行政区
物权	1368	52;3.8%	172;12.6%	1144;83.6%	482
债权	985	75;7.6%	188;19.0%	722;73.4%	414
亲属继承	1045	46;4.4%	227;21.7%	772;73.9%	498
合计、平均比率	3398	173;5.1%	587;17.3%	2538;77.6%	

说明:

习惯比率 = 习惯条文数 ÷ 习惯条文总数 × 100%。

从表(三)中可以看出,在《报告录》中,通过将地域性的习俗整合成全国性惯例的情形是一种空白;即使是整合到省一级的习惯,也是微乎其微,比率为5.1%;整合到数县的习惯,也只占很小的比例,比率为17.3%;大部分习惯处于县一级,比率为77.6%。如果以县级行政单位为习惯整合的起点,那么就只有760条习惯进行了不同程度的整合,比率为22.4%,而有2538条习惯基本没有进行整合,比率为77.6%。在这个意义上,《报告录》实际上只是一种关于习惯的“事实性知识”,而不是一种“规范性知识”。正是由于习惯的规范性程度很低,使之难以制度化地进入民法典。

总之,正是由于我国地域辽阔而带来的气候、地理环境和行政区域复杂多样,给我国通过整合地域性习俗而形成全国性惯例带来一定的困难,或者需要更长的时间。

#### 四、司法导入机制的制约:从全国性惯例到国家法

有社会必有习惯,但并不是所有习惯都能够上升为法,“上升为法的习惯须要经由某个中介环节,这个环节在 Kantorowicz 即是法院,在 Bohannon 则是‘法律设施’”。<sup>[41]</sup> 西方法院“竞技型诉讼”,不只是解决纠纷,还是一种习惯实定化机制。<sup>[42]</sup> 这种机制在英美法系沿用至今,而在大陆法系现在

[40] 日本在东北的习惯调查到村一级,显得比《报告录》更为细致,也更为可取。参见[美]黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2003年版,第9页注释1。

[41] 同注14引书,第144页。

[42] [日]滋贺秀三:“中国法文化的考察”,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版,第1-18页。

转由立法机关承担,<sup>[43]</sup>但在历史上也出现过像英国那样“法官立法”的情形。<sup>[44]</sup>如法国在1270—1667年间也形成了一种类似于英国的主要由法院承担的习惯实定化机制,即习惯调查程序和确认程序以及“民众陪审团”程序;<sup>[45]</sup>法国民法典草案之所以能在四个月时间内将法国人普通习惯整合其中,得益于习惯司法导入机制及其长期而有效的整合。这就是梅因(Henry Sumner Maine)研究得出的结论:诉讼—习惯法—法典;<sup>[46]</sup>换言之,司法诉讼在习惯法向国家法演进的过程中处于基础性地位。

而中国早在先秦就出现了在“采风”基础上编纂、研究习惯的书籍,如《诗经》、《仪礼》、《周礼》、《礼记》等,历代也有采录、研究习惯的各种典籍,各地也有编写地方志的惯例。但在中国古代,习惯上升为国家法律始终缺乏有效的司法导入机制:父母官尽管“每听一事,须于堂下稠人广众中,择传老成者数人,体问风俗”,<sup>[47]</sup>甚至将“民情土俗”列项,要求属下遍访悉知,<sup>[48]</sup>但“从未见到过当事者在法庭上就习惯法的存在进行举证的现象。无论是私家还是官方都没有编纂过习惯法典籍。总而言之,在中国并不存在习惯法逐渐地获得实定性的机制”。<sup>[49]</sup>“正因为如此,习惯决不可能结晶为一套具有实定性的规范体系……所谓习惯也只能主要停留在‘情理’这一非实定性规范的状态之中。”<sup>[50]</sup>

中国与西方类似的习惯司法导入机制只到近代才出现。中华民国的大理院为了克服当时无法可依的局面,一方面积极进行民商事习惯调查和民国民律草案修订,另一方面通过发布民事判例和解释例(合称“民事判解”),进行习惯制度化的尝试;<sup>[51]</sup>并在后来“民国民法”的制定中将这种尝试制度化,规定(第一条)为“法例”：“民事,法律所未规定者,依习惯”。这为法官提供了引用习惯的正式法律依据。<sup>[52]</sup>这种习惯司法导入机制的历史意义不容忽视,如有学者认为民事习惯在确认法律事实、弥补制定法的不足、变通和丰富已有的制定法、修正和变更现行法等方面发挥了积极而重大的作用。<sup>[53]</sup>还有学者将此“法例”规定与最高法院的判例制度和法官会议的司法解释制度结合起来考察,认为“习惯……通过判例成为民事法律规则,补充法典的不足,使之适应社会发展的需要……共同构建了一个兼备稳定性与灵活性的法律体系……为发展变化的社会提供了一个具有无限规范能力的民事法律体系”。<sup>[54]</sup>如果将其放在中国大历史进程中,其意义更加不容忽视。它不仅提供了一种与中国传统的立法治理模式不同的新的习惯的司法治理模式,而且为习惯进入国家法提供了一条中国历史上从未有过的制度化通道。在法律上,中国传统政治体制不承认自下而上的轨道,皇帝的权威是绝对的,独占立法权。但在任何政治体系下,人民的意见都不可能完全忽视,这意味着必须有某种

[43] [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第166页;同注22引书,第239页。

[44] 参见陈颐:《立法主权与近代国家的建构》,法律出版社2008年,第13—26页。

[45] 详细论述,参见注17引书,第570页;同注44引书,第31页注释10;大木雅夫:同注43引书,第162—163页;[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120页。

[46] 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年,第1—12页。

[47] [日]滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的考察”,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版,第64页。

[48] 同注14引书,第131页。

[49] 同注42引文,第14页。

[50] 同注47引文,第74页。

[51] 参见注6引书,第129页。

[52] 参见注6引书,第208页。

[53] 参见李卫东:《民初民法中的民事习惯与习惯法》,中国社会科学出版社2005年版,第212—262页;李强:“论民事习惯在我国民法中的合理定位”,载《理论界》2009年第5期,第56—58页;张松:“民初商事裁判中习惯的导入机制初探”,载《政法论坛》2007年第6期,第178—181页。

[54] 同注6引书,第209—210页。

自下而上的平行轨道。在中国历史上,这种自下而上的平行轨道是以迂回方式存在;换言之,就是以非正式制度化方式存在,如无为而治、中央权力止于县城、官绅共治、法律放弃对民间细故的管辖、对民间习惯的默认等等,都是其表现形式。<sup>[55]</sup>此外,民国时期大理院开展的习惯制度化探索还为中国固有法(含习惯法)与外国移植法实现有机融合提供了一种有效的机制。与清末通过制定民律将固有法与移植法生搬硬套地拼装在一起而缺乏充分的利益博弈的方式不同的是,由于司法涉及具体人的具体利益,因此,它是通过各方参与人在追求各自利益驱动下充分进行多重利益博弈,将固有法与移植法带入诉讼中,能有效实现两者的融合。

与此同时,我们也必须认识到,中国近代习惯司法导入机制的影响与意义毕竟有限,其中的原因或许可从其与法国等西方国家习惯司法导入机制的差异中得到答案。

第一,前提不同。法国的习惯导入机制并没有事先的国家制定法存在,是一种习惯的搜集、提炼、整合、整理、总结的机制,被导入的习惯本身就是国家法的主体。中国近代习惯司法导入机制在事前存在着一种与之不同甚至冲突的规则体系即国家制定法,是一种习惯的审查、导入机制,被审查导入的习惯不可能构成国家法的主体,只是国家制定法的一种补充。

第二,国家的态度不同。法国是站在习惯的角度来看待习惯,关心的是其内在机理和合理性。近代中国是站在国家法的角度来看待习惯,“国家在这里所关心的,并非这些习惯的内在机理,而是赋役征收、地方安靖等事。换言之,在很大程度上支配了民间社会与经济生活的各种‘俗例’并不是被从其内部予以注意、观察和探究,而主要被从外部加以统摄”。<sup>[56]</sup>

第三,审查的内容不同。法国只进行程序审查,只要符合“习惯法调查程序”,有十个以上人的一致认可就要予以确认,至少就可以作为判案的法律依据,其实体审查交由当时法国社会大众进行。<sup>[57]</sup>因此,它是一种程序性习惯导入机制,以利于习惯由“隐俗”变为“显俗”。而中国是根据国家法进行的实体性审查,贯彻的是国家法优先于习惯的原则,只有当习惯符合一定实体条件时才能进入国家制定法。

第四,法国的习惯导入机制实施的时间较长,大约推行了400多年(1250-1667年),直到习惯导入大致完成,基本形成了全法国“普通法”才终止。中国近代习惯司法导入机制,只是在当时特殊情形下的应急措施,并没有真正从理论上深刻认识到这种导入机制对中国法治的意义,因此,它不可能是一种非常自觉的制度性安排,在社会条件成熟后就可能会变为“死法”甚至从中国社会消失;后来中国的发展历史也验证了这一点。<sup>[58]</sup>

最后,还需特别说明的是,即使是由当时司法系统进行的“民事习惯调查报告”,绝大部分也不是在司法实践中以判决的方式为解决纠纷由诉讼各方(包括法官)通过利益驱动机制而导入,而是为了立法由司法系统——主要是法官——单独调查、搜集、整理完成。<sup>[59]</sup>因此,它只是一种“事实性知识”的搜集整理,而不是一种“规范性知识”的整合,与法国通过司法判决而导入习惯的利益驱动整合机制有本质的区别。

[55] 参见费孝通:《中国绅士》,中国社会科学出版社2006年版,第45-56页。

[56] 同注14引书,第133-134页。

[57] 详细论述,参见注17引书,第570页;同注44引书,第31页注释10;大木雅夫:同注43引书,第162-163页;K.茨威格特、H.克茨:同注45引书,第120页。

[58] 参见注6引书,第219-222页。

[59] 同注4引书,第82、73页。

正因如此,尽管有“法例”等制度安排,但这种司法导入机制在中国近代习惯整合中的作用非常有限,“结合民国民法条文的立法精神与民国最高法院的判例,基本可以看出,立法者和司法者对民事习惯的态度是一致的:从内涵和程序上严格限制习惯的适用”<sup>[60]</sup> 在两千余项民事判解中,涉及习惯的仅占2%左右。<sup>[61]</sup> 《报告录》虽“具有前所未有的开创性价值,如其书名所示,仍只是有关事实的调查报告,而非把习惯作为规范命题表述出来的书籍”<sup>[62]</sup>

## 五、国情困境之初步“克服”——道德实用主义

由上可见,近代中国民法典如果要像法国那样,通过立法的方式来实现民法典与习惯的有机融合,恐将要经历一个极其漫长的过程。这对急于想实现现代化的近代中国的立法者来说,几乎是一座不可逾越的大山,存在着由基本国情而带来的国情困境。因此,作为一种具有节约机制的道德化/意识形态化,<sup>[63]</sup>就成了古今中外的人们在面对这些困境时较为普遍的甚至必不可少的选择,成了人类有效应对不确定性、降低信息成本的一种最普遍、最传统的方式。<sup>[64]</sup> “意识形态之所以存在是因为世界是复杂的,而人心的理性是有界的。如果世界是简单的或个人理性是无界的,那么个人也不会抄近路用意识形态来评判他周围世界的公平性。意识形态最初的功能因而可视作节约信息费用的一种工具。”<sup>[65]</sup>这也许是中西都存在“法律的道德性(化)”的根本原因。

不同的是,随着基本国情的不同而导致的时间成本、立法信息成本也不同,对意识形态化/道德化的需求程度也不同。当人口较少、地域较小及其社会复杂性较低,立法者面临的时间成本和立法信息成本较低时,立法对道德化/意识形态化的节约机制功能的依赖就较弱;反之则较强。因此,近代中国民法典制定者只好放弃原先实现民法典与习惯的融合、走西方“诉讼—习惯法—法典”的自下而上的立法指导思想,选取了一种非常实用主义的、非常传统而普遍的处理方式:“以礼入法”,<sup>[66]</sup>即将习惯道德化或意识形态化,将其法典化的失败归于习惯自身的碎片化、封建落后、不合时宜。“修律者不但没有提及对民事习惯的选择采纳,而且其内容基本上是说明外国法如何优于本国民事习惯。”<sup>[67]</sup>“自清末以来,法律家关于习惯的基本观点就是:民事习惯多为地方性习惯,且不良习惯居多。”<sup>[68]</sup>黄宗智

[60] 同注6引书,第222页。

[61] 该统计将有关习惯效力的总则性规范划归条理,只包括涉及习惯具体内容部分。参见注6引书,第145页。

[62] 同注47引文,第88页注释5。

[63] 诺斯:同注3引书,第53页。

[64] 另外,在古代社会,意识形态还表现为歧视、偏见、宗教、神学等形式,都具有节约信息成本的功能;参见[美]波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第357-411页。

[65] 林毅夫:“关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁”,载[美]科斯等:《财产权利与制度变迁》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第380页。

[66] 根据梁治平的解释,“以礼入法”包括两个方面:“道德的法律化”和“法律的道德化”。(参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社1997年版,第251-325页。)在笔者看来,前者属于本体论方面的含义,后者属于功能论方面的含义。本文中的“以礼入法”主要是指后者,就是将复杂的技术性问题(包括社会治理的法律技术)简单化、道德化为道德问题,以便节约其时间成本和信息成本。在这个意义(即功能)上,中国古代的“以礼入法”与近代将法律问题(即法律对习惯的技术化处理)道德化(即“以礼入法”)是相通的。另外,本文尽管主要是在解释近代的“以礼入法”,但也试图对中国古代历史上的“以礼入法”的解释有所涉及,至少具有启发意义;这是因为中国古代的基本国情(尤其是人口和地域)与近代甚至现代中国的基本国情,在本质上没有实质性的变化。

[67] 张生:“清末民事习惯调查与《大清民律草案》的编纂”,载《法学研究》2007年第1期,第131页。

[68] 同注6引书,第218页。

在研究清代法律实践历史时,就发现了这种解决“表达与实践”背离的“实用道德主义”。<sup>[69]</sup>

这种以道德化/意识形态化体现出的实用主义,笔者认为称之为道德实用主义更准确,更中立,也更能体现其为何自古至今长期存在的历史事实。<sup>[70]</sup> 如果没有功用,不实用,单纯只是“(实用)道德主义”,它能存在这么久远、影响这么深远吗?凡是能够达到其目的的手段都可以为其利用,即使是道德化、意识形态化也不例外;这难道不是一种更为彻底的、典型的实用主义吗?

实际上,这种法律道德化/意识形态化的处理方式,在中国有久远的传统。如在中国秦汉之间,董仲舒通过“引经决狱”、“以礼入法”,实现了法律的道德化。从本文的研究来看,秦汉之间的“以礼入法”,很可能就是秦灭六国统一中国后,人口和地域及其复杂性急剧增加而带来的必然结果;甚至还可以推断:中国古代在秦汉之间的社会管理方式由原先法家的“法治”转向儒家的“德治”,也与秦汉之间这种人口激增、地域面积急剧扩大及其复杂性显著增高有直接的关联。换言之,受立法信息成本的约束,法家的“法治”,与西方现代法治形成的历史一样,较适合于或首先形成于地域和人口较少的地区或国家,<sup>[71]</sup>而儒家的“德治”,则较为适合于人口、地域面积较大的地区或国家。“在人数较少、复杂性较低的情况下,‘法治’很容易得到实施……在人数众多、事件错综复杂的情况下……此时也是它问题最多的时候。”<sup>[72]</sup>即使是现代社会人类获取信息的手段获得前所未有的进步,法律道德化/意识形态化仍是中国现代立法者应对立法成本高昂的基本手段。如现代民法学者在草拟当代中国民法典学者建议稿,处理中国传统因素(包括习惯等)时,也常常采取这种道德化/意识形态化的方式。

“它的最大问题在于使我们失去了对生活世界的关心,失去了世界的开放性。”<sup>[73]</sup>“中国法律‘看不见中国(社会——引者注)’。”<sup>[74]</sup>法律只是国家的产物而不是社会的产物,只是外部规则而不是内部规则,只是规范性知识而缺乏来自中国社会的事实性知识,只是意识形态的而不是物质的,只是从社会中的统治者们的政策和价值中自上而下移动的产物而不是从整个社会的结构和习惯自下而上发展而来的产物,法律运行只有自上而下的轨道而缺乏自下而上的轨道,而法学“太大部分都用到表述和阐发抽象的规范理论上了,而用于提出和运用社会科学理论上的资源以及用于收集有关法律制度实际如何运作及其成本和其他后果如何之数据的资源都太少”,<sup>[75]</sup>最终使中国民法典走上了去中国化的脱嵌化的道路。

## 六、道德实用主义弊端之弥补——技术实用主义

为此,中国法治需要一种能使本土制度资源制度化上浮的自下而上的路径:从技术到观念。首先,这种自下而上的路径,要求我们从制度的技术操作层面切入,不要预设任何先入为主的观念,着重

[69] [美]黄宗智:《过去与现在——中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第8-11页。

[70] 由于司法者面临人口、地域及其复杂性远低于立法者,因此对道德的依赖远低于立法者。在这个意义上,波斯纳认为道德对法官追求的司法确定性没有太大的作用有其技术合理性。但如果以此全盘否定道德对法律的意义,则有失偏颇。对立法者尤其是国情及其复杂性较高国家如中国的立法者,道德化还是有其技术合理性。另可参见苏力:《法律与文学》,三联书店2006年版,第261-264页。

[71] 虞崇胜、杨刻俭:“古希腊民主制度的地缘因素探析”,载《云南行政学院学报》2009年第5期,第4-8页。

[72] 同注20引书,第183页。

[73] 苏力:《也许正在发生》,法律出版社2004年版,第145页。

[74] 同注37引书,第19页。

[75] 同注2引书,第8页。

研究技术制度。这种存在于技术操作层面的制度,相对于观念层面的制度而言,必然显得零碎、弥散、琐细甚至零乱,不系统,没有逻辑,更没有体系,是一种无法交流或交流起来不经济的地方性的甚至个人化的制度知识,有的深藏于社会中,有的司空见惯而不易觉察,有的浑然天成而不易辨别,很容易被视而不见,特别是从西方发达成熟的制度意识形态出发时,更容易被意识形态化为封建落后的制度技术和知识,但它是研究中国法治的经验起点和“原材料”。

其次,“向下也必须有方法的增加和转换”。<sup>[76]</sup> 为了避免对这种琐细的技术制度的一种意识形态化理解甚至误解,还需一种科学而客观的研究视角即大历史的技术角度。<sup>[77]</sup> 凡是能够解决好问题并能技术操作化的制度,都可以作为解决问题的选项,对制度持一种开放、包容的态度;即使是作为观念制度的道德或意识形态,也是如此:如果道德化或意识形态化能凭借节约机制等功能解决好问题,也可以作为其中的一个选项,但不是唯一的选项,并不意味着选择了某种意识形态就排斥其他的选项。在这个意义(即功能和技术)上,技术角度并不必然排斥道德实用主义,而是对道德实用主义的一种推进,一个重要的弥补和修正。这种“站在(古今中外的——引者注)中间”(黄仁宇语)的自下而上的技术角度,需要我们从浅显的社会法律问题即技术制度入手,并对其进行经济学、社会学、人类学、政治学等社会科学角度的向下的研究,重新将法律嵌入中国社会进行嵌入性分析。

再次,这种操作层面的技术角度的切入,只是为了保证研究问题的真实和审视问题的客观;其目的还是为了向上,只不过是“自下而上”罢了。“更重要的是追求从实践中发现真实的有意义的问题,发现影响人的行为和制度运作的重要且相对稳定的变量,发现这些主要变量之间的具有恒定性的因此具有普遍意义的因果关系,研究在特定环境条件下人的行为方式以及在不同条件下的变异因此可以丰富这些简单因果关系建构起来的模型(即理论)。”<sup>[78]</sup> 质言之,就是为了理解并获得建基于制度技术上的合理性即技术合理性,如在习惯的治理技术上,应该根据治理对象(即习惯)规范性不高的情形来选择适合的治理技术,如习惯的司法治理模式。<sup>[79]</sup>

最后,还必须承认的是,技术合理性还不是研究的最终目的;其最终目的是在技术合理性研究基础上,总结、提炼并形成一种能保证来自中国社会——实质上就是绝大多数中国人——的声音制度化上浮的自下而上的法律意识形态。这种意识形态实际上已存在于中国社会,如马克思的物质决定意识、经济基础决定上层建筑的历史唯物主义,毛泽东的“从群众中来、到群众中去”的群众路线,邓小平的“实践是检验真理的唯一标准”、“解放思想,实事求是”的中国特色社会主义理论,等等,都属于这种意识形态。但要将这种意识形态扩展到法律领域并具体化、系统化,形成一种中国特有的法律观和制度观,我们的研究还显得较为欠缺。为此,需要一种向下的建基于技术合理性上的法律观和制度观,需要一种比道德实用主义更为实用主义的法律观和制度观,正如波斯纳所说的“支持法律向一种更为实用主义的方向发展”,<sup>[80]</sup> 也就是一种技术实用主义的法律观和制度观。<sup>[81]</sup>

[76] 苏力:“研究真实世界中的法律”(译者序),载[美]罗伯特·埃里克森:《无需法律的秩序》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第19页。

[77] 参见黄仁宇:《中国大历史》,三联书店1997年版,“中文版自序”,第4页;张洪涛:“中国法治为何需要‘大历史’”,载《政法论丛》2013年第1期,第46-55页。

[78] 同注76引文,第18页。

[79] 张洪涛:“我国习惯的法律治理模式之反思”,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2009年第5期,第59-66页。

[80] 同注2引书,第216页。

[81] 关于这种技术进路的研究和实践,还可以参见注78引文,第46-55页。

技术实用主义不像道德实用主义那样回避、否定国情困境,也不像理想主义那样当现实与理想不符时轻言改造社会现实以满足自己的理想,而是在承认社会现实的前提下,恪守法律人的职责和本分,强调通过提高法律技术,通过提高法律治理体系和治理能力的现代化,来达到对社会的法律治理和改善。

技术实用主义法律观和制度观,还是一种不重名而重实、不重范式而重问题、不重表达而重实践、不重观念而重技术的法律观和制度观。这种法律观和制度观,在我国也有较为久远的历史,儒家就是其典型。儒家在面对春秋战国“规范的失范或挑战”时,其目标虽是“为政、治国、平天下”,但处处探讨“为人、修身、齐家”、“规范内植与个人修养”、“秩序自家庭始”等涉及个人社会生活的非常琐细的技术制度方案,<sup>[82]</sup>观察到这一点的韦伯(Max Weber)认为,“儒学压根儿只是一大堆政治格言和社会上有教养者的行为规则而已”。<sup>[83]</sup>后来的研究者在与西方比较时也认为,“在中国哲人眼中,伦理学之树立并非在其理论体系,亦不以白纸黑字为已足,而是力求实践。这是东方伦理学与西方模式相异之处,后者集中讨论诸如什么是‘正确’或‘良善’等问题。西方哲人大多视伦理学为科学,或者是思想,而不是生活与行为”。<sup>[84]</sup>总之,“西方伦理学及社会科学要建立的,是有系统的、分析性的理论知识,以知为目标,而孔子的志趣,却不在树立一套伦理知识,只在重建社会秩序,目标在行,不在知。所以,与其说儒学是有关伦理的知识,毋宁说是伦理本身”。<sup>[85]</sup>甚至中西思想家在有关社会秩序上提出问题的角度也不同。“霍布斯(Thomas Hobbes)提出的问题是:社会秩序为什么是可能的?孔子等人的问题则是:如何建立社会秩序?前者的问法是:‘为什么?’是智识性问题;后者的问法是:‘如何?’是规范性问题。”<sup>[86]</sup>换言之,西方侧重的是观念问题,强调观念制度的逻辑性、系统性、体系性,中国侧重于技术制度的操作化和实效性,正如孔子所言,“不曰‘如之何如之何’者,吾未知如之何也已矣”。<sup>[87]</sup>“民可使由之,不可使知之。”<sup>[88]</sup>

正因为如此,以致儒家对其他思想观念也持一种技术实用主义观念:凡是能够有利于儒家解决其社会秩序的观念,都可以为儒家所用,成为其有机组成部分;即使是曾经与儒家针锋相对的法家,也能为后世儒家所吸收。正因为如此,以致儒家在近现代西方思想借助于西方船坚炮利进入中国社会时,在思想观念层面迅速土崩瓦解。“也由于受西学影响的思维方式和话语,以及为回应西学作为强势话语的压力,许多同情理解儒家文化的现代知识分子也习惯在话语层面处理儒家,将之变成了‘文化’、‘哲学’或‘思想’。”<sup>[89]</sup>敏锐观察到这点的苏力教授认为,“哲学、伦理学、思想和文化层面(观念层面——引者注)的努力,越是成功,就越有可能低估、扭曲甚或遗忘儒家的这一最重要的社会历史贡献及其更为基本的社会问题的思考的理论意义”。<sup>[90]</sup>因此,苏力希望通过展示儒家在“纲常、礼仪、称呼”等建构秩序方面的技术制度及其技术合理性,“试图在社会学和政治学层面(即技术层面——引者

[82] 参见张德胜:《儒家伦理与秩序情结——中国思想的社会学诠释》,台湾远流图书公司1989年版,第61-94页。

[83] Max Weber, *The Religion of China* 152 (The Free Press 1964). 转引自:同注82引书,第63页。

[84] Hsieh Yu-wei, *Filial Piety and Chinese Society* 169, in *The Chinese Mind* (Charles Moore ed., The University Press of Hawaii 1977). 转引自:同注82引书,第63页。

[85] 同注82引书,第63页。

[86] 同注82引书,第62页。

[87] 《论语·卫灵公》,远方出版社2006年版,第158页。

[88] 《论语·泰伯》,远方出版社2006年版,第77页。

[89] 苏力:“纲常、礼仪、称呼与秩序建构——追求对儒家的制度性理解”,载《中国法学》2007年第5期,第50页。

[90] 同注89引文,第50-51页。

注)建构对儒家的制度性理解,期冀充分展示……儒家的意义在于制度,而不限于思想文化”<sup>[91]</sup>

“因此,如果中国的法治要想建立并成熟起来,中国的法学要能摆脱‘幼稚’之标签,那么,作为法学家的我们就不仅应当重视纯粹理性,而且应当重视实践理性,重视法律技艺,并在可能的情况下,将后两种知识以恰当的方式转化为可言说、可交流且交流起来经济的知识。”<sup>[92]</sup>换言之,中国法学家如果要建构出一种适合中国的法治理论和知识体系,为中国法学建构一套不同于西方的能够与西方进行平等交流的独立的法学话语体系,就不仅要重视观念制度的研究,更应该从技术角度重视中国古代和近现代技术制度的研究,更应该重视研究建基于中国古代和近现代的技术制度上的合理性,并在这些技术合理性研究基础上形成一种属于中国的技术实用主义的法律观和制度观。这不仅是中国当代法学家们的历史使命和光荣任务,也是中国法治走出国情困境的出路。

### **“Bringing Courtesy into Law” and Its Amendment in Modern China —An Empirical Study of Codification of Civil Customs within the End of Qing Dynasty and the Beginning of the Republic of China**

Zhang Hongtao

**Abstract:** During the evolution of civil customs from “personal customs to social customs (regional customs to national conventions) to State law”, facing the national condition predicament due to the impact of population, geography and imported judicature mechanism, the legislators in modern China had to choose the way of top – down moral pragmatism. They “copied” the historical process of “bringing courtesy into law”: moralizing the national condition predicament for civil customs’ codification. They attributed it to the civil customs’ characteristics: fragmentary, feudal, backward and untimely. Depending on the function of saving mechanism of moralization / ideology and other functions, rule by law in Modern China has been realized quickly. Meanwhile, rule of Law was led to the path of eliminating Chinese culture and disembeddedness. Thus rule of Law in China needs a legal ideology of bottom – up technology pragmatism urgently, which can promote “rule of law” to technical operation level. Rule of Law in China also needs an embeddedness approach of codification of civil customs embedded in Chinese society.

**Keywords:** codification of civil customs; national condition predicament; “bringing courtesy into law”; moral pragmatism; technology pragmatism; embeddedness approach.

(责任编辑:刘馨)

[91] 同注 89 引文,第 51 页。

[92] 苏力:《制度是如何形成的》,中山大学出版社 1999 年版,第 172 页。

# 论美国《宪法》“协定条款”的法律变迁 及对中国区域法律治理的启示

——从二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义

何 渊\*

**摘 要:**美国《宪法》“协定条款”使州际协定成为美国最重要的区域法律治理机制。美国联邦最高法院就“国会的同意”形成了“双层功能性联邦权威”标准,即只有侵犯联邦政府至上权力的州际协定才需要获得国会的批准。在“协定条款”适用过程中,联邦和州之间的相互逐力体现的是二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义的宪法变迁。基于美国经验和我国国情,解决区域合作“缺乏直接的宪法和法律依据”难题的法律对策是修宪论、法律完善论及宪法解释论的分阶段运用,而解决区际政府间纠纷难题的法律对策是责任条款解决机制、行政解决机制、仲裁解决机制及司法解决机制的综合运用。

**关键词:**美国宪法 协定条款 宪法变迁 功能性联邦权威标准 区域法律治理

## 一、引言

在我国,从京津冀到珠三角,从长三角到东三省,再到新疆乌昌、长株潭城市圈、安徽皖江城市带、武汉城市圈、成渝城市圈和河南中原经济区,最后到长江经济带,它们都在积极探索区域治理的法律制度,其中最成功的当属区域合作协议机制。但这种法律实践“并不是市场的自发秩序,而是国家通过公权力强力推进的”。〔1〕因此,我国公法学界不能忽略区域法律治理制度的合宪(法)性这一重大宪法问题,尤其需要关注区域合作协议机制所涉及的中央与地方关系、地方政府间关系、政府与公民社会关系以及政府与市场关系,而核心命题是如何实现中央与地方的政治平衡,促进地方政府间合作和解决地方政府间争端。

对于区域法律治理的参照系,大致有国际私法方案、欧盟方案以及美国州际法治协调方案三种,“从参照系功能与所需要解决任务的一致性、参照系环境的相同性和所坚持理念的先进性来说,我们应当选择美国的州际法治协调为参照系,这一参照系以尊重现行宪政框架,通过法解释挖掘法律资源为核心,是我们研究区域经济一体化中法制问题的首选方案”。〔2〕基于这样一种思路,本文以萌芽于

\* 上海交通大学凯原法学院副教授,法学博士。本文系上海浦江人才计划项目“区域法律治理中的地方自主权研究”(15PJC066)和国家社科基金项目“行政协议——中国特色的区域法制的协调机制研究”(批准号:08CFX014)的阶段性研究成果。

〔1〕 叶必丰:“区域经济一体化法制研究的参照系”,载《法学论坛》2012年第4期,第25-32页。

〔2〕 同注1引文,第25页。

美国殖民时代的“协定程序”并以《邦联条例》为基础的美国《宪法》“协定条款(compact clause)”作为参照系,该条款的出台极大地促进美国州际合作的发展,并使得州际协定成为了美国最为重要的区域法律治理机制。该条款在强调国会批准权的同时事实上授予各州州际协定缔结权,但对“国会同意”的宪法适用和法律解释却成为了美国联邦主义中的一大难题。

“宪法变迁系指另一种修改,即宪法文本形式上保持不变,而是通过一些非以修改宪法为目的或无意识的事实行为而对宪法所作的修改”,<sup>[3]</sup>通过“将某种含义解读进文字之中”<sup>[4]</sup>的宪法解释方法去发现和唤醒“在宪法的文字中沉睡的一些至今不为人知的权力”。<sup>[5]</sup>基于此,本文试图借用耶里内克的“宪法变迁”范畴来分析美国宪法的“协定条款”。在美国从二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义的大变迁的历史背景下,本文通过对美国联邦最高法院相关判例的整理来分析美国联邦与州在制度变迁过程中的权力冲突与相互逐力,阐述美国国会在州际协定机制中的法律地位的变化,从而为我国区域法律治理中中央和地方关系的整合提供一个可供借鉴的完整法律参照系。

## 二、美国《宪法》“协定条款”的渊源

美国宪法“协定条款”起源于美国殖民时期的“协定程序”(compact process)。大量的英国女王特许状使北美各殖民地之间的边界不断发生变化,由此带来的问题是边界争端大幅增加。于是,为了解决不断发生的边界争端,英国女王专门出台了“协定程序”。由此,各殖民地开始有权通过谈判达成协议的方式自行解决边界争端,但这些边界协定必须得到英国枢密院(Privy Council)和英国女王的批准才能产生法律效力,而批准的形式是英国女王颁发的特许状。如果各殖民地不能达成边界协定,则由英国女王来作出最终的裁决。这就创造了美国通过协定模式来解决边界争端的法律传统。<sup>[6]</sup>

美国宪法“协定条款”的雏形是美国《邦联条例》的第6条,即“除非经过美国国会的同意,并且具体指出该协定的目的以及持续的期间,任何两个或者更多的州不能签订州际协定、结成邦联或同盟”。美国邦联政府对各州之间的政治同盟或者经济同盟非常担忧,从字面含义来看,《邦联条例》似乎完全禁止各州之间缔结州际协定或结成邦联或同盟。但面对不断激化和日益增加的州际争端,美国邦联政府又不能视而不见。他们试图找到一种平衡的法律治理方案,既能保护脆弱的美国邦联,又能实现州际合作和解决州际争端。于是,《邦联条例》在事实上授权各州缔结州际协定的同时规定必须得到邦联国会的同意,并规定美国国会对州际争端有最终的裁决权。<sup>[7]</sup>

基于与《邦联条例》一样的立宪理由,美国《宪法》也试图在避免联邦解体风险和解决州际争端之间寻找到一个平衡的法律治理方案。在几乎没有任何法律争议的情况下,美国《宪法》几乎全盘复制了《邦联条例》的第6条,这就是美国《宪法》第1条第10款第3项规定的“协定条款”,即“任何一州,未经国会同意,……不得与它州或外国缔结协定或联盟”。

[3] [德]格奥尔格·耶里内克:《宪法修改与宪法变迁论》,柳建龙译,法律出版社2012年版,第3页。

[4] 同注3引书,第27页。

[5] 同注3引书,第27页。

[6] Felix Frankfurter & James M. Landis, *The Compact Clause of the Constitution — A Study in Interstate Adjustments*, 34 Yale L. J. 685, 692, 730-731 (1925).

[7] 参见美国《邦联条例》第9条之规定:“对于现存的或者今后可能遇到的州际争端,包括边界、司法权等问题的冲突,美国国会有最终的裁决权。”

### 三、美国《宪法》“协定条款”的法院解释

美国《宪法》“协定条款”明文授予了美国国会对州际协定的批准权,但“国会同意”的法律适用却成为了争议最大的宪法问题之一。如果仅仅从美国《宪法》“协定条款”的字面含义来看,所有州际协定产生法律效力的前提条件是得到国会参议院和众议院两院的批准,并且得到总统的签署。但在美国的宪政实践中,美国“协定条款”并没有按照美国《宪法》的纸面规定的那样加以严格适用。邦联条例时期没有一个州际协定根据《邦联条例》第6条的规定获得过美国国会的批准。<sup>[8]</sup>从美国《宪法》颁布之日起到1921年之间,也仅仅36个州际协定曾获得过美国国会的批准。<sup>[9]</sup>那么,美国联邦最高法院的法官们又是如何思考“国会同意”的必要性以及适用条件的呢?他们的法律态度到底发生了怎样的法律变迁呢?

#### (一) 弗吉尼亚州诉田纳西州案——功能性“联邦权威”标准的构建

美国最高法院对“协定条款”的观点最早可以从1893年的弗吉尼亚州诉田纳西州案<sup>[10]</sup>中找到。在这个案件中,弗吉尼亚州诉称,其与田纳西州案缔结的边界协定并没有得到国会的批准,因而违反《宪法》的“协定条款”,是没有法律效力的。<sup>[11]</sup>美国联邦最高法院认为,如果仅仅从字面意义来理解《宪法》“协定条款”,那么所有的州际协定都需要获得美国国会的批准。但是,完全禁止各州缔结州际协定势必会给各州带来永久性的合作困境或造成公共妨害。事实上,联邦立法的主要工作已让美国国会焦头烂额,美国国会并不愿意花时间来批准那些纯粹涉及各州事务的州际协定。

因此,美国联邦最高法院认为,美国《宪法》“协定条款”并不能也没有必要适用于所有的州际协定。<sup>[12]</sup>只有那些“试图通过州际联盟的形式来增加州的政治权力或影响力,并可能侵犯或者干涉美国联邦的最高权力”<sup>[13]</sup>的州际协定才需要得到国会的批准。为了具体说明这个问题,美国最高法院专门假设了以下四类不需要获得国会批准的州际协定:其一,关于纽约州购买弗吉尼亚州的土地并实际拥有所购土地的州际协定;其二,马萨诸塞州和纽约州之间关于通过伊利运河运送大量展品到芝加哥世界博览会的州际协定;其三,各州之间关于疟疾等疾病多发区的联合治理的州际协定;其四,各州之间关于联合防范霍乱或瘟疫侵入的州际协定。<sup>[14]</sup>从美国的宪政实践来看,下列州际协定事实上不需要获得国会的同意:各州所属的地方政府之间签订的协议;仅涉及各州的日常事务的州际协定,如教育、儿童福利或者精神健康等;缔结目的仅在于促进州际合作和提供区域法律协调机制的州际协定。<sup>[15]</sup>

美国联邦最高法院还特别对美国国会是否批准州际协定的事实进行了认定。“国会的同意”可以

[8] Frankfurter & Landis, *supra* note 6, at 732-734.

[9] Brevard Cribfield, *Interstate Compacts, 1783-1977: An Overview*, The Book of The States 1978-1979, at 580 (Council of State Governments, 1978).

[10] *Virginia v. Tennessee*, 148 U.S. 503 (1893).

[11] *Id.* at 517.

[12] *Id.* at 518.

[13] *Id.* at 519.

[14] *Id.* at 735.

[15] F. Zimmerman & Mitchell Wendell, *The Law and Use of Interstate Compacts* 24 (The Council of State Governments, 1975).

发生在州际协定缔结之前,也可以发生在缔结之后,而“国会的同意”的形式既可以是明示的,也可以是暗示的,因此,美国国会基于“司法和税收的目的”,对在此之前的边界州际协定表现出明确的信任和支持,这暗示着美国国会对本案所涉的边界协定也是同意的。<sup>[16]</sup> 在这种情况下,只要国会没有明确提出反对意见,州际协定就自然生效。

弗吉尼亚州诉田纳西州案的法律意义在于构建了美国《宪法》“协定条款”的适用标准,即著名的功能性“联邦权威”标准。一方面,这个标准强调“功能性”,即法院不应当把州际协定文本作为唯一的依据,而是应当根据州际协定的缔结目的来综合判断“国会同意”的必要性。另一方面,这个标准又强调“联邦权威”,即只要各州缔结州际协定的法律目的不是试图通过侵犯联邦政府至上权力的方式来增加成员州的权力,那么“国会同意”并不是必要的。总之,美国国会行使州际协定的批准权是法律的例外,而让各州自由地行使美国《宪法》授予的州际协定缔约权才是法律的常态。这个判例事实上为后面一系列的州际协定案件设定了适用标准,对美国的府际关系和联邦主义产生了重大影响。

### (二) 新罕布什尔州诉缅因州案——功能性“联邦权威”标准的重申

功能性“联邦权威”标准在1976年的新罕布什尔州诉缅因州案<sup>[17]</sup>中得到强化并发展。美国联邦最高法院认为,新罕布什尔州与缅因州之间缔结边界州际协定的法律目的只是为了具体明确之前已经存在的州际边界线,既没有影响到联邦政府的权力,也没有影响到联邦政府与州政府之间的政治平衡;同时,该州际协定既没有增加州政府的权力,也没有威胁到联邦政府的至上权力。因此,美国联邦最高法院认为,新罕布什尔州与缅因州的边界州际协定不需要获得美国国会的同意。<sup>[18]</sup>

事实上,新罕布什尔州诉缅因州案只是重申了弗吉尼亚州诉田纳西州案构建的功能性“联邦权威”标准,即只有“侵犯或者干预了美国联邦至上权力”的州际协定才需要得到美国国会的批准。<sup>[19]</sup> 新罕布什尔州诉缅因州案还提出了一个重要概念“政治平衡”,但可惜的是,美国联邦最高法院并没有对此概念进行展开分析。

### (三) 美国钢铁公司诉州际税收委员会案——功能性“联邦权威”标准的细化

在1978年美国钢铁公司诉州际税收委员会案中,美国联邦最高法院并没有对功能性“联邦权威”标准进行修改,而只是对功能性“联邦权威”标准进行了进一步细化。美国联邦最高法院认为,当一个州际协定试图“通过增加州的权力而损害甚至取代联邦政府的权力”<sup>[20]</sup>的时候,它就是违反美国《宪法》“协定条款”的。那么,应当如何判断州际协定是否事实上侵犯了“联邦政府的至上权力”呢?

美国司法部认为,州际协定在同时符合下列两个条件的情况下,就属于侵犯了“联邦政府的至上权力”,即“其一,州际协定的内容涉及了联邦政府的权力,而联邦政府却对该权力完全有能力独立行使;其二,州际协定试图通过协定的方式增加法律权力或者免除法律责任”。<sup>[21]</sup> 而美国联邦最高法院在美国钢铁公司诉州际税收委员会案中作出了基本一致的法律判断:其一,《跨州税收协定》并没有授予成员州新的权力,而各州也只是行使着该协定缔结之前既有的法定权力;其二,《跨州税收协定》并

[16] *Virginia*, 148 U. S. at 522.

[17] *New Hampshire v. Maine*, 426 U. S. 363 (1976).

[18] *Id.* at 369-370.

[19] *Id.*

[20] *United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm'n*, 434 U. S. 473 (1978).

[21] 4B Op. Off. Legal Counsel 828, 830-831 (1980).

没有把州的最高权力授予给由该协定产生的跨州税收委员会;其三,各成员州依然保留着接受或拒绝跨州税收委员会作出的规则的权力,甚至有权随时退出《跨州税收协定》。<sup>[22]</sup> 基于此,美国联邦最高法院认为,如果州际协定仅仅创造了一个跨州的管理机构,即使这个管理机构拥有很大的权力,也不是必须获得美国国会批准的充分条件,因此,《跨州税收协定》不需要得到美国国会的同意。

#### (四) 其他案件——功能性“联邦权威”标准的补充

自美国钢铁公司诉州际税收委员会案判决生效后,州际协定很少因美国《宪法》“协定条款”而受到法律的挑战。在 *Star Scientific v. Beales* 案中,美国第四巡回上诉法院只是对《烟草大和解协议》(*Tobacco Master Settlement Agreement*) 是否对联邦政府的权力产生实际影响进行了审查,而并没有否定这个未经国会批准的州际协定的法律效力。<sup>[23]</sup> 后续的一些试图用“协定条款”来否定州际协定法律效力的案件也都以失败而告终。<sup>[24]</sup>

随着美国州际合作的深入,各州除了缔结正式的州际协定外,还逐渐发展了其他形式的合作机制,如互认立法(*reciprocal legislation*)和州际示范法(*model state laws*)等,它们虽然不以“协定”为法律基础,但是却常常以“协定”的形式出现。在这个背景下,法院开始注意辨别真假州际协定。<sup>[25]</sup> 在 *Northeast Bancorp Inc.* 案中,法院阐述了州际协定必须具备的“四大典型特征”:“其一,州际联合组织或实体的建立;其二,一个州与其他成员州的联合行动情形的出现;其三,成员州单方修改或废除自己州法律的权力受到了协定的限制或约束;其四,每个成员州的规章制度受到其他成员州的相互制约或限制。”<sup>[26]</sup>

总之,“不仅在国家史上的重大转折点,且在正常国家生活过程中,这种必要性也可能以某种令人吃惊的方式显现出来,并使国家机构相对于宪法文本而发生变迁。……在相关法律文本尚未来得及作任何修改的情况下就经历了无比深刻的变迁”<sup>[27]</sup> 通过判例的不断积累,美国联邦最高法院逐渐发展出了完全不同于美国《宪法》“协定条款”字面意思的评判标准,即“双层功能性联邦权威”标准:第一层次,根据 *Northeast Bancorp Inc.* 案提到的“四大典型特征”,来判断一个州际协定是否构成一个真正的州际协定。如果不符合四大典型特征,属于假州际协定,那么,就不能适用美国《宪法》的协定条款,国会的同意自然没有必要;第二层次,如果所涉及的州际协定完全符合上述四大典型特征,属于州际协定,那么还得判断该协定是否实际上侵犯了联邦政府的至上权力。有意思的是,迄今为止,美国没有一个法院曾经认定过州际协定因侵犯联邦至上权力而需要得到美国国会的批准,也未因此而否定过州际协定的法律效力。相反,一些事实上已经获得美国国会批准的州际协定,也被法院认定为没有法律上的必要性。<sup>[28]</sup>

[22] *United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm'n*, 434 U.S. 473 (1978).

[23] *Star Scientific*, 278 F.3d 360 (4th Cir. 2002).

[24] *Mariana v. Fisher*, 226 F. Supp. 2d 575, 586-587 (M.D. Pa. 2002); *PTI v. Philip Morris*, 100 F. Supp. 2d 1179 (C.D. Cal. 2000).

[25] *Clark v. Allen*, 331 U.S. 503, 516-517 (1947).

[26] *Northeast Bancorp, Inc. v. Board of Gov. of the Fed. Reserve System*, 472 U.S. 159, 175 (1985).

[27] 同注3引书,第28-29页。

[28] *United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm'n*, 434 U.S. 471 (1978).

#### 四、美国《宪法》“协定条款”下的州权扩张

由于美国联邦最高法院这种一以贯之的宽松态度,使州际协定在美国得到了前所未有的大发展。在这个过程中,州权获得了扩张的机会,美国各州开始不断影响联邦与州的政治平衡,甚至开始试图挑战美国《宪法》“协定条款”。这一点充分地体现在近 20 年发生的几个典型的州际协定上。

第一个具有典型意义的州际协定是烟草《大和解协议》(Master Settlement Agreement)。1998 年,美国 46 个州的检察总长与美国最主要的烟草公司签订了和解协议。根据《大和解协议》的约定,美国烟草行业共需要支付给各州约 2500 亿美元的“赔偿金”。这些“赔偿金”在法律性质上属于国家消费税,但美国没有任何一个层次的立法机关出来表态反对这个特殊形式的税收,而《大和解协议》也并没有获得过美国国会的批准。<sup>[29]</sup> 那么,涉及“国家消费税”的州际协定是否事实上侵犯了联邦的至上权力呢?

在环境保护方面引起公众争议的州际协定是《区域温室气体倡议》(Regional Greenhouse Gas Initiative)。2008 年,为了应对联邦政府在日益攀升的温室气体指标方面的立法不作为,美国 9 个州缔结了《区域温室气体倡议》。该协定要求各成员州有义务对来自发电站的二氧化碳排放作出限额安排,一旦达到协定规定的总额,各州就应当无条件停止碳排放;同时,在限制总额的前提下,允许各州对碳排放进行市场化的交易。<sup>[30]</sup> 该协定虽然大获成功,并取得了良好的社会效果,但二氧化碳排放等环保问题属于全国性的问题。通过州际协定的方式来解决全国性的问题,是否存在侵犯联邦至上权力的嫌疑呢?

近年来最受美国公众关注和热议的州际协定是《全国普选票州际协定》(National Popular Vote Interstate Compact)。2006 年,一个叫“全国普选”的组织极力推广《全国普选票州际协定》,其目的旨在改革总统选举中的选举人团制度,间接实现全民普选。《全国普选票州际协定》规定:“一旦所有加入协定的州所持有的选举人团票总数超过全国总数的一半,加入的各州就会把所有选举人团票投给全国普选票中的胜出者。”该协定一旦生效,实际的法律效果是绕过修宪的高门槛达到在事实上修宪的目的,美国将变成全民普选国家。<sup>[31]</sup> 该协定是否违反美国《宪法》、1964 年的《人权法案》及 1965 年的《选举权法案》的规定呢? 而最为关键的问题是,该协定到底是否影响了联邦与州的政治平衡呢?

另外,美国有些州甚至与外国政府开始缔结贸易协定。对于这类贸易协定,到底是否应当得到国会的批准呢? 2003 年,美国堪萨斯州州长凯瑟琳以堪萨斯州的名义与古巴签订了一个贸易协定。该协定规定,古巴购买堪萨斯州的价值 1000 万美金的农产品。作为回报,堪萨斯州承诺说服美国联邦政府废除针对古巴的贸易和旅游的禁令。<sup>[32]</sup> 该贸易协定并没有受到过任何宪法意义上的审查,美国国会并不否认该协定的法律效力,美国白宫也没有反对过该协定。但这类跨国的贸易协定却在美国学界和民众中引起轩然大波,堪萨斯州是否有权与美国当时的敌对国古巴缔结协定? 美国《宪法》“协

[29] Michael S. Greve, *Compacts, Cartels, and Congressional Consent*, 68 Mo. L. Rev. 287 (2003).

[30] Michael S. Smith, Note, *Murky Precedent Meets Hazy Air: The Compact Clause and the Regional Greenhouse Gas Initiative*, 34 B. C. Env'tl. Aff. L. Rev. 387 (2007).

[31] Robert W. Bennett, *Popular Election of the President without a Constitutional Amendment*, 4 Green Bag 2d 241 (2001).

[32] Scott Rothschild, *Sebelius Signs Trade Pact with Cuba*, Havana Journal, Jan. 15, 2004.

定条款”是否能适用于各州与外国缔结的贸易协定?

在过去的数十年间,美国各州试图利用州际协定这个工具来解决联邦政府立法缺位或行政不作为时的“烟草税收问题”及“二氧化碳排放等环保问题”;利用州际协定这个工具来绕过修宪的高门槛达到在事实上修宪的目的,试图将美国变成全民普选的国家;有些州甚至与外国政府缔结了国际贸易协定,与美国当时的敌对国古巴实现贸易合作。上述这些问题,共同的特征都是全国性的法律难题。这些州际协定到底是否侵犯联邦的至上权力从而影响了联邦与州的政治平衡呢?而国会批准的必要性及适用条件始终是最核心的法律问题。

## 五、美国《宪法》“协定条款”下联邦权力的崛起

由于美国联邦最高法院通过判例确立的以“宽松”著称的功能性“联邦权威”标准,客观上使州际协定从一个解决区际争端的法律工具一跃成为了解决全国性问题的法律机制,甚至成为了联邦立法的替代品。在这种背景下,联邦权力对包括州际协定缔结权在内的州权的制约和限制不可避免地出现了。美国《宪法》“协定条款”强调“国会的同意”的主要目的是保证那些可能影响政治平衡的州际协定不违背国家意志或不损害全美国的根本利益。在实践中,美国联邦政府以下列三种形式强势介入州际协定。

### (一) 附条件的国会同意

面对州权的不断扩张,国会开始拿起美国《宪法》赋予的批准权这一武器予以反击和限制,通过对州际协定不断施加“附条件的国会同意”,试图真正对“州际合作行为实施管理监督权”。<sup>[33]</sup>

在 *Cuyler v. Adams* 案中,法院认为,美国《宪法》“协定条款”授予国会的批准权是绝对的权力,自然也包含“附条件的国会同意”这种形式。<sup>[34]</sup> 法院在 *United States v. Tobin* 案中认为,国会在批准州际协定之前附加的任何实质性条件都是符合美国宪法规定的,同时也明确承认美国《宪法》“协定条款”暗示了国会有权改变、修改或者撤销州际协定的内容。<sup>[35]</sup> “国会同意的附加条件”通常包含在国会批准州际协定的立法文件中,往往是国会保留改变、修改或者撤销州际协定内容的权力。<sup>[36]</sup> 在 *United States v. Tobin* 案中,华盛顿哥伦比亚特区的巡回上诉法院对附加在《纽约港管理局协定》上的“国会同意的条件”进行了司法审查。<sup>[37]</sup>

实践中,美国国会除了保留改变、修改或者撤销州际协定的权力之外,还创造性地提出了“附期限的国会同意”,即批准州际协定的前提条件是该协定在一段期间内必须具有法律效力。这意味着,未经美国国会同意,各成员州并不能自行提前终止或任意延长州际协定的法律效力,但美国国会却有权随时撤回其对该州际协定的批准行为。在作为《低密度放射性废物州际协定》批准文件的国会《低密度放射性废物政策法案》(Low - Level Radioactive Waste Policy Act)中就明确规定,在州际协定产生法

[33] *Cuyler v. Adams*, 449 U. S. 433, 440 (1981).

[34] *Id.* at 439 - 444.

[35] *United States v. Tobin*, 306 F.2d 270 (D. C. Cir.), cert. denied, 371 U. S. 272 - 273 (1962).

[36] *The Wabash Valley Compact*, Pub. L. No. 86 - 375, 73 Stat. 694, 698 (1959).

[37] *United States v. Tobin*, 306 F.2d 270 (D. C. Cir.), cert. denied, 371 U. S. 902 (1962).

律效力后的每5年,美国国会有权对该协定进行审查并有权随时撤回对州际协定的批准。<sup>[38]</sup>另外,美国国会在《低密度放射性废物政策法案》中还把“州际行政管理机构的信息公开”作为批准《低密度放射性废物州际协定》的附加条件之一。

## (二)“事先立法形式”的国会同意

为了监督和限制州权,美国国会的同意形式也开始呈现多样化的特征。在实践中,美国国会的同意主要有两种形式,或是国会的专门法案,或是州际协定文本中的联邦与州的联合决议。<sup>[39]</sup>其中最典型的是,美国国会通过“事先立法形式”的国会同意,主动促使各州在特定的领域缔结州际协定。如《关于扣押令的州际协定》(the Interstate Agreement on Detainers)事先获得了1934年美国国会《犯罪控制法案》的批准。但即使是事先获得立法批准的州际协定,最终还是需要再次递交给美国国会,以便获得正式的批准书。

那么,经美国国会批准的州际协定是否会使州际协定构成联邦法律呢?在 *People v. Central R. R.* 案中,法院认为,美国国会的同意并不能使州际协定成为美国《司法法》(Judiciary Act)意义上的美国法律。<sup>[40]</sup>而在 *Hinderlider v. La Plata River Co.* 案中,法院同样认为,美国国会对州际协定的批准并不能产生联邦法律。<sup>[41]</sup>但这种司法意见在 *Cuyler v. Adams* 案中被推翻了,美国联邦最高法院认为,“当国会授权各州缔结一个合作协定,并且该协定所涉及的主题也符合国会立法的基本原则的时候,国会的同意使得州际协定自然转化为《宪法》‘协定条款’下的联邦法律”。<sup>[42]</sup>美国联邦最高法院进一步指出,《关于扣押令的州际协定》完全符合了美国国会立法的基本原则,“可以成为美国国会立法的主题”,因此对该州际协定的法律解释也应当属于“联邦法律的问题”。<sup>[43]</sup>

## (三)联邦政府对州际协定的直接参与

联邦政府对州际协定的直接参与在很大程度上可以看作是美国《宪法》“协定条款”下“国会同意”的一种新的具体形式。从实践来看,联邦政府对州际协定的直接参与至少可以带来两个好处:其一,联邦政府在州际协定的缔结阶段的积极介入,这必然会提高美国国会同意的可能性;其二,联邦政府对州际协定的直接参与,有利于各州获得联邦政府物质和精神上的大力支持。

联邦政府对州际协定的直接参与既是各州主动政治游说的结果,更是联邦政府试图对州际协定加强法律监管的结果。实践中,很多对州际协定“事先同意”的美国国会立法都会附加一个特别条件,即联邦政府有权参与到州际协定的缔结程序和实施程序中。如《鲍尔德峡谷工程法》(The Boulder Canyon Project Act)规定,“国会同意”的前提条件是总统任命的美国代表有权参与到科罗拉河流域的州际协定的缔结过程和实施过程中。

同时,联邦政府对州际协定的直接参与还表现为联邦与各州之间的联合州际机构的创建。1961年,作为美国代表的联邦政府和特拉华州、宾夕法尼亚州、纽约州、新泽西州共同成立了特拉华河流域委员会(Delaware River Basin Commission)。<sup>[44]</sup>另外,《萨斯奎汉纳河流域协定》(Susquehanna River

[38] Low - Level Radioactive Waste Policy Act, 42 U. S. C. § 2021d(a)(2)(B) (1982).

[39] Potomac Compact, ch. 579, 54 Stat. 748 (1940) (codified at 33 U. S. C. § 567(b) (1970)).

[40] *People v. Central R. R.*, 79 U. S. (12 Wall.) 455, 456 (1870).

[41] *Hinderlider v. La Plata River Co.*, 304 U. S. 92 (1938).

[42] *Cuyler v. Adams*, 449 U. S. 440 (1981).

[43] *Id.* at 442.

[44] Delaware River Basin Compact, Pub. L. No. 87 - 328, § 1.2, 75 Stat. 688, 689 - 691 (1961).

Basin Compact)也出现了类似的联邦与州的联合州际机构。<sup>[45]</sup>从实践来看,这些“联合州际机构”大都只是制定流域规划的权力,一旦流域规划制定完毕,剩下的实施工作实际上由联邦和州按照各自的事权分工分别进行。

另外,联邦政府对州际协定的直接参与还表现为联邦政府与各州之间的联合州际协定的缔结。联邦与州的联合协定往往用来解决一些大都市的州际难题,这些联合协定既有州际协定的灵活性和自主性,又有联邦政府的权威性和支持度。如在美国东海岸的纽约、波士顿以及华盛顿哥伦比亚特区等都市圈中,就缔结了很多联邦与州的联合州际协定,这些协定为解决或缓解大都市的交通、治安、垃圾处理及环境污染等法律难题作出了很大的贡献。

## 六、美国《宪法》“协定条款”下联邦与州的关系的平衡

在州际协定问题上,州权的不断扩张和联邦权力的强势崛起,是一个相当长的时间内联邦权力和各州权力寻求“政治平衡”的一个过程,这个过程体现了美国联邦主义从二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义的宪法变迁。而就美国《宪法》“协定条款”而言,核心问题依然是“国会同意”的必要性和适用条件。

### (一)对功能性“联邦权威”标准的批评

功能性“联邦权威”标准事实上导致了州权的不断扩张和联邦权力的不断干预,联邦权力和州权之间的政治平衡面临着随时被打破的风险。功能性“联邦权威”标准也引来了很多的批评。

其中一种批评意见是,功能性“联邦权威”标准忽略了联邦主义的横向维度,威胁了州际协定的非成员州的利益。在美国钢铁公司诉州际税收委员会案的判决书中,怀特法官认为,没有加入《跨州税收协定》的各州将很难吸引大公司的投资,“非常明显的是,非成员州在竞争中将处于劣势”。<sup>[46]</sup>虽然多数派法官也承认“从本质来看,各州的集体行动比单个州的个别行动更具有影响力”,但他们认为,《跨州税收协定》对非成员州施加的压力与单个州的优惠税收政策对其他州施加的压力没有区别。因而,对非成员州施加的外在压力不能成为否定“未经国会批准”的《跨州税收协定》法律效力的法律理由。<sup>[47]</sup>

还有一种批评意见是,功能性“联邦权威”标准与《宪法》“协定条款”的原义背道而驰。在美国钢铁公司诉州际税收委员会案的判决书中,怀特法官认为,《宪法》“协定条款”的设立目的是为州际联合行动提供法律指导。如果“协定条款”的功能仅限于为侵犯《宪法》“贸易条款”的州际协定得到国会批准提供宪法基础,那么直接适用《宪法》“贸易条款”可以起到一样的法律效果,而《宪法》“协定条款”存在的法律价值在于:有些行为,单个州有权单独作出,但数个州却无权联合作出。<sup>[48]</sup>在怀特法官看来,功能性“联邦权威”标准解决的法律问题并不是“州际协定是否需要得到国会的批准”的问题,而是“国会在自己不能作为的情况下,能否把立法权授予州际协定的成员州来行使”的问题。

[45] Susquehanna River Basin Compact, Pub. L. No. 91-575, 84 Stat. 1509 (1970).

[46] *U. S. Steel v. Multistate Tax Comm'n*, 434 U.S. 452, 495 (1978).

[47] *Id.* at 478.

[48] *Id.* at 452.

## (二)“国会同意”的新标准

基于对功能性“联邦权威”标准的批评,美国学者提出了三种新的法律适用标准,即“固有权力”标准、“主题基础”标准及“州权基础”标准,具体阐述如下。

### 1. “固有权力”标准——二元联邦主义下的完全限制

美国《宪法》第十修正案规定:“本宪法未授予合众国、也未禁止各州行使的权力,保留给各州行使,或保留给相应各州人民行使。”二元联邦主义(dual federalism)正是以此修正案为基础,“强调联邦和各州之间的实体分权,关注政治权力在两个层次的主权之间的二元分配,并要求保证每个层次的主权都具备另一个层次所不得侵犯的政治权力底线”。<sup>[49]</sup>

受到二元联邦主义的影响,美国学者 Michael Greve 在详细列举联邦权力和州权力的基础上提出了“固有权力”标准。在他看来,只要州际协定涉及了列举的联邦权力或其他非成员州的权力,“国会的同意”是该协定产生法律效力的必要条件。美国《宪法》“协定条款”的法律目的就是为了避免“有害州际协定”的通过,而并不是为了限制富有成效并且成果丰硕的州际合作。<sup>[50]</sup>“有害州际协定”不仅包括违背纵向联邦主义的州际协定,即侵犯联邦政府权力的州际协定,还包括违背横向联邦主义的州际协定,即侵犯非成员州权力的州际协定。

Greve 希望严格适用美国《宪法》“协定条款”,反对任何形式的扩大性宪法解释。<sup>[51]</sup>但完全无涉联邦权力、非成员州权力或非成员州公民权利的州际协定是不存在的,区别只在于量多量少的问题。因此,从这个角度来说,“固有权力”标准几乎完全否定了未经国会同意的州际协定的法律效力,即主张未经国会批准的州际协定都不能具有法律效力。

### 2. “主题基础”标准——合作联邦主义下的基本限制

美国罗斯福新政之后,地方问题逐渐国家化,二元联邦主义开始衰落。从公共交通到毒品交易、从证券交易到教育,联邦和州往往做着同一件事情。<sup>[52]</sup>于是,合作联邦主义(cooperative federalism)出现了,它从美国《宪法》前言和《宪法》第十四条修正案出发,强调联邦政府享有至上权威,并主张州和联邦分享权力,州是联邦的合作伙伴。合作联邦主义更具灵活性和多元性,各州也因与联邦的合作事实上获得了更多的权力。

受到合作联邦主义的影响,美国学者 Matthew Pincus 提出“主题基础”标准。Pincus 认为,如何合理解释美国《宪法》“协定条款”是问题的关键,即必须在那些联邦可接受的州际协定和那些通过侵犯联邦权力的方式而扩大州权的州际协定之间划出一条红线,而红线的划分基础就是州际协定所涉及的主题。<sup>[53]</sup>Pincus 认为,除了那些涉及州的传统主题的州际协定之外,其他州际协定都应当获得国会的批准。

但什么是“州的传统主题”呢?在过去几十年间,美国联邦最高法院开始讨论州的固有权利,并将其标签为州的传统主题。在 *United States v. Lopez* 案中,法院认为《学区禁枪法》(Gun-Free School

[49] 张千帆:“从二元到合作——联邦分权模式的发展趋势”,载《环球法律评论》2010年第2期,第45-57页。

[50] Michael S. Greve, *Compacts, Cartels, and Congressional Consent*, 68 Mo. L. Rev. 285, 377 (2003).

[51] *Id.* at 365, 388.

[52] 同注49引书,第45-57页。

[53] Matthew Pincus, *When Should Interstate Compacts Require Congressional Consent*, 42 Columbia Journal of Law and Social Problems 511, 536-538 (Summer 2009).

Zones Act)<sup>[54]</sup>违反《宪法》,认为这是美国国会对各州“传统规制领域”非法侵入的不正当行为。<sup>[55]</sup>而在 *United States v. Morrison* 案中,法院认为,《反对对妇女施暴法》(Violence Against Women Act)<sup>[56]</sup>的民事赔偿条款违反了《宪法》第1条列举的国会权力,应当属于无效。在该案中,法院再次重申了“传统规制领域”的观点,认为有些规制领域是美国国会不能涉及的,因为它们属于“州的权力范围”。<sup>[57]</sup>因此,对于那些明确属于“州的传统主题”的州际协定,并不需要得到美国国会的同意,能直接产生法律效力。而其他的州际协定都应当获得国会的同意,州际协定的缔约方应当主动寻求美国国会的批准。<sup>[58]</sup>

#### (四)“州权基础”标准——新联邦主义下的缓和限制

20世纪60年代开始,合作联邦主义出现了严重弊端,联邦政府的财政赤字严重、官僚机构庞大且效率低下、纳税人税负加重和失业人数增加;州和地方政府的权力缩小,州的自主能力受到极大影响。<sup>[59]</sup>为了避免出现联邦权力过于集中的弊端,恢复联邦与州之间的权力平衡,美国总统尼克松以及之后的里根、小布什总统都主张“新联邦主义”,即“还权于州”、“还政于民”和“改革福利”,缩小联邦政府的权力,相应扩大州政府的权力。<sup>[60]</sup>

受到新联邦主义的影响,美国学者 Kevin J. Heron 开始对联邦政府对州际协定的不断介入表示了担忧,联邦政府在州际协定的协商、缔结及实施程序中到底可以介入到何种程度?联邦政府到底是否有权直接作为成员方参与到州际协定呢?以《太平洋西北电力规划和保护法》(Pacific Northwest Electric Power Planning and Conservation Act, NPPA)<sup>[61]</sup>为例,美国国会授权华盛顿州等四州自行通过缔结州际协定的方式成立西北电力委员会(Northwest Power Council)。<sup>[62]</sup>而实际上,美国国会单方起草了全部条款,然后迫使上述西北四州同意。四个州既没有缔结州际协定的相互协商,也没有州立法机关内部的广泛自由讨论,它们只能全盘接受美国国会的意志并任命他们的代表。<sup>[63]</sup>美国国会在西北电力委员会的设立过程中的“强买强卖”行为有越俎代庖的违宪嫌疑。

根据《宪法》“协定条款”,州际协定的缔结主体是美国各州,而美国国会在州际协定中的作用是法律监管和规制,即同意或者拒绝州际协定的生效。在 Heron 看来,美国国会的行为只是为了避免联邦权威和国家整体利益受到州际协定的威胁和侵犯,这完全在《宪法》“协定条款”授予的批准权范围之内。但如果美国国会起草全部条款并以“州际协定”的形式迫使州政府接受的话,那就远远超出了《宪法》“协定条款”规定的批准权的范围。对州际协定实施法律监管行为和对州际协定的起草、缔结的包办行为之间是存在明显差别的。“宪法授予的在其疆域范围内的州权,是我们的国家成立、发展和维持的不可或缺的法律基石。”<sup>[64]</sup>

[54] 18 U. S. C. § 922(q)(1)(A) (1994).

[55] *United States v. Lopez*, 514 U. S. 549, 564-568 (1995).

[56] 42 U. S. C. § 13981 (1994).

[57] *United States v. Morrison*, 529 U. S. 598, 599-621 (2000).

[58] Pincus, *supra* note 53, at 540-546.

[59] 张志梅:“从‘合作联邦制’到‘新联邦主义’”,载《山西大同大学学报》(社会科学版)2013年第6期,第46-48页。

[60] 沈培培:“论美国联邦制的发展演变对我国的启示”,载《法制与社会》2013年第7期,第136-137页。

[61] Pub. L. No. 96-501, 94 Stat. 2697 (1980).

[62] 16 U. S. C. § 839b(a)(1)-(2) (1982).

[63] 16 U. S. C. § 839b(a)(2) (1982).

[64] *NAACP v. Thompson*, 357 F.2d 831, 833 (5th Cir. 1966), *cert. denied*, 385 U. S. 820 (1966).

基于此, Heron 提出了“州权基础”标准, 认为州权是州际协定的前提和基础, 美国各州才是州际协定的真正主体, 而美国国会则只能是法律监管者和裁判者。因而, 美国国会并没有权力起草州际协定的全部条款并以“州际协定”的形式迫使成员州接受其意志, 这严重违反了《宪法》“协定条款”。<sup>[65]</sup>

总之, 经过几百年的发展, 美国的州际协定从默默无闻的法律工具华丽升级为美国各州解决州际争端和促进州际合作最重要的区域法律治理机制。“像美国这么大一个国家, 不可能所有的事情都由联邦政府来有效率地处理”, 不断盛行的新联邦主义使州际协定越来越受到政府决策者的关注和青睐。就“国会同意”的适用条件而言, 功能性“联邦权威”标准依然是主流的学说, 但随着州权的膨胀和扩张, 主张完全限制州权的“固有权力”标准和基本限制州权的“主题基础”标准出现了; 而联邦权力在限制州权的过程也不断介入州际协定, 甚至直接越俎代庖, 于是主张缓和限制的“州权基础”标准又出现了。

## 六、对我国区域法律治理的启示

虽然中美两国在国家结构形式上有单一制和联邦制的区别, 但是这种差异性只是针对整体与部分的关系而言, 从“区域法律治理”的角度来考虑, 却存在诸多的共通之处。区域一体化是中美两国共同的区域治理目标, 只是采取的法律手段和实现的法律路径有所不同而已, 中国通过地方政府主导的区域合作协议、区域合作立法、区域行政指导和区域行政规划等区域法律治理机制来人为强力推进区域一体化, 而美国则通过美国联邦最高法院对《宪法》“协定条款”的宪法解释来微调联邦和州的关系以及各州之间的关系。从这个意义上讲, 美国《宪法》“协定条款”的经验和教训, 为正处于区域法律治理关键阶段的中国而言, 提供了诸多有益的启示。

### (一) 修宪论、法律完善论及宪法解释论的分阶段运用

面对我国区域法律治理“缺乏直接的宪法和法律依据”的难题, 我们大致有三种法律对策: 一是修宪论, 即直接修正我国现行《宪法》, 出台原则性的“协定条款”; 二是法律完善论, 即根据《立法法》和《地方组织法》的规定, 通过出台单行法律的方式来丰富和完善我国现行《宪法》相关条款的内容; 三是宪法解释论, 即通过对我国现行《宪法》“民主集中制条款”及其他相关条款的宪法解释, 明确我国区域法律治理机制的合宪性。本文认为, 修宪论、法律完善论和宪法解释论并不能截然分开, 而是应当有机结合, 在国家的不同发展阶段运用不同的法律理论。在现阶段, 我国现行《宪法》和单行法律很少直接涉及区域法律治理领域, 对于其中的中央与地方关系的规定几近空白, 再加上我国并没有权威且稳定的宪法解释机关。因此, 目前在我国适用美国式的宪法解释论, 尚缺乏相应的法制土壤和司法环境。相反, 建构性的修宪论和法律完善论是适合我国当前具体国情的权宜之计和优先选择。但随着有关区域治理法律制度体系的不断完善, 以及权威宪法解释机关的出现, 美国式的宪法解释论应当逐渐成为我国区域法律治理实践的主流理论。

现阶段, 由于宪法和法律依据的缺失, 在理论上引起了区域治理违宪(法)性的合理怀疑, 在实践中导致区域合作的犹豫不决。在这种情形下, 出台《宪法》“协定条款”具有现实可能性和必要性。其

[65] Heron J. Kevin, *The Interstate Compact in Transition: From Cooperative State Action to Congressionally Coerced Agreements*, 60 (1) St. John's Law Review 1, 20-26 (1985).

可行的模式是,《宪法》只是原则性规定“协定条款”,即“除了可能侵犯中央权力或妨碍其他省、市、县的地方利益等影响政治平衡的情形外,各级地方人大及地方政府有权签订政府间协议,实现区域合作”。而具体内容应当由未来的《区域合作法》进一步细化,实体性内容包括中央与地方的事权分工、区域合作协议的宪法基础、缔结主体、法律效力、管理机构及必备条款等,而程序性内容则包括区域合作协议的缔结程序、中央政府的批准及备案程序、公众参与程序、公布程序、修改废止程序以及纠纷解决机制等。在《区域合作法》正式出台之前,可以由国务院根据已有的实践经验和理论储备,先行制定《区域合作条例》。等待时机成熟后,再上升为法律。

## (二) 责任条款解决机制、行政解决机制、仲裁解决机制及司法解决机制的综合运用

由于地方利益的客观存在,再加上法律依据的严重缺失,我国地方政府在区域治理的过程中不可避免地会产生矛盾、摩擦,甚至冲突。那么应当如何合理构建区际纠纷解决机制呢?结合我国的实践和美国的经验,笔者认为主要有四种法律对策:一是责任条款解决机制,即地方政府之间通过区域合作协议条款来具体规定违约责任,从而起到事先防范纠纷的法律效果。如《江苏盛泽和浙江王江泾边界水污染联合防治方案》第3条第3款第3项规定:“由于水污染事故造成经济损失时,……如系政府有关部门管理不善或不作为造成的污染引起的损失,由相关政府赔偿全部损失。”二是上级行政机关裁决机制,即地方政府因区域治理而产生法律纠纷时,由共同的上级行政机关进行法律裁决的机制。如《行政区域边界争议处理条例》第11条规定:“省、自治区、直辖市之间的边界争议,……经协商未达成协议的,双方应当将各自的解决方案并附边界线地形图,报国务院处理。”三是仲裁解决机制。在美国,仲裁被广泛适用于州际协定领域,其法律理由是那些没有必要诉诸于法院的州际纠纷提供一种低成本且高效率的解决机制。<sup>[66]</sup>如《斯内克河协定》(Snake River Compact)第4条约定,“当两个州的行政官员对有关协定的管理问题不能达成一致的时候,成员州可以要求美国地质调查委员会(United States Geological Survey)或其他有权组织任命一名联邦代表参与到该争端的解决过程中来,争端的最终解决方法由三方中的多数意见决定”。四是司法解决机制,即通过最高人民法院来最终解决区域治理引起的地方政府间纠纷。在美国,《宪法》第3条授予联邦最高法院对州际争端的初始管辖权,州际协定的成员州有权向联邦最高法院提起诉讼。Rio Grande协定第4条约定,“……有关水流质量和数量引起的争端依据已经生效的州际协定来解决。但是,这并不能理解为诉讼程序的禁止。如果一成员州擅自违反协定的规则,对另一成员州造成损害,受害的州有权向联邦最高法院提起要求赔偿的诉讼”。在我国,事前的责任条款解决机制和事后的行政解决机制是实践中充分运用的区际纠纷解决机制,而司法解决机制和仲裁解决机制则由于缺乏相关的宪法和法律依据并未在实践运用,但两者应当成为我国区际纠纷解决机制未来的发展趋势。

以区际纠纷司法解决机制为例,该制度要在中国真正落地生根,需要在以下几个方面实现突破:一是通过《宪法》修正案,把地方政府间诉讼的初始管辖权赋予给最高人民法院;二是通过《行政诉讼法》修正案,增加“机关诉讼”这种新的行政诉讼类型;三是在未来的《区域合作法》中,对地方政府间纠纷的司法纠纷解决机制专章加以具体规定。“司法是社会公正的最后一道防线”,是法治原则的内在要求,而“行政机关服从司法机关”则是法治原则的基本内涵。<sup>[67]</sup>司法救济最终原则是区际纠纷司

[66] See Joseph F. Zimmerman, *Interstate Cooperation: Compact and Administrative Agreements* 50 (Greenwood Press 2002).

[67] 陈弘毅:《法治、启蒙和现代法的精神》,中国政法大学出版社1998年版,第66页。

法解决机制的理论基石。同时,最高人民法院巡回法庭制度的设立,为区际纠纷的司法解决机制提供了现实契机。“巡回法庭是最高人民法院派出的常设审判机构”,巡回法庭是代表最高人民法院作出判决、裁定和决定。<sup>[68]</sup> 而巡回法庭审理巡回区内应当由最高人民法院受理的案件,其中第一项就是“全国范围内重大、复杂的第一审行政案件”。<sup>[69]</sup>

## Constitutional Changes to the US “Compact Clause” and Its Implications for China’s Regional Legal Governance

### —From Dual Federalism to Cooperative Federalism and Currently New Federalism

He Yuan

**Abstract:** The US Constitution’s “compact clause” has made interstate compacts the most important regional legal governance mechanisms in the US. Regarding “Congress consent”, the US Supreme Court has formed the “double functional federal authority” standard. Only interstate compacts violating federal supreme authority require Congress approval. Changes to the “compact clause” in the US Constitution reflect power conflicts between federal and state government within evolving government systems from dual federalism to cooperative federalism, and currently, new federalism. Based on the American experience and China’s national conditions, “the lack of a direct constitutional and legal basis” in regional cooperation is resolved by applying three theories in stages: constitutional amendment, law perfection and constitutional interpretation. Intergovernmental disputes are resolved by an integrated system of four settlement mechanisms, namely, administrative agreements term, mediation through a higher common authority, through arbitration and court proceedings.

**Keywords:** US Constitution; compact clause; constitutional changes; functional federal authority standard; regional legal governance

(责任编辑:丁洁琳)

---

[68] 参见《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》第2条。

[69] 参见《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》第3条第1项。

# 国际性仲裁协议的准据法确定

## ——以仲裁协议的有效性为中心

陈卫佐\*

**摘要:**国际性仲裁协议的准据法确定关系到仲裁协议的有效性,因而在国际商事仲裁实践中具有重要意义。确定国际性仲裁协议准据法的方法主要有二:其一是适用双方当事人所明示或默示地选择的、适用于仲裁协议本身的法律体系,其二是在无法律选择的情形下适用仲裁地国家的法律体系。此外,主合同的准据法、申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系、与仲裁协议有最密切联系的国家的法律体系或仲裁程序本身的准据法也可能成为仲裁协议准据法。为了从仲裁协议的形式有效性、当事人缔结仲裁协议的能力和争议的可仲裁性等不同方面来判断仲裁协议是否有效,与仲裁协议的有效性有关的“准据法分裂”经常被作为确定仲裁协议准据法的一种辅助手段来使用。最近几十年来,在国际性仲裁协议准据法的确定问题上出现了一个尽可能使仲裁协议有效的发展趋势,具体表现在辅助性地适用“有利于有效性”原则和辅助性地适用能够使仲裁协议有效的国际法原则或规则,借以实现国际性仲裁协议的可执行性的最大化。

**关键词:**国际性仲裁协议 有效性 准据法的确定 方法 趋势

## 一、确定国际性仲裁协议准据法的意义

### (一) 仲裁协议及其独立性

在国际商事仲裁法上,仲裁协议<sup>[1]</sup>是双方当事人据以将他们之间即将发生或业已发生的关于某一确定法律关系的契约性或非契约性争议交付仲裁,并由常设仲裁机构或特设仲裁庭就争议作出裁决的意思表示的一致。<sup>[2]</sup> 仲裁协议既可以表现为合同中的仲裁条款(从而区别于主合同),也可以是一项单独的协议(即仲裁合同),且通常必须采用书面形式。<sup>[3]</sup> 按照我国第八届全国人大常委会第九次会议于1994年8月31日通过、自1995年9月1日起施行的《中华人民共和国仲裁法》(根据2009

\* 清华大学法学院教授,国际私法与比较法研究中心主任,德国萨尔大学法学博士。2012年1月1日至2014年9月15日,德国马克斯·普朗克外国私法与国际私法研究所“洪堡学者”。

[1] 本文所称仲裁协议,仅指国际商事仲裁意义上的仲裁协议,而不包括国家间仲裁和投资仲裁意义上的仲裁协议。

[2] 参见李浩培编著:《国际民事程序法概论》,法律出版社1996年版,第203页。

[3] 一些关于国际商事仲裁的国际文件(如1958年6月10日订于纽约的《承认及执行外国仲裁裁决公约》第2条第1款至第2款、2006年修订的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》选项I之第7条第2款、1961年4月21日订于日内瓦的《欧洲国际商事仲裁公约》第1条第2a款)和多数国家的仲裁立法[如德国《民事诉讼法》第1031条、瑞士1987年12月18日的《关于国际私法的联邦法律》(自1989年1月1日起施行)第178条第1款]均要求仲裁协议采用书面形式。See Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* 74-75 (Kluwer Law International 2012).

年8月27日第十一届全国人大常委会第十次会议《关于修改部分法律的决定》修正,以下简称《仲裁法》)第16条第1款,除主合同中订立的仲裁条款外,双方当事人还可以以其他书面形式在争议发生前或争议发生后达成请求仲裁的协议。<sup>[4]</sup>可见,仲裁协议可以分为争议发生前的仲裁协议和争议发生后的仲裁协议。<sup>[5]</sup>

一般来说,有效的仲裁协议的存在是仲裁的必要前提和仲裁庭的合法性基础。相对于主合同,仲裁条款具有独立性,仲裁合同也具有独立性。根据我国《仲裁法》第19条第1款,“仲裁协议独立存在”,主“合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力”。<sup>[6]</sup>反过来说,仲裁协议的无效、失效或不能实行也不影响主合同的有效性。这就是“仲裁协议的独立性”,又叫“仲裁协议的可分离性”。

仲裁协议是否存在或有效,由仲裁庭自行决定。仲裁庭具有就其自己的管辖权作出决定的权限,用国际商事仲裁的术语来说,仲裁庭具有“对管辖权的管辖权”(competence – competence/compétence – compétence/Kompetenz – Kompetenz)。例如,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第16条第1款规定:“仲裁庭可以就其自己的管辖权,包括对仲裁协议的存在或有效性的任何异议,作出决定。为此目的,构成某一合同的组成部分的仲裁条款应当作为独立于该合同的其他条款之外的一项协议来对待。仲裁庭所作出的关于该合同无效的决定,不应依照法律本身引起该仲裁条款无效的结果。”<sup>[7]</sup>受此影响,一些国家的仲裁立法[如德国《民事诉讼法》第1040条第1款第1句<sup>[8]</sup>1987年12月18日的瑞士《关于国际私法的联邦法律》(自1989年1月1日起施行)第186条<sup>[9]</sup>荷兰《民事诉讼法典》第1052条第4项、1996年6月17日的英国《仲裁法》第30条第1款a项和c项<sup>[10]</sup>法国《司

[4] 根据2005年12月26日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(自2006年9月8日起施行)第1条,《仲裁法》第16条意义上的“其他书面形式”的仲裁协议,包括以合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、数字数据交换和电子邮件)等形式达成的请求仲裁的协议。该司法解释载于《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第10期,第11-14页。

[5] 关于中国法意义上的仲裁协议的内容,《仲裁法》第16条第2款规定它应当具有下列内容:请求仲裁的意思表示;仲裁事项;所选定的仲裁委员会。此外,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第7条第1句规定:“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。”

[6] 根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第10条第2款,当事人在订立主合同时争议达成仲裁协议的,主合同未成立不影响仲裁协议的效力。德国《民事诉讼法》第1040条第1款第2句也规定,在仲裁庭行使其就自身的管辖权和就仲裁协议的存在或有效性作出决定的权能时,“仲裁条款必须作为独立于其余合同条款之外的一项协议来对待”。此外,1996年6月17日的英国《仲裁法》(适用于英格兰、威尔士和北爱尔兰,自1997年1月31日起施行)第7条、新加坡《国际仲裁法》(2002年修订文本)之第16条第1款也含有关于国际性仲裁协议独立性(可分离性)的规定。See Gary B. Born, *The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective*, 26 Singapore Academy of Law Journal 814, 818 (2014); *Concise International Arbitration* 732-733 (Loukas A. Mistellis ed., Kluwer Law International 2010).

[7] 参见注2引书,第207页;程德钧主编:《涉外仲裁与法律》(第一辑),中国人民大学出版社1992年版,第456-457页。

[8] 德国《民事诉讼法》第1040条第1款第1句规定:“仲裁庭可以就自身的管辖权作出决定,并在与自身的管辖权相关的情形下,就仲裁协议的存在或有效性作出决定。”

[9] 《关于国际私法的联邦法律》第186条规定:“(第1款)仲裁庭就其自己的管辖权作出决定。(第2款)关于仲裁庭无管辖权的抗辩,必须在一切关于案件实质问题的答辩之前提出。(第3款)在通常情况下,仲裁庭通过作出初步裁决来决定其管辖权。”Voir Bernard Dutoit, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4<sup>e</sup> édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich 2011, article 186.

[10] See Pierre A. Karrer, *The Law Applicable to the Arbitration Agreement, A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel*, 26 Singapore Academy of Law Journal 849, 868 (2014); *Concise International Arbitration* 764-765 (Loukas A. Mistellis ed., Kluwer Law International 2010).

法法》第1697条第3项]也含有类似规定。<sup>[11]</sup>

## (二) 国际性仲裁协议的特殊性及准据法的范围

国际性仲裁协议是与至少一个外国的法律体系有联系的仲裁协议。例如,如果达成仲裁协议的双方当事人惯常居所(或住所)分别位于不同的国家,则该仲裁协议就是国际性的。严格地说,仲裁条款是国际性民商事合同中关于非诉讼程序事项的条款;单独的仲裁合同本身并不是确定双方当事人实体权利义务的民商事合同,而是关于非诉讼程序事项的合同。但是,国际性仲裁协议与一个或一个以上外国的法律体系有联系,而不同国家的法律体系对国际性仲裁协议的有效性会作出不同的判断。相对于主合同,国际性仲裁协议同样具有独立性(可分离性)。<sup>[12]</sup>一些国家的立法者为国际性仲裁协议制定了专门的冲突规则,用冲突法解决办法来处理国际性仲裁协议到底应适用何国法律体系的问题(即仲裁协议准据法的确定问题),而不是一刀切地采取“程序问题,适用法院地法”这一在各国国际民事程序法上久已确立的原则。事实上,就仲裁等非诉讼程序事项而言,在许多情形下并无法院地和法院地法可言。因此,尽管仲裁协议属于双方当事人所达成的旨在解决彼此间的争议的程序性协议而非实体协议,但一些国家的立法者通过制定专门的冲突规则而赋予了国际性仲裁协议以不同于普通程序事项的特殊性。

从狭义上说,国际性仲裁协议的准据法通常是指国际性仲裁协议的实质有效性的准据法,主要用来解决双方当事人之间所发生的关于仲裁协议是否已有效地成立、仲裁协议是否具有实质有效性<sup>[13]</sup>以及仲裁协议应如何解释<sup>[14]</sup>等方面的争议。<sup>[15]</sup>从广义上说,国际性仲裁协议的准据法的范围还可能及于仲裁协议的其他方面,如仲裁协议的形式有效性、当事人缔结仲裁协议的行为能力和争议的可仲裁性等,而仲裁协议的形式有效性、当事人缔结仲裁协议的行为能力和争议的可仲裁性所适用的法律体系均可能不同于仲裁协议的实质有效性所适用的法律体系,致使仲裁协议的不同方面适用不同的法律体系,形成“准据法分裂”的局面。在下文中,如无特别说明,国际性仲裁协议的准据法是指国际性仲裁协议的实质有效性的准据法。

## (三) 确定国际性仲裁协议的准据法的意义

对于国际商事仲裁来说,国际性仲裁协议准据法的确定具有重要意义,因为如果仲裁协议不存在,或仲裁协议无效、失效或不能实行,则仲裁庭对双方当事人之间的争议没有管辖权,不但仲裁程序无从进行,所作出的仲裁裁决也得不到承认与执行,甚至可能被有管辖权的某国法院所撤销;如果仲裁协议有效,则该有效的仲裁协议具有排除法院管辖权的法律效果。<sup>[16]</sup>而要判断国际性仲裁协议是

[11] Vgl. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2015, Rn. 3827.

[12] 例如,瑞士《关于国际私法的联邦法律》第178条第3款规定:“不得以主合同无效或仲裁协议系针对尚未发生的争议为理由而对仲裁协议的有效性提出异议。”

[13] 例如,在一方当事人违反仲裁协议向法院提起诉讼,而另一方当事人通过申请停止诉讼来寻求仲裁协议的执行的情形下,就有必要依国际性仲裁协议的实质有效性的准据法断定双方当事人之间是否存在将争议提交仲裁的有效合意。又如,有效的仲裁协议是否可以纳入一般交易条款(格式条款),如果可以纳入,依何种条件纳入的问题,也必须由国际性仲裁协议的实质有效性的准据法来回答。

[14] 例如,国际性仲裁协议本身的适用范围到底有多大即属于仲裁协议的解释问题,需要依仲裁协议的准据法予以判断。

[15] Vgl. Christoph Wendelstein/Michael Stürmer, Das Schiedsvereinbarungsstatut bei vertraglichen Streitigkeiten, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (im Folgenden IPRax), 2014, S. 480.

[16] 根据我国《仲裁法》第5条,国际性民商事合同的双方当事人已有效地订立仲裁条款或以其他书面形式在争议发生前或争议发生后达成请求仲裁的协议,一方向法院起诉的,人民法院不予受理。

否存在、是否有效,以及解决国际性仲裁协议应如何解释等问题,都必须以某一国家的法律体系为标准 and 依据,它就是国际性仲裁协议的准据法。<sup>[17]</sup> 自2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《涉外民事关系法律适用法》)第18条<sup>[18]</sup> 在新中国立法史上第一次明确规定了确定国际性仲裁协议准据法的冲突规则。这对于受理国际商事争议案件的仲裁庭和被请求执行仲裁协议的中国法院有法律依据地判断仲裁协议是否存在、是否有效以及应如何解释等问题,进而确定仲裁庭是否有管辖权无疑具有积极意义和促进作用。

本文拟以国际性仲裁协议的有效性为中心,从国际法律冲突法和国际民事程序法的视角探讨、阐述和归纳确定国际性仲裁协议准据法的各种方法,并在此基础上展望确定国际性仲裁协议准据法的原则、规则和制度的发展趋势。

## 二、确定国际性仲裁协议准据法的方法

综观关于国际商事仲裁的国际文件和各国的仲裁立法,确定国际性仲裁协议的准据法的方法主要有二:其一是适用双方当事人所明示或默示地选择的、适用于仲裁协议本身的法律体系(当事人意思自治原则),其二是在双方当事人未选择仲裁协议本身的准据法的情形下,适用仲裁地国家的法律体系。除此之外,在国际商事仲裁实践中,有些仲裁庭以双方当事人之间的合同的主合同的准据法为仲裁协议的准据法,有些仲裁庭以申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系(法院地法)为仲裁协议的准据法,有些仲裁庭以与仲裁协议有最密切联系的国家的法律体系为仲裁协议的准据法,还有些仲裁庭以仲裁程序本身的准据法为仲裁协议的准据法。<sup>[19]</sup>

### (一) 确定国际性仲裁协议准据法的两种主要方法

1. 首先适用双方当事人所明示或默示地选择的、适用于仲裁协议本身的法律体系——当事人意思自治原则

在国际商事仲裁实践中,双方当事人仅就仲裁协议的准据法作出法律选择的情形并不多见,在仲裁协议表现为合同中订立的仲裁条款时更是如此。但如果他们明示或默示地选择了某一国家的法律体系为仲裁协议本身的准据法,则其意思自治应得到尊重。事实上,关于国际商事仲裁的国际文件和几乎所有国家的仲裁立法都准许双方当事人以明示或默示的合意选择国际性仲裁协议的准据法,亦即以当事人意思自治原则为确定国际性仲裁协议准据法的首要原则。

由1958年6月10日订于纽约的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)<sup>[20]</sup> 第

[17] 国际商事仲裁意义上的仲裁协议的准据法通常是某一国家的法律体系。与此不同的是,国家间仲裁和投资仲裁意义上的仲裁协议通常适用国际法。本文不讨论国家间仲裁和投资仲裁意义上的仲裁协议所适用的法律体系。

[18] 《涉外民事关系法律适用法》第18条规定:“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”它是在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法(草案)》于2010年10月25日至28日被第三次提请审议期间,在最后时刻才被添加进该法的。在此之前,该法草案之2010年6月28日修改稿、2010年8月二次审议稿以及全国人大法律委员会2010年10月14日草案均不包含这一条文。

[19] See Born, *supra* note 3, at 40.

[20] 《纽约公约》于1959年6月7日生效,并于1987年4月22日对中国生效。参见1987年4月10日《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》,法(经)[1987]5号,载《中华人民共和国最高人民法院公报》1987年第2期,第16-17页。

5条第1款甲项可以推断,<sup>[21]</sup>尽管该公约以双方当事人所(明示或默示地)选择的法律体系和仲裁裁决作出地国家的法律体系为判断仲裁协议是否有效的准据法,然而判断仲裁协议是否有效的准据法首推双方当事人所(明示或默示地)选择的法律体系,其次才是仲裁裁决作出地国家的法律体系。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁》第34条第2款a项第1目和第36条第1款a项第1目、《欧洲国际商事仲裁公约》(《日内瓦公约》)第6条第2款也含有类似规定。

受《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的影响,德国《民事诉讼法》第1059条第2款第1项a目、<sup>[22]</sup>瑞士1987年12月18日的《关于国际私法的联邦法律》(自1989年1月1日起施行)第178条第2款<sup>[23]</sup>也将双方当事人所选择的法律体系作为判断仲裁协议是否有效的法律体系之一。中国《涉外民事关系法律适用法》第18条在其第1句首先赋予了达成仲裁协议的双方当事人以自主选择仲裁协议准据法的权能,以双方当事人所选择的法律体系为判断仲裁协议是否有效的法律体系。而在该法施行之前,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第16条第1种情形已要求各级人民法院在对涉外仲裁协议的效力进行审查时,首先适用双方当事人所约定的法律。

## 2. 在无法律选择的情形下适用仲裁地国家的法律体系

在双方当事人就仲裁协议的准据法既无明示的法律选择亦无默示的法律选择的情形下,关于国际商事仲裁的国际文件和一些国家的仲裁立法规定适用仲裁地国家的法律体系,即仲裁地国家的法律体系中除冲突法(法律适用法)和程序法以外的私法规定的总和。当然,这里的“仲裁地”宜作法律上的理解,而不应简单地把它等同于地理上的处所。它是国际商事仲裁在法律上所隶属的地方所在的国家。在实践中,它往往是双方当事人在他们之间的仲裁协议中指定为“仲裁地”的国家,在双方当事人之间无有效的仲裁协议的情形下,则是仲裁员或仲裁机构选择为“仲裁地”的国家。一言以蔽之,作为国际商事仲裁在法律上的所在地的“仲裁地”不同于仲裁的庭审地。

至于在双方当事人未选择准据法的情形下适用仲裁地国家的法律体系的理由,在于有些国家的立法者、法院和仲裁庭强调仲裁协议的程序性甚于强调其契约性,因而将双方当事人对仲裁地的选择理解成默示地以仲裁地法为仲裁协议的准据法。而另一些国家的立法者、法院和仲裁庭则从仲裁协议的独立性(可分离性)原理出发,认为仲裁地与独立于主合同的仲裁协议有最密切联系,<sup>[24]</sup>故仲裁地法应成为仲裁协议的准据法。<sup>[25]</sup>

前已述及,《纽约公约》第5条第1款甲项除了以双方当事人所(明示或默示地)选择的法律体系

[21] 按照《纽约公约》第5条第1款甲项的规定,仅在双方当事人的仲裁协议(公约称之为“协定”)“依当事人作为协定准据之法律系属无效,或未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律系属无效”时,始得拒绝承认仲裁裁决。参见黄进、姜茹娇主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》,法律出版社2011年,第101页。

[22] 德国《民事诉讼法》第1059条第2款第1项a目规定,仅在申请人有依据地主张依第1029条、第1031条订立了仲裁协议的当事人一方依对其本人有决定性的法没有订立仲裁协议的能力,或者,仲裁协议依双方当事人作为它的准据的法无效,或者,在双方当事人未指定仲裁协议准据法的情形下,仲裁协议依德国法无效时,仲裁裁决始得予以撤销。Vgl. *Thomas/Putzo*, ZPO, 36. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015, § 1059, Rn. 6-8.

[23] 瑞士《关于国际私法的联邦法律》第178条第2款规定:“仲裁协议符合双方当事人所选择的法,或符合适用于争议事项的法(特别是主合同的准据法),或符合瑞士法的,即在实质上为有效。”

[24] 参见黄进等:“国际商事仲裁的法律适用”,载《法学评论》1993年第4期,第14-19页。

[25] See *Born*, *supra* note 3, at 55, 105-106.

为判断仲裁协议是否有效的首要准据法外,还辅助性地以仲裁裁决作出地国家的法律体系<sup>[26]</sup>为判断仲裁协议是否有效的准据法。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第34条第2款a项第1目和第36条第1款a项第1目、《欧洲国际商事仲裁公约》(《日内瓦公约》)第6条第2款b项也含有类似规定。一般来说,仲裁裁决作出地国家(即仲裁程序进行地国家)的法律体系视为仲裁地国家的法律体系。

土耳其2007年11月27日《关于国际私法和国际民事程序法的第5718号法律》(自2007年12月12日起施行)第62条第1款e项将“如果仲裁合同或仲裁条款依双方当事人以协议使之服从的法无效,或者,如果此种协议并未达成,仲裁合同或仲裁条款依仲裁裁决作出地法无效”作为拒绝执行外国仲裁裁决的理由之一。<sup>[27]</sup>由此可以推断,该条文将双方当事人所选择的法律体系和仲裁裁决作出地法作为判断仲裁协议是否有效的准据法。斯洛文尼亚共和国1999年6月30日《关于国际私法和国际程序的法律》(自1999年7月28日起施行)第106条第1款第6项也以双方当事人所选择的某国法律体系和(在双方当事人未作法律选择的情形下)仲裁裁决作出地国家的法律体系为判断仲裁协议是否有效的准据法。<sup>[28]</sup>同样,这里的仲裁裁决作出地国家的法律体系可视为仲裁地国家的法律体系。2010年的苏格兰《仲裁法》第6条规定:“仲裁协议的双方当事人约定该协议项下的仲裁地是在苏格兰,而仲裁协议未指明仲裁协议的准据法的,除双方当事人另有约定外,仲裁协议适用苏格兰法。”<sup>[29]</sup>显然,这里的苏格兰法实际上是仲裁地国家的法律体系。

在瑞典最高法院于2000年10月27日所判决的“保加利亚外贸银行与A. I. 贸易金融公司纠纷案”[Bulgarian Foreign Trade Bank, Ltd. (Bulbank) v. A. I. Trade Finance, Inc. ]<sup>[30]</sup>中,被上诉人是一家奥地利银行,它与上诉人保加利亚外贸银行订立了一份含有仲裁条款的合同。虽然该仲裁条款明确指定奥地利法为合同的准据法,但并未明确提及仲裁条款本身的准据法。双方当事人之间的争议发生后,仲裁程序依联合国欧洲经济委员会的规则在瑞典斯德哥尔摩进行。上诉人保加利亚外贸银行以仲裁协议无效为由请求瑞典法院撤销仲裁裁决。瑞典最高法院认定仲裁协议依作为仲裁地法的瑞典法有效,<sup>[31]</sup>并称:“……[主合同]没有提及任何关于仲裁协议本身的准据法的特别规定。在此种情形下,仲裁条款的有效性应依仲裁程序进行地国家的法律体系予以确定,亦即依瑞典法予以确定。”瑞典最高法院要求双方当事人就仲裁协议本身的准据法作出明示的法律选择,而单单就主合同准据法作出法律选择是不够的。结果,本案中的仲裁条款准据法不是作为主合同准据法的奥地利法,而是仲裁地国家的法律体系——瑞典法。<sup>[32]</sup>

在中国,《涉外民事关系法律适用法》第18条第2句以仲裁机构所在地法或仲裁地法作为无法律

[26] 《纽约公约》英文本第5条第1款甲项所使用的措辞是 the law of the country where the award was made.

[27] Vgl. Das türkische Gesetz Nr. 5718 vom 27. 11. 2007 über das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht (Übersetzung von Hilmar Krüger und Füsün Nomer - Ertan), in: IPRax 2008, 283 - 290.

[28] Vgl. Slowenien: Gesetz über das international Privatrecht und Verfahren (Übersetzung von Claudia Rudolf), in: IPRax 2003, 163 - 175. 另参见邹国勇译注:《外国国际私法立法精选》,中国政法大学出版社2011年版,第213页。

[29] See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 577 (2d ed., Kluwer Law International 2014).

[30] *ICCA's Yearbook of Commercial Arbitration*, XXVI (2001), 291; Swedish Supreme Court, Case No. T 1881 - 99, 27 October 2000.

[31] 瑞典1999年的《仲裁法》第48条规定,在仲裁协议含有国际性因素且双方当事人未就法律选择问题达成一致的情形下,仲裁协议适用仲裁程序已进行地或应进行地国家的法律体系。See Born, *supra* note 29, at 510.

[32] See Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby & Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* para. 2 - 89 (4th ed., Sweet & Maxwell 2004).

选择时判断仲裁协议是否有效的法律体系。在该法施行之前,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法仲裁法〉若干问题的解释》第16条第2种情形已要求各级人民法院在对涉外仲裁协议的效力进行审查时,在双方当事人没有约定仲裁协议的准据法但约定了仲裁地的情形下,适用仲裁地法律。

## (二) 确定国际性仲裁协议准据法的其他方法

### 1. 以主合同的准据法为仲裁协议的准据法

国际商事仲裁法领域的一些知名专家,如英国的朱利安·卢(Julian D. M. Lew)主张以主合同的准据法为仲裁协议的准据法,当仲裁协议表现为仲裁条款时尤其是这样。在他们看来,仲裁条款不过是主合同的诸多条款之一罢了,所以双方当事人所选择的适用于主合同的某一国家的法律体系照理也应适用于仲裁条款。他们甚至质疑道:在双方当事人明示地选择了某一国家的法律体系为其主合同的准据法的情形下,为什么主合同的一个条款应适用双方当事人所未选择的另一法律体系,难道仅仅因为该条款碰巧是仲裁条款吗?在德国也有一部分学者基于仲裁协议与主合同之间的密切联系而主张在双方当事人未明示或默示地选择仲裁协议准据法的情形下,以主合同的准据法为仲裁协议准据法。他们甚至认为,由双方当事人对主合同准据法的选择可以推断出对仲裁协议准据法的选择。<sup>[33]</sup> 在实践中,以主合同的准据法为仲裁协议准据法的这一主张得到了一些英格兰法院的认可。在“印度联盟与麦克唐奈·道格拉斯公司纠纷案”(Union of India v. McDonnell Douglas Corp. <sup>[34]</sup>)中,审理案件的英格兰法官谓:“本案的商事合同中的仲裁条款是一种协议中的协议……双方当事人可以就他们的商事交易所适用的法作出明示选择,而这一选择也可以就仲裁协议所适用的法作出。在本案中,我认为双方当事人已依第11条选择了印度法,而它不仅适用于因他们的商事交易而发生的权利义务,而且适用于因他们之间的仲裁协议而发生的权利义务。”在“桑纳特拉奇石油公司与费雷尔国际有限公司纠纷案”(Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Ltd. <sup>[35]</sup>)中,英格兰法院称:“主合同含有明示的法律选择,而仲裁协议却不含有独立的、明示的法律选择的,该仲裁协议通常适用被明示地选择适用于主合同的那一法律体系。”在2012年判决的另一起晚近的案件中,英格兰法院指出,“双方当事人对主合同的明示法律选择”起到了“强烈地提示其在仲裁协议问题上的意愿”的作用。<sup>[36]</sup> 此外,在澳大利亚、印度和美国也有不少人主张以主合同的准据法为仲裁协议的准据法。<sup>[37]</sup>

然而,上述主张在实践中并未得到彻底的贯彻。由于仲裁协议独立性(可分离性)的缘故,也有一些国家的司法实践和一些常设仲裁机构的仲裁规则认为,仲裁协议的准据法可以不同于主合同的准据法。例如,瑞士联邦最高法院在1995年3月21日的一个判决中指出,“仲裁条款独立性原则尤其意味着,在国际商事交易中,仲裁协议和主合同可以以不同的法律体系为准据法”。<sup>[38]</sup> 又如,自2014年起,《香港国际仲裁中心仲裁规则》之“建议性规则”即建议达成仲裁协议的双方当事人就仲裁协议

[33] Michael Stürner/Christoph Wendelstein (Fn. 15), S. 473, 478, 480.

[34] [1993] 2 Lloyd's Rep. 48.

[35] [2002] 1 All E. R. (Comm) 627.

[36] *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA*, [2012] EWCA Civ 638.

[37] See Born, *supra* note 6, at 822.

[38] *ICCA's Yearbook of Commercial Arbitration*, XXII (1997), 800, 803 (Swiss Federal Tribunal).

作出单独的法律选择。<sup>[39]</sup> 在双方当事人已就主合同的准据法作出法律选择,而未就仲裁协议的准据法作出法律选择的情形下,可予考虑的主要法律体系是仲裁地国家的法律体系,至于仲裁协议是在何国达成的则往往无关紧要。在“国际商会第 6162 号案件”(ICC Case No. 6162<sup>[40]</sup>)中,主合同含有一个规定依《国际商会仲裁规则》在瑞士日内瓦仲裁的仲裁条款。此外,主合同还含有一个法律选择条款,规定主合同的准据法是埃及法,但并未提及仲裁条款本身的准据法。被申请人指出,由于仲裁员既不是依仲裁条款指定的,也不是依争议发生后订立的任何单独的仲裁合同指定的,根据埃及《民事诉讼法》第 502 条第 3 款,该仲裁协议无效。尽管这一主张在埃及法上有其法律依据,但它会导致仲裁程序的终止。于是仲裁庭决定,仲裁协议的成立和实质有效性的准据法是作为仲裁地国家的法律体系的瑞士法,而不是双方当事人所选择的主合同准据法(埃及法)。<sup>[41]</sup>

## 2. 以申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系(法院地法)为仲裁协议的准据法

有一种观点认为,国际性仲裁协议应适用申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系(法院地法)。例如,一方当事人寻求将其与另一方当事人之间的争议诉诸民事诉讼,而另一方当事人则援引有效的仲裁协议并请求法院执行仲裁协议,于是法院适用法院地法以决定它自己是否拒绝行使裁判管辖权。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 16 条第 3 种情形的规定,对涉外仲裁协议的效力审查,在双方当事人既未约定仲裁协议的准据法亦未约定仲裁地或仲裁地约定不明的情形下,适用法院地法。最高人民法院于 2007 年 6 月 8 日就“中国恒基伟业集团有限公司、北京北大青鸟有限责任公司与广晟投资发展有限公司、香港青鸟科技发展有限公司借款担保合同纠纷案”作出了民事裁定。<sup>[42]</sup> 该案上诉人中国恒基伟业集团有限公司(原审被告)、北京北大青鸟有限责任公司(原审被告)为与被上诉人广晟投资发展有限公司(原审原告)、香港青鸟科技发展有限公司(原审被告)借款担保合同纠纷一案,不服广东省高级人民法院(2006)粤高法民四初字第 1 号民事裁定书,向最高人民法院提起上诉。作为上诉法院的最高人民法院查明,2002 年 12 月 25 日,广晟投资发展有限公司、中国恒基伟业集团有限公司、香港青鸟科技发展有限公司和东英亚洲有限公司签订了《可转换债发行协议》。该协议第 10 条约定:“四方应妥善解决履行中发生的争议,协商解决不成的,提交仲裁解决。本协议适用中华人民共和国香港特别行政区法律。”2002 年 12 月 25 日,北京北大青鸟有限责任公司向广晟投资发展有限公司出具了《担保函》,主要内容是承认其全资子公司香港青鸟科技发展有限公司所签订的《可转换债发行协议》,并声明对香港青鸟科技发展有限公司在《可转换债发行协议》的担保义务承担连带责任。该《担保函》没有约定仲裁条款。最高人民法院认为,本案首先要考量的问题就是对仲裁条款的效力审查所要适用的准据法。由《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 16 条可知,当事人对确定仲裁条款效力的准据法可以在合同中约定,但这种约定必须是明确约定,且合同所约定的适用于合同争议的解决的准据法,不能用来判定涉外仲裁条款的效力。换言之,仲裁条款效力所适用的准据法要与争议的解决所适用的准据法相区别。在本案中,在仲裁条款项下约定“本协议适用中华人民共和国香港特别行政区法律”,是对仲裁条

[39] Vgl. Brödermann/Rosengarten, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (IPR/IZVR), 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2015, Rn. 759a.

[40] See Julian D. M. Lew, *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*, in: ICCA Congress Series No. 14, Paris 1998, p. 27, para. 116.

[41] See Alan Redfern et al., *supra* note 32, at paras. 2-86, 2-87, 2-88.

[42] (2006)民四终字第 28 号。

款效力适用的准据法还是适用于合同争议的解决的准据法容易产生歧义,不能视为明确约定了仲裁条款效力的准据法。由于《可转换债发行协议》中并未约定仲裁地,故应适用法院地法即我国内地法律来认定该仲裁条款的效力。《仲裁法》18条规定:“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或约定不明确的,双方当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。”本案中的仲裁条款虽明确了各方当事人关于发生争议要通过仲裁予以解决的意思表示,但并没有约定仲裁机构,各方当事人也没有对仲裁机构达成补充协议,故该仲裁条款应属无效,人民法院对本案享有管辖权。作为原审法院的广东省高级人民法院认定仲裁条款无效是正确的。<sup>[43]</sup>

然而,单独以法院地法为仲裁协议准据法的做法未免过于僵化且不尽合理,在法院地国家的法律规定不利于仲裁协议的执行时更是如此。例如,苏格兰法曾经要求达成仲裁协议的双方当事人必须在仲裁协议中明确指定仲裁员,这使得针对将来发生的争议的仲裁协议极少得到执行,即便得到执行也极其困难。这种做法在英格兰法院的早期判决和一些普通法国家的法院判决中有所反映,其后果是在不同的国家申请执行仲裁协议,所适用的法律体系也随之不同,显然不利于仲裁协议的执行。<sup>[44]</sup>如今,以申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系(法院地法)为仲裁协议准据法的做法已在很大程度上被一些任择性的冲突规则所取代。<sup>[45]</sup>按照这些任择性的冲突规则,仲裁协议只需满足包括法院地法在内的数个法律体系中的任何一个法律体系的要求,即为有效。

### 3. 以与仲裁协议有最密切联系的国家的法律体系为仲裁协议的准据法

在当代,越来越多的仲裁庭在确定国际性仲裁协议的准据法时,适用与仲裁协议有“最密切联系”(the closest connection)或“最重要关系”(the most significant relationship)的国家的法律体系。<sup>[46]</sup>20世纪以来的各国国际私法立法及判例、全球性及区域性的统一国际私法文件无不给予最密切联系原则以突出的位置,以至于最密切联系原则已成为继当事人意思自治原则之后,在确定准据法时最常用的法律适用原则。一般来说,法官或仲裁员在确定传统的萨维尼式冲突规则中的某一法律关系的“本座所在地域”时,往往须借助于诸如物之所在地、合同订立地、债务履行地、侵权行为地等单一、具体的连结点,显得较为固定、机械和僵硬。相比之下,最密切联系原则所对应的冲突规则由于使用了“最密切联系地”这样一个须由法官或仲裁员根据个案的全部情事确定的、具有高度灵活性的连结点而能够克服传统的萨维尼式冲突规则的固定性、机械性和僵硬性,使得当代国际私法在确定准据法时具有相当的灵活性。<sup>[47]</sup>在最近几十年的国际商事仲裁实践中,已有不少仲裁裁决依据与仲裁协议有“最密切联系”或“最重要关系”的国家的法律体系来判断仲裁协议的有效性。<sup>[48]</sup>然而,有学者指出,这种方法在给仲裁庭带来法律适用上的灵活性的同时也难免存在某些不确定性和不可预见性,因为与仲裁协议有“最密切联系”或“最重要关系”的国家的法律体系或许表现为仲裁地国家的法律体系,或许表现为主合同的准据法,而较之于双方当事人选择主合同准据法的合意,有时很难说仲裁地是否是更有意义的连结点或是否更好地体现了双方当事人的意志,反之亦然。<sup>[49]</sup>

[43] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2008年第1期,第28-31页。

[44] See Born, *supra* note 6, at 828.

[45] See Born, *supra* note 3, at 55.

[46] 同注24引文。

[47] 参见唐表明:《比较国际私法》,中山大学出版社1987年版,第156页。

[48] See, e. g., Partial Award in ICC Case No. 6719, in: *Journal du Droit international (Clunet)*, 1994, pp. 1071-1072.

[49] See Born, *supra* note 6, at 832.

#### 4. 以仲裁程序本身的准据法为仲裁协议的准据法

最后,还有一种观点认为,如果双方当事人协议选择了仲裁程序本身的准据法,且未明示地以仲裁程序本身的准据法以外的法律体系为仲裁协议的准据法,则应推定双方当事人对仲裁程序法的选择意味着对仲裁协议准据法的默示确定。但这一推定在仲裁程序法被仲裁庭所选择的情形下不予适用。<sup>[50]</sup> 今天,赞成这种观点的仲裁机构和个人已为数不多。一般认为,仲裁程序本身的准据法无须与仲裁协议的准据法相一致。

### 三、国际性仲裁协议的准据法确定的发展趋势

#### (一) 辅助性地适用“有利于有效性”原则

国际仲裁领域的一些专家认为,传统的冲突规则已不适合于国际性仲裁协议,故转而主张辅助性地适用“有利于有效性”原则,即在可能适用于仲裁协议的数个法律体系中,如仲裁协议依任何一个法律体系有效,则以该法律体系为仲裁协议的准据法。这方面的例子可举瑞士《关于国际私法的联邦法律》第 178 条第 2 款,它规定了以下任择性的冲突规则:仲裁协议只需符合双方当事人所选择的法,或符合适用于争议事项的法(特别是主合同的准据法),或符合瑞士法,即在实质上为有效。这里的瑞士法可理解成仲裁地国家的法律体系,有时兼为申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系(即法院地法)。但它并不是单独被适用的,而是作为与双方当事人所选择的法、适用于争议事项的法(特别是主合同的准据法)相并列的任择其一的三个法律体系中的一个被适用的,体现了有利于仲裁协议有效性的原则。<sup>[51]</sup> 即便仲裁协议依双方当事人所选择的法和适用于争议事项的法(特别是主合同的准据法)无效,但只要它依作为仲裁地法(有时兼为申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系)的瑞士法有效,即在实质上为有效。因此,在瑞士的国际商事仲裁实践中,所在地位于瑞士的仲裁庭通常首先审查国际性仲裁协议依瑞士法是否具有实质有效性。如果仲裁协议具备《关于国际私法的联邦法律》第 178 条第 1 款所规定的形式有效性,且依瑞士法具有实质有效性,则仲裁庭无须再看第 178 条第 2 款所规定的其他任择其一的法律体系即可断定仲裁协议有效,继而仲裁庭有管辖权。仅在仲裁协议依瑞士法无实质有效性的情形下,仲裁庭始须继续审查它依双方当事人所选择的法和适用于争议事项的法(特别是主合同的准据法)这两个任择其一的法律体系是否具有实质有效性。<sup>[52]</sup> 可见,第 178 条第 2 款是一条“仲裁友好型的”冲突规则。2011 年的西班牙《仲裁法》第 9 条第 6 款<sup>[53]</sup> 几乎逐字逐句地复制了瑞士《关于国际私法的联邦法律》第 178 条第 2 款的规定。阿尔及利亚《民事诉讼和行政诉讼法典》第 458a 条第 3 款也仿效瑞士的立法例,采取了有利于仲裁协议有效性的原则。<sup>[54]</sup>

依照中国《涉外民事关系法律适用法》第 18 条 2 句,在双方当事人未作法律选择的情形下,仲裁协议的准据法是仲裁机构所在地国家的法律体系或仲裁地国家的法律体系。这与上文所提到的一些

[50] Vgl. Geimer (Fn. 11), Rn. 3790, 3833.

[51] Vgl. Keller/Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 2004, Art. 178, Rn. 50-53.

[52] See Karrer, *supra* note 10, at 852-853.

[53] 2011 年的西班牙《仲裁法》第 9 条第 6 款规定:“在仲裁含有国际性因素的情形下,双方当事人所选择的仲裁协议准据法或争议实体的准据法或西班牙法所规定的条件被满足的,仲裁协议即为有效且争议是可仲裁的。”See Born, *supra* note 29, at 475, 485, 546, 578.

[54] See Born, *supra* note 6, at 838-839; see also Born, *supra* note 29, at 475, 485, 546.

国家的国际民事程序法相应规定(如土耳其《关于国际私法和国际民事程序法的第5718号法律》第62条第1款e项、斯洛文尼亚共和国《关于国际私法和国际程序的法律》第106条第1款第5项和第6项)以及《纽约公约》第5条第1款甲项在此情形下唯独以仲裁地国家的法律体系为仲裁协议准据法的做法有所不同。如果仲裁地国家和仲裁机构所在地国家是同一个国家,则该法第18条第2句实际上无异于以仲裁地国家的法律体系为仲裁协议准据法。但如果仲裁地国家和仲裁机构所在地国家分别是两个不同的国家,则情况要复杂一些。从字面上看,似乎既可以适用仲裁机构所在地国家的法律体系,也可以适用仲裁地国家的法律体系。如果两个国家的法律体系均肯定仲裁协议的有效性,则情况也较为好办,因为只须适用其中任何一个法律体系即可。而如果其中一个法律体系肯定仲裁协议的有效性,另一个法律体系否定仲裁协议的有效性,且双方当事人各执一端,亦即一方主张仲裁协议有效,另一方主张仲裁协议无效,则《涉外民事关系法律适用法》第18条2句无法提供令人满意的答案。<sup>[55]</sup> 笔者认为,在此情形下应依照有利于仲裁协议有效性的原则,尽可能适用肯定仲裁协议有效性的那一法律体系。这样解释的理由是,自《纽约公约》于1987年4月22日对中国生效以来,中国作为该公约迄今为止总共156个缔约国之一,<sup>[56]</sup> 依照该公约第2条第1款和第3款<sup>[57]</sup> 的规定及其精神在国际公法上负有以下义务,即最大限度地承认和执行关于可通过仲裁予以解决的争议的书面仲裁协议。<sup>[58]</sup>

## (二) 辅助性地适用能够使仲裁协议有效的国际法原则或规则

此外,一些国家的国内法院或仲裁庭认为,国际性仲裁协议不应受制于国内法律体系,而应适用实体国际法原则或规则。例如,一些法国法院的司法判决认为,国际性仲裁协议不应受制于国内法律体系,而应径直适用使双方当事人的意思得以实施、有利于仲裁的实体国际法原则;一些美国法院则采取一种“比较的方法”,认为《纽约公约》只准许适用“在国际层面上为中立的”和“可一般地予以适用的”统一实体国际法规则(如禁止歧视国际性仲裁协议的统一国际法规则),而不是那些动辄否定仲裁协议的可执行性、带有歧视性甚至“有点怪异”的国内法规则。<sup>[59]</sup> 与“有利于有效性”原则相仿,适用此种“国际法原则或规则”的目的,在于实现国际性仲裁协议的可执行性的最大化。<sup>[60]</sup>

## (三) 将与国际性仲裁协议的有效性有关的“准据法分裂”作为确定仲裁协议准据法的一种辅助手段来使用

从国际法律冲突法的视角来看,国际性仲裁协议的实质有效性的准据法只是判断国际性仲裁协议的有效性所依据的主要法律体系而非唯一的法律体系。除了仲裁协议的实质有效性的准据法外,

[55] 参见万鄂湘主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》,中国法制出版社2011年版,第142页。

[56] [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXII-1&chapter=22&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en) (last visited on 23 January 2016).

[57] 《纽约公约》第2条第1款规定:“当事人以书面约定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议,如关涉可以仲裁解决事项之确定法律关系,不论为契约性质与否,应提交仲裁时,各缔约国应承认此项协定。”第2条第3款规定:“当事人就诉讼事项订有本条所称之协定者,缔约国法院受理诉讼时应依当事人一造之请求,命当事人提交仲裁,但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”

[58] *Concise International Arbitration* 5-10 (Loukas A. Mistellis ed., Kluwer Law International 2010).

[59] 例如,苏格兰法曾要求达成仲裁协议的双方当事人必须明确指定仲裁员。这种规定势必导致大量针对将来发生的争议的仲裁协议无效或不可执行,不符合《纽约公约》和《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的宗旨和精神,属于“仲裁不友好型的”国内法规则。

[60] See Born, *supra* note 3, at 56-57.

还有一些要素也会影响到国际性仲裁协议的有效性,这些要素本身也含有涉外因素或具有国际性,有时需要适用另外的冲突规则来确定它们各自的准据法,从而形成“准据法分裂”的局面。在国际商事仲裁实践中,与国际性仲裁协议的有效性有关的“准据法分裂”经常被用作确定国际性仲裁协议准据法的一种辅助手段,借以从仲裁协议的形式有效性、当事人缔结仲裁协议的能力和争议的可仲裁性等不同方面来判断仲裁协议是否有效。

首先,仲裁协议的形式有效性是决定仲裁协议的有效性的要素之一。《纽约公约》第2条第1款要求仲裁协议必须是书面协议(该公约中文本称之为“书面协定”),同条第2款进一步解释道,书面协议是指双方当事人所签订或在互换函电中所载明的合同仲裁条款或独立的仲裁协议。类似地,1985年的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第7条第2款规定:“仲裁协议应是书面的。一项协议如包含于双方当事人所签字的文件中,或包含于书信、电传、电报的往来中或提供该项协议的记录的其他电讯手段的往来中,或包含于申请书和答辩状的交换中,其中一方当事人声称存在协议而另一方当事人不予否认,即为书面的。在合同中援引含有仲裁条款的文件,即构成仲裁协议,但以合同是书面的,且该项援引旨在使该仲裁条款成为合同的组成部分为限。”2006年修订的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》选项I之第7条在其第2款、第5款和第6款基本上重复了1985年文本第7条第2款的规定,但在其第3款和第4款却有新的重大发展。根据2006年修订文本选项I之第7条第3款,如果一项仲裁协议的内容被以任何形式记录下来,而不论该仲裁协议或合同是否是口头订立的、通过行为订立的或以其他方式订立的,则该仲裁协议是书面的。根据2006年修订文本选项I之第7条第4款,如果电子通讯所包含的信息是为了能够用于日后的援引而可获取的,则电子通讯符合仲裁协议的书面要求;“电子通讯”是指当事人各方通过数据信息所进行的任何通讯;“数据信息”是指通过电子方式、磁学方式、光学方式或包括但不限于电子数据交换(EDI)、电子邮件、电报、电传或电传复制的类似方式产生、发送、接收或储存的信息。<sup>[61]</sup>受《纽约公约》第2条第1款和《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》1985年文本第7条第2款和2006年修订文本选项I之第7条第2款至第6款的影响,多数国家的仲裁立法在仲裁协议的形式有效性问题上作出了相似或相近的规定。例如,瑞士《关于国际私法的联邦法律》第178条第1款规定:“仲裁协议如系通过电报、电传、传真或任何其他使仲裁协议能够被文本所证明的通讯方式以书面达成的,即在形式上为有效。”该条款加上了为《纽约公约》第2条第1款所未予规定的“传真”,并为通讯方式的未来发展(如电子邮件等)留有余地。这方面的规定多为具有强制性的实体法规则,故往往优先于冲突规则而被直接适用。例如,根据瑞士《关于国际私法的联邦法律》第176条第1款,关于国际仲裁的第12章(第176条至第199条)的规定应适用于所有仲裁庭所在地位于瑞士且至少有一方当事人在仲裁协议订立时在瑞士既无住所亦无惯常居所的仲裁。在符合这一适用条件且双方当事人未明示地排除适用关于国际仲裁的第12章的情形下,所在地位于瑞士的仲裁庭直接适用该法第176条第1款关于仲裁协议形式有效性的实体法规则。迄今为止,多数国家的立法者更倾向于采取实体法解决办法,而未制定专门适用于仲裁协议形式有效性的冲突规则。尽管如此,各国的仲裁立法对仲裁协议形式有效性的要求仍不尽一致,有时会提出到底应依何国法律体系判断国际性仲裁协议在形式上是否有效的问题。在国际商事仲裁实践中,曾经有人主张国际性仲裁协议的形式有效性只需任择性地符合仲裁协

[61] *Concise International Arbitration* 598-599 (Loukas A. Mistellis ed., Kluwer Law International 2010).

议缔结地国家的法律体系或合同(包含仲裁条款的合同或单独的仲裁合同)的准据法所属国家的法律体系对形式的要求即可。<sup>[62]</sup> 但笔者认为,在采取冲突法解决办法确定仲裁协议形式有效性的准据法时,不得违反仲裁地国家的法律体系关于仲裁协议形式有效性的强制性实体法规定。

其次,当事人缔结有效的国际性仲裁协议的行为能力也是一个需要确定准据法的问题。按照《纽约公约》第5条第1款甲项,如果仲裁协议(该公约中文本称之为“协定”)的双方“当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形”,则仲裁裁决可以被缔约国的法院拒绝承认。这一规定可以被解释成:就自然人而言,能力问题应适用自然人的属人法(惯常居所地国家的法律体系或住所地国家的法律体系或本国法);就法人而言,能力问题应适用法人成立地或登记地或住所地(主事务所所在地)国家的法律体系。鉴于在国际层面上并不存在关于该问题的统一冲突规则,各国法院和仲裁庭在实践中一般按照其国内冲突规则来确定该问题的准据法,但通常要求依不同于确定仲裁协议的实质有效性准据法和形式有效性准据法的冲突规则来确定当事人缔结仲裁协议的行为能力的准据法。有些国家的仲裁实践以一方当事人的行为能力准据法为该方当事人缔结仲裁协议的行为能力的准据法,而有些国家的仲裁实践则类推适用关于行为能力准据法的冲突规则。例如,斯洛文尼亚共和国《关于国际私法和国际程序的法律》第106条第1款第5项以一方当事人的行为能力准据法为该方当事人缔结仲裁协议的行为能力的准据法。<sup>[63]</sup> 在中国现行法上,《涉外民事关系法律适用法》关于仲裁协议准据法的第18条并未提及当事人缔结仲裁协议的行为能力的准据法。笔者认为,可类推适用该法第12条第1款关于确定自然人民事行为能力准据法的冲突规则,主要以缔结仲裁协议的一方或双方当事人的经常居所地国家的法律体系作为判断其是否具有缔结仲裁协议的行为能力的准据法。但按照该法第12条第2款,为了保护行为地国家交易的安全和善意当事人的合理预期,如果从事民事活动的自然人依其经常居所地国家的法律体系没有民事行为能力,而依其行为地国家的法律体系却有民事行为能力,则例外地不适用其经常居所地国家的法律体系,而适用其行为地国家的法律体系。笔者认为,该法第12条第2款也可类推适用于当事人缔结仲裁协议的行为能力,也就是说,仲裁协议缔结地国家的法律体系可以例外地成为当事人缔结仲裁协议的行为能力的准据法。这一解决办法使得依其经常居所地国家的法律体系没有缔结仲裁协议的行为能力的自然人,在依仲裁协议缔结地国家的法律体系有缔结仲裁协议的行为能力的情形下,仍然可以缔结有效的仲裁协议,因而是有利于仲裁协议的有效性的。

最后,《纽约公约》和多数国家的仲裁立法均规定,如果双方当事人之间的争议“是不能通过仲裁予以解决的”,也就是说,争议属于不可仲裁的事项,则在其他情形下为有效的仲裁协议可以被国内法院例外地拒予执行。《纽约公约》第5条第2款甲项规定,如果争议事项依申请承认与执行地所在国的法律体系是不可仲裁的,则被请求国有管辖权的机关无须承认外国仲裁裁决。由此可以推断,该公约间接地以申请承认与执行地所在国(被请求国)的法律体系为争议可仲裁性的准据法。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第36条第1款b项第1目也含有类似规定。<sup>[64]</sup> 后者规定:如果被请求承认或执行地国家有管辖权的法院查明,争议标的依该国法是不能通过仲裁予以解决的,则

[62] 同注24引文。

[63] Vgl. Slowenien: Gesetz über das international Privatrecht und Verfahren (Übersetzung von Claudia Rudolf), in: IPPrax 2003, 163 - 175. 另参见邹国勇:同注28引书,第213页。

[64] See Born, *supra* note 3, at 58, 85.

不论仲裁裁决是在何国作出的均无须予以承认或执行。迄今为止,许多国家的立法者更倾向于采取实体法解决办法,而未制定专门适用于争议的可仲裁性的冲突规则。例如,在德国国际商事仲裁实践中,如果双方当事人选择了德国为仲裁地国家,则可仲裁性的问题仅依德国《民事诉讼法》第1030条第1款予以判断。<sup>[65]</sup>又如,瑞士《关于国际私法的联邦法律》第177条第1款规定:“一切具有财产性的争议均可提交仲裁。”这方面的规定多为实体法规则,它们往往优先于冲突规则而被直接适用。例如,在符合瑞士《关于国际私法的联邦法律》第176条第1款的适用条件且双方当事人未明示地排除适用关于国际仲裁的第12章的情形下,所在地位于瑞士的仲裁庭直接适用该法第177条第1款关于可仲裁性的实体法规则。尽管如此,各国的仲裁立法关于争议的可仲裁性的规定仍不尽一致,有时会提出到底应依何国法律体系判断争议是否可以通过仲裁予以解决的问题。笔者认为,如果争议的可仲裁性的准据法确定问题是在仲裁裁决的撤销或执行程序中被提出来的,则可采取《纽约公约》第5条第2款甲项和《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第36条第1款b项第1目所间接采取的解决办法,即争议的可仲裁性适用仲裁裁决被请求承认或执行地国家的法律体系。然而,如若仲裁庭须就争议的可仲裁性的准据法作出决定,则最有可能被适用的是仲裁协议实质有效性的准据法;在某些情形下,仲裁地国家的法律体系也可能被适用。<sup>[66]</sup>

#### 四、结语

国际性仲裁协议的准据法确定关系到仲裁协议的有效性,因而在国际商事仲裁实践中具有重要意义。传统上,由于得到《纽约公约》第5条第1款甲项的间接认可,确定国际性仲裁协议准据法的方法主要有二:其一是适用双方当事人所明示或默示地选择的、适用于仲裁协议本身的法律体系,其二是在无法律选择的情形下适用仲裁地国家的法律体系。在双方当事人已明示或默示地选择仲裁协议准据法的场合,当事人的意思自治应得到尊重,故当事人意思自治原则已成为确定国际性仲裁协议准据法的首要原则。在双方当事人无明示或默示法律选择的场合,仲裁地通常被认为是与仲裁协议有最密切联系的地方,故经常被适用的是仲裁地国家的法律体系。此外,主合同的准据法、申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系(法院地法)、与仲裁协议有最密切联系的国家的法律体系以及仲裁程序本身的准据法也可能成为仲裁协议的准据法。但在依客观的连结确定国际性仲裁协议的准据法时,由于仲裁协议独立性(可分离性)的缘故,国际性仲裁协议所适用的某一国家的法律体系完全可以不同于主合同的准据法。不仅如此,国际性仲裁协议的准据法也可以不同于仲裁程序本身的准据法。为了从仲裁协议的形式有效性、当事人缔结仲裁协议的能力和争议的可仲裁性等不同方面来判断仲裁协议是否有效,与仲裁协议的有效性有关的“准据法分裂”经常被作为确定仲裁协议准据法的一种辅助手段来使用。受《纽约公约》和《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》所确立的统一的国际性原则的影响,最近几十年来,在国际性仲裁协议准据法的确定问题上出现了一个尽可能使仲裁协议有效的发展趋势,具体表现在辅助性地适用“有利于有效性”原则和辅助性地适用能够使仲裁协议有效的国际法原则或规则(如禁止歧视仲裁协议的统一国际法规则),借以便利国际性仲裁协议

[65] Vgl. Brödermann/Rosengarten (Fn. 39), Rn. 756.

[66] See Bernar Hanotiau, *The Law Applicable to Arbitrability*, 26 Singapore Academy of Law Journal 874, 874-885 (2014).

的承认与执行,继而实现国际商事仲裁之为国际性争议提供简便、高效和合理的解决办法的目的。

## **Significance, Methods and Trend of Determining the Law Governing an International Arbitration Agreement: Focusing on the Validity of an Arbitration Agreement**

Chen Weizuo

**Abstract:** Determining which law governs an international arbitration agreement is central to the practice of international commercial arbitration, since one cannot consider the validity of an arbitration agreement without making this determination. There are two primary methods for determining the law governing an international arbitration agreement: The first is to apply the legal system chosen by the parties explicitly or impliedly that is applicable to the arbitration agreement itself. The second is to apply the legal system of the country of the seat of arbitration. The law applicable to the main contract, the legal system of the country in which enforcement of an arbitration award is sought, the legal system with which the arbitration agreement has the closest connection, or the law applicable to arbitration proceedings may also be the law governing an international arbitration agreement. In addition, the *dépeçage* (*Statutenspaltung*) is often used as a subsidiary means of determining the law governing an arbitration agreement. The purpose is to pass judgment on its formal validity, the parties' capacity to enter into such an agreement, as well as the arbitrability of disputes. In the last few decades, there has been a trend in favor of the validity of arbitration agreements in the question of determining their governing law, i. e. in favor of the subsidiary application of the principle *favor validitatis* and the subsidiary application of international legal rules that recognize the validity of an arbitration agreement. The aim is to maximize the enforceability of international arbitration agreements.

**Keywords:** international arbitration agreement; validity; determination of the governing law; methods; trend

(责任编辑:丁洁琳)

## 民法总则法律行为效力制度立法建议

王 轶\*

**摘要:**依据广泛分享的共识,法律行为制度将成为民法总则的重要组成部分。但围绕如何设计民法总则中的法律行为效力制度,理论界和实务界仍存在较大的意见分歧。法律行为效力制度表达了一个国家或地区对自由及其限制这一核心价值判断问题的基本看法,还涉及到不少事关民事立法质量的立法技术问题,其重要性不言而喻。我国未来民法总则应当在现行民事立法的基础上,丰富法律行为效力的类型;不再规定法律行为的一般生效要件;不再将无权处分合同认定为效力待定的合同;整合认定法律行为绝对无效的规则,以求进一步完善法律行为的效力制度。

**关键词:**尚未完全生效的法律行为 相对特定第三人无效的法律行为 无权处分合同 效力性强制性规定 公共利益

进入 21 世纪的第二个十年,民法典编纂工作再次被提上了立法机关的日程。作为民法典编纂的第一步,全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会于 2015 年 3 月 20 日正式启动了《中华人民共和国民法总则》的起草工作。依据广泛分享的共识,法律行为<sup>[1]</sup>制度将成为民法总则的重要组成部分。但围绕如何设计民法总则中的法律行为效力制度,理论界和实务界仍存在较大的意见分歧。法律行为效力制度事关行使国家公权力介入私人生活、干涉市场交易与尊重民事主体意思自治的边界问题,包含着对民事主体间利益冲突以及民事主体利益与公共利益间利益冲突的协调策略,表达了一个国家或地区对自由及其限制这一核心价值判断问题的基本看法,还涉及到不少事关民事立法质量的立法技术问题,不可不察。笔者拟结合民法总则起草中的争议,就如何设计民法总则中的法律行为效力制度略述己见,以就教于大方。

### 一、建议之一:丰富法律行为效力的类型

依据《中华人民共和国民法通则》(以下简称“《民法通则》”)第 55 条、第 58 条、第 59 条、第 66 条第 1 款,以及《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第 44 条、第 47 条、第 48 条、第 50 条、

---

\* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,中国人民大学法学院教授,法学博士。本文为国家社科基金重大项目“民法典编纂重大疑难问题研究”(项目编号:14ZDC017)的阶段性成果。

[1] 《中华人民共和国民法通则》将以意思表示为核心要素的表示行为称为“民事行为”,称生效要件齐备的“民事行为”为“民事法律行为”,此外还存在无效的民事行为,可变更、可撤销的民事行为,效力待定的民事行为等。但本次民法典编纂过程中,多数说主张改“民事行为”为“法律行为”或“民事法律行为”。在笔者看来,究竟采“民事行为”还是“法律行为”,抑或“民事法律行为”,属于民法问题中的解释选择问题,没有真假、对错之分,哪一概念更符合大多数人分享的前见,哪一概念就更为可取。

第51条、第52条、第54条、第74条第1款等条款的规定,我国现行民事立法认可的民事行为效力类型包括:生效的民事行为,即民事法律行为;无效的民事行为;可撤销的民事行为;效力待定的民事行为<sup>[2]</sup>以及得由第三人行使撤销权予以撤销的民事行为等。民事立法,尤其是民事司法的晚近发展表明,以上效力类型不足以涵括法律行为效力的所有形态,不能够适应社会经济生活发展对法律行为效力规则设计提出的最新要求。与时俱进,丰富法律行为的效力类型,是完善法律行为效力制度的必由之路。详述如下:

### (一) 需要认可尚未完全生效的法律行为作为法律行为效力的独立类型

尚未完全生效的法律行为可以基于法律、行政法规的规定产生。就现行民事立法而言,依据《合同法》第44条第2款的规定,“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续才生效的,应依照其规定”。这里的批准、登记手续即合同行为的法定特别生效要件。

就批准作为民事行为的法定特别生效条件而言,在我国现行法律、行政法规中较为常见。典型者如《中华人民共和国中外合资经营企业法》第3条第1句规定:“合营各方签订的合营协议、合同、章程,应报国家对外经济贸易主管部门(以下称审查批准机关)审查批准。”第13条第2句规定:“约定合营期限的合营企业,合营各方同意延长合营期限的,应在距合营期满六个月前向审查批准机关提出申请。”再如《中华人民共和国中外合作经营企业法》第5条第1句规定:“申请设立合作企业,应当将中外合作者签订的协议、合同、章程等文件报国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方政府(以下简称审查批准机关)审查批准。”第7条前段规定,“中外合作者在合作期限内协商同意对合作企业合同作重大变更的,应当报审查批准机关批准”。第10条规定:“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的,必须经他方同意,并报审查批准机关批准。”第24条第1句规定:“合作企业的合作期限由中外合作者协商并在合作企业合同中订明。中外合作者同意延长合作期限的,应当在距合作期满一百八十天前向审查批准机关提出申请。”<sup>[3]</sup>

就登记作为民事行为的法定特别生效条件,在我国现行法律、行政法规中则难觅其踪。《中华人民共和国担保法》(以下简称“《担保法》”)第41条规定:“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。”该条规定自出台之日起就备受诟病,长期被作为立法设计不圆满的典型予以批评。当然,随着《中华人民共和国物权法》(以下简称“《物权法》”)的颁布施行,《担保法》的该条规定终被《物权法》第187条、第188条取代。<sup>[4]</sup> 登记作为民事行为法定特别生效条件,在司法解释中倒可一见,即《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第6条第1项和第2项,此两项确认,“未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的”以及“未经国家有关主管部门批准或者登记,为境外机构向境内债权人提供担保的”,“对外担保合同无效”。司法解释虽属民法法律渊源,但既非法律,也非行政法规,<sup>[5]</sup>作如是规定,是否妥当尚值得讨论。

就批准作为民事行为的法定特别生效条件而言,未办理批准手续的,民事行为效力如何? 最高人

[2] 魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第155-171页。

[3] 《中华人民共和国外国投资法》(草案征求意见稿)将《中外合资经营企业法》以及《中外合作经营企业法》中的审查批准制度调整为“准入许可”制度和“国家安全审查”制度。

[4] 《中华人民共和国物权法》第178条规定:“担保法与本法的规定不一致的,适用本法。”

[5] 王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2015年版,第16-18页。

民法院的司法解释也经历了一个认识不断推进的过程。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第9条第1款前段的规定,“依照合同法第四十四条第二款的规定,法律、行政法规规定合同应当办理批准手续,或者办理批准、登记等手续才生效,在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的,或者仍未办理批准、登记等手续的,人民法院应当认定该合同未生效”。可以看出此类合同当是未生效的合同。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第8条的规定:“依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后,有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的,属于合同法第四十二条第(三)项规定的‘其他违背诚实信用原则的行为’,人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求,判决相对人自己办理有关手续;对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失,应当承担损害赔偿责任。”可以看出,此时合同虽未生效,但当事人须负担办理申请批准或申请登记的先合同义务。

依据《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》第1条的规定:“当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同,依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的,自批准之日起生效;未经批准的,人民法院应当认定该合同未生效。当事人请求确认该合同无效的,人民法院不予支持。”“前款所述合同因未经批准而被认定未生效的,不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款的效力。”可见,合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款得自依法成立时生效,其他条款则自办理批准手续之日起生效,此时属于尚未完全生效的合同,是一种独立的合同行为效力类型。<sup>[6]</sup>该司法解释第6条进一步规定:“外商投资企业股权转让合同成立后,转让方和外商投资企业不履行报批义务,受让方以转让方为被告、以外商投资企业为第三人提起诉讼,请求转让方与外商投资企业在一定期限内共同履行报批义务的,人民法院应予支持。受让方同时请求在转让方和外商投资企业于生效判决确定的期限内不履行报批义务时自行报批的,人民法院应予支持。”“转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的期限履行报批义务,受让方另行起诉,请求解除合同并赔偿损失的,人民法院应予支持。赔偿损失的范围可以包括股权的差价损失、股权收益及其他合理损失。”可见,股权转让合同尚未报批,属于尚未完全生效合同。转让方和外商投资企业在特定情形下不履行报批义务,还要承担如同合同已经获批,从而完全生效,当事人不履行生效合同的主合同义务须承担的违约损害赔偿责任。

尚未完全生效的法律行为也可以基于当事人的约定产生。就现行民事立法而言,这在附生效条件的民事行为以及附始期的民事行为中较为常见。因为附条件或期限的,可以是整个民事行为,也可以是民事行为的部分条款。就后者而言,未附条件或期限的条款,可以自依法成立之时起生效,附了条件或期限的,条件成就或者期限届至时,发生效力。以附所有权保留条款的分期付款买卖为例。以《物权法》作为一般规则确认的债权形式主义的物权变动模式为基础,所有权保留法律构成的具体方式是:在附所有权保留的动产分期付款买卖交易中,分期付款买卖合同中除与动产标的物所有权转移相关的合同条款外,其余条款一旦满足《合同法》第44条第1款以及《民法通则》第55条的规定,即自

[6] 王轶:“合同效力认定的若干问题”,载《国家检察官学院学报》2010年第5期,第160页。

成立之时起生效。与动产标的物所有权转移相关的合同条款,乃为附有《合同法》第45条第1款中的“生效条件”的条款,其在价款支付完毕等条件成就前,尚不发生效力。但服务于买受人提前享用动产标的物的需要,出卖人须在其他合同条款生效的前提下,应买受人的请求交付动产标的物于买受人。由于分期付款买卖合同中与动产标的物所有权转移相关的合同条款尚未生效,买受人尚不享有要求出卖人转移动产标的物所有权的请求权。出卖人此时进行的交付动产标的物的行为,并非是在履行其在买卖合同中所负担的主合同义务,即《合同法》第135条所谓“出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证,并转移标的物所有权的义务”。出卖人所进行的动产标的物的交付行为,仅是服务于买受人对于标的物的提前享用而已。一旦与动产标的物所有权转移相关的合同条款所附生效条件成就,买受人支付完毕了合同约定的价款或履行了其他合同义务,买受人即得要求出卖人履行转移标的物所有权的合同义务。考虑到“动产物权设立和转让前,权利人已经依法占有该动产”的,“物权自法律行为生效时发生法律效力”〔7〕保留所有权的分期付款买卖合同中,动产标的物的所有权得依此项关于简易交付的规定,自与动产标的物所有权转移相关的合同条款生效之时,转归买受人所有〔8〕

综上所述,尚未完全生效的法律行为当为法律行为效力的独立类型。

## (二)需要认可相对特定第三人无效的法律行为作为法律行为效力的独立类型

法律行为所引发的民事主体与民事主体之间的利益关系中,包括实施法律行为的当事人与特定第三人之间的利益关系。对此种类型的利益关系进行调整,需要借助授权第三人规范。所谓授权第三人规范,即授予法律行为以外特定第三人以权利的规范,该权利的行使可以决定影响该特定第三人利益的法律行为的效力。

被授权的特定第三人如果被授予的是请求确认法律行为相对其无效的权利,则以合同行为的效力判断为例,特定第三人援引此类授权第三人规范,请求裁判者确认损害自身权益的合同行为相对无效,与合同得被主张绝对无效明显不同。主要区别在于:第一,绝对无效的合同行为是属于对任何人都不得主张其效力的合同行为,即该合同行为不但在合同当事人之间是无效的,而且对于合同关系以外的任何民事主体都是无效的。但相对特定第三人无效的合同行为则有所不同。该合同行为仅仅相对于特定第三人不得主张其效力,但在合同当事人之间,该合同行为仍属有效,仍然具备法律拘束力。而且对于该特定第三人以外的其他任何民事主体,该合同行为也都属于有效的合同行为。第二,绝对无效的合同行为属于自始、当然无效的合同行为。该类合同行为从来没有发生过法律拘束力,而且无须任何有权机关认定,即不得产生任何法律拘束力。但相对特定第三人无效的合同行为自成立之时具有法律拘束力,仅在被授权的特定第三人主张裁判者确认该合同相对无效时,该合同行为方相对该特定第三人自始无法律效力。第三,绝对无效的合同行为属于确定、永久不能发生法律效力的合同行为。绝对无效的合同行为属于损害公共利益,存在严重违法性的合同行为,因此不存在成为生效合同行为的可能。相对特定第三人无效的合同行为则与此不同。该种类型的合同行为仅损害了特定第三人的利益,为贯彻意思自治原则,其命运取决于该特定第三人的意志。

我国《物权法》第20条第1款第2句规定:“预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不

〔7〕 《中华人民共和国物权法》第25条。

〔8〕 参见王轶:“论所有权保留的法律构成”,载《当代法学》2010年第2期,第23-24页。

动产的,不发生物权效力。”这里之所以“不生物权效力”,原因即在于就出卖人或转让人与其他民事主体所实施的处分不动产的合同行为,预告登记的权利人有权主张该行为相对自己无效。《物权法》第194条第1款第2句规定:“抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容,但抵押权的变更,未经其他抵押权人书面同意,不得对其他抵押权人产生不利影响。”抵押权人与抵押人变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容的协议,对其他抵押权人产生不利影响的,其他抵押权人应有权主张该协议相对自己无效。《物权法》第205条规定:“最高额抵押担保的债权确定前,抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额,但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。”抵押权人与抵押人变更债权确定期间等内容的协议,对其他抵押权人产生不利影响的,其他抵押权人应有权主张该协议相对自己无效。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条规定:“买受人以出卖人与第三人恶意串通,另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用,导致其无法取得房屋为由,请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的,应予支持。”这里的所谓“无效”,应属相对特定第三人无效。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第12条第2款规定,其他按份共有人“以其优先购买权受到侵害为由,仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效”,不予支持。这就意味着,在其他按份共有人不但请求认定按份共有人向共有人之外的人转让其份额的合同无效,而且请求按照同等条件购买该共有份额的,人民法院应予支持。这里的无效也应该理解为相对特定第三人无效。

可见,在现行民事立法和司法解释中,不乏有关相对特定第三人无效合同行为的规定。但值得注意的是,现行民事立法及司法解释,在确立协调合同关系当事人与合同关系以外特定第三人利益冲突的法律规则时,也不乏采用授予该特定第三人撤销权的例证。最典型的就是《合同法》第74条有关债权人撤销权的规定,此外尚有《物权法》第195条第1款第2句;<sup>[9]</sup>《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第69条,<sup>[10]</sup>《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第12条第2款<sup>[11]</sup>等。

从立法论的角度出发,协调合同关系当事人与合同关系以外特定第三人的利益关系,认定合同相对特定第三人无效较授予特定第三人撤销权更具价值判断上的妥当性。原因在于,授予特定第三人撤销权的情形,基于该特定第三人撤销权的行使,合同行为不仅相对于该特定第三人不发生效力,在合同当事人之间也丧失拘束力。但相对特定第三人无效的情形,该特定第三人仅得主张合同行为相对自己无效,在合同当事人之间,合同行为仍然有效。就实现对特定第三人合法权益的保护而言,认定合同相对特定第三人无效,更符合比例原则的要求,也更有利于意思自治原则的实现。

综上所述,相对特定第三人无效的法律行为当为法律行为效力的独立类型。

[9] 该句规定:“协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。”

[10] 该条规定:“债务人有多个普通债权人的,在清偿债务时,债务人与其中一个债权人恶意串通,将其全部或者部分财产抵押给该债权人,因此丧失了履行其他债务的能力,损害了其他债权人的合法权益,受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。”

[11] 该款确认,在其他按份共有人不但请求撤销按份共有人向共有人之外的人转让其份额的合同,而且请求按照同等条件购买该共有份额的,人民法院应予支持。

## 二、建议之二:不再规定法律行为的一般生效条件

我国现行民事立法设有民事行为的一般生效条件。如《民法通则》第55条规定:“民事法律行为应当具备下列条件:(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律或者社会公共利益。”再如《合同法》第44条第1款规定,“依法成立的合同,自成立时生效。”这里的“依法成立”,应当就是依照《民法通则》第55条的规定成立。

在民法总则起草的过程中,有观点主张,应对《民法通则》第55条略作调整,即将《民法通则》第55条第3项调整为“不违反法律、行政法规的效力性强制性规定,不违背公序良俗”,继续规定法律行为的一般生效条件。也有观点主张,我国未来民事立法就法律行为效力应采“负面清单式”立法技术,即无须正面列举法律行为的一般生效条件,<sup>[12]</sup>而只须详尽规定法律行为效力存在欠缺的情形。当事人所为法律行为,只要不存在效力存在欠缺的情形,该法律行为即生效。

笔者认同后一观点,即不再规定法律行为的一般生效条件。理由在于:第一,正面列举法律行为一般生效条件,就生效法律行为的判断而言,存在未尽周延之处。因为没有满足前述法律行为的一般生效条件,并不能够就得出法律行为一定不能生效的结论。以真意保留为例,真意保留又称心意保留、单独虚伪表示,属有瑕疵的意思表示,指行为人故意隐瞒其真意,而表示其他意思的意思表示,是意思与表示不一致的具体情形,学界通说认为,基于真意保留所为的法律行为,效力不因意思表示不真实受到影响。仅在该真意保留为相对人明知时,法律行为方不生效力。第二,正面列举法律行为一般生效条件,就生效法律行为的判断而言,还存在不够准确之处。因为满足了前述法律行为的一般生效条件,法律行为也未必生效。例如法律行为虽然没有违反法律、行政法规效力性的强制性规定,也没有违背公序良俗,但损害了特定第三人应受法律保护的合法权益,如前所述,该法律行为应属相对特定第三人无效的法律行为,并非无瑕疵的、生效的法律行为。第三,正面列举法律行为的一般生效条件,将行为人具有相应的民事行为能力作为法律行为一般生效条件的第一项,未免失之过宽。因为该项条件仅是对自然人,而非是对所有类型民事主体提出的要求。<sup>[13]</sup>就法人和其他组织而言,不应存在实施法律行为不具备相应民事行为能力的问题。因为法人或者其他组织实施了法律或者行政法规禁止或者限制实施的法律行为,不能认为法人或者其他组织此时不具备相应的民事行为能力,而是应当根据法律或者行政法规禁止或者限制规定的规范目的,去妥当判断法律行为的效力。至于法人或者其他组织超越目的范围实施法律行为,则应区别而论:依据公法设立的法人或者其他组织,超越目的范围,属于没有权利能力的问题;依据私法设立的法人或者其他组织,超越目的范围,属于超越法定代表人或者负责人代表权的问题,也与民事行为能力无关。可见,行为人具有相应的民事行为能力,作为民事行为的一般生效要件,仅仅只是对自然人提出的要求,设置为一般规则,失之过宽。第四,正面列举法律行为的一般生效条件,就以往的实践来看,可能产生误导作用。以往我国民事审判实践以及仲裁实践中,不乏裁判者遇到纠纷,即将当事人所为民事行为与一般生效条件逐项对照审查,凡有对照不上的,无论是否存在法律明确规定的效力存在欠缺的情形,一律认定无效。这一做法,

[12] 2002年9月16日至25日,全国人大常委会法制工作委员会在京召开民法典草案专家讨论会,根据笔者当时的记录,中国社会科学院法学研究所张广兴研究员在会上阐述了这一观点。

[13] 崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,第97-98页。

既浪费了有限的司法资源,又不利于贯彻意思自治的基本原则。因而,民法总则正面规定民事行为的一般生效条件,恐非明智之举。

就立法技术而言,如果不再规定法律行为的一般生效条件,可以采用的替代方法是:第一,民事主体实施法律行为需要具备相应的民事行为能力,既然仅是对自然人的要求,就可以在自然人民事行为能力部分,详细规定民事行为能力欠缺对法律行为效力的影响,或者将自然人民事行为能力制度一并在法律行为效力制度中作出规定。第二,设置意思表示不真实影响法律行为效力发生的一般规则,然后再设置真意保留虽属意思表示不真实,通常也不影响法律行为效力发生的例外规则,同时将意思表示不真实的各种情形,如非诚意表示、虚伪表示、错误、欺诈、胁迫等,根据典型生活形态予以最大程度的类型化,并规定对应的效力形态。第三,法律行为不得违反法律、行政法规效力性的强制性规定,不得存在其他损害公共利益的情形,是根据认定法律行为绝对无效的规则推导出来的,无须再做重复的规定。

采用“负面清单式”的立法技术,仅在当事人所为法律行为,存在法律明文规定的效力有欠缺的情形,才能认定法律行为效力存在欠缺,这不但有助于减轻裁判者的思考负担,也有利于避免不当否认法律行为的效力。

### 三、建议之三:不再将无权处分合同认定为效力待定的合同

我国《合同法》第51条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”该条将无权处分合同认定为效力待定的合同,这一规定的妥当性,备受学说和司法的质疑与挑战。在不认可负担行为和处分行为区分的背景下,出卖他人之物的买卖合同是无权处分合同的典型形态。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。”“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”该条将出卖他人之物的买卖合同认定为生效合同。随之也出现了主张认可负担行为与处分行为区分的呼声。

对负担行为与处分行为的区分问题,民法学界争讼已久。立法机关态度坚定,在多次立法研讨会上,明确予以否定。<sup>[14]</sup> 裁判者则态度不一,否定者有之,肯定者也不乏其人。其实,即使不认可负担行为与处分行为的区分,无权处分合同也可认定为生效的合同行为。在债权形式主义的物权变动模式、债权意思主义的物权变动模式以及混合主义的物权变动模式之下,作为基于合同行为发生物权变动法律效果的充分条件,当事人享有处分权都是不可或缺的一环。立法者设计调整无权处分合同的法律规则,若不考虑满足善意取得构成要件的例外情形,其核心目的应在于避免受让人从无权处分人处获得相应权利。此时立法者有两种可能的选择:一是让处分权的欠缺直接影响合同行为效力的发

[14] 有观点以《物权法》第15条为据,认为我国现行民事立法已经认可负担行为与处分行为的区分。笔者认为这一观点尚有讨论空间,该条仅是区分了设立、变更、转让、消灭不动产权利合同效力的发生条件与物权变动法律效果的发生条件,认为办理物权登记手续就是在履行生效合同的主合同义务,不能将物权登记手续的办理当作合同的法定特别生效条件,这本身就是债权形式主义物权变动模式的题中应有之义。如果用历史解释的方法确定该条的含义,没有立法资料显示该条意在认可负担行为与处分行为的区分。

生,从而实现欲追求的目的;二是不让处分权的欠缺影响合同行为的效力,而是让处分权的欠缺影响无权处分人履行义务的能力,从而也可实现欲追求的目的。二者相较,后者价值判断结论妥当性更高,且手段与目的更为相称,更合比例原则的要求。

有一种观点认为,在债权形式主义的物权变动模式之下,若让无权处分合同生效,则以出卖他人动产的买卖合同为例,一旦出卖人将他人之物交付于买受人,买受人即可取得标的物的所有权,标的物的有处分权人即无法保护自己的利益,善意取得制度也会变得无用武之地。这一看法尚有讨论空间,因为合同尽管已经生效,但出卖人负担的主合同义务是交付标的物或者交付提取标的物的单证,并且转移标的物的所有权于买受人。在出卖人并非标的物所有权人或者有处分权人的前提下,出卖人可能能够将标的物或者提取标的物的单证交付于买受人,但在没有满足善意取得构成要件的情况下,出卖人并不能够转移标的物的所有权于买受人,因而不存在损害标的物有处分权人利益的问题。<sup>[15]</sup>

#### 四、建议之四:整合认定法律行为绝对无效的规则

绝对无效的法律行为,是指已经成立的法律行为,严重欠缺法律行为的生效条件,因而自始、绝对、确定、当然、永久不按照行为人设立、变更和终止民事法律关系的意思表示发生法律效力。在我国现行民事立法中,绝对无效的民事行为包括因民事行为能力欠缺而无效的民事行为和因严重违法而绝对无效的民事行为。

##### (一)因民事行为能力欠缺而无效的民事行为

依据《民法通则》第58条第1款第1项、第2项以及《合同法》第47条的规定,无民事行为能力人实施的依法不能独立实施的民事行为以及限制民事行为能力人实施的依法不能独立实施的单方民事行为,属绝对无效。在未来的民法总则中,这一类型应予保留。

##### (二)因严重违法而绝对无效的民事行为

###### 1. 违反法律、行政法规效力性强制性规定的民事行为

《民法通则》第58条第5项确认,违反法律的民事行为绝对无效。《合同法》第52条第5项确认,违反法律、行政法规强制性规定的合同绝对无效。《民法通则》第58条第7项规定,以合法形式掩盖非法目的的民事行为绝对无效。《合同法》第52条第3项规定,以合法形式掩盖非法目的的合同绝对无效。后两项规定是关于规避行为的规定。借助规避行为,当事人力图以实施某项不受禁止的行为来达到实现某项受法律禁止行为的目的。这两项规定中所谓“非法目的”中的“法”也应限定为法律或行政法规的强制性规定。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条的规定:“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定。”可见,在我国现行民事立法中,违反法律、行政法规效力性强制性规定的民事行为,绝对无效。

在民法中,对法律行为所引发的民事主体利益与公共利益之间的关系进行调整,依靠强制性规定。服务于对法律行为,尤其是合同行为的效力进行妥当判断的目的,强制性规定得依据其功能的不同,进一步区分为要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定,以及禁止当事人采用特定行为模

[15] 王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第214页。

式的强制性规定。两类强制性规定对法律行为,尤其是合同行为效力的判断作用不同。要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定,属于对法律行为,尤其是合同行为课加了法定特别生效条件的强制性规定。未遵循此类强制性规定,则法律行为,尤其是合同行为的生效条件不兼备,属于前述尚未完全生效的合同行为。约定排除此类强制性规定的适用的,则违反了禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定,该约定无效。禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定,依据其规范目的的不同,可以进一步区分为效力性的强制性规范与管理性的强制性规范。二者对法律行为,尤其是合同行为的效力判断意义不同。效力性的强制性规定,意在禁止某类行为的发生,以避免对实质性的公共利益的危害,因而违反此类强制性规定的行为无效;管理性的强制性规定,意在禁止以违反法律的方式进行某类行为,以避免对管理秩序造成危害,违反此类强制性规定应受法律制裁,但行为效力不受影响。

从立法技术上讲,我国未来民法总则可以将《民法通则》第58条第5项、《合同法》第52条第5项、《民法通则》第58条第7项以及《合同法》第52条第3项整合为一项认定法律行为绝对无效的规则,即违反法律、行政法规效力性强制性规定的法律行为,绝对无效。其中法律、行政法规效力性的强制性规定,并不限于民事法律或民事法规中效力性的强制性规定,而是包括所有法律、所有行政法规中的此类规定。在这种意义上,法律行为违反法律、行政法规效力性强制性规定绝对无效的规定属于所谓的“引致规范”,将其他法律或行政法规中的规定引入到法律行为的效力判断中来。

## 2. 损害国家利益或者社会公共利益的民事行为

损害国家利益的民事行为是指损害国家在整体上具有的政治、经济、安全利益的民事行为,具体包括:

(1) 一方以欺诈、胁迫的手段使对方在违背真实意思的情况下为民事行为,损害了国家利益。如《合同法》第52条第1项规定“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益”,合同绝对无效。与《合同法》的规定不同,《民法通则》第58条第3项规定,一方以欺诈、胁迫的手段使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为绝对无效。通说主张,该项规定不适当地扩大了民事行为绝对无效的范围,应通过目的性限缩的方法进行法律漏洞的填补,确认只有存在损害国家利益的情形,此类民事行为方属绝对无效。

(2) 恶意串通损害国家利益的民事行为。《民法通则》第58条第4项规定,恶意串通损害国家利益的民事行为绝对无效。《合同法》第52条第2项规定,恶意串通损害国家利益的合同绝对无效。在这两项规定中,尚有恶意串通损害集体利益的民事行为无效的内容。通说认为,民法所协调的利益关系中,没有“集体利益”这种类型,集体经济组织、村民委员会、居民委员会等参与民事活动,有法人资格的,其利益为法人的利益;没有法人资格的,其利益为其他组织的利益,都属民事主体利益的范畴,因而建议未来民事立法不再规定集体利益。

损害社会公共利益的民事行为具体包括:

(1) 恶意串通,损害社会公共利益。《民法通则》第58条第4项规定,恶意串通损害第三人利益的民事行为绝对无效。《合同法》第52条第2项规定,恶意串通损害第三人利益的合同绝对无效。这两项规定中所谓“第三人利益”应限定为不特定第三人的利益。如果当事人恶意串通损害特定第三人利益,民事行为应为相对于该特定第三人无效的民事行为,而非绝对无效的民事行为。不特定第三人的利益是社会公共利益最典型的表现。民事行为的这一无效情形由主观和客观两个因素构成。主观因

素为恶意串通,即当事人具有共同目的,希望通过民事行为损害不特定第三人的利益。它可以表现为当事人事先达成协议,也可以是一方当事人作出意思表示,对方当事人明知其目的非法而用默示的方式接受。它可以是当事人相互配合,也可以是共同作为。客观因素为合同损害不特定第三人的利益。

(2)损害社会公共利益的其他情形。《民法通则》第58条第5项规定,损害社会公共利益的民事行为绝对无效。《合同法》第52条第4项规定,损害社会公共利益的合同绝对无效。

从立法技术的角度考量,我国未来民法总则无须从损害国家利益或者社会公共利益方式、手段的角度出发,列举法律行为绝对无效的类型,仅需概括性地认定损害国家利益或者社会公共利益的法律行为绝对无效即可。至于类型化民事主体损害国家利益或者社会公共利益的方式和手段,可以交由其他法律或行政法规完成。考虑法律、行政法规效力性的强制性规定,本身就包含着国家利益或者社会公共利益的具体类型,但借助法律、行政法规效力性的强制性规定,并不能发挥对所有类型的国家利益或者社会公共利益进行保障的作用。一些国家利益或者社会公共利益可能体现在法律、行政法规之外的立法文件中,还有一些国家利益或者社会公共利益可能是随着社会经济的变迁衍生出来的。我国未来民法总则,在认定违反法律、行政法规效力性强制性规定的法律行为绝对无效之外,的确有必要设置一兜底条款,确认法律行为存在其他损害国家利益或者社会公共利益的情形,也绝对无效。至于具体的法律表述,可以是“存在其他损害国家利益或者社会公共利益的情形,法律行为绝对无效”。也可以将国家利益和社会公共利益合称为“公共利益”,规定“存在其他损害公共利益的情形,法律行为绝对无效”。有观点主张,可以将该项规则表述为“违背公序良俗的法律行为,绝对无效”。笔者认为,考虑到依据既有的通说,公序良俗包括公共秩序和善良风俗,而其中的公共秩序主要是通过立法文件中的强制性规定建构起来的秩序,它属于法律、行政法规效力性强制性规定的上位概念。将“违背公序良俗的法律行为,绝对无效”,作为“违反法律、行政法规效力性强制性规定的法律行为,绝对无效”的兜底条款,似有不妥。

## 五、余论

法律行为效力制度,是民法总则中核心的法律制度。设计相对完善的法律行为效力制度,意义重大。除了前文论及的内容外,尚有不少可议之题。如可撤销法律行为的认定规则,就有在现行民事立法基础上予以整合的空间。我国现行民事立法将“显失公平”与“乘人之危”并列为两种影响民事行为效力的原因,<sup>[16]</sup>未来民法总则可以考虑将其整合为一项,将乘人之危作为导致显失公平后果的原因之一,规定“显失公平的法律行为,一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”。“一方利用优势或者利用对方没有经验,或者乘对方处于危难之机,为牟取不正当利益,迫使或者诱使对方作出不真实的意思表示,严重损害对方利益的,可以认定为显失公平。”<sup>[17]</sup>再如法律行为无效、被撤销、

[16] 《民法通则》第58条第1款第3项规定,一方乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为,无效。第59条第1款第2项规定,显失公平的民事行为,一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销。《合同法》第54条第1款第2项规定,在订立合同时显失公平的,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销合同。第2款规定,一方乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

[17] 中国法学会民法典编纂项目领导小组、中国民法学研究会:《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第141条。

确定不发生效力的法律效果,也有进一步完善的空间。可以考虑将《民法通则》第 61 条、《合同法》第 58 条和第 59 条整合为以下两款内容:“法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,当事人因该行为取得的财产,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的损失,各方都有过错的,各自承担相应的责任。”“法律行为因违反法律、行政规范效力性强制性规定或者存在其他损害公共利益情形而无效,不当返还财产或者赔偿损失的,不适用前款规定。该法律行为损害国家利益的,当事人因此取得的财产应当依法收归国家所有。”<sup>[18]</sup> 还有在所有类型的法律行为中,双方法律行为,尤其是合同行为无疑居于核心地位,法律行为的效力规则大多也是以合同行为为对象进行设计的。我国未来民法总则,还应兼顾单方法律行为、共同行为以及决议行为的特殊效力规则。<sup>[19]</sup> 诸此种种,未尽之言,容另文探讨。

### Legislative Proposals for Validity System of Juristic Acts in General Provisions of Civil Law

Wang Yi

**Abstract:** Based on the commonly shared consensuses, civil juristic acts will be an essential part of general provisions of civil law. There are different opinions about how to design the rules of civil juristic acts in theory and practice. Validity system of juristic acts reflects a country or a region's basic views about the core issue of value judgment—freedom and its restriction, and is also related to legislative techniques concerning legislative quality, which is of great importance. Chinese general provisions of civil law should enrich the types of validity of juristic acts on the basis of current civil legislation; remove general requirements of validity of juristic acts; no longer deem the validity of contracts without right of disposition to be pending; integrate rules determining juristic acts to be void in order to further improve validity system of juristic acts.

**Keywords:** non-effective juristic acts; juristic acts void to a specific third party; contracts without right of disposition; mandatory provisions on effectiveness; public interest

(责任编辑:丁洁琳)

[18] 中国法学会民法典编纂项目领导小组、中国民法学研究会:《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第 147 条。

[19] 中国法学会民法典编纂项目领导小组、中国民法学研究会:《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第 146 条即就决议行为的效力设置特别规定,确认“表决权人意思表示的瑕疵不影响决议行为的效力,除非其导致法律或者章程规定的召集程序或者表决方式无法实现”。

## 知识产权侵权警告函的正当性边界

刘 维\*

**摘 要:** 损害赔偿救济功能是(知识产权侵权)未决警告函案件的规范价值所在。未决警告函案件具有高度的事实依赖性,现有理论研究未能提供此类案件裁判的有效指引,发送未决警告函行为的性质不明是症结所在。知识产权侵权警告函是一种专有权利的权利行使行为,我国采取反不正当竞争法模式进行规制,核心在于维持专有垄断与自由竞争之间的平衡。不能通过知识产权事后被判定无效、撤销或不成立侵权而倒推发函者捏造“虚伪事实”。发函行为正当性审查应以“过失论”为标尺,判断发函者是否善尽谨慎注意义务。

**关键词:** 知识产权侵权 警告函 权利行使 商业诋毁

### 一、问题的提出

知识产权侵权警告函案件在我国主要通过《反不正当竞争法》第14条<sup>[1]</sup>予以规制。<sup>[2]</sup> 现有理论研究基本上赞同区分警告函的发送对象、发送方式、函件内容等三个方面区别认定发送行为的合法性。向侵权嫌疑人单向发送警告函,通常更容易被认为是正常维权行为;向侵权嫌疑人的交易相对方发警告函,通常更容易被认为具有不法性;未指明专利权范围、对专利权的存续或范围作虚假表示的警告函具有不法性;以广告、新闻报道等方式通过媒体向公众发出警告函,容易对市场造成“悬置”效应,发函者的实质在于阻碍竞争者争夺市场,而不是解决侵权纠纷,具有不法性。<sup>[3]</sup>

然而案件事实往往因复杂、多样而无法简单归类为上述某一种情形,即使具有上述某种情节,但因案件事实的整体性而不一定能套用上述结论或“公式”。如果不对知识产权侵权警告函所涉及的利益冲突、性质、审查标准进行研究,此类案件将始终游离于正当与不正当之间,裁判结果模糊难测。现有司法观点和理论研究存在这个问题,它们往往“就事论事”,不触及根本,不能从本质上解决问题。如就未决事实向竞争对手的客户发送专利侵权警告函,之后又向法院大量撤回起诉,或者向客户发送警告函的行为发生在竞争对手准备上市的关节点,或者警告函声称的某个侵权事实“事后”被法院认

---

\* 上海大学法学院/知识产权学院讲师,法学博士。本文为2014年度国家社科基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”(批准号:14ZDC020)的阶段性研究成果。

[1] 该条规定,经营者不得捏造、散布虚伪事实,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

[2] 湖北省高级人民法院(2012)鄂民三终字第40号民事裁定书;上海市第二中级人民法院(2007)沪二中民五(知)初字第43号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民五(知)终字第288号民事判决书。

[3] 参见梁志文:“论专利权人之侵权警告函”,载《知识产权》2004年第3期;范长军:“专利侵权警告制度探析”,载《知识产权》2014年第3期。

定为不成立等,这些因素对警告函发送行为的正当性审查有何影响?2015年5月,最高人民法院借深圳迈瑞案<sup>[4]</sup>的再审首次对知识产权侵权警告函进行竞争法审查,其中的理论问题值得进一步阐发。

## 二、知识产权侵权警告函案件的规范价值及规范思路

### (一)未决警告函案件的规范价值

在我国现有的规范体系中,权利人向竞争对手或对手的客户发送知识产权侵权警告函可以引发确认不侵权诉讼,此项救济原本只规定在最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第18条,后在司法实践中逐渐扩展到著作权、商标权和商业秘密领域。<sup>[5]</sup>就制度设计的初衷而言,此类诉讼是为制约权利人滥用权利或敦促权利人及时行使权利,排除知识产权侵权法律关系的不确定从而影响他人正常的生产经营。确认不侵权之诉偏重于防御性,竞争对手只能请求法院确认知识产权侵权事实的不存在。然而,竞争对手的商誉或其他商业利益(如商业关系)在其收到判决之时早已被破坏,确认不侵权之诉不能为回复或赔偿这些商业利益提供救济。在这种背景下,诋毁之诉或其他不正当竞争之诉具有了规范上的必要性,这种诉讼类型在比较法上通常称为未决警告函案件(unjustified warning letter)或者无依据威胁之诉(groundless threat)。从名称很容易看出来,未决警告函案件并不涵盖所有涉及警告函的情形,往往只涉及不构成知识产权侵权或者据以主张侵权的知识产权事后被认定无效、撤销的情形。从制度设定初衷看,确认不侵权之诉是为了解决权利人向侵权嫌疑人发警告函之后,怠于起诉从而引起法律关系不确定的问题;而未决警告函案件往往涉及权利人向侵权嫌疑人的客户发警告函,从而导致侵权嫌疑人商誉减损、客户流失。前者是为消除侵权法律关系的不确定状态、确保侵权嫌疑人从事正常生产经营,后者是为补救侵权嫌疑人的商誉减损或商业关系的损害。

### (二)未决警告函案件的规范思路

因权利基础事后被认定无效、撤销或事后被法院认定为不构成知识产权侵权(可称之为“传统警告函案件”),能否倒推警告函中的侵权主张或侵权声明在性质上构成“虚伪事实”。这可能要在《反不正当竞争法》第14条(商业诋毁之诉)的框架中进行审查。从技术层面看,第14条的适用以“捏造、散布虚伪事实”和“损害商业信誉、商品声誉”为要件,司法实践虽对“虚伪事实”作目的性扩张解释,

[4] 最高人民法院(2015)民申字第191号民事裁定书。该案的基本案情:2011年4月,迈瑞公司以理邦公司侵犯其专利权为由,向深圳市中级人民法院提起23个专利权纠纷诉讼。2011年6月,迈瑞公司的律师连续向理邦公司的多位客户发送专利侵权警告函称:理邦公司生产、销售的多款产品,其技术方案落入了迈瑞公司一项或多项专利权利要求的保护范围之内,构成对迈瑞公司专利权的侵犯。为此,迈瑞公司已于2011年4月向深圳市中级人民法院提起专利侵权诉讼,请求法院判令理邦公司立即停止侵犯迈瑞公司专利权的行为,并赔偿迈瑞公司的经济损失,深圳市中级人民法院已依法受理了上述案件。理邦公司认为上述发函行为、接受采访时的评论行为损害了理邦公司的商业信誉和商品声誉,构成对理邦公司的商业诋毁,遂于2012年5月向深圳市中级人民法院起诉迈瑞公司商业诋毁,本案一、二审均驳回原告的诉请。2012年5月,深圳市中级人民法院判决其中一个产品构成专利侵权,二审维持;2014年6月和7月,深圳市中级人民法院判决十个产品构成专利侵权,目前正在二审;2014年7月,迈瑞公司向深圳市中级人民法院申请撤回原23件专利权纠纷中的11件。理邦公司认为迈瑞公司的撤诉行为更证明其恶意诉讼进行不正当竞争行为,故申请最高人民法院对该案予以再审。

[5] 最高人民法院2011年《民事案件案由规定》第152条确立了不侵犯注册商标专用权纠纷和确认不侵犯著作权纠纷。最高人民法院在数字天堂案[(2011)民提字第48号]的基础上发布的《2011年度知识产权案件年度报告》第40条规定,确认不侵犯专利权之外的其他确认不侵犯知识产权之诉的法定条件,应参照《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第18条规定进行审查。

但仍限定在“片面真实但引人误解的事实”〔6〕。因此,在传统警告函案件之外,如发送内容真实的警告函(知识产权事后未被认定无效或撤销、法院事后认定构成知识产权侵权,可称之为“非传统警告函案件”),无论是否损害竞争对手的商业信誉或商品声誉,第14条都鞭长莫及,此时可能进入《反不正当竞争法》第2条的规范范畴。

但是案件往往不能如此纯粹地分为传统警告函和非传统警告函案件,由于知识产权稳定性评估和侵权认定的复杂性,一个涉及警告函的案件通常会出现某些事实被法院确认为真、某些事实被法院确认为假的混杂情况,而且不同法院在这些稳定性或侵权问题认定上的差异更为此类案件的正当性判断增加了复杂色彩,这一点在涉及专利权的案件中最为典型,但大多数警告函案件都可(也应)在第14条的范畴进行分析,鉴于这种情况,本文主要讨论知识产权侵权警告函能否构成商业诋毁。首先,探究知识产权侵权警告函的法律性质,明确这是一种专有权行使行为,不是私力救助行为;竞争法审查的重点是发送行为是否逾越了权利行使的边界,而不是从原则上禁止警告函的发送。其次,本文将探讨知识产权侵权警告函正当与否的审查标准。由于著作权、商标权与专利权都具有独占性特点,侵权警告函在竞争审查时所涉及的利益考量基本相同,而专利权的稳定性评估更复杂、围绕专利权的产业竞争更激烈,导致专利侵权警告函案件更具有多发性和典型性,下文主要以专利侵权警告函的分析为背景。

### 三、知识产权侵权警告函的法律性质

基于诉讼策略(主要是经济成本、诉讼时效等)的考量,经营者在商业实践中不太可能针对每一个涉嫌侵权行为一开始就发动诉讼攻击。事先寄发律师函或者侵权警告函是司空见惯的事情。〔7〕尽管如此,知识产权侵权警告函的性质并非确定无疑。如深圳迈瑞案的二审法院认为发送警告函是一种维护自身权益的行为,“迈瑞公司作为相关专利产品的专利权人,针对涉嫌侵权产品的销售者发出要求停止侵权的警告,是采取合法手段维护自身权益的正当行为”。〔8〕“维护自身权益的行为”范围太过宽泛(即使存在“采取合法手段”的修饰语,也无助于警告函正当性的进一步审查),迈瑞案再审过程中曾经有观点一度认为这是一种自助行为。〔9〕自助行为以存在危害请求权的实现且依靠公力救济仍无法避免为前提,适用条件严苛且采取严格归责责任,德国学者认为只有抓捕在酒店白吃白

〔6〕 参见上海市第二中级人民法院(2002)沪二中民五(知)初字第47号民事判决书:如果该信息内容不真实,或者内容虽然真实但表述不全面则会导致商品的经销商及消费者对上述商品产生误解,经营者据此而获得竞争优势或者给他人造成损害的行为,违反了诚实信用原则,是不正当竞争行为。最高人民法院(2013)民三终字第5号民事裁定书:即使某一事实是真实的,但由于对其进行了片面的引人误解的宣传,仍会对竞争者的商业信誉或者商品声誉造成损害,因此亦属于《反不正当竞争法》第14条予以规范的应有之义。需要指出的是,最高人民法院首次在迈瑞案对第14条进行法律续造,将不构成“事实”的“商业评论”纳入第14条的规范范畴,并提出了判断正当与否的标准:在捏造、散布虚伪事实的基础上进行贬低竞争对手商誉的商业评价,或者作其他足以实质性影响相关公众的认识并贬损竞争对手商誉的诋毁性评论,可以构成商业诋毁行为。参见最高人民法院(2015)民申字第191号民事裁定书。

〔7〕 袁真富:“‘侵权警告函’如何寄发与回应?”,载《中国知识产权》总第96期。

〔8〕 最高人民法院(2015)民申字第191号民事裁定书。

〔9〕 自助行为也是一种维护自身合法权益的行为。《德国民法典》第229条规定,以自助为目的而取走、毁坏或毁损物的人,或以自助为目的而扣留或剥夺有逃跑嫌疑的义务人的人,或以自助为目的而除去义务人对某一行为的抵抗(该行为系义务人有义务加以容忍的)的人,如不能适时地获得官方的救助,且存在不立即介入则请求权的实现将会落空或极为困难的危险,则不是不法地实施行为。参考《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第78-79页。

喝而赖账的人时,才可能适用这一规定。<sup>[10]</sup> 可见自助行为不受鼓励。<sup>[11]</sup> 如果发送警告函的行为性质上是自助行为,那么警告函的正当性空间可能会比较狭窄。

通常来说,一份知识产权侵权警告函包含两个方面的内容:要求停止涉嫌侵权行为和表达协商解决纠纷的愿望。由于涉嫌侵权行为的性质尚未经法院判决确定,发函者也完全可以提起诉讼、采取诉前保全等公力救济,警告函的发送行为性质上不构成自助行为。我国知识产权法和民事诉讼法均鼓励诉前纠纷解决,如《专利法》第60条规定:“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权,引起纠纷的,由当事人协商解决。”为保护专利权而发送侵权警告函,应该认为是当事人协商解决纠纷的重要途径和环节,符合法律有关鼓励当事人协商解决纠纷的规定精神,是专利权人行使专利权的固有组成部分和应有之义。将知识产权侵权警告函的性质认定为行使知识产权的固有组成部分,与比较法上的意见相吻合。

在2002年之前,尽管发生了多起案件,但日本法院未就知识产权侵权警告函的性质作出认定,直到东京地方法院2002年审理的“金属粉末案”,<sup>[12]</sup> 田村善之教授称判决中的观点为“权利行使论”。<sup>[13]</sup> 在这种理论框架下,发送警告函在性质上是一种权利行使行为,警告函案件的正当与否需要结合个案中的所有因素来判断向客户发送的警告函是否为专利权行使的组成部分,还是超出了必要范围。<sup>[14]</sup> 根据“金属粉末案”判决,即使专利无效决定已经具有终局性或者竞争对手在随后的不侵权判决中胜诉,这种警告函仍然可能具有合法性,是权利人行使专利权的行為。

将知识产权侵权警告函认定为专有权行使行为,对警告函的不法性审查将截然不同于自助行为的思路。首先,由于发函行为是一种正常的权利行使行为,因而不能简单地通过知识产权事后被认定无效、撤销或事后被法院认定为侵权不成立,倒推这种事实构成《反不正当竞争法》第14条中的“虚伪事实”并进入商业诋毁的审查通道。其次,既然是一种权利行使行为,也必然存在权利滥用的可能。知识产权法授予经营者或创作者以专有权,一方面是为了确保经营者或创作者独享其创造性成果或竞争优势,另一方面也限制了竞争自由。知识产权的法定主义严格规定了限制竞争自由的范围和程度,在法定权利内容之外的领域处于竞争自由的范畴,因此行使知识产权在限制竞争自由的层面也意味着可能超出权利行使范围而过度损害竞争自由。从这个角度上说,知识产权侵权警告函的正当性审查实质上是要基于权利行使论,在专有权固有范围与公有领域之间,或者在法定的专有垄断利益与自由竞争之间划定一条界线。在既有法律框架下,这条界线应当结合《反不正当竞争法》第14条的法律构成谨慎划定。

[10] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第133页。

[11] 还可参见 Robert 协议案判决:“……其行为的性质尚未经法院判决。即使原告的技术措施被认定为不正当竞争,在市场竞争中也不应当采用‘以牙还牙’的方式解决,而是应当向行政机关或行业协会投诉、向法院提起诉讼等方式解决,紧急情况下,亦可以按照相关法律规定采取提起诉讼或诉前行为保全等法律措施予以解决。”北京市第一中级人民法院(2013)一中民初字第2668号民事判决书。

[12] Dowa Kogyo v Bayer AG, Case No. Hei 13 (Ne) 5555. Also see Japan: Unfair Competition Prevention Act, sec. 2(1)(xiii) – “Warning Letter/Metallic Powder”, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2006, 37(6), 758–760.

[13] [日]田村善之:《日本现代知识产权法理论》,李扬译,法律出版社2010年版。

[14] 这份判决提出具体可参考的因素有:警告函的形式、文字内容;警告函以前的经过;警告函的时间、期间、数量、范围;警告函接收者的经营种类、内容、规模、与竞争者的关系和交易状态,对涉嫌侵权产品的参与程度,应对侵权诉讼的能力和实际应对;警告后权利人和客户的反应。See Japan: Unfair Competition Prevention Act, sec. 2(1)(xiii) – “Warning Letter/Metallic Powder”, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2006, 37(6), 759.

## 四、知识产权侵权警告函审查的比较法考察

比较法上对传统警告函案件的规制较为成熟,主要有两种模式:第一,反不正当竞争法模式,即通常在商业诋毁之诉的框架中对传统警告函案件进行类型化并形成较为成熟案例群,以日本、德国为代表。由于这些国家的商业诋毁法律条文并未专门针对警告函案件进行规范,本文对这种模式的考察着重案例比较。第二,知识产权法模式,即通常在知识产权专门法中制定明确条文对传统警告函案件进行规制,这些国家不存在专门的《反不正当竞争法》,知识产权法中的相关条文在历史上发源于商业侵权之诉。由于英国专利法条文在侵权警告函的规制方面具有悠久的历史,立法者在不同社会阶段基于不同的利益格局对相关条文作出了多次调整,修法过程中的利益考量具有典型性,并影响到美国、澳大利亚、新西兰等国家,下文以英国为代表进行考察。知识产权法模式的优点在于可预测性强,缺点在于灵活性稍欠,难以涵盖所有类型的警告函案件,本文对这种模式的考察着重法条比较。

### (一)日本

日本早期判例认为,如果发函者在作出竞争者产品侵害其权利的判断时具有过失,那么发函者应负损害赔偿责任,这种观点被称为警告函案件审查的“过失论”。<sup>[15]</sup> 2002年“金属粉末案”提出权利行使论以来,“过失论”有了很大的松动,法院似乎尝试融合权利行使论和过失论,即不仅考虑行为人对发函行为有无尽到专业注意义务,还要综合判断行为人的发函意图。当专利权人知道警告内容没有事实或法律依据,或者专利权人本应很容易得出结论——如果他通过对事实进行分析并展开必要的法律检索,这个警告函就应被认定为散布不实事实而具有不法性;但如果这个警告函表面上是合法行使专利权,在内容或样式上却超出了正常范围,换言之,权利行使的真正目的是通过客户损害竞争对手的商誉,危及对手与客户之间的关系或市场中诸如此类的竞争关系,则这种警告函构成不正当竞争行为。<sup>[16]</sup>

### (二)德国

在2005年之前,德国司法呈现出松动发函者责任的倾向。2005年德国最高法院(Grand Senate of BGH)通过审理“喷水控制器案”<sup>[17]</sup> 坚定了在未决警告函案件的立场,并成为审理此类案件的最终意见。

德国最高法院在这个案件中首先区分“向对手发送警告函”和“向对手的客户发送警告函”两种行为的不同危害性。在后者情形,客户对涉嫌侵权产品的利益远小于竞争对手,其在收到警告后非常容易转向其他经营者购买,且不太可能对发函者提出确认不侵权。法院认为向竞争对手的客户发函对发函者带来的风险和代价非常小、容易导致发函者随意裁定其专有权范围并打破专有垄断与自由竞争之间的平衡,远远超出知识产权所应享有的有效保护范围。<sup>[18]</sup> 在前者情形,即使没有构成知识

[15] 同注13引书,第42页、第51页。

[16] Japan: Unfair Competition Prevention Act, sec. 2(1)(xiii) - “Warning Letter/Metallic Powder”, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2006, 37(6), 759.

[17] BGH GRUR 2005, 882 - unberechtigte Schutzrechtsverwarnung.

[18] Germany: Civil Code, secs. 813(1), 826; Act against Unfair Competition, secs. 3, 4, Nos. 1, 8, 10, sec. 9 - “Warning Letter”, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2006, 37(1), 94 - 98.

产权侵权,发函行为仍然合法。<sup>[19]</sup> 尽管德国最高法院在这个案件中并没有明确认定警告函的性质,而是直接分析警告函所涉及的利益平衡,但实际上是在权利行使论的基础上进行利益平衡,因为如果不承认警告函的性质是一种权利行使行为,何必要尝试去分析、权衡专有权行使的利益与自由竞争利益之间的冲突。

其次,德国最高法院认为,无论权利人对权利要求作扩大还是缩小的评估,权利人均应承担因过失评估所带来的风险,尤其当权利人在个案中根本没有就事实和法律处境作出评估就主张权利之时,<sup>[20]</sup> 权利人在行使权利之前对其知识产权的有效存续及其范围的评估负有专业勤勉义务。<sup>[21]</sup> 很容易看出德国最高法院没有舍弃日本法中的“过失论”,这里的“过失论”不仅是指根据《德国反不正当竞争法》第9条主张损害赔偿责任中的“过错”,而且还是权利行使论的具体延伸,换言之,是判断知识产权侵权警告函的发送是否超出了专利权权利范围、从而对自由竞争构成妨碍的行为,即不正当竞争行为。

### (三) 英国

与德国、日本等民法法系国家通过在反不正当竞争法中建立类型化的案例群不同,英国法在知识产权专门法中规定了明确条文,以规制所谓的“无依据的威胁”案件(groundless threat claim)。<sup>[22]</sup> 之所以要专设条文,乃在于19世纪英国法中的致害诋毁(malicious falsehood)之诉<sup>[23]</sup> 无法解决因滥用警告函所产生的问题。总体来说,英国法区分直接侵权人和间接侵权人,无依据威胁之诉只针对向间接侵权人发出威胁,以鼓励权利人与生产者、进口商进行诉前协商解决纠纷。<sup>[24]</sup> 但并不是说向间接侵权人发警告函都具有不法性,为了避免权利人尽了最大努力仍无法找到直接侵权人,《专利法》规定了向其他人发函的例外允许情形。<sup>[25]</sup>

随着不同主体之间利益格局的变化,英国法中专门条款的构造也在不断调整。2004年之前,英国“无依据威胁之诉”采取严格责任的立场,只要专利权被认定无效,不论发出威胁之人是否有理由相信其专利有效均应承担责任。为了进一步鼓励争议解决的理性协商,<sup>[26]</sup> 2004年《专利法》修正案为权利人引入善意免责抗辩。根据现行《专利法》第70(2A)条,“无依据威胁之诉”的现有构造是:被告证明

[19] Frauke Henning – Bodewig ed., *International Handbook on Unfair Competition* (2013), C. H. Beck & Hart & Nomos, p. 253.

[20] Germany: Civil Code, secs. 813(1), 826; Act against Unfair Competition, secs. 3, 4, Nos. 1, 8, 10, sec. 9 – “Warning Letter”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, 37(1), 94–98.

[21] Steffen Sterninger, *German Supreme Court Stands Firm on Liability for Unjustified Warning Letters*, 1(4) *Journal of IP Law & Practice* 248 (March 2006).

[22] 如1977年《专利法》第70条第1款规定,行为人(无论是否为权利人还是有权之人)以专利侵权诉讼的方式通过传件、广告或其他方式威胁他人,受威胁损害之人(无论其是否为受领威胁信函之人),可向法院主张第3款规定的救济,第4款规定的情形除外。1994年《商标法》第21条第2款规定,如下救济可予以提供:(1)确认不侵权之诉;(2)停止威胁的禁令;(3)赔偿因威胁而产生的任何损失。但是当被告能够证明构成注册商标侵权的情形除外。

[23] 通常,致害诋毁之诉应满足三个要件:第一,被告发布的言论为虚假;第二,被告的行为具有恶意;第三,被告的言论已经导致原告产生经济损失。在19世纪的英国,适用恶意诋毁之诉来规制滥用警告函行为的最大障碍在于证明“恶意”。只要发函者依善意(in good faith)为之,即使其认识缺乏合理依据,也不能成立“恶意”。See Department of Trade and Industry and the Patent Office, *Consultation Paper on the Proposed Patent Act (Amendments) Bill* (29 November 2002), at 55.

[24] Department of Trade and Industry and the Patent Office, *Consultation Paper on the Proposed Patent Act (Amendments) Bill* (29 November 2002), at 89.

[25] 《专利法》第70条第5款规定:(1)仅表明专利权的事实信息(factual information);(2)只为发现专利是否或经由谁侵权之目的而询问另一人;(3)为调查询问目的主张专利权。

[26] Law Commission Consultation Paper No 212: *Patent, Trademarks and Design Rights: Groundless Threats*. 3.31 (2013)

构成专利权侵权;原告只有证明专利权在某一方面为无效才有权获得救济;即便原告证明了专利权在有关方面无效,如果被告证明其在发出威胁之时不知道也没有理由怀疑该专利在该方面无效,则原告无权获得救济。第70(3)条规定,这里的救济包括三个方面:确认“威胁”毫无依据、停止“威胁”的继续实施、因“威胁”产生的损害的赔偿。

2009年英国法院审理的FNM案就涉及这一问题,法官认为该案的焦点是原告所称“被告知道或应当知道专利无效”的说法能否成立。原告提出这种说法的理由有二:第一,法官据以信赖的无效专利的现有技术曾经受到专利权人关注;第二,原被告之间的通信也提到过该专利无效。法官未支持上述理由,因为专利权人在其他法域进行专利申请时也面临着同样的现有技术,但却没有遭遇任何困难,且通信中的陈述纯属无实质性依据的泛泛之论。换句话说,原告必须就“被告为什么应当知道专利最终无效”给出充分理由。<sup>[27]</sup>

英国现行法的法律构造表明:第一,“专利权在某一方面无效”为寻求救济所必要,但不具有决定意义,发函者在发函之时的“过失”才是具有决定意义的要素;第二,“救济”的类型表明,“过失”不仅仅是在损害赔偿构成意义上的要件(即传统侵权法上的过错责任主义),还是禁令救济的要件。这两点结论在日本法和德国法的视角中同样可以得出,彰显功能比较以及人类解决相同问题时所具有惊人的相似结论——尽管思路完全不同。在后两个法域中,基于权利行使论的影响,“专利权在某一方面无效”的意义更为微弱,发函者在发函之时的过错(过失论)与真实意图(权利行使论)对划定专有垄断与自由竞争之间的界限具有支配性地位。

## 五、我国知识产权侵权警告函的正当性审查

我国《反不正当竞争法》有明确的商业诋毁条文,是以反不正当竞争法模式规制知识产权侵权警告函的发送和滥用,既要保护权利人的权利行使行为,又要防止侵害自由竞争。就具体思路而言,我国知识产权侵权警告函的正当性审查首先要对《反不正当竞争法》第14条的构成进行分析,确立主观状态在正当性审查中的地位;其次要在民法法理和比较法经验的基础上明确过错判断与主观意图之间的关系,厘清“过失论”的具体含义。

### (一)“主观状态”作为商业诋毁的构成要素

从《反不正当竞争法》第14条的文义看,商业诋毁的构成以“捏造或散布虚伪事实”、“损害竞争对手的商业信誉、商品声誉”为要件,司法实践中通常还以“故意或过失”为成立商业诋毁行为的前提。<sup>[28]</sup>有观点认为,我国《反不正当竞争法》第14条实际上并未要求行为人必须具有诋毁的恶意。<sup>[29]</sup>也有观点认为,不区分停止侵权请求权与损害赔偿请求权在要件上的差异是我国知识产权立法的一个通病,在法理上,由于停止侵权与损害赔偿属于不同的救济机制,两者在主观方面具有不同的要求。商业诋毁的不正当性判断无需考察主观方面,在损害赔偿时则以行为人具有过错为必要。<sup>[30]</sup>

[27] FNM Corporation Ltd v Drammock International Ltd and LEC Ltd, [2009] EWHC 1294 (Pat).

[28] 湖北省高级人民法院(2012)鄂民三终字第40号民事判决书。

[29] 孔祥俊:《商标与不正当竞争法——原理和判例》,法律出版社2009年版,第820页。

[30] 邓宏光教授在2015年4月25日最高人民法院第一巡回法庭和华中科技大学主办的“商业诋毁公平竞争法规制论坛”发表的观点。

无论对知识产权侵权警告函的正当性审查,还是其他商业诋毁行为的构成审查,“不以过错为要件”的观点均不能成立。

第一,《反不正当竞争法》第14条虽然没有“主观状态”的表述,但该条中“捏造、散布”行为通常体现为主观上的故意或过失,难说第14条从文义上排除了“主观状态”的要求。

第二,保护客体的性质决定了“主观状态”在商业诋毁构成中的要件地位。商业诋毁行为作为一种不正当竞争行为,竞争者的商誉、客户资源或商业关系是这种行为的侵害对象,在性质上是一种法益,具有不确定性。<sup>[31]</sup>法益之侵害的判定方法区别于知识产权等绝对权,通常需要结合行为人的主观过错进行利益平衡综合判定,“法益则不具有明确的归属和排除效能,对法益侵害的本身,并不能引证出行为违法性,是否构成侵害、利益主体能否请求排除,只能由法官在个案中进行利益权衡之后才能作出决定”。<sup>[32]</sup>保护客体的性质差异决定了商业诋毁的构成应区分于知识产权侵权或物权侵权的构成,通过嵌入“主观状态”要件能够廓清自由竞争与公平竞争的边界,防止过度侵害竞争自由。

第三,从历史发源看,无论在民法法系还是在普通法系,不正当竞争行为作为一种“特殊”侵权行为的观点通常不会有争议。<sup>[33]</sup>由于人们认为行为自由的利益高于预防经济损失的利益,这种妨害贸易关系的竞争行为只有在行为人具有故意或恶意的条件下才具有可诉性。<sup>[34]</sup>在所有的不正当竞争行为类型中,除假冒之诉由于历史演化过程中舍弃了对“欺诈”故意的要求,<sup>[35]</sup>其他不正当竞争行为均仍然以主观过错(甚至故意或恶意)的考察为必要,以过错(甚至故意或恶意)作为行为构成的要件。

## (二)“过失”是警告函案件正当性的审查标尺

就知识产权侵权警告函的正当性审查,行为人究竟是否已经逾越知识产权的法定范围还是仍然属于知识产权的固有组成部分,需要对个案中的所有相关因素进行综合判断,其中发函时的主观过错是判断逾越界限的关键因素——尽管不是唯一因素。“由于专利权人熟知其专利权状况,且应当并一般有能力知道相关涉嫌侵权事实,在发送侵权警告时应当善尽谨慎注意义务,充分披露据以判断涉嫌构成专利侵权的必要信息。”<sup>[36]</sup>其实,基于过失判断的客观化原理,“信息披露是否充分”应当是判断“是否善尽谨慎注意义务”的一个客观因素。

“善尽谨慎注意义务”与主观意图之间究竟是何种关系?比较法的研究表明,发函者是否尽到谨慎注意义务才是正当性判断的标尺。但裁判者又总是无法排除对发函者主观意图的考察,如“权利人

[31] 德国法上,大多数不正当竞争行为均将营业权作为侵害对象。学者认为,营业权是一种“框架权利”,不具有绝对权利的归属密度,侵犯营业权的不法性认定不能采结果不法说。同注10引书,第64页。“反不正当竞争法的普通法针对各种妨害贸易关系的行为为商人提供一项私法救济。就此而言,反不正当竞争法是侵权法的一部分,旨在保护具有竞争优势的一般性商业关系不受损害。”See Charles R. Mcmanis & David J. Friedman, *Intellectual Property and Unfair Competition in a Nutshell* 2-3 (7th ed., West 2012).

[32] 于飞:“侵权法中权利和利益的区分方法”,载《法学研究》2011年第4期。

[33] 法国至今还是基于《民法典》第1382条和第1383条规定的一般侵权责任条款处理不正当竞争案件。

[34] See Charles R. Mcmanis & David J. Friedman, *Intellectual Property and Unfair Competition in a Nutshell* 10-12 (7th ed., West 2012).

[35] 对主观状态的不作要求使假冒之诉成为英美经济侵权(economic tort)类型中的特殊种类,在后者的框架内,主观状态的要求被认为是平衡行为自由与法益保护两个基本价值的缓冲器。英美法上所谓 economic torts,由其名称可知在于保护经济利益,并有多数个别侵权行为,包括 false deceit, passing off……此等侵权行为均以故意或恶意为要件。参见王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第178页。

[36] 最高人民法院(2015)民申字第191号民事裁定书。

发送侵权警告行为的属性及其正当性,通常要根据权利人的权利状况、警告内容及发送的意图、对象、方式、范围等多种因素进行综合判断”。“假如专利权人明知或者应知竞争对手不可能构成侵权,仍然虚晃一枪地提起专利侵权诉讼,事后又撤回侵权诉讼,并轻率地向竞争对手的客户发送侵权警告函,以此损害竞争对手商誉的,其行为就有可能构成不正当竞争。”<sup>[37]</sup>对发函对象、发函方式、范围等因素的考察实际上均为了说明发函者的主观意图,有助于考察发函行为是否逾越了专有权的固有构成。

从前述深圳迈瑞案可以看出,我国最高人民法院融合了主观过错和主观意图作为警告函正当性的审查标准。但主观过错和主观意图之间究竟是何种关系,发函行为正当性的审查过程中究竟应同时考察主观过错和主观意图,还是择一考察?最高人民法院在该判决中未能予以阐明。“主观过错”包括过失和故意两种主观状态,“故意”是指明知竞争行为不正当仍然希望或放任损害后果发生;<sup>[38]</sup>“主观意图”则包括善意和恶意两种主观状态,“恶意”是指动机不良、以攀附或损害他人利益为目的的主观意图。<sup>[39]</sup>有学者认为,“恶意”与“故意”没有根本区别,均是指行为人明知其竞争行为不正当,而仍然希望或者放任损害后果发生的主观状态。<sup>[40]</sup>这种观点值得商榷。“恶意”不仅要求行为人对不正当性的明知,还进一步要求其具有搭便车、侵占商誉的主观意图,包含道德谴责性。“主观恶意”的门槛比“主观故意”更高,“明知”是判断行为人主观恶意的一个因素,但仅仅通过“明知”不能必然得出行为人具有恶意。<sup>[41]</sup>依照侵权构成的动态理论,违法性程度越低,则侵权构成对过错程度的要求越高。<sup>[42]</sup>因此,判断竞争行为的不正当性不可能具有统一的主观状态要求,就一般条款的构成而言,应满足“恶意”要求,<sup>[43]</sup>这样也符合一般条款的道德伦理色彩;商业诋毁作为我国《反不正当竞争法》中具有明确规范的行为类型,其构成要件和保护客体具有更强的确定性,应以“过失”为标尺,考察行为人在捏造、散布误导言论时是否尽到了谨慎注意义务,即发函者是否怠于履行专业上的勤勉注意义务,至于行为人是否具有损害竞争对手的主观意图则在所不论。

至于发送内容真实的警告函是否应进行竞争法审查,当然不能绝对排除,但不处于我国《反不正当竞争法》第14条的范围,而可能落入我国《反不正当竞争法》第2条的范围。荷兰法院认为,已经证实的威胁(justified threat)也可能具有不法性,如果其不必要地具有侵犯性或不必要地公开。<sup>[44]</sup>法国案例法也认为,以谨慎的语言草拟的警告函也可能被认定为具有不法性,如果其被大量发送给直接侵权人的客户。<sup>[45]</sup>在德国,内容真实的陈述也可能构成损害竞争者的商誉,从而处于德国《反不正当竞

[37] 最高人民法院(2015)民申字第191号民事裁定书。

[38] 同注35引书,第256页。

[39] 王利明教授认为,恶意在民法上有两种含义:一种是观念主义的恶意,指明知某种情形的存在,侧重于行为人对事实的认知;另一种是意思主义的恶意,指动机不良、以损害他人利益为目的,侧重于行为人主观意识上的应受谴责性。参见王利明:《侵权行为法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第456页。前一种恶意实际上是“故意”,意思主义的恶意在区分意义上才具有意义。

[40] 周樾平:“竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准——兼评‘非公益必要不干扰原则’”,载《法学》2015年第5期,第104页。

[41] 在“鸭王案”,一审和二审行政判决均采取“明知”标准,认为上海鸭王应当知道北京鸭王,构成“以不正当手段抢先注册”;但再审判判决采取“恶意”标准,认为上海鸭王在上海的商业成功不是搭车模仿的结果,因而不构成“以不正当手段抢注”。参见北京市高级人民法院(2010)高行再终字第53号行政判决书、最高人民法院(2012)知行字第9号行政裁定书。

[42] 参见叶金强:“论过错程度对侵权构成及效果之影响”,载《法商研究》2009年第3期;同注40引文。

[43] 如《德国民法典》第826条规定,以违反善良风俗的方式故意加损害于他人的人,有义务向该他人赔偿损害。同注9引书,第318页。

[44] Law Commission Consultation Paper No 212: Patent, Trademarks and Design Rights: Groundless Threats. 6.27 (2013).

[45] Law Commission Consultation Paper No 212: Patent, Trademarks and Design Rights: Groundless Threats. 6.35 (2013).

争法》第4条第7项的规范范围。<sup>[46]</sup>

## 六、结语

知识产权侵权警告函在知识产权维权的商业实践中得到越来越广泛的运用,寄发和回应警告函的法务策略已经在我国实务界引起了一定的关注。<sup>[47]</sup>发送知识产权侵权警告函虽然属于知识产权权利人行使权利的一种表现,但却容易被滥用成为贬损竞争者商誉的商业工具,从而损害自由竞争的利益。从竞争法角度规制警告函的发送,并尝试在专有权行使与自由竞争之间划定一条界线是一个极富挑战性的司法难题。理论上,由于知识产权侵权警告函的性质不明,依据发函对象、发函方式、发函内容来判断警告函正当性的传统思维不能有效地为司法裁判提供指引。

在明确发送知识产权侵权警告函性质是一种专有权权利行使行为的基础上,判断这种权利行使行为是否被滥用,或者是否逾越专有权的法定范围从而侵害自由竞争,是审查知识产权侵权警告函正当性的关键和思路。发函者在发函之时的主观过失是进一步判断是否逾越专有权范围的因素。由于受函者对侵权警告的关注程度、反制可能性及反制手段等不同,受函者对发函者可能带去的风险大小不同,发函者针对不同发函行为的注意义务也应有不同。如果从提高法律适用的准确性和知识产权侵权警告函的规范性角度出发,将侵权警告函案件在我国《反不正当竞争法》第14条框架中进行类型化是一种成熟的经验路径:经营者向竞争对手或竞争对手的交易相对方发出知识产权侵权警告函,如果知识产权事后被判定无效、撤销或被法院认定为不成立对知识产权的侵犯,当发函者在发函之时未尽谨慎注意义务时,应认定构成商业诋毁。

### Legal Boundary for Unjustified IP Warning Letter

Liu Wei

**Abstract:** Remedy of compensation is the institutional significance for unjustified warning letter. Current research is not able to provide effective guidance for adjudication because the legal nature of unjustified warning letter is obscure. Unjustified warning letter is a part of right assertion. Whether a right holder goes beyond necessary scope of exclusive right should be the focus of adjudication.

**Keywords:** IP; unjustified warning letter; right assertion; commercial defamation

(责任编辑:倪鑫煜)

[46] 贬低竞争对手的区别性标志、商品、服务、行为或竞争对手的个人或商业情形。

[47] 同注7引文。

# 司法实践对我国立法完善的必要性分析

## ——以司法实践与立法完善的关系为视角

刘仲屹\*

**摘要:**现今以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系已经形成。这一体系的形成,为我国司法审判工作的顺利进行与有效开展提供了有力的制度保障。但是,我们应认识到中国特色社会主义法律体系尚不完善,依然存在立法技术不充分、法律漏洞以及法律之间相互矛盾等问题。本文以司法实践与立法完善之间的关系为切入点,结合英美法系与大陆法系的相关理论与学说,并以大陆法系的代表——德国的法律实践为例,深入分析与探讨司法实践对立法完善的重要性,在此基础上提出:司法实践对我国现阶段的立法完善有着积极的促进作用,司法实践是完善立法的一个必要途径与来源,我国应积极从司法实践中汲取营养,以进一步完善中国特色社会主义法律体系。

**关键词:**司法实践 立法完善 必要性

### 一、问题的提出

自改革开放以来,我国立法工作取得了巨大成就,以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系现已形成,这为司法审判工作的顺利进行与有效开展提供了强有力的制度保障。但是,我们应认识到中国特色社会主义法律体系尚不完善,依然存在立法技术不充分、法律漏洞以及法律之间存在矛盾等问题,需要通过加强立法工作,以使上述问题得到有效改变,从而使社会主义法律体系更趋完善。对此,中国共产党第十八次代表大会明确提出“要推进科学立法”,十八届四中全会进一步指出,“建设中国特色社会主义法治体系,必须抓住立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键”。这为我国下一阶段的立法工作提出了原则与要求。但是科学立法的前提是要形成科学的立法体系,通过立法形式结构的科学化来保证立法的科学,这就需要对法律的性质和法律的形式做进一步的认识。由于受大陆法系法律传统思维、西方政治哲学中关于立法权与司法权分立以及相互监督以防止权力滥用这一理论的影响,我国学界一般认为司法权主要是司法审判,司法机关的主要职能是审判。这样,从我国立法权的配置来看,司法机关就被排除在了通过填补法律漏洞的途径完善法律的活动之外。

从经验的角度来看,司法机关由于具体承担了适用制定法裁判案件的职能,这使得司法机关对于制定法的漏洞与不足最为敏感和最有深切体会,为司法机关通过审判活动推动法律的完善提供了得

---

\* 西安交通大学法学院博士研究生,陕西省咸阳市中级人民法院副院长。

天独厚的条件。故而司法实践对立法完善有着特殊的不可忽视的作用和意义,应该从学理上重新认识与总结司法实践活动与立法完善之间的辩证关系,从而在理论上对司法实践对立法完善的促进作用形成系统的认识。

## 二、司法实践是法律发展的动力之源

哈罗德·J.伯尔曼在《法律与革命——西方法律传统的形成》一书的开篇就表明了这样一种观点:“曾经有一种称作‘西方的文明’;这种文明发展出了独特的‘法律的’制度和概念;这些西方的法律制度、价值和观念被有意识地世代相传数个世纪,由此而开始形成一种‘传统’;西方法律传统产生了一次‘革命’,它在后来数个世纪的过程中被革命周期性地打断和改造。”〔1〕伯尔曼的这一观点正确地表述了法律从来不是凭空产生的,人是创造法律的主体并且正是人使法律文明得以传承和发展。因此,法律从来都呈现出了历史性的属性,历史性的属性使法律始终是社会整体的一个有机组成部分。虽然法律在形成后有其独立性,成为一种独立的社会存在,并对社会产生影响。但由于是社会整体的一部分,社会整体的其他因素变化了,法律也要随之发生变化。基于此认识,伯尔曼通过对西方法律传统历史过程的考察提出,“西方法律传统在其历史过程中已经由六次伟大的革命加以改变”〔2〕对此,萨维尼也提出“一切法律均缘起于行为方式”〔3〕因此,在萨维尼看来,法律必须具有民族精神,反映该法律赖以产生与存续的民族意识,成为民族精神的一部分,萨维尼指出,“在人类信史展开的最为远古的时代,可以看出,法律已然秉有自身确定的特性,其为一定民族所特有,如同其语言、行为方式和基本的社会组织体制。不仅如此,凡此现象并非各自孤立存在,它们实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向,而向我们展现出一幅特立独行的景貌。将其联接一体的,乃是排除了一切偶然与任意其所由来的意图的这个民族的共同信念,对其内在必然性的共同意识”〔4〕

因此,法律的产生与发展不是孤立进行的,法律仅是整个社会发展、文化变迁的一种反映形式和一部分而已。罗科斯·庞德也注意到20世纪全球化对法律发展的影响,庞德指出,“在20世纪,一种变化开始渐渐出现,并愈演愈烈。众所周知,商业交易活动始终是在跨越政治边界的情形中展开的”〔5〕而面对这种经济变化,庞德进一步提出,“伴随着经济秩序的统合和扩展,在普遍性与地方性之间达致并继续一种恰当的平衡,便成了法律科学的一个首要问题”〔6〕这就是庞德所提出的世界法的观点,而对如何应对全球化的背景下的法律发现与创制,庞德继续指出,“颇为重要的是,仰赖把理性适用于经验这种司法发现的做法,正在取代那种认为必须且只能经由立法手段制定规则的政治理念”〔7〕

〔1〕 [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,法律出版社2008年版,第1页。

〔2〕 同注1引书,第18页。

〔3〕 [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第11页。

〔4〕 同注3引书,第7页。

〔5〕 [美]罗斯科·庞德:《法理学》第一卷,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第469页。

〔6〕 同注5引书,第470页。

〔7〕 同注5引书,第471页。

随着19世纪盛行的法典化思潮的衰败,人们理性地发现,“在变化迅捷的社会中不断地出现亟待解决的新的法律问题,而其中有许多都是法律没有作出规定的”。〔8〕可以说,“任何法律秩序都有漏洞”。〔9〕在法律制定并颁布实施后,面对丰富多彩、千变万化的实践,一味依赖立法的面面俱到、完备齐全显然是一厢情愿。法官的司法裁判活动对立法完善有着独特的作用。法官每天面对各种不同的案件,直接面对大量复杂的现实,直接面对活生生的人和事,直接面对各种矛盾和纠纷,更容易发现立法的盲点、空白和不当之处。由于“法官不能拒绝裁判”原则的存在和法官的法定职责,法官必须对所受理的案件作出裁判。在裁判的过程中,法官必然会作出一些判断,调整有关法律的适用,从而实现法官认为比较理想的裁判结果。当案件中的情形法律没有明确规定时,法官会根据司法经验、习惯做法、法理、政策或者原则作出实践理性的判断,填补法律空白。在法律有规定但不明确时,法官会以实践的智慧加以补充,使之清晰、丰富、细致。在法律规定有冲突时,法官会选择认为结果更理想或者更言之有理的法律。在法律表述的语言不可避免地具有弹性、涵盖性、模糊性时,法官会追求一种更为合理的法律解释。通过法官的司法实践,法律获得了生动性、再生性和可塑性,保持了与整个社会以及具体的社会生活的贴近、关联和大致同步。可以说,正是法官通过司法适用,自觉不自觉地在裁判的同时,进行“空隙立法”,实现对立法的补充、促进和推动。

正是看到了司法实践对法律完善的意义,大陆法系与英美法系的众多法学家提出了与庞德相似的观点,梅特兰认为,“司法实践对法律的保留和发展往往会起到很大的作用”。〔10〕阿图尔·考夫曼更为明确地指出,“时至今日,已无人再将法官视为一个制定法的自动机器,认为只需阅读完整的法律规定,就可由此纯粹地演绎推导出判决。长久以来,人们已摆脱法秩序的全备性与无漏洞性的信条,并且因为不能改变不得以无法律而拒绝审判的禁令,而赋予法官填补漏洞的创造性任务”。〔11〕

### 三、对体系化法典的质疑

司法实践活动对立法完善的促进作为一个命题提出后,首先面临的是如何在现有的思维认识结构和法律生成结构中确证其可能性和合理性的问题。而确证司法实践活动对立法完善具有必要性和合理性的首要障碍是现代国家理论中对立法权、司法权和行政权的分配制度模式,即立法权属于议会,在我国是全国人民代表大会,行政权属于政府,司法权属于法院。这种制度模式从价值取向上是为了在三种权力之间形成制约与平衡,以有效防止权力的越位。因此,无论是大陆法系还是英美法系均在坚持上述理论认识的基础上,在实践中采取了相应的权力分配模式,即权力制衡模式。由于大陆法系和英美法系对权力制衡模式在认识与实践上的差异,又由于对人类理性能力的不同理解,大陆法系偏好于逻辑,英美法系偏好于经验,而对法律的性质和法律的形式形成了不同的认识和实践形式,即对法律的表现形式存在了不同的认识,主要是成文化法典形式(大陆法系)和判例法形式(英美法系)这两种法律表现形式。因此,欲确证司法实践活动对立法完善具有必要性这一命题,首先要对体系化的制定法与非体系化的判例法的传统认识进行重新探讨,以运用思辨理性对法律的性质和法律

〔8〕 [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第343页。

〔9〕 同注8引书,第343页。

〔10〕 [英]梅特兰:《欧陆法律史概览:事件,渊源,人物及运动》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第31页。

〔11〕 [德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第60页。

的形式形成新的认识。

大陆法系,尤以德国为代表,偏好于对法律进行体系化,形成体系化的法典,即对法律的存在形式一般限定于体系化的制定法,对法律存在形式的这一认识根源于德国哲学偏好体系化的思维特点。马克思对此指出,“哲学,尤其是德国哲学,爱好宁静孤寂,追求体系的完满,喜欢冷静的自我审视”。<sup>[12]</sup> 对此,黑格尔更为明确地将是否具有编纂法典的能力置于一个极为重要的地位,黑格尔指出,“否认一个文明民族和它的法学界具有编纂法典的能力,这是对这一民族和它的法学界莫大的侮辱,因为这里的问题并不是要建立一个其内容是崭新的法律体系,而是认识即思维地理解现行法律内容的被规定的普遍性,然后把它适用于特殊事物”。<sup>[13]</sup>

对于德国法的法典化,萨维尼认为,“法学家必当具备两种不可或缺之素养,此即历史素养,以确凿把握每一时代与每一法律形式的特征;系统眼光,在与事物整体的紧密联系与合作中,即是说,仅在其真实而自然的关系中,省察每一概念和规则”。<sup>[14]</sup> 这就是说,法律体系化的关键,是要从概念出发,将法典建立于概念之上,萨维尼的这段论述准确地指出了法律体系化——法典化最为核心的要素。法典建立于概念之上,就意味着要认识到法律的普遍性,使法典依靠的概念体现和反映出法律的普遍性。只有这样,体系化的法典才能“适用于普通事物”。因此,体系化法典能力的取得必须要在认识心理结构上和理性能力上成熟化,而萨维尼认为当时的德国立法者并不具有使法典体系化的能力。于是,萨维尼明确地指出,“的确,这一方面迄今改善甚少,基此,我不认为我们具备制定一部优秀法典的能力”。<sup>[15]</sup> 在萨维尼的反对下,毋宁是说在萨维尼对德国立法者是否具有法典体系化能力的怀疑的提醒下,德国学界经过了长期积累,在法典体系化能力的培养上作出了卓有成效的努力,最终以《德国民法典》的制定为标志完成了民事法律的体系化,“而从《德国民法典》最后的产生而看,《德国民法典》是秉承历史法学派精神制定的”。<sup>[16]</sup>

由此可见,体系化制定法是大陆法系坚持逻辑与历史辩证统一的结果。体系化制定法的动因来源于立法权与司法权的分立,即立法权与司法权应归属于不同的国家机关。对此,“为了防止形成专制统治,康德要求权力分立”。<sup>[17]</sup> 而对司法机关,康德认为其职能主要是适用法律,而没有创造法律的权力。对此,康德认为,“司法机关无权审查法律的有效性”。<sup>[18]</sup>

与大陆法系不同,英美法系是从经验主义的思维认识出发,将非体系化的判例法作为法律的主要渊源,从而赋予了司法过程发现与创造法律的职能。著名法学家霍姆斯就明确指出,“法律的生命始终不是逻辑,而是经验”。<sup>[19]</sup> 卡多佐也持有同样的观点,并对大陆法系对法典所凭借的法律概念提出了明确的批评,因为秉承了经验主义哲学传统的英美法学家认为认识的基础是经验,而对认识来源于理性是持反对意见的。卡多佐认为的法典所凭借的法律概念存在缺陷,对此缺陷卡多佐明确指出,

[12] 《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社1995年版,第219页。

[13] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2009年版,第250页。

[14] 同注3引书,第37页。

[15] 同注3引书,第37页。

[16] [德]雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2004年版,第17页。

[17] [美]E.博登海默:《法理学:法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第81页。

[18] 同注17引书,第82页。

[19] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第1页。

“由于我们的法律采用了通过法律概念发展得出的某些逻辑结论而结果有害”。<sup>[20]</sup> 英美法系的法学家不仅对体系化法典不信任,就连由法官发现与创制法律的活动及其由这一活动而形成的判例法,英美法系的学者也持有一种谨慎的观点,芒罗·史密斯对此指出,“发现法律的专家们所适用的方法一直都是实验性的。判例法的规则和原则从来也没有被当作终极真理,而只是作为可资用的假说,它们在那些重大的法律实验室——司法法院——中被不断重复检测。每个新案件都是一个实验”。<sup>[21]</sup>

那么,英美法系的法学家除了基于法律哲学理路上的考量对于体系化的法律持怀疑的态度外,还从法律与整个社会变动关系的角度进行分析,对体系化提出质疑。英美法系的法学家认为法律不是孤立的存在,而是历史的结果。著名法学家哈罗德·J. 伯尔曼在评述欧美在近代的六次革命时,提出了每一次所形成的新法律均是社会变革的结果与革命目标,他认为,“六次革命中的每一次革命,都在被视为整个社会转变的前后关系中产生了一种新的或大大修改了的法律制度。实际上,新法律最终体现革命目标的程度标志着革命的成功程度”。<sup>[22]</sup> 对法律是历史结果或者法律是整个历史中的一部分的认识,大陆法系学者中也有着同样的观念,如强调法律的本质是民族精神的萨维尼更是坚持了这一认识,“他(萨维尼)的主要观点认为,法律乃是一个民族整个历史的必然结果,而不是思辨能够从一个法学家的头脑中刻意规划出来的某种东西,也不是立法能够根据一种专断的命令而得以形成的某种东西”。<sup>[23]</sup>

对体系化法典的质疑还因为体系化的法典具有与现实脱节的可能性与现实性,对此法学家常有这样的观点:法律一旦被制定出来,必将落后于社会现实。为了使法律不至于过多地滞后于社会现实,英美法系国家将发现与创造法律的权力交给了法官,当然这一现象也正在悄然地发生着变化。F. C. Montague 指出,“我们今天已将更多的工作留给了立法机关,将也许较少的工作留给了法官们”。“然而,即使如今,每隔十年就有变化,这个冰川仍在运动。”<sup>[24]</sup> 但不论发生如何变化,英美法系的法学家始终没有改变法律的发现与创造必须主要地由法官来负责的主张,罗斯科·庞德对此指出,“但是我们都必须坚持主张,发现法律、解释法律和适用法律这三项职能是不能被完全分开的”。<sup>[25]</sup>

法律的发现和创制与适用法律不能分离,现在也被大陆法系的学者所接受,经过长期的理论探讨与实践摸索,大陆法系的学者对体系化制定法的不足有了明确的认识。卡尔·拉伦茨对此就明确指出,“大家日益承认,无论如何审慎从事的法律,其仍然不能对所有——属于该法律规整范围,并且需要规整的——事件提供答案,换言之,法律<sup>[26]</sup>必然‘有漏洞’”。<sup>[27]</sup> 这一认识是通过黑格尔法哲学的反思而获得的,因为黑格尔法哲学是求统一的哲学,在黑格尔的哲学体系中,“只有一个世界,即精神世界,以便满足思维与生活样式走向统一的巨大需求”。<sup>[28]</sup> 也就是说,正是黑格尔偏好于“体系化”的“绝对精神”,使德国法学界偏好于体系化的法典。故而,不能将德国法学家的偏好体系化法典

[20] [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2009年版,第20页。

[21] 同注20引书,第10页。

[22] 同注1引书,第20页。

[23] 转引自[美]罗斯科·庞德:《法理学》第一卷,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第50页。

[24] 转引自[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2009年版,第13页。

[25] [美]罗斯科·庞德:《法理学》第二卷,邓正来译,中国政法大学出版社2007年版,第443-444页。

[26] 指表现为体系化的法典。

[27] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第246页。

[28] [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第98页。

的法哲学基础归属于康德,德国法学家的偏好体系化法典是源于黑格尔的,源于黑格尔所主张的“绝对精神”。

康德所提出的在超验层面上存在的道德律令仅仅为立法提供普遍的立法原则,这是因为康德哲学的基础是“先天综合判断”,先天综合判断是将经验与超验进行综合,“康德明确地提出:‘因此,对于我们而言,除了关于可能经验的对象的知识之外,不可能有任何先天的认识。’在另一处他又说:‘先验的分析论因之有以下重要结论:先天知性,从未比从根本上预知可能的经验之形式能耐更大,且因为非现象的东西,不可能是经验之对象,知性从未超越感性的界限,对象惟在感性中才能赋予我们’”。<sup>[29]</sup>对德国民法典有着重要影响的历史法学派则坚持认为“民族精神”是法律的本质,而民族精神是一个民族长期实践积累的结果,因此,历史法学派的理论是实证主义法学的开端,至少其蕴含的精神是与实证主义法学在理路上是一致的。正是由于司法实践的推动,由于对康德法律思想与历史法学派法律思想的重新审视,以德国为代表的大陆法系对法官在法律创造中的作用有了重新的界定,承认了法官有续造法律之权限。卡尔·拉伦茨提出,“长久以来,大家也承认法院有填补法律漏洞的权限。因此,提供法官一些——可以适宜事理,并且他人可以理解的——完成此项任务的方法,也是法学的重要志愿之一。法官的法的续造,有时不仅在填补法律漏洞,毋宁在采纳乃至发展一些——在法律中至多只是隐约提及的——新的法律思想,于此,司法裁判已超越法律原本的计划,而对之作或多或少的修正”。<sup>[30]</sup>

但是,以德国为代表的大陆法学对法官续造法律的方式是以法律解释的方法进行,卡多佐对热尼、埃利希、格梅林等人的观点进行分析后提出,“今天,大陆法学家中的一个重要流派就正在要求能有更大的自由来改编和解释法律。他们说,这些制定法经常支离破碎、考虑不周并且不公正。因此,法官作为社会中的法律和秩序之含义的解释者,就必须提供那些被忽略的因素,纠正那些不确定性,并通过自由决定的方法——‘科学的自由寻找’——使审判结果与正义相互和谐”。<sup>[31]</sup>

概而言之,正是大陆法系与英美法系在司法实践的驱使下,对体系化的制定法(法典)进行了全面的质疑,这种质疑,其实质是对近代西方理性主义的反思。这一反思与质疑,没有放弃法律概念的核心要素是普遍有效性,普遍有效性是法律的本质所在,离开了这一本质,法律将失去应有的品格。这就是《布莱克法律词典》为何在对法律这一概念进行定义时,将法律的普遍有效性作为了法律概念的核心。<sup>[32]</sup>在坚持了法律的普遍有效性的前提下,从法的发现视角,对法律的形式进行了更为合理的现代化阐释,即对法典体系化的质疑,并不是从根本上否定理性主义,理性主义对统一与普遍性的偏好,恰恰揭示了何为法律的本质,也正确地揭示了法律缘何能够成为法治的基础。这就是说,法律普遍有效性使法律成为了本体的层面上事物,而作为本体的法律,应该有多种表现形式,体系化的法律是法律的表现形式,但只能是一种表现形式,而不是所有的表现形式。既然法律的表现形式是多样的,那么法律就应产生于多样化的途径。这就为司法实践对立法完善的合理性,提供了有力的理论依据,使司法实践对立法完善的促进,不仅有了坚实的理论根据,更有了现实的经验根据。

[29] 同注28引书,第92页。

[30] 同注27引书,第246页。

[31] 同注20引书,第5页。

[32] *Black's Law dictionary* 900 (Bryan A. Garner ed., 8th ed., West 2004).

#### 四、司法实践对立法完善的实证考察

司法实践完善立法是以两种不同的形式展现出来,一种是基于理论上的突破而自觉为之;另一种是基于现实司法实践,不自觉地践行,即使实务界已经在事实上为之,但学术界还没有从理论上予以认真总结和反思,进而形成新的观念,甚至在理论上反其道而行之,在法哲学上固守着普遍化的思辨理路而对司法实践完善立法加以反对。对此,本文以下围绕德国司法实践对法律完善的促进进行探讨。

卡尔·拉伦茨在《德国民法通论》一书中提出了“解释法律以及法院发展法律的准则”。<sup>[33]</sup>按照传统,法院的职能是适用法律,而法院适用法律的活动主要是法院适用法律裁判案件,但适用法律的活动必须首先对法律进行解释,而正是在司法活动中所存在的法律解释活动成为了德国法院发展法律的基本方法。德国法院在解释法律时,对法律发展的基本途径是,“有时,法院为了完成其任务,往往不得不超越法律条文,亦即超越法律可能具有词义的范围”,<sup>[34]</sup>即“司法机关就是通过填补法律中的缺漏来发展法律的”。<sup>[35]</sup>当然,德国法院在发展法律时必须依据德国《基本法》,使发展法律的法律解释活动符合德国《基本法》的精神。

例如,安东和贝尔塔解除婚约赔偿案就是坚持了上述原则与精神。该案的基本情况是,“安东(Anton)(A)和贝尔塔(Berta)(B)约定结婚并准备不久即举行婚礼,B的父母为两人预订了地中海游轮旅行作为结婚礼物。就在将要举行婚礼之前,A得知B在认识他之前曾经同很多男子交往并过从甚密。A于是写信给B,说他非常遗憾地不能和她结婚。B的父母由此产生了一笔200欧元的开支,因为对于临时取消预订,旅行社根据合同,要求按照旅游项目价值的百分比支付‘取消补偿’。B的父母要支付200欧元,对这一案例,《德国民法典》第1298条第3项规定,如果系因重大事由解除婚约,赔偿义务即不产生”。<sup>[36]</sup>

德国民法学家迪特尔·施瓦布对这一案件的观点是,“《民法典》第1298条的法定构成要件所包含的冲突解决方案,对于我们的案例认识只是个很不完整的方案。在一个非常关键的地方,前提变得不清晰了,因此,什么是重大事由,什么不是重大事由,单从重大事由这个词本身不能得出结论,而只能从法律条文之外的观念中得出结论”。<sup>[37]</sup>基于此观点,迪特尔·施瓦布继续提出,“人们所说的适用法律,并不仅仅只是指把事实情况归摄到法律当中,而且也是适用法律的人本身在参与中构建法律规则”。<sup>[38]</sup>“因此,适用法律”同时也是参与构建法律规范。“虽然理论上判例不具有约束力,但在德国的审判实践中,判例实际上起着举足轻重的作用。例如,我们耳熟能详的‘积极侵害侵权’、‘缔约责任’、‘交易基础的丧失’等重要制度,在德国民法中,都是通过判例采纳了学者的意见,最终突破了法律条文的规定而得以确立的。”<sup>[39]</sup>

[33] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第100页。

[34] 同注33引书,第106页。

[35] 同注33引书,第107页。

[36] 参见[德]迪特尔·施瓦布:《德国民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第14页。

[37] 同注36引书,第14-15页。

[38] 同注36引书,第15页。

[39] 齐晓琨:《德国新、旧债法比较研究——观念的转变和立法技术的提升》,法律出版社2006版,“前言”第4页。

缔约过失责任为德国著名法学家耶林于1861年在其主编的耶林学报年报第4卷上发表的《缔约上过失、契约无效或未完成时的损害赔偿》一文中最早提出的,但《德国民法典》在制定时,并没有将缔约过失责任置于法典之中。“将缔约责任的理论引入司法实践,最初主要是为了克服德国《民法典》中侵权法的弱点,著名的案例就是1911年帝国最高法院的‘地毯卷案’(Linoleumrollen - Fall)。”<sup>[40]</sup>至德国2002年债法改革时,在新债法第241条第2款和第311条第2款中将缔约过失责任这一制度写入法律,使之正式成为了成文法的内容。但是上述条款并未明确提出缔约过失责任的概念,“这些条款只是一种一般性条款或称总括性条款(Generalklausel)”,“在实践中,它们只能为法官的审判活动提供一个概括性的条文依据。因此,无论是教学、学术研究还是审判实践,都还必须以过去的判例和学术文献为参考和依据”<sup>[41]</sup>

当然,从德国的上述经验中,我们可以看到,德国虽然认识到了在理性主义基础上产生的体系化法典也存在着法典一旦制定出来必将落后于持续发展的社会现实的明显弊端,但是出于对个人权利保护的目,又坚守着三权分立的要旨,没有像英美法系那样直接给予法官通过判例来发现法律的特权使判例成为法律,而是给予法官以法律解释权,由法官在司法过程中,针对实际中的个案,根据已有法律制度的精神,对法律进行合理的解释,并在以后的法律修改中,及时将司法实践中的这些法律解释吸收到法典之中,从而实现对法律的完善,由此,得以显现司法实践对立法完善的重要促进作用。

## 五、结论

对法律体系化(法典化)的理性认识,以及将立法权配置给立法机关,将司法权配置于司法机关的理性认识与建构,是近代理性主义兴起以来,理性主义对法律科学的创造性贡献,其理论来源于法律是公意体现的理性结论,如卢梭就明确提出了“主权就意味着执行公意”<sup>[42]</sup>。康德继承了卢梭的这一观点,进一步提出,“立法权,从它的理性原则来看,只能属于人民的联合意志”<sup>[43]</sup>。当然,这一理论的目的在于为法官司法权的行使设定边界,防止法官滥用司法权。

不可否认,理性主义的这一主张对我国具有现实意义,正是理性主义推动我国法律现代化的迅速发展。现今我国正处于现代化过程之中,需要理性主义之光的照耀与推动。因此,通过立法使我国法律体系进一步完善是我国法治现代法过程中不可或缺的,这是由于我们现在面临的首要目标是法律现代化。所以,必然坚持立法是建立与完善法律体系的主要方式。

但是也应看到,理性主义是建立在人类认识能力无限性的假设之上。依靠这种假设,人类创制的法律是不会出现漏洞或与社会现实脱节的可能性。而法律实践的现实却呈现出另外一番景象,这不得不引起我们的重视,苏力教授对此指出,“在中国这种社会环境中,一方面尤其需要统一的法律作为指导,而另一方面,为了保证法律的执行和有效,又不可能严格执行统一的法律,因此在中国司法中强调的不仅是合法,法官经常挂在嘴边的一个说法就是要‘合情合理’”<sup>[44]</sup>。早在20世纪40年代,谢觉

[40] 同注39引书,第46页。

[41] 转引自同注39引书,第44页。

[42] 同注17引书,第69页。

[43] [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆2009年版,第146页。

[44] 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第17页。

哉就指出,“判词要剖析隐微,合情合理”<sup>[45]</sup> 谢觉哉所指出的司法需要正视的问题,直至今日尚没有发生根本改变。这是因为我国在经济上农业经济还占着极为重要的地位,在文化上传统法律文化在广大农村地区乃至于在大部分中国人的观念意识中,没有发生根本变化。在立法完善中不能忽视这些要素,这是因为在中国,“司法的另一个重要意义在于,它实际上是一种具有立法意义的活动。尽管如今人们习惯将立法和司法作严格的区分,但这种区分无论在逻辑上还是在实践上都不很清楚,只是一种约定俗成;其界限是专断的”<sup>[46]</sup> 对此,我们不能不予以深思,可能是由于我们还缺乏对此予以解答的能力与条件,但是必须重视和不能回避的是,立法完善在当下的中国需要司法实践来推进,需要从司法实践中汲取营养,司法实践对我国立法完善有着积极的促进作用,司法实践的经验是立法完善的一个必要途径与来源,这是现代社会对法律如何而来以及法律形式的追问。而且不能忽视的是,现代西方社会已经借助于公共领域和交往行为的概念,将协商作为了法律发现和生成的一个重要来源,中共十八届四中全会也指出,“健全立法机关和社会公众沟通机制,……健全法律法规规章草案公开征求意见和公众意见采纳情况反馈机制,广泛凝聚社会共识”。十八届四中全会的这一精神,恐怕就是公共领域与交往行为概念的中国化表达,毕竟,法律包括法治,其核心价值在于实现马克思所说的“人的自由与全面的发展”。

## **Research on the Necessity of Judicial Practice to the Legislative Perfection in China: From the Perspective of Relationship between Judicial Practice and Legislative Perfection**

Liu Zhongyi

**Abstract:** At present, constitution – centered socialist legal system with Chinese characteristics has basically taken shape. It provides a strong institutional safeguard for successful and effective development of judicial function. However, it should be recognized that the socialist legal system with Chinese characteristics is not perfect. There are still some problems, such as the immature legislation skill, the contradictions and loopholes of legislative regulation. This article is based on the relationship between judicial practice and legislative perfection taking German Law as main example to analyze how judicial practice promotes the legislative activities. This paper presents that judicial practice has played a positive role in the perfection of legislation in China and it is a necessary channel of perfecting legislation. Perfecting the legislation needs to extract nourishment from judicial practice.

**Keywords:** judicial practice; legislative perfection; necessity

(责任编辑:丁洁琳)

---

[45] 《谢觉哉日记》(上),人民出版社1984年版,第397页。

[46] 同注44引书,第4页。