

带着法治梦想一起成长

高利红

法律之经国济世之力，不在暴力，而在信服，而信服源于论证、论说、论辩。于法律人而言，达致道义的大道，不是枪炮，不是权力，而是理性的论证。此正所谓铁肩担道义，妙手著文章是也。职是之故，法科学子既身怀治国救弱之热情，必练就莲花之舌、莲花之笔，方能得心应手弹奏法律的乐章，让正义的华彩普照我中华民族。正因为如此，世界上著名的法学院都把训练学生的论证能力作为重中之重，近以培养学子，远以追逐智慧。美国总统奥巴马曾经是《哈佛法律评论》的主编，希拉里·克林顿也曾是《耶鲁法律评论》的编辑。法学院的《南湖法学》正是秉承此一理念创刊至今，在这片文字的园地里成长的是我们的梦，滋养着梦想之花的是纠结、苦闷、孤独和探索的艰辛与反复。但，逐梦之人何惧困难？！

法律乃规则体系，试图用规则之网涵摄世界之大。规则兼具体系性和抽象性、逻辑性和开放性、刚性和弹性，复杂和简洁，这个规则体系如此之美，如此流畅又如此丰富，把握了它就把握了理解世界、人性的秘密。任何试图对此了然于心的人，首先要掌握的技巧就是论证。正是循着论证的路径，行走在逻辑、经验、证据、推理的道路上，才能一边领略法律规则世界的瑰丽风光，一边寻找事实的真相和正义的判断。法学院的教科书也许过于注重体系化的知识了，论证的技巧并不在其关注范围之内；教授们也许太曲高和寡了，不太习惯与学生谈论细节的技艺。法科学子们于是用自己的文字，针对具体的问题，针锋相对的展开分析，或许幼稚但从不失认真的论说自己的观点。在一篇篇学术论文中理解规则、评价规则。孰谓此乃纸上谈兵？这就金戈铁马！谁说这是自说自话？这正是论道天下！

法学乃入世之学，娴熟的法律技能是法律人的标准装备，只是，永远需要戒备的是，法律人不能成为装备本身而被工具化。试图把法律人工具化的力量既可能来自商业的腐蚀，也可能来自强权的威慑。法律人的人格时刻遭受着“富贵不能淫，威武不能屈”的拷问。在迷乱的红尘中，守望正义者的眼睛时时刻刻不能困倦；在喧嚣的烦躁中，法律人的胸怀始终满是沉静和从容。造就这份品格的精神资源是论证技艺背后的慈悲和博爱，法律人慈母般的温暖永远是弱者最后的力量。拥有技艺，超越技艺，才是每个法科学子的成长之路！

法律人在规则中认识社会、洞悉人性，在论证中组织思维、规范行为，在制定、解释、适用规则的道路上理解自我、完善自我。每一篇法学论文，都是对永恒的一种向往；每一个批判都是对人之为人的尊严的最高致礼。为了梦想，我们在这里相遇，让我们带着法治梦想一起成长！

《南湖法学》第四期

中南财经政法大学法学院
本科生学术期刊
(半年刊)

创刊时间: 2010年6月

主办

中南财经政法大学法学院

承办

《南湖法学》编辑部

宗旨: 服务学生, 裨益学术

目标: 面向本科, 代表中南

原则: 独立而多元, 原创以致用

顾问

高利红 (学术)

高碧峰 (行政)

审委会

刘笋 吕琳 余耀军 陈柏峰

徐银华 高飞 屈永华 詹建红

主编: 刘洋

副主编: 王欢 黄晓原

编委会

刘洋 王欢 黄晓原 王素芬

张懿丹 谢扬 吴琼 金环 龚思源

封面题字: 吴汉东

创刊寄语: 刘仁山

版式设计: 李仕举

封底赋诗: 李元元

网络平台:

南湖法学-法律博客

<http://zcnhfx.fyfz.cn>

投稿邮箱: znfxzss@sina.com

发行数量: 750本

出版日期: 每年6和12月

目录

刊首语 带着法治梦想一起成长/高利红

中南论坛

001 社会化语境下工伤保险基金先行支付制度得失论/
蒋利 贺国斐

011 侵权归责原则的经济分析范式/胡丹

021 从《刑事诉讼法(修正案)》中透视不得强迫自证其罪
原则/韦焕吉

主流争鸣

031 论公司法人格否认制度在刑法中的适用/蔡仙

039 数人环境侵权责任承担论/李元元

047 试对机动车责任险中的第三者维权之艰原因探析/
孙延学 梁军

新锐法语

055 涉外互联网案件冲突规范的连结点选择/黄晓原

063 论刑事审判中民意与司法的良性互动/宋志文

074 中国信访制度的困境具化/唐业林

案中窥法

081 从快乐湖沉尸案看律师的保密义务/王乾坤

087 “民间文学艺术作品”法律保护模式选择与构建/许凯

书光银影

096 爱的胜算/曹汝明

精华选辑

106 游走于正义与效率之间/谢琨

107 发现法律/郭军

108 打开言论自由的一扇窗/吕健俊

109 关于新时期乡镇检察室职责的三点建议/唐菠

112 入户盗窃的犯罪形态/鲍燕

114 论服务行业中设定不作为义务的格式条款/陈澜鑫

118 征稿启事

119 注释体例

中南论坛

编辑部按：学术之道，贵在求真治世。南湖之畔，中南人亦在为构筑“法治天下”做出自己的构想与呐喊。探讨法学真谛，关注法学热点，在此与君共飨。本栏共载三篇文章，一为蒋利、贺国斐的《社会化语境下工伤保险基金先行支付制度得失论——从契约法的角度》，二为胡丹的《侵权归责原则的经济分析范式——以机制设计理论为研究进路》，三为韦焕吉的《从〈刑事诉讼法(修正案)〉中透视不得强迫自证其罪原则》。

社会化语境下工伤保险基金先行支付制度 得失论

——从契约法的角度

蒋利 贺国斐*

[摘要] “社会化”是人类从产生到现在永恒的主题，这当中最重要也最为人们所关注的便是契约的产生出现和发展。将工伤保险先行支付制度甚至社会保险制度放在以上背景下面进行的讨论，也许比我们单纯的从技术层面的分析来的透彻。因为转型时期的中国的法制进程已经不再能够满足于纯粹的技术上的日臻完善了，更需要的是一种自由、平等的市场环境，在这个意义上“契约法”无疑有着巨大价值；同时中国传统的社会结构形态并没有全面瓦解，而呈现的是一种“破碎性的完整”，这一种“破碎性的完整”与现代社会日益细密的生产劳动分工特性一起，构成了当下中国社会的主要特质，而当下新兴的“关系契约法”理论无疑有助于我们对这一特质进行深入解构和分析。

[关键词] 风险 社会化 生存权 工伤保险先行支付 关系契约

一、风险社会化背景之下的社会保险制度

人类自从出现便开始了社会化的进程，至少目前看来可以说，一部人类的历史就是一部社会化的历史，而“风险”一直是其主旋律。可以说风险是一种社会化的风险，社会化是充

* 作者简介：蒋利（1990—），男，广东惠州人，中南财经政法大学法学院 2009 级本科生，法学院本科生学术期刊《南湖法学》编辑部第二届主编；贺国斐（1990—），男，甘肃白银人，中南财经政法大学法学院 2009 级本科生。

满了风险的社会化。保险制度的产生本身便是人们对自身所处风险的一种能动反应,“保险就是人们在长期同风险作斗争过程中形成的一种有效的转移风险的方法之一”,^①保险的最基本作用便在于“补偿损失”、“分担风险”与“保障再生产的进行”。与传统社会相比,风险社会的一个最大的特征是公共风险的增大,并居于主导地位。公共风险有两个基本属性:一是内在的关联性,即公共风险对个人来说是相互关联的、相互影响的;二是具有不可分割性,即任何个体都无法游离于公共风险之外,遭受损害的可能性也是基本相同的。乍看起来可能有些矛盾,但事实的确如此——“社会化”的推进是建立在对单个个体的关注度的深化上面的。将“人”视为单个的个体意味着将“‘人类个体’从‘自然个体’中区分并剥离了出来”;意味着“‘人’不是一个质地相同的整体,而是有差异的不同个体单位”。^②正是在这个基础上,人们才脱离了原来漫长的人身依附,自主地订立契约,自主地处置权利,自主地履行义务。一定意义上,我们可以说梅因的名言“从身份到契约”,是历史法学派对于社会化的最生动描述,甚至卢梭“社会契约观点”建立的基础,也是人们在社会化之下互相订立契约的自由,即对个体“人”的认同。然而风险社会带来的是机遇也是挑战。资本主义一直追求自由平等之下个体的“人”的竞争,却忽略了这一种竞争因为竞争主体地位“自由、平等”预设的虚无性而不具有公平性,从而最终影响了竞争的有效展开,反而和其预设相去甚远,致使社会阶层一度产生严重对立冲突。以工伤保险为代表的现代社会保险机制,准确的来说其实是在这样的背景下产生的企图对这一冲突和缺陷进行的调和弥补。

如果说“社会保险是人类社会化的表现形式,反过来也在促进着社会化的不断深入”的提法是恰当的,那么对社会化的“风险”进行预防和补救的“社会保险制度”便承担着不可替代的历史重任。很难说社会化一定是好或是不好,因为抛开深奥的理论推演,^③我们从历史和社会现实中明显地看到的是一对矛盾体。一方面,人类从单独走向联合,社会经济文化发展水平不断上升,精神物质财富不断积聚;另一方面,人类社会又发生了太多的战争杀戮,事故和灾难。同样的,以“工伤保险”制度为代表的社会保险制度的确抵制了许多我们可预见的风险,但同时,那些我们无法预见的风险却与日俱增。经典社会学家将这一种矛盾归结为一种“社会化”进程的表现。依据经典社会学家的观点,社会矛盾的高发多是伴随着社会的激烈转型而进行的。^④当下之于中国,大家都承认我们目前处于转型期,但是对于具体的由何转向,转向何方,却争论颇大。无论如何,必须承认社会目前处于一个激烈的变化过程之中,旧的秩序在缓慢地瓦解,新的秩序在快速地建立。^⑤然而旧的秩序短期内无法消除,

^① 董昭江:《现代保险企业管理》[M],人民出版社2003版,第48页。

^② 郑杭生、杨敏:“个人的当代风貌:社会化理论的世纪挑战——人的主体性的新发展和以人为本的时代源泉”[J],载于《河北学刊》2006年5月。

^③ “社会化”本来就是一个涉及到多方面的概念,其理论也表现在很多方面,广义的“社会化”理论几乎可以涵盖整个现代知识场域。但如果我们仅仅将其限制在“个人同集体的联盟”这个角度的话,则如经济学领域最著名的“凯恩斯主义”;社会学上涂尔干的“社会本位主义”以及吉登斯的“反传统主义”;格林斯坦的政治社会学说;当然也包括孟德斯鸠、卢梭直至罗斯科·庞德的社会法学理论,都可以涵括进来。

^④ 比如吉登斯的观点,参见安东尼·吉登斯:《社会学》[M],赵旭东等译,北京大学出版社2003年第四版。

^⑤ 依据历史法学派的基本观点,一个民族的习惯和固有秩序以及其本身的形成具有强烈民族性,并不容易短期内消失。而自从百年以前,开始法律移植以来,新的制度和秩序的建立总是推进得异常的快,比如清末的仿西方主义的法律体系和中华人民共和国建立以后仿苏联模式的社会主义法律体系的建立。

仍然有很大影响,新的秩序却已经匆匆建立,并企图短期内在各个社会领域发生效力。这一矛盾在经济发展速度不够快的情况下,外在化得非常柔和而不易察觉。不过一旦高速发展的经济推动下的新的社会秩序及建构在其上的新的制度,由于人们对于财富和利益的追求,地位被迅速抬高;而旧的秩序及其制度因为同样的缘故却被迅速贬低,而无法短期内适应这一变化,则强大的落差必然导致严重而激烈的社会冲突和矛盾。进入二十一世纪的这十年毫无疑问是这一矛盾最鲜活的说明。仅仅就工伤事故来说,虽然我们暂时找不到权威的统计数据,并且官方公布的部分工伤事故数量总的来说符合海因里希规则,^①但奇怪的是,在这些统计数据之中,重伤事故竟然比轻伤事故还多,这不得不让人认为有瞒报的情况,那么实际的情况便不言自明。更何况瞒报本身就说明了问题。

二、工伤保险先行支付制度之得失

目前,我国已经基本建立了一个完整的社会保险体系,关于工伤保险的规定分布于《社会保险法》、《工伤保险条例》、《社会保险基金先行支付暂行办法》以及若干司法解释。其中《社会保险法》第41、42条直接规定了“先行支付”的工伤保险赔付原则。“职工所在单位未依法缴纳工伤保险费,发生工伤事故的,由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的,从工伤保险基金中先行支付。从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的,社会保险经办机构可以依照本法第63条的规定追偿。”

(41条)“由于第三人的原因造成工伤,第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的,由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后,有权向第三人追偿。”(42条)

将先行支付引入工伤保险领域在世界范围内属于首创之举,其中自有对于发生工伤事故后劳动者得到救济的现实考量。而就其理论依据来说,笔者认为有以下两点:

(一) 保险法上的先行给付与代位求偿原则

按此原则,第三人与债权人约定,债务人逾期不偿还债务的,第三人履行保证责任,此时,可为一般保证也可为连带保证,而保证人亦即享有代为求偿权。保险法的先行给付理论主要指保险人有先行赔付的义务,其意义在保障赔付的及时性;先行给付也仍然是代位求偿的前提,但一般人身保险则禁止代位求偿。直观地看,先行支付制度,在当下正经历痛苦转型期的中国,意味着政府对于民众的更大保护和投入。在社会化进程中被边缘化的底层劳动者,能够得到政府的及时救助,可谓善莫大焉。但是社会保险法有极强的社会性,其代位求偿问题关涉商业保险、社会保险、侵权3种赔偿或补偿的关系,这里就涉及到一个民事赔偿和工伤保险的关系问题。举例来说,修改后的《工伤保险条例》第14条第1款、第6项将职工上下班途中遇到的交通事故也纳入了工伤保险的范围,这样劳动者不但可以获得原本应该获得的“民事侵权赔偿”,现在还可以获得工伤保险赔付,即获得所谓“双份利益”,明显与基本保险原理不符。^②但实际上,“双份利益”的产生其根源并不在于“先行支付”制度的优劣,根本原因是,我们的法律体系缺乏工伤保险与侵权赔偿竞合的相关规定。新修订的社

^① “海因里希规则”即工伤事故的机械事故中严重伤害、轻微伤害和无伤害事故件数的比例为1:29:300。

^② 董保华:“工伤保险条例修改的若干思考”[J],载于《上海:东方法学》2009年5月。

会保险法一方面在力求创新和突破,一方面这种创新和突破却是仅仅停留在单个的制度规定上,而缺乏总体周延的社会保险法法律体系的整合和建构。

(二) 工伤保险领域的“禁止诉讼”条款

这一条款直接来源于对英国曾经在认定工伤事故责任时候的“邪恶三原则”的批判。“邪恶三原则”指“过错相抵免原则”、“雇佣原则”和“风险自负原则”。由于这三项原则明显不利于劳动者工伤事故发生后的救济,故而在经历了如火如荼的劳资斗争以后,双方最终达成了“历史大妥协”,确立了“禁止诉讼”条款。其包括四项基本内容,概而言之,一是工人不得起诉已为工伤保险所涵盖之雇主;二是工人不得起诉自己雇主以外造成自己伤害的其他为工伤保险所涵盖之雇主;三是工人不得起诉与其同样有雇主为工伤保险所涵盖之雇主的工人;四是雇主享受豁免权不受其是否实际缴纳工伤保险影响。

以上四点可以看作是“先行支付”的最基础来源。但这与我国现行的工伤保险制度下的“先行支付”制度有很大的差异。在“禁止诉讼”原则之下,劳动者避免了长时间的诉讼逝去的机会成本,雇主避免了应付诉讼的麻烦而对于自己的责任有了可预见性,最终双方实现了双赢,这样,在完全社会化的市场之中,劳动者、企业和政府三方主体都发挥了自己的特性,依据自己的地位合力抵制了劳动工作所带来的“风险”。但是我国的“先行支付”却在同西方国家一样的“强制性”之下,规定了“责令改正”^①的条款,强制性由此大打折扣。虽然相比之前的双轨制的二元解决渠道,“先行支付”制度向“禁止诉讼”更近了一步,但是在这个框架下,雇主即企业定然会心存侥幸,不去缴纳保险金,到最后很有可能造成保险基金入不敷出。而这一切积弊其实并不都是法律不完善所致,法律不可能也不应该对实际生活的各方面进行细致的约束,那种寄一切希望于法律条文的“法律万能”论调,不仅过时而且有害。“责令改正”的背后是中国目前市场化的不健全和不深入,即经济上的“乏社会化”。市场并没有按照自己的规则进行自我调控,而政府对于市场的规制,更加没有按照市场本身所具有的“利益导向”特性进行。同时,市场主体也没有被一视同仁的视为“单个个体”并被发现其价值,因为“责令改正”四个字背后是主体地位的不平等和对于其“财产利益性”特征的漠视。

(三) 工伤保险法律制度的现实问题

目前阶段的工伤保险制度虽然比较完整,却有很多漏洞,并且这一套制度是建立在劳资双方劳动合同关系普遍瑕疵的基础上。同时还存在着劳动者在“社会化”进程愈加边缘和弱势的背景,尤其是农民工等群体,这一特点更为明显。

归纳起来,“现行支付”制度,或者说整个工伤保险制度除了上文分析到的自身逻辑矛盾之外,在实际操作过程中还出现以下问题:

第一,申请工伤保险赔付,程序繁琐,耗时较长,付出机会成本巨大,往往让本就弱势的劳动者望而却步,无可奈何。

第二,现行的工伤保险制度缺乏强制性,这就造成了基金的征缴不足的现实困境。更因

^① 《工伤保险条例》第 60 条。

为《工伤保险条例》扩大了征缴对象的范围，扩大到公法化单位和个人化单位，忽视了现实，公法化单位征缴难度更大，而个人化单位如个体经营户，基本没有能力承担。

第三，工伤认定存在疏漏，比如将上下班途中的交通事故也视同工伤，增大了企业的风险，迫使企业更加不愿意自觉进入国家统一的保险系统。

第四，“先行支付”的项目仅仅集中在医疗上面，对于因伤的其他损失比如劳动能力的丧失并不关心。现行的工伤保险基金仅仅是最低限度地在伤重之时保住性命，在伤轻之时制止进一步恶化。这样便将本来该由政府和社会以及雇主承担的责任划归给劳动者，这不仅仅不符合现代社会保险制度的预防理论，更加对劳动者造成了极大的不公。

第五，“先行支付”制度将追偿权赋予基金管理部门，即社会保险经办机构，忽略了两个问题：一是这一类部门本来就人手有限，再另增一个职能，要么该部门根本无法承受，要么只能扩大职能机构人员编制，进一步加速原已臃肿庞大的公务员机构；二是商业保险制度中的追偿权建立在双方都是平等的民事主体之上，进而可以通过诉讼的博弈对其矛盾进行调节，而社会保险本来有强烈的社会性，双方地位不平等无法进行一个公平的博弈，而在这个基础上赋予一方强制性权力又根本违反了“先行支付”的存在内涵。

第六，仅仅以“责令改正”四个字作为社会保险经办机构“强制性权力”的外延，显得苍白无力，并没有实际性价值。

第七，对于逾期不补缴保险费用的用人单位采取了强制性的划拨银行账户的方法，根本没有考虑到很多用人单位无力承担的情形，即银行账户根本不足，在这种情况下又规定由政府财政拨付。这样进一步混淆了政府责任和社会责任以及雇主责任的界限，政府在该出现的地方默不作声，不该出现的地方却替雇主而“勇于承担”，很不适格。

三、从“社会化”中来到“社会化”中去——对“得”的总结与对“失”的反思

如果说“从身份到契约”的过程抛开所谓的罗马法系与普通法系之间个性的出入，很好地总结了人类法制的社会化进程，那么我们认为这一种进程本身也是历史性的和社会性的，将“身份”视为起点与将“契约”视为终点都是对梅因爵士这一著名论断的形而上的理解。那么人类法制在经历了“从身份到契约”的社会化过程之后，将会走向何方呢？这也许是很人思考的问题。在资本主义高速发展，行将进入垄断资本主义形态之时，德国著名的法学家耶林做出了一个承前启后的论断：“以前是高度重视财产，忽视个人，现在将是高度重视个人，忽视财产。”^①这句话多少可以看做是对于资本主义自由主义思潮和自然法理论在前期的蓬勃发展的一个总结。因为“契约”性之体现，集中于财产的自由支配。在资本主义发展早期，出于革新社会的需要，这一种自由观念被过度的推崇，以至于本该为了“社会化”的目的而存在的自然法理念和自由主义思潮，这个时候却反过来阻碍了“社会化”的进行。很多法学家开始怀疑“契约”性的社会并不是人们长久以来心向往之的“伊甸园”，事实上，

^① [美]罗斯科·庞德：《法理学》[M]，余履雪译，法律出版社2007年版，第354页。

也正是在这个时候开始出现了“从身份到契约”仅仅是对大陆法系法律制度发展之总结的论调,而这一论调是事实上可以看作是普通法系法学家对于普通法在受到质疑时候的回应,以及对占统治地位的自然法理论自身所产生的困境所给出的解答。回过头来,对于耶林的这一论断,庞德给予了高度的评价:

“现代社会的每一种立法形式几乎都是耶林这段话的例证,作为具体的个体的人的生命和存在受到保护,而不惜以牺牲财产上的义务为代价。例如,有关逃离火灾现场的立法、工厂法、安全设施法、恢复名誉法、劳工赔偿法、住宅法和社会保障法。”^①

在这里,庞德教授实际上已经为我们给出了前述问题的答案,那就是法制的发展在经历了“从身份到契约”式的“从人到财产”的演进路子以后,势必又要经历一个“从财产到人”的回归。对于这一前后两个阶段的发展历程,以我们一以贯之的分析思路,实质是从一个形态的“社会化”走向了另一个形态的“社会化”。在“从身份到契约”的社会化过程之中,人类经历的是一个由单独走向联合,由阶级对立走向阶级合作的过程,而在后一社会化进程中,这一种联合与合作又由“团体本位”走向了“个体本位”,开始重视起以前为了社会整体的发展而忽略的个体的人来了。不过,需要说明的是,这一种“个体本位”的发生可能看起来会让人疑惑,因为它恰恰是通过“对个体自由”的限制来达到的,正如庞德教授所概括的,以前被认为神圣的不可侵犯的财产的处置权,契约的自由权,受害的求偿权乃至过失责任都受到了种种限制。然而,如果我们回到我们在本文开始谈到的那个矛盾上面,即社会化的进程意味着对个体关注度的增加,而之所以要增加对个体的关注,深层次的原因乃在于人们行使前述神圣权利时候财产地位的不平等性,而这一不平等性固然有历史的因素,然而对契约的过分强调,无疑加大了这种不平等。所以表面看上去限制个体人之自由的这一运动,事实上却通过对因为财产占有份额较少而在“契约化”运动中处于劣势的平民个体以法律上的救济,从而平衡了“社会化”进程中个体之间的利益分配,最终保护了个体的自由。

那么,紧接着也许要追问的是以庞德教授为代表的法学家们所推崇的“从财产到人”的“社会化”运动,以及那个看似矛盾的命题“通过限制个体自由从而保护个体自由”背后具体的理论进路在哪里呢?在《普通法的精神》一书中,庞德给了我们一个意料之外、情理之中的答案——普通法,具体来说是普通法中的“关系”的概念。在庞德教授看来,普通法上的“关系”如同罗马法系的“契约”一样,是一切法律后果的来源,“如果确定存在某种关系,一系列法律后果便会随之而来”。^②这种“关系”最初来源于日耳曼式的封建庄园中地主与佃农的权利义务,其根源乃是日耳曼民族法中个人主义与团体主义的二元性特征,伯尔曼将此概括成为“基层团体内部以及它们之间社会经济互相联系的结构”^③,并认为正是在此基础上才诞生了习惯以至于习惯法。而庞德教授在批评了十九世纪罗马法以及其基础的自然法理论在调整新的社会关系似的软弱无力时,对于普通法特有的“关系”,充满了自信并

^① 同上注,第354页。

^② [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》[M],法律出版社2000年版,第15页。

^③ [美]哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》[M],贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版,第663页。

相信它是破解当下之困境的必然选择。^①他特别谈到这种法律观念在解决劳工工伤赔偿中的巨大作用:

“意义更为深远的是有关雇主和雇员关系的立法发展，将责任和义务强加于雇主身上，不是因为雇主有此意愿，也不是因为他有过错，而是因为雇主与雇员这种关系本身被认为有此要求。这是大时代所趋……有人认为这些法令创设了‘劳工’身份，并使不少法院感到恐慌……有人认为劳工伤残赔偿法令中的责任义务是准合同性质的，这种说法只说明了作者不知对它们该怎样称呼。根据关系来确定责任和义务，没有任何不协调之处……在实施这些法律时，普通法可以利用时间最久远内涵最丰富的法律概念。”^②这样，庞德教授将梅因爵士的著名论断加上一句话变成了“从身份到契约，从契约到关系”的“社会化”过程模式。

几乎与庞德同时，面对“社会化”进程出现的现实困惑，以霍姆斯法官和卡多佐法官为代表的实证主义法学家们做了与庞德教授相同目的但却完全相反进路的事情——发展出一种新的契约理论，被称作“新古典契约法理论”。这一种新的契约法理论根本不同于古典的以兰代尔为代表的契约法理论，它更加注重对个体性差异的重视，着力在克服古典契约法理论僵化的形式主义和文本主义，与庞德教授的理论一样，新契约理论也打破了“契约性”下的“绝对自由主义”，而保护信赖利益和反对权力滥用。^③在这里我们似乎看到了两条不同进路的极大相似之处。事实也的确如此，新古典契约主义的确关注到了个体性差异，但是也正是因为对此的过分关注，妨碍了它视域的远度和高度，从而有主观化和个体化的倾向，这也导致了后来激进的契约死亡学说的产生。因为新古典契约理论到底还是坚持了古典契约理论“契约个体化”的信念，从而无法解释和调控在社会化进程中大量出现的团体性契约和涉及第三人契约，它甚至无法说明无过错责任在契约中存在的理由，因为这并不符合契约中的“对价原则”。

不过多数人依然相信“契约”存在的价值，与庞德教授不同，契约论者将“从身份到契约”之后的“社会化”进程认为是“从契约到身份”的回归，不过与其说是回归到了“身份”，毋宁说在社会劳动高度分工化的今天，回归的是一种“社会角色”而已。在这个基础上，过去体现“身份”的命令、血缘、官僚体系等等都仅仅成为了一种身份的表现，而这一种身份很大程度是在社会分工的关系中加以体现的。有鉴于此，在进入二十世纪六、七十年代以后，以麦克尼尔为代表的新兴契约理论者终于将“关系论”和“契约论”两条进路融合，创造性地提出了“关系契约理论”的概念，这一种新型的契约关系有五个支撑点，即社会、劳动专业化 and 交换、选择以及未来意识。^④在被置于广泛的社会关系背景之下以后，契约体现出巨大的相互性和团体性，个人主体的权利尤其是财产权受到巨大影响。按照科斯定理，只有当交易主体的财产权明确时，市场才能通过对于交易成本的控制而实现资源的配置。然而，由

^① [美]罗斯科·庞德：《普通法的精神》[M]，唐前宏、廖湘文、高雪原译，法律出版社2000年版，第38页。

^② 同上注，第19—20页。

^③ 刘承晔：“契约法理论的历史嬗迭与现代发展——以英美契约法为核心的考察”[J]，载于中外法学2011年4月。

^④ [美]麦克尼尔：《新社会契约论》[M]，中国政法大学出版社1994年版，第1—4页。

于形形色色社会“关系”的影响，个人主体的财产权变得模糊起来，科斯定理失效了，基础性的契约自由原则开始发生动摇，麦克尼尔这样说道：

“在关系中，这些原则从来不能像它们在个别性交易法中那样是绝对的只有在有效的避免与其他规范性原则冲突的情况下，它们才能发挥作用，否则，关系将分崩离析。因而，在关系性契约法中总有一个关于当事人权力分配的基本问题存在，那就是这种分配是如何与关系的其余部分相适应的。”^①

在社会保障和保险法领域，这一种分配的实质其实是作为社会契约监管者的国家之行政权力与社会契约本身之间的关系。有学者将其概括为“行政权力实际上不仅是单方面运用权利的过程，也是产生契约的非承诺交换规划者”。^②由此我们似乎可以说，社会保险和保障制度从诞生至发展到今天，其实便是一个行政权力对于社会契约的干预或者说规划的社会化进程。我们前面提到的资本主义发展出来的两种不同的社会保障制度类型：德国的行政国家^③和美国的国家行政化正是这一进程的两条不同道路。在行政国家层面，国家实际上代替了社会与个体进行了契约的缔结，即国家不仅扮演了监督契约履行的角色，同时自己本身便是契约缔结的一方；而国家行政化则意味着另一个相反的做法，即进一步强化国家监督“社会契约”的角色而同时弱化契约缔结主体的角色。总的来说，西方在战后大都是朝着国家行政化的方向迈进的，甚至这一种迈进在二十世纪五六十年代很大程度上导致了“福利国家”的产生。

行文到这里，也许现在我们方可以从“社会化”进程的视域，以契约法的视角来审视我们国家的工伤保险中的先行支付制度了。首先，应该肯定的是，将商业保险中的先行支付制度应用于工伤保险领域，无论实际施行的效果之优劣，体现的是一种在法治上的创新精神，而这种创新本身便是社会化的。在目前的社会主义初级阶段，这一种“社会化”的进程在我国是以所谓“社会转型”的方式进行体现的，这一种体现的直观外在表现是新旧秩序交接时期的强烈冲突和矛盾，先行支付制度确保了劳动者单位在没有为劳动者缴纳工伤保险，和第三人工伤伤害情况下，劳动者的相关权益的及时有效保护和救济，体现的是以劳动者为本的立法价值取向，即表达出笔者前面提到的社会化进程中对“个体”的关注，无疑是值得肯定和发扬的。

不过同样明显的是，在先行支付制度中，国家毫无疑问越过了社会监管者的角色，代替了社会的缔约身份，或者说他在代替社会履行着社会同个体之间的契约，表现出一种强烈的“行政国家”的倾向。笔者在前面部分分析到的工伤保险先行支付制度的种种弊端，都是这一种倾向的直观结果。

首先，劳动者在这种制度框架下得到的“双份利益”明显违背了现代契约关系中基本的

^① 董保华等：《社会保障的法学观》[M]，北京大学出版社 2005 年版，第 105 页。

^② 按照麦氏的说法，承诺应该有五个要素，即承诺人的意志；受诺人的意志；为限制未来的选择采取的现时行为；交流；可度量的互惠性，见[美]麦克尼尔：《新社会契约论》[M]，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 6 页。

^③ 需要说明的是，二战后德国调整了国家政策，走向“统制主义”的行政国家观念被摒弃。事实上，行政国家是国家面临非常情况时，经常采取的紧急的资源分配政策，就算是德国也不过是因为发动和维持战争的需要才在纳粹上台以后推行开来的，在此之前他不过是一项有影响力的理论罢了。

“补偿不究过失原则”，从而违背社会契约的基本精神，损害了雇主一方利益。这样做的后果是原本每个社会成员让渡自己的部分利益而达成的契约内部平衡被打破，许多契约主体很可能因此而不再愿意缔结契约。反映在工伤保险制度上面便是用人单位不再愿意无偿的为劳动者缴纳工伤保险，因为缴纳以后，发生工伤事故之时，劳动者依然会提出侵权损害赔偿的要求，对用人单位来说双份的“不利益”。

其次，对于不支付保险费的行为，规定“责令改正”，的确说明了政府扮演的契约监督者角色对于契约履行的监督。但是契约监督者的监督方式是不是就只有“责令改正”这一种呢，这一种监督方式是不是应该按照“契约法”的方式来行使呢？事实上，当国家扮演的监督主体通过“社会化”的方式，也即前面提到的市场化的方式来对契约缔结主体进行监督规制时，可以说契约方的“财产利益特性”得到了重视，“社会契约”才算得到了真正维护。具体的，我们希望看到的是国家对于用人单位的调控更多的通过市场手段而非行政命令，毕竟国家仅仅是一个行政监督者而非行政管理者。

再次，在先行支付的现实困境层面，我们还看到以下几点：其一，如果说社会保险制度的理论基础来自于关系性的社会契约，那么将先行支付适用于工伤保险制度便忽略了“交换发生之前的现状以及权力配置”的现实，直接的说，就是工伤保险忽视了：第一，许多的公法化单位和个人化单位现状，此二单位，一个征缴难度大，一个缴费能力承担不足，在契约中无法遂行有效交换；第二，以农民工为代表的弱势群体及其身上体现出的弱合同性劳动者特质，也无法让其在契约中实现平等交换；第三，现行支付仅仅限于医疗，反映的是我国现阶段的社会保险重事后救济而轻事先预防的立法精神，而在发生工伤事故后，仅在医疗上施行的先行支付并没有体现交换的公平性。

其二，赋予工伤保险经办机构“追偿权”，仅仅是机械地将商业保险法中保险人的代位权进行了移植，而没有注意到这样做是对政府职能专门化的破坏，以及对于官僚体系的回归，更加没有考虑到对于契约关系中双方主体地位的干涉。按照麦克尼尔关系契约理论的观点，现代社会是一个没有委托人只有代理人的社会，每个人都是特定契约关系的代理主体，而毫无疑问，当国家有了追偿权以后，用人单位还是特定社会契约的代理人，国家则不是，由于这一种追偿权并不是民法意义上以主体之间平等地位为前提的权利，而是一种行政化的权力，最后造成了公权力对有相当私法化的社会契约的破坏。

最后，工伤保险先行支付制度表现出了许多不该有的失误和遗漏，笔者在前面已经列举，不再多言。这反映的其实说到底是一种国家为了急于解决社会矛盾而匆匆立法的急躁心态。换句话说，以工伤保险先行支付制度为代表的近年来的众多立法，虽然许多时候的确体现了法制建设的完善，但是这种完善很大程度是以化解社会矛盾为目的的，并不是一种顺应历史潮流的做法，因而一定程度上，这些立法带着“反社会化”的倾向。尤其是诸多关于国家行政权力和市场关系的立法，政府貌似并没有处理好二者之间的关系，而这一切其实都源于对于契约法理论的误读和缺失。套用麦克尼尔的一句话，就是“因为关系变得越来越复杂，并且要求只是通过复杂的方式才能实现，因而创立行政法和政治法的目的不是为了简单地应付

社会经济问题。同时,这些法也是实现特定目标比如相互性和权利变迁的努力的产物”。^①而这种“相互性和权利变迁”还是承接笔者在本文开始论述的,其根本意义在于社会化进程之下对个体的更加全面的关注。

参考文献

- [1] 董昭江:《现代保险企业管理》[M],人民出版社2003年版。
- [2] 郑杭生、杨敏:“个人的当代风貌:社会化理论的世纪挑战——人的主体性的新发展和以人为本的时代源泉”[J],载于《河北学刊》2006年5月。
- [3] 佚名:《工伤事故统计怪数浅析》。
- [4] 董保华:“〈工伤保险条例〉修改的若干思考”[J],载于《东方法学》2009年5月。
- [5] 李满奎:“工伤保险体系中“禁止诉讼”条款研究”[J],载于《环球法律评论》2010年4月。
- [6] [美]罗斯科·庞德:《法理学》[M],余履雪译,法律出版社2007年版。
- [7] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》[M],法律出版社2000年版。
- [8] [美]哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》[M],贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版。
- [9] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》[M],唐前宏、廖湘文、高雪原译,法律出版社2000年版。
- [10] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》[M],唐前宏、廖湘文、高雪原译,法律出版社2000年版。
- [11] 刘承魁:“契约法理论的历史嬗迭与现代发展——以英美契约法为核心的考察”[J],载于《中外法学》2011年4月。
- [12] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》[M],中国政法大学出版社1994年版。
- [13] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》[M],雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社1994年版。
- [14] 董保华等:《社会保障的法学观》[M],北京大学出版社2005年版。
- [15] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》[M],中国政法大学出版社1994年版。

(责任编辑:黄晓原;文字编辑:周青松 刘梦天)

^① [美]麦克尼尔:《新社会契约论》[M],中国政法大学出版社1994年版,第105页。

侵权归责原则的经济分析范式

——以机制设计理论为研究进路

胡丹*

[摘要] 一直以来,侵权归责原则多局限于传统的分析方法,这导致其理论基础缺失,解释力不足。法经济分析方法为归责原则的分析注入了新鲜的血液,但在目前的应用中仍存在不足,原因在于其忽略了责任规则的事前效率以及缺乏精确的分析方法。本文尝试运用机制设计理论对侵权归责原则的经济分析进行范式研究来弥补目前的不足。其研究进路为:通过机制设计理论的基本要素——社会目标、理性选择、机制设计来构建分析的基本框架。具体而言,首先确定社会目标——事故成本的减少而非公平正义,再分析不同归责原则下理性行为人的选择,比较能否达到激励相容的机制设计目的。如果激励不相容则分析产生原因与损失大小,若损失太大则构建新的规则,进而权衡激励损失成本与信息成本,选择最优归责原则。其中运用了函数、导数等分析工具,以求尽可能严谨精确地解释归责原则的理论基础以及适用范围问题。

[关键词] 归责原则 机制设计 社会成本 激励相容 信息有效

一、引言: 现有分析方法的不足

(一) 传统分析方法导致归责原则理论基础缺失

侵权责任归责原则一直是侵权法的核心,它是指以何种根据或基础认定和追究侵权人的侵权责任。纵观侵权责任法归责原则的发展史,其经历了一个演变的过程:19世纪以前主要采用严格责任;19世纪早期开始,过错责任开始取代严格责任而占主导地位;然而,在20世纪的下半叶严格责任原则再次复兴。^①这不禁引发了学者们的追问:逐渐扩大的严格责任的趋势还会走多远?其理论基础是什么?国外学者对此有过研究:有人得出结论,严格责任的基础如此薄弱以至于还是过错责任看起来更好;有人认为,像“风险分配”这样的目标已不足以决定哪一方该承担责任;有人质疑过错责任体制终究也不是真正公正的。^②这些学者对归责原则理论基础的似乎并不成熟。我国用传统分析方法的学者对归责原则理论基础的研究也不深入。过错责任作为归责原则,与抽象人格、所有权绝对、意思自治一起构成了近代民法的基石。过错责任,按照私法自治原则,即自由平等的个人可以根据自己的意思,通过法律行为去追求自己的最大利益。如果因此造成损害,也应由个人对自己的行为造成的损失负责,并且只对自己故意或过失造成的损失负责。^③从民法最基本的价值来看,过错责任存在的最主要目的是保障个人的行为自由,但该理论对于现代民法中出现的严格责任却无

* 胡丹(1990—),女,湖北赤壁人,中南财经政法大学法学院民商法专业2009级本科在读。

^① 丁以升:“侵权行为法之经济学分析”[J],载于《法律科学》2004年第1期,第36页。

^② 转引自 Blum and Kalven, 'The Empty Cabinet of Dr. Calabresi: Auto Accidents and General Deterrence', 34 U.CHI.L.REV., p239.

^③ 梁慧星:“从近代民法到现代民法”[J],载于《中外法学》1997年第2期,第23页。

能为力, 往往诉诸于简单的“利益平衡”理论或是从制定法中对各类侵权案件做一般抽象, 得出严格责任的可归责事由——危险、优势地位和特殊的法律关系。^①虽然我国 2009 年颁布的新《侵权责任法》对各类侵权的归责原则做出了详细规定, 但这并不意味着侵权责任归责原则理论基础探讨的终结。简单的利益平衡理论或从制定法中总结规律并不能解决法律背后的理论基础问题, 不能对法律做规范分析, 更不能指导以后的立法。

传统侵权归责原则之所以缺失理论基础, 在分析论证时解释力不足, 根本原因在于其将公平正义作为目标, 进而将“利益平衡”作为解释各种问题的“万金油”。但事实上, 利益平衡并非侵权法独有的立法目标, 而是所有法律须普遍遵循的立法原则。“侵权责任法作为民法的一个重要组成部分, 归责原则必须要体现民法的平等、公平以及民事权益受法律保护的原则。”^②因此, 侵权法强调行为人的主观过错, 对受害人予以充分的保护以及事后的分配正义。这种定位毫无疑问是正确的, 但只能将其作为目标中的一种而非全部, 更不能用该目标取代分析的方法, 因为诉诸于模糊广义的目标无益于归责原则的精确分析以及规则的效率优化。

(二) 目前法经济分析方法在归责原则中的运用与不足

法经济分析方法为侵权法的研究注入了新鲜的血液, 该方法源于 1961 年科斯发表的论文《社会成本问题》。盖多·卡拉布雷西对侵权的经济分析做出了一系列开创性贡献, 此后, 波斯纳、萨维尔等学者对其做了极大发展。但笔者认为其仍存在不足: 其一、将责任规则定位于事后规则, 忽略了责任规则的事前效率。法律规则可分为财产规则和责任规则。^③财产规则是指权利的转移必须在事前获得权利人的同意, 即相对人是在权利人自愿协商的前提下改变权利的归属, 否则法律禁止他人侵害该项权利。责任规则是指即使没有得到权利人的事前许可, 相对人仍然可以利用权利人的财产, 但必须依法补偿权利人, 且补偿金在事后由第三方确定。^④这种定位旨在说明财产规则更能实现激励目标, 而责任规则只能作为实现公平的手段, 具有事后的分配功能, 没有事前的激励效果。但其忽略了法律作为一种预先制定的规则, 在行为人采取行动前就已经确定, 虽然没有具体到赔偿金的数额, 也不能由当事人协商确定, 但仍然可以基于责任规则内部的不同设计给予行为人不同的理性预期, 从而达到法律要求的事前激励效果, 仅仅因为赔偿金的数额在事后由第三方确定而将其定位于事后规则是有失偏颇的。其二, 缺少将责任规则作为工具目标的分析手段。例如, 卡拉布雷西认为“减少‘首要事故成本’^⑤的关键是要把成本分配给最节约的成本避免者, 使有价值的转变成为可能, 与此同时, 避免不必要的交易成本。”^⑥但是, 如何确定谁是最节约的成本避免者就成

^① 张新宝:《侵权责任法》[M], 中国人民大学出版社 2010 年版, 第 20-21 页。

^② 同上注, 第 16 页。

^③ 参见 Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harv. L. Rev., p.85.

^④ 转引自 Frank H. Easterbrook, The Court and the Economic System, Harv. L. Rev., p.98.

^⑤ 卡拉布雷西将事故的成本分为首要事故成本与次要事故成本以及实现前两种成本的管理成本, 首要成本指减少事故的数量与严重程度, 次要事故成本指由事故产生的社会成本, 当减少首要成本的措施失败后才开始发挥作用。

^⑥ [美]盖多·卡拉布雷西:《事故的成本——法律与经济的分析》[M], 毕竟悦、陈敏、宋小维译, 北京大学出版社 2008 年版, 第 116 页。

了疑难，其分析方法是“进行经验性推测或者直觉判断”。^①该判断仅仅建立在直觉之上，在不完全信息以及社会情况错综复杂的情况下，该直觉判断的信息成本是极其巨大且难以估量的。该分析虽然提出了侵权法要达到的社会目标是事故成本的减少，但没有更精确的方法阐述如何达到该目标。

二、机制设计理论在归责原则分析中的基本模式

机制设计理论^②是研究对于任意给定的一个社会目标，在自由选择、自愿交换、信息不完全以及决策分散化的条件下，能否并且怎样设计一个机制，使得经济活动参与者的个人利益与设计者的既定目标一致，并尽可能使机制运行所需要的信息成本最小。该理论模型可用图 1 的机制设计三角来表示。尽管该理论是研究经济制度的，但在规范意义上，可以把法律看作一种机制设计。^③下面就机制设计理论的基本模式如何运用于归责原则的分析做简单阐述。

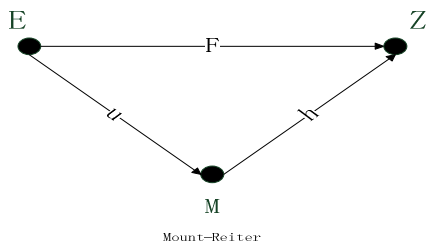


图 1：机制设计三角^④

(一) 社会目标函数 F ——事故成本最小化

运用机制设计理论的前提是确定该制度的社会目标，本文按照卡拉布雷西对侵权法目标的定位，^⑤探究这种目标构建的规则是否符合人们的普遍正义感。如果仍然符合，就可以在不违背公正原则的前提下提高效率。若一种改变可以在不损害一种目标的前提下有利于另一种目标，这种改进就是符合帕累托效率的。机制设计理论也许不能使规则更加公平，但却可

^① 同上注，第 127-132 页。

^② 该理论的创立以 2007 年诺贝尔经济学奖的获得者之一赫维茨于 1959 年论文的发表为标志，后经维克里、莫里斯、马斯金等著名经济学家的完善，成为现代经济学的一个重要分支。

^③ 道格拉斯·拜尔、罗伯特·格特纳、兰德尔·皮克：《法律的博弈分析》[M]，严旭阳译，法律出版社 2004 年版，第 3 页。

^④ 图中有三个构成部分 (1) 社会目标函数 F ：目标函数的自变量是环境 E ，因为资源配置的最优性取决于环境空间的现行点 e ，目标函数反映了评判结果的准则，用数学函数形式表示为 $F : E \rightarrow Z$ 。其中， Z 为结果空间。(2) 个体理性选择 u ：反映了经济人的行为，即理性经济人在信息分散化前提下自由选择的策略性博弈行为，自变量为理性经济人的类型与每次采取行动的信息。即 $u : E \rightarrow M$ 。(3) 配置规则 h ：就是把行为人选择的信息集 M 转化成资源配置的规则， $h : M \rightarrow Z$ 。经济机制设计理论就是在既定的环境 E 和既定的社会目标 F 下，借助对个体理性选择的描述，研究寻找什么样的配置规则能使得最后配置的结果符合社会目标函数 F 。即：寻找 h ，使得 $h(u(e)) = e \in F \subseteq Z (e \in E, u(e) \in M)$ 。即图一中上下两条线路运行的结果一致。参见：[美]利奥尼德·赫维茨、斯坦利·瑞特：《经济机制设计》[M]，田国强等译，格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社 2009 年版，第 15-18 页。

^⑤ 侵权法的目标是双重的，最早提出这一思路的学者是卡拉布雷西，他声称事故法的目标有两个：正义与事故成本的减少，任何一种侵权规则必须符合人们的公平正义感，但是，研究者们对“符合”并没有清晰的界定，对什么是公平的经验研究也与该说法不一致。卡拉布雷西不否认将公正作为侵权法目标的正当性，但局限于含义不清的目标对事故法的分析以及归责优化裨益不大。所以他换了一种思路：“如果正义的难以界定不能使忽视正义正当化，那么至少可以延迟对它的讨论正当化”因为描述非正义比描述正义容易得多。

以找到在不影响公平目标下更有效率的规则。本文也借鉴此思路,在运用机制设计理论和数学模型做精确分析时不将公正作为目标之一,而将社会成本最小或福利最大作为社会目标。在对社会成本进行精确分析时,卡拉布雷西将其分解为三部分:预防的成本,预期事故损害的成本以及行政成本。^①本文第三部分的模型建构中仅用到前两项成本,第三项行政成本,类似于机制设计中的信息成本,将在结论分析与运用中做定性分析。

(二) 机制设计——激励相容与信息有效

在确定了社会目标与主体理性选择后,下一步要做的是如何通过机制的设计使得个体在理性自利的前提下达到自由选择的结果与社会目标一致,并且要求付出尽可能低的信息处理成本,即机制设计要同时满足激励相容与信息有效的目标。

激励相容是指一个机制保证个体在追求自己的目标时能使配置结果符合社会目标函数。个体理性与集体理性两者经常是冲突的,“解决个体理性与集体理性之间冲突的办法不是否认个体理性,而是设计一种机制,在满足个体理性的前提下达到集体理性。”^②机制设计中,“激励相容”的分析可以用于解决责任规则激励效果缺失以及分析手段不足的问题。在归责原则的分析中,目前的法经济分析方法仅仅基于交易成本的减少而将责任规则看作一种事后规则,忽略了其事前的激励效果。这种方法虽然提出了侵权法的目标是事故成本的减少,但未提出实现这种目标的具体方法与科学的分析工具。原因在于其混淆了侵权规则要达到的社会目标与事故法作为一种机制的目标,“由于目标函数仅反映了评判结果的标准而非实现结果的手段,区分目标函数与作为实现目标的手段的机制就很重要”^③。基于激励相容目标而寻找最优制度的方法可以弥补目前法经济分析的不足。

信息有效研究的是在多个机制同样满足激励相容目标的前提下哪一个机制的运行需要的信息成本更小。^④“如果人们能够掌握全部信息的话,直接控制或强制命令的集中化决策就不会有问题,而只是一个简单的优化问题。正是处在一个不完全信息社会,人们才希望分散化决策,用激励机制这种间接控制的分散化决策方式来激发人们做设计者(制度或规章制定者)想做的事,实现设计者想达到的既定目标。”^⑤在侵权的归责原则分析中,设计侵权归责的立法者和裁判的司法者并不能掌握行为人所有的私人信息,也不能在事前就预知事故的发生并强制行为人采取有利于实现社会目标的行动。所以,归责原则的设计必须将信息有效作为目标之一。

^① 此处的行政成本是指主体在解决由于发生了损害所导致的纠纷或者潜在纠纷的过程中所负担的各种费用,包括加害人、受害人以及他们的法律顾问、保险人在进入纠纷解决和诉讼过程中所花费的时间与精力,同时也包括法院所发生的运转费用。参见:[美]斯蒂文·萨维尔:《事故法的经济分析》[M],翟继光译,北京大学出版社2004年版,第304页。

^② 张维迎:《博弈论与信息经济学》[M],格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2004年版,第6页。

^③ [美]利奥尼德·赫维茨、斯坦利·瑞特:《经济机制设计》[M],田国强等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2009年版,第14页。

^④ 李巍巍、施祖麟:“经济机制设计理论评界”[J],载于《数量经济技术经济研究》1993年第9期,第61页。

^⑤ 前引^③,《经济机制设计》,第6页。

三、机制设计在归责原则中的分析方法与运用

除了上述要素外, 机制设计更核心的目标在于如何“设计”。本文的归责原则分析虽然采用机制设计理论, 但不是假设在没有任何制度的情况下重新构建新的制度, 而是在现有的几种制度并存的情况下假定这些制度是可以选择的, 运用机制设计的分析方法评价这些制度的优劣以及归纳不同制度的最佳适用范围。其基本思路是: 首先设定侵权责任法的社会目标, 确定社会目标函数, 然后分析在不同的归责原则下人们理性决策的结果, 将该结果与社会目标比较, 分析能产生激励相容的归责原则。如果不相容, 则分析导致不相容的原因以及由此造成的损失大小, 计算如果设计新的机制来解决激励不相容问题需要多少信息成本, 最后权衡激励不相容成本与信息成本, 找到能使两者成本之和最小的归责原则, 从而构建起归责原则适用范围的解释框架模型。

(一) 只考虑注意水平, 不考虑行为水平

1、模型建构

①变量设置: 设社会成本为 SC ; x 为加害人的注意水平 ($x \geq 0$), $c(x)$ 为施加注意的成本; $l(x)$ 为给定 x 的条件下预期事故损失 ($l(x) \geq 0$); 注意水平越高, 则因注意而引起的成本越大, 所有 $c(x)$ 为单调增函数。

设 $c(x) = w * x$ (w 为参数, 且 $w > 0$);

注意水平越高, 预期事故发生的概率越小, 预期损失也越来越少; 且在注意程度上投入越多, 预期损失的减少越来越困难, $l(x)$ 的一阶导数小于零, 二阶导数大于零;

$$\text{即: } l'(x) < 0, \quad l''(x) > 0$$

②社会目标函数: 根据前文关于社会成本的说明, 且假定中不考虑行政成本, 有: $SC = c(x) + l(x)$

③求解最优社会注意水平: 即, 使社会成本最小化时加害人的注意水平, 用数学方法即为: 求当 $SC(x)$ 的一阶导数为零时 x 的值, 设社会最优注意水平为 x^* 。

令 $SC' = 0$, 可得: $w = -l'(x)$, 使上式成立的 x 的值为 x^* 。

等式左边为加害人的边际成本, 如果将预期损失的减少看作收益, 则 $-l'(x)$ 为加害人的边际收益。可见, 当行为人采取注意的边际成本与预期损失的边际减少量相等时的注意水平为最优注意水平。

④严格责任原则下加害人的最佳注意水平

设严格责任原则下加害人预期总成本为 $m(x)$, 个体理性决策选择的注意水平为 x_1 , 有: $m(x) = c(x) + l(x)$ 由于该函数式与社会最优成本函数一致, 则有 $x_1 = x^*$;

⑤过错责任原则下加害人的最佳注意水平

设过错责任下预期总成本为 $n(x)$, 最优注意水平为 x_2

如果加害人尽到了合理的注意义务, 即 $x \geq x^*$ 时, 由于加害人没有过错, 不需要赔偿受害人, 则 $n(x) = c(x)$, 假设法院判定过错标准与社会最优注意水平一致, 也为 x^* , 则

$x_2 = x^*$; 如果加害人没有尽到合理的注意义务, 即 $x < x^*$ 时, 由于加害人有过错, 需要赔偿受害人, 有 $n(x) = c(x) + l(x)$, 则 $x_2 = x^*$ 。 $n(x)$ 为分段函数: ①

$$n(x) = \begin{cases} c(x) & (x \geq x^*) \\ c(x) + l(x) & (x < x^*) \end{cases}$$

综上: 过错责任原则下, 加害人会选择 x^* 的注意水平。

⑥将不同归责原则下个体理性决策的注意水平与社会最优注意水平比较。

严格责任原则下: $x_1 = x^*$; 过错责任原则下: $x_2 = x^*$

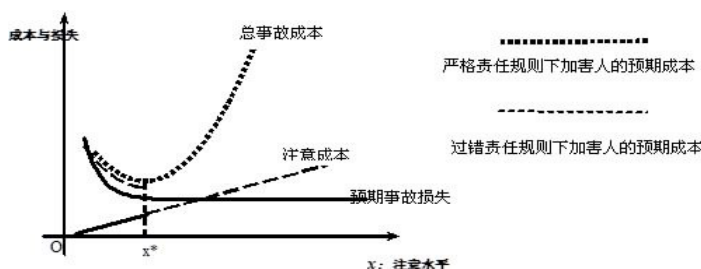


图 2: 不考虑行为水平的单边预防模型中两种归责原则的比较

2、结论与运用

在只考虑注意水平的单边预防模型中, 如果法院确定的合理注意水平等于社会最佳水平, 则严格责任与过错责任给加害人相同的激励效果, 均能使其选择社会最佳水平的注意, 达到激励相容的机制设计目的。但两者的信息成本不同, 就单个案件而言, 过错责任需要当事人举证证明一方有过错, 需要法院确定社会最佳的注意水平, 需要更多的信息成本; 而就整体而言, 由于严格责任无需证明一方有过错, 故当一方侵权时, 另一方胜诉的可能性更大, 提起诉讼的数量也更多, 这样将更有利于社会福利的增大, 切实保证归责原则的落实, 更能实现激励效果。此种情形下, 严格责任优于过错责任, 而且当被侵权人数量庞大时, 严格责任的优势更加明显。为了减少大量侵权案件中的信息成本过大问题, 常采用严格责任原则, 如产品责任侵权、环境侵权等。而在一般情形下, 当被侵权人只是个别数量时, 这种信息成本的影响就不是太大。

(二) 同时考虑注意水平与行为水平

1、模型建构

①变量假定。设加害人的行为水平为 i , 行为产生的效用为 $u(i)$, 由于行为水平越高, 则产生的效用越大, 故 $u(i)$ 的一阶导数大于零; 而随着行为水平的提高, 每增加一单位行为, 给行为人带来的额外效用越少, 即满足边际效用递减规律, $u(i)$ 的二阶导数小于零。

即, $u'(i) > 0$, $u''(i) < 0$ ②社会目标函数。行为水平对目标函数的影响主要有两点:

- (1) 行为水平的增加将导致预期事故损失以相应的比例增加;
- (2) 行为水平的增加将导致

① 图 2 可清晰地显示加害人的最小成本。

社会效益的增加。故社会目标确立为使社会福利最大化,同时考虑了行为水平增加导致的行为给社会带来的效用的增加,而不仅仅只考虑社会成本最小化。社会福利函数:

$$AR = u(i) - i[c(x) + l(x)]$$

③求社会最优注意水平 x^* 与行为水平 i^*

由于该函数有两个自变量 x 与 i , 可采取偏微分的方法求最值^①, 由于前面已经详细阐述最优注意水平, 故此处分析时先假定 i 为常量, 求出最优注意水平 x^* , 再将 x^* 带入该函数, 对 i 求导, 得出最优行为水平 i^* 。在侵权中的含义为: 首先找到使加害人每从事一次该行为所增加的使总事故成本最小化的注意水平, 然后不断提高行为的水平直到加害人从事行为带来的社会效益恰好超过该行为带来的事故成本增加的效用。前面已经分析, 最优注意水平为 x^* , 然后求最优行为水平 i^* 。令 $AR' = 0$ 。则有 $u'(i^*) = c(x^*) + l(x^*)$, i^* 是使该等式成立时的取值。

④严格责任规则下加害人的最优注意水平 x_1 与最优行为水平 i_1 。加害人的净效用函数为: $R_1 = u(i) - i[c(x) + l(x)]$ 。由于该表达式与社会目标的福利函数相同, 故严格责任规则下加害人理性选择的最优行为水平、最优注意水平与社会一致, 即 $x_1 = x^*$, $i_1 = i^*$ 。

⑤过错责任规则下加害人的最优注意水平 x_2 与最优行为水平 i_2 。加害人的净效用函数为:

$$R_2(x, i) = \begin{cases} u(i) - ic(x) & (x \geq x^*) \\ u(i) - i[c(x) + l(x)] & (x < x^*) \end{cases}$$

由情形一分析可知 $x_2 = x^*$, 下面着重探讨过错责任原则下加害人理性选择的最优行为水平 i_2 。

当 $x_2 = x^*$ 时, 上面的分段函数变成 (该函数仅有一个自变量 i)

$$R_2(i) = u(i) - ic(x^*)$$

令 $R_2'(i) = 0$, 可得 $u'(i_2) = c(x^*)$, i_2 是使该等式成立时的取值。

而根据第③步确定的使社会目标函数最小的最优行为水平为 i^* ,

i^* 满足 $u'(i^*) = c(x^*) + l(x^*)$, i_2 满足 $u'(i_2) = c(x^*)$ 。问题转化为比较 i^* 与 i_2 大小。

$\because c(x^*) < c(x^*) + l(x^*)$, $\therefore u'(i_2) < u'(i^*)$, 又 $\because u''(x) < 0$, $\therefore i_2 > i^*$

2、结论与运用

在同时考虑行为水平与注意水平的单边模型中, 严格责任可使加害人的行为水平与注意水平均达到社会最优状态; 而过错责任也会使加害人的注意水平达到社会最优, 但会使加害人的行为水平超过社会最优行为水平, 不能达到同时满足社会效益最大化与加害人效益最大化的激励相容状态。

由以上分析所得结论可知, 在过失责任下, 加害人会以一个较高的水平从事该行为, 因

^① 偏微分方法即先假定其中一个为参数, 对另一个自变量求导, 求出最值时该自变量的取值可作为常量, 再对另一个求导。

为过错责任只将某一次行为中注意水平增加导致的社会成本内部化了。而由于行为水平增加导致的社会成本没有内部化,此部分损失加害人无需赔偿,如果加害人从该行为中获得的效用减去注意成本之剩余效用为正,加害人就会继续从事该行为达到一个较高的水平,从而会增加社会成本。这是过错责任在该模型中未达到激励相容状态的原因。这一缺陷的严重性取决于一次该行为所导致的损失的大小。如果某一行为在本质上是非常危险的,如高度危险作业中的核设施侵权,使用易燃、易爆、剧毒和放射性等高度危险物的行为等,即使在进行这一行为时施加了合理注意,那么在过错责任下,这一部分外部化的成本给社会带来的损失仍是非常巨大的,所以要用严格责任来规制,将行为水平增加导致的事故成本内部化。但是,如果在施加合理注意水平时,该行为只产生非常小的事故风险,如日常生活中的大部分行为,踢球,饲养温顺动物等,则该行为水平增加造成的社会影响可以忽略不计。一般情形下,尽管没有考虑行为水平的影响,由于采取过错责任造成的激励不相容成本很小,所以可以将过错责任规定为一般归责原则。

传统侵权归责理论对严格责任适用范围的界定和解释莫基于危险理论之上,危险理论在世界范围内已成为决定严格责任适用范围的最主要的依据。但关于为什么一行为是危险的就应该成为严格责任的归责事由,传统理论的分析方法并不能给予解释。而该分析则可很好解释,不仅如此,还可以进一步深入:①是否只要一行为是危险的,就可以成为适用严格责任的理由?②为什么严格责任需要做出特别规定,以特殊侵权的形式存在,而不能像过错责任一样交由法官判断——不仅判断是否有过错,而且同时判断加害人的行为水平是否达到了社会要求的合理水平?③对于侵权责任法还未规定的社会行为,适用过错责任出现问题时如何通过立法使其适用最佳的归责原则呢?

笔者用该分析对上述问题浅谈一些看法:对于问题①,答案是否定的,因为造成过错责任激励不相容除了该行为本身有危险外,还有一个重要原因,就是加害人愿意从事该行为。只有加害人从该行为中获得的效用减去注意成本的剩余效用为正,加害人才会从事该行为达到一个较高的水平。问题②涉及到机制设计中的信息有效性问题。为了使过错责任达到激励相容的状态,一个解决办法就是将加害人的行为水平也考虑进去,成本内部化当然可以带来激励相容的效果,使加害人不会高水平地从事危险行为。但是,为了明确行为水平的标准,法官需要确定社会最优行为水平以及加害人的实际行为水平。比较两者大小即可得出是否超过了社会最佳水平。确定前者需要知道如下两个信息:①该行为给社会带来的利益或者说加害人从该行为中获得的利益;②加害人从事行为的成本,包括行为本身的成本以及注意成本。确定后者需要明确加害人在过去行为的信息,如饲养动物侵权中要明确狗咬人之前一共遛了多少次狗,但获得这些信息的成本通常是巨大的。过错责任之所以可以交由法官判断,是因为判断社会最优注意水平与加害人的实际注意水平相对而言更容易。社会最优注意水平通常由某一个社会规范加以固定或者由一般人的经验即可明确判断,如司机违反了交通管理法规可以认为有过错,饲养烈性狗的饲养人应该用绳子拴起来等等。而判断加害人的实际注意水平通常仅需掌握其在这一次行为中的行为状态,如遛狗时有没有拴绳子,即判断有没有过错

的信息成本比判断有没有超过最优行为水平的信息成本小。^①也就是说,对于过错责任导致的激励未相容的成本可以通过充分信息来弥补,如何取舍,取决于两种成本的比较。“在某种意义上,使用不是完全激励相容但信息有效的机制的做法更有益,在某些场合,我们需要权衡经济学来比较信息成本与激励成本。”^②对于通常情况下大部分没有危险性的侵权,用过错责任规制尽管造成了激励不相容,但相较于让法官来判断有没有达到最优行为水平,是一种更好的机制。立法在权衡激励不相容成本与信息成本时,选择的是成本更小的激励不相容成本。而一旦出现激励成本较大的情况时,例如危险性较大的行为,该成本就不能轻易被忽略了,于是用严格责任来规制。进而可以回答问题③中严格责任适用范围问题,也是机制设计要解决的一个重要问题,除了比较制度优劣以外,更重要的是构建符合信息有效性与激励相容的机制。

从上述分析可知,严格责任之所以必要,有两个决定因素:①加害人能否从该行为中获得正效用;②一次该行为导致的社会损失的大小。加害人获得的正效用越多,行为越危险,过错责任中激励不相容的成本越大(且行为危险性对激励不相容成本的影响更大),越需要严格责任来规制。

四、结语

传统的分析方法难以精确地解释各种归责原则的理论基础以及不同归责原则的适用范围,而以机制设计理论为进路的经济分析方法对此有所突破。首先确立欲达到的社会目标,分析不同归责原则下理性经济人的行为选择,比较该行为能否达到社会目标,即制度能否产生激励相容的效果。如果不能,则尝试构建能产生激励相容目标的机制或是规定激励不相容成本较小时的适用范围。在处理激励不相容问题时,分析激励不相容产生的原因以及产生损失的大小。如较小则可以忽略,并通过立法将此情形予以明确;如较大,则权衡信息成本与激励成本的大小,选择或重新构建能达到激励相容且信息成本最小的制度。循此思路,我们不仅能够明确解释大部分归责原则,还可以找出在不同情形下适用归责原则的规律。随着社会日新月异的发展,如果出现现有归责原则无法较好调整的情形时,可根据上述方法重构最优的归责原则。

^① [美] 斯蒂文·萨维尔:《事故法的经济分析》[M], 翟继光译, 北京大学出版社 2004 年版, 第 26-31 页。

^② [美] 利奥尼德·赫维茨、斯坦利·瑞特:《经济机制设计》[M], 田国强等译, 格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社 2009 年版, 第 4 页。

参考文献

- [1] 丁以升：“侵权行为法的经济学分析”[J]，载于《法律科学》2004年第1期。
- [2] 转引自 Blum and Kalven, “The Empty Cabinet of Dr. Calabresi : Auto Accidents and General Deterrence”, 34 U. CHI. L. REV.
- [3] 梁慧星：“从近代民法到现代民法”[J]，载于《中外法学》1997年第2期。
- [4] 张新宝：《侵权责任法》[M]，中国人民大学出版社2010年版。
- [5] Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral (1972)”, Harv. L. Rev.
- [6] Frank H. Easterbrook, “The Court and the Economic System”, Harv. L. Rev (1984).
- [7] [美]盖多·卡拉布雷西、A. 道格拉斯·梅拉米德：“财产规则、责任规则与不可让与性：一个权威的视角”[J]，明辉译，《哈佛法律评论：侵权法精粹》。
- [8] [美]罗纳德·哈里·科斯：《企业、市场与法律》[M]，盛洪、陈郁译，格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2009年版。
- [9] [美]盖多·卡拉布雷西：《事故的成本——法律与经济的分析》[M]，毕竟悦、陈敏、宋小维译，北京大学出版社2008年版。
- [10] 道格拉斯·拜尔、罗伯特·格特纳、兰德尔·皮克：《法律的博弈分析》[M]，严旭阳译，法律出版社2004年版。
- [11] 转引自 Edmond N. Cahn, The Sense of Injustice (Bloomington, Indiana University Press, 1964).
- [12] Richard A. Posner, Economic Analysis of Law (6th edition) (New York: Aspen Publishers, 2003).
- [13] 张维迎：《博弈论与信息经济学》[M]，格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社，2004年版。
- [14] [美]利奥尼德·赫维茨、斯坦利·瑞特：《经济机制设计》[M]，田国强等译，格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2009年版。
- [15] 李巍巍、施祖麟：“经济机制设计理论评界”[J]，载于《数量经济技术经济研究》1993年第9期。
- [16] [美]斯蒂文·萨维尔：《事故法的经济分析》[M]，翟继光译，北京大学出版社2004年版。

(责任编辑：金环；文字编辑：陈晓晓)

从《刑事诉讼法(修正案)》中透视不得强迫自证其罪原则

韦焕吉*

[摘要] 不得强迫自证其罪原则是一项保障犯罪嫌疑人、被告人及证人合法权利的国际刑事司法准则,我国《刑事诉讼法(修正案)》增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定,彰显了我国《刑事诉讼法》在保障人权方面的巨大进步。本文从不得强迫自证其罪原则的理论基础、不得强迫自证其罪原则与沉默权的关系以及我国《刑事诉讼法(修正案)》中相关制度的制定等方面进行论述。

[关键词] 不得自证其罪原则 沉默权 无罪推定 非法证据排除规则

一、问题的提出

3月14日,第十一届全国人民代表大会第五次会议表决通过了关于修改《刑事诉讼法》的决定。该修改引起社会的高度关注和热议。修改后的《刑事诉讼法》将“尊重和保障人权”写入总则,而增加的“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定则彰显了我国刑罚的惩罚犯罪和保障人权的目的是,这是我国人权保障的伟大进步。正如格力斯沃德所说:“在人类为其自身文明而奋斗的伟大里程中……该特权的确立历史性地与刑讯的废除相联系……我们业已经过的历史进程发展了相当重要的个人的尊严感和个人在本质上的重要性……该权利是我们政府和个人关系取得进展的基本的尊严之一的表述。”^①实行不得强迫任何人自证其罪原则,是我国刑事诉讼制度的一项重大改革,是我国刑事诉讼内容上的丰富和发展,对于我国刑事诉讼理论及实践的完善具有极其重要的意义。然而,《刑事诉讼法(修正案)》规定“不得强迫任何人证实自己有罪”是否说明我国确立了沉默权?是否确立了相应的非法证据排除规则和其他制度保障?正如有的学者所说:“法案起草部门在一种与虎谋皮式的立法过程中,既有一定程度的改良司法的愿望和冲动,也有不得不在各种力量掣肘下进行妥协的苦衷,许多修法内容呈现不彻底性。”^②由于制度设计不够周密,未来将可能无法达到预期效果。

二、不得强迫自证其罪原则的理论基础

不得强迫自证其罪,又被称为任何人不得强迫自证其罪、反对强迫自我归罪、禁止自我归罪等等。^③对不得强迫自证其罪的理解需要对其基础理论进行仔细的探究,美国联邦最高法院的意见几乎涵盖了不得强迫自证其罪原则的所有的理论基础:“(该特权)反映了我们许

* 韦焕吉,中南财经政法大学法学院2010级本科生。本文系法学院2010级“法学专业论文竞赛”一等奖作品。

^① 《美国联邦最高法院判例汇编》(第378册)[M],1964年,第55页。

^② 张建伟:“司法改良、妥协和不彻底主义”[J],载于《法学》2012年第1期。

^③ 彭伶:《不得强迫自证其罪原则研究》[M],中国检察出版社2009年版,第44页。

多的基本取向和最高尚的追求：我们不让犯罪嫌疑人遭受自我控诉，作伪证或触犯藐视法庭罪的残酷的三难选择的愿望；我们对个人的供述将会以非人道的和虐待的方式来获取的恐惧；我们对公平竞技的感受，它通过要求政府除非有充分理由否则不得惊扰个人的生活以及要求政府在其个人的对抗中承担全部责任，来设定一种公平的国家与个人之间的平衡状态；我们对神圣不可侵犯的人格以及个人享有私人空间内自主生活权利的尊敬；我们对攻击自己的供述的不信任；以及我们对该特权这样的认识，即它尽管有时为犯罪之人提供了庇护，却更经常地保护着无辜者。”^①

不得强迫自证其罪原则体现了多种理论根据，在不同的环境中，适用该原则的理由都是正当的。因此，必须考虑适用该原则的理由和所要达到的目的。

（一）不得强迫自证其罪体现了无罪推定的精神

所谓无罪推定，主要是指犯罪嫌疑人在未经人民法院依法判决确定有罪之前，任何人不得认定其为有罪。^②无罪推定的思想最早见于意大利的法学家贝卡利亚所著的《论犯罪与刑罚》一书中，他在《论犯罪与刑罚》中指出：“在法官判决之前，一个人是不能被称之为罪犯的。只要还不能断定他已经侵犯了给予他公共保护的契约，社会就不能取消对他的公正保护。”^③贝卡利亚明确反对未在证实犯罪之前“折磨”嫌疑人，这是他对封建社会有罪推定和刑讯逼供的否定。1789年法国的《人权宣言》则首次从法律上确定了无罪推定原则，其中第九条规定：“任何人在未经判定有罪之前均应假定其无罪，即使认为非逮捕不可，但为扣留其人身所不需要的各种残酷行为都应该受到法律的严厉制裁。”此后，各国相继在宪法和刑事诉讼法中对无罪推定做出规定。至此，这一原则成为各国刑事司法通行的一项重要原则。

无罪推定原则的核心思想是限制政府动用强制手段威胁个人自由、财产等基本权利，保障个人相对于强大的政府的独立主体地位。无罪推定不仅是刑事诉讼中的一项基本原则，也是关系到每个公民切身利益的政治权利。

为了在刑事诉讼中切实贯彻无罪推定原则，许多国家的法律和国际公约提出了保障被告人诉讼权利的具体要求和措施，主要有：控方承担证明被告人有罪的责任，被告人没有证明自己无罪的义务；被告人有拒绝陈述的权利，即享有沉默权，在诉讼过程中不能强迫被告人证明自己无罪或者有罪，也不能因被告人的沉默而认定其有罪；疑罪应作无罪处理，即控方所提供的证据不能确切证明被告人有罪时，或者对被告人有罪的证明存在合理怀疑时，应当做出有利于被告人的解释，对被告人按无罪处理。

诚如威格摩所言，无罪推定意味着被告人无需做任何事情，因而有权消极无为，并不得因此被认为有罪。根据这一逻辑，被告人自然有权在刑事诉讼中的任何阶段保持沉默，也就是享有不被强迫自证其罪的特权。^④因此，不得强迫自证其罪原则体现了无罪推定原则的精神，是无罪推定原则的逻辑延伸。

^① 《美国联邦最高法院判例汇编》（第378册）[M]，1964年，第58页。

^② 易延友：“论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善”[J]，载于《政法论坛》2012年第1期。

^③ [意大利]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》[M]，黄风译，中国法制出版社2010年版。

^④ 参见易延友：“论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善”[J]，载于《政法论坛》2012年第1期。

(二) 不得强迫自证其罪是程序正义的要求

什么是正义, 通过一定过程实现了什么结果才符合正义, 一直是正义理论的中心问题。在社会生活中, 为了形成一定的结果或状态, 人们有必要伴随着一段时间经过一定的活动过程, 这个过程就是广义的程序。由于程序的不同, 结果发生重大变化, 这也是我们生活中的常识。于是, 就有了可能考虑程序自身的存在理由以及区分合乎正义与不合乎正义的程序, 这种在程序层次上考虑的对象正义, 可称之为程序的正义。^①

程序的正义观念是以发生、发源于英国法并为美国法所继承的“正当法律程序”思想为基础而形成和展开的。其思想可追溯到 1215 年制定的英国大宪章, 据说正当程序概念本身最早出现于 1354 年。原来这一词语只是指刑事诉讼必须采取正式的起诉方式并保障被告接受陪审裁判的权利, 后来扩大了其适用的范围, 意味着广义上剥夺某种个人利益必须保障他享有被告知和陈述自己意见并得到倾听的权利, 从而成为英美法中人权保障的根本原则。^②在英美法系中, 满足正当程序要件的程序才是合乎程序正义的程序, 而合乎程序正义的程序就是正当程序。因而与程序正义有如此密切关系的正当观念在英美法中得到发展绝不是偶然的现象。

正当程序原则在大陆法系国家主要表现为程序法定原则, 其实质与英美法系国家所奉行的正当程序是相通的。程序法定原则要求预先规定权利和义务, 规范司法人员与诉讼参与人员的行为, 使其在法律规定的框架内活动。对司法人员而言, 程序法定原则要求他们严格遵循法律规定的程序, 避免其在执法中剥夺或者限制法律预先设定的犯罪嫌疑人、被告人及其他参与人的权利; 对于普通公民而言, 程序法定原则可以保证每个公民受到同等待遇, 防止由于司法人员突破法定的程序规则而导致司法不公, 保障诉讼参与人更好地行使权利, 维护自己的合法权益。

没有正当的法律程序, 自由和权利将不存在。^③正当程序理念通过对程序的重视和严格执行体现程序公正, 进而达到社会正义和人权保障的目标, 它是诉讼公正的体现, 也是诉讼实践发展的必然要求。要体现程序的正义, 就应当在立法中反映正当法律程序要求。正当法律程序强调人的主体性, 反对将人作为手段, 在刑事司法实践中则反对将被追诉人作为定罪的手段, 在现代刑事司法实践中, 不得强迫任何人证明自己有罪原则正是正当法律程序所要求的对犯罪嫌疑人、被告人的最低权利保障之一。

(三) 不得强迫自证其罪有利于防止国家滥用权力, 保障公民权益

如果说刑法是罪犯权利的大宪章 (贝卡利亚语), 那么刑事诉讼法则可以被看作是被告人权利的大宪章。^④从不得强迫自证其罪特权的产生过程可以发现, 在十七世纪星座法院和高等委员会法院采用纠问式诉讼形式, 迫使个人依职权宣誓, 以这种方式强迫个人自证其罪, 这种做法是国家权力的滥用。刑事程序本身是国家在禁止私利救济后以强制力量垄断的一种纠

^① 参见谷口安平:《程序的正义与诉讼》[M], 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 1 页。

^② 参见松井茂记:“非刑事程序领域的正当程序理论”[C], 载于《法学丛论》(第 106 卷), 第 4 号, 第 21 页。

^③ 陈瑞华:《程序正义理论》[M], 中国法制出版社 2005 年版, 第 105 页。

^④ 左卫民、周长军:《刑事诉讼的理念》[M], 法律出版社 1997 年版。

纷解决机制,如果它不能得到社会成员的持续信任,调整政府与个人关系的社会的和平稳定就会受到威胁。“出于维护国家可信度的利益,必须把维护国家法治的利益和与犯罪的斗争包括在合法的诉讼程序框架中。如果国家由于犯罪率的增长必须打破这种框架,从法治倒退回武力统治”那么,“也就相当于国家湮灭的地步了”。^①在刑事诉讼中,最有可能进行强迫自证其罪的主体是代表国家的追诉机关。“随着文明的进步,国家作为禁止诉诸武力的保证人和武力的垄断者,同时它又是法律程序中的当事人。就事实上看,国家似乎可以随心所欲地使用武力。由此,国家才需要程序法来防止自己成为强权压服者,而反对自证其罪原则便成为制约司法专横的武器。”^②

“在任何自由的政府下,人民拥有……一些不受国家控制的权利。如果一个政府不承认这些权利,认为其公民的生命、自由和财产无论什么时刻都应该受到最民主的掌权者的专制处置和无限控制,那么这样的政府归根结底就是一个专制主义的政府……对政府这种权利的限制,仍是自由政府的基本性质之所在,否则,社会契约就难以存在;当然,所有名符其实的政府都会尊重这些权利。”^③要维持刑事程序的公信力,就必须尽量防止国家滥用权力。这正是美国将不得强迫自证其罪特权规定为一项宪法性权利的重要理由。防止权力滥用是基于国家和个人之间存在的力量差距,无论是在组织能力、经济实力还是知识储备方面国家都优于个人。因此,有必要在刑事诉讼中确立不得强迫自证其罪特权,限制国家权力,保障个人不受非法讯问,以避免提供自证其罪的证据。

由此延伸,该特权不仅适用于法庭调查程序,还广泛适用于其他调查程序,只要这些程序在讯问过程中采用了强迫手段,对嫌疑人进行身体上和精神上的压力使其作出自我归罪的陈述或提供证据。

(四) 不得强迫自证其罪有利于排除非法证据

非法证据排除规则是英美法系最常见的证据规则之一。非法证据排除,是对侦查机关违法取得的证据,宣布没有作为认定被告有罪的证据能力,从而侦查机关不能享受违法得来的结果。^④而其中所谓非法证据是指办案人员违反法律规定的权限、程序或者以其他非法方法获得的证据,具体包括:一,非法获得的言词证据,包括犯罪嫌疑人、被告人的陈述、证人证言以及被害人的陈述等;二,以非法搜查手段获得的物证,指非法搜查、非法扣押取得的物证;三,“毒树之果”,即把非法取得的证据比作毒树,由该证据所衍生的其他证据,即使是合法取得的,仍是有毒性的毒果,应当予以排除。^⑤非法证据规则的法律依据来自于 1791 年美国《联邦宪法》第四条修正案的规定,即公民个人的财物、文件、住所不受非法搜查、

^① [斯洛文尼亚]卜思天·儒佩基奇:“从刑事诉讼法中透视反对自证其罪原则”[J],载于《比较法研究》1999 年,第 2 期。

^② [斯洛文尼亚]卜思天·儒佩基奇:“从刑事诉讼法中透视反对自证其罪原则”[J],载于《比较法研究》1999 年,第 2 期。

^③ E·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》[M],邓正来译,中国政法大学出版社 1996 年版。

^④ 郎胜:《刑事辩护与非法证据排除规则》[M],北京大学出版社 2008 年版。

^⑤ 翟晓美:“浅析非法证据排除规则”[J],载于《科技创新与应用》2012 年 3 月。

扣押。非法证据排除规则实际上是对证据的可采性提出了更严格的要求。我国学者郑旭在《非法证据排除规则》一书中指出：“非法证据排除的目的在于防止法律实施官员侵犯公民的宪法权利。”

关于排除规则，美国法官卡多佐有这么一段话：“如果警察犯错误，那么罪犯就将获得自由。”^①在由于实行非法证据排除规则而放纵一部分应受惩罚的犯罪分子与忍受滥用国家权力给公民利益造成的损害之间，美国的立法者和法官选择了前者。正如美国一学者所言：“设计这个体系的目的是公民公平的起诉而不是控制犯罪的蔓延。”不得强迫自证其罪特权是保证证据质量和获得可靠的刑事判决所必需的。^②

凡是被告人被强迫提出证明自己犯罪的证据，都适用非法证据排除规则，并在上诉审判中撤销原判决；除非是在严格的宪法前提下，被告人自愿供认。

在英美法系国家，此排除规则还曾扩大适用于搜查和扣押中的取证。它要求警察在实施搜查、扣押等行为时必须要有合理根据，并且应事先办理手续，取证不得超过特定的具体范围；否则，所取得的证据将作为“毒树之果”而被排除。

三、不得强迫自证其罪原则与沉默权

不得强迫自证其罪特权与沉默权之间存在着紧密联系，这一点，无论是从二者的历史起源还是从成文法的规定中都可以得到证实。唯一让人感到困惑的是，这两项权利是同一的吗？有学者在追溯沉默权的历史时，将反对自证其罪特权的确立视为“沉默权站稳了脚跟”；^③在许多文章中一谈到不得强迫自证其罪特权，就会提到米兰达警告，就会联想到沉默权。也正因为如此，有不少学者认为不得强迫自证其罪特权就是沉默权。^④

（一）从起源上看，这两种权利之间存在着密切的联系

不得强迫自证其罪原则的历史与沉默权紧密联系在一起。最初的不得强迫自证其罪原则保护的是刑事被告人不能被强迫依职权宣誓作证，而充当证人的一个最直接的表现就是在法庭上提供证言。有证言就意味着要开口说话，这也正是美国学者兰贝恩所指的在以“被告人开口”为特征的刑事诉讼模式中不存在不得强迫自证其罪特权的理由。^⑤作为不得强迫自证其罪特权产生的一个重要标志就是，允许被告人在回答询问时，如其答复具有自证其罪的可能性则可以拒绝做出回答。这种拒绝被理解为沉默权。

正因为如此，不少学者和法官都将不得强迫自证其罪特权与沉默权联系在一起，甚至视为同一。在一些国家，如美国，不得强迫任何人自证其罪特权在相当大的程度上表现为沉默权，尤其在刑事诉讼中，几乎等同于沉默权。

在美国，传统上，不得强迫自证其罪仅仅适用于法庭审判阶段。但是，美国最高法院通过判例确立了一项规则，即米兰达规则。它规定，在侦查阶段，任何人享有保持沉默的权利

^① 转引自[美]波斯纳：《超越法律》[M]，中国政法大学出版社2001年版。

^② 参见彭伶：《不得强迫自证其罪原则研究》[M]，中国检察出版社2009年版，第56页。

^③ 易延友：《沉默的自由》[M]，中国政法大学出版社2001年版，第56页。

^④ 孙长永：《沉默权制度研究》[M]，法律出版社2001年版，第192页。

^⑤ 彭伶：《不得强迫自证其罪原则研究》[M]，中国检察出版社2009年版第108页。

和拒绝警察询问的权利,从而将该特权扩张适用于警察的侦查活动。警察在实施讯问之前,必须首先告知犯罪嫌疑人享有沉默权以及获得律师帮助的权利。^①这一规则如此有名,以至于在美国现代刑事诉讼中,不得强迫自证其罪特权有时又被简单地称为沉默权。

(二)在内容上看,在一些国家沉默权是不得强迫自证其罪原则的重要组成部分

不得强迫自证其罪特权的产生是与反对职权宣誓紧密联系在一起的。它的表现形式就是强迫被告人开口辩解。当国家权力逼迫个人做出证明自己有罪的陈述时,个人反抗国家滥用权力的方式之一就是保持沉默。因此,尽管不得强迫自证其罪特权产生之时,并不当然包含沉默权;但是,随着对刑事诉讼中人权保障认识的深入,在许多国家,沉默权已经成为实现不得强迫自证其罪特权的有效方式和途径。如果将沉默权从不得强迫自证其罪特权中剥离出去,将会大大削弱不得强迫自证其罪特权的影响和效果,甚至难以达到设立该特权的主要目的,即对受到刑事追诉的人进行最低的人权保障。

沉默权的理论依据是“反对自我归罪”的原则,它根植于这样一种观点:一个人的尊严是一项与人性共存的自然权利,是个人作为人生存所不可缺少的基本权利。^②目前在采信了不得强迫自证其罪原则的国家,均规定了沉默权,以此作为实现不得强迫自证其罪原则的具体保障。可以说,不得强迫自证其罪特权是通过沉默权才得以充分实现。

(三)从功能这上看,这两种权利都具有保护隐私、防止国家滥用权力的作用

不得强迫自证其罪特权与沉默权的产生均与保护思想自由、信仰自由联系在一起,并在对抗教会和王权的专制压迫下发展起来。这两种权利均与对抗式诉讼模式的发展密切相关,无论是不得强迫自证其罪特权还是沉默权,都是对被追诉人的权利保障。而历史已经证明,只有在对抗式诉讼模式中,这两种权利才能充分发挥其价值。在实行职权主义的大陆法系国家,国家通过加强辩护律师的权利,增加诉讼的对抗性,不断吸收对抗式诉讼模式的合理因素,这两种权利在保护隐私、防止国家滥用权力上发挥着重要作用。^③

(四)不得强迫自证其罪原则与沉默权虽有诸多联系,但仍有不同

其一,不得强迫自证其罪特权与沉默权的起源时间不同。美国学者阿尔伯特认为,在不得强迫自证其罪出现的时代,即在美国《权利法案》中,不得强迫自证其罪特权并不包括沉默权。^④其二,不得强迫自证其罪特权在一些国家为一项宪法权利,如美国;而沉默权只是刑事诉讼领域中的一项权利。其三,不得强迫自证其罪特权的主体比沉默权的主体更为广泛。沉默权的主体仅指犯罪嫌疑人、被告人;不得强迫自证其罪的主体则不仅包括犯罪嫌疑人、被告人,还包括在诉讼过程中作证的证人。同时,在英美法系,不得强迫自证其罪特权的主体包括犯罪嫌疑人和被告人的沉默权以及证人拒绝自证其罪的权利,对二者给予同等保护;

^① 宋英辉:《刑事诉讼原理导读》[M],法律出版社2003年版。

^② 陈光中:《沉默权问题研究》[M],中国人民公安大学出版社2002年版,第8页。

^③ 彭伶:《不得强迫自证其罪原则研究》[M],中国检察出版社2009年版,第127页。

^④ 参见宋英辉:《刑事诉讼原理导读》[M],法律出版社2003年版。

在大陆法系国家,虽然不少国家都赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权,但并非所有国家都赋予证人拒绝作证的特权。不得强迫自证其罪特权在保护的内容方面也比沉默权要丰富,沉默权仅仅是指拒绝提供陈述这种言词证据,不得强迫自证其罪特权除了拒绝提供言词证据以外,还包括拒绝提供书证等实物证据。

四、对我国不得强迫自证其罪原则的立法评价

应当承认,这些年来,随着我国改革开放的深入和对“文革”中刑讯逼供历史的反思,我国日益重视刑事立法中对个人权利的保护,在一定程度上体现了不得强迫自证其罪的精神。1996年修订的《刑事诉讼法》第12条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”可以说这是无罪推定原则的中国式表述,是中国人权保障的重大进步。今年3月14日《刑事诉讼法(修正案)》总则增加“尊重和保障人权”的规定,并在第50条中增加“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定。这表明随着我国法学研究的深入和活生生的现实启示,人们逐渐认识到刑罚的功能不仅是惩治犯罪,而且还应当具有保障人权功能。惩罚犯罪与保障人权并重,忽视任何一方面都是对刑事法律功能的片面认识。

不得强迫自证其罪特权是一项人类共有的基本人权,在立法中加以确定并通过法律加以保障是国家的责任。确立不得强迫自证其罪原则是国内和现实的需要,有利于执法人员树立人权理念,遏制非人性的刑讯逼供,在刑事诉讼中落实人权保障;有利于推动侦查模式的改革,从以口供为中心逐步转为以物证为中心,从而促进侦查能力的提高;有利于完善证据制度,强调口供的自愿性,确立自白的任意性,排除因强迫自证其罪而获得的虚假口供,从而降低出现冤假错案的可能性。

然而,从我国刑事立法和实践看,人权载入《宪法》,《刑事诉讼法》总则中增加“尊重和保障人权”的规定只是一个开始,真正将人权保障化为具体的制度,让民众受益,还有相当的距离。不仅缺乏在实践中保障人权的具体制度,而且在立法中尚有与宪法人权保障的条款不适宜甚至相矛盾的规定,从而为自证其罪的实施留下口实,导致我国刑事诉讼中人权保障的艰难性。通过对立法的梳理,发现在我国刑事诉讼制度中,立法上的缺失与立法之间的冲突导致了目前刑事诉讼中刑讯逼供屡禁不止、冤假错案时有发生的现象。不得强迫自证其罪需要具体的制度来实现,而不仅仅是赋予犯罪嫌疑人和被告人的沉默权就可以实现的。有学者指出,“由于任何人不必自我归罪的原则及沉默权依赖并作用于正当性程序对等的诉讼构造、被追诉者具有的主体地位、无罪推定原则、反对偏重自白及禁止拷问等所形成的法治环境,所以,自身的存在和实现要求构成上述法治环境的具体制度和程序保障。”^①目前在我国,构成上述法治环境的具体制度和程序都存在着相当程度欠缺。

(一) 规定“任何人不得强迫自证其罪”却反对沉默权制度

规定“任何人不得强迫自证其罪”是否说明我国确立了沉默权制度?在《刑事诉讼法(草案)》当中,“对于沉默权,由于公检法三机关一致反对而无法跃身于法律之中,而对于不得强迫自证其罪却没有多少响亮的反对声音。原因竟是,没有多少人清楚地认识到沉默权与

^① 谷志平、张玉霞:“我国反对强迫自证其罪原则的制度构建”[J],载于《法学研究》2006年第4期。

不得强迫自证其罪的关系。”^①许多学者都认为不得强迫自证其罪原则与沉默权不是一回事,确立不得强迫自证其罪的权利不等于规定了沉默权,这种认识上的错觉和模糊性,使得不得强迫自证其罪可以暗度陈仓,成为法律。不得强迫自证其罪,虽然不能简单与沉默权划等号,但其中包含有沉默权。反对强迫自证其罪通常被视为一项权利或者特权,“其中自证其罪”是指“在审判中作为证言或者在审前程序中一个人以此表明自己构成犯罪的行为和声明”。反对强迫自证其罪包含两项权利:一是证人的拒绝证言权,即如果证人作证有可能导致自己被定罪量刑,可以以不被强迫自证其罪为根据拒绝提供证言;二是犯罪嫌疑人、被告人的沉默权,既然不能强迫其提供不利于自己的陈述,也就意味着他有权选择沉默。^②

从前面对不得强迫自证其罪与沉默权的探讨,我们看出沉默权是不得强迫自证其罪原则的应有之义。不得强迫自证其罪原则必然包含沉默权,既然一个人要不要讲话取决于其个人意志,不讲话当然是得到保障的权利,在司法中,沉默权几乎是不被强迫自证其罪的特权的通俗表达。无论如何,沉默权本来就是以反对强迫自证其罪为依据的,在反对强迫自证其罪的依据外再没有其他法律依据。从我国《刑事诉讼法》的规定可以看出,我国承认反对强迫自证其罪却反对沉默权,这是令人费解的矛盾之举。

(二) 无罪推定原则尚未在刑事诉讼制度中明确体现

无罪推定原则是现代刑事诉讼的基础性原则。无罪推定原则的意义在于预防过早的把一个人看作罪犯,不允许根据未经充分检验的材料和违反既定证明程序而取得的信息,认定一个人有罪。它是公民用以维护基本权利、抵御国家机关迫害的武器;它不仅可以使被告人拥有一系列基本程序保障,而且可以确保他免受国家非正当、不合理的追究和定罪,因而构成公民人权保障的屏障,成为防止国家权力滥用的独立因素。^③

无罪推定原则的根本意义在于确保现代法治秩序的建立,促使国家机构依法活动,尤其依法律程序进行与公民基本权利密切相关的活动。因此,要使不得强迫自证其罪原则的功能有效发挥,就必须在确立无罪推定原则的条件下。而我国《刑事诉讼法》第12条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”这一规定包含了无罪推定原则的基本立法精神,但不是该原则精确的表述。立法机关将其解释为人民法院统一定罪原则,而非无罪推定原则。因此,有必要在《刑事诉讼法》中明确规定无罪推定原则。

(三) 实现不得强迫自证其罪目标的保障制度缺失,这一目的难以实现

不得强迫自证其罪原则,在我国法律中没有明确规定。在我国《刑事诉讼法(修正案)》中,增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定,但对于遏制刑讯最为有效的律师询问在场权却没有被纳入其中,同时也未采取其他一些有效的保障措施。例如,在讯问犯罪嫌疑人、被告人的阶段没有为预防强迫自证其罪预设防范措施,对于通过强迫手段而获得的犯罪嫌疑人、被告人口供的处理在立法的层面没有规定应该排除,对于实施强迫行为的执法者的惩罚力度不够。2010年5月“两院三部”颁布的《刑事诉讼中排除非法证据的规定》虽对

^① 易延友:“论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善”[J],载于《政法论坛》2012年第1期。

^② 戴维·J·博登海默:《公正的审判》[M],杨明成、赖静译,商务印书馆出版2009年第1版。

^③ 陈光中:《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》[M],中国法制出版社2006年版。

刑讯逼供等有进一步规定,但部分规定仍有待斟酌。《刑事诉讼法》(修正案)中第 54 条第一款规定:“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者做出合理解释;不能补正或者做出合理解释的,对该证据应当予以排除。”将排除非法的实物证据仅仅限制在“严重影响司法公正”的情形,而何谓“严重影响”又是相当模糊。

其次,修改后的《刑事诉讼法》第 118 条仍保留“犯罪嫌疑人对于侦查人员的提问,应当如实回答”的规定。这被认为是犯罪嫌疑人的如实供述义务。虽然有些学者认为其中没有相应的后果,只认为是一般性条款;从我国《刑事诉讼法》的历史来看,被告人具有供述义务是新中国成立以来刑事诉讼立法一直坚持的,实践中已经根深蒂固,因而犯罪嫌疑人和被告人的如实陈述义务并没有改变。

(四) 立法上缺乏完善的非法证据处理规则,证据处理上存在漏洞

立法没有规定非法获得的证据的确定程序、证明责任和证明标准,因此在实践中难以掌握和执行。什么是非法证据?如何认定证据的非法性?如何处理非法证据?在法律上应当有一个明确的态度,这直接关系到侦查活动的走向,关系到不得强迫自证其罪原则的落实。

《刑事诉讼法(修正案)》关于排除“以非法方法收集”证据的规定增加了五条,在非法证据排除的规定有很大进步,但离预期目的还有很大距离,非法证据并未得到有效排除。对于非法方法收集的物证、书证如何处理,立法上没有设置严密的制度来保证证据的合法性,证据收集程序监督失控和证据程序缺位,致使不少案件偏离了证据采信的标准,导致强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪而获得的非法证据被采信并作为定案的依据。由此看来,“我国的非法证据排除规定只能算是半套或者半吊子的非法证据排除规则”^①。

五、结语

对于中国人来说,沉默权仍属于一种观念上的权力,它还未属于制度上的权力。但历史的经验告诉我们,世界文明的潮流告诉我们,凡是符合人性的,符合人类社会现实生活需要的各种观念,它总会不停地、越来越猛烈地摇撼着旧权利体系的墙,敲打着旧制度的窗。^②不得强迫自证其罪原则的确立是我国实行法制民主化的结果,其内在的性质必然决定其内在价值会不断推动我国法制民主化的进程。这一原则,在刑事诉讼过程中最大限度地保障犯罪嫌疑人、被告人的权利与合法权益。它的完善不仅对进一步完善我国的刑事司法制度有着重大的历史意义,而且对我国社会主义市场经济的发展,对建立在市场经济基础上的政治、思想意识形态领域建设,均会产生深远影响。

^① 易延友:“论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善”[J],载于《政法论坛》2012年第1期。

^② 余定宇:《中国人,你有权保持沉默》[M],人民法院出版社2000年版。

参考文献

- [1] 张建伟：“司法改良、妥协和不彻底主义”[J]，载于《法学》2012 年第 1 期。
- [2] 《美国联邦最高法院判例汇编》(第 378 册)[M]，1964 年版。
- [3] [意大利]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》[M]，黄风译，中国法制出版社 2010 年版。
- [4] 易延友：“论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善”[J]，载于《政法论坛》2012 年第 1 期。
- [5] [日本]谷口安平：《程序的正义与诉讼》[M]，中国政法大学出版社 1996 年版。
- [6] 左卫民、周长军：《刑事诉讼的理念》[M]，法律出版社 1997 年版。
- [7] [斯洛文尼亚]卜思天·儒佩基奇：“从刑事诉讼法中透视反对自证其罪原则”[J]，载于《比较法研究》1999 年第 2 期。
- [8] 彭伶：《不得强迫自证其罪原则研究》[M]，中国检察出版社 2009-06 版。
- [9] [美]E·博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》[M]，邓正来译，中国政法大学出版社 1996 年版。
- [10] [美]波斯纳：《超越法律》[M]，中国政法大学出版社 2001 年版。
- [11] 易延友：《沉默的自由》[M]，中国政法大学出版社 2001 年版。
- [12] 孙长永：《沉默权制度研究》[M]，法律出版社 2001 年版。
- [13] [德]拉德布鲁赫：《程序法》[M]，中国法制出版社 2005 年版。
- [14] 汪海燕、胡常龙：《刑事证据基本问题研究》[M]，中国法制出版社第 1 版。
- [15] 宋英辉：《刑事诉讼原理导读》[M]，法律出版社 2003 年版。
- [16] 刘根菊：“沉默权与严禁刑讯逼供”[J]，载于《法律科学》2000 年第 4 期。
- [17] 谷志平、张玉霞：“我国反对强迫自证其罪原则的制度构建”[J]，载于《法学研究》2006 年第 4 期。
- [18] 陈瑞华：“刑事被告人权利的宪法化问题”[J]，载于《政法论坛》2004 年第 3 期。
- [19] 李晓明：“论无罪推定原则及其立法完善”[J]，载于《检察实践》2005 年第 6 期。
- [20] 龙宗智、苏云：“刑事诉讼法修改如何调整证据制度”[J]，载于《现代法学》2011 年第 6 期。
- [21] 陈光中：《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》[M]，中国法制出版社 2006 年版。
- [22] 余定宇：《中国人，你有权保持沉默》[M]，人民法院出版社 2002 年版。

(责任编辑：黄晓原；文字编辑：周青松 刘梦天)

主流争鸣

编辑部按：为学者参与主流观点探讨，展开思想交锋，或长驱直入，在前人视野的基础上深入推进；或曲径通幽，提出新的思想观点丰富主流，垒砌学术之峰。本栏共载三篇文章，一为蔡仙的《论公司法人人格否认制度在刑法中的适用》，二为李元元的《数人环境侵权责任承担论》，三为孙延学、梁军的《试对机动车责任险中的第三者维权之根原因探析》。

论公司法人人格否认制度在刑法中的适用

蔡仙*

[摘要] 法人制度的诞生对于社会经济的发展起到了巨大的推动作用。然而，在实践中，公司的股东或他人会以公司法人名义实施危害债权人或公共利益的行为来逃避法律责任。因此，刺破公司面纱直接追究其背后真正责任者，才是公平正义之举。虽然我国刑法相关司法解释中规定了区分公司犯罪和自然人犯罪的情形，但笔者对其背后的理论仍不解。因此，本文试将公司法中人格否认制度引入刑法理论以及刑事司法实务中，阐述该刑法规定背后的理论基础，以及在刑法中适用该原理的具体条件，以便在刑事司法实践中，正确的区分和认定公司犯罪，最终准确量刑。

[关键词] 公司独立人格 法人人格否认制度 公司犯罪 刑法适用

一、公司法人人格否认制度引入刑法的背景

(一) 公司独立人格与公司承担刑事责任的机制

法人者，团体人格也。^①依照人格学说，“人”即享有法律上权利能力者，而“格”即作为“人”的资格。公司独立人格，这层面纱将公司与公司股东人格分离，其内容包括财产的独立和分离，以及法律责任的独立和分离。它一方面强调的是民事权利能力和民事行为能力的独立；另一方面，不容忽视的是，当公司违法犯罪以后，是由公司承担法律责任并在诉讼中作为原被告，而不应由公司的股东来承担责任。

尽管布莱克斯通曾说过：“法人的存在是人为的概念，因此，没有人能捉住它、逮捕它，

* 蔡仙，女，北京大学法学院刑法学硕士研究生。

^① 姜婉莹：“公司法人人格否认之人格混同情形司法适用研究”[C]，载于王保树主编：《商事法论集》，法律出版社2009年版。

更无法将它关进监狱。”^①但由于公司作为一种拥有独立人格的社会组织体，其行为会对整个社会经济产生巨大的影响，绝大多数国家都对公司犯罪的行为做出了刑法规制。此时，公司意志独立于组成它的自然人的地方在于，其拥有全体股东形成的共同意志，确切的说，应是股东共同意志转化为单独存在的已经不再是各个股东单个意志的集合的共同意志。当然，“只要行为人具有‘企业的灵魂’，可以‘对全部营业过程有决定性的影响’，就可以成为事实上的企业负责人”。^②因此，必须对公司追究刑事责任并以刑罚，才能真正达到震慑犯罪的效果，特别是对于一些谋利型犯罪，可以对公司予以严厉的罚金刑。相反，如果仅仅在形式上貌似是公司犯罪，但实际上公司已经丧失了独立的法人人格，那么这可能仅仅是他人为了逃避法律责任而将公司作为其犯罪的工具而已。一方面，由于此时的犯罪行为并不能体现公司自己的独立意志；另一方面，在一些谋利型犯罪中，非法利益并不是由公司享有，而是其他人。如果仍要求由公司承担刑事责任，则难以达到刑罚的目的，反而会纵容犯罪。

(二) 我国现有公司犯罪认定的相关规定

我国现行刑法第 30 条规定了单位犯罪，其中包含了公司犯罪。在如何认定公司犯罪的规定中，一方面，我们可以发现自然人犯罪与公司犯罪的定罪标准是不同的。例如，根据 2010 年 12 月 13 日最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条规定：“个人非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在 20 万元以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在 100 万元以上的，应当依法追究刑事责任。”另一方面，对于公司犯罪处以的刑罚和自然人犯罪的刑罚也是有所不同的。在双罚制中，公司会被判处罚金，公司直接负责的主管人员和直接责任人员可能会被处以与自然人犯罪相同的刑罚，也可能被处以较轻之刑罚。例如，根据洗钱罪的规定，对于个人犯洗钱罪的，刑法规定处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金；而单位犯洗钱罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或拘役。

由于区分公司犯罪与自然人犯罪对正确的定罪量刑意义重大，我国最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》和《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》中都规定了对个人犯罪与公司犯罪加以区分的情形。如后一司法解释第二条规定：“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。”

(三) 公司法人格否认制度的引入

尽管根据我国现有的刑法相关规定在一定程度上可以区分自然人犯罪与公司犯罪的某些特定情形，但是存在以下三个问题：第一，对于该解释如何作理论上之探讨，即为何自然人利用公司犯罪或其主要活动为犯罪时，必须认定为自然人犯罪，而非公司犯罪；第二，司法实务中如何认定刑法相关规定之情形，透过公司这层面纱，直接追究自然人的刑事责任；第三，社会生活是丰富多彩的，它不能解决公司股东或实际控制人利用公司独立人格犯罪而

^① 何秉松主编：《法人犯罪与刑事责任》[M]，中国法制出版社 2002 年版，第 76 页。

^② 王世洲：《德国经济犯罪与经济刑法研究》[M]，北京大学出版社 1999 版，第 114 页。

逃避刑事责任的其他情形,例如公司的成立就是为了正常经营追求利润,但在经营过程中,公司股东或者实际控制人滥用公司人格实施犯罪的情形。因此,有必要引入公司法中公司法人人格否认制度,正确认定犯罪主体,进行定罪量刑。

公司法人人格否认制度更多的是在商法领域进行适用。这是因为当公司法人独立人格和有限责任被绝对化时,“这种绝对化使其呈现为一柄双刃剑,一方面,它将股东责任控制在一个合理的矩度内,成为奋发者的保护伞,另一方面,当公司成员滥用有限责任的时候,它又变为敲诈舞弊者的护身符。”^①为了弥补该制度本身存在的缺陷,实现有限责任原则之平衡和正义,在特定情形下,否认公司法人人格独立,直接追究“面纱”股东债务或要求为其行为承担无限责任。但在此之前,需要澄清的是,虽然有学者曾对这个问题进行过探讨,认为“当单位实施法律规定的可以由单位作为主体的犯罪时,单位的独立人格不变,单位行为性质应认定为犯罪;当单位实施自然人犯罪时,单位的形骸就成为其内部自然人行为违法性的屏障,这显然违背公平原则,因此对单位实施自然人犯罪问题完全可以借鉴‘揭开公司面纱’原理,揭开单位面纱,直接追究单位中的直接责任人员的相关刑事责任。”^②对于此种观点,笔者不敢苟同。刑法已经规定某罪只能由自然人实施,自然单位不可能成为该罪的犯罪主体。

那么,对于该制度的引入是否有必要,是否具有现实意义以及可能性,本文的下一部分将进行具体分析。

二、公司法人人格否认制度引入我国刑法的必要性

任何法律制度的存在必定有其说明或者解决的问题,不管它是作为一种平衡制度,还是用于弥补已存法律的缺陷,抑或是指导司法实践、引导法官的自由裁量权。法人人格否认制度在刑法中的引入也是如此。本部分将围绕三方面,即理论根据、价值根据和现实根据,阐述公司法人人格否认制度引入我国刑法理论的意义和价值。

(一) 公司法人人格否认制度引入刑法的理论意义

正如德国法学家耶林所阐述的:“目的是全部法律的创造者,每一条法律规范都源于一种目的,即一种事实上的动机。”^③任何法律规范的诞生都不是凭空捏造,其背后都蕴含着深刻的法理,追求着一种目的。易言之,法理是法条之理,是法律之理。对于某一法律规定,不仅需清楚其所然,更需明白其所以然。只有如此,对法规的应用才能举一反三,以不变应万变。同时,将该制度引入刑法理论也不存在理论上的障碍。

第一,最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》(以下简称《单位犯罪解释》)第二条的规定,毋庸置疑是为了辨明某种行为是否为单位犯罪,以指导司法实务的。对于是否有必要将公司法人人格否认制度引入刑法中,有人会觉得多此一举,他们认为,《单位犯罪解释》已经清清楚楚地将不属于公司犯罪的情形排除在外,以区分公司犯罪和自然人犯罪,所以研究刑法中的“法人人格否认制度”又有何意义?那么在此,笔

^① 任尔晞:“公司人格否认法理及其在中国之适用”[J],载于《甘肃政法学院报》1997年第2期。

^② 张天虹:《经济犯罪论》[M],法律出版社2004版。

^③ [德]魏德士:《法理学》[M],丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第328页。

者不禁提出疑问：“为何如此规定，以排除公司犯罪，而认定为自然人犯罪？”因为存在形式上以公司的名义，通过公司的决策机构研究决定或者负责人员决定实施的，违法所得归“公司、企业、事业单位”所有的犯罪行为，也就是自然人股东或者实际控制人与公司人格相互之间不独立。在此种情况下，从形式上看，如果刑法分则规定了此种单位犯罪，那么该行为完全符合单位犯罪的构成要件，为何将此种情形排除于公司犯罪之外？因此，还必须借助于“公司法人格否认”制度，才能把该规定背后的的法理阐释清楚。

第二，公司法人格否认制度并不是仅仅适用于私法领域，即在股东滥用公司独立人格，损害债权人股东情形下，否认公司的独立人格，使股东在某些场合对公司债务承担无限责任的法律制度。而且，还适用于利用公司独立人格，损害公共利益情况，即公法领域。在美国，“刺破法人面纱原则不是一个专属于公司犯罪的归责形式，只要公司法人人格被用作实施行为的工具，这一原则就有可能适用。在实践中，该原则经常被应用于公司欺诈、损害公共便利等领域的责任认定，它在公司犯罪中的应用主要体现在刺破子公司面纱追究母公司刑事责任的场合。”^①换言之，刺破法人面纱制度并不局限于民商事法领域。

（二）公司法人格否认制度引入刑法的价值根据

西方法谚曰：“公平与善良乃法上之法。”法律是维护社会秩序的一种重要手段，因为法律之中处处彰显并实现社会的公平正义。正如美国学者约翰·罗尔斯提出：“正义是社会制度的首要价值，正像真理是思想体系的首要价值一样。”^②刑法中的“罪责自负”也是实现社会公平正义的应有之义，即“刑罚应该由刑罚所要影响之人直接承受。如果你要影响提修斯，那么该处以刑罚的就是提修斯。倘若惩罚的是另一个人，那么该刑罚是滥用的。”^③在认定是否为公司犯罪过程中，也必须维护该原则。

前文也已论述，认定犯罪主体是自然人还是公司，对刑事司法过程中的定罪量刑有重要意义。如果犯罪主体是自然人，那么便按照自然人犯罪定罪处罚；如果是公司犯罪，则对公司进行定罪量刑，判处罚金或者对作为公司组成部分的自然人负责人判处刑罚。倘若将自然人犯罪混淆为公司犯罪，那我们可以看到，一方面，真正应当单独承担刑事责任的自然人，可能仅仅作为公司犯罪的直接责任人员或者负责人，判处低于自然人犯罪的刑罚，或者由于公司犯罪的门槛高于自然人犯罪，甚至因此不被认为犯罪，逃避刑法的追究，成为危害社会、扰乱经济秩序的“漏网之鱼”。另一方面，自然人犯罪的高度风险转移到组成公司成员的其他自然人身上，毕竟当对公司判处罚金时，由于公司罚金来源于公司所有的大大小的股东，其中当然会包括对该犯罪行为毫不知情的无辜职员、股东。因此，“认定准确与否直接关系到打击面的大小，所以对单位犯罪的认定应当以既不宽容犯罪行为人，又维护公平为原则”，^④否则最终伤及无辜，却放任有罪者，恰好有违法律之公正。对于在将公司犯罪误认为是自然人犯罪情形下，对自然人人身、财产、名誉等造成的危害更是不可估量的。

^① 丁英华：《公司犯罪论》[M]，中国检察出版社2011年版，第159页。

^② [美]约翰·罗尔斯：《正义论》[M]，何怀宏等译，中国社会科学出版社2009年版，第1-2页。

^③ [英]边沁著：《立法理论·刑法典原理》[M]，李贵方译，中国人民公安大学出版社2004年版，第380页。

^④ 何秉松：“试论我国刑法上的单位犯罪主体”[J]，原载于《中外法学》1998年第1期。

因此,当自然人希望通过借助自身与整个社会公共利益之间被拉上的法人人格独立这层面纱,危害社会,逃避法律责任时,法人面纱就有被刺破之虞,就应该否认法人的独立人格,直接追究自然人的法律责任,当然包括刑事责任。如同 1905 年美国诉密尔沃冷藏运输公司 (United States V. Milwaukee Refrigerated Transit Co.) 一案中,法院就认为:“公司形式不得被用来破坏公共便利,或使不法正当化,或用来维护欺诈,保护犯罪。否则法律将视公司为数人之组合”。^①

(三) 公司法人格否认制度引入刑法的现实依据

“刑法之任务既在规律生存竞争而对超越生活常规者,实施制裁,可知刑法内容非只抽象的犯罪概念而已,其所规律者必与社会生活现实息息相关,而直接以日常发生之犯罪现象为控制目标”。^②确实如此,刑法规范对社会现存的犯罪现象加以规制。

由于公司这一企业形态在社会经济生活中所处的特别地位,使得公司股东及实际控制人利用公司独立人格这个保护伞,经营相关的各种违法犯罪行为,不仅单纯发生对其他股东、公司债权人及其他私人法益的侵害,更对社会整体造成重大影响,在实质上发生对社会性法益的严重侵害。^③在司法实务中,经常出现一些案件,自然人利用公司的独立人格实施诈骗、逃税等犯罪行为,而且对于该案件是属于公司犯罪还是自然人犯罪问题上,存在很大的争议。此时,准确追究行为人刑事责任,则可以用到公司法人格否认制度。当然,对于某些犯罪行为区分公司犯罪还是自然人犯罪,其结果显而易见的,就不需要利用该制度了,比如我国刑法第 161 条的“虚报财会报告罪”,即公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告,严重损害股东或者其他利益的行为。在刑事司法实践中,最近大家极其关注的吴英案便是一个典型的案例。在吴英案中,控辩双方争议的数个焦点之一便是该案属单位犯罪还是自然人犯罪的问题。一审法院在审判基础上认为“吴英非法集资多以个人名义实施,公司亦用非法资金出资;将既无出资也不知内情的吴玲玲挂名为股东,虚假设立,故公司实质上是吴英的个人公司,不具有公司法意义上的实质内涵,不具有承担法律责任的公司人格,并且公司财产均系高息集资的资金购置;其设立的公司经营活动极少,在集资过程中出具的借条中有公司名义的,也无非是吴英为应对出借人的要求,骗取他人的信任,即公司只是吴英犯罪的工具。”^④所以不容忽视的是,在判决中,法官否认了本色公司的独立人格,认为公司只是吴英犯罪的工具。此处,便运用了公司法人格否认制度的“工具理论”中的情形。

尽管刑法理论中对公司法人格否认制度的探究较少,但是在司法实务中,法官已经通过创制性的司法活动,协调不同法律规则之间的关系,以自由裁量权填补法律漏洞,消弭已经确定的法律规则与不断发展的现实之间的差距,实现个体利益之间,个体利益与社会利益之

^① If any general rule can be laid down in the present of authority, it is that a corporation will be looked upon as a legality as a general rule, and when the notion of legal entity is used of defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as association of persons. Sanborn, J., in United States V. Milwaukee Refrigerated Transit Co. 142F.2d 247,255(C.C.E.D.Wis.1905)

^② 韩忠谟主编:《刑法原理》[M],中国政法大学出版社 2002 年版,第 4 页。

^③ 安文录:《公司犯罪初论》[M],黑龙江人民出版社 2008 年版,第 117 页。

^④ 源于吴英案第一审判决。

间的平衡。^①由此，足以看出该制度引入刑法理论以及进行进一步探究的必要性。

三、刑法中适用公司法人格否认制度之构建

公司法人格否认制度虽然对于刑法理论和刑事司法实践具有重要的指导意义，但是我国现有法律仅仅将公司法人格否认制度适用于商法当中，而在涉及公法领域，如滥用公司法人人格损害公共利益，实施违法犯罪行为时，我国现有刑法理论鲜有探讨，更不用说关于该制度在刑法中适用的具体规则。因此，本部分将结合国内外商法中法人人格否认制度具体运用（当然在商法、刑法中的适用是有很大差别）以及我某些法院法官在司法实务中获取的审判经验，试对刑法中如何适用法人人格否认制度进行初步的构建。

（一）刑法中适用公司法人格否认的条件

刑法中的公司法人格否认，是指当公司的股东或者实际控制人，滥用公司的独立人格，实施的危害社会的应当受到刑罚处罚的行为时，否认公司的独立人格，直接追究公司背后的股东或者实际控制者的刑事责任，而不认定为公司犯罪。在刑法中，股东或者实际控制人滥用公司独立人格实施的是对整个社会具有巨大危害性的犯罪行为，因此该制度实现的是整个社会与公司股东之间利益的协调，或者说就是揭开公司这层面纱，直接追究犯罪行为背后的“真凶”。那么，如何适用公司法人格否认原理，实现刑法公正、公平的价值目标？笔者将结合公司法中适用法人人格否定制度的特征，阐述刑法中适用该制度的四个条件：

第一，适用公司法人格否认必须以公司独立人格合法、有效存在为前提。如果公司的独立人格自始都不合法存在，也就无所谓滥用公司独立人格实施犯罪行为，更谈不上对公司独立人格进行否认而直接追究公司股东或者实际控制人的刑事责任。对于公司的成立，有人认为“只要履行了法定程序，经有关主管部门合法批准即可，至于其成立是否完全具备法定的成立条件，是否采取伪造证件等手段欺骗主管部门，从而取得批准成立，在所不问”。^②也就是说，公司最起码具有形式上的合法性，至于是否具备实质的合法性，在所不问。但是被刑法追究，所承担的责任和刑罚是非同一般的，因此必须对公司的成立从严把握。

第二，适用公司法人格否认必须存在股东或者实际控制人滥用公司独立人格的行为。在商法领域适用公司法人格否认大致存在四种情形：公司形骸化、公司资本不足、过度控制（工具理论）以及人格混同。从商法作为私法与刑法作为公法所保护的法益追求价值来看，二者存在很大的区别。因而，法官在适用这一原则时必须采取十分谨慎的态度，避免伤及无辜。在司法实务中，最常见的就是自然人股东、实际控制人或者母公司对公司实施过度的控制，公司俨然成为其实施违法犯罪活动，逃避法律责任的挡箭牌或者“工具”，不再具有独立的人格。

第三，公司股东、实际控制人通过滥用公司独立人格，实施刑法规定的危害社会的犯罪行为。刑法上的行为具有两个方面的要素，一个是体素，即行为的举止性；另一个是心素，

^① 刘兰芳主编：《公司法前沿理论与实践》[M]，法律出版社2009年版，第64页。

^② 王作富：“刑法中的‘单位’研究”[C]，载于赵秉志主编：《刑法评论》（第二卷），法律出版社2003年版。

指行为的有意性。“行为的心素是指基于行为人的自由意志，不受任何限制，因而可以将行为归责于行为人。”^①因此，被利用者的无意识或无意志行为不是刑法上的行为。同样的，股东利用公司独立人格，实施危害社会的犯罪行为，被利用的公司已经完全丧失独立性，它所做出的犯罪行为已经不是在公司自由意志支配下实施的，已经是无意识动作，公司也就成为股东的犯罪工具。例如行为人设立公司的目的就是为转贷牟利，套取金融机构信贷资金高利转贷他人的。那么尽管刑法中规定公司可以构成高利转贷罪^②，但此时，公司已经丧失了其独立的法人人格，成为行为人犯罪的工具，所以不能够认定为公司犯罪。

第四，公司股东、实际控制人主观上存在故意。在公司法中适用公司法人格否认时，存在公司法人人格主观滥用说与客观滥用说之分。换言之，适用该制度，否认公司独立人格需要行为人主观上具有滥用公司独立人格的故意。而在刑法中，笔者认为应该严格要求行为人主观方面的故意，毕竟这涉及到与公司犯罪有关公民的人身权利问题。此处的故意，也就是指行为人明知自己实施的是滥用公司独立人格进行犯罪的行为，会危害社会公共利益，并且希望或者放任这种结果的发生。

(二) 刑法中适用公司法人格否认的后果

我们已经很清晰地看到，公司股东或者实际控制人利用公司的独立人格，将公司作为犯罪的工具而实施犯罪，法官此时应该否定公司独立人格，敲开公司的硬壳，要求真正的犯罪行为承担人承担刑事责任。那么，刑法中适用公司法人格否认后，被利用的公司以及股东、实际控制人的命运又会如何？

首先，公司面纱背后的股东或者实际控制人，多数情况下是自然人。由于他们才是犯罪行为的真正实施者，毫无疑问，根据罪责自负原则，必须对自己的行为承担法律上或者道义上的谴责。换言之，法官此时应认定该股东或者实际控制人为犯罪的主体，对其进行严格定罪量刑。其次，对于被当做犯罪工具的公司如何处理，是否应该直接取缔，吊销营业执照？虽然我国《公司法》第 214 条的规定：“利用公司名义从事危害国家安全、社会公共利益的严重违法行为，吊销营业执照。”但是，笔者认为这与瑕疵设立公司的效力是有效还是无效一样，“并不是一个简单的法律问题，而是一个公共政策问题，它取决于各方利益的考量：是公司组织的维持和公司少数股东利益的保护，还是公司作为社会组织对社会秩序和公共利益的维护”。^③由于公司的设立是一项具有很大风险和需要很高成本的活动，在商法领域适用公司法人格否认当然并不导致公司法人格的一般性消灭，只是在例外情况下“刺破公司的面纱”。也就意味着“在某些情况下由公司形式所竖立起来的有限责任之墙上被钻了一个孔；但对于其他孔以外的所有其他目的而言，这堵墙依然矗立着”。^④因此绝大多数情况下不会直

^① 陈兴良：《教义刑法学》[M]，中国人民大学出版社 2010 年版，第 96 页。

^② 《中华人民共和国刑法》第 175 条规定：“以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法数额较大的，处三年以下有期徒刑或拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”

^③ 张民安：“公司瑕疵设立效力研究”[J]，原载于《比较法研究》2004 年第 4 期，转引自覃有土主编：《商法学》，高等教育出版社 2008 年版，第 122 页。

^④ 陈现杰：“公司人格否认法理评述”[J]，原载于《外国法评论》1996 年第 81 期。

接取缔公司的营业资格。在刑法领域,则必须考虑到不同的情况:一种是《单位犯罪解释》第二条规定的情形,设立公司的目的就是为了犯罪或者设立公司后的主要活动就是实施犯罪,那么该公司的成立没有给整个社会带来任何经济利益,只是他人用来犯罪的工具而已,无任何继续存在的意义。因此,对这样的皮包公司当然必须予以取缔。例如法国《刑法典·刑事诉讼法典》第 131-39 条也规定:“如法人设立即为了实施犯罪行为,或者法人被转移了经营目标而实施犯罪行为,其所犯重罪或轻罪对自然人可处 5 年以上监禁刑时,法人予以解散。”^①另外一种情况是公司成立的目的是为了正常合法的从事营利活动,只是后来被某些控股股东或者公司实际控制人为逃避法律责任,而利用公司的独立人格实施犯罪。比如,母公司操纵子公司实施犯罪行为。此时,法官则应该仔细衡量公司取缔后,对于公司和公司其他股东的利益与整个社会秩序、公共利益,然后决定是否解散该公司。

(三) 关于该制度在刑法中适用的一些思考

尽管上文对刑法中公司法人人格否认制度适用进行了稍微的探讨,但是实际上毕竟公司法人人格否认制度大多数运用在公司法领域,基于公司法与刑法目的以及价值追求不同,因此如何恰当地将该制度运用于刑法领域,是需要进一步研究和探讨的。而且,在研究该问题过程中,不可避免的是要借用已存公司法中法人人格否认相关原理。因此,只有公司法中相关问题得以很好地解决,才更有利于化解刑法中存在的疑问。比如公司法中公司设立瑕疵对公司独立人格的影响,也影响到刑法中否认公司法人人格,直接追究自然人股东或直接控制者的范围;刑法中公司法人人格否认适用范围与公司法中公司人格否认范围如何区别;由于规定了一人有限责任公司的新《公司法》是在 1997 年《刑法》之后制定的,于是存在关于公司法人人格否认在有关一人公司犯罪认定中的问题;在刑事司法实务中,如何具体地适用公司法人人格制度,这些都是必须做出进一步阐述的。

(责任编辑:刘洋;文字编辑:徐庆丰)

^① 《法国刑法典·刑事诉讼法》,罗结珍译,国际文化出版公司 1997 年版。

数人环境侵权责任承担论

——《侵权责任法》第 67 条之解释与改造

李元元*

一、问题的提出

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第 67 条规定:“两个以上污染者污染环境,污染者承担责任的大小,根据污染物的种类、排放量等因素确定。”根据全国人大法工委民法室的解释,该条是关于“两个以上的污染者造成损害的责任”,^①是我国立法首次就数人环境侵权责任的承担问题做出专门的规定。意义之重大,在于为相关的司法活动提供了法律依据。但因条文本身的规定过于简略,对此条的理解在理论界存在一定的争议,司法实践因为过于机械的理解条文,导致案件的裁判结果与本条的立法目的相违背。笔者不揣自陋,拟运用侵权法因果关系的基本理论,明确本条关于数人环境侵权责任承担的具体内涵,并提出具有可操作性的法律解释路径和司法方式,以期为司法实践提供一定的参考意见。

二、数人环境侵权责任承担的现有理论及其批判

(一) 数人侵权责任承担的一般规定

我国对于数人侵权的责任承担规定在《侵权责任法》第 8 条至第 14 条,第 8 条规定的是共同加害行为即狭义上的共同侵权行为的责任承担,第 9 条规定的是教唆、帮助的共同侵权行为的责任承担,第 10 条规定的是共同危险行为的责任承担,第 11 条规定的是原因聚合的共同侵权行为的责任承担,第 12 条规定的原因结合的共同侵权行为的责任承担,第 13 条、第 14 条分别规定的是承担连带责任的对外责任承担和对内责任分担。本文以“数人环境侵权责任承担”为题,重点关注的是数人环境侵权对外责任承担的问题。对于内部责任的划分,并非本文所讨论的重点。

(二) 对《侵权责任法》第 67 条理解的不同观点

结合《侵权责任法》关于数人侵权责任承担的一般规定,对比《侵权责任法》第 67 条,我们似乎可以得出,第 67 条是作为总论部分的第 12 条的具体演绎,即第 67 条规定的是数人分别实施环境侵权行为造成同一损害的责任承担,即无意思联络并承担按份责任的分别侵权。人大法工委民法室在解释《侵权责任法》时,即持此种观点,^②认为适用第 67 条有以下四个条件:第一,有多个侵权主体,即有两个或两个以上的污染者;第二,污染者之间不存在意思联络;第三,数个侵权行为与损害在总体上存在因果关系,并不是单个侵权行为与损

* 李元元,当阳市人民法院书记员。

^① 参见王胜明:《中华人民共和国侵权责任法解读》[M],中国法制出版社 2010 年版,第 336 页。

^② 类似观点可见奚晓明、王利明主编:《侵权责任法条文释义》[M],人民法院出版社 2010 年版,第 376 页。

害结果间存在因果关系,即因果关系的不可分割性;第三,造成了同一损害。^①法工委民法室进一步指出,如果环境侵权的数人之间存在意思联络,则应当适用第8条关于共同加害行为的规定,承担连带责任,而非依第67条承担按份责任。

亦有学者认为,可以做两可理解,既可以理解为是关于数个污染者内部责任分担的规定,也可以理解为对外承担责任的规定。“第67条从字面上看,根本没有体现出任何关于‘两个以上污染者’之间是否存在意思联络的判断,因此,妄断本条规定的是无意思联络数人环境侵权各污染者承担责任的标准缺乏明确依据。应当说,这一条文规定的是对各污染者责任份额的明确规定,而不是各污染者向受害人承担责任的方式。因此既可能是各污染者承担连带责任,之后在根据污染物的种类、排放量等因素确定各自承担的责任份额,再行追偿;也可能是各污染者直接根据上述因素各自承担责任份额,然后按照此份额向受害人承担按份责任。”^②

还有学者认为,此条规定的是承担按份责任的共同侵权。曾参与起草《侵权责任法》的一些学者认为,第67条规定的是共同侵权行为中的共同危险行为的责任认定方式,即市场份额规则^③。尽管本条规定的是共同侵权行为,但其行为后果按照市场份额规则适用按份责任,而不是连带责任。^④

(三) 对已有观点的评论

从上述观点可以看出,理论界对于第67条具体含义的理解存在着分歧,尤其在是否承担连带责任的问题上,有着广泛的争议。

按照法工委民法室的观点,如果数个污染者存在意思联络,即存在着共同的过错,则按照《侵权责任法》第8条的规定处理。笔者认为该点值得肯定,因为这一解释遵循了共同侵权行为的一般法理,数人致害的事件中,可基于行为人意思而形成一体性,从而正当化连带责任。^⑤因此,法工委民法室对于此条所作的这一限缩解释值得肯定。但是,法工委认为,当二者并不存在意思联络时,便按照第67条“根据污染物的种类、排放量等因素”承担按份责任的规定。对此,笔者不敢苟同,因为这一规定在司法实践中不存在操作的可能性。环境侵权不同于一般的民事侵权行为,环境污染涉及化学、物理、生物、气象、地理等多个自然科学方面的知识,专业性很强,而对于责任的分配需要法官结合“污染物的种类、排放量等因素”以及自然科学的相关知识,运用自由裁量权才能做出裁判,这对于大多以文科为背景知识的法官感到相当为难。诚如学者所言,“在没有对第67条做出更加细化的司法解释或者其他配套规定之前,该规定在帮助法官分辨证据认定事实方面几乎难有作为。”^⑥

^① 杨立新:《侵权责任法:法条背后的故事和难题》[M],法律出版社2011年版,第337页。

^② 薄晓波:“数人环境污染侵权案件中损害赔偿责任的承担”[J],载于《环境经济》2010年第8期。

^③ 市场份额规则理论,是美国加利福尼亚州最高法院在 *Sindell v. Abbott Laboratories* 一案中首先确立的,其基本含义是指在复数企业的缺陷产品致人损害而又不能证明具体是哪个企业的产品致害时,由生产企业按其产品所占市场份额对被害人承担责任的理论。转引自王竹:“试论市场份额责任在多因大规模网络侵权中的运用——以‘艳照门’事件为例”[J],载于《政治与法律》2008年第4期。

^④ 参见杨立新:《侵权责任法:条文背后的故事和难题》[M],法律出版社2011年版,第220页。

^⑤ 参见叶金强:“共同侵权的类型要素及法律效果”[J],载于《中国法学》2010年第1期。

^⑥ 参见孙佑海、唐忠辉:“论数人环境侵权的责任形态——侵权责任法第67条评析”[J],载于《法学评论》2011年第6期。

对于认为第67条是“共同侵权但承担连带责任”的观点,笔者认为值得商榷。如果此处的共同侵权是客观意义上的共同侵权^①,即不以共同过错为必要,那么此观点尚可接受,但也不无商讨之余地,本文随后将详细予以评述。但是如果认为此处的共同侵权不仅仅指客观意义上的共同侵权,同时也指称主观意义上的共同侵权,则不能苟同。虽然关于共同侵权是否以意思联络为必要,在理论界存在着争议^②,但对于存在意思联络构成共同侵权这一观点并不存在分歧。承担连带责任的“根本原因就是侵权法所一贯坚持的自己责任原则,即每个人只能也只应对自己行为所造成的后果负责,而无须对他人行为的后果负责。数个人共同(存在意思联络,笔者注)对他人实施侵害的行为之所以被称为共同侵权,而使该数人承担连带赔偿责任,关键即在于他人之间具有意思联络,而正是由于行为人之间具有意思联络,因此他们认识到或者主动追求自己的行为与他人的行为结为一体,共同对他人造成损害”。^③因此,主张在主观共同侵权的场合承担按份责任的规定,于大陆法系的基本法理不合。即使在市场份额规则理论起源的美国,在上个世纪八十年代的侵权法改革中,也并没有彻底的摒弃连带责任的适用,而是保留了一定的例外。对于共同侵权但承担按份责任的观点,该学者认为,“第67条规定的是共同侵权行为中的共同危险行为的责任认定方式”,应认定只有在客观共同侵权的场合,才有第67条的适用余地。

在此,笔者赞成第三种学说,即认为此条既可以理解为是对内责任分担的规定,也可理解为对外承担责任的规定。理解为对内责任分担时,包括共同加害行为、共同危险行为和原因聚合行为,而理解为对外承担责任时,则只包括原因结合行为。但在适用对外承担责任时,应当对《侵权责任法》第66条做扩张解释,即要求此处的数个污染者就因果关系可分承担证明责任。如果数个污染者不能够将数个排污行为从因果关系链条中剥离出来,则推定因果关系不可分,不得适用《侵权责任法》第67条,而须责令数个环境侵权人承担连带责任。

三、数人环境侵权责任承担规则的法理基础

(一) 因果关系理论对责任分配规则的指导意义

1、侵权法理论对于数人环境侵权依据因果关系的不同所作的理论分类

因果关系是指事物之间引起与被引起的一种前后相继的联系。环境侵权行为的长期性、复杂性、广泛性和科技性等特点,决定了环境侵权因果关系的极端复杂性。^④在数人环境侵权行为中,因果关系的表现形式就更为复杂多样。可以毫不讳言地说,近代关于因果关系的研究理论,很多都源于多数主体环境侵权司法实践中抽象的概括。有学者对数人环境侵权因

^① 对于对共同侵权作“主观意义上的共同侵权”和“客观意义上的共同侵权”的划分观点,可参见叶金强:“共同侵权的类型要素及法律效果”[J],载于《中国法学》2010年第1期。主观意义上共同侵权,以“基于意思而形成的一体性”为基础,包括共同加害行为,教唆、帮助行为;而客观意义上的共同侵权,以“基于因果关系而形成的一体性”为基础,包括共同危险行为和原因聚合行为。对于原因结合行为应当归入客观意义上的共同侵权以及它们之间的界限问题,尚待研究。

^② 关于共同侵权是否以意思联络为必要的争论,可参见王泽鉴:《民法学说与判例研究(第三册)》[M],中国政法大学出版社1998年版,第307-315页;陈啸:“论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义”[J],载于《法学家》2003年第4期。

^③ 参进程啸:“论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义”[J],载于《法学家》2003年第4期。

^④ 参见李冬梅:“论因果关系与共同环境侵权责任的承担”[J],载于《长白学刊》2008年第6期。

果关系类型的总结,分为以下几种类型:共同加害行为,原因聚合(竞合)的侵权行为、原因结合(加算)的侵权行为、原因叠加的侵权行为、原因择一的侵权行为。^①

所谓的共同加害行为,是指二人共同实施危害行为,造成他人同一不可分的损害的侵权行为。此种侵权行为规定在《侵权责任法》第 8 条。原因聚合的侵权行为是指两个或者两个以上的无过错联系的环境危害行为同时造成一个不可分割的损害事实,即使没有其他加害主体的加害行为,每一个加害主体的环境危害行为均足以造成同一损害的发生。^②这种侵权行为规定在《侵权责任法》第 11 条。原因结合的侵权行为是指,两个或者两个以上的无过错联系的加害主体的单个加害行为均不足以造成损害的发生,只有当这些单个危害行为结合在一起时,才能造成一个不可分割的损害事实。原因结合,既可以是量的结合,也可以是质的结合。^③也有学者将其分为累积的因果关系和结合的因果关系,依次对应上述的量的结合和质的结合。^④此类型的侵权行为规定在《侵权责任法》第 12 条。原因叠加的侵权行为是指,两个或者两个以上的无过错联系的加害主体分别实施单个环境危害行为均可能导致一定程度的性质相同的损害发生,但其中任一单独行为均无法导致最终的损害结果,然而当这些环境危害行为恰好同时发生,一起作用导致了一个完整不可分割的损害结果,而这些行为之间的损害“贡献”比例无法确定。^⑤原因择一的侵权行为是指,又称作共同危险行为,是指两个或者两个以上的无过错联系的加害主体分别实施单个危害行为,而最终造成一个性质上不可分的损害结果的原因主体只有一个,但无法确定该具体的侵权行为人的侵权行为。简言之,即加害原因主体不明的数人侵权^⑥,此为我国学术界关于共同危险行为定义的通说。但亦有学者认为,共同危险行为,不仅仅是指加害主体不明的数人侵权,同时也可指称具体侵权责任份额不明(不可分)的数人侵权。^⑦

2、因果关系作用于责任分配的运行机制

在德国法上,对于因果关系的划分可以分为责任成立上的因果关系和责任范围上的因果关系。可见,因果关系对于责任范围的划分有着重要的意义,因果关系不仅仅能够影响责任承担的范围,在数人侵权的场合,对于数人对内对外责任的划分也具有重大的指导意义。根据《最高人民法院管理审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称法释[2003]20号)第 3 条第二款的规定,二人以上没有共同故意或者共同过失,但其分别实施

^① 关于数人环境侵权因果关系的分类,可参见竺效:“论无过错联系之数人环境侵权行为的类型”[J],载于《中国法学》2011年第5期;李冬梅:“论因果关系与共同环境侵权责任的承担”[J],载于《长白学刊》2008年第6期;明晓溪主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》[M],法律出版社2010年版,第92-95页。

^② 可参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》[M],法律出版社2007年版,第330页。有学者亦将之称之为原因重叠的因果关系,可参见刘士国:《现代侵权损害赔偿研究》[M],法律出版社1998年版,第74页。

^③ 参见竺效:“论无过错联系之数人环境侵权行为的类型”[J],载于《中国法学》2011年第5期。

^④ 参见王利明:《侵权行为法研究》(上卷)[M],中国人民大学出版社2004年版,第706页。

^⑤ 此处借鉴了前引^②,张新宝书,第331页。

^⑥ 但亦有学者对于加害主体不明数人侵权是否等同于共同危险行为,存在争议。详细可参见王竹:《侵权责任分担论——侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》[M],中国人民大学出版社2009年版,第250-251页。

^⑦ 关于主张侵权责任份额不明亦可称之为共同危险行为的论述,可参见程啸:“论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义”[J],载于法学家2003年第4期;程啸:“论无意思联络的数人侵权——以《侵权责任法》第11、12条为中心”[J],载于《暨南学报(哲学社会科学版)》2011年第5期。

的数个行为间接结合发生同一损害后果的,应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。可见原因力即因果关系存在的“流量”对于数人侵权责任的划分有着重要的影响。有学者在解决数人侵权责任分配时,即考虑到根据因果关系确定各行为人应分担的责任,即当共同侵权人对受害人所造成的损害的各个部分能够确定时,各行为人仅对自己所造成损害负责。^①对此做反面解释,即为,如果各自的份额不能确定,则不能按照此原则处理,即应当承担连带责任。诚如学者所言:“基于意思可以形成所谓‘共同’导致损害,基于因果关系,也可以形成所谓的‘共同’导致损害。”“基于因果关系而发生的一体性,主要发生在因果关系不明的场合。”因果关系的一体性,导致“每个人在因果关系贡献上,均有可能比别人更多,甚至接近百分之百,此一可能性已足以正当化连带责任,就像责任者不明场合一样。”^②正如学者所指的那样,当无法确定哪一个因素是全部或者任一部分损害的原因时,即发生连带责任。^③虽然份额不明的各个因果关系贡献不会达到百分之百,但其程度完全可能很高,可无限接近百分之百。这样,基于法技术上的考虑,那些不足部分可以忽略不计。此种情形下,进一步正当化途径尚有:是行为人为行为导致因果关系不明,故应当承担因果关系不明的风险,行为共同(不以意思联络为必要,笔者注)导致了损害发生,事理逻辑上就应当由行为共同赔偿。^④

因此因果关系作用于责任分配的基本机理就在于造成损害结果发生的数个原因在因果关系上是否可以被分割出来,如果可以分割出来,就应按照分割出的因果关系所影响的原因力的大小确定数个侵权人的责任范围,如果不能对数个原因进行分割,则应当按照原因关系不明承担连带责任的原则解决。对于上述的根据因果关系的不同对数人环境侵权所作的分类,我们关注的只是存在于真正本质之外的一些表象。即从简单的现象出发,做简单的归纳而得出的结果,并没有抽象出背后的本质。而有学者将数人侵权依据不同的标准,分为客观意义上共同侵权和主观意义上共同侵权,并指出共同危险行为和共同加害行为之所以不同,并非是因为前者是数个原因造成一个损害,后者是一个原因造成一个损害,而是因为在关注共同危险行为时“可能过分关注了共同危险行为仅有一个是致害原因之特征,忽略了其背后真正的基础,潜意识之中便已否定作为基础来发展类型的可能性,于是实践中的正当需要智能以割裂体系的代价通过共同加害行为的扩张来实现。”^⑤

(二) 在数人环境侵权中确立运用上述理论的现实基础

在环境侵权领域,由于侵权成因复杂、潜伏性强、因果关系界定困难等因素,如果坚持自己责任原则,受害人很难得到救济,这与环境侵权救济注重保护受害人的理念是不相符

^① 程啸:“论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义”[J],载于《法学家》2003年第4期。

^② 叶金强:“共同侵权的类型要素及法律效果”[J],载于《中国法学》2010年第1期。

^③ Christine Cappuis' Gilles Petitpierre' Benedict Winiger' Multiple Tortfeasors under Swiss Law' in: W. V. H. Rogers(Ed.), Unification of Tort Law' Multiple Tortfeasors' Kluwer Law International' 2004' p.237. 转引自叶金强:“共同侵权的类型要素及法律效果”[J],载于《中国法学》2010年第1期。

^④ 叶金强:“共同侵权的类型要素及法律效果”[J],载于《中国法学》2010年第1期。

^⑤ 同上注。此处所言的“以割裂体系的代价”是指在德国法上,处理原因份额不明的场合,采用了扩张《德国民法典》第830条第1款第二句的方式,将这一类型的侵权案件纳入到“共同加害行为”的领域。

的。^①而任何法律规定都有其特定的价值取向和目的,环境侵权的相关法律规定也不例外,环境侵权的损害事实往往是经年累月的多种因素复合而成,其中牵涉的高科技知识和专业理论是常人所无法具备的,其因果关系链条相当复杂,也不是通常手段所能确定的。^②而《侵权责任法》第67条,在未充分认识到数人环境侵权的特殊性的前提下,规定两个以上污染者污染环境,污染者承担责任的大小,根据污染物的种类、排放量等因素确定。这样的规定在司法实践中很难得到具体的适用,关于此点,笔者已经在前文中做过相应的论述。

而按照法经济学的原理,依据汉德公式和科斯定理,我们应当设计一个能够运用最少的社会成本实现对损害加以预防的制度。在社会成本和经营者成本之间,我们应当选择最小的社会成本。即在两种成本之间,社会应当承担较小的成本。较大成本的付出是由于被告没有投入适当的预防成本,法律就应当让被告承担由此造成的损失,即让被告将其所导致的外部性成本内部化。内部化使得社会成本成为被告人的私人成本,而私人的成本取决于私人的成本和收益。这样,被告人和其他潜在的施害人在以后的类似行为中,面对法律开具的价格就会在承担损害结果的成本和预防投入的成本之间进行选择。^③而按照《侵权责任法》第67条的规定,由于数个环境侵权人承担的是按份责任而非连带责任,导致造成损害的成本过低,极有可能接近甚至低于其预防成本,这对于遏制环境侵权,降低社会成本是大大不利的。

侵权行为法自身的功能转变,必须体现在环境侵权领域。自近代以降,侵权法的立法思想经历了从惩罚侵权行为到填补损害,再到权利救济最后到预防损害的发展轨迹。在具体制度的构建方面,无过错责任的兴起、证明责任倒置的运用都为这一转变提供了有力支撑。诚如学者所言,环境法是以公法手段调整并干预私法领域的,以社会利益为本位的法。环境侵权所具有的特殊性使我们难以运用传统的民事侵权和行政侵权的概念和解决办法,但损害必须得到赔偿,受损的权利必须得到救济。^④《侵权责任法》第67条的规定,非但没有顺应这一历史潮流将原本应当通过救济渠道分散的方式使受损的权利救济的社会化,反而逆潮流而动,确定为按照“污染物的种类、排放量等因素”承担按份责任的个人责任。这种立法思想上的退化,应当受到严厉的批评。

(三) 解释论视角下的《侵权责任法》第67条之改造

对于上述的对于数人环境侵权类型的分类,根据《侵权责任法》第8条,第10条前段的规定,共同加害行为和原因聚合的侵权行为应当承担连带赔偿责任;根据《侵权责任法》第10条后段的规定,应当认定原因选择单一的侵权行为承担连带责任;根据《侵权责任法》第12条的规定,原因结合的侵权行为应当承担按份责任。而对于原因叠加的侵权行为,因为缺乏明确法律规定,存在着一定的争议。

具体到《侵权责任法》第67条,笔者主张,应当对该条的解释采目的性限缩的方式进

^① 参见张宝、张敏纯:“环境侵权的微观与宏观——以《侵权责任法》为样本”[J],载于《中国地质大学学报》(社会科学版),2010年第3期。

^② 参见丁凤楚:“论国外的环境侵权因果关系理论——兼论我国相关理论的完善”[J],载于《社会科学研究》2007年第2期。

^③ 邹雄:“论环境侵权的因果关系”[J],载于《中国法学》2004年第5期。

^④ 梁晓俭:“功利主义原理与环境侵权救济的原则”[J],载于《法学》2006年第4期。

行解释。将第 67 条规定的“两个以上污染者”限定为原因结合行为，即只有在两个以上的污染者彼此之间对于责任范围意义上的因果关系能够明确划分时才能适用本条，依据“污染物的种类、排放量等因素”承担按份责任。之所以如此解释，是因为环境侵权的价值型客观上需要运用“利益衡量原则”对传统民法的民事责任制度加以修正和改造。^①具体而言，环境侵权本身所适用就是在“适法排污”的前提下，对排污行为所造成的损害予以赔偿的原则。因此，要在众多的社会利益中衡量出首先要保护的利益，而这一利益就是人类生存权和发展权优先。因此必须采用更为严厉的机制对环境侵权予以遏制，基于这样的立法思想，应当尽可能的使因环境侵权而遭受损害的权利得到补偿，而在数人侵权的场合，没有什么比扩大连带责任的适用范围，限缩按份责任的空间这种方式更有效率的了。“侵权法最基本的问题是在于处理行为自由与他人权利保护的关系，侵权法的各个组成部分行为自由与权利救济之间加以权衡。”^②虽然维护污染者的行动自由，特别是污染企业的营业自由极为重要，而通过设计连带责任制度，有可能是经营者动辄得咎，但是从维护社会长远发展的角度来看，必须严格限制污染者，降低污染发生的可能性，提高污染者的违法成本。污染者在进行社会活动的过程中，因为自身的行为，使某一地区的自然环境处于一定的风险之中，在存在多个污染者的场合，便是多个污染者同时开启了这一社会风险，一旦发生环境侵权，理应在风险造成的因果关系份额不明的场合要求各个污染者承担连带责任。简言之，各个污染者制造了统一的风险，又均未能阻止风险的发生，从而发生连带责任。

这种解释方式，切合了环境侵权特殊性，兼顾了各方利益，能够在最大程度上增强企业的环保责任感，同时提高了环境侵权造成损害结果时受害人获得赔偿的可能性，最契合当前中国社会实际，也符合环境法立法的以保护环境为首要原则的基本理念。

四、数人环境侵权责任承担的司法应用——以因果关系证明为中心

(一) 证明责任倒置制度的引入

法的目的实现，不可能通过某个单一的制度即可实现，而是需要多个制度之间的相互配合。通过前文对《侵权责任法》第 67 条的目的性限缩解释，在平衡各方利益的前提下，确立了只有在原因结合的场所才能使用该条。根据一般证明责任的标准，原告即赔偿权利请求人应当就损害和结果之间是否存在因果关系承担证明责任。如果在具体的司法实践中，让受害人承担证明数人的环境污染行为的因果关系不可分的证明责任，进而要求数个污染者承担连带责任的侵权责任的话，基于环境侵权的特殊性，受害人几乎很少能够完成这样的一个证明责任。此时，根据证明责任承担的一般原理，如果承担证明责任的当事人在事实真伪不明（此处即指称数个污染者的排污行为的因果关系是否不可分）时，由承担证明责任的当事人承担败诉的不利后果。因此，仅仅地通过限缩第 67 条的适用范围，并不能达到扩大数人环境侵权领域连带责任适用范围的目的。必须引进新的机制与之相配套，才能够使各项制度

^① 参见江必新、刘润发：“论环境侵权民事救济的立法完善——以民法的社会化为视角”[J]，载于《求索》2008 年第 1 期。

^② 参见王成：“环境侵权行为构成的解释论及立法论之考察（下）”[J]，载于《法学评论》2008 年第 6 期。

形成制度群,最大程度地实现法的目的。在此,笔者建议,在证明数个污染行为的因果关系是否可分之时,适用举证责任倒置,要求污染者就数个排污行为的因果关系可分承担证明责任。

(二) 证明责任倒置制度引入的理论依据

证明责任倒置,必须以法律有明确规定为前提,因此要在此处适用证明责任倒置,必须找到明确的法律依据。笔者认为,可以对《侵权责任法》第66条做目的性扩张解释,既然污染者要就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任,则也可以进一步在数人环境侵权的场合,要求数个污染者就数个排污行为的因果关系可分承担证明责任。这样的解释,并未超出第66条的语意射程范围,也符合环境侵权的基本原理。而且根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条的规定,对原告提出的侵权事实,被告否认的,由被告负举证责任。更是进一步巩固了在此处要求污染者就数个排污行为的因果关系可分承担证明责任的基础。

在举证责任分配的理念上,“应当注重以公正、公平理念为指导进行法的价值判断。对传统民事侵权责任因果关系的认定,是依据对事实的科学评价基础上进行的价值判断,强调因果关系的科学性。但是,由于环境侵权行为存在着科学上的不确定性,也就不可能完全依赖科学性的逻辑证明来进行法律拟制,而必须将法的价值追求作为评价原则予以贯彻。”^①如果让受害人承担数个排污行为的因果关系可分承担证明责任,则会与法律的基本价值追求相违背。“减轻原告的受害人的举证责任,扩大侵权行为与损害赔偿结果在法律上联系的可能性,降低环境侵权因果关系的直接和相当程度,保证受害人获得赔偿填补损害,在侵权法内部实现责任分担的社会化”^②“具体来讲,当发生环境污染时,力求以自然科学的证明为依据,确定污染因子与损害事实之间的因果关系。当无法确定时,就应在以实现社会正义为价值评价的基础上,采用各种相应的降低因果关系证明度的方式进行因果关系推定,可以实现被害人救济的法律价值。”^③这就为此处证明责任倒置提供了法理上的支持。

五、结论

笔者认为,大多数的数人环境侵权是应当对外承担连带责任的。在原因结合的场合,如果严格适用《侵权责任法》第12条、第67条的规定,令数个侵权人对外承担按份责任,不仅在实务上不具有可操作性,而且与立法目的相违背。因此,笔者提出应当对《侵权责任法》第67条做目的性限缩解释,只有当污染者就数个排污行为的因果关系明确可分时才能适用本条。为保证这一目的的实现,笔者对《侵权责任法》第68条做目的性扩张解释,将数个排污行为的因果关系可分的证明责任倒置,由污染者承担,以最大限度地扩大在数人环境侵权领域适用连带赔偿责任的可能性。

(责任编辑: 龚思源; 文字编辑: 王凌波)

^① 参见李劲:“环境侵权民事责任因果关系新探”[J],载于《政治与法律》2006年第2期。

^② 参见周珂、杨子蛟:“论环境侵权损害填补综合协调机制”[J],载于《法学评论》2003年第6期。

^③ 参见李劲:“环境侵权民事责任因果关系新探”[J],载于《政治与法律》2006年第2期。

试对机动车责任险中的第三者维权之艰 原因探析

孙延学 梁军*

[摘要] 道路交通事故中的受害人在维权的道路上举步维艰、困难重重的根本原因, 一是法律制度在设计上存在着一定的缺陷, 二是法院法官对法律条文认识及理解上存在着的一定的差异, 三是保险行业在经营理念上存在着一定的偏差。解决机动车责任险中的第三者维权艰难问题的重要途径, 一是修改现行的法律, 二是尽快建立并落实道路交通事故社会救助基金保障机制, 三是由最高人民法院作出司法解释并公布典型案例, 四是健全保险行业监管机制。
[关键词] 责任保险 第三者 直接请求权

在人民法院审理的民商事案件中, 因机动车发生交通事故引发的赔偿案件所占的比例呈逐年上升趋势, 这是一个不争的事实。《中华人民共和国道路交通安全法》(以下简称《道交法》) 的出台, 国务院《机动车交通事故责任强制保险条例》(以下简称《交强险条例》) 的颁布, 《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》) 的几经修改, 在一定程度上保障了道路交通事故受害人能够获得及时的医疗救治和经济赔偿, 减轻了肇事方的经济负担, 分散了机动车的责任风险, 化解了社会矛盾, 促进了社会稳定。但是, 我们应当清楚地看到, 由于法律制度在设计上存在着一定的缺陷, 法院法官对法律条文认识及理解上存在着的一定的差异, 保险行业在经营理念上存在着一定的偏差, 道路交通事故中的受害人在维权的道路上仍举步维艰, 困难重重。剖析机动车责任险中的第三者维权之艰的根本原因, 寻找其症结之所在, 仍是法官义不容辞的职责。

一、法律制度在设计上存在的缺陷

(一) 受害人是否享有直接请求权不明确

《道交法》第七十六条规定: 机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的, 由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿; 不足部分, 按照下列规定承担赔偿责任: (1) 机动车之间发生交通事故的, 由有过错的一方承担赔偿责任; 双方都有过错的, 按照各自过错的比例分担责任。(2) 机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故, 非机动车驾驶人、行人没有过错的, 由机动车一方承担赔偿责任; 有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的, 根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任; 机动车一方没有过错的, 承担不超过百分之十的赔偿责任。交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的, 机动车一方不承担赔偿责任。

《交强险条例》第二十八条规定: 被保险机动车发生道路交通事故的, 由被保险人向保

* 孙延学, 湖北省枣阳市人民法院; 梁军, 湖北省枣阳市人民法院。

险公司申请赔偿保险金。第三十一条规定：保险公司可以向被保险人赔偿保险金，也可以直接向受害人赔偿保险金。

《保险法》第六十五规定：保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向该第三者赔偿保险金。责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的，根据被保险人的请求，保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的，第三者有权就其应获得赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人未向该第三者赔偿的，保险人不得向被保险人赔偿保险金。

有人认为，“通过对我国道路交通安全法第七十六条第一款规定的‘机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿’进行法律上的文义释，可以推出该条实际已经赋予了第三者直接请求权”^①。有人从责任基础的角度认为，“如果采取法定责任说，其结论就是，《道交法》第七十六条前半段的规定赋予了第三者以直接请求权，可以直接向保险公司请求保险金”^②。但是，也有人认为，“综观《道路交通安全法》第 75 条、第 76 条文意，亦只是规定保险公司应于保险责任范围之内承担赔偿责任，亦未赋予第三者就保险金的赔付享有请求权。且我国目前的机动车第三者责任保险合同并无直接赔付保险金于受害第三者的规定，故除涉案保险合同另有特别约定外，受害第三者并无直接向保险人请求给付保险金的权利”。^③笔者认为，《道交法》第七十六条并没有明白无误的告诉人们受害第三者是否享有保险金直接给付请求权，但让人隐约感受到受害第三者应该享有保险金直接给付请求权。《交强险条例》第二十八条已明白无误的告诉人们，被保险人对保险公司享有保险金直接给付请求权，受害第三者并不享有保险金直接给付请求权。《交强险条例》第三十一条则赋予了保险公司拥有赔付对象的选择权，即保险公司可以向被保险人支付保险金，也可以向受害第三者支付保险金，具体向谁支付，决定权在于保险公司。《保险法》第六十五条则附条件的赋予了受害第三者的保险金直接给付请求权，即只有在被保险人对第三者应负的赔偿责任确定，而被保险人怠于请求保险人向第三者支付保险赔偿金的情况下，第三者才有权就其本应从被保险人处获得损害赔偿的部分，直接向保险人请求给付保险赔偿金。从上述分析中可以看出，法律法规在对保护对象上似乎更倾向于保险公司，法律法规在分配正义上已经使受害第三者处于不利的地位。

（二）第三者界定不明确

机动车交通事故中的第三者如何界定，关系到受害人是否能得到第三者责任险的赔付。虽然《道交法》及《保险法》在很多条款中都提及第三者这个词语，但对机动车交通事故中的第三者并没有明确的定义，对第三者如何界定也没有明确的规定。根据《交强险条例》第三条规定，本条例所称机动车交通事故责任强制保险，是指由保险公司对被保险机动车发生

^① 李寿双、郭文昌：“机动车第三者责任强制保险的制度研究”[J]，载于《保险研究》2005 年第 8 期。

^② 奚晓明主编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》[M]，人民法院出版社 2010 年版，第 348 页。

^③ 何志：《侵权责任判解研究与适用》[M]，人民法院出版社 2009 年版，第 466 页。

道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人的人身伤亡、财产损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。根据该条款的规定，我们不难得出，本强制保险的保险对象即第三者只能是被保险机动车本车人员、被保险人以外的受害人。《交强险条例》第四十二条已将被保险人界定为投保人及其允许的合法驾驶人，但对本车人员未作界定。《机动车交通事故责任强制保险条款》（中保协条款[2006]1号，以下简称《交强险条款》）第五条规定，交强险合同中的受害人是指因被保险机动车发生交通事故遭受人身伤亡或者财产损失的人，但不包括被保险机动车本车车上人员、被保险人。通过比较，《交强险条例》中的受害第三者与《交强险条款》中的受害第三者的范围中的相同点是，都将被保险人排除在保险对象之外；区别点是，《交强险条例》还将“本车人员”排除在受害第三者之外，而在《交强险条款》中，受害第三者排除对象不是使用“本车人员”四个字，而是“本车车上人员”六个字。二者虽然只有二字之差，但后者却将受害第三者的保险范围进行了缩小，不免有偷梁换柱、张冠李戴之嫌。有人这样定义本车人员：“所谓被保险机动车本车人员是指除驾驶人以外的车上承载的其他人员”^①，这种定义，笔者称之为“车上人员方位说”，值得商榷。笔者认为，“本车人员”不能等同于“本车车上人员”。本车人员，是从利益支配及掌控的角度进行界定的，而本车车上人员是从时空方位的角度进行界定的。本车人员应当定义为对运行车辆起直接的、显在的、具体的支配和影响并享受其利益的运行供用者，这种定义，笔者称之为“车上人员权益支配说”。这样界定最大的好处就是，解决了在交通事故中受害人，特别是车上人员中的受害人，因位置发生改变而如何界定是否属于第三者问题。例如，乘坐在副驾驶位置上的甲，因其所乘车辆与路边的一棵大树发生相撞，使得甲从驾驶室摔出车外，其头部着地致颅脑损伤而死亡。如果按《交强险条款》中的“车上人员方位说”来作解答，不管甲是不是机动车的所有人，都很难界定甲是否属第三者。因为当车与树开始接触的瞬间，甲是坐在车辆上的，随着时间的推移，甲离开了座位并开始脱离驾驶室，紧接着甲的头部着地，甲的头部与地面发生撞击，然后其颅脑损伤而死亡。如果按《交强险条例》中的“车上人员权益支配说”来作解答，该问题就会迎刃而解，并且不会产生歧义。答案是，分两种情况，如果甲是该车的所有权人，那么，甲不属于第三者；如果甲不是该车的所有权人，那么，甲属于第三者。还有一案例，假如某乙正在上一辆车，或者正在从一辆车上下来，当其一脚在车上，一脚在车下时发生交通事故致其死亡，如何界定某乙的身份呢？同样的道理，如果按《交强险条款》中的“车上人员方位说”来作解答，很难给出满意的答案；如果按《交强险条例》中的“车上人员权益支配说”来作解答，就会很容易给出满意的答案。总之，笔者认为，对“本车人员”的解释应当采取最严格的解释方式，而对“第三者”的解释则应当作最宽泛的解释方式，如此才能最大限度的保护受害第三人的利益。

（三）区分有责无责及分项限额赔偿原则不合理

《道交法》第七十六条规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额内予以赔偿。这条规定并没有将保险公司承担的

^① 张新宝、陈飞：《机动车交通事故责任强制保险条例理解与适用》[M]，法律出版社2006年版，第150页。

赔偿责任区分为有责无责,只是规定保险公司承担的赔偿责任是限额赔偿责任,但赔偿限额的数额是多少、是否需要在赔偿限额的基础上进一步进行分项限制,本条中没有做出规定。国务院根据法律授权制定的《交强险条例》第二十三条规定:机动车交通事故责任强制保险在全国范围内实行统一的责任限额。责任限额分为死亡伤残赔偿限额、医疗费用赔偿限额以及被保险人在道路交通事故中的无责任赔偿限额。机动车交通事故责任强制保险责任限额由保监会会同国务院公安部门、国务院卫生主管部门、国务院农业主管部门规定。2006年6月19日,保监会批准了由中国保险行业协会制定的《机动车交通事故责任强制保险条款》(中保协条款[2006]1号)。《交强险条款》第八条规定:在中华人民共和国境内(不含港、澳、台地区),被保险人在使用被保险机动车过程中发生交通事故,致使受害人遭受人身伤亡或者财产损失,依法应当由被保险人承担的损害赔偿责任,保险人按照交强险合同的约定对每次事故在下列赔偿限额内负责赔偿:1、死亡伤残赔偿限额为50000元;2、医疗费用赔偿限额为8000元;3、财产损失赔偿限额为2000元;4、被保险人无责任时,无责任死亡伤残赔偿限额为1000元;无责任医疗费用赔偿限额为1000元;无责任财产损失赔偿限额为400元。死亡伤残赔偿限额和无责任死亡伤残赔偿限额项下负责赔偿丧葬费、死亡补偿费、受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费用、残疾赔偿金、残疾辅助器具费、护理费、康复费、交通费、被扶养人生活费、住宿费、误工费,被保险人依照法院判决或者调解承担的精神损害抚慰金。医疗费用赔偿限额和无责任医疗费用赔偿限额项下负责赔偿医药费、诊疗费、住院费、住院伙食补助费,必要的、合理的后续治疗费、整容费、营养费。由于上述数额过低,中国保监会通过调查后,于2008年1月11日做出了《关于调整交强险责任限额的公告》,将上述赔偿限额调整为:死亡伤残赔偿限额110000元、医疗费用赔偿限额10000元和财产损失赔偿限额2000元;被保险机动车在道路交通事故中无责任的赔偿限额为:死亡伤残赔偿限额11000元、医疗费用赔偿限额1000元和财产损失赔偿限额100元。笔者认为,《交强险条例》与《交强险条款》在上述规定中,至少存在着以下问题。对于受害人来说,这就面临着在总额12.2万元的责任限额内,如果某一项费用的赔偿数额达不到规定的赔偿限额,而另一项费用却因超过规定限额而得不到赔偿的情况下,这样就会出现这种现象,即受害人损失总额超过12.2万元,但他获得的交强险赔偿却不足责任限额12.2万元。这一现象的发生,原因在于,对于一位交通事故的受害者来说,其救治是否及时,用药是否有效,直接影响着受害者的治疗康复过程。如果一位受害者受伤后能够得到及时有效的救治,那么,他所花的医疗费用可能就会高一些,超过医疗费用赔偿限额10000元的可能性就大一些,而其以后很可能就不会留下伤残,或者很轻的伤残。相反,如果一位受害者受伤后没能得到及时有效的救治,那么,他所花的医疗费用可能就会低一些,甚至不会超过医疗费用赔偿限额10000元,但是,其以后很可能就会留下很重的伤残。如果按照上述规定进行理赔,其结果是,得到及时治疗所花医疗费较高但伤残程度较轻的受害人从保险公司获得的赔偿相对较多,而没能得到及时治疗所花医疗费较少但伤残程度较重的受害人获得的赔偿反而少。对于保险公司来说,这无疑是一件好事。因为保险公司不及时支付抢救费用,使得受害人得不到及时有效

的救治,其赔付的保险金反而少,何乐而不为?这无疑是从法律层面上支持了保险公司不积极进行理赔。这种赔付方式显然与《交强险条例》第一条所规定的立法宗旨,即“为了保险机动车道路交通受害人依法得到赔偿”是背道而驰的。一方面,它变相地降低了责任限额,使受害人的利益得不到应有的保护;另一方面,它从法律层面上为保险公司拒赔少赔找到了合适的借口,有失于公平与正义。

(四) 社会救助基金制度只是纸上谈兵,未能付诸实施

救助基金制度设立的主要目的是为了弥补交强险的不足,全面保障机动车交通事故中的受害人。因为任何一个制度都不是孤立的,一个孤立的制度基本上不能发挥出该制度的设计目的;相反,一个制度只有在一系列配套制度的支持下才能有效地运作,从而充分地发挥该制度的作用,也就是说,只有相互协调构成的制度体系才能真正发挥制度设计的初衷。^①对于交强险制度而言也不例外。交强险理赔制度的前提是肇事车辆进行了投保,且车辆投保人、被保险人明确,受害人应获得的赔偿数额没有超过责任限额。但当出现肇事车辆逃逸而无法追查肇事车辆时,或者肇事车辆未参加机动车交通事故责任强制保险时,或者抢救费用超过机动车交通事故责任强制保险责任限额时,交强险的社会功能就显得有点力不从心了。为了弥补交强险制度的不足,社会救助基金制度应运而生。虽然我国《道交法》第17条、《中华人民共和国侵权责任法》第53条及《交强险条例》第24条、第25条、第26条对道路交通事故社会救助基金制度在法律层面上进行了设计,《道路交通事故社会救助基金管理试行办法》经过千呼万唤也终于出台了,但是,从制度设计上来看,对于受害者来说,这无疑是杯水车薪,但它毕竟是一根救命稻草。问题是,到目前为止,这支社会救助基金还没有真正建立起来,对于挣扎在生死线上需要这支基金救济的受害者来说,还没有得到真正的社会救济。道路交通事故社会救助基金制度也只不过是纸上谈兵而已。

二、法官对法律条文的理解及认识存在着差异

审判实践中,法院与法院之间,同一法院不同的审判业务庭之间,同一业务庭不同的法官之间,对于一个法律条文的理解与认识可能不同,这是常事。这种对法律条文的理解与认识的不同,如果应用到具体的案件中,就会直接影响到当事人的权益是否得到保护以及保护的程序如何。

(一) 《交强险条例》对保险公司是否承担赔偿责任问题规定的几种情形

《交强险条例》第二十二条共有两款,其中,第一款规定:有下列情形之一的,保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额内垫付抢救费用,并有权向致害人追偿:1、驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的;2、被保险机动车被盗抢期间肇事的;3、被保险人故意制造道路交通事故的。第二款规定:在前款所列情形之一,发生道路交通事故的,造成受害人的财产损失,保险公司不承担赔偿责任。由于第二款已明白无误的告诉我们,当投保的机动车出现第一款第1至3项中的四种情形造成受害人的财产损失时,保险公司不承担赔偿责任。

^① 李寿双、郭文昌:“机动车第三者责任强制保险的制度研究”[J],载于《保险研究》2005年第8期。

即第二款是一条免责条款,免责的范围是财产损失,故对第二款的理解,一般不会出现歧义,除非有意作出歪曲的解释。^①有歧义的是对第一款的理解上。一种观点认为,第一款只规定了当投保的机动车出现第 1 至 3 项中的四种情形造成受害人人身损害时,保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额内承担垫付抢救费用的义务,并享有向致害人追偿的权利,而没有规定保险公司应该承担赔偿责任。结合《交强险条款》第九条的规定^②以及保监会关于驾驶人员无证驾驶、醉酒驾驶等情形下造成交通事故时保险公司不承担赔偿的相关复函,我们暂可得出这样的结论:当投保的机动车出现第 1 至 3 项中的四种情形造成受害人人身损害时,保险公司只在机动车交通事故责任强制保险责任限额内承担垫付抢救费用的义务,对于抢救费用以外的损失和费用,如伤残费、死亡赔偿金等,保险公司不承担赔偿责任。

另一种观点认为,第一款虽然没有明确规定当投保的机动车出现第 1 至 3 项中的四种情形造成受害人人身损害时,保险公司是否应该承担赔偿责任,但不能就此推断出保险公司就不承担赔偿责任。结合《交强险条例》第一条规定的立法宗旨、第二十一条规定的交强险的归责原则^③以及本条第二款的免责范围来分析,只有在投保的机动车在故意制造道路交通事故的情形下,保险公司才不承担赔偿责任。如果投保的机动车在另外三种情形下发生交通事故造成受害人人身损害的,保险公司仍应在交强险责任限额内承担赔偿责任。笔者赞成第二种观点。

(二) 交强险与商业三者险能否一并审理问题

当一辆在同一家保险公司既投有交强险又投有商业三者险的机动车发生交通事故,造成受害人损失且其损失已超过交强险的赔偿限额时,受害人诉至法院,要求其损失由保险公司在交强险和商业三者险责任限额内一并承担,法院能否一并审理?第一种观点认为,不能一并审理。理由是,交强险与商业三者险是两种不同的责任保险,前者是基于法律的强制性规定而产生,后者是基于保险合同的约定而产生,其性质、归责原则、赔付程序、诉讼主体均有所不同。特别是,根据合同相对性的原则,机动车商业第三者保险合同是投保人与保险公司之间签订的,合同权利义务只及于投保人和保险公司,而交通事故受害第三人不是机动车商业保险合同当事人,因此不能依据保险合同法律关系要求保险公司在机动车商业保险范围

^① 最高人民法院[2009]民立他字第 42 号复函中将“财产损失”作广义的理解,其包括因人身伤亡而造成的损失,如伤残赔偿金、死亡赔偿金等。

^② 《机动车交通事故责任强制保险条款》第九条规定:被保险机动车在本条(一)至(四)之一的情形下发生交通事故,造成受害人受伤需要抢救的,保险人在公安机关职能管理部门的书面通知和医疗机构出具的抢救费用清单后,按照国务院卫生主管部门组织制定的交通事故人员创伤临床诊疗指南和国家基本医疗保险标准进行核实。对于符合规定的抢救费用,保险人在医疗费用赔偿限额内垫付。被保险人在交通事故中无责任的,保险人在无责任医疗费用赔偿限额内垫付。对于其他损失和费用,保险人不负责垫付和赔偿。

(一) 驾驶人未取得驾驶资格的;(二) 驾驶人醉酒的;(三) 被保险机动车被盗抢期间肇事的;(四) 被保险人故意制造交通事故的。对于垫付的抢救费用,保险人有权向致害人追偿。

^③ 《机动车交通事故责任强制保险条例》第二十一条规定:被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人人身伤亡、财产损失的,由保险公司依法在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。道路交通事故的损失是由受害人故意造成的,保险公司不予赔偿。

内进行赔偿。目前,亦无法律规定可以将该两类法律关系合并审理,法院不能根据受害人的需求而牺牲程序正义。第二种观点认为,可以一并审理,但事先必须要征得保险公司的同意。理由是,保险公司是责任险中的最终责任承担者,是否一并审理,直接影响着保险公司的切身利益,该决定权应交给保险公司。如果保险公司同意将交强险与商业三者险在一案中一并审理,那是保险公司对自己程序权利的处分,法院应当尊重。如果保险公司不同意将交强险与商业三者险在一案中一并审理,法院就不应该一并审理,理由与第一种观点中的理由相同。第三种观点认为,应当一并审理。理由是,商业三者险并非纯粹是为被保险人的利益而设计,其在为被保险人分散风险、转移责任的同时,客观上也增加了被保险人的赔偿能力,为第三者获得及时、有效的赔偿创造了条件,第三者因此间接从中获益,故责任保险在一定意义上具有第三者利益属性,事实上发挥了被保险人赔偿责任替代和第三者保障的功能。^①因此从保障对象的层面上来讲,不管是交强险还是商业三者险,都是为第三者的利益而设计的保险,从责任险的终极责任承担上来讲,交强险和商业三者险的终极责任承担者都是保险公司。将交强险和商业三者险在一案中一并审理,一是减少了诉累,二是节约了司法资源,三是降低了诉讼成本,是司法为民的理念在司法实践中的具体体现。只要保险公司在诉讼中正确行使其诉讼权利,其合法权益并不会受到损害。况且,法院最主要的任务就是化解社会矛盾,使受到伤害的群体尽快得以救济,而不是仅仅玩玩程序游戏而已。特别是在高速公路上连环撞车引发的交通事故中受害人、被保险人、保险人不属同一地区的情况下,将两险一并审理显得尤其重要。笔者赞成第三种观点。

三、保险行业在经营理念上存在着一定的偏差

受害第三者的权益得以救济,最终需通过保险公司对保险金的理赔来实现。不管当事人是申请理赔还是诉讼理赔,也不管是保险公司自动理赔还是法院判决强制理赔,一个共同特点,就是理赔难。笔者认为,导致责任险理赔难的主要原因,在程序上是由于保险理赔程序复杂繁琐,在实体上是因为保险条款存在诸多不合理的规定。

(一) 保险理赔程序复杂繁琐,让受害人望而生畏

根据中国保险行业协会制定的《交强险理赔实务规程》(2009版)规定,交强险的理赔程序为:(1)接报案和理赔受理;(2)勘查和定损;(3)垫付和追偿;(4)抢救费用支付;(5)赔偿处理;(6)特殊案件处理;(7)支付赔偿;(8)直接向受害人支付赔偿的赔偿处理;(9)结案和归档。《机动车保险理赔实务》(2009版)规定的一般赔案的处理程序为:(1)接报案;(2)调度;(3)查勘;(4)立案;(5)定损;(6)核损;(7)报价;(8)医疗跟踪、医疗审核;(9)资料收集;(10)赔款理算;(11)核赔;(12)结案。上述大的理赔程序项下又规定了许多小的程序,真是复杂繁琐,让人望而生畏。难怪受害人普遍有这种的说法,与其直接找保险公司理赔,还不如找法院通过诉讼程序理赔来的简便、快捷、高效。

(二) 保险条款存在诸多不合理的规定,成为受害人维权路上的绊脚石

其一,《交强险条款》第九条的规定突破了《交强险条例》第二十二条之规定,擅自扩

^① 吴定富主编:《〈中华人民共和国保险法〉释义》[M],中国财政经济出版社2009年版,第156页。

大了保险公司的免责范围。其二,《交强险条款》第八条中的死亡伤残赔偿项目与医疗费用赔偿项目的分项不合理,应该将住院伙食补助费、营养费、后期治疗费以及整容费四个项目列为死亡伤残赔偿的项目。因为死亡伤残赔偿限额远远高于医疗费用赔偿限额,将这四个项目列在死亡伤残赔偿项下,使得受害人在前期治疗时能得到更充分、有效的救治,在后期理赔时更容易获得赔偿。其三,《交强险条款》第十条将“因交通事故产生的仲裁或者诉讼费用以及其他相关费用”列为交强险不负责赔偿和垫付的范围不合理。一是该规定与《中华人民共和国民事诉讼法》及国务院《诉讼费用交纳办法》相关规定相抵触。二是诉讼费用的承担具有一定的惩罚性,在保险公司败诉的情况下仍不让其承担诉讼费用,有失于公平正义。这种免责规定,变相的鼓励了保险公司在能够理赔的情况下也不积极进行理赔,逼着受害人走诉讼之路,保险公司的利益不但不受损,反而受益。因为,在一般情况下,受害人或者被保险人申请保险公司进行理赔而遭其拒赔才走上诉讼之路。在时间段上,通过诉讼程序获得理赔款的时间一般要比保险公司主动理赔获得理赔款的时间要晚,保险公司可以利用这段时间差来获取应当支付而没有支付保险金的利息,对于整个保险公司乃至整个保险行业来说,这笔利息也是一个不小的收入。

四、结语

“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索”,当无数位身体受到伤害的第三者拄着双拐步入维权之路之时,无不发出如此之感慨。为了不让身体已经遭受伤害的第三者在维权之路上再次遭受身心之痛苦,笔者建议:一是在立法层面上,修改现行的《道交法》和《交强险条例》,明确规定受害第三者享有直接赔偿请求权;二是在司法层面上,首先,最高人民法院应尽快出台相关的司法解释,对《道交法》《交强险条例》《保险法》中模糊不明的概念及司法实践中不易掌握的条款作出具体的解释,以弥补法律条文本身存在的缺陷,从而达到法官对法律条文的统一理解和认识,保证法官对法律的正确适用。再者,由最高人民法院在《人民法院公报》上刊登并公布一系列典型案例,这些案例应对各级人民法院的审判均具指导和参考价值,使得法官对同样的案件做到同样的判决,以维护司法的统一;三是在行政层面上,尽快建立并落实道路交通事故社会救助基金机制,对急需得到基金救助的受害第三者给予及时的救助;四是在保险行业经营管理上,加强保险行业的监管力度,将现有保险条款中不利于保护受害第三者的条款进行清理并予以删除,同时,简化管理程序,在理赔程序上做到及时、简便、高效、快捷。

(责任编辑:刘洋;文字编辑:徐庆丰)

新锐法语

编辑部按：朱熹言，“为学须觉今是而昨非，日改月化，便是长进”。法律人不应满足法制建设的现有成就，破旧更需立新，在法学知识的积累中锐意进取，不断创新。本栏共载三篇文章，一为黄晓原的《涉外互联网案件冲突规范的连结点选择——类推适用传统连结点选择原则的提出》，二为宋志文的《论刑事审判中民意与司法的良性互动》，三为唐业林的《中国信访制度的困境具化——定位错置、功能异化、实践悖论》。

涉外互联网案件冲突规范的连结点选择

——类推适用传统连结点选择原则的提出

黄晓原*

[摘要] 网络环境中，民事主体以虚拟身份利用日新月异的网络技术跨越国界。涉外互联网案件的冲突规范，连结点难以选择。学界提出网址、ISP、网页等技术性连结点，或运用最密切联系说、利益法学说等予以软化。本文引两个涉外互联网案例以证明网址、ISP等连结点受到实务界认可。但经理论分析，其缺陷是高度依赖技术及阻碍外国法查明。因此，本文提出了类推适用传统连结点原则，直接从法律关系与最有利于维护秩序的角度选择连结点，在针对网络环境的统一实体法出现之前，普遍适用于涉外互联网案件。

[关键词] 互联网 冲突规范 连结点 技术性连结点 类推适用传统连结点选择原则

随着网络技术的发展，全球化的速度也在加快。凭借日新月异的网络技术，互联网把世界各地的人联系在了一起，全球网民都能够共享世界信息。然而，互联网带给我们的便利使我们能够在轻点鼠标的几秒内与全球互动，而互动、交流带来的，就是纠纷。人们使用着虚拟的网络身份浏览网页，没有实体的出入境，却产生了涉外民事关系。在使用网络时，无意中“跨越”国界，实在是平常之事。

* 黄晓原（1991—），女，广东广州人，中南财经政法大学法学院法学（民商法方向）专业2010级本科在读。本文系法学院2010级“法学专业论文竞赛”一等奖作品。

一、问题的提出

连结点 (point of contact) 是冲突规范的系属中的重要组成部分。所谓连结点, 是指冲突规范的系属中将特定涉外民事法律关系和某一特定地域的法律连接起来的“媒介”或“纽带”。或者说, 连结点是冲突规范赖以确定涉外民事法律关系应该适用某一地域法律的一种事实因素, 它是冲突规范系属部分最为核心的内容。^①

涉外互联网案件的连结点, 是指用于处理发生在互联网上的涉外民事法律关系的冲突规范赖以确定涉外民事法律关系应该适用某一地域法律的一种事实因素。

常用的连结点与互联网案件中的连结点有不同。国籍、住所、行为地等常用连结点, 在网络中都变得相当模糊, 难以确定。

我国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》没有对相关内容作出明确规定。而伴随着电子商务的普及, 学界则早在 2001 年甚至更早就对此问题进行了研究。而与这些研究相映成趣的是, 在我国司法实践中, 真正发生于网络环境下的涉外民商事案件却非常少。即使是涉及网络公司的涉外纠纷, 也多是国际经济法中的问题, 而并非国际私法所关注的焦点。

虽然目前发生在我国网络环境下的涉外民事纠纷数量比较少, 但是, 自我国加入 WTO 以来, 我国的市场正逐渐全面向世界市场开放, 在网络上的限制也会越来越少。我国持续已久的英语四六级考试, 以及近年掀起的小语种学习热潮, 大大减少了网民浏览国外网站的语言障碍。在此基础上, 人们的思想越来越开放, 越来越多的人能够接受在网上进行个人交易、与素不相识的外国网民交流……这些现象, 就是涉外民事纠纷爆发的前兆。

目前比较常见的涉外互联网案件, 主要涉及消费者权益保护和知识产权领域。

二、简要评述学界的两类处理方法

国内外对此问题的研究, 一方面, 从技术上对网络的结构进行分析, 进而找到一个新的技术上比较可行的连结点; 另一方面, 则是根据不同的国际私法基础理论, 在传统的连结点上进行选择, 并作相关解释, 归根到底是软化处理连结点。

(一) 寻找网络技术上形成的新连结点

1、网址说

有些学者通过考察美国法院的司法实践, 把网址区分为被动型网址 (Passive Web Sites) 和互动型网址 (Interactive Web Sites), 被动型网址仅仅为访问者提供浏览信息, 而互动型网址除此以外还可以让访问者留下自己的基本信息如 Email 地址, 并向访问者提供相应的服务。互动型网址与法院地构成充足联系, 因而可被作为管辖根据, 而被动型网址则不能作为管辖根据。^②

网址说结合了技术上网址的分类和最密切联系原则, 是一种认可度比较高的观点。因为, 对登录网站的网民来说, 网址是找到一个网站最重要的索引, 法院也较容易找到该网址。然

^① 刘仁山主编:《国际私法》[M], 中国法制出版社 2012 年 1 月第 5 版, 第 68 页。

^② 肖永平、郭明磊:“网址的法律地位探析”[J], 载于《法学杂志》2000 年第 3 期。

而,网址始终存在于虚拟世界之中,并不与某一国家的法律直接对应。“网址”并非住所的地址,它本身是虚拟的。所以,借助网址,未必能够找到准据法。

2、互联网服务提供商 ISP 说

互联网服务提供商 (Internet Service Provider, 简称 ISP), 是向广大用户综合提供互联网接入业务、信息业务和增值业务的电信运营商。ISP 是经国家主管部门批准的正式运营企业, 享受国家法律保护。1996 年《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》规定: “计算机信息网络直接进行国际联网, 必须使用邮电部国家公用电信网提供的国际出入口信道。任何单位和个人不得自行建立或者使用其他信道进行国际联网。”

ISP 是一个相对固定的物理标志。一般的单位和个人都必须通过接入 ISP 才能进行国际联网。ISP 所在地即可以作为冲突规范的连结点。

虽然 ISP 相对于接入互联网的一方来说只有一个, 但是, 相对于与之产生涉外民事关系的另一主体来说, 这个 ISP 并不是同一的。在一国与另一国的国际联网的过程中, 可能经过了多个 ISP, 这使得这一连结点失去意义。

持 ISP 说的学者认为, 一个单位或者个人, 如果选择了通过这一 ISP 接入互联网, 就是选择了接受这个 ISP 所在地的法律。然而, 对于一个普通人, 在连接互联网时, 并不会考虑到且几乎不可能考虑到自己正在通过哪一个 ISP 接入网络, 尤其是在机场、餐厅等无线网络状态下。换言之, 他们并不了解自己的这一“选择”。

3、网页说

网页说, 是把网页视为公司在网上虚拟的分支、代理和其他机构。

公司的分支、代理和其他机构的确定, 实际上就是国际税法上人们经常讨论的“常设机构”问题。“常设机构”原则是现代最为重要的国际税法原则之一, 它是一国对非本国居民在本国经营企业所得利润行使税收管辖权的基本规则。^①

这一观点看似是对公司常设机构的固定性的突破, 使国际贸易能够顺利地在网上进行, 而不需要在该国有实体性的固定的常设机构。

然而, 首先, 在此意义上, 把网页视为常设机构的观点本来就有待商榷。公司的分支等常设机构, 尤其是设立在国外的常设机构, 其设立一般必须经过该国的工商管理部门登记, 不能被随意撤销, 而网页的设立不需要登记。网站设立者只需要购买了这一域名的使用权, 就概括地购买了这一域名之下的所有相关网页的使用权, 能够任意设立、变更或撤销这些网页。换言之, 网站设立者可以任意改变连结点的选择。这种不稳定性、不确定性使网页的连结点功能受到质疑。

此外, 即使网页具有相对稳定性, 网页说仍然存在与网址说相同的问题。网页处于虚拟的空间上, 借助网页寻找准据法是非常困难的。尽管网页说也得到一些学者的支持, 但是, 在本质上, 网页说和网址说是类似的, 只不过网页更加具体可观, 而网址更加彰显连接的动态。

^① 潘军: “挑战与发展: 冲突规范连结点直面网络环境” [J], 载于《重庆邮电大学学报》2008 年第 1 期。

(二) 软化处理连结点

1、最密切联系说

最密切联系原则起于美国 1971 年《第二次冲突法重述》，报告人里斯认为，在法律选择时，要综合分析哪一个国家或地区与案件的各种因素和当事人有着密切的联系，然后以这个国家或地区的法律作为准据法。^①最密切联系原则软化了自萨维尼“法律关系本座说”以来的单一连结点的缺陷，适应了全球化经济贸易多样化的需求。

最密切联系原则在实践中容易造成法官在选择法律上的擅断，严重影响实体法上的公正。^②尽管最密切联系原则是一个非常有生命力的原则，我国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》也采纳了这一原则，但该原则在方法论上的混乱也不容忽视。正因如此，在网络环境下，最密切联系原则的固有优势和缺陷同样存在。

不过，在对网络法律冲突问题立法极少的情况下，最密切联系说仍然是一个比较合理的解决办法。

2、利益法学说

克格尔的利益法学理论，也被称为“新利益分析说”，该理论认为，国际私法的基本原则就是利益。它要求各国采用国际社会通行的连结点，选择可以执行的法律，并实现同一案件在同一国家内部判决的一致。^③在网络环境下，利益法学理论，直接绕开了技术性的新连结点，把一切问题都归于利益，把利益作为连结点。

这是一种非常吸引人的观点^④，它有效地解决了传统连结点在面对网络上国界模糊性等特征时的困境，而且有效统一了现实世界与虚拟世界的连结点选择问题。

然而，该学说本身就受到了很多学者的激烈批判。由于“利益”的概念是不确定的，不同的人主张不同的利益，这就与该学说“判决一致”的初衷背道而驰。当面对网络的高互动性时，“利益”可能更趋于不确定，导致连结点的选择非常困难。

不过，这一理论给我们提供了一个新的思路。全球化是世界各主体追逐最大利益的结果，在网络上也不例外。这一理论是这种追求的体现，符合当事人的主观愿望，所以可能更有利于纠纷的解决。

三、对涉外互联网案例中的连结点选择的分析

(一) 以网址或域名为连结点

鲁道夫·达斯勒体育用品波马股份公司诉浙江淘宝网络有限公司、陈仰蓉案。^⑤

原告是鲁道夫·达斯勒体育用品波马股份公司，住所地是德国赫佐根奥拉克州；第一被告是浙江淘宝网络有限公司，住所地是浙江省杭州市；第二被告是陈仰蓉。受理法院是广东省广州市中级人民法院。

^① 刘仁山主编：《国际私法》[M]，中国法制出版社 2012 年 1 月第 5 版，第 44 页。

^② 参见刘仁山主编：《国际私法》[M]，中国法制出版社 2012 年 1 月第 5 版，第 45 页。

^③ 参见刘仁山主编：《国际私法》[M]，中国法制出版社，2012 年 1 月第 5 版，第 48 页。

^④ 参见杜新丽：“网络时代冲突法理论与规则的几点思考”[J]，载于《比较法研究》2003 年第 5 期。

^⑤ “广东省广州市中级人民法院（2006）穗中法民三初字第 179 号”[DB]，载于北大法意网数据库，网址 http://www.lawyee.org/Case/Case_Result.asp?Case_Name=%u9C81%u9053%u592B，2012 年 4 月 27 日。

原告拥有某驰名商标,被告一所有的淘宝网上大量网络商店(包括被告二经营的)销售假冒该商标的产品,原告诉求二被告停止侵权。被告一辩称,其并非假冒产品销售者,非侵权。法院认定被告一未违反事前审查及事后补救义务,侵权不成立,被告二已停止销售,驳回原告诉求。

在该案例中,法院适用淘宝网的域名(<http://www.taobao.com.cn>)为连结点,适用我国的法律,并参照淘宝网章程《淘宝网服务条款》,进行判决。

正如上文所说,网址是虚拟的,并不能指向任一个国家的法律。但是,把网址或域名设定为连结点以后,就可以与两种法律产生联系:一是提供该域名的网络公司住所地法律,一是网站章程。

网站章程不是传统意义上的法律,它是网络公司用于规范虚拟空间(主要是旗下的网站)中的秩序而制定的。网站用户选择了进入网站,就以默示方式承认了网站章程的效力。事实上,特定类型的网站,如网上购物、网络游戏、论坛等,在注册或者其他重要操作前都要求用户认真阅读网站章程或相关条款,并要求明示的同意。对网络公司而言,其法律效力可能类似公司章程;对网络使用者而言,也可能类似服务合同。但可以肯定的是,权利义务基于约定。

所以,在该纠纷直接指向提供该网站的网络公司时,选择以网址或域名为连结点是可行的。根据此连结点选择的准据法是该网络公司所在地的法律(属人法、属地法或其他均可),并参照适用网站章程。

但是,显然这包含了两个前提:第一,是一个冲突规范中允许两个连结点相继发生作用,即先是网址,后是该国冲突法某具体冲突规范的连结点;第二,把网站看作网站章程的载体,或服务合同的缔结地。这陷入了循环论证。

(二) 以互联网服务提供商 ISP 或服务器为连结点

2000 年 4 月,法国的国际反种族主义协会和法国犹太学生联合会共同向法国法院起诉美国的网络公司雅虎(Yahoo! Inc.),认为雅虎公司的一个网站 www.yahoo.com (雅虎美国站)收录了一个拍卖纳粹物品的站点,法国用户可以通过雅虎进入到这个拍卖网站,这严重地伤害了他们的感情,侵犯了他们的权利。雅虎公司辩解称,这个拍卖网站不属于雅虎,雅虎只是提供网站地址的分类、查找、链接服务;并且这个拍卖网站只有通过雅虎美国站才可以进入,却不能通过雅虎法国站(fr.yahoo.com)进入,而雅虎美国站的服务器位于美国。根据美国宪法的有关规定,美国宪法不仅保护言论出版自由,而且亦不禁止展示或出售纳粹物品。法国受诉法院的 Gomez 法官于 2000 年 11 月 20 日对本案作出了裁决。法国法院认为,雅虎公司违反了法国不允许展示或出售纳粹物品的有关规定,要求雅虎必须在 3 个月内采取必要的技术措施,以阻止法国用户通过雅虎美国站进入到该拍卖网站。但是,由于雅虎公司在法国没有分公司或任何资产,故该项裁决最终得由美国法院予以承认与执行。2001 年 5 月,雅虎公司在美国加利福尼亚州法院提起上诉,要求该法院裁定法国法院的判决无效。其上诉的主要理由是:由于法国法院对本案不享有管辖权,而且法国法院适用了不应该适用的

法国法。目前,美国法院正在审理雅虎公司就本案提出的上诉。^①

该案件在一审程序中,法国法院适用了法院地法。在上诉程序中,雅虎公司主张以互联网服务提供商 ISP 或服务器为连结点,认为法院应该适用服务器所在地的法律。

在本案中,结合法国法院的判决和雅虎公司的上诉理由,其实法国法院在雅虎公司的合法性上适用的是美国法,即并没有认为雅虎公司违法。法国法院只是根据公共秩序保留,要求雅虎公司消除对法国的影响。

该案件是以 ISP 为连结点的典型案例。该案不选择以网址为连结点的原因与涉案网站的性质有关。

上文的淘宝网一案中,淘宝网是中国国内的网站,而且直接提供网络服务。但是,在雅虎公司一案中,雅虎网站是门户网站,即网站本身并不直接提供服务,而是通过提供其他网站的链接来为用户集中提供可用资源。同时,雅虎网站是一个针对世界市场的网站,在主要国家有分站点,而且各有不同的域名。但是,它的 ISP 是固定的,就在美国。

以 ISP 为连结点,适合有多个域名的门户网站。但采取此连结点以后,对准据法的选择同样是复合的,即主要适用 ISP 所在地的法律,但参照适用原告住所地法,根据法院地法进行公共秩序保留。

四、类推适用传统连结点选择原则

(一) 技术性连结点的局限性

网络时代下涉外互联网案件冲突规范的连结点选择问题,目前仍处于百家争鸣的阶段。技术性的连结点,如网址、服务器等,显示出优势。但是,在法律上选择技术性连结点有很多局限性,削弱了其优势。

1、对技术的高度依赖性

(1) 普通人遭遇的专业技术壁垒

从时间上看,互联网已经有了数十年的发展,技术逐渐成熟。然而,对于大部分国家来说,互联网仍然是一个新兴的事物。普通人对网络技术的了解,可能并不足以让其理解这些高度专业化的科技名词,进而也就不能正确理解、接受法律适用的结果。因此,在这些网络涉外民事诉讼中,普通人会处于明显的弱势地位,当事人双方不能实现平等的对抗。

(2) 科技快速发展与法律稳定性的矛盾

计算机科学的发展日新月异,网络技术的发展更是计算机科学发展中最活跃的一部分。从最传统的计算机之间的万维网(World Wide Web,简称“WWW”),到通过手机普通平台(WAP 平台)、安卓(Android)平台等新的方式接入网络,“互联网”或者“网络”的概念在不断扩张。目前看似稳定的网址、ISP 等,在高速发展的网络技术中,其实并不是稳定的。这与法律的稳定性和权威性相矛盾,法律不可能随着技术的发展而朝令夕改。

(3) 法官中立地位的动摇

由于连结点的选择高度依赖于技术,我们不能要求每个法官都具有如此专门的技术、专

^① 转引自袁泉:“从若干案例看网络发展对传统国际私法的挑战”[J],载于《法商研究》2002 年第 2 期。

业的素养。这意味着,法官在受理案件之初,就会受到掌握技术一方的严重影响。因此,法官决定的法律选择也就并不必然根据法律适用法的规定。这表面上是法官行使必要的自由裁量权,实质上是掌握技术一方以其技术强势地位作出的决定主导了法律适用的选择。此时,法官对技术优势方的法律规避无能为力,法官的中立地位也产生了动摇。^①

2、在外国法查明上存在障碍

不管法院地对外国法查明的定义是法律还是事实,技术性连结点由于其不稳定性,在外国法查明上存在障碍。如果把外国法查明看作法律问题,那么用户在使用网络时,由于专业素质的缺乏,不能正确了解这些技术性连结点所指向的法律,谈不上遵守此法律,在发生纠纷时就更谈不上查明此外国法了。如果把外国法查明看作事实问题,那么该技术性连结点所指向的法律,可能与双方当事人均无联系,若要求当事人把这毫无关联的法律作为证据提交法院,也是非常困难的。

(二) 类推适用传统连结点选择原则

1、法律关系是连结点选择的基础

网络是一个具有法律意义的空间、领域,就像航空航天技术发展之后,空气空间成为新的法律领域一样。传统的涉外民事法律关系出现在网络空间之上。透过网络的外表,我们仍能够抽象出这些纠纷的主体、客体、内容,理顺法律关系。连结点的选择应该以法律关系为基础。

因为,除非有超出涉外民事法律关系的传统范围的法律关系产生,导致无传统的冲突规范与之对应,此法律关系的实质与传统无异,只是法律空间不同罢了。此外,传统的冲突规范连结点经常被各国立法机关作为立法管辖权的依据,便于各国法院作出一致的判决。

2、各主体有权选择他所了解的法律

惯常居所、物之所在地、行为地、法院地、当事人的合意选择、最密切联系地等,仍然可作为连结点。诚然,这些地方由于网络上国界的模糊而同样变得模糊,但是在确定了双方当事人并分析法律关系以后,这些连结点仍然能够发挥其作用。因为,根据国际私法上与这些连结点相关的理论,当事人知道或者应该知道他所面对的具有最密切联系的法律,从而遵守它,即网络技术并不会妨碍当事人对法律的固有理解。这是从最密切联系原则推导而来的。

3、最有效维护秩序原则

在网络上,涉外民事法律关系中的各主体都在遵守着各自认为的最应该遵守也最容易遵守的法律。此外,网站上的规章则是各主体明示或默示遵守的约定:用户使用此网站,就意味着遵守约定,因为他可以选择不使用。

冲突规范上,可以选择无条件的冲突规范。给当事人和法院最充分的空间,选择能够最有效维护秩序的法律。如,网上购物中,“合同履行地”是虚拟的、模糊的,则可以选择“货物发出地”、“货物签收地”等与现实相连的连结点,然后根据“尽量使合同有效”的原则,选择连结点。此时,当事人和法院就可以根据利益法学理论的标准作出选择。

^① 关于此类科学证据对法官的影响,受各国诉讼法的影响,在此不宜展开阐述。

五、余论

网络时代下,涉外互联网案件冲突规范连结点的选择,不管是已经提及的技术性连结点,最密切联系原则等予以软化的连结点,还是本文提出的类推适用传统连结点选择原则,各有优势与不足。由于法律还没有明文规定,各理论都要在实践中寻找依据。可以预见的是,这种选择往往不是单一的,而是复合的,即往往指向两个或以上国家的法律。

换言之,对涉外互联网案件的研究,选择连结点,只是一个开始。确定连结点以后,更重要的是有明确的冲突规范及其援引的准据法。

应该注意的是,类推适用传统连结点选择原则是对连结点的进一步软化,可能遭遇与最密切联系原则相同的方法论上的混乱。

然而,必须提出的是,世界各国在互联网案件的立法^①上还没有成熟。换句话说,连可能被援引的准据法本身都未成熟,作为仅解决法律冲突本身的冲突规范,自然不可超脱于法律发展规律之外。作为冲突规范组成部分的连结点则更是如此。本文提出类推使用传统连结点选择原则,暂且普遍适用于涉外互联网案件,待时机成熟,相应的冲突法自是水到渠成。

再者,网络是全球化的催化剂,可能也是国际私法统一化运动的推动者。与网络法律冲突相关的冲突规范,形成统一实体性规范,是极为可能的。

参考文献

- [1] 刘仁山主编:《国际私法》[M],中国法制出版社2012年1月第5版。
- [2] 韩德培主编:《国际私法》[M],高等教育出版社2005年版。
- [3] [美]尼葛洛庞帝:《数字化生存》[M],胡泳、范海燕译,海南出版社1997年2月第3版。
- [4] 袁秀挺主编:《虚拟世界的冲突:网络法律案例研究》[M],中国科学技术出版社2001年8月第1版。
- [5] 袁泉:“从若干案例看网络发展对传统国际私法的挑战”[J],载于《法商研究》2002年第2期。
- [6] 肖永平、郭明磊:“网址的法律地位探析”[J],载于《法学杂志》2000年第3期。
- [7] 杜新丽:“网络时代冲突法理论与规则的几点思考”[J],载于《比较法研究》2003年第5期。
- [8] 刘满达:“网络商务案件管辖权的实证论析”[J],载于《法学》2000年第2期。
- [9] 潘军:“挑战与发展:冲突规范连结点直面网络环境”[J],载于《重庆邮电大学学报》2008年第1期。
- [10] 刘益灯:“论网络消费者保护的国际私法方法”[J],载于《法学评论》2010年第6期。
- [11] 陈亚飞:“网络环境下国际私法的传统管辖权规则所面临的困境与挑战”[J],载于《时代法学》2007年第5期。
- [12] 余平、解铭、黄瑞华:“网络传播环境下国际私法连结点的选择”[J],载于《河北法学》2004年第10期。
- [13] 孙笑非:“网络环境下连结点的确定”[J],载于《白城师范学院学报》2006年第1期。

(责任编辑:张懿丹;文字编辑:刘煜 鲁阅雯)

^① 此处的“立法”指的是各国的内国法。

论刑事审判中民意与司法的良性互动

宋志文*

[摘要] 本世纪以来,民意在刑事司法领域的表达十分活跃,而活跃的民意却与司法的独立性无情地碰撞。司法的公正性在铺天盖地的民意浪潮中变得软弱无力。个别重大刑事司法案件甚至被卷入民意的漩涡中,使得司法公正“沦陷”于内。民意对司法的过度涉足,产生了颇多现实而又迫切的法治难题。民意是否应被司法裁量所考虑,司法独立与公正该如何选择?通过对民意干涉司法现状的梳理,对民意自身正当性的拷问,笔者认为,司法应尊重民众自由合法地表达权利,推进民意对司法的监督。但同时,司法一定要谨防为民意所左右,司法应惟法律至上,保持其独立,维护其权威,最终实现其公正价值。

[关键词] 民意 正当性 过渡介入 司法独立 公正

一、问题的引入:民意过度介入影响司法公正

(一) 民意影响司法现状

只要民意有所表达,司法被影响的可能性就会存在。民意如果一贯在司法面前保持沉默,见而避之,司法腐败的可能性就会增加;民意在司法面前的合理、适当表达,会增强其对司法的监督力度,从而促进司法公正性。一旦民意冲动、盲目、过度地介入司法,则司法独立性必受影响,而司法的公正性最终必受破坏。

1、民意影响司法的案例层出不穷

回望本世纪,十余年时间里,民意过度介入影响刑事司法的案例甚多。此类刑事案件有:辽宁刘涌黑社会性质组织案、广东许霆盗窃案、湖北邓玉娇杀人案、四川孙伟铭醉驾案、广东梁丽拾金案、浙江胡斌飙车案、陕西药家鑫杀人案、云南李昌奎杀人案、浙江吴英案等。随着民意的助推,这些案件在全国引起了轩然大波,而过度的民意表达无一例外地影响了这些案件的司法独立。以刘涌案为例^①,极大的民愤使得本已两审终审的死缓判决,最终由最高人民法院通过审判监督程序改判为死刑立即执行。理性地看待该案,会发现,被告虽然有罪,但罪不至死。只是,在强大民愤的肆意喧嚣下,司法审判的独立性受到影响,从而影响了司法判决的公正性。而于2011年发生的“李昌奎案”,似乎和“刘涌案”如出一辙。许许多多的刑事案件,在民愤巨大的冲击波下,其司法的独立性受到严峻挑战,而最终实质危及的是司法的公正与权威。从这些许许多多的刑事案件中不难看出,民意影响司法的案件数量之多、范围之广、程度之深,是司法所始料未及的。

2、民意影响司法的形态分析

民意对司法的影响随着社会的发展而呈现形态多样化。在传统的乡土社会中,由于交通、

* 宋志文,中南财经政法大学法学院2010级本科生。本文系法学院2010级“法学专业论文竞赛”一等奖作品。

^① 参见马松建:《死刑司法控制研究》[M],法律出版社,第270-271页。

讯息传递等物质条件的限制,民意大多只对一个相对狭小、独立、封闭的区域造成影响。但伴随着互联网的发展,信息时代的到来,媒体、资讯成长壮大,民意作用的时间、对象、方式、结果等都趋向多元化、复杂化。民众采用静坐、上访、群体聚集、网络评论与攻击等多样方式宣泄民意。在此情况下的司法,由于受到不同区域,不同社会阶层的民意影响,其在审判过程中要承受巨大的民意压力。在压力的重负下,司法独立性非常容易被“压断”。在民意的影响下,司法的整个过程逐渐呈现一个相对固定的模式,即个别重大案件借助某一个导火索,通过媒体广泛传播,形成一股强有力的社会舆论,社会舆论的聚焦,引起某些领导或机构的关注,在司法程序启动之前,上级行政或司法力量介入,使案件“先定后审”,以此干预正常的司法活动^①。

(二) 民意影响司法的原因

1、民众对社会正义的诉求

毋庸置疑,正义始终是人类社会追求的目标,尤其是在刑事司法领域,古今中外的“法”字无不蕴涵着对公平、正义的追求。当下中国民意的频频表达,正体现着民众自身的合理诉求,即民众对社会正义的诉求。而民众的这种诉求亦是一种“人民当家作主”的主人翁意识的体现。民众有了这种意识,才能更好地维护自身权益,才能更好地推动社会的民主与法治。

2、现实社会方面:社会发展和观念推动

(1) 中国社会当下经济发展并未与法制建设亦步亦趋

由于社会整体的法治观念落后于社会发展,再加上社会矛盾的日益凸显,贫富差距的日益扩大,在许多刑事案件中,民意激情浪潮般的表达一定程度上包含了对现实社会的不满以及仇富仇官的情绪。从“我爸是李刚”到“药家鑫案件”,无一不包含民众对官员、富商的宣泄之情。试想,在这些案件中,如果被告人转换身份,只是一介平民百姓,民意又将以何种情感展现呢?由此,民意不仅仅是一个法治问题,还是一个与当下中国实际不可分割的现实社会问题。

(2) 当下中国,民众的法治观念启蒙并逐渐增强

改革开放三十余年来,整个社会的法治意识开始苏醒。在法治观念潜移默化的影响之下,民众更加期待司法权威,司法公正。因此,民众积极地参与到司法中,从而见证司法。

(3) 网络、媒体、资讯的发达为民意的充分表达提供了坚实的物质基础

“我爸是李刚”案件之所以可以在一夜之间传遍大江南北,是因为刑事案件在网络、媒体等纷纷介入下,信息极速传播。这自然引起了民众对热点的关注,而广泛的关注最终通过言论表达又汇集成一股强大的民意,使得民意对司法独立造成一定影响。

3、司法现状层面

(1) 司法公开就是期望民众对司法进行监督

司法也应为人民群众提供监督的契机。因此司法公开这一原则为民意的介入提供了门径。但刑事案件中,包含着尖锐的社会矛盾。在当下中国,法院不仅要承担居中裁判的责任,

^① 卢建平:“死刑适用与‘民意’”[J],载于《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2005年第5期,第107-108页。

还要担负平息纷争、平息民愤、维护社会稳定的重负，因此司法不得不考虑民众对审判结果的接受程度，力争实现“法律效果”与“社会效果”的统一。

(2) 民众害怕司法偏私

当下中国的司法腐败引起民众对司法的恐慌与不信任，民众害怕司法偏私，公正不再。随着法治社会的推进，司法越来越受到社会的仰仗和倚重，民众也随之愈加关注司法。但司法腐败使民众在司法面前表现出矛盾的心理。他们本应相信司法是实现社会正义的最后一道屏障，同时又担心司法变异而使公正掉入万劫不复的深渊。因此民众希望通过民意的表达来实现对司法的监督，以推动司法公正的实现。

二、问题的分析：刑事司法审判中民意的理性与非理性考量

在现代社会民主与法治体系的构造理念中，民意与司法本应和谐相处，因为法律是人民意志的体现，司法正是依据这种“规范化”的民意来裁决案件的。但在刑事司法实践中，民意对个案司法影响之深令人忧虑。这对于信奉独立是实现公正的前提，唯法律至上的司法来说，无疑是一大障碍。民意到底是否有其正当性？从应然状态而言，民意所要求的结果正是司法所追求的结果，但由于民意与司法具有不同的特质，二者不能相互替代，使民意与司法呈现出一种对立统一的关系。

(一) 民意的合理性价值

1、民意本身的合理性因素

(1) “存在即合理”

民意的存在不排除合理性成分。处于当下转型时期的中国，朴素的民意往往反映的是民众对正义的诉求。日本刑法学家西原春夫把人的欲求“置于促使刑法制定的各种要素的基础之上”，认为“处在离制定刑法比较近的地位和原动力的，是国民的欲求”，“民众的声音就是神的声音”，“而且必须肯定国民个人的欲求中含有直观上正确成分”。^①在西原春夫看来，个人欲求如果形成国民的整体意见，此时可以认为是国民欲求了。而国家必须采取措施以满足或缓和国民欲求。一般来说，民意是基于朴素正义情感的一种表达，民意如果不是受到某种异在力量蛊惑的话，在多数情况下征表的是一种追求正义的冲动，而这种冲动为的是寻求一种实质合理。由此可以推测，民意本身有一定合理性。

(2) 法律依据

我国法律对司法监督所做的原则性规定和宪法赋予公民的权利自由，为民意的广泛表达提供了法律依据。《中华人民共和国宪法》第 35 条规定我国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由；第 41 条规定了我国公民对于任何国家机关和工作人员有批评和建议的权利，对其违法失职行为有申诉、控告和检举的权利。

2、民意的表达是民众的权利

“我们知道，没有哪一个国家的法规足以规范人们的一切言行。于是，我们可以推导出‘法律不禁止的，就是可以作为的’这一原则，并在遵守法律的前提下，享有去做自己的理

^① [日]西原春夫：《刑法的根基与哲学》[M]，顾肖荣等译，三联书店上海分店 1991 年版，第 81、86 页。

性认为最有利于自己的事情的自由。“因为自由的本意指的就是不受限制，人们显然已经享有这种自由了”^① 西谚云：“我不同意你的观点，但我誓死捍卫你说话的权利。”在我国努力建设文明、民主的法治社会的今天，任何权力都不能非法剥夺民众的言论自由，意见表达。相反，权力应为民众的言论自由提供相应的保障，司法应尊重民意的表达。张文显教授言：“社会的发展或者公共权力的弊端首先不是由仁慈的父母官最先认识到，也不是由先知先觉的作为社会良知的知识分子最先预知到，而是由那些我们永远不可能知道名字的默默无闻的深受这种弊端之苦的人们最先感觉到。”^②司法应该有一只善听的耳朵，倾听民意，在法律提供的自由斟酌幅度内实现法律效果与社会效果的统一。合理民意应该得到尊重，才利于公正司法的真正实现。

3、民意与司法追求的目的相一致

司法领域的民意，具有追求公平正义的目的性这一首要特征。基于司法是实现社会公平正义最后一道防线的认识，民意对司法的关注，往往体现在对公平正义的追求上，其中包含着社会大众对司法公正与效率的期望。从这一角度看，民意的目的应该是正确的，其目的性不仅应该时时刻刻得到司法部门的认真倾听，而且理应得到满足。由于司法的本质在于实现社会的公平正义，而实现社会的公平正义，正反映了民意的目的，因此，从应然状态而言，民意的目的正是司法所追求的结果，二者应该是统一的。^③

4、民意表达可以促进司法监督

民意的表达是对司法的有力监督，亦是保障司法公正的需要。监督是一种约束，它可以制约被监督者滥用权力，保证监督者目的的实现。同时，由于实现司法公平正义的本质与民意的目的一致，这使得民意监督司法成为必需。民意也只有对司法进行监督，才知道司法是否真正实现了其目的。司法过程是一个适用法律的过程，通过立法表达的民意能否在司法中得到实现，这是广大民众关心的问题。当司法的各项活动置于民意的监督之下，最为详尽地公开裁判理由，最大范围地公布法律文书，最大限度地公开审判过程，使整个司法活动公开化、透明化，司法过程中的不公就会得到最大限度的遏制，司法也必将朝着体现民意的公平正义方向前行。^④

(二) 民意的非理性特性

不可否认民意一方面有其维护正义的善良苦心，但另一方面它源于一种朴素的道德情感。在某种程度上，其缺少足够理性，缺少程序性制约，更缺少技术性证实或证伪手段，这些决定了它与司法独立志相同而道不合。

1、民意的负价值特性

(1) 民意在很多情况下是盲目的、冲动的、非理性的

这是由群众的心理特性所决定的。群众行为往往具有两种表现形态，一是感情强烈，二

^① [英]霍布斯：《利维坦》[M]，吴克峰编译，北京出版社2008年9月第1版，第103页。

^② 张文显主编：《法律职业共同体研究》[M]，法律出版社2003年版，第180—181页。

^③ 李星群：“民意与司法：‘互动与交融——以民意与司法的关系为视角’[C]，载于郭卫华主编《网络舆论与法院审判》，法律出版社2010年第1版。

^④ 同上注。

是具有趋同现象。具体表现为：个人在独处时不易产生的情感和不易付诸实践的行为，在群众中往往是被激发出来和被付诸实践；在群众中存在责任分散的现象，因而容易形成不负责任和恃众无恐的群体心理；群众容易受到极端主义者的煽动而变得群情鼎沸，失去理性和耐心，他们一旦有了一定信仰和意见后往往固执己见，“所以群众心中，好像有一种‘无间性’或‘不能容性’。个人在平时，常有从容商榷的余地，一涉群众则不然，公众集会的地方，如果有人持反对的论调，往往不待其辞毕，哗斥之声，已哄然四起。”^①民意的本质是民众对案件各种事由特别是行为后果和行为人主观恶性的综合反映，融合了民众的价值观、道德观、伦理观和法律观等多种意识，并不必然代表正义。^②而这种集体意识往往代表狂热、报复、偏见和私利，这便会扭曲司法独立。

(2) 民意具有可变性

民意的大小及其有无，往往随着发案率等治安形势、案件发生的时间地点与民众的社会背景、财产状况等自身情况的不同而发生变化，这在涉及死刑的案件中表现尤著。“民众的集体意识与正义情感不仅具有非理性、情绪性，而且往往变动不居、起伏不定，往往一个孤立的突发的恶性犯罪案件就能在很大程度上改变公众对死刑的态度。在许多情况下，我们都会看到这样的现象：每当由于司法错误而错杀无辜的案件发生时，废止死刑的论调就高耸入云；相反，每当社会接二连三地发生惨不忍睹的重大刑事案件后，社会大众对于罪犯的厌恶程度大为增高，每个人主观上的报应需求也跟着大幅度上升，因此存置死刑的论调就大行其道。”^③

(3) 民意具有易误导性。

民意是集体情感的表达和宣泄，带有浓厚的感情色彩，很容易被煽动和误导。在当今信息化社会，一种意见一旦被大众传媒所传播，就被赋予了公开性、显著性和权威性，即使传播的并不是多数人而是少数人的意见，人们也往往会把它当作多数人的意见来看待。^④人们的心理往往倾向于接受大多数人的意见，并由此形成“群体极化”现象，一旦某种意见被放大或“发酵”，就失其本来面目了。

(4) 民意有时具有虚假性。

现实社会中案件双方为争取正当利益，有时为谋取不正当利益，会采取各种手段、动员一切可动用的力量，人为制造“民愤极大”等民意，向司法施加压力。而不明真相的民众所看到的“真相”或许已被媒体“编辑”，而在此基础上的民意更具片面性、虚假性。

2、民意判断的复杂性导致其具有不可操作性

(1) 民意的主体范围难以预定

民意的主体范围，即哪些人所表达的民意才应该被考虑。不同的社会阶层、利益群体在表达对某一案件看法时，由于其自身生活、知识、教育背景等不同，难免对案件表达不同的

^① 转引自吴家友主编：《法官论司法理念》[M]，法律出版社，2005年版，142页。

^② 卢建平：“死刑适用与‘民意’”[J]，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2005年第5期，第107-108页。

^③ 林山田：《刑法学》[M]，商务印书馆1975年版，第172页。

^④ 郑兴东：《受众心理及传媒指导》[M]，新华出版社，第183页。

诉求。而司法判决难以衡量到底要考量哪些主体的意见。

(2) 民意的真实性标准难以确定

民众在案件审理前就会对案件发生过程有自己的认识。这种认识很多时候是道听途说, 未经调查更不是亲身经历所得, 所以不一定就是客观真实的, 更谈不上符合法律真实, 但这种对事件的过多描述却容易让法官产生“先入为主”, 影响其对事实的判断。更有一些民意本身就是受到欺骗的产物, 别有用心的人将歪曲的事实借助民意之口说出来, 其目的就是混淆视听、颠倒黑白。即使上述形式意义上的民意主体范围能够确定, 真伪的判断也仍然是问题。

(3) 民意的正确性或公正性难以确定

大多数或主流民意并不能自证其公正, 主流也隐含着专制主义的危险。在价值多元和社会分层的时代, 民愤或民怨都是从各自角度所做的评价, 相对中立可能是各打五十大板, 未必就意味着公正。总之, 民意是客观存在的, 但又是难以定义和把握的, 真实、正确和公正的民意是不解之谜。无怪乎美国学者凯伊发出感慨, “要很精确地来谈民意, 与了解圣灵工作没有两样。”^①民意判断的复杂性, 归根到底是由于民意本身不是一个严格的法律概念, 不具有制度性和规范性特征。

3、民意所期待的审判模式通常与司法运作模式格格不入

(1) 民意不具备司法特质

民意的出发点是想扮演司法公正的指路人角色, 然而它并不具备司法的特质。千百年农业社会形成的礼教传统让民意只注重案件的实体公正, “普通人更习惯于将问题道德化, 用好人和坏人的观点来看待问题并按照这一模式要求法律做出回应”^②而不注重审判过程中当事人的正当权利有无受到合法保护, 尤其更加漠视那些罪行较重、被民愤议论较大的被告人的诉讼权利。在传统情感的支配下, 法院应恪守的司法中的合法司法让他们感到无从接受。

(2) 民意与法律公正并不相吻合

基于朴素正义情感的民愤往往与法律公正并不吻合。当下中国, 法治化进程还较缓慢, 罪刑法定、刑罚重在教化、死刑非人道等法治文明理念还未被民众所接受, 而转变“杀人偿命”、“千刀万剐”等同态复仇观念还需要很长时间。很多时候, 民众的愤怒是建立在非理性基础上的, 判决“顺应民心”, 不仅可能会使被告人受到不公正的对待, 也会更加削弱司法的独立性, 法律将成为媚众的产物。此外, 个案民意的通常主体——被害人及其家属所代表的“民意”, 往往出于其自身报复的情感, 代表自己狭隘、偏私的利益, 并不能代表社会正义。当司法审判屈从于民意, 那就意味着牺牲了社会正义来满足少数人一己之偏私, 而且是不正当的利益。这种偏私之民意必然与法律公正不吻合。

(3) 个案民意是对理性民意的重压

法律是统治阶级将人民意志上升为国家意志的产物。立法机关在制定法律时, 就已经将体现民愤的社会危害性作为定罪量刑的依据, 如果在社会危害性以外又将民愤作为量刑的依

^① 彭怀恩:《政治传播与沟通》[M], 台北风云论坛出版社有限公司 2002 年版, 第 103 页。

^② 苏力著:《送法下乡》[M], 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 130 页。

据或标准,那实际上就是以同一情节对犯罪人的行为进行重复评价,实质上是对刑法罪行法定原则的违背,是对犯罪嫌疑人的不公正处理。民意代表的是情理,而司法审判所依据的是包含和体现了民意的法律,是最大的民意。

(4) 民意判断模式与司法判断模式相异

民意是站在大众道德情感的立场上衡量司法的。可是这种判断标准毕竟与司法判断模式不同,很有可能得出不同的结论,一旦出现与司法认识错位的情况,民意会表现出一种对司法行为的难以接受,甚而是一种责难,于是两者的现实冲突在所难免。更为严重的是,道德情感包含有很大程度的非理性因素,它不太稳定,又缺乏深思熟虑,容易被人欺骗、操纵和利用,关于这一点,卢梭在《社会契约论》中有一段经典表述:“公意永远是公正的,而且永远是以公共利益为依归;但这并不能由此推论说,人民的考虑也永远有着同样的正确性。人们总是愿意自己幸福,但人们并不总是能看清楚幸福。人民是绝不会被腐蚀的,但人们却往往会受欺骗。”^①而受到欺骗的民意对于司法公正、司法独立的潜在威胁将会长久存在。

三、问题的解决:司法态度及其解决路径

(一) 司法态度:司法公正不允许盲动的民意

民意所频繁表现出盲目、冲动、非理性的特性,使得司法必须谨防民意的不正当干预。因此司法公正不允许盲动的民意。“法官应力求自己的视线不被遮蔽。蒙住双眼的不偏不倚固然不坏,但是如果不用纱布缠住公正的慧眼,情况就会更好。对于偏见和先入之见,公正慧眼必须闭而不见,但是公正的慧眼必须能够一眼看到真实情况的所在,挡住他视线的灰尘越少越好。”^②丹宁勋爵如是说。是的,法官的公正慧眼不应被蒙蔽。在一个讲求民主、法治的社会,在一个言论及表达自由已置于宪法和法律的保护之下的社会,司法不与民意碰撞几乎是不可能的。排斥还是承受,司法必须做出抉择。

其实,司法独立相对民意来说是无法完全排斥的,把民意对法官观念上的影响完全阻挡在司法过程之外是不可能的,如同法官的价值观、法律观不可能在一种与社会的各种观念的相隔离的状态下形成和发展起来。但是不能排斥民意绝不等于顺从民意、“皈依民意”。民意虽然具备正义感,但“正义感容易波动……正义感具有明显的感情色彩,不足以保持规范的稳定性,它是导致非理性判决的因素之一”。^③因此,有人说:“同样危险的是在成文法国家有法不依、执法不严、而依据社会情绪、社会反映定案。如果我们把顺乎民意奉为具体司法的准则,结果,司法的独立与公正就难保了。”由此,如果将审判交由民意进行,按多数人意见行事,那就是司法权威的沦丧。而在一个法治国家里,司法权威的沦丧,意味着法治的毁灭。所以,司法绝不允许盲动的民意。

(二) 解决路径

面对民意给司法独立带来的正负效应,司法独立不能简单地依托一种方式予以实现,而

^① [法]卢梭著:《社会契约论》[M],商务出版社1980年版,第39页。

^② [英]丹宁勋爵:《法律的正当程序》[M],法律出版社1999年版,第52页。

^③ 转引自陈端洪:“司法与民主:中国司法民主化及其批判”[J],载于《中外法学》,1998年第4期。

应从刑事理念、刑事司法、刑事政策等方面多管齐下，互相作用，以助实现刑事司法独立。

1、刑事理念层面

(1) 司法应坚定法律至上和以人为本的信念

第一，法律至上。法律至上的信念对于法院和法官恪守司法独立和公正，创造一个良好的司法环境十分重要。首先，司法是让法律从精神王国进入现实王国的守门员。因此，法院和法官必须信奉法律为行动的最高准则。唯其如此，才会公正地运用法律赋予的权力，依法办案，维护法律所期望的秩序。其次，法院和法官必须信仰法律。“法律必须被信仰，否则它将形同虚设。”^①法律的力量在于信仰。唯其信仰法律，才会忠于法律，才会有不惟权、不惟利、只惟法的正义气概。第二，以人为本。司法权行使应当以人为本，通过司法判决表达对个人的价值与尊严、人格与精神的真情关切。不论当事人是否有罪，罪轻罪重，不论民意对当事人情感多么愤怒、多么怜悯，司法都应保护当事人正当权利，尊重与保障其人权，以落实法治人文精神。

(2) 司法应继续贯彻司法公开理念

司法不应被民意所左右，但这并不意味着司法不公开。司法应当为社会公开，使公众能够监督司法，促进司法的公正。“正义不仅要实现，而且要以看得见的方式实现”^②，人类对于法律的信仰，当然是对通过司法求取正义的追求。但同时，能否全程见证正义使之得到实现，其重要性不亚于结果公正本身。只有最通透的公开，才能更优质地保障司法公正。

2、刑事司法层面

(1) 倡导严格运用法律推理审判刑事案件，有效抵御其他非司法因素对司法的不恰当渗入与干预

“法律推理是特定工作的工作者利用相关材料构成法律理由，以推导和论证司法判决的证成过程或证成方法”。^③这种严密的职业理性思维方式，只能以现行法律为推理前提，运用归纳、演绎、类比及实质推理等方法，遵循逻辑的一致性、不矛盾性的要求来为法官适用法律提供一个正当、合法的理由。如果严格依照这种独特的推理模式，法官是不能把民意列为推理前提的，并且依照同样案件同样处理的推理原则，也不能因为引发的民意不同就给予同样案件不同的处理结果。这实际上是一种指导和制约法官对民意承受的方法，使法官可以从同样案件的最后处理结果的比较中，检验是否错误地让民意影响了审判的独立自主性。

(2) 重视司法程序在排除民意对司法影响方面的作用，通过加强程序体系的严密化来营造一个审判中立、自主判断的环境

对于在审理前或审理进行中已经民意沸腾的案件，为防止民意过度介入而造成的“民意审判”现象发生，国外的经验是采用封闭式审判或异地审判的做法，将法官尽可能与民意隔离开来。根据我国实际情况，设计在此类情况下将案件封闭审判、异地审判以及移送管辖的程序也是必要的、合理的，又具有可操作性。可以说，这是防止民意以及民意联合其他地方

^① [美]伯尔曼：《法律与宗教》[M]，梁治平译，三联书店 1991 年版，第 3 页。

^② [英]丹宁勋爵：《法律的正当程序》[M]，法律出版社 1999 年版。

^③ 解兴权：“论法律推理”[J]，载于《法律科学》1996 年第 6 期。

力量干预司法独立的最直接的方式。

(3) 司法应当运用刑法解释原理，加强裁判说理

要求司法判决书中阐明判决理由和思维过程是因为，“在现代社会，人们不仅要求权威性的判决而且要求做出判决的理由。法官的责任已经日益成为证明判决正当的责任。法官运用权力的基础在于其判决的接受性，而不在于他可以具有的正式的权力位置”。^①司法者通过判决书强有力的裁判说理以更直观方式引导人们认识法律原理，增强程序意识、中立意识和理性精神，从而尽量实现民意与司法相契合，减少民意不恰当的干扰，同时也便于司法接受民意的监督。“说理通透”的裁判，才能让当事人乃至全社会对判决结果心服口服。

3、刑事政策层面

(1) 建立和完善有效的民众参与机制，推进民众直接参与司法审判的制度构建

通过立法进一步完善人民陪审员制度，弘扬司法民主，维护司法公正，增强司法活动透明度，强化人民群众对司法的监督。让人民陪审员工作真正走向规范化、程序化、法治化轨道。^②除此以外，还应借鉴与探索其他国家民众参与司法的机制，使得合理的民意能够充分地表达。实现民众既不干预司法独立，又能监督司法独立。

(2) 进一步规范媒体与司法的关系，而其中规范网络行为成为当务之急

媒体在民意导向中发挥了重大作用，而其中的网络媒体以其快捷性、方便性等特性，更使其威力无以复加，媒体引导甚至决定了民意的走向。因此，规范媒体报道十分必要。新闻报道以真实性、客观性、新鲜性为核心，真实与客观是新闻报道的首要前提。可是媒体在对司法案件及当事人报道中，经常有意无意地虚假报道。以“我爸是李刚”案件中，网络媒体对“李刚”的家庭背景及财产进行了夸张的虚假报道，使得民众对当事人的愤怒之情油然而生，并急速加剧。同样在“药家鑫案件”中，媒体亦对药家鑫的家庭背景进行了夸张报道，将药家鑫报道成一个“富二代”形象，以此造成了全国人民的一片喊杀声。由此可见媒体在新闻报道对民意导向的“神奇魔力”。媒体有权利监督司法，但要在真实、客观、合法的前提下进行。虚假报道不仅有失新闻职业道德，更会对刑事案件的当事人的权利产生实质影响甚至破坏。媒体报道不能枉顾事实与法律，一定要恪守新闻职业道德。“媒体对个案进行报道时，一定要尊重客观事实，绝不能有炒作之意，追求耸人听闻的新闻情节和轰动效应，更不能混淆视听，鼓动当事人滥用诉权。要坚持新闻的基本要素，追求客观、准确、公正。”^③“不以揣测的方式报道具体案情，不以预测的方式进行裁判，不以联想的方式公开诉讼参与人亲朋好友的具体情况，不以嘲讽的方式报道司法机关的判决，不以煽动的语言制造社会对立情绪。”^④要更多地成为法律尊严的捍卫者，成为和谐社会的建设者。

(3) 加强普法，拉近法律与民众的距离

当下中国，民众愈加依赖司法了，可是民众的法律知识与素养却远不及社会文明进步的

^① 《中山大学法律评论》第 1 卷[C]，法律出版社 1999 年版，第 26 页。

^② 杨雄：“刑事诉讼中的社会参与机制研究”[J]，载于《法学杂志》2010 年第 10 期。

^③ 李星群：“民意与司法：互动与交融——以民意与司法的关系为视角”[C]，载于郭卫华主编《网络舆论与法院审判》，法律出版社 2010 年第一版。

^④ 卖炭翁：“恪守职业道德是新闻人的责任”[N]，载于《法制日报》2009 年 3 月 2 日。

合理需要。法律思维与民众的情感观念有相当大的差距。由于社会传统的思维逻辑习惯与法律规范的逻辑有时会出现不同,就势必造成社会民众从传统社会思维习惯的角度出发而对建立在法律逻辑基础之上的司法裁判结果产生抵触。社会民众法律意识淡薄,这种意识的低下导致了他们或者排斥法律对社会关系的调整,或者对法律执行的不理智抵抗。因此,应该加强普法,让民众理解法律的要义与理性,从而遵从法律,信奉司法判决。

四、余论:民意与罪刑法定原则是否冲突

自我国1997年《刑法》颁布以来,罪刑法定原则已确立了整整十五个年头。十五年来,民意频频过度介入刑事司法领域,这不禁让人思索,民意与罪刑法定究竟是否冲突?

(一) 民意与刑事立法的关系

“法是由国家制定的、认可并由国家保证实施的,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级(或人民)意志,以权利和义务为内容,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系和社会秩序为目的的行为规范。”^①由此可见法是人民意志的体现。由法的本质理论可以得出民意实际上已经融入到刑事立法中,又通过刑事司法来具体体现。从实质意义上看,罪刑法定和严格司法就是民意的间接体现。“刑事政策是刑法的灵魂”,刑事法律规范在起草之初,就已经在形势政策上对民意进行统筹,尊重了民众合理的法律感情;在提交立法提案时,进一步吸收民意;在草案表决之时,将民众意志正式确定为法律意志。因此,刑事立法本身就是民意参与法律创制的一个过程,而这种民意是最大限度的,理性的,公正的民意表达。所以,虽然刑事法规表面上只见抽象性、技术性的法律规范,而不见民意表达,但实质上民意已经内化于刑事法规之中了。“刑法是刑事政策不可逾越的藩篱”,如果在个案刑事司法过程中,过度的民意影响甚至左右刑事司法,那么这时的司法无疑是与刑事立法时所内化的最大限度的、理性的、公正的民意相冲突,使得易变的部分的民意淹没了立法时普遍稳定的民意,而这实质是对罪刑法定原则的背离和对理性民意的抛弃。

因此,依照罪刑法定原则,严格司法才是真正的尊重民意。当司法被个案中的民意所左右,此时的司法是对民意的违背。严格司法与尊重民意是实质统一的。所以,只有在刑事立法时绝对服从最大限度的、理性的、公正的民意,在刑事司法时绝对服从事实和法律,才能真正形成民意与司法的良性互动与共进。

(二) 个案民意与司法冲突所引发的“形式正义”与“实质正义”的思考

民意介入的案件在某种程度上表明,普通民众不能接受大多数情况下司法本应一贯坚持的“形式正义”或“程序正义”,更愿意去追求所谓的“实质正义”或“结果正义”。民众对个案的“法律公正判决”,由于其自身法律知识与素养的限制,仅能以其最朴素最感性的法律思维加以认知,形成自己的判断。继而以自己的判断比照司法判决结果,又以其比照结果的可接受性来评价司法。这种状态便是民意与社会现实对法治的考量。从刑法应然层面看,罪刑法定应是形式法治与实质法治的统一;在实然层面上,两者在个案中很有可能出现一定的分离。而在这种情况下该如何坚持罪刑法定原则成为司法过程中一大难题。

^① 张文显主编:《法理学》[M],高等教育出版社,北京大学出版社,2010年7月版,第75页。

亚里士多德曾这样说：“法治应包含两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律。”^①此言之中，前者更侧重形式理性，后者更侧重实质理性。可是，具体运行中的法律并未完全达到立法和司法、形式与实质的完美衔接，而是存在着“法逻辑的抽象的形式主义和通过法来满足实质要求的需要之间无法避免的矛盾。”^②

众所周知，罪刑法定包含形式与实质两个侧面：形式侧面体现的是形式理性，要求坚守刑法的各种规定使其底线不被逾越；实质侧面则呈现实质理性，要求从权力源头限制立法和司法权，使国家权力与个人自由的界限界定明确。罪刑法定下形式理性与实质理性的偶发矛盾，不同学者持不同观点。张明楷教授认为：“仅有形式的侧面充其量只是实现了形式正义……如果将罪刑法定原则的内容仅概括为形式的侧面，必然是存在缺陷的，最基本的表现为难以避免恶法亦法的现象，不能实现良法之治的要求。”^③而陈兴良教授认为：“在我国刑法理论中，由于长期以来受到社会危害性理论的影响，实质合理性的冲动十分强烈，形式合理性的理念十分脆弱。”为此，他不惜指出，当二者发生矛盾时，我们固然可以通过完善立法，将具有社会危害性的行为确认为犯罪，但“在司法活动中，当实质合理性与形式合理性发生冲突时，我认为应当选择形式合理性而放弃实质合理性。惟此，才能坚守法的独立价值，才能通过法律实现社会正义。在这种情况下，虽然牺牲了个案公正，使个别犯罪人逍遥法外，但法律本身的独立价值得以确认，法治的原则得以坚持，这就可能实现更大程度的社会公正”。由此可以看出两位学者的观点存在一定的对立。笔者认为，在司法活动中能否坚持形式理性，是法治与人治的分水岭。在司法实践中，在迈向法治路途中，当两者发生冲突时，应当以形式合理性为先。

五、结尾

民意有其合理性成分，但是，当司法独立不在，民意影响下的法律裁判，只能是法律的好处未见，而弊端凸现。法律是公平和善良的艺术。而这种艺术的充分表演，只能在司法独立的前提下才能实现。张文显教授曾说：“法律评价和其他评价的对抗与冲突是不言而喻的，但以法律的评价最为评判的最后标准又是确定无疑的。”^④是的，在当下中国法制还未健全，民众法治理念还未成熟的状况下，可以预知，在未来较长一段时间内民意与司法的距离与冲突依旧不会消失，因为信仰法律的习惯只有经长期积淀，才能成为一个社会的精神价值。但是，社会不应因为法治路途之漫漫而放弃对法治的追求。相反，整个社会应加强对民意的引导，逐渐培养民众的法律理性与法律信仰，为民众树立权威的司法。在民意的激情退却之后，理性应该回归，司法独立应该回归。在法治路途中，只有独立的司法才能孕育理性的民意，理性的民意才能更好地助推司法独立与司法权威，最终实现司法公正。

(责任编辑：王素芬；文字编辑：陶碧丹 胡雪)

^① [古希腊]亚里士多德：《政治学》[M]吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

^② [德]韦伯：《经济与社会》(下卷)[M]，林荣远译，商务印书馆 1997 年版，第 401 页。

^③ 张明楷：《刑法的基本立场》[M]，中国法制出版社 2002 年版，第 124 页。

^④ 张文显：《法学基本范畴研究》[M]，中国政法大学出版社 1993 年版，第 147 页。

中国信访制度的困境具化

——定位错置、功能异化、实践悖论

唐业林*

[摘要] 为应对高位运行的信访洪峰及其衍生的复杂社会问题,信访部门遵循“强权扩权”的工作思路,以2005年《信访条例》为标志进行了一系列技术层面的信访制度创新。然而,全国信访态势依然严峻,“信访倒逼”愈演愈烈。信访制度何去何从,仍具重要理论探讨与实践应用价值。本文着力于从定位、功能、实践三个方面厘清信访制度现实困境这一前提性问题,进而为信访制度变革出路的探索提供启示。

[关键词] 信访制度 辅助政制 政治参与 信访倒逼

一、问题的提出及研究思路

信访现象,在我国具有深厚的历史渊源。例如,尧设“诽谤之木”、“进善之旌”,舜置“敢谏之鼓”,这应该算是中国历史上出现较早的信访现象了。^①但是,作为中国共产党的一项独特政治发明^②,信访制度是以1951年由政务院(现在的国务院)发布的《关于处理人民来信和接见人民工作的决定》(即“五一决定”)为标志正式确立的。^③中国信访制度历经60

* 唐业林,中南财经政法大学法学院2010级本科生。本文系法学院2010级“法学专业论文竞赛”一等奖作品。

^① 参见中国行政管理学会信访分会编著:《信访学概论》[M],中国方正出版社2005年版,第3页;中央办公厅信访局、国务院办公厅信访局编著:《信访学概论》[M],华夏出版社1991年版,第6页;王显堂、陈鸿滨:《信访学概论》[M],辽宁大学出版社1987年版,第28页;赵威:《信访学》[M],辽宁大学出版社2010年版,第180页。

^② 当然,如果借助于比较方法进行研究,我们不难发现,在国外,亦存在“类信访”制度:(1)监察专员制度:主要存在于瑞典、英国等国家。其制度功能可归结为“法律监督”、“限制行政”等。(2)协调专员制度:主要存在于法国。其制度功能主要体现在“公民基本权利救济”和“规制不良行政行为”等。(3)公共保护人制度:主要存在于加拿大。其制度本质在于“保障公民的政治参与权利”。(4)行政申诉制度:主要存在于德国。这是一种权利救济制度,并且由议会担任主要工作机构。(5)行政裁判制度:主要存在于澳大利亚。它主要是通过设立独立的受理上诉的裁判机构,从而对行政决定予以合理审查。(6)苦情相谈制度:主要存在于日本。它旨在为民众提供合法的申诉渠道。此外,还有韩国的民愿委员会制度、中国香港的申诉专员制度、祖国台湾的陈情制度等。参见赵威:《信访学》[M],辽宁大学出版社2010年版,第199-208页。

^③ 关于中国信访制度发展史的界定,目前信访研究领域内存在着不同的观点。其一,陈小君、张宗林等认为:中国信访制度的形成与发展可以分为三个阶段,即创立和探索阶段(1951-1978)、恢复和发展阶段(1978-2007)、统合和重塑阶段(2007至今),参见陈小君等著:《涉农信访与社会稳定研究》[M],中国政法大学出版社2011年版,第3页。其二,应星、周永坤等认为中国信访制度大致可以分为如下三个阶段:大众动员型阶段(1951-1979)、拨乱反正型阶段(1979-1982)、安定团结型阶段(1982至今),参见应星:“作为特殊行政救济的信访救济”[J],载于《法学研究》2004年第3期,“新中国信访制度的历史演变”[J],载于《山东人大工作》2004年第1期;周永坤:“信访潮与中国纠纷解决机制的路径选择”[J],载于《暨南学报(哲学社会科学版)》2006年第1期。其三,吴超等认为中国信访制度可分为如下六个阶段:创建阶段(1949-1957)、情势变化与制度调整阶段(1957-1966)、制度破坏与特殊开展阶段(1966-1976)、恢复与重建阶段(1976-1982)、功能转换与制度完善阶段(1983-2005)、新发展阶段(2006至今),参见吴超:“新中国六十年信访制度的历史考察”[J],载于《中共党史研究》2009年第11期;林华:“信访性质的溯源性追问”[J],载于《中国政法大学学报》2011年第6期。综述之,尽管各种观点并不完全统一,但都具有一个共性——即普遍认为:中国信访制度的正式确立始于1951年“五一决定”。

余年,对于缓解社会纠纷、维护社会稳定、推动政治民主等发挥了重要作用,但随着市场经济改革的深入推进、城乡二元化结构的逐渐消解,大量的社会“隐性矛盾”被激发,以致于信访数量持续保持高位运行。以第五次“信访洪峰”为标志,中国信访制度已经陷入了前所未有的困境,旨在表达民情的信访在数量上呈现出“激增之势”,在方式中表现为“激烈之形”。^①面对迅猛而来的信访洪峰及其所衍生的社会稳定问题,学术界对信访制度的存废及相关问题,展开了激烈的理论与争辩,并且逐渐形成了三大主流观点——强化论、弱化论、整合论。而在实务界,以 2005 年新《信访条例》颁布为里程碑,信访部门却遵循着“强权扩权”的信访工作思路进行了一系列技术层面的制度创新。尽管信访压力因此在短暂时间内稍得缓解,^②但是仍持续至今且依然呈严峻态势。^③

本文将以前今学术界相关研究成果和“中国信访与社会稳定研究中心”的政府工作报告为基础展开,但笔者并不打算直接参与到中国信访制度变革出路的争辩当中,而旨在通过厘清信访变革的前提性命题,即信访制度的现实困境——定位错置、功能异化及实践悖论,从而为探索其出路提供具有指导性的启示。

二、定位错置：僭越核心政制权威，窒碍依法治国进程

在我国宪政体制的框架之下,信访制度相对于人民代表大会等核心政制而言,具有辅助政制的地位。它在新中国历史上,尤其是 1978 年后的特定时期,作为我国核心政制效能严重不足时的代偿性体制,对于迅速化解社会矛盾纠纷、维护社会安定团结贡献颇多。但是,如果立足于宪政框架和依法治国的基本国策进行分析,我们不难发现:现阶段,信访制度已然僭越了其应有之性质定位——襄助核心政制,并呈现出悖逆于时代大流的发展趋势——人治超越法治。

(一)“辅助政制”学理的提出

如果以结构、功能等要素为界定标准,则我国宪法框架下的政治法律制度可相对区分为核心政制和辅助政制。两者都处于一国的宪法框架之下,但亦存在差别。主要地,核心政制,指以人民代表大会为根本的那部分政治法律制度,它们具有完备且直接的宪法、法律依据,且其行为主体的权力或权利由宪法、法律直接确认。辅助政制,指相对于核心政制而言的,总体上处于宪法框架之下,但除人民代表大会制度之外的那部分政治制度。例如,政治协商制度等,它们可以在宪法、法律上寻觅到渊源,但一般只得到了行政法规及其下位法的直接规定。^④

^① 参见陈小君等著:《涉农信访与社会稳定研究》[M],中国政法大学出版社 2011 年版,第 362 页。

^② 例如,2005 年全国信访问题同比下降了 6.5%。参见王学军:“以科学发展观为统领,努力开创信访工作新局面”[J],载于《人民信访》2006 年第 3 期。再如,2009 年,全国信访问题同比下降了 2.7%,连续 5 年保持了下降态势。参见国务院新闻办公室:“2009 年中国人权事业的进展”[EB/OL],2010 年 09 月 26 日,载于新华网,网址: http://news.xinhuanet.com/politics/2010-09/26/c_12606421.htm,访问日期:2012-4-30。

^③ 例如,全国涉法涉诉信访总量,已从 2004 年的 319 万件次下降至 2008 年的 208 万件次,下降了 34.8%。但涉法涉诉信访问题依然居于高位,每年都在 200 万件次以上。参见周本顺:“在全国涉法涉诉信访工作会议暨信访领导干部培训班的讲话”[J],载于中共北京市委政法委员会编:《北京市涉法涉诉信访工作资料汇编》(2010 年 10 月内部刊)。

^④ 参见童之伟:“信访体制在中国宪法框架中的合理定位”[J],载于《现代法学》2011 年第 1 期。

(二) 信访制度属于辅助政制

通观我国现行《宪法》，虽然并未提及“信访”这一概念，也未曾明确确认“信访制度”。但是，从《宪法》第 41 条第 1 款和第 27 条第 2 款中，或可概括、引申出信访的含义。^①具体地，《宪法》第 41 条第 1 款规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”

《宪法》第 27 条第 2 款规定：“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持，经常保持同人民的密切联系，倾听人民的意见和建议，接受人民的监督，努力为人民服务。”^②除此之外，虽然我国 2005 年《信访条例》（国务院令 431 号）及相关的地方性法规都着力于通过明确的条文规范各级政府机关的信访工作、规范信访活动各方的信访行为、明确信访事项和信访工作职责，^③但是它们都并非由宪法确认的狭义上的法律，而只是低位阶的规范性文件。

综述言之，信访这种行为或活动，只有《信访条例》等较低位阶的规范性法律文件作为依据，而并未得到宪法或严格意义上的法律的直接确认。因此，结合“核心政制与辅助政制”这一学理基础，我们可以将信访制度界定为辅助政制之一。

(三) 信访制度定位已然错置

我国现行《宪法》第 5 条 1 款规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”，这是我国首次正式以宪法的形式确立了“依法治国”的理念。从理论上来说，在我们这样一个法治国家，信访制度只应作为一项辅助政制存在，并实现襄助核心政制、补充权利救济的作用。反则，如果信访制度偏离本位，则会导致与核心政制之间发生“零和博弈”。^④换言之，如果信访在化解社会矛盾、推进社会公义的过程中起到了主导作用，则司法救济、行政复议等途径的地位就会当然收缩，因而信访制度亦将僭越核心政制在我国宪法框架中的主导地位。如此一来，本应在国家宪法框架体系下与人民代表大会制度、司法制度等核心政制无缝衔接的信访制度，在压力性体制下竟凌驾于核心政制之上，并消解、异化着核心政制。这一错位不仅会使信访制度本身各项制度设计问题牵连而出，亦将使信访制度与其它诸多制度之间的关系变得错综复杂而难以厘清，最终将衍生出更多的彼此相互缠绕的信访问题。^⑤

^① 参见童之伟：“信访体制在中国宪法框架中的合理定位”[J]，载于《现代法学》2011 年第 1 期。

^② 有学者主张，《宪法》第 41 条第 1 是信访的宪法渊源。参见林来梵、余净植：“论信访权利与信访制度——从比较视角的一种考察”[J]，载于《浙江大学学报（人文社会科学版）》2008 年第 3 期；于建嵘：“对信访制度改革争论的反思”[J]，载于《中国党政干部论坛》2005 年第 5 期；杜承铭、朱孔武：“‘信访权’之法定位”[J]，载于《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2006 年第 6 期。亦有学者主张，《宪法》第 27 条第 2 款是信访的宪法渊源。参见林喆：“信访制度的功能、属性及其发展趋势”[J]，载于《中共中央党校学报》2009 年第 1 期。但我们认为：该条文并没有直接肯定和规范信访这种行为或活动，至多只是暗含了公民有通过信访的方式行使相关基本权利的空间而已，因而不存在宪法授予公民信访权这种情形。

^③ 参见周梅燕：“比较 1995 年《信访条例》，解读 2005 年《信访条例》”[EB/OL]，载于中国经济网，网址：http://www.ce.cn/ztpd/xwzt/guonei/2005/jdxftl/js/200504/07/t20050407_3543181.shtml，2012 年 4 月 29 日。

^④ “零和博弈”，系博弈论中概念。指博弈双方的损失与收益的总和为“零”，即一方的收益必须对应着另一方的损失。

^⑤ 参见张红，李栋：“中国信访制度：困境与变革”（未刊稿）。

三、功能异化：权利救济功能泛滥，政治参与功能弱化

(一) 信访制度本质功能之界定

一方面，通过解读我国信访史上的一些重要文件，例如，《政务院关于处理人民来信和接见人民工作的决定》（1951年6月7日）、《中国人民政治协商会议全国委员会暨省、市协商委员会关于处理人民意见的试行办法》（1951年7月19日通过，1951年9月6日公布）、《国务院关于加强人民来信和接待人民来访工作的指示》（1957年11月9日）、《关于建立国务院所属各部门人民来信来访工作协作组织的意见》（1960年9月）、《人民来信来访工作的基本经验（草稿）》（1964年）、《县级机关做好信访工作的重要措施——在公社建立接见群众日制度（草稿）》（1966年3月）、《中共中央办公厅、国务院秘书厅关于中央机关接待和处理人民来访的几项规定》（1963年8月10日）、《人民来信来访档案立卷工作方法》（1963年8月7日）、《关于中央各部门归口分工接待群众来访的暂行办法》（1980年7月）、《国家机关处理人民来信和接待人民来访工作条例（草稿）》（1963年10月5日）、《党政机关信访工作暂行条例（草案）》（1982年2月28日）、^①1995年《信访条例》（已失效）、2005年《信访条例》（国务院令 第431号，有效）等，我们并未从中发现信访的权利救济功能。相反，它们普遍都将信访视为党和政府与人民沟通的渠道，从而密切两者间的联系。

另一方面，通过分析历年来信访机构的职能定位，我们亦未曾发现信访活动是作为主要的权利救济途径而产生的。例如，1949年成立的中国共产党的历史上最早的专职信访机构——中央书记处政治秘书室，虽正式冠以“处理人民来信来访”的职能，但实际上处理的是秘书性质的工作任务，具体体现在协助中央领导批阅来信、归类整理等。再比如，1950年初成立的中共中央办公厅秘书室的负责人——田家英，本身就是毛泽东的秘书，而其处理人民来信来访的重要方法，即是将某些重要信件送达给党中央的领导同志，或者将来信来访进行摘录后再上送。^②综述言之，权利救济功能并非信访制度设计的初衷，政治参与功能才是信访制度建立的出发点。并且我们认为，纠纷解决与权利救济，并非信访制度的本质功能属性。

(二) 信访制度功能异化之现状

由于中国特有的历史条件及政治体制的影响，信访制度功能已然发生异化，并且在实践过程中具化为——权利救济功能泛滥，政治参与功能弱化。具体阐述如下：

一方面，依照2005年《信访条例》以及目前信访机构的工作方式，信访机构处理信访的主要工作方式是转送有权处理的行政机关和告知信访人另外的投诉途径。此外，《信访条例》第21条第1款^③明确规定信访不能代替“诉讼、仲裁、行政复议等法定途径”对民众信访事项做出实体性解决，以避免其成为复议、诉讼、赔偿、仲裁等的“上诉审”。现阶段信

^① 参见刁成杰：《人民信访史略》[M]，北京经济学院出版社1996年版，第349-409页。

^② 同上注，第25-26页。

^③ 2005年《信访条例》第21条第1款规定：“县级以上人民政府工作机构收到信访事项，应当予以登记，并区分情况，在15日内分别按下列方式处理：（一）对本条例第十五条规定的信访事项，应当告知信访人分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出。对已经或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的，不予受理，但应当告知信访人依照有关法律、行政法规规定程序向有关机关提出。”

访部门之所以被“曲解”为权利救济机构，很重要的一个原因是，信访在实际运行过程中，具有一定的纠纷解决机制的功能。

另一方面，信访制度也与公力救济的两大基本特征——直接性和非选择性相悖。所谓直接性，即要求国家权利救济机构针对当事人合乎法定条件的申请，无须再行转交其他独立的有权机关处理；非选择性指的是国家权利救济机构对于符合法定条件的案件，必须依法裁判，而不能根据个人的喜好或案件的性质等原因进行选择性的裁判。显然，作为“信息中转站”，一般不直接解决纠纷的信访，不是一种公力救济方式。而信访的救济功能被错误宣扬，是中国特定历史时期的无奈选择。由于“文化大革命”后出现的大量冤假错案严重影响了改革开放的顺利启动，于是，在既有公、检、法、司还未恢复正常的工作秩序时，需要有一种新的制度来替代性地使动乱的社会秩序恢复平稳状态，信访的权利救济功能也就逐渐在“历史的呼唤下被挖掘”出来。现阶段，司法腐败屡禁不绝，司法权威减损，更是促成了信访成为最后的权利救济与纠纷解决机制之一。

四、实践困境：信访部门责重权轻，信访实践深陷悖论

(一) “责重权轻”的信访部门现状

关于我国各级信访部门的主要工作职责，2005年《信访条例》(国务院令 第431号)第6条第2款规定：“县级以上人民政府信访工作机构是本级人民政府负责信访工作的行政机构，履行下列职责：(一)受理、交办、转送信访人提出的信访事项；(二)承办上级和本级人民政府将要处理的信访事项；(三)协调处理重要信访事项；(四)督促检查信访事项的处理；(五)研究、分析信访情况，开展调查研究，及时向本级人民政府提出完善政策和改进工作的建议；(六)对本级人民政府其他工作部门和下级人民政府信访工作机构的信访工作进行指导。”除此之外，由中共中央办公厅、国务院办公厅于2000年颁布的《国家信访局职能配置、内设机构和人员编制规定》(厅字[2000]5号)，已对“国家信访局的主要职责”^①予以专门规定。

由上述两项条文分析可得：第一，各级信访工作部门，皆为隶属于中央或地方人民政府的职能部门之一，并无超越其它平行职能部门的特殊权力。第二，各级信访部门的主要职责甚为广泛，涉及信访的受理、交办、转送、承办、协调及督促处理、研究分析及建议指导等诸多事项。综述言之，信访部门具有“责重权轻”的职责状态，“它看似可以处理与信访有

^① 该部分具体内容为：“(一)负责处理国内群众和境外人士给党中央、国务院的来信，接待群众来访，保证信访渠道畅通；及时、准确地向党中央、国务院和中共中央办公厅、国务院办公厅领导同志反映来信来访中提出的重要建议、意见和问题；综合分析信访信息，开展调查研究，提出制定有关方针、政策的建议。(二)承办党中央、国务院和中共中央办公厅、国务院办公厅领导同志交办的信访事项，督促检查领导同志有关批示件的落实情况；向地方和部门交办信访事项，督促检查重要信访事项的处理和落实。(三)协调处理跨地区、跨部门的重要信访问题；协调处理群众集体来京上访和异常、突发信访事件；检查、协调中央党、政、军各部门信访工作和地方党、政机关的信访工作。(四)指导全国信访工作业务工作；研究、起草有关信访工作的方针、政策和法律、法规草案；总结推广各地区、各部门信访工作的经验，提出改进和加强信访工作的意见和建议。(五)了解并掌握信访工作队伍建设情况，组织信访干部的培训；指导信访部门办公自动化建设。(六)负责信访工作的宣传和信息发布；协调信访工作外事活动和对外交流。(七)承办党中央、国务院和中共中央办公厅、国务院办公厅领导同志交办的其他事项。”

关的几乎所有问题，但是最终却因为缺乏足够的实际职权而并不能真正解决问题”。^①

(二) “强权扩权”的信访工作实践

为了应对“自 20 世纪 90 年代以来居高不下的全国信访问题及其所衍生的第五次信访高潮”^②，我国信访工作的实践一直遵循着“强权扩权”的工作思路。例如，1995 年，国务院颁布了我国历史上第一部《信访条例》。2000 年，原中央办公厅国务院办公厅信访局更名为国家信访局，并升格为副部级国家机关。^③2005 年，国务院修订并颁布新《信访条例》。2007 年，中共中央办公厅颁发了《中共中央国务院关于进一步加强新时期信访工作的意见》（中发[2007]5 号）。2009 年，中共中央办公厅、国务院办公厅颁发了《关于领导干部定期接待群众来访的意见》《关于中央和国家机关定期组织干部下访的意见》《关于把矛盾纠纷排查化解工作制度化的意见》等三个重要文件。^④除此之外，自 2005 年以来，各级党政领导机关以近乎 1979 年前后处理冤假错案的决心来通过信访体制排解社会纠纷。自 2006 年以来，全国各地开始普遍推行县（市、区）委书记、县（市、区）长“大接访”活动。^⑤然而，凡此种旨在解决信访问题的创新性方法，却并未达成其既定目的，而是进一步异化了信访制度，以致于陷入了更为难解的信访困境。

(三) 问题化解在基层与信访倒逼机制

2005 年《信访条例》第 4 条规定：“信访工作应当在各级人民政府领导下，坚持属地管理、分级负责，谁主管、谁负责，依法、及时、就地解决问题与疏导教育相结合的原则。”分析可得，该条文实际体现了中央政府将信访问题化解在基层的工作思路，并且，统计数据表明，大多数的信访问题确实是与基层密切相关且能为基层妥善解决的。^⑥为了加大“事要解决在基层”的工作力度，中央政府大力推进各级党委、政府建立完善信访联席会议制度、领导包案制等创新工作制度和信访工作领导责任制等考核奖惩机制，^⑦国家信访局甚至以信访总量、进京访数量等为标准对各级政府进行“一票否决式”排名考核。然而，上述看似完善的信访工作制度尤其是考核机制，并未帮助中央政府成功地“将问题解决在基层”从而实现“稳定压倒一切”的政治大局。相反，上访群众却以之为地方政府的“软肋”，并出于“维权或谋利”^⑧等目的，更加不顾地方政府的打击报复和所需的巨大上访成本，而大量选择越

^① 易虹：“宪政体制下我国信访制度功能的重构”[J]，载于《求索》2007 年第 4 期；林鸿潮：“试论信访制度的功能收缩与制度重构”[J]，载于《重庆社会科学》2005 年第 1 期。

^② 陈小君等著：《涉农信访与社会稳定研究》[M]，中国政法大学出版社 2011 年版，第 361 页。

^③ 参见陈柏峰：“上访的分类治理研究”[C]，载于《第五期中国法学青年论坛——报告论文》（中国法学青年论坛组委会 2011 年 6 月编制），第 36 页。

^④ 参见《中办、国办转发〈关于领导干部定期接待群众来访的意见〉等三个文件》[EB/OL]，载于新华网，网址：http://news.xinhuanet.com/newscenter/2009-04/14/content_11185706.htm，访问日期：2012-4-30。

^⑤ 参见童之伟：“信访体制与中国宪法”[J]，载于《现代法学》2011 年第 1 期。

^⑥ 原国家信访局局长周占顺认为：“进京群众信访反映的问题中，80%以上是有道理的，80%以上是可以经过各级党委、政府的努力在基层就得以解决的。”《国家信访局：群众反映的问题 80%以上有道理》[EB/OL]，载于人民网，网址：<http://www.people.com.cn/GB/14576/15177/3030160.html>，2012 年 4 月 30 日。

^⑦ 参见王学军主编：《学习贯彻〈中共中央国务院关于进一步加强新时期信访工作的意见〉百题解读》[M]，人民出版社 2008 年版，第 204、205、213 页。

^⑧ 学者陈柏峰以是否符合法律规定为界定标准，将上访分为有理上访、无理上访、商谈型上访，且无理上访中细分为谋利型上访、精神病人上访、偏执型上访。参见陈柏峰：“上访的分类治理研究”[C]，载于中国法学青年论坛组委会编：《第五期中国法学青年论坛——报告论文》，2011 年 6 月，第 43-45 页。

级访、进京访、集体访等非正常访，以期诉请中央帮助他们解决基层政府所不能或不愿解决的问题。

五、小结与启示：信访实践困境，根源于制度缺陷

综上所述，当前信访工作呈现出如是悖论或称恶性循环：第一，对中央政府与地方政府来说，按照制度设计本应该由基层政府所化解的信访问题，却最终再次倒逼至权力系统的最顶层。而为消除愈演愈烈的信访洪峰，中央政府却最终再次选择将信访压力分散到基层。第二，对地方政府与信访群众来说，为应对双重困境——上级领导的重压与下级群众的愤怨，基层政府选择通过综合治理、软暴力、市场化暴力等治理方式对待信访群众。^①同时，基层政府的各种信访治理方式，则使信访群众愈加坚持诉求于中央政府。究其本质，此种信访悖论根源于信访之制度缺陷：现阶段信访制度本身的根本性、制度性问题——定位错置和功能异化等没有得到彻底解决，而抛离其制度性缺陷所作的诸多技术化设计最终必将导致信访悖论的恶性循环。质言之，压力型体制下的信访制度在宪法框架中位置与功能的错位，是新形势下信访制度实践悖论的制度性缺陷。

（责任编辑：王素芬；文字编辑：陶碧丹 胡雪）

^① 参见周梅燕：“中国信访的制度困境及出路”[EB/OL]，载于中国公法评论网（首发于中国选举与治理网），网址：http://www.publaw.org/xzfyj/xzfyj_xzfwg/200710/t20071007_15372.htm，2012年4月30日；参见陈柏峰：“上访的分类治理研究”[C]，载于中国法学青年论坛组委会编：《第五期中国法学青年论坛——报告论文》，2011年6月，第41页。

案中窥法

编辑部按: 法学教育的价值既在于为理论研究构筑宏伟蓝图, 更在于为法学实践添砖加瓦。案例分析在法学教育改革的潮流中已逐渐成为一朵奇葩, 同时也打开了法律人经世致用的大门。本栏共载两篇文章, 一为王乾坤的《从快乐湖沉尸案看律师的保密义务》, 二为许凯的《民间文学艺术作品”法律保护模式选择与构建——基于“乌苏里船歌案”与“安顺地戏案”的实证分析》。

从快乐湖沉尸案看律师的保密义务

王乾坤*

[摘要] 律师对当事人的信息负有保密的义务, 但当律师的保密义务与社会公共利益之间存在冲突时, 律师该如何抉择? 本文拟对此冲突进行分析, 认为律师应当对当事人的信息负有有限保密, 即律师对当事人的信息一般情况下应负有保密义务, 但在一些特殊情形下, 律师可以放弃保密义务。

[关键词] 律师 保密义务 公共利益

一、“快乐湖沉尸案”案情及其影响

(一) “快乐湖沉尸案”案情简介

1973 年夏天, 美国两名律师法兰西斯·贝尔格 (Francis Belge) 和富兰克·阿玛尼 (Frank Armani) 共同为谋杀嫌疑犯罗伯特·格鲁 (Robert Garrow) 辩护。被告人罗伯特·格鲁被检方指控在露营中谋杀了菲力普·敦布普斯基 (Philip Dombrowski) 并将其尸体埋于树下。在同律师的会面中, 罗伯特·格鲁除了向律师承认他杀害了菲力普·敦布普斯基之外, 还承认杀害了另外两名女性并抛尸。两名律师根据罗伯特·格鲁提供的地点找到了相关证据, 确认了这两起谋杀案, 但他们为当事人保守了这案件的秘密, 没有向任何人提起这两起案件。即便是这两名受害女性的父亲向他们询问这两起案件, 并请求他们告知其女儿失踪情况时, 这两位律师依然没有透露与案件相关的情况。直到罗伯特·格鲁最终在法庭上证实了

* 王乾坤, 中南财经政法大学法学院民商法专业 2010 级本科在读。本文系法学院 2010 级“法学专业论文竞赛”一等奖作品。

这两件未提起指控的谋杀案后，这两名律师才公开承认他们早已知道该情况并知道抛尸地点。这就是美国律师界著名的“快乐湖沉尸案”。

(二) “快乐湖沉尸案”的影响

“快乐湖沉尸案”一经媒体报道，便在社会上引起了轩然大波，普通民众和法律界对两位律师的行为，出现了截然不同的评价。

1、普通民众的评价

此案经媒体报道后，社会上的一般民众对两位律师的行为表达了强烈的不满。他们对两位律师的行为进行了唾骂，认为他们的行为严重的背离了一个律师应该承担的社会责任，理应受到法律的制裁。新闻媒体对他们的行为也没有给予任何好的评价，对他们隐瞒事实的行为进行了强烈的谴责。更让人难以接受的是，有人向他们发出了死亡威胁信，迫使贝尔格律师最终放弃了律师职业。除此之外，鉴于舆论的强大压力，大陪审团还对他们二人展开了调查，并对富兰克·阿玛尼提出了指控，因为他独自发现其中一具尸体，并移动其位置，以获得更好的拍摄位置。^①

2、法律界的评价

法律界的人士对于两位律师的行为则给予了高度的赞扬。初审法院的法官撤销了对于两位律师的指控，并对他们热忱维护当事人权益的行为大加赞扬。2006 年纽约州奥内达加县律师协会向阿玛尼颁发了卓越律师奖。George Washington University 的 Thomas D.Morgan 教授也对阿玛尼的行为予以肯定，认为他在某种程度上是一位英雄人物，因为他面临着各种艰难的抉择，并最终作出了正确的决定。^②

(三) “快乐湖沉尸案”涉及的法律问题

本案涉及的法律问题主要是：当律师的保密义务与社会公共利益发生冲突后，律师是应该选择应全力维护当事人的利益，为当事人保密？还是应该为了社会公共的利益，节约司法成本，向警方坦白他所在掌握的情况？对于这个问题美国的两位律师做出了履行保密义务的回答，但却饱受争议。为更好的解决律师履行保密义务和维护社会公共利益二者之间的冲突，本文拟对此问题展开讨论。

为了更好的解决二者间的冲突，我们需要厘清下列问题：什么是律师的保密义务？为什么律师要履行保密义务？当律师履行保密义务与社会公共利益二者间发生冲突，我们是应让律师履行保密义务，还是绝对地维护社会公共利益？对此抉择所造成的损失，我们该采取什么补救措施？

二、什么是保密义务

在欧美法律制度中，公民一般没有义务向当局汇报他们所知晓的犯罪行为。^③其理由在

^① 参见 admin: “快乐湖沉尸案中的英雄” [EB\OL], 载于王克先律师在线, 网址 <http://www.wkxls.com/old/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=43>, 2012 年 4 月 18 日。

^② 同上注。

^③ [美]基普尼斯 (Kipnis,K.): 《职责与公义: 美国的司法制度与律师职业道德》[M], 徐文俊译, 东南大学出版社 2000 年 1 月第 1 版, 第 107 页。

于, 如果每个人都是密探, 那么个人的自由将无法得到保障, 并会导致暴政和专制。因此, 为了维护社会正常的秩序, 公民有足够的自由来选择是否向警方报告所发现的犯罪行为, 即向警方报告发现的违法犯罪行为是公民的一项权利而不是义务, 公民享有自由选择权。

然而, 公民享有的自由选择权并不是绝对的, 对于那些负有特殊法律义务的人们应当向法庭出示证据和指控犯罪事实。如果法庭向知情人签发了传票, 要求证人到庭作证, 证人就必须到庭提供证据。但法庭要求公民提供证言的权力受制于公民的保密权, 如法庭不能要求牧师公开他在忏悔室所了解到的秘密。威格玛 (Wigmore) 在其《证据》一书中谈及保密时, 列举了拥有保密权应具备的四个条件: (1) 原先已约定不准泄露的秘密; (2) 保守秘密时维持双方良好正常关系至关重要; (3) 公众认为双方的关系应小心培育; (4) 泄密导致的危害将超过恰当诉讼处理带来的好处。^①只要满足这四个条件, 就能拥有保密权, 能够对抗公权力。

基于此, 许多西方国家都规定了律师具有不作证的特权, 负有保密的义务, 那么什么是律师的保密义务呢? 律师的保密义务, 就是律师对于在执业过程中所知晓的当事人的信息必须为当事人保密, 不得无故泄露。律师作为当事人的辩护人, 在接受当事人的委托之日起就承担着为当事人辩护、维护当事人权利的责任。对于律师在职业过程中所获得的国家机密、商业秘密、个人隐私及其他秘密, 律师应当履行保密义务, 非经法定条件不得无故泄露给他人, 致使当事人的利益受损。

三、律师为什么应履行保密义务

律师履行保密义务, 一方面是受到律师保密传统的影响; 另一方面是当事人和律师从自身利益出发所进行的利益衡量的结果。

(一) 律师有履行保密义务的传统

在西方发达国家, 关于律师的保密义务可以一直追溯到古罗马时期。在这个时期, 律师在法庭诉讼中不能作为对其委托人不利证人, 其作为证人被认为是不适格主体, 因为律师作为当事人的委托人, 如果做出对当事人不利的证言, 那么就会与其委托关系的目的相冲突, 他就会被社会认为是一个不诚信的人, 会丧失人们对他的信任。基于此, 古罗马皇室曾颁布禁令, “禁止律师在其参与代理的诉讼中作证”。^②进入近代以后, 关于律师的保密义务的更是在实践中得到了充分的贯彻, 律师被赋予了免于提供“他作为该案律师而知道的案件事实”^③的权利。由于法律赋予律师免于在法庭作证的权利, 所以就为其履行保密义务提供了良好的法律保障。

(二) 律师保密义务是当事人信赖利益的要求

一般情况下, 当事人在聘请了律师后, 不太可能将那些可能牵连自己或使自己陷入困境

^① 郑昉: “从‘快乐湖尸案’引发的思考——论律师保密义务” [J], 载于《律师与法制》, 2006 年第 8 期。

^② 吴丹红: “刑事诉讼中的律师保密义务——证据法角度的思考” [J], 载于《刑事法评论》北京大学出版社 2006 年 11 月版, 第 287 页。

^③ 同上注, 第 288 页。

的事实告知律师,除非他确信律师将会为其保守秘密。^①因此,在当事人和律师进行接触时,当事人会试着向律师告知一些案件事实,以试探其是否会为自己保密,是否会真正维护自己的利益。在经过一段时间的交流后,当事人对律师有了进一步的了解,彼此间建立起了相互信任的关系。出于对律师的信任,当事人会应律师的要求把与案件有关的情况向律师做一个详细的说明,这其中就有可能包含那些当事人所实施的尚未被警方掌握的其他违法犯罪行为。当事人向律师透露这些信息很显然是出于对律师的信任,认为律师会合理的利用这些信息来维护其利益,而不是向警方检举损害其利益。这样,基于当事人的信赖利益的要求,在当事人告知了这些未被警方掌握的违法犯罪行为时,律师出于维护当事人合法利益的职业道德,理所当然的应该为当事人的信息保密。

(三) 律师履行保密义务是法律和自身职业道德的要求

1、律师履行保密义务是法律的要求

律师由于其职业的特殊性,在办案过程中会或多或少地知晓当事人的秘密。许多法治完备的国家都规定了律师若在办案过程中知晓了当事人的秘密,有为当事人保密的义务,如日本,法律必须严守就案件所了解的委托人的秘密;又如在英国,律师与当事人之间的关系各个方面都受到证据法原则的保护,即律师向当事人提供咨询意见,以及当事人告诉律师有关情况不被作为证据使用;意大利刑法典规定,没有正当理由泄露职业秘密属于违法行为,如果因此造成损害必须承担刑事责任。^②联合国大会 1990 年批准的《关于律师作用的基本原则》第 22 条也规定了“各国政府应确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内所有联系和磋商均属保密性的。”除此之外,在我国《律师法》第 38 条也规定了“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密,不得泄露当事人的隐私”。

2、律师履行保密义务是自身职业道德的要求

除了法律的直接规定外,律师个人的职业道德也要求律师必须履行保密义务。在西方国家,律师作为一种职业在社会上享有崇高的声誉。人们对于他们的声誉产生了信赖,相信他们不会泄露自己的信息。而律师出于对自身荣誉的维护,也会在办案的过程中,尽可能地利用当事人所提供的信息维护当事人的利益,并且不会无故泄露给第三人。如果律师放弃了保密义务,泄露了当事人的信息,这就会导致律师的个人名誉受损,也会使律师遭到同行的讥笑,承受着良心的谴责和舆论的压力。

四、当保密义务与社会公共利益冲突时的取舍

在一些案件中,律师在办案中知悉了当事人尚未被警方掌握的违法犯罪信息时,他始终面临着两种选择,一是以公共利益为重,向警方提供当事人的违法犯罪信息;另一种是履行保密义务,牺牲公共利益。但是,不管律师如何抉择,社会大众对待律师的态度都是矛盾的。

(一) 以社会公共利益为重,放弃保密义务

^① 转引自 [美]蒙罗·H·弗里特曼,阿贝·史密斯:《律师职业道德的底线》[M],北京大学出版社 2009 年版,第 135 页。

^② 张旭昌:“律师保密义务的道德困境”[J],《法制与社会》2008 年第 23 期,第 329 页。

1、社会公众对待律师的态度

在当事人的个人秘密和社会公共利益间发生冲突时,律师如果选择向警方提供当事人的违法犯罪信息,可能会赢得普通社会公众的赞许,认为律师是个有良知、有社会责任感的人。但是,当这些公众以后遇到类似案子时,他们肯定不会选择向警方泄露自己违法犯罪信息的律师。因为律师此前曾泄露了其他犯罪嫌疑人的信息,导致他们的罪责加重,这样一个不诚信的律师怎么能指望他来维护自己的利益呢?因而,对待律师维护公共利益的行为,社会大众给予了普遍的赞誉,但是,当普通大众自身遇到类似的案子时,他们的态度却与之前的看法呈现出了矛盾的一面。

2、当事人对待律师的态度

如果律师违反了当事人的意愿,向警方泄露了其不愿被警方所知晓的信息,当事人会感觉自己受到了愚弄,被律师给欺骗了,从而导致了对于律师的不信任感,开始有意识的远离律师的帮助。如果我们对这种情况再作进一步考虑,假设律师泄密的行为不是个案,而是整个社会的常态,那么你就会发现一个更为严重的问题:社会公众会普遍的对律师这个职业报以不信任的态度,遇到了诉讼案件不去寻求律师的帮助,或者是有条件的寻求律师的帮助(不告知律师关于自己案件的真实信息)。不管是当事人不寻求律师的帮助,还是当事人提供的信息不真实、不完整,都使得律师难以正常有效的开展工作,从而导致律师制度难以发挥其在法治建设中应有的作用,最终也会对一个国家的法治建设造成巨大的伤害。

(二) 以当事人的利益为重, 履行保密义务

如果律师选择履行保密义务,维护当事人的利益,那么律师也同样会陷入一个矛盾的境地。一方面,社会公众对于律师包庇其当事人违法犯罪的行为会给予严厉的谴责:认为他缺乏作为一个律师应有的社会责任感,宁愿为了当事人一个人的利益而牺牲整个社会的利益,使社会公共利益遭受更大的损失。另一方面,律师却能够获得当事人的信任,认为这样一个律师能够为自己的行为保密,更能维护自己的合法权益。从而,加深对律师这个职业的依赖,在以后遇到案件都会选择律师来为自己辩护,这也在一定程度上使律师成为其逃避法律制裁的工具,破坏了正常的社会秩序。

(三) 面对两难的取舍

前面我们分析了律师不管在履行保密义务和维护社会公共利益之间如何抉择,都难以让社会公众和当事人满意。既然这样,那我们只能“两害相权取其轻”,把放弃履行保密义务所带来的损害后果和履行保密义务对社会公共利益所造成的损害放在天平上衡量,最大可能的维护二者之间较大的利益。

当律师放弃履行保密义务时,当事人会对律师报以不信任的态度,如果这成为社会常态的话,很有可能对整个律师行业的正常发展造成严重的损害,从而对法治的建设造成破坏。这说明,履行保密义务对待社会公众的利益是有益的。同样,如果律师放弃保密义务,从短时期来说公众会赞赏律师的行为,但是,当他们遇到类似的案子时,却并不会选择泄露秘密的律师,社会公众的态度从反面证明了保密义务不仅对于当事人来说是有益的,而且对于不

特定的社会公众来说也是有益的。

相反,如果律师选择履行保密义务,隐藏当事人的犯罪信息,客观上可能会纵容违法犯罪行为,进而对社会公众的利益造成损害。虽然这里履行保密义务保护的是特定个人的利益,但此时的特定个人一定情况下也是不特定的:普通社会公众都有可能成为违法犯罪的嫌疑人。那时,没有人会愿意律师不履行保密义务,从而损害自己的利益。从这一层面来说,律师履行保密义务,表明上看起来是纵容了违法犯罪行为,损害了社会公众的利益,但从实质上来说,律师履行保密义务是在维护不特定公众的利益。

因此,律师履行保密义务,对社会公众利益是有益的。在律师的保密义务和社会公共利益之间产生冲突时,我们应让律师履行保密义务。但是,我们也不能让保密义务绝对化,应对其做一些限制。

五、对律师保密履行义务的限制

由于社会生活的日益复杂,犯罪的形式也趋于多样,如果我们一味坚持让律师履行保密义务,置正在或即将发生的重大危害社会利益的犯罪于不顾,那么社会公共利益将会遭受巨大的伤害,这肯定不是许多明智而有良知的律师所乐于看到的。因此,对于律师的保密义务我们也应作一些限制。

首先,律师的保密义务应仅限于那些已经发生案件的信息,对待那些正在或即将实施的犯罪信息,律师不应负有保密义务。对待那些虽已经发生但尚未被警方掌握的案件信息,此时犯罪行为对待社会的损害已经造成,无法通过律师向警方举报来避免。在这种情况下,律师出于对当事人信赖利益的回应,应对这些信息履行保密义务。对于知晓的那些正在或即将实施的犯罪行为,律师应当首先劝说当事人向警方坦白,与警方进行辩诉交易,尽最大的努力维护当事人的利益。如果当事人仍不打算向警方承认罪行,律师应当权衡利弊,如果向警方提供信息能够避免社会利益的受损,律师应当及时的向警方提供当事人的违法犯罪信息,以维护社会公众的利益;如果不能避免社会利益受损,那么律师仍应为当事人保密。至于在何种情况下,律师认为提供信息能够避免社会利益受损,应当结合具体情形来综合判断。

其次,律师在知晓了当事人尚未被警方掌握的犯罪信息后,有为当事人保密的义务,但是没有为当事人掩盖、毁灭罪证的义务。律师在对待知晓的当事人的犯罪信息后,应当为当事人保密,但保密义务仅限于不向警方举报,不把这些信息向第三人透露,而不包括帮助当事人掩盖和毁灭罪证。如果律师企图通过帮当事人掩盖和毁灭罪证的方式来为当事人减轻罪责,律师的行为就涉嫌犯罪,超出了保密义务所能包涵的限度。

最后,在律师被无辜牵涉进当事人已经或即将完结的欺诈或犯罪行为中时,律师为了洗清自己的冤屈,可以放弃保密义务。此时,律师在与当事人的接触中,可能被当事人利用,不自觉的充当了当事人欺诈或犯罪的工具。因此,在这种情况下,为了维护社会公平和正义的价值理念,并为洗刷自己的不白之冤,去纠正这种行为所造成的结果,律师有权利公开在代理当事人案件中所获知的信息。

(责任编辑:谢扬;文字编辑:肖怡爽 吕健俊 马偲琪)

“民间文学艺术作品”法律保护模式选择与构建

——基于“乌苏里船歌案”与“安顺地戏案”的实证分析

许凯*

[摘要] 我国《著作权法》将民间文学艺术作品的著作权保护办法交由国务院具体规定,从2007年开始民间文学艺术作品著作权保护即已经列入国家立法计划。然而相关的著作权保护条例仍然迟迟未能出台,实践中司法机关对于民间文学艺术作品著作权保护的态度不一,学术界对于采用何种保护方法分歧仍然较大。基于著作权保护存在的种种缺陷,本文通过对典型案例的分析,立足于我国保护现状,通过借鉴国际经验,解决国内立法难点问题,以期构建民间文学艺术作品的特别权利保护模式。

[关键词] 民间文学艺术作品 保护模式 著作权保护模式 特别权利保护模式

一、典型司法判决解析

(一)“乌苏里船歌案”:首例民间文学艺术作品案^①

2001年原告黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府(以下简称“赫哲族乡政府”)以《乌苏里船歌》侵犯赫哲族民间曲调《想情郎》和《狩猎的哥哥回来了》作为民间文学艺术作品的著作权为由,将郭颂、中央电视台和北京北辰购物中心诉至法院,并要求被告承担相应的民事责任。

被告郭颂辩称:(1)四排赫哲族乡人民政府无资格代表赫哲族全体人民提起诉讼;(2)原告没有主张被侵犯的具体权利,也没有指出侵权的环节。被告中央电视台辩称:(1)原告的主体资格值得怀疑;(2)对于民间文学艺术作品,《著作权法》只作出了原则性的规定,并没有规定具体如何保护。同时国务院的相关法规尚未出台,因此著作权法有关著作权人及其权利归属等相关规定并不适用于民间文学艺术作品。

在一审过程中,北京市第二中级人民法院委托中国音乐著作权协会从作曲的专业角度对音乐作品《乌苏里船歌》与《想情郎》等曲调进行技术分析鉴定,确认如是法律事实:(1)《乌苏里船歌》的主曲调是在《想情郎》等赫哲族民间传统曲调的基础上进行改编形成的;(2)“以《想情郎》和《狩猎的哥哥回来了》为代表,世代在赫哲族中流传的民间音乐曲调,属于赫哲族传统的一种民间文学艺术作品形式。……受法律保护。”^②(3)在不违反法律禁止性规定的情况下,根据宪法和民族区域自治法的相关法律原则,基于权利主体状态的特殊性,赫哲族乡政府有资格作为原告提起诉讼。最终一审法院判令以任何方式再使用音乐作品

* 许凯,中南财经政法大学刑事司法学院2010级本科生。

^① 由于文章篇幅所限,只摘取与本文主体有关的当事人诉讼意见和法院判决结果。

^② 参见北京市第二中级人民法院(2001)二中民初字第223号。

《乌苏里船歌》时,应当注明“根据赫哲族民间曲调改编”。

郭颂、中央电视台对一审判决结果不服上诉至北京市高级人民法院,北京高院确认“《乌苏里船歌》的整首乐曲应为改编作品……并不能否定《乌苏里船歌》的乐曲基本保留了赫哲族民歌基本曲调的事实”,裁定驳回上诉,维持原判。

(二)“安顺地戏案”:中国文艺类非遗维权第一案

2010年,贵州省安顺市文化和体育局作为非物质文化遗产保护部门,在北京对电影《千里走单骑》的导演张艺谋、制片人张伟平及发行方北京新画面影业有限公司提起诉讼,提请法院判令上述三方为《千里走单骑》侵犯“安顺地戏”的署名权一事消除影响,同时判令发行方停止发行影片《千里走单骑》。

一审中原告安顺市文化和体育局诉称,在《千里走单骑》中,影片将“安顺地戏”传统剧目中的《战潼关》和《千里走单骑》称之为“云南面具戏”,且上述三被告没有在任何场合为影片中“云南面具戏”的真实身份正名,侵犯了“安顺地戏”的署名权,违反了《著作权法》的相关规定,请求法院判令新画面公司在以任何方式再使用影片《千里走单骑》时,应当注明“片中的‘云南面具戏’实际上是‘安顺地戏’”。

原审法院^①认为:(1)“安顺地戏”是“在世代相传、继承、修改和丰富下形成了现有的民间文学艺术”;(2)被告将“安顺地戏”称为现实中并不存在的“云南面具戏”是进行电影创作的需要,并没有侵害非物质文化遗产的主观过错,客观上也没有造成法律所禁止的负面效果。最终驳回原告的诉讼请求。^②

原告不服一审判决上诉至北京市第一中级人民法院,称:(1)上诉人始终主张的是“‘安顺地戏’的署名权受到侵犯”而不是原审判决书中所称“原告的署名权”受到侵犯;(2)根据《著作权法》第十二条的规定,影片在具体使用“安顺地戏”时已经对戏剧表演的配器及舞台形式加以一定的改动,然而原审法院却没有根据上述规定认定影片侵犯“安顺地戏”的署名权。

被上诉人答辩称“安顺地戏”并不能享有署名权,同时上诉人并不享有诉讼主体资格。

二审中北京市一中院审理认为:(1)关于是否侵犯“安顺地戏”署名权,《著作权法》第十条规定,“署名权,即表明作者身份,在作品上署名的权利”,所说的“名”是指权利主体即作者的名,同时“安顺地戏”虽然是一个剧种,但并不构成《著作权法》上的作品,不能主张《著作权法》上的署名权;^③(2)“安顺地戏”既非署名权的权利主体,亦非署名权的权利客体的情况下,其并不受《著作权法》的保护。针对上诉人提出的根据《著作权法》第十二条之规定,《千里走单骑》在改编并使用安顺地戏的情况下已经侵犯了安顺地戏的著作权的观点,由于“已认定‘安顺地戏’作为一个剧种不构成作品,并非《著作权法》保护的客体,

^① 原审法院即北京市西城区人民法院。

^② 参见北京市西城区人民法院(2010)西民初字第2606号。

^③ 二审法院在判决书中指出对“安顺地戏”中的具体剧目,构成著作权法上保护的作品,属于民间文学艺术作品,民事主体有权主张署名权,从反面更加反映了法院对于安顺地戏在著作权法上的法律地位持有否定态度。

故上述法律规定并不适用于本案”。最终法院裁定驳回上诉，维持原判。^①

(三) 案例分析小结

2001年的“乌苏里船歌案”与2010年的“安顺地戏案”，前者是首例民间文学艺术作品案，后者则是中国文艺类非物质文化遗产维权第一案。同样是争取对本地区、本民族的文学艺术进行保护，却得到了截然不同的判决结果。

在“乌苏里船歌案”中，一审法院和二审法院确认了《想情郎》等赫哲族民间音乐曲调属于受《著作权法》保护的民间文学艺术作品，同时确认了《乌苏里船歌》系由《想情郎》《狩猎的哥哥回来了》等民间曲调改编，根据《著作权法》第十二条^②支持了原告要求注明“根据赫哲族民间曲调改编”的诉讼请求。在“安顺地戏案”中，二审法院则认为“安顺地戏”不构成《著作权法》保护的作品，不适用《著作权法》第十二条进行保护。“乌苏里船歌案”中，人民法院基于对法律条文的形式性理解，认定《想情郎》等赫哲族民歌曲调属于民间文学艺术作品，在《著作权法》的保护范围内，^③因此适用《著作权法》第十二条。而在“安顺地戏案”中，法院基于对作品这一概念的实质性理解，根据法学基本原理，认为“安顺地戏”不构成《著作权法》上的作品，不能够适用《著作权法》第十二条。^④同样是对民间文学艺术作品，不同的法院基于理解上的差异，作出了截然不同的判决，前案中的法院立足于法律对民间文学艺术作品进行保护的宗旨，确认民间文学艺术受到著作权法的保护，而后一案件中法院则基于著作权法的基本原理和法条内部的自洽性作出判决，否认了民间文学艺术作品纳入著作权保护框架内的可能。^⑤

综述言之，两起案件中最大的不同点在于：民间文学艺术作品是否能够在著作权法顶峰框架之下进行保护，而现阶段《民间文学艺术作品著作权保护条例》历经重重艰难，仍尚未出台，国内学术界对于是否应当采取著作权法保护模式意见不一，众说纷纭。从以上判决中也可以看出司法实务界对于这一问题的认识也存在较大分歧。受启发于典型案件，本文立足于现阶段我国对于民间文学艺术作品的保护现状，通过借鉴国际经验，试图解决国内立法难点问题从而建构起民间文学艺术作品的“直接保护”模式。

二、我国现行法律规范模式梳理

(一) 国内的立法现状

1984年由文化部颁布，1985年实施的《图书、期刊版权保护试行条例》和《图书、期

^① 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第13010号。

^② 《中华人民共和国著作权法》第十二条规定，“改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有，但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权”。

^③ 《中华人民共和国著作权法》第六条字面规定，“民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定”。从用语上分析我们可以看出：(1)立法者为将民间文学艺术作品纳入著作权法体系，即使不符合法学理论上作品的实质要求，仍采用“民间文学艺术作品”一词，足以反映立法者的态度；(2)明确了国务院的另行规定仍是著作权保护办法。

^④ 根据法学基本原理，要构成著作权法上的“作品”则必须符合“独创性”与“可复制性”两个实质要件。

^⑤ 值得注意的是，同时在原告的诉讼策略上，赫哲族乡政府在一审过程中变更“侵犯赫哲族人民依法应享有署名权等精神权利和获得报酬权等经济权利”，仅要求确认《乌苏里船歌》是由赫哲族民歌曲调改编而成。本文认为，原告可能认识到了现有立法对民间文学艺术的保护并未规定实质的权利内容，原诉讼请求可能无法得到法院支持因此败诉，这也反映了现行立法在权利内容方面的缺失。

刊版权保护试行条例实施细则》首次确立了民间文学艺术作品的版权保护，1990年通过的《中华人民共和国著作权法》第六条就规定了“民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定”。1997年国务院颁布实施了对传统工艺美术进行保护的《传统工艺美术保护条例》，规定了国家保护传统工艺美术的原则、认证制度、保护措施和法律责任等。1996年，国家版权局起草了《民间文学艺术作品著作权保护条例》第一稿，2001年又起草了第二稿，2007年在北京召开了民间文学艺术作品著作权立法工作会议讨论了《民间文学艺术作品著作权保护条例（修改稿）》。

同时，在安徽淮南、云南丽江、山西和宁夏等地相继出台了保护本地民间文学艺术作品的地方性法规。2011年，全国人大常委会通过了《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》。

此外，我国还通过商标法对部分民间文学艺术作品提供保护。根据2001年修订的《商标法》和《商标法实施条例》，有关民间文学艺术作品的地理标志可以注册为证明商标或者集体商标。

从以上梳理中我们可以发现，现阶段我国形成了由法律、行政法规和地方性规章不同位阶的法律规范组成的保护模式，形成了版权法与行政性法律法规保护相结合为主、商标法保护为辅的综合保护格局。

（二）现阶段几种法律保护模式

1、著作权保护模式

著作权保护模式即是在现有的《著作权法》总体框架下，将民间文学艺术作品归入著作权法作品的范畴中，并对著作权法的相关内容适当修改。目前著作权保护模式的典型代表有1967年确立的《伯尔尼公约》第十五条第四款、1996年通过的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WPPT）、1982年生效的《班吉协定》及其1999修改后的《新班吉协定》。我国也以《著作权法》对民间文学艺术作品保护做出了原则性规定，相关的著作权保护条例也在紧锣密鼓的制定当中。

然而，使用著作权法保护的模式面临诸多困难，诸如民间文学艺术作品权利主体的群体性与著作权法上权利主体的个体性之间的矛盾、权利期限要求的无限性与著作权法保护的有限性之间的冲突等都构成了著作权保护模式的障碍。^①

2、特殊权利保护模式

特殊权利保护模式即是基于民间文学艺术作品的特点，在版权法之外另行立法，创制一套新的法律体系和法律权利。目前有关的国际立法包括1982年《示范条款》^②和2002年的《太平洋地区保护传统知识和文化表达形式的框架协议》。现阶段在我国特殊权利保护模式得到大多数专家和学者的赞同，并且学者们在特别权利的立法宗旨、保护范围、权利主体和权利内容等方面提出了丰富的建议。由于已经有大量文章给予讨论，本文不再赘述。^③

^① 参见严永和：“我国民间文学艺术法律保护模式的选择”[J]，载于《知识产权》2009年第3期。

^② 即UNESCO与WIPO在1982年通过了《关于保护民间文学艺术表现形式，防止不正当利用及其他损害性行为的国内法示范条款》。

^③ 参见黄玉焯：“我国民间文学艺术的特别权利保护模式”[J]，载于《法学》2009年第8期；张玉敏：“民间文学艺术法律保护模式的选择”[J]，载于《法商研究》2007年第4期。

3、综合保护模式

无论是采用著作权保护的方法还是另外建立特别保护制度,都是在单一部门法框架下进行的研究,有学者认为上述保护方式存在一定的片面性,他们主张应当采用公法与私法相结合的综合保护模式。具体来说则是“私法保护为主体,公法保护为先导”,特别是由于对民间文学艺术作品的保护更加侧重于社会公共利益的维持与文化多样性的保存,因此有必要规定“国务院及地方各级文化行政管理部门依法对民间文学艺术作品进行行政保护,并采取相关措施保存,传承与弘扬民间文学艺术作品”。^①

具体来说,在“私法保护为主体”方面,学者们倡导设立“民间文学艺术作品著作权”,作为概括有关民间文学艺术作品各项具体权利的“总权利”,以确立司法实践中权利人维权和法院裁判的依据,在此基础上进行相应的配套立法,用以规制平等主体之间的权利义务关系。在“公法保护为先导”方面,立足于现有的非物质文化遗产保护的框架,确立对传承人的认定,奖惩以及责任等方面的规范。另一方面,对于歪曲、篡改民间文学艺术作品的行为,运用行政法规等公法规范进行打击,以保护民间文学艺术作品的完整性和纯洁性。

三、比较法视野下“民间文学艺术作品”保护

20世纪50年代以来,非洲、拉丁美洲等发展中国家率先提出了对民间文学艺术作品进行保护。1967年,突尼斯率先将民间文学艺术作品列入著作权法保护的范畴,开创了著作权保护模式的先河。随后,摩洛哥、智利、巴拿马及肯尼亚等非洲和拉丁美洲的发展中国家相继确定了以著作权对民间文学艺术作品进行保护的方式。同时,少数发达国家也通过立法和判例的方式将民间文学艺术作品纳入法律保护的范畴。本部分将对世界上主要保护模式进行梳理,并进行类型化分析,试图为我国特殊保护模式的构建提供经验。

(一) 著作权保护方法

1、澳大利亚司法判例保护土著居民著作权

1995年,澳大利亚的土著艺术家起诉越南的一家地毯公司未经许可就生产印有土著居民传统艺术图案的地毯,法院认为地毯公司的行为侵犯了土著居民对于传统艺术所享有的著作权,支持了原告的诉讼请求。1998年澳大利亚联邦法院在审理土著艺术家 Bulun 和 Milpururru 起诉纺织品公司的案件中,认为纺织品公司违反了《著作权法》,侵犯了土著社区对于公司生产产品上图案的著作权。2000年澳大利亚在著作权修正案中赋予了作者保持作品完整的权利,以防止有害于作者声誉和名望的行为,以上都体现了澳大利亚在著作权法体系下对于民间文学艺术作品保护所做出的努力。

2、英国通过暗示立法对民间文学艺术作品的保护

1988年英国《版权法》第169条第2.3款规定,“有关民间文艺及匿名的未出版的作品权利行使,由女王陛下指定主体代替版权所有人实施其基本国法律授权实施的除转让版权

^① 黄玉焯:“我国民间文学艺术的特别权利保护模式”[J],载于《法学》2009年第8期;严永和:“我国民间文学艺术法律保护模式的选择”[J],载于《知识产权》2009年第3期。

以外的任何行为”。^①

(二) 特别权利保护方法

1、1982 年《示范条款》对民间文学艺术作品表达的特别权利保护

UNESCO 与 WIPO 在 1982 年通过了《关于保护民间文学艺术表现形式,防止不正当利用及其他损害性行为的国内法示范条款》(以下简称《示范条款》),为了表明其将民间文学艺术作品排除在著作权保护体系之外的理念,《示范条款》对于所保护的客体使用了“民间文学艺术表达”一词。1982 年《示范条款》首次在世界范围上提出了以专门法律对民间文艺保护的特别权利保护模式,从而实现了民间文学艺术表达形式的发展与传播,防止对民间文学艺术表达形式的滥用。

2、特别权利保护方法成功与不足的评析

针对 1982 年《示范条款》所开创的特别权利保护方法,支持者认为这种优点是:

(1) 民间文学艺术作品是一种特殊的文化形式,与传统的作品相比,民间文学艺术作品具有权利主体群体性、权利客体不固定和保护无期限等特点,采用特别权利保护的方法可以避开西方传统著作权所要求的权利保护期、客体的固定性和主体的明确性等基本条件,从而实现民间文学艺术作品进行有效保护。

(2) 著作权法保护方法存在着诸多缺陷,传统的著作权法模式已经不能够满足保护民间文学艺术作品的需要。^②

(3) 对于所谓的“特殊著作权保护”,如果强行将民间文学艺术作品加入著作权法体系中,必然引起法学理论的内在矛盾;而如果在立法上将其置于著作权法中,则著作权法法律体系内部也会产生种种冲突与抵牾,不利于法律的实施与法律权威的树立。

反对者则认为重新为民间文学艺术作品制定出一部单独的法律立法成本较高,需要重新调动人力、物力、财力进行调研和论证,不能够及时满足现阶段对于保护民间文学艺术作品的迫切需求。从表现形式和使用方式上看,民间文学艺术作品与受版权保护的作品相同,现有的版权法体系完全可以满足现阶段的保护需要。

(三) 其他保护方法

1、商标法保护模式

商标法保护的主要内容是允许申请人将地理标志注册为证明商标或者集体商标,从而实现民间文学艺术作品的保护。利用商标法进行保护的国家主要是美国,1935 年美国通过了第一部《印第安艺术和手工艺品法》,即 IACA。1990 年美国对其又进行修订。同时美国《商标法》规定,“集体商标和证明商标,包括原产地标记应根据本法由对申请注册的商标的合法权利人选择”,在诉讼方面,自从 1990 年 IACA 修正之后,印第安各部落就侵犯本

^① 《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(简称《伯尔尼公约》)也规定了通过匿名作品的保护实现对民间文学艺术作品的保护,该公约第 15 条第 4 款规定,“(a) 对于作品未曾出版,作者身份未详,但有足够理由推定该作者系本联盟某成员国国民的情况,该成员国可自行以立法指定代表作者的主管当局,以便在各成员国中保护及行使作者的权利”,同时《班吉协定》,1976 年《突尼斯示范法》等均规定了著作权保护方法。参见张玉敏:“民间文学艺术法律保护模式的选择”[J],载于《法商研究》2007 年第 4 期。

^② 参见黄玉焯:“我国民间文学艺术的特别权利保护模式”[J],载于《法学》2009 年第 8 期。

部落传统文艺的行为提起诉讼,具有代表性的是 2005 年的“美国本土艺术公司诉沃尔顿公司案”和 2006 年的“美国本土艺术公司诉哈福德案”。美国通过维护基本的商业秩序,制止对民间文学艺术作品的滥用和假冒,实现对民间文学艺术作品的保护。

除美国之外,中国的《商标法》和澳大利亚 1995 年的商标法均通过将民间文学艺术作品中的地理标志注册为商标的形式,实现对民间文学艺术作品的保护。^①

2、反不正当竞争法保护方法

即通过反不正当竞争法对地理标志的保护,最终实现对民间文学艺术作品的保护。采用反不正当竞争法保护方式的国家主要是日本,1934 年日本颁布《不正当竞争防止法》其中第 1 条规定将假冒商品原产地标志的行为和使用使人误认商品出处标志的行为作为使人产生混淆或误认的行为而加以禁止。日本通过不正当竞争法对假冒地理标志的行为进行规制,在维护市场交易秩序的同时,间接地防止了对民间文学艺术作品的滥用和冒用。然而这种保护模式在具体的权利内容、地理标志的权利人和特定产地范围内的经营者方面未明确规定。

3、公有领域付费制度

公有领域付费制度指对于没有署名的民间文学艺术作品,与其他超过保护期限而进入公有领域的作品一样,公众可以自由使用,但是需要征收“文化税收”,鼓励创作者们的智力创作,并尊重创作者们的精神权利。1941 年的《意大利版权法》最早规定了该制度,德国、阿根廷、墨西哥和智利等国家也曾经有过相关的规定。现阶段仍然保留该制度的是阿根廷,同时《突尼斯示范法》和《班吉协定》也有相关的规定。^②

四、构建我国的民间文学艺术作品法律保护体系

通过以上对著作权法保护模式,特别权利保护模式、商标法保护模式等规范体系的介绍与分析,本文认为应当采用特别权利保护模式,针对特别立法过程中面对的,如权利主体、立法宗旨等难题,本文将提出相关立法建议,希冀试图推动特别保护制度的构建。

(一) 立法宗旨

民间文学艺术作品的保护是为了保护相关的群体,社团或者部落对其历史上流传下来的文学艺术所享有的合法权利,防御他人的滥用和冒用,同时维护民间文学艺术作品本身的纯洁性和完整性。但是与此同时,也要注意利益的均衡,积极鼓励对民间文学艺术作品的利用和创新,促进其发展,保存其活力,最终更好的实现文化多样性的目标。这体现出民间文学艺术作品保护的公益性和社会性,与著作权法侧重于保护权利人私权的价值理念有着明显的差异。因此特别权利保护的立法宗旨应当界定为“保护民间文学艺术作品权利人合法权利,

^① 我国 2001 年新修订的《商标法》第十六条增加了有观地理标志的规定,十六条规定“商标中有商品的地理标志,而该商品并非来源于该标志所标示的地区,误导公众的,不予注册并禁止使用;但是,已经善意取得注册的继续有效。前款所称地理标志,是指标示某商品来源于某地区,该商品的特定质量、信誉或者其他特征,主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志”。《商标法》通过确认地理标志可以注册为证明商标或者集体商标,实现对民间文学艺术的保护。参见孙彩虹:“国外民间法律文学艺术保护及其启示”[J],载于《河南大学学报(社会科学版)》2011 年 3 月第 2 期;袁曦:“民间文学艺术保护的立法及其对中国的借鉴”[J],载于《理论观察》2009 年第 1 期。

^② 具体参见严永和:“我国民间文学艺术法律保护模式的选择”[J],载于《知识产权》2009 年第 3 期。

促进传统文化的弘扬与创新, 保存和发展文化多样性”。

(二) 权利主体

针对民间文学艺术作品的权利主体问题素来存在着较大的争议, 主要有以下几种意见:

(1) 民间文学艺术作品处于公有领域, 是全国各族人民的共同财产, 因此权利主体应当是国家, 并且由专门的国家机关行使国家对于民间文学艺术作品所享有的权利; (2) 民间文学艺术作品是由某一特定区域的人民在长期的社会生活和实践中逐渐形成和发展而成的, 并且通过口头、书面等各种形式代代相传、演变。民间文学艺术作品的形成和发展具有鲜明的群体性和社会性, 因此应当由与之相关的特定的群体居民共同享有; (3) 如果仅仅规定群体作为权利主体, 那么则不存在一个具体的民事主体行使相关权利, 结果则有可能导致事实上的主体缺位, 因此权利主体宜界定为具体的个人。^①

本文认为权利主体的确立应当遵循民间文学艺术作品固有的内在特征, 同时要兼顾在立法技术和具体的司法实践中的操作问题。首先民间文学艺术作品自身具有群体性和团体性, 是某一特定地域的群体在其独特的生产生活过程中不断创造的结果, 其产生便带有鲜明的群体性特征。其次从民间文学艺术作品的发展过程来看, 其发展和演变是一个历时性的过程, 是经过特定群体世代相传, 不断加工, 其最终的特征也是某一地区、某一民族的群体作品, 创作者的个性特征已无法体现, 而只有鲜明的民族风格和地方特色。因此民间文学艺术作品的权利主体宜界定为特定的群体, 在具体行使相关权利时, 可以通过设立以享有权利的特定群体为基础的民间文学艺术作品协会, 作为民法上的社会团体, 负责对民间文学艺术作品进行搜集, 保存和创新, 对侵权行为提起诉讼, 以保存和发展民间文学艺术作品。

(三) 权利内容

民间文学艺术作品的保护在遵守利益均衡的原则下, 既要重视权利人财产性利益的保护, 也要加强相关的精神性权益的维持, 因此特殊权利的具体内容可以分为财产权利和精神权利, 具体来说包括如下几类:

1、精神权利

(1) 发表权

民间文学艺术作品的发表权即指权利主体以及具体的权利行使者决定民间文学艺术作品是否公开及何时何地以什么方式公开的权利。对于某些仍然处于不为人知的状态的民间文学艺术作品, 权利人有权利决定不予公布相关的内容, 对于未经权利人允许即公开民间文学艺术作品内容行为即构成侵权。

(2) 表明归属权

表明归属即指对民间文学艺术作品享有权利的主体, 有权以特定的方式表明其权利主体身份。在民间文学艺术作品公开和使用的时候, 权利人是具有权利决定是否表明该文化的权利,

^① 参见张妍: “民间文学艺术特别法保护模式的建构” [J], 载于苏州大学《网络出版年期》2009年第10期; 刘华、胡武艳: “民间文学艺术及其特别保护体系研究” [J], 载于《华中师范大学学报(人文社会科学版)》, 2004年第3期; 杨勇胜: “论民间文学艺术作品的权利主体” [J], 载于《浙江师范大学学报(社会科学版)》, 2004年第1期。

如果使用人在使用该民间文学艺术作品的时候,违背了权利人的意愿或是没有在其创作的作品中标明其来源地的,视为侵权行为。

(3) 保护完整权

保护完整的权利是指保护民间文学艺术作品不受歪曲、篡改的权利,禁止他人以表演、翻译等形式使用民间文学艺术作品时对其进行歪曲性改动。当今世界上有部分发达国家在对发展中国家的传统民间文化进行商业化开发和利用的过程中进行大幅度的修改甚至是恶意的篡改,这些行为严重伤害了发展中国家人民的感情,因此有必要规定对于民间文学艺术作品保护完整的权利,对于恶意篡改、滥用的行为,权利主体能够凭此提起诉讼,维护自身合法权益,保持民间文学艺术作品的纯洁性和完整性。

2、财产权利

有关民间文学艺术作品的财产权内容大致包括:

(1) 专有使用权,即民间文学艺术作品的权利人享有使用该民间文学艺术作品的专有使用权利,排除他人对民间文学艺术作品的使用,任何人没有经过同意而擅自使用均可以构成侵权行为。但同时对于该专有权利也应当进行一定的限制,具体是专有使用权应当在特定的场合、时间范围内才可以行使,以符合权利保护利益均衡的原则。

(2) 许可使用权与收取费用权,即为个人经济上的目的而使用民间文学艺术作品应获得权利人的许可,同时应当向权利人支付费用。一方面这保证了民间文学艺术作品不受到非法的滥用和篡改,权利主体可以通过对使用申请人的审查以决定是否允许其使用;另一方面所收取的费用应当用于加强民间文学艺术作品的搜集、保存和发展,以实现特别保护的宗旨,维护文化的多样性,同时根据利益均衡原则,在特定的为了公共利益而使用民间文学艺术作品的场合则不能够收取费用,以实现权利保护下的经济效益与社会效益的统一。

参考文献

- [1] 黄玉焯:“我国民间文学艺术的特别权利保护模式”[J],载于《法学》2009年第8期。
- [2] 严永和:“我国民间文学艺术法律保护模式的选择”[J],载于《知识产权》2009年第3期。
- [3] 张玉敏:“民间文学艺术法律保护模式的选择”[J],载于《法商研究》2007年第4期。
- [4] 赵蓉、刘晓霞:“民间文学艺术作品的法律保护”[J],载于《法学》2003年第10期。
- [5] 孙彩虹:“国外民间文学艺术法律保护实践及其启示”[J],载于《河南大学学报(社会科学版)》2011年3月第2期。
- [6] 张耕:“论民间文学艺术版权主体制度之构建”[J],载于《中国法学》2008年第3期。
- [7] 苏如飞:“国际法视野下的民间文学艺术保护——兼论主体制度的构建”[J],载于《西南交通大学学报(社会科学版)》2009年12月第6期。
- [8] 袁曦:“民间文学艺术保护的立法及其对中国的借鉴”[J],载于《理论观察》2009年第1期。
- [9] 吴汉东、郭寿康:《知识产权制度国际化研究》[M],北京大学出版社2010年版。
- [10] 吴汉东:《著作权的合理使用制度研究》[M],中国政法大学出版社2005年版。
- [11] 郑成思:《版权法(下)》[M],中国人民大学出版社2009年版。

(责任编辑:王欢;文字编辑:焦松 王月萌)

书光银影

编辑部按：品书观影感悟法理精神，有感而发畅谈自由正义。文艺作品中自有人文精神之光，法理又何曾不是在人文主义中重生？探文中之理，悟法中之情，个中体会必是各有千秋。《南湖法学》提供这样一个各抒己见同时也与人分享的平台。本栏共载一篇文章，为曹汝明的《爱的胜算——电影〈刮痧〉中的中西法律文化冲突与融通》。

爱的胜算

——电影《刮痧》中的中西法律文化冲突与融通

曹汝明*

[摘要] 每个民族都有自己各具特色的法律文化，并在各自的区域内有效地调整社会生活，譬如美国和中国。当中美两种不同的法律文化在同一时空中出现冲突时，本文认为虽然两种法律文化在社会存在、历史渊源和具体制度方面存在不同，但是二者的价值追求却是相同的。即技术层面是不同的，根本则是相通的。在借鉴外来法律文化时还需以自我调节为主，以扬弃借鉴为辅。

[关键字] 法律文化 本土资源 冲突 移植

一、故事梗概

由著名导演郑晓龙执导的影片《刮痧》讲述了一个“北京人在圣路易斯”的故事。来自北京的电脑游戏设计师许大同在美国生活了八年，他通过把中国传统文化中的元素与电脑游戏结合起来，获得了业内的认可，取得了事业上的成就。同时也有了幸福的家庭：美丽的妻子简宁和可爱的儿子丹尼斯。在电脑游戏设计颁奖会上，许大同高兴地以为自己的美国梦已经实现，但是随后发生的一个意外使许大同从梦中惊醒。

从颁奖会上回家的丹尼斯肚子疼，在北京生活了一辈子的爷爷看不懂药品上的英文说明，只得用中国民间传统的刮痧疗法给丹尼斯治病。后来许大同为了接父亲回家而把丹尼斯一个人放在家里。丹尼斯被妈妈简宁的电话吵醒，因为意外住进医院，他背上的刮痧痕迹被认为是受到虐待的证据。许大同和简宁受到起诉并被告知丹尼斯现在由儿童福利局监护。

* 曹汝明，中南财经政法大学法学院 2009 级本科生。

在接下来法庭举行的特别听证会上,由于中美文化的差异、许大同表述的混乱以及对父亲给丹尼斯刮痧一事的隐瞒,同时以解剖学为基础的西医理论又无法理解通过口耳相传的经验中医学,许大同陷于被动局面。在法庭审判中,控方律师刻意曲解中国传统文化。面对这种对中国传统文化与道德规范的“全新解释”,许大同最终失去了冷静与理智。法庭当庭宣布剥夺许大同的监护权。为了能够让丹尼斯留在家里得到妈妈的照顾,许大同无奈搬出了家。

圣诞之夜,许大同盼子心切,决定铤而走险,装扮成圣诞老人从公寓大楼外的水管向自己家高高的窗户爬去。几乎同时,亲身接受中医刮痧治疗的朋友昆兰和知道实情的儿童福利局工作人员找到了法官,在充分证据的说服和伟大亲情的感召下,法官破例撤回了禁令。得到消息的简宁喜极而泣。

最后,故事在有惊无险的大团圆中结局。笔者认为这是爱的胜算,或者说是人类共同价值的胜算。感动的泪花在许大同和儿子滑稽的对话中掬成了由衷的微笑:

丹尼斯:“爸爸,你为什么从窗户进来?”

许大同:“因为我们家没有烟囱。”

二、法理探讨

一千个读者就有一千个哈姆雷特,一千个观众就有一千个许大同。作为一名法科学子,从法学的角度解读这部影片,自别有一番洞天。透过《刮痧》我们要思考什么问题?我把它称作中西方文化的遭遇战。整个影片中充斥着以法律文化为代表的两个不同文化的交锋。在这里,不是中美两国现代具体法律制度的较量,而是深埋在两国人思想中的传统法律文化和意识的搏斗。传统法律文化是各种法律制度和法律思想经过长期潜移默化的影响在各民族意识层面形成的一种比较稳定的积淀物,也是以往岁月中各民族创造物质和精神财富的结晶。它还表现了一个国家的深层结构特征,影响着现代社会变革的方式和效果。^①正因为如此,才有了影片中的冲突,才有了我们一代又一代法律人的冥思苦想。

剧中,在许大同看来自己的儿子打了朋友昆兰的儿子,那么自己打儿子是天经地义而且表示了对昆兰的尊重;而昆兰则认为,无论如何,打孩子都是错误的。古代中国社会是一个在自给自足经济和宗族血缘关系基础上成长起来的东方农业社会。以农业文明为依托,以宗法血缘关系为根基的宗法社会,是古代中国社会的基本特征。^②正如孟德斯鸠所言:“这个帝国的构成,是以治家的思想为基础的。”^③以家族为本位的宗法思想渗透到传统中国社会生活领域的各个方面,也深刻地影响着传统中国法律制度的基本面貌。^④在这种特定社会历史条件下生成和发展起来的中国法律文化,被打上了深深的宗法和伦理的烙印。在传统中国的法理观念中,“伦理”即“自然”,伦理就是人的本质,就是人的自然,就是人的本性。违反之,则是悖逆自然,戕灭天性。^⑤中国传统的法律思想认为,社会本身就不是整齐平一的,法律

^① 参见汤唯:《当代中国法律文化本土资源的法理透视》[M],人民出版社2010年版,第183页。

^② 公丕祥:《东方法律文化的历史逻辑》[M],法律出版社2002年版,第316页。

^③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册)[M],张雁深译,商务印书馆1961年版,315页。

^④ 公丕祥:《东方法律文化的历史逻辑》[M],法律出版社2002年版,第319页。

^⑤ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》[M],中国政法大学出版社2001年版,第21—22页。

确立“尊卑长幼之序”，确认父权与家长权的存在，维护家庭成员间的不平等关系，父亲或家长对子孙有权进行责罚或是送交官府依法惩处。正如费正清在《剑桥中国晚清史》中所言：“法律总是维护族长的威信，并且按照亲属关系身份进行惩处。国家就是这样给家庭结构以法律上的支持，这是它维护社会秩序的一个明显的手段。父母的权威和子孙的孝顺是绝对的，儿子违抗父母之命就要受到父亲的惩处。”^①

古代中国是一个农业社会和宗法社会，因此这种法律秩序具有超稳定性。而西方则不然。西方通过启蒙运动摒弃了中世纪愚昧落后的法律传统，逐渐确立了影响至今的西方法律文化。^②在该种法律文化中，父母与子女之间的这种不平等关系是难以接受甚至是不可理喻的。在西方古典自然法学理论中，洛克认为，人类的自然状态是一种自由和平等的状态。同种和同等的人们既然毫无差别地生来就享有自然的一切同样的有利条件，能够运用相同的身心能力，就应该平等，不存在从属或受制关系。这种自由和平等的权利是与生俱来的。正如美国1776年的《独立宣言》中所说：“人人生而平等，他们都是从他们的造物主那里被赋予了某些不可转让的权利。”在西方，法律与权利密不可分，甚至可以相互解释。^③因此父母和子女，其法律地位是完全平等的。父母没有对子女进行惩罚的法律依据，相反还必须尽到父母对子女应尽的义务和承担应当的责任。法之为法，其前提条件之一就是它要以整个社会的福利为其目标。儿童是社会的弱势群体，更要受到法律的保护。

另一方面，宗教对西方法律文化有着深刻的影响，这一点是毋庸置疑的。其中之一，便是在人道主义方面影响法律，包括强调个人的价值、生命的神圣性等。集中体现宗教思想的宗教法将“爱”作为核心价值凌驾于具体的法律条文之上。据此，许多事情要做，不是因为法律的强制，而是出于由衷的爱。宗教对西方法律文化的这种影响源远流长，如今虽然褪去了宗教的外衣，但是这种思维范式却深深地影响着其社会的立法：立足于以人为本，而非轻视人权和粗暴地将人作为达到目的的手段。具体到影片中，州儿童福利局的工作人员要将丹尼斯带到福利局并由其监护，以期使孩子摆脱“恐惧与危险”，正是这种宗教性影响的延续。而这恰恰令认同中国传统伦理化法律思想的许大同难以接受。

许大同：“丹尼斯，爸爸来接你回家。”

儿童福利局工作人员：“许先生，别过来！你孩子现在由儿童福利局监护。”

许大同：“什么？儿童福利局是干什么的？”

儿童福利局工作人员：“这是市法院签署的特殊监护法令。儿童福利局认为，这孩子长期受体罚和忽视。为保证安全，必须由州儿童寄养中心监护。”

许大同：“你说什么？我虐待我儿子？荒唐，你说的太荒唐了。我是来接我孩子回家的，这就是我要做的，别挡路！”

儿童福利局的工作人员：“你们两个都听着，从现在起四十八个小时后，也就是后天下

^① [美]费正清编：《剑桥中国晚清史》（1800—1911）上卷[M]，中国社会科学院历史研究所编译室译，中国社会科学出版社1985年版，第15页。

^② 因此，本文中的“西方法律文化”主要是指启蒙运动之后比较稳定的法律伦理体系。

^③ 张中秋：《比较视野中的法律文化》[M]，法律出版社2003年版，第248页。

午三点，法庭为此案举行特别听证会，你们到时候有机会申辩。”

许大同：“我要领孩子回家，上法庭干什么？”

儿童福利局工作人员：“因为那是法律，这两天你们若在五百英尺内接近他，就会因蔑视罪被拘留。”

在这里，我们强调“宗教性”而非“宗教化”，是因为在西方，宗教对法律的这种影响不论在深度上还是广度上，都不能和儒家理论对传统中国法律的影响相提并论。因此，相对于中国传统法律的伦理化，西方法律只能说是具有宗教性，而没有达到宗教化的程度。

我们再从宏观层面上来看，中国的法律文化是自上而下的，价值追求是天人合一的和谐观。它强调通过法律的惩罚手段来达到“无讼”、“无刑”的目的，如商鞅主张的“刑罚重其轻者，轻者不至则重者无从至”，这样就可以达到“以刑去刑”的目的，而评判是非的功能则在其次。这种“无讼”、“无刑”的内涵就是所有的人都安分守己，都不积极争取什么利益而是互相谦让，牺牲原则地保持一团和气。^①法律的目的就在于使大家都不出头，都退后一步，这恰恰是统治者期望看到的结果。统治阶级针对被统治阶级制定法律，是为了“兴功惧暴”“定分止争”“令人知事”，是为了维护统治阶级统治秩序的和谐稳定。法律从某种程度上讲只不过是统一百姓、役使臣下的重要手段和工具罢了。

西方法律文化则恰恰相反。它是自下而上的，是公共意志的体现，其价值追求是公平正义。它通过法律维护每个公民的天赋人权，达到一个个人权利得到保障的理想状态。西方法律主要是公民将属于自己的权利让渡给政府的一种规范手段，重视科学的法律管理社会生活的功能。它针对的是掌握权力的阶级，是为了限制政府权力而制定法律。正如亚里士多德所言：“法律的任务是为自由民的共同利益服务。”^②法国 1789 年《人权与公民权宣言》第一条规定：“在权利方面，人们生来是而且始终是自由平等的。”第三条规定：“整个主权的本原主要是寄托于国民。”美国 1776 年《弗吉尼亚权利法案》第二条规定：“一切权力属于人民，因之来自人民，执行法律的一切官吏都是人民的受托人和仆人，在任何时候均应服从人民。”第三条规定：“政府是为了人民、国家和社会的共同福利、保障和安全而建立的。”《独立宣言》也明确规定：“人人生而平等，他们都从他们的造物主那里被赋予了某些不可转让的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，所以在人们中间成立政府。而政府的正当权利，则系得自被统治者的同意。如果遇有任何一种形式的政府变成损害这些目的的，那么，人民就有权利来改变它或废除它，以建立新的政府。”^③

当这两种社会存在不同、历史渊源不同、思想内核不同、立场取向不同的法律文化相遇的时候，必然有一场遭遇战。强调森严的人身等级关系、强制性的人身控制以及王权宗统观念^④的中国传统法律思想，根本不理睬西方法律思想中的人权、平等价值观念。西方的法律文化也不理解 and 认同中国法律文化的逻辑，严格按照自己的理论体系坚守自己在思想领域的

^① 参见范忠信：《中西法文化的暗合与差异》[M]，中国政法大学出版社 2001 年版，第 47 页。

^② [古希腊]亚里士多德：《政治学》[M]，吴寿彭译，商务印书馆 1983 年版，第 138 页。

^③ 这些法规的引用均来自王家福、刘海年主编：《中国人权百科全书》，中国大百科全书出版社 1998 年版。

^④ 江山：《中国法理念》（第四版）[M]，中国政法大学出版社 2005 年版，第 226 页和第 231 页。

阵地。于是冲突在所难免。在法庭上，控方律师故意以激烈的言辞诋毁曲解中国传统文化积极元素，由此反映出中西方文化的正面冲突。

控方律师：“只要看看许先生日夜从事的工作，就知道他是个沉湎于暴力文化的人。”

许大同：“暴力文化？我按照中国传统文化中的英雄，设计了游戏主角的形象。孙悟空是一个善良有正义感的英雄，代表我们传统价值观和道德规范。”

控方律师：“噢，你在说价值观和道德规范？我也读过英文版的《西游记》，看看这只中国猴子的道德和价值观：孙悟空受托管理九千年一熟的桃园，这只有道德规范的中国猴子却把桃园占为己有，当别人制止他时，他竟毁坏了全部桃树。再看看这家伙的价值观，一个神仙炼出了长生不老药丸，孙悟空不但吃光了全部药丸，还掀翻炼丹炉，砸烂别人的车间。这么一只顽劣粗鲁的中国猴子，却被许先生当成道德与价值的榜样……”

许大同终于忍不住了，拿起桌子上的文件朝控方律师砸去：“你以为你是什么玩意儿？你对中华文化一窍不通，你是个无耻的骗子！我爱我儿子，你什么都不懂！”

结果直接导致法官当庭宣判：“许先生，你还是没能证明刮痧是一种治疗。你在法庭上的行为，足以说明你是个危险人物，我决定丹尼斯由儿童福利局监护。”

但是，故事并没有结束，西方法律文化并没有占上风。随着许大同的父亲找到昆兰，一切有了转机，开始往好的方面发展。这便是两种不同的文化相互试探着理解的过程。昆兰来到唐人街的一家中医医疗馆里接受刮痧治疗，并认真听取医生的讲解。许大同在法庭上说不清楚的并惹恼法官的“七经八脉”，在这里却让昆兰听得心服口服。两种文化正在融合，美满的交融将会取代激烈的冲突。

在圣诞夜，昆兰和儿童福利局工作人员赶到许大同家里。

儿童福利局工作人员：“许太太，我们有重要的消息给你。”

昆兰：“别担心，是好消息。”

儿童福利局工作人员：“霍尔维兹法官撤回了禁令。”

昆兰：“对不起，我错怪大同了。”

中国文化和美国文化到这里，终于牵起了手。

那么是什么让两种水火不容的文化，化干戈为玉帛最终走向交融呢？笔者认为，是两种文化的共同本质和价值追求，甚至可以说是人类共同的价值认识。由上文我们得知，虽然从某种程度上讲，中国古代的法律是统治阶级的工具，但是我们并不能因此得出结论，说古代中国的法律丝毫没有基于对人性的关怀。相反中国古代法律中包含许多诸如“以德配天”、“敬天保民”、“明德慎罚”、“德主刑辅”的思想以及诸如“爱人”、“仁政”、“以不忍人之心，行不忍人之政”的主张；与“以刑去刑”相对的还有“以德去刑”的思想。他们认识到民心的重要性，从而主张为政治国要关心民生，重教化且反对“不教而诛”。此外，“礼德为政教之本，刑罚为政教之用”认为道德教化可以从根本上积极地预防和杜绝犯罪，而“政刑”只是犯罪事后的补救措施而已，不能实现“无讼”的目的。中国古代政治理论的一个贡献就是对法律惩罚功能的深深怀疑，即使是赞成法律的中国哲学家也不会宣称仅仅靠

正式法律就能确保秩序^①。而西方法律文化始终是以民本为出发点的。中西方法律思想在这一点上归于同一。

另一方面,西方法律文化重视个体自由、平等和个性解放,反对封建依附式的人身和心理束缚,为人类社会的群体性生活秩序提供了较好的规划和解释,为人类的竞争力、创造力的解放提供了动力。譬如影片中儿童福利局看似无情的做法实则是这种文化的体现。在它尚未夸谬到将灵魂、肉体统统变成契约标的物的限度以内,在尚未夸谬到把人的一切主张需求统统简化为物欲的限度以内,在尚未夸谬到将至爱亲朋间的一切往来都视为交易行为的限度以内,这种法伦理显然是合理的、优越的,合乎人性的。一旦超出了这个限度,过分忽视家庭、亲属之爱、情感、精神、人格、尊严的意义和价值,就必然走向谬误或偏暗,就可能导致人性的沦丧或人的异化。影片中儿童福利局的做法亦有这种倾向。西方仁人志士并不是没有发现这一点,他们也纷纷提出了一系列改良的理论,如“人性复归”“家庭重建”“挽救伦理”等等,其法律也有所矫正。^②而中国传统法律文化始终重视人性、伦理,这就更明显地印证了中西方法律思想的趋同。

至此,我们可以大概总结出中国和西方法律文化的各自特征以及他们的相通之处了:中国法的内在精神是善、公利和义,其渊源理念是宇宙之理、道、人性、良知,其价值追求是人类社会与宇宙的大一统、超和谐;西方法的内在精神是公平、合理与正义,其渊源理念是上帝意志或神道、以及宇宙自然定律、规律,其价值理念是共和社会的和谐、协调。^③由此可以看出,中西方的法律文化,不同的只是技术层面,相同的则是根本。那个刮去文化差异的根本就是爱。爱是人类共同的超民族超文化的语言。所以,故事结局的圆满是中西方文化冲破差异的胜算,是人类共同价值取向的胜算,是爱的胜算。

三、延伸思考

分析到这里,我们对影片背后的中西方法律文化的冲突与融通有了大概的认知,但对不同的中西方文化,我们还要进行一个孰优孰劣的判断,即使这个判断是困难的。

中国的法律文化主观意念过于强烈,忽视客观条件的作用;过于强调统一和集中,忽视了个体、自由、民主和权利的意识;过于强调法外有情,忽视了法律的独立性和权威性;过于强调伦理化,这样对法律自身所产生的一个不利后果是,法律的自我独立发展受到了致命的限制,可能使之最终沦为伦理道德体系的附庸。^④

而西方的法律文化注重客观条件的作用,淡化主观意念;注重个体发展、民主、自由和公民权利,淡化国家公权力;注重法律的独立性、权威性,淡化甚至摒弃任何势力对法律的干涉;具有一定的宗教性,但是依然可以保持自己独立的个性。

此外,中国法律通常会考虑多方面因素,因此比之西方法律更加灵活;西方法律在一定程度上显得原则性有余而灵活性不足,或许失之机械。譬如容易造成影片中的“悲剧”——

^① 徐爱国主编:《无害的偏见:西方学者论中国法律传统》[M],北京大学出版社2011年版,第212页。

^② 参见范忠信:《中西法文化的暗合与差异》[M],中国政法大学出版社2001年版,第327页。

^③ 江山:《中国法理念》(第四版)[M],中国政法大学出版社2005年版,第414—415页。

^④ 张中秋:《中西法律文化比较研究》[M],南京大学出版社2001年版,第152页。

不考虑当事人(孩子,尽管还是个孩子)的感受,基于一种善意的冲动,把亲情隔开。但是法治必然要将法律置于其他要素之上,必须强调原则性;而牺牲原则性过多考虑灵活性则是人治的征兆或者说残余。既然我们不能保证每一个干涉法律的因素都具有正当性,那么即使牺牲个体的利益,也要保持法律的尊严、独立和权威。

通过上述比较我们能否得出中国传统法律文化一无是处的结论呢?答案显然是否定的。一方面,中国传统法律文化中对人类社会的和谐、人与自然的和谐、道德与法律的和谐等的珍视,可能是医治现代化社会某些痼疾的良方。^①另一方面,中国传统法律文化重视亲情、重视家庭、重视和谐,强调亲属之爱的崇高性、正当性,反对以物欲害亲情,主张国家政治应像家庭生活一样有人情味,主张给人们更多的保护亲属的权利,以及更多的敬、爱亲属的义务。这种法律文化为人类最基本的人际关系和最基本的爱提供了动力,为人类社会生活的和谐做出了贡献。显然,这种法律伦理,在尚未夸谬到把国家一切政治都简单视为家人或亲属间事务的限度以内,在尚未夸谬到主张为亲人利益而故意加害陌生人的限度以内,在尚未夸谬到过分扬尊抑卑乃至“以理杀人”的限度以内,在尚未夸谬到为礼教而蔑视个人人格价值即“礼教吃人”的限度以内,它是合理的、优越的。^②

但是,有如此之多的“尚未夸谬”就足以说明中国传统法律文化还有许多值得改良和学习借鉴之处,意即西方法律文化相对于中国传统法律文化而言还是较为先进、文明、优越的。那么能不能这样说,西方的法律文化比中国的好,我们就可以按照西方的做法来改造我们的了?文化的移植不像把法国梧桐移植到中国那么简单,而这么做往往会失败。文化是一个综合的系统,即使是仅作为文化的一个方面的法律文化,亦是纷繁复杂的庞大体系。广义的法律文化应该能够囊括所有的法律现象、法律观念、法律意识、法律行为、法律的机构与实施、法律制度和作为符号体系的法典、判例,以及不成文的惯例和习惯法等等。^③一个民族的文化体系即使有这样或者那样的不足,但是长期以来民族生活中的自我调整已经形成了一整套自我修复的机制。贸然引进外来因素,只会造成原有的体系的危机甚至崩溃,同时外来因素很可能会因水土不服而夭折。因此,中国法律文化的不足应该以自我调节为主,以扬弃地借鉴外来因素为辅,保持民族特色,才能在与外来文化的再一次冲突中化险为夷。如果我们放弃本土资源中传统资源的适当权重或对其的尊重,就意味着我们的偏颇无知。这一点我们可以从现代西方人对待自己本土文化的尊重态度中得到启示,即西方人从来没有因为现代法律的发展而否定他们以往法文化中的优异属性。^④美国著名文化人类学家克利福德·吉尔兹说:“法学和民族志,一如航行术、园艺、政治和诗歌,都是具有地方性意义的技艺,因为它们运作凭靠的乃是地方性知识。”^⑤然而,一个民族要保持本民族的“纯粹性”,这几乎是不可能的,因为历史改变着民族性。与此相关联,一个国家的法律不可能永远保持自身的传统。

^① 信春鹰:《中国的法律制度及其改革》[M],法律出版社1999年版,第5页。

^② 参见范忠信:《中西法文化的暗合与差异》[M],中国政法大学出版社2001年版,第328页。

^③ 梁治平:《法辨:中国法的过去、现在和未来》[M],贵州人民出版社1992年版,第12—13页。

^④ 参见汤唯等:《当代中国法律文化本土资源的法律透视》[M],人民出版社2010年版,第203页。

^⑤ [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》[C],邓正来译,载于梁治平主编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第73页。

①发展的过程就是一个相互交融的过程。在相互交融中发展,是历史的选择,法律自不例外,因此法律的借鉴或者移植是法律生命蓬勃的必由之路。正如柏拉图所言:“如果我们发现外国的法律更好,那我们也会采用而不会因为它是外国法律而予以拒斥。”^②

谈外国法律的移植,首先要明确对本土资源的态度。笔者以为,我们应该对本土法律文化资源予以正面肯定。首先是因为传统资源的纵向性。中国传统法文化源远流长,蔚为壮观。其中一些被证明是行之有效的价值理念和制度体系,它们相互呼应,恒久恒新,值得现代人认真挖掘和提炼。其次是因为传统资源的经济性。各个民族的各种规则、习惯和理念反映了该民族人们基本的生存需要、关系样态和理想追求;一个国家、一个地区、一个民族长期遵从的行为规则,其效能也远比外部输入的文化符号更强。实际上,本土文化意味着生长于本土,耕耘于本土,我们的所思所想、所作所为皆依赖于本土。因此遵从本土性的目标和判断,本身就有广阔的空间,其运行成本也比外来资源少。最后是因为传统资源的现代性。在社会进程中,传统之于现代必然是一个相互联结的界面,任何人都难以将昨天、今天和明天截然分开。甚至可以说,昨天发生的,就是今天和明天的“传统”。传统法律文化具有不可被替代、排除和消灭的强大生命力,这种属性使它不会因社会制度的变革而在一夜之间发生根本性的变化。我们后人所能做的,只是正视历史、发扬优点,在各种原理中进行选择,同时形成适合我们时代的原理。^③

在明确了对本土法律资源的态度之后再谈法律移植,就必须考察法律移植与法律文化冲突之间的关系。传统观点认为,不同法律文化间的差异和冲突是法律移植的主要障碍。从表面来看,这种观点有一定道理。但若换一个视角观之,我们就会发现这一观点的片面性。它仅仅看到了文化冲突对法律移植所产生的消极意义,而忽视了其所具有的积极意义。笔者认为,恰恰是文化差异和文化冲突的存在,才使法律移植成为可能,意即文化冲突是法律移植的前提性因素——试想,如果几种法律文化间不存在任何差异和冲突,那他们之间无必要进行移植。恰恰是文化冲突的存在,才使固有文化获得了一个重新审视和反思自身的机会,进而在借鉴吸收异质法律文化精华的基础上使自己获得长足的发展。^④可以说,法律文化差异的存在,将导致法律文化的冲突,而这种冲突又会引发法律文化的移植。

文化差异与冲突绝不仅仅如上述般温顺,它们极有可能导致法律移植的失败,因此我们必须认真对待法律移植中的法律文化冲突。首先,我们必须以理性的态度审视法律文化冲突。我们不能因为害怕文化冲突就拒绝文化交流。外来法律文化只有经过本土法律文化的多次交汇与碰撞才能真正融入本土法律文化之中。如果我们能以理性的态度来审视法律文化的冲突,我们就会发现,从最终效果上来看,文化冲突虽可能阻碍法律文化的移植,但同时它也是使外来法律文化真正融入本土法律文化的一条重要途径。^⑤其次,我们必须在对待文化冲突时坚持几项原则:第一是宽容原则,坚持宽容原则有利于保持法律文化样式的多样性,从

① 徐爱国主编:《无害的偏见:西方学者论中国法律传统》[M],北京大学出版社2011年版,第225页。

② [古希腊]柏拉图:《法律篇》[M],张智仁等译,上海人民出版社2001年版,第106页。

③ 参见汤唯等:《当代中国法律文化本土资源的法律透视》[M],人民出版社2010年版,第204页。

④ 参见黄金兰:《法律移植研究》[M],山东人民出版社2010年版,第231页。

⑤ 同上注,第245—246页。

而为全球法律文化的发展提供更多的参照视角；第二是民族文化主体原则，即在进行文化选择时，应坚持以民族文化为主体。坚持这两项原则也是民族自决原则在法律文化领域中的体现，是法律文化领域反对文化殖民的必然要求。尽管文化同时具有民族性和世界性的双重属性，但是只有坚持文化的民族性才能真正实现其世界性。^①世界性的根基是民族性，所谓“只有民族的，才是世界的”。在世界性与民族性之间，民族性应该是主要的，因为“只有真正‘民族’的文化，才能获得对外交流的可能和世界性意义”。^②

四、归纳总结

从一部影片开始，我们进入了中西法律文化的探讨之中，并借之窥探到了奥妙法学之一斑。通过对中西传统法律文化的比较，笔者认为，中西传统法律文化虽然存在差异，产生过冲突，但是因为共同本质和价值追求的相通，这两种截然不同的法律文化终由冲突走向融通。英国法谚有云：“在一千磅法律里，没有一盎司仁爱。”我喜欢把这句话反过来用：“在一千克法律里，应有一公斤仁爱。”我始终相信法律的最高境界是爱，我始终相信法律世界里到处充满爱的元素。爱是超越语言、超越制度、超越民族的人类共同的价值追求。从中西方传统法律文化中我们可以看到，即使存在方法手段等技术性的不同，但是出发点这类根本的仍是相通的。

在此基础之上，我们继续对法律移植做简单的论述。笔者认为，法律的移植是必要的，但是应以自我调节为主，不能摒弃本土文化，要在理性对待本土资源的基础上，对外来资源进行损益，进行扬弃，而后再引进。只有保存民族性，又吸纳世界性，才能促进法律文化的绵远和法律制度的先进。

回到《刮痧》中，在影片结束的时候，我们听见许大同和简宁正在给丹尼斯教汉语：“黄河，长城……”简宁从以前在家里只许讲英语改为教儿子学习汉语，这难道不是中华文化自我调节的胜利？这难道不是经过冲突后中西方文化融通的胜利？这难道不是爱的胜利？

^① 参见黄金兰：《法律移植研究》[M]，山东人民出版社 2010 年版，第 249 页。

^② 卓新平：《宗教与文化》[M]，人民出版社 1988 年版，第 234 页。

参考文献

- [1] 公丕祥:《东方法律文化的历史逻辑》[M],法律出版社2002年版。
- [2] [美]费正清:《剑桥中国晚清史》(1800—1911)上卷[M],中国社会科学院历史研究所编译室译,中国社会科学出版社1985年版。
- [3] 张中秋:《比较视野中的法律文化》[M],法律出版社2003年版。
- [4] 江山:《中国法理念》(第四版)[M],中国政法大学出版社2005年版。
- [5] 张中秋:《中西法律文化比较研究》[M],南京大学出版社2001年版。
- [6] 何勤华:《法律文化史论》[M],法律出版社1998年版。
- [7] 范忠信、陈景良主编:《中国法制史》(第二版)[M],北京大学出版社2010年版。
- [8] 郑祝君主编:《外国法制史》[M],北京大学出版社2007年版。
- [9] 李贵连、李启成:《中国法律思想史》(第二版)[M],北京大学出版社2010年版。
- [10] 徐爱国、李桂林:《西方法律思想史》(第二版)[M],北京大学出版社2009年版。
- [11] 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》[M],中国政法大学出版社2001年版。
- [12] 黄金兰:《法律移植研究》[M],山东人民出版社2010年版。
- [13] 徐爱国主:《无害的偏见:西方学者论中国法律传统》[M],北京大学出版社2011年版。
- [14] 汤唯等:《当代中国法律文化本土资源的法律透视》[M],人民出版社2010年版。
- [15] [古希腊]亚里士多德:《政治学》[M],吴寿彭译,商务印书馆1983年版。
- [16] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》[M],张雁深译,商务印书馆1961年版。
- [17] 梁治平:《法辨:中国法的过去、现在和未来》[M],贵州人民出版社1992年版。
- [18] 信春鹰:《中国的法律制度及其改革》[M],法律出版社1999年版。
- [19] [古希腊]柏拉图:《法律篇》[M],张智仁等译,上海人民出版社2001年版。
- [20] [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》[C],邓正来译,载于梁治平主编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版。
- [21] 卓新平:《宗教与文化》[M],人民出版社1988年版。

(责任编辑:刘洋;文字编辑:许文静 彭思琪)

精华选辑

编辑部按：“夫善学者不耻下问，择善而从之，冀闻道也”，本栏选取文章精华片段，以为抛引，敬请雅正。本栏共载六篇文章，一为谢琨的《游走于正义与效率之间》，二为郭军的《发现法律》，三为吕健俊的《打开言论自由的一扇窗》，四为唐菠的《关于新时期乡镇检察室职责的三点建议》，五为鲍燕的《入户盗窃的犯罪形态》，六为陈澜鑫的《论服务行业中设定不作为义务的格式条款》。

游走于正义与效率之间

——浅谈建立中国特色的辩诉交易制度的可行性

谢琨*

五、关于建立中国特色的辩诉交易制度的思考

基于近年来众多学者研究的基础，笔者认为辩诉交易的移植和本土化及在建立中国特色的辩诉交易制度时应注意的问题和遵循的方法有以下几点：

（一）案件的适用范围、交易内容的限制

囿于我国特殊国情与传统，辩诉交易的范围应分三种情况：一、对于三年以下有期徒刑或犯罪情节较轻的犯罪，在“罪”与“刑”、是否起诉上皆可进行协商。这使检察官的建议更有诱惑力，令犯罪嫌疑人更易接受。二、对于三年以上十年以下有期徒刑的，由于其社会危害性较大，故只能就量刑进行协商，否则将使刑法的威慑力降低，使其逐步失去预防犯罪的作用。三、对于十年以上有期徒刑、犯罪主观恶性强、手段恶劣、社会危害性极大的犯罪，如杀人、贩毒、走私等犯罪，不能适用辩诉交易，只能适用原刑法有关“自首”与“立功”的规定，否则，反而使罪犯将辩诉交易作为逃脱法网、免受制裁的手段，使犯罪更加恣意，导致犯罪率的上升。

对于量刑的交易幅度，笔者认为可以参照意大利的做法——最高刑罚折扣不高于三分之

* 谢琨，中南财经政法大学法学院2010级本科生。本文系法学院2010级“法学专业论文竞赛”一等奖作品。

一，但犯罪情节较轻、社会危害不大、根据辩诉交易有关规定可以免除处罚的除外。若不给量刑“讨价还价”的范围作出规定，势必会造成司法机关滥用权力，借此谋取私利的情况。

(二) 交易主体的规定

辩诉交易应在四方主体——公诉机关、犯罪嫌疑人或被告人及其辩护律师、被害人的共同参与下进行。当犯罪嫌疑人或被告人为限制行为能力人或完全无行为能力人时，其监护人或法定代理人必须在场。而被害人作为交易主体的一方，有利于防止在交易中控辩双方仅为自己的利益而忽视了被害人利益的情形。

(三) 建立与完善相关配套制度

一是我国在贯彻落实“以法定起诉主义为主，起诉便宜主义为辅”的刑事诉讼起诉原则的基础上，进一步增强起诉便宜主义制度发挥的作用，赋予检察官更充分、独立的自由裁量权，使刑事案件的处理更灵活。二是进一步完善辩护律师制度。修改后的《刑事诉讼法》并没有规定律师在侦查期间可参与调查取证，这不利于维护被告人的合法权益。笔者认为，辩护律师应被赋予在侦查期间公安机关调查取证时的在场权，及向公检机关申请获取被告人相关的犯罪证据的具体情况的权利。三是建立审前证据开示制度，使控辩双方在公平的环境下进行交易。四是建立法官审查制度，完善纠错机制，充分保障犯罪嫌疑人或被告人作出有罪答辩的自愿性、明知性和理智性，防止因检察官权力过大导致公诉机关权力的滥用和腐败的滋生。

制度的移植和本土化不可能一蹴而就，在引进与中国特色化的过程中，应建立和完善有效的配套制度。同时，在辩诉交易的巨大效益前，亦需看到其可能带来的不良影响，预先防范与及时纠错必不可少。面对世界的潮流与趋势，我国对辩诉交易的移植终成必然。

(责任编辑：吴琼；文字编辑：李思敏 王倩倩)

发现法律

郭军*

[摘要] 每个法律人都试图去发现法律是什么，在探求的过程中都有不同的理解，笔者也有不同的理解。笔者认为法律并非逻辑自足，并非所谓的正义，也不仅仅是立法机关制定的法律规则；法律是社会生活的产物，是社会秩序自发形成的。其终极目标应该是社会福利，其正当性在于社会可接受性。法律中心论主张法律等同于立法。在限制立法的同时，向上追问法律来寻求权利的来源，结果却未能如愿。笔者认为应该向下追问。界定权利的法律并非法律规则，而是人们在社会生活博弈后产生的符合民众的规范。

[关键词] 正义 法律 规范

(责任编辑：黄晓原；文字编辑：周青松 刘梦天)

* 郭军，南昌大学法学院 2011 级经济法研究生，研究方向：经济法学。

打开言论自由的一扇窗

——“批评”什么？“赞美”什么？

吕健俊*

在十一届全国人大五次会议闭幕后召开的记者会上，国务院总理温家宝表示：“政府的一切权力都是人民赋予的，我们应该创造条件让人民提出意见批评政府。”他甚至考虑把一些经常批评政府的代表人士请到中南海，面对面听取意见。以开阔的胸襟倾听批评的声音，一直被视作为政者的一种美德，古今皆然。时异势殊，如今温总理这一席话，已不仅仅是他个人志趣的即兴表达，更是政府职能转变的必然要求。正如布伦南大法官所说，“公民履行批评官员的职责，如同官员恪守管理社会之责”^①。“让人民批评政府”并不是政府的施舍，而是我们公民的权利，只不过我们常年流于守法教育，强调公民义务，忽略了公民权利罢了。既然今天政府愿意敞开心扉，我们更要把握好批评监督政府的权利。

政府并非全知全能，在处理公共事务上有其局限性，这就需要公民监督政府的行为。正所谓无监督则无真相，无监督则无正义。故而应让权力在笼子里阳光下运作，让官员在玻璃盒子里接受舆论监督。批评政府其实是一件自然的事情，因为在自然状态下的批评不是破坏性的而是建设性的，不是负面的而是正面的。公民对政府的批评监督应该是一个良性的互动过程，公众以及媒体讨论公共生活的原则最经典的莫过于布伦南大法官所言“对于公共生活的讨论应当不受抑制、充满活力并广泛公开，它很可能包含了对于政府或者官员的激烈、刻薄甚至尖锐的攻击”^②。又如布兰代斯大法官所言：“社会秩序不能单靠惩处违法来维持；禁锢思想、希望和想象会招致更多危险；恐惧会滋生更多压迫；压迫会引发更多仇恨；仇恨必将危及政府的稳定。保障安全的万全之策，在于保证人们能够自由讨论各种困境与解决方法。”

如果没有民众的授权，权力即无存在之理由。所以，一个良性运转的社会，应该是权力敬畏权利。假如有一天政府能做到政通人和，以民为本，尊法而包容，公民就有了“赞美”的理由了。而所谓“赞美”并非站队表态阿谀奉承。“赞美”是因为政府安守本分，不失位不越位不错位。

(责任编辑：吴琼；文字编辑：李思敏 王倩倩)

* 吕健俊，男，中南财经政法大学法学院 2011 级本科生。

^① 转引自安东尼·刘易斯：《批评官员的尺度：〈纽约时报〉诉警察局长沙利文案》[M]，何帆译，北京大学出版社，2011 年版，第 176 页至第 192 页。参见布伦南大法官关于“《纽约时报》诉沙利文案”(New York Times Co. v. Sullivan) 的判词。

^② 前引^①，《批评官员的尺度：〈纽约时报〉诉警察局长沙利文案》，第 176 页至第 192 页。

关于新时期乡镇检察室职责的三点建议

唐菠*

一、明确职责依据，保证乡镇检察室的公信力

从新中国成立以来，建立乡镇检察室的相关法律、司法解释并不多，并且有些已经废止。主要有：(1) 现行《人民检察院组织法》第2条：“省一级人民检察院和县一级人民检察院，根据工作需要，提请本级人民代表大会常务委员会批准，可以在工矿区、农垦区、林区等区域设置人民检察院，作为派出机构。”(2) 1993年《人民检察院乡(镇)检察室工作条例》第2条：“乡(镇)检察室是县(市)、市辖区人民检察院派驻乡(镇)的工作机构。”第4条：“乡(镇)检察室根据乡(镇)地域、人口、经济状况和需要设置。乡(镇)检察室的设置和撤销，由省一级人民检察院审批。”(3) 1993年《最高人民法院政治部关于整顿各类检察室的通知》规定：“今后不再设立除乡镇检察室、税务检察室之外的其他各类检察室。”(4) 1998年《最高人民法院关于搞好组织整顿加强干部人事管理若干问题的通知》规定：“对最高人民法院明令撤销的税务检察室和设置在行政机关、企事业单位的检察室以及侦查工作点等，尚未撤销或变相存在的，在1998年7月1日之前必须全部撤销，暂不新设派驻乡镇检察室。对现有乡镇检察室中的非检察机关编制人员，要做好工作，予以清退。”(5) 2009年最高人民法院下发《关于充分发挥检察职能为经济平稳较快发展的服务意见》开始默认了一些设立农村检察室的做法。(6) 2009年最高人民法院发布《2009-2012年基层人民检察院建设规划》提出：“坚持工作重心下沉。把检察工作服务科学发展的阵地前移，深入街道、乡镇、社区，面对面倾听和解决人民群众的诉求，积极探索派驻街道、乡镇、社区检察机关建设的方案。”(7) 2010年10月2日《最高人民法院关于进一步加强和规范检察机关延伸法律监督视角促进检力下沉工作的指导意见》规定：“新设检察室，要考虑工作需要和实际可能，解决好办公场所、机构设置、人员编制、办公经费等保障条件的问题。”

这些法律和司法解释体现了我国基层检察室的曲折发展历程，从上世纪的兴废到本世纪第二个十年才有了兴起的可能。同时我们也发现，这些规定除《人民检察院组织法》外，其他都是属于最高人民法院的司法解释和内部的工作条例，效力层次相对较低。并且《人民检察院组织法》第2条：“省一级人民检察院和县一级人民检察院，根据工作需要，提请本级人民代表大会常务委员会批准，可以在工矿区、农垦区、林区等区域设置人民检察院，作为派出机构。”规定的派出机构是人民检察院，主体上不存在检察室的问题。从1993年至今，乡镇检察室制度一直都是处于探索之中^①，对设置机构和机构职责的要求并不明确，使得乡镇检察室的权威受到威胁和质疑。

* 唐菠，四川大学法学院政法干警硕士班。

^① 李云：“设置农村检察室问题研究”[J]，载于《法治论坛》2009年第三期。

笔者认为,乡镇检察室的设立是通过多年的实践证明和理论论证的,其必要性不言而喻,那么就需要加快其设立立法的进程。一是机构设置立法位阶要高,不能只是最高人民检察院的内部工作指导或者司法解释。因为机构设置是国家管理的基础,应当由全国人大及其常委会立法规范,以现有的《人民检察院组织法》为基础进行修正,将设置条件严格化。二是职责明确的规范依据位阶要高,应当由最高人民法院统一对乡镇检察室的职责进行规范,对个别少数民族地区需要变通的,经全国人大常委会决定才可以。这样既可以避免检察室设置混乱现象,又能够让基层检察院在设置乡镇检察室时,对乡镇检察室职责进行明确划分。保障了乡镇检察室的职责来源,就可以保证检察室人员在行使职权时的权威性,有利于树立乡镇检察室的司法公信力。

二、严格职责内容,保证乡镇检察室的生命力

乡镇检察室的具体职责如何明确,一直是该机构设置需要解决的问题。《人民检察院乡(镇)检察室工作条例》第3条规定乡(镇)检察室任务有:(1)受理其辖区内公民的举报、控告和申诉,受理违法犯罪分子的自首;(2)经检察长批准,对发生在本辖区内,属于检察机关直接受理的刑事案件进行立案前调查、立案后的侦查;(3)对辖区内缓刑、假释、管制、剥夺政治权利和监外执行人员的管理教育工作进行检察,对人民检察院决定免诉的人员进行帮教;(4)结合检察业务工作,参加社会治安的综合治理,开展法制宣传;(5)办理检察长交办的工作。从该条例中看到,过去检察室的职责是比较广的,暂不讨论其合理性。单从《条例》上看,乡镇检察室的职责是相当繁重的,检察室不仅要负责本辖区的检察法制宣传工作和教育工作,还要对公民的举报、控告申诉和自首进行受理,同时还有刑事案件调查、侦查职责。要严格完成这些职责,我们必须比照其配置,以往检察室的人员一般都是3个左右,有的只有2名工作人员,确实存在任务重、人员少的突出性问题。那么严格职责内容,必须要考虑到这个问题。

要保证检察室职责的严格履行,存在两种改革办法:一是合理配置乡镇检察室工作人员,面对复杂繁重的乡镇检察工作,人员数量和素质是必须要保障的。如果赋予检察室立案前调查和立案后侦查,那就必须有两名以上的检察人员。根据实践做法,由基层检察院派驻三名检察人员到乡镇检察室较为合理,其中至少要有一名是检察官。考虑到人员紧张问题,对各县市区的乡镇检察室设置条件要严格化,尽量让检察室发挥最大的效用。二是要适当减少乡镇检察室的具体职责,《人民检察院乡(镇)检察室工作条例》对乡镇检察室的职责分配不尽合理之处在于检察职责的全面性和不确定性。根据当前的乡镇工作情况和检察实务要求,乡镇检察室的工作重点应当是检察调解与法制宣传、管教和帮教工作的指导和监督,可以将侦查案件职责剔除,因为乡镇检察室的政治性比业务性更加重要。同时要明确检察长交办的案件范围,乡镇检察室的职责是予以协助,而非主办。

笔者认为,应当从第二种改革方法入手,这是检察室工作近三十年的教训经验得来的。正如曹志瑜所总结“盲目设置、一哄而上,权限范围过宽、过滥且又缺乏有效管理、制约;工作人员专业水平低,工作极不规范,越权办案、非法插手经济纠纷、变相羁押等现象时发

生”。^①保证检查室职责的严格履行的关键还是在职责设置上的合理性，我们应将乡镇检查室作为一个宣传体和检察院的延伸机构，去除独立侦查职能，细化帮教监督和法制宣传职能，既有利于保障刑事案件处理的严肃性，又有利于检察机关在民众心目中地位的提升，同时也有利于节约基层检察院的司法成本。没有混乱的监督程序和越位的执法管理，检察院的生命力才会经久不衰。

三、规范职责运行，保证乡镇检查室的执行力

正如网络上有文章批判当前中国严重的“吃空饷”现象，特别是在乡镇基层政府和司法机关，“在编不在岗”问题十分严重，因此乡镇检查室首先就要在这个问题上进行严格规范，规范检查室工作人员的工作、休假制度。同时在乡镇检查室的管理上，基层检察院分工还不够明确，导致乡镇检查室管理松散、效率低下。当前正在建设中的检查室很多都是由控申部门在组织筹建，控申部门也在对其进行管理，而有的基层检察院对已经在运行的检查室是由政治部或者院办公室负责协调管理。但检查室并不应当是基层检察院任何一个科室的下属机构，它应当是和检察院内设各科室并列的机构，不能由院办公室或者政治部来领导管理，更不能由控申部门直接管理。还有在建立起乡镇检查室后，按照实践做法，有些检查室招收那些非公务员编制的社会人员的，使得非正式检察人员在工作中对正式工作人员存在有很大依赖性，自己不认真履行职责，还可能出现非在编人员的乱作为、乱执法现象。最后必须明确乡镇检查室和乡镇党委政府的关系，防止司法和行政的职权错位，从而不利于基层稳定。

要解决这些问题，还需要科学合理的管理方式和明确的职责规定，同时还需要建立起有力的激励惩罚机制，确保正确、有效、规范的履行检查室职责，满足乡镇、社区群众的诉求。笔者认为，可以从这几个方面进行：一是明确规定检察机关工作人员内部工作制度，将人员在岗情况纳入个人年终考核当中，不仅对县市区检察院内部工作人员严格要求，还要适用于乡镇检查室，杜绝“吃空饷”现象。二是将包括乡镇检查室在内的各检查室统一进行管理，可以增设一名副检察长进行专门领导管理，也可以由负责分管民行、监所和控申部门的副检察长领导，这样就可以避免管理混乱和检查室职级定位不明确的问题。三是严格限制乡镇检查室招收或者聘请社会人员，如清洁工，驾驶员等非在编人员，更不允许非在编人员涉足乡镇检查室职责上所规定的公务行为。四是在法律上将检查室和乡镇政府的关系明确，明确两者间司法监督和行政执法的关系，发现政府人员的职务犯罪要立即向基层检察院汇报，并协助检察院进行刑事侦查。

此四项建议在于保证乡镇检查室工作人员切实落实法律规定以及基层检察院要求的各项决策部署，提高按质按量完成检察工作各项目标任务的能力，这项能力就是检察机关执行力的深入化表现。乡镇检查室肩负着解决基层群众最迫切、最朴实的司法诉求，没有这种强劲的执行力是不行的。规范决定力量，思想决定未来，职责的规范化和亲民化，是乡镇检查室执行力能不断提升的根本保障。

(责任编辑：龚思源； 文字编辑：袁晓琳)

^① 曹志瑜：“乡镇检查室的立体解构与回溯性发展研究”[J]，载于《青岛农业大学学报》2009年第三期。

入户盗窃的犯罪形态

鲍燕*

二、 入户盗窃的“着手”

刑法第 23 条规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的是犯罪未遂。”犯罪的着手是指犯罪人开始实施刑法分则条文所规定的具体犯罪的实行行为。在前文中，我们已经认为入户盗窃存在犯罪未遂的形态，因此研究入户盗窃的犯罪行为何时“着手”十分必要。

通说认为盗窃罪中的着手实行犯罪是指盗窃行为人客观上开始实施秘密窃取行为，能够造成对财物权利人危害结果的发生，主观上行为人开始实施秘密窃取是在其盗窃故意和非法占有目的支配下进行的。如果没有犯罪分子意志以外的因素出现，盗窃就会完成。^①

对于入户盗窃的“着手”，学界主要有以下几种观点：第一种观点认为，入户盗窃的案件应视开始实施具体的物色财物的行为为着手。其理由是，一方面，入户后物色财物的行为，不仅意味着行为人具有盗窃的故意，更重要的是使被害人的财物处于紧迫的危险之中；另一方面，入户并不是盗窃行为本身的内容，只是限定盗窃罪成立范围的要素，所以不能以开始入户作为入户盗窃的着手。^②日本现在的通说也采取这种观点。第二种观点认为，应根据室内有人或无人以及行为人是否知晓室内有无人的情况，分别采取不同的认定着手实行的标准。即进入无人居住的室内盗窃，只要一进入室内，即可认为已着手实行；侵入有人居住的室内盗窃，则以开始物色财物为着手实行。撬门扭锁、凿壁挖洞，尚未入室者由于不可能发生盗窃罪的结果（转移财物的占有），因而，不应该认定为实行的着手。^③第三种观点认为，侵入住宅的行为即侵入住宅盗窃的着手。因为侵入住宅盗窃是一种社会学的犯罪类型，侵入住宅本身就应该是盗窃的着手。^④

笔者比较赞同第三种观点。

在刑法修正案（八）出台以前，对于“入户盗窃，但分文未获”的行为，虽有学者建议以非法侵入住宅罪来定罪处罚，但在司法实践中这往往按无罪进行处理。“户”作为公民的人身权利和财产权利的双重屏障，一旦被侵入，则使上述两项权利处于极大危险之中。一方面，入户盗窃影响他人正常的生活和居住安全，另一方面，公民的私人住宅一般都具有较好的封闭性，行为人被发现后不易逃离，一旦被堵在现场，往往铤而走险，对户主造成巨大的人身威胁，正是基于此危害性，刑法才做此修改。因此对于户内有人时的情形，犯罪分子非法

* 鲍燕，女，中南财经政法大学刑事司法学院 2010 级刑法学研究生。

① 董玉庭：《盗窃罪研究》[M]，中国检察出版社 2002 年版，第 160 页。

② 张明楷：“盗窃罪的新课题”[J]，载于《政治与法律》2011 年第 8 期。

③ 刘明祥：《财产罪比较研究》[M]，中国政法大学出版社 2001 年版，第 190 页。

④ [日] 小野清一郎：《新订刑法讲义各论》[M]，有斐阁 1950 年第 3 版，第 247 页。

入户后, 极易进行抢劫、强奸等暴力犯罪, 社会危害性明显大于一般盗窃; 即使户内无人, 当住宅公民发现门窗被撬、橱柜被翻之后, 会产生恐惧或愤恨心理, 其身心也会受到伤害。正如前文所述, 从将入户盗窃作特别规定的立法本意来看, 其目的之一是保护公民的财产权, 这是与一般盗窃相同的特征。目的之二是保护公民的人身权, 包括公民的生命健康权、隐私权、住宅不受侵犯等权利, 当犯罪人侵入他人住宅就侵犯了公民的人身权, 包括公民的生命健康权、隐私权、住宅不受侵犯等权利。因此将犯罪人侵入住宅的行为认定为入户盗窃的着手比较合理。

此外对于入户盗窃的“着手”也可以参照多环节犯罪进行判断。多环节犯罪是指一个犯罪由多个环节构成, 例如绑架罪就是由绑架、索要钱财、取得钱财三个环节构成。

与多环节犯罪相对的是非多环节犯罪。这样的划分是为了明晰某些罪的犯罪形态, 确定其既遂与未遂之间的界限。非多环节犯罪的既遂认定, 一般是该犯罪的目的已经达到, 例如盗窃罪的既遂就是犯罪人使财物脱离了主人的控制, 而一般来说财物脱离主人的控制意味着犯罪人实际控制了财物, 也就是说他达到了犯罪目的。又如故意杀人罪, 被害人死亡为其既遂标志, 而这正说明故意杀人犯罪人的犯罪目的已达到。

多环节犯罪的既遂认定则不以犯罪目的的达到为标志, 任何一个环节完成即构成既遂。如拐卖妇女罪, 由拐骗妇女和贩卖妇女两个环节构成, 犯罪人一旦拐骗妇女, 即使还没有贩卖, 也构成既遂。

多环节犯罪的预备形态表现为行为人为犯罪的第一环节作出了预备工作, 但还没有实施这一环节, 就被迫放弃犯罪, 例如为了抢劫而购买刀具等等。多环节犯罪一般不会出现中止和未遂的情况, 但并非绝对没有。一旦出现必是行为人已经开始着手实施犯罪的第一环节, 但该环节尚未完成, 行为人便因客观或者主观的因素放弃完成这一环节。

对于入户盗窃, 笔者认为其并不是真正意义上的多环节犯罪, 而属于半多环节犯罪, 因为入户盗窃包含两个环节即入户环节和盗窃环节。但对于入户盗窃而言, 并不是任何一个环节完成犯罪就既遂, 而是实施了这两个环节的任一个环节就构成犯罪, 因此犯罪人实施了入户的环节就构成入户盗窃罪, 所以可以认为侵入住宅的行为是入户盗窃的着手。

在司法实践中, 入户盗窃有两种情形, 即“预谋入户”和“入户后临时起意”。对于“预谋入户”应认定为入户盗窃, 对于“入户后临时起意”, 因为如果是合法进入, 就没有必要对入户这一行为作出否定性的评价, 只需对盗窃行为作出否定性评价, 而这与单纯的盗窃没有区别。

在司法实践中还应注意的另外一个问题就是, 在抢劫罪中, “入户”抢劫在量刑时是加重情节, 司法部门会因此提高量刑幅度。而在盗窃罪中, “入户”盗窃则是其构罪情节, 并以此作为司法部门定罪的依据, 而不能将“入户”作为盗窃罪量刑时的加重情节。如“入户盗窃”数额达到巨大或特别巨大, 与一般盗窃数额达到巨大或特别巨大的处罚是一样的, 不得因为“入户”而提高量刑的幅度。

(责任编辑: 金环; 文字编辑: 程雪英)

论服务行业中设定不作为义务的格式条款

——以“谢绝自带酒水”为例

陈澜鑫*

二、服务行业不作为格式合同与典型格式合同的比较

在现代人的生活中，格式条款的存在范围日益宽广。有统计显示，我国消费者在购买商品和接受服务时，超过百分之九十的情况都是通过格式条款的形式明确双方权利义务。^①这种现象产生和发展的背景是现代化生产中大规模重复的生产和交易以及规模经济和垄断市场的出现，格式合同在这样的背景下，是一个能够减少交易成本的有力工具，从而能够在一定程度上解决个体的协商的巨大成本问题，加快交易流转，扩大经济市场。

然而，各国在立法上都对格式条款进行了具体的限制，有学者也认为格式条款是“令人讨厌的东西”^②，其原因都在于格式合同的出现对公平原则和合同自由原则产生了巨大的冲击。拥有行政性垄断或是经济型垄断的经营者能够利用其经济强权迫使合同另一方接受不合理、明显不利于己方的条款，从而侵害对方的合法权益。传统民法对违背公平原则、侵害另一方权益的格式条款进行性质上的概括、归纳，以此为根据对格式合同进行具体规制。由此，根据我国《合同法》第 39、40、41 条对格式条款所做出的具体规定，能够发现在制定法律过程中，其所针对的主要是在主体上具备垄断性质，并且利用垄断性或雄厚的经济实力营造缔约优势，在内容上主要设立免责条款的格式条款，笔者在这里将这种法律规制所预设的目标性调整对象称之为典型格式条款。

然而，服务行业中的不作为格式条款是否属于传统民法调整格式合同的方向和目标，是否有进行限制、规制的必要性则必须要首先从不作为格式条款与民法上进行严格规制的典型格式条款相比较来进行分析。

（一）内容上的差异

在格式合同理论中，通常认为主要的不利于消费者的条款是免责条款、失权条款。^③由于经营者的垄断性、不可替代性，使得他们能够利用消费者对于获取必要商品、服务的急迫心理来重定有利于自己的风险负担规则。消费者在消费过后出现问题时本应获取的赔偿、补偿，却有可能因为作为格式条款的免责条款、失权条款而落空。免责条款作为“依协议排除或限制其未来责任的合同条款”，其成为格式条款先锋的一个重要原因是“民事责任对于受

* 陈澜鑫，中南财经政法大学法学院 2010 级本科生。本文系法学院 2010 级“法学专业论文竞赛”二等奖作品。

① 谢晓尧、黄胜英：“格式条款的法经济学分析”[J]，载于《学术研究》，2001 年第 8 期。

② 阿蒂亚：《合同法概论》[M]，法律出版社 1982 年版，第 14 页。

③ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第三卷）[M]，中国政法大学出版社 1998 年版第 24 页。

害人而言乃是一种经济利益”^①，并且这种经济利益是否得到实现并不是确定的，它必须以对方的过错或者风险的承担为基础，因而消费者面对经济强势的企业经营者也更容易勉为其难地接受免责条款，以权利的处分来争得作为弱势一方的合同缔结可能性。因而，免责条款是各国对于格式条款进行规制的首要目标，我国《合同法》第二章合同的订立中，第 39 条规定的作为格式条款订入合同条件的提请注意义务也主要是针对格式条款中的免责条款。

与典型的格式条款不同的是，以“谢绝自带酒水”为代表的服务行业不作为格式条款并非是以免除责任或限制责任为内容的，而是以在交易、服务过程中为消费者设定不作为义务为内容。不同于民事责任还具有一定的不确定性，不作为义务更直接地影响着消费者。这也是为什么不作为格式条款在经济上的重要性并不如免责条款，却也能引起消费者巨大关注的原因。

根据《合同法》第 39 条，格式条款的提请注意义务在法律条文上仅限于免除或限制民事责任的格式条款，因而服务行业中使用不作为格式条款的经营者并没有特殊告知义务。在这里必须明确的是，《合同法》所规定的格式条款提请注意义务是相较于普通的可协商条款而言的，普通条款由于其可协商性必须要有能使对方了解该条款存在的合理条件，否则不能订入合同。《合同法》中规定的免责条款提请注意义务是一种要求更高、更明确的特殊提请注意义务。普通可协商条款必须具备足以使对方了解该条款的合理条件以及针对该条款进行协商的足够可能，其理论依据是合同法中的合同自由原则，具体来说是合同内容的自由，即“双方当事人可以自由决定合同的内容”^②。对于合同一方当事人来说无法获知的条款超出了意思自由的范围，不能订入合同。同样，含格式条款的合同，其合同自由表现在对合同概括接受的自由，如果存在对于非缔约方无法获知其存在的条款，则消除了非缔约方将包含该格式条款的“合同整体”予以概括接受的可能性，因而同样应视为未订入合同。

有学者认为：“《合同法》第三十九条的本来含义应当是指任何格式条款都必须由条款的制作人向相对人提请注意，只不过是格式化的免责条款，条款的制作人应当尽到更高的提请注意的义务”^③笔者认为，免责条款之所以要求更高的提请注意义务是因为对于消费者来说较容易忽视并非与当下相关的责任、风险承担问题，而这里所讨论的服务行业的不作为格式条款根据合同自由原则，具有与普通的可协商条款程度相等的使对方获知条款存在的合理条件。因为不作为格式条款所期待的效果是当下的、即刻的，使用该类条款的经营者一般来说并没有使消费者忽略该类条款的意思，合同另一方当事人对该条款的了解程度仅以和一般合同条款相同的条件即可。

（二）合同订立主体上的差异

格式条款的出现和迅速扩张是与社会化大生产所带来的行业垄断相关联的，这是目前学界已经达成的共识。占据垄断地位的企业为了操纵某些行业，降低交易成本，提高交易效率，

^① 韩世远：“免责条款研究”[C]，载于梁慧星主编：《民商法论丛》（第 2 卷），法律出版社 1999 年版，第 460 页。

^② 韩世远：《合同法总论》[M]，法律出版社 2011 年版，第 37 页。

^③ 王利明：“对《合同法》格式条款规定的评析”[J]，载于《政法论坛》1999 年第 6 期。

开始大规模使用格式条款。^①

垄断的形成、扩张不断冲击着传统民法中抽象平等人格、契约自由等观念。垄断的形成、扩张也是二十世纪广泛开展的“消费者运动”的动因，“消费者运动”促进了民法由权利本位向社会本位的转变，具体到各国合同法立法层面，又反映到了对格式合同的规制上。毕竟，使用格式合同的主体中具备行政垄断性和经济垄断性的企业的确占了很大一部分，并且，其所影响的范围和程度也最为突出。正基于此，笔者所概括的典型格式合同的使用主体是有垄断地位或实力雄厚的企业。

然而，服务行业，尤其是餐饮娱乐行业则是一个充分竞争的行业，行政力量面对服务行业不同行业主体的力度差异也几近于零。也就是说，作为个体的服务行业经营者毫无垄断地位可言，并且在充分竞争下即使具有雄厚的实力也面临着较大的竞争风险。笔者本文所要研究的服务行业所使用的为消费者设立不作为义务的格式条款并非因垄断而生，并且也不因竞争而死。那么，这一点是否能够说明这样的格式条款具备合理性，不会侵犯消费者权益？笔者将于本文第二部分进行探讨。这里，先从立法层面分析对不作为格式条款和典型格式条款规制的差异。

在许多国家立法中，都体现出对典型格式条款使用主体的强调。例如英国国会早在 1960 年就通过的陆路交通法，在 1962 年通过的运输法都带有规定限责或免责条款无效的条文。^②这一法律变化一定程度上要归结于英国交通领域的重要变化，十九世纪六十年代英国才开始逐渐解除在铁路、公路和民航领域的管制^③，过去具有行政性垄断地位的企业在较长时间的营运中已经积累起雄厚的经济实力，依然占有垄断地位。这一立法所针对的就是由管制向自由竞争中转变的极易形成经济垄断的行业。此外，我国在一些如民航、电信等行业推行示范合同，经营者可采取第三方制定的示范合同内容作为一定程度上的格式条款，这一做法在行业的选择上也体现出注重主体垄断性的特点。

回到本文所研究的服务行业中的不作为格式条款，使用这一类条款的主体并不具有垄断性，其产生也并非如同典型格式条款一样源自垄断性企业。关于该类格式条款的产生，也将于下一部分进行探讨。这里需要说明的是，对于服务行业，尤其是餐饮娱乐行业这样的充分竞争行业，格式条款的规制对其并无特别关注的急迫感，并且由于服务行业经营者经营内容各异、位置广泛分布、实力变化很快，实际上制定具体规则的难度也很大。

（三）产生上的差异

如前文所述，典型格式条款是由社会化大生产导致的垄断而生。有学者认为：“格式合同存在的合理性在于：垄断的存在与交易的频繁发生，垄断的存在才使得制定方有足够的经济上的权力制定格式条款，才能剥夺对方契约自由的偏好。交易的频繁发生使格式条款的存

^① 庄海丽：“论《合同法》对格式条款的法律规制——评析《合同法》第 39、40、41 条”[J]，载于《山东社会科学》2005 年第 12 期。

^② 韩世远：“免责条款研究”[C]，载于梁慧星主编：《民商法论丛》（第 2 卷），法律出版社 1999 年版，第 473 页。

^③ “英国运输投资政策简介”[EB/OL]，载于天津交通信息网，
网址：http://www.tj.xinhuanet.com/wangqun/2008-03/07/content_12637846.htm，2008 年 03 月 07 日。

在亦具有了经济上的理由,这样可以节约大量磋商成本。”^①将垄断的存在作为格式条款存在依据的观点理所当然地会推论出对于垄断性质的规制能作用于一切格式条款的结论,而正是基于这样的认识才使得无论是学术上还是立法上都将垄断性格式条款作为规制对象,较为缺乏对于不作为格式条款的认识。

在此笔者首先论证服务行业不作为格式条款不具备垄断性质。《中华人民共和国反垄断法》第三条列举了垄断行为的表现:“(一)经营者达成垄断协议;(二)经营者滥用市场支配地位;(三)具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。”在服务行业中,经营内容类似的经营者是绝对的竞争者关系,它们的分布极为广泛,且由于经济实力、经营定位的不同而持有差异较大的利益诉求,能够达成“垄断协议”的可能微乎其微。同理,在完全竞争的服务行业中不会出现足够的“市场支配地位”,经营者的优势地位随时可能被代替。最后,服务行业经营者的数量极为庞大,在如此巨大的基数上,本身就没有“集中”可言,况且加上彼此间恒定的竞争关系,又不能形成补充优势,经营者会避免“扎堆”,这就又排除了“具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”的情形。

那么,服务行业中不作为格式条款的产生机制到底是什么呢?传统垄断理论忽视了作为个体的消费者在选择特定服务经营者的时候,其面临的限制并非只是单纯经济上的。消费者总是难免受到空间、时间甚至情感上的限制。例如,到了吃饭时间,李某一家外出就餐,由于空间上的限制,自然就偏向于离家较近的餐馆。孙某急于寻找一家 KTV 安排亲友娱乐,受到时间上的限制,自然偏向于附近的 KTV。以上列举的只是简单的情形,是想要说明:消费者的“屈服”,并不一定只是由于遭遇到实行垄断行为或是经济实力雄厚的经营者,在种种其他因素的限制下,消费者也会做出平时所不会做出的退让。许多火车站、机场附近价格较为高昂的零售商品的一次性售卖也是抓住了这一特性才得以生存。在使用“谢绝自带酒水”并且用“开瓶费”予以补充的情形中,再假设有贾某因喜事请亲友聚餐,带来家藏好酒一瓶,在已通知亲友聚餐餐厅的情况下,很有可能因为情面而选择支付“开瓶费”。这就是服务行业不作为格式条款得以持续的原因之一,即消费选择的其他限制。有学者所叙述的“高昂的交易成本迫使消费者不得不接受格式条款”^②的格式条款成因,也与此类似。

除此以外,还有经济上客观因素的作用。同样以餐饮业中“谢绝自带酒水”为例,有学者认为饭店提供的产品具有综合性的特点,除了那些看得见、摸得着的餐饮产品外,还包括前期成本、设施设备添置、环境装潢等投入,这些投入也要求“隐形地从消费者占用饭店的时空中获得收益”^③。按照这一观点,“谢绝自带酒水”是在中国饭店业微利运转的状况下,饭店业所达成的共识。从而,与传统的垄断成因迥然不同,成为经营者适应经济状况而作出的在经济利益下较为合理的共同选择。

(责任编辑:吴琼;文字编辑:李思敏 王倩倩)

^① 王洪亮:“格式条款之研究”[C],载于王洪亮主编:《合同法难点、热点、疑点理论研究》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 83 页。

^② 苏号朋:《格式合同条款研究》[M],中国人民大学出版社 2004 年 5 月版,第 29 页。

^③ 胡学军:“谢绝自带酒水——一个行业规范的法社会学分析”[J],载于《企业经济》2004 年第 7 期。

《南湖法学》第五期

征稿启事

面向本科,代表中南——《南湖法学》始创于 2010 年 6 月,系中南财经政法大学法学院本科生学术期刊,以“服务学生,裨益学术”为宗旨,遵循“独立而多元,原创以致用”原则,乃由中南财经政法大学法学院主办和《南湖法学》编辑部承办的半年刊,即每年 6 月或 12 月刊行。

一、栏目设置

(一) 前言后记:《南湖法学》常设栏目之一,前言乃是就法律学人、法学期刊和法治国家等基本问题的相关性解读;后记则是编辑人员就该期经验教训的总结性思考。

(二) 中南论坛:《南湖法学》常设栏目之一,每期以特定主题面向国内高校法学院本科生约稿,旨在登载国内高校法学院本科生具有代表性的高质量、专题性法学论文,以构建“面向本科,代表中南”的法科学子学术科研平台。

(三) 主流争鸣:《南湖法学》常设栏目之一,主要面向大三、大四学生,以大三学年论文和大四毕业论文为主,旨在刊登就法学前沿问题具有系统性认识的法学专业论文,以发挥“学术引擎”的作用并构筑深度。

(四) 新锐法语:《南湖法学》常设栏目之一,主要面向大二学生,志在刊登就某一法学问题具有独创性认识的另类作品,以促进法科学子的进一步学习并拓宽领域。

(五) 书光银影:《南湖法学》常设栏目之一,主要面向大一学生,志在刊登就阅读或观赏法律类文学、影视作品所获得的一般性认识之成果,以形成良好的学术氛围并奠定基础。

(六) 案中窥法:《南湖法学》常设栏目之一,依托于我校法律援助与保护中心(如诊所法律教育等)和本科生科研活动(如“挑战杯”等),旨在刊登以案例为核心的司法或学理分析文章。

(七) 本期推荐:《南湖法学》常设栏目之一,以每期一篇的形式推介法学学术创新型本科生和本科生优秀科研成果。

(八) 编读往来:《南湖法学》常设栏目之一,乃是编读双方就《南湖法学》以及法学院本科生自主学术期刊发展模式所作交流之集成。

二、投稿须知

(一) 本刊所载文稿以法学论文为主,兼有形式多样的本科生法学文章,如书(案、影、视)评、调研报告、科研成果等,目前常设中南论坛、主流争鸣、新锐法语、书光银影、案中窥法、本期推荐等主要栏目,均长期面向国内高校征(约)稿。

(二) 本刊允许一稿多投,已发表过的文章亦可推荐转载,但须注明曾刊载过的刊物名称、年月、卷(期)号、页码起止等;所有投稿文责自负,并请遵守学术规范和道德。

(三) 本刊实行匿名三审审稿制度,遵循独立、严谨、统一的学术标准,凡投稿,视为作者、译者皆已知悉并同意《南湖法学》的征(约)稿条件。

(四) 凡投稿一律原创,在字数上以 3000-8000 字为宜,法学论文请参照标准论文结构(含摘要、关键词、脚注、参考文献等),观点明确,论证缜密,其他文章以理论性和可读性为准。

(五) 凡投稿,请以附件形式(作者+《标题》)将电子文稿发至 znfxxzs@sina.com,并另起一页附上作者基本信息(含姓名、性别、学校、学院、年级、专业、联系方式、通讯地址、邮政编码等;如有多个作者,请分别列明),本刊副主编将于第一时间回复确认。

(六) 凡投稿恕难退还,请自留底稿;如无特别说明,视为本刊有权对其进行文字性删改并转至《南湖法学》网络平台。

(七) 凡投稿一经采用,本刊将于发刊前通知作者,根据相关规定支付稿酬(10 元/千字),并颁发录用证书和赠送当期期刊;若三个月内未接到录用通知,请作者自行处理。

(八) 若有其他未明之处,请参看“南湖法学—法律博客”<http://zcnhfx.fyfz.cn/>。

(九) 本期截稿时间:2013 年 4 月 30 日。对于上述内容,本刊保留最终解释权。

《南湖法学》注释体例

一、作者与文中注释均采用脚注，注码放于标点之前，其中作者注释注码号*，文中注释注码号①，每页重新编号，作者注释示例如下：

蒋利（1990—），男，广东惠州人，中南财经政法大学法学院法学专业 2009 级本科在读（或研究生，亦可附上研究方向、电子邮箱等）。

文中注释示例如下：

1、著作类

《马克思恩格斯选集》（第 2 卷上册）[M]，人民出版社 1972 年版，第 35 页。

吴汉东：《著作权的合理使用制度研究》[M]，中国政法大学出版社 1996 年版，第 206 页。

2、期刊类

陈小君、易军：“论我国合同法上赠与合同的性质”[J]，载于《法商研究》2001 年第 1 期。

3、文集类

尹田：“论动产善意取得的理论基础及相关问题”[C]，载于梁慧星主编：《民商法论丛》（第 29 卷），法律出版社 2004 年版，第 253 页。

4、报纸类

王启东：“法制与法治”[N]，载于《法制日报》1989 年 3 月 2 日。

5、网站类

吴汉东：“论范式民法典中的知识产权制度”[EB/OL]，载于法律快车

网址 <http://www.privatelaw.com.cn/cgi-bin/ztyj/view.asp?id=38>，2011 年 12 月 1 日。

6、译作类

[德]拉伦茨：《德国民法通论》（下）[M]，邵建东译，法律出版社 2003 版，第 1 页。

[澳]依凡·谢瑞尔：“国内法院对国际法的查明和适用”[J]，尤明青译，载于《法商研究》1997 年第 5 期。

7、古籍类

《明太祖实录》卷二十六。

[清]沈家本：《沈寄移先生遗书》甲编，第 43 卷。

8、辞书类

[1]《财经大辞典》（上），中国财政经济出版社 1990 年版，第 28 页。

9、外文类

遵从该语种的通常注释习惯。

二、其他

1、非直接引用原文而是概括引用者，注释前加“参见”；

2、引用资料非来自原始出处者，请注明“转引自”。

3、数个注释引自同一资料者，注释例：前引①，某书，第某页。

4、某个注释与上一个注释相同者：同上注，第某页；

5、引文出自同一资料相邻数页者，注释例：第 28 页以下。

6、参考文献附于文后，具体格式参照上述。

7、请从严遵照注释体例投稿，否则影响录用。

附：文献类型及其标识

参考文献类型	专著	期刊文章	论文集	报纸文章	学位论文	报告	标准	专利	数据库	电子公告
文献类型标识	M	J	C	N	D	R	S	P	DB	EB/OL

《南湖法学》编辑部

2012 年 12 月