

清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

第六辑

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

本书为民商法研究专辑,所收内容以民商法领域内基础理论研究和重大制度检讨为核心,兼顾一般法律理论研究。作者中既有像哈罗德·伯尔曼教授这样的国际法学巨擘,亦有当今汉语法学界的中坚和新锐。特别是本刊编组的一组书评,兼容思想性与可读性,想必读者多有共鸣。

本书适合法学研究者和法科学生阅读,对于法官、检察官、律师和政府法律官员等法律实务家,以及关心法学的其他学科人士,亦有参考价值。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13901104297 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

清华法学·第六辑/许章润主编. —北京:清华大学出版社,2004.12

ISBN 7-302-09878-6

I. 清... II. 许... III. 法学 - 文集 IV. D 90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 114489 号

出 版 者:清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

社总机:010-62770175

地 址:北京清华大学学研大厦

邮 编:100084

客户服务:010-62776969

责任编辑:方 洁

封面设计:

印 装 者:

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:170×255 印张:18.75 插页:2 字数:335 千字

版 次:2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-302-09878-6/D·143

印 数:1~3000

定 价:34.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话(010)62770175-3103 或(010)62795704

清华法学

第六辑

目 录

本刊特稿

- 1 [美] 哈罗德·伯尔曼 著 郭 锐 译/契约法一般原则的宗教渊源：
从历史的视角看

论 文

- 18 程 啸/论侵权行为法上的过失相抵制度
62 叶金强/公信力与物权行为无因原则
84 钟瑞华/中国“三包”制度总检讨
110 崔国斌/著作权集体管理组织的反垄断控制
139 徐子桐/美国法上内幕交易赔偿责任的理论分析

译 文

- 163 [美] L. 佛德 著 申卫星 译/附条件买卖中被分割的财产利益
179 [日] 笠原俊宏 著 李 旺 译/国际私法的现代课题

评 论

- 186 王晨光/改判带来的思考
190 王 兵 王金英/对我国著作权法关于专有出版权规定的几点思考
195 李红海/判例法中的区别技术与我国的司法实践
205 张 群 张 松/北洋时期对票据习惯的调查研究及其与立法的关系

213 余元洲/我国元首制度改革刍议

判例研析

226 邵建东 唐 莹/“沉默”是否就意味着“同意”?——德国联邦最高法院“对商人确认书保持沉默”案评析

演 讲

240 梁慧星/物权法草案的几个问题

书 评

261 朱伟一/威廉·雷诺尔德:《司法程序》

266 王绍喜/朱理斯·N. 科勒曼:《原则的实践:论法律理论的实用主义的方法》

276 秋 风/高全喜:《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》

284 易延友/亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律限度》





契约法一般原则的宗教渊源：从历史的视角看^{* 1}

[美]哈罗德·伯尔曼 著 郭 锐 译

格兰特·吉尔默在用诞生、成长、衰老、死亡以及最终消融于侵权法来对美国契约法做出生动评价(要是还不算故弄玄虚)的时候,从未想与那些后来利用他学说的人合作。他们把吉尔默的学说当作下列理论的依据:合同法、侵权法乃至一切法律制度,都是维持等级制度和专断权力统治政治结构的人为措施,目的只是助长强者对弱者进行经济上的剥削。^①但是,吉尔默揭露了契约法原则中的循环论证和固有假象,确实是给已经熊熊燃烧的怀疑主义火上浇油(尤其考虑这些契约法原则是在美国法学院一年级讲授的内容)——怀疑不仅针对法律之树的某一分枝的一贯性(诸如契约法、侵权法、财产法等),还针对法律规则分析的有效性,直至针对法律本身。

亚瑟·科宾——吉尔默的良师益友,也是他著作中的英雄人物——从未染上怀疑主义,尽管他确实强烈反对当时流行的僵化契约法原则——这在他的朋友和对手萨缪尔·威灵斯顿的学说中尤其明显。与威灵斯顿不同的是,科宾愿意对那些因信赖允诺而造成的损害给予契约法上的救济,这样他就把契约法和侵权法所关注的问题合为一体了。他也比威灵斯顿更乐意扩张公平理念,即使违约的严格责任因此受损也在所不惜。但是,科宾从未怀疑过契约法的内在统一性,更不用说想要破坏它了。

就批评传统原则而言,就算吉尔默比科宾还激进,他也绝不是要全盘推翻契约法,而是意在重建。首先,吉尔默以执业律师的观点对待契约——多种多样的契约。他的批评毋宁说针对契约这个概念——单一的契约——作为一种抽象的实体、自明的事物,它表现为一套整体上统一的概念、原则的及以此为据

* 为支持“法学院一年级课程应包含宗教内容”的立场而做本文,发表于洛杉矶劳约拉法学院(Loyola Law School)举办的讨论会上(1985年),嗣后载于《法律和宗教杂志》1986年第4期,103~124页。

① 格兰特·吉尔默:《契约的死亡》(Columbus, OH, 1974),曹士兵、姚建宗、吴巍翻译,收于梁慧星主编:《为权利而斗争》,北京,中国法制出版社,2000。参见 Clare Dalton, “An Essay in the Destruction of Contract Doctrine”, 94 Yale Law Journal (1985) p. 997 p. 1012 pp. 1040~1043 pp. 1067~1071 pp. 1084~1087; Betty Mensch, “Freedom of Contract as Ideology”, 33 Stanford Law Review (1981) p. 753; Peter Gabel and Jay M. Feinmann, “Contract Law as Ideology”, in David Kairys, ed., The Politics of Law: A progressive Critique (New York, 1982) p. 172 p. 177.

的众多规则:要约和承诺,约因,形式要件,欺诈,不利地位和错误抗辩,基于履约不能或者目的落空的履行豁免等等。现在人们认为,这样的一整套学说体系是基于有争议的契约意志优先或者契约意愿优先理论,而该理论的基础则是同样有争议的契约当事人意思自治理论。逻辑一贯的契约法诸原则和作为它们理论基石的契约意志优先论和契约当事人意思自治论在吉尔默的《契约法的死亡》受到了批评。50年来这类批评此起彼伏——批评最早是由一群自命为“法律现实主义者”的学者开始提出的,也有一些反对法律现实主义运动的学者,如科宾,但其中的主力则是法院和立法机构,他们为顺应经济生活的根本变化而用判决和成文法破除了这些陈规。

回顾20世纪发生在契约法上的变化,特别是已被接受的契约惯例,你会惊异地发现,虽然在理论上契约意志优先和意思自治还是契约法的基础,但在大多数情况下已经不与实际情况一致。格式契约、受管制契约、经济上不得已的缔约以及事前契约安排现在已经是典型的契约而不再是例外情况。契约目的落空原则和实质性履行原则的适用范围被大大拓展了。显失公平抗辩在个人消费交易中已经实现,并且成为其他交易类型中适用契约自治的潜在障碍。合作义务和自我减损义务的适用已经开始改造许多契约关系的内容。允诺禁止反言原则已经孕育了非允诺禁止反言,很明显的后者是以默示担保的形式出现的。默示担保虽在理论上是契约,但情形恰如有人对“动产”的讥讽:“扛着动产这俩字,走遍天下都不怕。”

传统契约法在实践中的衰落,给那些主张法律不应以其规则的内在统一性而论、当以其社会结果为准的法学家提供了支持。他们中更有些人提出,想要在规则内在统一性的基础上或者根据基本原则来适用规则,政治上或者经济上的混乱会是不可避免的后果。

为了理解过去两代法学家对契约法一般原则的批评的意义所在,你必须追溯到比吉尔默所及更为久远的年代,必须去探询比吉尔默更为广阔的范围。在吉尔默的头脑中,克里斯托弗·克伦博斯·兰代尔和奥利佛·温德尔·霍尔姆斯大法官发明了现代契约原则体系,威灵斯顿则接着做了完善的工作。但事实与此并不相符,1870年兰代尔是将法、德、英等国已经提出100年的法律思想引入了美国。18世纪末的启蒙运动激励了人们进行法律理性和体系化创新的理想。在英国,杰里米·边沁呼吁将各个部门法“法典化”——这是他首创的术语。经过大革命的震撼,法国颁布了独立的民法典、民事诉讼法典、刑法典、刑事诉讼法典和商法典。虽然美、英两国和日耳曼一样拒斥法典化,民法作为整体和它的各部分应重新加以理性和体系化的思潮还是在西方世界大行其道,无论是表现为法典(法国),还是反映在学者著述中(日耳曼),抑或蕴含于法学

教师对判决的收集工作里(英美)。其实在兰代尔之前的一代,美国就有威廉·斯托里发表的《非盖印契约论》和西奥弗卢斯·帕森斯的《契约法》。

由此,兰代尔等人在美国契约法上的作用,相当于鲍威尔(1790)、齐蒂(1826)、阿蒂森(1847)和里克(1867)为英国契约法的贡献,以及法国的法典注释家和日耳曼的潘德克吞学派对他们国家契约法的影响。他们都尽力将其化约为一套概念、规则体系,以及适用于所有契约的原则。

但据此就认定是他们首先如此尝试乃是大谬,更不必说认为是19世纪的体系化者无中生有的创造了这些概念、原则和他们据以建立新体系的为数众多的规则了。实际上,“契约法一般原则”的产生远远早于这个时代,19世纪的法学家们只是利用从古老的学问和传统而来的内容,发布了新的版本而已。^①

诚然,19世纪法学家们在许多方面与他们的前辈不同。也许其中最重要的一点是,他们想要将契约法一般原则从它栖身的宗教信仰——更确切地说,是基督教信仰——中释放出来。他们想要用他们的以理性主义和个人主义为基础的启蒙信仰体系取代其原来的栖身之所。正是这个启蒙信仰,在19世纪的契约法中创建了凌驾于一切之上的意志自由和契约当事人自治原则。但是,这些原则却是在旧有的契约法框架下得到适用的,这个框架的许多基本特征也都存留了下来。

现代契约法在罗马天主教教会法中的渊源

现代契约法起源于11世纪末12世纪初的欧洲。在那个时代,现代西方法律自治的信念和法律职业化特征、在法律机构体系和知识体系两方面的完备以及在几个世纪里法律自我生长能力初露端倪。那个时代也产生了有意创设的法律体系,先是在教会,接着在各种世俗的政治形态中——王国、城市、封建采邑和商业行会。当时还第一次在上述法律体系中出现了部门法的雏形:刑法、家庭法、公司法、商人法等。^②

从11世纪最后20年开始,罗马法注释家们开始根据佚失了五百年的浩瀚文献——优士丁尼安皇帝的《民法大全》——来建构内在统一的体系,在原始文献里它仅仅勾画了轮廓而已(优士丁尼安从未称之为《民法大全》)。同样重要

^① 见詹姆斯·高德里:《评格兰特·吉尔默 契约的死亡》(James R. Gordley, "Review of Grant Gilmore, *The Death of Contract*"),载《哈佛法律评论》,第89期,452页、453~454页,1975年。高德里强调12世纪以来的罗马法上的契约法。但当时出现的教会法上契约法在某些方面更完备、更系统。

^② 这也是哈罗德·伯尔曼的《法律与革命:西方法律传统的形成》(Cambridge, MA, 1883)一书的主题。(该书中文译本由贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇翻译,中国政法大学出版社1993年出版,以下出现对该书的引注一律为原书页码,中文本可参照边码进行检索。——译者注)

的是,为了让当时新建立的教皇法庭之下的各级教会机关和司法机构适用法律,教会法学家多少借助了新兴的罗马法学来创立一套完备的法律体系。11—12世纪的罗马法(以下简称“法学家罗马法”,以区别于早期罗马法;“法学家罗马法”有选择地采纳和改造了它的部分术语、规则)不是任何一地的生效法律,而是欧洲新兴的大学里教授的“范本法”,它为教会和世俗统治者广泛利用来填补法律空白、解释法律和偶尔匡正生效的法律。而教会法则在1075年之后就成了教会的生效法律,为教皇诏书和敕令以及教区议会的立法所补充。教会法在西方基督教世界里直接适用于教士生活的主要方面和平民生活的许多方面。^①

说现代契约法是11世纪末12世纪初逐渐形成的,并不意味着之前就没有任何在法律约束力意义上讲的契约。但公元1000年的西欧民族里,确实没有“根据允诺或者允诺的互相交换就可以产生法律约束力”的一般原则。允诺仅仅在它与宗教誓愿相结合时,才产生法律约束力,这些誓愿往往用抵押来保证。强制执行的并非产生于双方相互允诺的义务,而是誓愿,亦即对神(或非基督教意义的众神)的义务,承担的法律责任是没收其抵押。最早的担保可能包括发出誓愿者的人身,以双方握手的仪式来表征信用的授予(fades facta)。或者,其他人也可被作为人质,后来财产可作为抵押^②。发出誓愿者的义务(schuld)和他的责任(haftung)是严格区分的。违反义务可以导致责任,但是义务自身却不是责任的来源。义务自身没有任何法律后果,尽管它有属灵方面的后果,还可能在地方修道院或者管区主教的赎罪规则中作为一宗罪恶受到惩罚^③。法律后果完全与担保相混合,内容也仅仅是没收其抵押物。如果没收遭拒绝,救济形式为妥协或为血仇。

日耳曼法(包括法兰克人、盎格鲁-萨克逊人、勃艮第人、伦巴第人和其他各族人的家族法)也认可由于交易只完成一半而产生的返还义务:向他人转移了财产所有权的一方有权获取其交付的买价或者其他等价物。这也并非现代意义“契约”所言的契约救济。

从优士丁尼安皇帝的汇编材料来看,古老的罗马法契约确实比日耳曼法契

① 教皇格里高利七世1075年的革命性文件《教皇敕令》,第一次宣告罗马教廷和世俗统治者的分离,并且教会法院高于所有世俗法庭。见伯尔曼:《法律与革命》94~99页。尽管敕令从未成为教会法的正式部分,却成为教会法许多主要原则的根基。

② 见劳尔·博格:《从人质到契约》(Raoul Berger, “From Hostage to Contract”),载《伊利诺伊法律评论》第35卷154页,1940年。及其引用的文献Johannes Bärman, “Pacta sunt servanda: Consideration sur l’histoire du contrat consensual”, *Revue internationale de droit compare* 13(1961): 18.

③ 见约翰·麦克尼尔、海伦娜·M.盖默:《中世纪苦修手册》,纽约,1938年。(John T. Mcneill and Helena M. Gamer, *Medieval Handbooks of Penance: A Translation of the Principal Libri Poenitentiales and Selections From Related Documents*.)见伯尔曼:《法律与革命》68~84页。

约更复杂。各种订立契约的方式和各个方式下的不同类型均被命名。这样,被命名的契约(有名契约)可以遵循预定的口头程式来订立,其他契约可以通过记入特定账册的方式,第三种方式是直接交付契约的标的物,第四种则只需双方非正式的合意即可成立。第四种包括买卖、租赁、合伙和委托代理(代理的一种)。未被命名的契约(无名契约)包括赠与物的交换、给付与赠与物的交换、赠与物与给付的交换和给付与给付的交换。只有在一方已经履行的情况下,无名契约才是可诉的。除了对契约方式和类型的精致分类,优士丁尼安皇帝的汇编材料里还包括数以百计关于实际执行的零散规则——法学家的意见、案件的判决结果、皇帝的诏书等。

但是,在优士丁尼安皇帝的汇编材料里,没有任何一处提到对契约法原则或者契约分类的体系化理由的阐释。也没有任何一处出现某种理论或哪怕契约责任之类的抽象概念。优士丁尼安皇帝汇编材料中的法律,包括我们今天认为是契约法的一部分,非但不是体系化的,简直可以说零乱到了极点。有时规则是分了类,但从未用理论术语做过解释。^①

11世纪末12世纪初的注释法学者在编制罗马法文献索引过程中,收集了古代罗马法学家的关于契约的言论,为了注释它们,详细阐释了它们认为蕴含其中的一般概念和原则。教会法学者更为深入,它们贡献了契约责任的一般理论,并将其运用于教会法庭的解决案件争议的实践中。

教会法学者首次提出了一个一般原则,即这样一种协议——无偿和约(nudum pactum)——可以引起民事诉讼。通过利用优士丁尼安皇帝汇编材料的部分内容,当然也有《圣经》,还有自然法,天主教苦行赎罪规则,教区议会、大主教或教皇颁布的教会法规,日耳曼法等,教会法学者得出一个上述任何法源都从来没有单独获致的结论:作为一般原则,这种由双方同意而产生的义务不仅有道德上的约束力,而且有法律上的约束力,哪怕达成协议的双方没有采取任何法定形式。教会法学者所言的有法律约束力,意指受诺人有一种针对承诺人的权利,要求教会法庭强制执行该允诺或者赔偿其损失。这个一般原则与当时通行的日耳曼法原则截然不同,日耳曼法通行的原则是契约义务(Schuld)自身不可强制执行,附抵押的义务(Haftung)只有在根据法定形式完成交付后才获得强制执行。教会法的新原则改变了日耳曼法对义务和责任的区分。新原则与优士丁尼安皇帝汇编材料所展示的罗马法亦大相径庭:根据罗马法,对大多数契约来说是否有效取决于法定形式,无名契约的有效则取决于完成部分给付,

^① 见约翰·P.道森:《法律的训谕》(John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, MI, 1968, 114ff); 富利兹·舒尔茨:《罗马法学史》(Fritz Schulz, *The History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946); 伯尔曼:《法律与革命》,127页以下。

无需法定形式的契约则有特别生效要件。

教会法学者由协议中创制的契约责任一般原则,起初是建立在违背诺言为罪之一的理论基础之上。但是罪自身并不引起法律责任,而是属灵的惩戒,当在教会内设的法庭认罪悔改。而在设于教会外的法庭亦即大主教法庭所加的法律 responsibility,不仅仅在于它是义务人的罪,而且还在于它是对义务受益人权利的保护。这就要求与政治、经济和社会生活密切联系的道德神学向前推进。

12 世纪发生了商业的大繁荣,包括教会团体之间的经济交易发展。此外,教会法庭设法获得世俗经济契约案件的广泛管辖,只要双方在协议中写入了“信义保证”的条款。现在可以说,信用的抵押不仅仅产生了对神的义务,而且也产生了对教会的义务。为了给教会外的法庭强制执行契约的理由,就需要理论中加入违背诺言是罪和因此而受损的一方提出请求为正当的新内容。教会法学者综合了以上两者。他们的结论是有道德上约束力的允诺同样应有法律上约束力,只要该允诺乃是从属于一个道德上合理的协议(和约或者双方同意的义务)。该契约标的和目的应当公平合理。

根据契约目的公平合理就应有法律约束力的理论,12 世纪的教会法学者在现代罗马法学家的协助下逐步提出了一整套为“契约法一般原则”的特征辩护的原则。以下列出其中一部分:

协议即使没有遵循法定形式达成也具有法律约束力(*pacta sunt servanda* 诺言必须恪守),只要其目的(*causa* 原因)为公平合理;

协议若是由于一方或双方的欺诈而达成,则不具有法律约束力;

协议达成若有乘人之危行为的,不具有法律约束力;

协议若因一方或双方对足以影响协议达成的重大事项有误解而达成,则不具有法律约束力;

沉默可以解释为双方自愿订立契约的意图;

作为契约受益人的第三方的权利应予保护;

在特殊情况下为实现正义契约内容可予修改;

契约的订立、解释和执行应遵循诚实信用;

契约条文若有疑问,应做出于债务人有利的解释(*in dubiis pro debitor* 解释应有利于债务人);

非订约人真实意思订立的契约不应执行。^①

这些教会法的契约原则中,蕴含了可称之为契约法道德的原理。

^① 见伯尔曼:《诚信守约原则》(*Bärman, "Pacta sunt servanda"*),18~25 页;伯尔曼:《法律与革命》245~250 页。

最后一点关于非真实意思的内容值得进一步讨论。对于 12 世纪的教会法学者和罗马法学家来说,契约法中的公平应用来平衡双方的利益和损失。它的表现形式就是正当价格原则。罗马法学家和教会法学者都有一个前提,一般说来,正当价格就是通常的估价,或者说市场价格,而严重的偏离市场价格是违背公平合理原则的初步证据。罗马法学者和教会法学者还一致谴责高利贷,亦即向人收取高于通常利率的利息,认为它违背了市场规范。^①

但与罗马法学家不同的是,教会法学者更注重问题的另一方面,即掩藏在超过公平价格的买卖和获取高于通常利率的利息行为之下的不道德动机。获取利润本身并不遭致教会法的谴责,这一点是与许多现代学者的看法相反的。在很多情况下,贱买贵卖被认为是正当的——比如某人的财产从买进之后价格上涨了,或者工匠通过他的手艺增加了物品的价值,或者商人为维持他本人和靠他抚养者的生计而贩卖谋利。教会法所谴责的是追逐“可耻”利润(*turpe lucrum*, 不义之财)的行为,这被认为是贪得无厌的经营方式。这样,对于教会法学者来说,直接针对违背市场规范行为的不公平竞争的原则就与直接针对恃强凌弱交易的违背良心原则联系在一起了。

生活在把经济角度解释历史看作当然的时代,以下的说法并不让人吃惊:新生的罗马天主教廷契约法为西欧 11 世纪末、12、13 世纪资本主义工商业和金融交易的高速扩张提供了重要支持。但是,或许更有意思的是硬币另一面:在几乎包括西欧全部人口的教会内部,产生了建立在共同信仰的超验的善之上的公共道德,这种道德渗透于新契约法的实际发展过程之中。

在以后的几百年中,许多教会法的基本原则为世俗法律所采纳,并最终在自由意志和意思自治基础上进行了论证。知道它们最早是基于原罪理论和公平理论,这一点很重要。每个人都有某种道德上的权利以作出允诺的方式处理他的财产,在不违反理性或者公共政策的情况下正义的利益所在就是保障允诺的法律约束力,这并非我们的契约法所起步之处。^② 恰恰相反,契约法的理论起点是:由允诺而产生了对神的义务,神为救赎灵魂设立了教会和世俗法庭,给它们的任务是在契约义务正当的范围内强制执行这些义务。

① 伯尔曼:《法律与革命》247~249页;詹姆斯·R.高德利:《交换中的公平》(James R. Gordley, "Equality in Exchange"),载《加州法律评论》第69卷,1587页、1638页,1981年。见约翰·T.努南:《高利贷的学院式分析》(John T. Noonan Jr., *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, MA, 1957, 105ff)。

② 我们现代的契约法建立在上述命题的基础上,这正是查尔斯·弗里德(Charles Fried)著作的主要观点。查尔斯·弗里德:《契约即允诺:契约责任的一种理论》(Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, MA, 1981)。

清教徒的以契约为圣约的观念和违约的严格责任

如果直接从 11、12 和 13 世纪的罗马天主教徒直接跳到 17、18 世纪的英国国教和清教徒,我们会遭遇一个惊人的悖论。一方面,政治、经济和社会状况已经大大改变了,但另一方面,有关政府和法律的论争中使用的术语仍然长久保持未变。也就是说,人们还在讨论同样的问题,尽管强调的重点和提供的答案均已不同。

布莱恩·梯尔尼近来的研究表明了西方宪法理论从 12 世纪到 17 世纪显著的一贯性——从格拉提安和索尔兹伯里的约翰到阿修索斯和洛克。梯尔尼写道:“12 世纪的司法文化——罗马和教会法学家们的著作,特别是宗教思想和世俗思想所交融的教会法学家的著作——为枝蔓横陈的早期现代宪法思想的茂林提供了某种温床。”^① 梯尔尼的研究对法律史学者来说是个挑战,不单宪法理论领域,刑法、民法领域同样有这种一贯性,当然其中包括契约法。

16 世纪以前,英国用来调整我们今天称为契约责任的内容的法律分布于数个不同管辖权之中,每一个都有各自的诉讼程序和法律规则。对神职人员和普通人的契约争议享有广泛管辖权的英国教会法庭适用的是罗马教廷的教会法。而在众多的城市、乡镇以及市场,商人法庭适用着商业习惯法,有时也称为商人法,它的特点是在整个欧洲内容都大致相同。英国郡法院和封建采邑法院执行各种类型的协议,主要适用本地习惯法或封建采邑习惯法。高等民事法院和王座法院则主要通过普通法上的债务诉讼、收回非法占有动产诉讼、收回欠债诉讼(account)、欺诈诉讼、规约诉讼和侵害之诉(trespass)来解决契约争议。14 和 15 世纪,衡平法院大法官对普通法范围之外或普通法无法公平裁判(比如由于有权有势者的压力无法公平裁判,或者普通法提供的救济有限)的契约案件(如许多种类的口头允诺案件、用益权案件、第三方受益人案件等)取得了广泛的管辖权。衡平法院大法官的“良心法庭”(在当时称呼了几个世纪的名称)依据的是教会法、商人法、普通法和它自己的独创性和正义感。

和其他基督教世界国家一样,当时英国通行的宗教信仰大大影响了所有这些适用于契约案件的众多样态的法律。在教会法里,我们已经考察过,契约责任最终来源于契约目的公平合理的前提下不履行一方的罪和受诺人请求履行或赔偿的权利。商人法则强调商人之间的信任因素,以及争议发生之后他们对迅捷、非正式的程序需求和对根据商人的合理性判断做出判决的需求。普通法

^① 布赖恩·梯尔尼:《宗教、法律和宪法思想的发展 1150—1650》,剑桥大学出版社,1982 年,1 页。
(Brian Tierney, Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150—1650, Cambridge, 1982, p. 1)

关于协议的主要诉讼种类是债务诉讼、收回非法占有动产诉讼、前提为完成了一半的交易中保有金钱或财物是过错的收回欠债诉讼(account)、以故意过错为前提的欺诈诉讼(deceit)、违背单方誓愿的过错为前提的规约案件、许诺之诉——准确地说,是关于许诺的侵犯(trespass)——15世纪发展出来的允许人们对粗率的履行的过错行为(“侵犯”是拉丁文 transgresso 的法文法律术语,意思是“罪”)得到赔偿的诉讼。在衡平法院,道德神学的影响更为明显。因为在那个时代,衡平法院大法官几乎总是由大主教或者主教担任,他们对教会法的基本原则非常熟悉,并且他的判决也经常直接以基督教义为据。其实,可以看出衡平法院大法官的管辖权建立在由基督信仰导出的三个原则之上:对穷人和无助者的保护,对由信任和信心产生的关系的执行,对直接作用于人的救济(禁令、强制履行令等)的实施。

16世纪和17世纪早期,英国关于契约的法律得到了空前发展。英王至尊法^{*1}(1534)颁布之后,教会法庭被置于王权之下,并丧失了大部分财产案件和商业案件的管辖权。都铎王朝统治者新设立了一系列特权法院,包括星座法院、海事高等法院、申诉法院^{**2}(Court of Requests)。随着国内外贸易的快速发展,这些法院行使的商业案件管辖范围也随之扩张,它们在商业案件中适用了商人法以及从教会法、法学家罗马法而来的许多规则和概念。在一定意义上,为适应新的竞争和顺应时代精神,普通法院无疑也开始改革许诺之诉的诉讼形式,使之可适用于某些义务根本未履行的案件类型,并且简化诉讼程序以使诉讼程序操作对于商业争议的解决来说不过分困难。斯雷得案(Slade's case, 1602)中,许诺之诉应用在了不完全履行的契约案件和交易未完成的货物买卖案件中,而这在过去须通过债务诉讼、收回非法占有动产诉讼来救济。此前,普通法院已经创制出了与衡平法院和教会法院类似的约因原则——无论是处理未完成的交易还是仅仅有允诺的情况下——判断契约有效性和允诺可执行与否只看其目的或者动机即可。^①

尽管整个16世纪和17世纪初契约法发生了重大变化,包括普通法在内的英国法律中契约责任的隐含前提依旧与以前的时代相同。首先,违背允诺是可诉的,因为(假如)是一桩道德罪错、侵权行为。其次,因为(假如)受诺人因其

* 1534年英王亨利八世胁迫英国教会脱离罗马教廷,并通过“英王至尊法”。该法案的主要内容是,规定英王取代教皇成为英国国教会首脑。——译者注

** 该法院与其他特权法院一样,均是从御前小会议派生出来的。申诉法院初期主要管辖两类案件,即所谓穷人的诉讼和与国王近臣有关的诉讼。——译者注

① 见 A. W. B. 辛普森:《契约法历史:许诺之诉的兴起》,牛津大学出版社,1975年,297~302页,“斯雷得案”316~488页,“约因”。(A. W. B. Simpson, A History of the Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit)

目的未公平合理而有权请求强制执行。有保留地说,普通法人士不比教会法人士认同上述前提更少。在17世纪后半期之前,许诺之诉的诉讼只是违背单方承诺的一种诉讼,而非现代意义上的违约之诉,并且其中必不可少的约因指的是它道德上的正当性和允诺的目的。而规约之诉,人们当时不把它看作契约救济,不利地位是抗辩的一种,而欺诈性诱导在衡平法院可能会给予救济,却不是抗辩。普通法院为执行允诺而规定多种程序,适用不同的技术规则(常常是程序的不同所致),给予种类有限的契约救济,反映了教会和世俗领域的界分和世俗领域进一步分解为多个管辖范围的事实。这些界分和分解则与11、12世纪出现的某些宗教世界观联系在一起。

1640—1660年的清教徒革命确立了普通法在法律中的至高地位,以清教徒为主的1641年长期议会罢黜了特权法院。最终,独立的海上管辖权得以保留,但其管辖范围大大受限,还被置于普通法地位之下。衡平法院也幸存下来,但管辖权遭到了限制,并且再也不享有对高等民事法院和王座法院的优势。在清教徒统治之下,如果不在教会法院开庭期,普通法院可以受理违背婚姻案件、继承案件和其他宗教方面的案件。1660年后,以上部分管辖权保留了下来,教会法院和其他法院一样,最终必须受到由高等民事法院和王座法院解释的普通法的约束。

从商业方面来说,大量增长的案件总数和类型要求普通法院增加救济种类、改革法律规则。特别是在1660年后,在清教徒统治时代最重要的改革为后来复辟但受到制约的和有限的君主统治所承认的同时,普通法院也逐渐采纳了过去数百年里特权法院和衡平法院创制的众多救济种类和法律规则。

17世纪末和18世纪普通法上的契约法的其他方面的发展^①,不能看作是采纳了别的法院规则的结果。实际上,五个世纪以来有些契约法的基本前提发

^① A. W. B. 辛普森在《契约法历史:许诺之诉的兴起》,一书中所做的权威性研究主要关注的是许诺之诉的“兴起”。对此他的结论是,许诺之诉兴起于17世纪早期。因此他只粗略的研究17世纪20年代或17世纪30年代之后的发展。而另一方面阿蒂亚在他的著作《契约自由的兴起和衰微》(The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford/New York, 1979)中则只关注18世纪70年代之后契约自由的兴起,书中仅仅草率的讲了在此之前的发展。与类似的还有默顿·霍维茨(Morton Horwitz)在《美国法律的演变:1780年至1860年》(Transformation of American Law, 1780 to 1860, Cambridge, MA, 1977)对1780年之前的美国法和英国法作了概括的描述,但是没有提供实质性的证据支持。

辛普森一派采用的传统英国法律史方法可以表明,从中世纪到现代的契约法规则的转型发生的时间远远早于18世纪末。见A. W. B. 辛普森:《霍维茨的论文和契约史》(“The Howitz thesis and the History of Contract”),载《芝加哥大学法律评论》,第46卷,533页,1979年。另一方面,阿蒂亚一派采用的方法尽管经常忽视或者曲解早期(契约法)规则的发展,却可以表明在19世纪发生的重大观念变化。如对清教徒革命爆发后一个半世纪英国法制发展的“未知之地”(terra incognita)进行系统研究,双方都可从中获益。填补这个空白的初步研究,已经由斯托里亚(S. J. Stolijar)的《普通法契约史》(A History of Contract at Common Law, Canberra, 1975)和克林顿·W. 弗朗西丝的《17世纪英格兰的司法机关结构和契约法发展》(Clinton W. Francis, “The Structure of Judicial Administration and the Development of Contract Law in Seventeenth-Century England”)做出,载《哥伦比亚法律评论》,第83卷,35页,1983。

生了变化。变化可以总结为下面三个相互关联的问题。

第一,契约责任的基础理论由违背允诺变成了破坏交易。重点不再是不履行者的罪或者过错,而是协议有法律约束力的特征和受诺人期望的落空。双方做出的允诺究竟是相互独立还是相互关联的问题,因此而比过去更为关键。1660年到1760年间,法院判决的趋势是越来越认为双方的允诺相互关联。^①

第二,强调交易是由新约因概念显明出来的。契约目的、动机或者合理性的旧约因概念(它与教会法中原因的概念极为类似)让位于作为受诺人为允诺而支付允诺人的买价的新约因概念。约因充分与否的问题由此也变得比从前更为关键。清教徒革命后的一个世纪,法院判决越来越倾向于无论约因是否充分协议都可强制执行。^②

第三,责任的基础由过错变为绝对义务。受诺人有权根据交易本身获得因契约未履行的损害赔偿,不履行的免责事由一般限定在契约条款约定的事项。

从契约法的道德理论到交易契约理论的变化,在著名的帕拉丁诉简(Paradine v. Jane)案件里表现得淋漓尽致。该案是在清教徒革命的高潮的1647年判决的。^③房东因租金未付而向法院起诉房客,房客的抗辩是,由于鲁珀特王子军队的驻扎,他已经无法依契约获得居住的利益,所以他可以免责。房客的抗辩中引用了教会法、市民法(如罗马法)、军事法、道德律令、理性法、自然法和各国法律。法院不顾所有这些权威来源而判决房东胜诉,根据的是英国普通法规定:长期承租人即使无法利用租赁的土地,也应负交纳租金义务。虽然法院可以仅仅根据有关租赁使用期的法律来判断这个租金债务案件,法院却从中阐发了契约严格责任的普遍原则。判决中说,当法律设定了义务时,当事人没有过错就可以免责,“而假如是当事人自行在契约中创设了义务或责任,他就必须谨守,即使出现了意外和无可避免的困境也概莫能外,因为他可以通过事先在契约中约定来预防”^④。

① 见 S. J. 斯托里亚:《普通法契约史》第12章;弗朗西丝:《契约法的发展》,122~125页(Francis, "Development of Contract Law");威廉·S. 侯兹伍斯:《英国法律史》(William S. Holdsworth, A history of English Law, Boston, 1924, 464 p. 72 p. 75)。

② 见辛普森:《契约法历史:许诺之诉的兴起》446页。辛普森的研究表明,普通法上约因的不充分在中世纪并不是作为抗辩存在,部分的原因是直到16世纪后的某一时期,“约因的概念并不是允诺的价格,而是允诺的理由”。或者说,在17世纪末之前,允诺的理由必须“充分”,即使支付的价格相当低甚至仅仅是象征性的区区小数。那些将16到18世纪约因原则的发展看作不间断的发展过程的学者经常会忽视这个差异。

③ Style 7 82 Eng. Rep. 519(1647); Aleyn 26 82 Eng. Rep. 897(1648)。对该案的大部分讨论都只用了Aleyn的报告。要明白它的全部意义还需要阅读Style的报告。

④ Aleyn 26 82 Eng. Rep. 897(1648)。

也许你会发现更早提出契约严格责任的案件。^①的确,组成现代法上违约责任的所有原则的早期形态,你都可以在16世纪末和17世纪初的许诺之诉案件中找到。^②在法律原则演变史中,一切新发展一般都不难在过去的判决书和法律文件中找到渊源。但是,在帕拉丁诉简案之前,没有一个英国法院曾确立违反双方交易的绝对责任原则,换言之,契约法上义务与侵权法上义务的区别在于各方通过契约自行约定了义务的范围。并且,在帕拉丁诉简案之后,该原则基本没有动摇过。

另一方面,英国法律史学家说,“在18世纪之前,从未进行过契约法一般理论的研究”^③,到19世纪之后,建立在自治的契约方自由约定的基础之上的交易契约理论才出现。^④这些说法是否成立,有赖于一个具有特别含义的术语“契约法一般原则”。断言18世纪之前契约责任并非建立于一套内在一致的原则体系之上,包括根据各方意图达成的交易协议产生法律约束力的原则也不存在,这种说法很难成立。

在17世纪的英国,将法律责任与违背允诺的罪错紧密联系起来的契约责任的道德理论,和允诺和互相允诺的正当目的理论,遭受了包括法律界人士和神学家在内的清教徒的批评。上述批评是收回衡平法院大法官恣意裁判权力行动的一部分。17世纪伟大的清教徒法学者和执业人士约翰·塞尔敦说:“衡平是个模糊的词……法律中的衡平和宗教所言的精神是一回事,衡平依据的是大法官的良心……想要给大法官的良心设定标准无异给他的脚设定大小。”^⑤对衡平的不信任与契约严格责任的观点密切相关。塞尔敦谈到契约时说:

我们必须根据契约。如果契约合法成立,我们就得遵守。要是我们说以后遇到什么不便还可以从中抽身,那就不会有要谨守交易的约定了……至于怎么订立契约,要看我们自己。要是我们就出售这间房子或者这块地皮达成协议,那就得照办。如果你要拿100英镑买我的手套,我告诉你——我的手套没什么特别——不具任何优越特性——手套是我的——我也不以贩卖手套为生,但最后我们还是约定了100

① 见辛普森:《契约法历史:许诺之诉的兴起》,31~33页。辛普森的研究表明,16世纪的学者布鲁克(Brooke)已经区分了私人契约和通行的法律的效力的不同,契约的责任是自己赋予的。在布鲁克的研究中,根据私人契约个人可以承担严格责任,当时至少有一个案例采取了这个观点。辛普森宣称,“在帕拉丁诉简(1648)的先例中,布鲁克的理论终获胜利”。

② 这是辛普森的著作《契约法历史:许诺之诉的兴起》的主旨。但是辛普森小心地区分了那些论述某个原则产生和这些原则最终“获胜”的案例和著作。

③ T. F. T. 普鲁克尼特:《普通法简史》(T. F. T. Plucknett, A Concise History of the Common Law),波士顿大学出版社,1956年,652页,第五版。

④ 一般可参见阿蒂亚:《契约自由的兴起和衰微》和霍维茨:《美国法律的演变》。

⑤ John Selden, Seldeniana, 或 The Table Talk of John Selden, Esq (London, 1789) pp. 45~46. Selden的Table Talk最早在1654年编纂,1689年出版。

英镑成交——我看不出为何我不能心安理得的取得价款。^①

其实并不是法律界人士,而是神学家阐明了契约责任的交易契约理论。17世纪清教徒神学有三个基本信条直接与上述理论相关。其一,上帝对于秩序的主权,这一点要求信徒在永罚的痛苦中服从并谨守。其二,人的完全堕落和对上帝救恩的完全依赖。其三,神与人之间的契约(“圣约”)关系,内容是只要人自愿服从神的意愿神就按照约定拯救他的选民。

(1)“神是秩序的神,他发布命令的言语决不模糊,他让人有遵行命令的能力,从而以良善和有益的律法指引我们。”1658年马萨诸塞的清教徒们写下了上面的话。^②如约翰·维特所言:

清教徒的伦理上的节制、时间和金钱上的俭省、严格的教会纪律、事业上的追求和对宗教改革的热情,都与其神学前提密切相关。因为清教徒是神的对于世界的计划渐次展开的一部分,所以清教徒认为工作是神圣的,清教徒要作为神的无瑕疵的工具来实现计划。

类似的表述还有:“法律和规则的重要性不仅在于让人们服从神,引导它们走在美德的道路上,而且在给英国社会带来优良的秩序和风纪以及改良英国社会。”^③

清教徒在对神的秩序的信仰和契约严格责任之间建立了联系:神自己受到严格的规则限制,他也要求他的选民用良善的和有益的律法来管理自己。“一旦在我们中间有人订立契约,就必须遵守互相之间的约定”,这是清教徒领袖艾尔顿1647写下的,“废除这个原则的结果就是混乱”。^④艾尔顿言论的背景是发生在清教徒领袖之间的辩论,他们从作为统治者和被统治者的人民与议会之间的关系的角度,讨论人民对议会通过的不公正法律的负担何种义务。另外,这种相似性也经常出现在在社会契约和私人契约之间的辩论中。塞尔敦写道:

要明白应该怎样服从国王,你就必须看国王和人民之间的契约;
正如要知道地主应该向承租人收多少租金才合适,你必须看他们的租

① The Table Talk of John Selden, Esq (London, 1789), pp. 37 ~ 38.

② “General Laws of New Plymouth (September 29, 1658)”, David Pulsifer, ed., Records of the Colony of New Plymouth Laws, 1623—1682 (Boston, 1861), 11-72.

③ 约翰·维特:《对英格兰清教主义和法律评论》(John Witte Jr., “Notes on English Puritanism and Law”),未刊稿。John Witte Jr., “Blest Be the Ties That Bind: Covenant and Community in Puritan Thought”, 36 Emory Law Journal (1987): 579.

④ 引自约翰·高夫:《社会契约:发展的批评性研究》(John W. Gough, The Social Contract: A Critical Study of its Development, Oxford, 1936, p. 90)。

约一样。一旦发生违约,没有第三人做出裁判,那就只能靠武力解决。^①

(2) 人完全堕落,生来就觊觎权力,不仅意志而且连理性也败坏了——这个信条支持了清教徒对严格遵守规则的强调,包括通过订立契约建立的规则。上面引用的塞尔敦对衡平法院大法官良心不信任的刻薄言辞可以看作证据,清教徒的人性观(包括法官的人性)没有促使解决争议需要的公平和过错的一般理念的产生。清教徒宁愿依靠对他来说更客观、更确定一点的东西,也就是契约法写在契约里的字句——正如清教徒在道德方面宁愿相信圣经的话而不是道德哲学家的推论一样。

(3) 或许契约的绝对义务和清教徒信仰体系之间最直接的联系可以在清教徒的圣约概念中找到——它当时的意义仅指“协议”——神和人之间订立了圣约。正如维特所言:

清教徒神学家和天主教堂很久以前就讨论过圣经上的约:旧约是律法之约,人们通过服从神的律法,来得到拯救的允诺;新约是恩典之约,人们通过信仰道成肉身的上帝的复活和救赎,得到永生的允诺。圣约信条在早年只是关于神、人和拯救的重要信条的注脚。16 世纪末和 17 世纪,英国清教徒神学家以两个创见大大发展了这个信条。^②

其一,他们将恩典之约由神的单方恩赐转换为双方自愿协商达成的完全约束双方的交易契约。这个新的“契约神学”,顾名思义(拉丁语 foedus, 圣约),在 17 世纪清教徒神学家约翰·普里思顿的轻浮言辞中表现得非常明显。他说:“神在约中所写明并盖印认可的东西,你可以据此对他提起控诉,连他也不能否认。”“不要抵赖,哪怕永生的主,也得如此行,他无从选择,因为这是他的圣约的一部分。”^③ 加尔文和他的早期信徒经常谈论的神对人信实的遵守圣约,到清教徒神学家那里变成了神对人绝对的契约义务;他们所言的神对其选民的恩赐,

① 引自约翰·高夫:《社会契约:发展的批评性研究》(John W. Gough, *The Social Contract: A Critical Study of its Development*, Oxford, 1936, p. 92.) 92 页。

② 17 世纪英国清教主义圣约神学的发展,见佩里·米勒:《清教神学精义》247~300 页。(Perry Miller, “The Marrow of Puritan Divinity,” In *Transactions of the Colonial Society of Massachusetts*, Indianapolis, 1937) 麦克·沃尔策:《圣徒的革命:对激进政治的起源的研究》(Michael Walzer, *The Revolution of the Saints: A Study in the Origins of Radical Politics*, New York, 1968, 167ff, 222ff)。

③ 引自克里斯托佛·希尔:《清教主义和革命:对英国 17 世纪革命解释的研究》(Christopher Hill, *Puritanism and Revolution: Studies in Interpretation of the English Revolution of the 17 Century*, London, 1958, p. 246)。参见大卫·扎里特:《圣约:意识形态和革命前的清教组织》(David Zaret, *The Heavenly Contract: Ideology and organization in Pre-Revolutionary Puritanism*, Chicago, 1985, p. 161)。扎里特从布道词和传道单章里找出了关于清教徒传教士的观点的许多例子,在 1640 年之前的一段时间内,他们把神与人之间的圣约和商业契约作类比,对后者而言契约任何一方都有权利要求另一方完成交易。

变成了人与神自愿协商对圣约达成一致。

其二,清教徒神学家们增加了圣约的缔约方。他们把神和许多圣经人物之间的关系都看作圣约关系,圣约的条款都经过自愿协商一致,故而完全约束双方。他们把神与先知之间的关系解释为交易契约。圣父和圣子之间的关系被看作三重圣约:救赎、和解和中保。神和人之间的恩典之约,也被理解为不仅针对作为个人选民的基督徒,而且针对英国这个被拣选的国度,它被召唤来按照神的圣言制定各法律和司法制度。此外,清教徒还在圣经之约中找出了各种各样的政治性和制度性的圣约:建立家庭、社区、协会、教会、城市甚至英伦国家的圣约,每一个都被认为具备完全约束力。^①这个宽泛的神学信条导出了清教徒的基本道德信念,即每个人都可以自由选择去做,但无论结果如何都受到他曾经做出的选择的拘束。这个信念也逐渐贯彻到契约责任中来。按照一位清教徒领袖的说法,契约“是人们在享有自由意志和缔约与否的权利的前提下自愿承担的义务”^②。但是既然已经选择了,他们就必须履约。^③

结 论

11世纪末到12世纪和后来的教会法学者和罗马法学家将契约的强制执行建立在两个基本原则之上:首先,违背允诺是罪,是对神的冒犯,或者根本上说是一种与神疏远的行为;其次,违约的受害人获得法律上的救济,只要允诺或者互相允诺的目的公平合理。对于体系化的契约法或者说具有一整套的概念和规则的契约法来说,这两个原则是其根基的组成部分。很多这些概念至今仍然是世界各地法学院的课程内容——欺诈、不利地位、错误、显失公平、减损义务等等许多直接和道德责任相关的内容。我相信,如果教师和研究者追溯它们在前资本主义、前个人主义和前理性主义时代的教会法中形成的过程,一定会有益于我们对现代契约法的理解。在契约法中有比吉尔默所讨论过的更多的“神话”,也有比现在的左翼言论已经发现的更多的“理性化”。现代契约法和它在西方形成早期时一样,反映了为麦金太尔恰当的称为“现实的人”到“意识到其终极目的后可能成为的人”转化的根本张力^④。

① 参见约翰·D. 犹斯顿:《17世纪早期的清教徒、律师和英格兰政治》(John D. Eusden, *Puritans, Lawyers and Politics in Early Seventeenth century England*, Hamden, CT, 1968, 28ff); 高夫:《社会契约》, 82~99页(Gough, *Social Contract*)。

② 引自沃尔策:《圣徒的革命:对激进政治的起源的研究》, 24页。

③ 维特:《英格兰清教主义和法律评论》; Witte, “blest be the Ties That Bind”, 595页。

④ 阿拉斯太尔·麦金太尔:《德性之后:道德理论研究》(Alasdair MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 2d ed., Notre Dame, IN, 1984, 52ff)(参龚群等翻译, 中国社会科学出版社1995年出版。考虑到After Virtue的双关含义, 学术界有人主张译作《追寻德性》, 可能更加符合原意。——译者注)

要注意到,有两个基本原则使教会法上的契约法与有关民事责任法律的其他分支密切相关,包括侵权和返还原物。违约就是一项过错或者侵权的表面证据。另一方面,即使没有过错行为,以他人受损为代价留存财产和利益也非公正。根据我这里所称的契约道德理论,违约和不当获利都可以得到救济(债务诉讼和收回非法占有动产诉讼)。提及下面的联系也有好处,英国法中不当获利是潜藏在被归类为“准契约”案件的一般许诺之诉中的。

交易契约理论在产生之初也是一种道德理论,只是“道德”在这里意义不同了而已。交易契约理论的首要前提是,神是创造秩序的神,他和他的选民签订了契约,双方都受到契约的约束。它的第二个前提是,神的选民一旦互相订立契约,不管它是私人契约还是社会契约,都要受到契约条款的完全拘束,契约不履行只有在条款载明的情况下才可以免责。但是,清教徒对交易和可预见性的强调不应于混淆下列史实:契约方所在的小团体内,交易契约令契约方之间形成了稳固的关系。这与18世纪启蒙运动意义上的自治、独立的个人也不相同。清教徒统治的年代和以后的100年里,英国一直是个非常团体化的社会。

就教会法来说,由于有了17世纪末和18世纪初发展起来的基本原则,契约法和英国法律的其他分支产生了紧密联系。很明显的例子是,契约法和商法从未分立。因此,不存在调整全部契约关系的一整套独立的规则体系。仅从这个角度看,也就没有“契约法的一般原则”。直到18世纪末19世纪初,人们才开始把各种契约规则合成一个独立法律分支。而在17世纪末18世纪初,英国契约法仍是关于各种“类型”契约的法律。人们签订保管契约、租赁契约、保险契约、附条件买卖契约、运输契约、出售土地契约和个人服务契约等等,受到只适用于该类契约的规则约束,除非他们明示变更了契约类型。契约方的自由意志表现在,先要确定签订某一类的契约。

18世纪末19世纪初,古老的契约理论世俗化了。原来的理论建立在信仰超验理性和超验意志、人类理性和意志由其创生并对其负责的宗教基础之上,而非基于个人固有的自由和只受社会效用限制的个人对自治的理性和意志的运用。世俗理论大量利用了早先在宗教理论基础之上发展起来的规则和原则,但它们在世俗理论中被重新理性化、体系化。由此,不仅契约法和道德神学之间的联系遭到了破坏,而且契约法和型塑了天主教(罗马天主教和英国国教)和清教(路德宗和加尔文宗)法律传统的团体化前提之间的联系也被打破了。新的世俗理论还想要把契约法和民法的其他部门相隔绝,如侵权法和不当获利法,这些部门的道德和团体化色彩都不那么容易掩盖。

随着个人主义和理性主义在20世纪的衰落,流行于19世纪的契约理论遭到批评是不可避免的。但是,批评者和辩护者都应当看到这个理论的历史背

景,特别是它据以产生并受其影响的宗教渊源。不了解这些,就会歪曲讨论的问题,我们就得在没有历史根据的流行的契约法一般原则理论和理论虚无主义之间作个选择。但我们从历史获得的教益是,也许还有第三种可能性:在旧有理论的基础上构建一个全新的契约理论。



论侵权行为法上的过失相抵制度^{* 1}

程 啸

程啸 法学博士(中国人民大学),清华大学法学院讲师。主要研究方向为物权法、合同法、侵权行为法,主要作品:《中国抵押权制度的理论与实践》(法律出版社 2002)。

引 言

在侵权损害赔偿案件中,损害的发生或者扩大通常都只是由于侵权人一方的故意或者过失所致,但在某些情况下,受害人对于损害的发生或者扩大也具有故意或者过失。此时如果仍令侵权人承担全部的赔偿责任,则有悖法理与公平原则,因此各国侵权法都允许在一定程度上减轻或者免除侵权人的赔偿责任。例如,《德国民法典》第 254 条第 1 款规定:“损害的发生被害人与有过失者,损害赔偿的义务与赔偿的范围,视当时的情况特别是损害的原因主要在何方而决定之。”同条第 2 款第 1 句规定:“如被害人的过失,系对于债务人所不知或不可得而知的重大损害危险不促其注意或怠于防止或减轻损害者,亦适用前项的规定。”再如,《意大利民法典》第 1227 条第 1 款规定:“如果债权人的过失行为导致损害发生,将根据过失的程度(参阅第 2055 条)及其引起后果的严重程度减少赔偿额(参阅第 2056 条)。”《日本民法典》第 722 条第 2 款规定:“受害人有过失时,法院可以斟酌其情事,确定损害赔偿额。”

此种因受害人对损害的发生或扩大具有过失,而相应的减轻或者免除侵权人赔偿责任的制度^①,在各国、各地区的民法理论中有不同的称谓:我国台湾地区称之为“过失相抵”,《德国民法典》中称为“Mitverschulden”(有的学者将其翻

* 笔者在撰写本文的过程中曾与中国社会科学院法学研究所于敏研究员、中国人民大学法学院尹飞博士以及对外经济贸易大学法学院梅夏英副教授就若干疑难问题进行探讨,在此向各位师友谨致谢意!

① 该制度不仅存在于侵权损害赔偿之中,也存在于违约损害赔偿当中。关于违约损害赔偿中的过失相抵的论述,可参见韩世远:《违约损害赔偿研究》341 页以下,北京,法律出版社,1999。

译为“共同过错”^①,有的则翻译为“与有过失”),日本民法中则称为“过失相杀”英美国家通常使用 contributory negligence 一词(有的人译为“与有过失”,有的人则译为“共同发挥作用的过失”^②、“助成过失”或“促成过失”^③)。

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)对于此种因受害人的过错而相应减轻或免除侵权人赔偿责任的制度也有规定。该法第131条规定:“受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任。”但是,由于该条内容过于简单抽象,因此极不利于司法实践中的运用。为了弥补这一缺陷,2003年12月26日最高人民法院颁布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿解释》)在《民法通则》相关规定的基础上,对过失相抵制度作出了更为详尽明确的规定。该解释第2条第1款规定:“受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的,依照民法通则第一百三十一条的规定,可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害,受害人只有一般过失的,不减轻赔偿义务人的赔偿责任。”同条第2款规定:“适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时,受害人有重大过失的,可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。”

过失相抵制度的理论非常精深,实践中的运用也异常复杂。有鉴于此,本文将结合最高人民法院颁布的《人身损害赔偿解释》第2条的规定,对过失相抵制度进行粗浅的探讨,希望有助于我国民法理论界与实务界的深入研究与正确运用。

一、过失相抵的概念、特征与相关制度的区别

(一) 过失相抵的概念与特征

过失相抵是指,当受害人对于损害的发生或者损害结果的扩大具有过错时,依法减轻或者免除赔偿义务人的损害赔偿责任的制度。^④它具有以下几项特征:

① [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,焦美华译,张新宝校,下卷,648页,北京,法律出版社,2001。

② 曾世雄:《损害赔偿法原理》,259页,北京,中国政法大学出版社,2001;[德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,下卷,649页。

③ 徐爱国:《英美侵权行为法》,90页,北京,法律出版社,1999。

④ 史尚宽:《债法总论》,303页,北京,中国政法大学出版社,2000。

1. 受害人因他人的侵权行为而遭受损害

如果不存在他人的侵权行为而仅仅是由于受害人自身的原因而遭受损害,那么不属于过失相抵。这就使得过失相抵与受害人同意等制度相区别。例如,在受害人同意他人对其某项财产进行侵害时,受害人的同意阻却了该他人行为的违法性,因此不存在侵权行为,更不发生损害赔偿的问题。

2. 受害人对于损害的发生或者扩大也具有过错

申言之,受害人所遭受的损害是由于加害人的过错与受害人的过错相互结合而共同造成的,或者受害人在遭受损害后因其过错导致该损害被进一步扩大。例如,某甲将一根木棍挡在公路上,某乙因超速行使而没有发现这根木棍以致汽车倾覆遭受损害。在本案中,甲用木棍挡住公路是具有过错的,而乙因超速行使以致没有及时发现公路上的障碍物也具有过错,损害是在加害人甲与受害人乙自身的过错相互结合的情形下而造成的。

3. 过失相抵的法律效果是减轻或者免除加害人的赔偿责任

在《人身损害赔偿解释》颁布之前,当受害人对损害的发生或者损害结果的扩大具有过失时,是否能够免除赔偿义务人的赔偿责任,理论上存在不同的观点。有的学者认为,过失相抵只产生减轻责任的法律后果,我国立法并不采用免除责任的方法,免除加害人的责任只适用于受害人过错的场合,即损害的发生是由受害人的故意或过失所引起的而加害人根本没有过错的侵权行为形态。^①

笔者认为,当受害人对损害的发生或者扩大具有过错时,在某些情况下可以免除加害人的责任。理由在于:首先,《民法通则》第123条、第127条第1、2句明确承认了,当受害人对于损害的发生也具有过错时,可以免除加害人的责任。其次,在一般侵权行为中,倘若加害人仅为轻微过失,而受害人具有重大过失或故意时,如果不能因此免除加害人的赔偿责任,则显然不公平。例如,某甲在商店中购买了一件薄胎瓷,当时店内顾客非常拥挤,但甲却将该件极易破碎的瓷器放在地上,顾客乙由于只顾浏览店内商品未注意脚下,结果将甲的瓷器碰坏。在这种情形中,甲将瓷器放在人员密集的地方表明其具有重大过失,而乙仅具有轻微的过失,因此乙不应承担赔偿责任。再次,许多国家或地区的侵权法都认为,过失相抵制度包括因受害人的过错而减轻与免除加害人责任的情形。例如,我国台湾地区“民法典”第217条第1款也规定:“损害之发生或扩大,被害人与有过失者,法院得减轻赔偿金额,或免除之。”在我国,最高人民法院颁布的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第11条也明

^① 杨立新:《侵权法论》,上册,337页、347页,长春,吉林人民出版社,1998。

确规定:“受害人对损害事实和损害后果的发生有过错的,可以根据其过错程度减轻或者免除侵权人的精神损害赔偿。”

此次颁布的最高人民法院《人身损害赔偿解释》第2条第1款第1句明确规定了:“受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的,依照民法通则第一百三十一条的规定,可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。”该规定有助于解决因上述理论争议而导致司法实践对同一问题的不同处理结果。^①

但需要注意的是,在采取过错推定责任或者无过错责任的侵权行为中,由于立法本意旨在加重侵害人的责任,所以通常情形下,即便加害人仅具有轻微过失而受害人具有重大过失,也不应免除加害人的赔偿责任。至于特别法设有保护特定人的规定时,即便该特定人就其所受损害具有重大过失或故意,也不能免除加害人的责任,否则将违背保护特定人的立法本意。^②

4. 由于过失相抵的目的在于确定责任的范围,因此一旦过失相抵的构成要件具备时,法院无须当事人的主张即可依职权减轻或者免除加害人的赔偿责任。

因为基于过失相抵而产生的减轻或免除责任并非加害人需主张的抗辩事由,而是受害人的损害赔偿请求权的一部分或者全部的消灭,因此法院可依职权从事。^③我国台湾地区“民法典”第217条第1款以及《瑞士债务法》第44条第1款对此有明确的规定。在我国民法学界,除个别学者认为过失相抵是加害人的一项抗辩事由^④,多数学者认为过失相抵无须加害人主张即可由法官依职权进行。^⑤我们赞同多数说,因为过失相抵制度的目的在于谋求加害人与受害人之间的公平^⑥,因此在裁判上法官应依职权对加害人的责任进行减轻或者免除。

(二) 过失相抵与相关制度的区别

在侵权行为法中,应当严格区分过失相抵与共同过错、损益相抵、因果关系中断等制度之间的区别。

1. 过失相抵与受害人过错

在侵权行为法中,由于受害人过错(fault of the injured party; eigenes Ves-

① 实际上,在《人身损害赔偿解释》的几个草稿中,都没有就免除加害人赔偿责任的问题作出规定。后来,在最高人民法院就该司法解释征求学者意见的时候,一些学者提出了该问题。最后,在正式颁布的司法解释中才明确规定了受害人的过错可以免除加害人的赔偿责任。

② 曾隆兴:《详解损害赔偿法》,664页,台北,三民书局,2003。

③ 史尚宽:《债法总论》,308页,北京,中国政法大学出版社,2000。

④ 张新宝:《中国侵权行为法》,606页以下,北京,中国社会科学出版社,1998,第二版。

⑤ 王利明:《侵权行为法归责原则研究》,356页,北京,中国政法大学出版社,2003,修订版;杨立新:《侵权法论》,上册,337页。

⑥ 孙森焱:《民法债编总论》,上册,452页,台北,自版,2001。

chulden des Geschädigten (faute de la victime) 仅是对受害人一方主观状态的描述,因此它是一个范围非常广泛的概念。它涉及了过失相抵、受害人故意、受害人自甘冒险等多项制度。具体来说,受害人过错大致包括以下几种情形:第一,受害人的过错与加害人的过错共同导致了损害的发生;第二,受害人的过错仅导致了损害的扩大;第三,受害人的过错是损害发生的惟一的、排他的原因。^① 过失相抵的情形仅包括了前两种情形,而不包括第三种情形。在该种情形中因受害人的过错是导致其损害的惟一原因,所以不存在侵权行为,更不会产生侵权赔偿责任。正因如此,我国以前的一些民法著作将损害完全是由于受害人故意或过失而引起的情形即上述第三类情形称为“受害人过错”,而将前两种情形称为“混合过错”。^②

2. 过失相抵与损益相抵

损益相抵(compensatio lucri cum damno)也称损益同销,它是指损害赔偿请求权人因同一赔偿原因事实受有利益时,应当将所受利益从所受损害中予以扣除,进而确定损害赔偿范围的一项制度。^③ 虽然过失相抵与损益相抵同都是为了实现公平的目的,为损害赔偿计算上的问题,但是前者是基于当事人主观事由上的考虑,亦即基于自己责任的侵权法原则,而后者是基于客观事由的考虑,亦即基于没有损害就没有赔偿的法理。

如果当同一案件中既存在过失相抵又存在损益相抵时,究竟应当先适用哪一项制度,值得研究。因为适用顺序的不同,所得的结果截然相反。例如,甲因实施加害行为而造成乙的损害为1000元,但是乙对于损害的发生也具有过错,其过错与甲的过错对于损害发生的原因力各占一半,同时乙因该损害事实而获得了500元的利益。如果先进行损益相抵,后进行过失相抵,则乙能够获得赔偿的数额是250元;反之,先进行过失相抵,后进行损益相抵,则乙能够获得赔偿的数额是0元。笔者认为,由于损益相抵决定的是受害人有无损害,而过失相抵是在受害人的损害已经明确的基础上进一步解决损害赔偿的分担,所以应当先进行损益相抵而后进行过失相抵。

3. 过失相抵与自甘冒险

自甘冒险(assumption of risk / Handeln auf eigene Gefahr),是指受害人明知可能遭受来自于特定危险源的风险,却依然冒险行事。自甘冒险与过失相抵极为相似,因为在两者中,受害人与加害人双方均具有过失。而且,在现代侵权行

① A. M. Honoré, Causation and Remoteness of Damage, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Chapter 7, Tübingen, 1979, p. 94.

② 江平、张佩霖:《民法教程》,332页,北京,中国政法大学出版社,1986。

③ 郑玉波:《论过失相抵与损益相抵之法理》,载郑玉波:《民商法问题研究(二)》,17页,台北,自版,1974。

为法中,当受害人自甘冒险时,通常通过过失相抵制度对加害人的赔偿责任进行相应的减轻甚至免除。但是,两者之间仍然存在一定的区别:首先,自甘冒险中受害人对于加害人没有尽到注意义务的情形是预见到的,而在过失相抵中受害人的过失内容并不包含对加害人此种未尽注意义务的预见。例如,甲与乙同赴某婚宴,甲引用了大量的烈性酒,在酩酊大醉后仍驾车回家,而乙为了省钱搭乘了甲的汽车,后出现车祸导致乙受损害。由于乙明知搭乘一名醉汉开的车是十分危险的却仍然搭乘,因此属于自甘冒险。再如,张某开摩托车上班但是没有戴上安全头盔,结果摩托车被有过失的司机王某的汽车所撞,张某受伤,张某没有戴头盔显然是有过失的,但是其并不能预见到会被王某的汽车所撞,因此属于过失相抵而非自甘冒险。其次,自甘冒险中,受害人只是对于损害的发生具有过错,而在过失相抵中,受害人既可能是对损害的发生具有过错,也可能是对损害的扩大具有过错。

4. 过失相抵与因果关系中断

在侵权行为法因果关系理论中,当确立了加害行为与损害结果之间的事实因果关系之后,在法律因果关系阶段通常要考虑的一个问题是受害人自身的原因、第三人的行为或外在事件的介入是否会中断这一事实因果关系。这里的第三人行为或外在事件必须是在被告行为发生之后产生的,才属于介入的原因,如果是同时发生的,则属于并存的原因(concurrent causes)。如果受害人自身的原因、第三人行为或外在事件的介入中断了原先存在的被告行为与原告损害之间的因果关系,此种情形被称为“新原因的介入”(novus actus interveniens),那么被告就无须为该等介入之行为或事件而产生的后果负责。由于受害人自身的故意或过错可能构成介入原因从而中断加害行为与损害后果之间的因果关系,所以过失相抵与因果关系中断颇为相似。在日本起草民法典时,起草委员梅谦次郎先生就曾以过失相抵与因果关系中断本质上并无区别为由,要求取消关于过失相抵的规定。^①

但是,在笔者看来,过失相抵与因果关系中断之间仍然存在本质的不同:在过失相抵中,加害人与受害人的过错所造成的损害是同一的,且该两个过错相互助成而以致损害的发生或者扩大。只有前两项条件缺少一项或两项同时欠缺时,才可能构成因果关系中断的情形。具体来说包括两种情形:其一,受害人虽存在过错,但是因该过错而给自己所造成的损害与加害人所造成的损害并不相同。例如,甲某不慎损坏了乙的手机外壳,乙因手机被损坏而丧失美感,一怒

^① 梅谦次郎先生认为:“因受害者的过失发生的损害与加害者的过失之间没有因果关系,所以加害者不負責任是理所当然的,不必等待本条(即日本民法典第722条第2款关于过失相抵的规定——笔者注)的规定。”参见于敏:《日本侵权行为法》394页,北京,法律出版社,1998。

之下将手机摔碎。由于甲给乙造成的损害(手机外壳损坏)与乙自己造成的损害(手机被摔碎的损害)并非同一损害,后者是因为受害人乙自身的原因造成的,因此对于该损害甲不应承担赔偿责任。即乙的行为中断了原先的因果关系,甲仅对手机外壳被损坏的损害向乙承担赔偿责任。其二,加害人虽存在过错,但该过错并非与受害人的过错相结合而助成损害的发生或扩大。例如,甲在乙的汽车的汽油中注入了某种物质,该物质将导致乙的汽车发动机被烧坏,但是在该物质发挥作用之前,乙因其酒后开车发生交通事故导致汽车发动机被彻底毁坏。该案中虽然损害是同一的,但是甲的过错并非与受害人乙的过错相互结合导致了损害,甲的行为与损害后果之间的因果关系被受害人自身的过错行为所中断了。

二、从比较法的角度看过失相抵制度

(一) 罗马法中的“旁氏规则”

在罗马法中,受害人所受的伤害如果是因其过错而造成的,那么他将无权获得赔偿,除非侵权人的过错状态为故意。古罗马法学家旁波尼乌斯(Pomponius)曾经指出:“任何人因自己的过错而遭受损害时不视为受害”(si quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire)。^① 该规则被称为“旁氏规则”。

在19世纪早期的英国法与美国法中,虽然不存在旁氏规则,但是也存在相同的规则,即受害人“促成的过失”(contributory negligence)将使其无法获得赔偿,除非侵权行为人主观是故意的。^② 该规则也被称为“要么全赔,要么不赔”(all or nothing)规则。英国的Blackburn勋爵曾言:“法治意味着,如果损害是由于双方的过错而发生的,那么无论其中一方的过错如何微小,损害都应停留在其发生的地方。”^③ 在1809年的Butterfield v. Forrester一案中,A不正当地用一根棍子将道路挡住,B在黄昏中骑马快速通过时被这根棍子挡住,结果摔了下来遭受伤害。这根棍子在100码之外是可以看得见的。法院认为A无须向B

^① A. M. Honoré, Causation and Remoteness of Damage, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Chapter 7, Tübingen, 1979, p. 94.

^② 也就是说,该规则不能作为故意侵权行为人的抗辩事由。

^③ R. F. V. Heuston & R. A. Buckley, Salmond & Heuston on the Law of Torts 20th. ed., London: Sweet & Maxwell, 1992, pp. 499 ~ 500.

承担责任。该案的初审法官 Bayley 认为：“如果他（即原告 B）尽到通常的注意，那么就可以发现这个障碍物，因此该事故的发生完全是由于他的过错造成的。”因此，初审法院判决 B 败诉。B 最后上诉到贵族院，该院法官 Ellenborough 勋爵认为：“一个人（即被告——笔者注）的过错不能使得另外一个人（即原告——笔者注）就无须运用合理的注意来照顾自己。”^① B 希望胜诉必须具备两项条件：A 过失的在路上设置了障碍，且 B 需要采取超乎寻常的注意才能避免受伤。因此，贵族院驳回了 B 的上诉。

早期的英美侵权行为法中采取“要么全赔，要么不赔”（all or nothing）规则的原因在于：首先，法律上对个人主义和自力更生的强调。美国著名的侵权法学者 Prosser 教授认为，从助成过失的本质上来说，该制度反映的是普通法中高度的个人主义态度以及使每一个人的利益都建立在自我注意与谨慎的基础之上的政策。^②“换句话说，它认为，每一个成年人都必须自己照顾自己。他不需要指望用法律上家长式的庇护来保全他自己。……当他行动的时候，他被认为是意识到了自己行为的风险，他必须承担预期的后果。”^③因此当受害人与加害人对损害的发生都有过错的时候，无论受害人的过错多么轻微，而加害人的过错多么严重，受害人都必须承担全部的损失。其次，19 世纪早期的法院对原告观念上的损害存在着一种不信任的观念，同时法院渴望将因工业发展而产生的责任控制在一定的限度内。最后，除了那些令人羡慕的没有损害的案件外，法院无法找到一个满意的方法来在当事人之间将单一的、不可分割的损害进行分担，因此尽管双方都有过错，损害必须完全由有过失的原告或有过失的被告承担。^④

虽然通过要求个人在社会活动中对自己的利益保持高度的谨慎与注意的立场，助成过失有助于早期资本主义的自由生长，最大限度的维护了行为的自由，然而，当资本主义发展到了一定的阶段时，侵权行为法的主要功能已非单纯的表达一种个人为自己行为负责的道德原则，而转变为主要是合理的调整经济风险，为受害人提供充分救济的功能。伴随着此种变化，“要么全赔，要么不赔”（all or nothing）规则已经显得过于严厉，不利于对受害人的补救，受到了许多学者的严厉指责。学者们认为：“没有理由将原告的过失与其他致损的原因做任何区别对待，即原告应对其自己造成的那部分损害承担责任。然而，普通法却适用助成过失规则，以此要求对损害有过失的原告丧失请求任何赔偿的权利。

① W. V. H. Rogers, Winfield & Jolowicz on Tort, 15th. ed. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 232.

② Prosser, The Law of Torts 4th. ed., West Publishing Co., 1971, p. 416.

③ [美]罗斯科·庞德：《美国法的形成时代》，第 4 卷，1938。转引自[美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，67～68 页，北京，中国政法大学出版社，1990。

④ James, Contributory negligence 62 Yale L. J. 691 (1953).

该规则显然未能促进侵权法补偿受害人的目标,而且亦未能促进经济预防目标。因为即使被告造成了大部分的损害,他也不必对之承担责任。”^①因此,大陆法系与英美法系的侵权行为法都试图对之加以缓和。下面分别介绍过失相抵制度在大陆法系与英美法系侵权行为法理论中的发展与不同的处理方法。

(二) 大陆法系民法典的处理方法

在德国,为了缓和严厉的旁氏规则,潘德克顿学者(Pandectists)发展了所谓的“过错赔偿理论”(culpa compensation)。依据该理论,具有轻微过失的受害人能够要求具有较为严重过错的加害人承担赔偿责任。例如,一个仅具有过失的受害人可以要求故意的侵权人承担赔偿责任。此外,一个具有较轻过失的受害人也可能有权要求具有较为严重的过失或者疏忽的加害人承担赔偿责任。第一种情形不仅能够通过过错补偿理论加以支持而且可以通过因果关系理论加以支持,但是第二种情形则几乎无法获得支持。

目前在绝大多数大陆法系国家的民法典中,旁氏规则都被做了一定程度的修改,这些民法典对于受害人的过错与加害人的过错共同导致损害的发生或因受害人的过错导致损害扩大的问题的处理方法可以大致分为以下五类:

1. 这一类民法典中并不明确提出当受害人对损害的发生或扩大具有过错时,应如何处理的问题

例如,《法国民法典》第1382条只是简单的要求一个因其过错而致人损害的人承担赔偿责任。这可能表明一个人并非必定要就因受害人自己的过错而造成的损害承担赔偿责任。然而,学者与法院都认为,在受害人与侵权人的过错相互结合而导致损害时,每一方都应当在一定的范围内负责,并且赔偿的范围要少于当加害人的过错是损害发生的惟一原因时的赔偿范围。然而,并不完全免除加害人的责任。^②法院的判例表明减少的范围取决于各自过错的严重性。许多具有与法国民法典的相似条文的国家也得出了相同的结论。

2. 该类法典的规定乍一看是对旁氏规则的模仿

例如,《阿根廷民法典》规定,导致受害人损害的行为仅仅是因为受害人自身可归责的过错而产生的,加害人不承担责任。这样的规定可以被解释为对罗马法的保留,但实际上它只是针对这样一种情形,即损害完全是由于受害人的过错而造成的。有些民法典在侵权人的责任是严格责任或者过错推定责任时保留了旁氏规则,但在过错责任时不采用该规则。例如,《葡萄牙民法典》(第

^① Michael D. Bayles, Principles of Law, D. Rabel Publishing Company, p. 253. 转引自朱卫国:《过失相抵论》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第4卷,408~409页,北京,法律出版社,1996。

^② A. M. Honoré, Causation and Remoteness of Damage, p. 95.

570 条第 2 款)以及我国澳门特别行政区民法典。《澳门民法典》第 564 条第 1 款规定:“如受害人在有过错下作出之事实亦为产生或加重损害之原因,则由法院按双方过错的严重性及其过错引致之后果,决定应否批准全部赔偿,减少或免除赔偿。”第 2 款规定:“如责任纯粹基于过错推定而产生,则受害人之过错排除损害赔偿之义务,但另有规定者除外。”

3. 此类民法典明确规定,当加害人与受害人的过错共同造成损害时,减少或者免除加害人的损害赔偿责任

《德国民法典》是此类民法典中最为典型的例子,其第 254 条第 1 款规定:“损害的发生被害人与有过失者,损害赔偿的义务与赔偿的范围,视当时的情况特别是损害的原因主要在何方而决定之。”该规定对许多国家或地区的民法典产生了影响,例如《路易斯安那民法典》(第 2303 条)、《瑞士债务法》(第 44 条、55 条、101 条)、《日本民法典》(第 418 条)、《捷克斯洛伐克共和国民法典》(第 348 条)以及我国台湾地区“民法典”(第 217 条)等。它们之间的差别就在于,法院究竟是依据何种标准来减免加害人的赔偿责任。《德国民法典》是要求法官依据案件相应的情形,而其他的民法典中有时涉及过错的程度、或将正义的考虑作为减少的标准。

4. 第四类的民法典区分了损害赔偿的减少与损害赔偿责任的完全免除

《意大利民法典》是一个典型的例子。该民法典第 1227 条第 1 款规定:“如果债权人的过失行为导致损害发生,将根据过失的程度(参阅第 2055 条)及其引起后果的严重程度减少赔偿额(参阅第 2056 条)。”同条第 2 款规定,当债权人只要尽到通常的注意就可以避免损害时,该损害不能获得赔偿。

5. 第五类是 1964 年的苏联民法典以及 1994 年至 1996 年颁布的《俄罗斯联邦民法典》

《苏联民法典》第 458 条规定,只有在受害人具有重大过失的情况下,才会减轻或者免除加害人的赔偿责任,在受害人虽有过失但并不重大的时候,他仍可以获得全部的赔偿。《俄罗斯联邦民法典》第 1083 条在一定程度上延续了《苏联民法典》第 458 条的规定,但又作出了不少改进。继续保留的地方体现在第 1083 条第 1 款与第 2 款的规定。第 1083 条第 1 款规定:“因受害人的故意产生的损害,不应赔偿。”第 2 款规定:“如系受害人本人的重大过失促成损害的发生或使损害扩大的,应根据受害人和致害人的过错程度减少赔偿金额。”而改进的地方在于,首先,该民法典认为,在无过错责任中,如果受害人有重大过失而加害人没有过错时,应当减少或者免除加害人的赔偿责任,但是法律另有规定的除外(第 1083 条第 3 款第 1 句)。而且,对于公民生命与健康造成的损害,不得免除损害赔偿责任(第 1083 条第 3 款第 2 句)。其次,在赔偿额外费用、赔偿

与抚养人死亡有关的损害以及丧葬费时不应考虑受害人的过错(第1083条第4款)。再次,法院可以斟酌致害公民的财产状况,减少其赔偿损失的金额,但是损害是由其故意行为所致的除外(第1083条第5款)。

(三) 现代英美法系的处理方法

普通法中法院也尽力缓和“要么全赔,要么不赔”(all or nothing)规则,因此,法院通过所谓的“最后机会规则”(rule of last opportunity)修正了助成过失的抗辩。依据该规则,如果一方当事人具有能够避免损害事故发生的最后机会,那么该当事人就应当对损害负全部的责任。^①这就使得在被告本来能够避免事故的发生但原告却不能避免的场合,原告尽管自身存在过失依然能够获得全部赔偿。在“Davies v. Mann”一案中^②,原告因过失让驴子在公路上乱走,结果被被告驾驶的马车撞死,原告就驴子的死亡获得了赔偿,因为被告具有避免损害发生的最后机会。《美国侵权行为法重述(第二次)》就采取了最后机会规则,该重述第467条规定:“除非被告有最后清楚机会,原告的助成过失将阻碍其向被告请求被告对之应负责任的伤害的赔偿。”

然而,由于最后机会规则存在大量例外的情形,因此该规则十分复杂,法院的判例也令人糊涂。在“British Columbia Electric Ry. v. Loach”案中,最后机会规则被扩展为“拟制的最后机会”(constructive last opportunity)。依据这样的一个规则,如果不是因为一方当事人的初始过失,本来他是有避免损害发生的最后机会的,那么该方当事人也应当承担责任。大量的法院判决依据因果关系与遥远性来解释最后机会规则。因此,被告没有尽到合理的注意义务被认为是排除了早先存在的原告的过失的介入原因,而原告的过失是其损害的事实上的原因,但并不构成损害的法律原因。尽管有些学者如Glanville Williams认为,最后机会规则与损害的遥远性问题并没有什么关系,但是在整体上法院却是这样看的,于是最后的问题成为“谁造成了这一事故”?^③

无论最后机会规则是否建立在损害的遥远性之上,但是如果依据该规则就认为,在任何案件中只要其过失是最晚出现的人就应当完全承担损害,则显然是不符合逻辑的。因此,当英国在1911年颁布了《海运公约法》(Maritime Conventions Act of 1911)时^④,最后机会规则受到了大量的批评。在“Admiralty Com-

① B. S. Markesinis & Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 4th. ed., Hart Publishing 2002 p. 681.

② (1842) 10 M. & W. 546.

③ W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 15th. ed. 232.

④ 该法律允许海上碰撞的当事人之间依据过错而分担损害。

missioners v. S. S. Volute”案中,英国上议院认为,尽管本案中被告的过失是在原告的过失之后出现的,但是如果原被告之间的过失无法进行“一个时间、空间或环境上的明显分离”以致将被告的过失作为碰撞发生的惟一原因,那么就应当认为原告的过失依然对碰撞产生了作用。^①

1945年英国颁布了《法律改革(助成过失)法》“Law Reform(Contributory Negligence) Act 1945”,这一法律的产生具有两个意义:首先,该法将建立于1911年《海运公约法》上的原则运用于陆上的助成过失;其次,在1945年之前,无论是助成过失还是“要么全赔,要么不赔”都不属于故意侵权行为人的抗辩事由,但是在《法律改革(助成过失)法》颁布之后,助成过失也可以作为故意侵权行为人的抗辩事由。因此在今天,只要受害人具有过错并且该过错对损害具有作用,那么就应当在当事人之间进行损害的分担。该法第1条第1款规定:“任何人因自己的部分过错与其他一人或数人的部分过错而遭受损害的,其损害赔偿请求并不因受害人的过错而丧失,但是与此相关的赔偿金将依据法院在考虑请求人于损害赔偿责任中的作用以其认为正义公平的方式加以减少。”此外,依据该法第4条,所谓“损害”包括财产的损害以及生命与人身的损害,而“过错”包括过失,违反成文法或其他产生侵权责任的作为或不作为,或除该法之外可能产生的助成过失的抗辩。

在美国,自20世纪初叶开始,越来越多的人认为助成过失的抗辩对原告造成了极为不公平的苛刻结果。为此理论界与司法实务界提出了所谓的“比较过失”(comparative negligence)原则,试图以该原则取代僵化而苛刻的促成过失原则。依据比较过失原则,法院在受害人对于损害的发生或者损害结果的扩大也具有过错时,并不一味的否定受害人的损害赔偿请求权,而是将原告与被告的过失加以比较,然后按照比例来分配当事人之间的责任,最后确定原告所能够获得的赔偿数额。1910年,密西西比州(Mississippi)第一个以成文法的形式采取了“比较过失”(comparative negligence)原则,起初该法规定只有人身损害案件采取比较过失原则,1920年时又扩展到了财产损害。随后,许多州都开始采取比较过失原则。1913年是威斯康星州(Wisconsin)与内布拉斯加州(Nebraska),1941年是达科他州(Dakota),1957年是阿肯色州(Arkansas),1964年是缅因州(Maine)。^②截至目前,美国有46个州采取了比较过失原则。在这46个州中,有34个州是以制定法规的方式采用比较过失,而有11个州是以推翻先例的方式采用比较过失。^③

① W. V. H. Rogers, Winfield & Jolowicz on Tort, 15th. ed. p. 233.

② William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts 4th. ed. West Publishing Co. 1971 p. 436.

③ William Burnham:《英美法导论》林利芝译 236页,北京,中国政法大学出版社 2003。

在美国侵权法中,比较过失包括三种类型:一是纯粹的比较过失(pure comparative negligence)。此类比较过失意味着不考虑原告的过失有多大,而是完全按照原告与被告各自的过失比例来分摊损害赔偿。例如,当陪审团认定原告的过失在导致损害的过失中占30%,那么原告只有权要求被告就剩余的70%的损害承担赔偿责任。二是修正的比较过失(modified comparative negligence)。依据此类比较过失,除非原告的过失在导致损害的总过失中所占的比例等于或者少于一半即50%时,原告才有权要求被告赔偿。例如,当原告的过失在导致损害的总过失中占40%时,原告有权要求被告承担其损害的60%的赔偿责任。但是,当原告的过失在导致损害的总过失中占60%时,原告就无权获得任何赔偿。三是轻重比较法(slight-gross approach)。依据该方法只有通过比较原告的过失与被告的过失时,发现前者是轻微的,而后者是重大的时候,才按照过失的比例对损害进行分摊。^①

从理论上说,纯粹比较过失的方法有助于对受害人进行充分的补救,更能体现公平的精神,充分贯彻自己责任的原则。但是在实践中,该方法也会暴露其弊端,主要的弊端有两个:首先,容易引发恶人先告状的情形。美国的西弗杰尼亚州最高法院在一个案件中曾举例说明了纯粹比较过失方法的这一缺陷。该例子为:假设在一起事故中,因A、B的过错致使A遭受了2000美元的损失,而B遭受了80000美元的损失,可归责于A的过错为10%,可归责于B的过错为90%。如果此案适用纯粹比较过失方法,则过错程度较低的A是不会提起诉讼的,因为如果他起诉的话,只能获得1800美元的赔偿。但是如果B反诉的话,A将要向B承担6200美元的赔偿责任,即A承担B的8万美元损失中的10%即8000美元的赔偿责任,然后减去B应当支付给A的1800美元,等于6200美元。而且即使A不提起诉讼,B照样也会起诉。这样一来就会使得哪些过错程度更高的人反而能够获得更多的赔偿,出现“恶人先告状”的局面。反之,如果适用修正的比较过失,由于B的过错程度超过了50%,因此其即便反诉或者首先起诉也无权要求A承担赔偿责任,A如果起诉,则能够获得1800美元的赔偿。^②其次,采取纯粹比较过失的方法可能导致仅仅具有轻微过失的被告要向对损害的发生几乎负有全部责任的原告支付巨额赔偿金的情形。例如,甲的汽车(价值1万美元)与乙的汽车(价值100万美元)相撞,两辆汽车全部毁坏,甲对损害发生的过失为5%,而乙对损害发生的过失为95%。按照纯粹比较过失法,甲有权要求乙就其汽车的损失赔偿9500美元,而乙有权要求甲就其

^① Vincent R. Johnson, *Mastering Torts*, Carolina: Carolina Academic Press, 1995, p. 188.

^② [美]迈克尔·D. 贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,301~302页,北京,中国大百科全书出版社,1996。

汽车损失赔偿 5 万美元,相互抵消后乙仍然有权要求甲赔偿 40500 美元。这种结果显然对于过失极小的甲来说是不公平的。

正是由于上述原因,目前美国各州中采取第一种比较过失方法的很少,只有亚利桑那、阿拉斯加、加利福尼亚、佛罗里达、肯塔基、路易斯安那、密歇根、密西西比、密苏里、新墨西哥、纽约、罗得岛以及华盛顿等 13 个州。至于第三种类型比较过失,目前只有一个州即南达科他州采用。多数州(共有 32 个)采取的都是修正的比较过失。在采取修正的比较过失的州中,又可以分为两类,第一类规定当受害人的过失在造成损害的总过失中所占的比例超过 49%,即等于或大于 50% 时,受害人无权获得赔偿,这些州包括堪萨斯、科罗拉多、缅因、阿肯色、北达科他、田纳西、犹他等 11 个州;第二类规定,当受害人的过失在造成损害的总过失中所占的比例超过 50% 时,受害人无权获得赔偿,这些州包括特拉华、夏威夷、印第安纳、新泽西、宾夕法尼亚、得克萨斯、威斯康星等 21 个州。^①

三、过失相抵制度产生的理论基础

在侵权行为法中为什么会产生过失相抵制度,人们从不同的角度进行了解释,具体来说包括以下几种学说:

(一) 惩罚说

该理论认为,之所以对于那些因自身的过错而共同造成了损害或者导致损害扩大的原告不能给予赔偿,或者减少赔偿,就是为了惩罚这些原告自身的不当行为。该理论是由于哈斯伯里勋爵在 *Wakelin v. London & S. W. R. Co.* 案中提出的。^② 日本民法学界也曾有不少学者赞同此种观点。^③

(二) 损害控制说

该理论认为,社会生活中的每一个人都应当尽到照顾自己,注意自己的财产和人身安全的义务。如果每一个人都能够对自己尽到最大的注意,那么就能够有效的避免损害的发生,因此通过对那些自身具有过失的原告不给予赔偿或减少赔偿,可以促使人们更加注意自身的安全,从而有效的减少损害事故的

^① Dominick Vetri, Lawrence C. Levine, Joan Vogel & Lucinda Finley, *Tort Law and Practice* 2th. ed., LexisNexis 2002 p. 737.

^② [1886] 12 A. C. 41 45.

^③ 李薇:《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》209~210 页,北京,法律出版社,1997。

发生。^①

（三）因果关系说

英国与美国的许多法院希望能够从因果关系的角度对过失相抵制度的合理性加以说明。^② 例如,在条件说(或等值说,the equivalence theory)中,受害人的过错与侵权人的行为或事件的地位是相同的,因此自然就要求双方都在一定范围内对损害负责。如果只有一个侵权行为人,则受害人与侵权行为人各负一半责任,如果是两个侵权行为人则受害人与每一个侵权行为人各负1/3的责任。再如,在必要条件理论中,存在两种可能性:要么加害人与受害人的行为都是损害的必要条件,此时依照双方的过错对损害进行分担,就是一个逻辑上必然的结论,并且增加的危险程度也奠定了具体分担数额的基础;要么仅有一方的行为是必要条件,此时他应承担责任,而另一方无须承担责任。日本民法中,相当长的一段时间内学者们也是以因果关系来说明过失相抵。例如梅谦次郎认为,所谓斟酌受害人的过失,正是因为加害行为的因果关系未及于因受害人过失而产生的损害,所以损害赔偿数额的减额属于因果关系问题。穗积陈重也认为,法官对侵权行为的损害赔偿有较大的斟酌权,其斟酌的根据归根结底还是加害行为的因果关系问题。^③

（四）保护加害人说

此种理论认为,过失相抵制度是过错责任的发展,但与过错责任又有所不同。因为过错责任是以保护受害人为基点,重点在于填补受害人的损害,而过失相抵制度是以保护加害人为基点,重点在于减轻加害人所应负担的赔偿责任。^④

（五）过错责任说

此说认为,过失相抵制度本质上仍然应当认为是过错责任原则的发展,它体现了过错责任提出的应依据过错确定责任和责任范围的要求。这不仅体现了法律所蕴含的公平正义理念,而且更加坚定的维护了责任自负的现代法治精神。^⑤

① Schofield, *Davies v. Mann: Theory of Contributory Negligence*, 1890, 3 Harv. L. Rev. p. 263, p. 270.

② A. M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, p. 96.

③ 李薇:《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》209页。

④ 何孝元:《损害赔偿法》48页。转引自王利明:《侵权行为法归责原则研究》331页,修订版。

⑤ 王利明:《侵权行为法归责原则研究》331~332页,修订版。

笔者认为,上述各种学说都或多或少的说明了过失相抵制度存在的合理性,但是都存在一定的缺陷。首先,就惩罚说而言,我们可以发现在许多案件中原告虽然具有重大的过失,有时其行为甚至构成犯罪,但是却依然获得了赔偿,显然惩罚说无法解释这些案件。其次,就损害控制说而言,该理论虽然能够在一定程度上解释过失相抵制度存在的合理性,但是正如 Prosser 教授所言,该说是一项缺乏任何真实性以及人类经验基础的假定。既然可以说,通过过失相抵制度能够提高人们自我保护的注意程度,那么人们也同样能够认为,过失相抵制度会鼓励那些存在过失的被告希望他所伤害的人也具有过失,从而刺激事故的发生,这种解说同样是合理的。^①再次,因果关系说无法充分的说明这样两个问题,即过失相抵时为什么要对原被告的过失进行比较?在故意的侵权行为中为什么当受害人只有一般过失时不减轻赔偿义务人的赔偿责任?第四,保护加害人说将过失相抵制度的目的解释为保护加害人显然背离了侵权行为法的保护受害人的宗旨,难以令人信服。最后,过错责任说虽然能够解释一般侵权行为中过失相抵制度存在的合理性,但是对严格责任(无过错责任)中为什么也能进行过失相抵却无法作出合理的解释。

综上所述,笔者认为,过失相抵制度存在的理论基础归根结底在于法律的公平精神与侵权行为法的责任自负的原则。因为当受害人的过错与加害人的过错共同导致损害的发生,或者受害人的过错导致了损害的进一步扩大时,如果要求加害人并非自己行为所导致的损害承担赔偿责任,不仅违背了公平的精神而且不符合责任自负的原则。

四、过失相抵的构成要件

(一) 受害人必须具有过错

只有当受害人对于损害的发生或者损害结果的扩大具有过失时,才能够适用过失相抵制度。否则,即便受害人的行为属于导致损害发生或者损害结果扩大的共同原因,也不能适用过失相抵制度减轻加害人的赔偿责任。对此,《人身损害赔偿解释》第2条第1款第1句作出了明确的规定:“受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的,依照民法通则第一百三十一条的规定,可以减轻

^① Prosser, The Law of Torts p. 416.

或者免除赔偿义务人的赔偿责任。”^① 所谓受害人的过错包括受害人故意与受害人过失。例如,《美国侵权行为法重述(第二次)》第466条规定:“原告的成功过失可能是下列两种之一:(a)故意的且不合理的将自己暴露于被告过失行为所造成的危险当中,而原告知道或有理由知道该危险;(b)除a款规定外,(原告的行为)欠缺合理的人为保护自己免受伤害所应当遵守的标准。”

1. 受害人的故意

受害人的故意是指,受害人明知其行为将导致对自己造成某种损害而仍然有意为之的一种主观心理状态。关于受害人故意,需要注意的一点是将其与受害人同意加以区别。受害人同意(consent/ Einwilligung),也称“受害人允诺”或“受害人承诺”,它是指,受害人就他人特定行为的发生或者他人对自己权益造成的特定损害后果予以同意并表现在外部的意愿。受害人的同意既可以是明示(expressly),也可以是默示(implied)的。

在德国法系(德国、瑞士以及奥地利),依据法院判例以及民法理论,受害人就他人所施加的损害(Einwilligung des Geschädigten)作出的有效的同意,将构成违法阻却事由(Rechtfertigungsgrund),他人的损害行为因而不具有违法性(Rechtswidrigkeit),故无须承担损害赔偿责任。^② 在英美侵权法中,受害人的同意能够免除故意侵权行为人责任。英美法院将受害人同意作为被告的一项抗辩事由(defence),从而根本否定侵权行为的存在。

在侵权行为法中,受害人同意与受害人故意之间的关系确实是一个非常棘手的问题。它们之间经常存在相互重合的关系,例如,当受害人同意他人故意对其造成的损害时,其主观上可以说基本上是故意要遭受损害的。法国侵权行为法正是因为受害人同意在很大程度上等于受害人故意才从迂回至因果关系的角度排除加害人的责任。^③

^① 该解释的征求意见稿中曾经只规定了受害人的过失,而没有规定受害人的故意。在我国台湾地区“民法典”中也是仅提到了受害人的过失而没有提及受害人故意。本着举轻以明重的精神,法律或司法解释中只说过失而不提故意是可以的。但是在我国考虑到过失相抵制度并不成熟且一些地方法院法官的法学素养尚待提高,所以应当明确的规定故意与过失两种情形才更妥当。

^② B. S. Markesinis & Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 4th. ed., 80. also see, Jean Limpens, *Liability for One's Act*, *International Encyclopedia of Comparative Law · Torts*, Vol. XI, Chapter 2, Tübingen, 1979, p. 89.

^③ 在法国法中,受害人的同意并不能除去被告行为中的过错因素。因为“一个谨慎的人不会从事一项可归责的行为,即使受害人同意时亦如此。倘若受害人明确向他表示,请求他造成伤害,他也应当依法予以抵制”。法国法认为,尽管受害人的同意不能免除加害人的责任,但是受害人的同意表明了其故意要招致损害,所以他具有故意的过错。法院将按照双方的过错对损害赔偿数额予以估算,确认双方各自给受害人所造成的损害的程度。由于受害人是故意造成自己损害的,因此法院可以判决,按照因果关系受害人的行为是其损害的最近原因(proximate cause),所以侵权行为人的过错已经被受害人的过错所抵消了。实际上,法国法这样的处理方式最终达到的效果与德国法及英美法是一样的,即免除加害人的侵权责任。Jean Limpens, *Liability for One's Act*, *International Encyclopedia of Comparative Law · Torts*, Vol. XI, Chapter 2, Tübingen, 1979, p. 90.

但是,受害人同意与受害人故意之间也存在明显的差别:首先,受害人同意只是适用他人对其进行的故意侵权行为,而受害人故意既可以发生在他人无任何过错的行为当中,也可以发生在他人故意或过失的侵权行为当中。例如,某人因失恋而欲自杀,突然冲向一列疾驰而来的列车,被该列车碾压而亡。此时,列车驾驶员显然是没有任何过错。再如,某甲在被乙故意打伤后,不去治疗而导致伤情恶化,此时甲就乙被打伤的后果主观上是故意,而受害人甲对损害的扩大可能是过失的。其次,法律效果不同。合法的受害人同意能够免除加害人的全部侵权责任,但是受害人故意并非当然免除加害人全部侵权责任。如果受害人对于损害的发生具有故意,则免除加害人就该损害的侵权责任,但是当受害人仅对损害的扩大具有故意时,免除的只是加害人就扩大的损害部分的赔偿责任而非全部责任。再次,受害人同意较为具体,其法律效力通常是局限于已被同意的特定行为且该受害人已被详尽的告知了该行为的后果,从本质上说,受害人同意是受害人对其权利的处分或放弃。但是,受害人故意相应的来说更原则,它在本质上受害人对自我保护义务的违反,该义务包括所有对受害人利益的合法保护。^①

2. 受害人的过失

就过失相抵制度而言,值得重点研究的问题是何谓“受害人的过失”。具体来说,受害人的过失包括以下几个问题:

(1) 受害人过失的性质

受害人的过失通常被界定为:受害人没有采取合理的注意或者可以获得的预防措施来保护其身体、财产以及其他权益免受损害,以致遭受了他人的损害或者在遭受他人损害后进一步导致了损害结果的扩大。例如,A被B打伤手臂后,没有及时前去就医,以致手臂伤势恶化被截肢。

从上述界定来看,受害人的过失主要包含的是对自身安全或利益的忽视。然而,值得考虑的一个问题是:为什么受害人没有采取合理的注意或者可以获得的预防措施来保护其身体、财产以及其他的权益免受损害,就被认为是有过失的呢?对于这一问题有各种不同的回答:

第一种观点认为,现实生活中的每一个人都负有保护自己的人身与财产的注意义务,由于他没有尽到这种注意义务,因此他就具有过失。例如,日本著名民法学家我妻荣教授认为,在社会生活中,每个人不仅应当注意不给他入造成损害,还应当注意不使自己蒙受损害,如果违背上述原则,受害人须忍受其损害。我妻荣教授将注意义务作为诚实信用原则上的义务,凡是违反这一义务的

^① A. M. Honoré, 'Causation and Remoteness of Damage', *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, Chapter 7, Tübingen, 1979, p. 115.

行为就有过失。但是这种观点被大多数学者所否定^①,因为如果肯定每一个人都负有保护自己人身与财产的注意义务,那么就不存在过失侵权行为,任何损害的发生都可以认定为受害人没有尽到保护自己人身与财产的注意义务。

第二种观点认为,应当从受害人的行为是否具有违法性着手来解释受害人的过失,如此方能避免得出人们具有自我保护义务的结论。^②然而,违法性的要件只是对侵权人而非受害人的要求,因为前者被认为承担的是法律责任,而后者仅仅是被否定了全部或者部分的救济而已。

第三种观点认为,可以通过类比没有尽到对他人利益的通常的注意义务就具有违法性,而将受害人未能照顾自己利益的行为看作是具有违法性的。^③但是,这种方法无法行得通的一个主要原因就是,任何人都不对自己负有法定的义务。

第四种观点认为,受害人对侵权人负有一项义务,该义务的内容为:受害人不得因其忽视对自身安全的通常预防措施而将自己暴露于已经产生法律责任的危险当中。例如,超速驾驶人的行为已经对路人造成了很大的危险,因此受害人不应由于自己的疏忽而将自己暴露在这种危险当中,从而遭受损害。该观点虽然有一定的道理,但是并不能解释所有的案件。例如,行人过马路的时候不当心固然是使自己更危险而非使驾车者更危险,但是驾驶重型卡车的司机的过失通常并非使自己更危险,而是使得行人或其他轻型汽车的驾驶者更危险。因此,因其过失驾驶对于别人比对于他自己更加危险,而行人过马路时没有当心仅是使自己而非驾车者更加危险。^④

第五种观点认为,现实生活中,虽然每一个人都负有自我保护的个体性义务,但是一旦纯粹的个人主义外观被抛弃之后,这样一项对自身的义务就与更广泛的对有关系的人的义务以及被告所负有的维护作为整体的社会的义务相结合。这项保护自身及其财产的义务成为对其作为一个社会成员应向社会所尽到的义务的一个方面。即便没有任何法律文本明确的表述此种义务,他也可以由法官依据社会的需要加以确认并且违反该义务构成违法。^⑤

我们认为,上述观点都在某个方面说明了受害人过失的原因,但是仍未触及问题的实质。实际上,受害人的过失不同于侵权人的过失,前者只是在一个

① Leonhard, Schuldrecht, 185; Ehrenzweig, 255.

②③④ A. M. Honoré, Causation and Remoteness of Damage, p. 99.

⑤ Larenz, Vertrag und Unrecht II (Hamburg 1937) p. 100. 目前德国民法学界的通说认为,受害人违反的是“不真正义务”(Obliedenheiten)此种义务是一种程度较弱的义务,其主要特征在于相对人通常不得请求履行,而违反该义务也不发生损害赔偿赔偿责任,只是使得负担此项义务的人遭受权利减损或丧失的不利益而已。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谔译,514页以下,北京,法律出版社,2004;另参见王泽鉴:《债法原理:基本理论·债之发生》,47页以下,北京,中国政法大学出版社,2001。

宽松的或者非技术意义上使用的称谓,因受害人过失而减少其赔偿额的根本原因并非受害人违反了保护自己的注意义务,或者成文的法律规定,而只是基于法律公平的精神与诚实信用原则的要求,使加害人不去承担那部分并非因自己造成的损害。但是就侵权行为人的过错而言,其行为必须是不法的。他必须违反了旨在保护他人而不仅仅是保护其自身的法律规范。因此,过失相抵中受害人的过失包括两种情形:其一,受害人违反法律上的注意义务的要求。现代社会生活中的法律不仅是裁判规范,同时也是行为规范。当行为人没有遵守法律要求的行为规范而遭受损害时,就认为其具有过失。例如,我国《道路交通安全法》第76条第1款第2项规定,原则上机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故的,由机动车一方承担责任。但例外情况是,如果机动车一方有证据能够证明非机动车驾驶人、行人违反道路交通安全法律、法规,且其已经采取必要处置措施的,可以减轻机动车一方的责任。该项中“非机动车驾驶人、行人违反道路交通安全法律、法规”的行为就属于有过失的行为。其二,即便受害人不违背法律上的注意义务而只是单纯的没有注意,如果令赔偿义务人承担全部损害赔偿责任有违公平原则时,也应当据此减轻加害人的赔偿责任。^①

(2) 受害人过失的类型

在德国民法中,按照注意程度的不同,过失可以分为以下几类:第一,重大过失(grobe Fahrlässigkeit),即怠于交易上必要的注意,而产生的不同寻常的疏忽。易言之,行为人以极不合理的方式未尽到交易上必要的注意。在侵权法中,重大过失通常与故意等同处理。第二,一般过失(mittlere Fahrlässigkeit),也称为“抽象轻过失”。《德国民法典》第276条第1款第2项中所谓的“怠于交易上必要的注意”,就是抽象轻过失。这种注意的程度,以有相当思虑经验的人为标准(罗马法上称为“善良管理人”),如果欠缺此种注意,则为抽象轻过失。侵权行为法中所谓的过失多是指抽象轻过失。第三,轻微过失(leichte Fahrlässigkeit),亦称“具体轻过失”,它是指欠缺“与处理自己事务时相同的注意程度”,此类过失应就案件中当事人的主观具体情形加以判断。而在英美侵权行为法中,通常不将过失“negligence”分为重大过失、一般过失与轻微过失,但是当行为具有重大过失时,其行为通常可以构成故意侵权行为。^②

从《人身损害赔偿解释》第2条的规定来看,最高人民法院将受害人的过失区分为两类:一般过失与重大过失。所谓重大过失就是,受害人以极不合理的方式没有尽到对自己利益应有的最基本的注意,而与加害人共同导致自己遭受

① 曾隆兴:《详解损害赔偿法》,649页,台北,三民书局,2003。

② Walter van Gerven, Jeremy Lever & Pierre Larouche, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2000, p. 348.

损害,或者在损害发生后,导致了损害结果的进一步扩大。受害人的一般过失就是,受害人没有尽到作为一个合理的人而应有的对自己利益所应有的注意程度,从而使自己遭受了损害或造成损害结果的进一步扩大。

(3) 如何判断受害人具有过失

在实践中,判断受害人对于损害的发生或损害结果的扩大所具有的重大过失,比较容易,但是如何判断受害人具有一般过失,则较为困难。笔者认为,判断受害人是否具有一般过失的标准就是看他是否违反了一个合理的人对于自己利益所应有的注意程度。申言之,当受害人没有达到一个普通的或合理的人对于自己利益应有的注意程度时,就认为其具有过失。《美国侵权法重述(第二次)》第464条将判断受害人过失的具体标准确定为:“①除非行为人是未成年人或精神丧失的人,为保护自己所应当遵守的行为标准,合理人在同样情况下所应当遵守的标准。②合理人在同样年龄、智慧及经验于同样情况下所应当遵守的标准是未成年人为保护自己所应当遵守的行为标准。”法院在确定受害人的过失时,应当将这样一个假设的人的行为与实际的受害人的行为相比较。如果发现受害人的行为符合这个假设的人的行为标准,那么就认为受害人没有过失,反之则认为具有过失。例如,王某将一封信交给李某暂时保管,该信内装了一枚非常昂贵的钻石戒指,但是王某并未告知李某,结果李某将该信遗失。在本案中,一个合理的人在将如此昂贵的戒指装在信件中交给他人保管时通常都会特别加以说明,而王某只是简单的把信交给李某保管了事,并未告知其信内存有贵重物品,所以应当认定其具有过失。

需要特别指出的一点是,这里用于判断受害人的过失的合理人标准不同于判断加害人过失的合理人标准^①,前者的注意程度应当低于后者的注意程度。之所以判断受害人过失的合理人的标准不同于判断加害人过失的合理人标准,原因有二:其一,通过降低对受害人注意程度的要求,能够增加受害人获得补偿的机会;其二,虽然受害人因其过失而使自己处于危险境地或者导致损害结果的进一步扩大,但是这种过失与加害人使他人处于危险境地的行为相比,存在明显的道德上的差异,法律对于具有不同道德差异的行为应当给予不同的评价。

3. 受害人过错的举证责任

在侵权诉讼中,当赔偿义务人主张受害人的过错从而意欲过失相抵时,应当由其负担举证责任,而受害人不负有证明自己对于损害的发生或损害结果的扩大具有过错的责任。

^① 在英美过失侵权法以及德国侵权法中,当判断加害人是否具有过失时,也存在一个“合理的人”(reasonable man)或“善良管理人”的标准。

（二）受害人的过错行为必须是损害发生或者损害结果扩大的原因

我国《民法通则》第131条规定：“受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。”《人身损害赔偿解释》第2条第1款第1句也规定：“受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的，依照民法通则第一百三十一条的规定，可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。”因此，受害人的过错行为必须与同一损害的发生或者扩大之间存在因果关系。这里要特别强调的一个词就是“同一损害”。最初《人身损害赔偿解释（征求意见稿）》中并没有使用“同一”一词。笔者认为，如果不在损害一词前用“同一”一词加以限定，那么就无法正确地区分过失相抵与因果关系的中断。因为当受害人的故意或者过失导致的不是同一损害的发生或扩大，而是另外一个损害的发生或者与加害人无关的损害的扩大时，则属于因果关系的中断，而非过失相抵。因此“损害”一词应当加上“同一”的限制。^① 最高人民法院正式颁布的解释吸收了该建议，明确提到了必须是造成“同一损害的发生或扩大”，显然更为科学合理。

1. 受害人的过错行为与同一损害的发生或损害结果的扩大之间存在因果关系

判断受害人过错行为与损害之间的因果关系，应当适用与判断侵权行为与损害结果之间的因果关系相同的规则。^② 因此，法院在审理案件中即便发现受害人存在过错，也不能匆忙的进行过失相抵，而是应当判断受害人具有过错的行为与其所受到的损害或者被扩大的损害结果之间是否具有责任成立的因果关系与责任范围的因果关系。如果是，则可进行过失相抵；反之，则不能进行过失相抵。实践中，有些法院由于没有注意到这一点，而简单的认为只要受害人或者其监护人存在过错，就认定构成混合过错，从而进行过失相抵，减轻加害人的赔偿责任。此种做法显然不利于保护受害人的合法权益。

2. 受害人过错行为与同一损害的发生或损害结果扩大之间的因果关系类型

（1）受害人的过错行为与加害人的行为相互结合，共同导致了同一损害后果的发生，即存在“共同的因果关系”（addierte Kausalität）。所谓共同的因果关

^① 参见张国香、尹飞：《侵权人身损害赔偿问题专家谈》中程啸的发言，载《人民法院报》，2003-10-20。

^② 《美国侵权行为法重述（第二次）》第465条第2款做了非常明确的说明，该款规定：“决定原告的过失行为与其所受损害之间的因果关系，与决定被告的过失行为与导致他人伤害的因果关系，适用相同的规则。”

系,也称“结合的因果关系”(combined cause),它是指,加害人行为与受害人的行为相互结合,作为共同原因造成受害人的同一损害。例如,张某在进入某施工现场找自己的朋友李某时,没有按照规定戴安全帽,因工人李某在施工时的过失导致一把扳手从三楼掉下,刚好砸在张某的头上,造成张某受伤。在本案中,张某的损害是由于其过失行为与李某的过失行为相互结合共同造成的,欠缺其中之一,损害都不会发生,因此属于过失相抵的情形。

(2) 受害人的过错行为只是导致了损害结果的进一步扩大,例如,甲某在骑车的过程中因过失将摊贩乙某摆放的水果摊撞到,乙某在摊子倒了以后并未将散落在地上的水果收拾好,而是任其留在地上,结果被往来穿行的汽车压坏。在本案中,水果摊被撞倒的损害只是由于甲某一人的过失行为所致,但是受害人乙某的故意行为导致了损害结果的进一步扩大。因此,也属于过失相抵的情形。

(三) 受害人的行为必须是不当的行为

在认定是否构成过失相抵时,无须要求受害人的行为具备违法性,只要受害人的行为属于不当行为即可。因此,当受害人的行为属于违法阻却事由,如正当防卫、紧急避险以及自助行为时,不构成过失相抵。此外,因见义勇为的行为而遭受损害时,也不构成过失相抵,例如冲进铁轨救出一个小孩,或为了保护有价值的财产而扑灭大火,或者站在街上警告路人注意交通事故造成的障碍等。

所谓不当行为既可以是积极的作为,也可以是消极的不作为。消极的不作为构成过失相抵的情形包括:其一,当重大损害原因存在而赔偿义务人不知道,受害人没有促使赔偿义务人注意,例如,前面所举的那个将装有昂贵钻石戒指的信封交给他人保管,但不加以说明的例子;其二,在损害发生后,急于避免或者减少损害,例如,在受害之后不及时前去就医。

(四) 受害人必须具有过失相抵能力

由于对受害人过错性质的认识不同,因此理论界与实务界对于什么是受害人的过失相抵能力,也存在不同的理解。主要有以下几种学说:

1. 责任能力说

此种观点认为,在适用过失相抵制度时,须受害人具备责任能力。申言之,受害人对其行为具有正常的认识且能够预见到其行为所发生的法律责任。如果受害人属于无行为能力人或限制行为能力人且没有辨识能力,虽然对于损害

的发生或者扩大,构成与有过失的事实,对于加害人的赔偿义务,也不发生影响。^①支持此说的理由主要有:首先,当受害人因其故意或过失而导致损害发生或者损害结果扩大时,从诚实信用原则的角度来看,他不得转嫁给加害人,因为受害人的过错是其违反在社会生活中所负有的尽相当注意以使自己不要蒙受损害的进行生活的义务。因此受害人也具有社会可归责性,其过错与加害人的过错并没有本质上的区别,所以在认定受害人的过错进而过失相抵时,就需要受害人具有责任能力。^②其次,在未成年人作为加害人时,既然要求其必须具备责任能力,才能与法定代理人承担连带责任。因此当未成年人作为受害人时,如果没有责任能力,也进行过失相抵,显然违背公平。^③

2. 注意能力说

此说认为,受害人的过错不同于加害人的过错,因为人们并非一般性的负有不得侵害自己利益的义务,而且过失相抵的功能不过是为了谋求减轻加害人责任的规定,因此无须受害人具有对自己行为所产生的责任的识别能力,而只要其具备避免危险发生的注意能力即可。这个注意能力应当依据具体的案件以及受害人的个别情况加以认定,但是比一般的责任能力要低,通常小学生的程度即具有危险的注意能力,可进行过失相抵。^④

3. 事理辨识能力说

日本最高裁判所在1964年6月24日的判决中提出该说,最高裁判所认为,过失相抵的问题与对侵权行为者的积极地使其负担损害赔偿责任的问题,在宗旨上有所不同。前者不过是在决定因侵权行为而发生损害赔偿数额时,从公平的角度出发对受害人在损害的发生、扩大上的不注意应当如何斟酌的问题,因此在考虑未成年的受害人的过失的场合,该未成年人只要具备足以识别事理的智能即事理辨识能力即可。在该起判决中,最高裁判所对于没有很好的注意机动车、骑自行车带人通过十字路口的两名8岁左右的儿童,认为日常在学校以及家庭中受到关于交通危险的充分的训诫,能够推定为具有对交通危险的辨识能力,因此对父母的抚慰金进行了过失相抵。^⑤由于最高裁判所提出的事理辨识能力低于责任能力与注意能力,因此究竟达到何种年龄,才能认为具备事理辨识能力并无具体的标准。从日本下级法院的一些判例来看,对于5岁以上的受害人基本认定具备事理辨识能力,而对于4岁以下的儿童多否定其具

① 梅仲协:《民法要义》221页,北京,中国政法大学出版社,1998。

② 于敏:《日本侵权行为法》395页,北京,法律出版社,1998;史尚宽:《债法总论》305页。

③ 曾隆兴:《详解损害赔偿法》651页。

④ 加藤一郎:《不法行为》247页。转引自曾隆兴:《详解损害赔偿法》652页。

⑤ 于敏:《日本侵权行为法》397页。

有事理辨识能力。^①近年来,日本法院在判断事理辨识能力的年龄标准继续呈现了下降的趋势,一些法院对于4岁以下的幼儿的过失相抵能力也给予了肯定,刘得宽教授认为,今后的判例还将继续朝着这一方向发展下去。^②

4. 客观说

此说认为,在过失相抵中不以受害人是否具备责任能力、识别能力或者事理辨识能力为要件,只要客观上受害人具有过错,就可进行过失相抵。支持该说的理由主要有如下几点:首先,过失相抵中的“过失”显然不同于侵权责任成立要件中的“过失”,它只是在计算损害赔偿数额的意义上加以使用,不要求受害人具有辨识能力;其次,当受害人属于不具备辨识能力的幼儿时,过失相抵的对象是该幼儿的监护人,理由是监护人监护义务的违反;再次,从加害人的角度来说,受害人如果没有责任能力、识别能力或者事理辨识能力,就不能进行过失相抵,显然是不公平的。^③

5. 我国理论界与实务界的观点

在我国民法理论界,学者多认为,在过失相抵中无须考虑受害人本身是否具有过失相抵能力,理由有二:其一,我国《民法通则》第133条第1款第1句规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。”因此,我国现行法并不承认责任能力对责任承担后果的影响,行为人有无责任能力不影响损害赔偿责任的成立,同样也不影响对过失相抵的运用;其二,在无民事行为能力人或限制民事行为能力人的行为构成损害发生或扩大的直接原因时,应当认定其法定代理人具有过错,进而根据过失相抵制度使加害人减轻赔偿责任。^④

从我国的司法实践来看,各级人民法院在审理无民事行为能力人作为受害人时是否能够进行过失相抵的案件时,也从不考虑受害人自身有无过失相抵能力,相反主要是从监护人是否尽到监护义务的角度上来确定能够进行过失相抵。如果监护人没有对被监护人尽到监护之责任致使被监护人受到他人的伤害,则应当减轻加害人的赔偿责任的问题。例如,在《关于赵正与尹发惠人身损害赔偿案如何运用法律政策的函》(91民他字第1号)等司法解释中,最高人民法院认为:“尹发惠因疏忽大意行为致使幼童赵正被烫伤,应当承担侵权民事责任,赵正的父母对赵正监护不周,亦有过失,应适当减轻尹发惠的民事责任。”

① 李薇:《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》211页。

② 刘得宽:《汽车事故民事责任之探讨》,载刘得宽:《民法诸问题与新展望》231页,北京,中国政法大学出版社,2002。

③ 日本学者森岛昭夫、四宫和夫等人赞同此种观点,详见李薇:《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》212页。

④ 王利明:《侵权行为法归责原则研究》346页,修订版,杨立新:《侵权法论》,上册,345页。

再如,在“李贞顺诉高志坤等损害赔偿案”中,辽阳市宏伟区人民法院认为:“公民的生命健康权受法律保护。高志坤使用的生产工具存在危险,高志坤是应当预见的。院内经常有小孩子玩耍,高志坤也是明知的,特别是在高志坤亲眼看见小孩在车旁玩耍的情况下,没有采取熄火等措施妥善管理,使危险因素持续存在,以致造成了车倾人亡的后果。高志坤明显存在过错,其又未举出证据证明完全由受害人踏翻所致或系他人过错所致,高志坤应承担主要民事责任,承担全部赔偿责任的百分之八十。经查证车倾不是刘畅蹬踏所致,刘畅不存在过错行为,不应对事故承担责任。李贞顺是吴梅花的监护人,应当承担监护职责,在院内能看见吴梅花距三轮车很近的情况下,并深知车上所载物具有危险性,而未对吴梅花及时监管,对事故的发生有一定责任。”因此,判决就原告李贞顺经济损失的合理部分13114.81元,由被告高志坤赔偿10491.85元,原告李贞顺自行负担经济损失2622.96元。

6. 笔者的观点

笔者认为,在过失相抵中应当要求受害人具有过失相抵能力。此种能力为辨识能力,即受害人具备对其行为将会产生某种损害自身利益后果的认识。如果受害人不具备此种辨识能力,即便其监护人未尽到监护义务,也不能以监护人的过失作为受害人的过失,进而进行过失相抵。理由在于以下几点:

首先,侵权行为法以自己责任为原则,即要求任何人对自己过错而产生的后果负责,当受害人为无民事行为能力人或限制民事行为能力人时,其监护人虽然负有“保护被监护人的人身、财产及其他合法权益”的义务(《民法通则》第18条第1款),但是被监护人自身并没有选择监护人权利,也无控制监护人行为的可能,监护人因过失而给其带来的风险自然不应当由被监护人承担。因父母等监护人的过失而使得被监护人的损害无法获得完全的救济,显然是一种野蛮的规定。^①

其次,法定代理人制度是民法为保护未成年人利益而设立的制度,而优先保护未成年人的利益属于民法的基本原则,如果因为未成年人的监护人存在过失,就将其监护过失视作受害的未成年人的过失而进行过失相抵,显然有违法律对未成年人予以优先保护的宗旨。^②

再次,尽管有些人认为,“法定代理人有过失,应许赔偿义务人得为过失相抵之主张,良以此时监督人疏忽,实难辞其咎,如仍认赔偿义务人负完全之损害赔偿之责,显失公平,故与其牺牲加害人之利益,毋宁以因监督义务人之过

^① Prosser, Law of Torts 3rd. ed. p. 305.

^② 王泽鉴:《第三人与有过失》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》,第一册,79页,北京,中国政法大学出版社,1998。

失,而牺牲被害人利益较为妥当;且监督义务人举出其所有过失责任,胥归加害人负担,而已逍遥法外,亦非法之所许。吾人之许赔偿义务人主张过失相抵,盖亦寓有责令监督人妥善保护被害人之意在焉”^①。尽管理论上这些主张似乎颇有道理,但是在实践中,人们经常可以发现,凡是未成年人遭受损害的案件,几乎没有不进行过失相抵的。因为在法官看来,只要未成年人遭受了损害,就可以自动的推定未成年人的监护人具有过错^②,而加害人正好借此逃避了一部分本来应当承担的责任。这样一来,虽然表面上可以通过强化对未成年人的监护照顾义务而有利于保护未成年人,然而真正的结果是未成年人的损害无法获得充分的补救。

最后,世界上许多国家的民法都认为,未成年人对于其法定代理人的与有过失不应当负责,这是一个现代法律的一般发展趋势。^③ 1839年美国纽约法院曾在 *Hartfield v. Roper* 案中宣称,在侵权行为法上未成年人应承担法定代理人的过失,英国也有类似的判例,但是迄今为止多数法院已经放弃了这一看法。^④ 目前英国法院中很少有未成年人被认定与有过失的判决。英国著名法官丹宁勋爵在 *Gough v. Thorne* 案中明确指出:“非常年幼的儿童不能被认定为与有过失。年龄大的儿童也许可以,但是这取决于案件的具体情况。只有当该儿童达到了能够被合理的期待对自己的安全采取预防措施,且他或她具有可归责性时候,法官才能认定该儿童具有与有过失。”^⑤ 奥地利最高法院在一项判决中明确地指出:“对未成年人在民法典第1310条下的侵权能力要根据他们的辨别能力和具体案件中的行为方式加以认定……只有在综合观察案情的基础上才能得出助成过失的正确认定。”而西班牙最高法院也认为,绝不能认定四岁以下的儿童对于自己遭受的损害的助成过失。^⑥ 《美国侵权行为法重述(第二次)》更是在第488条明确规定:“(1)遭受人身伤害的儿童损害赔偿请求不因其父母的过失(无论是否为其监护人)而受阻碍。(2)遭受人身伤害的父母的损害赔偿请求也不因其子女的过失而受阻碍。”德国帝国法院以及联邦最高法院的判

① 何孝元:《损害赔偿之研究》51页。转引自王泽鉴:《第三人与有过失》79页。

② 德国著名的侵权行为法学者冯·巴尔教授就明确地指出:“在孩子受到伤害的情形,父母对注意义务的违反通常是被推定的,所以在认定家长违反了对孩子的注意义务并让其承担助成过失的责任的时候应当小心谨慎。”[德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,上册210~211页。该段译文笔者参照英文进行了适当的修改。

③ 冯·巴尔教授曾言,在整个欧洲已经取得了广泛程度的一致的是,“儿童的父母疏于监督不应造成对儿童之不利后果。儿童不能对那些有义务照顾他们的人承担责任。古老的身份鉴别理论很早以前即已被废除。现在,父母疏于监督,不能对儿童以共同过失进行归责”。[德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,上卷411页。

④ 王泽鉴:《第三人与有过失》79~80页。

⑤ See B. S. Markesinis & S. F. Deakin, *Tort Law* p. 687. also see John Cooke, *Law of Torts*, Beijing: Law Press 5th. ed. 2003 p. 148.

⑥ [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,下卷665~666页。

例也认为,只有当父母或者其他监督人的过失在与加害人的特别结合关系的范围内才能折抵为未成年人自己的过失,否则不能进行过失相抵。例如,如果随着自己父母一同旅行的子女因欠缺父母监督而从火车上掉下来,并受到伤害,则与联邦铁路存在此种结合关系,如果父母很迟才将自己子女交给医师治疗,那么在除去损害时,子女必须承受将自己父母的过失抵做自己的过失。但是在父母对侵权行为共同参与,儿童和青少年无需在特别结合关系之外负责。例如,一名欠缺监督的小孩跑向汽车并受到伤害时,应考虑父母在第三人致害之外的作为连带债务人向子女负责。^①

五、过失相抵适用的主体范围

在社会生活中,每个人都是权利主体与义务主体,他仅对自己的故意或过失行为负责,而不对他人的过错行为负责。一般来说,第三人的故意或过失,对于受害人而言,不过是一种事变,其无须因该人的过错而减少甚或丧失损害赔偿数额。因此过失相抵的基本结构原则上为:一个加害人与一个受害人,因双方的共同过失而引发损害或导致损害的扩大。但是,在第三人与受害人具有较为密切的关系时,如果顽固的坚持上述原则,显然对加害人有失公平,对受害人则过于放纵。因此,各国民法莫不规定,在一定的情况下,第三人的故意或过失也应作为受害人的故意或过失,从而减轻甚至免除加害人的赔偿责任。例如,《德国民法典》第254条第2款规定:“如被害人的过失,系对于债务人所不知或不可得而知的重大损害危险不促其注意或怠于防止或减轻损害者,亦适用前项的规定。于此情形,准用第278条的规定。”第278条第1句规定:“债务人对其法定代理人及为履行债务而使用之人的过失,应与自己过失负同一范围的责任。”再如,《意大利民法典》第1229条规定:“除双方当事人都有不同的意愿外,在履行义务中利用了第三人劳动的债务人,亦要对他们的故意行为或者过失行为承担责任。”我国台湾地区“民法典”第217条第1、2项在规定了过失相抵的具体规则后,于第3项规定:“前二项之规定,于被害人之代理人或使用人与有过失者,准用之。”《日本民法典》第722条关于过失相抵的规定中虽然只是提到受害人的过失,但是最高裁判所早在昭和四十二年6月27日的一起判决中就明确指出:“民法第722条第2款所规定的受害人之过失并非单纯指受害人本人之过失,应广义解释为包括受害人方面之过失在内,”“所谓受害人方面之过失,是指与受害人在身份上或生活关系上形成一体关系的人之过失,如作为受

^① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》520页。

害人之监督者的父母或作为其受雇者的家庭保姆等。”之所以如此的原因在于，“根据公平之理念对所发生的损害在受害人和加害人之间实现公平的分担”^①。

这样，在民法上就提出了一个问题，即过失相抵适用的主体究竟仅限于直接受害人本身，还是应当扩大到与受害人具有一定关系的第三人。因该第三人的过失而导致损害发生或扩大时，是否能够将其过失视为受害人的过失，从而进行过失相抵。对于此点，最高人民法院的《人身损害赔偿解释》第2条没有作出规定，但是实践中必然会遇到此类问题。下面，笔者先对各国判例学说进行简单的介绍，然后提出自己的一些粗浅的见解，以期未来我国民法典中对之加以完善。

1. 德国侵权法

《德国民法典》第254条第2款第2句规定了过失相抵规则准用第278条，关于该句如何适用的问题，第二次世界大战以前德国帝国法院曾有多起判决加以说明，其基本观点可以归纳为两点：其一，第278条的准用体系上虽然在第254条第2款中加以规定，但是对于第1款规定的情形也有适用的余地。其二，第278条既然出现了“履行债务”的用语，因此在加害人与受害人之间已经存在债务关系或者类似关系的场合，受害人才应对其法定代理人或者使用人的与有过失负责。但是，在侵权行为中，受害人仅就第254条第2款关于减损义务的规定，对其履行辅助人的过失负责，这是因为损害行为在当事人之间产生了债的关系的缘故。但是，在损害发生的情形（即第254条第1款）中，过失相抵原则上不能适用，因为此时在当事人之间还没有产生债的关系。例如，儿童因其父亲的照顾不周而被车撞伤时，该儿童对司机的损害赔偿请求权不因法定代理人父亲的过失而受影响，即此时法定代理人的过失不能视作受害人的过失。不过，该父亲在自己的小孩被撞伤后，如果不及时前去治疗以致伤势恶化，则就伤势恶化的部分，该儿童的损害赔偿请求权因其父亲的过失而受到影响。

不过德国有些学者认为，在侵权行为中，受害人的法定代理人或使用人的过失与加害人的过失共同引发损害产生时，也应视作受害人的过失，从而进行过失相抵，即准用第278条。但是，德国帝国法院对该观点进行了否定，其理由为：首先，受害人对自己财产的自我注意属于对自己的义务，它与第278条中规定的履行债务并不相同。其次，如果将过失相抵原则适用于侵权行为，那么将导致法律状态的失衡，因为一方面受害人对于其法定代理人或使用人的过失应当负责；另一方面除法律另有规定外，加害人却并不对自己使用人的行为负责或仅在一定的范围内负责（第831条），这种规定显然不利于受害人。因此，只

^① 李薇：《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》220页。

有将受害人对其受雇人的故意或过失负责的情形也适用第 831 条的规定,才能维持法律上的平衡。再次,依据德国损害赔偿法的基本原则,任何人仅对自己的行为负责,因此自然人对其法定代理人的侵权行为无须承担责任。既然如此,为何在侵权行为的场合,受害人对于其法定代理人的过失要负责呢?最后,即便认为在侵权行为的场合不适用第 254 条的规定,也没有什么不妥。因为加害人在向受害人承担赔偿责任后,可以依据第 840 条以及第 426 条的规定要求与有过失的法定代理人或使用人分担责任。^①

第二次世界大战之后,德国联邦法院对于民法典第 254 条的适用又相继作出了三个判决,基本观点与帝国法院相同。例如在 BGH 9316 案中,某母亲带着四岁半的孩子搭乘联邦火车,该小孩玩弄火车的门锁导致车门打开掉落下来砸伤该儿童,联邦法院认为,在本案中受害人与联邦铁路局之间存在契约关系(即所谓的特别结合关系),其法定代理人没有尽到照顾监督的义务,因此法定代理人的过失应当作为受害人的过失。^②

2. 英国侵权法

1888 年英国贵族院曾经确立了一项所谓的“同一原则”(the doctrine of identification)依据该原则,当与受害人具有某些特殊关系的人的过失与加害人的过失共同造成损害时,该人的过失被转嫁(be imputed to)给受害人,因而受害人具有助成过失。^③同一原则曾在英国侵权法中被广泛的适用,在其全盛时期,孩子因父母的过失而被推定具有过失,货物托管人因保管人的过失而被推定具有过失,乘客因司机的过失而被推定具有过失。这些被推定具有过失的人因与实际具有过失的人具有同一性,因此他无法向加害人要求赔偿。

同一原则因其与个人主义的精神极不相符,显得非常不合理,后来被法院逐渐的加以限制废弃。首先,在孩子因父母亲的过失与加害人的过失相结合而受到伤害时,通常不能将父母的过失视为儿童的过失从而进行过失相抵。儿童不能因其监护人的过失而遭受不利的后果。^④其次,如果受害人的雇员(servant)在履行职务的过程具有助成过失的话,那么该过失就被视为受害人的过失。这一点与加害人应当对其雇员履行职务过程中的过失负责相同。甚至就夫妻而言也是如此,如果他们之间存在雇佣的关系的话,一方的助成过失与加害人的过失相互结合导致另一方损害时,该方的过失也视为另一方的助成过失。例如,当妻子作为丈夫的雇员而开车搭载丈夫时,如果因妻子的过失与第

① 王泽鉴:《第三人与有过失》74 页。

② 王泽鉴:《第三人与有过失》75 页。

③ John G. Fleming, The Law of Torts 8th. ed., London: The Law Book Company Limited, 1992, p. 287.

④ [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,上卷 411 页。

三人的过失导致车祸,以致丈夫受伤,那么丈夫就其人身伤害所能获得的赔偿数额中应当扣除妻子过失所导致的那部分损害。^①但是,原告就其独立合同人或其他代理人的助成过失无须负责,因此不能阻碍原告的诉讼。例如,原告乘坐一辆出租车,结果出租车与他人汽车相撞发生车祸导致原告受伤,原告不仅有权要求该出租车司机赔偿,而且有权要求该他人赔偿。

3. 美国侵权法

在美国侵权法中,按照《美国侵权行为法重述(第二次)》第485条的规定,原则上受害人的赔偿请求权不因第三人的过失而受到阻碍,具体来说体现在以下几方面:

首先,丈夫或妻子的过失,不阻碍另一方就人身伤害而向他人请求赔偿。(第487条)

其次,父母的过失不阻碍未成年子女就人身伤害向他人请求赔偿,未成年子女的过失也不阻碍父母就其人身伤害向他人请求赔偿。(第488条)

再次,动产寄托人因寄托物或自己受伤害而向他人请求赔偿的,不因受害人的过失而受阻碍。(第489条)

第四,车内的旅客或免费搭乘的乘客因第三人的过失所导致伤害而请求该第三人赔偿时,不因其运送人或主人的(与有)过失而受阻碍。(第490条)

第五,有赔偿请求权的人向有过失的被告提起诉讼时,必须以他人的名义提起或必须与他人共同提起时,该他人的过失不阻碍赔偿。(第492条)

第六,父亲或者母亲就其因丧失未成年子女的劳务提供或为照顾该未成年子女而支出的医疗费用而请求赔偿的,不因另一方的过失的阻碍。(第494 A条)

最后,除非成文法有其他规定,否则依有关死亡的成文法的某一受益人的与有过失不阻碍为其他受益人的利益而请求的赔偿。(第493条)

但是,《美国侵权行为法重述(第二次)》规定了以下几项例外的情形:

(1)雇主向有过失的被告请求赔偿,因其受雇人在雇佣职务范围内的过失而受阻碍。(第486条)

(2)数人短暂合伙经营事业,而合伙团体中的一人就其中任何人的过失导致他人遭受的人身伤害应当承担责任的,团体的一人对于这种他人中的一人或数人就其所受伤害请求赔偿时,因团体的其他人过失而受阻碍。数人短暂合伙经营事业,团体中的一人向团体中的其他请求赔偿,不因该受请求人过失而受阻碍,但对其他无过失的团体组成成员的请求赔偿则受阻碍。(第491条)

^① R. F. V. Heuston & R. A. Buckley, Salmond and Heuston on the Law of Torts, London: Sweet & Maxwell 20th. ed., 1992 p. 511.

(3) 原告对于第三人的健康或生命负有法律上的保护利益,因该第三人遭受伤害或死亡而提起赔偿诉讼时,倘若该第三人的过失本来就会阻碍他自己提起赔偿诉讼的,则原告的请求赔偿也因而受阻碍。(第494条)

(4) 当符合以下条件时,父亲或者母亲因其法律上保护的未成年子女提供劳务的利益受到损害而请求赔偿时,该赔偿请求受到阻碍:(a)未成年子女年纪太小以致没有能力有效的行使自我保护的注意;(b)未成年子女的无能力是伤害或死亡的协助因素;(c)父或母怠于行使合理注意以避免该未成年子女置由于其缺乏自我保护能力而可以合理预见到的伤害。(第496条)

4. 日本侵权法

根据日本法院的判例,过失相抵中受害人的范围不限于直接受害人,受害人的过失被扩张为“受害人方面”的过失,具体包括以下几类情形:

(1) 死者的过失

在受害人死亡の場合,其配偶、子女或者父母继承其损害赔偿请求权而请求损害赔偿时,受害人的过失被视为受害人方面的过失。例如,甲因过失驾车而与超速行驶乙的汽车相撞以致身亡,受害人甲对于损害的发生显然也具有过失,因此在其父母继承他的损害赔偿请求权而向加害人乙请求赔偿时,甲的过失也被视为父母的过失,从而减轻加害人乙的损害赔偿责任。

(2) 监督义务人的过失

监督义务人的过失是指不具备事理辨识能力的受害人,如幼儿的监督义务人,具有的过失。所谓监督义务人包括亲权人(即在法律上、身份上具有监督义务的人)、同居的亲属(即在身份上、生活上与受害人具有一体关系的人)以及受上述亲权人、同居的亲属的委托的人(如保姆、临时来家中照顾幼儿的亲戚)等。^①在以往日本的判例中认为,对子女提起的损害赔偿请求只要子女本身没有过失,即便是监督义务人如父母具有过失,也不能进行过失相抵。后来多数学说对此种见解进行了批判,这是因为按照原先判例的见解,赔偿请求因由谁提起而产生了不均衡的状态,因此学者认为从公平的角度出发,父母的过失也应当作为受害人的本身的过失,对子女提起的赔偿请求权也应进行过失相抵。^②受到此种多数学说的影响,现在日本的法院认为,因这些监督义务人的过失而使幼儿遭受损害时,该监督义务人的过失作为幼儿的过失,从而适用过失相抵。如果作为受害人的儿童具有事理辨识能力,则监督义务人的过失不能作为儿童的过失进行过失相抵,只有在儿童本身具有过失时才能进行过失相抵。

① 李薇:《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》221页。

② 于敏:《日本侵权行为法》403页。

(3) 受害人的近亲属

当受害人的近亲属如配偶、父母、子女等的过失行为而与加害人的过失行为相结合导致损害的发生,或者造成损害结果的进一步扩大时,该近亲属的过失被认为是受害人的过失从而进行过失相抵。例如,妻子开车而丈夫乘车,由于妻子的过失该车与另一辆车的驾驶者的过失结合以致撞车,导致丈夫受伤,此时受伤的丈夫的损害赔偿请求应适用过失相抵。

(4) 受雇人的过失

所谓受雇人的过失是指受害人即雇主的受雇人的过失。当受害人本身不存在过失,而只是其所雇佣的人在从事雇佣活动中的过失与加害人的过失共同结合造成了受害人损害时,因此该受雇人的过失应当作为雇主的过失,从而进行过失相抵。学说上对此给予的解释是:当加害人的过失与受雇人的过失结合而造成雇主损害时,该两人为共同侵权行为人,受雇人作为共同侵权行为人应当分担的数额就必须由雇主加以承担,因此可以预先通过过失相抵的方式对于此等损害从加害人的赔偿责任中加以扣除。^①

5. 笔者的观点

笔者认为,在过失相抵中虽然不能僵化的把受害人的过失限定于直接受害人的过失,但是也不能过分的扩大为:只要与受害人有一定关系(无论法律上的还是生活的)的第三人存在与有过失,就统统视为受害人的过失从而进行过失相抵。在判断过失相抵中受害人的范围上,应当坚持这样几个标准:

(1) 只有在那些具有辨识能力的无民事行为能力人或限制民事行为能力人自身具有过失的时候,才能进行过失相抵。如果仅仅是他们的监护人对损害的发生或者扩大具有过失,那么该监护人的过失不得作为被监护人的过失,而进行过失相抵。原因在于:首先,当监护人的监护过失与加害人的过失共同造成被监护人损害时,监护人与加害人之间实际上属于共同侵权行为人,他们应当承担连带赔偿责任。如果将监护人的过失视为被监护人的过失从而进行过失相抵的话,那么被监护人就有权要求监护人就被扣减的损害赔偿数额承担责任。事实上,被监护人显然无法针对监护人提起这样的诉讼。其次,被监护人无法选择谁是他的监护人,更无法确保监护人是否恰当的履行监护义务,因此将监护人的与有过失作为被监护人的与有过失就没有正当的基础。上述原则的例外为:首先,法律存在相反的规定;其次,监护人因被监护人的死亡而就自身所遭受的损害要求赔偿(如精神损害赔偿、因悲痛而生病的治疗费用)时,才能进行过失相抵,但是,如果父亲或母亲因丧失未成年子女的劳务提供或为照顾该未成年子女而支出的医疗费用而请求赔偿的,不因另一方的过失而进行过

^① 于敏:《日本侵权行为法》404页。

失相抵。

(2) 雇主因雇员在执行雇佣活动中的与有过失而遭受财产损害时,该雇员的与有过失可以视为雇主的与有过失,从而减轻加害人的赔偿责任。但是,在雇主遭受人身伤害时,其雇员的与有过失不得视为雇主的与有过失进行过失相抵。其原因在于:将雇员的过失视为雇主的过失从而对雇主所受到的损害赔偿进行削减的理论根据与雇主责任相同。但是,在侵权行为法中,雇主责任的价值基础是雇主必须为其雇员的过失对第三人负责,因为雇员在他的雇佣活动中是为雇主的财产利益而非人身利益而服务,因此从过失相抵的角度来看,只有雇主遭受财产损害时,用雇员的过失来对抗雇主才是正当的。^①但是,当雇主的生命、健康等具有比财产利益更高价值的利益受到损害时,不能将雇主与雇员等量齐观。

六、过失相抵的效果

过失相抵产生的法律效果就是赔偿义务人的赔偿责任的减轻或者免除。不过,在今天除了极少数的情况外,过失相抵不会导致赔偿责任的完全免除,而只是由受害人与赔偿义务人根据具体情况分担损失。所谓“极少数的情况”,如《葡萄牙民法典》第570条第2款规定,如果赔偿责任是源于简单过错推定,则受害人的过错就排除损害赔偿义务;再如奥地利民法典第1308条规定,即使受害人只有轻微的过错也能够排除那些不具有归责能力的被告的赔偿责任。^②尤其需要指出的一点是,对于受害人遭受人身伤害时,即便受害人对于损害的发生具有极为严重的过错时,除非他是故意的且加害人没有任何过错,否则不能免除加害人的赔偿责任。因为在受害人因加害人具有过错(哪怕是极为轻微的过失时),倘若因受害人自身的过错而进行完全免除加害人的过错,必将出现道德上令人难以忍受的结果,这与人类社会的普遍情感也是相违背的。正因如此,《俄罗斯联邦民法典》第1083条第3款第2句才规定,对于公民生命与健康造成的损害,不得免除损害赔偿义务。

七、过失相抵的方法

在受害人对于损害的发生或者扩大具有过错时,如何进行过失相抵值得研究。因为过失相抵方法的确定具有重要的意义:首先,过失相抵属于法官职权

① [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,下卷 673 页。

② [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,下卷 651 页。

范围内的事项,由法官基于其自由裁量权加以确定,因此通过确定具体可行的过失相抵方法可以有效地避免法官在判案中的任意与武断,为法官提供参考标准;其次,可以避免法官在裁量时的重复劳动,有利于准确快捷的解决纠纷;再次,可以有效地保障各个法院之间判决的统一,维护法律的权威,有效地保护当事人的合法权益。

笔者认为,确定过失相抵的方法需要区分以下几种不同的情形:首先,应当区分受害人的过错究竟是和加害人的过错相结合而造成损害的发生,还是在损害发生后造成损害结果的进一步扩大。因为在前一种情形中,不仅需要通过比较加害人与受害人的过错、原因力而对损害进行分割,而且还要考虑其他因素如不可抗力、第三人行为对损害的影响;而后一种情况只需要从因果关系上加以判断即可。其次,当受害人的过错与加害人的过错相互结合而导致损害发生的时候,要区分究竟是受害人单方遭受损害,还是加害人与受害人均遭受损害。因为在前一种情况中只需要对受害人的损害进行分割,而后一种情形中可能需要对双方损害的总和进行分割。

(一) 受害人的过错造成了损害结果的扩大

当受害人的过错只是造成了损害结果的进一步扩大时,如果赔偿义务人能够证明与受害人的过错具有因果关系的被扩大的损害结果究竟是哪些的时候,法官应当将该扩大部分从损害赔偿数额中加以扣除。如果赔偿义务人不能证明该被扩大的损害结果的时候,则仍应当要求其就受害人的全部损害承担赔偿责任。例如,甲将乙的手臂割破,乙因过失而未及时就医导致伤势恶化最终被截肢。此时,甲应仅就手臂被割破而遭受的损害承担赔偿责任。但是,如果受害人是故意造成损害结果的扩大,则不属于过失相抵,而属于因果关系的中断。因为此时受害人的故意行为已经构成了介入原因,从而中断了加害人行为与损害后果之间的因果关系。例如,张某在李某家中做客时不慎碰坏李某的名贵玉雕老鹰的一个翅膀,李某一怒之下将该玉雕摔坏,此时张某只需要对李某玉雕老鹰翅膀损坏的后果承担赔偿责任,而无需对整个玉雕毁坏的后果承担赔偿责任。

至于满足什么样的条件才构成“新原因的介入”,从而减轻被告初始不法行为的赔偿责任,并没有一项精确的或一致的标准。该问题只能“在考虑案件的所有情事,尤其是介入的行为或事件的性质的基础上”加以回答。^①归纳起来,相关的考虑因素有四项:其一,介入进来的第三人行为是否导致被告的初始不

^① Clerk & Lindsell on Torts, 17th. ed., London: Sweet&Maxwell, 1995, p. 55.

法行为仅属于原告事故的一部分?其二,第三人的行为是故意的还是完全不合理的?其三,介入的行为能否为被告所预见?其四,第三人的行为是否完全与被告的行为无关?实践中,法官常常是综合考虑上述四项因素。^①

(二) 受害人的过错与加害人的过错 共同导致同一损害的发生

1. 只有受害人一方遭受损害的情形

在受害人的过错与加害人的过错共同导致损害发生,且只有受害人一方遭受损害时,如何进行过失相抵,各国的做法不尽相同,归纳起来大体有三种类型:

(1) 比较原因力的强弱加以确定

此种类型以德国为代表。《德国民法典》第254条第1款规定:“损害的发生被害人与有过失者,损害赔偿的义务与赔偿的范围,视当时的情况特别是损害的原因主要在何方而决定之。”从该规定可以看出,德国侵权法中主要是通过比较受害人的过失与加害人的过失对于损害发生的原因力的强弱来进行过失相抵。法院通常将受害人的过失行为与加害人的过失行为对损害发生的原因力进行比较,确定各自原因力的百分比之后进行责任的分摊。例如,受害人的行为对损害发生的原因力占据引发整个损害结果原因力中的30%,而加害人的行为的原因占据70%,则损害赔偿额的确定也按照这一比例。

(2) 比较过错的大小加以确定

此种类型以美国各个州的比较过失法为代表。例如,在采取纯粹的比较过失(pure comparative negligence)的州,如亚利桑那、阿拉斯加、加利福尼亚、佛罗里达等州,陪审团应当完全按照原告与被告各自的过失比例来分摊损害赔偿责任。例如,当陪审团认定原告的过失在导致损害的过失中占30%,那么原告只要求要求被告就剩余的70%的损害承担赔偿责任;而在采取修正的比较过失(modified comparative negligence)的州,如特拉华、夏威夷、印第安纳、新泽西、宾夕法尼亚、得克萨斯、威斯康星等,除非原告的过失在导致损害的总过失中所占据的比例等于或者少于一半即50%时,原告才有权要求赔偿。例如,当原告的过失在导致损害的总过失中占40%时,原告有权要求被告承担其损害的60%的赔偿责任。但是,当原告的过失在导致损害的总过失中占60%时,原告就无权获得任何赔偿。

此外,法国的许多判例也表明,法官在过失相抵时,主要考虑的是通过将受

^① Clerk & Lindsell on Torts, 17th. ed. p. 55.

害人过错的性质与程度与加害人过错的性质与程度进行比较,从而确定应当减少的赔偿数额。例如,当受害人的过错在导致损害发生的过错中占40%,而加害人的过错占60%时,则损害赔偿责任的分摊也按照这一比例进行。

(3) 综合考虑过错与原因力加以确定

此种类型以英国、荷兰与日本为代表。在英国的侵权法中,法院在认定了受害人具有助成过失后从而减轻被告的赔偿责任时,都要既考虑受害人过失的程度也要考虑其过失行为对损害的原因的大小。英国著名的法官丹宁勋爵在“Froom v. Butcher”案中,曾明确指出“不仅要考虑特定因素的原因力,而且要考虑其可归责性”^①。《荷兰民法典》第101条第1款规定:“于损害也可归责于共同导致损害发生的受害人之情事,通过在受害人与负有救济义务的人之间对损害的分担,减轻救济的义务。减轻的比例,以其对造成损害所起作用之大小定之。依过错程度之不同或案件的其他情事,双方分担的损害份额可以不同;甚或按照平衡原则的要求,可以完全免除救济的义务或完全不由受害人分担损害。”日本法院在进行过失相抵时,要综合考虑受害人与加害人过失的大小、原因力的强弱以及其他事项而作出决定。^②此外,美国《统一比较过失法》也采取了综合考虑过错与原因力的做法,该法第2条(b)规定:“在决定过错的比例时,陪审团既应当考虑有过错的各方当事人的行为性质,而且要考虑他们的行为与损害之间的因果联系。”

(4) 笔者的观点

从目前侵权法的发展趋势来看,大多数国家在进行过失相抵时的主要考虑因素就是受害人与加害人各自的过失对损害发生的原因力的比例^③,完全只考虑过失或原因力的情形都非常少。因为当人们说受害人的过失与加害人的过失的比例是进行损害分摊的基础时,那么这个受害人的过失也必须是对损害的发生具有促成作用的过失;而当人们认为以加害人与受害人各自对损害发生的原因力的比例作为损害分摊的基础时,受害人这一对损害的发生也具有原因力的行为必定是有过错的行为。因此,过错与因果关系是过失相抵时都必须考虑的要素。尽管法院在进行过失相抵时都自觉或不自觉的将过错的程度与因果关系作了某些混合,尽管这种混合是不符合逻辑的,但是人们可以接受这一实践,因为其实际的效果是:责任是根据正常人所认为是公平合理的那些标准进行划分的,而他们在确定这种标准时已经将所有因素都考虑进去了。^④

① B. S. Markesinis & S. F. Deakin, Tort Law p. 688.

② [日] 於保不二雄:《日本民法债权总论》,141页,台北,五南图书出版公司,1998。

③ [德] 克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,下卷,652页。

④ [美] 迈克尔·D. 贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,302页,北京,中国大百科全书出版社,1996。

对此,我国司法实践与理论界基本上予以肯定。但是,在学者之间就何者为主,何者为辅,却存在一些争议。

有的学者认为,在确定混合过错责任范围的时候,过错程度起到决定的作用,原因力对于混合过错责任范围的影响只具有相对性。双方当事人行为的原因力的大小尽管也影响混合过错责任范围的大小,但其受到双方过错程度的约束或者制约。因此,确定混合过错责任的基本方法是,以过错比较为主要的决定因素,以原因力的大小作为相对的调整因素,综合确定混合过错责任。具体来说,原因力的此种相对性作用表现为:第一,如果当事人双方的过错程度无法确定时,应当以各自行为的原因力大小,确定各自责任的比例。第二,如果双方当事人的过错程度相同时,各自行为的原因力大小对赔偿责任起到微调的作用,即双方原因力相同或相差不悬殊的时候,承担同等的责任;如果差别悬殊,则原因大的一方承担更大的赔偿责任。第三,当加害人依其过错承担主要责任或次要责任的时候,双方当事人的原因力也是起到微调的作用,即原因力相等,依据过错比例确定赔偿责任;原因力不等,依据原因力大小调整赔偿责任。^①

我国一些法律采取的是依据过错程度确定责任的方式,例如《海商法》第169条第1款规定:“船舶发生碰撞,碰撞的船舶互有过失的,各船按照过失程度的比例负赔偿责任;过失程度相当或者过失程度的比例无法判定的,平均负赔偿责任。”一些地方法院也在司法实践中采取了按照过错确定赔偿责任范围的方法。例如,江苏省高级人民法院颁布的《关于审理人身损害赔偿案件若干具体问题的意见》第16条规定:“对损害的发生和扩大,侵害人和受害人都有过错的,应当根据各自的过错程度,责令其承担相应的民事责任:(1)受害人有一般过错的,可以根据其过错程度,适当减轻侵害人的民事责任;(2)受害人具有故意或重大过失,行为人只有轻微或一般过错的,可以免除行为人的民事责任;(3)侵害人和受害人的过错大致相当的,一般应当平均分担民事责任。”

有的学者则认为,在进行过失相抵时应当主要考虑双方当事人行为对损害后果的原因力,适当兼顾过失程度:首先,如果损害主要是由于加害人的行为所造成的,应当减少或者不减少加害人的赔偿责任;其次,如果损害主要是由于受害人的行为所造成的,应大部分减轻或免除加害人的责任;再次,当加害人存在故意或者重大过失时,不得免除其责任;最后,当受害人存在故意或者重大过失时,得免除加害人的责任。^②

笔者认为,在进行过失相抵时,究竟以过错为主还是以因果关系为主应当依据所适用的归责原则的不同而有所区别。在过错责任原则中,应当主要按照

① 杨立新:《侵权法论》,上册,343~344页。

② 张新宝:《中国侵权行为法》611页,第二版。

加害人与受害人过失的比例确定最终的责任分摊,当然这里所谓的受害人与加害人的过失都必须是与损害之间存在因果关系的。不过受害人轻微的过失,如其过失在整个导致损害的过失中所占的比例低于10%时,通常就不予考虑,加害人仍然需要承担全部的赔偿责任。毕竟法律不同于科学,不可能精确到一分一厘的地步。然而,在严格责任中,如果法律允许在某些情况下进行过失相抵的话,那么去比较受害人与加害人之间的过失就显得没有多大意义。此时应当主要依据加害人与受害人的过错行为对损害发生的原因力。例如,在高度危险作业中,受害人的重大过失可以减轻加害人的责任,但是就高度危险作业而言,是不需要考虑加害人的过错的,所以无需也不应将受害人的过错与加害人的过错加以比较。

2. 受害人与加害人双方遭受损害的情形

此种情形最经常的发生在交通事故中。例如,两车驾驶者均有过失,以致撞车双方都受伤的情形。对此,我国《道路交通安全法》第76条第1款规定:“机动车之间发生交通事故的,由有过错的一方承担责任;双方都有过错的,按照各自过错的比例分担责任。”一些地方法院也是采取此种做法,例如,江苏省高级人民法院颁布的《关于审理人身损害赔偿案件若干具体问题的意见》第17条规定:“当事人双方均有过错、互有损害的,应当根据各自的过错大小比例承担相应的民事责任。除双方损害程度、过错比例均相当外,一般不宜采取损失自负的方法。”实践中,就双方过错互致损害时如何进行过失相抵以确定加害人的赔偿责任时,存在两种方法:

(1) 单一主义

单一主义是将加害人与受害人的损害相加,然后以该损害总额乘以加害人与受害人各自的过失比率,计算出他们分别应当分摊的损害。例如,甲乙两车相撞,甲的过失比率为60%,而乙的过失比率为40%,甲车的损害为10万元,而乙车的损害为20万元时,计算出甲应当赔偿的乙的数额过程为:首先,将两人的损害10万元与20万元相加,得出总的损害为30万元。然后,将甲的过失比率60%乘以总的损害30万元,即为18万元;将乙的过失比率40%乘以总的损害30万元,为12万元。再次,将乙的损害20万中扣除其应当自行负担的12万元,结果乙有权要求甲承担的赔偿数额为8万元。

(2) 交叉主义

交叉主义是指双方可以各就自己所遭受的损害向对方请求承担应当分摊部分的损害,以前面的例子来说明就是:甲的损害为10万元,其过失比率为60%,因此可以向对要求承担的赔偿数额为 $100000 \times (1 - 60\%) = 40000$;而乙的损害为20万元,过失比率为40%,因此乙可以向甲要求承担的赔偿数额为:

$200000 \times (1 - 40\%) = 120000$ 。然后将乙与甲的赔偿责任相互抵消,则乙有权要求甲承担的赔偿数额也是8万元。

实践中,为了避免加害人与受害人之间相互求偿的不便,通常都是采取单一主义,不过在保险理赔上,究竟采取哪一种方法则取决于保险合同的内容。

3. 对加害人、受害人过错行为之外的其他因素所造成的损害是否分摊以及如何分摊

当加害人的过错行为、受害人的过错行为与其他因素如恶劣的天气等结合而造成损害时,就该加害人与受害人之外的因素是否在过失相抵中加以考虑,其所造成的损害是否需要分摊等问题,值得研究。日本民法学上处理该问题的学说有两种:

(1) 绝对说

此说认为,应当忠实地遵守民法关于过失相抵的规定,在进行过失相抵时,只应当根据受害人的过失轻重决定过失相抵比例,进而减轻或者免除加害人的赔偿责任。受害人只对由自己的过失而造成的那部分损害承担赔偿责任,加害人不仅要对自己过失造成的损害承担赔偿责任,还要对由于天气恶劣、道路状况不佳等因素造成的损害承担赔偿责任。例如,加害人的过失为60%,受害人的过失为20%,而由于不可抗力等原因为20%时,加害人应当承担的损害赔偿赔偿责任为受害人总损害的80%。

(2) 相对说

此说认为,应当根据加害人的过失与受害人的过失的比例来确定过失相抵率,当部分损害是由于存在于加害人与受害人之外的原因所引发的时候,该部分损害应当由双方按照过失相抵比例进行分摊。按照相对说,前面所举的例子中,加害人承担的损害赔偿赔偿责任应为受害人总损害的75%。

目前,在日本民法学界相对说占据统治地位,学者认为此说更加公平合理:因为过失相抵的本质并非侵权行为责任的成立要件,而是决定损害赔偿数额的手段,它所遵循的原则是公平性和妥当性,它所参考的因素应当是与事故相关的各个方面的因素,其目的旨在实现“损害的公平分担”。^①笔者也赞同相对说。

八、对过失相抵规则适用的限制

在《人身损害赔偿解释》第2条第1款第2句中,最高人民法院对过失相抵

^① 李薇:《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》217页。

规则的适用作出了一项例外性的规定:即当侵权人是因故意或者重大过失而致人损害的,而受害人只有一般过失时,不能运用过失相抵规则来减轻赔偿义务人的赔偿责任。这种规定在其他一些国家中也有,例如,在英国,依据1945年的《法律改革(助成过失)法》,助成过失这一抗辩适用于一切侵权行为,但是对于贿赂、欺诈以及1977年《侵权行为法》第11(1)条规定的侵占行为以及故意侵入动产的行为则不适用。^①在美国,助成过失或比较过失也绝对不能适用于故意的侵权行为。当被告故意殴打他人而致其受伤时,被告不能以该他人在遭受殴打时没有及时躲避因而有过失为由,要求减轻甚至免除责任。^②

之所以最高人民法院的《人身损害赔偿解释》作出上述规定,其理由主要有以下几点:首先,当加害人是出于故意或重大过失而侵害他人的人身或财产时,其主观恶性非常大,而如果此时仅仅因为受害人的一般过失就减轻加害人的赔偿责任,必然会鼓励甚至纵容不法侵害他人的行为,不利于对受害人的保护与对加害人的惩治。其次,加害人故意或重大过失侵害他人时,其具有对自身行为的控制程度显然高于一般过失侵害他人的情形,他完全有能力控制自己不去侵犯他人,因此法律上就应当将更多的要求施加于加害人身上,而不是施加在受害人身上。再次,既然法律上对于那些限制或者免除造成对方人身伤害的责任或者因故意或者重大过失造成对方财产损失的责任的条款都予以禁止(我国《合同法》第53条),原因是这些条款违反公序良俗。^③同样的道理,如果在加害人故意或重大过失而受害人只有一般过失的时候,对加害人的赔偿责任进行减免,显然也违背了公序良俗。

九、过失相抵与无过错责任

就过失相抵能否适用于无过错责任或者严格责任的情形,各国立法、司法以及民法理论中都存在比较大的争论。一种观点认为,首先,由于无过错责任或者说真正意义上的严格责任并不是在一切方面都遵循传统侵权行为法的规则,它虽然存在于私法体系当中,但是却具有社会法的特征,它主要是通过第三人责任险的发展而变得可能和必要的社会团结的一种形式。^④严格责任旨在通过责任保险的方式分摊那些在人类社会文明发展过程中出现的不幸。因此,没有必要将过失相抵适用于其中。其次,如果允许过失相抵可以适用于无过错责

① [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,下卷 655 页。

② Vincent R. Johnson, *Mastering Torts* p. 189.

③ 王利明:《合同法研究》,第二卷 477 页,北京,中国人民大学出版社 2003。

④ [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,下卷 657 页。

任或严格责任必然对受害人不利,因为受害人因自己的过错而必须承担的那部分损害由于法律的或者事实上的原因无法通过保险的形式加以消化。再次,严格责任更多的立足于个案的公平,但是过失相抵更多的是基于一般的公平理念,因此过失相抵在严格责任中的内容将面临很大的压力。没有太大的争论,法国最高法院就持此种观点,以前该法院曾经认为在《法国民法典》第1384条下确立的严格责任中,如果受害人有过错可以减轻甚至免除被告的责任,后来法院认为只能减轻责任。到了20世纪80年代,法国最高法院通过一个判例明确指出,过失相抵不能运用于第1384条下的责任。^①

另一种观点认为,在严格责任或无过错责任中,过失相抵也有其适用的余地。当受害人具有过错时,不仅能够减轻甚至免除加害人的责任。因为在无过错责任中,如果不适用过失相抵规则,那么受害人在遭受损害后可以任由损害的扩大,这样显然违反法律公平的精神。美国统一比较过失法、葡萄牙民法典、荷兰民法典以及我国澳门特别行政区的民法典和我国台湾地区“最高法院”采取此种观点。^②例如,《澳门民法典》第564条第2款规定:“如责任纯粹基于过错推定而产生,则受害人之过错排除损害赔偿之义务,但另有规定者除外。”《俄罗斯联邦民法典》第1083条第3款第1句规定,在无过错责任中,如果受害人有重大过失而加害人没有过错时,应当减少或者免除加害人的赔偿责任,但是法律另有规定的除外。《美国统一比较过失法》第1条第2款明确规定,严格责任中如果受害人存在过失时也可以进行比较过失。该款的官方评注写道:“尽管严格责任有时也称为绝对责任或无过错责任,但是它仍然被包含在内。不合理危险活动(abnormally dangerous activities)的严格责任与产品责任都与作为法律问题的过失具有很大的相似性,事实认定者(the factfinder)在认定过失的比例时没有什么困难。生产出一种对于使用者或公众具有危险性的产品,或者从事一项对于附近的人具有危险的活动,本身就包含了可以被衡量和比较的过失在内,尽管它本质并非过失。”我国学者多认为,无过错责任或严格责任中可以运用过失相抵规则。^③

最高人民法院的《人身损害赔偿解释》也采取了第二种观点,该解释的第2条第2款规定,在适用《民法通则》第106条第3款的规定确定赔偿义务人的赔偿责任时,当受害人有重大过失时,可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。所谓“重

① [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,上卷,152页。

② 我国台湾地区“最高法院”在1990年台上字第2734号判决中认为:“民法第217条有关受害人与有过失之规定,于债务人应负无过失责任者,亦有适用。”详见黄茂荣主编:《民法裁判百选》,129页,北京,中国政法大学出版社,2002。

③ 王利明:《侵权行为法归责原则研究》,353页,修订版,杨立新:《侵权法论》,上册,343~344页;朱卫国:《过失相抵论》,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第4卷,437页,北京,法律出版社,1996。

大过失”指的是受害人以极不合理的方式没有尽到对自己利益应有的最基本的注意,而与加害人共同导致自己遭受损害,或者在损害发生后,导致了损害结果的进一步扩大。而所谓《民法通则》第106条第3款的规定确定赔偿义务人的赔偿责任指的就是“无过错责任”。关于我国《民法通则》中哪些条款是对无过错责任的具体规定,学者之间存在争论,但是达成共识的一点,《民法通则》第123条的规定属于无过错责任的规定。

笔者赞同在无过错责任或者严格责任中过失相抵也有适用余地的观点,但是必须对过失相抵的条件进行严格的限制,具体来说包括两项要件:

其一,受害人具有重大过失。理由在于:既然各国立法都承认在无过错责任中^①,受害人的故意可以作为免除责任的事由,而在民法上重大过失常常等同于故意,因此受害人对损害的发生或者损害结果的扩大具有重大过失时,虽不能认为免除加害人的赔偿责任,但是至少应当减轻加害人的责任。只有这样才能实现法律上的均衡状态。

其二,加害人没有过错或者仅具有轻微过失。之所以要求加害人没有过错或者仅具有轻微过失是因为,在加害人没有过错或者仅具有轻微过失的时候,损害的发生纯粹是一种不幸,对于这种不幸受害人也应当在一定程度上加以避免或者控制。如果在受害人具有重大过失而加害人也具有过错时候就减轻加害人的赔偿责任显然不妥,因为即便在过错责任中,当加害人具有故意或者重大过失而受害人只具有一般过失的情形下都不能减轻加害人的赔偿责任(《人身损害赔偿解释》第2条第1款第2句),那么在无过错责任的时候仅仅因为受害人具有重大过失而完全不考虑加害人的过错显然是不适当的。所以对加害人过错的要求虽然没有明确的表现在《人身损害赔偿解释》第2条的第2款,但是将该款与同条第1款第2句的规定相结合应当能够得出上述结论。

十、过失相抵与精神损害赔偿

因受害人的过错而导致损害发生或者损害结果扩大时,加害人能够被减轻的不仅是对受害人财产损害的赔偿责任,而且包括向受害人负担的精神损害赔偿。对此,最高人民法院颁布的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第11条作出了明确的规定,该条规定:“受害人对损害事实和损害后果的发生有过错的,可以根据其过错程度减轻或者免除侵权人的精神损害

^① 我国《民法通则》也不例外,该法第123条规定:“从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的,应当承担民事责任;如果能够证明损害是由受害人故意造成的,不承担民事责任。”

赔偿责任。”^①

至于司法实践中如何减轻加害人承担的精神损害赔偿 responsibility, 有两种不同的做法: 其一, 在确定受害人的抚慰金时就将受害人的过错考虑进去, 从而斟酌出一个适当的数额; 其二, 应当先不考虑受害人的过错而确定其能够获得的抚慰金的数额, 然后依据受害人的过失比率加以减少。我国台湾地区的司法实践常采用第二种方法。^②

笔者认为, 在我国大陆司法实践中也应当采取第二种方法。因为最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 10 条第 1 款所明确的, 法官确定精神损害的赔偿数额依据的因素中并不包括受害人的过错, 相反对受害人过错减轻或免除加害人精神损害赔偿责任的規定是单独作为一条即第 11 条。所以, 司法实践中法官应当首先依据《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 10 条第 1 款所列举的因素, 确定受害人能够获得的抚慰金的数额, 然后依据受害人对损害事实和损害后果的发生所具有的过错比率, 进行扣减。

^① 一些地方法院的指导性文件也曾作出过明确的规定, 例如北京市高级人民法院 2000 年印发的《关于审理人身损害赔偿案件若干问题的解释》第 27 条规定: “对于损害事故的发生, 受害人也有过错的, 应根据其过错的比例酌情减轻致害人的赔偿责任, 包括经济赔偿责任和精神损害赔偿。”

^② 曾隆兴:《详解损害赔偿法》661~662 页。



公信力与物权行为无因原则

叶金强

叶金强 南京大学法学院副教授 ,清华大学
法学院民商法博士生。

一、物权行为理论：基本框架

(一) 何谓物权行为

物权行为与债权行为相对应 ,均属于法律行为的一种 ,而法律行为是以意思表示为要素 ,并依意思表示的内容发生法律效力的行为。故物权行为当然也系依意思表示的内容发生法律效力。所不同的是 ,物权行为中当事人所表示的为物权变动之效果意思 ,而在法律效果上则表现为发生物权变动之效果。这样 ,可以将物权行为界定为 :以物权变动之意思表示为要素 ,可直接发生物权变动效力之行为。

但是 ,有学者认为物权之意思表示本身并非法律行为 ,只有物权之合意 ,与登记或交付相结合 ,始能构成一个法律行为。^① 该观点将登记与交付作为物权行为的成立要件 ,故可称为成立要件说。但也有学者认为 ,物权意思表示本身即为物权行为、登记或交付则为其生效要件^② ,该观点可称为生效要件说。

对于上述的争论 ,笔者倾向于生效要件说。而成立要件说所持理由中 ,最值得关注的是其所谓的法制史角度。^③ 实际上 ,罗马、日耳曼法上的交付形式 ,似系被当作意思之表示本身来看待的。这样 ,交付当然是行为的构成要素。只是 ,在现代法上 ,当事人应可依交付、申请登记之外的方式来完成内在意思的向

^① 参见吴光明 :《论基于法律行为之物权变动》,载谢在全等 :《民法 70 周年之回顾与展望纪念论文集(三)》,125 页 ,北京 ,中国政法大学出版社 2002。

^② 参见王泽鉴 :《民法学说与判例研究》(5) 7 页 ,北京 ,中国政法大学出版社 ,1998。

^③ 参见谢在全 :《物权行为之方式与成立要件》,载杨与龄主编 :《民法总则争议问题研究》,215 ~ 218 页 ,台北 ,五南图书出版公司 ,1999。

外表示^①,而且,依私法自治精神,也不应限定当事人变动物权意思之表示形式。这样,交付、登记就可简化为仅是公示要求的体现,而与行为的构成无关了。在动产买卖中,当事人可以约定自合同订立时所有权即发生变动,交付于是变成了纯粹的债务履行行为,与物权变动无关。而在无明确的物权变动意思之表示时,特定背景下的交付仍可视为物权变动意思之表示,如此也不发生残留履行的问题。但在不动产交易中,强制性的登记公示要求,使得以申请登记之外的方式来完成物权变动意思之表示,没有意义。不过,要件性质的争论并不具有多大的实益。但这里所讨论的交付、申请登记与意思表示的联系,在下文物权行为独立性的讨论中,具有意义。

(二) 物权行为之独立性

物权行为理论是以物权行为独立性为起点的。独立性意味着物权行为是一个区别于其他行为的独立存在。学者指出,所谓独立性,指的是可发生物权变动效果的法律行为独立于作为变动基础的法律行为而存在,又称分离主义(Trennungsgrundsatz)。^②不过,分离主义与物权行为独立性的侧重点应有所不同。

通说认为,物权行为理论系德国法儒萨维尼(Savigny)在其名著《现代罗马法体系》中所提出,并为德国民法所采纳。^③有趣的是,萨维尼学说系以一种也许不完善、且肯定不符合现代要求的科学方法找到物权合同,用“结构”发现了物权合同。^④罗马法中出于“清偿原因”的略式转让是抽象的,出于买卖原因的略式转让也估计是抽象的。如果略式转让不以有效的买卖,即不以有效的债的行为为要件,那么为了使略式转让可以移转所有权,就需要一个与买卖合同不同的有效合意为要件。这样,通过逻辑推理就得出了一个不同于买卖合同的物权合同。这个逻辑顺序并非由物权合同中推理出抽象性,而是从抽象性中推理出物权合同。^⑤于是,交付成为了一个真正的契约。

物权行为既然具有独立性,就会有其独立的内容、要件及法律效果。民法

① 按照成立要件说的逻辑,不动产权变动中,似应将当事人之登记申请视为成立要件,而不是登记本身。因为,是登记申请担当了物权变动意思之表示的功能,而所谓公法行为在私法上可视为事实行为,进而成为法律行为的成立要件的观点,难于成立。

② 参见苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《国有法制与当代民法学》280页,台北,三民书局,1997。

③ 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(5) 6页,北京,中国政法大学出版社,1998。

④ [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,167页,北京,法律出版社,2003。

⑤ [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,212页,北京,法律出版社,2003。

总则关于法律行为的规定,也应当可以适用于物权行为,诸如行为能力、意思表示健全等要求,在物权行为上同样存在。^① 物权行为可以进一步划分为单方物权行为与物权合同,而物权合同常与债权合同相伴而生,并且会发生物权合同的效力是否受债权合同效力影响之问题,即物权行为有因还是无因的问题。

(三) 物权行为之无因性

根据行为与其原因的关系,可将行为区分为要因行为和无因行为。其区分标准是:法律行为本身是否包含着一项法律原因;或者法律行为是否需要具备一项法律原因,否则就会受到不当得利的追究。^② 物权行为之无因,系指将其基础关系从物权行为中抽离,使行为效力不受基础关系的影响。在物权行为系为了清偿因债权行为而发生的债务时,债权行为就是物权行为的原因^③,正是因为有此债权行为,当事人才作出该物权行为。故通常所言物权行为无因性,即系指物权行为之效力不受作为其基础的债权行为效力的影响。

以“抽象物权契约”为特征的德国民法,深受萨维尼理论的影响,建构起了精致的物权行为理论。德国学者在物权行为无因性上,区分内在的无因与外在的无因。外在的无因性,指处分行为的效力不以该行为以外存在的负担行为的效力为前提;内在的无因性,又称内容上的无因性,指处分行为本身在内容上是无目的的。处分行为当事人无需就给予财产行为的目的达成一致。^④

由于下文的讨论主要是针对狭义的无因性,即外在的无因性,故这里先对内在的无因性作简要的讨论。根据内在无因性,处分行为本身在内容上是无目的的,所以在道德上也应是中立的,故原则上不能仅因处分行为的内容而认定它违反善良风俗。^⑤ 物权行为仅以物权之变动为其惟一之内容,不含有其他目的及动机,系属中性行为,不具有伦理色彩,故不会有违反公序良俗的情形。^⑥ 对此,赫克(Heck)提出了严厉的批评,认为善良风俗的规定旨在保护伦理利益,物权变动本身身及伦理利益的情形绝非不存在,以物权行为无因性为由,而承

① 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(5),13页以下,北京,中国政法大学出版社,1998。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,169页,北京,法律出版社,2000。

③ 但有学者指出,严格而言,只能说债权行为创设了以物权变动为标的的债务,“清偿”该债务才是物权行为的原因。参见苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《国有法制与当代民法学》,298页,台北,三民书局,1997。

④ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,177页,北京,法律出版社,2000。

⑤ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东、程建英等译,621页,北京,法律出版社,2003。

⑥ 但是,在第三人利益或公共利益因物权行为而受损时,得认为该物权行为因违反公序良俗而无效。参见郑冠宇:《物权行为无因性之突破》,载《法学丛刊》,第172期,64页。德国司法判例也越来越多地认为,对物权行为之价值内容也要予以审查。参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,97页,北京,法律出版社,2004。

认物权移转效力以保护交易安全,无异于将交易利益置于伦理利益之上。^①笔者认为,这里发生冲突的确系伦理利益与交易安全利益,但是很难断言二者孰轻孰重。内在无因性的目的也正意在阻止因伦理利益的考虑而影响物权变动效力,以免对交易安全构成威胁。而且,内在无因性只有在外在无因性的前提下,才有意义。如果外在有因,则原因行为效力对物权行为效力的影响,将使得再讨论内在是否有因没有意义。由于伦理利益的弹性及强势地位,其可能冲破外在无因性而影响物权变动效力,而内在无因性正可以对此发挥弥补的功能。可见,内在无因性与外在无因性相互配合,共同服务于交易安全保护之目的。但是,个案中的伦理利益与交易安全利益发生冲突时,以内在无因原则这样无任何弹性的规则来解决,也是不妥当的,伦理利益与交易安全利益之间也不是简单的谁战胜谁的问题。故这里需要引入弹性机制,以确定伦理利益与交易安全利益之间的合理边界。而且,内在无因性与外在无因性一样,在有更好的保护交易安全的制度时,将会因失去意义而被否定。

物权行为无因性的主要功能,是保护交易安全。学者指出,无因原则使取得人可以不必要对其前手们之间的原因行为进行考察。民法典旨在通过无因原则,维护法律交往的方便性和安全性。^②取得人的取得,不受物权行为之基础债权行为效力的影响,从而保证了后一交易在性质上为有权处分,交易安全因而得到保障。但是,物权行为无因性在保障交易安全的同时,也制造了新的不公平。为此德国法对物权行为无因性进行了缓和,使其相对化,这具体体现在以下三个方面:瑕疵共同(Fehleridentität)、条件关联(Bedingungszusammenhang)、法律行为一体性(Geschäftseinheit)。^③

二、物权行为：独立与否、有因还是无因

(一) 物权行为可否独立存在

物权行为理论主张物权行为独立而且无因。从逻辑角度而言,物权行为独立应是其无因的前提,但是,物权行为独立并不必然导致无因。独立性和无因性之间不存在任何体系逻辑关系,物权行为可以独立而无因,也可以独立而有

① 参见肖厚国:《物权变动研究》,138页,北京,法律出版社,2002。

② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,178页,北京,法律出版社,2000。

③ 参见郑冠宇:《物权行为无因性之突破》,载《法学丛刊》,第172期,66页。

因。^①正如学者指出的那样,抽象原则并不是区分原则的组成部分,并且也绝不是其必然的结果。^②这样,物权行为独立之后,会产生有因独立与无因独立之分,并会发生有因主义之下的物权行为之独立还有无意义之问题。对此,学者认为,物权行为独立性既为债权、物权及负担行为、处分行为二分法逻辑上推导出来的结果,并无其他目的,即不能说独立则应采无因始有意义。^③笔者认为,物权行为可独立存在,同时主张对物权行为应采有因主义。下文拟先论证物权行为的独立性,然后再对有因主义之下的物权行为独立之意义作简要分析。

物权行为可独立存在的论证,可从逻辑、价值及事实三个层面来展开。

首先,自民法体系逻辑而言,大陆法系民法既承认物权、债权之分,则债权的发生与物权的变动遂应成为可区分之法律效果。对于这两种不同的法律效果,若推究其发生的原因,则除了依法律规定直接发生之外,尚有基于当事人意思而发生的可能。在基于当事人意思而发生物权变动之效果时,对于产生法律效果的法律事实,显然冠以物权行为之名是妥当的。学者指出:当民法决定借法律行为这样的高度抽象的概念来落实私法自治理念,又决定把相对的、请求性质的债权与绝对的、支配性质的物权区隔时,生活中的一笔交易可能在法律关系上要拆解为数个行为,就已无可避免了。^④债权契约仅发生特定给付之请求权而已,债权人不得依债权契约而直接取得物权。故应认为债权契约之外,有独立之物权移转之原因即物权契约之存在。^⑤只要我国民法理论还承认物权、债权、亲属权等基本民事权利的划分,就同样必须承认物权行为这样一种法律行为的客观存在。^⑥

其次,从价值层面而言,私法自治是民法之核心价值基础,而法律行为系践行私法自治的工具。若不承认物权行为,就会发生社会生活中何以发生物权变动效果之疑问。虽然物权变动之效果可因法律规定而直接发生,但每一项此类规定均有其具体的考量,且在无此类规定时,物权变动之效力仍只能向当事人自治的方向上进行探寻。而依私法自治而发生物权变动效力者,则只能是物权行为。无当事人相应的物权变动之意思,而发生物权变动之效果,有违私法自

① 参见苏永钦:《物权行为独立性与相关问题》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,32页,台北,五南图书出版公司,1999。

② 参见德特雷夫·约斯特:《区分原则与同一原则的体系比较分析》,王晓晔译,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》,96页,北京,法律出版社,2003。

③ 苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《固有法制与当代民法学》,299页,台北,三民书局,1997。

④ 参见苏永钦:《物权行为独立性与相关问题》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,27页,台北,五南图书出版公司,1999。

⑤ 参见张龙文:《论物权契约》,载《民法物权论文选辑(上)》,20页。转引自谢哲胜:《物权行为独立性之检讨》,载谢哲胜:《财产法专题研究》,90页注释,台北,三民书局,1998。

⑥ 谢怀栻、程啸:《物权行为理论辨析》,载《法学研究》,2002(4)。

治精神,除非有充分的理由,不可承认。^①对此,“一个意思表示含有两类效果意思”的主张^②,似乎可以成为有力的反驳理由,因为,此时的物权变动仍然是“紧扣在行为人所表示的意思上”^③,与私法自治并无冲突。但是,并非所有情形均能作这样的解释。而且,当将买卖合同解释为既含有发生债权之效果意思,又含有物权变动之效果意思时,此“买卖合同”还是纯粹的债权合同吗?^④实际上,此时的“买卖合同”已经转变为广义的非典型合同,且属于非典型合同中的契约联立。^⑤若能以此否定物权行为的独立存在,为何不能以此否定债权行为的独立存在呢?这里,行为可以与其他行为合一,这一事实对该行为的可独立性没有丝毫影响。并且,此处的债权行为与物权行为合一,系当事人选择的结果,当事人也完全可以选择不将二者合一。而否定物权行为的可独立性,还可能不当影响当事人的此项选择自由。

再有,从事实层面而言,社会生活中大量存在着独立的物权行为,否定物权行为可独立存在的理论,将无法发挥理论应有的解释功能。例如,所有权抛弃行为在现实生活中频繁发生,法律也承认所有权抛弃行为可发生所有权消灭的效果。这样,基于消灭所有权之效果意思,抛弃所有物而使所有权消灭之行为,依照否定物权行为存在之理论,就无法确定其性质。同样的困难还发生在以简易交付完成的赠与行为之中。当受赠人已占有赠与物时,赠与人与受赠人变动所有权的合意即可直接发生赠与物所有权的移转效力。此时,并无债权债务发生^⑥,当事人行为的性质,非承认物权行为,不可能得到合理的解释。此外,在设定动产抵押权的场合,因采行意思主义,物权变动的发生无需办理抵押权

① 例如,在动产与不动产发生附合的情况下,动产所有权无当事人相应意思即行消灭之规则,即系基于经济合理性的考量,而以补偿请求权置换动产所有人的物权,以维持物的现状。

② 参见崔建远:《无权处分辨》,载《法学研究》2003(1)。

③ 苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《固有权制与当代民法学》282页,台北,三民书局,1997。

④ 在以一个意思表示含有双重效果意思来解释当事人行为的其他场合,也存在同样的质疑。不过,笔者并不否定一个意思表示可含有双重效果意思的可能,并且认为此种解释可沟通行为效果与行为意思,彰显私法自治精神。笔者反对的仅是以此来否定物权行为可独立存在的论点。

⑤ 传统非典型契约理论虽是仅限于债权契约类型的讨论,但这并不妨碍将该理论运用到债权契约和物权契约的联立之上。其共通的基础应在于私法自治的理念。而在法律适用上,可分别适用债权契约和物权契约的规则,也符合非典型契约的一般理论。此时,物权契约效力的发生以出卖人有处分权为必要,并受形式主义规则的约束。而之所以属于契约联立而不是混合契约,原因在于该契约中包含了买卖之债权契约和物权契约的完整内容。有关非典型契约的理论,可参见王泽鉴:《债法原理》(1),110~115页,北京,中国政法大学出版社,2001。

⑥ 科宾认为,一个合同总是产生出特定的对人权(right in personam),即受约人对立约人提出请求的权利,由赠与等直接而简单的让与行为所产生的法律关系,都不含有其双方当事人之间的任何特定的权利和义务,这种法律关系乃是对物关系。参见[美]科宾:《科宾论合同》,王卫国等译,12页,北京,中国大百科全书出版社,1997。这里,虽然英美法赠与规则不同于大陆法,英美法也无物权行为与债权行为之分,但是,科宾在此表达的意思实质上就是认为,赠与不涉及合同关系,而是对物关系。与此类似但又不同于此的是,在大陆法的背景下,笔者主张,以简易交付完成的赠与行为性质上为物权行为。

登记。这样,无登记约定时,抵押人与抵押权人的合意之中仅有变动物权之效果意思,而无发生债权债务之效果意思。故该合意当然属物权合意,设定行为为典型的物权行为。

物权变动之效果与债权发生之效果常相伴而生。以买卖为例,所有权变动和买卖双方债权、债务产生之效果均有发生,并且系为不同的效果意思所推动。在当事人将这两项效果意思纳入一个意思表示加以表示时,法律强行将其拆分为两个行为,只有在物权行为采用无因原则时,方为合理,因为惟有拆分才可能保持物权变动效果的独立性。笔者主张物权行为采用有因原则,故此时不主张将一个行为拆分为两个行为。^①但是,应予强调的是,此时的不拆分,于物权行为和债权行为具有相同的意义,不能据此否定任何一个行为的可独立性。而这里值得关注的是当事人未将或者无法将这两项效果意思纳入一个意思表示加以表示之情形。此时,法律关系的分析必须仰赖物权行为概念。^②对此,笔者现略举一二:其一,当买卖合同中没有明确表达物权变动之效果意思,并且无法通过解释得出当事人的此种效果意思时,债权行为与物权行为就独立开来了。此时,买卖合同为债权行为,而动产买卖当事人系通过交付向外表示了自己的物权变动效果意思,不动产买卖当事人系通过登记之申请向外表示了自己的物权变动效果意思。从而,独立的物权变动效果意思,支撑起了一个与买卖合同分离的物权行为。其二,当买卖合同中无法同时表达物权变动之效果意思时,债权行为与物权行为也就不得不独立开来。例如,在种类买卖或未来物买卖中^③,买卖合同订立时,买卖之标的物尚不确定或不存在,根本无法在买卖合同中同时表示物权变动之效果意思,只有待到标的物特定或未来物生成时,才可能为物权变动之意思表示。这样,前后相继、相互独立的不同效果意思,支撑起的当然是不同的法律行为。^④其三,当买卖合同中当事人明确约定仅发生债权债务,不发生物权变动效果时,债权行为与物权行为的分立也十分显明。其四,买卖

① 拆分本身便是虚构,无因原则下的虚构,可为稳定物权变动效果服务,而有因原则下的虚构,则无任何实益。

② 我妻荣先生认为,日本民法并不要求物权行为必须要有形式,所以在无法从外部认识之法制之下,即使承认物权行为之独立性,也没有特别的实益。参见[日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,53页,台北,五南图书出版公司,1999。笔者认为,物权变动立法模式在这里的影响,主要体现在:意思主义立法中当事人将两种效果意思纳入一个意思表示之中的意义更大,此时,物权变动效力直接发生是可能的,而形式主义立法之下,不动产物权变动效力是不可能脱离登记而发生的。但是,即使意思主义立法模式之下,也存在当事人无法将两种效果意思纳入一个意思表示之中的情形。

③ 参见苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《国有法制与当代民法学》291页,台北,三民书局,1997。此外,苏永钦先生还分析了远距或远期交易、整批交易、代理交易、附所有权保留交易中,物权行为的独立存在。

④ 已有学者指出,很明显,种类买卖对于法律体系的要求是支持区分原则的。参见德特雷夫·约斯特:《区分原则与同一原则的体系比较分析》,王晓晔译,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》,101页,北京,法律出版社,2003。

中价金所有权发生了移转,但买卖合同中当事人一般仅有承担支付价金义务之约定,而无价金所有权变动之约定。^①故价金所有权变动之意思表示,往往透过支付行为得以表达。这样,支付价金行为系以变动价金所有权之意思而发生价金所有权变动之效果的行为,性质上也为物权行为。^②

上述可见,无论是从逻辑、价值,还是从事实层面分析,均应承认物权行为的可独立性。惟一似乎言而有据的,是当物权合同与债权合同发生联立,即当事人将物权变动效果意思与发生债权债务效果意思纳入一个意思表示之中的情形。而此时,就像不能据此否定债权行为的可独立性一样,也不能据此否定物权行为的可独立性。

物权行为采用有因原则时,物权行为独立还有无意义,学界有不同观点。有学者指出,物权行为制度作为一个整体,应含有独立性与无因性两部分,仅有前者,物权行为除了具有理论上的抽象性外,在法律效果上难见其意义。^③根据有因性原则,物权合同实际上只具有描述性的作用,……所以荷兰讨论的物权合同是纯粹概念上的物权合同,与实践没有任何关联。^④笔者认为,上述观点主要是针对前文所言当事人将两种效果意思纳入一个意思表示之中的情形而言的。此种情形中,物权行为之有无,确实纯粹是解释问题,并且笔者也觉得此时将一个意思表示解释为一个行为也更为合理。但是,“物权行为独立性与无因性只是全部物权行为理论中很小的一部分”^⑤,其主要系针对物权行为与债权行为相伴生的情形。而且,即使在此种情形下,若当事人未将两种效果意思纳入一个意思表示,则否定物权行为的存在,将当事人两个意思表示解释为一个法律行为,更不妥当。物权行为独立性不容否认,民法是否承认物权行为,这个问题本身就是有问题的^⑥,承认剔除了无因性的物权行为理论,至少具有以下意义:可使法律行为概念更为精致;使法律理论可合理解释社会生活,避免出现无法解释现实的理论困境;可为设定不同的行为生效要件提供方便;把物权行为区隔出来,可使立法者在干预社会过程的“强度”上又多了一些弹性。^⑦

① 学者认为,至少在现金支付时需要买卖合同双方当事人另外达成合意。参见德特雷夫·约斯特:《区分原则与同一原则的体系比较分析》,王晓晔译,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》,103页,北京,法律出版社,2003。

② 有学者认为,在现金交易行为中,通常不需要当事人从事负担行为,因为在这种负担行为可能产生的时候,它就已经履行完毕了。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,171页,北京,法律出版社,2000。如此,则现金交易行为中,仅有物权行为存在。

③ 参见崔建远:《解释选择的多重路径》,载崔建远主编:《民法九人行》,170页,香港,金桥文化出版有限公司,2003。

④ [德]Ulrich Drobnig:《论物权变动》,于海涌译,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第22卷,340页,香港,金桥文化出版有限公司,2002。

⑤⑥ 谢怀栻、程啸:《物权行为理论辨析》,载《法学研究》2002(4)。

⑦ 苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《固有法制与当代民事法学》,293页,台北,三民书局,1997。

（二）物权行为无因原则之检讨

自德国法确立物权行为无因原则之后,围绕该原则的争论便没有停止过。笔者主张否定物权行为无因原则。这里,先对支持无因原则的理由作简单的反驳,并就无因原则的弊端作一分析,而公信力对无因原则的替代问题,则留待下文详细展开。

支持物权行为采无因原则者认为,采物权行为无因原则主要基于以下理由:采无因原则可保护交易安全,可避免不动产让与时登记机关实质审查该让与之“原因关系”,便利不动产交易^①;有助于法律适用^②;贯彻私法自治原则;体现五编制法典编撰技术的要求^③;发展了法律行为理论,使法律关系理论最终臻于完善^④。

就上述理由而言,不可否认的是,无因原则确有维护交易安全的功能。但是,下文的分析将显示,公信力制度可以为交易安全提供更为妥适的保护。而对于所谓简化不动产登记程序、便利不动产交易之理由,已有德国学者指出,在办理登记时,申请登记者应证明什么、登记官吏应审查什么,均与物权取得的有因性、无因性全然没有联系,而仅是一个立法政策上的问题。^⑤至于有助于法律适用、贯彻私法自治原则、体现五编制法典编撰技术的要求、发展法律行为理论之理由,实际上仅与物权行为独立性相关,承认物权行为可独立性,即可实现这些目标。否定物权行为无因原则,对这些目标的实现均不构成实质性影响。

但是,物权行为无因原则的适用,却会产生不公平的后果。该后果主要体现为过度损害了原权利人利益,使其他人获得了本不该获得的利益。首先,无因原则的适用,使得受让人的债权人获得了过多的保护。依无因原则,受让人的物权取得不受基础关系效力的影响,基础关系的无效仅使得出让入获得不当得利返还请求权。该请求权为债权请求权,当受让人破产时,出让人只能和受让人的一般债权人共同就包括了所转让财产在内的受让人的全部财产,按债权比例获得清偿,而不能像采有因原则时那样取回所转让的财产,维护自己的利益。受让人之一般债权人就所转让财产申请强制执行时,出让人也无法提起异议。学者指出,抽象物权契约在效果上对受让人的债权人提供了普遍的保护,

① 参见吴光明:《论基于法律行为之物权变动》,载谢在全等:《民法70周年之回顾与展望纪念论文集(三)》,126页,北京,中国政法大学出版社,2002。

② 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(1),264页,北京,中国政法大学出版社,1998。

③ 参见田士永:《物权行为理论研究》,351页以下,北京,中国政法大学出版社,2002。

④ 参见孙宪忠:《物权法论》,164页,北京,法律出版社,2001。

⑤ 参见陈华彬:《论基于法律行为的物权变动》,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第6卷,145页,北京,法律出版社,1997。

这种保护按照一般的规则是无法获得的利益。^① 牺牲让与人而保护受让人的债权人,这种源于无因性的结果明显不当。^② 对此,有学者以所谓“对称说”来加以反驳,认为受让人就其支付的价金而言通常也会陷入与出让人同样的困难。^③ 而实际上,“对称说”只涉及出让人与受让人之间的关系,并不涉及出让人与受让人债权人之间的关系,故以此作为反驳的理由并不恰当。

其次,无因原则的适用,会使得恶意或有重大过失的第三人也受到保护,从而牺牲了原权利人利益。依无因原则,第三人的权利取得并不以其主观上善意且无重大过失为必要。这样,即使第三人明知基础关系存在效力瑕疵,或虽不知道但系因重大过失而不知,其也受保护,从而与基本的法伦理相冲突。实际上,就原权利人与第三人的利益冲突而言,当第三人为恶意或有重大过失时,无论如何也应保护原权利人的利益。即使原权利人有部分可归责理由,但在与第三人方面之考量因素进行比较权衡后,也不至于选择保护第三人利益。在第三人为无偿取得权利时,依无因原则,其利益也受保护,这也显有不妥。可见,从价值判断角度而言,物权行为无因原则不区分第三人的类型,一体提供保护,定非妥适之举。^④

三、公信力制度与物权行为无因原则之比较

(一) 公信力制度的法律构造

无因原则具有保护交易安全的功能,而交易安全之价值在现代社会具有很高的位阶,故若没有更好的保护交易安全的制度,那么即使无因原则具有上述的弊端,也不得不容忍。但是,如果存在不具有上述弊端、并能为交易安全提供更周全保护的制度,那么无因原则就应当让位。公信力制度的主要功能也是保护交易安全,故公信力制度与无因原则之间系何关系,以公信力替代无因原则是否具有合理性,便成为这里所需要讨论的核心问题。

① [德]Ulrich Drobnig:《论物权变动》,于海涌译,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第22卷,342页,香港,金桥文化出版有限公司,2002。

② 参见陈华彬:《论基于法律行为的物权变动》,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第6卷,142页,北京,法律出版社,1997。

③ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,180页,北京,法律出版社,2000。

④ 对于能否通过“恶意者不得主张无因原则”的规则,来缓和无因原则,学者认为:无因原则作此缩限,无疑较符合公平,但技术上无因原则适用于前一交易中的处分行为,如何可由后一交易的相对人排除,理论上似乎很难自圆其说。参见苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《固有权制与当代民法学》,310页,台北,三民书局,1997。笔者认为,即使可以这样改造无因原则,但按此方向走下去,最终可能会将善意取得的要件大都“创造”出来,并使得理论构成复杂化、理论逻辑混乱。与其如此,还不如直接以善意取得制度取代无因原则。

公信力是指物权表征方式对第三人的保护效力,其包括动产占有的公信力和不动产登记公信力。公信力制度正当化得从物权的表征需要入手。物权抽象而无形,而第三人需要确定的判断物权归属及其具体状态之方法,需要获得物权信息的可靠途径。如果没有可依赖的判断物权状况的法定基准,第三人为了交易的稳定、安全,就不得不支付高额调查成本去试图查明物权的真实状况,从而陷入“恶魔的证明”之中。这样,交易的安全失去了保障,交易成本急剧增加,社会资源也被无端浪费。为此,法律需要设立物权的法定表征方式,为当事人提供获取物权信息的法定途径。于是,动产之占有、不动产之登记被提出,并充当相应物权的法定表征方式。^①

在物权表征方式被确立之后,接下来的问题就是,如何保障法定表征方式的表征功能,使第三人可以放心地通过表征方式来获取物权信息?对此,惟一的方法是,当第三人善意信赖表征方式所传递的物权信息时,即使该物权信息错误,也不让第三人遭受损失。也就是说,要赋予法定物权表征方式以保护第三人之效力,这在理论上被表述为表征方式之公信力。同时,确立物权表征方式之后,为使得表征方式表征的物权尽可能与物权真实状态相一致,法律需要在物权发生变动时,要求当事人将该物权变动表现在物权表征方式之上。该要求便是物权变动之公示原则。^②

在物权表征方式确定、表征方式公信力确立之后,接下来需要解决的便是,公信力的具体构造问题:公信力保护什么样的第三人?具备哪些要件的情况下第三人可受公信力的保护?这涉及到第三人与原权利人之间的利益平衡,而这一任务系留给了善意取得制度来完成。可见,物权表征方式公信力与善意取得之间,实为一体关系。公信力对第三人的保护作用,体现为第三人可以善意取得相应物权,而第三人物权的善意取得,正反映了物权表征方式所具有保护第三人的效力,即公信力。公信力是从物权表征方式之效力的角度来观察的,而善意取得则是从第三人物权取得的角度来观察的。

公信力系透过善意取得制度而实现的,善意取得的要件实际上也是对公信力的范围、强度等的限定。善意取得的要件,一般包括:物权表征方式表征着错误的物权信息、第三人的善意且无重大过失、交易的有偿性、真正权利人的归责

① 笔者主张区分物权的静态之表征与动态之公示,动产的占有、不动产的登记簿可以传递相应的物权信息、表征物权,而动产占有的移转、不动产登记簿的变动记载,可以使物权的变动得以公示。

② 在物权表征方式与公信、公示之间,承认公信力是表征方式确立之当然延伸,而公示原则则是为了减少公信力可能造成的危害而被提出,公信力比公示原则更接近于物权表征的要求。公示原则尚有可能因来自实践的阻力而被放弃。动产物权变动中,为满足非所有人的使用需要,已放弃了物权变动之公示要求。而不动产中,因公示之登记要求与物之利用不会发生冲突,所以公示原则被严格地坚持着,并且在形式主义立法模式中,已发展成为绝对的原则。

性等。这些构成要件尚会因标的是动产还是不动产而有所不同。

许多学者否认不动产物权善意取得的可能性^①,笔者认为动产善意取得与不动产善意取得具有共通的制度基础及几乎一致的法律构成,赋予登记以公信力、承认不动产善意取得,使第三人可以极低的物权信息成本,获得可靠的物权信息,交易因而变得安全、便捷、有效率。德国民法、瑞士民法上均明确规定有不动产善意取得制度^②,台湾地区“民法”也承认不动产的善意取得^③。故应当建立统一的公信力制度,涵盖动产占有、不动产登记的公信力。而作为公信力实现途径的则为善意取得制度,包括动产善意取得、不动产善意取得。这里,用来和无因原则比较的,也正是此一意义上的公信力制度。

(二) 公信力与无因原则的比较

许多学者认为,物权行为无因原则与公信力存在重大差别:物权行为保障的主要是连环交易中的交易安全,它以有处分权为要件,而善意取得和物权公信力保护出卖人无处分权的交易,不需要处分权;^④无因原则是适用于有权处分的一般交易规则,而登记公信力解决了无权处分问题;^⑤物权行为适用于自权利人取得,善意取得适用于自非权利人取得,二者适用范围不同。^⑥笔者认为,从形式上看,无因原则确系针对有权处分、公信力确系针对无权处分,但实质上二者关注的均是后一交易的安全问题。对于后一交易,物权行为采有因原则,处分人就可能为无处分权,采无因原则,处分人就有处分权。故后一交易为有权处分是无因原则适用的结果。而作为无因原则适用的结果,不应当反过来用作区别无因原则与其他制度的标准。无因原则正是想通过物权行为的无因设计,使得后一交易的出让人的权利不受前一交易基础关系的影响,从而保证后一交易为有权处分。而且,公信力制度下第三人关注的是处分人的权利外观,而无因原则也使得第三人无需关注是否存在有效的前一交易,故第三人关注的同样应当是处分人的权利外观。可见,同样为了解决交易安全保护问题,公信力制度采取的方法是以第三人的善意来弥补处分权的欠缺,而无因原则系直接为后一交易提供处分权。这样,二者之间具有比较的基础,作为解决同一

① 参见中国政法大学物权立法课题组:《关于民法草案·物权法编制定若干问题的意见》,载《政法论坛》2003(1),孙宪忠:《物权法论》201页,北京,法律出版社2001。

② 参见[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,246页以下,北京,法律出版社2002;史尚宽:《物权法论》45页以下,北京,中国政法大学出版社2000。

③ 参见王泽鉴:《民法物权·通论·所有权》121页以下,北京,中国政法大学出版社2001。

④ 参见谢鸿飞:《法律行为的民法构造:民法科学和立法技术的阐释》,100页,中国社会科学院研究生院博士学位论文,2002。

⑤ 参见常鹏翱:《物权程序的建构与效应》,119页,中国社会科学院研究生院博士学位论文,2003。

⑥ 田士永:《物权行为理论研究》266页,北京,中国政法大学出版社2002。

问题的两种方法,二者仍可有孰优孰劣之分。

比较而言,公信力制度与无因原则在作用机制与作用范围上有明显差异。公信力的作用机制,是通过确立物权信息的法定传递途径、设定物权表征方式,来为第三人提供获得物权信息的可靠途径,并透过善意取得的构成要件来平衡财产动的安全与静的安全,保护第三人对物权表征方式的合理信赖、以维护交易安全。而无因原则的作用机制,是排除作为基础关系的债权行为效力对物权行为效力的影响,使物权行为效力独立于债权行为。这样,在形式主义立法之下^①,应立法要求而为物权变动之公示后,即使债权行为无效,登记或占有有所表征的物权仍然正确,第三人的取得仍有保障,实际效果上达到了维护了交易安全的目的。

公信力与无因原则通过不同的作用机制,实现了相同的目标,但是,二者的作用范围存在很大的差别。交易安全的维护与保护第三人的合理信赖基本等值,而第三人的信赖应指第三人对物权权利外观的信赖。所以,公信力与无因原则适用范围的比较,主要应看各自可适用之权利外观形成原因的覆盖面大小。比较而言,无因原则所保护交易安全的范围非常之窄,不像公信力那样可一般不问权利外观的形成原因而全面维护交易安全。无因原则实际上只能适用于基于物权变动之效果意思而形成权利外观的情形,非基于物权变动效果意思而形成权利外观的场合,均不能适用无因原则。例如:不动产物权非因法律行为而发生变动,但未作变动登记时;无当事人物权变动之意思,仅因登记机关过错而作出了变动登记时;因保管、借用、修理、运输等合同取得动产占有等。这些场合均不存在物权变动之效果意思,当然无法适用物权行为无因原则。并且,即使系基于物权变动之效果意思而形成权利外观,但物权行为无效时,无因原则也不能保护交易安全。^②而在基于物权变动之效果意思而形成权利外观的场合下,无因原则还超出了公信力作用范围,为恶意及有重大过失的第三人,以及具有权利外形之人的一般债权人提供了保护。

可见,公信力制度以第三人的善意来弥补处分权的欠缺,这样就可以将恶意第三人排除在保护范围之外。并且,退守于权利外观,可以辐射到全部外观形成原因;无因原则以物权行为的无因设计来为处分人提供处分权,使得其在结构上无法将恶意第三人排除出去,并且,其适用范围也被限制于因物权行为而形成权利外观的情形,影响了其对交易安全保护的全面性。

^① 物权行为无因原则,基本上是以形式主义立法模式为物权变动之立法背景的。

^② 学者指出,当物权行为无效或已被撤销时,即使有登记或交付,也不发生物权之变动。善意第三人可依公信原则而受到保护。参见[日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,51页,台北,五南图书出版公司,1999。

四、以公信力制度替代无因原则的合理性

（一）对反对意见的反驳

有学者极力反对以善意取得取代物权行为无因原则,其基本理由建立在对所谓善意取得制度的缺陷分析之上,具体包括:其一,无因原则重新确立了善意的确定标准,这可从《德国民法典》第891条、第1006条规定及立法理由书中看出来。无因原则可以称作客观善意主义,而善意取得可以称作主观善意主义,无因原则是对善意取得的扬弃,可实现更高层次的公正。^①其二,主观善意的要求与物权公示原则的基本功能不协调,善意取得制度弱化了物权公示的效力,并要求第三人对其前手交易的瑕疵承担责任。其三,不动产物权变动不适用善意取得规则,善意取得的作用已被极大地削弱了。其四,动产善意取得的实践作用逐渐消退,第三人善意与否难于认定,强化动产交付的公信力、或者说占有的推定作用,善意取得的作用会越来越小。其五,善意取得制度未能把依法律行为发生的物权变动与依事实行为发生的物权变动区分开来,把第三人的取得的基础确立为事实行为,使第三人丧失了撤销行为的可能性。其六,善意取得制度只能在物权公示原则下发挥作用。^②

笔者认为,上述理由均难于成立。其理由一之不妥之处有二。一为混淆了物权表征方式推定力与物权行为无因原则的关系。《德国民法典》第891条、第1006条,是有关登记及占有推定力的规定,在本文的理论脉络中,推定力之规定的实质为物权法定表征方式之确立,在确立表征方式之后,法律就要赋予表征方式以公信力,而公信力与善意取得系一体关系。物权行为无因原则涉及的仅是物权行为效力与债权行为效力的关系问题,推定力系指动产占有人可视为动产所有权人、不动产登记簿之记载权利可视为正确,无因原则与物权表征方式推定力并非一体关系。二是无因原则根本不问第三人善意与否,何来客观善意之说?而善意取得之善意,系指第三人对表征方式与权利真实状况不一致之不知,涉及事实证明的问题,善意系属主观范畴,但可以客观地认定。至于第三人是否因重大过失而不知,也可适用客观认定标准加以认定。其理由二不妥之处在于,善意取得制度本来就是不让第三人因前手交易存在瑕疵而承担不利后果,说第三人对前手交易瑕疵承担责任是不妥当的,且其又一次误解了善意取

^① 参见孙宪忠:《物权法论》,184~185页,北京,法律出版社,2001。

^② 参见孙宪忠:《物权法论》,200~204页,北京,法律出版社,2001。

得与物权表征方式推定力的关系。其理由三不妥之处在于,其交替使用“从无权利人处取得”、“公信力”、“善意取得”这三种表述方式,割裂三者之间的联系,使人产生三者有根本不同的误解。但实际上,不动产登记公信力的具体体现就是不动产善意取得制度。对此,有学者已指出:“从无权利人处取得”是德国民法处理无权处分现象的基本规则,其采用第三人善意替代处分人无处分权的手法,变通了处分行为以处分人有处分权为要件的做法,最终使得第三人能够如愿以偿地实现物权利益。该规则的代名词可以是“公信力”或“善意取得”。^① 笔者主张公信力与善意取得的统一构造,故不存在不动产不适用善意取得的问题。其理由四不妥之处在于,善意取得中,第三人并不需要证明自己为善意,而是首先推定第三人为善意,由原权利人负担举证责任,若有证据表明第三人知道事实真相,才否定第三人善意的存在。所以,善意之认定思路清晰,司法实践中,根据个案情况,对证据进行综合分析,就第三人善意与否作出妥当判断并不困难。而且,强化“动产交付公信力”^②、占有推定力,怎么可能影响动产善意取得制度的作用呢?其理由五涉及的问题是,当第三人与处分人之间的债权行为存在可撤销事由时,第三人是否可以撤销该行为。该项理由主张善意取得之取得基础系定位于事实行为,所以第三人不能撤销。但实际上,善意取得只涉及物权变动,对基础合同的效力并不发生影响,如果第三人与处分人之间的债权行为存在可撤销瑕疵,撤销权人当然可以行使撤销权撤销该行为。^③ 其理由六并没有增加任何实质性内容,“善意取得制度只能在物权公示原则下发挥作用”之表述本身也欠妥当,典型例证为“动产物权变动不采公示原则”^④,但却有动产善意取得制度存在。

另有学者也持善意取得不能取代无因原则之观点,其具体理由为:部分不能替代整体,善意取得性质上属于特殊物权行为,作为物权行为一部分的善意取得当然不能取代物权行为整体;二者对交易安全的保护不同,善意取得适用的范围较小,适用于自非权利人处取得,无因原则适用于自权利人取得,二者可并存、不可替代。^⑤ 还有学者认为,如果废止处分行为的抽象性,就意味着后来

① 参见常鹏翱:《物权程序的建构与效应》,119页注5,中国社会科学院研究生院博士学位论文,2003。

② “动产交付公信力”的表述欠准确。交付作为一个动态过程,稍纵即逝,难于成为信赖的对象。应是存在于交付前后的静态占有,可以成为信赖的对象,需要赋予公信力。

③ 这涉及到无权处分效力模式问题。在采债权合同效力待定说时,第三人确实没有撤销权,因为债权合同尚未生效,而这也正是该主张遭到批评的理由之一。笔者主张物权变动效力待定说,债权合同效力不受处分权之欠缺的影响,这样,第三人根据债权合同享有的权利当然可以行使。

④ 就动产物权变动而言,意思主义与形式主义立法没有实质性的区别。动产物权变动可以进行公示,并会产生一定的效力,但并不以公示为原则。只有形式主义立法中的不动产物权变动,才奉行严格的公示原则。

⑤ 参见田士永:《物权行为理论研究》265~269页,北京,中国政法大学出版社,2002。

发现的负担行为瑕疵将影响已经完成的登记,登记因此而具有瑕疵,这势必削弱登记簿对权利的保护作用,以登记外观为基础的从无权利人处取得制度也随之不再具有公正性。^①

笔者认为,上述第一点理由有偷换概念之嫌。无因原则并非物权行为理论的全部,即使善意取得属于物权行为,善意取得与无因原则之间也不存在部分与整体的关系。至于废止抽象性将削弱登记簿保护作用进而影响善意取得公正性的观点,也不能成立:若废止抽象性就更应当认可登记推定效力,这样,公信力、善意取得反而将被强化。而且,不动产善意取得是以存在登记错误为前提的,否定无因原则,登记就有错误,第三人可以善意取得,肯定无因原则,登记就没有错误,第三人也可取得权利。这样,同样的结果为何说前者不具有公正性呢?而所谓善意取得适用于无权处分、无因原则适用于有权处分的观点,上文已作了批驳。在适用范围上,上文也已阐明,善意取得适用的范围比无因原则更为广泛。而在并存还是替代问题上,关键在于无因原则之适用结果是否妥当。如果无因原则存在的仅有意义只是排斥公信力的覆盖,而其适用又将导致不当结果,那么,就不应再坚持无因原则。

对于无因原则与善意保护的交叉关系,台湾学者作出了较为详尽的分析,归纳出无因原则与善意保护的六项未重叠之处:其一,在让与人尚未取得物权,但已有权利外形时,第三人仅能主张善意取得,不发生有因无因问题。其二,在让与人让与时若已取得物权,却尚无权利外形,如其取得物权是依占有改定方式,从而让与时仅间接占有标的物,其让与亦仅能以让与返还请求权方式为之。此时债权行为的瑕疵若非依无因原则而不动摇处分的效力,将溯及消灭处分行为效力,而使善意受让人在无从主张有值得保护的信赖下,连带亦无法有效受让。其三,受让人对于该让与的前手行为有重大瑕疵而无效若属恶意,则采取有因主义的情形即对前手处分无效、让与为无权处分亦属恶意,从而无善意取得可言。但此时如采无因原则,因让与人的物权不受基础行为失效的影响,受让人纵使知悉前手处分的基础行为有重大瑕疵,也不动摇让与的效力。其四,无因原则使取得的物权不受基础行为瑕疵的影响,物权人得行使各种物权的权能,非如采有因原则于基础行为被撤销时,不仅其此前的行为溯及成为“无权”状态,在返还前亦无权再行使该物权。若采无因原则,则在物权人因不当得利应请求回复物权以前,其行使均属“有权”状态,如使用、收益或排除妨害等,仅其所得“利益”溯及成为无法律原因而以现存者为限须与物权一并返还而已。其五,债权让与、知识产权的转让,德国民法、中国台湾地区法律对此类处分行

^① Siehe Aretz, Das Abstraktionsprinzip-Das einzig wahre?, S. 246. 转引自常鹏翱:《物权程序的建构与效应》,119页,中国社会科学院研究生院博士学位论文,2003。

为没有给予完整的善意保护,所以,受处分人不可基于不知无权处分而善意取得。其六,动产受让人虽属善意,但基于某些考量设置若干例外,不允许善意取得,若采物权行为的无因性,则在不当得利返还前,受让人取得动产的物权。^①

苏先生认为,其中第一项,善意取得可补无因原则的不足,二、四、五、六项,无因原则又显然可补善意保护制度的不足,只有第三项,无因原则显然不妥,但通过其他制度校正后,“也不至于完全不公平”。其最终结论是,善意保护还不能完全取代无因原则的功能。^②对于此项结论,笔者不能同意,具体可展开如下:

第一种情形,应是指处分人的权利外形的具备,非因法律行为、或虽因法律行为但该法律行为不涉及物权变动,故此时物权行为无因性原则无法使处分人取得处分权,从而使第三人可因此受到保护。这样,交易安全的保护只能交给善意取得制度。^③此种情形并非少见,前文已阐明,无因性原则仅能适用于处分人因变动物权之效果意思而取得权利外形的场合,处分人因这之外的所有其他原因而取得权利外形的情形下,善意第三人均不能通过无因性原则受到保护。^④而善意取得制度则退守于权利外形,一般不问权利外形的具备原因^⑤,直接关注第三人对物权表征方式的善意信赖,从而纯化了交易安全的保护。这也反映了善意取得制度的覆盖面,比无因性原则的覆盖面更为宽广的事实:如果同时在二者重合的部分,善意取得同样可达到保护交易安全的目的,并且甚至比无因性原则更为妥帖,而且不存在不可适用善意取得,却可适用无因性原则以获得妥当结果之情形。因此以善意取得制度取代无因性原则,就应是合理的选择。对此,下文将作进一步论述。

第二种情形,可例示为:甲将其笔记本电脑出卖给乙,同时约定乙将该电脑租给甲使用三个月,一个月后乙将该电脑出卖给丙,并以指示交付的方式完成了交付。苏先生认为,此时如果甲与乙之间的买卖合同因存在效力瑕疵而失去效力时,无因性原则可起到保护丙的作用,而善意取得制度无法发挥作用。而实际上,丙也可以因指示交付而善意取得电脑所有权,因为这里发生了占有效力的传递关系:虽然乙未直接占有电脑,但属间接占有人,乙指示交付时,甲对

① 参见苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《固有权制与当代民法学》,305~306页,台北,三民书局,1997。

② 参见苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,307页。

③ 例如,保管人依动产保管合同而取得占有之权利外形,但若保管人擅自以所有人身份出卖保管物时,因保管人与委托人之间不存在物权行为,故无因性原则无法发挥作用,第三人只能通过善意取得制度寻求保护。

④ 处分人系通过保管、运输、借用、设质、承揽等合同,取得对动产的占有时,处分人均不可能通过无因性原则而取得物权,从而使其处分行为转变为有权处分。不动产登记中,也有大量的非基于变动物权之效果意思而形成的登记错误。

⑤ 处分人因盗窃而取得动产的占有,系一例外。

乙的交付指示没有提出异议,丙就可以信赖乙的处分权,并受保护。^①这里,苏先生可能系设例不当,本想以占有改定不能构成善意取得,来说明无因性原则可以补善意取得之不足,但却举出了指示交付的例子。但是,即使苏先生举例得当,也不能说明无因性原则更优。不妨分析一下这样的例子:甲将其电脑出卖给乙,并已交付,乙将该电脑以占有改定的方式出卖给丙。此时,如果甲、乙之间的买卖合同因存在效力瑕疵而失去效力,根据无因原则,乙仍然是有权处分,丙可以取得所有权。否定无因原则的立法,则发生无权处分之乙以占有改定的方式完成交付时,丙能否构成善意取得之问题。苏先生似是持否定说,笔者也持否定说。这样,如果否定说妥当,则无因原则因其适用结果与肯定说一致而难谓妥当。即使对于此时应否保护丙存有争议,否定无因原则,将该问题作为善意取得内部构成的一个问题来讨论,也更为合适。

第三种情形,善意取得与无因性原则适用的结果不同。苏先生也认为,此时无因性原则“显然不妥”,同时主张第三人恶意构成侵权以及第三人为无偿取得时,不至于“完全不公平”。但是,侵权构成是需要具备一定要件的,而且,既然仍然不是“完全公平”,为何不进一步达到公平呢?阻碍公平实现的障碍何在?就此而言,恐怕惟有以善意取得取代无因性原则,方能公平合理地解决当事人利益冲突问题。

第四种情形,与交易安全无关,仅是在比较是否采无因原则时,前一交易的受让人所返还利益的不同。笔者认为,作为保护交易安全的制度,无因原则在不涉及第三人保护的场合,对前一交易的当事人之间的利益调整不应当发生任何影响。如果依照规则进行逻辑推演,对当事人之间利益安排会发生一定影响,法律也应排除该影响。而苏先生所持物权人返还利益以现存者为限的观点,似也不符合占有效力及不当得利的规则。

第五种情形,已超出物权行为无因性的领域,而进入其他处分行为无因性领域,这涉及到物权之外的被处分权利有无法定的表征方式的问题。如果有法定表征方式,那么同样会发生该表征方式的公信力,善意第三人可受表征方式公信力的保护而善意取得相应权利;如果没有,则第三人就应当通过自身的谨慎来避免损失,若仍碰上了无权处分,只能视为交易风险。但是,若采无因原则,则会发生不考虑第三人信赖之有无及其信赖是否合理,而一并提供保护的结果,使得第三人与原权利人之间利益失衡。故真正的问题应是,对于物权之外的权利是否应当设定其法定的表征方式,从而为善意信赖该表征方式的第三人提供保护。对此,需要根据该项权利交易在社会生活中的重要性、交易发生

^① 对此,台湾通说持肯定观点。参见王泽鉴:《民法物权2·用益物权·占有》265页,北京,中国政法大学出版社,2001。而《德国民法典》第934条,则设有明确规定。

的频繁程度,以及该项权利识别的困难程度等因素,综合考虑。

第六种情形,苏先生认为,善意取得之例外均可依无因原则使第三人取得物权,并将此视为无因原则对善意取得不足的补全。但问题是,如果善意取得的例外可视为该制度的不足,那么为何还要设立这样的例外?苏先生也认为系“基于某些考量”而规定了善意取得的例外,那么,此种考量为何在无因原则中不能体现?可见,善意取得之例外的存在,反映的不是善意取得的不足,而是无因原则的不足:无因原则因逻辑规则的限制,而无法容纳这些例外,从而不能将应予考量的因素融入规则之中,而影响了适用结果的正当性。而对于所有例外不能适用善意取得的情形,均通过无因原则为第三人提供保护,则只能是自相矛盾的荒唐之举。

可见,无因原则无法为非因物权变动之效果意思而形成权利外观时,针对第三人对权利外观的合理信赖提供保护。而所谓的无因原则对善意取得的补全,或根本不存在,或反而走向歧途,正显露了无因原则之不足。而且,即使对善意取得某一要件适用结果的合理性存有争议,也可以将其放在善意取得之构成中继续讨论解决。所以,苏先生所得出的善意取得不能完全取代无因原则的结论,不可接受。

(二) 替代合理性之分析

倍受批判的物权行为无因原则,在公信力制度的光辉之下,已显多余。“善意取得制度确立之处,交付抽象性存在合理性即告丧失。”^①学者也多从善意取得之交易安全保护功能,已使得是否还需要无因原则来保护交易安全的角度,来反思无因原则的合理性。他们指出:德国民法决定对处分行为采无因原则时,显然没有注意到其制度功能与善意保护的重叠。^②抽象物权合同纯粹因为教条主义的原因仍被保留了下来,而且法典中也没有反映出物权合同理论与善意取得制度的关系。^③在不存在从非权利人处善意取得权利的可能性时,亦即在债权让与方面,无因原则似乎才具有意义。^④由于善意取得的可能性已给第二取得人提供了充分的保护,因此第二取得人是否真的需要无因原则的保护,是有疑问的。不管怎样,不要因原则的实际意义,比乍一看上去具有的意义要

① [意]弗兰克·费拉利:《从抽象原则与合意原则到交付原则——论动产物权法法律协调之可能性》,田士永译,载《比较法研究》2001(1)。

② 苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《固有权制与当代民法学》,304页,北京,三民书局,1997。

③ [德]Ulrich Drobnig:《论物权变动》,于海涌译,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第22卷,341页,香港,金桥文化出版有限公司,2002。

④ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,179页,北京,法律出版社,2000。

小得多。^① 无因性理论原重在保护交易之安全,而现有不动产登记之绝对效力及动产善意取得制度,已足司其职,上述理论有无存在价值,颇值检讨。^② 虽说德国民法中物权行为之无因性,是一种保护交易安全之制度,但于公信原则已经很发达之法制中,不得不说其作用并不很大。瑞士民法尽管也采用了形式主义,但却没有承认物权行为之无因性,就是此种情事之一种反映。^③ 抽象原则在法律上是否有意义,本质上取决于在存在善意取得的法律规定的情况下,抽象原则对交易安全的保护是否还有必要。^④

笔者认为,物权行为无因原则以牺牲出让人利益为代价,为恶意第三人及受让人之债权人提供过度保护,有违公平理念。而且,无因原则一方面肯定物权行为有效性,另一方面又拒绝承认有效之物权行为可作为得利的法律基础,在逻辑上也存在矛盾。而所谓无因原则之相对化,实际上与无因原则的理念本身存在实质性的冲突。相对化将会在避免无因原则适用所导致的弊端同时,也放弃了对交易安全的保护。所以,应当否定物权行为无因原则,采行物权行为要因原则,将交易安全之保护完全委之于公信力制度。

就公信力与无因原则比较而言,公信力制度对交易安全的保护全面、妥当,而无因原则对交易安全的保护片面、曲折、并附带负面效果。公信力制度立足权利外观,一般不问权利外观形成的原因^⑤,关注第三人对权利外观之信赖之有无及其合理性,直接面对交易安全问题,使得对交易安全的保护更为纯净。而无因原则只能适用于基于当事人物权变动之效果意思而形成权利外观的情形,非基于物权变动效果意思而形成权利外观的场合,均不能适用无因原则。而且物权行为无效时,第三人对权利外观的信赖也得不到无因原则的保护,可见其对交易安全的保护范围非常有限。此外,在无因原则适用范围内,该原则无视第三人信赖的有无及其合理性,不区分第三人取得系有偿还是无偿,一体提供保护,又不当扩大了保护的範圍。不仅如此,“条件关联”的认可已使得无因原则成为一项任意性规则,这样,在当事人选择了将债权行为生效作为物权行为生效条件时,无因原则已被排除,还何谈交易安全的保护?交易安全的保护怎可仰赖如此脆弱的无因原则呢?

可见,公信力制度完全覆盖了无因原则可发挥积极作用的领域,避免无因

① [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下),王晓晔、邵建东、程建英等译,443页,北京,法律出版社,2003。

② 参见谢在全:《民法物权论》(上)72页,北京,中国政法大学出版社,1999。

③ [日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,51页,台北,五南图书出版公司,1999。

④ 参见德特雷夫·约斯特:《区分原则与同一原则的体系比较分析》,王晓晔译,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》97页,北京,法律出版社,2003。

⑤ 公信力制度将不可归责于权利人的事由而制造或维持的权利外观的情形排除在外。

原则适用之弊端,并可以为无因原则无法发挥作用时的第三人合理信赖提供保护。而且,无因原则通过对前一交易当事人内部关系的干预来影响后一交易,导致前一交易当事人之间关系调整的反复^①,而公信力制度直接从外部着手,直面第三人信赖的保护^②,简洁有力。

此外,交易安全保护问题,涉及两项宪法价值之间的冲突与协调,关系到财产静的安全与动的安全的平衡。静的安全与动的安全之间的紧张关系的调整,需要极富弹性的制度来完成,这样才可能保持财产静的安全与动的安全之间的动态平衡。物权行为无因原则全无弹性,自身结构极其单一,结构中无法容纳具体的考量因素,只能一味牺牲真正权利人的利益,使天平完全倾斜到第三人一边,无法将不应保护的恶意第三人及受让人一般债权人剔除出去,使财产静的安全遭到不应有的损害。而公信力制度透过极富弹性的善意取得构成要件,为动的安全与静的安全的平衡提供了有力的工具,可以在同样富有的利益之间作精细的比较权衡,进而得出应保护何者的妥当结论。无因原则显然过于简单化,善意取得要件的功能在无因原则中没有任何可以发挥的途径,设定善意取得要件时的考量因素,在无因原则之适用中根本无法纳入,其结果只能是法律调整的粗糙不堪。

也许有人认为让公信力与无因原则并存更好,但实际上无因原则会通过处分人处分权的肯定,而排斥公信力、削减公信力的适用范围^③,从而使得无因原则的弊端根本得不到克服。

综上所述,公信力制度是更好的交易安全保护制度,以公信力制度取代物权行为无因原则具有合理性,应以公信力彻底替代无因原则,而不是让二者并存。

五、结 论

公信力制度与无因原则具有功能上的一致性。但在作用机制上,公信力制度直奔主题,径直对第三人之信赖有无及其合理性进行考察;而无因原则则是通过前一交易中物权行为效力的无因化,间接地影响后一交易的出让人的处分

^① 无因原则一方面为交易安全的保护而肯定物权变动效力之发生,另一方面又不得不顾及当事人之间的利益平衡,肯定出让人不当得利请求权,以便其回复利益。

^② 参见孙毅:《物权法公示与公信原则研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第7卷,473页,北京,法律出版社,1997。

^③ 例如,甲出卖房屋于乙,已登记后乙又出卖该房屋于丙,甲、乙之间买卖合同无效,依有因原则登记发生了错误,但丙可受登记公信力的保护,而依无因原则,则登记记载正确,登记公信力无从发挥作用。其结果就是无因原则占据了公信力的地盘。动产物权变动,也是如此。

权,进而维护交易之安全。此种间接机制容易偏离主题,引发副作用。在适用范围上,公信力制度以权利外观的存在为起点,全面保护第三人对权利外观的合理信赖,而无因原则只能针对因物权行为而形成权利外观之情形,且不能区分第三人善意、恶意,有偿、无偿,一并提供保护。此外,公信力制度极具弹性,颇为契合平衡财产归属安全价值与财产交易安全价值的需要;而无因原则僵硬无比,无法满足勾勒财产动、静安全之间弹性边界的要求。公信力制度可全面覆盖无因原则妥当适用之领域,并能为无因原则不能保护的合理信赖提供保护,而被无因原则超出公信力范围提供保护的第三人,均系公信力制度通过善意取得构成要件过滤掉的不应保护的第三人。所以,应当废弃物权行为无因原则,以公信力制度来完成交易安全的保护任务。

我国正在制定民法典,民法典需要对是否采行物权行为无因原则作出回答。欧洲国家正在进行欧洲法律统一的努力,也需要面对无因原则的取舍问题。对此,学者已指出,现在世界其他各国的制定法中都找不到接受该制度的法律,这个制度的建立和结果方面也受到许多异议,因此现在赞同采纳该制度的辩护者几乎已经没有了。这里,即使撇开上述公信力替代无因原则的合理性不谈,下面的追问也十分有力:中国为什么要接受一个欧洲近代被少数国家接受的、一个如果欧洲法律统一则不复存在的制度呢?^①

未来中国的民法典,在物权变动立法上宜采行要因形式主义之模式,物权变动不仅需要具备一定的形式,而且需要有有效的原因,从而回到所有权取得需要“权源”(titus)与“方式”(modus)的传统上来。^②比较而言,意思主义模式欲放弃对物权变动效果意思的合理控制,但又不得不控制,从而导致法律关系的复杂化、理论构造上的自相矛盾;而无因主义过度牺牲静的安全、适用范围有限、且制度构造僵硬,难于适应法律关系弹性调整的需要。学者在对欧洲各国私法制度考察之后也指出:“我们可以寻找一个解决问题的统一方法,它即使不应与要因交付一致,至少也会接受同样的实质特征。”^③要因形式主义模式在奉行形式主义与要因主义的同时,将交易安全的保护交由公信力制度来完成,在法定物权表征方式、公信原则、物权变动公示原则的基础框架之上,构建出了妥当的物权变动立法模式,标示着立法的方向。

① [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,166页,北京,法律出版社,2003。

② 参见刘家安:《买卖的法律结构》,156页,北京,中国政法大学出版社,2003。

③ [意]弗兰克·费拉利:《从抽象原则与合意原则到交付原则——论动产物权法法律协调之可能性》,田士永译,载《比较法研究》2001(3)。



中国“三包”制度总检讨

钟瑞华

钟瑞华,中国社会科学院 2002 级民法博士研究生。

“三包”制度是我国消费者保护法律体系中独具特色的一项制度,具有强烈的本土色彩。以 2001 年“手机三包”和“电话三包”的发布为契机,就“三包”规定的存废问题发生了很大争议。部分学者认为,“三包”规定是计划经济的产物,现已没有继续存在的必要,因此主张废除“三包”规定。^①但负责制定“三包”规定的政府部门却坚持认为,“三包”规定是被实践证明的、有利于保护消费者权益的有效制度,并继“手机三包”和“电话三包”之后制定了“电脑三包”和“视听商品三包”,现正积极酝酿制定“家用汽车三包”。

针对这一争议,本文尝试追溯我国“三包”制度的最初来源,梳理其形成和发展的历史,探究“三包”制度的法律性质,并结合我国当前的经济、法律背景分析该制度在整个法律体系中的地位和作用,拷问该制度继续存在的正当性。本文的基本观点是,尽管“三包”规定最初对消费者权益的保护发挥了一定程度的积极作用,但它现在已经不仅无法实现其声称的保护消费者的目的,反而沦为行政权僭越立法权和司法权的管道,转化为政府部门不当干预市场、追求部门经济利益的工具,构成了市场经济活动的干扰和障碍,造成了消费者保护法律体系的混乱,必须坚决予以废除。本文还进一步分析了“三包”规定在我国得以频频出台的深层次原因,并围绕私法实质化对中国的消费者保护法制建设进行了反思。本文主张,中国的消费者保护法律体系乃至私法制度的完善都必须充分关注并合理配置当代法律中的形式理性因素、实质理性因素和反思理性因素。

^① 梁慧星教授和刘俊海教授即持此说,分别见《南方周末》,2001-10-27;中央电视台《经济半小时》,2001-11-14。

一、“三包”规定的变迁

作为一个有效的法律概念,“三包”是“修理、更换和退货”的简称。^①“三包”规定是国务院有关部委制定的旨在调整生产者、销售者及修理者和消费者之间关于售后商品修理、更换和退货制度的行政规章。^②“三包”制度是“三包”规定的核心内容,是生产者、销售者和修理者依法向消费者承担修理、更换和退货责任的制度。

(一)《工业产品质量责任条例》和“老三包”

虽然有关部门认为《消费者权益保护法》(以下简称《消法》)第45条,《产品质量法》(以下简称《产法》)第40条(修正前为第28条)及《民法通则》(以下简称《民通》)第134条是“三包”规定的立法依据,制定“三包”规定是为了进一步细化《消法》等法律的规定,加强对消费者的保护,我国1995年以后制定的几部“三包”规定也都在第1条就明确根据“《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国消费者权益保护法》”及其他法规制定本规定。但是,最早规定“三包”制度的法律文件却并不是《消法》、《产法》或《民通》,“三包”的最初含义也不是“修理、更换、退货”而是“包修、包换、包退”。^③

“包修、包换、包退”意义上的“三包”制度主要体现为国务院1986年4月5日发布并于1986年7月1日生效的《工业产品质量责任条例》(以下简称《条

① “三包”的最初含义是“包修、包换和包退”,但目前已不采用。详见下文分析。

② 我国到目前为止颁布的“三包”规定有:

(1) 1986年国家经委等8部门联合公布了《部分国产家用电器三包规定》,俗称“老三包”。

(2) 1995年国家经贸委、国家技术监督局、国家工商局、财政部联合公布了《部分商品修理更换退货责任规定》,俗称“新三包”。该规定施行之日起,“老三包”同时废止。

(3) 1998年国家经委等6部门联合发布了《农业机械产品修理更换退货责任规定》,简称“农机三包”。

(4) 2001年国家质量监督检验检疫总局、国家工商行政管理总局和信息产业部联合公布了《移动电话机商品修理更换退货责任规定》以及《固定电话机商品修理更换退货责任规定》,分别简称“手机三包”和“电话三包”。

(5) 2002年国家质量监督检验检疫总局、信息产业部联合公布了《微型计算机商品修理更换退货责任规定》以及《家用视听商品修理更换退货责任规定》,分别简称“电脑三包”和“视听商品三包”。

(6) 目前国家质量监督检验检疫总局等部门正在积极研制《家用汽车产品修理更换退货责任规定》,据说年内有望出台。成都市已经率先实施本市的“汽车三包”。

在此期间,一些地方依据《消费者权益保护法》、《产品质量法》和《部分商品修理、更换、退货责任规定》颁布了地方政府行政规章或地方性法规,对一些不在国家“三包”规定范围内的商品实行修理、更换和退货。目前,这些“三包”规定分别在不同的范围内有效。

本文主要围绕国家部委制订的“三包”规定展开论述。

③ 从这个意义上讲,“老三包”和“新三包”既可以分别指《部分国产家用电器三包规定》和《部分商品修理更换退货责任规定》,也可以分别指“包修、包换和包退”以及“修理、更换和退货”。

例》。《产法》公布施行后,《条例》在不与其相抵触的范围内仍然有效)及国家经委等8个部门于1986年7月30日联合公布的《部分国产家用电器三包规定》(俗称“老三包”,已废除)。《条例》属行政法规,在相当一段时间内是我国处理产品质量责任案件的主要法规依据。“老三包”是《条例》的执行性规定,主要对《条例》中关于“包修、包换和包退”的原则性规定进行了细化。

在《条例》中,“包修、包换和包退”制度主要体现为第11条和第15条。其中第11条是关于“三包”制度最早的原则性规定:第1项、第2项、第3项分别为“包修”、“包换”和“包退”的规定;第4项为损害赔偿的规定;第5项是关于生产者与修理者和销售者之间关于技术服务合同的规定。第15条规定了“谁经销(销售)谁负责”的原则。依据《条例》第28条的规定,“老三包”针对“彩色电视机、黑白电视机、电冰箱、洗衣机、电风扇、收录机六种国产家用电器(包括进口零部件组装的家用电器)”对《条例》上述两条进行了细化,就“谁经销谁负责”的执行办法、商品的“包修期”、“因产品质量问题给用户造成人身伤亡或经济损失”的法律责任、商品的“换货”和“退货”、免除“三包”责任的情形、维修人员的“培训考核”等问题进行了具体规定,从而将《条例》的原则性规定具体化为切实可行的制度。这样,“老三包”和《条例》第11条及第15条就共同构成了我国最早的“三包”制度,也就是“包修、包换、包退”的“老三包”制度。

从消费者保护法制建设的角度看,“老三包”制度的建立和完善确实符合当时的社会经济和法律条件,在一定程度上保护了消费者权益,具有非常积极的历史意义。在长期实行计划经济的社会中,老百姓有的只是义务和责任,根本不知权利为何物,更不承认存在可以对抗“国有企业或集体企业”并享受法律特殊保护的所谓“消费者”弱势群体。而《条例》第一次明确规定,“经销企业负责对用户实行包修、包换、包退、承担赔偿责任实际经济损失的责任”,“老三包”并随之提供了具体可行的执行办法。这样,在法治建设基本一片空白、民事权利更付阙如的背景下^①,《条例》和“老三包”首次规定经销企业的“三包”责任,实际就是承认了消费者要求“三包”的权利。因此可以说,我国法律最早承认的消费者权利是消费者对于“包修、包换、包退”的请求权。从这个意义上讲,《条例》和“老三包”规定开辟了我国消费者保护的先河。

但是,囿于历史条件的限制,《条例》和“老三包”的规定不可避免地存在如下弊端:(1)“诸法合体”,过多地依赖行政责任和刑事责任解决民事法律问题。^②(2)行政权主导。《条例》是国务院制定的行政法规,“老三包”是国务院

① 《民法通则》自1987年1月1日起施行,晚于《条例》和“老三包”的生效日期。

② 例如,《条例》第26条和“老三包”第11条的规定。

部委制定的部门行政规章,而且其中的有关规定^①也同时说明,虽然生产者、销售者和修理者与消费者之间的商品“包修、包换、包退”属于民事法律关系,但根据“老三包”制度,无论是利益主体之间的权益划分,还是相关争议的解决都是行政机关和行政权居于主导地位。(3)政策价值取向严重。虽然《条例》和“老三包”客观上发挥了保护消费者的作用,但是从其规定中却可以发现,“保护消费者”只不过是“保证有计划的商品经济健康发展,促进社会主义现代化建设”这一根本目的的手段而已。^②这说明,我国的“三包”制度自始就具有很强的政策价值取向,不是纯粹以保护消费者为目的,因此无法避免政府在有些时候为追求其他“更高”的价值而牺牲保护消费者的价值目标。(4)对消费者权益保护范围的有限性。“老三包”制度只针对“彩色电视机”等18种商品规定了经营者承担“包修、包换、包退和赔偿经济损失”的责任,无论从适用的商品种类看,还是从消费者享有的权利看,“老三包”为消费者所提供的保护都极其有限。随着产品的越来越丰富,以及世界乃至我国范围内消费者保护运动的纵深发展,这种有限性日益成为消费者保护的限制性因素。

(二)《消费者权益保护法》和“新三包”

1993年制定《消法》时,我国的法律体系还非常不健全,“专门的”消费者保护法规主要就是《条例》和“老三包”。而且,经过1986到1993年的适用,“老三包”制度在保护消费者方面也确实发挥了很大作用,制定《消法》时,它与现实的差距并不如现在那么明显。作为我国消费者保护的第一部重要法律,《消法》对此前专门保护消费者的法律规定即“老三包”不能不有所交代,所以就有了《消法》第45条的规定。也就是说,《消法》通过第45条规定承认了“老三包”的法律效力,“三包”制度由此在新的法律体系中保留下来。同样,《产法》第40条也是对《条例》的沿用。

1993年《产法》和《消法》先后通过后,我国消费者保护法律体系发生了根本性变化:一是,《消法》全面规定了消费者权利、消费者组织、消费争议的解决办法等关于消费者权益保护的若干基本问题,成为我国消费者权益保护运动的纲领性文件。尤其是,《消法》首次以法律的形式承认了消费者的安全权、知情权、索赔权等九项权利,与《条例》和“老三包”的规定相比,消费者的权利范围大幅度扩张。二是,关于消费者权益保护以及产品质量监管的法律体系发生了专业化趋势。《产法》和《消法》开始区分不同性质的法律关系,例如产品质量

① 例如,“老三包”第17条。

② 见《条例》第1条。

监管的行政法律关系、产品缺陷引起的损害赔偿的民事法律关系等,并分别进行调整,^①从而打破了《条例》和“老三包”“诸法不分”的调整模式。此外,从深层次上看,我国从计划经济体制到有计划的商品经济再到市场经济的转型也逐步加速,“老三包”存在的社会环境和法律环境都发生了根本性变化,它必须与时俱进,才能不被淘汰。为适应新的社会经济和法律条件的需要,1995年国家经贸委等4个部门联合公布“新三包”取代了“老三包”。“新三包”第1条明确其立法依据是《产法》和《消法》。到此为止,我国“三包”规定的立法依据就完成了—次微妙的转变:第一个“三包”规定也就是“老三包”规定的制定依据是《条例》,“新三包”规定及其后几部“三包”规定的依据是“《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国消费者权益保护法》及有关规定”。用流程图表示这一发展过程就是:《条例》→“老三包”→^②《消法》→“新三包”及其他“三包”规定。

与《条例》和“老三包”规定的“包修、包换、包退”制度相比,《消法》和“新三包”规定的“新三包”制度作了如下调整:(1)进一步明确立法目的是“保护消费者权益”,立法依据是《产法》和《消法》等。(2)以“新三包”制度取代原先的“老三包”制度。用“修理、更换、退货”的“新三包”取代了原先的“包修、包换、包退”的“老三包”。这种语言和提法的改变反映了一种事实:“修理、更换、退货”无论对经营者讲还是对消费者讲,都是有条件的,而不再是“包”修、退或换。这或许是权利和义务观念在行政立法中的反映。(3)首次确立了适用“修理、更换、退货”的具体情形。(4)扩大保护范围。“新三包”是针对18种商品的规定,并且拟“由国务院产品质量监督管理部门会同商业主管部门、工业主管部门共同制定和调整,由国务院产品质量监督管理部门发布”实施“三包”的商品目录,^③其保护范围显然比“老三包”只针对6种国产家用电器的范围宽。^④

虽然“新三包”与“老三包”相比较而言有所进步,但不可否认的是,“新三包”对“老三包”的这些调整和改善都是局部的、非本质的,并没有彻底克服“老三包”制度的行政权主导、计划色彩浓厚等弊端。其后几部“三包”规定虽然基于各自调整的不同商品而各具特色,但在基本原则和制度框架方面也基本没有脱离“新三包”之窠臼。“新三包”及其后几部“三包”规定为适应时代变化而作

① 当然,这种划分是不彻底的。例如,《产法》就不仅规定了产品质量行政监管法律关系,还规定了作为特殊侵权民事法律关系的一种产品责任法律关系。

② 此处仅表示《消法》沿用了“老三包”的规定。

③ 时过境迁,“新三包”规定这种拟逐批发布实施“三包”商品目录的设想并没有成为现实,以后的“三包”规定基本是采用了“一个商品一个规定”的形式。

④ 需要特别注意的是,“新三包”规定没有涉及因产品质量问题造成的人身或财产的损害赔偿问题,对此下文有详细分析。

的这种局部改进也只能短暂地延长“三包”制度的寿命,却无法改变其越来越成为市场经济发展的障碍这一事实。

二、“三包”制度的性质——物的瑕疵担保?

《消法》和《产法》通过之后,“三包”在法律制度层面体现为《消法》第45条,《产法》第40条,以及《条例》和诸“三包”规定。在理论层面,有学者认为,“三包”制度体现的是物的瑕疵担保责任。^① 本文认为,尽管“三包”规定从形式上看体现的是物的瑕疵担保责任,但我国“三包”制度与传统意义上的瑕疵担保责任却存在一些实质性差异,甚至破坏了瑕疵担保责任的精神实质,并不能有效发挥其应有的制度价值。与其说“三包”规定体现的是物的瑕疵担保责任,不如说它借用了物的瑕疵担保责任的“外壳”更准确。下文主要通过分析“三包”制度与传统意义上物的瑕疵担保责任的不同之处,揭示其本相。^②

(一) 自治规范和管制规范

就其本质而言,物的瑕疵担保责任制度是民法上的一项制度,应该最大限度尊重当事人的自由意志,贯彻私法自治的原则。这一精神实质构成各国建构本国具体瑕疵担保制度的指导思想。例如,有论者指出:“瑕疵担保责任,大陆法系传统观点认为系一种出于法律规定的法定责任,并非当事人意思表示之结果。但是法律关于瑕疵担保责任的规定,并非强制性规定。因而,一般大陆法系国家规定允许当事人以特约免除、限制或加重此责任。”^③ 瑕疵担保责任是由民法自治规范构成,是典型的私法自治的运作空间。

而我国所谓“体现”物的瑕疵担保制度的“三包”规定却根本背离了这一思想,是不折不扣的管制规范。具体体现为:(1)几部“三包”规定均明确,“三包”责任是经营者向消费者承担的最低的、最起码的义务和责任,不得免除。^④ 这一

① 刘文琦:《产品责任法律制度比较研究》,117页,北京,法律出版社,1997。

② 关于物的瑕疵担保责任的系统论述,可参见梁慧星:《论出卖人的瑕疵担保责任》,载《比较法研究》,1991(3);以及黄茂荣:《买卖法》,202~403页,北京,中国政法大学出版社,2002,增订版。

③ 桂菊平:《论出卖人瑕疵担保责任、积极侵害债权及产品责任之关系》,载《民商法论丛》,第2卷,366页,北京,法律出版社,1994。

④ 例如,见“新三包”第3条、第4条。

规定主导了舆论并指导着消费者保护实践活动。^① (2)明确了行政执法机关,并规定了对拒不执行“三包”规定的经营者的处罚。^② 因此,本文认为,“三包”规定是“典型的管制规范,其立法目的鲜明的表达于法律名称及第一条,有专责执行机关,并往往赋予违反者的裁罚权,或用于引导的诱因工具。不少法律还在行政制裁之外,另有刑事责任的规定”^③。

由上可见,“三包”制度与物的瑕疵担保责任制度就精神实质来讲是完全异质的两项制度,一则是以国家政策(保护消费者利益)为导向的管制规范,一则是以实现公平为目的,以尊重私人意志为实现手段的自治规范。笼统的认为“三包”制度是物的瑕疵担保责任的体现,并由此论证“三包”规定的正当性,欠缺必要的说服力。

(二) 产品瑕疵和“一揽子”产品质量问题

任何法律制度都是旨在解决特定现实问题的规则设计,“三包”制度和物的瑕疵担保责任也不例外。它们二者的目的都在于通过解决买卖标的物的“质量问题”而保护买卖中消费者(买受人)的利益。但“质量问题”的表现形式多种多样,其性质和严重程度也各不相同。例如,一双新鞋的鞋底破了一个洞是“质量问题”,汽车因设计不合理导致着火爆炸甚至车毁人亡也涉及“质量问题”。物的瑕疵担保和“三包”规定要解决的是同一种“质量问题”吗?

物的瑕疵担保责任是指出卖人应担保在将标的物移转于买受人时无灭失或减少价值之瑕疵,亦无灭失或减少其通常效用,或契约预定效用之瑕疵,^④其所要解决的是“产品瑕疵”问题;“产品瑕疵”^⑤是物的瑕疵担保制度的基本概念。产品缺陷主要指产品所具有的不合理危险;产品责任指经营者因产品缺陷给消费者造成的财产(不包括合同标的物)或人身损害所承担的责任。物的瑕疵担保制度属合同法领域,是一项比较古老的制度;产品责任制度属特殊侵权

① 例如,中国消费者协会投诉与法律事务部副主任韩华胜认为:“对产品实行包修、包换、包退是经营者对消费者应尽的一份合同责任,是一种约定义务。但由于约定不清、监督不力,致使一些经营者规避责任,减轻义务,推诿消费者,破坏了正常的市场秩序,侵犯了消费者合法权益。正因为如此,国家有关部门从保护消费者利益出发,结合实际情况,制定了有关产品‘三包’规定,把经营者应尽的合同义务上升到应尽的法律责任。‘三包’规定兼顾消费者和经营者利益,是双方共同利益的平衡点,是对企业最基本的要求,也是企业必须做到的,它调整的是违约民事责任关系。”见 www.chinacars.com 2003-05-20。

② 例如,见“农机三包”第28条。

③ 苏永钦:《私法自治中的国家强制》,载《民法七十年之回顾与展望纪念论文集(一)总则·债编》,11~12页,北京,中国政法大学出版社,2002。

④ 参见黄茂荣:《买卖法》204页,北京,中国政法大学出版社,2002,增订版。

⑤ 大致说来,瑕疵是指标的物欠缺通常效用(客观说)或契约预定效用(主观说)的情形。

领域,是随着科技进步产生的一项比较年轻的法律制度。^①虽然二者在不同的法律领域同时发挥着保护消费者的作用,但在理论上,产品瑕疵、物的瑕疵担保责任和产品缺陷、产品责任却是需要严格区分的两组概念和制度。可见,物的瑕疵担保责任具有极其严格的观念,所要解决的问题也明确而具体。

与物的瑕疵担保责任不同,我国“三包”规定的目的在于“一揽子”解决所有的“产品质量”问题。根据有关部门的解释,所谓的“三包”就是“销售者对消费者、用户购买的产品发生质量问题后应当承担的修理、更换、退货的责任。”^②(1)什么是质量问题呢?《条例》第2条规定,“产品质量是指国家的有关法规、质量标准以及合同规定的对产品适用、安全和其他特性的要求”。此处的“产品质量”包括如下“要求”:一是国家的有关法规、质量标准对产品适用、安全和其他特性的要求;二是合同对产品适用、安全和其他特性的要求。这些“要求”的内容具体又可分为三种:对产品适用性能的要求、对产品安全性能的要求、对其他特性的要求。一个产品只有同时符合上述各项“要求”时,才是“产品质量合格”,否则就是“产品质量不合格”,就存在“质量问题”。这样看来,“产品质量”既有国家规定的要求,又有当事人自行约定的要求,实质上是把国家对产品的质量监管法律关系、当事人之间的合同法律关系以及由于安全问题可能导致的侵权法律关系混为一谈,属于“一揽子”规定。(2)“三包”规定所规范的“质量问题”主要体现为“性能故障”。什么是性能故障呢?根据国家质量监督检验检疫总局就“新三包”发布的释义,“‘性能故障’是指,产品不符合安全、卫生要求,存在危及人身、财产安全的不合理危险,或者不具备产品应当具备的使用性能,或者不符合明示的质量状况”。显然,“性能障碍”不仅包括了产品缺陷(不合理危险)、物的瑕疵(使用性能和质量状况)等问题,甚至范围更宽(还包括卫生问题)。因此可以认为,“三包”规定继承了其最初母法《条例》的“粗线条”式立法思路,试图“一揽子”解决包括产品瑕疵和产品缺陷在内的所有“质量问题”。

上述分析说明,“三包”制度与传统的物的瑕疵担保责任制度所调整的领域区别很大。物的瑕疵担保制度概念清晰,体系严密,“三包”规定则充满了“诸法和体”的色彩。“三包”规定这种不注重概念体系的严格划分,根据直观认识对所有“质量问题”“一揽子”规定的粗糙做法与现代法学理论和法治实践的科学

^① 二者的区别,详细可参考赵相林、曹俊主编:《国际产品责任法》80~83页,北京,中国政法大学出版社,2000。

^② 见《微型计算机类产品售后三包工作研讨会——三包知识问答》,该文件是国家质量技术监督局提供给与会者的背景材料之一,目的在于使与会者在讨论起草《微型计算机类产品修理更换退货规定》时对“三包”制度有初步了解。

精神根本相悖。^①

（三）司法权主导与行政权主导

物的瑕疵担保是民法上的一项制度,买受人据此享有的是民事请求权。一旦买卖标的物存在瑕疵,买受人就依法(民法)享有一种形成权,并通过选择的行使,在诸种救济方式之间择一行使。如果双方当事人就减少的价金数额或采用何种救济方式发生争议,则可以诉诸法院。也就是说,法院及司法权在该制度中处于核心地位,通过事后个案救济的方式实现公平,其所体现的权利保护模式是:法律规定(物的瑕疵担保)→事实争议→法院和司法权。在这种模式之中,民事主体之间的法律关系以及由此而产生的权利义务由立法机关通过法律进行规定(具体体现为瑕疵担保责任制度),如果民事关系运作良好,这些规范就“备而不用”(这体现了民事规范的自治规范性质);如果民事主体在交易中发生争议(例如,对瑕疵存在与否的争议、对采用何种救济手段的争议等),就可以请求法院依照法律的具体规定对争议作出裁决。在这种模式下,立法权、司法权各司其职,共同完成保护民事权利的目的。

相反,“三包”制度则采用了完全不同的运作模式:法律(《消法》第45条等“授权规定”)→行政规章→违反→行政制裁。在这种模式下,国家有关部门根据法律的“授权规定”事前制定详细的规章,强行推行“三包”制度,并且对性能障碍、可以适用的救济方式、保修期限等都明确加以规定,完全排除了双方当事人的意志。尤有甚者,还规定监督管理机关,对于不切实履行遵守“三包”规定的经营者进行行政处罚。这样,在“三包”制度中,行政权通过制定强行推广、普遍适用的行政规章有效地介入了民事法律关系和司法权中间,设置了消费者权益保护的前置程序,并因行政权自然扩张的本性等诸多因素而逐步形成了行政机关和行政权占据主导地位的权利保护模式。这种事前规制的办法不仅成本高,而且很难达到预期的目的,实施的效果不是很好。

分析至此,我们不难得出如下结论:传统中的物的瑕疵担保责任制度已经被“三包”规定肢解的面目全非,支离破碎,其所隐藏的私法自治的精神实质在“三包”规定中更是毫无藏身之处。虽然“三包”调整的确实是经营者(卖方)和消费者(买方)之间的权利义务关系,但“三包”规定自身却是体现国家意志和政策导向的地地道道的管制规范,与贯彻私法自治精神的物的瑕疵担保责任大异其趣。与其说“三包”规定体现了传统民法中物的瑕疵担保制度,还不如说它

^① 现在正在制订过程中的“汽车三包”只调整“一般质量问题”,而不涉及安全问题,这应该也算是“三包”规定日益力不从心的一种表现。

与我国古代法律的调整模式具有更近的血缘关系。实际上,我国古代法律中确实存在形式上类似于物的瑕疵担保的规定。例如,《唐律·杂律》规定“诸买奴婢、马、牛、驼、骡、驴,已过价,立券之后,有旧病者,三日内听悔;无病欺者市如法,违者笞四十。”《疏议》补充:“三日内无疾病,故相欺罔而欲悔者,市如法。”但可惜的是,“在古代中国,虽然也有关于商品的私法责任,像瑕疵担保责任,但是,‘构成中国特色’的,是有关产品质量的工商管理法律及其刑事和行政责任,这属于公法责任的范畴,后者不论在规范数量上,还是其在法律体系里所具有的地位和所发挥的社会作用上,都明显超过前者”^①。

三、“三包”制度的缺陷及其消极效应

“三包”规定目的在于保护消费者权益,但其所采取的手段和方式的缺陷,决定了它不仅无法实现立法目的,反而还具有很严重的消极后果。

(一) 无法保证必要的立法质量

“三包”规定是针对特定商品的立法活动,在立法过程中不仅要解决具体的法律问题,还必须考虑不同商品的特性,并要在不同利益主体之间进行协调,因此对立法水平的要求是很高的。但就实际情况看,我国目前行政规章立法制度很不健全,难以满足如此高的要求。事实上,几乎每部“三包”规定正式适用之后,都体现出许多与实际经济生活不符的规定,并遭受到来自消费者、经营者与媒体的各种批评。

立法程序不完善固然是造成“三包”规定立法质量不高的因素之一,但更根本的原因或许是,立法者承担了一项无法胜任的任务。“三包”制度虽小,但由于其直指市场中不同主体之间的权利义务关系,关系到对立主体间的利益分配,这就要求“三包”规定至少要能够科学反映市场运作规律,合理平衡各方利益关系,并根据实际情况因势利导,才可能(但并不必然)实现其规范目的。但由于生产者、销售者及修理者和消费者之间的法律关系各种各样,利益关系具体而微妙,针对他们之间的商品保修期和商品折旧率等细节问题进行规定不可避免地会具有挂一漏万、脱离实际生活等缺陷。通过分析“三包”制度的基本原则和核心概念,可以明了,行政权过分直接干预经济生活不仅会使自身处于极其“被动”的地位,还会造成“越管越乱”的消极后果。

^① 张骥:《中西产品责任法探源及其比较》,载《中外法学》85页,1997(6)。

1. “谁销售谁负责三包”

“谁销售谁负责三包”原则是“三包”制度的总原则,其基本含义是,销售商就商品的修理、更换和退货事宜直接对消费者负责,目的在于防止出现推诿现象,保证消费者权利的顺利实现。最初规定该原则的是《条例》第15条以及“老三包”第5条和第6条。例如,“老三包”第6条详细规定了生产企业和经销企业“具体负责”的办法,而其中关于“售后技术服务的协议”、“包修费”要“专款专用”的规定充满了计划经济的色彩。后来制定的几部“三包”规定都不加批判地延续了该原则,并简称为“谁销售谁负责三包”。

在计划经济条件下,流通环节相当简单,利益主体非常单一,效率在经济生活中的地位也不突出,这种规定比较容易得到贯彻。但是,在市场经济条件下,流通环节多,营销体制极度复杂,利益的分割也非常尖锐而明显。如果仍然要不加区别地继续贯彻“谁销售谁负责三包”原则,成本将大大提高。例如,仅就商品修理而言,情况就千差万别。在现实经济生活中,售后服务体系不同,生产者、销售者和修理者的权利义务关系也就不同:有厂商直接设立服务机构的情况,有销售商同时兼顾服务的情形,也有专业的服务机构独立进行经营。在不同的服务关系中,市场主体之间的权利义务关系显然各不相同,这些利益之间的平衡和协调大概也只有通过市场才能得到最佳实现。采取“一刀切”的办法,规定“谁经销谁负责三包”,体现的是长官意志对现实经济生活的粗暴干预。单“修理”一项,情况就如此复杂,更遑论“退货”还涉及发票、税收等财务问题了。拒不考虑这些现实问题,生硬的规定各方的权利义务关系,必然的后果就是干扰市场的正常良性运作。

2. “三包有效期”

“三包”有效期是“三包”制度的核心概念之一,是决定消费者权利的关键性因素。几部“三包”规定关于“三包”有效期的基本规定很复杂,为便于理解,可大致图示如下:

购买之日起→第7日→第15日→3个月……1年

上图体现的是购物之后,消费者在不同的时间内享有的不同权利:

① 购买之日起7日内,发生附件中所列的“性能故障”,消费者可以选择修理、更换或退货;

② 从第7日到第15日之间,发生附件中所列的“性能故障”,消费者可以选择修理或更换;

③ 从第15日起到1年内,原则上只修理;“修理两次,仍不能正常使用的”,“凭修理者提供的修理记录和证明”,可以退货。

对“三包”有效期的疑问:



(1) 质疑期限的合理性。从以上规定看,购物之后第7天、第15天以及1年是几个关键的时间点,其中“1年”是“三包”有效期,即消费者享受“三包”的最长期限。如果说《民法通则》第136条的如下规定:“下列的诉讼时效期间为1年:……(二)出售不合格的商品未声明的”,能够证明“1年”期限的合理性,那么7天、15天的科学性和合理性又在哪里?更何况,随着几部“三包”规定的陆续出台,对电脑、家用视听产品乃至汽车等技术含量极高的产品也像对自行车、缝纫机、钟表等初级工业产品规定同样的期限,合理吗?

(2) 特种买卖对“三包”制度的挑战。随着邮购销售、网上购物、上门销售等各种新型销售方式的逐渐增多及普及,为保护消费者免受种种推销技巧的欺骗,许多国家规定了消费者的撤回权,允许消费者在购物后的一定时间内,无条件地撤销合同。“欧美方面截至一九八六年为止仅爱尔兰、意大利尚无关于特种买卖之特别立法,其他包括英国、美国、澳洲、加拿大、法国、瑞典、挪威等,皆已颁布消费者有特别撤销权或撤回权之特别立法。”^①必须承认,“犹豫期”和撤回权是法律在新的社会经济条件下采取的一项有效而必要的消费者保护措施,完全符合经济生活的发展要求。“三包”制度拒不考虑各种销售方式的特点而采取“一刀切”的办法统一规定“三包”有效期,其自身既不足以保护特种买卖中的消费者,也无法与“犹豫期”和撤回权的规定协调一致,显然是一种落后的制度设计。

3. “折旧率”

根据“三包”规定,符合换货条件,销售者也能提供同型号同规格的商品,而消费者不愿意换货,却主张退货的,销售者应当退货,但有权根据“三包”规定的折旧率在价款中扣除折旧费。这样,如何确定折旧率就成为一个非常棘手,极具争议的问题。举“手机三包”为例。一方面,手机经营者希望折旧率定的高一点,并举出了充分的理由:手机更新换代快,折旧率就是比较高。另一方面,消费者希望折旧率定的低一点,而且理由也很充分:买一部手机,按0.5%的折旧率算,200天就折旧为零了,实在让人无法接受。因此,“手机三包”出台之后,0.5%的折旧率就不断遭到来自消费者的批评。其实,商品销售过程中乃至售后权利义务的分配和平衡问题,如果是经过交易主体多次进行博弈的结果,一般能得到双方的认可并由此得到遵行。由国家直接对权利义务关系进行过分具体的规定,其公正性将不断遭到怀疑,无疑是“吃力不讨好”。折旧率集中体现了经营者和消费者之间根本的利益冲突,无论定多少的折旧率,都不能同时满足经营者和消费者双方的预期,无法获得双方的一致赞同。“三包”规定给出

^① 转引自朱柏松:《消保法邮购及访问买卖法规范之分析》,注3,载朱柏松:《消费者保护法论》,307页,1999,增订版。

具体的折旧率,本身就是承担了一项注定不能胜任的工作。欠缺充分的说服力而仅靠“行政处罚”的国家强制力支撑的规定,其在实施中的命运可想而知。关于折旧率的具体规定及其在现实中遭受的消极评价集中体现出,国家权力过度细致地干涉经济生活,将置自身于非常尴尬的境地。

4. “性能障碍”

“性能障碍”是“三包”规定中的另一个重要概念,几部“三包”规定附件主要内容之一就是规定商品主机及零部件的“性能障碍”。从形式上看,是否构成“性能障碍”与是否处于“三包”有效期一样,决定着消费者能否主张“三包”权利。

如果将“三包”制度理解为物的瑕疵担保的法律体现,则其基础性概念应该是瑕疵。现实经济生活中,具体瑕疵存在与否主要由交易当事人根据交易惯例或特别约定加以判断,无论是在长期日常交易过程中逐步形成共识的通常效用,还是当事人落实在合同中的契约预定效用或出卖人明确保证的特定品质,其所体现的法律精神都是当事人意思自治。而“三包”规定用“性能障碍”这个专业色彩浓厚的概念取代了“瑕疵”的法律概念,并在附件中不厌其烦地列举了其具体表现形式。此外,还明确规定,只有产品发生“性能故障”时,消费者才可以依法主张权利。^①也就是说,只有附件中列举的“性能障碍”才是“三包”规定所谓的“质量问题”,附件列举之外的“质量问题”即使构成瑕疵,也无法通过“三包”获得救济。这样,“三包”规定就用国家(行政机关)严格厘定的“性能障碍”标准取代了原来的“通常效用”及“契约预定效用”标准,并针对不同的性能障碍提供了不同的救济方式以及不同的保修期。其实质是,“性能障碍”的概念就成为国家(行政机关)意志的化身,挟行政权力之威而直接进入民事法律关系,国家(行政机关)的意志吞并了当事人的理性判断,彻底排除了当事人意思自治的空间。

此外,从“三包”规定条文的多少看,几部“三包”规定本身渐呈复杂化趋势,条文、附件越来越多,内容日益专业化。这在一定程度上也反映出,随着产品的丰富多样和高科技化,“三包”规定作为一种管制方法越来越力不从心,“一个商品制定一个三包规定”的思路的可行性不得不令人怀疑。

(二) 限制了消费者权益,造成了法律体系的混乱

虽然“三包”规定理论上的正当性在于其能够保障作为弱势群体的消费者的合法权益,但其实际作用反而是不当地限制了消费者的权益:

^① 例如“新三包”第9条规定。

1. 难以制定出合适的标准,起不到应有的规范目的

举“电脑三包”为例。早在“三包”出台之前,一些主要的品牌机厂商推出的售后服务就已经基本涵盖了“三包”的内容,其要求甚至比“三包”还高:服务期限比“三包”长,服务范围比“三包”广。所以“三包”的实施对大部分著名的品牌机厂商而言,起不到规范作用。而对于那些兼容机经营者来讲,由于很难达到“三包”规定的要求而不得不被淘汰出市场。这固然净化了电脑市场,但也应考虑到,由于品牌机和兼容机之间的价格差异,我国许多消费者愿意选择虽然服务差一点但却相对便宜的兼容机。因此,“三包”规定压缩了兼容机的市场空间,实质是限制了消费者根据自己的经济实力进行选择的权利。此外,也确实存在部分经营者不得不根据“三包”规定提高服务标准的情况,其结果必然是经营成本的增加,可以想见,这些增加的经营成本其最终的承担者必然是消费者。当然,本文并非主张支持低劣的经营标准,而是认为这最终要取决于市场发展的水平,单靠国家通过立法“拔苗助长”会适得其反。

2. 只规定“修理、更换和退货”,限制了消费者的选择权

根据《合同法》第111条和《消法》第44条规定,消费者享有要求修理、更换、重作、退货、减少报酬或者价款等权利。可见,法律赋予消费者维护自身合法权益的救济途径远比“包修、包换、包退”要广泛得多。“三包”规定只强调其中的三项,容易造成的后果是:架空了《消法》和《合同法》的有关规定,使法律规定的保护消费者的其他救济方式徒具虚名。

根据传统的物的瑕疵担保责任制度,在标的物存在瑕疵的情况下,买受人享有如下请求权:解除契约(解除契约导致显示公平者除外)、减少价金、不履行损害赔偿(在标的物不具备保证品质的情况下)、另行交付无瑕疵之物(在种类物买卖中)。而且,这几种方式并不存在先后优劣之分,买受人完全可以按照自己的意志择一行使。^①与物的瑕疵担保制度比较,“三包”规定不仅限制了买受人可以享有的救济方式,还剥夺了当事人根据自由意志选择补救方式的自由,极大地限制了消费者的权利。^②“三包”规定提供的救济方式是“修理、更换、退货”。其中的修理也就是“排除瑕疵”,更换就是“另行交付无瑕疵之物”,退货就是“解除契约”。根本没有规定减少价金或不履行损害赔偿的问题。^③详细规定可以主张“修理、更换或退货”的具体情形,完全剥夺了买受人的选择权。例如,根据“手机三包”,只有在“购机之日起7日内手机主机出现性能故障”的情形下,消费者才可以要求原价退货。

^① 这是关于违约责任的规定。但关于物的瑕疵担保责任的性质,新《合同法》采债不履行责任说,因此,第111条既适用于一般违约行为,也适用于物的瑕疵担保。

3. 没有规定损害赔偿问题 不能彻底解决消费争议

随着市场经济的发展,消费者的权利意识逐步增强,一旦发生消费纠纷,关于送修费用、待修期间因不能使用引起的损失、交通和通讯费用等损失赔偿问题就会成为争议的焦点,甚至在有的案件中还存在对消费者的其他财产或人身损害进行赔偿的问题。查阅几部“三包”规定发现,除“新三包”第15条第2款规定“对应当进行三包的大件产品,修理者应当提供合理的运输费用,然后依法向生产者或者销售者追偿,或者按合同办理”外,并没有其他关于赔偿的规定。其实,这里也只不过是照抄照搬了《消法》第45条第2款的规定,由于对“大件产品”没有界定,适用性并不强。因此,“三包”规定只是一个“秃尾巴”规定,至多能解决“半个”消费纠纷。如果消费者主张赔偿,则必须在“三包”规定之外另谋出路。

4. 造成了没有“三包”规定的商品不实行“三包”的印象

经营者依法对其销售的商品承担合同责任或产品责任,并根据其承诺向消费者提供售后服务,这都是有法可依的。行政机关针对特定商品制定“三包”规定给一些经营者提供了借口:没有“三包”规定的商品,不实行三包。虽然媒体和消费者协会曾就这个问题进行了多次澄清,仍不能杜绝一些经营者以此为借口对消费者的主张进行故意拖延或无理拒绝的现象。其实,有关部门一边主张“三包”中没有规定的商品也要实行“三包”,一边连续不懈地针对单个商品制定专门的“三包”规定,本身就难以自圆其说。从这个意义上讲,“三包”规定削弱了《消法》和《合同法》对消费者利益保护的效力,不利于保护消费者权利。

5. 架空了新《合同法》的有关规定 造成法律体系的混乱

物的瑕疵担保责任制度集中体现在我国新《合同法》第153条、第154条、第155条以及第62条第1项和第111条,此外,《消法》第22条、第23条、第45条和《产法》第40条也是关于物的瑕疵担保责任的规定。这样,就存在一个问题:物的瑕疵担保责任制度既体现于上述所列各种法律规定,又体现为“三包”制度,而根据上文的分析,这两者还存在根本性不同。那么,如何处理它们之间的关系?

有学者认为,在作为部门规章的“三包”规定与《合同法》等法律的规定发生冲突时,根据“上位法优于下位法的原则”,应该优先适用法律的规定。从理论上来讲,的确应该如此。但我们必须考虑另一个事实:“三包”规定是国家强制性的管制规定,背后有专门的执行部门,靠行政权的主动出击推行实施。每当一部新的“三包”规定出台,行政机关都大肆宣传,极力推广,甚至还和企业签订履行“三包”责任的“责任书”或“军令状”等,并且对拒不履行的企业进行“公告”或处罚。而《合同法》等法律只不过是任意性规定,只要当事人不提起诉讼,

法院和司法程序不可能自发启动。再说,由于诉讼费用的高昂,诉讼程序的繁复,有几个消费者愿意为一部手机或一部电话提起诉讼呢?这样造成的后果就是,就物的瑕疵担保制度而言,“三包”规定至少在消费者保护领域中架空了《合同法》。

(三) 沦为行政权扩张,部门利益分割的工具

我国几部“三包”规定均是典型的“通过行政立法的形式直接调整平等主体之间的民事行为关系”^①的民事性行政规章。“三包”规定的这种性质决定了其具有如下特点:其一,“三包”规定的法律规则和原则本身都是纯粹民事性质的,即完全是私法性质的,“三包”规定构成民事法源,是处理民事法律关系的依据。其二,“三包”规定是国家各部委依照法律的授权进行的行政立法,是行政规章。“三包”规定的这两个特点说明,它们是政府对民事法律关系进行干预的典型方式,构成行政权进入私法领域的管道。

“三包”规定的调整对象是生产者、销售者、修理者和消费者之间关于商品修理、更换、退货的权利义务关系,是纯粹的民事法律关系,理应遵循私法自治的原则。但是,国家行政权以“保护消费者权益”、“为老百姓做好事做实事”为名通过“三包”规定强行进入民事法律关系,无视市场的运作规律直接通过行政立法的形式对经营者和消费者之间的权利义务关系(修理、更换、重作)等进行了直接分配。这种一厢情愿的做法无疑会对市场的正常运作造成不良干扰。综观几部“三包”规定,不仅“三包”规定条文越来越多,规定越来越复杂,附件逐渐增多,最为严重的是,“三包”规定关于“处罚”和“检验”的规定还呈现出细密化的趋势。

如果说“三包”中对于经营者义务的列举以及“修理、更换、退货”的具体操作过程的规定是行政权通过立法的形式对民事权利义务进行规范的话,其中关于对消费争议解决办法及行政机关在执行“三包”规定中的角色和职责的规定^②则反映出行政权通过更加直接的方式即行政处罚强行推行自己的意志,并且体现出特定的发展趋势:

1. 行政权力呈扩张趋势

综观几部“三包”的有关规定就会发现,行政机关在执行“三包”规定中的

① 崔卓兰、于立深:《行政规章研究》252页,长春,吉林人民出版社2002。

② 见“老三包”(现已失效)第17条;“新三包”第21条、第22条;“农机三包”第26条、第27条、第28条;“手机三包”第6条、第26条、第27条、第28条、第29条;“电脑三包”第29条、第30条、第31条、第32条、第33条。“电话三包”与“手机三包”内容相似;“视听产品三包”与“电脑三包”内容相似,此不列举。

职责呈递增趋势。1995年的“新三包”尚没有提及行政处罚,1998年的“农机三包”规定了行政处罚。2001年的“手机三包”和“电脑三包”不仅规定行政处罚,还规定“检验”、“鉴定”和维修资质的“考核”乃至“颁发”证书。其中,行政处罚要交钱,“检验”和“培训”大概也不是免费的。至于“维修资质证书”、“维修资格”和“持证上岗”的问题,不是行政审批是什么?这反映出,行政权力越发深入地牵连到市场运行中,具体到甚至要对手机和电脑维修人员进行培训、考核、颁发证书等,而且还有行政权商品化的苗头。

2. 行政机关于部门利益划分细致化

“三包”规定一般由几个部门联合制定,其中不可避免的涉及到部门之间的权力划分问题。特别是行业主管部门(例如农业部、信息产业部)和综合管理部门(例如工商总局、质检总局)的职责划分。最初的“三包”关于这一点的规定的还比较原则、概括,后来的“三包”就此的分工则越来越明确。举国家质量监督检验检疫总局、信息产业部和工商行政管理总局制定的“手机三包”为例:“手机三包”明确规定了三个部门各自享有“行政处罚”权;另外还规定,质检部门可以“考核和授权”检验部门或直接“检验或鉴定”,信息产业部则可以对修理者进行“考核培训”,颁发“维修资质证书”。当然,所有这些“考核”、“授权”、“培训”、“颁发证书”等,都不是免费的午餐,都需要从经营者或消费者那儿直接或变相收取各种费用。

由此可见,我国行政机关在对市场积极进行干预的过程中,其背后有很大的利益驱动;且不说“三包”规定作为“立法”成果构成可见可数的工作业绩,“三包”规定本身也越发成为各部门“跑马圈地”的工具。

四、“三包”制度在中国何以成为可能?

像“三包”规定这样一种与市场经济的自由精神根本相悖,实践中又造成许多不良后果的管制性规章为何能够在我国频频出台并活跃于法治建设和市场培育的大环境中,确实值得深思。本文认为,造成这种现象的深层次原因至少有以下几点。

(一) 法院和司法权的被动及无奈——行政权扩张的条件

经营者和消费者之间关于售后商品瑕疵发生的争议问题属于典型的平等民事主体之间的纠纷,属法院主管,但民事诉讼“不告不理”的启动原则决定了法院在保护消费者权益方面的被动地位。在确立简便可行的小额诉讼制度或建立消费诉讼法庭之前,消费者是不可能为几千、几百甚至几十元的纠纷诉诸

法院的。更为重要的一个事实是,我国的各级法院一直为“案件积压”所累,如何成功地分流进入法院的各种案件,解决案件积压问题从来就是令法院乃至各级政府头痛的事。期望自顾不暇的法院对“鸡毛蒜皮”的消费争议事必躬亲根本就是不可能的。因此,相对于其他类型的民事争议而言,我国消费争议领域就成为法院无暇顾及也不愿顾及的“势力范围空白”,为行政机关通过制定颁布“普遍适用”的行政规章“抢占”地盘提供了便利的前提条件。

(二) 有问题找政府——民众欠缺自主意识

在批判甚至彻底否定“三包”规定之余,有一个现象不容忽视:行政部门制定“三包”规定并不是违反民意的一意孤行,而是具有广泛群众基础的合乎民心的施政举措。随便翻一翻几部“三包”规定出台前后的报纸杂志,就可以看到“千呼万唤始出来”、“汽车三包年底有望出台”、“盼望已久的……”等充满期待和盼望的报道。它们至少在一定程度上反映着事实真相:在消费者中,支持制定“三包”规定的意见占据主流地位。在声势浩大的支持声中,少数学者的反对意见是很难被严肃考虑或认真对待的,至于部分经营者谨慎发表的保留性意见似乎更加杳不可闻。

中国几千年统治经验的核心智慧就是“民可使由之,不可使知之”的牧民政策和“实其腹,空其心”的愚民政策,既缺乏尊重公民自主选择的传统,也欠缺培养公民自主意识的制度机制。建国后引入苏联版的社会主义,搞计划经济,片面追求实质社会正义的极端做法进一步窒息了私人自主选择的空间。所有这些造成的后果之一就是老百姓“可以乐成,不可以虑始”的淡薄心态和“有事找政府”的依赖心理。此外,我国法院在保护公民权利方面一贯的软弱无力形象以及昂贵的诉讼费用也使消费者宁愿等着“政府出来管一管”,也不愿意主动提起诉讼。因此,当消费者权益屡次遭受侵害而又投诉无门之时,自然而然就会对政府制定的“三包”规定抱有很大预期。

(三) 路径依赖与利益驱动——政府部门的动力来源

传统上我国从未形成政治国家和市民社会的二元关系格局。“大政府、小社会”模式下国家权力渗透到社会生活的每一个角落,“重管理、轻服务”的观念根深蒂固。建国后我国搞了很长时间计划经济,政府掌握并分配一切社会资源,长期靠政策办事,对各种利益关系横加干涉已成习惯。虽然现在建设市场经济,提倡法治,但政府包办一切的观念一时难以根除,依旧支配着很多政府工作人员的思维方式和工作方法。随着侵害消费者权益现象日益引起社会各界重视,政府行政部门要有所作为,最便利的方法是到传统管理经验中寻找可以

利用的资源,这就是所谓“路径依赖”的问题。“老三包”最初在保护消费者权益方面获得的成功很容易使行政机关认为它仍然是一种有效的办法。

另外,上文“三(三)沦为行政权扩张,部门利益分割的工具”的有关分析也表明,利用“三包”规定可以进一步明确甚至“赋予”有关部门行政处罚权以及行政许可权也是一项重要的利益驱动。

在探讨我国三包制度成因时还应注意的一点是中央经济政策对消费者保护相关部门的影响。我国自1998年推行刺激消费,扩大内需,促进经济发展的积极财政以来,^①消费者政策重点相应地发生了转变。“现今中国消费者政策,不仅是补救市场经济的消极面和救济受害消费者的保护政策,而且作为国家经济政策的一个重要环节,发挥其引导消费、促进消费、扩大内需,推动经济增长的重大作用。”^②各级政府部门回应中央政府要求,纷纷将保护消费者权益,维护良好的消费环境列为工作重点。例如,国家工商行政管理总局局长王众孚在中国消费者协会成立15周年纪念大会上的讲话中强调,“加强消费引导、维护消费者权益,为扩大内需推动经济增长服务”^③。此外,依法治国的方略确立后,凡事立法的“法化”现象非常严重,许多政府部门把“立法”多少作为评价部门机构特别是法规政策机构的工作业绩的重要治标。制定“三包”既可以贯彻中央政府经济政策,又符合依法行政,依法治国的要求,自然成为行政机关追求“政绩”的最佳手段。

(四) 私法实质化——西方国家法制变迁 及相关法律思潮的影响

形成于18世纪并于19世纪发展到极致的近代民法推崇形式理性,崇尚意思自治,强调法的安定性,紧密配合了当时尚处于上升阶段的资本主义市场经济,在推动社会进步,改善人类生存状况方面获得了空前成功。但由于近代自由主义民法奠基于“理性经济人”的虚幻假设之上,无暇考虑掩盖在“理性经济人”面具之下的消费者、雇工、妇女等具体而特殊的“人”之表现形态,因此它只能提供形式平等,追求形式正义,无法保护社会上现实存在的弱势群体的权利和自由,造成的后果就是事实的不平等。近代民法这种固有的内在缺陷连同其

① 例如,2002年3月5日在第九届全国人民代表大会第五次会议上的《2002年国务院政府工作报告》提到:“……坚持实施扩大国内需求的方针……一、扩大和培育内需,促进经济较快增长……在当前严峻的国际经济形势下,实现经济较快增长的根本之策,是扩大国内需求,进一步形成消费和投资的双重拉动……扩大国内需求,首先必须增加城乡居民特别是低收入群体的收入,培育和提高居民的购买力……五、拓宽消费领域,改善消费环境。通过深化改革,调整政策,消除各种限制消费的障碍。鼓励居民扩大住房、旅游、汽车、电信、文化、体育和其他服务性消费,培育新的消费热点……”

②③ 梁慧星:《中国的消费者政策和消费者立法》,载《法学》2000(5)。

赖以存在的放任自由的资本主义经济所引发的种种消极后果积累到 19 世纪末 20 世纪初就主要表现为社会财富的两极分化和社会矛盾的急剧激化。回应社会现实的需要,近代民法开始强调实质理性,提倡为社会福利和公共利益的需要限制私人意思,关注个体差异性,追求个案公平,是为民法实质化。在从近代民法到现代民法的私法实质化过程中,实质正义的观念对私法自治的总原则提出了挑战,私人所有权受到限制,意思自治的神圣性被打破,无过错责任原则复兴。如果说近代民法信奉“契约即正义”,现代民法却认为,“弱势的一方对于缔约的内容常常没有参与决定的可能,法律为了保护经济上的弱者,有时必须限制私法自治之形成权,干预契约内容的自由”^①。而且“消费者保护法此种对契约内容的干预,其目的在于弥补消费者在面对强势企业时,能回复部分‘缔约内容的自由’,而不是任由企业经营者宰割消费者”^②。这样,基于保护弱者的指导思想,消费者权益保护的立法就成为各国福利立法的重要法律部门,消费者权益保护领域与雇工保护、女性保护等一起成为国家管制最多的领域。

中国是引进和移植西方法律制度的后进国家,私法实质化对法学理论和法治建设均有重大影响。不仅法学理论频频介绍意思自治的衰落、契约的死亡等等,实践部门也以“消费者是弱者,需要特殊保护”为名积极干预市场自由竞争。可以说,“三包”规定在《消法》、《产法》乃至新《合同法》颁布之后又被重新“激活”,私法实质化思潮是其大背景。“三包”规定从整体表面看实质化色彩确实很浓厚:①立法目的强调“为了切实保护消费者的利益”;②主要内容规定经营者的“责任和义务”和消费者的“权利”,在权利和义务配置上明显向消费者倾斜;③国家积极干预限制契约自由,强制经营者必须承担“三包”义务。

上述诸种因素的综合后果就是,理论界强调为实现社会实质正义而修正乃至限制意思自治的论点迎合了中国重管制、轻自治的思维惯性和统治经验,并为行政权的扩张提供了貌似合理的正当化依据;在中国本来就一直处于绝对核心和主导地位的行政权在强调实质正义的旗帜下挟强调家长主义和公正的福利主义之势,通过命令和控制的管制手段进一步扩张,挤压并吞噬着改革开放以来艰难开辟出来的仍然极度虚弱而狭窄的私法自治空间,构成中国法治建设和市场建设的新反动。本文认为,这种倾向为“三包”规定提供了理论和动力支持,“三包”规定之所以能够频频出台是这种反动的表现之一。

① 黄立:《民法总则》,187页,北京,中国政法大学出版社,2002。

② 黄立:《民法总则》,187~188页,北京,中国政法大学出版社,2002。

五、对“三包”制度的反思 ——以私法实质化为中心

上文对我国“三包”规定得以大行其道的原因进行了论述,其中关于司法权的角色、我国民众的自主意识和行政机关的工作方式,鉴于专业限制,本文不拟详细论述。下文围绕对私法实质化的反思,尝试回答如下问题:对消费者进行特殊保护的实质性需求是否能够证明“三包”规定的正当性?

(一) 西方国家对私法实质化的限制及其变迁

私法实质化是近代民法克服自身缺陷,回应现实需要的必要努力,但私法实质化要求国家权力抛弃原来消极无为的立场转而积极干预社会生活,通过国家权力的帮助补正当事人意思的不足,努力实现包括弱势群体在内的“一切人”切实可见的公平和自由。这种实质化体现在民法典中的概括规定和一般条款,也体现在消费者权益保护和反不正当竞争等新兴的法律部门中。国家权力的积极干预打破了古典民法中国家和社会严格划分的关系格局,对西方法律文化极端珍视的私人自治形成了诸多限制。“这种提供照顾、分配生活机会的福利国家,通过有关劳动、安全、健康、住宅、最低收入、教育、闲暇和自然生活基础的法律,确保每一个人都具有符合人类尊严的生活的物质条件。但它显然也造成了这样的危险:通过提供这种无微不至的关怀而影响个人自主性,而它——通过提供机会平等地利用消极自由之物质前提——所要推进的,恰恰就是这种自主性。”^①

基于这种警惕和忧虑,西方诸国政府在干预社会生活的过程中,大多积极寻求利用现有的制度资源,力争在干预最少的情况下获致最佳管制。例如,(1)关于消费者权益保护的问题多采用议会立法的形式进行规范,法律位阶高。即使存在授权性行政立法,法律对于授权立法的主体、事项、程序等方面也会有明确而具体的规定,确保授权性立法的合法性、合理性和正当化。对市场干预的这种谨慎态度再次反映了其对国家权力的怵怯,对私人自治的珍视。毕竟,消费者权益保护立法具有保护消费者权利的目的导向,以实现实质的社会正义为指导思想,对私法自治构成重大限制。其实,我国又何尝不是如此?“依我们之见,《合同法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《合伙企业法》等基本法律,没有向任何行政机关授权制定实施办法,这不是立法机关的疏漏,而是表明

^① [德] 哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,506页,北京,三联书店,2003。

了在特定的领域必须实行‘立法保留’。”^①这却无法避免如下事实：“三包”规定虽然不是整部《消法》的实施细则，但其内容之重要，社会影响之广泛，已经构成《消法》最重要的“配套”执行性立法之一。（2）尽量避免直接管制，多选择间接迂回的方式进行管制。管制的必要性毋庸置疑，关键是采取何种方式。管制方式主要有两种：一为直接管制，即命令-强制式。国家行政权直接出面对于违反法律禁止性规定的行为进行制裁，从而使国家意志得以贯彻。一为间接管制。例如，通过立法对不同主体之间的权利义务进行重新配置，或法院利用默示条款对合同重新解释等，获致实质正义的追求。这两种管制方式的实质区别在于，前者为了实现实质正义而彻底否定了主体的自主意志和自我选择，行政权“赤膊上阵”强行推行国家意志；后者在追求实质正义的同时力求尊重主体的自主性，体现在法律制度上既修正了私法自治，也拓宽了私法自治的领域。遍观各国消费者保护立法，间接管制逐渐成为主流。^②（3）尽管私法实质化确实有以其他法律价值（例如契约公正）或者重大的公共政策对私人选择自由加以限制的目的，但在很多领域，私法实质化的主要目的不是取消个人自由，而是为个人自由的平等实现创造条件。如哈贝马斯所指出的，“在变化了的社会条件下（就像在福利国家模式中所感受的那样），法律自由的原则必须通过对现行法律的实质化、通过创造新型的权利而得到实施。私人自主（表现为程度尽可能高的平等的、主观行动自由的权利的私人自主）这个观念并没有发生任何改变。发生变化的，是每个人之私人自主被认为应该平等地实现于其中的那个被感受到的社会环境”^③。这里应当区分作为价值目标的自由与作为实现手段的自由。我们可以说，在西方，从形式法到实质法的变化，作为价值目标的自由从未衰落，虽然经济社会条件的变化迫使法律对其进行回应，从而导致实现手段的改变，国家加强了对私人活动的干预，但这种改变的基本精神在于通过新的手段

① 崔卓兰、于立深：《行政规章研究》68页，长春，吉林人民出版社，2002。

② 例如在美国，个人在法院提起诉讼仍然是实施法律（甚至许多现代福利法）优先采用的办法。而且，对危险品的控制仍然主要是普通诉讼和普通法院的事，主动权完全操纵在个人手中。在英国，尽管在普通法里，如果有危险或缺陷的产品（不负责任地）投放市场并给个人造成伤害的话，个人是有权起诉生产厂商的。而在当今，这一权利则是通过对不同类型产品的大量控制法令而得到加强。根据通常由行使法令赋予的权力的部长们制订的条例，这些控制办法一般并不（有时偶尔的情况除外）赋予受害的消费者以起诉权。它们所做的是宣布生产或销售违背规定标准的产品为犯罪。这样，这种违背就成为可通过刑法加以处罚的行为，提出起诉的责任便转移到公共机构。阿蒂亚认为，它们代表了两种完全不同的方法，而无论采用哪种方法，法这一工具都可被用来达到相同的目的。并认为造成这种差异的原因之一是，现代英国的方法还部分地起源于现代福利法的家长式传统，这种传统似乎假定大多数人都无力保护自身的利益。对比之下，美国的传统仍然依赖这样一种坚定的信念，即个人正是应该被赋予执行法律任务的人，因为个人有权也有责任采取向法院起诉的主动行动。但是目前英国的实际情况是，现在有种迹象表明，保守党正开始接受这样的事实，即确有必要寻求某种办法，以使个人能够对此种公共服务机构提出起诉。而且我们完全可以期待今后迈出更大的步伐。参见[英]P. S. 阿蒂亚：《法律与现代社会》，范悦等译，138页，沈阳，辽宁教育出版社、牛津大学出版社，1998。

③ [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间》，董世骏译，498页，北京，三联书店，2003。

保证在新的条件下仍然能够平等的实现私人“自由”。

当然,由于私法实质化也导致了有很多有违其保障个人自由初衷的后果,这在实践中体现为福利国家的危机,西方国家一直试图寻求其他有效的救济之道。一方面,自1980年代以来的私法形式性和个人的选择自由得到一定程度的复兴。例如在英国,“如果在1870年到1980年期间自由选择地位的衰落是合同自由重要性衰落的原因之一,那么必须认识到在过去的15年已经做出了艰辛的努力去复兴自由选择的领域。同时,大量的自由市场制度经济功效复苏,法律和经济原则之间的关系也更加重要(特别在美国)。这个工作导致了对于一百多年来一直处于控制地位的法律规则和思想的重新审查,而且向一些以合同自由重要性的衰落为基础的假设进行了挑战。所有这些意味着合同自由的衰落已经终止,合同自由再次受到欢迎”^①。另一方面,理论界一直努力探索新的替代性理论,尝试在形式理性和实质理性之外创设新的法律范式。目前最具影响的是德国法学家图依布纳在哈贝马斯和卢曼等人的法社会学理论基础上所提出的反思法范式,该范式的指导思想是程序性立法。^②反思性法对西方长时间以来的福利性立法实践从社会效果等方面进行了批判,认为应当采取间接的法治方式,不直接对当事人的权利义务进行配置,转而重视程序的价值、弘扬程序正义的精神,努力为当事人之间平等自由的磋商创造条件和提供框架,增强弱势群体讨价还价的能力,以通过自治达到规制的目标,实行有控制的自主管理。其对私法的影响就是,通过所采取的间接迂回的规制措施拓宽了当事人的决策空间,使当事人的自由意志能够发挥作用。例如,在消费者保护领域,可以通过将消费个体组织起来,让他们能够通过自己的组织言说自己的需求和愿望。“国家法的作用不是进行实质性的规制,而是对‘自主’的社会进程提供程序上的和组织上的结构。组织的培养有助于消费者表达意见。……法律不是以权威的方式来决定消费者的利益何在,它把自身的作用限制在界定消费者表达利益的权能,并保证他们表达自己的利益。法律系统的任务既不是发展其自身的有目的的规划,也不是裁定对立政策之间的在目标上的冲突。它是为了保证相互之间彼此进行协调的过程,并强迫达成协议。”^③的确,事实上的决定自由比过去更受到保护,但是另一方面若谈到关于契约正义的话,以前也好,现在也好,重点都在程序上,亦即形式条件的改善之上,这与多元开放的社会是相调和的。因为多元主义的社会中,法应规制市民行动的程序,而非应仅就内容为

① [英] P. S. 阿蒂亚:《合同法导论》,赵旭东等译,26页以下,北京,法律出版社,2002。

② [德]图依布纳:《现代法中的实质要素和反思要素》,矫波译,载《北大法律评论》,第二卷·第二辑,620页,北京,法律出版社,1999。另请参见季卫东:《社会变革的法律模式》,见季卫东:《法治秩序的建构》,301页以下,北京,中国政法大学出版社,1999。

③ [德]图依布纳:《现代法中的实质要素和反思要素》,619~620页。

最低限度的规制。”^①

虽然人们可以在一定范围内讨论某些民法规范从形式法到实质法再到反思法的发展演进,但从整个民法领域来看,我们只能说适应社会经济形势的变化,改变各种法律范式在其中的配置格局。从总体上来看,当代西方民法所呈现出来的是形式理性、实质理性和程序理性并存的多元化模式。

(二) 中国语境下的私法实质化

我国民法制度的建构和民法学理的展开,既要顺应现代法制的发展潮流,又不能脱离中国的本土社会情境。中国民法发展的特殊语境是,作为法制后进国家,中国的民法制度存在诸多空白之处,需要大力引进和移植西方法律制度。更为严峻的是,建国后长期实行的以政府为中心和主导的计划经济与“命令经济”在价值取向上与私法的精神格格不入,在意识形态和制度资源方面给中国私法的发展造成了巨大的阻碍。即使在将建设市场经济体制确定为改革目标的今天,历史的重负与缠累仍然非常的沉重。基于这一认识,笔者结合中国消保法制和“三包”制度的实践认为,在中国语境下,对于私法实质化及其相关问题应当采取的态度是:

1. 我国民法制度建设的首要任务仍然是:回归形式理性,重建近代民法

近代民法所确立的意思自治、自己责任等原则,体现了市场经济、多元社会的要求,仍然是当代西方国家民法的根基与核心所在。对其的批判主要是限制其范围的过度扩张,而非要伤筋动骨,完全取而代之。即使某些理论有这样的雄心,但从制度层面而言,则难有成功的希望。没有建基于形式理性之上的完善法律制度^②,缺少私法自治的宝贵传统,盲目追求实质正义必然导致实质有余而理性不足的消极后果。中国学界长期以来对阶级分析方法的迷恋^③导致的一个后果就是往往轻视法的形式性,而将其与所谓的“形式主义”混为一谈;而从中国古代民法的政治化与道德化,到社会主义民法受计划经济影响而带来的政策化,其中最为缺乏的都是法的形式性要素。在民法的法律渊源中存在着大量的政策性规范和道德宣示的内容。在这种大背景中,回归形式理性并重建近代

^① [德]Claus-Wilhelm Canaris:《民法的发展及立法——德国契约法的基本理念及发展》,林美惠译,载《台大法学论丛》,第28卷,第三期,1999。

^② 例如,我国形式理性缺位的表现有:(1)基本上不承认公法和私法的区分,不承认意思自治作为民法典的基本指导原则。(2)不以传统法人规则建立法人制度,不强调法人的立法技术划分,而强调法人社会政治身份划分。(3)不使用法律行为概念,而使用“民事法律行为”概念。不采纳确切的意思表示理论,法律行为理论简化到极端。(4)坚持以所有制的等级规定所有权,将所有权“三分法”,确定国家所有权、集体所有权、个人所有权的严格界限,确定不平等承认和保护的规则。(5)强调民法典立法的政治宣教作用,不重视立法的技术和质量。法律制定以“宜粗不宜细”、“宜短不宜长”作为指导思想。

^③ 孙宪忠:《论民商法的研究方法》,载《法律科学》,1999(2)。

民法仍然应成为我国民法理论发展的重镇。梁慧星老师亦曾论及：“中国在这样的一个历史时刻走上民主法治之路，推进民事立法和建立自己的民法理论，不得不同时担负回归和重建近代民法及超越近代民法和实现民法现代化的双重使命。”^①

2. 必须汲取现代民法实质化中的合理因素

尽管从20世纪70年代末以来，随着福利国家的危机、新自由主义的兴起，现代民法的实质化受到多方面的抨击，但我们应当承认，民法在一定范围与程度上的实质化还是有其合理成分的。这主要体现在两个方面，其一是由于社会力和弱势群体的存在，形式平等与消极自由确实具有局限性，需要法律通过实体权利义务的配置保障当事人实质的自由与平等；其二，现代社会是一个价值多元的社会，各种价值之间既有一致的一面，但也往往存在着激烈的冲突，在制度建构上，不能只着眼于某一种价值而忽略其他价值，对于民法的要求就是必须将个人自由与社会正义的价值观加以平衡，而不能执其一端。这在劳动法、消保法、反垄断法等领域体现得尤为明显。但是，主张中国民法中仍应保留一定限度的实质性要素，需要注意以下问题：其一，这里的实质性要素是一种实质理性，而不是指实质非理性。理性是法治的基本性质，而中国现行有效的民法规定中充斥着大量产生于长官意志的规范，不能保证规范的一贯性，不能为私人行为提供稳定的预期。其二，这里的实质性要素主要是用实质平等和社会公正等价值与个人的形式自由加以协调，而非将灵活机动的行政政策凌驾于具有一贯性的法律价值与原则之上。其三，吸收和容纳实质性因素必须通过立法和司法途径进行，要严格限制行政权在其中的作用和角色，因为法律和司法机关一般能更加忠实于法律的传统价值，而行政权则更倾向于因应国家政策的需要随时调整行动方针。中国现实中的消保立法、执法和司法活动中，往往是从拉动内需的积极财政政策角度出发，而由于国家的行政政策是多样化并且是不断变化的，具有灵活机动的色彩，这就容易导致消费者权益保护往往成为其他更为重要的政策，例如产业发展政策的牺牲品。“三包”规定就是私法实质化沦为行政权执行国家政策的手段的显著例子。

3. “反思性”法典法对于中国的民法改革具有重要的启发价值

学者们对福利国家和现代民法的过度实质化进行了批判，而如果我们能够摆脱他们的线性进化的法制发展观，就可以发现，“反思性”和程序性是近现代法律中一个极为重要的因素。不仅普通法的发展因为对法律程序的强调凸显

^① 梁慧星：《从近代民法到现代民法》，载《民商法论丛》，第7卷，北京：法律出版社，1997。

了这一点^①，就是大陆法系国家，尽管在法典法的高度形式性和一般条款的实质性之外，人们一般不太重视反思性与程序性的因素，但只要我们注意到这些国家的法院是如何借由经过严格诉讼程序而产生的判决对民法典的规定加以发展的，就可以明了，程序性同样也是大陆法系国家民法发展的一个重要动力之源。

通过我国“三包”规定可以发现中国消费者权益保护法乃至整个民法的一个症结：过度实质化并对民法的形式性和反思性要素缺乏应有的注意。尽管消费者权益保护法是体现国家干预合理性的一个重要领域，但这并不是说在其中就是实质化的独占鳌头或是一统天下。对于可以由形式自由与平等所解决的问题，国家就不应横加干涉。即使国家要进行干预，也不应要采取令行禁止的实质形式，而是可以通过授予消费者更多的程序性权利，科以经营者更多的程序性义务来解决。

^① 社会学者李猛对英国普通法的研究成果表明，普通法的开放性体现在普通法具有能够容纳不同的法律渊源，管理不同的实践技术的“反思性”法律要素。正是普通法中带有“反思”色彩的法律程序，使普通法的法律理性能够适应现代社会复杂的价值多元格局。参见李猛：《除魔的世界与禁欲者的守护神：韦伯社会理论中的“英国法”问题》，见《韦伯：法律与价值》，189页，上海，上海人民出版社，2001。



著作权集体管理组织的反垄断控制

崔国斌

崔国斌 法学博士(北京大学),现任清华大学法学院讲师。

一、前言

著作权集体管理是指依据著作权人的授权,由特定的组织对著作权进行集中管理。^① 著作权集体管理组织在集中大量的著作权后具备规模效应,可以有效降低个人维权以及用户谋求授权的成本,在一定程度上符合著作权人和用户的共同利益。单个著作权人通过集体管理组织得以行使那些原本不能有效行使的权利,被许可人也因此可以比较方便地获取所需作品的授权许可^②。但是,著作权集体管理组织的垄断地位同时又是一柄双刃剑。^③ 它很容易被集体管理组

① 集体管理并没有统一的、公认的定义,通常的模糊说法是,“一个机构代表版权人管理版权,收集并分配版权许可费之类的活动”。Shane Simpson, Review of Australian Copyright Collecting Societies, A Report To The Minister For Communications and The Arts and The Minister For Justice, 1995, Para. 2.2, http://www.dcita.gov.au/Article/0_0_1-2_1-4_10593_00.html (以下称 Shane Simpson, Australia Report)。WIPO 的一份很有影响力的关于集体管理组织的研究报告如此描述集体管理:“在集体管理的框架下,权利人授权集体管理组织管理其权利,即监督相关作品的使用、与潜在的使用者谈判、在合适的情况下发放许可收取合适的许可费、收集并向权利人分配许可费。这可以被视为集体管理的定义。”WIPO, Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights, Study on and advice for the establishment and operation organizations, WIPO Publication No. 688(E), 1990, p. 6。2001 年 10 月新修订的中国著作权法上第一次出现了“集体管理组织”这一术语,但没有明确指出什么是集体管理组织。

② Jay M. Fujitani 对于集体管理组织的功能有着系统的描述:(1)集体管理组织降低了交易成本,包括权利人的识别成本、评估交易价值的信息收集成本、大量交易的时间成本;(2)集体管理组织降低了监督成本;(3)集体管理组织平衡了权利人和被许可人的谈判能力。Jay M. Fujitani, “Controlling the Market Power of Performing Rights Societies: an Administrative Substitute for Antitrust Regulation”, 72 Calif. L. Rev. 103, January, 1984, pp. 107 ~ 112.

③ 用户对于集体管理组织垄断地位的又爱又恨的态度从英国广播公司(BBC)一份调查问卷中可以看出。BBC 一方面希望集体管理组织的合并,因为它认为两家集体管理组织的存在给版权授权谈判带来麻烦——它不得不向两个机构支付管理成本。因此,当年英国两大著作权集体管理组织 PRS (Performing Right Society)与 MCPS 的合作谈判失败后, BBC 非常失望。但是, BBC 在抱怨谈判麻烦的同时,又指责许可费不合理而自己无力通过谈判改变这一现状。UK Monopolies and Mergers Commission, Performing rights: A Report On The Supply In The UK of The Services of Administering Performing Rights and Film Synchronisation Rights, 1996, Para. 10.4. http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/1996/378performing.htm#full。以下称此报告为 UK MMC Report。

织滥用,给著作权人(会员)和用户带来各种各样的伤害。比如,限制会员退出、歧视会员、强迫用户接受一揽子许可、索要高额许可费,等等。^①于是,如何从法律上规范著作权集体管理组织的市场行为,阻止其滥用著作权或者滥用该市场支配力损害用户和著作权人的利益^②,就成了各国共同关心的问题。^③

我国著作权法的历史很短,相应的集体管理组织制度也没有得到充分发展。号称我国第一个著作权集体管理组织的中国音乐著作权协会,从成立到现在不过区区 11 年的历史^④。现在其他各类集体管理组织处在筹备阶段^⑤,离支配市场的地位也还有相当的距离。但是,这并不意味着现在讨论著作权集体管理组织的反垄断问题没有现实意义。我国目前的特定形势已经要求政府和学者对集体管理组织的反垄断问题给予更高的关注:首先,版权局正在依据 2001 年《著作权法》第 8 条的授权制定《著作权集体管理条例》(以下称《条例》)^⑥。《条例》未必会对集体管理组织的滥用市场优势的行为进行全面的限制,但肯定会在这一方面制定某些实质性的规范条款^⑦。不对集体管理组织的反垄断问题展开系统研究,政府部门就直接在《条例》中制定此类条款几乎是不可想像的。

① 参见后文第五部分第(三)节的论述。

② 著作权滥用与市场优势滥用,所涵盖的行为类型并不相同。著作权滥用,通常是“指权利人在获取或行使著作权的过程中,违反特定的法律规范,对他人造成损害”。所谓特定法律,可能是竞争法的一般原则、反托拉斯法、或者版权自身。参见 Paul Goldstein, Copyright, Second Edition, Vol. II, New York: ASPEN Law & Business, 1999, § 9.34。关于知识产权滥用原则与反托拉斯法关系的详细讨论,参见 Jay Dratler:《知识产权许可》(Licensing of Intellectual Property),王春燕等译,395~489页,北京,清华大学出版社,2003,第五章“反托拉斯法和权利滥用原则入门”。关于著作权滥用的深入讨论,参见 Ramsey Hanna, “Misusing Antitrust: The Search for Functional Copyright Misuse Standards”, 46 Stan. L. Rev. 401 (January, 1994)。

③ 到目前为止,各国和地区对于集体管理组织的专门立法已经相当普遍。比如法国《知识产权法典》第 3 卷第 2 编“报酬收取及分配协会”的有关规定,参见《法国知识产权法典》,黄辉译,47~51页,北京,商务印书馆,1999。德国专门的 Administration of Copyright and Neighbouring Rights Act(1965 年 9 月 9 日制定,1995 年 6 月 23 日修订)对集体管理组织的治理作出规定。参见 Daniel J. Gervais, Canada Report, p. 52;日本的《著作权等管理事业法》、台湾地区的“著作权中介条例”等。美国司法部与美国两大集体管理组织 ASCAP、BMI 分别达成的同意判决(Consent Decree)等。最新案例参见 U. S. v. Am. Soc. of Composers, Authors and Publishers, 2001 WL 1589999 (S. D. N. Y. 2001); United States v. BMI, 1996-1 Trade Cas. (CCH) 71 378 (S. D. N. Y. 1994)。

④ 中国音乐著作权协会依据版权局 1993 年 2 月 12 日的第 2 号公告成立。公告全文见社科院知识产权中心等主编:《知识产权办案参考》,第 3 辑,115~116页,北京,中国方正出版社,2002。

⑤ 中国文字作品著作权协会、中国摄影美术作品著作权协会、音像版权集体管理机构、上海市文学艺术著作权协会等集体管理组织均在筹备之中。相关报道见姚文平、全卫:《中国文著协呼之欲出》,载《知识产权报》2004-03-12, http://www.sipo.gov.cn/sipo/ywdt/yw/t20040312_26573.htm;齐相潼:《入世后版权贸易中的若干版权保护问题》,载 <http://www.hx863.com/nf/jmpd/yzgl/2002/7-16/6.htm>;雨汀:《音乐的钱交了 750 家公司向全国 KTV 要债》,载《北京娱乐信报》2004 年 3 月 2 日, <http://ent.qianlong.com/4543/2004/03/02/1400@1914479.html>;俞小石:《上海将成立文学艺术著作权协会》,载 <http://www.china-culture.com.cn/zj/zt/155.html> 等。

⑥ 许超:《我国著作权集体管理的立法现状》,载《中国专利与商标》2004(1) 64 页。

⑦ 《著作权集体管理条例》送审稿中涉及著作权集体管理机构设立的条件、集体管理组织与会员之间的关系、许可权利类型等诸多内容。这些都和集体管理组织的反垄断控制有着非常密切的关系。参见许超:《我国著作权集体管理的立法现状》,载《中国专利与商标》2004(1) 63~66 页。

其次,中国集体管理组织的实践已经涉及具体的权利滥用或者反垄断方面的问题。比如,行政机关已经而且继续打算采取限制集体管理组织竞争的策略^①、垄断性集体管理组织谋求独占授权^②、集体管理组织与其他市场主体进行纵向市场联合^③、版权人进行横向市场联合^④等等。在这样的背景下,讨论集体管理组织的反垄断问题有着非常现实的意义。

为了避免或限制集体管理组织滥用垄断优势的消极后果出现,法律可能从两个环节对集体管理组织进行治理。其一,从法律上保障著作权人垄断组织相互之间以及著作权人与垄断组织之间的竞争自由,利用市场机制限制集体管理组织获取绝对的垄断地位。其二,依据著作权法和竞争法上对事实上处于垄断地位的集体管理组织的市场行为进行直接的限制^⑤,从制度上保证该垄断组织也难以滥用市场优势。

在世界范围内不同国家对上述两个环节依赖程度不大相同。有些国家将集体管理组织视为普通的私人实体,从制度上推崇竞争,强调集体管理组织之间以及著作权人与集体管理组织之间的竞争,同时辅助以适当的行政和司法介入,比如美国、加拿大、澳大利亚等。^⑥另外一些国家则不注重市场竞争机制,从法律上制造垄断或者事实上维护垄断,然后在制度上对这些垄断组织的市场行

① 中国音乐著作权协会实际上就是经过版权局批准成立的(版权局1993年2月12日的第2号公告)尽管现在看来这一行政批准行为未必有十分充分的法律依据。《条例》(送审稿)第4条(成立集体管理组织的条件)为集体管理组织的设立设置了很高的入门标准,要求集体管理组织必须“取得全国性相关行业组织的认可,并能够广泛代表该相关行业权利人的利益”。这表明版权局实际上继续推行限制集体管理组织之间互相竞争的策略。

② 中国音乐著作权协会在其提供的《音乐著作权合同》第1条中要求“甲方(权利人)同意将其音乐作品的公开表演权、广播权和录制发行权授权乙方以信托的方式管理”。合同文本参见社科院知识产权中心等主编:《知识产权办案参考》第3辑,140~141页,北京,中国方正出版社,2002。这种信托授权实际上是一种独占性授权。关于独占性授权的反竞争效果,后文将进一步阐述。

③ 2002年12月中国移动与中国音乐著作权协会达成合作备忘录,要求移动梦网内容提供商在申请开展音乐类服务前必须出示合法的音乐著作权使用授权。参见李卉:《中国移动与中国音乐著作权协会携手加强版权保护》,载《北京现代商报》,2002-12-17,http://tech.sina.com.cn/it/t/2002-12-17/0753156206.shtml。中国移动与中国音乐著作权协会的市场联合,实际上导致所有手机铃声服务商都必须从中国音乐著作权协会那里获取授权,无法谋取替代性的授权,损害了用户对音乐素材的选择权,同时也损害了中国音乐著作权协会的竞争对手的利益。

④ 2004年3月国际唱片协会联合49家唱片公司同时向国内的KTV企业索要版权许可费。参见林晓:《唱片公司的索赔行为不合法》,载《青年参考》,2004-03-30,http://news.sina.com.cn/s/2004-03-30/10493075786.html。

⑤ 集体管理组织市场支配地位的认定,也是反垄断法上的一个复杂问题,不过它不是本文关注的集体管理组织反垄断方面的典型议题,后文不再展开讨论。笔者认为反垄断法一般原则的指导下,具体可以考虑集体管理组织的自然人会员的数目、作品的数量、法人会员的市场份额、相同市场上的竞争状况等因素。

⑥ 依据这一策略,集体管理组织被视为普通的私人主体,政府对这些主体直接监管非常有限。比如,英国对集体管理组织的管理极为松散,主要依靠自我约束机制。Emily Lui, “The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market”, Entertainment Law Review 2003 p. 75.

为进行严厉的限制,比如欧洲大部分国家。^①到目前为止,国际社会并不存在关于上述两种各有侧重的治理模式中何者更优越的一致性意见。^②

同世界各国一样,中国也面临着集体管理组织的治理模式选择问题。本文结合中国的实际情况,就下列议题展开讨论:鼓励或限制集体管理组织之间竞争的治理模式的选择、集体管理组织与著作权人之间的竞争关系、著作权集体管理组织滥用垄断优势的具体行为的法律控制、我国著作权集体管理行政立法在反垄断方面存在的缺陷等。在讨论上述问题之后,本文结论部分大致描绘了限制我国著作权集体管理组织滥用优势地位的法律制度框架。

二、促进集体管理组织间的竞争

在集体管理组织之间引入竞争,是防止其滥用市场优势的重要策略之一。但是,时下中国主导性的意见对集体管理组织之间自由竞争的必要性却持否定态度。在版权局的《条例》送审稿中,我们明显看到这样的立法思路:对集体管理组织的设立采用核准制,由政府选定现存或者筹备中的集体管理组织作为某一方面权利的法定集体管理者,赋予该候选人以名义上的垄断地位或者为竞争者的进入设置明显的制度或者政策障碍^③。中国版权局显然倾向于欧洲一些国家的治理策略:从法律上或者事实上维护集体管理组织的垄断地位,然后对其行为进行限制。^④国内的很多学者也在不同程度上支持这一做法。^⑤

本文认为,决定是否鼓励集体管理组织之间的竞争时,除了要参考国际经验外,更应该考虑到中国的法律现实、知识产权保护的立法政策、政府机构与垄断组织的互动关系等因素。正是基于这些考虑,本文认为我国没有理由在著作权垄断组织的治理方面预先排除竞争,相反,我国应当从制度上保证著作权组织设立的自由,保持集体管理市场的自由和开放。

① Stanley M. Besen, "An Economic Analysis of Copyright Collectives", 78 Va. L. Rev. 383, February, 1992, p. 398.

② 参见 Daniel J. Gervais, Canada Report, pp. 24 ~ 26 报告认为目前加拿大虽然存在大量的集体管理组织(2001年的时候有36个之多,是美国的数倍),法律依然无需采取什么措施限制集体管理组织的数目以及它们之间的自由竞争。Shane Simpson, Australia Report, Ch. 2, 也持相同的观点。

③ 《条例》(送审稿)第4条设立条件中的第(5)项要求集体管理组织“取得全国性相关行业组织的认可,并能够广泛代表该相关行业权利人的利益”就表明了行政机关限制集体管理组织成立的态度。

④ 许超:《我国著作权集体管理的立法现状》,载《中国专利与商标》2004(1) 63页。

⑤ 许超:《我国著作权集体管理的立法现状》,载《中国专利与商标》2004(1) 65页。周林:《对我国版权集体管理条例立法的探讨和建议》,载《知识产权研究》,第15卷 268页,北京,中国方正出版社,2004;卢海鹰:《我国著作权集体管理的发展及实践》,载《知识产权办案参考》,第3辑 17页,北京,中国方正出版社,2002。

（一）国际社会并无维持垄断的通例

中国立法向来强调参考国际通例,与国际社会接轨。但是,在集体管理组织的治理模式上,国际社会并没有证据显示垄断模式与自由竞争模式之间何者更加优越。美国、英国、加拿大、澳大利亚等对集体管理组织的治理采取自由竞争模式。^①来自这些国家的一些关于集体管理组织的重要的研究报告显示,并没有改变竞争模式的必要性。^②不仅如此,国际上还有先前对著作权组织成立采取严格限制策略,后来又转向竞争策略的例子。比如,日本已经废除过去著作权中介业务法对著作权管理团体之设立采严格许可之制度,在新法中采较宽松之登记制度^③。因此,本文认为在是否应该鼓励集体管理组织之间的竞争的问题上,中国并不能从所谓的国际经验中得出什么明确的结论。

在某些国家集体管理组织之间的自由竞争最终导致少数的集体管理机构处于事实上的垄断地位。^④但是这一事实并不能证明我国从一开始就应该合上竞争的大门,人为地制造垄断。其实,成长过程中的竞争活动会在集体管理组织身上留下烙印,使其市场行为逐步趋向规范化。比如,确立公开、可信的许可费分派机制等。^⑤在集体管理组织取得垄断地位后,保持潜在竞争对手的市场准入自由,也可以有效制约那些处于垄断地位的集体组织。美国第二大集体管理组织 BMI 的成立过程就说明了这一机制的重要性。当初,ASCAP 作为唯一的垄断组织向广播组织索要高额的许可费,导致这些广播组织自行成立了 BMI,并将其发展成为与 ASCAP 分庭抗礼的集体管理组织。^⑥学者们事后分析

① 在这些国家,集体管理组织的设立仅仅需要遵循普通的公司法、竞争法等,无需事先的核准。Daniel J. Gervais, *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights In Canada: An International Perspective* (Report Prepared For The Department of Canadian Heritage), August 2001, p. 47. http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/collective/collective_e.pdf. 以下称 Daniel J. Gervais, *Canada Report*.

② 参见 Daniel J. Gervais, *Canada Report*; Shane Simpson, *Australia Report*; UK MMC Report; U. S. AFJ2 Memorandum 等研究结论。

③ 蔡明诚等:《国际著作权中介团体制度之研究》,台湾地区“经济部”智慧财产局委托研究报告,2003年6月44页。在没有特别的拒绝事由的情况下,日本文化厅对集体管理组织都予以登记。日本《著作权等管理事业法》第6条列有6项拒绝事由:(1)非法人(例外情形略);(2)重名;(3)撤销后未满5年;(4)违反著作权法等被判刑,执行完毕未满5年者;(5)高级管理人员具备消极事由;(6)不具备财产权基础等。这些事由没有一项对新的竞争性的集体管理组织的成立构成实质性的限制。

④ 比如英国的 PRS 就处在事实上的支配地位。参见 UK MMC Report, Ch. 3.

⑤ 在自由竞争的情况下,权利人可以在比较不同的集体管理组织的许可费分配机制的优劣后作出选择。这客观上促进了集体管理组织逐步建立起公平的许可费分配制度。U. S. DOJ, “Memorandum of the United States in Support of the Joint Motion to Enter Second Amended Final Judgment”, *United States v. ASCAP*, No. 41-1395 (S. D. N. Y. 2000), <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f6300/6395.pdf>. 以下称作 U. S. AFJ2 Memorandum.

⑥ Stanley M. Besen, “An Economic Analysis of Copyright Collectives”, 78 Va. L. Rev. 383, 1992, p. 401.

认为 ASCAP 当时错误地估计了形势,不然它会在 BMI 成立之前将许可费降下来。^① 这也就说明,在没有误判的情况下,市场准入的自由能够有效遏制垄断组织索要高额许可费。

(二) 全面限制集体管理组织的设立于法无据

中国现有的法律框架下,著作权人将自己的著作权以适当的方式交付给特定的组织或者个人行使,并不存在法律障碍。也就是说,只要遵守中国市场的普通法律规范,市场主体可以在适当的名义下自由从事著作权管理业务。以下,在某些场合为了避免误解,本文把这些从事著作权“管理”业务有关的市场主体称作“权利中心”,以便与在中国著作权法上具有特殊“集体管理组织”区别开来。中国市场上各种著作权权利中心已经广泛存在,比如版权代理公司^②、出版社、唱片公司等。它们的设立和运行虽然要接受行业主管部门的管理和约束,但是基本上还是比较自由的。^③ 版权局不能通过设置实质性的障碍的方式对这些权利中心的数量进行有效控制,也不能对这些权利中心的市场行为进行过多的干预。道理很简单:著作权是一种私权,权利中心与著作权人之间的合同通常不涉及公益,行政机关干涉双方的合同自由缺乏法律依据。即使那些普通的权利中心非法经营,损害了版权用户和著作权人的利益,受害者依据著作权法等民事法律或者市场管理法规就能够获得有效救济。在这种背景下,以行政许可的方式为此类权利中心的设立设置实质性的障碍,不仅没有上位法律依据,也没有什么现实意义。^④

在实际经营过程中,从著作权权利中心到垄断组织的演变过程中并不存在所谓的突变的环节。如果权利中心的设立和经营没有实质性的行政审批障碍,那么权利中心向“著作权垄断组织”的“和平演变”也无需行政的核准。这也就意味着政府批准设立著作权集体管理组织的做法,在中国现实的法律框架下并

^① Stanley M. Besen, “An Economic Analysis of Copyright Collectives”, 78 Va. L. Rev. 383, 1992, p. 402.

^② 中国第一家版权代理公司——中华版权代理总公司成立于1988年。有关该公司的介绍可以参考 <http://www.ccopyright.com.cn/1center/banquandaili.html>。2002年的数据显示国内版权代理公司有28家。参见张晓莺:《国内版权代理商供不应求》,载《北京现代商报》2003-03-04 http://news.xinhuanet.com/newsmedia/2003-03/04/content_756240.html。

^③ 代表性的部门规章之类的法律文件有1996年4月15日国家版权局、国家工商行政管理局发布的《著作权涉外代理机构管理暂行办法》,1990年2月《关于认真执行对台、港、澳版权贸易有关规定的通知》([90]权字第3号)等。

^④ 依据《中华人民共和国行政许可法》第12~17条,没有法律和行政法规基础设立行政许可的做法将受到严格限制。在《著作权法》和《条例》关于著作权行政管理的含糊措辞下,著作权行政管理部门对从事版权业务进行行政审批的做法可能受到质疑。如果行政主管部门变相地对此类市场主体的数量进行限制、对其市场行为进行干预,合理性更是问题。

没有实际的意义——《著作权法》第8条只不过能够起到限制著作权权利中心宣称自己是“集体管理组织”的作用。各种各样的权利中心可以在其他名义下轻松地从事集体管理组织的全部业务。^①

（三）维护垄断违背我国的知识产权政策

世界各国的知识产权立法指导思想差别较大。在传统欧洲,自然权学说或者人格权学说有着深远的影响,而在美国功利主义或者实用主义立法思想统治着知识产权法^②。中国现代知识产权法是在外部强大的压力下经过复杂的政策性的权衡迅速确立起来的。^③立法者从一开始就采取了类似功利主义的指导思想,强调中国的知识产权保护水平要与中国产业发展水平相适应。^④在很多涉及国际产业竞争的知识产权问题上,只要国际公约许可低水平的保护,中国就不会主动选择高水平的保护。

中国对于知识产权的保护水平,不仅仅体现在中国的专利法、版权法确认著作权人拥有哪些独占性的权利,也体现在其他法律许可著作权人以何种方式行使这些权利。著作权人作为单独的市场主体自行维护各自权利的模式,代表着一种保护水平。在此基础上,法律许可多个权利主体在市场上组成垄断组织,实现个体维权到集体维权的过渡,无疑会进一步提高这一保护水平。权利人利用集体组织的垄断优势,大大强化其许可谈判中的谈判地位。国外的研究报告提供的统计数据显示,采用非竞争模式国家的版权用户向集体管理组织所支付的许可费占本国GDP的比例显著高于竞争国家(比如美国、加拿大)。^⑤著作权集体管理组织基于垄断优势索要的高额许可费,最终会通过各种渠道转嫁给最终的消费者。在目前的发展阶段中国没有必要支持集体管理组织巩固垄断地位,让中国公众承担高额许可费支出。

集体管理组织自身的私人属性决定中国立法者在规制集体管理组织的过

① 关于第8条的立法缺陷问题,参考本文后面第五部分的讨论。

② 关于知识产权立法指导思想的深入而有影响的讨论可以参考 Edwin C. Hettinger, "Justifying Intellectual Property", *Philosophy and Public Affairs* 18, (1989); Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgetown Law Journal* 77, (1988)。中文的介绍可以参考曲三强:《传统财产权理论对知识产权观念之影响》,载《中外法学》2002 9(6) 672~694 页。

③ 中国知识产权立法过程中围绕立法目的的争论的概况,可以参考周林、李明山:《中国版权史研究文献》,北京,中国方正出版社,1999;赵元果:《中国专利法的孕育与诞生》,北京,知识产权出版社,2003。

④ 参见张志成:《论知识产权的合理性问题——一种法理学形式上的分析》,载《私法》,第1卷第3辑,北京,北京大学出版社出版,2003。

⑤ 美国、加拿大、澳大利亚等国1993年集体管理组织的收入占GDP的比例甚至不及欧洲主要国家的一半。参见 UK MMC Report, Appendix 9.4, "General revenue 1993 as a percentage of 1992 GDP"; Appendix 9.4, "Total domestic licensing revenue (performing rights) 1993 per head of population".

程中进行鲜明的政策性权衡是正当的。“集体管理组织所提供的并不是一种经公共权力机构授权行使的普遍的社会公益服务。著作权集体管理组织所管理的仅仅是私有的、个体的财产。”^①著作权集体管理组织所谓为全体会员谋利益的功能通常被集体管理组织有意识地夸大。集体管理组织远未像想像的那样有效地促进了作者共同体的整体利益。相反,集体管理组织很容易陷入官僚主义的泥潭,成为少数人牟取利益的工具^②。在这种现实背景下,立法者以牺牲社会公众的利益为代价维护集体管理组织的垄断地位,其正当性就值得怀疑。集体管理组织之间的竞争的确可能造成一定程度的“浪费”。但是,著作权人或者版权用户为了维护自己的一己之私,自愿展开竞争,即使造成浪费,那也是保持著作权集体管理制度效率和公正的正常成本。更重要的是,现有的统计数据显示自由竞争国家的集体管理组织并不会承担更高的管理成本。欧洲和北美的集体管理组织统计数据说明,美国处于竞争状态的 BMI 和 ASCAP 的管理成本与总收入的比例为 18%~19%、管理成本与国内收入的比例为 26%。美国这两个集体管理组织的成本水平低于或者等于国际集体管理组织的平均管理成本水平(平均数据分别为 20% 和 26%)。^③如果考虑到欧洲、日本等国的集体管理组织以较低的成本管理机械复制权这一因素,则上述数据对美国集体管理组织更加有利^④。从用户的角度看,著作权垄断组织之间的竞争,并不一定会导致重复授权而增加许可费的绝对数额。统计数据显示,采用竞争模式的美国和加拿大的集体管理组织的许可费收入占 GDP 的比例、许可费收入等在统计表中同处在最低的位置上。^⑤也就是说,在存在两个或者更多的管理组织的情况下,版

① Belgische Radio en Televisie v. SABAM (1974) E. C. R. 51.

② 集体管理组织是否真的实现了预期的目标——保护创作者的积极性,是一个非常现实的疑问。从集体组织中获益的实际上是很少的一部分作者。UK MMC Report 显示,80% 的会员 1993 年度的许可费不超过 1000 英镑,10% 的会员分得 90% 的总收入。根据 GEMA's yearbook 1996/7,5% 的会员差不多分到了 60% 的许可费。集体管理组织本身存在官僚主义的倾向,缺乏效率。在许多领域管理成本占到了许可费的 1/4。而在其他复杂的服务领域(比如健康保险)管理成本不过 5%。集体管理组织的治理结构不够透明,容易为少数人所控制。比如,德国的 GEMA 在 1947—1995 年间一直为 Vorstand Erich Schulze 所控制,他给自己的年薪高达 546000 德国马克。又如,法国的集体管理组织 SACEM,它几乎被 Tournier 家族控制了 20 世纪一个世纪。参见 Martin Kretschmer, "The Failure of Property Rules In Collective Administration: Rethinking Copyright Societies As Regulatory Instruments", *European Intellectual Property Review*, 2002, pp. 134~135.

③ UK MMC Report, Appendix 9.7, "Comparison of overseas societies cost/revenue ratio".

④ 欧洲和日本部分的集体管理组织的成本明显偏低,应该和其所管理的机械复制权等内容有关。此类权利许可费的收取过程成本较低。UK MMC Report, Appendix 9.7, "Comparison of overseas societies cost/revenue ratio".

⑤ UK MMC Report, Appendix 9.3, "Total performing right domestic licensing revenue 1993 as a percentage of 1992 GDP"; Appendix 9.5, "General revenue 1993 as a percentage of 1992 GDP"; Daniel J. Gervais, *Canada Report*, Fig. 1, Fig. 2, pp. 21~22.

权用户为了避免侵权,可能要从每一个管理组织那里获取许可^①,但是,用户并不因为集体管理组织数目的增多而支付更多的许可费。相反,在竞争环境下用户倒可能支付更少的许可费。

在现阶段的中国讨论集体管理制度,还应该着眼于知识产权保护的国际环境。中国作为一个发展中国家,需要大量获取外国著作权人的授权。假若中国各领域的著作权集体管理组织纷纷成为中国市场上绝对的垄断者,则外国著作权人则可以有效利用中国著作权集体管理组织的垄断地位向中国用户索要高额的许可费。这种危险并不是虚幻的,实际上中国的某些集体管理组织已经同国外的著作权人或者集体管理组织展开了广泛的合作。比如,“中国音乐著作权协会于1994年5月加入了国际作者作曲者协会联合会(CISAC)。在CISAC的框架下,协会已与32个国家和地区的协会签订了相互代表协议”^②。不仅如此,中国音乐著作权协会已经代表很多境外的著作权人通过谈判或者诉讼的方式向中国的用户索要许可费^③。显然,“不同国家的集体管理组织之间签署协议,进一步放大了集体管理组织的垄断效果”^④。为了防止外国著作权人利用著作权集体管理组织在中国市场上牟取不正当的利益,在一定程度上限制著作权垄断组织的垄断优势,促进集体管理组织之间的竞争是非常必要的。

(四) 政府治理垄断的糟糕记录

一国法律刻意维持集体管理组织的垄断地位,则必须保证政府主管部门能够对集体管理组织进行非常有效的监管。也许,这在欧洲诸国还不是太大的难题,但是在时下的中国则绝对是。长期以来受计划经济管理模式影响的中国政府在治理垄断组织方面有着非常糟糕的历史记录。经济学家指出,“中国反垄断的首要任务是反政府部门的垄断行为”^⑤。“对中国这个处于转轨中的国家来说,最为严重的反竞争行为似乎不来自企业本身,而是来自政府部门的政策,或政府与国有企业之间的合谋。……一方面,政府在对一些仍然处于垄断地位(自然垄断或法定垄断)的企业没有按照市场经济的规则加以管制,而是听任政企不分的垄断者自行其是,损害消费者的利益;另一方面,各级政府部门常常

① Michael J. Freegard, “Quis Custodiet? The Role of Copyright Tribunals”, *European Intellectual Property Review*, 1994, p. 286.

② 湛益祥:《论著作权集体管理》,载《法学》2001(9),47页。

③ 比如在中国第一起与集体管理组织有关的案件——中国音乐著作权协会诉上海市演出公司案[(1996)沪二中民初字第58号]中,中国音乐著作权协会就基于其和香港词曲作者协会的协议在内地替著作权人主张权利。

④ Emily Lui, “The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market”, *Entertainment Law Review* 2003, p. 67.

⑤ 张维迎、盛洪:《从电信业看中国的反垄断问题》,载《改革》,1998(6),66~75页。

以行业管理和维护市场秩序为名,通过法令、政策、行政手段从事各种各样的反竞争活动”。^①研究反垄断法的学者也同样认为“制止行政垄断是中国反垄断法一个极其重要而且非常迫切的任务”^②。

中国市场上现存的垄断企业与各自政府主管部门之间的交往现实证明:特定的垄断组织和主管部门建立起直接的联系,主管部门常常成为垄断企业滥用市场优势行为的保护伞。典型的例子是过去邮电部参与电信业的行业垄断活动^③。在中国这样的市场环境下,单独依靠主管部门对垄断行业进行行之有效的监管以维护公共利益的想法是不切实际的。现在,我还不能断言版权行政管理部門在与集体管理组织的交往过程中将步其他公用事业主管部门的后尘。但是,在行政垄断横行的现有体制下,中国版权行政管理机构能够摆脱垄断组织的院外影响,成为例外的可能性应该很小。实际上,国内已经有人尖锐地指出著作权行政主管部门与集体管理组织之间的“业务联系”非同寻常。^④

三、维持集体管理组织与著作权人的竞争： 禁止独占性授权

(一) 独占与非独占的分歧

著作权集体管理组织与著作权人的授权关系,是著作权集体管理组织反垄断控制的另外一个复杂议题。各国在这一方面也存在很大的分歧。“欧洲绝大多数集体管理组织都是在著作权人独占性授权的基础上运作的”^⑤。比如德国,“会员通常必须将相同类别的全部权利移转给集体管理组织。自己不能保留某些易于实现的高回报的权利,而将一些维权成本较高的权利交给集体管理组织”^⑥。

支持独占授权模式的人认为独占性的授权对于集体管理本身有着明显的好处,集体管理组织无须反复与会员协商就可以为受益人的最大利益采取措

① 张维迎、盛洪:《从电信业看中国的反垄断问题》,载《改革》,1998(6) 66页。

② 王晓晔:《入世与中国反垄断法的制定》,载《法学研究》,2003(2) 124页。

③ 邮电部“利用自己作为行业主管部门的身份和权力来扼杀商业上(中国电信)的竞争对手”。张维迎、盛洪:《从电信业看中国的反垄断问题》,载《改革》,1998(6) 73页。

④ 中国音乐著作权协会的“各地办事处的首席代表都是当地版权局版权处或版权代理公司经理(副经理)”。参见王华:《论著作权集体管理组织的监管》,43~44页,清华大学法学院硕士论文,2004。

⑤ Emily Lui, “The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market”, Entertainment Law Review 2003, p. 70. 还可以参考 Heather Rosenblatt, “Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies’ Perspective”, Intellectual Property Quarterly 2000, p. 190. Daniel J. Gervais, Canada Report, p. 29.

⑥ Martin Kretschmer, “The Failure of Property Rules In Collective Administration: Rethinking Copyright Societies As Regulatory Instruments”, European Intellectual Property Review 2002, p. 134.

施。在发动执法程序过程中,更是如此。如果没有独占性授权,那么集体管理组织的作品库就变得非常的不确定。这意味着许可、维权活动就更加困难,最终增加运营成本,损害全体会员的利益^①。另外,没有独占权的基础,跨国的集体组织之间的协作将非常困难。^②国内学者也大多基于类似的理由强调独占性授权的重要性^③。

与欧洲的经验相反,美国司法部与 ASCAP 和 BMI 达成的同意判决(Consent Decree)中则要求垄断性的集体管理组织只能获取非独占许可,禁止集体管理组织谋求独占性授权^④。支持非独占性授权的观点认为,独占性授权消除了著作权人和集体管理组织在授权市场上的竞争关系,强化了垄断组织的谈判地位,使其更容易索要高额的许可费,打压潜在的竞争对手。而非独占性授权,则使得集体管理组织和著作权人之间直接的竞争关系得以保存^⑤。

从上面的分析中可以看出,在国际范围内集体管理组织与会员之间的授权关系有时候是独占的,有时候又是非独占的,似乎没有一种机制从本质上优于另外一种机制。^⑥不过,本文认为独占性的授权模式对中国社会而言并非最佳的选择。独占性授权模式的辩护者强调非独占性授权将导致集体管理的维权难度变大、管理成本增加、集体管理的绩效降低。这类说法并不真正令人信服。垄断规模本身对垄断组织就意味着效率,任何垄断组织都会以效率降低这一借口为维持自己的垄断地位进行辩护。接下来,本文具体说明中国应该禁止垄断性的集体管理组织获取独占性授权的理由。需要强调的是,本文仅仅认为需要禁止垄断性的集体管理组织而不是所有的集体管理组织获取独占性授权。

(二) 独占性授权并非集体管理的必要条件

著作权集体管理组织实现其设立目的,并不当然要求独占性授权。成立集体管理组织的主要目的是替会员维护那些会员自身无法有效维护的权利。如

① UK MMC Report 的 SUMMARY; Emily Lui, "The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market", *Entertainment Law Review* 2003, p. 70.

② Heather Rosenblatt, "Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies' Perspective", *Intellectual Property Quarterly* 2000, p. 192.

③ 周林:《对我国版权集体管理条例立法的探讨和建议》,载《知识产权研究》,第15卷,272页,北京,中国方正出版社,2004。

④ *United States v. ASCAP*, No. 41-1395, Second Amended Final Judgment, 2001, Section IV(A), <http://www.ascap.com/reference/ascapafj2.pdf>, 以下称作 AFJ2。

⑤ Michael A. Einhorn, "Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights In Broadcasting", *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, Summer 2001, p. 367.

⑥ Shane Simpson, *Australia Report*, Para. 7.1. GENERAL.

果会员自身能够与版权用户直接谈判,从而比集体管理组织更有效地维护其权利,则没有理由相信集体管理组织的介入是绝对必要的。^①在这些情况下,会员还可能获得更好的授权条件,比如更早、更多的许可费等等^②。英国的研究报告就介绍了自行管理与集体管理存在巨大差别的个案:英国演唱小组 U2 将自己的音乐作品的权利独占性地交给英国的集体管理组织 PRS。结果,U2 进行现场表演时,不能自行直接管理授权的问题,而是被迫通过 PRS 进行。而 PRS 的管理过于低效、拖延,而开销过高。在有些国家收到的许可费只到应收的 50%,而且花费三年才能到 U2 手中。^③

随着数字技术的发展,集体管理组织代为独占管理的正当性逐步被否定。^④著作权人和用户对于音乐的使用情况进行有效监控的技术正迅速成熟,著作权人自我管理著作权越来越容易。最终,监督某一作品被使用或者获取某一作品授权许可等事项,都能以较低的成本逐步实现^⑤。集体管理组织仅仅获取非独占性授权,可以顺应新技术的发展趋势,保证个人在集体管理和个人管理之间进行自由选择。

国际上很多集体管理组织采用非独占性授权进行运营并取得成功的事实本身也说明独占性并非集体管理的必需基础。“ASCAP、MCPS 等不是以独占性为基础,没有迹象表明它们经营中存在现实的困难。……在英国集体管理组织 PRS 的实际运行过程中,已经出现了绝对独占原则的例外情形。”^⑥即使随着技术的进步,保留自我管理权的做法变得很普遍,也不会严重损害集体管理组织的整体利益。相反,这将使得集体管理组织感受到来自会员的竞争,从而提高集体管理的服务质量^⑦。现实的统计数据表明,非独占性模式下集体管理组织并不必然需要承担过分高昂的管理成本。美国采用非独占性模式的 ASCAP、BMI 等并不比独占性的集体管理组织的运行成本显著增多。^⑧虽然在垄断组织获取的是非独占授权的情况下,部分著作权人在一定程度上可以搭垄断组织的便车,垄断组织对市场进行有效监督,导致部分用户主动向著作权人谋求授权,而不是垄断组织。但是,这种搭便车行为并不像个别学者想像的那样“导致用

① UK MMC Report Para. 2. 45. 比如特别的现场表演。

② UK MMC REPORT Para. 2. 45.

③ UK MMC REPORT Para. 11. 125.

④ Herman Cohen Jehoram, The Future of Copyright Collecting Societies, European Intellectual Property Review 2001, pp. 134 ~ 139.

⑤ U. S. AFJ2 Memorandum p. 9.

⑥ UK MMC REPORT Para. 2. 44 指出,在 GEMA II 案之后英国的一些集体管理组织在实际运营过程中不再坚持绝对的独占性授权。

⑦ UK MMC REPORT Para. 2. 49.

⑧ UK MMC Report, Appendix 9. 7, “Comparison of overseas societies cost/revenue ratio”.

户对著作权人实施各个击破从而降低其支付的许可费,最终导致集体组织的解体”。^①

著作权垄断组织只获取非独占性的权利,在现有的法律框架下可能妨碍其作为当事人参与仲裁或者诉讼的程序。依据中国相关的法律规定^②,只有独占性的著作权人才有可能对潜在的侵权者发动侵权诉讼以维护自身利益^③。集体管理组织不能直接以自己的名义发起诉讼,多少会增加集体管理组织的维权成本——它被迫向著作权人通报有关侵权情况,并游说著作权人发起诉讼。不过,非独占性授权并不实质上影响集体管理组织成为诉讼程序背后的主导者。集体管理组织可以为侵权证据收集、诉讼指导等活动提供物力支持。肩负着向每一个著作权人支付许可费任务的集体管理组织,理应同著作权人保持正常联系。同时,集体管理组织每年发起的诉讼数量相对有限^④。法律要求集体管理组织发起诉讼前必须和著作权人协商,并不会给集体管理组织的经营带来毁灭性的打击。当然,本文并不因此认为法律必须限制集体管理组织的诉讼主体资格。相反,国内学者也可以研究集体管理组织作为社团在某些情况下代表其会员进行诉讼的可能性^⑤。这里限于篇幅,不再赘述。

(三) 许可费公共监督并不可靠

防止集体管理组织的滥用市场优势索要高额许可费,是各国集体管理组织监管制度的最重要目标之一。在缺乏市场竞争的情况下,著作权垄断组织几乎可以随意设立许可费标准。版权用户与集体管理组织就许可费标准发生的争议是不可避免的。这时,很多人就寄希望于行政或司法的公共监督。^⑥

行政或者司法机关的公共监督能够在一定程度上限制集体管理组织索要高额许可费,但是这一监督是有限的、事后的,需要花费相当的资源^⑦,而且具有很大的不确定性。政府机构通常并不能迅速介入。即使行政监督程序真的能

^① Heather Rosenblatt, "Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies' Perspective", *Intellectual Property Quarterly* 2000, p. 196.

^② 参见《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》[法释(2002)32号]第4条。国内法院处理版权、专利案件的诉权问题采用与该条相近的原则。

^③ 周俊强:《著作权集体管理的法律性质》,载《法学杂志》2003(3) 47页。

^④ 从公开的材料看,中国音乐著作权协会从1996年开始到现在发动的诉讼还不超过20起。相关案例可以参考该协会网站 <http://www.mcsc.com.cn/anli/1.html>。

^⑤ 美国法上就存在这种可能。具体的讨论参见 Roger D. Blair, Thomas F. Cotter, "The Elusive Logic of Standing Doctrine in Intellectual Property Law", 74 *Tul. L. Rev.* 1323, March 2000.

^⑥ 有人认为集体管理组织谋求独占性授权并不导致许可费价格过高,原因是许可费实际上是受到公共监督,比如版权局或者特定执法机构的监督。Heather Rosenblatt, "Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies' Perspective", *Intellectual Property Quarterly* 2000, p. 191.

^⑦ U. S. AFJ2 Memorandum p. 25 指出,由法院参与决定合理的使用费标准,程序花费巨大,不是所有的用户都能负担得了的。

够及时启动,该监督程序本身的高昂成本也常常令版权用户望而却步,忍受或者转嫁高昂的许可费成本。

另外,行政或者司法机构不熟悉具体的版权许可业务,常常不能有效监管。比如,美国 ASCAP 过去的管理规则修改了 30 多次,司法部虽然履行了审查程序,但是批准了绝大部分修改。到后来,有用户对规则提出异议,ASCAP 却反过来将美国司法部的批准作为反驳的理由。^① 美国司法部解决不了这一世界性的难题,中国的版权行政部门在短期内也不会有彻底解决方法。

既然在垄断局面下,这一难题无法解决,那么合理的选择自然是尽量避免绝对垄断,从而避免问题本身的出现。保持集体管理组织之间的自由竞争显然是正确的选择。除此之外,禁止独占性授权也是另外一个合理的补充措施。本文认为,在公共监督并不能完全遏制集体管理组织索要过高许可费价格的情况下,保持集体管理组织之间,以及集体管理组织和著作权人之间的自由竞争就具有非常现实的意义。

(四) 独占许可妨碍竞争对手进入市场

独占性授权不仅妨碍用户在集体管理组织和著作权人之间进行选择,而且还会妨碍竞争性集体管理组织的产生。当一个独占性的集体管理组织完全占据市场垄断地位以后,市场上规模越大的用户受到的制约可能越大——因为其需求的作品数量庞大,要绕开集体管理组织几乎是不可能的。即使该用户愿意自行同著作权人——协商解决授权问题,也没有机会^②。如果集体管理组织的授权是非独占性的,则大规模用户在极端情况下可以抵制集体管理组织索要高价的行为,直接从用户那里获取授权^③。到一定规模以后,大规模用户甚至可以自行成立新的替代性的集体管理组织^④。前面提到的美国 BMI 的诞生就是很

① U. S. AFJ2 Memorandum p. 41.

② Shane Simpson, Australia Report, Para. 33.3 认为只要保证权利人的退出,就可以为竞争性组织的设立提供保障条件。本文认为这是不够的。超级用户与集体管理组织对抗的过程中,可能需要在较短的时间里解决本身的版权需求问题,常常并没有足够的时间去游说权利人从在先的集体管理组织中退出。

③ “自我管理选择自由,将导致用户对权利人实施各个击破从而降低其支付的许可费,这也可能最终导致集体组织的解体。”Heather Rosenblatt, “Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies’ Perspective”, Intellectual Property Quarterly 2000 p. 196.

④ 被许可人的联合是与集体组织讨价还价的有效方法,威胁集体抵制该组织的作品,可以迫使集体管理组织向被许可人让利。中国市场上的确也存在这样的可能性。比如,假若中国音乐著作权协会对中国主要门户网站索要网上音乐短信服务的高额许可费。这时候,中国主要的门户网站就可能从对这种讹诈进行抵制,自行向主要的音乐提供商获取授权,并逐步展开与音乐著作权协会的竞争业务,最终演变成集体管理组织。Stanley M. Besen, “An Economic Analysis of Copyright Collectives”, 78 Va. L. Rev. 383 February, 1992 p. 399.

好的例子^①。欧洲市场上绝大多数集体管理组织能够长期保持垄断状态,没有竞争对手的出现,除了和政府审批限制有关外,还应该与这些组织长期以来坚持所谓的独占性授权原则有关。

在垄断组织和著作权人之间存在竞争关系的情况下,即使绝大多数用户依然选择从垄断组织那里获取许可,也不意味着这种竞争关系就不必要。保持这种竞争关系可以在垄断组织坚持苛刻的授权条件时,为用户提供另辟蹊径的机会。这种机会本身就起到限制垄断组织滥用市场优势地位的作用。

本文反对集体管理组织谋求独占性授权,并不意味着本文支持著作权人,同时就同一作品进行对两个或者更多的互相竞争的著作权集体管理组织同时授权。此类授权将导致不同的集体管理组织的管理权利内容的重复,进而给各个集体管理组织的维权活动带来麻烦,也可能导致用户重复支付许可费用^②。因此,法律应当限制著作权人对多个存在直接竞争关系的集体管理组织重复授权。当然,著作权人可以通过非集体管理组织以外的代理人对外授权,就像美国 AFJ2 规定集体管理组织不得限制会员通过中介组织、代理人发放许可^③。不过,此类中介组织和代理人如何与传统的集体管理组织相区别也是值得进一步研究的问题。

四、滥用垄断优势的具体行为及其控制

防止集体管理组织的滥用垄断优势,仅仅依赖于集体管理组织之间的竞争以及它和著作权人的竞争是远远不够的。特定市场上的偶然性因素会导致个别集体管理组织优先取得支配地位。这些取得市场支配地位的集体管理组织会利用各种手段为后来的竞争者设置实质性的市场进入障碍^④。同时,它们为了维护自身的市场优势,也可能通过各种不合理的合同条款损害著作权人和版权用户的合法利益。这时候,法律就需要进一步的介入,对具有垄断地位的集体管理组织的市场行为进行多方面的直接限制,以维护正常的市场秩序。接下来,本文针对集体管理组织的几类代表性的滥用市场优势的行为展开具体的论

^① Stanley M. Besen, "An Economic Analysis of Copyright Collectives", 78 Va. L. Rev. 383 February, 1992 p. 401.

^② U. S. AFJ2 Memorandum p. 19.

^③ AFJ 在是否可以通过代理(比如 Music Library)这一问题上不够清楚。此类音乐图书馆常常收集了特定类别的音乐,对外发放许可相当方便。AFJ2 section IV(B)则明确规定 ASCAP 不得限制权利人通过此类代理组织对外发放许可。

^④ 即使采用完全竞争的市场机制,政府的监控依然是必要的。因为进入市场依然存在如下障碍:后来者比在先者承受更高的成本、新的集体组织的进入需要时间、集体管理组织和用户之间、集体组织和会员之间签署长期协议。Stanley M. Besen, "An Economic Analysis of Copyright Collectives", 78 Va. L. Rev. 383 February 1992 p. 404.

述,揭示相应的法律对策。

(一) 限制会员退出

集体管理组织为了保证自己管理作品数目的最大化,强化自己的谈判能力,常常为会员的退出设置各种各样的障碍。要求集体管理组织对会员的退出不作任何限制是不现实的^①——至少集体管理组织需要保证其管理作品目录的相对稳定性,从而使得版权用户对授权期限有一个正常的预期。正因为如此,大多数国家都许可集体管理组织对会员的授权设置一定的期限限制(比如一到三年)的做法。但是,法律对此类限制措施的容忍是有限度的。如果集体管理组织要求会员签署长期的许可协议、设置很长的退会通知期限、限制向即将退会的会员发放许可费、要求退会后一段时间里继续授权、对转会会员实施财产上的惩罚等,法律的干预就不可避免了。因为集体管理组织对会员退出进行过度限制,不仅损害会员的利益,也给对手的自由竞争制造障碍。

欧洲委员会在 GEMA I 和 II^②中,认为德国 GEMA 要求会员转让全部的著作权,同时谋求最短 3 年的授权期限加 1 年的退出等待期的做法,违背了《罗马条约》的第 86 条,属于滥用市场优势的行为^③。欧洲委员会在 GEMA II 中要求 GEMA 进行选择:(1)要求会员转让其所有作品在所有国家的 7 类权利,但是必须许可会员随时退出;(2)许可会员转让部分国家的部分权利,但是只能在每三年一期的期限届满后才能够退出,而且要在期满前提前 6 个月通知^④。最终,GEMA 选择了第二种方案。欧洲的很多集体管理组织也仿效 GEMA 的这一做法^⑤。在 GEMA 系列案之后,集体管理组织会员可以自由转会的概念在欧洲大部分国家深入人心^⑥。

在欧洲另外的一些案件中,法院也多次表达了对集体管理组织设置过长授权期限的做法的否定态度。比如,在 BRT v. SABAM 案中,欧洲法院(ECJ)认为

① 在 Belgische Radio en Televisie v. SABAM(1974)E. C. R. 51 中,法院许可对艺术家进行一定的限制,其前提是这一限制是强化集体管理组织与超级用户(比如电台或电视台)谈判能力所必需的。Irin A. Stamatoudi, "The European Court's Love-Hate Relationship With Collecting Societies", European Intellectual Property Review, 1997, p. 292.

② GEMA [(1971) O. J. L134/15] 及 GEMA II [(1972) O. J. L182/24]

③ Heather Rosenblatt, "Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies' Perspective", Intellectual Property Quarterly 2000, p. 194.

④ GEMA II [(1972) O. J. L182/24].

⑤ Thomas C. Vinje, Collecting Society Practices Retard Development of On-Line Music Market, <http://www.mofo.com/news/general.cfm?MCatID=7968&concentrationID=&ID=1040&Type=5#7>, 2004 年 4 月 3 日访问。

⑥ Heather Rosenblatt, "Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies' Perspective", Intellectual Property Quarterly 2000, p. 195.

在会员退出后保留授权长达五年,是不公平的。同时,法院认为“要求会员强制转让所有的版权——无论是现在的还是将来的,也不考虑不同的利用类型,可能是不公平的。尤其是要求在会员退出后依然将授权延续一段时间”^①。在 *Greenwich Films v. SACEM* 案中^②,法院认为,要求过长的转让期限、转让将来的作品、会员退出后要求延长转让期限的条款等不公平地妨碍了会员转会的权利,损害了会员处理自身权利的自由。

美国要求 ASCAP 不得限制会员在每个日历年底退出该组织。特别是,ASCAP 必须向该即将退出的会员正常支付许可费。ASCAP 不能因为自己和用户之间存在许可协议,禁止会员将作品转移到其他集体管理组织,也不得在会员转会时对其进行财产惩罚。^③

(二) 歧视会员

集体管理组织内部不同会员的许可费收入存在很大的差别,各自对集体管理组织管理成本的负担也并不与该许可费收入相称。有学者指出:“在德国集体管理组织内部,大的成员实际上在补贴整个系统。为小的会员设置账户、收集并分配小额的许可费要花费相当的成本。”^④在这种情况下,集体管理组织很容易受到会员不平等的社会地位的影响,在会员之间实行歧视性的许可费分配政策。

为了保证集体管理组织在会员之间公平地分配许可费,美国 AFJ2 要求集体管理组织“ASCAP 必须进行客观的调查或者测试,了解会员作品的表演情况,主要依据表演的情况来决定许可费的分配^⑤”。但是,由于用户或者社会公众对不同的作品给予不同评价,完全依据表演的次数来确定许可费也可能是不公平的。因此,美国司法部同意 ASCAP 在一定范围内对作品进行区别对待^⑥。许可 ASCAP 在没有司法部监督的情况下,对不同的音乐作品的价值作主观的评估,许可对某些著名的音乐作品或者对 ASCAP 的曲目有重要贡献的作品给予较高

① *Belgische Radio en Televisie v. SABAM* [(1974) E. C. R. 51].

② Case 22/79 *Greenwich Film Production, Paris v. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) and Société des éditions Labrador, Paris* [1979] E. C. R. 3275. 转引自 Irini A. Stamatoudi, “The European Court’s Love-Hate Relationship With Collecting Societies”, *European Intellectual Property Review* 1997 p. 292.

③ AFJ2 Section XI(B).

④ Martin Kretschmer, “The Failure of Property Rules In Collective Administration: Rethinking Copyright Societies As Regulatory Instruments”, *European Intellectual Property Review* 2002 p. 134.

⑤ AFJ2 Section XI(B).

⑥ Michael A. Einhorn, “Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights In Broadcasting”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, Summer 2001 p. 365.

的许可费奖励。^①

大的或者著名的会员对于集体管理组织的许可费收入有着重大的影响^②,在集体管理组织内部自然容易受到优待。如何保证集体管理组织在作出所谓的许可费调整的过程中,不过分倾向于那些有着强大影响力的会员,就成了集体管理组织许可费分配环节的重要难题。显然,实践中并不存在判断不同表演时间相对价值的可行的经济标准^③。现在可行的监督措施可能就是 AFJ2 中的做法:“要求集体管理组织在调整许可费分配标准时,必须公开、前后一致。AFJ2 要求 ASCAP 公开其发放许可费的规则和计算公式。ASCAP 在修改这些规则时,需要提请司法部或者法院批准。这些措施旨在揭示 ASCAP 是否优待某些会员,保证会员能够理解自己所获得的报酬是如何计算出来的。让会员自己有充分的信息决定是否加入或者离开 ASCAP”^④。也就是说,现在法律能做到的仅仅是向会员提供一个公开了解分配方案的机会,至于修正方案本身是否合理,只能由会员自己评估。

集体管理组织对于会员的歧视还可能源于会员的国籍。有些著作权垄断组织对外国的著作权人持排斥态度。比如,在 1971 年的 GEMA I 案中,欧洲委员会(The European Commission)就认为 GEMA 要求成员必须属于德国国民或者至少在德国存在“租税住所(Tax Domicile)”违背了《罗马条约》第 86 条。同样,在 GVL 案中德国集体管理组织以其他成员国内权利的二次利用难以实施为由,拒绝接受非德国国民或者德国居民集体管理业务,也被认定为滥用优势地位。^⑤从这些判例可以看出,在统一的欧洲音乐和娱乐市场上,对于不同国际会员的歧视是《罗马条约》严厉禁止的行为。^⑥现在,大多数著作权集体管理组织都承认所谓的国民待遇原则,依据合作协议在本国维护外国著作权人的利益^⑦。

(三) 强迫接受一揽子许可

集体管理组织常常要求用户接受一揽子许可(Blanket License),拒绝发放

① AFJ2 section XI(B)(1)。

② 比如本书第 117 页注②中所揭示的数据,10%的会员分配了 90%的许可费收入。

③ Michael A. Einhorn, “Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights In Broadcasting”, Columbia-VLA Journal of Law and the Arts, Summer 2001, p. 365.

④ U. S. AFJ2 Memorandum p. 17.

⑤ Irini A. Stamatoudi, “The European Court’s Love-Hate Relationship With Collecting Societies”, European Intellectual Property Review, 1997, p. 291.

⑥ Paul L. C. Torremans, Irini A. Stamatoudi, “Collecting Societies: Sorry, The Community Is No Longer Interested” 22 European Law Review, 1997, pp. 352 ~ 359.

⑦ WIPO:《版权和相关权的集体管理》,载 http://www.wipo.int/cn/about-ip/about_collective_mngt.html。严格说来,一国著作权集体管理组织对外国国民的歧视时,外国国民能够基于知识产权国际公约寻求救济还存在不确定性。虽然相关的知识产权国际公约中都强调国民待遇,但是集体管理组织作为民间机构以各种借口歧视外国国民不提供“国民待遇”,并不属于政府行为。

单个许可。比如, ASCAP 过去只对用户发放一揽子许可^①。在集体管理组织看来,个性化的许可需要很大的谈判成本,同时许可后的监督成本也很高。集体管理组织需要核实不同用户的具体使用情况,必要时还要对这一使用过程进行监督。而采用一揽子许可,集体管理组织可以将许可费与用户的某些标志性的收支数字(比如年度毛收入等)挂钩,这样只需要核实那些比较容易查证的数据就可以收回许可费,无需监督用户的具体使用情况。

从用户的角度看,一揽子许可也有可取之处。一揽子许可使集体管理组织避免了就单个交易发放特定作品许可的成本,从而使得用户能够以较低的许可费获得授权。^②对于某些超级用户而言,依据该许可他获得了按照自己的意愿利用全部作品的自由,无需担心自己无意之中超出特定的授权范围而承担侵权责任。这一自由对于某些行业来说,甚至是至关重要的。比如分布在全国各地娱乐性版权用户,随时可能受到突发的流行潮流的影响,必须随时获得使用集体管理组织的上百万的音乐作品中某些作品的许可。这时,一揽子许可是避免娱乐业滞后的重要工具。^③

正因为一揽子许可自身存在合理性,美国最高法院强调对一揽子许可的反托拉斯审查,并不适用所谓的当然违法规则(per se rule),而要根据合理性规则(Rule of Reason)^④。在欧洲的某些案子中,法院也并不认为拒绝发放部分作品的许可当然违法。比如,在 Tournier 案^⑤中,法院认为 SACEM 拒绝向第三方就来自英美的音乐作品发放单独许可的行为,是保护作者权利所必需的,因此该行为没有违反《罗马条约》第 86 条。法院指出除非发放部分许可,能够完全保证作者、作曲家和出版商的利益,同时又没有增加合同管理和使用监督的成本,法律才有必要强迫集体管理组织提供此类许可。

在某些情况下,集体管理组织强迫用户接受一揽子许可,会损害某些用户的利益,尤其是中小用户的利益。欧洲学者指出,一揽子许可意味着用户在接受自己需要的作品许可的同时,也不得不为不需要的作品支付许可费用。这应

① U. S. AFJ2 Memorandum p. 15.

② Heather Rosenblatt, "Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies' Perspective", Intellectual Property Quarterly 2000 p. 192.

③ Tony R. Martino, Dexter Moseley, "PPI and Performance Rights Organisations: Half-Sisters In Copyright-Partners In Anti-Trust", European Intellectual Property Review 1988 p. 154. 作者强调一揽子许可协议的必要性。不过,并非惟一工具。如果给予预先使用、事后根据使用量来收取许可费,显然也是一种替代模式。

④ CBS v ASCAP 400 F. Supp. 737 (S. D. N. Y. 1975) 是两个同意判决后第一起对 ASCAP 的一揽子许可提出严肃挑战的案件。这一诉讼持续了 10 年,最终美国最高法院在 CBS v. ASCAP 441 U. S. 1 (1979) 认为应该按照反托拉斯法上合理性规则考虑一揽子许可的问题。

⑤ Ministère Public v. Tournier [1989] ECR 2811. 转引自 Irini A. Stamatoudi, "The European Court's Love-Hate Relationship With Collecting Societies", European Intellectual Property Review 1997 p. 294. 不过, Irini 认为 SACEM 案认同拒绝拆分许可的做法值得怀疑。

该是一种搭售活动,可能为《罗马条约》第81条或82条所禁止^①。在某些情况下,对于中小用户而言拒绝发放部分许可,强调一揽子许可,将使得这些中小用户与大规模用户相比,在市场竞争中处于明显的劣势地位。这种情况下拒绝发放部分许可,等于完全拒绝发放许可。^②

一揽子许可还可能被用来损害集体管理组织竞争对手的利益。一揽子许可降低了版权用户从集体管理组织与著作权人的竞争中获利的能力和动机。在一揽子许可的安排下,版权用户利用其他集体管理组织的音乐部分替代当前集体管理组织的音乐,也不会减少花费^③,降低了版权用户从其他集体管理组织获得新的作品授权的积极性,从而损害了其他集体管理组织的利益。

为了限制集体管理组织对于一揽子许可的利用,法律通常要求集体管理组织必须提供其他替代性的许可方式。对此,我们以美国的实际例子加以说明。美国司法部在AFJ中要求ASCAP向广播组织在一揽子许可之外提供所谓的单个节目许可(Per-program License)^④,从而保证音乐用户有动机为其部分节目谋求直接的单独授权——即使其依然需要从集体组织那里获取其他音乐授权。但是,实践中ASCAP为“单个节目许可”设置的很多障碍:繁琐的汇报程序、较高的许可费标准、仅仅对AFJ上列名的机构给予“单个节目许可”等等。^⑤结果,大多数有支付能力的版权用户依然选择一揽子许可,即使其不需要一揽子许可所提供的全部曲目的使用许可。^⑥

最近的AFJ2要求ASCAP在一定情形下,应背景音乐或者在线音乐用户请求必须提供一种新型的许可——“单元许可”(Per-segment License)。^⑦AFJ2没有明确定义所谓的“单元”,从而许可ASCAP、用户和法院在实践中能够在一定的弹性范围内确立一个合理的许可方案。^⑧AFJ2要求提供“单元许可”的具体

① Emily Lui, "The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market", *Entertainment Law Review* 2003 p. 73.

② Irini A. Stamatoudi, "The European Court's Love-Hate Relationship With Collecting Societies", *European Intellectual Property Review* 1997 p. 295.

③ U. S. AFJ2 Memorandum p. 15.

④ 所谓 Per-program License 是指 a license the fee for which varies depending on the number of programs or other agreed-upon portions of the users' transmissions that contain music licensed by ASCAP. (Sections II(K) and (N) of the AFJ2)

⑤ U. S. AFJ2 Memorandum p. 24.

⑥ Noel L. Hillman, "Intractable Consent: A Legislative Solution to the Problem of the Aging Consent Decrees in United States v. ASCAP and United States v. BMI", *38 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 733, Spring 1998 p. 743.

⑦ AFJ2 Section II Definitions L. "Per-segment license" means a non-exclusive license that authorizes a music user to perform any or all works in the ASCAP repertory in all segments of the music user's activities in a single industry, the fee for which varies depending upon which segments contain ASCAP music not otherwise licensed for public performance.

⑧ U. S. AFJ2 Memorandum p. 26.

的情形是:(1)用户对音乐的表演可以比较准确地追踪;(2)表演能够以通常音乐产业公认的单元(Segment)进行许可费估价;(3)对于此类许可的管理不会给 ASCAP 带来不合理的负担。^①“单元许可”旨在保证那些不是从事传统意义上的节目(Program)传输的用户不必接受一揽子许可,从而也能够从许可中获得各自的竞争优势。

除了要求集体管理组织提供更多的许可类型外,限制集体管理组织滥用支配地位的另外一个策略就是限制集体管理组织的收取许可费的方式。如前所述,如果一揽子许可按照所谓的营业总收入的方式计算,则集体管理组织完全不在意用户究竟利用了多少自己管理的作品。对用户而言,无论是否利用该作品,均需要支付相同的费用。在美国法上,这种总括式的收费方式如果不是出于许可费核算方便,为被许可人所同意,则通常被认定为权利滥用。^②因此,AFJ2 禁止 ASCAP 在未经用户请求的情况下,按照所谓的总收入的百分比的方式向广播组织收费。^③

(四) 索要高额许可费

集体管理组织一旦处于垄断地位,仅仅依靠集体管理组织之间以及集体管理组织与著作权人之间的非常有限的竞争,并不能有效保证集体管理组织不滥用垄断优势地位索要不合理的许可费。因此,很多国家通过多种途径限制集体管理组织索要高额的许可费,比如个案的司法或者行政监督、控制许可费标准的制定过程、制定强制费率等。

目前,大部分国家和地区都通过各种途径使得司法或者行政当局能够直接依法介入许可费争议,确立合理的许可费标准。^④比如,欧洲法院就认为集体管理“基于垄断地位的组织索要过分高昂的许可费,应当受到《罗马条约》第 86 条

^① AFJ2 Section VII(A)(2).

^② 代表性的案例是 Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100 (1969).

^③ AFJ2 Section IV(H). 这一点与 AFJ 相同,但是 AFJ2 明确了法院在一定情况下可以要求被许可人接受此类收费方式。

^④ 现在国际范围内大量的集体管理组织都提供了各自的许可费标准,这也就使得相关行业能够找到一个相对一致的标准。比如,德国通常认为 10% 的许可费标准是合适的,国际上也比较认可这一比例。Josephine Liholm, “GEMA AND IFPI”, European Intellectual Property Review, 2002, p. 113. 美国 ASCAP 对于主要的电台用户的一揽子许可的许可费标准通常是毛收入的 1.615%。而对于所谓的 Program Licensing (Mini Blank License)则有更复杂的标准。Michael A. Einhorn, “Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights In Broadcasting”, Columbia-VLA Journal of Law and the Arts, Summer 2001, p. 360.

的制约”。^①代表性的案例是 SACEM 案^②。SACEM 对于当地迪厅的收费比德国 GEMA 对于迪厅的收费高出 15 倍,比英国、意大利等的类似许可费也高出数倍。法院认为如果没有证据证明法国运营成本的确高于其他地区,则收取如此高昂的许可费属于滥用垄断优势地位,适用《罗马条约》第 86 条。本案中,法院虽然最终支持了集体管理组织的许可费标准^③,但是依然为此类许可费争议确立了重要的原则:首先过高许可费受到第 86 条制约;其次,证明许可费合理的义务在集体管理组织一方。^④

很多国家都指定或者设立专门机构监督集体管理组织的许可费标准。比如瑞士的联邦仲裁委员会(Federal Arbitral Commission)、英国的版权裁判庭(The Copyright Tribunal)、德国的专利局、法国的文化部等。^⑤参照这些做法,国内大多学者也主张行政主管部门应当依法监督许可费条款,必要时可以强制修订许可费标准。用户对许可费价格不满时,可以提请特定的法院裁决。^⑥

在某些国家,这些机构只有在双方发生争议的情况下才制定许可费标准,而在另外一些国家这些机构仅仅决定某一建议的许可费是否合理,其自身并不

① Lucazeau v. SACEM(1989),10/88,241/88,242/88,Celex No. 688J0110.

② 欧洲法院在 SACEM 的一系列案件中[Case 110/88,SACEM v. Lucazeau;Case 241/88,SACEM v. Debelle;Case 242/88,SACEM v. Soumagnac;Case 395/87,Ministère Public v. Tournier;all at [1989] ECR 2811;[1991]4 CMLR 248 (“Lucazeau,Tournier and Others”).]讨论了高额许可费的问题。原告认为 SACEM 在法国收取的许可费明显高于其他成员国的类似集体管理组织的收费标准。法院同意基于垄断地位的组织索要过分高昂的许可费,应当受到第 86 条的制约。但是,在有合理的理由的情况下,并不禁止这种行为。Irin A. Stamatoudi,“The European Court's Love-Hate Relationship With Collecting Societies”,European Intellectual Property Review,1997,p.294.

③ SACEM 提出多种理由证明这一价格是合理的:(1)传统上法国版权法提供较高的保护水平;(2)法国 DISCOs 服务的价格更高;(3)法国习惯上的收取许可费的方法需要更高的运营成本。作为对抗,DISCOs 认为法院应该参考超级用户(比如电台)对于录音作品的利用所支付的较低的许可费,认为超级用户受到了优惠而公平的待遇。法院否定了反对方的理由,认为原告理由充分。

④ Irini A. Stamatoudi,“The European Court's Love-Hate Relationship With Collecting Societies”,European Intellectual Property Review,1997,p.294.

⑤ 英国 The 1956 Copyright Act 建立了 The Performing Right Tribunal,1988 年版权法将其更名为 The Copyright Tribunal,并拓宽其管辖范围。任何被许可人认为许可协议条款不公平,都可以向 CT 提起“诉讼”。德国专利局设立一个仲裁机构。The Arbitration Board 虽然有专利局设立,但是属于独立的机构,不受任何政府机构的直接约束。仲裁机构负责对用户和集体管理组织之间的许可合同纠纷进行仲裁。未经仲裁,不得直接起诉到法院。仲裁机构仅提供咨询性的意见,对双方没有约束力。如果双方不服,可以依法向法院提起诉讼。据报道这一机构运行得相当良好。德国的反垄断机构也对集体管理组织进行监管。法国 The French Minister for Culture 对集体管理组织的成立也采取控制。The Minister 负责授权设立任何集体管理组织,并监督其活动。集体管理组织的章程必须送交 The Minister 审核。Emily Lui,“The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market”,Entertainment Law Review 2003,p.77.

⑥ 现在,国内也有建议成立版权仲裁委员会、版权调解委员会或者版权裁判庭。参见周林:《对我国版权集体管理条例立法的探讨和建议》,载《知识产权研究》,第 15 卷,282 页,北京,中国方正出版社,2004。笔者倾向于直接指定中国现有的某一法院作为处理权利人、用户和垄断组织就许可条件无法达成一致所产生纠纷的法院,没有必要成立所谓的专门机构。

确立许可费标准。^① 美国没有行政机构监督集体管理组织的许可费标准,但是,司法部在“同意判决”中要求 ASCAP 设定合理的许可费标准。发生争议时,纽约南区法院负责处理该许可费标准争议。^② 许可费争议的解决机制中最核心的问题是如何保证程序的效率。如果程序效率低下、成本高昂,那些对许可费心怀不满的用户挑战集体管理组织的积极性将受到压制,它们更有可能忍受高额许可费。正因为如此,美国的 AFJ2 修改了 AFJ 中关于许可费争议的程序,试图降低成本,提高程序效率,让更多的人选择司法监督程序。^③

对于集体管理组织许可费标准的最严厉限制来自于法律的直接规定强制性的许可费标准——立法也许并不仅仅针对集体管理组织,但是的确限制了集体管理组织按照自己的意愿索要许可费的能力。代表性的立法有:英国 1911 年版权法设置了机械表演权,同时规定了商业录音版权的法定许可费——零售价的 5.0%,后来增加到 6.25%。由于这一固定费率,集体管理组织就没有必要居中为作者和用户协商许可费了。^④ 美国过去在音乐作品的机械复制权的许可费方面也有类似的立法。^⑤ 强制许可费制度缺乏弹性,一经设立,常常在很长的期限内难以调整,从而难以适应社会经济形势的变化。比如,前面提到的美国机械复制权许可费标准美国 1908 年版权法规定音乐作品的机械复制权的许可费标准持续了 70 年。^⑥ 中国也有类似的例子:中国文化部 1984 年颁布的《图书、期刊版权保护试行条例》中确立的稿酬标准直到 1999 年才被版权局的《出版文字作品报酬规定》所取代。^⑦ 正因为如此,强制许可费标准的适用范围有限,并不能成为抑制集体管理组织索要高额许可费的常规武器。

(五) 其他行为

除了上述各项不正当行为外,集体管理组织还可能进行其他各种形态滥用

① 参见 Emily Lui, “The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market”, *Entertainment Law Review* 2003 p. 77.

② 参见美国司法部与 ASCAP 达成的 The 1950 Consent Decree, Section IX.

③ U. S. AFJ2 Memorandum pp. 32 ~ 33.

④ The 1988 Copyright, Designs and Patents Act 取消的法定许可费率。Robert Montgomery, “Central Licensing of Mechanical Rights In Europe: The Journey Towards The Single Copyright”, *European Intellectual Property Review* 1994 p. 199.

⑤ 美国 1908 年版权法规定音乐作品的机械复制权的许可费为每个复制件 2 美分。这一标准一直持续到 1978 年。Robert P. Merges, “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations” 84 *Calif. L. Rev.* 1293, October 1996 p. 1309.

⑥ Robert P. Merges, “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations” 84 *Calif. L. Rev.* 1293, October 1996 p. 1308.

⑦ 参见国家版权局关于颁发《出版文字作品报酬规定》的通知[国权(1999)8号,1999.06.01]。

市场优势的行为。比如,要求用户签署长期许可协议^①、对不同用户采取歧视性的许可费政策^②、无正当理由拒绝发放许可^③、不公开曲目信息^④、进行横向或者纵向市场联合限制用户的选择自由^⑤、利用杠杆优势获取其他相邻市场的支配地位^⑥、进行人为的分割许可^⑦、自动转让未来作品^⑧、低价倾销^⑨等。这些行为在不同的法律传统下受到的评价也不完全相同。限于篇幅,本文不再一一讨论。

五、《著作权集体管理条例》的反垄断效果预估

(一) 反垄断法缺席的尴尬

中国目前没有禁止知识产权滥用和反垄断方面的专门立法,著作权法上没有具体的知识产权滥用禁止条款,而反垄断法还在草拟当中。^⑩从目前公开的信息可知,反垄断法草案中有专门针对滥用市场优势行为的章节。^⑪在反垄断法出台以后,该章会成为著作权集体管理组织的反垄断条例的立法依据,也将作为政府针对版权垄断组织提起诉讼的法律依据。不过,这一切还需要经过相当的

① ASCAP 与其成员签署长期的协议,对于离开 ASCAP 的会员,在许可费分配上采取歧视态度。这样,新成立的 BMI 就非常难以吸引到足够多的权利人会员与 ASCAP 进行有效竞争。美国的最新的 AFJ2 中,要求授权不得超过 5 年。U. S. AFJ2 Memorandum p. 16.

② AFJ2 Section IV(C) 禁止歧视不同的被许可人。

③ Irini A. Stamatoudi, "The European Court's Love-Hate Relationship With Collecting Societies", European Intellectual Property Review, 1997 p. 294.

④ AFJ 要求 ASCAP 提供音乐曲目,从而保证用户能够判断哪些作品不是 ASCAP 的管理曲目。AFJ2 有更具体的公开要求。

⑤ 中国音乐著作权协会与中国移动的联合,就显然具有市场联合的色彩。结果是,用户不再由独立谋求许可的动力,同时也限制了用户的选择自由。

⑥ AFJ2 Section IV(A) 禁止 ASCAP 获取会员的除 performance rights 以外的权利。AFJ2 禁止 ASCAP 获得其他类别的权利。而 Heather 认为英国版权人的所有权利都可以交给集体管理组织管理。Heather Rosenblatt, "Copyright Assignments: Rights and Wrongs—The Collecting Societies' Perspective", Intellectual Property Quarterly 2000 p. 189.

⑦ 1941 年的同意判决要求 ASCAP 对于电台的许可是所谓的“直达听众的许可”(Through-to-Audience License.) 即该许可涵盖该电台在地方的广播站的播放行为。AFJ2 进一步扩充了此类许可的适用范围,延及网络内容提供商、背景音乐提供商等。通过这一要求,有效制止 ASCAP 对作品传输的各个环节设置繁琐的许可控制。具体规定参见 AFJ2 Section V Through-to-the-Audience Licenses.

⑧ 在 GEMA I [1971] O. J. L134/15 案中欧洲委员会集体管理组织要求会员将现在和将来的在全世界范围内的权利完全转让属于滥用市场优势的行为。Emily Lui, "The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market", Entertainment Law Review 2003 p. 73.

⑨ 集体管理组织可以通过压低许可费标准的方式迫使竞争对手无法进入这一市场。Stanley M. Besen, "An Economic Analysis of Copyright Collectives" 78 Va. L. Rev. 383, February 1992 pp. 399 ~ 400.

⑩ 王晓晔:《入世与中国反垄断法的制定》,载《法学研究》2003(2) 125 页,“防止知识产权滥用、规制与知识产权有关的垄断或者限制竞争行为的法律制度更是尚未真正起步”。王先林:《日本关于知识产权滥用的反垄断控制及其借鉴意义》,载《知识产权》2002(2) 48 页。

⑪ 王晓晔:《入世与中国反垄断法的制定》,载《法学研究》2003(2) 125 页。

时日才可能转化为现实。

在反垄断法缺席的情况下,政府全面规制著作权垄断组织的市场行为缺乏明确而有效的法律依据。如前所述,版权属于一种私权。在没有法律明确禁止的情况下,著作权人可以按照自己的意愿自由处置。将权利交由他人行使,在现行的法律框架下并不受到实质性的限制。如果法律对现有各种著作权组织的市场行为进行限制,关系到著作权人的基本的财产权利、市场主体的经营自由。对于财产权限制和限制垄断之类的重大议题,应该由立法机关讨论立法,而不应该由行政机关制定条例。^①即使立法部门授权专门的行政机构就某一方面的垄断问题进行立法,也应该为授权立法提供原则性的法律依据——比如反垄断法的相关条文等。在没有上位法律原则指导的情况下,“空白式”的授权立法的合理性令人怀疑。^②

现在,版权局推动的将要出台的《集体管理组织条例》必然涉及限制滥用市场优势、行政执法权限等问题。《条例》肯定会赋予版权局在这些方面的实质性的执法权。^③这些都可能与将来出台的反垄断法的原则和具体制度相冲突。而现在目前由商务部和工商总局分头推动反垄断法的立法进程^④,可以想见,将来的反垄断执法权在这两个行政机构之间尚有一争。著作权垄断组织的规范不可避免地要纳入到反垄断法的框架下,则版权局的执法权又可能与上述与反垄断机构就执法权发生冲突。^⑤诸如此类的问题,在反垄断法出台之后势必一一展现。如果现在必须制定《条例》,则应当认真考虑与反垄断法的衔接方案。

(二) 我国集体管理版权授权的定性

我国现在虽然没有上位法律授权行政部门制定与集体管理组织有关的反垄断的条例,但是《著作权法》第8条的确授权行政机构制定《著作权集体管理条例》。不论合理与否,《条例》肯定会对集体管理组织的部分垄断行为进行规

① 《中华人民共和国立法法》第8条。

② 如果说著作权法第8条的授权包含反垄断事项的立法授权,那此类授权显然属于所谓的“空白式授权”。关于此类“空白式授权”的不合理性的论述,参见黄贤宏:《关于我国授权立法制度的法律思考》,载《当代法学》,1999(3) 26~27页。

③ 参见国家版权局:《著作权集体管理条例》(2003年4月,征求意见稿),第7、12、15、21等条款。

④ 胡晓群:《反垄断法 正分头起草 相关机构也在酝酿成立》,载《深圳商报》,2004-01-17, <http://www.cctd.com.cn/html/detail/04/01/17/00010508/content.html?1077156050212>。

⑤ 知识产权主管部门和竞争法主管部门共同监督集体管理组织是很正常的选择。英国政府的监督的一个途径是通过 The Monopolies and Mergers Commission 依据 Fair Trading Act 1973 审查集体管理组织的经营,确保其不损害公共利益。另外一个途径是通过 Copyright Tribunal。德国虽然和英国不同,集体管理组织是基于版权立法的直接规定而产生。法律中规定了集体管理组织的全部义务、行为限制等。但是,集体管理组织的成立必须经过德国专利局和德国联邦卡特尔局的共同批准。Emily Lui, “The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market”, Entertainment Law Review 2003, pp. 75~76.

范。然而,由于《著作权法》第8条对著作权人与集体管理组织之间授权关系的定性存在缺陷,《条例》的反垄断规则很容易被架空,无法实现预期的目的。本节集中讨论该条对于著作权人与集体管理组织之间授权关系的定性。

《著作权法》第8条授权行政机关对集体管理组织的管理进行立法,却没有明确集体管理组织与著作权人之间的授权关系的性质。本文对法律条文的前后逻辑、司法实践、国内学者的共识进行分析后,认为第8条确定的著作权人与集体管理组织之间的授权应该是所谓“信托式”的授权(充其量包括独占许可类授权)。也就是说,《著作权法》第8条不认为采用代理、普通许可、转让等方式积聚著作权的组织是著作权法意义上的著作权集体管理组织。理由如下:

首先,从该条规定可以看出,集体管理组织应该是接受著作权人授权,以自己的名义为著作权人主张该著作权(包括作为当事人进行诉讼、仲裁活动)的非营利性组织。^①显然,此类授权关系不包括代理、权利转让、普通许可等。如我们所知,代理是以被代理人的名义行使权利,也无法作为当事人参加诉讼^②;著作权转让导致所有权发生转移^③,转让之后著作权组织是为自行主张著作权,而不是第8条所谓的“以自己的名义为著作权人主张权利”。在中国法下普通许可(非独占许可)的被许可人无法作为诉讼的当事人自行主张权利。^④至于该授权是否包含独占许可式的授权则难以从字面上确定。^⑤该条关于集体管理组织的非营利性的要求^⑥,反过来也起到了限制人们对集体管理组织的概念进行扩充解释的作用。比如,版权代理公司可能就因为营利性而被当然地排除出集体管理组织的范围。综合起来,本文认为依据该条的逻辑,《著作权法》第8条意义上的集体管理组织所获取的授权不包括代理、转让、普通许可式的授权,应该是很明确的。

其次,在一系列的案例及司法解释中法院都支持集体管理组织的授权为信托模式。1993年《最高人民法院民事庭关于中国音乐著作权协会与音乐著作权

① 参见《中华人民共和国著作权法》第8条。

② 当然,对于第8条的授权也存在另外一种极端的解读方式:不论是信托、转让、普通许可、代理,只要是经过行政部门确认,就自然成为所谓的集体管理组织,取得独立的对外资格(包括诉讼)。这一解释与现行的法律框架冲突太大,本文并不认为立法者需要为集体管理组织开创如此的恶例。

③ 版权(著作权)转让通常“是指版权所有权的转移……而不是指版权的暂时转移(即使用许可)”参见郑成思:《版权法》303~304页,北京,中国人民大学出版社,1997,第2版。

④ 李明德、许超:《著作权法》246页,北京,法律出版社,2003。

⑤ 从字面上看,该条似乎稍稍倾向于否定独占许可,因为如果获得了独占许可,集体管理组织也是以自己的名义为自己主张权利,而不是替权利人主张权利。

⑥ 各种权利中心集中权利的目的不尽相同,有《著作权法》第8条意义上的“非营利”目的,也有可能完全是以营利为目的。营利与否与这些权利中心是否会损害权利人和用户的利益,并没有本质上的联系。我们立法要求集体管理组织一律是非营利性的,显然是一种武断的选择。所有的权利人都是以营利为目的加入集体管理组织,他们必然要求集体管理组织以可能的方式最大化其利益。成员的营利动机与组织的市场行为之间有着密切的联系,断然地否定组织的营利性没有现实意义。

人之间的几个法律问题的复函》中认为,在关于集体管理组织的权利性质的批复中认为属于信托性质的权利。^① 中国音乐著作权协会在其公开的会员合同中也就要求其会员将相关的著作权权益信托给该协会。^② 在后来的一系列案件中,法院都明确指出集体组织与会员之间存在的信托关系。^③

最后,国内学者中代表性的研究结论都认为中国集体管理组织与会员之间的关系应该定性为信托关系。^④ 甚至有学者明确指出该信托授权的具体法律依据——《信托法》第7条、第20~23条。^⑤

(三) 授权关系的多样性与第8条的缺陷

尽管中国著作权法第8条否定信托以外的授权关系,在世界范围内不同的集体管理组织与著作权人之间的关系却是多种多样的,既可以是代理、许可也可以是转让。不仅不同集体管理组织的授权关系不同,而且同一集体管理组织内部也可能获得不同类型的授权。^⑥ 比如,德国的 GEMA,日本的 JARSA、俄罗斯的著作权协会都要求著作权人以信托方式授权。^⑦ 美国的 ASCAP、BMI 等则利用非独占许可的方式^⑧、英国的 PRS、PPL 和美国的 SESAC 则要求转让独占性的权利。^⑨ 各种授权模式和各种规模的著作权集体管理组织能够有效满足不同的利益群体之间不同的利益需求。^⑩ 在信托、代理、转让、独占许可、普通许可等模式下,集体管理组织对相关作品的实际支配能力有一定的差别,但

① 1993年《最高人民法院民事庭关于中国音乐著作权协会与音乐著作权人之间的几个法律问题的复函》(最高法院对于个别集体管理组织的授权行为的认定也许是准确的,但肯定不能成为认定全部集体管理行为性质的依据)。

② 中国音乐著作权协会的《音乐著作权合同》第一条中要求“甲方(权利人)同意将其音乐作品的公开表演权、广播权和录制发行权授权乙方以信托的方式管理”。合同文本参见社科院知识产权中心等主编:《知识产权办案参考》,第3辑,140~141页,北京,中国方正出版社2002。

③ 比如中国音乐著作权协会诉北京腾图电子出版有限公司案[北京(2001)一中民初字第244号]、中国音乐著作权协会诉广州网易电脑系统有限公司[北京(2002)二中民初字第03119号]等案;中国音乐著作权协会诉东方歌舞团案等。最后一案例没有查找到案号,相关介绍可以参见湛益祥:《论著作权集体管理》,载《法学》2001(9)45页。

④ 周林:《谈谈版权法的修订》,载 <http://www.chinaiprlaw.com/lgxd/lgxd15.htm>。周俊强:《著作权集体管理的法律性质》,载《法学杂志》2003(3)47页;毛牧然、周实:《论著作权集体管理制度》,载《当代法学》2002(5)62页;湛益祥:《论著作权集体管理》,载《法学》2001(9)45页。

⑤ 周俊强:《著作权集体管理的法律性质》,载《法学杂志》2003(3)49页;湛益祥:《论著作权集体管理》,载《法学》2001(9)45页。

⑥ Shane Simpson, Australia Report, Para. 7.1. GENERAL.

⑦ 翟瑞卿:《著作权集体管理的法律关系分析》,载《法律适用》2003(1~2)121页。

⑧ Tony R. Martino, Dexter Moseley, “PPI and Performance Rights Organisations: Half-Sisters In Copyright-Partners In Anti-Trust”, European Intellectual Property Review 1988 p. 152.

⑨ PPL-Phonographic Performance Limited, SESAC-Society of European Stage Authors and Composers. Tony R. Martino, Dexter Moseley, “PPI and Performance Rights Organisations: Half-Sisters In Copyright—Partners In Anti-Trust”, European Intellectual Property Review 1988 p. 152.

⑩ 参见 Shane Simpson, Australia Report, Ch. 1~4.

是只要积累的作品授权足够多,集体管理组织都可能获得很强的市场支配力。比如美国 ASCAP 和 BMI 就是以最普通的非独占许可的方式获得了美国市场上 95% 的作品的许可发放的权利,从而成为司法部的重点规制对象。^①

对于国际社会集体管理组织与会员之间授权关系的丰富多彩的一面,国内版权行政部门应该是非常了解的。^② 在这种情况下,我国《著作权法》第 8 条仅仅将授权关系限定在信托授权关系上的做法就令人费解。《著作权法》第 8 条仅仅授权版权局对所谓的“信托模式的集体管理组织”的管理进行立法规范。这也就意味着其他采用代理、转让、普通许可等模式的权利中心即使取得了市场支配地位,依然可以悠游于《条例》之外。《著作权法》第 8 条规定作茧自缚,版权局不能自行将《条例》的范围延伸到所有类型的权利中心。在相关立法严重滞后、政府没有反垄断执法方面经验的情况下,版权局的制定这一存在先天性缺陷的《条例》,多少还是回应了国内市场的现实需求——中国音乐著作权协会作为国内惟一正式的集体管理组织已经具备相当的市场支配力,需要法律介入给予规范。《条例》能够在一定程度上遏制音乐著作权协会滥用其垄断优势。不仅如此,《条例》甚至会对中国市场上潜在的非信托模式的著作权垄断组织起到事实上的指引作用。虽然《条例》并不能直接适用于它们,但是这些垄断组织为了保证自身业务的可持续性,可能会参考该《条例》筹划自己的经营模式。

《条例》实际上选择了排斥竞争、维持垄断的管理模式。《条例》在对集体管理组织进行限制和规范的同时,也会从事实上维护集体管理组织的垄断地位,同时承认了集体管理组织通过信托取得独占性授权的正当性。从反垄断的角度看,《条例》作为过渡时期的权宜之计,功过两抵,没有值得称道之处。不过,现在就宣布中国注定要按照《条例》指引的道路一走到底还为时尚早。将来依据《反垄断法》最终确定著作权集体管理组织治理模式,重回自由竞争的道路,依然是非常现实的。不仅如此,国内的著作权权利中心还有游离于《条例》之外的多种自由发展途径,只是它们名义上不能称作集体管理组织而已。

六、结论：未来集体管理组织的反垄断制度框架

垄断性著作权集体管理组织的治理,一直是一个争论不休的议题。本文认为中国已经到了需要认真考虑这一问题的发展阶段。中国应该选择以自由竞争为基础辅以必要的法律干预的治理模式。法律应该消除集体管理组织设立

^① Todd Hagins, "Robbing Peter Gabriel to Pay Paul's Diner: Plunder the Free Market and the Fairness in Music Licensing Act" 7 Tex. Rev. Law & Pol. 385, Spring 2003, p. 394.

^② 许超:《我国著作权集体管理的立法现状》,载《中国专利与商标》2004(1) 64 页。

过程中的人为障碍,促进集体管理组织之间的竞争。著作权集体管理组织的设立和运营,除了遵循各自业务范围内的法律规范外,不必经过版权行政管理机构或者竞争法上的主管机构的批准。这些著作权组织只有在取得市场支配地位后,才需要接受特殊集体管理组织反垄断条例或者反垄断法约束。在集体管理组织取得市场支配地位之后,法律应当禁止垄断组织与著作权人之间建立独占性授权关系,保证二者处于竞争状态,以维护版权用户和竞争性集体管理组织的合法利益。

在利用市场机制限制集体管理组织滥用市场优势地位以外,法律还必须直接对垄断性的著作权集体管理组织的市场行为进行干预。可能的法律干预措施有:(1)要求集体管理组织保障著作权人进入或者退出的自由;(2)禁止歧视不同的著作权人,要求其建立公平、公开、准确、可靠的许可费分配机制;(3)禁止强迫接受一揽子许可,要求集体管理组织提供多种类型的许可;(4)从实体及程序上限制其索要高额许可费;(5)充分公开经营信息,接受会员、版权用户及社会的监督;(6)禁止横向或者纵向市场联合,限制竞争对手及版权用户的选择自由等。

本文认为《著作权法》第8条关于著作权集体管理组织的授权立法条款存在先天缺陷,无法成为指导集体管理组织反垄断行政立法和执法的法律依据。将来应当摆脱第8条的束缚,在《反垄断法》与《著作权法》的共同指导下建立一整套全新的推崇自由竞争的集体管理组织治理规则。



美国法上内幕交易赔偿责任的理论分析

徐子桐

徐子桐 法学硕士(清华大学),现任职于华夏证券研究所。

引 言

美国的内幕交易赔偿责任理论是在其复杂、深广、有时看似“矛盾”的法律制度架构和经济社会发展的基础之上“生长”出来的。行政、司法、立法以及社会话语权的镶嵌式结合,普通法与制定法结构性的共生,都是该理论生长的重要条件。这一理论以崇尚私权为根本理念、以保卫证券市场的纯洁和维系投资者的信心为旨归,以侵权法原理为基础,以信义义务为纽带。从美国内幕交易传统理论(或经典理论)(traditional theory or classical theory)^①和私用理论(misappropriate theory)出发,构成赔偿责任一般需要使用欺诈手段、从事涉券交易、故意、损害事实、因果关系等要件。在至为关键的因果关系问题上,交易因果关系(因他方行为而使己方参与交易)以信赖(reliance)来证明,而信赖的证明则以对未公开信息“重大性”(materiality)的判断来代替;损失因果关系(因他方行为而使己方产生损失)又以“同时”交易双方之间的“表面结合”(a proxy of privity or a semblance of privity)来拟制。由于“a proxy of privity”的拟制性,也即无需证明,所以后一种因果关系的证明有时简化为信赖的证明,并简称为信赖因果关系。本文试图缕述美国上述理论的来龙去脉,并剖析其因应现实方面的优越和不足之处。

^① 美国内幕交易归责理论包括两大类,即传统理论和私用理论。传统理论又称经典理论,包括所谓“特殊关系理论”(有时称“公开或戒绝义务理论”或“信义义务理论”)和“泄密理论”等在“私用理论”被 O'Hagan 案确立之前出现的理论。传统理论的共同特点是强调内部人(或受密人)对于交易相对人的义务,而私用理论则强调义务主体(其范围详见 SEC 规则 Rule10b5-2)对于信息源的义务。论者或以传统理论当中的某些理论(提法)与其上级概念传统理论并立,实属误解。

一、美国内幕交易归责理论及其局限

美国内幕交易归责理论主要是通过最高法院对若干刑事案件(包括 Chiarella 案、Dirks 案和 O'Hagan 案)的终审判决而得以最后确立,这些理论为内幕交易赔偿责任的确立提供了坚实的基础,同时也是导致美国内幕交易赔偿责任理论局限的最初原因。

美国法上内幕交易的归责理论经历了从传统理论到私用理论的发展。传统理论滥觞于 SEC 在 Cady 案和 TGS(Texas Gulf Sulphur)案创立的“公开信息或戒绝交易义务”(the obligation to disclose or abstain),后经最高法院在 Chiarella 案予以确认,并通过 Dirks 案加以补充(泄露理论)而完成。^①1997 年,最高法院在 O'Hagan 案中正式确立了内幕交易归责的私用理论。

(一) 传统理论之分析

结合 Cady 和 TGS 这两个案件,从判决依据^②可以发现,早期传统理论的立论之基主要有两个:(1)普通法上的信义义务,即公司内部人对于股东(及公司)的信义义务;(2)公平的法律理念或社会观念。最高法院在 Chiarella 案中确认了 SEC 在 Cady 案中立论依据之一,即信义义务的存在。在一定意义上讲,最高法院以信义义务作为内幕交易归责理论的基石,确实是高屋建瓴,或者说,独具慧眼。首先,众所周知,作为法律原则的信义义务起源于衡平法,它有着悠久的历史传统。选择信义义务为理论基石不可谓不深刻。其次,虽然信义义务并非公司法所独有——历史上,对于一方滥用另一方的信任的诸多情形,衡平法都给予衡平救济(这一点与普通法法院完全不同)——但是,“公司这种经营组织形式为信义义务的适用和发展提供了丰富的土壤。公司董事具有类似于受托人(trustee)的地位:与受托人不同的是,董事对于由其他人作为受益人的可处置财产没有法定所有权利益;但是,与受托人相同的是,董事被授权为他人利益而使用(该财产)。公司章程赋予(董事)对公司的经营管理进行指挥和监督的

① “在最高法院在 Chiarella 案的判决之前,(美国)内幕交易法律(好比)是一片沼泽。它既缺乏清楚明确,又没有作为执行法律的基础的归责理论。”See: Jonathan R. Macey, “From Judicial Solutions to Political Solutions: the New, New Direction of the Rules against Insider Trading”, Alabama Law Review, Winter, 1998.

② 具体理由原文见 In re Cady, Roberts & Co. 40 S. E. C. 907, 911 n. 13, 913 n. 21 (1961); SEC v. Texas Gulf Sulphur Co. 401 F. 2d 833 (2d Cir. 1968)。

自由裁量权限(同时)董事也受信义原则的约束”^①。“信义义务的内容……包括忠实(loyalty)义务、注意(care)义务和坦白(candor)义务”。^②简单来说,忠实就是不得有损公司利益,它也常指不得篡夺公司机会;注意就是在做出经营决策时应本着足够的善意、尽到合理的注意;坦白就是不得利用信息(包括隐瞒信息)误导公司及股东。^③因此,以公司内部人对于股东的信义义务作为归责原由是顺理成章的。再次,尽管信义义务理论的主要概念和规则是大致明确的,但整体而言信义义务仍旧属于艰深晦涩的法律范畴。由于它与衡平法传统渊源极深,往往刻意讲求背景依赖和个案的具体特点、具体分析,所以其适用方法非常曲折、微妙。正是这种复杂性使得信义义务的适用范围既广泛又严格,从而给最高法院提供了根据现实发展而在理论上进行展闪腾挪的自由空间,同时使内幕交易归责理论在最高法院的手里具备必要的理论张力。所以说,选择信义义务作为理论基石是相当巧妙的。最后,以信义义务为基础,使得内幕交易归责理论不仅可以用于该案的刑事归责,也可用于其他案件的民事归责。公开信息的义务以信义义务的存在为前提,未经公开而从事涉券交易构成欺诈的得追究§10(b)项下的刑事责任;同时根据信义义务原则,“如果信义人通过违背其忠实(fidelity)义务的行为而获益,除非受益人同意信义人留存该利益,否则受益人可以收回信义人获取的任何利益”^④;“信义人如果从其利益与义务相冲突的活动中获益,则被要求将该净利益交与以他或她作为行为代表人的本人(principle)”^⑤。可见内幕交易民事责任与信义义务也是一脉相承的。从实际效果来看,以信义义务作为内幕交易归责的立论之基可谓瞻前而且顾后,对公法和私法上的责任具有广泛的适应性。

但是,另一方面,最高法院却否认了SEC的另一论据能够作为内幕交易归

① Deborah A. Demott, “Beyond Metaphor: An Analysis Of Fiduciary Obligation”, *Duke Law Journal*, November, 1988.

② Lee Polson, Esq., “Development of Corporate Governance in the Context of ‘Full Disclosure’ in the United States”, *United States-Mexico Law Journal*, Spring 2002.

③ 虽然坦白义务通常被认为与证券法的充分披露义务相关,但严格来说二者有一定区别。坦白义务原意是董事之间应该信息共享,不得利用自己已经知道、但其他董事尚不得而知的信息去误导其他董事履行职务或管理公司,而且该信息与未来的经营决策相关,该经营决策又涉及是否报告股东予以批准某项交易。Lee Polson, Esq., “Development of Corporate Governance in the Context of ‘Full Disclosure’ in the United States”, *United States-Mexico Law Journal*, Spring 2002.

④ Sealy, “Some Principles of Fiduciary Obligation”, quoting from: Deborah A. Demott, “Beyond Metaphor: An Analysis Of Fiduciary Obligation”, *Duke Law Journal*, (November, 1988).

⑤ Simon Deakin, “Economic Effects of Criminal and Civil Sanctions in the Context of Company Law”, *Research Note for the DTI Company Law Review*, July 2000.

责的基点,^①即基于公平理念而消除交易一方某种不合理的信息优势。初审法院和上诉法院的有关意见也均遭否定。最高法院紧紧抓住一个问题不放:作为欺诈之前提的主动公开信息的义务其产生的基础到底是什么?换句话说,证券市场上交易的一方凭什么要向对方主动公开自己知道的信息呢?最高法院的回答是,主动公开信息的义务只能产生于交易双方之间的特定关系和相关背景,它不可能仅仅因为某个人在市场中的地位及其获取信息的能力而产生,也不可能仅仅因为拥有某种非公开的重大信息而产生。更何况,并非任何信息失衡或“金融上的不公平”(financial unfairness)均可构成§10(b)项下的欺诈,而§10(b)尽管是一个包罗万象的条款,但它所规制的必须是欺诈。^②“我们还没有发现有哪个法律这样规定,即一个并非内部人、因而与未来的卖方并不存在信义关系的证券买方,竟然有义务向卖方公开有可能导致卖方提价而交易不成的情况。”^③

的确,在一般的交易活动当中,买卖双方均没有任何义务向对方披露自己的优势信息。不仅如此,信息的不对称和异质性甚至恰恰就是市场活力的源头。如果交易双方所掌握的信息完全均衡、完全等同,那么交易根本无法发生,市场也会寿终正寝。显然,最高法院自有其深刻的顾虑:究竟是信息优势本身导致了积极的披露义务呢,还是另有其他原因?证券市场上的公平究竟体现为市场参与者接触信息完全平等呢,还是体现为机会大致均等?是应该排除一切信息偏在或信息优势、宁可窒息市场流动性而给投资者上保险呢,还是应该允许信息不对称、鼓励流动性?^④在最高法院看来,市场的机能与活力显然是第一位的。

继 Chiarella 案之后 3 年,即 1983 年,最高法院在 Dirks 案中进一步补充完成了内幕交易归责的传统理论,即泄露理论:“受密人的责任从内部人的责任”继

① 尽管后来最高法院宣称其曾在 Chiarella 案中接受了 SEC 在 Cady 案提出的违反 Rule10b-5 的两个因素,意即包括公平因素[See: DIRKS v. SEC, 463 U. S. 646 (1983)],但结合 Chiarella 案中最高法院的所有论述来看,其意思仅仅是指因为有信义关系存在,所以如果允许内部人利用信息优势则“不公平”,这与从公平理念出发建立内幕交易归责理论完全不同。也许正因为如此,最高法院在“接受”SEC 意见时却在很大程度上修改了 SEC 的原文,例如将“inherent unfairness”改为“unfairness”,将“knowing it is unavailable to those with whom he is trading”改为“trading without disclosure”,将“a party”改为“a corporate insider”等,这样就排除了以“信息在(任何)交易对方绝不可得之内在不公平性”作为内幕交易归责基础。

② 人们经常引用这句话。原文为:“Section 10 (b) is aptly described as a catchall provision, but what it catches must be fraud.”

③ General Time Corp. v. Talley Industries, Inc., 403 F. 2d 159, 164 (1968), cert. denied, 393 U. S. 1026 (1969).

④ 最高法院举例说,国会在 1934 年《证券交易法》中免除一部分具有信息优势的人在 Section 11 项下不得以自己名义买卖证券的义务[包括 specialists, market makers, block positioners, registered odd-lot dealers, bona fide arbitrageurs 和 risk arbitrageurs 等。相关规定见 15 U. S. C. § § 78k (a)(1)(A)-(D)]正是考虑到他们对于维护公平有序的市场秩序的积极作用。

受”(inherit)而来。准确地说,受密人从内部人那里继受了对于公司股东的信义义务,以此为前提,受密人才负有与内部人相同的“公开信息或戒绝交易的义务”,违反该义务即构成欺诈,故而承担§10(b)项下的责任。可见,受密人的责任是派生的,不是独立的。最高法院没有在信义义务之外另行为受密人内幕交易责任寻找理由,而是仍然以内部人的信义义务为基础来推导受密人的责任。正因为没有独立的理论基础,所以,Dirks案创立的所谓“泄密理论”实则只是对传统理论的补充或延伸,并不是一个单独的理论,因而仍然属于传统理论的范畴。

受密人继受公司内部人对于股东的信义义务的条件有两个:(1)内部人(泄密人)违反信义义务;(2)受密人知道或应当知道内部人违反信义义务。^①最高法院把内部人泄露信息的目的是否正当以及是否从中得到个人好处作为判断其是否违反信义义务的标准,同时也就否认了“任何泄露行为均违反信义义务”或“泄露行为本身即违反信义义务”的观点。最高法院的初衷仍然在于对可能窒息证券市场活力的顾忌,特别是考虑到市场中间人的积极作用。为此,最高法院再次引1934年《证券市场法》§11的例外条款为证。并非所有向外界公开、透露或泄露公司内部信息的行为均与内部人对股东的信义义务不相一致。比如,当公司内部人根据选择性披露制度^②规定将信息(尤其是所谓软信息)披露给投资分析师等人时,很难说他违反信义义务。另外在有些情况下,无论是内部人或其透露信息的对象事先都并不清楚某个信息应否视为内幕信息(根据“内幕交易”事后观点来看),内部人完全可能错误的认为某个信息业已公开或并不重要。有时候内部人虽已按照信义义务要求行事,但他透露的信息仍然可能对市场产生影响。据此,最高法院认为泄露信息是否违反信义义务“在很大程度上”取决于泄露目的——是为了个人还是为了公司。具体标准是“内部人是否直接或间接地从其泄露行为中牟取私利。……比如,金钱利益或者可以转化为未来收益的名誉利益”^③。

然而,上述以所谓“继受”的信义义务为基础的泄密理论,其理论推演过程还存在一些问题。信义义务的发展演变与其适用的各类情形的具体而富有弹性的特点有极大的关系(灵活性和具体性正是衡平法的重要特征)。但在这一过程中,信义义务的各种专门术语和具体规则也趋于明晰和确定。这一方面要求法官对可能适用信义义务的情况进行合理的、具体的乃至详尽的分析,另一

① DIRKS v. SEC 463 U. S. 646(1983) SYLLABUS.

② 2000年10月SEC发布“Reg FD”(Regulation Fair Disclosure),禁止选择性披露(selective disclosures)。相关评述见 Scott Russel, “Regulation Fair Disclosure: the death of the efficient capital market hypothesis and the birth of herd behavior”, Boston University Law Review (April 2002).

③ DIRKS v. SEC 463 U. S. 646(1983) OPINION: Part C.

方面又必须恪守信义义务的某些公认的主要的原则。遗憾的是,最高法院在这两点上都不是无懈可击的。受密人的内幕交易责任源于其对股东的信义义务,而该信义义务——按照最高法院的说法——是从内部人对于股东的信义义务继受而来。法院没有具体分析该义务是如何继受的以及为什么被继受,也没有详细说明让受密人承担信义义务的背景特点和现实理由,只是简单断定受密人在明知或应当知道内部人违反信义义务的情况下就“一下子”(跳跃性地)继受了该义务。受密人本非内部人,未曾受到股东的委托或信任,与股东之间本无信义关系可言。而“继受”(inherit)一语在此显然不是严格的法律术语。因为法律上的义务的继受或继承只能在法定或双方同意的情况下发生,但类似情况这里都不存在。可见此处“继受”只是一个借用、比方的说法,其具体含义并不清楚。正如学者所指出的,在适用信义义务时“通过隐喻进行法律推理……这种捷径只会使分析变得模糊”^①。

另一方面,就信义义务的一般原则来说,“(信义)义务(到底)要求一个人做什么呢?如果一个人与另一个人的关系受信义义务约束,这个人(信义人)必须忠实于另一个人(受益人)的利益。信义人的义务不仅仅是公正和诚信而已,他必须追求受益人利益的最大化,必须避免个人利益与受益人利益相冲突的(一切)行为”^②。这种严格的原则能否适用于受密人恐怕不无疑问。当然,最高法院显然无意于仔细推究受密人信义义务本身,只是想以此为手段来推导其内幕交易责任罢了。但推论手段既已乏力,其结论自然难以令人信服。

最高法院曾就其结论提出过两个主要的支持依据。首先,SEC曾在Cady案中认可内幕信息不得为个人利益所用,所以内部人为获得个人好处而泄露内部信息即属目的不正当。但是,正如SEC反驳意见指出的,如果以目的是否正当来判断内部人透露信息是否违反信义义务,那么谁还不容易基于公司的经营判断找到各种冠冕堂皇的理由呢?最高法院回答说:“在判断内部人透露信息行为的目的是否具有欺诈性的时候,并不要求SEC和法院弄清当事人的内心活动。(虽然)在有些案件中,主观故意对判定泄密人是否违反公开或戒绝之义务(Cady, Roberts duty)有用,但是在判断透露行为本身是否欺骗了股东时,首先应该查明内部人是否违反信义义务。这就要求法院注重运用客观标准(而不管主观故意如何),即,内部人是否直接或间接从中得到好处。”^③但这里的漏洞是:既然判断当事人是否违反公开之义务不能不考虑其主观状态,为什么在判断是

① Deborah A. Demott, “Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation”, *Duke Law Journal*, November, 1988.

② Sealy, “Some Principles of Fiduciary Obligation”, pp. 125 ~ 126.

③ DIRKS v. SEC, 463 U. S. 646 (1983), OPINION: Part III, C.

否违反信义义务时就可以置当事人的主观目的于不顾呢?既然判断泄露行为是否违反信义义务的标准是泄露的目的是否正当,为什么可以反过来完全以客观上是否得到个人好处来代替主观目的是否正当呢?换句话说,何以见得没有得到个人好处时,其目的就一定是正当的呢?更何况,按照最高法院给出的宽泛不定的标准——个人好处包括直接和间接、既得和可得的各种利益,包括声誉等无形利益,甚至连内部人将信息作为礼物(gift)白送给别人也认为内部人得到了个人好处,恐怕在许多情况下很难说清行为人究竟是否得到了个人好处。其次,最高法院引用 Brudney 教授的观点^①证明,获得个人好处则属违反信义义务。结合上下文来看,Brudney 教授是从其“the access-to-information theory”的基本立场(最高法院所反对的立场)出发,说明内部人在交易前公开内部信息之义务是为了矫治非内部人此前所得到的信息的偏差。内部人违反公开之义务多是出于牟取私利的动机,或者说,违反信义义务的结果往往是获得个人利益。但这并不等于说,信义义务仅仅是为了防止内部人牟取私利,也不等于说获得个人利益是违反信义义务的必要条件。这一点在 Blackmun 法官的反对意见中也已指出。总之,传统理论发展至此,其内部已经出现裂痕。

(二) 私用理论之分析

1997 年,最高法院在 O'Hagan 案中正式确立了内幕交易归责的私用理论,并认为私用理论与传统理论之间是一种相辅相成(complementary)的关系。私用理论的核心观点是:“外部人”(与涉券公司的“内部人”概念相对)对于信息源——而不是对于交易对方(公司股东)——负有信义义务,当外部人违反该义务、利用受信信息(confidential information)从事涉券交易时,则应承担内幕交易责任。表面看来,外部人与内部人相互对应,对信息源的信义义务和对交易对方(公司股东)的信义义务又“同宗同源”(皆属信义义务),大有与传统理论相互补充而共同建构内幕交易归责理论之势,但实际上它们之间有着很大的区别。如果说在 Chiarella 案中建立的以信义义务为基础的内幕交易归责理论到 Dirks 案时已经初步露出破绽,那么到了本案其缺点则完全暴露无遗。结合整个内幕交易归责理论的发展过程来看,私用理论至少存在以下一些不足。

第一,以信义义务为归责基础,在公司内部人与股东(包括“现有”股东和“未来”股东)之间存在内幕交易的情况下不仅能够行得通,而且具有相当的优点。但是,如前所述,将信义义务适用于受密人已经不太合理。如果更进一步,

^① Brudney, “Insiders, Outsiders, and Informational Advantages Under the Federal Securities Laws”, 93 Harv. L. Rev. 322, 1979.

将信义关系推广到所谓“外部人”与“信息源”之间,其合理性几近于无。且不说所谓“外部人”与“信息源”之间的关系在现实社会中复杂多样、难以穷尽,仅就 SEC 在 Rule10b5-2 中确认的三种关系^①来说,能否无可争辩地适用信义义务也是值得讨论的。^②最高法院没有给出充分的理由就接受了这一立论前提,难免显得有些突兀和草率。

第二,传统理论中信义义务基础原为证明证券欺诈而设,“欺诈通常是指一种交易行为,即交易一方通过虚假性的表述或欺骗性的隐瞒从交易对方攫取金钱利益”^③。因而传统理论中信义义务的权利人同时也是交易对方,但到了私用理论,义务对象却突然转向了与交易对方没有任何关系的所谓“信息源”。这实际上是脱离了证券市场、脱离了证券交易违法行为本身,为了“信义义务”而谈“信义义务”,是一种为了自圆其说而不得不牵强附会的做法。尽管最高法院争辩说“信义义务的违反(即对信义义务对象的欺诈)完成于证券交易行为”,但二者之间毕竟没有什么内在联系。有学者尖锐地指出:“私用理论最令人大惑不解之处就是它把州法之下的对于雇主或客户的责任挪到了联邦证券法的欺诈的名下。”^④最高法院甚至辩解说,私用信息从事交易所欺诈的虽然不是交易对方,但却伤害了投资大众,证券法的目的就是要维护证券市场的诚实和提升投资者的信心,惩治该行为符合立法目的。^⑤但是这种辩解所基于的立场恰恰是先前最高法院所反对的“the (equal) access to information theory”的立场。虽然最高法院此时此境不得不实质上做出某种妥协,但既然早已踏上“信义义务”的不归之路,它还是羞于公开承认基于公平理念的内幕交易归责解释。

第三,私用理论所适用的情况大多属于雇主与雇员的关系,而雇佣关系原本就不是证券法的调整范围,把雇员为了个人利益而盗用雇主内部信息的行为名为欺诈也实在勉强。正如 Thomas 法官在反对意见中指出的,如果将信息视为信息源的专用财产,那么外部人擅自利用该财产也仅构成侵占(或者挪用、贪污, embezzlement)责任,而与 § 10(b) 无关。如果像 SEC 所说的那样,该信息只

① 包括近亲属、自己同意、根据惯例而合理期待。详见 Rule105-2-Duties of Trust or Confidence in Misappropriation Insider Trading Cases。

② “The SEC’s souped-up Misappropriation Theory... continues to leave avid participants and disinterested bystanders of the securities markets wondering whether they have a duty of trust or confidence for the purposes of the Misappropriation Theory and to whom. The SEC must act so that people are not swept up by this Theory’s mystifying scope and imprisoned while they speculate.” See: Bach Hang, “The SEC’S Criminal Rulemaking in Rule 10b5-2: Incarceration Should be Made of Sterner Stuff”, Washburn Law Journal, Spring 2002.

③ Bernhard Bergmans, Inside Information and Securities Trading—A Legal and Economic Analysis of the Foundations of the Liability in the U. S. A. and European Community, Graham and Trotman, 1991, p. 53.

④ Roberta S. Karmel, “Insider Trading: Law, Policy and Theory after O’Hagan” (Symposium: Outsider Trading On Confidential Information—A Breach In Search Of A Duty), Cardozo Law Review, September, 1998.

⑤ See: UNITED STATES v. JAMES HERMAN O’HAGAN, 521 U. S. 642 (1997), SYLLABUS.

能用于证券交易因而内在性(inherent)地“涉券”(故而应该追究违反§10(b)的责任),却又不是事实,因为该信息完全可以有多种用途。^①即便按照最高法院修改后的说法(以“ordinarily”代替“only”),承认该信息通常用于证券交易,那也等于承认证券交易不过是信息的用途之一,仍然与证券交易没有内在联系。更何况,最高法院的上述修正实际上是帮助原告提供诉讼依据,而遵照先例,最高法院这样做已经越权了。^②

第四,按照私用理论,被欺诈的是信息源,被损害的却是交易对方,欺诈与损害相分离,那么§10(b)项下的责任何以成立——是就欺诈对象归责呢,还是就损害对象归责?这种理论上的罅隙如果不能弥合,那么赔偿责任(损害之填补)就可能与信义义务基础完全脱离,或者换一个角度来说,以信义义务为基础就无法进行民事归责。何况,§10(b)原文所指欺诈(“any manipulative or deceptive device or contrivance”)以及传统侵权法上的欺诈至少要求因诈欺而为交易(交易因果关系)和因该交易而致损害(损害因果关系)这两个条件,即便违背对信息源的义务,也不能说就因此导致了涉券交易对方的交易及其损害,那么何以能构成欺诈呢?

第五,既然外部人与信息源之间存在信义关系,那么受密人与泄密人之间似乎也应存在信义关系。这个结论却又与泄密理论相矛盾。因为根据泄密理论,受密人对于股东、而不是对于泄密人负有信义义务。为了解决这个矛盾,看来只有将内部人(从而泄密人)人为地(但却没有什么道理地)排除在信息源之外了。这又显然与常识相悖。

第六,泄密人是否违反信义义务,其判断标准是是否因泄密行为而客观上获得了私利。到了这里,外部人是否违反信义义务,其标准却是是否未经披露受信信息而从事过涉券交易,至于是否获取私利却在所不问——至少不是关键性的环节。这一点似与判断内部人是否违反信义义务的标准类同。但前后标准的变化与反复却无法得到合理解释。

实际上,从某种意义上讲,正是由于最高法院一直以来顽固坚持以信义义务作为“公开信息之义务”的惟一基础,进而以违反“公开信息之义务”作为构成§10(b)项下欺诈的理由,才造成后来这种为了自圆其说而不得不勉为其难、

① “O'Hagan could have done any number of things with the information: He could have sold it to a newspaper for publication; he could have given or sold the information to Pillsbury itself; or he could even have kept the information and used it solely for his personal amusement, perhaps in a fantasy stock trading game.”(文中引注略)See: UNITED STATES v. JAMES HERMAN O'HAGAN, 521 U. S. 642 (1997), SYLLABUS, DISSENT: PART I.

② “It is a fundamental proposition of law that this Court 'may not supply a reasoned basis for the agency's action that the agency itself has not given.'” See: UNITED STATES v. JAMES HERMAN O'HAGAN, 521 U. S. 642 (1997), SYLLABUS.

最终还是显得左支右绌的窘境。法院的苦衷当然是为了节制 § 10(b) 项的适用范围,更准确的说,是为了保证证券市场足够的活力与自由,以免众多的市场主体动辄得咎,尤其是避免损伤为催动证券市场的生机而必不可少的市场中间人(如做市商、专家经纪人、投资分析师等等)的积极作用。但是,最高法院最初在 Chiarella 案中似乎没有必要断然否认以公平的法律理念或社会观念作为内幕交易的归责基础——哪怕是作为归责理由之一或次要的理由。公平理念虽然有点大而化之而往往被人指责为空泛无边,不像信义义务那样有着普通法上明确的渊源和相对成型的法律理论,甚至有以道德优越感代替科学的求证之嫌。但实际上,惟其简单、概括而越是抽象、深刻,它是一种上位的甚至可以说是顶级的法律概念。奇怪的是,也许正是由于它能解释一切,所以人们反倒一切都不用它来解释,而宁可使用更为具体的、下位的概念。最高法院在内幕交易归责理由的问题上也是如此。在 Chiarella 案中,最高法院一概否认 SEC 的“inherent unfairness”、第二巡回法院的“equal access to information”以及最高法院法官 Blackmun 的“structural disparity”等基于公平理念的意见,并将它们极端地归谬为“a parity-of-information rule”,^①指责它们不应该仅从占有信息本身或信息优势本身推导出“公开信息之义务”、不应该要求证券市场上所有人信息绝对均等,等等。

确实,应当承认信息不对称无处不在,它是激励开发信息、提高效率的必要条件和必然结果,占有信息优势并不必然导致公开信息之义务的产生。由于披露特定信息在很多情况下是不可能的,或不可遇的,如果因信息优势而普遍设定公开或戒绝之义务,实际上等于要求相关人根本就不从事交易活动,因而无助于信息披露和市场效率。这样做是偏重于结果的公平而忽视了效率因素。然而,这一切与公平理念并不矛盾。公平理念并不主张消弭一切信息优势,相反,它承认合理的信息优势,它所要消灭的是那些“不合理”的信息优势。事实上,上述意见根本不是最高法院所理解的这个意思,或者说,最高法院仅仅是以自己的担心来解释或代替别人的意思。上述意见的共同点是旨在反对利用那种别人根本无法通过正常途径(包括自己的勤奋、智慧等)获致的信息优势,这种优势是内在的、结构性的,是别人无法克服的,因此,为了个人目的而擅自利

^① 类似提法还有“the parity of information theory”,“the access-to-information theory”,“the equality-of-information theory”等。

用这种优势是不合理的、不公平的。^① 以此作为内幕交易的归责依据之一难道有什么说不过去的吗?退一步讲,如果非得找到普通法上的根据才肯罢休,那也不是不可能的。不过,这一根据不是信义义务,而是 Blackmun 法官所指出的比信义义务更为原始或更为上位的概念,即“特殊事实原理”(the special facts doctrine)。根据普通法上的这一原理,占有“特殊事实”是公开信息之义务的关键因素。这个原理在信义关系中(处于信息劣势的一方信赖另一方能够公正行事)的适用最为突出,但除此之外,它也广泛适用于一方明知(on notice)另一方正在基于有关某个重大事实的错误观念而行事的情形。^②

总之,以公平理念作为内幕交易归责理论的一个基础不能说没有道理。不仅如此,我们甚至还可以说,无论是信义义务概念或“特殊事实”原理,它们所以作为普通法上的法律原则的更为深入的理由,或者在它们作为法律原则形成之初,难道就与公平理念没有任何直接或间接的关系吗?笔者对此深感怀疑。因为在笔者看来,任何义务固然都不可能凭空产生,但是,在无限回溯的逻辑链条上,人们最终必将面临从实然向应然的跨越,因为这是人类理性遭遇有限和无限的矛盾时所不可避免的命运。从这个意义上讲,公平理念正是内幕交易归责理由之极至和原点。

归结起来,美国内幕交易归责理论是在其复杂、深广、有时看似“矛盾”的法律制度架构和经济社会发展的基础之上“生长”出来的。行政(主要是 SEC)、司法(包括最高法院、联邦巡回法院、地区法院等各级、各类法院相互之间)、立法以及社会(尤其法学界和各社团)话语权的镶嵌式结合,普通法与制定法结构性的共生,都是该理论生长的重要条件。这一理论的主要特点是复杂多变。这种特点的形成“最初和主要的原因是,以一般的反欺诈条款来作为公众以及私人禁止‘内幕交易’的执法救济之用”^③。而“Section 10(b)和 Rule 10b-5 的模糊的语言几乎可以支持任何已经提出的解释”^④。这种大而化之的规定远

① 有关原文如下:(SEC)“the inherent unfairness involved where a party takes advantage of such information knowing it is unavailable to those with whom he is dealing.” See: *In re Cady, Roberts & Co.* 40 S. E. C. 907, 911 n. 13, 913 n. 21 (1961).

(第二巡回法院)“[anyone]—corporate insider or not—who regularly receives material nonpublic information may not use that information to trade in securities without incurring an affirmative duty to disclose.”

(Blackmun 法官)“I would hold that persons having access to confidential material information that is not legally available to others generally are prohibited by Rule 10b-5 from engaging in schemes to exploit their structural informational advantage through trading in affected securities.” See: *CHIARELLA v. UNITED STATES*, 445 U. S. 222 (1980).

② See: *Strong v. Repide*, 213 U. S. 419, 431-433 (1909); *Frigitemp Corp. v. Financial Dynamics Fund Inc.* 524 F. 2d 275, 283 (CA2 1975); Also see: *Restatement of Torts* § 551 (1938).

③ *Id.* p. 41.

④ Edward A. Fallon, “Section 10(b) and the Vagaries of Federal Common Law: the Merits of Codifying The Private Cause of Action under a Structuralist Approach” 71 U. Ill. L. Rev. 1997.

远不能满足现实发展的要求,于是法官不得不在判例中针对各种案情提出相应的具体解释。即便这些解释能应付一时之需,但由于各种所谓的“理论”难免带有就事论事的特点,“没有哪种责任理论能够单独地、成功地解释内幕交易规则的所有分支。一系列不同的考虑和政策使得法院一个案例、一个案例地发展法律,而在界定这些规则范围的时候又必须进行通盘考虑”^①。这样,整体而言,内幕交易法律责任的界限并不十分清楚,而且也很难设想将来它们会随着判例的发展而自动变得非常清楚。^②但是,就最高法院的立场或努力方向而言,内幕交易归责理论一以贯之的“红线”还是特别明确的(尽管这条线有时只是人为扭合的结果),这就是作为内幕交易归责基础的信任关系(信义关系),不管是传统理论中公司内部人(包括 *Dirks* 案脚注 14 确认的“市场内幕人”)与股东之间、受密人与股东之间,还是私用理论中外部人与信息源之间都是如此。

二、内幕交易赔偿责任的理论分析

如前所述,美国内幕交易归责理论主要是通过若干刑事案件而确立的,但刑事归责与民事归责毕竟不能等同,前述归责理论的创立并不意味着内幕交易赔偿责任就会随之自然而然得以确立和实现,因为后者关系到赔偿责任特有的成立要件及其证明问题。在这一过程中,有关内幕交易私人诉讼的司法判例起到了举足轻重的作用,而判例法率先确认的赔偿责任最终又得到制定法的认可。

从文义解释来看,1934 年《证券交易法》Section 10b 的内容没有明确涉及赔偿责任,不过,仍是法院走在制定法之前明确确立了 Section 10b 项下的默示私人救济。这方面最早的司法判例是 1946 年 *Kardon* 案。在该案当中,法院认可私人诉讼的理由主要有两点:(1)侵权法的要求。即“置法律强制要求于不顾是一种错误的行为和侵权行为”^③;(2)最高法院此前已经认可违反联邦法律时的默示私人诉权,即“置法律强制要求于不顾是一种错误的行为,如果该行为造成法律保护的特定利益群体中某个个人的损害,则应默示其向违法行为人获得赔偿的权利”^④。将近 1/4 个世纪之后,Rule 10b-5 项下默示私人诉讼才得到了最高

① Bernhard Bergmans, *Inside Information and Securities Trading—A Legal and Economic Analysis of the Foundations of the Liability in the U. S. A. and European Community*, Graham and Trotman, 1991, pp. 63 ~ 64.

② 批评者认为美国内幕交易立法缺乏整合与协调的“根本原因在于,这套法律根本上就是错位的,因为它建立在欺诈与(信义)义务概念的基础上,而这些概念却不能用于统摄内幕交易的各个方面。” See: *Id.*, pp. 42 ~ 43.

③ § 286 of the Restatement of Torts.

④ See: *Texas and Pacific Ry. v. Rigsby* 241 U. S. 33 (1916). 这是最高法院第一次认可违反联邦法律(federal regulatory statutes)时的默示私人诉权。

法院的认可。^①然而,Section10b和Rule10b-5属一般性反欺诈条款,并不是专门为规制内幕交易而设,司法判例对其项下默示诉权的确认并不意味着内幕交易赔偿责任顺理成章地得以确立。在相当长时间里,地方法院对内幕交易行为应否承担赔偿责任态度不一。鉴于广泛存在的内幕交易私人救济的不确定性,SEC建议国会出台更为明确的制裁措施。^②于是,国会分别于1984年和1988年颁行《内幕交易制裁法》和《内幕交易和证券欺诈实施法》。^③根据后者,1934年《证券交易法》新增§20A和§21A。国会在§20A(即15 U. S. C. §78-1)中接受了经由判例法发展而来的内幕交易行为人对“同时交易者”负赔偿责任的观点。^④§20A(a)规定内幕交易人应对与之同时为反向交易者承担责任^⑤; (b)规定了赔偿数额限制,即同时为反向交易者可以请求赔偿其实际交易股价与内幕信息公开后一段合理时间内的股价之间的差额,但是赔偿总额不得超过内幕交易者非法所得。^⑥这样内幕交易的民事责任经过判例的发展,得以最终法典化。

国会的立法报告写道:“同时交易者诉权的法典化就是为了推翻过去一些法院的判决,这些判决否认按照私用理论确立的内幕交易中被告对原告的赔偿责任,比如 *Moss v. Morgan Stanley*, 719 F.2d 5 (2d Cir. 1983), 委员会相信这些

① 最高法院第一次承认1934年《证券交易法》§10(b)下的默示私人诉讼是1971年, *Superintendent of Ins. State of N. Y. v. Bankers Life & Casualty Co.*, 404 U. S. 613 (1971). See: Louis Loss and Joel Seligmen, *Fundamentals of Securities Law*, (Little, Brown and Company, 1995), p. 1025. Also see: Bhavik R. Patel, “Note: Securities Regulation”, 25 U. Ark. Little Rock L. Rev. 191 (Fall 2002).

② 在具有里程碑意义的《内幕交易和证券欺诈实施法》出台前后,关于内幕交易的规制政治上仍有广泛分歧。批评者认为,SEC(1987年11月18日发布建议稿)不顾最高法院判例对Section10b和Rule10b-5的限制性解释及理论整合的努力,极力扩大管制范围、加大惩罚力度,实际上是以公众利益为借口来反映某些特殊的集团利益,如SEC(强化行政权力)、投资银行和市场专业人员(适用内幕交易规制的例外原则)、公司现任管理阶层(担心故意收购)。See: Jonathan R. Macey, “From Judicial Solutions to Political Solutions: the New, New Direction of the Rules against Insider Trading”, *Alabama Law Review*, (Winter, 1998).

③ 1988年《内幕交易和证券欺诈实施法》之后,证券私人诉讼门禁大开。兹后,为了控制私人滥讼和保障证券市场的效率,国会基于政策平衡考虑相继出台1995年《私人证券诉讼改革法案》(PSLRA, the Private Securities Litigation Reform Act of 1995)和1998年《证券诉讼统一标准法案》(SLUSA, the Securities Litigation Uniform Standard Act of 1998)。PSLRA加重了原告举证责任,包括违法行为的具体情节以及故意的证明(尤其针对虚假陈述)。SLUSA则不再允许州法院受理有关联邦证券法的私人诉讼,统一规定了联邦法院的诉讼标准。“PSLRA和SLUSA共同努力,以平衡证券法律的私人民事诉讼法与资本市场正常运作的需要(之间的关系)。”See: Bhavik R. Patel, “Note: Securities Regulation”, 25 U. Ark. Little Rock L. Rev. 191 (Fall 2002).

④ See: H. R. Rep. No. 910, 100th Cong. 2d Sess. 27 (1988).

⑤ 原文为:“Any person who violates any provision of this chapter or the rule or regulations there under by purchasing or selling a security while in possession of material, nonpublic information shall be liable . . . to any person who, contemporaneously with the purchase or sale of securities that is the subject of such violation, has purchased . . . or sold . . . securities of the same class.”

⑥ 在此之前,这种赔偿方法已被联邦证券法典(FEDERAL SECURITIES CODE ALI 1980)采纳。见521 U. S. 642 (1997) Part II. C. 1 Also See: *Elkind v. Liggett & Myers*, 635 F.2d 156, 172 (2ed Cir. 1980).

判例与证券交易法(1934年《证券交易法》)的救济目的不符,而私用理论能够达到合适规制内幕交易的目的。本法案没有定义‘同时交易者’,这已经有判例来定义。”^①从已有的案例来看,“同时”的界限还是大致明确的。“同时”的起点是内幕交易发生当日,^②终点为14天(不含第14天)^③或1个月之后。^④如果远远超出1个月时间,均不视为“同时”。^⑤(例外:个别案件判决2天之后和7天之后不算“同时”。^⑥)具体时段有1天^⑦、4天(如Shapiro案)、7天(如Connor案)、9天^⑧等。另外,大多数的地区法院(district courts)的判决有一种趋势,即对“同时”采取较为限缩性的解释,对于在全国性交易所发生的交易量非常巨大的交易更是如此。^⑨

立法报告中引用了三个经典案例,这就是Shapiro案、Wilson案和Connor案。^⑩以下以Shapiro案为重点逐一加以介绍和概括。

在Shapiro案(案情略)中,上诉阶段的争点集中在因果关系上面。即所谓“causation”(包括reliance)和“privity”。法院的解释是:(1)从法规目的出发,认为判令被告违反Section10b和Rule10b-5而应承担赔偿责任符合立法目的。^⑪(2)现实结合或直接交易(privity)在非面对面交易的情况下可以不予考虑,因而无需证明。本案事实是:“这些交易发生在匿名性的全国证券交易所,作为一种客观情况,根本不可能辨别被告特定的卖出股票行为和相应原告的特定购买行为。如果我们竟然依据买卖委托单的随机匹配来判断是否违反公开之义务,那简直是对‘公开或戒绝之义务’的嘲弄。”^⑫总之,在非常关键的“privity”的证明问题上(也即英美法所谓“损失因果关系”之证明,或大陆法“责任范围因

① “... (the definition) which has developed through case law” See: H. R. Rep. No. 100 ~ 910, 100th Cong. 2d Sess. 25 ~ 27 (1988). Also See: Louis Loss and Joel Seligman, Fundamentals of Securities Law, Little, Brown and Company, 1995, p. 836.

② See: O'CONNOR & ASSOCIATES v. DEAN WITTER REYNOLDS INC. 559 F. Supp. 800 (1983) 参见下文案例分析。

③ See: In re Verifone Securities Litigation 784 F. Supp. 1471 (N.D. Cal. 1992).

④ See: ROBERT W. WILSON v. COMTECH TELECOMMUNICATIONS CORP., etc. 648 F. 2d 88 (1981) 参见下文案例分析。

⑤ See: D. NEUBRONNER v. MICHAEL R. MILKEN. 6 F. 3d 666 (1993) 该案原告所称的“同时”交易时间长达三年。

⑥ Backman v. Polaroid Corp. 540 F. Supp. 667 671 (D. Mass. 1982).

⑦ See: In re Aldus Sec. Litigation, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 97, 376 (W. D. Wash. 1993) Also see: In re Stratus Computer Litig. 1992 WL 7355 (D. Mass. 1993).

⑧ Froid v. Berner 649 F. Supp. 1418, 1421 (D. N.J. 1986).

⑨ In Re AST Research Securities Litigation 887 F. Supp. 231 (1995) OPINION.

⑩ 国会的意见当然不是仅以这三个案例为准来具体确定“同时”的界限,引用案例主要是为了解释、佐证或说明国会的观点及其来源,同时也作为以后判决的示范性参考。“同时”的具体界限只能根据个案来确定,即采用“case by case”的方式。

⑪ MAURICE SHAPIRO etc. v. MERRILL LYNCH etc. 495 F. 2d 228 (1974) OPINION, PART II.

⑫ Id., OPINION, PART II.

果关系”或“赔偿责任之发生问题”之证明),正如学者所总结的,除非面对面交易(这种情况下虽可以证明“privity”,但最终的受损者又不一定是直接交易的对方,因为可能发生再次转让),内幕交易案件都不可能证明“privity”。“不仅证明现实结合是困难的(如果不是根本不可能的话),而且(市场)对于特定数量的股票买卖委托单的匹配在很大程度上都是随机的。……要求证明现实结合将根本阻碍禁止内幕交易的私人执法(private enforcement:与通过公共机关如SEC执法相对应,即通过私人诉讼达到执行法律之实效。——笔者注)。尽管SEC公共执法不会因为要求原告证明现实结合而受到妨碍,但是,SEC将缺乏足够的资源以充分阻吓内幕交易。”^①(3)因果关系或信赖的证明可以通过事实直接推断。法院认为:“对于被告宣称其行为没有导致原告损失的说法,简短的——我们觉得也是总结性的——回应是最高法院在Affiliated Ute案(引注略——笔者注)中判决的‘事实因果关系’(causation in fact)。根据该权威意见,我们得出的结论是,被告未经披露重大的内部信息即从事或建议(他人)从事Douglas股票交易,而原告作为理性投资者,在决定购买Douglas股票时必定会认为该信息是重要的。这些事实无可争辩,因此也就事实上成就了因果关系的必要因素。”^②

在此有必要对第二巡回法院所依据的“权威意见”略作说明。Affiliated Ute案的案情是:某集体成员(Affiliated Ute Citizens)的股票存放于投资银行,后者代前者卖出股票,但后者没有告知前者有关事实——后者自己同时是该股票的做市商并且已经知道该股票在另一市场上的卖价更高(后者借机将前者卖出的股票买回,再在另一市场卖出以赚取差价)。最高法院认为,根据案件具体情况,原告无需积极的证据来证明其信赖,只要未经披露的事实是重大的就已经足够了。至于怎样才算“重大”——只要一个理性投资者在进行决策的时候将会认为其重要即可。所以,“本有公开重大事实的义务但却不予公开,事实上就成了因果关系的必要因素”^③。也就是说,只要应该披露而没有披露的事实在一个理性投资者看来是重大的,那么信赖就是存在的,因果关系就是存在的。至于理性投资者究竟怎么看,实际上取决于法官在断案时(“换位”式地)根据常情怎么看。这样,信赖的证明就被信息“重大性”的证明取而代之。或者说,“重

^① Veronica M. Dougherty, “A Dissemblance of Privity: Criticizing the Contemporaneous Trader Requirement in Insider trading” 24 Delaware Journal of Corporate Law 83 (1999).

^② “... the requisite element of causation in fact has been established here by the uncontroverted facts that defendants traded in or recommended trading in Douglas stock without disclosing material inside information which plaintiffs as reasonable investors might have considered important in making their decision to purchase Douglas stock”, 同上, OPINION, PART III.

^③ See: Affiliated Ute Citizens v. United States 406 U. S. 128 (1972).

大性与信赖因素合二为一,其实际作用是原告得到了信赖的假定”^①。

按照普通法原理,成立欺诈须由原告证明其实际的、合理的信赖,但是,如果被告对原告负有披露义务且该被告有欺诈性遗漏或隐瞒行为,这种情形则属例外,^②即,无需像欺诈性、虚假性陈述行为(积极作为)的情形那样由原告证明其对被告陈述的“积极的”信赖。从这个意义上讲,最高法院在 *Affiliated Ute* 案中对原告信赖的推定以及第二巡回法院在 *Shapiro* 案中对信赖证明的解释,与普通法原理并无冲突。^③ 学者指出:“在未予披露(non-disclosure)有关事实的情况下(判断信赖是否存在的)过程变得不仅具有主观性,而且具有假设性。如果说在这种情况下信赖的概念还有什么意义的话,那么这种意义必须采取问题假设的方式:如果事先知道该未予披露的事实,原告是否会另有选择?这个问题可以用来提问在信息未公开期间实施或者没有实施某种行为(比如买卖或者没有买卖股票——笔者注)的任何人。这样,这一问题就与重大性问题基本没有区别。”当然,被告可以反证原告已知有关信息未予披露而得以免责。

同时,第二巡回法院也郑重申明,因果关系并非可以敷衍了事。对 Rule 10b-5 项下民事赔偿诉讼来说,“因果关系的证明必不可少,否则被告将要对整个世界负责”。不过,“尽管可以辨识的‘因果联系’依然存在,但普通法上所要求的现实结合在 10b-5 项下的诉讼中几乎消失殆尽”^④。

总之,本案归责原因是被告违反“公开或戒绝之义务”。在关键的因果关系证明问题上,法院认为:“原告诉称如果他们(事先)知道未披露的信息的话就不会购买该股票,通过这种方式已经事实上证明了因果关系。”^⑤可见,一方面,本案归责原因来自前述内幕交易归责理论。虽然法官没有进一步强调“公开或戒绝之义务”系基于信义义务,但因为本案判决在 *Chiarella* 案之前,“公开或戒绝之义务”后来被最高法院认可并纳入其以信义义务为基石的归责理论,而前述归责理论又并非最高法院所独创,实为最高法院、SEC 和地方法院(尤其巡回法院——其中又以第二巡回法院最为突出,如第二巡回法院在 *TGS* 案中对“公开或戒绝之义务”的理论贡献)乃至国会(包括相关立法、授权之积极贡献和对行

① Jeffrey L. Oldham, “Taking Efficient Markets out of the Fraud-on-the-Market Doctrine after the Private Securities Litigation Reform Act”, *Northwestern University Law Review*, Winter 2003.

② See W. Page Keeton ed., *Prosser and Keeton on The Law of Torts* p. 728. 5th ed. 1984.

③ 这一点与用市场欺诈理论来解释信赖因素不同。后者主要针对采取积极方式的欺诈行为(如虚假陈述)而假定存在信赖,这与普通法上“构成积极的欺诈须由受害人证明其实际的、积极的信赖”之要求相冲突,或者说是对该传统举证要求的突破。

④ “causation must be proved else defendants could be held liable to all the world.” “the common law requirement of privity has all but vanished from 10b-5 proceedings while the distinguishable ‘connection’ element is retained.” *Id.*, Quoting from *Globus v. Law Research Service, Inc.*, 418 F. 2d (1969).

⑤ “... plaintiffs established causation in fact by alleging they would not have purchased the stock if they had known of the withheld information.” See: *Id.*, Case Summary.

政执法、司法创造的默许之消极贡献)的集体创造,所以,前后结合来看,“公开和戒绝之义务”与信义义务当然应该视为一体,都属于内幕交易归责理论的范畴。另一方面,在确立内幕交易赔偿责任时,法院采用的法律技术是,交易因果关系用信赖的证明来代替(或者说,二者本来就是一回事),损失因果关系(privity)则不予考虑,因而无需证明。因此,因果关系证明也即信赖之证明,而信赖的证明在本案中则是直接从事实中推断出来的。这个推断包括两层意思:(1)积极的意思是,被告未经事先披露即根据某信息实施交易(或泄露某信息)这一既成事实不可改变、无法逆转。而原告作为理性投资者(reasonable investor)在进行投资决策时,必定会认为该信息是重大的。所以,事实上(内含地)存在信赖,从而事实上存在因果关系。(2)消极的意思是,原告声称如果他们事先知道该信息,必定不会从事该交易。所以,事实上(反证地)存在信赖,从而事实上存在因果关系。如上所述,这样推断的实际结果是以信息“重大性”(根据常情)证明代替信赖的证明。

在 Wilson 案中,第二巡回法院以原告缺乏信赖以及与被告非同时交易为由,判决原告败诉。(1)关于信赖。法院从反面进一步阐明了信赖在内幕交易私人诉讼中的地位、信赖证明方式的特殊之处和适用条件。法院认为,在有关 Rule10b-5 案件中,由于“privity”无法证明同时也无需证明,所以信赖和因果关系这两个概念通常互换使用,因果关系的证明实际上也就是信赖的证明。判断是否存在信赖的合理标准是(侵权法上的)“事实因果关系”(causation in fact)。不过,应该清楚,尽管都是使用“信赖”概念,但是积极的虚假陈述和消极的不予披露案件(如内幕交易)当中的“信赖”是有区别的。在积极的虚假陈述案件中,信赖概念分别表现为两个问题:(A)原告是否相信被告的陈述;(B)这种相信是否引起原告的交易行为。在消极的不予披露案件中,积极地证明信赖则不具有可操作性,信赖(消极地)蕴于事实当中。“尽管法院仍然采用事实因果关系要素的提法,但问题实际上已经变成了一个重大性(的证明问题)。”^①可见,将信赖的证明转化为重大性的证明必须有个前提,即,在这类案件当中,积极地去证明信赖事实上是不可能的。^②应该区别积极虚假陈述和消极不予披露两种不同情况,分别适用不同的信赖证明方式:前者需要积极证明,后者则采消极的、内含的“事实因果关系”(以未予披露信息的重大性证明代之)。(2)关于同时交易(“同时”的截至时点)。法院进一步澄清了“同时交易”的概念。在 Sha-

① ROBERT W. WILSON v. COMTECH TELECOMMUNICATIONS CORP., etc. 648 F. 2d 88 (1981) OPINION PART II. DISCUSSION.

② 本案不属于这种情形。被告公开季报(积极陈述)之后,由于经营状况发生变化以及事后发现其中个别项目存在记账有误(技术问题)从而原先公开的季报需予更正,这不属于应该公开信息而故意不予公开的情形。何况,原告完全是基于该“错误”季报之外的原因而购买股票的。

piro 案中,第二巡回法院认为内幕交易行为人只对与其同时交易者负有公开信息的义务,因而只对同时交易者承担赔偿责任。地区法院在案件发回重审时据此将“同时”解释为从被告实施交易到内幕信息公开披露这段时间。但是,该案中这段时间仅为4天。本案中相应时间则为1个月,不应视为“同时”。法院解释说:“如果仅仅因为(信息)一直没有披露,就让责任期间远远超出内部人实施(内幕)交易的时间之外,那将使内部人对整个世界负责。”“任何公开(信息)之义务只是针对与内部人同时交易的投资者,非同时交易者不得要求‘公开或戒绝’规则的保护,因为他们没有遭受与信息优势者进行交易的不利。”^①至于“同时”具体应该是多长时间,法院没有明确界定。^②

在 O'Connor 案中,地区法院(S. D. N. Y.)^③判决原告不适格(作为集团诉讼的代表)。该案继续讨论了确立内幕交易赔偿责任的几个关键问题。(1)关于“同时”的起始时点。“尽管根据内部信息从事交易的人的责任扩及在被告卖出(股票)至内部信息公开披露之日从事交易的所有人(引注 Shapiro 案和 Wilson 案略——笔者注),(但该)责任(范围)并不包括在被告违反其‘公开或戒绝’的义务之前从事交易的人——也就是说,(并不包括)在被告从事交易的日期之前(从事交易的人)。”^④(2)既然严格的直接交易或现实结合(privity)在内幕交易赔偿案件中没有“实际意义”故而不作要求,所以,即便根据交易记录可以将买卖双方明确进行配对^⑤,但如果投资者在“同时”交易范围之外,这种配对也不能说明二者之间进行过直接交易,这些相对人也不得作为适格原告请求赔偿。同样道理,即便是原告适格,也不得以被告购得的证券恰好是自己卖出的证券(或自己购进的证券恰好是被告卖出的证券)为由,请求按照该证券数量计算赔偿数额。(3)赔偿限额以“吐出”(disgorgement)被告非法所得为准。尽管按照侵权法上填补损害原则,依“吐出”标准来赔偿内幕交易受害人并不充分,即,尚不能完全补偿受害人实际遭受的全部损失,但是鉴于证券市场内幕交易的复杂性以及各方利益互相冲突的情况,这种赔偿办法已经是最为公平的办法了。

以上就是司法判例中确立的关于内幕交易赔偿责任主要观点。

除了上述案件讨论的至关重要的赔偿范围(包括对象范围和损失范围)和

① Id., OPINION, PART II. DISCUSSION.

② 本案原告在被告卖出股票之后大约一个月才买进股票,不属于同时交易者。

③ 全称是 UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK.

④ O'CONNOR & ASSOCIATES v. DEAN WITTER REYNOLDS, INC. 559 F. Supp. 800 (1983) OPINION.

⑤ 本案所涉期权交易可以根据交易记录将买卖双方予以匹配。

因果关系之外,确立内幕交易赔偿责任还涉及主观要件。^①此系《联邦民事程序规则》规定的举证要求的内容。^②

最高法院在1976年 Ernst & Ernst v. Hochfelder 案中认为:“如果(原告)不能证明被告有企图欺骗、控制或者诈骗的故意,那么就不能成立1934年《证券交易法》§10(b)和 Rule10-5 项下的损害赔偿私人诉讼。”^③但是“故意”的判断标准在司法实践中多种多样,例如,有的适用 intent, negligence, recklessness 等标准,^④有的则以客观推定(或环境证据, circumstantial evidence)代替故意的证明。^⑤总之,虽然最高法院认为“故意”应该是赔偿责任的成立要件,但是各级法院对“故意”的解释适用却是见仁见智,而且,有的时候不仅仅是作为普通法意义上的欺诈的主观要件来理解的。^⑥

就大陆法上的民事欺诈而言,“故意”当然属于主观要件。所谓“故意”指“认识自己之行为发生或可发生一定之结果(侵权行为、债务不履行及其他归责事实),而容认之之心理状态”^⑦。从“故意”这一心理状态与相应行为的关系来讲,就是指追求(意欲)或放任(希望)该种行为结果的发生。“故意”为“过错”的下位概念,行为人的过错程度又与法律对其注意义务的要求相关。^⑧英美法就证券欺诈行为归责时,其主观要件并不与大陆法一一对应。无论刑、民事诉讼,“故意”可以统称 intent,但具体用法却不相同,前者用 scienter,后者用 willfulness。不过,“尽管民事诉讼需要 scienter 而刑事诉讼需要 willfulness,但二者

① 说明:一般认为主观过错不是内幕交易行为要件,而是归责要件。但也有不同观点,参见杨志华:《证券法律制度研究》304页,北京,中国政法大学出版社,1995;陈晓:《论对证券内幕交易的法律规制》,载《民商法论丛》第五卷,北京,法律出版社,1997。另外,还应区别“利用内幕信息”与“过错”,前者是事实判断,是对行为内容的客观状态的判定;后者是心理判断,是对行为当时行为人的主观状态的判定。故主观要件在此处讨论,内幕信息之利用放在第二部分进行分析。

② 内幕交易民事诉讼举证要求主要适用9(b)。该条款为:“In all averments of fraud or mistake, the circumstances constituting fraud or mistake shall be stated with particularity. Malice, intent, knowledge, and other condition of mind of a person may be averred generally.” See: Federal Rule of Civil Procedure 9(b)。最重要的是必须满足“particularity”的要求。

③ Ernst & Ernst v. Hochfelder 425 U. S. 185 (1976)。Also see: Steven Amchen, Jessica Cordova and Paul Cicero, “Securities Fraud”, American Criminal Law Review, Spring 2002。

④ See: e. g. White v. Abrams 495 F. 2d 724 (CA 9 1974); Kohler v. Kohler Co. 319 F. 2d 634 (CA 7 1963); Clegg v. Conk 507 F. 2d 1351 (CA10 1974); Lanza v. Drexel & Co. 479 F. 2d 1277 (CA2 1973)。Quoting from: Louis Loss and Joel Seligmen, Fundamentals of Securities Law, (Little, Brown and Company, 1995) p. 838。

⑤ Heman & Maclean v. Huddleston 459 U. S. 375, 390 ~ 391 n30 (1983), United States v. Chiarella, 588 F. 2d 1358, 1370 (2d Cir. 1978)。Quoting from: Louis Loss and Joel Seligmen, Fundamentals of Securities Law, (Little, Brown and Company, 1995) p. 844。

⑥ Louis Loss and Joel Seligmen, Fundamentals of Securities Law, (Little, Brown and Company, 1995) p. 842。

⑦ 史尚宽:《债法总论》,115、355页,北京,中国政法大学出版社,2000。

⑧ 参见曾世雄:《损害赔偿原理》82页,北京,中国政法大学出版社,2001。

之间是否有什么真正的区别并不清楚”^①。可以肯定的是,在内幕交易赔偿案件中,原告对被告“故意”举证责任取决于法律对于被告注意义务的要求。被告注意义务越高,原告的举证义务就越低,原被告之间举证责任的分配也不相同。

在英美法上,注意标准(以及相应的举证标准)主要包括如下层次(对原告而言,举证要求从低到高;对被告而言,注意要求从高到低):(1)无过失(严格责任)(strict liability)。原告无需举证,被告必须尽严格注意义务,除个别的法定事由之外,被告无以免责。对特定法律事由的举证责任在被告。(2)过失(negligence)。原告需证明被告应知其所为系内幕交易,被告如能证明其已尽合理注意则可免责。(3)放任(recklessness)。原告需证明被告显然应知其所为系内幕交易,被告只需证明其已尽一定程度注意(即并非毫不注意)即可免责。(4)明知或故意(scienter)。举证责任在原告,原告需证明被告确知其所为系内幕交易。

一般来说,对公司内部人和泄密人(市场内部人往往也被视为泄密人)的注意义务要求较高,对受密人和外部人则要求稍低。美国立法或司法实践并没有根据某种标准、或者针对某一类人设定某种注意义务,这主要是因为案情千差万别,必须具体问题具体分析。

另外,如前所述,在国会立法出台之前,关于内幕交易应否赔偿,联邦巡回法院曾有不同意见。反对意见中以第六巡回法院为代表,其主要理由是:(1)赔偿数额过于庞大,即使限定为同时交易者,原告的数量也非常巨大;(2)制定法(包括 Section 10b 和 Rule 10b-5)没有明确承认私人诉讼;(3)默示私人诉讼的主要依据来自侵权法,根据侵权法的要求必须证明 privity 和 reliance。即便因为证券市场的非人格化性质而不再要求严格的 privity,但至少应有“a semblance of privity”或“some causative effect”;即便因为内幕交易信息未曾披露(Non-disclosure)的特殊性而采用“事实因果关系”(causation in fact)标准来证明信赖,但该标准的应用有其限制条件,这个条件就是类似于最高法院在 Affiliated Ute 案中适用该标准时的条件,被告(银行)与原告(Affiliated Ute Citizens)在案发之前就已经存在交易关系,此后被告对重大事实秘而不宣,故意设法诱导原告卖出股票,原告出卖股票并遭受损失是被告故意设法诱导的直接结果。本案当中不存在类似条件。^② 不过,上述理由已经不为主流观点所接受,此处不再继续讨论。

学界对于“同时交易说”也有微辞。主要是:(1)“同时”的标准混乱,具有

^① Steven Amchen, Jessica Cordova and Paul Cicero, “Securities Fraud”, American Criminal Law Review, Spring, 2002. “A defendant acts willfully when he acts intentionally and deliberately and his actions are not the result of an innocent mistake, negligence or inadvertence.” 就“意欲”之程度来说,willfulness 与 scienter 之间关系不清,但 scienter 高于 recklessness, recklessness 又高于 negligence。

^② Fridrich v. Bradford, 542 F.2d 307 (6th Cir. 1976). OPINION.

某种程度的妥协性和任意性。按照这种标准来决定哪些公众投资者可以成为适格原告、哪些不能成为适格被告不是一种理性的判断。^① (2) 赔偿对象的范围过于狭窄。既然内幕交易赔偿责任中的“privity”原属理论拟制,并非“实”有(指没有现实的可证明性),既然确立这种责任的目的并不重在严格地填补个别损害(而是重在补益公共执法的不足以有效规制内幕交易、在更为普遍的意义上保护投资者等),那么,很难说内幕交易者的相对人当中哪些人比另一些人更有理由(基于真正受损的“privity”)成为原告。按照判例中“同时”标准确定的原告,或与内幕交易者最初发生交易的原告,很可能通过再次交易(买后又卖出或卖出又买进等)而将损失转移出去,所以他们并不是最终的受损者。因此,最为恰当的选择是,将内幕交易发生之日至信息公开披露之日所有从事过反向交易的人均列为适格原告,因为他们才是完整意义上的处于信息劣势的受害人,而且他们的地位基本上都可以相互替代,因而有必要在这些受害人中统一分配或分摊所受损害。^② ALI 编辑《联邦证券法典》时也有类似主张。该法典的报告人 Louis Loss 认为,尽管扩大原告、分摊损失的办法会减少具体的个人获得的赔偿数额,但整体来看,仍然是最为合适的办法。^③ (3) “吐出”之限额不足以惩戒内幕交易者。由于内幕交易被发现和提起刑事诉讼的机会很小,在私人诉讼中简单地按照“吐出”的多少作为赔偿限额(damage cap)显然不足以产生威慑效果,因此不能指望这种赔偿幅度能够达到阻止内幕交易发生的目的。应该实行惩罚性赔偿,惩罚幅度与发现和有效控诉内幕交易的概率成反比。^④

笔者认为,上述前两个观点猛一看似有一定道理,但实际上只是些表面意见。关于信息是否已经披露以及相对人是否真正处于信息劣势,不应该仅从形式或法律手续上看信息是否公开,而应该看市场是否实际吸收、反映了该信息;投资大众是否已经根据其面临的经验事实而知道了信息、并有实际反映。这是因为,市场并不总是有效的,信息的传递方式事实上并不限于正式的、公开的披露。法院在投资公众中确定适格原告时所采“同时”标准变化不定,并非是任意妄为或者厚此薄彼,实则是从实际出发,不仅尊重形式意义上法的实现,而且也注重实质意义上法的实现。证券市场往往瞬息万变,具体案情更是千差万别,为了内幕交易赔偿责任的落实而据实确定原告,难免量长度短、左右参酌。从

① Robert C. Clark, Corporate Law, 1986, pp. 336 ~ 337.

② See: Veronica M. Dougherty, “A Dissemblance of Privity: Criticizing the Contemporaneous Trader Requirement in Insider trading” 24 Delaware Journal of Corporate Law 83, 1999.

③ See: FEDERAL SECURITIES CODE (ALI 1980) § 1702(b) cmt. 2-3; 1703(b) cmt. 1.

④ See: Veronica M. Dougherty, “A Dissemblance of Privity: Criticizing the Contemporaneous Trader Requirement in Insider trading” 24 Delaware Journal of Corporate Law 83, 1999. Also see: Robert C. Clark, Corporate Law, 1986, p. 339.

这个意义上讲,“同时”的标准实则“混”而不“乱”、“变”犹“未变”。如果按照批评者的标准,简单倒是简单,但一则流于形式而与事实不符,二则没有必要、甚至没有可能。正如 Wilson 案判决所表明的那样,如果信息一直没有正式公开(或者在某些情况下公开已无实际意义),仍守着“同时”的形式标准不放、让赔偿对象的范围永远扩展开去,那简直无异于刻舟求剑。至于是否应该实行惩罚性赔偿以及惩罚程度如何把握,纯属政策考量,理论上没有绝对的对与错可言。归结起来应该说,上述意见并不根本否弃“同时交易说”,只是在怎样适用的问题上存在分歧。在一定意义上,这些意见与其说是对“同时交易说”的消极批评,不如说是试图对其加以积极的改进。

三、结 语

综上,美国司法判例在确立内幕交易赔偿责任时,主要致力于解决在内幕交易这种证券法上特定的违法行为背景下一一些法律技术问题或现实的诉讼障碍。它们很少具体触及内幕交易归责的基础理论,而只是以归责理论为逻辑前提。如果直接从归责理论的立论基石——信义义务或信任义务原理——出发,推导信义人(内幕交易行为人)的赔偿责任自然不存在理论上的困难。根据信义义务的要求,“如果信义人与受益人从事交易,那么,除非信义人事先充分披露他在该交易背景下的个人利益,否则受益人有权撤销交易合同。如果信义人从违背其忠实义务的行为中获益,那么,除非受益人同意信义人保有该笔收益,否则受益人有权收回该笔收益”^①。可见,同时交易者(作为受益人,或委托人)向内幕交易者请求赔偿损失或收回非法所得,应该说有据可稽。但是,第一,归责理论本身整体上看多有不合,已如前述。第二,按照信义义务原则,受益人无论是否遭受损失,均有收回信义人非法所得的权利(与公司归入权类似)。这与同时交易者没有实际损失即不得请求赔偿完全不同。第三,笔者尚未见到美国论者从信义义务直接推导内幕交易者的赔偿责任。这种情况说明,在内幕交易赔偿责任问题上,美国司法理论与实务并不刻意追求理论的严密、协调乃至完美,相反它们总是容忍理论表面的松散乃至内在的不和,容忍大量的例外以及某些矛盾和个别缺失等等。尽管它们一直在努力使理论尽量统一起来,但与此同时,它们也不断在创造新的“不和谐”。与传统侵权法相比,法院在内幕交易

^① Sealy, “Some Principles of Fiduciary Obligation”, quoting from: Deborah A. Demott, “Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation”, Duke Law Journal, November, 1988.

责任的认定上持较传统侵权法更为宽松的态度。^① 法院不止一次地指出,1934年《证券交易法》中的反欺诈条款适用的场合并不限于普通法上的欺诈。从实践来看,法院的确曾经从传统的侵权责任中追溯普通法上的源头或指导^②,但也曾经从最高法院以往的权威判决里寻找间接的司法支持,还曾经在所有可能的范围内诠释国会的立法目的,以期在寥寥数语的法律条文背后发现为我所用的佐证,或者直接取鉴 SEC 行政执法的现实经验和相关学者的研究结论。实际上,最为重要的是,在与普通法传统、SEC、国会、律师、法学家等并存、共生以及互相取鉴和约束的过程中,法院本身也在主动“造法”,它们往往借重判例法的创造力量,从公共政策的衡平角度和立法论的高度来考量和解释内幕交易赔偿责任。

事实上,内幕交易赔偿责任与传统侵权责任多有共通之处,但证券市场内幕交易的特性决定了侵权责任某些构成要素难以证明,尤其是损害对象和因果关系无以确证。不过,无法确证仅仅说明在传统举证方式之下举证不能罢了,并不等于其存在之绝对否定。正因为这样,美国法官在内幕交易案件中常常诉诸侵权法的基本原则以求案件处理的平衡(balance),即平衡保护投资大众、公司及其内部人、市场中间人等主体的不同利益,灵活适用举证责任,多方考虑私人诉讼的效用。正像纽约州上诉法院所说:“这种诉讼的功能,不像普通的侵权或者违约案例,不只是补偿原告因为被告的错误行为而遭受的损失,而且要防止这种行为的发生,消除代理人或受托人在从事代理或者与代理、信托有关的活动时牟取私利的诱惑。”^③

在确立内幕交易赔偿责任时,如果非得从一般民事责任(多倾向于侵权责任)以损害为出发点的发生机制来考量不可,理论上必定面临相当的困难。但是,如果我们认识到内幕交易没有“明确”(尤指 privity)的受害者却有明确的加害并获利者的特殊性质,就可以帮助我们换一个角度来认识内幕交易的赔偿责任。笔者认为,美国证券法上确立的内幕交易赔偿责任的实效,除了在一定程度上(并不充分)填补实际损失之外,更主要是通过赋予一定范围投资者私人诉权来增加监察内幕交易的力量,通过剥夺违法者的获利来激励投资者的诉讼动机。其制度设计更多是基于法律适用的技术考虑,而不是以严格的民事损害基础为指导。从这个意义上讲,内幕交易赔偿责任所产生的投资者保护意义(从

① Louis Loss and Joel Seligmen, *Fundamentals of Securities Law*, Little, Brown and Company, 1995, p. 754 p. 784.

② Louis Loss and Joel Seligmen, *Fundamentals of Securities Law*, Little, Brown and Company, 1995, p. 750.

③ Louis Loss and Joel Seligmen, *Fundamentals of Securities Law*, Little, Brown and Company, 1995, p. 772.

投资者范围来看)超过普通法上民事责任(补偿特定受损害者)所提供的保护。但这并不妨碍普通法原则(在大陆法系是民法基本原则)对内幕交易赔偿责任的法条设计予以价值上的平衡。^①

^① 1978年,ALI(American Law Institute)制定了一部旨在统一成文法的联邦证券法典(Federal Securities Code),法典的主要内容之一就是在逻辑上重建完整的民事责任制度,但内幕交易民事责任制度没有完全法典化,因为这当中部分内容被认为必须按照普通法传统继续发展。See: Louis Loss and Joel Seligman, *Fundamentals of Securities Law*, Little, Brown and Company, 1995, pp. 48 ~ 50.



附条件买卖中被分割的财产利益^{* 1}

[美] L. 佛德 著 申卫星 译

附条件买卖作为现今动产分期付款买卖经常使用的术语,通常是以买卖合同的一种形式而出现的。买受人在分期付清价金之前,可以在此期间取得对货物的占有和使用,如果他违约的话,出卖人有权基于合同取回货物。这种交易的法律效果是什么?是在付款或者其他履约方式依约得到履行之后,货物上的财产利益才移转的买卖合同,还是相反,财产利益已经现时地移转给了买受人,只是为了出卖人的利益而附之以负担,作为担保价金清偿的一种实用的手段?

如果用通常的眼光来看待这种交易、考察当事人意图的话,很显然,它具备现时买卖的全部要素。货物是确定的,双方就交易事项达成了合意,甚至交付已经完成。出卖人不必再做什么,买受人也只须按合同约定付款。交易双方当事人已经明确地表示他们打算马上就可以移转财产所有权。

那么,协议中明白写到的“直到分期付款被足额付清后所有权方能移转”的条款意味着什么?按照协议的其他交易条款及双方行为,从哪里能明确地看出所有权将马上转移?“在最后一笔分期付款额付清前,所有权不能移转”这样明确的条款的目的到底是什么?

当然,对交易双方当事人而言,以极为精确、清晰的条款来表明其意图,以求无误地表达双方所希求的法律效果常常是困难的。^①很清楚,在一般案例中,交易双方总是力求分割货物的财产利益,买受人获得所有权的有关部分,而出卖人则就其价金对货物拥有担保利益。附条件出卖人会说,货物在技术名义上

* 该文原载于《宾夕法尼亚大学法律评论》,1930年4月,713~735页,作者L. 佛德(L. Vold)为美国内布拉斯加大学(University of Nebraska)教授。现全文译出,供对“附条件买卖中被分割的财产利益”学说(The Divided Property Interests in Conditional Sales)有兴趣的学者参考。王泽鉴教授将该学说译为区分所有权利益,参见氏著《民法学说与判例研究》,第1册,159页,北京,中国政法大学出版社,1998。感谢美国《宾夕法尼亚大学法律评论》执行编辑Jenny Tran 慨允授权笔者翻译并出版。

① 必须承认这种困难不能完全归结为当事人对法律条款应用的生疏。部分困难则出于出卖人的主观故意。出卖人借助律师服务精心做成变形的合同,以虚伪的形式来表示合同,意在一定程度上规避法律的约束,或者以这样一种预谋的形式来表示合同内容,从而允许出卖人根据可能出现的情况,从更有利于自己的角度出发去选择,是作为出卖人,还是所有权人来主张权利。参见Heryford v. Davis 102 U. S. 235, 244(1880); National Cash Register v. Paul, 213 Mich. 609, 166, 182 N. W. 44, 46(1921); Wood v. Cox, 92 N. J. Eq. 307, 309, 113 Atl. 501, 502(1921)。

属于他,而在实际上是属于买受人的。从一个略有不同的角度观察,附条件出卖人可能会说,他对货物在未付清价款的范围内拥有一份利益,买受人则在已付清价款的限度内对货物拥有利益。类似的,买受人在这样的案件中,也会像对待自己所有的东西一样来谈论和处分货物,同时承认出卖人对货物也拥有利益。只是他们通常都无法以精确的词句来描述这种利益的确切范围。这一特点在分期付款购买汽车时尤为突出,权利由出卖人保有直到价款付清,但交易双方当事人都理解并期望买受人按汽车管理法规的要求,以汽车所有者身份到公证处登记。至于“买受人对货物所拥有的衡平法上的权利”,是一种经常被使用的非正式的表达方式,用以表达在附条件买卖合同中由技术化的语言“价款付清前权利保留于出卖人手中”所表达的交易实情。如果仅从商业的观点来看,这种用以处理现在大量的分期付款买卖的附条件买卖合同,显然会导致财产利益的分割。通过交付,所有权的一般利益和使用价值转移至买受人,担保利益(无论以何名目)保留于出卖人手中,作为价金支付的担保。但对附条件买卖的本质,在不同的司法管辖区内流行着各种各样相互抵触的理论,在很多案件中,许多混乱的语言被用于描述附条件买卖中双方当事人的关系。^①现在,直接承认附条件买卖包含了货物上被分割的财产利益的事实,在法院的观点中经

^① 早期的很多案例似乎认为“价款付清前权利保留于出卖人手中”这样的合同语言仅仅表明这项交易是一份买卖合同而已。相关的案例参见 *Harkness v. Russel*, 118 U. S. 663, 7 Sup. Ct. 51 (1886)。当然,这种强调只是一种合同条款的语言,甚至常出现在近来的案例中,参见 *Babbitt & Cowden Live Stock Co. v. Holder*, 28 Ariz. 263, 236 Pac. 722 (1925); *Holmes v. Schnedler*, 176 Minn. 483, 223 N. W. 908 (1929)。

在科罗拉多州生效的法则下,出卖人在附条件买卖合同中所保留的权利相当于一项隐藏的留置权,该留置权在当事人之间有效,但不能对抗没有获得通知的当事人。

很多年来,类似的观点在伊利诺伊州都居于主导地位。参见 *Gilbert v. National Cash Register Co.*, 176 111. 288, 52 N. E. 22 (1898)。1915 年这一法则在当局的压力下根据《统一买卖法案》(Uniform Sales Act)第 20 节和第 23 节进行了修改。参见 *Graver Bartlett Nach Co. v. Krans*, 239 111. App. 522 (1925)。

在肯塔基州,附条件买卖合同被赋予了与动产按揭相同的法律效力。参见 *Montenergo-Riehm Music Co. v. Beruris*, 160 Ky. 557, 169 S. W. 986 (1914)。

路易斯安那州的法则坚持认为买卖是没有限制的,所有权保留于出卖人手中的约定被认为因与买卖抵触而无效。

密歇根州坚持在以下二者之间进行区分,在付款前所有权绝对保留的被称之为附条件买卖,而基于合同出卖人声称仅仅是为了担保而保留所有权则被看成是相当于动产按揭,但这一区分并不令人满意。参见 *Atkinson v. Japink*, 186 Mich. 335, 152 N. W. 1079 (1915)。

宾夕法尼亚州在接受《统一附条件买卖法》(the Uniform Conditional Sales Act)之前通常所使用的语言显示在委托合同(bailment contract)与附条件买卖合同之间有很大的相似性。参见 *Schmidt v. Brady*, 284 Pa. 41, 130 Atl. 259 (1925); 参见米勒:《自买卖法以来宾夕法尼亚州的附条件买卖》(Conditional Sales in Pennsylvania Since the Sales Act), 1924 年,《宾夕法尼亚大学法律评论》,第 123 卷。

华盛顿州则对抗当局的压力宣称,附条件买受人在付清价款前并没有得到合适的利益,不论是法定的利益,还是衡平利益。参见 *Holt Mfg. Co. v. Jaussaud*, 尽管使用这样的语言,但在华盛顿州普遍承认,附条件买受人享有对货物的大部分所有权。

常能找到。^① 各种法规也都直接或间接表明了对这一事实的承认。^②

对附条件买卖交易的法律本质或许可以简洁地表述为,货物实益所有权(随着交付)已现时地移转于买受人,与之相伴的是,出卖人为担保其价款付清而保有货物的法律所有权。^③ 因此,在附条件买卖中,每一方都拥有货物的确定利益,但这种利益弱于完全、绝对的所有权。^④

用霍菲尔德的精确术语来表达,就是每一方的利益都弱于完全所有权,但每一方对货物都拥有一定的权利、权力、特权和豁免。^⑤ 在个别案例中,这些权利、权力、特权和豁免的范围会相当大,这很大程度上取决于特定合同的规定及买受人的履行程度,但也受到专门的法律规定、尤其是地方性记录法的影响。

一、附条件买受人在货物上的利益

附条件买卖买受人对货物拥有一定的财产利益,这与对出卖人仅享有以合同为据的请求权明显不同,具体表现在以下方面:首先,买受人有权占有、并有益地使用货物。如果货物被陌生人错误地拿走或损坏,占有货物的买受人可以

① Bailey v. Baker Ice Machine Co., 239 U. S. 268, 36 Sup. Ct. 50 (1915) (买受人履行所附条件,从而获得所有权的权利是一项财产权); Murray v. McDonald, 203 Iowa 418, 212 N. W. 711 (1927) (买受人和出卖人的一种双重所有权,每人的所有权受制于对方的利益); Worcester Morris Plan Co. v. Mader, 236 Mass. 435, 128 N. E. 777 (1920) (附条件买卖之买受人对货物拥有一项特殊所有权); Welch v. Harnett, 127 Misc. 221, 215 N. Y. Supp. 540 (1926) (附条件买受人是合理的所有人,就全部实用目的而言,他是一个所有人)。附条件买受人有一项衡平法上的权利,参见 Brown v. Woody, 98 W. Va. 512, 127 S. E. 325 (1925); Underwood v. Raleigh Transportation, etc. Co., 102 W. Va. 305, 135 S. E. 4 (1926)。关于出卖人作为留置权人的利益,参见 Van Derveer & Son Co. v. Canzono, 206 App. Div. 130, 200 N. Y. Supp. 563 (1923); Biederman v. Edson & Co., 128 S. E. 735 (1925); Mlodzik v. Ackerman Oil Co., 191 Wis. 233, 212 N. W. 790 (1926)。

② 《统一买卖法》第22条a项规定,被出卖人保留之所有权仅仅是为了担保买受人的履行,货物的风险在交付时已移转至买受人。

《统一附条件买卖法》第2条和第3条在很大程度上承认,在附条件买卖中所存在的财产利益被分割的事实,并采用了以下这样的表述方式:“买受人的权利和出卖人的权利被隔离开并分别对待”。很遗憾,《统一附条件买卖法》的这一规定迄今为止在少有的几个司法辖区被接受:阿拉斯加州、亚利桑那州、特拉华州、新泽西州、纽约州、宾夕法尼亚州、南达科他州、西弗吉尼亚州和威斯康星州。

在各州对用于非法运输酒的汽车进行没收的司法程序中,有时,在对待“附条件买卖的买受人与出卖人都对被没收的货物享有所有权利益”的问题上,意见会非常尖锐。参见 U. S. v. One Ford Coupe, 272 U. S. 321, 47 Sup. Ct. 154 (1926); White Auto Co. v. Collins, 136 Ark. 81, 206 S. W. 748 (1918) (规定:即使出卖人是无辜的,其利益也要被没收); People v. One Buick Coupe, 71 Cal. App. 601, 236 Pac. 198 (1925) (保护无辜出卖人的利益)。

③ “实益所有权部分由附条件买受人享有,出卖人所保留的权利则仅仅是为了担保”,引自 Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales), 1924年,第29章2A。

④ Williston:《买卖》,第2版,1924年,第330节。

⑤ 霍菲尔德(Hohfeld):《法律基础概念》(Fundamental Legal Conception), 1923年,第53页、54页。

以普通所有人的救济手段,请求恢复原状或对货物的损害进行赔偿。^①只要买受人在分期付款过程中没有违约行为,买受人对货物的占有依法就不能被剥夺,甚至以明确条款保留自己权利的出卖人也不能随意剥夺。^②如果买受人违约,普通法判例通常允许出卖人取回货物,有时附带些颇为含糊的限制条件。^③从《附条件买卖法》的规定中可以清楚地看到,除了因买受人违约而使出卖人正当地取回货物外(那实际上相当于买受人赎取抵押品的权利被取消),买受人的占有依法是不能被干涉的。^④附条件买卖的汽车买受人为了在分期付款尚未付清的这段期间就能在公路上驾驶这辆车,而按照汽车法规的要求进行登记时,他有权以自己的名字作为“所有人”对该汽车进行登记。^⑤

当附条件买受人付清了价款或者履行了其他的合同条件后,附条件买受人即有权利成为完全所有人,而无需附条件出卖人的同意。一旦附条件买受人按照合同条款履行义务,他即被认可为完全的所有人。^⑥甚至在买受人违约而出卖人还没有实际地收回货物之前,买受人通过付清剩余价款仍然可以获得同样的法律效果(即使出卖人拒绝接受)。^⑦不管这被描述为权利自动地移转给买受人^⑧,还是所谓的出卖人的担保权益已经消失,从而使买受人对货物享有无负

① 当货物因第三人的过失而受有损害时,占有货物的附条件买受人可以要求致害人填补损害。参见 *Smith v. Louisville & N. R. R.* 208 Ala. 440, 94 So. 489(1922); *Brown v. New Haven Taxicab Co.*, 92 Conn. 252, 102 Atl. 573(1917); *Downey. Bat State St Ry.*, 225 Mass. 281, 114 N. E. 207(1916); *Carter v. Black & White Cab Co.*, 102 Misc. 680, 169 N. Y. Supp. 441(1918)。附条件买受人对错误地将货物从其占有中拿走的第三人,可以提起侵占之诉。参见 *Harrington v. King*, 121 Mass. 269(1876); *Angel v. Lewistown State Bank*, 72 Mont. 345, 232 Pac. 90(1925)。如果附条件买受人已经与致害人进行了庭外和解,而且这一和解又无可挑剔,那么,附条件出卖人就不能再对造成货物损害的致害人提起诉讼。参见 *Ellis Motor Co. v. Hancock*, 38 Ga. App. 788, 145 S. E. 518(1928); *Smith v. Gufford*, 36 Pla. 481, 18 So. 717(1895)。就附条件买受人从致害人处获得的损害赔偿部分,附条件买受人应向附条件出卖人在其利益范围进行结算。参见 *Lacey v. Great Northern Ry. Co.*, 70 Mont. 346, 225 Pac. 808(1924); *Harris v. Seaboard Air Line Ry.*, 190 N. C. 480, 130 S. E. 319(1925)。

② *Arvell v. Weaver*, 54 Cal. App. 834, 202 Pac. 897(1921); *Besche v. Brady*, 139 Md. 582, 116 Atl. 63(1921); *Commercial Credit Corp v. Miron*, 108 Conn. 524, 143 Atl. 846(1928)(replevin); *Madison River Live Stock Co. v. Osler*, 39 Mont. 244, 102 Pac. 325(1909)(replevin); cf. *National Cash register Co. v. Richards*, 159 Mich. 128, 123 N. W. 587(1909)。

③ Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales), 1924年,第19章。

④ 《统一附条件买卖法》第25条, *Underwood v. Raleigh Transportation, etc. Co.*。

⑤ *Brown v. New Haven Taxicab Co.*; *Downey. Bat State St Ry.*。 Cf. *Temple v. Middlesex & Boston St. Ry.*, 241 Mass. 124, 134 N. E. 641(1922)。在一些州新近修正的地方汽车法规中,明确地规定了(附条件买受人的)的这一地位。

⑥ *Staunton v. Smith*, 6 Pen. 193, 65 Atl. 593 (del. 1906); *Tufts v. Griffin*, 107 N. C. 47(1890)。

⑦ *Wilkinson v. Fischermann's & Canner's Supply Co.*, 57 Cal. App. 165, 206 Pac. 861(1922); *Duplex Printing Press Co. v. Public Opinion Publishing Co.*, 41, S. D. 523, 171 N. W. 606(1919)。在 *Tweedie v. Clark*, 114 App. Div. 296, 99 N. Y. Supp. 856(1906)案例中,按照当地的法律,甚至在出卖人已经恢复对卖出之马的占有后,只要在必要的止赎交易之前,买受人付清了余款,仍然可以达到相同的法律效果。

⑧ *White Co. v. Union Transfer Co.*; *Kiefer-Haessler Hardware Co. v. Paulus*, 49 Wis. 453, 135 N. W. 832(1912)。

担的所有权,但有一点是清楚明白的,即附条件买受人享有使自己成为完全所有人的权力(甚至在完全履行债务之前),这并不依赖于出卖人是否同意。

附条件买受人也可以先在其履行完成之前,移转其对货物的利益^①或者在该利益上设定负担^②,即便在附条件买卖合同中有相反的特殊限制,也不受影响。其受让人可以通过对附条件出卖人的完全履行或者偿还剩余价款而有权保有货物。^③如果在附条件买卖合同中没有对买受人的移转进行特殊限制,那么买受人的受让人即承继了买受人对财产的权利和权力^④,当然,这些权利和权力除了要进行登记以外,还要受制于他们对那些仅约束附条件买受人自己的债务进行履行的情况。^⑤附条件买受人对货物的利益不仅能在其生前移转,而且可以通过继承移转,^⑥或者根据其遗嘱处分。人们普遍认为附条件买卖中的买受人对货物拥有一项受保障的利益。^⑦而且,通过大量充分合理论证的案例已经确立了以下结论:为了保障附条件买受人的利益,这样的担保条件保障利益被附加于附条件买卖中,作为同绝对所有权买卖合同同样的合同基础。这一观点现已被纳入到《统一附条件买卖法》中加以规定^⑧,尽管在普通法上对这一问题还存在着分歧。^⑨通过货物增值而获利的机会也属于附条件买受人。^⑩如果附条件买卖的货物是活的动物,它们在合同履行期间的自然增值和原标的物一样属于附条件买受人。^⑪买受人在其违约后仍然享有赎回标的物的权益。^⑫我们将所有这些各种各样的特征放在一起,就可以清楚看到,附条件买受人享有

① Fairbanks, Mors & Co. v. Parker, 167 Ark. 654, 269 S. W. 42(1925); Karalis v. Agnew, 111 Minn. 522, 127 N. W. 440(1910).

② Cable Co. v. McElbhoie, 58 Ind. App. 637, 108 N. E. 790(1915); Dame v. Hanson & Co., 212 Mass. 124, 98 N. E. 589(1912).

③ Clinton v. Ross, 108 Ark. 442, 159 S. W. 1103(1912); Davies-Overland Co. v. Blenkiron, 71 Cal. App. 690, 236 Pac. 179(1925).

④ Oppenheimer v. Telhard, 123 Miss. 111, 85 So. 134(1920); Tweedie v. Clark.

⑤ Liver v. Mills, 155 Cal. 459, 101 Pac. 299(1909); Hoe v. rex Mfg. Co., 205 Mass. 214, 91 N. E. 154(1910).

⑥ Mathushek & piano Co. v. Weld, 94 Misc. 282, 158 N. Y. Supp. 169(1916); Dold Packing Co. v. Potter Title & T. Co., 79 Pa. Super. 112(1922).

⑦ Sturgeon v. Hanover Fire Ins. Co., 1112 Kan. 206, 210 Pac. 342(1922); Baker v. Northern Assur. Co., 214 Mich. 540, 183 N. W. 61(1921); Vigliotti v. Home Insurance Co., 206 App. Div. 398, 201 N. Y. Supp. 407(1923).

⑧ 《统一附条件买卖法》第2条。Estrich:《分期付款买卖》,1926年,第264~268节。

⑨ Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales),1924年,第31章;Estrich:《分期付款买卖》,1926年,第264~268节。

⑩ 在 Frank v. Batten 49 Hun 91, 1 N. Y. Supp. 705(1888) 案例中,有一批附条件买卖的木材被加工成了成品家具。在这样的案件中,当买受人违约时,出卖人通过取回标的物可以获得对原标的物的添加添附,尽管原标的物的形式已经发生了一定的变化。但是,在其他案件中,当买受人通过支付价款或者付清余额时,出卖人的利益就消灭了。

⑪ Anderson v. Leverette, 116 Ga. 732, 42 S. E. 1026(1902);《统一附条件买卖法》第27条。

⑫ 《统一附条件买卖法》第18条。参见 Jenkins v. Blackstone Motor Co., Inc., 216 App. Div. 583, 587, 215 N. Y. Supp. 694, 698(1926)。

对货物所有权大部分的实益。

对于附条件买卖合同中的货物,买受人不仅对买卖标的物享有所有权的大部分实际利益,而且还承担所有权的通常负担。这样,附条件买卖中的买受人几乎处处承担着损失的风险。^①无论是由于意外火灾^②,还是由于被盗^③、毁损^④、死亡^⑤造成的货物损失,买受人对出卖人负有的付清价款的义务都不会受到影响。在这方面,这一结论恰恰符合了“损失跟随实益所有权走”的原则。尽管人们通常认为对于由买受人来承担损失风险的正式解释还有另外一个可供选择的理由,即买受人在合同条款中作出了无条件地付清价金的承诺,^⑥其实质结论依然是买受人承担损失风险的负担。附条件买卖中的买受人在享受所有权的最大利益的同时,也要负担所有权的最大负担,即货物损失的风险。因而,买受人对货物的利益可能被其债权人获得。^⑦按照一般法规,货物所有人需缴纳的税金也会算在买受人的头上。^⑧在汽车的附条件买卖案例中,买受人作为拥有和使用汽车的一方,通常也是完成登记要求并按照机动车法规付税的一方。^⑨

既然附条件买受人不仅享有货物所有权的最大益处,还要负担所有权的最大风险,他就理所当然地被描述为实际的所有人,他对货物的利益仅受到附条件出卖人担保权益的限制。在个别案例中,这种限制可能重要些或次要些,这要取决于出卖人利益的范围。反过来,出卖人的利益范围又取决于合同条款的约定和未付清价款的金额,同时也受到当地法治和记录法的影响。

二、附条件出卖人对货物的利益

附条件出卖人对货物的利益局限于担保价款实现的利益,当“担保”一词被

① 《统一买卖法》第22条第a项;《统一附条件买卖法》第27条。持相反观点的参见 *Holt Mfg. Co. v. Jaussaud*, 132 Wash. 667, 233 Pac. 35 (1925)。

② *O'Neill-Adams Co. v. Eklund*, 89 Conn. 232, 93 Atl. 524 (1915); *Peerless Bread Machine Co. v. Matthews*, 81 Pa. Super. 329 (1923)。

③ *Solerg v. Minneapolis Willys-knight Co.*。

④ *Constantin v. Lippincott*, 93 Misc. 72, 156 N. Y. Supp. 550 (1915)。

⑤ *Collerd v. Tully*, 78 N. J. Eq. 557, 80 Atl. 491 (1911)。

⑥ *O'Neill-Adams Co. v. Eklund*; *Constantin v. Lippinco*。且不管案例中的语言如何表述,仅就已经充分确立的“双务合同中的承诺是相互依赖”的原理,表明附条件买受人承担风险的真正原因绝不是他在合同中付清价款的承诺是无条件的,而是因为他为货物的实际受益所有人。对此参见 *Williston:《合同》*, 1920, 第26章。

⑦ *Peek v. Heim*, 127 Pa. 500, 17 Atl. 984 (1889)。持相反观点的参见 *Whiteey v. Biggs*, 92 Misc. 424, 156 N. Y. Supp. 1107 (1915)。《统一附条件买卖法》就附条件买受人之债权人的权利没有做出明确的规定。然而可参阅 *Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales)*, 1924年,第36章。

⑧ *State v. White Furniture Co.*, 206 Ala. 575, 90 So. 896 (1921)。

⑨ *Welch v. Hartnett*。

用于广义时,不管这种交易被非正式地看作是一项商务活动,抑或从法律的角度,通过合同条款、当事人的行为以及案件的实情加以观察,这一点都是很明确的。

从商务实践的各方面非正式地看,很显然,附条件买卖被当事人当成是一种融资策略,即当买受人在交货时没有足够资金来付清价款,通过赊账来购买货物的一种策略。当事人都希望买受人能够马上支配货物,而且出卖人不应随意干涉买受人对货物的支配,除非他违反了合同的约定。同时,通常情况下,出卖人显然不是想要收回货物,而是获得价金。当事人双方都意图使价款得以付清。附条件买受人须付清价款,他没有通过退货来解除合同的选择权。从广义上使用“担保”这个词,附条件出卖人对货物的利益仅仅在于,在这样一个出卖人给以买受人延长的信用期限里承担着非同寻常沉重风险的交易中,担保其价金能确保清偿。

如果从法律角度看待这种交易,出卖人对货物仅拥有一项有限的、为了担保价款偿付而存在的利益,这一点也是明白无误的。不管在附条件买卖合同的条款中当事人如何使用概括的语言来声明,出卖人对货物保留了整个财产利益,但在已决案件中的结论还是表明,出卖人的利益是受到很大限制的。

在附条件买受人违约之前,无论怎样描述,出卖人对货物的利益显然都不能包括买受人的利益——如上所述,附条件买受人的这一利益扩张到财产利益的大部分。然而,即使在买受人违约之前,出卖人也对货物拥有一部分所有权上的利益。这样,出卖人在其担保范围内对货物拥有一项可保障的利益。^①如果有人改变或损害货物,出卖人对致害人至少可以要求赔偿损害致其对货物所拥有的利益。^②在买受人违约之前,出卖人对货物也有部分所有权的通常负担——尽管不是全部。出卖人对货物拥有的利益也可能会被其债权人获得。^③对于出卖人,虽然我们不能以其作为所有人来对货物的全部价值进行征税^④,但就其享有利益部分仍然可以作为可靠的信用基础予以征税。^⑤只是,他不必承担作为所有人对货物毁损、丢失所应承担的风险。^⑥

出卖人对货物的利益受有限制这一特点,如果再看一下其让与,就更加明

① Commercial Credit Co. v. Eisenhour, 28 Ariz 112, 236 Pac. 126 (1925); Aetna Ins. Co. v. Heidelberg, 112 Miss 46, 72 So. 852 (1916).

② Ryals v. Seaboard Air Line Ry. Co., 158 Ga. 303, 123 S. E. 12 (1924); Lancy v. Great Northern Ry. Co. .

③ Escobar v. Roger, 182 Cal. 603, 189 Pac. 268 (1920); McMillan v. Larned, 41 Mich. 521, 2 N. W. 662 (1879).

④ State v. White Furniture Co. .

⑤ Stillman v. Lynch, 56 Utah 540, 192 Pac. 272 (1920).

⑥ 《统一附条件买卖法》第27条;《统一买卖法》第22条第a项。关于在普通法下的冲突,参见Williston:《买卖》,1924年,第2版,第304节。

显了。出卖人有权利通过让与自己对货款的请求权来移转其对货物享有的利益。^①正如在很多类似的被担保请求权的实例中,附条件买受人的债务在此是首要的事情,出卖人对货物的利益,仅存于其担保功能。通过让与,受让人继承了让与人,即原始的附条件出卖人的地位^②,出卖人做出的让与要受制于交易初始双方当事人之间有效的权利义务状态。如果在最初的交易中出卖人一方具有欺诈行为,那么出卖人之受让人所获得的担保利益要受到买受人主张初始出卖人欺诈之权利的限制。^③如果附条件出卖人没有就让与事实通知附条件买受人,事后买受人对让与人(即原始附条件出卖人)进行支付,会消灭其债务。从而消灭附条件出卖人的利益。^④类似的,如果买受人加入附条件买卖合同时并没有被告知事先已经进行了债权让与的话,那么原始当事人对合同进行的变更,将约束受让人。^⑤很显然,在买受人违约之前,出卖人对货物的利益是受限制的。概括地说,这一利益可以被描述为一种担保价款实现的利益。

在附条件买受人违约之后,附条件出卖人的权力会急剧扩大,他可以从买受人那里取回货物。谨慎制定的附条件买卖合同通常都会设立明示的条款,约定当买受人违约时,出卖人可以取回货物。但即使合同中没有这些词句,通过对“出卖人保留所有权直至买受人尽到合同规定的全部义务”这种一般条款进行解释,也可达到同样的法律效果。^⑥当买受人违约时,出卖人仅以恢复对货物占有的行为即可行使取回货物的权力^⑦,只要他不构成不法侵犯^⑧或导致妨害治安^⑨,他就能这样做。如果私力取回货物遭到抵制或由于其他原因被认为不合适,出卖人可诉诸于法律手段。这样,他可以通过回复原物之诉恢复对货物的占有。^⑩如果买受人私力取回已经被出卖人依法重新占有的货物,其行为

① Western States Securities Co. v. Mosher, 28 Ariz. 420, 237 Pac. 192 (1925); General Motors Acceptance Corp. v. Smith, 101 N. J. L. 154, 127 Atl. 179 (1925). 以汽车为标的的被担保之债的让与,不需要遵循汽车法一般规定对汽车转让所要求的形式要件。参见前引 General Motors Acceptance Corp. v. Smith.

② Western States Securities Co. v. Mosher; General Motors Acceptance Corp. v. Smith.

③ Auto Brokerage Co. v. Ullrich, 102 N. J. L. 341, 134 Atl. 885 (1926).

④ Stella v. Bankers Commercial Corp., 197 App. Div. 515, 189 N. Y. Supp. 511 (1921).

⑤ Hare & Chase v. Volansky, 127 Misc. 26, 215 N. Y. Supp. 168 (1926).

⑥ Ryan v. Wayson 108 Mich. 519, 66 N. W. 370 (1896); Richardson Drug Co. v. Teasdall, 52 Neb. 698, 72 N. W. 1028 (1897); Federal Sales Co. v. Kiefer, 273 Pa. 42, 116 Atl. 545 (1922).

⑦ 《统一附条件买卖法》第16条, Bankston v. Hill, 134 Miss. 288, 98 So. 689 (1924); Grossman v. Weiss, 129 Misc. 234, 221 N. Y. Supp. 266 (1927); Lynch v. Sable-oberteuffer-Perterson, 122 Ore. 597, 260 Pac. 222 (1927); Starr v. Govatos, 130 Atl. 392 (Dec. 1925).

⑧ Donomick v. Rea, 226 Mich. 594, 198 N. W. 184 (1924); Stewart v. North Co., 65 Pa. Super. 195 (1916).

⑨ Silverstin v. Kohler & Chase, 181, Cal. 51, 183 Pac. 451 (1919); Driver v. State, 116 Neb. 666, 218 N. W. 588 (1928); 《统一附条件买卖法》第16条。

⑩ Schmoller & Mueller Piano Co. v. Smith, 204 Iowa 661, 215 N. W. 628 (1927); Grossman v. Weiss.

就构成了侵权,出卖人因此可以提起侵权之诉。^① 如果出卖人从买受人处非法取回货物,同样他自己也要对这种非法移转承担责任。^②

三、出卖人实施补救措施的法律效果

当买受人违约后,出卖人取回货物的法律效果是什么?这一问题有许多复杂的实际案例,而在这些案例的很多细节问题上,权威观点之间存在着非常尖锐的冲突。这些冲突中的大部分,从根本上可以归结为不同法院对附条件买卖本质的分析存有分歧。这里只能谈到其中主要实际案例的一少部分。

许多法院在法律效果上采取这样的立场,即出卖人的取回行为是一种因买受人违约而解除合同的行为。^③ 这种立场看起来似乎没有道理,因为,如果取回被认为是因违约而进行的合同解除,那么接下来出卖人就要如数归还买受人的已付款项,以使双方都回复到他们最初的地位。^④ 相反,如果取回行为被认为是出卖人行使合同所赋予他的一项权力,那么它就不再是因买受人的违约而进行的合同解除,而是当买受人违约时所约定合同条款的实施。^⑤ 这样取回货物是依照合同条款而做出的,很多法院据此主张,根据那些条款买受人无权要求返还已付价款。^⑥ 为了避免出现这种极端的困境和明显的不公平,即附条件买受人仅最后剩一两次就可以付清全部款项时,仅因出现违约而造成他全部利益丧失的后果,即便合同中有这样的条款规定,一些法院也会要求,无论是依照特殊规定,或是依照普通法中对动产按揭制度的类推适用,在取回行为之后都应给买受人以赎回的机会。^⑦ 如果买受人没有赎回,出卖人可以重新出卖,以其所得用于支付价款余额,并将多出部分付给买受人。^⑧

① Studebaker Bros. Co. of Utah v. Witcher, 44 Nev. 442, 195 Pac. 334(1921).

② Reinkey v. Findley Elec. Co., 147 Minn. 161, 180 N. W. 236 91920; Richardson v. Great Western Motors, 109 Wash. 324, 187 Pac. 333 (1920).

③ Star Drilling Machine Co. v. Richardas, 272 Pa. 383, 116 Atl. 309 (1922); 参见 Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales), 1924 年,第 170 页。

④ Rayfield v. Van Meter, 120 Cal. 416, 52 Pac. 666(1898); Hays v. Jordan & Co., 85 Ga. 741, 11 S. E. 833(1899).

⑤ Dodge v. Carter, 140 Cal. 416, 52 Pac. 292(1903); Schmoller & Mueller Piano Co. v. Smith; Interstate Ice & Power Corp. v. U. S. Fire Ins. Co., 243 N. Y. 95, 152 N. E. 476(1926).

⑥ Rayfield v. Van Meter; Schmoller & Mueller Piano Co. v. Smith; Raymond Co. v. Kahn, 124, Minn. 426, 145 N. W. 164(1914).

⑦ Van Derveer & Son v. Canzono; Puffer & Sons Mfg Co. v. Lucas, 112 N. C. 377, 17 S. E. 174 (1893);《统一附条件买卖法》,第 18 条。相反的观点参见 Penchoff v. Heller & Co., 176 Minn. 493, 223 N. W. 911(1929).

⑧ Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales), 1924 年,第 159 页及以下。当买受人至少已经支付了合同约定价款的 50% 时,他将获得这一地位。这一地位已经法典化为《统一附条件买卖法》的第 19 条与第 21 条。

如果附条件买受人已经支付的价款尚不足以充抵货物折旧的价值部分,那么出卖人在取回货物之后是否还有权利从买受人那里要求补足其价值缺损部分呢?法院之间对此问题也存在着相互冲突的观点。无论把取回行为看作是对合同的解除,抑或是引起合同对价的落空,在取回货物之后,法院都坚持认为出卖人不能再依据合同起诉买受人了。因此,取回货物与诉请弥补货物价值缺损部分两种愿望,被法院认为是不能两全的。^①这种推理建立在一种错误想象之上,即认为附条件买卖交易形成的只是一个待履行的合同,而忽视了货物的现实利益从一开始就移转给了买受人,出卖人取回货物的权力只是一个取消买受人赎回权利的简明形式而已。其他一些法院,或者是受到普通法中对动产按揭类推适用的较好引导,或者是因为受到当地法规在这方面指引的幸运帮助,或者是因为最近的合同中对这一法律效果都以特别条款予以明确约定,或者是将这些考虑结合在了一起,都主张出卖人在取回货物后,仍然有权依据合同要求买受人偿付价值缺损部分。^②《统一附条件买卖法》对于向买受人清算多余部分和弥补价值缺损部分这两个方面的规定,很大程度上都是类推了动产按揭的有关规定。^③

当买受人违约时,如果出卖人不是要求取回货物,而是诉请支付价款,法院之间就这种取回权诉讼的法律效果,在认识上也存在着类似的冲突。很多法院认为,请求价金的行为与随后的取回货物行为是矛盾的。^④出卖人诉请支付价金就意味着他放弃了取回货物的权利。这一结论据以存立的推理是难以接受的,并且毫无道理。他们假设在这样的案例中附条件买卖交易只是一个待履行的合同(这与事实相反),如此又进一步假设,出卖人提起支付价金的诉讼就消除了他保留的权利,从而使买受人成为所有人。正如他们所言,这时买受人就再也没有任何权利基础要求买受人支付全部价金了。其他一些法院,较为准确地判断出附条件买卖交易的真实情况,是货物的实际利益已移转给买受人,而出卖人为了担保价款的支付保留了大部分权利。这样他们认为,诉请偿还价金和其后因价款并不能马上支付而通过取回货物的方式来担保价款偿还,二者之间并没有什么矛盾。^⑤这一立场,实质上也是类推适用了动产按揭的规定,并被

① Aultman & Co. v. Olson, 43 Minn. 409, 45 N. W. 852 (1890); Star Drilling Machine Co. v. Richards.

② Matteson v. Equitable Mining, etc., Co., 143 Cal. 436, 77 Pac. 144 (1904); Bedard v. Ransom, 241 Mass. 74, 134 N. E. 392 (1922); Interstate Ice & Power Corp. v. U. S. Fire Ins. Co.; First National Bank v. Yocum, 96 Ore. 438, 189 Pac. 220 (1920).

③ 《统一附条件买卖法》第18条至第21条、第23条、第24条。Central Acceptance Corp. v. Frye, 103 W. Va. 689, 138 S. E. 369 (1927); Commercial Investment Trust, Inc. v. Wesling, 220 N. W. 855 (S. D. 1928).

④ Bailey v. Hervey, 135 Mass. 172 (1883).

⑤ Murray v. McDonald, 203 Iowa 418, 212 N. W. 77 (1927).

《统一附条件买卖法》所吸纳。^①

四、与第三方的关系

前述对附条件买卖双方在货物上持有利益的分析概括地表明,他们可以以自愿买卖的方式将其对货物享有的利益让渡给他人,或者被其某一债权人拿走用以偿债。依据普通法的一般财产规则,一个人通常不得让渡大于其所拥有的权利,一个人的债权人通常也只能依法律程序获得其债务人所拥有的利益,而不能超出该利益。这些基本规则不仅适用存在于完整的货物所有权上的不可分割的财产利益,同样也适用在附条件买卖中所包含的被分割的财产利益。但是,同在其他案件中一样,这些规则的适用会因法规的修订、禁反言情形的存在、授权或者政策的一些特别规定,而在特定方面受到限制。

根据“一个人不能让与超过其所拥有的权利”这一为人们所熟知的规则,绝大多数的权威理论主张,在附条件买受人向第三方让渡无须记录之权利的案例中,即使受让人是未被告知实情的价值买受人,这种让渡也不能切断原始附条件出卖人的利益。^② 极少数持相反主张的司法管辖区对自己结论的推理也不一致。类似的,如果是在附条件买受人没有违约仍然占有标的物的情形下,附条件出卖人的让与顶多只能产生出卖人之价款请求权移转的效果,该请求权在所买卖货物上保留了担保权益。^③ 事后的按揭权人或者在附条件买受人对货物享有的价值上设定了其他负担的人,也只能承继各自的让与人所拥有的受到一定限制的利益。^④ 类似地,扣押债权人或执行债权人除了从记录法中得到的权力外,可以合法地从其债务人处取得他们在货物上所享有的利益。相应地,附条件买受人的债权人也可以通过扣押获得不超出买受人对货物所拥有的利益。^⑤ 类似地,附条件出卖人的债权人通过合法程序获得的利益是受制于买受人合同

① 《统一附条件买卖法》第24条。

② Harkness v. Russel, Williston:《买卖》,1924年,第2版,第324节。

③ Western States Securities Co. v. Mosher, 28 Ariz. 420, 237 Pac. 192 (1925); General Motors Acceptance Corp. v. Smith, 101 N. J. L. 154, 127 Atl. 179 (1925); Western States Securities Co. v. Mosher; General Motors Acceptance Corp. v. Smith; Auto Brokerage Co. v. Ullrich, 102 N. J. L. 341, 134 Atl. 885 (1926); Stella v. Bankers Commercial Corp., 197 App. Div. 515, 189 N. Y. Supp. 511 (1921); Hare & Chase v. Volansky, 127 Misc. 26, 215 N. Y. Supp. 168 (1926).

④ Federal Commercial & Savings Bank v. International Clay Machinery Co., 230 Mich. 33, 203 N. W. 166 (1925); Racine-Sattley Co. v. Meinen, 79 Neb. 33, 114 N. W. 602 (1907).

⑤ Contrator's Equipment Co. v. Reasner, 242 Mich. 589, 219 N. W. 713 (1928); Finance Corp. of America v. McGhee, 142 S. C. 380, 140 S. E. 691 (1927). 然而,按照普通法执行规则,附条件买受人的出租人在执行时享有优先权,可以对抗附条件出卖人,因为附条件出卖人并不比建立在承租人地基之上的其他货物的绝对所有权人享有更强的法律地位。

项下利益的利益^①，在附条件买受人没有违约的情况下，附条件出卖人的债权人是不能强行剥夺买受人对货物的占有的。^②在同一基础上，一个无偿债能力的受让人，或一个无偿债能力的附条件买受人的承受人，为了他们债权人的利益，可以取得受附条件出卖人利益限制的货物。^③对于处于破产状态的附条件买受人的受托人也是一样^④，除非他在实际案件中的地位受到了记录法的影响。^⑤

五、备案或记录法^{* 1}

记录法(Filing or Recording Acts)在附条件买卖中的效力在很大程度上类似于为人们所熟知的动产按揭案件记录法的效力。关于动产按揭记录的规定一般包含以下两个主要特征。一是，这些规定是为那些需要查阅动产按揭情况的公共机构而制定的，他们可以检查记录情况并公示这些事实。二是，除非按揭已经正确记录，否则按揭对于未被告知而与按揭人有生意往来的各种当事人是无效的。这样，常见的规定为，除非进行了记录，动产按揭对于善意购买作为按揭标的货物的当事人是无效的。未记录动产按揭不能对抗诸如判定胜诉的债权人或者扣押债权人(judgment or attaching creditors)等特定类别债权人的类似规定也是很普遍的。这些规定的法律效果，授予了动产按揭人以切断未记录按揭权人(按揭人)利益的权力，一项通过将按揭物卖给善意买受人来行使的权力，足以改变普通法上“买者当心”(caveat emptor)的规则。一项类似的权力被授予按揭人的债权人，该权力的行使通常可以通过获得留置权来进行。这样记录法就给予了与按揭人进行交易并占有按揭物的当事人以更大限度的保护，用来对抗以未记录的动产按揭方式存在的隐秘的留置权。同时，记录法通过规定按揭权人将其按揭记录于指定的公共机构，以便所有利益关系各方当事人都可公开查阅，这样记录服务可以给各方当事人以有益的提示，从而使动产按揭信用的重要领域免受严重破坏。

① Escobar v. Rogers.

② Bickerstaf v. Doub, 19 Cal. 109 (1861).

③ Praeger v. Emerson-Brantingham Implement Co., 122 Md. 303, 89 Atl. 501 (1914); Gresham Mfg. Co. v. Carthage Bugy Co., 152 N. C. 633, 68 S. E. 175 (1910).

④ Bailey v. Baker Ice Machine Co..

⑤ Cashman v. Lewis, 26 Ariz. 95, 222 Pac. 411 (1924); Brown v. Christian, 97 N. J. L. 56, 117 Atl. 294 (1922).

* 此处译者将 Recording Acts 翻译为记录法。虽然 recording 和 registration 一样都可以译为“登记”，但二者的含义并不相同。“registration”对被登记的权利有最终的确定力，如托伦斯登记制和德国的不动产登记制度，而“recording”对被登记的不动产权利只有初步的证明作用，并不对权利的归属做出最终的确立，这是美国大多州所采用的制度，故应将“recording”译为“记录”，以与作为“Registration Act”的登记法相区别。关于记录法的一般理论及其操作，请参见 Joyce Palomar：《美国作为不动产权利证明的公共记录制度》，李昊译，载蔡耀忠主编：《中国房地产法研究》，第2卷，北京：法律出版社，2003。——译者注

在以附条件买卖方式进行的交易中,与占有标的物的附条件买受人进行交易的各方当事人感到最头疼的问题是,附条件出卖人对标的物保留的利益是隐蔽的、不公开的,这与人们所熟悉的动产按揭的问题很相似。正如前面所提到的,与附条件买受人进行交易的当事人,无论是附条件买卖标的物的购买者,还是以货物信用为基础进行预付费用的债权人,按照普通法的一般规则只能获得附条件买受人享有的受到限制的利益。为了使与附条件买受人进行交易的当事人免于这种对附条件出卖人保有的担保利益不知情的困境,人们有时对附条件买卖进行大胆的解释,认为它们在实质上是动产按揭,故在后果上可以适用动产按揭的规定。^①另一方面,一些州主张那种含有为附条件出卖人的利益而设立的隐秘留置权的附条件买卖,是一种积极诈欺,对未被告知的当事人是无效的。^②显然,这种观点极大地损害了附条件买卖的信用范围,实际上在那些州这种信用是可以延伸到从附条件买受人那里购买货物的人身上的。^③目前在绝大多数州中,对为附条件出卖人利益而设立的隐秘留置权问题的处理,类推适用动产按揭记录法要求的做法,即要求附条件买卖合同进行备案或者记录。^④既然现在大多数州实行的附条件买卖记录法都非常详细,那么在相关的实际案件中应仔细审查当地法规。这些州的大多数都给予附条件买受人一项权力,在与善意购买人交易时,可以切断附条件出卖人在未记录的附条件买卖中的利益。^⑤他们也或多或少地给予附条件买受人的债权人以一定权力,他们凭借对标的货物的扣押或是在未记录附条件买卖被告知之前获得的裁判留置权,可以优先于附条件出卖人。^⑥根据1910年的《国家破产法》修正案(the amendment of 1910 to the National Bankruptcy Act)的操作规则,处于破产中的附条件买受人的受托人依据附条件买卖记录法获得享有留置权的债权人的身份,以此可对抗附条件买卖合同中未记录的出卖人。^⑦一个接受已经破产了的附条件买受人赠与的衡平法上的普通受赠人,无权企求破产法保护他的利益,只能处于与附条件买受人之继承人相当的地位,而且他的利益要受制于附条件出卖人的利益,

① Hudson Co. v. Apartment Investment Corp., 244 Mich. 592, 221 N. W. 630 (1928).

② Turnbull v. Cole, 70 Colo. 364, 201 Pac. 887 (1921).

③ 参见 Bogert 教授发表在《伊利诺伊大学法律评论》1926 年卷第 708 页的文章的注释 20。

④ Williston:《买卖》,1924 年第 2 版,第 327 节。

⑤ Holley v. Haile motor Co., 188 App. Div. 798, 177 N. Y. Supp. 429 (1919); Anchor Concrete Machinery Co. v. Pennsylvania Brick & Tile Co., 292 Pa. 86, 140 Atl. 766 (1928)。另一方面,已经转让其利益的附条件出卖人,当重新占有时,也不能进行一项有效的财产买卖,因为这将切断最初受让人的利益。参见 State Bank of Black Diamond v. Johnson, 104 Wash. 550, 177 Pac. 340 (1918)。

⑥ Cashman v. Lewis, 26 Ariz. 95, 222 Pac. 411 (1924); Brown v. Christian, 97 N. J. L. 56, 117 Atl. 294 (1922)。

⑦ In re Branbury Co., 8 F. (2d) 496 E. D. N. Y. 1925; cf. in re. Gelatt & Son, 24 F. (2d) 215 (M. D. Pa. 1928)。

即使这个附条件买卖的合同是未记录的也是一样。^① 附条件买受人的一般债权人依据附条件买卖记录法通常不能获得对抗未记录合同的附条件出卖人的优先权。^② 尽管附条件买卖合同不是交易之时就立刻记录,但附条件出卖人仍可以在善意购买者或享有留置权的债权人介入之前的任何时间,通过按要求进行的记录来保护自己的利益。^③ 购买人一旦从附条件买受人处了解了附条件买卖的事实,即使该附条件买卖合同尚未记录,他也不能依据通常的附条件买卖记录法获得对抗附条件出卖人的优先权。^④ 这同样适用于知情的扣押债权人或执行债权人^⑤ 附条件买受人的受托人在对附条件买卖知情之始,也同样适用该规则。^⑥

六、为了转售而进行的附条件买卖——表见授权

附条件买卖交易通常不仅是那些在交货时没有足够资金付清款项的最终使用者(消费者)所采用的融资交易手段,也是在交货时没有足够资金对批发商或制造商付款的零售商们经常采用的融资交易手段。在另外一些附条件买卖中,这种合同的条款只约束交易双方自己。^⑦ 但在这种案件中有一点是清楚的,即在零售商按普通交易程序同一个善意购买人交易时,货物的完全所有权转移给购买人,附条件出卖人初始的担保权益则被排除在外。在这些案例中,无论存在着外观授权还是事实授权,附条件出卖人都要受到代理的一般规则的约束。^⑧ 我们进一步注意到,附条件买卖记录法通常对这一问题没有影响。在最初的附条件出卖人和以正常交易过程从零售商那里购买的善意购买人之间,零售商对再出售进行的事实上或外观上的授权,都会给购买人以明确的保护,即使附条件买卖合同已记录,仍可对抗最初附条件的出卖人。^⑨ 但如果零售商的

① Quinn v. Bancroft-Jones Corporation, 18 F. (2d) 727 (C. C. A. 2d, 1927); Delaware Trust Co. v. Elder, 12 Del. Ch. 263, 112 Atl. 370 (1920); Koerner v. U. S. Waxed & Coated Paper Co., 33 F. (2d) 773 9M. D. N. C. 1929.

② Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales), 1924年,第59节。

③ Bailey v. Baker Ice Machine Co. .

④ 参见 Estrich Estrich:《分期付款买卖》,1926年,第199节,注释10;另参见 Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales), 1924年,第80页。

⑤ Biederman v. Anderson Lumber Co., 46 S. D. 366, 193 N. W. 58 (1923).

⑥ In re Golden Cruller & Doughnut Co., Inc., 6 F. (2d) 1015 (D. N. J. 1925).

⑦ Bogert:《附条件买卖之评论》(Commentaries on Conditional Sales), 1924年,第79节。

⑧ Kearby v. Western State Security Co., 31 Ariz. 104, 250 Pac. 766 (1926); Spooner v. Cummings, 151 Mass. 313, 23 N. E. 839 (1890); Finance Corporation v. Jones, 97 N. J. L. 106, 116 Atl. 277 (1922), aff'd, 98 N. J. L. 165, 119 Atl. 171 (1922); Clark v. Flynn, 120 Misc. 474, 199 N. Y. Supp. 583 (1923).

⑨ Kearby v. Western States Security Co.; Finance Corporation v. Jones, 均参见 Bogert:《统一附条件买卖法》第9条。

再出售不是按照商业交易的一般程序,则最初附条件出卖人的利益就会不受影响地保留,即使购买人不知情,也可对其强制执行。在正常交易程序中的授权表象并不能证成以非正常程序进行的交易也具有可信性。^①

在初始附条件出卖人和零售商的债权人之间存在利益冲突,二者之间除非零售商的债权人处于记录法的保护之下,否则通常是附条件出卖人优先于零售商的债权人。零售商的债权人只能承继其债务人的权利。^②这种事实上或外观的转售授权,并不能使零售商的债权人以其他方法不适当方法从初始附条件出卖人那里取得的利益得以合法化。^③确实有一些案例表明以其他方式为合法化提供了宽泛的基础,即初始附条件出卖人允许零售商为了出售的目的将货物置于仓库,就帮助零售商获得了虚假信用,促成产生其对货物享有所有权的表象。^④这些案例看起来都颇具争议。但这种推断使人信服之处在于,在事实的基础上运用表见或外观的转售授权理论,来证成对从零售商处购买货物之人加以保护的合理性。这比起抛开记录法,而以求助于所有权表象理论为信用基础来判断对零售商的债权人的保护,更加有说服力一些。众所周知,在商业社会中货物往往被送往作为代理人或授权销售商的零售商进行销售,或以某种特殊的约定,不需要零售商自己负责购进货物,他以外观的销售授权对货物的占有即是所有权的很有效的表现,对这种所有权的信任足以作为令人满意的基点来扩展其信用的范围。

就表见或外观授权学说的正确适用,除了对零售商再销售的附条件买卖案件中会有麻烦问题外,与附条件买卖交易相关的案件中还会产生其他的麻烦。主流观点明确地认为,仅仅凭附条件出卖人向附条件买受人进行的占有交付,即使按照记录法操作,也并不能给予附条件买受人以去除出卖人利益的外观授权。^⑤于是,附条件买受人交付货物给二手货物商贩,而附条件出卖人对此毫不知情,那么对这个二手商贩就没有外观授权,他再将货物出售给购买者时,就无权切断附条件出卖人的利益。^⑥同理,如果附条件出卖人已转让了他的利益,后又重新占有货物,在受让人不知情或未同意的情况下,他再次出售的行为不具有切断受让人利益的外观授权。^⑦另一方面,如果这个受让人授权或允许了附

① Andre v. murray, 179 Ind. 576, 101 N. E. 81 (1913); Burbank v. Crooker, 73 Mass. 158 (1856).

② Thorne v. Webster, 193 Wis. 97 213 N. W. 646 (1927).

③ Mishawaka Woolen Mfg. Co. v. Stanton, 188 Mich. 237, 154 N. W. 48 (1915).

④ Mitchel Wagen Co. v. Poole, 235 Fed. 817 (C. C. A. 6th, 1916).

⑤ Sherer-Gillett Co. v. long, 318 111. 432, 149 N. E. 225 (1925).

⑥ Rudolph v. Farmer's Supply Co., 131 Va. 305, 108 S. E. 638 (1921).

⑦ State Bank of Black Diamond v. Johnson. Cf. Gump Investment Co. v. Jackson, 142 Va. 190, 128 S. E. 506 (1925); Halliwell v. Trans-States Finance Corp., 98 N. J. L. 133, 118 Atl. 837 (1922).

条件出卖人的重新占有,那么就确定存在一个再销售的外观授权,可以保护后继的善意购买人,即使再销售侵害了原始出卖人的受让人所持有的担保利益。^①至少有一个案例已适用外观授权理论来保护从附条件出卖人的善意购买人,该案例中的附条件出卖人允许附条件买受人违约后一段较长时间里还继续占有货物。^②这就清楚表明表见授权通过“附条件出卖人在动产主人名字标牌上附上买受人的名字”这样的外观上即可判定。^③和其他领域一样,在附条件买卖中外观授权的界限不是用法律条款就可以进行精确界说的,更多地依赖于案件中所出现的事实是如何被那些熟知他们实际细节的人们根据日常业务进行理解和解释的。^④

① Truck, Tractor & Forwarding Co. v. Baker, 281 Pa. 145, 126 Atl. 239 (1924).

② Dayton Scale Co. v. General Market House Co., 248 111. App. 279 (1920).

③ Anchor Concrete Machinery Co. v. Pennsylvania Brick & Tile Co. .

④ Hare & Chase v. Volansky, 127 Misc. 26, 215 N. Y. Supp. 168 (1926), A. L. R. 85.



国际私法的现代课题^{* 1}

[日]笠原俊宏 著 李 旺 译

一、国际私法变革的背景

过去曾有过被称为传统国际私法的危机的时代。这个时代主要是受到美国国际私法所采用的灵活方法的影响,对于包括日本国际私法在内的大陆法系国际私法所持有的传统构造是否还能够得到保持,人们持有怀疑态度,从而开始探索新的道路。将涉外私法关系分成不同类型的法律关系,以适用与其有最密切联系地的法律作为国际私法之使命,一味地来探求其规则时,接触到美国国际私法这样一个异类,发现自己的努力成果只能是甘于形式化的法律机械适用的构造,与国际私法的本来目的相背离。

美国国际私法并非事先制定明确的准据法选择规则,而是在解决具体的个案当中,在寻找各种各样的关联要素的同时,在考虑所适用的实体法的法目的的基础之上,明确什么样的解决对案件更适合,换句话说是在考虑是否能够确保问题解决的具体妥当性。所以,对所存在的问题属于哪一个冲突规范的事项范围而进行的识别并非重要或不可或缺,另外,还将外国法纳入内国实体法的框架内来具体考虑。大陆法系国际私法不可能完全采取这样的观点,但是在确保问题解决的法的稳定性以及当事人对判决结果的预测可能性的同时,也注意到美国国际私法当中所出现的灵活解决方法,在传统的构造当中来尽可能地促进其改革的动向,今天仍然没有衰退。关于这些动向下面将做进一步的具体论述。

二、法律选择规则的变化

近代国际私法形成的时代是被称为世界协调的时代。各国的法律是对等的,关于适用哪个国家法律的规则必须是体现国际主义的双边冲突规范,其内

* 此文为笠原俊宏教授2002年出版的《国际家族法精要》(新订版,高文堂出版社)中的第17讲,本文简明扼要,对于理解国际私法的构造具有参考价值。

容要求简单明了。例如,指定部分(范围)采取宽泛的概念而包括各种事项,连接部分采取单一明确的连结点。从法院地的立场来看,以违反公序良俗排除外国法的适用是各国所采取的惟一的国际主义的例外。除此之外准据法的选择只是以与有最密切联系的国家的法的连结为理念,各国实体法制度当中所具有的各种各样的法目的以及指导理念,对于只起到间接的判决标准作用的国际私法来讲是没有用的。

但是,今天围绕国际私法的情况发生了变化。在多样化的进程中,在国际私法的层面上要求进行特定的价值判断的倾向已经非常明显。以国际私法的发展为背景,以国际私法的经验积累为基础,国际私法的发展越来越要求有更加周密的法律结构。

法律选择规则的指定部分及连结部分都发生了变化。首先关于指定部分,过去作为单一的法律关系所归纳的法律问题被进一步细分,这是因为意识到在一个上位概念之下适用同一个准据法是不可能的,出现了整体准据法的解体的必要性。此时什么样的法律问题作为独立的法律关系被分划出来成为今后的课题。其次作为对固定、僵化的连结方法的反思,逐渐将单一的连结为媒介的,以前的一元连接形态逐渐变成阶段性连结、当事人选择性连结、法院选择性连结等多元连结。在这当中特别是选择性连结方法,作为保护哪一方当事人的利益或者说确保哪种法律关系的成立的实体法内容的适用,以及其法目的的实现是最容易的。另一方面使准据法的适用复杂化的重叠性适用、分配性适用的利用出现了减少的倾向。在今后促进连结的多元化过程中,什么样的法律问题依照什么样的连结方法更合适或者说连结点应该如何进行组合,如何重视连结点的集中成为尚未解决的问题。特别是关于属人法主义中的本国法和经常居住地法之间的优先关系,与经常居住地法的本来的补充作用以及作为属人法的地位问题相关联尚需要探讨。

将适用最密切联系国家法这一传统国际私法的理念作为一般条款时,如果希望问题得到灵活的解决的话,在实际的应用上我们也可以推测会发生许多困难问题。现在用最密切联系理论以图说明国际私法的目的已经是不可能了。从将能够确保问题解决的具体妥当性的法的选择作为国际私法的使命的立场出发,对一般条款的制定也需要转换思想。

仅从实现内国实体法的法目的来看,最近出现了通过制定单边冲突规范以期达到该目的的立法。这是私法的公法化这一现象或者是由于公法的属地性所导致的特定国家法的适用。但是,这种立场并非以前特定时期所出现的国家主义的适用内国法立场,而是为了实现对当事人更好的法的适用。

三、连结政策的变化

法律选择规则出现的变化反映了连结政策的变化。连结政策发生了什么样的变化,从前面的论述当中已经有所明了,但是在此稍作补充。

一般地来说,到底是以国家主义为基础还是以国际主义为基础,这也就决定了连结政策。以前在国家主义高昂的时代,人们普遍接受内国法优先的思想,法院地法主义也是如此。这除简单地认为本国法的适用方便以外,仍然有保护内国利益的考虑。例如采取内国交易保护主义,以反致条款、公序条款为依据适用内国法都是如此。但是,今天除了内国交易的安全以外,还要求保护国际交易安全。另外,最近也普遍认为反致和公序条款的使用应该考虑到当事人利益的保护。

从国际主义的立场出发要求达到判决的国际调和,这在以前作为连结政策的重要内容之一受到人们的欢迎。但是,今天已经有所褪色。相同的法律问题无论在哪个国家起诉都应该适用相同的法律,得到相同的结论,这在今天仍然是我们所追求的不可动摇的理念。但是,实际上不得不说这是极其困难的,这是因为要求有相同的解决,必须要求各国有相同的国际私法规则,并且在这些规则的解释和适用上也必须一致。以海牙国际私法条约为中心的统统一国际私法的努力已经渐渐地取得了一定的成果,但是是否以判决的国际调和为最重要的理念尚值得怀疑。

从内国法适用的利益出发,考察与案件有某种关联的国家的利益的话,各种各样的法律问题与发生该事实关系的社会有着密切的联系,不能够无视利害关系人的利益和相关国家的公益。这被看作是属地法主义得到了支持。但是从属人法主义来看,从其决定的标准的国籍、住所、经常居住地当中的任何一项来看,关于身份关系或者是财产关系都要求保护连结点所归属的国家的法的规制利益。随着连结的多样化,作为政策问题尚值得探讨。

以上的连结政策都是考虑到一定相关国家的秩序利益而进行的,今天更广泛、更积极地考虑当事人的利益已经成为一个明显的发展方向。确实,将属人法作为与当事人有最密切联系的国家的法来处理身份及能力问题、在法律的选择上承认当事人自治不可否定地可以确保当事人的期待和预测可能性。但是当当事人是二人以上时,如何来调整当事人的利益并不容易,另外适用与当事人有最密切联系的国家法是否就意味着实质上可以得到对当事人有利的结果呢?可以说有时并非如此。这样的问题成为保护当事人利益所必要的,是要考虑所适用的法律内容和法目的从而来决定准据法,这就意味着连结政策从这之

前的事物的表面发展到了事物的本质。

四、利益衡量

近代国际私法对各国的近代法律制度给予充分的信赖,适用任何一个国家的法律都不会产生不合适的情况。万一出现这种情况也可以使用公共秩序保留条款来加以补充和修改。在这样的时代,法律选择规则没有必要考虑哪个利益应该得到优先保护,只要专心探求各个法律问题与哪个国家有最密切的联系就可以了。在此如果要考虑某种利益的话,可以说是更好地实现国际主义理想,从而促使判决的国际调和、保障解决问题的法的稳定性。但是,国际私法中的法的稳定性意味着冲突规范的机械的解释和适用时,发生了价值转换,法的稳定性被转换成追求具体案件的妥当性,从利益保护的角度出发转换成保护当事人利益。

关于当事人的利益,如果两个以上的当事人的利益冲突非常明显,应该优待哪一方当事人呢?这样的价值判断的结果无论是好还是坏都可以非常明确地反映到冲突规范上。例如,关于父母子女之间的法律关系,为了保护子女适用子女的属人法;关于监护,为了保护被监护人的利益适用被监护人的属人法;关于扶养,为了保护扶养权利人的利益适用扶养权利人的属人法等。另外,为此在进行法律关系的性质决定以及确定连结点概念时,应该进行一定的操作,并积极地使用反致条款及公共秩序保留条款。这样的利益衡量也有两种不同的方法。即第一,作为应该适用于各个具体案件的法,有最强有力的正当利益的是哪个法;第二,同样作为适用于各个具体案件的法,实质上最好的是哪个法。前者是在冲突法的层面上所进行的利益衡量,后者是在实体法的层面上所进行的利益衡量。结果,利益衡量或者是政策考虑从重视秩序利益转换成重视当事人的利益,另外关于当事人的利益,从形式的利益保护转换成实质的利益保护。这对于平成元年所修改的《法例》也可以这么说。这些价值判断的标准只停留在一般的理念上,所以尚未得到法律的确信,因此在采用时是应该持慎重态度呢,还是根据具体的案件从更宽的视野来积极地确保问题解决的结果妥当性,现在尚不明确。

五、国际私法的实体化

国际私法中的利益衡量所指的利益是国际私法的利益,与实体法的利益不同。所以男女平等在国际私法上只要准据法的选定方法并非对双方当事人不

平等,原先以为就没有问题了。但是因此而不满足的观念有所抬头,并渐渐地席卷了各国的立法和学说。这种观点认为对于所要处理的问题最终应该如何解决,国际私法也应该给予关心。即被称为国际私法的实体化现象就是如此。这是想将实体法利益导入国际私法。所以,与在冲突规范中指明解决问题的方向但最终并不涉及到解决问题的实体内容的传统国际私法有很大不同。从这种意义上来说采取表现为实体法利益的冲突规范对国际私法来讲具有化时代的变革的意义。

那么,实体法利益导入传统国际私法应用什么样的形式来实现呢?其出发点是放弃传统国际私法上所经常使用的单一连结点。这就是说,就一定的法律关系常常是使用相同的连结,在此适用哪一个法能够得到更希望得到的结果,这样的考虑本来是不可能的。为此以前,在法律关系的性质决定上进行一定的操作,在连结点的确定问题上通过弹性的操作来加以处理。对此如果采取多元的连结,从几个法当中来选定可以得到的满意结果的法为准据法的可能性就出现了。这样的多元连结的连结方法可以有以下三种。

首先是阶段性连结。这本是用原则性规定的辅助规定所构成的冲突规范。即首先根据原则性规定来确定准据法,这样的准据法得不到时再根据辅助规定来选择准据法。日本国际私法中就具有这样的例子,如《法例》第14条、第15条、第16条以及第21条,《关于扶养义务准据法的法律》第2条就采取了这样的连结方法。

其次是当事人的选择。这就是从几个法当中选择任何一个法作为准据法的形态。从规定的语词上来讲,它并不要求必须适用某一个法,所以当事人在进行法律行为或身份行为时在一定的范围的法当中根据当事人的意识可以自由地来选定准据法。另外在法官判断具体问题时也必须根据当事人选择的法律。《法例》中也有此例,关于夫妻财产关系承认当事人指定准据法的第15条第1款但书就是如此。

最后是选择性连结。这就是指在一定范围的法律当中选择适用某一个法律,在这一点上与前面的当事人的选择有些类似,但是关于应该适用哪一个法律,已经在法律规则上确定了特定的法的适用,在这一点上是不同的。特定的法是指能够确保当事人的实体利益的法律,日本国际私法当中也有这种规范,如为了适用能够尽量保护婚生子女的《法例》第17条、照顾到准正保护的第19条、关于法律行为方式的第8条第2款、关于婚姻方式的第13条第3款、关于身份行为方式的第22条但书、《关于遗嘱方式的准据法的法律》的第2条及第3条采用的都是选择性连结。

附 录

本文中所涉及的日本《法例》中的相关条文：

第八条(法律行为的方式)

(一) 法律行为的方式,依该行为效力所适用的法律。

(二) 不拘前款规定,依行为地法的方式亦为有效。但是,关于设定或处分物权及其他应登记权利的法律行为,不在此限。

第十三条(婚姻成立的要件)

(一) 婚姻成立的要件,就各当事人,依其本国法。

(二) 婚姻方式,依婚姻举行地法律。

(三) 不拘前款的规定,依当事人一方的本国法的方式亦为有效。但是在日本举行的婚姻,当事人一方为日本人的不在此限。

第十四条(婚姻的效力)

婚姻的效力,夫妻的本国法相同时,依该法律;无其法律时,而夫妻经常居所地法律相同时,依该法律;无前述任何一种法律时,依与夫妻有最密切关系的地的法律。

第十五条(夫妻财产关系、内国交易的保护)

(一) 夫妻财产关系准用前条的规定。但是,夫妻以其署名的且有确定日期的书面订定应依下列任一法律时,夫妻财产关系依其所定法律：

1. 夫妻一方国籍国的法律；
2. 夫妻一方经常居所地法律；
3. 关于不动产的夫妻财产关系,不动产所在地法律。

(二) 依外国法的夫妻财产关系,关于在日本所为法律行为及在日本财产,不得对抗善意第三人。于此情形,不得依其夫妻财产关系时,关于其与第三人的关系,夫妻财产关系依日本法律。

(三) 依外国法所订的夫妻财产契约,在日本进行了登记时,不拘前款规定,可以对抗第三人。

第十六条(离婚)

离婚准用第十四条的规定。但夫妻一方为在日本有经常居所的日本人时,离婚依日本法律。

第十七条(婚生关系的成立)

(一) 依夫妻一方的本国的且为子女出生当时的法律,子女为婚

生子女时,该子女为婚生子女。

(二) 夫于子女出生前死亡时,其死亡当时的本国法视为前款的本国法。

第十九条(准正)

(一) 子女于准正要件事实完成时的父亲、母亲或子女的本国法,准正成立时,取得婚生子女身份。

(二) 前款所载者于准正要件事实完成前死亡时,将其死亡时的本国法视为前款规定的本国法。

第二十一条(父母子女间的法律关系)

父母子女之间的法律关系,子女的本国法与父亲或母亲的本国法相同时,父母一方不在而与他方本国法相同时,依子女的本国法。其他情形,依子女经常居所地法。

第二十二条(身份法律行为的方式)

关于第十四条至前条所载亲属关系的法律行为的方式,依其行为成立所适用的法律,但不妨碍适用行为地法律。



改判带来的思考

王晨光

王晨光 法学博士(北京大学),清华大学法学院教授、院长。

在司法实践中,对原审判决进行改判的报道往往能够引起各方面的关注,进而引起各种不同的反应和思考。

就案件当事人而言,不论是对一审案件还是对已经生效的判决的改判,特别是那些大起大落式的改判,都会给他们带来切身利益的急剧变化,甚至给他们的命运带来戏剧性的改变。改判之时,有人欣喜若狂,扬眉吐气;有人瞠目结舌,垂头丧气;也有人怒不可遏,暴跳如雷。判决结果与当事人利益攸关,情绪上的跌宕起伏也就不足为怪了。胜诉者大悲而后大喜,高兴之余仍要讨伐为什么会有当初,败诉者大喜而后大悲,更要指责有黑幕之类。当事人的反应和情绪还会影响他人,于是乎法院便难于达到“使人民满意”。

就其他政府机关和公众而言,改判就意味着司法机关的工作有问题,就意味着发生了“错案”,因而就需要对其进行监督整顿,甚至指名道姓地要处理有关法官。

就司法机关自身而言,无法令当事人“满意”就是“罪过”,因而一旦发生改判,当事人紧张,领导责怪,同事侧目,人人自危。这就难怪各级法院都把改判视为大敌,要努力降低甚至消灭改判率,对判决被改判的法官给予各种经济上的制裁和行政上的处理。

一旦被改判,罪莫大矣。这一思维定式实际上有两个默认的前提,一个是改判就一定有“错案”,另一个是改判必须杜绝。不能说这两个前提都是莫须有的帽子,但是简单地接受这一思维逻辑并据此设计我们的诉讼制度则具有更大的危害。

如果审判案件都能一锤定音,何必还要设立二审或再审程序呢?世界各国都设立了各种上诉程序以及申诉程序,这些程序的一个重要功能(除了保证国家司法统一、实现公正、为当事人提供充分的程序保障等功能外)就是对原审的

程序和判决进行审查,对其不足之处进行弥补、修正或改判。从这一意义上讲,改判是上诉程序中应当包括的正当程序设计,是诉讼制度中的有机组成部分。也就是说,上诉和再审制度本身就已然承认并许可法官可以作出不同判决,即便是其中有所失误或偏差,也是在司法制度应当允许的范围内。几乎每一个国家对此都予以认同。

事实上,审判活动也很难做到所有案件都一锤定音。这种现象是由以下四个因素造成的。

1. 判决必须以事实为根据,而诉讼所谈论的事实是认识论上的事实,而非本体论上的事实

前者是通过人的感官和思维活动认识到的事实,后者则是不以人的意志为转移的客观事实。由于认识论上的事实是经过人为加工的事实,因此可能与客观事实不完全吻合。认识论上的事实在诉讼中表现为证据,用以证明过去发生或存在的客观事实。“证据是诉讼之王”,这一法谚清楚地表明了这种认识论上的事实在诉讼中的决定作用。由于认识手段和能力的差别,由于法律程序和时效等方面的规定,证据可能不完全具有或缺乏证明力,因而导致事实认定上的偏差。

2. 法律规范的适用必须经过一个从抽象到现实,从一般到具体,从应然到实然的运行过程

在这一过程中,法律执业者特别是法官的能动作用极为重要。人们会因为对规范理解上的偏误而导致法律适用的失当,或是因为对案件中的其他社会因素认识不足而导致对案件整体把握不准。尽管我们都希望每一个法官都是“青天”式的圣贤或德墨克利特式的超人,但现实社会中的法官仍然是肉眼凡胎的世俗同胞,难免不产生对法律理解的出入和适用的不同。

3. 诉讼活动绝对不是自动售货机的机械运行,而是一个博弈的过程

对抗制的诉讼模式是发现事实和正义的最可靠的办法。约翰·密尔说:真理就(像)是摆在一架天平上,要靠两组互相冲突的利益的较量(来确定)。由于法律程序和时效的限制,由于当事人和其他诉讼参加人的作用,由于其他社会因素的影响,诉讼过程充满了变数。比如应当阐明的观点没有详细阐明,应当提交并重点论证的证据没有得到充分的展示,以及具体社会环境的变化等,都可能使特定的判决与上级法院法官甚至是社会舆论的认识不同。因为诉讼双方的对抗有时并不能平等地展开,而在一时不平等的对抗基础上作出的判决就有可能带有偏差。在程序上设立上诉和再审程序的原因之一就是允许在上诉和再审的法律框架内的再次进行较量,以弥补可能出现的不平等对抗的缺陷。

4. 就法律自身体系而言,任何法律制度都不可能是一个完美无缺的封闭体系,而只能是一个不完全或开放的体系。

随着社会和时代的变化,法律本身需要发展,法律内在的精神和内在理性需要不断发掘。诉讼的过程(尤其是疑难案件的审理过程)也是法律发展的过程,即法律规范从静止状态向运动发展状态的转化。这种转化是法律自身完善发展的过程,是其生命的展现和延续。这就进一步为判决带来了变数。法律本身并非一成不变的僵死之物,它在个案中的运行也就不可能只有一个“绝对正确的答案”。由于上述原因,通过上诉和再审程序对原判决作出改判是任何司法程序都必须具备的正当程序。

改判发生了是否就一定意味着出现了“错案”呢?“错案”一说本身就不准确。它是在特定的政治环境中出现的政治术语,不适合被简单地搬入法律领域。如果我们承认上面所讲的四方面原因造成的不确定性和认识上的不同,我们用什么标准来衡量案件的对错呢?如果承认案件不可能有一个惟一正确的答案,我们又怎能确凿地判断错案与对案呢?当然如果在被改判的案件中,有关法官和司法人员确有违反法律规定徇私枉法、收受贿赂等情况,则构成了犯罪或其他违法行为,应被称为违法审判案件而非简单的“错案”。如果是违反了法官职业道德规范,比如开庭前单独会见一方当事人或律师等行为,则构成了违反职业道德规范的行为,也不宜笼统地称其为“错案”。但是这两种行为与我们上面所说的因为诉讼中和法律上的不确定性而造成的不同认识和判决有本质的不同,即后者没有违反法律规定和法官职业道德规范的现象存在。因此,最高法院在正式文件中只采用“违法审判”的提法,而没有采用“错案”的提法。

既然改判前的案件不宜被简单地称为“错案”,作出原判决法官和有关人员是否还应当承担一定的责任呢?笼统地赞同或否定似乎都不能圆满地解决这一问题。如果改判涉及的法官有违法行为,显然应当追究其相应的包括刑事责任在内的法律责任;如果涉及的法官有违反职业道德规范的行为,显然应当追究其相应的行政责任。对这两类行为应当坚决地依法进行打击或纠正。但是,如果有关的法官没有上述两种行为,而仅仅是由于其认识不同或因诉讼中的不确定性而形成了被改判的判决,则不应当对其进行任何形式的责任追究。这种不同的认识和不同的判决是诉讼制度所认可的、属于自由裁量权范围内的正常审判活动,与上述两种行为有本质的不同。如果一出现改判就想当然地认定有关法官有责任,就随即给予行政或经济上的处分,把法官的津贴或奖金直接与改判率挂钩,这种种做法势必会造成办案法官缩手缩脚、推卸审判责任或违反程序规定、事先寻求上级法院和法官意见的现象,势必造成削弱司法独立和冲击司法权威的后果。

保证司法独立和提高司法权威的要求与寻求司法公正和作出正确判决的要求是一致的,但在特殊情况下也会形成矛盾。既然诉讼中的不同意见和判决甚至判决中的瑕疵和偏差难于完全避免,既然上诉和再审程序包括了改判环节,只要法官没有违法或违反职业道德行为,为了确保司法独立和维护司法权威,就不能对原判决的法官给予任何形式的处罚,甚至在一定程度上也需要维护有不同意见的判决的法律地位。认可并容忍个案中的失误,这是实现司法独立和树立司法权威不得不付出的代价。不如此,就难以树立法律和司法的权威。这一点在我国法治发展的进程中尤为重要。公众特别是政府机构和领导人需要自觉地培育尊重司法独立和司法权威的意识。法国人托克维尔曾对美国的法律权威作过如下描述:“不管一项法律如何叫人恼火,美国的居民都容易服从,这不仅因为这项立法是大多数人的作品,而且因为这项立法也是本人的作品。他们把这项立法看成是一份契约,认为自己也是契约的参加者。”

虽然不能简单地把改判的案件称为“错案”,不能不分青红皂白就认定有关法官一定要承担行政和经济责任,但也不能走向另一个极端,把改判视为家常便饭。改判是正当程序的组成部分的说法不应成为判决可以出错的托词,也不应成为法官可以对一些将会上诉或提起再审的案件不求甚解或掉以轻心的借口,更不能放弃职责,把责任推给二审或再审。一项判决不仅仅对案件当事人产生影响,也会影响周围的其他人和一定范围的社会区域。一个判决就是一个活生生的法律公告,抽象的规范只有通过具体案件和事例才能在社会中真正形成法律秩序。因此,个案判决必然在一定程度上引起一定范围公众的关注。而改判也容易使当事人或公众对法律的确信性和权威性产生怀疑,因此必须严肃认真、一丝不苟地对待每一个案件的审理,努力减少改判。

虽然改判率不应成为衡量法官和法院工作好坏的标准,但过高的改判率毕竟也说明了某些问题的存在。如果一个法官判决的案件总有多数被改判,这个法官的业务素质肯定有问题。尽管不能在没有违法或违反职业道德规范的情况下随意对其进行处罚,但也要根据实际情况依据有关的业务考核办法或相应规定,对其进行培训甚至将其调离审判岗位。司法改革中法官队伍职业化的要求也需要我们对法官队伍进行培训和更新。



对我国著作权法关于专有出版权规定的 几点思考

王 兵 王金英

王兵 清华大学法学院教授、副院长；
王金英 清华大学法学院法学第二学位
学生。

2001年10月27日九届全国人大常委会第二十四次会议通过了《中华人民共和国著作权法修正案(草案)》。《修正案》作了10项重要修改,其中也包括关于专有出版权的修改。

此次修改后的《著作权法》第30条规定:“图书出版者对著作权人交付出版的作品,按照合同约定享有的专有出版权受法律保护,他人不得出版该作品。”旧《著作权法》第30条规定:“图书出版者对著作权人交付出版的作品,在合同约定期间享有专有出版权。合同约定图书出版者享有专有出版权的期限不得超过10年,合同期满可以续订。图书出版者在合同约定期间享有的专有出版权受法律保护,他人不得出版该作品。”

新旧著作权法有关专有出版权的差别在于专有出版权设立的方式不同。旧著作权法规定,只要著作权人将书稿交给出版社出版,签订图书出版合同,出版社就当然获得专有出版权,作者和出版社在出版合同中所能约定的只是少于10年的专有出版权的期限。这就是说,出版社的专有出版权是依法设立(又称法定设立),是一种依非法律行为设立的方式,因而是一种法定权利。而新著作权法没有规定出版社当然享有作品的专有出版权,而规定应由著作权人和出版社在合同中约定是否让出版者取得专有出版权。这就是说,出版社的专有出版权是依出版合同而设立,是一种依法律行为设立的方式,因而是一种约定权利。

出版社的专有出版权由法定设立改为约定设立,不仅是专有出版权设立方式的改变,而且反映了作为一种邻接权(广义的著作权)的专有出版权的自身的矛盾。

所谓专有出版权“是指图书出版者对著作权人交付出版的作品在合同约定

期间和约定地区以同种文字原版、修订版和缩编版的方式出版图书的专有权利”^①。所谓出版,是指复制和发行的结合。所以,所谓专有出版权,可以说成是指图书出版者对著作权人交付出版的作品在合同约定期间和约定地区以同种文字原版、修订版和缩编版的方式复制发行图书的专有权利。

我国新旧著作权法都将出版社视为作品的传播者,将专有出版权作为一种邻接权来保护。我国《著作权法实施条例》第36条规定:“著作权法和本实施条例所称与著作权有关权益,指出版者对其出版的图书和报刊享有的权利,表演者对其表演享有的权利,录音、录像制作者对其制作的录音、录像制品享有的权利,广播电台、电视台对其制作的广播、电视节目所享有的权利。”“邻接权实际上指的是作品传播者在传播作品时所享有的权利。因为它与著作权紧密相连故称为著作权的邻接权。”^②狭义的邻接权指作品的表演者对其表演、唱片录制者对其录制的唱片、广播、电视组织对其播放的广播、电视节目所依法享有的权利。广义的邻接权是指与著作权有关的权益。我国所采用的是广义的邻接权概念。

我国旧著作权法将专有出版权规定为邻接权,会碰到两大问题。

一是和其他邻接权保护的对象相比,出版社没有像其他传播者那样对原作品进行独创性的再创作,产生了新的独创性。出版社的版式设计虽有独创性,但它可以和作品分离而单独受著作权保护。出版的作品的独创性仅仅是作品的作者作出的。这就是说,专有出版权不具备邻接权的基本条件。正如有的学者所说,图书出版者享有的专有出版权不具有邻接权应具备的特征。把专有出版权作为邻接权的一种很值得讨论。^③

二是和被出版的作品的著作权比较,权利的名称和内容重叠。一件被出版的作品,在某一时间段既有著作权,又有专有出版权;著作权的内容有复制发行,专有出版权的内容就是复制发行。在这里,专有出版权就是作品的著作权。这就是说,对同一件被出版的作品,在某一时间段,我国著作权法规定了名称不同但内容重叠的两种民事权利。

更为糟糕的是,旧著作权法按法定设立的方式将这两种内容重叠的民事权利同时分别授予给作品的作者(著作权人)和出版作品的出版社。于是,在这里,作者对该作品享有的著作权和出版社对该作品享有的专有出版权产生了根本的冲突。从享有著作权的作者的角度看,出版权属于版权权利的一种,是由复制权和发行权两种权利组合而构成的一种使用作品的权利。在何时间、何种

① 刘文:《浅谈专有出版权及其侵权法律责任》,载《科技与出版》,1998(2)。

② 陈美章:《知识产权法教程》340页,北京,专利文献出版社,1993。

③ 参见刘春田:《知识产权法》80页,北京,中国人民大学出版社,2000。

地域范围、以何种方式将其授予何人,完全是版权人自己的事,任何人、任何机构以及法律本身均不应加以干涉。^① 作者对该作品享有的著作权的专有性决定,未经作者的授权,包括出版者在内的任何人不得使用包括复制发行该作品。从享有专有出版权的出版社的角度来看,“图书出版者在合同约定期间享有的专有出版权受法律保护,他人不得出版该作品——任何人要再版就是属于侵犯出版者权利的盗版行为,著作权人在合约期间内若擅自交付第三人出版,也属于侵权行为”^②。在这里,法定设立的出版者享有的专有出版权的专有性排斥了作者对其作品所享有的同样是法定设立的著作权。虽然旧的著作权法规定专有出版权的时间由作者和出版者来约定,但是这样的约定并不表明作者放弃了法定设立的由其享有的著作权。同样,出版者所享有的专有出版权,不是由与作者签订的出版合同来设定的,而是依法设定的。所以由合同约定专有出版权的期限并不能解决两个权利人同时对同一对象享有的内容重叠的权利时所发生的冲突。

于是专有出版权的规定就成了我国著作权法的一大特色。纵观世界各国的著作权立法,几乎没有第二个国家在法律中明文规定赋予图书出版者以专有出版权,而规定应在出版合同中约定图书出版者是否享有专有出版权。几个保护知识产权的国际公约,从保护著作权的《伯尔尼公约》和《世界版权公约》,到保护邻接权的《罗马公约》(全称为:《保护表演者、录音制品制作者和广播组织者的国际公约》)都没有提及专有出版权的法律保护。正如有的学者所看到的,专有出版权在我国是由法律明文规定的,而在许多国家都是由当事人来约定的,专有出版权是邻接权的一种,而其他多数国家和有关国际条约都没有这种规定。^③

让我们来简单地回顾一下版权法的发展历史,我们就会明白国际上的做法和我们不同的主要原因。15世纪末至16世纪中在欧洲,出现了由皇家给予印刷出版商印刷出版图书的特许权。后来在英国颁布专门的法律,授予出版商公司以印刷出版的特许,以及限制图书的自由印刷。^④这一时期,只有印刷出版商享有专有出版权。这种专有出版的特许权,属于公权力性质。

1709年,英国议会通过了世界上第一部版权法——《安娜法》。这部第一次承认作者权利的法律,使早期出版人本位的特许发展转变为著作权人本位的权利,成为基于著作的完成就产生的权利。“这部法律讲明了印刷出版商或书

① 郭明瑞、唐广良、房绍坤:《民商法原理(二)·物权法、知识产权法》560页,北京,中国人民大学出版社,1999。

② 石潇纯、颜小冬:《著作权法与编辑权益》,载《中国人民大学学报》,1998(2)。

③ 参见刘春田:《知识产权法》88页,北京,中国人民大学出版社,2000。

④ 参见郑成思:《版权法》8~11页,北京,中国人民大学出版社,1997。

商与作者各自应享有的不同专有权利:印刷出版者或书商将依法对他们印刷与发行的图书,享有翻印、出版、出售等专有权利;作者对已印刷的书在重印时享有专有权利;对创作完成但尚未印刷的作品,也享有同意或者禁止他人“印刷出版”的专有权利,亦即“版权”。^①近代的版权制度就是从这里开始的。可以说,《安娜法》中的这些基本概念和做法一直延续至今。《安娜法》中的印刷出版专有权利,就是最初版权的概念。版权制度经过后来的发展,版权的概念扩展很多。但复制发行(对应于印刷出版)仍然是版权内容的核心。我国著作权法中的专有出版权,与《安娜法》中的印刷出版专有权利概念相同,专有出版权的内容实质上就是《安娜法》中版权的内容,也是今天我国著作权法版权内容中的出版发行,是今日著作权内容中的基本和核心的内容。或者说专有出版权与著作权在内容上是重叠的,著作权包含了专有出版权。著作权制度发展到今天,著作权的概念在“版权”的概念上外延了许多,因此旧的“版权”概念(即专有出版权的概念)已被著作权所取代,不再有存在的必要了。

如果允许著作权和专有出版权同时存在,并且规定它们分别属于完全不同的权利主体,就会产生冲突。这就是说,法律已将作品著作权的全部权利给了其作者,同时又将著作权的复制发行权授予出版社,显然是相互矛盾的。原始版权的本质是保护出版复制者,那时是出版者本位;自《安娜法》以后,版权制度已把版权还给了作者本人。允许著作权和专有出版权同时存在,并将专有出版权给予出版者,是版权制度的一种倒退。

新著作权法对于专有出版权设立方式的改变(由法定设立改为约定设立,或者说由依非法律行为设立改为依法律行为设立,由法定权利改为约定权利)是否解决了上述矛盾和冲突呢?回答是:没有。

旧著作权法第30条规定:“图书出版者对著作权人交付出版的作品,在合同约定期间享有专有出版权。合同约定图书出版者享有专有出版权的期限不得超过10年,合同期满可以续订。图书出版者在合同约定期间享有的专有出版权受法律保护,他人不得出版该作品。”从中可以看出专有出版权是图书出版者的法定权利,即只要著作权人将作品交给某出版社出版并签订出版合同,该出版社就当然获得专有出版权。新著作权法第30条规定:“图书出版者对著作权人交付出版的作品,按照合同约定享有的专有出版权受法律保护,他人不得出版该作品。”修改后的法律规定应该在合同中明确约定是否赋予图书出版者以专有出版权。即作者有权最后决定是否赋予出版社专有出版权,是约定权利。在新著作权法中,仍然和旧著作权法一样,允许著作权和专有出版权同时

^① 参见郑成思:《版权法》,11~12页,北京,中国人民大学出版社,1997。

存在,仍将专有出版权看作是出版者的邻接权,仅是将专有出版权的设立改为在合同中约定。所以当作者在出版合同中同意出版社享有其作品的专有出版权时,作者是在行使对法律规定的应属于出版社的专有出版权的确认,而不是在将属于自己的著作权中的复制发行权转让或许可给出版社。在这里,法律不承认专有出版权是著作权的一项权利内容,规定专有出版权可以独立在著作权之外单独存在,并要享有作品著作权的作者,在合同中确认本属于自己但却分离的另一种所谓的权利,还要确认这种所谓的权利属于别人。所有这些,在法理上是讲不通的,也是违背常识的。可见,修改后的新著作权法并没有解决旧著作权法中存在的基本矛盾和冲突。

要从根本上解决我国著作权法中专有出版权问题上的矛盾和冲突,就应借鉴世界各国和有关国际条约的做法,即不将专有出版权看成是一种出版者的邻接权,而是看成是著作权的一项权利内容(复制发行权)。为了避免与旧有概念的混淆和保证与著作权概念的一致,可将专有出版权改为独占出版权,同时还存在非独占出版权。出版社独占出版权的设立,既不是通过法定设立(一种非依法律行为设立)的方式,也不是通过在合同中确认的约定设立方式(一种依法律行为设立),而是作品的著作权人将其著作权中的复制发行权在一定期限内转让给出版社,或者授予出版社在一定期限内的独占许可。无论是转让还是独占许可,著作权人和出版社都要订立合同。这也是一种约定设立方式(一种依法律行为设立)。这种概念和做法与著作权的法律制度是一致的。它承认复制发行权(或称出版权)是著作权的一项权利内容,该项权利和著作权的其他权利一样属于著作权人,而不是属于出版社。但是出版社可以通过合法途径从著作权人那里获得出版权,甚至独占出版权。为此,著作权人和出版社之间要订立出版权的转让合同或者许可合同,通过订立合同这种法律行为实现著作权中的出版权由著作权人向出版社的移转。



判例法中的区别技术与我国的司法实践

李红海

李红海 法学博士(北京大学),北京林业大学人文学院副教授。主要研究方向:普通法的历史、宪政与司法问题。著有《普通法的历史解读——从梅特兰开始》(清华大学出版社 2003)。

时下里,对于普通法的借鉴已经成为了我国法律变革中的一种“时髦”:不仅在立法和司法的具体层面上会借鉴普通法的具体规则和相关制度,而且在法治、宪政建设的宏观层面上也开始分享其理念。但正如我在另外一篇有关普通法的文章中所强调的那样,普通法虽然既包括规则也有制度,但却并不以此二者为特色——因为其他法系同样包含这两种因素,其特色在于它本身作为实践理性的一种并以技艺理性的形式得以出现。而且,它所谓的法治或宪政观念,也是在这一技艺理性的精心呵护之下才得以发展延续,至今不衰。^①

基于此,本文力图对判例法(普通法的重要体现形式)中最为重要的司法技术——区别的技术——作一个简单的介绍,并通过几个具体的案例来展示我个人对它的尝试性运用。不当之处,尚祈指正。

一、何谓区别的技术?

所谓区别的技术,实际上就是在司法过程中对不同情形下各种相关或类似的因素进行区分,以找出其中的差别,并在法律上区别对待,得出不同的结论。区别的技术本源于判例法推理过程中为了摆脱旧的先例对手头案件的适用,而力图在这前后两个案情非常类似的案件找出不同点的做法,它是判例法推翻

^① 参见李红海:《法治、宪政与普通法》(未刊稿)。

先例约束力或发展先例的重要方法。^①

众所周知,判例法实行遵循先例的原则,它要求类似的案件要做类似的处理。法官在审判后来发生的案件时必须考虑先前类似案件的判决结果。但同时,这里所谓的前后两案的“类似”又只能是案件实质事实(或关键事实)的类似,而绝不可能是所有事实的类似,否则后一案件就成了前一案件的完整翻版。不过,毫无疑问,虽然关键事实决定着法律条文的适用,其他非关键事实却也在不同程度上影响着判决的结果,而且有些时候这些事实在其特殊的“情境”中甚至会对判决结果起到决定性的影响。这时,它们就已不再是非关键事实,而转化成了关键事实,本来类似的案件现在也变得不相似,因此也就不能再简单遵循“先例”而需要另行判决了。这种在关键事实看似相似的前后两案中寻找案件其他不同情境因素的方法,就是我们这里所讨论的区分的技巧。

二、区别什么?

司法过程中可供判例法法官区别的内容非常丰富,常见的包括:区别事实问题和法律问题,重要的事实和不重要的事实等。

(一) 事实问题和法律问题

所谓事实问题和法律问题的区别,在判例法中意义非常重大,因为这直接影响到案件的裁量权。按照普通法的规则,事实问题的裁断归陪审团,而法律问题则归法官。但有些时候事实问题和法律问题并不那么容易区分。比如,同样一个人以不同的身份和一家装饰公司签订房屋装饰合同,当他是一个普通的一家之主时,只要他具备一般的行为能力,那法官就不会从法律上过多考虑他的主体资格问题,而会由陪审团来裁断相关的案件事实——如果陪审团还依然适用于民事审判的话。但如果他是(或冒充)一个政府机关的官员,他依照政府的某种特权同样和这家公司签订内容相同的合同,这时他的身份问题就变得重要起来,因为这可能决定了权利和义务最终归属于谁,这时他的主体资格问题就需要从行政法或其他相关法律的角度去考虑,而不再是一个简单的民事问

^① 北京大学法学院毛国权博士曾在其硕士毕业论文《先例制度在英国法中的发展和实践》中对区别的技术有过阐述,详细请参看毛国权:《先例制度在中国法中的发展和实践》(北京大学法学院硕士毕业论文,1996年)。需要指出的是,即使是在普通法国家,区别技术的论题也并没有(或不值得?)成为法律教育中集中探讨的话题,但这也许正好从另一个方面说明,技艺性的东西更多需要的是个人的体悟和实践而不是简单的背诵什么秘诀。

题。换言之,它已经不再是一个简单的事实问题,而变成了一个法律问题。^①在事实问题和法律问题纠缠不清时,即分不清这一情节究竟是事实问题还是法律问题,则应该由法官来裁断。

事实问题和法律问题的区分对大陆法司法好像意义并不重大,这可能是因为大陆法不存在类似于普通法那样的专门审查事实的机构(陪审团),而无论什么问题一切都由法官进行裁断。但无论对于什么司法体制,事实问题和法律问题的区分都有意义,因为法律的发展在很大程度上就是一个将新出现的事实不断融于既有法律规范的过程,不断在新出现的事实和既有的法律规范之间建立关联的过程。这样,区别既有法律规范所面对的新旧不同的事实,并由此来衡量规范本身的正当性便成了法律发展的必经之途。^②

而且,区别事实问题和法律问题的意义还在于对判决书的说理论证。如果我们已经清楚了判决书说理论证的重要性,借鉴普通法法官区分事实问题和法律问题的这一技术,也可以为我们的法官进行判决书的说理论证提供新的思路。

(二) 重要的事实和不重要的事实

重要的事实(又称实质性事实、类推关键, material facts)和不重要事实(immaterial facts)是区别技术中的另外一对重要的范畴。因为只有重要的事实才能对法律的适用从而是最终的判决产生影响,而那些“细枝末节”则是可以弃之不顾的。而且敏锐和及时地发现不重要的事实,从而能在庭前交换证据时就将相关的问题“忽略”掉,将会极大地提高司法效率。因此,这一区别也是必要的。

三、如何区别?

鉴于区别的司法技术是一种只可意会不可言传的实践理性,下面我们就主要通过一些具体的案例来体会它。

^① 其实,在刚才的民事案件中主体资格问题并非不涉及法律思考,而是因为这种法律思考过于简单和平常(只要是你签的合同你就应该支付对方劳动报酬)以至普通人人都可以轻易理解,因而被视为“单纯”的事实问题。在代表行政机关签订合同的案件中,签订合同者并不一定自己就直接承担合同义务,因而较前述案件更为复杂,需要更多的法律思考和论证,所以被视为法律问题。因此事实问题和法律问题的区分有时并不像传统定义所说的那样,前者只涉及客观事实,而后者则涉及法律条文,很多时候它们都涉及法律考虑,只是程度上的差别而已。

^② 这在很大程度上也可以解释事实问题和法律问题的区分对于大陆法和普通法之意义为什么如此不同,因为大陆法的法官基本上不承担发展法律的任务(这主要是立法机关的事),而普通法法官则实际上是法律变革的主要推动者。

案例一

我的一位数学博士朋友 S 是网上的“大侠”，且极其坦率真诚，但也因此惹得一些网友对她颇有微词。一天，S 的一位网友 M 发信给她，对她的某种言行进行了指责。S 大怒，遂将 M 发给她的指责信公布在某大学的 BBS 上，并予以了评价。M 看到后回信对 S 公布自己私人信件的做法甚表愤慨，称 S 这样的做法是“不道德的”，S 向我咨询她是否有权公布 M 发给她的信。

这其实是一个非常简单的案例，但却并不是每一个人都能给出中肯的建议，包括其中的一些专业人士。如与 S 同宿舍的一位法学博士（税法专业）认为 S 当然有权公布，因为自从 M 将信发出 S 收到信之后，S 就对这封信拥有了所有权，而对拥有所有权的東西自己为什么不能处置呢？

这也是 S 本人的观点，因此她觉得自己非常的冤枉：自己只是在处分属于自己的东西，却落得个“不道德、没素质”的名声！但也许她和她的同屋伙伴都忽视了这样一个问题，那就是作为信的载体的那些电子编码（即由 0 和 1 组成的 ASCAL 码）和由这些编码所反映出来的思想表达是不一样的。如同我们所收到的普通信笺一样，其中包括信封、信纸和信纸上所反映出来的思想表达，思想表达必须通过某种载体得以展现，那就是信纸、电子编码或其他媒体，但我们在收到信笺时所获得的只是对于信体（即信封、信封上的邮票、信纸等）的所有权和对于信内所载思想的了解权。对于信体你当然可以进行任意的处分（只要不违反其他相关的法律，比如不准乱扔纸屑），比如存放到一个只有你自己知道的地方珍藏起来，或者“把它丢在风里”，或者因为生气干脆一把火把它烧掉，仅仅因为你对它享有完全的所有权。但对于信中所反映出来的思想表达你却只有了解权，你无权公布，因为这东西属于著作权法的保护范围——如果它符合“作品”的定义的话，对于它的处分只能由著作权人来进行，而你又不是著作权人本身。因此 S 无权公布别人发送给她自己的信件。^①

在这一事例中，我们就运用了区别的技术，在信体和信中所反映出来的思想表达之间进行了区分，因为这种区别而导致了不同的法律适用：前者归一般的物权法管辖，后者则应该适用著作权法。我们当然可以说所区别的是事实（两种不同的东西），但毫无疑问，其中又蕴含着法律的思考，事实上，谁又能在这二者之间进行截然的区分呢？

^① 毫无疑问，本案还可以有其他分析的角度，比如 S 对于信中所反映出来的隐私权的侵犯等，这里不作详细探讨。

案例二

1997年9月,上诉人陈锥、陈彦在陈彦开办的福州市马尾区亭江镇诚信家用电器店开展“买一送一”的促销活动,即顾客在该店购买一件商品就可提供因特网通话服务(IP电话)五分钟。并于9月20日开始按与香港、日本通话每分钟七元,与美国通话每分钟九元的标准收费。1997年12月21日,福州电信局在亭江检查时发现两上诉人的上述活动,以榕电(1997)保字第19号函向被上诉人福州市公安局马尾分局(下称马尾公安分局)举报。马尾公安分局于同月25日就上诉人陈锥、陈彦的行为是否涉嫌《中华人民共和国刑法》第二百二十五条规定的非法经营罪犯罪嫌疑及是否能够立案侦查向福建省公安厅刑警总队请示。福建省公安厅刑警总队于1998年1月2日批复马尾公安分局,同意立案侦查,并要求该局依法查处。1998年1月3日,马尾公安分局对该案刑事立案。同年1月7日,被上诉人马尾公安分局对上诉人陈彦的住宅进行了搜查,扣押了陈彦用于网络通话的电脑及配件,并限制了陈彦的人身自由。1月9日,陈彦在其家属缴纳了暂扣款人民币20000元后被解除对人身自由的限制。1月10日,马尾公安分局传唤陈锥。1月22日,马尾公安分局再次传唤上诉人陈锥。1月24日,陈锥在家属缴纳了人民币30000元的暂扣款后被释放。后陈氏兄弟向当地法院提起针对马尾公安分局的行政诉讼。^①

这就是轰动一时的中国首例IP电话经营案。在本案中,一审法院认为:被告进行的是刑事侦查行为,而不是具体行政行为,没有规避司法审查,不属于行政诉讼审查范围。因此裁定驳回原告陈锥、陈彦的起诉。而二审法院在确定公安机关行为的性质时则采纳了上诉方提供的意见,采用了区别的技术,在传统电话和IP电话之间进行了区分:

本院认为,根据专家证人向法庭说明的IP电话的技术特征表明,IP电话的传输方式主要是借助网关服务器或电脑软件将语音信号转换为数字信号在因特网上传输。这种传输方式与普通电话的语音信号通过双绞线接入程控交换机,再进入长途传输网,再由长途传输网到程控机,最后进入对方电话机的传输方式不同,因特网上的数字传输可同时传输多组信息,而普通电话只能同时传输一组信息。因此,使用IP电话拨打国外用户与使用程控电话拨打国外用户(IDD,国际长途直拨)的技术特征是不同的,IP电话是基于网络技术而产生的在

^① 福建省福州市中级人民法院行政裁定书(1998)榕行终字第76号。

因特网上提供的新类型的通信业务。属于国务院国发(1993)55号《通知》和《中国公众多媒体通信管理办法》所称的“计算机信息服务业务”和“公众多媒体通信业务”。且国务院的国发(1993)55号《通知》中明确了“计算机信息服务业务”属向社会放开经营的电信业务,而不是属于本案被上诉人福州市公安局马尾分局所称的国务院国发(1990)54号《通知》规定的由邮电部门统一经营的长途通信和国际通信业务。^①

这是近年来我国司法实践中成功运用区别技术的一个典型案例。但其目的则是为了确定被上诉人(公安机关)行为的性质:刑事侦查行为还是行政行为?因为这一问题直接决定了公安机关的行为是否应该受到法院的审查:如果公安机关的行为是刑事侦查行为,那么它就会因为属于司法行为而免受法院的审查(而这正是一审法院的结论);如果属于行政行为,那么它自然可以为法院所审查(这是二审法院的意见)。

而公安机关行为的性质又与当事方对陈氏兄弟经营IP电话行为性质的认识和对相关法律规范的解释有关:在公安机关眼中,陈氏兄弟经营的IP电话和传统的长途电话没有区别,因此,其行为违反了国务院国发(1990)54号《国务院批转邮电部关于加强通信行业管理和认真整顿通信秩序的通知》,这样也就构成了《中华人民共和国刑法》第225条所规定的非法经营罪。

但实际上是不是这么一回事并不完全由公安机关说了算,因为作为一个普通的执法机关,它有时也会因为对于事实的认定有误(如对某些事实未加仔细分析)和对法律的理解出现偏差而犯错误(这也是为什么会有行政诉讼的部分原因所在)。所以,究竟IP电话与传统长途电话之间是否存在差别就构成了整个案件的核心问题,它直接决定了陈氏兄弟的行为是否违反了国务院关于电信业务只能由特定机关专营的规定,从而是否构成了非法经营罪;由此也决定了公安机关的行为是属于司法行为还是行政行为。最终,对这两种电话的运行机理进行分析区别变得必要和重要起来。通过专家证人,法官意识到传统电话和IP电话采取了两种完全不同的技术(模拟信号的技术和数字信号的技术)——尽管其目的是一样的,因而理所当然地应该属于不同种类的业务。因而陈氏兄弟的行为并不违反国务院关于电信业务只能由特定机关专营的规定,从而也不构成非法经营罪,因此公安机关的行为属于行政行为而不是司法行为,可以受到司法审查。

也许有人会认为这只是一个简单的做法,任何法院和法官在听取当事方的

^① 福建省福州市中级人民法院行政裁定书(1998)榕行终字第76号。

意见后都会进行这样的区分。但事情并非这样简单,例如一审法院就没有进行这样的区别,而是“想当然”地认可了公安机关的行为属于刑事侦查行为。所以,区别技术的运用并不是一件容易的事情,它要以当事法官对案情和相关法律的深刻理解和把握为前提,它还要求法官对于案件事实保持足够的敏感。

尽管在这一案例中我们可以争辩说,在这里法官对区别技术的运用与其说是一种原因(因为事前他有意识地考虑到要运用区别的技术,所以才运用了这一技术),还不如说是一种结果(即他已经意识到了这两种电话之间的差别才无意识地运用了区别的技术,或者说区别技术的运用在这里只不过是一种在结果上的体现而已),但即使退一步从法官说理论证(即判决书说理)的角度而言,区别的技术仍然应该能够成为法官有意识运用的“撒手锏”。也正是因为福州市中级法院的这份裁定书运用或者是体现(这是一种有意识和无意识之间的区别)了区别的技术,因而它在判决书(裁定书)说理方面得到了法律界的一致好评,为学界公认为近年来少见的优秀法律文书。^①而关于没有运用区别的技术因而被认为是一个失败的判决的例子(换言之,如果运用了区别的技术也许会更成功),请参看下面的案例。

案例三

黄永彬和蒋伦芳为四川泸州泸天化集团公司404分厂的职工,1963年结婚。婚后,蒋伦芳一直没有生育,他们只得抱养了一个儿子。1996年,50多岁的黄永彬认识了33岁的张学英,此时的张学英已经是一个10岁男孩的母亲,离婚后带着儿子做烧烤生意。1997年,黄永彬和张学英同居。1998年,张学英生育一女黄欣。2001年4月18日,黄永彬立下遗嘱并经公证,愿将其所得住房补贴金、公积金、抚恤金和卖房所获款的一半4万余元及自己所用手机等共计6万元的财产赠给张学英。4天后,黄永彬因肝癌晚期医治无效去世。此后,张向蒋伦芳索要黄的遗产时遭拒绝,遂将蒋推上了法庭。2001年10月11日,纳溪区法院一审宣判:驳回原告张学英的诉讼请求,案件受理费2300元由原告张学英负担。一审判决之后,张学英上诉到泸州市中级人民法院,跟蒋伦芳再一次对簿公堂。2001年12月28日,泸州市中院以“公民的民事行为不得违反公共秩序和社会道德,黄永彬与张学英在非法同居关系下所立遗嘱是一种违反公序良俗、破坏社会风气的违法行为,且该遗嘱虽是黄的真实意思表示,虽形式上合法但实质赠与财

^① 据说这一裁定书一做出,立即被网友公布在了互联网上,各方的赞誉之辞纷至沓来。具体请参看中国法治网(<http://www.sinolaw.net>)等网站。

物的内容上存在违法”为由,终审判决驳回了张学英的诉讼请求。^①

这是近年来的另一热门案件,但其结局却与上一案件差别迥然。这一被媒体称为“中国公序良俗第一案”、“二奶告大奶”的案件的判决一公布,在社会民众舆论和法学界产生了几几乎是截然对立的两种观点:社会民众舆论普遍认为,这是对于“包二奶”这一败坏社会道德的做法的沉重打击,因此判决一宣布,“1500名旁听群众报以雷鸣般的掌声”;而法学界的多数人则不以为然。有人认为,法官在有《继承法》规定的情况下直接适用《民法通则》,违背了“特别法优于一般法”的法律适用的基本原则,还有人认为法官剥夺了当事人自由处分自己财产的权利……^②

同绝大多数学界同仁一样,我也认为这两级法院的判决就法律适用而言是非常失败的,因为它明显地是为了迎合社会舆论而背离了法律适用的基本原则。关于本案的判决如何地与法律的基本原则相违背、与哪些原则相违背,已经有许多人著文说明,我不想再“锦上添花”,而只想表达如下的看法:如果法官运用了区别的技术,也许他会提交一份既让大众心服又让法学界及其同行满意的判决书。

我的基本思路是:法官应该在黄某与张某的“非法同居”行为和他通过遗嘱对张某做出的财产赠与行为之间进行区别。前者属于《婚姻法》所调整的对象,而后者则属于《继承法》的领域:这是两个相对独立、不具有直接和强烈因果关系的行为,前一行为的违法性不必然意味着后一行为也应该被认定为违法。换言之,后一行为的合法有效也不意味着前一行为就可以免受法律(《婚姻法》甚至是《刑法》)处罚。也许黄某和张某之间的“非法同居”行为的确应该受到追诉,但那也应该是蒋某(或其他相关人士)在特定时间段内(比如在黄某依然在世时)依据特定法律(《婚姻法》、《刑法》、《刑事诉讼法》等)通过特定的方式来进行,而不是在这起要求执行遗嘱的诉讼中。

也许有人会强调,黄某遗赠行为的原因正在于他和张某之间曾经有过一段不同寻常的关系。这实际上等于是在考察法律行为的原因,但正如萧瀚、徐品

① 关于本案,媒体曾作过大量报道,具体请参见《“第三者”继承遗产案一石激浪》,载《南方周末》,2001-11-15;《第三者是否有权接受遗赠》,载《北京青年报》2001-11-20;《“二奶”与情人的遗产》,载《法律与生活》2002(2);《“二奶”持遗嘱要分遗产——引用道德断案的界限在哪里》,载《中国青年报》,2002-01-18;《公序良俗第一案质疑》,载“中评网”(http://www.china-review.com/tbzt/gxls.asp)。

② 具体请参看中评网所载下列文章:何兵:《冥河对岸怨恨的目光》;沈浪:《超越自然理性》;肖雪慧:《法院充当风化警察》;稻香园:《公序良俗原则与遗嘱自由》;龙亚人:《不能优先考虑“公序良俗”》;鲜江临:《议谈宪定公民所有权》。另请参看萧瀚:《被架空的继承法——张××诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述》,载易继明主编:《私法》,第二辑第一卷(总第三卷),北京:北京大学出版社,2003。

飞所指出的那样,考察法律行为的原因远不如考察其目的来得更重要^①,因为很多时候我们并不知道自己为什么会做出这样或那样的行为,更何况,民法当中还承认许多无因行为呢。退一步说,如果说法律行为背后的原因已经具备了某种相对独立的意义,而且这种原因(非法同居行为)和其结果(遗赠行为)分别为不同的法律所调整,那么我们最好对它们(指相对独立的原因行为和结果行为这二者)适用不同的法律,否则作为结果行为所应适用的法律(《婚姻法》)就被原因行为所适用的法律(《继承法》)给“非法排挤”掉了,从而造成其权威的丧失。而法律权威、法律的稳定性和可预见性同公序良俗一样,都是法律应该维护的基本价值,又有谁能说后者就一定比前者更重要?

另一方面,设若黄某将自己的财产遗赠给了一个他并不认识而只是听说非常贫困但却品德高尚的老者,那么黄某的遗赠行为是不是有效呢?蒋某是不是还会拒不执行遗嘱呢?我想没有人会怀疑其有效性,通情达理的蒋某也会执行遗嘱,因为这是黄某依据《继承法》所当然享有的权利,但我们却为什么又要怀疑黄某针对张某的遗赠行为呢?难道仅仅因为黄某与张某认识,因为他们之间有着一种不同寻常但却并不为《继承法》所关心的关系?难道我们不应该将属于自己的财产遗留给一个我们更熟悉的人,而是捐赠给一个我们根本不认识的陌生人?或许在那些讲究“合情合理”的法官大人们看来^②,后一行为更符合他们所谓的“情理”!

既然考察法律行为背后的原因在此不能奏效,有人又会祭起“目的”的大旗,黄某将财产遗赠给张某是为了某种不可告人的目的,而如果他将财产遗赠给了前述我们设想的老者,则其目的是高尚、光明磊落的。的确,目的是判断法律行为性质的重要砝码,这一点也为法律所明文承认^③,但黄某把自己的财产赠与张某的目的究竟是什么?是为了继续与张某之间的“非法同居”吗?不可能,因为黄某已经去世了!人之将死,还能有什么想法,还能通过自己的行为达到什么样不可告人的目的呢,尤其是在本案中?所以,正如徐品飞文中所提到的那一德国案例所指出的那样,“要判断支付金钱行为的法律行为是否有效,只能通过动机才能变成有伤风化的行为”;……如果被继承人立情妇为继承人‘旨

① 参见萧瀚:《被架空的继承法——张××诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述》,载易继明主编:《私法》,第二辑第一卷(总第三卷),北京:北京大学出版社,2003;徐品飞:《法治的道路——四川省泸州“二奶案”评注》,载“法律思想网”(http://www.law-thinker.com)。

② 纳溪区人民法院副院长刘波在接受记者采访时说:“《继承法》、《婚姻法》这些特别法的规定都不能离开《民法通则》的指导思想。执法机关、审判机关不能机械地引用法律,而应该在充分领会立法本意的前提下运用法律。在判决本案时,我们直接引用《民法通则》的基本原则,而没有机械地引用《继承法》的规定,是合情合理的。如果我们按照继承法的规定,支持了原告张学英的诉讼主张,那么也就滋长了‘第三者’、‘包二奶’等不良社会风气,而违背了法律要体现的公平、公正的精神。”

③ 《民法通则》第3条:“民事法律行为不得违反法律或者损害社会公共利益。”

在酬谢其满足自己的性欲或旨在决定或加强这种两性关系的继续’ ,那么遗赠行为无效。反之 ; 如果被继承人具有其他动机 ,即如旨在给其情妇提供生活保障 ,则这种行为通常就是有效的’。所以 ,在本案中 ,遗赠行为有效”^①。

所以 ,在本案中 ,如果我们区别了黄某和张某之间的同居行为与黄某临终之前的遗赠行为 ,并确认这二者应该由不同的法律规范来调整 ,也许我们就能够在大众舆论和法律的基本原则之间做出调和 ,既能够说服大众 ,又能够对得起法律和自己的良心。由此我们也可以得出 ,法官的判决不可能不体现法官的“偏见” ,法官也不可能不在相互冲突的价值或原则之间做出取舍 ,但关键是法官能否做到既坚持了自己的“偏见”(或价值、原则) ,又说服了当事人、大众 ,甚至还包括上级法官。这其中就需要某种说服论证的艺术 ,某种修辞术 ,区别的技术也许就能够在此扮演这种角色 ,换言之 ,尽管它不是一种发现的逻辑 ,但却是一种相当不错的论证的逻辑。^②

四、结 语

以上 ,我们展示对于区别的技术的运用。需要提醒的是 :第一 ,区别的技术其实也都已经或多或少地为我们的法官在司法实践中所运用 ,只是他们的运用可能仍然停留在无意识的阶段 ,没有人予以总结归纳 ;第二 ,这一技术虽然可能运用于庭审过程中 ,但通常更多体现在判决书的说理部分 ,构成了法律论证的基本技巧 ;第三 ,正因如此 ,区别的技术一般都只运用于疑难案件中 ,因为例行案件基本上不需要说理论证。同时我们也需要明白 ,任何技术性的东西都可能成为“双刃剑” ,区别的技术在正直的法官那里可能发挥良好的功效 ,同时却又很可能为某些邪恶之辈所利用。这就为我们的司法职业伦理建设提出了挑战 ,而法律职业共同体的建立则是其中的关键。

① 基本案情是这样的 :丈夫在生前实行了一项遗赠行为 ,其中剥夺了其妻子的法定继承权 ,而改立他的情妇为单独的继承人。随后德国联邦最高法院作出如上判决。参见徐品飞 :《法治的道路——四川省泸州“二奶案”评注》 ,载“法律思想网”(http://www.law-thinker.com)。

② 请参看波斯纳关于类比的分析 , [美] R. 波斯纳 :《法理学问题》 ,111 ~ 126 页 ,苏力译 ,北京 ,中国政法大学出版社 ,1994。



北洋时期对票据习惯的调查研究及其与立法的关系

张 群 张 松

张群,史学硕士(南开大学),现供职于中国社科院法学所图书馆。

张松,南开大学历史学院近代史研究生。

—

我国的票据习惯历史悠久。在北洋时期,钱庄的庄票风行于大江南北的都市和乡村。甚至外国银行要在中国开展业务也要借重各钱庄的庄票。^①但是,由于钱庄本身规模不大、经营方式落后、缺乏统一规划,不但各省庄票互不相同,甚至同在一地的钱庄之间也各不相同,使用很不方便,安全性也很差。随着外国银行的进入,以及华人资本银行的开设,以庄票为代表的旧式票据,越来越难适应商业往来特别是国际贸易的需要。票据法的立法工作已经刻不容缓。^②

但是另外一个方面,旧式票据流行久远,钱庄也依旧有比较大的实力和市場。要很好地完成票据法的立法工作,实现中国票据制度的近代化,就必须首先解决好如何统一和改造旧式票据的问题。对此,当时的立法官员和学者都有比较一致的看法。^③

而第一步,自然是调查各地的票据习惯进行认真的研究,得出比较科学而又切合实际的结论,从而实现票据习惯的改造和统一。在北洋时期的民商事习惯调查活动中,对票据习惯的调查是一个重要内容。在票据立法和研究中,如何对待票据习惯也是一个讨论颇多的问题。

^① 参见上海人民银行编:《上海钱庄史料》,“庄票用途扩大”,16页以下,上海,上海人民出版社,1960。

^② 修订法律馆官员王凤瀛曾列举了当时票据立法迫切性的三个原因。参见王凤瀛:《起草票据法之管见》,载《票据法研究》(续编),银行周报社,1925年。(该书每篇文章独自计算页数)

^③ 请参看如下文章:胡孟嘉:《敬告票据法研究委员会》,载《票据法研究》(初编),银行周报社,1922年;王凤瀛:《起草票据法之管见》,载《票据法研究》(续编),银行周报社,1925。

但这方面的情况,到底如何进行的呢?对立法究竟有什么影响呢?有关论著多未涉及。西南政法大学李胜渝老师近年有《中国近代票据立法探析》和《北洋政府票据立法论略》两篇论文^①,主要考察的是民国时期特别是北洋政府票据法立法思想的变迁,对票据习惯的问题有所涉及。但限于主题,对票据习惯的调查研究没有专门论述。湘潭大学胡旭晟老师《20世纪前期民商事习惯调查及其意义》是一篇专门论述当时民商事习惯调查活动的论文^②,但由于该文论述范围较广,故对票据习惯调查着墨不多,对研究情况则未言及。

本文从票据习惯的调查、票据习惯的研究及其与立法的关系等方面稍作考察,希望对以上论文有所补缺,从而加深对当时民商事习惯调查研究以及民商事立法的认识。

二

对调查票据习惯,北洋时期的官方和民间都比较积极。但就成绩而言,民间机构的成绩要显著一些。

官方早在清末就开始调查票据习惯。其时,为拟编民商法,曾令各地调查习惯。关于票据部分,也分别款项,设为问题。但各省答复者,寥若晨星,通都大邑,往往付之阙如。而就造送者观之,也大都是依样画葫芦,牵强附会,不足凭信。

民国建立后,立法、司法和行政部门都先后组织调查。民国三四年间,修订法律馆为制订商法,进行了一次规模较大的各地商业习惯的调查。其中,即包括对票据习惯的调查。该馆调查员李圻曾根据各地上报的资料整理成《我国票据固有习惯之调查》一文,发表在民国十二年(1923)一月出版的《法学会杂志》上。^③文中有“以上三十三种票据样本现存修订法律馆”之语。但是,就总体而言,成绩可能不大。因为在此前的1922年,李圻又在上海银行周报社《票据法研究》专号上发表《调查票据法习惯设问》一文,提出了票据与纸币的区别、中外票据融通问题、各地票据种类等三个大问题。在1922年北洋政府第一次起草票据法前夕,李圻还曾就日人所著《清国商业纵览》、《最近支那经济》、《支那金融机关》等三本书中,摘其大要,译成数章,以为立法参考。当时缺乏票据习惯资料的情况由此可见。这也难怪修订法律馆官员王凤瀛在1924年回忆法律馆

① 分别载于《现代法学》1999(6)和《法商研究》2000(6)。

② 载《湘潭大学学报》1999(2)。该文也是作者为《民事习惯调查报告录》(中国政法大学出版社,2000)写的序言。

③ 该文后又发表于《银行周报》,第294期1~3页,第295期1~5页。

的调查时评价不高。^①当时的最高审判机构——大理院曾发布了一些票据案件的判例要旨。这些判例多是依据各地习惯做出的。自可以视为习惯之一部。^②另外,在各省高等审判厅附设的民商习惯调查会,曾根据听讼所得,收集了一些票据习惯。修订法律馆官员王凤瀛根据各省民商事习惯调查会的报告,整理成《票据习惯目次》一文,发表在民国十二年(1923)一月出版的《法学会杂志》上。但内容很有限,远不足以供研究之用。财政部也曾经“特派专员,调查津、沪、汉、粤各处商业票据习惯,以为将来编订票据法之准备”。^③不过没有看到公开出版的资料。

在民间,有一些金融和商业组织的调查。中国银行总管理处曾委托各分行号,调查各地通用票据情形,发表于该行刊行之通信录。王凤瀛评价“颇足资参考”,应该很有成绩。^④另外,上海总商会在关于商人团体自行编订《票据法》给各商会的函中,也曾经有调查各地习惯、以免立法有“隔阂之弊”的设想。不过没有下文。^⑤其中,成绩最大的当属上海银行公会下属的银行周报社。

银行周报社1922年编印的《票据法研究》一书,收录了总计244页的票据样式,总计达一百来种。按省份排列(从江苏开始),各省(未含台湾)再按照类别排列。在每省开篇,对票据种类及效用有简单说明。图文并茂,极便于读者阅读和研究。这是民国时期出版的最为全面和权威的调查报告。可谓集票据习惯之大成。非其他官方和民间机构可以望其项背。其后言及票据习惯,即多以此书为本。上海律师朱方在1937年出版的《国民政府新颁行票据法详解》一书中,论述了全国37个城市的票据使用习惯,均是以这部分资料为基础。陈天表1937年出版的《票据通论》论述几个大城市的票据习惯,也是以该部分资料为基础的。^⑥

银行周报社之所以能取得这样出色的成绩,主要有如下原因:一是银行周报社及其上级机构上海银行公会对此很有热情。票据立法事关银行切身利益。票据是“商民日常交易之利器”。对银行来说,更是如此。但是北洋政府“现行商事条例既无关于票据之规定,而票据上之特别事项复为普通私法所未备”。^⑦

① 参见王凤瀛:《起草票据法之管见》,载《票据法研究》(续编),银行周报社,1925。

② 南京政府成立后曾有多种大理院的判例集出版,如世界书局1933年的《大理院判决例全集》。

③ 《上海总商会为征求编订票据法意见致各商会函》,载《票据研究》,第一册,1922。

④ 参见王凤瀛:《起草票据法之管见》,载《票据法研究》(续编),银行周报社,1925。

⑤ 1934年,上海中央银行经济研究处还曾印行《各地票据调查表》,见陈天表:《票据通论》,107页,上海,商务印书馆,1937。

⑥ 分别由世界书局和商务印书馆出版。

⑦ 1921年“全国银行公会天津联合会会议呈文”,载《票据法研究》,第一册,银行周报社,1922。又据朱方的记载,全国银行公会曾两次上书财政部,参见《国民政府新颁行票据法详解》61页,上海法政学社,1930。

银行界都盼望早些颁布票据法。^① 上海银行公会自然也不例外。另外,公会和报社的主事者陈光甫、章乃器、徐沧水(《银行周报》总编)等,对于使用票据等现代的金融工具,都十分热心。为推动票据立法,该会还特地于1922年6月间组织成立了票据法研究委员会。^② 因此,才对票据习惯的调查活动积极予以支持。其二是银行周报社活动能量大,办事效率高。报社的上级机构——上海银行公会是中国最早成立的金融团体,在全国有着举足轻重的影响。^③ 周报社作为上海银行公会的机关报,是民国时期影响颇大的一家著名媒体,人员充足,业务精通。所以,调查工作组织得有条不紊,并且一俟完成,即能够迅速编印出版。而其他机构——无论是官方的修订法律馆,还是民间的中国银行——都缺乏上述的有利条件,也没有那样密切的利益推动。

而随着票据习惯调查的进行与资料的不断丰富,有关研究也取得了重要的成果。这些又推进了票据法的诞生。

三

当时对票据习惯的研究,主要是要以西方的票据法理论,总结中国票据习惯的特点,探讨其社会调整功能,从而为票据立法提供比较科学的处理意见。

在清末起草票据法时,还没有注意到票据习惯的问题。在北洋初期,修订法律馆顾问、法国人爱斯加拉主持起草商法典。起草之初,爱氏称中国私法的制订,必须重视中国习惯。但是在他起草票据法时,却改变了自己的观点,称应该跟国际接轨,因而对本土习惯甚少采纳(这也成为后来否决爱氏案的一个重要理由)。^④ 这和当时缺乏比较丰富的票据习惯资料和相关研究成果可以作为参考无疑有很大关系。而真正对票据习惯进行比较深入的研究,并取得较多成果的,是在资料已经比较丰富的北洋政府后期。其中,又以修订法律馆官员、共同案的主要起草人王凤瀛先生的研究最为突出。

较早对票据习惯进行整理和研究的是上海震旦大学法学院法部博士科王敦常。1922年,王氏出版了《票据法原理》一书,“将吾国现行各种票据,遮其著

① 为此,全国银行公会联合会曾于1921年呈文政府,催促尽早颁布票据法,呈文载《票据法研究》,第一册,银行周报社,1922。

② 在1922年6月间,上海银行公会“为编订票据法事,组织票据法研究委员会,以期必成”。在民国立法史上,除了宪法以外,这样的研究会是没有另案的。参见《上海银行公会为研究票据法组织票据法研究会之通函》,载《票据法研究》,银行周报社,1922。

③ 上海银行公会成立于1918年,主要由上海的华资银行(如浙江兴业银行、上海商业储蓄银行等)组成。1922年的时候,有21家会员银行。在当时的金融界,华资银行的实力已经可以与旧式钱庄、外资银行鼎足而立。汪敬虞主编:《中国近代经济史(1895—1927)》,221页,北京,人民出版社,2000。

④ 参见爱氏:《关于拟订中国商法典之报告》及《商法典草案理由之说明》,载银行周报社:《票据法研究》(续编),1925。

者,门分汇别,曰庄票,曰汇票,曰期票,曰支票,并以钱庄营业分类,未附条例章程”。^①这是我国第一部从整体上研究中国票据习惯的著作,可谓开风气之先。但作者虽然以习惯为基础,却过于注重用西方的票据法理论来解释中国的习惯,因而不乏牵强之处。有些地方,作者为顾及理论的完整,还不免割裂习惯,使得当时通行的习惯反而变得难以理解。作者也没有能够从宏观上很好的总结票据习惯的性质和特点,为立法提出科学的让人信服的参考意见。^②

银行等实务界也一直很关注票据习惯问题。1922年,上海交通银行副经理胡孟嘉在《票据法研究》上撰文,就票据习惯和法理的关系进行了探讨。他认为:“编订票据法,必须求诸法理,而采访习惯,又须范以法理,两者并进,庶几不悖。”他认为,所谓的习惯,不能以地域大小而定,“以少废众,固属不可;以大制小,亦所难能”。所以,甘肃、四川虽然是大省,但是它们的票据流通限于一隅,实难作为参酌的成例。上海、天津虽然弹丸之地,但是票据流通广泛,则应该作为重点研究的对象。这较之前者,在理论上已经高出许多。不过在习惯和法理之间究竟是什么关系,在立法的时候,应该用什么“法理”来“范”“习惯”,依旧没有明确的意见。^③

取得较大成果的是立法界的王凤瀛。1924年春,王凤瀛在北京《法律评论》周刊了连载发表了《起草票据法之管见》一文。这是研究票据立法也是研究票据习惯的扛鼎之作。^④文中,王从形式和内容两个方面总结了我国票据习惯的特点:

(1) 无一定之款式。各地不同,同地之间各庄也不同。而且形式简单,易于造假。这些都阻碍了票据的流通。

(2) 无确定之种类。流通最广的本票有庄票、期票、存票、红票、信票、凭票等名目。支票也有划条、拨条、计条、执帖、上单、便条等名目。种类不定,性质无由辨别,权利义务也难以判断。

(3) 无背书制度。中国票据仅仅以交付为转让,让受人仅将让与人的姓名记入账簿,以为他日求偿。这当是票据不能流通的最大原因。

(4) 无承受(即承兑——引者注)制度。我国的照票,或曰见票,或曰对票,或曰注票。含义模糊,无从判明。但是《上海银行业规程》第11条明确规定:照

① 引自该书序言,上海,商务印书馆,1922。

② 《上海钱庄史料》摘引该书关于庄票的叙述,以为原始资料,是为失策。

③ 胡孟嘉:《敬告票据法研究委员会》,载《票据法研究》,第一册,银行周报社,1922。

④ 该文最先连载于《法律评论》,第34~39期,1924年2月—3月,后又被王氏母校东吴大学《法季刊》第二卷第一期(1924年)转载,上海银行周报社编《票据法研究》(续编)(1925年)收录,本文据《票据法研究》“续编”。

票只是为验票之真伪、有无纠葛及曾否挂失。可见照票非承受也无疑。^①

(5) 票据非信用证券,仅仅是代替异地之间输送现金的工具,没有背书、承受等制度,受款人也很少以之辗转流通或请求贴现。本票初具信用的作用,但是上海要求“汇划”,天津要求“面生讨保”。如果不是熟悉之人持票,仍旧不能立即兑现。所以本票也难以算得上是纯粹的信用证券。

(6) 票据非抽象证券。我国的票据虽然没有法国那样的“对价”字样,但是如果有纠纷发生,发行人即可以停止付款。资本关系与票据关系并没有分离。

(7) 拒绝付款之救济。执票人只能将原票退还让与人。换言之,只能和前手有关系,对其他人则没有求偿权。票据流通越多,安全越没有保证。这与现代的票据制度恰好背道而驰。

这是中国学者第一次从宏观上全面而又客观地总结中国票据习惯的特点。可以说代表了当时中国票据习惯研究的最高水平。1929年,南京国民政府正式颁布票据法,在说明书中全文采用了这七点意见(仅有个别文字的增减改易)。^②在国家立法机构起草的法律草案说明书中大段引用一位学者的论文。这还是民国立法史上罕有之事。

需要说明的是,立法院在采用该七条的时候,定性为“吾国票据不发达之原因”,则是违背作者原意,也是不妥当的。我国票据不发达的原因主要在于经济和社会的落后。这七条不过是落后的表现。

王在文中也提出了自己对票据习惯的参酌意见。他认为:第一,在立法中吸收本土的票据习惯是顺理成章之事。王引用外国学者的话说,“各国票据法,大纲相同,细目则异。譬如群儿,同出一祖,大都形似,然各具面目,未必尽同”,所以,“若夫细端末节,则不妨参酌习惯,以便推行无阻”,如以画押代替签名的习惯。但是,第二,必须合乎信用主义和流通主义的根本原则,或者没有严重冲突。因为票据立法采取信用和流通主义,是大势所趋,不容置疑。否则,不但不能跟世界接轨,也不能改造和统一全国各地纷繁复杂的票据习惯,有悖票据立法的初衷。如前述照票的习惯,与现代票据制度背道而驰,所以虽然简易,亦不能采用。这个观点较之前述胡以地域而论,不但深刻,也令人信服。

王的这个主张首先在自己主持的1922年北洋政府票据法第一次草案(即共同案)中得到了贯彻。其后,北洋政府最后完成准备实施的修订法律馆第五次草案,以及南京政府正式颁布的票据法,都承继了共同案——实际也是王凤

^① “照票”手续非常简单:用个红圈,盖在票根的骑缝处,一半留根,一半印票。而红圈没有一定的格式,也没有“某庄”字样。

^② 国民政府立法院《票据法说明书》。

瀛的这一主张。事实上,共同案也是其后每次起草票据法草案时的重点参考对象。^①

王之所以能在票据习惯的研究上取得超越前人的成绩,和当时票据习惯调查工作的进展以及他本人充分掌握资料是分不开的。当时修订法律馆、银行周报社、中国银行以及日本人收集的票据习惯资料都陆续刊布。这些资料王氏都有过目。另外,当时与王一同起草票据法的同事、修订法律馆调查员李圻正在负责民商事习惯调查资料的整理。李对王的影响可以想见。另外,王还曾根据各省民商事习惯调查会报告,整理了《票据习惯目次》一文。所以,王的成果是建立在整个票据习惯调查成果基础上的。

另外,王毕业于以比较法研究和教学闻名的东吴大学法学院,对世界各法系及其历史有比较全面深刻的了解。因此,对于票据习惯问题能以比较开阔的视野进行考察和研究。比如,对当时中国票据习惯的纷繁各异、脱略杂乱,王即认为,西方各国当初亦是如此,因此并无可以诟病之处。对外国票据法,王认为,各国票据法都保留了一些自己的本土习惯,否则票据法的统一化也就不会如此艰难。因此,中国应该适度保留一些自己的习惯,以便推行。这无疑都是很有见地的。

四

综上所述,可以看出:

第一,在票据习惯的调查研究中,作为社会团体的上海银行公会和《银行周报》出于对自己利益的关注,积极而富有成效的进行了调查工作,为票据法的研究与立法提供了宝贵的一手资料;作为立法官员和学者的王凤瀛则利用自己的学识,进行票据习惯的研究,为立法提供了科学的参考意见。这说明,票据法的成功,是多种合力的结果,特别是社会群体和学者个人的作用不可忽视——这是许多立法史论著经常忽略的地方。现代的立法应该善于发挥各种群体和个体的智慧和力量,为立法工作服务。也只有这样,才能保证法律的质量和可行性。

第二,对票据习惯的调查研究源于票据立法的需要,而反过来,票据习惯的调查研究又极大的推动了票据法的起草工作。民国票据法比较成功,和北洋时期比较充分而认真的调查研究是分不开的(北洋时期的修订法律馆曾起草了五部法律草案)。虽然最后票据法只在无伤大雅的“细端末节”上采纳了一些本土

^① 参见谢振民:《中华民国立法史》,第6章第2节“票据法”。

习惯。但这是认真调查研究的结果,足资信赖。后人在此问题上也就不必再过多纠缠,可以放心大胆的向世界潮流看齐。事实上,南京政府起草票据法时在此问题上基本没有争论。^①

1998年,胡旭晟先生曾对卷帙浩繁的民商事习惯调查资料在1949年之后“非但未能引起学界的广泛关注和深入研究,而且几乎被遗忘得干干净净”的状况表示过极大的忧虑:“这样的学术状况,又如何能让20世纪的中国产生出自己的民商法?”^②

对北洋时期票据习惯调查研究情况的考察,使我对胡先生的看法深以为然。也许在最后的立法中,能够采用的民间“习惯”只是一些“细端末节”,或者根本就不值一提,最后还是要全盘西化(如票据法)。但这都需要以认真的调查和深入的研究为前提,而不是仅仅学习西方的法制直接移植就可以解决的。中国的法制建设要取得成功,中国的法学要真正发展壮大,都必须以中国自己的实践和经验为基础。对当前的法制建设来说,民国时期的调查资料也许只有了法律史上的意义。但是,在立法工作和法学研究中,更多的注意调查和研究中国当代社会中正在形成或已经形成的“习惯”(还包括法院的判例),无疑都是十分必要和有益的。^③而民国时期的努力即为我们提供了有力的佐证。

① 参见谢振民:《中华民国立法史》,第6章第2节“票据法”。

② 引自胡旭晟为《民事习惯调查报告录》所写的序言,16页,北京,中国政法大学出版社,2000。

③ 事实上,我们有许多法学家也是这样认为的并做出了很出色的成绩。如梁慧星:《梁慧星文选》,北京,法律出版社,2003;孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社,2003;杨遂全:《现行婚姻法的不足与民法典立法对策》,载《法学研究》2003(2)。



我国元首制度改革刍议

余元洲

余元洲,文学学士,经济学硕士,法学博士,
江汉大学政法学院副教授。

我国现行的元首制度是1982年宪法规定的虚位元首制。这种体制不适合我国的国情,因而在现实中已经和正发生着朝实权元首制转化的演变。为了给此种转化提供依据,并引导其沿着规范和科学的思路进行,有必要对一系列相关问题从理论上加以探讨。

一、虚位元首制不适于社会主义民主

元首制度的正常形态是国家元首依法(无论成文法或习惯法)拥有一定的实际权力,至于权力的大小多少则是另外的问题。除此正常形态的元首制外,还有两种元首制度,一是英、日等国的虚位元首制,二是瑞士、苏联和铁托之后南斯拉夫等国的“集体元首制”。后面这两种元首制度,运用得好,可以收到事半功倍的奇效;弄得不好,则很容易成为制度怪胎。如苏联时期所实行的最高苏维埃“集体元首制”,即是一例。即使撇开这一点不谈,个人元首制相对于集体元首制的好处也是很多的。正因为此,美国当年的制宪会议终以八州比三州的悬殊票数否决了集体元首制及“设立参政会议以协同总统行使最高行政权”的建议案,确立了个人元首制,并且是拥有实权的个人元首制。^①

近代虚位元首制最早产生于英国,是英国1688年“光荣革命”的产物。熟悉1640—1689年“光荣革命”历史的人都知道,虚君元首制并不是理论设计的结果,而是新贵资产阶级在现实政治中因势利导的创制,是实践的选择。其目的是在“国王在位,江山依旧”的外衣下,填充进去一个资产阶级掌握政权的实际内容。当然,这是一个很长的历史过程。就政治实践来说,它起源于1640年

^① 参见许崇德:《国家元首》30~31页,北京,人民出版社,1982。

革命,终结于1688年宫廷之变;而就法制形成而言,则起源于1679年的《人身保护法》,终结于1701年的《王位继承法》,中间还有一个标志性建筑,就是1689年通过的《权利法案》。这些法案,从保护资产阶级自己的人身安全出发,发展到限制和剥夺专断王权,最终确立了“议会权力至上”的资产阶级宪法原则,继而形成“国王统而不治”、“国王不能为非”、“首相主持政务”、“首相自行组阁”等宪法惯例和内阁对议会负责的“责任内阁制”(又称“议会制”或“议会-责任内阁制”)。^①

值得注意的是,这种国王“临而不治”的虚君元首制,从一开始就是借助于“两党制”来实现的,其中一党是代表资产阶级化了的土地封建贵族利益的托利党,另一党则是代表工商资产阶级利益的辉格党。后来,经过保守党—自由党轮流执政阶段,发展演变为今天保守党和工党轮流执政的现代资产阶级政党制度。

不仅如此,今天,实行立宪虚位元首和责任内阁制的国家,在政党制度方面也都是实行的两党制、多党制或多党基础上“一党独大”的“派阀制”。如日本的虚君天皇制以及德国、印度、以色列等国的虚位总统“统而不治”的“责任内阁制”,无一例外。

那么,虚君元首制为什么只能通过两党或多党制来实现呢?或者,换一个问题:虚位元首、责任内阁制能否在一个政党长期恒久执政的体制下良性运行呢?回答是否定的。

当年,英国的资产阶级并不是“为虚君而虚君”,而是要借此将实权拿到自己手里,其办法是使名义上位居君主之下的首相取代君主本人成为实权人物,以便将其置于自己的掌控之下。也就是说,在直接形式上,“虚君”的目的是要“实相”,而“实相”的目的,则是要便于由资产阶级占优势的议会来控制首相及其施政。至于立法,则由议会自己来完成,不允君主干涉。相反,君、相都只能在议会所制定的法律范围之内行事。另一方面,虽然“司法独立”是资产阶级革命的成果之一,且英国是一个习惯法和判例法为特征的国家,但议会所立的成文法仍具有修正习惯法和司法判例的效力。这本身也是一项确定的习惯法规则,并为判例所默认。这样,英国胜利了的资产阶级即可由此掌握全部实际的国家权力。

那么,议会是怎样做到控制首相,从而使资产阶级实际掌权的呢?这有一个办法,就是令国王提名议会下院选举中赢得席位最多的那个政党的领导人出任首相,如英王威廉三世在位期间(1690—1702年),由于辉格党人控制着议

^① 参见赵云宝:《西方五国宪法通论》,128~198页,北京,中国人民公安大学出版社,1994。

会,威廉三世就“任命”辉格党议员德比伯爵担任枢密大臣,领导和主持枢密院政务,由此开辟了英王枢密院转化为责任内阁制政府的道路,进而形成特定的宪法惯例。

英国资产阶级的聪明之处在于,保留英王作为国家元首这样一件旧制度的外衣,可以大大降低革命和反复辟的成本或代价:既有英王在位依然,何劳好事者再推举一个国王来当政呢?但是由于国王的职位是世袭的,如不将其权力虚化,革命也就失去意义。于是,就摸索出了这样一套有名无实的“虚设君主”制度来。

继英国之后,日本通过“明治维新”发展资本主义的结果,也走上了向“虚君实相制”演化的道路,但其过程要比英国漫长得多,一直到第二次世界大战后在美军占领下颁布新宪法才得告完成。

需要指出的是,由于英、日等国虚设的君主元首是职位世袭的,这就使其虚君元首制具有一定的历史必然性和现实合理性。相比之下,那些元首同样由选举产生并定期更换的国家(如前述德国、印度和意大利等国)也将其元首权力虚有化,就不是那么必要和顺理成章了。然而,更为荒唐和真正离奇的是社会主义国家:既无世袭君主,亦无两党或多党轮流执政的现实基础,却也想照搬外国的“虚位元首制”!其结果,势必搞成与苏联“集体元首制”同样的制度怪胎。之所以如此,是因为在两党或多党竞选执政的情况下,虚位元首可以很容易找到其所应提名为首相或总理的人选,即先找到本次议会选举中赢得议席最多的那个党(在日本则通常是要找到自民党内实力最大的那个派),然后再在该党(或该派)当选议员中找到该党(该派)领袖或最具实力的该党议员。这样,无论是该党议席过半从而可以单独组阁,还是尚未过半而需要组织联合政府,由当选议员最多的那个党(派)的领袖或其实力派议员出任阁揆,都是最容易获得议会通过,也最能体现议会民主的。

社会主义国家就不行了。在社会主义条件下,由于只有一个党居于领导地位长久执政,这样,不管是像苏联那样实行“一党制”,还是像我国目前这样实行“一党主导,多党参政制”,在议会(苏维埃)或人民代表大会上当选的元首一旦虚有其权,则处于实权地位的总理一职当提名何人出任就有问题了。

毫无疑问,在这种情况下,实权总理的提名之权必然落入某个或某些势力(个人或组织)之手,且提名过程必然游离于人民及其代表的视野之外,进入“暗箱操作”,或干脆转移到别处进行幕后交易。这与社会主义民主法制建设的要求,是背道而驰、格格不入的。我国现行的虚位元首制之所以要改革,原因在此。

二、实权元首模式：比较与选择

当今世界最典型的实权元首制模式包括以美国为代表的(完全)总统制,以法、俄为代表的半总统、半议会制(或曰“总统主导下的责任内阁制”)。

美国元首制模式的特点是总统与政府首脑合一,不另设总理。总统领导的联邦政府是国家行政机关,与国会的立法权和联邦法院的司法权三者并立,形成相互制衡的关系。当然,由于行政事务本身的特点及20世纪30年代以来国家干预社会经济生活的范围扩大、责任加重的现实,以总统为代表的行政权在此过程中不断扩张,其地位和重要性相对于立法和司法两权愈益突出,已与当初设计的理想模式不完全同。

美国元首制模式的优点,在于总统权力大。除不能解散国会并受其制约外,一人囊括了总统、总理两人的职权,军事、外交、内务各方面无不在其统一的管辖之下,因而有利于高效行政。然其缺陷也在这里,即缺乏必要的缓冲环节和减压机制。比如,当政府施政中的错误、不当超出某一部门的责任范围时,就不能通过保持元首稳定不变条件下的政府总辞或撤换总理来加以消除。一旦闹大,就可能出现总统被弹劾,由副职接任这样较大的政局变动;万一副职也牵连进去,事情就更糟了。

与此不同,法、俄等国的半总统制则兼具总统制和议会制二者的优点。属于这种元首制模式的还有韩国和葡萄牙,后者的总统权力似乎不及法、俄、韩三国体制下的总统权大,但韩国总统的权限在某种意义上更接近于美国模式。单就法、俄两国典型的半总统制比较而言,俄罗斯现行宪法(即1993年“十月事件”后制定的“叶利钦宪法”,1993年12月12日经全民公决通过生效)所确立的元首体制授予了总统更大的权力。

具体说来,就总统有权解散议会而言,俄、法、葡三国元首的权力都大于美国总统,因为后者根本无此权力;就解散议会时所受制约而言,俄罗斯联邦总统的权力最大,他可以依法独立作出解散国家杜马(议会下院)的决定,无须同总理、两院议长、其他个人或组织磋商(与身边顾问商议与否,不在此限)。此外,俄总统发布的命令无需经政府总理或有关部长副署,除违宪违法者外具有当然的法律效力,可直接在全联邦境内施行;总统可以个人决定国内外政策的基本方针,可以随时撤换总理(即根据自己的动议决定政府辞职),或当政府不受议会信任时决定政府的去留(同意其“去”的办法是接受辞职,而“留”的办法则是解散议会下院重选)。

对于俄罗斯的元首体制,曾有许多人提出批评。如美国前总统里根任内的

国家安全事务助理布热津斯基就这样写道：“叶利钦总统的极权主义倾向使得建立民主俄罗斯的新宪法变成一份能够轻易用来使个人独裁合法化的文件。”^①笔者认为，虽然“叶利钦宪法”授予俄总统的权力确实过大，有个人专断和为所欲为之嫌，但仍在民主宪政的范畴之内，与专制政治不可同日而语。1999年12月31日，叶利钦发表电视讲话，宣布提前半年辞去总统职务，由时任政府总理的普京兼任代总统。次年3月，俄提前举行总统大选，普京以高票当选，正式成为俄现行宪法下第二位联邦总统。这一事实表明，总统毕竟不是现代君主。

但叶利钦下台后，他所留下来的这一“叶利钦（宪法）体制”，确实是有问题的。其最大问题或真正的危险在于，议会两院（国家杜马和联邦委员会）对元首的监督制约机制乏力：一是没有罢免权；二是虽有弹劾权，但弹劾条件及程序要求过于严苛，有形同虚设的可能。

比如，在弹劾条件方面，该宪法废除了此前《俄罗斯联邦—俄罗斯宪法（根本法）》关于弹劾总统的根据是“违反俄罗斯联邦宪法、俄罗斯联邦法律以及俄罗斯联邦总统誓词”的规定，而将弹劾根据仅仅限定为“犯有叛国罪或其他重罪”。这样，“违宪”就将不再是弹劾总统的理由了，违法和违背誓约更是不再受议会弹劾的威慑了。试想，弹劾的门槛定得这样高，一个总统犯“叛国罪或其他重罪”的机率是何等小啊，而一个大权在握的实权元首一意孤行，违宪、违法、违纪、违背誓约和为所欲为的可能又是多么大啊！一个宪法体制对此没有必要和有效的防范，又是一件多么危险的事情啊！

当然，也不是没有任何弥补办法。办法之一是，可于将来必要且条件成熟时，通过修宪从根本上加以解决；办法之二是，利用宪法法院的宪法解释权，将总统的违宪行为解释为“其他重罪”（甚至“叛国罪”）的表现之一也未尝不可（缺点是有点牵强附会）。现在的问题是，叶利钦当时为了摆脱议会两院的弹劾威胁，故意将对“犯有叛国罪或其他重罪”的弹劾程序规定得超常累赘和繁杂。难怪该宪草公布后，公决生效之前，就有人提出批评和警告说：“尽管规定了弹劾总统的制度，但细节方面的规定使弹劾不能实现。”^②

这里，我们之所以不厌其烦地讨论俄联邦宪制问题，目的只有一个，就是要为我国未来的元首制度改革，确定一个可资参考的最佳蓝本。一方面，我国未来的元首制应当吸收法俄模式之所长，除不允其解散全国人民代表大会和全国政协外，应授予元首尽可能大的实权，以与社会主义民主政治建设的要求相吻合；另一方面，一定要避免法俄模式之弊，特别是俄罗斯宪制中议会对总统的违

① [美]布热津斯基：《不成熟的伙伴关系》，载《外交》（美国），1994年第2期。

② [俄]《真理报》，1999-11-11，转引自许崇德主编：《宪法学（外国部分）》，344～345页，北京，高等教育出版社，1996。

宪、违法、违纪、违誓缺乏有效监督制约的弊端——其办法是，增加罢免权，以违纪、违誓、失职、渎职、用人不当、监督失察、主政失误而给国家和人民造成损害以及个人生活不检点或其他道德缺陷为罢免根据；同时，以违宪、违法、叛国及其他重罪为弹劾根据，将其免职并追究责任。

现在，有一个问题需要回答，那就是：为什么法俄模式的实权元首制可用来为我国的民主政治建设服务呢？这要从实权元首制的特点分析着手。

实权元首制的最大特点，在于其政治体系是“元首主导型”的。相应地，一个国家的当选元首隶属于哪个政党，那个党就是该国的执政党。换句话说，一个党的党员（通常为该党的实际领导人）一旦当选为国家元首，那么，即使出现议会两院均不在本党议员掌控之下的情况，也可通过总统对政府首脑的“提名权”，向议会提出法案、议案及其他人事任免案的“提案权”，及于必要时对议会自行通过的与本党纲领路线不符的法案、议案拒绝签署公布的“否决权”，来贯彻或保卫党的纲领、路线，实现党所代表的阶级的意志，从而达到执政目的。

具体说来，就其对总理人选的提名权而言，由于这项权力是法定的，且主动权操在总统手里，议会两院至多只能否定其对某个特定人物的提名，而不可能否定所有的提名或总统的提名权本身（总统向议会提出的法案、议案及其他人事任免案之所以多数能得以通过的机理和原因，亦大致类同），而就对议会自行通过的与总统所在政党纲领路线不符的法案、议案的否决权而言，其有效性在于，通常情况下，要想推翻总统的否决，议会两院必须先后各以 $2/3$ 多数票再次通过原案，而这绝不是轻而易举之事，除非该党在议会选举中连 $1/3$ 的席位也未拿到——后者的可能性比前者更小。而在本党所占议席超过 $1/3$ 的情况下，如果仍出现总统的否决权频遭议会推翻的情形，那就说明总统及其主导的政府施政之不得人心已经到了如此地步，以至于议会两院中他的本党同志也对其倒戈了。果真若此，则将其推翻就是一件好事，是民主的要义所在，我们又何不乐见其成呢？

总起来看，实权元首制的长处有三：

其一，元首的当选本身就是民心民意的反映。这样，元首制度的民主化本身，包括元首的竞争选举（完全可以在法定执政党内部竞争的基础上进行）及议会作为民意机关对元首应有的监督制约，就是民主的集中体现，因而意味着政治民主化的目标可借此实现。

其二，元首对政府首脑的提名，可以不依赖于议会选举中各党的得票情况，仅凭元首自己的判断即可。至于通过批准，则不过是经由议会再“把”一道“关”罢了，因而意味着更多一道安全屏障，对于元首依法正常地行使职权则利大于弊而没有威胁。

其三,万一出现“议会第一大党”不是执政党,而是其他不友好政党那样的情况,也不可怕,因为整个政治体系的主导权仍在元首手中。元首和政府在施工中受其掣肘是在所难免的,但操作得好仍无大碍。

显然,这样的元首制模式完全可以与我国的民主要求相兼容。比如,元首的竞争性差额选举,可以在中共中央政治局常委为法定候选人的基础上进行;元首对政府总理的提名可以限定在中共中央政治局委员或常务委员的范围之内;全国及地方各级人民政协委员会的名额可由宪法规定51%划给中国共产党,49%划给其他各民主党派(由其通过竞争分配);全国及地方各级人民代表大会代表的选举,则可依照宪法和法律的有关规定,按照法定条件下“人人平等”的原则来进行,等等。

这里,还有一点需要指出,就是我国未来的实权元首,在某种意义上应当比法、俄两国的元首更具强势地位才对,即应通过宪法直接规定:当选元首,可在宪法划定的范围内(如只能在中共中央政治局委员或者常委中间)任意和自由地酌定总理人选的提名,不必、也绝不能根据每次全国人大代表选举中各政党、派别或其他社会团体得票情况及其变化而被迫提名某人或不提名某人。这样,即可避免法国出现过的总统、总理“左右分治”(如现任总统希拉克当年就曾作为右翼政党“国民阵线”领袖出任总理,与左翼总统社会党人密特朗共治国家)的不利局面,以及俄总统普京2003年5月在发表国情咨文时被迫表态下届杜马选举后将提名议会多数党领袖出任总理那样的情况。^①

当然,提名多数党领袖出任总理,肯定比提名少数党领袖出任总理更民主一些。但这仅限于两党或多党轮流执政的资本主义国家——从法国“第四共和”运作的历史来看,多党制比两党制的情况更糟——而绝不适于社会主义的民主政体,已如前述。在这一点上,美国的实权元首制显然比法、俄、葡模式更好一些,因为在政府首脑由元首一人兼任的情况下,根本不怕国会多数席位为另一党占据。此时,从议会和责任内阁制的角度看,美总统作为政府首脑,实际上已经是组织了一个少数派政府。虽有不甚民主之嫌,但由于总统本身是民主选举的,也就无从责其不民主了。

这就对我们有很好的启发意义,比如,只要国家元首是民主选举的,并受人大、政协实际有效的监督制约,不能妄自尊大、为所欲为,那么,在此前提下给他再大的权力也不要紧,在合宪、合法的范围内他提名谁当总理都行——万一通不过,再重新提名另一位合适人选就是了,不必太过受制于每次人大选举中各党实际得票情况而不能发挥能动作用。

^① 吕岩松:《俄罗斯联邦政府轻松过关》,载《人民日报》2003-06-22。

三、元首制度改革中的六个具体问题

1. 我国的元首应怎样选举产生？

国外,为了加强元首职权的民意基础,特别是为了加强其与议会对抗的实力和资本,一般都采取直接民选制,其中包括美国以“总统选举人”间接选举形式体现的实际的直接选举制(即所谓“委任直选制”)。元首直选制的最大问题,是人民及其代表对已经选举出来的元首的监督制约机制乏力。这当然不是说由谁选举产生的就只能由谁来监督、罢免或弹劾——法律和法理上都无此一说——而是说,相比而言,由元首的选举者对元首进行的监督、质询、罢免或弹劾更顺理成章,更有理、有力,因而也更易于形成事前的威慑,使其不敢忘乎所以、恣意妄为。

从这样的角度考虑,我国不宜采行直接选举制,而最好由全国人大和全国政协全体会议的联席会议来选举产生国家元首。

从目前由全国人大单独选举,改为由全国人大和全国政协联席会议选举产生,就选举人的数量来说,由3000人增至5000人,扩大了民意基础;而就“质”或选举人的构成方面来说,人大代表以地域为单位,人民政协目前是以界别为单位,将来改革后拟以中国共产党和其他各民主党派为单位,将此二者结合起来,将能更全面、更有效地代表全国的民意、民心,反映各阶级、阶层、政党、派别或社会集团共同的意志和愿望。

另一方面,我国的人大、政协全体会议实行的是“大议会”年例会制,会期一般2~3周,其他时间全年闭会。这就可以避免西方国家“小议会”一年中多次开会情况下,如果元首由议会选举产生的话,其对元首的正常工作势必干扰过频、威胁过大之弊。换句话说,我们可以在“大议会”闭会时,由分别由其选举产生的“小议会”(全国人大常委会和全国政协常委会)代表大议会“看住”元首,但又不赋予其罢免和弹劾之权,而仅于万分必要时召集大议会(即全国人大全体会议和全国政协全体会议)的“特别会议”来讨论罢免和(或)弹劾元首的议案并分别进行投票表决:罢免案各以过半数票通过即可,弹劾案则须各以2/3多数票通过始为有效。这样,就可以在“减少干扰”和“确保监督”两大目标间,保持一定的“均势”或平衡,避免和防止顾此失彼。

2. 元首应不应当有解散人大、政协并决定提前举行选举之权？

国外,为了解决元首所提名的总理人选一而再、再而三表决通不过,或者当议会对政府表示不信任,而元首根据自己的判断仍对总理有信心时二者的矛盾,一般由宪法授予总统在更换总理还是解散议会之间作出选择的权力,也就

是授予总统以解散议会两院或一院(往往仅是其中之下院)的权力。但是,在我国,笔者认为,绝不能开这个口子:一则,中国是一个大国,全国人大代表有3000人之多,选举一次非常不容易,政协的组成也是一样,不能随便解散重来;二则,人大、政协任期五年,通常情况下这五年中民意基础发生重大变化的可能性很小,解散重选没什么意义,纯粹是给元首一个不惜劳民伤财以炫耀和滥用权力的机会罢了。因此,不可采行。但在此前提下,却可以考虑授予元首解散小议会(即全国人大常委会和全国政协常委会)并立即召开任期中的全国人大和全国政协全体会议分别进行重新选举的权力。这样做的成本或代价很小。而且,如果宪法和(或)法律授权全国人大常委会和全国政协常委会在人大、政协闭会期间对政府的施政提出不信任议案并各以过半或2/3多数票通过以迫其总辞的话,赋予元首以解散此“小议会”(两院)之权,就为元首化减危机、解决矛盾提供了更多一种办法、更多一条途径、更多一种选择,无疑是利大于弊的事情。

顺便说,全国人大常委会委员和全国政协常委会委员的选举办法,余以为可采取“随机分组,十人一组,各推其一,大会认可”的办法。只有这样,从两三千人中分别选出二三百人才能做到公平、公正、合情、合理,才能真正体现民主,从而,解散了重选也才有意义。

3. 是否设立最高国务会议? 国务院常务会议和全体会议由谁召集并主持为好? 国家元首是否应当、可以或必须出席并发表讲话?

这些问题看起来很小,实际并不小。其所以认为“小”,是因为在过去的虚位元首制度下,元首根本无须问政,这些问题当然都不成其为问题。而一旦改行实权元首制,就有一个怎样妥善处理“府院关系”以避免发生“府院矛盾”的问题了。

在国外,法、俄两国总统都有出席并主持政府会议的权力。会议的召集自然是总理的事,此时,他仅相当于一个办公厅主任或秘书长而已。葡萄牙总统不主持政府会议,但他依法有权撤免总理或者政府其他成员。葡国另设有一个“国务委员会”,是总统的咨询性政治机关(不同于古巴卡斯特罗为主席的国务委员会),由总统亲自召集、主持。而我们的邻国韩国的情况是:总统既是国家元首,又是政府首脑,但这个政府是由总统和小“行政府”加在一起构成的“中政府”,以别于包括立法、行政、司法三权的广义“大政府”。国务总理的职责是辅佐总统,并按照总统的命令“统管行政各部”,实为仅次于总统的第二号行政首脑。韩国还设有国务会议,是总统的辅佐机关和政府政策审议机关,由总统、总理和国务委员组成,总统、总理分别为其议长和副议长。这样,国务会议的召集和主持权也自然是属于总统的了,国务总理只能根据总统的委托和授权才能召集并主持国务会议。

毫无疑问,每个国家都应有适合于本国国情的独特制度。就我国来说,国家那么大,事情那么多,元首和政府首脑都会有分属于自己的一大摊子事务要管,担子都不轻,有两个积极性去管就比只有一个积极性要好。如果宪法也规定由元首来主持国务院的会议,总理没有自己的主动权和积极性,那就势必出现许多事元首管不了也管不好,而总理却因无权主动管理而懒得去管,只能坐在那里等着听候元首的安排和指挥。这样的话,各项国家事务的处理必然会日积月累,乱成一团糟。所以,现行宪法规定国务院全体会议和常务会议由总理召集并主持,是正确的。

同时,根据改行实权元首制以后的情况,有必要通过立法补充规定,总理若召开国务院会议,应事先与元首通气(进行沟通),共同商定会议的议题、议程和内容,并征询元首有无出席会议并发表讲话的意愿。如果元首有此意愿,应将其加进议程中去;如果元首想到会听取情况,再即席讲话,亦应为此作出安排;如果元首对会议议题很感兴趣,但却因故不能出席,总理可将其意见记下,作为指示在会上传达,或者,必要且可能时,更改会期,以遂其心。总之,总理召开国务院会议应尽可能取得元首的理解和支持,并对其意见和“建议”予以尊重;该贯彻的贯彻,该落实的落实;实在不合适的,总理也可不必拘泥,而以敢于负责的态度根据自己的判断独立自主地作出决定,即以变通之法“创造性地贯彻执行”元首意图。但这样做时,于一事之前,能请示则请示,能论争则论争;于一事之后,则及时回话,真心诚意地解释说明,争取得到谅解和宽容,而绝不能一意孤行,激化矛盾。因为,毕竟,实权元首体制下的“责任政府”是要同时对元首和民意机关双重负责的。当然,元首本人也是要同时对大、小议会和全体国民负责任的,而政府对元首负责并报告工作也正是元首对大、小议会和全国人民负责的一个前提。否则,像英国、日本的虚位君主那样,政府不对他(她)负责,他(她)也不对议会负责,正好两清——是个平账(低水平的)。而实权元首制下要想在高水平上“扯平”,就必须要求政府向元首也负责并报告工作。所以,我认为,未来改革之后的国家元首对于总理不仅应有“提名权”,而且应有“撤免权”,可像叶利钦当年那样随时撤换任期中的政府总理或其属下任何一位内阁部长(如果能像普京那样有此权力而不轻易用之,则为更好),以及,当人大常委会和政协常委会对政府投不信任票时,还有是否接受其总辞的“酌定权”或选择权。——这是“元首主导的责任内阁制”与完全的“议会—责任内阁制”不同的地方。

除此之外,实权元首体制下,还有几项须在宪法上作出安排:一是恢复设立“最高国务会议”,但应与1954年宪法所规定的体制有所不同,而由人大常委会正副委员长、全国政协正副主席、国务院正副总理和国务委员,以及司法两院(最高法院和最高检察院)正副院长等出席,元首召集并主持;二是设立“国家安

全会议”,也由元首召集、主持,其他成员为正副总理、国务委员、国防部长、外交部长、法务部长、公安部长、国家安全部部长、军队各总部和武警总部的主要首长,以及其他强力部门的主要首长等;三是设立“最高党政廉政公署”,由元首直接领导,专门负责对全党全国的纪检、监察、审计系统以及检察机关的反贪系统进行统一的监督、制约,这样,它就与我国香港的此类机构不同,不是直接监督官员,而是对那些监督官员的人加以监督和约束,并对其违法、违纪、失职、渎职案件依法独立侦办和查处。

4. 元首的副职应设几位,怎样产生?

世界上多数国家都只设一位元首副职,还有少数不设副职的,如俄1993年“十月事件”后通过生效的“叶利钦宪法”就取消了原有的副总统一职,还有像英国、日本、丹麦、瑞典、挪威、西班牙等国的虚君元首也都自然没有副职。但是,在我国,无论两岸统一之后还是此前,在宪法体制上都有必要为台湾地区领导人预留一个元首副职(国家副主席或副总统)之位,虚席以待。而由于世界上多数国家的宪法中都有“总统缺位时,由副总统继任”的类似规定,我们就有必要考虑一反各国通例,设两位元首副职,其中一位为普通副职,另一位为第一副职(国家第一副主席或第一副总统)。然后,才可以规定“元首缺位时,由第一副职继任,第一副职亦缺位时,由普通副职暂时代之,于限期内(一周或十日可否)由全国人大常委会和全国政协常委会负责召集全国人民代表大会全体会议和政协全国委员会全体会议的联席会议,补选新的国家元首和第一副职”。并须规定,无论最初选举还是中途补选,元首与其第一副职均应结伴竞选产生,另一位(普通)元首副职则由台湾地区领导人依照宪法的直接授权兼而任之,即台湾地区每一届新当选的领导人,于正式就职后,为当然的中华人民共和国(第二)副主席或副总统。

为了保证我党政权不在更迭中丢失,宪法还须明确规定:与元首结伴竞选副职者,必须是中国共产党中央委员会委员(但不得是中央政治局常委,以免常委中剩下可以参加元首职务竞选者人数过少);如因元首缺位而继任元首,则为当然的中央政治局委员、常委和第一书记(或第一主席),全面替补缺位元首的职位。

5. 改革后我国强势的实权元首,究竟应叫什么为好?

国外,除天皇、国王(或女王)、苏丹、酋长等名目外,绝大多数国家的现代元首都是称作“总统”(the President)。事实上,我们的“国家主席”一词,对外翻译时用的也就是“总统”(President)字样。当然,人们也可以辩解说,这个词在英文中并不仅指作为国家元首的“总统”一职,它还可以指公司董事长、银行行长、大学校长,甚至可指会议的主席(相当于Chairperson)以及学会、协会等社团的

会长等。但是,笔者认为,当用于翻译我们的“国家主席”时,它确定无疑地只有一个含义,那就是“总统”,而绝不可能有任何其他的意思。既然如此,既然对外宣传能称作“总统”,那么,对内,对国人,当需要用自己本国的母语来加以表达时,为什么一定要忌讳或回避“总统”的称谓呢?这不是掩耳盗铃、自欺欺人又是什么?

所以,笔者认为,我国的“元首”——国家主席,无论改为实权还是保持(即回到)1982年宪法规定的虚职,都可以且应当改称为“总统”。从某种意义上说,将“国家主席”一词改称为“总统”,比将虚位元首改为强势的实权元首,要容易得多。

现在,人们到处在谈论“与国际接轨”。那就不妨在此问题上也与国际通例接一下轨吧?这方面的国际通例是:党的领袖或最高领导人,一般称作“主席”(具体包括“党主席”、党的“全国委员会主席”或“中央委员会主席”几种不同模式)或者总书记,也有的同时设有主席和总书记,后者相当于中央办公厅主任或秘书长,而国家的元首,则绝大多数称之为“总统”。——在这样一些非原则性的细枝末节上,即使完全与国际接轨,又有何妨?

6. 究竟是由党代表大会、人民代表大会分别选举产生党和国家各自的中央军事委员会,再由其分别决定各自的主席人选好呢,还是由党章和宪法直接规定“国家元首兼党中央第一书记(或第一主席)为党和国家两个中央军事委员会当然和统一的第一主席(且上届第一主席履行职务到下届第一主席接任为止)”更好一些?

为了国家政权的安全起见,国外一般都规定实权元首兼任海、陆、空三军总司令,统率全国武装部队。我以为,这是对的。中国自古以来,就有弱枝以强干之说。凡兵权旁落而元首掌握不了军队的,都是“国乱朝纲、百姓遭殃”,历朝历代无一幸免。因此,为了国家安全稳定,也有必要将最高兵权集中授予党和国家两个中央军事委员会之当然和统一的第一主席:没有他的指示和命令,任何人不得擅自调动军队,否则,必以军法严加惩处。现在,我们党和国家两个中央军委主席被选举产生出来的时间相差好几个月。在此两个职务终由一人兼任之前的这段时间里,完全有可能出现两个中央军委主席职务分别由两个不同人担任的情况。目前,我们解决这一问题的办法是其中一个军委主席提前自动提出辞职,但党章和宪法又并未对此作出规定。这是非常危险的,应当引起有关方面足够的注意和重视,并尽早采取措施加以补救。

当然,除了前面所说设立二合一的“第一主席”这一方案外,还可以考虑其他办法。比如,同时撤销两个中央军事委员会,改采外国体制,即由宪法规定“元首兼任海、陆、空军总司令,统率全国一切武装力量”。这实际上是部分回复

到 1954 年宪法体制,只是那时实行的是国家主席兼任国防委员会主席,统率全国武装力量。

此两种方案,何者为优?余以为,二者皆可,无所谓优劣,关键是看将来修宪时“草委”们及国民中多数人的倾向性:如倾向于尊重传统,可采部分恢复 1954 年宪法体制之方案;如倾向于尊重现实,当在现有的党和国家两个中央军事委员会之上,设立共同的第一主席,由国家元首兼党中央第一书记(或第一主席)当然任之。



“沉默”是否就意味着“同意”？

——德国联邦最高法院“对商人确认书保持沉默” 案评析

邵建东 唐 莹 编译

邵建东 法学博士(哥廷根大学),南京大学法学院暨中德法学研究所教授,博士生导师。代表作(译作):《德国民法总论》(法律出版社 2001 年)。

唐莹 南京大学法学院暨中德法学研究所 2002 级硕士研究生。

一、引言

1900 年施行的《德国民法典》,历经第一次世界大战、魏玛共和国、20 世纪 30 年代世界经济大萧条、纳粹法西斯统治、东西德分裂、两德重新统一、欧洲共同体一体化,一直适用到今天。在这一百多年的发展过程中,德国的政治、经济、文化等领域的社会关系发生了巨大的变化,但是民法典在总体上却基本上保持了其制定之初的原貌。这一方面要归功于德国的立法机关。特别是第二次世界大战以后,德国立法机关在不断修订民法典有关章节、条款的同时,制定了大量的民事单行法,以调整新出现的社会经济关系。另一方面,德国各级司法机关,特别是第二次世界大战后设立的德国联邦最高法院(Bundesgerichtshof,简称 BGH),通过其不断的司法审判活动,对民法及民法理论的发展也作出了重要的贡献。

德国虽然属于典型的大陆法系国家,最高法院的判例在法律上不具有拘束力,但是在实践中,最高法院的判例对下级法院审理同类案件是具有事实上的拘束力的,对最高法院裁判同类案件也具有重要的参考价值。因此,我们可以认为,联邦最高法院的判例是德国民法及民法理论的一个重要组成部分。仅仅



去阅读《德国民法典》的条款,已经无法达到领略德国现代民法的全貌、把握德国民法理论精神的目的了。

鉴于我国民法学界对德国联邦最高法院的重要判例缺乏系统的了解和评价,我们拟择取一些具有基础性、典型性意义的判例,加以译、评价和研究。本文介评的这个判例,涉及的是德国民商习惯法上的一项制度——商人确认书制度。在商人确认书制度中,只要符合一定要件,“沉默”即意味着“同意”。这是意思表示应当通过明示的语言或可推断之行为予以表达的原则的一项重要例外。

二、对商人确认书保持沉默案^{* 1}

要旨:

(1) 即使“商人确认书”的确认人不是商人,而是一个类似于商人参与商业活动的人,并且确认人可以期待,受领人会根据商人的习惯对待自己,那么,有关对商人确认书保持沉默产生效力的原则也予以适用。

(2) 在代理人所为的约定由被代理人所证实的情况下,对于下列问题,应将代理人的知悉归责于确认人:在一封未遭受异议的确认书,由于其内容偏离于实际所商谈的内容,以至于确认人没有理由期待受领人会对此表示同意的情况下,该确认书是否因此而丧失其拘束力?

《德国商法典》第 346 条;《德国民法典》第 166 条第 1 款

第八大民事审判庭 1963 年 6 月 26 日的判决

i. S. U. (被告) w. H. (原告)

VIII ZR 61/62

第一审法院:慕尼黑州法院

第二审法院:慕尼黑州高等法院

事实:

被告是一家中介服务的所有人,拥有一个在商事登记簿中注册的商号。她受 B 夫妇的独家委托,媒介出售一块不动产。被告请一个次级中介人帮忙。原告是一个不动产中介人,但未在商事登记簿中注册。原告通过这个次级中介人,了解了 B 夫妇出售不动产的意图。在接下来的时间里,原告的儿子便与 B 夫妇建立了直接的联系。

* 《联邦最高法院民事裁判集》,第 40 卷,42 页以下。

1959年7月17日,在被告的办公室里,B夫妇与某有限责任公司就不动产买卖交易进行了谈判。对于该谈判是否因原告及其儿子的作为而进行的,以及在多大程度上应将该谈判归功于原告及他的儿子,诸方存在争议。原告的儿子得知了在被告办公室进行的谈判,未经请求也出现在那里。他就佣金请求权事宜质问被告,随即引起了激烈的争论,但各方对争论的内容还有争议。

就在1959年7月17日当天,原告向被告寄送了一份信函,内容如下:

我按约定确认“贵方”与我儿子……在1959年7月17日达成的关于B夫妇出售土地给某有限责任公司……的佣金约定……

经双方一致同意确定的佣金比例——卖方出3%,买方出2%,共计5%——与您作五五分成……

被告没有对这封信函作出答复。

1959年9月15日,B夫妇与某有限责任公司之间签订了一份公证合同。某有限责任公司承担向被告支付价金的2%作为佣金的义务。

原告提起诉讼,要求获得某有限责任公司和B夫妇支付的佣金的一半。

州法院和上诉法院判决对原告的诉讼请求予以支持。被告提起的再审诉撤销了上诉法院的判决,并将该案予以发回重审。

理由:

(1)“被告的”再审诉认为,对确认书进行回复,以避免(不回复即)沉默的后果,这种义务仅存在于商人的业务活动中,亦即仅存在于商人之间。因此,如一个商人从一个非商人那里收到一封确认书,就无需作出回答。被告的再审诉并没有认识到,这里的关键在于,受领人根据应依诚实信用原则判断的商人观点,是否必须对(确认书的)发出人所作的“一项包含有特定内容的合同已成立”的表示,予以反驳。对商人来说,这样一种反驳的义务不仅可以产生于他收到一个商人的确认书的情形,而且也可以产生于确认书的发出人虽然不是商人,但是他却类似于一个商人参与商业交易,并且他可以期待他人会根据商人习惯对待自己的情形。^①在本案中,这些条件是具备的,这一点已为上诉法院以无可指责的方式予以认定。

(2)上诉法院论述道,确认书的内容并非在如此大的程度上偏离在1959年7月17日“谈判时已谈妥的内容”,以至于原告自己作为确认人没有理由期待这个内容会得到被告的同意。对于上诉法院的这一观点,存在下列法律上的疑虑。

^① 克劳泽(Krause),《法律交易中的沉默》,130页。也可参见联邦最高法院1955年6月27日的判决(II ZR 62/54),见《有价证券信息》,1285页,1955。

① 正如上诉法院所正确认识的那样,根据判例和学说的一致意见,如果确认书的内容在如此大的程度上偏离了协商的内容,以至于发出人不能合理地期待确认书的内容会得到受领人的同意,那么,(受领人)无异议地接收确认书就不会发生其通常的法律后果。^①在确认书是否偏离了1959年7月17日谈判的内容,以至于(发出人)是否可以期待得到被告同意的问题上,上诉法院仅仅以原告自己作为判断标准。但是,原告并不是谈判的当事人。他甚至并没有参与谈判,因而就自己知悉而言对谈判内容是一无所知的。他要求被告(支付佣金)理由是他的儿子作为他有代理权的代理人与被告订立了一项分享中介佣金的合同。因此,“合同订立人”与确认人并非同一个人。在这样一种情况下,便产生了一个问题,即假设确认人对于谈判的过程获悉了他的代理人所实际知悉的事实,如果确认人没有理由期待(确认书的内容)会得到受领人的同意,那么,受领人无异议地接受的确认书是否会丧失其拘束的效果,亦即就此而言,代理人的知悉是否应归责于被代理人。本审判庭认为,被代理人必须将代理人的知悉归责于自己。

② 由判例和学说发展形成的“对于确认书保持沉默,视为对被确认的合同内容表示同意”的原则,建立在诚实的商业交易习惯的基础之上。因此,如果确认书的发出方违背诚实信用原则,如在确认书中写下如此不正确的内容,以至于他不可能期待相对方会同意这一内容,那么这一原则就不能适用。^②如果一个被委托进行谈判的代理人,就谈判的过程,向被代理人作出了以上述方式所为的不正确的报告,而被代理人将这一报告内容作为其确认书的基础,并且,在确认书的受领人对确认书保持沉默之后,该被代理人便主张既然确认书被无异议地接受了,它就应当产生有利于自己的法律后果,那么,即使该被代理人自己在起草和发出确认书时是善意的,这种行为也不能被称之为诚实的商业行为。在被代理人 and 合同相对人的关系上,代理人的不诚实行为属于被代理人的风险领域。在民法中,适用这样一项原则,即“谁在法律交往中使用了他人的帮助,并且主张他人的行为产生有利于自己的效力,那么也就必须承受由此产生的不利方面,而不得在他人为了自己弄脏双手的情况下,声称自己的双手是干净的”(赖泽尔语)。^③这一观点的支柱之一是《德国民法典》第166条第1款^④的规定。根据此款规定,在意思表示的法律后果受到对某些情况的知道或应当知道

① 《联邦最高法院民事裁判集》,第7卷,189页、190页。

② 《联邦最高法院民事裁判集》,第7卷,189页、190页,联邦最高法院1955年6月23日的判决(II ZR 248/54),见《有价证券信息》,1284页,1955。

③ 参见《法学家报》26页、27页,1961。

④ 《德国民法典》第166条第1款:“意思表示在法律上的效力,因意思瑕疵或对某些事情的知道或应当知道而受影响时,应根据代理人的情况决定,而非根据被代理人的情况决定。”——编译者注

的影响的情况下,应当以代理人作为判断标准。这即是说,被代理人应当像他自己亲自知道(某些情况)时一样接受该项法律行为。虽然第166条第1款直接涉及的只是代理人在发出意思表示时的知悉,而确认则是被代理人的意思表示,且在代理人的意思表示之后。不过,这一事实并不影响将《德国民法典》第166条第1款规定按其意义适用于这里讨论的该类性质的案件。(受领人)对于确认书保持沉默,并非使一项新的合同基于被代理人通过确认书发出的意思而成立;毋宁说,这里仅仅是拟制了下列情形:由代理人与相对人发出的意思表示,产生了一项以确认书中所记录下来的事实为内容的合同。但是,如果实施确认行为的一方当事人知道,被确认的内容偏离了谈判时的结果,以至于他不能期待对方会予以认可,那么,就不能认为代理人与相对人之间订立了以确认书中所记录下来的事实为内容的合同。代理人在具有被代理人的授权的情况下,亲自对自称是由其订立的协议予以确认的,他的知道(被确认的内容偏离谈判结果,故不能期待对方会认可)殊属无疑。在这种情况下,判断无异议地接受确认书是否可拘束合同相对人这个问题,就应取决于代理人自身是否知情。^①不过,如果代理人虽未亲自为确认,但却以向被代理人为虚假告知的方式,促使被代理人对一项合同的订立予以确认,而实际上这项合同根本就没有商定,或者商定的合同不具有这个内容,那么这种情况也符合《德国民法典》第166条第1款规定的事实。恶意的代理人在获得被代理人授权的情况下亲自对其自称的约定予以确认,与代理人基于虚假的告知促使善意的被代理人对并未成立的合同予以确认,二者之间并无区别。实施确认行为的合同一方具有“善意”,是将代理人自称已订立的合同视作成立的要件之一。这即是说,由代理人发出的意思表示是否产生法律后果,取决于沉默者的相对人^②对某些情况的知道或者不知道。根据《德国民法典》第166条第1款的基本思想,在这里,将代理人的知情归责于被代理人,是合理的。

有人认为,即使在代理人知道并未以报告给被代理人听的内容订立合同的情况下,也应当仅仅以确认人^③的知情为准。这种观点会导致产生不公平的结果,即相对人^④受代理人臆想出来的订单的拘束,只要善意的被代理人对此表示确认,并且确认书的受领人对此保持沉默。帝国法院虽然在《帝国法院民事裁判集》第129卷(第347页,第349页)刊登的判决中附带地指出,如果确认人在寄发确认书时是善意的,即他认为确认书正确地复述了由其旅行推销员达成的

① 联邦最高法院1955年6月23日的判决(II ZR 248/54),见《有价证券信息》,1284页,1955。

② 沉默者的相对人,即是被代理人。——编者注

③ 这里的“确认人”,即是被代理人。——编者注

④ 根据上下文的意思,这里的“相对人”(Gegner)应该就是“确认书的受领人”。——编者注

约定,那么,即使旅行推销员向他转达的订单系因恶意欺诈而成立的,这一事实也并不影响无异议地接受确认书所产生的法律效力。但是,帝国法院审理的这个案件与本案中的事实不同。在那个案件中,确认书的内容真实地符合先前达成的约定的内容。当然,根据那个案件中的被告的陈述,先前达成的这个约定本身是因恶意欺诈而成立的。由于确认书与订单在表面上是相互一致的,因此被告并未对确认书提出异议,他的沉默便是表示同意。而在本案中,被告声称自己之所以未对确认书提出异议,是因为该确认书的内容与1959年7月17日的会谈根本就是南辕北辙。

“仅仅以确认人本身的知情为准”的观点,也不能因“对于确认书保持沉默,对确认人来说,产生了一种特别的信赖事实构成”之考量而获得合理性。诚然,由沉默所引起的法律效力,是建立在下列原则基础之上的,即根据诚实信用原则,虑及交易观点,确认书的受领人有义务对确认书的内容提出异议,除非受领人对确认书表示认可。^①但是,只有在确认书的内容与先前谈判的结果之间不存在如此大的差异、确认人有理由期待对方会同意的情况下,确认人才有理由信赖受领人会在其不同意确认书内容的情况下提出异议;否则的话,(确认人的)信赖保护就不予考虑。在代理人的行为使确认书的内容产生了如此巨大的偏差的情况下,同样也不能适用对确认人的信赖保护了。“确认人有理由信赖受领人会同意”的原则,必须让位于“被代理人必须将其授权的代理人的知情和行为归责于自己”的原则。

认为在类似性质的案件中应将被代理人^②的知情归责于确认人,还有一个合理的理由,即受领人在受领一份内容远远偏离于先前谈判结果的确认书时,无法识别出代理人是否向确认书的发出人告知了虚假的情况,亦即确认书之与先前谈判结果大相径庭的内容是否可归责于代理人之违反诚实信用的行为,抑或可归责于确认人本身之违反诚实信用的行为。正因为如此,对于原告的下列看法不能予以赞同:原告认为,被告有义务向他指出,他的儿子向他作了不正确的陈述。至于被告是否因原告的儿子与被告之间进行谈判而相对于原告承担注意义务,对这个问题毋须作出裁判。

只有在确认书的受领人在与代理人进行合同谈判的过程中,通过自己的行为,使被代理人有理由认为合同已经成立之情况下,联邦最高法院才认为,即使代理人的行为系出于恶意,确认书的受领人依然必须对被代理人期待其确认书

① 《联邦最高法院民事裁判集》,第20卷,149页,153页以下。

② 这里的“被代理人”可能是印刷错误。根据上下文的意思,应该是“代理人”,因为“被代理人”就是“确认人”。——编译者注

会被认可的可能性,予以反驳。^① 本案中并不存在这一事实,这一点并无争议。

三、评 价

本案的事实非常简单。原告和被告都是不动产中介公司,提供不动产交易媒介服务,他们的不同之处仅在于:原告并未在商事登记簿上注册,而被告已在商事登记簿上注册。有一对夫妇委托被告媒介出售不动产,但被告并未亲自提供媒介服务,而是请另外一个中介人(所谓次级中介人)帮忙。原告正是通过这个次级中介人,了解到这对夫妇想出售不动产的意向。这样,原告的儿子就与这对夫妇建立了直接的联系。后来,这对夫妇与潜在的买受人某公司,在被告的办公室里举行买卖接触。原告的儿子也知道了这件事情,便不请自到,同时向被告提出了有关佣金的质问。当天,原告向被告发出一份信函,核心内容是:“确认”自己的儿子与被告之间达成的有关交易佣金的约定,双方五五分成。被告认为,自己根本没有与原告的儿子达成佣金分配的约定,因此对原告的这封所谓的“确认函”置之不理。原告遂向一审法院提起诉讼,要求被告支付其所获佣金的一半。一审法院和上诉法院都对原告的诉讼予以支持。被告提起再申诉,最高法院认为再申诉理由成立,遂裁定撤销上诉法院的判决,并将该案发回重新审理。

本案争执的主要问题有两个。第一个问题是,能否将被告的沉默解释为同意,即将被告对原告发出的所谓“确认书”置之不理的事实解释为对“确认书”内容的承诺?这是本案的核心问题,涉及到德国民商法中的一项习惯法律制度——商人确认书制度。第二个问题是所谓的“知情归属”问题,即在代理行为中,代理人知道或应该知道的事情,能否归责于被代理人。

(一) 商人确认书制度

在商人之间从事的法律交易中,长久以来形成了一种惯例,即合同双方当事人以口头形式谈判订立合同以后,一方当事人以书面形式向另一方当事人对合同订立的事实以及合同的主要内容进行“确认”。这种书面文件,由于起初是由商人发出和受领的,其内容是一种对过去事实的确认,因此一般被称为“商人确认书”(Kaufmännisches Bestätigungsschreiben)。

商人确认书制度的主要意义在于避免纠纷。通过商人确认书,合同双方当

^① 这里的“被代理人”可能是印刷错误。根据上下文的意思,应该是“代理人”,因为“被代理人”就是“确认人”。——编译者注

事人就可对双方之间究竟是否订立了合同以及具体约定了哪些合同条件等予以明确。商人确认书制度之所以能够成为一种商事惯例,是因为商人们在商事交易中特别强调法律关系的明晰性,特别强调对信赖的保护。发出人有理由要求作为商人的受领人在处理商业信函时尽到特别的注意义务,如果受领人不即时对确认书的内容作出回应,给发出人造成的印象就是他同意确认书的内容。发出人的这种信赖利益应当受到法律保护。

众所周知,在法律行为学说中,通行的原则是,意思表示必须通过明示的语言或可推断之行为予以表达。沉默,即不作为,一般是不能理解成为表示意思的一种手段的。只有在法律规定或当事人之间事先约定的情况下,沉默才能被视为是表示意思的方式。《德国商法典》在有些情况下明确规定了沉默具有意思表示的意义。^①商人确认书的受领人对商人确认书的沉默具有承诺的意义,是上述原则的一种例外,其依据则是习惯法^②。

商人确认书制度的构成要件如下:

第一,商人确认书的主体原则上必须是商人。顾名思义,商人确认书的主体应当是商人,即确认书的发出人和受领人都应当是商人,因为商人确认书本身就是一种商业惯例,本来仅仅是在商人之间适用的。因此,无论是确认书的发出人,还是确认书的受领人,原则上都必须是商人。^③

现在,通行的学说以及法院的判例认为,商人确认书的主体并不严格局限

① 《德国商法典》第362条第1款:“以为他人处理事务为营业的商人,收到某个与自己具有业务联系的他人要求处理此类事务之要约的,有义务对该要约作即时回答;该商人的沉默,视作对要约的承诺。”——编者注

② 对于商人确认书制度中沉默即为同意的法律依据,通说认为是习惯法,但学术界也还存在着不同看法。有人认为其法律依据是《德国商法典》第362条规定;另有人认为,这一制度属于《德国商法典》第346条意义上的商事习惯或商业惯例的范畴;还有人认为,由于商人确认书制度的适用范围已不限于《德国商法典》意义上的“商人”,而是也适用于在较大程度上参与商事交易的其他主体,因此这一制度的法律依据应该是更为一般的诚实信用原则以及从这一原则中推导出来的信赖责任。参见Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, § 30, Rdnr. 36, S. 599.

③ 何为“商人”?1998年以前,《德国商法典》首先依据行为人所经营的商业种类,区分了法定商人、须登记商人和可登记商人。法定商人,又称必然商人或免登记商人,是指从事原《德国商法典》第1条第2款所列举的各类基本商业的人。从事这些基本商业的人,可以自动取得商人资格,而不需要再在商事登记簿中进行登记注册。须登记商人,是指从事基本商业以外的其他商业的人,而经营该商业又需要行为人具备一种依商人方式建立起来的经营方式。从事此类商业的人需在商事登记簿中登记注册后,才能成为商人。可登记商人,是指在农业和林业领域从事生产经营、而需要具备以商人方式建立起来的经营方式的主体。这些主体可以通过登记,取得商人资格。其次,原《德国商法典》还依据商业的规模,区分了完全商人和小商人。所谓完全商人,是指在从事商业时,需要具备一种依商人方式建立起来的经营方式,即建立一套相对完整的商事经营和管理制度,包括设立商事簿记、保存商业信函、聘用员工等。所谓小商人,是指虽从事基本商业但不需要具备依商人方式建立起来的经营方式的商人。1998年修订商法典时,简化了商人概念,取消了基本商业与其他商业之间的区别,亦即取消了法定商人与须登记商人之间的区别,此外还取消了小商人的概念。有关此次修订的情况,可参见邵建东:《德国商法最新修订评析》,载徐学鹿主编:《商法研究》,第一辑,141页以下,北京,人民法院出版社,2000。——编者注

在《德国商法典》意义上的“商人”的范围内,而是也包括在较大程度上参与商事交易的主体。就确认书的发出人而言,只要他在较大程度上参与商事交易,并且有理由期待对方依商事习惯对待自己,即符合主体的要求。就确认书的受领人而言,只要他在较大程度上参与商事交易,也即符合了主体的要求。至于他们是否属于严格意义上的商人或者其他经营者的要件,则并没有影响。这样,德国经济生活中的常见的自由职业^①从业者,就可以纳入到如此理解的广泛意义上的“商人”范畴中去了,因为他们虽然不是《德国商法典》意义上的商人,但是他们都在较大程度上参与市场经营和商事交易活动,因此符合商人确认书的主体要件。

在本案中,原告作为不动产中介商人,未在商事登记簿上登记注册,因此不符合《德国商法典》规定的“商人”的要件,因此不是商法典意义上的商人。但是,原告却像一个商人一样,在较大程度上参与了商业活动,因此他符合商人确认书发出人的条件,而且他也可以期待确认书受领人会根据商人的习惯来对待自己,所以,有关对商人确认书保持沉默产生效力的原则应予以适用。

梅迪库斯(Medicus)认为,在发出人的资格方面,可以放得更为宽大些,因为不要求他承担特别的义务。^②卡纳里斯(Canaris)则更进一步认为,应当摒弃对类似商人的人去进行定义,而应当授权法官在个案中进行自由裁量。不过卡纳里斯同时承认,应当遵循两个重要性标准:一个是相关主体有理由对商业习惯和商事行为方式产生信赖,另一个是这个主体原则上应当具有一个经营性质的组织。^③弗卢梅(Flume)的观点更极端,认为商人确认书的发出人可以是任何一个人。^④

然而,虽然学者们几乎众口一词地认为,商人确认书的主体不应当局限于《德国商法典》意义上的“商人”范畴,而是应当扩及至在较大程度上参与商事交易的其他主体,但是有一点也是非常明确的,那就是商人确认书制度毕竟是商法这一特别私法的一个组成部分,因此不能一般性地适用于纯粹的私人之间

① 所谓“自由职业”,通常是以基于特殊的职业资格或创造性的才能为委托人或公众提供个人的、自负责任的、专业上独立的高质量服务为内容的。在德国,从事自由职业或活动的主体通常包括:医生、牙科医生、兽医、医士(Heilpraktiker,指未经国家资格考试而持有执业执照的医生或医务人员)、医疗体操师、助产士、医疗按摩师、心理学硕士、律师公会成员、专利律师、审计师、税务咨询人、国民经济咨询人、企业经济咨询人、经宣誓的稽核人、税务代理人、工程师、建筑师、商业化学家、领港员、专职鉴定人、记者、摄影记者、口译员、笔译员、科学家、艺术家、作家、教师和教育者以及从事类似职业的人。参见《自由职业者合伙法》(1994年7月25日)第1条第2款的规定。自由职业者只能结成合伙,从事的不是商业。——编译者注

② 梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,边码441,335页,北京,法律出版社,2001,第2版。

③ Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 23. Auflage, § 23, Rdnr. 3, S. 417.

④ 参见梅迪库斯:《德国民法总论》,336页。

的法律交往。^①例如,在小型手工业者之间就不应当适用商人确认书制度。^②

第二,商人确认书的发出人与受领人之间必须在此前就合同的内容进行过谈判。这也是商人确认书之“确认”功能或“证实”功能的体现,因为人们只能对已经发生过的事情进行“确认”或“证实”。在先前进行的合同谈判中,可能双方当事人已经以口头的形式订立了合同,也有可能虽未订立合同,但已经就合同的订立进行过充分的、完整的准备,以至于合同的订立仅仅是一个形式上的手续而已。在前一种情况下,商人确认书仅仅具有“确认”或“宣示”的功能,是真正意义上的确认书,其意义主要体现在证据保全上。在后一种情况下,虽然双方在口头就合同的实质内容以及合同的订立达到了一致,但是一方仍有可能将一些不太重要的事项补充、增加到合同中去。例如,一方有可能将自己的一般交易条件事后纳入到合同中去。有学者认为,这时的商人“确认”书已经名不副实了,这不是一种“宣示性”确认书,而是一种“设权性”的确认书了。这种确认书已经不符合确认书的内涵,其本质是对合同内容的变更,应当适用有关合同变更的一般规定。^③

在本案中,原被告双方是否就佣金分配事宜进行过谈判并达成协议,还存在着争议。

第三,商人确认书的发出人必须在合同谈判后即时向受领人发出确认书,并且确认书及时到达至受领人处。之所以要求发出人即时发出确认书,是为了使受领人易于识别合同谈判与确认书之间的内在联系。至于“即时”的具体时间究竟是多少天,应当根据具体情况来确定。一般说来,先前的合同谈判所需时间较长、进展得也较艰难的,发出确认书所需时间也可适当延长些;反之,则应相应地缩短些时间。沃尔夫(Wolf)认为,确认书在5日内到达的,一般应当认为是及时发出的。^④对于确认书的到达,适用有关意思表示到达的一般规则。在本案中,这一要件应该是符合的:原告在当天便向被告寄发了所谓的“确认书”。

第四,商人确认书不得实质性地偏离先前合同谈判的内容。如前所述,商人确认书只是对先前合同谈判内容的复述或再现,虽然有些情况下不排除在某些细小的、不太重要的事项上偏离谈判时的约定,但是不得有重大的、实质性的偏离。所谓重大的或实质性的偏离,是指发出人依据诚实信用的原则,不可能指望受领人会表示同意的偏离。

① 参见梅迪库斯:《德国民法总论》336页。

② Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, § 30, Rdnr. 45, S. 601.

③ 梅迪库斯:《德国民法总论》边码443 337页。

④ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, § 30, Rdnr. 45, S. 600.

如果发出人明知确认书的内容实质性地偏离了先前谈判的内容,亦即明知确认书的内容是不正确的,依然向受领人发出确认书,则说明发出人是不诚实的,因而不应当受到法律的保护。发出人虽然没有起草确认书,但是在明知其不正确的情况下发出确认书的,也说明他是不诚实的。发出人不是亲自起草确认书,而是由他的代理人起草确认书,发出人在明知其不正确的情况下发出确认书的,也说明发出人是不诚实的。

本案的情况便是这样。原告作为发出人向被告发出的“确认书”的实质内容是:“确认”其儿子与被告之间达成的有关交易佣金的约定,双方五五分成。而在作为受领人的被告看来,自己与原告及其儿子之间根本就没有就佣金分配进行过谈判,因此这份“确认书”无异于“无中生有”;而即使退一步说,双方之间达成过佣金分配的约定,这份“确认书”也是实质性地偏离了先前谈判的内容。根据代理法的一般原理,是原告自己还是由原告的儿子发出这份确认书的,并没有影响,因为原告儿子的行为应当归责于原告自己。

第五,确认书的受领人没有即时对确认书提出异议。在受领人对确认书的内容持有异议,并且即时提出异议的情况下,商人确认书发出人的信赖便不当受到保护,商人确认书亦不应发生效力。何为“即时”?应根据具体情况予以具体认定。德国联邦最高法院的一则司法判例认为,超过一个星期以后再作回复的,应当视为延迟的回复,它具有与沉默同样的效果:同意确认书所记载的内容。^① 本案中,这一要件是具备的,因为被告根本没有对这封信函作出答复。

在本案中,联邦最高法院认为,由于原被告对他们之间是否就佣金分配事宜进行过谈判以及谈判的具体内容是什么等重大问题还存在着争议,因此原告向被告寄发的确认书系实质性地偏离了协商的内容,以至于发出人不合理期待确认书的内容会得到受领人的同意,所以,即使受领人对确认书保持沉默,即无异议地接收了确认书,其沉默也不能被理解为对确认书内容的同意。

德国学术界对商人确认书制度中的“沉默”具有何种法律性质,还存在着不同的看法。^②“有人认为沉默是意思表示(即对信件中包含的要约的承诺),有人认为其至少是这样一种意思表示的拟制,也有人认为因沉默违反了答复的义务,还有人持其他的看法。与这个问题相联系的往往还有另外一个问题,即以确认书所列之东西为内容的合同何时成立以及如何成立。”^③梅迪库斯认为,研究这个问题并没有多大意义,因为一旦确认书产生效力,则根据有关确认书的法律原则的宗旨,对确认书与合同的一致性毋庸置疑的。这样,就不得再

① BGH BB 1969, 933.

② 详见 Karsten Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 19 III, S. 567.

③ 梅迪库斯:《德国民法总论》336页。

对合同的原始内容及其事后的变更提出问题了。梅迪库斯指出,研究沉默的法律性质,应当将这个问题局限在其产生的实际后果方面。这些实际后果主要涉及到有关意思瑕疵的规定是否适用。“在这方面,我觉得以下三点具有重要性。第一,不得对原始合同的瑕疵再行提出主张,否则的话,沉默的证实性作用会受到破坏。第二,沉默不可能比某项证实性的意思表示具有更强的效力,因此对沉默的瑕疵通常也能够提出主张,如同对明示的证实行为的瑕疵也可以提出主张一样。例如,沉默者如对确认书作出了错误的理解,因而没有正确认识到其沉默的意义,他可以主张撤销。当然,如果对沉默之证实性意义发生了错误,则不得主张撤销,这一意义……之习惯法原则,与行为人的意思无关。即是说,对这一意义发生的错误是一个无关紧要的法律后果错误。第三,本来为合法的撤销权不得因沉默者的过错而予以延迟。因为,如果嗣后主张意思瑕疵,即不再属于‘即时’提出异议了。因此,如果沉默者有过错地误解了确认书,就不得再主张撤销。”^①

(二) 知情归属问题

第二个问题涉及到所谓的“知情归属”问题。在本案中,商人确认书是直接由原告(即父亲)向被告发出的,即确认书的发出人是原告本人(即父亲)。但是,与被告进行相关谈判的却不是原告,而是原告的儿子。父亲并未参与谈判,他本人对谈判的情况和具体内容是一无所知的,是他的儿子将谈判的情况和内容告诉他的。因此,谈判的参与人以及(声称曾经约定的)合同的订立人,与商人确认书的起草人和发出人,根本就不是同一个人。当然,儿子是作为父亲的委托代理人参与(声称曾经约定的)合同谈判的。那么,究竟是儿子在明知相关事实的情况下未向其父亲作如实的报告呢,还是儿子与父亲沆瀣一气,故意向对方寄送一份与实际谈判内容相差甚远、对方根本不可能表示同意的确认书的呢?无论如何,儿子作为代理人,其对某些事实的知道或应该知道,显然应当归责于作为被代理人的父亲。本案中,联邦最高法院也是这样认为的。

联邦最高法院适用的法律依据是《德国民法典》第166条第1款。该款规定:“意思表示在法律上的效力,因意思瑕疵或对某些情况的知道或应该知道而受影响时,应根据代理人的情况决定,而非根据被代理人的情况决定。”这款规定在内容上可以分为两种情形:第一种情形是意思表示的效力因意思瑕疵而受到影响;第二种情形是意思表示的效力因知情或应该知情而受到影响。

就第一种情形所涉及的意思瑕疵而言,通说认为,之所以在判断意思表示

^① 梅迪库斯:《德国民法总论》,336~337页。

是否有瑕疵时应以代理人为准,是因为代理人才是从事法律行为上的意思表示的主体,他是在代表被代理人从事法律行为。不过,也有学者指出,第一种情形是为了保护被代理人免遭代理行为可能产生的不利后果的损害。因为如果是被代理人本人亲自从事了法律行为,那么在他受到恶意欺诈或非法胁迫的情况下,在他发生表示错误、内容错误、传达错误和性质错误的情况下,他是享有撤销权的。在代理人从事法律行为而代理人受到恶意欺诈或非法胁迫、发生上述各种错误的情况下,被代理人也应当享有撤销权。这样,是被代理人本人自己从事行为,还是通过代理人从事行为,二者在代理法上就可以处于完全相同的地位。^①

就本案的情况而言,涉及的是第二种情形。通说认为,在判断意思表示的效力是否受对某些情况的知道或应该知道影响时,应当以代理人是否知情为准,而不以被代理人是否知情为准。例如,在代理人为被代理人取得动产所有权时,就动产是否属于让与人之事实而言,只要代理人是善意的,被代理人就可善意取得;如果代理人是恶意的,被代理人就不可善意取得。在解释相对于代理人发出的意思表示时,也应当适用这一原则,即应当以代理人的认识和理解能力为准。^②

不过也有学者认为,第二种情形是为了防止对代理权的滥用:被代理人为了不使自己成为恶意,自身不去从事法律行为,而派遣其代理人去从事行为,但代理人虽然获知了法律交易中可致人陷入恶意的的事实,或因疏忽不知道这些事实,却不向被代理人作报告。假设被代理人自己去实施法律行为,他必然会因知道有关事实而使自己本身陷入恶意,而通过使用代理人,被代理人就可以人为地使自己处于不知情状态,进而从劳动分工的经营活动中获取不正当的利益。“第166条第1款第2种情形,即是通过知情归属的方式,防止被代理人做出这种把他人推向前台,而自己则充耳不闻的事情来。这样,代理人知道或应该知道的事情,被代理人也必须作为自己知道的事情或因疏忽而不知道的事情,归属于自己。”^③因此,第166条第1款第2种情形是一条“知情归属规范”(Wissenszurechnungsnorm)。

在本案中,联邦最高法院并未直接适用第166条第1款第二种情形的条文,而是“按其意义”予以适用的,或者说适用了该条规定所包含的法律思想。本案中,儿子或许是知道自己根本就没有与对方达成佣金分配的约定,或者达

① 参见博伊庭(Beuthien):《论德国民法典第166条中的知情归属》,邵建东译,载《复旦大学民商法学评论》,第一期,308页,北京,法律出版社,2001。

② Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, § 46 V 2 Rdnr. 102 ff., S. 884 f.

③ 博伊庭(Beuthien):《论德国民法典第166条中的知情归属》,307页。

成的佣金分配约定不具有这样的内容,因此根本不能指望对方会表示同意,但儿子向父亲作出了不符合事实的、不正确的报告,导致不知实情的父亲向对方发出了那份确认书。联邦最高法院认为,即使情况真的是这样,并且父亲在起草和发出确认书是善意的,父亲的行为也不能被认为是诚实的商业行为,因为代理人的不诚实行为属于被代理人的风险范围,被代理人必须对代理人的不诚实行为承担责任。“恶意的代理人在获得被代理人授权的情况下亲自对其声称的约定予以确认,与代理人基于虚假的告知促使善意的被代理人对并未成立的合同予以确认,二者之间并无区别。”此外,从受领人的角度来看,他在收到一份内容与先前谈判的结果相差甚远的确认书时,通常是无法识别出其中的原因的。他根本无法知道是谁在里面做了手脚:是代理人不诚实地向被代理人告知了虚假的情况,还是被代理人本身有违反诚信的行为。

四、小 结

综上,德国联邦最高法院在本案中确认了“商人确认书制度”的构成要件,并且在确认书发出人的资格方面采纳了民法学说的观点,将发出人扩大到“类似于商人参与商业活动的主体”。此外,法院在该案中还确立了“知情归属”的原则,即被代理人应当对代理人的知情承担责任。

本案虽然发生在20世纪50年代末,德国联邦最高法院作出这一判决则在60年代,距今已将近半个世纪,但其确立的原则应该说并未过时。正因为如此,本案也因此成为民商法总论中的一个典型案件,在德国民商法教科书、法典评注及其他论著中具有较高的引用率。



物权法草案的几个问题^{* 1}

梁慧星

我今天晚上的讲座是关于物权法草案的几个问题。第一个部分我简单介绍一下物权法起草的情况,然后介绍现在的草案主要的内容:对草案总则部分以及新的制度、基本原则,作一些讲解;最后一个部分是对草案的批评,提一些批评意见。

物权法起草的情况

物权法的起草是1998年开始的,1998年第八届人大的副委员长王汉斌同志,委托了一些专家、学者,成立了民法起草工作小组。民法起草工作小组,它的任务是为国家民法典的制定和物权法的制定准备草案。民法起草工作小组在1998年3月第一次会议,讨论了制定民法典的步骤,这个步骤大家可能知道叫做“三步走”,第一步是通过制定统一合同法实现交易规则的完善、统一和与国际接轨,这个任务打算1999年完成;第二步是要制定一部物权法,通过物权法的制定实现财产关系基本规则的统一、完善和与国际接轨,从1998年开始算起,打算花四到五年的时间来完成它;第三步就是要制定一部科学的、进步的、完善的中国民法典,打算2010年前完成。这就是当时所谓“三步走”的方案。

这个方案在实施过程中第一步顺利完成了,1999年统一合同法顺利通过了。第二步也在顺利地进行当中,1999年10月社科院的草案,就是我负责的社科院物权法课题组,其中包括清华的崔建远教授参加,就完成了中国物权法草案的建议稿。到了2000年底,人民大学的王利明教授也领导了一个课题组,完成了一个人民大学物权法草案的建议稿。这两部建议稿提供给立法机关以后,法制工作委员会在2001年5月,先产生了一个内部草案。这个草案在2001年5月召开了专家讨论会进行讨论。会后到了2001年年底,法工委就产生了物权法草案征求意见稿。法工委的这两部草案都是参考两部学者的建议草案来完

* 本讲稿主要由法学院2001级3班李鹏同学整理,法学院2001级3班其他几位同学一起协助完成,法学院陈俊豪同学做了校对。讲稿本着忠实原话的精神,尽量保持了原样,并经梁慧星老师亲自审阅。——编者注

成的。2001年底的物权法草案征求意见稿发到了地方人大、法院、部门和法学院征求意见。按照当时的设想,这个草案在2002年讨论进入审议的程序,在2003年的大会要通过。

但是在这个时候,我们中国加入了世贸组织,我们最高领导人由此认识到完善国内法律环境的重要性。李鹏委员长做出指示,要加快民法典草案的制定,要求2002年完成民法典草案,要在九届人大常委会上审议一次。根据李鹏委员长的这个指示,2002年就把物权法草案的修改审议工作停了下来,腾出手来进行民法典的起草。2002年1月就布置起草民法典草案,起草出来后,经过4月的讨论会、9月的讨论会,最后到去年的12月提到人大常委会进行第一次的审议,就完全符合了李鹏委员长的那个指示。但是这个民法典的草案,经过审议、公布,在社会上的反响是很复杂的。就我个人的看法,学术界对这个草案持积极的肯定的态度的同志较少。有一些相反的意见,比如我就采取完全否定的意见,还有很多同志没有正式表态,从这种情况看,反映不太理想。

到了今年十届人大,我们看到人大常委会在6月份讨论立法规划,就再也没有提到民法典草案的审议,只是讲到了民法草案上的物权编要在适当的时候安排审议,根据这个规划,我们现在中国的民事民法的主要任务是什么呢,就是讨论物权法,就是修改物权法的草案。民法典怎么样,是否继续审议讨论都没有说。不管怎么说,现在我们面临的的就是物权法的草案,所以今天晚上我要向同志们介绍的就是这个物权法草案。这个草案就是去年12月常委会审议的民法草案审议稿上面的第二编——物权法编,这个物权法编和2001年发布的物权法征求意见稿可以说是一样的。只是个别的有变动,主要的内容就是那个征求意见稿,下面我把草案的内容跟同学们作一个介绍。

物权法草案的主要内容

草案分为五个部分:第一部分是总则,总则包括三章,第一章一般规定,第二章就是我们平时所说的物权变动,第三章物权的保护,是我们教科书上所说的物权请求权。第二部分是所有权的,在这个部分中,第五章、第六章、第七章是按照生产资料所有制来划分财产所有权的,这就是对所有权分类保留了按照生产资料所有制划分这一点,这一点是采纳了王利明教授的意见,关于所有权其他的部分主要是以我负责草案的内容为主还有一些新的东西。第三部分叫做用益物权,在土地使用权上名称的使用和分类是按照王利明教授的草案,叫做土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权,比如说建设用地使用权和宅基地使用权分别规定以及它们的名称基本上是采纳了王利明教授的那个草

案 其他部分比如说邻地利用权、典权采纳了社科院的草案。在这一部分还增加了一些我们教科书上没有的权利,比如说居住权、取水权、采矿权,等等,这些权利有的是过去没有,是现在新创的,有的是过去教科书上所称的特许物权。对这几个权利我在最后一个部分讲对草案批评的时候会特别讲到。第四部分是担保物权,以现行的《担保法》为基础的,这一部分两部学者的草案基本上都是按照《担保法》来制定的,新增加的一个权利就是让与担保,让与担保这一章基本上是社科院草案上的内容。第五部分是占有。这就是对这个草案结构作一个简单的介绍,下面就是我今天讲座的主要部分,即第二个部分,对草案总则的主要内容作一些讲解和介绍。

首先,物权法的指导思想是制定物权法草案最重大的一个问题。这个指导思想在我们过去的《民法通则》上有一个规定叫“国家财产神圣不可侵犯”,在我们的宪法上叫做“公有财产神圣不可侵犯”。在学者讨论建议草案的时候,认为以上规定是反映单一公有制和计划经济体制的要求,与我们现在的经济生活已经严重地脱节。我们改革开放以来的经济生活和原来已经发生了本质的区别。顺应市场经济的要求,我们现在的经济生活是多种所有制、多种经济形式、多种经营形式同时并存,因此要求我们在物权法制定的指导思想上要采取平等对待的态度。因此社科院的课题组提出的对策,提出的指导思想叫做“合法财产一体保护”。它的侧重点在于,不考虑生产资料所有制是什么,只考虑财产的取得。财产取得只要是合法的,在法律上同样对待、同样保护。这就是一体保护的思想,我们认为这个思想是符合市场经济要求的。

在讨论的过程中,也有专家(比如一些经济学界的学者)提出,是否应该把“公有财产神圣不可侵犯”抛弃,彻底改为“所有财产神圣不可侵犯”呢?在社科院的课题组也进行了研究,认为公有财产神圣不可侵犯和私有财产神圣不可侵犯都不符合我们社会主义市场经济的要求,和我们的经济基础是不一致的。因此对于这两种指导思想我们认为都是偏颇的,不能反映社会主义市场经济的本质,因此我们提出“合法财产一体保护”。

那么这个指导思想在后来的法工委的草案当中是不是完全被采纳呢?没有完全被采纳,现在的草案上保留了生产资料所有制的划分,分为国家财产所有权、集体财产所有权和私人财产所有权,这是财产所有权传统的分类。但是现在的草案没有规定对国家财产的特殊保护,没有规定《民法通则》上的“国家财产神圣不可侵犯”,也没有出现“公有财产神圣不可侵犯”这样的字样,特别是没有采纳王利明教授的草案中所建议的特殊保护的三个制度。这三个制度就是:第一,某一项财产归属不明推定为国家所有;第二,如果某一项财产双方都有争议,但争议的过程中都不能充分证明自己的权利,也推定为国家所有;第三

就是国家财产不适用时效。这三项特殊保护的制度在法工委的草案中都没有被采纳,因此我对这个草案的评价是在财产保护问题上向前跨了半步,和《民法通则》相比前进了半步。但是按照我这个课题组的意见觉得这还远远不够。问题在什么地方?我们注意到,在今年4月在云南丽江开了一个民法典的讨论会,这个会议的纪要发表在民商法律网上,从这个网上可以看到,就这个问题学术界有两种意见。一种意见就是赞同法工委的草案中这样按照所有制划分,叫做“三分法”,一些同志肯定三分法,认为按照所有制划分没有什么不好,是可以的;另外一种意见认为应该更进一步就是一体保护,叫做“一元论”。

我们物权法的基本规则,不是区分它的所有制,我们只看财产合法不合法,合法就保护,这叫一元论。这个“三分法”和“一元论”是现在讨论物权法草案上关于财产保护指导思想的一个分歧。这两者究竟哪一个对呢?在这里我做一个表态,我认为“一元论”是对的。有的同志说,“三分法”按照所有制划分有什么害处啊?我们划分了并没有说国家财产就特殊保护啊。但是从我们的经验,从逻辑上看,为什么要区分?区分的结果必然意味着要区别对待,区别对待必然是不平等对待。

要说明这一点并不难,从改革开放前我国的大学招生就可以看出来,考生在报考志愿填表时,有一栏叫家庭出身,一定要填你是出身于农民还是工人,还是革干,还是革命军人,如果是农民,你还要进一步明确你是上中农、中中农还是下中农,还是贫农。这个可见我们在改革开放前考大学要依家庭出身来区分,区分的结果当然是不平等对待。至少是很多专业包括我们的法学专业在过去绝对是不招地主、富农、资本家出身的考生,只招革干、革命军人、工人和农民中的贫农。我举这个例子就说明,过去为什么要区分考生的出身呢?就是为了区别对待。这个区别对待就必定是不平等对待。过去即使成绩再好,因为你的出身不好考不上大学的多的是。但是这种对人区别对待的制度改革开放以来我们已经废弃了。现在考大学找工作不再区分家庭出身,我们只一个标准,就看你的成绩和你的品行,这就是我们现在所说的“法律面前人人平等”。

对待个人我们已经走上了正确轨道,对于财产我们还划分它的出身。以所有制划分,以这个对比就可以看到,划分的结果不管你是有意的无意的,是否有明文的规定,其结果必然是不平等的对待。我们的执法机关,我们的行政机关在涉及不同所有制的财产时,有意无意地就偏向于某一边,实际就是不平等地对待。这样的结果不符合市场经济的要求。所以从这一点考虑,对于财产的保护的指导思想问题,我觉得应该严格贯彻合法财产一体保护,就是刚才说到的“一元论”。“三分法”之所以不合理就是因为它潜在着不平等对待。关于指导思想我就介绍到这里。这个问题到现在为止没有解决。

下面介绍草案关于物权的定义。关于物权的定义我们的教科书上都要讲到。这在社科院的草案中做了一个表述：“物权是指直接支配特定的物并排除他人干涉的权利。”按照这个定义有三个要点：一个就是物权的客体必须是特定的，必须是特定的物，这个物当然是有体物。对于特定的物可以成立物权，对于种类物不可以成立物权。第二个要点，物权是支配权。直接支配是指权利人依赖于他人的意志，不需要他人的同意，不需要任何人的许可，不需要借助任何人的行为，自己按照自己的意思来占有、使用、收益和处分，这就叫直接支配。第三个要点，物权是排除他人干涉的权利，正是我们教科书上所说的排他性。我们想象一下我们自己买的房子，我们买的商品房的大门，可以说是进出的通道，但是进出的通道为什么要加上门加上锁呢？有的甚至还要加上防盗门，这充分体现了物权的排他性。物权的排他性不仅是针对其他的普通的自然人和法人，它首先是针对国家，包括排除国家的干涉，排除公权力的干涉，因此这点非常重要。我们从电视剧上看到，一个警察要进入某一私人的房屋，他也不能凭他是警察、是国家公权力的体现者就可以直接进去。他首先要报明他的身份，仅此还不够，还要出示搜查证，这样主人才能打开大门。此时这个自然人必须开门，如果不开门警察就可以破门而入；反过来警察如果没有搜查证破门而入就构成犯罪。所以物权的排他性这一点非常重要。

现在我们作为对照，看法工委的这个草案。草案说：“本法所指的物权是自然人、法人直接支配不动产、动产的权利。”这个定义当中包含了两个要点：一个是直接支配性；一个是不动产和动产作为物权的客体，符合特定的物的要件。它抛弃了排他性，这一点有什么害处？不仅是理论上不完善，这是次要的，更重要的是没有排他性不足以向国家和人民传播物权法的理念。

我们通常讲私法观念，私权观念，其中最重要的是物权观念，而物权观念最重要的是体现在排除他人的干涉。物权完整的定义，揭示了它的直接支配性和它的排他性，最有利于使我们的全体人民掌握和普及物权的观念，我们就知道我们自己的房屋、汽车排除一切人的干涉，任何人没有经过法定的程序，都无权干涉。我们就可以用来保护自己的财产，同时这种观念的普及有助于促进我们国家的民主化，可以限制政府的违法行为。且不说我们国家历史上对人民财产的危害非常严重，就是改革开放以来损害人民财产的现象也比比皆是。我们现在的强制拆迁，在与房屋的所有权人没有达成补偿协议时，就强行地采用暴力手段，甚至是犯罪手段，把这个公民的房子夷为平地，人家的生活用品都没有拿出来就使这些人无家可归。再比如还有些地方卖房子，卖给你的时候是完整的所有权，但是房子卖出之后，政府大笔一挥旧城改造，房子全部要拆掉，那你刚卖给我的时候为什么不说房子要拆呢？人民的财产没有得到保护，那么是谁在

侵犯人民的财产呢？是政府。

在此，我要跟同志们举一个最新的证据。今年10月8号，《人民法院报》头版正中的图片新闻，这个新闻说“湖南怀化销毁黑摩的，为了加强市场交通管理”。什么叫做“黑摩的”，就是摩托车。为什么说是黑的呢？就是他没有得到运营的许可就去拉客。从这个新闻中知道，怀化公安局一下销毁了192辆非法运营的“黑摩的”。这192辆摩托车是谁的呢？是这些开“黑摩的”的公民的，这些公民违法在什么地方呢？他违法在于没有经过许可就去拉客，就是我们北京所说的“黑出租”。这样的违法是他的行为违法，我们可以制裁他，比如可以不让他拉客，罚他的款，都是可以的。但是他的财产、他的摩托车在我们的法律上是合法取得的财产。可是我们的公安机关把这192辆摩托车集中起来用轧路机一下就把它轧碎，而且这还登载在本应是最讲法制的《人民法院报》上作为头条新闻，作为正面经验来宣传。表明我们的政府在处理这件事上丝毫没有物权的观念，没有保护人民合法财产这样的知识。他们分不清楚什么叫行为违法，什么叫财产违法。行为违法，他的财产并不一定违法。

举这个例子说明，我们的物权法草案关于物权的定义一定要完整。只有完整的物权定义才是有重大意义的，才可以教育我们的人民，才可以教育我们的国家机关，才有利于促使我们的行政改革走上合理的轨道，才能够限制政府机关的违法行为。这只是随便举了一个手边很小的例子，比这大的例子多得是。所以我认为，物权的定义太重要了，绝不是教科书上的问题，不是一个理论问题，关系到人民的利益，关系到我们的国家是否能走向真正的法治和民主。

下面介绍这个草案关于基本原则的规定。基本原则的规定当中，首先规定物权法定原则。它和合同法上的合同自由原则形成如此鲜明的对照。我们的合同法，我们的债法，明文规定：合同自由。订不订合同，与谁订合同，订什么内容，怎么订，完全按照当事人的意思。但是物权就不这样，物权不能由当事人自己决定。在我们的草案上规定，物权的种类和物权的内容必须是法律明文规定的。这在官方的草案表述上，物权的种类及其内容由本法和其他有关物权的法律规定。这样表述也是正确的。建议稿表述：除本法和其他法律有明文规定外，不得创设物权。这两种不同的表述，一个更学者化，一个更教科书化，内容是一样的。

为什么物权要法定呢？为什么不能由当事人自由创设和变更呢？这来源于法律政策上对物权和对合同不同的判断。这个判断就是，合同一般说来只涉及当事人自己的利益，一般不会损害国家、社会和他人的利益。因此完全可以依照当事人自己的意思去决定。当事人可以创设新的合同种类，当事人可以把合同法上规定的合同种类加以变更，把两、三种合同融合在一起，只要是当事人

自由的意思表示,尤其是当事人可以创设合同。但在物权法上做此判断就不行。因为物权往往要涉及国家的利益、社会的利益和他人的利益。与合同只涉及当事人自己的利益完全不同,物权是支配权,支配权有排他的效力,实际上是对现存财产的垄断。垄断者以外的他人不得干涉。所以说物权涉及他人与他人的关系。物权定义上有“排除他人干涉”,这就说明物权是人与人之间的权利。一个人占有了这个物,享有了物权,他人就无权染指。合同是双方当事人的意思表示,涉及当事人双方的利益,与当事人之外的人、与国家社会原则上不发生大的关系。有同志会较真,说总有少数人会利用合同损害国家利益。这并不要紧,我们的合同法在合同自由原则之后紧接着规定了例外即什么情况下合同无效,违反法律强制性规定的合同无效,合同损害国家、社会利益,违反公序良俗的无效。合同法是在合同自由原则下规定少量例外,这与物权不同。物权必然要涉及他人,必然要涉及国家社会、他人利益。

另一个理由是“物权是市场交易的前提”。我们在读大学时马克思政治经济学时讲“斧头和羊交换”,斧头是什么?物权。羊是什么?物权。市场交易不就是所有权的交换么,买卖不就是所有权的有偿转移么?所以说物权是市场交易得以发生,得以进行的前提,同时又是市场交易的结果,这个结果使我们得到了汽车、商品房和其他的财产。从这点来说,物权必须统一,不能由当事人自己创设。

我以买房子为例,张三向某开发商买了一套三居室的房子,李四向某开发商买了一套两居室的房子,我们看他们买商品房的合同当中规定了什么?其中规定,商品房的位置、品质、楼层等,以及价格、价款的支付。没有任何一个商品房买卖合同上约定商品房所有权的内容,没有发现合同有如此约定。张三合同上和李四合同上都没有规定所有权问题,因为所有权是交易的前提,必须由法律统一规定,不允许张三的所有权和李四的所有权内容不同。讲到这里,我们想到改革开放过程中不就出现了这样的问题。公房卖给职工的过程中,单位规定了不同的花样。有的单位规定,如果职工调走,虽然对房屋有所有权,但是不得出售他人,必须退回原单位。我们买房子得到了所有权。那么这个所有权是否完整呢?只能占有,部分使用,调走还要退回。可不可以卖呢?不可以。有的单位在售房合同中写这个房子不能够上市出售,甚至规定,不能继承,只能本人使用。这就导致公房销售中房屋所有权出现不同,这样的情况对于市场交易没有利。媒体经常报道北京二手房市场不能够发展。据统计,人们手中的旧房是很普遍的,买了新房旧房应该转手啊,可以活跃市场,但是为什么市场不活跃呢?原因就是公房销售中的所有权是不一样的。因此,北京近几年作出强制规定,不管当年有什么特殊的约定,这些房屋都可以上市,这就是强行适应市场交

易的要求。这一点就是为什么物权必须要由法律规定,要排除当事人的意思自治,这是市场交易规律的要求。这一点在过去的教科书上讲得不充分,现在我们可以看到,这一点是非常重要的。

物权法定原则的核心就是排斥当事人的意思自治,就是建议稿说的“不得创设”。那么就出现一个问题,万一当事人创设了新的物权怎么办?就这点,在我们的官方草案上没有说,在我们的建议稿上讲得很清楚,如果当事人创设的物权和法律不同或者没有规定,按照物权法定原则,法律不予认可。创设物权不认可,内容上的改变也不认可。这就是物权法定的反面含义。还有,就是虽然其创设的物权没有法律效力,当事人创设的这个行为如果符合其他法律行为的生效条件,也可以许可产生相应的法律效果。

在此举一个例子。有些单位在卖公房的合同当中规定,职工调走房屋必须退回,或者转让时原单位有优先购买权。那么这个职工在调走的时候把房子卖了,原单位如何向法院起诉呢?有什么诉由呢?假设原单位以被告侵害了自己的优先购买权向法院起诉。职工调走的时候没有告知本单位,就把房屋卖了,侵害了本单位优先购买权。法院进行审查,“优先购买权”在物权法上没有规定,因此所谓的“优先购买权”没有物权的效力,法院可以据此驳回起诉。这就是刚才讲的是不符合法律规定,不产生物权的效力。因此这种诉由是行不通的。假设原单位以被告违反合同约定要求追究违约责任。合同是双方的意思表示,合同规定单位可以优先购买,现在可以要求追究违约责任。法院受理之后按照合同法进行审查,如果是真实意思表示,那就可能判决被告要承担违约责任。举这个例子说明,当事人创设的物权没有法律效力,但是如果符合其他法律行为的条件,可以发生其他法律行为的法律效果。

下面介绍另外一个基本原则,叫物权公示原则。教科书说,所谓公示原则,就是物权的变动要采取一种方法公开表示出来使他人了解。公示就是公开表示出来的意思。那我们马上就想到了合同法上为什么不要求合同公示。合同法上没有规定一个合同公示原则,相反合同法上允许当事人合同保密。我们颁布的银行法规定,银行要为储户保密,任何人要到银行查别人存了多少钱,银行不给你查。这叫合同保密,保守秘密。除非你拿了法院的手续才可以查。那平常企业的合同关系能不能随便告诉你?不能告诉你。这叫客户名单。客户名单是商业秘密,侵犯了商业秘密要构成侵权行为。可见在合同法上,不仅不要求合同公示,相反,还允许合同保密。这种保密是合法的。那为什么合同不要求公示呢?根源还在于前面已经讲到的,对合同的判断,合同涉及到当事人自己的利益,没有必要公示。要求公示反而会对当事人的利益有损害,这是对合同的基本判断。

对物权的判断就不一样了。物权的状态、物权的变动事关重大。首先对交易对方来说,张三有一套房子要出售,李四是准备买这套房子的,李四首先要考虑的是这套房子是不是张三的。如果我买了房子后证明这套房子不是张三的,我拿不到房子,钱追不回来,我不是受到损害、制造麻烦吗?所以对交易对方来说,首先要判断出卖人是不是这个房屋的所有权人,它的物权状态至关重要。除了这一点,还要判断,这个房屋所有权之上有没有抵押权。如果我买了这套房子,银行向法院提起请求行使抵押权,马上要查封扣押拍卖,把我赶出来,理由是房屋上面有抵押权。因此对交易对方来说还要判断这个物权上还有没有抵押权等他物权。这对交易来说至关重要,对法律秩序来说也是至关重要。比如说一个企业要破产,它破产的时候清算组要清点它的财产,如果其中有别人的财产,能不能把它分配了呢?不行。比如张三的房子卖给李四,张三的债权人说,我知道张三有套房子在什么地方,那法院是不是马上就可以把它扣押并拍卖呢?首先要考虑的是房屋的所有权究竟是在张三手里还是转给了李四。如果已经转给了李四,法院再去扣、拍卖,就要构成违法行为。反过来李四的债权人如果知道李四买了一套房屋,是不是就可以马上申请法院强制执行呢?也要看房屋的所有权是否已经过户到李四的名下。所以说所有权的状态不仅对交易对方、交易秩序是重要的,对法律秩序、司法秩序也是重要的。因此物权一定要有公示原则。

我们下面进一步看现在草案的规定。按照建议稿的规定,不动产应当登记,动产应当交付。不动产以登记为公示方法的效力如何?教科书上说登记有两种,一种叫登记生效主义,一种叫登记对抗主义。登记生效主义很严,不经登记不生效。登记对抗主义比较宽松,虽然没有登记,权利已经变动,权利已经发生,只是权利没有经登记的效力较低,不能对抗善意第三人。不动产以登记为公示方法,采取了登记生效主义,条文上规定不经登记不生物权效力,这就是登记生效主义的表述。为什么要采取如此严的法律制度、法律对策呢?第一个理由是现实就是这样,我们现在的房地产变动就是采用的登记生效主义;第二个理由是因为登记生效主义严格,有利于建立不动产的法律秩序。尤其对于我们国家来说,国家很大,人民众多,文化水平差别很大,不采取登记生效主义的话,不可能建立一个正常的不动产的法律秩序。

除了不动产以外,还有的动产采取登记,这就是条文上讲到船舶、飞行器和机动车。船舶和飞行器采取登记为公示方法,但这种登记较为宽松,条文上规定,不经登记不得对抗善意第三人。这就是登记对抗主义。理由何在?一是因为国际惯例。理由二我们以船舶为例。比如说天津港的一艘船舶航行到欧洲荷兰阿姆斯特丹港,在阿姆斯特丹港这艘船舶就发生了资金需要,向当地银行

贷款,银行要求以这个船舶设定抵押。如果我们规定是登记生效主义的话,双方签订了抵押协议不作数,还要到登记机关办理抵押权登记,抵押权登记了才成立。试想能不能要求阿姆斯特丹的银行跑到天津港来办登记呢?因为这艘船舶的船籍港是天津,在阿姆斯特丹没有办法完成登记,我们要求他当事人跑到天津来完成登记手续不现实也不合理。从这点可以看到船舶、飞机采取登记对抗主义不是法律政策上的考虑,是船舶、飞机的本性、本质决定的。它本身属于动产,是可移动物,这一点决定了它的登记簿不可能跟着走,采登记对抗主义是由它的本性决定的。

机动车在草案上规定也是以登记为公示方法,采取登记对抗主义。一个理由是,船舶、飞机价值巨大,机动车的价值就相对小得多,价值巨大的船舶、飞机都采取了登记对抗主义,价值相对较小的机动车采取登记生效主义的话不合逻辑、不协调。另外一个理由,汽车数量众多,转手频繁。汽车数量众多,我们有切身的体会,北京到处塞车,就是证据。汽车数量众多,特别对律师和企业家来说,汽车对他们不仅是代步工具,也是身份、地位的象征,因此他们的汽车总是三年、五年一换。既然他们的汽车频繁更换,从人的本性上他们会厌恶繁杂麻烦的手续,就会规避登记,其结果导致法律规定登记生效,而实际上有很多汽车转手没有登记,造成法律规定和现实严重脱节,没有什么好处。

更重要的是,汽车采取登记对抗主义还是登记生效主义,不仅涉及汽车的物权本身,还涉及交通事故损害赔偿。一辆汽车发生了交通事故,受害人起诉告汽车的所有权人张三,张三在庭上答辩说这辆汽车在某年月日我已转手给了李四,这个时候法官怎么表态?法官看法律的规定,假设我们规定登记生效主义,法官就说,你虽然卖给了李四,但你没有办过户登记,既然没有办过户登记,你还是所有权人,按照法律规定仍然判决张三承担损害赔偿责任。交通事故是人的行为导致的损害,与汽车的所有权有什么关系?汽车已经转让给他人的张三,只是登记簿上的所有权人,不是实际上的所有权人,让他承担损害赔偿责任是不公平、不合理的。所以对汽车规定为登记生效主义不利于对交通损害赔偿责任的公平合理的判决。如果规定汽车采取登记对抗主义,同样发生了交通事故,把张三起诉到法院,张三抗辩说,这辆汽车我已经卖给了李四,法官就要求他举证,如果张三真的举出了证据证明转让给了李四,法官就让张三回去,再传李四到庭,如果李四说我已经卖给了王五,也照此办理,再找到王五。沿着交易的环节,我们可以找到实际上占有使用这个车的真正的所有权人,由其承担损害赔偿责任。这就符合了公平合理的法律精神。顺便提到,万一这个肇事的人逃逸了怎么办呢?交通事故的损害赔偿,除了侵权责任外,我们还要靠保险。没有保险或者肇事车逃逸的、盗窃车肇事的,靠社会保障基金解决。要采

用多种法律手段实现保护交通事故受害人的目的。关于船舶,飞机和机动车等我们采取了登记对抗主义,那么其他的动产就以交付为公示的方法。

这里还要讲到,我们的草案上为什么没有规定“一物一权原则”?我们的物权法教科书上讲物权的基本原则,都要讲到一个物上只能有一个物权。“一物一权原则”是物权法上的一个传统的原则。那为什么现在物权法草案上没提呢?这是因为这个原则是一个古老的民法原则。在罗马法的时候,“一物一权原则”有利于打破封建社会一个物上有多种权利的状态。在封建社会,一块土地上有领主所有权,农民所有权,是多重的。马克思讲过,在中世纪,当时的权利都是多重的。多种权利的存在阻碍了市场交易。“一物一权原则”有利于市场交易的顺利进行,可以打破封建社会一物多权的状态,为市场经济发展创造法治的环境。

这个原则随着时代的发展逐渐发生了问题。市场经济的发展出现了抵押权的制度,在所有权之上还有抵押权的存在,一物一权已经被现实打破。怎么解释一物一权原则?因一物一权已经与实践脱节。但是我们的法学家们不打算放弃一物一权原则,他们想通过解释来解决。一物一权中,“权”指所有权,一物一权是指一物之上只能有一个所有权而非一个物权。通过这样解释回避抵押权的发展对一物一权原则的挑战,这就暂时解决了这个问题。到了第二次世界大战之后,出现大城市化,人口数膨胀,人口集中于大城市。这些城市的人口怎么居住?靠那么点土地怎么给他们遮风避雨?举一个例子,据新闻上说香港所有居民假设都站到地面上来的话,都站不下。这就是大城市造成了困难,高层建筑便是解决办法。而一个高层建筑卖了几十户,上百户,那我们说这个建筑是一个不动产,那么在这个建筑物上有多少所有权呢?我们说,有多少小业主就有多少所有权,一个建筑物上有几百个所有权。到了这个时候,一物一权原则再也解释不通,这就是为什么现在的草案放弃了一物一权原则,因为它已经与现实生活严重不一致,被社会发展打破和抛弃。

下面我要介绍在基本原则中还规定了物权优先与债权的原则。物权优先债权原则,草案规定,动产或不动产,既是物权的支配物,又是债权的标的物,优先保护物权,法律另有规定的除外。这就是“物权优先”。这一原则在教科书上讲到,也是我们实践中常用的原则。当一个财产上有两个权利的时候,马上就会问,这两个权利性质如何?如果一个是物权,一个是债权,那么法官和律师马上就得到结论:物权优先,使物权人得到财产。物权优先的原则是民法上的基本原则,处理法律争议中最常用的法律工具。

物权优先原则最常用的是哪些情形呢?首先是一物多卖。上海发生过一个案件,一个开发商一套商品房卖了6个消费者,这6个消费者都要房子,这6

份买卖合同在法律上都是有效的。这就是法律上说的债权平等。那么法官应当判给谁呢?总要有个标准。我们设想,谁最先订合同,或者谁最需要,也可以再找一个标准,谁最先付款,这样可以么?不行。这样解决会使社会秩序陷入混乱。解决一房多卖的问题就一个标准,物权优先。如果其中一个人已经办了产权过户,他已经获得了所有权,则法官马上用物权优先债权原则裁判有所有权的人获得房屋,而不问谁最先订合同,或者谁最需要。这就是一物多卖的情况下物权优先债权的应用。

另一个就是企业破产。按照破产法,申报债权,由全体债权人按照各自债权在债权总额中所占比例分割破产企业的财产。这叫债权平等。假设有个债权人说对企业房屋有抵押权,如果有证据,则法官裁判将此房屋从破产财产中单独拿出拍卖,由该债权人从此财产中优先受偿,如果有剩余,则纳入破产财产,让其他债权人瓜分。这就是教科书上写的抵押权人行使“别除权”。所谓别除权就是指有抵押权的财产要从破产财产中“别除”出来。这也是物权优于债权的体现。假设还有一条生产线上有高级设备,如果有租赁公司主张生产线上设备所有权是我的,是我按照融资租赁合同替他买来租给他用的,如果有证据,法官作出裁判:让租赁公司赶快派卡车来拉回去。那么这个租赁公司就可以派车来把设备从生产线上拆下来运回去。这就是教科书上说的所有权人行使“取回权”。这也是物权优于债权的常用情形。

物权优先原则有例外,法律条文上说“如果法律有相反规定的除外”。这个例外表现在第一,《合同法》规定的“买卖不破租赁”。什么叫“买卖不破租赁”呢,就是《合同法》第229条的规定,租赁物在租赁期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力。一个房屋出租,租赁合同存在,那承租人就享有对这个房屋占有、使用、收益的权利。这个时候这个房屋的出租人把这个房屋的所有权转让给他人,他们之间有个买卖合同。基于这个买卖合同,受让人享有了这个房屋的所有权。这个时候那个受让人当然会去找那个承租人说你赶快腾房、赶快搬家,我买了房子我要收回自己用。那这个承租人搬不搬家呢?这个承租人不搬。我好不容易租到这个房子,刚装修了,一家人住里面,你让我搬哪里去啊。那纠纷发生了,法院审理这个案件要看在什么时候。如果是在19世纪,那法官就会判决承租人赶快搬家。你要是不搬就强制执行。把你的东西搬出去。如果在19世纪法官就会按照物权优先于债权的原则。你租赁是债权,人家是物权,按照物权优于债权当然得你搬家。按我们学者,有个说法叫买卖打破租赁。买卖合同一成立就把原来的租赁合同打破了、取消了,这就叫买卖打破租赁。但是如果这个事件发生在20世纪两次世界大战之后的话,由于两次世界大战破坏了很多城市和住房,使许多人流离失所,许多人都没有地方住,造成住房恐

慌。不仅当事人没有地方住,流落街头,对政府也是个难题。所以这时候发生这种案件,法官怎么办呢?如果按照以前的法律物权优先于债权,那就应该把承租人赶出去。但是,这时候法官也考虑到承租人多可怜啊。就会想这个承租人好不容易租到这么个房子,一家老小住在里面,你就把他赶出去让人家流落街头,让他哪里去找房子啊。再说买房子的人,他毕竟是有钱人,在社会上处于优势地位。所以法官就动了恻隐之心。不管你过去法律怎么说,我就这样判,判决这个承租人不腾房,驳回原告的请求,你只有等到租赁合同期满才能要求承租人腾房。这个判决就一下打破了原来的物权优先于债权的原则,创设了一个新的规则。叫做买卖不破租赁。

要注意,这个买卖不破租赁是解决了这些没有房屋的人的居住问题,广泛地被各个国家采用并规定在法律上。但他们规定的是房屋租赁,我们的1981年的经济合同法在租赁合同中规定了买卖不破租赁,但是我们没有限制在房屋租赁上,一切租赁我们都采用了这个原则。现在的合同法维持了经济合同法上的规定,规定了不管什么租赁都适用买卖不破租赁的规定。这个制度当然是物权优先于债权的例外。但是我们也应当考虑,我们这样的规定是不是有利于市场交易,比如汽车租赁啊、一般动产租赁啊,也来个买卖不破租赁,会不会妨碍所有权人的权利?这就值得斟酌。买卖不破租赁是一个例外。

另外还有个例外就是前面讲到了企业破产的时候,往往拖欠工人工资。那工人工资属于劳动合同上的权利,是债权,应该和其他债权人一起按照债权的比例分配破产企业的财产。这时我们就发现一个工人拖欠的工资的数量往往是很小的。少则几十块钱,多了也就几百几千块钱不得了的。那一个人的几千几百元是他的身家性命啊,对他的生存是至关重要的。如果参与到其他债权中去,所占比例就是微乎其微的。人家的债权都是几十万、几百万甚至上千万。按债权的比例分,那工人只能分到很少的几乎可以忽略不计的钱。所以这样根据债权平等的原则,工人的工资很可能就根本得不到。再加上银行行使抵押权,有的时候就那么一个房子值钱。那银行一行使别除权,单独拍卖优先受偿,往往很少有剩余,这样工人的工资更是没有指望。在这种情况下,我们的破产法采取了各国的共同经验,在这种情况下工人是弱者,而且不仅是弱者,工人的工资是用来养家糊口的,是用血汗换来的,不能按照债权额比例分配,这样分配他什么都得不到。所以要使工人的工资债权优先于其他债权,并且还要优先于银行的抵押权。银行的抵押权是物权,这样债权就优先于物权,这就是例外。这个例外是现在各个国家的共同经验。王泽鉴先生在他的论文中说,现今劳工法的共同原则是工资债权优先其他一切债权。

顺便谈到,破产企业往往还欠国家的税收债权。但工人工资债权和国家的

税收债权,哪个更优先呢?如果一个企业欠国家税收几千几百万元,那要根据公法债权优于私法债权的原则,那应该优先清偿国家税收,那工人的工资就可能得不到。这时候怎么办呢?根据我个人的意见这个时候还是要采取工人工资优先,不但优先于其他债权,优先于抵押权,还要优先于公法债权。这才能体现我们保护弱者,保护劳动者的精神。这样做也可以找到根据,这就是《税收征管法》第45条规定的“税收优先于无担保债权”。按照解释,工资债权既然优先于抵押权,当然应当优先于税收债权。

下面我要介绍一下不动产的登记制度。关于不动产的登记制度,在法律上可以叫做不动产登记法。不论物权法如果完善,如果没有一个好的不动产登记法,那你的物权法都不会有好的效果,不会得到切实的实施。同志们想一下当年我们的担保法生效,规定抵押权生效必须要有登记,但是那时候我们的好多地方没有设立登记制度。设立了抵押权去哪里登记呢?当地没有登记机关。那权利人的权利能不能实现呢?有了争议打起官司来的时候。法官说,我们的担保法明确规定抵押权是登记生效,你的抵押权没有登记,就等于没有抵押权。这样会给当事人造成巨大的损失,说明不动产登记制度和物权法有重要的关系。

教科书上说,不动产登记法是民法和物权法的附属法律。不动产登记制度的基本原则应该在物权法上规定。首先就是不动产的登记机关。我们国家现在的问题是登记机关不统一,多头登记,不统一。这样给当事人的登记造成困难,给法律秩序的建立导致障碍。另外一个问题就是那些不动产登记机关本身就是行政管理机关,他们手中握有行政管理权。因此我们看到一些地方的规定,如必须对抵押物的价值进行评估,按照评估的价值收取登记费。那企业为什么要设立抵押权呢,是因为企业没有钱,要向银行贷款。结果贷款还没到手,你登记机关就要收他几万十几万的登记费,这怎么合理呢?没有合理性!还有啊,一个大楼和一个三居室在抵押的时候,你那个登记人员的劳动,就是写汉字,连字数都没什么区别。为什么要收其中一个几万十几万的登记费?没有任何的合理性。原因就是登记机关手中有行政权,他利用这个权力来剥夺人民和企业的财产。我们看到一些地方还规定,抵押登记有效期一年,一年以后再登记再收费。本来登记机关应该是一个服务机关,登记是一个服务行为,一个证明行为。现在却成了登记机关利用行政权力剥夺财产的生财之道。因此我的这个课题组提出的解决方法,就是设立统一的和行政管理权脱钩的登记机关。不但要统一,还一定要和行政管理权脱钩,他只能办登记,这样才能解决刚才提到的问题。

这个对策,在现在的草案中有没有采纳呢?他们没有采纳,他们说这个登

登记机关统一的问题太困难,记得2001年5月的专家讨论会上,我们法工委的领导同志说,这个统一登记机关的问题,我们党的最高领导人亲自开了个会都没有能解决,所以这个问题真的是太困难了。因此现在的草案就回避了这个问题,没有谈。有专家说,现在的登记机关,都是赞成统一登记机关的,他们所反对的就是统一到其他机关去。再说我们看到上海等大城市已经统一了登记机关,上海就统一了房屋和土地的登记机关。那这一个省、一个市都能办成的事情,我们这样一个号称中央集权的国家的中央政府居然办不了,使人觉得很可笑。

法工委的草案上又加了“县级以上”四个字,把登记机关分为若干层次。有县级的,市级的,也有省级的,那为什么就没有中央的呢?那这个岂不是要看那个企业的管理级别,看是省管的还是市管县管的吗?又是按照财产的所有人、管理人的级别来确定登记管辖。这样有没有利呢?没有!前不久就发生这样一个案例。一个人在区县登记机关查了登记簿,房屋上并没有负担,就买了房,办理了产权过户,搬进去住了不久,银行向法院申请行使抵押权,要拍卖该房屋。法院查明,银行的抵押权是在市的登记机关登记的。那个人就说我怎么会想到你去市登记机关登记呢?那法官怎么办呢?抵押权登记生效,那既然已经登记就应该生效。法官好心地劝那个人,那你优先购买吧。这样这个买房人又花了一份钱把自己的房子又买回来。这就是登记机关分为层次造成的损害。这是对人民群众极大的危害啊。

我们课题组提出的对策就是把登记机关设在县级人民法院。做到统一和与行政管理权脱钩,并设立在县级人民法院。登记簿往往在产权争议的案件中作为关键证据使用,登记机关设在县级人民法院,就免去了当事人取证的麻烦,免去了法院调取证据的麻烦,方便了诉讼。这个方案也是参考国外的,德国就是在基层法院设立登记机关。但这个建议他们没有采纳,他们把登记机关的统一问题留着。

关于不动产登记还有个问题就是不动产登记簿的证据资格。诉讼法上说一个物可以不可以当作证据使用要看他有没有证据资格,有的学者称为证据能力。一个物能不能当作证据使用应该由实体法规定。建议草案上规定“不动产登记簿”是证明不动产权利的根据。这个根据就是不动产登记簿有证据资格。但是官方的草案没有理解这个规定的实质目的何在。他们说这个“登记簿记载的事项”是权利的根据。那这个记载的事项,正是法院要裁判、要认定的一个事实。这个事实怎么能作为证据,证据法上不是说以事实作为证据,是一个文书可以作为证据。可以看到,法工委的同志他们是不知道这个规定是要解决登记簿的证据资格问题。再说这个不动产登记簿上记载的事项是不是就是物权的

根据呢?上面记载的事项还有正确错误之分,还要经过法院的审查认定。绝不是说登记簿“记载的事项”就能作为证据,这个规定显然是错误的。

还有就是如登记机关发放的权利证书,如产权证、抵押权证等文书,在诉讼当中有没有证据资格。在建议草案中说,不动产权文书是享有不动产的证据,同样赋予它证据资格。这点在官方的草案上说,不动产权文书是权利人享有不动产物权的证明,这个大体上符合他的证据资格问题。不动产登记簿是证据,产权证也是证据。那两者的内容不一致怎么办?草案上有规定,两者的内容不一致时以不动产登记簿为准。这就是解决两种证据的证据力的高低问题。

关于不动产登记制度,在物权法上还规定和创设了一些新的登记制度。首先创设了一个异议登记。就是说权利人和利害关系人对这个不动产的权利有异议的时候,为了防止登记簿上的权利人抢先下手把这个不动产转让。那个权利人通过诉讼打赢了官司,获得了权利再去登记机关一看,已经转卖了。所以就创设了异议登记。就是把异议登记在不动产登记簿上,这样就限制了登记簿上的权利人转让财产。设想张三是登记簿上的权利人,李四要买这个房屋。去登记机关变更登记的时候一看登记簿下已经有某人说这个房屋不是张三的。那你想李四会不会买,当然不会买,这样就限制了交易。保证争议解决后胜诉的人能够得到权利。但是如果你登记以后不去打官司,老不解决却限制人家的交易也不行。所以规定了异议登记有效期三个月。

还有就是创设了预告登记。就是针对商品房预售的买房人,他签订了商品房预售合同以后,却不能去登记机关办理登记。因为这个时候房屋还没有建好。没有登记就没有产权,所以这也是造成刚才我们说的案例中一个房屋可以卖给六个人的原因。开发商就可以在房子还没盖起来时就卖了好几个人。一次在北京开会,建设部的同志介绍,某地一个开发商,总共盖了100多套房子,却卖出去500多套房子。这将会造成多少人的损失。为了解决这个问题创设了预告登记制度。订立了商品房预售合同后,买房人就可以拿着合同去登记机关申请办理预告登记。把所预购的那套商品房的房号,第几栋几层几单元第几号房,连同这个买房合同的合同号全都记在登记簿上面,那将来开发商要把这个号码的房子再卖给别人,就会无效。草案上说,预告登记后,债务人违背预告登记,对该不动产的处分,不发生物权效力。开发商要把这套房子再卖给其他人,其他人得不到。通过这样的办法,保护消费者,保护商品房预售者的买房人,使它能够得到房子。这一预告登记制度不仅可以堵塞一房多卖的漏洞,也可以保护银行的抵押权。有的开发商在盖房子的时候就把所有房产设立了抵押权。但这个时候因为房子还没有盖好银行就没有办法去办理抵押登记。这

种情形,贷款银行同样可以拿抵押合同去登记机关办理抵押权预告登记,以保证银行抵押权的实现。

关于不动产登记制度,还有一个重要的规定,即不动产登记的权利推定效力。建议稿规定,记载于不动产登记簿的权利人是该不动产的权利人。什么叫权利推定呢?就是这个不动产的登记簿不是在诉讼中作为证据使用吗?那一套房子发生争议,张三李四都来主张权利,如果张三提出了不动产登记簿作为证据。他到登记机关去把登记簿复印下来,然后登记机关的人员签字盖章拿到法庭就可以作为证据了。这个不动产登记簿有证据资格,那法官就根据张三提出了这个登记簿的证据而推定张三是这个不动产的所有权人。这个时候如果李四没有话说,法官就可以就此结案,判决该房屋归张三所有,根据就是不动产登记簿。但是现实中往往张三提交了登记簿后李四会说他的登记簿是错误的。这就是对方对登记簿记载内容的真实性提出异议。这时候法官就让李四提出反证。如果异议一方举出了反证,而且足以证明这个房屋不是张三的,那法院就可以直接根据反证作出判决,认定该房屋所有权归异议一方。这样登记簿上的权利就被推翻,也就是说登记簿上的权利不是绝对的。法院采纳反证并根据反证作出判决,不动产登记簿的记载就被推翻了。法院做出判决后,当事人可拿判决书去登记机关办理变更登记。北京在20世纪90年代有一个政策,教师买房可享受5%的优惠,有一对夫妻买房,夫妻都不是教师,而岳母是教师,于是以岳母名义买房,以岳母名义办理登记,而后来夫妻两人闹离婚。到法院后,老岳母出来以不动产登记簿作为证据,主张房屋产权是自己的。所以,不动产登记簿上的记载也并不都是真实的。

不动产登记簿还有另外一个效力,叫做善意保护的效力,即物权的公信力原则。草案上叫善意保护,主要目的在保护善意第三人,以保证交易安全。举例来说,张三的房屋卖给李四,李四再转卖给了王五。所谓第三人就是指王五。假设张三与李四之间的买卖合同因有瑕疵,最后被确认为无效。根据法律的规定,无效合同,不发生所有权转移。但此前所有权已经过户给了李四。现在按照合同法关于无效合同的效果,张三可以向登记机关申请注消李四的所有权,这样使双方恢复原状。如果房屋的所有权还在李四手上,就很好办,只需适用合同法关于合同无效的后果,就行了。合同双方的问题应当按照合同法解决。但现在的问题是,在合同被确认为无效之前,李四已经将该房屋转让给了王五,并且办理了产权过户,房屋的所有权已经过户到了王五的手上。这就发生一个问题,李四与王五之间的转让合同,因李四的所有权被注消,而成为无权处分的合同。按照《合同法》第51条关于无权处分的规则,如果权利人张三不予追认,则合同应当无效。再适用关于合同无效的规则,王五的所有权也应当被注消。

这就是说,如果严格适用无权处分的规则,王五已经取得的房屋所有权就应当被剥夺。而王五并不知道张三与李四之间的合同存在瑕疵,并且是在查了登记簿,相信了登记簿上记载的李四是所有权人的情况下,取得该房屋的所有权的,因此王五是善意的,是无辜的,属于善意第三人,他取得的权利应当收到保护。这就发生保护权利人张三,与保护善意第三人王五,二者是冲突的。我们所面临的一个问题是,假如我们保护了张三、没有保护王五,即将王五依法取得的所有权加以剥夺,则可以想像得到,将来谁还敢购买房屋?谁还会信赖登记机关和登记簿?可见,善意第三人王五自身的利益,已经与市场交易安全和社会公共利益结合在一起了。保护了善意第三人王五,也就保护了交易安全,保护了社会公共利益。因此,这里法律政策要求对善意第三人王五,给予特殊保护,使其已经获得的所有权继续保持、不被追夺。而要做到这一点,只需赋予不动产登记善意保护的效力就够了。这也就是教科书上所谓登记的公信力原则。

我们看到,不动产交易的善意第三人,草案用不动产登记的善意保护的效力去保护。剩下动产交易的善意第三人怎么办?因为一般动产没有登记,不可能靠登记的公信力去保护,只好另外发明一个制度,这就是动产善意取得制度,专门用来保护动产交易的善意第三人。这在草案上也有明确的规定。这里不作介绍。现在有的学者发表文章说,善意取得制度不仅应包括动产,也应包括不动产,这是因为他们没有了解物权法本身的逻辑,即交易第三人的保护问题。不动产交易第三人的保护问题,因为有登记簿,直接根据登记簿去保护他就够了,赋予这个登记簿以公信力。那动产交易的第三人呢?一般动产没有登记簿,就需要创设一个特别的制度,叫动产善意取得制度。法工委的草案在关于善意取得制度的条文中,也把动产、不动产规定在一起,这是错误的。

还有关于不动产登记簿记载错误的问题,有两种情况:一是当事人故意所为,与登记机关无关,那登记机关不承担责任;二是登记机关的过错,造成了损害,应该承担责任。建议草案上规定应该依《国家赔偿法》承担责任,这是因为一般登记机关造成的损害较大,几十万,几百万,都让登记机关赔,也不尽合理,根据国家赔偿法的有关规定,这个赔偿就有限制。但法工委的草案中却把“国家赔偿法”这几个字删掉,这样一来,责任就成了一般侵权责任。损害多少赔多少,这个规定对受害人当然有利,但国家赔不赔得起就是个问题了。

对物权法草案的批评

首先是关于居住权的创设。草案创设一种新的用益物权,叫居住权,规定在草案第18章。第208条规定:居住权人对他人住房以及其他附着物享有占

有、使用的权利。第 209 条规定：设立居住权，可以根据遗嘱或者遗赠，也可以按照合同约定。居住权的创设，是江平教授的建议。在 2001 年 5 月 28 日物权法草案的专家讨论会上，江平教授说：我前提过居住权，现在设想一下，我的保姆，我让她永久居住，而不给予所有权。有什么办法？李凡法官说，现在的做法是给继承人的所有权设定一个负担。王利明教授说，德国法的居住权，就是这样，保障父母永久居住。李凡法官说，婚姻法上有规定，离婚后，给一方居住权。

根据上述发言，可见创设居住权的理由，主要是解决三种人的居住问题，一是父母，二是离婚后暂未找到居住场所的夫或妻，三是保姆。先分析离婚一方的居住问题。中国在过去实行公房制度，而且通常是男方分房，当双职工闹离婚时，法院要将房子分一半给女方，那男方的单位就不答应。房子是公房，是男方单位的财产，凭什么要分一半给你？于是法院就发明了一种办法，判决房屋归男方，但女方可以仍在属于男方的房屋居住，直到女方再婚为止。这种实务中的做法，是否叫居住权还有疑问，因为他不是永久居住。是在中国当时没有商品房的公房制度下产生，且不允许永久居住。现在，这一历史条件已不存在，公房制度已经废止，实行了住宅商品化的政策，只要有钱就可以买到住房。很多男的要离婚时，先买一套房子给女方，如笑星赵本山自己就讲过，他先在大连买了一套房子给妻子，然后协议离婚，你看是何等爽快！假如还有个别案件，离婚一方居住问题难以解决，仍旧按照此前法院的做法，判决她在男方房屋中暂时居住直到再婚为止。没有必要创设什么居住权。

再看父母的居住问题，王利明教授说德国、法国法律上有居住权。缘由何在？因为他们的法律规定男女不平等，妻子对丈夫的财产无继承权，母亲对子女的财产也无继承权。丈夫死了，妻子无继承权，财产归了子女。那这个母亲住在哪里呢？所以才创设了居住权，解决母亲的居住问题。直到 20 世纪六七十年代，由于女权运动的高涨，促使他们修改了他们的法律，规定了男女平等，承认了妻子对丈夫的继承权，母亲对子女的继承权，在这种情况下原来的居住权已失去实际的意义。回头说我们国家，我们是最早实施男女平等的国家，在 1929 年中华民国民法里就规定了男女平等。你看我们的法律，夫妻互有继承权，父母都是子女的第一顺序继承人，还规定了子女对父母有赡养的义务。所以在我们的社会中，父母居住不发生任何的问题。

剩下就是保姆的居住问题。中国幅员辽阔，大多数人口在农村，虽然没有统计，但可以估计使用保姆的家庭在家庭总户数中只占少数，在使用保姆的家庭中，准备给保姆永久居住权的恐怕更是少之又少。为了极少数人的问题，而创设一种新的物权，创设一个新的法律制度，这不合逻辑！即使出现了要给予

保姆终身居住权的情况,仍旧可以按照法院的做法,在继承人的房屋所有权上设一个负担来解决。所以我认为这个居住权完全没有存在的必要。

其次是关于取水权。草案专门设了一章规定取水权,第224条规定:“自然人、法人直接从江河、湖泊或者地下取用水资源的,应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定,向主管部门申请领取取水许可证,并缴纳水资源费,取得取水权。”从江河湖泊取水,要经过批准,要付费,取得取水权。我们就想到,这岂不是将江河湖泊的水都当作国家财产来对待?《物权法草案》第46条正是这样规定的,水资源归国家所有。按照这样的规定,江河湖泊的水属于国家财产,则1998年长江流域的洪水泛滥,今年安徽巢湖的洪水泛滥,所造成人民的生命财产的损失都应该由国家来承担赔偿责任。国家财产造成人民生命财产的损失,当然要由国家承担赔偿责任,这在民法有规定。农民养的牛践踏了他人的庄稼都要依法承担赔偿责任。这应当没有疑问,问题是国家赔得起赔不起?再说,既然江河湖泊的水是国家财产,则长江、大河滚滚东流,流入东洋大海,岂不是最大、最严重的国有资产流失,应该由哪一个国家机关来承担渎职犯罪的责任?

其实,江河湖泊的水,属于地表水,各国都是用传统民法相邻关系上的取水、用水、排水的制度来解决,完全不需要将其规定为国有资产,不必要创设所谓取水权。而江河湖泊的水,无法特定,不能直接支配,不具有排他性,不符合物权的定义,创设所谓取水权,也与法理相悖。地下水的问题,可以特殊处理,可由行政法规或者地方性法规对地下水的抽取规定必要的措施。应当注意到,水和空气,是地球生命产生和存在的前提条件,如果水资源被规定为国家所有,则我们有理由相信,是否有一天空气也被规定为国家所有呢?

最后是关于野生动物归国家所有。《物权法草案》第48条规定,野生动物,国家规定归国家所有的归国家所有。这一规定,来源于《野生动物保护法》。《野生动物保护法》第3条规定:野生动物资源属于国家所有。该法第2条规定:本法规定的野生动物,是指珍贵、濒危的和有益的或者有重要经济、科学研究价值的野生动物。保护野生动物,本来属于公法上的义务,而不是私法上的权利,是国家的义务,是整个社会的义务。现在的草案将野生动物规定为国家所有,不利于保护。因为,既然规定为国家所有,即应当由所有人国家自己保护,广大人民群众就被解除了保护义务。你的财产,你的汽车,你的房子,应当由你自己保护。别人来保护,那是侵权!再说,规定珍贵的、有价值的野生动物归国家所有,与情理不合。为什么有害的野生动物,如苍蝇、蚊子、老鼠不规定为国家所有?为什么专挑珍稀的、有价值的野生动物规定为国家所有?

其次,将野生动物规定为国家所有,于法理不合。因为野生动物,是不特定

的,不能直接支配。穿山甲今天在云南、广西境内,明天可能就在越南、缅甸境内。候鸟如天鹅、大雁、红嘴鸥冬春飞来中国境内,夏天飞往西伯利亚,如规定为归中国国家所有,其飞往西伯利亚岂不成为对俄罗斯领土的侵犯?岂不要产生国际争端?当年林彪乘一架三叉戟飞机跌落在蒙古温都尔汗,蒙古人民共和国给中国大使馆的第一份照会就是强烈抗议中国的飞机(财产)侵略蒙古的领土、领空。那中国国家所有的大雁、天鹅飞到了俄罗斯境内,俄罗斯会不会也向我们提强烈抗议?!俄罗斯如果也规定为国家所有,中、俄两国岂不要为一群天鹅、大雁或者红嘴鸥进行战争?两个国家为一群天鹅、大雁发生外交争端,进行战争,有这个必要吗?

其实,野生动物不具有直接支配性,在被捕获之前,不构成所有权的客体;野生动物属于无主物,其保护只须限制先占取得即可。如规定禁渔期、禁猎期,划定野生动物保护区,禁止猎取、捕捞国家保护的野生动物,就够了。完全没有必要规定为国家所有。如果规定为国家所有,则偷猎、偷捕野生动物,就属于盗窃财产罪,刑法都要修改。

以上的例子说明,物权法草案中还有许多规定值得仔细斟酌,不应当草率。当然只是我个人的意见,不敢说完全正确,供同学们参考。谢谢。



威廉·雷诺尔德：《司法程序》

(北京 法律出版社 影印本 2004。)

仪式是很重要的,中国古代就讲究这个,春秋战国时代就讲究“礼”。古汉语中“礼”作社会法则或礼仪来解释。如果不讲礼,问题就大了。孔子惊呼“礼崩乐坏”,就是说大家都不讲程序,不讲规则了。上升到法律的高度,礼就是一种程序。为官也是一样,官要有官的威仪,威仪也是一种程序。只要是官,就讲究威仪的程序,不分国界,没有什么本土化可言,也没有什么文化冲突可言。说到程序,中国人民就一向重视程序,尤其是君臣关系方面的程序。见到皇帝要磕头,要请安,喊“万岁,万岁,万万岁”。这就是一种程序,权力是要通过程序才能体现出来的。民国后进步了,不喊万岁了,但代之以政治口号,开会必集体背诵总理遗训,有时还要唱“三民主义,吾党所宗”。诸君,如果我们对法律很不理解,如果我们对程序很不理解,不妨看看历史,看了历史我们就会恍然大悟,豁然开朗。

美国也很重视程序,尤其是重视司法程序。美国人把一些大事、要事,甚至是烂事交给法院和法官去办,因为法官是比较正直的饱学之士,更因为法院审案有其特定的程序。其实,法官本身就是通过特殊程序产生的。

一、司法程序

“程序”一词可能引起歧义。法律英文中有三个词“process”,“procedure”和“proceeding”,都可以译作中文的“程序”。首先是“process”,也就是“正当程序”(due process)中的“程序”。美国《宪法》第5修正案规定,未经法律的正当程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。正当程序也泛指权力机构的决策应该经过一定的法定程序。“Proceeding”则一般指诉讼。当然,还有各类诉讼方面的程序法,如民事诉讼法和刑事诉讼法等,其程序的英文就“procedure”,也是“程序”的意思。此类法律大多是些法定规则,重在规范律师在法院进行诉讼的方式。

“司法程序”(judicial process)不同,是指法官如何操刀办案,更多的是传统,是约定俗成。按美国第二巡回法院判例的解释,司法程序指“法院就某一个

人或某一财产获得并行使司法管辖权的任何方式。”《司法程序》一书作者在前言中对司法程序也有一个简单的定义。所谓司法程序,就是“探讨美国法官如何判案”。《司法程序》一书就是探讨法官的判案过程,探讨美国法官如何处理要求其解决的问题。

美国法学院多数没有司法程序这门课,其内容散见各处。比如,司法程序涉及法院权力的来源,这原属于宪法学科的问题。法院有什么权力?法院的权力来自何处?这是美国先哲所写的《宪法》和判例所体现的司法实践所不断探索的问题。而法院的审案流程则见于民事诉讼和刑事诉讼。司法程序的内容包括“普通法审判”,涉及普通法的历史。美国法精要丛书中另有一本《盎格鲁——美利坚法律史》,专门介绍普通法的来龙去脉。司法程序还涉及到法哲学的问题,即如何解释法律。但法律解释问题、“字面意思规则”、立法思想,还有撰写判决书等内容,在美国法学院都是放在“法律技巧”(legal methods)这门课中来讲的。

《司法程序》的书名与内容似乎有些文不对题,但也并不奇怪,司法程序就是一门拼凑的学科。美国法学院内的基础课是宪法、合同法、刑法、民事诉讼法和侵权法,美国各州律师资格考试主要也是这几门课。其他科目大多由核心课程派生而来。学科的繁殖可以是件好事,是向学科的深度和广度进军。学科的繁殖对教授也有好处,因为教授中的有些人就可以自立山门。自立山门好啊,自立山门就可以成为开山鼻祖,自立山门就可以做老大。中国的学者又何尝不是这样?他们念念不忘的也是自开门户,另立山门的也大有人在。红学考证造就了多少知名学者。可喜的是,中国学者已经将考证红学的热情,转移到考证法律方面上来了。较之于红学考证,法律考证更上一层楼,打一个旗号,喊两句口号,就敢于创立一个学科或是学派。当然,司法程序在美国还是一门比较体面的课程,美国著名法学院的教授,也有自称是研究司法程序的。

二、《司法程序》

美国 West 出版社推出的法律精要丛书,其中也包括一本《司法程序》(Judicial Process in a Nutshell),而且还是本畅销书,1980 年第一版,1991 年第二版,2003 年第三版。基本上是十年一改,十年一版。

《司法程序》共六章,第一章简介,第二章讲法院权力的来源,第三章法官匠艺,第四章普通法的审判,第五章法规解释以及第六章宪法解释。但全书主要是三大内容:法律解释、法官的匠艺以及普通法审判。无论在哪个国家,解释法律都是法官的重要工作,但对美国法官尤为重要。美国上诉法院原则上不审事

实,只审法律,有时一审法院也是只审法律,由陪审团在法官的监督下审事实。此外,美国的宪法不是摆设,法官审案时可以直接适用《宪法》条款或判例,作为判决的依据。这种做法已为世界主流国家所接受,欧洲人权法院审理案件时便直接引用国际公约。

就法律教科书而言,目录本身就是一个很好的提纲,从中可以看出作者思想的脉络和突出的主题。《司法程序》第一章简介,第二章法院权力的来源,第三章便大谈判决书中的不同意见。可见,这是一个很重要的问题,至少对作者来说是一个很重要的问题。判决书中的不同意见是美国法院判决的一大特点。美国的上诉法院或最高法院由三人以上的合议庭审理案件,按多数法官的意见判决,但允许持不同观点的法官将其意见写入判决书中。从技术上说,法官的意见分为四种:“多数意见”(majority opinion)、“超过票数意见”(plurality opinion)、“相同意见”(concurring opinion)以及“不同意见”(dissenting opinion)。

判决书的不同意见至少有一点好处,方便我们研究判决书本身。美国法院的判决书大多很长,美国最高法院的判决书尤甚。不要说初学法律者或外国人,就是从业多年的美国律师看起来也是无比吃力。如果“云深不知处”,不妨先看判决书中不同意见,可以先简后繁,有助于阅读理解。不同意见通常篇幅较短,而且开门见山,直奔主题。

《司法程序》一书的作者将不同意见作为法官匠艺的一个组成部分,其实这是美国法院判例的精妙所在,是其灵魂所在。我们借助法官的声望,更借助他们的智慧,什么是智慧?智慧就是不同意见碰撞后的结晶。法官个人智慧来自其学识和经历,而法官的群体智慧就是不同意见。真理存的前提便是容忍不同意见。真话就是对立面,就是对同一个事实得出的不同结论。比如长城,在许多人眼里是文治武功的象征。有的人还一口咬定,从太空上可以看得见长城。但长城也是我们民族的耻辱和血泪控诉。秦始皇对外软弱无能,只会修长城退守,对内却无比残暴,用我们先人的累累白骨堆砌起这座并不能阻挡异族侵略的长城。“文革”前小学课本内收有《孟姜女哭长城》一文,但现代人思维不同,多的是花奴打鼓,文人娱国,不愿正视痛苦的一面。没有不同意见的存在,我们就看不到长城的全貌,也就没有智慧可言。

有人会说,啊——我们这里也有不同意见,只要你说得对,我们就改正,你说的办法对人民有好处,我们就照你说的去办。但这还是不够的,不仅要允许人们发表不同意见,还应当允许人家表示出来,并且刊登出来。不仅应该允许人们发表正确的意见,还必须允许人们表示错误的观点,只要有关言论不对社会构成“明确在即的危险”(clear and present danger)。什么是明确在即的危险?美国最高法院有许多判例——在这个问题法官们自己也有很大分歧。但一个

简单的说法是,只要不在街上振臂一呼,鼓动打、砸、抢,那就不构成“明确在即的危险”。

美国法院的特殊不仅在于允许法官有不同的意见,而且允许将不同意见写入判决书中,以正视听。一人对一国是一种英雄气概,美国法官有时真的可以做到。布什和戈尔总统大选中选票接近,相持不下,最后由美国最高法院出面才将事情平息。提到法官,提到审判,我们总是想到公正或正义。但其实我们经常是将一些左右为难的争议交给法官去办。既然事情本身就是仁者见仁,智者见智,既然法官也有不同意见,为什么就不能在判决书中反映出来?

我们这里也曾经号召过大家要追求真理,要讲真话。曾经流行过一个口号,叫“要敢于反潮流,要不怕离婚,不怕坐牢,不怕杀头”。可是,谁说真话,就叫他家破人亡,而且还要号召我们说真话——可能吗?这种情况下非要人讲真话,只能是要人讲假话,要人把假话当真话讲。久而久之,就是真假不分,是非不分,就会出现“文革”和“大跃进”。刚刚打倒别人自己又被打翻在地,今天颠倒了,对错明天又将被颠倒的对错再重新颠倒过来。何苦呢?!

政治家不可能总讲真话,但一个社会必须有一部分人讲真话,法官应该能够讲真话。德国宪法法院的判决书中可以直接写入法官的不同意见。可喜的是,中国海事法院的判决书中也出现了不同意见。美国司法程序中,不同意见是纲,纲举目张。当然,司法程序技术性很强,《司法程序》一书的“匠艺”、“普通法审判”和“法律解释”等重要章节都有不少名词,但法律就是注重细节的学科。《司法程序》将众多的名词作了梳理,有简明的解释。

三、作者其人

《司法程序》的作者威廉·雷诺尔德(William L. Reynolds II),是马里兰州立大学法学院教授,而且还是该院的杰克波·弗朗斯坐席教授(Jacob A. France Professor)。在美国法学院,能有一把坐席教授交椅的,那是了不得的荣誉,相当于我们这里的博士生导师——不,相当于我们这里的学术带头人,而且是享受国家津贴的那些学术带头人。威廉·雷诺尔德教授学历也很骄人,从常青藤盟校到常青藤盟校,本科毕业于达特默斯大学(Dartmouth College),哈佛法学院法律博士。从其所受教育来看,属于根正苗红。美国法律界讲究这个。美国最高法院两百多年的历史,但迄今为止,大法官只出自五所法学院:耶鲁、哈佛、斯坦福、芝加哥和哥伦比亚。雷当过联邦法院的书记员,这在美国也是个很体面的工作,美国法学院最优秀的学生才有此殊荣。法律专业在美国没有博士后,如果一定要说有,那就只能拿法官书记员来套了。美国人对学位的高低并不讲

究,其势利主要是表现在对学校的出身方面,看你是不是毕业于名校。

美国法律界的势力也体现在法律书籍的写作上。这套精要丛书的作者都是相关领域的专家,但很少有在名校执教的。那些在名校执教的所谓大师并不编写这些教辅读物,大师们主要是在研究一些精深问题,研究一些前沿问题。如果让大师们去做普及和推广工作,岂不是本末倒置了吗?在美国念法律的时候也曾选修过大师的课程,但并不觉得他们有什么过人之处。当然,主要是自己水平不够,所以无法理解大师的光辉思想。不过研究问题有许多方法,可以简单问题复杂化,也可以复杂问题简单化。环肥燕瘦,云卷云舒,这是分析问题的办法,也是学习的方法。所以,《司法程序》等法律精要,自有其存在的价值。

威廉·雷诺尔德法学院毕业后为马里兰州的一位联邦地区法官(Frank A. Kaufman)当了一年的书记员,1971年便直接进入马里兰大学法学院教书。从法学院到法学院,这种经历在美国法学教授中是比较奇怪的。美国法学院毕业生先要走出校门,到江河湖海中拼搏一番才能重归象牙塔执教。“你要知道李子的滋味,就必须亲自尝一口”。你不到江湖去走一趟,如何知道江湖的险恶?不知道江湖的险恶,又如何向学生传授闯荡江湖的道术?在联邦法院为法官当书记员是件很体面的事,非优生不能求得此职。但这不算是走江湖。美国法官是独立的,老爷不服老爷管。而法官与其助理之间的关系是父子关系或是祖孙关系(视年龄距离而定),是一种亲近关系,而并非江湖关系。

当然,我必须郑重声明,我对国内法学教授没有丝毫不敬之意。此江湖非彼江湖,此大学非彼大学。在中国,大学这个江湖比外面的江湖还要江湖。“文革”的熊熊烈火首先就是从清华、北大这两所名校燃烧起来的,大专院校的造反派要比国家机关的造反派凶残几倍,能在国内大专院校生存下来的朋友,大多也是身手不凡。同样,威廉·雷诺尔德上的是名校和法学院,有可能是佼佼者,但也有可能不是。当时读书并不是许多美国优秀青年所醉心的,天才青年可能正在芝加哥街头进行反战示威,与前来镇压的军警展开英勇搏斗;天才青年可能正在旧金山吸食大麻。

(朱伟一)



朱理斯·N.科勒曼：《原则的实践：论法律理论的实用主义的方法》

(Jules N. Coleman, The Practice of Principle: In defense of a Promagist Approach to Legal Theory, Oxford: Oxford University Press, 2001.)

在当今的法律实证主义的阵营中，美国耶鲁大学的法理学和哲学教授朱理斯·科勒曼是一位不可忽视的学者。二十年来他一直在致力于捍卫和发展实证主义法学。他为人谦和，乐于提携后进，使得在美国研究实证主义法学的学者数量蔚为可观，甚至有超越英邦的势头。他同时热衷于学术出版事业，曾主编了几部重要的实证主义法学著作。^①其参与倡导创设并编辑的《法律理论》杂志成为实证主义学者交流的重要阵地。在侵权法的研究方面科勒曼也因倡导“矫正正义”理论而闻名。^②科勒曼最近出版的《原则的实践：论法律理论的实用主义的方法》是其这些年来关于实证主义法学研究的心得，值得注意。此书是他在牛津大学所作的三次克莱顿法学讲座的基础上扩展而成。该书分为三部分，第一部分“侵权法与矫正正义”，第二部分为“法律的可能性和规范性”，第三部分为“法理学的方法论”。

一、矫正正义理论

正如其他实证主义法学者一样，科勒曼倡导法律的概念分析。概念分析主张通过揭示概念的不同语言情景来揭示该概念的内容。科勒曼认为，基本地说，概念分析是一种哲学的事业，它让我们可以更清楚的思考(p. 13)。概念分析的研究由维根特斯坦倡导而风靡一时。在法学界，则由哈特教授《法律的概念》一书而达到极高的成就。

那么，如何对侵权法进行概念分析呢？

科勒曼认为有着不同的概念分析，为了区别他的理论，他首先对当前流行

^① J. Coleman (ed), Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law, Oxford: Oxford University, 2001; J. Coleman and S. Shapiro (ed), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford: Oxford University Press, 2002.

^② J. Coleman, Risks and Wrongs, Cambridge: Cambridge University Press, 1992.



的法律经济分析进行讨论。首先是简约(reductive)的分析。此种概念分析将侵权法的核心概念简约为经济效益,并以此来解释侵权法。此种分析最常见的是对过失这一概念的分析。科勒曼认为,这一分析更因美国侵权法上汉德公式的提出而得到推崇(p. 11)。在法律的经济分析中,经济学家通过经济术语来解释责任(responsibility)的概念。科勒曼指出,经济学家们之所以以经济术语来解释侵权法,是因为他们觉得法律中诸如责任、公平和正义等概念太过于神秘,不如经济学的福利(welfare)等概念便利。然而,科勒曼指出,正如经济学家们所承认的,此种概念分析并不能贯彻到底。这导致了经济学家们追随波斯纳的观点,认为在侵权法中义务(duty)的概念一点也不起作用。科勒曼认为,这与经济的概念分析的目标是不一致的(p. 12)。

其次是功能性的简约概念分析。这是一种更为复杂的理论。一方面它主张法律有特定的功能,通过此种功能可以阐释侵权法的概念,该理论主张,经济分析的功能在于事故损失减少的最优化。法律是否发挥此功能取决于两种因素:在多大程度上减少事故发生的成本以及这样做的成本,因此,侵权法的理想是事故损失成本的总体最优化,也就是说事故发生成本和避免发生成本的最小化(p. 13)。另一方面,它又是简约的。他认为在侵权法实践中一些概念是由几个更主要的概念来规定的,例如责任、因果关系、错误、损害和赔偿等概念均为主要概念,这些概念之间是相互包含的。比如错误的概念可以被解释为不能尽到合理注意的义务,合理注意的义务又可以通过可预见的范围来确定。因此,功能性的经济分析将侵权法概念加以分类,认为有宏观的概念,如损失的责任,有微观的概念,如剔除(but-for)原因,此外还有中间性的概念,如过失、近因等。功能性经济分析是依据中间概念等来进行解释的(p. 14)。

科勒曼认为功能性的经济分析并不能产生一种对侵权法概念的分析,或者说它不能深化我们对侵权法的认识。这是因为在实践中偶然发生的功能和构成实践本质的功能之间是有重要差别的(significant gap)(p. 14)。其次,这种分析是不充分的。科勒曼认为,侵权法是实用推理(practical reason)制度的一部分。功能性经济分析所面临的问题是它忽视诉讼中当事人是因为发生损害而在一起的。关注成本等分析会忽视当事人在诉讼中的权利。功能性经济分析认为在诉讼中当事人之间关系是不重要的,最重要的是危险发生的最优化。这样就会带来这样的问题:没有理由将原告或被告限制于受害人或侵权人,因为他们很可能不是最可能减少事故发生的人。因此,按照功能性简约分析,受到追诉的应该是一连串的人,而非某个人。经济分析学者也许回答说受害人这样做的成本太高了。但是,科勒曼认为此种回答暗含了受害人有权去寻求最能减少成本的人,这与侵权法提供受害人权利去主张并得到赔偿的事实相差甚远。

(pp. 17 ~ 18)。

科勒曼认为矫正正义理论可以避免经济分析的困境。这是因为矫正正义理论既非简约的,也非功能性的。矫正正义原则主张对造成他人违法损失(wrongful losses)的个人有责任赔偿此种损失。科勒曼认为,侵权法中的核心概念,如损害、原因、赔偿、过错等以一种反映矫正正义原则的援引关系(inferential relation)联系在一起。这一原则体现在侵权法中并解释侵权法,而侵权法反过来又阐释(articulate)这一原则,并使该原则的要求明确化(pp. 9 ~ 10)。科勒曼认为,侵权法的核心是由结构性元素和实质性元素构成的。侵权法的实质核心表现为过错和严格责任。侵权法的结构是通过特定受害人诉求侵权人赔偿损失的个案裁决表现出来的。这种个案体现了受害者要求的赔偿并非针对整个社会,而被告也只是对“自己”造成的损失进行赔偿(p. 16)。任何侵权法理论都应当解释这两者以及他们的区别。在这点上,经济分析显然无法胜任,它反而使侵权法更加神秘化和难以理解(apague)(p. 21)。

依据科勒曼的解释,矫正正义理论与从上到下(top-down)的理论不同,它是从中间层面来解释的。因此,一方面它避免了原则必然具有道德地位(status)的预设,另一方面,矫正正义体现了侵权法的实践。换句话说,矫正正义理论试图解释在中间层面侵权法体现了什么原则。由于它认为原则的道德地位问题并非先于解释的问题,而是从解释的计划中来,因而具有很大的优点(pp. 5 ~ 6)。在科勒曼看来,侵权法是这样的一个体系:处于底层的是侵权法的实践,中间则是矫正正义,上层则是公平原则。总之,侵权法体现了矫正正义和分配正义的原则(pp. 54 ~ 55)。值得注意的是,依据科勒曼的解释,矫正正义通过实践来实现和确定,同时又对侵权法的实践进行指导和限制(p. 55)。

矫正正义理论也许会受到两点疑问:原则由实践来确定并指导和限制实践是否是循环论证?矫正正义理论是否是完美无缺?换言之,矫正正义理论是否能解释侵权法的全部,如果不能,它是否需要其他理论来补充?

就原则与实践的关系来说,科勒曼认为他的理论并没有预先设定任何分析的前提。他指出,不完全确定的概念或原则能指导实践并不是什么神秘的事实。同时,原则也通过指导实践而获得更多确定的内容(p. 56)。科勒曼认为,侵权法实践并非是唯一有助于确定矫正正义内容的实践,侵权法矫正正义中的概念如错误、责任和赔偿责任不仅仅是对侵权法的回应,而且也在更广泛的法律、政治和道德实践中起作用。因此,这些概念不仅可以通过这些实践加以确定,它们也在不同领域的适用中被审视(reviewed)和修改(revised)(pp. 56 ~ 57)。与此类似,公平的概念部分地由侵权法来确定,部分地由它参与的其他实践来确定。在科勒曼看来,如果将侵权法和其他法律或政治道德割裂开来,那

么矫正正义的解释将是失败的(p. 40)。但是,应注意的是,如科勒曼所认为的,他的矫正正义理论并不依赖于道德或政治的优点,而是从概念上来进行论证的。

对于第二点疑问,科勒曼的回答是,他并不认为侵权法的全部必须通过矫正正义来解释。例如,它无法解释连带责任或者产品责任。但是,矫正正义致力于解释侵权法的核心。通过解释侵权法的核心(parasitic),矫正正义对我们理解寄生于(parasitic)侵权法核心的其他责任事例(instances)是极为重要的(p. 36)。虽然有一些原则或案件与矫正正义无关,但这并不能说明矫正正义理论需要其他理论来补充。实际上,由于矫正正义理论不仅阐明了侵权法中实质推理的结构,通过展示它的构成元素展的一致和相互支援,深化了我们对侵权法结构的认识(p. 23),而且为侵权法的实践提供了评价的标准(p. 58)。

二、法律实证主义的调和

科勒曼认为是德沃金将原则带进法律讨论中来,实证主义的阵营的分离(division)起源于如何回应德沃金对哈特的最初攻击。排他(exclusive)实证主义者,如拉兹,认为合法性(legality)的存在条件和内容必须是社会来源(social sources),道德原则不能成为合法性的条件,法律的成立条件和内容只能是社会事实。包含(inclusive)实证主义则主张从概念上讲没有理由对法律的生存条件加以任何限制,只要承认规则加以承认,道德原则可以成为合法性的条件,并发展出分离命题(the separability thesis)和合并主义命题(the incorporation thesis)。分离命题主张在概念上法律和道德并不存在必然的联系,而合并主义命题则主张道德可以包含在承认规则中,成为合法性的条件。科勒曼认为,包含实证主义还进一步承认道德可以基于实质的价值或优点而具有合法性,道德原则可以在法律实践中约束法官,从而在法律实践中起作用(pp. 108 ~ 109)。

如前面所提到的,法律实证主义是在回应德沃金的攻击中提出自己的命题的。为了便于理解科勒曼所做的调和努力,我们先来看看德沃金对实证主义法学的批判是什么,然后考察排他实证主义者提出了什么命题。在这个基础上,我们更加容易理解科勒曼是如何对它们与包含实证主义的对立进行调和的。

德沃金的批判是这样的:哈特所主张的实证主义法学认为法律是一个由主要规则和次要规则组成的体系。在这一体系中,法律和道德没有必然的联系。同时,实证主义者主张法律类别中的所有规范必须是规则,由于原则并不是法律,所以原则并没有约束力,在疑难案件中法官会行使自由裁量权作出判决。德沃金指出,这明显忽视了法官在司法实践中常常依据道德原则做出裁决的事实,道德原则在法律实践中具有约束力,并非只有规则才如此。德沃金认为,由

于实证主义者主张承认规则只能是社会规则,而道德原则常常会产生争议,因此包含道德的承认规则不能是社会规则,实证主义者的惯例命题(the conventionality thesis)是不能成立的。简而言之,实证主义法学的理论是不能成立的(p. 104)。

为了回应德沃金的攻击,排他实证主义发展了社会来源命题(social sources thesis),认为成为合法性条件的规范必须依靠社会来源。由于道德不具有社会来源,因此不能成为合法性的条件。排他实证主义者主张,即使在特定社会中道德原则有约束力,那也是基于它们的渊源(pedigree)或社会来源,而非基于它们的内容(p. 106)。为此,排他实证主义者发展了两个命题:法律诉求权威的命题(law's claim to authority thesis)和实质性区别的命题(the practical difference thesis)。

法律诉求权威的命题认为法律内有一种诉求权威的要求。法律诉求权威是因为法律提供了排他的行为的理由(reason-for-action),法律的理由优先(pre-empt)并取代(replace)个人行为时所依附的理由(dependent reasons)(p. 122),因此个人在行为不必考虑行为的理由,而只需接受法律的指引即可。排他实证者认为,法律诉求权威取代了依靠依附的理由来决定法律的身份或内容,由于原则的不确定性,承认规则允许道德作为合法性的条件损害了法律的权威,包含实证主义必须被抛弃(p. 124)。法律实质性区别命题认为法律不同于其他社会规范,是因为被援引的法律规范在结构和内容上都有区别,这些区别是法律之所以成为法律的原因。这也使得法律发挥指引功能成为可能。由于道德原则既不能在动机上(motivationally)或认识上(epistemically)指引行为,因而不能成为实际的法律。承认道德可以成为合法性的条件损害了法律指引功能的功能(pp. 136 ~ 137)。

科勒曼认为,包含实证主义是可以与德沃金和排他实证主义者的理论相容的。就德沃金的理论而言,科勒曼认为在特定法律制度中道德是否是合法性的条件取决于承认规则。换句话说,只要承认规则加以规定,道德原则可以成为合法性的条件。科勒曼还认为,包含实证主义更进一步承认道德可以基于其实质的价值或优点成为合法性的条件。因此,包含实证主义者比排他实证主义者接受德沃金的更多假定(supposition),因此两者的分歧并不像德沃金所批判的那样不可调和(p. 108)。

就道德是有争议的而言,科勒曼认为应当区分法的内容和法的适用条件的区别。在法律实践中,法官对法律是什么并没有争议,争议的是法律所需要满足的条件,德沃金没有区别此点(p. 116)。事实上,在惯例实践中也是产生争议的,他所借鉴的布莱特曼的理论就很好地说明此点。因此,承认规则允许道德

成为法律性条件并不与承认规则是社会规则相冲突(p. 115)。对于法律和道德的分离的命题,科勒曼认为,这在概念分析中是没有问题的。实证主义者认为法律并非必然包含道德,法律和道德的重合是可能(contingent)的现象,包含实证主义允许(permits)或同意(allows)道德可以成为合法性的条件,而并非需要(requires)道德如此(p. 108)。那么包含实证主义没有什么区别吗?答案是否定的。科勒曼认为,实证主义者坚持惯例命题,而这是德沃金所否认的(p. 107)。

那么包含实证主义者是否如排他实证主义者认为的那样应当被抛弃呢?科勒曼认为,包含实证主义是和排他实证主义的法律权威理论是不矛盾的。首先,就法律诉求权威的理论而言,应当明确道德原则是否和法律诉求权威冲突是从概念上而言的,并非法律上的可能性,因此,法律原则所引起的争议不能成为拒绝它与法律权威理论不相容的理由(p. 114)。而从概念上来讲,没有理由对承认规则的法律性条件作出限制。

科勒曼指出,合法性的条件包括必要条件和充分条件,如果能证明法律权威理论能与这两个条件相容,则可以认为包含实证主义可以与排他实证主义相容。就必要条件来讲,由于道德可以成为合法性的条件不需要指示人们诉求依附的理由,因此即使发生实质性的评价,我们也不以依附的理由来说明特定的规则(p. 126)。由于合法性条件不需要和规则的实质性优点相一致,因而道德成为法律的条件可以和法律权威理论相容(pp. 126 ~ 127)。就充分条件来讲,拉兹主张某一社会成员确定法律以及它的内容的标准必须是社会来源,但这并不意味着社会来源命题是对法律性条件的限制,它只是对法律身份特征(modes of identification)的限制。尽管有时合法性的标准可以被作为法律身份特征的标准来使用,但并不必然如此(pp. 127 ~ 128)。

科勒曼认为,即使承认排他实证主义合法性必须不依据道德原则来确定的主张,法律事实上也不能被每一个人以这样的方式来确认。如果实证主义者主张说法律的权威必须是成功的权威,那么更难以成立,因为无论何时承认规则使道德成为合法性的条件,至少总有一个法律不能诉求权威(pp. 129 ~ 130)。因此,科勒曼认为,没有理由认为承认规则不能承认道德成为法律性的条件。

关于实质性区别的命题,科勒曼指出,如同有的学者所论证的,包含的承认规则能在动机上指导法官,同时又可以根据包含条文(inclusive clauses)生效的主要规则从认识上指引一般大众,因此承认规则包含法律并不损害法律的指引功能(p. 140)。而且,科勒曼指出,事实上并非每一条规则都具有指引行为的功能(p. 143)。科勒曼进而认为,不论任何一般性概念主张的分析有多么好,这并不意味着对于任何特定的法律也是真实的。如果没有进一步的主张,为了成为

法律每一个法律都必须有实质性区别的主张只是一个推理谬误(the fallacy of composition)的例子罢了(p. 144)。

三、法律理论与法学方法论

在《法律帝国》中,德沃金将实证主义法学称为“语义学之刺”(semantic sting)。德沃金认为法律实证主义试图提供一个关于法律这一术语的内容分析,而且认为这一语义学是标准的(criterial)。实证主义法学通过揭示和分析概念来确定法律的标准是什么。德沃金认为,语义学不能解释对法律适用争议的法律术语或概念的性质和范围(p. 155)。人们持有相同的标准并不意味着就某一特定形式是否符合该标准也达成共识。对标准的认同不能否认人们对“法律”边缘(margins of “law”)有不同的看法,语义学解释不能克服这一问题。同时,依赖于惯例作为合法性条件使得实证主义无法解释对合法性内容的争议,而依赖共同接受的“法律”这一概念的适用也使实证主义无法解释法律适用标准是什么的争议(p. 156)。德沃金既而认为,标准的语义学是无法解释法律的争议的,合法性其实是一个解释性概念。由于对什么是合法性的标准是有争议的,因此它们不依赖于惯例,而依赖于法官对实践做最好的评价。法律的分析并非描述法律的活动是什么,它毋宁是解释性的,从而是规范性的(normative)(p. 156)。因此,在某个社会中什么是法律并非是社会事实问题,而是道德辩论的问题。法哲学或者法理学的活动本身是处于第一层次(first-order)的道德和政治哲学的分支(p. 156)。

这就是德沃金关于实证主义法学方法的争论。科勒曼指出,德沃金出于论证的需要,常常将实证主义归纳称自己的术语,并对它进行攻击,以达到建构自己理论的目的(p. 156)。科勒曼认为德沃金关于语义学的争论误解了持有相同概念标准必须满足什么条件,因为就一般老百姓而言,他们只需要对该概念的典型案件或事例同意就可以了,不需要他们运用这一标准去适用法律的概念,也不需要他们用同样的方式去归纳出使用该概念的标准(p. 157)。就惯例能否产生争议而言,科勒曼认为德沃金依赖的是一个不适当(inappropriate)的且误导(misleading)的合法性标准。惯例的适用中也会产生争议。实践中,官员可以并且实际上对法律性标准的内容有不同的看法。这与承认规则规范作为惯例性社会实践是相一致的,也是与承认规则是社会规则,从而来源于社会事实是相一致的(pp. 157 ~ 158)。科勒曼认为,德沃金主张某一社会的合法性并非取决于社会实践,而是依赖于对实践的解释。由于德沃金的解释是以实践为中心的,让人以为他一种穿着漂亮外衣的实证主义者(p. 159)。

科勒曼认为,德沃金只是发展了法律内容的一般理论。法律内容是建构性解释(constructive interpretation)的一个功能(function)。建构性的解释包括适合(fit)和价值(value)两个元素。由于解释是将权威的法律(authoritative legal pronouncements)作为特定社会的解释材料,因此它必须适合法律的要求;同时,由于被解释的社会规范涉及到价值,因此解释的目的是以最好的方式来进行(p. 162)。科勒曼认为,依据德沃金的理论,因为法律只是作为解释的材料,所以他是暂时性的和可修改的。由于法律内容理论提供了对它们进行修改的所有保证(warrant),因此这些有约束力的法律标准或权威的法律是在德沃金的内容理论之外的(p. 166)。而且,由于权威性的法律只是处于决定法律内容才相关,他们不仅不能指导行为,连有约束力的法律标准的概念必然被重新思量(rethought)或删除(eliminated),暂时性和约束力的区别也没有了(p. 167)。科勒曼指出,还有更深一层的问题:我们不能从争议的确定性答案推出这些本身就是法律的表述。科勒曼认为,德沃金的问题在于他试图从裁决内容的理论推出法的理论。由于裁决的内容并非全部是法律的内容,我们就不能从裁决的理论得出法律的理论。因此德沃金的理论是站不住脚的(pp. 167 ~ 168)。科勒曼认为可以有多种对法律内容解释的理论,法律实证主义也有与自己相一致的内容理论,它应该是恪守俗例的(conventionalist)和相对性的(relativistic)(p. 170)。

与德沃金对实证主义法学“语义学之刺”的攻击不同,佩里通过对哈特和霍姆斯的法学进行研究,得出哈特的实证主义法学实质上是一种规范性法学(normative jurisprudence)。据佩里的分析,在哈特的理论中,诸如规则,内在的视角,法律的功能等等都是和规范有关的。哈特是依赖实质的理由(substantive grounds)来认识法律的特征的(p. 197)。科勒曼指出,佩里对哈特的解释是为规范法理学辩护。他认为可以将佩里的论点归结为三点:内容的争论,内在视角的争论以及法律功能的争论(pp. 198 ~ 199)。

佩里关于内容的争论主张法理学是规范性的。它认为在开始法的特征的概念分析之前我们就诉求了某种规范或标准。科勒曼认为,即便承认这点,也并不意味着所诉求的规范必须是政治道德。哈特是依靠认识性规范(epistemic norms)来分析法律的特征的,但没有理由得出哈特依靠的是道德或政治规范(p. 199)。就内在的视角而言,科勒曼认为,哈特并非如佩里所宣称的认为霍姆斯的“坏人”视角不是内在的视角。哈特所主张的是,霍姆斯的内在视角是从惩罚的角度来考虑的,这忽视了人们有时是通过法律提供的理由来行动的,“坏人”的内在视角无法解释为什么法律会进入人们思考或行动之中这一明显的事实。另一方面,哈特的内在视角对于解释法律的可能性是必要的,而这是霍姆斯的惩罚理论所缺乏的,因为惩罚理论依赖于法律即是惩罚,但它无法解释惩

罚是如何可能的(p. 204)。

对于法律的功能,佩里认为既然哈特和德沃金对法律的功能有不同的认识,那么这一争议就不是事实的,因而必然是意义性的。支持哈特的法的功能的实质考虑为其法律概念的一部分,并决定它的社会内容(p. 205)。科勒曼认为,法的功能并不必然成为法的概念的一部分,如锤子有按钉的功能并不是锤子概念的一部分。科勒曼认为,可以将哈特所从事的工作理解为提供某种功能性的解释。将法律的功能归结为指引行为有助于充分理解为什么成熟的法律体系经过时日的变迁仍采取主要规则和次要规则的形式(pp. 206 ~ 207)。由于哈特关于法的特征的分析是回应理论建构而非政治道德,因此,科勒曼认为,如果佩里的争论不能抓住支持(underwrite)哈特承认这些是法律特征的实际主张,它们无法支持佩里关于一种普遍的规范法理学的主张(p. 207)。

四、一点感想

科勒曼此书基本上涉及了当代法律实证主义法学的方方面面。书中充满了种种争论,不仅有实质意义的,如实证主义者与德沃金的争论,实证主义者内部两个学派,乃至某一学派内不同学者的争论;也有方法论上的,例如不仅涉及到实证主义法学的是概念分析方法,还涉及到法律经济分析,德沃金的作为整合的法理论以及“自然法理学”(naturalized jurisprudence)。科勒曼的论述洋洋洒洒,让人眼花缭乱,回味无穷。笔者在尽量利用自己语言论述时,也时有吃力不逮之处。笔者认为,科勒曼此书的重要性在于它第一次比较系统地讨论实证主义和德沃金以及实证主义者之间的相容性。为了做到这一点,他一方面指出各方争论的实质区别,另一方面他又从特定角度论证了它们之间的相容性。如何迎接攻击,如何化解问题,何时妥协,何时捍卫,采取何种方法,凡此种种,充满了睿智的辩论和严密推理的气息。而隐含在这些辩论和推理之下的是作者所信守的实用主义哲学。如作者所指出的,不同于被人误解的实用主义哲学,他所主张的实用主义哲学的一个明显的特点(hallmark)是任何信念都具有可修改性(revisability)(p. 8)。正是基于此,作者才富有成效地对它们之间的争论进行调和。笔者认为,作者的论述有两点是值得我们思考的:

其一,在方法上,关于概念分析的有效性问题。如前,概念分析经维特根斯坦倡导以来,分析哲学至今仍占有重要的一席之地。在法学领域,如同所评价的,哈特将法理学重新引入哲学的主流中来,并且显示出很大的影响。^①后经德

^① P. M. S. Hacker and J. Raz, ed.: Law, Morality and Society, Oxford: Oxford Clarendon Press, Preface, 1977.

沃金的攻击,表面上看实证主义法学者只是忙于应战,但实际上,经拉兹等学者的努力,实证主义法学继哈特之后又有极大的发展,实证主义法学的影响并未减弱,特别是与其他法学派别的论战与辩论中显示出其自身的优势。我国法学向来缺少分析法学的传统,对于概念法学的批判可谓用讥之如讽来形容。法律的经济分析,利益衡量成为口上常谈。笔者并不否认多元化研究的好处,但法律的基本概念如权利、义务等研究的缺乏,彰显了法学理论研究的层次有待深入。虽然近年有少数青年学者提倡霍利菲尔德的分析法学,但响应者寥寥。相比之下,笔者认为哈特等实证主义学者所主张的概念分析似乎更有理论的创造力。我国学界对法律实证主义的理论引介和重视似乎还不够,法学界和哲学界殊少往来值得深思。当然,应当看到,概念分析也有自身的局限,但是在我们尚未得其精髓之际即将之连同入洗澡盆中的小孩倒掉,岂不可惜哉?

其二,在实质问题方面,道德原则在法律中的地位问题。自德沃金提出道德原则在裁决中的重要性以来,原则在法律中的地位或作用成为不可避免的课题,德沃金更是在此基础上发展出作为整合性的法理论。实证主义者虽然开始时拒绝道德原则进入法律讨论,但面对德沃金的攻击,也发展出各自的命题以应对,从而深化了法律的研究。排他实证主义者,如拉兹,虽然主张道德的中立分析,^①但在其法律诉求权威理论中仍隐含着预设道德欲性来强化其理论,可见道德的地位不可小视。从包含法律实证主义所寻求的体系和谐和关于道德原则的种种争论,可见此问题分析之不易。我国乃礼仪之邦,道德也曾作为政治理想统治国人上千年。后经新文化运动批判和攻击,旧道德摇摇欲坠,而新道德无法脱离旧道德自生,乃是经检验的事实。建国后政治道德的一元化和后来市场经济冲击下的“道德滑坡”,则所谓法律和道德的瓜葛非片言只语所能了断。道德与法律的嫁接如何可能,它们之间的张力如何,均有待探究。而当今的“德治”,“以德治国”,甚至“认真对待人治”的种种论调,则除了让人增添几分无奈与忧愁之外,我们不得不承认,这些仍为我们面对且寻求解决之道的。否则,为什么说“法律的道路”其途漫漫呢?也许,这杂草丛生的地下暗含着无限的生机?

(王绍喜)

^① J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford Clarendon Press, 1977.



高全喜：《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》

（北京，北京大学出版社，2003。）

哈耶克尽管风行于 20 世纪 90 年代的中国，但人们关注的是他捍卫自己的精神和若干具有强烈意识形态色彩的观念，而对于其比较专业的学术贡献，不管是经济学，还是法学、政治学，却似乎较少深入的研究。

这本《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》则是一次相当成功的努力，它比较精到地勾画了哈耶克的法律与宪政思想的轮廓。作者尤其清晰地指出了哈耶克自由主义区别于他所在谱系内其他自由主义理论的特质所在：哈耶克自由主义理论的“关键在于哈耶克通过把社会政治问题转换为法律问题，使他不但在基本理论上揭示了法律、自由与正义的关系，提出了自由正义这样一个法律秩序背后的价值支撑，而且还使他把这种法律、自由与正义三者之间的互动关系具体落实到法治与宪政的框架之内，提出了一个‘普通法的法治国’的法治观和一个三权五层的宪法新模式”^①。

中国当代的自由主义者中受哈耶克启发、以哈耶克为门径不在少数。而普通法的法治国，可能不失为当代中国具有古典自由主义取向的法律与政治学理论一个可能的进路，或者用一个更为新颖的名词，叫做“普通法宪政主义”^②。

一、司法与统治

治理社会的权力，可以被划分为两大类：一类是统治权，另一类则是司法权。

自孟德斯鸠以来，人们不假思索地接受了立法、行政、司法的三权分立理论。不过，不管是从古典的君主制度下，到现代的民主制框架内，立法活动与行政活动之间的界限，始终是相当模糊的。两者的性质，其实有很大相通之处：不

^① 高全喜：《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》，9 页，北京，北京大学出版社，2003。

^② 关于这个词的含义可以参见 Thomas Poole，Back to the Future？Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism，Oxford Journal of Legal Studies，Vol. 23，No. 3（2003），pp. 435～454.



管是立法还是司法,都是积极的权力,都是国家以暴力为后盾,自上而下地推行其意志,旨在实现统治者所追求之目标,不管这个目标是什么及如何形成。相反,这两者与司法活动之间的界限,则是比较清晰的,其性质也存在较大差异:司法则是一个被动的过程,旨在解决社会中的争议,包括民众与国家之间的争议,这是一种消极的权力。

看得出来,立法和行政均是一种以暴力为最后支持的主宰性权力,而司法意味着一种判断的力量。这种判断的依据可能是神意,也可能是理性。总之,司法权威之树立,依靠的是当事人和公正的旁观者,也即具有正常的理智和情感的人们的心悦诚服——不管是出于今人所鄙视之迷信,还是理性的论辩,但终究不是依靠暴力和暴力的威胁。

统治和司法当然都需要规则,人们普遍地用一个笼统的词来形容它们:法律。然而,仔细地分析将会发现,统治活动和司法活动所生成的规则,其性质是大相径庭的。用哈耶克的术语来说,由统治活动所生成的规则,乃是外部规则,由司法活动所生成的规则,则为内部规则。

哈耶克在《法、立法与自由》中别出心裁地使用了罗马法中的私法与公法二词,它们分别对应于内部规则和外部规则。“哈耶克所命名为私法的普通法是指在英美的社会土壤中自生产生的规则体系,为此,哈耶克又提出了内部规则或自由规则,在他看来,私法的本质乃在于它是一种内部的规则,或自由的规则,其核心乃是作为行为规则的正当性,或曰正当行为规则。”^①

高全喜对哈耶克使用私法来形容普通法进行了辩护^②,然而,这种辩护可能有点牵强。这种说法是误导性的。事实上,罗马法中有现成的术语可以近似地描述哈耶克心目中的区分,那就是“法”与“法律”。比如国会的立法或君主、执政官的敕令,乃是法律,是从统治权中衍生出来的。与法律相对应的,则是“法”。“市民法代表着一种自然形成的法,相对于它,‘法律’则是由人制定和颁布的法。”^③

不过,我们可以提出一种更为准确的法律秩序分类标准,一种可以称为自发秩序的法律体系,一种则可以称为唯理主义的建构主义的法律体系。

普通法当然是最典型的自发秩序的法律体系。哈耶克也注意到了共和国时期罗马法的普通法性质,而布鲁诺·莱奥尼则更为清楚地论证了这一点:共

① 关于这个词的含义可以参见 Thomas Poole, Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 3 (2003), pp. 117.

② 关于这个词的含义可以参见 Thomas Poole, Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 3 (2003), pp. 114 ~ 119.

③ [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,104页,北京,中国政法大学出版社,1994。

和国时期的罗马法与英国普通法一样,乃是一种自发秩序的法律体系^①。

同样,法典化之前的教会法^②、国际商法、近代罗马法复兴以来欧洲大陆的“学者法”^③,都属于自发秩序的法律体系。

而拿破仑法典以来,以欧洲大陆的唯理主义为哲学基础,以国家的垄断立法为核心的法律体系,则属于典型的唯理主义的建构主义的法律体系。国家作为主权机构的立法机关拥有垄断性的立法权力,而法律,无非就是主权者的强制命令。法律实证主义法学家,不管是凯尔森,还是稍微温和一些的哈特,都坚持这一点。哈耶克则与之相反,“他从来没有把法律规则设定为主权者的立法命令,并且从设定义务与授予权利的角度界定法律,而是认为真正的法律规则来自法律家所制造的规则体系,这种法律家的规则是文明社会在自生秩序的进化过程中自发形成的”^④。

自发秩序的法律体系与唯理主义的建构主义的法律体系之间的根本差异,源于对规范从何而来的不同认识。唯理主义者认为,具有理性的主权者可以创制出普适的法律。最早进行系统的近代立法的法国人就曾经认为,“从自然法学派思想家所建立的基本前提进行推理,人们就能够取得一种可以满足新社会和新政府所需要的法律制度”^⑤。也就是说,可以在具有理性精神的法律科学的指导下,由立法机构制定出一部涵盖生活方方面面的统一的法典。

哈耶克已经揭示了这样的国家立法垄断的危险,它是当代社会的“政治中心化”趋势^⑥的一个组成部分,“依照这样一种原则,整个社会作为一个组织性的系统,它遵循的乃是肯定性的法律,它们是由立法机构专门制定出来的用于实现各种组织目标的,特别是用于实现作为政府或国家的国家利益或政府政策的,依据这类公法治理社会,那么其结果便只能是对于全社会和每个公民的权力控制,使其从属于组织的要求与目的,并最终导致一种全权性的国家”^⑦。

因而自发秩序的法律体系背后所隐含的则是这样一种认识:人们只能发现法律,而不是创制法律。“罗马人和英国都坚持同一个理念:法律是有待于发现

① [意]布鲁诺·莱奥尼《自由与法律》(秋风译,长春,吉林人民出版社,2004)一书多处论及,比如,第146页说到“建立在几个世纪、若干世代的私人之自发自行行为基础上的造法过程”,第148页说到“源远流长的自法自生的造法过程”。

② 在教会法的古典时期,“教皇积极地以教令形式立法,教会法学家对格兰西的著作和教皇教令进入深入系统诠释,形成教会法学科生动活泼的局面……”参见彭小渝:《教会法研究》,17页,北京,商务印书馆,2004。这之后,随着天主教会中央集权的加强,教会法也走上了法律实证主义之路。

③ 关于这个词的含义,参见[德]萨维尼:《论立法与当代法学的使命》,许章润译,10页,注1,北京,中国法制出版社,2001。

④ 高全喜:《法律秩序与自由正义》,18页。

⑤ [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,28页,北京,法律出版社,2004。

⑥ 高全喜:《法律秩序与自由正义》,360~366页。

⑦ 高全喜:《法律秩序与自由正义》,364页。

的东西,而不是可以制订颁布的东西,社会中的任何人都可能强大到可以将自己的意志等同于国家之法律。在这两个国家,‘发现’法律的任务被授予法学家和法官。——这两类人,在某种程度上相当于今日的科学专家。”^①即便是罗马的古典立法——《十二表法》,“它的主要特点仍然是揭示规范、澄清规范、介绍规范和解释规范,而不是正式地创造和制定规范”^②。而发现的过程必然是零碎的过程,也即个案积累的过程,试错的过程。

自发秩序的法律体系与唯理主义的建构主义的法律体系这个分类的抽象性显然高于私法和公法的分类,也更少含糊性。同时,它也突出了以统治权立法与借助司法过程立法之间的根本差异,从而指向了一种自由宪政的政体架构:以司法为中心,通过司法过程生成规则,并为统治立法的普通法宪政主义。

二、萨维尼、门格尔论自发秩序的法律观

自发秩序的法律观念,乃是对于现代民族国家垄断立法的一种反动。历史法学派就是在抵制法国大革命的唯一主义法律观念背景下形成的,因而,它所强调的正是法律的自发性。萨维尼指出,法律乃是民族精神的体现:“一切法律均缘起于行为方式,在行为方式中,用习常使用但却并非十分准确的语言来说,习惯法渐次形成;就是说,法律首先产生于习俗和人民的信仰(polpular faith),其次乃假手于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力,而非法律制定者的专断意志所孕就的。”^③

萨维尼所反对的乃是法国人的立法自负:“人们渴求一旦订定完毕,即能确保获得一种体制化的、精确的司法运作下的新的法典;如此这般,则法官们亦能免于—己私见,而仅当囿限于将法律作文字性的适用即可;与此同时,它们将祛除所有的历史联系,在纯粹抽象的意义上,为所有国族、一切时代所同等继受。”^④这种立法的自负实际上取消了司法过程,立法也被用于与历史切断联系,构造一个全新社会。而这个构造者就是国家,因而,法国人的立法观念在现实操作中,则为法律的国家主义:“根据这一理论,所有的法律,就其具体形式而言,均系奠立于作为最高权力的确切宣示的具体立法基础之上。”^⑤

① [意]布鲁诺·莱奥尼:《自由与法律》,16页。

② [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,107页。

③ [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,11页。

④ [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,4页。

⑤ [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,5页。作者接下来谈到了这样的法律“全然兼具偶然而变动不居之特性,极有可能,明日之法,或会全然迥异于今日之法”。布鲁诺·莱奥尼也在《自由与法律》中反复申说,立法之法尽管以白纸黑字将规则书写下来,但反而不具有法律之真正美德:长远的“确定性”,参见第四章。

不过,萨维尼最终仍然归宗于法典之编纂,只不过,他认为当时之德国尚不具备编纂统一法典的只是准备而已。奥地利学派经济学的创始人卡尔·门格尔则更清晰地论证了自发秩序的法律观。在1971年出版的《国民经济学原理》中,门格尔首先论证了货币的自发形成过程^①;在《经济学方法论探究》一书中,门格尔又发展了这一理论,解释了国家的自发形成过程。接下来,门格尔写道:“同样,我们可以说,其他社会制度、语言、法律、道德规范,尤其是大量经济制度,也是在没有明文的协定、没有立法强制、甚至在不考虑公共利益的情况下,而纯粹是在自身利益的驱动下、作为追求这些利益的活动的产物而形成的。”^②

在这本书的附录八《法律的“有机的”起源》中,门格尔详尽地解释了法律是如何作为个人的行动的“非意图的后果”而自发地生成的过程。然后,门格尔写道:

有一些人,他们将国家及国家制度、社会及社会制度仅仅视为一块疆域中的民众或其统治者的有目的的活动的产物。很自然地,他们从一开始就认为,所有有机地形成或受有机的力量之影响而形成的社会制度,是弊端,是社会的灾祸,因为他们并不明白这些制度对于社会之继续、发展的重要性。他们热衷于按照某种方针改良这些制度,而他们所奉行的这种方针,越是趋于绝对地随心所欲,其背后所依据的见识的缺点也就越多。总的来说,蕴含在有机地发育而成的社会制度中的“直觉的智慧”(intuitive wisdom)……被采用这一研究取向的代表人物忽视了。用这种取向研究现实政治领域所得出的结果只能是,对现有的社会制度提出某种幼稚的批评,并试图对这些制度进行同样幼稚的改革。因此,在那些利用改革家之权力的人士以为他们在为共同利益而奋斗的时候,他们理论上的片面性与荒谬的创新欲望,却常常会损害该国的法律。而如果统治者与法律家联起手来,要用仅仅服务于统治者的法律,取代从国民中形成的、服务于国民的那些普通法,则结局将会更糟。^③

在这里,服务于统治者的法律,就是哈耶克所说的外部规则,而“从国民中形成的、服务于国民的那些普通法”,就是萨维尼所说的民族的心声,或者用秘

① 参见[奥]卡尔·门格尔:《国民经济学原理》,刘絜敖译,第8章“货币的起源”,上海人民出版社2001。

② Carl Menger, *Investigations into the Method of the Social Sciences*, Libertarian Press, 1996, p. 137.

③ Carl Menger, *Investigations into the Method of the Social Sciences*, Libertarian Press, 1996, pp. 220 ~ 221.

鲁政治经济学家赫尔南多·德·索托的话说,它们是“人民的法律”^①。

可以肯定,哈耶克晚年关于普通法的论述,肯定受到了门格尔这一原创性思想的影响。并且,哈耶克更为明确地把普通法作为自发秩序的法律体系的一个模本。而通过普通法,哈耶克更具体地找到了这种自发秩序的法律体系演进的动力机制,即参与司法过程的个体自发地、零散地创造法律。

三、司法约束统治

稍微文明一点的统治,均须依照规则进行。中国古代的法家也反复强调,君主应当遵守法律。问题是,谁来制订这些规则?在法律实证主义看来,比如在法家那里,统治所依据的规则,就是统治者自己为自己制订的。然而,这样的规则能否对统治者具有约束力?尤其是,谁来适用、解释、执行这些规则?从霍布斯的主权理论得出的必然结论是:主权者自己立法、自己司法。显而易见,在这样的社会,有法律,而无法治。

相反,典型的法治秩序,可见于古典罗马法时代和英国普通法时代。从经验上可以看出,这两者都属于在司法过程中立法。一个是法学家和裁判官造法,另一个则是法官造法。关于普通法的法官造法,毋须多说。关于罗马法,一位学者这样说:“即便在除了盖尤斯的《法学阶梯》之外还存在许多法学教科书的罗马古典法后期……纷繁复杂的立法和司法实践活动始终仍然以案例的方式进行”^②。

从其生成机制看,这样的法律,是在统治之外形成的。这一点,在古罗马表现得极为清晰:“关于法的传统材料恰恰保存在僧侣们的深宅之中,法的正式解释者正是一个由僧侣组成的团体。”^③而“这种通过僧侣团体来保存和解释法的做法反映出法(ius)的地位,即某种存在于现实之中又独立于城邦权力的东西”^④。后来,法律解释和生成的权力转移到世俗法学家之手。如果说祭司的权威还是由国家规定的话——但这种规定已经遥远在可记忆之外了,那么,法学的权威则完全来自他们的解答、解释所具有的“客观理性”^⑤。更具体地说,早

① [秘鲁]赫尔南多·德·索托:《资本的秘密》,王晓冬译,186页,南京,江苏人民出版社,2001。索托认为,目前非西方的不发达国家大多数照搬西方成熟的法典,然而,这些法典根本不能用于描述、更不用说处理这些国家现存的财产所有权,因而,法典本身将大量的民事、商事活动置于非法境地。他的主要论旨是:国家必须“发现”这些民间所普遍承认的管理,将其纳入正规法律体系中,他说,应当“破译”主宰民间经济社会活动的这种法律。这一观点明显地受到了布鲁诺·莱奥尼的影响。特别参见布鲁诺·莱奥尼《自由与法律》一书的第六章“法律制度上的不足”。

② 西塞罗:《论演说家》,王涣生译,“译本前言”,19页,北京,中国政法大学出版社,2003。

③ [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,96-97页。

④ [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,99页。

⑤ 西塞罗:《论演说家》,“译本前言”,8页。

期的祭司法学和后期的世俗法学一样,“它不是将规范强加于人的意志,而是一种用不同的态度研究、遵循并调整规范的悟性”^①。人们之所以服从司法裁决,与其说是迫于国家的强制,不如说是因为得到了当事人及一切具有正常的理智与情感的普通人的信服。从这种意义上,法律的效力实际上并不完全依赖于国家的强制。

不仅如此,这样的司法过程,还会约束统治,并且,生成统治的规则。也就是说,自发秩序的法律过程,不仅生产调整个人间关系的私法,也生产着调整公共权力的公法。最典型者如英国宪法。戴雪曾清楚地指出:英国的“许多政制,在其中英宪就为一显例,并不曾被人们以一口气造出,而且远非一次立法(依通常意义解释)所制定;反之,他们却是千百年来法院替私人权利力争而得到的结果。简约说,英宪只是一宗裁判官造成的宪章”^②。英人所谓的“英宪未尝被造出,只自然生长”,此处之所谓自然生长,并非人力所为的自然生长,而是依靠个人——包括法官、诉讼当事人、律师、当然也包括君主、议会——之自发的、分散的、零碎的努力。

本书作者精辟地总结了司法过程与宪政制度之间、在正当行为规则方面自我循环再生的结构:“政制秩序作为一种制度化的法律系统,它也是一种自生秩序的系统……这种自生的政制秩序所遵循的规则同样是一些抽象的规则体系……特别是法律规则(包括内部规则和外部规则两个方面),可以说直接奠定了政制制度的基石。……古往今来,任何一种政制秩序都是遵循着法律而形成的,但法律从渊源上来说,乃是一种抽象的规则系统,而不是统治者所颁布的法律条文,在哈耶克看来,政制依存于法律,法律又依存于法官,从政治到法律再到司法,这是政制秩序自身的一套演进序列。”^③这正是普通法宪政主义的基本逻辑。

在这样的自发秩序的法律体系中,内在地蕴涵着司法至上和司法审查的观念。自发秩序的法律体系的演进动力,来自于一个独立的法律家团体。统治的暴力应受神意或理性之节制和规范。在一个优良的政体中,一个独立的法律家团体,不管它的权威、权力来自何处,均可借助于神意或理性,为统治权立法,借此,神意或理性驯服暴力。西塞罗说过,“毫无疑问,法学家的住宅乃整个社稷之谏堂”^④。

这也正是哈耶克的想法,“在哈耶克看来,法治的根子乃在于私法之治,必

① [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,103页。

② [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,240页,北京,中国法制出版社,2001。(黑体字为本文作者所加)

③ 高全喜:《法律秩序与自由正义》,130~131页。

④ 西塞罗:《论演说家》,143页。

须从法治国回到普通法,因为,普通法所代表的法律精神才是法治的真实精神”^①。对于追求宪政秩序的中国学人来说,认真对待普通法传统,可能是一个知识上无法回避的重任,只有如此,才能够构造出一个发现中国的法律的制度框架。而这则需要一次哲学视角的彻底转向,从欧洲大陆的唯理主义传统,转向以苏格兰启蒙运动为代表的有限理性传统。这本书则是一个尝试,尽管尚缺乏完全的自觉。

(秋 风)

^① 高全喜:《法律秩序与自由正义》214页。



亚历山大·米克尔约翰：《表达自由的法律限度》

（贵阳，贵州人民出版社，2003。）

亚历山大·米克尔约翰的《表达自由的法律限度》一书，已由侯建翻译、经贵州人民出版社出版。在该书的“译后记”中，译者侯建先生已有对该书的详尽评述。然，言论自由实乃吾辈关注之话题，亦为我国国民迄今所不能欣享之西餐。窃以为，中国当前有两大问题需作为前提性问题加以解决，倘不如此，其他一切改革恐均难奏效：其一为司法独立，其二即言论自由。因此，本文不避狗尾续貂之嫌，就这本薄薄的小册子谈谈自己的理解和感想。

—

笔者以为，本书的最大贡献在于，作者对美国宪法第一修正案规定的言论自由进行了全新的阐释。美国宪法第一修正案规定：

国会不得制定法律，去涉及宗教信仰或禁止其自由使用，或剥夺言论或出版自由，或（剥夺）人民和平集会与请愿政府给予伸冤之权利。^①

乍看起来，这一法律似乎保护所有的言论或出版自由（以下统称“言论自由”）不受国会制定法的限制。但是，若作如此理解，则一切煽动、诽谤等罪名将不复存在，而事实上无论美国还是其他西方发达国家，禁止煽动、诽谤等行为皆为常理。既然如此，国会限制公民言论自由的界限竟在何处？如果有一些言论可以容忍，有一些言论不能容忍，那么，容忍与不能容忍的标准如何界定？

对此，布莱克斯通曾提出一在普通法上长期占主导地位之标准：

如果根据公正无偏的审讯判断，作品的发表将产生有害倾向，那么像现行法律这样去惩罚任何危险或进攻性作品，对维持政府和宗教

^① 美国宪法第一修正案（权利法案第1条）。

的和平与良好秩序则是必要的,它们是公民自由惟一的坚实基础。^①

这里,言论被区分为“有害”的言论和无害的言论——凡是可能产生“有害倾向”的言论就是应当而且必须予以惩罚的;只有不会产生“有害倾向”的言论,才不会受到惩罚,因而也不必加以制止。这一标准貌似公允,但其问题亦不容回避:一种言论究竟是有害还是无害,怎能交由所谓公正无偏的审讯来判断?何处存在所谓对言论进行公正无偏地判断的法官?如果这样的法官能够存在,苏格拉底何以会被雅典人民以“传播对青年有害的思想”之罪名处以极刑?

实际上,对于一种言论有害抑或无害的判断,几乎完全视乎判断者是否倾向于同意该言论而定。若果真如此,布莱克斯通所倡导的标准就几乎毫无意义。恰如庄子所言:

即使我与若辩矣,若胜我,我不胜若,若果是也,我果非邪?我胜若,若不吾胜,我果是也?而果非也邪?其或是也,其或非也邪?其俱是也,其俱非也邪?我与若不能相知也,则人固受其黯暗。吾谁是正之?使同乎若者正之?既与若同矣,恶能正之!使同乎我者正之?既同乎我矣,恶能正之!使异乎我与若者正之?既异乎我与若矣,恶能正之?使同乎我与若者正之?既同乎我与若矣,恶能正之!^②

庄子此语意在指出,言论之是与非,其实乃最难判断甚至无可判断之事。广而言之,言论之有害与无害,亦大抵如此。因此,通过将言论区分为“有害”与“无害”,显然不利于言论之保护。但是,法律既不能就此宣布所有的言论皆受保护,亦不能宣布所有言论皆不保护。言论自由的法律限度,自此成为一大悬案。在美国法律界,这一悬案在1919年以霍姆斯大法官确立的“明显且即刻的危险”这一标准而告一段落。

1919年,美国社会党总书记申克通过传单呼吁人们通过立法手段取消国会于1917年6月15日通过的《反间谍法》。传单还号召人们要求自己的权利,并称“如果你不要求并支持你的权利,你就在帮助剥夺或毁谤合众国所有居民都有神圣责任去保留的权利”。该传单还指责政府无权把美国公民送往国外去枪杀其他国家的人民。联邦政府据此指控申克鼓动公民抵制政府征兵,并依据1917年《反间谍法》第217条、219条对其起诉。设在宾夕法尼亚东区的联邦地区法院陪审团裁决申克有罪。被告人上诉称《间谍法》违反了宪法第一修正案规定的言论自由和出版自由,但是美国联邦最高法院裁决维持原判。霍姆斯在

^① Blackstone, Commentaries on Laws of England, Book IV, 2nd Edition, T. Cooley ed., Callaghan & Co., Chicago, p. 151.

^② 《庄子·齐物论》。

其判决意见中指出：

被保护的言论的特征有赖于言论被表达的环境。即使最严格的言论保护制度,也不会允许一个人在剧院妄呼起火而引起惊慌。对每一个案件的问题是,这样的言论在这样的环境中就其性质而言是否能够具有导致议会会有权予以阻止的实质性邪恶的明显和即刻的危险。^①

这就是美国历史上著名的“明显和即刻的危险”标准。这一原则将美国宪法第五修正案所保护的言论自由视为一种可以视情况随时削减的自由。这一标准提出后美国政府在一系列的征兵案控诉中获得胜利。1919—1920年间,一个服装销售商仅仅因一句“列宁是世界上最具有头脑的领袖”而被判处监禁6个月。^②

二

很长时间以来,美国法律界将霍姆斯的这一原则奉为座上金箴,学术界对此也未能提出有力的批评。但是,这一原则仍然未能阻止对言论自由的法律保护界限的追问:究竟何谓“明显且即刻的危险”?尽管在另一案件的判决中对这一原则又进行了解释:“除非他们如此紧迫地威胁去干扰迫切的合法目标,以至要求立刻控制来拯救国家。”^③但是,这一解释如同解释的对象一样模糊不清。并且,对于实践而言,它还自相矛盾。米克尔约翰指出,根据这一原则,只要是对国家具有重大和危险意义的问题,都不得对它们作自由、无拘束的讨论,而这实际上正是议会每天都在做的事情。同样,在可能引起危险的情况下,持不同意见的法官也不得发表不同意见,而必须保持缄默;但是法院显然没有按照这一原则进行改革。恰恰相反:

在国会两院,战时也好平时也好,国家政策一直受到批评,批评的效果是普通公民的言论望尘莫及的。……例如,大家都相信,正是在霍姆斯先生写判决意见期间,国会中一些“顽固不化”的人正在阻挠威尔逊总统的和平计划,因而不仅极大地危害着国家,而且危害着世界。也许可以说,他们差点导致了第二次世界大战。但是,他们并没有因为这种严重的行为受到审判。他们的言论阻碍了世界和平组织的成

① Schenck v. United States 249 U. S. 47, 39 S. Ct. 247, 1919 U. S. LEXIS 2223.

② 张千帆:《西方宪政体系·美国宪法》,353页,北京,中国政法大学出版社,2000。

③ Abrams v. U. S. 250 U. S. 616.

立,但是他们的责任并没有受到法律诉讼的追究。^①

应当说,米克尔约翰此处的追问对“明显且即刻的危险”这一标准而言显然是当头棒喝,其例证对于该标准而言亦具有强大的杀伤力。虽然霍姆斯在同一年另一个判决中在此标准上加入了“非常严重”这一限制条件,即“除非他们如此紧迫地威胁去干扰迫切的合法目标,以至要求立刻控制来拯救国家”这一限制,这一标准仍然问题重重。米克尔约翰发问说,危险必须是明显的,这一点比较容易理解,但是它为什么必须是即刻的呢?为什么遥远的危险就不受禁止呢?

对于该问题的回答,终于引导米克尔约翰导出了言论自由的法律保护的另一原则,那就是,对于公共政策的讨论的绝对自由原则。言论不应当被不适当地区分为“有害的”和“无害的”,也不应当被区分为“可容忍的”和“不可容忍的”,还不应当被区分为“可能导致明显和即刻的危险的”和“不会导致明显的和即刻的危险的”,而只能被区分为“为公的”和“为私的”。只要是“为公的”言论,就绝对不可限制;只有“为私的”言论,才可以通过法律的正当程序加以限制。^②关于征兵法的讨论之所以不应当加以限制,就是因为它有助于公共政策的形成;对烟草的广告之所以加以限制,是因为该广告仅仅以获得私人利益为目的。因此,凡是“为公的”言论不应当加以限制,而凡是“为私的”言论则可以通过法律的正当程序加以限制。

为什么有些言论可以受到限制,有些言论绝对不受限制?它在宪法上究竟有无根据?难道宪法居然规定了绝对的、不受限制的自由?这不仅与人们的常识不一致,而且也与法学家的论述相抵触。但米克尔约翰对此问题的回答却斩钉截铁:Yes。米克尔约翰认为,在美国宪法上,实际上存在着两种自由:第一种自由不可限制,它就是第一修正案所保护的绝对的言论自由;第二种自由尽管也一直为美国人所珍视,但在一定条件下,却可以通过正当法律程序,对这些自由进行限制,这就是第五修正案所保护的自由。^③第五修正案规定:

……任何人,非经法律之正当程序,不得被剥夺生命、自由与财产;未获公正补偿,私有财产不得被征用。^④

通说认为,第五修正案所说的“自由”,其中也包括“言论自由”。这里的言论自由同财产权利一样,是属于可限制的自由。财产等权利之所以可限制,是

① 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》26页。

② 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》28~33页。

③ 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》28页。

④ 美国宪法第五修正案(权利法案第5条)。

因为这些权利仅与私人利益有关,而与公共利益无关。必须特别予以注意的是,米克尔约翰在这里对为公的言论和为私的言论进行了区分,但是他反对将二者予以权衡的做法。他认为,就言论自由而言,只要是为公的,就是不受权衡的,就是绝对的,是不受限制的;只有当它是为私的时候,它才可以受到公共利益的权衡。米克尔约翰强调美国宪法第一修正案和第五修正案保护着两种不同类型的自由,前者保护的是不受权衡的自由,因为它本身就是公共利益的需要;后者保护的是可以通过正当程序受到权衡的自由,因为这种自由并非公共利益的组成部分。

三

米克尔约翰关于美国宪法上存在着两种自由——即绝对的、不受限制的自由和相对的、可以通过正当程序予以限制的自由——的观点,的确给人耳目一新的感觉。为了论证对“公言论”的宪法保护的绝对性,米克尔约翰提出了关于美国宪法之基础的新理论。这个理论就是,美国宪法不仅体认到人性中有自私的本性,因而需要对公权力加以各种限制;同时也不排除个人也有为公共利益作贡献的动机,而对出于此类动机实施的行为则应当加以绝对的保护。

如众所周知的那样,在西方哲学界,占主流意识形态的思想是人性本恶。康德曾经指出:当人们说人性本善时,他们是在说出一种伟大的思想;当人们说人性本恶时,他们是在说出一种伟大得多的思想。在法学界,通说也是以人性本恶作为自己理论的前提。霍姆斯大法官作为一个伟大的法学家,在这一方面与其他伟大的法学家并无二致。也正是在这个问题上,米克尔约翰与这些令人尊敬的哲学家和法学家之间产生了严重的分歧。他指出,霍姆斯之所以没能正确地区分言论自由的两种类型,一个主要的原因就是他片面地理解了美国宪法对于道德、法律所赖以存在的基础。霍姆斯认为:

依我之见,我们的道德纯粹是为了制约实力决定一切而产生的,就好像我们的礼貌是为了制约猪把蹄子踏进食槽而存在的一样。^①

对此,米克尔约翰给予了毫不留情的批判:

一头猪制约着另一头猪。或者,更准确地说,许多头猪制约着一头猪。对于这样看待人类社会的礼貌和道德原则的人,我们该说些什么呢?^②

①② 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》57页。

霍姆斯基于自己的哲学观念,提出了对法律的看法的著名格言:

如果你了解法律而不是其他什么东西,那么你就一定要从一个坏人的角度来看法律,而不能从一个好人的角度来看法律。^①

基于“包含在我们的国民契约中的明智而坚实的道德原则,这种契约规定统治必须建立在被统治者的同意的基础之上”这一认识,米克尔约翰针对霍姆斯的上述格言提出了自己的格言:

如果一个人不从好人——一个在政治活动中不仅争取法律上的个人权利而且也热情、积极地服务于公共福利的好人——的角度看待宪法,就不能理解宪法的基本目的。^②

因此,宪法第一修正案不是从一个坏人的角度设置的,而是从一个好人的角度设置的。它是以假定每个人都可能热情地关注公共事务、并且为提高公共福利的目的而展开讨论为前提的。第一修正案的目的是为致力于一般福利的思考扫清障碍,为那些为了公共利益而计划、拥护和鼓动共同行动的人们提供保障。为了实现这一目标,它要求每一个行动计划都必须予以倾听,每一个相关的事实或价值都必须得到充分的考虑,不论这些活动可能引起什么危险。米克尔约翰说:一个人是拥护征兵还是反对征兵,是支持战争还是抵制战争,是赞成民主还是谴责民主,是计划用共产主义重建我们的经济还是批评这种做法,都没有关系;只要他的积极的言论是参与到有关公共政策的公共讨论和公共决定中的言论,这些言论的自由就不应受到限制。

四

读者当然有合理的理由推断,米克尔约翰对于美国宪法修正案之哲学基础的界定,其实正是作者自己对于人性的理解,而作者将第一修正案所规定的言论自由界定为不可限制的言论自由的观点,也正是建立在这一哲学基础之上。米克尔约翰并不否认这一点,恰恰相反,他对这一点是毫无保留,也是毫不动摇的。但是,作者如果要使自己的观点得到更多的接受,就必须对其给予令人信服的论证。在这一方面,作者亦进行大胆的尝试,他对在法学论证中引进所谓“科学的方法”表示了反感。他指出,对于理解一个自由社会而言,科学的思维虽然起着不可或缺的作用,但是它仅仅起到一个“次要的”作用。如果把人仅仅

^① Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, Applewood Books, p. 8.

^② 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》55页。

看作是由外力推动的,就不可能正确、全面地理解美国宪法。这就是说,人并不仅仅是由外力推动的,而且也是自治的,是自我约束的。基于这一理解,米克尔约翰同意契约自治理论。他坦承,他对第一修正案的上述界定,就是建立在契约自治基础之上的。米克尔约翰指出:

每一个人都知道我们在实现自治方面的努力是多么的不够。在很大程度上,我们活得没有尊严。但是,关键之处在于,我们彼此宣誓要创造一个每一个人都是主人翁的社会。每一个人不是有利刃在背后威逼,而是有目标在前方召唤。^①

显然,这种社会契约论者的腔调是不会得到当今一些法律“科学家”的赞同的,对此米克尔约翰早有预料。他说:

我们在处理道德和政治问题时所犯错误的一个主要根源就是,除了使用从非道德、非政治、非社会的科学领域借来的定量分析方法以外,我们就不知道如何思考这些问题了。在这一意义上,我们需要的并不是较多的科学,而是较少的科学,不是更多的定量分析,而是不做定量分析。我们必须创造和使用探究信仰等方法,这些方法适合于研究作为自治主体的人而不适合于研究力量或机器。在理解一个自由社会的过程中,科学思维起着不可或缺的作用。但是,它只起着一个次要的作用。如果我们把人们看作仅仅是由外力推动的,我们就不能理解美国宪法。我们还必须把他们看作自治的人。^②

所以,

我们坚持自我统治。我们赋予代表人的自由惟一地源于我们投票人的更根本的自由。不管这样做有多么危险,第一条第六款依然表明,第一修正案真正含义是:在集体行动领域,在公共讨论领域,言论自由不应当受到削减。^③

五

掩卷深思,想起我国宪法第35条虽然亦曾规定言论、出版自由,但是这一自由迄今停留在文本的层面。多年以来,我国的言论一直为官方把持,新闻媒

① 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》59页。

② 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》5页。

③ 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》27页。

体统统被称为党的喉舌。它的一个基本假定就是党是代表绝大多数人民的根本利益的,所以喉舌当然也被认为代表着绝大多数人的根本利益。如果这一假设能够成立,则米克尔约翰所称的“公言论”当能够得到最大限度的保障。然而事实却是,一方面,由于缺乏制度的约束,公权力的行使经常不能代表所谓大多数人的根本利益;另一方面,凡是不符合这些当权者利益的言论,不可避免地受到不适当的压制。不用说为国家、社会献计献策之言论,即使为党的发展和壮大提出的言论,也不一定能够得到充分的发表和讨论。若深究起来,一个最根本的原因就是,我们的政治体制不是建立在自我统治的契约的基础上,而是建立在阶级专政理论的基础上。当我们挥舞着武力割断了阶级敌人的喉咙的时候,我们实际上也为掐断自己的喉咙埋下了祸根。什么时候我们只要是关于“公共政策”的讨论能够不受拘束,什么时候我们才能够真正谈得上“人民当家作主”,也就是实现米克尔约翰所说的“自我统治”。

就此一目标而言,“我们国家现在多么需要感到羞愧啊^①”。

(易延友)

^① 米克尔约翰:《表达自由的法律限度》33页。

《清华法学》注释体例说明

注释采用脚注方式,每页重新编号,以阿拉伯数字加圆圈标识。举例如下:

1. 著作引文注释

作者:书名(译者),卷次,页码,出版地,出版社,出版年份,版次。

① 周枬:《罗马法原论》,下册,575页,北京,商务印书馆,2001。

② 龙卫球:《民法总论》,385页,北京,中国法制出版社,2002,第二版。

③ 王铁崖主编:《国际法》,204页,北京,法律出版社,1995。

④ 《梁漱溟全集》,第一卷,174页,济南,山东人民出版社,1989。

⑤ (法)孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,上册,91页,北京,商务印书馆,1961。

⑥ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 6 ~ 7.

⑦ Steven Lukes and Andrew Scull (eds.), *Durkheim and Law*, Oxford: Martin Robertson & Company Ltd., 1983, p. 12.

以上注释再次出现时,注释简化为:作者:书名,卷次,页码。举例如下:

⑧ 周枬:《罗马法原论》,下册,621页。

⑨ (法)孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,91页。

⑩ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 9.

2. 文章引文注释

作者:文章名(文章译者),所载书刊名,卷次,页码,出版地,出版社,出版年份。

① 季卫东:《法律秩序的传统与创新》,见氏著《法治秩序的建构》,306页,北京,中国政法大学出版社,1999。

② 李贵连:《话说“权利”》,载《北大法律评论》,第一卷·第一辑,119页,北京,法律出版社,1998。

③ (德)于尔根·哈贝马斯:《法的合法性》,许章润译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,第三辑,5页,北京,中国政法大学出版社,2000。

④ 贺卫方:《“契约”与“合同”的辨析》,载《法学研究》,1992(2),36页。

⑤ 张志铭:《也谈宪法的司法化》,载公法网(www.gongfa.com)。

⑥ 黄松有:《宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个批复谈起》,载《人民法院报》,2001年8月13日。

⑦ Julius Stone, “Roscoe Pound and Sociological Jurisprudence”, in 78 *Harvard*

Law Review (1965) p. 1578.

⑧ David Garland ,“ Durkheim ’s Theory of Punishment : a Critique ” ,in David Garland and Peter Young(eds.) ,The Power to Punish : Contemporary Penalty and Social Analysis , England : Gower Publishing Company ,1989 ,pp. 37 ~ 61.

以上注释再次出现时 ,注释简化为 :作者 :文章名 ,同前 ,页码。举例如下 :

⑨ 季卫东 :《法律秩序的传统与创新》 ,同前 306 页。

⑩ Julius Stone ,“ Roscoe Pound and Sociological Jurisprudence ” ,op. cit. , p. 1579.

征 稿 简 则

1. 《清华法学》由清华大学法学院主办,面向整个汉语学术界,以建设中国文明的法律智慧为职志。
2. 《清华法学》鼓励对于法学的原创性研究,尤其注重对于法律的法理探索 and 比较研究。
3. 《清华法学》每年出版一卷二册,每册四十万字。来稿体裁、题材和字数不限,举凡论文、译文、评论、述评和书评,均在欢迎之列。文稿一律采用脚注,每页重新编号连续记码,并请附作者简介。
4. 所有文稿在分科编委初审通过后,由编辑部聘请一至两位评审人,实行双向匿名评审;文稿最终采用与否,由主编根据评审报告、学术论题的总体设计和本刊宗旨,做最后决定。编辑部将于收到稿件六周内通报评审结果。稿件一经刊用,即致稿酬。
5. 来稿请寄《清华法学》编辑部,地址:100084 北京清华大学法学院;电话:62785628;电邮地址:juris@mail.tsinghua.edu.cn 网址:www.law in tsinghua.com