

## 目 录

## 【专题研讨】

论民法典(民法总则)对商行为之调整

——透视法观念、法技术与商行为之特殊性 ..... 蒋大兴(1)

《瑞士民法典》“著名的”第一条

——基于法思想、方法论和司法实务的研究 ..... 李 敏(24)

论著作权法中的权利限制条款对外国作品的适用

——兼论播放作品法定许可条款的修改 ..... 王 迁(38)

加拿大魁北克国际私法评析

——兼论中国《涉外民事关系法律适用法》之完善

..... 郑佳宁 [加]金艺海(Gerald Goldstein)(51)

## 【论文】

中美环境公益诉讼比较研究 ..... 曹明德(67)

执行异议之诉:比较法视野下的谱系解读 ..... 丁宝同(78)

和解协议与生效判决关系之债法原理分析

——兼论“吴梅案”的规则解释 ..... 郑金玉(97)

排除合理怀疑等于内心确信吗? ..... 李昌盛(115)

非洲国家宪政转型现状及其成因分析 ..... 程 迈(132)

法治还是自治

——从两个案例看美国宗教自由的张力与变迁 ..... 张 铮(156)

## 【法政时评】

法国消费者合同撤回权立法及启示 ..... 凌学东(172)

民间借贷利率的法律规制:比较与借鉴 ..... 王林清(185)

# JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

---

---

Serial    No. 140    July    2015    No. 4

---

---

## Contents

### Topic Discussion

- On the Regulation of Business Behavior by the Civil Code (Civil Law): Examination of the Legal Concept, Legal Technique and the Particularity of Business Behavior ..... *Jiang Daxing*( 1 )
- The Famous Art. 1 of Swiss Civil Code: Legal Thoughts, Methodology and Judicial Practice  
..... *Li Min*( 24 )
- The Application of Limitations of Copyright in the Copyright Law to Foreign Works: Also on the Revision of the Statutory License to Broadcast Works ..... *Wang Qian*( 38 )
- Review on Quebec International Private Law: From the Perspective of Improvement of Law on the Application of Laws to Foreign-Related Civil Relationships of China ..... *Zheng Jianing & Gerald Goldstein*( 51 )

### Articles

- Environment Public Interest Litigation: From the Perspective of Comparative Law ..... *Cao Mingde*( 67 )
- Pedigree Resolving of Objection to Execution: A Comparative Perspective ..... *Ding Baotong*( 78 )
- The Debt Theoretical Analyses on the Relationship of Effective Judgment and Settlement Agreement:  
Concurrently Explicating the Rules of “Wu Mei” Case ..... *Zheng Jinyu*( 97 )
- Is “Beyond a Reasonable Doubt” Identical to Inner Conviction? ..... *Li Changsheng*(115)
- The Realities of the Constitutionalist Transformation in the African Countries and Analysis on Its Causes  
..... *Cheng Mai*(132)
- Rule of Law or Autonomy: The Transformation of the Freedom of Religion in the United States through the  
Lens of Two Cases ..... *Zhang Zheng*(156)

### Comments on Legislation and Jurisdiction

- French Legislation about Consumer’s Right of Withdrawal of Contract and Its Inspiration  
..... *Ling Xuedong*(172)
- Comparison and Reference: Regulation for Private Lending Interest Rate ..... *Wang Linqing*(185)

## 【专题研讨】

# 论民法典(民法总则)对商行为之调整

## ——透视法观念、法技术与商行为之特殊性

蒋大兴\*

**摘要:**现代民法在法观念上要有“整体的社会进化观”,要能回应社会高度商事化、金融化、信息化、全球化,及伦理/诚信沦丧之规制需求。故,民法典编纂首先应在价值取向上有助于我们回归“好的社会”;其次,要凸显“私法的宪法观”,让法典编纂成为“落实宪法”、体现“公民参与”的私法行动;再次,还要有一定的规则弹性与张力,以更好地实现法律对复杂社会进行“弹性回应”之需求。在法技术上,编纂与民法典并存的独立商法典是“商法法典化”之最优模式,制定独立的商法通则是“可替代的最优模式”。因商行为在类型、效力、代理等诸多方面明显不同于民事行为,若仍然坚持“排商”的民法观,将商法视为“民法”而非“私法”的特别法,我们就不能顺利实现对商事关系的有效调整,不能在全社会建立起独立的商法/商事裁判理念,不能维持良善的商法秩序、有效地节省法律实施的成本——若民法典编纂在整体上忽略“商的特别需求”,最终可能会成为一场自负、失败的法典化运动。

**关键词:**民法 商法 民法典 法典 商行为

自豪而非常专横的信心

坚信那时代的超验智慧

还有它那洞识力量。

——《徒步远足》(excursion)第2卷<sup>[1]</sup>

在社会关系全面商化的现代中国,民法典(民法总则)之制定(编纂),无法回避商行为是否需予特别考量的问题——诸如商行为是否应当纳入,以及如何纳入其中?从立法论而言,无论是赞成抑或是反对,均需给出较为信服的理由。此为民法典(民法总则)“继续编纂”的“前置性问题”。该问题不解决,民法典(民法总则)如何回应商事社会之需求、能够回应哪些需求,以及回应到何种程度等问题,都将无解——一个“负责任的民法典(民法总则)”也就难以出台。而且,基于现阶段法学知识分工使然,这样的问题很难由民法学者独立完成——“敌人乃是作为人的我们自身的问题。而敌人会将我们,我们也会将敌人逼进自己的死角”。<sup>[2]</sup>因此,无论是否愿意,民法典(民法总则)的编纂在事实层

\* 北京大学法学院教授,法学博士。本文系国家社科基金重大项目“社会主义市场经济中的公共商行为及其规制——勘定政府与国企的契约边界研究”(14ZDC019)的阶段性成果。

[1] 参见[英]约翰·伯瑞:《进步的观念》,范祥涛译,上海三联书店2005年版,第163页。

[2] 丢伯勒:《帕勒莫之歌》。引自[德]迈尔(Heinrich Meier):《古今之争中的核心问题——施米特的学说与施特劳斯的论题》,林国基等译,华夏出版社2004年版,第4页。

面,都会成为全社会(尤其是民法学者)“合力完成”的事业。无论该种“合力行为”是否会得到官方的“有组织性认可”,在中国今天的民法典(民法总则)编纂过程中,都会或者已经成为一个事实。<sup>[3]</sup>

鉴于此,本文拟立足于商行为独立性之立场,从法观念、法技术与商行为特殊性的视角,探讨商行为之法律(民法)调整模式和空间,回答其是否应当,以及如何“凸显特殊性地”进入私法,或者退求其次进入民法典(民法总则)的问题,以探寻中国社会对商事关系进行法律调整的理想模式。

## 一、民法典(民法总则)编纂之法观念:什么是现代民法

观念支配世界,<sup>[4]</sup>对于理性的人类来说,“行动是观念的产物”,法典编纂,观念先行。在日趋现代化的今天,民法典(民法总则)的编纂,应当在法观念上坚持“现代民法”的路径,藉此展开法典编纂行动。因此,理解“什么是现代民法”,有助于回应商行为是否以及如何进入民法总则的问题。

对于什么是现代民法?立足于不同视角、法律价值、规范内容、编纂体系及技术等,可以有不同的回答。徐国栋教授提出“绿色民法典”的概念,<sup>[5]</sup>梁慧星教授则从价值取向、意思自治、社会正义与经济效益、实质平等与弱者保护、现实政策需求与民族未来以及人权、民主、法治国、现代化等角度提出了看法。<sup>[6]</sup>笔者认为,从时间跨度及法的体系观而言,现代民法至少应当体现以下几个特点:其一,能够回应社会变化的需求;其二,能够体现私法的宪法观;其三,能够适应未来的需要。因此,现代民法观必须有“整体的社会进化观”、“私法的宪法观”以及“规范的弹性观”。

### (一)现代民法:整体的社会进化观

任何一个典范都不能穷尽真理。<sup>[7]</sup>所有社会都是动态的,因此,所有既存的法典都是过时的。现代民法必须有超越传统私法的意识和勇气——必须有整体的社会进化观,要能回应现代社会诸多根本变化的需求。

为此,我们需要思考相对于此前的传统社会,现代社会发生了哪些变化?对于现代社会的变化,

[3] 2015年,中国商法学研究会为推动民法总则的立法,在中国政法大学、清华大学以及北京香山杏林山庄召开了若干次学术研讨会,主要涉及商事关系之法律调整是否应当进入民法总则,以何种形式进入民法总则,以及未来中国商事立法的总体模式及走向,等等。这些会议,有些邀请了民法学者参加,体现出一种“民间合力”的现象。这样的讨论,无疑有助于中国民法总则之起草更加理性。

[4] 参见同注1引书,第1页。

[5] 参见徐国栋:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第425-437页。

[6] 有关论文可以参见梁慧星主编:《从近代民法到现代民法——梁慧星先生主编之中国大陆法学思潮集》,法制出版社2000年版。此外,在《中国民法典草案建议稿》中,梁慧星教授也作了直接表达,即民法典应当“在价值取向上以权利本位为主,兼顾社会公共利益;兼顾个人物质生活条件之确保与人格尊严之尊重;充分贯彻意思自治原理,强调民事权利的切实保护,非基于社会公共利益并依合法程序不得限制;兼顾社会正义与经济效益,兼顾交易安全与交易便捷;切实贯彻两性实质平等与弱者保护之原则,对劳动者、消费者、妇女、儿童、老人和残疾者实行特殊保护;既着重于中国现实社会问题的对策,更着眼于中华民族之未来,旨在建立竞争、公平、统一的市场经济秩序,及和睦、健康、亲情的家庭生活秩序,为中国最终实现真正的人权、民主、法治国和现代化奠定基础”。参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,序言第3页。

[7] 参见黄国光:《社会科学的理路》,中国人民大学出版社2006年版,第132页。

存在很多不同的理解。<sup>[8]</sup> 王利明教授认为,民法典必须反映 21 世纪的时代特征,对互联网时代、信息社会和大数据时代、高科技时代、知识经济时代、经济全球化趋势、资源环境逐渐恶化趋势及风险社会的时代特征作出回应。<sup>[9]</sup> 郭明瑞教授也提出,在前瞻性方面应考虑民法在 21 世纪的发展趋向。<sup>[10]</sup> 在笔者看来,对民法典(民法总则)编纂有意义的变化主要体现在以下几方面:现代社会已经呈现出高度商事化、金融化、信息化和全球化之特征,以及在高度商事化的同时,伦理丧失/诚信丧失——呈现出道德沦丧的一面——因此,民法典(民法总则)之编纂必须要能回应社会的这些变化及规制需求。

“社会是进动的有机体,而法典则是静止的无机物。社会是逐日月进化变迁的,而法典一经编纂而成,其法律的形体就固结,就不能顺应社会的变迁。”<sup>[11]</sup> 因此,好的法律应当像细胞裂变一样,永远处于进步之中。世界各国较有代表性的民法典多为 19 - 20 世纪时期传统、简单社会的产物。<sup>[12]</sup> 因此,我们讨论民法典(民法总则)时,应突破原有的高度——民事立法已然不再是关于三编、四编还是五编/或者先设物权编还是先设债权编/或者是否需要独设总则的争论问题,<sup>[13]</sup> 而是需从宏观上考量,如何整体性、有效率地回应社会的上述根本变化?<sup>[14]</sup> 是如何设计出适应“今日中国社会需求”的民法规范体系的问题。所以,民法典(民法总则)的起草,首先不是“法律研究”的问题,而是要做“社会研究”,立法参与者要准确把握我们生活的社会到底发生了什么变化,其中,哪些变化需要编纂民法/法律予以回应? 这样的反思应当是全面而深刻的。

例如,就社会之商事化、金融化、信息化及伦理丧失而言,要反思其给民事主体、法律行为、权利 - 义务体系、责任机制等带来怎样的影响和全新冲突? 要思考新技术是如何影响了交易模式、交易结构及纠纷解决方式? 以信息化为例,随着信息重要性的增加,对民法产生了重要影响:一方面,信息保护成为问题;另一方面,本来是在“物”的基础上进行的交易,现在转变为在“信息”的基础上进行交易。<sup>[15]</sup> 为此,首当其冲的可能是应当面对而非回避商行为的法律调整——由于市场的发展,已使民法在一定程度上演变成为“交易法”,<sup>[16]</sup> 因此,应当考虑在商事欺诈盛行/社会道德沦丧的当下,民法如何在价值目标的摄取上,有助于我们回归到“好的社会”? 我们如何通过民法去建设一个“更诚信”、“更宽容”、

[8] 例如,在《现代世界的诞生》一书中,麦克法兰提出现代社会有五大表征:(1)恰到好处的人口结构;(2)政治支柱,即政治自由;(3)特定的社会结构,即家庭的力量必须被削弱,基于血统的严格的社会分层必须被消除,一个开放的、流动的、较为精英主义的体系必须被建立,公民的首要忠诚对象必须是国家而不是任何其他因血缘而来的团体;(4)一种全新的财富生产方式的兴起——今人所称的“工业革命”;(5)特定的认知方式——科学和世俗的思维模式。参见[英]艾伦·麦克法兰:《现代世界的诞生》,上海人民出版社 2013 年版。

[9] 参见王利明:“民法典的时代特征和编纂步骤”,载《清华法学》2014 年第 6 期,第 6 - 16 页。

[10] 参见郭明瑞:“关于编纂民法典须处理的几种关系的思考”,载《清华法学》2014 年第 6 期,第 34 页。

[11] 参见[日]穗积陈重:《法典论》,李求轶译,商务印书馆 2014 年版,第 17 页。

[12] 例如,《法国民法典》是 1804 年制定;《德国民法典》是 1896 年制定;《瑞士民法典》是 1907 年制定,《瑞士债法》是 1911 年制定;奥地利《普通民法典》是 1811 年制定;《意大利民法典》是 1942 年制定。

[13] 有关这些争议和主张,可以参见李永军:“民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考”,载《比较法研究》2015 年第 3 期,第 3 - 6 页。

[14] 薛军教授也提到中国编纂民法典时,社会经济环境发生了巨大变化。参见薛军:“当我们说民法典,我们是在说什么”,载《中外法学》2014 年第 6 期。

[15] 参见[日]大村敦志:《民法总论》,江溯、张立艳译,北京大学出版社 2004 年版,第 111 页。

[16] 参见同注 15 引书,第 106 - 115 页。

“更善良”、“更有秩序”的国家? 简言之,我们如何通过市民社会的基本法,形成良好的社会伦理价值观<sup>[17]</sup> 面对“具有腐蚀性的/不甚道德的金钱”的横行无忌,法律才是唯一的抗衡力量。<sup>[18]</sup> 在现代规制国家时代,私法已经成为一种规制形态,<sup>[19]</sup> 尤其是,随着事前规制的缓和,以事后追责为特征的民事规制显得日益重要——私法规制开始强化信息供给和基于(提供信息)而产生的民事责任。<sup>[20]</sup> 我们如何利用民法实现社会、经济乃至国家的规制效果?<sup>[21]</sup> 其次,回到规范层面,更具体地说,我们需要反思民法如何在规范构造的基本方式及内容上,实现对变化了的/良好社会的调整? 例如,是让商行为进入民法典(民法总则)之中,还是将其留在法典之外,以特别法方式予以规整——何种模式更能有效满足“全面商化”的社会之需? 以及民法如何利用金融工具、科技信息,服务于商事交易及社会进化? 等等。

再如,就全球化而言,我们需要反思民法如何凸显社会整体被全球化之法律需求? 以及私法如何成为全球化过程中的避险和规制工具? 现代社会作为资源全球共享/分享的社会,资本、人员及服务都呈现出全球迅速流动的现象,法律尤其是私法必须对此进行整体回应——例如,如何衡量法人住所? 如何认定法人国籍? 如何补强民法的跨国规制效果,等等。这意味着,我们在立法过程中,应当重视选择对全球化回应相对较好的国家/区域的民法典或类似民法规范为样本——基于后发优势,制定在后的国家的民法典可能应当受到更多重视。以《意大利民法典》为例,它可能在某些方面体现了更现代性的一面,较为适合中国对“公共规制”的私法需求。例如,意大利对公共财产/商事关系之调整与保护,比其他更早时期的民法国家,可能有更大的价值。再如,顺应全球化的需要,其对“行业规则效力优先于惯例”的规定<sup>[22]</sup> 所采民商合一的体例,以及与我国众多学者“平等保护”之通行主张不同,<sup>[23]</sup> 其对国有公共财产、宗教团体财产的法律地位、不得转让等予以“特别保护”的安排,<sup>[24]</sup> 都值得

[17] 2015年6月13日,在中国商法学研究会于北京杏林饭店组织的“民法总则编纂与商事立法研究”学术讨论会上,中国商法学研究会副会长、南京大学法学院范健教授即提出了“民法总则的伦理价值问题”,他认为民法总则应当承担起重建中国社会伦理价值的任务。谢鸿飞教授也在发表的论文中指出,我国民法典要回应民众生活的需要,重点是体察并护持民众的人文世界与价值观念。民法典应以私法自治为核心,并尽可能兼顾正德、维和、厚生和利用四大传统价值。参见谢鸿飞:“中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达”,载《清华法学》2014年第6期,第17-33页。

[18] 参见[法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍等译,法律出版社2004年版,第2页。

[19] 参见[日]米丸恒治:《私人行政——法的统制的比较研究》,洪英等译,中国人民大学出版社2010年版,第332-346页。

[20] 参见[日]同注15引书,第113页。

[21] 按照 Jonathan Garton 的总结,私人社会有7种功能:市场支持(market support)、公共产品提供(the provision of public goods)、提供与公共产品类似的私人产品(the provision of private goods analogous to public goods)、便利政治行动(the facilitation of political action)、提供文化服务(the provision of cultural services)、便利自我决定(the facilitation of self-determination)、便利营业(the facilitation of entrepreneurship)。See Jonathan Garton, *The Regulation of Organized Civil Society* 41-88 (Hart Publishing 2009)。

[22] 参见《意大利民法典》第8条。《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第4页。

[23] 在我国《物权法》制定前后,关于平等保护产生过较大争议,支持财产权平等保护的学者居多。例如,赵万一:“论我国物权立法中的平等保护原则”,《上海大学学报》(社会科学版)2007年第5期,第116-120页;赵万一:“冷静而理性地看待物权法中的争议”,载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第3期,第21-26页;秦前红、涂四益:“‘物权法之争’与宪法解释——兼与童之伟教授商榷”,载《法学评论》2007年第3期,第3-8页;高飞:“也谈物权法平等保护财产权的宪法依据——与童之伟教授商榷”,载《法学》2006年第10期,第128-138页;方兴:“物权的道德——物权法平等保护私有财产权的伦理正当性研究”,东南大学,2009。DOI:10.7666/d.y1651720。持不同意见的主要有巩献田教授及童之伟教授。有关不同意见,可参见童之伟:“物权立法过程该如何做恰当评说——兼答赵万一教授等学者”,载《法学》2007年第4期,第27-44页;童之伟:“《物权法》(草案)该如何通过宪法之门——评一封公开信引起的违宪与合宪之争”,载《法学》2006年第3期,第4-23页。

[24] 参见《意大利民法典》第822条-831条。《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第205-207页。

我们思考;再比如,美国对电子交易的法律规范,相较于传统大陆法系国家的民法典,有更多优势。<sup>[25]</sup>因此,坚持发展的全球社会观,民法典(民法总则)之编纂,就不能仅仅停留在对“典型民法典”的考察之上,而应深入总结发展了的“全球民法规范”——“如果要规制越过国境的交易,就希望有超越国境的共通的法律规范”,<sup>[26]</sup>因此,需要考虑世界市场与民法的关系。即便如此,我们还是不能忘记 Duran Bell 的告诫:“统一的全球运动场显然有利于西方的经济利益,但是,发展中社会如果草率地采用这些行动规则,将无法有效地照顾自己的利益。”<sup>[27]</sup>

## (二) 现代民法:私法的宪法观

民法典(民法总则)是私法的基本法,是宪法规范的具体化,现代民法必须有“私法的宪法观”,<sup>[28]</sup>要尽力凸显法治国家之内在需求。因为,“在国家的社会秩序中,民法所建立的社会秩序是基础秩序,民法对这一领域的社会秩序的调整,实现了法治国家的基本目标。……民法在建构这一秩序中发挥的作用,其他任何法律都无法替代”。<sup>[29]</sup>“民法典及其所调整的私人领域,以及民法典所维护的私人权利,恰恰就是塑造法治的日常性的,因此也是最深层次的力量。”<sup>[30]</sup>卡尔·拉伦茨在评价私法与宪法的关系时指出,“《基本法》对私法制度具有双重意义:《基本法》确认了私法制度的根本基础,同时又在很多方面决定了它的发展方向。此外,《基本法》还是普通立法工作和司法工作在私法领域里的准绳”。<sup>[31]</sup>

法治国家之核心在于“依宪治国”,因此,这就要求部门基本法的制定,都要凸显宪法之统领功能,要凸显“民法的宪法观”,即民事规范之设计,要因应/实现宪法之需求及安排。诸如,法人之分类,对法人财产权之保护等,都应体现宪法的特殊构造。例如,要回应宪法对公法人之财产实行特殊保护的安排,如何在民法典中具体化,而不是让民法典的相应规定“脱离宪法”——一味追求“平等保护”。由此,无论是法人制度还是代理制度之设计,都应该凸显对公共财产予以特殊保护之宪法精神。就此而言,可能确需调整《物权法》以及一般社会通念所认同的“法人财产平等保护之原则”。因为,该种平等保护理念并不符合宪法上既有的规范构造。<sup>[32]</sup>

坚持私法的宪法观,还要凸显宪法所设计的政治制度对民事规范所产生的约束,现有各种民法总则建议稿,似乎都缺少类似考虑,主要关注民法对“个体权利”调整之设计,忽略对国有企业、公共投资、公共融资、公共性私法规制等“公共商事行为”之考量。在实务中,也多以“私人商法”的逻辑简洁规范解决公共商行为之法律规整,存在明显的“公共商行为”法律供给不足、规整领域分类混乱的现象。这也与美国、澳大利亚、加拿大、新西兰、俄罗斯等诸多国家的法律安排有异。<sup>[33]</sup>

[25] 例如,美国颁布了《国际与国内商务电子签章法》《统一电子交易法》《统一计算机信息交易法》《犹他州数字签名法》《犹他州认证政策》,以及美国律师协会的《数字签名指南》等,形成了比较系统的电子化交易规范体系。参见阚凯力、张楚主编:《外国电子商务法》,北京邮电大学出版社2000年版,第2-167页。

[26] 参见同注15引书,第108-109页。

[27] 参见钟独安(Duran Bell):《权力与生存》,华夏出版社2003年版,第2页。

[28] 德国学者还专门研究了基本权利与私法在法效力上的关系模式。参见[德]克劳斯-威尔海姆-卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris):“基本权利与私法”,曾韬、曹昱晨译,载《比较法研究》2015年第1期,第171-195页。

[29] 参见“‘走向中国民法典——历史机遇与挑战’学术研讨会综述”,载《中外法学》2014年第6期,第1417页。

[30] 参见薛军:“当我们说民法典,我们是在说什么”,载《中外法学》2014年第6期。

[31] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第115页。

[32] 参见蒋大兴:“宪法背景下混合所有制改革的法律途径”,载《法学》2015年第3期。

[33] 例如,上述国家对公共企业之调整,都有专门的法律规范,凸显其对公共投资此种商行为有特别的规制安排。参见蒋大兴:“国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释”,载《现代法学》2014年第5期。

遗憾的是,中国的部门立法(包括民事基本法)在实践中很容易演化成“脱离宪法”而独立构造的状态,基本法律以及其他法律、法规在起草、制定的过程中,并不会会有意识地考量其合宪性的问题——诸如,如何透过基本法及法律的立法,落实宪法规范,更好地实现/履行宪法中的基本权利及义务?同理,目前有关民法典(民法总则)之立法基础、规范结构(包括民事主体、法律行为、权利-义务体系、责任机制)等的起草设计,也可能会习惯性地缺失宪法观——不会或很少结合宪法规范进行“下位法构造”,这从目前各种版本的民法总则专家建议稿<sup>[34]</sup>中似乎可窥一斑。

《法国民法典》的起草者博塔利斯曾经说过,民事法律“即使不是构成政府的基础,也是维系政府之所在”,“只有私权利才能保障公权力”。行政权力直接维护社会安定,民事权利为社会安定奠定坚实基础。<sup>[35]</sup>为此,民法的宪法观,还体现在立法过程中,民法典编纂应当是一种“公民参与/行动”的结果,而不应成为立法者或学术精英控制的“私人行动”,这种“公众参与”不仅应当体现在法典形成之后的各种征求意见阶段,还应提前介入,体现在征求意见稿的形成过程中,应从组织机构、工作形式、工作程序、草案评估等方面,全方位地建立起常态化的公民参与机制,确保有更多的来自各个领域的学者参与其中,有更多的来自不同阶层的民众参与其中。虽然,这些“社会的油滴”<sup>[36]</sup>能否进入最后草案以及能否发生/可以发生多大的作用,都难以判断,但民主的意义至少有仪式的重要性,而且还是一种全民普法的过程——现代文明社会的立法是公开的,所有涉及立法中的重大问题,都应以各种形式引导民众参与讨论,然后再形成条文——立法不是思想话语权、行政话语权的重新分配过程,而是宪法中公民话语权的具体表达过程。

### (三) 现代民法:规范弹性观

为适应现代社会高频变化之特点,民法在规范构造上要摒弃用具体规范来规整一切的法律万能主义的意图——现代民法要呈现出一定的规则弹性,<sup>[37]</sup>凸显民法总则之“总纲”定位。<sup>[38]</sup>当然,规则弹性,并不意味着法典文字模糊不清。“简明法文乃可谓法制主义之基本”,<sup>[39]</sup>“法典的价值取决于其文章用语”,若法典的文字含义模糊不清,就会诈伪诉讼、争讼不停。因此,法典的文章用语应尽量平易、简明,<sup>[40]</sup>使多数人能够理解。甚至1866年英国女王敕选的法律调查委员会,在其复命书中认为,人民普遍了解法律是国家的义务(National duty)。<sup>[41]</sup>可见,规则用语明晰之意义。

因此,所谓总纲之定位,是指民法规整方式之弹性以及规整范围之“相对全面性”而言。社会关系

[34] 此处所称民法总则专家建议稿是从广义上而言的,包括学术界(例如梁慧星教授等)起草的各种民法典建议稿中的总则部分,以及中国法学会民法典编纂项目领导小组组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》(2015年4月19日),后文若单用《民法总则专家建议稿》,则专指中国法学会组织学者起草的民法总则专家建议稿。该专家建议稿已公开征求意见。参见中国民法学研究会:“对《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》公开征求意见的通知”,资料来源:[http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column\\_View.aspx?ColumnID=81&InfoID=14364](http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=81&InfoID=14364);访问时间:2015年7月8日星期三。

[35] 参见“‘走向中国民法典——历史机遇与挑战’学术研讨会综述”,载《中外法学》2014年第6期,第1410页。

[36] 参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点(下)》,陈爱娥等译,上海三联书店2006年版,第452页。

[37] 参见叶金强:“私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例”,载《法学研究》2006年第1期;参见谢鸿飞:“中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达”,载《清华法学》2014年第6期,第17-33页。

[38] 谢鸿飞教授提出,民法典在立法技术上应坚持民法的原则法地位,通过引致等方式接入公法与特别民法。参见谢鸿飞:“中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达”,载《清华法学》2014年第6期,第17-33页。

[39] 参见同注11引书,第96页。

[40] 参见崔建远:“编纂民法典必须摆正几对关系”,载《清华法学》2014年第6期,第43页。

[41] 参见同注11引书,第95页。

之法律调整受制于人类思维模式、有限理性的局限,不可能达致“万能立法”的状态。因此,民法要能适应社会发展的需求,应保持一定的弹性与张力,以实现“固化的法律”对复杂社会进行“弹性回应”之需求——民法总则之设计,即是法律对社会生活进行弹性回应的一种规范及思维模式。每一次的法典编纂不应成为“规范持续爆炸”的机会,<sup>[42]</sup>而应坚持规范缩减/弹性调控的思维,尤其对权利规范之安排,更是如此。日本学者穗积陈重也指出,“法典不能伴随社会之变迁而变化,此为非法典论者指出的法典的一大缺点。故而编纂法典要尽量采取不陷入此缺点之方法。而近世的法制学家谈其救济之法,强调法典的条文要尽量地显示原则,而不用揭示细则。若在涉及细微条例之时,社会的事物即使有些许变动,也不会产生直接修改法典之必要”。<sup>[43]</sup>事实上,“规范缩减”也是德国民法典在起草过程中表现出来的特点。例如,德国民法编纂委员会根据1874年9月19日委员会的决议,将民法条文尽量停留在原则、附则、变则等上,而不涉及细则,并以其为主义。故而,新民法草案大大省略了其条文(参见下表)。<sup>[44]</sup>

	占有法	地役法	使用权法	质权法	借贷法	赠与法	租赁法
普鲁士民法	250 条	248 条	186 条	535 条	186 条	141 条	368 条
德国民法草案	28 条	14 条	63 条	164 条	6 条	14 条	46 条

表1 新旧德国民法各编章条目数量比较

一旦明确民法典(民法总则)乃“民事私法行为”之总纲,而非民事单行法之地位,民法典(民法总则)之规整事项、条文设计也就不需过于细化,而要考虑民法总则与民法分则的分工,尤其是总则对分则的统摄力。而且,若在法典编纂上(指法律调整社会关系的内容方面)采“民商合一”的构造路径,则民法总则作为全部私法关系之总纲,不仅要反映一般民事关系法律调整之需求,还要反映特别商事关系法律调整之需求;不仅要反映一般私人商事关系的法律调整需求,还要反映公共商事关系的法律调整需求。尤其是对公共商事关系的调整,在今日中国民法体系中(包括总则)尚属阙如。例如,公共企业之定位、公共商事交易行为之特点(公共商事租赁、公共商事征用与纯粹商事租赁、商事征用以及纯粹公共租赁、公共征用之不同)、公共商事赔偿与普通民事赔偿及国家赔偿之不同等等,普通民事立法及行政立法、商事立法均未涉及,属现代之“立法弃儿”,处于“无人管理”的空白地带。由此引发了很多问题,例如,石油管道建设的规划许可、征地、管线及管轨等相遇关系/管道占压、大空盗油等特殊侵权行为如何处理?等等,引发了巨大争议。而在《意大利民法典》的地役权一章中,专门设立了“强制地役权”一节,对水道的强制排水、水闸的设置、对建筑物和土地的强制供水、强制通行、强制送电和电缆的强制通行等问题进行了细致规定,<sup>[45]</sup>体现出民法对公共商事行为的调整思维,值得借鉴。

[42] 在中国,一些民法学者(例如,薛军教授)主张民法典应当精细立法。参见薛军:“当我们说民法典,我们是在说什么”,载《中外法学》2014年第6期。

[43] 参见同注11引书,第97页。

[44] 参见同注11引书,第97-98页。

[45] 参见《意大利民法典》第1032条-1057条。《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第253-259页。

## 二、民法典(民法总则)编纂之法技术:商行为的法典化形式

### (一)商行为法典化之争议:独立还是融入

在明确现代民法基本观念的基础上,如何针对商行为之特殊性设计法律调整模式,就显得极为迫切。崔建远教授也提出,要“在奉行民商合一模式的前提下注意民法与商法的差异,适当地分设法律规范,妥当地处理民法原则与民法规则之间的复杂多变的关系”。<sup>[46]</sup>简言之,如果民法典(民法总则)在编纂/立法过程中要“管”商行为,那么,应当如何管?

毋庸置疑,“作为私法,商法和民法有最近的关系。不过商法作为特别私法却优先于民法;德国《商法典施行法》第2条规定:在商事活动中,《民法典》仅在《商法典》未作其他规定时方可适用。但这并不能掩盖这样的事实:商法规范在解决案例中——无论是教学、考试还是在实务中都是如此——很少自己单独适用,而往往是和民法规范的所有原则相结合的”。<sup>[47]</sup>因此,一些反对对商行为进行独立调整的学者所持的逻辑主要是,商行为与民事行为无异,故以法律行为规范足以,无需特别调整。<sup>[48]</sup>

虽然,商法学家对商法(commercial law; business law; droit commercial)的定义还存在争议,<sup>[49]</sup>但这似乎并没有阻碍商法的法典化,因此,上述学者的判断是不准确的。商行为(或称商事行为)有其特殊性,对商行为的法律调整当以“相对专门”的方式进行,这也是一些传统大陆法系国家约定俗成的做法。<sup>[50]</sup>至于是以“独立的商法典”,还是以“相对独立的商事通则”,或者以其他“融入民法”的方式展开,仍可在学术上继续讨论。<sup>[51]</sup>按照中国商法学会(以下简称商法学会)的建议,“商事/商法入民”有若干种思路,并主张以相对独立的“商事通则”的形式解决上述问题。即“民法典立法对商法通则的安排可能会有四种方式:其一,分立式,即在民法典之外制定商法通则,同时在民法典中对商法的关系与适用作出接口性的链接规定;其二,独立成编式,即在民法典之内制定商法通则,将其独立成编,与民法总则、物权法、债权法、侵权责任法、亲属法等并列;其三,独立成章式,即在民法典的民法总则中独立成章,统一规定商法通则的内容;其四,融合式,即将商法通则的内容全部分解,设定具体条款融入到民法总则的各个章节之中。在这四种方式中,最为理想和可取的是第一种方式,其次是第二种方式,最不理想和不可取的是第四种方式。因为第四种方式,按照民法总则的合理结构,其能够容纳商法通则的空间和范围将极其有限,许多、甚至多数的商法规范将无法融入民法总则之中。如果硬

[46] 参见同注39引文,第43页。

[47] 参见[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第6页。

[48] 例如,德国著名商法学家卡纳里斯认为,尽管商法学家作了很多努力,迄今他们仍未成功地对大量商法规范给出独特而明确的特征,除了在形式上它们都可以和商人这个概念相联系之外。直到如今都被相当认同的是黑克的尝试性定义:商法是“大型营业的法律行为之法”。参见[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第8页。

[49] 在德国,这种争议是存在的(参见[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第8页);在法国,也有类似的争议,无论是“商法”,还是“商务法”都没一个得到一致承认的定义。参见[法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍等译,法律出版社2004年版,第1页。在我国,学者也表达了类似的困惑(例如,赵旭东:“商法的困惑与思考”,载《政法论坛》,2002年第1期,第102-108页)。

[50] 例如,德国、日本、西班牙、韩国、澳门等国家和地区,均是如此。

[51] 值得说明的是,中国商法学会中的主流观点并不支持独立的商法典形态,这是一种务实主义的立场。参见《中国商法学会关于民法典编纂中统筹规划商事立法的建议》(2015年6月13日)。

将商法通则的所有或过多的内容都加以吸收,势必使民法总则变得异常庞杂,破坏其应有的科学结构,而如果只是纳入部分或少部分商法规范,则又肢解了统一的商法通则,破坏了商法通则立法的系统性和完整性。这无疑是一个两伤其美、都不讨好的安排”。<sup>[52]</sup> 因此,商法学会建议,采取第一种方式,在民法典体系外,制定单行的商法通则,以此建构我国民商立法的科学体系。

对于上述问题,有民法学者从最低“政治共识”的角度表明了对“相对独立说”的反对及对“融合说”的支持,认为商法通则如何进入民法总则主要是一个政治判断而非学术判断问题,按照有权机关作出的最低政治共识,显然已经排除了独立制定单行商法通则的可能,商法内容似乎由此只能采取最不理想和最不可取的方式融入民法总则。<sup>[53]</sup> 即使在有独立商法典的德国,学术界对商法的位置也从未停止过质疑。例如,卡纳里斯指出,“如果人们看了上文的分析而询问哪些剩余部分是真正的商法,结果会显示这一部分确实不多,以至于人们对于是否还有足够的基础让一部独立的《商法典》仍然存在会有强烈的怀疑”。<sup>[54]</sup>

那么,在现代社会,商法典是独立还是融入民法,应如何独立以及如何融入? 这些问题之本质,涉及我们为何需要法典化? 以及何种法典化才是最优的选择方案? 等等问题,需要考量商行为集约立法之优势才能作出相对客观准确的判断。

## (二) 商行为集约立法之优选模式

在笔者看来,所谓商法规范的法典化,只是一种思考方式,是指将有关商主体/商行为的规范集中立法——与民法典(民法总则)平行,制定商法典、商法通则或者融入民法典(民法总则),均属法典化之具体技术。诚然,是否需要法典化——可能是政治集团的价值判断、有权判断的问题,但如何法典化——则可能主要是立法技术、学术判断的问题。尽管行政权主导在有些国家民法典形成过程中发挥了重要作用,<sup>[55]</sup>但在通常意义上,理想的法典化途径是,政治决策集团直接或间接地受到学术界的影响,决定是否编纂法典(包括民法典/商法典等),而法学者则积极参与其中,负责法典的具体设计、构造其内容和规范。<sup>[56]</sup> 因此,一部优秀的法典很难在排斥学界普遍参与的情况下形成。民法典(民

[52] 参见《中国商法学会关于民法典编纂中统筹规划商事立法的建议》(2015年6月13日)。

[53] 例如,在2015年6月13日,中国商法学会在北京杏林饭店举办的“民法总则编纂与商事立法研究”学术讨论会上,王轶教授认为,民商合一与分立,可从学术及政治两个维度理解。就后者而言,民法典编纂是一个政治任务,我们在法典编纂过程中,要明确经有权机构判断形成的最低政治共识是什么? 对民商法的关系,在有关政治文件中已有明确回答。为什么要使用“编纂”的用语? 这里面其实包含了政治决断和共识——要在单行民事法律的基础上,完成民法典的编纂任务。这些共识表明,商法规则是进入民法典的。那么,如何处理民法总则与商法通则的关系? 这是一个有权机关的决策问题——如果有权机关让单独起草商法通则,民法学会送上祝福,并希望商法通则一路走好。如果有权机关没有作出这种安排,民法总则也会担负起其责任。会坚持“实用性要求”压倒对法典“体系美的要求”,让商事的内容成为总则的构成部分(以上观点是根据其现场发言概括,未经王轶教授本人审核)。

[54] 对这种关切表示理解的有卡斯腾·施密特:《莫尼黑商法典评论》,第1条,边码4和比德林斯基,ZIP,1998,第1176页,边码78。参见同注47引书,第19页。

[55] 参见石佳友:“法国民法典制定的程序问题研究”,载《比较法研究》2015年第3期,第33页。

[56] 例如,王轶教授、耿林教授专门研究了民法典的规范配置模式及立法技术等问题。参见王轶:“民法典的规范类型及其配置关系”,载《清华法学》2014年第6期,第54-63页;耿林:“民法典的规范表达研究”,载《清华法学》2014年第6期,第64-80页。

法总则)的编纂,同样如此。<sup>[57]</sup>因此,参与法典编纂主要不是一种权力或职权,而是一种责任与使命。至于在民法典(民法总则)编纂的过程中,对商行为究应采取何种立法技术最为妥当?则尚需回到“法典化之功能”这一原初问题来讨论。

法典化是一种“集约型立法”。集约型立法的最大好处,就是“方便”——可以解决“法律一团糟”的情况。<sup>[58]</sup>作为一种思维方式,集中型法典化的主要意义在于“便利使用”——便利公民守法、便利法院适用、便利学术研究,便利立法改订。因此,碎片化商法规范的“集中法典化”,也应围绕“如何集中”才能有助于实现“最为便利”的目标展开。虽然,一国商法规范若都零散地、不成体系地存在,可能会影响商事法律的实施成本,但未必会对国家发展带来实质影响——只要该国有现代商法的观念、有必要的商事领域的具体规范即可。所以,集约型法典化,还是分散型法典化,主是立法技术问题/主要会影响法律的便利实施。是故,没有商法典或者其他集约型商法典的形式,不代表商事立法本身缺失,不代表该国一定就无商法可依,只是会“依法不便”,会影响商事执法、司法及守法的效率。现今中国商事交易发达,但迄今仍无集约型商法典,就是明证。但为什么商法的法典化仍然有意义?这与编纂民法典的逻辑是一致的,如果没有民法典,有足够的、适当的民事单行法,也许不会对我们的生活造成实质影响,但我们为什么还需要编纂民法典?这是因为集中的法典可以降低使用成本。因此,鉴于法典化本身的“便利功能”,在商事单行法已经极为丰富的情况下,笔者仍然赞成将商事规范进一步集中法典化,而且,最理想的法典化方式是制定与民法典并行的独立的商法典——二者共同构成私法的二元体系。因为“商法”是“在民法之外,专门规范大多数生产、销售与服务活动的一个私法分支”。<sup>[59]</sup>“生产、销售与服务活动并不始终都要遵守民法规则。我们将这些规则称为商法(droit commercial)或商务法(droit des affaires)”。<sup>[60]</sup>可见,商法与民法是有差异的。当然,如果有权机关理解了商法典的重要性,以及民法与商法的紧密关系,商法典的编纂也不需要再下政治决策,而是可以移花接木、通过此次民法典编纂予以“变形”完成。

也即,即便按照民商合一的“排商”思路,理论上,我们也可在民法典的编纂中完成商法典之独立任务——那就是编纂一部统一的民商法典。例如,我们可以同时编纂《中华人民共和国民法典(上编)——民法总则与一般民法》(以下简称《民法典(上编)》)与《中华人民共和国民法典(下编)——商法通则与特别商法》(以下简称《民法典(下编)》)。在《民法典(上编)》中预留商法典的编纂接口,即“有关商人及商行为、商事关系的法律调整适用由其他法律、行政法规另行规定。其他法律、行政法规没有规定的,适用商事惯例,无商事惯例的,参照商法原则并类推适用本法有关规定”。这是有关独立商法典的变形方案——在欠缺商法思考、推行“非商事的”的民法帝国主义时代,尽管上述法典化思维可能会被认幼稚、不合政治判断、无法获得民法学者的支持进而难以最终实现,但就法典化本身而言,学者的任务仅在于提出最优方案。在笔者看来,独立商法典是最为便利、最优的法典化方案,而

[57] 陈卫佐、柳经纬、徐涤宇、薛军、鄢一美都强调了法律专家作为群体参与民法典编撰的意义。参见陈卫佐:“德国民法典编纂的组织方式”,载《比较法研究》2015年第3期,第22-23页;柳经纬:“中国民法典编纂若干问题探讨”,载《中国高校社会科学》2015年第2期;徐涤宇:“拉美国国家民法典编纂中的行动者”,载《比较法研究》2015年第3期,第66-68页;薛军:“中国民法典编纂的组织体制问题:结合意大利经验的讨论”,载《比较法研究》2015年第42-44页;鄢一美:“俄罗斯社会转型与民法法典化”,载《比较法研究》2015年第3期,第82-85页。

[58] 参见鄢一美:“俄罗斯社会转型与民法法典化”,载《比较法研究》2015年第3期,第82页。

[59] 参见同注18引书,第1页。

[60] 参见同注18引书,第3页。

“变形的商法典”也是可取之方案。按照上述“独立商法典的变形”方案,我们可以实现对私法关系的双重调整——《民法典(上编)》调整“相对静态”、“普遍适用”于所有平等主体之间的财产关系与人身关系;而《民法典(下编)》调整“相对动态”、“特别适用”于商人主体的财产关系与人身关系。如此,我们也许就能更好地理解拉伦茨对民商法关系的评价,他说,私法分为两个部分:作为一般私法的民法和一些特别领域。民法(das bürgerliche Recht 或者 zivilrecht)调整那些原则上每一个“市民”都可参与的法律关系,它是关系到全体人的法。商法属于私法,但不属于民法。商法是适用于商人的特别法。<sup>[61]</sup> 法国商法学家伊夫·居荣也指出,商法有其独特的领域。民法所关注的主要是“人”(personne)以及从一个人的(包括资产与负债在内的)“总财产”(patrimoine)的角度来考虑的“财富”(fortune),也就是说,归根结底,民法所关注的是“静态的财富”(fortunes stagnantes);而商法所调整的则是财富(richesses)的生产与销售。<sup>[62]</sup>

可见,从法典化的便利功能而言,与民法典并存的独立商法典模式是最理想的商法典化的模式;而以《民法典(下编)》方式存在的“商法典”是“独立商法典”的变形模式,也是在我们今天编纂民法典过程中可能(可以)实现的模式,是在“商法进入民法”的前提下,迫不得已而采的“次优模式”(参见下表)。如果上述两种模式都不能实现,则在民法典之外制定《商法通则》,同时在民法典中对商法的关系与适用作出接口性的链接规定,是可替代的最优模式。笔者之所以优先主张独立的商法典及其变形形式,是因为今日之社会商事相对于民事日益独立的状况,如同当年德国劳动法及经济法从民法中独立出来的历史一样,<sup>[63]</sup> 如果我们不能正视商事已经相对独立的状态,仍然只是狭隘地将商法视为民法的特别法而非私法的特别法,我们就不能充分地实现商事关系的独立调整——尤其是不能在全社会建立独立的商法观念,不能在法院形成独立的商事裁判理念,维持良善的商法秩序,有效地节省法律的实施成本——这是商法非集中法典化之“融入民法”模式可能造成的最大损失。

商法法典化之选择模式		选择模式之评价等级
商法典	与民法典并行的独立商法典	最优 - 优 1
	变形《商法典》,内涵于民法典中的《民法典(下编)——商法通则与特别商法》	次优 - 优 2
商法通则	分立式:与民法典并行之商法通则	可替代之最优 - 优 3
	独立成编式:在民法典内制定商法通则	可替代之次优 - 优 4
	独立成章式:在民法典之民法总则中独立设章,规范商法通则之内容	可替代之次优 - 优 5
	融合式:将商法通则全部分解,设定具体条款融入到民法总则各章节中	最劣 - 优 6

表 2 商法法典化之选择模式及优选评价等级

[61] 参见同注 31 引书,第 9 页。

[62] 参见同注 18 引书,第 3 页。

[63] 参见同注 31 引书,第 65 - 74 页。

### 三、民法典(民法总则)规整商行为之内容:商行为有什么特殊性

无论以何种形式法典化商行为的内容——独立商法典/独立商法典之变形、商法通则或者其他任何融入民法总则的方式,都必须回答商行为相对于一般民事行为而言有何特殊性?这是解决“为何需要对商行为予以特别规范的关键”。本部分抛开立法模式,假定在民商合一之情形下,结合传统民事立法及《民法总则专家建议稿》,阐释商行为之独特性被忽略的方方面面,以及这种忽略——“跛脚的私法/民法”给我们今天社会所带来的法律问题及调控危机,以有助于在民法典(民法总则)编纂过程中,对商行为之具体调整,予以适当关注。

#### (一)反思:传统民法对商行为的两大规整危机

卡纳里斯指出,虽然迄今为止对统一的商法特征作总结的尝试一直徒劳无功,但人们还是总结了一些在商法规范中出现频率较高的特点。这些特点一方面体现了人们对商人在交易熟练程度和交易经验方面的较高要求,同时说明商人之间的交易对灵活性、快捷性、简易性和保障性有较高要求。这集中表现在:商法扩大了私法自治的范围;对交易保护和信赖保护有较高要求;关注对商人的特别注意义务和职责的规定以及经常成为法律发展的开路者。<sup>[64]</sup>伊夫·居荣也指出,民法的一个重要内容是有关“债”的一般理论,例如,如何订立合同、履行合同,商法也会遇到这些问题。不过,商法对这些问题的处理有别于民法,并且,运用的是“独特的技术”。<sup>[65]</sup>因此,民法需要正视商法的特殊点,予以专门规范。

笔者认为,传统民法规则以及《民法总则专家建议稿》(以下统称民法)关于商行为的规制存在两个明显的问题:其一,民法未能一般性地考量商行为之安排,导致了商事疑难案件之处理缺乏一般原则,经常出现“案不能判”或者“同案不同判”的现象,直接影响到商事交易对“确定预期”的需求;其二,对于民法中已有的一些具体商行为之安排,尚存在一些明显的缺陷,未能充分考虑商法/商事交易之特殊性,需予以立法修正和填补。

鉴于以上两大问题,在“民商合一”的前提下,民法典(民法总则)对商行为的法律规整可采取两种方式进行:其一,设计一般条款进行规整,形成商行为规制的“根本法”——概括规定;其二,针对商行为之具体内容,设计特别条款予以规整,使民法典(民法总则)在具体内容上,能充分考虑商行为之特殊性。

#### (二)设计一般条款规整:商行为之概括规定

##### 1. 规范之理由:民法对一般商行为规范之不足

商行为是企业等商人以营利为目的而实施的持续经营行为。该种行为主要是平等主体之间的营利性行为(典型模式是B-B(businessman to businessman),当然若涉及B-C(businessman to consumer)或者B-G(business-government)时,平等性会有变化),商行为主要涉及动态性的财产关系与人身关系,但因民法侧重调整“归属性”的平等主体之间的财产关系和人身关系,偏向静态性地考虑民事

[64] 参见同注47引书,第8-11页。

[65] 参见同注18引书,第3页。

行为的法律调整,<sup>[66]</sup>对以营利为目的、经常创新的动态性商行为欠缺一般性调整。这导致了司法实务中经常遇到一些疑难的商事纠纷案件,缺乏基本原则进行处理,常常陷于“案不能决”及“同案不同判”的困惑之中,损害了法治的统一性和司法权威。兹举数例说明如次:

#### (1) 股权转让定价:主观公平与客观公平

对于股权转让价格之妥当性,民法可能会习惯性地用客观公平/静态公平的观念去评价,因而,对价格过高或者过低的股权转让,有适用“显失公平”原则及行使“撤销权”之可能——按照高于市场价30%及未达市场价70%的标准,去判断其是否合规/是否显失公平。<sup>[67]</sup>这种试图客观化的“三/七”标准对商事交易来说,可能不太理性,至少无法解释破产企业股权转让/重组时的市场定价问题。“商法扩大了私法自治的范围。历史地观察,商法是合同自由的积极领路人。即使现行法条对此也表现出比民法更大的自由。……当今的立法者也没有放弃这一趋势。”<sup>[68]</sup>因此,股权转让主要是私法自治的问题,<sup>[69]</sup>与客观价值关系不大,商事交易中的很多财产定价都是如此。例如,郑百文在破产状态下,其股票价格仍能连续若干天涨停。<sup>[70]</sup>因此,对于财产的“交易价值”,在商事领域大多是主观性的“商事判断”问题,法律不会过分地强制干预其定价——即使在有可资参照的市场价格情形,基于营业自由/营业判断原则,以及交易主体、交易惯例、交易规模、需求紧迫性、管理成本高低等诸多因素影响,不同商人对市场走向及价格高低、对交易的公平性与否,都有自己的“个体化预期”,很难以某个“强制性的客观标准”一统天下,所有客观化标准(包括公开市场形成的客观化标准),对特定商人而言都只有“参照性意义”,因此,商人理解的定价公平,首先是“主观性公平”。虽然,民法在其发展中,也开始接受“主观公平”的概念及原则,例如,克里斯汀·马休斯认为:相信等价交换的人把价值看做是事物的内在特征。事实上,价值只不过取决于“当事人的判断”,具有意义的是合同当事人自己的而非其他人的判断。<sup>[71]</sup>克里斯汀·马休斯因此提出两个含义相同的论点:价值是相对的,坚持以公平价格进行交易就是干涉合同当事人的判断。<sup>[72]</sup>巴伐利亚于1861年、撒克逊于1863年取消了对不公平价格的救济,商业事务中对不公平价格的救济也于1861年依据普通商法典被取消。在法国,不公平价格

[66] 尽管按照学者的解释,从发展学的角度而言,民法不是僵化的——现代民法也呈现出“从归属到利用”的变化,但这种变化要么主要体现在民法对商事关系的调整方面,要么则在传统民法中不占主导。虽然,学者经常从“民法是发展的”或者“发展民法学”的角度,理解民法对商行为及商事关系的调整,但毋庸置疑,这种“发展了的民法”实质上可能就是或者更多属于商法的范畴。因此,“民法是发展的”,这样的判断虽然没有错,但可能一定程度上,只是为了“排斥商法”、“挤出商法”而言的。

[67] 比较典型的就由民法学者主导制定的《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19条的规定,按照该条规定,对于《合同法》第74条规定的“明显不合理的低价”,人民法院应当以交易当地一般经营者的判断,并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价,结合其他相关因素综合考虑予以确认。转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价70%的,一般可以视为明显不合理的低价;对转让价格高于当地指导价或者市场交易价30%的,一般可以视为明显不合理的高价。债务人以明显不合理的高价收购他人财产,人民法院可以根据债权人的申请,参照《合同法》第74条的规定予以撤销。可见,上述规定明显将交易定价视为客观定价,要求参考一般经营者的判断/交易当时交易地的物价部门指导价及市场交易价进行判断,将主观化的定价过程尽量客观化。股权转让也适用一般合同法之规定,自然也适用上述解释。最高人民法院《买卖合同解释》第45条更是明确规定,股权转让可以参照适用有关买卖合同的规定,自然也应当参照适用上述司法解释第19条的规定。

[68] 参见同注47引书,第8-9页。

[69] 参见蒋大兴:“私法自治与国家强制——闭锁性公司股权定价的定价困境”,载《法制与社会发展》2005年第2期。

[70] 参见周建莉:“郑百文破产谁都不信”,载《管理科学文摘》2000年第8期。

[71] See C. Thomasius, De aequitate cerebrinalis II; Cod. De rescind. Vendit. Eteiususupratico cap. II § 14, 15, 19, 25” printed as Dissertatio LXXIII, in C. Thomasius, Dissertationum Academicorum varii in primis iuridici argumenti ( Halle - on - Saald, 1777 ), iii. 43 See Ch. 4 above, p. 95. 转引自[美]詹姆斯·戈德雷:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社2006年版,第250页。

[72] 参见[美]詹姆斯·戈德雷:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社2006年版,第250页。

的救济仅在以不公平价格出售土地的情况下得以保留。在德国,对价格重大失衡所给予的古罗马法救济除了被成文法取消者外都得以保留。但是,无论这样一种救济是被取消了还是被保留下来,古老的等价交换原理仍然被逐出有关合同法的论文之外。格拉森认为,对损害的救济违反了“合同自由原则”,据此,“一个人必须承受其行为所产生的责任后果”。<sup>[73]</sup> 19世纪英国和美国的学者得出了类似结论,普通法不调查对价的充分性,不会对价格差异给予救济。这是因为,给予救济将产生关于价值无法估量的问题,而且,属于干涉当事人的自我决定。<sup>[74]</sup> 按照历史学家的看法,等价交换原则被19世纪的法学家所否定是因为当时发生了巨大的经济变革。大规模市场的发展削弱了标的物具有稳定价值的信念。而且,等价原则阻挠了那些法学家给予同情的成长中的工商业精英们的行为。<sup>[75]</sup> 但是,我们的民法仍然维持“等价有偿原则”/维持“显失公平”制度。例如,《民法通则》第4条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”《民法总则专家建议稿》第147条虽然删除了“等价有偿”的规定,但仍保留了显失公平的行为,即“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,致使当事人之间的利益关系明显失去均衡的,可以认定为显失公平”。商人对定价有充分的自我判断权,这是因为“一方面商人需要法律特别保护的度较低,因为人们预期他们对交易熟练并有丰富的经验;另一方面对私法自治的限制也和商事交易对最大程度地减少形式束缚和其他限制的要求相抵触”,<sup>[76]</sup> 所以,只要商人意思表示真实、充分披露信息、没有受到欺诈,就应当接受其个别性的合同定价,而等价有偿及显失公平反映的是比较典型的静态财产定价观,完全不能适应现代商事交易的发展,坚持这样的民法思维,会导致商事交易变得极不稳定。

### (2) 私募对赌条款效力:民法判断与商法判断

再比如,私募投资中存在较大争议的私募对赌条款的效力,用民法思维可能很容易被否定,因为该种情形,可能会违反现有民法的某些规则——损害善良风俗、鼓励或者诱导赌博,甚至损害交易公平,等等。但在商人看来,这可能是在社会诚信普遍缺失的情况下为预防风险而采取的商业设计,或者,是在尽职调查成本较高的情况下,为减少调查成本/提高交易效率,而设定的估值调整方法,原则上法律应认可其效力,除非上述条款直接违反了公司法或其他法律的强制性规定,或者明显损害了公共利益。此种解释,也在于维护商法对交易信赖的特殊要求。

### (3) 忽视商事代理的营业性利益

还有,因为民事代理之委托人有解约自由,这样的原则被直接适用于商事代理领域,严重损害了以营利为目的之“代理产业”的发展,不符合商事代理之本质。例如,在商事代理行为中,面对委托人随意解约的问题,法院往往倾向于不保护商事代理人的预期利益,只保护其直接损失,这导致商事代理人的求偿权(营利性追求)不能得到充分保护。例如,在上海盘起贸易有限公司(以下简称上海盘起)与盘起工业(大连)有限公司(以下简称盘起工业)委托合同纠纷案中,最高人民法院认为,根据《合同法》第410条的规定,委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失

[73] 参见同注72引书,第252页。

[74] 参见同注72引书,第254页。

[75] See Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780 - 1860*, at 160 - 210 (Harvard University Press 1977). 转引自同注72引书,第256页。

[76] 参见同注47引书,第9页。

的,除不可归责于该当事人的事由以外,应当赔偿损失。但是,当事人基于解除委托合同而应承担的民事赔偿责任不同于基于故意违约而应承担的民事责任,前者的责任范围仅限于给对方造成的直接损失,不包括对方的预期利益。<sup>[77]</sup> 此种法律思维是没有区分清楚商事代理与民事代理的实质差异,与民事代理主要根据服务/劳动收取代理报酬(按劳取酬)不一样,商事代理是职业性的/持续性的营业行为,代理收费不同于工资报酬,涉及“商事定价”的问题——往往依据其法定的资格、提供的商业信息、专业服务/控制的市场、完成的商业交易定价收费,收费标准也可能要灵活一些/更高一些。比较典型的如证券、期货交易的佣金,以及其他各种中介佣金的规范,基本上都是比例性的/浮动的,而非固定给付。<sup>[78]</sup> 而且,与代理人劳动力之付出没有太大关系,但与交易市场、交易标的之价值、所完成的营业行为之价值有密切关系。因此,对于商事代理,很难用民法的等价有偿原则去评价,在委托人擅自解除委托合同或者代理合同终止以后,各国商事立法通常还会保护代理人的求偿权或者称为“衡平求偿权”或者补偿请求权,<sup>[79]</sup> 以实现其商事营业之目的,促使委托人理性委托,维护商事代理人之交易预期,这在代理商之情形,更是如此。对于盘起案,也有民法学者从其他角度进行了批评,<sup>[80]</sup> 可见,法院的该种裁判思维确系值得商榷。

[77] 参见最高人民法院(2005)民二终字第143号民事判决书。

[78] 我国《证券法》对证券交易之收费定价,并未完全体现“商事定价”的原则,仍有较多管制,这是在“证券公司稀缺”的背景下形成的,在目前证券公司竞争相对充分的情形下,定价管制应当予以修改。不合理管制性的内容可参见《证券法》第46条的规定,即“证券交易的收费必须合理,并公开收费项目、收费标准和收费办法。证券交易的收费项目、收费标准和管理办法由国务院有关主管部门统一规定”。

[79] 例如,韩国《商法典》第92条规定:“由于代理商的活动本人能够确保新的客户,或者营业性交易显著增多,并且在该合同终止之后本人仍旧取得利益时,代理商可以请求本人给予相应的补偿。”参见吴日焕译:《韩国商法》,中国政法大学出版社1999年版,第21页。

[80] 例如,崔建远教授等认为,《合同法》第410条规定的任意解除权适用范围过宽,应当进行限缩解释,当一个合同既包含委托的因素,又包含其他合同类型的因素从而构成一个无名合同的时候,不得适用《合同法》第410条解除。《合同法》第410条中规定的“赔偿损失”,不能简单地被认定为“直接损失”的赔偿,应当区分情况考虑。在当事人打着解除的旗号而故意毁约时,应当按照违约的损害赔偿处理,守约方可请求履行利益的赔偿;在无偿委托的场合,损害赔偿的范围是因为解除合同时期不当而造成的损失;在委托合同为双务有偿合同、当事人的合同利益不取决于其他法律行为是否成立、生效履行的情况下,损害赔偿的范围一般可按照履行利益的损失确定;在委托合同为双务有偿合同、当事人的合同利益取决于其他法律行为是否成立、生效履行的情况下,损害赔偿范围一般限于信赖利益。当事人合意抛弃任意解除权的,在无偿委托的情形为无效;在有偿委托的情形,原则上有效,除非这种抛弃有违公序良俗,或出现了不得不解除合同的情形。在前述“上海盘起贸易有限公司与盘起工业(大连)有限公司委托合同纠纷案”中,一、二审法院均将《业务协议书》认定为委托合同,判决盘起工业可以基于《合同法》第410条的规定将之解除,显然不妥。《业务协议书》的内容牵涉甚广,固然包含委托的因素,但也含有买卖,知识产权转让等多种类型合同的因素,实际上已经是一个无名合同,不能机械地径直适用《合同法》第410条的规定予以解除。退一步而言,即使认为《业务协议书》可以解除,判决中将《合同法》第410条中的赔偿损失的范围限定为“直接损失”也是不可取的,在这种有偿合同的情形,应该区分情况而分别支持履行利益或信赖利益的赔偿请求。参见崔建远、龙俊:“委托合同的任意解除权及其限制——‘上海盘起诉盘起工业案’判决的评释”,载《法学研究》2008年第6期。

## 2. 规范之方法:设定商行为之一般条款

鉴于商行为所具有的各种特殊性,德国、西班牙、<sup>[81]</sup>日本、<sup>[82]</sup>韩国、<sup>[83]</sup>澳门<sup>[84]</sup>等传统大陆法系国家和地区,通常在其民法典之外,单独以商法典形式对商行为予以特别安排。意大利等国家虽采民商合一主义,也在其民法典中特别考量了商行为之特殊性。<sup>[85]</sup>

因此,如果不能单独编纂商法典或商法通则,无论采取何种方式将商行为融入民法之中(尽管这不是最理想、最合适的方式),都有必要在民法典(民法总则)编纂时适当加入关于商行为或商事关系的一般法律原则的规定,以便司法实务应对日新月异的商事交易的法律调整需求。尤其是,要考量到商事交易关系双方,可能有一方为非商人之情形,应分别适用相关法律的问题。例如,商人与消费者之间的法律行为,对商人适用商行为法的严格规范予以调整,而对消费者则需适用消费者法的保护性规定。如此,可解决现今争议非常大的投资保底分红、信托刚性兑付等问题。例如,保底分红/刚性兑付,若发生在商人之间,不应承认其法律效力,因商人乃从事营利性活动的人,需承担商业行为之风险。故,商人之间订立的联营合同中的保底条款应被否定,但该种司法态度隐含了一个前提——交易发生在商人之间,或者仅对商人适用。若保底条款、刚性兑付乃发生在商人与非商人的自然人之间,则应当认可其效力。依据在于《消费者权益保护法》本身对消费者提供了特殊保护,而对商人则保护较少,商人应信守其对消费者的保底承诺。此种逻辑同样可用于检讨证券市场中的保底收益条款,若该条款形成于券商与其他商人之间,似不应承认其效力,但若形成于券商与普通金融消费者之间,则应认可其效力,而不是按照目前法律的规定,一律否定其效力。<sup>[86]</sup>所以,在民商分立的观念下,要区分金融投资者与金融消费者之本质不同,对前者适用保护性更弱的商法规则,而对后者适用保护性更强的民事规则。由此,普通百姓若非以股市投资为业(具体用何种标准判断,仍可斟酌。例如,可否参考合格投资者标准)、不是从事持续经营性行为的主体,应当解释为金融消费者,对商人的保底承诺适用严格责任,商人不能随意否定其保底承诺之效力。当然,为避免以保底收益为诱饵进行非法集资,可规定商人设计的“保底契约”应提交主管机关备案,或以某种方式公示,由此引入社会性监管规制,促使商人合规经营。对于民事及商事主体此种区分对待的政策,尽管在设立了商事法院的国家,这种

[81] 参见《西班牙商法典》第一章“商人及商行为”(第1条至第15条)。按照该法第2条的规定,该法典认定的商人或其他人从事商业活动,应遵循该法典。符合该法典和其他商事法律规定的,均应推定为商事行为。第3条规定,一经利用函件、报刊、海报、广告栏或使用其他形式向公众发布具有商业目的的公告,即被依法推定为该个人或组织在从事商业活动。参见《西班牙商法典》,潘灯、高远译,中国政法大学出版社2009年版,第3页。

[82] 参见《日本商法》第三编。参见[日]松波仁一郎:《日本商法论》,秦瑞玠等译,中国政法大学出版社2005年版,第236-237页。

[83] 参见《韩国商法典》第二编“商行为”(第46条至第168条)。按照该法第46条,将以营业为目的而进行的法定行为,称为商行为。但是,纯粹是以领取工资为目的制造产品或者从事劳务者的行为除外。按照该法第47条之规定,商人为营业而进行的行为,视为商行为;同时,将商人的行为,推定是为了营业而进行的行为。该法采取集中定义与列举的方式,将21种行为界定为商行为。参见吴日焕译:《韩国商法》,中国政法大学出版社1999年版,第12-13页。

[84] 参见《澳门商法典》第一编“商业企业主、商业企业及商行为”,其第3条规定:“一、商行为系指:a)法律根据商业企业之需要而特别规范之行为,尤其本法典所规范之行为,以及类似行为;b)因经营商业企业而作出之行为。二、商业企业主作出之行为,视为因经营企业而作出之行为,但该等行为及作出行为之情况显示出有关行为并非因经营企业而作出者除外。”参见赵秉志总编:《澳门商法典》,中国人民大学出版社1999年版,第15-16页。

[85] 例如,《意大利民法典》中有关各类契约(第1470-1986条)/有价证券(第1992条-2027条)及公司(第2247条-2510条)的规定,等等。参见《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第356-466页、第468-474页、第525-658页。

[86] 对于保底条款,我国《证券法》目前是一律采取禁止的态度,未能区分保底交易行为之主体而采不同立场。例如,《证券法》第144条:“证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。”

区分可能在司法过程中会带来一些麻烦。但法国学者伊夫·居荣还是非常明确地表达了支持的观点。即“最令人满意的方式是,对非商人与商人分别适用民事规则与商事规则。商人适用商法,普通的个人适用民法。例如,对作为商人的一方合同当事人,要求其具备商事能力,而对合同的另一方当事人,则仅仅要求其具备普通法上的能力。同样,对商人,商事行为的证据是自由的,而对另一方当事人,则应遵守有关证据的特定规则”。<sup>[87]</sup>

鉴于以上原因,我们建议,在不能独立编纂商法典或商法通则之情形,仍可在民法中将商行为及其法律适用表述如下:

第 xx 条第 1 款 商行为是企业等商人实施的以营利为目的的持续经营(或者营业)行为。

第 xx 条第 2 款 法律行为一方为企业等商人的,对其适用本法有关商行为之规定。对于非商人之一方,其他法律有特别规定的,适用该规定。

## (二)设计特别条款规整:商行为的诸多特殊性内容

### 1. 规范之理由:民法对具体商行为规范之不足

现行民法(《民法通则》及其他民法规范)对商行为的一些具体内容已有安排,例如,代理、报酬请求权、保证、留置、违约金、法定利率、时效等,但这些安排并未完全、充分考虑到商行为/商法的特殊性。商法有两个基本假定:首先,在法律主体上,假定商人是精明的、理性的,商人能够自己决定自己的事情,不需要法律提供太多的特别保护;<sup>[88]</sup>其次,在商行为上,假定商事交易注重安全与快捷。<sup>[89]</sup>因此,有关制度设计要考虑给予商人稳定预期,尽早确定商行为之法律效力,从而促成商品或交易的尽速流转。

这样两个假定是与商人以及商行为追求营利目的,旨在持续从事营业行为相关。因此,商法比普通民法更彻底地贯彻自我决定原则,法律一般不随意否定当事人之意思表示,采以行为外观主义为原则,而以否定行为外观效力为例外。而且,商法中的交易多体现为集团性、大规模、反复性交易,<sup>[90]</sup>此与一般民事行为的单一性(非集团性)、非重复性特点明显不同。为此,法律需要设计一系列规则,彰显此种外观效力。例如,关于商行为之类型、法律行为效力、代理、保证、违约金、法定利率、时效等,应作更特殊的规范与考量。

### 2. 规范之方法:补充考量各种具体商行为之特殊性

其一,关于商行为之类型。商行为之类型决定了哪些法律行为应当予以特别考量,各国商法典大多对商行为之类型予以特别安排。例如,前述德国、日本、韩国等,均是如此。《民法总则专家建议稿》无商行为类型之规定,仅有对法律行为类型之规定,而上述法律行为类型之规定,在商事交易中意义极为有限,应当参考各国商法典之安排,以定义加列举的方式对商行为之类型予以特别安排,既能实现对商行为的统一/直观调整,又能维持法律弹性,保持一定的开放性,从而将创新性商行为能纳入其中。

与此相关联的是,关于非商人实施商行为之效力问题。从我国现行立法对营业资格的管制来看,

[87] 参见同注 18 引书,第 78 页。

[88] 参见同注 47 引书,第 9 页。

[89] 参见同注 47 引书,第 8 页。

[90] 参见同注 18 引书,第 11 页。

只有商人才可合法实施营业行为,非商人不能实施营业行为,否则,会受到无照经营的制裁。但日本商法等区绝对商行为和一般商行为,对于绝对商行为,无论何种主体实施,都构成商行为。<sup>[91]</sup>《民法总则专家建议稿》虽然规定了各种法人类型,但对非营利法人实施营利行为的问题未作一般规制,例如,国家机关、事业单位(如学校、研究机构)、社会团体可否从事商行为?若从事商行为,其法律效果如何?此种情形,实践中极为复杂,需要特别调整,以解决实践中大量非商主体从事营利性行为而衍生的合法性判断问题。一些国家对此有明确规定,例如,《西班牙商法典》规定,在特别法或特别规定中,通过禁止性条款确定的不得进行商业活动的主体,不得从事商业活动,亦不得参与工商业公司的管理和经营活动。<sup>[92]</sup>在任的法官,检察官,区域、省份或城市的政府、财经或军事首长,政府任命的国家财政或税务官员(不包括因特殊原因而进行管理或者收税的官员或其代理人),任何形式的交易所代理人和商业经纪人,不得在其相应的省份或城市从事商业活动或直接参与工商业公司的管理和经营活动,也不得通过第三人从事以上活动。<sup>[93]</sup>上述规定,值得借鉴。

其二,关于商事(法律行为)之效力。“商业交易活动的进行往往很迅速。进行这种交易活动的人一般都不会(对其交易对手)进行细致的审查,而是仅凭外部表象就可能对其表示信任”,<sup>[94]</sup>外部表现在商法中具有重要地位。民法关于意思表示及法律行为效力的规定,未能考虑到商行为之特殊性——原则上以行为外观为其效力依据。例如,《民法总则专家建议稿》第139条至第147条关于真意追求的各种规则,未必完全能适应商行为效力判断之需要。因为,商法并不非常重视合同当事人本人的人身资格。商法是有关商人的法,而商人与银行家被推定为在商务方面是有能力、有经验的。关于能力、意思表示瑕疵、对“意思表示自由”的保护,等等,都退到了次要位置。证券法与商业票据法以及国际商贸关系中更是如此,<sup>[95]</sup>各种行为效力之无因性、独立性安排充分体现了这一点。因此,商行为的效力判断应以登记、公示或其他外在表现形式为主要依据。例如,《德国商法典》第15条有关商事登记的公告保护、第49条和第50条对经理权范围的强制性设定,以及沉默在商法中经常被视为同意并导致义务之履行(例如,《德国商法典》第362条以及关于商人确认函的规则)。<sup>[96]</sup>在法国,商法也是通过各种法定的公告措施来确认,使外部表现得到正式承认,具有无可争议的特征。例如,有关公司法定代表人的任命,经过合法手续进行公告之后,无论是股东还是第三人,都不得援引此项任命不符合规定作为理由,以摆脱自己应当承担的义务。<sup>[97]</sup>由此,“商法中的权利外观责任(Rechtsscheinhaltung)无论从历史上看还是在法律文字分析中都有重要地位”。<sup>[98]</sup>而且,基于交易维持之原则,商行为之效力不能随意被否定。例如,《证券法》上有交易行为效力恒定之原则。<sup>[99]</sup>按照目前《民法总则专家建议稿》有关意思表示及法律行为效力的安排,在近十余种情形下,商行为之效力将可能被否

[91] 参见[日]松波仁一郎:《日本商法论》,秦瑞玠等译,中国政法大学出版社2005年版,第243页。

[92] 参见《西班牙商法典》第13条。《西班牙商法典》,潘灯、高远译,中国政法大学出版社2009年版,第5页。

[93] 参见《西班牙商法典》第14条。《西班牙商法典》,潘灯、高远译,中国政法大学出版社2009年版,第6页。

[94] 参见同注18引书,第9页。

[95] 参见同注18引书,第8页。

[96] 参见同注47引书,第9页。

[97] 参见同注18引书,第9页。

[98] 参见同注47引书,第9页。

[99] 例如,我国《证券法》第120条规定:“按照依法制定的交易规则进行的交易,不得改变其交易结果。对交易中违规交易者应负的民事责任不得免除;在违规交易中所获利益,依照有关规定处理。”由此,区分内部责任与外部交易行为的责任,使外部交易关系能尽可能稳定,保护第三人信赖利益。

定,由此,商行为将变得极不确定,商事交易的安全性很难得到维护。

而且,民法有关法律行为效力之规定,不利于对新型商行为的保护。商行为常有创新,商业实践中经常面临各种创新性商行为的法律效力评判问题,这在金融、证券、电子化交易等非传统性商事领域极为突出。《民法总则专家建议稿》第137条有关法律行为无效的规定,主要对传统民事行为进行规范,未能充分考虑创新性商行为之法律判断原则。因此,应以一般性条款对创新性商行为之合法性予以判断,不应预留过多空间/让所谓“效力性强制规定”否定商行为之效力。这是因为:一则,很难对法律、行政法规中的效力性强制规定形成明确的识别标准;二则,对法律行为效力的此种安排,容易导致创新性商行为甚至传统商行为之效力经常处于不定之中,甚至每颁布一部新法,都需通过法院去识别何者为效力性强制规定?这对商事交易效力之可预期性损害太大,也影响到商行为之创新,损害国家商事竞争力。因此,应在民法典(民法总则)中原则上肯定而非否定商行为之创新效力。

其三,关于商事代理之调整。目前《民法总则专家建议稿》第七章有关代理的规定,主要是调整单一性代理(一次性代理行为),而商事代理通常是持续性的“营业性代理”,多表现为代理商的持续、反复的经营行为。而且,该种代理行为往往以代理人名义直接进行,体现为间接代理的特征。目前《民法总则专家建议稿》的间接代理主要运用于涉外民事活动,范围过窄,<sup>[100]</sup>而且,未能考虑到商事代理的特殊性,未对经销商、代理商的“持续性、组织性商事代理行为”予以一般规范,应当专门设计条款,填补其片面关注个别性代理之缺陷,以回应商事代理法律调整之需求。

在我国,商事代理的欠缺,主要体现在以下三方面:第一,有关职业性代理的行为规范与效力规范比较混乱,代理与代表的制度区分不明显。《民法通则》和《合同法》同时兼采代表说和代理说,但法律规范上,代表说与代理说的区分并不清晰(例如,越权代理与代表,《合同法》第48条/第49条与第50条并无太大差异),在实务中需要抉择——是否有必要继续坚持“代表说”?笔者认为,“代表说”与“代理说”在法律上虽采不同语词,但在法构造上区分不明显,在实务运用时更是基本没有区别。福尔克·博伊庭在《德国公司法中的代表理论》一文中也表达了这种矛盾。“法人一方面是通过其机构自己从事行为,但另一方面,法人的这一自我行为同时又是由机构或机构里面的人从事的代理行为。这种看法在概念上就无法自圆其说了。”<sup>[101]</sup>因此,我们似乎可以放弃“代表说”,改采“代理理论”一体化地构造、调整法定代表人、经理人、部门经理等职务性代理行为。<sup>[102]</sup>在实践中,职务性代理可能遇到的最大问题就是代理人混乱、不明,应当采取商法对职务性代理人的习惯性调整方法——“公示主义”,在公司登记机关登记职务性代理人之名称及联系方式,并在企业信息公示平台予以公示,这符合商法“公示代理关系”之本质——商法上的代理关系多以“集团性表彰”来证明(代理关系应当公示),而民法上的代理关系则多以“个别性表彰”来证明(向具体民事主体个别性地出示代理凭证),前者是“对公行为”(对公众公开),后者乃“对私行为”(合同相对性)。之所以存在上述差别,是因商事代理为服务于营利目标及营业行为所需,是持续性、反复性、集团性的行为,而民事代理则是临时性、一次

[100] 例如,《民法总则专家建议稿》第166条关于“间接代理”规定:“涉外民事活动中,代理人以自己的名义,在被代理人的授权范围内与第三人实施法律行为,第三人在法律行为成立时知道代理人与被代理人之间的代理关系的,该法律行为直接约束被代理人 and 第三人,有确切证据证明该法律行为只约束代理人和第三人的除外。”

[101] 参见[德]福尔克·博伊庭:“德国公司法中的代表理论”,邵建东译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第13卷),法律出版社2000年版,第544页。

[102] 关于公司法上的代表理论及代理理论,可以参见[德]福尔克·博伊庭:“德国公司法中的代表理论”,邵建东译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第13卷),法律出版社2000年版,第528-557页。

性、个别性的行为。建立上述商事代理的观念,能轻松解决实务中出现的客户经理在银行营业厅引诱客户进行“银行外投资行为”时,银行如何担责的问题?只要银行以某种方式公示了其客户经理的身份,则其在金融机构营业场所实施的代理行为,即应推定为银行之行为并由其担责,不论客户经理在从事具体代理行为时,是否明确告知客户该业务是否属于其任职银行的业务,银行均不能进行免责抗辩——此为商事代理之严格责任、外观信赖所要求。第二,有关代理商组织性代理规则存在欠缺。商事代理大多体现为代理商的形式,这与个别性的民事代理不同。例如,在委托人死亡时,商事代理的存续与民事代理有差异,为了保障营业交易的持续进行,商法大多规定,因商行为而产生的代理权,不因被代理人死亡而消灭(法人终止可能需要另外研究)。而在《民法总则专家建议稿》中,明确规定“作为被代理人或者代理人的法人、其他组织终止”,委托代理终止。如此安排,且并未对补偿责任作出安排,显然与代理商的营业欲求存在很大差异。第三,一些特殊代理形式未能安排。例如,电子代理人。电子代理人本质上是一种交易工具,我国《合同法》第11条、第16条、第26条虽然规定允许采用数据电文形式订立合同,但并未明确规定通过电子代理人订立合同的效力,而美国统一电子交易法等则有明确规定。包括在线平台,这些新型的电子商务企业主体/交易工具,在商事交易中非常重要,也是技术、交易现代化的产物,但可能不是民法特别关注的。如果不承认电子代理人订立合同与履行合同的效力,相当于实质上否认了电子合同,否认了电子商务市场主体的民事能力。<sup>[103]</sup>此外,还有各种创新的电子化交易形式。例如,淘宝网卖非上市的公司股票是否合法,在《证券法》未予明确回应、实务中存在争议的情况,是否需在民法典(民法总则)法律行为部分统筹考虑,为市场创新留下弹性空间?

其四,关于担保(保证)。如同商行为不断创新一样,商事担保也不断创新,民法现行担保形式无法涵盖复杂的商事担保行为。商事交易中的担保有很多商人创造的独特形式,例如,独立保函,中国迄今并未完全确认其效力,而在商事实践中却运用较多,需要及时予以明确;再如,信息承诺保证,私募投资中经常有对披露信息真实性的承诺保证,但上述约定未明确承诺义务违反所导致的责任。因此,一旦信息披露违法,承诺方需承担何种性质的责任在传统民事保证体系里很难找到依据,或者说,偏重财产担保或者重视担保人财产能力的静态的民事担保方式无法涵盖信用型的承诺保证。推而广之,证券法上的信息披露义务人,实质上是否也同样具有某种信息保证人的角色?其责任安排,也同样很难为民法上那些以给付性义务为基础的债务保证/担保所涵盖。在现代社会,信息对商业信用具有核心意义,信息提供者的担保责任因此成为商事活动的潜在动力,但迄今为止,民法都未试图解决这一重大问题,只是快乐地游弋在传统担保的王国——这是因为民事立法及其思维欠缺商事观念的原因所致。

就保证而言,民事保证与商事保证的最大差别是,前者关注保证人保证能力之满足,<sup>[104]</sup>后者关注保证程序是否符合商人的内部决议,<sup>[105]</sup>至于保证能力则非法律所能“强行判断”,而是商人自身的“商

[103] 参见郭鹏主编:《电子商务法》,北京大学出版社2013年版,第52页。

[104] 例如,《担保法》对保证人保证能力的要求,即《担保法》第7条规定:“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民,可以作保证人。”

[105] 例如,《公司法》第16条对公司对外担保的程序要求,即《公司法》第16条规定:“公司与其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

业判断”问题。因此,法律无需对商事保证人之能力作出规范,仅需规范其实施保证行为之程序及外部效力即可。因此,《民法总则专家建议稿》未能对承诺保证这一特殊民事行为予以规范,而《担保法》基本也未能区分民事保证与商事保证之差异,导致实务中对商事保证之效力(例如,互保、联保、公司保证等)经常发生争议,需要对商事保证的特殊性作出考量。

其五,关于利率及违约金(或商行为之债务及责任)。商行为本质上为营利性行为,以有偿为原则,因此,对商行为所生债务应坚持两条法律原则:第一,因商行为所生之债务,若无特别约定,债权人均有权按照“有偿”原则请求债务人支付不低于银行同类贷款利率之利息(这在有些国家,被称为法定利率);第二,因商行为所生之债,可以约定高于银行同类贷款一定比例(例如,4倍到10倍,甚至更高)的利息,应允许商人之间自行约定较高利率进行资金流转。在很长时间内,只有商人才运用信贷,而且,商业信贷与消费信贷存在很大差异,法律对后者给予特别保护,而前者主要依靠商人自己的行为进行保护。因为,法律假定,为生产、投资而提供的信贷,经济上更安全——如果企业运转正常,还贷不会有困难。<sup>[106]</sup> 所以,对商业信贷的利率干预较少。例如,在西班牙,其商法典就明确规定,在商业借贷情形(所谓商业借贷,应满足如下条件:至少合同一方为商人;借贷以从事商业活动为目的),对利息的约定不受任何限制。利息的计算应有利于债权人的利益。<sup>[107]</sup> 尤其在金融贷款利率自由化之后,企业之间的资金流通权利应当得到许可。由此,可进一步降低企业融资成本,没有必要将一切资金融通强行安排在银行内进行。现行“强制银行金融”的方式,不仅增加了企业融资成本,还造成了民间地下融资泛滥/银行内资金非法转移高利放贷等现象的发生。

此外,商法上的责任较为严格,在民法中,共同债务人之间的连带关系属于例外,而在商法中,推定共同债务人之间存在连带关系。<sup>[108]</sup> 鉴于商人的自我理性,对于商人在交易中设定的适用于其自身的违约金条款或其他民事责任条款,通常情形,法院和仲裁机构也不必进行过多干预——不应由法院及仲裁机构以裁判的形式,进行所谓“过高”或者“过低”的调整。目前《合同法》关于违约金调整的规定,即违约金过高或者过低时,可以请求法院调整的安排,未考量到商行为之特殊性,导致商人随意以诉讼方式要求调整违约金,规避合同履行之诚信义务的现象在实践中经常发生,对商事交易信用的损害极大。因此,必须考量商人自己责任、独立责任的特殊性,对其自行约定的违约金,原则上,不应赋予申请法院调整之权利。

其六,关于商事时效。《民法总则专家建议稿》第182条规定,约定延长诉讼时效期间或者预先放弃诉讼时效利益的,无效。此一安排,未能考虑到商事纠纷解决的特殊性,即应当允许商人对商事争议的短期时效进行约定甚至放弃诉讼时效利益,以确保商人之间的纠纷能尽速解决。只要上述约定不导致另一方行使权利变得极度困难,则其效力应得到认可。例如,《意大利民法典》专门设定了“约定失权”条款,即通过协议约定失权期间,而该期间使一方当事人向他方当事人行使权利极度困难,则该协议无效。<sup>[109]</sup> 因此,现行民法规范及《民法总则专家建议稿》对时效予以统一的“法定强制”安排,未能充分考虑到商事交易对效率的特别要求,损害了商事纠纷解决的自治性。

[106] 参见同注18引书,第10页。

[107] 参见《西班牙商法典》第311条、315条。《西班牙商法典》,潘灯、高远译,中国政法大学出版社2009年版,第95-96页。

[108] 参见同注18引书,第10页。

[109] 参见《意大利民法典》第2965条。《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第786-787页。

## 四、结论

现今关于民法典(民法总则)的诸多讨论,都未能充分关注商行为如何统一调整的问题。<sup>[110]</sup> 世界较有影响的民法典多为适应19-20世纪时期传统简单社会统一或发展需求的产物。我们在讨论民法典编纂时,首先应穿越历史、突破传统民法,从宏观上考虑民法典如何整体性、有效率地回应社会的根本变化?是故,现代民法在法观念上要有“整体的社会进化观”,要能回应现代社会高度商事化、金融化、信息化和全球化,以及伦理/诚信沦丧之规制需求。在已经走向“规制国家”的今天,规制已不仅仅是公法的任务,私法也隐含了社会规制、国家调控的功能——我们要反思社会变化给民事主体、法律行为、权利-义务体系、责任机制等带来了怎样的影响,以及私法如何承担规制的任务?为此,民法典(民法总则)编纂首当其冲的是应当面对而非回避商行为的法律调整问题。诸如,应当考虑在商事欺诈盛行/道德沦丧的中国,民法如何在价值取向上有助于我们回归“好的社会”?我们如何通过彰显权利的民法,去建设一个“更诚信”、“更宽容”、“更善良”、“更有底线”的社会?其次,民法典编纂还要凸显“私法的宪法观”,要尽力回应法治国家的内在需求——让法典编纂成为“落实宪法”的“下位构造”,成为体现“公民参与”的私法行动。再次,鉴于社会的高度变动性、流动性,民法还要呈现出一定的规则弹性与张力,凸显民法总则的“总纲”定位,以更好地实现“固化的法律”对复杂社会进行“弹性回应”的需求。因此,参与民法典(民法总则)的编纂与其说是一种权力/职权,不如说是学者的一种使命。

就法技术而言,民法典(民法总则)编纂还需“主动”处理好民法与商法的关系——在法典化技术模式上,编纂与民法典并存的独立商法典是“商法法典化”的最优模式。编纂以《民法典(下编):商法通则与特别商法》方式存在的“变形商法典”,是在“商法进入民法”的前提下,迫不得已的“次优模式”。若上述两种模式皆不可得,制定独立的商法通则才是“相对/可替代的最优模式”。此种判断是因为商行为在类型、效力、代理、担保、义务与责任(利率、违约金等)、时效等方面都有明显不同于民事行为的特殊性。如果我们不正视商事已经有效地实现“事实独立”,仍然坚持“排商”的民法观,或者忽视私法的二元结构——仍将商法视为“民法的特别法”而非“私法的特别法”,我们就不能完成对商事关系的有效调整。尤其是不能在全社会建立独立的商法观念,形成独立的商事裁判理念,维持良善的高法秩序,有效地节省法律的实施成本——这是商法非集中地法典化、以各种形式零散地“融入民法”可能带来的最大伤害。

传统民法以及有关民法总则的专家建议稿未能整体性地考量商事关系及商行为的私法调整和规

[110] 例如,在《中外法学》2014年组织的关于“走向中国民法典——历史机遇与挑战”的一组论文及会议中,除张谷、刘凯湘等少数兼跨商法研究的学者外,极少有人提及关于商事法的系统调整问题,这些论文及评论基本都是在传统民法框架内展开。参见薛军:“当我们说民法典,我们是在说什么”,载《中外法学》2014年第6期;王竹:“以‘非基本法律法典化模式’编纂民法典的立法程序——一种‘实用主义思路’的合宪性思考”,载《中外法学》2014年第6期;朱广新:“超越经验主义立法:编纂民法典”,载《中外法学》2014年第6期;殷安军:“瑞士法上民商合一立法模式的形成——兼评‘单一法典’理念”,载《中外法学》2014年第6期;陆青:“论中国民法中的‘解法典化’现象”,载《中外法学》2014年第6期;贺剑:“论婚姻法回归民法的基本思路——以法定夫妻财产制为重点”,载《中外法学》2014年第6期;蔡立东:“论法人行为能力制度的更生”,载《中外法学》2014年第6期;张传奇:“论重大误解的可变更效力”,载《中外法学》2014年第6期;赵毅:“遗嘱错误:反思潘得克吞体系的一条新路”,载《中外法学》2014年第6期;“‘走向中国民法典——历史机遇与挑战’学术研讨会综述”,载《中外法学》2014年第6期。

制功能,忽略商法所存在的诸多特殊性,不能适应商事交易优化调整的需求,不能充分保护商事交易的安全性与交易效率,因此,应当在揭示商法特殊性的基础上予以整体调整或重新设计。历史将证明,民法典(民法总则)的编纂将是中国现代私法史上极为重要的事件,但若民法典(民法总则)编纂在整体上忽略“商的特别需求与安排”,则最终可能会成为一场自负、失败的法典化运动。

**On the Regulation of Business Behavior by the Civil Code ( Civil Law ) :  
Examination of the Legal Concept, Legal Technique and  
the Particularity of Business Behavior**

Jiang Daxing

**Abstract:** The contemporary civil law shall maintain the legal notion of the “totality of the social evolutionism”, and echo the needs to regulate the society that is highly commercialized, securitized, information-based, globalized, and ethical/integrity fading. Thus, on the one hand, the codification of the Civil Code should be oriented to help us restore the “good society”; on the other hand, it should also enable the law to “response elastically” to the society. From legal technicality, the best mode of “codification of commercial law” is to codify the Commercial Code that is co-existed with the Civil Code. The “second best mode” is to promulgate the General Principles of the Commercial Law. The commercial behavior is different from civil behavior in terms of type, validity, agency, etc. If the civil law is treated to be “exclusive”, and the commercial law is treated to be part of the “civil law” instead of the special law of the “private law”, we will be unable to effectively regulate the commercial relationship and spread the concept of independent commercial law/commercial adjudication through the whole spectrum of the society, and maintain a good commercial law order and conserve legal resources—if the codification of the Civil Code neglects the “special needs of commerce”, it will turn out to be a conceited and unsuccessful campaign.

**Keywords:** civil law; commercial law; Civil Code; code; commercial behavior

(责任编辑:丁洁琳)

# 《瑞士民法典》“著名的”第一条

## ——基于法思想、方法论和司法实务的研究

李 敏\*

**摘 要:**民法法源的范围和法源适用的位序是民法适用的基本问题。瑞士民法典第一条开创性地规定了民法法源不仅包括制定法、习惯法,而且包括法官创设的规则,在民法发展史上具有里程碑意义。瑞士民法典第一条反映了法律科学的内在要求,折射出社会历史背景和法思想变迁,在之后百余年的司法实践中,第一条规定的法源及其适用方法得到不断丰富和发展,为他国民事立法与司法提供了范本,对于受瑞士民法影响甚深的我国法亦深具启示意义。

**关键词:**瑞士民法 法源 习惯法 法官创设规则 法理

### 一、引论

梅仲协先生曾说,“现行民法(指国民政府制定的民法),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,集现代各国民法之精英,而弃其糟粕,诚巨制也”。〔1〕《瑞士民法典》以其内在的优点而在国外受到广泛的重视。〔2〕较之于结构复杂的《德国民法典》,通俗易懂的《瑞士民法典》在内容上呈现出较大的开放性。《瑞士民法典》第一条被称为“著名的第一条”,〔3〕内含三款:“(1)凡依本法文字或释义有相应规定的任何法律问题,一律适用本法。(2)无法从本法得出相应规定时,法官应依据习惯法裁判;如无习惯法时,依据自己如作为立法者应提出的规则裁判。(3)在前款的情况下,法官应参酌公认的学理和实务惯例。”〔4〕一方面,该条确定了法源适用的顺序。制定法优先适用。如无相关的制定法规定,则法院应依照习惯法和其作为立法者将制定的规则裁判。〔5〕此外,还规定了法官对学理和实务惯例的参酌义务。另一方面,《瑞士民法典》大胆地回答了“法官不得拒绝裁判”〔6〕之后法官应当如何裁判的问题。

我国作为成文法国家,同样面临制定法的不完备性及法律漏洞填补问题。我国现行《民法通则》

---

\* 中南林业科技大学政法学院讲师,法学博士。本文受2013年中南林业科技大学青年基金项目(编号:2013ZB01)的支持。

〔1〕 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,初版序。

〔2〕 参见〔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264页。

〔3〕 〔德〕海科:“法律解释与利益法学”,载《民法实务档案》1914年版,第1-318页;转引自艾姆尼格:“《瑞士民法典》之法官与法律的关系”,姜龙、沈建峰译,载《法律科学》2013年第3期,第195页。

〔4〕 本文的法条翻译主要参照殷生根、王燕译:《瑞士民法典》,中国政法大学出版社1999年版。相异处为笔者自译。

〔5〕 Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, Artikel 1 ZGB, in: Berner Kommentar, 2012, S. 144 ff.

〔6〕 《法国民法典》第四条首次规定了“法官不得拒绝裁判”,但是并未解决在法无明文的情形下,法官应当据何裁判的问题。

第6条虽属民法法源规范,明定法律与政策分别为第一位阶与第二位阶之法源,<sup>[7]</sup>但时过境迁,政策之法源地地位实已丧失。<sup>[8]</sup>因第6条法源范围过狭,原有法源规范已难满足现实需要,现行司法实务在法源适用问题上存在相当的困惑或混乱。适用习惯或法理而作出的裁判不乏其例,但对于何种情形应适用习惯或法理、习惯和法理如何界定等问题,则欠缺共识。为增强裁判的可预见性、实现法治的稳定性,有必要从立法上确立法源适用规范。最高人民法院近年推行的案例指导制度,也彰显出判例制度在成文法国家中的重要性乃至必要性。如何将判例制度整合到现行成文法体系中,业已成为学界热议的重大问题。事实上,我国自1911年的《大清民律草案》第一条开始借鉴《瑞士民法典》第一条,此后的“伪满洲国民法”(1927年)、《中华民国民法》(1930年)均于第一条中借鉴了该条的规定。自新中国成立,民法典草案学者建议稿均规定了类似的内容,且在立法例中明确指出以《瑞士民法典》为参照,如梁慧星教授主编的《中国民法典草案建议稿》第九条、王利明教授主编的《中国民法典草案建议稿》第十二条、徐国栋教授主编的《绿色民法典草案》第十二条等均在不同程度上借鉴了《瑞士民法典》第一条。《瑞士民法典》第一条对我国民法典立法影响之深远,由此可见一斑。虽然《瑞士民法典》第一条历来备受我国学者重视,但对于选择借鉴《瑞士民法典》第一条的立法理由,各建议稿均止步于简要概述,而未就其源头——《瑞士民法典》第一条形成的背景及其立法后的适用状况予以详细说明。与此同时,尽管《瑞士民法典》在比较法与立法史上占据重要地位,但目前国内罕有深入研究其第一条的专著与论文。有鉴于此,本文试图从《瑞士民法典》第一条形成的社会背景和思想渊源着手,剖析不同法思想冲击下的条款变迁,结合司法实践解读该条各款的内涵及发展变化,最后对该条在方法论发展上的贡献和对各国民法典制定的影响予以评价。

## 二、《瑞士民法典》第一条的形成

如19世纪的德国一般,瑞士近代立法史也经历了由各州法律分立到联邦法典统一的过程。<sup>[9]</sup>由于法国大革命启蒙思想的催化,19世纪中期瑞士各州纷纷出台以《法国民法典》或《德国民法典》为蓝本的州民法典。<sup>[10]</sup>19世纪后期,在广泛的州际交易、州际迁徙背景下,独立各异的州法造成了普遍的法律冲突,由此产生了统一联邦立法的迫切需求。为此,1874年瑞士联邦委托欧根·胡贝尔对瑞士私法法源进行收集整理,为制定统一的瑞士民法典作立法准备。<sup>[11]</sup>

### (一) 波澜不惊的第一款确立

1892年,年仅43岁的瑞士民法学者欧根·胡贝尔(Eugen Huber)已经基本完成《瑞士私法体系与历史》四卷本巨著,受命起草《瑞士民法典》。<sup>[12]</sup>经过八年的酝酿,胡贝尔起草的《联邦司法-警察署

[7] 参见孙亚明主编,江平、佟柔、赵中孚、王家福、王作堂、魏振瀛、费宗祯等撰写:《民法通则要论》,法律出版社1991年版,第21页。需要说明的是,该书撰写人均均为《民法通则》的立法专家。

[8] 依我国《物权法》《合同法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》的规定,国家政策不能作为物权创设依据、侵权责任发生根据、合同责任发生依据、合同效力评价依据、婚姻效力评价依据、继承发生根据,国家政策在民法领域几无适用的余地。

[9] 参见[德]维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2005年版,第471页。

[10] 以《法国民法典》为蓝本的州民法典,如日内瓦、沃特、瓦莱、提挈诺等州民法典;而以《德国民法典》为范本的州民法典中最著名的是伯尔尼民法典。可参见注2引书,第253页。

[11] Lukas Gschwend, Die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, herausgegeben von der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins; Ein Monumentalwerk rechtshistorischer Grundlagenforschung, ZSR 2007 I, S. 435 (436).

[12] 该著作第1-3卷分别于1886年、1888年和1889年出版,第4卷则于1893年出版。

预备草案》(Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments)出炉。经专家委员会对胡贝尔草案审议修改,于1904年作为联邦政府草案提交到联邦议会审议。经过三年的协商讨论,该草案被上院和下院一致通过;《瑞士民法典》于1912年1月1日生效之后备受赞誉,而胡贝尔也因此成为瑞士家喻户晓的人物。<sup>[13]</sup>

显然,在瑞士民法法典化的准备阶段,由于深受德国概念法学的影响,瑞士民法制度形成了协调一致的概念体系,几乎任何法律问题都可以借助于逻辑方法推导出答案。<sup>[14]</sup>因而,制定法在第一条的立法中自始即被赋予了绝对的优先地位,而且这一地位几乎从未被任何思想流派挑战。

在1900年欧根·胡贝尔的民法典预备草案(“民一草”)中,第一条和第二条共有的边注一级标题为“民法的管辖(Herrschaft des Civilrechts)”,其下设两个二级标题分别为“裁判基础”(第一条)和“习惯法的形成”(第二条)。第一条下设三款,其第一款的内容大体与现有立法规定相同,不同之处主要在于个别用词。如同现在的版本一样,其第一款为“凡依本法文字或释义有相应规定的任何法律问题,一律适用本法。”该款中,除了此后各版均以更为简洁的“Gesetz(本法)”一词替代了“Civilgesetz(本民法)”外,并无任何修改。<sup>[15]</sup>

## (二)跌宕起伏的第二款和第三款变迁

时值19世纪与20世纪之交,法律适用与法律规范和法官与制定法之间的关系发生了根本变化。对此议题的辩论呈现两极化,一方面是甚嚣尘上的概念法学,提出法律是一个内含丰富且意义完整的有机体系,这个体系不存在任何漏洞,而是按照形式逻辑的规则搭建起来的“概念金字塔”。<sup>[16]</sup>另一方面是锐意进取的自由法运动,坚持自由创造法律,法官即国王。<sup>[17]</sup>因此,在对草案进行审议的过程中,持不同观点的学者和议员展开了激烈的讨论。最终,由于概念法学“过度关注抽象的法律概念,忽视了这些概念在现实生活中的适用条件”,“无视法律的目的与宗旨”,<sup>[18]</sup>而且,概念是为生活而存在的,因此众多学者在对概念法学与实践关系的思考中,拒绝承认制定法的自足性,转而回到实践之中。<sup>[19]</sup>

20世纪初背景下形成的自由法运动即为挣脱狭隘的形式概念和实证主义的束缚而产生。自由法运动首先就将其自身定位为反向运动:反对概念法学,反对实证主义,也反对教条主义。<sup>[20]</sup>自由法运动的首倡者惹尼认为,成文法的缺漏在所难免,无法自足,因而不能承认成文法为唯一的法源,并主张成文法、习惯、判例、学理为四种正式的法源,并由法官根据历史、政治、经济、社会等各种有关科学所得的成果,作自由的探讨。此时,法官将自立于立法者的地位来创造规则,解决问题。惹尼的这一主张,几乎为《瑞士民法典》第一条全盘采纳。<sup>[21]</sup>这一点在第二款和第三款的起草过程中体现得尤为明

[13] 参见[德]格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编:《九百年以来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第203页。

[14] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 147.

[15] *Id.* at 157.

[16] 参见雷磊:“康特洛维茨与自由法运动”(代译序),载[德]赫尔曼·康特洛维茨:《为法学而斗争;法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2010年版,第28页。

[17] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 147.

[18] [英]哈特:“耶林的概念天国与现代分析法学”,陈林林译,载邓正来主编:《西方法律哲学家研究年刊》(2006年总第1卷),北京大学出版社2006年版,第4页。

[19] 参见[德]鲁道夫·冯·耶林:《法学的概念天国》,柯伟才、于庆生译,中国法制出版社2009年版,第102页。

[20] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 151.

[21] 参见王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第267页。

显。在“民一草”中,第二款规定:“制定法若无规定时,法官应依习惯法裁判。无习惯法时,应依公认的学理和实务惯例。”而第三款的规定则是:“如上述法源中无相应规范,则法官应如其作为立法者提出的规则裁判。”“也许,这是现代立法者第一次以一般规定正式承认法官于立法不可缺少的作用。”<sup>[22]</sup>对此,著名的自由法学家曾夸耀,草案中规定的由法官作为立法者对制定法进行补充,这一做法“体现了自由法学家摒弃的一切和推崇的一切”。<sup>[23]</sup>

相较于第一款的一锤定音,第二款和第三款则历经波折。在1904年的联邦议会草案中,彻底删除了关于习惯法形成的第二条规定。虽然“民一草”第一条第二款和第三款的内容在1904年5月的版本和1907年4月的联邦议会定稿中依然得以保全,却在1907年12月的生效版本中毫无征兆地进行了大幅修改。1907年颁布时,与之前各版不同,该款改为现行规定,即第二款为:“无法从本法得出相应规定时,法官应依据习惯法裁判;如无习惯法时,依据自己如作为立法者应提出的规则裁判。”第二款由“习惯法和学理及实务惯例”的适用规范转变为“习惯法和法官自创规则”的适用规范。同时,将第三款修改为:“在前款的情况下,法官应依公认的学理和实务惯例。”两相对照,即知瑞士的立法者刻意降低了学理和实务惯例对法官的拘束力,使得学理和实务惯例的地位由独立的法源降为辅助性的法源,<sup>[24]</sup>为法官适用习惯法和法官自行制定的规则设置了双重限制,从而使“学理和实务惯例成为法官裁判活动边界的护栏”。<sup>[25]</sup>此两款的转变之快与差异之大引起了学者们广泛的兴趣。

有学者将此修订归因于议会所面临的针对联邦议会草案的批评,<sup>[26]</sup>因为曾有一位国会议员对第一条进行了全面批评,并提出将此条全部删除。<sup>[27]</sup>然而,没有任何立法材料解释在瑞士民法典版本的最后关口将草案第一条的法源位阶进行变换的原因。<sup>[28]</sup>而Pritsch在早年的研究中发现,人们害怕法官享有如同独裁的立法者专断的自由,因而希望对学理和实务惯例的适用予以限制。据此,学理和实务惯例的位置移动非为削弱其法源特征,而是对法官创设规则形成限制。<sup>[29]</sup>

此外,从1900年的草案到1907年的正式版本,对于法官均用指代男性的“Er(他)”,而在1998年的修订版中令人惊喜地发现,“Er”已悄然转变为“Es(中性第三人代词)”。例如,1887年联邦法院曾认为妇女不得从事法律职业,而在1923年的判决中则推翻了前述论断,认定该论断已经不合时宜。<sup>[30]</sup>其间反映的也是制定法随着判例的发展而不断修正。

### 三、《瑞士民法典》第一条规定的法源及其位阶

《瑞士民法典》第一条的主题是法源的适用问题:一方面列举了各种法源,包括制定法、习惯法和

[22] 惹尼:《实证私法的渊源和解释方法》;转引自注2引书,第262页。

[23] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 154.

[24] 参见苏永钦:“‘民法’第一条的规范意义”,载《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2003年版,第8页。

[25] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 161.

[26] *Id.*

[27] Heinz Hausheer/Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, 2003, S. 270 ff; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 161 ff.

[28] Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 1901, S. 2 ff.

[29] Erich Pritsch, Die Rezeption des Schweizerischen Zivilrechts in der Türkei, SJZ 23 (1926-1927), S. 273 (275); Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 161 ff.

[30] BGE 49 II 14.

法官法等正式法源,以及学理和实务惯例等非正式法源;另一方面规定了不同法源的优先次序。<sup>[31]</sup>就其法源适用的模式来看,可以分为四个层次:首先是狭义的解释,无涉类推;其次主要是通过类推填补制定法的漏洞;再次是习惯法的适用;最后是法官依如其作为立法者制定的规则裁判。

### (一) 制定法的解释及类推

如在其他大陆法系国家一样,制定法也是瑞士民法的首要法源。根据第一款规定,对于所有法律问题,在文字和解释上,制定法已有规定者,都适用制定法。虽然第一款用词为“本法”,但依学者之见,此所谓“本法”可宽泛地理解为制定法。

第一款中的制定法主要包括:瑞士民法典(含导言及人法、亲属法、继承法、物权法和债务法五编)、相关细则(例如登记簿和商业登记册的规定)。此外,第一条所称制定法还包括兼属公法和私法双重性质的规范。第一条直接适用于联邦私法领域中相邻法规,以及保险合同法、国际私法、道路交通安全法、产品责任法等。简言之,瑞士民法典适用于联邦私法的所有领域。<sup>[32]</sup>

如第一款所示,得作为依据者,既包括制定法文本也包括对制定法的解释。当适用制定法文本已足时,自然无须对制定法进行解释;但是,对制定法文本存疑时,则须查明制定法规范的意思。立法者和联邦法院均指出,“要么制定法文本足够明确,要么需要对制定法进行解释”。<sup>[33]</sup>如果立法者的表述清晰无误,则解释就是多余的;而且,文本越精确,解释越无用武之地。因此,人们普遍认为解释的任务在于对错误的事后修补,或曰:解释是一种手段,用以修复破坏了思想与语言之间一致性的立法错误。<sup>[34]</sup>对此,联邦法院指出,为修复立法错误,首先要考察的自然是立法者的原意,即对制定法的解释原则上应当遵循立法者的观点和相关价值判断。<sup>[35]</sup>

但是,以历史为导向的解释并非决定性的,立法前期报告对解释既无拘束力,也无直接的决定作用。对法官而言,对制定法解释起决定性作用的是规范本身,而立法材料仅作为有价值的辅助手段,以探求规范的意思。<sup>[36]</sup>此外,制定法文本源于过去,历经数年、数十年甚至上百年,其间被赋予了新的含义和功能,此时文本内涵与时代紧密相连、不断变化。因此,历史要素仅为解释的出发点,应以适时的观点对其进行检验。<sup>[37]</sup>联邦法院一再指出,制定法的解释必须从其自身出发,依照其文义、目的和基础性价值进行解释。联邦法院在实践中遵循的是多元方法论,并特别否定仅运用单一的解释要素。<sup>[38]</sup>联邦法院也曾在判决中指出,“判决不会绝对排除任何解释方法,而是运用在个案中看似最为恰当的解释方法”。<sup>[39]</sup>由此不难理解,联邦法院为何时而提出“制定法一经公布即与历史上的立法者的实际意愿相分离”,<sup>[40]</sup>时而又认为“立法者的观点具有决定性的作用”,<sup>[41]</sup>这种毫无原则地运用解释方法的做法实际上正反映出联邦法院将解释方法适用的无原则作为基本原则。因此,有学者指出,

[31] Caroni Pio, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, 1996, S. 62 ff.

[32] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 198 - 199.

[33] BGE 87 I 15; BGE 90 I 214.

[34] Caroni Pio (Fn. 31), S. 85.

[35] BGE 121 III 225.

[36] BGE 116 II 415.

[37] Caroni Pio (Fn. 31), S. 87.

[38] BGE 110 Ib 8.

[39] BGE 83 I 173.

[40] BGE 56 II 74.

[41] BGE 100 II 293.

“联邦法院在不同解释方法间的游移不定,不仅可以理解,而且非常正确”。<sup>[42]</sup>

就不同解释方法的顺位而言,立法者并未规定这些解释因素之间是否存在顺位。而联邦法院在判例选中强调多元方法论,<sup>[43]</sup>认为解释要素之间没有等级之分,应当考察所有解释要素后发现制定法文本的真实意思。<sup>[44]</sup>因此,在当今瑞士,各种解释因素是同顺位的。

立法时,制定法的不完备性已广为承认。欧根·胡贝尔即于立法理由书中指出,完备性是就法律制度而言,认为制定法没有漏洞是将制定法与法律制度完全混淆的结果。<sup>[45]</sup>联邦法院在判决中将制定法的漏洞区分为真正漏洞与不真正漏洞,认为真正的制定法漏洞在于立法者本应规定但因疏忽未予规定之处,无论是根据其字义还是解释都无法推断出制定法规范的内容。与之相反,不真正的漏洞是指尽管制定法有所规定,却未尽如人意,尤其是在法律适用中,根据明确的文义概括出的事实情况难以令人信服。填补真正的漏洞是法官的职责,而修正不真正的漏洞在传统观点中是应予禁止的,法官自以为是的权威解释是一种权利滥用。<sup>[46]</sup>

对于类推属于制定法的解释抑或漏洞填补这一问题,学界一直存有争议。而瑞士的司法实践将类推作为一种漏洞填补方式。<sup>[47]</sup>当现行法未就某一问题予以规定时,法官可以进行类推,如同立法者一般处理问题。<sup>[48]</sup>事实上,欧洲其他任何国家都不会像瑞士一般,如此频繁地适用类推。这是因为瑞士民法典的缔造者胡贝尔在制定法中为法官留下了尽可能大的活动空间,因为他认为,这样才能充分展开司法实践活动。<sup>[49]</sup>对此,联邦议员 Kurt Furgler 建议法官道,“在瑞士这样一个国家,制定法工具有很大的可调节性,为法官的判断、解释和找法提供了广阔的空间,法官应毫不犹豫地充分利用制定法的弹性。若法官不充分运用其权能,将迫使立法者不断修法,由此破坏制定法与司法之间的功能协调,导致制定法泛滥,造成负面效果”。<sup>[50]</sup>

同样,由于制定法本身很可能存在漏洞,因此在法律体系中,“不仅可能而且必须存在其他法源”。<sup>[51]</sup>第一条在此列出了第二级法源,即习惯法。

## (二) 习惯法的适用

在历史上,“立法出,习惯亡”的做法非常普遍,如 1794 年的《普鲁士普通邦法》、1804 年的《法国民法典》、1811 年的《奥地利民法典》。<sup>[52]</sup>但是,《德国民法典》在部分条款<sup>[53]</sup>中直接规定了习惯的适用。较之于法国民法典,德国民法典的规定已是一大进步,然而与瑞士民法典相比则黯然失色。<sup>[54]</sup>

瑞士民法典第一条第二款将习惯法作为仅次于制定法的法源。而且,在民法典的初步设计中,习惯法不仅仅是作为辅助性的法源在第一条中提及,而且作为单独的法条予以规定:第二条第一款规定

[42] Caroni Pio (Fn. 31), S. 101.

[43] BGE 110 1b 8.

[44] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 208 - 209.

[45] Eugen Huber (Fn. 28), S. 36.

[46] BGE 121 III 225.

[47] Caroni Pio (Fn. 31), S. 115.

[48] Caroni Pio (Fn. 31), S. 113.

[49] Caroni Pio (Fn. 31), S. 116.

[50] Id.

[51] Eugen Huber (Fn. 28), S. 36.

[52] 参见谢鸿飞:《法律与历史:体系法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社 2012 年版,第 226 页。

[53] 详见《德国民法典》第 151 条、第 157 条和第 242 条。

[54] 参见张坦:“论习惯在民法典中的地位”,载《河北法学》1996 年第 1 期。

“为解释或补充联邦法规定而形成的习惯法,联邦法承认其为习惯法”;第二款限制性地规定,“经制定法规定废除或修改的地方习惯,不构成习惯法”。<sup>[55]</sup>而在1904年的联邦议会草案中,删除了第二款的限制性规定。在1907年的法律中,取消了议会提交的关于习惯法专门条款的提案。而此删除的首要原因是,人们不愿将习惯法上升至与制定法同等的位阶。<sup>[56]</sup>另一方面,依习惯法与制定法的具体关系对习惯法进行划分,可将习惯法分为三种:制定法范畴内的习惯法(即法内习惯法)、法外习惯法和反法习惯法。<sup>[57]</sup>

所谓法内习惯法(*Gewohnheitsrecht intra legem*),主要是指基于对存在多种解释的制定法进行解释而逐步形成的优先适用某种解释的习惯法,又称解释性习惯法。法外习惯法(*Gewohnheitsrecht praeter legem*)则是对制定法的漏洞进行补充而形成的习惯法,又称补充性习惯法,如1911年的债法中未予承认或禁止优先股权,但由于实践中存在认购此类股权的需求而逐渐形成认购习惯,1936年债法修订时于第654条获得承认。<sup>[58]</sup>反法习惯法(*Gewohnheitsrecht contra legem*)则是依制定法规定裁判显然不合理而对制定法予以修正的习惯法,又称修正性习惯法。反法习惯法被视为特殊的制定法解释的产物。无视明确的制定法文本仅仅是反法习惯法的一种特殊适用方式。<sup>[59]</sup>对于积极承认反法习惯法,联邦法院一直犹豫徘徊,时而予以肯定,却又闪烁其词。时至1989年,联邦法院仍宣称,对于是否承认此类习惯法,仍有待探讨。<sup>[60]</sup>

习惯法与制定法的关系交相融合,难解难分。因此,有学者质疑,瑞士民法典一方面承认习惯法的法律规范地位,另一方面强行规定习惯法的地位次于制定法,似与实际的方法论相悖。<sup>[61]</sup>可作为回应的是,瑞士学者将这一区别待遇解释为习惯法的特殊性,<sup>[62]</sup>而这种特殊性无疑是立法者刻意造就的。例如,对于是否只能在制定法未规定时才有适用习惯法的余地,胡贝尔持肯定见解,“当制定法无规定时,在国家立法权范围内,在制定法范围内,亦不应忽视事实上的习惯法”。<sup>[63]</sup>在瑞士民法典的立法过程中,法学家和政治家们都认为,尽管应对习惯法予以承认,但应使其作用微不足道。诚如Alfred Martin所言,“我们无需惊异于习惯法的默默无闻,其命运早已注定”。<sup>[64]</sup>

在私法领域,公认的习惯法后来大都被制定法排除。例如,与外国人结婚而使妻子丧失瑞士公民权具有习惯法基础,这一习惯法经1952年公民权利法废除,该法规定妻子可以通过发布相应的声明而保留其公民权。而发布声明的义务在1984年的新婚姻法中废除。又如,在1941年11月11日的联邦议会决议第五条关于瑞士公民权取得丧失的变更规定中,制定法采纳了习惯法规则,据此瑞士女性与无国籍人士结婚时保留其瑞士公民权。<sup>[65]</sup>以习惯法为依据的法院判决甚为罕见,习惯法在现代瑞

[55] 详见1900年瑞士民法典草案第二条。

[56] *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher* (Fn. 5), S. 161.

[57] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 125-126.

[58] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 126-127.

[59] BGE 47 II 68.

[60] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 131.

[61] 参见同注24引文,第9-10页。

[62] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 125. 该学者认为,瑞士民法典将习惯法作为独立的、次要的法源,并非自相矛盾,因为习惯法在法典化的法源体系中的地位极为特殊。

[63] *Eugen Huber* (Fn. 28), S. 37.

[64] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 122-123.

[65] *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher* (Fn. 5), S. 384-385.

士民法实践中意义甚微。仅在某些实践中保留着习惯法的适用:以联合姓名为例,联合姓名等同于单身时的名字后以连字符附上所取得的姓氏。联邦法院提出联合姓名是以习惯法为基础的。自1994年欧洲法院就人权问题进行探讨,瑞士姓名权成为反复讨论的主题,并在议会中讨论草案,在瑞士民法典百年时新的姓名权法终获通过。之前依性别而异的瑞士姓名权违反了禁止歧视的人权规定(《欧洲人权公约》第14条和第8条)。联合姓名并未通过立法确定下来,而其在习惯法上的约定俗成则是显而易见的。<sup>[66]</sup>

### (三) 法官创设规则

自概念法学的法律实证主义衰微以来,人们普遍认识到,即使穷尽了合理的法律解释和法律分析,现实中仍然需要法官创设规则填补漏洞。<sup>[67]</sup> 当“制定法没有回答一个不容回避的法律问题时”,<sup>[68]</sup> 就存在所谓的真正漏洞。此时,在瑞士法上,首先应当依照第一条第二款规定适用习惯法以填补制定法的漏洞,若习惯法仍无法解答这一问题,则应通过法官法予以解决。<sup>[69]</sup> 伟大的希腊法哲学家亚里士多德曾有一个著名的论述,对立法者忽视而未明确规定的情形,法官应当“如同立法者自己在这场一样,观察、思考具体情形并通过制定法予以规范”,从而完善立法。<sup>[70]</sup> 《瑞士民法典》第一条第二款将亚里士多德的论述表述得更为精简,当制定法和习惯法均无规定时,法院应当“依如同其作为立法者制定的规则裁判”。对于认为法官由此将会太自由、太独立的反对意见,胡贝尔专门作出了答复,“法官应该承认制定法的漏洞不可能完全通过法律解释弥补,故应以法律制度而非制定法的完备性而为根据进行判决,进而设定他作为立法者认为确与所有其他法律制度保持内在一致的法律规范”。<sup>[71]</sup> 因此,法官制定规则并非可以“自由创造,不受羁束”,而仍应受整个法律体系所支配。<sup>[72]</sup>

如同立法者一样,法官不会根据主观臆断、偶发事件或仅凭直觉裁判;更多地是“如同立法者一样”寻找规则,在符合公平正义、案件性质、当事人利益衡量、公共利益、法律保障、交易和信用保障以及法律制度的其他内容的前提下,制定新的规则。而且,法官补充漏洞时,有提出一般性、抽象性规则的“义务”,眼光要及于本案和将来的类似情形。<sup>[73]</sup> 例如,法官可以通过制定规则规定一种全新的合同类型,这些合同经新的交易习惯产生而制定法未予规定,法官法通过规定使其成为一般规则。<sup>[74]</sup> 这也是第三款中的法官裁判与《瑞士民法典》第四条规定的法官裁判不同之处。《瑞士民法典》第四条规定:“本法指示法官自由裁量、判断情势或重要原因时,法官应公平合理的裁判。”据此,法官的裁判仅限于就个案进行有个案拘束力的裁判,而不会创设新的一般规则。因此,法官填补漏洞主要是从现实性、公正性和法律稳定性的角度全面评估一般抽象利益基础,从而创设法律规则。<sup>[75]</sup> 关于现实性,首先探究的是在法律交往中通常遵循哪些规范,然后应当注重法律制度统一性,即法官创设的规

[66] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 383-384; BGE 110 II 99.

[67] 同注2引书,第262页。

[68] BGE 125 V 11.

[69] BGE 125 V 11.

[70] Peter Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auf., 2009, S. 44 ff.

[71] Eugen Huber (Fn. 28), S. 39.

[72] 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2012年版,第205页。

[73] Berner Kommentar zum ZGB, Bd. 1, 1966, Art. 1, Rn. S. 501. 转引自苏永钦:“‘民法’第一条的规范意义”,载《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2003年版,注释18。

[74] BGE 89 II 214.

[75] Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 1962, S. 317; BGE 126 III 138.

则应当尽可能与现有的法律制度、法律思想保持一致,应就同类问题给予相同回答。<sup>[76]</sup> 当涉及冲突利益时,如果存在保护目的不同的多个宪法规范,则须优先考虑某些利益。<sup>[77]</sup> 此外,还可运用比较法、法律历史方法等辅助手段。<sup>[78]</sup>

第一条第二款在备受赞誉的同时,也引致了些许批评。有学者认为,该款过于主观且具有欺骗性,因为其文字上允诺的内容远远多于实际上可遵循的内容。例如,即使规定法官可以“如同立法者”一般创设规则,实际上法官不可能具有等同于立法者的地位。<sup>[79]</sup> 对此,应当认识到,立法者与法官的任务预设是不同的,法官创设规则的前提是立法者制定的法律中存在法律漏洞,于此情况下,对法官与立法者的工作进行量上的比较或是活动空间上的比较都是没有意义的。此外,将法官创设的规则称之为“法官法”,且与其他法源同等规定也具有一定的欺骗性,因为当实践发生变化时,法官不再满足于既有的法官法,亦不愿受其拘束,而将发布新的法官法、创设新规则。<sup>[80]</sup>

就实践意义而言,法官创设规则的意义远远超过习惯法。当今已鲜有习惯法,但从诸多判例中均显现出法官创设规则的蓬勃生命力,且年复一年日益强大。甚至有人说,瑞士法官创设规则正朝着“遵循先例”的英美法判例制度不断前进。<sup>[81]</sup> 同时,也要注意法官的具体裁判不仅仅是填补当下漏洞的决疑解答,更是对未来案件具有规范作用的真正法源。<sup>[82]</sup> 瑞士法官更应根据一般的规定来判断具体问题,瑞士民法上的一些重要法律制度并非由制定法规定直接产生,而是经法官创设规则而来,例如缔约过失责任。<sup>[83]</sup> 而且在创设规则时,还应以“公认的学理和实务惯例”对其予以证明。<sup>[84]</sup>

#### (四) 参酌公认的学理和实务惯例

第一条第三款规定“在前款的情况下,法官应参酌公认的学理和实务惯例”。此所谓“前款”究竟指前两款还是仅指第二款,学者对此有不同见解。

持后一种观点的学者认为,根据文义和条款体系,民法典第一条明确规定仅仅是将学理和实务惯例定位于借助习惯法或者借助于作为立法者进行的法律补充规定的造法范围内。<sup>[85]</sup> 从历史角度来看,这一观点确有依据。在《瑞士民法典》第一条形成过程中,前几版草案中“公认的学理和实务惯例”都位于第二款,规定为“无制定法规定时,法官应遵循习惯法裁判,无习惯法时,应遵循公认的学理和实务惯例裁判”,由此发挥着独立的漏洞填补功能。但是在最后公布的文本中,“公认的学理和实务惯例”被挪至第三款,其功能转变为处于核心地位的漏洞填补规范提供指导性帮助,因为法院在这种情形下通常参考学理和实务惯例。因此,第三款中“公认的学理和实务惯例”的最初目标设定是在于对第一条第二款的限制。<sup>[86]</sup>

[76] *Id.*

[77] BGE 126 III 138; BGE 126 III 129.

[78] *Peter Tuor*, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Aufl., 2009, S. 44–45 ff.

[79] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 161.

[80] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 171.

[81] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 162.

[82] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 157.

[83] 参见艾姆尼格:“《瑞士民法典》之法官与法律的关系”,姜龙、沈建峰译,载《法律科学》2013年第3期。

[84] 同注2引书,第263页。

[85] 参见同注24引文,第7–8页。由1996年版的《瑞士民法典》中译本(殷生根、王燕译)所用“前一款”一词亦可见译者所持为后一种立场。

[86] *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher* (Fn. 5), S. 403–404.

持前一种观点的学者则从该条的体系性视角出发,提出第三款要求法官依循公认的学理和实务惯例,并非只适用于第二款补充漏洞的情形,而是同时涵盖第一款适用(解释)法律与第二款前段确认习惯法的情形。<sup>[87]</sup>因为在单独一款中对学理和实务惯例进行规定突出了其在整个《瑞士民法典》第一条中的意义;否则本可以将其作为第二款的补充。公认的学理和实务惯例适用范围的扩大,有助于法院在解释时、在漏洞填补时,同样应遵循公认的学理和实务惯例。这一点也获得了学界的一致认同。<sup>[88]</sup>

对于学理和实务惯例,法官并无遵循义务,第三款的法文版直接将这种义务表述为“参酌”,因此,学理和实务惯例不具有独立法源地位,仅仅是法官解释和填补漏洞的辅助手段。

### 1. 公认的学理

对于公认的学理如何界定,制定法并无明文规定。首先,对于公认性的评判,一方面,法官可基于学者间激烈辩论,依主观判断将某些令人信服的学理视为公认的;另一方面,基于对司法实践中广泛适用的特定“学理”的一致认定,客观解释其具有公认性。<sup>[89]</sup>其次,关于学理的范围,通常应理解为论文和专著,即致力于特定法律领域或法律,就某一法律问题取得的科学研究成果。就内容所涉领域而言,不仅包括法律理论,也包括其他基础研究领域的成果,例如法哲学、法社会学、统计学、心理学、精神病学、医药学等。就所涉地域而言,不仅涵盖国内研究成果,而且包括国外的研究成果。<sup>[90]</sup>

法院对公认的学理的参酌义务意味着,必须存在一个可以用于作为裁判基础的通说。<sup>[91]</sup>除主流观点外,权威学者的观点通常具有较大的分量。权威的或者优势的学术观点产生的时间长短对裁判并无决定性意义。具有决定性意义的是,在判决发生时该观点是否符合实际情况。<sup>[92]</sup>事实上,瑞士联邦法院判决中对学理的参引俯拾皆是,甚至在一页判决书中<sup>[93]</sup>即参引了 TROLLER、BLUM、PE-DRAZZINI、CHERPILLOD、VON BÜREN、DOMINIQUE GRAZ、ALTENPOHL、DUTOIT、PERRET 等十余位学者的观点作为对知识产权平行进口通说观点的支持。

### 2. 公认的实务惯例

第三款中的“Überlieferung”一词由于无法与确切中文对应,因此在翻译上存在诸多版本,如惯例、<sup>[94]</sup>传统、<sup>[95]</sup>实务惯例。<sup>[96]</sup>而据其德文阐释,该词通常指法院或其他法律适用机关的实践,主要指法院的裁判实践。<sup>[97]</sup>因此,译为“实务惯例”颇合原意,本文取之。

虽然客观上第三款将实务惯例的性质限定为辅助性法源,而非独立法源,法官仅有参酌义务,但

[87] 参见同注 24 引文,第 7-8 页。

[88] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 404.

[89] Caroni Pio (Fn. 31), S. 167.

[90] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 405.

[91] 关于通说的一般性界定,可参见庄加园:“教义学视角下私法领域的德国通说”,载《北大法律评论》2011 年第 2 期。

[92] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 406-407.

[93] BGE 126 III 139. 本案涉及知识产权平行进口问题。

[94] 详见《瑞士民法典》第一条第三款中译本,同注 4 引书,第 1 页。

[95] 参见艾姆尼格:“《瑞士民法典》之法官与法律的关系”,姜龙、沈建峰译,载《法律科学》2013 年第 3 期。《瑞士民法典》英译本(非正式文本)中的对应词为“case law”。

[96] 参见同注 24 引文,注释 43。

[97] Caroni Pio (Fn. 31), S. 167; 艾姆尼格:“《瑞士民法典》之法官与法律的关系”,姜龙、沈建峰译,载《法律科学》2013 年第 3 期。

是,瑞士法官承认他们把判例当成法条一样遵从与适用,绝不只是参考。<sup>[98]</sup>这是因为较之于学说,判例可以在民众中产生一种合理期待:同样的案件将得到同样判决,基于此产生了法律稳定性和一致性的要求。<sup>[99]</sup>这种要求应足使下级法院法官产生“有限的遵循义务”,而不只是参酌和论辩义务。<sup>[100]</sup>而法官所遵从的也并非裁判本身,而是在裁判中提出来的规则。<sup>[101]</sup>而且,通过保障实务惯例统一性的程序,法官难以脱离过去的司法实践,同时也体现先例的约束作用:虽然脱离先例是可能的,但仅限于难以遵循的前提下。<sup>[102]</sup>

另一方面,对实务惯例的遵循也是有限度的,若在法官裁判中法律的稳定性和一致性要求与裁判正确性和公正性要求相背离,则应以裁判的正确性和公正性优先。<sup>[103]</sup>由此可推断,在既有规则下,法官推翻旧规则、创设新规则的前提是:新规则可以修正之前规则中存在的明显错误。<sup>[104]</sup>而且,在习惯上通常也存在预警程序,即法院先于第一份判决书中对之前判决予以批评,但依然按照先例判决,然后在第二份判决中开始修正。<sup>[105]</sup>

#### 四、《瑞士民法典》第一条的意义及影响

##### (一) 方法论上的发展

《瑞士民法典》第一条确立了现代找法体系,即对应于制定法解释的 *secundum legem* (依照制定法),对应于漏洞填补的 *praeter legem* (补充制定法),以及对应于修正制定法的 *contra legem* (背离制定法),正是脱胎于罗马法传统的找法三层模式,即法内、法外和反法的法之发现。具体而言,第一条第一款中所涉的制定法解释,应为法律解释方法;而第一款所涉的类推和第二款所涉的适用习惯法和法官以其作为立法者补充制定的规则,均为漏洞填补方法。在适用方法的排序方面,确定了无争议的先后位序为:制定法的解释、制定法的类推、习惯法的发现和法官以其作为立法者补充制定的规则。由此,进一步发展了传统的找法模式。

自19世纪欧洲法典化运动以来,在四部各具特色的“原生民法典”,即法国民法典、奥地利民法典、德国民法典和瑞士民法典中,仅奥地利民法典和瑞士民法典规定了明确的法源适用规范。德国民法典和法国民法典虽对欧洲和世界范围内法典化运动产生了重要影响,但并未规定解释规则和漏洞填补规则。而瑞士民法典一方面规定了这两种方法规则,而且在司法实践中将这两种规则勾连起来。依欧根·胡贝尔的观点,第一条中制定法的“解释”应理解为涵盖类推,所以解释并非止步于文义,而更多学者倾向于认为第一款中应当涵盖解释与类推两个部分,类推当属漏洞填补规则。<sup>[106]</sup>在司法实

[98] *Hasenbohrer/Franz, Richter und Gesetzgeber in der Schweiz*, in: Frank, Richard (hrsg.), *Unabhaengigkeit und Bindungen des Richters*, 2A., Basel, 1997. 转引自同注24引文,注释69。

[99] 参见艾姆尼格:“《瑞士民法典》之法官与法律的关系”,姜龙、沈建峰译,载《法律科学》2013年第3期。

[100] *Berner Kommentar zum ZBG*, Bd. 1, 1966, Art. 1. Rn. S. 474. 转引自同注24引文,注释43。

[101] 参见苏永钦:“试论判决的法源性”,载《民法经济法论文集(一)》,台湾地区1988年作者自版,第24页。

[102] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 175.

[103] 参见艾姆尼格:“《瑞士民法典》之法官与法律的关系”,姜龙、沈建峰译,载《法律科学》2013年第3期。

[104] BGE 49 I 301.

[105] 参见艾姆尼格:“《瑞士民法典》之法官与法律的关系”,姜龙、沈建峰译,载《法律科学》2013年第3期。

[106] *Caroni Pio* (Fn. 31), S. 115. 其中述及,“学说中一再指出,瑞士实践是将类推作为一种漏洞填补方式”。

践中,联邦法院的裁判也并不统一,<sup>[107]</sup>更多的司法实践支持法官如同立法者一般创设规则时,可适用类推、目的性限缩等方法。<sup>[108]</sup>

但是,通常解释与漏洞填补的界限并不明显,其边界就取决于法院能否发现足够多的法律适用依据。例如,“人格”<sup>[109]</sup>应当包括姓名,因为其具有突出的人格特征。此时适用的是第一款的解释。而对于进一步的问题,“应得的尊重”是否应视为“人格”的一部分,解释规则仅具微弱效力。名誉权的含义应理解为符合规则的“人格”具体化,此时应由法官作为立法者制定规则补充制定法。简而言之,对姓名的保护解释了该条在个案中的法律适用(解释规则),而名誉权保护则通过第一个有关案例成为可以适用于未来所有类似情形的创造性规则(续造规则),最终经由判例发展转为制定法规范。<sup>[110]</sup>又如,瑞士民法典未规定安葬费用支付义务人,而联邦法院判决“在第一条第二款的意义上”提出,这一费用应从死者的遗产中开支,但如果死者一文不名,则应由在制定法上负有扶助义务之人(如配偶、子女、父母)支付。<sup>[111]</sup>联邦法院补充性地填补了制定法的漏洞。此外,联邦法院也曾探讨了子女是否享有否认其父身份的权利。法院认为这是真正的漏洞并对此权利予以肯定。后在瑞士民法典修订时于第256条第一款规定了子女的否认诉权,<sup>[112]</sup>从而通过制定法修正接受了法官漏洞填补时创设的规则,此时判例发挥着引导规则进入制定法的桥梁作用。通过判例的过渡作用架设从解释性的法律适用到创造性的法律续造之间的通道,使得两者之间具有流动性。由此,第一条为瑞士民法典打开了一扇社会、法学研究的大门,从找法而造法,又从造法回到找法,既不自我封闭,也不会掉进自由法学派个案裁判乃至巫师式恣意裁判的危险中。<sup>[113]</sup>

## (二) 对他国和地区民法典的影响

在私法法典化的诸国家中,几乎没有一个立法者不在其新的民法典制定过程中或者其现行法的改革中在许多具体问题上利用了瑞士经验。<sup>[114]</sup> 他对瑞士民法典的继受大致可分为三类:第一类是对瑞士民法典个别条款的继受;第二类是部分继受瑞士民法典;第三类是全盘继受瑞士民法典。无论何种类型的继受,均在不同程度上参考乃至移植了瑞士民法典第一条。

第一类中典型的是1942年意大利民法典,其第12条规定如下:“(1)在适用法律时,只能根据上下文的关系,按照词句的原意和立法者的意图进行解释,而不能赋予法律另外的含义。(2)在无法根据一项明确的规则解决歧义的情况下,应当根据调整类似情况或者类似领域的规则进行确定;如果仍然存在疑问,则应当根据国家法制的一般原则加以确定。”<sup>[115]</sup> 虽然南斯拉夫王国(1919-1941年)的民法典主要受到奥地利民法典影响,但是其法院的实践表明,法官进行漏洞填补时,如果制定法没有明文规定,则可以依照瑞士民法典第一条范式予以补充。而斯洛文尼亚在1994年的司法行政法中也清

[107] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 232.

[108] Arthur Meier - Hayoz (Fn. 75), S. 345; BGE 126 III 138.

[109] 《瑞士民法典》第28条第一款规定:“人格受到不法侵害时,为了寻求保护,可以向法官起诉任何加害人。”

[110] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 401.

[111] BGE 54 II 90.

[112] BGE 88 II 477. 《瑞士民法典》第256条第一款规定:“否认父亲身份推定之诉,可由下列人员向法院提出:(1)夫;(2)子女,但仅限于子女未成年时,配偶已终止共同生活的情形。”

[113] 同注24引文,第13页。

[114] 同注2引书,第264页。

[115] 法条参见费安玲、丁玫译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社1997年版。

楚地表明要借鉴瑞士民法典第一条第三款(公认的学说和惯例)。<sup>[116]</sup>

第二类如列支敦士登民法典。该法典以奥地利民法典为蓝本,而修订时则融合了奥地利民法典与瑞士民法典,因此在方法论规范上反映出双重法源基础,以致在实践中产生了不少问题。<sup>[117]</sup>但列支敦士登民法典的序编为典型的奥地利模板。1928年发布的匈牙利民法典草案以瑞士民法典为典范,规定了类似于瑞士民法典第一条的漏洞补充规则。自1928年到社会主义变革(1945年)时期,该草案都作为准则被法院适用。在社会主义时期一直存在着社会主义的单一规范和原有习惯法的冲突。1959年新民法典虽然考虑了社会主义革命之前的草案,却没有规定解释和漏洞填补问题,因为这一包含着法官自由裁量权的规范被视为资本主义的特征。社会主义革命后的匈牙利法学学说与瑞士民法典规定有所不同,并强调法官不应如瑞士模式一般被视为立法者,而首先应根据法律制度中的规定进行类推。<sup>[118]</sup>我国台湾地区“民法典”第一条为:“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理。”学者们历来认为立法者制定第一条时,是以当时最新的瑞士民法典第一条为蓝本,只是把已经以精简洁称的瑞士法条文再由三项浓缩为一项而已。<sup>[119]</sup>

第三类的代表是土耳其民法典。1926年,瑞士民法典的法语文本被年轻的土耳其共和国全盘继受。第一条的继受情形也可以说明在完全不同的文化领域接受瑞士民法典将面临何种挑战:土耳其将法官援引习惯法、公认的学说和实务惯例纳入伊斯兰教新构建的法律制度中,同时也禁止适用有着上百年历史的伊斯兰习惯法,唯一的例外情形是古老的商业惯例。<sup>[120]</sup>除了瑞士以外,任何国家都不可能如此满意地看到自己的法律得以被他国完全继受,而被继受法律条文的解释与继受国既有的社会传统以及继受国的外在需要相互影响,逐渐形成一种独具特色的新法。<sup>[121]</sup>但是时至今日,人们尚未完全了解这一全盘继受的有效性和具体结果,比如土耳其如何理解和适用这一民法典,是否曲解或者误读条文的原意,是否赋予其条款新的含义。而传统观念的差异也影响了学者们对上述问题的思考。<sup>[122]</sup>

瑞士民法典一直令瑞士人倍感自豪,而该法典对乐于改革的国家的影响力甚至超过德国民法典的影响,<sup>[123]</sup>德国学者甚至认为应当废德国民法典而取瑞士民法典。<sup>[124]</sup>通过这一法典,诸多国家和地区在民法上的多方文化交流得以迅速发展。<sup>[125]</sup>在中国民法典学者建议稿英译本序言中,德国著名学者海因·克茨亦对其中未完全借鉴瑞士民法典第一条感到非常遗憾。<sup>[126]</sup>

[116] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 188 - 189.

[117] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 182 - 183.

[118] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 190 - 191.

[119] 参见同注24引文,第3-4页;杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2012年版,第268页;吴从周:“论民法第一条之‘法理’”,载《东吴法律学报》2004年第2期。

[120] Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 5), S. 186 - 187.

[121] 同注2引书,第265-266页。

[122] Caroni Pio (Fn. 31), S. 46.

[123] Honsell Heinrich, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Basler Kommentar, 3. Aufl., 2006, S. 9 ff.

[124] 同注2引书,第256页。

[125] 同注9引书,第476页。

[126] Hein Kötz, Foreword, in Liang Huixing, *The Draft Civil Code of the People's Republic of China* (Martinus Nijhoff Publishers 2010).

## 五、结语

瑞士民法典被称赞为“19世纪德语世界法典形式最成熟的果实”，是不无道理的。<sup>[127]</sup> 在20世纪初瑞士民法典即以令人惊叹的勇气直面德国民法典、法国民法典等众多民法典未予解决的制定法不完备性这一问题，在第一条第二款试图通过习惯法和法官创设规则来解决这一问题，并且在第三款中以“学理和实务惯例”作为法官活动的护栏，确保法官的裁判不越界、不逾矩。习惯法罕见地成为地位上仅次于制定法的独立法源。法官创设规则客观上成为法官裁判的兜底条款，继法国“法官不得拒绝裁判”这一规则后，进一步指导法官在既无制定法亦无习惯法时应当如何裁判。学理的地位虽在起草过程中降格为法官解释和填补漏洞的辅助性手段，而即便如此，其在瑞士民法典中的地位也是为他国民法典规定所望尘莫及的。而对实务惯例地位的承认，则与民众的信赖期待和法官的一贯经验完全契合，并在一定程度上约束法官创设新规则，由此实现法律稳定性与裁判公正性的统一。

瑞士民法典第一条最显著的意义在于将民法法源适用规范明文化。瑞士民法典通过简洁的条文规定了法律解释、类推、适用习惯法、法官创设规则四种法律适用方法及其位序，区分了法律解释和漏洞填补两大范畴，并通过实务惯例将这两大范畴连通，形成一个有机整体。

瑞士民法典第一条成为其他国家制订民法典的范本。目前，我国正值编纂民法典的关键时期，瑞士民法典第一条的立法经验和司法实践对于我国相关立法和司法无疑深具启示意义，对于实现立法者、法官、学者和民众在造法活动中的良性互动，构建位阶分明、体系完整、协调统一的法源适用制度具有重要作用。

### The Famous Art. 1 of Swiss Civil Code: Legal Thoughts, Methodology and Judicial Practice

Li Min

**Abstract:** The scope of sources of civil law and sequence of application of the sources are basic questions of application of civil law. The article 1 of Swiss Civil Code initiatively provides that the sources of civil law include statute law, customary law and rules made by judges, which exerts a far-reaching influence on the history of civil law. The article 1 of Swiss Civil Code accords with the immanent requirement of legal science and reflects social and historical background and transformation of legal thoughts. The sources and its application methods have developed with the judicial practice in the past one hundred years and established a model for civil legislation and judicial practice of other countries, which may provide much enlightenment for the legislation of Chinese Civil Code.

**Keywords:** Swiss Civil Code; source of Law; customary law; rules made by judges; doctrine

(责任编辑:丁洁琳)

[127] [德]罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史—论德国民法典的形成与变迁》,法律出版社2003年版,第19页。

# 论著作权法中的权利限制条款对外国作品的适用

## ——兼论播放作品法定许可条款的修改

王 迁\*

**摘 要:**《伯尔尼公约》等国际版权条约的作用在于要求成员国保护来源国为其他成员国的作品,与某一成员国如何保护来源国为本国的作品无关。我国著作权法根据《伯尔尼公约》规定的各项权利限制条款均可适用于来源国为其他成员国的作品。《伯尔尼公约》授权成员国对作品的广播权规定限制时,要求该权利限制“应只在对此作出该规定的国家适用”,并非是指该权利限制只能适用于来源国为该国的作品,而是指对来源国为其他成员国的作品根据该权利限制进行广播之后,其他成员国在其境内没有将其视为合法广播的义务。《著作权法修改草案》第49条第2款将“播放作品法定许可”的适用范围限于“中国著作权人及其作品创作于中国的外国著作权人”,反映了对《伯尔尼公约》第11条之二第2款的误读,应予以删除。

**关键词:**权利限制 广播组织播放法定许可 制作录音制品法定许可 超国民待遇

### 一、引言

我国《著作权法》和《信息网络传播权保护条例》规定了对著作权的各种限制。在这些有关权利限制的条款中,只有将作品翻译成少数民族语言文字向境内少数民族提供,<sup>[1]</sup>以及通过信息网络向农村地区提供与扶助贫困有关和适应基本文化需求的作品<sup>[2]</sup>的规定在适用范围上受限,即仅适用于“中国公民、法人或者其他组织”的作品。这意味着其他权利限制条款对于中外著作权人是平等适用的。然而,在国务院法制办公室公开征求意见的《中华人民共和国著作权法修改草案》(以下简称“《著作权法修改草案》”)中,现行《著作权法》中的“播放作品法定许可”被施加了适用范围方面的新限制。

现行《著作权法》规定了两项针对广播权的法定许可,被称为“播放作品法定许可”。第43条规定:“广播电台、电视台播放他人已发表的作品,可以不经著作权人许可,但应当支付报酬。”第44条规定:“广播电台、电视台播放已经出版的录音制品,可以不经著作权人许可,但应当支付报酬。”《著作权

---

\* 华东政法大学教授,法学博士。本文系笔者主持的国家社会科学基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”(14ZDC020)的研究成果。

[1] 参见《著作权法》第22条第1款第(十一)项;《信息网络传播权保护条例》第6条第1款第(五)项。

[2] 参见《信息网络传播权保护条例》第9条。

法修改草案》将两条予以合并,成为第49条。<sup>[3]</sup>该条第1款规定:“广播电台、电视台依照本法第50条规定的条件,可以不经著作权人许可,播放其已经发表的作品……”与此同时,该条还设置了专门限制此项法定许可适用范围的第2款,该款的内容是:“本条规定适用于中国著作权人以及其作品创作于中国的外国著作权人。”这一限制并未出现在现行《著作权法》第43条和第44条之中,而是在《著作权法修改草案》中新增加的。如果该条得以通过,原先受到第43条和第44条中法定许可限制的外国作品,只要不是创作于中国,就不能再受到该项法定许可的限制。广播电台、电视台若要播放这类外国作品,必须事先获得其许可,否则就构成对其广播权的侵犯。

笔者臆测,之所以增加对“播放作品法定许可”在适用范围方面的限制,是起草者认为《伯尔尼公约》对此有明确要求。<sup>[4]</sup>《伯尔尼公约》第11条之二对“广播与相关权利”作出了规定。其中第1款为文学和艺术作品的作者规定了广播权,第2款则允许成员国对广播权作出限制,<sup>[5]</sup>其具体内容为:“行使前款规定的权利(即广播权—笔者注)的条件由本同盟成员国的法律规定,但这些条件应只在对此作出该规定的国家适用。”

起草者很可能认为《伯尔尼公约》第11条之二第2款在允许成员国对广播权作出限制的同时,要求其适用范围限于该成员国的作品,而不能延及源自其他成员国的作品。那么,起草者根据《伯尔尼公约》对“播放作品法定许可”在适用范围方面所作的限制是否具有合理性?

对这一问题的回答,涉及国内法规定的权利限制条款在何种条件下可以适用于外国作品的重大问题。它不仅与《著作权法修改草案》第49条第2款是否适当有关,也涉及到我国著作权法中各种权利限制条款对外国作品的适用,实属认真对待。本文试对此进行研究。

## 二、国际版权条约中权利限制条款的作用

我国《著作权法》中规定的各项权利限制条款能否适用于外国作品?对该问题的回答,首先取决于对国际版权条约与其成员国国内法关系,特别是国际版权条约中权利限制条款作用的理解。在我国加入的国际版权条约中,《伯尔尼公约》最为重要,它允许成员国在多种情况下对权利进行限制,成员国的著作权立法也往往是以《伯尔尼公约》的授权为依据规定对权利的限制的。这一点在我国体现得尤其明显,作为一个著作权立法起步不久的国家,我国《著作权法》中许多对权利限制的规定直接来源于《伯尔尼公约》。<sup>[6]</sup>

笔者认为,《伯尔尼公约》中有关权利限制的条款不应被解释为只允许成员国对本国作品进行权

[3] 这种合并是适当的,因为《著作权法》第43、44条的规定在很大程度上是重合的。第44条针对的是著作权人的作品已被录制为录音制品出版的情形,而已被录制为录音制品出版的作品,当然也属于“已发表的作品”。

[4] 国家版权局在《关于〈中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)〉》的说明中指出:“根据相关国际公约……将现行著作权法五类著作权法定许可进行调整……将广播电台电视台的两项法定许可合并为一项……同时明确规定法定许可的适用条件……”

[5] See World Intellectual Property Organization, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO: And Glossary of Copyright and Related Rights and Terms* para. BC-11bis. 22, 79 (WIPO Publication No. 891 (E)).

[6] 例如,在《著作权法》第22条规定的12种“合理使用”中,前6种直接以《伯尔尼公约》的规定为依据。第1种(私人复制)源于公约第9条第1款;第2种(合理引用)源于公约第10条第1款;第3种(时事新闻报道)源于公约第10条之二第2款;第4种(对特定时事性文章的使用)源于公约第10条之二第1款;第5种(使用公众集会上的讲话)源于公约第2条之二;第6种(教学使用)源于公约第10条第2款。

利限制。同时,国内法中对权利的限制,如果是以《伯尔尼公约》中的权利限制条款为依据的,也不应被解释为只能适用于本国作品。如果得出相反的结论,势必意味着《伯尔尼公约》规定权利限制条款的意义,仅在于要求各成员国以特定方式限制本国作品的著作权,这与国际版权条约的作用是不相符的。

对著作权的保护不仅具有地域性,<sup>[7]</sup>也体现了国家主权。地域性意味着一个国家为源自本国的作品规定的著作权,在他国并不能得到当然的承认和保护,除非两国的双边协定或共同参加的国际版权条约要求对方承担这样的义务。国家主权意味着任何国家都可以独立自主地处理本国内部事务和处理国家对外事务。<sup>[8]</sup>在著作权保护方面,国家主权体现在,对源自本国的作品,该国规定何种具体的权利,对该权利施加何种限制,以及通过何种法律程序加以保护,属于一国内部事务,完全由该国自行决定,他国无权干涉。国际版权条约则认同成员国对源自本国作品的著作权提供的保护水准属于该国内部事务,因此其并不会直接规定成员国应如何保护源自本国的作品以及如何限制该作品的著作权。国际版权条约的作用,只能是针对因著作权保护的地域性造成的作品无法享受跨国保护的问题,要求成员国对源自其他成员国的作品提供最低标准的保护。换言之,国际版权条约要解决的问题,从来都不是成员国应如何保护源自本国的作品,而是成员国应如何保护源自其他成员国的作品。<sup>[9]</sup>从权利限制的角度看,如果国际版权条约允许成员国规定一种权利限制,则这种权利限制必然适用于源自其他成员国的作品。国际版权条约没有必要,也不可能在允许成员国规定一种权利限制的同时,要求该权利限制只对本国作品适用。因为这样的授权性条款,等于是在告诉成员国如何在本国提供保护,这会使国际版权条约沦为干涉一国内政的工具,与其为作品的跨国保护提供最低标准的本质作用是不相符的。<sup>[10]</sup>

《伯尔尼公约》第5条第3款体现了国际版权条约的上述作用。该款规定:“在(作品)来源国的保护,由该国法律规定”。“(作品)来源国”(country of origin)对于已在成员国出版的作品而言,是指作品的首次出版国,对于未出版的作品或未在成员国首次出版的作品而言,是指作者作为其国民的成员国。<sup>[11]</sup>由于在多数情况下,一国国民会在本国首次出版其作品,因此源自本国的作品多数是该成员国国民的作品。为了叙述的简洁,下文将“源自本国的作品”简称为“本国作品”,将“源自其他成员国的作品”简称为“外国作品”。根据上述规定,《伯尔尼公约》成员国如何保护本国作品,完全由该国自行决定,与《伯尔尼公约》提供的保护和允许成员国规定的权利限制无关。因此,某一成员国完全可以对本国作品提供低于《伯尔尼公约》规定的保护水平,这并不会违反《伯尔尼公约》。在这种情况下,这些作品的作者无法享受《伯尔尼公约》规定的最低保护水平。<sup>[12]</sup>某一成员国只有在向外国作品

[7] 参见郑成思:《知识产权论》,法律出版社2003年版,第72-73页。

[8] 参见周鲠生:《国际法》,商务印书馆1981年版,第13页。

[9] 欧洲著名版权法学者、德国马普知识产权研究所的莱温斯基博士对此指出,双边条约和《伯尔尼公约》的基本目标都是对源于成员国的外国作品提供保护。See Silke von Lewinski, *International Copyright Law and Policy* para 5.01, 99 (Oxford University Press 2008).

[10] 实际上,国际法上的“不干涉内政原则”不仅是指国家在相互交往中不得以任何理由或任何方式,直接或间接干涉他国主权管辖范围内的一切内外事物,也指国际组织不得干涉属于成员国国内管辖的事项。参见梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2001年版,第67页。如何限制源于本国的作品的著作权,是《伯尔尼公约》成员国的内部事务,管理《伯尔尼公约》的世界知识产权组织当然也不能加以干涉。

[11] 参见《伯尔尼公约》第5条第4款。

[12] See Lewinski, *supra* note 9, at 110.

提供保护时,保护水平才不能低于《伯尔尼公约》的要求。世界知识产权组织编写的《伯尔尼公约指南》对此指出:“作品在来源国受到的保护,在作者是该国国民的情况下,完全由该国法律确定;公约不提供任何保护。”<sup>[13]</sup>

研究《伯尔尼公约》的公认权威著作《国际版权和邻接权:〈伯尔尼公约〉及其超越》更是作出了清楚的说明:“在(作品)来源国,该作品无权享受《伯尔尼公约》规定的最低保护水平……只要成员国对于以其他成员国为来源国的作品给予了《伯尔尼公约》要求的最低保护水平,该成员国可以向以本国为来源国的作品提供低于《伯尔尼公约》要求的保护水平。”<sup>[14]</sup>(着重号为原文所有)

对此,国际邻接权条约也提供了佐证。《世界知识产权组织表演与录音制品条约》和《视听表演北京条约》均有对“受益人”的规定,也即规定了受该条约保护的人。两条约的第3条均规定:“缔约各方应将依本条约规定的保护给予系其他缔约方国民的表演者和录音制品制作者。”(着重号为笔者所加)

虽然两大邻接权条约作此规定的角度与《伯尔尼公约》有差异,但具有异曲同工之效,也即国际版权和邻接权条约都与保护本国权利人无关,其作用在于对外国作品或相关客体提供保护。

由此可见,国际版权条约与国际人权条约的作用是存在差异的。一个国家对本国人权的保护,已不再被国际社会认为是纯粹的该国内部事务,而是应当达到一定的标准。国际人权条约可以直接对国家如何保护本国公民的人权提出要求。而缔约国的人权制度和保护机制必须达到国际人权条约所确立的最低标准。<sup>[15]</sup>换言之,国际人权条约要解决的问题,不仅是国家与国家之间的权利义务关系,还有国家与在其领土内和受其管辖的个人之间的权利义务关系。<sup>[16]</sup>一个国家根据国际人权条约承担的核心义务包括其“对其治下的人民或民族,个人或群体的承诺”。<sup>[17]</sup>例如,我国加入的《消除对妇女一切形式歧视公约》第7条要求缔约国采取一切适当措施,消除在本国政治和公众事务中对妇女的歧视,特别应保证妇女在与男子平等的条件下在一切选举和公民投票中有选举权,并在一切民选机构有被选举权。我国为履行条约义务,应当确保妇女有平等的选举和被选举权。这里的“妇女”当然是指具有中国国籍的妇女,即该公约要求我国以特定的水准保护我国妇女的人权。而国际版权条约并无类似的作用,在迄今为止与版权有关的条约中,只有2013年缔结的《关于为盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者获得已出版作品提供便利的马拉喀什条约》(以下简称“《马拉喀什条约》”)要求成员国为符合该条约规定的“盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者”规定对著作权的限制与例外,并不区分他们是本国人还是外国人。<sup>[18]</sup>但这正是因为该条约具有国际人权条约的性质,是为了实现《世界人权宣言》和《残疾人权利公约》对残疾人人权的保障而缔结的,<sup>[19]</sup>并非单纯的国际版权条约。

[13] 参见世界知识产权组织编:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南(附英文文本)》,刘波林译,中国人民大学出版社2002年版,第29页,第5.9段(英文文本)。

[14] Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* para. 6.53, 278 (2d ed., Oxford University Press 2006).

[15] 参见张伟:“国际人权条约与宪法的关系”,载《政法论坛》2013年第3期。

[16] 参见徐显明主编:《国际人权法》,法律出版社2004年版,第31页。

[17] 参见程晓霞:“国际人权条约缔约国义务与实施机制”,《法学家》2001年第3期。

[18] 参见《马拉喀什条约》第3条对“受益人”的规定。

[19] 《马拉喀什条约》的“序言”部分开宗明义地指出,“缔约各方回顾《世界人权宣言》和联合国《残疾人权利公约》宣告的不歧视、机会均等、无障碍以及充分和切实地参与和融入社会的原则……”

### 三、著作权法中权利限制条款的作用

既然国际版权条约中权利限制条款的作用在于使成员国限制外国作品的著作权,我国著作权法规定的权利限制条款只要符合《伯尔尼公约》等国际版权条约的要求,当然适用于外国作品。需要指出的是,虽然对外国作品进行权利限制要以国际版权条约为依据,但这种依据,并非仅限于国际版权条约中明文列举的允许成员国规定权利限制的条款。<sup>[20]</sup> 只要成员国规定的额外权利限制符合《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称“TRIPS 协定”)中的“三步检验标准”,仍然可以适用于外国作品。例如,我国《著作权法》第 22 条第 1 款第(十二)项规定“将已经发表的作品改成盲文出版”,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬。这并非是《伯尔尼公约》等国际版权条约明确允许成员国规定的权利限制,<sup>[21]</sup> 但它显然符合“三步检验标准”,因此同样可以适用于外国作品。再如,我国加入的另一国际版权条约《世界知识产权组织版权条约》(以下简称“WCT”)第 11 条要求各成员国提供对技术措施的保护,<sup>[22]</sup> 并没有明确允许对这种保护进行限制。但包括我国在内,各国在实施 WCT、修改本国立法的过程中,在对技术措施提供保护的同时,都规定了例外情形,即对保护的限制。<sup>[23]</sup> 这种限制当然也适用于外国作品。

与此同时,根据《伯尔尼公约》对国民待遇的要求,即外国作品的权利人在某一成员国的待遇,不应低于该国国民的待遇,<sup>[24]</sup> 我国《著作权法》中的权利限制条款不能仅适用外国作品,而不适用于本国作品,否则就意味着外国权利人在我国受到的权利限制较本国作品的权利人(我国国民)更多,导致其在我国的待遇低于我国国民的待遇。因此,我国《著作权法》根据《伯尔尼公约》规定的权利限制条款也适用于源自我国的作品。

如果某一成员国基于某种政策原因,在本国立法中对本国作品提供低于国际版权条约提供的保护水平,同时向外国作品提供了国际版权条约要求的保护水平,包括仅对本国作品施加了额外的权利限制,而没有对外国作品施加同样的权利限制,就会发生“超国民待遇”现象,也即本国国民在本国享受的待遇低于外国国民。这一现象的出现,正是由于各成员国对本国作品,完全依据本国法律提供保护,不受《伯尔尼公约》等国际版权条约的约束。

美国《版权法》第 411 条的规定,充分印证了上述结论。传统上,美国一直以版权登记作为作品受到美国《版权法》充分保护的前提。如果没有对作品进行版权登记,就不能提起版权侵权诉讼。该规定与《伯尔尼公约》有关著作权的行使无需任何手续的基本原则相悖,<sup>[25]</sup> 这也是美国曾经长期游离于

[20] 例如,虽然《伯尔尼公约》本身没有明确授权成员国对表演权规定权利限制,但在修订《伯尔尼公约》的斯德哥尔摩会议上,各国代表团都同意应允许所谓“非重大保留”(minor reservations),如在宗教仪式上对音乐作品的演奏等。See Ricketson & Ginsburg, *supra* note 14, at 830 - 835.

[21] 各国经过长期讨论之后,才于 2013 年缔结了为阅读障碍者规定权利限制的《马拉喀什条约》,且该条约尚未生效。

[22] WCT 第 11 条(关于技术措施的义务)规定:“缔约各方应规定适当的法律保护和有效的法律补救办法,制止规避由作者为行使本条约或《伯尔尼公约》所规定的权利而使用的、对就其作品进行未经该有关作者许可或未由法律准许的行为加以约束的有效技术措施。”

[23] 参见《信息网络传播权保护条例》第 12 条。

[24] 《伯尔尼公约》第 5 条第 1 款规定,对于本公约保护的作品而言,作者在作品起源国以外的任一成员国享有该国法律现在给予和今后可能给予其国民的权利,以及本公约特别授予的权利。

[25] 参见《伯尔尼公约》第 5 条第 2 款。

《伯尔尼公约》之外的重要原因。美国在加入《伯尔尼公约》之后,为了符合《伯尔尼公约》的要求,对其《版权法》第411条进行了修改,修改后的内容为:“除非已根据本法进行了版权登记或预登记,否则不能对侵犯美国作品版权的行为提起民事诉讼。”<sup>[26]</sup>(着重号为笔者所加)

根据美国《版权法》第101条的定义,“美国作品”对于已出版作品而言,是指在美国首先出版或同时在美国首次出版的作品;对于未出版作品而言,是指所有作者均为美国国民或在美国有惯常居所的作者的作品。由于上述美国《版权法》第411条仅适用于“美国作品”,这就意味着“非美国作品”的权利人在美国提起民事诉讼,无需以该作品已经进行过版权登记或预登记为前提。这样一来,与“美国作品”的权利人相比,“非美国作品”的权利人(大部分是其他成员国国民)在美国就获得了更好的待遇,由此形成了“超国民待遇”。<sup>[27]</sup>在我国著作权法的立法史上,也出现过“超国民待遇”。这是因为我国于1992年加入《伯尔尼公约》后,1990年颁布的《著作权法》必须适用于外国作品。但1990年《著作权法》提供的保护水平尚未达到《伯尔尼公约》的要求,同时对著作权的限制超出了《伯尔尼公约》允许的范围。如上文所述,1990年《著作权法》在适用于我国作品时,其与《伯尔尼公约》的差距并不构成对《伯尔尼公约》的违反,因为《伯尔尼公约》并不会干涉某一成员国对本国作品提供的权利保护和施加的权利限制,无论该保护和限制与《伯尔尼公约》的规定是否一致。但是,一旦将1990年《著作权法》适用于外国作品,基于该法与《伯尔尼公约》的差距,就会出现违反《伯尔尼公约》的后果。

正是在这样的背景下,为了使我国对外国作品的著作权保护符合《伯尔尼公约》,国务院颁布了《实施国际著作权条约的规定》,对于外国作品提供了1990年《著作权法》尚未规定的保护。例如,该《规定》第6条对外国实用艺术作品加以保护,而1990年《著作权法》尚未对实用艺术作品提供保护。同时,该《规定》排除了1990年《著作权法》中某些权利限制条款对外国作品的适用。例如,1990年《著作权法》第22条第1款第(十一)项规定:“将已经发表的汉族文字作品翻译成少数民族文字在国内出版发行”,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬。而《实施国际著作权条约的规定》第10条则规定:“将外国人已经发表的以汉族文字创作的作品,翻译成少数民族文字出版发行的,应当事先取得著作权人的授权”,即排除了1990年《著作权法》的上述规定对外国作品的适用。

由此,《实施国际著作权条约的规定》就导致了“超国民待遇”。当然,“超国民待遇”会引起国内权利人的不满,除非有特别理由,并不是一国立法者所追求的结果。颁布《实施国际著作权条约的规定》也仅是在《著作权法》修改之前的权宜之计,随着2001年《著作权法》的修改,《著作权法》对本国作品已按照《伯尔尼公约》的标准提供保护,“超国民待遇”现象大部分被消除了。

由此可见,如果某一成员国基于国内的现实需要,希望规定一项权利限制,但《伯尔尼公约》和其他国际版权条约并未授权成员国规定此项权利限制,同时成员国也担心:自行规定的该项权利限制难以符合“三步检验标准”,则在立法技术上采取的对策,就是将该项权利限制的适用范围,缩小至本国作品,对外国作品则不适用,由此刻意地造成“超国民待遇”。

我国现行著作权立法中的两条权利限制规定正是如此。《著作权法》第22条第1款第(十一)项

[26] 17 USC 411(a).

[27] 郑成思教授对此指出,“(那些以版权登记或加注版权标记为版权取得条件的国家)参加公约之后,不一定要修改本国的登记制或在国内法中删除加注标记的条款。只要它们把这些手续的要求仅限于本国国民,就不被看做违反了伯尔尼公约的自动保护原则”。郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社1997年版,第396页。在这些国家不修改立法的情况下,当然会产生“超国民待遇”现象。

规定：“将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行”，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬。《信息网络传播权保护条例》第9条规定：“为扶助贫困，通过信息网络向农村地区的公众免费提供中国公民、法人或者其他组织已经发表的种植养殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品”，适用法定许可。<sup>[28]</sup> 这两项权利限制的适用范围显然是本国作品，对外国作品并不适用。

这种“超国民待遇”的现象印证了上文的结论——国内法如何保护本国作品、对其施加何种权利限制，与国际版权条约无关。我国之所以允许未经许可，将本国作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行，是考虑到我国是多民族国家，汉族作者有义务“将汉族的科学文化知识介绍给兄弟民族，加速当地科学文化的发展”。<sup>[29]</sup> 同样的道理，向农村地区免费提供作品，是基于解决“三农”问题的国内公共政策，我国作者当然负有参与实施国家政策的责任。但是，在《伯尔尼公约》等国际版权条约没有授权成员国为帮助国内少数民族或贫困地区居民而规定权利限制的情况下，将国内法创设的这两项权利限制适用于外国作者，至少会产生其是否符合“三步检验标准”的疑问。<sup>[30]</sup> 因此，将这两项权利限制的适用范围限于本国作品，虽然产生了“超国民待遇”，但具有合理性。同时，由于这两项权利限制只适用于本国作品，与《伯尔尼公约》等国际版权条约是否允许，甚至是否明确禁止类似的权利限制毫无关系，因此完全无需考虑国际版权条约的规定。

上述结论，可用于分析《著作权法修改草案》第49条第2款的适当性。《伯尔尼公约》第11条之二第2款允许成员国对广播权的行使规定条件，也即授权成员国对广播权规定限制。如上文所述，《伯尔尼公约》将成员国对本国作品所提供的保护，完全交由该成员国决定。因此，《伯尔尼公约》该条款授权成员国对广播权规定的限制，必然是指成员国对外国作品在广播权方面规定的限制。如果我国立法者基于某种理由，希望仅对本国作品在广播权方面规定限制，其依据并不是，也不应当是《伯尔尼公约》第11条之二第2款。在这种情况下，立法者根本无需考虑《伯尔尼公约》或其他国际版权条约。换言之，只有在立法者决定对外国作品也在广播权方面施加限制时，才应当以《伯尔尼公约》第11条之二第2款为依据。因此，无论如何解释《伯尔尼公约》第11条之二第2款，该款的作用都不可能在于允许成员国仅对本国作品施加广播权方面的限制。

如果我国《著作权法》要在规定“播放作品法定许可”的同时，将其适用范围限于本国作品，只能认为该权利限制条款并不是以《伯尔尼公约》为依据制订的，以及其不符合“三步检验标准”，因此需要刻意地造成“超国民待遇”。而根据《著作权法修改草案》的起草者对草案的说明，将“播放作品法定许可”的适用范围限于本国作品，正是为了与《伯尔尼公约》保持一致。<sup>[31]</sup> 这一对国际版权条约与我国著作权法中权利限制条款作用的理解是不能成立的。只要承认“播放作品法定许可”是以《伯尔

[28] 严格地说，该条规定的权利限制并非“法定许可”，参见李明德、许超：《著作权法》，法律出版社2009年版，第108页。“法定许可”允许著作权人事先作出不得使用的保留声明，但在著作权人没有作出保留声明的情况下，符合条件的使用者即可径行以法定方式使用作品，此时著作权人是不能再提出异议、阻止他人根据“法定许可”而进行使用的。但本条规定：著作权人不但可以在公告之日起30日内提出异议，从而阻止提供其作品，而且可以在公告届满、网络服务提供者开始提供作品之后提出异议。而网络服务提供者不但应当立即删除作品，而且要支付使用期间的报酬。因此，本文将本条权利限制称为“准法定许可”。

[29] 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2011年版，第111页，以及姚红主编：《中华人民共和国著作权法释解》，群众出版社2001年版，第171页。

[30] 事实上，在《信息网络传播权保护条例》的起草过程中，“一些发达国家以及国际组织对为扶持设定的特别的制度持有不同意见，认为这种做法损害了权利人的利益”，张建华主编：《信息网络传播权保护条例释义》，中国法制出版社2006年版，第40页。

[31] 同注4引文。

尼公约》第 11 条之二第 2 款为依据规定的,则该项权利限制条款必然适用于外国作品。事实上,其他根据《伯尔尼公约》的该条款规定了广播权限制与例外的国家,也并没有将限制与例外的适用范围限于本国作品。<sup>[32]</sup>

2000 年由世界贸易组织(以下简称“WTO”)专家组裁决的“欧共同体诉美国案”从另一个侧面印证了上述观点。该案同样涉及到《伯尔尼公约》第 11 条之二“广播与相关权利”。《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款规定了三项与广播有关的权利,其中第三项是“许可通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具向公众传送广播作品”。据此,商场和超市等通过连接收音机的扩音器或通过大屏幕电视机,使公众能够欣赏到广播电台、电视台正在播出的作品,应当经过著作权人的许可。第 11 条之二第 2 款则允许成员国对广播权作出限制,即我国著作权法规定“播放作品法定许可”的依据。

美国《版权法》将该项广播权纳入了广义的表演权范围,同时美国在 1998 年修改《版权法》时,对该项权利作出了限制,形成了新的第 110 条第(5)款。其中(A)项规定:使用通常用于私人家庭中的单个接收装置播放广播电视节目,在法定情形下无需经过其中音乐版权人许可和付费。(B)项规定:经营者打开收音机或电视机播放广播电视节目,在法定情形下也无需经过其中音乐版权人许可和付费。<sup>[33]</sup>爱尔兰的音乐集体管理组织认为:该项权利限制违反了《伯尔尼公约》第 11 条之二的规定及 TRIPS 协定。欧共同体由此在 WTO 启动了争端解决程序,形成了著名的“欧共同体诉美国案”。<sup>[34]</sup>

从该争端的发生就能得出一个结论,美国《版权法》第 110 条第(5)款规定的权利限制,必然适用于外国作品,包括源自爱尔兰等欧洲国家的作品。如果该条只适用于本国作品,欧共同体也不可能对此提出异议,否则不就成了“干涉别国内政”了么?在此案中,欧共同体认为美国《版权法》第 110 条第(5)款规定的权利限制不符合《伯尔尼公约》第 11 条之二第 2 款的规定,但理由是其将第 11 条之二第 2 款解读为该款仅允许法定许可,即应保障作者能够获得合理报酬,而不允许剥夺作者的获酬权。欧共同体从未在这场争端中提出:美国《版权法》第 110 条第(5)款的问题在于将其规定的权利限制条款适用于外国作品。<sup>[35]</sup>

在本案中,专家组认为,《伯尔尼公约》第 11 条之二第 2 款的作用是允许成员国对广播权设立法定许可(需要向权利人支付报酬),但成员国也可以对广播权设定无需支付报酬的限制,只要这种限制符合 TRIPS 协定中的“三步检验标准”。<sup>[36]</sup>专家组最终认定美国《版权法》第 110 条第(5)款(A)项的规定符合“三步检验标准”,而(B)项则不符合。

根据“举重以明轻”的法律解释原则,规定无需向权利人支付报酬,显然比仅规定法定许可(需要向权利人支付合理报酬)对权利人的影响更大。既然美国《版权法》中对广播权作出的无需向权利人支付报酬的权利限制可以适用于爱尔兰作品,对广播权规定的法定许可又怎么可能只适用于本国作品,而不能适用于外国作品呢?

[32] 参见《意大利著作权法》第 52 条、《日本著作权法》第 34 条第 1 款和《埃及著作权法》第 169 条。

[33] 17 USC 110(5)(B)。

[34] 参见 WTO 专家组的报告, *The Report of the Panel on United States — Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R。

[35] *Id.* at para. 6.85.

[36] *Id.* at para. 6.87 – 6.88.

#### 四、著作权法中权利限制条款对作品跨境流通的影响

我国著作权法根据《伯尔尼公约》规定的权利限制条款当然适用于外国作品。那么,为什么《著作权法修改草案》的起草者一方面承认草案第49条“播放作品法定许可”是根据《伯尔尼公约》第11条之二第2款制订的,另一方面又否认该项法定许可适用于外国作品呢?

笔者认为,这与起草者未能区分《伯尔尼公约》中各类权利限制条款对作品跨境流通的不同影响有关。而这种不同影响,是通过权利限制条款中的特定用语加以体现的。在《伯尔尼公约》规定的各种权利限制条款之中,第11条之二第2款对广播权的限制,以及第13条第1款对音乐作品机械复制权(即音乐作品著作权人许可录音制作者将其音乐作品录制为录音制品的权利<sup>[37]</sup>)的限制,在用语上别具一格。这两条一方面允许各成员国自行规定行使广播权和机械复制权的条件,即允许成员国对广播权和机械复制权进行限制,另一方面又规定:成员国规定行使广播权和机械复制权的条件“只在作出该规定的国家适用”。

第11条之二第2款的具体内容为:“行使上款规定的权利(即广播权—笔者注)的条件由本同盟成员国的法律规定,但这些条件应只在对此作出该规定的国家适用。”

第13条第1款的具体内容为:“对于音乐作者及歌词作者(该歌词作者已允许将歌词与音乐一起录制)享有的许可对其音乐和歌词进行录音的专有权利,任何成员国都可以自行规定保留和行使的条件,但这些保留和条件应只在对此作出规定的国家适用……”

除了这两条之外,《伯尔尼公约》中其他允许成员国规定权利限制的条款并不包含这种权利限制“只在作出该规定的国家适用”的用语。这种用语上的差异,显然引起了《著作权法修改草案》起草者的注意。起草者应当是将“只在作出该规定的国家适用”理解成了“只对作出该规定的国家的本国作品适用,而不能对外国作品适用”。具体到《伯尔尼公约》第11条之二第2款允许成员国对广播权所作的权利限制,起草者将其相应地理解为:该条虽然允许我国对广播权设定法定许可,但该法定许可只适用本国作品,而不能适用于外国作品。因此,《著作权法修改草案》第49条第2款才将“播放作品法定许可”的适用范围限于“中国著作权人及其作品创作于中国的外国著作权人”。这一理解是否适当,就成为《著作权法修改草案》第49条第2款是否适当的前提。

这一理解不仅与《伯尔尼公约》的作用明显不符(上文已作论述),也与《伯尔尼公约》第11条之二第2款的文字表述相冲突。《伯尔尼公约》第11条之二第2款的规定——成员国规定行使广播权的条件“只在作出该规定的国家适用”明显是对地域范围的限定,也即该权利限制在哪一地域内适用,<sup>[38]</sup>而不是对作品来源的限定,也即该权利限制适用于源自哪一国家的作品。<sup>[39]</sup>

那么,为什么起草者会对该条款作出与其字面含义明显不符的理解呢?这可能是因为该条款的字面含义表面上显得多此一举。因为任何国内法都只能在本国适用,著作权法当然也不例外。如果《伯尔尼公约》上述规定的含义是一个成员国对广播权规定的限制只能在该国适用,这样的规定不是

[37] See Mihaly Ficsor, *Collective Management of Copyright and Related Rights* 49 (WIPO Publication No. 855(E), Geneva 2002).

[38] 《伯尔尼公约》原文:These conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed, 其落脚点是在“countries”。

[39] 否则,《伯尔尼公约》原文应改为:These conditions shall apply only to works whose countries of origin are in the countries where they have been prescribed, 其落脚点应改为“works”。

多余的么?换言之,即使没有该款规定,任何成员国对著作权作出的限制,当然只能在该国法域内适用,而不能在其他国家适用,《伯尔尼公约》第11条之二第2款规定对广播权的限制——“只在作出规定的国家适用”还有什么意义呢?

笔者认为:《伯尔尼公约》第11条之二第2款和第13条第1款强调某一成员国对广播权和机械复制权规定的限制只能在该国适用,仍然是有价值的,且反映了这两条与其他权利限制条款对作品跨境流通的不同影响。任何成员国根据《伯尔尼公约》规定权利限制条款后,使用者据此对作品的利用,可能在本国地域之外产生影响,如作品的复制件流入其他成员国,或一个广播电台、电视台对作品的广播能够在其他成员国被接收。在这种情况下,《伯尔尼公约》的起草者要考虑是否允许这种对作品的跨境利用。

《伯尔尼公约》允许成员国规定的各种权利限制条款可大致分为两类:一类纯粹是为了实现公共利益,另一类则兼顾特定产业的利益。<sup>[40]</sup>前者包括:对作品的合理引用(第10条第1款),在出版物、广播或录音录像制品中使用作品进行教学示例(第10条第2款),复制和传播有关经济、政治和宗教的时事性文章(第10条之二第1款)和报道时事新闻时对作品的使用(第10条之二第2款)等。

由于这些权利限制是为了实现公共利益,《伯尔尼公约》采取了较为宽松的立场,一方面并不要求成员国必须规定法定许可,而是允许成员国规定使用者无需支付合理报酬,另一方面,只要成员国规定的权利限制符合《伯尔尼公约》要求的条件,在该成员国根据该项权利限制条款,未经许可利用外国作品时,对于这种利用在其他成员国的影响,其他成员国必须容忍。例如,我国《著作权法》第22条第1款第(四)项规定:“报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章”,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但作者声明不许刊登、播放的除外。该条是根据《伯尔尼公约》第10条之二规定的。<sup>[41]</sup>假设我国的一本期刊未经许可转载了新加坡作者在报纸上首发的有关我国当前经济形势的时事性文章,只要新加坡作者在首发时没有声明不许刊登,即使新加坡未在其立法中规定相同的权利限制,<sup>[42]</sup>当该期刊从中国出口至新加坡时,新加坡不能根据《伯尔尼公约》第16条有关成员国可以扣押侵权复制品的规定,将该期刊视为作品的侵权复制品而予以扣押。<sup>[43]</sup>

由此可见,对于《伯尔尼公约》中允许成员国规定的为实现公共利益的权利限制,各成员国作出相应的规定后,根据此类权利限制条款产生的新作品、复制品或广播等,可以在其他成员国流通。换言之,其他成员国对于此类权利限制条款在其境内产生的影响,应当予以接受。

《伯尔尼公约》允许成员国规定的第二类权利限制条款则涉及特定产业的利益,其中包括对广播权的限制(第11条之二第2款)和对音乐作品机械复制权的限制(第13条第1款)。前者的受益人为

[40] See Lewinski, *supra* note 9, at 153.

[41] 该条第1款规定:“本同盟各成员国的法律可以允许报刊复制,以及在向公众进行的无线广播或有线传播中利用已在报纸、期刊上刊登的有关经济、政治或宗教的时事性文章,或具有同样性质的广播作品,但以作者对这种复制、无线广播或有线传播并未明确予以保留的为限”。

[42] 《伯尔尼公约》第10条第2款并未强制要求成员国规定该权利限制,只是允许成员国作出此项规定。

[43] 《伯尔尼公约》第16条第1款规定,对于作品的侵权复制品,在作品受法律保护的本同盟成员国应予扣押。当然,未经许可将该期刊进口至新加坡销售有可能侵犯新加坡作者的进口权。See Article 32 of Singapore Copyright Act. 但这与本文讨论的问题无关。

广播组织,即广播电台和电视台,后者的受益人为录音制品制作者,即唱片公司。这两种限制并非单纯地服务于公共利益,而是考虑了广播组织和录音制品制作者的利益,使其可以较为便利地利用作品。<sup>[44]</sup>

由于此类权利限制条款涉及产业利益,《伯尔尼公约》对其采取了较为严格的立场。对于广播组织播放作品,以及录音制品制作者使用音乐作品制作录音制品,均要求作出权利限制的成员国确保著作权人获得合理的报酬,即只允许成员国将这两种限制设计为法定许可。更为重要的是,在该成员国根据此类限制条款利用外国作品时,对于这种利用在其他成员国的影响,《伯尔尼公约》并未要求其他成员国予以容忍,这就体现在“(成员国规定的行使权利的)条件应只在对此作出规定的国家适用”的用语。换言之,根据此类权利限制条款形成的作品跨境流通,其他成员国可以阻止。

以《伯尔尼公约》第13条第1款为例,其允许成员国对音乐作品的机械复制权进行限制。我国《著作权法》第40条规定:“录音制作者使用他人已经合法录制成为录音制品的音乐作品制作录音制品,可以不经著作权人许可……”该条被称为“制作录音制品法定许可”,它对外国音乐作品的适用,正是以《伯尔尼公约》第13条第1款为依据的。<sup>[45]</sup>假设新加坡某词曲作者创作的音乐作品已经在我国被合法地录制成为录音制品出版,我国某唱片公司根据我国《著作权法》第40条“制作录音制品法定许可”的规定,未经该新加坡作者许可,自聘歌手将该音乐作品重新演唱之后,制作了新的录音制品出版,并依法向该新加坡作者支付了报酬。虽然该唱片公司的行为在我国完全合法,但《著作权法》第40条对外国作品的适用,必须受到《伯尔尼公约》第13条第1款有关“(成员国规定的行使音乐作品机械复制权的)条件应只在对此作出规定的国家适用”的限制,这就意味着该唱片公司根据《著作权法》第40条制作的录音制品一旦从中国出口其他成员国,使该录音制品合法化的条件就消失了。此时其他成员国没有义务将其视为合法的录音制品,而可以认为其是音乐作品的侵权复制品。《伯尔尼公约》第13条第3款对此明确规定:根据本条第1款制作的录音制品,如果未经有关当事人许可而进口到视其为侵权录制品的国家,可予扣押。

从《伯尔尼公约》第13条第3款的规定中可以推出一个结论:“(成员国规定的行使音乐作品机械复制权的)条件应只在对此作出规定的国家适用”并不是指该项限制只适用于本国作品,而不能适用于外国作品。否则,第13条第3款的规定就会变得毫无意义。因为只有某一成员国对音乐作品机械复制权规定的限制(如我国《著作权法》第40条规定的“制作录音制品法定许可”)适用于外国作品,据此制作的录音制品进口至其他成员国时,才有可能在其他成员国被视为侵犯其作者著作权的“侵权录制品”并遭到扣押。由此可见,《伯尔尼公约》第13条第1款中“(成员国规定的行使音乐作品机械复制权的)条件应只在对此作出规定的国家适用”,是指使未经许可利用音乐作品制作录音制品的行为合法化的条件,仅在规定该权利限制条款的国家适用,一旦据此制作的录音制品进入其他成员国,该合法化条件即不存在了,该录音制品可被视为侵权录制品。换言之,根据该条款制作的录音制品的跨境流通受到了限制。

在一部立法中,相同的用语应当有相同的含义。《伯尔尼公约》第11条之二第2款在允许成员国

[44] See Lewinski, *supra* note 9, at 165-166.

[45] 参见刘春田主编:《知识产权法》,中国人民大学出版社2014年版,第104页。

对广播权规定限制时,使用了同样的用语——“这些条件应只在对此作出该规定的国家适用”。基于第13条第1款中相同用语的含义,“这些条件应只在对此作出该规定的国家适用”是指那些使未经许可在广播电台、电视台播放作品的行为合法化的条件,仅在规定该权利限制条款的国家适用。我国《著作权法》以该条为依据规定的“播放作品法定许可”并非只适用于中国作品。相反,它可以适用于外国作品。只是对于我国的广播电台、电视台根据该条款未经许可播放外国作品的合法性,其他成员国没有予以承认的义务。例如,通过短波频率,许多国家都可以接收到中国国际广播电台的广播节目。假设新加坡词曲作者在新加坡首次出版了其音乐作品并授权新加坡某唱片公司将其录制成CD发行。根据《著作权法》第44条规定的法定许可机制,中国国际广播电台要在“音乐欣赏”栏目中播放这张CD,不必获得新加坡词曲作者的许可,只是应当向其支付法定许可费。但是,假设新加坡没有规定类似的“播放作品法定许可”,则中国国际广播电台的广播节目在新加坡落地时,其未经许可对新加坡音乐作品的广播就失去了合法性,其应当通过集体管理组织另行获取广播权的许可。<sup>[46]</sup>

由此可见,将《伯尔尼公约》第13条第2款中“这些(限制行使广播权的)条件应只在对此作出该规定的国家适用”理解为“对广播权的限制只适用于该国的作品”是对该条款的误读。《著作权法修改草案》第49条第2款以符合《伯尔尼公约》的要求为目的,将“播放作品法定许可”的范围限于“中国著作权人以及其作品创作于中国的外国著作权人”是不适当的。

与此同时,《著作权法修改草案》第49条第2款将该项法定许可对外国人的适用范围限于“其作品创作于中国的外国著作权人”还反映了另一对《伯尔尼公约》的误读。即使退一步说,“这些(限制行使广播权的)条件应只在对此作出该规定的国家适用”确实是要求该法定许可“只对源自该国的作品适用”,“源自该国的作品”与“在该成员国创作的作品”也不是一回事。如前文所述,根据《伯尔尼公约》第5条第4款的规定,“(作品)来源国”对于已在成员国出版的作品而言,是指作品的首次出版国,对于未出版的作品或未在成员国首次出版的作品而言,是指作者作为其国民的成员国,与作品在哪一成员国创作无关。假设一名韩国人在我国创作了作品,但在美国首次出版,则该作品的来源国是美国,如果该作品没有出版,则该作品的来源国是韩国。只有在该作品在中国首次出版的情况下,该作品的来源国才是中国。《伯尔尼公约》第5条第3款规定:在(作品)来源国的保护,由该国法律规定。如果外国人的作品来源国不是中国,在将《伯尔尼公约》第11条之二第2款中“这些(限制行使广播权的)条件应只在对此作出该规定的国家适用”理解为“只对源自该国的作品适用”的情况下,“广播组织播放法定许可”根本就不应适用于该作品。

## 五、结语

《著作权法修改草案》第49条第2款如果获得通过,就意味着我国著作权人在广播权方面享受的待遇低于外国著作权人(“其作品创作于中国的外国著作权人”除外),从而形成了新的“超国民待遇”。这同时意味着2010年才开始实施的《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》对多数

[46] 需要指出的是,《伯尔尼公约》第11条之二第3款授权成员国对广播组织为播放作品而进行临时性录制规定权利限制,这也是基于特定产业——广播组织的利益。但由于这种复制具有技术性和附带性,没有独立的经济价值,《伯尔尼公约》并不要求对此作出权利限制的成员国确保著作权人获得合理报酬。同时,只要由此产生的复制件符合法条规定,就不可能在其他成员国出现,因此《伯尔尼公约》没有规定该项权利限制“应只在对此作出规定的国家适用”。

外国著作权人不再适用,因为该《办法》的基础就是现行《著作权法》第44条针对已被制作为录音制品的作品规定的“播放作品法定许可”,而第44条并未将该项法定许可的适用范围限于“中国著作权人及其作品创作于中国的外国著作权人”。根据《著作权法修改草案》第49条第2款,广播电台、电视台在播放绝大多数外国著作权人的作品时,必须直接获得其许可,或者与相关的集体管理组织就获得许可的条件进行谈判,这对于刚刚开始向著作权人支付法定许可费的广播电台、电视台而言,影响之大是不言而喻的。在《伯尔尼公约》允许成员国对外国著作权人的广播权规定法定许可的情况下,我国《著作权法》优待多数外国著作权人的做法实不可取。因此,建议删除《著作权法修改草案》第49条第2款,使“播放作品法定许可”平等地适用于源自中国和其他《伯尔尼公约》成员国的作品。

### **The Application of Limitations of Copyright in the Copyright Law to Foreign Works: Also on the Revision of the Statutory License to Broadcast Works**

Wang Qian

**Abstract:** Berne Convention and other international copyright treaties require member countries to grant protection to works that originate from other member countries, but international copyright treaties have nothing to do with how a member country protects a work that originates from this member country. When Berne Convention permits member countries to impose conditions on the broadcasting right, it requires that “these conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed”. It does not mean that the restrictions can only apply to works that originate from the countries where the restrictions have been prescribed. On the contrary, it means that when a member country broadcasts a work that originates from another member country in accordance with the restrictions, other member countries do not have an obligation to treat the broadcast as a lawful one when they receive such a broadcast. Based on the misunderstanding of Article 11bis (2) of Berne Convention, the second paragraph of Article 49 in the Draft of Revision on China Copyright Law restricts the scope of application of the statutory license on the right of broadcasting to “Chinese copyright owners and foreign copyright owners whose works are created in China”. That provision should be deleted from the Draft.

**Keywords:** limitations of copyright; statutory license to broadcast works; statutory license for making sound recordings; super national treatment

(责任编辑:丁洁琳)

# 加拿大魁北克国际私法评析

## ——兼论中国《涉外民事关系法律适用法》之完善

郑佳宁 [加]金艺海(Gerald Goldstein)\*

**摘要:**加拿大魁北克国际私法与中国法律适用法均兼具传统与创新的鲜明特色。本文以《魁北克民法典》第十卷“国际私法”为蓝本,按照从一般规则到人法、物法、债法的具体规范的顺序对二者进行比较研究,认为魁北克国际私法在立法体例、基本原则的规定、冲突规范类型的确立、连接点的选择以及相关概念的界定等方面,更符合尊重当事人自由意志、保护民商事关系中特殊人群的利益和维护交易秩序与公共秩序之间平衡的基本观念。同时,在肯定中国法律适用法努力创新的基础上,对其基本制度和相关规则进行了反思与评述,以期有助于中国法官和学者明确处理涉外民事法律关系的具体标准,同时也为中国构建开放和现代化的国际私法提供新的思路。

**关键词:**法律冲突规范 魁北克民法典 涉外民事关系法律适用法 比较研究

现行的加拿大《魁北克民法典》在1991年进行了大幅修改后于1994年正式实施,其中在第十编加入了国际私法的内容,该编包含四章涉及50多项法律冲突规范,近年来还增添了一些新的规则,例如民事主体的合并和有价证券。<sup>[1]</sup> (以下将加拿大魁北克的冲突规范统称为“魁北克国际私法”)魁北克国际私法的立法价值体现为以下几个方面:一是魁北克国际私法以魁北克省多元化文化为根基,兼采大陆法与普通法之长,在立法中吸收与借鉴了两者的经验,力图在一部法律中实现相互的融合与平衡。二是魁北克国际私法作为《魁北克民法典》的组成部分,必须注意和民法法系传统的衔接,自从在圣劳伦斯河畔建立魁北克居住地以来,魁北克省一直完好保留着民法法系的法律传统。<sup>[2]</sup> 三是魁北克国际私法属于晚近制定的法律冲突规范,充分体现了国际私法统一化运动的成果,<sup>[3]</sup>以成文法典化的方式作为法律冲突规范,20多年来在实践中得到认可和执行,满足了魁北克涉外民事法律关系的现实需要。

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》于2011年正式生效实施,该项法律明确规定了与国际民商事领域有关的具有涉外因素的法律适用规范;2012年中国最高人民法院出台了《最高人民法

---

\* 郑佳宁,中国政法大学民商经济法学院副教授,法学博士,加拿大蒙特利尔大学客座教授;金艺海(Gerald Goldstein),加拿大蒙特利尔大学教授,加拿大司法部国际私法咨询委员会顾问,《魁北克民法典》国际私法部分立法专家组成员。本文系2014年中国政法大学青年教师学术创新团队资助项目“中国民法典的根基与周边”(2014CXTD05)的研究成果。特别感谢中国政法大学中加法律研究中心中方主任中国政法大学焦杰教授、加方主任加拿大蒙特利尔大学副校长 Guy Lefebvre 教授为本文的研究工作提供的资助和支持。

[1] Art. 3090, Art. 3108 Code civil du Québec. Voir C. EMANUELLI, Droit international privé québécois, Montréal, Wilson et Lafleur, 3ème éd., 2011; JurisClasseur Québec, vol. Droit international privé, Lexis Nexis, 2012.

[2] 焦杰等:《魁北克商法》,中国政法大学出版社2014年版,第15-16页。

[3] 魁北克国际私法在制定时参照了加拿大于1968年加入海牙国际私法会议和罗马统一国际私法协会后新加入的国际私法公约。

院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下称为“2012年司法解释”),对具体适用中的一些问题进行了解释。(以下将中国的冲突规范统称为“中国法律适用法”)有关调整中国涉外民事关系的这些法律冲突规范相较于1986年的《中华人民共和国民法通则》中的简单规则,<sup>[4]</sup>有了长足的进步。中国法律适用法充分借鉴了欧美立法和国际公约的先进经验,尤其是1980年的罗马《合同之债法律适用公约》、1989年的《瑞士联邦国际私法》等,体现了中国作为国际社会的一个重要成员,以更加包容、开放的姿态参与全球民商事活动的决心和信心。

从属性上看,加拿大魁北克国际私法与中国法律适用法均是成文法,即均以成文法明确规定法律适用规范,并且同样包含多元的法律文化背景,在涉外民事领域出现民法与普通法的融合现象。从结构上看,两者均具备一套与冲突规范相关的法律规定,可以分为两个层次:首先是一般规则;其次是法律适用的具体规定,旨在处理人的主体资格、财产、债权、婚姻继承等方面产生的各类问题。由此,对加拿大魁北克国际私法的深入研究,有助于促进中国涉外民事关系法律适用法的进一步完善。

## 一、一般规则

自中世纪以来,在国际私法中,我们将各类涉外民事法律关系归为人法、物法、债法和程序法,魁北克国际私法仍然忠实于传统的表述。<sup>[5]</sup>中国法律适用法目前采取了独立的立法模式,共设七个章节,<sup>[6]</sup>以中国国际私法立法权威学者的观点来看,中国法律适用法的体系不够严谨。<sup>[7]</sup>这可能是由于目前中国民法体系本身存在很多争议造成的,比如是否应当设置债法总论,人格权是否应该独立成章,知识产权与传统民法的关系如何协调?实体法内在逻辑关系的不清晰势必带来法律冲突规范体系的混乱,这一切有待未来中国新的统一民法典去解决。<sup>[8]</sup>基于法律系统化和现代化的目标,魁北克国际私法和中国法律适用法均采纳了一些一般性的规定,包括强制性规定、识别等问题,从而为与解决法律冲突相关的具体规定提供一个概念框架。应当说,中国法律适用法尝试了不少制度的创新,其中首要的创新就是在第一章“一般规则”中将意思自治作为解决法律冲突的主要原则,但这样的创新能否达到预想的效果,还需作进一步的比较分析:

### (一)意思自治原则

中国法律适用法规定了意思自治原则,<sup>[9]</sup>旨在维护当事人的可预见性,将意思自治作为开篇立

[4] 《中华人民共和国民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”。

[5] 《魁北克民法典》第十编“国际私法”分为四章:第一章“一般规则”作为调整国际私法整体法律制度的总则部分;第二章“法律冲突”划分为四节,即第一节“人法”(包括人权和家庭法)、第二节“物法”(包括物权、继承、信托和证券)、第三节“债法”(包括合同、侵权责任、证据和时效)和第四节“程序法”;第三章“国际管辖权”和第四章“承认执行外国判决及外国管辖权”。

[6] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》共有七章,具体为第一章“一般规则”;第二章“民事主体”;第三章“婚姻和家庭法”;第四章“继承法”;第五章“物权法”;第六章“债权法”和第七章“知识产权法”。

[7] 中国国际私法学者黄进教授认为,中国法律适用法“在结构体系和逻辑顺序方面有不当之处,如‘知识产权’一章不应放在‘债权’之后,而应放在‘物权’一章之后,‘债权’一章之前。又如,将仲裁协议的法律适用放在‘民事主体’一章内规定也是不恰当的”。黄进:“中国涉外民事关系法律适用法的制定与完善”,载《政法论坛》2011年第3期,第12页。

[8] 中国统一民法典的制定已经提上日程。2014年《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,加强市场法律制度建设,编纂民法典,制定和完善发展规划、投资管理、土地管理、能源和矿产资源、农业、财政税收、金融等方面法律法规,促进商品和要素自由流动、公平交易、平等使用。

[9] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第3条的规定。

意的一个原则,不可不说是创新,证明了中国法律适用法尊重涉外民事法律关系当事人的自由意志的决心。相比之下,魁北克国际私法的做法仅仅将当事人自由选择适用法体现在具体规则上,并没有将当事人的自由选择权上升为原则性的规定。

然而,中国法官和学者需要注意的是当事人的自由选择权应当是有条件的。一方面,自由选择适用法律的案件类型应当被冲突规范明确限定。如魁北克国际私法规定,在合同义务上当事人享有自由选择权;夫妻财产协议可以适用意思自治;自由选择权还可以运用在遗嘱继承和信托法律关系中。<sup>[10]</sup> 虽然中国法律适用法在法律冲突的具体规则中也有明确表述,<sup>[11]</sup>但是意思自治原则性的规定还是很容易让人推导出任何涉外民事法律关系都可以由当事人自由选择适用法律的推断。<sup>[12]</sup> 故魁北克国际私法的做法更有利于确保当事人的可预见性,明确规定在何种具体情况下可以选择适用法律,而不是笼统的采纳一般规则。另外,魁北克国际私法对意思自治的态度还有一个更深层次的考虑,就是民法体系的完整性,意思自治应当体现在依人的意志去创设自己的权利义务,主要适用在合同、婚姻、遗嘱领域。

另一方面,即使赋予了当事人的自由选择权,亦需要遵守冲突规范中的某些限制性法律规则。《魁北克民法典》在第一章“一般规则”里注意到了这个问题,明确规定根据某些特定目的必须强制适用魁北克现行法律;如果外国法的适用导致与国际公认的公共秩序相背离的结果,应被排除适用。<sup>[13]</sup> 另外,在第三章债法中规定如果法律行为不具有任何涉外因素,则应适用在没有当事人选择的情况下应当适用的国家的法律中的强制性规定。<sup>[14]</sup> 虽然《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》在“一般规则”中规定了强制性规则和公共秩序保留条款,并在2012年司法解释中规定了法律规避行为的无效。<sup>[15]</sup> 但是中国法官和学者需要明白的是,意思自治原则的边界取决于限制性的法律规则,只有明确其内容,才能真正实现当事人的自由选择权。显然,从立法上看中国法律适用法还更多地停留在对本国法的关注上,并没有把限制性的法律规则放到国际社会的舞台上去思考,比如没有对规避外国法行为的效力作出规定,比如对公共秩序的理解仅限于损害中国的社会公共利益,而在这一问题上魁北克国际私法的规定更有前瞻性。

## (二) 强制性规则

限制性法律规则中最核心的一项是强制性规则,即在调整涉外民事法律关系时,国家所制定的具有强制力的法律规范可以绕过法律选择规范直接适用于该涉外民事法律关系,其重要性毋庸置疑。

[10] Art. 3098, Art. 3111, Art. 3122 Code civil du Québec.

[11] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第16条(代理)、第17条(信托)、第18条(仲裁)、第24条(夫妻财产关系)、第26条(协议离婚)、第37条(动产物权)、第38条(运输中动产物权)、第41条(合同)、第44条(侵权责任)和第49条(知识产权转让和许可使用)。

[12] 尽管《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》对这一规定进行了修补,第6条规定中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律,当事人选择适用法律的,人民法院应认定该选择无效。但是,何种“法律”可以明确规定当事人选择准据法?仍然是日后争议的问题。并且这样的规定,实际上使《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第3条的规定被架空,某种程度上也会撼动《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》在调整涉外民事关系法律冲突问题上的权威性。

[13] Art. 3076, Art. 3081 Code civil du Québec.

[14] Art. 3111 Code civil du Québec.

[15] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第4条、第5条的规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第11条的规定。

魁北克国际私法采纳了强制性规则,<sup>[16]</sup>《魁北克民法典》规定可以通过魁北克内部的强制性法律条文解决法律冲突,而无需使用法律冲突规范,这样的强制性规定被称为“直接适用的法”。中国法律适用法也是如此,<sup>[17]</sup>根据2012年司法解释,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第4条可以作同样的理解,无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定。<sup>[18]</sup>不过魁北克国际私法在促进国际合作方面,比中国法律适用法走得更远一些,根据密切联系原则,外国国家颁布的强制性规定也可以适用,只要有关情况与该国有密切联系。<sup>[19]</sup>相较而言,中国法律适用法在这方面无法提供给外国强制性规则以相同待遇,面向国际社会开放的程度不高。

另外,让人比较困惑的是如何理解《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第4条中的强制性规则?中国立法机关的专家针对强制性规则这样解释:第一,强制性规则是相对于任意性规则而言的,允许当事人自主决定、选择适用的法律都不属于强制性规则。第二,强制性规则既表现在实体规范中,也表现在程序规范包括冲突规范中,“直接适用”的强制性规则主要是实体规范中的强制性规则。第三,强制性规则既表现在刑法、行政法和经济法中,也表现在民商事法中。但是,民商事法中的强制性规则并非都属于涉外民事关系适用法第4条中的强制性规则。<sup>[20]</sup>2012年司法解释将强制性规则的范围具体为劳动者权益、食品公共卫生安全、环境安全、金融安全、反垄断反倾销等几种情形。<sup>[21]</sup>但上述解释的范围仍然十分宽泛,比如法官是否有权在个案中认定2012年司法解释中的兜底条款,比如此处的强制性规定是指效力性强制规定,还是也包括管理性强制规定?<sup>[22]</sup>在这个问题上,我们没有获得明确的答案。

## 二、人法的冲突规范

人法的目的系为了解决民商事法律关系中最重要核心——人的问题,包括人权和家庭关系,这是民法法系民法人文主义精神的体现。《魁北克民法典》在第十编第二章第一节中严格遵循这一理念围绕着人的民事能力、婚姻、夫妻分居、亲子关系和抚养义务展开。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对应的章节为第二章和第三章,基本涵盖了上述魁北克国际私法中人法部分的调整内容,但是其划入的信托、仲裁和夫妻财产关系明显超越了人法的调整范畴。

[16] Art. 3076, Art. 3079 Code civil du Québec.

[17] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第4条的规定。

[18] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条的规定。

[19] Voir Gerald Goldstein, «La condition incertaine des lois de police étrangères et du secret bancaire en droit international privé québécois», *Rev. Barreau can.*, (1997) 76, pp. 449-473.

[20] 王胜明:“涉外民事关系法律适用法若干争议问题”,载《法学研究》2012年第2期,第190页。

[21] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条的规定。

[22] 根据最高人民法院《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。这是中国法上减少行政干预、尊重合同自由的一项重要改革。国际合同是涉外民事法律关系中的重要内容之一,虽然中国最高人民法院的法官在对中国法律适用法的解释中认为,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第4条中的强制性规定与合同法中的效力性强制性规定无关,但是其理由不足以让人信服。参见高晓力:“最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》解读”,载《法律适用》2013年第3期,第42页。

### (一) 人法的连结点

出于移民输入的需要、魁北克省自身法律地位以及与《魁北克民法典》的衔接,在魁北克国际私法中,有关人法的冲突规范原则上取决于人的住所,自然人的身份和能力由其住所地确定,这是《魁北克民法典》在人法部分总则性的规定。<sup>[23]</sup>《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第11条、第12条阐述了自然人的权利能力和行为能力应当遵循经常居所地法,开启了国际私法领域以经常居所地为人法基本连结点的先河。<sup>[24]</sup>这是中国法律适用法在人法上的根本性选择。根据中国法律适用法,有关人格权、结婚条件、结婚手续、夫妻人身关系、协议离婚、收养、扶养、监护等具体问题均适用经常居所地的连结点。<sup>[25]</sup>人法冲突规范的连结点至关重要,体现了立法者在国际民商事活动往来中的态度,值得在评析人法具体规则之前认真讨论。

我们认为,中国法律适用法的尝试有值得肯定的地方,从现实主义的出发点观察,经常居所地是人们惯常居住的地点,符合国际交往频繁的现代社会中自然人以自己的生活中心开展民事活动的需要。然而,从经常居所地的法律实践来看,若以其作为人法的基本连结点,还有些问题值得斟酌。首先,经常居所地的概念厘清是中国法官和学者必须先行解决的问题。自从“经常居所地”的概念诞生以来,争论就没有停止过,有的学者认为是事实概念,有的学者认为是法律概念,还有的学者从法律目的说上进行解释。<sup>[26]</sup>根据中国法律适用法2012年司法解释,中国法官似乎更倾向于通过法律概念说,从居住期间上对“经常居所地”概念进行界定。<sup>[27]</sup>不过,2012年司法解释仍存在一些表述不清晰的地方,如何理解“连续居住”,临时离开经常居所地度假是否会阻断居住期间?“一年以上”的时间是否过于短暂,这样可能会导致滥用居所作为连结点的情况,比如当事人任意改变其居所地以达到利用某国法律之目的。其次,“经常居所地”与中国现行民法中已经采用的“住所”概念需要进行良好的协调。由于中国实行严格的户籍制度,“住所”概念在中国民商事法律规范中十分常见。比如《中华人民共和国民法通则》以自然人的户籍所在地的居住地为住所,同时考虑到自然人有迁徙的可能,经常居住地与住所不一致的以经常居住地为住所。又如《中华人民共和国个人所得税法》基于税收的需要,将在中国境内有住所,或者无住所而在境内居住满一年的自然人视为居民纳税人。<sup>[28]</sup>

[23] Art. 3083 Code civil du Québec.

[24] 本文认为中国法律适用法使用的“经常居所地”一词应当与“惯常居所地”同语。“惯常居所地”(habitual residence)作为人法的连结点于1955年在海牙《关于解决本国法和住所地法冲突的公约》中被提出,用于解决国籍与住所地之间的冲突,该连结点在20世纪70年代被广泛适用于国际公约和各国国际私法立法当中,如1970年海牙《关于承认离婚与司法别居的公约》、1988年海牙《死者遗产继承法律适用公约》等,主要用来解决家庭关系中的离婚、继承、儿童保护等问题。不过,如同中国法律适用法一般,将经常居所地作为整个人法的基本连结点,特别是在自然人的权利能力和行为能力上完全放弃国籍法或住所地法,在国际私法领域当属首创。

[25] 在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的52个条文中,涉及“经常居所地”的有25个条文,其中有的为唯一连结点,如第11条;有的为首要连结点,如第21条;有的为选择连结点,如第29条。足见中国法律适用法采用经常居所地法的决心。

[26] See David F. Cavers, *Habitual Residence: A Useful Concept?* 21 Am. U. L. Rev. 475 (1972). Peter Stone, *The Concept of Habitual Residence in Private International Law*, 29 Anglo-Am. L. Rev. (2000).

[27] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第15条的规定。

[28] 《中华人民共和国民法通则》第15条的规定;最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释(试行)》第9条的规定;《中华人民共和国个人所得税法》第1条的规定。

可见,“经常居所地”与“住所”、“经常居住地”的概念既有重合又有不同,难免带来司法实践的混淆,<sup>[29]</sup>同时对未来中国民法典的统一也是一种挑战,应当引起重视。此问题如果处理不当有可能让中国法律适用法有关经常居所地的改革回到原点。

## (二) 人权法的具体规范

人权是人之所以成为人的主体性要素,天赋人权,人权不是法律的授予,而是法律的确认。经济发展水平不同、历史文化背景不同,人们面临的人权问题自然有所差异,但是法律对于人的尊重和保护的应该是一致的。基于对人权保护的开放性思维,魁北克国际私法中没有对人权法的内容做过多制度化的安排,由《魁北克民法典》第3083条涵盖了所有关于自然人的身份和能力问题,即将人权的冲突规范纳入住所地法。中国法律适用法显然更希望强调一些具体问题的解决,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第13条规定了宣告失踪或宣告死亡,第15条规定了人格权内容的具体规则,正如上文所述,同样适用经常居所地法。不过,中国法律适用法的这种做法,从立法技术上来看过于繁琐冗长,反而容易在司法实践中给法官造成不必要的麻烦。

比较中国法律适用法和魁北克国际私法有关人权法的具体规范,有两个细节问题需要关注:

第一,关于行为地法的适用。传统上认为,自然人的行为能力受自然人的生长环境影响颇深,其行为举止是否合法得当,由其属人法调整最为适宜;然而随着国际民商事交往的频繁,为了保护交易地的效率与安全,在当地企业紧迫的需求下行为地法已经成为了自然人行为能力的重要例外规则,将一个人的法律行为融入交易地所在正常社会生活的法律体系当中。<sup>[30]</sup>中国法律适用法<sup>[31]</sup>和魁北克国际私法<sup>[32]</sup>都承认了这一规则,即无民事行为能力人依照行为地法为有民事行为能力的,适用行为地的法律。不过,《魁北克民法典》适用行为地法有一个重要的前提条件就是交易相对人必须是善意的,这是重述法国法司法判例的精神,要求交易相对人应当是“没有轻信、没有疏忽,并且心怀善意”。<sup>[33]</sup>因此,当交易相对人明知或应知其为无民事行为能力人时,自然人可以以其住所地的法律对抗行为地的法律,主张自己没有行为能力。中国法律适用法上对这个问题没有区分规定,体现出立法者对交易相对人的主观心态考虑不够。

第二,关于法人的连结点。两者都在人法中规定了法人的连结点,基于民法中法人设立的准则主义,《魁北克民法典》第3083条规定,法人的身份和能力根据法人设立登记地的法律确定,这个连结点亦被中国法律适用法所采纳。<sup>[34]</sup>但是,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条在承认

[29] 从中国的民事诉讼法来看,中国国内法院的管辖原则上采用住所地,与中国现行民法制度相一致。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第21条第1款规定,对公民提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖;被告住所地与经常居住地不一致的,由经常居住地人民法院管辖。

[30] Voir J. A. TALPIS et J. - G. CASTEL, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Presses de l'université Laval, 1993, pp. 837 - 839.

[31] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第12条的规定。

[32] Art. 3086 Code civil du Québec.

[33] 魁北克国际私法在立法时参照了1861年法国最高法院审理的李扎特案件。该案案情如下:22岁的墨西哥公民李扎特先生在巴黎珠宝店购买了一批珠宝,按照法国法律,李扎特先生已经成年,但是按照墨西哥法律25岁才是成年年龄。法国最高法院认为,珠宝商没有能力查明墨西哥法律,因此珠宝商被认定为“没有轻信、没有疏忽,并且心怀善意的”,所以裁判该案件适用行为地法。Cass. Req., 16 janvier 1861, Lizardi, D. P. 1861. I. 193, S. 1861. I. 305 (note Massé).

[34] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条的规定。

设立登记地的同时又规定,如果法人主营业地与登记地不同,法官也可以选择适用主营业地的法律,而法人的经常居所地为其主营业地。中国法律适用法的这一规定明显过于假设,忽略了法人活动的特殊性,人为拟制出法人的经常居所地这一选择方向,让人不易理解。我们认为,法人是私法上具有权利能力的财产组织体,其法人地位的赋予离不开一个国家的立法政策,为了法人资格的稳定性,不应再对其身份、组织机构和股东权利义务等设立时已经确定的事项进行重新审查。中国法律适用法的做法会给外国公司、基金会等法人进入中国开展国际业务带来相当的困扰。这里不妨效仿魁北克国际私法的做法,直接规定法人的活动适用其行为地法,要求法人遵守其活动地点的交易法律和习俗。<sup>[35]</sup> 而中国法律适用法采用经常居所地可能会增加裁判的复杂程度,一来法官根据什么情形进行选择适用;二来如何判断法人的“主营业地”?要知道,现今民商事活动具有全球性、流动性等特点,法人的活动内容、地点、频次亦呈现出多元化的趋势,判断其主要活动实在是很难完成的任务。<sup>[36]</sup>

### (三) 家庭法的具体规范

家庭是人类社会最基本的单位,无论是以共同生活为目的的男女两性的结合,还是父母与子女之间的自然或拟制的血亲关系,都深受经济发展、社会环境、人口状况、宗教民俗等因素的影响,呈现出各相迥异的法律制度。中国有句俗语“清官难断家务事”,更何况是“涉外家务事”。近年来随着国际人口的流动性增强,涉外家庭关系的法律冲突也日益突出。可以看出,中国法律适用法与魁北克国际私法在家庭法问题上都小心翼翼地选择与其经济政治文化制度相适应的冲突规范。

从涉外婚姻方面来看,两者均区分了婚姻的实质条件和形式条件。在婚姻的形式条件上,魁北克国际私法和中国法律适用法都运用了结果导向规则,<sup>[37]</sup>以促进身份关系的确立,通过多个连结点指向多部法律,法院只需依据其中一个连结点所指引的法律即可认定民事身份关系的有效成立。<sup>[38]</sup>然而,在婚姻的实质条件上,相对于中国法律适用法采取可替代的冲突规范的做法,<sup>[39]</sup>魁北克国际私法的规定更为严格,意即必须同时遵循结婚当事人双方自然人身份的法律。<sup>[40]</sup>我们认为,魁北克国际私法的做法更为可取,一来严格的实质条件可以防止欺诈婚姻等情形的发生,二来中国法律适用法采取“共同”的认定标准,将增加司法实践中确定法律适用的难度。

从夫妻的人身关系方面来看,中国法律适用法采用共同经常居所地、共同国籍国的连结,依次进行选择适用;<sup>[41]</sup>魁北克国际私法采用共同住所地、共同居所地、最后共同居所地、婚姻缔结地的连结,依次进行选择适用。<sup>[42]</sup>两者均将夫妻的人身关系合理地归入所处社会的真实法律环境当中,有助于避免民俗之间不必要的摩擦。中国法律适用法的特色在于可以适用共同国籍法,这里我们不得不提出两点疑问:一是适用共同国籍法可能会引发正义问题。例如,这是否意味着中国法官可以同

[35] Art. 3083 Code civil du Québec.

[36] 这里还有一个问题需要提示,中国法律适用法“营业地”的说法似乎并不标准,特别是针对非营利性的法人而言,不存在营业活动和营业场所的问题,建议采用“行为地”或者“营业地、办事机构所在地”更为妥帖。

[37] Art. 3088 Code civil du Québec. 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第22条的规定。

[38] 张丽珍:“论《涉外民事关系法律适用法》的实质正义取向”,载《中国海洋大学学报》(社会科学版)2011年第2期,第49页。

[39] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第21条的规定。

[40] Art. 3088 Code civil du Québec.

[41] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第23条的规定。

[42] Art. 3089 Code civil du Québec.

意对妻子采用具有歧视性质的外国法,并要求其对丈夫具有服从义务,或者允许丈夫在一夫多妻制婚姻的情况下与多名妻子共同生活呢?<sup>[43]</sup> 二是缺乏对没有共同国籍情形下的具体制度安排。虽然在这种情况下,可以根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第2条规定的精神,适用与夫妻人身关系有最密切联系的国家的法律。但是这样一来,连结点的不可预测性就增加了。相比较来说,魁北克国际私法的处理方式尊重夫妻人身关系事实的发生,始终确保婚姻关系的效力有一个确定的连结点。<sup>[44]</sup>

从涉外离婚方面来看,根据中国法律适用法的规定,<sup>[45]</sup> 诉讼离婚适用法院地法,规定比较简单。有关离婚的冲突规范并未规定在魁北克国际私法的条文中,事实上,该解决方案来源于加拿大联邦法律中的判例法,后来又变成了《加拿大离婚法》第3条的规定,即自提起诉讼一年起,将权限赋予夫妻一方经常居所地所在省的加拿大法院;如果诉讼期间夫妻双方均未居住在加拿大,则任何加拿大法院均不得判决离婚。<sup>[46]</sup> 该规定的优点在于,离婚诉讼不再受“原告就被告”的约束,并有效地排除了当事人择地起诉的风险。至于协议离婚,魁北克国际私法中没有涉及,这里不再进行比较。不过,按照中国法律适用法的规定,<sup>[47]</sup> 中国婚姻登记机关处理涉外离婚运用外国法为当事人办理协议离婚时,可能需要配备素质比较高的法律和外语专业人员。

从涉外家庭关系方面来看,两者均坚持了保护弱者利益的原则。以亲子关系、监护为例,根据中国法律适用法的相关规定选择适用有利于保护未成年子女权益的法律。<sup>[48]</sup> 魁北克国际私法亦规定亲子关系适用子女出生时落实的最有利于子女的法律连结点,监护适用被监护人住所地的法律以保障被监护人的利益。<sup>[49]</sup> 两者选择的连结点虽然有所差别但目的都是一致的,中国法律适用法灵活性强,意在追求保护子女的最佳结果;魁北克国际私法更加严格,希望快速落实对子女的保护并给予稳定的保障。所以两者各有千秋。

跨国收养是涉外家庭关系中的重要内容,对此中国法律适用法<sup>[50]</sup> 和魁北克国际私法<sup>[51]</sup> 的规定都非常严格,即收养的条件和手续要遵循原住国和收养国的法律。不过,一个问题需要注意的是,由于

[43] Jianing Zheng et Gerald Goldstein, « Analyse comparative de la loi chinoise de 2011 portant sur les conflits de lois à la lueur du droit international privé québécois », *Rev. J. Thémis*, (2014) 48, p. 356.

[44] Voir G. Goldstein, Commentaires sur le Code civil du Québec, Le droit international privé (art. 3176 à 3133 C. c. Q.), Y. Blais, 2011, par. 3088 550 et s.

[45] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第27条的规定。

[46] Loi sur le divorce, L. R. C. (1985), c. 3 (2ème suppl.).

[47] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第26条规定,协议离婚,当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律。当事人没有选择的,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律;没有共同国籍的,适用办理离婚手续机构所在地法律。《魁北克民法典》第十编中没有协议离婚的相关规定。

[48] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第25条、第30条的规定。

[49] Art. 3091, Art. 3093 Code civil du Québec.

[50] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第28条的规定。

[51] 对于收养问题,规定在《魁北克民法典》第3092条,根据该条文,同意收养子女的相关规则遵循住所地法,而收养效力则应依据收养人的住所地法确定。该条文没有考虑收养条件的准据法,不过可以从《魁北克民法典》第565条中推断出收养条件原则上取决于收养人的住所地法。然而,1993年5月29日在海牙通过并于2006年1月1日对魁北克生效的《跨国收养方面保护儿童及合作公约》,被收养人应当遵循其住所地法和收养人住所地法,从而导致冲突规范的累加,也就是说,目前在魁北克收养的条件适用被收养人的住所地法和收养人的住所地法。

中国是跨国收养主要的儿童来源国之一,<sup>[52]</sup>严格的收养冲突规范将会加大收养中国儿童的难度。假设两名同性养父母收养子女,如果养父母的经常居所地位于允许此类收养的国家或地区(例如魁北克),但是收养子女的经常居所地(例如中国)的法律禁止此类收养,则收养无效。同时,有的中国学者还指出,这样的规定也不利于未来中国养父母收养外国子女。<sup>[53]</sup>

### 三、物法的冲突规范

《魁北克民法典》第十编第二章第二节“物法”除了规范物权本身之外,还延伸到物的继承移转和信托移转。自19世纪以来,物之所在地法一直是物法的核心法则,统一适用于不动产和动产;但是逐渐在物的移转上不同程度地承认了意思自治原则。魁北克国际私法正是沿用了这样的做法,认为物权及公示应当适用“物之所在地法”,根据继承或信托的方式发生物的移转时可以适用意思自治原则。中国法律适用法在这个问题上作出了一个大胆的尝试,将当事人的自由意愿引入物法的动产物权法律关系当中。我们认为,随着国际民商事往来的蓬勃发展,在物法领域内一定程度地承认意思自治原则是值得肯定的,但是物法调整的毕竟是物权的基本法律关系,仍然应当遵守民法中物权法定原则和物权公示原则。

#### (一) 物法的连结点

物之所在地在物法的连结点上占有基础地位,代表作为物权对世效力产生决定性影响的客观空间,物权对第三人的经济利益和社会经济秩序都有直接关系,其种类和内容等均应由本国法律明确规定。因此,《魁北克民法典》第3097条在物法篇的一般规则中开宗明义地规定,物权法及其公示应遵循所在地法律。当然,魁北克国际私法同时注意到了物法领域内产生的移动冲突问题。移动冲突是指影响冲突规范的事实要素随着时间变化而产生的法律冲突,其带来的后果是同一法律关系指向了不同的准据法,为了解决移动冲突带来的不确定性,应当选择固定化的时间来确定唯一的准据法。<sup>[54]</sup>《魁北克民法典》第3097条规定,移转中财产的物权应由其目的地国家的法律确定。实践中,魁北克法官还对这一规则作了进一步解释,认为移转中的物在合同订立时已经确定了其目的地,不会因为途中出现了某些特别原因,如诉讼期间无法正常移转,而发生法律适用上的改变。<sup>[55]</sup>

中国法律适用法坚持了不动产物权适用不动产所在地法,然而,却对动产物权安排了新的解决方案,即允许当事人协议选择动产物权适用的法律。<sup>[56]</sup>中国立法者和学者普遍认为赋予当事人动产物权的选择权,体现了私法自治精神的渗透,避免了同一交易中物权和债权的法律割裂,促使物权冲突

[52] 根据美国国务院2014年3月发布的《跨国收养2013年度报告》(FY 2013 Annual Report on Intercountry Adoption)和美国国务院的相关统计数据,1999年至2013年美国共收养中国儿童71632名,在最高峰的2005年曾达到7903名。2013年美国共收养中国儿童2306名,占美国全年跨国收养儿童总人数的33.5%,即每3名被收养的儿童中就有1名来自中国。See FY 2013 Annual Report on Intercountry Adoption, available at [http://travel.state.gov/content/dam/aa/pdfs/fy2013\\_annual\\_report.pdf](http://travel.state.gov/content/dam/aa/pdfs/fy2013_annual_report.pdf), visited on 12 Jan. 2015.

[53] See Zhengxin HUO, « Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law », *Rev. J. Thémis*, (2011) 45, pp. 637-666.

[54] Voir G. Goldstein et É. Groffier, *Traité de droit civil, Droit international privé*, tome I, Y. Blais, 1998, n° 90 à 92.

[55] Voir H. P. Glenn, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Presses de l'université Laval, 1993, n° 27.

[56] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第36条的规定。

规范和债权冲突规范趋于一致。<sup>[57]</sup> 结合魁北克的经验和中国的民法体系,我们认为该观点应当进行适当修正:第一,不设限制的动产物权的意思自治会对一国的物权管辖造成冲击。《中华人民共和国物权法》采用了严格的物权法定原则,<sup>[58]</sup> 无论是所有权、用益物权还是担保物权都应由法律创设,否则不能发生物权法上的效果。在这样的民法背景下,我们很难想象中国可以接受依据外国法创设的新物权,比如中国禁止流通的药品或文物的所有权。2015年热议的追索荷兰德伦特博物馆保管的中国失窃的“肉身坐佛”就是一个最好的例子。<sup>[59]</sup> 第二,不设限制的动产物权的意思自治不利于对第三人利益的保护。物权具有很强的对世效力,如果允许当事人滥用物权的创设,会严重损害第三人的利益。中国有的学者似乎希望通过区分双方物权争议和三方物权争议来修正这一问题。<sup>[60]</sup> 该观点值得高榘。物权作为绝对权本身具有对世性,必须通过物权公示才能对抗第三人,是物权原理的应有之义而不涉及三方当事人的所谓争议。为此我们强调,当事人之间可以约定动产物权的取得或丧失,但是当事人对动产物权的约定不得对抗第三人。

## (二) 继承的具体规范

加拿大魁北克国际私法和中国法律适用法都规定了法定继承制度,即动产继承适用死亡时被继承人的属人法,不动产继承适用不动产所在地法。<sup>[61]</sup> 将所有动产的法定继承拟制为统一地点,可以避免适用若干部法律的冲突(如果这些财产位于不同国家);但是,如果涉及同一被继承人位于不同国家的不动产和动产,则会出现法定继承适用若干法律的现象。这样一来涉外继承变得更加复杂,不利于现实的需要,因此,应当寻求一个确保仅适用一部继承法的解决方案。1988年海牙《死者遗产继承法律适用公约》第5条和第6条关于继承适用法的规定,<sup>[62]</sup> 就是希望通过允许被继承人通过订立遗嘱,选择全部遗产包括动产和不动产适用的唯一法律。

《魁北克民法典》亦采纳了此种观点,根据第3098条的规定,允许被继承人选择准据法。当然,这种选择权属于有限的选择权。一方面,被继承人只能在国籍国、订立遗嘱时或死亡时的住所地以及不动产所在地(仅针对该不动产)的法律中进行选择。另一方面,禁止被继承人利用遗嘱规避某些强制性规定,如保护其配偶或子女利益的规定,或者规避其他性质相同的规定,如某些特殊家庭财产的处分限制。<sup>[63]</sup> 中国法律适用法没有明文允许被继承人通过遗嘱选择准据法,正如前文所述,按照2012年司法解释的规定,<sup>[64]</sup> 当事人自由选择准据法的情形必须由法律明文规定,而《中华人民共和国继承

[57] 黄进、姜茹娇:《〈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年版,第208-209页。杜涛:“论物权国际私法中当事人意思自治原则的限度——兼评《涉外民事关系法律适用法》第37条”,载《上海财经大学学报》2012年第5期,第33-34页。

[58] 《中华人民共和国物权法》第5条的规定。

[59] 葛江虹:“追索在荷‘肉身坐佛’之私法路径”,载《东方法学》2015年第3期,第98-111页。

[60] 宋晓:“意思自治与物权冲突法”,载《环球法律评论》2012年第1期,第84-85页。

[61] 具体而言,关于动产的法定继承,魁北克国际私法适用被继承人的最后住所地法,中国法律适用法适用被继承人的经常居所地法;关于不动产的法定继承,均适用不动产的所在地法。See Art. 3098 Code civil du Québec.《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第31条的规定。

[62] Convention de La Haye du 20 octobre 1988 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, Recueil des conventions (1951-2003), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, M. Kluwer, doc. N° 32, p. 338, (1988) 77 Rev. Crit. d. i. p. 807.

[63] « Successions internationales », dans *Jurisclasseur de droit québécois*, volume Droit international privé, par P. - C. Lafond et G. Goldstein (éd.), 2012.

[64] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第6条的规定。

法》并没有作出这样的规定,<sup>[65]</sup>遗嘱自由受到了根本的限制,不利于按被继承人的生前愿望进行财富的传承。

中国法律适用法主要把重点放在了遗嘱继承的方式和效力的具体问题上。<sup>[66]</sup>我们认为,这种复杂的解决方案将造成具体适用的模糊点,遗嘱效力的定义是什么,是否包括遗嘱能力?一旦遗嘱效力被否定,无疑会导致法定继承程序的启动,从而彻底抛弃被继承人自由处分其财产的意愿。针对遗嘱的成立问题,《魁北克民法典》作了如下规定:法律行为的成立适用行为地法律;同时该法律行为不会失效,只要其根据行为内容(合同的意思自治)、物之所在地或者当事人一方住所地的法律而成立;如果是遗嘱法律行为,其成立还可以适用遗嘱人订立遗嘱时或者死亡时住所地或者国籍国法律。<sup>[67]</sup>这是魁北克国际私法的一贯态度,用创设更多连接点的方式尽可能地承认遗嘱的有效性,以便在继承法律关系上适用单一的规则,避免在同一继承中产生债务的不公平清偿。

### (三) 信托的具体规范

信托是为实现财产的移转和管理而设计的特殊法律制度,委托人基于对受托人的信任,将其财产权中的管理权和处分权移转给受托人,由受托人为受益人的利益或者特定的目的而行使。关于信托的冲突规范,至关重要是确保设立信托的自由意志和可预见性,因此1985年海牙《关于信托的法律适用及其承认公约》允许当事人选择适用的法律。<sup>[68]</sup>魁北克国际私法遵循《关于信托的法律适用及其承认公约》的做法,允许由法律行为明示或默示指定应当适用的法律。<sup>[69]</sup>中国法律适用法亦规定,当事人可以协议选择信托适用的法律。<sup>[70]</sup>首先需要明确的是有关当事人的范畴。设立信托的委托人可以选择适用的法律,信托制度本身就是赋予委托人以最大限度支配自己财富的自由。同时,其他当事人也有权参与该选择,信托关系除了委托人之外,还包括受托人和受益人;由于受益人往往存在能力的欠缺及不确定性的可能,<sup>[71]</sup>确保让其参与选择法律似乎不太现实,因此需要关注的是受托人选择法律适用的权利。在魁北克设立意定信托时,通常情况下委托人并不允许受托人参与最初的选择,但是在信托期间受托人可以有条件地享有更改准据法的权利,例如选择的法律通过立法途径发生变更并且不再符合信托设立时委托人的预期。而在中国,从信托实践来看,受托人很容易利用格式合同文本或者行业监管政策来排除委托人选择法律的自由意志,如何保证委托人的选择准据法的权利,可能需要中国法官结合实际情况来裁判。

在当事人没有选择法律或者选择法律失败的情况下,两者均采用了《关于信托的法律适用及其承认公约》关于依据最密切联系原则确立准据法的规定。魁北克国际私法严格遵循1985年海牙公约提出了与信托有最密切联系法律的相关因素(信托管理地、信托财产所在地、受托人居住地或信托设立

[65] 无论是《中华人民共和国继承法》第36条规定的涉外继承,还是最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》,都没有赋予被继承人选择法律的自由。

[66] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第32条、第33条的规定。

[67] Art. 3109 Code civil du Québec.

[68] Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, Recueil des conventions (1951 - 2003), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, M. Kluwer, doc. N° 30, p. 312, (1986) 75 Rv. Crit. d. i. p. 770.

[69] Art. 3107 Code civil du Québec.

[70] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第17条的规定。

[71] 根据信托法的原理,受益人可能是欠缺民事行为能力的人;另外,受益人可以放弃信托受益权,委托人在特定情况下也可以变更受益人,如受益人侵害委托人或其他受益人。

地、信托的目的及其目的实现地)。中国法律适用法仅规定了两个因素:信托财产所在地和信托关系发生地,从法律适用的逻辑上讲,信托关系发生地应为信托设立地,即为书面形式的信托合同订立地或者受托人以其他书面文件承诺信托的所在地。<sup>[72]</sup>从中国权威学者的解释可见,中国法律适用法在规范信托的连结点上没有考虑信托管理和信托目的两个因素,而我们认为这两个因素是不可忽略的。信托管理涉及信托当事人的主要权利和义务,信托管理地的法律往往会对某信托管理的事项进行强制性的规定;信托目的在信托法律关系中处于核心地位,决定着信托条款的解释问题,比如是否对受托人的处分方式进行限制等。信托不仅包括与物法有关的冲突规范,也会引起与债法或人的能力有关的冲突问题。<sup>[73]</sup>为此,我们建议中国法律适用法应当借鉴魁北克国际私法的做法,对信托的效力、管理及解释采用分割原则,<sup>[74]</sup>给予信托法律关系更多可供选择的连结节点,比较简便的做法是对“信托关系发生地”进行扩大化解释。

#### 四、债法的冲突规范

《魁北克民法典》第十编第二章第三节“债法”严格按照债法的体系进行编写,首先规定的一般规则系为解决债的基本法律关系而设计,包括法律行为的形式和内容,适用于随后具体规范中所有债法关系,包括合同、侵权、无因管理和不当得利。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对应的第六章“债权”同样规定了上述内容,但是体系略显松散。债法以任意性规范为主,给个人提供了广泛选择的机会,按照自己的意愿设定法律关系。国际私法理应允许当事人自由选择债法的冲突规范,使当事人明了并遵守各自的权利义务,维护国际民商事活动的稳定和秩序。魁北克国际私法和中国法律适用法都在债法冲突规范的意思自治上进行了努力和尝试。

##### (一) 合同的一般冲突规范

同现代国际私法的普遍实践一样,魁北克国际私法和中国法律适用法均采纳了合同冲突规范的双规则:当事人选择其合同适用的法律(即主观连结节点);在没有选择的情况下,适用与相关情况最密切联系的法律(即客观连结节点)。<sup>[75]</sup>不过,在一些具体规则上,魁北克国际私法比中国法律适用法的相关规定更加开放和务实。

首先,魁北克国际私法在当事人选择法律的内容和范围上比中国法律适用法更宽泛,体现在允许以默示的方式选择法律和允许当事人在国内合同中约定适用外国法。这表明了魁北克立法者对私法自治和契约精神的高度推崇。《魁北克民法典》第3111条规定,无论是否包括涉外因素,法律行为均应遵循当事人明示或默示约定的法律。虽然《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第41条也

[72] 黄进、姜茹娇:同注57引文,第89页。

[73] See D. W. M. Waters, *Law of Trust in Canada* 1123-1128 (2d ed., The Craswell Company Ltd. 1984).

[74] Art. 3107, Art. 3108 Code civil du Québec.

[75] « Règles générales contractuelles de conflit de lois », dans *Jurisclasseur de droit québécois*, Fascicule 26, volume Droit international privé, par P. - C. Lafond et G. Goldstein (éd.), 2012.

规定了当事人的意思自治,但根据对该法第1条和2012年司法解释的分析,<sup>[76]</sup>可以看出选择准据法仅限于国际合同。我们认为,合同冲突规范的核心理念在于尊重当事人的意志自由,如果当事人出于种种期待愿意在国内合同中约定并服从外国法律,国际私法没有限制的必要,让当事人自由处分其权利即是对当事人最好的保护。当然,约定适用外国法的目的必须正当,不能为了规避本国的强制性规定,因此《魁北克民法典》第3111条规定,如果没有任何涉外因素,当事人应当遵守在没有约定情况下所应适用的国内法的强制性规定。

其次,关于合同冲突规范的意思自治原则有一个重要的讨论,就是能否采用“分割规则”,即允许当事人选择同一合同中各类问题的若干适用法,如对合同的订立、效力、履行等约定不同的适用法。《魁北克民法典》第3111条赞同了“分割规则”,明确规定当事人可以选择适用于整个法律行为的法律,也可以选择仅适用于法律行为某一部分的法律,而中国法律适用法对这个问题没有进行明确规定。至于在选择法律时,当事人是否可以选习惯法(如商事惯例),魁北克的学者没有达成一致意见,分为绝对主观主义(允许选择)和温和主观主义(禁止选择)两种,<sup>[77]</sup>从国际民商事活动的需要来看,我们支持第一种观点。

再次,在当事人没有约定或者约定法律无效时,两者都规定了客观连结点,但是在对客观连结点的判断上,魁北克国际私法多了一项债务人居所地法的优先规则。根据《魁北克民法典》第3113条的规定,最符合合同特征的一方债务人居所地法,如果是公司则为其营业期间的机构所在地法,被认为是最密切联系的法律。事实上,《魁北克民法典》第3112条和第3113条阐述了一种逻辑关系,即在确定最密切联系地法时优先适用债务人的居所地法;只有合同履行特征导致当事人的权利义务比较均等,或者在某种特定情况下无法确定合同的履行重点,才会对其他密切相关因素进行分析。显然,中国法律适用法没有采纳这样的优先规则,而是将债务人的经常居所地与其他因素放在同一位阶进行衡量。我们认为,优先适用债务人的居所地法有利于明确合同主要义务的履行规则,使债务人的行为被合同履行地的经济环境所认可。

最后,正如前文所述,合同的冲突规范由《魁北克民法典》中的债法的一般规则规定,因此该一般规则适用于所有债法关系,其中包括夫妻财产关系,即夫妻之间可以对财产关系的法律适用进行自由约定。<sup>[78]</sup>相比之下,中国法律适用法的做法略显保守,仅允许当事人在经常居所地法、夫妻一方的国籍法或主要财产地法这三项预选法律中进行选择。<sup>[79]</sup>我们认为,魁北克国际私法在这一问题上的做

[76] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第1条规定,为了明确涉外民事关系的法律适用,合理解决涉外民事争议,维护当事人的合法权益,制定本法。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第1条规定,民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。

[77] Voir G. Goldstein, Commentaires sur le Code civil du Québec, Le droit international privé (art. 3176 à 3133 C. c. Q.), Y. Blais, 2011, par. 3111 560.

[78] Art. 3122 civil du Québec.

[79] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第24条规定,夫妻财产关系,当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律。根据第24条的规定可以看出,中国法律适用法允许夫妻财产关系的意思自治是有限制的,没有摆脱最密切联系原则的束缚,特别是第三个连结点“主要财产”,如果财产空间比较分散而且伴随着移动冲突的话,则在实践中很难认定何为“主要”。

法更加开放自由,也更有利于解决涉外夫妻财产关系的法律适用冲突。

## (二) 侵权责任的冲突规范

魁北克国际私法与中国法律适用法在处理侵权责任冲突规范上的做法基本一致。首先,两者都承认了侵权责任选择准据法的有效性。<sup>[80]</sup> 各种债发生的原因都是民法意思自治原则的体现,侵权行为之债是对侵权人实施的过错行为的追究,也是对被侵权人损害的赔偿,允许侵权责任当事人选择准据法不仅仅具有象征意义,亦是对民法意思自治的尊重,实践中当事人可能出现方便了结、相互谅解等情况,也使选择法律成为可能。其次,两者都规定了共同属人法优先于行为地法。适用行为人和受害人的共同属人法,反映了在特定情况下以最密切联系原则为基础的灵活的处理方式。最密切联系原则在侵权责任领域的运用,体现了冲突规范追求个案公正的目标,通过对全部连结因素的综合考量和取舍,使法律适用既具有确定性,又具有一定的灵活性。<sup>[81]</sup>

当然,在没有当事人的约定和共同属人法的情况下,两者均采用传统的侵权行为地法来解决侵权责任的法律冲突。不过,在确定何为“侵权行为地”上,魁北克国际私法的规定比中国法律适用法更为合理。根据《魁北克民法典》第3126条的规定,在侵权行为地“复合”的情况下,如果侵权行为实施地和侵权结果发生地出现在不同的国家,只要能够证明行为人可以预见损害结果的地点,则适用侵权结果发生地的法律。<sup>[82]</sup> 该规则旨在对行为人的主观心态作更高的要求,有利于对受害人利益的保护,被广泛运用在实践当中。<sup>[83]</sup> 根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第44条的规定,侵权责任原则上适用侵权行为地法,但是没有对何时适用侵权行为实施地,何时适用侵权结果发生地作出进一步解释。“侵权行为地”的解决方案有赖于中国法官的自由裁量,可能增加了法律适用的随意性。

## (三) 特殊债法关系的冲突规范

出于对特殊群体利益的保护,两者都在债法中制定了一些特殊规则。由于两者涉及的特殊债法关系不尽相同,<sup>[84]</sup> 也考虑到本文篇幅的缘故,这里我们仅对其中具有典型代表性的消费合同的冲突规范进行比较评论。

随着跨境旅游和电子商务的兴起,使消费活动国际化越来越频繁,商品或服务的来源以及经营者

[80] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第44条的规定。Art. 3111, Art. 3126 civil du Québec.《魁北克民法典》虽然没有直接规定当事人可以选择侵权责任的适用法律,但是有关侵权责任的冲突规范适用债法的一般规则,而根据债法的“一般规则”第3111条的规定,任何法律行为均可以由当事人自由选择法律,由此可以得出,侵权之债亦可以适用当事人意思自治原则。

[81] 杜新丽、王克玉:“论涉外侵权法律适用法的价值目标及实现路径”,载《法学杂志》,2010年第2期,第13页。

[82] Voir G. Goldstein, Commentaires sur le Code civil du Québec, Le droit international privé (art. 3176 à 3133 C. c. Q.), Y. Blais, 2011, par. 3126 550 et s.; J. A. TALPIS et J. - G. CASTEL, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Presses de l' université Laval, 1993, pp. 889 - 890.

[83] 比如魁北克一家公司的分支机构在圭亚那开发金矿,开发中使用的化学物质被导入了水库旁的一个贮液池,后来贮液池中的化学物质流入了下游的鱼塘,并对当地居民的健康造成了影响。魁北克法官在审理案件时认为,虽然决定处理化学物质的行为是在魁北克作出的,但是行为人可以预见到该行为将会在圭亚那造成损害,所以应当适用侵权结果地法,也就是圭亚那的法律。Recherches internationales Québec c. Cambior inc., Superior Court, Montréal, n° 500 - 06 - 000034 - 971, 1998 - 08 - 14, Jurisprudence Express n° 98 - 1905.

[84] 关于特殊债法关系的冲突规范,《魁北克民法典》规定了买卖合同、消费合同、劳动合同、陆上保险合同、产品侵权责任等;《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》规定了消费合同、劳动合同、产品侵权责任、网络侵权责任、知识产权侵权责任等。

都可能具有涉外因素。<sup>[85]</sup> 借鉴 1980 年罗马《合同之债法律适用公约》的经验,<sup>[86]</sup> 根据《魁北克民法典》第 3117 条的规定,如果合同订立之前在消费者居所地发放特定的要约或广告,并且消费者已经完成了合同订立的必要行为或者消费者的订单已经被接受,合同当事人选择消费合同准据法时不得剥夺消费者居所地法律对消费者保护的强制性规定。如果经营者吸引消费者前往国外订立合同,也应适用上述国内法对消费者权益的保护。如果合同当事人没有约定,则消费合同适用消费者居所地法。<sup>[87]</sup> 由此可见,魁北克国际私法在采取当事人意思自治的同时,提高了对消费者权益的保护程度,当事人选择的准据法在法定情况下不能规避消费者居所地法律的强制性规定;在未选择法律的情况下,则根据客观准据法确定连结点为消费者居所地。<sup>[88]</sup> 我们认为,围绕着消费者居所地进行冲突规范安排的优点在于经营者可以在消费者居所地找到消费者,消费者可以利用自己熟悉的社会环境保护自己的权益,增加了双方的可预见性,为消费者提供了最低保护的标准。

中国法律适用法同样采纳了消费者经常居所地的连结点,但是只赋予了消费者单方选择权,并没有对强制性规定的适用进行明文规定。<sup>[89]</sup> 我们认为,中国法律适用法的规定存在两点缺陷:第一,缺乏对消费者保护的最低标准。中国法律适用法规定消费者选择适用商品、服务提供地法律时,并没有强调优先适用强制性规定,特别是外国的强制性规定。<sup>[90]</sup> 这就导致了虽然消费者居所地的法律比商品、服务提供地的法律更有助于保护消费者,却无法适用。第二,消费者单方选择权缺乏实现机制。在国际消费合同中,消费者特别是中国的消费者,无论在经济实力还是法律知识上都处于弱势地位,虽然中国法律适用法赋予了其单方选择权,经营者也可以通过各种技术手段实质上剥夺消费者的选择,将增加的成本转嫁到消费者身上。久之,不利于促进经营者与消费者的和谐发展。<sup>[91]</sup>

## 五、结语

现代国际私法已经从单纯的解决法律适用程序上的冲突问题向着探究实质正义的更高目标前进。这些传统的正义观念包括:第一,尊重民商事法律关系当事人的自由意志。涉外民商事法律毕竟是民商事法律关系的一种域外延伸,属于私法领域的范畴,任何法律冲突规范都不应对当事人的意思自治进行过分干预。第二,保护民商事关系中特殊人群的利益。特殊人群包括消费者、劳动者、被收养儿童等弱势群体,也包括个案中在涉外民事领域有特殊需求的人,基于民法对民事主体的平等关怀,特殊人群的利益应当在法律冲突规范中被认真考虑。第三,维护交易秩序和公共秩序之间的平

[85] Claudia Lima Marquez, *Consumer Protection Policy in Mercosur: An Evaluation* 355 (Consumer Protection ed., Thomson Reuters Limited 2009).

[86] Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 19 juin 1980, J. O. C. E. n° L-266 du 9 octobre 1980, (1980) 69 Rev. Crit. d. i. p. 875.

[87] Art. 3117 civil du Québec.

[88] Voir H. P. Glenn, «Droit international privé», dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Presses de l'université Laval, 1993, n° 53.

[89] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 42 条的规定。

[90] 虽然消费合同选择准据法时可以适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 4 条的规定,即“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定”,但是正如前文所述,此条文仅限于中国对消费者权益保护的强制性规定,而不包括外国的强制性规定,不利于保护国际消费合同中的消费者权益。

[91] 郑佳宁:“企业产品责任‘社会性’之探讨”,载《政法论坛》2014 年第 3 期,第 17-21 页。

衡。法律冲突规范存在的首要目的在于促进国际间的民商事活动的繁荣,而这种繁荣是在不损害国际社会公认的公共利益的前提下发生的。

20多年来,魁北克国际私法正是在上述基本价值取向和传统正义观念的指引下处理各项涉外法律冲突问题,追求以公平的社会效果满足魁北克国际化发展的需要。应当说,中国法律适用法采纳了很多创新观点并对解决国际民商事关系冲突作出了自己的贡献,<sup>[92]</sup>我们认为其努力值得肯定,更希望在未来中国法律适用法的实践之路上,无论是中国法官还是中国学者,担负起维护国际私法实质正义的使命,将传统的正义融入创新的法则,并注重与民法体系的协调,对法律理念和法律技术的运用进一步加以完善。目前,中国法律适用法仅规定了冲突规范的内容,没有涉及国际管辖权和承认执行外国判决及外国管辖权的问题,距离构建一部完整的现代国际私法典还需经历一段充满挑战的历程。然而,我们相信这个目标在不久的将来一定能够实现,让我们翘首以待。

**Review on Quebec International Private Law: From the Perspective  
of Improvement of Law on the Application of Laws to  
Foreign-Related Civil Relationships of China**

Zheng Jianing & Gerald Goldstein

**Abstract:** Quebec International Private Law and Law on the Application of Laws to Foreign-related Civil Relationships of China are both traditional and innovative. In this paper, modeled on Book Ten “Private International Law”, Quebec Civil Code, we are going to a comparative research of the two laws from the general rules to the specific rules which includes personal law, real law and law of obligations. Quebec International Private Law is more in line with the basic concepts of respecting to the free will of the parties, protecting the interests of the special groups of the civil relations and keeping a balance between public order and transaction order in the legislation system regarding the basic principles of the provisions of the conflict, the establishment of the type of conflict rules, the selection of the connecting factors and definition of relevant concepts, etc. At the same time, on the basis of the recognition of the efforts of innovation in the Law on the Application of Laws to Foreign-related Civil Relationships of China, this paper comments and reviews the law’s basic system and related rules in order to provide clear specific standards of handling foreign-related civil legal relationship to Chinese judges and scholars, but also provide new ideas to build China’s open and modern International private law.

**Keywords:** conflict rules; Quebec Civil Code; choice of law for foreign-related civil relationships; comparative research

(责任编辑:倪鑫煜)

---

[92] See Weizuo Chen, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws* 161 (Tsinghua University Press 2011).

# 中美环境公益诉讼比较研究

曹明德\*

**摘要:**环境公益诉讼发端于美国,作为一种公民执法,旨在调动公民和社会组织监督环境法的遵守和执行,以弥补环境保护中所存在的政府失灵和市场失灵的缝隙。中国近年来修订了《环境保护法》、《民事诉讼法》等法律,明确允许部分非政府环保组织可以代表公共利益对污染者提起环境公益诉讼。美国的环境公益诉讼主体资格分为司法上的诉讼资格、非司法上的诉讼资格以及谨慎诉讼资格三种,既有公民个人的诉讼也有社团组织的诉讼,两者有其各自的判断标准;而中国法律只允许法律规定的机关以及部分社会组织作为原告提起环境公益诉讼,公民个人则不可以提起公益诉讼。在诉讼成本的转移方面,美国国会认为律师必须生存,因此,法律规定取得压倒性优势胜诉的原告律师可以获取律师费,诉讼费由败诉的当事人来承担;而中国法律并无相关规定,在司法实践中,部分法院判决由败诉的被告承担诉讼费和原告的律师费。为了鼓励环保组织及环境律师从事环境公益诉讼活动,应当从制度层面解决从事环境公益诉讼原告的律师费问题。

**关键词:**环境公益诉讼 律师费 诉讼费 诉讼资格 私人检察官

中国近2-3个年代的环境污染在世界上是史无前例的,尽管中国已经颁布了30余部环境法律来应对,但是效果差强人意。由于多种原因,环境法的遵守和实施十分薄弱,包括行政机关的环保执法不力,缺乏透明度,以及违法成本低,等等。在这种情形下,环境公益诉讼被视为一种环境治理的补充手段,以解决环境治理中存在的政府失灵和市场失灵问题。环境公益诉讼创始于美国法,作为一种所谓的“公民执法”或“私人检察总长”,在确保环境法的实施方面发挥着重要作用,在保护环境公共物品和生态系统领域被证明是行之有效的工具。中国从美国借鉴和移植了此项制度,2014年修订的《环境保护法》特别规定了环保非政府组织可以代表社会公共利益对污染者提起环境公益诉讼。这一立法上的突破扫除了诉讼主体资格的障碍,并为环保非政府组织在法院起诉污染者打开了大门,因此应当可以有效抑制猖獗的环境违法行为。不过,环境公益诉讼条款效果如何需要看它在2015年首生效后的实际表现。本文从比较法的视角对中美环境公益诉讼进行探讨,第一部分将简要介绍环境公益诉讼的概念及其在中美两国的现状;第二部分主要叙述环境公益诉讼的主体资格问题;第三部分将分析环境公益诉讼中的救济方式和律师费问题;第四部分是简要的结论。

---

\* 中国政法大学民商经济法学院教授,法学博士。本文获台达环境与教育基金会中达环境法学者计划资助,是国家社科基金重点项目“建立健全资源有偿使用制度和生态补偿制度研究”(批准号:14AZD050)、国家社科基金重点项目“生态文明法律体系的构建及实施保障研究”(批准号:14AZD147)的阶段性成果。

## 一、中美两国环境公益诉讼的概念和现状

### (一) 中国环境公益诉讼的概念和现状

环境公益诉讼是指由公民、社会组织或政府机关代表社会公共利益向法院提起的,状告污染公共环境的污染者,以阻止损害行为并要求行为人承担相应的法律责任的诉讼。损害行为的实施者可以是公民、法人、组织体或者政府机构。这一概念是后工业时代的污染活动所引起的对公共环境、生态系统的损害而不是对私人所造成的损害。例如,渤海漏油事件所导致的海洋环境及其生态系统的损害、海水水质的下降,以及对野生生物所产生的负面影响。渤海漏油事件同时也对海洋渔业造成了巨大损害,河北省、山东省、天津市的很多渔民的财产权遭到严重侵犯,激起了很多私益诉讼。这些私益诉讼属于传统的环境侵权争端,已有法律已经较好地对其进行规制,尽管远非完善。上述私人财产和健康的损害超出了公益诉讼的范围,因此本文不予以探讨。

相反,公共利益特别是环境公共利益没有很好地得到法律的保护,结果导致近几个年代以来中国的公共环境与自然资源遭到严重的摧毁。由此,几乎每条主要河流、每个主要湖泊、大部分地区的空气环境均受到极其严重的污染,大量物种迅速灭绝或成为濒危物种。为了回应环境退化和资源枯竭的严峻形势,公民、环保非政府组织、环境法学者,甚至政府机关正在寻求解决上述问题的良方。环境公益诉讼被视为解决环境危机的“银弹”,并被设想为能够填补市场失灵和政府失灵的缝隙。污染者所导致的环境外部不经济性严重扭曲了自由市场,从而导致市场失灵。而世界范围普遍存在的“管理者被捕获”现象导致了政府失灵。不仅如此,环保机关缺乏人力资源和财政资源来监管无数的污染者。因此,公民或环保非政府组织的参与对增强环境法律法规的遵守和执行变得至关重要。与环保非政府组织相比,由于缺乏专业知识和财政来源,公民个人的参与受到较大限制。但是,公民个人参与的重要性决不可被忽略,因为他们作为集合体的参与热情、知识、信息将会改变环境公益诉讼领域的整个面貌。在中国,环保非政府组织是环境公益诉讼的脊梁,其数量于2012年已达到7881个,其中,生态环境类社会团体6816个,生态环境类民办非企业1065个,自2007年至2012年间增长了38.8%。<sup>[1]</sup>

比如,中华环保联合会作为一个在民政部登记的全国性的环保非政府组织,作为原告提起了多起在全国有影响的环境公益诉讼案件。<sup>[2]</sup>在《环境保护法》和《民事诉讼法》修订前,这些环境公益诉讼案件被一些法院分别受理。这些案件对《环境保护法》和《民事诉讼法》的修订起到了积极的促进作用。值得一提的案件有:中华环保联合会诉江苏江阴港集装箱有限公司案(2009年)<sup>[3]</sup>中华环保联合会诉清镇市国土局案(2009年)<sup>[4]</sup>上述案件中,中华环保联合会分别作为环境民事公益诉讼和行政公益诉讼的原告提起诉讼并得到法院的认可。<sup>[5]</sup>在2011年中华环保联合会诉修文县环保局案件中,中华环保联合会作为原告要求修文县环保局披露好一多乳业有限公司披露的环境信息,包括环境

[1] 参见郅建荣:“各级法院受理环境公益诉讼案件53件”,载《法制日报》2013年12月3日。

[2] Mingde Cao & Fengyuan Wang, *Environmental Public Interest Litigation in China*, 19 *Asia Pac. L. Rev.* 217, 231-32 (2011).

[3] *Id.* at 232-33.

[4] *Id.* at 233-34.

[5] *Id.*

影响评价报告、许可证、污染处理设施、排污费等方面的信息。作为环保部下面的一个事业单位,中华环保联合会起诉地方环保局一案格外引人注目。上述案件中,中华环保联合会均取得了令人鼓舞的结局。

不过,还有很多环境公益诉讼案件没有被法院受理。近几十年来最有争议的案件莫过于渤海漏油事件。这一事件是由康菲中国公司于2011年在渤海上的石油钻井平台漏油所引发的。国家海洋局曾试图起诉康菲中国公司,但由于某种原因后来没有进行下去。这一事件还引发了数起环境公益诉讼和很多起私益诉讼。与此次漏油事件相关的数个法律管辖区的所有环境公益诉讼均没有被法院受理。除了诉讼主体资格的限制以及证据存在瑕疵之外,政治影响是一个重要因素。渤海漏油事件反映出各级法院对待环境公益诉讼的倾向和态度。结果不言而喻,近年来法院受理的环境公益诉讼案件寥寥无几。各级法院受理环境公益诉讼案件53件,环保非政府组织作为原告提起的环境公益诉讼8件,占环境公益诉讼案件总量的15%。<sup>[6]</sup> 截止到2014年7月15日,全国共有20个省(市、自治区)设立了环境资源审判庭、合议庭、巡回法庭,合计150个。<sup>[7]</sup> 环境法庭面临门可罗雀的现象。以前环境公益诉讼案件少的一个重要原因是环保非政府组织没有诉讼主体资格,因为,根据2007年《民事诉讼法》第108条第1款的规定,原告必须与本案有直接的利害关系。2012年《民事诉讼法》第55条以及2014年《环境保护法》第58条已经解决了环保非政府组织诉讼主体资格的问题,出人意料的是环境公益诉讼出现了中华环保联合会法律中心副主任马勇所说的“有法可依却无法受理”的局面。<sup>[8]</sup>

## (二) 美国环境公益诉讼的概念及其现状

与中国的环境公益诉讼概念不同,美国的环境公益诉讼被称为“公民执法”或“私人检察总长”,是指公民或环保非政府组织取代政府环保执法机构的职能来实施环境法,当该机构没有及时履行职能之时。公民不能替代环保执法机构来实施环境法,除非给予环保执法机构通常60天的期限通知其环境违法行为。如果在此期限内环保执法机构没有采取针对污染者的违法行为的任何行动,公民或环保非政府组织可以取代政府环保执法机构代表公共利益而作为原告起诉污染者。这种类型的环境公益诉讼反映在14部环境法律之中,例如,美国的清洁空气法、清洁水法、濒危物种法,等等,以及大量的案例。

美国环境公益诉讼的诉讼主体资格判断标准也与中国迥异。它有两种类型的主体资格:一是宪法第3条的诉讼资格,即司法上的诉讼资格;二是法律上的诉讼资格,即非司法上的诉讼资格。美国宪法第3条把联邦司法权力扩展至:(1)所有的联邦法律下的案件,(2)一定主体之间的6种特定情形的争议(美国,各州,外国,以及它们的公民)。<sup>[9]</sup> 宪法第3条所提及的“案件”和“争议”创造了可

[6] 同注1引文。

[7] 孙佑海:“对当前环境资源审判若干问题的分析和对策建议”,载《人民法院报》2014年9月17日,第8版。

[8] 同注1引文。

[9] Article III, U. S. Constitution provides: the judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority; to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls; to all cases of admiralty and maritime jurisdiction; to controversies to which the United States shall be a party; to controversies between two or more states; between a state and citizens of another state; between citizens of different states; between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects.

诉性的宪法要求,像诉讼资格、成熟性、无实际意义等原则逻辑上应当适用于所有宪法所列举的“案件”和“争议”<sup>[10]</sup>。普肖(Pushaw)认为,可诉性假定联邦法官的主要职能就是解决争议而不是宣示法律。<sup>[11]</sup>因此,宪法第3条就是司法上的诉讼资格,是法院所创设的而非国会所创设。

其他类型的诉讼资格是成文法上的诉讼资格。成文法上的诉讼资格要求有三:第一,事实上的损害,即损害必须是具体的而不是抽象的,实际上的、迫近的和特别的损害,而不是推测的、臆想的和假想的;第二,可追溯性,损害应当是可追溯至所指控的被告的行为,因此,损害是可以公平地追及到受挑战的被告行为,而不是法庭之外的第三方独立行为的结果,而且因果关联不应当过于薄弱;第三,可救济性,损害很可能通过法院的有利判决得到救济。

举例来说,在马萨诸塞州诉联邦环保署一案中,法庭推理到:马萨诸塞州在此具有特别的地位和利益。它是一个具有主权的州,而不是像卢汉(Lujan)一案中的个体,并且实际上它拥有巨大面积的领土受到了(气候变化)的影响。<sup>[12]</sup>与气候变化相关的损害是极其严重的并且广泛得到认可,科学家们的强烈共识表明全球变暖将会引起海平面上升、自然生态系统严重的不可逆转的变化、冬季积雪场的严重减少所导致的直接的严重经济后果。联邦环保署不能反驳人类制造的温室气体排放与全球变暖之间的因果关系,它拒绝规制这种温室气体的排放至少对马萨诸塞州的损害有“贡献”。<sup>[13]</sup>不仅如此,联邦环保署负有职责采取措施来减缓或减少温室气体的排放。国内的温室气体减排会减缓全球温室气体排放的步伐,而不管别的地方如何。另外,联邦环保署坚决拒绝规制温室气体减排给马萨诸塞州带来的损害不仅是“实际上的”,而且是“迫近的”……这里存在实质上的可能性,即所提出的司法上的救济将会加快联邦环保署采取行动来减少上述风险。<sup>[14]</sup>马萨诸塞州诉联邦环保署一案给那些州以外的诉讼主体提起公益诉讼留下了空间。不过,在华盛顿州环境委员会诉拜伦(Washington Environmental Council v. Bellon)一案中,州环境委员会和塞拉俱乐部(WEC and the Sierra Club)、华盛顿州协会(Washington State Chapter)依据联邦清洁空气法的公民诉讼条款寻求迫使该州生态部门和其他地区行政机构规制华盛顿州5大炼油公司在清洁空气法下的温室气体排放。联邦第九巡回法庭裁决原告未能满足因果关系和可救济性的要求从而不能确立宪法第3条的诉讼资格。原告声称其损害是由于行政机构没有设定和适用合理可得控制技术(RACT)标准。法庭推理道,“温室气体一旦从某一特定源排出,很快就混合和散发到全球的大气层中,并且有很长的大气生命周期”。<sup>[15]</sup>原告依赖于一个“薄弱的推测链条”于是不足以支持诉讼资格,因此,原告在简易审判阶段未能满足因果关系的证明责任。<sup>[16]</sup>此外,原告没有提交要求合理可得控制技术(RACT)的禁止令会减少引起原告损害的污染的证据。相反,不容置疑的是温室气体的排放是发生在全球范围的事件而不是华盛顿州的地方性问题。华盛顿这5大炼油公司共排放了5.94公吨二氧化碳当量的温室气体,占华盛顿州温室气体排放总量的5.9%。这5家炼油公司集体排放的温室气体对气体变化的效果“从科学上来说是无法识

[10] Robert J. Pushaw, Jr., *Article III's Case/Controversy Distinction and the Dual Functions of Federal Courts*, 69 (3) Notre Dame L. Rev. 447, 447-48 (1994).

[11] *Id.* at 448.

[12] *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007).

[13] *Id.* at 3.

[14] *Id.*

[15] *Washington Environmental Council v. Bellon*, 732 F.3d 1131 (9th Cir. 2013).

[16] *Id.*

别的”。<sup>[17]</sup>

在基夫琳拉村诉美孚(Kivalina v. ExxonMobil)一案中,基夫琳拉村声称,能源生产者排放的巨额温室气体导致了全球变暖,这反过来严重侵蚀了基夫琳拉村所在城市的土地,并导致其面临即将毁灭的威胁。基夫琳拉村寻求联邦判例法下的公共妨害损害赔偿。<sup>[18]</sup>地区法院判决以“政治问题原则”排除了原告基夫琳拉村的联邦公共妨害请求的司法考量,因为,政治问题最好首先由行政部门或立法机关来加以解决更加恰当。<sup>[19]</sup>地方法院还判决基夫琳拉村提起公共妨害诉讼缺乏宪法第3条上的诉讼资格,因为,基夫琳拉村既未能证明被告行为导致原告损害的“实质上的可能性”,也未能证明其损害的“原由”可追溯至能源生产者。<sup>[20]</sup>法院还得出结论认为基夫琳拉村未能确立原告所受损害与被告行为之间的因果关系,由于其损害请求的因果关系较为遥远。哥伦比亚特区法院的判决认为,“如果联邦成文法直接回答了联邦问题,联邦判例法就不可以进行救济,因为立法行动已经替代了判例法”。<sup>[21]</sup>基夫琳拉村坚持认为过去的温室气体排放所造成的损害与判例法替代原则的适用无关。但“根据联邦最高法院的法理,如果一个诉因被替代了,这一替代扩展到所有的法律救济”。<sup>[22]</sup>不过,基夫琳拉村可以在州法院提起州判例法上的妨害诉讼。<sup>[23]</sup>地区法院还发现基夫琳拉村缺乏宪法第3条的诉讼资格:恳求联邦管辖的一方当事人负有义务证明其诉讼资格。<sup>[24]</sup>基夫琳拉村没有能够证明其损害可追溯至被告的行为。“全球变暖已经发生了数百年之久,且是由世界范围内为数众多的排放者所导致的,其排放的温室气体很快混合在一起,在大气层中停留几个世纪,结果在地球大气层中无法加以区分。不但如此,基夫琳拉村所指控的损害以及可追溯到被告的活动未能与时间联系在一起”。<sup>[25]</sup>因此,法院得出结论认为基夫琳拉村寻求从历史上不计其数的排放者中挑出某些特定的被告来承担数亿美元的损害赔偿缺乏诉讼资格。

尽管如此,法院具有自由裁量权来限制成文法上诉讼资格的范围。在格兰德诉贝尔伍德村(Gladstone, Realtors v. Village of Bellwood)一案中,法庭认为,“即使当一个案件符合宪法第3条的范围,根据谨慎原则原告也可能仍然缺乏诉讼资格,因为,司法机关通过谨慎原则来避免决定广泛的社会问题,在这些问题上个人的权利将得不到维护,而且,司法机关限制诉讼者通过联邦法院来解决那些更适合于其他方式解决的问题”。<sup>[26]</sup>而且,“诉讼人通常必须声称损害是特别的,声称其自身法律上的利益而非第三方的法律上的利益”。<sup>[27]</sup>至于谨慎原则,当法庭认为存在着例外的情形,可以不顾案例中所体现的那些原则。而立法机关也可以对法院司法管辖下的谨慎原则不施加限制,给予宪法第3条所允许的诉讼资格到最大的限度。<sup>[28]</sup>

[17] *Id.*

[18] *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil*, no. 09-17490, D. C. opinion, 6-7 (2012).

[19] *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil*, no. 09-17490, D. C. opinion, 9 (2012).

[20] *Id.*

[21] *Id.* at 12.

[22] *Id.* at 14.

[23] *Id.* at 30.

[24] *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U. S. 555, 561 (1992).

[25] *Id.* at 34.

[26] *Gladstone, Realtors v. Village of Bellwood*, 441 U. S. 91, 99 S. Ct. 1001, 60 L. Ed. 2d 66 (1979).

[27] *Id.*

[28] CRS Annotated Constitution, [http://www.law.cornell.edu/anncon/html/art3frag18\\_user.html](http://www.law.cornell.edu/anncon/html/art3frag18_user.html).

谨慎诉讼资格有以下三种限制:(1)第三方诉讼资格的禁止。不过,当第三方没有诉讼资格时可通过亲近朋友的原则来提起诉讼,如果第三方是个婴儿、精神残疾,或不是合同的一方当事人。<sup>[29]</sup> (2)一般伤害的禁止。原告必须声称损害是特殊的,或者以区别于他所属的那个群体,而不是与所有人或大多数人实质上相同的损害;例如,一般规则是没有联邦纳税人的诉讼资格,因为,抱怨联邦财政的支出与其损害之间的关系过于遥远而不能获得诉讼资格。这类伤害通常更适合于通过议会代表机构来解决。<sup>[30]</sup> (3)利益范围。最高法院使用两种检验方式来确定利益范围。<sup>[31]</sup> 一种是损害范围,“所谓损害是指国会期待可以通过成文法来加以解决的一种损害”。<sup>[32]</sup> 另一种利益范围,“当事人是有争议地处于成文法或宪法条款所保护的利益范围”。<sup>[33]</sup>

与中国的公益诉讼概念不同,美国允许公民个人或一个群体向法院提起公益诉讼。例如,清洁水法第 505(e)规定:“本款不限制任何人或一群人依据成文法或判例法寻求实施污染物排放标准的权利,或寻求任何其他法律救济包括起诉行政长官或州政府机构的权利。”

在美国清洁空气法、清洁水法、濒危物种法等其他 10 余部成文法中均有类似的规定。不过,在美国环境公益诉讼主要还是由环保非政府组织提起的。然而,环保非政府组织的诉讼资格与公民个人的诉讼资格的标准却是不同的。在亨特诉华盛顿州苹果(Hunt v. Washington State Apple)案中,法院确立了社会组织的诉讼资格标准:(1)社会组织的成员本人具有诉讼资格;(2)社会组织寻求保护的利益与其宗旨相关;(3)其声称或请求的救济不需要其个体成员的参与。<sup>[34]</sup> 卢汉诉野生动物保护者(Lujan v. Defender of Wildlife)一案被认为是社会组织诉讼资格的第一个案例。诉讼资格问题可以在诉讼过程中的任何时段提起。

## 二、诉讼资格的立法突破及其局限

2014 年修订的《环境保护法》是环境公益诉讼资格的重大突破。该法第 58 条规定:“对污染环境、破坏生态,损害社会公共利益的行为,符合下列条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼:(一)依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记;(二)专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录。”

最高人民法院也为此制定了相应的司法解释。根据《环境保护法》第 58 条设定的标准,全国约有 200 余家环保非政府组织符合这一要求。该条排除了公民个人作为诉讼主体的可能性。法律限制诉讼资格的意图何在?《环境保护法》第 58 条行文背后的法理依据是什么?笔者曾长时间参与该法修订,观察到立法者对环境公益诉讼十分谨慎,并且在一开始十分不情愿将环境公益诉讼条款纳入草案之中,担心允许此种诉讼导致诉讼泛滥从而给企业带来沉重负担。毕竟,中国依赖于经济的高速增长来为公民提供更多的就业机会,特别是农村剩余劳动力向城市的转移。而中国的大多数企业为中小

[29] [http://en.wikipedia.org/wiki/Standing\\_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Standing_(law)).

[30] [http://en.wikipedia.org/wiki/Standing\\_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Standing_(law)).

[31] *Id.*

[32] *Federal Election Commission v. Akins*, 524 U. S. 11 (1998).

[33] *Allen v. Wright*, 468 U. S. 737 (1984).

[34] *Hunt v. Washington State Apple*, 432 U. S. 333, 97 S. Ct. 2434 (1977).

企业,它们基本上都是劳动力密集的企业。即使企业没有多少利润,也对维持工人就业而为社会做出贡献。否则,大量的失业会导致社会、政治不稳定。当然,环境污染同样可能招致社会不稳定,近年来经常发生的群体性环境事件多与污染项目的环境影响评价不透明、项目选址不当有关。因此,立法者必须平衡环境保护与经济增长之间的关系。事实上,在《环境保护法》起草的一开始,草案起草者强烈反对把公益诉讼条款写进草案,这导致了环境法学者、环保社团以及一些实务部门的强烈批评。在接下来的草案之中,环境公益诉讼条款被纳入,但只允许中华环保联合会及其分支机构作为原告,使得该条款显得有点离奇,结果导致环境法学者,特别是其他环保社团的激烈批评,因为,该条给予一个特定的环保社团特殊待遇而在缺乏正当理由的情形下歧视其他环保社团。即使在草案第三稿中,诉讼主体仍然被要求在民政部登记、从事环境公益连续5年以上且信誉良好。这就意味着全国只有10余家社会组织符合此项条件。不仅如此,“信誉良好”标准是一个主观标准,在实施过程中可能很成问题。《环境保护法》第58条的行文经过全国人大常委会第四次审议之后最终确定并得到通过超出了很多法律观察者的预期,因为,大多数法律草案一般经过全国人大常委会第二次或第三次审议后即可通过。这也进一步解释了不同利益群体对环境公益诉讼的观点分歧。该条的通过显示了最高立法者赋予环保非政府组织实施环境法以弥补政府环保执法机构的不足。不过,《环境保护法》草案的任何版本均没有提及公民提起环境公益诉讼的条款。

与美国清洁空气法、清洁水法、濒危物种法等法律不同,《环境保护法》完全排除了公民诉讼被视为其一大缺陷。该法的另一缺陷是第58条并未赋予环保非政府组织对政府机关的违法作为或不作为提起环境行政公益诉讼。尽管如此,检察机关可以填补这一缝隙,检察院可以对环境执法机构的违法行为提起诉讼。与美国的公民诉讼相比,修订后的《环境保护法》并不要求环境非政府组织提前60天通知当地环保局而可直接起诉污染者,可以说是其一大优点。因为,原告不需要于诉讼前事先发出警告对污染者来说无疑意味着更大的风险,其惩戒作用更加明显。当然,新修订的《环境保护法》于2015年1月1日生效,法律实践是检验其实施效果的试金石,正如霍尔姆斯大法官所言,“法律的生命在于实践,而非逻辑”。<sup>[35]</sup>

### 三、中美两国环境公益诉讼的法律救济方式与诉讼成本的比较

像普通的环境侵权诉讼一样,私益诉讼中的各种救济方式同样适用于环境公益诉讼。通常来说,环境侵权的救济方式包括停止侵害、恢复原状、消除危险等。一般来说,所有这些救济方式同样适用于环境公益诉讼。例如,在2011年自然之友诉陆良化工有限公司、陆良和平科技公司一案中,原告的请求包括停止公害、消除危险、恢复原状和赔偿损失。原告声称被告在云南曲靖沿着南平江边的山地上非法处置5000吨以上的固体废物,这些废物中含有六价铬(Hexavalent Chromium)这种致癌物质,此种非法处置通过地表径流、渗透导致了土壤、水体、地下水的污染。在2010年中华环保联合会诉定扒造纸厂一案中,原告要求被告停止向河流排放污水,并支付律师费和诉讼费,清镇环保法庭支持了原告的诉讼请求。在美国环境公益诉讼的司法实践中,如果原告压倒优势地胜诉,那么原告的律师费

[35] Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* 1 (1881).

和案件的诉讼费将由被告承担。然而,这一做法在中国缺乏充分的法律依据。因此,在环境公益诉讼中律师能否从被告那里获取律师费仍然存在不确定性。就目前而言,中国环境公益诉讼的律师数量依然很少,他们作为志愿者或者由环境保护非政府组织支付报酬,而环保非政府组织自身也面临着缺乏资金来源的问题。由此,从长远来看必须确立一个具有可行性的法律机制。

在美国,环境公益诉讼的救济方式包括禁止令救济、永久性救济、民事罚金等。在多信仰社区组织诉哈利维尔国际(Interfaith Community Organization, et al. v. Honeywell International, Inc., et al)一案中,原告请求永久性救济以消除六价铬所导致的对健康和环境迫近的实质性的危害,并支付原告的律师费。<sup>[36]</sup>多信仰社区组织是一个公益组织,其诉讼资格是基于资源保护恢复法(RCRA)第7002(a)(1)(B),法庭支持了原告的诉讼请求。<sup>[37]</sup>

与中国相比,美国的环境公益诉讼律师费是有成文法上的依据的,并在数十年的司法上得到先例的确认。1976年,美国国会通过了公民权利律师费法。国会报告声称该法的目的是“修正1866年公民权利法第722节,赋予联邦法院自由裁量权以给予那些为了实施1866年国会颁布的公民权利法而提起诉讼并在诉讼中取得优势胜诉的原告律师费。”<sup>[38]</sup>该报告声称,“所有的公民权利严重依赖于私主体的实施,而律师费被证明是一种至关重要的救济,如果公民将拥有一个有意义的机会去维护这些法律中所包含的重要的国会政策。”因为,“当一个原告依据第2条提起诉讼时他不能从损害中恢复。如果他获得禁止令救济,他这样做不仅是为了自己,也是充当了‘私人检察官’,维护了国会认为的最优先的政策。”<sup>[39]</sup>该报告指出,“‘私人检察官’的观念并非新颖,律师费也不是一种新的救济方式。国会通常在那些‘私人检察官’在实施法律时发挥重要作用的法律中授权给予律师费。自从1870年以来,国会已经在50余部法律中授权律师费的承担从原告向被告转移。”<sup>[40]</sup>律师费甚至在诉讼过程中予以支付,“在恰当的情形下,依据该法第2278节,在诉讼期间可以支付律师费,布兰德莱诉里奇蒙德学校董事会(Bradley v. School Board of the City of Richmond, 416 U. S. 696 (1974))案就是如此。特别是当一方在诉讼过程中对一重要事项取得压倒性的优势胜诉时,判决给予律师费就显得特别恰当,即使该方最终并未在所有事项上取得压倒性的胜诉。”<sup>[41]</sup>律师费将由作为被告的污染者支付。当被告是州或地方机构或是州、地方机构的官员时,律师费将从官员所在的机构或他所掌控的资金中支出,或者由州或地方政府支付而不管该机构是否被列为争议的一方。<sup>[42]</sup>不过,如果被告胜诉,他并不被允许向原告主张律师费,因为,“‘私人检察官’不应当被可能要支付对方的律师费而阻止,从

[36] *Interfaith Community Organization v. Honeywell International, Inc.*, 263 F. Supp. 2d, 796 (D.N.J. 2003).

[37] 7002(a)(1)(B): Except as provided in subsection (b) or (c) of this section, any person may commence a civil action on his own behalf - (B) against any person, including the United States and any other government instrumentality of agency, to the extent permitted by the eleventh amendment to the Constitution, and including any past or present generator, past or present transporter, or past or present owner or operator of a treatment, storage, or disposal facility, who has contributed or who is contributing to the past or present handling, storage, treatment, transportation, or disposal of any solid or hazardous waste which may present an imminent and substantial endangerment to health or the environment.

[38] Senate Report, no. 94-1011, June 29, (1976), at 1.

[39] *Id.* at 2.

[40] *Id.*

[41] *Id.*

[42] *Id.* at 3.

而不敢提起善意的诉讼来维护基本权利。”<sup>[43]</sup> 尽管如此,提起恶意的诉讼,例如:提起无聊的、无理纠缠的或骚扰的诉讼,将得不到律师费。类似的法律条款不仅反映在1964年的民事权利法之中,也反映在1972年的水污染控制法、海洋保护法,以及清洁空气法之中。<sup>[44]</sup>

在莫仁诺诉萨克拉门托市(*Moreno v. City of Sacramento*)一案中,法庭分析道,“律师必须吃饭,因此,如果没有合理的报酬他们不会接受案件”。<sup>[45]</sup> 国会也承认公民执法依赖于胜诉后的激励。“如果公民能够主张他们的权利,而且那些违反国家法律的人没有被判决免责,这时公民就有机会恢复他们在法庭上维护自己权利而付出的成本。”<sup>[46]</sup> 通常,律师费的数额是由地区法院来确定的,如果其认为是合理的话。<sup>[47]</sup> 地区法院必须在给予充裕的律师费以吸引合格的律师来代理民事权利案件以及避免给予律师过多报酬之间找到一个平衡。<sup>[48]</sup> 计算律师费应当考虑一些特定因素,“包括问题的新颖性、困难性、案件审理所需的技巧、是否为风险代理、律师所具备的经验,以及类似判决中的律师费。”<sup>[49]</sup> 而且,根据民事权利律师费法,原告的胜诉程度在决定合理数额的律师费方面是一个至关重要的因素。在该法中,如果原告没有压倒优势地胜诉,法庭将不会考虑给予其合理的律师费。<sup>[50]</sup>

公民执法要求原告提前通知违法者。根据联邦清洁水法1365(a), 33 U.S.C., 有提前60天通知违法者的要求,通知期间过期后,原告可向法庭提起诉讼。在地球之友诉莱德劳环境服务(*Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services*)一案中,<sup>[51]</sup> 原告通知被告莱德劳其将根据清洁水法第1365(a)提起诉讼的意图。<sup>[52]</sup> 在原告地球之友的60天通知期限即将过期的最后一天,南加州卫生和环境控制部门(DHEC)与被告莱德劳达成了一个解决方案,要求莱德劳支付10万美元的民事罚款,并尽一切努力遵守其排污许可证义务。但是,地区法院拒绝了被告莱德劳的动议,即根据清洁水法第1365(b)(1)(B)卫生和环境控制部门(DHEC)在通知期限过期之前就采取了针对公司的行为因而应当禁止公民诉讼。在该案中,美国作为法庭之友,加入到原告地球之友反对被告的动议之中。地区法院裁决认为,卫生和环境控制部门(DHEC)针对被告莱德劳的行为不构成“勤勉地检举”,于是法院允许地球之友继续进行诉讼。<sup>[53]</sup> “本案中唯一可能的发现案件无实际意义的基础的是被告莱德劳的自愿行为:1992年8月其取得的对国家污染物排放消除系统(NPDES)许可证的实质遵守,或者最近关

[43] *Id.*

[44] *Id.* at 2.

[45] *Moreno v. City of Sacramento*, 534 F.3d 1106, 1111 (9th Cir. 2008).

[46] *Id.*

[47] *Id.*

[48] *Id.*

[49] *Id.* at 1114.

[50] *Hensley v. Eckerhart*, 103 S. Ct. 1933, 1935 (1983).

[51] *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services*, 528 U.S. 167, 120 S. Ct. 693 (2000).

[52] Clean Water Act, 33 U.S.C. section 1365(a), provides, in relevant part: Except as provided in subsection (b) of this section and section 1319(g)(6) of this title, any citizen may commence a civil action on his own behalf—

(1) against any person (including (i) the United States, and (ii) any other governmental instrumentality or agency to the extent permitted by the eleventh amendment to the Constitution) who is alleged to be in violation of (A) an effluent standard or limitation under this chapter or (B) an order issued by the Administrator or a State with respect to such a standard or limitation, or

(2) against the Administrator where there is alleged a failure of the Administrator to perform any act or duty under this chapter which is not discretionary with the Administrator.

[53] *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services*, 528 U.S. 167, 120 S. Ct. 693, 702 (2000).

闭的一处污染设施。被告自愿停止一个被指控的污染行为并不能剥夺一个联邦法院决定被告此种行为是否合法的权力。”<sup>[54]</sup>“一被告自愿停止一个被指控的违法行为通常并不足以导致审理该案无实际意义。”法院接着进一步解释道,“民事罚款可以作为请求禁止令救济的一种替代方案,以威慑被告未来的违法活动因此可以救济起诉者所遭受的损害,正是这一损害导致起诉者提起诉讼。”<sup>[55]</sup>不仅如此,依据清洁水法第1319(d),33 U.S.C.,法院“可以判决诉讼费(包括合理的律师费、专家证人费)给任何压倒优势或实质性胜诉的一方,只要法院认为此种判决是恰当的”。<sup>[56]</sup>联邦最高法院认为,“关于诉讼成本包括律师费的请求应当由地区法院来解决而非本法院”。<sup>[57]</sup>

此外,律师费应当与民事罚款进行区分。在苦根河保护协会诉苦根河保护地区(Bitterroot River Protective Association, et al. v. Bitterroot Conservation District, et al.)案件中,<sup>[58]</sup>法庭注意到律师费的判决属于地区法院的自由裁量权,<sup>[59]</sup>应当与民事罚款分开来确定。<sup>[60]</sup>法院同样裁决了私人当事人与政府共同起诉时的律师费问题。在这种情况下,法院推理道,是否给予私人当事人律师费取决于其对公众提供的服务的必要性及其发挥的作用。法院发现原告苦根河保护协会在维护公众重要的宪法和法律权利方面作出了重要贡献,并为其提供了必要的服务,而不是重复政府部门在案件中所做的工作,并积极地参与了整个诉讼的过程。<sup>[61]</sup>因此,原告的作用对诉讼结果至关重要,地区法院没有滥用职权而是根据私人检察总长理论判决支付该案3名律师共计319 405.65美元的律师费。<sup>[62]</sup>

## 四、结论

从美国的与环境公益诉讼相关的法院判决以及成文法条款不难发现,一些成功的经验无疑对中国环境时代的环境公益诉讼、公众监督、协助执法等具有借鉴作用。首先,法律和司法机关应当允许所有依法登记的非政府组织参与环境公益诉讼。其次,非政府组织应当被允许对环保执法部门或执法机关的违法行为,不论是违法作为或不作为,提起环境行政公益诉讼,因为,环保执法部门或执法机关对当今中国的环境状况在某种程度上是负有责任的,或者由于其不称职或者由于其权力滥用。再次,公益诉讼中的律师压倒性优势的或实质性的胜诉时,应当享有律师费。因为,律师必须生活并养家糊口。复次,环保非政府组织之间的协调行动也十分重要,这样能更有效地提起环境公益诉讼。例如,对不同行业、不同地区的污染,各环保非政府组织应当有所分工或协同作战。另外,法律授权的政府部门以及人民检察院可以依法参与到环境公益诉讼之中,并扮演不同的角色。以检察院为例,在当今中国的背景下,其恰当的角色应当是监督政府部门或环保机关的违法行为,以及大型国有企业特别是央企的环境违法行为,因为它们有深厚的政府背景,可能会妨碍公益诉讼的有效实施。最后,公民

[54] *Id.* at 708.

[55] *Id.* at 699.

[56] *Id.* at 701.

[57] *Id.* at 712.

[58] *Bitterroot River v. Bitterroot Cons. Dist.*, 251 P.3d 131 (Mont. 2011).

[59] *Id.* at 132.

[60] *Id.* at 134.

[61] *Id.* at 139.

[62] *Id.* at 139 - 140.

诉讼应当被允许,因为他们的参与对监督污染者或政府部门或执法机关的违法行为具有重要作用。毕竟,根据美国的公益诉讼法律,组织体的诉讼资格是基于成员的诉讼资格的,前者是由后者的集合体而组成的,个人组成的集合体的力量是不容忽视的,而且,环境公益诉讼的目的也是为了公众或一大群个人的利益。<sup>[63]</sup>

## Environment Public Interest Litigation: From the Perspective of Comparative Law

Cao Mingde

**Abstract:** Environmental public interest litigation has been invented in the United States as citizen's enforcement, which was purported to motivate citizens and social organizations supervising the compliance and enforcement of environmental law, in order to fill the gap created by government failure and market failure in environmental arena. The Environment Protection Law of PRC and Civil Procedure Law of PRC have been amended in recent years, they explicitly allow some social organizations to sue polluters on behalf of public interest, that's a legislative breakthrough in China. Compared with American environmental public interest litigation, there are only some NGOs qualified to file suit into court, individual citizens are not permitted to sue the violators on public behalf, but they are in the U. S. Plaintiffs of environmental public interest litigation fall into three categories in the United States, Article III standing or jurisdictional standing, statutory standing or non-jurisdictional standing, and prudential standing. There is both individual standing and organizational standing, but the criteria of the two sorts are different. With regard to the transfer of litigation costs, the Congress held that lawyers must eat, therefore, plaintiff who prevailingly wins the lawsuit will be awarded lawyer's fees, the costs of suit will be assumed by defendant, while in China there is no statutory provisions relating to this issue. In judicial practice, some environmental tribunals in China have awarded lawyer's fees to plaintiff's lawyer when he or she won the case, but the issue should be solved through institutional arrangement.

**Keywords:** environmental public interest litigation; lawyer's fees; litigation cost; citizen enforcement; standing; private attorney general

(责任编辑:丁洁琳)

---

[63] *Id.* at 139.

# 执行异议之诉:比较法视野下的谱系解读

丁宝同\*

**摘要:**作为大陆法系传统下的一项具有相当复杂性和系统性的制度方案,执行异议之诉尽管在我国民事诉讼法中得以初步确立,并以司法解释的方式形成了初级程序规则,但尚有诸多深层次的系统性问题有待解决。因此,有必要进一步对其深入开展系统性研究,在对其概念内涵作出准确界定的基础上勾勒其制度谱系框架并作出系统解读,以对其形成系统性的全面认知,并以之为基础指出我国现行立法中执行异议之诉的制度性缺陷,从而为其制度落实和系统完善提出可行性方案。

**关键词:**谱系解读 执行异议之诉 诉的主体 诉的目的 诉讼标的

## 一、问题的提出

在大陆法系的民事诉讼立法传统中,对已确定的民事判决的瑕疵设有救济性的程序规则,即“依法定程序、据法定事由撤销或变更已确定之民事判决并用新的民事判决予以取代,或在后续诉讼程序中作出新的判决以对抗或覆盖已确定民事判决之效力的程序规则”〔1〕。而综观大陆法系的代表性立法例,针对确定判决的瑕疵救济程序主要规定有四种途径:再审之诉、第三人撤销之诉、特别上诉程序,以及“执行异议之诉”〔2〕。

在我国,现行《民事诉讼法》颁行于1991年4月9日,并于2007年和2012年进行了两次修改。

在第一次立法修改中,就执行异议程序取得的成果主要表现在两个方面:第一,修改之后的民事诉讼法明确区分了强制执行程序中的两种执行异议程序,即“程序性执行异议”和“实体性执行异议”(也有学者分别称之为“程序性救济”和“实体性救济”〔3〕),并分别在其第202条和第204条作出了明确规定;第二,修改之后的民事诉讼法第204条,以“实体性执行异议”程序为基础,正式在民事诉讼基本立法层面确立了民事强制执行程序中的“执行异议之诉”制度。之后,2009年1月1日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(以下简称《执行解释》)〔4〕

---

\* 西南政法大学法学院副教授,法学博士。本文系国家社科基金青年项目“民事公益侵害阻断程序研究”(13CFX065)、司法部国家法治与法学理论研究项目“案外人救济制度研究”(12SFB2027)、中国法学会部级法学研究课题“民事诉讼公益侵害阻断程序研究”(CLS2013D203)、重庆市教委人文社科项目“重庆农地承包经营纠纷调解、仲裁机制研究”(12SKC06)、西南政法大学校级重点科研项目“民事诉讼公益侵害阻断程序研究——以《民事诉讼法修正案(2012)》第9条为起点”(2012-XZZD21)的研究成果。

〔1〕 丁宝同:《民事判决既判力研究》,法律出版社2012年版,第302页。

〔2〕 丁宝同:“案外人撤销诉讼程序之立法方案透析——评新《民事诉讼法》第56条第3款”,载《时代法学》2013年第2期,第35页。

〔3〕 赵秀举:“论民事执行救济——兼论第三人执行异议之诉的悖论与困境”,载《中外法学》2012年第4期,第835页。

〔4〕 2008年9月8日最高人民法院审判委员会第1452次会议通过,法释〔2008〕13号。

第15条到第24条对民事诉讼法第204条作出了细致的解释性规定,从而为民事诉讼法第204条之“执行异议之诉”的制度落实提供了初级程序规则。此外,《执行解释》第25、26条还突破民事诉讼法第204条,对参与分配程序中的“分配方案异议”程序和以之为基础的“参与分配方案异议之诉”制度作出了规定。

相比于第一次修改,第二次修改是一次更全面的系统修改。在该次立法修改前,早有学者提出,此次民事诉讼法的修改“应全面建立债务人异议之诉和第三人异议之诉”。〔5〕但是,这次修改就原立法中的“执行异议程序”和“执行异议之诉”制度未作任何实质性的调整,变化仅限于立法条文的序号,即之前的民事诉讼法第202条和第204条,分别调整为现行立法的第225条和第227条。

作为大陆法系传统下的一项具有相当复杂性和系统性的制度方案,执行异议之诉制度尽管在我国民事诉讼法中得以初步确立,并以司法解释的方式形成了初级的程序规则,但尚有诸多深层次的系统性问题有待解决。反映在我国民事诉讼实践和理论研究层面的,则是围绕执行异议之诉的程序运作、制度落实和立法完善所产生的一系列争议,如执行异议之诉到底包括哪些基本类型?民事诉讼法第227条的规定是否等同于学理上通常所说的“案外人执行异议之诉”?“参与分配方案异议之诉”在执行异议之诉的类型体系中应如何定位?怎样推进并规范司法实践中执行异议之诉的程序运作?“许可执行之诉”是否属于执行异议之诉?是否有必要确立许可执行之诉?是否有必要确立“债务人执行异议之诉”?

因此,有必要进一步深入开展对执行异议之诉制度的系统研究,在对其概念内涵作出准确界定的基础上勾勒其制度谱系框架并作出系统解读,以对其的系统性认识为基础指出我国现行立法中执行异议之诉的制度性缺陷,从而为其制度落实和系统完善提出可行性方案。

## 二、执行异议之诉的内涵界定

所谓执行异议之诉,即由执行程序当事人或其他“利害关系人”〔6〕提出的,以改变民事强制执行程序的实体性构成要素为目的的,满足诉的构成要素并据以支撑相对独立之诉讼程序的请求。在种属关系上,隶属于确定判决瑕疵救济程序,其制度功能的本质是在后续诉讼程序中作出新的判决以对抗或覆盖已确定民事判决之存在瑕疵的效力。就此概念的界定,在注释法学逻辑上可作以下之展开:

第一,执行异议之诉首先要遵循民事诉讼法学关于“诉”的基本理论定位,满足诉之构成要素的基本要求。即恰如其他类型的诉,执行异议之诉亦须具备“诉的主体”和“诉讼标的”等基本构成要素。〔7〕

第二,执行异议之诉的提出主体并不局限于执行程序当事人,也可能表现为执行程序的案外人,即执行异议之诉可能由执行程序当事人提出,也可能由其他利害关系人(执行程序的案外人)提出。

〔5〕 赵信会:“论民事执行异议之诉——对《民事诉讼法》关于执行异议之诉改革的评价”,载《政法论丛》2009年第3期,第101页。

〔6〕 为准确界定“执行异议之诉”,此处表述为“利害关系人”,而未使用“案外人”的表述方案。恰如有学者所指出的,“利害关系人与案外人的准确界定是适用执行异议与执行异议之诉制度的基本前提。利害关系人与案外人不是并列关系、交叉关系,而是包容关系”。韩波:“论执行异议之诉中的‘利害关系人’”,载《中国政法大学学报》2011年第3期,第27页。

〔7〕 关于“诉的构成要素”这一问题,学界存在诸多理论学说。其中,最具代表性的有两种,即“二要素说”和“三要素说”。“二要素说”主张,完整的“诉”由“诉的主体”和“诉讼标的”两项要素构成。而“三要素说”主张,完整的“诉”由“诉的主体”、“诉讼标的”和“诉的理由”三项要素构成。笔者认为,两种学说的内核差异源于对“诉讼标的”与“诉的理由”间之关系的界定。究其实质,即“二要素说”认为“诉的理由”可由“诉讼标的”统摄(包含),而“三要素说”却认为“诉讼标的”不足以统摄(包含)“诉的理由”。就此,笔者认为,低端的课程讲授或可采“三要素说”之立场,而高端之专题研究更宜采“二要素说”之基本立场。

第三,执行异议之诉的目的在于改变民事强制执行程序的实体性构成要素。<sup>[8]</sup>民事强制执行程序的构成要素主要有两个方面:程序性构成要素和实体性构成要素。其中,程序性构成要素主要包括执行依据、执行管辖、执行措施等,实体性构成要素则主要包括“执行债权”、“执行程序主体”、“执行标的”和参与分配程序中的“财产分配方案”四个方面。而执行异议之诉的目的则在于改变民事强制执行程序的实体性构成要素,即通过执行异议之诉对抗“执行债权”,或改变民事强制执行的“程序主体”、“执行标的”及参与分配程序中的“财产分配方案”。

第四,由于执行异议之诉的目的在于改变民事强制执行程序的实体性构成要素,所以执行异议之诉属于形成之诉。其“诉讼标的”亦可相应地区分为四种基本类型:第一种,据以确定执行债权实体效力的实体法律关系争议;第二种,据以确定民事强制执行程序之“程序主体”的实体法律关系争议;第三种,据以确定民事强制执行程序之“执行标的”的实体法律关系争议;第四种,据以确定参与分配程序中之财产分配方案的实体法律关系争议。<sup>[9]</sup>

### 三、执行异议之诉的制度谱系框架

所谓“谱系”,即对某一认识客体的系统分类。“系统分类”不同于“常规分类”。常规分类是就某一认识客体选择单一、明确、特定的标准,实现形式逻辑上的完美分类,所划分的类别相互间不存在交叉,且能概括认识客体的全部。而系统分类是就某一认识客体进行立体的种类划分,形成系统的类别网络,其分类标准需要明确,但不必单一。相比于常规分类,系统分类的优势恰恰在于:基于不同的因素,通过多种分类标准之间的有机转换,对认识客体进行立体的种类划分,形成立体的谱系框架,从而实现对认识客体的系统认知。而就其谱系框架的搭建,首先要解决的问题就是明确其系统分类的标准体系,并认知各项分类标准间的转换(对应)关系。

毫无疑问,此处的认识客体即作为本文论题的执行异议之诉。而根据前文的概念界定,在执行异议之诉的内涵体系中有三项要素至关重要,即执行异议之诉的“提出主体”、“诉的目的”和“诉讼标的”。三项要素均可以作为单一、明确、特定的标准,据以完成对执行异议之诉的常规分类。首先,以执行异议之诉的提出主体为分类标准,可以将其分为三类,即“债权人执行异议之诉”、“债务人执行异议之诉”和“案外人执行异议之诉”。其次,以执行异议之诉的目的为分类标准,可以将其分为四类,即“旨在改变参与分配方案的执行异议之诉”、“旨在改变执行标的的执行异议之诉”、“旨在改变执行程序主体的执行异议之诉”和“旨在对抗执行债权的执行异议之诉”。再次,以执行异议之诉的诉讼标的

[8] 对此,我国民事诉讼实务界亦有共识,认为“案外人、申请执行人提起执行异议之诉,法院的审理范围限于当事人之间的实体权利之争,即案外人对执行标的是否享有实体权利,以及该实体权利能否排除强制执行”。郭尔绚:“执行异议之诉的审理范围——广东高院裁定蒲公堂公司诉德福公司申请执行人执行异议之诉案”,载《人民法院报》2013年1月17日,第006版。

[9] 关于“诉讼标的”之内涵与识别标准等问题,是民事诉讼法学界由来已久的基础性理论难题,存在诸多相互博弈的理论学说:“旧实体法学说”主张诉讼标的就是当事人在诉讼中提出的实体权利主张,实体权利主张的数量即为诉讼标的的识别标准;“诉讼法学说”则搁置诉讼标的的内涵界定问题,而专注于其识别标准问题,并在最具代表性的“二分肢”理论和“一分肢”理论间展开了旷日持久的理论论争;“新实体法学说”则反对搁置诉讼标的的内涵界定问题,认为“旧实体法学说”将诉讼标的的内涵界定为“当事人在诉讼中提出的实体权利主张”是必须坚持的正确选择,但不能机械地将“实体权利主张的数量”确立为诉讼标的的识别标准,而应有前瞻性地结合运用实体法学领域的“请求权竞合”理论,以有效应对诉讼标的的“实体法学说”立场所面对的基础性难题——“诉的竞合”。笔者认为,就本文之论题而言,不宜陷入这一系统性理论难题而不能自拔,而应选择一种更为务实的超脱立场,不妨将“诉讼标的”之内涵界定为“争议中之实体法律关系”,并将有争议之“实体法律关系”的数量作为其识别标准。

为分类标准,又可以将其分为四类,即“以参与分配方案实体性争议为诉讼标的的执行异议之诉”、“以执行标的实体权属争议为诉讼标的的执行异议之诉”、“以执行程序主体身份争议为诉讼标的的执行异议之诉”和“以执行债权的实体效力争议为诉讼标的的执行异议之诉”。

然而,执行异议之诉制度体系的建立,绝非事先确立单一、明确、特定的分类标准并完成常规分类之后的“按图索骥”,而是一个充满了历史偶然性的、漫长的制度型塑进程。其间,在不同的历史阶段,基于不同的制度构建立场和考量因素,不同的国家和地区就执行异议之诉选择了不同的识别标准。以至于在现代民事诉讼制度体系中,在一些已经达成常规共识的执行异议之诉的基本类型间,我们已经无法再去确立单一、明确、特定的分类标准,从而用一种常规分类方案来概括。如论及“债务人执行异议之诉”与“案外人执行异议之诉”时,似乎“诉的主体”是二者间的类别区分标准。但论及“许可执行之诉”时,诉的目的或诉讼标的的状态又成为了首要的类别确立标准。因此,基于单一分类标准的常规分类已经不足以为深入剖析执行异议之诉制度提供系统的认识框架。我们不应再局限于以执行异议之诉的“提出主体”、“诉的目的”或“诉讼标的”三项要素中某一项作为单一、明确、特定的标准对执行异议之诉进行常规意义上的分类,而有必要综合“诉的主体”、“诉的目的”和“诉讼标的”这三项要素,并力求其相互之间的有机转换,对执行异议之诉进行立体的种类划分,从而实现对该项制度的系统认知。

基于这一系统分类的认识论视角,就执行异议之诉可以搭建如图示 1 之制度谱系框架。就该制度谱系框架所采之系统分类的标准体系及各项分类标准间的转换(对应)关系则须作出以下说明:

第一,执行异议之诉的“提出主体”,是该系统分类的首级分类标准,也是该制度谱系框架体系的起点。

第二,执行异议之“诉的目的”和“诉讼标的”,是该系统分类的次级分类标准。由于执行异议之“诉的目的”对其“诉讼标的”具有决定性的作用,而“诉讼标的”恰恰是其“诉的目的”的真实反映和写照,因此以这两个标准对执行异议之诉所进行的类别划分呈现出高度的一致性。而在此处所搭建的制度谱系框架体系中,这种一致性得以延续和遵循。因而,尽管执行异议之诉的这一系统分类体系中同时使用了“诉的目的”和“诉讼标的”两个分类标准,但其分类功能却处于同一位阶,没有层级差异,同属该系统分类的次级分类标准。

第三,执行异议之诉的“具体诉因”,是该系统分类的第三级分类标准。“诉因”本为英美法传统的诉讼法学概念术语,伴随两大法系传统间的融合趋势,而逐渐被大陆法系传统的诉讼法学理论所借鉴,并通常用来指称导致诉讼发生的具体民事法律关系争议事项。如果与大陆法系传统的诉讼法学概念术语“诉讼标的”相比较,则既有联系,又有区别。其间的区别在于:诉讼标的更通常地被用来指称导致诉讼的某种概括意义上的法律关系争议类型,如买卖合同争议、交通事故侵权损害赔偿争议等;而诉因则更通常地被用来指称蕴含于这种类型化的法律关系争议中的、导致诉讼发生的具体的实体法律争议事项,如买卖合同争议中可能蕴含的合同效力争议、违约责任争议等,又如交通事故侵权损害赔偿争议中所蕴含的责任分割争议、免责事由争议等。其间的联系则在于:在具体的诉讼进程中,已经在学理上被抽象化认识和概括性使用的诉讼标的这一概念,是要通过蕴含于导致诉讼的法律关系争议类型中的具体的实体法律争议事项加以体现的,即具体性的诉因是概括性的诉讼标的在具体诉讼进程中的表现形态。基于以上观点,此处就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架(图示 1)中,在将执行异议之诉的“提出主体”作为该系统分类的首级分类标准、将“诉的目的”和“诉讼标的”作为

次级分类标准的同时,又将“具体诉因”设置为该系统分类的三级分类标准,以实现执行异议之诉的微观化系统认知。

分类标准	提出主体	诉的目的	诉讼标的	具体诉因	谱系归属
执行异议之诉的制度谱系框架	执行程序债权人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议: A. 参与分配之执行债权的实体效力争议 B. 分配金额/比例争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权或分配金额的异议提出实质性反对意见	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行标的	执行标的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利 案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	许可执行之诉
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更执行债务人的执行申请被执行机构驳回	
	执行程序债务人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议: 参与分配之执行债权的实体效力争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权的异议提出实质性反对意见	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	主张执行债权人非执行名义效力之主体范围所及 主张执行债务人非执行名义效力之主体范围所及	债务人执行异议之诉
		旨在对抗执行债权	执行债权实体效力争议	既判力标准时后发生足以影响执行债权实体效力的法律事实 执行债务人主张有限责任以对抗执行债权	
	执行程序案外人	旨在改变执行标的	执行标的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利 案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	案外人执行异议之诉
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更自己为执行债权人的执行申请被执行机构驳回	许可执行之诉

(以“提出主体”为起点,以“诉的目的”、“诉讼标的”和“具体诉因”为纽带,以“谱系归属”为归宿)

图示1 执行异议之诉的制度谱系框架

第四,执行异议之诉的“谱系归属”,是该系统分类的终级分类标准,也是该制度谱系框架体系的终点和归宿。所谓“谱系归属”,即在该制度谱系框架体系中,已经根据该系统分类的首级分类标准(“提出主体”)、次级分类标准(“诉的目的”和“诉讼标的”)和第三级分类标准(“具体诉因”)就执行异议之诉所划分之若干具体类型,其在“实然”(或“应然”)的执行异议之诉制度体系中的“制度定位”(或“学理定性”)。

综上,就此处的执行异议之诉的制度谱系框架(图示1),其内在论证逻辑线索可概括为:以执行异议之诉的“提出主体”为起点,以执行异议之“诉的目的”、“诉讼标的”和“具体诉因”为纽带,以执行异议之诉的“谱系归属”为终点和归宿。

#### 四、制度谱系框架的比较法验证

前文(图示1)就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架,可在以域外典型立法例为范本的比较法研究中获得验证。而就以下图示2、3、4所展示的我国台湾地区“强制执行法”、《德国民事诉讼法》和《日本民事执行法》中之执行异议之诉的制度谱系框架,首先须在形式逻辑上作出以下说明:

第一,因为此处论述的目的在于通过以域外典型立法例为范本的比较法研究验证前文(图示1)就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架的正当性。所以在形式上,以下图示2、3、4在揭示我国台湾地区“强制执行法”、《德国民事诉讼法》和《日本民事执行法》中之执行异议之诉的制度谱系归属时,套用了之前(图示1)就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架。

第二,为系统解读我国台湾地区“强制执行法”、《德国民事诉讼法》和《日本民事执行法》中之执行异议之诉的制度谱系归属,以明晰验证前文(图示1)就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架的正当性。图示2、3、4在图示1的基础上增加了一个分类标准项,即“规范依据”,以明确某一特定类型的执行异议之诉在我国台湾地区“强制执行法”、《德国民事诉讼法》和《日本民事执行法》中的条文渊源。

第三,当图示1中所列明的执行异议之诉的具体类型在我国台湾地区“强制执行法”、《德国民事诉讼法》和《日本民事执行法》中无法找到条文依据时,图示2、3、4中的“规范依据”这一分类标准项下注明为“立法空白”,并对其原因进行解释。

##### (一)以我国台湾地区“强制执行法”为范本的比较法验证

基于对我国台湾地区“强制执行法”中执行异议之诉条款的系统梳理,以前文就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架(图示1)为参照体系,就我国《台湾强制执行法》中执行异议之诉制度的谱系归属可作如图示2之系统解读。

##### (二)以《德国民事诉讼法》为范本的比较法验证

基于对《德国民事诉讼法》中执行异议之诉条款的系统梳理,以前文就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架(图示1)为参照体系,就《德国民事诉讼法》中执行异议之诉制度的谱系归属可作如图示3之系统解读。

##### (三)以《日本民事执行法》为范本的比较法验证

基于对《日本民事执行法》中执行异议之诉条款的系统梳理,以前文就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架(图示1)为参照体系,就《日本民事执行法》中的执行异议之诉制度的谱系归属可作如图

示4之系统解读。

分类标准	提出主体	诉的目的	诉讼标的	具体诉因	规范依据 我国台湾地区“强制执行法”	谱系归属
我国台湾地区强制执行法中执行异议之诉的制度谱系框架	执行程序债权人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议: A.参与分配之执行债权的实体效力争议 B.分配金额/比例争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权或分配金额的异议提出实质性反对意见	第41条(分配表异议未终结之处置)	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行标的	执行标的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利	立法空白 原因:第15条(第三人异议之诉)的提起不以执行机构对其实体权利主张的程序性审查和裁判为前提	许可执行之诉
				案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	第120条(债权人对第三人之诉讼)	
	旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更执行债务人的执行申请被执行机构驳回	第14-1条(债务人异议之诉(二))之第二款		
	执行程序债务人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议: 参与分配之执行债权的实体效力争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权的异议提出实质性反对意见	第41条(分配表异议未终结之处置)	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	主张执行债权人非执行名义效力之主体范围所及	第14-1条(债务人异议之诉(二))之第一款	债务人执行异议之诉
				主张执行债务人非执行名义效力之主体范围所及		
	旨在对抗执行债权	执行债权实体效力争议	既判力标准时后发生足以影响执行债权实体效力的法律事实	第14条(债务人异议之诉(一))		
	执行程序案外人	旨在改变执行标的	执行标的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利	第15条(第三人异议之诉)	案外人执行异议之诉
				案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	第119条(扣押命令等之异议及其执行)之第三款	
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更自己为执行债权人的执行申请被执行机构驳回	第14-1条(债务人异议之诉(二))之第二款	许可执行之诉

(以“提出主体”为起点,以“诉的目的”、“诉讼标的”和“具体诉因”为纽带,以“谱系归属”为归宿)

图2 我国台湾地区“强制执行法”中执行异议之诉的制度谱系框架

分类标准	提出主体	诉的目的	诉讼标的	具体诉因	规范依据 《德国民事诉讼法》	谱系归属
德国民事诉讼法中执行异议之诉的制度谱系框架	执行程序债权人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议: A. 参与分配之执行债权的实体效力争议 B. 分配金额/比例争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权或分配金额的异议提出实质性反对意见	第 878 条(分配异议之诉)	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行标的	执行标的的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利	立法空白 原因:第 771 条(第三人异议之诉)的提起不以执行机构对其实体权利主张的程序性审查和裁判为前提	许可执行之诉
				案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	立法空白 原因:第 771 条(第三人异议之诉)的提起不以执行机构对其实体权利主张的程序性审查和裁判为前提	
	旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更执行债务人的执行申请被执行机构驳回	第 731 条(发给执行条款之诉)		
	执行程序债务人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议:参与分配之执行债权的实体效力争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权的异议提出实质性反对意见	立法空白 原因:认为应被吸收至第 767 条(执行异议之诉)的功能范围内	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	主张执行债权人非执行名义效力之主体范围所及	第 732 条(对发给执行条款的抗议)	债务人执行异议之诉
				主张执行债务人非执行名义效力之主体范围所及	第 768 条(反对发给执行条款之诉)	
		旨在对抗执行债权	执行债权实体效力争议	既判力标准时后发生足以影响执行债权实体效力的法律事实	第 767 条(执行异议之诉)	
	执行债务人主张有限责任以对抗执行债权			第 785 条(继承人的执行异议之诉) 第 786 条(其他有限责任下的执行异议之诉) 原因:源于德国民法特有的有限责任抗辩权		
	执行程序案外人	旨在改变执行标的	执行标的的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利	第 771 条(第三人异议之诉)、第 772 条(禁止让与时的第三人异议之诉)、第 773 条(后顺位继承人的异议之诉)、第 774 条(配偶的异议之诉)	案外人执行异议之诉
				案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	立法空白 原因:可通过对第 771 条(第三人异议之诉)中规定的“执行标的物”概念的扩大解释予以弥补	
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更自己为执行债权人的执行申请被执行机构驳回	第 731 条(发给执行条款之诉)	许可执行之诉

(以“提出主体”为起点,以“诉的目的”、“诉讼标的”和“具体诉因”为纽带,以“谱系归属”为归宿)

图示 3 《德国民事诉讼法》中执行异议之诉的制度谱系框架

分类标准	提出主体	诉的目的	诉讼标的	具体诉因	规范依据 《日本民事执行法》	谱系归属
日本民事执行法中执行异议之诉的制度谱系框架	执行程序债权人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议: A. 参与分配之执行债权的实体效力争议 B. 分配金额/比例争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权或分配金额的异议提出实质性反对意见	第 90 条(分配异议之诉)	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行标的	执行标的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利	立法空白 原因:第 38 条(第三人异议之诉)的提起不以执行机构对其实体权利主张的程序性审查和裁判为前提	许可执行之诉
				案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	立法空白 原因:第 38 条(第三人异议之诉)的提起不以执行机构对其实体权利主张的程序性审查和裁判为前提	
	旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更执行债务人的执行申请被执行机构驳回	第 33 条(执行签证付与诉讼)		
	执行程序债务人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议:参与分配之执行债权的实体效力争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权的异议提出实质性反对意见	第 90 条(分配异议之诉)	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	主张执行债权人非执行名义效力之主体范围所及	第 34 条(对于执行签证付与的异议之诉)	债务人执行异议之诉
				主张执行债务人非执行名义效力之主体范围所及		
	旨在对抗执行债权	执行债权实体效力争议	既判力标准时后发生足以影响执行债权实体效力的法律事实	第 35 条(请求异议之诉)		
	执行程序案外人	旨在改变执行标的	执行标的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利	第 38 条(第三人异议之诉)	案外人执行异议之诉
				案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	立法空白 原因:可通过对第 38 条(第三人异议之诉)中规定的“执行标的物”概念的扩大解释予以弥补	
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更自己为执行债权人的执行申请被执行机构驳回	第 33 条(执行签证付与诉讼)	许可执行之诉

(以“提出主体”为起点,以“诉的目的”、“诉讼标的”和“具体诉因”为纽带,以“谱系归属”为归宿)

图示 4 《日本民事执行法》中执行异议之诉的制度谱系框架

## 五、制度谱系框架的系统解读

此处关于执行异议之诉的制度谱系框架(图示1)的系统解读,将选择“谱系归属”作为解读的起点和基本线索,并在这一宏观线索下展开对特定“谱系归属”类型之执行异议之诉的“提出主体”、“诉的目的”、“诉讼标的”和“具体诉因”的全面分析。

### (一) 参与分配方案异议之诉

参与分配方案异议之诉,学界亦简称为“分配方案异议之诉”,“是债权人或被执行人不同意执行分配方案而提出异议,因其他债权人或被执行人对其异议表示反对,致使异议未终结,而由异议人对提出反对意见的债权人或被执行人提起的诉讼”。<sup>[10]</sup>其诉讼程序的审理对象为执行分配方案的合法性。就其属性定位,主要存在“确认之诉说”、“给付之诉说”和“形成之诉说”三种观点。<sup>[11]</sup>就其理论流派归属而言,“确认之诉说”和“给付之诉说”共属“诉”之“实体法学说”的理论流派,而“形成之诉说”则属于“诉”之“诉讼法学说”的理论流派。就此,有学者认为,“关于执行异议之诉的理论,最为重要的是执行异议之诉的性质”。<sup>[12]</sup>但是,笔者认为,由于我国尚处于执行异议之诉制度的规划初期,过深地陷入这一基础性理论命题的争论并无益处,从我国建立和发展执行异议之诉制度的需求出发,如果非要作出选择,则应选择“形成之诉说”的理论立场。<sup>[13]</sup>因为,给付之诉是要求履行作为或不作为之义务,确认之诉则是要求确认权利义务关系,而形成之诉则是要求改变权利义务关系,如果说给付之诉与确认之诉是原告基于实体权利无论何时均可提起的一般类型之诉,那么形成之诉原则上是仅限于在法律作出“当事人可以通过诉讼要求法院变动权利义务关系”之特别规定时方可提起的特殊类型之诉。<sup>[14]</sup>

在前文图示1就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架中,参与分配方案异议之诉的诉讼标的仅限于“参与分配方案实体性争议”,其诉讼目的限于“改变参与分配方案”(具体来讲,又包含两种情形:A.参与分配之执行债权的实体效力争议;B.分配金额/比例争议),其具体诉因则限于“其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权或分配金额的异议提出实质性反对意见”。而根据其提出主体的差异,参与分配方案异议之诉可进一步区分为两种情形:第一种,当其他执行债权人或债务人对作为异议人的执行债权人就分配方案所确定之参与分配债权或分配金额提出的实体性异议提出实质性反对意见时,其原告是作为异议人的执行债权人;第二种,当其他执行债权人或债务人对作为异议人的执行债务人就分配方案所确定之参与分配债权或分配金额提出的实体性异议提出实质性反对意见时,其原告是作为异议人的执行债务人。

### (二) 许可执行之诉

通常来讲,在民事强制执行程序中,根据执行依据的记载,应该可以轻松明确执行债权人和执行债务人的身份。然而,民事判决效力之主张范围的扩张(尤其是执行力之主观范围的扩张)却可能将

[10] 杨柳:“比较与借鉴:中德执行分配方案异议之诉的制度架构分析”,载《法律适用》2011年第5期,第56页。

[11] 李世成:“论执行分配方案异议之诉的程序构造”,载《法律适用》2011年第5期,第15页。另有“救济之诉说”,为少数派观点,因其超出传统民事诉讼理论体系的基本分析框架而遭遇冷落。

[12] 邵正洪:“执行异议与执行异议之诉”,载《法律适用》2001年第8期,第54页。

[13] 我国台湾地区诉讼法学界即以“形成之诉说”为通说。

[14] [日]高桥宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第59-61页。

执行依据未作记载的案外第三方主体纳入执行程序作为当事人,甚至由其取代执行依据所记载的主体人选而担任执行程序债权人或执行程序债务人。综观大陆法系国家和地区的理论及立法,这种扩张主要有三种情形:第一种,向诉讼担当时之利益归属主体的扩张;第二种,向既判力标准时后之继受主体的扩张;第三种,向请求(执行)标的之实际持有主体的扩张。<sup>[15]</sup> 因此,在民事强制执行程序中,确定正当之执行当事人时,“执行程序主体身份争议”也时常出现。而且,由于民事判决效力之主张范围的扩张(尤其是执行力之主观范围的扩张)均源于某种特定的实体法律关系(如导致诉讼担当的实体法律关系、导致实体权利义务继受的实体法律关系等)的出现,所以发生在执行程序中的“执行程序主体身份争议”包含了实体性的内容。因此,学界早有学者指出,“如因此等问题发生争议,实乃实体上之争议,理应通过诉的方式予以解决”。<sup>[16]</sup> 故而,德国、日本及我国台湾地区均规定有许可执行之诉的制度方案,以为之提供救济途径。<sup>[17]</sup> 可见,从比较法的视角来看,许可执行之诉这一概念的提出,首先源于民事强制执行中的“执行程序主体身份争议”,其诉讼的目的“旨在改变执行程序主体”。其中文表述方案源于我国台湾地区“强制执行法”第14条之一第二项的规定,并在我国大陆地区理论界得以沿用。而在德国、日本的民事诉讼立法中,与之相对应的制度方案被命名为“发给执行条款之诉”和“执行签证付与之诉”。国内学界则有学者指出,“其本质内涵与许可执行之诉相同,均属有关执行力争议之诉”。<sup>[18]</sup> 因此,传统意义上的“许可执行之诉”可界定为:在民事强制执行程序中,当执行依据载明的执行债权人向执行机构申请对执行依据效力所及但未载明之执行债务人施以执行,或执行依据效力所及但未载明之执行债权人向法院申请对执行依据载明之执行债务人施以执行,执行机构裁定驳回时,由执行申请人对被执行人所提起的请求许可强制执行之诉。如果上述的执行申请获得了执行机构的认可,而之后的执行债务人提出异议时,其亦可针对执行申请人提起反对许可执行的异议之诉。但是,在前文图示1就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架中,其隶属债务人执行异议之诉的范畴。

此外,还有另一种许可执行之诉,即以“执行标的实体权属争议”为诉讼标的,“旨在改变执行标的”的许可执行之诉。如当案外第三方主体占有的动产或者登记在其名下的不动产、特定动产和权利,执行债权人认为属于执行债务人所有,并申请对其强制执行,而该案外第三方主体予以否认时,执行债权人针对该第三人提起诉讼,请求执行机构作出裁判以许可对该标的施以强制执行(即将其纳入执行标的的范围)。就此,尽管有学者指出,无论英美法系国家还是大陆法系国家均规定有专门的程序来解决此一问题(如,“扣押第三人持有的债务人财产程序”(garnishee proceedings)或“收取诉讼”<sup>[19]</sup>),并基于僵化的比较法视角认为其不属于许可执行之诉的范畴。<sup>[20]</sup> 但笔者认为,域外立法中用来解决这一问题的制度方案尽管未直接命名为“许可执行之诉”,但综合考量其程序主体、诉讼标的、诉讼目的和程序效果,其与传统意义之许可执行之诉无异,故其在本质上属于许可执行之诉的范畴,是一种以“执行标的实体权属争议”为诉讼标的,“旨在改变执行标的”的许可执行之诉。

因此,在前文图示1就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架中,许可执行之诉的诉讼目的包含两

[15] [日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第486-490页。

[16] 赖来焜:《强制执行法总论》,台湾元照出版公司2007年版,第631页。

[17] 张登科:《强制执行法》,台湾三民书局有限公司2007年版,第168-169页。

[18] 陈炯灵:“许可执行之诉:强制执行程序中当事人适格之救济”,载《法学评论》2010年第6期,第129页。

[19] 同注17引书,第466页。

[20] 同注18引文,第129页。

种情形,即“旨在改变执行标的”和“旨在改变执行程序主体”,其诉讼标的也就相应地包含两种情形,即“执行标的实体权属争议”和“执行程序主体身份争议”。所以,许可执行之诉首先可以区分为两种基本类型:第一种,以“执行标的实体权属争议”为诉讼标的,“旨在改变执行标的”的许可执行之诉;第二种,以“执行程序主体身份争议”为诉讼标的,“旨在改变执行程序主体”的许可执行之诉。前一种许可执行之诉,其提出主体仅限于“执行程序债权人”,其具体诉因则有两种情形,即“案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利”和“案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议”。后一种许可执行之诉,其提出主体则包含“执行程序债权人”和“执行程序案外人”两种情形,即由“执行程序债权人”提起时,具体诉因为“其意在变更执行债务人的执行申请被执行机构驳回”;由“执行程序案外人”提起时,具体诉因为“其意在变更自己为执行债权人的执行申请被执行机构驳回”。而如果综合这一系列因素,许可执行之诉就包含了四种具体情形:

第一种,当(“具体诉因”为)“案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利”,且执行机构基于案外人提出的这种“实体性执行异议”排除对该执行标的的执行时,由执行债权人针对该案外人提出的,以执行标的实体权属争议为诉讼标的,旨在改变执行标的的许可执行之诉。

第二种,当(“具体诉因”为)“案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议”,且执行机构基于案外人提出的这种“实体性执行异议”排除对该执行标的的执行时,由执行债权人针对该案外人提出的,以执行标的实体权属争议为诉讼标的,旨在改变执行标的的许可执行之诉。

第三种,当(“具体诉因”为)“其意在变更执行债务人的执行申请被执行机构驳回”时,由执行债权人针对其欲变更之执行债务人提出的,以执行程序主体身份争议为诉讼标的,旨在改变执行程序主体的许可执行之诉。

第四种,当(“具体诉因”为)“其意在变更自己为执行债权人的执行申请被执行机构驳回”时,由执行程序案外人针对执行程序当事人提出的,以执行程序主体身份争议为诉讼标的,旨在改变执行程序主体的许可执行之诉。

### (三) 债务人执行异议之诉

债务人执行异议之诉,亦称为“请求异议之诉”。学界对于债务人执行异议之诉的概念界定,多有忽视以“执行程序主体身份”争议为诉讼标的“旨在改变执行程序主体”的债务人执行异议之诉的通病。如我国台湾地区陈荣宗教授就认为,所谓债务人执行异议之诉,“是指执行名义成立后,如有消灭或妨害债权人请求之事由发生,债务人于强制执行程序终结前,向执行法院对债权人提起的异议之诉”。<sup>[21]</sup> 因此,笔者将其界定为:当执行程序债务人就执行依据所载明的执行债权或执行程序当事人主张足以排除强制执行的事由,为对抗执行债权或改变执行程序主体而提起的诉讼。由于学界认为债务人执行异议之诉的属性定位直接关乎其诉讼标的、既判力范围乃至整个诉讼进程。因此,就其诉之类型的定位,一直为大陆法系诉讼法学界争论不休。根据诉讼请求之目的和内容的差异,传统理论通常将诉分为确认之诉、给付之诉和形成之诉三类。但是,学界关于债务人执行异议之诉的类型

[21] 陈荣宗:《强制执行法》,三民书局2000年版,第162页。

归属的讨论范围,却大大超出了这种传统分类体系,并形成了种类繁多的理论学说。如“确认之诉说”<sup>[22]</sup>“给付之诉说”<sup>[23]</sup>“旧形成之诉说”<sup>[24]</sup>“命令之诉说”<sup>[25]</sup>“救济之诉说”<sup>[26]</sup>和“新形成之诉说”<sup>[27]</sup>等。这种纷繁复杂的理论论争,本身就说明了债务人执行异议之诉属性定位问题的复杂性,及其与诉之传统分类方案间的巨大反差。因此,将其定性为确认之诉、给付之诉或形成之诉均难以自圆其说。即便因其间的类似性而将债务人执行异议之诉定性为确认之诉、给付之诉或形成之诉中的某一类,也仍需对诉的传统分类方案作出重新解释乃至扩大解释,从而使其偏离原初含义,有削足适履之嫌。<sup>[28]</sup>因此,笔者认为,由于我国尚处于执行异议之诉制度的规划初期,过深地陷入这一基础性理论命题的争论并无益处,从我国建立和发展执行异议之诉制度的需求出发,如果非要作出选择,亦应选择“形成之诉说”的理论立场。

在前文图示1就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架中,债务人执行异议之诉的提出主体仅限于“执行程序债务人”,但其诉讼目的却包含两种情形,即“旨在改变执行程序主体”和“旨在对抗执行债权”,其诉讼标的也相应地包含两种情形,即“执行程序主体身份争议”和“执行债权实体效力争议”。<sup>[29]</sup>所以,债务人执行异议之诉可以区分为两种基本类型:

第一种,以“执行程序主体身份争议”为诉讼标的,“旨在改变执行程序主体”的债务人执行异议之诉。根据“具体诉因”的差异,又可区分为两种具体情形:其一,当(“具体诉因”为)其“主张执行债权人非执行名义效力之主体范围所及”时,该执行债务人针对相应的执行债权人提出的债务人执行异议之诉;其二,当(“具体诉因”为)其“主张执行债务人非执行名义效力之主体范围所及”时,该执行债务人针对相应的执行债权人提出的债务人执行异议之诉。

第二种,以“执行债权实体效力争议”为诉讼标的,“旨在对抗执行债权”的债务人执行异议之诉。这种债务人异议之诉,究其本质,“目的在于排除执行名义的强制执行力”。<sup>[30]</sup>而根据“具体诉因”的差异,其又可区分为两种具体情形:其一,当(“具体诉因”为)“既判力标准时后发生足以影响执行债权实体效力的法律事实”时,由执行债务人针对相应执行债权人提出的债务人执行异议之诉;其二,当(“具体诉因”为)“执行债务人主张有限责任以对抗执行债权”时,由执行债务人针对相应执行债权人提出的债务人执行异议之诉。

#### (四)案外人执行异议之诉

“在民事判决的执行过程中,被执行的标的物可能涉及案外第三人的利益。因此,案外第三人执行标的可提出异议。”<sup>[31]</sup>此即,案外人执行异议之诉的制度源头。

[22] 该说又分为“实体上确认之诉”和“诉讼上确认之诉”两个理论分支。

[23] 同注16引书,第580页。

[24] 王娣、孙凌岳:“论债务人异议之诉”,载《北京科技大学学报》(社会科学版)2011年第3期,第70页。

[25] 同注16引书,第585页。

[26] 杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第187页。

[27] 同注15引书,第492页。

[28] 翁晓斌:《民事执行救济制度》,浙江大学出版社2005年版,第165页。

[29] 也有学者将具体类型之债务人执行异议之诉在诉讼目的和诉讼标的的方面的差异解读为“债务人异议之诉的法定事由”。参见王娣:“我国民事诉讼法应确立‘债务人异议之诉’”,载《政法论坛》2012年第1期,第184页。

[30] 刘学在、朱建敏:“案外人异议制度的废弃与执行异议之诉的构建——兼评修改后的《民事诉讼法》第204条”,载《法学评论》,2008年第6期,第133页。

[31] 刘静:“民事诉讼法中案外第三人对执行的异议之诉”,载《山西省政法管理干部学院学报》2012年第1期,第105页。

案外人执行异议之诉,学界亦称之为“第三人执行异议之诉”,“是指在民事执行程序中,执行法律关系当事人之外的与执行标的物有利害关系的第三人,对标的物提出不同的意见,并主张全部或部分实体性权利”,从而提起的诉讼。<sup>[32]</sup> 它“是执行救济的一种方法和手段,其目的在于阻止或撤销执行机构对执行标的的执行,在性质上属于特殊的命令诉讼”。<sup>[33]</sup> 有学者指出,民事强制执行程序的正当性可能遭遇的挑战来自于两个方面:其一,是执行依据本身就缺乏正当性;其二,是执行过程中错列执行标的或者在执行标的上设有其他应当保护的權利。前者是审判本身既存的问题,应当通过再审程序实施救济;后者才是执行程序需要考虑的问题,而“请求异议之诉”和“第三人异议之诉”就是诉讼立法在执行程序中所提供的实体性救济程序。<sup>[34]</sup> 其中,“第三人异议之诉”是民事司法实务中利用最为广泛的救济途径。<sup>[35]</sup> 同时,它也是在理论上存在问题最多、争议最大的一种诉。自1877年《德国民事诉讼法》建立该制度以来,学界就其属性问题就一直存在争议,至今尚无定论。具体而言,在确认之诉、给付之诉与形成之诉的类别划分体系中,第三人异议之诉的属性归属在学界存在重大分歧。并在德、日诉讼法学界导致了旷日持久的理论论争,形成了种类繁多的理论学说,如确认之诉说、<sup>[36]</sup> 给付之诉说、<sup>[37]</sup> 形成之诉说、<sup>[38]</sup> 命令之诉说、<sup>[39]</sup> 救济之诉说和新形成之诉说等。<sup>[40]</sup> 在德国诉讼法学界,关于第三人异议之诉性质的论争,其主线是“实体法学说”与“程序法学说”的对抗,而其发展历程大致可分为四个阶段:第一阶段,是实体法学说主导时期;<sup>[41]</sup> 第二阶段,是实体法学说与诉讼法学说并立时期;第三阶段,是诉讼法学说主导时期;<sup>[42]</sup> 第四阶段,是实体法学说重生时期。<sup>[43]</sup> 因此,也有学者指出:就案外人异议之诉性质的论争,德国诉讼法学界最初以私法说及诉讼说为主要分类方案,如匹克的“私法说”、贝特曼的“排除妨害请求权说”就是典型的从实体法视角对案外人异议之诉进行考察的结果。当然,后来随着理论的发展,也产生了新的学说,如“命令诉讼说”等;<sup>[44]</sup> 而在日本,诉讼法学界则以传统之三分法的诉之类型划分方案为线索,塑造了关于案外人异议之诉属性的确认之诉说、给付之诉说和形成之诉说,以及随着理论的发展而创新性提出的“救济之诉说”和“命令之诉说”。<sup>[45]</sup>

[32] 陈炳灵:“第三人异议之诉的性质及其合理自治”,载《江汉论坛》2010年第4期,第134页。

[33] 张卫平:“案外人异议之诉”,载《法学研究》2009年第1期,第3页。

[34] 唐力:“论民事执行的正当性与程序保障——以第三人异议之诉为中心”,载《法学评论》2009年第5期,第58页。

[35] 据统计,在日本的民事强制执行实务中,第三人异议之诉程序的采用率是其他实体性执行救济程序的两倍。参见[日]松村和德:《民事执行救济制度论》,成文堂1998年版,第2页。

[36] 这种观点认为,第三人异议之诉,其诉讼目的包含两个层面:其一,是要求认定某项财产不属于执行标的,此时理解为一种消极的确认之诉;其二,是要求判定该财产的权利归属,此时可理解为一种积极的确认之诉。参见[日]中野贞一郎:《民事执行·保全法概说》,有斐阁2004年版,第125页。

[37] 这种观点认为,第三人异议之诉是基于所有权等实体权利而提出的排除妨害请求,即旨在获得不作为给付的给付之诉。同注36引书,第125页。

[38] 同注36引书,第125页。这种观点认为,第三人异议之诉,其诉因为主张执行标的物并非执行债务人财产,其诉讼目的为改变强制执行程序的实体性构成要素,因而应当定性为形成之诉。

[39] 同注33引文,第3页。

[40] 同注36引书,第125页。

[41] 主流观点将第三人异议之诉定性为给付之诉。

[42] 主流观点将第三人异议之诉定性为形成之诉。

[43] 同注35引书,第29-78页。

[44] [日]远藤功:“第三者异议の诉えめぐり最近の论点——ドイツ法を中心に”,载《权利实现过程的基本构造》,有斐阁2002年版,第27页。

[45] 陈荣宗:“第三人异议之诉”,载陈荣宗:《民事程序法与诉讼标的理论》,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑1977年版,第6页。

而在我国大陆及台湾地区,学界则大多沿袭日本诉讼法学界之研究方法。<sup>[46]</sup>

究其实质,这一问题的争论源于对第三人权利在强制执行程序中的保护形态的不同看法,并由此导致了对第三人异议之诉的诉讼标的、既判力范围与作用形态等问题的分歧。“其争论之症结实系学者对强制执行请求权之基本理论所采之态度不同所致。”<sup>[47]</sup>所谓强制执行请求权,即私人对国家之于公法上的请求权,而非私人相互间之于私法上请求权。执行机构之所以能对执行债务人实施强制执行,即应以强制执行请求权为基础。就强制执行请求权的内涵界定,学理上有两种方案:其一,抽象执行请求权说;其二,具体执行请求权说。前者认为,执行机构接受执行债权人之请求而实施强制执行时,仅需在形式上就执行债权人有无执行依据进行程序性审查,而无需就其实体法上之请求权是否真正存在进行审查。如德国诉讼法学者赫尔维格(Hellwig)等持此主张。后者则认为,强制执行制度存在之目的在于满足执行债权人实体法上之请求权,故其欲主张强制执行请求权,必须先享有具体类型之实体法上的请求权。德国学者瓦希(Wach)、戈特施密德(Goldschmidt)等学者持此观点。就案外人异议之诉的属性定位,通常规律是:采抽象执行请求权说之学者,通常将其定性为形成之诉;而采具体执行请求权说之学者,则大多将其定性为确认之诉或给付之诉。<sup>[48]</sup>就此问题的论争,笔者认为,由于我国尚处于执行异议之诉制度的规划初期,过深地陷入这一基础性理论命题的争论并无益处,从我国建立和发展执行异议之诉制度的需求出发,如果非要作出选择,则应选择形成之诉说的理论立场。

在前文图示1就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架中,案外人执行异议之诉的提出主体仅限于执行程序案外人,其诉讼目的限于“旨在改变执行标的”,其诉讼标的则为“执行标的实体权属争议”。<sup>[49]</sup>而根据其“具体诉因”的差异,案外人执行异议之诉又可区分为两种具体情形:第一种,当(“具体诉因”为)“案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利”时,由该案外人针对执行债权人(执行债务人反对其请求时作为共同被告)提出的案外人执行异议之诉;第二种,当(“具体诉因”为)“案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议”时,由该案外人针对执行债权人(执行债务人反对其请求时作为共同被告)提出的案外人执行异议之诉。

## 六、我国现行执行异议之诉制度的谱系归属与完善趋向

依据我国现行民事诉讼法第227条及2009年1月1日施行的《执行解释》,我国将执行异议之诉区分为两种基本情形,即民事诉讼法第227条确立的执行异议之诉(亦有学者称其为“执行标的异议之诉”<sup>[50]</sup>)和《执行解释》第25、26条规定的“参与分配方案异议之诉”。以前文就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架(图示1)为参照体系,就我国现行执行异议之诉制度的谱系归属与完善趋向可作如图示5之系统解读。

[46] 吕潮泽:“强制执行救济程序之争议”,载杨与龄:《强制执行法案例问题分析》,台湾五南图书出版公司2000年版,第45页。

[47] 同注45引文,第4页。

[48] [日]菊井维大:《强制执行法总论》,有斐阁1976年版,第255-258页。

[49] 因此,实务界也有观点将案外人执行异议之诉界定为“执行过程中,因第三人对执行标的物享有足以排除强制执行之权利,请求法院不得执行或撤销执行程序的诉讼”。参见王明华:“案外人执行异议之诉与物权确认之诉的区分”,载《人民司法》2012年第16期,第018页。

[50] 傅贤国:“‘第三人撤销诉讼’抑或‘诉讼第三人异议之诉’——基于我国《民事诉讼法》第56条第3款的分析”,载《法学评论》2013年第5期,第128页。

分类标准	提出主体	诉的目的	诉讼标的	具体诉因	规范依据	完善趋向	谱系归属
我国现行执行异议之诉制度的谱系归属	执行程序债权人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议: A. 参与分配之执行债权的实体效力争议 B. 分配金额/比例争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定之参与分配债权或分配金额的异议提出实质性反对意见	《执行解释》第25、26条	需要纳入民事诉讼法并完善其程序规则	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行标的	执行标的的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利,并以其为由提出实体性执行异议,且执行机构据以排除对该执行标的物的执行。	民事诉讼法第227条 《执行解释》第21条	需要在民诉法层面完善其程序规则	许可执行之诉
				案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	立法空白	需要确立	
	旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更执行债务人的执行申请被执行机构驳回	立法空白	需要确立		
	执行程序债务人	旨在改变参与分配方案	参与分配方案实体性争议:参与分配之执行债权的实体效力争议	其他债权人或被执行人对其就分配方案所确定各债权人之债权或分配金额的异议提出实质性反对意见	《执行解释》第25、26条	需要纳入民事诉讼法并完善其程序规则	参与分配方案异议之诉
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	主张执行债权人非执行名义效力所及	立法空白	需要确立	债务人执行异议之诉
				主张执行债务人非执行名义效力所及			
		旨在对抗执行债权	执行债权实体效力争议	既判力标准时后发生足以影响执行债权实体效力的法律事实	立法空白	需要确立	
	执行债务人主张有限责任以对抗执行债权			立法空白	无需确立		
	执行程序案外人	旨在改变执行标的	执行标的的实体权属争议	案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利,并以其为由提出实体性执行异议,但执行机构裁定驳回,并继续对该执行标的物的执行。	民事诉讼法第227条 《执行解释》第17条	需要在民诉法层面完善其程序规则	案外人执行异议之诉
				案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议	立法空白	需要确立	
		旨在改变执行程序主体	执行程序主体身份争议	其意在变更自己为执行债权人的执行申请被执行机构驳回	立法空白	需要确立	许可执行之诉

(以“提出主体”为起点,以“诉的目的”、“诉讼标的”和“具体诉因”为纽带,以“谱系归属”为归宿)

图示5 我国现行执行异议之诉制度的谱系归属与完善趋向

就以上图示5所展示的我国现行执行异议之诉制度的谱系归属,首先须在形式逻辑上作出以下

说明:

第一,因此处论述的目的在于揭示我国现行执行异议之诉制度的谱系归属,所以此处图示5套用了之前图示1就执行异议之诉所搭建的制度谱系框架。

第二,为解读我国现行执行异议之诉制度的谱系归属,图示5在图示1的基础上增加了一个分类标准项,即“规范依据”,以明确某一特定类型的执行异议之诉在我国现行民事诉讼制度体系中的条文渊源。而对于那些在我国现行立法中尚未得以确立的执行异议之诉类型,在“规范依据”这一分类标准项下则注明为“立法空白”。

第三,为明确我国执行异议之诉制度的完善趋向,图示5在图示1的基础上增加了另一个分类标准项,即“完善趋向”,以指明某一特定类型的执行异议之诉在我国执行异议之诉制度的系统完善进程中的具体完善趋向。

以图示5所作之相对形象的展示为基础,就我国现行执行异议之诉制度的谱系归属和完善趋向可作以下之实质性判断:

第一,我国民事诉讼法第227条所规定的“执行异议之诉”,其诉讼标的仅限于案外人提出的“执行标的实体权属争议”,其诉讼的目的则限于“改变执行标的”。而根据其具体诉因和当事人状态的同步性差异,又可将其进一步地区分为谱系归属不同的两种执行异议之诉:第一种,当案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利,并以其为由提出实体性执行异议,且执行机构据以排除对该执行标的物的执行时,其原告为申请执行人,被告为案外人,被执行人反对原告方请求时作为共同被告参与程序,此时其谱系归属为“许可执行之诉”;<sup>[51]</sup>第二种,当案外人就执行标的物主张足以排除强制执行之实体权利,并以其为由提出实体性执行异议,但执行机构裁定驳回,并继续对该执行标的物的执行时,其原告为案外人,被告为申请执行人,被执行人反对原告方请求时作为共同被告参与程序,此时其谱系归属则为“案外人执行异议之诉”。<sup>[52]</sup>但是,就前述第一种情形下的“许可执行之诉”,学界有否定性的观点认为:这种所谓的“许可执行之诉”,实际上是指债权人在案外人异议成立的情形下向法院申请“许可对标的物执行”之诉讼,而并非“许可执行之诉”,或者说不是“真正意义”上的许可执行之诉,“而是因为规则制定者之误解所导致的规则本身的失误,从而误导了理论界与实务界”。<sup>[53]</sup>也有学者指出:在处理案外人异议问题上,德国、日本及我国台湾地区均未创设债权人可以提起诉讼的机制。而我国民事诉讼法设定了诉前执行机构实体裁定程序,执行机构可能认为案外人异议理由成立而裁定停止执行。为了给执行申请人提供诉讼救济途径,必须相应允许执行申请人对案外人起诉,且建议在案外人异议问题上,执行申请人提起的诉讼应改为“反对案外人异议之诉”。<sup>[54]</sup>就此,笔者认为:由于依我国民事诉讼法第227条和《执行解释》的规定,案外人执行异议之诉的提起必须以执行机构对其实体权利主张的程序性审查和裁判为前提,而一旦执行机构裁定认可案外人的实体权利主张并排除

[51] 此种类型的许可执行之诉,在我国台湾地区“强制执行法”、《德国民事诉讼法》和《日本民事执行法》中均属立法空白,而我国《执行解释》第21条却在民事诉讼法第227条的基础上,例外性地作出了规定。究其原因,我国台湾地区“强制执行法”(第15条)、《德国民事诉讼法》(第771条)和《日本民事执行法》(第38条)所规定的第三人异议之诉,其诉讼的提起不以执行机构对其实体权利主张的程序性审查和裁判为前提,而依我国《民事诉讼法》第227条和《执行解释》的规定,案外人执行异议之诉的提起却必须以执行机构对其实体权利主张的程序性审查和裁判为前提。

[52] 林巧玲、罗发兴:“许可执行之诉的受理要件”,载《人民司法》2011年第8期,第038页。

[53] 同注18引文,第129页。

[54] 同注18引文,第129页。

对特定执行标的的强制执行,就必然面临如何为执行债权人提供救济程序的问题,而唯一的解决方案就是允许其提起诉讼。所以,这种诉讼的出现在我国特有的民事诉讼制度体系中有其必然性。而且,综合考量其程序主体、诉讼标的、诉讼目的和程序效果,其与传统意义之许可执行之诉无异,故其在本质上属于许可执行之诉的范畴,是一种以“执行标的实体权属争议”为诉讼标的,“旨在改变执行标的”的许可执行之诉,也有学者称其为“对执行标的许可执行之诉”。<sup>[55]</sup>至于前述之否定性观点,则仍然源于那种僵化的比较法视角,将其排除在许可执行之诉范畴之外的观点源于一种危言耸听式的学理顾虑,而改称其为“反对案外人异议之诉”的设想也不过是一种画蛇添足式的逻辑转换。

第二,《执行解释》第25、26条所规定的“参与分配方案异议之诉”,其诉讼标的仅限于“参与分配方案实体性争议”,其诉讼目的限于“改变参与分配方案”,其具体诉因则限于“其他债权人或被执行人对异议人的书面异议提出实质性反对意见”。尽管,在图示5中,就其提出主体区分了两种情形:第一种,当其他执行债权人或债务人对作为异议人的执行债权人就参与分配方案提出的实体性异议提出实质性反对意见时,其原告为作为异议人的执行债权人;第二种,当其他执行债权人或债务人对作为异议人的执行债务人就参与分配方案提出的实体性异议提出实质性反对意见时,其原告为作为异议人的执行债务人。但是,由执行债权人或执行债务人两种不同主体提出的“参与分配方案异议之诉”,在谱系归属上无需作进一步区分。

第三,我国现行民事诉讼法第227条和《执行解释》第25、26条的规定仅在部分意义上确立了执行异议之诉制度。如将其置于执行异议之诉的宏观制度谱系框架中,则能清晰地看到,还有诸多具体类型的执行异议之诉尚未得到确立,处于立法空白状态。就此,如以这些具体类型之执行异议之诉的“提出主体”为起点,以其“诉讼标的”和“诉的目的”为纽带,以其谱系归属为逻辑归宿,则可概括为四个方面的立法空白:

第一方面,由执行程序债权人提出,以执行程序主体身份争议为诉讼标的,旨在改变执行程序主体的“许可执行之诉”处于立法空白状态。

第二方面,由执行程序案外人提出,以执行程序主体身份争议为诉讼标的,旨在改变执行程序主体的“许可执行之诉”处于立法空白状态。

第三方面,当(“具体诉因”为)“案外人就被作为执行标的的执行债务人对其享有之债权或其他财产权的实体效力/金额提出异议”时,由执行程序债权人或执行程序案外人提出,以执行标的实体权属争议为诉讼标的,旨在改变执行标的的“许可执行之诉”和“案外人执行异议之诉”<sup>[56]</sup>处于立法空白状态。

第四方面,由执行债务人提出,以执行程序主体身份争议或执行债权实体效力争议为诉讼标的,旨在改变执行程序主体或对抗执行债权的“债务人执行异议之诉”处于立法空白状态。

[55] 马登科:“初创与完善:对民事许可执行之诉的解读”,载《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2010年第9期,第117页。

[56] 此种类型的案外人执行异议之诉在我国台湾地区“强制执行法”第119条(扣押命令等之异议及其执行)之第三款中有规定,但在《德国民事诉讼法》和《日本民事执行法》属立法空白。究其原因,德、日两国认为,该立法空白可通过对其“第三人异议之诉”规定中的“执行标的物”概念的扩大解释予以弥补。国内亦有学者持此观点,认为“案外人异议之诉适用于所有的对财产的强制执行”。同注33引文,第3页。然而,笔者认为,我国执行异议之诉制度的构建尚处初期阶段,民事诉讼法第227条、《执行解释》第17条(案外人执行异议之诉)中的“执行标的”的概念当下不宜作扩大化的理解,而应狭义性地理解为“执行标的物”。因此,有必要确立此种类型的案外人执行异议之诉。

## 七、结语

基于单一分类标准的常规分类已经不足以为深入剖析执行异议之诉制度提供系统性的认识框架。因此,我们不应再局限于以执行异议之诉的“提出主体”、“诉的目的”或“诉讼标的”三项要素中某一项作为单一、明确、特定的标准对执行异议之诉进行常规意义上的分类,而有必要综合“诉的主体”、“诉的目的”和“诉讼标的”这三项要素,并力求其相互之间的有机转换,以对执行异议之诉进行立体的种类划分,从而实现对于该项制度的系统认知,为其搭建系统性的制度谱系框架。而且,这一系统性研究应直指我国现行民事诉讼立法,以对执行异议之诉的系统性认识为基础,指出现行立法中执行异议之诉的制度性缺陷,并具体到细节层面,以为执行异议之诉制度的系统完善提出可行方案。

### **Pedigree Resolving of Objection to Execution: A Comparative Perspective**

Ding Baotong

**Abstract:** Although we have initially established the system of Action of Objection to Execution in Chinese Civil Procedure Code and provided simple procedural rules for it through the Judicial Interpretation of the Supreme Court. , as a very complex and systematic system, there are so much deeper and systematic problems to resolve. Therefore, deeper and systematic research on it is necessary. We must frame and resolve it's system pedigree, which is based on the accurate definition of it's connotation & denotation. So, we can find it's defects in Chinese present legislation and propose the feasible plan to systematically improve and implement it.

**Keywords:** pedigree resolving; action of objection to execution; subject of action; objective of action; object of action

(责任编辑:倪鑫煜)

# 和解协议与生效判决关系之债法原理分析

## ——兼论“吴梅案”的规则解释

郑金玉\*

**摘要:**从私法的角度看,给付判决主文承载的权利义务关系具有债的性质,债之请求权为生效判决强制执行力的实体根据;判决之债及其请求权消灭,判决执行力随之消灭。在“吴梅案”及类似情形中,当事人在判决后和解的,显然以承认判决的存在为前提,但目的则在于以债的协议方案替代判决方案。由此,理论上可以认为,协议之债(新债)与判决之债(旧债)间构成债的更新关系。当事人一方申请执行生效判决,另一方以协议为依据提出异议的,法院应通过一个恰当的程序,区分不同情形,以判决或裁定的方式分别处理:如果协议已经履行,应认定协议之债有效替代了判决之债,判决之债消灭,原判决执行力予以排除,执行程序终止;协议无效以及被解除、被撤销的,新债视为自始不成立,旧债不消灭,原判决执行力不得排除,应继续执行;和解协议处于履行期间,或发生争议而诉讼结果尚未确定,被执行人提供担保的,法院可以决定暂缓执行原判决,以待协议履行期限届满或诉讼结果确定再作相应安排。这三种法律规则解释的结论,既能够满足私法方面“约定必须信守”原则的要求,也可以兼顾公法方面维持判决公信力的需要,是全面解决生效判决与和解协议效力竞合问题的稳妥方案。

**关键词:** 给付判决 判决之债 协议之债 债的更新 执行程序

2011年12月,最高人民法院发布了第一批指导性案例,其中2号案例为“吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案”(以下简称“吴梅案”或2号案例)。该案例“旨在正确处理诉讼外和解协议与判决的效力关系”,<sup>[1]</sup>以便各级法院参照适用。“吴梅案”引起学界的高度关注,学者就其延伸性的法律规则解释展开深入探讨,并形成了少见的学术争锋局面。<sup>[2]</sup>学者普遍认为,“吴梅案”中,生效判决与和解协议的矛盾,实际上就是两个实体方案的效力竞合问题。既然如此,研究“吴梅案”就应该充分关注其背后的实体法理论基础,同时,也只有厘清了生效判决与和解协议的实体关系,研究者才有可能恰当地解释其中的程序规则。然而,最高人民法院阐释“吴梅案”法律规则时,仅从程序角度指引执行人如何应对当事人的执行申请和相关异议,回避了和解协议的法律地位、法律效力等实体

\* 河南大学法学院副教授,法学博士。本文系2013年度教育部人文社科项目“我国民事裁判的证据路径依赖及其影响——基于6个法院532份一审判决的实证研究”(13YJC820113)的阶段性成果。

[1] 2011年12月20日《最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知》(法[2011]354号)。

[2] 参见王亚新:“一审判决效力与二审中的诉讼外和解协议——最高人民法院公布的2号指导案例评析”,载《法学研究》2012年第4期;严仁群:“二审和解后的法理逻辑:评第一批指导案例之‘吴梅案’”,载《中国法学》2012年第4期;隋彭生:“诉讼外和解协议的生效与解除——对最高人民法院《指导案2号》的实体法解释”,载《中国政法大学学报》2012年第4期;吴泽勇:“‘吴梅案’与判决后和解的处理机制——兼与王亚新教授商榷”,载《法学研究》2013年第1期;吴俊:“指导案例2号的程序法理”,载《法学》2013年第1期;贺剑:“诉讼外和解的实体法基础——评最高人民法院指导案例2号”,载《法学》2013年第3期。

问题。当前的相关研究中,以王亚新、吴泽勇教授等为代表的诉讼法学者多数因循最高人民法院给出的单向思路,仅以“执行力替代”、诚实信用原则,以及审判与执行程序的异质性理论为基础,梳理诉讼外和解协议与生效判决关系的法理逻辑,阐释该案例中的程序规则及适用范围,而绕开了其背后实体法理论基础的阐释。即使是实体法学者的相关研究,也没有恰当把握生效判决与和解协议的实体关系。该案的实体法理论基础研究不足,导致程序规则解释很不顺畅,发生争议也不可避免。值得一提的是,在我国,无论是立法、司法实务还是理论界,人们都不愿直面判决后的和解协议可能会导致给付判决执行力“失效”的问题,即使协议已经恰当履行,多数人仍然对此持有怀疑态度。其原因也许在于,人们一时还难以寻到判决后的和解协议消灭生效判决执行力的实体法理论根据。为弥补当前学界对“吴梅案”及相关问题研究的缺憾,本文拟以债法理论,特别是债的更新、新旧债关系的理论为根据,重新阐释生效判决与和解协议的效力关系,并就该案程序规则的解释提出笔者自己的看法,以就正于方家。<sup>[3]</sup>

## 一、当前对“吴梅案”研究的分歧与不足

在“吴梅案”及类似的情境中,判决生效后,直至执行程序终结之前,我国立法及司法实务都允许,甚至鼓励当事人自行和解。如何认识当事人之间和解协议实体和程序的法律效力,正确处理其与生效判决的关系,学者的理论认识存在争议,先前司法实务的做法也不统一,成为一个困扰我国学界和司法实务的难题。<sup>[4]</sup> 最高人民法院把“吴梅案”选为指导案例,尝试就此问题给出一个清晰、统一的解决方案。然而,从学者对该案研究的结论来看,事情并没有朝这一方向发展。当前,“吴梅案”法律规则,特别是其延伸性规则解释,在学者中仍存在较大的分歧,部分学者的研究结论也有明显的问题。

首先,诉讼法学界相关研究存在分歧和不足。王亚新教授就“吴梅案”展开了甚为缜密的分析,其主要观点可以概括为:对2号指导性案例归纳的程序规则,理论上可用“执行力替代说”加以说明;引入诚实信用原则为本案的亮点之一,该原则也成为解释诸多问题的关键性理论依据;通过对案情基本事实多种演化形态的示例性延伸,“吴梅案”程序规则的内容及其参照运用能够体现出微妙调整变化却又保持前后一贯稳定性的独特机制和作用。王亚新教授在文中详细列举了“吴梅案”基本事实可能出现的8种演变情形,并有区别地给出了处理方案,具体包括“适用”、“部分适用”以及“排他式的参照”“吴梅案”程序规则。

吴泽勇教授则针对王亚新教授的结论展开对“吴梅案”的研究。吴教授指出,王亚新教授的分析“主要是着眼于案件处理的实体妥当性”,但其将实体妥当性、诚实信用原则等因素纳入执行程序、由执行机关对争议进行实体性审查的主张并不恰当。因为“强制执行是一个判决实现的过程,执行机关

[3] 学者研究指导性案例应完成两项基本任务:阐释案例背后的法理基础;解释案例归纳的法律规则适用范围及演变规律。相应地,也就有两种研究思路和研究类型。当前,“吴梅案”的研究中,王亚新、吴泽勇二位教授就其法律规则的分析最为精细,案例规则适用范围的阐释也较为透彻,当属于第二种研究类型的范例。本文前三部分致力于“吴梅案”研究的第一项任务,主要就该案理论基础展开探讨,第四部分则采用从实体法理论出发反推程序规则的思路,重新阐释该案的法律规则。

[4] 张永泉:“执行前和解协议法律效力研究”,载《法学家》2011年第1期。

只负责执行生效的裁判文书,不可能要求它能像王亚新教授展示的那样,根据每个个案的具体情况和实体正义对要不要立案执行作出裁决”。吴教授恪守规范解释的严格性要求,认为对“吴梅案”的法律规则应作保守理解,判决一旦确定,即具有执行力,执行力并不能被当事人以合意方式排除。除法律明确规定的情形外,即使协议已经履行,也不能阻止判决的执行。此外,“执行异议也不是法院审查被执行人‘和解异议’的恰当程序”,当事人就和解协议发生的实体争议可以另行提起诉讼。既然现行法专门规定了执行和解,那么,对所有其他判决后的和解,执行人员只需记住一个规则即可,这个规则就是:原告可以申请执行原生效判决。由此,我们获得一个“一揽子”解决此类问题的程序法方案。<sup>[5]</sup>

在笔者看来,诉讼法学者研究“吴梅案”的分歧已经很明显,该案的关键问题——执行程序规则的解释,是否应该考虑和解协议内容及其履行情况,王亚新教授与吴泽勇教授各执一端,二位对“吴梅案”法律规则适用范围的指引,以及类似问题的解决思路都有很大的差别。但他们都受最高人民法院在“吴梅案”中给出的思路限制,忽视了最不该忽视的实体法理论根据和通行的程序规则,相应的法律规则解释,特别是延伸性解释都有不妥之处。

在王亚新教授的研究中,“执行力替代说”是解析和解协议与生效判决关系的重要理论依据;王亚新教授同时指出,“在面对两种实体方案矛盾时,有必要回到当事人在诉讼外签订和解协议的目的和性质这个基本层面”。很显然,“执行力替代说”能否成立,取决于能否找到对应的实体法理论依据,而作为解决此类问题的关键性要素——和解协议的目的和性质的解释,更需要实体法理论的有力支撑。然而,除了采用较为宽泛的诚实信用原则外,王亚新教授仍限于从程序理论角度解释问题,对其他实体理论采取了回避的态度。由此,王亚新教授对该案的规则解释也有不周全的地方,正如吴泽勇教授指出的那样,无论是判决还是协议,其所承载的权利义务关系都有可能是双向的,加上缔约、履行等情况复杂多变,可以设想的案件类型将会成倍增加,<sup>[6]</sup>8种情境设想很难完全包容,而在这种情况下,要求执行人衡量利弊,判断哪种方案对守信当事人更有利,情况将变得异常复杂而难以把握;更为突出的是,复杂的情境性研究虽然能够关照指导性案例以及法律规则的演变,但其中的法律规则解释未免过于流动化,与规则解释的确定性要求相悖。

吴泽勇教授指出,解释“吴梅案”的关键分野不在实体,而在程序。吴教授给出的规则指引,的确简单而具有可操作性。然而,把实体根据置于一旁,以纯粹的程序理论解释“吴梅案”的法律规则,给人一种为追求结论的统一而将问题简单化处理的印象。此外,吴教授强调原判决必须执行,实际上已经在执行程序中否定了和解协议的法律效力,在其主张的后续诉讼中,协议不可能获得完整的承认。由此,吴教授提出的“一揽子”程序方案一味允许执行生效判决,可能会冲击实体法规则和私法秩序,

[5] 参见吴泽勇:同注2引文。与王亚新教授同时,严仁群教授在《中国法学》发文评析“吴梅案”,严教授认为,和解协议既不能改变生效判决的既判力,也不能冻结或限制判决的执行力,即便债务人完全履行了该契约,也不能使判决的执行力消灭(参见严仁群:同注2引文)。吴泽勇教授与严仁群教授的研究思路明显不同,但从程序规则解释角度看,二位的观点仍有诸多相通之处。值得一提的是,针对严仁群教授观点的论争性研究也已见诸发表,参见吴俊:同注2引文。该文指出了严文在阐释程序规则方面存在的逻辑混乱,同时引入了一个关键的概念——“不执行契约”,认为“吴梅案”中的和解绝非私法上的和解契约,而属于比较法上的不执行契约。然而,在笔者看来,(不)执行契约是一种程序性契约,其仅对执行程序(即债权的实现程序,具体可能会涉及执行的条件、方法、范围、时间等)作出调整,不涉及执行名义所载的实体权利本身。“吴梅案”中的和解协议并非限制或扩张原判决的“执行”,其实体性质显著(这也是当前多数学者持有的主流观点)。吴俊博士忽视该协议的实体性内容,否定其私法契约性质,建议按照“不执行契约”理论分析“吴梅案”中的法律关系,显然是一种“病急乱投医”的主张。

[6] 吴泽勇:同注2引文。

对社会公众的诚信行为导向也会产生一定的负面影响。

其次,诉讼法学者研究的不足,实体法学者的研究能否予以弥补呢?在笔者看来,实体法学者的相关研究也没有为该案的法律规则解释提供有力的实体法理论支撑。部分学者虽然注意到该案法律规则解释中实体法理论基础的重要性,并尝试加以阐释,但仍然存在着理论依据选择不当或阐述不到位的缺陷,其他多数学者则直接回避了和解协议与生效判决实体效力关系问题的探讨。

从实体法角度看,诉讼外和解协议是一种契约关系,具有私法效力,这在学者中几无争议。隋彭生教授援引合同法原理分析认为,“吴梅案”中的诉讼外和解协议,是附成立条件的债。条件成就,和解协议生效,同时也导致一审判决生效;“西城纸业公司与吴梅之间的和解协议不属于债的更新”,原因在于,和解协议生效后,原法律关系仍然存在;和解协议是“冻结”而不是“消灭”了申请执行的效力,在和解协议正常履行后,原法律关系才真正“寿终正寝”。隋教授认为,和解协议既然是合同,符合实体法规定情形的,当然可以解除。协议被解除之后,原法律关系恢复效力。

贺剑博士重点就和解在实体法上的性质展开研究,其对“吴梅案”的判断是,债务不履行催生合同解除权,和解协议因解除而失效,双方实体法律关系回到生效判决所确认的状态。故生效判决的执行或恢复执行,应以和解协议是否因解除、撤销等原因而失效作为判断标准,并应顾及和解协议的特性。<sup>[7]</sup>

隋教授与贺博士引入了债及其解除理论,为正确认识诉讼外和解协议的性质和地位提供了较好的思考方向,也成为研究“吴梅案”的关键性实体理论依据。<sup>[8]</sup>但二位研究的缺陷也很明显:债的解除理论只能为守约方解除和解协议、申请执行原判决提供理论依据,在和解协议有效、未出现解除事由的情况下,债的解除理论完全无用武之地。债的解除理论不能解答某些情况下生效判决的“失效”问题,也就无法从根本上解决生效判决与和解协议的效力竞合难题。除了理论依据有明显的不足外,二位研究“吴梅案”的思路也存在问题:隋教授的文章针对性不强,合同生效与解除理论的论述较为宽泛;而贺博士在为该案和解协议定性时,有意或无意地忽视了判决的存在,直接套用民法中普通的“民事和解”的性质理论,显然不够妥当。“吴梅案”中的判决后“和解协议”<sup>[9]</sup>已不是民法中传统意义的以化解纠纷为目的的“和解”:判决一旦生效,纠纷即已解决,“和解”就失去了基础和前提,我们只能

[7] 参见贺剑:同注2引文。

[8] 严仁群教授忽视了协议解除理论。其实,协议债务人不履行义务,债权人就获得解除协议、要求债务人承担违约责任或者请求法院判决强制债务人履行义务这三种方案的选择权。吴梅申请执行原判决,表明其已经放弃、解除协议,我们没有理由要求其一定要按照协议内容“一条道走到黑”。由此,严教授对《民事诉讼法》原第207条(现第230条,即协议不履行,恢复对判决的执行)的批评并不是十分中肯,参见严仁群:同注2引文。

[9] “吴梅案”的案情确实有点特殊,当事人谈判、签订协议时,判决尚未生效,其“定纷止争”效果也未显现,理论上讲,当事人之间的纷争仍然存在(被告人提起上诉就是例证)。然而,正如隋彭生教授分析的那样(参见隋彭生:同注2引文),“吴梅案”中的诉讼外和解协议,是附成立条件的债,其成立(或生效)的前提是当事人撤回上诉,而撤回上诉的一个重要法律效果就是一审判决生效。由此,该协议被认定为判决生效后的协议并不存在问题。

将这种“和解协议”视为变更当事人彼此间法律关系内容或成立新的法律关系的协议。<sup>[10]</sup> 贺文的结论固然没有问题,但并没有解决生效判决与和解协议的效力竞合难题,而这恰是问题的关键,也是实体法理论可以有所作为的重点。

概括来讲,当前在“吴梅案”及相关问题的研究中,诉讼法学者观点的分歧与缺陷,无不与实体理论研究不足有关,而实体法学者也没有完全理顺生效判决与和解协议的实体关系,甚至人们普遍认可的和解协议“私法效力”的具体表现,也没有得到很好的阐释。沿着债法理论方向,寻求解决生效判决与和解协议效力竞合问题的路径,并在此基础上解释“吴梅案”的法律规则,给司法实践以更简洁的程序规则指引,是亟需学界解决的现实问题。

## 二、给付判决的债法理论基础

债法原理对给付判决有着很强的解释作用,生效判决与和解协议的关系,以及二者在人们观念中的冲突,都可以适用该理论进行解释和协调。

首先,给付判决主文承载的权利义务关系具有债的性质。给付判决的主文内容为判决的最终结论,是法院就当事人之间的纷争给出的解决方案,具体表现为法院判令一方当事人在指定的期限内、以指定的方式,向对方当事人为一定的行为或不为一一定的行为。给付判决生效之后,按照主文的要求,当事人之间就会重新形成一种权利义务关系,一方对另一方享有给付请求权,而另一方就此承担了判决确定的给付义务。从实体法角度看,这种判决(主文)上的法律关系,可以视为债权债务,我们可以称之为判决之债,<sup>[11]</sup>判决债权的性质与普通民事债权一样,表现为当事人之间的请求权。把“司法行为”视为引发民事权利义务发生、变更和消灭的特殊事实的观点,在我国学界早已有之,<sup>[12]</sup>英美法学者更是认为,判决前的权利,与判决后的权利,异其性质及效力,判决为债的发生原因。<sup>[13]</sup>当然,与传统的债之发生原因(契约、侵权、不当得利和无因管理等)“绝对创制”债之关系不同,判决只是对原始的权利义务关系加以确认,并将其转由自己承载,在当事人之间“相对创制”了法律关系。而这种法律关系的特殊地位和法律效力,又足以使人们可以将其视为一种相对独立的债之关系——“判决之债”。把给付判决视为债权债务关系的载体,并承认“判决之债”的相对独立性,符合司法现实和生活逻辑。

判决之债不仅相对独立于原始的民事关系,也相对独立于判决的其他内容,其可以从判决中分离

[10] 在实体法理论中,“和解”被视为当事人相互让步、相互约定,以终止争执或排除法律关系不明状态的协议。和解的前提是存在争议或法律关系不明,目的也在于终止争议或排除法律关系不明状态。法院判决后,当事人之间的争执或法律关系不明状态已被排除,原则上不得再对此成立“和解”。然而,当事人间若有为与确定判决内容相左之约定,已不是真正的和解,仅得将其视为变更彼此间法律关系内容或成立新的法律关系之约定。参见黄立:《民法债编各论》,中国政法大学出版社2003年版,第830-834页。这种认识相当深邃,把判决后的“和解”视为在判决基础上作出的新协议、新契约,的确可以化解很多理论上的矛盾。我国大陆学者把判决后的协议仍视为以化解(原)纷争为目的的“和解协议”,这种源于直观感觉的认识已经在观念上忽视了判决的存在,人为制造了判决与协议的矛盾。

[11] 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第7页。在英美法中,判决之债(judgment debt)是一个极为常见的法律术语,指的就是经法院审理而被判决确认的给付关系。

[12] 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社1998年版,第96页;江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,第177页。

[13] 同注11引书,第7页;王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第31页。

出来而独立存在。十多年前,在我国曾风靡一时的债权凭证,<sup>[14]</sup>就是人们从给付判决中分离出判决之债的例子。把判决之债分离出来,按照债的实现、消灭等规律单独处理,并不影响判决其他内容的独立存在,也不影响执行力之外判决的其他法律效力,比如,判决的拘束力、既判力仍然发挥作用。

如果债务人不自觉履行判决所宣告的给付义务,债权人可以向执行机关提出申请,要求强制实现判决确定的权利义务方案,这种法律效力就是给付判决的强制执行力。执行力针对的是给付判决中的债之关系,是司法赋予判决之债的公法效力。执行力以债之请求权为基础,判决中如果没有债之关系及其请求权,就不可能有强制执行力。<sup>[15]</sup>判决之债因实现等原因而消灭的,判决执行力也应随之消灭。当然,判决之债的请求权(请求力)与执行力并非同一事物,前者为私法效力,应当按照私法规则处理,后者是公法效力,受司法规则调整,排除判决执行力,须按照公法程序规则处理。

其次,判决之债及其请求权也有一个产生和消灭的过程,其大致遵循债的产生、履行和消灭规律,一般民事权利因“行使、抛弃、主体死亡、客体灭失或逾存续期间”而消灭的规则,<sup>[16]</sup>同样适用于判决债权。清偿,以及免除、提存、抵销、混同等,都可以作为判决之债实现、消灭的方式。

需要注意的是,判决之债消灭,随之消灭的仅是判决的执行力,既判力并不消灭。执行力与既判力各有所指,二者相互独立。<sup>[17]</sup>学界通说认为,既判力主要针对当事人的诉讼请求,是法院对诉讼标的、法律关系判决结果的公法效力。既判力的表现就是,判决确定,判决中针对当事人请求而作出的实体判断成为确定当事人之间法律关系的基准,此后,当事人既不能再提出与此基准相冲突的主张来进行争议,法院也不得作出与此基准相矛盾的判断。<sup>[18]</sup>在人们的观念中,判决一旦生效,就会阻断其后民事生活与先前民事法律关系的直接联系,人们应该以判决为行事的基准和民事生活的新起点。由此看来,“吴梅案”及类似问题的关键在于生效判决执行力与和解协议请求力之间的矛盾,与既判力无关。诉讼法学者担心不执行已生效判决,会冲击既判力规则,无一例外地援引与强制执行并不相干的既判力理论分析“吴梅案”的执行问题。笔者认为,这种担心和分析实无必要。

再次,从实体法角度看,实体内容相互竞合的和解协议与给付判决,在某种程度上可以视为两个“相互独立”的债之关系。判决“定纷止争”的功能决定判决生效后,当事人不能重翻老账、再行争议,他们可以做的事情,应是严格依照判决行使权利、履行义务。当然,法律也不禁止他们以判决为起点重新安排(处分)其权利义务关系。当事人于判决后“和解”并达成协议的,是原诉讼程序终结之后新

[14] 债权凭证是从给付判决等法律文书中派生出来的权利证书。在执行程序中,被执行人无财产可供执行,或现有财产经强制执行后仍不足清偿债务的,执行法院可以向申请执行人发放用以证明申请执行人对被执行人尚享有债权的权利证书。在申请执行人有证据证明被执行人有财产可供执行时,权利人依据债权凭证即可向法院申请执行其中登记的权利。参见肖建国:“债权凭证制度的构建与民事执行制度的完善”,载《金陵法律评论》2004年秋季卷。我国台湾地区“强制执行法”中也有债权凭证的明确规定,参见赖来焜:《强制执行法总论》,元照出版公司2007年版,第867页以下。

[15] 确认判决、形成判决的主义均没有给付内容和债之关系。没有债之关系和可供执行的内容,这两种判决也就没有强制执行力,这是执行力与“债”之间对应关系的反证。

[16] 参见曾世雄:《民法总论之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第59页以下。

[17] 参见[德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1144页。

[18] 王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,第338页。

的民事行为,是新发生的事实,<sup>[19]</sup>而判决确认的事实和法律关系,是当事人和解必须承认的前提和基础。所以,判决之债与协议之债并非同一法律关系,完全可以视为两个相互“独立”的债。如果当事人就协议发生争议,例如,对协议之债的成立、变更、履行等有不同的认识,就形成了一种新的纷争,与判决前的纷争并非同一关系,应当允许当事人提起新的诉讼。新的诉讼与判决前诉讼的诉讼请求、诉讼标的不同,不在原判决既判力所及范围,<sup>[20]</sup>不会对原判决既判力构成冲击。

综上,在探讨生效判决与和解协议关系时,我们可以从债法理论角度认为二者具有相对独立的法律地位。然而,即便如此,我们尚不能完全化解生效判决与和解协议之间的矛盾:当事人不可能基于同一原始的民事关系而享有双重债权,判决之债与合意(协议)之债不能同时存在,更不应该同时付诸实现。由此,简单援引债法理论,并不能直接解决协议之债与判决之债、私法方案与公法方案效力竞合问题。进一步引入相关理论协调二者之间的冲突,成为解决问题的关键。

### 三、债的更新理论的引入

在债的理论基础上,进一步探究当事人和解协议的目的及其对生效判决的处置,是认识协议与判决关系的重要切入点。

如果当事人在知晓法院已就其民事法律关系作出判决的情况下,仍然协商、谈判,并达成内容与判决“相互冲突、彼此竞合”的协议,那么,很明显,他们目的就是要置判决中的债之方案于一旁,用自己的协议方案替代债的判决方案。

从债法理论角度看,以一种债之关系替代另一种债之关系,就是债的更新。债的更新,亦称债的更改,就是当事人以变更债的要素,成立新的债权债务关系、消灭旧的债权债务关系为目的的契约。<sup>[21]</sup>在债法理论体系中,债的更新与清偿、提存、免除、抵销、消灭时效完成等法律事实一样,是作为债的消灭制度而存在的,即更新也是债的消灭原因之一。<sup>[22]</sup>

债的更新涉及三重法律关系:旧债、新债,以及当事人之间以新债替代旧债的合意(即更新契约本身)。旧债是作为前提而存在的债之关系,也是债的更新中消灭的对象。债之关系不论其发生原因(合同之债、侵权之债、不当得利之债等),也不论其内容(物之给付、权利的转移或行为),均可以作为债之更新关系中的旧债。<sup>[23]</sup>但旧债必须有效成立,未成立或无效的债,以及已经消灭的债,均不得作为更新的对象。更新关系中的新债,是为替代旧债而新发生的债。人们对新债的内容及形式亦无特殊要求,但通常为协议之债。新债同样必须有效成立,若新债因内容不合法而无效,或因欺诈、胁迫而被撤销的,债的更新无效,旧债并不消灭。<sup>[24]</sup>从逻辑关系上看,旧债的消灭以新债的有效成立为前

[19] 在“吴梅案”及类似的情形中,最高人民法院也有这样的认识和判断,参见最高人民法院案例指导办公室(李兵执笔):“指导案例2号《吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案》的理解与参照”,载《人民司法》2012年第7期;2001年最高人民法院对四川省高级人民法院作出的民立他字[2001]第34号答复。

[20] 即使认为和解协议与判决既判力有关系,和解事实发生在判决既判力基准时之后,也不受判决既判力的拘束。

[21] 参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第525页。

[22] 参见周相:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第832页以下。

[23] 参见注11引书,第826页。

[24] 参见注21引书,第527页。

提,而新债的成立也以旧债消灭为条件,新旧债互为因果关系,即新债成立,旧债消灭;新债不成立,旧债不消灭;旧债不消灭,新债不成立。

债的更新关系中,新旧债必须异其要素。债的要素,就是决定债之同一性的重要部分,债的主体(债权人、债务人)、客体(标的)均属债之要素。除主体、客体外,债之发生原因变更,也成立债的更新,即使新旧债的主体、内容和给付数额完全一样亦是如此。<sup>[25]</sup> 强调新旧债异其要素,目的在于突出二者不具有同一性,新旧债是两个相对独立的债,而非同一债之关系。总之,债的更新中,新债与旧债的形式不同,实质上也有重大差别,甚至可以说,债之原因、内容等方面,二者完全无关。新债消灭旧债,应该视为新债取代了旧债;而认为旧债发生变形,转换为新债,新旧债仍为同一债之关系的观点并不符合债的更新制度精神。<sup>[26]</sup>

当事人之间的更新合意,是指双方有成立新债、消灭旧债的意思表示,并达成合致。更新意思及其合意构成更新契约本身,是沟通新债与旧债关系的纽带。更新合意是债的更新关系的关键内容,缺少这一内容,即使债的要素发生改变,也不成立债的更新关系。债的更新与相似制度<sup>[27]</sup>的关键区别也在于当事人的更新意思。与其他意思表示一样,更新意思通常以明示方式表示,但能从当事人行为中推导出这种意思的默示表示方式同样应当得到承认。

在罗马法时代,债的更新制度具有重大意义。罗马法对债的要素有着严格的要求,债若要维持其同一性,就必须受债之主体、客体的严格约束,要素不得改变。要素一旦有变,即视为旧债消灭、新债产生。<sup>[28]</sup> 债的更新理论在现代社会明显衰落,德国民法典就没有再设置债的更新制度,我国立法亦是如此。债的更新理论衰落的原因也许在于,现代社会的债富有流变性,债从成立到履行,直至消灭,要素随时都有可能改变,直到完全实现,债之关系才得以固化。如果人们仍然固守债的更新原理,债的要素一旦有变,就是新旧债的更替关系,现实中的债可能会有大量的“消灭-新生”循环关系,这样未免过于繁琐。在瞬息万变的现代社会,只要债不失其同一性,债的某些要素(因素)发生变化,人们一般认为原来的债之关系并不消灭,而是与变更内容形成一种主体与补充关系,“新债”、“旧债”浑然一体、构成一个债的关系,而非各自独立。

然而,债的更新理论并没有被现代社会完全抛弃,其适时演变,某些理论精髓和制度功能由债权让与、债务承担、债的内容变更等制度传承下来。现代社会债的内容变更多数通过债务变更契约来实现,但依据契约自由原则,当事人通过债的更新模式来实现也未尝不可,法律并没有必要禁止,所以,债之更新制度并非毫无存在的余地。<sup>[29]</sup> 另外,诸如法国、奥地利、意大利、瑞士、日本等国民法中仍有

[25] 学界通说认同债之原因或条件之变更亦发生债的更新,参见注11引书,第827页;黄立:同注10引书,第675页。黄立教授就此举例加以说明:甲因与乙间之买卖,而有向乙支付1000元价金之义务,经过一段时期后,因为甲无力付款,而商人出售货物之价金请求权系短期时效(我国台湾地区“民法”第127条)。双方当事人乃合意,甲得继续保有此1000元作为消费借贷(法律原因发生变更),此即成立债之更新关系。我国司法实务中的类似案例,参见青海省海东地区中级人民法院:《拖欠的货款转为借款法律认可》,http://www.qh.xinhuanet.com/hdfy/2008-05/08/content\_13203545.htm,访问日期:2013年7月1日。

[26] 参见注11引书,第823页。

[27] 与债的更新制度某些功能相似的制度,有债权让与、债务承担和债的变更制度,以及代物清偿、间接给付等制度,参见注21引书,第529-530页。

[28] 罗马法中,不仅债的要素变更发生债的更新,而且债的无论何等变更都发生更新。参见注11引书,第827页。

[29] 同注21引书,第526页。

较为详细的债的更新制度的规定,英国立法中也有该项制度。<sup>[30]</sup>即使没有采纳债的更新制度的国家,时常也会遇到必须适用该理论解释问题的场合,比如,在债的担保中,担保之债要求主债严守要素不变原则,主债一旦有变,按照债的更新理论来解释其中的法律关系更为流畅。主债要素变更,视为主债(旧债)消灭,从权利、担保责任也随之消灭,<sup>[31]</sup>变更后的债为新债。再比如,依照债的性质,法律不允许债权让与时,<sup>[32]</sup>如果需要改变债的主体,只能借助债的更新关系才能实现。

就生效判决与和解协议之间的实体关系而言,债的更新理论具有很重要的解释作用。首先,判决作为当事人和司法机关的行为基准,其承载的债之关系及其要素具有显著的严格性特征,为便于债权实现,避免再度发生争议,甚至判决之债的其他内容也具有高度的确定性,给付义务的内容、数量、履行方式、期限等都十分明确。当通过强制执行程序实现判决之债时,其要素、内容严格到近乎僵化。当事人若想对其实体内容进行哪怕些微的调整,也唯有消灭旧债、成立新债(和解协议)方能达到目的。这与罗马法时代债的更新制度发达时对债的高强度约束的情形十分相似。其次,从当事人和解的目的来看,判决后的和解协议与判决之债的关系,契合债的更新规则。“吴梅案”及类似情形中的判决后和解协议,由于内容与判决相互竞合,人们只能认为其是作为判决之债的替代方案而存在的,这种和解协议的内容,理论上可以分解为两个部分:新债(合意之债)代替旧债(判决之债)的合意,以及新债本身的具体内容。一般情况下,人们关注的重点都在后者,而前者,即新旧债更替的合意,多数不会在和解协议中体现出来,很容易被人们忽视,但这不代表此种合意并不存在。<sup>[33]</sup>

在分析了债的更新制度的基本内容后,让我们来看看“吴梅案”中判决之债与和解协议之间能否成立债的更新关系。表面上看,“吴梅案”中的协议只是对判决作了些微调整,即吴梅仅仅放弃了利息,原判决确认的251.8万元贷款并未发生变化。<sup>[34]</sup>由此人们可能得出的两种结论值得注意:一是,该协议仅是“不执行契约”(即当事人约定对判决中的利息之债约定不予执行);<sup>[35]</sup>二是,从判决到协议,二者仅构成债的内容变更关系。

关于“不执行契约”,前文略有涉及,不必赘述。关于和解协议与判决构成“债的内容变更关系”的判断,笔者也不认同。

[30] 同注21引书,第822页。

[31] 参见注21引书,第832页以下;蒋学跃:“债的更新若干问题探讨”,载《云南大学学报》(法学版)2004年第5期。

[32] 判决之债就是典型。

[33] 不仅是判决后的和解可以成立债的更新关系,即使是普通的民事“和解”,人们对其与原始民事法律关系之间也有债的更新关系的判断,奥地利民法就直接定义和解为更新契约(参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第864-867页)。若当事人在和解契约中明白表示,以和解所成立之新的债关系取代和解前之原有债之关系时,则不得理解为和解仅单纯导致当事人间原始债之关系内容的变更,而应将其理解为原始债之关系已经全然消灭,由和解所产生的新的债之关系所取代,从而发生债之更改(更新)之效力(Fikentscher, SchuldR, S. 210; Larenz, SchuldRI, S. 94; Medicus, SchuldRI, S. 142. 转引自前注10引书,第846页)。与普通的民事和解相比,判决后和解的特殊性在于,生效判决阻断了和解与原始民事法律关系的直接联系,判决之债取代了原始民事关系而成为旧债,这就首先需要人们在理念上协调和解协议(新债)与生效判决(旧债)的关系。由此,那种无视判决的存在,将判决后的和解理解为直接与原始民事法律关系发生关联的观点并不妥当。

[34] 最高人民法院发布的公告所提供的信息极为有限,这给案例研究带来了不便,相关论述参见汤文平:“论指导性案例之文本剪辑——尤以指导案例1号为例”,载《法制与社会发展》2013年第2期。当前我们所能了解到的协议实体内容为:“……二审审理期间,西城纸业公司于2009年10月15日与吴梅签订了一份还款协议,商定西城纸业公司的还款计划,吴梅则放弃了支付利息的请求。”参见2011年12月20日《最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知》(法[2011]354号)。

[35] 吴俊博士持有这种观点,参见吴俊:同注2引文。

首先,这种判断并不符合“吴梅案”的实际情况。“吴梅案”中,当事人之间的债权债务关系可以分解为两个部分,即贷款和利息。如果按照“债的内容变更”逻辑分析,贷款并未发生变化,仍由判决承载,利息发生了变更(免除),由协议承载。这样,该案的债权债务关系的全面实现,需要判决与协议的同时履行。贷款债务履行的依据是判决,结果应是判决的部分履行,与协议是否履行无关;而利息之债由协议承载,吴梅应按照协议的约定免除利息,吴梅才是协议的债务人,而西城纸业公司是利息债务免除的受益方,其在协议中没有任何债务可言,也就谈不上“不履行协议”了。由此,法院支持强制执行原判决的理由——“西城纸业公司不履行协议”就成了无稽之谈。很显然,这种视判决、协议为“债的内容变更”关系,并不符合该案的基本逻辑,也不符合司法实务的现实情况。

笔者认为,把该案的协议视为相对独立的协议之债更为妥当。最高人民法院认为,“吴梅案”的和解协议是对未生效判决确定的民事权利义务作出新的约定和处分,和解协议内容不仅包括实体内容,还包括了诉讼程序内容。<sup>[36]</sup>其实体内容必然包括对251.8万元贷款的确认,而吴梅“放弃了支付利息的请求”,同样也可以解读为已包含对利息之债的确认(而后放弃)。由此,我们可以认为,“吴梅案”中的和解协议囊括了当事人之间的全部债权债务关系,独立于判决之债,这种认识和判断是当前多数研究者认同的通说观点。“吴梅案”的协议与判决相互独立,当事人之间债权债务关系的实现,要么完全依据判决(内容包括贷款及其利息),要么完全依据协议(内容包括贷款,以及利息的免除),并不存在部分依据判决(仅为贷款)、部分依据协议(仅为利息之债的免除)的情况。

其次,也是最为重要的,“吴梅案”中的新旧债并非同一性质的债,从旧债到新债,当事人之间的债之关系已经丧失了同一性,二者不可能构成债的内容变更。在债的变更制度中,人们强调债的实质属性不变,变更前后的债仍为同一个债,债始终保持其同一性不变。然而,该案中的新旧债,一个为协议之债,一个为判决之债,二者性质完全不同,发生原因也不同,所以,新旧债根本没有同一性可言。由此,新旧债看似内容上难以达到债之更新“异其要素”的标准,而实际上已经从根本上满足了前后债“失其同一性”的要求。

综上,笔者认为,“吴梅案”中“判决之债”与“协议之债”非“同一”债之关系,当事人协议的目的也是以新债替代旧债,“判决之债”与“协议之债”满足了债的更新关系各项要求,将二者认定为债的更新关系更为恰当。

需要注意的是,以上分析均从纯粹的私法角度展开。从公法角度看,判决之债能否被协议之债更新、替代,人们可能会有不同的认识。原因也许在于,这种“更新”关系中的新旧债在公法上并不平等。判决之债为公法确认的债,具有司法结果的公信力<sup>[37]</sup>和执行力,而“和解协议属于双方当事人诉讼外

[36] 同注19引文。该文分析认为:“双方当事人主要约定了如下具体事项:(1)上诉人西城纸业有限公司在收到和解协议时,向法院申请撤回上诉。(2)被上诉人吴梅自愿放弃应收货款的利息。(3)双方商定了具体还款计划。审判实践中,类似吴梅案的和解协议,通常都包括上述三方面内容:对实体民事权利义务作出变更或者新的约定;对履行给付义务作出具体约定;以实体民事权利义务变更为条件,对诉讼权利进行处分,双方达成终止诉讼的意思表示等等。因此,从协议内容分析,其具有双重性质:一方面它是当事人双方签订的具有私法行为性质的和解契约;另一方面,它又是一种诉讼行为。”

[37] 司法公信力是司法权在其运行过程中,以其主体、制度、组织、结构、功能、程序、公正结果承载的获得公众信任的资格和能力(关玫:“司法公信力初论——概念、类型与特征”,载《法制与社会发展》2005年第4期),从某种角度看,司法公信力也可以表现为,非经法定程序撤销、确认,任何人都有理由相信司法行为是合法有效的,任何人仅凭形式就可以相信司法结果具有其本应具有的各种法律效力。

达成的协议,未经人民法院依法确认制作调解书,不具有强制执行力”<sup>[38]</sup> 缺少执行力,私法方案就会比公法方案“矮半截”。当事人就判决之债与协议之债的效力关系发生争议时,人们更愿意相信具有公信力的判决之债的有效性,承认其强制执行力,而不会轻信协议之债消灭判决之债的法律效果。甚至债务人完全履行了协议义务,人们仍有理由认为其不能自动或直接消灭判决之债的执行力。<sup>[39]</sup> 在这种背景下,作为公法上的执行机关,如果不经任何程序就相信判决之债被和解协议有效替代,判决之债及其强制执行力消灭,并不符合司法的基本规则。

然而,在判决(即将)生效并获得执行力的情况下,立法仍鼓励当事人协商并达成协议,从实体法角度考虑,满足当事人的协议目的,才更符合私法自治原则的要求和立法鼓励和解的宗旨。这样,新生的私法方案反而应该优于先前的公法方案。<sup>[40]</sup>

由此可以看出,从公法、私法不同角度出发,人们可以得出完全相反的结论,生效判决与和解协议的效力竞合问题,实际上还暗含着公法与私法之间的矛盾冲突,分析和解协议与确定判决的法律效力,面临着微妙的关系平衡问题,我们不仅要考虑私法层面协议的目的和性质,还要考虑公法层面维持司法结果社会公信力的需求。在笔者看来,维护司法判决权威和公信力固然重要,但民事实体法(私法)在法律体系中处于基础地位,作为私法基本原则的“约定必须信守”更带有根本性,<sup>[41]</sup> 毕竟,司法公信力的本质也在于公正地为权利服务。<sup>[42]</sup> 此外,强调判决的权威和公信力,并不一定要以否定私法行为的法律效果为代价,否则就是本末倒置。优先考虑私法秩序,充分尊重当事人之间的协议及其目的,同时尽可能关照诉讼和司法公信力的需求,才是妥当协调私法与公法关系的准则。

私法行为虽不能直接排除判决的强制执行力,但是,为协调私法与公法、实体与程序的关系,化解两种实体方案的效力冲突问题,理论上应当允许当事人寻求一个适当的法律程序解决争议,经审理,法院作出排除原判决执行力的裁判,给予当事人必要的“执行救济”,以解除原判决执行力对私权利的“不当影响”。从不少国家和地区的立法来看,这个程序就是债务人异议之诉。<sup>[43]</sup>

[38] 2011年12月20日《最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知》(法[2011]354号)。

[39] 参见严仁群:同注2引文。

[40] 关于生效判决与和解协议之间效力序列问题,我国多数学者从公法角度分析认为生效判决一律优先于和解协议。近年来,部分学者从处分原则、契约自由等原则角度论证,主张应承认和解协议始终有效,并且协议优先于生效判决。相关评述及论证参见注2引吴俊文、贺剑文。

[41] 最高人民法院在“吴梅案”中指出,“对于当事人在二审期间达成诉讼外和解协议后撤诉的,当事人应当依约履行”,可以说,强调“协议必须信守履行的规则”是该案例的目的之一。参见《最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知》(法[2011]354号)。

[42] 同注37引文。

[43] 以德国为代表,其他诸如日本、瑞士等国家以及我国台湾地区,其执行救济制度一般都包括程序性救济和实体性救济两个方面。前者是针对执行程序性违法行为而提供的救济途径(我国《民事诉讼法》第225条规定的执行异议制度与其基本对应);后者是针对实体性争议而提供的救济途径,包括债务人异议之诉(即执行名义成立后,有消灭或妨碍债权人请求权的事由发生,债务人可以诉请法院判决排除执行名义的执行力)和第三人异议之诉(即案外人以其对执行标的享有实体上的权利为由,请求排除对该标的物强制执行的救济制度,我国《民事诉讼法》第227条规定的案外人异议之诉制度与其基本对应)。在这些国家和地区的立法中,实体性执行救济,均须经过通常诉讼程序,以判决方式决定最终结果。当前,我国立法中唯独缺少债务人异议之诉制度。参见[德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第404页以下;杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第169页;王娣:“我国民事诉讼法应确立‘债务人异议之诉’”,载《政法论坛》2012年第1期。

## 四、“吴梅案”的规则解释

行文至此,我们回到“吴梅案”及其类似情形的法律规则上来,尝试检验债的更新理论对相关实体问题的解释以及程序安排的适用性。

### (一)“吴梅案”的实体法理逻辑

“吴梅案”的上诉中,尚未生效的一审判决是双方和解的前提,而当事人达成的协议,只有上诉被撤回并得到法院许可才能成立。<sup>[44]</sup> 法院允许撤回上诉,一审判决随之得以确定,判决之债成立,并获得执行力。但是,当事人订立协议的目的就是以新的债权债务方案替代判决方案,如果认为判决必然付诸执行,显然违背了当事人和解的本意。按照债的更新理论分析,判决中的债之方案因协议之债的成立而被替代,判决之债随即消灭。这样,和解协议的成立,反过来又成为判决之债消灭的原因。在人们的观念上,“吴梅案”的法律事件先后顺序为:判决之债产生(一审宣判)——和解协议达成——上诉撤回——判决之债确定——协议之债成立——判决之债消灭。

然而,以上所列法律事件中,“和解协议达成”、“协议之债成立”以及“判决之债消灭”都没有得到司法的确认,从程序法角度看,生效判决的执行力并未当然消灭。吴梅申请强制执行,仍然有程序法上的理由。执行程序启动之后,在执行机关采取实质性执行行为前的合理期限内,如果当事人不以和解协议为依据提出异议的,应视为双方默示合意解除协议。<sup>[45]</sup> 协议解除,新债视为自始不成立,旧债及其执行力不消灭,执行机关应当执行原判决。如果债务人以和解为依据,主张排除判决之债强制执行力的,则构成了执行中的实质性争议。如何处理债务人异议,并妥当安排执行程序,成为“吴梅案”规则解释的关键。

### (二)“吴梅案”的程序规则分析

按照大陆法系国家的通例,类似“吴梅案”的争议,是通过债务人异议之诉程序来解决的。为避免执行完毕后债务人受难以回复之损害,有法定原因时,仍许停止执行程序之一部或全部,以资救济。<sup>[46]</sup> 但按照“审执职能分离”原则的要求,执行机关的权限仅为按照执行名义的要求实施执行行为,迅速实现债权人的权利,执行名义所承载的请求权在实体上是否存在,执行机关无权审查认定,<sup>[47]</sup> 债务人只能向有管辖权的法院提起债务人异议之诉。异议之诉提起,执行程序仍不得停止。如果债务人提供充分、有效的担保,要求停止执行措施的,法院可以准许,担保到位,执行中止。接下来,受诉法院通过实体审理,若认为债务人异议理由成立,即以判决的方式排除原判决执行力,终止执

[44] 这是一种附条件成立的契约,关于这一方面的论述,参见隋彭生:同注2引文。

[45] 有法院判决认为,即使(诉讼外)达成的协议书有效,原告收到法院执行通知书后的合理期限内未提出异议和主张双方之间签订有协议书,也是对自己权利的放弃。参见景国永、牛乃洪:“上诉期间诉讼外和解协议不能阻却一审判决的法律效力”,载《法律适用》2010年第1期。

[46] 在债务人异议之诉制度中,债务人实体性异议事由,包括债权(请求权)消灭和妨碍两大类。前者就是可以使执行名义所载实体上请求权的全部或部分消灭的事实,例如清偿、提存、抵销、免除、混同、和解、撤销权或解除权的行使、消灭时效完成等原因导致债权(部分)消灭;后者为执行名义所载请求全部或部分暂时不能行使或执行力暂时不能生效的事由,如债权人同意延期、债务人对标的行使留置权等。参见赖来焜:同注14引书,第593-595页。

[47] 参见杨与龄:同注43引书,第147页。

行程序,并撤销已经进行的执行措施;如果法院认为异议理由不成立,则应驳回债务人的请求,原判决执行力不得排除,执行机关继续执行原判决。按照这样的法律规则推理,在“吴梅案”中,西城纸业公司以和解协议为根据提出异议,和解则构成执行名义所载实体上请求权消灭的实质性事由,该公司可以主张排除原判决的执行力。然而,西城纸业公司不(完全)履行协议,吴梅就获得了解除协议的权利。<sup>[48]</sup> 吴梅申请强制执行原判决,表明其已经放弃了协议之债,以自己申请强制执行原判决的实际行动行使了协议解除权。<sup>[49]</sup> 协议被解除,视为自始不成立。<sup>[50]</sup> 根据债的更新规则,新债不成立,旧债不消灭。这样,西城纸业公司以已经被解除的协议为根据,要求排除原判决执行力的请求就无法成立,原判决应付诸执行。

然而,回到我国立法和司法的现实来看,当前的问题是,我国《民事诉讼法》并没有规定债务人异议之诉程序。“吴梅案”中,最高人民法院虽没有要求执行机关审查债务人提出的实体性异议,遵循了执行机关不审查实体争议的理论要求,但处理债务人异议的程序,并未进入其视野。

值得注意的是,仔细阅读“吴梅案”,我们还是可以寻到相应程序路径的蛛丝马迹的。“西城纸业公司向眉山市中级人民法院申请执行监督,主张不予执行原一审判决”,眉山中院积极回应,“作出……复函……”。这样,“吴梅案”中,上级法院通过执行监督程序,<sup>[51]</sup>解决了债务人提出的实体性异议。执行监督程序与“债务人异议之诉程序”相去甚远,但是,债务人以实体争议为由,请求排除判决执行力的争议,在我国司法实践中总算有了解决问题的一席之地。由此,我们可以认为,“吴梅案”给寻找债务人异议之诉程序的人们一个启示:执行监督程序可以暂且容纳“债务人异议之诉”,并可以决定执行程序最终去向。这样,“吴梅案”在不经意间弥补了立法的一个遗漏。

### (三) 生效判决与和解协议实体竞合问题的一揽子解决方案

按照债的更新理论分析,判决后和解合法有效的,法院应原则性地承认协议之债替代判决之债的法律效果。而当事人欲主张不受协议约束,只有协议无效、解除和撤销几种情形方能成立。那么,一方申请强制执行原判决,另一方以协议为依据申请执行监督,主张不予执行原判决的,需要法院审查认定的就是,是否存在协议无效、解除和撤销这几种情形。

需要注意的是,债务人提出异议之时,如果协议之债的法律状态已经确定,例如,债务已经履行完毕,或协议已被解除、被撤销,法院作出相应的判断并不难。然而,协议之债还有可能处于另外一种常见的法律状态:债权人申请强制执行时,和解协议已经有效成立,但尚未履行,履行期限也未届满,暂时没有出现解除、撤销等事由,这样,判决之债最终能否被有效替代尚不能判断。当然,按照债的更新理论分析,法院判断新旧债替代关系的节点应是新债成立之时,只要新债成立,法院应该原则性地承

[48] 债务人不履行债务的,是被广泛认同的债之解除事由。部分履行(不完全履行)法律效果的判断要考虑合同目的以及部分履行是否构成根本违约等因素。有学者认为,部分履行构成对全面履行原则的违反,即使受领部分履行,也不影响合同中所存在的任何救济手段的运用,包括违约金条款的运用、合同解除、请求违约损害赔偿等。参见薛军:“部分履行的法律问题研究——《合同法》第72条的法解释论”,载《中国法学》2007年第2期。

[49] 值得注意的是,“吴梅案”并没有完全遵行我国《合同法》规定的程序规则处理协议解除问题。按照《合同法》第96条的要求,若吴梅以对方不(完全)履行义务为由主张解除协议,须事先通知对方,合同自通知到达对方时解除;对方有异议的,可以提起诉讼,通过审判来确认吴梅解除和解协议行为是否有效。

[50] 同注11引书,第526页。

[51] 我国《民事诉讼法》并没有具体规定执行监督程序,但最高人民法院于1998年发布的《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》设专门章节规定了执行监督制度,司法实务部门对该程序并不陌生。

认其消灭旧债的法律效果,并严格按照新债方案安排当事人之间的法律关系,无论新债如何演变,都应该依照其自身规律和相关规则去处理。这样,在“债务人异议之诉”辩论终结之时,只要和解协议有效成立,法院就应认定判决之债已经消灭,并以判决的方式排除原判决的强制执行力。

然而,在随后合理的预期内,或协议约定的期限内,如果出现债务人不履行协议义务情形的,当事人行使协议解除权,协议之债溯及既往地消灭,或者当事人以和解存在重大误解、显失公平,欺诈、胁迫、乘人之危订立协议情形为由,<sup>[52]</sup>诉至其他法院要求撤销协议的,协议之债同样有可能溯及既往地消灭。协议被解除、被撤销的,当事人之间法律关系回复原状。这样,当初被视为已经消灭的判决之债随之得以恢复。协议无效,或被解除、被撤销,又成为判决之债“起死回生”的例外性事由。

如此一来,在处理债务人异议时,法院对事实、法律状态尚不确定的协议之债过早下结论,未免操之过急,在协议履行期或其他合理期限内,原判决暂缓执行,<sup>[53]</sup>给和解协议一个缓冲时间,是一个稳妥的临时性方案,法院应等待协议履行期限届满或诉讼结果确定,再最终决定是否排除原判决执行力,并对执行程序作出相应的处理。

综上,本文认为,在强制执行程序中,债务人以判决后达成和解协议为由提出异议(申请执行监督)的,相关法院应当根据审查协议事实状态的结果,以裁判的方式对执行程序分别作出如下处理:(1)被执行人履行了协议义务的,得以实现的协议之债已经有效替代判决之债,新债消灭了旧债,原判决执行力予以排除,执行程序终止,并撤销已采取的执行措施;(2)和解协议不成立、无效、被解除或被撤销的,判决之债不消灭,原判决执行力不得排除,执行程序照常进行;(3)协议履行期限尚未届满,或当事人就协议发生实质争议并已提起诉讼的,责令被执行人提供担保,原判决暂缓执行。

#### (四) 生效判决与和解协议效力关系解释的法律根据

笔者认为,以上三种法律规则的解释,在现行法中基本上都能找到依据。我国立法原则性地承认了协议之债替代判决之债的法律效果:现行《民事诉讼法》第230条第1款规定:“在执行中,双方当事人自行和解达成协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章。”按照该法律条文的逻辑推理,接下来,显然应是暂缓执行,以待双方在约定的期限内履行协议;现行《民事诉讼法》第230条第2款规定:“申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议,或者当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行。”据此也可以反推,如果和解协议系当事人自愿达成,并无欺诈、胁迫现象,非“不履行和解协议的”,人民法院不得恢复对原生效

[52] 根据我国《合同法》的规定,重大误解、显失公平,以及欺诈、胁迫或者乘人之危(订立合同的),都是法定的合同撤销事由。合同被撤销,视为自始不成立。需要注意的是,与合同解除不同,合同撤销权须经审判或仲裁方能行使(《合同法》第54条),不存在当事人单方可以直接撤销合同的情形。《民事诉讼法》第230条第2款规定:“申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议,……人民法院可以根据当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行。”显然,这里新增的“欺诈”、“胁迫”,就是《合同法》中协议撤销事由的一部分。但我国《民事诉讼法》规定直接恢复对原生效法律文书的执行,实际上没有遵循《合同法》规定的“经审判或仲裁行使合同撤销权”的程序要求。

[53] 最高人民法院于1998年发布的《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》、2002年发布的《关于正确适用暂缓执行措施若干问题的规定》都详细规定了暂缓执行制度。

法律文书的执行。<sup>[54]</sup> 这两款规定是针对执行和解协议的,但就所有其他形式(执行程序外)的判决后和解协议而言,只要出现私法方案与公法方案竞合的情形,以上法律规则解释同样可以适用。原因在于,从私法角度看,其他形式的判决后和解与执行和解之间没有实质性区别,二者的法律地位大致相同,我们没有理由阻止以上程序规则解释延伸适用于判决后其他和解协议的处理,<sup>[55]</sup> 无非,此类协议需要经历一个相应的公法程序方能获得对应的法律效果。

### (五) 当事人能否就审查过的和解协议再次提起诉讼

经过“债务人异议之诉程序”(执行监督)审查处理过的和解协议,当事人能否就其本身的实体性争议再次提起诉讼?这在设有债务人异议之诉程序的国家或地区的理论界也存有争议。<sup>[56]</sup> 有学者认为,在强制执行法中应同样注意法定听审权,即使从对债务人的财产标的有效执行的利益上着想,通常必须放弃在强制执行之前听审,但也应在执行后给予债务人陈述立场和表态的机会。<sup>[57]</sup> 一般通说均认为,债务人异议之诉为形成诉讼,法院判决既判力仅及于异议之诉的标的,即及于异议权,对于当事人间执行名义之实体法律关系或请求权并无既判力。<sup>[58]</sup> 笔者认为,这种分析很有道理,在债务人异议之诉程序中,法院仅判断当事人提出的排除执行名义执行力的理由是否成立,并不审理实体事由本身的争议,当事人之间实体法律关系的争议应给予相应的诉讼、听审机会。在我国,执行监督程序虽然可以对尚在运行中的执行程序作出安排,但其本身是一个非常规程序,实体问题在该程序中不可能得到充分的审理,当事人之间就和解协议本身发生的实体争议更应该允许另行起诉。<sup>[59]</sup>

在当事人就和解协议提起的新的诉讼中,审判者面对的不再是单纯的协议之债争议问题,协议之债与判决之债的矛盾,也必须同时解决。审判者对和解协议的裁判,必须以前诉裁判以及判决之债履行(执行)的具体情况为前提。法院若认为和解协议合法有效,原判决未履行(执行)的,应裁判和解约定的债之关系成立,判决之债已为当事人协议之债替代而消灭。该裁判确定时,协议之债获得强制执行执行力。如果原生效判决已经履行或强制执行,判决之债因实现而消灭,和解协议丧失得以认定的基

[54] 吴泽勇教授也认为,“《民事诉讼法》第230条第2款的规范内涵早已超出了它的字面意义。在我国现行的执行程序中,执行和解至少具有以下三种效果:……执行程序中止;……执行程序终结;……恢复……执行”。其中的恢复执行,即意味着已有暂缓(中止)执行在前(参见吴泽勇:同注2引文)。笔者认为,这些程序规则的解释同样可以延伸适用于判决后其他形式的和解协议,只是,此类协议需要通过一个合适的程序方能获得这些法律效果。

[55] 王亚新教授也认为,“吴梅案”对《民事诉讼法》第207条(现行法第230条)中的“和解协议”作了扩大解释,将其扩展为可包摄“诉讼外的和解协议”在内的概念(参见王亚新:同注2引文)。而吴泽勇教授的判断则相反:协议履行完毕的,当事人不能再申请执行原一审判决,这种法律效果仅限于诉讼法规定的执行和解,因为该类和解在一定范围内被赋予了公法上的效力,这种效力虽然不能直接取代生效判决的执行力,却可以在履行完毕时消灭原生效判决的执行力,所以,“吴梅案”中,即使和解协议履行完毕,也不能适用民诉法第230条阻止原判决的执行(参见吴泽勇:同注2引文)。执行和解本身没有获得强制执行执行力,也不能因和解协议成立而直接排除原判决的执行力,吴教授认为其独享“履行完毕时消灭原生效判决执行力”的理论根据不足。

[56] 参见赖来焜:同注14引书,第628-629页。

[57] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:同注43引书,第352页。

[58] 参见赖来焜:同注14引书,第628-630页。

[59] 值得注意的是,吴俊博士在质疑严仁群教授的观点时提出,如果允许双方当事人就和解协议重新起诉,可能会出现一个纠纷(事件)可以不断在诉讼上延伸的局面,司法的可预测性、权威性荡然无存(参见吴俊:同注2引文)。债务人异议之诉程序结束后允许当事人就实体法律关系再度诉讼,同样是一个很有力度的质疑。笔者认为,如果允许当事人提起新的诉讼,法院裁判的内容仅是应否确认协议并赋予其强制执行执行力,司法的可预测性、权威性并不会受到冲击。纠纷在诉讼层面“无限延伸”的担心也无必要,而诉讼的“多次延伸”是法律承认判决后和解必须承担的成本。当然,如果这种担心、质疑的确应该充分考虑,解决的方案也许是由立法明确禁止(不承认)判决后和解,或限制和解的次数,但这种方案在当前中国社会背景下尚难实施。

础,法院应裁判和解协议不成立,而当事人可以就其协议的期待利益、所受损害主张违约责任、缔约过失责任等。

#### (六) 债的更新理论对相关研究结论的补足或修正作用

王亚新教授提出了“执行力替代说”,如果该提法能够成立,债的更新与替代关系恰好构成了“执行力替代”的实体法理论基础,“执行力替代”只是新旧债替代关系在公法上的表现而已。关于王亚新教授就“吴梅案”基础事实所作的8种推演结果,笔者认为均可纳入上文总结的三种方案中处理。债务人不履行协议义务,债权人有权单方解除协议,设例1,2,3,6和7,即可视为执行申请人解除协议的情形,协议之债视为自始不成立,判决之债不消灭,执行力不得排除。设例4为债务人部分履行义务,债权人同样享有协议解除权。<sup>[60]</sup>而设例5,按照债的更新理论分析,既然协议之债已经履行,新债有效替代了旧债,旧债消灭,执行力应予以排除。设例8中,王亚新教授认为只有请求法院出具调解书这种事前解决方案。笔者认为,原告败诉,其对被告不享有判决债权,确定判决也就没有执行力可言,这样,判决后的和解协议就成为一个独立的债之关系,发生争议的,事后的另行起诉同样可以解决。王亚新教授认为,在其设例6和7中,不应允许当事人据此(协议)对生效一审判决“推倒重来”,否则就显得过于轻率。笔者认为,债务人违约,债权人就获得了一定的选择权,如果债权人认为协议对其更有利,即使债务人不履行协议,债权人也可以协议为依据诉至法院,要求债务人按照协议方案履行义务或赔偿损失。如果法院判决认可了协议,就应同时认定原判决承载的债权债务关系随之消灭,执行力应予以排除。如果债权人选择旧债(判决之债),就必须行使新债解除权,新债溯及既往地消灭,债权人申请执行原判决之债即可。在这类情形中,守信当事人以协议为依据起诉,是一个独立的诉讼,并非把原生效判决“推倒重来”。

此外,王亚新教授认为“吴梅案”引入诚实信用原则为其亮点之一,笔者却不以为然。<sup>[61]</sup>王亚新教授过分依赖该原则,正是其过度解析“吴梅案”、导致法律规则解释具有显著不确定性特征的主要原因。权衡协议与判决哪一个对守信当事人更有利,引导法院适用诚信原则判断原判决是否执行,实际上就是要求法院深入两个债之方案的具体内容,代行当事人的判断和选择权,这必然会带来实体和程序上的混乱。王亚新教授认为,在其设例6和7中,如果对方违背诚实信用原则和双方约定,原审原告不仅可以申请执行一审判决,还应允许其就和解协议超出一审判决的部分重新提起诉讼。实际上,这是要求两种债之方案同时付诸实施的主张,<sup>[62]</sup>显然,这种主张过度救济了守信方当事人,在实体法理论上无法自圆其说。无论按照新债还是旧债实现当事人的权利,新债或旧债方案应是整体付诸实施,而不是部分实施。债权人选择一个方案,另一个方案应随之整体消灭,不再具有可实施性。新债、旧债应整体实施或整体消灭,一方面符合债的更新理论的基本要求,另一方面也能避免因解决方案过

[60] 参见注48引文。

[61] 严仁群教授、贺剑博士也对该案运用诚信原则进行了分析以至提出了批评,参见注2引严仁群文、贺剑文。

[62] 严仁群教授也认为,为强调协议必须信守,债务人可基于和解协议请求部分排除原判决执行力,这样(在继续执行原判决时)就会使和解协议的内容实际得到执行(参见严仁群:同注2引文)。严教授承认这种主张有点“绕”,而笔者认为,更关键的是,其中的逻辑难以理解,也无从寻求实体法上的根据。事实上,严教授一方面强调协议必须信守,另一方面却置协议本身于不顾。此外,严教授与王亚新教授一样,也主张两种债的方案同时(部分)实施,部分排除判决执行力。在遇到金钱给付以外的债务履行时,这种处理方案可能导致的混乱局面很容易想象,这种主张实际上也是要求后诉法院深入前诉法院判决的内部,对纠纷解决方案重新作出判断和选择。无论从实体法还是程序法的角度看,这种主张都不应允许。

于复杂而导致实体、程序规则的混乱。

吴泽勇教授认为,“吴梅案”确认的规则应是:“二审期间达成的诉讼外和解协议,不能对抗原生效判决的执行。”显然,这种判断过于绝对,如上文所述,诉讼外和解协议虽不能“直接”对抗生效裁判的执行,但应允许其通过一个恰当的程序,获得“对抗”生效判决执行的效力。吴教授忽视了“债务人异议之诉”程序的功能:排除尚在执行程序中的执行名义的执行力。这样,债务人异议之诉程序本身也被忽视,当事人就难以在吴教授主张的程序中获得恰当的“执行救济”,即使允许另行起诉、事后补救也不能从根本上解决问题。当事人另行提起的诉讼,与强制执行程序没有必然联系,无法解决执行程序中两个实体方案的冲突问题。判决之债付诸执行,协议之债的目的已经难以达到,而支持、鼓励“和解”,事实上已经成为立法许诺的“空头支票”。所以,一味允许执行程序进行下去,就没有给各种实体争议的妥当解决留下空间。另外,新旧债关系以及法律事实极为清楚,特别是在和解协议合法成立,被执行人以其已经履行协议义务为由提出异议的情况下,仍然允许执行原判决,可能会出现双重的债务履行,这就会给被执行人带来显著的不公,造成社会资源的浪费,增加不必要的纷争。此外,吴教授充分注意了和解协议等实体问题的复杂性,并在其文末列举三例,指出这些问题都是真正的“实体性争议”,应允许提起新的诉讼。但吴教授同时认为,在新诉进行期间,原生效判决应继续执行。笔者认为,这种方案同样没有给全面承认协议留有余地,新债出现争议,旧债前途也不明朗,原判决在有担保的情况下暂缓执行比较恰当。总之,吴教授给出的规则解释与解决方案,没有充分关注实体法理论,忽视了“约定必须信守”规则的要求,对当事人遵循诚信原则的鼓励明显不够。

## 五、结语

最高人民法院把“吴梅案”作为指导性案例发布,意在“向社会公众宣传诚信、自觉守法”,维护当事人的合法权益,维护人民法院生效裁判的权威。<sup>[63]</sup>就“吴梅案”本身而言,最高人民法院给出的规则指引相对清楚、明了。然而,正如王亚新教授所分析的那样,对“吴梅案”的基础事实稍加改变,执行人面对的情形就会变得异常复杂,该指导案例所阐述的法律规则的可适用性模糊不清,学者的分歧也由此而生。<sup>[64]</sup>而理顺生效判决与和解协议的实体关系,参照通说理论观点,结合我国立法和司法现实设计妥当的程序是化解分歧、获得一揽子解决方案的基本思路。本文从债的更新理论角度分析认为,承认当事人以协议之债替代判决关于债之关系安排方案的目的,并把这一目的作为解释生效判决与和解协议关系的基础,可以为顺畅解释“吴梅案”的执行程序规则提供实体法理论依据。类似“吴梅案”的情形,新旧债中,哪一个对当事人更有利,应交给有选择权的当事人自行权衡,法院不必过深涉足,由法院比较判决与协议的内容,衡量当事人的行为是否违反诚实信用原则,也属多余。为债务人

[63] 同注19引文。

[64] 我国立法存在的问题也是导致规则解释困难并容易产生分歧的原因之一。我国部门法之间的相互关照并不严谨,诉讼法涉及到实体性规范时,并没有很好地关照实体法内容,实体法与诉讼法中相互交叉重合的程序规范,也有难以协调的地方。司法机关在发布“吴梅案”时,也没有充分协调理论与规则、实体规范与程序规则之间的关系。这样,要求案例研究者完全按照现行法规定解释相关规则尚有诸多困难。然而,研究案例的学者多数仍然尊重司法实践,遵循法解释学的基本逻辑,在诸多矛盾中艰难协调各种关系。这样的研究思路 and 态度对我国法律实践逐步走向精细化大有助益,也将成为推动我国立法和司法实践进步的重要动力。

异议以及实体争议提供一个恰当的解决程序,由审判法官根据协议的事实状态对执行程序作出相应的处置,成为解决这一现实司法难题的关键。最后,和解协议与生效判决法律效力之间的关系解释具有一定的发散性,不仅是判决,其他执行名义出现执行前和解的情形,该执行名义与和解协议之间的实体竞合关系同样可以参照债的更新理论处理,不必赘述。

## **The Debt Theoretical Analyses on the Relationship of Effective Judgment and Settlement Agreement: Concurrently Explicating the Rules of “Wu Mei” Case**

Zheng Jinyu

**Abstract:** From the angle of private law, the relationship between rights and obligations in prestation-judgment is a judgment-debt, which is the substantive basis of the enforcement power of the effective judgment. When the judgment-debt and the right of claim extinguish, the enforceability of judgment should also eliminate. In the “Wu Mei” Case and similar situations, the recognition of the existing of judgment by both parties is obviously the premise of the reconciliation after judgment, but their purpose is to replace the judgment-debt (the old debt) with the agreement-debt (the new debt). In theory, we call this replacement as the novation of obligation. When one party applies for executing the effective judgment and the other party raises an objection according to the reconciliation agreement, the court should treat respectively according to the specific conditions. If the agreement is valid and fulfilled, the judgment-debt will be replaced with agreement-debt, the enforceability of judgment should be excluded and the executive procedure should be terminated. If the agreement is invalid, released or cancelled, the agreement-debt should be regarded as invalid from the beginning and the judgment-debt still exists. So the enforceability of judgment should not be excluded and should continue to implement. If the agreement is being performed or its validity is still in dispute, and the debtor tenders guarantee, the execution of judgment can be suspended until the expiry of the time for agreement performance or the other verdict takes effect. The above three interpretations can not only meet the requirement of “agreement must be kept” in private law, but also give consideration to the requirement to maintain credibility of judgment in public law. So these suggestions could be comprehensive and reliable methods to deal with the contradictions of judgment and agreement in execution procedure.

**Keywords:** prestation-judgment; judgment-debt; agreement-debt; novation of obligation; executive procedure

(责任编辑:幸颜静)

# 排除合理怀疑等于内心确信吗？

李昌盛\*

**摘要:**对于两大法系证明标准的比较研究,学界倾向于从最终的心理状态进行对比,进而得出两者等同的结论。这种“静态局部比较论”缺乏对制度运作环境和事实认定过程的关注,其结论的准确性不足。事实上,从证明标准的适用程序范围和待证要件范围以及“剩余怀疑”的风险分配来看,作为两大法系代表的美德两国均存在较大的差异,这使字面上相同的标准产生完全不同的规范效果。导致这种差异形成的直接原因是诉讼构造、诉讼职能、犯罪构成的基本要素和证明责任分配机制等差异,其深层次原因则是两大法系诉讼目的观的差异。这对于如何完善我国证明标准的配套制度具有较大的启发意义。

**关键词:**排除合理怀疑 内心确信 证明标准 证明责任 剩余怀疑

## 一、静态局部比较论及其局限性

为了“便于办案人员把握”,我国2012年《刑事诉讼法》第53条对传统的证据确实、充分证明标准从“主观方面”提出了要求,即“综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑”。〔1〕众所周知,“排除合理怀疑”(beyond reasonable doubt)是英美法系国家历史久远的刑事证明标准。因此,学界在探究如何理解、适用排除合理怀疑证明标准时,通常都会把英美法系国家的立法、判例和理论作为主要参照。在谈及大陆法系国家的“内心确信”(intime conviction)证明标准时,通常以“字面上的含义”相同将二者划上等号。〔2〕从字面含义来看,既然已经对犯罪事实的认定排除了任何合理的怀疑,当然就达到了确信的状态。反之,没有达到确信的状态,就等于有合理的怀疑未被排除。二者最终达致的主观心理状态好像并无差异。

有学者在认为二者本质上没有差异的同时,也进一步从“字面上”指出了二者之间的区别:“‘排除合理怀疑’侧重从消极的、否定的角度来界定裁判者的主观认识程度,而‘内心确信’则侧重从积极的、肯定的角度来说明裁判者的主观判断标准。”〔3〕实际上,即使这种“字面上”存在的“理论”差异,

---

\* 西南政法大学法学院副教授,法学博士。本文系国家社科基金项目“刑事错案风险分配研究”(12BFX059)的阶段性成果。

〔1〕全国人大常委会法制工作委员会刑法室:《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第53页。

〔2〕例如,卞建林教授在论及“排除合理怀疑”时认为,“排除合理怀疑是英美法系国家规范刑事证明标准的法律表达……大陆法系与之相对应的术语是‘内心确信’”。参见卞建林、张璐:“排除合理怀疑不能孤立适用”,载《检察日报》2013年11月15日,第3版。龙宗智教授在比较了两大法系的证明标准后也指出,“内心确信,就意味着排除合理怀疑,反之亦然”。参见龙宗智:“‘确定无疑’——我国刑事诉讼的证明标准”,载《法学》2001年第11期,第31页。

〔3〕陈瑞华:“刑事证明标准中主客观要素的关系”,载《中国法学》2014年第3期,第187页。

实践中也可能并不存在。从英美法系国家的司法实践来看,关于如何向陪审团解释排除合理怀疑的含义时,也会直接将排除合理怀疑等同于“确信”状态。例如,英国当前的经典版本即为:“在生活中,没有所谓绝对确定的事项。你只需要问自己:根据全部的证据你确信被告人实施了犯罪吗?”〔4〕同样,“一个大陆法系的法官也从来不会说:‘本法院认为他可能没有实施犯罪,但是由于我们适用的是内心确信标准,即使我们知道他有40%的可能性是无罪的,我们还是可以认定他有罪。’”〔5〕德国联邦上诉法院也在判例中告诫道:“只要在理性争辩的基础上存在合理的怀疑,初审法院就不能对其定罪。”〔6〕

由此可见,从裁判者最终认定被告人构成犯罪的心理状态而言,二者的应然要求确实可以直接等同。但是,这种局部的静态比较研究存在两方面的问题。一方面,证明标准并非孤立存在的制度,而是整个刑事法制度的一环,它与诉讼程序构造、犯罪构成要件设定、证明责任分配、诉讼角色职能等存在密不可分的联系。剥离了证明标准运作的制度背景,可能会造成“只见树木不见森林”的结果,进而影响到比较研究结论的准确性和借鉴价值。另一方面,证明标准并非只是最终达致的一种状态或者结果,它也是一个“过程”。作为一种过程,排除合理怀疑无非是裁判者在内心不断地排除各种不合理的无罪假设的过程,最终的确信状态则是这种思维过程的“自然结果”。但是,裁判者到底是积极主动地对待案件当中的疑点并尽力予以澄清(不管是否有利于被告人)还是消极被动地确认控辩双方所证明的事实是否存在疑点,也必将影响到最终确信状态的达成。下文的分析将表明,上述两个方面的差异在两大法系之间是如此明显,以至于完全相同的案件可能在一种制度下视为已经“排除合理怀疑”,而在另一种制度下则可能视为没有抵达“内心确信”状态而作出“疑罪从无”的判决。反之亦然。

为此,我们将跳出当前这种“静态局部比较论”,通过证明标准运行的制度背景和认知的过程对美国 and 德国在定罪证据标准方面的差异进行比较,以期能够澄清理论界的一些误解,并为如何完善我国的相关制度提供镜鉴。

## 二、“排除合理怀疑”与“内心确信”的比较

### (一)适用范围比较:有罪答辩、处罚令与作为证据来源的供述

任何法律规则均有其适用的空间与范围,证明标准也不例外。由于受到诉讼程序构造和诉讼传统等因素的影响,两大法系在哪些案件需要达到这种最高程度的证明要求方面呈现出较大的差异。

在英美法系,并非每一个提交到法院的案件都要进行一次审判(trial)。接受正式的陪审团审判属于被告人所享有的权利,他可以选择放弃。对于放弃了获得公正审判权的被告人,法院重点审查的不是被告人的罪行已经被排除合理怀疑地得到了证明,而是他的弃权行为的自愿性。这集中体现在美国以辩诉交易为基础的“有罪答辩”(guilty plea)制度之中。“有罪答辩”是指被正式起诉的被告人在法庭所组织的“罪状认否程序”(arraignment)中就公诉犯罪事实是否答辩有罪的程序制度。它是每一个提交到法庭审判的案件的必经程序。被告人在“罪状认否程序”中,必须要选择作出如下答辩中的一种:无罪答辩、有罪答辩或者不予争辩的答辩。对于正式有效的有罪答辩或者不予争辩的答辩,法

〔4〕 Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence* 362 (Oxford University Press 2004).

〔5〕 Mireille Delmas - Marty & J. R. Spencer, *European Criminal Procedures* 602 (Cambridge University Press 2002).

〔6〕 [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼法》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第149页。

院将不再为被告人举行“审判”,而是直接认定有罪。

英美法系的诉讼理论认为,被告人自愿答辩有罪表示他放弃了宪法提供的正当程序保障,出于对被告人自治性的尊重和诉讼效率的双重考虑,法庭不再严格审查控方的案件是否已经达到了宪法所要求的排除合理怀疑的证明标准。当然,这并不意味着法庭完全不考虑被告人有罪答辩的“事实基础”。但是,对被告人答辩有罪的证据标准的审查相当粗糙,“并没有试图就此建立一个精确的证明标准”。〔7〕对“事实基础”的审查“一向不太受到强调,法官也往往不会独立适用之,仅在与自愿性原则有关时方强调事实基础”。〔8〕

“艾尔福德答辩”和“不予争辩的答辩”,可以较好地体现有罪答辩制度下的罪行认定对案件事实基础的“轻视”。艾尔福德被指控犯一级谋杀罪,在与检察官进行“交易”的过程中,为了消除被判处死刑的风险,他对检察官提出的二级谋杀罪作出了有罪答辩。但是,随后的程序中他坚持自己是清白的,没有实施谋杀行为。即使如此,法院也接受了这一答辩并判决有罪。联邦最高法院认为这种做法是符合宪法的,因为这是被告人经过利益权衡之后作出的理性的、自愿的选择。〔9〕因此,“艾尔福德答辩”被称为自相矛盾的“无辜者”的“有罪答辩”,其效果与“认罪者”的有罪答辩完全相同。“不予争辩的答辩”则是指被告人既不答辩有罪,也不答辩无罪,而是对指控的犯罪事实“不予争辩”。法院也可以直接据此认定被告人构成犯罪。〔10〕简而言之,即使被告人不认罪,只要答辩有罪或者不予争辩,法院可以直接认定被告人构成犯罪。至于案件事实是否已经达到了排除合理怀疑的状态,并不是法院审查的重点。在没有开庭举证、质证的背景下,法院也根本无法审查案件事实是否达到了排除合理怀疑的状态。

由此可见,美国通过有罪答辩制度构建了两套定罪程序:一套是以有罪答辩或者不予争辩答辩为基础的定罪程序,另一套是以无罪答辩为基础的定罪程序。前者可以不经开庭审理径直定罪,后者则需要严格按照正当程序的要求经过开庭审理之后认定是否构成犯罪。排除合理怀疑作为“宪法正当程序”的要求之一,只有在正式开启“审判”的程序当中才会适用,在有罪答辩或者不予争辩答辩的案件中并不适用。

这种二元式程序对“排除合理怀疑”证明标准的实际适用范围影响深远。在美国,无罪答辩只占到进入法庭审理程序案件的10%左右。〔11〕从实际比重而言,与其说美国刑事诉讼的有罪证明标准是“排除合理怀疑”,倒不如说是“自愿的有罪答辩”。也就是说,针对将近90%的案件(不管所犯罪行轻重、性质、情节如何),法院在确认了被告人的有罪答辩或者不予争辩答辩的自愿性之后,将会直接认定(控辩双方协商一致的)罪名成立。

德国的刑事诉讼并没有专门的有罪答辩程序,被告人是否认罪,通常都必须要进行一次正式的审

〔7〕 [美]韦恩·R·拉费弗等:《刑事诉讼法》(下),卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版,第1089页。

〔8〕 祁建建:《美国辩诉交易研究》,北京大学出版社2007年版,第55页。

〔9〕 *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

〔10〕 “不予争辩的答辩”给被告人带来的“额外”收益在于,它不得作为认定被告人承担民事责任的“证据”。有罪答辩则可以直接作为被害人主张民事赔偿责任的“证据”。

〔11〕 根据美国司法部的最新统计数据,2012年度在联邦法院系统被起诉的被告人总数为96260名,被定罪的被告人共计87908名,定罪率为91.3%,其中以有罪答辩(包括不予争辩的答辩)定罪的被告人为85774名,占所起诉案件的比例约为90%。See Mark Motivans, *Federal Justice Statistics, 2012 - Statistical Tables 17* (U.S. Bureau of Justice Statistics, January 2015).

判。<sup>[12]</sup>即使被告人自愿认罪,也不能据此绕过法庭审理程序,直接认定被告人有罪。被告人的供认在德国诉讼理论中只是法庭审理的一种“证据来源”。它具有证明犯罪事实的价值,并不具有终止审判程序的价值,更不具有直接定罪的价值。它只是需要法庭结合其他证据认真加以审查的一种证据而已。当然,“供述对刑事审判会产生影响,但是不能使审判消亡。供述增加了有罪证据量,这可能会加速审判进度,但是不能因此豁免法院承担的独立裁判的义务,即确信被告人已经排除合理怀疑地实施了犯罪的义务”。<sup>[13]</sup>因此,在德国的法庭审理中,并没有因为被告人的认罪行为而使审判程序呈现出二元化的局面,即使被告人对指控的犯罪事实予以认罪或者不予争辩,法院依然有职责查明案件事实,且只有当其综合全案证据,“内心确信”被告人有罪时才能作出有罪判决。

即使在德国2009年刑诉法修改后所确立的“刑事协商”制度中,认罪也还是作为一种证据来源看待,而不能直接据此定罪。德国立法所确立的“刑事协商”,是指被告人通过辩护人与法官就刑事案件的处理方式(程序)和处理结果(实体)进行协商,并以达成的协议作为裁判的基础。从表面上来看,“刑事协商”与美国的辩诉交易非常类似。但实际上,二者之间存在重大区别,<sup>[14]</sup>其中一点就是被告人认罪的效力问题。为了维护德国追求实质真实的传统,《德国刑事诉讼法典》第257条明确要求,即使是刑事协商,法院也必须依职权查明真相,法院的澄清义务不受协商程序的影响。<sup>[15]</sup>新近的判例要求,法院必须要确认协商后自白的真实性,只有在对犯罪事实进行了全面的调查之后确信被告人有罪,才能作出有罪判决。<sup>[16]</sup>

在德国,与美国有罪答辩功能上等价的制度是特别程序中的“处罚令程序”。对于可能判处有期徒刑或者1年以下缓刑的轻罪被告人,检察院可以通过一种不经审判的书面审核程序请求法院直接定罪处罚。这就相当于法院通过书面审理直接作出判决,只有在被告人不同意适用该程序时才给予正式的审判。从实践来看,被告人主张正式审判,一旦被定罪之后,可能会被判处更重的刑罚。因此,处罚令程序也具有同被告人“强制交易”的特征。处罚令程序与普通程序的区别主要在于,它只需要法院认定被告人具有“足够的犯罪嫌疑”即可,无需法官达到《德国刑事诉讼法典》第261条所规定的“内心确信”状态。<sup>[17]</sup>根据叶勒教授的统计,2009年德国全年度被以处罚令定罪的被告人约占总人数的14.5%。<sup>[18]</sup>由于处罚令程序只能适用于轻罪,其实际比重远远低于美国司法实践当中的有罪答辩案件数量。

就证明标准所适用的程序范围而言,我们可以作出以下两点总结:第一,美德两国均具有规避过于严格的排除合理怀疑标准的“特别程序”,但都必须要建立在被告人的自愿选择之上,且需要给予被

[12] 之所以说“通常”,是因为在德国也有一种可以不经开庭审理的定罪程序,即“处罚令程序”,但是其适用范围和实际数量不可与美国的“有罪答辩”制度相比。参见下文有关内容。

[13] John H. Langbein, *Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It*, 78 Mich. L. Rev. 204, 209 (1979).

[14] 关于德国刑事协商制度与美国辩诉交易制度的区别,参见李昌盛:“德国刑事协商制度研究”,载《现代法学》2011年第6期,第157-158页。

[15] 《德国刑事诉讼法典》第257条c第1款明确规定“第244条第2款的规定不受影响”,而第244条第2款规定:“为查清真相,法院依职权应当将证据调查涵盖所有对裁判具有意义的事实和证据材料。”

[16] 在2013年,德国宪法法院受理了针对“刑事协商”合宪性审查案件,它在判决书中强调,法院在协商程序中也必须要遵守澄清真相的义务:被告人只是在形式上表示认罪不能视为满足了澄清义务,即使在公开的法庭上作出了详细的供述也不能视为满足了义务,法官必须独立调查供述的事实基础,因为被告人在减刑许诺的条件下可能会在某些情形下作出不真实的供述。See Thomas Weigend & Jenia Iontcheva Turner, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany*, 15 Ger. L.J. 81, 98 (2014).

[17] 参见《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社2013年版,第283页。

[18] Jörg - Martin Jehle, *Criminal Justice in Germany: Facts and Figures* 26 (Federal Ministry of Justice 2009).

告人一定的“优惠”。用中国的话语来形容,这就等于是法律所容许的一种“留有余地”判决:罪行没有达到确实、充分的程度,判处有罪但从轻判刑。但是,德国将其限定在轻罪案件当中,美国则几乎毫无限制。第二,同美国有罪答辩可以直接“规避”任何案件排除合理怀疑的证明标准不同,在德国适用处罚令程序以外的其他案件当中,不管被告人的自愿供认行为是其主动作出的,还是通过“协商”后作出的,都不能豁免法院查明案件事实的义务。也就是说,在德国,通常情况下不管被告人是否认罪,法院只有在达到“内心确信”程度才能定罪;在美国,“排除合理怀疑”证明标准则只限于那些作出“无罪答辩”的案件。

## (二) 适用的要件事实: 犯罪构成要件的分离、合并及其证明

犯罪构成要件是指刑法所规定的成立犯罪的基本要素(basic elements)。它通过证明对象与证明标准连接在一起。“犯罪构成的要件集合,决定了‘实体形成’的基本轮廓,从而限定了待证对象的大体范围。”<sup>[19]</sup>从证据法的角度而言,构成要件事实就是刑事诉讼实体证明对象。到底什么“要素”才是构成犯罪的具体内容,将会直接影响到国家证明犯罪的“要件集合数量”。可以想见的是,如果一种犯罪构成要件理论把正当防卫作为构成要件的要素,而另一种犯罪构成要件理论并没有将其作为构成要件的要素,即使两种制度下的证明标准完全相同,在前一种情况下,当遇到正当防卫的争议时,证明难度将会加大,即更加难以达到确证的状态。简而言之,一种制度下的犯罪构成要件为“A、B、C”,另一种制度下的犯罪构成要件为“A、B”,后者更容易达到证明标准。

由于对抗制诉讼的结构背景以及自然演化的法律发展模式,英美法系刑法严格区分犯罪本体要件和积极辩护事由。犯罪本体要件包括犯罪行为(actus reus)和犯罪心态(mens rea)。积极辩护是指对构成要件事实不予争辩,但主张自己的行为存在违法或者责任阻却事由的辩护。积极辩护的事由通常包括正当化事由(如正当防卫、紧急避险、执行职务、被害人同意等)和可宽恕事由(如未成年、精神病、梦游症、自动症、失忆症、醉态等)<sup>[20]</sup>。有学者将其称为“双阶层”犯罪构成理论。<sup>[21]</sup>这种说法容易产生误解,以为“犯罪本体要件”和“积极辩护事由”均是国家需要予以证明的构成要件事实。但是,从美国的法律规则和司法实务来看,对于美国的检察官而言,他需要证明的事实是“犯罪本体要件”,且必须要将每一个要件证明到排除合理怀疑的程度。诸如被告人的行为是否属于“正当防卫”等事实并非属于美国刑法中的入罪“构成要件”事实,它只是辩护方提出的不负刑责的“出罪”事实。作为“出罪”事实的积极辩护事由,它们不是控方必须要予以证明的构成要件事实,而是辩护方必须要予以主张和证明的事项。对犯罪成立条件进行“分离”的主要效果在于,它使部分本来属于是否构成犯罪的要件事实(如正当防卫)的证明责任转移给了辩护方。

例如,美国至少有11个州的刑法典要求辩护方将积极辩护证明到优势证据的程度。在特拉华州、乔治亚州和北卡罗莱纳州,被告人必须把特定辩护证明到“令陪审团满意的程度”(to the satisfaction of the jury)。在肯塔基州,积极辩护的证据必须是“令人信服的”(convincing)。特拉华州、乔治亚州和俄勒冈州要求被告把精神病辩护证明到排除合理怀疑的程度,该要求还得到了美国最高法院的支持。显而易见,这些标准都要求被告要把他的积极辩护的真实性证明到超过合理怀疑的

[19] 杜宇:“犯罪构成与刑事诉讼之证明——犯罪构成程序机能的初步拓展”,载《环球法律评论》2012年第1期,第105页。

[20] 参见赖早兴:“刑事证明责任分配与犯罪构成要件”,载《刑法论丛》2013年第3卷,第198-199页。

[21] 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第3-4页。

程度。<sup>[22]</sup>

这可能导致在被告人是否需要承担刑责的事实尚未排除合理怀疑的情况下,他依然会被“合法地”定罪。因为按照美国的庭审程序和积极辩护的证明责任分配,积极辩护事由的证明问题完全可能产生如下情形:(1)控方将所有的“犯罪本体要件”证明到了排除合理怀疑的程度。(2)被告人主张某个积极辩护事由(如正当防卫),他必须要将所主张事实的真实性证明到某种较高的水平(通常是优势证据水平,有时候甚至更高)。(3)如果被告人不主张积极辩护事由或者无法将其证明到法定的程度,法官有义务指示陪审团无需考虑积极辩护事由,<sup>[23]</sup>哪怕对是否存在积极辩护事由具有合理怀疑。<sup>[24]</sup>因此,英美法系刑事诉讼的有效运作高度依赖于发达的刑事辩护制度,尤其是较为充分的辩护律师调查取证权、申请国家强制取证权以及律师没有认真履职时的无效辩护制度。没有辩护权的充分保障和规制,被告人在这种制度下可能面临较大的错判风险。鉴于聘请优秀刑辩律师的费用不菲,有位美国老律师在其办公室门板上直接悬挂标语:“合理的怀疑需要不合理的价钱。”<sup>[25]</sup>这可能显得有些过分,但是美国刑事诉讼确实存在郎本教授所概括的“财富效应”(wealth effect)。<sup>[26]</sup>单从构成要件分离以及与之相应的证明责任分配来看,即使在是否构成有罪的基础事实(如是否存在正当防卫)存在合理怀疑时,美国的陪审团完全“有权”认定“犯罪本体要件”已经达到了证明标准并进而作出有罪判决。可见,英美法系的证明标准并没有想象中的那么高,从一定程度上可以说它在部分案件中(例如积极辩护事由存在合理怀疑的案件)是允许“疑罪从有”的。

在德国,刑法通说认为,要构成犯罪,必须同时满足以下三个要件:犯罪事实要件的符合性(即符合刑法条文有关犯罪的描述)、违法性和有责性。其中,如果一个行为符合刑法分则的罪状描述(符合性),就满足了入罪的“形式”要件。但是,只有经过违法性和有责性评价之后,才能满足入罪的“实质”要件。从比较法的角度来看,违法性和有责性与英美法系的积极辩护事由基本相同。<sup>[27]</sup>但是,德国现代法学理论认为,刑事诉讼与作为私法的民事诉讼不同,不能实行谁主张谁举证的民事举证规则,不得将民法中的“抗辩”事由以及由此衍生的证明责任转移理论直接套用于刑事诉讼,否则就混淆了两种不同性质诉讼的价值目标:民事诉讼旨在解决纠纷,刑事诉讼旨在发现真实。<sup>[28]</sup>国家有职责证(查)明被告人的行为同时满足三要件,才能认定有罪。<sup>[29]</sup>从程序法的角度来说,由于“罪疑唯轻”

[22] Larry Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* 111 (Cambridge University Press 2006).

[23] 被告人对积极辩护事由通常承担的是“提出证据的责任”而非最终的是否有罪的“说服责任”。“提出证据的责任”也被称为“通过法官审查的责任”,其含义是指根据承担提供证据责任一方所出示的全部证据进行审查,如果法官认定没有达到法定的标准(如优势证据或者排除合理怀疑),那么就是“没有通过法官的审查”,依据该证据所提出的“争点”或者“主张”就不能提交陪审团裁决,即法官必须要指示陪审团将其视为不存在。

[24] Larry Laudan, *Legal Epistemology: The Anomaly of Affirmative Defenses*, <http://ssrn.com/abstract=1183363>, at 4.

[25] [美]亚伦·德肖维茨:《合理的怀疑——从辛普森案批判美国司法体系》,高忠义、侯荷婷译,法律出版社2010年版,第141页。

[26] 郎本教授不无夸张地说,美国刑事审判的的含义就是“由于我贫穷,所以我必须得死”。See John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* 332 (Oxford University Press 2003).

[27] Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. Pa. L. Rev. 506, 548 (1973).

[28] George P. Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden of Persuasion in Criminal Cases*, 77 Yale L. J. 880, 901 (1968).

[29] 参见冯举:《刑民事诉讼中的推定问题研究——以德国法为研究重点》,中国政法大学博士学位论文,2011年3月,第77页。

和“无罪推定”的要求,绝不允许将犯罪构成要件的证明责任转移给被告人。<sup>[30]</sup>

因此,在德国,对于英美法系刑法当中的“积极辩护事由”,既不需要被告人主动提出(主张责任),也不需要被告人提出证据予以证明(提出证据的责任)。当然,这并不意味着被告人不可以主张排除违法性和有责性的犯罪阻却事由,也不意味着被告人不可以提出证据证明犯罪阻却事由的存在。但是,即使在实际的审判中辩护方如此积极作为,也不是因为他有“证明责任”,而是他有“辩护权利”。即使被告人没有主张犯罪阻却事由或者主张后无法提出证据予以证明,法院也不得适用证明责任规则,直接判定犯罪阻却事由不成立。法院必须要“穷尽一切合法的调查手段”,澄清疑点。例如,针对被告人提出的阻却违法的“正当防卫”主张,在美国可能因被告人无法举证而被法官裁定不予认可。但是,在德国却是另一番景象。德国刑事法教授罗科信曾说道:“在判决书中不得称:‘被告人自己主张正当防卫,但却无法对此加以证明;因此其需被判有罪’,而应称:‘本院就正当防卫已为审理(被告人亦自己主张正当防卫)。本案因无法确信证明被告人之罪责(即无法反驳被告人主张之正当防卫);被告人因此被宣判无罪。’”<sup>[31]</sup>

两大法系在犯罪构成要件具体要素上的差异以及由此衍生的证明责任分配的差异,实际上导致了两者针对特定阻却犯罪事由的事实疑点的不同处理方式。在美国,由于“犯罪本体要件”当中并不包含阻却犯罪事由的“积极辩护”,且许多州均以较高的证明标准将阻却犯罪事由的证明责任分配给辩护方,因此控诉方可能只需要“排除合理怀疑”地证明部分犯罪事实(不包括阻却犯罪事由),即可认定达到了证明标准。相反,在德国,由于犯罪构成三要件结合在一起,且均需要法庭依职权穷尽手段予以查明,不依赖于被告人的主张、证明,因此不允许在阻却犯罪事由存在合理怀疑时,认定被告人有罪。从这个意义上而言,德国的“内心确信”标准真正贯彻了“疑罪从无”的精神,其规范标准略高于英美法系的“排除合理怀疑”标准。因此,我们也就不难理解为何在德国必须赋予法院较为强大的主动调查权限。

需要指出的是,这种“规范”上的差异对司法实践所造成的实际影响可能并没有想象的那么大。一方面,不管在哪一种法律制度下,违法阻却事由在司法实践中均属于“异常情况”,大多数犯罪并不涉及到是否存在正当防卫、紧急避险、精神失常等阻却犯罪事由的争议。换言之,由于该类争议案件较少,所以即使在英美法系,大多数案件当中被告人“实际”并不承担积极辩护事由的证明责任。另一方面,鉴于积极辩护事由不属于裁判过程的典型情形,德国的裁判者在调查案件真相的过程中,可能“不太愿意相信非常情形的存在,而更倾向于‘内心确信’案件属于通常情形”。<sup>[32]</sup>辩护方为了引起裁判者的注意,在实践中就有“必要”主动提出阻却犯罪事由或者对其予以举证。因此,同英美法系的排除合理怀疑标准高度依赖于发达的刑事辩护制度形成对比的是,大陆法系的内心确信制度高度依赖于优秀、称职和负责的司法官以及由此衍生的法定的法官“澄清义务”和“照顾(被告人)义务”。

[30] 之所以强调“程序法”的角度,是因为在德国也有部分实体法规定或者判例将特定事实的证明转移给被告人。但是,这不同于英美法系将阻却定罪事由在“程序”上“普遍”地转移给辩护方证明,它并不豁免国家对阻却定罪事由的查证责任,只是一种在“个案”当中基于证明困难所作的政策选择。其中,比较典型的德国《刑法典》第186的规定:“捏造或散布足以使他人受到蔑视或受到贬低的事实,而不能证明其为真实的”,构成恶意中伤罪。如果被告人否认事实属于“捏造”或者所散布事实是“真实的”,则应当加以证明。参见孙长永等:《刑事证明责任制度研究》,中国法制出版社2009年版,第108页。

[31] [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第126页。

[32] Damaska, *supra* note 27, at 549.

### (三)“确信”的过程:“剩余怀疑”的分配

证明标准最核心的含义是认定某一个命题成立应当达到的最低限度证明要求。人类的日常实践、科学研究等活动都在或明或暗地运用各种不同等级的证明标准,以指导自己的决策和行为选择。从证明的基本构造而言,它又可以分为两种不同的模式:一种可以称为“辩论视角”下的证明标准,它好比是辩论比赛当中的某一方“说服”裁判者接受其主张应当要达到的证明尺度。在这种模式下,裁判者只对承担证明责任一方的证明程度同预先设定的证明尺度进行比较,“判断”是否已经达标。如果达标,则予以认可。否则,认定承担责任的一方主张不成立。裁判者本身并不介入论辩协助任何一方,他的职责就是“判断”。另一种则可以称为“调查视角”下的证明标准,决策者在这种情境下针对任何一方所提出的主张是否成立的判断,不完全依赖于任何一方所提出的信息,而是必须要主动核查每一方提出的主张是否存在充分的证据支持,只有在决策者在现有资源可容许的条件下穷尽了一切调查手段,才会结合预先设定的标准判定哪一方主张成立。“调查视角”下的证明标准只是决策者最终作出有关决定时的一个“决策标准”。科学研究活动大多遵循这种“调查视角”下的证明标准。

这两种视角下的“证明标准”的核心差异在于,“辩论视角”下的证明标准既是裁判者最终作出决定时的“决策标准”,也是论辩一方说服裁判者接受其主张应当达到的“说服标准”,二者是统一的;而“调查视角”下的证明标准只是调查者最终作出决定时的“决策标准”。因此,这两种模式下对待当事人所证明事项的确定性程度与“决策标准”之间的“证明距离”问题,就产生了截然不同的做法。“辩论视角”下的裁判者将会直接认定承担责任的一方未达标而判定其主张不成立,“调查视角”下的调查者则会在进一步核查后再结合决策标准判断主张是否成立。

根据对美国 and 德国的诉讼制度的考察,我们可以清晰地发现:美国刑事诉讼下的证明标准非常接近于前述“辩论视角”下的证明标准,它与证明责任分配紧密结合;德国刑事诉讼下的证明标准则非常接近于前述“调查视角”下的证明标准,并不需要严格的证明责任理论与之配套。

美国刑事审判实行对抗制,裁判者(不管是陪审团还是职业法官)没有义务主动调查案件事实真相到底是什么。他的主要职责包括两个方面:一是确保控辩双方的庭审对抗遵守既定的“游戏规则”;二是判断控方的指控是否成立。至于审判过程当中如何组织、提交证据以证明各自的诉讼主张,则是由控辩双方在法律允许的范围下自由确定,实行严格的当事人推进主义。就这一点而言,对抗制的庭审好比是一场司法竞技场,法院将其角色严格限定在仲裁者的地位。控辩双方当事人必须要尽力“说服”裁判者认定自己的诉讼主张成立,因为裁判者原则上不会向任何一方伸出援手。由于无罪推定的要求,控方必须要将“犯罪本体要件”证明到“排除合理怀疑”的程度,此乃控方的最终说服责任,必须要接受法庭的严格审查。

从程序进程来看,美国的检察官在控方案件举证阶段,至少需要将控方主张证明到“表面上成立”的程度。所谓“表面上成立”的程度,是指在不考虑辩方单独举证的情况下,仅是依靠控方在举证阶段所提交的全部证据和调查质证后所得的心证,判断是否已经“排除合理怀疑地”证明了被告人的罪行。如果没有达到,就意味着案件还没有“通过法官的审查”,没有形成一个有说服力的需要辩方予以回应的争点,也没有必要将案件提交陪审团作出裁决,法官可以在辩方提出“直接判决无罪的申请”(motion for judgment of acquittal)后依职权宣告指控不成立、被告人无罪。法官没有职责继续调查案件的事实真相到底如何。这是对控方所承担证明责任的“中间审查”机制,也就是美国法律所称的控方的“推进诉讼进行的证明责任”(burden of producing evidence to put forward),它是行为责任(主观的证

明责任)与结果责任(客观的证明责任)的统一体,并非学界通常所说的行为责任或者主观的证明责任。<sup>[33]</sup>

如果控方的案件通过了“中间审查”,则法庭调查会进入到辩方举证阶段。如果辩方选择沉默,不作任何主张或抗辩,则被告人没有任何证明责任。法庭审理结束后,法官会指示陪审团结合法庭审理的全部证据材料判断控方的证明是否已经达到了排除合理怀疑的标准。<sup>[34]</sup> 如果辩方选择提出一个“积极辩护事由”,构建一个不同的“案件”,他也必须为其主张提供证据予以证明。如前所述,其标准通常是适用于民事案件的优势证据标准。辩方的“案件”同样也要通过法官的审查,只有法官认定辩方在举证完毕之后,已经达到了相应的证明标准,法官才会考虑将“辩方案件”(defense case)提交陪审团评议,否则将会指示陪审团不予考虑辩方的主张。同样,对于未达到优势证据标准的案件,法官通常也不会伸出援手协助被告人收集证据调查真相。如果辩方所提出的“案件”通过了法官的审查,最终将由陪审团综合全案证据判断被告人是否构成犯罪。<sup>[35]</sup> 不管辩方的案件是否成立,被告人是否构成犯罪的说服责任(burden of persuasion)都是由控方来承担的,被告人没有证明自己无罪的责任。即使辩方案件不成立,陪审团也应当综合考虑全案的证据,判断控方的证明最终是否达到了排除合理怀疑的标准。

我们可以发现,在美国的刑事审判中,不管是针对控方证明责任的“中间审查”和最终审查,还是针对辩方“积极辩护事由”证明责任的审查,法院都是基于被动的消极裁判者地位,判断双方的证明是否达到了法定的证明标准,不会为任何一方主动调查、提出证据,澄清疑点。控方无法在“中间审查”阶段将其案件证明到“表明上成立”的程度或者最终无法达到“排除合理怀疑”的程度,被告人将会被宣告无罪。

假设“排除合理怀疑”需要达到的盖然性程度是90%以上,即使控方将其案件证明到80%,也将会直接面临败诉的结果。我们可以将80%的确信度与法定标准(90%)之间的“证明距离”称为“剩余怀疑”(residual doubt)。<sup>[36]</sup> 即使“剩余怀疑”只剩下10%,法院也不会主动去填补或者澄清这个怀疑,而是径直按照“证明责任分配”原理认定主张者不成立。同样,在辩护方提出“积极辩护事由”的举证阶段,没有达到法定标准的“剩余怀疑”的不利结果,也按照证明责任分配由辩护方承担,同样不会为了维护被告人的利益而去澄清真相。这主要由于美国的对抗制庭审当中控辩审三方的诉讼角色所直

[33] 把美国的“推进诉讼进行的证明责任”混同于大陆法系的行为责任或者主观的证明责任的主要原因是没有认识到两大法系审判组织的差异。在美国的陪审团审判结构下,检察官想要让法庭作出有罪判决,必须要通过“两道关卡”的检验。其中,第一道关卡就是“说服法官”其所提交的证据能够证明被告人在形式上构成犯罪或者表面上成立,否则将依职权或者依申请宣告被告人无罪。此时审判即告结束,被告人无须提出证据反驳指控,也不需要交付陪审团进行实体评议。参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第523页。

[34] 参见吴巡龙:“举证责任与法院依职权调查证据”,载《检察新论》2012年第12期,第179页。

[35] 在美国,辩方举证完毕,并不允许控方“重开案件”(即主动申请调查控方证据)。法庭有关案件事实的调查也将结束。此后将会进入控辩双方的最后总结陈词程序。英国在特殊情形下,在法官的批准下,允许控方“重开案件”。由于“重开案件”会造成控辩在形式上无法实现“平等对抗”,实践中英国的法官通常不会准许控方“重开案件”。参见李昌盛:《论对抗式刑事审判》,中国人民公安大学出版社2009年版,第148-149页。

[36] “剩余怀疑”并非是笔者所生造的一个词汇。它是美国部分保留死刑的州是否适用死刑的标准。死刑案件当中的“剩余怀疑”是指被告人的罪行被证明到“排除合理怀疑”但是尚未达到“绝对确定”时的“证明距离”。为了尽可能防止不错判任何一个人死刑,有学者和部分法官主张当存在“剩余怀疑”时不应当判处死刑,而应将其作为一个“刑罚减轻情节”考虑。本文所使用的“剩余怀疑”借鉴了它的主要思想(证明距离),但是所指与其不同。关于死刑案件的“剩余怀疑”问题,参见Jennifer R. Treadway, “Residual Doubt” in Capital Sentencing: No Doubt It Is an Appropriate Mitigating Factor, 43 Case W. Res. L. Rev. 215, 221 (1992).

接决定的。法院藉此可以避免与侦控机关的角色混同,避免了出现“剩余怀疑”时为了“澄清真相”而成为“第二公诉人”,也可以避免审判成为“侦诉审”流水线当中的一环。对待“剩余怀疑”的此种态度,无疑可以较好地保障被告人获得中立、无偏私的公正审判。同时,我们也必须看到,法院不仅“冷漠地”对待控诉方,而且也“冷漠地”对待辩护方。即使辩护方提出了“积极辩护事由”,法院也同样站在一个“超然”的裁判者地位“坐山观虎斗”,哪怕有一定的证据能够证明积极辩护事由的存在但是还存在“剩余怀疑”时,也照样不会予以帮助,由被告人承担存在“剩余怀疑”时的不利后果。

一言以蔽之,在美国对抗制庭审下,由于“证明距离”所产生的“剩余怀疑”是严格按照证明责任分配原理分配不利结果的风险,它是一种由立法预先规定的确定的风险分配机制,裁判者通常没有权力基于个案的情形(例如犯罪的严重性或者被告人的举证能力等)而改变这种法定的风险分配规则,被告人不用担心法院会利用权力帮助检察院完成“犯罪本体要件”的“剩余怀疑”的证明问题,也不能期望法院仁慈地帮助自己完成“积极辩护事由”的“剩余怀疑”的证明问题。

德国的情形恰好与此形成对比。在德国的正式审判程序中,法官和检察官的角色与英美法系的同行们存在较大差异,由此导致两国对“剩余怀疑”问题产生了截然不同的做法。

在德国,法官在正式审判中的核心义务就是“澄清义务”。该义务明文规定于《德国刑事诉讼法典》第244条之中:“为查清真相,法院依职权应当将证据调查涵盖所有对裁判具有意义的事实和证据材料。”这与英美法系法庭中裁判者仅是作为一个消极仲裁者的角色不同。为确保法院澄清义务得到实现,法庭调查也实行职权推进主义。法院在控诉原则拘束下,“有权也有义务独立活动”,因此法院既“不受诉讼参与者之主张的拘束”,也“不受证据调查之声请之限制”,“对检察官及被告人均未提出要求之证据,法院亦得依职权主动调查”。<sup>[37]</sup>

在这种审判结构下,即使检察官疏于举证,也并不必然导致其承担“败诉”的结果。同理,即使被告人没有提出阻却犯罪事由或者提出后无法加以证明,也并不必然导致其承担“不利”后果。因此,在德国的诉讼法学通说中,均不认可控辩双方承担所谓的“证明责任”。<sup>[38]</sup>“罪疑唯轻”或者“疑罪从无”并非是证明责任分配的结果,而是法院依职权调查犯罪事实,在穷尽了一切必要可行的手段后,基于防止冤案的政策考虑而作出的一种价值选择。因此,“疑罪从无”被视为一种“裁判规则”,而非检察官证明不能后的“不利结果”。

此外,检察官在德国刑事诉讼中的角色定位,也不能将其等同于刑事诉讼当中的一方当事人,要求其承担“证明有罪”的“证明责任”。德国检察官必须要遵循“客观性义务”,其与被告人并非处于截然对立的关系,必须要对有利于和不利于被告人的事实、证据和情节一并注意,必要时在法庭上应当主动请求判决被告人无罪,<sup>[39]</sup>“无罪判决既不是检察官的‘耻辱’,也不等于检察官未尽证明义务”。如果迫使检察官必须要承担“证明责任”,反而可能会使他们“越来越像‘打击被告人的追诉狂’,所有

[37] 同注31引书,第115页。

[38] Thomas Weigend, *Assuming That the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice*, 8 *Crim. L. & Phil.* 285, 291 (2014).

[39] 客观性义务在德国的司法实践中并非是“美好理想”,而是通过任职前的培训和检察组织文化内化为检察官的职业伦理。美国一位学者近期对德国检察官的访谈中发现:“除极少数检察官以外,每一个接受访谈的检察官都能够自豪地举出他们个人建议法院宣告无罪或者为被告人利益而上诉的案件。” See Shawn Marie Boyne, *Uncertainty and the Search for Truth at Trial: Defining Prosecutorial “Objectivity” in German Sexual Assault Cases*, 67 *Wash. & Lee L. Rev.* 1287, 1354 (2010).

客观性义务的良好美意将荡然无存,刑事诉讼也只会沦为优胜劣败的达尔文主义之战场”。<sup>[40]</sup>

没有证明责任对控辩双方主张及举证行为的拘束和制裁,并不意味着在德国的法庭上控辩双方都是完全被动地听命于法官的职权调查活动,自己完全“不作为”。只不过控辩双方在法庭上的主张和(申请)调查质证活动并不能限定法院的调查范围,由此也将导致“剩余怀疑”的不利结果到底归属于谁呈现出一种不确定性的状态。“当控方就被告人之犯罪事实未证明至确信状态时,审方不能立刻下无罪判决;反之,当检方攻势强烈,但辩方不知防御时,审方也不能遽为有罪之判决。所以……在具体操作上既可能有利被告人(释放无辜被告人——即使其辩护人无能亦然),也可能不利被告人(处罚真正犯人——即使检察官懈怠亦同)。”<sup>[41]</sup>也就是说,在德国的刑事审判中,控辩任何一方举证的确定性程度即使与最终的证明标准存在距离,产生了“剩余怀疑”问题,也不是由法律预先按照证明责任分配不利后果,而是由法院根据个案的具体情况在穷尽所有调查手段后才可能确定最终的“风险承担者”:可能有利于辩方但也不可能不利于辩方。

由于不是立法预先确定“剩余怀疑”的分配结果,而是由法院依照职权进行分配,所以法院澄清真相的义务就必须落实到位。否则,由于法官提前阅卷和与检察官的职业联系较为紧密,法院就极有可能演化成为“第二公诉人”,只想着弥补控方证实犯罪的“剩余怀疑”,会使被告人的处境恶化。如果法院能够做到澄清一切可能存在的疑点,那么在德国的模式下,处于弱势地位的被告人由于有“法院的爱护”,其处境可能还要略好于美国法制下的弱势被告人,因为后者高度依赖于被告人自身的资力和能力。为了防止法院忽略有利于被告人的情节和事实,德国刑法构建了一整套的保障机制,不是完全寄托于个别法官的公正客观的道德品质。具体来说,这主要包括三个方面的机制:一是辩护方强大的证据调查申请权以及对应的法院调查义务,二是详尽充分的判决书说理,三是上诉审法院对调查义务和判决理由充分说理的事后监督机制。

#### (四) 不同的诉讼理念:“纠纷解决”和“实质真实”

虽然作为两大法系代表的美国和德国在证明标准的“表达”上没有多大差别,但是由于运作背景 and 环境的差异,导致二者在“实践”中均存在较大的差异。没有任何一项规则可以摆脱其生存的法律文化土壤,因此比较法研究最忌讳的就是“望文生义”。比较法学家埃尔曼曾经告诫我们:“在程序不同的地方,差不多同一的法律规范在其适用中可能导致不同的结果。”<sup>[42]</sup>从根本上而言,美德两国在证明标准制度方面的差异是由于不同法律文化所塑造的诉讼目的观的差异所导致的。

美国的刑事诉讼没有把刑事审判作为一种事关公益的国家任务,而是将其看成类似于民事诉讼的“纠纷解决”事项。正如美国证据学鸿儒艾伦教授所言,“所有构建证明过程的规则……来源于并践行着某种争端解决理论”。“在英美法传统中,虽然政府提起公诉,但政府方被视为类似于私人当事人”,“法院的职责是基于当事人提出的材料正确裁定案件,而非竭尽全力‘正确’裁定案件。”<sup>[43]</sup>因此,只要双方没有争议的案件就无需审理,也无所谓“排除合理怀疑”与否。至于有争议的案件,也是严格区分“控方案件”(犯罪本体要件)与“辩方案件”(积极辩护事由),并据此分配证明责任,法院的任务也止于按照既定的规则“处理纠纷”,而非究明真相何在。

[40] 林钰雄:《严格证据与刑事证据》,台湾新学林出版股份有限公司2007年版,第212-213页。

[41] 同注40引书,第212页。

[42] [美]H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店1990年版,第164页。

[43] [美]罗纳德·艾伦:“证明责任”,蒋雨佳等译,载《证据科学》2012年第5期,第599-600页。

德国的刑事诉讼则把刑事审判作为一种事关公益的国家职责,因此务必要确保刑罚适用的准确性(德国宪法的“罪责原则”)。因此,法院有权力也有义务澄清案件的真相何在,只有对社会公益影响不大的“轻罪”案件(处罚令案件),才可以相对降低真相的要求。在这种模式下,没有英美法系证明责任机制存在的土壤,法院的任务就是在控辩双方的参与下穷尽调查手段澄清真相何在,包括构成要件符合性、违法性和有责性的事实,都会成为法院依职权或者依申请调查的事项。刑事审判的“关键仅在于被告人犯罪事实客观上‘是否被澄清了’(ob es dargetan ist),至于主观上‘什么人澄清了这件事’(wer es dargetan hat),根本不是重点所在”。<sup>[44]</sup>所谓“存在合理怀疑”或者“无法形成内心确信”判处无罪,只是法院最终无法判定真相时的一种“裁判规则”而已,与证明责任无关。

### 三、中国有关问题的比较法审视

通过比较分析,我们可以发现,由于诉讼目的观不同所导致的诉讼运作过程的差异,两大法系看似相同的证明标准实际存在较大的差异。一个存在合理怀疑的案件(如存在正当防卫的合理怀疑),在美国可能因为被告人没有卸除自己的证明责任,而被陪审团认定有罪,在德国则必须要根据“疑罪从无”原则宣告无罪;一个控方无法将犯罪构成要件事实证明到排除合理怀疑程度的案件,美国必须宣告被告人无罪,在德国可能因法官澄清了疑点而宣告被告人有罪。那么,这能对我国证明标准制度的完善带来哪些启发?我们必须明确的是,中国当前的刑事诉讼制度既不同于美国,也不同于德国。不过,从文化传统(国家权力在诉讼中的主导性)、诉讼目标(强调不枉不纵)、诉讼职能(侦控审均有查明案件真相的澄清义务)等方面而言,中国的诉讼模式趋近于德国。从法庭审理的基本结构(控辩在调查案件事实方面起主导作用,法官仅是补充性地调查核实证据)和2012年刑诉法明确由检察官承担“举证责任”等方面来看,中国的诉讼模式更趋近于美国。但是,从整体上而言,犯罪嫌疑人、被告人的人权保障水平都没有美国或者德国那么高。因此,这样一种“混合状态”是借鉴其他国家制度的基本背景。

#### (一)关于“排除合理怀疑”标准的适用范围问题

从理想状态而言,每个国家都应当在排除合理怀疑地确定犯罪事实后才能作出有罪判决。天下没有免费的午餐。作为一种回溯性认识活动的刑事司法尤其如此。一个国家投入刑事司法中的资源总是有限的。与此同时,犯罪率有增无减,犯罪嫌疑人、被告人的权利保障水平也不断加强。面对日益紧张的司法资源和难以对付的“真正的罪犯”,如果不采取一定的程序路径降低国家定罪的难度,将可能会使刑事司法不堪重负。这正是包括美国、德国在内的各个西方法治国家在普通程序之外创设各种“低规格程序”的共同原因。

司法资源日益紧张也成为我国刑事司法面临的现实问题。为此,2012年《刑事诉讼法》将简易程序的适用范围扩大到了基层法院所审理的绝大部分案件。根据调研情况来看,目前所设计的简易程序

[44] 林钰雄:《刑法与刑诉之交错适用》,中国人民大学出版社2009年版,第251页。

序似乎并没有达到立法所预期的目标,基层法院刑事案件审理效率并没有显著提高。<sup>[45]</sup>这有多方面的原因,立法固守“证据确实、充分”的定罪标准,无疑是其中一个主要原因。从刑事诉讼法有关简易程序的适用条件来看,即使被告人承认自己所犯罪行,对指控的犯罪事实没有异议,也对适用简易程序没有异议,但是如果案件没有达到“事实清楚、证据充分”的程度,就不得启动简易程序。与此同时,最终认定被告人有罪也必须达到“排除任何合理怀疑”的程度。<sup>[46]</sup>一方面,这意味着审前程序的“收集证据负担”没有丝毫减轻,另一方面,这也意味着检察院的“证明责任”和法院的“真实义务”也没有任何降低。因此,所谓“简易程序”,只不过是“法庭审理环节庭审时间”得到节省,但是由于坚守严格的定罪标准,其他环节的程序耗费不可能得到显著降低。这正是我国简易程序始终难以有效提升诉讼效率的一个主要原因。

由于我国不具有类似美国的强大的检察官起诉裁量权以及德国刑法的轻缓化,直接借鉴辩诉交易或者处罚令制度都不太现实,但是它们背后所体现的在部分案件中降低定罪标准以提升刑事司法效率的精神则是可以借鉴的。笔者认为,在基层法院所审理的简易程序案件中,没有必要再坚守证据确实、充分的定罪标准,只要被告人对指控的犯罪事实没有异议,且认罪认罚,同意适用简易程序的,法院认定被告人具有犯罪的极大可能性,就可以认定罪名成立,无需达到排除合理怀疑的程度。

由于中国目前侦查阶段的权利保障水平不足,大部分被告人无法获得实质有效的律师辩护,可以将降低标准的案件限定在被告人在审前以及审判阶段讯问时供述稳定的案件当中。鉴于中国侦查讯问阶段缺乏沉默权、律师在场权等保障供述自愿性的制度,为了防止采信不具有自愿性的供述以至于发生错案,降低定罪证明标准的案件必须随案移送同步录音录像,以供法院审查认罪的自愿性。同时,为了“奖励”被告人配合国家的刑事追诉、审判活动,目前的量刑机制也必须予以跟进,给予被告人相当程度的“量刑优惠”,如给予1/4至1/3的刑罚减轻待遇。换言之,这也可以看做是“留有余地”判决方式的“法定化”。

“留有余地”的判决方式之所以在中国饱受诟病,主要是因为被告人不认罪的案件当中,法院也基于实用主义的标准“剪裁”定罪标准,从而增加了错判的可能性。在被告人供述稳定且一直认罪的状态下,基于趋利避害的人性基本假设,这种情况下的错判概率实际上已经极小。<sup>[47]</sup>此时司法制度应当把关注的重心适当转移到诉讼效率的考虑,而不是不分青红皂白地一律要求所有案件均要排除合理怀疑。排除合理怀疑的证明标准应当将其范围局限在误判可能性较高(被告人不认罪)以及误判结果严重(严重犯罪案件)的案件当中,也就是通过遵循“二八定理”,实现简化简单多数和优化复杂少数的目标,实现效率和公正的统一。<sup>[48]</sup>在司法资源始终有限的条件下,硬性要求所有案件达到最

[45] 我国2012年《刑事诉讼法》实施之后,笔者所在的西南政法大学刑事诉讼法国家级重点学科于2013年暑假和2014年暑假分别对中南、华南、西南适用刑事诉讼法状况进行了调研。根据多个基层法院和基层检察院的反映,刑事诉讼法修改之后,简易程序的效率并没有显著提升。除了本文所提出的定罪标准没有降低的原因之外,还有公诉人出庭、繁琐的文书制作和内部审批、附带民事诉讼调解等因素的影响。

[46] 参见《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》第298条。根据该条的规定,只要发现“被告人的行为可能不构成犯罪的”,就必须转为普通程序审理。

[47] 我们承认,即使确保被告人认罪的自愿性,还是有可能出现诸如冒名顶替认罪等错误认定案件事实的情形。但是,我们不能因为在极小部分案件当中存在误判的可能性,就一概要求所有案件都必须以牺牲司法资源为代价进行没有实质意义的“审判”。追求真相不能不计代价和成本,追求真相也并非刑事诉讼的全部,因此在绝大部分确保自愿认罪就不会导致错判的情形下,就应当将诉讼的重点适度转向效率。

[48] 参见李本森:“法律中的二八定理——基于被告人认罪案件审理的定量分析”,载《中国社会科学》2013年第3期,第87页。

高认识标准,最终必将导致其他需要更多司法资源保障的案件(如不认罪案件、重罪案件)因资源分散而无法得到有效处理,进而在整体上降低刑事诉讼的真实发现能力。

## (二)关于“排除犯罪事由”的证明问题

由于无罪推定原则得到了举世公认,目前世界上均认可被告人不承担证明自己无罪或者有罪的证明责任,国家有责任查明(如德国)或者证明(如美国)被告人构成犯罪,否则即按照疑罪从无原则宣告无罪。这一点也体现在我国《刑事诉讼法》第12条、第49条、第50条和第195条之中。但是,到底哪些“要件事实”构成犯罪以及如何分配不同要件事实的证明责任,则由于刑事诉讼目的和程序构造的不同呈现出较大差异。在秉持刑事诉讼目的乃确保刑罚正确适用的德国,构成要件符合性、违法性和有责性均是要件事实,且职权主义诉讼构造要求国家必须依职权查清构成要件事实,才算是排除任何合理怀疑。在秉持刑事诉讼目的乃纠纷解决的美国,则仿效民事要件事实分类学说,将构成要件符合性与排除犯罪事由(违法性、有责性)予以分类,且仿效民事诉讼要件事实举证责任的分配学说,将构成要件符合性(公诉犯罪事实)的证明责任分配给代表国家的检察官,将排除犯罪事由(积极辩护事由)的证明责任分配给被告人,国家仅承担排除合理怀疑地证明构成要件符合性的证明责任。

由于受到英美法系证明责任理论的影响以及错误地解读大陆法系国家的犯罪构成的程序法意义,我国也有许多学者主张被告人应当承担排除犯罪事由等积极辩护的证明责任。<sup>[49]</sup>笔者认为,课以被告人积极辩护证明责任在中国法的语境下没有正当理由。

首先,英美法系证明责任理论将积极辩护事由的证明责任分配给被告人源自于诉讼乃纠纷解决的目标,这与我国刑事诉讼追求刑罚准确适用的目标不同。大陆法系国家犯罪构成理论虽然也有对应于英美法系的排除犯罪事由(违法性、有责性要件),但并非如学界有人所说,需要被告人承担所谓的证明责任(不管是主张责任、提出证据形成争点责任或者证明到一定程度的说服责任),即使被告人未主张、没有提供证据或者提供证据无法证明积极辩护事由存在,只要法院认为可能存在排除犯罪事由,就必须依职权澄清,否则将构成违法审判而成为上诉至第三审的事由。因此,在学界普遍引用的德国法中,并不认可被告人要承担排除犯罪事由的证明责任。从构成要件当中存在排除犯罪事由推理出排除犯罪事由应当由被告人承担,实乃误读。

其次,虽然我国的刑诉法自1996年修改之后,在法庭审理阶段引入了英美法系的“对抗式”审判结构,但是我国审理模式的改变只是在“程序推进”方面进行了权责的再分配,将法庭调查区分控方举证和辩方举证两个阶段,法院不再主导案件事实的调查,但是并没有要求辩方在举证阶段一旦提出积极辩护事由,就必须承担证明责任。恰恰相反,为了进一步强化国家的举证负担,2012年刑诉法第49条明确规定了“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”,且没有设定任何例外。<sup>[50]</sup>正如前文已述,由于证明责任分配直接关系到被告人能否真正享受到“排除合理怀疑”的保障,所以除非立法基于政策考虑设定例外降低定罪标准,否则就不能将事关罪与非罪的积极辩护事由的证明责任

[49] 参见孙远:“法律要件分类说与刑事责任分配”,载《法学家》第2010年第6期,第109页;陈瑞华:“刑事诉讼中的证明责任”,载《警察法学》2013年第1卷,第23-24页;房保国:“论辩护方的证明责任”,载《政法论坛》2012年第6期,第36页;纵博:“刑事被告人的证明责任”,载《国家检察官学院学报》2014年第2期,第125-126页。

[50] 有必要提及的是,在2011年8月公布的刑诉法修正案草案征求意见稿当中曾规定:“公诉案件中被告人有罪的举证责任由公诉机关承担,但是,法律另有规定的除外。”但最终通过的修正案删除了“但书”规定,这也表明立法机关在经过政策权衡(最大限度地防止错判有罪)后排除了被告人承担证明责任的可能性。

分配给被告人。至于2012年刑法新增的第40条“积极辩护证据”的告知义务,<sup>[51]</sup>也必须结合控方的举证责任以及立法理由进行理解,该条规定只能看作辩护方积极辩护证据的开示义务,其目的是为了防突袭式辩护,提升诉讼效率。不能因为第40条规定辩护人应当及时告知公安机关、人民检察院诸如不在犯罪现场的证据,就认为辩方一旦主张不在犯罪现场但不能证明就要承担不利后果。

再次,结合我国《刑事诉讼法》第2条(保障无罪的人不受刑事追究)、第50条(审判人员、检察人员、侦查人员必须收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据)、第191条(法庭审理过程中,合议庭对证据有疑问的,可以对证据进行调查核实)等规定来看,我国的法院并非消极的、被动的“仲裁者”,这与英美法系差异悬殊。我国虽然吸收了英美法系当事人主义法庭调查之“形”,但是其诉讼目标、法院职能并没有发生改变,仍然强调追求真实目标之“实”。因此,即使被告人囿于没有辩护人且缺乏法律知识等因素的限制,没有主张正当防卫,但是法院基于案卷材料或者法庭调查发现可能存在正当防卫的情形,法院就有义务进一步依职权补充调查是否存在正当防卫事由,不能因为被告人未主张或者未提供证据,就认定该疑点可以忽略不计。

最后,我们必须正视的一个现实就是我国刑事辩护还存在诸多法律和实践障碍。辩护率低下、法律援助辩护走形式、取证权聊胜于无、辩护权得不到有效保障等不可能在短时间内得到解决。在辩护权过于弱小的当下中国,让被告人承担积极辩护事由的证明责任,卸除法院的“照顾义务”,<sup>[52]</sup>就会使本来已经失衡的天平更为倾斜。

因此,笔者认为不能将排除犯罪事由的证明责任分配给被告人,因为这不仅于法无据,违背我国诉讼法的目标和程序构造,而且也必将恶化被告人的处境,增加错案发生的概率。相反,我们现在急需加强的乃是国家(尤其是法院)的照顾义务。唯有如此,才能最大限度地贯彻“排除合理怀疑”的证明标准,尽可能地防止发生冤案。

### (三)关于“剩余怀疑”的风险分配问题

任何一个司法制度均会在法庭审理中面临由于“证明距离”所导致的“剩余怀疑”如何应对的问题。美国通过证明责任分配机制将风险预先分配给控辩双方当事人,德国则是要求法院尽可能穷尽所有调查手段再确定最终的风险归属问题,法院负担澄清“剩余怀疑”的义务。我国刑事诉讼目前采取的则是一种“混合”状态。一方面,刑事诉讼法明确规定公诉方承担“举证责任”,这与美国法的处理方式类似;另一方面,刑事诉讼法也要求法庭在审理过程中,对证据有疑问的,可以进行调查核实,这与德国法的规定类似。<sup>[53]</sup>这就会导致“剩余怀疑”的风险承担呈现出责任主体不明的状态。例如,当公诉方所提交的证据无法充分证实被告人有罪,案件证据存在疑点时,法院到底是按照举证责任分配径直判决无罪,还是在运用调查核实职权之后再确定是否判决有罪?如果选择后一种方案并澄清了“剩余怀疑”,那么法院就等于是“协同”公诉人履行证明被告人有罪的责任。所谓“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”从何谈起?再比如,如果辩护方提出被告人患有精神病,

[51] 我国《刑事诉讼法》第40条规定:“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据,应当及时告知公安机关、人民检察院。”

[52] 被告人承担证明责任与法院承担澄清有利于被告人事项的义务之间存在着“不可兼得”的内在紧张关系。如果被告人承担证明责任,就意味着其举证不能将会承担不利后果。假如法院出于“关怀之心”,照顾弱勢的被告人,帮助其收集、调查证据,就意味着被告人即使举证不能也不必然面临不利后果。这会使证明责任机制根本无法发挥作用。

[53] 需要注意的是,德国法中法院澄清疑点既是其职权,更是其义务。但是,根据我国《刑事诉讼法》第191条的规定,这几乎完全沦为法院毫无限制的“职权”。

并已经提交了家族病史等证据材料,申请精神病鉴定,法院能否以没有必要为由拒绝调查核实呢?由此可见,如果不能解决“剩余怀疑”的风险到底如何进行分配,不管是公诉方的举证责任,还是辩护方免受错误定罪的权利,都将处于一种非常不确定的状态之中,这将会从根本上销蚀所谓“排除合理怀疑”的证明标准。

问题的根本就出在刑诉法第191条,该条规定:“法庭审理过程中,合议庭对证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实。”这就意味着,当法院面对“剩余怀疑”,它从事任何行为似乎均不违法。它既可以澄清疑点,也可以不澄清疑点;既可以澄清不利于被告人的疑点,也可以澄清有利于被告人的疑点。这种完全仰赖于法院任意裁量的规定,在某种程度上等于授权法院可以自由地确定入罪或者出罪的标准。这与美国将风险分配给控辩双方以及与德国将澄清义务分配给法院都极为不同。为了解决这个问题,笔者认为有必要从以下几个方面入手限制法院的风险分配裁量权。

首先,由于刑诉法已经将举证责任分配给了检察机关,法院就不得越俎代庖充当“第二公诉人”角色为澄清“剩余怀疑”而继续主动调查核实不利于被告人的证据。否则,检察机关承担举证责任的新规将沦为一句空话。也就是说,由于《刑事诉讼法》第191条的调查核实规则与《刑事诉讼法》第49条的举证责任原则相冲突,必须对其适用范围作出限制。具体而言,法院不可以主动依职权补充调查控方案件中存在的疑点,而应当将澄清疑点的责任分配给检察机关。由于检察机关自身享有国家权力保障的调查取证权,法院出于真实义务的考虑,可以在控方案件存在疑点无法排除时,要求公诉人在法定期限内补充调查证据,而不应当自己主动调查核实。如果公诉人两次补充侦查机会用尽,依然没有澄清疑点,法院则应当直接宣告被告人无罪。

其次,对于有利于被告人的事实或者证据,法院则应当依职权或者依申请主动调查核实。也就是说,将澄清有利于被告人事项的“剩余怀疑”解释为法院的义务,而不是不受限制的自由裁量权。这既是中国法院的真实义务使然,也是排除合理怀疑的证明标准使然,更是辩护方作为普通公民不具有强制调查权使然。因此,不管法院是通过什么方式(自己发现或者辩方举证)发现了有利于被告人的疑点,也不管有利于被告人的疑点属于积极辩护事项还是消极辩护事项,只要法院已经发现了被告人有可能不构成犯罪,除非已经穷尽了调查手段,否则就不得放弃对疑点的调查核实。

最后,为了防止法院消极对待有利于被告人的疑点,我们不能完全寄希望于法院的主动调查,必须要对当事人的申请调查证据权给予充分保障。就这一点而言,可以借鉴德国法的规定。前已述及,德国为了防止法院不尽澄清义务,主要有三个方面的预防机制,即当事人的证据调查申请、判决书说理和上诉机制。后两个机制在中国虽不完善,但已经确立,而法庭审判阶段证据调查申请权的保障则是一个尚未得到有效确立的制度。<sup>[54]</sup>我国《刑事诉讼法》第41条规定辩护人可以申请人民法院“收集、调取证据”,第192条规定被告人和辩护人“有权申请通知新的证人到庭、调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验”,但是只有法院认为“有必要时”,<sup>[55]</sup>才会协助进行调查取证。不过,到底何谓“有必

[54] 实际上辩护人在审前阶段申请调查取证权也没有具体的“实施规则”,尤其是没有建立依申请的审前证据保全制度。这也是笔者主张不能将积极辩护事由的证明责任分配给辩护方的理由之一。关于如何构建侦查阶段的证据保全制度,参见孙长永等:《犯罪嫌疑人的权利保障研究》,法律出版社2011年版,第345-348页。

[55] 《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52条规定:“辩护律师直接申请人民法院向证人或者有关单位、个人收集、调取证据材料,人民法院认为确有收集、调取必要,且不宜或者不能由辩护律师收集、调取的,应当同意。”针对审判阶段的调查证据申请,该解释第222条也有类似的规定:只有“法院认为”被告人及其辩护人提出的证据调查申请“有必要的”,才应当同意。

要”,则几乎成了法院可以任意裁量的事情。在德国法中,除非存在例外情况,否则法院必须接受当事人的证据调查申请,法院没有多大裁量权。<sup>[56]</sup> 因此,应对我国刑事诉讼法第 41 规定的“有必要”进行限制。笔者认为,除非被告人及其辩护人申请调查证据属于被排除的证据、众所周知的事实、欠缺重要性的事实、推定的事实、已经证明的事实、无法取得的证据、不具有关联性的证据或者意图拖延诉讼,否则法院有义务依申请调查证据。违反澄清有利于被告人的疑点的义务,将构成重大的程序违法(即剥夺或者限制了被告人的权利,可能影响公正审判)并导致二审直接撤销判决、发回重审的效果。<sup>[57]</sup>

## Is “Beyond a Reasonable Doubt” Identical to Inner Conviction?

Li Changsheng

**Abstract:** With regard to the comparative study on standards of proof in Common Law System and Continental Law System, many commentators are inclined to compare them from the perspective of the final psychological states, and then have concluded that both standards are identical. However, this kind of “static and parochial comparison methodology”, in the absence of paying enough attention to environments of system-operating and processes of fact-finding, jumps to its conclusion, which is far from accuracy. In fact, in light of the scopes of applicable procedure and elements to be proved, as well as the risk distributions of “residual doubt”, considerable differences exist in standards of proof between two legal systems, with the United States and Germany as typical cases, which compel standards of proof, in spite of being literally identical, to generate widely divergent normative effects. The differences of two legal systems stem directly from the diversity among procedural structures, procedural functions, basic elements of crime constitution, and mechanisms of allocating the burden of proof. While the underlying cause roots in different ideologies of procedural purpose between two legal systems. The above-mentioned comparative conclusions are of great significance to improving the related systems of standard of proof in China.

**Keywords:** beyond a reasonable doubt; inner conviction; standard of proof; burden of proof; residual doubt

(责任编辑: 幸颜静)

[56] 在德国,当事人所享有的申请调查证据的权利有可能让法院“不堪重负”。在某种程度上,前文所提及的德国“刑事协商”制度正是由于在诸如经济和环境犯罪等案件中,法院为了让当事人能够“配合”调查,防止审判因申请调查取证而过于迟延的一种法院审判策略。同注 6 引书,第 164 页。

[57] 参见孙远:“论证据申请及其裁决”,载《现代法学》2011 年第 5 期,第 115 页。

# 非洲国家宪政转型现状及其成因分析

程 迈\*

**摘 要:**目前非洲国家的宪政转型存在着严重的空洞化,民众似乎也对宪政民主表现出疏离。各国独立宪法在模仿宗主国宪法时没有考虑各国的实际情况,未能成功实施,独立后不久反宪政的宪法工具主义盛行。1990年以后,面对国际压力各国启动新的宪法改革,但政治精英依然垄断着对国家权力的控制。经典宪政中独立且有能力的公民模式在非洲无法适用。与西方国家的发展历程相反,非洲国家的宪政转型先有法律制度,后才建立各种经济和社会基础,缺乏文化支撑。各国政治精英从维护既得利益出发又不愿培育宪政文化。目前民主政党制度是推动非洲国家宪政转型成功的关键,各国宪法也普遍确认了民主政党制度的重要性,但是一党主导制的兴起又对非洲国家宪政转型带来了新的消极影响。

**关键词:**宪政转型 非洲国家 精英统治 宪政公民模式 民主政党

## 一、导言:严重空洞化的宪政转型

2013年12月6日起,位于非洲西部的几内亚出现了当年第一例埃博拉病毒性出血热病致死病例,2014年3月,该高致死率传染病开始向其他西非国家蔓延并出现爆发迹象,但一直没有得到相关国家的有效应对。同年8月22日,在已经确诊造成1427例死亡病例并蔓延到利比里亚、塞拉利昂、尼日利亚之后,世界卫生组织宣布埃博拉病毒性出血热在西非国家处于失控状态,已经成为了国际关注的突发公共卫生事件。<sup>[1]</sup> 2015年6月18日,世界卫生组织最新一期的关于埃博拉病毒性出血热的报告显示,该疾病已造成11173例死亡病例并扩散到包括一些欧美国家在内的九个国家。<sup>[2]</sup> 埃博拉病毒性出血热在非洲国家的流行已有近四十年的时间,期间曾在多个非洲国家多次发生严重爆发的情况,但是一直没有得到有效的控制。<sup>[3]</sup> 这次该传染病的再次蔓延以及西非国家应对时表现出的手足无措和医疗资源匮乏状况,再次反映出,包括西非国家在内的各非洲国家在社会公共服务投入上非常有限,这造成了民众健康保障措施严重不足的局面。

---

\* 南昌大学立法研究中心研究员,法学院副教授,法学博士。本文受江西省高校人文社会科学重点研究基地南昌大学立法研究中心2015年度招标项目“立法活动中政党引导作用的比较宪法研究”的资助。

[1] 新华网:“世卫组织称埃博拉疫情为国际关注的突发公共卫生事件”,[http://news.xinhuanet.com/world/2014-08/08/c\\_1112001560.htm](http://news.xinhuanet.com/world/2014-08/08/c_1112001560.htm), 2015-01-03 最后访问。

[2] World Health Organization, *Ebola Data and Statistics, Situation Summary: Latest Available Situation Summary*, 02 January 2015, <http://apps.who.int/gho/data/view Ebola-sitrep Ebola-summary-latest?lang=en> (accessed June. 18, 2015).

[3] *Ebola Virus Disease*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Ebola\\_virus\\_disease#History](http://en.wikipedia.org/wiki/Ebola_virus_disease#History) (accessed Aug. 1, 2014).

表 1 2012 年非洲的民主国家

国家	民主指数
毛里求斯	8.17
佛得角	7.92
博茨瓦纳	7.85
南非	7.79
赞比亚	6.26
纳米比亚	6.24
塞内加尔	6.09
莱索托	6.66
马拉维	6.08
加纳	6.05
贝宁	6.00

自 1960 年代非洲国家纷纷独立以来,非洲国家在宪法转型和民主化的道路上已经行进了半个多世纪。尤其是自 1990 年代的“第三波民主化浪潮”以来,绝大多数非洲国家都采取了形式上的民主宪法,引入多党政治,进行定期的民主选举,以尊重和保护人权作为国家政治活动的基本目标,在宪法中明确规定了司法机关的独立地位,建立宪法审查机制甚至专门的宪法法院以监督宪法实施。在这些快速发展的宪法制度建设和形式上的宪政转型中,许多国家也一度被国际社会认为是宪法转型、宪政实施的成功国家。例如根据美国“制度和乎中心”2013 年对世界上 167 个人口超过 50 万的国家的研究,塞拉利昂、利比里亚都已经跨入了民主国家的行列。<sup>[4]</sup> 英国《经济学人》杂志长年

以来对世界各国民主指数的研究区分更细致,按照其 2012 年的报告,在受其考察的 50 个非洲国家中,<sup>[5]</sup>2012 年有 11 个国家的民主指数高于 6,<sup>[6]</sup>因此跨入了民主国家的行列。其中毛里求斯分值高于 8,属于完全民主国家;其他 10 个国家属于民主国家(见表 1)。

人们普遍认为,宪政制度的实施和国家向着宪政民主国家的转变将首先有利于国家的政治稳定 and 经济发展,但是在目前非洲国家的宪政转型过程中,却出现了许多令人困惑的地方。例如对于在宪政制度中居于核心位置的民主选举制度,从理论上以及根据许多宪政经验成熟的国家来看,它被认为是促进国家民主巩固、政治稳定的关键。但是在许多非洲国家,选举活动却往往是政治动荡甚至国家走向分裂的源头。例如本来作为非洲希望之星国家的肯尼亚,在 2002 年国家实现平稳的民主过渡后,却在 2007 年的总统选举中出现了严重的政治冲突,最终演化成严重的族群暴力冲突,造成上千人死亡,数十万人无家可归。肯尼亚的宪政转型和民主化进程也因此出现了严重的倒退,<sup>[7]</sup>其民主指数从 2006 年的 5.08 不断下滑到 2012 年的 4.71。

其次,人们通常认为,宪政实施的最终目的是保护公民的基本权利、实现人的尊严。在形式制度建设上,非洲国家同样并不落后于世界其他地区的国家。在各种世界范围内的国际人权公约的基础上,非洲联盟 53 国(摩洛哥不是非盟成员)还订立有自身的《非洲人权与民族权宪章》,<sup>[8]</sup>在传统的公民权利、政治权利、经济和社会权利之外,更根据非洲国家的现实需要,规定有各种集体权利,例如民

[4] Polity IV Individual Country Regime Trends, 1946 - 2013, <http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm> (accessed Aug. 1, 2014).

[5] 因为圣多美与普林西比、塞舌尔的人口不足 50 万,索马里还处于内战状态中,南苏丹刚刚成立且同样处于内战的边缘,因此这四个非洲国家没有成为《经济学人》杂志 2012 年民主指数的调查对象。The Economist Intelligence Unit's Index of Democracy 2012.

[6] Michael Bratton & Nicholas van de Walle, *Democratic Experiments in Africa Regime Transitions in Comparative Perspective: Regime Transitions in Comparative Perspective* 157 (Cambridge University Press 1997).

[7] Jerome Lafargue, *General Elections in Kenya*, 2007 12 - 13 (MkukinaNyota 2009).

[8] *African Charter on Human and Peoples' Rights*, <http://www.achpr.org/instruments/achpr/> (accessed Aug. 2, 2014).

族自决权、发展权。为了监督该条约的实施,非洲联盟设有非洲人权与民族权利法院。

但是从非洲各国政治、经济和社会发展的现实来看,因为普遍存在的贫富悬殊、广大人民生活在赤贫状态<sup>[9]</sup>犯罪率居高不下,这使得像生命权、财产权这些公民基本权利中最“基本”的权利都难以得到实现。从非洲 50 个国家的人均 GDP 与其民主指数的相关性分析来看(见图 1),<sup>[10]</sup>两者线性相关系数仅为 0.0673,属于相当弱相关的情况,这说明,国家的民主化建设水平并没有反映到该国的经济建设水平上来。在公民基本生活安全和温饱都无法得到满足的情况下,政治权利、社会经济权利甚至民族自决权的实现就更无从谈起。近年来在西非国家肆虐发展的埃博拉病毒性出血热就是公民基本权利没有得到保障的表现。

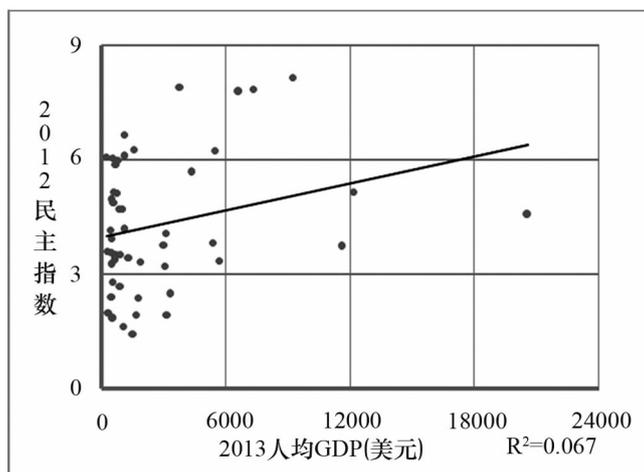


图1 2012年非洲50国民民主指数与2013年人均GDP的关系

如果对这些形式上的非洲民主国家进行具体的个案分析,我们会发现更多奇怪或者说令人困惑的现象。排名第一的毛里求斯是远居非洲东南海岸 2000 公里以外的印度洋上的岛国,人口 126 万,是与世无争的旅游胜地;<sup>[11]</sup>排名第二的佛得角则是位于西非海岸 570 公里以外的大西洋上的另一个岛国,人口 51 万,自 1975 年从葡萄牙的殖民统治下独立、1990 年实行多党政治以来,一直保持着政治稳定。<sup>[12]</sup>接下来的九个国家位于非洲大陆,形式制度设计与民众真实生活强烈反差的一个例子就是非洲大陆国家中民主政治实践的排头兵博茨瓦纳。博茨瓦纳 1966 年摆脱英国的殖民统治,实现独立,其后就不间断地按照宪法规定定期实行多党制选举,选举的公正性也几乎从未被国际社会质疑。2012 年,该国的民主指数高达 7.85,甚至高于像意大利这样的发达国家。其中博茨瓦纳在公民自由一项上的得分高达 9.41,而美国的得分是 8.53。<sup>[13]</sup>但是在形式化的民主制度和风光的数字之外,人

[9] 在联合国 2014 年公布的“人类发展指数列表”中,43 个低发展国家中有 33 个在非洲。Table 1: *Human Development Index and Its Components*, <http://hdr.undp.org/en/content/table-1-human-development-index-and-its-components> (accessed Aug. 2, 2014).

[10] 人均 GDP 数据来自世界银行对世界各国 2013 年情况的统计: *GDP per capita (current US \$)*, <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD> (accessed Aug. 20, 2014).

[11] *Mauritius*, <http://en.wikipedia.org/wiki/Mauritius> (accessed Aug. 2, 2014).

[12] *Cape Verde*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Cape\\_verde](http://en.wikipedia.org/wiki/Cape_verde) (accessed Aug. 2, 2014).

[13] *The Economist Intelligence Unit's Index of Democracy 2012*.

们看到的却是,2011年博茨瓦纳超过1/4的成年人感染了艾滋病毒,<sup>[14]</sup>人民预期寿命为54岁,<sup>[15]</sup>基尼系数自独立以来一直在0.5以上,属于极不平等的国家。<sup>[16]</sup>

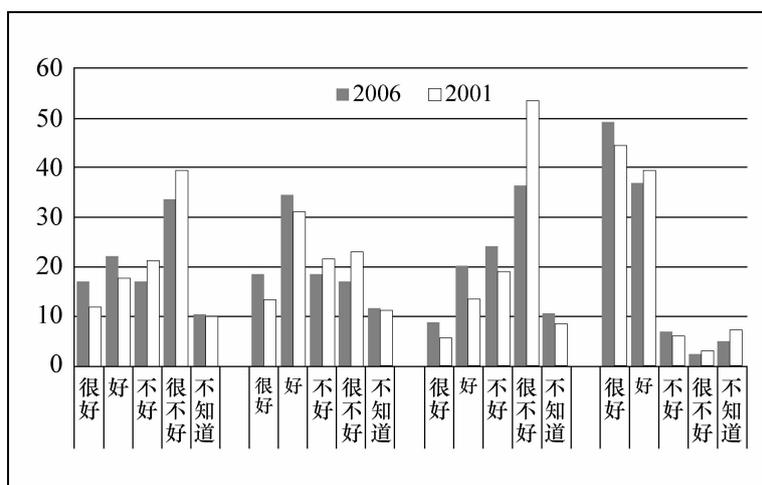


图2 南非普通公众对民主政体的看法变化(2001年与2006年,百分比)

排在博茨瓦纳之后的国家是南非,它同样曾被视作非洲国家和平民主转型的一个成功例子。但是南非自1994年废除种族隔离制度、1996年实施民主宪法以来,在整个国家的520万白人人口中,已经有超过80万人离开了这个国家。犯罪率飙升、政治动荡使得许多优秀的人才离开了正迫切需要人才来建设的新南非。<sup>[17]</sup>从社会发展情况来看,1994年南非的人类发展指数为0.65,<sup>[18]</sup>到2014年还是0.658。相对于种族隔离年代在世界上排名第72位的情况,下降到目前的118位。<sup>[19]</sup>在这一背景下,民主宪法实施十年后,普通南非人对民主政体的好感也似乎在明显下降。从图2中可以看到,除去对民主政党制度的支持度出现了小幅上升外,普通公众对威权政体的支持度在2001-2006这五年的时间里明显上升(见图2)。<sup>[20]</sup>

司法独立是宪政民主的重要组成原则,但是该原则在绝大多数非洲国家的实施情况也很不理想。在英属非洲国家,受英国普通法传统的影响,司法机关和法官在国家政治和法律生活中具有较高的权威。但即使是在这些国家,司法机关的日子也很不好过。司法机关有时要受到其他国家机关的直接

[14] *HIV & AIDS in Botswana*, <http://www.avert.org/hiv-aids-botswana.htm> (accessed Aug. 2, 2014).

[15] *The World Factbook: Botswana*, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bc.html> (accessed Aug. 2, 2014).

[16] "Botswana: IMF Country Report No. 12/235, p. 4, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12235.pdf> (accessed Aug. 20, 2014).

[17] *White Flight from South Africa*, <http://www.economist.com/node/12295535> (accessed Aug. 2, 2014).

[18] *UNDP: Human Development Report 15* (Oxford University Press 1994).

[19] *South Africa—Human Development Index—HDI*, <http://countryeconomy.com/hdi/south-africa> (accessed Aug. 20, 2014).

[20] Hennie Kotze & Cindy Lee Steenekamp, *Values and Democracy in South Africa: Comparing Elite and Public Values* 13, 69 (KAS 2009). 该书的研究结果来自于南非 Stellenbosch 大学国际与比较政治研究中心在2006年的一项研究成果,其中有关精英的样本来自于国会议员、教会、大众媒体、官僚体系和经济部门的领导,样本数为303人;公众的样本数则为3000人。

攻击,<sup>[21]</sup>有时迫于政治压力表现出很强的司法消极主义色彩,<sup>[22]</sup>更多的时候,是政府想方设法地要控制司法机关。<sup>[23]</sup>至于地方自治、议会主权等其他宪政民主的组成原则,在许多非洲国家的实施情况就更糟糕。

总的来看,在非洲国家宪政转型的过程中,制度建设的推进虽然换来了各种制度指标的上升,但是在现实中并没有完全实现这些制度建设的预期目标,反而出现了社会与经济发展停滞甚至倒退的现象,没有形成人们期待的宪政民主制度建设与国家社会 and 经济发展良性互动的局面。

冰冻三尺非一日之寒,为了解释这种现象,我们首先需要对非洲国家的宪法改革历史进行一个简要的回顾,可以从中发现造成目前非洲国家宪政转型困境的历史原因。其次,在这种简要回顾中,我们将分析非洲国家的政治精英在转型过程中扮演的非常不光彩的角色,而且这些脱离民众控制的政治精英阶层对国家政治的控制与垄断依然存在。再次,如果民众有充分的宪政民主意识,当政治精英受到民众约束的时候,精英的所作所为也许非但不会对国家政治生活和宪政转型产生消极作用,甚至有可能发挥出积极的促进作用,但是在宪政民主文化建设方面,我们也会看到非洲国家存在许多问题,其中尤其从各国的语言与教育政策中反映出来。最后,在精英控制国家和民众缺乏宪政民主文化意识的情况下,民主政党制度成为了打通自下而上的民众控制并实现精英之间横向制衡的重要制度因素,建立民主政党制度也一直是非洲国家宪法改革以及宪政转型的重要问题。但是目前非洲国家的政党民主政治实践中开始出现主导政党现象,这限制了民主政党制度作用的发挥。本文接下来将对这四方面的问题进行深入分析。

## 二、历史的负担:“他们”的宪法

非洲国家的宪法转型过程是非洲国家面对外部压力、推动甚至强迫,相应地有些被动地调整本国宪法结构的过程,这一点在各国独立宪法的制定过程以及独立宪法的高度理想主义色彩中得到了充分的反映。各国独立宪法的制定往往比较匆促,其后的历史证明,这些独立宪法无法承担起独立后非洲各国政治活动框架的重任,这也使得独立后的非洲各国普遍经历了政变、宪法的频繁修改甚至被废除的过程,宪法改革中的投机主义和反宪政的宪法工具主义思想盛行,国家最终非但没有实现稳定和富强,反而处于动荡或者专制之中。1990年代,随着欧美国家在冷战中获胜,欧美国家的宪政民主制度被认为是唯一正当的国家统治方式,各非洲国家为了继续获得西方国家的支持与援助,与此同时面对国内不断强化的民主化压力,开始了作为第二次解过程的实质民主化进程,开始走上真正的宪政转型之路。

[21] 例如在斯威士兰,出于对政府干涉法院工作的不满,2002年到2004年间,当时所有上诉法院的法官都提出了辞职。Linda Van De Vijve, *The Democratic Governance and Rights Unit*, UCT Study: *The Judicial Institution in Southern Africa: A Comparative Study of Common Law Jurisdictions*, Cape town: Siber Ink 2006, pp. 160-186.

[22] 例如南非宪法法院在 *United Democratic Movement v. President of the RSA*, 2002 11 BCLR 1179 (CC), *IDASA v. African National Congress*, 2005 BCLR 995 (C)案中,都作出了有利于执政党的判决。

[23] 例如在津巴布韦,总统利用各种合宪与违宪的方式,在司法机关中塞进越来越多对政府唯命是从的法官。Linda Van De Vijve, *The Democratic Governance and Rights Unit*, UCT Study: *The Judicial Institution in Southern Africa: A Comparative Study of Common Law Jurisdictions*, Cape town: Siber Ink 2006, pp. 190-206.

### (一) 具有高度理想主义色彩的独立宪法

非洲国家的宪政史也是非洲国家的现代国家史。在1960年代以前,几乎所有的非洲地区(除去埃塞俄比亚、利比里亚)都成为了欧洲国家的殖民地。第二次世界大战结束后,欧洲国家在战争中元气大伤且面临越来越严重的冷战威胁,它们无力像过去一样牢固控制其非洲殖民地,在日益高涨的独立运动的推动下,各殖民地先后走上了独立建国的道路。无论是在那些通过和平谈判而实现平稳过渡的英属非洲国家,还是经历了惨烈的武装斗争才从宗主国手中夺得国家主权的法属非洲国家,独立宪法的起草过程都带有强烈的理想主义色彩。独立运动的领导人们往往没有对本地区的殖民史进行认真反思,没有认真分析已经实行了一个多世纪的殖民体系对非洲地区政治、经济和社会生活的深远影响,相反,匆匆起草甚至接受了宗主国向其推荐的独立宪法。

在这种历史背景下,无论是通过平稳过渡还是武装斗争才获得独立的非洲国家,其独立宪法并没有对殖民时期的国家政权体系进行根本变革。独立运动的核心问题是将国家主权收归非洲人民自己的手中,而非建立一个真正符合非洲国家需要的公正公平的宪法制度。宗主国在本质上决定了非洲国家的独立宪法结构,从宗主国的角度上说,独立宪法反映的只是宗主国对独立的非洲国家应当建立怎样的宪法框架的想法,是宗主国的宪法框架和理论想当然地投射到非洲国家的产物。<sup>[24]</sup> 当时面对独立运动汹涌发展的局势,内忧外困的宗主国也急于摆脱殖民地这个麻烦,这就使得独立宪法的起草普遍出现了匆促现象,既没有在殖民地民众中进行充分的讨论,也没有进行像全民公投这样使得民众能够充分了解独立宪法内容的程序。相反,这些宪法更多的是宗主国政府和殖民地独立运动精英密室谈判的结果。<sup>[25]</sup> 在这一历史背景下,与其说独立宪法是统治者与被统治者的社会契约,还不如说这是宗主国政治领导人和非洲本地政治精英两个精英群体间政治交易的结果。

我们可将尼日利亚的独立过程作为一个典型例子。尼日利亚是英国人在非洲的第一个殖民地和英国殖民统治体制中间接统治思想的发源地,<sup>[26]</sup> 它在英国的殖民史上有着非常重要的意义。但是从1861年英国人侵占拉各斯,1914年建立统一的尼日利亚保护国,到1945年第二次世界大战结束、英国不得不开始考虑其海外殖民地的独立问题这近一个世纪的时间里,英国殖民者在当地的殖民统治体系建设的重心一直都在于加强殖民地内部的行政统一、平衡尼日利亚不同地区的财政状况,至于尼日利亚本地民众有什么样的诉求以及这些诉求是否能反映到殖民地的中央决策中来,则不是殖民政府重点考虑的问题。第二次世界大战结束后,英国是世界上最大的殖民国家。面对世界范围内的殖民地独立运动,为了保持各殖民地从而使英国本土的稳定,英国不情愿地启动了去殖民化进程。尼日利亚也在14年的时间里从一个由外邦人间接统治的殖民地国家,向一个仿照英国宪法的现代民主国家迅速转变,其中独立运动的政治精英主导了与英国政府的谈判过程,最终的尼日利亚独立宪法也是以英国议会立法的方式通过,而不是本地人民选择的结果。<sup>[27]</sup> 这种类似的迅速独立过程也发生在许

[24] *Constitution - Making and Democratization in Africa 5* (Goran Hyden & Denis Venter eds., Africa Institute of South Africa 2001).

[25] 例如肯尼亚的情况,可参见:Mary L. Dudziak, *Working Toward Democracy: Thurgood Marshall and the Constitution of Kenya*, 56 *Duke Law Journal* 721 (2006).

[26] Frederick D. Lugard, *Northern Nigeria*, 23 (1) *The Geographical Journal* (Jan. 1904).

[27] B. O. Nwabueze, *A Constitutional History of Nigeria* 59-61 (C. Hurst Co. 1982).

多其他的非洲国家。<sup>[28]</sup>

独立宪法的这种理想主义色彩不可避免地使得许多非洲国家的独立宪法,尤其是那些独立程度最彻底的非洲国家的宪法没有充分考虑到本国当时的政治、经济和社会发展现实,在实践中也将很难影响到普通公众的生活。<sup>[29]</sup> 独立宪法的各种美好承诺很快就在独立后的政治实践中落空。其中,在造成独立后各非洲国家普遍陷入政治混乱并最终走向政治专制的各种原因中,没有考虑本国族群力量对比的宪法设计、从殖民时代继承下来的高度专制的行政体系是两个重要因素。在1960年代初,当时的43个非洲国家中,只有不到1/4的国家有明确的民族国家背景,其他国家几乎都是由殖民政府将不同的地区强行撮合成一个国家形成的。<sup>[30]</sup> 内部并不存在稳定的政治权力分配体制和国家认同感,殖民政府为了保持统治体系的有效性也建立了威权化的统治体系。在非洲国家的族群政治及其对非洲国家政治稳定和民主化进程的消极影响上,近年来中国国内对这些问题已经有了较多的讨论。<sup>[31]</sup> 例如,尼日利亚的独立运动就是由尼日利亚境内最大的三个族群东南部约鲁巴人、西南部伊博人和北部穆斯林政治精英领导,独立宪法也确立了承认三个族群对本地区自治权的联邦主义国家安排。但是在面对共同的敌人尚能保持统一的三大族群,在独立之后展开国内政治博弈时立刻陷入严重的对立,其中认为自己受排挤的伊博人在1966年发动政变并宣布成立独立国家,引发尼日利亚内战与军政府上台,独立宪法彻底垮台。<sup>[32]</sup>

在族群政治的消极影响、民众对国家宪法缺乏认同感之外,独立初期的非洲国家宪法与普通法律及其行政体系的冲突,也是使得独立宪法难以实施的重要原因。独立运动的高度理想主义色彩在独立宪法的文本规定中表现为饱含自由主义思想的各种宪法规定,例如尊重人权、司法独立、地方自治等等。但是在宪法之下,却是几乎被原封不动继承下来的殖民时代的普通法律和行政体系,专制、集权几乎可以被称作它们的代名词。以英国在东非最重要的殖民国家肯尼亚为例,自英国1886年创建肯尼亚的前身东非保护国以来,殖民政府推行的各种法律和行政措施都是以更好地实现殖民政府对当地民众的统治、有利殖民政府掠夺当地人力和自然资源为目的,当地各种自由主义和民族主义的政治运动都受到了严厉的镇压。<sup>[33]</sup> 肯尼亚的独立宪法同样引入了多党制、议会两院制、联邦主义等等政治自由主义和分权的因素,<sup>[34]</sup> 在国家的普通法律和行政体系中需要随后跟进大量切实的落实措施,但是这些落实措施却迟迟不见踪影。大部分非洲国家独立初期的宪法实施经历也证明,仅仅依靠一部单薄的宪法文本是无法撬动庞大的普通法律和行政体系的。

[28] M. A. Mohamed Salih, *Introduction: The Evolution of African Political Parties*, in *African Political Parties: Evolution, Institutionalization and Governance* 2 (M. A. Mohamed Salih ed., Plato Press 2003).

[29] Yash P. Ghai & J. P. W. B. McAuslan, *Public Law and Political Change in Kenya: A Study of the Legal Framework of Government from Colonial Times to the Present* 24 (Oxford University Press 1970).

[30] Crawford Young, *The Heritage of Colonialism*, in *Africa in World Politics* 19 (John W. Harbeson & Donald Rotchild eds., Westview Press 1995).

[31] 参见刘鸿武等:《从部族社会到民族国家——尼日利亚国家发展史纲》,云南大学出版社2000年版。

[32] J. Isawa Elaigwu, *The Military and State Building: Federal-State Relations in Nigeria's "Military Federalism" 1966-1976*, in *Readings on Federalism* 165-174 (A. B. Akinyemi et al. eds., Nigerian Institute of International Affairs 1979).

[33] Makau Mutua, *Kenya's Quest for Democracy: Taming Leviathan* 58 (Lynne Rienner 2008).

[34] The 1963 Constitution of Kenya.

## (二) 投机主义和反宪政的宪法工具主义盛行的宪政转型阶段

自 1960 年代中期开始,相继获得独立的非洲国家先后遭遇军事政变,独立宪法被从法律上或事实上废除。表达在充满理想主义色彩的独立宪法中的各种美好愿望,面对新掌权的本土精英的野心和欲望很快就落空了。虽然这些精英总是提出促进国家统一和发展等口号,但是在这种动人口号的背后,却是宪法被用来实现反宪政的政治目的,政治投机主义和反宪政的宪法工具主义盛行。

以东非的坦桑尼亚为例。1965 年,在坦桑尼亚共和国成立还不到一年的时间内,议会就通过了新的宪法,但是只适用于国家的大陆地区,而且实行一党制,其理由是这更符合国家的政治现实。<sup>[35]</sup>当然,从当时非洲各国的实际情况来看,为了更好地实现国家的统一和发展,的确需要将权力在一定程度上集中到一个政治组织的手中。独立后的非洲国家普遍经济贫困、人民教育水平低下,市场经济与公民社会相当不发达,希望通过市场和社会的自我调节来实现国家的有效有序发展,这的确是一个不现实的想法。但是当宪法与政治现实发生冲突时,不是去考虑如何在既有的宪法框架内约束和调整政治活动,使国家的政治过程符合既定游戏规则的要求,而是去修改宪法,使得政治过程的某些合宪性不明甚至明显违宪的实践合法化,这种与宪政思想存在根本冲突的做法,却不幸成为了其后近三十年非洲国家的普遍做法。在这种政治投机主义和反宪政的宪法工具主义思想的推动下,宪法日益成为可有可无的摆设,对宪法的起草、修改频繁且往往不符合法定程序的要求。<sup>[36]</sup>据统计,在 1963 年至 1989 年间,在西非地区的 16 个国家中出现了 50 部宪法或宪法性文件。<sup>[37]</sup>

在这种宪法虚置的情况下,国家权力的行使也日益专断任意,日益集中到少数精英的手中,并且往往是集中到一个政党的政治强人的手中。例如,1966 年乌干达总统奥波特 (Obote) 决定修改宪法时,他事先没有向议会说明修正案的内容,而是命令议会先作出通过宪法修改案的决议,然后再将生效的宪法文本发给各议员。<sup>[38]</sup>议会主权原则的尴尬地位由此可见一斑。

## (三) 现实主义的宪政转型阶段

独立后政治投机主义和反宪政的宪法工具主义盛行的年代不仅使得非洲各国的宪政转型过程出现了严重的倒退,更没有给非洲各国带来经济繁荣、国家富强,相反,在 1990 年代初,非洲各国不是处于军政府、白人少数政府或者政治强人的专制统治之下,就是处于内战之中。对于这些缺乏民主合法性的政权,当 1990 年第三波民主化浪潮涌来之时,即使像南非白人种族隔离政府这样曾经强势的独裁政府,也不得不再次走上民主化的道路。

与前一个阶段类似,非洲国家的这一“第二次解放”历程同样没有表现出历史的跳跃,至少在法律上表现出很大的连续性。<sup>[39]</sup>因为当时大部分法属非洲国家都处于军政府的统治下,这第二次解放过程也最先开始于这些国家,在推翻军政府以后,这些国家,例如贝宁、马里,往往立刻召开具有制宪会

[35] *Supra* note 24, at 6.

[36] H. W. O. Okoth - Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, American Council of Learned Societies, 1988.

[37] V Levine, *Constitutions and Constitution - Making in West Africa: Lessons for Eritrea*, Conference Paper on Constitution - Making, Constitutional Commission of Eritrea, Asmara; 1994.

[38] Goran Hyden & Denis Venter, *Constitution - Making and Democratization in Africa 7* (Africa Institute of South Africa 2001).

[39] Thomas Bierschenk & Eva Spies, *Introduction: Continuities, Dislocations and Transformations: 50 Years of Independence in Africa*, 45 (3) *Africa Spectrum* 3, 3 - 10 (2010).

议形式的国民大会,宣布“人民”的制宪权,不禁让人联想起法国大革命爆发前的三级国会。<sup>[40]</sup> 英属非洲国家的民主化进程则显得要迟疑许多。当时掌权的政府最初往往都指出自己是通过“合宪”的方式选举产生,国家的主权也应当掌握在相应的议会而不是什么独立的制宪国会手中,英国民主和法治传统中的议会主权思想在此得到了“灵活的”运用。不过从防止出现法制发展断裂和权力真空的考虑出发,<sup>[41]</sup> 这种体制内的民主过渡思想也的确有利于国家的平稳过渡。

这种历史发展上的连续性使得发生在非洲的第二次解放过程同样不是一个基于非洲特色的宪政转型过程,而是一个利用欧美既有的成功经验和宪政模式来实现国家民主化目标的过程。而且与1960年代独立运动的成功类似,该过程的启动也不是在非洲国家内部出现了什么突发性的政治与经济事件,而是因为国际政治环境的巨变,尤其是北约国家在冷战中的胜利,使得西方国家的宪政民主模式被认为是实现国家政治稳定和富强的唯一道路,在非洲国家普遍依赖国际投资和发达国家经济支援的情况下,各非洲国家也不得不对自己的政府治理方式以西方国家的模式为蓝本进行改造,以换取西方社会的信任与支持。<sup>[42]</sup>

虽然这种宪政转型的思想同样具有工具主义的色彩,不过与前一阶段宪法被拿来证明政权的正当性,国家的首要任务被认为是实现国家的经济发展不同,宪法本身的价值开始得到尊重,政治民主化与国家经济发展的同等重要性开始被确认。在这一背景下,这一时期以来的各国宪法改革活动可以说真正走上了宪政转型的道路。在前两个阶段的经验和教训的基础上,这次新的宪法改革过程表现出强烈的渐进和务实色彩,尤其体现在:一方面,经过三十多年的发展,非洲国家的宪政民主制度的雏形已经基本具备,现在各国认为自己的主要任务是使这些徒具形式的制度真正发挥作用,实现国家的实质民主化;另一方面,各国领导层认为发展本国经济甚至实现国家统一依然是与实现国家民主化具有同等地位的宪法价值,这种思想反映到宪法改革中就是各国宪法普遍规定了各种社会和经济权利,新宪法实施的一个重要任务就是在国家政治实践中落实公民的这些社会和经济权利,<sup>[43]</sup> 国民的真正需要终于开始进入宪法改革和宪政实施的视野。但是这种需要在国家的宪法实施中是否能够得到真正的满足,还需要借助一个坚定而忠诚于“人民利益”的政治领导层的领导来实现。但是不幸的是在非洲各国,这种政治领导层却并不存在。

### 三、隔绝于人民的政治领导层:精英的宪政

从前文对非洲国家宪政转型过程的简短分析中,我们可以看到,这些国家的宪政转型过程从一开始就具有比较强烈的自上而下、精英推动的色彩,相应地也造就了精英与普通民众在国家政治生活中的不同地位,在已经建立了有近半个世纪的缺乏民主精神的政治结构中,这种政治地位的差别最终造

[40] V Levine, *Constitutions and Constitution - Making in West Africa: Lessons for Eritrea*, Conference Paper on Constitution - Making, Constitutional Commission of Eritrea, Asmara: 1994.

[41] Henk Botha, *Instituting Public Freedom or Extinguishing Constituent Power? Reflections on South Africa's Constitution - Making Experiment*, 26 (1) South African Journal on Human Rights 66, 72 (2010).

[42] *Supra* note 24, at 9.

[43] Miguel Niño - Zarazúa, Armando Barrientos, Samuel Hickey & David Hulme, *Social Protection in Sub-Saharan Africa: Getting the Politics Right*, 40 (1) World Development 163 (2011).

就了一个隔绝于人民、控制了国家的精英阶层,这一点可从精英与民众对宪政民主制度的不同认识上反映出来。

### (一) 经典宪政思想中的有能力的公民模式在非洲国家缺乏适用力

在经典宪政思想中,每个公民都被认为平等且具有完全的理性能力,这一点尤其从罗尔斯的“无知之幕”思想表现出来。<sup>[44]</sup> 在罗尔斯设想的这个社会鸿蒙初开的状态里,每个人都对自己所处的状态一无所知、无比纯洁,但是每个人都具有完全的理性能力,能够为自己做出最佳的决策。国家的建构过程就是在一个公平的程序中,通过不断的对话、博弈,形成一个最大的共识,然后根据这个共识缔结社会契约,组成国家。宪法就是这种社会契约的成文法表现形式,它应当以保护每个公民的权利和利益为最高目的,因为这是公民根据宪法加入国家的前提。

将这种制宪思想运用于非洲国家宪政转型过程,人们遇到的第一个问题就是,这种订立社会契约的过程或者说神圣的制宪起始时刻是不存在于非洲国家短短半个世纪的宪政转型历史中的。<sup>[45]</sup> 在这半个世纪的时间里,无论是采取平稳过渡还是激进变革的形式,我们看到的都是非洲国家对自己的宪法发展历史和传统并且归根结蒂是对自己的殖民传统的继承和发展。虽然这种殖民史为非洲国家带来了各种不幸,并且依然在很大程度上是目前非洲国家经济、社会和政治问题的根源,但是这段历史同样影响甚至决定了非洲国家过去与将来宪政转型的走向,一个推倒重来、从一片空白的无知之幕后订立完美社会契约的假设只能成为停留在纸面上的美好愿望。

第二,经典宪政思想中,公民是一些独立、平等的个人存在,具备充分的理性。但正是因为非洲国家宪政转型中这段无法割裂的历史,经典宪政思想中的这种公民形象在非洲国家是很难被运用的。非洲国家的殖民史使得在独立运动兴起时就在非洲国家造就了一批有着深厚西方教育背景、相对熟悉西方国家政治与法律思想的现代精英,正是这些本地现代精英实质上领导了非洲国家的独立运动,普通民众更多的是被动地在这些精英的领导下加入独立运动。<sup>[46]</sup> 虽然独立后30年的本地精英统治历史使得越来越多的非洲本土人士挤进了这些政治精英的圈子,但是宪法民主国家原则没有被兑现的现状,使得精英与普通民众在国家政治生活中地位严重不平等的情况非但没有被改变,甚至被强化了。

第三,经典宪政思想中,宪法活动的主体是作为单个个人而存在的公民,通过获得充分的信息,这些具备充分理性的公民被认为可以独立自主地参与政治过程。但是,精英与普通民众在政治影响上的差异已经限制了公民是政治过程中平等主体这一假设的适用范围,认为公民在参与政治过程时可以一身清白、从头开始的思想,更是不符合非洲国家的现实。对于绝大多数非洲国家的民众而言,由殖民政权创造的国家对他们来说只是一个遥远的政权,族群内部的传统领导人、宗教领袖对普通非洲人来说具有更实实在在的权威。此时,在非洲国家的宪法实施中,与其说参与政治过程的是拥有充分理性的原子化的个人,还不如说是一个个社群。这也是为什么,在非洲国家的宪政转型过程中,在单

[44] John Rawls, *A Theory of Justice* 17-19 (Oxford University Press 1971).

[45] Siri Gloppen, *South Africa: The Battle over the Constitution* 266 (Ashgate 1997).

[46] 例如有关尼日利亚独立运动中伊博人政治精英的作用可以参见: John A. Ayoade, *Party and Ideology in Nigeria: A Case Study of the Action Group*, 16 (2) *Journal of Black Studies* 169 (1985).

个公民之间创造一种超越所有社群、对整个国家的认同感,一种宪法爱国主义成为了主要任务,<sup>[47]</sup>这其实是按照经典宪政思想将公民从所属的社群中拆解出来,形成原子化的有能力的公民的过程。

如果说在西方国家的宪政发展过程中,随着政治世俗化改革的完成以及市民阶层的兴起,政治现实中的公民地位与行为方式基本上符合经典宪政思想的期待,有利于宪政的实现。反过来,随着宪政的实施,例如对公民各种个人基本权利的保护、对国家权力的限制又将进一步加强这种公民模型在政治现实中的适用力,两者起到了相互加强、互为支持的作用。但是在非洲国家的宪政转型过程中,在政治现实中创造这种宪政公民形象本身是宪政转型的重要任务,这是宪政实施首先要创造的一个重要前提。当该重要的前提还不存在的时候,宪政实施的根基自然也严重不稳。

## (二) 更爱宪政的精英? 南非的实证例子

精英与普通民众在政治生活中的不平等地位也将反映在他们对于宪政转型的态度上。作为1990年代非洲国家第二次解放过程中或许最成功的例子,民主宪法实施十余年后的南非,其精英与普通民众对民主政治和宪政的看法的差异或许最能体现出非洲国家的实际情况。

民主宪法实施后,原先在种族隔离时代被排斥在国家政治甚至经济生活领导层之外的黑人开始加入到领导者的行列。据统计,黑人在社会精英阶层中所占的比例从1991年的10%上升到2007年的38%,<sup>[48]</sup>废除种族隔离这种横向不平等的宪法努力基本上获得成功。但是在消除民众之中的纵向不平等,尤其是经济纵向不平等的问题上,南非的民主政治实践目前还不能说已经成功,这也影响到了精英与公众对于民主政体的看法。其中,精英明显表现出对民主政治和宪政基本原则更接受的态度。例如,对于政治生活和宗教生活,在2006年精英认为政治生活更重要,而普通民众更愿意参与宗教生活,反映出传统宗教活动在普通民众中的影响力更大,精英相对于普通民众而言,更关心政治生活(见图3)。<sup>[49]</sup>

在精英对政治的这种更强的关注以及随之而来不可避免地对政治生活更强的参与中,精英进一步表现出对各种宪政原则更强的接受性。例如在对待同性恋的问题上,2006年的一份调查显示,81%的南非民众对同性恋持批评态度,但是只有60.4%的南非精英对同性恋持批评态度。在2005年南非宪法法院作出了要求议会承认同性婚姻合法性的判决后,2006年,南非议会在公众强烈的抗议声中通过了该法案。<sup>[50]</sup>

南非公众与精英对民主政治的不同看法当然不仅仅表现在同性恋问题上,这种不同甚至及于威权政体和政党政治的问题。相对于普通民众,南非精英对个人独裁、所谓的专家治国甚至军政府表现出强烈得多的憎恶情

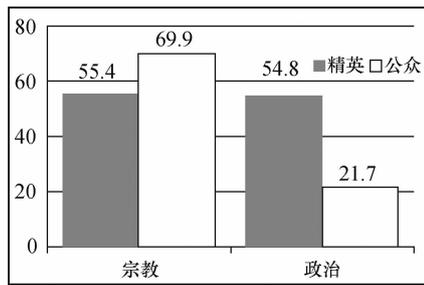


图3 2006年南非精英与公众对宗教与政治活动重要性的看法

[47] 例如南非的例子: Siri Gloppen, *South Africa: The Battle over the Constitution* 67, 266 (Ashgate 1997). 东部非洲的例子: Thomas Burgess, *The History of an Ideal*, in *Democratic Transitions in East Africa* 13-37 (Paul J. Kaiser & F. Wafula Okumu eds., Ashgate 2004).

[48] Hennie Kotze & Cindy Lee Steenekamp, *Values and Democracy in South Africa: Comparing Elite and Public Values* 14 (KAS 2009).

[49] *Id.* at 39.

[50] *Id.* at 51.

绪,更强调多党政治和反对党的作用。而且在这些涉及政体组织形式的问题上,精英普遍表现得有自己的想法,几乎很少有人会像普通公众一样表现出“不知道”该怎么回答相关问题的情况,再次验证了南非精英更关心政治、更有政治主见的情况(见图4)。<sup>[51]</sup>

有趣的是,实证研究显示,南非普通公众相对于精英更倾向于威权政体,这种情况的发生并不是完全出于对现行民主宪法没有兑现保护各种政治权利承诺的失望。相反,相对于精英,普通公众在各种政治权利的实现问题上甚至更倾向于认为这些权利在南非得到了更好的实现,例如在认为普通人对政府更具有影响力、选举自由甚至认为人民可以免受犯罪侵害的问题上,普通公众相对于精英给出了更高的评价(见图5)。<sup>[52]</sup>

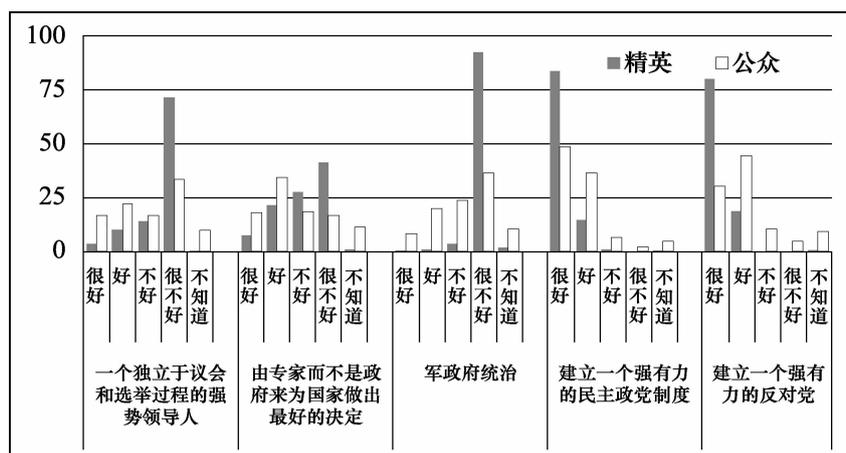


图4 2006年南非精英与公众对政体组织形式的看法(百分比)

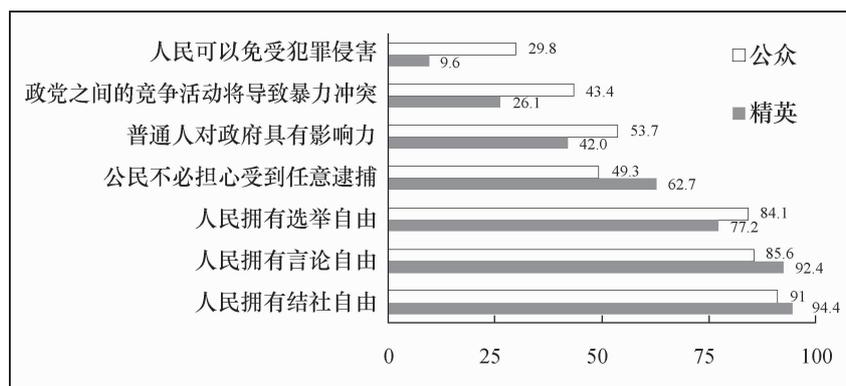


图5 2006年精英与普通民众对南非民主宪法实施的评价(百分比)

公众一方面承认民主宪法得到了比较好的实施,但是另一方面却并不珍惜这种民主政体,其后果就是,在精英更信任宪法法院、公民组织的时候,普通公众却更信任像教会、总统、电视台这样的传统政治和社会组织,在普通南非公众的眼中,宪法法院的声誉甚至不及政府本身(见图6及表2)。<sup>[53]</sup>

[51] *Id.* at 67.

[52] *Id.* at 82.

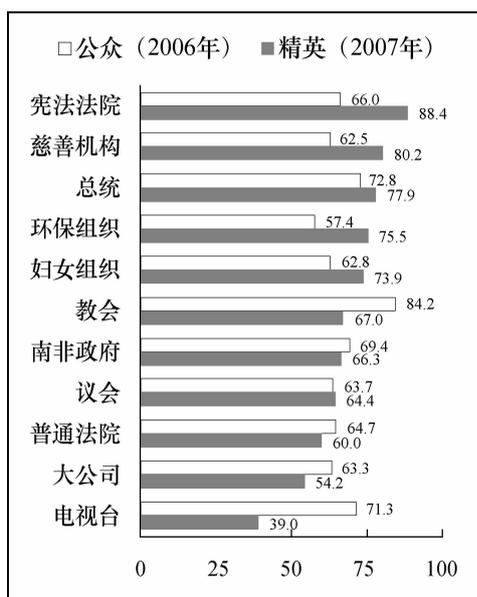
[53] *Id.* at 105.

精英与普通民众对民主政体的不同看法以及从中表现出的精英“更爱”宪政的倾向,自然与精英和普通民众在国家生活中扮演的不同角色有关。现实中任何理性的个人都会支持和维护能够给自己带来利益或者至少一旦失去就会给自己带来损失的制度。因此,接下来我们将进一步考虑,精英在非洲国家的宪政转型过程中究竟发挥了怎样的一种作用。

### (三)精英的国家

前文的讨论中我们已经一再提及,非洲国家的宪政转型过程在很大程度上是自上而下甚至是自外而内推动的结果,这就使得精英与普通公众在这一过程中发挥的作用完全不同,相应地在这种制度中的既得利益也不同。这些差异尤其表现在精英对国家的控制以及相应地在政治与经济上的优势地位,并最终表现为精英对国家的垄断统治。

表2 各机构受精英与公众信任度排名



机构	精英排名 (2007年)	公众排名 (2006年)
宪法法院	1	5
慈善机构	2	10
总统	3	2
环保组织	4	14
妇女组织	5	9
教会	6	1
南非政府	7	4
议会	8	7
普通法院	9	6
大公司	10	8
电视台	17	3

图6 2006年公众与2007年精英对各机构的信任度(百分比)

在非洲,精英统治的最典型形式就是政治强人以及围绕着该政治强人周围的精英集团统治。在许多非洲国家中,军队在国家政治生活中往往也扮演着重要角色。因为绝大多数非洲国家是由宗主国强行撮合而成的,当这些国家独立时,在国家内部还没有建立真正符合国家政治现实的权力分配机制,宪法规定无法发挥出政治游戏规则的作用,相应地就使得在独立后非洲国家的政治活动中,丛林法则成为了政治生活中真正有效的规则。在这种丛林状态中,组织性最强的军队自然成为了最有实力的参与者,军队内部森严的等级结构更是易于催生出一位强势的领导人。军事强人和军政府的统治曾经是盛行于非洲国家的政府形式,有时这些国家的军事强人甚至会扮演“人民民主”守护人的角色,例如,1980年代埃及在萨达特领导下的民主化改革,<sup>[54]</sup>1979年尼日利亚在奥巴桑乔的领导下实现

[54] Hamdy Abdel Rahman Hassan, *Political Leadership in Egypt: The Case of Halt Democracy*, in *African Political Elites* 21-48 (Francis Nwonwu & Dirk Kotze eds., Africa Institute of South Africa 2008).

了军政府向文官政府的过渡。<sup>[55]</sup> 不过这些民主过渡最终都归于失败,军事集团对国家的统治又很快被重新建立。但是经过 1990 年代第三波民主化浪潮以及 2012 年阿拉伯之春的两次冲击后,这种赤裸裸的军事强人和军政府的统治在非洲至少从形式上看已经不复存在了。

但是政治强人或者军政府形式上的专制统治被废除后,并不意味着将军们就彻底退出了政治舞台或者放弃了对国家的控制。在过去长期的军政府统治下,军队已经横向渗透到了国家经济生活的方方面面,控制了国家的重要经济部门,并且在将军们的周围形成了横跨军民两界的新政治精英集团。<sup>[56]</sup> 如果说在独立初期,非洲国家的政治生活主要还是围绕着各个族群并最终是各个族群的精英之间展开的话,那么经过独立后半个世纪的艰难磨合,族群本身已经不是决定政治对垒形势的主要因素,不同族群的精英终于走到了一起分享对国家的控制权。不过这只是一种纵向分层取代横向分割的过程,普通民众依然被排除在政治过程之外,按照民主宪法框架建立的表面民主的政治过程依然是精英的游戏,无论哪个精英集团上台都不会改变普通民众真实的政治地位。民众虽然可以通过选举改变具体的当政精英团队,但是却无法改变这些团队永远来自于只关心本阶层利益的精英集团的事实。<sup>[57]</sup>

在 1990 年代的非洲第二次解放过程中,南非的宪政转型过程看起来是最民主也是最成功的,不过需要注意的是,这同样也是一个精英主导的过程。首先,在 1996 年最终宪法通过以前,种族隔离政府在与非国大以及其他政治反对派的谈判中制定了过渡宪法,并在过渡宪法中规定了 34 项最终宪法需要满足的基本原则。在这一过程中没有普通公众的参与,更多的是各政党并且最终是各种政治精英团体秘密谈判的结果。<sup>[58]</sup> 其次,虽然在最终宪法的制定过程中,在非国大的强力推动下引入了大规模的公众参与,例如公众提供了近两百万条意见,但是最终的宪法文本显示,公众参与并没有对宪法文本内容产生实质性的影响,起决定性作用的还是那些在制定过渡宪法过程中就实质参与其中的各政党,甚至一些公民组织都未能实质性地参与制宪谈判的过程。<sup>[59]</sup> 而且即使是在经过这种大规模的公众参与后,调查显示,还是有 40% 的南非民众表示自己从来没有听说过制宪过程的事情,<sup>[60]</sup> 至于表示听说或者进一步提出过自身意见的公民中,更多的是来自教育背景较高的社会阶层。<sup>[61]</sup> 至少在南非,这个宪政民主实践被世人称道的国家中,这种精英相对于普通民众更乐于谈论政治与宪政并在政治过程中占据主导地位的情况,并没有表现出相较于其他非洲国家的本质差别。

#### 四、曲高和寡的宪政? 宪政民主文化的缺失

即使在精英隔绝于人民、垄断政治与经济控制权的国家里,精英对国家的统治并不是牢不可破的。在任何国家中精英都只占据人口的一小部分,本身需要普通民众对这种不平等状态的基本认同,

[55] B. O. Nwabueze: *A Constitutional History of Nigeria* 256-265 (C. Hurst Co. 1982).

[56] L. O. Dare, *Military Withdrawal from Politics in Nigeria*, 2 (3) *International Political Science Review* 351 (1981).

[57] *African Political Elites* 255-263 (Francis Nwonwu & Dirk Kotze eds., Africa Institute of South Africa 2008).

[58] Siri Gloppen, *South Africa: The Battle over the Constitution* 257 (Ashgate 1997).

[59] *Id.* at 263.

[60] *Id.* at 265.

[61] *Id.* at 259.

才可以维持自己的特权地位。反过来说,如果宪政民主文化在国家的民众中已经有了很深的根基,公民会谋求积极主动参与国家政治生活而不是听任或者等待政治领导人来为自己做主,这种“精英国家”的局面是很难出现的。但是在非洲国家,宪政民主文化的缺失进一步使得民众无法摆脱目前空有宪政民主制度的形式而无其实质的窘境,而各国政府三心二意的宪政民主文化培养计划也阻碍了它的发展,这一点尤其能从各国的语言和教育政策上反映出来。

### (一) 作为纯粹法律制度的宪政

在南非1996年最终宪法的制定过程中,非国大的“权利宪法”与国民党的“协合宪法”构成了两大存在竞争关系的制宪主张。非国大认为,南非新宪法应当以保护南非公民的基本权利为最高目标,其中这些基本权利不仅包括传统公民权利、政治权利,还应当包括各种经济与社会权利,宪法的最终目标是消灭长期以来种族隔离制度造成的人民之间的严重不平等现象。为实现该目标,新宪法应当创造一个强有力的行政机关与一个强有力的宪法法院,通过宪法来为各种纠偏行动授权,并再以宪法审查的方式保证这些纠偏政策得到切实的落实。国民党则认为,鉴于南非族群众多且相互之间缺乏信任的情况,新宪法的首要目标是保证民主宪法实施后南非政治的稳定,因为只有存在一个稳定的政治局面才有可能谈实现公民权利的问题。因此,新宪法的首要任务是按照协商联合民主理论的思想,<sup>[62]</sup>建立一个能够实现民主过渡后南非政治稳定的宪法框架,保护南非各少数民族尤其是白人社群的自治权,保护公民的传统基本权利尤其是财产权,限制纠偏行动的适用范围。<sup>[63]</sup>

在南非制宪过程中“权利宪法”观最终占了上风,这是因为非国大从南非民主过渡过程启动以来就在国家政治生活中占据绝对的主导地位。最终宪法对纠偏行为进行了明确授权,地方政府即省的自治权利非常有限,少数政党并没有像过渡宪法规定的那样可以在行政机关中保留自己的席位。虽然最终宪法在选举制度上采取了有利于保护少数政党的比例代表制,但是面对非国大在国会中占据60%以上席位的情况,“权利宪法”期待的强势行政机关也在事实上被建立起来。<sup>[64]</sup>

权利宪法观首先表现出对一个中立且具有高度权威的司法机关的信任,但是这种思想却不是非洲国家法律传统的产物,而是对西方国家法治原则尤其是普通法国家法院具有高度权威传统继受的表现。其次,权利宪法观表现出对国家法律制度的高度信任,即认为通过事先确定一套有着明确价值导向的规范体系,然后依靠一个强有力的行政机关,就可以对社会进行有效的改造,例如改变社会中存在的不平等现象。考察南非民主宪法实施近二十年来的情况,虽然南非的民族和解过程非常成功,但是消灭南非社会中存在的严重不平等现象的努力却很难称得上顺利。这种发展的滞后也引发了民众对宪政民主制度的负面情绪,前文已论及这种现象。除去一些具体决策与行政上的不足,过于依赖法律甚至宪法制度的倾向也有一定的关系。

其实“权利宪法”观同样表现出非洲国家的宪政转型过程中始终存在将宪法作为实现某一政治目标工具的倾向,只不过在独立过程中它是实现国家独立的工具,在独立后30年的时间里它是实现国家统一稳定或证明政权正当性的工具,现在它成为了实现社会公正的工具。认为利用一套理性的法

[62] 有关协商联合民主理论的讨论,可以参见程迈:“在社会分裂中求得政治稳定——李帕特协商联合民主理论评述”,《环球法律评论》2011年第2期,第110-128页。

[63] Siri Gloppen, *South Africa: The Battle over the Constitution* 58 (Ashgate 1997).

[64] *Id.* at 220.

律制度可以有效地改造社会,在这种观点背后暗含的思想是,表现为纯粹法律制度的宪政可以独立于社会其他领域,通过所谓的顶层设计从上至下地发挥出它对社会的规范改造作用,并在这种改造过程中自动创造出有利于宪政巩固与发展的各种文化、经济和社会因素。换言之,只要决策者认同这套思想、只要他手中有足够强大的行政力量,一切问题都将在执行过程中迎刃而解。然而宪政转型的过程却不是像建设什么大型工程项目这么简单。

## (二) 在非洲国家被颠倒的宪政转型过程

在西方宪政国家中,英国从1688年光荣革命到1928年普选权的确立、美国从1776年通过联邦宪法到1964年制定民权法案、法国从1789年大革命到1870年第三共和的成立最终确立了共和政体,这些国家无不经历了一两百年的时间。在这漫长的时间里,伴着民主宪政制度的巩固和发展,国家的工业化和城市化水平也不断提高,资本主义生产方式和市场经济深化发展。这些社会和经济的发展过程也是使个人从乡社、家族以及教会的传统权威中解放出来,确立个人独立主体地位的过程,这一过程最终牢固确定了经典宪政民主思想中独立平等且有能力的公民形象在政治现实中的适用力。即使像西班牙、葡萄牙甚至德国这样的民主宪政历史比较短的西方国家,在它们正式确立民主宪政政体以前,其工业化、城市化和对个人独立地位的保护也已经在很大程度上得到了确立,民主宪政制度更像是这种经济和社会解放运动的最终确认。

但是在非洲国家,民主宪政制度的引入要远远早于经济和社会解放运动。如果人们将具有高度理想主义色彩的独立宪法视为非洲宪政转型和政治解放进程的发端,但是其经济和社会解放过程却要远远落后于这种政治解放进程。在大部分非洲国家,国家目前的经济结构与殖民时代并没有太大的差别,都以依赖欧美国家的经济体系、为欧美国家提供原材料作为其主要经济收入来源,工业化和城市化的进程都非常缓慢。<sup>[65]</sup>从个人独立上说,虽然经过半个世纪的磨合和对各种历史教训的反思,族群已经不再是对国家政治稳定产生破坏性影响的分裂因素,但是从文化上看,宪法共同体的意识还是缺乏坚实的社会文化基础。在非洲国家的政治文化传统中,因为长期的农业经济和熟人社会历史,追求和谐、力求在决策中达成妥协一致构成了其主要决策模式。<sup>[66]</sup>当独立宪法以及在目前第二次解放过程中产生的新宪法引入强调在充分竞争博弈基础上达成妥协的民主政治模式后,让普通非洲民众从过去对本族群传统权威的充分信任和服从,转向对一群由“陌生人”组成的政府的有限信任和警惕,与此同时却又要无条件地服从该政府的权威,只有利用同样是由陌生人组成的法院的审查机制才能对该权威进行制衡。这种思维模式的跳跃只有一个成熟、有教养、宽容的中产阶层成员才能够充分吸收消化,但是由于非洲国家的经济与社会发展进程缓慢,在各非洲国家中还不存在一个发达的中产阶层和公民社会。<sup>[67]</sup>

因此,如果说在非洲国家的第二次解放运动中,各个国家的制宪过程带有强烈的政治对话以及塑

[65] Abdulahi A. Osman, *Democracy and Governance in Africa: Complimentary or Controversial*, in Lioba Moshi & Abdulahi A. Osmani, *Democracy and Culture: An African Perspective* 132 (Adonis & Abbey 2008).

[66] Matthew Todd Bradley, "The Other": *Precursory African Conceptions of Democracy*, 7 (3) *International Studies Review* 407 (2005).

[67] 即使在市民社会相对比较发达的南非,这种情况也是最近几年才出现了实质改变的迹象。See Bettina von Lieres, *Widening Spaces for Citizen Participation*, in *Participatory Governance? Citizens and the State in South Africa* 69-80 (Lisa Thompson ed., African Center for Citizenship and Democracy 2007).

造政治共识的积极色彩,但是其后的民主选举制度的运作却往往成为政治冲突和争议的导火索,因为相对于前者,后者更像发生在不同政治参与者之间的零和游戏。在国家经济尚未得到充分发展、政府掌握着大量资源的情况下,政治竞争的失败者很少有耐心能等到下次选举的到来,来再次争取尚不知前景的结果,更何况当权者也往往会想方设法来强化自己的执政地位。这也是为什么非洲的选举往往没有发挥出政治对话和整合的作用,相反可能会成为政治冲突的开端。

### (三) 非洲国家的宪政文化创造努力的缺失

面对第二次解放运动中宪政转型进程的复杂局面,不能说非洲国家的政治精英们没有意识到宪政并非仅仅是一种纯粹的法律制度,更是一种社会和经济生活方式的体现。为了创造宪政实施、经济发展和社会进步这种良性互动的发展过程,仅仅建立一套形式上符合宪政要求的国家法律和政治制度是不够的,更需要改革国家经济和社会制度,以创造一种有利于宪政发展的社会文化,从而使得制度形式上的宪政能够真正成为非洲各国人民的生活方式,使纸面上的宪法真正成为实践中的宪法,使宪政期待中的公民形象真正成为现实中的非洲各国公民的写照。由于在非洲的宪政转型过程中已经存在着先政治法律、后经济社会的颠倒情况,而且非洲各国的经济和社会发展又不可能在短短几十年的时间里,跳跃式地走完西方国家几百年的道路,夯实宪政的文化基础。在这种情况下,政府主动的宪政文化创造努力是必不可少的。但是,非洲各国的宪政文化创造努力到目前为止还是存在着比较大的问题。

首先,宪政制度在对政府权力的不信任和处处警惕之中,是对人民最大程度的信任。在这种制度设计背景下,符合宪政发展的文化模式自然应当是信任人民的创造、尊重自下而上的选择的社会文化。但是近一个世纪的殖民史给非洲国家留下的不仅仅是一套模仿欧洲宗主国建立起来的法律、行政和教育制度,更是给非洲国家带来了非洲本土文化落后的心理阴影。<sup>[68]</sup> 这一点从非洲国家普遍接受了殖民宗主国的语言作为自己的官方语言表现出来。如果说在尼日利亚、肯尼亚这些内部族群众多的国家里,选择某种本地语言作为官方语言会有强化族群冲突的危险,因此选取相对中立的殖民宗主国语言可以避免这种风险的话,那么像毛里求斯、斯威士兰、坦桑尼亚、卢旺达、博茨瓦纳这些已经在本国内部具有占据主导地位本地语言的国家却还是接受了过去殖民宗主国的语言作为官方语言的现象,则不能不说这反映出非洲国家精英对自己本民族语言以及文化的不信任态度。<sup>[69]</sup> 这种语言政策中的自我殖民化虽然有利于非洲国家融入外部国际社会,但是在这种对本民族文化的不信任中是很难产生一种自下而上,植根于本国需要与现实的现实政治与法律制度,而宪政制度对公民的信任,对一个活跃的公民社会的依靠却又离不开这种自下而上的生长过程。

其次,为了有利于普通民众对国家事务的参与、有利于实现人民主权原则中人民自下而上地对政治领导层的有效监督,普通民众与政治领导层应当保持最紧密的接触。但是非洲各国的语言政策却进一步发挥了相反的作用。从符合政治统治需要的角度上看,这种在官方语言中去本土化的倾向在有利于精英的团结和稳定的同时,对于大部分还是只会用本土语言熟练交流的普通民众来说,只有精

[68] Eyamba G. Bokamba, *Arguments for Multilingual Policies in the Public Domain of Africa*, in Lioba Moshi & Abdulahi A. Osmann, *Democracy and Culture: An African Perspective* 65 - 69 (Adonis & Abbey 2008).

[69] *Id.* at 71 - 73.

英才熟练掌握殖民语言、在国家法律与行政体系的运作中殖民语言发挥着重要作用,也可以在一定程度上起到排挤普通民众在国家政治和经济生活中的影响力的效果。

这种更利于精英统治的语言政策的背后,是对民众“可使由之,不可使知之”的思想。相应地,在各非洲国家的教育体制中出现了普遍但是质量较低的基本义务教育与质量较高但是范围相当有限的昂贵大学精英教育共存的现象,教育体系的运作在为国家提供了具有基本素质劳动力资源的同时,又不会对精英群体造成太大的冲击。前文已经提及,第二次解放运动的主要推动力在于非洲国家的外部,非洲国家政治领导层本身的目的在于更持续性地获得外部援助,而不是实现人民真正的自我解放,与此类似,许多非洲国家的教育制度同样是为了满足精英阶层的统治需要,而不是实现人民在智力上的真正解放。<sup>[70]</sup> 这一点同样通过非洲国家的民主化指数与识字率的关系表现出来,两者线性相关性仅为0.0875,同样属于弱相关的情况(见图7)。<sup>[71]</sup> 这意味着,在非洲国家中,一国人民教育水平的高低与该国民主政治的发展程度缺乏相关性。或许对于目前的许多非洲民众来说,关键问题已经不再是他们有没有机会享受教育,而是他们享受什么样的教育的问题。

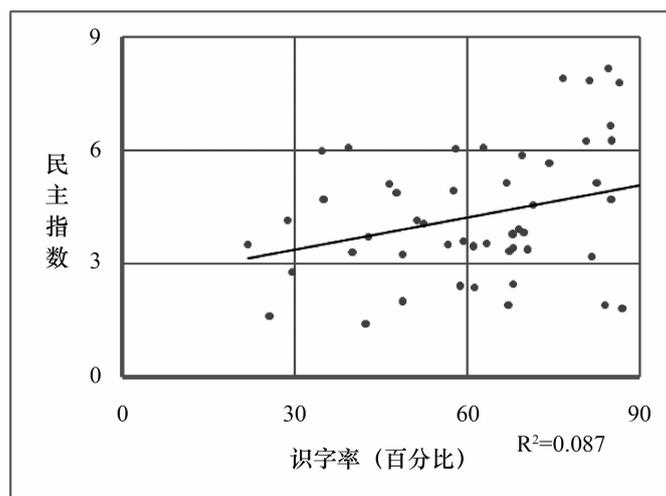


图7 2012年非洲50国识字率与该国民主指数的关系

## 五、推动非洲国家宪政实施的关键:民主政党制度

### (一) 民主政党制度在非洲国家宪政实施中的重要性

非洲国家独立后的各种强人政治、军政府统治和一党专政在牺牲了国家政治活动民主性的同时,却都没有为国家带来繁荣富强的局面,因此威权政体的正当性已经基本上被非洲国家抛弃。现代宪政民主政治也是大众民主政治,这一点也从宪政思想对有能力公民的期待中体现出来。但是目前非洲各国的精英阶层控制了国家的政治、经济和社会资源,宪政文化的缺乏又使得民众无力挑战精英的

[70] Daphne W. Ntiri, *Literacy and Democracy in Transitional States in Africa*, in Lioba Moshi & Abdulahi A. Osmann, *Democracy and Culture: An African Perspective* 58-59 (Adonis & Abbey 2008).

[71] 识字率数据来自于“Ranking of African Countries by Literacy Rate: Zimbabwe No. 1”, <http://theafricaneconomist.com/ranking-of-african-countries-by-literacy-rate-zimbabwe-no-1/#.U-98NtKKBIY> (accessed Aug. 10, 2014).

统治地位,相反,受精英控制的政府反而利用各种国家资源强化精英的垄断地位,结果造成了非洲各国宪政转型严重空洞化的现状。目前非洲国家的宪政转型迫切需要实现的是,搅动徒具形式的大众民主政治中这一潭死水,将普通民众有效地组织起来,形成政治影响力,挑战纵向隔绝于普通民众的精英阶层,与此同时,又在精英阶层间引入新的政治竞争者,强化横向竞争,从而通过真实的制度实践而不是理论构想,真正创造参与、竞争、博弈、妥协的宪政民主文化。为了实现这些目标,这就需要一种有效的大众政治动员与参与的组织和制度。在强调公众参与的宪政民主政治中,这种组织和制度无疑就是政党与民主政党制度。

非洲国家的经济状况普遍不发达,无法提供支撑公民社会和组织发展的资源,再加上普通民众的民主政治经验相当匮乏,政党在民主政治中的大众组织、动员甚至政治教育功能更是能对宪政民主的实施起到积极的推动作用。前文图1显示出南非普通公众在五年的时间里对威权政体的支持上升的同时,却同样出现了对民主政党制度更加支持的变化;图4显示出的南非精英与普通公众对民主政党制度和健全的反对党制度的压倒性的支持,这些情况或许也正反映出民主政党制度对于非洲国家宪政民主政治实施的重要性获得了普遍的支持。

在非洲国家的宪政转型过程中,缺乏的往往并不是什么新的理论。多党政治制度对非洲国家宪政实施的重要性,其实也早就为各国的领导阶层意识到,一个非常有趣的例子就是在尼日利亚第三共和的建立过程中,军政府的“民主政党”养成计划。非洲各国独立之初普遍存在着族群政治冲突严重破坏国家政治稳定的现象,各政党往往都是建立在各族群的基础上。这是因为,在独立前后,民主政治在非洲当地社会不具备文化和传统基础,为了动员普通民众在形式上参与国家政治生活,族群甚至宗教这些传统社会联系组织就被政治精英们充分利用。这在对族群政治冲突火上浇油的同时又助长了裙带关系、腐败之风盛行的现象,这些问题同样发生在尼日利亚独立初期,并使得尼日利亚第一、第二共和最终都走向了崩溃,军政府上台。<sup>[72]</sup> 在1980年代,军政府在向国内国际社会作出将把政权交还给文官政府承诺的同时,又启动了所谓的“民主政党”养成计划。军政府提出,当时存在于尼日利亚的各政党的宗旨、组织和活动都不符合民主政治的要求,<sup>[73]</sup>因此军政府取缔了所有这些政党。在对国家当时十三个具有政治色彩的社会组织进行审查后,军政府又提出,这十三个组织因为组织力量或政治纲领的问题,不具有转变为民主政党的能力,因此也需要被解散。军政府最终在这些组织的基础上,组建了两大“民主政党”,<sup>[74]</sup>这种钦定两党制也被写入了第三共和的宪法草案。<sup>[75]</sup>虽然军政府的两党民主政治还政计划在已经完成了总统选举的情况下最终因为军政府领导人的恋权而流产,并引发了新的军事政变,但是非洲国家至少从形式上重视民主政党制度的情况可见一斑。

南非的民主化转型过程尤其是其过渡宪法与最终宪法的制定过程,则为民主政党制度在非洲国

[72] Julius O. Ihonvbere & Eme N. Ekekwe, *Dependent Capitalism, Structural Adjustment and Democratic Possibilities in Nigeria's Third Republic*, 23 (3) *Africa Spectrum* 273 (1988).

[73] William Graf, *Issues and Substance in the Prescription of Liberal - Democratic Forms for Nigeria's Third Republic*, 88 (350) *African Affairs* 91 (1989).

[74] James S. Read, *Nigeria's New Constitution for 1992: The Third Republic*, 35 (1/2) *Journal of African Law* 174, 189 (1991).

[75] Art. 220, Constitution of the Federal Republic of Nigeria (Promulgation) Decree 1989.

家宪政转型中发挥的积极作用提供了一个真实的例子。<sup>[76]</sup>从1986年起,代表有色人种的非国大与代表白人的国民党开始就废除种族隔离、实现南非政治民主化的进程展开谈判,原先两大高度敌对的政治集团也在这个漫长的政治试探和磋商过程中逐渐实现了沟通和互信,最终成功地对过渡宪法尤其是过渡宪法的34项基本原则达成了一致,实现了国家的平稳过渡,也为民主宪法实施后的南非政治的稳定打下了坚实的基础。2005年,经过改组且政治影响力不断衰弱的“新”国民党最终选择解散并加入了非国大。看来在精英之间的联合中并不存在什么无法逾越的障碍。在精英对政治活动的基本规则达成妥协和一致后,剩下的任务就是如何使普通民众能够真正成为国家的主人,这已经不再是一个纯粹的非洲问题。

### (二) 对民主政党制度重要性的宪法肯定

正是出于对民主政党制度在非洲国家宪政转型中的重要作用的认识,许多国家将民主政党制度上升到了宪法制度的层面,其中表现为肯定了政党对宪法民主政体的积极作用,例如安哥拉宪法第2条、第4条,马达加斯加宪法第14条,马拉维宪法第40条,毛里求斯宪法在附录1中,莫桑比克宪法第31-33条、第74-77条,纳米比亚宪法第17条、南非宪法第1条、第236条,尼日利亚第221-229条等等,都对政党问题作出了专门规定。这些宪法条文的立法目的都是希望促使政党在国家民主政治活动中发挥出积极作用,与此同时又在制度上限制其消极作用。

在对民主政党制度进行宪法肯定的同时,许多国家还从宪法上规定了国家对政党进行资助的义务,例如安哥拉宪法第4条,马拉维宪法第40条,南非宪法第236条等。这些被提高到宪法制度层面的政党公共资助制度设计同样考虑了非洲各国私营经济薄弱、公民社会不发达的情况。在这一背景下,如果等待政党从公民社会中独立成长起来,依靠社会和私人部门的捐助来发展壮大政党组织,一方面这将是一个漫长的过程,相应地会使得政党组织虚弱,无力承担起宪政民主政治主要操盘手的重任;另一方面,如果听之任之的话,非洲各国经济和社会生活严重不平等的现象不可避免地会投射到这些国家的政治生活中,相应地也会影响到政党的群众基础。听任政党组织的“市场化”发展,将使得在政治上处于弱势地位的群体,尤其是普通民众依然无法通过政党有效地组织起来参与国家政治生活,反而进一步强化社会强势群体的影响力。甚至在一些民主政党制度已经建立比较久的国家,例如博茨瓦纳,目前也有观点建议实行政党公共资助制度。<sup>[77]</sup>

### (三) 宪法民主政党制度的再异化:一党主导制的兴起

前文论及,无论是作为非洲国家第一波解放浪潮的独立运动还是1990年代以来的第二波解放浪潮的民主化运动,它们在很大程度上都是受到非洲以外的世界政治格局变化影响的产物。当国际政治格局再次发生变化之后,非洲国家的宪政转型过程也将不可避免地又受到影响。2001年“9·11”恐怖袭击事件以后,西方国家在国际政治中的主要精力从在世界范围内推进民主化进程转向国际间反恐合作,相应地也需要在一些易成为恐怖主义温床的国家建立稳定的政权体系以支持国际反恐合作。而且1990年代非洲国家民主化进程中的混乱也使得欧美国家开始反思,对于非洲国家而言,是否至

[76] Goran Hyden, *Constitution - Making and Democratization in Africa*, in *Constitution - Making and Democratization in Africa* 205 (Goran Hyden & Denis Venter eds., Africa Institute of South Africa 2001).

[77] 例如博茨瓦纳的例子。See Mpho G. Molomo, *Political Parties and Democratic Governance in Botswana*, in *African Political Parties: Evolution, Institutionalization and Governance* 293-318 (M. A. Mohamed Salih ed., Plato Press 2003).

少在现阶段的政治稳定相对于其民主化更符合欧美国家的利益。这样,推动非洲国家民主化的外部压力开始大大减弱,非洲国家的民主化进程随之开始出现了一定的停滞甚至倒退现象,这一点尤其从各国的形式多党民主政治向实质一党主导制的变化表现出来。

一党主导制的情况在非洲历史最悠久的民主政体博茨瓦纳表现得最为明显,该国自1966年独立起就建立了民主选举与民主政党制度,但是在过去近半个世纪的时间里,博茨瓦纳民主党始终占据着独立执政党的地位。民主党长期执政地位的确立,一方面得益于其明智的经济和社会政策,例如博茨瓦纳是少数保持了经济持续增长的非洲国家,其境内丰富的钻石资源为国家提供了稳定的经济收入;但是另一方面,执政党与博茨瓦纳境内最大的部族班格瓦托族(Bangwato)的政治联盟关系也不可被忽视。民主党的创始人之一瑟勒斯特·卡马(Sereste Khama)就是班格瓦托族重要的酋长之一,目前博茨瓦纳总统以及民主党的主席伊恩·卡马(Ian Khama)也是瑟勒斯特·卡马的儿子。<sup>[78]</sup>在这种表面民主化的多党政治制度之下,其实是政党与传统政治精英的联盟,它在实现国家政治稳定的同时,又避免博茨瓦纳于落入其他国家族群政治的陷阱。

这种一党长期执政的现象不仅发生在像博茨瓦纳这样的非洲老牌民主政体国家,在1990年代第二次解放进程之后,也开始出现在进行过民主化改革,目前也被认为基本建立了民主政体的不多的非洲国家中(见表3)。至于像津巴布韦、坦桑尼亚等目前宪政转型过程还存在比较大问题的国家中,一党长期执政的现象就更明显。

表3 在非洲民主国家存在主导政党体制的情况

国家	民主指数	主导政党体制	主导政党	执政时间
毛里求斯	8.17	否	-	-
佛得角	7.92	否	-	-
博茨瓦纳	7.85	是	博茨瓦纳民主党	1966年独立至今
南非	7.79	是	非洲人国民大会	1994年民主化改革至今
赞比亚	6.26	是	多党民主运动党 <sup>1</sup>	1991至2011年
纳米比亚	6.24	是	西南非洲人民组织	1990年独立至今
塞内加尔	6.09	尚不确定 <sup>2</sup>	-	-
莱索托	6.66	尚不确定 <sup>3</sup>		
马拉维	6.08	否	-	-
加纳	6.05	否	-	-
贝宁	6.00	否 <sup>4</sup>	-	-

1. 2011年该党分裂形成新党“爱国阵线”,爱国阵线也成为了议会内的绝对多数党。

2. 自1960年独立起到2001年,塞内加尔就始终处于社会主义党的统治下。2001年,社会主义党的总统候选人在

[78] *Id.* at 298.

选举中被塞内加尔民主党候选人击败,其后民主党总统在选举中连任。

3. 莱索托从1993年起恢复文官政府统治,1998年至2012年,莱索托民主大会党执政。2012年,莱索托民主大会党在当年的选举中被三个反对党组成的政治联盟击败,实现政党轮替。但2014年8月底,莱索托爆发了军事政变,虽然在国际社会的调停下决定在2015年2月提前举行议会选举,但是该国的民主化进程还是大大受挫。

4. 作为法属非洲国家,贝宁实行总统制,现任总统自2006年以来以无党派候选人身份当选,并在2011年连任。

这种在民主政党制度表象下的实质一党主导制现象的存在,可以在一定程度上解释为什么像博茨瓦纳和南非这样的非洲宪政民主转型中的领头羊,却没有实现对国家社会和经济制度的真正改革,改变存在于民众中的严重不平等现象。一党主导体制下,反对派往往非常弱小,根本无法与长期执政的政党展开有效的政治竞争,相应地就无法在政治精英中形成有效的横向制衡机制。例如虽然博茨瓦纳的族群构成相对于其他国家比较简单,但是还是存在着一定的少数民族,例如巴拉瓦族(Barawa)人,因为土地问题,巴拉瓦族人往往处于政府决策受害人的地位。<sup>[79]</sup>在横向制衡无法发挥作用的情况下,民众自下而上的纵向政治控制也就无法实现,一个强有力的公民社会就无法形成起来。更糟糕的是,长期执政的地位会使执政党难以克制将国家等同于政党私产的诱惑,在不积极促进公民社会和公民组织发展的同时,反而利用政府资源来强化自己的执政地位,例如滥用政党资助制度<sup>[80]</sup>操纵选举和议会制度设计,并进一步威胁到司法独立。<sup>[81]</sup>这些情况的恶化都在削弱非洲国家初生的宪政制度的根基,表明非洲国家的宪政民主转型过程依然任重而道远。

## 六、余论

在西方社会,宪政被认为是到目前为止在人类历史发展中最理性的国家治理方式。但是,人们应清醒地认识到,宪政并不只代表一些表面的制度形式,背后还有深厚的文化、传统和社会意识背景。西方宪政民主国家法治的昌明、国家的繁荣、公民的自信自然往往使得人艳羡,但是人们却不应忘记,在走到这种美好状态以前,这些国家同样经历过各种动荡、反复,在付出了许多代价、吸取了许多教训之后,才有了安居乐业的今天。一个国家想让自己的治理方式变得如西方宪政民主国家一样成熟、理性,仅仅依靠建立一些形式上的宪政制度(如民主选举、多党政治、宪法审查),就以为已大功告成,这注定将是一个很快会被现实打回原型的自欺欺人的幻象。所以,对于非洲国家而言,其形式化的宪政民主制度在为一些国家换来高指标的同时,却没有改变国家经济和社会生活的落后,这种矛盾本身不是宪政的错,而是因为在一些国家的宪政实施还只停留在机械的模仿阶段。

宪政民主不仅仅是国家的政治和法律制度,更是一种社会生活方式,一种在人民的生活起居、待人接物中反映出的民族文化。在一个贫穷的国家谈论鼓励民众积极参与政治生活,在一个熟人关系

[79] *Id.* at 310.

[80] Charles M. Fombad, *Challenges to Constitutionalism and Constitutional Rights in Africa and the Enabling Role of Political Parties: Lessons and Perspectives from Southern Africa*, 55 (1) *The American Journal of Comparative Law* 1, 24-31 (2007).

[81] 例如在 *United Democratic Movement v. President of the Republic of S. Afr. & Others*, 2002 (11) BCLR 1179 案中,议会通过了允许议员叛党但是还能保留议席的法案,少数党认为这里面存在着明显的偏向执政党的情况。但是南非宪法法院表现出对议会明显的尊重态度,支持了该法案。

比既定规则更管用的国家谈论法治,在一个宗教狂热分子控制政府的国家谈论宽容,这只会是天真的梦想。正如一个婴儿需要在几十年的时间里通过模仿、学习、历练,经历各种失败、挫折、彷徨,最终才有可能成为一个自信理性的成年人一样,宪政的实现需要国家在社会、经济和政治制度建设中的充分积累,其间难免会经历各种反复、动荡。所以,相对于西方国家两百多年的宪政发展史,非洲国家半个多世纪的宪政转型必然会遭遇各种困境。

在经历了过去五十多年的各种动荡甚至反复后,我们还是看到,宪政民主的思想已经被非洲各国普遍接受。细心的读者会发现,虽然前文图1显示出南非民众对威权政体的接受度在五年间有所上升,但是支持民主政体的民众依然占据了多数,再加上一群“更爱宪政”的精英,包括南非在内的非洲国家无论在宪政民主转型的道路上还会遭遇怎样的挫折和失败,人们都可以肯定,前进的方向是不会改变的。正如人的成长都应当是以变得更理性、更自信、更宽容为目标一样,国家的发展也应当以更尊重自己的国民,更信守宪法和法律,更懂得政治过程中的和平对话比暴力镇压更重要为目标,任何偏离该目标的国家都是在走向歧途。虽然非洲各国的宪政转型由于受社会、经济、文化的发展水平所限而未达到预想的效果,但非洲国家的宪政经验和教训无疑是人类建设美好家园的宝贵经验。

回顾中国改革开放后三十多年来的民主法治进程,中国没有走一条像非洲国家一样颠倒的发展道路,而是踏踏实实地实现了国家经济的发展,当然,这种踏实本身是对更前的三十年在意识形态、上层建筑领域过度狂热和毁灭性后果反思的结果。虽然从人均自然资源、地理条件甚至国际支持上看,中国的条件并不优于一些非洲国家,但是目前无论是国家法治化程度还是公民基本权利的保障方面,中国都远胜于大多数非洲国家。当在一些非洲国家,像公民的生命权、健康权甚至人身安全都得不到保障的时候,中国已经建立了一个基本的公共健康体制、相对安全的社会治安环境、比较健全的义务教育和高等教育制度、坚实的经济发展基础设施。中国在经济和社会发展方面实现了跨越式的快速发展。非洲各国宪政转型的教训说明,公民基本权利的实现是一个全面且系统化的工程,在公民生命、健康和人身安全都得不到保障的情况下,超前地谈论政治权利,只会落入空洞化的局面。宪政的实施并不只是建立一些形式上的制度,并不只是有法可依,而是要在现实中真正全面实现公民的各种权益和诉求。从这一点上看,中国过去三十多年取得的经济成就同样也是中国民主法治建设成功的体现,中国相对于非洲各国的不同并不在于目标的不同,而在于道路的不同,是一条没有颠倒西方国家发展顺序的道路。

正是因为公民基本权利的实现是一个系统工程,宪政民主的实现需要社会生活各领域的齐头并进。当国家的经济和社会发展达到一定程度后,政治和法制领域的建设也必须跟进,否则国家发展将陷入停滞。这一点,拉美国家的“中等收入陷阱”现象就是一个鲜活的教训。非洲国家的教训更向我们揭示出,仅仅依靠一个形式民主化的国家政治活动框架,普通民众是无法实现对国家政治生活的有效参与的。目前中国的民主法治制度形式建设虽然还落后于一些非洲国家,但是中国民众在国家政治生活中的实质影响力正在日益提高和增强。经过三十多年的经济发展,中国已经完全摆脱了短缺经济的限制。对于今天的绝大多数中国人来说,问题已经不是日子是否能过得下去,而是过怎样的日子。在中国,一个成熟的中产阶级正在形成,这是一个会更多地“不患寡而患不均”的阶层。现今中国经济的发展模式已从强调数量转向强调质量的新常态,中国民主政治和法治国家建设必将推动中国

公民政治权利意识的进一步觉醒和强化。中国的民主法治建设再创奇迹,需要新一代中国人继续开创政治改革的大业、坚定前行。

## **The Realities of the Constitutionalist Transformation in the African Countries and Analysis on Its Causes**

Cheng Mai

**Abstract:** the current development of constitutionalism in African countries appears to degrade into superficiality, while the average African people tend to show indifference to the constitutionalist democracy. The independence constitutions of the African countries were more an imitation of their suzerain without paying substantial attention to their local needs which failed to be implemented successfully, while the anti – constitutionalist instrumentalism upon the constitution prevailed shortly after the independence. After 1990s, facing the increasing international pressure, a new wave of constitutional reform was initiated while the elites are still monopolizing the state power. The paradigm of independent and able citizen is of little applicability under the African context. In contrast to the western development route, the constitutionalist transformation in Africa started with legal system, then certain economic and social foundation were established lacking cultural support. Considering their vested interests the African political elites are reluctant to foster a constitutionalist culture. The democratic political party system is the key to further the constitutionalist transformation in African countries, and constitutions of most African countries also recognize the importance of the democratic political party system, while in reality the rise of dominant party system brings negative impact on the future of the constitutionalist transformation in the African countries.

**Keywords:** constitutionalist transformation; African countries; elite rule; citizen model of the constitutionalism; democratic political party

(责任编辑:刘 馨)

# 法治还是自治

——从两个案例看美国宗教自由的张力与变迁

张 铮\*

**摘 要:**近30年美国关于宗教自由的两个最重要案例——史密斯案与和散那-他泊教会案——标志着近年来美国最高法院的宗教自由法理学的范式转换。从历史角度而言,美国宗教自由法理学经历了四种基本范式,这四种范式对应了四种不同的法治理念,即实证法之治、中立法之治、普通法之治与社会法之治,分别由四组最高法院判例所代表。史密斯案与和散那-他泊案分别体现了其中的中立法之治以及社会法之治两种范式。前三种范式显明了在国家法律的层面上对法治这一概念的不同理解;第四种范式则昭示了美国宗教自由法理学从国家法治走向社会自治的趋势。而这种趋势的背后推动力量,是从自由主义到多元主义政治哲学话语的变迁,以及美国多元社会力量的发展。

**关键词:**宗教自由 法治 宗教自治 自由主义 多元主义

当两百年前,尼采笔下的查拉图斯特拉向世界宣布“上帝已经死了”的时候,他描述的即使不是一个既成事实,也似乎是一个不可逆转的历史趋势。其时,启蒙运动的高潮刚刚过去,在理性之光照耀之下,整个欧洲一派欣欣向荣,黑暗中世纪似乎已经被扔进了历史的垃圾堆,世界正昂首进入一个新的世俗时代。两百年后的今天,现代性的先知们的预言似乎还未实现。宗教不但在旧大陆仍然有广泛的市场,在新大陆更是如日中天;最重要的是,在亚洲、非洲等“新兴”地区,宗教的成长正如火如荼。连自认为是启蒙运动继承者的批判理论大家哈贝马斯都不得不承认,世界不是在进入后宗教时代,而是在进入“后世俗时代”。〔1〕

后世俗时代对现代性,尤其是对主流自由主义政治理论提出了尖锐挑战。自由主义国家中不是没有宗教的位置,但相对于国家而言,宗教是边缘化和私人化的,是个人选择的产物。组织化的宗教也不过是个人的集合。宗教团体与公司、大学等其他社会组织没有本质区别;国家以法律为手段,对宗教进行调控和管理,使之服从于自由主义的基本精神。然而,后世俗时代的宗教一方面不满足于停留在私人领域,而试图介入国家公共决策;另一方面它往往不赞同信仰的个人化,而有意凸显宗教组织和宗教团体的重要性。自由主义国家必须对这种挑战作出回应。回应可能意味着以自由主义原则剪裁宗教复兴的现实,也可能意味着对自由主义原则本身进行适当的调整甚至扬弃。

本文通过美国最近30年来的两个关于宗教自由的最重要判例的描述和梳理,揭示美国宗教自由法理学的内部张力以及美国最高法院对宗教自由态度的变迁,并试图分析这两个判例所代表的对待宗教的迥然不同的态度背后的政治哲学意涵。本文将表明,美国的宗教自由法理学可以归纳在三种

\* 上海交通大学凯原法学院博士研究生。

〔1〕 Jürgen Habermas, *Secularism's Crisis of Faith: Notes on Post-Secular Society*, 25 *New Perspectives Quarterly* 17, 19-21 (2008).

法治概念之下,而这些概念所体现的国家法治原则与宗教或社会自治原则在很大程度上存在冲突。这一冲突可能需要对自由主义进行多元主义改造或再诠释才能够得到缓解。

## 一、史密斯案:两种对立的司法哲学

1990年的俄勒冈州劳动局诉史密斯一案可能是美国近30年来最重要的关于宗教自由的判例。史密斯一案明确了一项以往的最高法院判例中没有明显提及的原则:不能以宗教自由作为理由,豁免政府并非专门针对宗教自由而制订的中立性刑事法律的适用。

要理解史密斯案的重要性,需要对史密斯案之前的美国宗教自由法律进行简要描述。众所周知,美国宪政的基本精神是,法律不得与宪法相抵触,且判断法律是否与宪法相抵触的权力传统上被赋予法院。法院可以在具体个案中判决一项法律规定因违宪而不具备法律效力。这就是著名的“司法审查”制度。在宗教自由领域,美国宪法第一修正案规定:“国会不得建立国教,也不得减损宗教的自由行使。”〔2〕美国联邦最高法院20世纪初通过几个判例,决定对国会的上述限制应同样适用于各州。〔3〕此后,关于宗教的自由行使,最高法院通过谢伯特诉维纳〔4〕威斯康星诉约德尔〔5〕等几个判例,确立了所谓“紧迫的政府利益”(compelling state interest)原则(或称“谢伯特原则”),即如果宗教利益因为某项法律受到了损害,则政府有义务证明该法律的制订是出于“紧迫的政府利益”,否则该法律即为违宪。“紧迫的政府利益”标准是相当高的证明标准,一般情况下,政府进行规制的法律无法达到该标准,因此往往被视为违宪。〔6〕谢伯特原则体现了对宗教较高程度的保护。

史密斯案虽没有直接推翻谢伯特原则,但通过将该原则视为“例外情况”(anomaly),将其限制在极狭窄的适用范围内,并相应地发展了另外一个广泛适用的“普遍的中立性法律”(general and neutral law)原则。该案的案情很简单。包括史密斯在内的两位俄勒冈州失业人员在申请失业救济时,被发现曾吸食一种毒品(peyote)。按照俄勒冈州的刑事法律,吸食毒品属于犯罪,犯罪者不能获得失业救济。史密斯等吸食毒品的原因是,他们信仰的印第安宗教认为,吸食该毒品是信仰仪式的一部分。史密斯就此认为,根据宪法第一修正案宗教条款的规定,吸毒是他的宗教信仰自由,政府不能以此为理由拒绝支付救济金。

〔2〕 基于该句话所包含的两个原则,美国宪法法理学发展出了两套关于宗教自由的法理谱系,其一为不得建立国教(non-establishment)也即政教分离问题,其二为宗教的自由行使(free exercise)问题。这两套谱系有很大的相关性;许多问题既可以被视为是政教分离的问题,又可以被视为是宗教自由的问题。而且吊诡的是,对同一法律分别采纳不同的法理谱系进行分析,往往得出相反的结果(合宪或违宪)。比如说,给予某一特殊宗教的特殊仪式以法律上的豁免,往往是宗教自由行使条款的要求;但给予该宗教以豁免而不给予其他宗教以同样豁免,却可能被视为国家对该宗教的支持而违反了不得建立国教条款。这与宪法第一修正案宗教条款两个原则的内在逻辑关系有关。本文主要处理的是宗教自由行使原则。

〔3〕 这两个判例分别是 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) 和 *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947)。前者将宗教自由行使扩大到各州,后者将政教分离扩大到各州。

〔4〕 *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963)。

〔5〕 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972)。

〔6〕 “紧迫的政府利益”标准不仅存在于宗教自由法理学中,它实际上是美国整个宪法学中普遍存在的较高证明标准。尽管是对政府不利的标准,但并非一旦适用该标准,政府就一定败诉。例如在宗教自由领域的鲍勃琼斯大学诉美国一案中,最高法院认为反对种族歧视就属于紧迫的政府利益,因此该大学不能以宗教自由为理由出台禁止不同种族的男女进行约会的规定。See *Bob Jones University v. United States*, 103 S. Ct. 2017 (1983)。

### (一) 斯卡利亚大法官的多数意见

在史密斯案的判词中,斯卡利亚大法官首先承认宪法第一修正案保护公民的宗教信仰自由,并且承认该自由并不局限于内在信念的自由,而且包括根据信念进行或不进行“物理行为”的自由,如聚会、崇拜、圣事、改宗、吃或不吃某些食物等。但他指出,该自由仅意味着,政府不能制定法律规章,专门对属于宗教自由范畴的思想和行为进行限制。如果政府的法律规章不是专门针对这些思想和行为,而是为了某些普遍和中立的合法有效的政府目的,那么即使这些法律规章对宗教信仰和行为造成了一些附带的不利影响,也不应该以宗教自由为理由排除该普遍性法律的适用。本案中,俄勒冈州禁止毒品的法律显然不是专门针对该印第安教会的;尽管它会给该教会的崇拜带来影响,但类似的附带影响是任何一部法律都无法完全避免的。他援引19世纪的摩门教多妻制的判例雷诺德诉美国案<sup>[7]</sup>中的判词:“法律规定政府行为;尽管它们不能干涉宗教信仰和意见,它们却可以干涉行为……一个人能以宗教信仰为理由免除法律的干涉吗?允许这样就是允许个人持有的信仰高于这片土地上的法律,并实际上允许每个人自己成为自己的法律。”<sup>[8]</sup>

然而,如何使史密斯案与谢伯特原则不相冲突呢?最高法院当然要维持自己的一致性。斯卡利亚大法官认为,谢伯特案的事实背景与史密斯案不同。史密斯案涉及的是政府的普遍性的禁止性的刑事法律,而谢伯特案仅涉及政府给予救济金这一类特殊的民事案件。前者不能适用后者的原则。“为防止有害社会的行为,政府实施普遍适用的法律的禁止性规定的的能力,就像政府实施其他公共政策的能力一样,不能依赖于该政府行为对宗教反对者的灵命发展的影响。”<sup>[9]</sup>“让个人守法义务取决于其宗教信仰的巧合……允许个人因其信仰而成为自己的法律,这违背宪法和常识。”<sup>[10]</sup>在一个宗教多元的社会里,这几乎等同于无政府主义。

最后,斯卡利亚大法官指出,史密斯案的原则并不意味着宪法第一修正案规定的宗教自由就失去了保护,而是意味着对它的保护应当主要由立法机关完成。立法者完全可以在立法中规定例外,对宗教价值进行保护,事实上许多州的反毒品法律都有宗教使用的例外。宪法允许立法者对宗教价值进行特别保护,但并不要求必须这样做。

### (二) 奥康娜大法官的附议意见

奥康娜大法官同意斯卡利亚判决的结果,但不同意其得出结果的理由。她认为,谢伯特原则是宪法宗教条款法理学中已经牢固确立的原则,应当适用于史密斯案;然而,在根据该原则确定史密斯案中政府是否具有“紧迫的利益”的时候,她认为政府在反对毒品方面确实有紧迫利益;因此,即使将该毒品法案对有关印第安人的宗教实践的不利影响纳入考量,也应当维护政府的反毒品法律。

与斯卡利亚大法官针锋相对,奥康娜大法官认为宪法宗教条款并不局限于禁止政府以限制宗教为目的而颁布法律,而是保护宗教自由不受法律的限制,无论法律以限制宗教为目的,还是具有其他更为普遍的和中立的目的。她说:“极少有政府会天真到颁布直接对宗教实践本身加以禁止或限制的法律。我们所有的宗教自由的案例,都是关于普遍性适用的法律对宗教实践所产生的重大不利的效

[7] *Reynolds v. United States*, 98 U. S. 145 (1878).

[8] *Employment Division v. Smith*, 494 U. S. 872, 879 (1990).

[9] *Id.* at 885.

[10] *Id.* at 885.

果。如果想要第一修正案有任何生命,就不能把对它的解释局限于只包括政府直接针对宗教这一极端的和假设的情况。”<sup>[11]</sup>“普遍性适用的中立法律……没有什么神圣,因为对宗教中立的法律可以像专门针对宗教的法律一样,有效地强制个人违背宗教良心或者干扰其履行宗教义务。”<sup>[12]</sup>由于史密斯案涉及的事实是刑事法规影响到了宗教自由,奥康娜大法官特别指出,“政府用刑事法律来规范出于宗教动因的行为,是一种最严重的可能限制宗教自由的措施,因为它迫使个人在放弃宗教信仰与面临刑事指控之间作出选择”。<sup>[13]</sup>如果说在谢伯特案涉及的关于政府救济金的民事规定中,都应该考虑对宗教的不利影响的话,在刑事规定中就更没有理由不考虑宗教利益和宗教价值。

### (三) 司法保守主义与司法能动主义

斯卡利亚大法官和奥康娜大法官的史密斯案判词分别体现了两种司法理论,可以称之为司法保守主义和司法能动主义。

斯卡利亚大法官是司法保守主义的代表人物。他的保守态度与他对司法机关在民主制度中的地位的理解紧密相关:与国会和总统不同,美国法院不具备民意基础,其职责只能是在具体个案中适用立法机关制订的法律;即使法律从宪法角度看有商榷的余地,或其适用可能在个案中造成不合理的后果,但由于立法机关在立法时已经把宪法规定考虑在内,法院在一般情况下不应越俎代庖,替立法者作政策考虑。具体到宗教自由问题上,司法保守主义主张,除了立法机构专门以限制宗教为目的的立法明显违反宪法规定外,其他中立性立法即使对宗教带来偶然的不利影响,也应得到法院的支持。

与斯卡利亚大法官的司法保守主义相呼应的是他严格的规则主义法理学。首先,他认为在司法活动中,法官应尽可能寻求适用和创造规则(rules),而不是依赖于考量具体个案事实,也不是通过一案一议的“权衡”(balance)来寻求公平(equity)。<sup>[14]</sup>在史密斯案中,斯卡利亚大法官的规则主义首先体现在他是遵循先例(stare decisis)这一规则的遵守者。由于存在坎特维尔、<sup>[15]</sup>约德尔、<sup>[16]</sup>谢伯特<sup>[17]</sup>这些不利的先例,他花费很大力气在史密斯案与这些先例间作出区分,表明这些先例不适用于史密斯案。其次,他反对谢伯特原则所主张的在宗教利益与政府利益之间进行权衡的做法。立法和先例创造了规则;法官的任务是通过适用这些规则得出结论,而不是把规则背后的利益或价值与其他应当保护的利益或价值进行比较来得出结论,因为利益和价值判断是立法者的事。<sup>[18]</sup>

[11] *Id.* at 872.

[12] *Id.* at 901.

[13] *Id.* at 898.

[14] 关于斯卡利亚大法官的规则主义,参见他的著名文章“作为规则之治的法治”。他的主要论证是:相对于那种尽可能精细地考虑具体个案事实、衡量各种不同价值并最终作出判决的普通法司法方法,依据规则作出判决当然存在不够精确并有失实质正义的弊端,但它也有明确的优点,即因同案同判而保护平等,因普遍适用而保护法律的统一性,因事先公开而保护法律的可预见性。在现代这种趋于无限复杂的社会,这些优点尤其明显。在司法中不但要尽可能适用规则,还要尽可能创立规则,因为司法规则缩小了以后法官恣意为之的可能性,并且使得法官在对抗立法等民意部门的多数意见时具有更坚实的依据。司法规则的创造当然不是自由创造,而必须在宪法和立法框架内按照已经确立的规范进行;但一旦具有了这些基础,法官就应当大胆创立规则,而不是把未来案件都留给未来的法官权衡。Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175 (1989).

[15] *Supra* note 3.

[16] *Supra* note 5.

[17] *Supra* note 4.

[18] 反对法官权衡可以有多种理由。法官是民主社会中的规则适用者是一个理由;权衡具有不确定性、不可预见性从而损害法治是第二个理由;法院缺乏足够信息是第三个理由;价值多元社会中的价值在根本上无法通约是第四个理由。

奥康娜大法官不同意斯卡利亚大法官的司法保守主义。在她看来,宪法之所以规定了宗教自由、言论自由等条款,就是因为要把某些极端重要的价值置于立法机构的多数决定以外。法院必须承担宪法赋予它的对立法进行审查的责任。在史密斯案中,她援引最高法院在著名的焚烧国旗案<sup>[19]</sup>中的判词来证明这一观点:“权利法案的主旨恰恰是把某些主题从政治性争议的变化无常中抽离出来,把他们置于多数与官员的决定之外,并把它们确立为法院所适用的法律原则。人的生命、自由和财产权,他的言论、出版、崇拜和集会的自由权,以及其他基本权利不能交给投票;它们不取决于选举的结果。”<sup>[20]</sup>

奥康娜大法官也不赞同斯卡利亚大法官的严格规则主义。她认为,在许多情况下,应当尽可能地把个案的具体事实考虑在内,进行全面和细致的分析。涵盖面太宽的规则,其适用会造成不公正的后果。她说:“即使经验证据表明,在刑事法律中,政府在健康、安全和公共秩序方面的利益确实往往具有压倒性,第一修正案也至少要求在具体案件中,考虑每一个特殊事实,一案一议地决定该问题。”<sup>[21]</sup>

以奥康娜大法官附议意见以及谢伯特原则为代表的司法能动主义,体现的是与司法保守主义迥然不同的司法哲学:法院是宪法的守护者,其最重要的任务就是解释宪法,并按照它对宪法的解释判定一个具体事项是否不应适用某普遍性立法(即在该事项上决定立法是否违宪)。除立法者自己规定的例外之外,中立性法律规则在司法适用环节也应当允许有例外,尤其是基于宪法的例外。法院应当尽可能考虑事实细节和情境,在其意图保护的不同利益和价值间进行权衡并作出判决。在宗教自由问题上,司法能动主义认为,法院固然要适用法律,但如果普遍的中立性法律对宗教自由造成了不利负担,法院可以根据宪法所赋予的宗教信仰自由权,宣布宗教信仰和行为豁免适用于该法律。<sup>[22]</sup>

## 二、和散那 - 他泊教会案:宗教自治

与谢伯特案相反,史密斯案被广泛认为是对宗教不利的最高法院判决。该案导致了美国社会在宗教自由问题上的热烈讨论:围绕着“普遍中立性法律”原则与“紧迫政府利益”原则的斗争,是史密斯案后美国宗教自由法理学中斗争的主战场。史密斯案在最高法院内部也是高度分裂性的:支持“普遍中立性法律”原则与“紧迫政府利益”原则的大法官之比是五比四,一个最为接近的比例。然而,大约二十年后,对于另一个关于宗教自由的重要案件,美国最高法院却表现出惊人的一致。在2012年的和散那 - 他泊福音路德教会诉公平就业机会局案<sup>[23]</sup>中,最高法院九名大法官一致判定,在神职人员的任免方面,教会享有自主权,不受政府普遍性法律的干涉。

佩里奇(Perich)是和散那 - 他泊福音路德教会学校的一名教师。由于患有发作性睡症(Narcolepsy),她于2004 - 2005年留职治病修养。当她想回来继续工作时,教会告知该职位已由他人继任,并

[19] *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 319 U.S. 624 (1943).

[20] *Smith*, 494 U.S. at 903.

[21] *Id.* at 899.

[22] Michael McConnell 认为,宪法规定的宗教自由包含了因宗教原因免于中立性法律的管辖的权利。Michael McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 *Harvard Law Review* 1049 (1989 - 1990). 该观点与本文后半部分所论及的教会自治主义观点相类似,尽管采取了不同术语。该文为罗伯茨大法官在和散那判词中所引用。见下注。

[23] *Hosanna Tabor Evangelical Lutheran Church v. EEOC*, 132 S. Ct. 694, 703 (2012).

表示对她已经完全康复的怀疑。她威胁将向法院起诉教会。教会认为该举动违反了不得将教会内部分歧提交教外人士解决的教规,遂以该理由将其开除。佩里奇向公平就业机会局申诉其案件;公平就业机会局认为教会违反了《残疾美国人法案》(Americans with Disabilities Act),遂向法院提起诉讼。

该案的法律背景是,1964年的联邦《民权法案》第七章(Title VII)要求在就业领域不得歧视。此后,基于对宪法第一修正案的宗教自由条款的理解,各州以及联邦下级法院通过判例,逐渐发展出对就业领域的非歧视要求的所谓“神职人员例外”规则,即教会和宗教团体神职人员的任免不受就业歧视法律的管辖。和散那案是最高法院第一次审理关于神职人员例外的案件。最高法院在该案判决中主要处理两个问题:第一,“神职人员例外”规则是否是一个在法律上有效的规则;第二,如果承认该规则,本案是否应适用该规则,也即佩里奇是否是一个神职人员,以及对这一点进行判断的标准。

### (一) 神职人员例外规则

首席大法官罗伯茨撰写的多数判词首先回溯宪法第一修正案宗教条款的历史。他回顾了美国最初的移民是逃避欧洲的宗教迫害而移民的宗教信徒,英国圣公会对美国南方各州的干涉,并援引宪法之父詹姆斯·麦迪逊在该问题上的论述:“选择教会职能人员(functionaries)是彻头彻尾的宗教事务,应留给教会自己判断。”<sup>[24]</sup> 罗伯茨法官认为,“宗教团体的成员把他们的信仰交在神职人员手中。要求教会接受或保留一个不需要的的神职人员,或因为教会不这么做而遭受惩罚,不止是对雇佣决定的干涉,由法院介入来决定神职人员的任免,这不仅是对宗教内部事务的干涉,还剥夺了教会对其人格化的信仰的控制。政府如果强加一个不被需要的的神职人员,会违反自由行使条款,后者保护宗教团体通过任命形成自己的信仰和使命的权利;给予州政府决定谁可以当神职人员的权力还会违反禁止确立宗教条款,后者禁止政府卷入教会决定”<sup>[25]</sup> 也就是说,如果法院决定神职人员的任免,会同时违背自由行使条款和禁止政府建立宗教条款。对于神职人员例外规则的有效性,法院的结论是,规则是已经存在于联邦和州法院系统达四十年的有效的法律规则。

### (二) 确定神职人员的标准

在论证了“神职人员例外规则的存在”后,法院下一步需要确定佩里奇是否是和散那-他泊教会的神职人员。最高法院大法官们一致认为,佩里奇应当属于神职人员,但他们得出该结论的理由各不相同。

该案到达最高法院之前由第六巡回上诉法院审理。该上诉法院根据佩里奇的实际工作时间分配来决定她是否是神职人员:尽管佩里奇接受了神职,但她实际主要工作时间集中在与圣职没有什么关系的事务上;因此,佩里奇有神职人员之名而无神职人员之实,不应成为就业歧视的例外。<sup>[26]</sup> 这一按照时间计算的粗略方法遭到最高法院的反对。

首席大法官罗伯茨拒绝就如何确定某雇员是否属于神职人员给予“严格的公式”,而只是指出,和散那案中,根据“所有关于雇佣的情况”,包括佩里奇的头衔、获得该头衔所必须的培训、得到按立的过程、她自己本人的表述以及她所从事的工作等,可以判断她属于教会的神职人员,因此应受神职人员

[24] *Id.* at 703.

[25] *Id.* at 706.

[26] *EEOC v. Hosanna - Tabor Evangelical Lutheran Church and School*, 597 F.3d 769, 779 - 81 (2010).

例外的约束。<sup>[27]</sup>

阿里托大法官和卡根大法官则认为,确定是否是神职人员主要应当考虑员工的工作任务是否在于向他人传达宗教教义和信条。与罗伯茨大法官将宗教团体视为宪法保护的“特殊团体”<sup>[28]</sup>形成对照的是,他们倾向于将宗教团体视为表达性结社,<sup>[29]</sup>即以向他人以及教徒表达和灌输宗教教义和信条为目的的组织;因此,所有职责在于向他人和教众传达教义和信条的员工都应被视为神职人员。由于决定宗教团体的教义和信条的事务显然处于法院应当干涉的范畴之外,以传达教义和信条为主要职责的员工的任免也应在法院干涉的范畴之外。由于和散那案中工作职责包括向他人传授教义,因此法院不应对其任免进行干涉。<sup>[30]</sup>

托马斯大法官对如何确定员工的神职人员身份给出了最简洁有力的标准。他不赞同罗伯茨大法官的依据“所有关于雇佣的情况”的方法,也不认同阿里托大法官和卡根大法官对宗教团体的性质进行的判断。他认为,根据哪些事实可以确定一个雇员是神职人员,这本身就属于教会内部事务,而处于法官介入权力的范围之外。法官只应当判断教会的决定是否存在欺诈和不诚实;如果不存在这些情况,则教会对员工是否属于神职人员的认定就对法院有效。本案中,可以确认的是,和散那-他泊教会根据其内部标准诚实地认定佩里奇是神职人员,且违反了教规,这就足够了。<sup>[31]</sup>

“神职人员例外”规则的存在认可或重申了教会自治权。确定雇员是否是神职人员的不同标准体现了对教会自治权的不同的尊重程度。第六巡回法院运用的时间长短标准是纯粹世俗的;事实上,教会雇员是否是神职人员并不一定取决于他进行神职活动的时间长短。阿里托大法官和卡根大法官的“功能”标准的内涵比较确定,但在本质上它与第六巡回法院所采纳的标准并无不同,因为它基于对宗教团体的性质以及其中具体职位的功能的双重世俗认定。托马斯大法官的“诚实”标准一如既往地体现了他对宗教的极大尊重:是否是神职人员应当按照宗教内部的标准进行判断,世俗权力仅仅审查宗教决定是否是诚信地作出。<sup>[32]</sup>面对这几种迥然有别的观点,罗伯茨大法官采取了回避的态度。他的“所有关于雇佣的情况”标准是含糊的,因为任何事实情况的含义都需要诠释;诠释牵涉到运用什么意义系统(世俗系统还是宗教系统)作为出发点的问题,而这恰恰是争议所在。

### (三) 与史密斯案的区别

公平就业机会局与佩里奇提出,史密斯案是对和散那案有效的先例。如果中立的反毒品法律可以压倒对印第安宗教仪式的尊重,那么中立的反歧视的法律似乎也应压倒对教会神职人员任免的尊重。对此挑战,罗伯茨大法官简单地回答,宗教仪式属于宗教的“外部物理行为”,而神职人员任免属

[27] *Hosanna - Tabor*, 132 S. Ct. at 707.

[28] 罗伯茨大法官拒绝将和散那-他泊教会议视为一个“表达性结社”并适用与表达性结社相关的法律,理由是这与宪法第一修正案把宗教单独拎出作为保护对象的事实相矛盾。*Id.* at 706.

[29] 在美国宪法法理学中,结社分为“亲密性结社”与“表达性结社”两种;前者受到实质性正当程序条款的隐私权保护,后者受到言论自由条款保护。简言之,最高法院不认为结社自由本身是内在的宪法权利,但它是言论自由和正当程序宪法条款附带保护的对象。*See Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

[30] *Hosanna - Tabor*, 132 S. Ct. at 713 - 15.

[31] *Id.* at 710 - 11.

[32] 托马斯判词背后的潜台词似乎是,真正的宗教应当至少都是诚信严肃的。当然,如果把自治的逻辑发展到极致,我们还是可以问,政府是否有能力就宗教决定是否真诚作出判断?

于教会的“关乎信仰与使命的内部事务决定”，因此，史密斯原则不适用。<sup>[33]</sup>相应地，他诉诸另外一系列关于教会自己决定财产和教职的相对古老的判例作为自己的判决依据。<sup>[34]</sup>

罗伯茨大法官所援引的一系列判例，无一例外都是关于纯粹教会的内部争议的，争议各方都没有与国家强制性法律产生冲突。公平地说，政府不干预教会关于教产、教职和教义问题的纯粹内部争议是美国最高法院的牢固原则。然而，和散那案与这几个判例并非没有区别；它关涉到的是教会与国家法律之间的冲突这一新情况。罗伯茨大法官对此也坦白承认。<sup>[35]</sup>在这一意义上，和散那案与史密斯案的类似程度更高。另外，“外部物理行为”与“内部事务决定”之间并非泾渭分明。印第安人的宗教仪式如何进行，当然是他们的内在信仰所决定的，并不比决定神职人员这样的事务更不“关乎信仰与使命”。罗伯茨大法官所援引的判例，牵涉到的都是有久远历史和复杂组织的大教派的内部纷争。<sup>[36]</sup>路德宗教会固然与它们更相似，<sup>[37]</sup>但如把这一自决权利仅赋予具有这些传统意义上的教会，是否有对新兴教会（如印第安教会）歧视之嫌？如果教会自决权应普遍适用，那么似乎也应适用到印第安教会的崇拜上。如果说，史密斯案的“普遍中立性法律”原则与传统的纯粹限于教会内部事务的教会自决权可以井水不犯河水的话，那么它与和散那案所扩大理解的教会自决权（教会自决甚至可以高于外部法律）就难免冲突了。

正是在这一意义上，与史密斯案相比，和散那案转移了对宗教自由案件的关注侧重点，表明了最高法院对宗教自由的更为友善的立场。九名法官一致判决这一事实表明，对于在神职人员任免等内部管理问题上，宗教团体不应受到国家法律的干涉这一原则，最高法院内部具有高度共识。与判决结果相比更重要的是判决理由。最高法院不但未因为《残疾美国人法案》的表面中立性而直接适用史密斯案的“普遍中立性法律”原则判定教会歧视，也没有适用谢伯特案的“紧迫政府利益”原则在政府的反歧视利益和教会的利益之间进行权衡，而是认为神职人员任免属教会内部事务，政府不应干涉。许多人认为，这一判决表明最高法院对宗教自治（autonomy）这一原则的认可。<sup>[38]</sup>

### 三、法治与自治

斯卡利亚大法官的史密斯案判词体现了在法治与宗教自由这一对价值矛盾中偏向法治一极的态度。法治是一个宏大的理念，对其精神可以有，也确实有不同层次的理解。外延最大的法治概念——姑且称之为“实证法之治”——认为，法治就是指将事先颁布的法律规则无例外地适用于其管辖范围内的所有人和所有情况。法治就是规则之治。这种法治概念强调法律的可预测性和确定性，对法律

[33] *Hosanna – Tabor*, 132 S. Ct. at 707.

[34] 这些判例包括：*Watson v. Jones*, 13 Wall. 679, 20 L. Ed. 666 (1872)；*Kedroff v. St. Nicolas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America*, 344 U. S. 94 (1952)；*Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States and Canada v. Milivojevic*, 426 U. S. 696 (1976)。

[35] 他说：“到目前为止，我们（指最高法院）还没有遇到关于反就业歧视的诉讼牵涉到宗教组织选择神职人员的自由的情况。”*Hosanna – Tabor*, 132 S. Ct. at 705.

[36] *Watson* 一案是长老会的内部纷争，*Kedroff* 案与 *Serbian Eastern Orthodox Diocese* 案是东正教的内部纷争。

[37] 路德宗的历史可以溯源到马丁·路德宗教改革，比东正教历史短，大体与长老会相仿或更长一点。

[38] 例如，Christopher Lund, *The New Free Exercise Clause: Smith, Hosanna – Tabor, and the Scope of Church Autonomy*, unpublished paper, 2013 年春季杨百翰大学法律与宗教研讨会提交论文。

规则本身应当如何不作判断。因此,奴隶制的法律、种族隔离的法律以及其他的“恶法”,如果能够得到无例外的适用的话,也符合这种法治理想。这种法治概念,与判定法律边界的法律实证主义原则有天然的亲缘关系;这种法治概念中的法,往往指的是根据一定的“承认规则”,被社会普遍视为是法的规范集合。<sup>[39]</sup> 在民主社会中,这种法治最终会体现为多数之治。在美国的宗教自由司法史上,19世纪末最高法院在一系列判例中,把国会多数的旨在专门打压摩门教的不公正法律视为合宪,就是在民主社会中这种实证法之治理理念的典型代表。<sup>[40]</sup>

第二种法治概念具有更多的实质性要求,因而外延更小:法治必须是“中立法之治”。其基本精神不只是法律适用的人人平等,而且是法律在制订时必须针对所有人中立。只有普遍性的、中立的规范才称得上法律。<sup>[41]</sup> 对法律的普遍性和中立性的强调并不意味着法律应当对所有人群产生同样的效果,也不意味着法律不能够在社会中设立特定的等级或区分。它只意味着,法律在制订时并非旨在对某特定人群产生有利的或不利的后果;法律中的等级或区分不应与特定的群体相关联。史密斯案正是对应于这一法治理念的宗教自由判例。普遍和中立的法律的施行所导致的后果,是在一定的程度上牺牲宗教自由这一价值。当然,在斯卡利亚大法官看来,这一牺牲不是不可避免的,因为如果立法者从宗教自由的宪法规定出发在法律中给出其适用的例外,就可以在保障法治的同时维护宗教自由。这意味着,立法者在进行立法时,要始终把其对宪法规定的宗教自由的影响考虑在内。这对立法者在注意力和认知能力上提出了较高要求。在制定某些与宗教看上去沾不上边的法律时,立法者很难注意到宗教利益;即使立法者有意考虑宗教利益,由于社会生活形态广泛且变迁迅速,立法者也未必能够总是预见到宗教利益受到影响的情况。

对应于司法违宪审查,出现了第三种更为复杂的法治概念,即“普通法之治”。<sup>[42]</sup> 相较于强调人民主权的“中立法之治”,这种法治概念突出宪法作为根本大法甚至自然法的神圣性,强调法院所代表的自然和历史理性的优越地位,主张司法权与立法权之间的有效制衡,具有强烈的司法能动主义倾向和司法贵族主义气息。在关于宗教自由这样高度抽象的宪法原则的适用问题上,往往只有在充分考虑法律规定以及事实情况的细节之后才能作出符合宪法精神的判断,而这正是法院的独特地位所能够给予的。相对于立法者,法官的优势在于他们是在个案中对相关规则的适用和价值的权衡作事后判断。一方面,法官拥有立法者不具备的个案信息优势,所有事实细节都在法官触手可及的范围之

[39] 最典型的法律实证主义者如英国的边沁和奥斯丁,认为法律是主权者的命令。较晚近的实证主义者如哈特(“承认规则”即为他发明的术语)则认为,不同社会具有不同的对法律的承认规则。

[40] 美国联邦政府通过一系列法律对奉行一夫多妻的摩门教进行打压,包括宣布多妻制是犯罪,修改证据规则允许妻子对丈夫不利的证词,没收摩门教会的财产等。1890年,在面临着教会解散的压力下,摩门教宣布放弃多妻制。此后,摩门教合法化,财产归还,犹他州也正式被美国联邦接受为一个州。有关判例参见: *Reynolds v. United States*, 98 U. S. 145 (1878); *Davis v. Beason*, 133 U. S. 333 (1890); *The Late Corporation of the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. United States*, 136 U. S. 1 (1890)。摩门教虽然幸存下来,但是放弃了部分核心教义的摩门教很大程度上已经变成了另外一种宗教。See Frederick Gedicks, *The Integrity of Survival: A Mormon Response to Stanley Hauerwas*, 42 *DePaul Law Review* 167 (1992)。

[41] 对此思想阐发最为明确的当属卢梭。他认为法律应当是公意(*general will*)的体现。公意不是所有人的意志的机械的集合,而是其神秘的混同。在公意中不存在多数和少数的问题,也就不存在不中立的问题。See Jean Jacques Rousseau, *The Social Contract* 73-75 (Christopher Betts trans. Oxford University Press 1994)。

[42] 普通法是英国普通法院系统通过判例发展出来的一套规则。相对于议会法律更多基于人民意志,普通法的基础被普遍认为是自然理性与历史传统。美国的违宪审查制度,将法院置于对国会和各州法律进行评判的位置,而评判的基础则是基于自然理性的宪法和最高法院宪法判例这一历史传统。从这个意义上讲,司法违宪审查体现了普通法的传统,因此姑且称这种法治模式为普通法之治。

内;另一方面,在个案中,法律对现实产生影响的情况是已经发生的事实,不存在法官无法预见的问题。基于这些考虑,美国违宪审查的权力被赋予了司法机关。在宗教自由领域,谢伯特法则就体现了普通法之治的理念。其要点在于法院对立法机构的中立法律的合宪性作出大胆判断:中立法律是否有“紧迫政府利益”的支撑,完全取决于法院而不是立法机关。

上述三种法治概念尽管在其内涵和外延上颇有不同,但在一点上却是共通的:它们都承认国家法律具有至高无上的主权,也即承认“国家法之治”。只是在什么最终构成国家的根本性法律方面,这几种学说存在分歧。实证法之治基本认为,民主社会中,立法机构颁布的规范就是法律。中立法之治强调,立法机构的规范只有具有中立性才是法律。而普通法之治把法律的最终决定权交给了宪法,或者说交给了法院对宪法的解释。无可否认的是,所有这些法律都是指国家的法律。

正是在这一点上,和散那-他泊案提供了理解宗教自由的一种迥然不同的范式。就法治是一种规则之治而言,这第四种法治概念可以称为“社会法之治”或“宗教法之治”。<sup>[43]</sup> 这一范式承认,存在某些领域是国家法律无论以什么理由都不能涉足的;在该领域中,是其他法律而非国家法律具有主权。最典型的就宗教领域。相对于一国的法律,教会就像另一个主权国家一样,处于该法律管辖之外。教会与他国的差别在于,他国因管辖权的属地和属人原则而位于本国世俗政权主权范围之外,而教会因管辖权的属事(subject matter)原则而位于本国世俗政权主权范围之外。该观点认为,教会和宗教团体在本质上不同于其他社会团体,因为它们处理的是人类灵性方面的事务。灵命世界与世俗世界是两个根本不同的世界,有各自不同的对象、规律以及目标。政府以及政府的法律就俗世事务,例如安全、社会稳定、健康等作出规范,对于灵性事务政府根本欠缺进行管理和规范的能力。世俗政府不能以法律为手段,介入教会和宗教这一根本不属于自己主权范围的领域。

灵命世界与世俗世界是两个独立的世界,这种观点在西方源远流长。《圣经·新约》即记载耶稣的言论:“我的国不属于这个世界。”<sup>[44]</sup>“凯撒的物当归给凯撒,上帝的物当归给上帝。”<sup>[45]</sup>奥古斯丁在其名著《上帝之城》中,把世俗之城和上帝之城区分开来,并认为堕落的人虽然同时是这两个城的公民,但在上帝之城的核心事务上世俗政权不应介入。11世纪的教会革命中,教皇格里高利七世宣布教皇对主教的按立、任免、处罚、废止以及教会法律的制定有绝对权威,教会法庭是整个基督教世界所有基督徒的法庭。宗教改革时期的马丁·路德继承奥古斯丁的两城说,并进一步阐发了可见教会和不可见教会的理论;不可见教会的事务是世俗权力无法也无能力介入的。<sup>[46]</sup>再洗礼派(Anabaptists)主张教会从世俗世界中完全解脱出来,在污浊的尘世过圣洁的生活。<sup>[47]</sup>到了启蒙运动时期,美国国父

[43] 宗教法之治与国家法之治可以有诸种相互关系,从完全的重合(如在穆斯林国家,伊斯兰宗教法 Sharia Law 往往就是伊斯兰国家的法律),到不完全的重叠(如原奥斯曼帝国的 Millet 制度下,伊斯兰教虽得到优越于其他宗教的地位,但国家法律却高于伊斯兰法,同时国家法律也对其他宗教法律有一定程度的尊重),到完全的分离(如在法国所实行的 Laïcité 制度,要求国家完全世俗化并摒除一切宗教影响)。

[44] 新约·约翰福音 18:36。

[45] 新约·马太福音 22:21。

[46] 关于路德的教会观,参见 Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought, Vol. 2, The Age of Reformation* 3 - 19 (Cambridge University Press 1978)。

[47] John Witte, Jr., *Religion and the American Constitutional Experiment* 3 - 13 (2d ed., Westview Press 2005)。

们认为,应当在政治和宗教间立起“一堵分隔的墙”(杰斐逊语),<sup>[48]</sup>彼此互不干涉、互不侵犯。

如果说上文对宗教自治的论证基本是一种历史论证,群体权利则是上世纪中后期随着人权话语的流行而逐步兴起的一种哲学理论,它不但适用于宗教领域,而且被更广泛地应用于少数民族和文化的保护领域。要言之,该理论认为,人权意义上的权利不应当仅仅限于以个人为主体。<sup>[49]</sup>某些宗教、文化和民族群体同样具有权利,并因此应当得到政府和他人的尊重。<sup>[50]</sup>如果说个人权利在法院进行价值和利益权衡时应当成为压倒所有其他考量的“王牌”,<sup>[51]</sup>那么群体权利也应当具有类似的对群体的核心利益进行保护的功能,即使在群体权利与个人权利产生冲突时如何处理,许多人具有不同的意见。<sup>[52]</sup>

如果有任何群体有资格拥有权利,那么宗教群体肯定是其中之一。如果宗教团体的自治权拥有类似人权一样的权利,而在国际法以及各国普遍存在的宪法框架下,人权又是公认的能够对抗政府法律的武器,那么顺理成章的推论是,宗教团体的自治权可以对抗法律,政府不得以中立的强制性法律干涉宗教内部事务。可以说,群体权利理论为论证宗教自治提供了除历史以外的人权这一论证思路。

可以大体上说,对于宗教自由,摩门教案、谢伯特案和史密斯案都奉行了法治主义,尽管是不同的法治主义。摩门教案的实证法之治的原则早已不再适用;谢伯特案的普通法治原则与史密斯案的中立法治原则目前均拥有大量的支持者。因史密斯案时间较晚,中立法治原则至今仍是规范美国宗教自由行使的最重要原则。但许多亲宗教人士对史密斯案提出激烈批评,<sup>[53]</sup>在民意的驱使下,国会和各州立法机关也进行了一系列立法,试图推翻史密斯案(尽管许多并不成功)。<sup>[54]</sup>目前这种较量仍在进行中。在这一背景下,最高法院在和散那-他泊案中,以全票支持和散那-他泊教会在神职人员任免问题上拥有自治权,这从根本上排除了法律对特定宗教问题的适用,这不能不被视为在史密斯案20年后,美国社会宗教复兴这一趋势的反映。虽然最高法院对和散那案作为先例的适用范围进行了严

[48] Thomas Jefferson, *Letter to a Committee of the Danbury Baptist Association*, Washington (Jan. 1, 1802), quoted from *Religion and the Constitution* 54-55 (Michael McConnell, John Garvey & Thomas Berg eds., Aspen Law & Business, Inc. 2002).

[49] 典型持有该观点的例如 Michael Ignatiff, *Human Rights as Politics and Idolatry* (Princeton University Press 2001).

[50] 有些论者认为群体具有权利,但只具有工具意义上的权利,即群体权利有利于对个人权利的最终保护。例见 Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (Oxford Clarendon Press 1989). 有些论者认为群体权利是一种内在的权利,不需要也无法归约为个人权利。See Jeremy Waldron, *Liberal Rights* 339 (Cambridge University Press 1993); Chandran Kukathas, *Are There Any Cultural Rights*, 20 *Political Theory* 105 (Feb. 1992); Frederick Gedicks, *Toward a Constitutional Jurisprudence of Religious Group Rights*, 1989 *Wisconsin L. Rev.* 99 (1989).

[51] 德沃金的术语。See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 184 (Harvard University Press 1977).

[52] See Waldron, *supra* note 50, at 339; *The Dignity of Groups*, 2008 *Acta Juridica* 66 (2008); Frederick Gedicks, *The Recurring Paradox of Groups in the Liberal States*, 2010 *Utah Law Review* 47 (2010).

[53] 最有代表性的批评见 Michael McConnell 被广为引用的论文: Michael McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 *Univ. Chi. L. Rev.* 1109 (1990).

[54] 史密斯案后,美国国会通过了“宗教自由恢复法案”(简称“RFRA”),即按照斯卡利亚大法官的逻辑,意图通过立法一次性地确定宗教自由。然而,在此后因该法案而提起的 *City of Boerne v. Flores* 521 U.S. 507 (1997) 一案中,最高法院以国会宪法第十四修正案理解有误为理由,宣布该法案应用到各州的部分违宪。此后,为挽回 *City of Boerne v. Flores* 一案的损失,国会向法院认可的权限内又通过了在土地规划等领域保护宗教自由的法案;许多州也根据史密斯案的逻辑各自通过了保护宗教自由的法案。在这些法案所及的范围内,可以说谢伯特原则又得到了复活。

格限制,<sup>[55]</sup>而且没有直接推翻史密斯案,但这种态度的转变反映了美国社会近30年来公共舆论和文化的变迁,即从自由主义到多元主义的变迁。

#### 四、自由主义与多元主义

法治与平等、人权等理念一起,构成现代自由主义的基石。从16、17世纪混乱的宗教战争中走出来的欧洲现代国家需要有与自身制度相适应的意识形态,教随国立(*cuius regio eius religio*)的原则通过奥格斯堡和约(1555)成为德国的主流,自此德意志世俗权力脱离罗马教廷控制,在一片土地上同时具有属世和属灵的权威。大约在同时,英王亨利八世通过《至尊法案》(*Supremacy Act*)宣布英国国教脱离罗马天主教,英王成为教会首脑。加尔文在瑞士的改革诞生了政教合一的统治,之后该模式被苏格兰长老会、英格兰清教、法国胡格诺派所复制,并在美国新英格兰地区得到推广。<sup>[56]</sup>总体来说,政教合一的民族国家是这一阶段欧洲的趋势。

当代许多欧洲国家仍然拥有国教,但已经与历史上政教合一的国家不可同日而语。宗教改革与启蒙运动在三百年间改变了欧洲社会的精神基础。宗教改革通过唯有圣经是权威、人人皆是祭司等革命性的思想,把个人从罗马天主教会的控制中解放出来,给予了个人以信仰和精神自由的权利。启蒙运动则进一步把人从神的束缚中解脱出来,使人成为独立的、自由的和大写的人。即使在拥有国教和厚重历史传统的国家,个人自由与自主(*autonomy*)也已成为首要价值。今天,在欧洲国家中,没有任何国教敢于对个人的良心自由予以强制。欧洲人权公约第九条对宗教信仰自由有详细的规定。<sup>[57]</sup>自主的自由主义是欧洲自由主义的主旋律。

美国走的是一条不同的道路。作为一个移民国家,尤其是被迫害的宗教信徒的移民国家,美国人民本身具有高度宗教性。但任何教派,无论是清教徒还是浸信会,无论是英国国教派还是天主教,都无法在人口和力量上达到足够优势,所以美国联邦难以建立统一的国教。同时,由于美国地域广阔物产丰富,任何少数教派和新宗教总能够找到容身之地和自由信仰的空间,所以美国的宗教非常兴盛,各教派层出不穷。宗教多元是美国殖民地的历史所决定的一个现实。为适应这种现实,也因为美国国父们对欧洲宗教战争教训的深刻认识,还由于启蒙运动思想巨擘们的理念传播,美国联邦宪法通过第一修正案,把政教分离作为一个原则确立下来,联邦政府不得干涉信教自由,也不得建国教。受庇于这一宗教自由的传统,美国历史上唯一的内战不是因为宗教原因(相比之下,欧洲战争多数都

[55] 和散那-他泊案判词对该案作为先例的适用范围进行了严格限制。具体体现在两个方面:首先,罗伯茨大法官在判词的最后明确指出,该案确认的“神职人员例外只适用于神职人员提出的以反歧视为诉由的教会开除员工案件”;*Hosanna - Tabor*, 132 S. Ct., at 710. 是否该例外也适用于其他情况,如其他教会违约和侵权之诉,本案并不能自动作为先例,而应视具体情况而定。这就大大地缩小了本案原则本来可能具有的先例约束的效力。其次,在罗伯茨判词脚注4中,罗伯茨大法官指出,神职人员例外只是诉讼一方的抗辩权(*affirmative defense*),而并非对法院管辖权的限制(*jurisdictional bar*)。 *Hosanna - Tabor*, 132 S. Ct., at 709. 换言之,如果神职人员以反歧视理由起诉教会,教会可以以原告是神职人员为理由,主张免除反歧视法律的约束,从而胜诉;如果教会没有提出该抗辩,则法院会认为反歧视法律适用,从而判决教会败诉。该原则本身不是对法院管辖权的限制,法院自己不应当主动援引该原则判决教会胜诉。

[56] *Supra* note 47, at 10 - 15.

[57] 《欧洲人权公约》第九条所保护的是“思想、良心和宗教”的自由。从词语排序上看,公约把宗教基本视为个人思想或良心的产物。See Gerhard Robbers, *Church Autonomy in the European Court of Human Rights — Recent Developments in Germany*, 26 *Journal of Law and Religion* 281, 281 (2010 - 2011).

是宗教战争),而主要是因为奴隶制。美国联邦在战争后得以幸存。作为内战的主要成果之一的联邦宪法第十四修正案,通过二战前后美国最高法院的司法解释,<sup>[58]</sup>把信仰自由和政教分离的原则从联邦扩大到各州。这就是与宗教自由相关的美国历史的概貌。

没有国教,美国作为一个国家的国家精神是什么?显然,美国的历史决定了,它既不能是某种神学,也不能是无神论。它在信仰上只能是中立的,它必须尊重一切信仰以及不信仰。这意味着它尊重持不同信仰或不持任何信仰的形形色色的人。同时,不像欧洲的千年封建历史所遗留的等级制社会结构——即使精神和肉身的双重革命也未必能彻底扫除这种等级制——美国没有历史负担,除印第安人以外,所有人都是从原来的土地上连根拔起的新移民,因此美国在制度和社会结构上相对简单和平等。最后,相较于人口规模,北美大陆的物产特别富饶,因此美国人担负得起物质方面的相对平等。在精神、制度和物质三个层面的平等铸就了美国的以平等为基础的自由主义国家精神。

法治是自由主义的核心要素之一。无论是实证法之治,还是中立法之治,抑或是普通法之治,平等与自由都是法治所保护的主要价值。关于平等,实证法之治的平等理念通过法律适用的平等得到体现;立法机构制订的规则,除非自己规定例外,为自己设定界限,否则要平等适用于符合规则规定的管辖范围的所有人。中立法之治的理念尤其保护平等;它不但要求法律平等适用于所有人,而且要求法律在制定时就应当对所有人平等。普通法之治与前两者的主要区别在于机构上以最高法院作为最高主权机关;最高法院的实质性介入使得法律形式上的平等适用变得更为复杂,但普通法的遵循先例原则却在与立法不同的层次上保护平等这一根本性价值。关于自由,无论由什么权威机构制定和公布的规则,都使人们可以预测未来,从而降低人们行为的信息成本,使人们的生活有相对稳定的框架,方便人们自由安排生活。这些都有利于自主和自由。无论采纳美国版的平等自由主义,还是采纳欧洲版的自主自由主义,法治都是自由主义的价值和内在逻辑所必然要求的。

法治的逻辑前提是强大的国家,因为法律在现代情境下是国家的世俗法律。法治的本质是以普遍性法律为手段,平等地推行国家意志或国家理性。对于法治来说,国家权力的来源并非最重要,国家有足够权力这一点就够了。在自由主义话语中,自由是免于国家权力侵犯的自由;平等是国家法律和国家待遇面前的平等,分配是由国家和政府进行的不同于市场原则的物质分派,福利是由国家而不是由市场进行的产品提供。自由主义根本就是一种国家哲学,国家是自由主义的逻辑前提和结构前提;自主自由主义是如何限制国家权力的哲学,平等自由主义是如何行使国家权力的哲学。国家是整个自由主义理论的阿基米德支点——可以说,没有国家,就没有自由主义。

国家意味着权威。它意味着,个人和群体与国家意见不一致时,应当放弃自己的判断而服从国家的命令,否则国家对那些不服从的个人和群体有实施强制的权利。但自主自由主义理论恰恰是一种倡导个人自主和自由的理论,其根本价值即在于不放弃个体的判断并维护个体的决定权。这个逻辑可以类推适用到国家与群体的关系。如果群体的价值应当受到尊重,那么国家干涉和侵害这种价值无疑就需要坚实的理由。显然,在自主自由主义理论下,国家与个体(群体)、权威与自主间存在张力。<sup>[59]</sup>

[58] *Supra* note 3.

[59] 甚至不仅仅是张力,而有可能是矛盾。关于此观点,参见 Robert Paul Wolff, *In Defense of Anarchism* 3-20 (Univ. of California Press 1998).

与自主自由主义不同,平等自由主义倡导国家行使权威过程中的中立性和平等性。这最明显地体现在法治原则上。但是,表面中立和平等的法律,会由于个人和群体价值观和生活方式的不同,而实质上产生不中立和不平等的效果。平等适用反毒品的法律,会造成史密斯等教徒在宗教信仰自由上遭受实质上的不平等待遇。如果说自主自由主义的国家要面对个人和群体自主性的挑战,那么平等自由主义的国家则在实质平等和形式平等的撕扯下陷入精神分裂。

问题的症结在于把国家视作统摄一切的但又不具有形而上学地位的上层建筑。自主自由主义的国家本身不具有内在价值,只具有工具性价值,其功能在于调整社会的冲突,最终实现自主和自由。平等自由主义的国家没有自己的目标,或者说中立性与平等就是它的唯一目标。在自由主义那里,国家不是一个实体,只是一种超越在社会一切实体之上的结构,但它却统辖和涵摄一切实体。

但是,从历史的观点来看,国家无疑是实体;它从宗教、政治、社会诸因素混沌一体的基督教王国中脱胎而出,并在与教会的斗争以及彼此之间的斗争中逐渐发展壮大。<sup>[60]</sup> 与现代国家相比,罗马教会、东正教会与伊斯兰教会都是历史更为久远的组织;新教诸主要教派也基本与之同步诞生。欧洲中世纪即大量存在大学、行会等国家以外的自治组织。这种种社会结构往往都是通过一定的规范、规则而组织在一起,有其自身的逻辑、传统和生命,反映着诸种独特的价值和理性。最初的国家只是这些形形色色的组织中的一种而已。由于精神世界的分化、社会经济的发展,尤其是国家对暴力的垄断,国家逐渐从社会中的一个组织成长为对所有其他组织的整合性的,甚至是统治性的力量。

今天,高高在上的利维坦——现代国家,正面临来自两个方向的挑战。第一个挑战是全球化。在全球化视野下,国家不再是讨论社会和个人问题的逻辑背景和理论起点,而是变成了逻辑和理论的对象;自由主义的国家理论成为一种也仅仅是一种理论可能。第二个挑战是地方主义和文化族群的兴起。国家越来越多地恢复其原貌,被视为附着在社会之上的一种组织结构,与教会、公司、民族、非政府组织等结构可以在一个水平上被分析。

多元主义不只是一种社会现象,也是一种理论现象。自由主义理论基本是一种一元化的基础主义理论。比如说,以德沃金为代表的美国自由主义往往将所有价值归约为平等;<sup>[61]</sup>以约瑟夫·拉兹为代表的英国自由主义则赋予自主以最高价值。<sup>[62]</sup> 多元主义理论意图打破自由主义垄断。在多元主义看来,不但社会结构、组织和团体是多元的,社会价值、信仰和道德也是多元的;这些价值、信仰和道德往往不可比较和通约;每一价值、信仰和道德体系都有自己的内部规律、适用范围和存在的尊严,并也因此都不比另外的价值、信仰和道德体系更高或更低。自由主义只是一种国家持有的价值和信念体系,比起其他价值和信念体系并不具有理论上的优越性和适用上的优先性。<sup>[63]</sup>

史密斯案就完全是自由主义哲学的产物。宗教仪式当然具有价值;但是法律面前的平等是基础

[60] 关于现代国家的历史和演变,参见 Christopher Pierson, *The Modern State* (2d ed., Routledge 2004).

[61] See Ronald Dworkin, *Liberalism*, in *A Matter of Principle* 183 (Harvard University Press 1985). 早期罗尔斯基本可以被视为与德沃金同属一个阵营(他以康德关于人的理想作为自己的正义论的基础);虽然后期罗尔斯的政治自由主义有意摒弃基础性价值,转而试图为所有的价值提供一个共生共荣的框架,但不可否认的是,后期罗尔斯主张重叠共识和公共理性,只是放弃了平等和自由在理论体系中的基础性地位,而并未放弃平等和自由的规范性内容,更未放弃将平等和自由作为标尺去干涉其他价值体系的尝试。

[62] Joseph Raz, *The Morality of Freedom* charters. 14, 15 (Oxford University Press 1986).

[63] 多元主义内部也有多种版本。See William Galston, *Liberal Pluralism* (Cambridge University Press 2004); John Gray, *The Two Faces of Liberalism* (Polity Press 2000). 就反对自由主义国家的中立性及其把自主性作为最终价值而言,它们是一致的。

性的、涵盖一切的社会价值。在自由主义价值与其他价值产生冲突时,国家应当保证自己通过法律行使权威,否则社会会陷入无政府主义,每个人会成为自己的法律。对政府来说,平等对待所有人,并让所有人在法律的框架下自主地生活,这是国家的目的。

相比之下,和散那案所体现的宗教自治则反映了多元主义的价值观。该案的关键是反歧视,也就是平等的自由主义价值与宗教自治的价值发生冲突时如何取舍。从自由主义的角度看,有什么理由认为反歧视适用于政府、企业、工会、大学甚至家庭等几乎一切组织,却不能适用于宗教组织呢?难道宗教不也仅是一种社会组织吗?为什么要将宗教区别对待?难道这不是赋予宗教人士以一种特权吗?从更技术的层面讲,难道这不是政府以自己的力量在确立宗教的优越地位,从而违反宪法“不得建立宗教条款”吗?<sup>[64]</sup>

但是,宗教自治的支持者问的是完全不同的问题:世俗政权凭什么认为自己所信仰的平等这一价值可以而且应当适用于所有领域?信仰事务与世俗事务在性质上相同吗?政府对信仰事务比宗教团体本身更具有判断能力吗?宗教自治的支持者并不是要将本宗教的价值观强加到所有人(包括政府)之上——虽然自治的宗教内部确实认为自己的价值观是真理——而毋宁是要为自己的价值、组织和历史文化争夺一片不受干扰的空间;面对强势的自由主义意识形态和国家,宗教自治指出世俗国家的权力以及其背后的哲学都有自身的限度,不能够及于所有的领域。宗教应当享有自由,不是因为宗教价值对个人特别重要,也不是因为政府的某些法规可能并不具有紧迫的利益,(尽管这些可能都是真的),而是因为政府本来就缺乏干预和管理宗教和精神事务的能力——上帝的国与凯撒的国本不相干。自由与平等当然是崇高的理念,但它们不应当在不属于自己的“国度”里统治。

## 五、结语

突破了自由主义框架的多元主义也带来了自己的难题,这主要体现在两个方面。

首先,个人与国家间的逻辑排列不能简单地适用到群体。个人的自主和自由很难不加限制地类推到群体权利。因为,宗教等群体在行使自己的自治权的时候,可能损害个人的权利。事实上,现代国家可以视为个人为对抗教会等群体、保护个体的利益而进行的制度设计;现代性可以视为个体从群体桎梏中解放出来的事业。在多元主义框架下,如何对个人、群体和国家的诉求进行重新排列组合,是一个颇费踌躇的问题。难道多元主义的鼓吹者真的愿意放弃个人权利和自由优先这一现代性的来之不易的成果?

其次,如果承认群体的自主性,倒是避免了自由主义国家对群体进行调控时进退失据的困难局面,但是放弃了国家这一调控组织和手段,如何保证社会的秩序和稳定?享有自治权的各种群体按照自身的逻辑自由发展,相互之间难免产生碰撞和冲突。如果国家不应当扮演仲裁者的角色,又由谁来填补这个空白?多元主义的唯一价值似乎是宽容;但如何保证宽容是所有自治的群体和个人的重叠共识?显然,多元主义要取代自由主义,需要更多的理论想象力和制度创造力。

[64] 关于美国宪法宗教条款中的自由行使条款和不得确立国教条款的潜在冲突,参见斯图尔特大法官在谢伯特案中的附议意见, *Sherbert*, 374 U. S. at 414-417; see also Philip Hamburger, *A Constitutional Right of Religious Exemption: A historical Perspective*, 60 *George Washington L. Rev.* 915, 946-947 (1991-1992).

多元主义可以标榜自己的反理论特征,声称不需要一个新的正统,否则又会堕入它所诟病的基础主义和一元论,但是实践中出现的问题却迫切地需要解决。在反对史密斯案的生硬的规则主义的同时,美国最高法院在和散那案中非常注意不陷入新的教条:这体现在大法官们严格限制该案原则的适用范围以及罗伯茨判词的第四脚注上。<sup>[65]</sup> 与饱受攻讦的史密斯原则和方兴未艾但极具颠覆性的宗教自治原则相比,谢伯特法则所代表的笼而统之的价值权衡,尽管存在认识论上的困难并似乎缺乏美学价值,但可能体现了真正圆融的智慧。

### **Rule of Law or Autonomy: The Transformation of the Freedom of Religion in the United States through the Lens of Two Cases**

Zhang Zheng

**Abstract:** The most important Supreme Court cases regarding free exercise of religion for the latest thirty years of the United States, namely *Employment Division v. Smith*, and *Hosanna Tabor Evangelical Lutheran Church v. EEOC*, signifies the paradigm shift of the free exercise jurisprudence of the Supreme Court. Historically, the free exercise jurisprudence in connection with the ideal of the rule of law that it presumes has four basic paradigms: the rule of positive law, the rule of neutral law, the rule of common law and the rule of social law. These four paradigms are represented by four groups of the Supreme Court cases. *Smith* and *Hosanna Tabor* embody the rule of neutral law and the rule of social law respectively. The former three paradigms manifest the various understandings of the concept of the rule of law at the state law level, while the fourth one points toward a new trend of the free exercise jurisprudence from state governance to social autonomy. The underlying motivating force of this trend lies in the transition of the discourse of political philosophy from liberalism to pluralism, and the development of the pluralist social forces of the United States.

**Keywords:** religious freedom; the rule of law; religious autonomy; liberalism; pluralism

(责任编辑:刘 馨)

---

[65] *Supra* note 55.

【法政时评】

## 法国消费者合同撤回权立法及启示

凌学东\*

**摘要:**法国法上的消费者合同撤回权是指消费者在作出承诺后一定期间有权撤回承诺。这一制度最早适用于上门交易,后扩展至消费借贷、远程销售、分时度假、人寿保险等领域。法国《消费法典》移植了欧盟相关指令,对撤回权制度作了统一规定。不同交易类型的撤回期间有别,若法定信息未适当提供给消费者,撤回期间会被延长。撤回权法律效果总体为恢复原状,除退货运费和借贷本金的利息外,善意消费者不承担任何补偿责任。我国消费者合同撤回权规定零散,须解决立法体系问题、与民法关系问题。建议平衡我国经济发展实际与消费者保护水平,扩大消费者合同撤回权适用范围,统一撤回期间,明确撤回方式、撤回效果和成本分担。

**关键词:**法国 欧盟 消费者 撤回权

法国法上的消费者合同撤回权是指消费者在作出承诺后一定期间有权撤回承诺。这一制度最早适用于上门交易,后陆续扩展至消费借贷、远程销售、分时度假、人寿保险等领域。法国《消费法典》移植了欧盟相关指令,对消费者合同撤回权制度进行了统一规定,制度设计已较为成熟。我国于2013年修订的《消费者权益保护法》(以下简称“新消法”)第25条规定了远程购物的消费者享有无理由退货权。消费者无理由退货权还散见于其他单行法。本文拟引介法国消费者合同撤回权制度,为中国相应制度的完善提供借鉴。

### 一、法国消费者合同撤回权的法律适用

消费者合同撤回权源于现代消费者主权理念,随着消费者保护运动的深入和交易类型的丰富而发展变化,早期散见于单行法,而后逐步法典化。法国消费者合同撤回权(droit de rétractation)<sup>[1]</sup>最早见于关于上门交易与家庭推销形式中消费者保护的1972年12月22日第72-1137号法律。1978年1月10日关于某些借贷交易领域中消费者教育和保护的78-22号法律规定了消费借贷合同撤回权,借款人从承诺要约之日起7日内有权撤回合同,对于在撤回期间寻求或给与付款的贷款人,法律规定了一定数额的罚款。1993年7月26日第93-949号法律即《消费法典》(立法部分)规定了消费者在远程销售与服务、上门交易、资产分时利用、长期度假产品、消费借贷合同中享有撤回权。法国法

\* 对外经济贸易大学消费者保护法研究中心研究员,法学博士,北京市住房和城乡建设委员会高级经济师。本文为2013年度国家社科基金项目“我国格式条款立法缺陷的清理及修法方案研究”(批准号:13BFX090)的阶段性研究成果。

[1] 撤回权并不专属于消费者保护法律,法国《劳动法典》第L6353-5条赋予实习生10日的撤回期间。

还使用了沉思期间(délai de réflexion)概念,其首次进入立法见于1971年7月12日关于远程教育合同的第71-566号法律。<sup>[2]</sup> 沉思期间常被误用为撤回期间,《消费法典》对此亦未作统一表述。法国法区分了撤回权与解除权(droit de résiliation)。法国《消费法典》吸纳了欧盟相关指令,<sup>[3]</sup>对消费者合同撤回权的适用范围、期间、效力等作了明确规定。

## 二、法国消费者合同撤回权适用的交易类型

对于一份经营者与消费者有效订立甚至已经履行的合同,消费者仅凭其单方意思表示,无需任何理由即可废止并要求恢复原状,且不承担法律责任,无论如何,对经营者的交易安全乃至传统合同法框架都是一种冲击。消费者合同撤回权的适用范围因此受到限定。法国法上的消费者合同撤回权适用范围虽有发展,仍主要限于上门交易、消费借贷、远程销售、分时度假、人寿保险等几个特定领域。

### (一) 上门交易

上门销售<sup>[4]</sup>的特征在于,销售人员基本上都是不约而至,对于商品或者服务做出许多描述,往往只说好处和优势,回避风险和劣势,在总体上会产生一定的误导性,前者称为“误导性的作为”,后者称为“误导性的不作为”。<sup>[5]</sup> 从英国《租赁买卖法》、美国《冷静期规则》、法国第72-1137号法律、欧共体第85/577/EEC号指令来看,上门交易是消费者合同撤回权最早涉足的领域。法国《消费法典》<sup>[6]</sup>第L121-21条<sup>[7]</sup>对上门交易的空间范围作了规定:无论谁实施或让人实施,在自然人家中、住地、工作场所向其建议购买、销售、租赁、租售、附购买选择租赁财产或服务,即便应其要求,均适用上门交易的规定;在被推销的商品或服务的非商业化场所,尤其在某商人组织、为其利益的聚会地、远足郊游中实施前述经营的行为,也适用上门交易规定。我国近年频频见诸报端的保健品公司借免费旅游之名向中老年人推销高价保健品,<sup>[8]</sup>即属于经营者组织或让人组织的以推介商品或服务为目的的郊游形式,应纳入上门交易的规制范畴。《德国民法典》第312条第1款作了类似规定。<sup>[9]</sup> 美国《冷静期规

[2] 根据《教育法典》第444-8条,为了能够判断私立机构建议的教育条件及效用,学生可在收到建议后7日期限内签订合同。

[3] 欧盟关于消费者合同撤回权现行有效的指令共有五个:关于消费者金融服务远程销售及修正第90/619/EEC号指令、第97/7/EC号指令和第98/27/EC号指令的第2002/65/EC号指令,关于人寿保险的第2002/83/EC号指令,关于消费借贷合同的第2008/48/EC号指令,关于在某些方面保护分时度假、长期度假、转售、互换合同消费者的第2008/122/EC号指令,关于消费者权利及修正第93/13/EEC号指令和第1999/44/EC号指令、废止第85/577/EEC号指令和第97/7/EC号指令的第2011/83/EU号指令。

[4] 上门交易不能顾名思义地理解为仅仅发生在消费者家中的交易,而是指经营者在营业场所之外的地方,包括消费者租住地、工作场所、临时展销地等,通过宣传劝诱方式向其建议商品或服务的购买、销售、租赁、租售等交易。交易形式除了常见的经营者上门推销外,还包括经营者上门收购、租赁、租售等,故将上门交易表述为“上门销售”或“上门推销”是不准确的。

[5] 孙良国:“消费者何以有撤回权”,载《当代法学》2011年第6期,第108页。

[6] 法文版为Code de la consommation, Dernière modification du texte le 13 août 2011 - Document généré le 15 août 2011 - Copyright (C) 2007 - 2008 Legifrance, 本文涉及《消费法典》内容均为笔者译。

[7] 《消费法典》有关消费者合同撤回权的大量条款被置于第一卷“消费者告知与合同订立”的第二编“商业行为”的第一章“受管制的商业行为”之下,前置条款号皆为L121。将受管制的商业行为与销售条件、交付期限、原产地命名、品质认证标识等消费者知情权内容共同置于首卷,这样的体例安排本身就表明,在一个发达的市场经济国家中,经营者诚信披露法定信息的义务首当其冲。

[8] 参见2008年3月12日《金华日报》的“借免费旅游,推销保健品”、2010年12月13日《新民晚报》的“保健品公司组织旅游出车祸”、2013年4月15日《老年生活报》的“提示:天上不会掉馅饼,老年人免费旅游多陷阱”。

[9] 参见杜景林、卢湛:《德国民法典评注:总则·债法·物权》,法律出版社2011年版,第144页。

则》更是将上门交易的场所扩展至几乎所有非营业地,只规定了少数例外情形。法国《消费法典》第 L121 - 25 条规定了消费者对上门交易合同的废除权:“客户在订购或承诺购买后 7 日内(含节假日),有权通过带回执的挂号信予以废除。<sup>[10]</sup> 如果该期间在周六、周日或法定节假日正常到期,应顺延至后续第一个工作日。任何合同条款规定客户放弃其废除订购或购买承诺的权利属完全无效。本条不适用于依第 L121 - 27 条规定条件签订的合同。”同法第 L121 - 27 条规定:“在通过电话或其他类似电子方式上门交易后,经营者应当告知消费者确认其发出的要约。消费者仅受其签字的约束。”

## (二) 消费借贷

消费借贷或谓之消费信贷,<sup>[11]</sup>几乎与上门交易同时被规定消费者拥有撤回权。消费借贷主要表现为两种形态:一是经营者授予消费者对商品或服务价款进行分期或延期支付的信用;二是银行等金融机构对消费者进行贷款支持而授予其消费商品或服务的信用。欧盟第 2008/48/EC 号指令将借贷合同定义为:“债权人以延期付款、贷款或其他类似的财务融通方式,授予或许诺授予消费者信用的合同,但不包括持续性提供同种服务或商品的情况下消费者在规定期限内以分期付款方式支付商品或服务的合同。根据法国《消费法典》第 L311 - 1 条第 1 款,消费借贷中的贷款人是指在从事商业或经营活动范围内,同意或许诺同意向借款人或消费者提供信用的所有主体。同法第 L311 - 2 条规定,无论借贷交易是有偿的还是无偿的,连带其担保,皆适用消费借贷相关规定;租赁买卖及含购买选择的租赁与借贷交易相似对待,适用消费借贷一章的规定。对于消费借贷的用途和额度,同法第 L311 - 3 条作了限定,消费借贷一章排除适用:(1)用途为土地、既有或待建不动产物权的取得、维护或利用的借贷交易,也包括为实施土地或不动产的维修、改良、养护工程的借贷交易;(2)借贷总额低于 200 欧元或高于 75000 欧元的交易,除非属于第 L313 - 15 条提及的借贷重组;(3)通过授权形式同意在一个月期限内偿还透支金额的借贷交易。<sup>[12]</sup>

## (三) 远程销售

远程销售或谓之远程交易,得益于通讯技术的发展,相关规制始于 20 世纪 80 年代。各种远程通讯技术一方面使卖方得以向消费者传递要约,另一方面使消费者向卖方远距离订购成为可能。无论使用何种通讯手段,远程销售的特征就是卖方与消费者不相互会面而使合同的签订与履行成为可能。<sup>[13]</sup> 法国有关远程销售的强制规则最早见于 1988 年 1 月 6 日的法律,2001 年 8 月通过修订《消费法典》第 L121 - 16 条移植了欧盟 1997 年关于远程合同消费者保护的第 97/7/EC 号指令。《消费法典》第 L121 - 20 条规定了消费者对远程合同的撤回权,其中规定,“消费者拥有整整 7 日期间以行使其撤回权,不必说明动机,也不承担责任,必要的退货费用除外。如果消费者不能走动,而供给对其生存条件属于紧急且必要,消费者可突破此期间;倘如此,他继续行使撤回权仍不必说明动机,也不承担责任。前述期间自收到财物或接受服务起算”。同法第 L121 - 20 - 2 条规定了远程合同撤回权的例外情形:“除非双方另行协商一致,对以下合同不能行使撤回权:(1)经消费者同意,在完整的 7 日期间

[10] 法典原文为 renoncer(废除),未使用 rétracter(撤回)。

[11] 英文表述为 consumer credit,法文表述为 crédit à la consommation。笔者倾向于译为“消费借贷”,因为其更能体现作为贷方的经营者与作为借方的消费者的双向关系。

[12] 本条规定的排除适用情形共 10 种,还包括经营活动的投资、期限低于 3 个月的短期借贷等,笔者仅译了前 3 种,主要想说明消费者涉及不动产的借贷在法国法上不属于消费借贷,而且此类借贷通常也是大额借贷,不适用合同撤回权的相关规定。

[13] Y. Picod et Hélène Davo, *Droit de la consommation*, Paris, France: Dalloz, 2<sup>e</sup> édition 2010, p. 63.

届满前已经开始履行的服务提供合同；(2)其价格随金融市场利率浮动的财产或服务提供合同；(3)应消费者要求或明显个性化定制的,或根据其性质不能被转运、易变质或即将过期的财产供给合同；(4)被消费者开封的录音、录像或计算机软件的供给合同；(5)报纸、期刊或杂志供给合同；(6)被许可的彩票或赌注服务合同。”同法第 L121 - 20 - 12 条对远程金融服务合同适用撤回权的范围、条件、期间、效果等作了特别规定。

#### (四) 分时度假

分时度假合同是较晚适用消费者合同撤回权的领域。在 20 世纪 60 年代的法国,最早出现由亲朋好友共同购买一幢度假别墅,大家在不同时段分别使用的模式。资产分时利用对象由不动产扩展至动产,且不限于度假,尽管居住仍然是主要利用方式。法国《消费法典》将资产分时利用合同与长期度假产品合同作了区分,两者都规定合同期限在 1 年以上,用于有偿居住,使用期限已确定或可确定,合同要约必须包括撤回权期间、条件及效果等相应信息,所不同的是,前者的消费者拥有对不动产、动产的使用权(jouissance),后者涉及度假者的住宿权(un droit à hébergement)。<sup>[14]</sup> 同法第 L121 - 63 条规定,经营者提供的资产分时利用合同、长期度假产品合同、转售合同、互换合同的要约必须包含撤回权的期间、行使条件及效果等信息,以清楚、易懂的方式,通过书面或其他易于获取的持久介质告知消费者。同法第 L121 - 67 条第 3 款规定:“在合同签订前,经营者应提醒消费者注意撤回权的存在及期间,并注意在撤回期间内禁止预付款。”同法第 L121 - 68 条规定前述合同应包含与合同分开的符合特定样式的撤回表格。《德国民法典》第 481 条界定了“部分时间居住权合同”,第 485 条第 1 款规定了消费者对此类合同的撤回权,<sup>[15]</sup>与法国的前述规定异曲同工。

#### (五) 人寿保险

根据欧盟关于人寿保险的第 2002/83/EC 号指令第 35 条,各成员国应规定,签订个人人寿保险合同的投保人在其被告知合同已订立时起 14 日至 30 日期间内有权撤回合同,投保人给出撤回通知应产生免除其合同后续义务的效力。对于合同期限在 6 个月以下的,因为投保人无需特别保护,成员国不必适用前款规定,但应在规则中明确不适用的情形。<sup>[16]</sup> 法国《保险法典》<sup>[17]</sup>第 L132 - 5 - 1 条规定,签订人寿或储蓄保险条款或合同的自然人,在被告知合同已订立时起 30 个日历日期间内,有权通过带回执的挂号信废除<sup>[18]</sup>合同;该期间在最后一日 24 点到期,遇周六、周日或法定节假日将顺延。该条不适用于最长两个月期限的合同。同法第 L112 - 2 - 1 条涉及远程经营保险,规定自然人对其签订的不属于商业经营活动范围的远程合同,有权在 14 个日历日期间内予以废除,不必说明理由,也不承担责任。<sup>[19]</sup> 同法第 L112 - 9 条涉及上门交易保险,规定在自然人住所或工作地签订的不属于商业经营活动范围的保险条款或合同,即便应其要求,自然人也有权在合同订立日起 14 个日历日期间内通

[14] 参见该法典第 L121 - 61 条、第 L121 - 63 条的规定。

[15] 参见黄健雄:“分时度假法律模式之研究”,载《中国法学》2006 年第 6 期,第 137 页。

[16] 参见 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:345:0001:0051:EN:PDF>,其中投保人的撤回期间表述为 cancellation period,撤回合同表述为 cancel the contract,笔者未作直译。

[17] 最新版本于 2014 年 2 月 22 日修订,参见 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006073984&dateTexte=20140225>。

[18] 法国《保险法典》涉及消费者合同撤回权的表述为 renoncer(废除)、droit de renonciation(废除权),而未使用 rétracter(撤回)、droit de rétractation(撤回权)。此处直译为废除,实质与撤回无异。

[19] 该条还准用了《消费法典》第 L121 - 20 条项下有关远程合同的若干条款,并作了重述。

过带回执的挂号信予以废除,不必说明理由,也不承担责任;保险条款或合同应包含前述内容,且应提供撤回信函范本,易于撤回权的行使;一旦认识到灾难使合同担保发挥作用,签订者就不得再行使撤回权。可见,保险人远程经营或上门交易的保险,无论人寿保险还是财产保险,消费者都基于其交易类型享有合同撤回权。

### 三、法国消费者合同撤回期间及沉思期间

设定撤回权的初衷,就是要赋予消费者在一定期间单方无理由解除特定交易或交易意向的权利,其中的撤回期间对消费者用于冷静思考并发出撤回通知至关重要。撤回期间的起算、时长与交易的类型和习惯相关,如果设定过短以致消费者无暇行使,就失去了制度设计的意义;如果设定过长,经营者利益长期处于一种不确定状态,必将增加经营成本并最终转嫁给消费者,造成对消费者的不利益。

#### (一) 撤回期间的起算及时长

撤回期间的起算通常与经营者的告知义务相关联,一种模式是直接将经营者告知消费者撤回权之日作为起算日,相关立法可见美国《诚实借贷法》第125条<sup>[20]</sup>英国《消费信贷法》第68条<sup>[21]</sup>《德国民法典》第355条第2款<sup>[22]</sup>欧盟第2008/48/EC号指令第14条规定,消费者享有14日的撤回期间以撤回借贷合同,撤回期间自借贷合同签订或消费者收到合同条款及指令第10条规定信息之日起算,以较晚者为准<sup>[23]</sup>法国《消费法典》2010年修订之前,原第L311-15条规定的消费借贷合同撤回期间一直为7日,与上门交易的撤回期间一致。2010年7月1日法律移植了欧盟前述指令,将借款人撤回借贷合同的期间延长为14个日历日。法国《消费法典》第L311-12条规定:“借款人自承诺包含第L311-18条规定信息的借贷合同要约之日起,可在14个日历日内无理由撤回合同。为便于行使该撤回权,借贷合同范本之外应附加活页表格<sup>[24]</sup>借款人行使撤回权可不在文本上进行登记。行使撤回权的,借款人不再受借贷合同附随服务合同的约束。”贷款人不在要约中附上活页撤回表格将受到1800欧元的处罚。不过,借贷合同不用等到撤回期间届满,即可开始履行。我们注意到,这样的规定存在危险,因为在履行开始后撤回合同实际上非常困难,立法者在此规定了过度保护的条文<sup>[25]</sup>当借贷从属于销售行为,如果消费者希望商品交付或服务提供快速履行,应其请求,借款人的撤回期间最短可减至3日,该期间在商品交付或服务提供之日到期<sup>[26]</sup>

[20] 在交易成立之日,债权人即信用供给人要明确告知消费者拥有取消交易的权利,取消期间从记载这一事项的书面文件交付之日到第3个交易日的午夜。

[21] 债权人须在签字后将含有告知债务人享有撤回权的正式合同的副本发送给债务人,撤回期间从债务人收到合同副本之日起至第5日到期;在债务人签字后合同即生效的情形下,撤回期间从债务人收到被告知享有撤回权的通知之日起至第5日到期。

[22] 本款第1句规定“撤回期间自以文字形式向消费者清楚地告知其享有撤回权起算”,第3句规定“合同应以书面方式订立的,在亦向消费者提供合同书、消费者的书面要约或者合同书或要约的眷本之前,期间不开始进行。”参见杜景林、卢湛:《德国债法改革:〈德国民法典〉最新进展》,法律出版社2003年版,第213、230-233页。

[23] 参见 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092;EN:PDF>,笔者译。

[24] 法国《消费法典》包括立法、条例、附件三大部分,借贷合同撤回表格的范本被规定在条例第R311-4条的附件中。

[25] Y. Picod et Hélène Davo, *Droit de la consommation*, Paris, France: Dalloz, 2<sup>e</sup> édition 2010, p. 325.

[26] 参见法国《消费法典》第L311-35条。

为避免经营者提前提供撤回权信息而延迟发货导致消费者难以实际行使撤回权的情形,撤回期间起算的另一种模式是将消费者收到商品或签订服务协议之日作为起算日,特别是在远程交易中。欧盟第 2011/83/EU 号指令第 9 条规定,消费者对远程或非营业地合同的撤回期间为 14 日,服务合同自其签订起算,销售合同自消费者或其指定承运人之外的第三方实际占有商品起算,不限量或定量供给水、电、气,以及区域供热和非经有形介质提供数字内容的合同自其签订起算。法国《消费法典》第 L121-20 条第 1 款规定消费者撤回远程合同的期间为 7 日,第 2 款规定“前款提及的期间自收到商品或接受提供服务的要约起算”。不过,同法第 L121-20-12 条规定,远程金融服务合同的撤回期间为 14 个日历日,自远程合同签订或消费者收到合同条款及第 L121-20-11 条规定信息之日起算,以较晚者为准。至 2014 年 4 月,欧盟的前述规定未被法国《消费法典》移植。法国《保险法典》第 L112-2-1 条规定的远程经营保险合同的撤回期间为 14 个日历日,自远程合同签订或自当事人收到合同条款及《消费法典》第 L121-20-11 条规定信息之日起算,以较晚者为准。根据《保险法典》第 L132-5-1 条,人寿或储蓄保险合同的撤回期间为 30 个日历日,自消费者被告知合同已订立时起算,这符合欧盟相关指令。欧盟第 2008/122/EC 号指令第 6 条规定的分时度假、长期度假、转售、互换合同的撤回期间为 14 个日历日,起算日为合同或任何有约束力的初始协议(binding preliminary contract)签订之日或消费者收到它们的日期,以较晚者为准。法国《消费法典》第 L121-69 条规定,对于资产分时利用、长期度假产品、转售、互换合同,消费者拥有整整 14 日的撤回期间,自签订或收到合同之日起算,以较晚者为准。

## (二) 撤回期间的延长

无论撤回期间的起算采用何种模式,如果经营者怠于履行撤回权告知义务,法律都会强制规定一个较长的撤回期间,在此期间经营者的告知行为发生重新起算原撤回期间的效力。欧盟第 2011/83/EU 号指令第 10 条规定,在存在撤回权的情形中,如果经营者未提供撤回条件、期间、程序等相关信息,撤回期间应在初始撤回期间结束后 12 个月到期;此间经营者提供相关信息的,撤回期间应在消费者收到此类信息之日起 14 日到期。法国《消费法典》第 L121-33 条规定了沉思期间的延长,如果上门交易提供的说明材料使用外语或地方语言,而无理解帮助或后续指导,沉思期间由 7 日延长为客户收到产品后的 14 日;行使退货权的,客户不承担转运费用之外的任何费用或责任。第 L121-20 条第 3 款规定,如果第 L121-19 条要求的信息(包括经营者名称、地址,付款、交付或履行条件,撤回权条款及限制,消费者投诉地址,售后服务信息等)未被经营者依法提供,消费者对远程合同行使撤回权的期间为 3 个月;此间经营者提供相关信息的,应重新计算 7 日的撤回期间。至 2014 年 4 月,欧盟的前述规定未被法国《消费法典》移植。欧盟第 2008/122/EC 号指令第 6 条规定,如果经营者未填写条款第 5(4)要求的单独的标准撤回格式并以纸质或其他持久介质等书面形式提供给消费者,撤回期间应在 1 年零 14 个日历日到期;如果条款第 4(1)提及的信息,包括附件 I 至 IV 设定的适用标准信息未以纸质或其他持久介质等书面形式提供给消费者,撤回期间应在 3 个月零 14 个日历日到期;前述期间内相应信息被提供的,撤回期间自消费者收到之日另行起算,为 14 个日历日。法国《消费法典》第 L121-70 条完整移植了该指令有关撤回期间延长的规定。<sup>[27]</sup> 同法第 L121-71 条规定,如果一份资

[27] 欧盟第 2008/122/EC 号指令第 6 条“Right of withdrawal”包含 5 款,法国《消费法典》第 L121-69 条、第 L121-70 条、第 L121-71 条将其转化为国内法。

产分时利用合同与互换合同被同时提供给消费者,任一撤回期间适用于两合同。同法第 L121 - 72 条进而规定,前三条规定的期间在周六、周日、节假日到期的,应延长至后续首个工作日。

### (三) 法国《消费法典》中的沉思期间

法国《消费法典》第 L121 - 26 条将消费者对上门交易行使废除权的期间表述为沉思期间,<sup>[28]</sup> 第 L121 - 33 条规定了沉思期间的延长,这些表述与撤回期间的含义相同。沉思期间的表述还见于同法第三卷“负债”的第一编“借贷”的第二章“不动产借贷”的条文,其前置编号皆为 L312。如第 L312 - 5 条规定:“为第 L312 - 2 条涉及的任一交易而交予借款人的任何广告资料或信息文件应指出:借款人拥有 10 日的沉思期间,销售取决于贷款的获得,若贷款未获得则销售商应偿还借款人已付金额。”第 L312 - 10 条规定:“贷款人发出的要约应自借款人收到后最少 30 日内维持其条款。要约向借款人和担保人公开发出,供其承诺。借款人和担保人在收到要约后 10 日承诺。承诺应由信件发出,以邮戳为准。”第 L312 - 14 - 1 条规定借款人拥有 10 日的沉思期间,自其收到相关信息起算。根据第 L312 - 27 条规定,10 日的沉思期间还适用于不动产租售或附销售许诺租赁的承租人。从竞争、消费和反欺诈官方公报的建议看,被剥夺了沉思期间的消费者与经营者签订的取得不动产权的合同可被废除。<sup>[29]</sup> 不过,前置编号为 L312 的条款项下的沉思期间是承诺期间而非撤回期间,两者发生的阶段不同,性质有别。这可与第 L311 - 12 条<sup>[30]</sup> 作对比,该条规定在消费借贷中,借款人可在承诺借贷合同要约之日起 14 个日历日内无理由撤回合同。消费借贷的借款人行使撤回权之前,已对要约作出承诺,合同已经成立,而在不动产借贷的 10 日沉思期间内,合同要约是否被承诺处于待定状态,合同可能不成立。消费借贷与不动产借贷被安排为“借贷”一编的两个独立章,前者有关撤回权的规定不适用于后者,后者通篇未规定消费者合同撤回权。

在一部法典中使用“沉思期间”的相同表述却表达不同含义,有失严谨。<sup>[31]</sup>

## 四、法国消费者合同撤回权的法律效果

### (一) 总体规则为恢复原状

撤回权行使的首要效果是将消费者从被撤回的意思表示及由此引发的任何义务中解脱出来,不必说明理由,也不用承担责任。合同尚未签订的不再签订;已经签订的产生类似于合同解除的法律效果,尚未履行的不再履行,已经履行的互负返还义务。正如欧盟第 2011/83/EU 号指令第 12 条“撤回的效果”规定,合同已经订立的,双方不再履行合同项下的任何义务;合同尚未订立的,双方不再签订合同。此种效果之于消费者和经营者对等适用,消费者不再签订合同或付款,而经营者亦不再履行签订合同、交付商品、提供服务的义务。至于已经履行的部分,撤回权是否产生溯及力呢? 根据欧洲合

[28] 有学者将“沉思期间”译为“考虑期”,参见孙平编译:《法国消费法典》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 36 - 37、124、127 页。笔者认为,鉴于“réflexion”本意为认真思考、深思,译为“考虑”不足以体现其中蕴含的理性,显得有些随意;将“délai”译为“期”,与撤回期间的表述也不一致。本文严格区分“期间”与“期限”,所有与撤回权相关的皆用“期间”,“期限”的使用遵从习惯,如期间利息、除斥期间、承诺期间、合同期限、偿还期限、交付期限,皆不能混用。

[29] Recommandation no 88 - 01 du 22 janvier 1988 (BOCCRF 30 juin 1988).

[30] 该条置于第三卷“负债”的第一编“借贷”的第一章“消费借贷”的第五节“借贷合同订立”中。

[31] 法国《消费法典》最近于 2014 年 4 月 27 日修订,“沉思期间”的含义仍未统一。

同法共同参考框架草案 DCFR(Draft Common Frame of Reference)的规定,行使撤回权产生终止合同的效果并不具有溯及力,但合同终止后双方权利义务关系的处理是恢复原状。DCFR 起草者认为,行使撤回权的效果问题是一个广泛的合同法体系下的问题,所以 DCFR 并没有关于撤回权行使效果的单独规则,而是统一适用恢复原状的规则。<sup>[32]</sup> 笔者支持这种观点,既然恢复原状规则能保护消费者权益,溯及力存在与否的问题就不必深究,毕竟交易类型多样且撤回情形不同,探讨溯及力使问题复杂化而无实益。欧盟及法国相关立法对溯及力未作统一规定。

## (二) 消费者的义务

对于涉及实物商品交付的,如上门交易、远程商品销售合同,消费者在发出撤回通知后主要承担三方面义务:一是在返还受领商品之前一定时期代为妥善保管;二是安排返还受领商品;三是可能承担一些返还费用。欧盟第 2011/83/EU 号指令有关消费者撤回远程或非营业地合同的义务规定在第 13(2)条和第 14 条中:如果消费者在经营者要求的最便宜的一般交付方式之外明确选择了其他交付方式,经营者不应被要求偿还额外的费用;消费者只应承担返还商品的直接费用,除非经营者已同意承担或未通知消费者其应承担;消费者只应对商品处置引起的价值减损负责,除非其出于确保商品属性、特征、功能之必要;如果经营者未按条款第 6(1)条第(h)项提供撤回权的通知,消费者在任何情况下皆不对商品的价值减损负责。<sup>[33]</sup> 该指令第 15 条规定,远程或非营业地合同被撤回的,任何从合同皆自动终止,消费者的义务仍然限于前述规定。法国《消费法典》第 L121-20 条及第 L121-20-1 条均规定消费者对远程合同可自主行使撤回权,安排退还商品并仅承担退还的费用(如果有);消费者使用通过远程合同取得的财物,只要在期间内行使撤回权,卖方不得要求其承担补偿责任,除非消费者以违反诚实信用、不当得利等民法原则的方式使用财物。原则上,行使撤回权的消费者不得要求换货。欧盟关于远程合同的态度是,如果消费者被要求承担商品退还费用之外的费用,会实质阻碍其行使撤回权,故欧盟反对成员国通过国内法规定远程合同的卖方让行使撤回权的消费者承担商品运费。

对于以特殊商品货币为标的的消费借款合同,其被撤回的,借款人尚须承担期间利息。欧盟第 2008/48/EC 号指令第 14 条、第 15 条规定,如果消费者行使撤回权,其应在发送撤回通知后 30 日内向债权人归还本金并支付这一期间的利息;撤回权行使后,关联合同随之无效。法国《消费法典》第 L311-15 条规定:“自借款人控制资金之日起算,合同被撤回的,借款人应向贷款人返还发放的本金,并支付自授信日至本金返还日期间该本金产生的利息,不晚于向贷款人发出撤回通知后 30 个日历日即无不当延误;利息按照合同设定的贷款利率计算;合同被撤回的,贷款人无权要求借款人支付任何赔偿金。”

对于不涉及商品交付的,如分时度假、远程服务提供,消费者在发出撤回通知后无商品可返还,基本不承担费用或其他责任。如欧盟有关分时度假等合同消费者保护的 2008/122/EC 号指令第 8 条“行使撤回权的效果”规定,消费者行使撤回权终止各方履行合同的义务,消费者不应承担任何费用,也不对撤回之前已被提供的服务的相应价值负责。<sup>[34]</sup> 法国《消费法典》第 L121-73 条规定了消费者

[32] See Evelynne Terryn, *The Right of Withdrawal*, In *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* 164 (Reiner Schuize ed., Sellier 2008).

[33] See Directive 2011/83/EU, Article 13 (2), Article 14.

[34] 参见 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0122&rid=1>。

的通知义务：“消费者应在撤回期间到期前，通过带回执的挂号信或其他能证明通知发出的同等保障方式，通知经营者其撤回决定；消费者可使用第 L121 - 68 条提及的标准撤回表格；消费者行使撤回权终止各方履行合同的义务。”同法第 L121 - 74 条移植了欧盟的前述规定，经营者不能直接或间接让行使撤回权的消费者承担任何成本，包括撤回权行使前偶然发生的服务成本。

### （三）经营者的义务

合同被消费者撤回的，经营者最主要的义务是返还价款。欧盟第 2011/83/EU 号指令附件 1(A) 对撤回效果的描述为：“如果你撤回合同，在我们被告知你撤回合同的决定之日起 14 日内，我们将尽快退还从你处收到的所有付款（由于你选择我们要求最便宜的一般交付方式之外的交付方式而产生的额外费用除外）。我们将采用你在初始交易中使用过的相同付款方式，除非你明确同意其他方式；任何情形中，你都不会承担任何退还费用。”法国《消费法典》第 L121 - 20 - 1 条规定，远程合同中撤回权被行使的，经营者应将全部收受金额尽快退还给消费者，最晚得在撤回权行使之日起 30 日内；逾期的，应付金额应按现行法定利率产生的利息，<sup>[35]</sup> 退款可以各种支付方式履行，应经营者建议，行使撤回权的消费者亦可另行选择退款方式。法国《保险法典》第 L132 - 5 - 1 条第 2 款规定，撤回合同产生恢复原状的效果，人寿保险企业或吸收存款单位应自收到撤回挂号信后最晚 30 个日历日内退还收受金额；期限届满后两个月内未退还金额应按法定利率上浮一半计息，在该两个月期限届满后，按法定利率双倍计息。

即便撤回权尚未行使，只要在撤回期间内，部分法律和指令也禁止经营者要求消费者先期付款，以最大限度地保护消费者的权益。如欧盟第 2008/122/EC 号指令第 9 条规定，成员国应确保在分时度假、长期度假产品及互换合同中，撤回期间到期之前，由消费者向经营者或第三方支付的任何预付款、保证金、账户预留资金、明确的债务确认书或任何其他对价都被禁止；对于转售合同，成员国应确保在实际销售发生或转售合同终止之前，前述支付被禁止。法国《消费法典》第 L121 - 75 条完整移植了欧盟的前述规定。对于上门交易，同法第 L121 - 26 条第 1 款规定，在第 L121 - 25 条规定的沉思期间到期之前，任何人不得直接或间接要求或从消费者处获得任何名义、任何形式的对价，也不得要求其履行义务或提供任何性质的服务；第 3 款进而规定，在沉思期间到期之前，任何付款义务或支付令都不应被履行，如有履行，应在合同被撤回后 15 日内退还给消费者。同法第 L121 - 28 条第 1 款规定，违反第 L121 - 23 条、第 L121 - 24 条、第 L121 - 25 条及第 L121 - 26 条规定的行为会受到一年监禁和 3750 欧元的处罚，或择一处罚。同法第 L311 - 41 条规定，在销售或上门交易中，关联借贷合同的撤回期间为财产交付或服务提供之日起 14 个日历日；在此期间届满前，禁止任何现金支付。对于依第 L121 - 20 - 12 条适用 14 个日历日撤回期间的远程金融服务合同，同法第 L121 - 20 - 13 条规定，在该期间到期之前，未经消费者同意，当事人不得开始履行；对于第 3 卷第 1 编第 1 章规定的消费借贷合同，即便消费者同意，也不得在前 7 日内开始履行，除非涉及通过远程通讯技术订立的第 L311 - 1 条第 9 项定义的附属借贷合同，<sup>[36]</sup> 其也不得在前 3 日内开始履行。在撤回期间合同被撤回且未

[35] 同法第 L121 - 20 - 13 条第 II 款规定了相似内容，涉及远程金融服务合同被撤回后经营者的义务。

[36] 依该项定义，或谓之“关联借贷合同”，与特定商品或服务的供给合同构成单一商业经营。单一商业经营指经营者自己提供商业信用，或者在第三方融资的情况下，贷款人为订立或准备借贷合同而求助于销售商或服务商的服务或借贷合同特别提及相关产品或服务的交易情形。

发生消费者付款的,经营者自然不承担返还价款的义务。

## 五、我国消费者合同撤回权立法现状及法国法的启示

### (一) 我国消费者合同撤回权立法现状

我国《民法通则》、《合同法》未规定消费者合同撤回权,《旅游法》、《直销管理条例》、新消法,以及辽宁、上海、安徽、广西等省级地方立法中规定了消费者退货制度,一部分已符合消费者合同撤回权特征,个别行业如电子商务、人身保险<sup>[37]</sup>相关指导意见规定了消费者冷静期、犹豫期。新消法第25条规定:“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品,消费者有权自收到商品之日起七日内退货,且无需说明理由,但下列商品除外:(一)消费者定作的;(二)鲜活易腐的;(三)在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品;(四)交付的报纸、期刊。除前款所列商品外,其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品,不适用无理由退货。消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担;经营者和消费者另有约定的,按照约定。”从该规定的内容看,本条确立了消费者对远程销售合同的撤回权。<sup>[38]</sup>总体上,我国消费者合同撤回权制度不成体系,也不成熟。

### (二) 法国消费者合同撤回权立法的启示

#### 1. 体系化

我国新消法将消费者对远程销售合同的撤回权规定在“经营者的义务”一章中。尽管权利与义务总是相生相伴,但从体系设计来看,将消费者的撤回权与安全保障权、知情权、自主选择权、公平交易权等权利并列作为“消费者的权利”,比纳入经营者义务更为妥当,也更符合发达国家的通行立法例。鉴于经营者告知消费者撤回权相关内容的义务直接影响到撤回期间的起算及时长,建议在条文安排上将撤回权置于知情权之后、自主选择权之前。<sup>[39]</sup>与此同时,在“经营者的义务”一章有关经营者向消费者提供商品或服务真实信息的内容中,增加消费者撤回权的条件、期间、行使效果等内容,明确经营者不履行此类义务将导致其承担撤回期间延长的后果。新消法第28条关于远程销售的经营者的应向消费者披露的信息中,竟无只言片语提及撤回权,更未涉及撤回权披露与撤回期间延长的关系,有待补充完善。

#### 2. 与民法相关制度的关系

张学哲认为,虽然不乏以“消费者法”为单行法的立法例,而且从实质民法的角度看,《消费者权益保护法》或“消费者法”中涉及消费者私法权利的规定,如消费者合同撤回权制度,最终要与民法典达成内在统一的体系,但从法律适用的方便与简洁、各项消费者撤回权本身的体系化、撤回权与民法固

[37] 参见2000年发布的《中国保险监督管理委员会关于规范人身保险经营行为有关问题的通知》。

[38] 中国人大网在新消法修正案的说明中称“草案赋予消费者在适当期间单方解除合同的权利”,本条是为了“保护消费者的选择权”。参见[http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/xfzqybhfzxa/2013-04/28/content\\_1793839.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/xfzqybhfzxa/2013-04/28/content_1793839.htm)。笔者以为,我国《合同法》第94条规定的合同解除权都有特定事由,如遭遇不可抗力、合同目的落空、对方不履行等,在此框架外为消费者单独设定一项无因解除权会造成体系混乱。此外,消费者合同撤回权有其独立禀性,设置动因远非仅仅保护消费者的选择权,也包括保护其知情权,赋予其理性回归的期间。

[39] 事实上,法国《消费法典》关于上门交易、远程销售、分时度假等合同的撤回权均规定在其第一卷“消费者告知与合同订立”之中。

有制度如解除权等的关联看,在将来的立法中,将消费者撤回权纳入民法典之中,应是更佳的选择。<sup>[40]</sup> 笔者支持这种观点,只是我国民法的法典化道路漫长,不妨采取以下路径:首先在新消法中完善消费者合同撤回权制度,法国《消费法典》、欧盟相关指令皆是如此;然后择机将撤回权纳入《合同法》,与撤销权、解除权一并规定,为撤回权适用非消费者合同预留空间;待民法典成形之际,再将合同法整体纳入民法典,当然亦可借鉴《德国民法典》对消费者意思表示的撤回作统一规定。

### 3. 适用范围

消费者合同撤回权的适用范围应与我国经济发展实际和消费者保护水平相适应。在大量消费欺诈、不合格产品特别是食品安全问题凸显的今天,鉴于举证困难和维权成本高,通过赋予消费者合同撤回权可在一定程度上倒逼不诚信的经营者重塑商业信用,提高产品质量和服务水平,从而增进消费者福祉。不过,如果适用范围过大,造成经营者的营销费用、管理成本普遍增长,他们会通过直接提价或变相涨价将成本转嫁给消费者,最终降低消费者福祉。如何把握这个度?不妨借鉴法国立法,对早已普遍适用消费者撤回权的合同类型作出规定,包括非营业地交易、远程交易、消费借贷、人寿保险合同,对于资产分时利用合同,鉴于我国此方面业务尚不发达,可暂不规定。需说明的是,非营业地交易应包括上门收购和推销、展销会交易、<sup>[41]</sup> 大集交易、临时交易等,而不仅限于直销。远程交易应包括一切利用远程通讯技术手段销售商品或提供服务的行为,而限于远程商品销售。消费借贷合同撤回权宜设定借贷金额的下限和上限,对于特别小额的借贷业务,为降低交易成本,不设撤回权;对于特别大额的借贷业务,推定借贷双方谨慎行事,亦不设撤回权。无论如何,新消法规定的消费者合同撤回权仅适用于远程合同,且仅限于商品销售,适用范围太过狭窄。

### 4. 撤回期间

我国现行法关于消费者撤回期间的规定有两种:一是地方立法与新消法规定的7日;二是《直销管理条例》规定的30日。<sup>[42]</sup> 西欧国家早期规定撤回期间以5日、7日居多,欧盟近年对此作了统一,基本采用14日,确保包含两个周末,以便消费者能向律师咨询、与家人沟通,自己也有时间冷静思考交易的必要性,理性比较商品或服务的性价。撤回期间长意味着经营者利益长期处于待定状态,相应管理成本必然增加,在我国发展经济的主旋律下,保护消费者权益还应平衡经营者利益,故撤回期间确定为消费者签订服务合同或收到商品后7日符合当前国情;特别法另有规定的,优先适用。如果经营者未履行法定告知义务,欧盟及法国规定的消费者最长撤回期间达1年零14个日历日。笔者建议,现状之下不妨将我国消费者最长撤回期间设定为两个月零七日,以适当提高交易效率、降低管理成本;在两个月内经营者告知消费者撤回权法定信息的,将另行起算原定7日期间;最长撤回期间经过后,消费者撤回权灭失。新消法缺漏了撤回权披露及撤回期间延长的内容。

[40] 张学哲:“消费者撤回权制度与合同自由原则”,载《比较法研究》2009年第6期,第73页。

[41] 笔者2013年末在某展销会上以每斤20元购得山楂片,随后在附近综合市场发现,品质更好的山楂片每斤15元。笔者依现行法不享有消费者合同撤回权。

[42] 我国《旅游法》第35条规定了旅游者退货权(姑且这么称谓),即旅行社违规安排购物或另行付费项目的,旅游者有权在旅行结束后30日内,要求旅行社为其办理退货并先行垫付退货货款,或退还另行付费项目的费用。不过,该项权利并非消费者合同撤回权。任何合同都具有相对性,撤回合同与订立合同的双方当事人必须完全一致。旅游者购物合同或另行付费旅游项目合同的相对人为销售商或旅游景点,而退货、退费的被请求人为旅行社,两者不一致。旅游者退货权是请求权而非形成权,对应着旅行社的法定违约责任。30日是旅游者行使退货请求权的除斥期间而非撤回期间。

## 5. 撤回方式

国外通行的撤回方式就一种,即消费者发出撤回通知。正是在此种意义上,学界认为撤回权属于形成权,以消费者单方行为即可产生终止一个法律关系的效果。欧盟、法国、美国还特地制作了撤回通知范本,以方便消费者行使撤回权。我国有关消费者撤回权的现行规定皆未明确将消费者通知作为行使撤回权的方式,通过文义解释,似乎更多需要消费者前往经营者网点或通过实际退货行为来表明撤回合同,这与一经消费者通知即发生撤回效力是有区别的。新消法第25条规定的“消费者有权自收到商品之日起七日内退货”,究竟是指消费者在七日内发出退货的意思表示,还是指将所购商品退给快递企业,抑或退至远程销售的经营者?不同撤回方式影响撤回期间的认定。立法预留猜测空间会给实践操作带来困难。笔者建议参照域外立法例,明确规定消费者有权通过挂号信、传真、录音电话、电子邮件、聊天记录截屏等可留存介质或当面向经营者发出撤回合同的通知,通知只要在撤回期间发出就产生撤回效力,而不管经营者是否在撤回期间收到。消费者亲自或委托代理人前往经营者营业网点或经营者指定代理人处要求办理退货、退款的行为当然发生撤回合同的效力,因为这一行为包含了当面通知。法律是否为经营者设计好撤回通知范本?鉴于其为形式问题,且我国法律远未精细到此种程度,笔者不作苛求。经营者若能为消费者预留一页撤回通知的表格固然最好,不作预留也不勉强。

## 6. 法律效果与成本分担

借鉴欧盟及法国关于消费者合同撤回权的规定,笔者将撤回内容定位为消费者的意思表示,要么是订立合同的要约要么是达成合同的承诺,故消费者行使撤回权产生终止其意思表示的法律效果:合同尚未订立的,不再订立;合同已经订立的,予以废止。消费者行使撤回权后,当事双方的权利义务关系整体回复至未曾发生交易的状态,即恢复原状。不过,由于缔约成本、送货费用已经发生,退货、退款费用将要发生,不可能完全恢复原状,还涉及成本分担问题。

为避免经营者以各种理由克扣已收款项,造成对消费者行使撤回权的实质妨碍,有必要明确消费者原则上不承担任何费用,经营者必须在一定期限内全额退还已收款项,退款产生的费用如汇费、手续费等由经营者承担。不过,这并不意味着消费者不承担任何责任。在行使撤回权之前,消费者应妥善保管商品和相应单据。对于非营业地交易,是由消费者通过可留存介质通知经营者在一定期限内上门取回商品,或由消费者按经营者指令代为安排运输而费用由经营者承担,还是由消费者自行将商品退往经营者的网点,涉及到运输费用及风险分担问题。前两种方式更有利于保护消费者利益,《直销管理条例》规定的是第三种方式。不同方式的选择取决于经营者与消费者的利益平衡。直销网点密集的,消费者前往退货有可行性,而对于展销会、大集销售、临时销售等其他类型的非营业地交易,要求消费者找寻经营者处所并办理退货有难度,不妨采用前两种方式,美国“冷静期规则”正是这样规定的。对于远程销售,消费者办理退货仍旧采用远程通讯技术手段,送货与退货的运输成本不妨由卖方与买方分别承担,新消法第25条已然如此规定。至于退回方式是否要与经营者送货方式对等,笔者认为不必苛求,消费者选择最便宜的一般交付方式即可。在退还商品之前,消费者除对其进行表面检验和必要试用之外,不应造成商品价值的其他减损,否则应承担赔偿责任,但减损额度应由经营者

举证,《德国民法典》作了类似规定。<sup>[43]</sup> 对于消费借贷,如果设定消费者合同撤回权,贷款人应在撤回期间到期后放款,除非借款人明确书面放弃撤回权;在消费者行使撤回权之前,贷款人因故已经放款的,对本金部分消费者应限期全额退还,但笔者不建议采纳欧盟、法国让消费者承担期间利息的规定,除非本金退还超过了法定期限。

消费者合同撤回权是一项复杂而系统的制度。2014年4月27日修订的法国《消费法典》(立法部分)有46处明确提及“撤回权”,我国新消法仅有1个条文涉及。不妨借鉴法国成熟的立法实践,平衡我国经济发展实际与消费者保护水平,实事求是地进行制度设计。

## French Legislation about Consumer's Right of Withdrawal of Contract and Its Inspiration

Ling Xuedong

**Abstract:** French consumer's right of withdrawal means that consumer has right to withdraw his acceptance within certain period, and its legislation applies early to off-premises contract, then to consumer credit, distance sales, timeshare holiday, life insurance and other fields. Implanting relevant provisions of EU directives, the French Consumption Code has made unification regarding consumer's right of withdrawal. Different types of transactions provided different withdrawal periods. Where the required information has not been duly provided to the consumer, the withdrawal period shall be extended. In principle, the exercising of right of withdrawal will result in making restitution. Except for freight and credit principal's interest, the bona fide consumer does not assume any liability of indemnity. Chinese legislation about consumer's right of withdrawal is scattered, so statutory construction should be rearranged and dealing with the relationship with civil law. It's suggested to balance our economic development and consumer protection level, expand the scope of application, unify withdrawal period, specify withdrawal method, and provide legal effect and cost sharing of consumer's right of withdrawal.

**Keywords:** France; EU; consumer; right of withdrawal

(责任编辑:丁洁琳)

---

[43] 这不仅是出于对经营者利益的必要保护,也有利于防范顾客欺诈。在诚信体系亟待完善的中国,除了随处可见经营者的欺诈广告宣传外,消费者占小便宜、侵犯经营者权益的行为也不罕见,如过度试用、在超市恶意使用“赠品”标签、在餐馆设计吃霸王餐、在商场假摔讹诈、患者或其家属恶意干扰医院秩序等。

# 民间借贷利率的法律规制：比较与借鉴

王林清\*

**摘要：**我国民间借贷利率规制的历史，是一部从统一性的严格紧致逐步向复合性的利率市场化演进的变迁史。民间借贷利率管制的边界，取决于民间借贷利率是否对国民经济的运行造成阻碍，是否与利率市场化形成相呼应的可适度。比较与参考域外立法，就规制方式而言，我国宜采统一规制的立法模式；就司法保护正当利率的上限与空间而言，应采统一立法模式下的复合性规范标准。民间借贷利率可适当高于金融市场平均利率而不宜过度高于实体经济利润率，即以年利率 24% 作为合法上限，可申请强制执行；年利率 24% ~ 36% 之间可解释为自然债务，拥有债权保持力但无执行力；高于 36% 的则认定为无效。

**关键词：**民间借贷 利率 规制 统一性 复合性

随着我国金融市场化改革和社会经济的迅速发展，民间借贷在我国金融市场中的地位日益引人关注。有学者将民间借贷视为多层次金融市场的有机组成部分，并认为它既非“非正规金融”，亦非“正规金融的补充”，更非非法金融，而是不可或缺的元素。<sup>〔1〕</sup> 借贷利率是民间借贷的核心问题，对于民间借贷利率，既不能完全依照契约自由原则放之任之，也不能依赖政府“看得见的手”对其管制过严。当前我国虽有相关司法解释规范民间借贷，但此种管制仅仅考虑到了政府及司法部门监管的便利，却忽略了作为市场主体的借贷双方的真正需求，而且相关内容凸显出立法的滞后性。有鉴于此，笔者不揣浅薄，拟对有关民间借贷利率的法律规制一陈管见，以求教于方家。

## 一、民间借贷利率的影响因素与政策立场

民间借贷的双方通常按照当地的风俗习惯、市场行情、人情关系等诸多因素综合考虑协商确定借贷利率，并由此形成一种内生的定价机制。<sup>〔2〕</sup> 民间借贷利率应否受国家管制，如何进行管制，管制的边界如何确定，并非由管理者任意而为，而是取决于民间借贷利率是否顺应社会经济的良序发展，取决于是否对民间借贷利率市场化形成相呼应的可适度。

### （一）影响确定民间借贷利率价格的因素

民间借贷利率是否存在一个“合理价格”？在新古典经济学者 Zimmermann 看来，“合理价格”仅

---

\* 最高人民法院法官，法学博士。

〔1〕 强力：“我国民间融资利率规制的法律问题”，载《中国政法大学学报》2012 年第 5 期，第 46 页。

〔2〕 王林清、于蒙：“管控到疏导：我国民间借贷利率规制的路径选择与司法应对”，载《法律适用》2012 年第 5 期，第 60 页。

仅是一个不着边际的概念游戏,人们无法真正解决这一问题。<sup>[3]</sup> 但笔者认为,民间借贷利率合理价格的确定,对解决民间借贷的司法难题与我国金融市场发展具有现实助益。在笔者看来,民间借贷利率价格的确定因素大致包括以下几个方面。

首先,市场价格因素。影响民间借贷利率水平的市场价格因素,大致归结为两个方面:一是受正规金融机构贷款利率的影响。从民间借贷利率的形成机制观察,民间借贷利率与信贷运行平均成本持平,但高于边际成本。<sup>[4]</sup> 二是受市场供求关系的影响。政府对民间借贷的管制越松,放贷人短期内所获收益就越大,进入民间借贷市场的放贷人就越多,供过于求的状况出现,导致借贷利率下降。另外,银根的紧缩与放松,也直接影响民间借贷需求的增加与减少,从而影响利率的价格。<sup>[5]</sup> 由此可知,民间借贷利率对于市场的反应较为灵敏。

其次,传统习惯因素。我国民间借贷利率的历史经验表明,利率变化至少受到地域习惯、传统文化与关系本位的影响。在我国,不同地域的民间借贷突出表现为风格各异的市场占据与分割的特性。不同的传统文化和宗教信仰导致对高利贷的态度大相径庭,有的深恶痛绝,有的习以为常。而在“熟人社会”里,由于彼此的信任决定了借贷利率较低,完全的陌生人因安全性最差导致利率较高,体现了明显的关系本位。

再次,经济发展因素。我国社会经济发展主要呈现出三种态式:自给自足的自然经济、国家主导的计划经济和由市场调节的市场经济。对于自然经济而言,几乎不存在借贷现象;对于计划经济而言,基于社会道德与稳定的考量,国家一般采取较低利率;对于市场经济而言,民间借贷利率几乎无时无刻不处于一种动态环境中。

最后,市场改革因素。民间借贷已经被纳入我国金融监管的体系之中,对于民间借贷利率的规范,在坚持以市场为导向的同时,政府和金融监管部门也要进行间接干预,以实现民间借贷利率的规范化管理,从而保证民间借贷利率市场化目标的最终实现,真正形成正规金融机构与民间金融市场相辅相成、相得益彰的良好布局。

## (二) 民间借贷利率管制的政策立场

规制民间利率的历史,是一部从统一性的严格紧致逐步向复合性的利率市场化演进的变迁史。较为严格的利率管制无论是在发达国家还是在发展中国家,都曾在历史上占有一席之地。<sup>[6]</sup> 近年来,伴随金融创新与金融市场的深化,陈旧的利率管制政策已成为经济发展的障碍。为克制这一弊端,西方国家纷纷改弦更张。美国19世纪以来,有高利贷法的各州采取了两项对策,一是放开利率限制;二是调高利率上限。<sup>[7]</sup> 德国并未沿袭通过设定固定利率上限予以规制的策略,而是确立了通过法官在案件审理过程中的自由裁量,去评判和检验民间借贷利率的约定是否显失公平或者是否有违公序良俗的另外一条变革路径。民间利率改革的管制尺度与市场化放任的边界之争观点

[3] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* 246 (Juta and Company Ltd. 1990)

[4] 童笛、张文彬:“民间借贷利率对宏观经济冲击的区制非对称相应:以温州为例”,载《中国经济问题》2013年第4期,第81页。

[5] Timothy Besley, Stephen Coate & Glenn Loury, *The Economics of Rotating Savings and Credit Associations*, 83 (4) *The American Economic Review* 792 (1993).

[6] 有关利率管制的历史,可参见 James M. Ackerman, *Interest Rates and the Law: A History of Usury*, 13 *Ariz. St. L. J.* 61 (1981).

[7] Efraim Benmelech & Tobias J. Moskowitz, *The Political Economy of Financial Regulation: Evidence from US State Usury Laws in the 19th Century*, 65 (3) *The Journal of Finance* 1029 (2010).

纷呈。

### 1. 严格规制利率的理由

其一,优化配置资金。设置利率的上限,能够防止资金过度投机与浪费,从而脱离实体经济,进而实现资金在金融市场中的优化配置。在亚当·斯密看来,过高的利率会挤出诚实人。由于民间借贷市场透明度低,信息不对称,逆向激励的高利率更容易引发“金融传销化”,并有可能诱发社会动荡。<sup>[8]</sup>正如 Glaeser 和 Scheinkman 指出的,贫富差距越大的年代,政府通过规制借贷利率作为社会财富分配工具的一个注解。<sup>[9]</sup>由于借款方通常处于弱势地位而缺乏议价权,法律通过利率限制强制性地将资金带来的收益少分给贷款方,从而实现资金在金融市场内的优化配置。

其二,避免社会危机。按照麦金农提出的“金融抑制目的”观点,在发展中国家,应当普遍实施严格的利率管制,以限制民间金融。<sup>[10]</sup>设置利率上限,符合我国对于金融抑制的历史发展惯性与社会理念,有利于避免社会危机。笔者认为,在我国实行利率管制更多是基于农耕社会的历史惯性和社会道德的考量。一直以来,民间借贷以消费借贷为主,而市场化背景下的放贷人追求自身利益最大化,如果放任高利率则会导致借款人债台高筑,危及社会稳定。

其三,缓解金融危机。全球金融市场发展的历程证明,利率管制对于缓解金融危机具有实质的效果。19世纪末期,美国推行金融自由化,一定程度上激活了美国的金融市场,然而,美国的次贷危机表明,利率自由化是本轮危机的主要原因之一,由此受到美国各界的质疑和批评。<sup>[11]</sup>由于市场存在自发性和滞后性弊端,完全放开利率则容易导致泡沫经济问题的爆发。

### 2. 完全放任利率的理由

其一,资金市场定价。在马克思和凯恩斯看来,“市场利率是由借贷资金供求决定的,而非简单地由政府行政干预来制定和调整”。<sup>[12]</sup>利率管制并非是影响借贷的唯一因素,借贷期限、借款用途、借款人还款能力和信用记录、区域性经济发达程度等因素都将影响借贷合意的达成。<sup>[13]</sup>对于放贷人而言,法律干预利率会破坏时间在金融合约中的基础作用;<sup>[14]</sup>对于借款人而言,利率管制反而可能导致其丧失获得贷款的机会。<sup>[15]</sup>可以说,利率管制保护弱势的借款人只是理论上的一个假想,实质上反而剥夺了借贷双方的自主选择权。

其二,资金公平竞争。在边沁看来,利率管制对民间贷款人的交易费用和风险承担提出了较高的要求,不利于其在金融市场中与大型金融机构公平竞争。<sup>[16]</sup>利率市场上的竞争,主要体现在成本控制 and 风险分散,从而导致民间放贷机构无法发挥其地域性、亲缘性的优势;反之,具有规模的金融机构

[8] William Anderson, *An Economic Analysis and Brief Legislative Overview of Usury Ceilings*, in *Congressional Research Service Reports*, July 2, 1981.

[9] Edward L. Glaeser & Jose Scheinkman, *Neither a Borrower Nor a Lender Be: An Economic Analysis of Interest Restrictions and Usury Laws*, 41 (1) *The Journal of Law and Economics* 1 (1998).

[10] [美]R. L. 麦金农:《经济发展中的货币与资本》,卢晓译,三联书店1998年版,第11页。

[11] 岳彩申:“民间借贷规制的重点及立法建议”,载《中国法学》2011年第5期,第121页。

[12] 刘义圣:《利息理论的深度比较与中国应用》,长春出版社2011年版,第167页。

[13] 同注2引文,第61-62页。

[14] [美]威廉·N. 戈兹曼、K. 哥特·罗文霍斯特:《价值起源》,王宇、王文玉译,万卷出版公司2010年版,第33-36页。

[15] 许德风:“论利息的法律管制——兼议私法中的社会化考量”,载《北大法律评论》2010年第1期,第186页。

[16] Jeremy Bentham, *Defense of Usury* 8 (4th ed., Payne and Foss 1816).

利用其在各个方面显而易见的优势分散风险,从而处于优势地位,必然就会将民间放贷机构挤出金融市场,导致垄断的形成。

其三,合理监管民间借贷。对利率加以管制有可能导致民间放贷者为规避管制将其业务转至“地下”,从而引发市场秩序的混乱与监管成本的加大,这在我国表现尤甚。结果就是民间借贷以“地下钱庄”、不写明利息、预先扣息、通过虚假诉讼强制转移财产所有权<sup>[17]</sup>等方式规避法律的管制,从而造成监管难度的加大和司法资源的浪费。

### 3. 我国民间借贷利率规制的政策取向

利率市场化之所以在西方金融市场上占据主流,主要归结于19世纪末期自由主义思想的深刻影响。然而,美国次贷危机带来的大量经济泡沫,残酷地颠覆了利率市场化的完美假设,清晰地揭示了实行利率市场化必须存在的重要前提,即有赖于一个稳定的宏观经济环境、完善的金融稳定机制和市场经济行为主体理性等多种因素。<sup>[18]</sup>正是基于对次贷危机引发的利率市场化弊端的反思,美国绝大部分州重新规定了最高利率限制,欧盟27个成员国中有21个国家的法律也规定了最高利率限制。<sup>[19]</sup>在我国,金融监管一向奉行国家垄断的理念,由于二者依靠不同的体系,因此,民间金融应与正规金融处于一种平行关系。<sup>[20]</sup>相反,如果对民间金融与正规金融在利率管制上一视同仁,则其自有优势难以发挥,反而不利于民间金融市场的健康稳定与协调发展。

笔者认为,我国民间利率规制的政策取向,应充分考虑民间借贷自身的优势及其在金融市场中所处的地位,走出一条有别于西方利率严格管制或完全市场化的本土道路,可以考虑采取适度监管的方式,即由严格统一的监管转变为以疏导代替捆绑与以管制代替放任相结合的方式,并通过新的法律选择以规范民间金融的发展走向;<sup>[21]</sup>同时,还应对高利率导致的洗钱、暴力追债、恶意追债等问题给予足够的重视,在制度设计时对其进行重点防范。

## 二、民间借贷利率规制的具体模式与取舍判断

### (一) 域外的三种规制模式

从域外有关民间借贷利率上限的调整模式观察,大致可以分为三种主要路径:客观主义模式(统一划线模式)、主观主义模式(个案判定模式)和折衷模式。

#### 1. 客观主义模式(统一划线模式)

所谓统一划线模式,是指通过立法设定民间借贷利率的统一上限,只要超过这个统一上限,即视为高利贷。具体包括三种方式:

一是通过对某些指数的衡平进行相应浮动,如联邦储备利率、贷款基准利率、国债利率等。部分

[17] 廖振中、高晋康:“我国民间借贷利率管制法治进路的检讨与选择”,载《现代法学》2012年第2期,第68页。

[18] 王琼:“从民间借贷行为看我国的利率市场化改革”,载《南华大学学报》(社会科学版)2004年第2期,

[19] 同注11引文,第122页。

[20] Arne Jon Isachsen & Steinar Strøm, *The Hidden Economy: The Labor Market and Tax Evasion*, 82 (2) *The Scandinavian Journal of Economics* 304 (1980).

[21] 同注2引文,第61页。

西欧国家所采取的是定期调整公布民间借贷利率的上限。比较而言,浮动上限有助于与市场相吻合,能够反映出市场的一般需求,我国规定的贷款基准利率四倍就是一种浮动上限,但是,此种浮动并不是独立的浮动,而是民间借贷利率绑定银行贷款基准利率的浮动。<sup>[22]</sup>

二是在某些指数浮动的利率和固定利率之间确定利率上限。在法国,民间借贷利率的上限一般限定为33%,但也可根据民间借贷合同的不同种类而作出相应调整。<sup>[23]</sup> 美国联邦并无一个统一的民间借贷利率规范标准,其对于民间借贷利率上限的设置由各州自主决定。例如,美国华盛顿州高利贷通常的界限为年利率12%;纽约州大多以年利率16%为高利贷的标准;佛罗里达州以年利率18%为高利贷的标准;加利福尼亚州以年利率12%为高利贷的标准。肯塔基州规定,高利贷界限为在联邦利率上加4个点或19%中较低者;罗德岛州高利贷界限为21%或短期国库券收取利率加9个点;田纳西州高利贷界限为24%或平均最优惠贷款利率加4个点中的较低者。<sup>[24]</sup>

三是利率上限就是一个固定利率。例如,美国有10个州实行统一利率管制,这些州大多将民间借贷利率上限设定为10%~20%之间;我国台湾地区“民法典”规定年利率的上限是20%;我国香港地区《放债人条例》将超过年利率48%的推定为高利借贷,实际年利率超过本金60%的,则认定为犯罪。<sup>[25]</sup> 《放债人条例》虽然根据民间借贷合同种类的不同而对民间借贷利率的上限作了区分,但是这种区分并非依据所涉款项的用途,从这个意义上来说,香港地区采取的依旧是统一规范的立法模式;日本于2010年将民间借贷利率的上限统一规定为20%,且并未区分消费型借贷与生产型借贷。<sup>[26]</sup> 确定利率上限的立法体例有利于保护高利贷中的借款人,维护交易双方当事人的利益平衡。

## 2. 主观主义模式(个案判定模式)

所谓主观主义模式,是指通过民法上的反暴利、乘人之危或公平原则进行个案评价。这一模式以英国、奥地利、瑞士、德国、卢森堡和西班牙为代表。主观主义模式的特点是:它是由法官事后根据具体案情确定借贷合同的利率上限,而不是由政府事前公布。<sup>[27]</sup> 例如,德国并未就民间借贷利率上限作出一个僵化的数字标准,而是由法官依据民法中的“暴利条款”——公序良俗原则与显失公平原则在个案中进行判断。作为“暴利条款”的《德国民法典》第138条第1款、第2款在被适用时,法官必须从客观要件与主观要件两个角度出发,作出正确的判断。<sup>[28]</sup> 审理案件时,法官按照该条款对当事人

[22] 高圣平、申晨:“论民间借贷利率上限的确定”,载《上海财经大学学报》2014年第2期,第100页。

[23] Donato Masciandaro, *Why Shylock Can Be Efficient? A Theory of Usury Contracts*, 3 *Kredit and Kapital* 381 (2002).

[24] John M. Houkes, *An Annotated Bibliography on the History of Usury and Interest from the Earliest Times Through the Eighteenth Century*, 379-383 (The Edwin Mellen Press 2004).

[25] 香港《放债人条例》第24条规定,任何人(不论是否放债人)以超过年息60%的实际利率贷出款项或要约贷出款项,即属犯罪。关于任何贷款的还款协议或关于任何贷款利息的付息协议,以及就该等协议或贷款而提供的保证,如其实际利率超过年息60%,则不得予以强制执行。参见 <http://laws.66law.cn/law-79702.aspx>。

[26] 日本将民间融资纳入金融监管部门监管,使其合法化、公开化、有序化,对其运行、风险管理等实施合理的监控。对于民间借贷利率的上限主要规定于《利率限制法》和《出资法》中。

[27] 同注17引文,第73页。

[28] 该条第1款规定:“违反善良风俗的法律行为无效。”第2款规定:“特别是当法律行为系乘另一方穷困、没有经验、缺乏判断能力或者意志薄弱,使其为自己或者第三人的给付作出有财产上的利益的承诺与履行,而此种财产上的利益与给付显然不相称时,该法律行为无效。”参见 *Munchener Kommentar - Mayer, Armbruster* 2001, § 138 Rn. 114 BGB.

之间约定的利率是否构成暴利<sup>[29]</sup>作出自由裁量。尽管德国立法上对民间借贷利率是否构成暴利采取了个案判定的主观主义模式,但这并不意味着其在司法实践中没有总结出一套较为客观的适用标准。法官在进行个案判断时,往往需要依据主观和客观两个标准进行。也即,法官认定是否属于高利借贷,往往先要借助于主观判断,即当事人主观是否存在恶意,同时还要审查双方约定的利率客观上是否的确偏高。需要注意的是,这种主观主义模式有时呈现出了扩展的趋势。如在英国,1854年的《高利贷法》被废除,1974年的《消费者信贷法》也废除了对消费者借贷不得超过年利率48%的规定,转而采用通过法官在具体个案中的自由裁量、强化改革消费贷款合同等步骤,加大对消费者的保护力度。<sup>[30]</sup>

主观主义模式的优势就在于,通过灵活处理个案能够实现实质正义。然而,这一模式也存在一些无法克服的弊端:第一,由于缺乏客观的参照标准,往往导致法官在对某当事人所约定的利率高低进行评价时,没有统一的标准,因而会造成可能的同案不同判现象。为了避免对高利贷判断存有难度这一缺陷,司法实践中对于消费者借贷,德国法官一般以年利率30%作为判断高利贷的标准,而这又不免遭致主观主义模式向客观主义倚靠的质疑。第二,由于缺乏客观的参照标准,导致在个案中法官需要审查主客观要件,这种审查会加重法官的工作负担,不利于提高办案效率。第三,由于缺乏客观的参照标准,借款人往往负有举证责任,即需证明存在着高利借贷的主、客观要件,而这种过分加重当事人举证责任的做法,显然不利于保护弱势群体。<sup>[31]</sup>

### 3. 折衷主义模式

所谓折衷主义模式,是指介于统一划线与个案判定之间的一种规制模式。在这种模式下,虽然存在着固定利率的上限,但该上限是动态的,且有一定的软化:一是不由法律直接规定而是委托政府来决定固定利率上限,且之后会对上限及时调整,例如荷兰、比利时,政府根据借贷市场的具体状况每六个月调整借贷合同的利息上限。<sup>[32]</sup>二是存在固定利率上限,但是,法律允许法官在审理个案时,可以结合案件的具体情况,通过行使自由裁量权来达到对固定利率的上限作出一定范围和幅度修正的目的。

## (二) 我国管制模式的取舍判断

上述三种模式,在我国的立法和司法中应当如何借鉴和应用呢?笔者认为,客观主义统一划线的模式对我国最为适宜,主要原因有四个。

首先,主观主义模式要求在每个个案中对利率规制进行利益衡量和判断;折衷主义模式存在确定的利率上限,要求法官依据案情酌定调整。在笔者看来,鉴于我国现阶段的司法能力,这两种模式并

[29] 一般而言,构成暴利需符合两个要件:一是给付与对待给付之间存在明显的不相称关系,法官要考察当地情况和借款目的才能确定是否相称。二是附加要素,法官要以是否有悖于善良风俗的标准来考察当事人的主观心态,需要法官根据证据自由裁量,获利的一方主观上是否有受谴责的态度以及对健康国民感受的背离。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第538-545页。

[30] Raffaella Barone, Roy Cerqueti & Anna Grazia Quaranta, *Illegal Finance and Usurers Behaviour*, 34 (2) *European Journal of Law and Economics* 265 (2012).

[31] 同注22引文,第103页。

[32] Donato Masciandaro, *In Offense of Usury Laws: Microfoundations of Illegal Credit Contracts*, 12 (3) *European Journal of Law and Economics* 193 (2001).

不符合我国的国情。作为单一制国家,我国历史上对民间借贷有着漫长的统一划线的规制传统,且这一模式有利于统一裁判尺度,给当事人以正常、合理的行为和后果预期,并且有利于提高规制效果的正当化,因此,我国对民间借贷利率的规制应当继续适用统一划线的模式。

其次,我国目前的民间金融市场并不成熟,司法关于民间借贷的明确规则的管制信号,远胜于法官的自由裁量。鄂尔多斯、温州等地的民间借贷风潮表明,民间借贷潜在的问题最主要在于信息不对称情况下的高利率诱惑。采取统一划线模式可以明确告知民众法律规则,明确的规则比自由裁量的标准更加适合在转型期为公众传递管制信号。而法官的自由裁量会降低该规则的明确性并转而导致管制行为效力的削弱,对于维护金融秩序不利。

再次,民间借贷的利率规制,在多数国家是通过行政管制的方式实现的,法院职责在于事后裁判。然而在我国,行政机关无暇顾及民间借贷的利率规制,转而主要由法院进行事后规制。一个不可回避的现实是,由于我国法院的法官普遍缺乏金融领域的专业知识,且法院在信息来源上也处于不利的状态,无法保证其在面对专业问题时能够作出迅速而准确的裁判;<sup>[33]</sup>加之法院普遍“案多人少”,由法官系统化学习金融知识,并在每个案件中进行衡量,其司法成本亦高至难以承担。相比之下,德国法官无论在法官的专业性、案件数量上比之我国都有一定的优势。因此,可以说,我国法官在处理此类案件存在天然的劣势,现阶段由法院通过个案衡量来对复杂的民间借贷纠纷实行利率的事后规制实非上选之策。

最后,我国现在法院司法公信力有限,而民间借贷纠纷常有标的额较大的案件,利益冲突激烈,<sup>[34]</sup>如果法官通过自由裁量权进行裁量,由此可能引起争讼双方的激烈反对,进而会导致双方对判决本身的强烈质疑,法官的审判难度和不确定性大增,不利于司法环境的改善。

### 三、我国民间借贷利率统一规制的历史渊源

我国民间借贷已有 3000 多年的历史。最早记载民间借贷的典籍,包括《周礼》、《左传》、《史记》、《管子》和《墨子》等。“贷谷”、“贷钱”就是周初用以描述民间借贷形式的词汇。据《管子》记载,到了周朝末年,一国借贷之民多达数万家。周初(约公元前 1115 年)的法定年利率为 15%。到了秦代,随着秦二世的死亡而国亡,史料上并未留有有关民间借贷利率规制的记载。在汉代,民间借贷利率水平空前高涨,一度达到年利率 100%,因而被称为“倍称之息”。唐宋两代对民间借贷利率的规制幅度变化较大,从 20% ~ 100% 不等。唐宋两代对于利率的管制主要体现在两个方面:第一,由统治者明确规定了法定最高利率。如开元十六年,唐玄宗诏令:“自今以后,天下贫举只宜四分收利,官本五分收利。”《宋刑统》则规定:“诸公私以财物出举者,每月取利不得过六分,积日虽多,不得过一倍。”第二,民间借贷禁止计算复利。如宋太宗曾下令:“出息不得逾倍,违者罪之。”至元代,民间借贷更是迅猛发展,以至于元世祖之前的年利率约为 100%,后降至 36%。明朝承袭了元代统治者镇压高利贷的思

[33] 参见陈若英:“超脱或应对——法院与市场规制部门的竞争”,载《北大法律评论》2013 年第 1 辑,第 86 页。

[34] 例如,2014 年全国法院共受理民间借贷纠纷案件 102.4 万件。通过计算可知,该类案件中由于自由裁量导致的利率计算浮动可达 2%。

想,通过立法压低民间借贷利率,并规定了相应的违法责任。《大明律》规定:“凡私房钱债,及典当财物,每月取利,并不得过三分,违者笞杖四十,以余利计赃,重者坐赃论,罪止杖一百。”清代在民间借贷的规制上与大明王朝一脉相承,对于民间借贷最高法定利率仍然规定为年利率36%。<sup>[35]</sup>

新中国建立后,1952年11月,最高人民法院颁布实施的《关于城市借贷超过几分为高利贷的解答》规定,城市借贷利率一般不应超过三分,但即使超过三分,只要是双方自愿,也不宜干涉。上述规定体现了鼓励民间借贷和对当事人意思自治的尊重。在20世纪60年代初,政府注意到了高利贷的危害,开始着手强化管制高利贷。1963年,央行在《关于整顿信用社、打击高利贷的报告》中指出:“通过整顿农村信用合作社……打击高利贷,巩固社会主义农村金融阵地。”1964年,中共中央批转的《关于城乡高利贷活动情况和取缔办法的报告》规定,“高利贷和正常借贷的界限,主要按利息的高低来确定……一切借贷活动,月息超过1分5厘的,视为高利贷”。该报告还特别指出,要“对高利贷活动进行一次坚决的打击和取缔”。<sup>[36]</sup> 1991年,最高人民法院颁布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条规定:“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。”然而,该规定中的4倍如何计算得出,为什么以“4倍”作为民间借贷利率的上限,至今众说纷纭,莫衷一是。有学者评价认为,4倍的标准“缺乏有力的实证支撑,更像是对白毛女式弱势群体的抽象道德关怀”。<sup>[37]</sup> 江平先生说起《民法通则》起草时涉及民间借贷利率的规定时指出,“在当时,有人问过多少算高利贷,银行回答说超过银行利率4倍算高利贷”。<sup>[38]</sup> 还有学者认为,20世纪50年代在全国人大准备起草民法典工作时,就有了将民间借贷利率与银行利率挂钩的思路。1955年第一稿第6条规定:“借贷利息应以银行或信用合作组织的放款利率为标准,但最高不得超过当地信用合作组织放款利率的百分之二十。”1956年第二稿变更为:“公民相互间的货币借款和实物借贷,如果约定有利息的时候,利率不超过国家银行存款或者信用合作社(部)存款的最高利率。”1956年第三稿沿用了第二稿的规定,但又提出了另一方案:“(一)利率比银行利率稍高;(二)公民相互间的借贷,利率由双方约定。”由于当时民间借贷的实际利率大大高于银行利率,导致该草案的上述思路并未真正得到落实。<sup>[39]</sup> 据笔者考证,将民间借贷利率与银行利率挂钩的,最早还是在20世纪60年代。当时规定的高利贷的最低限度为月息1分5厘,已经达到了当时银行利率的4倍。因此,有关4倍上限的规定,确切地说,应当源于邓子恢1964年的《关于城乡高利贷活动情况和取缔办法的报告》。

在我国,民间借贷的产生与发展历史久远,体现出深厚的传统渊源,对民间借贷利率的规制表现出显著的统一性特点。总结我国漫长的利率规制历史包括建国初期对民间借贷利率的规制,可以得出三个共同特点。一是统一规定了出借人有权取得利息。利息是利润的表达形式,是财产让渡占有、使用和收益的对价,出借人有权取得利息反映了统治者对于初期金融规律形成了共识,如《史记》有

[35] 以上资料主要参考庄哲耕:“我国古代民间借贷利率对法律监管的启示”,载《人民论坛》2014年第8期,第93-94页。

[36] 邓子恢:“关于城乡高利贷活动情况和取缔办法的报告(1964年1月13日)”,载卢汉川主编:《中国农村金融历史资料(1949-1985)》,湖南事业出版管理局2006年版,第428页。

[37] 同注17引文,第68页。

[38] 盛洪、江平:“专家谈地下金融”,载《银行家》2004年第10期,第125页。

[39] 何勤华、李秀清、陈颐:《新中国民法典草案总览》上册,法律出版社2003年版,第506页。

“列侯封君高利借债于无盐氏”的记载;《资治通鉴》有“禁军大将尝借富室之债”的描述。这种调剂余缺、各取所需的民间借贷,客观上促进了社会经济的发展。二是统一规定了民间借贷利率的最高上限。元、明、清三朝均规定最高利率为月息三分,如《大清律例》规定:“凡私放钱债,每月取利不得超过三分,年月虽多,不过一本一利,违者,笞四十。”此外,唐、宋、元、明、清都有“息不过本”的规定,以此禁止复利。三是统一规定了高利贷的法律责任。如《汉书》就有“取息过律”被免去侯爵的记载;元代的法律规定:“诸称贷钱谷……有辄取赢于人,或转换契券,息上加息,或占人牛马财产,夺人子女,以为奴婢者,重加治罪。”我国历史上历代对利率统一性的规定,符合我国单一制的国情,同时,对高利贷采取严刑峻法的惩罚形式,说明执政者考虑到了借款人偿还能力,防止因无力还款而引发社会危机,从而也为“一刀切”地统一规范民间借贷利率提供了可行的思路和适度的空间。

## 四、我国民间借贷利率统一规制模式的重构及其路径

### (一) 制度重构:实现从严格管控到适度疏导的转变

在我国,尽管利率市场化的进程正在不断推进,然而,不得不承认的是,在政府的严厉管控之下,民间借贷利率正成为一种因制度供给不足而致的变异产物,而未发挥出正当金融应有的补充作用。应当尝试建立以疏导为核心的新型利率规范机制,以推进民间融资的阳光化运作,并通过新的法律机制规范民间金融的发展,从而更加充分地释放民间融资所蕴含的正能量,进一步发挥其在经济发展中的重要助推器作用。<sup>[40]</sup> 简单而言,我国民间借贷利率的规制,应当在遵从当事人意思自治的基础上,从最高利率上加以明确限制,形成复合性的规制态势,实现从严格管控到适度疏导的转变。主要理由如下:

首先,就优化资源配置而言。“市场利率是由借贷资金供求决定的,而非简单地由政府行政干预来制定和调整。”<sup>[41]</sup> 影响借贷价格的因素很多,并非仅仅利率管制,借贷期限、借款用途、借款人还款能力和信用记录、区域性经济发达程度等诸多元素均影响到借贷合意的达成。<sup>[42]</sup> 对于放贷人而言,法律干预利率会破坏时间在金融合约中的基础作用;<sup>[43]</sup> 对于借款人而言,利率管制反而可能导致其丧失获得贷款的机会。<sup>[44]</sup> 因此,利率管制过于严苛的情境下,保护弱势的借款人只是理论上的一个假想,实质上反而剥夺了借贷双方的自主选择权。然而,上述理由并不能成为放任利率上限的最佳借口。从金融学角度看,设置利率的上限,能够防止资金过度投机与浪费,从而有利于实现资金在金融市场中的优化配置。

其次,就防范金融系统性风险而言。利率管制对民间借贷出借人的交易费用和风险承担提出了较高的要求,不利于其在金融市场中与大型金融机构公平竞争。<sup>[45]</sup> 按照麦金农的“金融抑制”目的理

[40] 同注2引文,第60页。

[41] 同注12引书,第168页。

[42] 同注2引文,第64页。

[43] 同注14引书,第33-36页。

[44] Donato Masciandaro, *In Offense of Usury Laws: Microfoundations of Illegal Credit Contracts*, 12 (3) *European Journal of Law and Economics* 193 (2001).

[45] 同注15引文,第187页。

论,发展中国家普遍实施严格利率管制,限制民间金融。<sup>[46]</sup> 利率管制导致具有规模的金融机构利用其在各个方面的优势分散风险,从而处于优势地位,必然就会将民间放贷机构挤出金融市场。然而,放任或者过于宽松的利率政策并不利于经济发展,反而有可能导致经济泡沫,引发各种危机。没有上限的利率促使大量资本从实体经济中剥离,形成资金“空转”现象,民间资本作为一种重要的生产要素,没有通过市场的资源配置而得到有效利用,相反,在市场的自发性、盲目性和滞后性的环境下,高利贷催生了“资金掮客”,加剧资金“体外循环”,甚至进一步向银行金融体系传递产生“蝴蝶效应”,容易诱致引发金融系统性风险。全球金融市场发展的历程证明,利率管制对于缓解金融危机具有实质性的效果。基于对21世纪初次贷危机和20世纪七八十年代拉美国家金融危机<sup>[47]</sup>的反思,当今世界绝大多数的国家和地区对借贷利率进行了规制,只不过管制程度和规制模式的不同而已。

再次,就避免社会危机而言。没有管制的民间借贷利率,在资本逐利的自然天性驱使下,盲目流入国家限制甚至禁止的行业,形成重复建设和产能过剩,加大经济结构性风险,<sup>[48]</sup>甚至成为刑事犯罪的渠道和工具,给社会增加不稳定因素,加剧了社会矛盾的累积。因此,设置利率上限符合我国对于金融抑制的历史发展惯性与社会理念,有利于化解社会危机。

利率是调整资金供求平衡的价格,是一个国家市场经济的宏观体现。笔者认为,我国有关民间借贷利率管制的政策取向,必须充分考虑民间借贷自身的优势及其在金融市场中所处的地位,走出一条有别于西方利率完全市场化的本土道路,可以考虑采取适度监管的方式,即由一味严格规制监管转变为以疏导代替捆绑与以管制代替放任相结合的方式,并通过新的法律机制规范民间金融的发展。

## (二) 路径选择:依据民间借贷利率所处的不同区间确定其法律效力

### 1. 以民间借贷类型分别规制不可行

民间借贷更多依托于市场化选择,如果想当然地通过分类规制、逐一击破的方式规制民间借贷利率,则难以达到理想整合的目标。

#### (1) 区分生产经营性借贷和生活消费性借贷不现实。

从有关国家和地区关于民间借贷管理模式的比较观察,似乎分类规制的管理模式更加妥当,能够较好地平衡金融市场中消费型借贷和生产型借贷所需要解决的不同问题。但实际上,在我国实行分类规制的管理模式存在很多难以克服的弊端,<sup>[49]</sup>主要理由简陈如下:

一是高利贷现象在我国消费型借贷中表现并不突出。根据学者的调研数据,农户间的生活性借

[46] 同注10引书,第11页。

[47] 阿根廷在1971年开始利率市场化改革,成为第一个率先推进利率市场化的发展中国家,由于各种原因这次改革被中止。到1975年重新开始利率市场化进程,取消了储蓄存款利率以外的其他利率限制;1976年9月,放宽了储蓄存款利率的限制;1977年6月取消了所有利率的管制,实现了利率的全面自由化,整个进程只有两年。智利从1974年5月开始放松管制;1974年11月取消了所有存款利率的管制;1975年4月取消了所有利率管制,进程期限只有一年。拉美其他国家的利率改革进程同样也很短。事后情况表明,这些激进式改革是不成功的,又不得不恢复一些管制措施。参见盛朝晖:“从国际经验看利率市场化对我国金融运行的影响”,载《金融理论与实践》2010年第7期,第42页。

[48] 杜万华、谢勇:“民间借贷利率的规制”,载《人民司法·应用》2013年第19期,第81页。

[49] 早在1990年,最高人民法院就曾颁布《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(修改稿)》,其中即把民间借贷利率分为生活性借贷利率和生产性借贷利率两种,并规定,生活性借贷利率不得高于国家银行同类贷款利率的两倍,生产经营性借贷利率不得高于国家银行同类贷款利率的4倍。但这种试图采纳分类规制的尝试最终未能在立法中得到体现。

贷约定无息的比例占 84.87%,年利率 6% 以下的接近九成。<sup>[50]</sup>,故没有将消费型借贷类型化并对其进行特别保护的需要。

二是司法实务对于资金用途难以认定。货币是一种典型的种类物,借款人在借款后到底是使用该笔款项进行消费还是经营在实践中难以认定。如采取分类管理,实践中极易出现借贷双方为规避消费型低利率的限制而编造为生产型借贷之情况,如此将增加司法审查的难度,造成司法资源的浪费。

三是采取统一规范的利率管理模式符合我国民商合一的立法体例。无论是英美法系还是大陆法系,其对于民间借贷利率进行分类规制的依据都是基于民事与商事之间越来越明显的差异。<sup>[51]</sup>但在我国民商合一的立法模式下,区分民事民间借贷和商事民间借贷容易造成法律适用的结构和逻辑的混乱。

基于以上分析,笔者认为,尽管分类规制的管理模式有其本身制度性的合理性,代表着一种发展趋势,但在我国现有市场发展水平并不健全,消费性借贷和生产型借贷在司法实践中难以判断的状态下,盲目地追求“一步到位”,不仅难以发挥分类规制利率管理模式的优势,反而会对利率管制政策的执行和事后司法审查带来困扰。因此,对民间借贷利率的规制,仍应坚持统一规范的模式。

## (2) 以期限长短分类规制民间借贷利率的困境。

有观点主张,应当区分短期和长期利率,对于短期利率,应当允许当事人约定更高的利率。<sup>[52]</sup>笔者研究发现,如对短期利率单独设置更高的利率上限,则易于产生潜在的多重困境——长短期借贷难以区分、法律规避行为难以化解、短期利率难以设定、长短期借贷利率可能倒挂等。

短期借贷与长期借贷之间如何界定不仅难以确定,而且司法实践中完全可以通过借条的巧妙安排绕过司法认定,同时当事人完全可以将长期借贷期限缩短为数个较短期限,藉此规避长期借贷利率限制。这将严重损害法律的权威。

短期利率上限的确定亦较困难,缺乏一个明确的标准与参考。民间高利贷对于一周两周的短期贷款约定的周利率可以高达 1% ~ 3%,综合年利率可达 50% ~ 150%,变化范围如此大的短期利率如何设置上限,并且还能保证弱势借贷者不受过分盘剥,其标准殊难确定。而且,长短期借贷利率可能倒挂。虽然在大多数情况下,借贷期限越短,民间借贷利率越高,但在经济形势预期不好的情况下,长期利率高于短期利率亦非不可能。此时,再按照经济发展态势良好时期的情况而设置的高于长期利率的短期利率上限并不可取,可能会影响到经济和社会稳定。<sup>[53]</sup>

基于以上明显的困难境况,且目前暂无打破僵局的灵丹妙药,笔者建议,对于长期利率和短期利率不应作出区分,可统一作出规定。否则,意图通过法律权威来实现利率管制,不仅无法实现国家宏观经济政策,也无法调整利息收入分配,无法防止过度危险的借贷行为。立法目标的失败将严重损害

[50] 张元红、李静、张军等:“农户民间借贷的利率及其影响因素分析”,载《农村经济》2012年第9期,第43页。

[51] 曾洋:“民间融资利率管理的类型化路径选择”,载《南京社会科学》2013年第9期,第65页。

[52] 同注11引文,第122页。

[53] 一项有关温州民间借贷利率检测的数据表明,期限与利率负相关的有42个,有一定程度正相关的月份有31个,这31个都集中于2008年初以及2011年下半年。当时CPI高企,宏观调控较严格。参见丁骋骋、邱瑾:“民间借贷利率期限结构之谜——基于温州民间借贷利率监测数据的解释”,载《财贸经济》2012年第10期,第51页。

法律的权威。

## 2. 作为利率锚的标准选择

通过一个确定的标准来对民间借贷利率上限进行司法规制,符合我国立法习惯和司法实践,如我国司法认可的四倍贷款基准利率。然而,随着未来贷款基准利率的取消,是继续锚定其他利率还是放弃这一思路?出于路径依赖,使用该方法锚定其他利率,是成本最小的变革。目前可能锚定的利率主要是以下两个:贷款基础利率(Loan Prime Rate,简称LPR)<sup>[54]</sup>和上海银行间同业拆放利率(Shanghai Interbank Offered Rate,简称Shibor)<sup>[55]</sup>。但笔者认为,这两个利率都不适合作为民间借贷利率上限的利率锚,理由有四:

首先,Shibor的利率形成机制决定了其不适合作为民间借贷的利率锚。Shibor是18家银行之间拆借利率的平均数计算而成,<sup>[56]</sup>信用基础与民间借贷差异很大。而且民间借贷当事人的风险意识较弱,也缺乏风险控制和监管。风险与收益成正比,风险水平的巨大差异,导致Shibor与民间借贷的利率差异很大。

其次,尽管商业银行对其最优质客户执行的贷款利率LPR,与民间借贷利率并无本质区别,都是货币零售市场的价格,然而,LPR的利率期限种类过少,只有一年期这一种利率期限,这种类型单一的LPR,显然无法胜任担当各种不同期限条件下的民间借贷的利率锚。

再次,Shibor和LPR的波动性过大,不适合作为民间借贷的利率锚。Shibor和LPR每天11:30更新一次,其对于短期资金供求关系和市场信息反应较快,波动较大。如果使用Shibor或LPR作为利率锚,将导致合同双方难以形成对利率的稳定预期。<sup>[57]</sup>相对稳定的利率锚才可以让借贷合同双方有稳定的预期来确定民间借贷的利率,也便于司法裁判机关审理案件。

最后,Shibor和LPR目前都还处于探索阶段,按照央行的观点,无论是LPR还是Shibor,如欲成为市场定价自律机制,在现阶段并不完善,应当对二者继续培育,以期建立我国较为完善的市场利率体系。<sup>[58]</sup>因此,Shibor和LPR机制建设还是一个目标,以此为司法规制民间借贷利率标准尚不成熟。

综上所述,笔者认为,通过无论是Shibor还是LPR都难以承担民间借贷利率上限锚定点的重任,民间借贷锚定点需要一个更易操作、更明确的方案。同时由于我国利率市场化改革正在加快进行,未来中国人民银行将不再公布贷款基准利率,笔者建议最好采取统一的固定利率上限,以利于引导和约束市场的行为,利于把握裁量尺度和统一执法。

[54] 贷款基础利率(Loan Prime Rate,简称LPR),是基于报价行自主报出的最优贷款利率计算并发布的贷款市场参考利率。目前,对社会公布1年期贷款基础利率。

[55] 同注48引文,第81页。

[56] 虽然Shibor有隔夜、1周、2周、1个月、3个月、6个月、9个月及1年等多种种类,相对于目前基准利率6个月以内、6个月至1年、1至3年、3至5年、5年以上的期限全覆盖,还是偏少。

[57] 一个直观的感受就是观察投资于银行间市场和定期优惠存款的余额宝等“宝宝类产品”的收益水平,每天收益都有一定的变化,收益率高低可达3倍之大。Shibor利率在2013年6月20日,隔夜利率达到年化30%,一周拆借利率达到年化28%。

[58] 中国人民银行货币政策司:《2014年第一季度中国货币政策执行报告》,第50页。参见<http://www.pbc.gov.cn/publish/zhengcehuobisi/4210/2014/20140506185141936579093/20140506185141936579093.html>(最后访问时间2014年12月12日)。

### 3. 民间借贷利率的复合性规制

采用固定利率上限作为规制模式最重要的问题就在于利率上限数值的确定。关于固定利率上限的确定,首先要回答两个基本问题:一是民间借贷的固定利率上限与金融市场平均利率的高低问题;二是民间借贷的固定利率上限与实体经济的利润率的问题。

其一,民间借贷固定利率上限应当高于金融市场的平均利率。与商业借贷相比,民间借贷的借款人资产有限,抗市场风险的能力低,借款人的风险补偿利率往往偏高,用以冲销坏账等。只有民间借贷的利率上限适当高于市场平均利率,才能使得利率与市场风险相对应,进而促进我国民间借贷市场的平稳发展,否则会导致民间借贷市场中资金匮乏、市场萎缩。

其二,民间借贷固定利率上限不宜过度高于实体经济的利润率。金融是为实体经济服务的,促进资金这一生产要素在各产业和企业之间流动,促进资源优化配置,而利率管制除了限制资本利得、防止两极分化外,另一个重要功能是风险管制,“禁止出借人和借款人过分冒险地借款同样重要”,<sup>[59]</sup>过分高于实体经济的利润率是非常可疑的,传销等庞氏骗局往往都是以过分高的利率作为诱饵。从现实来看,参与民间借贷的企业有较高的概率处于亏损状态,用借贷来弥补现金流紧缺稍有不慎就会变成饮鸩止渴,且容易在破产前大量进行高利率借贷进而引发社会性的借贷风潮。

笔者认为,我国民间借贷利率正处于由严格管控转向市场主导的过程之中,应通过对利率形成机制的分析,以及对实际利率、名义利率、市场利率和复利等不同情形的经济分析,确定影响民间借贷高利率形成的诸种因素。<sup>[60]</sup>另外,域外立法对于我国民间借贷利率上限的设置尤其是较低利率水平的限制具有一定的参考意义。我国法律在制度设计时还应立足于我国的历史发展惯性、社会状况、市场需求等实践,但总体上应当保持相对较低的上限空间。

#### (1) 年利率 24% 以内的民间借贷受司法保护。

观察不同国家和地区有关民间借贷的立法设计,可以发现一个规律,绝大多数域外民间借贷总体居于一个低利率水平。例如,美国对于无明确协定或者有明确协议的高利率水平大都控制在 20% 以下;我国台湾地区“民法典”第 205 条规定,债权人对于超过约定利率 20% 的利息丧失请求权。

就我国民间借贷的实际状况而言,根据西南财经大学中国家庭金融调查与研究中心发布的《中国家庭金融调查》报告显示,全国城镇民间借贷利率 23.5%,而农村地区民间借贷利率为 25.7%。<sup>[61]</sup>目前新型的 P2P 借贷平台上的贷款利率则屡屡突破 4 倍红线,达到 30% ~ 40%,但网络借贷平台本应是一个居间的主体,是否具备投资理财的营业资格尚无定论。<sup>[62]</sup>目前,央行公布的一年期贷款基准利率为 5.1%,依照之前的司法惯例“四倍红线”的计算原则,民间利率的最高限制为 20.4%。四倍利率的限制更多是基于遏制高利贷,维护社会安定的角度考虑,并且四倍利率限制的初衷,也主要是为了规范生活消费性民间借贷市场。根据央行货币政策司的统计数据显示,自 2002 年 2 月至 2015 年 2 月

[59] 同注 48 引文,第 81 页。

[60] 景欣、陆文辉:“我国民间借贷利率管制问题探讨”,载《法制与社会》2014 年第 10 期,第 34 页。

[61] 该报告的调查对象主要为家庭,因而其数据结论更多地解释了生活消费型民间借贷利率的实际状况。参见“调查显示中国民间借贷利率平均 23.5%”,参见 <http://finance.sina.com.cn/china/20140529/200819268839.shtml>。最后访问时间:2015 年 6 月 5 日。

[62] 王林清、鲁璐:“P2P 网络借款合同效力及司法救济”,载《净月学刊》2014 年第 10 期,第 74 页。

的13年间,尽管贷款基准利率存在一定的波动,但总体维持在6%的水平内,按照“四倍红线”的计算原则,结合全国城镇及农村民间借贷利率水平,笔者认为,民间借贷司法保护应当保持在24%的范围之内,也即,民间借贷利率在24%以下的,其利息均应受法律强制力之保障。这种确定司法保护的方法在一定程度上延续了最高人民法院1991年《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》中确立的4倍贷款基准利率的限制,有助于人民群众对此标准的理解与接受,且这一数值可在一定时期内保持相对稳定。

### (2) 年利率超过36%的民间借贷无效。

市场具有盲目性、自发性、滞后性的弊端,若完全实行利率自由化,则会导致放贷者为获得自身最大利益,不断提高民间借贷的利率,从而不利于资金在金融市场内的优化配置和民间借贷市场的长远发展。因而,有必要以法律的形式对超过民间借贷利率固定值的借贷作出否定评价。通常做法就是将高于固定值利率的借贷认定为无效,并且借款人对于超过该数值给付的利息,应当作为出借人的不当得利返还给借款人。根据西南财经大学《2014中国财富报告:展望与策略》所显示,2013年全国各行业民间融资平均年利率达到36.2%。<sup>[63]</sup>有学者进一步指出了利率界限与企业经营状况之间的关系,即民间借贷利率界限为34.9%时,90%的企业将面临亏损,<sup>[64]</sup>此时社会经济的发展将面临巨大的挑战。

从我国民间借贷的历史传统来看,民间借贷利率的最高上限大致都为不超过月息三分,此外,兼顾给予民间借贷以一定的宽容,笔者认为,将民间借贷利率上限定为36%较为适宜。这样既可以有效保护借款人利益,防止民间借贷利率过高,又可以引导民间借贷主体合理定价,支持实体经济发展。

### (3) 年利率24%~36%的民间借贷利率拥有债权保持力但无执行力。

债权的效力,从原理上观察,具有请求力、执行力和保持力。具体到民间借贷问题上,一旦借贷行为完成,利息也随即以法定孳息的形式而成为债权之一部分。笔者主张,对于年利率24%~36%之间的民间借贷利息应认定为自然之债,具体处理方案是:24%~36%之间的债权并无请求力,但该约定也并非无效,但当出借人请求给付时,借款人可以拒绝给付,出借人不得通过诉讼强制借款人履行。假如借款人已经给付且出借人受领了,法院亦不得认定为不当得利<sup>[65]</sup>要求出借人返还。换言之,出借人享有债权之保持力,但不享有债权之执行力。

这就意味着,我国民间借贷利率的规制在大一统的模式之下,又对利率进行了复合性的调整和管控。年利率在24%(包括24%)以内的为有效;年利率在24%~36%(包括36%)之间的视为自然之债;超过36%的则为无效。这种“两线三区”的复合性规制方式,也为最高人民法院最近颁布的民间借贷司法解释所采用。之所以如此设计,主要考虑如下:

其一,这是对我国现有实践的总结。我国对于超出“四倍红线”部分利息的表述为“超出此限度的,超出部分的利息不予保护”,从语义解释的角度看,“不予保护”意味着不能获得国家强制力的保

[63] 参见“去年民间融资平均年利率36.2%”,参见 <http://www.edai.com/news/minjian/112773.html>。最后访问时间:2014年7月15日。

[64] 胡援成:“贷款基准利率4倍的界限合理吗?”,载《当代财经》2012年第5期,第46页。

[65] 孙森焱:《新版民法债编总论》上册,三民书局2004年版,第411页。

护,即不可经由司法强制执行,但是否无效且无保持力则并不明确。<sup>[66]</sup>从体系角度看,最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第10条规定了“应认定为无效”。笔者认为,“不受保护”应认定为具有债的保持力而无债的执行力,这种理解在我国司法实践中得到部分认可,甚至成为地方审判的指导意见。<sup>[67]</sup>由此将此部分债权认定为自然之债是我国目前的实践。

其二,这有利于实现国家强制与私人自治的协调。民间借贷的本质是私法问题,国家因为金融社会化因素对该类纠纷进行规制而设置上限。基于我国目前行政能力、民间借贷法律体系、司法能力的考量,设置固定利率上限是目前最优的选择。为了避免对民间借贷的管制过严,通过设置法定之债—自然之债—债权无效三个等级的安排,有助于软化这种过严的管制,使得私人可以通过自身的安排实现其私法行为而不至于触碰到带有公法属性的利率管制。笔者认为,司法对于年利率24%至36%之间不主动干预的态度,体现了以疏导为特征的民间借贷利率规制模式,给未来利率市场化后民间资本市场利率水平预留了调整空间,民间借贷主体基于意思自治可以在此缓冲区间内约定相对较高的年息水平,符合市场在配置资源中起决定性作用的改革要求。

其三,这有利于生产经营性借贷的实现。生活消费性民间借贷基于人缘、地缘等“熟人社会”的信用保障,利息并非是贷款人规避风险的主要方式。而对于生产经营性民间借贷而言,其更多表现为“陌生社会”之间理性经济人对于利益的共同追求,故其利率要高得多。笔者认为,以生产经营性民间借贷为主要对象的民间金融机构具有一定的规模性和组织性,其自力救济能力也更强;企业借贷人在注重自身短期经济利益的同时也更重视自身的商业信誉,因而,即便法律不对其强加干预,放贷人也能通过披露借贷人信誉情况、要求借贷人提供抵押等方式来降低自身的放贷风险。

## 五、结语

民间借贷利率规制既是一个全球性的国际话题,更是一个地域性的本土话题。关于民间借贷利率管制的政策取向,我们一方面要看到西方利率市场化的趋势,更要面对我国民间金融在金融市场中的地位,走出一条由疏导代替捆绑与以管制代替放任相结合的适度监管道路。与此相应,民间借贷利率生存空间的合理确定,不是纸上谈兵的概念游戏或术语之辩,而必须兼顾货币市场价格、传统习惯因素、社会发展态势与金融市场化体制改革,必须立足于我国市场需求等国情。

民间借贷利率规制既是一个历史性的传统话题,更是一个发展性的现实话题。关于民间借贷利率分类管理模式,我们既要看到域外分类管理模式的正当性,也要认识到消费性借贷与生产经营性借贷区分在司法上的困境,认识到我国民商合一的立法模式格局,选择现实性的统一管理模式,或许比理想化的分类管理更符合目前的司法实践。关于民间借贷利率表现为固定利率或浮动利率,鉴于目前的司法解决能力的有限性,统一划线模式或许更为可取。

[66] 例如,2011年《最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷纠纷案件促进经济发展维护社会稳定的通知》中规定:“对于因赌博、吸毒等违法犯罪活动而形成的借贷关系或者出借人明知借款人是为了进行上述违法犯罪活动的借贷关系,依法不予保护。”此处的“不予保护”则应理解为借款行为无效。

[67] 例如,《江苏省南京市中级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》([2010]4号)第27条规定:“债务履行完毕后,借款人以利息或者违约金超过四倍利率为由,起诉请求出借人返还其已支付的利息或者违约金的,不予支持。”

民间借贷利率规制既是一个经济学、金融学、会计学兼容的话题,更是一个司法领域的现实话题。关于民间借贷固定利率的利率锚的金融学观察,是一个不错的视角,但在司法操作层面,恐怕要回归到采纳固定利率上限的看似简单实则有效的路径上来。关于民间借贷利率期限长短之争的话题,司法现实解决的考虑因素比重,要多于经济学关于短期借贷利率另类设计的解释因素,否则只会引发更多的潜在问题,而非最终解决问题。就民间借贷利率上限的合法性设计,笔者建议,立法解释考虑根据年利率在20%以下、20%至36%之间、36%以上设定不同的效力认定保护标尺,或许能走出法律对于生产经营性民间借贷利率效力认定态度暧昧的迷局。

## Comparison and Reference: Regulation for Private Lending Interest Rate

Wang Linqing

**Abstract:** The history of the regulation on interest rate of private lending, from a perspective of standard of scrutiny, shall be considered as a history showing the transformation from strictly supervised interest rate to a market-based rate. With the consideration of the tendency of the regulation policies, the approach of appropriate supervision may be adopted in the judicial practice regarding to the interest rate of private lending regulation. The determination of the reasonable price of the interest rate of private lending shall not be considered as a conceptual game but an essential factor that contributes to the resolution of the difficulties pertinent to the private lending cases in judicial practice and to the development of state financial market. Considering the difficulty to distinguish the consumptive loans and loans in production in judicial practice, the supervision and management mode of the interest rate should adopt an integrated and standardized management mode. Based on the judicial capacity in our country in the current stage, a unified determination should be made in determining the upper limit of the interest rate, which should be set higher than the average financial market rate but not excessively higher than the profit rate of substantial economy. Furthermore, a unified term of interest rate should be decided without distinction of a long-term rate and a short-term rate. As for the validity of the upper limit of the interest rate, it may be enforceable if the annual interest rate is lower than 24%; and it may be considered as natural debt which means the creditor's right shall be entitled with retention force but not enforceable, if the annual interest rate is between 24% to 36%; and if the annual rate is higher than 36%, the validity shall be denied.

**Keywords:** private lending; interest rate; regulation; unity; complexity

(责任编辑: 幸颜静)