

目 录

【专题研讨】

- 用人单位惩戒权的法理基础与法律规制 谢增毅(1)
- 论用人单位劳动规章的制定模式与效力控制
——基于对德国、日本和我国台湾地区的比较分析 沈建峰(15)
- 论雇主劳动合同条款变更权之控制 孙国平(28)

【论文】

- 如何设计司法? 法官、律师与案件数量比较研究 张千帆(52)
- 法院人员分类管理体制与机制转型研究 王禄生(63)
- 刑事误判治理中的社会参与
——以美国无辜者计划为范例 李奋飞(76)
- 反对自我归罪权的英美法溯源与法理分析
——兼论我国刑事诉讼法相关规定的完善 岳悍惟(96)
- 法律行为概念的再思考 窦海阳(109)
- 论影响产品自损侵权法救济的规则
——以中美司法实践为视角 董春华(126)
- 论基本权利滥用的认定标准 高慧铭(140)
- 论《国际商事合同通则》解释补充《联合国国际货物销售合同公约》之功能
——以损害赔偿制度为例 左海聪 杨梦莎(149)

【民法典编纂】

- 编纂一部商事品格的民法典 柳经纬(162)

【法政时评】

- 公共物品视角下社会救助的法律解释 蒋悟真 詹国旗(169)
- 环境法实施的立法保障 林灿铃(182)
- 美国社区听证的衰落与重振 黄凤兰(189)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 143 Jan. 2016 No. 1

Contents

Topic Discussion

- The Legal Basis and Regulation of the Employer's Power to Discipline the Employee *Xie Zengyi* (1)
- The Enactive Models of the Employer's Rules and Its Effect Control; Comparative Analyses Based on German, Japan, and Taiwan Area of China *Shen Jianfeng* (15)
- Judicial Interference on Employers' Right to Change Terms and Conditions of Labor Contracts
..... *Sun Guoping* (28)

Articles

- Designing Judiciary: A Comparative Study of Judges, Lawyers and Caseloads *Zhang Qianfan* (52)
- Research on the System and Mechanism Transition of Classified Management of Court Personnel
..... *Wang Lusheng* (63)
- Social Participation in the Governance of Criminal Miscarriages of Justice; Taking the U. S. Innocence Project for Example *Li Fenfei* (76)
- The Legal Sources in Anglo-American Law and the Jurisprudential Analysis of Privilege against Self-Incrimination; And the Improvement of the Related Regulations about Criminal Procedure Law in China *Yue Hanwei* (96)
- Reconsideration of the Concept of Legal Transaction *Dou Haiyang* (109)
- Comparative Study on the Compensation of Damage to Product Itself between China and America
..... *Dong Chunhua* (126)
- On the Standard of the Abuse of Fundamental Rights *Gao Huiming* (140)
- Study on Interpretive and Supplementary Functions of PICC to CISG; Taking the Damages System as Examples *Zuo Haicong & Yang Mengsha* (149)

Codification of Civil Law

- Codification of a Civil Code of Commercial Character *Liu Jingwei* (162)

Comments on Legislation and Jurisdiction

- Legal Interpretation of Social Assistance under the Perspective of Public Goods
..... *Jiang Wuzhen & Zhan Guoqi* (169)
- Legislation Safeguard of Implementation of Environmental Law *Lin Canling* (182)
- The Decline and Revival of the American Community Hearing *Huang Fenglan* (189)

【专题研讨】

用人单位惩戒权的法理基础与法律规制

谢增毅*

摘要:实践中,许多用人单位都规定了对雇员的惩戒规则,以对违规之雇员实施惩戒。雇主惩戒权既是雇主的一种固有权力,又建立在契约基础之上。在法律上有必要对雇主惩戒权实行必要的规制。惩戒事由必须与工作有关,且是违反劳动者义务的行为。在法律上应认可警告、扣薪、调岗、解雇等惩戒措施,不宜认可“赔偿损失”、“停职”作为惩戒措施。惩戒还应遵循规则明确、公平合理、程序正当等原则。未来我国在劳动法修改中应增加有关惩戒制度的条款,规定惩戒制度的一般原则,将具体惩戒事由和措施规则交由用人单位依法制定和实施,并接受裁判机构的审查。

关键词:用人单位 惩戒 惩戒事由 惩戒措施

一、问题的提出

随着1982年《企业职工奖惩条例》的废止,我国在立法上就没有关于用人单位对劳动者奖惩的规定。但在实践中,许多用人单位都制定了规章制度,规章制度通常都包含劳动者的行为守则,以及劳动者违反行为守则时雇主可以采取的惩戒措施。例如,“罚款”、“扣工资”、“调岗调薪”、“赔偿单位的经济损失”、“解除合同”等常见见于用人单位的规章制度并在实践中被广泛使用。这些惩戒措施对于维护企业的经营秩序发挥了积极作用,但由于缺乏立法规范,加上用人单位和劳动者在实力和地位上的差异,用人单位惩戒措施的合法性和合理性常常受到质疑。我国各地对惩戒手段、惩戒事由以及如何对惩戒进行限制等方面都缺乏统一的指导。在审判实践方面,出现了法院轻易认可企业制订的劳动纪律的倾向。^{〔1〕}因此,我国很有必要对雇主的惩戒行为进行规范。虽然雇主的惩戒行为在实践中随处可见,但目前学界对这一问题的研究严重不足,相关文献屈指可数,难以满足实践需要。因此,有必要从理论上深入研究用人单位惩戒权的法理依据,劳动者的哪些行为可构成惩戒对象,用人单位可以采取哪些惩戒手段(措施),惩戒应当遵循怎样的程序,惩戒权与劳动法其他制度,例如劳动合同变更、劳动合同解除制度之间的关系等诸问题。本文拟就上述问题进行论述,以期推动对该问题的理论研究和立法完善。

* 中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

〔1〕 黎建飞、董泽华:“企业惩戒制度研究——以德、法、日三国为借鉴”,载《天津师范大学学报》(社会科学版)2014年第3期,第32页。

二、雇主惩戒权的依据和性质

关于惩戒权的依据和性质,日本和我国台湾地区学者有过较多探讨。影响较大的主要有三种学说,即“固有权说”、“契约说”和“维护企业秩序说”。“固有权说”认为,惩戒权限系雇主基于维持工作规律、经营秩序之实际需要所当然拥有之权限。故雇主即使无任何明文规定,亦得对劳工施以适当制裁。“劳动契约说”则认为,雇主对劳工之惩戒,仅于劳工在劳动契约上存有具体同意之限度内始为可能。亦即雇主需取得劳工明示或默示同意,才能取得惩戒权。“维护企业秩序说”认为,雇主系企业所有者,享有将构成企业之人的要素及物的设施两者加以统合,作合理配置组织的权限,故其得就维持企业秩序之必要事项订定一般性规则,进而依其所定规则对违犯者施加惩戒以为制裁。劳工既因缔结劳动契约而被纳入企业组织服务,其即负有遵守该企业所需维持之企业秩序的劳动契约上附随义务。^[2]

上述学说中,“固有权说”过分突出了雇主的权力,忽略了劳动关系的契约属性,容易造成雇主的恣意,损害劳动者的权益,故存在较多弊端。“契约说”突出了劳动关系的契约属性,有利于限制雇主的权力,保护劳动者的利益。但从现实考察,一些国家和地区的立法认可雇主的惩戒权,例如日本和我国台湾,^[3]因此,雇主的惩戒权并非只能建立在契约基础之上。从企业运作实际情况看,规定惩戒权的规章制度的具体内容未必都要经过劳动者同意,因此,“契约说”虽然有利于体现劳资双方的平等地位,但无法完全反映立法和现实情况。“维护企业秩序说”融合了固有权说和契约说的合理因素,并将劳动者遵守秩序以及有关惩戒规则作为劳动者的附随义务,具有较强的合理性。我国有学者主张以“定型化契约”作为惩戒处分的法律依据,认为,定型化契约作为惩戒处分的法律依据既满足了用人单位对生产经营活动的实际控制,又保障了劳动者的利益,实现了利益平衡。^[4]该说具有一定的合理性,但定型化契约毕竟是契约之一种,因此,该种学说仍无法克服上述“契约说”存在的缺陷。除此之外,关于惩戒权的性质,还有“集体合意说”、“法规范说”、“否定说”等各种学说,^[5]因其影响较小,此处不一一赘述。

探讨雇主惩戒权,应从劳动关系的本质属性入手。众所周知,劳动合同的基本属性在于其“从属性”,雇员必须接受雇主的指挥和管理。例如,在德国,“按照劳动合同,劳动者承担在雇主领导和指挥下给付约定劳动的义务;雇主承担支付约定劳动报酬的义务”。^[6]在英国,“遵守雇主的指示是雇员最基本的义务”。^[7]从企业运作的实践看,雇主的“领导和指挥”、“指示”可通过多种方式实现,既可以通过劳动合同和集体合同的规定,还可以通过个别、临时的指示,也可以通过稳定的、长期的、普遍的规章制度(工作规则)加以实现。^[8]实践中,大多数雇主都通过规章制度对雇员进行领导和指挥。

[2] 焦兴铠等:《“劳动基准法”释义——施行二十年之回顾与展望》,新学林出版股份有限公司2009年版,第418-419页。

[3] 例如,日本《劳动基准法》(2012年)第91条、我国台湾地区“劳动基准法”(2011年)第70条就包含“奖惩”的规定。

[4] 董文军:“我国惩戒处分法律规制问题研究”,载《当代法学》2010年第3期,第118-120页。

[5] 黄越钦:《劳动法新论》(修订三版),翰芦图书出版公司2006年版,第254-255页。

[6] [德]雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第43-44页。

[7] Deborah J. Lockton, *Employment Law* 103 (Palgrave Macmillan 2006).

[8] 我国《劳动合同法》第4条规定了规章制度的内容和程序的内容,日本一般使用“工作规则”的概念。

因为规章制度相比劳动合同的内容可以更加明确具体,且因其对同一雇主的劳动者具有普遍效力,往往具有更强的约束力。而且,通常规章制度都会伴随惩戒内容,否则规章制度的效力就会大打折扣。因此,惩戒权是雇主实现其领导、指挥、管理雇员的重要手段和重要内容,也是劳动合同得以顺利履行的组成部分。例如,在德国,企业内制裁制度早在工业化过程之初期阶段即已存在,历来之一般见解均认为企业惩戒制度的制定与施行系源于雇主之指示权,依其法律性质,多认为属于形成权之一种。^[9]因此,惩戒权是从劳动关系和劳动合同本身引申出来的雇主应有的权力,既是雇主“固有”的权力,同时,这种权力也是建立在“契约”基础之上的,因此,上述“固有说”和“契约说”各有缺陷,综合两说的合理因素,则可以较圆满地解释惩戒权的法理基础和法律性质。

从上可知,雇主惩戒权来自于劳动合同的本质,并由劳动合同所派生。由于雇主的惩戒内容大多通过雇主和雇员的集体协议或者规章制度(工作规则)体现出来,而不是体现于雇主和单个劳动者所订立的劳动合同中,而集体(团体)协议或规章制度往往具有适用于超出单个劳动者的“法规”的普遍效力,^[10]加上集体(团体)协议和规章制度的制定往往需要较高的民主参与度,惩戒权也被视为企业团体自治权力。例如,二战以后德国学说已否认企业惩戒为契约合意约定的处罚,而认为企业惩戒制度系团体之组织内部惩戒权力,将企业惩戒作为社会自治之内容。德国劳工法院也采用这一立场。^[11]将雇主的惩戒权视为企业团体自治权力,与惩戒权源于劳动合同并不冲突。惩戒权源于劳动合同,主要说明惩戒权的权力来源;而自治权力主要描述了惩戒权的表现形式和实施方式,后者和前者为表里关系,并不矛盾。

惩戒权除了具备上述法源外,在实务中亦有积极意义和必要性。一是惩戒权的存在使工作规则更加清晰、更为权威。惩戒作为规则违反的后果,通常伴随在规则之后,因此,通过惩戒规则,雇员更清楚各类行为的重要性以及违反后果,可以提高规则的严肃性和权威性,促使规则得到雇员的自觉遵守。二是惩戒权的存在可以预防和减少解雇。通常,解雇是雇主享有的法定的最严厉的惩戒措施。惩戒制度一般针对雇员的行为性质和违反程度,制定程度不同的惩戒措施,诸如警告、扣薪、调岗,而将解雇作为最终也是最严厉的惩戒措施,从而可以有效预防和减少解雇的发生。三是通过惩戒制度,可以维持企业良好秩序,促进劳动合同的履行。通过惩戒制度,可以促进劳动者自觉履行劳动合同义务,促进团体协作和团队工作的完成,提高工作质量和效益。四是通过惩戒制度可以减少劳动争议。通过惩戒制度,雇员的违纪行为可以得到及时制裁,防止雇员发生更加严重的违纪行为;而且雇员的行为可以在雇主内部得到解决,预防和减少诉诸于国家裁判机构的劳动争议案件,减轻国家裁判机构的负担。因此,在德国,依联邦劳工法院之见解,企业惩戒制度,对企业本身及所属员工之合理利益的保障而言,均属有利。^[12]

当然,雇主惩戒权是一把双刃剑。由于雇主对规章制度以及相应的惩戒规则制定和实施的主动权,加上雇主实力和地位的优势,如果不对雇主的惩戒权加以规范,则雇主极易利用其惩戒权,对雇员

[9] 黄程贯:“企业惩罚权”,载《台湾社会研究季刊》1989年第三、四期(1989秋/冬季号),第13页。

[10] 例如,德国《集体合同法》第1条就明文规定集体合同规范具有法规性效力。参见吴文芳:“德国集体合同‘法规性效力’与‘债权性效力’之研究”,载《法商研究》2010年第2期,第135页。

[11] 同注9引文,第16-17页。

[12] 同注9引文,第19页。

施加不合理之规则,恣意损害雇员利益。因此,在法律上需要慎重对待雇主的惩戒权。例如,德国雇主的惩戒权最早被1891年修订的《工商营业法》所确认,1920年《经营协议会法》和1934年《劳动秩序法》都有惩戒权的制定法基础。二战后,联邦德国制定法一反过去之情形,立法者对此问题均未有明文规定而默认企业惩戒制度之事实上存在。^[13]足见德国立法者对这一问题的慎重态度。在我国目前的实践中,企业的惩戒行为广泛存在,因此,我国有必要从立法上对惩戒权的行使作出规范,以发挥惩戒制度的积极作用,平衡协调雇主和雇员的利益。

需要指出的是,惩戒依照其权力来源的不同,可分为一般惩戒权与特别惩戒权,前者指依据法律规定在具备法定要件时,雇主即可以对劳动者实施的惩戒,例如惩戒解雇,以及依照民法规定,雇主对破坏生产设备的劳动者主张损害赔偿等;后者的惩戒权的基础在法律规定之外,由用人单位的规章制度或工作规则所规定,诸如针对雇员的行为分别规定“罚款”、“扣薪”等,后者有时被称为“秩序罚”。^[14]从法理上讲,因两类惩戒的法源和形式不同,有必要加以区分。但在实践中,两者往往交织在一起,无法截然分开,下文将作进一步的分析。

三、惩戒事由

惩戒事由,即雇主可以对劳动者的哪些行为实施惩戒,是惩戒制度的首要内容。该问题涉及两个层面:一是雇员的哪些类型的行为可以作为惩戒对象,明确该问题,可以为用人单位提供范本,也可以使劳动者引以为戒;二是作为惩戒事由的行为从法理上如何确立其性质和标准。

关于惩戒事由,虽然《企业职工奖惩条例》已被废止,但其规定的几类行为仍具有一定的参考价值。根据该《条例》第11条规定,可给予“行政处分或经济处罚”的行为,概括起来,主要包括以下几类:(1)违反出勤纪律(经常迟到、早退,旷工);(2)消极怠工,没有完成生产任务或者工作任务的;(3)无正当理由不服从工作分配和调动、指挥;(4)影响生产秩序、工作秩序和社会秩序的(无理取闹,聚众闹事,打架斗殴);(5)玩忽职守,违反技术操作规程和安全规程,或者违章指挥,造成事故的;(6)工作不负责任,使雇主遭受经济损失的(经常产生废品,损坏设备工具,浪费原材料、能源);(7)违反国家财经纪律或涉及经济犯罪的;等等。^[15]在日本,就业规则所确定的成为惩戒对象的劳动者行为类型主要包括:(1)关于劳动力提供的义务履行行为,比如不接受雇主的管理等违反工作指令的行为,以及擅自迟到、早退、欠勤等对工作的懈怠行为;(2)关于企业设施和器材等的保管行为,例如企业物品等的擅自利用和处分行为;(3)关于预防灾害发生和保持卫生的行为,比如无视安全生产规则、危险场所

[13] 同注9引文,第14页。

[14] 同注5引书,第255页。

[15] 《企业职工奖惩条例》(1982年颁布,现已废止)第11条规定:“对于有下列行为之一的职工,经批评教育不改的,应当分别情况给予行政处分或者经济处罚:(一)违反劳动纪律,经常迟到、早退,旷工,消极怠工,没有完成生产任务或者工作任务的;(二)无正当理由不服从工作分配和调动、指挥,或者无理取闹,聚众闹事,打架斗殴,影响生产秩序、工作秩序和社会秩序的;(三)玩忽职守,违反技术操作规程和安全规程,或者违章指挥,造成事故,使人民生命、财产遭受损失的;(四)工作不负责任,经常产生废品,损坏设备工具,浪费原材料、能源,造成经济损失的;(五)滥用职权,违反政策法令,违反财经纪律,偷税漏税,截留上缴利润,滥发奖金,挥霍浪费国家资财,损公肥私,使国家和企业在经济上遭受损失的;(六)有贪污盗窃、投机倒把、走私贩私、行贿受贿、敲诈勒索以及其他违法乱纪行为的;(七)犯有其他严重错误的。职工有上述行为,情节严重,触犯刑律的,由司法机关依法惩处。”该条例的内容虽然较为周延,但在类型化上还不完善,将一些性质不一的行为划入同一类,并不妥当。

吸烟行为;(4)关于在工作场所和工作时间内保持秩序的行为,比如在企业内擅自集会、张贴标语、任意着装、暴力等行为;(5)关于保护企业信誉的行为,比如泄露企业秘密、对企业的指责和批判、在企业外有不良行为等。^[16]可见,日本除了第5类行为外,其他可惩戒的行为类型和我国类似,主要涉及劳动者拒绝服从雇主指示、违反出勤纪律、消极怠工、违反安全卫生规则、未妥善处理雇主财物、扰乱正常秩序等行为。

雇主的业务和规模千差万别,规章制度各式各样,立法显然无法一一列举可以作为惩戒对象的各种行为。从法理上讲,根据惩戒的性质,作为惩戒对象的行为应符合两个条件。

第一,行为必须与工作相关。前文已表明,雇主的惩戒权源于劳动关系和劳动合同的属性,因此,雇主惩戒的雇员行为必须与劳动合同有关,即与工作相关。我国台湾地区的案例曾指出,“在工作时间外之劳工业务外行为,属劳工之私生活范围,非雇主所得任意支配,惟有劳工之行为与事业活动有直接关联,且损害事业之社会评价,为维持企业秩序必要,方足成为惩戒之对象”。^[17]通常劳动者工作场所之外的行为不受雇主约束,但这并不绝对。在日本,劳动者负有诚信规则上不损毁雇主的业务利益和信誉的义务,所以,劳动者在企业外的活动如果侵害了这些利益,扰乱了企业秩序,就可成为惩戒对象。比如,劳动者反对本公司建设原子能发电所而在住宅附近散发传单,使公司的社会信誉受到严重损害,对该劳动者实行的休职处分和减薪处分被认定有效。^[18]近年来,雇员在社交网站上的行为是否应受规制成为一个新鲜话题。例如,在澳大利亚,随着社交网络的普及,雇员因在社交网站上公开批评雇主而被解雇的案件时有发生。近年来,澳大利亚法院通过一系列案件确立了雇主的“政策制定义务”,即若要使此类解雇具有“正当性”,雇主必须事先制定足够明确、细致、有强调性的规章制度,规制雇员对社交网络的使用,否则被解雇的雇员有权得到重新雇佣或金钱赔偿等方式的补救。^[19]换言之,如果雇主事先制定了规章制度,规制雇员对社交网络的使用,雇员在社交网络上的行为可成为惩戒对象。有趣的是,在我国新近的案例中,也有法院认可雇主对在社交网络上发表言论的劳动者实施的惩戒。例如,在“赵某与北京某电力市政工程有限责任公司劳动争议案”中,劳动者在微信朋友圈发布了信息,公司认为该信息有损于公司,并根据《员工奖惩管理办法》中有关“未经核准或授权擅自对外发表言论损害公司形象者”的规定,对员工实施了记小过和降薪的处分,法院认可了雇主的惩戒行为。^[20]尽管法院对该案的判决是否合理值得进一步探讨,但法院认可雇主对雇员业外(社交网络)言论的限制并加以惩戒的判决本身,无疑对雇主和雇员都具有警示意义。因此,如果雇主有明确的规章制度和惩戒规则,且劳动者在业外的言论损害了雇主声誉或利益,则劳动者的行为可成为惩戒的对象。

当前,较有现实意义的是“内部举报”应否受到惩戒。内部举报是指以公益保护为目的,将企业内

[16] 田思路、贾秀芬:《日本劳动法研究》,中国社会科学出版社2013年版,第134页。

[17] 同注2引书,第420页。

[18] 同注16引书,第140-141页。

[19] 参见2015年5月14日晚,西澳大利亚大学前法学院院长、荣誉退休教授 William James Ford 在中国人民大学法学院所做的题为“劳动者保护的扩张之辩——澳大利亚劳动法的新近发展”的主题演讲。参见 <http://www.law.ruc.edu.cn/article/?49252.html>, 访问时间2015年8月7日。

[20] 参见“赵某与北京某电力市政工程有限责任公司劳动争议一审民事判决书”(2015西民初字第06054号),北京法院审判信息网。

的不正行为向企业外的第三者公开的行为。原则上,如果内部举报具有真实性,行为是正当的,举报受到保护,不应受到惩戒,否则有违公序良俗。但如果是显著歪曲和扩大事实造成公司信誉损害的行为,则属于惩戒对象。^[21]

第二,行为必须是违反劳动者义务的行为。惩戒作为一种对雇员的否定评价,往往给雇员带来不利益,因此,雇主不得随时设置惩戒对象。劳动者只有在违反劳动者义务时,才应受到惩戒。因为,企业惩戒制度的目的在于“监督劳工履行劳动契约义务,维持企业运作所需之客观秩序”。^[22]如果劳动者没有违反契约义务,自然不应受到惩戒。笔者也赞同惩戒事由的确定应遵循“义务—纪律—惩戒”的逻辑顺序;^[23]虽然,义务和纪律往往难以截然分开。只有违反劳动者义务的行为才构成惩戒对象,意味着那些合法行为,例如,因集体协商而罢工的行为、劳动者一般的兼职行为等,不应成为惩戒对象。此处面临一个重大课题,即“劳动者的义务”如何确定?大部分国家和地区的成文法中,并没有全面规定劳动者的义务或基本义务。笔者在总结一些国家和地区有关雇员义务的基础上曾指出,雇员的主要义务可以概括为忠实义务和勤勉义务。忠实义务是指雇员应当以善意的方式履行工作职责,维护雇主的利益,不牺牲雇主的利益以谋求个人利益,具体包括:合作的义务、不接受贿赂或秘密佣金、不泄露秘密信息、竞业限制等义务。勤勉义务是指雇员应当以适当的方式履行工作,具体包括:遵守雇主合理合法指示和规章制度的义务、运用合理注意和技能的义务。^[24]有趣的是,《意大利民法典》第5编“劳动”,罕见地规定了劳动者的义务。《意大利民法典》第2104条和第2105条的名称为“劳务提供者的勤谨注意”、“忠诚义务”,其规定劳动者的“勤谨”和“忠诚”两项基本义务,似印证了笔者概括的劳动者基本义务,即“忠实义务”和“勤勉义务”。^[25]同样重要的是,《意大利民法典》紧随其后在第2106条规定了“纪律处分”,该条规定“违反第2104条和2105条规定的,可以根据违反纪律的程度给予纪律处分”。^[26]其明确指明了纪律处分的对象只能是违反劳动者义务的行为,具有重要的理论和实践意义。可见,惩戒对象只能是违反义务的行为,不仅是法理的推导,也有制定法作为依据。

四、惩戒手段

惩戒手段(措施)或惩戒处分的种类也是惩戒制度的重要内容。原《企业职工奖惩条例》第12条规定:“对职工的行政处分分为:警告,记过,记大过,降级,撤职,留用察看,开除。在给予上述行政处分的同时,可以给予一次性罚款。”因该条例制定时,我国尚未实行市场经济体制,且大部分企业为国有企业,因此,处分带有明显的行政色彩,和国家机关对公务员的处分类似。不过,从劳动法法理看,“警告,记过,记大过”相当于警告和训诫;“降级、撤职”相当于调岗,“留用察看”相当于停薪,“开除”

[21] 同注16引书,第139页。

[22] 同注2引书,第420页。

[23] 丁建安:“企业惩戒权的法律规制”,载《社会科学战线》2013年第10期,第191页。

[24] 谢增毅:《劳动法的改革与完善》,社科文献出版社2015年版,第52页。

[25] 《意大利民法典》第2104条规定,根据职务性质、企业和国民生产利益的要求,劳务提供者应当尽其勤谨注意义务。劳务提供者还应当遵守与执行职务有关的规定和由企业主及其各级合作者制定的劳动规则。第2105条规定,劳务提供者不得为自己或者第三人利益从事与企业主竞争的业务,也不得泄露企业管理或者生产方法的信息,不得允许第三人利用上述信息而使企业蒙受损害。参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第492页。

[26] 参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第492页。

则为解雇。此外,该条例还允许企业对职工进行“罚款”。从劳动法角度来看条例规定的处分类型对完善惩戒手段仍有积极意义。目前,我国《劳动法》和《劳动合同法》等未对惩戒的具体手段和类型作出规定,惩戒手段或处分种类主要由企业自行规定。因此,我国有必要根据现有法律的相关规定以及实践做法,对各类惩戒手段加以规范。

(一)警告

虽然《企业职工奖惩条例》已被废止,“警告”、“严重警告”的处分类型还被广泛使用,例如,“李某与某保险有限公司上海分公司案”中,企业规定了“警告”、“严重警告”处分。^[27]“记过”、“记大过”也被企业使用,例如,“王某与重庆某照明公司劳动争议案”中,企业对劳动者实施了“记过”和“记大过”的处分。^[28]“警告”、“记过”等警示性的处分措施,属于程度较轻的处分,没有对劳动者造成现实的、直接的不利益,但属于对劳动者的否定性评价,且对劳动者日后的职业前景以及用人单位进一步的惩戒措施有影响,因此,警告等处分措施也不得随意设定和实施。

值得关注的是,现实中,许多用人单位公开批评劳动者或将处分公开,甚至在网站上公布处分结果,是否妥当?公开批评劳动者或将处分公开从性质看属于“名誉惩罚”,典型的方式是将劳工在大庭广众之前加以训斥、羞辱或将劳工警告或申戒等事件公开宣布或公告令他人知悉。我国台湾学者指出,“凡带有此种名誉惩罚性质之企业制裁措施均绝对不得为之”,“在劳动关系中自亦不得限制或任意支配、处分人类之尊严”。^[29]笔者认为,除了名誉惩罚有损劳动者的尊严外,雇主不得以公开方式处分劳动者的理由还在于,劳动合同是劳动者和雇主之间的私人合同,虽然雇员加入了雇主,成为雇主一员,但个别劳动者和雇主之间的合同是独立的,劳动者和雇主在地位上是平等的,且劳动合同具有相对性,仅于双方之间发生关系,雇主不能超出双方关系对雇员实施惩戒。例如,德国法非常强调劳动合同是基于私人合同(private)而建立,将依据私法合同,而非受迫或者根据公法建立的关系(如职业公务员或法官),作为判断劳动合同和雇员身份的两大要素之一。^[30]因此,纵使劳动者有过错,雇主也不得凌驾于劳动者之上,损害劳动者的尊严。除了不得使用名誉惩罚外,雇主在实施其他惩戒措施时,也应当尽量避免对劳动者的尊严和名誉造成损害,否则要承担相应的法律责任。

(二)“罚款”(扣薪)

《企业职工奖惩条例》认可罚款。该条例被废止后,企业的“罚款”行为常常不被法院认可。例如,在“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议案”中,用人单位根据规章制度中有关“罚款”的规定对劳动者实施了“罚款”,劳动者不服,法院最后支持了劳动者的主张。法官指出,“就罚款行为本身,通常系司法、行政等部门依法进行的一项惩戒行为。用人单位对劳动者具备用工自主管理权,但应限于合法合理的范畴内,现行法律法规并未赋予用人单位对劳动者的罚款权……”。^[31]在某些案件中,也有法官并没有直接否认“罚款”的合法性。在上述“王某与重庆某照明公司劳动争议案”中,法官指出,“在1982年国务院颁布的《企业职工奖惩条例》中曾经规定用人单位享有给予职工经济处

[27] 参见“李某与某保险有限公司上海分公司劳动争议民事判决书”,(2013)二中民终字第07324号,北京法院审判信息网。

[28] 参见“王某与重庆某照明公司劳动争议案”判决书,(2015)万法民初字第01265号。

[29] 同注9引文,第31页。

[30] Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany* 45 (Kluwer Law International 2008).

[31] 参见“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议二审民事判决书”,(2015)一中民终字第4723号,北京法院审判信息网。

罚的权利,但是在该条例废止后《劳动法》和《劳动合同法》并没有明确用人单位能否对劳动者进行“罚款”。该判决似乎并不直接禁止用人单位对劳动者实施“罚款”。

由于“罚款”在实践中被广泛采用,因此,其是否可以作为惩戒措施值得研究。如果单从字面理解“罚款”,即将之等同于我国《行政处罚法》所规定的作为行政处罚种类的“罚款”,则企业自然不是“罚款”的实施机关,也无权实施“罚款”。^[32] 但撇开字面的理解,许多用人单位虽然制定了名为“罚款”的处分措施,但其实质是“扣薪”处分。因为,实务上,大部分所谓“罚款”都是从工资中加以扣除,并不是要求劳动者另行支付所谓的“罚款”,因此,企业所谓的“罚款”实为“扣薪”行为,不必完全拘泥于其表面的用语而一概加以禁止。“扣薪”作为惩戒措施有其合理性和便利性。理由在于:第一,扣薪符合合同法原理。用人单位的主要义务是支付工资,当劳动者违反纪律,而有违反劳动者义务的行为时,从合同法角度,用人单位自然可以根据劳动者履行义务的情况,减少其对价,而履行其相应的义务,因此,扣薪具有合同法上的依据。第二,扣薪是一种比较柔性而务实的惩戒措施。扣薪因其实质地减少了雇员的收入,相比“警告”等行为,使雇员遭受了直接的物质的不利益,有利于督促劳动者履行相关规则和义务,减少对纪律的违反,因此是一种务实的惩戒手段。同时,扣薪也是比较柔性的惩戒措施,相比调岗、解雇,扣薪对劳动者的影响较小,容易被雇员接受。第三,扣薪通常规则明确,容易实施,不易引起纠纷。因此,扣薪对于那些轻微和中度的违反工作规则的行为是一种较简便的惩戒手段,可以平衡雇员和雇主的利益。正因如此,扣薪被我国台湾、日本和意大利等国家和地区广泛认可。因此,我国对于用人单位规定的“罚款”不应简单地给予否定,如果名为“罚款”实为“扣薪”,则不应一概否定。特别是由于《企业职工奖惩条例》认可“罚款”,许多单位一直沿用,完全禁止“罚款”,对企业和员工未必有利。

由于工资属于劳动者的基本权利,各国劳动法一般都对工资提供了特殊保障,加上“扣薪”主要由雇主单方面制定规则加以实施,因此,有必要对扣薪的数额进行限制。比如,日本《劳动基准法》第91条规定了减薪的限度,即进行减薪制裁时,一次减薪的数额不能超过日平均工资的半额,减薪的总额不能超过一个工资支付周期的工资总额的1/10。^[33] 意大利法律的规定更加严格,雇主对雇员的罚款不得超过4小时的工资。^[34] 原《企业职工奖惩条例》(第16条)则规定:“对职工罚款的金额由企业决定,一般不要超过本人月标准工资的20%。”相比之下,日本的规定较为合理可行,可资借鉴。

(三)调岗

“调岗”也称“调职”,是我国台湾地区认可的惩戒手段之一,^[35] 也是日本允许的雇主对劳动者的一种惩戒手段。^[36] 在我国司法实践中,法官也在一些案例中认可用人单位对劳动者进行调岗,诸如上文提及的“赵某与北京某电力市政工程有限责任公司劳动争议案”。从法理看,调岗应否作为雇主的惩戒手段?我国《劳动合同法》第40条规定了用人单位可以单方面调整劳动者工作岗位的两种情形,即“劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期后不能从事原工作”,以及“劳动者不能胜任工

[32] 参见我国《行政处罚法》(2009年修订)第2、3章。

[33] 日本《劳动基准法》(2012年)第91条。

[34] [意]T. 特雷乌:《意大利劳动法与劳资关系》,刘艺工、刘吉明译,商务印书馆2012年版,第74页。

[35] 同注2引书,第425页。

[36] Takashi Araki, *Labor and Employment Law in Japan* 154 (the Japan Institute of Labor 2002).

作”,用人单位可以单方面调整工作岗位;除此之外,《劳动合同法》没有关于调岗的其他规定。由于调岗涉及工作内容的变动,一般被认为是劳动合同的变更;而劳动合同变更,根据《劳动合同法》第35条的规定,必须经用人单位与劳动者协商一致,因此,除法定情形下,用人单位是否可以单方面调岗,包括实施惩戒性的调岗成为理论和实务的一个重要课题。

包括调岗在内的劳动合同变更一直是理论界和实务界的一个难题。原因在于,由于劳动合同的长期性以及内容的不确定性,雇主需要根据市场环境、企业业务和人员状况对劳动者的工作岗位和工作内容作适当调整,以适应形势变化的需要,而工作岗位等变动往往涉及工作内容、工资、岗位级别、所需技能等的变化,对劳动者影响巨大。因此,在劳动合同的变更上,雇主的用工自主权和劳动者的就业安定权形成一定的张力,较难平衡。有关工作岗位变动和劳动合同变更的学说和判例更是五花八门,难以统一。^[37] 目前,较易被接受的观点和实务做法是,雇主单方调岗必须满足两个条件:一是雇主通过和雇员明示或默示的合意,取得单方面的调职权;二是雇主必须遵循诚实信用原则,对劳动者进行合理的调岗,不得滥用调岗权利。^[38] 简言之,一是双方达成合意,二是调岗必须合理。在我国司法实践中,一些地方法院的指导意见给予用人单位更大的自主权,只要调岗合理或者合同变更合理,双方是否达成合意,似乎并不是必备条件。^[39] 法院判决中,也有支持用人单位单方面调岗的行为。从上述学说和判例看,只要符合一定条件,雇主有权实施调岗行为。

根据上文有关雇主调岗的理论和实践,我国应允许雇主实施惩戒性调岗。主要理由包括:第一,惩戒性调岗基本符合雇主单方调岗所需的“合意”和“合理”两个条件。在惩戒场合,因雇员违反义务和纪律,对“合意”的要求可以适当降低,如果规章制度有明文规定,可以构成“合意”的表现,只要雇主满足了“合理”调岗另一要件,应当允许雇主实施惩戒性调岗。从我国大陆和台湾地区的案例实践看,许多法官并没有将雇员的同意作为雇主单方调岗的前提条件,因此,只要惩戒性调岗措施明确记载于规章制度,即便没有劳动者的具体同意,也应不妨碍惩戒性调岗的实施。第二,调岗是一种宽严适当的惩戒措施,并可以减少解雇的发生。常用且被普遍接受的惩戒措施一般只包括“扣薪”、“调岗”、“解雇”等类型。“扣薪”因法律对扣薪数额有严格的限制,对雇员的惩戒力度有限,如果没有“调岗”作为“扣薪”和“解雇”的中间措施,会使解雇增多,这对雇主和雇员均不利。第三,我国实务中许多用人单位规定了“调岗”的惩戒措施,与其禁止“调岗”,不如认可并对其加以规范。^[40] 需要说明的是,因调岗,劳动者的义务发生重大变更,对劳动者的影响较大,惩戒性调岗应适用于劳动者严重或者比较严重违反规章制度或严重违纪的场合,一般的违纪行为不应适用。

(四) 赔偿损失

“赔偿损失”经常被用人单位作为惩戒的手段,规定于用人单位的规章制度之中,例如上文提及的

[37] 同注2引书,第146-173页。

[38] 参见丁建安:“论企业单方调岗法律效力的判断”,载《当代法学》2015年第3期,第134页。

[39] 例如,浙江省高院《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》(浙法民一[2009]3号)第42条规定,企业对劳动者工作岗位的调整,如果没有变更劳动合同的主要内容,或“虽有变更但属生产经营所必需,且对劳动报酬、其他劳动条件未作不利变更的”,劳动者有服从安排的义务;后者则如广东省高院、劳动人事争议仲裁委员会2012年《关于审理人事争议案件若干问题的座谈会纪要》第22条规定,企业对劳动者工作岗位的调整,只要该调整为企业生产经营所必需,而且调整后劳动者的工资水平与原岗位基本相当、不具有侮辱性与惩罚性、无其他违反法律法规的情形,劳动者就有服从的义务。

[40] 参见“赵某与北京某电力市政工程有限责任公司劳动争议一审民事判决书”,(2015)西民初字第06054号;“侯某与北京市某速递物流有限公司劳动争议一审民事判决书”,(2014)西民初字第23754号。

“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议案”,该公司《行政管理制度汇编》中有关条款规定,“有下列事由之员工,经调查核实,将根据情节除了按相应的制度规定给予考核扣分外还要给予记大过处分,造成经济损失的,赔偿相应经济损失”。^[41] 在“侯某与北京市某速递物流有限公司劳动争议”案中,公司《员工奖惩细则》也包含有“被惩处员工给公司或用户造成经济损失的,责令其赔偿经济损失”的内容。在“某名表城诉徐某案”中,该用人单位《关于手表丢失及手表损坏之规定》规定,“手表丢失……失职责任人承担零售价的10%”。^[42]

我国《劳动合同法》第90条、第91条规定,劳动者违反该法规定解除劳动合同、违反约定保密义务或者竞业限制约定,给用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任;用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者,给其他用人单位造成损失的,劳动者与用人单位应当承担连带赔偿责任。可见,《劳动合同法》关于劳动者赔偿责任的规定主要限于劳动者违法解除劳动合同以及双方存在保密协议或竞业限制等特别约定的情形,《劳动合同法》及《劳动法》并未规定劳动者在劳动合同履行中的赔偿责任。虽然如此,实践中有不少案例,用人单位要求劳动者承担在劳动合同履行中给用人单位造成损害的赔偿责任。在大多数案件中,仲裁机构或法院多以用人单位无法举证证明损失是由劳动者造成的,拒绝用人单位的请求,例如,“北京某建筑有限公司与腺某劳动争议案”。^[43] 但也有些案例,仲裁机构或法院支持用人单位的主张,判决劳动者承担赔偿责任。例如,在“某印刷公司与郭某劳动争议案中”,一审和二审法院认定,郭某作为公司财务经理对丢失现金244 855元具有重大过失,应赔偿印刷公司丢失现金80%的损失,即195 884元。^[44] 在上述“某名表城诉徐某案”中,仲裁机构支持了用人单位的赔偿主张,但一审和二审法院以用人单位不能证明劳动者工作中存在不符合工作流程或存在重大过失为由,拒绝用人单位的赔偿请求。

根据上述立法和实践案例,我国应否承认用人单位对劳动者实施“赔偿损失”的惩戒手段?答案是否定的。理由在于:第一,“赔偿损失”问题可由法律规则解决,不应通过雇主的惩戒规则实施。雇主的规章制度和惩戒措施主要属于雇主自治权的范畴,更多突出雇主的意志,如果雇员的义务及其责任可以通过法律规则解决,则应当通过法律规则解决。赔偿损失除了可依据劳动法的相关规定,民法规则(包括判例规则)也有适用余地。例如,在德国,关于雇员对雇主的赔偿责任,《民法典》原则上是适用的,但法院通过判例确立了不完全等同于民法规则的特殊规则,即雇员不对自己的轻微过失承担责任,对于中度过失只承担部分责任,只有故意或重大过失才承担全部责任。^[45] 通过成文法和法院的判例规则可以解决雇员赔偿雇主损失的问题。更为重要的是,损失赔偿是一个极为复杂的问题,涉及对劳动者是否故意或过失,重大过失、中度过失、轻度过失,损失的因果关系,以及损失金额的确定,这些复杂问题必须依靠专业的裁判机构才能作出认定,仅凭雇主和劳动者是无法解决此类问题的。第二,雇主的规章制度和惩戒规则难以对“赔偿损失”作出有效规定。因雇员的行为给雇主造成的损失的计算十分复杂,因此,通常雇主无法就雇员应承担的损失赔偿额作出有效的规定。例如,上文提

[41] 参见“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议二审民事判决书”,(2015)一中民终字第4723号。

[42] 北京市劳动和社会保障法学会:《劳动与社会保障》2012年第4期,第45页。

[43] “北京某建筑有限公司与腺某劳动争议一审民事判决书”,(2015)怀民初字第01881号。

[44] 北京市劳动和社会保障法学会:《劳动与社会保障》2015年第2期,第71-73页。

[45] Weiss & Schmidt, *supra* note 30, at 117-118.

及的“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议案”和“侯某与北京市某速递物流有限公司劳动争议案”的规章制度,大致只有“造成经济损失的,赔偿相应经济损失”的笼统规定。即使在“某名表城诉徐某案”中,该单位规定了“手表丢失……失职责任人承担零售价的10%”的内容,虽然该规定具体、明确,但其合法性、合理性和可操作性,仍存在很大疑问。第三,由于赔偿金数额可能巨大,如果可由雇主制定,可能对雇员造成严重不公。第四,从比较法角度看,日本、意大利和我国台湾地区这些对惩戒有法律明文规定的国家和地区,都不包含“赔偿损失”的惩戒手段。概言之,“赔偿损失”应由当事人通过法律规定或判例,经由裁判机构处理,不应由雇主的惩戒规则加以解决。

(五) 惩戒解雇

解雇是被普遍认可的一种惩戒措施,特别是当雇员严重违反工作纪律或工作义务时,唯有解雇才能实现维护雇主秩序、惩戒雇员的目的。当然,解雇涉及劳动者就业的基本权利,是劳动法上的重要制度,通常解雇事由由法律规定,当事人不得自由约定,雇主也不能随意设定解雇事由。但法律或判例通常只规定了雇主可以解雇的事由类型,不可能将所有具体解雇事由一一列举穷尽,因此,用人单位的规章制度和惩戒规则就有进一步具体化的空间。例如,我国《劳动合同法》第39条规定了因劳动者的原因,用人单位可以解除劳动合同的情形,^[46]其中“严重违反用人单位的规章制度的”、“严重失职、营私舞弊、给用人单位造成重大损害的”,既是法定的解雇事由,同时也为雇主实施惩戒性解雇提供了空间,雇主可以在其规章制度及惩戒规则中具体列举何为“严重违反规章制度”,“严重失职、营私舞弊”等等。因此,惩戒解雇一方面不得违背法律的规定,另一方面又是落实法定解雇的重要方式,法定解雇和惩戒解雇往往交织在一起。实践中,许多雇主的规章制度或惩戒规则都包括惩戒解雇的内容。而且,在许多案件中,裁判机构也根据雇主的规章制度,认定雇员的行为属于“严重违纪”,支持雇主对雇员实施的惩戒解雇,例如上述“侯某与北京市某速递物流有限公司劳动争议案”和“李某与某保险有限公司上海分公司劳动争议案”。

因法律明文规定雇主可以解雇雇员的一般事由,因此,解雇作为惩戒手段不存在法律障碍,问题是如果任由雇主自行细化或规定解雇的具体事由,将违背解雇制度设置的初衷,并损害雇员的基本权利。因此,适用惩戒解雇的违纪行为必须是性质和情节最为严重的情形。例如,我国台湾地区台北地方法院在2002年的一个案例中指出,“以解雇作为惩戒手段终止,将使劳工丧失既有的工作,所导致之后果最为严重,故须有‘劳基法’第12条各款规定之情形,足认劳动关系受严重之干扰而难期继续,而有立即终结之必要,且雇主采取其他惩戒方法,如记过、扣薪、调职均已无法维护其经营秩序,使得以解雇作为惩戒手段”。^[47]因此,作为适用惩戒解雇的行为的严重性必须超出其他惩戒措施适用的行为,而且,惩戒解雇应当作为最严厉也是最终的惩戒手段。

由于我国《劳动合同法》将“严重违反”规章制度的具体情形交由用人单位规定,裁判机构除了审查规章制度的合法性,亦应对规章制度以及惩戒规则的合理性进行审查,特别是对适用惩戒解雇的“严重违反规章制度”的情形,应从用人单位的业务性质、劳动者违纪的情形以及给单位可能造成的损害或影响、同行业其他用人单位的规则、适用其他惩戒措施的行为、员工和社会的一般评价标准和可

[46] 我国《劳动合同法》第39条的具体内容。

[47] 同注2引书,第425页。

接受的程度等方面对规章制度以及惩戒规则的合理性进行审查。如果规章制度和惩戒规则不合法或者明显不合理,裁判机构应否定雇主的惩戒性解雇。当然规章制度包括惩戒规则的“合理性”是一个复杂的问题,需要在个案中综合各方面因素进行判定,既不能对雇主的规章制度放任不管,又不能越俎代庖,损害用工单位的自主权。由于惩戒解雇和法定解雇融为一体,因此,有关惩戒解雇规则和实践的完善,更依赖于劳动合同解除制度特别是解雇制度法理和实践的完善。

(六) 停职

日本、意大利和我国台湾地区将“停职”作为雇主惩戒的一种手段。在日本,停职又称“停止出勤”,是指即使劳动契约关系仍然持续,劳动者有提供劳动力的意愿,但雇主在一定期限拒绝劳动者提供劳动的处分方式。通常,停止出勤期间不支付工资,工龄也不合并计算,劳动者丧失了对工资的请求权,是比较严厉的处分。^[48] 意大利的立法则规定,停职或停薪不得超过10天。^[49] 我国原《企业职工奖惩条例》规定了“留用察看”,和“停职”类似,但也有明显不同。^[50] 目前实践中,几乎没有见到用人单位将“停职”作为惩戒手段的做法。笔者不赞同将“停职”引入我国。一是我国缺乏相应的实践和理论,盲目引进,可能水土不服。二是雇员“停职”期间,劳动关系存在,但雇主不支付工资,该期间双方的权利义务如何确定,比如,劳动者是否有报告的义务,劳动者是否得以自行安排作息,等等,都是难题,不必支付的“工资”数额如何计算也是实际问题。三是“停职”是否能起到惩戒的效果值得怀疑。如果“停职”的期限过短,如上述意大利的规定,难以达到惩戒效果,如果期限过长则可能影响雇主的业务。而且,根据我国目前工资支付的有关规定,雇员因个人原因请假(事假),雇主可以不支付工资。雇员“停职”期间的待遇和雇员请事假的效果是一样的(雇员不必上班,雇主不支付工资),因此,“停职”究竟是一种惩戒还是一种有利于雇员的待遇值得怀疑。因此,笔者不赞同将停职作为惩戒手段引入我国。

五、惩戒制度的一般规则

除了上述有关惩戒事由和惩戒措施的主体内容之外,由于惩戒赋予雇主较大权力,且雇员将承受惩戒的不利后果,对雇员影响较大,因此,为保护雇员利益,惩戒规则以及惩戒实施还必须遵守如下一般规则。

(一) 规则明确

惩戒一般体现于雇主的规章制度之中,且一旦实施,雇员可能蒙受不利益,因此,有关惩戒的事由和措施必须明确。“规则明确”包含三项要求:首先,有关惩戒规则应制定于规章制度或工作规则的明文当中。例如,日本《劳动基准法》明确规定,关于奖惩办法、惩戒种类和程度的相关事项应作为就业

[48] 同注16引书,第141页。

[49] 同注34引书,第74页。

[50] 《企业职工奖惩条例》第14条。根据该条例,对职工给予留用察看处分,察看期限为一至二年,留用察看期间停发工资,发给生活费。留用察看期满以后,表现好的,恢复为正式职工,重新评定工资;表现不好的,给予开除。“留用察看”和“停职”的不同之处在于:一是期限较长,二是察看期间单位还发给生活费,三是察看期间职工还有义务上班。

规则的事项制定于就业规则中。^[51] 我国台湾地区也有类似的规定。^[52] 据此要求,原则上规章制度或工作规则未加以规定的惩戒事由,不得对其实施惩戒。其二,规则必须为雇员所知晓。规则必须通过适当方式让雇员所知悉。其三,规则必须“具体”、“明确”。我国台湾有关机构指出,“工作规则规定劳工应遵守之纪律、考勤及奖惩事项,其条文应具体、合理、明确,不应以不确定之‘其他情节’一词概括”。“惩处处分之构成要件,法律以抽象概念表示者,其意义须非难以理解,且为一般受规范者所得预见,并可经由司法审查加以确认,方符合法律明确性原则。”^[53] 我国台湾地区有关部门的解释值得借鉴。

(二) 公平合理

由于法律对惩戒制度仅有最原则的规定,惩戒事由和惩戒措施往往留给雇主和雇员确定,而现实中,各类企业的业务和相应规则,包括惩戒规则亦纷繁复杂、各式各样,因此,对惩戒规则不仅应进行合法性审查,也应进行合理性审查。我国台湾著名劳动法学者黄越钦先生明确指出,法院对惩戒“不仅可审查其合法性,并得对其妥当性加以审查”。^[54] 由此看出,不管是惩戒事由还是惩戒措施都必须具备合理性,换言之,惩戒事由和措施都必须符合“比例原则”,不畸轻畸重。合理原则要求惩戒处分必须与不当行为的程度成比例,在同一公司中和以前类似的先例相比,惩戒处分不能过分。^[55] 关于惩戒的合理性原则,日本已经将之成文化。日本 2007 年《劳动契约法》规定:“雇主对劳动者惩戒时,该惩戒对照与其相关的劳动者行为的性质以及形态等其他事项,欠缺客观的合理的理由,不被认为相当于社会通常理念时,作为该权利的滥用,该惩戒无效。”可见,惩戒应当合理,并被社会通常理念所接受,否则构成权利滥用。因此,由于惩戒规则的复杂性和灵活性,一方面给裁判机构较大的自由裁量权,另外,裁判机关如何合理行使裁量权,“合理”判断雇主惩戒规则及其实施的“合理性”仍是一个有待深入研究的问题。

(三) 程序正当

由于惩戒是对雇员的一种不利益,借鉴其他类型的惩戒规则,雇主的惩戒也应当遵循正当程序原则。程序正当不仅包括惩戒规则制定的正当程序,也包括惩戒措施实施的正当程序。对于后者,雇主在实施惩戒时,应告诉雇员惩戒的事由和理由,应给予雇员陈述和申辩的机会,同时,也可以考虑借鉴我国《劳动合同法》第 43 条有关雇主单方面解除劳动合同时,将理由事先通知工会的规定,要求雇主在存在工会时,将惩戒事由和理由事先通知工会。

除了以上原则,雇主的惩戒也应遵循惩戒的其他规则,比如一事不再罚、及时处理、平等对待等原则。

六、结语

以上分析表明,雇主的惩戒行为应当受到法律规制。但同时需要注意的是,惩戒事由和惩戒措施

[51] 日本《劳动基准法》第 89 条第 1 款第(9)项。

[52] 我国台湾“劳动基准法”(2011 年)第 70 条。

[53] 同注 16 引书,第 423 页。

[54] 同注 5 引书,第 255 页。

[55] Takashi Araki, *supra* note 36, at 157 - 158.

主要由也应当由雇主通过规章制度的形式制定,是雇主用工自主权的一种体现。由于惩戒事由和惩戒措施具有很大的自主性和灵活性,加上惩戒可能对雇员带来不利益,在立法上详细规定惩戒制度未必对劳动者有利。德国战后一改过去的做法,在立法中对惩戒制度保持沉默,也说明了在立法中对惩戒制度应当非常审慎。

由于我国判例制度不发达,遵循我国立法传统并且借鉴境外的立法和判例,未来我国在劳动法修改中可增加有关惩戒制度的条款,规定惩戒制度的一般原则,诸如,惩戒规则公开,惩戒事由和措施合理,程序正当,等等;对惩戒事由和措施仅作原则性规定,而不作具体规定,将惩戒事由和措施的具体规则交由用人单位依法规定,并接受裁判机构的审查。惩戒规则及其实践,有赖于立法的原则规定,雇主合法合理的工作规则,更有赖于裁判机构对规则合法性和合理性的审查,各方的正确定位以及合理的分工合作,才能确保惩戒制度发挥积极作用,降低其负面影响,平衡雇主和雇员的利益。

The Legal Basis and Regulation of the Employer's Power to Discipline the Employee

Xie Zengyi

Abstract: Most employers incorporate disciplinary grounds and measures into their internal rules and regulations. Although the disciplinary power is an inherent power of the employer and is based on contract, the discipline of employees by employers should be subject to the restriction by law. The grounds for disciplinary measures should be work – related acts in breach of the duties of the employee. The law may recognize such disciplinary measures as warning, wages decrease, demotion and discharge, but not “damages” and “suspension”. The disciplinary system should also follow the principles of clearness of rules, fairness and reasonableness, due process, etc. In the future revision of labor laws, China should provide for general rules on discipline and allow the employer to adopt and implement, in accordance with law, their own detailed rules on grounds for and types of disciplinary measures, which should however be subject to the review of the labor arbitration authorities and courts.

Keywords: employer; discipline; disciplinary grounds; disciplinary measures

(责任编辑:丁洁琳)

论用人单位劳动规章的制定模式与效力控制

——基于对德国、日本和我国台湾地区的比较分析

沈建峰*

摘要:从法律比较的角度来看,用人单位规章的制定存在着工厂协议模式、劳动者有限参与模式、用人单位单独制定模式。与此相应,也存在着三种不同的用人单位劳动规章效力控制模式,三种不同的用人单位规章效力根源说明模式。上述不同模式的存在首先不是逻辑演绎的结果,而是劳资共决观念、工厂协议制度、工会体制以及国家干预劳动关系的传统等因素共同作用的结果。在我国劳动法律发展过程中,集体自治色彩得到提升,但依然不足以保证用人单位规章的合理性,有必要引入公权力的合理性审查干预。其审查应从有关客体是否属于劳动规章的调整对象,劳动规章的内容是否妥当两个角度展开。目前我国用人单位规章的制定实际采纳了规范理论模式,但其应逐渐向通过工厂协议制定用人单位劳动规章的模式发展。

关键词:用人单位劳动规章 集体自治 合理性控制 工厂协议

在我国,随着企业规模的扩大、企业组织性的增强以及劳动法律对劳动关系解除事由的严格限制,用人单位劳动规章在法律实践中变得日益重要,因用人单位劳动规章引发的劳动争议日渐增多,利用用人单位劳动规章侵害劳动者权益的案件也不断发生。为解决这一问题,我国理论界做了一系列努力,在借鉴其他国家和地区理论的基础上,针对用人单位劳动规章的效力控制和合理性说明提出了“法规说”〔1〕“事实说”、“集体合意说”〔2〕“定型化契约说”〔3〕“根据二分说”〔4〕“法律效力否认说”〔5〕“劳动力支配转移说”〔6〕等丰富而又截然不同的学说,但该问题依然没有得到很好的解决。笔者认为,首先,不同国家和地区学者关于用人单位劳动规章问题的探讨其实都有其特有的实证法前提,并不存在超越于规则之上的统一理论模式;其次,从法律比较的角度来看,我国学者关注较多的日本和我国台湾地区的用人单位劳动规章制定模式只是一种非常相似的模式,在其他国家,特别是德国还存在着另外一种完全不同的用人单位劳动规章制定模式。有鉴于此,我们应从更广阔的视角,以规

* 中国劳动关系学院副教授,法学博士。本文为中国劳动关系学院院级一般项目“用人单位规章与劳动合同的效力关系研究”(项目编号:14YY003)的成果之一。

〔1〕 王俊英、宋新潮:“论用人单位劳动规章的法律效力”,载《河北法学》2003年第5期,第102页。

〔2〕 问清泓:“内部劳动规则与集体合同比较研究”,载《武汉科技大学学报》2009年第2期,第70页。

〔3〕 高圣平:“用人单位劳动规章制度的性质辨析”,载《法学》2006年第10期,第157页;胡立峰:“劳动规章制度法律性质之法律规范说检讨”,载《西南政法大学学报》2008年第5期,第28页。

〔4〕 徐金锋:“劳动规章基本问题研究”,载《行政与法》2011年第4期,第129页;丁建安:“企业劳动规章的法律性质及相关制度探析”,载《广西大学学报》2009年第6期,第49页。

〔5〕 郑尚元:《劳动合同法》的制度与理念,中国政法大学出版社,2008年版,第346页。

〔6〕 董保华、陈亚:“用人单位劳动规章的法律性质及其立法模式”,载董保华主编:《劳动合同研究》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第171页。

则为出发点,基于有关国家或地区劳动法的整体结构,来研究用人单位劳动规章制度,在此基础上再去探讨建立在不同规则基础上的用人单位劳动规章的本质或法律属性,最终得出可资我国借鉴的经验。这也是本文的基本思路。

一、用人单位劳动规章制定的不同模式

(一) 工厂协议模式

从历史发展的角度来看,在德国,“根据1891年的《工商条例(GewO)》第134a条的规定,在雇员人数超过20人的工商企业中,雇主必须颁布工作规则(Arbeitsordnung)。……当时,工作规则被视为民法上向雇员发出的合同要约。通过默示的服从,该要约得以接受”。〔7〕但1921年弗拉托(Georg Flatow)将工厂协议一词引入法学,并将其作为工作规则的上位概念。〔8〕从而引起了劳动规章“从雇主单方确定的规则到雇主和劳动者集体合意(Gesamtvereinbarung)的转变过程”。〔9〕《工厂委员会法》虽颁布于1920年,但弗拉托的思路影响了人们对立法的理解,人们认为该法第78条第3款中的工作规则就是一种劳资共决(Mitbestimmung)机制下的工厂立法(Betriebliche Rechtsetzung)。〔10〕从这时开始,德国学者就完全在劳资共决的框架下讨论用人单位劳动规章问题,工作规则这一概念已很少使用。

根据德国《工厂组织法》(Betriebsverfassungsgesetz)的规定,劳动规章属于工厂内部法律设定,并不存在雇主单独完成的用人单位规章制定,工厂内部法律设定通过工厂委员会(Betriebsrat)与雇主签订工厂协议来进行。工厂委员会由本工厂劳动者从由劳动者或者工会作出的选举建议名单中选出的劳动者代表组成,工厂委员会在工厂中相对于雇主代表劳动者的利益。〔11〕对工厂中的人事、经济和社会事务,工厂委员会都享有参与决定权。如工厂委员会和用人单位就上述问题达成了一致意见,则这种合意最重要的表现方式之一就是工厂协议。工厂协议是雇主和工厂委员会之间“具有规范特征和债权效力的私法上的合同”。〔12〕根据《工厂组织法》第77条第4款第1句,该工厂协议首先对于工厂委员会和用人单位具有债权性效力;其次,对不论是签订工厂协议时已有的劳动者还是将来入职的劳动者以及用人单位都具有直接且强制的规范效力。工厂协议应采取书面形式,不具有书面形式的工厂协议,不能发生工厂协议的效力。工厂协议应当予以公布,但是根据主流意见,未公布并不影响工厂协议的效力,只是用人单位不得主张未公布的工厂协议中对劳动者不利的条款。

(二) 劳动者有限参与的模式

日本劳动法采取了劳动者有限参与的劳动规章制定模式。根据《日本劳动基准法》第89条第1款的规定,持续雇佣10名以上劳动者的雇主有义务设置劳动规章。雇主在主导制定或改变劳动规章

〔7〕 Horst Tilch/Frank Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts - Lexikon, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, S. 282.

〔8〕 Raimund Waltermann, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996, S. 69.

〔9〕 Raimund Waltermann, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996, S. 70.

〔10〕 Horst Tilch/Frank Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts - Lexikon, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, S. 282.

〔11〕 Alfred Söllner/Raimund Waltermann, Arbeitsrecht, 15. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2009, S. 297.

〔12〕 Preis, Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, S. 573; [德]瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第596页。

时,有义务征求由多数劳动者组成的工会的意见,如无这样的工会,需征求代表多数劳动者的劳动者代表意见。有学者认为,这种意见听取程序具有强制性,“如果设置劳动规章或改变劳动规章时完全忽视了劳动者的意见,则该劳动规章因为违反平等权利和公平对待原则而无效”。^[13] 但总体上看,这种听取意见仅具有程序和形式价值,因为理论和实践认为,“听取意见和经同意并不具有同一含义,更不要共同决定,即使劳动者全部或者部分反对该规则,但只要遵守了听取意见程序,则劳动规章就不存在瑕疵”。^[14]

(三) 用人单位单独制定的模式

我国台湾地区“劳动基准法”采纳了用人单位单独制定劳动规章的模式。根据台湾地区“劳动基准法”第70条的规定,雇主雇佣劳工人数在30人以上者,应根据其事业性质,按照法律列举的内容制定劳动规章。与日本不同的是,在制定劳动规章的过程中,雇主无需听取工会或者劳动者代表的意见,该劳动规章“由雇主自行订定”。^[15] 这是一种没有劳动者参与的用人单位劳动规章制定模式。

二、劳动规章效力控制的不同模式

和上述用人单位劳动规章制定的不同模式相应,对如何控制劳动规章的效力也存在着三种不同的模式。

(一) 主要通过法律和集体合同控制劳动规章效力的模式

在德国工厂委员会和雇主签订企业协定的模式中,理论界和实践界对如何控制劳动规章的效力存在的共识是工厂协议首先受到两方面的效力控制。其一,工厂协议不得违反上位阶法律;其二,为了保证团体协议自治的实现,工厂协议不仅在调整对象上,而且在效力上劣后于团体协议,“团体协议以及团体协议习惯对工厂协议具有阻滞作用”,^[16] 工厂协议不得违反强制性的团体协议规定。在上述共识之外,对用人单位规章是否受到司法机关的合理性审查控制则存在完全对立的意见。一种意见认为,“用人单位劳动规章对单个当事人的合理性受到法院的司法审查。对用人单位劳动规章的合理性审查涉及社会公正性、公平性和妥当性”。^[17] 但另外一种意见则认为,“以前所主张的、在此期间所进行的法律控制之后对工厂协议进行的合理性控制是难以令人信服的”。^[18] 从目前来看,德国的司法机关依然主张应当对用人单位规章的合理性进行控制,但“司法机关将其内容控制称为法律控制,或者在必要时提出,工厂协议受到‘法律控制意义上的’合理性控制”。^[19] 而更多的学者则主张工厂协议不受司法机关的合理性控制,工厂协议完全是集体自治的结果。^[20]

[13] Hiroo Mukooyama, Kameo Akuzawa und Peter Hanau, Studien zum japanischen Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984. S. 172.

[14] Hiroo Mukooyama, Kameo Akuzawa und Peter Hanau, Studien zum japanischen Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984. S. 172; [日]荒木尚志:《日本劳动法》,李坤刚、牛志奎译,北京大学出版社2010年版,第42页。

[15] 林丰宝:《劳动基准法论》,三民书局2006年版,第302页。

[16] Preis, Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, S. 578.

[17] Kissel, Das Spannungsfeld zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag, NZA 1986, S. 76.

[18] Rolfs, Die Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Individual- und Betriebsvereinbarungen, RdA 2006, 356.

[19] Rolfs, Die Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Individual- und Betriebsvereinbarungen, RdA 2006, 355.

[20] Heither, RdA 1993, 72, 77; von Hoyningen - Huene, Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978, S. 162 ff.; GK - BetrVG/Kreutz, 8. Aufl., 2005, § 77 Rn. 300 ff.; Richardi, BetrVG, 10. Aufl., 2006, § 77 Rn. 118, 123; Preis, Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, S. 578.

(二) 法律、企业团体协议控制与司法机关“合理性”审查的模式

为了保障劳动规章的合理性,《日本劳动基准法》第92条首先采纳了和德国一致的立场,规定劳动规章不得违反法律和团体协议。与德国不同的是,在日本通过团体协议对劳动规章的效力控制具有更重要的意义。日本的工会主要表现为企业工会,德国工会模式则主要是产业工会。因此,在德国除非产业工会和单个雇主签订团体协议,则产业工会无法针对特定企业的劳动关系作有针对性的调整,无法通过团体协议严格限制劳动规章的内容;而在日本,大部分的团体协议都通过企业工会和用人单位签订,企业团体协议的存在以及企业团体协议对劳动规章效力的控制,实际上已经将集体合意引入到了企业中,压缩了用人单位单独制定劳动规章的自由裁量权。从日本的实践来看,“如果企业工会发挥作用的话,则在形成或改变劳动规章时可以实现劳动者和雇主完全的意思一致。在这种情况下,雇主和工会首先缔结团体协议。接下来或者团体协议的内容被吸收进劳动规章,或者雇主和工会的协议直接成为劳动规章”。^[21] 因此,在日本,企业团体协议是保障用人单位劳动规章合理性最重要的防波堤。

此外,重要的是,日本法院还在个案中审查劳动规章的合理性。对此尽管没有法律的明确规定,但日本司法机关认为,“工作规则规定关于一定事项,劳工应服从雇主业务命令时,工作规则之规定内容在合理之限度内,成为该具体劳动契约之内容”。^[22] 在此后的一系列判决中,司法机关一再明确这一点。

需要注意的是,在日本劳动规章制定的过程中,还需要呈报主管行政机关,但行政机关并不能对工作规则进行合理性审查。这是因为,首先根据司法机关和学说的一般意见,“有关雇主向主管报告义务的规则仅仅涉及行政控制规则,如果雇主忽视了呈报劳动规章,对于劳动规章的私法效力没有影响”。^[23] 既然是否呈报都不必然影响劳动规章的效力,则行政机关自然也就无权对劳动规章的内容进行合理性审查。其次,从《日本劳动基准法》第92条第2款的规定“行政官厅得以命令变更抵触法令或团体协议之工作规则”来看,行政机关可以变更的仅仅是违反法律以及团体协议的工作规则,法律并没有授权其对劳动规章的合理性进行审查。

(三) 法律、企业团体协议控制与行政机关和法院共同干预的模式

我国台湾地区劳动规章的制定模式和日本类似,其效力控制模式和日本却有相同更有所差异:在我国台湾地区,劳动规章首先受到法律和集体合同的效力控制,我国台湾地区“劳动基准法”第71条规定:“工作规则,违反法令之强制或禁止规定或其他有关该事业适用之团体协约规定者,无效。”此外,工作规则还同时受到行政机关和司法机关的合理性审查的控制。

我国台湾地区“劳动基准法”第70条规定了雇主制定劳动规章后报主管机关核备的义务。据此,学者们认为,“雇主所制之工作规则须接受强力之监督,甚至须遵从主管机关之通知而修订工作规则”。^[24] 这些审核不仅涉及到合法性的审核,而且涉及到合理性的审核。这是因为,不仅在理论上,

[21] Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Übersetzung von Monika und Hans - Peter Mauruschke, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2003, S. 106.

[22] 最一小判1986年3月13日,“劳动判例第470号”,转引自刘志鹏:《劳动法理论与判决研究》,元照出版公司2000年版,第277页。

[23] Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Übersetzung von Monika und Hans - Peter Mauruschke, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2003, S. 109; Hiroo Mukooyama, Kameo Akuzawa und Peter Hanau, Studien zum japanischen Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984. S. 173.

[24] 同注22引书,第285页。

学者们认为行政机关应“依劳动条件明示之原则本劳资协调合作之基本精神,逐项审核”,^[25]而且从台湾地区“劳动基准法实施细则”第37条第3款的规定来看,行政机关不仅在劳动规章违反法律或者团体协议时要求修正该规章——这是日本的模式,并且在其认为必要时,也可以通知雇主修订前项规则。从具体实践来看,虽然因为法院的反对,行政机关对劳动规章的审查态度有所变化,但“劳委会严格审查之立场并未放弃”;^[26]坚持行政机关对工作规则控制的思路。在雇主变更或撤销劳动规章的问题上,“劳委会”认为,“主管机关已核备之工作规则,雇主如欲变更,应请依劳基法施行细则第37条第2项规定办理,如雇主申请撤销,主管机关认为不当,得予拒绝”。^[27]当与不当的问题,显然已属合理性审查的范畴。

与行政机关积极主张行政机关应当进行合理性审查的态度不同,台湾地区的司法机关排斥行政机关的合理性审查,认为劳动规章“虽未经报请主管机关核备,但已公开揭示,则只要未违反法令之强制或禁止规定,仍属形式上有效”,^[28]并没有将行政机关的审查放在非常关键的位置。这样一来,让完全由雇主单方制定的劳动规章发生法律效力,由雇主单方决定劳动者的利益,不仅在理论上缺乏说服力,而且会导致雇主通过劳动规章对雇员利益的侵害。如何解决这一问题?在一些案件中,台湾地区法院曾认为劳动规章,特别是变更后的劳动规章要成为劳动协议的内容,必须经过劳动者的同意,否则不能成为劳动协议的内容。^[29]期待通过当事人合意的引入解决用人单位劳动规章的合理性控制问题。但在此后的判决中,它改变了立场,引入了合理性审查模式。在1995年的判决中,该院指出,“保护劳工利益及兼顾雇主经营管理上之必要,雇主单方不利益变更工作规则时,原则上不能约束表示反对之劳工;但如雇主所为不利益变更,其变更具有合理性时,例外地亦能拘束表示反对之劳工”。^[30]这样一来,使得劳动规章发生效力的,不再是劳动者的同意,而是其内容的合理性。法院要对劳动规章的合理性进行控制。

三、劳动规章效力根源说明的不同模式

劳动规章在不同国家和地区的制定模式和效力控制模式的差异,也在根本上决定了对劳动规章效力根源说明时的不同模式。

(一) 集体自治和国家授权结合的德国模式

在工厂协议的模式下,学者们认为劳动规章既不单纯是国家授权用人单位单方制定规则的结果,也不是单纯是当事人合意的结果。劳动规章的合理性基础在于上述两个方面因素的巧妙结合:“自治的私人法律设置者(在此也就是工厂委员会和雇主)通过自我决定,也就是合意而制定私的规则;国家(通过《工厂组织法》第77条第4款第1句)赋予该私的规则以规范效力。”^[31]也即是说,工厂协议首先是劳动者集体意志(这种集体意志通过工厂委员会表达)和用人单位意志合意的产物,但按照传统

[25] 林丰宝:《劳动基准法论》,三民书局2006年版,第302页。

[26] 杨通轩:“工作规则法律性质之探讨”,载《劳动法裁判选辑(三)》,元照出版公司2000年版,第88页。

[27] 参见“行政院劳工委员会”1986年8月14日台(85)劳动一字第128029号函,转引自注26引文,第101页。

[28] 同注26引书,第89页。

[29] 台北地方法院七十六年诉字第6二九九号民事判决。

[30] 台北地院八十四年度劳上诉字第38号判决;该判决意见在台北地院八十七年劳诉字第卅号判决中被再次提及;同样观点的判决参见台湾高等法院七十七年上字第95号民事判决。

[31] [德]瓦尔特曼:同注12引书,第596页。

私法的合意理论,合意只能约束合意者。仅仅依赖于合意理论,则合意达成后加入用人单位的劳动者由于没有参与合意,就不应当受到合意的约束。为了解决该问题,立法者通过立法承认上述工厂委员会和用人单位之间的合意属于工厂自治的范畴,属于私人立法行为,赋予该合意以规范的品质,该合意对于所有工厂中现有的和将来的劳动者都具有法律的约束力,这是一个双轨制的法律规范设置模式。据此,工厂协议规范效力的基础既在于私人的意思自治,也在于国家的效力赋予。正因为如此,集体劳动法才既不属于传统私法的范畴,也不属于传统公法的范畴,而是形成了自己特有的理论结构。

(二) 规范理论和合同理论并存的日本模式

日本劳动法采取了劳动者有限参与的劳动规章制定的模式。在这种模式下,一方面,劳动者参与劳动规章的制定,故而似乎劳动规章是劳动者和雇主合意的结果;但另一方面,如上所述的实践又表明,这种参与不具有决定意义,劳动规章本质上由雇主单方制定。这种矛盾的现象导致在该模式下如何解释劳动规章约束力的合理性颇有争议,据说目前理论有“四派十三家”之多。^[32] 整理其理论分歧,可以看出,日本学界就如何对劳动规章的法律效力进行合理化说明,徘徊于用人单位单方制定和用人单位与劳动者合意制定两个极端之间,但无论何种理论似乎都存在解释上的困境。对主张用人单位单方制定的法规范理论来说,其最大的困境来自于与现代劳动法的理念的冲突,“如果人们认为雇主单方修订工作规则,恶化劳动条件是可能的,则这将违背现代法的重要原则,对此《劳动基准法》第2条第1款有明确表述,也就是雇主和雇员对确定劳动条件享有同样的权利”^[33] 而对主张用人单位与劳动者通过合意制定劳动规章的契约理论来说,其存在与日本《劳动基准法》的规则冲突。该法第93条规定,如果劳动合同规定的劳动条件与劳动规章不相符合,则劳动合同的规定无效,在此种情况下,适用劳动规章的规定。这表明劳动规章的效力优先于劳动合同。如果认为劳动规章是合意产物,而劳动合同也是合意产物,则旧合意的效力优于新合意这一结论无论如何都违背合意的本质。集体合意说的理论似乎想折中规范理论和合同理论,但其却导致劳动规章和团体协议无法区分的结果。凡此种种无法说明的问题,导致理论上无法形成有力的通说。而日本的司法实务界,一开始似乎受学界的影响,在如何解释工作规则的效力问题上,立场摇摆。但在此过程中,通过引入合理性判断的框架,其开始形成自己的思路。对于该思路,“日本劳动省为研修劳动法所组成之‘劳动法研究会’,于1984年8月28日提出研究报告时,并未提出修正意见,而只建议今后宜透过法院判决之累积,确立合理性之判断标准,以供日本劳资双方之参考”^[34]

(三) 定型化契约说日益主导的台湾地区模式

我国台湾地区对工作规则的性质的探讨深受日本理论的影响。存在着规范说、事实上的习惯说、定型化契约说、根据二分说以及集体合意说等不同意见。由于台湾地区“劳动基准法”在劳动规章制定的问题上,排除了劳动者最低限度的参与,其所面临的对劳动规章进行合理性说明的难题比日本更为突出。从目前来看,纯粹的合意理论——合同理论,或者纯粹的用人单位单方制定理论——规范理论,都无法为理论和实践所接受。通过对上述两个极端的修正,台湾地区日渐形成另外两种新的学说:修正的规范理论以及定型化契约说。修正的规范理论认为,雇主可单方制定用人单位规章,但行

[32] 同注22引书,第263页。

[33] Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Übersetzung von Monika und Hans - Peter Mauritschke, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2003, S. 111.

[34] 同注22引书,第282页。

政机关和司法机关可根据不同标准对其进行审查和限制;而定型化契约说在认为劳动规章就是劳资关系中的定型化契约,如同保险业或运输业中的定型化契约,其契约内容已成为劳动者和雇主之间的共识。这两种学说,表面上差异很大,实则的操作效果上几无差异。从表面上看,修正的规范理论认为用人单位可单方确定工作规则的内容,而定型化契约说既然主张工作规则为契约,然而契约必须有合意才能存在,在一般私法领域,格式条款也必须经过订入程序才能成为契约的内容,但实际上,首先所谓的定型化契约说并没有顾及劳动者的意志,该说的主张者认为,“依据劳基法第70条之规定,雇主可单方制定工作规则,其变更时亦同,而只要报请主管机关核备后,不问劳工是否同意,皆能发生效力”。^[35]这是一种不顾及相对人意志的契约理论,其只有契约之名而无契约之实。因此,定型化契约说依然是一种雇主单方制定劳动规章的模式。其次,二者都主张有公权力之手介入,来防止工作规则侵害劳动者的利益。对此,定型化契约说的主张者提出,“藉着公开原则和合理原则,从程序面及实体面来监督定型化契约,藉以保护居于弱势之公家”。^[36]而修正的规范理论则认为,对劳动规章由“行政机关及司法机关得以既得权、合理劳动条件或诚信原则建议限制”。^[37]

从目前台湾地区的司法实务来看,定型化契约说占据了主导地位。台北地院1984年度劳上訴字第38号判决提出,“工作规则之于雇佣契约,即如运送业或保险业所订定之一般契约条款之于运送契约保险契约,除非当事人反对的意思表示之外,当然成为雇佣契约内容之一部”。^[38]

四、用人单位劳动规章制定、效力控制以及效力根源说明模式差异的根源

经过上述梳理,我们可以看到在劳动规章的制定、效力控制和合理性说明问题上存在着如下图所示的组合关系。这种组合关系恰好说明了在调整劳动关系的过程中劳动者集体的力量和国家干预

国家或地区	制定模式	效力控制	效力根源说明
德国	工厂协议	1. 法律、团体协议限制 2. 司法机关个案合理性审查(存在争议)	集体自治与国家授权
日本	雇主单方制定,劳动者有限参与	1. 法律、团体协议限制 2. 司法机关个案合理性审查	合同理论或规范理论
中国台湾地区	雇主单方制定	1. 法律、团体协议限制 2. 行政机关抽象审查 3. 司法机关合理性审查	修正的合同理论或修正的规范理论

之间的互动关系。所有国家和地区都面临同样的问题:一方面,现代化大生产需要通过统一的劳动规章来组织生产过程;另一方面,完全由用人单位制定劳动规章必然导致对劳动者利益的侵害,但完全通过个别合意制定劳动规章,必然导致劳动规章失去统一性,无法实现组织社会化大生产的功能。因此,平衡用人单位组织生产过程的需求和劳动者的保护需求,就成为用人单位劳动规章制定过程中的根本问题。在这一平衡的过程中,随着劳动者集体参与力量的减弱,国家之手干预的力量就会逐渐增

[35] 同注22引书,第286页。

[36] 同注22引书,第285页。

[37] 同注26引书,第97页。

[38] 同注22引书,第300页。

大。至于在特定的国家和地区,应主要通过劳动者集体参与来实现平衡,还是主要通过国家之手的干预来实现平衡,这首先不是合逻辑性的问题,而是劳资共决观念、工厂协议制度、工会体制以及国家干预劳动关系的传统等因素共同作用的结果。

(一) 劳资共决的不同观念

让劳动者参与用人单位劳动规章的制定,在本质上是让劳动者参与到企业劳动条件的形成、企业管理等过程中。这种形式的劳动规章制定是劳动者参与管理的一种形式。“工厂协议是落实企业层面劳资共决的最重要机制。”^[39]因此,是否采取这种模式,首先取决于一个国家或地区劳资共决的传统。

在德国,“劳资共决更深层次的、道德的、社会的和经济的意义在于生产共同体(Produktionsgemeinschaft)的思想、企业中劳动者和雇主伙伴关系的思想。特别是在第二次世界大战之后,如下认识越来越被接受:劳动者不仅仅是劳动力的出售者,他更多是在雇主之外、在自己的岗位上为生产的良性运行和提高负责任的“人”,他对涉及他的企业或企业参与的参与必须与这种负责相符合。‘同事(Mitarbeiter)’、‘资本和劳动力的权利平等’、‘劳动关系的人法属性’、在他人决定的依附性劳动岗位上共同决定等口号表达了劳动、企业领导和资本的融合关系”^[40]与德国这种具有深厚道德、法律和传统基础的劳资共决思想不同,在日本,劳动者参与管理发端于第二次世界大战之后,在当时劳动者之所以参与管理,雇主允许劳动者参与管理,更多是工会以及劳动斗争措施施压所致。此后劳资共决制度的发展更是一波三折,直到今天,“劳资共决并没有建立在法律的基础上,而是以单个企业的雇主和企业工会之间的团体协议为基础”^[41]在我国台湾地区,劳动者参与管理的形式更是非常有限,“即便如此,此种形式的劳工参与,仍然不能免于少数论者以抵触雇主所有权、经营权之疑惑。由此可见劳工参与在台湾现行实务上可谓仍困难重重”^[42]所以,有学者忧心忡忡地指出,“虽然劳资合作系宪法的重大原则,但似乎很难以目前立法构造来落实,至于迈向产业民主化之目标,则仍遥远”^[43]。

正因为这种劳资共决观念上的差异,导致在德国用人单位劳动规章的制定被纳入到劳资共决的框架下,需要劳动者参与,而在日本和我国台湾地区,用人单位劳动规章的制定基本上是由用人单位独立完成的,劳动者的参与或者没有太大意义或者根本没有被顾及。

(二) 工厂协议制度发育的不同层次设计

如上所述,在劳资共决用人单位劳动规章的模式下,用人单位劳动规章的制定通过工厂协议的方式来完成。工厂协议制度的发育程度必然会影响可否通过这种形式来制定用人单位劳动规章。

在德国,“工厂协议制度发端于19世纪末”^[44]随着劳动者参与管理制度的形成和完善,工厂协议制度也得以发展。到目前为止,已经形成了完整的工厂协议签订、公布、生效、调整范围以及与团体

[39] Reinmund Waltermann, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, 1996, Tübingen, S. 7.

[40] Hueck - Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, erster halb Band, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, 1967, S. 33.

[41] Hiroo Mukooyama, Kameo Akuzawa und Peter Hanau, Studien zum japanischen Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984, S. 165.

[42] 杨通轩:《集体劳工法》,台湾五南图书出版股份有限公司2007年版,第382页。

[43] 黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社,第135页以下。

[44] Reinmund Waltermann, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, 1996, Tübingen, S. 69.

协议、劳动合同之间的关系等的制度^[45]和理论,工厂协议的法律效力也毋庸置疑。与此不同,在日本,工厂协议制度生成于第二次世界大战后盟军占领期间,该制度的发展更是由于盟军工会政策的调整而举步维艰。一度企业中负责达成工厂协议的机构——团体协议会有被降格为咨询机构的倾向,该倾向尽管因为工会的反对而没有落实,但这种发展过程导致直至目前,工厂协议的效力、工厂协议和集体合同的关系等问题依然不存在统一的理论和实践。有学者认为,劳动基准法中的一些允许雇主和劳动者代表就特定事项签订协议的规定实际上就是工厂协议的规定,但是,“一般不认为,这种工厂协议或者决定可以成为劳动者和雇主之间权利和义务的基础”^[46]。我国台湾地区的情况与此类似,作为企业内劳资协调机构的“劳资会议所作之决议,因无强制执行之效力,只为君子协议而已,致使雇主即使违反决议亦毋庸忧惧会遭到不利后果”^[47]。工厂协议的这种效力和理论状况并不足以解决劳动规章的效力控制问题,所以在日本和我国台湾地区,劳动规章是在工厂协议之外存在和发展的,进而没有被纳入劳资共决的框架下。

(三) 工会的不同体制

不同的工会体制,也会在根本上影响是采取单方制定劳动规章结合公权监控模式,还是劳资合意公权淡出的模式。在德国,工会具有超企业性,原则上没有企业工会,所有工会都设立于单个企业之外。这不仅在形式上清晰区分了工会和企业中劳动者利益代表机构。而且也实现了团体协议和工厂协议在内容和功能上的区分:团体协议着眼于整个产业劳动者的利益,而工厂协议着眼于特定工厂中劳动者的利益;团体协议调整的对象不可以成为工厂协议调整的对象(《工厂组织法》第77条第3款)。

但“企业工会主义是日本产业关系最明显的标志,其特征是工会仅建立在单个企业内,工会和单个雇主进行集体交涉,在单个企业的层面达成集体协议”^[48]。我国台湾地区的情形“与日本类似,工会之主体在于厂场工会”^[49]。由于工会设立在企业内部,所以团体协议由雇主和企业内的工会签订;在这种情况下,如果又通过雇主和劳动者代表签订工厂协议的方式设定劳动规章,并赋予该工厂协议以法律的约束力,则必然会产生这样的问题:团体协议和工厂协议的调整范围和效力如何协调?团体协议和工厂协议在主体和调整对象上的重合,导致二者必然存在此消彼长的关系,当由工会和雇主签订的团体协议在理论和实践上得到长足发展时,工厂协议就必然萎缩,从而无法发挥调整企业内部劳动关系的功能,也就无法作为制定劳动规章的机制。但是这种企业工会和雇主签订团体协议的模式又在一定程度上弥补了雇主单方制定劳动规章所引起的不足。如上所述,在日本当企业中存在工会时,雇主单方制定劳动规章的程序往往是雇主和工会首先缔结团体协议。随后团体协议的内容被吸收进劳动规章或雇主和工会的协议直接成为劳动规章。

(四) 国家干预的不同传统

德国的理论和实践认为,“集体构建劳动关系是自由劳动宪法的实质前提”^[50]。通过工厂协议调整劳动关系是多元主义建构原则的要求。“在企业自治领域,自我管理也遵循着如下思想:激活社会

[45] 参见《德国企业组织法》第四章,特别是第77条的规定。

[46] Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Übersetzung von Monika und Hans - Peter Maurutschke, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2003, S. 144.

[47] 同注42引书,第382页;同注22引书,第412页。

[48] [日]荒木尚志:同注14引书,第125页。

[49] 同注22引书,第399页。

[50] Reinhard Richardi, Kollektive Gewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, C. H. Beck, München, 1986, S. 1.

力量,由社会群体自我负责地调整涉及其自身并且其可以熟练判断的事务。这是一种多元主义,它构成了自由-民主的法律秩序的结构要素。”^[51]这种集体自治的标志就是国家权力的退却。

与上述集体自治、国家权力退却的集体劳动法思路不同,日本和我国台湾地区的集体劳动法中,国家干预的色彩向来浓厚。以台湾地区为例,学者们认为,“台湾劳工政策的演变过程中,国家统合主义曾经占有重要的地位”。^[52]国家统合主义的特征之一在于国家利用权威来控制社会,表现在劳动关系调整领域就是政府对劳动关系的积极干预,遏制通过结社等方法自主构建劳动关系。这种国家统合主义的思路,体现在企业劳动规章制定问题上,就是更多倾向于以国家之手形成合理的秩序,而不看重当事人的自主安排。从而形成了用人单位单方制定、国家公权力进行合理性审查的模式。

五、我国用人单位劳动规章制定、效力控制以及效力基础说明模式的选择

(一)从《劳动法》到《劳动合同法》:集体自治色彩的提升

比较我国从《劳动法》到《劳动合同法》的立法进程,可以看到随着上述立法过程的推进,用人单位劳动规章制定过程中劳动者集体意志参与程度逐渐得到提升。1995年的《劳动法》第4条规定“用人单位应当依法建立和完善规章制度”。从条文来看,用人单位劳动规章完全由用人单位单方制定。此后,2001年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》则提出劳动规章要发生法律效力必须经过民主程序。将劳动者一方的集体意志引入了用人单位劳动规章的制定过程。但何谓民主程序?法律并没有明确规定。这种强化劳动者一方集体意志的趋势在2008年的《劳动合同法》中得到进一步体现,该法第4条第2款提出,制定企业规章“应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定”。将民主程序明确化为“经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见”和“与工会或职工代表平等协商”两个环节。这种发展趋势,既是我国劳动关系市场化发展的结果,又是劳动者参与管理观念发展的结果。

(二)公权力介入劳动规章制定的必要性

当我国法律在劳动规章制定的过程中引入平等协商程序时,是否意味着我国立法采纳了工厂协议模式?在《劳动合同法》制定之前,理论界确实存在劳动规章需要劳动者一方同意才可生效的观点。^[53]但是,《劳动合同法》通过后,从目前来看,上述问题的答案是否定的。该结论首先可以得到《劳动合同法》立法材料的证实。《劳动合同法(草案)》第5条第2款曾规定,“用人单位劳动规章直接涉及劳动者切身利益的,应当经工会、职工大会或职工代表大会讨论通过,或者通过平等协商作出规定”。但是在征求意见的过程中,有不少人提出,“规章制度的订立作为用人单位的一项经营自主权,不宜成为民主表决或集体协商的内容,只要该规章制度的内容与法律法规或集体合同不冲突,就应当有效”。^[54]最后通过的草案删除了“通过”程序,改为了征求意见程序,仅保留了协商程序。所以,此处的协商,应当不是要经过劳动者一方的同意。其次,我国学者也明确提出,“劳动规章制定程序中,平等协商作为职工参与的方式,既可能是经协商一致而确定劳动规章制度,也可能是经协商未

[51] Reinmund Waltermann, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, 1996, Tübingen, S. 136.

[52] 同注42引书,第1页。

[53] 同注1引文,第103页。

[54] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编:《劳动合同法(草案)参考》,中国民主法制出版社,2006年版,第43页。

达成一致时由用人单位在部分吸收工会或职工代表意见的基础上确定劳动规章制度”^[55] 达成一致并不是劳动规章制定的必要条件。所以,我国劳动规章制定的模式依然是一种用人单位单方制定的模式,只不过制定过程需要吸收劳动者一方的意见而已。这是一种和日本法类似的模式。

其实我国采纳与日本法类似的模式是有其劳动者参与管理观念、工会体制等更深层次根源的。就劳动者参与管理的理念而言,尽管我国职工参与管理的制度历史也比较久远,“早在革命根据地和解放区的劳动立法中,就有若干关于职工民主管理的规定”^[56] 但是一直以来我国的理论更多是从所有权的社会主义公有制出发来论证职工参与管理制度的合理性的。“职工是企业的主人是该制度构建的前提。”^[57] 随着市场经济的建立和企业所有权类型的多样化,以所有权为根源建立的劳动者参与管理制度不仅本身面临困境;而且导致对参与管理制度本身的否定:^[58] 既然参与管理制度是建立在所有权基础上的,是所有权人管理权的体现,那就意味着谁享有所有权,谁将享有管理权,在民营企业中,企业财产所有权是出资人的,则出资人享有管理权,劳动者不享有管理权,不应参与管理。我国劳动者参与管理的这种理论基础,必然导致用人单位劳动规章制定过程中劳动者集体意志的淡出。此外,和日本一样,我国的基层工会都是企业工会。如果企业劳动规章的制定需要经工会或者劳动者代表的同意,则可能导致集体合同和企业劳动规章主体、效力等方面的重合;如果企业劳动规章不经工会或劳动者代表同意,而是经职工代表大会或者职工大会通过,则必然发生企业劳动规章和集体合同的效力协调问题。

当劳动者一方无法决定劳动规章,用人单位主导企业劳动规章制定时,日本和我国台湾地区的经验表明,国家公权力对劳动规章的内容进行审查则成为必要。在我国,不仅是用人单位主导制定劳动规章这种现象导致必须要有公权力干预的介入,而且集体合同不约束企业劳动规章的规则也导致必须强化公权力的干预。在其他国家和地区,尽管是用人单位单方制定劳动规章,但如上所述,劳动规章不得违反集体合同的规定。企业集体合同的存在,其实可以将用人单位制定劳动规章的自由裁量权压缩在很小的范围,但我国现行法并没有任何违反集体合同的用人单位劳动规章无效的规定,唯有《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第16条规定,集体合同和用人单位规章冲突时,劳动者享有选择权。在此背景下,用人单位的自由裁量权显然要比其他国家和地区大得多。集体合同不能有效限制用人单位劳动规章的现象也导致在企业劳动规章的制定问题上,必须引入公权力的干预。

(三) 公权力从合法性审查走向合理性审查

从现行法的规定来看,我国已经开始引入了公权力干预企业劳动规章制度。1997年制定的《劳动部关于对新开办用人单位实行劳动规章制度备案制度的通知》规定:“各级劳动行政部门对新开办用人单位规章制度备案审查的内容主要是:劳动规章制度内容是否符合法律法规规定;制定劳动规章制度的程序是否符合有关规定。”2001年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第19条规定,用人单位根据《劳动法》第4条之规定,通过民主程序制定的规章制度,不违反国家法律、行政法规及政策规定的,可以作为判案依据。《劳动合同法》第80条规定:“用人单位直接涉

[55] 王全兴:《劳动法》,法律出版社2008年版,第236页。

[56] 同注55引书,第252页。

[57] 常凯:《劳权论》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第314页。

[58] 在现在市场经济条件下,我们必须重新反思劳动者参与管理的正当性基础。它是一种和所有权并没有必然联系的制度设计,发达市场经济国家私有制基础上广泛的劳动者参与管理制度就是例证。

及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的,由劳动行政部门责令改正,给予警告。”但根据上述规定,行政机关对企业劳动规章的审查限于合法性审查;司法机关对企业劳动规章的审查也主要限于合法性审查,唯一留有空间的是不违反政策,似乎为合理性审查留下了空间,但却不够明确。

如果对企业劳动规章只有合法性审查,而没有合理性审查,则意味着企业在法律限定的范围内,对劳动条件的形成具有单独的支配权,只要企业制定的规定不违法就具有约束力,由此引发的问题是,一方面劳动法律永远仅仅只是利益分配的底线,而不是最合理的限度;另一方面,企业只受法律的约束,但劳动者却要同时受到法律和用人单位劳动规章的约束,这将导致劳动力和资本在企业中地位的失衡,也为用人单位通过劳动规章侵害劳动者权益留下了空间。上述国家和地区的实践表明,用人单位劳动规章的制定过程,是劳动者的自由与利益和用人单位自由与利益再分配的过程,这种再分配的过程必须受到合理性的限制。这种限制在我国应通过司法和行政机关的公权力之手完成。与此思路一致,我国一些司法机关已经开始尝试对用人单位规章进行合理性审查。多地司法机关的指导意见都提出,“规章制度或重大事项决定的内容不违反法律、行政法规、政策及集体合同规定,不存在明显不合理情形,并已向劳动者公示或者告知的,可以作为人民法院裁判的依据”。^[59]

(四) 合理性审查的标准

司法机关对劳动规章合理性审查应从两个方面展开:其一,有关事项是否属于用人单位规章可调整的客体。用人单位规章作为协调劳动者和用人单位权利和义务,并形成生产秩序的工具并不能调整所有的事项。即使在通过工厂协议这种集体自治形式制定劳动规章的国家,学者们也提出“在案件处理时,首先需要回答工厂当事人通过工厂协议调整有关客体的权限是否存在”。^[60]在用人单位单方主导制定用人单位规章时更应如此。笔者认为,用人单位规章所能规定的必须是与生产秩序紧密关联的事项,该事项在本质上应属于用人单位的支配权限范围。在我国实践中,出现的用人单位规章规定禁止打黑车、禁止超生等规则都已经超越了用人单位规章可调整的事项范围。

其二,用人单位劳动规章的内容必须妥当。这是一个很难形成刚性标准的问题,对此,日本司法机关的裁判实践值得我国司法机关参考。整理学者们的考证,日本法院在审查合理性时主要考虑如下因素:^[61]一是在对劳动规章作单方不利益变更时,雇主有无提供代价措施;二是变更的内容及其必要性;三是多数人工会是否同意。但是上述所有因素都是相关因素之一,并不意味着具备或者不具备其一就足以导致司法机关认为有关劳动规章合理或不合理。很大程度上,“合理性”认定是一个综合考察的结果。

(五) 中国现行法律框架下企业劳动规章性质的说明

通过以上分析,笔者提出了用人单位主导、劳动者有限参与和公权力进行合法性和合理性控制的我国劳动规章制定和效力控制模式。在该制度结构下,用人单位劳动规章的效力根据在本质上是一种修正的规范理论。这是因为合同理论,从其出发点来看,是要将用人单位劳动规章的效力建立在当事人个体或集体合意的基础上,而我国用人单位劳动规章制定则主要处于用人单位的支配下,劳动者一方的意志只在非常有限的程度上被顾及。这种用人单位主导的,没有劳动者意思充分参与、充分合

[59] 如,河北省高级人民法院《关于我省劳动争议案件若干疑难问题处理的参考意见》(2010年6月)第15条;湖南省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》(2009年5月20日)第17条;浙江省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》(2009年4月16日)第34条;广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》(2008年6月23日)第20条。

[60] [德]瓦尔特曼:同注12引书,第601页。

[61] 同注22引书,第280页;[日]荒木尚志:同注14引书,第43页。

意的用人单位规章制定模式在根本上属于规范理论模式。只不过在劳动者集体有限参与的背景下,该规范理论受到集体合意思想的修正。在规范理论前提下,行政机关和司法机关对劳动规章进行合理性审查的教义学基础其实是禁止权利滥用的规则。

修正的规范理论是我国现有劳动关系发展背景下一种最可能的劳动规章的形成模式。但是从长远来看,却不是最合理的模式。劳动关系的调整应当通过劳资双方共同的努力来完成,这种共同努力完成劳动关系调整在用人单位劳动规章领域的体现,就是劳动者集体和用人单位通过集体合意来制定用人单位劳动规章。随着我国劳动关系的日渐成熟和劳动者参与管理观念的发育,我国也应当采取德国式的通过工厂协议制定用人单位劳动规章的模式。

六、结语

用人单位规章是社会化工生产模式下实现有序生产必不可少的工具,但它同时存在着侵害劳动者自由和权益的可能。如何平衡有序生产的需求和劳动者利益保护的需,是各国用人单位规章制度面临的共通问题。从德国、日本、我国大陆和台湾地区的情况看,实现这种制度平衡的法律和社会框架并不相同,并且各国和地区的法律和社会框架还处于发展和变化的过程中,我国大陆在完善用人单位规章制度和借鉴其他国家及地区制度的过程中,一定要具有法律比较的功能意识和体系意识,要顾及我国工会制度、集体合同制度及其他劳动关系协调制度的特点,在此基础上进行制度设计和安排。据此,我国在目前用人单位规章制定的过程中劳动者参与度非常弱的背景下,应引入用人单位规章的合理性审查制度;在正当性说明上,采取修正的规范理论。但长远看来,通过工厂协议制定用人单位劳动规章应是一种更可取的模式。

The Enactive Models of the Employer's Rules and Its Effect Control: Comparative Analyses Based on German, Japan, and Taiwan Area of China

Shen Jianfeng

Abstract: From the perspective of legal comparison, there are three models of enacting the employer's rules: factory agreement, enacting with workers' limited participation and enacting by employers. Corresponding with this, there are three models for control over the effect of employers' rules and three models to interpret the grounds of its validity. The existence of those different models are derived from different ideals of workers' participation in management, different institutions of factory agreement, different systems of trade union and different traditions of state intervention. During the development of China's labor law, collective autonomy gets promotion, but it can't ensure the rationality of employers' rules. So it's necessary to control the employer's rules through the public power. Now, the enacting of the employer's rules in China applies normative theory model, but it should be developed to factory agreement model.

Keywords: the employer's rules; collective autonomy; effect control; factory agreement

(责任编辑:刘馨)

论雇主劳动合同条款变更权之控制

孙国平*

摘要:雇主行使劳动合同条款变更权,实为企业因应经济变化行使其经营管理权之内在需要,其关键在于对劳工影响至为重要之劳动合同条款变更要否征得劳工之同意。在对该项变更权进行司法控制的实践中,一些域外国家和地区的判断基准和裁判规则各有特点,如德、法实行严格细致的公法干预,英国似有放松规制之倾向,而我国台湾地区侧重具体与抽象并举的多元化判断基准。反观我国大陆之相关规定,其裁判规则标准不一,司法的可预见性和稳定性难以预期,亟需完善。

关键词:雇主劳动合同条款变更权 经营必要性 司法控制 裁判规则

一、问题的提出

时值全球经济下行、艰难复苏之际,企业往往通过结构调整、裁员、变更劳动合同条款等方式以求降低成本、渡过难关,但结构调整是说易行难,而裁员又须受制于劳动法规定的诸多限制,不仅程序繁琐,成本高昂,如我国就要求征求工会意见、与相关员工沟通、向主管部门报告、优先留用相关人员、支付经济补偿金^[1]等。2014年12月31日,我国人力资源和社会保障部公布《企业裁减人员规定(征求意见稿)》,似有通过行政干预进一步收紧裁员之意,而且裁员结果的不确定性亦让员工倍感压力,对员工士气有负面影响,进而可能影响其工作表现。故在大多数情况下,雇主^[2]为确保企业能得以生存,往往基于经营必要性(economic/business necessity)^[3]变更劳动合同条款来削减劳动力成本以整合其人力资源配置。但亦有一些雇主,利用经济必要性之名来行改变雇佣条款之实。

雇主变更劳动合同条款,尤其是工作内容或工作地点、工时或工资等劳动合同要素条款,常使劳工遭遇不利之劳动条件,诸如工资削减、工作地点过远、工作内容与劳工所学专业或技能不对口等,此时劳工是否必须绝对服从,法律并未明定,遂生诸多劳动争议。自2008年金融危机以降,我国经济亦呈下行趋势,社会经济变动加剧,随着2008年《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》相继实施,劳动争议急增,2008年全国法院新收一审劳动争议案件29.55万件,2009年新收31.86万件,此后,2010年至2012年每年新收均在30万件,^[4]其中不乏因雇主行使劳动合同条款变更权所生之争议。

部分省市为解决此类争议判决结果之差异而制订了地方性指导意见以统一所在地方的司法裁判

* 苏州大学王健法学院副教授,法学博士。本文系江苏高校区域法治发展协同创新中心成果之一。

[1] 参见《中华人民共和国劳动合同法》第41条(裁员)以及第46条(经补金支付)之规定。

[2] 我国劳动法上用人主体称之为“用人单位”,用人客体称之为“劳动者”,而国际上一般通用“雇主”、“雇员”。为行文方便,除非特别需要援用“用人单位”与“劳动者”,一般情况下本文援用“雇主”与“雇员”或“劳工”。

[3] 我国常使用“(生产)经营必要性”、“用工自主权”、“生产经营权”及“经营管理权”等术语来表达其正当性,如我国《劳动合同法》第41条之规定。

[4] 奚晓明主编:《最高人民法院劳动争议司法解释(四)理解与适用》,人民法院出版社2013年版,第9页。

标准,以此指导地方的审判。而为了统一全国的司法裁判规则,最高人民法院于2013年颁布了《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(以下简称《司法解释(四)》),其中第11条^[5]针对劳动合同变更进行解释用以指导全国法院的审判实践。这些颁布于2009年至2013年间的地方性规定与司法解释(参见表1),成为目前我国各地针对雇主行使劳动合同条款变更权之司法裁判规则,尚处于哈特所描述的对初级规则加以确定、引进、废止及变动次级规则历程的阶段——从承认规则至裁判规则再到变更规则,从而满足法律规则因应社会经济之需要,^[6]并未形成较为清晰而统一的判断基准乃至裁判规则,裁判标准不一使得司法的可预见性和稳定性难以预期。

表1 部分地方性及司法解释裁决规则

	条文	内容	笔者评注
《浙江省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》(2009年4月)	第42条	用人单位调整劳动者工作岗位,一般应经劳动者同意。如没有变更劳动合同主要内容,或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需,且对劳动者的报酬及其他劳动条件未作不利变更的,劳动者有服从安排的义务。	变更劳动合同主要内容要有合意,非主要内容或生产经营需要,且劳动报酬及其他劳动条件未作不利变更的,雇主有权单方变更劳动合同。
《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》(2012年6月)	第22条	用人单位调整劳动者工作岗位,同时符合以下情形的,视为用人单位合法行使用工自主权,劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的,不予支持:(一)调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要;(二)调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当;(三)不具有侮辱性和惩罚性;(四)无其他违反法律法规之情形。用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上款规定的情形,劳动者超过一年未明确提出异议,后又以《劳动合同法》第三十八条第一款第(一)项规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的,不予支持。	基于生产经营需要、工资未作不利变更、不具人格侮辱性和惩戒性目的、符合法律法规规定,且变更后超过一年未明确提出异议的,则雇主有权单方变更劳动合同。
《中华人民共和国劳动合同法》(2008年1月)	第35条第1款	用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同,应当采取书面形式。	变更劳动合同要有合意,且合意之形式为书面而非口头形式。

[5] 该条规定:“变更劳动合同未采用书面形式,但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月,且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗,当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的,人民法院不予支持。”

[6] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 79-117 (2d ed., Oxford University Press 1994).

(续表1)

《上海市高级人民法院关于适用劳动合同法的若干意见》(2009年3月)	第3条	劳动合同变更的形式要求:《劳动合同法》第35条规定,劳动合同变更的,应当采取书面形式。这里的书面形式要求,包括发给劳动者的工资单、岗位变化通知等等。因为随着劳动合同的持续履行,劳动合同双方的权利义务本身就必然会不断变化。如随着劳动者工作时间的增加,其休假、奖金标准发生的自然变化等等,都属于劳动合同的变更。因此,对于依法变更劳动合同的,只要能够通过文字记载或者其他形式证明的,可以视为“书面变更”。	劳动合同变更之内容并不限于主要内容,例如,对于工资奖金与休息休假标准等作宽泛的认定。对书面形式加以扩大解释,工资单、岗位变更通知等有文字记载或非文字记载但能证明之其他形式,皆可视为“书面变更”。
《江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》(2009年12月)	第14条	用人单位因生产经营困难、资金周转等原因而采取降薪保职、降薪休假等变更劳动合同措施,且与劳动者以相关文字记载或实际履行行为达成变更后,劳动者又以用人单位变更劳动合同未采用书面形式为由请求确认劳动合同变更无效的,不予支持。	基于经营需要等客观原因且以文字或实际履行方式达成变更合意的雇主行使变更劳动合同权限有效。
《江苏省劳动合同条例》(2013年5月)	第29条	变更劳动合同应当经当事人双方协商一致。变更劳动合同应当采用书面形式,注明变更日期,但提高劳动报酬等有利于劳动者的情形除外。当事人一方要求变更劳动合同的,应当将变更要求书面送交另一方,另一方在收到之日起15日内未作出书面答复的,视为不同意变更劳动合同。	雇主变更劳动合同须要双方当事人达成合意,合意之形式为书面形式(利于劳工之变更情形例外),当事人收到书面变更请求在15日内未作出书面答复的,推定为不同意变更。
《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(2013年2月)	第11条	变更劳动合同未采用书面形式,但已实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月,且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗,当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的,人民法院不予支持。	对《劳动合同法》第35条要求的变更劳动合同合意之书面形式进行松绑,口头变更在实际履行一个月后且不违反法律法规、国家政策及公序良俗的,此种情况下雇主行使的变更劳动合同条款之权限有效。

雇主行使劳动合同条款变更权的权利基础何在? 尽管两大法系的国家或地区皆从生产经营权(managerial prerogative)视角来阐述其理由,但大陆法系相关国家和地区常将其视为调职问题,调动权的法理何在、如何防范调动权之滥用、调职是否应征得劳雇双方合意方可改变、合意的表现形式有哪些等为其研究重点;而英美法系相关国家和地区则将其视为雇主行使劳动合同条款变更权问题加以研究,雇主单方变更劳动合同条款权限的法理何在、要否征得劳工之同意、如何界定雇主行使劳动合同条款变更权的合法性与合理性、如果劳动合同之相关条款吸收了集体合同之规定,雇主能否弃之不顾而径直依赖所谓的“有权变更劳动合同条款”之规定等。其用语虽异,但问题实质相同,此类问题在当前全球经济下行背景下日显突出。

如何将雇主劳动合同条款变更权控制在一个合理公平的边界内,如何在雇主的生产经营权与劳工的权益保护之间进行衡平成为各国司法部门之难题,无论是我国《司法解释(四)》第11条之规

定,还是在英国引起较大影响的 *Bateman 案*^[7] 和 *Malone 案*^[8] 之判决,抑或是我国台湾地区“最高法院”有关雇主调职权之诸多判决,无不彰显了雇主行使劳动合同条款变更权所造成的紧张状态,本文将基于比较法视野,探究雇主劳动合同条款变更权之法理、域外针对此类权限行使司法控制的理论与实践,并反思我国现有之相关规则。

二、雇主劳动合同条款变更权之法理

劳动合同本为传统民法上雇佣合同之一种,若无劳动法律法规之特别规定外,仍有民法雇佣合同之适用。^[9] 后来人们虑及因劳资之间并无对等的博弈能力而造成劳资地位并不平等,遂基于从属性标准,将从属性较高之弱势劳工纳入劳动合同范畴以加强保护力度,而一些从属性较低的劳务提供者如自营作业者、独立承包人等仍归属民法上雇佣合同之适用。在人们认识到劳动关系的社会因素和人身属性之后,劳动力之给付已从“物的交换”概念转移至以“人为本位”之概念,劳动关系亦由一开始的全面债化到从民法之纯私法调整中分离出来,同时注入国家干预的公法调整方式,成为独立的公私法规范兼而适用之劳动合同法体系,从而决定了劳动合同条款变更之考量在一定程度上应有别于传统民法上的合同变更。

在传统民法上,合同的变更分为债的要素变更与非要素变更。所谓债的要素变更,是指给付发生重要部分的变更,导致合同关系失去同一性。债的要素变更,不再属于合同之变更,而为合同之更改。反之,非要素的变更未使合同关系失去同一性,当然为合同之变更。何为重要部分,应当依当事人的意思和一般交易观念加以确定。^[10] 债之非要素变更亦称为债之变更合同,其在继续性合同关系中表现尤为突出,当事人的资历能力、个人的需要均可能发生变化,为配合情事的改变,为使合同关系能顺利发展,实现合同目的,当事人使用债之变更合同的手段,实为司空见惯之事。债之变更合同仅改变当事人欲变更的部分,债之关系同一性不受影响,符合当事人的目的及利益状态。^[11]

劳动合同条款之变更,我国劳动法上常称之为劳动合同变更,是指劳动合同在成立之后、尚未履行完毕之前,当事人双方依法对合同条款进行修改、补充等法律行为,其仅限于合同内容之变更,不包括合同当事人之变更。^[12] 雇主变更劳动合同条款,尤其是工作内容或工作地点等劳动合同要素条款攸关劳工利益之保护,如我国《劳动合同法》第 17 条之规定,此类劳动合同要素条款被称为劳动合同的法定必备条款,其中工作内容是指工作岗位和工作任务或职责,它是用人单位使用劳动者之目的;工作地点是劳动合同的履行地,其关系到劳动者的工作环境、生活环境以及劳动者的就业选择。^[13] 此类劳动合同要素条款,英国法官史密斯勋爵 (Smith LJ) 将其称为“必要条款”(essential terms),意指劳工和雇主间的相互义务对劳动关系来说至为重要。^[14] 欧盟相关指令中亦将其称为“劳动合同或雇佣关系的必要方面”(the essential aspects of the contract or employment relationship),并要求成员国通过

[7] *Bateman & Ors. v Asda Stores Ltd* [2010] IRLR 370.

[8] *Malone v British Airways* [2010] EWHC 302.

[9] 王泽鉴:《民法概要》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 381-382 页。

[10] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 452 页。

[11] 陈自强:《民法讲义 II——契约之内容与消灭》,法律出版社 2004 年版,第 291 页。

[12] 沈同仙:《劳动法学》,北京大学出版社 2009 年版,第 83 页。

[13] 信春鹰主编:《中华人民共和国劳动合同法及实施条例解读》,中国法制出版社 2008 年版,第 40 页。

[14] *Protectacoat Firthglow Ltd v Szilagyi* [2009] IRLR 365, at [57].

国内法明确雇主有义务书面告知此类主要信息。^[15]

但在劳动合同中,纵然前述要素条款之变更,亦非必然产生合同更改之效,究其原因,劳动合同作为一种继续性合同关系,其债权的主要效力在于履行状态之维持,实为一种“状态债权”。^[16] 时间因素在继续性合同债的履行上居于重要地位,总给付的内容取决于应为给付时间的长度,^[17] 从而决定继续性合同倾向于签订长期合同,但受提前规划能力之限制常导致合同义务履行缺乏具体的指向性,故如英国判例 *Creswell 案*^[18] 所云,继续性合同关系需要有灵活性,早先缔结之义务可能不再满足至少一方当事人之需求,对继续性合同来说适应义务尤为重要。因此作为继续性合同之劳动合同对合同变更之强调远胜于合同更改。

关系合同论学者将劳动合同视为关系合同,如在英国判例 *Johnson 案*中,斯泰恩勋爵(Lord Steyn)认为劳动合同属于关系合同,^[19] 而关系合同有利于促进合同变更,^[20] 事实上在劳动合同中,变更亦如家常便饭,合同双方当事人为因应情势变化需要以各种方式来调整其各自义务。虽然在传统民法上认为合同关系之变更,无论合同主体之变更或合同内容之变更,除法律另有规定外,均需要合同双方当事人的同意,此为合同变更自由的实质内涵。^[21] 但在关系合同论学者看来,同意在复杂、持续性的契约关系中充其量只能发挥一种触发性作用,大量通过拟制而达致最大效果之实施,^[22] 因此,一旦劳动合同发生变更,对价之概念在某种程度上成为一种拟制之物,雇员往往通过继续工作而不反对的默示承诺方式作为变更之对价,如在英国判例 *Lee 案*中,雇主宣布提高雇员之相关劳动条件条款时,雇员并未要求在更高程度上或更大范围内提升其劳动条件,而是基于目前提升之劳动条款继续工作来表达其对价。^[23]

英国普通法传统上对雇员施加了服从、相互合作与谨慎从事之义务(duties of obedience, co-operation and care),^[24] 可能不太利于雇员对劳动条款变更之拒绝,但随着相互合作义务逐渐演变为相互信任义务(the obligation of trust and confidence),该义务使得劳动合同双方当事人的合法期望获得法律认可之效力。尽管相互信任义务的默示条款范围相当宽泛,但对于急剧变化之情形,亦不至于要求改变当事人之既定义务,因此,即使施加于一方当事人之义务在商业上已无实际履行之可能,另一方当事人亦无同意变更之义务。如在 *Fish 案*中,^[25] 原告们要求补发其奖金和资遣费而提起诉讼,被告银行由于受到 2008 年金融危机之不利影响而试图减少奖金支出,其理由是“原告与其他人一起应对遭受灾难性打击之业务管理负责,不应再行要求当初同意之大笔奖金和资遣费,因为这起灾难之规模实在出乎意料之外”,法院拒绝采信此种辩解。

正如有学者所云,麦克尼尔(Macneil)之关系合同论倾向于将关系合同视为一个单一类别,同时囊括民商事合同和劳动合同,并未太多顾及交换之性质和特定类型合同之特质,其对劳动合同之规范指导作用有限,劳动合同其实有别于传统的民商事合同关系,当事人双方不对等的谈判能力和高度的

[15] Directive 91/533, Art. 2(2)(f)(i).

[16] 参见苏俊雄:《契约原理及其实用》,台湾中华书局 1978 年版,第 57 页。

[17] 王泽鉴:《债法原理》(第 1 册),中国政法大学出版社 2001 年版,第 132 页。

[18] *Creswell v Inland Revenue* [1984] ICR 508, 518-519.

[19] *Johnson v Unisys* [2003] 1 AC 518.

[20] Subha Narasimhan, *Of Expectations, Incomplete Contracting, and the Bargain Principle*, 74 Cal. L. Rev. 1123, 1185 (1986).

[21] 同注 11 引书,第 275-276 页。

[22] 参见[美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 45 页。

[23] *Lee v GEC* [1993] IRLR 383, 389.

[24] Simon Deakin & Gillian S Morris, *Labor Law* 302-308 (5th ed., Hart Publishing 2009).

[25] *Fish v Dresdner Bank* [2009] IRLR 1035.

人身属性实为劳动关系之本质属性。^[26] 因此,从这个意义上说,相互信任义务彰显了这种特质,因其对劳动合同中雇主自由裁量权条款之行使施加了限制。

在英国成文法上,凡是属于劳动合同核心事项,常被称之为重要条款(the material terms),英国《雇佣权利法》(Employment Rights Act, ERA)要求雇主以书面说明(written statement)的形式发放并告知雇员。^[27] 重要条款之达成须要双方当事人之合意(consensus),从而创设具有拘束力的法律义务,故而对这类重要(核心)条款之改变需要双方当事人之同意,才能继续满足合意之要求。一般而言,雇主对此类条款不能单方改变,若执意而为可能构成违约,雇员则有权辞职而提起推定解雇之诉。^[28]

而英国普通法认为,正如雇员对雇主负有一种宽泛的服从义务一般,^[29] 在劳动合同的明示条款之外,雇主对企业经营拥有经营管理权(managerial prerogative),雇主对雇员工作之履行有制定相关规范之默示权力,这类规范不必采取劳动合同条款之形式,亦不需要获取雇员个别或集体之事先同意,雇主能够对其进行单方修改。^[30] 有时候此类规范常松散地被称为经营管理权条款而被纳入劳动条件之范畴。因而在英国法上,特定条款究竟是属于劳动合同的重要条款,还是属于企业经营管理权范畴内的劳动条件条款,其对变更的合意要求不同。

与英国法有异曲同工之妙的法国法亦有类似之规定。20世纪80年代中期,法国最高法院社会庭的司法判例区分劳动合同的主要变更(modification substantielle)和次要变更(modification non substantielle),认为劳动合同的主要变更就是对劳动合同最基本要素(element essentiel)的变更,要得到双方的同意;不属于劳动合同最基本要素的变更就属于次要变更,不需要得到双方的同意,但对如何界定一项变更属于劳动合同之主要变更还是次要变更,最高法院只能具体案件具体分析。而自1996年起,法国最高法院社会庭采用了新标准,区分劳动合同之变更和劳动条件之变更,前者需要征得雇员之同意,而后者属于雇主行使指挥管理权范围内之事项,不需要征得雇员之同意。劳动合同变更之事项一般涵盖劳动报酬、职务变更、工作时间和工时之变更、一定情况下的工作地点变更以及合同期限变更等。^[31]

雇主行使劳动合同条款变更权,在大陆法系国家和地区常立论于企业的“经营权说”,其以“企业一组织”论为理论基础,认为作为一个组织的企业拥有共同的利益,共同利益的实现高于个人利益,因而企业自然地、事实地获得了对雇员之指挥管理权。^[32] 而经营权说之外在表征之一,即为大陆法系相关国家和地区常出现的调职问题。^[33] 所谓调职乃是雇主变更员工之配置,通常伴随着职务内容或工作场所之变更,而且此变更需为相当长一段时间,以与企业内基于临时性或特定性需要,雇主命令劳工暂时支援其他单位或出差者有别。而调职传统上被认为是雇主人事权的自由裁量运用,为雇主之固有权限,属于事实行为之一种;而既然调职是事实行为,故除非雇主所为之调职命令系明显不合理之裁量权滥用行为,否则没有评断调职命令法律效力之余地。^[34]

[26] Douglas Brodie, *How Relational Is the Employment Contract?* 40 Ind. L.J. 232, 241(2011).

[27] ERA 1996, s 1(4).

[28] See, e.g., *Marriott v Oxford and District Cooperative Society Ltd (No. 2)* [1970] 1 QB 186; [1969] 3 WLR 984; [1969] 3 All E. R. 1126.

[29] Alvin W. Gouldner, *Wildcat Strike: A Study in Worker - Management Relationship* 152 (Antioch Press 1954).

[30] Deakin & Morris, *supra* note 24, at 218 - 219.

[31] 参见郑爱青:《法国劳动合同法概要》,光明日报出版社2010年版,第117-120页。

[32] 同注31。

[33] 本文若无特别说明,所言调职乃指企业内调职而非企业外调职(借调)。

[34] 参见[日]菅野和夫:《劳働法》,弘文堂2007年版,第387-388页。日本学者桑原昌弘亦将此种见解称之为“经营权说”。转引自台湾劳动法学会编:《劳动基准法释义—施行二十年之回顾与展望》,台湾新学林出版股份有限公司2009年版,第149页。

而对于调职合法性之探讨,我国台湾地区多援引日本法上的四种学说:^[35]一是概括合意说,认为雇主对劳工的劳动力有概括处分权限(指示权, Direktionsrecht),若劳雇双方基于明示或默示之合意,或基于企业习惯,对于工作场所与内容已有特定,则调职命令应视为变更劳动合同之要约,仍需得劳工之同意,否则并无拘束力。此外,雇主之指示权益并非漫无限制,仍须受到权利滥用禁止之限制。雇主之调职若无业务上充分合理性与必要性,或对劳工生活带来严重不利益者,仍有可能被认定为无效。二是劳动契约说(或称限定的合意说),认为如果调职是在劳动契约的预定范围内,应认为只是契约的履行过程,调职命令只是劳务指挥之一种事实行为,劳工当然必须服从;反之,若调职超越劳动契约的预定范围,则调职构成变更契约内容之要约,未得劳工同意时,调职对劳工不生拘束力。三是特约说(或称特定的合意说),认为工作场所与工作内容在性质上是劳动契约之要素,必须由劳资双方合意始能特定,不得由雇主单方面予以变更,因此雇主发调职命令时,即为契约内容之要素变更,必须每次征得劳工之同意,或于劳动契约中有将变更工作场所或工作内容之权限委由雇主行使的明确特约时,雇主始得对劳工行使调职之权限。四是调职命令权否认说,认为雇主对工作地点与工作内容之变更,皆属变更契约内容之要约,须得劳工明示或默示之同意,方能生效。至于劳动契约订定时,未特别约定工作场所与工作内容,仍不能因此认为劳雇双方就调职存在默示合意。

对于上述针对调职法理之学说,我国台湾地区有关法院的司法判决中曾有总结,认为以上诸说,无论采取何种性质之见解在台湾的劳动实务现况下,其结果并无甚大差别,亦即均须先探讨雇主与劳工订定劳动契约之内容,对于调职是否有明示或默示的合意。台湾地区“劳动基准法”施行细则第7条第1款与“内政部”1985年9月5日台内劳字第328433号函释可为参照。^[36]易言之,工作场所与工作内容既为劳动契约之重要要素,不得容许雇主擅以己意变更,具有约束力之调职命令必须得到劳工之同意,因此于调职纠纷中首先在订立劳动契约阶段,对于调职已有默示之合意时,于合理范围内雇主固得行使调职命令之权限。但考量台湾劳动关系习惯上,一般在劳动契约订定时,甚少就工作场所与工作内容为限定之合意,且劳工为得到工作机会,几乎毫无选择自由地必须提出遵守雇主人事变动命令与工作规则规定之保证书等实态,判断劳资双方就调职是否已有默示之合意时,必须采取审慎之态度。^[37]

我国劳动法针对雇主变更劳动合同要素条款之权限,其法理基础实质上亦是采“经营权说”,其在表述上常用“企业经营管理自主权”、“用人单位自主权”等术语。无论是原劳动保障部在《关于职工因岗位变更与企业发生争议等有关问题的复函》(1996年5月30日劳办发[1996]100号)的第1条规定,^[38]还是2008年通过的《劳动合同法》第4条,^[39]都彰显了“经营权说”之影响。该条对事涉劳动者切身利益的劳动报酬、工作时间、工作内容与工作场所等重大事项的决定与修改以及规章制度制定的最终决定权给予用人单位。亦即在制订劳动规章制度和决定重大事项时应“先民主,后集中”,实质

[35] 台湾劳动法学会编:《劳动基准法释义—施行二十年之回顾与展望》,台湾新学林出版股份有限公司2009年版,第150-152页。

[36] 我国台湾地区“劳动基准法”施行细则第7条第1款规定:“‘工作场所及应从事之工作有关事项’,应于劳动契约中由劳资双方自行约定。而‘内政部’1985年9月5日台内劳字第328433号函释规定:‘劳动基准法’施行细则第7条第1款规定,工作场所及应从事之工作有关事项应于劳动契约中由劳资双方自行约定,故其变更亦应由双方自行商议决定。”

[37] 参见台中地院92劳诉101号判决。

[38] 原劳动保障部办公厅《关于职工因岗位变更与企业发生争议等有关问题的复函》(1996年5月30日劳办发[1996]100号)第1条规定:“……因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位,则属于用人单位的自主权。对于因劳动者岗位变更引起的劳动争议应依据上述规定精神处理。”

[39] 《劳动合同法》第4条规定:“……用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时,应当经职工代表大会或全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定。……”

上是采纳了“企业经营管理自主权”之观点,工会和职工对劳动规章制度重大事项的制订仅有参与权而无决定权,劳动规章制度及重大事项经民主程序后最终由用人单位确定。^[40]

此外,我国针对劳动合同变更是否要征得劳工之同意,既不似德、日、我国台湾地区等着眼于基于经营权说的调职法理探讨,亦不似英、法区分劳动合同重要条款之变更和劳动条件条款之变更,其主要是从法定变更和协商变更之角度进行规定。若是法定变更,则雇主依法有权进行变更而无需征得劳工同意,其突出表现在《劳动合同法》第40条第1款之规定中,亦即如果劳动者患病或非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作或劳动者不能胜任工作的,用人单位可以单方调整其工作。但基于对劳动者的特殊保护,我国某些法律亦对雇主施加调职之法定义务,如依据《妇女权益保障法》第26条及《女职工劳动保护特殊规定》第6条,女职工在孕期不能适应原工作的,用人单位应当根据医疗机构之证明,予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的工作。而《职业病防治法》(2011年修订)第36条规定,对在职业健康检查中发现有与所从事的职业相关的健康损害的劳动者,应当调离原工作岗位,并妥善安置。

若是协商变更之情形,则雇主必须先与劳工协商征得其同意方可变更,协商不成方可解除劳动合同。其主要表现在两种情形之下:一是在任何情形之下,即使属于法定变更之情形,雇主亦可经由协商变更去实现劳动合同之变更;二是在情势变更的情形,这一情形在《劳动合同法》第40条第3款中有所规定,劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,用人单位与劳动者可以协商变更劳动合同内容。对于协商变更,劳动合同法要求劳资双方达成合意,且合意的表现形式规定为书面形式,这一点《劳动合同法》第35条可为参照。^[41]对于无书面形式之劳动合同变更之效力认定,《司法解释(四)》第11条规定在满足一定条件下认可其效力。^[42]

不难发现,雇主劳动合同条款变更权之法理,实为企业因应经济变化行使其经营管理权之内在需要,其关键在于对劳工影响至为重要之劳动条款变更要否征得劳工之同意。各种学说从不同角度对其作出了不同诠释:继续性合同论者强调适应义务而淡化同意之存在,关系合同论者拟制同意来促进劳动合同变更,劳动合同论者强调劳动合同特质而强化同意之要求,主张对雇主变更劳动合同条款的权限加以限制。无论是区分劳动合同重要条款变更和劳动条件条款变更,还是基于调职法理之探讨,抑或是区分法定变更和协商变更,都不过是对同意要素之要求与否及其强度大小之不同区分而已。但无论怎样,劳动合同条款之变更,因其常对劳工遭致不利之劳动条件,虑及劳资双方缔约之实际样态,劳方多处于劣势状态,大多欠缺个别商议劳动条件之可能,故对劳动合同条款之缔结与变更,法院有必要对其合法性、合理性与必要性加以审查与控制,如何将雇主劳动合同条款变更权控制在一个合理公平的边界内,从而衡平雇主的生产经营权与劳工的权益保护随即成为各国司法部门之难题。

三、雇主劳动合同条款变更权控制之域外实践

针对雇主行使劳动合同条款变更权之合法性、合理性与必要性的司法审查,不同地区、不同国家基于自身的历史传统和法律理念而有着不同的理论与实践,但长期以来其相关实践亦是各具特色,有迹可循,在此将选取德、法、英以及我国台湾地区作为分析样本以作镜鉴。

[40] 同注13引书,第11-12页。

[41] 《劳动合同法》第35条规定:“用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同,应当采取书面形式。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。”

[42] 《司法解释(四)》第11条。

(一) 德、法严格细致的公法干预型判断基准

对于契约控制,德国法上以契约正义为出发点关注缔约实力对等,尤其推崇两种较具代表性理论:正当性担保理论(Die Lehre von der Richtigkeitsgewähr)^[43]和自我决定理论(Die Selbstbestimmungstheorie)^[44]德国联邦宪法法院主要基于此两类理论作为判决说理之依据,认为契约自由的限制是不可或缺的,因为私法自治是建立在自我决定的原则之上,亦即其前提乃是:事实上存在着自我决定的自由。若契约之一方拥有强大的契约优势,以致于契约约款实际上是由其单方决定,这对他方当事人将意味着由他人做主(他主)。若当事人间欠缺相接近的缔约实力,则仅仅透过契约,即无法担保在对立的利害关系中,可以获得适当之平衡。在此,若涉及基本权所保障之地位的处分,国家规范即应补偿性地加以干预,以令基本权之保护可以获得确实的保障。^[45]德国晚近之劳动法学说,深受包括联邦宪法法院上述见解之影响,对劳动合同条款变更司法控制逐渐演变出社会正当性之判断基准,如《德国劳动契约终止保护法》第2条、第4条第2句以及第8条等都提及变更劳动条件要符合社会正当性之要求。^[46]

如前所述,法国法对于劳动合同中之雇主单方变更权,区分劳动合同变更与劳动条件变更而施加不同的合意要求。对于劳动条件变更,雇主有权通过行使指挥管理权来单方变更劳动条件。雇主单方对劳动条件加以改变,如工作任务略有调整但既不增加负担又不会减少工资、工时之微小调整等,因其并不触及合同义务之改变,劳动合同没有任何变更,通常雇员都得接受变更。而针对雇主单方提出的劳动条件改变,雇员可以拒绝接受,可以提出辞职,但辞职的意思表示一定要明确,如雇员在辞职后又起诉雇主,认为雇主有过错,要求认定辞职为解雇。此时法官要审查该辞职是否为雇员之真正意图,是否清楚地表达出来,如果确定雇员明确地提出辞职,则不能认定辞职为解雇,雇员不能得到任何补偿。如果雇员既未提出辞职,也不来上班,则雇员行为构成对劳动义务之违反,因为劳动合同没有任何变更,此时雇主在遵循解雇程序、遵守解雇通知书明确解雇理由的前提下,可合法解雇该雇员,若不遵循解雇程序及方式要求则构成不当解雇。如果雇主依法解雇该雇员,该解雇仅仅是基于雇员拒绝接受劳动条件变更时,拒绝本身不构成重大过错,则雇主解雇还须遵守解雇预告期规定,被解雇雇员有权得到解雇补偿金。如果在变更劳动条件上,雇主有可指责的过错时,即雇主滥用指挥管理权,

[43] 德国学者施密特·里姆普乐(Schmidt-Rimpler)认为,契约具有担保其内容正当性之功能,其称之为“契约的机制”(Vertragsmechanismus)。仅在当事人缔约实力对等时方能实现,而在此情形,法律亦不应加以介入,以免过度减损当事人主动创新以及自我负责的意义。反之,在欠缺磋商实力对等的情形,契约机制无法恰当地担保其内容的正当性,法院即应加以审查,方能弥补与取代契约原先所具有之正当性担保之功能。参见林更盛:《论契约控制》,台湾翰芦图书出版有限公司2009年版,第37-38页。

[44] 德国学者弗卢姆(Flume)认为,在承认个人人格自由发展的法秩序之下,私法自治/契约自由原则乃是基于当事人自我决定(Selbstbestimmung)、实现其意思决定的一种手段。契约既为当事人双方自主决定之结果,即可要求当事人对此结果加以负责(自我负责(Selbstverantwortung)),并且在此前提下免于国家(包括法院)干涉。对此,并无须另外附加理由——例如以契约正义——予以正当化。但应注意,契约自由原则之理念,仅在当事人实际上拥有自我决定实力之前提下,才能获得实现。若当事人实际上欠缺自我决定之实力,则契约将从双方自主转变为单方主宰之结果,这对缔约弱势一方,即意味着从“自主”退化为“他主”(Fremdbestimmung),此时契约自由原则即应加以限制。同注43引书,第42-43页。

[45] 同注43引书,第50-51页。

[46] 该法第2条(变更终止劳动契约)规定:“雇主终止劳动契约,同时向劳工提出变更劳动条件继续劳动关系之要约时,对此要约,劳工可以劳动条件之变更如无反社会正当性(参照第1条第2款第1至第3句以及第3款第1及第2句)为保留条件而为承诺。劳工应于终止之预告期间内,或迟于终止之意思表示达到后三周内,对雇主提出该项保留之意思。”第4条第2句(提起诉讼)规定:“依第2条提起为确认劳动条件之变更不符社会正当性,或基于其他原因而为无效之诉。”第8条(先前劳动条件之恢复)规定:“第2条变更终止之情形,如经法院判决确定劳动条件之变更违反社会正当性,雇主之变更终止视为自始无效。”参见吴姿慧:“浅谈德国变更终止劳动契约”,载《月旦法学教室》2009年第79期,第92-97页。

对于此类变更,雇员亦有权拒绝,而该拒绝本身不构成解雇需要的过错。^[47]

而对于劳动合同变更,其合法性判断基准,法国法院通常考量的条件有:^[48]一是条款约定必须详细,如针对最为常见的工作地点变更条款(*clause de mobilité*),就必须详细规定在何种条件下雇主可以单方变更工作地点、在哪个地域范围内变更,否则即为无效。如果工作地点变更涉及到雇员家庭地址变更,则可能触及违反《欧洲人权公约》规定。如在某个案件中,劳动合同条款约定,雇主有权单方面变更雇员工作地点所在区域,并有权要求雇员在工作区域变更后将家庭随迁至该区域。之后雇员被要求从巴黎调动到蒙波利尔,雇员拒绝将其家庭随迁至蒙波利尔,雇主将其解雇,雇员诉至法院认为解雇无合法理由,要求雇主支付各种法定补偿金,凡尔赛上诉法院认定当事人在劳动合同中约定的条款合法,但法国最高法院基于《欧洲人权公约》第8条^[49]和《劳动法典》法律卷第1121-1条^[50]之规定,认定此等限制雇员家庭住址之条款无效,违反《欧洲人权公约》,撤销凡尔赛上诉法院判决,发回巴黎上诉法院重审。二是此类条款之订立必须遵守善意原则(*de bonne foi*),不得滥用权利。如在订立工作地点变更条款的情形下,雇主没有为雇员提供交通便利条件,使雇员可按时到达新的工作地点,即属于雇主滥用指挥管理权利,约定条款无效。三是对约定条款必须从严解释,不得扩大雇主的权利。如事先约定之工作地点变更条款,对其理解与解释只能是雇员接受在约定当时已有的企业各个机构中工作,不包括当时不存在的企业机构,亦即雇主不得调动雇员到后来新的分支机构工作。四是如果此类条款约定:在雇员违反纪律时作为纪律处罚的措施而实施该约定时,例如劳动合同中约定雇员违反劳动纪律,要接受雇主对其岗位调动条款。法国最高法院认为,任何作为劳动纪律处罚的措施都必须事先经过法定程序,仅当雇员确有过错时,对其实施处罚措施方才有效。

一旦此类变更条款不符合上述合法性条件时,雇员不遵守这些约定条款,不能构成过错,雇主因此而解雇雇员,则该解雇不具合法理由。如果此类变更条款符合上述合法条件而具有效力时,雇员不得拒绝履行,如果拒绝履行则构成合同义务的违反,雇主即可合法地解雇该雇员,但法国最高法院认为,仅仅拒绝本身不能认定为重大过错,此时雇主解雇仍然要遵守预告期并支付补偿金。^[51]不难看出,《欧洲人权公约》之要求以及德国基本权之确实保障、法国劳动法要求的书面约定、善意原则及比例原则等适用,使得德、法形成严格细致的公法干预型判断基准。

(二) 英国灵活抽象的判例解释型判断基准

英国法上,在普通的合同法领域,合同条款变更要想拘束合同当事人,必须征得双方当事人合意,当事人一方是否有权单方变更合同条款,通常作为合同法一般原则适用问题对待。尽管普通法认为,合同可以授权一方当事人单方变更合同当事人的合同义务,但该项权利并非没有限制,默示条款可能用来控制此项权利之适用。^[52]英国法院一般从两方面加以限制:一是要求合同一方当事人不得非理性(*irrationally or unreasonably*)、武断地(*arbitrarily*)、变化无常地(*capriciously*)、不合规地(*perverse-ly*)、违反诚实信用地(*in bad faith*)行使单方变更合同条款权限;二是判例法规定,如果合同一方当事人想单方变更合同条款,其所援引之相关条款措辞必须明白无误地明示其目的。

[47] 同注31引书,第126页。

[48] 同注31引书,第123-124页。

[49] 1950年《欧洲人权公约》第8条第1款规定,人人享有私人和家庭生活、住址和通讯权利受到尊重的权利。

[50] 该条规定,任何人不得对个人权利和个人性、集体性自由作出不能被工作任务之性质所能证明的限制,该限制也不得和所追求的目标相比不合比例。

[51] 同注31引书,第124-125页。

[52] *Frederic Reynold QC & John Hendy QC, Reserving the Right to Change Terms and Conditions: How Far Can the Employer Go?* 41 *Ind. L.J.* 79, 80-81 (2012).

英国法院在运用合同法一般原则对合同条款变更进行司法控制时,一般要重点关注合同当事人缔约意图,而非拘泥于合同文字规定,而在解读当事人意图时,法院要关注合同事实的来龙去脉。^[53]而霍夫曼勋爵(Lord Hoffmann)在1998年的一个判例中的经典论述,则被奉为英国当代合同解释原则之圭臬,亦即在解释合同文件时,旨在探求合同文本将要传递给理性人之意义,而此理性人了解双方当事人的所有背景知识,但要排除此前主观方面的谈判和声明。^[54]法院认识到劳动合同有别于普通的民商事合同:劳雇双方不对等的谈判能力或为双方当事人之间最为显著之特质,雇主对劳动合同条款之拟就有支配权,而劳方别无选择或被迫签字同意或放弃此工作。雇方拥有谈判之优势地位,且劳雇关系的特点之一就是劳雇关系总是对雇主一方持开放态度,一旦不能就重要变更达成一致,雇主即可通知雇员终止原合同,并提供给雇员一个新的劳动合同,而此合同则已包含雇主曾想变更之内容。^[55]

上述合同法一般原则亦适用于劳动合同条款变更之司法控制,英国法院在几个有关奖金支付的案件中,对雇主自由裁量权的行使施加了理性(rationality)、诚实信用(good faith)以及不得变化无常或武断行事(lack of capriciousness or arbitrariness)之限制。^[56]如在Wandsworth案件中,伍尔夫勋爵(Lord Woolf)在针对劳动合同一方当事人单方变更合同条款效力的附带意见(obiter views)中表示:

一般说来,劳动合同仅在合同双方当事人达成一致的情况下方能变更。但在劳动合同领域雇主(或雇员)可在合同中写明,其可单方保留变更合同特定方面之权利,而事实亦经常如此。但一方当事人保留此类非同寻常权利必须诉诸明确的语言规定。此外,除了使一方当事人能够变更其必须遵行之合同条款之外,法院不会作出其他更为有利之解释。……对雇员基于病假工资规范所享有之权利而适用雇主单方变更权利,可能产生不合理结果,因此法院针对劳动合同条款给予雇主单方变更权限之解释,应该避免采取对雇员造成不合理结果之方式进行。^[57]

而早在未纳入判例报告中的Kilburn案件中,雇员收到雇主同时发放的工作手册和受雇书,工作手册中的一个条款规定:“此手册即为劳动合同,雇主保留变更合同条款权利,一旦发生此类变更将会通知你……”雇主则据此表示其有权单方变更合同条款,英国雇佣法庭(Employment Tribunal, ET)支持了雇主观点,此案诉至英国雇佣上诉法庭(Employment Appeal Tribunal, EAT),上诉法庭明确拒绝雇佣法庭的解释——认为此条款效果在于“授予雇主在劳动合同中想怎么变更就怎么变更合同条款的权利”,主审法官韦特(Waite)认为,如果系争条款解释为一方当事人有权单方变更,则该项权限之行使“必须限于次要条款之变更,且不能扩展至未经雇员同意而赋予雇主在合同中引入重大、实质或根本性合同条款之权利”。^[58]

而在另一未纳入判例报告中的Bellfield案件中,未获雇员代表同意,雇主引入一个修改过的一揽

[53] *Paragon Finance Plc v Peender* [2005] EWCA Civ 760, [2005] 1WLR 3412; *Lyminton Marina Ltd v MacNamara* [2007] EWCA Civ 151, [2007] Bus LR D29.

[54] *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society Ltd* [1998] 1 WLR 896, 912-913.

[55] *Autoclenz v Belcher* [2010] IRLR 70.

[56] *Clark v Nomura International plc* [2000] IRLR 766; *Horkulak v Cantor Fitzgerald International* [2005] ICR 402; *Commerzbank AG v Keen* [2007] ICR 623.

[57] *Wandsworth LBC v D' Silva* [1998] IRLR 193 at [31].

[58] *United Association for the Protection of Trade v Kilburn* (17 September 1985) (EAT).

子薪酬计划,雇佣法庭认定此套计划导致雇员工资非法减少。雇主不服,上诉至英国雇佣上诉法庭,并认为,只要雇员整体薪酬并不减少,其有权援引合同中的“变更”(amendments)条款规定变更合同,该条规定:“任何变更将以书面告知雇员和/或在公司办公室张贴通知告示。”EAT 法官彼得·克拉克(Peter Clark)裁决雇主无权这样做,其在引用伍尔夫勋爵在 *Wandsworth* 案中附带意见和 *Kilburn* 案判决之后指出,雇主若要保留单方变更合同条款权利,必须以明确语言在合同中写明,否则“一方当事人不能仅通过在合同中塞进一个条款以达到给予其自身全权(*carte blanche*)变更合同条款之效果”。^[59]而在 2001 年的 *Hayes* 案中,英国上诉法院虽未直接引用但却适用了与 *Wandsworth* 案相似之方法,法院经过分析认为,劳动合同中并未明确给予雇主单方降低统一的雇员生活补贴的权利,主审法官彼得·吉布森(Peter Gilson LJ)在裁决中写道,“如果双方当事人意欲合同条款允许一方当事人有单方变更生活补贴标准的权利,在我看来若要达此目的,合同条款必须非常明确地加以规定”。^[60]

可见,针对雇主行使劳动合同条款变更权,英国判例法上似乎融合了前述日本调职法理学说之概括合意说、劳动契约说与特约说的一些成分,法院一是要求该权利行使要在劳动合同条款中有明确规定;二是要符合合同法一般原则的要求,诸如合乎理性与规范、诚实信用、不得无常或武断行事等,其要求在劳雇双方利益间要合理平衡,不得以不合理的方式侵害劳工依据合同的既有利益,重大、实质性或根本性合同条款变更要征得劳工之同意等,法院基于劳雇双方不对等的谈判能力和高度之人身属性,而对此类“劳动合同条款变更权”(the right to change terms)适当地介入审查,此类契约控制较好地考虑了劳工权益。但此类雇主行使单方变更合同条款权限,至 2010 年又在 *Bateman* 案^[61]和 *Malone* 案^[62]中在英国法院得以重新审视,表明英国法院在经济下行时期偏向于保护雇主经营管理权,^[63]成为英国司法实践之新风向标,两案判决结果甫一推出,就引起轩然大波而颇受学界争议。^[64]

在 *Bateman* 案中,雇主未获得劳工同意,试图对劳工之工作和报酬结构加以改变,在总共 18000 名雇员中有 8700 名拒绝同意此项改变。雇员代表向雇佣法庭提起诉讼,诉称因雇主非法扣减工资而遭受损失。此案争点最终落在雇主进行的此项改变是否非法和违约。雇主依据并入雇员个别劳动合同中的公司工作手册之规定,^[65]其构成“雇佣之主要条款”。事关这 8700 名雇员之包含工资、工时、休假等现有条款(其与那些同意接受新方案的人之条款不同)规定在公司工作手册中,而工作手册规定该部分内容纳入“工作手册之修改”项下且为劳动合同主要条款之组成部分。^[66]雇主继而指出,“工

[59] *Aviation & Airport Services v Bellfield* (14 March 2001) (EAT).

[60] *Securities and Facilities Division v Hayes* [2001] IRLR 81 at [46].

[61] *Bateman*, [2010] IRLR 370.

[62] *Malone*, [2010] EWHC 302.

[63] Roseanne Russell, *Malone and Others v British Airways Plc: Protection of Managerial Prerogative?* 40 Ind. L.J. 207, 213 (2011).

[64] Reynold & Hendy, *supra* note 52. Also see James Murphie, *The Employers' Right to Rewrite the Contract?* http://new.murraystable.com/assets/files/articles/Employers'_20Right_%20to_Rewrite_the_Contract.pdf, last visited on Mar. 15, 2015.

[65] 值得注意的是,英国劳动法上实行两分对待,一方面,只有个别劳动合同条款对劳雇双方才具有法律拘束力;绝大多数集体合同对合同双方当事人没有法律拘束力,除非其相关规定明示或默示地并入个别劳动合同中方具效力。Deakin & Morris, *supra* note 24, at 237.

[66] This content start at page 4 in a section of the Colleague Handbook headed “Your Contract”, it provides: [A] The letter you received offering you your job (and any subsequent contract change letters), together with the following sections in this handbook, *form your main terms and conditions of employment: Changes to the Colleague Handbook; Probationary Period; References; My Pay; Sick Pay; My Hours of Work; Breaks; Customary Holidays; Holidays; Notice Periods and Other Employment.* [B] They also constitute your statement of employment particulars which you are entitled to under the Employment Rights Act 1996. The handbook also contains lots of information about Asda policies which do not form part of your terms and conditions of employment. (Emphasis Added), http://www.employmentappeals.gov.uk/Public/Upload/09_0221rjfhLBZT.doc, last visited on Mar. 15, 2015.

作手册亦包含诸多有关 Asda 公司政策方面之信息,而此类信息并不构成劳动合同条款之一部分”。而“工作手册之修改(changes to the Handbook)”项规定:“公司保留评估、修改、改进或更替工作手册内容之权利,并在遵守新法和顾及不断变化之公司业务需要之前提下不时推进新的政策……员工应通过参加会议、小组会议等方式关注此类变化并注意集体交流板上之任何更新……”^[67]

雇佣法庭作出了支持雇主的裁决,雇员不服,上诉至英国雇佣上诉法庭。雇员主要在以下三方面提出辩解:其一,适用前述若干合同解释原则可知,合同双方当事人所使用语言之意义,应为对所有可知背景知识有所知晓之理性人所能理解,因此若认为本合同当事人将此条款理解为给予雇主单方变更任何劳动合同条款之权利,这是不可思议的;其二,依据英国上诉法院在 Autoclenz 案中所采取之解释方法,^[68]有必要对雇主所依据之条款规定语言加以考虑,从而判断其是否为劳动合同双方当事人真实意图和期待的表现,而本案中雇主赖以支持的系争条款之意义和效果,不能说代表了合同双方当事人之真实意图和期待;其三,认为本条款之意义缺乏明确性和确定性,“工作手册内容”(content of the handbook)之表述与条款篇首部分提到的“主要条款”(main terms and conditions)形成鲜明对照,如果合同一方当事人援引此模糊规定的意义必将不利于合同另一方当事人,此时,法院对任何此类模糊表述在解释时应作出不利于援引方当事人之解释。由西尔伯法官(Silber J)主审此案的英国雇佣上诉法庭拒绝采信此三方面之辩解,认为对条款语言适用客观标准来看,其措辞是清楚而明确的:其授予雇主修改、改进或更新工作手册内容之权利,而该内容被并入劳动合同,成为合同主要条款,则其显然包含变更相关合同条款之权利,且无证据呈堂表明,双方当事人同意该权利行使非为合同当事人之真实意图和期待。^[69]

无独有偶,在 Bateman 案裁决后一周内,英国上诉法院对 Malone 案作出裁决。此案中心议题亦是围绕雇主保留作出“合理变化”之权利以及业已由集体合同规定之“变更合同条款权限”条款之效力问题展开。此案中英国航空公司(British Airways,下称 BA)之伦敦希思罗机场(London Heathrow)在 2009 年雇佣了约 11500 名乘务员,而后将其分配在世界航线和欧盟航线工作,此外,在盖特威克(Gatwick)机场还雇有约 2000 名乘务员。2009 年 10 月,在与乘务员工会未能达成协议之后,BA 单方减少客机之乘务员人数,其理由在于 BA 在 2007-2008 财年实现利润 8.78 亿英镑(年营业额在 90 亿英镑左右),而在 2008-2009 财年公司遭受 2.2 亿英镑经营损失,因而公司决定节约劳动力支出 1.4 亿英镑,其中包括减少乘务员人数之举措。而乘务员人数在 BA 与乘务员工会之间的集体合同有所规定,该集体合同规定的内容广泛且期年以来为因应新的形势,工会与 BA 之间在协商一致的基础上进行调整。尽管集体合同在二者之间并无法律拘束力,但员工手册中表明集体合同规定将并入乘务员的个人劳动合同中。双方对集体合同有关乘务员人数规定条款业已违反这一点并无异议,但大多数乘务员的个人劳动合同中包含一条雇主保留变更合同条款权利之规定:“针对任何劳动合同条款,公司保留随时作出合理变化之权利。”^[70]

乘务员代表受 5000 名乘务员之托提起违约之诉,认为 BA 单方减少乘务员人数使其低于集体合

[67] 该条的原文为: Changes to the Colleague Handbook: The Company reserves the right to review, revise, amend or replace the content of this handbook, and introduce new policies from time to time to reflect the changing needs of the business and to comply with new legislation. A copy of the handbook is displayed on the colleague communication board in your store and on Pipeline, and replacement copies are available from your People Manager. You should keep yourself up to date with any changes, by attending meetings, huddles [informal team meetings] and by keeping an eye on the colleague communication board for any updates. *Id.* at para [6].

[68] *Autoclenz*, [2010] IRLR 70.

[69] *Bateman*, [2010] IRLR 370, at [19] - [33].

[70] *Malone*, [2010] EWHC 302 at [1] - [22].

同中议定之水平,因其已并入个人劳动合同中而构成对乘务员个人劳动合同之违反。该诉求被英国高等法院副院长克里斯托弗·霍兰爵士(Sir Christopher Holland)驳回,其理由有三:一是针对是否给予乘务员个体对集体合同中乘务员人数规定条款之法律执行力提起诉讼之权利,这一点集体合同的双方当事人之间并无足够的客观证据表明是其共同意图;二是在任何情况下,集体合同中的此类条款规定并不适宜并入个人劳动合同;三是即使此类条款被并入个人劳动合同,BA亦有权依据该“合理变化条款”行事。

此后,英国上诉法院对“并入”(incorporation)问题支持了高等法院法官之裁决,因而认定并无必要再就“合理变化”争点进行裁决。^[71]针对BA基于集体合同规定已并入个人劳动合同,故其有权依据合理变化条款来对集体合同中规定的乘务员人数加以减少,这样做并无不当。乘务员一方并不认同,认为此条款之规定缺乏明确性与确定性:因为对“合理(reasonableness)”之决定并无客观标准,一旦缺乏明确性时,该条款应对BA作出不利之解释(*contra proferentem*)。要不既然认为集体合同条款经由工会之同意,已明示并入到个人劳动合同中,为使其产生经营效果,合理之变化只能指雇主与工业业已同意之变化。法院认为,尽管对该条款应适用不利解释原则,但其最终避开双方之主要辩解,基于BA糟糕的财务状况,认为乘务员人数之减少显然就是合理变化而作出支持BA之裁决。^[72]

两案判决一出,学者对其多有评论与质疑。对Bateman案,有学者认为至少在两方面有所不妥:^[73]一是英国雇佣上诉法庭未能充分领会英国上诉法院Autoclenz案之判决精神,其明确提到劳动合同与普通的民商事合同有显著区分,其突出特点在于双方不对等之谈判能力和雇主拥有拟就劳动合同条款之特权。作为一个明确确定之原则,法庭如果发现劳动合同条款若非当事人双方真实意图和期待之反映,则其有权对合同条款置之不理。Bateman案中,雇主Asda公司与其成千上万工人间的不对等之谈判能力不证自明,如果认为所有这些工人业已明知和心甘情愿同意其雇主有权对雇佣之重要和根本要素进行变更,这种观念显然荒唐至极。而且英国雇佣上诉法庭默示假定,任何原告有必要对相关条款效力非为其期待和意图之表现提供证据证明,亦即,英国雇佣上诉法庭要求原告对雇主单方变更权非为其意图反映承担举证责任实有不妥,且不说主观意图证据是否会被法院采信,如果可以,则诉称单方变更权利是双方当事人共同意图表现的一方当事人应该承担证明责任。假定这些原告事先在雇佣开始前业已阅读过相关条款并已同意亦与事实不符,大多数雇员未受过好的教育,有的几乎是文盲,几乎对合同条款未加片刻思考,其仅靠高工时赚取低工资勉强养家糊口,显然不可能同意其雇主有单方降低其工资而增加其工时的权利。

二是所有上述相关背景对正确适用合同解释规则至为重要,假如英国雇佣法庭按照Investors Compensation Scheme案^[74]规则和充分领会Autoclenz案判决精神来适用前述合同解释规则,且顾及辩论中提及之Kilburn案与Bellfield案规则,则法庭将会得出结论,本案中单方变更合同条款权利应限于次要条款或事项之变更,而不应适用于事关“重大、实质性或根本性条款”之变更,^[75]而值得注意的是,英国雇佣上诉法庭并未在判决中顾及Kilburn案与Bellfield案之判决。此外,对于Bateman案,一旦雇主凭借与雇佣书(the letter of engagement)一道发给雇员的工作手册中的写得“不显眼”或“模糊”之“变更权”条款时,除非雇主采取足够措施提请雇员关注,否则,其试图据此条款对雇员施加限制或

[71] *Id.* at [23] – [29]; also see *Malone & Ors v British Airways Plc* [2010] EWCA Civ 1225; [2011] IRLR 32 at [63].

[72] *Id.*

[73] Reynold & Hendy, *supra* note 52, at 85 – 86.

[74] *Investors Compensation Scheme Ltd.*, [1998] 1 WLR 896, 912 – 913.

[75] *Protectacoat Firthglow Ltd.*, [2009] IRLR 365 at [57].

责任,法院应类比适用前述 Kilburn 案与 Bellfield 案等规则不予认可。如在 Interfoto Picture Library Limited 案中,合同一条款针对顾客超过规定期限持有某材料规定了过高的“持有费用”,而该条文印在发货发票背面一个非常不显眼的地方,法院认为在缔结交易之前卖方并未提请顾客注意,因而判定该条款不可执行。^[76] 极富对比意义的是,美国劳动法上的诸多案例亦是采取此种方法,其认为雇主在公司工作手册中写明的保留单方变更合同条款之权利,除非雇主明确写明并已提请雇员关注且知晓其相关后果,否则此类条款规定不可执行。^[77]

而对于 Malone 案,有学者认为其对合同双方当事人所争议的“合理变化”条款处理过于粗略,对于合同中明显模糊之规定是否满足确定性要求,法院适用解释原则时要看是否存在澄清意义且符合目的之客观标准,无论是合同本身有所规定,还是基于习俗和惯例推定为双方当事人所明知,一旦缺乏此类客观评价标准,一个模糊义务在法律上是不可执行的。而本案中 BA 和其乘务员集体之间的雇佣历史表明,并无任何可知和双方同意之标准可用来确定合理变化之意义,因此该短语显然缺乏确定性,而法官在审理中主要探究变化之理由(如 BA 之动机以及支撑该理由之财务状况等)而非此等变化之性质,如此作为又进一步使得“合理变化”之明确性更加不明朗,事实上,该条款本意在于规定该变更必须是合理的,而非作出变更之决定,其本该如此规定:“BA 基于经营需要保留变更合同条款权利须有合理必要性。”反之,假如法官在本案中的方法正确,则 BA 可在对其财务有利的情形之下,仅受限于劳动力市场和最低工资法之规定,有权永久性地减少雇员薪水,而对相关乘务员集体来说希望雇主拥有此等权限,则是不可思议的。如同前述 Fish 案^[78]一般,在劳动合同双方当事人不能就变更达成一致的情况下,依据劳动合同之规定,雇主糟糕的财务状况不能默示雇主有权减少雇员之福利,如果双方当事人同意糟糕的财务状况可使得雇主行使单方变更权利变得合理,这个结论难以得出。而本案中财务状况正是法院评估合理性之关键因素,事实证据表明 BA 之财务状况时有波动,其经营赤字可能不过是暂时的,之后利润即有恢复,但雇主试图变更之性质则是永久性的。不利财务状况之暂时性与乘务员人数减少之永久性之间缺乏关联性,可能应是法院评估此等变化之关键因素。^[79]

亦有学者基于合同合意 (consensus ad idem),认为既然合意构成法律 (consensus facit legem),因此当一方当事人在合同缔结阶段明确保留单方变更合同条款权利,则如何确保法律上的合意要求?如若不能,难道雇员只能接受任何变更,甚至是事关待遇降低方面的合同条款和工作条件变更?一般认为在劳动法领域,针对双方当事人之间不对等的博弈能力,一般有三种反向制衡手段:一是集体合同;二是司法介入;三是雇佣权利之制定法保护,雇员可凭借其中的一种或多种来限制雇主随意行使相关权利。^[80]

首先从集体合同角度,前已述及,英国法上的集体合同与个人劳动合同间的法律执行力的差异表明,理论上,雇主若想在集体合同中规定单方变更合同条款,需要征得雇员之同意,然后将其并入个人劳动合同中方具法律拘束力。而 Bateman 案和 Malone 案判决似乎表明,雇主行使单方变更合同条款权利将不会构成违约,但雇员试图依据集体合同规定即使其已被并入个人劳动合同可能亦难以成功。Bateman 案中,并入问题并未引起多大争议,而法院作出的支持雇主判决反而是基于未遭致异议之并

[76] *Interfoto Picture Library Limited v Stiletto Visual Programmes Limited* [1989] QB 433 (CA).

[77] For example in such state court decisions as *Jiminez v Colo. Interstate Gas Co.*, 3 Indiv. Empl. Rights (BNA) 1646 (D. Wyo. 1988); *Nettles v Techplan Corp.*, 3 Indiv. Empl. Rights (BNA) 1261 (D. S. C 1988); *Darlington v General Electric*, 2 Indiv. Empl. Rights (BNA) 1666 (Pa. Super. Ct. 1988). 此类免责声明书之后果对那些旨在建立雇佣自由政策的州来说,意义更加重大。

[78] *Fish*, [2009] IRLR 1035.

[79] *Reynold & Hendy*, *supra* note 52, at 88-90.

[80] *Murphie*, *supra* note 64, at 338.

入条款。Malone 案,是雇员试图援引集体合同规定,但法院认为此条款“不宜并入”,即使并入,法院亦认为雇主单方变更合同条款权利并非不妥。

这样一来,一旦雇主之单方变更权在集体合同、工作手册或类似文本中明确规定,则集体合同规定的并入问题至为关键。换言之,雇主单方变更合同条款权利的有效性取决于法院对集体合同规定之并入考量。而英国法传统上对集体合同规定是否宜于并入个人劳动合同主要有两大标准:适宜(aptness)和意图(intention)。对前者而言,言语过于模糊或愿望过于强烈的条款并不宜并入,^[81] 此等条款在性质上是否属于个别性的还是集体性的,其是否与劳动合同相一致或为其典型条款等,其考量主要基于客观标准,排除任何主观愿望判断,而 Malone 案中有关乘务员人数之条款规定可被视为是个别性的,但上诉法院却认为不宜并入。

而对后者而言,通常适用霍夫曼勋爵“理性人意图”标准,^[82] Bateman 案中,英国雇佣上诉法庭裁决认可员工手册中规定的雇主单方变更合同条款权,但原告认为案情对于决定合同双方当事人意图至为关键,而该案中许多受影响之雇员并未受到过良好教育,仅靠低工资勉强养家糊口,难以想象其会同意雇主保留单方降低其工资而提高其工时的权利,如此意图实在难以置信。而 Malone 案中,集体合同明确规定的承诺却并非认为是合同当事人之结论性意图表达,在集体合同某特定条款看起来与一方当事人利益不一致的情况下,法院能够在集体合同规定之外去探寻该方当事人之“真实意图”,上诉法院推出的“真实意图”标准就意味着集体合同规定不可依赖,此种集体合同在某方面被“玷污”因而其条款不能予以通常解读之观念难以为继。^[83] Bateman 案和 Malone 案判决,使人们对劳动法制度之有效运作产生怀疑,如何确保雇主在劳动关系领域遵守集体合同规定,或集体合同规定的并入问题,对集体合同中规定的单方变更条款适用带来不确定性与不可预测性,集体合同未来之地位、目的与功能发挥之法律确定性与安定性亟需关注。^[84]

而在司法介入方面,Bateman 案和 Malone 案亦对之前适用的合理性标准有新的注解,Bateman 案中,雇佣法庭和英国雇佣上诉法庭基于原告并未提出雇主在推行新政策时“无常或武断地行事,或违反相互信任义务”而认定其合理。而对于相互信任的默示条款,上议院在 Malik 案中早有界定:“有可能损毁或严重伤害雇员基于相互信任有权合理地期待雇主而为之行为。”^[85] 后来法院将此类行为具体界定为“武断或无常地”或造成“不合理结果”等行为。所谓“武断”(arbitrary)是指就单方变更合同条款与工人缺乏足够的讨论或协商,或未能评估该等变更给予雇员之影响;“无常”(capricious)是指变更在特定情况下并无正当理由,比如可能导致雇员承担过重的劳动义务。而在 Bateman 案中,虑及协商期限,行为未被认定为武断;而虑及雇主需要一个统一的相互融通之薪酬规模以及保证既存雇员不受不利经济形势受损的事实,该行为亦不被认为是无常。而在 Malone 案中,虑及雇主面临严峻的财务状况进行变更亦使其行为避免被认定为武断或无常行为。因此,雇员依靠普通法之司法介入手段,来保障劳动合同中雇主劳动合同条款变更权不被滥用或限制其行使之愿望可能要落空,其使得法律适用变得不确定和难以预测,雇员在法官权衡利弊关系时最易受伤害,雇主之经营需要与总体上的财务状况较之雇员利益之社会保护可能总会占上风。^[86] 而在制定法保护方面,英国不可能像在消费

[81] *National Coal Board v Galley* [1958] 1 All ER 91.

[82] *Investors Compensation Scheme Ltd*, [1998] 1 WLR 896 at [912H].

[83] Russell, *supra* note 63, at 210 - 212.

[84] Murphie, *supra* note 64, at 340.

[85] *Malik v Bank of Credit and Commerce International SA (In Liquidation)* [1998] AC 20; [1997] 3 WLR 95; [1997] 3 All ER 1.

[86] Murphie, *supra* note 64, at 343 - 344.

者权益保护领域那样,直接制定法律(如适用格式条款等)使得雇主单方变更劳动合同条款归于无效,既不合于普通法之灵活应对与钟爱个人主义和缔约自由之特质,^[87]亦不合于英国法官在劳资利益间更钟爱保护资方利益之传统。^[88]

(三)我国台湾地区具体与抽象并举之多元化判断基准

针对雇主调职权之合法性判断,我国台湾地区“内政部”早在1985年9月5日以台内劳字第328433号函表示要符合“调动五原则(又称调职五原则)”,此观点仍为如今“劳委会”所维持,“劳委会”的劳资关系处于2008年12月2日在“劳委会”官方网站上所发布的意见表示:

按“劳动基准法”施行细则第7条第1款规定,工作场所及应从事之工作有关事项,应于劳动契约中由劳资双方自行约定,故其变更亦应由双方自行协议定之。如雇主确有调动劳工工作之必要者,应依下列原则办理:1. 基于企业经营所必要;2. 不得违反劳动契约;3. 对劳工薪资及其他劳动条件,未作不利之变更;4. 调动后工作与原有工作性质为其体能及技术所可胜任;5. 调动工作地点过远,雇主应予必要之协助。此即所谓调动五原则。雇主若基于前述之五原则合理调动劳工职务,为维护事业单位营运及劳资和谐关系,劳工应不得拒绝。^[89]

我国台湾地区“最高法院”近年来在相关判决中,仍有直接以此五原则作为判断之依据。如“最高法院”2006年度台上字第377号民事判决就幸○水泥股份有限公司及其工务课长间有关调职之争议中认为:“……上诉人则由原属‘主管’之机务课课长,改调为‘非主管’之厂长室一等专员,职务津贴由七千元减为三千元等情,如非虚妄,被上诉人将上诉人调动,是否与‘调动五原则’中关于对劳工薪资及其他劳动条件未作不利益变更之原则无违?尚非无斟酌之余地。”又如针对国○人寿保险股份有限公司与其请求复职之稽核室主任间就回复原职之争议,“最高法院”2007年度台上字第2807号民事判决中表示:“……如依上诉人之主张,复职为稽核室(九职等)主任,对现阶段被上诉人稽核室之工作并无助益,同时有碍上诉人在职场上之发展。上诉人既曾提出其对于人寿保险业工作经验丰富,并领有各种证书,则其就保险业之核心理赔业务自能胜任有余,被上诉人通知其复职为理赔部九职等专门委员,符合调职所须具备之五大原则。”^[90]

可见,台湾地区针对雇主单方变更劳动合同条款也不区分劳动合同要素条款变更与劳动条件变更,一体以调职命令权统一涵摄,20世纪80年代中后期多以“调动五原则”作为司法介入的主要标准,而其“最高法院”在进入21世纪后,亦有采用与英美法系国家相类似之必要性与合理性等灵活性标准作为唯一的审查标准之判决。如就中○航空股份有限公司和其飞航工程师间有关调职争议中,原审法院以“调动五原则”作为判断依据,“最高法院”于2004年度台上字第926号判决中仅提到必要性、正当性、合理性等抽象标准,其表示:“……原审谓上诉人(亦即劳方)于历次庭讯时均称其未作体检,似忽略审认上诉人主张其体检遭拒是否属实。则上诉人于原审一再主张被上诉人办理转训报名及调动上诉人,有不公平、不合理之处,似非全然无据,原审对上开攸关被上诉人调动上诉人任地勤工

[87] S Anderman, *The Interpretation of Protective Employment Statutes and Contracts of Employment*, 29 Ind. L. J. 223, 241 (2000).

[88] J. A. G. Griffith, *The Politics of the Judiciary* 335-336 (5th ed., Fontana 1997).

[89] 林更盛:“雇主调职权之控制”,载《月旦裁判时报》2013年第4期,第7页。

[90] 同注89引文,第7-8页。

作,是否具有合理性、正当性、必要性之证据,未详予以审酌……遽为上诉人不利之判断,自属违背法令。”^[91]

而在亿○实业股份有限公司和其厂长间有关调职合法性争议案件中,“最高法院”于2007年度台上字第2749号民事判决中,亦是仅以必要性、合理性作为审查标准:

按工作场所及应从事之工作有关事项,应于劳动契约内订定之,“劳基法”施行细则第七条第一款定有明文。嗣后资方如因业务需要而变动劳方之工作场所及工作有关事项时,除劳动契约已有约定,应从其约定外,资方应依诚信原则为之,否则,应得劳方之同意始得为之。查上诉人事前未得被上诉人之同意,将被上诉人由主管之厂长职务调动为非主管之专员职务,已致其受有因此减少职务津贴之不利益,对照被上诉人任职服务部门业绩日益成长之事实,显然欠缺调动职务之必要性及合理性,亦不符合被上诉人之期待,自难认系出于诚实信用之方法,而非被上诉人于任职之初所能预见,并可认其已概括同意上诉人之任何职务调动权,或已同意接受上诉人之调职,殊不合于“劳基法”施行细则上开规定之本旨。^[92]

自从台湾地区“最高法院”提出必要性、合理性等颇具普通法特征的审查标准后,其与早先常用之“调动五原则”之间的关系如何协调,颇引人关注。台湾地区“最高法院”曾在2008年度台上字第1459号民事判决中除以必要性、合理性作为审查标准之外,明确地表示不得仅以“调动五原则”作为依据外,并且在结果上是以前者作为修正后者之标准:

……依劳动契约行使权利、履行义务,应依诚实及信用方法,并不得违反公共利益或以损害他人为主要目的。雇主调动劳工工作,应斟酌有无企业经营之必要性及调职之合理性,尚非全以“内政部”所定调职五原则为衡量标准。被上诉人受雇于上诉人,曾任电气及冷气空调技术员,调职之前担任运转课组长,管理全班人事及机台、电气、空调之修理,上诉人将被上诉人调任为保全课助理专员,负责机器维修,……原审未说明所凭理由,遽谓两者工作性质完全不同,已有判决不备理由之违法,且劳工担任不同之工作,其受领之工资当有所不同,尚不得仅以工资总额减少,即认调职违法。而劳工违反劳动契约(或工作规则),其行为纵该当于应受惩戒处分情节,雇主倘不行使其依劳动契约(或工作规则)之惩戒权,改以调整劳工职务,以利企业团队运作,增进经营效率,是否不符企业经营之必要性及调职合理性,非无进一步推求余地。原审仅以:被上诉人担任运转课组长及保全课助理专员,其职务俸给相同,但因工作内容不同而有不同之加给,被上诉人收入因调职而减少,被上诉人不按规定排休及与主管有言语文字之冲突,上诉人应得视情节予以申诫或记大过处分,非得作为调职原因云云,而为不利上诉人之认定,亦嫌率断。^[93]

不难发现,台湾地区“最高法院”将必要性、合理性等灵活性标准置于较“调职五原则”更为重要的地位,其是否意味着“调职五原则”已经过时,如果不过时,二者之间又该如何综合运用。台湾学理意见中认为过时、不宜再用者居多,如认为“调职五原则”只不过是一项行政解释,并不能圆满地、整体

[91] 同注89引文,第7-8页。

[92] 同注89引文,第9页。

[93] 同注89引文,第9-10页。

地解决所有争议;惟若另再视个案情形,调整或增加判断要素,尚不失为是判断调职是否合法、滥用的有效机制。反之若未有深刻反省,全面援用“调职五原则”作为判决依据,似乎反而是一种司法怠惰。^[94]学者邱骏彦亦认为,“调职五原则”无法作为雇主是否取得调职权利的适当判断依据。^[95]还有认为,所谓的“调动五原则”既未能展现因调职的法律性质、法源位阶所带来该权利的限制,亦未能明确地说明不同标准间之关系、优先次序,不宜继续援用。^[96]

亦有认为,“调动五原则”固然可以作为判断调职合法性的标准。然而由于涉及劳工工作地点或职务内容的变动,影响其生活既深且远,雇主调职权,必须经由劳工自由意思表示及诚信和权利不滥用之原则下始有可能发生。是以除劳动契约已另有约定外,应征得劳工之同意,始予以调动。至于何谓“劳动契约已有约定”,除明文约定外,亦包含默示合意;惟就后者,在认定上宜采较严格之认定,以免对劳工造成不公平或不可期待之结果。另雇主之调动行为仍应受到:一是法令之限制;二是团体协约、劳动契约、工作规则之限制;三是权利滥用禁止及诚信原则之限制。惟企业为避免资遣而以调职之手段作为避免解雇之发生,对于劳工之权益亦应无害,则不应谨守劳动契约中之特约说,以免劳资双方两败俱伤。^[97]

还有认为,调职涉及工作地点与劳务内容的变更,基本上是一种雇主的形成权,除另有明确依据或授权(例如团体协约、劳动契约或工作规则)外,原则上可认为是源出于雇主企业经营主导权(Leitungsmacht)所衍生出的指示权(Direktionsrecht),或与之性质相似的形成权。而此种调职权限的法律性质与依据,也常同时界定了调职的范围。^[98]从法源的观点而言,作为调职的依据(例如工作规则),自不能抵触其上位阶之法源(如法律、团体协约)。实务上常见雇主调职权限之依据及其限制者,或许就是工作规则。如果雇主个案之调职决定与其自设的工作规则相抵触,应认为无效。鉴于调职权限在性质上为雇主变更契约内容的一种权利,就必须受到契约法一般原则的拘束,这包括诚信原则、权利滥用之禁止等原则(台湾地区“民法”第148条)。在此,基本上应就个案情形,兼顾双方而为利益衡量,并主张引入德国民法上期待可能性规定^[99]加以规制。就调职的合法性,首先仍应从其法源依据加以着手,因为这不仅是更明确的判断标准,经常界定调职权的范围,并且无须就个案情事为利益衡量,是以自应优先于须就个案作具体的利益衡量的必要性、合理性标准,加以检验。^[100]

不难发现,台湾地区对雇主行使劳动合同条款变更权的司法控制规则,司法界尚未形成统一的适用标准,大体上基于早先较为松散的“调职五原则”,逐渐借鉴英美法系合同法一般原则之灵活标准,诸如必要性、合理性与正当性之个案权衡等,从而给予法官在衡量调职是否合法时一定程度的弹性空间,且似乎被给予了较高程度之重视。但学理界都认可法令、团体协约、劳动契约与工作规则之法源限定作用。

总的来说,其标准兼具具体与抽象两种特性,五原则实为具体的判断标准,着力于经营必要性、劳动契约之遵守、薪资及其他劳动条件之保障、员工体能和技术之胜任以及工作地点之远近等五方面对调职权限进行控制;而必要性、合理性与正当性乃至合同法之一般原则之适用,可纳入抽象性标准,总

[94] 刘志鹏:《劳动法理论与判决研究》,台湾元照出版公司2000年版,第188页以下。

[95] 台湾劳动法学会:《劳动基准法释义》,台湾新学林出版股份有限公司2009年版,第150页以下。

[96] 同注89引文,第15页。

[97] 杨通轩:《个别劳工法:理论与实务》,台湾五南图书出版公司2010年版,第263页以下。

[98] 同注89引文,第12页。

[99] 参见《德国民法典》第305条第2款第2项、第308条第4款、第313条第3款、第315条第1款等规定。

[100] 同注89引文,第13-15页。

体上日益呈现出多元化趋势,从单一的“调职五原则”,再到必要性与合理性之考量,并辅以合同法一般原则之适用(诚实信用、禁止权利滥用、期待可能性考量等),后两者在考量时被赋予了更多的权重,以应对经济下滑时期日益增多之调职类案例。

四、我国相关规则之检视

在考察了域外相关实践后,基于我国相关规则(见表1),我们可大体梳理出我国目前针对雇主行使劳动合同条款变更权的裁判规则的概貌与发展脉络:以2008年1月开始实施的《劳动合同法》第35条为起点,其基本上给劳动合同变更厘定了基调——雇主变更劳动合同条款须与劳工达成合意,且合意之表现形式应当采用书面形式。但其终归是基调,诸多细节方面尚不明朗,给司法适用留下了广阔的裁量空间,如:变更内容有无主要内容(或主要条款)与次要内容(或次要条款)之分,还是一体适用,要否区分劳动合同要素条款之变更与劳动条件之变更;变更的理由是否要求具有合理性、必要性或正当性;惩戒性变更或不利变更是否允许;劳动合同订立时合同中规定的“调动条款(mobility clause)”与宽泛性约款之效力如何;对于变更的形式,口头变更加实际履行是否为该法认可,变更之书面形式要求是仅限于劳动合同,还是可以扩大适用于任何有文字记载的形式,书面形式要否送达劳工本人,劳工要否书面答复,答复期限如何,不答复之后果如何亦不清楚;劳工反对变更是否要求明确表示出来,是否一定要书面形式,“反对但工作(working under protest)”形式之法律效力又如何;雇主行使劳动合同条款变更权之界限何在,要受到哪些限制,法律法规、集体合同、用人单位规章制度抑或其他(诸如国家政策以及合同法之一般原则等);集体合同中规定之此类变更条款效力如何;凡此等等都是司法实务中常见的问题,因这些问题的不明朗且无裁判规则可循,从而造成司法适用之混乱,故而倒逼部分省市探寻制订或诠释符合本地实际之裁判规则。

对于变更内容方面司法介入之裁判规则,不似前述之英、法两国,总体上我国并不区分劳动合同变更与劳动条件变更从而需要劳工不同的同意要求,但部分省市却有主要内容与非主要内容之分,如表中浙江省之规定明确表示:“用人单位调整劳动者工作岗位,一般应经劳动者同意。如没有变更劳动合同主要内容,或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需,且对劳动者的报酬及其他劳动条件未作不利变更的……”亦即劳动合同主要内容变更一般需要征得劳工同意,显然劳动合同主要内容是涵盖劳动报酬的,但其又将劳动报酬不得作不利变更单独专门指出,似乎不放心但又让人觉得累赘。广东省之规定中亦暗含了此类区分,因其对雇主在行使变更权专门施加了一个并列条件——调岗前后工资水平要基本相当,亦即作为劳动合同主要内容之劳动报酬的体现——工资是不能随意变更的,要征得劳工同意;如果劳工不同意,雇主主要变也可以,但变更前后水平要相当。而上海似乎对劳动合同变更采取一体适用的宽泛界定标准。

对于变更理由正当性之裁判规则规定较为一致——基于生产经营之需要,如浙江、江苏及广东等都有此规定,充分体现经营权学说(或者说用工自主权)对我国劳动法之影响,但对“生产经营需要”的深度探究,以防雇主以生产经营需要之名来行改变劳动合同条款之实,对其必要性与合理性之界定因素尚不清楚。而浙江明确规定不允许对劳动报酬及其他劳动条件作不利变更,而广东规定不得对工资作不利变更,亦不允许惩戒性和侮辱性变更。显然前者不利变更之禁止范围要广于后者,但侮辱性调岗之禁止规定似为多余,因其本身就涉及到对人格权之侵害,本为我国相关法律禁止之行为。而对于惩戒性调岗,如在劳动合同已有明定,约定劳工违反纪律要接受雇主对其岗位之调动,只要劳工确有行为过错,且雇主之惩罚措施业已经过法定正当程序,则此种惩戒性调岗未为不可,不能想当然

地将其认定为构成权利滥用,但明显以其他目的(如报复或强迫辞职)之惩戒性调岗应不在此列。

实践中,用人单位利用其缔约优势增加其调配内部人力资源的便捷性与灵活性,往往在劳动合同订立时,在劳动合同中规定两类条款,如何认定其效力之规则尚付阙如。

其一,宽泛性约款,亦即用人单位将工作内容和工作地点约定得非常宽泛,如工作内容仅约定管理岗、技术岗或工人岗等,并不详细到具体岗位;工作地点则直接规定为某省或两个地级市以上。一旦劳工签字同意,在此约定范围内,用人单位就可单方调整劳工之工作岗位和工作地点。此类过于宽泛之约定,在给予雇主一方调配人力资源权利极大自由的同时,往往也将劳工置于相当被动与无助之境地,对劳工造成严重不利益状态,此时司法介入的手段至少有二:一是基于合同法的一般解释规则,如普通法上的(*contra proferentem*)规则——认为对于模糊或不明确之规定产生争议时,应取不利于提交或草拟该文件的一方当事人之解释。可借鉴英、法之经验,对此类变更条款要详细约定,否则雇主可能要承担不利解释之后果;二是法官要进行利益衡量,对其必要性、合理性与正当性作出判断,如《德国民法典》第315条第1款之规定,给付应依当事人一方指定者,在不明时,其指定应依衡量(nach billigem Ermessen)为之。^[101]

其二,调动条款(*mobility clause*),用人单位常在劳动合同中规定未来可变更条款,如“用人单位有权根据生产经营变化以及劳工工作情况调整其工作岗位、工作地点以及工资等”,一旦劳工签字同意,用人单位即可根据生产经营需要来单方变更其工作岗位、工作地点和薪资。调动条款本质上属于用人单位为因应市场变化而及时调整人力配备的经营管理权之表现,理应给予相当之尊重,英国普通法上对此类条款除了要求雇主遵循相互信任之义务(*the duty to maintain mutual trust and confidence*)之外,一般并不默示要求雇主须达到“合理行事”之程度,^[102]但如果此类条款遭致滥用,如先调动后解雇,亦会对劳工造成伤害,正如英国雇佣上诉法庭法官林赛(Lindsay J)在Rutten案^[103]中所言,“如此这般,每个调动条款都将成为雇主非法解雇免于补偿之特许状”。^[104]

因此对调动条款的司法审查,应主要关注其对劳工家庭带来之不便与负担、劳工之实际能力能否胜任调动后之岗位要求、调动是否存有不当动机与目的等,不宜过度介入而侵害雇主之经营自主权,对雇主基于专业知识作出的决定给予应有尊重,保持一定程度的司法克制。^[105]上海市高级人民法院早在2002年即承认了此类调动条款约定之有效性,其在《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》的第三部分“劳动合同变更与解除”第15条中规定,用人单位和劳动者因劳动合同中约定用人单位有权根据生产经营需要随时调整劳动者工作内容或岗位,双方为此发生争议的,应由用人单位举证证明其调职具有充分合理性。用人单位不能举证证明的,双方仍应按原劳动合同履行。

但有法官认为,此种约定实际上违反了变更劳动合同应当由双方协商一致并采用书面形式的规定,同时排除和剥夺了劳动者在与用人单位协商变更劳动合同时的决定权。^[106]基于上述分析已不难发现,《劳动合同法》第35条规定本身过于简略与刚性,并未太多顾及劳动雇佣之现实样态,缺乏实际可行之劳动合同变更控制之裁判规则,以至于部分省市不得不制订出标准不一之各种诠释性标准,有的规定甚至已有超越上位法律之嫌,其不仅影响了劳动法在全国统一适用之权威,且易产生裁判不入

[101] 参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2010年版,第119页。

[102] Deakin & Morris, *supra* note 24, at 311.

[103] Case C-383/95 *Rutten v Cross Medical* [1997] ECR I-57, at [26].

[104] Louise Merrett, *Employment Contracts in Private International Law* 118 (Oxford University Press 2011).

[105] A. C. L. Davies, *Judicial Self-Restraint in Labor Law*, 38 *Ind. L. J.* 278, 287-291 (2009).

[106] 王林清:《劳动争议裁诉标准与规范》,人民出版社2011年版,第321页。

家门之感。

对于雇主变更劳动合同条款形式,《劳动合同法》第35条明确规定,变更劳动合同应当采取书面形式。如没有签订书面变更合同,是否构成有效之协议变更?相关立法者观点认为,任何口头形式所达成之变更协议都是无效的。^[107]书面形式的证据效力强于口头形式,同时虑及《劳动合同法》对书面形式之极其推崇,^[108]此种权威性解读不难理解。因此第35条中书面形式规定在立法者看来是被认定为效力性强制规范的,^[109]而强制规范主要功能在于限制契约自由,乃至当事人意思自主,其不问当事人的意思如何,一律适用。^[110]

但部分省市的相关规则与《司法解释(四)》对第35条中书面形式规定作出了不同解读。如上海认为,应当采取书面形式不能理解为必须采取书面形式,当事人未采取法定形式不能认为其违反了强制性规范,不能因此宣布已经客观形成的合意无效,应当理解为书面变更劳动合同是倡导性条款,提示劳资双方不签订书面劳动合同将来存在之风险,并未因此否定其他形式变更之效力,^[111]故上海在其规定中对“书面变更”进行了扩张性解释。

而广东则拟制了以附异议期限(1年)的实际履行方式默示推定变更劳动合同合意之存在,江苏在其2009年指导意见中对“文字记载”或“实际履行”达成变更劳动合同之合意都予以认可,但在其2013年5月实施的《江苏省劳动合同条例》中,似乎又回归到强调书面形式之合意变更要求,如变更之合意须为“书面形式”(但提高劳动报酬等有利于劳动者的情形除外)、一方当事人变更请求须“书面送交”另一方当事人、另一方当事人须“书面答复”变更请求,逾期(15日内)未“书面答复”的,推定为不同意变更。而浙江并未规定变更劳动合同之形式要求,书面抑或口头皆可,但其控制规则是原则上要求该变更应当有利于劳动者。

最高人民法院亦认为,第35条书面形式要求之规定属于纯粹管理性强制性规范,而非效力性强制规范,对前者之违反并不影响实际存在劳动关系的法律效力,以保护作为弱者的劳动者的合法权益,立法和理论并不想否定非书面劳动合同之法律效果,^[112]《司法解释(四)》在借鉴广东规定的基础上,推出了以附期限(1个月“变更反悔期”)且附条件(不违反法律、行政法规、国家政策与公序良俗)的实际履行方式来默示推定口头变更劳动合同合意之存在,从而认定雇主单方变更劳动合同条款有效,承认了一定条件下口头变更劳动合同之有效性。

因此在雇主单方口头变更劳动合同的情况下,只要其理由正当(不违反法律、行政法规、国家政策与公序良俗),即使劳工对变更有异议,其是否须要以书面形式提出并不重要,只要有证据证明曾提出异议即可,但若劳工采取“反对但工作(working under protest)”形式来表示异议的话,对其本身并不有利,一是此举易被推定劳工默示同意该变更决定,二是去工作即意味着到新岗位上岗,随即开始实际履行,只要此后实际履行超过一个月,即可被法院认定为变更有效,这种情形之下,劳工之异议都显得不重要,关键是是否实际履行此项变更。

因此有学者认为,最高人民法院确立的口头变更有效之判断标准对劳工保护至为不利,因为《司

[107] 同注13引书,第88页。

[108] 参见《劳动合同法》第10条(要求采用书面形式)、第14条(用工之日起1年内不签订书面合同推定签订无固定期限劳动合同)、第82条之规定(对不采取书面形式之惩罚)。

[109] 参见耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第85-86页。

[110] 同注11引书,第47页。

[111] 同注4引书,第218页。

[112] 同注4引书,第223页。

法解释(四)》第11条对个案进行裁判时易生分歧:(1)在缺乏劳动合同变更证据时,法官依据履行变更后之工作超过一个月之事实来确认用人单位与劳动者之间有口头变更协议事实,并据此认定该口头协议变更之有效性;(2)在缺乏劳动合同变更证据时,劳动者履行变更后工作超过一个月的事实仅是事实,法官不不仅仅依此事实判定劳动合同变更合意的真实,用人单位举证不能则承担不利后果。采用第一种观点实际上会无限扩大用人单位单方调动权而虚置《劳动合同法》第35条之规定,故《司法解释(四)》有非常明显的偏向用人单位之倾向。^[113]

笔者以为,针对雇主劳动合同条款变更权司法控制的关键在于:首先要有一些衡量该权利行使是否符合必要性、合理性以及正当性的具体判断标准或考量因素,进而建立相关的司法裁判规则,最后结合个案具体案情具体分析是否构成权利滥用。只要有了标准和规则,纠结于变更劳动合同之书面形式还是口头变更其实意义不大,毕竟形式只是外在的东西,而标准和规则才是内在的衡量基准。对书面形式的绝对强调有时可能与现实格格不入,毕竟现实中有不少口头形式的劳动合同与口头变更劳动合同之情形,在许多低端劳工身上尤为普遍。此外,书面变更劳动合同是否绝对就是雇主与劳工意图与期待之真实表达,这在劳动合同双方存在不对等之博弈能力实态下亦是存疑。反之,凡事物极必反,如果在司法审查中,衡量雇主行使劳动合同条款变更权是否存在滥用时,不结合诸多判断标准或裁判规则,不结合个案事实综合分析,一味地过分依赖书面形式或仅凭实际履行口头变更超过一个月事实而不探究此项变更是否合法、合理、必要且正当、是否存在权利滥用而径直认为该劳动合同变更合法有效,可能亦是一种司法怠惰。

行文至此,基于上述部分省市和司法解释之规定,我们可大致提炼出我国目前对雇主劳动合同条款变更权合法性的判断标准或考量要素:(1)变更劳动合同是否存在合意(合意之表现形式以书面变更为原则,一定条件下的口头变更亦被认可);(2)是否基于生产经营必要性;(3)劳动报酬及其他劳动条件是否有不利变更;(4)是否存在违反法律、行政法规、国家政策及公序良俗之情形。但这些标准间的次序与关系如何,尚无判例加以说明。较之我国台湾地区之“调动五原则”及相关标准,我国大陆并未出现不得违反劳动契约、调动后工作与原有工作性质为其体能和技术所可胜任,调动地点过远,雇主应予以必要之协助同时结合必要性、合理性考量以及合同法一般原则诸如诚实信用、期待可能性、权利滥用禁止等多元化一体判断标准,且对集体合同、规章制度是否可作为雇主行使劳动合同条款变更权之法源限定亦不清楚。

尽管我国亦借助民法一般原则辅助考量,如规定不得违反公序良俗原则,但有学者认为,其在劳动法中并无特别规定之必要,一是因为劳动法诸多规定已蕴含了公共利益保护之机理,二是过于抽象,难以指导个案审判。^[114] 但笔者以为,公序良俗作为对公共秩序和善良风俗之简称,前者偏重于强调国家和社会本身的秩序,而善良风俗则侧重于强调道德观念,^[115] 其作为一种一般性条款,应依个案具体认定,特别是如当事人所为之法律行为,依社会上一般认定标准,已有严重滥用权利之嫌疑,而又无法以强行规定作具体限制时,则该行为是否有违反公序良俗,应可作为进一步判断该行为是否有效之重要基准。^[116] 因此,公序良俗原则可作为对雇主行使劳动合同条款变更权是否构成权利滥用之辅助判断基准,正如台湾学者黄程贯点评“调职五原则”时指出,“‘调职五原则’非可放诸四海而皆准地一体适用于所有调职个案,宜本诸‘企业经营之必要性’与‘劳工之期待可能性’,于个案中对劳资双

[113] 侯玲玲:“论用人单位内工作调动”,载《法学》2013年第5期,第112页。

[114] 同注113引文,第114页。

[115] 参见[日]安井宏:《基础民法1·民法入门·总则》,日本法律文化社2000年版,第131页。

[116] 参见郭玲惠:《劳动契约法论》,台湾三民书局2011年版,第60页。

方进行利益衡量,同一因素在不同个案中会有不同之重要性”。^[117] 有限之判断标准之于无限复杂的个案现实,需要构建多元化判断标准结合个案综合分析,才能对雇主行使劳动合同条款变更权进行有效的司法控制。

总之,时处当下全球经济下行与艰难复苏之际,雇主更多地行使劳动合同条款变更权来整合人力资源应对危机,其间可能给劳工带来严重不利益状态,如何在雇主之经营必要性与劳工权益保护之间进行权衡从而有效地对雇主的单方变更权进行司法控制成为诸多国家之难题,一列经济驱动之社会保护列车如何前行。德、法对雇主行使劳动合同条款变更权之控制较为严格和细致;英国基于普通法灵活标准在 Bateman 案和 Malone 案中作出了有利于资方之解读,此类放松规制倾向其实符合英国传统,支持自由主义的市场经济,对雇主决定给予应有尊重和克制;我国台湾地区正在构建基于“调职五原则”以及必要性、合理性等灵活性标准辅之以民法上一些基本原则的多元化判断标准体系。我国大陆尚处于建构相关规则的阶段,零散地出现一些判断要素,需要逐步完善更加明确的判断标准和裁判规则,《司法解释(四)》相关规定与其说是放松规制,不如说是回归现实,随着口头变更劳动合同之认可,大量调职争议之出现在所难免,亦凸显对雇主劳动合同条款变更权控制的研究意义。

Judicial Interference on Employers' Right to Change Terms and Conditions of Labor Contracts

Sun Guoping

Abstract: The employers exercise the right to change terms and conditions of labor contract unilaterally is virtually the inherent need of managerial prerogative in response to the changes of the economy, the key point lies in while exercising such right to change the main terms and conditions of labor contract, whether the employers need to have the consensus of the labor. In the practice of judicial interference on the aforesaid right, the judging criterion and adjudicatory rules of some countries or extraterritorial region have their features; Germany and France have rather strict public law interference model, UK appeared to deregulate rules and Taiwan focuses on multi - standards. Reflecting China's current relevant provisions, they have presented different judging criterions and have not formed some uniform judicial rules for gauging and suppressing the abuse of the right to change terms and conditions of labor contract unilaterally exercised by employers. As a result, the predictability and stability of the adjudication are hard to fulfill and need to be perfected.

Keywords: employers' right to change the terms and conditions of labor contract unilaterally; business necessity; judicial interference; adjudicatory rules

(责任编辑:刘馨)

[117] 黄程贯:《劳动法》,台湾国立空中大学1996年版,第458页以下。

如何设计司法？法官、律师与案件数量比较研究

张千帆*

摘要: 本文通过比较美国、德国、澳大利亚、日本和印度等主要国家的司法员额结构,探讨诉讼、法官与律师之间的数量关系及其所体现的一般司法规律,并和中国司法结构进行比较,在此基础上指出中国司法改革中存在的问题并提出相应建议。文章认为,中国司法结构存在“三少一多”的特点——诉讼少,律师少,法官人均案件少,法官多。在员额制改革过程中,不宜实行全国“一刀切”,而是要根据当地的案件数量适当配备法官职数,同时发展适当规模的律师队伍,让律师在法治进程中充分发挥积极作用。

关键词: 司法员额制 人均诉讼量 案少人多 法官精英化

一、引言

何兵教授发表的《司法制度:美国不是好榜样》(下称“何文”)一文激起千层浪,^[1]引发了不少网络评论和争议。^[2] 笔者大概也是属于何文中说的“热心于介绍美国最高法院判决”的“归国学者”,尽管笔者未必主张中国照搬美国司法制度,例如我曾在不止一个场合说过,何教授一直主张的“司法民主化”——也就是引入西方陪审团制度——实际上要求十分复杂的制度设计和技术操作,因而未必适合中国,至少不能满怀热情地盲目引进。有些外国制度也许本身不错,但是实施成本高,中国用不起或学不像,很容易“画虎不成反类犬”。因此,司法制度很复杂,学什么、不学什么不能一概而论。事实上,美国批评自身司法制度的论著汗牛充栋,其中不乏像何教授预言的美国司法行将崩溃之类的惊人之语,但每当笔者读到这些慷慨激昂的批判,就有点“狼来了”的感觉。

虽然笔者不赞成何文中某些过于简单化的结论,本文并不是来“约架”的。事实上,笔者同意何文引用的两个关键数据——当代美国的近 130 万律师和每年提起数以亿计的诉讼,以及从中得出的主要结论,也就是这种诉讼疑似泛滥造成的律师制度未必适合中国效法。当然,中美司法制度处于两个极端。中国律师即便经过 30 年迅猛发展之后,也尚未能满足社会的法治需求,中国社会离“滥讼”境界仍相差甚远。但法官与律师制度的改革是当前司法改革的重要内容,其改革的方向不能不慎。在

* 北京大学宪法与行政法研究中心研究员,政府学博士。澳大利亚墨尔本大学劳利亚讲习教授桑雪丽(Cheryl Saunders)、印度德里国家法律大学副校长辛默涵(Mahendra Singh)、德国海德堡马克斯·普朗克国际法与外国公法研究所图书馆原馆长史威慈(Johim Schwietzke)、德国法律顾问李辉、新加坡投资研究人员李亚男、南昌大学法学院副教授程迈、武汉市社会科学院助理研究员胡玉桃、日本北海道大学法学部研究生黄宇骁、北京大学宪法与行政法研究中心博士研究生朱学磊等为本文的调查和数据收集提供了诸多帮助,在此一并表示衷心感谢。

[1] 何兵:“被律师绑架的美国司法江湖”,腾讯《大家》栏目,<http://dajia.qq.com/blog/431175079492314>。

[2] 例如见童之伟:“法律学者为文应不辜负社会期待”,<http://www.yangqiu.cn/longxindailijizhang/326694.html>。

这个意义上,何兵教授的文章确有其正面意义,至少有助于反思美国司法制度中存在的问题,并促使人们深入思考中国法官与律师的员额制度设计。毕竟,对于司法制度的“软件”改革已经讨论了很长时间并基本达成共识,但是对于法治国家的司法应该具备什么样的“硬件”配置,特定诉讼条件需要多少法官、多少律师以及什么样的律师-法官比例,则尚未取得共识,有必要进一步探讨。

本文通过比较美国、德国、澳大利亚、日本和印度等主要国家的司法员额结构,探讨诉讼、法官与律师之间的数量关系及其所体现的一般司法规律,并和中国司法结构进行比较,在此基础上指出中国司法改革中存在的问题并提出相应建议。文章认为,中国司法结构存在“三少一多”的特点——诉讼少,律师少,法官人均案件少,法官多。在员额制改革过程中,不宜实行全国“一刀切”,而是要根据当地的案件数量适当配备法官职数,同时发展适当规模的律师队伍,让律师在法治进程中充分发挥积极作用。

二、美国联邦与各州司法员额结构

(一) 美国司法究竟有多特殊?

美国确实是世界上律师占人口比例最高的国家,这个特点甚至可被视为另一种“美国例外”。据全美律师协会(ABA)2014年度统计,美国现在拥有执业执照的律师高达128万。^[3]对于这个3亿人口的国家来说,每万人拥有43名律师。

美国之所以有这么多名律师,是和其每年的海量诉讼分不开的。美国有两套法院系统,联邦和各州,诉讼主要集中在州法院系统。根据美国司法部下的司法统计局(Bureau of Justice Statistics)的数据,各州2006年收到1亿件新发起的诉讼,其中54%属于交通案件。扣除这部分案件,每年大致也有5000万起新的诉讼。每位法官摊到的非交通案件各州不等,低的如马塞诸塞州有360起,高的如南卡罗来纳州达4374起。^[4]当然,绝大多数案件不会坚持到最后的司法判决。如果各州诉讼和联邦诉讼相仿,只有5%左右的案件进入判决阶段的话,那么州法院的工作负荷仍不至于太重。即便如此,南卡罗来纳州的法院每一位法官仍然要判决200多起案件。

虽然美国诉讼量巨大,但法官队伍却十分精简。据2012年统计,各州最高法院共有356名法官,上诉法院1013位法官,基层法院共有11860名一般管辖权法官和17905名有限管辖权法官(如治安法官)。^[5]全部加起来,总共才31134名法官。国内学者一般把注意力放在美国联邦法院乃至唯一的联邦最高法院,实际上,各州法院才是美国司法的主体。这当然是毫不奇怪的,因为虽然联邦权力自建国两百多年来不断扩张,但是和人民关系最密切的民法、刑法等基本法律仍然是州法,因而绝大多数诉讼也发生在各州而非联邦层次。这可以算是美国联邦主义在司法层面上的体现。

和各州法院的法官总数相比,联邦法官数量少得多。据2015年统计,目前只有874名联邦宪法第三条(司法权)规定的法官职数,其中包括9名最高法院大法官、179名上诉法院法官、9名国际贸易

[3] http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/market_research/lawyer-demographics-tables-2014.authcheckdam.pdf.

[4] <http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=tp&tid=30>.

[5] Court Statistics Project (National Center for State Courts 2012), http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/SCCS/2010/Number_of_Authorized_Justices_and_Judges_in_State_Courts.ashx.

法院法官和677名地区法院法官。^[6]在历史上,联邦法院法官总数增长缓慢,到1891年才首次超过100人,此后经过了两次快速增长。一次是1929年大萧条之后引发罗斯福新政,1930年首次超过200名法官。第二次是20世纪五六十年代的民权运动,到1954年达到了320名法官。近年来,联邦法官的实际总数稳定在860名。^[7]当笔者看到维基百科上说,美国从建国到2012年5月这两百多年间,总共才有3294人被任命为联邦法官(其中112人为最高法院大法官),起初觉得难以置信,其实这只是显示了美国联邦司法是一个高度精英化的职业群体而已。

和各州法院系统相比,联邦法院处理的诉讼只是“冰山一角”。据统计,2014年至2015年6月30日之间,联邦地区法院总共收到37.5万起诉讼,平均摊到每一位法官头上是554起新的诉讼,但是在此期间有546起诉讼因为调解、辩诉交易等原因而终结,真正走完初审并作出判决的平均每位法官只有17起。^[8]2010年以来,美国联邦法院每年接收大约40万起诉讼,平均每位法官完成初审并作出判决的有20起左右,不到诉讼总量的4%。

和处理一审案件的地区法院相比,联邦上诉法院接收的上诉或原审案件就更少了。2013财政年度,上诉法院仅收到1259起案件,^[9]平均每一位上诉法官才被摊到7个案件。难怪波斯纳法官(J. Posner)一边做着第九巡回区的法官,一边还能一本接一本地出专著。当然,上诉采用三人或五人组成的合议庭,法官参与审理的案件每年有好几十件,不仅要主写某些判决,而且有时还需要写反对意见或赞同意见。但不论如何,这些数字表明联邦上诉法院和地区法院一样,工作量不至于过重。

总的来说,美国法官队伍是十分精炼的。面对128万律师和每年上亿起诉讼,美国联邦和各州法官加起来总共才3.2万人,法官与律师数量之比只有1:40。根据美国人口统计局的数据,2014年美国人口为3.2亿,^[10]平均每万人刚好1名法官。

(二)“美国例外”是问题吗?

哈佛大学的拉姆塞尔与拉斯姆森的工作论文《诉讼率比较研究》曾对美国、英国、法国、加拿大、澳大利亚、日本等国的法官、律师和案件数量进行了较为系统的比较研究。^[11]结果表明,至少在发达国家中,美国并非特别的“例外”。虽然某些个案很夸张,譬如被麦当劳外卖热咖啡烫伤就可以获得陪审团判罚的286万美元巨额赔偿,^[12]但是这些个案并不代表美国司法的全貌。因此,哈佛大学作者的结论是美国司法在处理民法、刑法等基础法律(first-order law)争议是没有大问题的,问题出在集体诉讼等次级法律(second-order law)争议上,尤以股权集体诉讼为甚。要解决美国司法问题,焦点应集中在解决几类存在问题的具体诉讼机制上。

虽然这一论断是经过严密论证的,但它可能还是过于淡化了美国超大的诉讼量及其所折射的诉讼文化。一个原因或许是作者缺乏完整的各州案件统计,以至低估了每年的诉讼总量。根据不准确统计,他们估算2006年的各州诉讼总量只有1800万起,因而平均每万人只有581起诉讼(包括交通

[6] <http://www.uscourts.gov/statistics/table/na/federal-court-management-statistics/2015/06/30-3>.

[7] <http://www.uscourts.gov/judges-judgeships/authorized-judgeships>.

[8] <http://www.uscourts.gov/statistics/table/na/federal-court-management-statistics/2015/06/30-3>.

[9] <http://www.uscourts.gov/statistics/table/32/judicial-facts-and-figures/2013/09/30>.

[10] <http://www.census.gov/en.html>.

[11] J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *Comparative Litigation Rates*, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Ramseyer_681.pdf.

[12] *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P. T. S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (1994).

事故等简易案件)。^[13] 相比于英国(382)、法国(242)、日本(177)、澳大利亚(152)、加拿大(145)同期的数字,美国的诉讼密度确实更高,但似乎只是量而非质的差别。然而,《诉讼率比较研究》一文很可能低估了美国的诉讼总量。根据司法统计局的系统调查,2006年各州记录的新案总量达到1亿件,平均每三个美国人就有一个案件。^[14] 这个数字是作者所认定的好几倍。如果它准确的话,不知作者是否会改变其结论。

事实上,笔者专门查阅了《诉讼率比较研究》一文的数据来源,也就是“各州法院全国中心”(National Center of State Courts)的网站。上面的数据不仅和司法统计局吻合,而且更新更全。该网站的图表清楚显示,各州一审诉讼总量从2004年开始就达到每年1亿件,^[15]到2008-2009年达到顶峰(约1.05亿件),其后有所减少。2013年,各州诉讼总量比2004年减少6%,大约9400万件左右,其中54%是交通案件。每万人案件数从2004年的约3400件下降了13%,到2013年不到3000件。^[16]从数据上看,《诉讼率比较研究》一文似乎只计入了一般管辖权法院接收的案件,但是多达2/3的诉讼是在有限管辖权法院提起的。2013年,这类案件多达6200万件,其中3900万件是交通案件。^[17]2013年,各州上诉案件为26.2万件,比2004年下降了6%。

对于美国法院而言,幸运的是,绝大多数诉讼都在审前得到解决,以至没有对法院构成不可承受之重。这些协调解决的案件往往有律师参与,是律师在帮助法官“分忧解难”。这也是为什么美国注册律师的数量高达128万之巨。即便这么大的体量,律师和每年案件数量之比仍然达到1:80,而这个比例和各法治国家相仿。当然,这么多律师和诉讼是否正常是另一个问题。虽然绝大多数案件只是在法院立个案、留个记录,并不实质性耗费法庭资源,但律师毕竟是一种中介性职业,而社会中介显然不是“免费午餐”。如果社会矛盾都必须在中介的帮助下才能解决,那么解决矛盾的成本必然不断增加,甚至有人会利用法律制造矛盾。这就是何兵教授所担心的问题,虽然可能有点夸大其词,但也非空穴来风。

三、德、澳等四国的司法员额结构

为了检验美国情况在法治国家究竟是否特殊,也为了更好地和中国进行对照比较,有必要考察其他有代表性的国家。为此,本文以下选择了德国、澳大利亚、日本以及同为发展中国家的印度为研究对象。和中国相比,这些国家显示出一些共同特点,如诉讼量大、律师多、法官队伍精简等,可为中国司法改革提供启示。

(一) 澳大利亚

和美国一样,澳大利亚也有联邦和各州两套法院系统。根据联邦高等法院提供的数据,2013-2014年,联邦法院总共有147名法官,其中包括7名高等法院法官、47名联邦法院法官、62名联邦巡

[13] J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *Comparative Litigation Rates*, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Ramseyer_681.pdf, Table 1.

[14] http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/SCCS/2010/Number_of_Authorized_Justices_and_Judges_in_State_Courts.ashx.

[15] http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/EWSC_CSP_2015.ashx.

[16] *Id.*

[17] *Id.*

回法院法官、32名家庭法院法官。^[18]在此期间,各级联邦法院总共接收了11.7万件起案件,分摊到每一位法官头上为每年800件。

和美国不同的是,澳大利亚各州法院没有统一的统计,因而必须进入各州的最高法院、地区法院和地方法院(magistrate courts)的年度报告分别查找。2013-2014年,各州最高法院共有178名法官,共接收了2.8万起案件。对于各州最高法院以下的法院,数据收集更为困难,有的州法院数据不全。这里采用的数据是总共8个州中的6个最大的州,分别为新南威尔士、维多利亚、昆士兰、西澳大利亚、南澳大利亚、塔斯马利亚,人口占了澳大利亚的97%以上。2013-2014年,该6州的地区法院共225名法官,接收约4.9万起案件。地方法院共480法官,接收案件约114万起。^[19]假定法官人数、案件数和人口大致成比例,那么整个澳大利亚地区和地方法院应大致有727名法官,共接收123万起诉讼。加上最高法院,澳大利亚各州法院应大致有900名法官,每年125万个案件,平均每一位法官摊到约1380个案件。

联邦与各州法院加起来,澳大利亚法官总数不应超过1050人,每年接收案件总数大致为130万件到140万件,分摊到每一位法官头上约为1300件。据澳大利亚统计局的数据,截至2014年3月底,澳大利亚共有人口2340万,^[20]平均每十万人4.5名法官,每万人提出约580个诉讼。法官数值和《诉讼率比较研究》一文吻合,但是诉讼率显著高于该文依据同样六大州计算的数字。

澳大利亚律师制度和英国相仿,分为出庭律师(barrister)和非出庭律师(solicitor),只有出庭律师在律师协会注册。据澳大利亚律师协会网公布,截至2014年9月,澳大利亚各州总共有出庭律师5668人。^[21]据2014年的年度报告统计,澳大利亚各州非出庭律师总共有66211名。^[22]二者相加,澳大利亚共有律师近7.2万人,每万人拥有约30名律师。律师人数与法官之比为69:1,每位律师平均每年摊到19个案件。

(二) 德国

虽然德国也是联邦制,但是司法体制比美国和澳大利亚简单,全国只有一套法院系统。和单一制的中国相仿,德国的联邦法院就是国家的最高法院。根据联邦司法局(Bundesamt für Justiz)的统计,截至2012年底,德国共有联邦法官459人,各州法官19922人,法官总数加起来20381人。^[23]2012年德国人口为8052万,^[24]折合每万人2.5名法官。

和美国相比,德国法官占人口比例更高,而律师比例相应减小。据德国联邦律师协会

[18] 分别来自以下网站:<http://www.hcourt.gov.au/assets/corporate/annual-reports/HCA-Annual-Report-2013-14.pdf>; http://www.fedcourt.gov.au/__data/assets/pdf_file/0004/25726/Annual-Report-2013-14.pdf; <http://www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/annual-reports/2013-14/2013-14-annual-report-part3>; <http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/reports-and-publications/annual-reports/2013-14/2013-14-annual-report-part3>.

[19] 其中西澳洲地方法院没有提供案件数量,这个数据是按照地方法官人数并参照其他地方法院的法官人数和案件数量推算出来的。一般来说,法官人数和案件数量的比例在各州相差不大。

[20] <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/3101.0>.

[21] <http://www.austbar.asn.au/member-information>.

[22] 2014 Law Society National Profile, Final Report, Table 1, p. 2, <http://www.lawsociety.com.au/cs/groups/public/documents/internet-content/1005660.pdf>.

[23] Referat III 3, 3110/6 - B7 50/2013, Bundesamt für Justiz, Stand: 2 September 2013.

[24] https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/Zensus_Geschlecht_Staatsangehoerigkeit.html.

(Bundesrechtsanwaltskammer)的统计,2015年德国总共有16.4万律师,^[25]法官和律师之比大致为1:8。^[26]2014年底,德国人口为8119万人,^[27]折合每万人约20名律师,不到美国的一半。

根据2015年《德国统计年鉴》,2012年和2013年德国诉讼总量分别为421万与413万件,其中联邦法院受理大约2万件,不到总量的千分之五,其余为各州与地区法院案件。按2013年的数据,德国每万人提出诉讼约510件。平均每一位法官分摊大约200个案件,每一名律师分摊到25个案件。^[28]

(三) 日本

日本的《裁判所职员定员法》规定了各级法院的法官编制。其第1条规定,最高裁判所法官15人,高等裁判所法官8人,下级法院法官1953人,助理法官1000人,简易裁判所法官806人。因此,各级法官编制总共3782人。实际在编的法官人数可能不到编制数。根据2014年日本《律师白皮书》统计,除去处理小额诉讼和简单刑事案件的简易裁判所法官外,实际在岗法官2944人。如果简易裁判所还是按照806人计算,那么日本全国实际在岗法官大约3750人。^[29]截至2014年10月,日本人口为1.27亿,折合每10万人3名法官,比美国还精简。

根据2014年《律师白皮书》的统计,日本律师总人数为35045人,^[30]法官与律师之比大约为1:9。除以日本人口,每万人大约2.8名律师,是中国的一倍。相比之下,美国律师的人口比例是日本的15倍。

据最高裁判所官网的司法统计,日本2014年全年新受理案件349.4万件,其中民事与行政类案件145.6万件,刑事案件101.9万件,家事案件91.1万件,少年案件10.9万件。^[31]除以日本总人口,每万人每年提出约275起诉讼。律师和案件数量之比大致为1:100,法官和案件数量之比约为1:910。

(四) 印度

根据印度最高法院编辑的季度公报,印度最高法院规定职数31位大法官,高等法院应有906名法官,地区法院应有1.97万法官,但是各级法院都存在不少空缺。截至2014年6月30日,最高法院实际职数只有25名大法官,高等法院641名法官,地区法院1.54万名法官,各级法院加起来总共1.6万名法官,队伍非常精简。^[32]2014年,印度人口为12.7亿,^[33]平均每十万人只有1.3位法官,还不到日本的一半,为本文所比较的各国最低值。

令人惊讶的是,印度的律师居然几乎和美国一样多。据印度法律维基网报道,2011年,印度总共

[25] http://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2015/statistik_fa_zum-1.12015.pdf.

[26] Zahl der Richter, Richterinnen, Staatsanwälte, Staatsanwältinnen und Vertreter, Vertreterinnen des öffentlichen Interesses in der Rechtspflege der Bundesrepublik Deutschland am 31. Dezember 2012.

[27] https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/Zensus_Geschlecht_Staatsangehoerigkeit.html.

[28] Statistisches Bundesamt ed., Statistisches Jahrbuch: Deutschland und Internationales (2015), pp. 304-312.

[29] 日本弁護士連合会编:《弁護士白書 2015年版》,日本弁護士連合会 2015年,第63页。

[30] 同上。

[31] 日本最高法院官网, <http://www.courts.go.jp/app/files/toukei/156/008156.pdf>.

[32] Court News, Vol. IX, No. 2, pp. 4-5.

[33] <http://www.worldometers.info/world-population/india-population/>.

有127万名律师。^[34]除以总人口,每万人正好有10名律师。法官与律师之比为1:77,二者相差比美国还悬殊近一倍。

2014年上半年,印度最高法院新接收2.2万个案件,其中2258件是关于一般事项,其余是关于立案(admission)事项。2014年第一季度,高等法院收到50.87万个新案件,地区法院共收到486.66万个新案件。^[35]假定各级法院接收案件的数量在全年大致均等分布,那么印度各级法院大致接收2155万个左右的案件,平均每年每万人提起170个案件。摊到每个法官头上大约每年1350个案件,每个律师每年平均则只有17个案件,也为本文研究的六国中最低。

印度人口是美国的四倍,律师数量差不多,法官却只有美国的一半,案件数量则不到美国的1/4。如果以美国等发达国家作为参照标准,那么印度律师似乎太多,而法官数量大体合适,结案率也大致能跟上立案率。

表1 各国诉讼和司法员额基本数据

	每万人案件数	每万人律师数	每十万人法官数	法官人均案件数	律师人均案件数	律师/法官比
美国	3300	43	10	3300	80	40
澳大利亚	580	30	4.5	1300	19	69
德国	510	20	25	200	25	8
日本	275	3	3	910	100	9
印度	170	10	1.3	1350	17	77
中国	100	2	15	70	50	1.4

四、总结与启示

综上所述,各国人均法官、律师、案件数量及其相互之间的比例各不相同。《世界各国的法院绩效》一文的比较研究表明,1995-1996年间,德国法官平均每人分摊到175个新发起的诉讼,新加坡的数值为1282,接近欧洲和南美11个国家的平均值(1400)。^[36]智利法官每年分摊到的案件则高达5161,而每一位法官居然也能年均审结4809案!^[37]可见,这类数值在没有深究的前提下并不能当真,这些看似吓人的海量诉讼可能绝大多数都在庭外调解,在法院只是“蜻蜓点水”,履行一个备案手续,真正过堂审理并下达判决的每位法官一年不会超过几十个。

纵观各法治发达国家,其司法特征是“两多一少”——纠纷多,律师多,法官少,法院精炼。在某种意义上,“滥讼”确实不是美国垄断的“专利”,而似乎是经济发达和法治成熟国家的普遍特征。每一位法官每年摊上成百上千个案件是常事,但是这并不表明这些法官都有孙悟空的“分身术”。案件进入法院,并不表明它一定要带着判决书出来,而只是表明纠纷进入了正式的司法程序。大部分案件只是来法院打个“擦边球”,在法官监督、律师帮助下达成和解。这就要求在一个精简的法院结构之外,还需要有一支相对庞大的律师队伍。律师和法官之比一般是10以上,每一名律师每年摊到的案件一

[34] http://www.legallyindia.com/wiki/Lawyers_in_India_by_state.

[35] Court News, Vol. IX, No. 2, pp. 6-8.

[36] Maria Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, 2 Yale Human Rights and Development Law Journal 87, 97-98 (1999). 该文认为美国当年的案件与法官数量比为1300,似乎低估了这一数值,在此且不展开讨论。

[37] *Id.*

一般是几十个。

(一) 中国司法员额现状

以此观察中国司法,许多方面确实带有明显的“中国特色”。据统计,中国各级法院的法官目前有近 20 万之众。2014 年,各级法院共审结案件 1379 万件。^[38] 除以 13.7 亿人口,每万人每年提出诉讼约 100 件,比印度还少。每万人拥有将近 1.5 名法官,超过印度的 10 倍。每一位法官每年仅摊到不足 70 个案件。这是笔者目前看到最小的数字,原因无非是人均诉讼少,而法官队伍庞大。另一方面,中国律师尽管 30 年来发展迅猛,但和其他国家相比仍然少得出奇。截至 2014 年底,全国共有执业律师 27.1 万多人,其中专职律师 24.4 万多人,兼职律师 1 万多人,公职律师 6800 多人,公司律师 2300 多人,法律援助律师 5900 多人。^[39] 即使全部都算上,每万人也只有不足 2 名律师,不到印度的 1/5、美国的 1/20。每一位律师每年摊上 50 多个案件,这个数值又相对适中。

表 1 的比较数据显示,中国司法目前具有明显的“三少一多”特征。一是人均诉讼少,每万人案件数量是六国中最少的。二是律师少,每万人中只有 2 名律师,也是六国中最少的,只有日本和我国接近。三是分摊到每一位法官的案件少,每年只有 70 件上下。这当然是人均案件少和法官多造成的。当前中国的法官队伍仍有 20 万之巨,只是因为人口基数大才使得每万人法官人数不那么显眼。从表面上看,以精炼闻名的美国司法占人口比例也不比我国小多少,德国甚至是我国的 2.5 倍,但人均法官数是没有意义的。司法之所以存在,是为了定分止争、解决纠纷;纵然人多,但纠纷少,就没有必要维持一支庞大的司法队伍。

对于未来的中国司法结构改革而言,决定性因素仍然是人均诉讼量。虽然“无讼”显然是不可能实现的理想,也未必一定是好事,但是“少讼”对于中国司法而言未尝不是一种幸运。虽然中国人口基数大,但是诉讼量即便以绝对值来衡量也不算高。假如人均诉讼量真的接近其他国家的比例,势必对司法资源构成巨大压力。目前,中国的“三少一多”构成了一个相对稳定的“均衡态”。改革司法员额结构可能会打破均衡,因而不能不慎。尤其是法官制度和员额结构必须保持稳定,不能“七八年再来一次”、动不动就改。此次法官员额制改革实际上是对“法官”职位的重新界定,而不论是剥夺法官资格还是影响法官待遇,都可能构成对司法独立地位的直接干涉。这样的改革如果有必要的话,必须在一锤定音之后保证一劳永逸,因而有必要结合各国司法的普遍规律和中国的实际情况,慎重设计决定未来司法结构的改革方案。

(二) 中国法官员额制改革

中国法官员额结构需要改,这是有共识的,但是问题的症结何在、究竟怎么改,却似乎并无共识。目前法官人均每年 70 个案件,是“人多案少”还是“人少案多”? 这个问题的答案取决于具体情况。首先,这 70 个案件究竟是“货真价实”还是“徒有虚名”? 如果像美国法院那样,95% 的案件都没有走到判决阶段,那么即便天量的诉讼也只是徒具其表;反之,如果 70 个案件都认认真真走到终点,每一个当事人都等着拿判决,那么它们即便对最高效的法官来说也是相当大的压力。部分由于诉讼成本降低,我国的当事人更倾向于走完司法程序,^[40] 因而中国的 70 个案件确实不能和美国的 70 个案件在统计上相提并论。也许,这正是需要改革之处,让律师在纠纷调解过程中发挥更大的作用。当然,我

[38] 参见最高人民法院网, <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-14021.html>.

[39] “中国执业律师人数超过 27 万”,载《深圳商报》2015 年 4 月 9 日。

[40] 参见何帆:“法院‘案多人少’的八大原因”,2015 年珞珈法学论坛实录。

国不应重蹈强制规定调解比例等违背法治常规的覆辙,但是无疑有必要重新审视诉讼成本、法院功能和律师作用之间的相互关系。

其次,人均70个案件只是全国平均,而中国地区差异巨大,各地受案量分布不均衡,经济欠发达地区往往较少,而经济相对发达地区则诉讼密集、案多为患。据说,北京某些区的法院每一名法官摊到上千件案件也是常事。因此,单凭一个全国平均数值就下结论,显然过于主观,更不能以此作为各地员额制改革的标准。如果不分具体情况即全国“一刀切”,必然造成削足适履的后果。譬如北京、上海、广东、江苏、浙江等经济发达地区的法院原本就已满负荷运行,如果在诉讼体制不改的环境下进行大规模裁撤,则不仅未必提高司法效率,反而会造成内部关系恶化、精英人才流失等不良后果。^[41]事实上,有些地方的员额制改革似乎已经呈现出“变味”的迹象,通过建立法官助理制度将法官独立审判变为“法官领导、助理审判”。^[42]这种改革似乎只是“换汤不换药”,把独立审判变成了“团队审判”。没有证据表明,这种改革会提高审判的公正与绩效。

最后也是最根本的,今日中国司法改革的当务之急似乎并非员额改革本身,而是法院去行政化,因为司法行政化才是最大的冗员。时至今日,中国法律界的有识之士早已达成共识,即法院是最不需要“管理”的政府部门。纵观各法治国家的法院,其管理职能都是最小化的,几近不存在。一旦引入中国语境下的“管理”,那就必然意味着司法受到权力部门干预,我国《宪法》第126条规定的“法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”将无法真正落实。因此,司法员额制改革首先要明确一个基本前提,即现在的法院领导等非司法职能取消多少、保留多少、转变多少,去掉那些从来不参与审判的“法官”,把法院真正变成法官的法院而非法院领导的法院,在此基础上构建法官不受“领导”干预、依法独立审判的司法共同体。只有这样的员额制改革才有意义,也只有这样才能知道中国真正的法官员额是多少。据报道,吉林省法官员额制改革似乎开了一个好头,进入员额的法院领导比例低于普通法官。^[43]如果这种模式能够切实推广,应有助于削弱司法行政化。

要在法官人格平等、审判独立的基础上重构中国司法制度,各地的司法员额主要应以当地的案件与判决数量为客观标准,进行重新界定。既然发达地区人手相对紧缺,欠发达地区相对宽松,那么似有必要按照当地的案件数量和一个合理的人均受案量。具体数值既不需要照搬国外制度,也无需在国内各地做到严格统一,而是需要在一定的范围内(譬如50~200)按照实际审判工作量来确定。如果中国的诉讼至少目前大都经过实质性审理,那么人均受案量不妨设定得低一点,欠发达地区的人均受案量可以比发达地区设定得更低一点。归根结底,员额制改革不是为了达到某个目标数字(譬如仅保留1/3员额),而是要按照以往的业绩把真正的法官筛选出来,并让他们安心专注于审判。如果经过这道程序,有的地区法官仍然太多,也未必要把他们中的某些人裁掉,而是可以让他们流动到法官紧缺的地方任职。为此,中央需要建立全国统一的法官档案,促成不同地区之间的法官流动。

同时需要防止改革蜕变,弱化了以往的政治与行政控制,却让法官替代原来的行政官僚,成为发号施令而不实际判案的新权贵阶层。尤其需要注意的是,法官之所以享受优厚待遇,和助理、秘书、书记员的待遇有较大差距,正是因为他们案件的主审人和决定人。法官和法官之间的地位和待遇则

[41] 对于员额制改革的质疑,例如见饮冰人:“请以正义的手段实现正义的目的——也谈广东司法改革”,<http://www.chinalaw124.com/sifajujiao/20151205/13621.html>.

[42] fazhi1234:“‘案多人少’有多可笑”,法官之家微信公众号,<http://www.haokoo.com/wmit/9363612.html>.

[43] 张伟刚、郭春雨:“孟建柱:全国推广吉林法院‘以上率下’的司法改革模式”,载《人民法院报》2015年12月27日。

是相当平等的,上下级法官之间也不例外。再以美国为例,联邦不同层级的法院待遇相差不大。为了抵消通胀等因素,联邦法官的年薪逐年增加。2015年,地区法院法官的年薪首次超过20万美金。上诉法院法官的年薪为21.3万美金,最高法院大法官和首席大法官的年薪分别为24.7万与25.8万美金。^[44]即便是最高法院的“九伟人”,也只比基层法院法官的工资待遇高20%。这种经验值得中国借鉴。

法官是一个法律职业共同体,本来没有高低之分,即便不同层级的法院在法律面前也是平等的,何况属于同一层级、同一法院的法官。司法改革却引入了法官分级制度,将法官分为12等,不能不说是法治的倒退。司法员额制改革应摒弃法官等级制,在明确司法职责的基础上确立法官平等地位,对同级法院的法官一律给予平等待遇保障。这样也有利于发达地区的法官向消费水平较低的非发达地区流动。对于不同层级的法院,也要限制待遇差别,建议相邻级别的法官待遇差别不超过10%。

(三) 中国律师制度改革

至于律师分级制,更涉嫌直接违背我国《宪法》第33条规定的“公民在法律面前一律平等”。^[45]固然,英联邦国家区分出庭律师(barrister)和非出庭律师(solicitor),二者分工和收入也有差别,但那是两种不同的职业选择,就好比欧洲大陆国家的律师和法官是两种不同职业规划一样,在进入法学院学习的阶段就已经决定了,他们所接受的教育和训练也确实不同。即便非出庭律师日后对其职业限制不满意,也只好认了。美国律师只能在通过考试并获得资格的州执业,是因为各州律师考试不一样,并无等级之别,而所有律师都可以在联邦法院出庭辩护。至于律师之间,也有分工,有的出庭更多,有的则专职从事文书或非诉工作,那完全是自己的选择。然而,中国律师分级的依据在哪里?按照什么标准区分“高级律师”与非高级律师?二者之间的分工区别何在?这些一概是没有答案的糊涂账。要想知道谁是称职的“高级律师”,社会和市场是获取答案的唯一钥匙;当事人的眼睛是雪亮的,他们自然会知道哪些律师的口碑更好,根本用不着向政府要答案。如果施行这样的分级制度,必将极大纵容公权滥用、黑箱操作和腐败交易,严重侵犯广大律师的宪法和法律权利。

虽然中国律师的数量无论在绝对值还是人口比例上都显得太小,但是律师的人均案件量并不低,甚至比德国和澳大利亚都高。印度虽然诉讼量接近中国的两倍,但律师数量是中国的五倍,因而人均每年只有17个案件,容易在律师之间产生恶性竞争。前不久,笔者在参加“亚洲宪法论坛”时向印度学者请教这个问题。他们耸耸肩说,印度是一个自由社会,不会人为约束律师的发展。这个态度很潇洒,但放任的社会后果却未必会被这么一句轻轻带过。当然,律师是一个社会化的法律职业,律师数量应该主要靠市场机制调节;如果进入这个行业接不上案、吃不饱饭,那么想做律师的自然就少了。虽然放任自由在理论上成立,但是现实往往更为复杂。就和人口控制一样,按理说穷人不应当多生孩子,但现实恰恰是穷人家的孩子尤其多。如果纯粹依赖家庭自我调节,那么中国、印度这样的国家很可能出现人口过剩。律师行业也存在同样的问题,无节制的发展确实会造成律师过剩,而律师和案源并不是一个简单的供需关系。律师供给并非简单受制于社会需求,而是可以创造需求;如果社会案件不足以供养律师,他们可能人为“制造”案件,以各种不同方式拉动诉讼“内需”,而这对于一个社会而言显然未必是福音。

[44] <http://www.uscourts.gov/judges-judgeships/judicial-compensation>.

[45] 任重远:“激辩律师分级出庭”,载《南方周末》2015年12月5日。

当前,中国律师每年人均50个案件,处于进退自如的适中水平。如果案件数量没有明显增加,而律师数量不断迅速增加,那么难免会发生“僧多粥少”的现象。因此,律师发展也应该和法官一样,需要有所规划,并和案件数量的增长适当挂钩。当然,从人均数量来看,中国不同于其他国家的最大特点是律师少,法官多。这可能意味着我们的法官“抢”了律师的活儿,更多的审判工作其实可以“下放”给律师去做,譬如增加调解和仲裁功能。但是在案件数量和诉讼成本不会激增、法官数量即便在调整后也不会成倍锐减的情况下,法官做律师的事儿很可能是短期内难以改变的现象。在案源不会显著增加的情况下,有必要维持目前基本均衡的律师生态。事实上,只要真正保障律师的权利,把目前27万律师的能量都发挥出来,中国法治无疑将获得强大的推动力。

Designing Judiciary: A Comparative Study of Judges, Lawyers and Caseloads

Zhang Qianfan

Abstract: This article is a comparative study of judicial post structures in major countries like the United States, Germany, Austria, Japan and India. It explores the general relationship between the numbers of litigations, judges and lawyers, and makes relevant comparison with China's judicial structure. Based on these comparisons it highlights the existing problems in the current judicial reform and proposes solutions to these problems. More specifically, the article points out that China's judicial structure is characterized by relatively few litigations, few lawyers, low caseload, and too many judges. In reforming the judicial post structure, China should not implement the policy of "one knife cuts all" across the country, and should decide the number of judges according to the local caseload. In the meantime, China should also regulate the scale of lawyers and allow them to play positive role in promoting rule of law.

Keywords: judicial posts; per capita litigations; caseload per judge; judicial elites

(责任编辑:丁洁琳)

法院人员分类管理体制与机制转型研究

王禄生*

摘要:肇始于20世纪末的法院人员分类管理改革并未取得预期成果。宏观层面人事、财政及司法行政管理的体制困局,中观层面机制改革有“分类”无“分类管理”,微观层面法院内部治理的行政化桎梏是共同成因。下一阶段法院人员分类管理改革应实现体制与机制的转型,即司法行政管理体制由分散走向统一、分类管理机制由单一走向差异、法院内部治理由单轨走向双轨。

关键词:法院人员 分类管理 体制 机制 转型

2013年11月,党的十八届三中全会公报明确提出要推进司法机关工作人员的分类管理改革。此后,最高人民法院在2015年2月4日发布的《关于全面深化人民法院改革的意见(2014-2018)》第48条也对“推动法院人员分类管理制度改革”提出了具体的要求。如果说十八届三中全会后推进司法体制改革是一个面,那么推进法院制度改革就是一条线,而法院工作人员的分类管理则是其中一个十分重要的点。我国法院人员分类管理改革肇始于20世纪末。最高人民法院期冀从书记员单列管理和法官助理改革两个方面实现人员分类管理改革的突破。令人遗憾的是,上述改革并未实现预期目标。本文将先简单回顾我国法院人员分类管理改革。在此基础上参考域外成熟的经验,分析上述改革未能取得成功的原因,并结合中国司法的实践提出相应的改革方案。

一、我国法院人员分类管理改革的回顾

(一)我国法院人员“分类管理”的理念与文本

我国的法院系统对“分类管理”并不陌生。1999年出台的《人民法院第一个五年改革纲要(1999-2003)》(下称《一五纲要》)就已包含分类管理的理念,如书记员单独序列管理和配备法官助理等。^[1]法院系统官方文件正式启用“分类管理”这一术语大致可追溯到2002年。该年度,时任最高人民法院副院长的祝铭山在一次讲话中提及对法官、审判辅助人员、司法行政人员、党政工作人员和司法警察等法院工作人员需要“分类管理”。^[2]同年出台的《关于加强法官队伍职业化建设的若干意

* 东南大学法学院副教授,江苏高校区域法治发展协同创新中心研究人员,法学博士。本文系司法部法治建设与法学理论研究项目“法院人员分类管理体制与机制转型研究”(项目号:15SFB3021)以及江苏省社科重大项目“把握互联网‘最大变量’核心问题研究”(项目号:14ZD003)的阶段成果。

[1] 详见《一五纲要》第18、33和37条。

[2] 参见2002年7月6日祝铭山在全国法院队伍建设工作会议上的讲话《大力加强法官职业化建设、努力开创人民法院队伍建设新局面》。

见》意味着法院系统正式启动人员分类管理改革。^[3]此后,最高人民法院于2005年、2009年和2015年发布的《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》(下称《二五纲要》)、《人民法院第三个五年改革纲要(2009-2013)》(下称《三五纲要》)和《关于全面深化人民法院改革的意见(2014-2018)》(下称《四五纲要》)均有明确的关于“人员分类管理”的规定。不过,长达15年的分类管理试点改革离预期仍有显著差距,十八届三中全会对法院“人员分类管理”的再次强调便是明证。在此,笔者将简要回顾一下这15年间最高人民法院着力推进有关书记员和法官助理的人员分类管理改革。

(二) 书记员单独序列改革的回顾

书记员单列管理在某种程度上是法院系统推行人员分类管理的一个突破口。1999年的《一五纲要》就已确定“书记员单独序列管理”。作为对《一五纲要》的贯彻执行,最高人民法院在2003年推出了《人民法院书记员管理办法(试行)》,设定了专门针对聘任制书记员的选任程序和晋升通道,^[4]它意味着聘任制书记员单独序列管理机制的全面推行。^[5]传统而言,书记员是法官的“预备役”,二者虽属于不同岗位,但在管理上高度混同。故而,聘任制书记员改革的核心就是建立一支单独序列的书记员队伍,阻断书记员向法官的晋升路线,分类管理的理念彰显无遗。

聘任制书记员机制改革很快遭遇各种顶层体制障碍。禁止转任为法官、较低的薪酬和有限的职级晋升空间等设定降低了该岗位对社会的吸引力以及该队伍的稳定性。吊诡的是,这三个要素恰恰又是书记员分类管理改革中着力强调的方面。随着这一改革的推进,聘任制书记员改革的问题不断凸显。四川省泸州市中级人民法院曾是书记员管理制度改革的试点,并曾被当作典型向全国法院推广,但该院部分聘任制书记员也以罢工的“激烈”方式表达对这一改革的负面情绪。^[6]

因此,大致在2009年前后,最高人民法院就逐步放缓推进这项改革。地方法院转而通过各种方式来“消化”这批聘任制书记员。江苏省从2009年开始陆续将一千余名聘任制书记员转为公务员序列。^[7]贵州省则在2011年一次性解决了122名聘任制书记员转任法官的问题。^[8]2013年,最高人民法院政治部主任徐家新在接受访谈时就强调要“妥善解决聘任制书记员遗留问题”,“对已通过公务员考试和司法考试的聘任制书记员,可经考核择优转任为法官”。^[9]这无疑是以官方的声音确立了法官和聘任制书记员两大序列被重新打通。同样是在2009年前后,各地法院又展开了新的书记员管理制度改革——聘用制。尽管“聘任”与“聘用”一字之差,但却有根本的差别。前者是中央政法专项

[3] 《最高人民法院关于加强法官队伍职业化建设的若干意见》(2002年7月18日)第31条规定:“对法官、法官助理、书记员以及其他工作人员实行分类管理,建立科学的管理制度,提高法院干部人事管理法制化、科学化水平。”

[4] 《人民法院书记员管理办法(试行)》第3条规定了不同于传统书记员的准入条件,在学历要求方面降低为专科,且还可以放宽;第15条确定了单独的晋升职级的上限,比如基层人民法院书记员最高可晋升至副科级。

[5] 由此,法院内部书记员就被分为委任制书记员和聘任制书记员,前者可以晋升为法官,后者则因为是单独序列的分类管理而不得转任法官。

[6] 参见郑晓静:“书记员是法官的预备队”,载《法治论坛》2008年第4期,第256页。

[7] 江苏省大致从2003年开始实行“聘任制书记员”改革,原来称“委任制书记员”。“聘任制书记员”也是中央政法专项编制,公务员序列,只是江苏省内被划归为B类公务员,入职时不用考申论,且不能转职为法官;“委任制书记员”为A类公务员,要考申论,可以转为法官。从待遇看两者没有根本区别。江苏省对聘任制书记员的“消化”便是和组织部门协商,通过考试将他们由B类公务员转为A类。

[8] 参见孙华璞:“贵州省高级人民法院工作报告”,载《贵州日报》2012年1月25日,第3版。

[9] 袁定波:“制定路线图时间表稳步推进分类管理改革”,载《法制日报》2013年7月31日,第5版。

编制,理论上仍属公务员;后者则是事业编制或者纯合同制。^[10] 比如,江苏省从2013年前后推出书记员分类管理的聘用制改革,统一与书记员签订《聘用制书记员劳动合同书》。^[11] 据报道,2015年江苏全省68家法院联手面向社会公开招聘624名书记员。^[12] 在近年来的改革中,部分法院还引入了劳务派遣的管理模式,由聘用制书记员与法院之外的劳务派遣公司签约,法院与书记员不直接发生劳动关系。显而易见,无论是事业编制亦或是合同制,其待遇均不如公务员序列的法院其他工作人员,晋升空间也更加有限,因此聘用制书记员队伍更加缺乏稳定性。以宁夏为例,聘用制书记员由于没有编制、没有人头经费、靠挤占正常办公经费发工资、待遇相对较低而频繁“跳槽”。^[13]

总之,现阶段,法院系统书记员的编制有公务员编制、事业单位编制、合同编制等类型。不同编制的书记员虽然工作内容大同小异,但在选任、薪酬和晋升方面却有根本不同。也就是说,职位的工作内容并非上述管理差异的原因,编制才是造成差异化管理的根本症结。

(三) 法官助理单独序列改革的回顾

法官助理改革无疑也是最高人民法院在过去十余年着力推动的分类管理改革之一。时任最高人民法院政治部主任的苏泽林在2004年全国法院法官助理试点工作座谈会上就将其定位为“实现法院人员分类管理的关键一步”。^[14] 与书记员单列改革类似,我国法官助理制度也大致肇始于1999年的《一五纲要》。不过,直到2004年9月最高人民法院才确定了18个试点法院。^[15] 2008年1月法官助理的试点进一步扩展到814个法院。^[16]

法官助理试点的推进也很快遭遇了各种顶层体制的制约和系统内的抵制。从《一五纲要》文本来看,改革最初采用的是以法官助理取代助理审判员的思路,^[17] 对法官助理的价值认识和司法分工缺乏细致入微的思考。改革更像是法官助理与助理审判员的岗位置换,其背后的考虑之一很可能是降低法官群体的人数。也就是说,法官与法官助理的分类管理改革最初并非基于职位工作性质差异的管理需要。在实践中,试点法院大多依照此类置换的思路裁减部分法官,不再任命助理审判员。^[18] 随着试点的推进,法院在人事制度等方面所遇到的困难进一步暴露。首先,与书记员相比,《人民法院组织法》并未规定法官助理这一职位,最高人民法院也一直未发布全国性的法官助理管理办法。由于缺乏“名分”,法官助理的待遇与职级等诸多问题势必面临各种困难。其次,由于法官助理制度推行之初采用强行转换助理审判员的方式,在实践中也遭遇了不同程度的抵制。正因如此,《二五纲要》中已经不再出现取消助理审判员的提法。最高人民法院司法改革的负责人在近期的表态中仍然强调“不

[10] 必须指出,我国各地书记员改革差异较大。有些地方为法院提供了事业编制,从而解决了聘用制书记员的待遇问题;有些地方未提供事业编制,聘用制书记员则普遍采取合同制。同时合同制也有明显的差异,有些地区采用劳务派遣合同的方式,比如江苏全省、福建厦门;有些地区则采用政府雇员合同的方式,如广东佛山。

[11] 参见娄银生:“江苏法院将全面推进书记员管理体制改革”,载《江苏经济报》2014年7月4日,第A01版。

[12] 参见顾敏:“法院公开招聘624名书记员”,载《新华日报》2015年2月11日,第7版。

[13] 参见潘从武:“书记员频繁‘跳槽’困扰宁夏法院”,载《法制日报》2010年4月26日,第4版。

[14] 张传军:“我国法官助理制度之探析”,载《法律适用》2005年第1期,第69页。

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

[16] 参见乔钢梁:“法官助理是‘选’出来,不是‘考’出来的”,载《法制日报》2008年3月30日,第14版。

[17] 《一五纲要》明确规定“结合人民法院组织法的修改,高级人民法院可以对法官配备法官助理和取消助理审判员工作进行试点,摸索经验”。

[18] 参见刘晨:“法院改革中制度移植的反思——从‘从法官助理回归助理审判员’想开去”,载《法治论坛》2009年第3期,第260页;“余姚法院‘剥夺’12位法官的审判权推出一个学习型的岗位:法官助理”,载《都市快报》2011年1月19日,第A22版。

能简单采取将助理审判员直接转化为法官助理的方式推进改革”。^[19] 再次,缺乏统一政策加剧了地方法院法官助理制度的差异性。法官助理的选任分为助理审判员转任、书记员转任、速录员转任、社会直接招聘四种方式。^[20] 不同招聘方式法官助理的编制则分为公务员编、事业编和合同编三种。也就是说,尽管工作内容大同小异,但不同编制法官助理之间在薪酬、考核、晋升等方面却有根本不同。故而,尽管我国在1999年已将法官助理摆上改革议程,但截至目前尚未真正建立。^[21]

二、美国联邦法院工作人员的分类管理

美国联邦法院人员分类管理的理念由来已久,历史上一共有15种司法辅助人员。^[22] 针对职位性质不同的法院工作人员,美国司法系统构建了差异化、各具特色的选任、薪酬、考核等管理体制。

(一) 美国联邦法院工作人员的分类及规模

现阶段,美国联邦法院工作人员可以被划分为两大类:法官(judge)和法院辅助人员(court support staff)。对于美国联邦法官的员额,国内学者已多有论述。根据不同的统计口径,可能会有不同的数量。不过,严格意义的“第三条款法官”的员额大致为856名,“非第三条款法官”约为413名,联邦治安官574名,三者合计1843名。^[23] 除此之外,美国联邦法院还有大量的法官辅助人员。他们又大致可以被划分为两类:专业事务辅助人员(law staff)和行政事务辅助人员(administrative staff)。

专业事务辅助人员是指为法官提供专业性辅助工作的人员,主要包括:法官助理(law clerk)和公职律师(staff attorney)。一般而言,法官助理主要是著名法学院的毕业生,他们在法官监督之下负责协助法官从事法律研究、起草判决书、审阅当事人的意见书、查阅文献和为案件审理排期及其他有关案件准备和管理。正如有人总结的那样,“所有法官助理都做一样的事情——法官让他们做的所有事情”。^[24] 现阶段,美国最高法院大法官每人可以聘请4名法官助理、联邦上诉法院法官允许聘请3名法官助理、联邦区法院法官可以聘请2名法官助理。与法官助理类似,公职律师也为法官提供专业的

[19] 贺小荣、何帆:“贯彻实施《关于全面深化改革的意见》应当把握的几个主要关系和问题”,载《人民法院报》2015年3月18日,第5版。

[20] 速录员是一种法官工作人员分类管理改革的试点,并未全面展开。

[21] 参见宁波市中级人民法院、余姚市中级人民法院联合课题组:“法官职业化建设背景下法官助理制度的重新审视与现实进路”,载《时代法学》2013年第6期,第60页。

[22] 资料来源:美国联邦司法中心(Federal Judicial Center,简称FJC)网站http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/admin_03.html,最后访问时间2015年12月10日。FJC系美国三大全国性的司法行政机构之一,其核心任务是开展联邦司法研究。

[23] 一般而言,狭义联邦法院法官特指根据美国宪法第三条款设立的法官,这些法官被称为“第三条款法官”,终身任职,且薪酬不得降低。“非第三条款法官”大多并非依据美国联邦宪法设立(“第一款法官”除外),而是依照国会其他法律设定。由于不是依照宪法设立,因此不享有终身任职和薪酬不得降低的保障。“非第三条款法官”的主体是负责审理破产案件的联邦破产法院法官,有351名;其他“非第三条款法官”主要还有联邦税务法院法官(9名)、联邦索赔法院法官(16名)、联邦外国情报监视法院法官(11名)、联邦巡回上诉法院法官(12名)、联邦武装力量上诉法院法官(5名)、联邦退伍军人上诉法院法官(9名)等。在美国联邦司法体系中,对治安官(magistrate)的身份存在争议。该职位根据1968年出台的《联邦治安官法》(Federal Magistrates Act of 1968)设立,职权包括参与一系列的审前程序,如保释听证、证据开示等等,甚至还可以主审轻微罪的刑事案件。因此,有人认为治安官是“准”法官,也有人认为治安官是法官辅助人员,本文倾向于前者,因为治安官也可以配备一名法官助理。数据来源:Thomas F. Hogan, 2011 *Annual Report of the Director: Judicial Business of the United States Courts* 32-34 (Administrative Office of the U. S. Courts 2012)。

[24] Gerald Lebovits, *Judges' Clerks Play Varied Roles in the Opinion Drafting Process*, 76 N. Y. St. B. J. 34, 34 (2004)。

辅助,并且他们在联邦上诉法院中的作用越发不可替代。^[25] 公职律师在不同上诉法院的使用方式不尽相同。一些法院让公职律师筛选和作出预裁决 (preliminary determination), 比如服刑人员的申诉。公职律师还常常被要求审核案件的管辖权问题, 或者评估哪些案件可以进行口头辩论。一些法院的公职律师也协助起草判决书。^[26]

行政事务辅助人员为法官提供专业领域之外的日常事务辅助。美国联邦法院的行政事务辅助人员主要有四类: 书记官、审前服务官、缓刑事务官、图书管理员。在联邦法院系统中, 首席法官决定法院的政策并把实施这些政策和维持法院日常运作的任务分配给法院书记官办公室主任 (clerk of court)。^[27] 书记官的职责很多元, 包括案件流程、案件档案、经费管理、设备及人事管理、办公自动化、统计数据等等。^[28] 审前服务官 (pretrial services officer) 和缓刑官 (probation officer) 也是美国联邦法院工作人员的重要组成部分。他们主要负责询问被告人相关信息、对被告人进行背景调查, 从而为法官提供详细的报告以协助法官决定是否需要在审前羁押犯罪嫌疑人或者在审判后是否可以适用缓刑。美国联邦法院还设有图书资料室, 并配备一定的图书管理员。他们负责协助法官管理图书资料, 并进行学术研究。这与我国法院研究室职能较为类似。

由于采用灵活的聘任机制, 美国联邦法院系统工作人员的总数是持续变动的, 因此法官官额占法院工作人员总数的比例也是浮动的。联邦法院行政管理部 (Administrative Office of United States courts) 2013 年度报告显示, 由于国会持续减少联邦法院的财政拨款, 2011 年 7 月至 2013 年年底, 联邦法院辅助人员的职位数一共削减了 3200 个, 大致占到联邦法院辅助人员总数的 15%。仅在 2013 年度就削减了 1200 个职位。^[29] 由此我们大致可以推算出美国联邦法院法官之外的雇员在削减之前的总数约为 2.1 万人, 削减之后职位数大致为 1.8 万人。这一推算与联邦最高法院首席大法官罗伯茨在 2013 年度总结中的描述相对应。^[30] 因此, 在 2011 年至 2014 年间, 美国联邦法院法官辅助人员与法官^[31] 的比值为 11:1 至 10:1 之间, 且这个比值不断变动。

(二) 差异化的选任机制

选任机制分为资质要素和程序要素两个方面。前者涉及美国联邦法院工作人员需要具备何种资质要求; 后者涉及通过何种程序将具备特定资质要求的人员选任到特定岗位上。在美国联邦法院内部, 法官、专业事务辅助人员和行政事务辅助人员遵循不同的选任机制。

首先, 不同职位的准入条件不同。联邦法官被认为是职业精英, 因此候选人需要具备较高的准入条件。一般认为, 至少需要“在美国大学法学院毕业并获得 JD 学位; 同时通过律师资格考试, 并从事

[25] 美国联邦法院行政管理部根据法官数量和立案数量开发了一套计算一个巡回区法院所需公职律师数量的公式。

[26] 关注不同司法区公职律师的定位差异可参见: Laural Hooper, Dean Miletich & Angelia Levy, *Case Management Procedures in the Federal Courts of Appeals* 11-12 (2d ed., Federal Judicial Center 2011).

[27] Clerk of Court 是一个职位, 是联邦法院的首席书记官, 有人为了解方便将其直接翻译为“办公室主任”。

[28] Mira Gur-Arie, *Legal and Court Staff in the United States Judiciary* 8 (Federal Judicial Center 2004).

[29] 根据 1939 年《行政管理部法》设立的联邦机构, 统一执行联邦法院的行政管理事务, 其法定职责之一是按年度向美国联邦法官会议提交工作报告。上述数据来自 2013 年度工作报告, <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/AdministrativeOffice/DirectorAnnualReport/annual-report-2013/sequestrations-impact-on-the-judiciarys-programs.aspx>, 最后访问时间 2015 年 12 月 10 日。

[30] 罗伯茨大法官在描述联邦拨款减少之后对联邦司法人员影响时作了这样的描述: “减少了在法院工作人员达 3100 人 (14%) 到大约 1.9 万人——从 1997 年以来的最低值。” See John G. Roberts, *2013 Year-End Report on the Federal Judiciary* 5 (Supreme Court of the U. S. 2013).

[31] 广义法官, 包括“第三条款法官”、“非第三条款法官”和联邦治安官。

律师工作若干年”。^[32] 作为提供重要专业辅助的法官助理,其准入门槛低于联邦法官,但却不同程度高于其他辅助人员。根据联邦法院网的招聘说明显示,^[33] 法官助理必须是法学院毕业生或者法学院应届毕业生,同时具备以下一项或多项条件:成绩在学院内位列前 1/3;^[34] 有在上述法学院法律评论编委会工作的经验;在上述学院获得法学硕士学位(LLM);经法官认可具备法学研究的能力。同样是专业辅助人员,公职律师的职业准入条件就低于法官助理,只要求法学院毕业生或者法学院应届毕业生;招聘公告中言明的其他特殊条件。其余的辅助人员的准入条件则更加宽泛,根据岗位内容不同,甚至不要求具备法学学位。当然,上述条件只是最低的准入门槛,具体法院在招聘人员的时候可以根据自身的要求增加额外的资质要求。

其次,不同职位的选任程序不同。美国联邦法官的选任遵循一套严格而繁琐的选任程序,该程序还随着时间的发展而不断丰富。通常而言,当联邦法官出现职位空缺的时候,会由总统进行提名;提名之后,联邦调查局会进行背景调查;美国律师协会则会对候选人的职业水平进行评审;随后是参议院对候选人进行确认并最终由总统任命。^[35] 法官之外的辅助人员的选任层级就相对低许多。总统与国会并不需要介入,而仅由联邦法院行政管理部负责。尽管从文本上看,联邦法院行政管理部享有广泛的权限,但是在实践中,“非集权化”(decentralization)的理念却深入人心。因此行政管理部把大量管理权限下放给具体的法院,赋予他们以广泛的自主权。^[36] 也就是说,法官辅助人员选任与招聘的最终决定权通常是具体的法院。不过,必须强调的是,对于法官助理而言,法官本人的话语权也是显著的。

(三)多元化的薪酬体制

在美国法院系统中,法官与法官辅助人员执行不同的薪酬体系。在法官辅助人员内部,根据职责的不同也执行不同的薪酬体系。这是美国法院人员分类管理最主要的特征之一。表 1 展示了 2014 年度联邦法院主要工作人员的薪酬情况。

表 1 2014 年度联邦法院主要工作人员薪酬情况表

	薪酬计划	级/档/种	最低薪酬	最高薪酬	LCP	ECI
联邦法官	Schedule 7	4 级/每级 1 档/共 4 种	\$ 199 100	\$ 255 500	×	√
法官助理	JSP	8 级/每级 10 档/共 80 种	\$ 50 790	\$ 147 200	√	√
公职律师	CPSPR	6 级/每级 61 档/共 366 种	\$ 40 614	\$ 147 200	√	√一般
辅助人员	CPSPR	12 级/每级 61 档/共 732 种	\$ 17 642	\$ 147 200	√	√庭审
记录员	CRPR	4 级/每级 1 档/共 4 种	\$ 65 570	\$ 75 406	√	√

[32] 实际上,对于联邦法官的准入条件而言,没有任何法律明确规定。但美国联邦司法中心的资料显示,职业经验丰富的律师是最为重要的非正式准入门槛之一,并且认为提名一位非律师出任联邦法官在美国历史上闻所未闻。有关美国联邦法官的选任门槛可参见王琦:“国外法官遴选制度的考察与借鉴——以美、英、德、法、日五国法官遴选制度为中心”,载《法学论坛》2010 年第 5 期,第 128 页。

[33] 参见联邦法院网的招聘说明:https://oscar.uscourts.gov/qualifications_salary_benefits,最后访问时间 2015 年 12 月 10 日。

[34] 并非所有法学院成绩均可,必须是经过美国律师协会或者美国法学院联合会认可的法学院。

[35] 关于美国联邦法官的选任方式已多有论述,但由于美国宪法对法官选任只是作了原则性的规定。因此联邦法官选任程序实际上是一种经过几个世纪发展而来的非正式标准(informal criteria),不同总统任期内的法官选任程序略有不同。相关内容可参见关毅:“法官遴选制度比较(中)”,载《法律适用》2002 年第 5 期,第 10-12 页。

[36] Thomas F. Hogan, *The Federal System of the United States: An Introduction for Judges and Judicial Administrators in Other Countries* 41 (3d ed., Administrative Office of the U. S. Courts 2012).

表格说明:

1. 联邦法官薪酬数据来自美国联邦人事管理办公室(OPM)发布的《2014年联邦公职人员薪酬表》。
2. 联邦法院其他工作人员的薪酬情况来自美国联邦法院网 <http://www.uscourts.gov/careers/compensation>。
3. LCP是指“基于地区的可比性薪酬”(Locality-Based Comparability Pay,简称LCP)。它实质是基于地方差异给予联邦公职人员额外的联邦津贴。2014年度34个地区的LCP值范围在14.16%到35.15%之间。也就是说,除了法官之外,其余法院工作人员根据工作地区的不同还能享受基础工资之外的地区津贴。
4. “雇佣成本指数”(ECI)由美国劳工部下属的劳工数据局每季度发布一次,反映美国经济领域雇主雇佣成本的增长情况。美国联邦工作人员的薪酬逐年按照ECI递增。

法官处于法院工作人员薪酬金字塔的顶端。根据美国联邦人事管理办公室(OPM)发布的《2014年联邦公职人员薪酬表》(Executive Order for 2014 Pay Schedules)显示,联邦法官被单列为第7项(schedule 7)额外予以强调。这一专门工资计划由高到低分为4级——联邦最高法院首席大法官、联邦最高法院法官、联邦上诉法院法官、联邦地区法院法官。表1数据显示,2014年度美国联邦地区法官薪酬为199 100美金,而联邦最高法院首席大法官的薪酬则为255 500美金。

法官助理的基本薪酬遵循的是联邦法官薪酬之外的“司法薪酬计划”(The Judiciary Salary Plan,简称JSP)。JSP分为18级(grade),每级10档(step),共180种,法官助理的薪酬从JSP-11-1(11级1档)到JSP-18-10(18级10档),共80种。表1的数据显示,2014年度联邦法院法官助理的最低起薪为11级1档(JSP-11-1)——50 790美金,最高薪酬可达147 200美金(JSP-18-10)。

除了法官助理之外,绝大多数联邦法院工作人员执行“法院工作人员薪酬计划”(Court Personnel System Pay Rate,简称CPSPR)。CPSPR有18级,每级61档,共计1098种薪酬标准。公职律师的薪酬水平从27级1档开始到32级31档——2014年度的薪酬为40 614美金至147 200美金之间。其余辅助人员虽然也遵循CPSPR薪酬计划,但薪酬起薪却一般为21级1档,比公职律师低了6个等级——起薪为17 642美金。实际上,美国联邦法院行政事务辅助人员的起薪和最高薪酬都和美国政府公职人员是相同的,只是内部设置了更多的级别。此外,美国联邦司法系统还为纯技术辅助人员——庭审记录员设定了单独的薪酬计划(Court Report Pay Rate,简称CPPR)。这套独特的薪酬体系共4级,收入在65 570美金至75 406美金之间。

(四)双层的内部治理结构

美国联邦法院内部的治理结构与我国有很大的不同,是一种以首席法官为核心的,扁平化与科层化相结合的内部治理方式。

第一,扁平化的司法事务治理结构。每个法官及其聘请的法官助理都会形成以该法官为中心的小团队。具体来看,每名联邦最高法院法官的团队由6人构成(1名法官+4名法官助理+1名法官秘书/行政助手^[37]),每名联邦巡回上诉法院法官的团队由5人构成(1名法官+3名法官助理+1名法官秘书/行政助手),而每名联邦地区法院法官的团队由4人组成(1名法官+2名法官助理+1名法官秘书/行政助手)。作为团队核心的法官完全掌握团队的日常工作。因此从处理司法事务的视角来看,美国联邦法院俨然像由若干法官团队构成扁平化治理结构,每个法官团队好比大公司扁平化管理中的一个独立的“项目组”,各团队之间没有隶属关系,彼此独立运作。这其实也符合达玛什卡所描

[37] 每名联邦法官还被允许在法官助理之外单独聘请一名法官秘书(secretary)或者行政助理(administrative assistant),有些法官选择用这笔资金再聘请一名法官助理。

述的原子化法官结构——协作理想型和单一的权力层次。^[38] 法院的行政辅助人员负责配合一个个独立法官团队的日常工作,为他们提供行政支持,如庭审记录、判决书归档、安保等。

第二,科层制的行政事务治理结构。在行政管理方面则并非奉行扁平化的治理结构。整个行政管理体系以首席法官为核心,其余法官不参与行政管理,只是享受行政管理为他们带来的便利。首席法官也不会专职处理行政事务,而是会委托一名首席行政官来负责行政事务的管理。比如本文第二部分提及的书记官办公室主任(Clerk of Court)。首席行政官在首席法官的监督下开展法院的行政管理。具体而言,除了书记官办公室(Clerk's Office)之外,联邦法院内部可能还有下列行政辅助机构:公职律师办公室(Office of the Staff Attorneys)和法院图书馆(Court Library)。每个内设机构的工作人员都服从办公室负责人的领导,比如公职律师办公室的成员服从公职律师主管的领导。而各办公室负责人又服从首席行政长官的领导,并最终服从首席法官的领导。由此可以勾勒出清晰的科层制属性。

三、我国法院人员分类管理改革的反思

事实已经证明,无论是书记员亦或是法官助理的相关改革,最高人民法院的政策均未能在司法实践中全面落实。尽管2003年出台的《人民法院书记员管理办法(试行)》就已经明确规定:“本办法下发后人民法院新招收的书记员,实行聘任制和合同管理。”但事实却是,许多省份一直没有推进这一改革。有些地方法院直到2013年至2014年间才启动了这一改革。^[39] 法官助理改革同样也遭遇了基层不同程度的抵制与变通。尽管在大范围扩展试点至800多个基层法院后,2008年底全国也仅有法官助理4725名。^[40] 这个比例与近20万的法官比例相比无疑仍然是悬殊的。可见,15年的法院工作人员分类管理改革并未取得预期成效。因此,在十八届三中全会之后,各地开展了以法官员额制为核心的人员分类管理改革。目前新一轮改革尚处于起步阶段。在此背景下,总结前一阶段改革失败成因就显得很有必要。笔者认为可以从宏观、中观和微观三个层面来解释和分析。

(一) 宏观层面:人员分类管理改革遭遇顶层体制困局

宏观层面的顶层体制困局是最高人民法院着力推行的人员分类管理改革在实践中并未得到全面落实的根本原因。这具体可以从两个层面来分析:

其一,法院人员分类管理改革缺乏人事和薪酬体制的支持。有学者在总结前一阶段法院人员分类管理改革未能成功时就指出,“主要原因在于这项改革会引发大规模的人事变动,涉及面广,牵涉利益多,且缺乏相应的人事支持和财政经费保障”。^[41] 书记员单列改革最初符合分类管理的基本理念。这具体表现在为书记员设定了不同的职业准入条件、薪酬体系和晋升体系。然而,书记员单列制度推行缺乏灵活的薪酬与机动的晋升制度的配合,也正因如此,看似最符合分类管理理念的“单兵推进”的书记员单列改革在遭遇各种体制壁垒之后不得不退回原点。原本基于职位工作性质差异的分类管理

[38] 参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第35-41页。

[39] 参见靳彦:“临猗县人民法院试水书记员单独序列管理”,载《山西法制报》2014年6月23日,第2版;王淑娟:“息县法院聘任制书记员招考工作稳步推进”,载《信阳日报》2013年8月30日,第6版。

[40] 参见吴兢:“4725名法官助理初显身手”,载《人民日报》2009年2月4日,第8版。

[41] 徐昕等:“中国司法改革年度报告(2014)”,载《政法论坛》2015年第3期,第133页。

改革在遇到人事和薪酬两大宏观体制困局时被迫向符合原有体制的基于编制差异的分类管理改革扭曲。同样,法官助理改革遭遇的瓶颈最终亦可被追溯到缺乏顶层制度设计的强力支持。与书记员不同,法官助理是一个全新的职位,在立法上一直没有得到官方的认可。2003年最高人民法院《关于人民法院法官助理若干问题的规定(征求意见稿)》最终未能出台,此为缺乏体制支持的例证之一。此后,2008年《人民法院组织法》修订时一度盛传法官助理的身份有望得以“名正言顺”。^[42]然而最终立法修订对法官助理的“忽视”不啻为顶层体制暂时拒绝为法官助理正名的又一明证。名不正则言不顺,法官助理尴尬的地位使得对其选任、招聘、晋升、考核等配套机制的构建遭遇更大的制度阻力。这也使得法官助理改革似乎总是“雷声大雨点小”。

其二,法院人员分类管理改革缺乏统一的司法行政管理体系支撑。除了人事和薪酬体制之外,缺乏统一的行政管理体系也是上一轮人员分类管理改革失败的重要体制诱因。“最高人民法院和地方各级人民法院在管理领域的深度、广度以及统一性方面没有形成完全的管理关系,原因是上下级法院之间的管理关系缺乏具体明确的法律规范,而且司法管理决策权多掌握在本级政权(主要是党政机关)手中。”^[43]由于没有建立自上而下的司法行政管理体系,基层法院人事权仍然隶属于地方政府,而法院系统对于法官以及法官辅助人员的管理缺乏足够的话语权,这也使得人员分类管理改革的效果大打折扣。

总之,法院系统,尤其是基层试点法院无力以一己之力突破法院工作人员待遇低、在政法权力格局中处于弱势、晋升空间有限、职业风险高等体制难题。同时,统一的司法行政管理体系的缺位又使得最高人民法院和省高级人民法院难以给予有效支持。人员分类管理的改革在推进过程中陷入困境也就可想而知。最高人民法院中国应用法学研究所所长蒋惠岭法官曾比喻说,当司法体制遇到财政体制、干部管理体制、公务员体制、退休制度、教育体制这些与依法治国基本方略直接相关的“局域网”或“单机”的时候,多数情况下是红灯或者黄灯。司法体制改革的步伐不得不放慢,或者在红灯面前耐心等待。^[44]

反观美国联邦法院工作人员分类管理就不需面临诸多的体制桎梏。首先,联邦政府严格遵循三权分立原则,司法系统有完全的自主性来负责自身的行政管理,包括招聘法官辅助人员及支付薪酬,并且分别管理预算。^[45]这为有效推进人员分类管理改革提供了扎实的基础。其次,尽管各层级联邦法院在司法业务方面独立,但美国联邦司法系统通过联邦和巡回区层面设置的行政管理主体来实现对整个司法系统的行政管理。^[46]一方面,在联邦层面,联邦法院行政管理部全面负责人员分类管理事务。联邦法院行政管理部负责人由美国联邦最高法院首席大法官在联邦司法会议的建议下任命,是美国联邦司法系统的首席行政官。^[47]另一方面,在上诉法院层面,美国司法系统还在每个巡回区层面设有巡回区行政办公室,该办公室的长官被称为巡回区行政长官(circuit executive)。正如联邦法

[42] 参见袁定波:“法院组织法修改有可能首次确定法官助理法律地位 法官助理身份有望‘名正言顺’”,载《法制日报》2008年2月28日,第5版。

[43] 谭世贵、梁三利:“构建自治型司法管理体制的思考——我国地方化司法管理的问题与出路”,载《北方法学》2009年第3期,第76页。

[44] 参见徐达内:“司法改革:从张飙和唐慧说起”,载《东方早报》2014年6月17日,第A04版。

[45] Hogan, *supra* note 36, at 37.

[46] 巡回审判区(circuit),现在在美国联邦司法系统内,全国共分为11个司法巡回区。每一巡回区设一联邦上诉法院,受理上诉案件。

[47] Hogan, *supra* note 36, at 41.

院行政管理部负责人是整个联邦司法系统的首席行政官那样,巡回区行政办公室主任则是巡回区司法系统的首席行政长官。巡回区行政办公室负责本巡回区的法官辅助人员管理事宜。由此,在美国司法系统中形成了以联邦法院行政管理部为核心的自上而下的行政管理系统。

(二)中观层面:机制改革有“分类”无“分类管理”

除开顶层体制环境,最高人民法院出台机制改革方案的不足是人员分类管理改革无法全面推进的中观层面诱因。这具体表现在两方面:

第一,按编制而非按职位分类管理。在前一阶段的人员分类管理改革中,聘任制书记员也确实采取过单独的招聘、薪酬、晋升、考核和管理体制,如学历要求可以放宽到大专且招聘时不需要参加公务员考试等等。这些差异化的管理模式并非基于职位性质的划分,而更大程度上是基于编制的划分——编制内的书记员需要本科学历且可以晋升为法官,编制外的书记员可以放宽至大专学历,且不得晋升为法官。此种“分类管理”的结果便是在同一个法院,同为书记员,但编制却可能是公务员编制、事业编制、合同制等不一而足,不同编制的书记员岗位工作内容雷同,但待遇、晋升和管理则有根本差异。

第二,同一编制内有“分类”无“分类管理”。具体而言就是司法机关虽然对同一编制内的工作人员进行了岗位的“分类”,但却没有按照职位的性质和特点进行分类管理。在编的法官、书记员、法官助理、法警等人员均由地方组织部门根据公务员的选任程序进行招聘。在编工作人员不论岗位性质如何,只要行政职级相同,则薪酬、晋升、考核和惩戒就基本相同,都从属于党政干部的大的序列。

反观美国联邦法院的人员分类管理,就严格按照职位工作的性质为法官、专业事务辅助人员和行政事务辅助人员设置了不同的招聘、薪酬和管理的机制。其一,从选任机制来看,联邦法官有最高的准入条件和最复杂的选任程序;法官助理、公职律师、其他辅助人员根据工作性质和内容的不同都设定了逐步下降的准入条件,并且最终选任的决策主体也有所不同。其二,从薪酬机制来看,法官是联邦法院的核心,因此就有最高的职业准入条件并配以稳定的高薪。高薪是美国法官薪酬的第一指标。前文表1的数据显示,美国联邦法官的起薪则为199 100美金,是审判辅助人员起薪的11倍。稳定则是另一个容易被忽视但却同样重要的指标。联邦法官的薪酬除了随着“雇佣成本指数”(ECI)小额增长之外,并没有逐级递增的机制,正如前文表1中指出的那样,联邦法官薪酬的显著提升只能通过变更工作岗位的级别,如由地区法官被选任为上诉法院法官。这种现象虽然存在,但也不常见。也就是说,一名联邦法官的薪酬在他任职之初就基本予以确定。这和后面提及的其他薪酬计划有根本差别。在法官之外,与法官专业事务密切联系的法官助理执行的是“司法薪酬计划”(JSP)。这类工资计划特别用以那些与法官有比较强私人联系的司法辅助人员。与法官没有密切私人联系的其他辅助人员,如公职律师、书记官等则执行的是“法院工作人员薪酬计划”(CPSPR)。上述两大薪酬计划的共同特点就在于,虽然起薪不高,但起薪等级灵活,^[48]且存在着许多档次,可以弹性晋升。如果再算上地区津贴(LCP),^[49]司法辅助人员的最高薪酬也能够接近联邦地区法官的收入水平。其三,与灵活的薪

[48] 根据美国联邦法院网的招聘信息,根据选任人员条件的不同,联邦法官助理的起薪等级可以是JSP-11-1至JSP-14-1四个级别之间,起薪差别最高可达34 754美金;联邦公职律师的起薪可以在CL-27-1至CL-31-1四个级别之间,起薪差别最高可达39 874美金。

[49] 美国联邦一般公职人员的薪酬水平普遍低于同一地区私企雇员的薪酬水平。因此LCP是美国联邦立法规定的,旨在减少公务员收入与地方企业人员收入差距的调整指数,其目的在于将公务员薪酬与地方企业人员收入差距降低到5%。法官是高薪公职人员,不享受LCP津贴。

酬体系对应的是灵活的管理机制。因此,不同年份美国联邦法院辅助人员的数量是高度变动的。在必要时可以随时增加辅助人员的数量,而在情况需要时同样可以随时减少工作人员的数量。一个显著的例子便是美国联邦法官助理的职位本身就具有短期的实习性质。^[50] 美国最高法院首席大法官不同年份的工作报告就显示了上述特征。

(三) 微观层面:法院内部单一行政化的桎梏

法院内部的行政化实际上也是人员分类管理推进的重要障碍。贺卫方教授在 20 世纪末曾得出“法院的管理与行政机构之间不存在实质性的区别”的司法行政化的结论。^[51] 通过近十余年的改革,法院行政化虽有所触动,但整体仍然未被扭转。“分类管理将进一步明确法官的职业定位及其他各类人员的工作职责,可以把法官从繁琐的程序性、事务性工作中解脱出来,使其能够集中精力和时间专司审判”,^[52] 其核心是法官和司法活动。然而,正如龙宗智教授指出的那样,“在我国目前的法院建设中,管理人员和部门膨胀,经常挤占司法活动的人力、财力资源”。^[53] 更进一步,分类管理意味着提升法官在法院内部治理结构中的地位,提升法官和法官辅助人员的薪酬和级别。这样改革的推进无疑会在不同程度上触及原有行政管理人员/院领导的“奶酪”。纵观十八大之后司法体制改革在现实中面临的困境,大抵与行政化有着千丝万缕的联系。

反观美国联邦法院内部治理结构,针对不同人员实行科层制和扁平化双重管理结构。也就是说,美国联邦法院内部并非没有科层制或曰“行政化”,这一点往往容易为人所忽视。在行政管理领域,美国联邦法院内部建立了由法院首席法官总负责,由首席书记官具体执行的一套科层制的管理体系。在这个体系中下级对上级负责并听从上级的安排;而在业务领域则奉行扁平化的管理,由法官与法官助理组成独立的工作组。每个工作组的地位是平等的,不存在科层制的管理,而更大程度上符合达玛什卡指出的协作型模式。双轨制中的科层制符合了司法辅助人员工作的性质,而扁平化管理则符合司法业务开展的需要。

四、我国法院人员分类管理改革的转型

尽管美国联邦法院工作人员分类管理体制有诸多亮点,然而中美两国的制度环境毕竟存在根本差异,生搬硬套的单纯制度移植将很难焕发生命力。因此在设计我国法院工作人员分类管理改革方案时必须注意与本土情境充分结合。

(一) 由分散转向统一:构建省级统管的司法行政管理体制

正如前文指出的那样,前一阶段法院工作人员分类管理改革受挫的重要原因之一是缺乏顶层体制的支持。在十八届三中全会之后,全面推进司法改革已经成为各界的共识。法院推进人员分类管理改革所受到的顶层制度阻碍将有望被逐步打破。同时,笔者认为需要借助省级统管人财物改革的契机,建立省级统管、自上而下的行政管理体制。具体而言,在最高人民法院设置行政管理部,负责全

[50] 近年来,美国联邦法官助理的管理发生了深刻的变化。最初法官助理通常是法学院的毕业生,现在越来越多法官开始聘请有 2~3 年执业律师经验的人从事法官助理的工作。此外,最初法官助理均是短期的实习性质的工作,而现在有些法官开始尝试聘请执业法官助理(career law clerk)。这些执业法官助理与法官配合更多年,因此也更加默契。

[51] 贺卫方:“中国司法管理制度的两个问题”,载《中国社会科学》1997 年第 6 期,第 124 页。

[52] 李立新:“法院人员分类管理改革探析——以新一轮司法体制改革为背景”,载《法律适用》2010 年第 5 期,第 60 页。

[53] 龙宗智、袁坚:“深化改革背景下对司法行政化的遏制”,载《法学研究》2014 年第 1 期,第 136 页。

国范围内法官辅助人员选任、薪酬、考核、晋升等管理制度的制定。以此为基础,在法官员额制改革和省级统管人、财、物的背景之下,建立省级法院行政管理处,将原有政治处和办公室的部分工作职能予以合并。省级法院行政管理处执行最高人民法院行政管理部的分类管理政策,具体负责全省法院法官辅助人员管理工作的落实。同时,在中级人民法院和基层人民法院建立相对应的行政管理部门,负责自上而下推行分类管理改革。

(二) 由单一转向差异:基于职位不同设定多元的管理机制

在宏观体制制约改善、人事权与财政权同步匹配、统一司法行政管理体制构建的基础之上推进中观层面人员分类管理机制的改革。这里需要注意的是,中观层面的人员分类管理体制需要强调以职位工作的性质,而非编制的差异进行分类管理,同时要改变现有的薪酬体制、适当提升薪酬水平、保持法官与法官辅助人员职业保障的相对平衡与适度差异。

前文已论述,我国法院人员管理往往按照编制进行分类,不同编制奉行不同的管理体制;在同一编制之内有分类无分类管理。在下一步的改革中应当“以职位的工作性质、责任轻重、难易程度和所需资格条件等进行分类”,^[54]并进一步采取差异化的管理模式。职位分类,首创于美国,起源于19世纪“工作分析”制度,是一种以“事”为中心进行的人事分类制度,即先有职位,然后才有在此职位上工作的人员。^[55]职位分类是分类管理的出发点,只有确立了职位分类制度,各项管理制度才能得以有效推进。职位分类的科学程度决定了法院工作人员分类管理制度的水平。从上一轮的改革中,我们发现最高人民法院对法院工作人员的分类几经变化并最终在《四五纲要》中确立为法官、审判辅助人员、司法行政人员和司法警察四类,这已经走出了基于工作性质而进行职位分类的第一步。

不过,分类只是分类管理的前提,更重要的还在于打破目前基于编制分类管理的现状,切实依据职位的分类建立相应的招聘、薪酬、培训和管理体制。具体而言,根据法官、审判辅助人员、司法行政人员和司法警察的分类,设置阶梯化的选任条件和差异的选任程序。法官的准入门槛最高,至少具备法学本科学位并通过司法考试,且选任由省级统管选任。审判辅助人员和司法行政人员选任的准入门槛次之,由最高人民法院行政部门制定导向性的人事政策,由省级司法行政部门统一管理并授权具体法院负责选任。此为其一。其二,根据职位不同设置多元的薪酬体系。中美两国体制有很大的区别,不可能构建与美国相同的法院工作人员薪酬体系,但差异化薪酬计划的理念可以借鉴。这具体包括为法官设置一套不同于一般公务员的独立薪酬系统。这套薪酬系统可以与已经试行多年的法官等级制相匹配。法官薪酬随着法官等级的提升而增加。更为重要的是,法官薪酬需要在员额制改革成功推行的基础之上作较大幅度的提升。同时,相对于法官辅助人员灵活的薪酬体制而言,法官的薪酬必须具有稳定性。此外,在员额制改革成功推行、妥善处理各类人员分类过渡期间的遗留问题、改革后审判辅助人员和司法行政人员职业保障不降低的基础之上逐步构建一套符合各种辅助人员不同特点的灵活薪酬体系。所谓灵活的薪酬体系包括灵活的起薪、灵活的工资级别和灵活的待遇提升。其三,根据不同的职位设置不同的职业内容和职业发展阶梯,法官、法官助理、司法行政人员奉行相对严格的选任程序和稳定的管理机制,而书记员等纯技术性的辅助人员可以采取更加灵活的管理方式,更多地向社会直接招聘,扩大辅助人员的来源并在必要的时候通过购买社会服务的形式弥补司法辅助

[54] 宋世明:“创新中国公务员分类管理制度的立法思想”,载《中国行政管理》2003年第5期,第15页。

[55] 参见许银华:《公务员法新论》,北京大学出版社2005年版,第57页。

人员在特定时期的不足。这也符合《四五纲要》确定的基本改革思路。

（三）由单轨转向双轨：构建内部治理的“双轨制”

在法官额制和人员分类管理的大背景下，法院内部迫切需要构建新的治理结构。在论及法院内部治理结构时，“去行政化”似乎成为绝大多数学者一致认可的良药。不过，对于“去行政化”之后的法院内部新的治理结构却尚未见体系性的论述。实际上，《四五纲要》的文本也显示了最高人民法院对于分类管理之后法院行政人员与员额内法官的关系还未有清晰的改革思路。^[56] 笔者认为，完全意义的“去行政化”并不现实。法院具有审判和管理双重组织属性，两种属性具有不同的特质，从而使得法院内部的人员分类管理具备了一般行政机构人员分类管理所不具有的特点，但这绝不意味着完全排斥科层制。在未来的法院人员分类管理改革中需要在微观层面构建一种双轨制的法院内部治理结构。首先，确立员额制法官的核心地位，为法官配备特定数量的法官助理和书记员，形成以法官为核心的团队。每个法官团队之间平等、独立，在法院业务方面行使相同的权力。在法院层面组成由员额制法官组成的审判委员会决定司法方针等重要的专业事项，如负责法官惩戒，逐步减少审判委员会对具体案件的探讨，最终向非具体审判事务过渡。由此在司法业务方面形成单一层次的原子化的扁平化治理结构，减少层级，提升效率。其次，确立以法院院长、副院长为首的内部科层制行政管理系统。统一管理司法辅助人员的选任、培训、晋升、考核等事项，但院长、副院长对业务事项不得干涉。由此形成一套上令下达、标准统一的内部行政管理体系。这便是内部治理结构的双轨制。

Research on the System and Mechanism Transition of Classified Management of Court Personnel

Wang Lusheng

Abstract: The reforms of classified management of court personnel, initiated from the end of the last century, have not achieved the expected outcomes. The foresaid failure can be explained in the following three aspects: firstly, the reforms of classified management have encountered many predicaments in macro systems regarding personnel and finance. In addition, the reforms do not follow the professional rules of classified management. Last but not the least, the reforms have yielded to the executive character of the court internal administration. Therefore we have to transit the current system and mechanism of court personnel in three respects: First of all, we have to establish a unified judicial administrative system. Secondly, we have to abide by the professional rules of classified management. At last, we have to build a two-track inner administrative mechanism of court personnel.

Keywords: court personnel; classified management; system; mechanism; transition

（责任编辑：刘馨）

[56] 参见王禄生：“评‘四五纲要’之人员分类管理改革”，载《理论视野》2015年第4期，第37页。

刑事误判治理中的社会参与

——以美国无辜者计划为范例

李奋飞*

摘要:发源于美国现已在全球形成“无辜者网络”的无辜者计划,其主要使命和目标是致力于为那些无罪申请者提供无偿法律和调查服务,以还其清白,使其重新开始正常的社会生活。无辜者计划设定了筛选案件的标准和尺度,也形成了筛选案件的步骤和程序,并取得了令人瞩目的成就,尤其弥补了官方发现和纠正刑事误判的不足。尽管无辜者计划仍然存在诸多现实困境,但其实践与创新对于当前中国刑事误判的治理,特别是通过社会参与司法的方式推动刑事误判的发现和纠正,具有非常积极的借鉴和启示意义。

关键词:刑事误判 无辜者计划 社会参与 定罪后 DNA 检测

一、引言

DNA 科学的发现和发展被认为是 20 世纪人类最伟大的发现之一。20 世纪 80 年代末, DNA 检测技术开始作为物证方法被运用到刑事司法实践当中。技术与法律的完美结合,对刑事司法产生了极其深远的影响。别的不说,误判问题此前就基本处于人们的视野和研究之外。很多人对误判是否真的存在尚心存疑虑。^[1] 美国联邦最高法院奥康纳大法官就曾自信满满地说:“我们的民众在刑事审判方面还是颇有信心的,主要是因为美国宪法为我们提供了无与伦比的保障来避免误判的发生。”^[2] 然而, DNA 检测技术的出现,使得司法人员能够回到过去的时间中旅行,去重新审视一些从前作出的定罪判决。^[3] 在美国,仅通过定罪后的 DNA 检测就已使来自 37 个州的 329 名无辜者得以昭雪(其中 20 人曾一度被判死刑)。^[4]

这些数据表明,刑事误判真实存在,^[5]而且还被不少人认为仅是冰山一角,从而彻底破除了人们对于无辜者不会被误判的司法迷信。也因为如此,巴里·谢克和彼得·诺伊费尔德的历史功绩常常被人提起。正是他们不懈的努力,对科学规律的严格遵循,将 DNA 检测这个具有转型性意义的科学

* 中国人民大学法学院副教授,法学博士,中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。本文是教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“刑事庭审的中国问题与出路”(14JJD820014)、中国人民大学明德青年学者计划“刑事错案的制度性治理”(14XNJ003)的研究成果。

[1] Brandon L. Garrett, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong* 5-6 (Harvard University Press 2011).

[2] *Herrera v. Collins*, 506 U. S. 390, 420 (1993) (O'Connor, J., concurring); see also *id.* at 398-399 (citing to “constitutional provisions [that] have the effect of ensuring against the risk of convicting an innocent person”).

[3] 刘品新:“美国人如何发现错案”,载《检察日报》2008年5月14日,第6版。

[4] 参见美国“无辜者计划”网站:<http://www.innocenceproject.org/>,2015年4月25日最后访问。

[5] 根据美国2014年2月4日发布的2013年全国无罪案件报告,从1989年到2014年2月3日,美国共有1304件无罪案件。

技术搬向法庭予以运用,重塑了美国的刑事司法局面。^[6] 1987至1988年间,谢克和诺伊费尔德从之前工作的公设辩护律师办公室接了个案子,即要证明被指控实施强奸抢劫犯罪的玛丽昂·科克利的清白。尽管玛丽昂·科克利有确凿的不在场证据,即案发时他正和另外的17人参加一个祷告会,尽管从被害人身上发现的精液里的血型物质能够排除他的嫌疑,但是因为3个目击证人的指认,他还是被指控有罪。在此案中,DNA检测首次被运用到美国法庭审判中。虽然科克利最后被无罪获释并非因为DNA检测的结果排除了他的嫌疑,^[7]但是却因此点燃了人们对DNA法医鉴定、血清学的兴趣和热情。

为充分利用定罪后的DNA检测技术,还无辜者以清白,谢克和诺伊费尔德于1992年在纽约市卡多佐法学院共同成立了全球首个“无辜者计划”。^[8]“无辜者计划”成立后,引起了很大的反响。法官、律师、立法者和学者对司法系统准确性的认知有所改变,公众对于刑事司法系统的不信任也逐渐增加,一些流行的电视节目、书籍、电影和戏剧作品还将这些误判的案例改编为剧本。^[9]至今,在前述通过DNA检测获得无罪释放的329人中,“无辜者计划”参与了其中176个。^[10]此外,发源于美国的无辜者计划在过去的20多年间迅速扩展到澳大利亚、新西兰、加拿大、爱尔兰、荷兰和中国的台湾地区,并在全球形成了一个“无辜者网络”,以致于清洗冤狱。不仅如此,无辜者计划还着力改善美国的立法和刑事政策,以预防错误定罪,以此为基础的关于误判原因及对策的研究也成为美国法学研究的热点。

从20世纪80年代至今,中国也纠正了相当数量的刑事误判案件。虽然在数量上少于美国,但这并不意味着中国刑事司法系统就更不容易出错。毕竟,在中国,刑事误判的纠正尚严重依赖于“死者”复活、“真凶”落网等偶然性事件。^[11]刑事误判的发生是对人类文明底线的挑战,具有非常严重的危害性,不仅会对被冤枉者本人及其家庭造成严重伤害,还会对司法公信力乃至国家的形象造成严重伤害。^[12]由于冤错案件无法完全避免,所以建构起有效的纠正机制就显得极为必要。惟有依法及时纠正冤案,才能匡扶正义,让民众对国家法治树立起信心。^[13]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确了全面推进依法治国的重大任务。在不断开创依法治国新局面的大背景下,法治

[6] Jane Gitschier, *The Innocence Project at Twenty: An Interview with Barry Scheck*, *PLoS Genet* 9(8):e1003692. doi:10.1371/journal.pgen.1003692. 1,1(2013).

[7] 在此案中,虽进行了DNA检测,但受制于当时理论和技术的限制,DNA检测没有得出任何高度盖然性的结论。而科克利最后能够得以无罪释放是由于真凶在犯罪现场留下的指纹排除了他的嫌疑。See *id.* at 2.

[8] 这里需要说明的是,由于现在很多无辜者计划组织的名称里都含有“无辜者计划”(innocence project)的字样,这些无辜者计划组织是在“无辜者计划”的基础上成立起来的。为把这些无辜者计划组织与谢克和诺伊费尔德成立的第一家名字直接为Innocence Project的组织区别开,下文中加双引号的“无辜者计划”仅特指谢克和诺伊费尔德成立的第一家无辜者计划组织,而不加双引号的无辜者计划泛指所有的像“无辜者计划”这样的组织。

[9] Garrett, *supra* note 1, at 6.

[10] <http://www.innocenceproject.org/faqs/what-is-the-innocence-project-how-did-it-get-started>, 2015年4月25日最后访问。其他人是通过“无辜者网络”、私人律师或者是被告人自己的努力得以洗脱罪名的。参见<http://www.innocenceproject.org/faqs/how-many-people-have-been-exonerated-through-dna-testing>, 2015年4月25日最后访问。

[11] 有学者对前些年媒体披露的在全国引起了较大关注的20起刑事冤案分析后发现,这20起冤案中,没有一起是司法系统主动发现原审判决事实不清、证据不足或发现新的证明被告人无罪的证据而主动纠正的,所有案件都是因极其偶然的因素而得以纠正。具体而言,因出现真凶而被纠正的有17起,占85%;因故意杀人案中被害人“复活”而被纠正的有3起,占15%。参见陈永生:“我国刑事误判问题透视——以20起震惊全国的刑事冤案为样本的分析”,载《中国法学》2007年第3期,第51页。

[12] 李奋飞:“美国死刑冤案证据剖析及其启示”,载《中国人民大学学报》2013年第6期,第29页。

[13] 沈德咏:“我们应当如何防范冤假错案”,载《人民法院报》2013年5月6日,第2版。

社会作为建设的基础任务和普遍要求,^[14]其建设不仅限于政府一方,而是首先要求非政府性的各种社会力量在法治框架和法治道路中自由博弈。^[15]美国无辜者计划的实践与创新,对于当前中国刑事误判的治理,特别是通过社会参与司法的方式推动刑事误判的发现和纠正,无疑具有非常积极的借鉴和启示意义。

二、无辜者计划的历史脉络

(一) 无辜者计划的雏形

早在1983年,吉姆·麦克罗斯奇就创立了一个致力于为误判者洗脱罪名的非盈利性组织——“百夫长事工”(Centurion Ministries)。乍一听闻,“百夫长事工”这个称谓有些生疏拗口。当年,麦克罗斯奇在为自己创立的这个组织命名时,头脑中涌现出这样的画面:一位罗马百夫长(罗马军团中的一种职业军衔)站在耶稣被钉死的十字架下,仰头咏叹“的确,此人是无辜的!”^[16]“百夫长事工”便由此得名。“百夫长事工”的宗旨是帮助那些被定罪的无辜者重获自由,可以称得上是美国首个具有实质意义的无辜者计划组织,^[17]或者可以称其为谢克和诺伊费尔德后来创立“无辜者计划”的发端。“百夫长事工”位于美国新泽西州的普林斯顿市,其关注点仅为美国国内和加拿大发生的误判案件。作为北美地区纠正误判、还无辜者清白的先驱,“百夫长事工”已经通过重新调查冤案,成功地帮助了数十位无辜者重获自由。虽然通过DNA检测来证明无辜者清白更加具有客观性、准确性和便捷性,但是在“百夫长事工”成立之时,人们对通过DNA检测证明被误判者清白的做法还未有耳闻,^[18]并且在大多数误判案件中也未保存可供进行DNA检测的证据。基于此现实,“百夫长事工”绝大部分的工作是去实地调查走访那些不存在DNA证据的案件,并且负担所有调查所需的费用,这也使得“百夫长事工”的工作更加艰巨和耗时费力。除了为身无分文的无辜者提供完全免费的法律援助之外,“百夫长事工”还会帮助每个通过其努力得以无罪释放的人寻找住所、工作和重新融入社会。^[19]

(二) 无辜者计划的创建

1992年,谢克和诺伊费尔德依附纽约叶史瓦大学本杰明·N.卡多佐法学院创立了全美首个“无辜者计划”。2004年,其成为独立的非营利性机构(但其依然紧密附属于卡多佐法学院),办公地点位于纽约市窝扶街40号大楼第七层,距离卡多佐法学院仅几个街区。“无辜者计划”的联席主任巴里·谢克本身就是卡多佐法学院的一名教授,而另一位联席主任彼得·诺伊费尔德和“无辜者计划”的内部律师也都是该法学院的兼职教师。在官网上,“无辜者计划”声明其是个全国性的诉讼和公共政策组织,旨在通过定罪后的DNA检测使遭受误判的人获得无罪释放,并且改革美国的刑事司法系统,以

[14] 莫于川:“法治国家、法治政府、法治社会一体建设的标准问题研究——兼论我国法制良善化、精细化发展的时代任务”,载《法学杂志》2013年第6期,第15页。

[15] 江必新、王红霞:“法治社会建设论纲”,载《中国社会科学》2014年第1期,第144页。

[16] 路加福音:Luke 23:47 RSV.

[17] 参见 <http://www.centurionministries.org/about/>, 2015年4月26日最后访问。

[18] Steven A. Krieger, *Why Our Justice System Convicts Innocent People, and the Challenges Faced by Innocence Projects Trying to Exonerate Them*, 14 (3) *New Criminal Law Review* 333, 362 (2011).

[19] 参见 <http://www.centurionministries.org/about/>, 2015年4月26日最后访问。

预防新的司法不公。^[20]

自成立以来,“无辜者计划”连续被评为美国运作最好的非营利性机构,美国国家科学院也是“无辜者计划”最坚实的同盟伙伴之一。^[21] 根据“无辜者计划”官网上的职员名录,目前其共有 72 名专职职员,包括律师、律师助理、案件分析师等职位。^[22] “无辜者计划”的董事会共有 18 名成员,其中包括有卡多佐法学院的教授、商界公司的董事长和 CEO、知名作家等等。^[23] “无辜者计划”下设有一个由 16 人组成的律师委员会,来帮助加强业已形成的与私人执业律师的合作伙伴关系,使之更加正式化和规范化。尤其值得一提的是,“无辜者计划”还设立了一个无辜获释者宣传处,该部门由经“无辜者计划”帮助而得以获释的具有公共演讲才能的无辜者组成。重获自由的艰难之路,令他们充满演讲和讲述的欲望,他们优秀的演说才能和对司法系统犀利深刻的洞见影响了很多美国的听众。“无辜者计划”认为,获释无辜者的个人经历是说明误判问题最具有信服力的证明。“无辜者计划”将无罪获释的演讲者和各种集会相结合,通过与中学、大学、公民和宗教团体、企业、刑事司法协会合作,为每批观众准备内容形式最合适的演讲。为更加方便起见,个人和组织还可以从网上下载填写“演讲者申请表”来邀请无辜获释者进行演讲。此种申请并不是免费的。除了要负担演讲者按日计费的花销和必要的差旅费,每个受邀演讲者还可以得到演讲出场费。实践证明,这种方法效果极好,反响热烈。美国宾州曼斯菲尔德大学的刑事司法俱乐部秘书贾丝廷·泰勒就对安东尼·迈克尔·格林的演讲作出如此评价:“……演讲极其成功。到席观众远远超出我们这个小校园的预期。很多人颇受震惊,知道了误判会实实在在地发生,还有些人受此启发和感染,决心去做些事情来改变此现状。”^[24]

(三) 无辜者计划的发展

20 世纪 90 年代以来,随着 DNA 检测技术的大力推广,通过定罪后的 DNA 检测获得无罪释放的无辜者越来越多,像“无辜者计划”这样的组织也如雨后春笋般不断涌现。2000 年,10 个像“无辜者计划”这样的组织齐聚芝加哥,召开了现今被称为第一届的“无辜者网络”大会。此后,每年春季,“无辜者网络”都会召开一次这样的大会。2015 年 4 月 30 日至 5 月 2 日,“无辜者网络”大会在佛罗里达州奥兰多市召开。议程有规模盛大的全体会议和分组会议,与会人员达 500 人以上,包括至少 125 名无罪获释者。^[25] 在这样的年度会议上,诉讼律师、无辜者计划倡导支持者、无罪获释者以及他们的家人会相聚一堂,互相学习、建立关系网,并为他们从事的事业积聚信心和凝聚力量。律师们能够学习到很多新的有用信息,并且能够将其直接运用到法庭审判当中去,以便赢得更多的案子,还更多的无辜者以自由。^[26] “无辜者网络”就是这些具有相似使命和目标的机构的联盟,其总部也同在“无辜者计划”的所在地——纽约市,^[27] 致力于为那些力图证明自己清白的人提供无偿法律和调查服务,弄清误判发生的原因,帮助无罪释放者重新开始正常的社会生活。

2005 年 11 月,首批 15 个正式会员被承认加入“无辜者网络”组织,与此同时,“无辜者网络执行

[20] 参见 <http://www.innocenceproject.org/faqs/what-is-the-innocence-project-how-did-it-get-started>, 2015 年 4 月 26 日最后访问。

[21] Gitschier, *supra* note 6, at 4.

[22] 参见 <http://www.innocenceproject.org/about-innocence-project/staff>, 2015 年 4 月 25 日最后访问。

[23] 参见 <http://www.innocenceproject.org/about-innocence-project/directors>, 2015 年 4 月 25 日最后访问。

[24] 参见 <http://www.innocenceproject.org/about-innocence-project/exoneree-speakers-bureau>, 2015 年 4 月 26 日最后访问。

[25] 参见 <http://innocencenetwork.org/>, 2015 年 8 月 8 日最后访问。

[26] 参见 <http://www.innocenceproject.org/about-innocence-project/innocence-network>, 2015 年 5 月 1 日最后访问。

[27] 同注 26。

董事会”也随即建立。现今,其成员不仅来自于美国,还来自于澳大利亚、加拿大、爱尔兰、荷兰、新西兰、中国台湾、阿根廷、南非、意大利和法国。截止到2015年5月1日为止,“无辜者网络”已经有69个成员。^[28]在这些成员中,既包括独立的非营利性机构(如“无辜者计划”),也包括在不同程度上附属于法学院或者其他教育机构的此类组织,还包括一些公设律师事务所的某一部门和律所的法律援助部,还有些组织是致力于无辜获释者出狱后的生活援助机构。^[29]虽然致力于帮助无辜者洗脱罪名,还之以清白和自由的机构在美国和世界范围内数量并不少,但是其要正式成为“无辜者网络”大家庭的一员,尚需通过比较严格的成员标准筛选。首先,申请加入的组织应致力于提供无偿的法律服务或者调查服务,以帮助被误判者证明他们的无辜。而那些专门附带审查过往案件和重新调查声称无辜案件的检察机关,由于会和其他“无辜者网络”中的成员存在利益冲突,被排除在“无辜者网络”之外;其次,申请加入的组织,还必须符合无辜者计划的道德准则和行动指南。对于那些初步满足标准的组织,设有18个月考察期。考察期届满后,经会员资格审查委员会表决通过,方可成为正式成员,享受“无辜者网络”的各项权利(如表决权),履行定期按时提交年度报告和编制文档的义务。^[30]

此外,“无辜者网络”还在其官方网站上创设了一个名为“法院之友简报库”(Amicus Brief Bank)的专栏。“法院之友”(amicus curiae)指的是,对案件中的疑难法律问题陈述意见,并善意提醒法院注意某些法律问题的临时法律顾问,也即协助法庭解决问题的人。^[31]Amicus Brief意指与诉讼结果有利害关系的非当事人意见陈述。“无辜者网络”根据案件涉及的不同争议内容将案件分门别类,目前共分为14类,如目击证人辨认、虚假供述、律师辩护不力、警察和检察官的不当行为等问题。^[32]“无辜

[28] 这69个成员分别是,位于美国的54个:Actual Innocence Clinic at The University of Texas School of Law, Alaska Innocence Project, Arizona Innocence Project, Arizona Justice Project, California Innocence Project, Center on Wrongful Convictions, Committee for Public Counsel Services Innocence Program, Connecticut Innocence Project, Georgia Innocence Project, Hawai'i Innocence Project, Idaho Innocence Project, Illinois Innocence Project, Innocence & Justice Project at the University of New Mexico School of Law, Innocence Project, Innocence Project at UVA School of Law, Innocence Project Northwest Clinic, Innocence Project of Minnesota, Innocence Project New Orleans, Innocence Project of Florida, Innocence Project of Iowa, Innocence Project of Texas, Kentucky Innocence Project, Life After Innocence, Loyola Law School Project for the Innocent, Michigan Innocence Clinic, Michigan State Appellate Defender Office - Wrongful Conviction Units, Mid - Atlantic Innocence Project, Midwest Innocence Project, Mississippi Innocence Project, Montana Innocence Project, Nebraska Innocence Project, New England Innocence Project, New York Law School Post - Conviction Innocence Clinic, North Carolina Center on Actual Innocence, Northern California Innocence Project, Office of the Ohio Public Defender - Wrongful Conviction Project, Office of the Public Defender - State of Delaware, Ohio Innocence Project, Oklahoma Innocence Project, Pennsylvania Innocence Project, Reinvestigation Project, Resurrection After Exoneration, Rocky Mountain Innocence Center, The Duke Center for Criminal Justice & Professional Responsibility, The Exoneration Initiative, Thomas M. Cooley Law School Innocence Project, Thurgood Marshall School of Law Innocence Project, University of Baltimore Innocence Project Clinic, University of Miami Law Innocence Clinic, Wake Forest University Law School Innocence and Justice Clinic, West Virginia Innocence Project, Wisconsin Innocence Project, Witness to Innocence, Wrongful Conviction Clinic, 以及位于加拿大的3个:Association in Defense of the Wrongly Convicted (AIDWYC), Osgoode Hall Innocence Project, University of British Columbia Law Innocence Project, 位于澳大利亚的2个:Griffith University Innocence Project, Sellenger Centre Criminal Justice Review Project, 位于阿根廷的1个:Innocence Project Argentina, 位于法国的1个:Innocence Project of France, 位于新西兰的1个:Innocence Project New Zealand, 位于南非的一个:Innocence Project South Africa, 位于爱尔兰的1个:Irish Innocence Project at Griffith College, 位于意大利的1个:Italy Innocence Project, 位于波多黎各的1个:Justicia Reinvindicada - Puerto Rico Innocence Project, 位于荷兰的1个:Knoops' Innocence Project, 位于中国台湾的1个:Taiwan Association for Innocence, 位于以色列的1个:The Israeli Public Defender, see <http://innocencenetwork.org/members/>, 2015年5月1日最后访问。

[29] 参见 <http://innocencenetwork.org/about/>, 2015年5月1日最后访问。

[30] 参见 <http://innocencenetwork.org/membership/>, 2015年5月1日最后访问。

[31] 《元照英美法词典》,北京大学出版社2013年缩印版,第69页。

[32] 参见 <http://innocencenetwork.org/briefbank/>, 2015年5月1日最后访问。

者网络”对这些问题分别都有自己的立场,并且有具体的判例作为佐证。比如,在最近几年出现的关注度很大也颇具争议的“摇晃婴儿综合征”(shaken baby syndrome)问题上,^[33]“无辜者网络”就援引了路易斯·昆廷诉威斯康辛州案。其立场是,由于在该案中,当时作为将路易斯定罪理由的“摇晃婴儿综合征”的法庭科学判断标准在近年来有了很大发展,其法医证据的科学根据有所改变,所以该案的初审法院应该进行重审。因此,一旦今后“无辜者网络”的某个成员受理了诸如此种“摇晃婴儿综合征”情形的案件,律师或者某个或某些“无辜者网络”成员就可以向管辖法院提交一份非当事人意见书。而根据案件的管辖地,具体争议点,或者提交该意见陈述会有什么样的影响,“无辜者网络”会决定是否或者在何时提交这份非当事人意见书。^[34]此举有助于增加某一具体个案中无辜者成功洗脱罪名的几率。

三、无辜者计划的运作程序

(一) 无辜者计划获取案源的渠道

大多数无辜者计划是通过法院分派、社会机构和提供法律服务者的推荐、利用媒体获得的可能无辜案件等渠道获取案源的,而“无辜者计划”则通过直接受理无罪申请者来信的方式来获取案源。向“无辜者计划”申请获得法律帮助的申请,须寄送纸质版的申请表,通过电话或者电子邮件的方式提出申请则不予接受。“无辜者计划”每年大约能收到 3000 人的求助信。^[35]而实践表明,在押犯人主动联系无辜者计划申请援助的案件中,有很多并非真的无罪,其只是想寻求调查上的帮助,或者是要求与监狱官进行民事诉讼等。因此,通过这种方式获得案源,往往既浪费时间,又难以符合无辜者计划的使命。而相比之下,通过律师推荐的方式获取案源却是高效的选择。因为,作为备受尊敬、执业经验丰富的律师,其大多已对申请者的案件进行过初步调查,并认为案件存在值得继续诉讼的价值。这就可以使无辜者计划能够提供高效率、高质量的法律和调查服务。^[36]

(二) 无辜者计划受理案件的标准

与无罪申请数量众多、案件质量参差不齐现象形成鲜明对比的是,无辜者计划由于其民间性和非营利性,经费来源没有保障,办案资源严重匮乏,“这每天都困扰着无辜者计划”。^[37]因此,为加快案件筛选进度,实现对公众承诺的使命和职责,更加有效地利用有限资源,无辜者计划设定了筛选案件的标准和尺度,以对无罪申请进行充分有效的过滤筛选,从而锁定那些最有翻案价值的无罪申请,而不是把精力和时间花费在那些毫无调查必要的无罪申请上。^[38]

第一,严格区分“实际无辜案件”和“一般性的误判案件”。为便于对两者进行区分,试举例阐述。假定某男子供认杀害了其孩子,法院为其指定了一名辩护律师。该男子告诉其代理律师,该口供是在其羁押性讯问中获得的,并且他从未被告知自己的米兰达权利,但是该律师却未向法庭提出动议要求

[33] 关于 Shaken Baby Syndrome 的详细情况, See Deborah Tuerkheimer, *The Next Innocence Project: Shaken Baby Syndrome and the Criminal Courts*, 87 Wash. U. L. Rev. 1, 1 (2009-2010).

[34] 参见 <http://innocencenetwork.org/briefbank/>, 2015 年 5 月 1 日最后访问。

[35] <http://www.innocenceproject.org/faqs/how-many-people-write-to-you-each-year>, 2015 年 5 月 1 日最后访问。

[36] Daniel S. Medwed, *Actual Innocents: Considerations in Selecting Cases for a New Innocence Project*, 81 Neb. L. Rev. 1097, 1115 (2002-2003).

[37] Ellen Yankiver Suni, *Ethical Issues for Innocence Projects: An Initial Primer*, 70 UMKC L. Rev. 921, 921 (2001-2002).

[38] Medwed, *supra* note 36, at 1102.

排除其口供。并且,在证据开示时,也未发现证明该男子放弃米兰达权利的声明。尽管口供是对其不利的唯一证据,但其依旧被判谋杀罪,且该判决也被州上诉法院维持。主要理由是,其所称的有关审讯中存在错误的证据,都未得到保全,因而无法审查其真实性。发展到此程度,该案就可能是个误判案件。虽然该男子想要翻案,但由于其没有主张自己未实施该犯罪,或者没有任何证据证明其未实施该犯罪,因此这只是个“一般性的误判案件”,而不能称之为“实际无辜案件”。假如对该案增加些曲折性的假设:该男子供述了犯罪事实,但却声称口供是虚假的,因为其是在警察对其讯问长达数小时之后,并被承诺如愿意与警方合作签下这份供述,就不再对其进行追诉的情况下获得的。该男子自始至终称其是无辜的,且告诉律师其有不在场的证据。原来在案发当晚,他正和朋友们一起打保龄球。了解到这些情况之后,律师既未提出动议要求排除特定证据,也未为其作“不在犯罪现场”的辩护,更未对该疑点发起任何的调查。随后,该男子被判有罪,上诉到州法院时也未未能推翻初审判决。此后,坊间却流传着犯罪是该男子之妻实施的流言。并且,在上诉期间结束若干年后,该男子之妻也表示,她愿意站出来承认自己的犯罪。类似这样的案件,就可以称为“实际无辜案件”。如上述假设的案件在现实中发生了,根据该司法辖区内可以利用的特定的定罪后的救济手段,无辜者计划就可以受理该案件并且代理此人进行申诉。^[39] 在辨别清楚“实际无辜案件”和“一般性的误判案件”的区别之后,无辜者计划会根据自身情况的考量,确定其是要受理“实际无辜案件”还是“一般性的误判案件”。在美国的“无辜者网络”的成员中,所有无辜者计划都只接受“实际无辜案件”。^[40]

第二,案件是否存在可供检测的DNA证据。长期以来,“是接受有DNA证据案件还是无DNA证据案件”的意见不相上下,争执不休。^[41] 虽然多数无辜者计划都会同时接受包含DNA证据的案件和没有DNA证据的案件,但是,仍然有些无辜者计划只接受其中的一种案件。比如,最著名的“无辜者计划”就只接受含有DNA证据的案件。^[42] 此外,“内布拉斯加州无辜者计划”、“托马斯·M.库利法学院无辜者计划”和“特拉华州公设律师办公室”这些“无辜者网络”的成员也都明确说明,只接受涉及DNA检测证据的案件。^[43] 当然,也有些“无辜者网络”的成员只接受不涉及DNA证据检测的案件,比如“洛约拉法学院无辜者计划”、“密歇根无辜者诊所”和“俄亥俄州公设律师办公室误判计划”。^[44]

对于很多无辜者计划来说,将其业务范围限制在含有DNA证据的无罪申请案件中有很多有利之处。首先,可以简化案件筛选程序;其次,在过去10年中,美国大多数的误判得以翻案的原因正是基于DNA测试的有力证明。这也说明,无辜者计划通过处理DNA检验类案件更有可能取得成效。^[45] 但是,弊端也是存在的,尤其是DNA测试花费昂贵。以“无辜者计划”为例。当“无辜者计划”出资靠自己内设部门进行DNA检测时,每次测试要花费1000美元。不过,有些案件需要多轮的DNA测验方可盖棺定论。而当“无辜者计划”出资让私人实验室进行检测时,平均每个案件中的测试费用为8500

[39] *Id.* at 1105.

[40] <http://innocencenetwork.org/members/>, 2015年5月2日最后访问。

[41] See Jan Stiglitz et al., *The Hurricane Meets the Paper Chase: Innocence Projects New Emerging Role in Clinical Legal Education*, 38 Cal. W. L. Rev. 413, 415 (2002).

[42] <http://innocencenetwork.org/members/>, 2015年5月2日最后访问。

[43] *Id.*

[44] *Id.*

[45] Medwed, *supra* note 36, at 1107.

美元。^[46]可见,对于一般依附于法学院的诊所式无辜者计划来说,由于资金匮乏,要承担这笔费用还是比较吃力的。因此,才会有无辜者计划只接受不含DNA检验类的案件。不过,处理无DNA检验类的案件虽不必支付高额的DNA检测费用,却通常需要进行大量的调查性工作。为此展开的代理工作可能会持续若干年,这很考验无辜者计划工作人员的耐心和决心,随之也产生了巨额的调查支出。有实证研究显示,调查某桩不涉及DNA检测的案件费用,取决于该案涉及的特定事实以及无辜者计划工作人员完成调查任务的能力。一般来说,雇用私人调查员进行心理测试和会见特定证人,都是必要的调查行为。因此,受理不涉及DNA检验的案件时,还有个需要考虑的实质性限制,即是否要求申请者具有不在场证据或者其他证明其没有参与犯罪的证据。在缺乏生物性证据且新发现的证据主要是证人证言的无罪申请案件中,案发时申请者确实身处犯罪现场是推翻有罪判决难以逾越的障碍。^[47]

第三,受理案件地域上的限制。大部分无辜者计划是根据其组织的地理名称,只受理特定州或者地区的无罪申请。如,“无辜者网络”成员中,“落基山无辜者中心”就只受理落基山地区内华达州、怀俄明州和犹他州的实际无辜案件。^[48]而“无辜者计划”则可以受理来自全美的无罪申请,所以其影响也就特别广泛。此外,还有“误判中心”也是如此。^[49]影响无辜者计划在受案地域上有所限制的原因主要有:该无辜者计划的内部人员是否获得了在该地区范围的执业资格,以及该地区是否设有类似的无辜者计划,以避免组织之间地域过分重合或者覆盖不全的问题。如“明尼苏达州无辜者计划”之所以除了本州之外还会受理来自北达科达州和南达科达州的无罪申请,是因为这两个州还未建立起无辜者计划。^[50]

第四,诉讼程序方面的限制。为便于考量是否受理某案,无辜者计划通常还会对无罪申请在诉讼程序方面有所要求。其中,几乎所有无辜者计划都规定,申请者必须用尽所有可能的直接上诉权,即只有已被定罪并用尽了所有直接上诉的机会,或者上诉期限已过的前提下才会受理案件。当然,这种情况也存在例外。比如,有些无辜者计划在面对一个非常有望翻案的案件时,虽然该案还没有提出直接上诉,被告人还有一名公设律师为其辩护,但该无辜者计划依然作为协助律师参与了该案。^[51]

第五,无罪申请者自身条件的限制,即是否考量申请者的收入状况和被判刑期与刑期执行状况等情形。首先,无论是否在案件受理标准中予以明示,申请者无力聘请私人律师或者无法获得委派律师的帮助,都是无辜者计划受理案件的一个前提条件。此条件实际反映了很多无辜者计划开宗明义强调的使命,即向无辜者提供其难以得到的无偿法律服务。^[52]如“亚利桑那正义计划”清楚地要求无罪申请者是“一位贫穷的亚利桑那州犯人”。^[53]其次,很多无辜者计划都要求被关押在监狱的申请者必须是被判有重罪,或者还有很长时间的刑期没有执行完毕。^[54]例如,北卡罗莱纳州“实际无辜案件中心”要求申请者至少还剩余3年刑期没有执行完毕。这是因为,一旦无辜者计划作为其代理人正式开始了申请无罪的程序,在未来的诉讼过程中,经常需要向法官证明申请者余生还需要被执行漫长的刑

[46] <http://www.innocenceproject.org/faqs/how-much-does-dna-testing-cost>,2015年5月2日最后访问。

[47] Medwed, *supra* note 36, at 1107-1108.

[48] <http://innocencenetwork.org/members/>,2015年5月1日最后访问。

[49] *Id.*

[50] Medwed, *supra* note 36, at 1109.

[51] Medwed, *supra* note 36, at 1113.

[52] Medwed, *supra* note 36, at 1110.

[53] <http://www.azjusticeproject.org/>,2015年5月2日最后访问。

[54] Medwed, *supra* note 36, at 1110.

期、处于困窘中的申请者对于获得帮助从而得以翻案充满了渴望等。这些容易引发法官同情的情况,是无辜者计划说服法官的主要理由。^[55] 并且,为一名无罪申请者洗脱冤屈、争取自由有时需要耗费很长时日,甚至会长达数年,如果申请者剩余的刑期很短,假设在证明其清白之前就已经刑满获释,则为其努力争取无罪释放就没有太大意义了。

此外,对于无罪申请者,还有些隐形的潜在条件。如,申请者是否存在作恶多端的犯罪前科,以及申请者在监狱服刑期间的表现,等等。这些条件虽然未明说,但也是无辜者计划筛选案件时会考虑的一些重要因素。^[56] 设想一个从未有过犯罪前科,在监狱服刑期间表现良好的申请者,与一个前科重重,在监狱期间也不思悔改的申请者,在为他们争取无罪释放时,无辜者计划的工作人员更容易相信前者的无辜,也就更有动力去为其而努力。虽然在筛选案件时应该尽可能地保持客观冷静,但是筛选者难免会不自觉地将个人道德评价标准带入到受案条件之中。并且,一个没有前科,在狱中表现良好、积极悔改的申请者也更能博得检察官的支持,增加无辜者计划为其成功洗冤的胜算。^[57]

总之,无辜者计划都尽量使其受理案件的筛选标准既清晰明确,又具有适度灵活调整的空间。^[58] 即使是像“无辜者计划”这样明确声称只接受涉及 DNA 检测的案子的组织,也会因为一些原因而通过其他非 DNA 检测的方式帮助无罪申请者洗脱罪名。目前“无辜者计划”已经成功地通过其他非 DNA 检测方式使 7 人获得无罪释放。主要原因是,一方面,其在寻找生物性检材的过程中,发现了其他强有力的能够证明申请者无辜的非 DNA 证据;另一方面,仅仅依靠单一的 DNA 证据不足以翻案,还必须辅以其他证据作为完整证据链条才能得到翻案的结果。^[59] 如果受理案件与否的标准划分过于严格刻板,就无法兼容案件筛选过程中工作人员的主观能动性。况且,无辜案件的事实本身往往纷繁复杂,不适合明确严格地加以分类。无辜者计划的案件受理标准,在实际操作中很有效果,但也不能被奉为圣经。经验丰富的案件筛选者都知道:正当的申请者有可能不符合案件受理标准,有时应该适当地加以迁就妥协,至少也应该把该案件移交到其他合适的无辜者计划那里。^[60]

(三) 无辜者计划筛选案件的步骤和程序

无辜者计划一般都会从在押犯人处收到大量堆积如山的无罪申请,如著名的“无辜者计划”每年都会收到 3000 多份新的无罪申请,而在任何一个时间点其都在评估 6000 至 8000 件具有潜在翻案可能的案件。^[61] 于是,如何从信件堆中挑选出最有翻案希望的无罪申请,就成为无辜者计划所面临的新的巨大挑战。而有种方法却能够有效筛选出既满足案件受理标准又具有翻案可能性的案件,即“开放式受理”系统。^[62] 这种筛选方法就像一个包含若干阶段的漏斗,案件单独通过任何一个筛选阶段,都还是有可能被拒绝受理,但若连续通过所有筛选阶段后,该案件很可能被受理。具体来讲,“开放式受理”系统包括预先筛选评估、审查筛选问卷和初步调查三个程序。

首先是预先筛选评估。有些无辜者计划没有预先筛选评估程序,而直接进入审查筛选问卷程序,

[55] *Id.*

[56] Medwed, *supra* note 36, at 1111 - 1112.

[57] *Id.*

[58] Medwed, *supra* note 36, at 1113.

[59] http://www.innocenceproject.org/cases-false-imprisonment/front-page#c10=published&b_start=0&c4=Exonerated+by+Other+Means, 2015年5月2日最后访问。

[60] Medwed, *supra* note 36, at 1113.

[61] <http://www.innocenceproject.org/faqs/how-many-people-write-to-you-each-year>, 2015年5月2日。

[62] Stiglitz, *supra* note 41, at 415.

把筛选问卷放在网站上供申请者自行下载,如“无辜者计划”;^[63]有些无辜者计划则只向满足一定条件的案件申请人发放筛选问卷,它们会在一开始就直接地拒绝掉一些明显缺乏受案价值的无罪申请。^[64]后一种情况就需要在发放筛选问卷之前进行预先筛选评估程序。具体来说,无辜者计划收到无罪申请后,工作人员要决定是直接拒绝受理该案,还是进入下一步筛选过程。如果明显无法对申请人提供其所希望的法律帮助,其就会把这类无罪申请归为 A 类申请,不再进入下一步的筛选程序。A 类申请的情况大致有:申请者提出的不是无罪申请;申请者目前有其他辩护律师进行代理;申请者的案件不符合该无辜者计划的管辖区域;申请内容毫无疑问地表明该申请是没有翻案可能的。如申请者在该无辜者计划管辖的区域内提出了明显的无罪主张,就把它归为 B 类申请,向申请者发放筛选问卷,以进一步了解案情。^[65]

其次是审查筛选问卷。由于监狱会见安排难等一系列问题的存在,对无辜者计划来说,会见每位申请者是不符合实际的。因此,几乎所有无辜者计划都会以问卷的形式来辨别无罪申请是否满足其受案标准。尽管问卷上询问的特定问题随无辜者计划的不同而有所不同,但其发放问卷的目的是一致的,即尽可能获得有效信息,挑选出最有价值的无罪申请。^[66]虽然不同的问卷在格式及内容上差异很大,但在技术性和程序性问题上具有一些共同特点。有些问卷开头就询问一些有关无辜申请根据的概括性、开放性问题,也有一些问卷以诸如有罪判决的地点和日期、案件中代理律师的姓名、判决后提交动议的种类、无罪申请者持有的证据等案件的具体性问题作为开头,然后再询问一些开放性的问题。^[67]“无辜者计划”的问卷就属于后一种类型。在其问卷的开放性问题部分,其要求申请者填写:(1)犯罪的基本事实。发生了什么事情,什么时间,什么地点,申请者被指控犯什么罪;(2)案发当时申请者身在何处,在做些什么;(3)是否认识受害者。若认识,是怎么认识的;若受害者尚在,在案发后受害者是如何描述发生了什么的;(4)申请者是否对所有的指控都声称无辜,如果不是,理由是什么。^[68]问卷的作用之一就是,通过获取那些与无辜者计划受案标准有关的信息,来提高案件筛选程序的效率。有些无辜者计划要求申请者在提交完整问卷的同时,还要提交补充材料,如上诉状、警方报告等。提交补充材料虽然使得无辜者计划的工作人员从一开始就能更清楚地了解案件事实,并据此对申请者的无罪申请价值作出初步的预估,但却降低了案件筛选程序的效率。因此,很多无辜者计划公开告诫申请者,在未得到允许的情况下不要递交任何其他书面材料。但是,只提交问卷,没有补充性材料的帮助,无辜者计划会很难获得对案件的正确认识。例如,精明的申请者在问卷中描述案情时会有所偏向以增加其获得帮助的机会;有的申请者还可能在问卷中漏掉案件的重要细节,这些情况都会使无辜者计划的工作人员对案件的预估出现偏差。^[69]

收到无罪申请者填好的调查问卷后,无辜者计划要安排人彻底审查该问卷及申请资料,并撰写“评估备忘录”对该案件进行评估。评估备忘录的格式很简单,用一两页纸对下列事项作出概括:从申请者处收到的材料、该案的程序记录、申请者的犯罪记录、与有罪判决有关的附带事实、申请者家属和

[63] <http://www.innocenceproject.org/faqs/how-can-someone-ask-the-innocence-project-to-get-involved-in-a-case>, 2015年5月2日最后访问。

[64] Medwed, *supra* note 36, at 1117-1119.

[65] *Id.* at 1117.

[66] *Id.* at 1119.

[67] *Id.*

[68] http://www.innocenceproject.org/files/imported/web_submission_intake.pdf, 2015年5月3日最后访问。

[69] Medwed, *supra* note 36, at 1120-1121.

先前代理律师的联系信息、评价该无罪申请今后发展状况的初步预估以及对将来一系列代理行为的建议。无辜者计划的负责人会定期与负责审查案件的工作人员会面,讨论他们的建议,并分析如何得出相应的结论。除这些讨论会之外,负责人还要通过“评估备忘录”作摘要,并根据该摘要对申请单独归类,定期修正案件的“筛选阶段”。^[70]通过这些环节,大约能够排除掉半数的无罪申请,剩下的一般就要进入初步调查程序。

最后是初步调查。无罪申请通过了问卷筛选阶段并不意味着无辜者计划就会受理该案,而是要展开初步调查方可最终确定。通常,无辜者计划在发放筛选问卷时会一并发出授权书,要求申请者签字授予其对该案进行初步调查的权利。同时,其可以保留因各种原因随时终止调查该案的权利。有些授权书明确要求申请者应允许无辜者计划的工作人员与申请者先前的辩护律师、证人及其他诉讼参与人员商讨案情。这时,向这些相关人士询问案情就成为调查的必需行为。在初步调查期间,无辜者计划的工作人员要进一步搜集相关文件,如案件判决抄本、警方报告等,或者与在押申请者的初审律师或上诉律师进行交流,找到可靠的证明申请者无罪的证据。这些能够证明申请人可能无罪的证据主要有:证明申请者没有犯罪的物证、申请者不在犯罪现场的证据、证明口供不实的证据以及目击证人、被告人的背景信息等。^[71]在初步调查阶段,如果收集到的证据足以证明申请者受到了误判,无辜者计划就会向法院申请人身保护令来获得证据披露权,并举行证据听证会来确定该申请者是否被错误定罪。而在涉及DNA检测类型的案件中,其在申请人身保护令的同时,还可以提出为该申请者指定律师获得辩护的要求。在获得人身保护令之前,其还可以单独提出进行DNA检测的动议。^[72]

四、无辜者计划的主要成就

无辜者计划从创立至今,通过其卓有成效的工作,取得了令人瞩目的成就。不仅帮助很多无辜者洗脱了冤狱,也让越来越多的民众认识到其国家的司法制度存在的种种缺陷,从而为推进司法程序的改善凝聚了社会共识。具体而言,主要体现在以下几个方面。

(一) 帮助不少无辜者洗脱罪名,重获自由,并开始新的生活

毫无例外,所有无辜者计划都把帮助无辜者翻案,还之以清白作为其主要使命和宗旨。因此,帮助无辜者洗脱罪名,重获自由,回到社会、社区开始新的生活,无疑是无辜者计划取得的首要的也是最直接的成就。以影响最大的“无辜者计划”为例,一方面,其可以直接代理符合条件的无罪申请者通过定罪后的DNA检测来证明他们的清白;另一方面,其还在很多上诉案件中充当法律顾问。由于在这些案件中为申请者辩护的大多是初级律师,所以“无辜者计划”会介入其中,为其提供DNA测试类诉讼的信息和背景资料。至今,在美国,已经有329人通过定罪后的DNA测试获得无罪释放。这些无辜者被错误定罪时的平均年龄为26.5岁。在通过DNA免罪并获得释放之前,他们平均在监狱里服刑长达14年,已执行的总刑期加起来达4505年之久。而也正是通过DNA检测,有140个真凶被锁定和逮捕,这避免了让真凶长期逍遥法外,给社会造成诸多不安定的因素。^[73]

[70] 可以把无罪申请分为以下四类:值得继续I(很有希望),值得继续II(需要进一步调查),有受理可能性(需要进一步评估),不值得继续调查/拒收。

[71] Medwed, *supra* note 36, at 1122.

[72] Krieger, *supra* note 18, at 368.

[73] <http://www.innocenceproject.org/free-innocent/exonerating-the-innocent>, 2015年5月2日最后访问。

在上述绝大部分案件中,“无辜者计划”的全职律师员工与卡多佐法学院法律诊所的学生志愿者提供了直接的代理或者至关重要的帮助。“无辜者计划”下设法律与受案部的工作人员对每个初步受理的案件进行了毫无死角的深入调查,以确定是否存在 DNA 证据来证明申请者的清白。通过开创性地运用 DNA 技术来为无辜者翻案,其无可辩驳地证明了误判绝不是个案和偶然事件,而是从整个司法制度上的瑕疵延伸而来的系统性问题。^[74]“无辜者计划”通过多年努力,为迈克尔·莫顿争取到了定罪后 DNA 检测的权利,最终使其得以洗脱冤屈的案件,就是数百例案件中的一个缩影。1986 年 8 月 12 日,莫顿的妻子克里斯汀以及他们 3 岁的儿子共同庆祝了莫顿的生日。次日早上上班之前,莫顿在卫生间的洗漱台上留下一个便条,上面表达了他对妻子昨晚不愿和他进行性生活的失望,但便条的最后却写着“我爱你”。莫顿上班走后不久,克里斯汀的尸体便在他们的床上被发现。由于便条流露出莫顿对妻子有所不满,其被认定为嫌疑人。随后,其被法庭定罪,并被处以终身监禁。“无辜者计划”历经数年努力,希望对在莫顿家附近发现的一条血手帕进行 DNA 检测,但是却一直得不到地区检察官的支持。在旷日持久的法庭论战后,“无辜者计划”终于获得了对血手帕进行 DNA 检测的权利。结果显示,血手帕上有被害人的血迹,还有一个已经被定罪判刑的重罪犯的血迹。事实证明,该犯在犯下此案后不久,又在案发地不远处实施了另一起作案手法极其相似的犯罪。在服刑长达 25 年之后,莫顿终于在 2011 年获得无罪释放。^[75]

不过,对于那些经过漫长岁月的努力终于获得无罪释放的无辜者而言,短暂的轻松和喜悦之后,走出监狱的那一刻其实才是新的困难的开始。因为狱中生活与现实生活基本脱节,其出狱后很难适应飞速发展的现代生活,且由于误判对其名誉造成了不可弥合的伤害,其会重新陷入失望和迷茫之中。^[76]并且,研究表明,将一个无辜的人错误定罪和囚禁会改变该人的性格,给其带来惊慌、抑郁、创伤后应激障碍(PTSD)等心理问题。^[77]因此,很多无辜者计划也会继续帮助这些无辜者克服重重困难,更快地融入到正常的社会生活当中。例如,“无辜者计划”就下设有社会工作部,来继续帮助获释的无辜者解决出狱后遇到的各方面的困难。在这些无辜者还未出狱时,社会工作部的工作人员就会了解该无辜者,去评估其需要什么样的帮助以重建生活。这些需要帮助的范围很广泛,从通过找到出生证明或者社保号码来找到失散的家庭成员,到寻找住所或者安排必要的医疗治疗或者心理治疗等等。此外,为增强获释无辜者之间的互助联络,社会工作部的团队还会组织工作室、社交活动或者其他的机会,来帮助其分享自己的经历,从而找到依靠和组织。^[78]不只“无辜者计划”有这样的部门来解决获释者出狱后的生活困难问题,在“无辜者网络”中还有专门从事此项社会工作的组织。如“释后重生组织”就是个由被释放出狱者组成的组织,其专门为美国东南部州(包括路易斯安那州、德克萨斯州和密西西比州)的无罪释放者提供住所、职业技能培训、电脑培训、咨询服务和医疗服务帮助的组织。^[79]此外,“无罪后的生活组织”也是类似性质的组织机构。^[80]

[74] 同注 73。

[75] <http://www.innocenceproject.org/free-innocent/exonerating-the-innocent/michael-morton>, 2015 年 5 月 3 日最后访问。

[76] Adina M. Thompson, Oscar R. Molina & Lora M. Levett, *After Exoneration: An Investigation of Stigma and Wrongfully Convicted Persons*, 75 Alb. L. Rev. 1373, 1376 (2011-2012).

[77] Rose Ricciardelli, James G. Bell & Kimberley A. Clow, “Now I See It for What It Really Is”: *The Impact of Participation in Innocence Project Practicum on Criminology Students*, 75 Alb. L. Rev. 1439, 1440 (2011-2012).

[78] <http://www.innocenceproject.org/free-innocent/social-work>, 2015 年 5 月 3 日最后访问。

[79] <http://www.r-a-e.org/about>, 2015 年 5 月 3 日最后访问。

[80] <http://www.luc.edu/law/experiential/lifeafterinnocence/index.html>, 2015 年 5 月 3 日最后访问。

(二) 改变了美国的立法面貌和刑事司法政策与实践,推动了与误判有关的学术研究

在对待死刑的立场上,“无辜者计划”从其成立之日起就支持废除死刑,这也和美国律师协会十多年前就持有的立场是一致的。^[81]“无辜者计划”为死刑犯洗冤的案例,直接推动有些州暂停死刑的执行,如伊利诺伊州。^[82]此外,“无辜者计划”还深刻影响并深入参与到美国刑事司法的改革过程中,通过倡导和推动立法改善与司法改革,为在押无辜者争取尽可能的救济空间,并预防和保护无辜者不被错误地定罪。“无辜者计划”已经成功说服数以百计的地方司法管辖区进行改革,并和当地倡议者一道努力推进在全美每个州的立法。自2004年至2010年,无辜者计划共在全美范围内协助通过或者完善了70个法案。2010年,在“无辜者计划”的协助下,11个州通过了16个与无辜者有关的法案。“无辜者计划”成立之时,美国没有任何州拥有授予在押犯人以进行定罪后的DNA检测权利的法律,而现在每个州都制定了无辜者被定罪后DNA鉴定程序法案。

此外,“无辜者计划”通过自己的研究发现,在目前通过定罪后的DNA检测获得无罪释放的329名无辜者中,有205名非洲裔美国人,24名拉丁美洲人,2名亚洲裔美国人,剩余的98名才是白种人。有色人种被定罪的比例占到了约70%。^[83]这反映到文化层面,也一定程度上体现了美国上流社会WASP主流价值观影响。^[84]“无辜者计划”的研究也引起了美国法学界对于误判问题的关注。相关论文、著作层出不穷,深刻而全面地剖析了美国刑事司法制度存在的缺陷。^[85]这种学术研究的热潮也促使了美国立法机关和司法机构采取改革措施,以减少制度性的错误和误判发生的可能。

(三) 提高了公众对误判问题的警醒认识,增加了社会参与的力量

“无辜者计划”通过一桩桩鲜活的同时也夹杂着血泪的案件向公众展示了误判的严重后果,剖析出美国刑事司法系统存在的诸多漏洞,提高了公众对于误判的警醒意识,进而引导公众身体力行,投入到这个声势浩大的运动中,以促进美国司法系统的完善和社会文明的进步。作为非营利性的机构,无辜者计划填补了被私人部门忽略且被政府部门拒绝的一些事务空缺。私人部门会因缺少潜在的可图利润而忽略一些项目,而政府部门会由于政治和获得资源渠道不畅通的原因而拒绝开展一些活动。幸运的是,非营利性机构可以被视作这些被政府部门拒绝且被私人部门忽视的项目的安全网。^[86]

值得一提的是,“无辜者计划”组织下设有一个被称作“艺术家委员会”的机构。该机构由一群很

[81] <http://www.innocenceproject.org/faqs/what-is-the-innocence-projects-position-on-the-death-penalty>.

[82] Barbara J. Hayler, *Moratorium and Reform: Illinois's Efforts to Make the Death Penalty Process "Fair, Just, and Accurate,"* 29 *Just. Sys. J.* 423, 428 (2008).

[83] <http://www.innocenceproject.org/free-innocent/improve-the-law/fact-sheets/dna-exonerations-nationwide>, 2015年5月3日最后访问。

[84] WASP即White Anglo-Saxon Protestant(白人、盎格鲁-撒克逊、新教徒)的简称。WASP主流文化对身处其中的人会带来深远影响,而种族歧视就是WASP文化重要的组成元素。参见李怡:“从‘土生子’的命名符号看赖特对WASP文化的解构”,载《外国文学研究》2007年第2期,第89页。

[85] 如弗吉尼亚大学法学院布兰登·L.加勒特教授的《误判:刑事指控错在哪儿了》一书通过对已被DNA检测出的250起错案的分析,得出的结论是,76%涉及到目击证人的错误辨认,61%涉及到无效的法庭鉴定,21%的涉及到告密者与线人等的伪证,16%涉及到被告人的虚假供述;还有份权威的调查报告表明,在美国的刑事错案中,大约有52.3%出现了目击证人的错误辨认,还有32%涉及律师的辩护失职,11%涉及告密者与线人等的伪证,8%涉及被告人的虚假供述,6.8%涉及检察官与警察的不当行为,1.6%涉及不科学的鉴定。参见[美]布兰登·L.加勒特:《误判——刑事指控错在哪儿了》,李奋飞等译,中国政法大学出版社2015年版,第7页以下。

[86] Barbara K. Bucholtz, *Doing Well by Doing Good and Vice Versa: Self-Sustaining NGO/Nonprofit Organizations*, 17 *J. L. & Pol'y* 403, 407 (2009).

有声望和影响力的作家、导演、演员、视觉艺术家和音乐家组成,^[87]这些艺术家们凭借其天赋和才能,通过各种方式宣传“无辜者计划”及其工作。如著名美剧《傲骨贤妻》这一法律剧中主角之一的 Cary Agos 就在该剧的第一季第一集中提到了谢克和诺伊费尔德的“无辜者计划”组织。他们之所以被“无辜者计划”吸引,并以上述方式参与其中,一方面是因为“无辜者计划”自身在刑事诉讼和政策改革方面有着深远的影响力,另一方面是因为这些艺术家也知道其拥有现成的力量,他们利用艺术和大众传媒的影响来提高公众对于这些问题的意识,并带动他们思考,以吸引更多的人参与到这样的组织中。

此外,“无辜者计划”还通过美国的网络社交媒体平台,如脸书、推特、领英、YouTube 和 Pinterest 等不断更新自己的工作进程来提高公众的关注度。^[88]对于一般的美国民众,不论年龄和阶层,“无辜者计划”列出了一个名为“你能做的帮助无辜者获得洗冤并避免误判的十件事”的详尽清单,其内容包括:(1)加入“无辜者计划”的网上社区,关注定期更新,并且采取行动。注册是免费的。并且通过一人带多人的模式,号召亲朋同时也加入或者关注“无辜者计划”的网络平台;(2)为“无辜者计划”捐款以帮助其更好地开展工作;(3)与被选举的州或联邦议员建立联系,向他们表达自己关于无罪政策的关心,来促使他们在立法的时候考量选民的意见;(4)与当地的“无辜者网络”组织建立联系,以志愿者或者其他方式帮助其推进工作;(5)影响媒体。当一家当地或者全国性的媒体报道了无辜者被无罪释放的新闻后,给记者或者编辑写信表明自己很高兴看到这样的报道,并希望以后会看到更多关于此问题的报道,且和他们分享自己关于误判的想法和感受。因为媒体只做受众感兴趣的新闻报道,这样可以引导媒体更加关注误判问题;(6)多积累关于误判的专业知识,并将这些知识传递出去。“无辜者计划”提供了关于误判的书籍、电影、电视报道的推荐目录,以帮助每个人更加专业而深入地关注这个问题,并和身边的人讨论和分享;(7)号召周围身边的人关注误判,并采取切实的行动作出努力;(8)帮助出狱的无辜者和他们的家人;(9)了解当地的一些刑事程序,并努力改善它们。与当地警察和治安官进行沟通,了解其现行的一些做法,如果其程序和政策不能够有效地预防误判,就要求立法者去改变;(10)举办本地资金筹集或教育会,传递“无辜者计划”的声音。^[89]

(四)较大地促进了美国“诊所式”法学教育的发展,提高了无辜者计划参与学生的法律素养和能力

由于很多无辜者计划都是依附于某个法学院建立起来的,其性质实际上就是法学院内部的法律诊所。并且,无辜者计划通过吸收法学院学生充当志愿者参与其中开展工作,除了能够实现帮助无辜者翻案这一目标之外,还能够为这些学生提供一流的法学教育和实践机会。美国诊所式法学教育在 20 世纪 60 年代和 70 年代逐渐成长壮大起来,主要是为了实现两个目标:一是传统的法学院课程设置使学生们缺少机会去锻炼实际技能;^[90]二是贫穷者能够得到充分法律辩护的资源匮乏。^[91]诊所式法

[87] 在“艺术家委员会”中,不乏一些耳熟能详的艺术界前辈。比如披头士乐队创始人之一约翰·列侬的遗孀小野洋子,国际知名女演员、制片人、编剧艾米·布伦尼曼,美国著名喜剧演员、艾美奖获得者史蒂芬·科拜尔等。<http://www.innocenceproject.org/about-innocence-project/artists-committee>,2015年5月4日最后访问。

[88] <http://www.innocenceproject.org/get-involved>,2015年5月4日最后访问。

[89] <http://www.innocenceproject.org/get-involved/10-things-anyone-can-do-to-help-exonerate-innocent-people-and-prevent-wrongful-convictions>,2015年5月4日最后访问。

[90] Anthony G. Amsterdam, *Clinical Legal Education — A 21st Century Perspective*, 34 *Journal of Legal Education* 612, 615 (1984) (discussing the failure of the traditional law school curriculum, with its emphasis on appellate case reading and interpretation, to prepare students for the hazards of practicing law).

[91] See *Legal Education and Professional Development — An Educational Continuum; Report of the Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap*, 1992 ABA Sec. Legal Educ. & Admissions to B. Xi.

学教育的一个最关键的特点就是,其是一种以经验为基础的学习过程,通过真实地代理当事人进行诉讼,学生们能够最有效地参与到教育过程中。^[92] 诊所式法学教育的基础原理是:法科学生在律师的监督下参与法律工作,获得反馈,能够更好地磨练其法律技能,为今后走出教室从事法律工作打下坚实的基础。学生作为无辜者计划的志愿者,在着手于定罪后的翻案工作时,既培养了其实际技能,又给贫穷者提供了法律援助,即同时达到了诊所式法学教育的前述两个目标。在为无罪申请者代理案件的过程中,会同时涉及很多事实调查、采访、咨询、法律分析、法律文书写作的工作。^[93] 在此过程中,学生直面刑事司法系统,并且需要应对一些道德上的困境,这是教会其具有职业责任感不可分割的一部分。更重要的是,在那些不涉及DNA检测的无罪申请案件中,实地工作能够训练学生们创造性解决问题的能力(跳出思维定式),因为这样的案件通常都缺少清晰的轨迹和思路去进行调查。但是,这并不是说,学生们参与仅涉及DNA检测类的案件就没有任何教育意义。在涉及DNA检测的案件中,追踪找到生物性证据本身就需要依靠有策略性的计划和创造性思维。^[94] 所以,学生们参加无辜者计划本身就具有内在的价值:有机会将自己所学和社会需求结合起来,并且在这种联系过程中得到个人的满足感和成就感。^[95] 据很多参加无辜者计划的学生反映,他们在这个过程中收获的远比想象中的多。当无罪申请者因为他们的参与和努力而得到最终释放的时候,他们的人生价值充分显示出来,这种满足感让他们觉得自己和没有参加无辜者计划的同学有所不同,从而增强了他们的自信心,这对于他们的总体发展也是有利的。^[96]

五、无辜者计划的现实困境

作为非营利性机构,无辜者计划也和其他非营利性机构一样,缺少必要的资源去帮助被司法系统错误定罪的人洗脱罪名。虽然在过去的20多年里,美国国内的无辜者计划发展迅速(目前“无辜者网络”成员已有54个),影响很大,但依然面临着一些发展上的困难,而外界对于蓬勃发展的无辜者计划也存在着一些质疑的声音。

(一) 发展上的困难

第一,资金不足。通常情况下,运作资金充足了,无辜者计划成功地为无罪申请者洗脱罪名的概率也会增加,因为资金的灵活作用使得其更容易克服遇到的障碍和挑战。然而,不要说别的无辜者计划,就连目前运作最为完善和成熟的“无辜者计划”也面临着资金短缺的问题。“无辜者计划”的联席主任谢克就曾很明确地表示,希望来自科学界的人能够多为自己的机构筹集资金,以解决资金不足的问题。^[97] 一旦资金不充足,无辜者计划就不能雇用更多的全职员工从事耗时费力的工作,只能依赖学生志愿者去做大量的工作。但是,学生志愿者自然没有全职员工更加投入,学生志愿者和全职员工从事这些工作的利益出发点也会有所不同。^[98]

[92] William P. Quigley, *Introduction to Clinical Teaching for the New Clinical Law Professor: A View from the First Floor*, 28 *Akron L. Rev.* 463, 475 (1995).

[93] Stiglitz, *supra* note 41, at 415.

[94] *Id.*

[95] Medwed, *supra* note 36, at 1114.

[96] Ricciardelli, Bell & Clow, *supra* note 77, at 1453 - 1457.

[97] Gitschier, *supra* note 6, at 1.

[98] Krieger, *supra* note 18, at 384.

当然,并不是资金越充足就越好。一项实证调查显示,资金最充足的无辜者计划组织并不是最成功的,而资金最少的无辜者计划也并不是最不成功的。这项调查显示,资金上的富足并不能保证无辜者计划更加成功,但是毫无疑问会增加成功的可能性。调查数据显示,年度平均总预算低于 22.5 万美元的无辜者计划,其案件成功率将会受到限制,也即此数量是个“最佳点”或者“断点”。^[99] 出于筹集资金的考虑,很多无辜者计划都会要求社会捐款,来为自己的机构募集资金。以“无辜者计划”为例,其资金来源为:45%来自个人,30%来源于基金会,15%来自于他们的年度资金募集晚宴,7%来自于卡多佐法学院的补贴,而剩余部分则来自于企业。^[100] 但是,除被动接受社会各界捐助和救济以得到机构运作的资金,“无辜者计划”最近在其官网上开办了一个网上商店,将资金的募集推向商业化的运营模式。一开始,“无辜者计划”就将其名称及机构图标注册了商标。由于目前该网上商店是初步运营,不像亚马逊商城那样可以销售各种类型的商品,而该网上商店的商品还要突出其“无辜者计划”的特色,也就是将其机构图标和字样印制到其产品上,实现销售盈利和宣传无辜者计划的双重目的,因此,目前其产品种类不是很多。在网上商店里,主要是印有英文“无辜者计划”的购物布袋、男女款的 T 恤衫、马克杯。^[101] 此种模式确实很具有创造性,不失为筹集资金的另外一种可能的渠道。

第二,全职员工和志愿者缺少。人力资源对无辜者计划的运作也是很重要的一个因素。一般来说,如果更多的人手能够投入到受理的案件中,就越能够筛选出最有翻案可能的无罪申请。有份经验实证的分析报告显示,对于无辜者计划来说,也并不是人手越多越好,像预算资金一样,人手的数量也存在着“最佳点”。超过此最佳点,人员投入增多并不能使得无辜者计划的运作更有效率,更加成功。^[102] 但是,目前对于多数无辜者计划来说,使其工作效率不高的原因,并非人员投入过多,而是人员的不足。所以,其才通过在自己网站上发布招募志愿者的信息,来吸引更多的志愿者加入。无辜者计划招募志愿者的程序是很严格的,并非所有法学院的学生都可以随意申请,并加入无辜者计划。尤其是对于那些知名度和影响力更大的无辜者计划来说,其会选择学业成绩优秀、乐于参加无偿社会实践的学生加入,并且要经过严格的笔试、面试程序。^[103] 而对于全职员工,则与机构资金的状况有关系。资金充足的机构可以有更雄厚的经济实力,去雇用更多的全职员工进行连续不断的工作。

第三,取证困难。一个无辜者计划在总结其取证困难时说:“物证仅存在于近 20% 的案件中,没有物证,要想符合翻案标准极其困难。”^[104] 获得证据困难的不利影响又可以具体细分为遗失^[105] 或者案件不存在无罪证据的直接和间接后果。直接后果出现是因为无辜者计划无权接近证据保存实验室,因此要想弄清楚证据是否存在,证据在何处保存是非常困难的。如果一个无辜者计划能够确定某个证据先前就毁损灭失了,其就可能试着去寻找当时就相关法庭科学证据或弹道证据作证的专家证人。能否确定某个证据存在,直接地影响到无辜者计划评估是否应该对该案件展开继续调查,或者是否受

[99] *Id.* at 362.

[100] <http://www.innocenceproject.org/faqs/how-is-the-innocence-project-funded>, 2015 年 5 月 4 日最后访问。

[101] <http://shop.innocenceproject.org/>, 2015 年 5 月 4 日最后访问。

[102] Krieger, *supra* note 18, at 363.

[103] Ricciardelli, Bell & Clow, *supra* note 77, at 1453 - 1457.

[104] *Id.* Telephone interview with Dr. Robert Schehr, Executive Director, Northern Arizona Justice Project (Feb. 8, 2010).

[105] “无辜者计划”在对 2004 年至 2010 年间中途被动结案的案件进行回顾后发现,其遇到的最大的也是唯一的困难就是,证据要么被损毁,要么遗失,从而不能够进行 DNA 检测。这些被动结案的案子中,有 22% 的案子是因为要用于 DNA 测试的生物性证据之前就遗失或者灭失了。<http://www.innocenceproject.org/faqs/what-are-your-largest-hurdles-in-bringing-about-an-exoneration>, 2015 年 5 月 4 日最后访问。

理该案。^[106] 如果某无辜者计划的工作人员被任命为申请者的律师,其就可能获得传票来拓宽获取证据的渠道。然而,在有些州,法院不会在一开始就任命无辜者计划的工作人员为无罪申请者的律师,除非其当时就能证明存在能够翻案的无罪证据。然后,因为无辜者计划没有权利和机会获取证据,不能获得发传票的权利,也就无法被法院任命为代理律师,所以这是个恶性循环。如果无辜者计划的工作人员在其还没有被指定为代理律师的情况下继续展开案件调查,其所展开的调查活动就不会得到该州的经济补偿(假定该州确实会补偿无辜者计划组织),那么,所有的调查费用都需要无辜者计划组织全额负担。进一步说,不存在证据的间接后果也让无辜者计划感到步履维艰,因为这可能会给申请者带来不利的影响。比如,如果无辜者计划的工作人员被指定为代理律师,成功地获得了法院签发的传票,但最后却发现案件中并不存在可以翻案的无罪证据,该无辜者计划就会放弃对申请者的代理,而这将对那些有着强烈无罪诉求的人产生偏见性后果。当其他人看了该申请者的案件进度摘要,发现无辜者计划之前代理着此人,而现在却不提供任何法律援助了,就会认为“这个人被定罪没有错”。^[107]

第四,检察官不配合。与获取证据困难问题紧密联系的是无辜者计划与检察官的关系问题。虽然无辜者计划要想从检察官处获得有关证据的有用信息异常困难,但却依然能够从开明的检察官处获得必要的相关信息。检察官办公室有权保留证据,无辜者计划得在法庭上论证他们为何需要此项证据。虽然现实中无辜者计划赢得这样的动议并不困难,但这会延误案件进程,从而耗费无辜者计划额外的资源。近年来,虽然无辜者计划成功地改善了和一些检察官的关系,加强了共同的合作,但是相反的趋势也在发生,并且给无辜者计划带来了很大的消极影响。在无辜者计划刚刚起步的时候,检察官们还可以保持足够的自信,认为他们之前的指控是没有问题的。但是,随着越来越多无罪释放的例子公之于众,一些检察官开始变得不愿意合作,因为对他们来说,一名无辜者被成功地洗脱罪名就意味着检察官不仅曾将一个无辜的人错误地定罪,而且还让真凶逍遥法外。没有人会希望自己先前的行为是错误的,所以检察官们也会尽力维持自己之前的做法和判断。在一些情形下,刑事司法系统越来越让涉案检察官重视维护其名誉,而不是重视对正义的追求。^[108]

第五,参与者的情感和心理障碍。在案件筛选环节,为发现最有翻案可能的申请者,无辜者计划必须在数以千计的已然有罪的案件申请中来回评判定夺。然而,区分申请者是否真的有罪,并非这些参与者们主要的心理和情感疲劳来源。实际上,这种疲劳和倦怠来自于欺骗。无辜者计划至少都处理过这样的案件:花费了数年的时间和精力,申请者从头到尾一直声称自己是无辜的,无辜者计划也最终获得了进行DNA检测的证据,但随后发现检测结果却证明那个一直声称自己是无辜的人有罪。^[109] 以“无辜者计划”为例,在其能够进行DNA检测的案件中,结果能够证明其代理客户无辜的比例和有罪的比例是大致相同的。在对“无辜者计划”曾进行了DNA检测,并且花费时间在5年以上方才结案的案子进行综合回顾时发现,检测结果在43%的案件中证明了申请者的无辜,42%的案子中进一步确认了检方的指控,而15%的案件中DNA检测结果是而非确定性或者不足以作为证据使用的。^[110]

[106] Krieger, *supra* note 18, at 353.

[107] *Id.* at 354.

[108] 无辜者计划网站关于检察官不会被追究的解释。Krieger, *supra* note 18, at 356.

[109] *Id.*

[110] <http://www.innocenceproject.org/faqs/how-often-do-dna-tests-prove-innocence-in-your-cases-does-testing-ever-prove-guilt>, 2015年5月4日最后访问。

(二) 外界的质疑

早在2000年的时候,《纽约时报》就刊登了一幅卡通图画,画上一群孩子通过在《时尚》杂志上刊登广告,来寻找并筛选出最有希望获得无罪释放的人,并且通过家制糕饼义卖的方式来筹集资金。图画上端的文字说明为:“帮助释放死囚犯吧!它很有趣!很廉价!很有教育意义!并且惊人的容易!”^[111]撇开这幅卡通画不认真半开玩笑的态度不谈,这也反映了外界对于从事为被误判的无辜者洗脱罪名的无辜者计划组织的一种误会和质疑。

第一,无辜者计划的律师在案件代理过程中的职业道德问题。由于无辜者计划是民间机构,一方面,其所受干扰小,不影响司法的权威,独立性强,其所作出的再审申诉能受到各方重视;但另一方面,正由于其是民间组织,代理无罪申请者进行诉讼与通常的律所执业律师代理客户进行法律诉讼是有所不同的。这就牵涉到无辜者计划组织的律师在代理诉讼过程中的职业道德和操守问题。美国有学者曾对该问题进行了专门的研究。密苏里堪萨斯城大学法学院的教授、中西部无辜者计划的联合创始人 Ellen Yankiver Suni 教授就详细探究了无辜者计划中的律师和其他参与者的职业责任和义务问题。为什么无辜者计划中的律师会面临这样一个特殊的问题,这是由无辜者计划的运作程序和性质决定的。最突出的一点就是,在无辜者计划对于无罪申请者的申请进行初步筛选,以确定是不是有望翻案,进而最终确立代理关系的时候,其是否应该遵循一般执业律师在代理客户中的职业道德,如保密、忠实勤勉的义务呢?根据美国律师协会发布的律师执业道德与操守指南,对于普通的律师客户代理关系的建立而言,当某人向律师表明其想要律师为其提供法律服务的意图,然后有如下情形之一的,代理关系就算建立了:(1)律师向此人表明同意接受;(2)律师虽没有表明同意,但是却知道或者有理由知道此人依赖律师提供此类服务的。根据此标准分析,当无罪申请者向无辜者计划提交申请表的时候,就意味着其已向律师表明希望为其提供法律服务;当无辜者计划接受,并进行严格的筛选,或者进行更进一步的初步调查时,这也符合了情形(1)或情形(2)。所以,按理说,此时无辜者计划已经和申请者已经建立起了代理关系。但是,由于有些无辜者计划接受案件的模式是“有限代理”,即如果在筛选案件的过程中发现该案并非“实际无辜案件”,或者该案不具有继续跟进的价值,其就会终结案件的代理。这样,在其正式代理案件之前,应该说是没有正式建立起律师和客户之间的代理关系的。但是,在此期间内,就不存在律师应该为客户保密、勤勉忠诚的义务了吗?在初步筛选阶段,有些无辜者计划也会根据具体情况要求申请者提供法院卷宗材料、证据,等等。在此过程中,倘若无辜者计划的律师不遵守保密等职业义务,那么申请者的权利就会受到损害。除了保密问题之外,倘若一个案件中的共同被告同时向同一无辜者计划组织提出申请,需不需要考虑利益冲突的问题,这也是个尚待研究和解决的问题。

第二,无辜者计划中学生志愿者参与的问题。一方面,学生志愿者由法学院老师和律师带领,具有专业性强、组织性强的特点,能够胜任复杂案情的艰难工作。同时,也存在着学生的参与超过无辜者计划的工作范畴,或者没有成就感,跟进参差不齐,从而达不到教育目的等问题。在美国,并非所有无辜者计划都是依附于法学院建立起来的,还有些是依附于新闻学院建立起来的。在这些无辜者计划中,新闻学院的学生作为调查记者,尽可能客观地调查事实、发现真相,如果通过其调查发现某案确属冤案,需要纠正,就会将其发现的事实材料移交给有资格代理的律师。而在调查的过程中,作为无辜者计划的志愿者,这些学生难免会利用各种手段来获得真相,这样其人身安全就得不到保障,因而

[111] Suni, *supra* note 37, at 922.

与无辜者计划的目标偏离很远。此外,由于无辜者计划跟进案件是极费时间、极为困难的事情,其中的不确定性很大,所以代理案件的律师和教授们很难对策略和进程有很好的控制,其也不能够预见到学生们通过参与此案能够获得什么样的训练和技能。此外,在无辜者计划的任務主要是为无辜者洗脱罪名的情况下,更多学生毕业之后在法律行业的工作主要是为有罪的当事人进行辩护,学生们参与案件过程中学来的本领很难直接转化为将来实践所需的各项技能。^[112] 并且,案件的难易程度也不尽相同,学生们能够从中得到的收获也参差不齐,这也是其易遭受质疑的方面。

第三,无辜者计划对无辜的过分强调问题。无辜者计划非常懂得利用大众传媒等公共舆论给法院施压,使其重视案件的审理。但是,过分地强调和关注无辜问题,也会扭曲公众对司法制度图景的认识。实际上,误判问题只是刑事司法系统问题的一小部分。并且,由于误判绝大部分都是发生在20世纪80、90年代,^[113] 随着误判通过无辜者计划得以纠正,以及DNA检测技术在执法实践中的广泛应用,误判发生的几率会相对减少。而无辜者计划过于揭露刑事司法系统的黑暗面和瑕疵,会导致公众片面地审视现行的司法系统,从而丧失对于司法系统的不信任。此外,还有些很专门性的问题,如无辜者计划的工作内容与政府性专门审查错案的机构设置不相容的问题,无辜者计划面临着道德上的拷问,即无辜者计划的参与者自认为高人一等,带着强烈的使命感,站在道德的制高点上去评判别人有罪还是无罪,也是外界对于无辜者计划质疑的声音。

六、结语

无辜者计划的价值,在于弥补官方发现和纠正冤案机制的不足,广泛动员社会力量参与,并通过公民的民主参与监督司法。^[114] 或许,在刑事误判的纠正这个问题上,中国也需要借鉴无辜者计划的做法,充分发挥社会的力量。发生了刑事误判,国家固然不会听之任之,但是,国家这个庞然大物总有打盹的时候,更何况中国的刑事再审体制至今还是“以自我纠错为中心”的。而更为敏感、灵活和丰富的社会组织却可以在相当程度上弥补国家的不足。尽管中美两国国情不尽相同,民间组织在处于经济与社会的转型期的中国社会中也确实面临着尴尬的处境,但是伴随各种社会问题的出现,慈善团体和活动组织等独立社会力量团体开始在中国涌现,并发挥着越来越重要的作用。越来越多的人已经逐步认识到,只有大量的组织参与到公共服务和社会管理实务中,才能有效弥补公共服务及社会管理的“市场失灵”和政府“缺位”,形成政府与民间“共同治理”的结构,推动传统政府向现代公共服务型政府转变。^[115]

参照美国的“无辜计划”,中国台湾地区已成立了类似项目。台湾大学法学院王兆鹏教授及数名律师于2011年发起成立了以冤案救援为宗旨的组织“冤狱平反协会”。经过一年的筹备,该组织于2012年正式成立。该协会目前有37名成员,涵盖律师、学者、社会团体、企业界、医学界及宗教界等专业人士,借由多元化成员组成,以使不同领域的专家皆能发挥所长。^[116] 2014年5月23日,律师张青

[112] Medwed, *supra* note 36, at 1114.

[113] 根据“无辜者计划”的统计,在至今为止的329个通过DNA获得无罪释放的案件中,有195件定罪发生在20世纪80年代,99件发生在20世纪90年代,而只有15件发生在20世纪70年代,有20件发生在2000年之后。参见 <http://www.innocenceproject.org/cases-false-imprisonment>, 2015年5月7日最后访问。

[114] 郭欣阳:“美国无辜者计划的错案发现程序”,载《国家检察官学院学报》2014年第1期,第175-176页。

[115] 文军:“中国社会组织发展的角色困境及其出路”,载《江苏行政学院学报》2012年第1期,第57页。

[116] 汤梅:“美英‘无辜计划’与‘无辜联盟’:从个案援助到制度变革”,载《南方周末》2014年6月12日,第5版。

松和学者吴宏耀共同发起的“蒙冤者援助计划”在北京正式启动。目前中国的民间洗冤项目已有4个。其共同的主旨是,从层出不穷的疑似冤案中选出最为重大的案件,免费为那些“重罪案件中的贫弱者”提供法律援助。^[117] 不过,目前其所能开展的工作十分有限,因而影响力也非常微弱。事实上,除了筛选出高度疑似的冤案、安排律师代为申诉、组织专家论证、向司法部门递交意见之外,其无法做得更多。

与无辜者计划面临的困难相类似,中国的民间洗冤项目也面临着“案多人少”的状态。因此,对于中国的民间洗冤项目而言,无疑需要全面了解无辜者计划的运作模式,尤其是要学习借鉴无辜者计划在具体的案件受理标准等方面的做法,根据自身情况制定出符合实际的案件受理标准,并建构起能够迅速有效地淘汰无效申诉的案件筛选程序。这样既可以把本就极为匮乏的资源投入到那些最有可能是误判的案件中,从而能够尽快取得成效,也可以让更多民众认识到其工作的重要性,以凝聚更多的社会力量参与到刑事误判的纠正工作中来。只有国家与社会相得益彰,才能改变刑事误判纠正严重依赖“偶然”的现状,^[118] 公平正义之光才能普照中华大地。

Social Participation in the Governance of Criminal Miscarriages of Justice: Taking the U. S. Innocence Project for Example

Li Fenfei

Abstract: Originating in the United States, the Innocence Project is now expanding and forming the Innocence Network in the globe, with its primary mission and objective as providing free legal and investigative service to those wrongfully convicted, exonerating them and bringing back normal life to them. The Innocence Project sets standards for selecting wrongful cases and develops procedures to screen them, which contributes a lot and especially makes up for the weakness for the government authority to find out and correct criminal miscarriages of justice. Though facing many practical difficulties, the practice and innovation of the Innocent Project still bear positive significance for the governance of China's criminal miscarriages of justice, especially in the field of promoting social participation in finding and correcting the criminal miscarriages of justice.

Keywords: criminal miscarriages of justice; the innocence project; social participation; post-conviction DNA testing

(责任编辑:辛颜静)

[117] 刘长:“中国版‘洗冤工程’启动”,载《新华月报》2014年第14期,第77页。

[118] 关于中国刑事误判纠正依赖“偶然”的成因分析,参见李奋飞:“刑事误判纠正依赖‘偶然’之分析”,载《法学家》2014年第4期,第146-157页。

反对自我归罪权的英美法溯源与法理分析

——兼论我国刑事诉讼法相关规定的完善

岳悻惟*

摘要:我国2012年修改后的《刑事诉讼法》首次规定“不得强迫任何人证实自己有罪”,但它只是一条针对办案人员的禁止性规定,与国际上的反对自我归罪权差距很大。考察反对自我归罪权在英美的起源和发展,有助于人们从法理上明晰为何应将反对自我归罪作为权利对待,尤其是它的宪法化,会为政府追诉犯罪设定一个不可逾越的基本人权保障界限。由其引申出的沉默权,亦有助于我国刑事诉讼从“犯罪嫌疑人、被告人说话”模式转变为“证明指控”模式,确保控辩双方平等对抗、法官中立听审,更好地实现司法正义。

关键词:自我归罪 反对自我归罪权 沉默权

反对自我归罪权,又称反对强迫自证其罪权,是指在刑事诉讼中任何人享有不被强迫成为对自己不利证人的权利。在美国它被视为一项宪法特权,是个人在刑事诉讼中抵抗公权力侵犯、维护控辩平等的一项重要程序性人权。

为贯彻和落实宪法“尊重和保障人权”条款,2012年我国《刑事诉讼法》增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定,这意味着我国刑事诉讼在一定程度上确立了反对自我归罪制度,但是与国际上反对自我归罪权的内涵有很大不同。未来我国是否有必要将反对自我归罪作为权利乃至宪法基本人权来对待?审判方式是否要遵循传统的“被告人”说话模式?是否有必要赋予犯罪嫌疑人沉默权?如何克服沉默权给查明案情带来的不利影响?为此,认真考察反对自我归罪权在英美的确立和演变,有助于人们厘清此类诸多的疑问,推动我国反对自我归罪权制度的完善。

一、反对自我归罪权在英国的起源

反对自我归罪权,最早是以拉丁格言“任何人不应当指控自己”和“任何人不应当背叛自己”〔1〕的形式存在,它被认为起源于对宗教坦白义务的限制。在3世纪,忏悔罪过是欧洲基督徒的义务,但教会后来只要求私下忏悔,因为犯错者的义务并不包括可能导致刑事诉讼的公开忏悔。要求公开忏悔或者服从刑事处罚都会损害犯错者忏悔的自愿性,而只有忏悔才有益于纯化灵魂。〔2〕4世纪伟大的教父圣约翰·赫里索斯托姆(John Chrysostom)在评论圣保罗希伯来书时写道,“我不会对你说你应

* 北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。

〔1〕 Nemo tenetur seipsum accusare (No one shall be required to accuse himself); Nemo tenetur prodere seipsum (No one shall be required to betray himself).

〔2〕 Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2639-2640 (1996).

该在公众面前背叛自己或在他人面前控诉自己,但是你要遵从先知,以你的方式告知主”。此话最常被引用作为证明不自证己罪规则的正当理由,于1140年被写入中世纪标准教会教科书格拉提安教令(Gratian's Decretum)中。中世纪的评论者以法律观点来理解此话:男人和女人应该向上帝坦白他们的罪孽,而不应该被强迫向他人告知犯罪。^[3]

在17世纪早期的宗教大变动时期,英国王权赋予高等委员会、星座法院等教会法庭调查宗教异端和政治煽动指控的权力。教会法庭凭借职权,在告知被告人犯罪指控性质之前,要求其宣誓如实回答所有可能被讯问的问题。这种依职权宣誓,是英国司法和教会的武器,是一种强制和迫害方式。^[4] 宗教法庭依赖在上帝面前宣誓的力量,来操控被告人的良心以强迫他们自证其罪,从而引发“残酷的三难困境”:(1)拒绝宣誓即构成藐视法庭罪并且一定会被臭名昭著的星座法庭折磨;(2)宣誓并且如实告知他们的宗教信仰和实践,会被认为是异端而被处死;(3)宣誓但是对宗教信仰和实践撒谎即构成伪证罪并会被判死刑,更严重的是可能永远被诅咒。^[5] 这种非人道的司法实践,使异教徒和政治异见者的处境难以忍受,他们进行抗争,声称依职权宣誓是非法的,依据是任何人不应被强迫指控自己的宗教格言。

对约翰·李尔本^[6](John Lilburne)的审判,最终导致依职权宣誓的终结,并在普通法中确立了反对控告自己的权利。1636年,为了规避英国“书籍出版经销业公会”^[7]的出版许可和印刷登记,约翰·李尔本带着导师约翰·巴斯特威克(John Bastwick)颠覆性的书稿《利特尼》(The Letany)前往荷兰。约翰·巴斯特威克是清教徒,其在论著中认为英国教堂的主教是撒旦的仆人。不久,几千册《利特尼》的印刷品从荷兰被运到英国,不幸的是大部分在港口被扣押。负责在英国接收和分发《利特尼》的约翰·池里伯恩(John Chilliburne)迅即被逮捕,随后被释放。1637年12月,当李尔本返回英国时,由于约翰·池里伯恩的背叛,他因涉嫌从荷兰进口诽谤性书籍而被出版经销业公会的特工逮捕并被带到星座法庭接受审判。

星座法庭依职权要求李尔本宣誓,但是李尔本认为法庭企图通过宣誓诱供额外材料以给他定罪。他说:“我不愿意回答任何不相干的问题,以防我的回答可能会伤害自己。这不是获得自由的方式。”^[8]为此,他拒绝宣誓并慷慨陈词:“我争取的另一个基本权利是,在刑事案件中任何人的良心不应该受到强迫宣誓的折磨从而去回答或者假装回答关涉自己的问题。”^[9]他确信自己无罪,拒绝帮助法庭指控自己,同意只回答是否与出版、进口或者传播禁书有关的问题,并声明他将通过沉默来回应对他的扩大调查。他说:“我知道这是被上帝法所认可的,我认为依据世俗法我可以为自己辩护,不回答你的讯问,指控者应该出庭和我面对面来证明他们对我的指控。”^[10]最终,他因藐视法庭被判罚金

[3] Richard H. Helmholz, *Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune*, 65 N. Y. U. L. Rev. 962, 982 (1990).

[4] David Fellman, *Defendants Rights Today* 304-306 (University of Wisconsin Press 1979).

[5] Andrew E. Taslitz & Margaret L. Paris, *Constitutional Criminal Procedure* 618 (Foundation Press 2003).

[6] 约翰·李尔本,17世纪英国著名的时事评论者和政治异见者,他倡导法律之下的宗教自由和平等,主张以人民主权取代君主特权。他的激进主义以及对政府直言不讳的反对,使他成为英国王室的敌人,导致成年后的大部分时间在监狱或流放中度过。

[7] 书籍出版经销业公会于1557年成立于伦敦,垄断英国的出版业并控制图书贸易。它有权通过扣押未经许可的书籍执行审查制度,并有权逮捕违反者将其交付教会法庭审判。1637年后改名为“书籍和报纸出版经销业公会”。

[8] Nathan Dorn, *John Lilburne, Oaths and the Cruel Trilemma*, <http://blogs.loc.gov/law/2013/04/john-lilburne-oaths-and-the-cruel-trilemma/>.

[9] *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 459 (1966).

[10] Nathan Dorn, *John Lilburne, Oaths and the Cruel Trilemma*, <http://blogs.loc.gov/law/2013/04/john-lilburne-oaths-and-the-cruel-trilemma/>.

500 英镑,并被判鞭笞、示众和监禁。^[11] 在关押期间,李尔本写出了几本宣传册,记述他的受审经历,解释为什么清教徒反对英国国教,并阐述英国人生而自由的观点,其中包括无罪推定和不受强迫自证其罪的权利。

李尔本对星座法庭刑事审判的批判,发展成对反对自我归罪的争论。在接下来的三年,英国政治发生巨变并开始转向内战。^[12] 1640 年 11 月,国王查理一世召开长期议会,议员奥利弗·克伦威尔(Oliver Cromwell)在下议院作了有利于李尔本的慷慨激昂的演讲,随后议会被说服在重新审查李尔本案之前释放他。释放后不久,李尔本在公众集会中宣称如果不宣判并处死国王的重臣斯特拉福德伯爵,国王就应该下台,为此李尔本再次被捕。1641 年 5 月 4 日,下议院委员会重新审查了星座法院对李尔本的审判,认为判决是“非法的……血腥的、邪恶的、残酷的、野蛮的和残暴的”,并对他所遭受的痛苦予以慷慨的赔偿。同日,上议院驳回了李尔本叛国罪的指控而释放他。^[13] 7 月,作为人身保护法的一部分,星座法庭和高等委员会被废除。1649 年 5 月 1 日,李尔本等人签署发表了平等派的纲领性文件《英国自由民公约》,其中第 16 条规定,在刑事案件中,任何权力不应因为任何人拒绝回答反对他的问题而惩罚他或者使他遭受惩罚。^[14]

到 17 世纪 50 年代早期,反对自我归罪权在英国习惯法中已经得到如此好的认可,以至于其后的任何英国议会都认为没有必要通过任何法律或者决议来触及这个问题。^[15]

1966 年,当美国最高法院首席大法官厄尔·沃伦在 *Miranda v. Arizona* 案中代表多数撰写法庭意见时,他援引李尔本案作为关键案例支撑反对自我归罪的现代保护。沃伦写到,“我们有时忘记了确立反对自我归罪特权已经花了多少时间……关键的历史事件清楚地阐明李尔本审判是它的演进起源”。^[16]

二、反对自我归罪权在英美的发展

反对自我归罪权在英美的发展,主要表现为两方面:一是被告人宣誓作证从不适格到适格的发展;二是从反对强制讯问扩大到享有沉默权的发展。

(一) 被告人宣誓作证从不适格到适格

受宗教信仰的影响,誓言往往有着巨大的神秘力量,能导致世俗的伪证罪惩罚以及来自上帝的超自然惩罚。基于此,宣誓本身被认为是一种类似于折磨的强制,甚至是确凿的证据。在 17 世纪以前,一个被告人如果发誓他是无辜的,一旦证明他无辜的证人发誓他们相信被告人的宣誓,被告人就被无罪释放。^[17]

[11] 鞭笞发生在 1638 年 4 月 18 日,从佛利特(Fleet)监狱到新宫殿,一路沿途鞭打。李尔本被绑在马车后面,光着膀子,时而爬行,时而被牛车拖走在尘土里,同时行刑者用一根三头皮鞭鞭打他。在两英里的路程中,他被鞭笞估计 500 次,背上有 1500 个鞭痕。到达新宫殿后,他被示众,但是他没有屈服,他就自己的无辜以及为何拒绝宣誓指控自己向聚集在他周围的狂热人群发表演讲。然后他被塞口,他顿足抗议直到两小时的示众结束,随后他被押回监狱。

[12] 英国内战,是 1642 年至 1651 年在英国议会派与保皇派之间发生的一系列武装冲突及政治斗争,英国辉格党称之为清教徒革命(Puritan Revolution)。

[13] Peter Richards, *John Lilburne: The First English Libertarian*, Mises Daily, Mar. 29, 2008.

[14] John Lilburne, William Walwyn, Thomas Prince & Richard Overton, *An Agreement of the Free People of England*, May 1, 1649.

[15] R. Carter Pittman, *The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-Incrimination in America*, 21 Va. L. Rev. 763, 774 (1935).

[16] *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 459 (1966).

[17] Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2643 (1996).

在 17 世纪,英国反对高等法院依职权宣誓的主要依据,是欧洲共同法不允许法官依职权启动程序,除非有人确实能证明被告人有罪或者存在其他有力证据能证明被告人有罪,否则让被告人宣誓然后对其审问是不合法的。^[18] 因此,反对自我归罪权在确立之初,强调的是不被宣誓审问的权利,这导致普通法法院取消刑事被告人和其他利害关系方提供宣誓证词的资格,因为证词如果虚假,可能会危及他们的灵魂。^[19]

在 18 世纪,英国的治安法官手册始终强调审问刑事被告人时,不能让他宣誓。在 1733 年萨拉·马尔科姆(Sarah Malcolm)一案中,由于忽略了手册的警告,治安法官在审问前要求被告人宣誓,在审判时法官排除了被告人的审判前宣誓陈述,理由是宣誓后的陈述不能在法庭宣读,因为人们不能发誓反对自己,所有的审问应当是自由和自愿的。未宣誓的陈述,可以在法庭上阅读。^[20]

在美国,1677 年弗吉尼亚下议院宣布强迫犯罪嫌疑人、被告人宣誓回答自我归罪的问题与天赋人权不相容。一个人作为证人反对另一个人,他应当宣誓,但是任何法律不能强迫一个人在任何情况下发誓反对自己。^[21] 1791 年美国联邦宪法第五修正案规定:任何人不得在任何刑事案件中,被强迫成为对自己不利的证人。^[22] 第五修正案的表述不是新的,在美国独立之前的 1776 年《弗吉尼亚权利法案》已经包括任何人不能被强迫作证反对自己。

反对自我归罪权在确立后的很长时间内,英国和美国的法庭既不要求也不允许被告人宣誓回答问题,即刑事被告人宣誓作证不适格。但是,缅因州在 1864 年成为第一个在刑事案件中允许被告人提供宣誓证言的州,此后其他州开始效仿。到 19 世纪末,佐治亚是美国唯一保持普通法中被告人宣誓作证不适格的州,直到 1962 年才允许被告人提供宣誓证言。

英国 1898 年刑事证据法,赋予被告人作证资格,允许被告人站在证人席上宣誓作证,也允许被告人站在被告席作出未经宣誓的陈述。^[23] 因为感觉未经宣誓的陈述没有价值,英国议会在 1982 年取消了被告人站在被告席陈述的选择权。^[24] 目前,美国除马萨诸塞州外,其他州都不允许被告人决定是提供宣誓陈述还是不宣誓陈述的选择,刑事被告人要么站在证人席上宣誓作证,要么保持沉默。

废除被告人宣誓作证不适格是有争议的。支持者认为刑事被告人应该有与其他证人同样宣誓作证的权利,被告人宣誓作证不适格是以伪证罪推定代替了无罪推定;反对者认为允许被告人宣誓作证威胁了反对自我归罪权,一方面当律师不能使被告人站在证人席上坦白罪行时,陪审员会不顾所接受的警告指示从中作出不利推断,另一方面实践中被告人可能被迫宣誓作证,从而遭受联邦宪法以及州宪法所谴责的强制。^[25]

1987 年,美国联邦最高法院在 *Rock v. Arkansas* 一案中认为,宪法保障被告人宣誓作证的权利,“作证的机会……是第五修正案保障反对强迫作证的必然结果”。^[26] 这彻底颠覆了美国宪法制定者

[18] Richard H. Helmholz, *Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune*, 65 N. Y. U. L. Rev. 962, 975-976 (1990).

[19] Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2645 (1996).

[20] John H. Langbein, *The Historical Origins of the Privilege against Self-Incrimination at Common Law*, 92 Mich. L. Rev. 1047, 1079-1080 (1994).

[21] Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2651 (1996).

[22] No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.

[23] Criminal Evidence Act 1898, 61 & 62 Vict., Chapter 36 (England).

[24] Criminal Justice Act 1982, Chapter 48, § 72 (England).

[25] Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2661 (1996).

[26] *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987).

们对反对自我归罪特权的最初理解,即宣誓作证是强制的一种。

虽然被告人虚假作证会面临伪证罪惩罚,但是英美刑事司法实践中几乎看不到被告人被追究伪证罪的情形,检察官通常会免除被告人的伪证罪追诉。这种非正式的伪证罪免除,一方面因为虚假作证的被告人即使被无罪释放,被成功追诉伪证罪的可能性很小;另一方面在审判中明显作伪证的被告人一旦被定罪,就无必要再对其作额外惩罚,况且量刑法官也许已经因他在证人席上明显撒谎而增加了他的量刑。

总之,没有伪证罪的现实威胁,刑事被告人的宣誓作证不再被视为强迫的产物。反对自我归罪权,只是用以预防折磨等强制讯问方式并保障控辩双方力量的平衡。

(二) 从反对强制讯问扩大到享有沉默权

历史上,刑事审判经历了两种模式:“被告人说话(the accused speaks)”模式和“证明指控(testing the prosecution)”模式。^[27]

1555年英国《玛丽安收监法》要求治安法官审问逮捕后的犯罪嫌疑人时,记录任何能证明犯罪的材料。^[28] 1590年在审判 Udall 的煽动性诽谤罪时他保持沉默,法庭请求陪审团考虑将他的沉默视为有罪证据。^[29] 由此,反对自我归罪权在确立之前,刑事审判遵循“被告人说话”模式,被告人保持沉默等同于认罪。

反对自我归罪权在17世纪确立后,其最初本意是强调任何人不应当被强迫指控自己,禁止基于宣誓的归罪审讯、折磨以及其他强制讯问方式如刑罚威胁等。由于不允许辩护律师的参与,刑事审判被认为是被告人和指控者之间的争斗。治安法官要例行出庭宣读被告人未宣誓的审前讯问笔录,这使法官看起来像是反对被告人的证人。18世纪中期后,法庭开始优先听取被告人自己的解释,审前讯问笔录只用以弹劾目的,即如果被告人在审判中的陈述与他在审判前告知治安法官的有所不同,陪审团才会听取审前笔录。^[30]

由于许多被告人没有受过足够教育,不能够条理清楚地说明事情真相,“被告人说话”模式经常导致司法不公正。改革者认为应赋予律师有权代表被告人在陪审团前与指控者争辩。1696年,英国首次允许辩护律师参与叛国罪审判。18世纪30年代,律师被允许在普通重罪审判中代表被告人。1776年,在伦敦只有2%的重罪被告人有律师做辩护人,在美国殖民地只有180个居民是经过律师学院训练过的律师。^[31] 到18世纪80年代,在英国中央刑事法庭审判的案件中近20%的被告人有辩护律师。^[32] 在19世纪20、30年代,律师大量进入刑事诉讼程序,“被告人说话”模式开始转变为“证明指控”模式。1848年的《治安法官保护法》(Justices Protection Act)规定,在治安法官审前讯问之前,被告人应该被警告无需回答,如果回答则有可能在审判中用作反对他的证据。自此,被告人有能力在刑事诉讼中保持消极,这迫使政府承担证明责任。

[27] John H. Langbein, *The Historical Origins of the Privilege against Self-Incrimination at Common Law*, 92 Mich. L. Rev. 1047, 1048 (1994).

[28] Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2654 (1996).

[29] Leonard W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-Incrimination* 168-170 (Macmillan Publishing Company 1986).

[30] John H. Langbein, *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, 92 Mich. L. Rev. 1047, 1060 (1994).

[31] Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2656 (1996).

[32] J. M. Beattie, *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, 9 Law & History Rev. 221, 227 (1991).

美国在整个殖民时期和独立初期,刑事诉讼是“被告人说话”模式。^[33] 治安法官在审判前审问未宣誓的被告人,被告人的陈述被用于审判中。1791年《权利法案》被批准后,依据第五修正案反对自我归罪权,被告人被认为完全有自由拒绝站在证人席上而不承受任何痛苦的结果,同时有律师开始反对治安法官对被告人的审前讯问,认为没有宪法根据。1835年,纽约治安法官开始例行公事地在审问之前警告被告人无需回答,被告人拒绝审判前讯问的人数开始增多。1878年《联邦法典》规定公诉人不能对被告人不作证予以评论,不能因被告人不站在证人席上作证而作出对他不利的推论。一些法庭后来建议没有这些条款的法律是无效的。^[34] 1936年,在 *Brown v. Mississippi* 一案中,联邦最高法院明确警察通过强制手段取得的被告人陈述属于非自愿,法庭在排除强制陈述的同时亦建议强制陈述不可以用于弹劾目的。^[35] 1965年,联邦最高法院在 *Griffin v. California* 一案中认为,对于被告人不作证的公诉人评论或司法评论是违反宪法反对自我归罪特权的。^[36] 1966年,在 *Miranda v. Arizona* 一案中,联邦最高法院将被告人在审判中保持沉默的权利延伸至处于羁押中的犯罪嫌疑人,认为警方没有告知其保持沉默的权利违反了宪法反对自我归罪权,从而确立了“米兰达规则”。^[37] “米兰达规则”使沉默权在美国被推到了极致。当然,沉默权的发展与法律援助权的发展密不可分。1932年,在 *Powell v. Alabama* 一案中,联邦最高法院根据正当法律程序要求州法庭在死刑案件中为贫穷的被告人指定律师;^[38] 1938年,在 *John v. Zerbst* 一案中,联邦最高法院要求在联邦重罪案件中适用法律援助;^[39] 1963年,在 *Gideon v. Wainwright* 一案,联邦最高法院将法律援助权延伸至州重罪案件;^[40] 1972年,在 *Argersinger v. Hamlin* 一案中,又将法律援助权延伸至适用关押刑的轻罪案件。^[41] 死刑案件、重罪案件以及适用关押刑的轻罪案件必须有律师的参与,这使绝大多数犯罪嫌疑人、被告人有能力在刑事诉讼中保持沉默。

自米兰达规则确立后,在美国有关宪法第五修正案反对自我归罪特权是否走得太远一直存在争论。反对者认为因为警察的错误,罪犯正在走向自由。里根政府期间,司法部门曾提议放弃米兰达规则,但提议遭到了包括警方在内的相当大的反对。^[42] 反对的原因在于米兰达规则对自白率没有大的影响,并且它已经成为美国刑事司法的一个重要特征,对于警察执法的专业化以及公众对宪法权利的认知有深刻的积极影响。^[43] 米兰达规则对自白率影响甚微的原因在于警官已经对机械背诵警告很熟练了,他们更多地通过富有成效的谈话技巧使犯罪嫌疑人放弃权利并陈述。在后米兰达时代,司法判例对犯罪嫌疑人的沉默以及米兰达规则作了一定的限制。1976年,在 *Baxter v. Palmigiano* 一案中,

[33] Eben Moglen, *Taking the Fifth: Reconsidering the Constitutional Origins of the Privilege against Self-Incrimination*, 92 Mich. L. Rev. 1086, 1089 (1994).

[34] Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2660-2662 (1996).

[35] *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

[36] *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965).

[37] 米兰达规则要求警察在对羁押犯罪嫌疑人进行讯问前,必须告知:“You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you. You have the right to have an attorney present during questioning. If you cannot afford one, one will be appointed for you. Do you understand each and every one of these rights as they have been presented to you?”

[38] *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

[39] *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938).

[40] *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

[41] *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).

[42] Stephen J. Schulhofer, *The Fifth Amendment at Justice: A Reply*, 54 U. Chi. L. Rev. 950, 954 (1987).

[43] Richard A. Leo, *The Impact of Miranda Revisited*, 86 J. Crim. L. & Criminol. 621, 668 (1996).

联邦最高法院允许监狱官员在监狱惩戒程序中将犯罪嫌疑人的沉默视为犯罪暗示。^[44] 1982年,在 *Fletcher v. Weir* 一案中允许检察官在审判中通过展示被告人先前的沉默来弹劾被告人的证言。^[45] 1984年,在 *New York v. Quarles* 一案中确立了米兰达规则“公众安全”的例外,即为防止对公众安全造成紧急危险,警察有权在未给予米兰达警告的情况下询问问题。^[46] 1990年,在 *Pennsylvania v. Muniz* 一案中,联邦最高法院又确立了“日常登记”的例外,允许执法人员在登记或审前服务时,在未给予米兰达警告的情况下询问一般的个人信息。^[47] 20世纪90年代,美国又掀起一轮对反对自我归罪特权的争论。耶鲁大学宪法教授 Amar 认为反对自我归罪权保护了真正的有罪之人而使无辜者的境况更糟。^[48] Paul Cassell 教授的研究表明,3.8%的严重刑事案件由于米兰达规则而无法定罪,让罪犯逍遥法外是严重的社会代价。^[49] 2001年9·11恐怖袭击事件发生后,美国国会很快通过了《爱国者法案》,总统批准了《恐怖分子监视计划》并成立了军事法庭,加大对恐怖活动的侦查和打击力度。由于最有价值的情报来源是恐怖分子本身,为避免在美国本土受宪法反对自我归罪特权及沉默权的保护,美国将抓捕的外国恐怖活动嫌疑人关押在位于古巴南端的关塔那摩军事基地,并对犯罪嫌疑人实施了包括水刑(模拟溺水的行刑)在内的比较残忍的审讯方式,据此获得了大量的情报信息。2006年通过的《军事委员会法案》,赋予总统有权重启军事法庭和有权授权恐怖犯罪调查人员使用加强的审讯技巧等。2013年,美国联邦最高法院在 *Salinas v. Texas* 一案中认为 *Griffin* 一案所确立的禁止公诉人和司法对被告人拒绝作证作出评论的规定不适用于在拘捕之前讯问中保持沉默的被告人。在拘捕之前的讯问中,被告人如果要寻求反对自我归罪权的保护,必须以明示的方式表达,否则公诉人可以将其沉默作为对其不利的证据。^[50]

英国认为放弃将犯罪嫌疑人、被告人作为证据来源,会使刑事司法正义付出很高的代价,为此重新评价了沉默权的价值。1994年《刑事司法和公共秩序法》规定,一旦被告人已被警告拒绝作证的后果,法庭或陪审团可以从被告人拒绝作证这一事实作出看起来适当的推论。法庭鼓励被告人服从审判中的交叉询问并期望被告人去证明。此外,法案允许陪审员和法官在法定的情形下从被告人的审判前沉默中作出推论,鼓励犯罪嫌疑人配合警方调查等。^[51] 《刑事司法和公共秩序法》被认为在很大程度上效仿了1988年北爱尔兰《刑事证据法》,欧洲人权委员会认为北爱尔兰《刑事证据法》违背了《欧洲人权公约》赋予被告人的公正审判权。^[52] 但是,《刑事司法和公共秩序法》的支持者认为它与反对自我归罪权是一致的,因为它并不视犯罪嫌疑人、被告人的拒绝说话为犯罪或者是藐视法庭。^[53]

[44] *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976).

[45] *Fletcher v. Weir*, 455 U.S. 603 (1982).

[46] *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

[47] *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582 (1990).

[48] Akhil Reed Amar & Johnnie L. Cochran, *Debate: Do Criminal Defendants Have Too Many Rights?* 33 Am. Crim. L. Rev. 1193, 1197 (1996).

[49] Andrew E. Taslitz & Margaret L. Paris, *Constitutional Criminal Procedure* 642 (Foundation Press 2003).

[50] *Salinas v. Texas*, Syllabus No. 12 - 246. Supreme Court of the United States.

[51] 英国《刑事审判与公共秩序法》第34条规定了被告人在受到讯问或指控时没有提供特定事实的法律后果;第36条规定了被告人对特定情况下的物品、材料或痕迹没有或拒绝解释的法律后果;第37条规定了被告人没有或拒绝解释他出现于特定地方的法律后果。Criminal Justice and Public Order Act 1994, § 34, 36, 37 (Eng.).

[52] Albert W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2665 (1996).

[53] Ian Dennis, *The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions*, 4 Crim. L. Rev. 1, 10 (1995).

三、英美确立反对自我归罪权的法理基础

(一) 为何赋予犯罪嫌疑人反对自我归罪权?

对于犯罪嫌疑人而言,反对自我归罪权能够防止政府以刑讯或者其他不正当方式逼取其口供。

由于自白具有极高的证据价值,因此在刑事诉讼中,讯问犯罪嫌疑人是政府侦查犯罪的基本手段之一。讯问由侦查人员主导,犯罪嫌疑人往往被置于简陋的房间内并被切断与外界的联系。为求破案,一方面警察和检察官极有可能以刑讯、疲劳讯问等肉体摧残和折磨的方式逼取犯罪嫌疑人的自白。“与其在烈日下为证据疲于奔命,不如于树荫下撒红椒于犯罪嫌疑人的双目”,^[54]这是西方学者对刑讯逼供效果的最形象描述;另一方面,现代羁押中的讯问,主要是以心理而不是以肉体为目标。被羁押的犯罪嫌疑人,涉嫌犯罪并且远离亲人及熟悉事物的支持,因此羁押讯问程序本身内含一种强制压力。在这种压力环境中,侦查人员通过威胁、利诱、欺骗等不正当讯问方式,极易使处于情绪焦虑的犯罪嫌疑人意志屈服并作出不利于自己的证言。

为防止讯问者对犯罪嫌疑人苦其心志、劳其筋骨、饿其体肤,现代法律赋予犯罪嫌疑人反对自我归罪权,以保障作为普世价值的人道与尊严,从而极大地提高犯罪嫌疑人的防御能力,最大限度地抗拒侦查人员非法获取口供的行为。

此外,通过强迫方式取得的自白有可能是虚假的,这增加了错误定罪的实质风险。美国 1986 年的一项研究表明,以虚假自白为主要来源而对无辜个人错误定罪的案件每年在美国发生将近 6000 起。自白成为仅次于辨认错误而导致错误定罪的第二大原因。^[55]通过刑讯获取的供述不能当作证据,在此情形下坦白的事情只能给受刑者减轻痛苦,而不能给施刑者提供材料,所以不能当作充分的证据来相信。^[56]因此,反对自我归罪权能够使执法者明白强制取得的陈述会遭到法庭的排斥,故而改变过分依赖口供的做法,积极寻找其他证据,在客观上促进侦查技术的提高,更好地发现事实真相。

(二) 为何赋予被告人反对自我归罪权?

对于刑事被告人而言,反对自我归罪权可以使其避免在法庭上陷于伪证、藐视法庭及自我控诉的三难之境。^[57]

现代刑事审判一般为公开程序,检察官对被告人的有罪事实负举证责任。法官或检察官在审判过程中使用刑讯或者其他非人道方式获取被告人供述的可能性很小。在英美国家,审判开始后,检察官首先提出证据,向法庭或者陪审团证明被告人的犯罪事实,在此举证过程中检察官不得讯问被告人。检察官举证完毕后,由辩护律师提出证据反驳检察官的指控,在此辩护程序中,被告人必须决定是否要为自己辩护或陈述意见。被告人若欲于审判中陈述意见,必须坐于证人席上,宣誓之后才有资格陈述意见。当被告人坐于证人席上时,他与一般证人无异,必须接受其律师的直接询问以及检察官的交叉诘问,最终会有三种结果发生:(1)若陈述不实,则受伪证之处罚;(2)若拒绝陈述,则受藐视法庭之处罚;(3)若据实陈述,则等于自我控诉,将被定罪科刑。^[58]若被告人不想为自己陈述意见,他只

[54] David Dolinko, *Is There a Rational for the Privilege against Self-Incrimination?* 33 UCLA L. Rev. 1063 (1986).

[55] Andrew E. Taslitz & Margaret L. Paris, *Constitutional Criminal Procedure* 593 (Foundation Press 2003).

[56] 黄树森、沈宗灵主编:《西方人权学说》(上),四川人民出版社 1994 年版,第 40 页。

[57] 王兆鹏:《刑事被告的宪法权利》,翰芦出版有限公司 1999 年版,第 35-36 页。

[58] 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社 2005 年版,第 305-306 页。

需依据反对自我归罪特权选择在审判中保持沉默即可,从而将自身置于审判程序之外,有如法庭内的旁观者,无人得对其提出任何问题。

此外,反对自我归罪权被认为“虽然有时庇护了有罪之人,但更多的是保护了无辜的被告人”。^[59]一方面,沉默权的行使可以防止审判者获悉被告人的犯罪前科。在美国,如果被告人在法庭上陈述意见,检察官有权对其诘问,诘问的内容包括案件事实和被告人的信用能力。犯罪前科与信用能力密切相关,陪审团一旦获悉犯罪前科,就有可能对被告人产生偏见,从而对他作出不利的推断;另一方面,无辜被告人的真实证言可能不具说服力,聪明的检察官会歪曲他的证言,使他在陪审团面前看起来有罪。^[60]因此,沉默权的行使有助于无辜被告人摆脱可能在法庭上的拙劣表现,从而避免陪审团误认为其心虚或者不诚实而对其作出不利推断。

四、反对自我归罪权在英美的发展对我国的启示

(一)我国刑事诉讼法应否将反对自我归罪作为权利明确规定?

从反对自我归罪的起源看,它是作为抵抗公权力强制获取证言而确立的一项重要诉讼权利。

我国2012年《刑事诉讼法》第50条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪。……”这是否说明我国已经确立了反对自我归罪权?

笔者认为,“不得强迫任何人证实自己有罪”仅是一条禁止性规定,禁止办案人员在收集证据过程中强迫任何人证实自己有罪,而不是明确宣告任何人在刑事诉讼中享有不受被迫自证其罪的权利。虽然我们可以从这一禁止性的规定中推导出犯罪嫌疑人、被告人有反对自我归罪的权利,但是推定的权利与法律明示的权利有本质上的区别。法定权利具有抵抗公权力的基本精神,它为公权力的行使划定了不可侵犯的界限,并且当权利受到公权力的不法侵犯时,权利享有者可以直接以权利受到侵犯为由请求司法救济;而推定的权利仅仅是公权力必须履行的义务,权利享有者难以积极主张自己的权利,并且当办案人员违背法律的禁止性规定时,只能以程序不公正为由请求司法救济。

因此,为更好地落实我国《宪法》和《刑事诉讼法》“尊重和保障人权”的规定,我国《刑事诉讼法》有必要明确规定在刑事诉讼中任何人享有不被强迫自证其罪的权利,这能够极大地提高犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中与追诉方平等对抗的能力,从而更好地实现刑事司法正义。

(二)我国是否有必要将反对自我归罪权上升为宪法上的一项基本人权?

自1791年美国宪法第五修正案规定了反对自我归罪权后,受其影响,许多国家将反对自我归罪权上升为一项宪法权利,一些国际公约亦将其纳入其中。^[61]但是,作为宪法特权及国际法基本人权

[59] *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U. S. 52 (1964).

[60] Akhil Reed Amar & Renee B. Lettow, *Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause*, 93 Mich. L. Rev. 857, 881 (1995).

[61] 如1946年日本《宪法》第38条第1款规定,“不得强迫任何人作不利于本人的供述”;1982年加拿大《权利和自由宪章》第11条规定:“任何人受到刑事指控时,都有权不被迫在针对自己的诉讼程序中充当证人。”1966年联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款规定:“……(7)不得被强迫作不利于他自己的证言或者被强迫承认有罪。”2002年《国际刑事法院罗马规约》第55条规定:“(一)根据本规约进行调查时,个人享有以下权利:1. 不被强迫证明自己有罪或认罪;2. 不受任何形式的强迫、胁迫或威胁,不受酷刑,或任何其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚;……(二)……该人享有以下权利并应在讯问前被告知这些权利:……2. 保持沉默,并且不得将沉默作为判定有罪或无罪的考虑因素……”

之一的反对自我归罪权,在我国宪法中尚处于缺位状态。未来我国宪法是否有必要规定反对自我归罪权?宪法是国家的根本大法。一方面,宪法乃公权力合理性的基础,政府因宪法而产生,依法行政和公正司法因宪法而发端;另一方面,宪法宣告了人和公民的基本人权,对于基本人权,公权力只能保障而不能非法侵害和剥夺。

由于刑事诉讼涉及对人的生命、自由、财产等宪法实体人权的干预、限制乃至剥夺,因此刑事程序人权保障在宪法人权保障体系中占有非常重要的地位。作为美国联邦宪法之重要组成部分的《权利法案》涉及刑事程序权利的条款有5条,《权利法案》的大多数规定都是程序性条款,这一事实决不是无意义的。因为实体人权是否能够实现,在多大程度上能够实现?这涉及是否有相应程序人权的保障问题。只有当程序人权配置合理时,实体的宪法请求权才有实现的基础和可能。

目前我国,一方面宪法的人权保障体系处于重实体人权、轻程序人权的状况,这使得宪法所保护的实体人权苍白无力;另一方面,在刑事诉讼中,由于追诉与反追诉力量的悬殊,刑讯逼供等非法获取证言的现象大量存在并且屡禁不止,这不但严重侵犯了犯罪嫌疑人、被告人的人格尊严和生命健康等实体人权,也导致了诸多的冤假错案,极大地损伤了司法公信力。因此,为更好地制约刑事诉讼中公权力的滥用,有必要将反对自我归罪权纳入宪法,以宪法的高度为国家追诉犯罪设定一个不可逾越的人权保障界限,这不仅有助于宪法人权保障的完善,亦有助于完善刑事诉讼的结构、目的和实践。

(三)我国应否赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权?

反对自我归罪权,不是有意赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权,而是除非一个人在意志自由的情况下选择说话,否则反对自我归罪权只有在沉默权被保障时才能实现。^[62]

1. 我国应否在审判前程序中赋予沉默权?

英美国家在审前程序赋予沉默权,是因为害怕自我归罪的陈述是通过非人道或不正当的方式取得。

我国《刑事诉讼法》第118条规定:“……犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。但是对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利。”这被认为是对沉默权的否定,因为“应当如实回答”的规定具有强制性:一方面,犯罪嫌疑人必须回答与本案有关的问题而不得保持沉默;另一方面,回答必须尊重事实真相,不得隐瞒或虚构事实。实践中,侦查人员往往采取对犯罪嫌疑人身体或精神产生强制或压力的各种手段迫使犯罪嫌疑人如实回答,犯罪嫌疑人陈述的自愿性和可靠性难以得到保障。

但是,我国《刑事诉讼法》第54条又规定,采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述,应当予以排除。此条款以积极的方式排除所有的非法讯问方式,为此我国是否还有必要赋予犯罪嫌疑人、被告人在审判前程序中享有沉默权?

对于此问题,笔者认为我国《刑事诉讼法》第54条虽然排除了非法获取的言词证据,但是基于非法言词证据而获得的其他证据即毒树之果问题,刑事诉讼法和司法解释没有涉及,司法实践并不否认毒树之果的证明力,这是刑讯等非法获取口供行为屡禁不止的主要原因。因此,禁止刑讯等非法方法并排除非法言词证据的制度,不等于是一个有效遏制非法或不当取证的制度。

美国在 *Edwards v. Arizona* 一案中确立了一项明线规则,一旦被拘禁的犯罪嫌疑人行使沉默权并要求与律师交谈,所有的政府讯问必须停止。^[63] 因此,赋予犯罪嫌疑人、被告人在审判前程序中享有沉默权,是阻断侦查人员实施肉体和精神强制最强有力的方法。

[62] *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 460 (1966).

[63] *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).

据此,未来我国《刑事诉讼法》应在审判前程序中赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权,同时应当摒弃有关“如实回答”的条款,从而尊重其“承认、否认或者拒绝回答的自由选择”。被羁押的犯罪嫌疑人、被告人一旦选择与讯问官员交谈,应确保有律师在场或全程录像。律师在场或全程录像,会减少讯问官员刑讯逼供或恐吓威胁的可能性以及犯罪嫌疑人、被告人陈述的不可信性。

2. 我国刑事审判是否必须遵循“被告人说话”模式?

比起纠问式刑事审判,我们更爱控辩对抗式审判模式。控辩对抗式审判,要求政府承担犯罪的举证责任,除非有正当理由不得依赖被告人积极告知事实真相。

我国《刑事诉讼法》第49条规定,“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”。第186条规定:“公诉人在法庭上宣读起诉书后,被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述,公诉人可以讯问被告人。被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人,经审判长许可,可以向被告人发问。审判人员可以讯问被告人。”第193条第3款规定:“审判长在宣布辩论终结后,被告人有最后陈述的权利。”据此,我国刑事审判在实行政府“证明指控”模式的同时仍然保留“被告人说话”模式。对于讯问和发问,被告人没有拒绝回答的权利,并且被告人最后陈述是法庭审判的一个独立而必经的阶段。

虽然我国被告人在刑事审判中必须说话,但是法庭环境是相对比较安全的,难以想象被告人会在法庭上被逼取口供。此外,我国刑事被告人不是证人,没有伪证罪的现实威胁,是否还有必要赋予被告人沉默权?

对于此问题,笔者认为,刑事审判直接决定着被告人的最终命运,即使没有刑讯逼供和伪证罪的威胁,检察官和法官的讯问本身即内含着一种强大的压力(尤其是在使用被告人有罪的定性话语讯问的情况下),这种压力可能导致被告人在法庭上被迫自证其罪或者因拙劣表现而使法庭对其产生不利推论;其次,检察官与被告人在法庭上处于讯问与被讯问的状态,这使被告方很难在法庭上与控诉方保持诉讼地位上的平等,并通过平等对抗来赢得同等胜诉机会;最后,法官有权讯问被告人,这使法庭难以保持中立地位,看似在帮助检察官追诉犯罪。

上述不足,是我国难以确立对抗式审判模式的关键因素之一,也是审判程序难以起到纠正错误追诉或者非法取证的主要原因。因此,为确保在审判程序中政府与人民的力量能够均衡、法官能够中立听审,我国有必要在审判中赋予被告人沉默权。

赋予被告人沉默权,意味着被告人在审判中不再必须说话,一方面对于公诉人、法官的讯问以及被害人等的发问,有权拒绝回答;另一方面被告人最后陈述不再是必经的审判程序,而仅仅是被告人的权利,可以主张也可以放弃,这将从本质上改变我国的审判模式,极大地提高被告人的人权保障。当然,赋予被告人沉默权,需要解决以下两个基本疑问。

第一,在审判中被告人一旦选择沉默,如果没有律师,法庭审判岂非演变成检察官或者原告的独角戏?“被告人说话”模式演变为“证明指控”模式,是以律师介入刑事诉讼为前提的。没有律师的有效参与,被告人无法保持沉默。我国刑事实践中的律师辩护率很低,根据浙江省高级人民法院的统计,2011年前审结的浙江刑事案件约70%以上的被告人在开庭中没有获得律师辩护。^[64]因此,我国要改变刑事诉讼对“犯罪嫌疑人、被告人说话”模式的依赖,关键要提高律师的辩护率,尤其是法律援助的比例。目前,我国的法律援助主要适用于犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人,或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人,或者可能被判处无期徒刑、死刑的案件,适用范围比较有

[64] 江耘:“浙江高院院长反思冤错案病灶:扩大刑事辩护范围”,载《中国新闻网》2014年03月08日。

限。对此,我们可以参考美国的做法,凡是可能判处关押刑以上的案件必须有律师的参与。

第二,在审判中被告人一旦放弃沉默权,其在法庭上是站在被告席上说话,还是站在证人席上说话?英美国家的被告人,经历了宣誓作证不适格到适格的发展,这对我国有很好的借鉴作用。因为被告人在有律师帮助辩护的情况下选择作证,此时被告人的证言与其他证人证言之间没有本质上的差别,被告人应当站在证人席上与其他证人一样庄严承诺如实作证,提供证言并接受控辩双方的交叉询问。

(四) 如何尽可能消解沉默权对查明案件事实的不利影响?

沉默权是犯罪嫌疑人、被告人自我防御的强有力方式。对客观真实的追求,不能成为刑讯等手段以及控辩力量悬殊合法化的借口。但是,放弃将犯罪嫌疑人、被告人作为有价值的证据来源,的确不利于实体正义的实现。因此,任何国家都期望犯罪嫌疑人、被告人能够在刑事诉讼中说话。如何在保障程序正义的同时尽可能实现实体正义,是每个国家刑事诉讼面临的难题。

当个人被赋予保持沉默的权利,对犯罪者而言,为了社会也为了自己,承认犯罪并接受惩罚是更为高尚的。自愿承认犯罪,是内在需要的,它有利于实现正义和改造的目的。^[65] 在美国,警察以中立的语气告知米兰达警告,又通过指出大量犯罪证据、利用个人弱点等谈话技巧使许多犯罪嫌疑人明智而理智地放弃沉默权。有学者在对三个司法管辖区的研究中发现,64%的案件中警察通过使用技巧取得了自白。^[66] 为了鼓励与政府合作,《美国联邦量刑指南》承诺给予那些提供政府关于所涉犯罪充分信息的被告人大幅度减刑。^[67] 此外,在92%的重罪指控案件中,被告人通过辩诉交易作了有罪答辩。^[68] 美国是将崇高的控辩模式和低俗的辩诉交易实践结合在一起的典范。

因此,为鼓励“犯罪嫌疑人、被告人说话”,我国在尊重沉默权的同时,在制度上应鼓励犯罪嫌疑人、被告人放弃沉默权。对于“坦白从宽,抗拒从严”的刑事政策,“抗拒从严”应当彻底摒弃,“坦白从宽”有必要予以制度上的完善,应将《刑事诉讼法》第118条第2款以及《刑法》第67条第3款规定的“坦白”后的“可以”从宽改为“应当”从宽。^[69]

此外,我们可以借鉴英美的做法,对沉默权的行使进行适当的限制,规定在某些特殊情况下例如警察在犯罪嫌疑人的被捕地或住处、衣物等地方发现了确信系通过参与被指控犯罪所得的物品、材料或者痕迹等,或者警察发现犯罪嫌疑人在犯罪发生前后的时间出现在某一地方,并确信他出现的原因是因为他实施了被指控的罪行等,警察要求犯罪嫌疑人作出解释而犯罪嫌疑人拒绝解释的,法庭可以在审判中就其拒绝回答作出对其不利的推论。

总之,反对自我归罪特权是刑事诉讼对于个人尊严的让步。自我保护是人的本能,如果一个人能够克服这种本能而选择自愿受罚,那么“这便是一种崇高的‘善’,人有为这种积极行为的道德义务”。^[70] 但是,要切记这种“善”只是一种值得鼓励的道德要求,而非法律义务。

[65] David Dolinko, *Is There a Rational for the Privilege against Self-Incrimination?* 33 UCLA L. Rev. 1063 (1986).

[66] Richard A. Leo, *Inside the Interrogation Room*, 86 J. Crim. L. & Criminol. 266, 300-301 (1996).

[67] Federal Sentencing Guidelines Manual (1995).

[68] Bureau of Justice Statistics, *Sourcebook of Criminal Justice Statistics*, at 486, 1994.

[69] 我国《刑事诉讼法》第118条第2款规定,侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定。我国《刑法》第67条第3款规定,犯罪嫌疑人虽不具有自首情节,但是如实供述自己罪行的,可以从轻处罚;因其如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减轻处罚。

[70] 平野龙一:《侦查与人权》,转引自孙长永:《侦查程序与人权》,中国方正出版社2000年版,第300页。

五、结语

反对自我归罪权,从产生之初即具有抵抗公权力滥用的基本精神,是英美法系国家在追诉犯罪中赋予犯罪嫌疑人、被告人的宪法特权,其主要目的方面在于禁止刑讯和其他不当的讯问方式,另一方面在于确保控辩双方的力量均衡。我国刑事诉讼虽然要求政府承担所控犯罪的举证责任,但是受传统纠问制诉讼的影响,刑事程序的设置仍然遵循“犯罪嫌疑人、被告人说话”模式。我国《刑事诉讼法》第50条“不得强迫任何人证实自己有罪”的禁止性规定,不能从根本上改变我国刑事诉讼对“犯罪嫌疑人、被告人说话”模式的依赖以及由此引发的刑讯逼供等非法取证现象,也不能从本质上改变控辩双方力量设置的悬殊以及由此引发的司法不公正现象。

为更好地落实我国宪法和刑事诉讼法“尊重和保障人权”的规定,让人民在每一刑事司法案件中感受到公平正义,我国有必要借鉴英美国家的经验将自我归罪作为权利加以构建。首先,将反对自我归罪权上升到宪法层面。宪法的确认,意味着反对自我归罪不仅是犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利,而且成为人之为人的基本人权,这不仅有助于人权保障,也有助于从根本上完善刑事诉讼的结构和实践。其次,刑事诉讼法应明确赋予犯罪嫌疑人、被告人反对自我归罪权,这既是对宪法反对自我归罪权在刑事诉讼法中的具体落实,也将极大地提高犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中与追诉方平等对抗的能力。最后,有必要在刑事诉讼中赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权,在审判前程序中阻断侦查人员对犯罪嫌疑人实施肉体和精神强制的可能性;在审判程序中摆脱“被告人必须说话”模式,确保控辩双方平等对抗、法官中立听审,更好地实现司法正义。

The Legal Sources in Anglo-American Law and the Jurisprudential Analysis of Privilege against Self-incrimination: And the Improvement of the Related Regulations about Criminal Procedure Law in China

Yue Hanwei

Abstract: “It shall be strictly prohibited to force anyone to commit self-incrimination” was added for the first time to Criminal Procedure Law of the PRC in 2012, but it is only a prohibitive provision for the personnel handling the case, much different from the international privilege against self-incrimination. reviewing the origin and developments of the privilege in UK and US will help us to understand why China should treat against self-incrimination as a human right, especially its constitutionalization will set an insurmountable limit of basic human rights protection for the government’s crime prosecution. Its extended right to remain silent will also help Chinese criminal procedure to change from “the accused speaks” mode into “testing the prosecution” mode, and to ensure the accuser and the defence can compete equally, the judge can hear neutrally, the judicial justice can be implemented better.

Keywords: self-incrimination; privilege against self-incrimination; the right to remain silent

(责任编辑:丁洁琳)

法律行为概念的再思考

窦海阳*

摘要:理解法律行为概念需综合“意思表示”与“依其内容产生法律效果”两个方面进行考虑。“意思表示”在于确定法律行为的基本结构即意思与表示,以及法律行为的具体运作过程即将内心意思表示于外的过程。“依其内容产生私法效果”在于确定私人自治行为与国家法律之间的关系以及法律行为的规范属性。综合而言,法律行为应当是民事主体通过意思表示在法律关系中对自身利益进行调整的具有规范性质的行为。

关键词:法律行为 意思表示 私人自治 个别规范

一、引言

我国《民法通则》第54条关于法律行为的立法定义是“公民或法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为”。尽管该定义一度成为界定法律行为的主流学说,^[1]但是随着我国理论界对法律行为研究的深入,越来越多的学者认识到该定义的错误,并对其进行了深刻的批判。^[2]此后,学者们逐渐向法律行为概念的传统观点回归,现在的通说是将法律行为界定为“以意思表示为要素,依其内容产生私法效果的行为”。^[3]

从目前的研究来看,对法律行为的关注多在“意思表示”部分。因为“意思表示”直观地展示了法律行为的实际运作过程,通过对它的阐释可以将抽象的法律原则转变成法教义学上能掌握的法条及

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。本文系司法部2013年度国家法治与法学理论基金项目“网络环境下意思表示错误问题研究”(项目号:13SFB3024)阶段性成果。

[1] 比如,佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第76页;陶希晋、佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1992年版,第214-215页。

[2] 参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第73-78页;龙卫球:《民法总论》,法律出版社2001年版,第478页;李永军:《民法总论》,法律出版社2009年版,第404-408页;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第508-514页;申卫星:“对民事法律行为的重新思考”,载《吉林大学社会科学学报》1995年第6期,第41-45页;高在敏、陈涛:“论法律行为的合法与本质——对民事法律行为本质合法说质疑之二”,载《法律科学》1998年第5期,第24-33页;薛军:“法律行为合法性迷局之破解”,载《法商研究》2008年第2期,第37-47页;朱庆育:“法律行为概念疏证”,载《中外法学》2008年第3期,第325-372页。由于我国学者已经对该定义作了全面且深刻的批判,本文不再重复。

[3] 比如,梁慧星教授认为,所谓法律行为,指以发生私法上效果的意思表示为要素之一种法律事实。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年版,第159页。张俊浩教授认为,法律行为是以意思表示为要素,并依该表示的内容发生法律效果的行为。参见张俊浩:《民法学原理》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第219页。马俊驹教授认为,法律行为是指以意思表示为要素,可依其意思表示的内容而引起民事法律关系设立、变更和终止的行为。参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2007年版,第180页。王利明教授认为,法律行为是民事主体旨在设立、变更、终止民事权利义务关系,以意思表示为要素的行为。参见王利明:同注2引书,第513页。李永军教授认为,法律行为是指以意思表示为核心要素的,主体为追求该意思表示中所含效果在私法上的实现的行为。参见李永军:同注2引书,第391页。

概念,以法律技术上的手段将法律秩序初步的正义判断分解为彼此相关的、相互协调的具体问题及其答案,由此能够解决大量出现在社会现实交易过程中的具体案件。^[4]

不过,“意思表示”并不能对法律行为概念的功能和目的等基本问题给予直接的阐释,也就是说仅通过意思表示难以看出法律行为是实现私人自治的工具。因为要想说明私人自治的问题,就必须阐释国家法律对此的规制情况,而意思表示直接展示的是私人之间的行为交流,并不能阐明私人行为在国家法律的规制下能否实现自治的目的以及私人的意思表示为何能在国家法律中产生效果。尽管意思表示在原来主观主义理论范式下试图解释此问题,但是其对于诸多现象却难以给出合理的解释,所以对法律行为概念的认识就不能只关注于“意思表示”。

对于法律行为概念的认识,学者的眼光应当超越实证的规定,将其囊括,借此表现理念、法制度的意义核心。也就是说,法学如果想理解作为实证法规制基础的评价决定以及由此产生的各种问题,就不能仅仅停留在技术性解析上,而是要在此基础上进一步探究隐藏于后的深层次功能、目的,确定其本质含义。^[5] 与其他领域的概念不同的是,法律领域的概念都是应某个特定目的而产生的。法律是社会生活的行为规范,但规范并不是制定法律的目的,而是为实现某个目的的手段。人们之所以确定某个法律概念,就是希望通过这个概念达到预定的目的。因此,在对法律概念的界定上,更多地应当考虑其目的。^[6] 那么,界定法律行为概念要考虑的不仅仅是意思与表示这种私人交流的技术性问题,更需要阐明通过处理私人行为与国家法律之间关系来实现和维护私人自治这一目的。对后者的考虑能够充分地回答为何依照意思表示的内容可以产生私法的效果。这对于理解法律行为概念的基础与本质更有助益,然而它却在很大程度上被忽视了。^[7] 因此,对于法律行为定义的思考,需兼顾“意思表示”与“依其内容产生私法效果”两个部分。本文将对这两个部分进行全面的阐释,以对法律行为的定义作一些有益的思考。

二、意思表示的基本结构及真正用途——“意思表示”的诠释

(一)“意思表示”的基本结构

“意思表示”作为法律行为的定义是由萨维尼(Savigny)在《当代罗马法体系》一书中明确、完整地提出来的。萨维尼以康德(Immanuel Kant)的伦理人理论为哲学基础,认为人具有一种与生俱来的能力,可以通过自己的意志直接设定关系、产生效果。那么,在法律制度的建构中,人的意志应当是基础和核心,只有涉及意志的行为才能在法律上产生效果。^[8] 因此,涉及意志的自主行为可以根据行为人的内心意思直接指向法律效果,使得法律关系得以产生或解除。萨维尼就将这种自主行为称为意思表示或者法律行为。^[9] 可见,在萨维尼的定义中,法律行为被等同于意思表示,即可以产生预期法律效果的意思表示。

[4] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务出版社2003年版,第358-359页。

[5] 同注4引书,第358-359页。

[6] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第59-61页。

[7] Cfr. Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, pp. 31-32.

[8] Cfr. Massimo Brutti, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 9, Milano, 1980, pp. 265-268.

[9] Cfr. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale (III)*, tradotto da V. Scialoja, Torino, 1889, pp. 5-10.

意思表示由意思和表示两部分组成,通过这两个部分的运作,法律行为得以具体实施。对于这两者之间的关系,萨维尼认为,意思表示其实就是通过表示使内心意思展现于可被感知的外部世界的过程。因此,意思是基础,表示仅仅是附属条件,而非必要的构成条件,它的存在仅仅是因为意思的内在于性,不能直接为外界所认知,所以才需要一种外在形式进行表达,否则表示根本就没有存在的必要。同时,萨维尼认为意思与表示在本质上是相互关联的,在一般情况下,意思与表示的一致是必然的。但是,这并不否认两者偶尔会出现不一致的情况,比如意思表示的错误等。在这种偶发情况下,应当采纳意思主义,即以意思为评判标准去探求行为人内心的真实意思。而且,在寻求内心真实意思的时候,应当从当事人缔结或者实施法律行为时的主观方面去认定,而不能从外在表示去推定,否则就不能发现行为人的真实意思。外在表示仅仅是一种将行为人的内心意思表达于外的手段,只有在正确表达内心意思的情况下才有价值。如果不问行为人的真实意思,就会背离建构法律行为制度所遵循的自由主义宗旨。只有尊重行为人的意思,使其真正的意思得以实现,才是保障行为人自由的正当途径。^[10]

萨维尼的界定后来成为对法律行为概念的经典定义,为19世纪众多法学家所沿用。比如普赫塔(Puchta)在其著述中认为,行为的效果与行为,尤其与行为人的意思有着双重的关系,如果法律效果存在于行为人的意思之中,也就是说,法律效果是基于行为人的意思而产生的,那么,这就是法律行为。^[11]温德莎伊德(Windscheid)在《潘德克顿教科书》中也认为,法律行为就是民事主体指向权利设立、消灭以及变更的意思表示。^[12]邓因伯格(Dernburg)在《潘德克顿》一书中同样指出,法律行为是民事主体用来设立、变更或者消灭法律关系的意思表示。在法律行为中,法律的效果取决于民事主体的意思。^[13]

然而,随着个人主义的没落,社会思潮逐渐从原来对个人主义的绝对拥护转向对社会连带性的考虑和肯定。相应地,法学家们也开始反思在法律制度建构中对意志的极端推崇所造成的缺陷。在法律行为方面,学说开始缓和萨维尼等人观点中对意思的过度突出和对表示的过分贬低,从克服内心意思的主观性等方面入手,在人的意思之外确定了其他可以被社会公开认知并进行评判的要素,原来的意思表示定义逐步地摆脱了纯粹意思主义的窠臼,法律行为也逐渐与意思表示区别开来。比如茨泰尔曼(Zitelmann)指出,旨在引起另一个主体作出反应的意思表示,除了需要行为人明知行为后果的意思之外,还需要具有该意思的主体表明这种意思的手段,即对这种意思的表示。^[14]借助于对这种意思的表示,在现实世界中引起其他主体作出反应,使得这些主体为了预期的效果进行合作,这样才可以产生、变更或者消灭他们之间的法律关系。因此,行为人明知行为后果的意思与对这种意思的表示都应当作为法律行为的必要构成条件。^[15]恩那彻鲁斯(Enneccerus)也作了类似修正,他主张法律行为中的意思是内心的一种精神活动,因此必须通过表示行为向外界进行表露。表示行为不仅是对内在意思的证明手段,而且也是法律行为必需的构成要件。表示对于法律行为的必要性,就像一部制定

[10] Cfr. Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, p. 34.

[11] Cfr. *Gerg Friedrich Puchta*, *Pandekten*, 9, Leipzig, 1863, S. 74.

[12] Cfr. *Bernhard Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band I, Düsseldorf, 1862, S. 144.

[13] Cfr. *Heinrich Dernburg*, *Pandekten (I)*, Berlin, 1884, SS. 207-208.

[14] Cfr. *Zitelmann*, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, S. 41 ff., 240 ff.

[15] 同注14引书,第243-248页。

法一样,必须经过公布才能生效。^[16] 基于这种考虑,恩那彻鲁斯在后来出版的书中明确指出法律行为是“追求一定法律效果的意思以及对该意思的表示”。^[17] 在此基础上,学者们对意思表示与法律行为作了进一步区分。^[18] 他们认为,法律行为在一些情况下可以等同于意思表示,但是意思表示不能完全涵盖法律行为。要形成完整的法律行为,除了意思和表示之外,还应当承认官方行为、法定的前提条件等其他可能的影响因素。比如在要式合同中,合同的成立与生效必须有法定的形式,如书面形式、行政审批等。如果只有行为人的意思表示,合同双方虽然达成合意,却没有履行法定的形式,法律行为也不成立或生效。

关于意思与表示的关系,恩那彻鲁斯等人赞同萨维尼的处理方式,认为尽管意思与表示同属于法律行为必不可少的构成要件,但是它们却并不是同等重要的,当它们之间存在分歧的时候,除了少数例外,内心的意思仍然是优先的。^[19] 不过,在赞同意思主义的同时,学者们也认识到它所存在的问题:如果绝对地坚持意思主义,会导致很多弊端,其中非常明显的一点就是不利于保护相对人以及第三人的利益,因为人的内心意思是纯粹主观性的活动,难以为外人所了解,这样,如果行为人故意隐瞒自己的真实意思而作出虚假的表示,就很容易对相对人或者第三人的利益造成损害。因此,学者们提出了“信赖原则”和“责任原则”,也就是说,当意思与表示产生分歧时,应当以意思为准,但是这不能损害相对人或者第三人基于对行为人的信赖而产生的利益。如果分歧可归咎于行为人自己的过错,那么,该行为人应当对自己作出的违背内心的虚假表示承担相应的责任。^[20] 这种对意思主义进行限制的主张得到了学者们的广泛认同,对法律行为概念的界定应当以“意思”为基础并兼顾“信赖原则”和“责任原则”。^[21] 正如费拉拉(Ferrara)所指出的,对传统意思表示定义的这种修正就是对法律行为概念认识的新发展,法律行为概念应当被界定为“旨在达到一个现实目的的意思表示,而这种意思表示又由涉及主体责任和他人信赖的法律制度所限制和保护”。^[22]

(二)“意思表示”的真正用途

通过上述梳理可以看出,对法律行为的界定起初是完全以“意思表示”为内涵的,在后来的发展中,虽然经历了一定程度的修正,但是其内核并没有发生实质性变化。这种界定以精确的技术性手段把法律行为的构成拆解成意思与表示这两大组成部分,在此基础上还进一步将意思分解成目的意思、效果意思、行为意思、表示意思等要素。^[23] 通过对这些组成部分之间关系的处理,形象地描绘了人的内心所想通过行动表露于外并产生效果的运作过程。这种界定对于精确解析法律行为意义重大,由此可以了解法律行为的具体构成,也可以知晓法律行为的实际运作,还可以从法律行为在正常状态下的构成和运作看到行为的瑕疵状态,然后通过相应的手段予以处理。总的看来,“意思表示”偏重于在

[16] Cfr. *Enneccerus*, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1888, SS. 56 - 60.

[17] Cfr. *Enneccerus/Nipperdey*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch*, Tübingen, 1960, SS. 864 - 896.

[18] 将法律行为区别于意思表示的学者论著,参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第30页;[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(第33版),张艳译,杨大可校,中国人民大学出版社2012年版,第75-76页;[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第294页;等等。

[19] 同注16引书,第67页。

[20] 同注7引书,第38页。

[21] Cfr. *Messineo*, *Manuale di diritto civile e commerciale (I)*, Milano, 1957, p. 479 ss.; *Barbero*, *Sistema del diritto private italiano (I)*, Torino, 1965, pp. 419 - 425.

[22] Cfr. *Cariota - Ferrara*, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1933, pp. 73 - 77.

[23] 关于意思具体要素的分解,学者之间观点不同。参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第165-171页。

技术层面上阐释法律行为概念。

当然,学者们对“意思表示”的期许并不仅限于从纯技术角度拆解法律行为,他们还希望通过“意思表示”对法律行为概念的本质以及相关的具体制度给出合理的解释。然而,从诸多现象来看,它难以担此重任。

首先,萨维尼等人的意思表示定义将“意思”视为法律行为的本质,“表示”被当作可有可无的附属。当意思与表示存在分歧的时候,应当追寻内心的原意。这种主张最大的缺陷在于忽视了对相对人以及第三人利益的保护,对交易正常、有效的进行极为不利,而且也必然导致所谓的真意保留、虚伪表示等现象的泛滥。^[24] 为了弥补缺陷,修正后的定义指出,“表示”不仅仅表现为一种对内主观状态进行外部化的证明手段,而且还表现为法律行为的一项基本构成要件。因此,将“表示”视为实现内心意愿的认知手段是远远不够的,还需要通过“表示”这项构成要件来实现法律行为,对于法律行为来说,“表示”与“意思”具有同样的重要意义,都属于本质范畴。^[25]

不可否认,意思的内在性必须进行外部化表示,这样才能为外界所认知。但是,从对表示的需求到将表示作为法律行为的一项基本构成要件,这种转变存在着逻辑上的跳跃。内心意思与外在表示是两个完全不同质的事物。根据学者的解释,意思是一种本身就可以独立存在的精神性事实,法律对其予以考虑是为了将它与法律效果进行联系,而表示则是一种将内心意思外化的行为。前者具有纯粹的主观性,后者则带有强烈的客观性色彩。^[26] 将这两个不同性质的事物视为同一个概念的本质,必然会使对法律行为概念本质的认识产生混乱,在现实层面以及法律层面造成对立。正因为如此,有学者试图消除意思表示中“意思”与“表示”的双重性,指出意思表示不应被分裂成一个作为心理基本事实的意思行为和一个与其相区别的仅在公开内心意思的表示行为,意思表示应当属于本质统一体。^[27] 但是,这种观点与萨维尼所主张的“意思与表示本质上相互关联”的统一性并无二致,仍然面临着当意思与表示不一致情况下的选择。因此,单纯以“意思表示”来界定法律行为概念的本质,就必然面临着分裂的困局。

其次,在法律行为具体制度的解释方面,“意思表示”难以自圆其说。依照萨维尼等人当初的观点,行为人可以按照自己的意愿变动自身的权利义务关系,法律效果的产生以自己的意思为依据。甚至在其早期观点中,为了表达对个人意志的尊崇,在外在表达与内心意思不一致的情况下,也以行为人的意思为准。然而,正如王伯琦先生指出的,将法律行为的效果完全归因于表意人的意思,此系个人主义的结果,与客观事实全然不符。^[28] 的确,在法律行为制度的建构中,很多情况下的法律效果并非完全取决于行为人的意思表示,还与其他因素有关。比如,在效力待定的情况下,若法律行为得不到追认权人的追认,就无法产生相应的法律效果。再比如,当行为人意图规避法律而通谋虚伪时,法律效果的确定并不依据行为人的意思,而是根据法律的价值和逻辑,这样常常会产生与行为人本意相左的结果。在上述情况中,最终产生的法律效果与行为人的本意或多或少存在着差别。因此,如果在法律现实中观察法律行为,就可以看到很多法律效果并非取决于意思表示的例外情况。实际上,对于法律效果的确定,需综合考量各种因素,包括主体、客体、形式、意思、表示等。法律对这些因素设置相

[24] Cfr. Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, pp. 55 - 58.

[25] Cfr. *Manigk*, *Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäft*, Breslau, 1901, S. 99 - 103.

[26] 同注7引书,第44页。

[27] 弗卢梅:同注18引书,第67页。

[28] 参见王伯琦:《民法总则》,台湾国立编译馆1979年版,第149页。

关规则,符合这些规则的,可以达到行为人希冀的结果。如果违背了这些规则,就不能产生行为人所希望达到的法律效果,而最终的后果则根据法律的价值和逻辑予以确定。因此,法律效果的产生并不仅仅依据行为人的意思,而是根据包括意思在内的各种因素所组成的总体。这正如拉德布鲁赫(Radbruch)所说的,“意志从来不能创造义务,无论是他人的义务,还是自己的义务。它最多可以希望产生一种态势,这种态势由凌驾于意志之上的通行规范与义务联系起来”。^[29]

不过,有学者如赫培尔(Hippel)教授指出,对于意思表示产生法律效果的问题应当适用“最基本事实”的标准。^[30] 根据这个标准,只要作出的意思表示可以产生某种法律效果即可,而不论该意思表示是否有效,也不论该法律效果如何。即使是无效的意思表示,也对法律效果的产生具有决定性作用,因为在这种情况下,意思表示仍然可以作为某种法律效果比如损害赔偿责任的根源。这种观点尽管维护了法律效果根源于意思表示的观点,但实际上却已经背离了意思表示定义所想达到的目的,即行为将内心意思表示出来,希望达到与之相符的法律效果,从而按照自己的意愿变动自身的法律关系。事实上,行为无效的后果并非行为人的本意,也不是意思表示的内容,而是根据法律的规则所确定的结果。行为人的意思表示仅仅是最终结果产生的原因之一,不能为了拔高意思表示的地位而忽视其他因素的作用。

此外,支持意思表示定义的学者强调在多数情况下行为人希望发生的可能就是最后实际发生的。于是,以“一般情况”作为评判标准,认为“在法律行为中希望的即为最后发生的”是常态,即使存在着特殊的、个别的情况,也可以推导出最后所发生的就是行为人所想的。但是,这种解释忽略了一条基本规则,即对一个概念的定义不能从仅仅是该概念所包括的“一般情况”中推论出,这种情况仅仅是一种常态性的存在,必然存在着与之相对立的例外情况。对于概念的定义应当从恒久的情况中推论出,这种恒久的情况是必然发生的,具有永恒不变的性质和结构。^[31] 只有从这种情况中推论出来的定义才是对概念真正的本质性定义。意思表示定义把法律行为的效果根源归结为行为人的意思,正是忽视了这条基本的规则,从所谓“一般情况下行为人所想的就是最终所发生的”推导出所有的情况都是如此,忽视或者掩盖了例外情况的客观存在,难以对问题作出圆满的解答。

最后,在术语的结构方面,“意思表示”(Willenserklärung)也有不妥之处。从整体来看,该术语过于宽泛。萨维尼对“意思表示”的提出是经验性、事实性的,即以人具有精神活动这一生理事实为基础,根据人类的一般经验发展出了“意思表示”,而人的精神性活动不仅涉及到法律的内容,更多地可能包含宗教、伦理、习俗等内容,这样的精神活动应当与法律进行区别。因此,本身包含着众多内容的意思表示不能被适当地、精确地界定为法律行为的本质。从具体来看,该术语过于模糊。“意思”一词非常概括,没有明确的指代,因此,有学者指出这种泛泛的表述在一个具体的概念中显得累赘多余,倒不如将“意思表示”中的“意思”替代为更为专门的、指示性更强的表述,明确地涉及内心所希望达到的后果,比如对“要约进行承诺或者撤销”的表示、对“合伙人入伙同意”的表示、对“无权代理人行为进行追认”的表示等,这样才能使表述具有规范价值,在法律上才有实际意义。^[32] 相应地,“表示”一词也没有法律意义上的明确指代。只有当“表示”可以确定地表明该行为是旨在形成法律关系的意思

[29] 参见[德]拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第146页。

[30] Cfr. Fritz R. Ferdinand von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie; Beiträge zu einem natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1936, S. 8.

[31] 同注24引书,第57-63页。

[32] 同注24引书,第55-56页。

表示时,才能将私法形成法律关系的行为与那些仅在法律交往中具有法律上相关性的举动区分开来。另外,从语义上来看,“表示”无法涵盖不具有宣示意义的意思实现行为,而这部分也应当被纳入到法律行为中。^[33]

综上所述,仅依靠“意思表示”来界定法律行为概念,对于一些基础性问题难以作出合理的解释。究其原因,在于没有随着理论背景的变迁正确定位其真正用途。“意思表示”是以意志论为基础发展而来的。意志论是自然法学派在极度拔高个人意志、宣扬个人主义的基础上提出的,该理论主张个人意志至上,因而个人的主观意志优越于客观法律,是客观法律依据,包括法律行为在内的法律制度的建构应当建立在个体意志的基础之上。^[34]那么,在此背景下,自然就将“意思表示”视为法律行为概念的本质,并对个人意志予以尊崇。这从根本上割裂了私人行为与国家法律之间的关联,实际上是将人能够进行精神活动这样的自然能力扩大化,忽视了法律规范所需要的行为能力,混淆了贯彻自由意志的自然法观点与私人自治的实证法特征。^[35]随着社会思潮从个人主义向社会连带主义的转变,意志论的根基也随之动摇。在尊重个人主观意志的同时,社会客观秩序也得到了强调。因此,法学的基本理论范式从极度宣扬个人意志的主观主义向强调法律秩序的客观主义转型。在法律行为制度的建构中,个人意志之外的法律秩序等客观因素也得到了更多的体现。^[36]在以私人自治为基础的同时,还强调将民事主体的活动限定在法律规定的界限内,私人意思要想达到目的,需要法律的准予和配合才能实现。在这种情况下,“意思表示”定义原先的理论预设无法与实际的制度建构相匹配,难以解释意思表示之外其他因素的存在。虽然学者们不断修正“意思表示”定义,通过强化“表示”的地位或者增加信赖等约束原则来矫正原来定义的偏差,但是不论如何修正,“意思表示”定义都难以摆脱困局。

在理论背景变迁的环境下,还需要结合其他方面对法律行为概念进行界定。法律行为的目的在于实现私人自治,而私人的自治既需要国家法律的保障,也应当受到国家法律的规制。因此,对于法律行为概念的认识,还需要从实现私人自治入手,考察私人自治行为与国家法律规制之间的关系。

三、私人自治与国家法律规制——“依照意思表示内容产生私法效果”的诠释

(一) 私人自治的界定

民事主体通过意思表示,向他人表达自己的意愿,从而对自身利益作出安排,这就是私人自治。不过,私人自治仅仅是一种社会现象,并不等于它必然能在法律上有自治的效果。那么,民事主体的意思表示为何能产生私法上的效果,也就是私人自治与国家法律究竟是什么关系?这首先需要从私人自治进行界定。

对于私人自治的分析,传统的意思表示理论往往会从精神层面出发,将其替换成意思自治,而忽视了它是一种区别于主观活动的客观事实;或者仅仅在私法自治这个法律原则中附带地提及,将其视

[33] 弗卢梅:同注18引书,第91页。

[34] 参见薛军:“法律行为理论在欧洲私法史上的产生及术语表达问题研究”,载《环球法律评论》2007年第1期,第38-40页。

[35] Cfr. Francesco Gazzoni, *Manuale del diritto privato*, Napoli, 2011, pp. 775-776.

[36] Cfr. W. C. Sforza, *Diritto: principio e concetto*, Voce di *Enciclopedia del diritto*, vol. 12, p. 637 ss.

同为法律行为,而忽视了它本身是一种有待法律评价的独立的社会事实。私人自治构成法律行为的事实基础,但是并不等同于法律行为。因此,对于私人自治的考察,需要正本溯源,将其作为客观的社会事实来看待,从这个角度进行解析。

从历史经验以及理论判断来看,理性的主体是自身利益的最佳判断者和行动者。如果由个人进行自主决定,他可以在与他人的关系中理性地指挥自己的行为,将所有的因素配置到最能产生效益的地方,从而达到利益的最大化。与私人自治相对立的是国家计划。在这种状态下,每个人所有的生活都是由国家行政计划来安排和支配,个人不能自主决定。然而,国家的计划性调整手段具有缓慢、低效等特性,常常会造成资源的浪费。^[37]因此,国家通常会通过法律制度来发挥私人自治的作用,法律行为制度就是其中最重要的制度。

不过,法律行为与私人自治并不能被认为是必然统一的,因为私人自治其实是一种普遍存在的社会现象,在社会的各个领域都广泛存在。法律不可能将所有的自治现象都囊括到规制对象之中,而只能择取其中具有显著意义的现象。那么,法律行为制度主要针对的是哪些自治现象?

我们首先需要对一般性自治进行分类,确定其不同的适用领域。根据针对社会关系的不同,主要可以分为政治领域的自治(比如政党的选择、地区政务的自我管理等)、经济领域的自治(比如合同、遗嘱的订立等)、社会生活领域(比如婚姻的缔结等)、宗教领域的自治(比如宗教的选择、教派的选择等)以及其他领域的自治。在社会发展过程中,人类社会的普遍经验是将合同、婚姻、遗嘱等民事关系整合到法律行为制度之中,这些关系大多属于经济领域,也涉及社会生活领域。因此,受到法律行为制度规制的自治主要发生在经济领域,也会涉及社会生活领域,而不涉及政治、宗教等领域。

在此基础上,需要确定法律行为所指向的私人自治是一种个人性自治,还是一种社会性自治。前者是指人的行为所关注的重心是孤立的个人,也就是说这种行为构成纯粹的个人能力;后者则是指人的行为不仅是对他自己的,而且还涉及社会上的其他人。^[38]如果一个主体对自己利益的处理是在与另一个主体的关系中进行的,就属于社会性自治。毋庸置疑,在经济领域和社会生活领域所进行的自治都是行为人在与他人的关系中进行的,法律行为并不能被认为是纯粹的某种个人能力的实施,而是一种为了与他人形成社会关系而脱离纯粹个人领域的行为,应当归属于社会性自治的现象之中。

由于法律行为概念中的私人自治是在经济领域和社会生活领域的一种社会性自治,因此,应当将私人自治与意思自治区分开。传统的意思表示定义基于意思主义,往往将私人自治与意思自治视为同一。但是,这两种自治在本质上却存在区别。意思自治强调的是精神世界中个人意志的自由与主导,并在法律秩序中处于决定性地位,这种自治具有主观性、个人性;私人自治强调的是主体在社会中与他人的关系,在此关系中私主体可以对自身利益进行自我处理,这种自治具有客观性、社会性。因此,属于社会性行为的私人自治与属于精神性行为的意思自治分属于不同的世界,不能混同。

当然,可能会有这样的反驳意见,即将私人自治理解为一种社会性行为而否认其与意思自治的统一,会陷入严重的矛盾之中,因为私人自治本身就是个人主义的产物,它使得个人可以根据自己内心的意思对自身利益进行处理,无法脱离个人意愿,这种矛盾只有通过回归传统的意思主义理论才能克服。对此需要强调,这里的讨论是为了确定法律行为中的自治应当被视为一种精神现象还是一种社会现象,然后再据此对法律行为概念作出界定,至于这种自治的产生机理并不是关注的重点。事实

[37] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第142页。

[38] 同注7引书,第87页。

上,将法律行为的自治确定为一种社会现象,并非拒绝承认个人在精神层面上的自治现象,也并不否认这种内心意思对实施私人自治所具有的作用。的确,私人自治的直接根源是个人的内在意思,正是表意人的内心所想促动行为的实施并在法律上产生效果,但这并不意味着在法律行为的概念层面上私人自治与人的内心意思是分不开的。相反,合理的解释应当是内心的意思仅仅构成私人自治的一种前提。对于法律行为中自治的理解,应当从客观的视角,在社会意义上进行,因为法律作为社会规范体系,针对的必定是社会现象,而不可能针对精神现象或自然现象。法律行为中的自治必定是在其社会意义上提出的,承载着一种特殊的社会价值,而不是在自然的或者精神的意义上提出的。在对法律行为概念的界定上,不能将作为社会性行为的私人自治与作为精神现象的意思自治混为一体。

在界定私人自治的范围之后,需要进一步确定私人自治的特性。本文认为,法律行为中的私人自治所具有的特性是约束性,即这种行为对于当事人来说具有约束力。如上所述,通过私人自治,民事主体可以根据自己的判断在经济领域、社会生活领域安排自己的财产权益和人身权益。不过,如果这种行为仅仅赋予当事人自主行动的可能,但对自己或者他人没有约束力,当事人可以随意决定是否履行而没有任何消极后果,那么当事人就很难获得这些利益。或者即使当事人获得了这些利益,却不能保有它们,那么这种行为也没有实质意义。因此,私人自治应当具有约束力,以对当事人起到约束作用。

事实上,这种行为的确具有约束力,而且这种约束力与国家法律并没有必然的联系,它在国家法律介入之前就已经客观存在了。对此,贝蒂(Betti)等学者从法律史角度进行了例证。^[39] 比如,互易是商品交易中最常见也是最简单的手段,在原始社会中就已经广泛使用。众所周知,在原始部落中,并没有国家机器明确建立起来的法律制度,然而,原始部落的人们还是以极其谨慎的态度,比如通过非常繁琐的程式,来完成物品的交换。在这种交换活动中,双方当事人都充分认识到了这种活动对自己所产生的约束力。^[40] 再比如,买卖、租赁、合伙、委托等使用频繁的合同也是产生于法律秩序明确建立之前的社会生活中,原本也没有得到法律的规制。只是当它们发展到一定程度之后,并且经历了实践的检验,国家法律才对这些社会常见的合同进行一般性的评价,赋予这些合同以法律效果。在法律介入之前,当事人订立的合同必须得到遵守的原则并不是具体法律制度提出的要求,而是渊源于道德,因为约定作为人类的一项道德行为是具有约束力的。^[41]

可以看出,在法律规范调整之前,私人自治行为根据国家法律之外的社会准则对当事人具有约束力,也就是说,这种对主体之间利益进行自我规制的行为并不是当事人单纯的内心打算,可以任意地决定遵守或者不遵守,而是被作为一个具有约束力的客观标准。这个标准应当被遵守,否则当事人就会受到或多或少的、确定的惩罚。这些惩罚既有特殊的(比如具体的反击措施或自我保护措施),也有一般的(比如社会信誉的丧失或者减损,使其不能或者很难再发展新的事业),总之,可以给不遵守私人自治行为的人带来消极后果。相对于这些社会性准则来说,法律仅仅是一个补充,并且是在逻辑上

[39] 同注24引书,第40页。

[40] 对此,霍贝尔(Adamson Hoebel)在《原始人的法》一书中通过对伊富高人的考察也提供了具体的例证。根据伊富高人的习惯,对于稻田、世袭财产、林地等财产的转让需要通过“伊保义”这种严肃的宗教仪式进行。对于其他普通财产的转让,虽然不需要通过上述复杂的宗教仪式,但是也需要代理人或中间人安排一次活动或者对这类物品提供一种象征性的誓言。参见[美]霍贝尔:《原始人的法》,严存生等译,法律出版社2012年版,第85页以下。他们之所以惯常采取繁琐的程式来完成财产的转让,不仅是为了补全当时社会信用不发达的缺陷,更是为了向众人表明该行为对自己具有约束力,自己应当履行自己的诺言。

[41] 参见[德]克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第55页。

后出现的事物。在法律出现之后,原来作为依据的社会准则仍然保持着基础性地位。^[42]正因为如此,法律中仍保留了一些源于道德的社会准则,比如,我国《合同法》第5条规定的公平原则以及第6条规定的诚实信用原则。当某个案件找不到明确的具体规范可以适用的时候,可以援引这些社会准则来进行裁判。

(二) 国家法律的规制

私人自治允许民事主体按照自己的意愿在与他人的关系中调整自身的利益,但是这并不意味着个体可以随心所欲地形成法律关系。弗卢梅(Flume)曾指出,在法律行为中应当适用“无法律即无行为”(nullum negotium sine lege)的原则。^[43]根据这个原则,行为(negotium)需要法律(lege)才能成为法律行为(negotium iuridicum)。私人自治不应被误解为一个不受国家法律影响的领域,相反,它存在于由国家法律所给定的范围之内,私人只能选择行使那些为国家法律秩序所认可的行为类型。^[44]而且,如前所述,私人自治所具有的约束力并非法律意义上的,而仅仅是伦理意义上的,源于道德等社会准则。如果违反了自治行为设置的规则,带来的仅仅是纯粹伦理意义上的负面影响,而得不到国家法律的保障,那么这种行为的社会价值就大打折扣了。因此,私人自治需要且应当上升到法律行为层面。

私人自治上升到法律行为这一层面,必须在国家法律的规制下方可实现。按照逻辑顺序,国家法律的规制应分为两个阶段:第一阶段由国家法律判定私人自治行为是否具有法律意义;第二阶段由国家法律判定对具有法律意义的私人自治行为应否予以承认,是否有效。

在第一阶段,如前所述,法律会从各个领域择取具有重大意义、可以为法律调整的私人自治行为,确定其在法律上的意义,排除其他的私人自治。在这个阶段,如果法律确定私人自治行为不具有法律意义,那么就不再对其进行法律调整。只有法律首先确定行为具有法律意义,才会将其纳入法律的调整范围。在这种情况下,私人自治被当作由国家法律抽象地、一般性地调整的法律关系具体化的前提和原因。也就是说,在法律规范抽象规定的基础上,私人自治行为针对具体情况,设置规制具体法律关系的具体规则,从而对民事主体之间的法律关系进行具体调整。^[45]其实,国家法律在此仅仅是确认私人自治的主体在法律上拥有一种具体的安排和决定的权能,它可以用来产生、变更或者消灭该主体与他人之间具有约束力的关系。在这种关系中,民事主体对自己的利益进行直接的、个人性的、具体的调整。至于通过这种权能进行调整的法律效力以及最终的法律效果如何,则由国家法律在下一阶段判定。

经过第一阶段的评判,最终被确定为具有法律意义的私人自治行为其实就已经上升为法律行为。在此基础上,国家法律对行为的评判还要继续。在第二阶段,国家法律对法律行为担当最终裁决者的角色,根据其权威,通过一定手段对行为的具体内容进行评判,力求达到个人追求与法律追求的社会价值和目标相一致。在私法中,私人生活由其自身规划,为自己立法的情形属常态,但这并不妨碍国家法律为了管控私人自治活动而设置具有约束和限制性质的强制性规范,即排除当事人意志且必须得到遵守的规范,它通过“不得”、“应当”等技术性语言以及体现法律所追求的社会价值和目标的规

[42] 同注24引书,第46页。

[43] 弗卢梅;同注18引书,第27页。

[44] 施瓦布;同注18引书,第298页。

[45] 同注24引书,第45页。

则确立行为的底线,达到约束和限制自治行为的效果。对法律行为进行评价的强制性规范,以往我国并不在公私法上进行区分。然而,学者们认为这种混同可能导致私人自治空间被国家权力所挤占侵蚀,需要区分私法类强制性规范和公法类强制性规范。^[46] 私法中的强制性规范属于规定形成或处分权利义务界限的规范,对它的违反可能使得行为在获得有权者许可之前不生效力,比如我国《合同法》第9条关于合同当事人须具备相应权利能力、行为能力的规定以及第10条关于书面形式的规定。对于这类强制性规范的违反,并不导致行为的绝对无效,可以通过追认(《合同法》第47条)或者实际履行(《合同法》第36条)予以补正。在这些情况下,法律无意阻止法律行为的实施,而更多地是希望对其实施的可能性在范围上进行一般限制,从而更好地引导这些法律行为。^[47] 公法类的强制性规范属于强令或禁止一定行为的规范。对于这类规范的违反,法律将法律行为的实施与惩罚(或者与惩罚相类似的措施)联系起来,通过制裁手段来阻止法律行为的实施。^[48] 比如我国《婚姻法》第10条规定的重婚导致婚姻无效。这种法律行为的无效后果还会面临《刑法》第258条重婚罪的制裁。不管是具有自治性质的私法类强制性规范,还是具有管制性质的公法类强制性规范,都具有强制性。^[49] 违反它们的法律行为都会被给予消极评价,即法律认为该行为具有可归咎之处,不符合法律所追求的社会价值和目标,因此,对该行为不予承认,或者确定其无效,或者确定其不生效力。当然,这种行为在法律上仍然具有一定意义,只不过实际发生的法律效果与当事人所追求的目的存在差距。相反,对于遵守强制性规范的法律行为,法律会给予积极评价,即法律认为该行为符合法律所追求的社会价值和目标,值得保护,因此对该行为予以承认,确定其有效,将该行为纳入法律的保护之下,并促使和保障其最终产生的法律效果与当事人所欲达到的目的相一致。

需要注意的是,尽管国家法律的评判会对法律行为产生如此大的影响,但是,国家法律仅仅是通过对规范本身的处理措施强化了行为原本依据法律外社会准则所具有的约束力,使它更为稳固,而并没有使行为的内容发生实质的变化。也就是说,国家法律的介入并不会以其他目标取代当事人原本追求的经济或社会目标,而只是将原本受道德等因素保障的权利义务转化为受法律秩序认可的权利义务。

当然,法律出于促进交易、节省成本等的考虑,会设置一些任意性规范,通过这些规范对因当事人考虑不周而造成的行为内容的缺漏予以填补,在一定程度上改变了行为的原有内容。但是,这种任意性规范仅仅是在自治行为的基础上,出于更好实现当事人利益的考虑而增加的内容,是从社会一般交往规则抽象而来,或者合乎当事人推定的意思(动产所有权自交付时移转),或者合乎事理公平(出卖人须承担瑕疵担保责任),它们在当事人意思表示未及之处以补充规范的面目出现,并未悖逆当事人的意思。^[50] 这种规范对于当事人来说没有强制效果,当事人可以遵守,可以对其进行修改,也可以弃之不用,在本质上不会改变法律行为的内容。

综上所述,我们发现法律行为其实是由私人自治行为与国家法律共同运作而形成的。对于法律

[46] 参见苏永钦:“私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型和立法释法方向”,载《中外法学》2001年第1期,第1-21页;孙鹏:“论违反强制性规定行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解与适用”,载《法商研究》2006年第5期,第122-129页;谢鸿飞:“论法律行为生效的适法规范——公法对法律行为效力的影响及其限度”,载《中国社会科学》2007年第6期,第124-142页;等等。

[47] 参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第44-48页。

[48] 参见[德]拉伦兹:《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第589-593页。

[49] 苏永钦:同注46引文。

[50] 参见朱庆育:“私法自治与民法规范”,载《中外法学》2012年第3期,第462-483页。

行为概念的认识,两者不可或缺。缺少了私人自治行为,法律行为就没有了主体内容;缺少了国家法律,私人自治行为不仅无法上升到法律行为的层面,也产生不了法律效果,不具有法律上的效力。那么,受国家法律规制的私人自治行为就可以作为对法律行为的基本认识。

(三) 法律行为的本质属性

在上述认识的基础上还需解决一个问题,即法律行为的本质属性是什么。在以往的观点中,法律行为区别于其他行为的明显标志是意思表示。但是,意思表示并不能揭示法律行为的本质属性,还必须从规定功能的视角去观察法律行为,确定其本质属性。由此,法律行为是国家法律规制的私人自治行为。私人自治行为本身具有“约束性”。国家法律对私人自治行为进行规制,使这种原来基于社会准则所具有的约束性产生了法律意义,具有了法律约束力。在这种状况下,法律行为所创制的规则与法律规范非常相似,因为“当为”也是法律规范的基本特征。^[51]那么,法律行为在本质属性上可否与规范归为一类?

对于这个问题,不少学者给予了肯定的回答。^[52]其中,以凯尔森(Kelsen)在法理层面的解释最具代表性。凯尔森认为,法律行为是个人根据一般性规范创设,用来约束自己的个别性规范的行为。它一方面将一般性法律规范适用到具体关系中,另一方面又根据一般性法律规范创造出当事人之间的具体规范。^[53]在凯尔森看来,法律行为可以创造个别性规范,这种规范决定一个人在某种不重复发生的状态下的行为,它只对某一个特殊场合才有效,而且只可能被服从和适用一次。与一般性规范一样,个别性规范也是整个法律秩序的组成部分,差别仅在效力的一般性或个别性而已。^[54]既然将作为一般规范的国家法律列入法律体系之中,那么为了使整个法律体系圆满,也应当将法律行为所创造的个别性规范纳入其中。

不过,对于法律行为规范属性的观点,不少学者从不同角度提出了质疑甚至批判。

首先,法律行为是法律事实的一种,属于法律评价的客体,它与法律规范分属两个范畴。由于事实与规范之间的不可通约,它不能同时具有规范性。^[55]

其次,法律规范应当具有一般性特征,其适用的对象具有普遍性,可以反复适用。只有在社会成员通晓并一致适用的情况下规范才能实现平等、安全等功能。而法律行为仅仅是个体在不重复发生状态下的行为,仅适用于特殊场合,只能适用一次。如果在法律中承认个别性规范,那么就有违规范的一般性特质。^[56]而且,立法权的行使当属国家,个体不能充当立法者,这就如同在关于自己的案件中不能充当法官一样,通过私人自治形成法律关系的行为不构成造法行为。^[57]因此,在法律体系中不存在由个体创制的个别性规范。

[51] 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第60页。

[52] Cfr. *Karl Larenz/Manfred Wolf*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, S. 29 ff.; *Hans - Martin Pawlowski*, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1998, S. 153 ff.; *Santi Romano*, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, pp. 70 - 71. 近来,我国学者对法律行为的规范属性也多有肯定,比如,薛军:同注2引文;同注50引文;胡东海:“论法律行为的规范性”,载《中外法学》2012年第6期,第1176-1189页。

[53] 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第150-156页。

[54] 同注53引书,第40页。

[55] Cfr. *Giovanni B. Ferri*, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, pp. 35 - 36. 这种观点目前在我国学界较为流行,比如,王利明:同注2引书,第180页;梁慧星:同注3引书,第62-64页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2000年版,第36页;等等。

[56] 参见[美]E·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第246-248页。

[57] 弗卢梅:同注18引书,第6页。

再次,根据凯尔森的规范创制理论,所有规范的创制都源于上一级规范的许可或授权。那么,私人实施的法律行为也应当根据上一级规范的许可或授权才能进行。这样就扭曲了一个重要的客观事实,即个人并不是在获得国家法的许可或授权之后才可以从事经济交易行为或其他私法行为,私法之所以不同于公法,在于“法无禁止即自由”,个人可以按照自己的意愿实施行为而无需他人的许可或授权。这种理论把私人行为混同于国家行为,从而混淆了公法与私法的界限。^[58]

最后,将法律行为视为规范,其实就是将法律行为视为“对应当的表示”(Sollenserklärung)或者具有规范内容的表示。这里的“对应当的表示”或者具有规范内容的表示实质上仍然是对行为人内心意思的表示,因为旨在产生某种法律效果的内心意思也具有一定的指向性和命令性,它与规范在本质上是一致的。所以,将法律行为界定为法律规范,实际上并没有彻底摆脱意思表示定义对法律行为的认识思维,仅仅是将“意思”和“表示”这种传统的表述替换成“规范”和“表示”而已。不仅如此,放弃意思表示在法律行为中的本质地位而强调其规范性,还可能对这种客观事实的忽略,即在谈到法律行为的时候,必然会联系到生理或心理意义上的精神活动以及将其表达出来的行为,那么在法律行为中也就必然会要求具备意思与表示这两大要件,所以法律行为事实上总是存在于追求某种法律效果的意思表示之中。^[59]

关于法律行为在本质属性上可否归类于规范的讨论,需要在回应质疑和批判的基础上对肯定性观点进行反思,在综合考量之后审慎地作出判断。那么,对法律行为规范属性的判断就要确定它是否可以更合理、更圆满地解释现实情况。如果可以完成上述任务,那么再判断质疑和批判所提出的问题是否成立。如果成立的话,再考虑其指出的缺陷是否可以修正和弥补。

本文认为将法律行为的本质属性确定为规范性,与国家法律对法律行为的实际态度相符,可以合理地解释相关现象。规范的典型标志是“效力”。上位规范对于下位规范一般都是通过确认其有效或者无效来进行规制的,而规制的方式就是承认或者不承认。也就是说,上位规范并不确定下位规范的具体内容,而是通过对下位规范的承认或不承认,确认下位规范所设置的内容有效或者无效,通过这种方式 and 结果来确保下位规范符合上位规范的价值和目标,使得整个法律秩序保持一致。上位规范对下位规范的这种关系在国家法律对法律行为的关系上有充分的体现:

首先,国家法律对法律行为的规制方式基本上是承认或者不承认。民法中多为承认性规范,即对当事人行为的内容予以承认或者不承认。比如,《民法通则》第58条第1项规定,无民事行为能力人实施的行为无效。该条应当作这样的解读:如果主体不具有行为能力,国家法律就对其行为的效力不予承认。在法律上,其行为就不具有约束力。即使当事人不予遵守,也不会带来法律上的消极后果。反之,如果主体具备行为能力,就承认其实施的行为。主体的行为在法律上具有约束力,如果当事人不遵守该行为,那么就会在法律上承担消极后果。再比如,《合同法》第52条第5项规定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效,该条也可以解读为,如果行为违反法律法规的强制性规定,国家法律就对该行为的效力不予承认。反之,如果行为合法,法律对这种行为予以承认,行为在法律上就具有约束力。

其次,国家法律对法律行为的规制结果基本上有效或者无效。在一般情况下,国家法律对法律行为的评判结果是该行为属于有效行为还是无效行为,而不会对行为进行合法性评价,即评判法律行

[58] 胡东海:同注52引文。

[59] 同注7引书,第70-75页。

为是否合法。这种合法或者非法的评判一般针对客观事实作出,而不会针对规范作出。在合同法中,当事人对具体权利义务进行约定,法律评判的是该合同有效或者无效,而不会评判该合同合法或者非法,即使合同内容被确定为违反法律规定,也仍然是以无效为评判结果的。但是在侵权法中,对于出现的致害事实,国家法律通常会作出该行为是否合法的评判,即如果是故意或者过失行为而导致损害,一般情况下会判定该行为违法。

可以看出,国家法律对待法律行为的态度就是上位法对下位法的态度。国家法律并不确定法律行为的具体内容,而是确定法律行为的内容是否有效,对符合法律秩序的法律行为赋予法律效力,对不符合的不赋予法律效力,从而达到规制法律行为的效果。行为原本所具有的约束力经过国家法律的承认具有法律效力,对当事人产生法律上的约束力,这就使得法律行为在本质上具有规范属性。因此,只有将法律行为归类为规范,才能合理地解释上述现象。

关于对法律行为规范性的质疑和批判,本文认为需要仔细斟酌,有的质疑和批判并不成立,而有的则可以借鉴,需要在此基础上对规范性理论进行修正和完善。

第一,关于法律行为是否为法律事实的问题,不少学者予以否定并作了详细的论证。他们指出,通行的法律事实体系理论将事实性界定为法律行为的本质属性是错误的定位,不符合法律中的实际情况,混淆了私法对法律行为的调整方式,不利于私人自治的实现。^[60]对此,笔者还想强调的是,根据前文的分析,法律行为是法律对私人自治行为进行规制的结果。私人自治行为的确属于一种社会事实,但是该行为被法律规制之后已经脱离了事实范畴而具有了法律意义,成了法律行为。那么,此时再将法律行为与私人自治行为一样列属事实范畴,显然不合逻辑。因此,将法律行为混同于法律规制之前的私人自治行为是传统理论认识错误的關鍵。

第二,关于在法律体系中是否应当存在由个体创制的个别性规范,笔者认为在私法领域,个别性规范的存在是非常必要的,而且必须由个体来创制。

对于社会事实的调整,国家可以通过制定一般性规范的方式进行。这种方式需要国家立法者对社会生活中的各种事实进行分类、总结,归纳、提炼出类型化的事实构成,然后对其作出相应的评价。然而,在私法领域中,法律关系纷繁复杂,私人生活非常具体且一直处于变动之中,国家立法者对此认知能力有限,根本就无法完全了解。如果非要以上述调整方式进行事无巨细的规制,那么立法成本将会非常高昂,且法律规定很容易陷入僵化,从而脱离实际。因此,私法的一般性规范只限于强制性规范和任意性规范。前者仅仅设定行为的界限,不规定行为的具体内容;后者仅仅补充行为的内容,也不确定行为的主要内容。那么,这就存在着很大的规范空白:对于具体行为的主体来说缺少了行为规范,即没有具体的规范来命令或引导行为人去实施行为;对于具体个案的裁判者来说缺少了裁判规范,即没有具体的裁判标准提供给裁判机构对具体案件进行裁判。^[61]因此,对私法领域法律关系的调整就需要有针对性强、可以具体适用的规范,用来弥补一般性规范的调整空白。法律行为就承担起了这个重任,个体可以根据自己的判断,通过实施法律行为,设置具体的规则对自身的法律关系进行具体的调整。与国家制定的法律一样,个体所创制的个别性规范同样具有法律约束力,所不同的只是它们的约束范围,前者可以普遍地、反复地适用,后者仅针对个体一次性适用。

在私法领域,个别性规范不仅必要,而且从行为依据和裁判依据适用的顺序来看,更是占据首位。

[60] 比如,薛军:同注2引文;胡东海:同注52引文。

[61] 同注6引书,第141页。

对此,我们可以合同为例予以说明。当事人在合同中具体约定了各自的权利义务。根据《合同法》第8条的规定,“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力”,那么,合同当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。因此,当事人在整个合同存续过程中首要的行为依据就是合同的具体约定。在纠纷产生时,法官裁判的依据首先也是合同,即根据合同的约定,判定当事人是否履行了合同。如果没有履行,那么就根据合同判定违约方承担违约责任。只有在合同约定不明的情况下,才需要通过任意性规范予以填补,或者在合同约定违法的情况下,才通过强制性规范予以禁止。因此,只有将通过法律行为创制的个别性规范纳入法律体系之中,才能为行为人找到行为合法的依据,为裁判者找到可适用的规范。正如苏永钦先生所言,把数量上远超过客观法且在规范内容的精致、细腻、实用、经济上一点也不较客观法逊色的契约排除在客观民法之外,民法的运作只会治丝益棼,法院不但不能止争,反而成为乱源。^[62] 传统观点将一般性视为法律规范的必要特征其实是忽视了私法领域调整法律关系的特殊性。在公法领域,规范的一般性对于保障公平、安全等法律价值具有重要意义,但是将其作为规范的必要特征而扩展到私法领域则有橘枳之别。

对于私法领域的个别性规范的制定,只能由个体来进行,这不仅因为国家无法事无巨细地直接调整个人之间的具体法律关系,更是因为个体是维护自身利益的最佳判断者和执行者,在与对方的博弈中,他们最了解其中的情况,最能够作出符合自己利益的决策。弗卢梅教授曾通过“个人在自己的案件中不能充当法官”的理由来否定私人通过私人自治的造法行为。笔者认为这是不恰当的。弗卢梅教授的考虑基点是行为的公正性。如果个体在自己的案件中充当法官,出于自利的本能,就非常可能作出偏向于自己的判决。因此,法官在对案件进行裁决时,为了保证最终结果的公正,必须避免自身在案件中存有利益。然而,这种考虑并不适用于创造规范的情况。因为无论是一般性规范还是个别性规范,创造者都会成为规范的被规制者,所以创造规范者必须在创制过程中为自身的利益考虑,必然不能像法官那样以第三人身份置身事外。试想,全国人大代表在全国人民代表大会上讨论制定一般性的基础法律的时候,如果他们不考虑自己所代表的某个群体的利益,就属于失职,而这个群体自然是包括该人大代表的。创立个别性规范更是如此。当事人与他人进行协商,确立具体规则进行合作,都是为了实现对自身利益的调整,恰恰需要当事人亲自进行安排。

第三,关于法律行为创制个别性规范是否源于上级规范的授权或许可的问题,笔者认为否定性批判具有一定的合理性,在此批判的基础上,可以对法律行为的规范理论进行完善。

根据凯尔森的观点,法律秩序是一个有位阶结构的规范组合,低位阶规范以高位阶规范为其效力基础。如果得到一项高位阶法律规范的授权,那么就可以创制低位阶规范,这项法律规范就因此有效。同时,创制的过程也就是适用高位阶规范的过程,从而实现了高位阶规范的具体化。^[63] 就国家制定的一般性规范来说,凯尔森的观点自然是适用的。甚至对于公法领域的个别性规范,比如行政行为或者司法行为,也是来自于上位规范的授权或许可,通过授权行政机关或司法机关实施行政行为或司法行为,从而实现法律的具体化。但是,这种观点对于私法领域的个别性规范来说却是难以适配的,因为私人自治行为的实施并不需要国家法律的授权,也不是为了实现民法规范的具体化,而是为了实现个体自身法律关系的变动。凯尔森的观点不恰当地将私人与国家机关的职责等同为实现法律

[62] 同注47引书,第14页。

[63] Cfr. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, SS. 197, 228 ff., 239.

的具体化,使得私人行为与国家机关行为一样,成为实现国家意志的一种手段。^[64]造成上述问题的根本原因在于凯尔森没有严格地区分公法与私法,而是认为所有的法律规范都是国家意志的产物。在立法授权与国家意志的强制授予观念的支配下,凯尔森理论要求私人依国家意志善良行事,否则就会通过强制执行来贯彻这种国家意志的具体化。^[65]他的这种处理方式是以公法规范为模型的,没有考虑到私法个别性规范的特殊性,过度地强调了国家的作用,而降低了私人自治的价值。

不过,需要注意的是,凯尔森并没有完全否认私人自治的地位,他也承认私人自治的空间以及一般性规范影响个别性规范的限度。凯尔森认为一般性规范对个别性规范可能在两个方面有决定性影响:一个是用来创造一项个别性规范的主体和程序;另一个是决定个别性规范的内容。不过,上位的一般性规范并没有必要对这两个方面进行全部决定,可以仅仅决定创造个别性规范的人。高级规范对于创造规范的人的决定,意味着低级规范的创造者必须是被高级规范确定的人,并且还意味着授权这个人自由裁量,决定创造低级规范的程序以及这一规范的内容。因此,在民法领域内,一般情况下,一般性规范并不直接规定当事人的具体权利义务,而是由法律行为这个中介来进行规定,然后规定个别性规范的法律行为再与规定制裁结果的一般性规范相联系,最终形成法律后果。^[66]

对于国家法律与私人自治之间关系的处理,不能像凯尔森一样,过于强调国家意志的作用,极大忽视私人自治的地位,而应当根据事实的逻辑和法律的价值予以确定。如前文所指出的,私人实施自治行为是为实现自身的利益变动而进行的,其本身所具有的约束力与国家法律并无必然联系,在国家法律介入之前就依据道德等社会准则而存在。私人自治为了获得法律的保障而上升到法律行为这一层面,这时才需要国家法律的介入,对其进行规制。由此可以看出,法律行为产生的起因并不是国家法律的授权,而是私人自治行为的实施。同时,法律行为的产生必须要有国家法律对作为社会事实的私人自治行为进行规制才能产生。因此,对于国家法律与私人自治的关系,需要对凯尔森的观点在私法领域进行一定的修正,在强调国家法律作用的同时,也应当注意到私人自治行为的基础作用,两者的共同作用才产生了法律行为的规范效力。这正如弗卢梅教授说的,私人自治与法律秩序二者不可分割地构成了法律行为效力的原因。一方面,只有法律秩序具有相关规定,私人自治行为才会在法律上具有效力;另一方面,法律秩序之所以规定了与私人自治相符的法律效果,也是源于对私人自治的承认构成对人类享有自决权这一法律秩序基本原则予以认可的应有之义。^[67]

第四,关于意思表示与法律行为的问题,本文认为需要区分基础性问题和技术性问题。对于法律行为概念的基础性问题,需要回答法律行为是什么,而对于技术性问题,则要回答法律行为如何做。如前文所分析的,在法律行为的定义中,意思表示的确是法律行为存在的事实基础,我们并不否认法律行为的具体结构是由意思和表示两大部分组成的,也不否认法律行为的具体运作是通过拆解这两大部分关系完成的,但是,意思表示适合回答的是技术性问题,无力回答涉及概念本质的基础性问题。对此,需要透过意思表示这个表象观察其背后所隐藏的目的和功能,处理私人自治与国家法律的关系,确定其规范性本质,才能全面理解法律行为概念。

综上,将法律行为的本质属性定位为规范性,有利于法律行为概念的认识以及功能的发挥,可以

[64] 胡东海:同注52引文。

[65] Cfr. Losano, *Dottrina Pura del diritto, voce in Digesto delle discipline Privatistiche (VII)*, Torino, 1991, p. 219.

[66] 同注53引书,第150页以下。

[67] 弗卢梅:同注18引书,第2页以下,第67页。

合理地解释相关现象,且不存在致命的缺陷,所可能存在的缺陷也可以进行修正、弥补。因此,法律行为在本质上是可以创造规制当事人具体法律关系的个别性规范。在规范体系中,它首先属于行为规范,因为它设置了指示当事人具体行为的命令和准则,当事人必须予以遵守,否则就会对其产生消极后果。不仅如此,它还可以作为法官裁判的依据,一旦当事人发生纠纷,法官即根据法律行为的内容予以裁判。

四、结语

“意思表示”对于精确解析法律行为的具体构成和实际运作功不可没。然而,其着眼点囿于技术性,其作用也仅限于此,无力回答涉及法律行为概念的基础性问题。因此,为了能够准确地、全面地认识法律行为,除了正确定位“意思表示”的用途之外,更需要对私人自治这种现象进行分析,考察私人自治行为与国家法律规制的关系。法律行为是一种私人自治行为,即民事主体可以按照自己的意愿在与他人的关系中调整自身的利益。不过,这种私人自治并非泛泛的、一般意义上的自治,而是在经济领域、社会生活领域中具有社会意义的自治行为。这种行为本身基于社会性准则对当事人具有约束力。国家法律对私人自治行为进行规制,使其具有法律意义,上升为法律行为,并通过相应的评价标准,对符合法律秩序的法律行为予以承认,使其具有法律效力,产生预期的法律效果,而对于不符合的,则不予承认。通过国家规制的法律行为具有规范性质,在当事人之间创制了调整个人利益的个别性规范,与国家法律是下位规范对上位规范的关系。

总之,对法律行为概念的理解应当包括两个层面:一个层面是确定法律行为的基本结构即意思与表示,以及法律行为的具体运作过程即将内心意思表示于外的过程;另一个层面是确定私人自治与国家法律之间的关系以及法律行为的规范属性。那么,结合这两个层面,法律行为应当是民事主体通过意思表示在法律关系中对自身利益进行调整的具有规范性质的行为。

Reconsideration of the Concept of Legal Transaction

Dou Haiyang

Abstract: Understanding the concept of legal transaction should consider two aspects: *declaration of intent* and *legal effect according to declaration of intent*. *Declaration of intent* puts emphasis on the composition and operation of legal transaction. It disassembles the concept into the intent and declaration, and reveals the course that the inner intent is declared openly. On the other hand, *legal effect according to declaration of intent* puts emphasis on the relationship between private autonomy and state law, and reveals the legal transaction's nature of individual norm. In general, legal transaction should be defined as behavior with the nature of individual norm under the regulation of law to deal with civil subjects' own interests in the legal relationship through declaration of intent.

Keywords: legal transaction; declaration of intent; private autonomy; individual norm

(责任编辑: 辛颜静)

论影响产品自损侵权法救济的规则

——以中美司法实践为视角

董春华*

摘要:通过对中国34个产品自损案件和美国49个产品自损案件进行比较,发现商业关系规则、纯粹经济损失规则及“以危险方式致产品自损”规则是影响产品自损能否依侵权法进行救济的关键因素。中国法院不排除商业关系之诉,很少采纳纯粹经济损失规则,认定不合理危险缺陷导致的产品自损,可依产品责任获赔。美国法院先排除商业关系之诉,在此基础上,绝大多数法院依纯粹经济损失规则拒绝产品自损的侵权法救济,中间派法院认可危险方式导致产品的自损可依侵权法救济,少数派法院允许产品故障的自损依侵权法救济。中国受害人在产品自损领域获赔的可能性更高,与美国受害人在其他产品致害领域的优势形成鲜明对比。

关键词:产品自损 商业关系 纯粹经济损失 危险方式致害

产品自身损害能否在侵权法之下获得救济,是困扰各国理论界和实务界的难题。近些年发生的汽车自燃、飞机引擎故障、轮船发动机故障等未造成人身伤害或者其他财产损害的产品自损事故,使各国法院不得不重新估量如何对此种情况的产品自损给以充分救济。美国法院从1965年的 *Santor v. A. & M. Karagheusian, Inc.* 案至今,一直都在探索是否可以且有必要打破合同与侵权的区分,给予产品自损以侵权法救济。在中国,与《产品质量法》第41条相比,《侵权责任法》第41条去掉了“其他”二字,此举是否意味着中国产品责任损害赔偿囊括了产品自损,学界对此仍存争议。^[1] 鉴于此,笔者搜集并整理了中国和美国法院关于产品自身损害纠纷的典型案件,^[2] 找出影响中美产品自损侵权法救济的规则,分析不同规则在多大程度上影响着法院对有关争点的态度、判决结果及判决理由的阐述。^[3]

一、中美司法实践中产品自损案件概况

鉴于中美产品自身损害典型案例所涉产品领域不同、法院采纳判断规则不同等原因,笔者对中美

* 华东政法大学科学研究院副研究员,法学博士。本文系司法部国家法治与法学理论研究课题“产品自身损害赔偿研究”(13SFB3027)的阶段性成果。

[1] 中国《侵权责任法》通过后,王利明教授与张新宝教授再次旗帜鲜明地陈述了对产品自身损害赔偿如何救济的看法。王利明教授认为,《侵权责任法》第41条实际上是产品损害赔偿范畴的扩张,但将其限制于附随人身伤害或其他财产损害的产品自损,参见王利明:“论产品责任中的损害概念”,载《法学》2011年第2期,第52-53页。张新宝教授认为,产品质量责任中的损害不应包括缺陷产品本身的损失,并列了4点理由,参见张新宝、任鸿雁:“我国产品责任制度:守成与创新”,载《北方法学》2012年第3期,第17页。

[2] 需要说明的是,本文对案例的搜集、整理及得出的最终结论,并非依据严格意义上统计学的统计方法,但为了避免以偏概全及笔者先入为主的可能性,数据库中所搜集的案例都是以关键词为搜索条件,尽量追求案例来源的可靠性和结论的客观性。

[3] 本文主要关注司法实践中影响产品自身损害依侵权法救济的相关规则,关于产品自身损害的相关理论问题,参见董春华:“产品自身损害赔偿研究——兼评《侵权责任法》第41条”,载《河北法学》2014年第10期。

相关案例的总结及下文提出的问题也会有所侧重。

(一) 中国司法实践中产品自损案件的相关情况

就中国司法实践中涉及产品自身损害赔偿的纠纷,笔者以“自燃”为关键词,在北大法益网案例数据库(<http://www.lawyee.net>)收集并整理了34个典型的机动车、洗衣机等产品自燃导致的产品自损的案例,其中包括2个精品案例(出自最高人民法院编:《人民法院案例选》)和32个精选案例,《侵权责任法》通过之前有13个案例,通过之后有21个案例。笔者选择典型产品自燃导致的产品自损为研究对象,是因为自燃导致产品自损的案件,与附随人身伤害或其他财产损害的产品责任案件最具可比性,且基于产品侵权责任的劣势,受害人倾向于依产品侵权提起诉讼,这是法院不得不讨论的产品自损能否获得侵权法救济的典型领域。下表初步反映了中国司法实践中34个产品自身损害能否获侵权法救济的案例的相关情况,主要从该种纠纷的判决依据及判决结果(针对原告)等方面进行考察:

中国典型产品自燃纠纷案件统计表

判决依据	案件数量	判决结果	
		胜诉	败诉
商业关系规则	0(0%)	胜诉	0(0%)
		败诉	0(0%)
纯粹经济损失规则	2(5.9%)[4]	胜诉	1(50%)
		败诉	1(50%)
以危险方式致产品自损规则 (产品存在不合理危险致害)	32(94.1%)	胜诉	30(93.75%)
		败诉	2(6.25%)
总计	34(100%)	胜诉	31(91.2%)
		败诉	3(8.8%)

以上数据表明,以危险方式致产品自损规则在中国法院判定产品自损案件中占有绝对比重,为94.1%,实际适用纯粹经济损失规则的案例较少,仅为5.9%,没有案例适用商业关系规则。笔者通过归纳总结发现,虽然没有案例适用商业关系规则,但有7个案例所涉当事人属于商业关系而非消费关系,这些案例的法院并未因当事人属商业关系而驳回原告起诉或令其败诉;虽然有5个案例涉及纯粹经济损失规则,但只有两个案件的主审法院承认纯粹经济损失规则。

(二) 美国司法实践中产品自损案件的相关情况

就美国司法实践中涉及产品自身损害赔偿的纠纷,笔者通过美国 Lexisnexis 法律数据库(<http://www.lexisnexis.com>)的联邦和州判例数据子库,以“产品自身(product itself)”为关键词,收集并整理了49个案例,[5]包括46个上诉案例,3个非上诉案例;2个美国联邦最高法院判决的案例,12个州最

[4] 在这两个法院认定为合同纠纷的案件中,其中1个案件的法院在认可纠纷的合同属性后,因汽车存在缺陷,仍判决原告获得赔偿。

[5] 有个别案例存在采纳两种规则的情况,故统计时存在重复计算的情况,重复统计的案例共7例。商业关系规则与纯粹经济损失规则重合的案例: *United States Aviation Underwriters Inc. v. Pilatus Bus. Aircraft Ltd.*, 358 F. Supp. 2d 1021(2005); *David A. Sherman, et al. v. Johnson & Towers Baltimore, Inc., and Ocean Yachts, Inc., et al.*, 760 F. Supp. 499(1990); *Morris v. Osmose Wood Preserving*, 340 Md. 519, 667 A.2d 624(Md. 1995); *East River Steamship Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 476 U.S. 858, 106 S. Ct. 2295, 90 L. Ed. 2d 865(1986); 商业关系规则与以危险方式致产品自损规则重合的案例: *McNamee v. American Honda Motor Co. Inc.*, 11 Pa. D. & C. 4th 633(1991); 商业关系规则与产品存在缺陷获赔少数派观点重合的案例: *Ronnie Gainous and Pan American Fire & Casualty Insurance Company v. Cessna Aircraft Company*, 491 F. Supp. 1345(1980); *Daniel Santor v. A & M Karagheusian, Inc.*, 44 N.J. 52, 207 A.2d 305(1965)。

高法院判决的案例。与中国产品自损案例所涉产品领域不同,美国产品自身损害案例所涉领域更为广泛,不仅涉及机动车,还包含飞机、轮船、建筑物窗户清洗自动机等,充分地展示了美国各州和联邦法院对该问题的看法及其采纳的规则。然而,这些案例并未完全展示受害人是否胜诉、是否获得赔偿,更多的是法院针对产品自损能否获得侵权法救济这一争点的集中阐释。下表初步反映了美国司法实践中49个对产品自身损害能否获得侵权法救济这一争点进行详细论证的案例,笔者依据法院对此争点的观点将其界定为以下几种类型:

美国典型产品自身损害纠纷案件统计表

判决依据	案件数量	判决结果	
商业关系规则 (含7个重合案例)	14〔6〕(28.6%)	胜诉	5(35.7%)
		败诉	9(64.3%)
纯粹经济损失规则	30(61.2%)	胜诉	5(16.7%)
		败诉	25(83.3%)
以危险方式致产品自损规则	6(12.2%)	胜诉	4(66.7%)
		败诉	2(33.3%)
产品缺陷或生产者保证产品安全的义务	6(12.2%)	胜诉	6(100%)
		败诉	0(0%)
总计 (排除7个重合案例)	49(100%)	胜诉	15(30.6%)
		败诉	34(69.4%)

以上数据表明,商业关系规则和纯粹经济损失规则是美国法院判决产品自身损害能否获赔的重要依据,所占比重占有绝对优势。而从原告胜诉率来看,这两种规则又是原告不能获赔的重要原因,前者胜诉率为35.7%,后者胜诉率仅为16.7%。以危险方式致产品自损规则和产品缺陷或生产者保证产品安全的义务规则,法院适用的比例并不高,均为12.2%,但胜诉率较高,前者为66.7%,后者为100%。需说明的是,商业关系规则是美国所有法院都认同的一般规则,在排除商业关系之诉的基础上,采纳纯粹经济损失规则的法院为多数派,采纳以危险方式致产品自损规则的法院为中间派,允许产品故障的自损依侵权法救济的法院为少数派。〔7〕

〔6〕在这14个案件中,2例与纯粹经济损失同时适用;5例判定无商业关系;1例采纳以危险方式致产品自损规则,2例采纳生产者有义务保证产品安全的少数派观点,2例适用纯粹经济损失规则;7例因属商业关系不能获赔。判定无商业关系的5个案例中,原告皆胜诉,但在下面的判决中,该5个判例已被其他规则计算过,故本图表计算原告胜诉比例时,未将其计算在内。

〔7〕少数派认为,产品存在“缺陷”即可通过产品责任获赔。但少数派依据生产者保证产品安全义务或者产品缺陷认可产品自损的侵权法救济,与我国法院依据产品存在不合理危险的产品自损依侵权法救济存在区别,前者包含产品故障的产品自损,后者不包括产品故障的产品自损。美国产品责任法未明确区分瑕疵(产品存在故障、性能不佳等,如空调、冰箱不制冷)与缺陷(产品存在危及人身和其他财产安全的不合理危险),我国产品责任法区分瑕疵与缺陷,前者属合同范畴,后者属侵权领域。笔者认为,让产品故障导致的产品自损依据产品侵权责任获赔,不仅混淆了合同与侵权的界限,导致侵权法的无限度扩张,也完全不符合产品责任法以“危险”为救济之关键的初衷。基于此,在美国占有极小比例的少数派所采纳的规则被排除在本文所阐述的原则之外。少数派代表性案例是Daniel Santor v. A & M Karagheusian, Inc.案,原告作为缺陷地毯的最终购买者,可直接对生产者提起诉讼,无需合同关系,对被告违反默示担保的诉讼受制于严格侵权责任原则。该案确立的理由被少数派法院广泛引用:“购买产品的大众既无足够的知识,也无充分的机会检验购买或者使用的产品是否有缺陷。他们必须依赖于制造者的技能、注意和声誉。当生产者向大众提供产品时,陈述为产品为既定目的是合适且安全时,生产者的义务就变成企业责任。该种责任的目的是确保缺陷产品带来的伤害或损害的成本(不管是对出售的产品还是对其他财产),由将产品投入流通的生产者来承担,而非由无能力保护自己的受害人来承担。”[Daniel Santor v. A & M Karagheusian, Inc., 207 A.2d 305, 311, 312(1965)].

对以上中美产品自身损害案例的数据进一步总结后发现,以原告获得胜诉为标准,中国 34 个产品自损案件中原告获得胜诉的有 31 例,胜诉率高达 91%;美国 49 个产品自损案件中原告获得胜诉的有 15 例,胜诉率达 30.6%,结论不言自明。以上图表还显示,商业关系规则、纯粹经济损失规则与“以危险方式致产品自损”规则,是影响法院判决产品自损能否获得侵权法救济的最重要的因素,这三个规则几乎可涵盖影响中美产品自损司法实践的所有情况(除美国少数派法院)。这些规则及其背后的价值取向如何影响判决,从而导致中美产品自损纠纷中原告获赔可能性的明显差别,下文将详细阐述。

二、商业关系规则的适用

在产品自损可否依侵权法获赔这一问题上,商业关系规则的影响不容忽视,中美两国法院对它的态度截然不同,这与其各自的立法取向及不同的价值判断有密切联系。商业关系(commercial relationship)原本是指生产性企业与经销商、批发商、零售商之间的关系。但在产品责任法中,合同双方属于商业性主体时,二者的关系通常也被称为商业关系,以区别于一般消费者与销售者或生产者的关系。各国产品责任法大多都排除当事人双方都为商业主体时适用产品侵权责任的可能性。《欧盟产品责任指令》第 9 条第 2 款规定,“损害”是指对缺陷产品以外的财产造成的损害,且该财产:(a)原本属于私人使用或消费类型,且(b)主要系受害人自己私人使用或消费。德国《产品责任法》第 1 条第 1 款规定,所损害财产通常是用于私人使用或消费,且受害人主要为该种目的而获得该财产。有些国家更具体地对人身伤害与财产损害的获赔设置不同的标准,如意大利《消费者法典》^[8]规定,人身伤害以及与此相关的财产损害(除缺陷产品自身损害),仅在产品被用于“个人”目的时方可获得赔偿(第 123 条第 1 款),而财产损害仅要求使用者为消费者,并不要求具有个人目的。可见,鉴于同为商业性主体的当事人双方谈判能力相当等原因,各国将产品责任的适用范围严格限制于用于个人使用或消费,但我国《产品质量法》《侵权责任法》对此未作明确规定。

(一) 中国司法实践中商业关系规则的适用

依据各国产品责任法对商业关系的判断和理解,笔者搜集并整理的 34 个中国案例中当事人之间非纯粹消费者和经营者的交易关系的有 7 例,^[9]涉及的产品种类为农用三轮车、农用挂车、牵引车、底盘车、大客车、半挂车等。不管购买这些产品的买方是个人还是公司,购买产品的目的都是为了经营,而非为个人消费或使用,与购买私家车自用不同。但法院并未依据商业关系规则驳回原告提起的产品责任之诉,商业关系规则似乎在中国法院判定产品致害责任中不起任何作用。

从以上 7 个案件的判决结果来看,只有“上海 XX 旅游客运有限公司与上海 XX 贸易有限公司”案的原告未获得赔偿,而原告败诉的原因是:该案法院未依据自然的状况及间接证据认定产品存在缺

[8] 根据 2006 年 9 月 6 日立法法令,意大利关于产品生产者缺陷责任的法律条文被纳入新颁布的《消费者法典》中。

[9] 这 7 个案件分别为:姜风德与德州亚飞汽车贸易有限公司,(2006)民一初字第 45 号;梁山汇统交通设备有限公司与冯天顺,(2013)驻立一民终字第 67 号;安徽华菱汽车有限公司与马某某,(2012)周民终字第 1800 号;东风汽车有限公司、湖北楚胜专用汽车有限公司为与被上诉人商洛市秦铨运输有限责任公、湖北合力专用汽车制造有限公司及信阳市顺发汽车贸易有限公司,(2010)陕民二终字第 34 号;贺新华与金龙公司、湖南省永州市汽车运输总公司汽车销售服务分公司,(2009)永中法民二终字第 2 号;上海 XX 旅游客运有限公司与上海 XX 贸易有限公司,(2007)浦民二(商)初字第 1385 号;山东郓城成达专用汽车制造有限公司、衢州市华夏专用汽车有限公司与鹿邑县顺通货物运输有限公司,(2012)郑民一终字第 1727 号;冯建纲与安徽马钢和菱实业有限公司、安阳恒通汽车贸易有限公司,(2013)安中民三终字第 244 号。

陷,原告不能证明大客车存在缺陷。在产品自燃案件中,多数法院都依据间接证据本身推定产品存在缺陷,而该案法院让原告证明已经烧成空壳的大客车存在缺陷,着实是为难原告。但无论原告胜诉与否,7个案例的法院都未因原告购买产品用于经营而驳回起诉或判其败诉。可见,中国法院在判定产品自身损害能否依据产品侵权责任获赔时,并未考虑买方的身份,特别是其购买产品的目的,这与其他国家将产品责任法局限于个人消费或使用,甚至有国家产品责任法将其局限于受害人本人的个人消费或使用是截然不同的。

笔者认为,中国法院在产品自燃案件中未考虑买方的身份及购买产品的目的,原因在于:买方是公司时,其实力虽可与生产者或销售者相抗衡,具有相当的谈判能力,但聚焦于产品本身,它却同样不具备产品安全方面的知识,也无能力检验产品是否安全,与作为自然人的消费者没有本质差别;就购买产品的目的而言,无论购买车辆用于运营还是自驾,保证产品不存在不合理危险、保证产品不造成人身伤害或财产损失,仍然是生产者和销售者义不容辞的责任和义务。我国《产品质量法》未对受害人购买产品的目的进行明确限制,可能是基于它的目的和宗旨是保证产品不具有危及人身或财产安全的不合理危险,这与《消费者权益保护法》规定的“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”的适用范畴相区别。

(二) 美国司法实践中商业关系规则的适用

与中国法院不同的是,美国法院认定,若当事人之间属“商业关系”,而非一般消费关系,任何情况的产品自损都只能接受合同法的调整,不能依据侵权法获得救济。这一主旨被美国法院总结为“商业关系”规则,实则是将产品责任局限于消费者个人消费或者使用产品这一范畴的变异,意即“处于商业关系中的生产者没有过失或严格产品责任之下的义务来阻止产品伤害自己”。依此规则,原告的胜诉率并不高,为35.7%,其一票否决的前置作用可见一斑。

Seely v. White Motor Co. 案和 *East River Steamship Corp. v. Transamerica Delaval Inc.* 案是阐述商业关系规则的经典案例。其首先为产品自损的合同法救济寻找合理性,并指出对当事人具有商业关系的产品自损给予侵权救济的不合理性。前者法院提到,“人身伤害的侵权法赔偿与经济损失的担保法赔偿,其区别并非主观的,不能依据原告在事故中导致人身伤害的‘运气’而定,应依据生产者在分销其产品时应承担责任的性质进行理解”。^[10] 后者法院进而指出,“当产品导致自身伤害时,施加侵权法义务的理由就很薄弱,而让当事人获得合同救济的理由却非常充分。与人身伤害带来的身体伤害、时间精力和健康损失相比,产品自损时,商业使用者只失去了产品的价值,因产品未满足需要而使其客户不满意,或者提高了提供服务的成本。让生产者对产品自损负侵权法责任而导致大众成本的提高并无正当理由”。“卖方可通过免责声明或限制救济条款来限制自己的责任范围。相应地,买方可以支付更少的钱。我们没有理由干涉当事人的风险分配。”^[11] *East River* 案在此基础上正式确立了著名的商业关系规则:无论在过失理论之下,还是在严格产品责任理论之下,处于商业关系中的生产者都无阻止产品自损的义务。据此规则,在当事人具有“商业关系”时,美国所有法院直接拒绝其产品自损的侵权法救济;当法院通过审查认定当事人之间并非商业关系时,才进一步考察产品是否有缺陷或者采纳其他规则。“商业关系”具有前置一票否决之效力。

第一种情况是当事人双方为商业关系,产品自损当然无法依据侵权法获得救济,合同法是最合适

[10] *Seely v. White Motor Co.*, 63 Cal. 2d 9, 18; 45 Cal. Rptr. 17, 23; 403 P.2d 145, 151 (Cal. 1965).

[11] *East River S. S. Corp. v. Transamerica Delaval*, 106 S. Ct. 2295, 2302 (1986).

的救济方式。REM Coal Co., Inc. v. Clark Equip. Co. & Anderson Equipment Company^[12] 案淋漓尽致地展示了当事人存在“商业关系”即一票否决的效果。该案的争点是:纯粹经济损失能否在商业主体之间的产品责任诉讼中获赔,在过失或严格责任之下是否合理。该法院在分析中认可“突然及危险”规则,即产品若以危险及迸裂的方式发生损害,让其通过侵权法获得赔偿是合理的,但该原则不适用于本案,依据 East River 案确立的“商业关系”规则,不管损害的发生是否以突然及灾难性的方式发生,商业主体之间就产品自身损害寻求侵权法的救济都被阻断。

Industrial Uniform Rental Co., Inc. v. International Harvester Co. 案法院则提出,针对当事人存在商业关系的产品自损,担保法律是最合适的诉讼理由。“在主张缺陷设计、缺陷生产、产品交易的商业主体之间的诉讼中,证据并未显示缺陷对人身或财产有危险性,所主张缺陷的损害结果是对产品自身的损耗,买方针对卖方的经济损失诉讼理由是《统一商法典》之下的违反担保。”^[13] National Steel Corp. v. Stephens - Adamson, Page Engineering Co. & the American Ship Building Co.^[14] 案也属该种情形,担保诉讼虽已过诉讼时效,但原告仍不能在侵权理论之下获得纯粹经济损失的赔偿,因为产品自损更自然地理解为合同法之下的担保诉讼。合同法很适合适用于该种商业纠纷,因为存在商业关系的当事人自己设置了他们的合意条款。

第二种情况是经法院审查当事人之间属非商业关系,进而依据纯粹经济损失规则或者以危险方式致产品自损规则进一步判断。如 David A. Sherman, et al. v. Johnson & Towers Baltimore, Inc., and Ocean Yachts, Inc., et al.^[15] 案法院指出,East River 案确立的“商业关系”规则的分析不适用于本案,因为买卖双方并非商业关系,原告购买游艇是用于自用,而非经营,不驳回原告的侵权法诉讼。在消费者购车自用的 McNamee v. American Honda Motor Co. Inc.^[16] 案中,被告提出,复杂商业主体之间商业纠纷的例外规则应该扩张,以包含缺陷只导致产品自损的情形,法院拒绝了被告的主张,并认为消费合同的当事人并不存在对损害风险进行协商的机会。

(三) 中美司法实践适用商业关系规则的对比

综上,中美司法实践对商业关系规则持有不同态度,美国法院比中国法院更坚持商业关系规则的一票否决,中国法院未明确讨论该问题,也从未因买方购买产品用于经营而拒绝给予其侵权法救济。可见,基于不明确排除商业关系当事人提起的诉讼,中国产品责任法调整的范畴比美国产品责任法调整的范畴大些。

当然,将商业关系排除出产品责任调整的范畴有其合理性,同为商业主体的买方有足够的实力,与卖方就合同条款所涉及的风险进行协商;普通消费者没有相对应的实力与卖方抗衡。正是基于这些考虑,多数国家的产品责任法都规定所损害财产限于用于消费者个人使用或消费。而不排除当事人双方均为商业主体对产品责任的适用也有其合理性,在格式合同盛行的年代,卖方通常并不会因为买方是商业主体,就会给买方更大的“协商”空间,况且,买方也可能是购买产品进行经营的个人。只有很少情况下,买方可与卖方相抗衡,如出租车公司购买汽车为了营运,因生意标的额较大产生的高

[12] REM Coal Co., Inc. v. Clark Equip. Co. and Anderson Equipment Company, 386 Pa. Super. 401; 563 A.2d 128 (1989).

[13] Industrial Uniform Rental Co., Inc. v. International Harvester Co., 317 Pa. Super. 65, 79-80; 463 A.2d 1085, 1093 (1983).

[14] National Steel Corporation v. Stephens - Adamson, Page Engineering Company, and the American Ship Building Company, 1989 U. S. Dist. LEXIS 6128 (1989).

[15] David A. Sherman, et al. v. Johnson & Towers Baltimore, Inc., and Ocean Yachts, Inc., et al., 760 F. Supp. 499 (1990).

[16] McNamee v. American Honda Motor Co. Inc., 11 Pa. D. & C. 4th 633 (1991).

额利润对卖方有很大诱惑,此时的买方可与卖方充分地协商价格及如何分担风险。

因此,笔者认为,排除商业关系适用产品责任的可能性,是以保护弱势消费者的权益为依据,将所谓并不弱势的商业主体排除在外,有对不同“消费者”地位和能力的过区分和过度敏感之嫌。不排除商业关系适用产品责任的可能性,将商业关系之“消费”纳入产品责任调整范畴,是“以生产者任何情况下都要保证产品不存在危及人身或者财产安全的不合理危险”为前提。二者虽无所谓优劣,但仅从有利于“消费者”利益角度出发,中国法院的做法更值得提倡。

三、纯粹经济损失规则的适用

纯粹经济损失是民法领域的重要概念,是近些年各国学者日益关注的研究领域。“从比较法来看,没有哪个国家是对所有的纯粹经济损失提供法律救济,也没有哪个国家对纯粹经济损失完全不提供法律救济。”^[17]故对于哪些领域的纯粹经济损失应予救济、如何救济,各国理论界和实务界都很关注,但也存在截然不同的意见,产品自损即是争议领域之一。在民法对纯粹经济损失给予有限度救济的大背景下,产品责任法发展了一项规则,即纯粹经济损失规则(pure economic loss rule),该规则是指,“产品侵权责任法仅对因产品缺陷导致的人身损害和商品自身之外的其他财产损害提供救济,作为纯粹经济损失的商品自身伤害不能在侵权之诉中获得救济”。^[18]这一规则恪守合同与侵权的严格划分,认定属于合同预期利益的产品自身,其损害不能通过侵权法获得救济,以体现对合同当事人合意的尊重。

(一) 中国司法实践中纯粹经济损失规则的适用

“纯粹经济损失的概念,对于我国法院来说可能还极为陌生,但是中国法院早已经在处理这类问题,只不过没有使用这个概念而已。”^[19]这种情形同样发生在产品导致自身损害如何救济的领域。在笔者所整理的中国案例中,法院常用“经济损失”一词指代原告所受到的损失,汽车自燃案件中其通常包括车辆损失、维修费、拖车费等,有些法院还包括交通费,^[20]这些费用属于典型的纯粹经济损失,法院实际处理的这些索赔纠纷确实在考察纯粹经济损失的范畴,但无一判决书提到“纯粹经济损失”规则。如“龙新庆与石门县宏鑫汽车贸易有限公司”^[21]案中,汽车在正常使用的情况下发动机舱突然起火,法院在未提到纯粹经济损失能否获赔的情况下,判决原告获得车辆贬值损失、维修费、交通费这些典型纯粹经济损失的赔偿。

但这些判决书所显示的也并不完全反映我国法律界对纯粹经济损失规则的态度。我国产品责任领域采纳纯粹经济损失规则的立法是《产品质量法》第41条第1款,^[22]即产品自身损害无法获得产品侵权责任之下的救济,该规定与1985年《欧盟产品责任指令》^[23]如出一辙,与其他国家的主流做法也一致。我国法院判决虽未明确是否适用纯粹经济损失规则,但在笔者整理的案件中,有5个案例的

[17] 葛云松:“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,载《中外法学》2009年第5期,第695页。

[18] 张平华:“英美产品责任法上的纯粹经济损失规则”,载《中外法学》2009年第5期,第765-766页。

[19] 同注17引文,第689页。

[20] 如河南威佳汽车贸易有限公司与魏俊璞案[(2011)郑民一终字第1369号],以及李胜彬诉被告许昌新纪元汽车销售服务有限公司、上海通用汽车有限公司案[(2013)魏民一园初字第57号]的法院就认定交通费可依产品责任获得赔偿。

[21] 龙新庆与石门县宏鑫汽车贸易有限公司,(2010)石民三初字第127号。

[22] 该款规定,因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产(以下简称他人财产)损害的,生产者应当承担赔偿责任。

[23] 《指令》第9条第2款规定,损害是指对缺陷产品之外的财产造成的损害或毁坏。

法院明确探讨了产品自身损害是否可提起产品侵权责任之诉这一问题。

有法院认定,产品自身损害属于买卖合同所调整。如在“冯国强与鑫晟汽车贸易有限公司”一案中,一审法院认为,“本案是买卖合同中产品的消费者与产品的销售商就产品的质量是否存在问题而产生的争议,因此应属买卖合同产品质量纠纷。虽然冯国强举证证明车辆自燃非人为纵火造成,但并不能当然推定产品的质量缺陷是其购买车辆产生自燃的原因。因双方均未在指定期限内向法院提出鉴定申请,冯国强不能提出证据证明鑫晟公司出售的汽车存在质量缺陷”。原告败诉,上诉时对此提出了质疑:“本案的性质实际上是因产品质量不合格而致产品所有人遭受财产损害的侵权之诉。按照产品质量法的规定,只要使用、消费缺陷产品而受到损害的受害人向该产品的生产者、销售者主张赔偿,生产者、销售者不得以无过错主张免责,受害人也无需证明生产者和销售者的过错。”二审法院认定:“本案属于买卖合同中产品的消费者与产品的销售者就产品质量所产生的纠纷。”^[24]但二审法院利用《产品质量法》第46条“产品存在危及人身、他人财产安全的不合理危险”这一缺陷的认定标准,从自燃的事实认定产品存在上述危险具有缺陷,而判决受害人获赔。

有法院认定,产品自身不属于产品责任的赔偿范畴。如在“陈立群与神龙汽车有限公司、深圳市里程汽车车会有限公司”一案中,法院认为,“依有关产品责任的法律,缺陷产品本身的损害不属于产品责任的赔偿范围,原告要求两被告赔偿购车款的损失亦显然没有法律依据。驳回原告所有请求”。^[25]

有法院认定,产品自身属于产品责任赔偿范畴。如在“龙岩市众邦汽车贸易有限公司与丘汉进”一案中,法院认为,“从《侵权责任法》第41条‘因产品存在缺陷造成他人损害的,生产者应当承担侵权责任’的规定看,未再区分缺陷产品以外的其他财产的损害和缺陷产品本身的损害,被上诉人丘汉进就缺陷产品本身的损害主张产品质量损害赔偿,原审判决据此将本案案由确定为产品质量损害赔偿纠纷并无不当,本院予以维持”。^[26]此案足以见得《侵权责任法》去掉“其他”二字对司法实践的实际影响。

针对被告对此类案件是否应由合同调整、产品自身是否属于产品责任赔偿范畴的质疑,有法院依据消费者权益保护的法律原则对被告的意见进行了评判,如在“安徽稳达汽车销售服务有限公司与白保凤”一案中,法院在评判被告“按照《产品质量法》的规定,缺陷产品本身不属于产品质量侵权责任的赔偿范围,因此原告无权要求被告赔偿车辆损失”这一主张时提出:“此意见不符合我国民法和《消费者权益保护法》的相关规定,且亦不符合公平原则。”^[27]还有法院并不直接评判被告的质疑,^[28]而是在认定汽车存在缺陷的基础上,依据《产品质量法》第43条^[29]销售者与生产者承担连带责任的规

[24] 冯国强与鑫晟汽车贸易有限公司,(2006)佛中法民二终字第532号。

[25] 陈立群与神龙汽车有限公司、深圳市里程汽车车会有限公司,(2003)深中法民一终字第4710号。

[26] 龙岩市众邦汽车贸易有限公司与丘汉进,(2012)岩民终字第632号。

[27] 安徽稳达汽车销售服务有限公司与白保凤,(2011)信中法民终字第858号。

[28] 该案被告提出:“本案不属于产品质量侵权纠纷,而是一般的产品质量合同纠纷。适用产品质量侵权须满足两个条件:一是造成人身损害,二是造成缺陷产品以外的其他财产损害。缺陷产品本身的损害则不属于‘其他财产损害’的范围。本案中,自燃车辆自燃没有造成人身伤害,也没有造成其他财产损害,因此,本案就不适用侵权途径救济,而应当适用合同法。”参见袁志坚与重庆百事达汽车有限公司、重庆百事达汽车有限公司涪陵销售维修服务店,(2009)黔法民初字第01285号。

[29] 第43条规定,因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的,受害人可以向产品的生产者要求赔偿,也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任,产品的销售者赔偿的,产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任,产品的生产者赔偿的,产品的生产者有权向产品的销售者追偿。

定,认定生产者承担赔偿责任,销售者负连带责任。

从以上对案例的分析以及相关案例在所有案例中所占比例来看,总体而言,中国法院通常不倾向于明确阐述对该问题的看法,只是宽泛地讲案件属于产品责任纠纷或者产品质量纠纷,一般不以产品自损不能在侵权法之下提起诉讼为由驳回起诉或使原告败诉,即使上述“陈立群与神龙汽车有限公司、深圳市里程汽车车会有限公司”一案的法院认定购车款以产品责任起诉无法律依据,但原告败诉却是因其无法证明汽车存在缺陷。在《侵权责任法》通过之前,我国就鲜有法院认定产品自损不属于产品责任赔偿范畴,尽管学者对《侵权责任法》第41条去掉“其他”的做法有不同的解读,但法院在判决此种纠纷时则更方便。因此,我国法院未明确使用“纯粹经济损失”规则的术语,不倾向于适用纯粹经济损失规则。

(二)美国司法实践中纯粹经济损失规则的适用

相较于中国法院对纯粹经济损失的保守态度,美国大多数法院就没那么温和,也并不眷顾消费者,而倾向于严格区分合同与侵权。采纳该规则的案例占案例总数的61.2%,但合同与侵权的严格区分使产品自损无法依侵权获赔,这导致原告16.7%的较低胜诉率,此种严格区分是原告败诉的重要原因。在美国,最早在产品责任领域确立并阐述纯粹经济损失规则的案例是 *Seely v. White Motor Co.*^[30]案,在该案中,法院认为,对产品自身造成的损害属经济损失,对此类损失的赔偿应根据《统一商法典》确定,依据侵权法对产品无法满足经济预期的损失进行赔偿,将会不明智地扩大侵权法的范围。纯粹经济损失规则在 *East River Steamship Corp. v. Transamerica Delanval Inc.*^[31]案中再次得到确认并加强。在该案中,原告与被告订立了建造四艘超级油轮的合同,原告取得油轮后发现油轮的涡轮机有缺陷。原告在海事法院对该涡轮机的生产者提起产品责任诉讼,要求其赔偿油轮的修理费用及无法工作期间的收入损失。美国联邦最高法院同时阐述了其对商业关系规则和纯粹经济损失规则的看法:原告与被告存在一种商业关系,被告不负有防止其产品自损的义务,推动该油轮的涡轮机是整个整合系统的一部分,因此是一件产品,产品对自身造成的损害属纯粹经济损失,无法获得侵权法赔偿。

*East River*案是迄今为止美国联邦最高法院判决的2个产品自损案件之一,它确立了美国产品自损案件处理的标准和基调,影响很大。到目前为止,该案已经被194个案例有效援引,被465篇法学评论文章、124本专著所引用,906个法院文献所记录,是美国少有的具有权威影响力的案例之一。笔者在此搜集的49个美国法院判例中,就有27个案例直接援引并遵从该案确立的规则和标准。这些案例都认定:产品自身损害属于经济损失,不能依据侵权法获得救济,即使产品以危险的方式发生自损,也不例外。

因此,在纯粹经济损失规则之下,产品自损无论如何都不可能通过产品侵权责任获得赔偿。在这一规则之下,判断主张的“产品”是否属于“其他财产”就显得尤其重要,这在飞机、轮船及其他机械设备领域最为典型。对此,美国联邦最高法院通过 *Saratoga Fishing Co. v. J. M. Martinac & Co.*^[32]案,对判断构成“其他财产”的因素和标准进行了深入的探讨,其确立的规则被许多法院所采纳。在该案中,某人从生产者处购买了船只,随后在船上加装了特定设备,后来该船被出售给原告。之后,船只的液

[30] *Seely v. White Motor Co.*, 403 P.2d 145 (Cal. 1965).

[31] *East River Steamship Corp. v. Transamerica Delanval Inc.*, 476 U.S. 858, 106 S. Ct. 2295, 90 L. Ed. 2d 865 (1986).

[32] *Saratoga Fishing Co. v. J. M. Martinac & Co.*, 138 L. Ed. 2d 76, 117 S. Ct. 1783 (1997).

压系统存在设计缺陷导致发动机房起火,船只沉没。美国联邦最高法院认为,原告可获得最初购买者加装设备之损害的侵权法救济,因为它是“其他财产”,而非“财产本身”。该法院通过该案确立的规则是:相比较最初的产品,最初购买者购买产品后加装的设备或部件属于“其他财产”。

有些坚持纯粹经济损失规则的法院,对“初始购买者加装产品或更换产品是否属于其他财产”这一争点也表达了看法。有法院认定,加装产品属于“其他财产”,如在 *Transco Syndicate, Ltd. and Barnacle Marine Management, Inc. v. Bollinger Shipyards, Inc. & Diesel Engine and Parts Co.*^[33] 一案中,法院确认,初次购买者在购买产品后加装的物品属于“其他财产”,发动机是独立于拖船的其他产品,可依据侵权法获得赔偿。有法院认定,更换产品不属于“其他财产”,如 *Sea - land Service, Inc. v. General Electric Company Sea - Land Service, Inc.*^[34] 案中,发动机连杆导致了损害,该连杆已被最初购买者更换过,法院采纳“完整产品规则”,认定产品是发动机而非连杆,连杆不属“其他财产”,更换连杆本身并未改变发动机的性质,即使那些零件是必须加进发动机的,也不适用侵权法。

可见,美国法院在判断是否构成“其他财产”上已经形成了一定的规则。笔者认为,以上两则案例呈现不同结果,意不在“加装产品”与“更换产品”之间作出区分,而是表明不同法院对加装产品或更换产品二者地位的不同见解。但很显然,各法院对初次购买者加装或更换的部件是否属“其他财产”这一争点,远未达成一致。

(三) 中美司法实践适用纯粹经济损失规则的对比

以上分析显示,美国大多数法院接受并认可纯粹经济损失规则,并在这一规则之下发展出判断“其他财产”的一些具体标准和规则;中国大多数法院不倾向于采纳纯粹经济损失规则,《侵权责任法》适用后,该种趋势有增无减。

笔者认为,中美两国法院对待纯粹经济损失的不同态度,各有其正当性。美国法院采纳纯粹经济损失的正当性理由包括:第一,当损害仅对产品自身发生时,侵权责任的威慑价值并不大,且这种损害仅仅是该产品未能符合消费者的期望;第二,如果产品自损依据侵权法获得赔偿,则可能会无限制地扩大生产者的赔偿责任,使其很难考虑商业流程中购买者的预期到底是什么;第三,当事人有机会通过协商达成合意,来分配产品自损的损失,且产品自损的投保难度远远低于产品致人身或其他财产损害的投保难度。

我国法院虽很少在判决书中对产品自损是否可依据侵权法获得救济进行探讨,但笔者所搜集案例中有 1 例对让受害人通过产品侵权责任获得产品自损救济的理由进行了阐述:“国家保护消费者的合法权益不受侵害,消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利,消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的,享有依法获得赔偿的权利。”^[35] 其虽未明确说明消费者受到损害时享有依法获得产品侵权责任赔偿的权利,但该案判决都依据产品侵权责任相关规则进行。很明显,在对作为弱势群体的消费者利益的保护与对生产者责任进行限制的权衡中,我国法院选择了前者,美国法院选择了后者。

[33] *Transco Syndicate, Ltd. and Barnacle Marine Management, Inc. v. Bollinger Shipyards, Inc. and Diesel Engine and Parts Co.*, 1 F. Supp. 2d 608 (1998).

[34] *Sea - land Service, Inc. v. General Electric Company Sea - Land Service, Inc.*, 134 F.3d 149 (1998).

[35] 张祖银与合肥昌河汽车有限责任公司、常德裕坤汽车销售有限公司、慈利县天隆汽车销售有限公司,(2012)慈民三初字第2号。

四、“以危险方式致产品自损”规则的适用

以危险方式致产品自损规则,是指将产品是否以激烈、危险的方式导致产品自损,作为判断产品自损能否获得侵权法救济的标准。具体来说,产品存在不合理危险且以激烈、危险的方式导致的产品自损,可依据侵权法进行救济;未以激烈、危险的方式导致的产品自损(如因产品性能故障致其无法工作),不能依据侵权法获得救济。该规则最早由美国法院所创立,与我国法院“缺陷致产品自损依侵权法获赔”有异曲同工之妙。

(一) 中国司法实践对“以危险方式致产品自损”规则的适用

在中国法背景之下,法院判决书并未明确是否以危险方式导致自损作为其能否获得侵权法救济的依据和标准,所有案例中原告能否获赔的前提均为产品存在缺陷。若以产品存在危及人身或者财产安全的不合理危险作为产品缺陷的判断依据,以此作为原告获得侵权法救济的标准,实际上与“以危险方式致产品自损”规则很接近。仅仅产品功能缺失导致产品自损,不可能危及人身或财产安全,财产损失永远只限于产品本身。

在笔者搜集的典型产品(如汽车)自燃的案例中,有94.1%的法院认定产品缺陷(不合理危险)致害可依产品责任相关法律获赔,原告的获赔率也高达91%,其他败诉的原因无一例外都是原告不能证明产品缺陷。笔者对部分产品故障(冰箱、空调不制冷)导致产品自损的案例进行研究后发现,法院倾向于依据《消费者权益保护法》《合同法》而非产品侵权责任来判断获赔状况,产品故障导致的产品自损在侵权领域无获赔的空间和可能。以危险方式致害(包括产品自损)是我国大多数法院认定产品自损依侵权法救济的标准,而未以危险方式导致的产品故障很明确被排除在外。我国大多数法院实际上已采纳“以危险方式致产品自损”规则。且我国《侵权责任法》第45条也规定:“因产品缺陷危及他人人身、财产安全的,被侵权人有权请求生产者、销售者承担排除妨碍、消除危险等侵权责任。”“危及”人身、财产安全即满足法律规定之要件,并不要求造成实际损害,这也足以见得“存在造成人身、财产损害的危险”在我国产品责任法中所占地位之重要。

我国学者对产品自损能否获得侵权法救济存在两种观点:认可纯粹经济损失规则的否定说以及有条件限制的肯定说(折衷说)。后者主要是以“附随人身或者其他财产损害”作为产品自损获得侵权法救济的条件。^[36]而我国大多数法院变相地采纳“以危险方式致产品自损”规则,实际上是对附条件的肯定说所定范畴的进一步扩张,将未附随人身伤害或其他财产损害但以危险、激烈方式导致的产品自损,纳入产品侵权责任调整的范畴。笔者认为,这有较大的合理性,在此种危险情况下,未有人身伤害或其他财产损害实际上是非常偶然的,就危险性而言,在路上行驶的汽车自燃仅导致车损,与路上行驶的汽车自燃导致车损及人身伤害,并无本质区别,不能因为偶然性及受害人的运气,将其与有人身伤害的受害人区别开来。

(二) 美国司法实践对“以危险方式致产品自损”规则的适用

在美国产品责任法中,相对于无条件适用纯粹经济损失规则的多数派和无条件拒绝适用纯粹经济损失的少数派而言,以产品是否以危险、激烈的方式或者危险的程度作为产品自损获得侵权法赔偿条件的法院,被 East River 案认定为“中间派”。而有些法院将“以危险方式致产品自损”规则看作是

[36] 同注3引文,第47页。

“纯粹经济损失”规则的例外,在承认后者的前提下,有限度地采纳前一规则。适用该规则的案例占案例总数的12.2%,原告也有66.7%的较高胜诉率。在适用该规则的案例中,并非所有的原告都能够获得赔偿,这分为两种情况:产品以危险、激烈的方式导致的产品自损可依据侵权法获得救济,产品未以危险、激烈的方式导致的产品自损不能依据侵权法获得救济。

第一种情况是原告因产品自损是以危险、激烈的方式发生而可依据侵权法获得赔偿。如 *McNamee v. American Honda Motor Co. Inc.*^[37]案中,原告购买的汽车在正常行驶中失控、轮胎暴死导致汽车损害,但原告所幸未受到伤害,也未有其他财产的损害。法院认定,汽车存在的缺陷状态对买方及其财产构成不合理的危险,且造成损害的方式是突然和实质性的。法院还提到,汽车与其他受损的财产都属原告的财产,意图将这些财产视为整体,侵犯它们就侵犯了原告的财产权。在 *The Washington Water Power Company v. Graybar Electric Company and A. B. Chance Company*^[38]一案中,法院首先认定,华盛顿产品责任立法优先于传统的普通法救济,进一步解释虽然该法排除了经济损失的赔偿,但经济损失的涵义是依据伤害风险的分析来确定的,对应依据侵权法获得救济的事故与应依据担保法律获得救济的损失,作出了可行且准确的区分,即达到严重危险程度的事故导致的损失可依据侵权法获得赔偿。*Touchet Valley Grain Growers, Inc. v. Opp & Seibold General Construction, Inc., et al.*^[39]案涉及建筑物^[40]受损,法院适用了“突然和危险”(sudden and dangerous)的标准,认定建筑物具有对人身和财产的不合理危险,建筑物所有人的损失不仅是纯粹经济损失,应适用《华盛顿产品责任法》。法院考量的具体标准包括:缺陷的性质、风险的种类以及损害发生的方式。

第二种情况是原告因产品自损未以危险、激烈的方式发生而不能依据侵权法获得救济。如在 *Staton Hills Wintery Company, Limited v. Lester L. Collons, et al.*^[41]一案中,法院承认,涉及产品自损时,适用“伤害的风险程度”进行分析,包括“突然的和危险的”或灾难性事件的存在这些因素,但本案不适用经济损失例外规则,因为依据伤害风险程度分析,箱子的故障只是纯粹经济损失,它未以危险激烈的方式导致产品自损。

有些法院未采纳该标准,但对该标准的缺点进行了评判。如田纳西州最高法院在 *Lincoln General Insurance Company v. Detroit Diesel Corporation et al.*^[42]案中认为,即使产品以危险方式发生损害,经济损失规则也不例外,原因在于很难区分风险的等级、层次以及产品被损害的方式,即“以危险方式致产品自损”规则不具有可操作性,不予采纳。笔者认为,法院的考虑可能有其合理性,但在飞机飞行中的零部件故障、产品自燃、轮船沉没等情况下,危险显而易见,并不需要特殊技术加以鉴别,将此种情况排除出侵权救济的范畴,实则对“幸运”的受害人不公。

(三) 中美司法实践适用“以危险方式致产品自损”规则的对比

通过对中美两国法院适用“以危险方式致产品自损”规则相关案例的考察和比较可以发现,该规则未在美国获得绝大多数法院的认可,却获得我国绝大多数法院的青睐。但与商业关系规则和纯粹

[37] *McNamee v. American Honda Motor Co. Inc.*, 11 Pa. D. & C. 4th 633 (1991).

[38] *The Washington Water Power Company v. Graybar Electric Company and A. B. Chance Company*, 112 Wn. 2d 847; 774 P. 2d 1199 (1989).

[39] *Touchet Valley Grain Growers, Inc. v. Opp & Seibold General Construction, Inc., et al.*, 119 Wn. 2d 334; 831 P. 2d 724 (1992).

[40] 中国《产品质量法》第2条规定,建设工程不适用本法规定,故建筑物不属于中国产品责任法中“产品”的范畴。

[41] *Staton Hills Wintery Company, Limited v. Lester L. Collons, et al.*, 96 Wn. App. 590; 980 P. 2d 784 (1999).

[42] *Lincoln General Insurance Company v. Detroit Diesel Corporation et al.*, 293 S. W. 3d 487 (2009).

经济损失规则相比,该规则是中美两国法院观点最为一致的领域,只是采纳该规则的法院在各自法域所占比例不同。笔者认为,该规则能够为中美不同比例的法院所青睐的主要原因在于:其一,规则本身具有合理性。该规则以“危险性”作为产品自损能依侵权法救济的基础,与产品责任法“解决大规模生产给消费者带来的人身财产安全的问题”这一初衷相一致,与“危险性”是合同与侵权法的本质区别之一相一致,这使其在产品责任框架之下获得正当性。其二,中美产品责任法适用范畴的宽泛。相较于他国仅以生产者作为产品责任主体的做法,中美将销售者纳入产品责任主体之范畴,以及其他给予消费者更大保护力度的做法,都表明中美更倾向于消费者利益的价值取向,这使中美不同比例的法院采纳“危险性”作为判断产品能否依侵权法救济的标准。且依笔者之见,以危险方式致产品自损规则既适用于附随人身伤害或其他财产损害的产品自损,也包含未附随人身伤害或其他财产损害但以危险方式导致的产品自损。当然,该规则在美国法院被采纳的比例远远小于其在中国法院被采纳的比例,与美国产品责任法的合同与侵权的“混血”特征、产品责任法近些年的理性回归及便利的诉讼制度不无关联。

五、结论

从以上对产品自身损害救济相关案例的考察和比较分析可以看出,美国法院和中国法院对此争点的态度存在较大差别,判决结果也相应地存在不同,中国消费者胜诉率远远高于美国消费者。得出这一结论的依据为:美国商业关系的前置否决制将部分自损案件排除,筛选出消费者购买产品自用的案件,纯粹经济损失规则又将大多数消费者购买产品自用的案件排除,仅有少数采纳以危险方式致产品自损规则的中间派法院和更少少数包括产品故障的产品自损都能获得侵权救济的少数派法院,有可能允许受害人依据侵权法获得救济;中国法院不采纳商业关系否决制,很少适用纯粹经济损失规则,产品有不合理危险的缺陷且以危险、激烈的方式导致产品自损,是其让受害人依据侵权法获得救济的依据。

在产品责任领域,美国消费者显然比中国消费者的获赔可能性大、获赔数额高,这也是有些外国生产者对中国消费者另眼相待的重要原因。到底是何种原因导致产品自损领域,中美消费者地位的颠覆?笔者认为,主要原因在于:首先,对商业关系的态度不同。中国产品责任法从《民法通则》《产品质量法》至《侵权责任法》,都未明确将产品责任索赔权局限于个人消费者,《民法通则》规定“他人”、《产品质量法》规定“他人”及“受害人”、《侵权责任法》规定“他人”及“被侵权人”,可以获得产品责任相关赔偿。我国产品责任权利主体不仅包括个人消费者,还包括其他组织。中国法院在产品责任案件中不排除商业关系之诉与此密切相关。虽然美国《侵权法重述:产品责任》(第三版)未明确人身或财产损害的所属,1979年商务部公布的《统一产品责任示范法》也未将索赔人限于自然人,显示其产品责任权利主体的广泛性。但美国产品自损领域的司法实践却足以见得美国法院对产品责任中商业关系之排斥。笔者认为,中国法院不排除商业关系之诉导致中国法院产品责任的实质受案范围远远大于美国法院。其次,民事诉讼制度存在差异。在中国民事诉讼制度下,依据最高法院走向关案由的司法解释,当事人选择某一诉权就必须将该诉权纳入某一案由,案由不同即属不同案件,不能基于几个案由提起同一诉讼。这意味着,消费者其他财产或人身伤害的损失可通过产品责任获得赔偿,消费者对产品自身损害依据合同法获得救济,须另行提起诉讼,属于另案,消费者选择一种诉权很难全面救济各种损害。这无论给消费者还是法院都带来了极大的不方便。我国也未发展出独立的瑕疵担保

之诉,更不用提在此诉讼之下克服合同关系之束缚。美国产品责任法则允许受害人以多种案由同时提起诉讼,担保(warranty)之诉也可突破合同关系的局限性,将产品自损纳入侵权领域的过失与严格责任之诉,无论在程序上还是实体上似乎都无更多必要。最后,中国产品责任法仍处于关注产品质量的阶段,产品责任仍处于扩张阶段,产品自损纳入产品侵权责任的范畴只是其表现形式之一。美国产品责任法已回归理性发展阶段,20世纪七八十年代产品责任危机的发生已经使美国法律界重新审视严格产品责任,在其他国家亦是如此。故在美国没有特别充分的理由将产品自损纳入产品侵权责任加以救济。

当然,美国产品责任法仍属州普通法这一事实,使得法院在争议问题上更难达成一致意见,更容易存在分歧。美国绝大多数法院对产品自损的侵权法救济持保守态度,但仍有一些法院趋向开放,更有极少数法院趋向“无限开放”,将产品故障致损也纳入产品责任的范畴。中国法院对此争点的观点更趋向一致,且对产品自损的侵权法救济持较开放态度。此种观点的不同导致产品自损领域中美消费者地位的颠覆性变化。但“产品责任法是一个极具挑战性也最能引起争论的法律领域”,^[43]美国法院和中国法院对产品自损侵权法救济的态度仍会处于不断调整之中,消费者的地位也会不断地发生相应的变化。

Comparative Study on the Compensation of Damage to Product Itself between China and America

Dong Chunhua

Abstract: The comparison between Chinese 34 damage to the product cases and American 49 damage to the product itself cases indicates that the commercial relationship rule, pure economic loss rule and “causing damages to the product itself in dangerous way” rule are the most important factors which affect whether the damage to the product itself could get remedy through tort law. Chinese courts usually don't exclude the claims of the commercial parties and are reluctant to apply the pure economic rule but would like to confirm the existence of unreasonably dangerous defect and permit the damage to the product itself to get tort remedy. American court excludes commercial relationship litigation first and the majority courts would apply the pure economic loss rule to bar the tort remedy, the intermediate approach courts prefer to give the tort remedy for the damage to product itself in dangerous way, the minority courts confirm the tort remedy without special limitation. Chinese consumers are more likely to get compensation and more protection in damage to the product itself area while the American consumers are more likely to get more compensation in general product liability area.

Keywords: damage to product itself; pure economic loss; commercial relationship; causing damage in dangerous way

(责任编辑:丁洁琳)

[43] 董春华:“生产者破产后产品责任的解决路径”,载《南通大学学报》(社会科学版)2014年第4期,第35页。

论基本权利滥用的认定标准

高慧铭*

摘要:基本权利滥用禁止原理的正确适用,关键在于确立基本权利滥用的认定标准。比较法视野下基本权利滥用的认定标准,已有日本、德国和欧盟三种模式。但基于我国相关的宪法规范、立宪背景、基本权利保障制度的结构与现况、基本权利滥用原因等因素,适合我国国情的应是比已有三种模式更严格的认定标准:存在主观恶意,明显违反或背离基本权利目的,并且客观上造成了破坏法治秩序的不良后果。此标准从前提条件、行为定性、主观要件和行为后果四方面可形成更具操作性的构成要件。

关键词:基本权利 滥用 认定标准 法律秩序

一、问题之提出

禁止权利滥用的法律原则,早已见诸民法领域。^[1]而在公法上,自二战以后,随着民主的界限及公民私人行为的规制问题引起人们的注意和反思,公民基本权利滥用禁止问题亦开始得到重视。^[2]日本宪法、德国基本法、世界人权宣言以及欧洲人权公约等宪法或宪法性文件相继载入有关规范,并形成了各具特色的理论和制度。^[3]这些文件的相同之处是滥用的法律后果均为该基本权利受到限制或剥夺;其不同之处则是认定滥用的标准各异。

我国目前正处于急剧的社会转型期,同样存在基本权利滥用的现象。比如诉权的各种非正常行使行为,即可能属于宪法上的权利救济权的滥用。就此,最高人民法院在《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》(以下简称《意见》)中专门规定:“对虚假诉讼、恶意诉讼、无理缠诉等滥用诉权行为,明确行政处罚、司法处罚、刑事处罚标准,加大惩治力度。”^[4]在《培育和践行社会主义核心价值观的若干意见》(以下简称《若干意见》)中,最高人民法院也作了“鼓励诚实守信”的指示。^[5]此外,我

* 郑州大学法学院讲师,郑州大学宪法学与行政法学研究中心研究员,法学博士。本文系国家社会科学基金项目“依宪治国重大理论和实践问题研究”(批准号:15AFX007)的阶段性成果。

[1] 禁止权利滥用从罗马法初露端倪,1900年施行的德国民法典将其正式确定为一项原则,继而1907年的瑞士民法、1922年的苏俄民法、1947年修改后的日本民法等均规定了禁止权利滥用原则,到20世纪中期禁止权利滥用普遍成为民法的一项重要原则。

[2] See G. Palombolla, *The Abuse of Rights and the Rule of Law*, in *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights* 16-24 (Andras Sajó ed., Eleven International Publishing 2006).

[3] 有关该理论的发展脉络及理论构成,参见高慧铭:“论基本权利的滥用禁止”,载《清华法学》2015年第1期,第117-129页。

[4] 该《意见》“制裁违法滥诉”之(四)“健全相关法律制度”,2015年5月1日开始施行。中国法院网:<http://www.chinacourt.org/law/detail/2015/04/id/148116.shtml>,访问时间:2015年11月20日。

[5] 2015年10月12日颁布实施,该《若干意见》之“九、鼓励诚实守信”部分:“要坚决防止、依法惩处各种出于非法目的,虚构事实提起诉讼或滥用诉讼权利,……等行为。”中国法院网:<http://www.chinacourt.org/law/detail/2015/10/id/148499.shtml>,访问时间:2015年11月20日。

国《刑法修正案(九)》规定了虚假诉讼罪,^[6]而虚假诉讼行为即被定性为滥用诉权之一种情形。^[7]诚然,该虚假诉讼虽属民事诉讼程序中,但其针对国家司法机关而行使的诉权,因此仍属于公法意义的基本权利。为此,这种虚假诉讼行为,亦属于基本权利滥用的范畴。

如何认定基本权利的滥用,是司法实践和政治实践的重中之重。那么,放眼全球,有无既定标准可为我国借鉴?我国设定基本权利滥用的标准应考虑哪些因素,从而如何建构我国基本权利滥用的认定标准?在实践中又如何适用该标准?这便是本文研究的问题,以期为我国行政、司法乃至立法提供有益的参考。

二、基本权利滥用之认定的比较法考察

综观各国,目前有关基本权利滥用的认定标准,形成了三种不同的模式。

其一,借鉴民法理论的日本模式。日本宪法第12条即为基本权利滥用禁止条款。^[8]针对该条款,日本国内权威的宪法解释认为,“宪法上的基本权利行使,只要有悖于该权利的本旨或目的,超过其所容许的范围,无须存在主观恶意因素,即构成基本权利的滥用。”^[9]日本最高法院作出的判例的滥用标准也与此一致。^[10]

日本宪法基本权利滥用理论,主要是从日本本土资源中的民事权利滥用禁止原则借鉴而来的,可视为日本公法规范理论借鉴私法的典型范式之一,^[11]这主要体现于基本权利滥用的标准借鉴了民事权利滥用的认定标准。

其二,明显带有价值判断倾向的德国模式。其滥用的标准是违背基本权利的核心价值“自由民主秩序”,旨在彻底预防和打击不正当权利的形式以及专制独裁的复辟,具体体现于基本法第18条。^[12]其“自由民主基本秩序”的涵义为:“自由、平等以及在排除任何形式的专制或者恣意支配,而在国民多数意志自我决定的基础上的以法治国家原则为前提的统治秩序。其基本原则包括:尊重基本法具体规定的人权、人民主权、权力分立、责任政府、依法行政、司法独立、多党制以及一切政党合宪地组织和机会均等的原则。”^[13]

德国的基本权利滥用禁止理论与制度对欧盟等国家和地区也产生了深远的影响,尽管这些国家

[6] 我国《刑法》第307条第1款规定:“以捏造的事实提起民事诉讼,妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”

[7] 《最高人民法院〈关于人民法院推行立案登记制改革的意见〉》:“……虚假诉讼、恶意诉讼、无理缠诉等滥用诉权行为”。

[8] 日本宪法第12条规定:“受本宪法保障的国民的自由与权利,国民必须以不断的努力保持之。又,国民不得滥用此种自由与权利,而应经常负起用以增进公共福祉的责任。”有关研究,可参见[日]芦部信喜:《宪法学Ⅱ·人权总论》,有斐阁1994年版。国内学界的有关研究,可参见同注3引文。

[9] 参见《法律学体系·条解书,日本国宪法》,日本评论社1955年版,第197页。

[10] 日本有关的判例,有如:最大判昭和二六·四·四民集五卷五号,第214页;最大判昭和二三·三·一刑集一一卷三号,第997页;最大判昭和二八·四·八刑集七卷四号,第775页;等。

[11] [日]小林直树:《宪法讲义》(上),东京大学出版社1980年版,第314页。

[12] 德国基本法第18条规定:“凡滥用言论自由,尤其是出版自由(第5条第1款)、讲学自由(第5条第3款)、集会自由(第8条)、结社自由(第9条)、书信、邮件与电讯秘密(第10条)、财产权(第14条)或庇护权(第16条第2款),以攻击自由、民主之基本秩序者,应剥夺此等基本权利。此等权利之剥夺及其范围由联邦宪法法院宣告之。”东西德合并后,基本法继续有效,本条于1993年略微修改,体现在庇护权的滥用,区分了申请庇护的公民是否是来自欧洲共同体国家的情况。

[13] 参见2009年11月4日联邦宪法法院作出的“文西德尔裁定”,转引自张翔:“德国宪法对主流价值的维护”,载《山东社会科学》2013年第2期,第16-19页。

和地区未必都曾发生纳粹式的专制统治,但德国的纳粹统治和对外战争却足以使全世界人民反思而警醒。可以说,第三种的基本权利滥用标准的模式也是在这种影响之下确立的。

其三,吸收了上述两种标准之经验的欧洲人权法院模式。其标准是:违背宪法或公约设定的基本权利之目的,并对现有的民主法治秩序(the democratic rule of law order)或法律秩序(legal order)构成侵害,而且其损害程度必须达到必要之限度。欧洲人权法院的判例便适用了该标准。^[14] 欧洲人权法院有关判例,无论结果是否判定当事人滥用基本权利,适用的均是此标准。正如欧洲学者对此作出的诠释,“符合这两种情况可以认定为滥用:在合法但明显背离权利本旨而行使基本权利时对国家、社会或他人造成显而易见的损害,而且得到的利益与构成的损害明显不成比例;合法但过度地、非正常地行使权利,造成对国家、社会或他人的权利或利益的损害”。^[15] 亦即必须同时具备:基本权利行使行为造成的损害是显而易见能证明的;损害必须产生于明显背离基本权利目的或明显过度或非正常行使。除德国外的欧盟成员国^[16] 以及有如此规范的其他国家,其宪法实践使用的标准与欧洲人权法院判定滥用的标准相似。

以上三种认定基本权利滥用的标准都与其各自的历史背景及文化传统等密切相关,甚至由这些因素造就,故有所不同。

第一,三者的历史背景各异。日本现行宪法虽是日本二战投降后在盟军的直接主导下制定的,但其内容主要体现在天皇制、和平主义原则和封建制度废止三大问题,^[17] 无暇顾及公民基本权利保障及基本权利滥用禁止的问题。日本的基本权利滥用禁止理论及基本权利滥用之认定标准都是借鉴其民法理论而来的。追本溯源,日本民法最初以法国民法为蓝本,并未规定权利滥用禁止原则。自19世纪末,特别是凯恩斯主义诞生后,国家强化了对经济的干预,资本主义各国对其民法理论进行了修正。日本受德国“团体主义”和“社会本位”思想的影响,其民法的基本原理作了大幅修正,如从私有权绝对到绝对私有权与尊重公共利益并重,增加了诚实信用、禁止权利滥用原则。^[18] 虽然明治民法典并没有规定禁止权利滥用原则,但早在1919年的“信玄公旗挂松案”和1935年的“宇奈月温泉案”这两个案件中,法院已经明确作出了权利滥用的判决,理由是当事人的行为“违背社会观念上的权利目的,超越其机能所容许的范围”。^[19] 这两个案件不仅是日本从私权绝对化开始向私权相对化转折的嚆矢,而且其判决也形成了日本民法之权利滥用的认定标准,即违反权利设立的本旨或目的,成为民法学说史上的权利滥用标准的一种。^[20] 继而日本民法确立了权利的行使必须尊重并增进“公共福

[14] 欧洲人权法院的有关判例,无论结果是否判定当事人滥用基本权利,适用的均是此标准。See *Jersild v. Denmark* (European Court of Human Rights, Application No. 15890/89, Judgement of 23 September 1994), *Lehideux and Isorni v. France* (Application No. 24662/94, Judgement of 23 September 1998), *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* (Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, Judgement 13 February 2003).

[15] *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights* 77-81 (Andras Sajó ed., Eleven International Publishing 2006).

[16] 欧洲联盟成员27个国家的宪法或宪法性文件,都直接或间接地有基本权利滥用禁止的理论和制度。

[17] 即“麦克阿瑟三原则”,参见[日]芦部信喜:《宪法》,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第22页。

[18] 何勤华、方乐华等:《日本法律发达史》,上海人民出版社1999年版,第133-146页。

[19] 参见汪渊智:“论禁止权利滥用原则”,载《法学研究》1995年第5期,第15-22页。宇奈月温泉案乃大审院于1935年10月5日判决,详情可参见注18引书,第194页下。

[20] 民法的权利滥用的认定标准主要有三种,另两种是:第一,主观恶意行使说,其主要内容是以损害他人利益为目的的行使权利行为即为滥用该权利,如德国民法,我国台湾地区台湾“民法”等;第二,超越权利界限说,即溢出权利的、社会的、经济的目的或社会所不容许的界限之权利行使。这一标准的界定范畴较为宽泛,法律没有明确规定禁止权利滥用原则的国家多采取这一标准,如我国大陆。

社”的原理。该原理拓展到公法领域,体现为日本现行宪法第12条及基本权利滥用禁止理论。

德国虽早已有民法权利滥用禁止理论的规范与实践,但因其二战期间的纳粹专制统治,后在宪法层面采取特殊的“自由民主基本秩序”这一核心价值观,于是形成了背离其价值判断,并经其规范法学方法论的详实细密之解释方可认定为滥用之标准。^[21] 这要追溯至20世纪20年代,纳粹政党利用一战后德国社会经济的危机以及民众对魏玛共和国政府的不满,大肆宣传要建立一个强大的德国,并且对各阶层人民不断做出符合其愿望的慷慨许诺,从而通过民主的途径获得了国会和总统选举的胜利,开始了专制统治,其间肆意侵夺公民权利,甚至大规模迫害和杀戮犹太人。因此逃亡至美国的犹太学者卡尔·罗文斯坦(Karl Loewenstein)于1937年提出著名的“战斗式民主”理论,其核心观点认为,“否定自由和民主的人不能享有自由和民主,不允许民主的敌人尝试以民主的手段颠覆民主制度本身”。^[22] 这一观点在德国影响深远。战后,“战斗式民主”又被称为“防御式民主”,即成为了基本法的“基本构成元素”之一。^[23] 据此,前西德的基本法确立了“自由民主基本秩序”这一核心价值观。东西德合并后,仍适用这一基本法。

欧盟及欧洲各国对基本权利滥用的认定标准深受德国“战斗式民主”理论的影响,却无德国的特殊背景,所以仍保持了基本价值中立的立场,以普适意义之法治秩序或民主法治秩序为基本着眼点考量,并兼采日本基本权利滥用标准之“背离基本权利设定之目的”,以及参考比例原则确定。

第二,其所依赖的法律传统有别。近代日本的法律文化,无论法典还是法学理论,都是在学习借鉴西方法律文化的基础上形成和发展起来的。^[24] 1889年《明治宪法》的76个条文中,只有三条是日本自己创造,其余均模仿了1850年的德国普鲁士宪法,^[25] 值得注意的是日本借鉴的并非当时适用的1871年德意志帝国宪法,而是三十多年前即已订立的更具保守主义特征的普鲁士宪法。日本1890年颁布的民法典主要模仿德国,该民法规范和理论更具保障私人权益的特点。二战后,国际国内局势都要求扩大公民的自由和权利,强调保障人权,于是宪法借鉴其民法的概念和理论就很突出,其中之一即是宪法上基本权利滥用的认定标准借鉴民法上禁止权利滥用理论。

德国历史上有影响力的普鲁士宪法、德意志帝国宪法均有专制的军国主义倾向,而魏玛宪法虽是一部新型的进步宪法,但因其本身的缺陷,未能阻止德国在一战后迅速滑入法西斯专政。于是,二战后的德国便有一项特别重要的政治任务,即预防专制主义,甚至反对一切专制的理论,所以把“自由民主基本秩序”这一秩序的保障作为宪法的核心价值观,成为各项活动甚至基本权利都不得逾越的界限。此外,德国从18世纪末特别是19世纪中叶之后,其法律规范逐渐完善,法学理论研究严谨缜密,所以其基本权利滥用已经具体细分到列举式的基本权利与自由。^[26] 而且当事人一旦被宪法法院认定为滥用了基本权利,就不能再援引该基本权利保护自己,^[27] 其后果很严重。

[21] 德国宪法基本权利滥用理论与其民法权利滥用理论的构成几乎无关联。官方文件中,德国基本法第18条的英文翻译是 forfeiture of basic rights(基本权利丧失),民法典第226条翻译为 prohibition of chicanery(禁止滥用或禁止欺诈)。

[22] Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights (I)*, 31 (3) *The American Political Science Review* (1937); Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights (II)*, 31 (4) *The American Political Science Review* (1937).

[23] *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies* 109 (Markus Thiel ed., Ashgate Publishing 2009).

[24] 同注18引书,第44页以下。

[25] 林榕年主编:《外国法制史新编》,群众出版社1994年版,第417页。

[26] 详见德国基本法第18条。

[27] [德]唐拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第359页。

欧盟作为一个国家联盟,其人权法院旨在维护整个欧洲各成员国的法律秩序,保障各成员国公民的权利。毋庸置疑,保持价值中立,并维护法治秩序就成了判定公民私人行为是否滥用的标准。

三、我国基本权利滥用标准之建构

我国与各国的国情迥异,上述已有的三种基本权利滥用之认定标准,能否为我国借鉴呢?如上所述,日本宪法之基本权利滥用标准借鉴了其民法理论,但是,我国民法中禁止权利滥用的规定很含糊,甚至不能称其为禁止权利滥用的规范,^[28]在理论界也尚未形成能达成共识的禁止权利滥用学说。^[29]因此,我国的宪法基本权利滥用禁止理论无法借鉴本国的民法理论;而借鉴日本的民法理论,更是妄谈。日本宪法基本权利滥用的标准,乃以“有悖于该权利的本旨或目的,超过其所容许的范围,无须存在主观恶意因素”为主旨。而在我国基本权利保障严重不足的情况下,如果不考虑主观恶意因素而照抄此滥用标准,无异于将一孩童单独置于原始森林一样危险。因此,照搬日本基本权利滥用的标准不可取。

最不可能借鉴的是德国基本权利滥用标准。因为德国的基本权利滥用标准立足于其核心价值观“自由民主基本秩序”,以“攻击和背离自由民主之基本秩序”为衡量是否滥用的标准,并非价值中立。而我国没有纳粹或军国主义背景的影响,在立宪时未受“战斗式民主”理论的影响,更没有“自由民主基本秩序”这样的核心价值观。我国借鉴德国基本权利滥用标准无异于无源之水、无本之木。

完全借鉴欧洲人权法院的标准也不现实。首先,我国公民滥用基本权利主要是由现有制度造成的,而欧盟各国并非如此;其次,与《欧洲人权公约》设定的规范和制度不同,我国法院并无违宪审查权,法院无权根据宪法解释出基本权利滥用的标准;最后,我国的法律解释和司法实践完全抛开政治因素,保持价值中立并以民主法治秩序为主要的价值判断目前还处于理想状态。

此外,上述这些国家和地区有着重要的相似之处:法治发展均较为成熟,基本权利都以宪法的直接保障为前提。^[30]与之不同,我国立宪时的关注更倾向于政治体制和经济制度的构建、政党制度的确立和文化制度的复苏等宏大问题。1954年《宪法》虽然有公民基本权利的列举,但没有规定对基本权利保障的措施和救济制度,更没有涉及基本权利滥用问题。1975年《宪法》和1978年《宪法》把公民的基本权利置于无任何防护墙的危险地带,随时都有被侵犯的可能,如何保障及救济已是奢望,更妄谈基本权利滥用这么遥不可及的问题。在政治话语占主导的情况下,公民基本权利的保障只是执政者的民生问题范畴。

在已有的三种不同模式下,为建立我国的基本权利滥用标准,唯一的路径选择便是返回中国的主体立场。1982年修宪时,我国的立法部门初步认识到,“世界上从来不存在什么绝对的、不受任何限

[28] 在我国民法典未通过并公布之前,我国目前的《民法通则》第6、7条以及《物权法》第7条,以列举式方式规定民事行为必须尊重法律、社会公德,以及社会公共利益、国家经济计划、社会经济秩序、他人合法利益等。这些不过是对民事权利附加了社会义务,认为是禁止权利滥用规范实在勉强。

[29] 有两个问题:第一,禁止权利滥用能不能成为民法的一项原则的问题,近几年来民法学界逐渐认可权利不得滥用这一理念。第二,禁止权利滥用与诚实信用原则的关系的问题。以梁慧星教授、刘士国教授、魏振瀛教授为代表,认为我国民法典的基本原则应包括诚实信用、禁止权利滥用两种并列的原则;另一种是以王利明教授为代表,认为禁止权利滥用是诚实信用原则的一个子原则。

[30] 在欧盟,《欧洲人权公约》的作用相当于宪法性文件。

制的自由和权利。我们是社会主义国家,国家的、社会的利益同公民个人利益在根本上是一致的。只有广大人民的民主权利和根本利益都得到保障和发展,公民个人的自由和权利才有可能得到切实保障和充分实现”。^[31] 这一政治共识体现于我国现行《宪法》的第 51 条,^[32] 该条款被认为是我国禁止权利滥用的宪法规定,^[33] 更是基本权利滥用禁止的宪法规范。^[34]

然而,由于我国现行制度下基本权利的宪法保障仍为不力,法律救济方面诉讼制度两审终审制名不副实,^[35] 司法腐败,信访缺乏救济时效等;加之,法律传统之官本位倾向和清官意识,导致人们通过正当法律途径维权时间长、效率低,甚至无法得到正当的法律救济,便出现有些公民在正当途径不畅时采取缠诉、越级上诉等非正当手段。^[36] 固然有极少数人故意所为,但大多数滥用其实为制度所“逼”或“惯”。“逼”者,例如本可求助于正当行政诉讼,但因地方政府的某些“政治性因素”考虑而排除在受案范围之外,去信访当地党政机关又不被接见者被逼上梁山一般,越级上访或缠访行为;“惯”者,如晚近几年拆迁补偿案例中,政府对“闹事者”多给予补偿,导致“会哭的孩子有奶吃”的现象。且无论“逼”或“惯”,只要一成功范例,就可能产生恶性循环的示范效应。

还有政府的行为,正常的法律秩序被政府不正当的评价机制“打断”时,公民滥用基本权利就寻到了“机遇”,或者加大滥用基本权利的可能性。政府对 GDP 的盲目追求、绩效考核“一票否决”的评价机制、对维稳的偏重等,尤其在政治性的“特别时期”,^[37] 都给了非正当行使权利者可乘之机。当然,非正当行使权利未必都是滥用,还必须达到相当严重程度。

由于法律制度和现实国情存在这些独特之处,我们必须立足于中国现实,批判性地吸收他国经验。我国《宪法》第 51 条的缘起是为了基本权利保障的最大化,为了所有公民的“民主权利和根本利益”(若以法学术语表达,“公共利益”最为贴切)。这一点,倒是和日本宪法第 12 条的立宪缘由很相似:日本宪法第 12 条从基本权利的国家义务入手,保护基本人权,不仅对政府,也对国民课以义务,国民必须以不断的努力争取之。^[38] 诚可谓:“不得滥用此种自由与权利,而应经常负起用以增进公共福祉的责任。”而且,日本宪法规定的“应经常负起用以增进公共福祉的责任”与我国《宪法》第 51 条规定的“不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”都是从基本权利内在限制的角度规定的。由此,从宪法规范以及宪法解释方面,我国基本权利滥用的标准可以在一定程度上借鉴日本。

[31] 1982 年 11 月 26 日,宪法修改委员会副主任委员彭真向全国人大代表大会作的《关于宪法修改草案的报告》。

[32] 我国《宪法》第 51 条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”

[33] 我国民法学界和法理学界研究涉及禁止权利滥用的,都把我国《宪法》第 51 条作为禁止权利滥用的最高法律规范。如张文显:《法理学》,高等教育出版社 2003 年版,第 118-119 页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社 1996 年版,第 45-46 页。

[34] 杨海坤、上官丕亮、陆永胜:《宪法基本理论》,中国民主法制出版社 2007 年版,第 147 页;同注 3 引文,第 124 页。

[35] 我国晚近修改的三大诉讼法有明显改善,但仍存在一些问题:提起再审的主体过于宽泛,当事人、法院、检察院都可以提起;提起再审程序的时间没有限制,除了民事诉讼当事人提起再审须在两年的法定期限内,其他诉讼的主体均未作规定,法院自身提起的再审和由检察院抗诉的再审没有时间上的限制,这就使得生效裁判长期处于不稳定的状态;提起再审的法定事由过于原则化,不易把握;提起再审、申诉或抗诉的次数与审级没有限制,同一案件可以反复多次提起再审、申诉或抗诉,就使得当事人要面对“诉讼马拉松”。参见我国《民事诉讼法》第 177、178 条,《刑事诉讼法》第 187、241、243 条,《行政诉讼法》第 91-93 条。

[36] 如在于建嵘等人问卷调查的 632 位进京上访农民中,有 401 位在上访前到法院起诉过,其中法院不予立案的占到 42.9%,认为法院不依法判决导致自己败诉的占 54.9%。参见于建嵘:“中国信访制度批判”,载《中国改革》2005 年第 2 期,第 26-28 页。

[37] 例如,每年的全国人民代表大会和全国政协会议开会的“两会”期间及前后,在我国召开国际会议或举办运动会一类活动期间等。

[38] [日]千叶真、小林正弥编:《日本宪法与公共哲学》,白巴根等译,法律出版社 2009 年版,第 206 页。

我国的基本权利滥用标准必须考虑的另一个因素是,目前我国对基本权利保障不足是主要方面,基本权利滥用理论的宗旨也是为了反哺基本权利保障。日本的基本权利保障程度远远超过我国,即便如此,日本对基本权利滥用条款的适用仍非常谨慎,要求政府必须对滥用的对抗事由“公共福祉”作出有力的说明。^[39] 因此,我国基本权利滥用的标准应该比日本更为严格:应加上主观故意因素。因为滥用的标准愈加宽泛,决策者所拥有的自由裁量权(无视非常健全的、明显应该适用的法律原则)就愈大,因而在维持该理论分析上的完整性并且确保获得一致结果的努力会更加困难。^[40]

而且,我国现在正处于社会的转型期,树立法治的权威、推动良性发展的社会秩序为当前亟需。这与欧盟的做法有契合之处,可借鉴欧盟的“破坏法治秩序”作为滥用标准的重要因素。

综上,适合我国基本权利滥用的标准可以设定为:以主观恶意为必要条件,明显违反或背离了基本权利目的,并且客观上造成了破坏法治秩序的不良后果。

四、基本权利滥用的构成要件

上述标准设定后,继而面临的的就是基本权利滥用在政治实践^[41]中如何适用的问题。如果能提炼出基本权利滥用的构成要件,实践中一一对照适用即可。标准是指衡量某事物区别于其他事物的准则;而构成要件则是“法律构成要件”的简称,即某种法律效果发生的前提条件,当然是条件的总和。无论哪个国家,一旦判定滥用基本权利,便会产生该项基本权利受到限制甚至丧失的法律后果,而导致该法律后果的要件即是基本权利滥用的构成要件。在实践中,只有全部符合了这些构成要件,才能在此基础上以滥用标准加以评判。笔者以下对基本权利滥用的构成要件作出进一步的分析。

第一,享有某项基本权利是滥用行为可能发生的前提条件。如果行为当事人自身不享有某基本权利就谈不上滥用问题,而是无权或越权行使某基本权利。这是确立了基本权利滥用禁止原理的国家和地区共有的认识。如1995年我国《国家赔偿法》生效实施,该法实施前未获赔偿的当事人要求国家赔偿,出现闹访、围堵行政机关等现象。根据法不溯及既往的原理,有些人本不享有国家赔偿请求权,无论其行为是否明显背离基本权利的本旨,对国家的、集体的权利或他人合法的权利和利益是否构成损害,都不能认定为滥用。这些人的维权要求可适当列入行政补偿范畴予以解决,而不能以行政赔偿问题认定。

第二,明显背离基本权利的目的。具体而言,每项基本权利都有其设立的目的,权利主体如果违背该权利设定的本旨,以某种基本权利的行使为途径来追求其他不正当的利益或目的,程度严重的,便涉嫌滥用该基本权利。对此问题,有人反对基本权利滥用的标准之“权利目的”这样的主观因素。^[42] 当然,过多的主观要素会导致界定标准的不确定性,也会为基本权利滥用的解释权提供更多的自由裁

[39] 参见[日]芦部信喜:《宪法学Ⅱ·人权总论》,有斐阁1994年版,第200-213页。本观点在适用日本宪法第12条的几个判例中都有体现,如最大判昭和二六·四·四民集五卷五号,第214页;最大判昭和三五·三·一刑集一一卷三号,第997页。

[40] Irina Petrova, “Stepping on the Shoulders of a Drowning Man” *The Doctrine of Abuse of Right as a Tool for Reducing Damages for Lost Profits: Troubling Lessons from the Patuha and Himpurna Arbitrations*, 35 *Geo. J. Int'l L.* 455 (Winter 2004).

[41] 该政治实践,正如上文所分析,在其他国家或地区可以缩小到“司法实践”概念,但在我国判定滥用基本权利的主体未必都是法院,况且即便是法院的判定行为叫作“司法实践”也有争议,故用此概念。

[42] 如Andr s Saj 教授论述,Andr s Saj , *Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness*, in *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights* 42 (Andr s Saj  ed., Eleven International Publishing 2006).

量空间。但是,何为权利行使的合理性?基本权利最常见的行使方式就一定是合理的吗?什么是最常见的行使方式?对这些问题的回答将不可避免地涉及解释者的主观经验判断。与过多地强调对客观事实的依赖不同,将权利的目的分析与权利行使的事实结合起来进行分析则能更好地减少不确定性,实现对具体的基本权利滥用的公平界定和有效规制,并在界定的过程中释放正义的精神诉求。

基本权利还有程序方面的要求,严重违背程序性的目的或要求,也可能暗含滥用的成分。例如,德国公民有游行自由,但游行者和对时间和地点的选择必须与警察合作,缺少合作的程序性要求就构成游行自由的滥用。^[43]正如学者 Palombella 教授所言,程序合理性体现于法律规则的要求中:基本权利的行使行为也必须符合法治期待,或言,符合法治秩序所要求的程序。如果仅仅违反了基本权利的程序性目的,也可能构成基本权利的滥用。^[44]

第三,行使基本权利者有主观恶意因素。这是基本权利滥用的主观因素要件,行为人对背离基本权利目的的行使行为必须有主观的故意。如果权利行使行为是权利人在受欺诈、被胁迫或不是其真实意思表示的情况下所为,则不能构成滥用。

当然,有些基本权利因为不受主观因素的影响也就没有自身的界限,便属于绝对性权利而不可能被滥用。其一,一些“资源永不短缺”的权利,如在法律面前人人平等的权利等;其二,不受不人道或残酷对待的权利;其三,免于赤贫与匮乏的权利。^[45]除此之外,思想和良心自由的行使只是个人内心的精神活动,并不构成对社会公共利益或其他人的实际影响,所以也具有绝对性和无界限性。^[46]这些权利中,我国宪法规定为基本权利的有平等权、^[47]思想和良心自由。思想和良心自由即是宗教信仰自由^[48]的一部分。宗教信仰自由的内容包括内心的信仰自由、宗教的活动自由(包括宗教的集会、祈祷、结社或举行特定的宗教仪式等)。其中内心的宗教信仰自由即是思想自由的范畴。

第四,造成了显而易见的损害。这是判定基本权利滥用必备的后果因素。行使基本权利背离其目的或明显超越界限只有在导致了损害的情形下才构成滥用,^[49]即公民的基本权利行使行为必须导致了国家的、社会的、集体的或其他公民的合法的自由和权利的明显损失。

综上所述,在我国,基本权利滥用的构成要件正是源于《宪法》第 51 条的解释:滥用主体是正在行使权利的权利人,以合法的主体资格出现后才进一步考察是否损害了公共利益或他人利益;其行为表现为明显背离基本权利的本旨或明显超越基本权利的界限,且有主观恶意;后果损害了国家的、社会的和集体的利益或者其他公民的合法自由和权利,严重破坏法治秩序。

[43] G. Palombella, *The Abuse of Rights and the Rule of Law*, in *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights* 18 (Andr s Saj  ed., Eleven International Publishing 2006).

[44] *Id.*

[45] See Joel Feinberg, *Social Philosophy*, Foundations of Philosophy Series (Englewood Cliffs, NJ), ch. 4 follows Feinberg 1970, p. 97.

[46] *Id.*

[47] 我国《宪法》第 33 条第 2 款规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”

[48] 我国《宪法》第 36 条规定:“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配。”

[49] Andr s Saj , *Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness*, in *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights* 79 (Andr s Saj  ed., Eleven International Publishing 2006).

五、余言

早在三百多年前,英国贤哲洛克就曾指出,令人信服的理论应当是由“理性和论证的力量”推导而出。^[50] 宪法学上的基本权利滥用理论,并非无根之游谈,不仅可广泛见诸于比较宪法领域,即使在我国现行宪法上亦具有一定的规范基础。它在宪法理论中的引入,也符合“奥卡姆剃刀”定律,即“如无必要,勿增实体”的原则。

然而,在探究和推介基本权利滥用禁止理论之际,笔者就曾怀有二律背反式的问题意识,即一方面体悟到该理论的不可或缺性,另一方面又对其在中国当今语境下的导入存有一种深切的隐忧,质言之,担心基本权利滥用禁止理论本身招致被不当滥用的结局。^[51] 在“依法治国”正在全面推进的主旋律中,这种书生式的隐忧或许略有杞忧之嫌,然而,诸如在针对“虚假诉讼、恶意诉讼、无理缠诉等滥用诉权行为”,各级法院被广泛要求“加大惩治力度”、“严肃处理”,虚假诉讼甚至入刑成为一项罪名的背景下,如何切实把握基本权利滥用行为的认定标准,则可谓至为切要。这是因为,从学理上而言,基本权利滥用的认定标准理论,即是防止基本权利滥用禁止理论本身被滥用的一道内在的屏障。

On the Standard of the Abuse of Fundamental Rights

Gao Huiming

Abstract: It is the pivotal issue to define the criteria of right abuse for the theory of the Prohibition fundamental rights abuse. There are three types of criteria used in Japan, Germany and the European Union respectively. The standard of fundamental rights abuse consistent with our national circumstances will be more strict than the other three, which violate or deviate from the goal of the fundamental right obviously and maliciously, and the action has demolished the legal order, in view of existing experience, and because of our constitutional norm, background of establishing constitution, fundamental rights guarantee system and guarantee extent as well as reasons of fundamental rights abuse. Based on the standard, it will form more exercisable constitutive requirement from precondition, character, subjective essential and consequence of the action.

Keywords: fundamental rights; abuse; standard; legal order

(责任编辑:丁洁琳)

[50] 参见[英]洛克:《政府论》(上),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1964年版,第10页。

[51] 参见同注3引文,第128页。

论《国际商事合同通则》解释补充 《联合国国际货物销售合同公约》之功能

——以损害赔偿制度为例

左海聪 杨梦莎*

摘要:《国际商事合同通则》(PICC)具有解释补充《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)的功能。其法理依据是 PICC 可以作为辅助性法源,帮助进一步阐释 CISG 的一般法律原则。以有关损害赔偿制度的理论和实践为例,这一做法符合 CISG 第 7 条统一法方法义务,并相较于其他解释补充方法具有保障 CISG 的国际性和统一性的优势。但前提条件是其并不违反 CISG 的一般法律原则,且未超出 CISG 的调整范围。

关键词:联合国国际货物销售合同公约 国际商事合同通则 解释补充 损害赔偿

《联合国国际货物销售合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,以下简称 CISG)对协调统一各法域传统作出了重大贡献,在国际商事合同统一立法中占据着重要地位。自 1988 年生效以来,CISG 对国际货物贸易产生了巨大影响。但应当承认,CISG 不可能对国际商事合同的所有问题都作出明确规定,一些难以在缔约国间达成一致的问题被以模糊或空白的形态遗留下来。^[1]典型的例子如 CISG 损害赔偿制度,其规定并不尽如人意。^[2]虽然其在吸收和平衡英美法系和大陆法系国家规定的基础上,建立了损害赔偿制度的基础框架,但规定过于原则或笼统。对利率计算、损害赔偿金计算货币选择、违约金、可得利益确定等相关问题都未予明确规定。正如 CISG 草案起草者之一约翰·汉诺尔德(John Honnold)评论的那样,“违约可能发生在几乎无法界定的多种情况下,没有一个法规可以详细规定损害赔偿规则。CISG 仅尝试规定当违约发生时赔偿的基本原则”。而损害赔偿制度在国内法和国际法层面都是一种重要的违约救济方式,缺少细化规则,在实践中会产生法官/仲裁员自由裁量权过大、相似案件损害赔偿金额差距过大、受害人无法获得完全损害赔偿等若干问题,^[3]有必要进一步明确。因而保证 CISG 有效统一实施,尤其依赖于法官/仲裁员对 CISG 进行合理解释和补充,以不断保持其持续的“生命力”。

* 左海聪,南开大学法学院教授,法学博士;杨梦莎,南开大学法学院博士研究生。本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“《国际商事合同通则》与国际商法的发展”(07SFB2045)的阶段性成果。

[1] Michael Joachim Bonell, *The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments*, 10 *International Law Review of Wuhan University* 100, 117 (2008-2009).

[2] Clayton P. Gillette & Robert E. Scott, *The Political Economy of International Sales Law*, 25 *Int'l Rev. L. & Econ.* 446, 486 (2005).

[3] 虞汪日:“国际商事合同违约损害赔偿计算若干问题探讨——以《联合国国际货物销售合同公约》为例”,载《中南民族大学学报》2007年第3期,第111页。

CISG的起草者意识到公约自我完善的重要意义,因而内嵌入第7条统一法解释补充方法,希望CISG的实施成为一个自我发展的系统。然而CISG第7条仍仅停留在原则层面上指导,缺乏具体规则的确定性指引,导致实践中第7条的适用极度依赖法官/仲裁员的个人素质,并且增加了裁判成本或根本达不到统一解释补充的目的。鉴于此,越来越多的理论和实践开始关注利用《国际商事合同通则》(Principles of International Commercial Contracts,简称PICC)解释补充CISG。尽管这些理论和实践已经意识到这一做法不仅可行且具有一定优势,但仍缺乏对其法理依据的深入阐述和有关判例的研究。本文首先对CISG第7条和PICC解释补充CISG的基本法理问题进行论述,最后以损害赔偿制度的理论和判例为例证,进一步阐述这一做法的可行性及优势和限制。

一、CISG第7条的法理及其实践

CISG第7条是公约的解释补充规则,其特点是摒弃了传统的冲突法方法,而优先发挥CISG一般法律原则的法律解释作用。这种解释补充方法被称为统一法方法(uniform approach),其内在逻辑是CISG虽然在吸纳国内法基础上制定而成,但其本身是保持自治的法律体系,因而必须与国内法进行区分,而选择国内法进行解释不明或填补漏洞会破坏其统一法属性。这种做法被国际私法统一学会(UNIDROIT)国际保理公约第4.1条、UNIDROIT国际融资租赁公约第6.1条、联合国独立保证和备用信用证公约第5条和联合国电子商务示范法第3.1条等完全继承,形成了统一实体法律解释补充规则的发展趋势。

CISG第7条第1款的规定阐述了解释补充的基本原则,即坚持其“国际性质”,保障“促进其适用的统一”和“国际贸易遵守诚信的需要”。CISG第7条第2款则具体规定了填补漏洞的方法,要求法官/仲裁员遵守一定的先后顺序:首先采用CISG本身承认的一般法律原则方法;在这种方式无法达到目的时,进而采用冲突法方法。可见第1款的统一解释原则仍适用于第2款补充规则,两条款相辅相成共同构成统一法方法。需要明确的是,第7条第2款所指的漏洞仅为公约内部漏洞(internal gaps)而不包括外部漏洞(external gaps)。内部漏洞是指在公约调整范围之内但未规定的问题,而外部漏洞则是指超出公约调整范围的问题,这些排除范围主要规定在第2、3、4、5条。第7条解释补充规则无疑给法官/仲裁员增加了特殊的义务,即不得轻易适用国内法进行解释补充,而应从CISG本身寻求答案。

虽然统一解释补充方法的概念已经得到普遍认同,但目前仍缺乏利用CISG一般法律原则的明确方法指导。司法实践和学术讨论中提及的符合CISG第7条法理的公约解释方法,主要包括条约法解释方法和判例法解释方法。

第一,法庭为了避免轻易运用国内法,有义务运用维也纳条约法第31、32条解释方法自行解释,对CISG条款的隐含含义和整体目的进行深度挖掘。国际经济法属于国际法的一个分支,因而有关条约解释的一般国际法原则可以适用于国际经济法领域。^[4]条约法解释方法具体包括文义解释、体系解释、目的解释和历史解释方法,即法官/仲裁员主要依据公约本身条文、体系结构、立法目的、起草制定历史解释CISG,以避免主要参考国内法律传统。但这种自由而有弹性的解释方法过于抽象,且完

[4] [美]约翰·H.杰克逊:《国家主权与WTO变化中的国际法基础》,社会科学文献出版社2009年版,第57页。

全依赖于法官/仲裁员个人对 CISG 的理解,因而极易造成多元化解释结果,难以避免法官/仲裁员个人仍基于国内法理论解释。同时不同语言版本和国家保留的存在,也成为统一解释 CISG 的障碍,可能导致相互冲突的解释结果。^[5]

第二,基于条约法解释方法存在的缺陷,一些学者认为解释 CISG 的裁决本身可以成为保障 CISG 国际性和统一性的重要依据。这种观点认为,公开 CISG 的裁决可以形成示范效应,保障 CISG 裁决一致性以提高其统一适用的可能性。CISG 判例法解释方法要求法官/仲裁员在一定程度上考虑外法域判决。^[6] 但判例法解释方法也存在诸多问题。首先,统一解释并不等同于考虑其他法域判决,即使法官/仲裁员考察了大多数法域的国内法律,也不意味着满足了统一法解释要求。在 ICC 国际仲裁院第 7331 号案件中,仲裁员认为 CISG 对合同更新问题未作规定,因而考察了合同当事人双方国家法律和争议发生地法律,并在三个法域对合同更新有关问题规定一致的情况下,认为该规定属于“一般标准”因而符合了统一解释义务。^[7] 但这一做法是对 CISG 规定范围的狭隘理解。CISG 不仅局限于考察该三个法域法律的规定,而且是对所有缔约国法律规定的统一。其次,要求法庭在解释 CISG 时考虑外国法庭适用 CISG 进行裁决的先例,并不符合一些国家宪法的规定。一些法庭实践表明,外国法院裁决仅具有说服作用,而不具有约束力;^[8] 最后,这种类似“遵循先例”的解释方法虽然可以保障裁决的一致性,但其可能产生一种判例成为国际商事合同统一法主要法律渊源的错觉,而 CISG 本身作为主要法律渊源的地位则被削弱。

司法实践和学术讨论产生的符合 CISG 第 7 条法理填补 CISG 漏洞的方法,主要包括类比推理方法和一般法律原则方法。类比推理方法(analogy)将 CISG 特定条款适用于非常相似案件。例如第 57 条类比适用于确定金钱给付义务履行地,^[9] 第 81 条类比适用于协议终止合同问题等。^[10] 但这一方法适用范围有限,一些问题仍旧无法找到可以类推适用的条款。并且类比推理方法本身需要极其谨慎采用,否则会导致不公平的滥用。同时这种类推方法虽为民法法系国家采用,但违背大部分英美法律国家的法律传统,也限制了其使用范围。因而从法理上看,更为严谨的方式是一般法律原则方法,即运用 CISG 的一般法律原则填补漏洞,即 CISG 条款所体现的一般原则在更广泛的范围内,适用于涉及该原则的 CISG 未明确规定的问题。但该方法的适用范围存在一定的限制:必须在 CISG 存在内部漏洞或缺乏相关规定的情况下才可适用,否则仍需要适用类比推理的方法。同其他解释补充方法一样,一般法律原则方法也存在适用困难性:尽管几乎 CISG 的每一条款都是一般原则的体现和反映,但 CISG 本身并未明确规定其承认的一般法律原则的范围,这首先需要从法律条文中进行抽象。尽管 CISG 评论已经抽象出一些可予以借鉴的一般法律原则,但要找出具体问题所体现的一般法律原则仍较为困难,且不同法官或仲裁员也极易得出不同的结论。另一个问题是虽然一些法律原则可以直接适用,例如当事人意思自治原则,而诸如合理标准(reasonableness test)等原则仅在特定案件中才可以

[5] Juraj Kotrusz, *Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 14 Unif. L. Rev. 119 (2009).

[6] Phanesh Koneru, *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles*, 6 Minnesota Journal of Global Trade 105, 152 (1997).

[7] ICC International Court of Arbitration, Award No 7331 of 1994.

[8] *Decision of the Tribunal of Vigevano*, 20 Journal of Law and Commerce 209, 224 (2001).

[9] Award No. 10 Ob 22/05S of Oberster Gerichtshof of Austria, 26 April 2005.

[10] Award No. 1 Ob 74/99 K of Oberster Gerichtshof of Austria, 29 June 1999.

适用,法官/仲裁员也必须予以区分,即适用一般法律原则补充方法并不简单易行,往往增加裁判成本。

从以上分析可以看出,CISG第7条义务导致实践和学术讨论中产生了条约法解释、判例法解释、类比推理、一般法律原则等多种具体操作方法。但这些方法各自存在一定的适用问题,并增加了法官/仲裁员的裁判成本,能否真正实现保障CISG国际性和统一性的目的仍有待考察。因而,学者、法官/仲裁员开始将目光转向与CISG一脉相承的PICC,认为其具有契合CISG第7条精神、降低裁判成本等的优势。^[11]

二、PICC解释补充CISG的理论探究

PICC是国际统一法协会于1994年编纂、2004年修订、享有高学术水平盛誉的商事合同统一法文件。其主要创新是采用法律重述形式,广泛编纂国际商事习惯和惯例,改变了商人法受到诟病的模糊性、破碎性状态,并明确其功能种类扩大了适用范围。^[12] PICC序言“原则目的”中阐明,其作为国际商事合同的一般规则,可以在六种情况下予以适用。其中运用在司法程序中解释和补充国际统一立法就是其重要的功能之一。该条评论也指出,该功能适用的典型国际统一立法对象就是CISG。尽管PICC明确承认其具有解释补充CISG的功能,但这并不足以证明这一做法的可行性和合法性,仍需从法理角度予以进一步探讨。

(一) 法理依据分析

产生CISG解释补充问题的根本原因是CISG等国际条约与国内立法相异,其是缔约国协商一致的成果,而缺乏类似于国内立法机构的法律程序,可以对法律文件本身进行解释补充,从而赋予法律适用的生命力。且CISG缺乏超越缔约国主权之上的最高司法机构,能够协调各缔约国的司法裁决以保障其统一法属性。唯一权威的解释仍是由公约起草机构进行后续解释。但CISG这样缔约国众多且未建立常设国际机构的国际条约,通过修订或重新谈判改变公约几乎是不可能实现的。^[13]

因而CISG的适用尤其依赖于法官/仲裁员在各国司法程序中进行法律解释或法律续造,即在法律发现阶段,法官/仲裁员通过解释条文适用于具体案件,或利用条文包含的价值填补法律漏洞。在法律解释或法律续造的过程中,一般法律原则、法律学说等不具有法律约束力的间接法源或辅助法源有助于更好地理解法律规定,往往成为法律论证过程的关键。虽然辅助性法源并不具有宪法意义上的约束力,但任何国内法或国际法都不能否认,在条约、惯例等主要法源之外还存在着辅助性法源,其因为与法律基本价值相一致而具有说服力,从而成为裁判的基础。^[14] 基于此理由,笔者认为PICC作为无法律约束力的法律重述,其发挥解释补充功能的依据,正是源于其自身的法律正义和合理性。^[15]

[11] M. J. Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG — Alternatives or Complementary Instruments?* 1 Unif. L. Rev. 26, 36 (1996). A. Garro, *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG*, 69 Tul. L. Rev. 1149, 1153 (1995).

[12] 左海聪主编:《国际商法》,法律出版社2008年版,第72页。

[13] Juraj Kotrusz, *Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 14 Unif. L. Rev. 119 (2009).

[14] 陈自强:“联合国商事契约通则之地位”,载《台大法学论丛》2010年第3期,第309页。

[15] 黄润秋:“《国际商事合同通则》法律适用规则评析”,载《苏州大学学报》2002年第1期。

而其说服力又来源于其所体现的一般法律原则与 CISG 的一般法律原则和国际商事合同实践需要的一致性。^[16] 从对 CISG 第 7 条的分析可知, CISG 所体现的一般法律原则属于优先考虑的法源, 且该条产生的推论之一就是存在同时援用其他法律规则的可能性,^[17] 只要辅助性法源所体现的一般法律原则与 CISG 相一致。由此看来, 用 PICC 解释补充 CISG 完全可行, 且十分契合 CISG 第 7 条的目的和要求。法官/仲裁员发挥 PICC 解释补充作用的唯一条件或要求, 就是考察 PICC 与 CISG 两者的一般法律原则是否一致, 下文将详述。

另外一种观点认为, PICC 不是作为 CISG 的一般法律原则的辅助性法源, 而是直接作为国际商事习惯惯例或国际商事合同法一般原则发挥解释补充的作用,^[18] PICC 序言中也明确承认其商人法地位。但这一观点受到较多挑战, 原因之一是对 PICC 是否可以被整体视为商人法、商人法法源地位和效力等理论问题的争论。本文暂且不对这一基本理论问题进行过多阐述, 笔者认为即使承认商人法可以直接适用, PICC 解释补充功能的主要依据也不是其商人法属性。PICC 序言中明确区分了作为商人法的准据法功能和解释补充功能, 当作为商人法适用时 PICC 可能成为与 CISG 并列的法律渊源, 而不再属于辅助性法源, 其结果可能引起两者在准据法层面的冲突。而 PICC 的解释补充功能显然意味着其不能违背 CISG 的规则和原则。国家同意理论要求只有缔约国协商一致的条约内容才具有合法性, 而 PICC 作为独立的法律文件显然超出了缔约国同意的范畴。

PICC 与 CISG 不同的法律地位决定了两者不会出现作为准据法层面的分歧,^[19] 这也使得 PICC 解释补充 CISG 的作用更加显著。^[20] CISG 是具有约束力的国际公约, 法官/仲裁员有义务将其作为准据法适用。相较之下, PICC 的性质属于无法律约束力的法律重述, 仅在当事人协议选择或适用商人法时才可直接作为准据法适用, 而更多地作为辅助性法律文件。^[21] 虽然其较高的学术水平得到广泛认可, 甚至未来有可能整体发展为国际商事合同惯例, 但目前在法律适用层面看, 仍然无法替代 CISG 或与 CISG 相媲美。^[22] UNIDROIT 理事会也清楚地意识到, PICC 不是一项立即产生约束力的法律文件, 对 PICC 的接受和认可依赖于 PICC 本身具有的说服力和权威。^[23] 而发挥 PICC 的解释补充功能, 不仅有利于完善 CISG, 同时也提高了其自身的认可和接受程度。

(二) 优势和限制

上文提及的第 7 条衍生解释补充方法的共同点是诉诸 CISG 本身, 以试图避免适用国内法。但 CISG 条文本身并不能解决所有问题, 尤其需要适用第 7 条第 2 款填补漏洞时。这就不可避免仍需要借鉴其他法律规定, 其结果可能是法官/仲裁员作出一定努力履行第 7 条义务, 但出于裁决成本的考

[16] Michael Joachim Bonell, *The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments*, 10 *International Law Review of Wuhan University* 100, 117 (2008-2009).

[17] ICC International Court of Arbitration, Award No 11849 of 2003.

[18] Award of the International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation of 5 June 1997, No. 229/1996. Award of the International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation of 19 May 2004, No. 100/2002.

[19] [意]米切尔·波乃尔:“国际商事合同通则与国际货物销售合同公约——是二者择一或相互补充”,梁慧星译,载《外国法译评》1999年第2期,第16页。

[20] Michael Joachim Bonell, *The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments*, 10 *International Law Review of Wuhan University* 100, 117 (2008-2009).

[21] 吴德昌:“国外法院适用《国际商事合同通则》的司法实践与法理探析”,载《江西社会科学》2010年第6期,第166页。

[22] 翁国民:“全球化与国际商事合同规则的国际统一”,载《中国法学》2001年第3期,第163页。

[23] 对外贸易经济合作部条约法律司编译:《国际商事合同通则》,法律出版社1996年版,第3页。

量,最终仍选择适用国内法解释补充公约。PICC的解释补充功能相较于CISG第7条衍生的其他解释补充方法的最大优势,是其提供了统一法的具体规则指引,因而具有保障CISG的国际性和统一性的优势。但这一功能的发挥也存在限制条件,即PICC规则体现的一般法律原则必须与CISG的一般法律原则相一致,并且其规则并未超出CISG的调整范围。

1. 优势

法律解释和法律续造方法高度依赖法官/仲裁员的个人素养,CISG第7条意识到了极度个人化的解释可能会损害CISG的统一性和目的性,因而其规定的实质是限制法官/仲裁员在法律续造过程中的行为,并限制其可以选择的辅助性法源或几乎否定了国内法作为辅助性法源的地位。PICC与CISG相互补充使用,可以减少国际商事合同法之间的分歧和冲突,改善其碎片化状况,从而消除国际贸易的法律障碍,促进国际商事合同规则国际统一化趋势。

第一,PICC解释补充CISG有利于保障CISG的国际性。CISG的主要立法目的是成为独立于国内法的统一国际规范。PICC相较于国内立法、国内判例和一般学说更具有国际性,可以避免国内法碎片化解释。PICC的性质是对国际商事合同的一般原则进行的法律重述,其主要贡献之一即是对通行的国际商事惯例(usage)和通常做法(practice)进行编纂,对国际合同法进行重述。^[24]虽然PICC本身并不具有约束力,但其吸纳的国际商事惯例和通常做法,对于国际商事交易参与人是具有约束力的,法院/仲裁庭也必须予以某种程度上的尊重。遵守国际商事惯例和通行做法符合国际商法的发展需要,因而构成其解释其他国际法律统一文件的桥梁。本质上,包括CISG在内的国际商事合同统一法都是编纂通行商事惯例的结果。CISG第9条的规定也表明,遵守国际商事惯例是CISG遵循的基本原则之一。法官/仲裁员在实践中也会将CISG和PICC等同视为国际贸易的一般规则或商人法看待。例如在ICC国际仲裁院第8502号案件中,^[25]越南卖家与荷兰买家因合同违约纠纷诉诸仲裁庭但并未约定准据法,但合同规定适用UCP、Incoterms在内的国际贸易惯例和原则。仲裁庭因而根据仲裁规则第13(5)条同时适用CISG和PICC于合同损害赔偿部分纠纷。另在塞尔维亚商会外国贸易仲裁庭第T-9/07号案件中,仲裁员也直接将CISG和PICC视为商人法和国际贸易惯例。^[26]这表明CISG与PICC的国际贸易惯例和一般法律原则的性质已经得到理论和实践论证。

第二,PICC解释补充CISG有利于保障CISG的统一性。首先,PICC与CISG的规则具有高度的一致性,因而能最大限度地保障CISG适用的统一性。法律的解释和补充必须能够纳入既存法律秩序,维持法律逻辑和价值上的一致性。PICC在吸收CISG的基础上制定而成,其继承了CISG的基本原则和理念,^[27]两者规定不一致的情况很少,一些条款甚至完全与CISG一致。许多参与CISG制定的起草者又致力于PICC的起草。由此可见,PICC和CISG具有先天的内在联系,因而两者的规则和原则极为契合。其次,从PICC序言的设立目的可以看出,其同CISG的设立理念一脉相承,都是为了推动国际商事合同立法的统一化发展,主张摒弃传统的冲突法方法,而积极主张采用统一法方法。再次,CISG第7条规定的抽象解释规则有时无法达到目的,或者即使可以实现目的也极大增加了法官/

[24] Michael Joachim Bonell, *The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments*, 10 *International Law Review of Wuhan University* 100, 117 (2008-2009).

[25] ICC International Court of Arbitration, Award No 8502 of November 1996.

[26] Foreign Trade Court of Arbitration Attached to the Serbian Chamber of Commerce, Award No T-9/07 of 23 January 2008.

[27] 朱雅妮:“《国际商事合同通则》作为补充或解释相关法律文件的原理及实践”,载《湖南社会科学》2009年第5期,第210页。

仲裁员的裁判成本。PICC 更为详尽的规则已经不仅仅停留在方法指引层面,而是一种便于操作的确定性规则指引,使法官/仲裁员拥有明确的规则参考,极大地降低诉诸冲突法方法的程度,从而更易于得出统一的判决并降低裁判成本。在国际商会仲裁庭 2002 年第 11638 号仲裁案中,独任仲裁庭仲裁员评论称,适用 PICC 解释 CISG 相较于当事人未指定的国内法而言,具有优势。^[28] PICC 为法官/仲裁员提供了相较于国内法更适于解决国际纠纷的规则,^[29] 让其在一般国际条约未规定时不轻易地适用国内法裁判国际纠纷,而是寻求国际标准和原则。摒弃传统的冲突法方法,减少了国内法的适用程度,有利于实现仲裁或裁判结果的一致性,保持国际商法的统一法和自治法特性,并进一步消除国际经济交往中的法律障碍,促进国际商事活动的顺利进行。

综上,PICC 用于解释 CISG 存在本质上的优势。因此有学者指出,“和其他法学著述及司法决定相比,在帮助发展 CISG 这一点上,没有理由不让 UNIDROIT 通则发挥更多的作用”。^[30]

2. 限制

尽管 PICC 解释补充 CISG 具有如上优势,但这种做法也存在一定的限制。法律解释或法律续造方法本身就存在界限,即只能以法律整体为依据。^[31] CISG 本身的内容和形式是缔约国协商的共识,因而在司法适用的过程中必须予以尊重。换言之,不能将超出 CISG 范围的规定强加于公约本身,否则会超出条约协商时国家同意的范畴。PICC 只能作为 CISG 一般法律原则的辅助性法源发挥作用,而不是与 CISG 具有同等地位和效力的法律渊源。因而 PICC 解释补充作用只能限制为在 CISG 条款规定不明时,作为一种辅助或补充法源协助法官/仲裁员理解 CISG 条款,并且这种协助必须遵守 CISG 第 7 条的要求。这意味着 PICC 发挥作用的前提是其不能与 CISG 的一般法律原则相违背,且不能超出 CISG 规范的范畴。^[32] 这些限制防止将 PICC 不为 CISG 认可或管辖的规定作为解释补充 CISG 依据,扭曲损害 CISG 原本的立法目的,从而超出法律解释的范畴。

第一,CISG 一般法律原则的限制。PICC 解释补充 CISG 不能违背其一般法律原则。如上文所述,CISG 第 7 条的目的和宗旨是保持其国际性和统一性。因此对于在 CISG 范围内而未详细规定的问题,尽可能通过 CISG 的一般原则来解决。PICC 解释 CISG 的本质是其更详尽的规定便于帮助法官或仲裁员更好地理解 CISG 的一般法律原则。在国际商事仲裁庭第 12460 号仲裁案中,仲裁员就如此评论:“根据 CISG 第 7 条,PICC 可以对 CISG 条款体现出的一般原则进行解释,特别是那些已经被 PICC 吸收的规定。这可以从 PICC 的先例中体现。”^[33] 一些学者和仲裁员甚至认为 PICC 本身就是对 CISG 一般原则的表述,^[34] 考察 PICC 能否用于解释 CISG 的唯一要求就是考察两者的一般原则是否一致。^[35] 尽管 PICC 是在吸取 CISG 的基础上制定而成的,但并不排除 PICC 的一些基本原则与 CISG 的

[28] ICC International Court of Arbitration, Award No 11638 of 2002.

[29] Alejandro M. Garro, *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law; Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG*, 69 *Tulane Law Review* 1149 (1995).

[30] [英]迈克尔·布里奇:《国际货物销售法律与实务》,林一飞等译,法律出版社 2004 年版,第 73 页。

[31] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2004 年版,第 247 页。

[32] Michael Joachim Bonell, *The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments*, 10 *International Law Review of Wuhan University* 100, 117 (2008-2009).

[33] ICC International Court of Arbitration, Award No 12460 of 2004.

[34] ICC International Court of Arbitration, Award No 8817 of December 1997.

[35] Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Contracts and CISG: Alternative or Complementary Instrument?* *Uniform Law Review* 29, 39 (1996).

基本原则相违背的情形。因此在运用 PICC 解释 CISG 时需要首先进行比较研究,明确两者是否存在相同的法律原则。

第二,CISG 排除范围的限制。法律续造必须是法律之内的续造,即不能超出法律原本的立法计划范围,否则会有司法“造法”之嫌。当司法裁判超越原有法律计划或对之进行修正时,就成为超越法律的法的续造。^[36] 因而 CISG 明确排除的问题(主要规定在第 2、3、4、5 条)^[37] 或外部漏洞不属于 PICC 解释补充的范畴,通常只能由国际私法指引的国内法予以解决。因此在运用 PICC 补充 CISG 时,还必须明确区分两者规定的范围。此处 CISG 明确排除的范围并不属于学理上讨论的“一般性否定规范”,其是指如果法律对某一问题持消极态度未予规定,未予规定则得不到法律的支持。^[38] 学理上认为一般性否定规范也存在法律续造的可能空间,否则会极大地限制司法活动,使存在缺陷的立法无法得到修正或发展。而 CISG 排除的调整范围并不意味着这些规定不被 CISG 所承认,而由于 CISG 不适宜调整这些问题,转交由冲突法规则指引的国内法调整。由此 CISG 排除的调整范围与“一般性否定规范”存在本质不同,没有法律续造的空间。

三、PICC 解释补充 CISG 损害赔偿制度的例证分析

本文以损害赔偿的相关理论和实践为例,试图说明 PICC 的解释补充功能如何具体运用于司法实践。如上文所述,一般法律原则和 CISG 的调整范围是发挥这种功能的重要衡量标准,其推论是在司法实践中法官/仲裁员必须首先找出 PICC 与 CISG 的对应规则条款,分析其所体现的法律原则,并对两者的对应条款和法律原则进行比较研究。通常比较之后可以得出三种结论:第一,两者对应条款措辞几乎完全一致,此时 PICC 更为具体详尽的评论(Comment)部分可以帮助法官/仲裁员更好地理解 CISG 条文,并更准确地适用于具体判例;第二,两者规定并不一致但具有相同的法律原则指引,此时 PICC 的相关规定可以用于解释 CISG 的不明规定或填补 CISG 的漏洞;第三,两者规定体现的基本法律原则不相一致或超出 CISG 规定的范畴,此时 PICC 的相关规定不能用于解释补充 CISG。依据这种比较研究方法,笔者整理出 PICC 解释补充 CISG 损害赔偿制度的可行范围和限制范围。

(一) 可行范围

虽然 CISG 本身并未明确阐明其所遵循的基本法律原则,就损害赔偿制度而言,完全赔偿原则(full compensation)是 CISG 承认的基本法律原则可以说毫无争议。PICC 可以对 CISG 损害赔偿制度进行解释补充的基础前提,就是两者对完全损害赔偿原则的承认。CISG 第 74 条和 PICC 第 7.4.2 条都明确规定了完全损害赔偿的基本原则,两者损害赔偿制度的基本目的都是将受损方地位恢复到合同得以完全履行的状态,且受损方不能通过损害赔偿获利。因而两者损害赔偿制度本质上并不存在冲突,^[39] 这为 PICC 解释 CISG 损害赔偿制度奠定了基础并提供了正当性,成为 PICC 解释补充 CISG 损害赔偿制度的基石和桥梁。PICC 解释补充 CISG 的可行范围即是其体现完全损害赔偿原则的规则

[36] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2004 年版,第 246 页。

[37] Michael Joachim Bonell, *The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments*, 10 *International Law Review of Wuhan University* 100, 117 (2008-2009).

[38] 纪海龙:“法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例”,载《法律科学》2014 年第 4 期,第 80 页。

[39] UNIDROIT Principles art. 7.4.2 cmt.

范围。

1. 替代交易

比较可得 CISG 第 75 条与 PICC 第 7.4.5 条有关“替代交易”的规定基本是一致的,因而 PICC 评论可用于进一步解释 CISG 第 75 条的规定。两者都采用了清晰明确的替代交易损害赔偿计算方法:两个交易差价,因而无需过多解释。但 PICC 评论对如下问题的阐述有助于解释 CISG 第 75 条。

第一,PICC 评论认为应当考察替代交易的意图,即替代交易的目的、基本条款和性质应在合理范围内与原始交易相一致,但不需要达到完全相同的程度。

第二,PICC 确认了不属于替代交易的情形。首先,受损方自己履行违约方义务不属于替代交易的范畴,必须存在另一个不同的交易方。因为受损方自己履行义务的情况下,无法评估两个替代交易的差额,第 75 条因而不能适用。其次,受损方在初始合同终结后使用本应同时在初始交易中使用的设备履行其他合同,不存在替代交易。

第三,替代交易的合理性(reasonableness)要求,替代交易的目的是减少损害,但必须在合理的时间采取合理的方式进行,以防止违约方被草率或恶意的行为所侵害。同 CISG 一样,PICC 并未对“合理性”进行明确定义,但 CISG 及 PICC 的许多条款多次体现了该原则。抽象的理性人标准也用来衡量当事人是否合理行事,因而受损方应当与贸易实践中的谨慎和理性商人行为相一致进行替代交易。该条另一个引申义为替代交易不能过度损害违约方,因而替代交易的目的是减轻损害而不是惩罚违约方,否则会违反完全损害赔偿原则使受损方获利。CISG 起草咨询委员会第 8 号意见中也提及合理性标准,尽管在条文中并未明确规定,这也进一步证明 PICC 第 7.4.5 条的评论可用于解释 CISG 第 75 条。该意见中规定,合理行为是指必须采取这一方式使第二次销售售价尽可能最高或第二次购买价格尽可能最低,以防止受损方通过替代交易获利。合理时间首先必须是合同终止之后,且取决于货物销售市场存在和变动性本身,如果市场价格是浮动的,则替代交易的合理期限相对较短,而如果货物是季节性或独一无二的,则会导致合理期限相对较长。

第四,PICC 第 7.4.5 条的评论认为替代交易仅规定受损方最低限度的追偿权,但其还享有其他条款的其他损害赔偿请求权。CISG 起草委员会第 8 号意见中提到相同的观点,替代交易造成未来损害时可依据第 74 条弥补。“未来损害”(future damages)包括但不限于与替代交易有关的花费,迟延确定替代交易造成的损失,替代交易与初始交易原应履行义务时由利率或汇率变化造成的损失或与失败交易有关的损失。但替代交易能够给予受害方与初始交易相同收益时则不能再援引第 74 条赔偿未来损失,否则会使受害人因此获利。

2. 未来损害的确定

CISG 第 74 条的另一个漏洞是未规定未来损害的问题,而其属于完全损害赔偿原则的题中之义。PICC 第 7.4.3 条规定了未来损害的确定需要满足“确定性”(certainty of harm)要求。

确定性标准要求未来损害必须是根据合理的确定程度可以确立的损害,而对于未发生或不太可能发生的损害不能予以赔偿。确定性原则并不影响受损方能否获得损害赔偿,其目的在于如何在抽象的未来损害发生时,确定损害赔偿的范围。确定性原则与可预见性原则也存在紧密联系,通常确定性的损害就是可以预见的损害。根据 PICC 的规定,法官/仲裁员可以采取两种方法确定未来损害的数额:当未来损害是否发生和数额都足够确定时,应当直接判决该确定数额;当损害确定会发生,但数额无法足够确定时,法庭拥有评估数额的自由裁量权。机会损失(loss of chance)属于未来损害的特殊

表现,而机会损失是否在损害赔偿的范围内,实践中争议较大,也很少能成功证明机会发生的可能性的案例。^[40] CISG 虽未规定机会损失的概念,但根据完全损害赔偿原则,机会损失的赔偿是 CISG 的应有之义。

3. 受损方过失

由于受损方原因造成的损害,不能要求完全损害赔偿,体现了公平原则。CISG 虽未规定受害人过错责任,但同样考虑了受损方行为对损害赔偿的影响。首先,第 77 条规定受损方减损义务,一些学者认为受害人减损义务实质是受害人过错责任的一个方面。受损方过失与减损义务相比,前者规定最初损害发生时受损方的行为,而后者规定损害发生后受损方的义务。但两条款具有相同的宗旨,即基于公平原则平衡双方当事人的利益。其次,CISG 第 80 条规定,一方当事人因其行为或不行为而使得另一方当事人不履行义务时,不得声称该另一方当事人不履行义务,即在受损方原因的范围内,对方不承担违约责任。这也是 CISG 所尊重的“诚信公平”原则的坚持。因此 PICC 对受损方过错的规定并未超过 CISG 一般原则的范围,可以补充 CISG。

PICC 第 7.4.7 条考虑到了受损方的过错对获得损害赔偿的影响:如果受损方作为或不作为造成了部分损害,或是由其承担风险的其他事件造成的,应从损害赔偿金中扣除因此造成的损害部分。

4. 利息的确定

如果一方当事人没有支付价款或任何其他拖欠金额,另一方当事人享有对这些款额的利息请求权,并无须证明实际损失的产生。利息请求权是存在已久的国际商事惯例,并被规定进 CISG 第 78 条和 PICC 第 7.4.9 条。^[41] 但 CISG 未对利率确定、适用第 79 条免责条款时是否需要支付利息、损害赔偿金利息确定等问题予以明确规定。

第一,缺少利率的计算方法是 CISG 损害赔偿制度的主要漏洞之一。实践中已有大量运用 PICC 第 7.4.9 条填补 CISG 第 78 条漏洞的案例。^[42] 法官/仲裁员显然已经意识到 PICC 填补漏洞的正当性和便利性,但遗憾的是法官/仲裁员明确指出将利率问题视为 CISG 的内部漏洞而依据 CISG 第 7 条法理予以适用 PICC 的案例较少。^[43]

实践中法官/仲裁员对利率的确定拥有宽泛的自由裁量权,对利率问题的不同定性导致确定利率的方法截然不同。如利率问题被视为实体问题,则采用冲突法方法解决;如将其视为程序法问题,则直接根据法院地法确定。以上方法指引的利率计算依据多样,主要包括付款地法律、实际损失发生地法律、债权人或债务人所在地法律、法院地法律等。相较于有关利率选择的多样性判决,PICC 第 7.4.9 条的利率确定方法更符合 CISG 的完全损害赔偿基本原则和国际贸易实践发展的需要。其规定的利率应为付款地银行对于借款人通常支付货币的平均短期贷款利率。如果无此利率,则为支付货

[40] 刘瑛:“《联合国国际货物销售合同公约》损害赔偿范围实证研究”,载《政治与法律》2010年第8期,第134页。

[41] Klaus Peter Berger, *International Arbitral Practice and the UNIDEOIT Principles of International Commercial Contracts*, 46 *American Journal of Comparative Law* 129, 150 (1988). ICC International Court of Arbitration, Award No 9333 of October 1998.

[42] *Holzimpex Inc. v. Republican Agricultural Unitary Enterprise*, Supreme Economic Court of the Republic of Belarus, Case No. 8-5/2003 of May 20, 2003. ICC International Court of Arbitration - Zurich, Arbitral Award No 8769 of 1996. International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Award No 100/2002 of 19 May 2004.

[43] ICC International Court of Arbitration - Basle, Arbitral Award No 8128 of 1995. Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien, Arbitral Award No SCH-4318 of 15 June 1994.

币发行国家的此种利率。当上述两地均无此利率时,则为支付货币发行国的法律所规定的利率。这种规定考察到实践情况,在债务人迟延履行给付金钱债务时,债权人作为商事主体必然由于迟延付款期待求助于银行贷款,因而应当有权享有付款地国家普遍适用的利率所确定的利息。^[44] PICC 此种利率规定将支付货币与支付地两者连接起来,而不再与营业地相关联,最大限度地适应了国际贸易的需要。

第二, PICC 第 7.4.9 条规定,金钱违约利息的支付期限为从该笔债务到期日起到支付日止的利息,无论该不付款是否可被免责。PICC 的规定反映了国际贸易实践的发展趋势。^[45] 这一规定可用于解释 CISG 第 78 条,即使违约免责也产生违约利息。CISG 本身第 79 条的论述也印证了这一观点。CISG 第 79 条第 5 款规定“本条规定不妨碍任何一方行使本 CISG 规定的要求损害赔偿以外的任何权利”,“任何权利”可以解释为包括违约利息在内。

第三, CISG 并未具体规定损害赔偿金的利息问题。PICC 第 7.4.10 条对此有详细规定:除非当事人另有规定,有权自违约时(损害赔偿金产生时)请求损害赔偿金利息。这一规定暗含了两层含义:第一,损害赔偿金利息自违约时产生,第二,损害赔偿金在产生时不必须清偿。这一观点被 CISG 的大多数起草者所支持,也在案例法中得到印证。^[46]

5. 计算损害赔偿金额的货币种类

货币种类与汇率可能造成损害赔偿额产生不同的计算结果。CISG 并未规定使用何种货币计算损失。通说认为,损害赔偿金应当以损失或利润的计价货币来计算。PICC 第 7.4.12 条在完全损害赔偿原则指导下规定了更为详尽的解决方法,规定受损方可以获得“金钱义务主张货币”或“损害发生使用货币”两者中更为准确的一种。允许使用合同规定以外的其他货币种类计算损害赔偿额,目的是考虑到特定情况下,受损方在损害发生后以其他货币弥补损害而产生额外费用。而这种费用是包括在损害赔偿范围之内的,以弥补损害时使用的货币计算损害赔偿额无疑更加准确。

(二) 限制范围

PICC 解释补充 CISG 损害赔偿制度的限制范围,即是其违反 CISG 法律原则、超出 CISG 调整范围的规则范围。

1. 可预见性原则

除完全损害赔偿原则外,可预见性原则也是 PICC 和 CISG 承认的法律原则。可预见性原则约束损害赔偿额的确定,即损害赔偿必须是当事人当时已知道或理应知道的事实和情况或对违反合同预料到或理应预料到的可能损失。虽然 CISG 第 74 条和 PICC 第 7.4.2 条同样规定了可预见性原则,但 PICC 采取了高于 CISG 可预见性标准。^[47] 根据 CISG 第 74 条表述,其要求当事人预料或理应预料到损失“可能”(possible)发生。而 PICC 第 7.4.2 条表述为当事人预见或理应预见损害是“很可能”(likely)发生的。无疑 PICC 较高的预见性标准与 CISG 相违背,因而法官/仲裁员在自由裁量损害是否可预见时,仍应遵守损害“可能”发生标准。

[44] Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft – Wien, Arbitral Award No SCH – 4318 of 15 June 1994.

[45] Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense System, Inc, ICC International Court of Arbitration, Award No 7365/FMS of 5 May 1997.

[46] Germany 14 June 1994 Lower Court Nordhorn, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940614g1.html>. Germany 5 April 1995 District Court Landshut, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html>. Switzerland 21 October 1999 District Court Zug, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021s1.html>.

[47] John Y. Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, 36 Georgetown Journal of International Law 61, 112 (2004).

2. 非金钱损害赔偿

CISG并未明确规定非金钱损害赔偿,实践中法官/仲裁员多适用法院地法或直接驳回诉求。PICC第7.4.2条第2款规定了非金钱损害,其是指肉体或精神上的痛苦,失去生活的某些愉快,丧失美感,荣誉或名誉遭到攻击所造成的损害。PICC第7.4.2条评论称,非金钱损害在国际商业中会适用于受雇于公司或组织的艺术家、杰出的运动员或顾问等人员签订的合同,该规定可部分用于解释补充CISG。

CISG第5条规定,“本CISG不适用于卖方对于货物对任何人所造成的死亡或伤害的责任”,即其明确将合同违约引起的人身伤害排除出损害赔偿的范围。因而PICC有关“肉体痛苦”损害赔偿的规定不能用于解释CISG,因为CISG认为该问题更适宜由国内法的强制性规则管辖。但PICC第7.4.2条的规定对解释CISG提供了更宽广的视角,其指引法官/仲裁员对CISG第5条进行限制解释:尽管合同违约造成人身伤害或死亡损害赔偿不属于CISG管辖范围,但是由于名誉、荣誉损害或丧失产生的非金钱损害仍应当予以赔偿。不能一概否定CISG排除了所有类型的非金钱损害赔偿,否则将违背完全损害赔偿的基本原则,无法给予受害人足够的损害赔偿。

3. 违约金

能否用PICC第7.4.13条补充CISG第74条缺乏违约金规定的漏洞存在争议。支持者认为,违约金条款属于当事人意思自治原则的一种表现,且未超出CISG完全损害赔偿原则的范围,因而并不违背CISG的一般法律原则。反对者认为,违约金条款是CISG起草者明确排除出调整范围的问题,因而PICC第7.4.13条不能发挥解释补充的作用。由于各国法律有关违约金条款的规定差异较大,CISG放弃了对该问题作出统一规定,而仍由国内法作为准据法调整。越来越多的学者和司法实践支持第二种观点。在ICC第9978号仲裁案^[48]、CIETAC第0291-1号仲裁案^[49]等案例中,仲裁员在合同并未对违约金条款有效性作出明确规定且CISG也未明确规定的情况下,分别选择德国法、中国法等国内法作为准据法,并明确表示PICC第7.4.13条不能用于解释补充CISG。但也有一些案件的仲裁员将违约金视为CISG的内部漏洞,并用PICC第7.4.13条进行填补,其理由主要为将PICC视为国际贸易惯例,因而具有适用效力。^[50]这表明即使PICC并未违背CISG的一般法律原则,同时仍应在CISG规定的范围内才能发挥解释补充的作用。PICC第7.4.13条有关违约金条款的规定是建立在违约金条款有效的前提下,规定违约金与损害赔偿之间的关系:当存在当事人双方约定的违约金时,不再适用损害赔偿金。但是对损害赔偿范围的确定可用于判断违约金是否合理。法官/仲裁员拥有调整明显过高的违约金金额的裁量权。CISG显然没有明确承认违约金条款的有效性这一前提性条件,因而PICC第7.4.13条调整过高违约金的规定不能帮助解释CISG第74条。并且一些仲裁员认为,PICC调节过高的违约金金额的作用,仍可以并应当由国际私法调整。^[51]例如我国《合同法》第114条明确赋予了法院/仲裁机构增加或减少违约金的自由裁量权。尽管一些案件中法官/仲裁员在CISG缺乏相关规定的情况下援引PICC第7.4.13条调整过高的违约金,但此时PICC主要用于加强法官/仲裁

[48] ICC International Court of Arbitration, Award No 9978 of March 1999.

[49] CIETAC, Award No 0291-1 of September 2004.

[50] International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Arbitral Award No 229/1996 of 5 June 1997.

[51] Russia Arbitration No. 251/1993 of 23 November 1994.

员的论证说理,而不是作为解释补充 CISG 的辅助法源。^[52]

四、结论

利用 PICC 解释补充 CISG,实质是将 PICC 作为进一步阐释 CISG 一般法律原则的辅助工具。这一解释方法可以避免过度适用冲突法方法,具有维护 CISG 的国际性和统一性的优势。PICC 与 CISG 规则的一致性和规范的商事惯例属性为其发挥解释补充作用提供了理论支持。但 PICC 的解释补充作用必须受到 CISG 第 7 条规定的限制,不能超出 CISG 的一般法律原则和规范的范畴。法官/仲裁员可以在 CISG 为案件准据法的情况下,充分利用 PICC 的解释补充作用,降低裁判成本,但需要在比较研究的基础上谨慎进行。以损害赔偿制度的判例为例,实践中已有大量判例使用 PICC 解释补充 CISG,法官/仲裁员显然已经意识到发挥 PICC 解释补充作用的正当性和便利性。但遗憾的是较少判例中明确根据 CISG 第 7 条的法理适用 PICC 条款,缺乏援用 PICC 的正当性和合法性的相关说理。^[53]

Study on Interpretive and Supplementary Functions of PICC to CISG: Taking the Damages System as Examples

Zuo Haicong & Yang Mengsha

Abstract: PICC has interpretive and supplementary functions to CISG. The juristic basis is that PICC can be the auxiliary legal source of CISG, which helps to explain the general principles of CISG better. Taking the theory and practice about damages as examples, this approach complies with the uniform approach obligations under Article 7 of CISG, and has advantages of ensuring the international and uniformity characters of CISG comparing with other interpretation and supplementary methods. But the preconditions are its counterpart provisions to CISG do not violate the general principles and outrun the scope of CISG.

Keywords: CISG; PICC; interpretation and supplementation; damages

(责任编辑:倪鑫煜)

[52] International Arbitral Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Award No 134/2002 of 4 April 2003.

[53] 同注 37 引文。

编纂一部商事品格的民法典

柳经纬*

摘要:民法典编纂面临着如何处理民商关系的问题。从我国的实际情况出发,应当坚持“民商合一”制,民法典应当充分反映市场化改革的本质要求,为商事法律制度提供精神的支撑和制度的基础。编纂这样一部反映市场经济要求的商事品格的民法典,符合改革开放以来民商事立法的实际情形,也符合新形势下全面深化改革的远景目标,是实现民商事法律体系化的不二选择。

关键词:民法典 民商关系 保护产权 维护契约

编纂民法典应如何处理民商关系,既是如何构建私法体系的一个理论问题,也是如何处理与现行法的关系的一个现实问题。就前者而言,自19世纪初法国分别制定民法典和商法典以来,如何安排民商关系就成了各国私法体系构建普遍面临的问题,并先后形成了“民商分立”和“民商合一”两种基本模式,大陆法系各国和地区的私法体系无不在这两种模式中作出选择。我国清末以来至民国时期的私法体系构建,^[1]以及在当下中国特色社会主义法律体系语境下的私法体系构建,同样面临着这一理论问题。就后者而言,我国自改革开放以来尤其是市场经济体制的目标确定以来,制(修)定了公司、证券、票据、保险、信托等一批商事单行法,这些商事单行法与民法的理念(意思自治、权利保障)和制度(权利主体制度、法律行为制度等)息息相关,编纂民法典不能回避或忽视这些商事单行法。因此,如何处理与这些商事单行法的关系,也就成了民法典编纂面临的现实问题。

民商关系,无非“民商分立”和“民商合一”两种基本模式。从大陆法系国家商法典业已出现消解的迹象^[2]以及我国分别制定了公司、票据、保险、证券、信托及海商等商事单行法的实际情况来看,采取“民商分立”模式,通过一部商法典总揽商事制度,既不现实又不理性。但是,编纂一部包括众多商事制度在内的民法典,同样不现实、不理性。因为,立法很难兼顾到民法制度与商事制度二者的不同需求:民法制度作为私法的基础性制度,应保持相对的稳定;而商事制度因其与市场经济的密切关系应及时因应市场经济的变化而适时修改。编纂一部包括公司、证券、保险、信托、票据等商事制度在内的民法典,可能既不利于保持民法所应具有稳定性,又影响商事法律所应具有的对社会经济发展的适应性。因此,合理的选择是借鉴我国民国时期的私法体系安排,坚持“民商合一”体制,在形式上不

* “2011计划”司法文明协同创新中心研究团队首席科学家,中国政法大学比较法学研究院教授。

[1] 清末变法,采取“民商分立”制,先后拟定了《大清民律草案》(1902年)和《大清商律草案》(1910年),未及颁行。国民政府成立后,国民党中央政治会议于1928年通过了“‘民商合一’提案审查报告书”,确立了“民商合一”体制,制定了我国历史上第一部民法典,公司、票据、保险、海商等分别制定单行法,形成了民法典和商事特别法构成的私法体系。

[2] 在法国,公司法、海商法先后脱离商法典,单独立法,《法国商法典》已支离破碎,不成体系。在德国,原适用商法典的股份有限公司、股份两合公司、有限责任公司,也有了单独的立法。在日本,2005年修订《商法典》,公司法被剥离出去,单独制定《公司法典》,原来四编制的商法典剩下三编:总则、商行为、海商。

制定商法典而保持各商事单行法的独立性,使各商事单行法成为民法的特别法,构建一个以民法典为基本包括各商事单行法的“民商合一”的私法体系。

在上述“民商合一”的私法体系框架下,需要考虑的问题是,应当编纂一部什么样的民法典?笔者认为,我国应当编纂一部商事品格的民法典。那么,什么是商事品格的民法典?为什么应当编纂商事品格的民法典?以及如何编纂一部商事品格的民法典?本文将进一步回答这些问题。

一、什么是商事品格的民法典?

在前述“民商合一”的体制下,所谓商事品格的民法典,本质上应当是一部反映市场经济要求的民法典。这样一部民法典有两个层面的考查指标:一是在法的制度层面上,民法典必须能够为市场主体和市场交易行为提供“源”制度支撑;二是在法的观念层面上,民法典必须彰显市场经济的基本价值观念,为市场经济活动和市场秩序的构建奠定必要的基石。

马克思关于商品交换过程有段精辟的描述:“商品不能自己走到市场上去自己交换。因此,我们必须找寻它们的监护人,商品所有者。……要使这些物能当作商品来相互发生关系,商品监护人必须当作是有自己的意志存在这种物内的人,来相互发生关系,以致一方必须得到他方同意,从而,依双方共同的意志行为,才在让渡自己的商品时,占有他方的商品。他们必须互相承认是私有者。这种权利关系——不问是不是依法成立的,总归是在契约的形式上——是一种意志关系,在其中,有经济关系反映出来。这种权利关系或意志关系的内容,也就是由这种经济关系决定的。”^[3]马克思的这段话揭示了商品交换必须具备的三个要素和三项原则。这三个要素就是:交换的主体——人,交换的对象——物(这不是单纯物理的物,而是体现着人的意志在内的物),以及交换行为——合意。只有具备着三个要素才能完成商品的交换。在法的制度层面上,这三个要素就是权利主体制度、财产权制度和合同制度。相应的商品交换的三项原则是:参与交换的双方当事人地位平等,当事人对物的自由支配,以及双方共同的意志决定交换。缺少了任何一项,商品交换或是无法进行或是被扭曲。在法的理念上,这三项原则就是主体平等,财产权保障,以及契约自由(意思自治)理念。

市场经济是发达的商品经济。因此,马克思关于商品交换的论述及其所揭示的民法三项制度和三项原则,对于我国编纂商事品格的民法典,仍具有重要的理论和实践意义。

在法的制度层面上,民法典所确立的权利主体制度、财产权制度和合同制度等必须能够为商事制度提供制度支撑,是各项商事制度之源。例如,公司、合作社、合伙企业、个人独资企业以及个体经营户等作为市场经济的主体(即商事主体),本质上是民事主体制度在商法中的具体化,民法典所确立的民事主体制度必须能够为各种商事主体制度奠定制度基础。又如,投资、证券和期货交易、票据行为、保险、信托、居间、代理等市场交易行为(即商行为),本质上属于合同,因此民法典关于法律行为和合同以及债的规定,必须能够满足各类商行为规则的需要,为商事单行法关于各种商行为的制度构建奠定必要的基础。

在法的观念层面上,民法典必须确立主体平等、财产权和契约自由(意思自治)以及交易安全、诚实信用等反映市场经济要求的价值理念。这不仅要求在民法典中通过具体的条文设计宣示市场经济

[3] 马克思:《资本论》第一卷,人民出版社1956年版,第69-70页。

的价值理念,更为重要的是将这些反映市场经济要求的价值观念贯彻到具体的民事制度之中,成为法典内在的精神。如,契约自由(意思自治)应贯彻在法律行为和合同的制度之中,通过“法无禁止即可为”的法律行为和合同效力判定规则,不使行为人负担自证其行为合法的责任。又如,财产权保护应贯彻到物权制度之中,通过权利推定和善意推定等具体规则,不使财产占有人负担自证其财产合法或其占有为善意的责任。

总之,在“民商合一”的体制下,商事品格的民法典必须从制度上能够为商事制度提供制度构建的基础,在理念上充分彰显市场经济的内在要求,前者使得民法典能够成为私法(民商法)的核心和基础,由此构成科学的私法体系;后者使得民法典所确立的基本价值观念能够为商事法律提供精神指引,成为具体商事制度的精神支柱。

二、为什么要编纂一部商事品格的民法典?

编纂一部商事品格的民法典,符合我国改革开放以来民商事立法的实际情形,也符合新形势下全面深化改革的远景目标。

改革开放以来,我国始终坚持市场化的改革思路,从十一届三中全会所提出的“扩大自主权”,到中共十二大提出“计划经济为主、市场调节为辅”的原则,十二届三中全会提出的建立“有计划的商品经济”,再到十四大提出的“社会主义市场经济体制”目标,及至十八大以来提出的“全面深化改革”的战略部署,改革始终朝着市场化的方向迈进,健全和完善社会主义市场经济体制,发挥市场在资源配置中的决定性作用,是经济体制改革的核心,也是全面深化改革的重点。

自改革开放以来,我国的民商事立法始终以服务市场化的改革为己任,并伴随着改革的深入逐渐兴起和发展起来,在法的制度层面上和法的理念层面上反映了改革不同时期市场经济的客观要求,其本身就具有鲜明的商事色彩。

在法的制度层面上,从1979年的《中外合资经营企业法》到1986年的《民法通则》再到1993年的《公司法》、1999年的《合同法》、2007年的《物权法》和2009年的《侵权责任法》,我国民商事立法基本涵盖了所有的民商事领域,实现了“有法可依”的法制目标。^[4]在这些民商事法律中,不仅公司、合伙企业、个人独资企业、票据、海商、保险、信托、证券以及外资企业等商事领域的立法反映了市场经济的要求,而且像《民法通则》《合同法》《担保法》《物权法》《侵权责任法》这些传统民事领域的立法,也具有鲜明的商事色彩。例如,在民商关系上,《民法通则》第2条关于调整对象的规定,将商事关系纳入民法的调整范围,奠定了“民商合一”的基础。在民事主体上,《民法通则》规定的法人主要是企业法人,反映的是其时国有企业改革(使国有企业成为市场的主体⁵⁾)的要求。又如,在合同法领域,从1981年的《经济合同法》到1985年的《涉外经济合同法》、1987年的《技术合同法》,再到1999年的《合同法》,都具有相当浓厚的商事法色彩。^[6]担保制度是典型的民事制度,但1995年的《担保法》却

[4] 根据国务院新闻办2011年10月发布的《中国特色社会主义法律体系(白皮书)》,至2011年8月底,我国已制定民法商法方面的法律33部和一大批规范商事活动的行政法规、地方性法规。

[5] 1984年中共十二届三中全会通过的《中共中央关于经济体制改革的决定》提出“要使企业真正成为相对独立的经济实体,成为自主经营、自负盈亏的社会主义商品生产者和经营者,具有自我改造和自我发展的能力,成为具有一定权利和义务的法人”。正是在这种改革的背景下,《民法通则》对法人制度作了基本的规定。

[6] 参见柳经纬:“当代中国私法进程中的商事立法”,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第11期。

极具商事色彩,该法第5条“但书”关于担保合同独立性的规定,为保函等商业担保的独立性奠定了法律基础;〔7〕关于动产抵押的规定,关于“最高额抵押”的规定(第59-62条),突破了抵押物限于特定不动产的限制,反映了市场经济的要求。2007年的《物权法》不仅延续了担保法的有关内容,而且它所规定的最重要的永益物权——建设用地使用权制度,本身就是土地商品化改革的产物。

在法的理念层面上,《中外合资经营企业法》是我国改革开放后制定的第一部商事法律,它最早确立了私有财产(外国投资者权益)保护的原则;〔8〕《民法通则》基本确立了市场经济条件下主体平等、保护财产权和意思自治(当事人自愿)的原则;〔9〕《合同法》不仅确认了当事人的缔约自由,〔10〕而且还确立了“法无禁止即可为”的合同效力判定规则,〔11〕最大限度地确认当事人的合同自由;《物权法》是在其草案受到“违宪”指责的背景下制定的,仍然坚持了财产权平等保护的原则。〔12〕主体平等、财产权保护和意思自治(合同自由)正是市场经济秩序的基石。

中共十八大以来,延续着市场化改革的思路,开创了新形势下全面深化改革的新局面,也为编纂商事品格的民法典提供了政策依据。在财产权方面,十八届三中全会前所未有地提出“公有制经济财产权不可侵犯,非公有制经济财产权同样不可侵犯”,公、私财产的平等地位得到最直观的表达。十八届四中全会从法治层面上进一步提出要“健全以公平为核心原则的产权保护制度,加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护,清理有违公平的法律法规条款”,财产的观念或者说私有财产的观念得到进一步强化。在契约方面,十八大提出要“更加尊重市场规律”,十八届三中全会提出要“紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经济体制改革”,“加快完善现代市场体系”,“加快形成企业自主经营、公平竞争,消费者自由选择、自主消费,商品和要素自由流动、平等交换的现代市场体系,着力清除市场壁垒,提高资源配置效率和公平性”。十八届四中全会从法治层面上,提出要通过完善市场经济法律制度,“促进商品和要素自由流动、公平交易、平等使用”,契约的观念得到进一步的提升。

社会主义市场经济本质上是法治经济。十八届四中全会提出“必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,完善社会主义市场经济法律制度”。“保护产权”、“维护契约”也就是私法的基本观念。民法典作为私法的核心,应当充分彰显财产和契约的观念,并通过具体的制度构建,将“保护产权”和“维护契约”的观念转化为法律的具体制度和规定。正是在这种全面深化改革的背景下,四中全会提出了“编纂民法典”的任务,编纂民法典被赋予完善市场经济法律制度、实现市场经济法治的使命。

由此可见,编纂一部商事品格的民法典与改革开放以来的民商事立法在服务于市场化改革这一

〔7〕《担保法》第5条规定:“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。”

〔8〕《中外合资经营企业法》第2条规定:“中国政府依法保护外国合营者按照经中国政府批准的协议、合同、章程在合营企业的投资、应分得的利润和其他合法权益。”

〔9〕《民法通则》第4条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”第5条:“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。”

〔10〕《合同法》第3条规定:“合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。”第4条:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”

〔11〕《合同法》第12条规定“合同的内容由当事人约定”,第52条第5项规定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效。

〔12〕2005年,《物权法草案》公开征求意见,北京大学巩献田教授发表公开信,指责《物权法草案》没有坚持我国《宪法》第12条关于“社会主义公共财产神圣不可侵犯”的规定,违反了宪法。参见邓君:“《物权法(草案)》‘违宪’之争”,柳经纬主编:《共和国六十年法学论争实录·民商法卷》,厦门大学出版社2009年版,第114-140页。

点上是一脉相承的。因此,编纂一部反映市场经济要求的具有商事品格的民法典,既符合我国商事立法的实际情况,也符合新形势下全面深化改革的要求。

三、如何编纂商事品格的民法典?

编纂一部商事品格的民法典,总的思路是,以中共十八大以来倡导的“保护产权”、“维护契约”为精神指引,总结改革开放以来民商事立法的经验和教训,按照法典化和体系化的要求,从法的观念和制度两个层面上着手,编纂出一部真正反映市场经济要求的民法典。一方面,应当认真总结我国经济体制改革以来尤其是市场经济体制目标确定以来商事立法的经验,将那些反映市场经济要求的制度和规定,按照法典的体系化要求,吸收到民法典中来。另一方面,也要认真梳理现行民商事法律尤其是《民法通则》中那些不能适应市场经济要求的制度和规定,通过制度重构使之能够满足市场经济发展的需要。

笔者认为,根据上述思路,结合我国民商事立法的实际情况,编纂一部商事品格的民法典必须重点解决以下两个层面的问题。

(一)在法的观念层面上,应切实贯彻“保护产权”、“维护契约”的精神

就“保护产权”而言,我国现行法还存在着两个方面的主要问题:一是强调私有财产或民事主体的权益须“合法”。如我国《宪法》第13条规定“公民的合法的私有财产不受侵犯”;《民法通则》第1条和第5条也强调保护的是公民、法人“合法的民事权益”;《侵权责任法》第1条同样强调其宗旨是保护民事主体的“合法权益”,物权法也有类似的规定。^[13]二是在制度构建上,物权法草案征求意见时,草案有关财产权推定和善意占有推定等具体规范,^[14]最终未能获得立法机关的通过,从而造成严重的制度缺失。从法律逻辑上说,强调财产的合法性,意味着权利人负有证明其财产“合法”的责任,否则其财产就难以获得认可并受到法律的保护。就“维护契约”而言,《民法通则》采取法律行为“合法性”说,并以“合法性”为基础构建法律行为制度,^[15]无法彰显意思自治的理念。编纂民法典时,上述现行法存在的问题均应当予以纠正。在“保护产权”上,应当按照十八届三中全会决定强调的“公有制经济财产权不可侵犯,非公有制经济财产权同样不可侵犯”,不再在公民、法人的财产尤其是私有财产前面冠以“合法”的限定词,并增加权利推定和善意占有推定的规定,切实保护全体公民的财产。在“维护契约”上,除了强调契约的效力外,应按照“法无禁止即可为”的要求,以意思表示为基础构建法律行为制度,充分彰显意思自治原则,为契约理念奠定坚实的制度基础。

(二)在法的制度层面上,商事法律制度大体可分为两大部分:商主体制度和商行为制度

与商主体制度有关的民事制度是自然人和法人;与商行为制度有关的民法制度是法律行为、代

[13] 《物权法》第64条规定:“私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。”第65条第1款:“私人合法的储蓄、投资及其收益受法律保护。”第66条:“私人的合法财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、破坏。”

[14] 《物权法草案》(征求意见稿)第4条规定:“物权应当公示。记载于不动产登记簿的人是该不动产的权利人,动产的占有人是该动产的权利人,但有相反证据证明的除外。”第260条:“动产或者动产的占有,除有相反证据证明外,推定有权占有。”第261条:“无权占有,包括善意占有和恶意占有。无权占有,除有相反证据证明外,推定善意占有。”

[15] 《民法通则》第54条规定:“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”有关分析,请参见柳经纬:“论民法典总则的基本构造——以《中华人民共和国民法通则》为基础”,载《法商研究》2015年第4期。

理、合同与债、担保物权以及消灭时效等。我国已经颁行的《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》已经涵盖了这些民事制度,总体上看大多能够满足商事法律制度的需要,但是也存在着一一些问题,以下择其要者加以讨论。

第一,法人制度不能满足商主体(市场主体)制度发展的需要。《民法通则》规定的法人制度,强调法人须“能够独立承担责任”。^[16]法人的独立责任被等同于其成员的有限责任,因而法人的独立责任及成员的有限责任就成为区分法人与非法人的标准。依据这一标准,那些被认为是不能独立承担责任及成员不负有限责任的合伙企业和个人独资企业等市场主体,就被排除在法人制度之外,从而导致这些市场主体在团体人格上无所归属。为了解决合伙企业、个人独资企业等不能独立承担责任的 market 主体的法律地位缺失问题,一些现行法生造了“其他组织”这一不具有确定性的概念。^[17]实际上,在法人与其独立责任及成员的有限责任的关系问题上,现行法存在着严重的理论误区。一个明显的例证就是,在大陆法的传统中,法人包括成员负无限责任的无限公司和两合公司。这就意味法人资格的取得并不以其独立责任及成员的有限责任为必要条件,将独立责任及成员的有限责任作为法人的必要条件,实属理论上的误解。实际上,独立责任是所有权利主体的属性,并非法人特有的属性;在团体人格法定原则下,团体人格取决于国家意志(法律),与其成员是否承担有限责任无关。因此,有必要修正《民法通则》确立的法人制度,不再以“能够独立承担民事责任”为必要条件,任何形式的团体只要依法设立,即可具有法人资格,从而将合伙企业、个人独资企业等“其他组织”统一在法人范畴内,为合伙企业制度、个人独资企业制度等法人化改革奠定必要的基础,使得法人制度真正成为市场主体的基础制度。^[18]

第二,法律行为、合同制度不能满足商行为制度发展的需要。这主要体现在:一是《民法通则》规定的法律行为制度以“合法性”为基础,无法适应市场经济条件下交易自由的需要,应总结合同法的立法经验,^[19]以意思表示为基础构建法律行为制度,充分彰显“法无禁止即可为”的观念。二是合同法所规定的合同类型(有名合同)只有15种,^[20]不仅缺少一些传统的民事合同的规定,如买回、互易、借用、合伙(有别于合伙企业的契约型合伙)、和解、雇佣、委任等,更缺少对市场经济活动中十分活跃的诸多合同的规定,如培训合同、咨询服务合同、酒店服务合同、分时度假合同、广告合同、信用卡合同、代理商合同、特许经营合同、分销合同以及各种形式的网络交易合同等。虽然民法典关于法律行为和合同的规定重点在于为商事合同提供基本制度的支持,许多商事合同可以由单行法规定而不必都规定在民法典中(如招标投标合同、保险合同、旅游服务合同^[21]),但是对于那些不宜纳入单行法规定

[16] 《民法通则》第37条规定:“法人应当具备下列条件:……(四)能够独立承担民事责任。”

[17] 《合同法》第2条、《著作权法》第2条、《商标法》第4条、《民事诉讼法》第3条、《仲裁法》第2条、《行政诉讼法》第2条、《行政复议法》第2条均采用了“其他组织”的概念。

[18] 有关法人独立责任、有限责任以及制度重构的论述,参见柳经纬:“民法典编纂中的法人制度重构——以法人责任为核心”,载《法学》2015年第5期;刘经纬:“论民法典总则的基本构造——以《中华人民共和国民法通则》为基础”,载《法商研究》2015年第4期。

[19] 1999年《合同法》最突出的一点就是不再遵循《民法通则》之“民事法律行为”制度的成例,不再强调合同的“合法性”,基本上实现了以“意思表示”(即“协议”)为基础来构建合同基本制度,初步确立了“法无禁止即可为”的合同效力判定规则。前者体现在《合同法》第2条关于合同定义的规定,后者体现在《合同法》第12条关于“合同的内容由当事人约定”的规定和第52条第4项关于“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效的规定。

[20] 《合同法》规定的15种合同分别为:买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与合同,借款合同,租赁合同,融资租赁合同,承揽合同,建设工程合同,运输合同,技术合同,保管合同,仓储合同,委托合同,行纪合同,居间合同。

[21] 我国《合同法》没有规定招标投标合同、保险合同、旅游服务合同,《招标投标法》《保险法》《旅游法》分别规定了这三类合同。

的商事合同类型,则应尽可能在民法典中加以规定,为规范市场交易行为提供法律依据。

第三,代理制度无法满足商事代理多元化发展的需要。《民法通则》规定的代理限于直接代理,代理人须以被代理人的名义为代理行为。^[22]但是,在实践中,不仅广泛存在着不以被代理人名义的间接代理,如保险代理、广告代理、票务代理、产品销售代理、税务代理、保付代理等,还存在着总代理、独家代理等这些特殊的代理类型,《民法通则》所规定的直接代理显然无法满足多元化商事代理的制度需求。编纂民法典,应在坚持以规定直接代理为原则的基础上,设特别条款承认间接代理,为多元化的商事代理提供制度支持。

民法典对于当下全面推进依法治国的意义在于实现民商事法律体系化,^[23]为法治国家奠定坚实的法律基础。市场化的改革既是我国改革开放以来社会经济发展取得巨大成就的根本所在,也是我国改革开放以来民商事立法发展的基本动力。经验表明,继续深化市场化取向的经济体制改革是深化经济体制改革的不二选择,全面推进市场经济法治建设,编纂一部反映市场经济要求的商事品格的民法典,为商事法律制度提供精神的支撑和制度的基础,也必然是我国民商事法律体系化的不二选择。

Codification of a Civil Code of Commercial Character

Liu Jingwei

Abstract: The codification of a Civil Code faces the problem of how to deal with the relationship between civil and commercial matters. From China's actual situation, we should adhere to the combination system of Civil and Commercial Codes, moreover, the Civil Code should adequately reflect the essential requirements of market-oriented reforms and provide spiritual support and institutional basis for commercial law system. Codifying such a Civil Code of commercial character reflecting the requirements of market economy is suitable to the actual situation of civil and commercial legislation since the reform and opening up, also is suitable to the future target of comprehensively deepening reform under the new situation. Therefore, in addition to such codification, there are no alternatives to realize civil and commercial legal systemization.

Keywords: Civil Code; relationship between civil and commercial matters; protection of property rights; maintenance of contracts

(责任编辑:丁洁琳)

[22] 《民法通则》第63条规定:“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。”(第1款)“代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任。”(第2款)

[23] 柳经纬:“民商事法律体系化及其路径选择”,载《河南财经政法大学学报》2014年第6期。

【法政时评】

公共物品视角下社会救助的法律解释

蒋悟真 詹国旗*

摘要:社会救助权是现代法治社会的一项基本人权,社会救助本质上是一种公共物品。相对于社会组织和个体而言,政府作为社会救助的供给者是义务性和兜底性的。社会救助法治化的关键在于明确和规范政府的供给职能,注重社会救助供给公平与效率的统一,激励和监管社会主体的慈善救助行为;而从法律程序上落实政府的供给责任和强化被救助主体的权利是实现社会救助供给目标的重要环节。认真对待社会救助的公共物品属性,对加强和完善我国社会救助供给立法并最终实现救助法治化具有重要的方法论意义和现实价值。

关键词:社会救助 公共物品 救助法治化

现代社会救助法作为保障和维护公民基本人权的最后一道防线,对人的尊严的维护、国家的稳定以及和谐社会的建构具有至关重要的意义。法律作为社会共同体价值或理想的确认、整合机制,是实现公民社会救助权的保障。经过艰难的立法过程,国务院于2014年公布的《社会救助暂行办法》(以下简称《暂行办法》)无疑是我国社会救助立法的重大突破,更是实现社会救助法治化的重要脚注。^[1]然而《暂行办法》在形式和内容上存在的缺陷,注定了其无法合理规制主体间的权利义务关系、实现转型期人们对特定社会救助价值的追求。面对我国转型期贫富分化巨大、人口老龄化严重、社会组织弱小以及社会救助制度碎片化的现实,如何配置救助主体责任、完善供给机制、明确被救助主体权利从而合理供给社会救助,成为我们必须解决的问题。在维护现行社会救助立法稳定性的基础上,从公共物品视角对社会救助进行法律解释,无疑是可供选择的路径之一。基于此,本文立足于公共物品视角对现代社会救助的本质、社会救助供给主体、社会救助供给的价值以及社会救助供给的程序保障进行法律解释,以期推动我国社会救助的法治化。

一、公共物品与现代社会救助的本质

萨缪尔森首次在理论上将公共物品严格界定为“每个人对这种物品的消费,都不会导致其他人

* 蒋悟真,江西财经大学法学院教授,法学博士;詹国旗,江西财经大学法学院博士研究生。本文系国家社科基金重大项目“国家治理现代化视角下预算法治化研究”(14ZDC015)的阶段性成果之一。

[1] 自1994年始,我国社会救助立法先后被纳入第八届至第十二届全国人大常委会立法规划,并且2008年民政部公布《中华人民共和国社会救助法(征求意见稿)》、2014年国务院法制办公布《社会救助暂行办法(征求意见稿)》,向社会征求意见,最终2014年2月21日国务院公布《社会救助暂行办法》,但“社会救助法”仍未出台。

对这种物品消费的减少”^[2]即公共物品是具有消费的非竞争性和受益的非排他性特征的物品。但萨氏的定义过于狭窄或简单。针对萨氏定义的不足,学者们尝试从不同方面予以纠正。一些学者依然遵循萨缪尔森的范式,从物品的技术(自然)特性视角,进一步将公共物品予以细化,如德姆塞茨将公共物品分为具有非排他性物品和非竞争性物品;^[3]马斯格雷夫将公共物品分为纯公共物品、私人物品和有益物品;^[4]以及迈尔斯将物品分为纯共用物品、非纯共用物品和私用品^[5]等。而另一些学者从公共物品的制度(社会)特性视角,认为公共物品是国家基于特定的政治、经济、文化和社会原因,以满足特定的社会公共需求或目的而从制度上赋予非竞争性和非排他性特性的物品,如布坎南从民主财政视角认为任何集团通过集体组织提供的商品或服务,都应定为公共商品或服务;^[6]奥查德从政治学视角认为应把由集体的政治选择决定的物品看作公共物品;^[7]以及 Ver Eekee 认为公共物品是一种难以实现的集体获益机会,而这种机会实现的程度和途径,则反应了不同的经济、伦理、文化和习俗等制度的区别^[8]等。进一步研究,则发现那些从技术视角认为公共物品天然具有非竞争性和非排他性的观点并不正确。因为这种观点是以物品的消费限度无限大和人对该物品的消费能力与排他性技术有限为逻辑前提的,但现实世界恰恰相反。^[9]同时,没有物品或服务是天然或固定的公共物品,而是在特定价值导向下不同制度的建构赋予了物品供给的不同特性。^[10]物品是在被赋予特定的价值承载之后,才具有非竞争性和非排他性。所以,公共物品实际上是特定的政治、经济、文化和社会价值的承载,如分配公平、人权保障以及人类幸福等,也正是这些特定的价值的承载赋予了其公共物品的特性。

基于以上公共物品的内涵,可将现代社会救助^[11]的本质界定为国家(政府)基于特定的政治、经济、文化和社会目标或价值,对社会予以整合而提供的公共物品。现代社会救助所承载的价值或目标已不同于传统社会救助仅作为维护政治统治或经济秩序的工具,而是立基于实现社会整体利益最大化,追求实质公平、保障被救助人的社会权利(人权)以及维护社会秩序的和谐。也正是现代社会救助所承载的特定的价值或目标,使得其具有了消费的非竞争性和受益的非排他性,从而彰显了公共物品的内涵及其特征。

二、社会救助供给主体的多元化

市场以效率为追求目标,而社会救助作为一种公共物品,具有非排他性和非竞争性,从而导致社

[2] Paul A. Samuelson, *Pure Theory of Public Expenditure*, 36 (4) *The Review of Economics and Statistics* 387 (1954).

[3] H. Demsetz, *The Private Production of Public Goods*, 13 (2) *Journal of Law and Economics* 293 (1970).

[4] See Musgrave, *Provision for Social Goods*, in *Public Economics* 124-145 (J. Margoli & H. Guitton eds., St. Martin's Press 1969).

[5] 参见[英]加雷斯·迈尔斯:《公共经济学》,匡小平译,中国人民大学出版社2011年版,第248页。

[6] 参见[美]布坎南:《民主财政论》,穆怀朋译,商务印书馆1993年版,第20页。

[7] 参见[澳]休·史卓顿、莱昂内尔·奥查德:《公共物品、公共企业和公共选择》,费昭辉等译,经济科学出版社2000年版,第68页。

[8] See W. Ver Eekee, *Public Goods: An Ideal Concept*, 28 (3) *Journal of Socio-Economics* 139 (1999).

[9] 参见刘太刚:“对传统公共物品理论的破与立”,载《北京行政学院学报》2011年第3期。

[10] See Kenneth D. Goldin, *Equal Access vs. Selective Access: A Critique of Public Goods Theory*, 29 (1) *Public Choice* 53 (1977).

[11] 如果从立法视角而言,现代社会救助是社会救助立法真正成为权利型立法后,具体而言,欧洲一般在其宣布为福利性国家;美国在“戈德伯格诉凯利案”(Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 [1970])后;日本则在1947年《日本宪法》制定后。

会救助供给的低效率或零效率。社会救助作为一种公共物品,只有在多元主体的互动与补充中,才能实现社会救助的合理供给。福利多元主义理论^[12]为社会救助供给主体的多元化提供了理论证成,同时为社会救助的合理保障提供了可行性进路。

(一) 社会救助供给主体及其缺陷

国家、社会组织、家庭(族)以及个体均可作为社会救助的供给主体,在社会救助中扮演着不同的角色,但各主体均存在自身的不足(见图表)。现代社会救助的供给,是国家强制性事业,只有依靠政府

社会救助供给主体及其特征

供给主体	被供给主体	供给性质	功能	缺陷
国家(政府)	公民	法定责任	供给资金和法律(政策); 对其他社会救助供给主体的引导和监管	难以满足所有被救助主体需求;供给的 X-无效率;存在道德悖逆和逆向选择风险
社会组织或个体(社会力量)	政府及其职能部门	合同责任(政府通过委托、承包、采购等方式,向社会组织或个体购买社会救助服务)	提高政府供给的效率和 质量	违约风险,影响社会救助的公正与效率
	组织成员或市民	道德责任	提供救助服务和信息;扩大资金来源;公民监督政府的平台,避免政府救助失灵	供给的不确定性,同时我国社会组织还面临行政化和被内部人控制的风险、数量稀少、救助能力弱小等
家庭(族)	家庭成员	伦理责任	提供救助服务,特别是精神救助服务	只针对家庭成员,且我国家庭(族)结构锐减、救助能力日益弱小

行政权力的有力介入才能完成。^[13] 实践中,国家(政府)对社会救助的供给具有基础性和兜底作用,对被救助主体权益的保障和实现至关重要。然而,基于国家自身特性,国家社会救助供给也会出现失灵。第一,国家社会救助供给是基于政治决策过程决定的,根据阿罗不确定定理,民主过程不可能得到令所有人都满意的结果,因此难以满足所有被救助者的需求;第二,国家作为社会救助供给的唯一主体,存在垄断性,政府及其直属的企业缺乏外部竞争压力,从而导致其丧失追求成本最小化的能力,出现 X-无效率;^[14] 第三,在社会救助供给过程中,政府及其工作人员存在“道德悖逆”和“逆向选择”的可能,从而导致政府及其工作人员将自身利益凌驾于社会救助之上。对于社会力量而言,其是社会救助供给的重要力量,在某阶段(如中世纪的欧洲)甚至是唯一的救助力量,但其亦存在自愿供给失灵。因为社会力量救助是一种道德性救助,具有不确定性,不仅被救助者没有从他人那里获得法律性救助的权利,而且援助的性质和范围也不确定;同时,社会组织承担更多的救助责任必然需求更多的责任机制和审核机制,而责任与审核机制的建立反过来会危害社会组织的独立性,加深被内部人控制

[12] 罗斯首次对福利多元主义予以了界定,而伊瓦斯则系统总结了福利多元主义思想。福利多元主义从宏观上关注福利的来源、供给以及保障等问题,认为福利应由国家、市场、家庭以及社会组织等多元主体共同提供,只有在发挥各主体福利供给优势的基础上,取长补短,才能实现福利供给的合理与可持续。

[13] 参见郑功成:《社会保障学》,商务印书馆 2004 年版,第 373 页。

[14] 参见吕振宇:《公共物品供给与竞争嵌入》,经济科学出版社 2010 年版,第 118 页。

的风险,^[15]我国社会组织的登记与管理制度的缺陷亦导致了社会救助组织的行政化;最为根本的问题是 我国社会救助组织数量稀少,社会救助能力弱小,对弱势群体的救助作用十分有限。^[16]对于家庭而言,我国传统社会中宗法家族与政治国家同构,强调家人有提供福利和照顾服务的义务,家庭(家族)在对困难家庭主体的救助、儿童的抚养、老年人的物质与精神赡养等方面发挥着巨大的作用,但现代家庭(族)正在解构——家族连带思想式微、家族内部凝聚力减弱且家庭(族)规模与结构减缩,^[17]家庭(族)社会救助能力日益弱小。如果在现行社会救助立法中仍过多的以家庭救助为基础必将导致家庭不能承受之重,出现救助失灵。

(二)我国社会救助供给主体的多元化进路

在社会救助多元化供给中,各主体扮演着不同的角色,承担着不同的责任(见图表)。对于国家而言,社会救助是其法定责任。国家作为最根本的供给主体,除了承担救助资金的给付责任外,最大的职责是为社会救助提供政策、法律等,以对社会救助活动和其他社会救助主体进行引导和监管。社会组织或个体供给是政府供给的补充,一方面基于道德责任,扩充救助资金和服务的来源;另一方面基于合同责任,参与公共产品或服务的生产,在供给与生产的链条间引入竞争机制,提高社会救助供给的效率和质量,因为公共物品虽然在抽象消费上具有不可分性,但在具体的生产过程和生产要素上却是可分的,“如果潜在的生产者包括一系列的私商和公共机构,就有机会讨价还价,以最低的成本来获得公益物品或者服务”。^[18]当然,社会组织作为供给主体还具有自身特有的优势:可作为组织成员或市民的利益表达机制,了解被救助主体福利的需求和偏好,可以有效弥补国家救助信息的不对称,亦可为民众监督政府社会救助供给提供平台,避免政府救助失灵。家族(庭)则基于伦理责任为成员供给社会救助,特别是在精神救助供给上具有自身独有的优势。在社会救助供给主体多元化思想的导向下,恰当地发挥各主体供给优势,取长补短,不仅有利于社会救助供给的合理性与可持续,还可使有限社会救助资源得到最优配置。面对我国转型期被救助群体基数庞大、社会组织力量不足、家庭(族)救助日益弱化、市场发展不成熟的现实,只有立足于现阶段国家的社会救助责任,合理发挥国家在社会救助中的给付、引导以及监管职责,才能在逐步实现社会组织力量强大、市场力量成熟以及多元供给主体间的互动与补充的同时,真正实现被救助主体的权利保障。

第一,明确各级政府社会救助的财政给付责任。社会救助权是一种依赖于财政给付的权利,财政决策机制、财政分配取向以及中央与地方财政责任的划分都会影响社会救助权的实现水平。^[19]“在社会救助之场合,由于无由期待受给付者负担其费用,因而公费为其制度之特征”,^[20]国家财政给付是社会救助服务供给最重要的保障,但我国各级政府社会救助给付责任的配置并不合理。虽然《暂行

[15] See N. Johnson, *Problem for the Mixed Economy of Welfare State*, in *Need and Welfare* 174 (Alan Ware & Robert E. Goodin eds., Sage 1990).

[16] 截至 2013 年底,我国仅有社会服务类组织 41777 个,而经过登记的则更少,如我国 3549 个基金会仅有 216 个经过民政部登记。参见中华人民共和国民政部:《2013 年社会服务发展统计公报》,中华人民共和国民政部网 <http://www.mca.gov.cn/article/zwgk/mzyw/201406/20140600654488.shtml>,2015 年 2 月 10 日访问。

[17] 根据全国第四、五、六次人口普查,1990 年我国家庭户平均人口为 3.96 人,2000 年降到 3.46 人,2010 年则降到 3.09 人,独生子女家庭户已经达到 29.30%。

[18] [美]文森特·奥斯特罗姆,埃莉诺·奥斯特罗姆:“公共物品与公共选择”,载[美]迈克尔·麦金尼斯主编:《多中心体制与地方公共经济》,毛寿龙译,上海三联书店 2000 年版,第 123 页。

[19] 参见姚国建:“社会权保障视野下的我国公共财政制度转型”,载《政法论坛》2013 年第 4 期。

[20] 蔡茂寅:“社会保障的财政问题”,载刘剑文主编:《财税法论丛》(第 13 卷),法律出版社 2013 年版,第 382 页。

办法》第5条规定县级以上政府应完善社会救助资金保障机制,将社会救助资金和社会救助工作经费纳入预算,从而为明确和监督政府社会救助给付提供了制度保障,但是各级政府间的社会救助给付责任并未明确。现阶段我国社会救助资金主要由地方政府供给,^[21]然而我国财政主要集中于中央,使得中央与地方间事权与财权不对等,加之各地政府的财政能力存在巨大差距,必然使各地救助标准、效果不一。因此,建构以中央为主的资金供给主体,根据各地方政府的具体情形,在中央与地方之间采用不同比率配置救助资金,对社会救助公平、合理的实现较为有利,也具有可行性。首先,应制定全国社会救助项目最低救助标准,为中央和地方间财政分担提供参考,再依据各省具体情况,确定不同的分担比率。其次,完善省级以下财政分担机制。各省级政府应根据各自行政区划内不同市县级政府财政能力、救助规模等,合理地确定各级政府的社会救助财政给付责任。同时,依据本省各级政府每年的经济发展情形和被救助主体的规模采取新的财政分担机制。再次,完善财政转移支付制度。我国目前采取的纵向财政转移支付制度并不能满足社会救助的现实需要,《暂行办法》应进一步对相应的衔接性规定予以完善。一方面,在保持现行纵向支付的基础上,适当地推行直接向特殊县级行政机构的特殊支付,如向特定贫困县的支付;另一方面,适当地发展横向财政支付制度,如对不同省间流通的农民工成员、流浪人员的救助。^[22]同时,在面对特殊的地区或临时性的灾难救助问题时,应建构专项财政转移支付制度实现地方与中央财政的合理分担,保障被救助主体的权利。

第二,完善国家对其他救助供给主体的法律(政策)引导。首先,完善社会组织登记管理制度,提升其救助能力。变革现行双层管理体制,实施多元登记模式——是否登记并不影响其活动能力,只影响其所享受免税优惠的资格和其管理者的责任(未登记的组织,其管理者承担连带责任),以此保障社会组织的独立性。其次,完善激励机制,鼓励供给主体发展。依据我国现行法律法规,只有少部分社会主体可以享受税收优惠,而《暂行办法》第53条对此亦只作出了笼统的规定,并未取得实质性进展。一方面,依据现行税收政策,只有少数社会组织具有优惠政策,缺乏应有的激励作用,故应借鉴国外的先进经验,如俄罗斯实行的部分或全部免缴社会救助组织或个人利用国有或地方财产的费用等;法国政府对民间团体所接受社会救助赠款的60%予以免税等,^[23]同时,修正税收优惠政策,注意对税收优惠实际效果的追求,避免某些社会主体利用政策骗取税收优惠;另一方面,应针对不同的供给主体采取相应的激励措施。如家庭在精神救助中具有无可比拟的优越性,因此可以对相关家庭成员进行精神上或物质上的奖励以激励此行为;针对社会组织资金和技术不足的现实,对其予以人才、资金和技术的支持等。

第三,健全多元主体间的监督机制。通过多元主体间的互相监督,合理规制各供给主体的行为,提升供给品质,维护被救助主体的权利。首先,完善政府对其他救助供给主体的监督。面对现阶段我国社会救助监管出现分散监管、多头监管的现象,《暂行办法》并未作出明确的回应,故应在借鉴英国国民救助委员会、美国社会保障委员会设置经验的基础上,建构由劳动与社会保障部垂直统一管理的全国性监管机构,与审计部门一同加强对其他救助供给主体的监管,克服其他救助供给主体的道德风险和逆向选择的可能,提高管理的效率和合理性。其次,完善对公权力机关的监管。在完善内部问责机制、减少行政部门的自由裁量的同时,强调人大监督和司法监督的功能,着重发挥人大的监督和质

[21] 通观《暂行办法》,我国社会救助项目,除医疗救助外,教育救助、最低生活保障、临时救助、住房救助等均由地方政府供给。

[22] 参见江治强:“我国社会救助的财政问题与对策探析”,载《山东社会科学》2008年第5期。

[23] 参见张莉:“英、法、德、美四国社会性弱势群体救助安排比较研究”,载《国外社会科学》2009年第3期。

询以及司法问责的威慑性。再次,发挥社会主体的监管作用。民众和社会组织在监督中具有自身天然的优势,特别是媒体的作用。国家应在保障社会监督力量的独立性前提下对其进行目的上的引导,鼓励社会参与监督,形成多元互动监督的格局,使得具体社会救助行为在各主体充分协商的基础上形成,进而保障社会救助组织实施救助行为与救助结果的正当性、合理性。

三、社会救助供给的法律价值取向

正如前文所述,没有物品或服务天然就是公共物品,公共物品也并非天然具有非竞争性和非排他性,因为在现实世界中,物品所能承受的消费与损耗是有限度的。尽管社会救助是国家为增进社会整体利益、保障被救助人的社会权利(人权)、维护社会秩序的和谐而提供的一项特殊的公共物品,但其仍面临着政府财政以及其他客观资源的制约。救助资源稀缺性的客观存在,一方面要求社会救助必须提高效率从而不断增进社会利益;另一方面也要求政府对有限的资源、机会进行公平分配。稀缺性“一方面是物质(资源和技术)约束的问题,另一方面也是公共选择问题。”^[24] 物质约束的本质是“最优”即效率问题,公共选择的本质则是公平问题。公平与效率的统一不仅是现代法律所保障的或值得保障的基本价值目标,^[25]更是社会救助法所必须坚持的基本价值取向。

(一) 社会救助供给公平的法治保障

按照公共物品的内在逻辑,人人皆得平等获得社会救助的权利。作为对国民收入进行再分配的一种方式,社会救助以弱者受救助与倾斜保护为宗旨,以对社会中的弱者的基本生活和基本权利的保障为目的,其要实现的是社会财富由优势群体到弱势群体的转移,因此供给过程以实现社会公平为根本任务,公平是其天然的价值追求。

1. 社会救助供给的公平理念

现实语境中,社会个体权利的实际享有常常表现为在社会中政治、经济、发展机会等重要资源的占有情况。然而在市场经济条件下,面临资源有限的根本困境,个体间的权利冲突势必会造成个体间权利享有和实现上的差别,产生强与弱的不平衡现象。^[26] 这种畸形的不平等和失衡必然破坏公平而造成社会不稳定。要实现社会的公平与正义,就要保证所有社会价值都要平等地分配,除非对其中的一种价值或所有价值的不平等分配合乎每一个人的利益。^[27] 社会救助作为一项基本人权,现代法治国家多通过宪法予以宣示,“宪法权利平等原则”指向一种实质公平,是分配正义理念的承载,通过对“机会平等原则”、“利益与责任同等分配原则”、“分配标准和程序合理原则”以及“纠正不公原则”的维护作用于具体社会制度的建构,在保障制度建构正当性的同时,真正实现分配正义,维护不同主体间平等的生存权和发展权。^[28] 社会救助制度正是在“纠正不公原则”导向下建构的一种典型的纠正制度——通过向因生病、残疾、年老等原因而丧失劳动能力或因遭受意外而不能参与市场竞争者及其家人提供生存与发展的机会来纠正过度自由竞争所带来的社会分配的不公平,以此对承担制度转型

[24] [美]A. 爱伦·斯密德:《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》,黄祖辉等译,上海人民出版社1999年版,第10页。

[25] 参见[日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第246页。

[26] 刘茂林、仪喜峰:“宪法是组织共同体的规则”,载《法学评论》2007年第5期。

[27] [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第54页。

[28] 参见向玉乔:“社会制度实现分配正义的基本原则及价值维度”,载《中国社会科学》2013年第3期。

风险的受害者进行补偿,从而减少制度转型的社会发展代价。作为一种再分配制度,社会救助是以国家意志为弱势群体提供必要的生存空间与资源,实现社会整体利益最大化以及公平分配是其建立与实施的价值基础和合理性之依托。通过公共资源的单向性转移,社会成员只要符合救助条件就可获得应有的救助,社会救助的非排他性与非竞争性特性在一定程度上为实现公平分配所主张的社会财富的普惠提供了可能。

2. 我国社会救助供给公平的立法保障

“法律是一个有意识服务于法律价值与法律理念的现实。”^[29]创造并保障社会公平是社会救助的基本价值取向,也是社会救助供给的最终目标。社会救助法必然将救助公平价值理念贯穿于整个立法过程中。

第一,社会救助权的立法确认。“权利特别是穷人和弱者的权利,既是关注贫困的实质性问题,又是分配正义的关键问题。”^[30]社会救助权属于社会保障权利体系中的基础性权利,体现了保护公民生存和发展的人权价值内容。然而《暂行办法》中既缺少对社会救助权的确认与宣誓,也未对社会救助权主体和内容作出合理、详细的规定。我国社会救助立法不应仅仅作为政府部门实施救助的行政规范依据,更应当体现对公民各项救助权利的立法确认。具体而言,首先,赋予弱者参与立法的权利,避免使其沦为“制度性弱者”,注重救助对象在救助立法中的意愿倾诉;其次,明确弱势群体的社会救助请求权,在符合救助条件的前提下,公民有权利向救助供给者即政府提出请求,面对公民申请,政府有义务对申请进行审核、公示、评估与反馈;最后,保障公民救济权利的实现。针对《暂行办法》原则性和概括性规定过多的不足,应将具体权益保护的措施清晰化、具体化,为权益的救济提供切实可行的法律规范。

第二,实现城乡救助一体化。在社会救助供给中,城市占据了大部分的社会救助资源,拥有较为完善的社会救助体系,而农村的社会救助供给长期不足、救助项目缺失,农民的受救助权难以得到保障。同时,制度桎梏、身份差异、立法缺失等因素,使得进城务工人员无法享有社会救助,造成公共物品分配不均,严重阻碍了社会救助法“安全阀”功能的发挥,更与建立全民性、公平性的社会保障体系目标背道而驰。《暂行办法》虽在形式上消除了城乡二元立法结构,建立了统一的居民低保制度、特困人员供养制度等,但在实现城乡现有社会救助体制整合上仍缺乏具体详细的规定。为实现城乡救助一体化、促进社会救助供给公平,社会救助立法应细化社会救助城乡整合机制,改变社会救助供给政策,适度向三农倾斜,缩小城乡间差距。

第三,推进类型化救助。对于不同情形下的不同弱势群体应采取不同的救助措施。但《暂行办法》中缺少对救助对象的具体分析,并未设计不同贫困家庭人均最低生活费的不同标准,更没能进一步去研究如单亲家庭以及老人、儿童、残疾人等不同群体救助的实际需要,加剧了救助对象内部的实质不公平。^[31]而在实践中,地方政府往往采取“一刀切”的做法,不考虑贫困家庭的实际需要,把贫困家庭的复杂情况简单化,造成供给与需求的脱节。为避免僵硬的规则设计造成救助权利实际上的被剥夺,可考虑实施救助对象的“分类救助”,按照保障对象的特殊性,区分不同家庭的困难程度,细化家庭的困难指数,以困难系数作为区分救助标准,以实现救助的实质公平。

[29] [德]拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第32页。

[30] 孙君恒:“阿马蒂亚·森的分配正义观”,载《伦理学研究》2004年第5期。

[31] 参见曹明睿:《社会救助法律制度研究》,厦门大学出版社2005年版,第194页。

(二) 社会救助供给效率的法治激励

尽管公共物品在国家意志下被赋予了不可分性和非排他性,但社会救助公共产品的这种性质通常也会产生外部性,导致出现“搭便车”或“公地悲剧”,这就使得任何对公共产品的使用,都会潜在地影响经济的激励机制,因而政府对公共物品实施的配套制度必须合理设计以减少这种效率损失,实现公平与效率的均衡与统一。

1. 社会救助供给的效率价值

效率同公平、自由、秩序一样,是人们所追寻的社会美德。一般而言,效率具有经济和社会双重属性,对于经济属性而言,效率是以最少投入获得最大产出;对于社会属性而言,效率是对有限社会资源优化配置的最终结果作出的社会评价,社会各主体利益配置的帕累托最优是人们所追寻的理想状态。但对于效率与公平之间的张力及其权衡问题历来是学者们争议的热点问题。^[32] 其实,学者们之所以具有争议,关键在于各自所立足的场域不同——在社会权利和政治权利领域至少原则上公平优先于效率,在市场领域则反之。^[33] 社会救助供给作为社会分配系统,其运作深嵌于政治、经济、文化等系统之中,在不同的阶段,所侧重的价值不同,公平与效率内在地统一于社会救助运作的整个过程,偏废其中任何一面都将阻碍社会救助功能的实现。社会救助供给的效率价值意味着对一切由人创造的价值在分配时,应考虑什么分配方式有利于调动各主体的积极性,有利于使分配本身也成为扩大生产和创造更多财富的激励机制。^[34] 西方国家由对福利国家的追崇到福利危机以及对福利供给模式、救助方式的转变——福利产品的生产引入市场机制、社会救助由单纯给付的“输血型救助”转向“工作福利”式的造血型救助,正是对以上效率价值的合理体现。

2. 我国社会救助供给效率的立法追寻

制度总是和一定的利益分配有关,制度结构的变迁将暗示着那些利益分配的变化,并决定着这些成本和收益的发生率,所以为了提高经济效率,就必须提高制度安排的精确性。^[35] 我国目前以输血救助为主的社会救助立法过于关注眼前问题而忽视中长期发展目标,弱化了对救助对象的激励功能,劳动供给抑制愈发明。因此,我国社会救助立法应在保障国家作为社会救助根本供给主体、引入竞争机制、发挥社会组织或个体在社会救助产品生产过程中积极作用的同时,坚持以提升个人能力为原则,贯彻生命周期理论的“上游干预”政策,完善造血机制的构建,从而在提高社会救助立法的合理性的同时,实现对效率价值的追求,保障被救助主体的权益。^[36]

(1) 社会救助供给模式的更新

现阶段在我国社会救助供给过程中,政府不仅是社会救助产品或服务的供给者,也是这些产品或服务的生产者。政府垄断了社会救助产品或服务的生产和供给的全过程,使得政府及其直属的企业缺乏外部竞争压力,导致其丧失追求成本最小化的能力,出现社会救助供给的“X-无效率”。因此,要实现我国社会救助供给立法的效率价值,必须对现行社会救助供给模式予以更新。正如迈克尔·增伯格所言,“公共物品需要通过预算支付方式供给,但这并不意味着公共物品必须由政府生产,公共物

[32] 如哈耶克、弗里德曼以及艾哈德等主张效率优先论,而罗尔斯、勒纳等则主张平等优先论。

[33] 参见阿瑟·奥肯:《平等与效率》,陈涛译,中国社会科学出版社2013年版,第61页。

[34] 参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第214页。

[35] [美]丹尼尔·W.布罗姆利:《经济利益与经济制度——公共政策的理论基础》,陈郁等译,上海三联书店、上海人民出版社2006年版,第266页。

[36] 参见徐月宾等:“中国农村反贫困政策的反思”,载《中国社会科学》2007年第3期。

品可以像大多数私人物品一样由私有企业生产,不过产品将出售给政府”。^[37] 因为公共物品的生产过程和生产要素具有可分性,所以我们可以社会救助产品或服务在生产环节嵌入市场竞争机制,实施社会服务购买制度,即政府可以通过招投标等方式与特定的私人或社会公共机构订立生产契约,购买社会救助产品或服务。社会服务购买制度可以充分利用市场主体效率优势,引入多元主体的竞争,从而解决政府生产低效率的困境,提升社会救助服务的质量,亦可调动市场主体或社会组织供给的积极性。为此,社会救助立法应在现行的《暂行办法》第54条的基础上对购买主体、承接主体、购买内容、购买机制以及资金管理等方面作出合理细化的规定,合理发挥社会服务购买制度功能,正向激励私主体或社会组织在社会救助产品生产中的积极作用。

(2) 社会救助救济方式的变革

当前,我国社会救助方式主要以收入扣除方式发放生活保障金为主,这种“差额补助”直接压抑了救助对象的就业动机,外在的“输入式供给”亦没有产生相应的效益,导致救助缺乏延续性。社会救助不仅关注“救”,更重在“助”,现代社会救助应是一种发展型、助人自立的救助。因此,必须构建合理的激励机制,以发挥救助供给的正效益,促进救助对象的自我发展、自我积累、自我吸收。^[38]

第一,健全就业救助。就业救助是实现造血式救助的重要平台。《暂行办法》虽以专章规定,但相关规定并不合理,应予以完善。首先,应加强与最低生活保障制度的衔接,要求有劳动能力的低保对象必须满足特定的就业相关性要件才能获得低保资格。同时,在低保资格审查过程中,实行救助对象收入豁免制,即采取救助资格暂退和救助水平逐步扣除办法,而非一旦家庭人均收入超过低保标准便马上取消其低保资格。其次,依据市场岗位需求情况开展“订单式”培训,实现培训和就业有机结合,增强被救助者自身的“造血”能力。

第二,加强教育救助。实施教育救助政策,特别是保障儿童的受教育权,无疑是实施“上游干预”、从源头消除贫困的重要措施之一。针对《暂行办法》相关规定的不足,首先,应细化教育救助对象的分类标准,有针对性地调整教育救助政策,提高教育救助机制的运行管理效率;其次,应将教育救助的起点定位为学龄前儿童的教育救助问题,通过对贫困地区的教育经费的倾斜性投入,切实保障被救助主体的受教育权;再次,可辅以减少收费、奖学金、助学金等多元化救助形式。

第三,完善小额贷款制度。小额信贷制度可为救助对象提供小额度、持续性、制度化的短期无抵押的贷款,可以帮助救助对象赢得自我发展的机会,实现由输血到造血的质变,但《暂行办法》并未作出相应规定。健全小额贷款机制,首先,在资格准入上应对救助对象进行身份审核,按其信用度、贫困程度、脱贫能力等因素进行评估、分类,提供相应的贷款;其次,推行市场化运作,健全小额信贷机构的准入与退出机制;再次,对受助者实行相应的利率补贴或减免政策。

四、社会救助供给的法律程序保障

公共物品供给效用不仅取决于公众需求的种类与公共物品自身的属性,也受到供给和消费双方

[37] [美]迈克尔·增伯格:《经济学大师的人生哲学》,侯玲等译,商务印书馆2001年版,第273-274页。

[38] Greed - Efficiency - Fairness (GEF) 模型下,公平与效率的双重约束会使得人们在获取公共资源时倾向于更为“谦虚”(modest),而非“贪婪”(greed)。See Daniel Eek & Anders Biel, *The Interplay between Greed, Efficiency and Fairness in Public-Goods Dilemmas*, 16 (3) *Social Justice Research* 195 (2003). 因而有效的救助激励措施一定程度上可以降低受助对象的救助依赖,避免社会救助成为“养懒汉”的温床。

主观条件的影响,供给的阶段性区别较大,所以有必要通过公正合理的程序设计保障公共物品供给的社会边际效益最大化。^[39] 社会救助法律程序作为社会救助法现代性的主要表征,以对社会公共利益的维护为主要价值导向,且须满足社会救助这一公共物品供给的各类需求。社会救助法只有将程序法充分融合到实体法的实现之中,才能在应对日益复杂的社会经济问题时充分发挥社会救助法律程序的公共服务功能。其一是界定社会救助法的权利主体行为,保证社会救助权的顺利实现;其二是约束政府的救助行为,控制政府对社会救助活动的任意干预,以获得公众对政府的“可信承诺”。^[40] 因此,社会救助法的程序正义以社会救助供给的效用为重要依托,既要求公民的社会救助权利实现机制公平高效,也要求政府的社会救助权力行使机制得到充分制约。

(一) 受救助者的救助权利保障机制

社会救助法的程序价值在于保障公民消费社会救助这一公共物品的自由,其合理性系于程序结构与内容对社会救助供给的效率价值与公平价值的平衡。具体而言,社会救助法律程序,不仅要完善制度结构降低救助的制度成本,实现救助效率的提高,还应针对社会公共利益之需求改造其诉权的实现路径,保证救助公平。

第一,改进程序结构,提升社会救助供给的效率。良好的公共物品供给模式意味着公民间公共需求的配置可以接近帕累托最优,公共物品供给机制的中立性和信息化则是维系公共物品消费水平最优化的必要条件。^[41] 社会救助法律程序为各类主体就社会救助的供给和消费所产生的交往行为提供制度保证,其程序结构满足排除偏见这一中立性要素是实现社会救助资源的合理分配的前提条件。同时,信息不对称会增加社会救助供给的交易成本,社会救助法律程序在保障信息化供给机制上应关注社会救助权利人的信息获得渠道,将信息偏在所带来的机会成本降到最低。从中立性和信息化角度审视我国《暂行办法》,依然存在众多问题。首先,调查审批程序中立性不足。《暂行办法》第11条缺乏排除行政主体偏见的有关规定,供给机关自由裁量权得不到有效制约,机会分配的不均衡必然导致供给效率降低。合理的行政主体资格认定制度、回避机制可以在程序上保证无偏私的话语体系,以冷静客观的非个人化的过程保证机会分配的均衡。^[42] 完善社会救助法律程序结构需要引入行政主体资格认定机制和回避机制,以中立的法律程序保障机会平等,从而提升社会救助供给效率;其次,《暂行办法》并未对家计调查程序进行类型化界分。这显然会造成不同类型的救助所适用的程序标准不一,结构性不当救助增多,从而影响社会救助资源的分配效率。在这方面德国社会救助程序的细分规则值得我们借鉴。^[43] 因此,《暂行办法》需进一步明确不同类型的社会救助所适用的家计调查程序,确保多元化救助体系下资源分配的有机整合;再次,社会救助信息管理规范不足。《暂行办法》第6条规定了要建立全国统一的救助信息管理系统,但是对于信息搜集、甄别、录入、查询等程序均未有明确规定。同时,城乡二元结构导致流动人口的社会救助信息难以实现及时采集与更新,这必然提高全国统一的救助信息管理成本。因此,社会救助信息管理程序应打破城乡二元壁垒,在基层信息复核

[39] 参见[奥]弗·冯·维塞尔:《自然价值》,陈国庆译,商务印书馆1982年版,第60-61页。

[40] 参见钱颖一:“市场与法治”,载《经济社会体制比较》2000年第3期。

[41] See Paul A. Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*, 36 (4) *The Review of Economics and Statistics* 387 (1954).

[42] 参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版,第106页。

[43] 以儿童救助为例,德国将儿童救济金的救助对象细分为处在受教育阶段的、未就业的以及残疾儿童,并针对不同类型的儿童救助设计了不同的调查认定标准。See W. Adema, D. Gray & S. Kahl, *Social Assistance in Germany*, OECD Labour Market and Social Policy Occasional Papers, No. 58, OECD Publishing, 2003, p. 9.

的管辖范围上采取“就近原则”,保证农民平等地享受社会救助权利,提高社会救助信息化管理的效率。^[44]

第二,完善权利救济程序,保障社会救助供给的公平。社会救助法所维护的社会公共利益,在社会救助的公共决策和法律实施中转化为分散的个体利益,在一般情形下由缺乏自我救济条件的贫困者所承载。这使得单个权利主体只有通过组织化的方式,才能有效参与到社会救助法的权利保障机制之中,进而对社会救助的公共行政过程及其结果产生有意义的影响。^[45]目前,我国社会救助法律程序设计需要提高其自身的公众参与度来应对社会救助权利主体的组织化救济。提升社会救助权利法律保障机制的公众参与,保障社会救助供给的公平,实质在于重构公共物品供给过程的公共性以及民主性,并致力于将权利救济的公共供给制度化。《暂行办法》第12章“法律责任”所规定的责任追究方式基本是以单向的行政处罚为主,并未充分考虑社会救助的公共物品属性,其程序内容难以满足社会救助法律实施的公众参与之需求。这种传统的内部约束机制只能间接保护受助对象的个体利益,很难充分发挥出程序直接保护个体利益的效用,故应建构贯穿于救助供给全过程的权利救济机制。首先,引入听证制度,加强供给前的权利救济。社会救助法的听证制度针对申请人或具体行政行为相对人,赋予当事人及利益相关者就重要事实表达意见的机会,内在地相契于法律正当程序的理念。社会救助法引入听证制度,一方面搭建起信息交流平台,使得各类官方信息与私人信息得以汇总共享,保证供给决策的信息充裕;另一方面听证参与人的多元化,将促进社会救助供给决策的依据、过程和参考信息确定化和公开化。其次,可尝试团体诉讼模式,完善供给后的权利救济。诉讼程序相对于行政救济程序而言更为理性和权威,而社会救助供给双方的不对等则需要通过特殊的团体性(如老年人协会等)诉讼程序之建构来提升其救济效用。^[46]因为集团诉讼可以使处于弱势地位的当事人基于共同利益凝聚起来,从而实现原被告地位或力量的平衡。

(二) 政府社会救助供给与问责机制

政府的社会救助供给是面向未来的,其所涉及的是公民之间和社会群体之间的关系。^[47]社会救助供给的多元化主体决定了其供给方式的多元化,但无论是正式制度供给模式还是非正式制度供给模式,均强调政府在社会救助供给体系中的主导地位。社会救助作为现代行政实践方式具有高度的复杂性、情境依赖性以及不确定性,^[48]政府供给职能的实现既需要完善的财政预算程序制约其公共服务决策,也需要严格的问责程序约束各类行政主体的恣意行为。

第一,完善财政预算程序,确保社会救助供给的落实。社会救助的有效供给需要政府财政的支持,公共物品供给支出是政府公共财政预算支出下的一个重要组成部分。确保社会救助的提供落实到位,关键在于完善现行的财政预算程序。首先,需要增加中央与地方政府在财政预算上的协调程序。《暂行办法》第5条对于社会救助财政支出的规定并未明确指出中央和地方财政的预算协调机制,这必然会造成社会救助供给过程中出现中央和地方责任不明晰而互相推诿或者中央与地方预算重叠浪费资源的现象。落实社会救助供给的政府责任需要以合理的预算分配作为前提。社会救助的

[44] 参见蒋悟真:“我国社会救助法理念及其维度——兼评《社会救助法(征求意见稿)》的完善”,载《法学家》2013年第6期。

[45] 参见王锡铤:“利益组织化、公共参与和个体权利保障”,载《东方法学》2008年第4期。

[46] 参见郑尚元:“社会法的存在与社会法的理论探索”,载《法律科学》2003年第3期。

[47] 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第533页。

[48] 参见高秦伟:“论社会保障行政中的正当程序”,载《比较法研究》2005年第4期。

供给具备鲜明的地域性,地方政府更了解当地的贫困状况,故可以更好地提供相应的社会救助。^[49]同时,中央财政需要通过监督、转移支付等形式加强对地方财政的调控,从而保证社会救助供给得以平衡地方预算的效率与全国预算的公平。其次,在社会保障预算的执行阶段,修改相应的预算调整程序。《暂行办法》赋予了地方政府在社会救助供给中较大的自由裁量权,而根据我国《预算法》第67条的规定,地方政府在财政收支平衡的前提下对具体社会救助供给的预算调整具有非常充分的自由裁量权。因此,社会救助预算执行程序应严格以预算草案为依据,制定标准统一的预算调整审查批准程序,用以规范各级政府在社会救助供给中的财政支出决策行为。最后,完善社会救助预算公开程序。公共预算信息是关于政府收支的信息,是反映政府行使所有与公共资源筹集和使用有关的权力信息,是制约和监督政府权力最为关键的信息。《暂行办法》第11章“监督管理”显然缺乏有关社会救助预算公开的规定。公共物品语境下,预算公开是保障社会救助供给得到落实的有效途径,亦有利于接受受助者与立法机关的监督。

第二,完善行政问责程序,防止社会救助供给的异化。行政问责是民主政治以及权责一致原则的具体要求,问责的目的是实现权力与责任的平衡,完善相应的问责程序对矫正政府在实施社会救助过程中的不作为或不作为具有重要的作用。我国现行的行政问责机制可以分为内部问责、专门问责以及外部问责三类。^[50]《暂行办法》的问责机制重点规定了内部问责机制,而专门问责程序和外部问责程序缺位。^[51]首先,虽然《暂行办法》对行政问责作出了规定,但缺乏相应的配套程序,使得相关问责难以真正启动,因此必须予以完善,如政府信息公开、公众参与听证以及引咎辞职等程序的构建,从而真正发挥行政问责的威慑力。同时,应规范被问责主体的救济程序,保障被问责主体的权利。其次,应完善人大问责程序。细化各级人大的监督程序、质询程序,特别是问题调查程序、行政人员任免程序等,从而使得人大权力与政府权力间形成动态平衡,发挥各级人大的监督作用,保障公民的社会救助权。此外,由于有的救助涉及特定弱势群体的生活救助,有的涉及救助资金巨大,因此要特别对应急性救助、扶贫专项救助等各个阶段的行政问责程序机制进行明确化和系统化规定。

五、结语

当今我国社会转型与实现社会分配正义之要求都迫切呼唤社会救助立法。经历了20年的艰难立法历程,我国社会救助立法最终以《暂行办法》的形式出台,既反映了这部民生立法的难度,也在一定程度上显示了立法思路欠清晰:政府责任意识不明确、社会组织与民间个人慈善救助定位不准确以及一些正在实施的单行社会救助法律法规间相互冲突,甚至与社会救助的立法宗旨相违背等。现代社会救助作为一种基本人权,社会救助法治化的关键是对受救助者救助权的凸显和维护。作为社会救助的提供者,政府扮演着首要的且不可替代的基础角色,因而也肩负着根本的救助责任。然而,近年来,尽管政府职能部门在主导社会救助法律法规的实施中扮演着重要的角色,但是,其对自身承担

[49] See George Stigler, *Tenable Range of Functions of Local Government*, in *Federal Expenditure Policy for Economic Growth and Stability*, Washington, D. C.: Joint Economic Committee, Subcommittee on Fiscal Policy, 1957, pp. 213 - 219.

[50] 参见周亚越:《行政问责制研究》,中国监察出版社2006年版,第271页。

[51] 《暂行办法》第12章“法律责任”规定了上级机关责令整改的情形(第65条),对行政主体违法行为的处分机制(第66条),对受助对象违法行为的处罚行为(第67条),以及国家工作人员违法行为的处分机制(第68条)。

的救助职责仍存在着某种程度的“忧虑”,不仅刚刚颁布的《暂行办法》使社会救助立法位阶降低,而且一直存在着对政府供给责任和能力等诸多方面的谨慎考量,^[52]从而制约着这部重要民生法律的真正完善。

政府根本救助责任和其他主体救助责任的合理实现、被救助主体权利的维护仍有赖于服务型政府的建构。在服务型政府下,可以合理实现政府、法治以及市民社会三者的互动,并保障公权力与市民社会权利的平衡,可以正确定位政府救助职责、发挥多元救助主体的互动与补充作用、实现救助供给公平与效率的统一以及建构合理的社会救助权利保障程序,以保障公民的社会救助权。同时,必须予以明确的是,我国社会救助供给的法律解释唯有被置身于中国特定的法治场境、处境和意境,而非西方的法治语境,我国社会救助的法治化才具有现实意义和实现的可能。^[53]公共物品作为现代社会救助的本质,为现代社会救助的法治化提供了一个合理而明晰的法律解释框架。

Legal Interpretation of Social Assistance under the Perspective of Public Goods

Jiang Wuzhen & Zhan Guoqi

Abstract: The right of social assistance is a fundamental human right of modern society ruled by law, and social assistance is a kind of public goods in nature. Relative to the social organizations and individuals, the government as the supplier in social assistance is compulsory. The key to achieve social assistance under the rule of law is to identify and regulate government's supply function, focusing on the unification of fairness and efficiency in social assistance, stimulating and supervising social subjects' charity relief behavior; while fulfilling government's rescue responsibility and strengthening the assistance right of people who need to be assisted from the legal procedures is an important part to achieve the goal of social assistance. Taking social assistance's attribute of public goods seriously is of important methodological significance and practical value for strengthening and improving China's social assistance legislation and eventually making the social assistance under the rule of law.

Keywords: social assistance; public goods; assistance under the rule of law

(责任编辑:杨琦萍)

[52] 例如,在2010年的一次国务院常务会议上,审议并否定了当时的社会救助法草案,其中一个重要原因是这部法律牵扯的问题比较大,要考虑国家财力是否能承受。

[53] 参见江国华:“法治的场境、处境和意境”,载《法学研究》2012年第6期。

环境法实施的立法保障

林灿铃*

摘要:环境立法在追求环境公平与环境正义的同时必须正视环境问题的特殊性与公益性,以科学的环境法律责任制度来保障环境公平和环境正义。环境法的实施首先须确保其本身是良法,不仅要确立因应时代的立法理念,还要明确环境行为主体的环境义务以及公众参与、环境公益诉讼等权利义务关系。唯此,才能有效保障环境法的实施,规范人们的环境行为。

关键词:环境法 环境义务 法律实施 立法理念 立法保障

环境法的实施是指环境法主体行使环境法规范所赋予的权利并承担义务,其目的是实现环境法的法律规范。环境法所规范的人的环境行为既着眼于人们的生产活动,也强调人们的生活方式。环境法的实施不仅要确立顺人应天的环境理念,明确环境保护的国家义务,更要明确公众参与、环境公益诉讼等权利义务关系。唯此,才能有效保障环境法的实施,规范人们的环境行为。

一、环境立法理念与环境教育

现今,人们的生存环境正发生根本性的变化,环境危机日益突显。然而,所谓的自然灾害、环境危机,追根溯源其实是我们自己造成的。环境问题实质是人的问题,^[1]人是造成环境问题的主要原因。环境法的实施之所以存在诸多障碍,关键是人们对环境问题和环境保护所具有的深远意义认识不足。环境法的实施首先应确立新型的环境理念——人与自然的和谐共生,人是万物的一种,与自然界所有的物种是平等的,人既不是自然的领导者也不是征服者,不应把自然界当作征服的客体。有了这样的理念,人们就能理解保护环境的意义,自觉地去爱护和保护环境;将此理念充分地根植于环境立法中,环境保护法就有了坚实的伦理基础。

环境法的实施需从教育抓起,必须教育先行。环境教育是促进可持续发展和提高人们解决环境与发展问题能力的关键。环境教育应列入国家基础教育的重要组成部分。为求实效,环境教育应涉及社会经济环境以及人力发展(可以包括宗教在内),应当纳入各个学科,并且应当采用正规和非正规方法及有效的传播手段。^[2]今天的莘莘学子,将成为明天社会发展的决策者和执行人,他们的环境理念将影响他们未来的环境行为,而他们的环境行为将在极大程度上决定或者改变人类的未来。因此,促进环境理念和环境法律意识的养成以及环境教育在全社会的推广,必将使人们明确为什么要保护环境,如何去保护环境。毋庸置疑,新型环境理念的确立和环境教育的普及以及人的环境法律意识的提高,必将为环境法的有效实施创造良好的条件,对环境法的实施具有十分深远的影响和不容忽视

* 中国政法大学教授,法学博士。

[1] 参见裴广川主编:《环境伦理学》,高等教育出版社2002年版,第20页。

[2] 参见《联合国可持续发展21世纪议程》第36章第3节“行动依据”。

的重大意义。

环境作为人类的共同生存条件,保护环境符合整个社会乃至整个人类的利益。环境的特征决定了环境法的研究和实施必须反映全体社会成员的共同愿望和要求,而不仅仅侧重于经济领域或政治领域。必须明确,环境法是基于人类的持续生存和发展需要而产生的,其根本任务和最终目的是规范人类行为,保护和改善人类赖以生存的自然环境,使人类社会与自然界协调发展。作为人类文明的重要组成部分,环境法具有特殊的性质和突出的特征。

首先是环境法的公益性。环境污染和生态破坏是危及全人类生存和发展的问题,保护环境是为了全人类的共同福利。面对共同危机,为了共同利益,必须采取共同行动,制定改善环境、保护环境的法律,使人类社会得以在与自然的和谐中持续发展。可见,环境法是一项造福人类,惠及千秋万代的公益事业,其显著的公益性不言而喻。正如1972年的《斯德哥尔摩人类环境宣言》所称,保护和改善人类环境是关系到全世界各国人民的幸福和经济发展的重大问题,也是全世界各国人民的迫切希望和各国政府的责任。

其次是环境法的边缘综合性。环境法是一个与许多法律部门紧密交叉的边缘综合性法律部门,其融汇了多种学科的知识并对多种学科产生影响,具有显著的边缘综合性。具体表现在,一方面环境法与国内法律部门互相渗透,互相交叉,例如与民法、刑法、民事诉讼法、经济法的密切联系;另一方面在法学体系外,环境法与环境科学、环境伦理学、物理学、化学、天文学、地理学、气象学、地质学、生物学以及经济学、社会学和政治学等学科有着密切联系。如:环境科学知识是环境法的基础知识的一部分;经济学关于经济刺激和成本-效益分析的理论被环境法的很多规定所采纳;等等。

还有环境法的科学技术性。由于科学技术的突飞猛进影响到社会生活的各个领域,环境法已经进入了属于科学和技术性质的领域;要解释和适用环境法,就必须考虑到包括物理、化学和生物在内的众多学科。此外,从海洋资源、核能、电讯等方面也说明科学技术对于环境法的重要性,证明法律与科学技术有着越来越密切的联系。当然,环境法本身也包含有许多技术性法律规范。这些技术性法律规范是经过立法程序被采纳为法律规范的技术规范。环境法的制定必须以现代科学技术为基础,进行科学的论证,必须在环境法中作出相应的技术规定,将技术规范上升为法律规范。这就要求环境法日益紧密地与科学技术结合,从而具有越来越强的科学技术性。

在现代社会,环境保护和生态文明的实现归根到底要靠法治;而法治的实现则须强调教育,特别是法学教育。法学教育是培养高级的专业法律人才的唯一途径,关系到一个国家的法治文明和法制建设;创建生态文明以达到人与自然的和谐是离不开教育的,尤其是环境教育和环境法教育。

环境法教育与环境伦理教育、环境科技教育构成环境教育的核心。环境教育具有综合性、实践性、全民性和终生性的特点。环境教育是提高人类整体素质的综合性教育,它引导人们努力践行环境道德义务。环境科技教育主要在于传授环境知识,建立科学的环境认知;环境伦理教育在于培养对环境的感情,树立正确的环境价值观;环境法学教育在于弘扬环境法律,确立良好的环境社会秩序。没有科学的环境知识,伦理和法律会陷入盲目;没有正确的环境伦理观,科学和法律则有被用于奴役自然,成为环境危机“帮凶”的危险;而如果没有良好的环境法律制度,不能把环境知识和环境伦理转化为有约束力的社会规范和行为准则,科学和伦理的要求也就无法落实到人们的具体行为之中。

制订完善的环境法律制度并确保其实施,是生态文明建设的基本途径。只有当一个社会的公民知法、守法、懂法、用法,普遍遵守环境义务,并能够有效地运用法律武器捍卫自己的环境权益时,生态文明的实现才有希望。而环境法治能否实现,或者说能在多大程度上实现,则与环境法教育密切相关。如果没有兼具丰富的环境知识、深厚的环境伦理素养和良好的法律专业技能的环境法律人才,就

难以制订出完善的环境法律制度;同样,没有对环境法的宣传和普及,已制定的环境法律也难以得到普遍遵守和有效实施。从这个意义上说,环境法教育实乃是事关环境保护和生态文明建设成败的关键。

二、环境权与国家环境义务

环境权是国家环境义务的前提和核心。国家为了保证国民环境权得以落实,必须在立法中保证国民享有充分的环境使用权、知情权、公众参与权以及司法解决环境争议的请求权等权利。环境权的实现离不开两条基本的途径:一是将环境权的规定具体化,即程序性权利法律条文的具体化;二是在实践中将维护、救济、保障环境权转化为实实在在的有章可循的守法行为、执法行为、司法行为和法律监督行为,即环境权的实施。要明确环境权的具体内容和作用,必须通过有关法律、法规和规章,将环境权进一步具体化,增强其可操作性。而知情权、参与权、请求权等程序性权利都是环境权的具体化,是实现环境权的具体措施、制度和途径。继《里约热内卢环境与发展宣言》之后,1998年欧洲经济委员会通过的《奥胡斯公约》确定了国民在环境事务中关于环境信息的获取、公众参与环境事项的决策、通过司法途径解决环境争议等三方面的权利。具体而言,获取环境信息是指缔约方有义务向公众主动提供信息^[3]和缔约方有义务根据公众的请求在规定的时间内提供一定的环境信息,^[4]除此之外,缔约方还有主动将有关环境信息传播至整个社会的义务。^[5]公众参与环境事项的决策是指能够让公众自发地参与到环境的决策过程中,并且将整个决策的流程透明化,保证其公正运作,让每个人都能够完完全全地投入到整个环境事项的决策中,发挥每个人的作用。^[6]通过司法途径解决环境争议是指通过将与环境相关的问题纳入到司法程序之中,通过国家强制力来切实保障国民的上述两项权利,让国民能够对有关环境事项的决策进行监督,通过法院或其他独立的机构来进行评判。^[7]这三项权利本质上属于程序性权利,它们相辅相成,缺一不可。获取信息的权利是前提,如何获得环境信息,是公众参与的首要条件,获得司法救济的权利是对信息获取和公众参与的强力保障。环境问题最终影响的是国民,让国民完全地参与到环境议题之中,不仅可以起到监督的作用,还能引导国家的环境政策,这是国家主动承担环境义务的基础。然而,尽管国家环境义务的法律依据在国际层面和国内层面都十分充分,但真正使国家承担相应的环境义务却仍存在诸多法律困境,其中最主要的问题是法律对环境权规定的不完善。这对环境法的实施无疑产生极其不利的影响。

在国际层面,国家作为国际关系中最主要的主体,其必须承担基于国际关系而产生的国际义务。国家的国际义务可划分为双边义务和多边义务。双边义务指的是一国对另一国应当承担的义务,在国际环境领域,这主要表现为两国签订的双边环境协定和双边贸易协定中关于环境的条款所赋予的环境义务。多边义务是指一国对某特定国家群体或整个国际社会的共同利益所承担的义务,于环境

[3] 《奥胡斯公约》第5条第4款规定,每个缔约方应按不超过三至四年的间隔定期发表和散发关于环境状况的国家报告,其中包括关于环境质量的信息和关于环境所受压力的信息。该公约同条第6款规定,每个缔约方应鼓励进行对环境造成重大影响的活动的人定期向公众通报其活动和产品的环境影响,适当情况下应在自愿性质的生态标记或生态审计办法框架内或用其他办法进行通报。

[4] 《奥胡斯公约》第4条第2款规定,以上第1款所指环境信息应尽快提供,最迟应在请求提交后一个月之内提供,除非由于信息的数量和复杂性而有必要延长这一时限,此种延长最多为提交请求后两个月,应向请求人通报任何此种延长及延长的理由。

[5] 参见《奥胡斯公约》第5条。

[6] 参见《奥胡斯公约》第6条至第8条。

[7] 参见《奥胡斯公约》第9条。

领域而言,它们主要表现为国家缔结的多边环境协定中的环境义务。二者构成了国家环境义务的国际法依据。为了履行国际环境义务,国家在制定国内法时应当借鉴国际法的相关原则、制度和措施,将国家在国际法上承担的环境义务以立法的形式加以明确,这是各国切实承担国际环境义务的体现。同时,中国也十分重视推动与周边国家或相关地区的合作,积极参与区域合作机制的建设,并高度重视建立有效的区域性共同防治污染环境保护机制,积极开展环境保护领域的双边合作,先后与美国、日本、加拿大、俄罗斯等四十多个国家签署了双边环境合作协议或谅解备忘录,与十多个国家签署核安全合作双边协定或谅解备忘录。

与此同时,保障本国国民享有在良好环境中生存和生活、接受阳光的普照、呼吸清洁的空气、饮用清洁的水、观赏怡人的风景以及平等、合理地利用环境资源的权利,理所当然是国家对本国国民承担的环境义务。目前,包括发达国家和发展中国家在内的 149 个国家在宪法中明确了国民享有良好环境的权利。许多国家的宪法明确将环境保护作为国家的义务或目标,其中,阿根廷、巴西、哥伦比亚、保加利亚、南非、韩国、葡萄牙等 41 个国家的宪法都是在确认了环境权的前提下,明确规定了国家的环境义务或目标。例如,《秘鲁政治宪法》(1980)第二章第 123 条规定国民“有生活在一个有利于健康、生态平衡、生命繁衍的环境的权利”和“国家有防治环境污染的义务”。

应当说,环境权是国家承担环境义务的基础,也是建立环境公益诉讼制度的法律依据。许多国家的环境司法判例已经证明了这一点。例如,在日本,“大阪机场案”关于认定宁静环境遭到破坏并对机场公共性加以限制的上诉审判判决便是对环境权主张予以肯定的一种体现。在印度,法院接受了私人对政府决定允许许多皮革厂向恒河排放污染物的命令提起的诉讼,并判决关闭这些皮革厂直至废物处理系统建立为止。最为引人注目的当数“菲律宾儿童案”。在该案中,42 名儿童代表他们这一代及其下一代向法院提起诉讼,指控菲律宾政府环境资源部门所签发的木材许可证合同超出了森林的采伐能力,要求停止大规模地出租供采伐的森林特别是原始森林。法院授予了这些儿童诉权,承认他们作为自己和后代人的代表基于环境保护的立场对政府提出诉讼具有保护子孙后代环境的权利,声明当代人和后代人都享有生态平衡的、健康的环境的权利。迫使政府下达行政命令取消了 65 个出租森林的合同项目。环境公益诉讼是为维护环境公共利益不受损害,社会成员依据法律规定,在环境受到或可能受到污染和破坏的情形下,针对有关行为主体向法院提起诉讼的制度。2014 年我国新修订的《环境保护法》确立了信息取得和公众一定程度的参与权,同时赋予特定主体诉诸司法的权利,^[8]规定了满足特定条件的社会组织是对污染环境、破坏生态、损害社会公共利益的行为提起诉讼的适格当事人。毫无疑问,在环境法中确立环境公益诉讼制度,将鼓励和激发公众参与维护环境公共利益的积极性,将为真正贯彻落实国家以及一切单位和个人都有保护环境的义务奠定基础。

三、公平正义与环境法律责任

环境立法在追求环境公平与环境正义的同时,必须正视环境问题的特殊性与公益性,以科学的环境法律责任制度来保障环境公平和环境正义,唯此才能确保环境法的有效实施。

长期以来,我国高耗能、高排放、高污染的粗放式经济发展模式,使得点源污染与面源污染相叠加,水源、土地、大气遭受严重污染而难以解决。2014 年我国新修订的《环境保护法》虽然立法质量有了很大的提高,但其是“环保法”而非环境(基本)法,其于环境法体系并不具有“统领”作用,其基本法

[8] 参见《中华人民共和国环境保护法》第 53 条、第 58 条。

地位亦仅仅是理论上的,因此必然导致环境法体系的不健全。首先,从立法的效力等级上看,《环境保护法》是由全国人大常委会通过的,并不具备基本法的地位。虽然新《环境保护法》第2条对“环境”进行了定义,将森林、土地、草原等都纳入该法的调整范围,但该法在效力等级上并没有比《农业法》《森林法》《草原法》等专项法律更高,在实施的过程中,农业、林业、海洋等部门可以以适用已有的专项法律为由而拒绝适用《环境保护法》的相关规定,这将使《环境保护法》难免沦为指导性、补充性的法律。并且,在执法过程中,农业、林业、海洋等部门与环保部门在职能上亦存在交叉和冲突,缺乏统一性,这无疑会对环保法的实施造成一定的阻碍。其次,从逻辑上来看,实现国家环境保护义务的路径包括立法路径、行政路径和司法路径。其中立法路径是行政路径和司法路径的基础。只有“有法可依”才能做到“执法必严”、“违法必究”。然而,《环境保护法》中除了寥寥数条对公民环境权的原则性规定外,都是在突出国家的环境管理权,既找不到权力的界限,也找不到权力行使的程序;既没有树立法治政府的理念,也没有体现法治政府有权必有责、用权受监督、侵权要赔偿的法治原则。最后,我们必须认识到,国际国内环境立法的“环境”已经发生了重大变化,尤其是在立法理念、立法宗旨、法律制度的价值取向上发生了根本性变革,这种变革无疑会影响《环境保护法》的根基。可持续发展作为一种不同于传统“人类中心主义”的新发展观,明确要求把人与自然的和谐纳入到法律追求的目的之中,得到了世界各国的广泛认同与接受。

当前环境污染与生态破坏已经严重超出环境自身的承载能力范围,严重影响了人们的幸福指数。如果法律仅作一般原则性、宣示性规定而缺少法律责任的具体规定,则环境法的有效实施将会落空。法律责任的重大意义在于保证法律规则的落实,环境污染与生态破坏之所以越来越严重,一个很重要的原因就是法律责任不到位。从根本上讲,只有在立法中明确法律责任,才能保证法的有效实施。

在环境保护领域,某些活动是应予完全予以禁止的,还有一些活动是需要加以限制的。命令性的直接管制规定法律主体必须为一定行为或不为一行为,这是环境法实施的主要措施,它表现为统一的环境保护规则和标准,主要有环境标准、环境影响评价和综合污染控制等。制定环境标准指的是人类活动对环境的影响和干扰不得突破的限度,其包括质量标准、产品标准、排放标准和工序标准等。^[9]环境影响评价的主要内容是对重大活动的可预见的环境影响进行研究,要求采取适当程序就其可能对环境产生严重影响的拟议项目进行环境影响评估,以期避免或尽量减轻环境影响,并酌情允许公众参加此种程序。此外,就环境法的实施而言,必须消除地方保护主义,明确各级政府应当对本行政区域的环境质量负责,加大保护和改善环境、防治污染和其他公害的财政投入,提高财政资金的使用效益,并建立跨行政区域的重点区域、流域环境污染和生态破坏联合防治协调机制,实行统一规划、统一标准、统一监测、统一措施进行有效防治。与此同时,为了有效实施环境法并考虑不同时期的具体情况和能力,应逐步建立和推广规范调整环境问题的具体法律措施,尤其是具体的法律责任。违反上述管制,就课予有关主体相应的责任,如停业、关闭、查封、扣押、拘留,构成犯罪的,依法追究其刑事责任。

四、信息公开和公众参与

公众参与是指公众通过一定的程序或途径参与与环境利益相关的决策活动,使得该项决策符合公众的切身利益,是公众享有的平等参与环境管理和环境决策的权利。公众参与体现为两个层面:一

[9] 参见林灿铃:《国际环境法》,人民出版社2004年版,第201页。

是环境法实施过程中确保公众的知情权和参与权;二是公众可以对环境法的实施过程进行监督。环境法实施中公众的知情权是其他权利的基础,只有明确公众的知情权、参与权和监督权,公众才能有效参与环境法的实施。

对于环境紧急情况和可能产生不利跨界影响的活动,国家并非唯一应获得通知的对象。在环境保护的个人权利方面,公众参与是个人权利之一。1991年的《关于在跨界背景下环境影响评价的埃斯波公约》确认了这一原则。该公约规定,如果一缔约国可能受到另一缔约国计划采取的活动造成的重大不利影响,活动的实施国应使可能受影响的其他国家的公众有机会参与对该活动的环境影响评价程序,并应保证这个机会与本国公众享有的机会相当(第2条第6款)。通知的内容包括有关可能对非本国居民的环境具有损害危险的工程、活动和新发展的情况。1992年《关于工业事故跨界影响的赫尔辛基公约》在这方面作出了详细的规定。它要求缔约国应确保危险活动导致的工业事故所影响的区域内的公众得到充分的信息。这些信息应通过缔约国认为适当的渠道传递。公约附件八规定了应传递的信息内容,包括:公司的名称和危险活动的地点;对危险活动的简单解释,如风险、危险活动涉及的物质和制剂的名称及主要危险特性的说明;从环境影响评价中得到的一般资料;关于危险活动可能发生的工业事故的性质的一般情况,包括对人和环境的潜在影响;关于发生事故时受影响人群如何被警告和通知以及应采取行动的情况;关于场外应急计划的情况,以及使公众可以获得进一步相关的信息说明。

在环境保护领域,公众参与的独特作用体现于:一是避免政府决策的失误。在论证一项政策或一个项目在环境保护方面是否可行时,主动公开环境信息,排污单位如实向社会公开其主要污染物的名称、排放方式、排放浓度和总量、超标排放情况以及防治污染设施的建设和运行情况以及相应的法律责任等,让公众参与进来,从其切身利益出发充分发表意见。这样可以使政府能够较全面地了解情况,避免在环境决策中的失误。二是减少社会冲突,有利于建设和谐社会。随着生活水平、环境意识的提高,人们将不只满足于物质生活的富足,更要求健康安全的生活环境。公众对环境质量的要求越来越高,公众能够充分、有效地参与环境建设项目的决策,通过直接或间接渠道提出建议和意见,使有价值的意见能够发挥实效。这必然有利于相互沟通、理解、支持和认可。最后是增强公众保护环境的责任感。在环境决策中让公众参与进来,征求公众意见,使建设项目的环境影响评价更趋完善,从而增强公众在环境法实施中的责任感和使命感。

环境权是每个人生而就有的权利,是不能剥夺的。^[10] 环境作为人类生存和发展的基础,对于环境公益的保护,不仅是国家的义务,也是每一个人的义务。鉴于自然的特殊性和环境保护的公益性,提供便利公众参与环境法实施过程,既是保证环境法实施的必要条件,也是公众所享有的一项权利。对于损害环境公益的行为,每个人都有责任予以制止。但是,如按照传统的诉讼规则,让权利受侵害人各自起诉侵害人,各自向侵害人求偿,其可行性基本不存在。即使存在这种可能,也势必会造成诉讼资源的极大浪费,同时也不利于对环境进行有效的保护。所以,必须依法公开环境信息、完善公众参与程序,为环境法创设新的实施机制。鉴于此,在现有的纠纷解决制度之外建立一种新的救济形式,才能使权利的保障真正落到实处。同时,只有得到保障的环境权利,才能成为环境保护的利器。环境权是建立环境公益诉讼制度的法律依据,环境公益诉讼是有效保护环境、维护环境公共利益的必

[10] 在国际上,环境权最早出现于1972年《人类环境宣言》。该宣言提出:“人类环境的两个方面,即天然的和人为的两个方面,对于人类的幸福和对于享受基本人权,甚至生存权利本身,都是必不可少的。”“人类有在尊严和幸福生活中享有自由、平等和适当生活条件的基本权利,并且负有保护和改善这一代和将来的世代代的环境的庄严责任。”

然选择。环境公益诉讼也是公众参与的重要形式,是促进环境法实施的主要手段,其目的是保护环境公共利益。

五、结语

法的产生与发展是建立在一定的社会发展客观现实基础上的,制定符合规律的法律,使人类的活动受到法律的规范,使违反规律的活动受到法律的惩罚,同时通过法律的指引作用使人们的活动符合自然和社会发展的客观规律。这于环境法领域显得尤为重要。要有效地解决环境问题,有效地保护环境,就必须建立并贯彻执行以自然规律为基础的法律制度,把人与自然的问题切实纳入法律规范的范围,对相关行为实现法律规制,以促进环境问题的解决和对环境的保护。

解决环境问题,不仅要立足于当今,更应面向未来。于中国的现实而言,提升我国《环境保护法》的法律位阶极其关键。因为,从形式上看,《环境保护法》与《水法》《水污染防治法》等有关环境保护的单行法都是由全国人大常委会颁布的,它们是属于同一位阶的法律,而与《刑法》《民法通则》《行政诉讼法》则是普通法与基本法的关系;从内容上看,《环境保护法》与《水法》《水污染防治法》等单行法显然是一般法与特别法的关系,《环境保护法》处于环境法体系的最高位置,但在实施的过程中,特殊法的优先适用使《环境保护法》中的相关规定成为“花瓶”。如今,《环境保护法》位阶低、与其他基本法协调困难、对环境保护单行法指导不力等弊端已十分突出。要想突破这一困境,唯有提升《环境保护法》的法律位阶,使其成为真正的“环境基本法”。

总之,如何构建环境法特有的实施机制并使之在实施中具体化,乃是环境法亟待解决的一个问题。作为因应时代的环境法不仅应强化环境保护的国家战略地位,更须明确环境保护优先、预防为主、综合治理、信息公开、公众参与、公益诉讼等各项原则和制度。解决环境法的实施问题至关重要又困难重重。我们需要确立新的价值观念和环境理念,唯有通过对人与人、人与社会、人与自然之间的关系的正确理解与定位,才能获得真知。

Legislation Safeguard of Implementation of Environmental Law

Lin Canling

Abstract: Environmental legislation must face up to the particularity and public welfare of environmental issues at the same time of seeking environmental fairness and justice, with scientific environment legal liability system. The implementation of the environmental law shall first ensure that the law itself is a good one. Apart from establishing the legislative idea in response to time, it shall clarify the environmental obligations of the subject and the relationship between rights and obligations concerning public participation and environmental public interest litigation. This is the only way to guarantee the implementation of the environmental law effectively and to regulate people's environmental behavior.

Keywords: environmental law; environmental obligation; implementation of the law; legislative idea; legislation safeguard

(责任编辑:杨琦萍)

美国社区听证的衰落与重振

黄凤兰*

摘要:地方自治下的美国社区听证在激励社区参与、促进社区发展方面作出过重大贡献。然而随着整个社会大环境的移转,公众参与热情的急剧下降,社区听证及其功能的发挥开始面临一系列挑战。美国试图通过重振地方自治文化,并辅以社区听证具体制度的变革,重新焕发社区人对社区听证的参与热情,让社区人真正成为社区决策的主导力量,建设和谐、融洽的社区,将社区自治文化得以延续。这些有意义的探索,无疑对我国刚刚兴起的社区治理具有重要的借鉴价值。党的十八届四中全会强调的推进基层治理法治化,深化基层组织依法治理,支持各类社会主体自我管理,为我国加大基层管理中的公民参与指明了方向。学习他国经验,完善我国社区听证制度是实现这一战略目标的重要途径。

关键词:社区听证 地方自治 听证程序 法律服务

一、美国社区听证及其法律保障

(一) 社区听证的概念

“社区听证”(public hearing)一词,在目前的研究中还没有一个广被认可的定义,提法不一,用语多样。“社区听证”是“社区会议”(community board meeting)的一种特殊形式;^[1]“社区会议”实则就是“社区听证”,^[2]听证(hearings)、公众会议(public meetings)、公众参与(public participation)交替混用。^[3]学者谢芳对社区听证的定义被引用较多,“社区听证是社区人为管理自己的社区事务各抒己见、献计献策、发表意见的地方,是社区委员会应社区组织、居民代表或政府职能部门的要求,在涉及社区重大利益的决策作出之前,或在社区开发项目实施之前进行的听证会议”。^[4]由此,我们可以从以下方面来认识社区听证。

第一,社区听证源于社区自治。作为社区听证的典型代表,美国社区自治有着悠久的历史、历史、社会和文化传统,美国地方政府通常分为州(state)、县(county)、乡镇(township)三级,乡镇实行高度

* 北京师范大学法学院副教授,法学博士。本文系2014年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“美国社区听证对中国的借鉴研究”(项目批准号:14YJA820009)的阶段性成果。

[1] 谢芳:《美国社区》,中国社会出版社2004年版,第69-91页。

[2] 夏建中:《美国社区的理论与实践研究》,中国社会出版社2009年版,第109-164页。

[3] Neenah Estrella-Luna, *Public Participation in Environmental Decision-Making*, Delaware Lawyer 11, 11 (Summer 2004). John C. Duncan, Jr., *Multicultural Participation in the Public Hearing Process: Some Theoretical, Pragmatical, and Analeptical Considerations*, 24 Columbia Journal of Environmental Law 169, 171, 185 (1999). Sarah F. Bates, *Public Lands Communities: In Search of a Community of Values*, 14 Public Land Law Review 81, 91 (1993).

[4] 谢芳:《西方社区公民参与:以美国社区听证为例》,中国社会出版社2009年版,第3页。

自治。美国殖民地时期,英国对其殖民地的统治虽然从来不曾放松过,但却允许和默认乡镇居民对乡镇事务的自治管理。英裔美国人在美洲大陆上从一开始就在试图以巧妙的方法打碎权力,从而使大多数人能够参与乡镇的公共管理。^[5] 人民主权理论为早期的乡镇居民带来了自由与平等,树立了乡镇内部事务管理无需任何一级政府干预的理念。这种乡镇自治管理逐渐演变成现在的社区自治体,“美国地方治理的文化和社会基础……是民主的自主治理”,如果政府不认真对待社区人,不让其接近政府各项公共政策和社区管理规则的制定过程,那么,不仅理性的决策无从谈起,还会由于该政策失去了群众基础,使政府不能再期待获得社区人的有力支持。美国开国元勋托马斯·杰斐逊曾经指出,最好的政府应该是地方化的、有限的,并由有知识、有教养和积极参与的公民来治理。哲学家约翰·杜威强调,民主必须始于公民的家园,而这个家园就是我们邻里的社区。^[6] 这些思想无不折射出美国最基本的价值取向,即依靠自己和社区,从而为社区自治中听证制度的适用提供坚强的思想基础。

第二,社区听证是听证制度在社区的延伸。美国宪法第五修正案和第十四修正案以及联邦行政程序法为听证制度的建立奠定了法律基础,美国听证制度由此迅速发展起来,在任何影响公民人身权、财产权的决定作出之前,都要给当事人为自己辩护的机会,听取当事人的意见,以保证决策的合理、合法。美国听证制度在社区自治中的应用就是要听取社区人对社区发展的看法,以保证社区发展符合社区人的精神与物质需求,在最大程度上增强社区的和谐。

第三,社区听证是社区参与的途径。社区的权利主体不是政府,而是社区人,社区是社区人的社区,社区人是社区的主人,生活于社区的人们最具有社区利益,也最有动力参与社区治理。社区的规划、建设与发展都与社区人息息相关,社区人通过听证,对社区的管理事务发表意见,形成议案,为自己争取更舒适的生存空间,于管理者而言,是一个理想的制度设计,社区听证是社区人实施自我管理的一项基本权利,也是社区重大决策生成并顺利实施的必经程序。

第四,社区听证是政府对社区实施间接管理、促进社区科学发展的重要手段。按照美国的体制设计,各级政府包括联邦政府和地方政府都无权直接介入社区事务,只能以制定法律、法规的形式间接实施对社区的管理。政府在社区治理上的“无为”不等于“不治”,政府对社区管理的干预程度合理与否,取决于社区发展方案能否满足社区人的意愿,能否达到社区治理的终极目标,社区人的认可是考量这一切的最终标准。因此,对社区人意见的收集、整理和采纳,就成为政府介入社区管理的出发点和主要内容。

第五,社区听证是社区建设中各利益集团平衡、较量的制衡手段。政府,社区人(包括富人、穷人、白人、黑人和其他有色人种),社区建设的参与者各有各的利益所在,有公益也有私益,各利益主体背后的支撑力量也有大有小。单个社区人的诉求不足以抗衡政府和建设者对社区发展的决定作用,只有团结起来,用整个社区的声音对抗政府的不当干预,抵御利益集团为谋求私益而对社区利益的侵蚀。社区听证的法定性与公开性对政府和私益集团构成极大的牵制,从而形成各利益团体的彼此顾及、妥协,直至多赢的局面,这正是社区听证的目的所在。

(二) 美国社区听证的法律保障

如果说,早期的社区听证源于社区自治理念下的不自觉,那么,现代意义上的社区听证则是法治发展的直接产物,美国宪法和行政程序法为社区听证提供了基本法的保护,使社区听证成为一项重要

[5] [法]托克维尔:《论美国的民主》(上),董果良译,商务印书馆2009年版,第75页。

[6] [美]理查德·C.博克斯:《公民治理——引领21世纪的美国社区》,孙柏瑛译,中国人民大学出版社2013年版,第4、5、9、11页。

的法律制度。

第一,单行法对社区听证的保障,如国家重建法(The State's Redevelopment Law)强调,在国家重建规划中,要通过一到两次听证会来满足社区人参与城市规划的愿望,借助程序上的保护,实现低收入社区人成功对抗城市重建或本市在这样一个经济发展背景下土地征用权的使用。^[7] 借助 1976 年议会通过的《全国邻里政策法案》建立的“全国邻里委员会”,有效推动了城市社区邻里运动的发展,为社区人积极参与社区发展的决策过程起到了重要的促进作用。资源保护和回收法案(The Resource Conservation Recovery Act, RCRA)要求环保部门鼓励和帮助社区人在社区环保领域的参与和政策的实施,提供完善的程序让公众就许可证的发放等问题充分发表意见,让许可证的发放过程变成许可证申请人与社区人之间一场公开的对话。

第二,州法对社区听证的保障,如俄勒冈州在有关法律中规定,凡涉及社区公共交通管理、土地使用规划、社区生活设施建设等关乎社区人利益的重大事项变更时,都要听取社区人的意见,采取各种措施向社区人宣讲,并随时接受社区人对此提出的各种申诉。纽约州的《征收程序法》还授权社区规划委员会负责组织土地征收中的社区听证会,听取社区人的意见,有效保护不同收入阶层社区人在土地征收中的合法权益。

第三,市法对社区听证的保障,如纽约市在 1996 年颁布的《城市宪章》(City Charter)不仅直接将社区规划的审议权赋予了社区,同时还授权社区董事会参与社区重要事务的管理权,并负有制定社区听证日程和议题的义务。

第四,社区“自治法”对社区听证的保障,美国很多社区自治组织都通过制定自己的自治法对社区参与权作出分配,成为社区自治的大法。如波特兰市的“邻里联合会”和“邻里委员会”制定的“自治法”就明确要求,对待社区人要一视同仁,社区人不分种族、宗教、肤色、性别、年龄、国籍、身份、收入、政治见解、健康与残疾,同等享有没有任何歧视的争取自身和社区权益的程序保障权与申诉权;邻里委员会有义务组织社区人,为社区未来献计献策,制定社区可持续发展规划;加强社区人之间、社区组织之间以及与政府的沟通与交流;提供公众参与,让所有社区成员参与社区管理,塑造社区的强大自治力;年满 18 岁的社区成员有权就任何一项议案行使投票权;听证会上的所有意见都应让受到其影响的社区人知晓;听证会要向全体社区人开放,包括会议记录,任何人都可以对会议记录进行检查,为公众作出评判提供便利;社区自治法的修改必须经过社区全体大会的 2/3 多数通过方可生效。

二、美国社区听证的衰落及法律应对的缺失

社区听证经历数十年的辉煌之后发展到今天,不断受到来自政治、经济、文化、传统等新形势的挑战,衰落趋势显现,最突出的表现就是社区听证的参与热情急剧下降,使社区听证失去了越来越多的公众关注,在社区自治中的价值体现有所折损。

20 世纪 60 年代,美国公众对政治和公共生活的参与热情空前高涨,他们蜂拥进入各种社团组织,并鼓励自己的孩子投身其中,随着“多数人值得信赖”、“参与式民主”、“人民拥有权力”理念的不断建立,人们对社区生活的向往、认同和积极参与也达到了前所未有的程度,在社区中生活已经成为以中产阶级为代表的大多数美国人的首选方式。即使是在生活水平很低且没有安全保障体系的情况下,

[7] 黄凤兰:“美国城市规划中的社区听证及我们的思考”,载《行政法学研究》2014 年第 1 期,第 134 页。

美国的选民却在整个政治过程中——包括投票选举——明显投入了很大的精力。经济不景气,似乎没有阻止任何人的参与积极性。^[8] 这段时期是社区听证发展最为理想的黄金时期。

但是到了20世纪90年代,社区参与的情形急转而下,社区人对社区社团的参与度和关注度大幅降低。以往,大多数美国人无不生活在社团中,而今,若以每个月的小时为单位计算,美国人投入在社团活动上的时间从20世纪60年代的3.7小时降到90年代的2.3小时。60年代有近50%的美国人将每个星期的一定时间花在社团上,90年代这个数字降至不到1/4。70年代中期有近2/3的人积极参加社团活动,到了90年代,变成有近2/3的人从不参加社团集会。这一惊人的暴跌速度,昭示了美国人已经在远离人群,远离有组织的社区生活。参加社团作为美国社区生活的重要特征虽然已有数百年的历史,但如今他们却出现在“濒危物种名录”上如此靠前的位置。^[9] 很多社区社团因此而难以为继,走向解体。社区人对社区组织的日渐冷漠,参与集会时间的日渐减少,对美国社区听证提出了严峻挑战。1916年美国弗吉尼亚州的乡村学校督查L. J. 汉尼方(L. J. Hannifan)创建了“社会资本”的概念,用以强调社会关系在人类生存与发展中的重要地位,将社会上个人之间的相互关系——社会关系网络和由此产生的互利互惠和互相信赖的规范定义为社会资本”。^[10] 它提示人们彼此之间建立起来的日益紧密的社会关系可以满足其追求各种利益的愿望,尽管这种利益并非是直接的回报,但在与他人不断扩张的交往中,可以为人们获得未来利益创造基础条件。加入各种社会关系的人们在彼此的交往中可以各取所需,互惠互利,这远比一个人单打独斗有效率得多。社会学家把这种社会资本比喻为社会的超强粘合剂,它可以帮助社区人增强认同感、忠诚度和相互的信任,但20世纪末社会资本的大衰退有目共睹,“我们有力量扭转美国社会资本在最近几十年里发生的倒退现象”的宣誓恰恰是这一现状的真实写照。社区没有变,社区自治的制度格局没有变,但社区人的参与意识和参与精神却发生了重大变化,没有了社区人的参与,社区听证的价值也便无从体现。造成社区听证参与积极性降低的原因有很多,归纳起来主要有以下几个方面。

(一) 社区人听证话语权渐失

谁是社区听证的主导? 谁的意见能够左右社区决策的走向? 谁是社区听证过程的控制者? 听证话语权决定着社区人在听证会上的地位,进而决定了社区人对社区公共政策的影响程度。随着社区听证话语权的渐失,社区人逐渐被各种力量排挤到有意义的参与之外,对社区听证控制的减弱使社区自治力量严重失衡。

1. 社区人听证话语权被专家决策所抑制

传统行政决策模式下的专家意见几乎取代了社区参与,如环保专家自认为在某一领域比没有受过教育的社区人拥有更专业的知识,尤其是面临复杂的环境案件时,他们更具有发言权,其观点更应该引起决策者的重视并被采纳。一份包括各种图表和复杂数据的环保报告,通篇充斥着高技术性语言、晦涩的科学词汇,对于以英语为母语的人来讲尚且难以理解,更何况那些不说英语的社区人。因此,专家们对这份资料的解读常常成为普通居民意见的替代,不同的声音也继而掩盖。专家决策模式排斥了真正利益受影响群体的参与,缺乏与真正利益群体的交流与互动,不仅使最终的决策失去了平衡,也与美国社区自治的初衷背道而驰。任何决策不能在那些生活在被环境风险威胁的人的

[8] [美]罗伯特·H. 威布:《自治——美国民主的文化史》,李振广译,商务印书馆2006年版,第10页。

[9] [美]罗伯特·帕特南:《独自打保龄——美国社区的衰落与复兴》,刘波等译,北京大学出版社2011年版,第56-60页。

[10] 同注9引书,第7页。

参与下形成,从这个角度讲,社区人才是社区环境风险问题的专家,认识到这一点是对信赖单一专家模式的拒绝。无论如何,没有社区参与的环境政策是不能实现其系统的、公平的环保目标的。承认社区公众的专业性是第一步,理解和欣赏公民的不同意见应该是终极目标。总之,缺乏社区有效参与的社区听证,必将导致信息的严重缺失,社区决策也会日渐糟糕。美国国务院住房与城市发展部门如果不能从社区人和低收入家庭获得相关信息的反馈,将很难得到公众对新住房需求的精确评价,建立在不充足信息基础上形成的社区规划,其付诸实施也将成为大问题。

2. 社区人听证话语权被社区经济精英所抑制

社区经济精英与普通居民由于经济地位的差别而在社区土地开发、基础设施建设等方面有着不同的利益诉求。社区经济精英为了实现自身利益的最大化,将自己及其所代表的群体利益反应到社区政策中,他们比一般社区人更有动力参与社区决策,并想尽一切办法把持社区听证的话语权。与社区人的交流过程很容易演变成单向的过程:先是教育公众,然后作出最后的决定。此外,他们与政府官员和开发商之间天然的联系也使其对社区政策的干预变得自然而无障碍,引导社区听证向自身利益倾斜,制定符合自己利益的社区政策,将大多数社区人的利益沦为牺牲品,“社会经济地位较高的人对社区政治的参与也较多,社区领导也就能更多地回应他们。政治和经济精英在社区政策议程的形成上占有主导地位,这看起来既有直观的逻辑性,而且相关研究也支持了这种假设”,^[11]此时的社区听证就只有象征性的意义了。

3. 政府对社区人听证话语权保护不力

在美国社区长期的发展和演变中,不同社会背景、不同收入、不同种族的人聚居于一个社区中;社区人的构成、社会需求、参与意识与能力等都有所不同。

为最大限度保证社区人的利益能够在社区决策中有所体现,弥补社区人听证话语权的弱势地位,政府助其一臂之力是必不可少的。政府在社区听证中的身份是服务者,不仅要保持中立的态度,还应该监督社区听证按法定程序进行,尤其应保证社区意见充分、合理的表达。政府角色就是在众多个人偏好中发现“共同利益”,“服务于社区人,而不是以职业主义的思维方式考虑操纵公共生活”。^[12]

然而事实上,出于税收、促进社区发展等因素的考虑,为吸引私人开发商投资社区,政府往往背离初衷,通过包装公共权力的方式,追求自上而下的工作策略,绕过社区咨询或通过一二次象征性的社区听证,敷衍公众,形成有利于开发商的社区发展规划。^[13]社区听证成了走形式,让社区人对社区听证的认可度逐渐降低。更有甚者,“在一次市议会会议上,市长公然命令规划管理者根本不要理睬那些在土地使用听证会上表达自己观点的公民,这个管理者被告知要向前看,不要转过头去看那些说话的公民,因为他也许会对他们产生威胁”。^[14]政府与私人力量纠结在一起,不仅导致对社区意见的忽视及话语权的侵蚀,更是对社区自治精神的扭曲。

另一方面,由于权力的惯性以及官员身上天然的官僚主义文化,使政府官员经常自觉不自觉地流露出不利于社区参与的意思,尤其在涉及较强专业性论题,如环保问题的听证会上,他们更乐于倾听

[11] 同注6引书,第29页。

[12] 同注6引书,第11、98、29页。

[13] Damon Y. Smith, *Participatory Planning and Procedural Protections: The Case for Deeper Public Participation in Urban Redevelopment*, 29 Saint Louis University Public Law Review 243, 245 (2009).

[14] 同注6引书,第98页。

和接受技术专家的看法,并经常以一种不为大多数社区人理解的方式提供听证信息,如复杂的统计图表就为大多数社区人准确获取信息设置了障碍。在他们看来,流行趋势、习俗或信仰的缺乏将导致那些没有相同技术水准的“外行人”在某些问题上的认知局限及反应迟钝。^[15] 这种认知上的偏差对社区听证主导力的负面影响显而易见,政府对社区人听证能力保护的软弱无力,使得社区人和参与社区建设者不能在对等的平台上实现有效沟通、相互理解和彼此认可,失去了政府强有力保护的社区听证利益被掩盖、被忽视也是意料之中的了。

(二) 社区个性化被格式化的听证程序所忽略

时代在变,新文化元素不断涌现,不同人群组成的社区间的个性化差异日渐突出,原有社区听证的制度设计不能及时反映这些重大变化,造成了发展的严重不同步。社区的个性化是一种文化,美国主流文化是一个庞大的系统,包含无数个自成体系、具有独特价值观的小文化圈子。个性化被特定的社区成员、生活于社区中特定的种族所共享,并由此形成该社区区别于其他社区的不同区域特征,助推该社区渐渐远离其他文化族群。社区个性化包括:(1)独特的价值观和行为模式;(2)特定的语言和方言;(3)特有的非言语交际模式;(4)不同的文化认知;(5)不同的世界观和理论观点;(6)认同(identification,包含文化知识、意识和判断),^[16]这六个要素组成的社区个性化差异构成了美国的多元文化。文化影响着人们的行为,决定着人们的参与方式。对微观文化族群的认同,可以让人产生共鸣,成为同一世界的人,形成共同的价值观和行为标准。不同文化元素在社区听证中交织在一起,碰撞、协调、融合,社区听证的过程就是某种文化传播的过程。了解差异、尊重和接受差异是处理不同文化背景下的社区人彼此沟通的灵丹妙药,是解释不同社区、族群的不同行为的出发点,对这一问题的忽略,正是当下阻碍社区听证实践发展的主要因素。

1. 社区人迥异的思维模式阻碍了社区听证的有效沟通

当来自各种不同文化背景的人们为了一个共同的议题聚集在一起的时候,设定好的听证议程通常并不包括用什么方式解读彼此的行为,为什么要这么做或者解释他们所期望的听证会应如何进行。通常情况下听证召集者和与会者认为这些都是约定俗成的,早已经被赋予了相同的含义,无需额外解释。但事实并非如此,有人为此专门设计了一个实验,让白人和黑人分别就对方眼中的自己作出各种假设,以揭示种族间思维模式的巨大差异。实验结果表明,白人通常作出如下假设:颜色在人际关系中是不重要的;黑人总是欢迎和感激生活在白人社会里;公开承认颜色可能使黑人尴尬;黑人总试图利用白人;黑人能够被塑造;白人社会优越于黑人社会;“自由了”(Liberal)的白人没有种族歧视;所有黑人的态度和行为都是相似的;黑人必须被控制。反之,黑人则一致认为,所有白人都是相似的;白人里面没有灵魂上的兄弟(soul brothers);白人享有所有权利;白人总是试图使用黑人;白人对待黑人的态度是一致的;白人不得不去处理与黑人的关系;沉默是敌意的符号;白人不能和不会改变;赢得关注的唯一方法是抗争;所有白人都是虚伪的;所有白人都将让你粉身碎骨(crunch)。^[17] 这些看似无意识的假设,恰恰反映了白人与黑人在潜意识中对对方持有的根深蒂固的成见。生活在同一社区的黑人和白人带着这样的思维惯性,通过社区听证求同存异、达成共识,不是一件简单的事,对这一现实缺乏起码的认知,社区听证不可能取得满意的结果。

[15] Duncan, Jr., *supra* note 3, at 171, 198.

[16] *Id.* at 171, 189.

[17] *Id.* at 171, 192.

2. 语言等文化元素间的差异导致了对社区听证的疏离

应该看到,文化差异已经成为阻挠社区听证参与并实现听证目的主要障碍,这种差异一般通过语言和方言反射和维持。美国是个移民国家,随着移民人口的增加,不讲英语的人群日益庞大,所用语言和方言多样,各种非语言行为流行,包括手势和各种面部表情等。很多少数民族非常擅于使用非言语语言的特殊形式说明和补充口头语言,“你的行为语言如此大声,以致我不能听清楚你在说什么”,语言和方言行为的运用是社区人寻找同种文化的首要标志,对于促进和理解族群之间的交流至关重要。社区听证参与很大程度上取决于是否具备相应的语言能力,事实上,由于语言上的障碍,阻止了听证会上有效沟通的例子并不鲜见。语言不被认可加剧了社区人被生活社交圈子抛弃的感觉,一旦被抛弃往往导致他们对社区参与的退出和反抗,这一切均深藏于无处不在的沉默或难以坚持自己主张的情绪中。^[18] 语言交流上的障碍不仅剥夺了使用非英语人群为社区作出贡献的权利和机会,也在一定程度上加剧了社区内不同种族、民族之间的隔阂。1980年,美国能源部发布了一份90页的环境评价报告,扼要地用西班牙语提出放射性废弃物储藏在新墨西哥州。同样,美国住房与城市发展部用西班牙语也准备了一份关于波多黎各的两项住房项目计划草拟的环境评价报告。这些环境评价报告的翻译文档使其他少数民族在接触这项规划决策之初就已经被排除在外。可见,如果决策者不能对此情形作出有效回应,那么,“被遗忘”的不满情绪就不会自然消失,社区听证也就不会从利益受到影响的社区人那里获得有益的信息和反馈。幸运的是,政府部门已经认识到这一问题的严重性,开始采纳一种有助于不同种族文化和代表这种文化的团体之间有效沟通的方法,成功地促进了与生俱来的不同利益群体之间的互相理解,如在社会保障的听证中允许发言人用他自己的语言表达其主张,当发言者、听众共享共同的社会、文化和价值观时,“合意”其实已经存在于他的演讲中。

(三) 法律对社区听证新情况有效应对的缺失

法律对社区听证衰落的回应一般通过两条路径推进:一是完善立法,将社区听证程序及利害关系人的权利义务予以界定,保证社区听证顺利进行;二是法律人为社区听证提供全方位的法律服务,帮助社区人成为社区决策的重要力量。

1. 法律在提高社区听证能力应对上的缺失

社区听证是社区人发表意见,维护自身权益,抗衡各利益关系方力量的前提和保障,在社区发展的诸多管理活动中,普通社区人无论在专业水准还是在决策能力上都无法与政府、社区建设者、社区精英等匹敌。面对社区人先天能力的缺失以及越来越复杂的社区人构成,法律给予强有力的程序保障是不可或缺的,但恰恰在这个环节上,法律并没有作出预期的回应。

让不同种族、不同文化水平、持不同语言的社区人都能够在社区听证中表达意见,参与发展,提高其社区听证能力,就要有相对完善的法律服务体系。首先,在社区听证中,社区人需要精通包括宪法、工资和服务时间法、规划和区域法、保障性住房法、土地使用和环境规制法以及不断扩张的新领域法律在内的法律人为其提供全方位的法律咨询,灵活处理各种复杂问题。社区事务及决策涉及社区生活的方方面面,对社区人的衣食住行都会产生各种影响,法律人在听证会上的作用至关重要。其次,听证会上,各种晦涩难懂的法律语言、图表、文案等对一般居民来讲尤如天书,更别提为此提出自己的看法和不同主张。这时法律人就应是一个翻译家,用通俗易懂的方式将这些东西解读出来,让他们了解、理解进而参与。再次,法律人应充当社区人的代表,参与听证,帮助社团评估政策在当地的影

[18] *Id.* at 171, 200.

将社区需要和团体要求融入到社区决策中,质询不利于社区人利益的各种规划、方案和决策,据理力争,与各方利害关系人谈判、妥协,制定干预政策,支持和保护社区人为社区人争取利益的最大化。最后,当社区听证上各方利益关系僵持不下,以致不欢而散时,法律人还要充当粘合剂,利用各种手段将其重聚在一起,为重启各方对话搭建平台。这一切都向传统法律角色提出了挑战,法律人走进社区听证,提供的不仅仅是诉讼服务,而是诉讼功能的延伸。幸运的是,目前已经有法律工作者意识到这一问题的紧迫性,开始积极介入社区听证,成为社区听证上的重要活动家,促使社区听证的质量和范围得到大幅提升。但面对更多的社区听证需求,法律人的参与积极性和活动空间无疑还有待进一步挖掘。

2. 法律在应对社区听证程序个性化方面的缺失

法律的传统角色是通过制定法律规范,规定社区听证的正当程序,保障公民的合法权益不受侵犯,如行政程序法、规范社区听证的州法、市法、乡镇法。但面对形态、特征日益差别化的社区听证,要求法律作出极具个性化的程序设计不可或缺,但恰恰在这个方面立法表现得有些勉为其难。有学者提出,不妨参照1964年《民权法案》第六、七章关于严禁种族、肤色、民族歧视及法律对就业歧视予以强烈干预的做法,制定一部新的联邦法以贯彻宪法的平等保护原则,明确禁止在社区听证中有任何关于种族、文化和语言歧视的内容。但是就连主张者自己也不得不承认,这种做法可能会遇到巨大的政治障碍,历史遗留下来的种族歧视和文化歧视终究会让国会在这个问题上遭遇强烈反对。一些社区自治法虽然对此给予了极大关注,对文化差异下的公民听证权予以了回应,规定社区会议公开、重大决策的沟通与交流、鼓励和推动公众参与以及增加认同感,如波特兰市“邻里委员会”在其自治法中就将“非歧视原则”确定为基本原则,要求邻里委员会在与社区人沟通交流中充分考虑不同种族、宗教、肤色、性别、性取向、年龄、收入、身份、国籍及抱有不同政治见解的人的意见和建议,并为英语为非第一语言的居民配置语言翻译,努力建立包容的和多元文化共存的社区环境等,努力为不同文化背景下的社区参与扫清障碍,但是并不是所有社区自治法都能对社区个性化给予足够的考量。此外,社区自治法作为社区管理的大法,在社区听证程序的设计上也无法满足社区人的个性化需求。如听证会的公告时间过短,一般为15天,遇有重大听证事项,社区人来不及为有效参与听证会做好充足准备,包括为让不同种族、文化程度、持不同语言的居民充分了解听证事项而作的解读、翻译、沟通工作,仓促的准备工作使社区人根本无法对听证事项作出适当的评估和判断,严重影响其最终作出是赞成还是反对的决定,亦或提出改革建议。

三、美国为重振社区听证所作的努力

近年来,美国各界一直没有停止过努力,试图通过有针对性的改革,重新唤醒社区人的参与热情,让每一个人成为真正意义上的社区决策者,赋予社区人参与社区自治新的推动力,使社区自治得以延续并发扬光大。

(一) 强化法律服务,提高社区人的听证参与能力

社区听证参与积极性降低源于两个方面:一是社区人主观上的不愿,二是客观上的不能。不愿与不能相互关联,因为不能,所以不愿;而变不能为能,就可以提高社区人参与意愿的程度。为此,美国强调提供社区法律服务水平是一条紧迫和可行的路径,即引导、激励律师进入社区,提供法律服务,并重新定位律师的法律角色。

1. 重新定义律师在社区听证中的角色定位

律师继续从事诉讼服务的工作,但诉讼服务的功能需要重新演绎。在社区法律服务中,有律师已经开始意识到传统诉讼代理服务不能满足社区人的需求,经过一番反思之后,他们实现了华丽的转身,重新定位自己的法律服务角色。此时的律师不再追求诉讼案件的输赢,而把诉讼活动看作寻求社区对话的手段。在强势利益集团面前,为维护社区利益,借助诉讼,律师成功地把各利益关系方重新拉回到谈判桌上来。迈阿密法学院设计诊所的律师就挑起了一场针对开发商计划在一个著名的黑人街区建设高端公寓设施的诉讼,律师的目的不在于让法院逼迫开发商提供必要的环境影响调查报告,而是为社区挫败公寓大楼建设和保护街区赢得时间。^[19] 即使输掉官司,但由此引起社会的普遍关注,也算是达到了目的,律师多年练就的职业素养和技巧在社区沟通、谈判、妥协中发挥了极为重要的作用。

2. 赋予律师在社区听证中新的法律职责

律师在社区听证中不是主角却胜似主角,他们承担着支持社区人对社区决策有效干预的重要职责,这种支持可以是代替或陪同社区人参加听证会,维护社区利益,增加抗衡其他利益集团的权重;可以是解答社区人关于听证事项的疑问,了解社区听证的意义,鼓励居民积极参与社区听证;通过繁琐的听证程序,不仅普及了听证的法律常识,还可以围绕不同的听证事项,向社区人宣传环保理念,帮助其树立权利意识;帮助社区组织各类社团,助其评估各类社区政策对当地的影响,完善社区管理的监督机制。社区组织与律所之间建立起来的合作关系为解决围绕社区的法律问题和政策解读建立了新的通道,借助这一系列服务活动,律师成功实现了从诉讼代理人向“社会变革律师”(lawyering for social change)的转变。

3. 政府积极引导律师在社区听证中的投入

政府通过购买法律服务的方式,或与律所签订公共服务合同承包的形式引导律师自觉进入社区,为社区听证参与提供法律咨询和延伸服务。美国存在很多具有公共服务职能的政府公司,包括法律服务公司,约翰·希尔克(John Hilke)经过对比研究发现,在法律服务方面,合同承包形式比政府亲力亲为更快捷、更有效率,成本还能节省50%。^[20] 新公共管理理论强调,为更有效地提供公共服务,政府有必要与私人部门建立起合作伙伴关系,通过购买私营部门的服务来满足公众需求。面对政府职能民营化趋势上涨、范围不断扩张的局面,美国公共行政学会前会长马克霍哲给予了积极的肯定,指出在公共部门的创新方案中,建立伙伴关系是核心要素之一。这些伙伴关系包括社区伙伴(公民与志愿者)、私营部门伙伴、非营利组织伙伴等。^[21] 事实证明,引导、指导、诱导、鼓励、激励律师到社区中去,为社区听证提供便捷、高效、切合实际的法律服务是变社区消极参与为积极参与的可行措施。

(二) 完善社区听证程序,实现社区听证参与的最大化

1. 搭建让每一个社区人都能发表意见的平台

设计符合每一个社区独特情况的听证程序,使每一种听证程序都涵盖不同的社区诉求,从而有利于促进社区内不同文化传统的居民参与。任何程序设计上的疏忽都会加剧听证交流上的障碍,强化

[19] Jennifer Gordon, *Concluding Essay: The Lawyer Is Not the Protagonist: Community Campaigns, Law, and Social Change*, 95 *California Law Review* 2133, 2139 (2007).

[20] [美]E·S·萨瓦斯:《民营化——与公私部门的伙伴关系》,周志忍译,中国人民大学出版社2002年版,第160页。

[21] 同注20引书,译者前言。

社区内部的隔阂,如社区听证的开场白在语言、语速、语调、观点、立场等方面都要保持对各类群体的关注,不得偏倚。合理控制听证会的时间和每一个人的发言长度,避免因为听证会时间过长使一些人因无法坚持到最后而失去发言的机会,被排斥在社区决策之外。社区听证会址的选择要顾及大多数,开会时间也应尽量避开工作日等都需要结合各个社区的具体情况作出具体安排。

2. 逐步加强对社区听证个性化的有效调整

社区听证要向所有居民公开,听证公告就要在适当时间、以适当形式向社区人广而告之。听证公告是启动社区听证的首要程序,是社区参与的基础和前提。美国行政程序法、州法、社区“自治法”要求听证通告要在“合理的时间”、“至少提前7天或30天,甚或45天”告知全体社区人,设置不同的通告期为的是让不同档次的社区人有足够时间为社区听证参与作准备。

又如,社区听证还要选择适当的听证语言,美国环保署(EPA)曾强烈建议社区听证使用的语言要能够满足不同社区人的需求,不仅听证公告要以不同语言形式发出,听证会上还要同时配备翻译,社区听证的各类说明书也要使用不同语言印制,目的是让持不同语言的社区人都能够感受到被尊重、被重视,从而在社区内打通表达意见、沟通信息的通道,实现信息资源共享,扫清一切阻碍社区听证参与的障碍。

3. 建立社区听证的反馈机制

美国的社区听证也存在走形式的情形,一项研究显示,尽管大多数人对社区听证持正面肯定评价,但他们仍然相信,听证会对真实的结果没有产生多大影响。Gauna教授指出,在一些非正式的听证程序中,可能会有一些欺诈性的东西在里边。^[22] 一个完美的社区听证,应该包含对听证意见有效的回应程序,听证是对话,不是独白,是反反复复的沟通,反馈是这种交流的必要机制。借助反馈程序,决策者向社区人表明对听证意见的尊重,解释采纳了听证意见中的哪些合理因素以及没有采纳哪些意见的理由,并将听证决定提交社区人再行审议。

4. 加强政府对社区听证参与的保障和监督

社区参与的职责在政府,政府有责任保证最大限度的听证参与,妥善处理听证参与中的各种差异,维护社区听证力量的平衡,保证社区利益不受其他利益集团的侵蚀。政府要对社区听证形成的发展规划进行科学评估和审核,尤其是政府资助的一些社区开发项目能否在社区落地和实施,都要以社区参与的充分和有效与否为前提。政府可以要求社区建设开发商提供一系列证据证明社区参与程序得到了很好的履行,如与社区人共享的开发数据和各类信息,与社区人进行协作与协商的过程以及对社区人意见的反馈机制等。^[23]

四、美国重振社区听证的努力对我国的启示

美国社区听证在社区事务管理中的功能和价值正逐渐被我国管理层所重视,我国在由“单位人”向“社区人”体制转化的过程中,如何让社区承担起原“单位”的职责,让社区人的利益通过社区听证得以充分保障是摆在管理者面前的一项艰巨任务,近年来,我国各地社区听证实践的快速发展为我国

[22] Duncan, Jr., *supra* note 3, at 171, 209.

[23] Smith, *supra* note 13, at 247.

的社区管理做了很好的探索和尝试。在法律制度建设上,一些地方政府通过制定规章和规范性文件的形式对社区听证先行进行了规范,如2004年的《武汉市社区社会事务听证制度和社区听证会实施细则》、2012年深圳盐田区的《社区社会事务听证制度》、长沙市芙蓉区的《人民新村社区事务听证制度》等。但应该看到,这些努力都还基本处于宏观、粗线条的初始阶段。美国社区听证的发展、衰落、重振的过程对于我国社区听证的健康发展具有非常重要的参考意义和价值。

(一) 进一步加强我国的社区自治

社区的自治程度决定着社区听证的发展程度,很显然,在我国目前的体制改革中,社区自治还没有真正建立起来,尽管从法律角度讲,村委会、居委会属于村民、居民自治组织,但自治的范围与程度、自治形式等在法律上都还没有得到明确的确立,社区听证参与意识不高也是情理之中的。如果不能将社区发展规划、社区医院与学校、图书馆的设置、社区噪音处理、社区公园与绿化等与社区人工作、生活密切关联的社区事务决策权归于社区人享有,而仅仅让社区人对修建厕所、绿化带、健身场所等发表意见,低含金量的社区自治必会遭到社区人的冷落。因此,我国社区自治的发展进程将成为决定社区听证完善与否的重要因素。

(二) 加快完善我国社区听证相关的法律和制度

从美国社区听证的发展进程来看,并非一帆风顺,有高潮也有低谷,其中法律制度的完善和保障不可或缺。我国社区听证的法制建设应立足于我国国情,同时也应汲取美国社区听证的经验。通过加强社区听证法制建设促进我国社区公共事务的协调发展。第一,从宪法和法律层面进一步明确社区自治及其适用范围,将政府、社区、中介组织、社区建设参与者在社区发展中的权利义务予以明确界定,让社区人对社区事务享有相应的管理权,增强其参与社区管理的主动性、积极性。第二,增强社区听证程序的法治化,使其从一个可有可无的办事步骤成为不容逾越的法律程序。社区重大事项决策必须经过听证程序,听取社区人的意见后方可作出。我国某地方政府颁布的《社区社会事务听证会制度》规定,听证会听证事项由1/5以上年满18周岁的社区居民,或者1/5以上的居民户或者1/3以上的社区居民代表大会成员提出,由社区党组织受理,但却把是否要召开社区听证会的决定权交给了社区党组织和社区居委会,从而否定了社区听证程序的法定性。第三,尽快细化社区听证的程序条款,将粗线条的程序规范修改为具有可操作性的具体要求。例如,“社区居民听证会按下列程序进行:(1)由主持人报告议题;(2)由社区居委会通报所听证议题的相关情况;(3)由听证会成员充分讨论;(4)涉及法律、法规、政策规定的问题,请政府有关部门或街道办事处的代表回答听证会的咨询;(5)由听证会成员表决,按照少数服从多数的原则形成表决意见。召集人落实专人做好会议的完整记录”。在此,如何保证听证主持人的中立和不偏不倚?听证讨论如何进行,发言顺序、发言时间分别是多少?由谁控制?少数服从多数的决策原则是否科学?似乎都不是很明确。又如,“社区听证会由社区党组织召集和主持,召集人应在听证会前3天,将会议的时间、地点、主要议题向社会公示并通知会议人员”。社区听证公告的目的之一就是广而告之,给予参加听证的社区人以充分的准备时间,阐述自己的意见,反驳相反观点,维护自身权益。但3天的时间限定,显然过于仓促,这样得来的听证意见对社区决策能有多大的参考价值是值得怀疑的。第四,关注不同类型社区的差异性,让各类社区人都能通过社区听证,参与到社区自治中。我国社区之间的差异性虽然没有美国社区表现得那么突出,但国际化程度高的社区、外来人口比例较大的社区、少数民族聚居的社区、老年化程度高的社区还是表现出了不同于其他社区的文化特征,语言、习俗、思维方式的不同导致的参与意识差异都为未来社区听证的制度设计提出了严峻挑战,需要管理者和相关法律制度予以区别对待。

(三) 抓紧推进法律服务走入社区听证的进程

我国由“单位人”向“社区人”的转变需要一个相对长的适应期,社区参与能力与听证能力需要花大力气培养,尤其是涉及较为专业的社区决策时,如果没有法律专业人士的帮助,社区人是难以介入其中的,这就需要相应的法律服务及时跟进,而事实是法律服务进社区还有很长的路要走。我国目前的法律服务进社区基本还停留在向社区人进行法治宣传、法律咨询、参与纠纷调解等层面。律师以社区代言人的身份直接参与社区听证,维护社区利益,成为社区决策的决定力量,在我国当前的社区听证中还不多见。这一方面源于我国社区听证的发展现状还没有对法律服务提出这样的迫切需求,另一方面律师的参与积极性也有待得到政府的大力支持和有针对性的引导。随着我国政府职能转变步伐的加快,社区自治范围和程度的逐渐扩大和增强,对法律服务进社区听证的需求会快速增长。政府一定要未雨绸缪,通过行政指导与行政合同等方式,充当法律服务进社区听证的重要推手,以快速提高社区人的参与能力和我国社区的自治管理水平。

综上,美国社区听证的发展路程并非一帆风顺,起起伏伏,峰回路转。面对困难和问题,美国各界积极探索研究,找寻突破困境的路径。其付出的努力必将为美国重振社区自治和完善社区听证提供有意义的参考和依据,也对我国社区听证的未来发展具有重要的借鉴价值。

The Decline and Revival of the American Community Hearing

Huang Fenglan

Abstract: Under the context of local autonomy, American community hearing made a significant contribution to community's participation and development. However, with the transformation of the whole social environment, the public show sharp – declined enthusiasm in participation, as a result, the functions of community hearing begin to face a series of challenges. Through renewing the public enthusiasm for participating community hearing and endowing community people with real dominant force in the community decision – making to build a harmonious community with prolonged community autonomy culture, US attempts to revive the local autonomous culture and make specific changes in the system of community hearings. There is no doubt that these meaningful explorations have an important reference value for the burgeoning community governance of China. The Fourth Plenary Session for Eighteenth National Congress of the CPC emphasized to promote grassroots governance under the rule of law, deepen the basic – level organization governance according to law and support all kinds of social main body self – management. These measures give us a clear direction for our country to increase citizen participation in grassroots management. Learning experience from other countries and consummating the community hearing system in our country are the important approaches to achieve the strategic goals.

Keywords: community hearing; local autonomy; hearing procedure; legal services

(责任编辑:倪鑫煜)