第十三期判例研读沙龙

论 文 集

（仅作学习交流之用，未经论文作者同意，请勿作任何其他使用）

浙江大学光华法学院

2014 年 4 月 11-12 日 浙江 • 杭州

目　　录

（以论文作者姓氏排序）

1. 指导性案例发布与法律续造路径……陈越峰 1

2. 撤销不符合正当程序原则行政决定的要件

——彭淑华诉浙江省宁波市北仑区人民政府工伤行政复议案评析……陈振宇 9

3. 德国联邦宪法法院两次堕胎判决……陈征 16

4. 合同无效中的损害社会公共利益与违法之辨

——“海南康力元公司、康力制药公司与海口奇力制药公司转让合同案”评析..高放 44

5. “目的性限缩”在行政审判中的适用规则

——基于最高人民法院指导案例21号所作的分析……黄锴 55

6. 行政机关针对涉嫌犯罪违法行为行政处罚决定的违法性要件

——《中国行政审判指导例》第14号案例评析……练育强 67

7. 比例原则在商标侵权行政处罚案件中的合理适用

——“鼎盛公司案”评析……梁铭明 77

8. 美国判例研究基本方法……林彦 87

9. 黄东方抢劫、以危险方法危害公共安全案

——实施其他犯罪中驾驶车辆冲撞行为的认定……刘丹丹 88

10. 代位权的行使与合同效力的确定

——“(2011)民提字第7号”判决评释……龙俊 92

11. 论消费者保护法上的告知义务

——兼评最高人民法院第17号指导性案例……陆青 101

12. 关于罚金刑易科制度的几点思考……马雷 121

13. 法律教义学与法学研究的本土化……泮伟江 130

14. 从“一般条款”到“个案规范”

——阿列克西原则理论的民法适用……彭诚信 155

15. 王某某组织卖淫案折射出的三大社会管理问题及对策建议……秦鹏 158

16. 相似外观设计专利的司法认定标准探讨

——最高人民法院(2012)行提字第14号判决评析……沈广明 164
17. 非暴力奸淫幼女型强奸罪主观明知的认定
——评析最高法指导案例高恩军强奸案……孙威 173
18. 陈某以危险方法危害公共安全案
——交通肇事行为与危险方法危害公共安全行为的界定……田申 180
19. 从同案识别的角度析死刑案件抗诉的适用……王蕾 187
20. 我国行政判例中的裁量收缩理论……王天华 196
21. 作为合法性审查标准的正当程序原则……许春晖 200
22. 对“转发500次司法解释”的合宪性探究
——以该解释第二条为分析对象……尹培培 209
23. 日本的判例制度……于佳佳 221
24. 刑事指导性案例溯及力问题研究
——以美国刑事判例溯及既往问题的奥德赛之旅为借鉴……郑泽善 车剑锋 238
25. 从不动产登记到违法建筑的买卖及履行
——“丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案”评释……朱晶晶 253
26. “立法目的”解释的可用性及其有限性
——指导案例第21号评析……朱芒 265
27. 缺陷产品自身损害的侵权责任
——基于我国司法案例与比较法的视角……朱晓喆 冯洁语 274
28. 预告登记的破产保护效力……庄加园 289

指导性案例发布与法律续造路径

陈越峰*

目　次

一、问题的提出：错误的指导性案例的效力
二、以中国行政审判案例为例的个案分析
（一）行政审判案例评析
（二）下级法院的适用难题
三、司法完成法律续造的基本路径
（一）指导性案例作为结果：稳定的司法见解最高化
（二）指导性案例作为起点：最高的司法见解稳定化
四、结语

一、问题的提出：错误的指导性案例的效力

最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条规定：最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。由此可以看出指导性案例制度的逻辑：以最高的司法见解来统一法律适用。其中，隐含的前提是最高的司法见解是正确的。

但是，《关于案例指导工作的规定》第2条规定：本规定所称指导性案例，是指裁判已经发生法律效力，并符合以下条件的案例：……（四）疑难复杂或者新类型的……。因此，现行指导性案例制度的实际运行可能会因为案例的这一属性出现以下两种情形：

（1）疑难复杂→见解多元→容易错误

（2）新类型→司法示范→不是稳定的司法见解

因此，可能产生最高的司法见解与稳定的司法见解之间的冲突。这就需要面对两个问题：

* 陈越峰，华东政法大学助理研究员，《华东政法大学学报》编辑，法学博士。本文尚在写作过程之中，敬请批评指正，chenyuefeng@gmail.com。

（1）发布时就错误了，怎么办？

（2）发布时正确，时代发展致使其不妥当时，怎么办？

从目前的指导性案例制度运作来看，可能的制度对策有以下两个：

（1）最高人民法院自行纠错→指导性案例的立、改、废；

（2）下级法院法官运用区别技术。

前者是沿用立法的思路解决制度的运行问题，而指导性案例制度本来是试图解决由于立法的概括性和稳定性而产生的个案正义和时代正义问题的。这就使指导性案例成为附有案情的单条立法。指导性案例制度的优势受到极大的压缩。

后者寄希望于下级法院法官具有深厚的法理素养、谙熟法律论证技艺。即便如此，当后案无法与指导性案例区别时，怎么办？目前的指导性案例制度没有相应的安排。很可能还是走经反映而由最高法院修改废止的路径。

本文将首先以一则“中国行政审判案例”为例，说明指导性案例可能会发生论证错误，下级法院后案审判将会遇到障碍。进而，在此基础上提出经由指导性案例实现法律续造的两个基本路径及其意义。

二、以中国行政审判案例为例的个案分析

（一）行政审判案例评析

行例-4-138：无证驾驶致人重伤不宜吊销与肇事车型无关的其他类型驾驶证

——安鹏强诉安阳市公安交通警察支队公安交通管理行政处罚案。[1]

1.案情概要

原告 X 驾驶两轮摩托车造成交通事故，其持有 C1 驾驶证的准驾车型与该摩托车不符，且因其他事由被认定负事故主要责任。其后，X 在刑事诉讼程序中被以交通肇事罪判处有期徒刑六个月，缓刑一年。其后，被告 Y 根据《道路交通安全法》第 101 条第 1 款的规定作出行政处罚决定，吊销 X 的 C1 机动车驾驶证。

X 不服，提起诉讼。

2.判决理由

一审法院认为，Y 在未提供机动车驾驶人发生交通事故，该驾驶人其他所有机动车驾驶证可一并吊销的法律规定的情况下，以与刑事处罚相同的无证驾驶为由，吊销 X 所持有的

[1] 《中国行政审判案例》第 4 卷，中国法制出版社第 94-97 页。

C1 驾驶证，缺乏法律依据，并依据《行政诉讼法》第 54 条第 2 项判决撤销 Y 所做行政处罚决定。

二审法院认为，Y 不能适用《道路交通安全法》第 101 条第 1 款规定，吊销 X 的 C1 驾驶证。根据《行政处罚法》第 4 条第 2 款的规定，行政处罚必须与违法行为的事实，以及事实的性质、情节以及社会危害程度相当，既应遵循合法性原则，又应遵循合理性原则。本案中，在 X 已经承担刑事责任的情况下，Y 在没有法律、法规特别规定的情况下，根据《道路交通安全法》第 101 条第 1 款的规定，将与交通肇事无关的 C1 驾驶证予以吊销，既违反合法性原则，又违背合理性原则。此外，作出吊销许可证的处罚决定未告知相对人听证权利，程序违法。

最高人民法院行政庭评析中指出：

《道路交通安全法》第 101 条第 1 款的“吊销机动车驾驶证”不能当然理解为包括与肇事车型无关的当事人的其他类型的机动车驾驶证，理由包括：

（1）在因无证驾驶被定罪后，又以“有证”作出吊销驾驶证的行政处罚决定，存在逻辑矛盾。

（2）吊销 X 的 C1 驾驶证没有法律依据。当相对人驾驶与准驾车型不符的机动车时，公安交通管理部门应吊销相应的机动车驾驶证，还是一并吊销所有的机动车驾驶证，会产生不同理解。本案中，Y 未能提供可一并吊销的法律依据。不符合合法性原则，也缺乏合理性。在“法无明文规定即禁止”的原则下，对涉及相对人重要权利的问题存在多种理解时，采纳利于保护相对人权益的限缩性解释更为适宜。

（3）交警支队吊销与造成事故无关的 C1 驾驶证，不符合作出行政处罚只考虑相关因素的要求。

3.评析

（1）最高法院行政庭的论证逻辑

相对人驾驶与其持有的机动车驾驶证准驾车型不符的机动车而被“吊销机动车驾驶证”时，“吊销机动车驾驶证”需要解释。

法院将“吊销机动车驾驶证”分为“吊销特准驾车型的机动车驾驶证”和“一并吊销所有的机动车驾驶证”，认为做出一并吊销的决定需要法律明文授权。

法院以《行政处罚法》规定的过罚相当原则论证处罚的合比例性，进而选择处罚的可能选项，事实上对“吊销机动车驾驶证”进行了目的性限缩：吊销违法行为涉及的准驾车型的机动车驾驶证。但是，法院仅考虑了《行政法处罚法》上保护相对人权益的目的。

（2）类似案件中的行政解释

国务院法制办公室研究，并与全国人大常委会法制工作委员会和公安部沟通，答复北京市人民政府法制办公室：

“……关于对驾驶与驾驶证准驾车型不符的机动车行为的处罚问题。根据《道路交通安全法》第十九条的规定，申请驾驶证，经考试合格，由公安机关交通管理部门发给相应类别的机动车驾驶证。驾驶人应当按照驾驶证载明的准驾车型驾驶机动车。驾驶与驾驶证准驾车型不符的机动车，在性质上应当属于无证驾驶；在适用处罚上，依据过罚相当的原则，可以按照未取得驾驶证而驾驶机动车的处罚规定适当从轻处罚……”[2]

国务院法制办公室研究，并征求了全国人大常委会法制工作委员会和公安部的意见后，答复河南省安阳市政府法制办公室：

“道路交通安全法规定的吊销机动车驾驶证是一种剥夺持证人驾驶任何机动车上道路行驶资格的处罚，不是只剥夺某一准驾车型资格的处罚。因此根据该解释，牛某酒后驾驶摩托车应一并吊销其小型汽车驾驶证……持有驾驶证驾驶与准驾车型不符的机动车发生重大交通事故构成犯罪的，应当吊销其持有的机动车驾驶证。”[3]

（3）对最高法院行政审判庭论证逻辑的评析

《道路交通安全法》第 101 条：

第 1 款 违反道路交通安全法律、法规的规定，发生重大交通事故，构成犯罪的，依法追究刑事责任，并由公安机关交通管理部门吊销机动车驾驶证。

第 2 款 造成交通事故后逃逸的，由公安机关交通管理部门吊销机动车驾驶证，且终生不得重新取得机动车驾驶证。

“机动车驾驶证”只有一个证号，无论准驾车型多少，只有一本“机动车驾驶证”。因此，“吊销机动车驾驶证”的文义应是指吊销整本机动车驾驶证。

从第 2 款规定的语义来看，特别是后半句“且终生不得重新取得机动车驾驶证”，提示前半句的“吊销机动车驾驶证”应是指整本机动车驾驶证，而不是特定车型的准驾资格。从体系的角度来看，该条第 1 款中的“吊销机动车驾驶证”也应是指吊销整本驾驶证。

《道路交通安全法》第 19 条规定，申请驾驶证，经考试合格，由公安机关交通管理部门发给相应类别的机动车驾驶证。驾驶人应当按照驾驶证载明的准驾车型驾驶机动车。但是，

[2] 《对〈关于对《中华人民共和国道路交通安全法》及其实施条例有关法律条文的理解适用问题的函〉的答复》（国法秘函【2005】436 号）。

[3] 法制网——法制日报。

从整部《道路交通安全法》的体系来看，其所规定的行政处罚中只有“吊销机动车驾驶证”，没有“吊销机动车准驾车型驾驶证”。

因此，如果适用《道路交通安全法》第 101 条第 1 或第 2 款规定“吊销机动车驾驶证”不再需要特别论证大前提。而将“吊销机动车驾驶证”理解为“吊销特定准驾车型的驾驶证”则需要特别的论证。

于是，最高法院行政庭运用了目的性限缩将“吊销机动车驾驶证”限定为“吊销特定准驾车型的驾驶证”。但是，其仅考虑了《行政处罚法》“保护公民、法人或者其他组织的合法权益”的目的，未考虑同样属于《行政处罚法》目的的“维护公共利益和社会秩序”。

更重要的是，对《道路交通安全法》的适用和解释，未考虑《道路交通安全法》的立法目的，其中包括“维护道路交通秩序”、“预防和减少交通事故”、“保护人身安全”、“保护公民、法人和其他组织的财产安全及其他合法权益”、“提高通行效率”。至少有三个目的是排在本案中法院所考虑的立法目的之前的。

每一个目的背后都有着相应的利益，本案的论证考虑了利益，但没有经过全面审慎的利益衡量。本案的论证，如果运用目的性限缩，需要综合考虑《道路交通安全法》和《行政处罚法》的立法并进行利益衡量。其中，相对人受到克减的将是驾驶资格，否则，受损的可能是交通安全和其他人、相对人本人的人身财产安全。何况，在相对人交通肇事后逃逸之外的情形中，其驾驶资格至多在满足年限要求之后就可以通过参加考试继续尝试获得。因此，本案中不能以立法目的对“吊销机动车驾驶证”进行限缩。可以说，这是一个论证错误的判例。下级法院在类似后案审理中需要面对这一难题。[4]

（二）下级法院的论证难题

1.案情概要

2012 年 3 月 16 日，被告认定原告有醉酒后驾驶机动车的违法行为，依据《道路交通安全法》第 91 条第 2 款的规定，决定吊销其机动车驾驶证。原告不服，诉至法院。

原告主张：其驾驶的是二轮轻便摩托车，且没有轻便摩托车驾驶证，醉酒驾驶轻便摩托车不能吊销原告准驾车型为 b2 的汽车驾驶证。

被告辩称：根据《道路交通安全法》第 91 条第 2 款的规定，“醉酒驾驶机动车的……吊销机动车驾驶证……”，说明只要有醉酒驾驶机动车的行为，不管有无造成一定的后果，都

[4] 下文将要讨论的案件，正是下级法院行政庭法官在熟知这一行政审判案例存在的情况下审理的。在与笔者的交流中，他们认为如果按照这一案例的思路来论证，可能站不住脚。虽然这一案例不是最高人民法院指导性案例，但它毕竟是最高法院行政庭编撰发布的行政案例，他们很难处理。最终他们选择了自行审判，不处理与这一行政审判案例的关系问题。

要吊销行为人的机动车驾驶证；且法律只规定吊销机动车驾驶证，没有规定吊销何种准驾车型的驾驶证。被告认为《道路交通安全法》规定的吊销机动车驾驶证是一种剥夺持证人驾驶任何机动车上道路行驶资格的处罚，不是只剥夺某一准驾车型资格的处罚。

2.一审判决：

原告并无醉酒所驾车型的机动车驾驶证，应否吊销其他准驾车型的机动车驾驶证是本案的争议焦点之一。

原告称其醉酒驾驶的是摩托车，不应吊销其准驾车型为 b2 的汽车驾驶证。《道路交通安全法》第 91 条第 2 款规定，醉酒驾驶机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；五年内不得重新取得机动车驾驶证。

《道路交通安全法》的立法目的是为了维护道路交通秩序，预防和减少交通事故，保护人身安全，保护公民、法人和其他组织的财产安全及其他合法权益，提高通行效率。机动车驾驶证的管理是公安机关交通管理部门维护道路交通安全的重要手段，驾驶人应当符合国务院公安部门规定的驾驶许可条件并经考试合格后，才能获发机动车驾驶证，驾驶人有多个准驾车型的，亦记载在一张机动车驾驶证上。持证人应当遵守道路交通安全法律、法规的规定，按照操作规范安全驾驶、文明驾驶。

吊销机动车驾驶证作为道路交通安全违法行为处罚种类中较为严厉的一种行为罚，其针对的对象是实施了严重危害道路交通安全违法行为的持证人，其法律后果是剥夺持证人驾驶任何机动车上道路行驶的资格，而不是只剥夺持证人驾驶某一准驾车型的资格。换言之，当持证人实施了特定的交通违法行为，已不具备继续持证的条件时，通过取消违法者驾驶机动车参与公共交通的资格，避免潜在的道路交通安全威胁，这亦符合《道路交通安全法》的立法精神。

据此，原告虽无醉驾时所驾驶车型的机动车驾驶证，但因其实施了醉酒驾驶机动车的违法行为，被告依据上述规定作出吊销原告所持准驾车型为 b2 的机动车驾驶证的具体行政行为，于法有据，处罚并无不当，本院予以支持。[5]

二审判决则表示："对于上诉人并无醉酒所驾驶车型的机动车驾驶证，应否吊销其他准驾车型的机动车驾驶证的问题，原审判决中已充分阐述，本院予以确认，在此不再赘述。"[6]

二审法院在驳回再审通知中再次申述：

吊销机动车驾驶证是剥夺持证人驾驶任何机动车上道路行驶的资格，而不是只剥夺持证人驾驶某一准驾车型的资格。故无论你驾驶是否为准驾车型的车辆，只要实施了醉酒驾驶机动车的违法行为，就必须吊销你所持的机动车驾驶证。因此公安机关决定吊销你的机动车驾驶证的行政处罚于法有据，并无不当。[7]

3.评析：

案件一审的审判长告知：上文所分析的中国行政审判案例构成了很大的障碍，合议庭认为，行政审判案例的判判决是不对的，但是毕竟有这么一个判例在，很难处理。

本案的审理也许可以运用区别技术。行政审判案例的要件事实是违法驾车发生重大交通事故构成犯罪，结果造成了客观危害；本案是醉酒驾车，行为主观恶性。行政审判案例适用和解释的是《道路交通安全法》第 101 条第 1 款；本案适用和解释的是《道路交通安全法》第 90 条第 2 款。

但是，由于解释的都是"吊销机动车驾驶证"；行政审判案例的法律论证部分确实构成了本案审理的障碍。

本案尚有运用区别技术的余地，但是，如果是完全相同的要件事实，错误的指导性案例的效力问题就无法回避了。

三、司法完成法律续造的基本路径

为了避免上述状况，指导性案例发布在法律续造中的作用可能有两种表现，进而使司法完成法律续造的路径也出现两种可能的方向。

（一）指导性案例作为结果：稳定的司法见解最高化

指导性案例遴选的权宜之策：稳定的司法见解→（"上升为"）最高的司法见解。

这是目前指导性案例 5、6 发布的表现。二者都是已有批复，且长期如此处理的案例。指导性案例第 22 号也很可能可以归类于此。

实际上是发现判例并将其确定为指导性案例。

（二）指导性案例作为起点：最高的司法见解稳定化

第二种可能的方式是将指导性案例作为起点：最高的司法见解→（"沉淀为"）稳定的司法见解。

被确定的指导性案例只是寻找判例的开始，只有那些经过竞争和淘洗的真知灼见才能沉淀下来并被稳定地接受、延续和发展。那些被弃置的指导性案例实际上就"死"了。

[5] 上海市松江区人民法院（2012）松行初字第 11 号行政判决书。
[6] 上海市第一中级人民法院（2012）沪一中行终字第 212 号行政判决书。
[7] 上海市第一中级人民法院（2012）沪一中行申字第 66 号驳回再审申请通知书。

指导性案例第21号也许需要纳入于此。

四、结语

最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第2条规定的其余几类作为指导性案例遴选对象的案例包括：（1）社会广泛关注的；（2）法律规定比较原则的；（3）具有典型性的；（4）疑难复杂或者新类型的；（5）其他具有指导作用的案例。

上述两种路径的第二种更可能适用于第（1）类案例。“社会广泛关注”往往意味着最高人民法院需要调整司法政策以回应这种关注，也就可能出现全新的最高的司法见解，从而可能是不稳定的。

上述两种路径的第一种更可能适用于第（3）类案例。“具有典型性的”往往是下级法院已经有很多判决的案例，最高法院往往是选择一种稳定的司法见解将其最高化。

上述两种路径都可能适用于第（2）、（4）类案例。

撤销不符合正当程序原则行政决定的要件

——彭淑华诉浙江省宁波市北仑区人民政府工伤行政复议案[1]评析

陈振宇（上海市高级人民法院）

一、案件的事实和判决理由

【基本案情】2003年7月6日，徐成兵经案外人杨某介绍到金鑫公司工作，与金鑫公司建立了事实劳动关系。2004年7月7日20时30分许，徐成兵从北仑区小港街道前村暂住地骑自行车至金鑫公司上班途中，与机动车发生碰撞致死，并被抛尸在北仑区大碶街道富春江路南端桥边。2005年6月14日，彭淑华（系徐成兵之妻）向宁波市北仑区劳动和社会保障局（以下简称北仑劳保局）提出工伤认定申请，该局认定徐成兵该次事故伤害为工伤。宣告后，金鑫公司不服，向北仑区政府申请复议。2005年11月8日，北仑区政府在未通知彭淑华参加行政复议的情形下，以没有证据证明徐成兵的死亡系由于交通事故所致复议撤销了北仑劳保局作出的涉案工伤认定结论。彭淑华不服该行政复议决定，向法院提起诉讼。

案件的争议焦点是，北仑区政府在未通知彭淑华参加行政复议的情形下，撤销北仑劳保局作出的工伤认定结论，程序是否合法？涉案行政复议决定是否应当予以撤销。

【判决理由】一审判决以被诉行政行为违反法定程序为由，判决撤销涉案行政复议决定，责令北仑区政府重新作出行政复议决定。宣判后，金鑫公司不服，提起上诉。

二审生效判决认为，随着社会民主进程的进一步推进，行政程序中的正当程序理念在进一步深化。正当程序原则的基本含义是：行政机关实施行政行为，可能影响公民、法人或其他组织合法权益的，应当在作出行政行为之前向当事人和利害关系人告知事实并说明理由，听取公民、法人或其他组织的意见。行政机关应当告知公民、法人和其他组织享有陈述意见的权利，并为公民、法人和其他组织提供陈述事实、表达意见的机会。行政复议制度，作为一种争讼制度，一种权利救济制度，应当贯彻正当程序原则。行政复议原则上采用书面审查办法，在书面审查办法不足以保护行政相对人合法权益时，应当听取行政相对人（利害关系人）的意见。行政复议机关拟作出的行政复议决定将对利害关系人产生不利影响时，应当通知利害关系人参加行政复议，行使复议权利。行政复议机关未尽通知义务，属程序违法。判决驳回上诉，维持原判。

---

[1] 此案例刊载于最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例（第1卷）》第20号案例，中国法制出版社2010年版，第99页—105页。

二、行政复议决定因程序违法作出撤销判决的要件

（一）基础性规范

根据《行政诉讼法》第 54 条第（二）项第 3 目规定，具体行政行为违反法定程序的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为，这是判断程序违反行为法律后果的基础性标准。从规范的角度看，具体行政行为因为程序违法而被撤销的要件是单一的，即“违反法定程序”，同时违反法定程序的法定后果也是单一的，即“撤销”具体行政行为。据此，按照“行为——效果”的框架看，程序违法行为的认定及其法律效果具有“双向单一”的特点，即违反法定程序的后果必然是撤销，具体行政行为应程序问题被撤销的前提必定是违反法定程序。[2]可以用简图“违反法定程序←→撤销”予以表示。

（二）案例中法官撤销行政复议决定的论证逻辑

1、行政复议应当贯彻正当程序原则。法官论证行政复议应当贯彻正当程序原则又包括两步：第一步，从解释正当程序原则的含义入手，论证行政机关实施可能影响当事人和利害关系人合法权益的行为，应当按照正当程序的要求，在行为作出之前要向利害关系人告知事实、说明理由、听取意见；第二步，采用类比的方法，指出行政复议制度是一种争讼制度，具有准司法性，和其他行政行为相比，行政复议对行政相对人（利害关系人）的程序权利保障有更高的要求，更应当贯彻程序正当原则。一般而言，经由上述两步，对于行政复议应当贯彻正当程序原则的论证已经完成。

2、拟作出对利害关系人不利影响的行政复议决定，未通知利害关系人参加行政复议不符合正当程序原则。在论证正当程序原则在行政复议程序中的适用性以后，法官指出在书面审查不足以保护相对人合法权益时，应当听取利害关系人的意见。进一步将“拟作出对利害关系人不利影响的行政复议决定”视为“书面审查不足以保护相对人合法权益”的情形。为了补强此案观点，在案例评析部分，指出“这一观念（行政复议机关未通知行政相对人（利害关系人）参加行政复议，迳行作出行政复议决定，当然有悖正当程序原则的要求），在《最高法院公报》2005 年第 3 期刊载的张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定一案中也得到了确认。”

3、在未通知利害关系人参加行政复议的情况（不符合正当程序原则）下，即作出对利害关系人不利的行政复议决定，构成违反法定程序，应当予以撤销。拟作出对利害关系人

[2] 按照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条规定被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的额，可以确认违法；第五十八条规定，被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益和社会公共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决。上述两种特殊情况，不影响对于违反法定程序具体行为应当予以撤销的基本判断。

不利影响的行政复议决定，未通知利害关系人参加不符合正当程序原则。但不符合正当程序原则的程序违法行为是否属于违反法定程序，还需要根据实际情况进行区分。未通知利害关系人参加行政复议的程序违法行为的法律效果，案例评析部分分两种情况进行讨论：第一种情况，实际上作出对利害关系人产生不利影响的行政复议决定，构成违反法定程序，应当依法予以撤销；第二种情况，如作出对利害关系人并无不利影响的行政复议决定，仅构成程序瑕疵。[3]法官按此逻辑，评判本案不符合正当程序行政复议决定的法律后果，即在本案中，复议机关所作复议决定，撤销了工伤认定，对于利害关系人彭淑华而言是一个不利的决定，所以构成违反法定程序，应当予以撤销。

（三）撤销不符合正当程序行政复议决定的要件

根据对法规范和本案中法官论证逻辑的分析。撤销不符合正当程序行政复议决定的要件包括：①行政复议应当符合正当程序原则；②拟作出不利复议决定，未通知利害关系人参加；③直接作出利对利害关系人不利的行政复议决定。同时满足要件①②③，构成违反法定程序，撤销行政复议决定。

如果仅满足要件①②，不符合要件③，即虽然复议机关拟作出对利害关系人不利复议决定，未通知利害关系人参加，但最终作出的复议决定没有对利害关系人产生不利影响，构成程序瑕疵，不产生撤销复议决定的法律效果。

三、对于上述要件的分析

（一）行政复议应当符合正当程序：基于法律规定还是法律原则？

1、当事人主张行政复议程序应当按照法律规定进行。关于本案行政复议程序是否合法，当事人有不同的意见。原告彭淑华认为，根据行政复议法的相关规定，北仑区政府有通知彭淑华作为第三人参加复议的义务，然北仑区政府未履行该义务，其作出的被诉行政复议决定因违反相关程序的规定而无效。” 北仑区政府认为，行政复议原则上采取书面审查的办法进行，行政复议法未给行政复议机关设定通知利害关系人参加行政复议的义务，北仑区政府作出的行政复议决定程序合法。金鑫公司在上诉时主张，在行政复议法未作明文的规定的情况下，一审法院以北仑区政府没有通知第三人参加行政复议，进而撤销被诉行政复议决定，适用法律错误。从上面可以看出，本案三个当事人虽然立场不同，但都认为，行政机关应当按

[3] “程序瑕疵”不是一个法律概念，在审判实践中，有判决将不需要撤销的程序违法行为界定为“程序瑕疵”从而回避适用“违反法定程序应予撤销”的法律规定。比如在最高人民法院的（2007）行抗字第 3 号行政判决书中，法官认为，“市工商局作出行政处罚决定书的时间虽然与《行政听证告知书》的时间相同，不符合行政处罚法的规定，但该行政程序的瑕疵并未影响福斯塔公司在行政程序中依法享有的各项权利。福斯特公司提出被诉行政行为程序违法、未依法保证其在行政程序中的听证权利的理由不能成立”。

照法律规定履行相关程序义务。当然，基于不同的立场，彭淑华认为，“根据行政复议法的相关规定”，北仑区政府有通知其作为第三人参加复议的义务。北仑区政府和金鑫公司，都认为相关法律没有对行政机关提出如此要求。虽然当事人对于涉案行政复议决定是否合法有不同意见，但是支撑其观点的出发点是一致的，也就是行政机关应当按照法律规定的程序进行复议活动，此处的法律规定不包括法律原则。

2、法院判断行政复议应当符合正当程序要求是基于法律原则。在案例评析部分，开宗明义表达了法官在“找法”以后得到的结论，即“行政复议法没有明确规定行政复议机关应当通知利害关系人参加行政复议。”但是法官的工作没有到此就结束，在判决中从正当程序原则的含义着手，认为在“社会民主进程经一步推进”的当下，行政机关在作出可能影响公民、法人或者其他组织合法权益的行政行为时，应当在行政行为作出之前，向利害关系人告知事实、说明理由、听取意见。进而指出，行政复议制度也应当贯彻正当程序。此种论证思路，显然不是从法律规定出发，而是从法律原则着手的分析。

小结：我国不同于美国，在宪法上没有“正当程序”条款，“正当程序”仅是一个外来的学理概念，本案判决从正当程序原则出发，推导出行政机关的程序义务，无论是其结论还是论证思路，都有积极的意义。

（二）不符合正当程序的情形的判断

1、学理上关于正当程序的含义。在学理上，一般认为，“正当程序”的理念和原则最早产生于中国，包括两个最基本的程序规则：（1）任何人或团体行使权力可能使别人受到不利影响时必须听取对方意见，每一个人都有为自己辩护和防卫的权利。（2）任何人或团体不能作为自己案件的法官。[4]在美国，“正当法律程序”成为一项宪法原则，要求行政机关对当事人作出不利的决定时，必须听取当事人的意见，行政法上所规定的程序规则，必须符合宪法上的正当法律程序标准。[5]“正当程序”的最低标准，是要求公民权利义务将因为决定而受到影响时，在决定之前必须给予他知情和申辩的机会和权利。对于决定者而言，就是履行告知和听证义务。[6]

2、不符合正当程序的判断标准。需要满足两个条件：条件一，行政机关拟作出对利害关系人有不利影响的复议决定；条件二，没有向利害关系人发出通知。此处需要注意两点：关于条件一，是行政机关拟作出不利影响的决定，还是可能对当事人产生影响的决定？如果

[4] 王名扬：《英国行政法》，北京大学出版社 2007 年版，第 117 页。
[5] 王名扬：《美国行政法（上）》，中国法制出版社 1995 年版，第 83 页。
[6] 孙笑侠，转引自金伟峰

是前者，正当程序适用的情形会比较少，如果是后者，正当程序适用的情形会有所增加。但就案例评析中“行政机关作出任何行政行为，特别是作出对行政相对人不利行政行为的，必须听取行政相对人的陈述和申辩”，按此观点，应当是后者，即行政机关的复议决定对相对人的利益有影响的，就应当按照正当程序原则进行。关于条件二，正当程序要求的本质是通知利害关系人，还是听取其意见？利害关系人没有获得通知，自然不会作出陈述和申辩，但是给与通知是否就满足了正当程序的要求，从法院判决看，正当程序应当包括“告知事实”、“说明理由”、“听取意见”三个步骤，按此判断，“没有通知”固然属于不符合正当程序的情形，但是仅有通知，未能说明理由和听取意见，也应当视为不符合正当程序的情形。

（三）判断行政复议决定对利害关系人是否产生不利影响的重要性

在满足要件①②的情形下，行政复议决定已经属于不符合正当程序的情形。但是按照案例的要旨，只有另满足“直接作出对利害关系人不利影响的行政复议决定”才构成违反法定程序。按此判断，不符合正当程序与违反法定程序不能直接划等号，需要对复议决定是否在实质上对利害关系人产生不利影响进行判断。这么做是基于《行政诉讼法》对于违反法定程序行政行为法律后果单一性的规定。但在理论上以及司法实践中，都认可程序违法的法律效果应当不是单一的，程序违法行为是多种多样的，需要法院作出撤销判决的仅仅是部分程序违法行为。[7]本案中对复议决定在实质上是否对利害关系人产生不利影响作为判断内容，与其说是将其作为是否违反法定程序的要件，还不如说是将其作为是否应当撤销的要件。按照本案逻辑，如果行政复议决定不符合正当程序原则，但是没有产生实质性危害的，可界定程序瑕疵，不予撤销。从这个角度看，法官没有严格遵守“违反法定程序←→撤销”这一双向单一的“行为—效果”判断模式，法官在一定程度上秉承了程序工具主义的观点。[8]

四、案例的规范意义

（一）从复议决定推及其他行政决定——基于对指南的考察

最高法院办公厅 2014 年 2 月 14 日下发的《关于印发〈行政审判办案指南（一）〉的通知》给了我们答案。通知指出，指南是对各地行政审判实践中具有前瞻性、普遍性、典型性的案例及问题进行归纳研究，供各地在行政案件审理中参考运用。指南在列出办案要旨的同时，标注了《中国行政审判案例》的案号，目的是“便于各级人民法院审判人员对照参考具

[7] 相关论述可参见：江必新、梁凤云：《行政诉讼法理论与实务》（下卷），北京大学出版社 2009 年版，第 1156 页；章剑生：《论行政程序违法及其司法审查》，载《行政法学研究》1996 年第 1 期，第 11—13 页；杨伟东：《行政程序违法的法律后果及其责任》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2005 年第 4 期，第 96—100 页。
[8]

体案例，全面准确理解本指南要旨。”据此，可以发现指南的内容来源于案例，并且需要借助案例更好诠释指南的内容。指南的在第六点法律原则运用部分，对正当程序原则的运用问题进行了分析，指出“行政机关作出对利害关系人产生不利影响的行政决定前，未给予该利害关系人申辩机会的，不符合正当程序原则；由此可能损害利害关系人合法权益的，人民法院可以认定被诉行政行为违反法定程序。（20 号）”根据上述指南来自于案例的编辑方法，可以判断本案例的适用范围可以由行政复议决定推及其他行政决定，同时本案例的判决及评析部分，也都秉承了这一观点。指南对于不符合正当程序原则的行政决定没有直接设定撤销要件，而是设定了可以认定为违反法定程序的要件，即要件一“作出对利害关系人产生不利影响的行政决定前，未给予该利害关系人申辩机会的”；要件二“可能损害利害关系人合法权益的”；结论是“可以认定被诉行政行为违反法定程序”。

值得指出的是，指南明确案例的适用范围的同时，也为案例发挥新的作用开辟了渠道——解释规范。比如指南中提到“（不符合正当程序原则），可能损害利害关系人合法权益的，人民法院可以认定被诉行政行为违反法定程序。”此处用的是“可以”不是“应当”，如何理解“可以”的适用情形，笔者认为可以结合上诉案例所提要件③进行分析判断。

（二）案例可以作为判案的重要参考

对于司法审查中涉及正当程序案例的研究，学界已多有涉及，其中最为典型系统的研究当属清华大学何海波教授《司法判决中的正当程序》一文[9]，该文对本案以外的田永案、刘燕文案、张成银案等十余个有关行政程序的代表性案例进行了分析，描绘了正当程序原则在司法实践中的发展脉络。对于这些案例能够在多大程度上影响法院判决，作者表达了一些疑虑，“由于‘尊重先例’的传统尚未形成，一个优秀的判例作出后，法院在同类问题上能否予以考虑还不确定；即使是《最高人民法院公报》上刊登的案例，能够被多少人注意到，也非常可疑”，“可能略微使人惊讶和遗憾的是，张成银案件只得到法律界同行比较有限的关注。迄今为止，张成银案件似乎没有引起广泛的影响。”本案案例在评析部分专门引用了张成银案件，并将此作为本案中适用正当程序原则的理由这一，这在一定程度上可以化解何海波教授的疑虑。如果将本案案例评析部分也视为案例组成部分的话，我们可以发现最高法院正通过案例确立案例的作用。这也是本案例另外一个规范意义，也就是《最高法院公报》中的案例，可以作为行政审判案件的参考。至于可以参考作为判案参考的是否仅仅限于公报案例，案例本身没有给予回答。但是《行政审判办案指南（一）》的出台，一定程度上表明至

[9] 何海波：《司法判决中的正当程序原则》，载《法学研究》2009 年第 1 期。

少《中国行政审判案例》上刊载的案例是可以作为参考的。

（三）本案直接适用法律原则裁判案件的思路，能否推广到其他法律原则的适用？

本案判决在认定行政复议应当适用正当程序原则是较为谨慎的。在判决论述和评析中，大体出现了以下一些考虑：“随着社会民主进程的进一步推进，行政程序中正当程序的理念得以进一步深化”；“正当程序的相关内容，我国行政处罚法、行政许可法等法律、行政法规均作了明确的规定”；“和其他行政行为相比，行政复议对行政相对人（利害关系人）的程序权利保障有更高的要求，更应当贯彻正当程序要求”；公报案例对正当程序原则进行了确认，进而指出“司法实践中，已经意识到正当程序原则与权力行使之间的内在关联，并将其作为评判行政行为合法、正确与否的重要依据。”由上面的文字，我们可以认为，法院依照法律原则审判案件是需要满足一些重要条件的，不能由此案适用正当程序原则判案当然推及其他法律原则直接具有司法适用性。

德国联邦宪法法院两次堕胎判决

陈征，北京师范大学法学院副教授，德国汉堡大学法学博士

载于张翔主编：《德国宪法案例选释》（第一辑），法律出版社 2012 年版。

【案例名称】 德国联邦宪法法院第一次堕胎判决（Schwangerschaftsabbruch I， BVerfGE 39, 1，1975 年 2 月 25 日）

【案例关键词】 国家保护义务 基本权利冲突

【案情介绍】

概述：

依照刑法第 5 修正案中所谓的“期限规定”，在满足特定条件的情况下，在怀孕开始的 12 周内实施的堕胎行为免受刑事处罚。本案的审查对象主要就是这一规定是否符合基本法。

具体案情：

1974 年 6 月 18 日，刑法第 5 修正案重新规定了对堕胎行为的惩罚措施，将刑法第 218 条至 220 条的规定做出修正。刑法第 5 修正案中对于审查程序具有重要意义的规定包括：

第 218 条 堕胎

（1） 对在怀孕起的第 13 天之后实施堕胎的人，判处 3 年以下有期徒刑或者罚金。

（2） 如果行为人

1. 违背孕妇意愿行为或
2. 轻率导致孕妇具有生命危险或者严重损害健康的危险，判处其 6 个月至 5 年有期徒刑。

（3） 孕妇实施堕胎的，判处 1 年以下有期徒刑或罚金。

（4） 未遂者受刑罚，孕妇除外。

第 218a 条 前 12 周内堕胎的不罚性

怀孕开始 12 周内，在孕妇同意的情况下，由医生实施的堕胎免受第 218 条刑罚。

第 218b 条 12 周后的适合堕胎情形[1]

在孕妇同意的情况下，由医生在怀孕开始 12 周后实施的堕胎免受第 218 条刑罚，只要根据医学认知

1. 堕胎是为了使孕妇免受生命或者严重损害健康状态的危险，且这一危险无法通过其它可以指望孕妇采取的方式得以避免；或
2. 有明确理由表明孩子基于遗传因素或者出生前的有害影响，健康状况会遭受无法消除的损害，这一损害及其严重，以致于无法要求孕妇继续怀孕，且怀孕时间未超过 22 周。

第 218c 条 孕妇尚未接受咨询而实施的堕胎

（1） 在孕妇

1. 尚未因堕胎问题向医生或者向为此被授权的咨询机构求助，且未在那里获悉对孕妇提供的可供选择的公共和私人救助，特别是那些可以减轻继续怀孕的负担和改善母亲与子女状况的救助手段；且
2. 尚未在医生那里接受咨询的情况下，

对实施堕胎者判处 1 年以下有期徒刑或罚金，除非行为因第 218 条受罚。

（2） 被实施堕胎的孕妇免受第 1 款的刑罚。

第 219 条 无鉴定的堕胎

（1） 在预先未经主管机构确认具备第 218b 条第 1 项或第 2 项前提条件的情况下，对在怀孕开始 12 周后实施堕胎者判处 1 年以下有期徒刑或罚金，除非行为因第 218 条受罚。

（2） 被实施堕胎的孕妇免受第 1 款刑罚。

[1] 第 218b 条第 1 项被称为“医学上的适合堕胎情形”，第 218b 条第 2 项被称为“优生学上的适合堕胎情形”。

193 名联邦议会议员以及巴登——符腾堡州，巴伐利亚州，莱茵兰——普法尔茨州，萨尔州和石勒苏益格——赫尔斯泰因州的州政府根据基本法第 93 条第 1 款第 2 项以及联邦宪法法院法第 13 条第 6 项向联邦宪法法院提出审查刑法第 5 修正案中关于第 218a 条合宪性的请求。他们认为第 218a 条的“期限规定”侵害了基本法第 2 条第 2 款第 1 句[2] 和第 1 条第 1 款[3] 所保护的法益，违背了第 6 条第 1 款、第 2 款、第 4 款[4]以及基本法的法治国家原则，[5] 对孕育中生命与已出生生命的差别待遇还违背了基本法第 3 条。[6]

【背景资料】

此前，堕胎的法律问题在德国已经公开讨论了数十年。在西方国家，堕胎不仅涉及包括遗传学在内的生物学、人类学、医学、心理学等学科以及社会福利和社会政治等领域，更是与宗教问题紧密相关。在各种主要宗教中，佛教教义坚决反对脱胎，伊斯兰教教义原则上也不赞同堕胎，而在西方盛行的基督教内部虽然在这一问题上存在一些细节上的争议，但也普遍将堕胎行为视为罪恶。考虑到堕胎问题涉及诸多领域，尤其考虑到德国的宗教文化传统，联邦宪法法院在本裁决中要求立法者以上述各学科和领域的不同视角为出发点进行综合分析，并加之一些立法政策和法律实践方面的考量，从而最终决定以何种方式对相关社会发展过程做出反应。

【判决要旨】

1. 作为独立的法益，在子宫内孕育的生命受到宪法的保护（基本法第 2 条第 2 款第 1 句，

[2] 基本法第2条第2款规定：“人人享有生命权和身体完整权。人身自由不可侵犯。只有依据法律才能介入此类权利。”

[3] 第 1 条第 1 款规定：“人的尊严不受侵犯。尊重和保护人的尊严是一切国家权力的义务。”

[4] 第6条第1款规定：“婚姻和家庭受到国家秩序的特别保护。”第2款规定：“抚养和教育子女是父母的天然权利，也是父母承担的首要义务。国家对此予以监督。” 第4款规定：“每一母亲均享有请求社会保护和照顾的权利。”

[5] 此外，提出申请的各州政府还认为刑法第 5 修正案需要联邦参议院的许可。

[6] 第3条规定：“（1）法律面前人人平等。（2）男女平等。国家促进男女平等的实现并致力于消除现存的歧视。（3）任何人不得因性别、血统、种族、语言、籍贯和出身、信仰、宗教或政治见解而受歧视或优待。任何人不得因残障而受歧视。”

第 1 条第 1 款）。国家的保护义务不仅禁止国家直接侵害孕育中的生命，还要求国家对这一生命提供保护和救助。

2. 国家对孕育中生命的保护义务还包括保护孕育中的生命不受来自母亲的侵害。
3. 对胎儿生命的保护优先于对孕妇自主决定权的尊重，这原则上适用于整个怀孕期间，而不仅是在特定期限内。
4. 立法者可以采取刑事惩戒之外的手段来实现基本法对堕胎的禁止。关键的问题是那些有助于保护孕育中生命的整体措施是否确实能够提供一种与所保护法益的重要性相匹配的保护。只有在万不得已的情况下，在无法通过其它方式实现宪法所要求的保护时，立法者才有义务制定刑法来保护孕育中的生命。
5. 在不堕胎的情况下，如果孕妇生命会受到威胁或者存在健康受到严重损害的危险，不得要求其继续怀孕。立法者可以将类似严重的非同寻常的负担视为无法指望由孕妇来承受的负担。这种情况下的堕胎免受刑事处罚。
6. 1974 年 6 月 18 日的刑法第 5 修正案（德国联邦法律公报 I，1297 页）未能在宪法所要求的程度上发挥保护孕育中生命的作用。

【判决理由与论证】

联邦宪法法院首先认定刑法第 5 修正案不需要联邦参议院的许可。在堕胎行为本身的宪法问题上，联邦宪法法院表明，立法者必须考虑到堕胎问题涉及保护人之生命这一法律秩序的核心价值。

一、 宪法对孕育中生命的保护

人享有生命权本来是不言而喻的，但考虑到当年纳粹政权时期国家实施的政策措施，基本法还是明确规定了生命权。第 2 条第 2 款第 1 句和第 102 条废除死刑的规定都表明基本法信奉人之生命这一基本价值。

在对基本法第 2 条第 2 款第 1 句进行解释时，要从文本角度出发：“任何人都享有生命权……”。根据生物生理学知识，生命至少从怀孕后的第 14 天起就已产生，由此开始的孕育过程是一个持续性的过程，无法准确将人之生命的不同孕育阶段割裂开来，这一过程也不会随着生育而结束，比如人格所特有的意识现象在出生后的很长时间才会产生。因此，第 2 条第2款第1句的保护既不局限于已经完全出生的人，也不局限于独立具备生存能力的胎儿。

任何生存着的人的生命都要受到保障，不得将孕育中生命的各个阶段或者将未出生和已出生生命之间做出差别对待。第 2 条第 2 款第 1 句中的“任何人”指的是“任何生存着的人”，包括未出生的具有人本质特征的生命。可见，基本法第 2 条第 2 款第 1 句保护了作为独立法益的在母体中孕育的生命。

持不同观点的人认为，无论在口语还是在法律语言上，“任何人”指的都是已经出生的人，因此根据文本解释，基本法并不保护未出生的生命。但联邦宪法法院认为，至少基本法规定的目的和意义要求对生命权的保护要扩展到孕育中的生命，如果不包括对孕育中生命即生命预备阶段的保护，基本法将无法全面保障人类生存不遭受来自国家的侵害。联邦宪法法院在之前的裁决中坚持“在不确定情况下选择能够使基本权利规范发挥最大法律效力的解释”这一原则（参见 BVerfGE 32, 54 [71]; 6, 55 [72]），此处所做的这一扩大解释与此前确立的这一原则一致。

此外联邦宪法法院认为，通过对第 2 条第 2 款第 1 句的历史解释也可以论证上述观点的正确性。德国人党（Deutsche Partei）党团曾提议将对胎儿的保护明确写入对生命权和身体完整权的保护条款中。议会委员会（der Parlamentarische Rat）的原则性问题委员会召开的第 32 次会议中首次讨论了这一问题，而主管委员会在 1949 年 1 月 18 日的第 42 次会议中对基本权利进行二读讨论，进一步探讨了是否应将对孕育中生命的保护写入宪法的问题。德国人党议员 Seebohm 博士提议在当时基本法第 2 条第 1 款[7]中加入“胎儿生命受到保护”和“废除死刑”。Seebohm 博士认为生命和身体完整权的保护未必包括对胎儿的保护，对胎儿的保护需要在此单独提出来，至少在存在不同观点的情况下，必须明确写出讨论记录，表明生命和身体完整权包括对胎儿的保护。但博士议员 Weber 女士以其所在的基督教民主联盟和基督教社会联盟的联盟党团名义表明，如果主张生命权，那么必须绝对的理解生命，生命当然包括胎儿生命，对胎儿生命的保护已经包含在内。自由民主党议员 Heuss 博士与 Weber 博士的观点一致，认为生命的概念包含了胎儿生命，在宪法中不应写入那些本应由刑法规定的问题，因此他认为无论是胎儿生命还是死刑问题都属于个别问题，没必要写入宪法。在主管委员会书面报告的第 7 页，基督教民主联盟议员 von Mangoldt 博士针对基本法第 2 条阐述了自己的观点，他认为生命权的保障包含了对胎儿生命的保护，德国人党要求在基本法中加入对胎儿生命保护的提议未获得多数支持的主要原因是，根据委员会中的主流观点，需要保护的价

[7] 第2条第1款规定：“人人享有自由施展人格的权利，但不得侵害他人权利，不得违反宪法秩序或道德规范。”

值已经被现有文本涵盖了。议会委员会代表在 1949 年 5 月 6 日针对基本法第 2 条第 2 款二读表决时，有两票反对。而在 1949 年 5 月 8 日三读时，Seebohm 博士和 Weber 博士均表明基本法第 2 条第 2 款还包括了对胎儿的保护。可见，“通过历史解释，基本法第 2 条第 2 款第 1 句中“任何人都享有生命权”的表述包括了对胎儿生命的保护。”

“根据联邦宪法法院的固定判决，基本权利规范不仅包括个人针对国家的主观防御权，还同时蕴含了一种客观价值秩序，作为宪法基本决定，这一秩序适用于各个法律领域并构成立法、行政和司法的方针与推动力。”（BVerfGE 7, 198 [205] – Lüth –; 35, 79）。“国家针对每一个人生命的保护义务不仅可以直接从第 2 条第 2 款第 1 句中导出，还可以从第 1 条第 1 款第 2 句这一明确规定中得出，因为孕育中的生命也受到第 1 条第 1 款人之尊严的保护。”“人并非在出生之后才有尊严，孕育中的生命同样享有人之尊严。只要存在人之生命，就存在人之尊严。”“至于主体是否意识到这一尊严，是否知道维护尊严，并不起决定作用。”

二、 胎儿的生命权与孕妇权利的冲突以及国家的保护义务

“国家的保护义务是广泛和全面的，不仅当然要禁止来自国家自身对于孕育中生命的直接侵害，还要求国家对于这类生命采取保护和促进措施，主要指防止来自他人的违法侵害。”从基本权利的客观价值秩序属性中可以推导出基本权利的国家保护义务功能。“所保护的法益在基本法价值秩序中的等级越高，国家就越须认真履行保护义务。不必进一步论证，人的生命在基本法秩序中具有最高价值，是人之尊严的生命基础和其他全部基本权利的前提。”

“在母亲面前，国家原则上也要履行对孕育中生命的保护义务。”胎儿和母亲之间有着特殊的联系，在世间无法找到其它可以类比的关系。“怀孕的事情属于妇女的私人空间，受到基本法第 2 条第 1 款暨第 1 条第 1 款的保护。如果仅将胎儿视为母亲的一部分有机体，那么堕胎只是私人生活规划的一部分，立法者不得介入（BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]）。但胎儿具有独立的人之属性，受到宪法保护，因此堕胎就具有了社会意义，国家可以甚至需要介入和规制。宪法所保护的个人自由施展人格包括了最全面意义上的行为自由，因此也包括对妇女自我负责的保护，妇女原则上可以选择不做父母，不承担父母负有的义务，虽然孕妇可以请求对这一权利的认可与保护，但这一权利不是不受任何限制的，任何权利都要受到其他人的权利、宪法制度和道德法的限制。”因此，妇女行使这一权利不得不正当介入其他人受到保护的法律空间，更不得伤害他人性命，这尤其适用于行为人对这一生命负有特别责任的时候。

"对于胎儿生命的保护和妇女堕胎自由的保护，国家只可取其一，因为堕胎必定要毁掉胎儿生命，二者无法调和。"在此，国家有必要对冲突的法益进行权衡。权衡时"要考虑两项宪法价值与宪法价值体系的核心——人之尊严的关系"（BVerfGE 35, 202 [225]）。显然，人之生命与人之尊严的关系更近。根据"最受保护的平衡"原则并考虑到第 19 条第 2 款，[8] 对胎儿生命的保护必须优先于对孕妇自主决定权的尊重，"这原则上适用于整个怀孕期间，而不仅在特定期限内。"

基本法要求法律秩序对堕胎行为持如下基本立场：不得将妇女的自主决定权视为唯一准则，国家原则上必须认为堕胎不正当，法律规范必须明确表明禁止堕胎的立场，国家不得通过认可一个法律自由空间并维持中立来逃避责任，从而将自主决定权交给个人。

三、 国家保护义务的履行

"至于国家如何履行对孕育中生命进行有效保护的义务，首先由立法者来决定。"立法者要坚持预防措施优先于压制手段的主导思想(参见 BVerfGE 30, 336 [350])，但如何实施这一思想以及采取哪些救助措施等具体事宜由立法者决定，宪法审查不介入这一领域。

国家在履行保护义务时不得忽视的是，国家对胎儿的保护首要取决于母亲对胎儿的保护，国家保护的主要目的是唤起和增强母亲对胎儿的保护意识，增强母亲接受怀孕分娩的愿望。立法者在此的影响力有限，因为可供选择的措施通常具备间接性和滞后性。

至于国家须在何种程度上通过制定刑法这一最强硬的手段对胎儿提供保护，需要进行整体考量。"一方面要考虑到被侵害法益的价值，侵害行为的社会危害性，并与其它同样受到刑法惩戒且在社会伦理上获得相同评价的行为进行比较；另一方面还要考虑到这一生活领域的传统法律规制手段以及刑法在现代社会中所扮演角色的发展变化，且不得忽视刑法惩戒的实际效果和其它法律制裁的替代可能。" 刑法的任务是保护人类共同生活的最基本价值，但刑罚本身从来不是目的，原则上立法者可以寻找替代手段，关键是要从整体上审查全部保护措施是否能够真正确保对相应法益的保护且保护强度是否与法益的价值相符，无论是公法上的还是私法上的保护措施。在万不得已的情况下，当无法通过其它方式实现宪法所要求的保护义务时，立法者有义务制定刑法来保护孕育中的生命。根据公法上适用的比例原则，立法者在采取刑法手段时需要谨慎，但当其它手段无法有效提供保护时，立法者又必须制定刑法，这是由所保护法益的价值和重要性决定的。采取刑法惩戒手段不是绝对义务，而是相对义务。

[8] 第 19 条第 2 款规定："任何情况下均不得侵害基本权利的实质内容。"

但人之生命属于最重要的法益，堕胎行为违反了基本法第 2 条第 2 款第 1 句所蕴含的人之生命不受侵犯和支配的思想。因此，在堕胎问题上采取刑法惩戒手段完全正当，在多数文化国家（Kulturstaat）都有类似的规定，这尤其符合德国的法律传统。

虽然联邦宪法法院并不否认，怀孕会对妇女身体和精神状态起到重要且长远的影响，通常会导致其整个生活方式的改变，自由施展人格的空间受到限制，而孕妇内心的满足感以及相应的请求权（基本法第 6 条第 4 款）不总能弥补怀孕所带来的损失，但联邦宪法法院仍然认为只有在无法指望孕妇继续怀孕时，堕胎才可能在宪法上具备正当性。在界定是否可以指望孕妇继续怀孕时，"至少应将负担不重的情况排除在外，因为这属于任何人都能够承受的正常情形。只有当存在极其严重的情况，相关人极难履行义务，从公正角度来讲不得期待其履行义务时，才可以认定为无法指望。"特别是在已证实不堕胎会导致孕妇的生命受到威胁或存在严重损害健康的危险的情况下（刑法第 218b 条第 1 项——医学上适合堕胎情形），不可指望孕妇继续怀孕，任何人在理智情况下都不会指望孕妇通过牺牲自己受到基本法第 2 条第 2 款第 1 句所保护的生命权和身体完整权来换取孕育中的生命。在这种情况下，适用刑法手段总体来讲并不适当。立法者在此享有一定的决定空间，当存在其它类似严重的情形时，立法者也可视其为无法指望的负担，从而使堕胎行为免受刑事处罚，比如刑法第 218b 条第 2 项中优生学上的适合堕胎情形。在此，是否构成适合堕胎情形取决于是否存在其它在宪法上具有保护必要性的利益，保护这一利益的迫切性导致国家法律制度不得要求孕妇必须在各种情况下都优先考虑孕育中生命的权利。此外，孕妇和其家庭的物质条件同样可以引发堕胎行为（社会的适合堕胎情形），立法者在此应设法对孕妇提供咨询和协助，必要时甚至需要提供实际支持和救济措施，目的是提醒孕妇原则上负有尊重胎儿生命权的义务，鼓励其继续怀孕。

在其它情况下，堕胎行为都须受到刑罚，因为这属于随意消灭最高级别法益的行为。若立法者放弃刑事惩戒手段，那么只有在具备同样有效的法律制裁手段且这一手段可以明确表明法律秩序禁止堕胎的态度时，才与基本法第 2 条第 2 款第 1 句的保护要求相符。

四、 对刑法第 5 修正案的审查

既然宪法对保护孕育中生命提出的要求首先约束立法者，那么联邦宪法法院就必须履行基本法赋予它的职能，即确定立法者是否遵守了宪法要求。虽然司法机关需要注意立法者的决策空间，尊重立法者在这一空间内对事实情况的判断、所做出的必要预测以及所选择的手

段，而不得代替立法者做出判断，但司法机关却须审查立法者是否通过可供选择的手段完成了保护任务，原则上包括审查立法者是否有义务采取刑法这一最强硬的手段，不过联邦宪法法院在此却不得审查刑事惩戒的具体形式。

普遍认为，不加区分的将全部情况的堕胎都加以惩戒反而会减弱刑法针对那些真正适合刑事惩戒的情况所发挥的效果，这并不符合保护义务的要求。在德国，非法堕胎的数目很高，刑法规范的存在可能反倒使国家不再采取其它必要的手段来保护孕育中的生命。刑法第 5 修正案的立法者认为预防措施优先于制裁措施，认为通过个人咨询要比通过刑事惩戒更有利于保护孕育中的生命，并规定在满足特定条件的情况下，在怀孕起的 12 周内实施的堕胎行为免受刑事处罚，取而代之的是预防性的咨询和信息介绍(第 218a 条和第 218c 条)。如果立法者尝试通过预防措施更好的履行对胎儿的保护义务或通过咨询活动来增强妇女自我负责的意识，那么在宪法上并不存在任何疑问，但这一规定在很多方面都存在宪法疑点：

1. 除非无法指望孕妇继续怀孕，法律秩序禁止堕胎行为，这是宪法的要求，这一要求必须在宪法之下的普通法律秩序中明确体现出来。但刑法第 5 修正案却许可了怀孕起 12 周内实施的堕胎行为，这会误导民众认为第 218 条并未认定堕胎行为的非正义。如果再关注一下刑法修正案补充法中关于社会救助方面的规定，则会发现在怀孕开始的前 12 周内实施的堕胎还可以获得国家的救助，而社会救助和给付请求产生的前提恰恰是这一事实情况不被法律所禁止。纵观全部相关规定只能得出一个结论：法律秩序允许医生在怀孕开始后的 12 周内实施的堕胎行为。根据政府代表公布的数据，90%以上的堕胎行为都发生在怀孕开始的前 12 周之内，因此第 218 条发挥作用的空间有限。

2. 立法者在此认为有必要采取积极措施保护胎儿，在孕妇同意的情况下由医生实施的堕胎行为免受刑事处罚，取而代之的是刑法第 218c 条的咨询制度。但联邦宪法法院认为，完全取消刑事处罚会出现较大的保护漏洞：一方面，很多孕妇一开始就决定堕胎，咨询无法产生预期效果；另一方面，在此并不存在类似无法指望孕妇继续怀孕这样一个宪法认可的理由，她们既不处于物质上的紧迫处境，又不处于严重的精神矛盾状况，不愿怀孕只是因为不希望放弃个人的利益并承担母亲的义务。在这种情况下，国家等于将胎儿的生命权完全交给孕妇来处置。

有人可能会认为，那些不会因外界影响而改变决定的孕妇可能会选择逃避刑事处罚，因此刑事惩戒的意义并不大。此外，刑事惩戒一方面或许可以在一定范围内阻止那些不十分强烈的堕胎愿望的实现，但另一方面又排除了通过咨询手段来挽救生命的可能，因为正是那些不符合法定堕胎条件的以及不信任堕胎确认程序结果的孕妇，才会因考虑到刑事惩戒而隐瞒

怀孕事实，从而不会去参加咨询或接受他人帮助，此处的保护漏洞显而易见。但联邦宪法法院认为，这一观点首先忽视了刑法的本质和功能；刑法具有防范作用，如果刑法的作用是保护格外重要的法益和根本性公共利益，那么防范作用则具有更为重要的意义；同样具有重要意义的是刑法规范的长远影响，“堕胎受到惩罚”属于刑法中存在很久的规定，其存在对于民众的价值观和行为方式有着很大影响，如果普遍废除刑事惩戒，会使民众是非颠倒，误以为堕胎行为被法律认可。

3. 刑法第 218c 条中关于对孕妇提供咨询和介绍的规定并不适合鼓励孕妇继续怀孕，这一方案的设计存在对胎儿保护的缺陷。首先，根据咨询方案的设计，咨询机构应当向孕妇介绍“可供选择的公共和私人救助，特别是那些可以减轻继续怀孕的负担和改善母亲与子女状况的救助手段。” 这可以理解为咨询机构只应提供信息，而不必有目标的影响孕妇的决定，这不符合对孕育中生命的保护义务。即使我们假设咨询方案或多或少可以促使孕妇放弃堕胎决定，那么其在一些细节上的具体设计也存在瑕疵，无法有效的保护孕育中的生命。虽然每一名医生都可以介绍国家对孕妇以及母亲和子女提供了哪些公共和私人救助措施（第 218c 条第 1 款第 1 项），但他们却无法完成社会法等福利性领域的咨询任务。医生既未受过相关的职业培训，也不具备个人咨询需要的时间，无法指望医生在每一个案中都指明当事人所享有的给付请求权。如果向孕妇介绍社会救助的医生恰是要实施堕胎的医生，问题则会格外严重。在这种情况下，第 218c 条第 1 款第 2 项中医生的咨询也会大打折扣，一些仅考虑妇女权益或者可以通过堕胎营利的医生会倾向于建议孕妇堕胎的。

五、 外国处理堕胎问题的不可借鉴性

有人认为，在刑法第 5 修正案产生之前，其它西方民主国家最近都将刑法中关于堕胎的规定以类似甚至几乎相同的方式“自由化”和“现代化”了，这是一个观念发展变化标志。但联邦宪法法院阐明，即使不考虑堕胎问题在这些国家仍存在的争议，这一事实也无法改变堕胎在德国的非正义性。基本法设计的原则以历史经验和对纳粹制度思想道德的争论为基础，与那些对社会生活各个领域都予以控制并为了追求国家目标而不顾个人生命的专制国家不同，基本法确立了一个受价值约束的秩序，这一秩序将个人及其尊严置于全部规定的核心位置。人拥有自身独立的价值，国家必须尊重每一个生命，在不存在正当理由的情况下不得牺牲个人生命，包括那些可能对社会没有任何价值和意义的生命。基本法的这一基本价值判断决定了整个法律秩序的制定和解释，立法者也受其约束。即使民众当前普遍改变了对堕胎问题的

看法，也不得违背基本法的这一价值判断。联邦宪法法院的任务正是尊重这些基础性原则，通过司法裁决将这些原则展开，并监督全部国家机关是否贯彻和实施了这些原则。

六、 结论

基于基本法不认可的理由而实施的堕胎如果不被法律禁止并受到惩罚，立法者则违反了对生命权的保护义务。当然，如果存在其它可以弥补刑法保护缺位的措施，那么宪法则允许对惩罚进行限制，但此处并非这类情况。无论是当前提供的救助措施还是在刑法第 5 修正案中规划的咨询方案都无法取代刑法规范在个案中对生命权提供的保护。如果立法者认为过去对于堕胎行为的刑法惩戒不够缜密，则有义务制定一个更为缜密的刑法规则，通过对那些不被宪法认可的堕胎行为的惩戒，更有效的保护生命权。如果认为对生命的保护优先于妇女自由规划生活的权利，那么就不会质疑堕胎行为的非正义性。

综上所述，刑法第 5 修正案中的“期限规定”并未充分有效的履行基本法第 2 条第 2 款第 1 句暨第 1 条第 1 款中对孕育中生命的保护义务。刑法第 5 修正案的第 218a 条规定在不具备被基本法认可理由的情况下堕胎也免受刑罚，根据上述判断，这与基本法第 2 条第 2 款第 1 句暨第 1 条第 1 款不符，因此无效。立法者需要将正当堕胎与非正当堕胎进一步划分。此外，并不存在宣布刑法第 5 修正案中其它条款无效的理由。考虑到对法律明确性的要求，在法律规定生效之前，根据联邦宪法法院法第 35 条，依据判决要旨中明晰的内容颁布命令。

【案例名称】 德国联邦宪法法院第二次堕胎判决（Schwangerschaftsabbruch II， BVerfGE 88, 203，1993 年 5 月 28 日）

【案例关键词】 国家保护义务　基本权利冲突

【案情介绍】

在堕胎问题上，需要解决孕育中生命与孕妇自主决定权之间的冲突。关于是否存在比制定刑法规范更令人满意的解决方法，以及以何种方式来解决这一冲突的问题已经激烈讨论了多年。在 1974 年联邦宪法法院针对堕胎问题做出裁决后，德国联邦议会于 1976 年 5 月 18 日通过了刑法第 15 修正案。借此，刑法第 218 条及以下规定（下文称旧刑法第 218 条及以下规定）得以延用至今，且这些规定是 1987 年 3 月 10 日颁布的刑法的基础。依照这部法律，针对在着床后实施的堕胎行为原则上处以刑罚。但考虑到孕妇所处的特定紧迫状况，如果医生根据相关专业知识断定适合堕胎，那么在孕妇自愿的情况下，在特定期限内由医生实施的堕胎免受刑事处罚。主要规定如下：

第 218a 条（适合堕胎状况）

（1）在满足以下条件的情况下，由医生实施的堕胎免受第 218 条的刑事处罚：

1. 孕妇同意且

2. 考虑到孕妇当前和未来的生活情况，根据医生的认知，堕胎是为了避免给孕妇带来生命危险或者严重损害身体或精神健康状况的危险，且这一危险无法通过其它对于孕妇而言可以指望的方式得以避免。

（2）满足下列条件中的一项，则同样可视第 1 款第 2 项的前提得到满足：

1. 若根据医生认知，存在明确理由可以认定基于遗传或者出生前的有害影响，孩子的健康状况遭受无法消除的损害，且其程度严重至无法要求孕妇继续怀孕；

2. 若根据医生认知，针对孕妇实施了第 176 至 179 条的违法行为且存在明确理由认定基于这一行为导致的怀孕；或者

3. 若根据医生认知，堕胎是为了避免给孕妇带来紧迫状况的危险，且这一危险

A）极其严重，以至于无法要求孕妇继续怀孕，且

B）这一危险无法通过其它对于孕妇而言可以指望的方式得以避免。

（3）在第 2 款第 1 项的情况下，自怀孕开始不得超过 22 周，在第 2 款第 2 项和第 3 项的情况下，不得超过 12 周。

新刑法的相关规定如下：

第 218 条：堕胎

（1）堕胎者判处三年以下有期徒刑或罚金。在着床前产生效果的行为不被视为本法意义上的堕胎。

（2）在情节特别严重的情况下，判处六个月至五年的有期徒刑。情节特别严重的情况通常包括：

1. 行为人违背孕妇意愿实施堕胎或

2. 轻率导致孕妇存在生命危险或者健康受到严重损害的危险。

（3）若孕妇实施堕胎行为，则判处一年以下有期徒刑或罚金。

（4）未遂处以刑罚。但孕妇的未遂行为免受处罚。

第 218a 条　堕胎的不处罚性

（1）堕胎在下列情况下并不违法，

1. 孕妇要求堕胎且依照第 219 条第 3 款第 2 句向医生出示证明，表明至少在堕胎的前三天接受了咨询（对处于紧迫和矛盾状况的孕妇提供咨询）：

2. 堕胎由医生实施且

3. 怀孕开始的 12 周内实施堕胎。

（2）如果根据医生的认知，为了避免孕妇的生命危险或者严重损害身体和精神健康状态的危险有必要堕胎，且堕胎无法通过其他对于孕妇而言可以指望的方式避免，那么在孕妇同意的情况下由医生实施的堕胎不违法。

（3）若根据医生认知，存在明确理由可以认定基于遗传或者出生前的有害影响，孩子的健康状况遭受无法消除的损害，且其程度严重至无法要求孕妇继续怀孕，那么也可视第 2 款的条件得以满足。这仅适用于孕妇根据第 219 条第 3 款第 2 句向医生出示证明，表明其至少在堕胎的前三天接受了咨询，且怀孕未超过 22 周的情况。

（4）如果咨询后的堕胎由医生实施且怀孕未超过 22 周，孕妇免受第 218 条的刑罚。若孕妇在堕胎时处于特别紧迫情形，法院免除第 218 条的刑罚。

第 218b 条　未经医生确认的堕胎

在第 218a 条第 2 款或第 3 款情况下实施堕胎的人，若未经实施堕胎医生之外的其他医生书面确认满足第 218a 条第 2 款或第 3 款第 1 句的条件，则判处一年以下有期徒刑或罚金。

第 219 条　对处于紧迫和矛盾状态的孕妇提供的咨询

（1）咨询的目的是通过对孕妇提供建议和帮助，在认可孕育中生命和孕妇自负其责的高价值的前提下保护生命。咨询应有助于解决现存的与怀孕相关的紧迫和矛盾状态。咨询应使孕妇具备做出有责任心的良知决定的能力。咨询的任务是全面提供医学、社会保障和法律的信息。咨询包括阐明母亲和孩子的法律请求权以及可能存在的实际救助手段，特别是那些能够促使继续怀孕和改变母子状况的手段。咨询还应有助于避免未来不自愿的怀孕。

（2）咨询须在法律认可的咨询机构进行。实施堕胎的医生不得成为咨询人。

（3）咨询不做记录，在孕妇请求下以匿名方式实施。咨询机构须立即出具标明日期的证明，并说明已根据第 1 款进行了咨询且孕妇借此获得了做出决定的信息。

孕妇与家庭救助法第 15 条的两项修正涉及 1974 年 6 月 18 日刑法第 5 修正案：新法第 4 条涉及实施堕胎的机构，而删除了原第 4 条要求联邦统计的规定。该规定内容为：

第 4 条　实施堕胎的机构

联邦州的最高主管机关确保能够为实施堕胎提供充足且完备的门诊和住院设施。

原第 4 条　联邦统计

关于在刑法第 218a 条规定的前提条件下实施的堕胎，联邦统计局进行联邦统计。实施这类堕胎的医生须在每季度结束前就

1. 堕胎原因；

2. 孕妇的婚姻状况和年龄以及抚养子女的数量；

3. 此前怀孕及终止怀孕的次数；

4. 终止的怀孕所持续的时间；

5. 堕胎的方式及其所观察的并发症；

6. 堕胎实施的地点以及在医院手术的情况下堕胎持续的时间和

7. 孕妇住所所在国或者日常居留国通常为外国的情况下，外国的国名向联邦统计局报告，但不得透露孕妇姓名。

1990 年 3 月，巴伐利亚州政府根据基本法第 93 条第 1 款第 2 项和联邦宪法法院法第 13 条第 6 项提出对刑法第 15 修正案中关于刑法第 218b 条第 1 款第 1 句和第 2 款、第 219 条第 1 款第 1 句的规定进行宪法司法审查的申请，具体申请审查这些条款中关于紧迫状况中的堕胎规定。该州政府认为，旧刑法第 218b 和 219 条第 1 款无法达到宪法法院在 1975 年 2 月 25 日的裁决中针对宪法保障孕育中生命的明确要求，与基本法第 2 条第 2 款第 1 句暨第 1 条第 1 款对孕育中生命的保障不符。

【判决要旨】

1、 基本法赋予国家保护包括孕育中生命在内的人类生命的义务。该项保护义务源于基本法第 1 条第 1 款。基本法第 2 条第 2 款对保护义务的对象以及——由该对象所产生的——保护义务的范围做出了进一步的规定。孕育中生命同样享有人的尊严。在孕育中生命的独立生命权意义上，法律制度必须保障其施展尊严的法律前提，该生命权的成立不取决于母亲的认可。

2、对孕育中生命的保护义务与个别生命相关，而不只是涉及普遍性的人之生命。

3、法律对孕育中生命的保护还要求防御来自母亲的侵害。只有当立法者原则上禁止孕妇堕胎且使其原则上负有分娩义务时，这一保护才成为可能。在宪法所要求的对孕育中生命的保护中，原则上禁止堕胎与原则上负有分娩义务是相互关联和不可分割的两要素。

4、在整个怀孕期间，堕胎行为均须被视为非正义行为，并相应被法律禁止（由 BVerfGE 39,1[44]所确认）。哪怕仅在有限的时间内，孕育中生命的生命权也不得取决于第三人——甚至包括母亲在内的不受法律约束的自主决定。

5、在决定对孕育中生命的保护范围时，既要考虑所保护法益的意义和保护必要性，又要考虑与其冲突的法益。从孕妇所享有的尊重和保护人之尊严（基本法第 1 条第 1 款）的请求权角度来看，孕育中生命的生命权所触及的法益主要包括孕妇的生命权和身体完整权（基本法第 2 条第 2 款）以及人格权（基本法第 2 条第 1 款）。但孕妇不得因与堕胎相伴的杀害孕育中生命的行为而主张基本法第 4 条第 1 款中基本权利所保护的法律地位。

6、为了履行保护义务，国家必须在规范上和事实上采取充分的措施，且在考虑到冲突法益的情况下，这些措施必须能够提供适当的，本身即为有效的保护（保护不足之禁止）。在此需要一个能够将预防性和抑制性保护要素相互结合的保护方案。

7、 妇女基本权利的效力范围不会导致其分娩义务普遍被取消，哪怕仅在特定时间内。但妇女的基本权利地位会导致在例外情况下可以甚至有时必须免除其该项法律义务。根据“无法指望”标准对这些例外情况做出详细规定是立法者的任务。在此必须存在达到让妇女牺牲个人生命价值程度的，无法指望妇女承受的负担（由 BVerfGE 39,1[48 ff.]确认）。

8、保护不足之禁止原则不允许随意放弃包括刑法在内的手段以及由此产生的对人之生命的保护效果。

9、国家的保护义务还包括使孕育中生命免受那些阻止分娩意愿的，源于孕妇家庭和其它社会环境影响的，或者源于孕妇和家庭的当前以及未来可预见的真实生活条件的危险。

10、保护委托还要求国家有普遍意识的维护和唤起孕育中生命的法律保护请求权。

11、宪法原则上不阻止立法者改变对孕育中生命的保护方案，在怀孕初期的矛盾中将重点放在对孕妇提供咨询上，从而促使其分娩，同时放弃取决于是否适合堕胎的刑事惩戒以及由第三人来确定是否满足适合堕胎要件的做法。

12、这一咨询方案需要那些能够为促使孕妇做出有利于孕育中生命行为创造积极前提的框架条件。国家为实施咨询程序承担全部责任。

13、国家的保护义务要求医生因孕妇利益的参与行为必须同时起到保护孕育中生命的作用。

14、在宪法上（基本法第 1 条第 1 款），子女的存在不可能在法律上构成损失的来源。因此，对子女的抚养义务不得被视为损失。

15、如果未依照咨询规定被确定适合堕胎，那么堕胎不得被声明是正当（不违法）的。这符合不可放弃的法治国家原则，即仅在国家负责确定具备前提条件时，例外构成要件才具有正当化效果。

16、对于未被确认为合法的堕胎行为，基本法不允许赋予法定医保给付请求权。但对于那些根据咨询规定不受刑事处罚的堕胎行为，在经济上有需要的情况下提供社会救助以及继续支付劳动报酬在宪法上并无异议。

17、如果联邦法律仅规定由各联邦州履行的国家任务，而未做出可以由行政机关执行的个别规定，那么联邦州的组织权力原则不受限制。

【判决理由与论证】

一、 国家对人之生命的保护义务与基本权利冲突的解决

“基本法使国家负有保护人之生命的义务，这也包括对孕育中生命的保护。保护义务存在的理由蕴含在基本法第 1 条第 1 款中，这一条款明确要求国家尊重和保护人之尊严。基本法第 2 条第 2 款对保护义务的对象以及——由该对象所产生的——保护义务的范围做出了进一步的规定。”

“在孕育中生命的独立生命权意义上，法律制度必须保障其施展尊严的法律前提……”“胎儿的生命权并非基于母亲的认可与接受才产生，而是基于其存在，胎儿生命权是源于人之尊严的基本的不得转让的权利，其适用不取决于特定的宗教和哲学信仰……。”“对孕育中生命的保护义务与个别生命相关，而不只是涉及普遍性的人之生命……。”

“保护义务约束一切国家权力，即约束国家的一切职能，也恰恰包括立法权。”国家通过立法上的要求和禁止确定作为和不作为义务。保护义务要求对国家提出的宪法要求必须变为法律要求，作为确实可以适用的规范制度，具有约束力并设定法律后果。法律应在两方面起保护作用，一方面是当所保护的法益面临威胁或遭受侵害时，法律在个案中发挥预防性和抑制性的保护效果，另一方面则是增强民众的正义与非正义价值观，使其形成法制观念（参见 BVerfGE 45, 187 [254, 256]）。

保护义务首先涉及来自他人的危害，包括防御来自母亲的侵害。“只有当立法者原则上禁止孕妇堕胎且使其原则上负有分娩义务时，这一保护才成为可能。在宪法所要求的对孕育中生命的保护中，原则上禁止堕胎与原则上负有分娩义务是相互关联和不可分割的两要素。”“对生命权的保护并非绝对要求国家毫无例外的优先保护生命，这在基本法第 2 条第 2 款第 3 句中能够体现出来。但另一方面，履行保护义务又不得仅局限于随意实施某种方式的保护措施，保护义务的范围一方面取决于所保护法益——此处即为孕育中生命的意义和保护必要性，另一方面取决于与其冲突的法益。从孕妇所享有的尊重和保护人之尊严（基本法第 1 条第 1 款）的请求权角度来看，孕育中生命的生命权所触及的法益主要包括孕妇的生命权和身体完整权（基本法第 2 条第 2 款）以及人格权（基本法第 2 条第 1 款）。” 此外，保护胎儿不受母亲之外的第三人的侵害同样重要，尤其是来自孕妇家庭和其它社会环境的侵害。这一侵害可能直接也可能间接针对胎儿，间接针对胎儿的情形包括拒绝对孕妇提供救助从而使其陷入困境，甚至对其施加压力逼迫其堕胎。

“确定具体的保护的方式和范围是立法者的任务，宪法将保护义务视为目的，却不提供具体的保护方案，但立法者需要注意保护不足之禁止原则，受到宪法司法审查。国家必须考虑到相互冲突的法益，从而提供一种适当的保护，起决定作用的是保护本身即为有效。立法者采取的措施必须足以提供适当的，有效的保护并建立在认真查明事实以及合理进行估量的基础上。”

对于孕育中生命的保护，基本法并不认可取决于特定期限和怀孕发展过程的分级保护，即使在怀孕初期，法律制度也要对其进行同样标准的保护。“为了遵循保护不足之禁止原则，法律制度对保护方案的规划必须符合最低要求，这包括在整个怀孕期间原则上将堕胎视为非正义行为并在法律上予以禁止（参见 BVerfGE 39, 1 [44]）。……哪怕仅在有限的时间内，孕育中生命的生命权也不得取决于第三人——甚至包括母亲在内的不受法律约束的自主决定。”

孕妇的尊严以及自主决定能力不得成为牺牲孕育中生命的理由。当然，孕妇的基本权利在孕育中的生命权面前同样不得被忽视。“宪法允许撤销分娩义务的例外情形并非仅限于对孕妇生命构成严重威胁或对其健康构成严重损害的情况，还可能包括其它一些情况，判断标准就是联邦宪法法院曾经确定的无法指望性标准（参见 BVerfGE 39, 1 [48 ff.]）。”这一标准界定了孕妇分娩义务的范围，但即使是在特定时间内将分娩的法律义务普遍取消，也对孕妇的基本权利做出了过度保护。联邦宪法法院在此明确表示，堕胎只能是例外情况，立法者的任务就是在遵守保护不足之禁止原则的前提下将冲突的法益进行权衡。在堕胎问题上，立法者无法对相互冲突的法益进行成比例的调和，因为堕胎必然意味着扼杀孕育中的生命（参见 BVerfGE 39, 1 [43]），既保障胎儿生命又尊重孕妇堕胎权的调和方法根本不存在，而在怀孕初期优先考虑孕妇的人格权，之后优先考虑孕育中生命的做法，将导致孕育中生命的权利是否能够实现取决于孕妇在怀孕初期是否将其扼杀，这不属于宪法认可的调和方法。

鉴于母亲和胎儿的关系，禁止堕胎不得仅局限于国家保护胎儿免受第三人侵害的义务，还包括在孕妇分娩和孩子出生后数年内国家的抚养义务，以及国家通过对妇女提供咨询和救助支持并鼓励其分娩的义务，这是新刑法第 218a 条第 3 款的出发点。虽然联邦宪法法院承认，“考虑到介入社会领域的最高强度，刑法并不是法律保护的首选手段，其适用需要遵守比例原则（BVerfGE 6, 389 [433 f.]; 39, 1 [47]; 57, 250 [270]; 73, 206 [253]），如果某一行为除了须被禁止，还会对社会公共秩序产生特别的危害，即属于公共生活无法容忍的亟须阻止的行为，那么刑法属于最后的保护手段，” 但“保护不足之禁止原则不允许国家放弃制定刑法”，刑法承担着维护有序共同生活基础的任务，国家必须使刑法发挥相应效力。

因此，原则上禁止堕胎以及其中所蕴含的孕妇分娩法律义务应当是刑法的任务。如果可以通过其它方式提供宪法认可的充分的保护措施，从而在一定程度上放弃刑事惩戒，那么法律秩序明确表达出对堕胎的禁止即可。

保护义务与基本法第 6 条第 1 款和第 4 款[9] 的保护相互关联，其中第 6 条第 4 款包含了一项对于整个私法和公法领域都具有约束力的保护委托，这一保护委托将母亲抚养子女视为一项符合社会利益且需要社会认可的给付。刑法修正特别委员会的第一次报告中就提出，不良的居住条件、不具备在接受教育和从事工作的同时抚养子女的可能性、经济紧迫等物质原因、单身孕妇对社会歧视的恐惧是堕胎最常见的理由和动机。因此，国家还有义务查明孕妇和母亲的困难，阻止孕妇因当前或未来的物质困难而终止怀孕，并尽可能消除因怀孕给妇女学习和工作带来的消极影响。在此，国家负有在法律和事实允许的范围内提供救助的义务，这一义务不仅约束立法机关，还约束行政机关。立法者不仅要在劳动法领域，还要在其它私法领域照顾有子女的家庭，包括禁止因新生儿终止房屋租赁合同等。对孕育中生命的保护、对婚姻和家庭的保护以及男女平等享有职业生活的权利（第 3 条第 2 款）还要求国家尤其是立法者尽可能促使父母双方兼顾家庭和事业，立法者可以保障父母在教育和抚养子女后能够重返职业生活并获得职业晋升的机会。此外，国家还需要对放弃获得劳动收入而教育子女的父母一方给予适当补偿。上述给付的意义体现在对生命提供的预防性保护上。虽然国家给付受到可能性保留的约束，但即使在财力紧张的情况下，立法者也需要考虑这类给付对于保护孕育中生命的特殊意义。“最后，保护委托还要求国家有普遍意识的维护和唤起对孕育中生命的法律保护请求权，这特别包含了学校的教学计划。”

即使宪法要求立法者采取充分有效的保护措施，立法者仍然享有评估判断和设计安排的空间，这一空间的大小取决于各种因素，尤其是涉及事务范围的特征、针对某一规范未来的发展和效果做出可靠判断的可能以及相关法益的重要性（BVerfGE 50, 290 [332 f.]; 76, 1 [51 f.]; 77, 170 [214 f.]）。宪法审查无论如何都包括审查立法者是否充分考虑到了上述因素以及是否以合理的方式在评判空间内活动。在审查立法者对新保护方案效果的评估是否合理时，不得忽视立法者是在履行由宪法导出的保护孕育中生命的义务。

二、 立法者尝试的其它保护方案

[9] 第 6 条第 1 款规定：“婚姻和家庭受国家特别保护。”第 4 款规定：“所有母亲都享有社会保护和照顾的权利。”

“宪法原则上不阻止立法者改变对孕育中生命的保护方案，在怀孕初期的矛盾中将重点放在对孕妇提供咨询上，从而促使其分娩，同时放弃取决于是否适合堕胎的刑事惩戒以及由第三人来确定是否满足适合堕胎要件的做法。”立法者不仅有权利而且有义务评估过去的法律实践经验，并据此制定保护方案。立法者必须关注新保护方案的效果，负有关注和修正义务。

虽然刑法提供了各种方式的保护，但却无法阻止大量堕胎行为的出现，既然这一现象具备稳定性和持续性，那么就应当追究其原因并找到解决办法。立法者正是从这一分析中估计出，刑事惩戒会对孕妇决定分娩起阻碍作用，因为孕妇认为这一问题完全属于私人空间，不愿由他人做出判断和评价。联邦宪法法院认为，立法者的这一评估在宪法上并无异议，毕竟第三人越多介入孕妇的私人空间，堕胎的危险就越大，这意味着孕妇一开始就错过了通过专家咨询来解决问题的机会。此外，妇女如果在不希望怀孕的情况下得知怀孕的消息，可能需要彻底改变人生计划，面临长期的抚养义务甚至人生风险，特别在怀孕初期，妇女往往心理上还没有做母亲的充分思想准备，且不像怀孕后期那样能够体会到其与孕育中生命的紧密关联。因此联邦宪法法院承认，单纯依赖刑法惩戒无法起到充分有效的保护作用，需要在法律上采取预防性措施帮助母亲解决内心矛盾，从而使其能够承担对孕育中生命的责任。

此外，立法者意识到，至少在怀孕初期只能通过与母亲合作而非对抗才能对胎儿提供有效保护，这一构想也是正确的，因为在怀孕初期，只有母亲和其极为信任的人才知晓怀孕的事情，孕育中生命完全属于并依赖母亲。不过联邦宪法法院同时强调，虽然母亲和胎儿在怀孕初期的这一状况可能促使国家采取刑法之外的特别保护措施，但这一措施不得导致孕妇的基本权利地位优先于孕育中的生命，毕竟人之尊严也适用于孕育中的生命，不得对不同年龄和生长阶段的生命进行区别对待。

三、 咨询方案的保护效果

以制定咨询方案的方式履行保护义务属于一种预防性手段，咨询方案旨在增强妇女的责任感，最终仍然由孕妇来决定堕胎与否且为此承担责任，这就要求国家积极创造一些有助于保护孕育中生命的条件来影响孕妇行为。“这一咨询方案需要那些能够为促使孕妇做出有利于孕育中生命行为创造积极前提的框架条件。国家为实施咨询程序承担全部责任。”“但孕妇在前 12 周接受咨询后请求医生所实施的堕胎，若未经确定为适合的，不得被声明是正当（不违法）的。”

如果咨询方案放弃了紧迫情况的规定，那么必须明确表明堕胎只在例外情况下才被允许。咨询方案的目标是通过让孕妇公开内心矛盾来消除阻止孕妇继续怀孕的因素，使其自主承担责任。依照咨询方案，在怀孕开始的 12 周内接受咨询后，由孕妇本人要求并由医生实施的堕胎行为不受刑事处罚，而不必再进行适合堕胎鉴定。但联邦宪法法院认为，如果堕胎仅在例外情况下才被允许，那么刑法不得同时规定其它更为宽泛的堕胎条件。法律制度只得将宪法上禁止的予以确认和阐明，这尤其适用于刑法，因为刑法以极高的强度保护法益且以最明确的方式将正义与非正义进行划分。刑法上的正当化理由虽然仍局限于刑法范围内，但其蕴含的价值判断对于整个法律秩序具有穿透力。因此，只有在宪法允许的例外情况下，刑法才能够宣布堕胎具备正当性。立法者必须要考虑到，在整个怀孕期间原则上禁止堕胎，若堕胎未在刑法中被禁止，那么必须在其它法律制度中明确表达出来，否则即构成对胎儿的保护不足。即使咨询规定可以鼓励孕妇生育，也不符合宪法的要求，因为这将导致孕妇自己判断其行为是否符合正义，而宪法同样保护了孕育中生命不受来自母亲的侵害。咨询后的堕胎决定如果毫无例外的被法律认可，那么咨询不仅不会增强孕妇的责任感，反会对保护孕育中生命起到消极作用，会削弱原则上禁止堕胎的法制观念，正义与非正义将变得不确定。

四、 实施咨询的宪法要求

对孕育中生命的保护义务要求制定咨询方案的立法者要在规范上设计咨询程序，这一程序将保护重点转移至咨询这类预防性措施上。立法者必须在确定咨询内容的同时规定咨询的实施和组织，还要确定哪些人会对孕妇的决定产生影响。立法者必须遵循保护不足之禁止原则，使保护能够充分且有效的促使孕妇做出分娩决定。只有这样，立法者才能认为咨询能够对胎儿提供更好的保护。

为了咨询成功，孕妇要参与问题的解决，不得强迫孕妇接受谈话和咨询。但咨询的目标必须是保护孕育中生命，鼓励孕妇继续怀孕，使她们看到与孩子一起生活的前景，而不得仅局限于提供信息，必须考虑到具体的冲突和矛盾并努力解决这一矛盾。只要尊重被咨询人的自由和责任，保证咨询结果取决于孕妇的自愿，那么鼓励怀孕并不违背咨询的特征，不构成强迫。当然咨询人可以做出自己的价值判断并提出自己的法律观点，这恰给被咨询人提出自己的观点和看法提供了机会。孕妇内心的主要矛盾通常是一方面认为应当尊重生命或希望要孩子，另一方面则是预想生育后带来的一系列任务以及个人环境和人生理想的改变，而咨询的目的就是发现这一矛盾并努力消除孕妇对于生育的顾虑。通过咨询，孕妇必须知道胎儿是

一个独立的生命，她本人原则上也不得侵害这一生命，即使在怀孕初期，胎儿也受到法律保护，只有在例外的情况下才允许堕胎。咨询如果只是告知孕妇免受刑事处罚的法律情形，并无法起到保护胎儿作用。咨询方案的目的恰是将处于矛盾状态的孕妇变为有责任感且尊重胎儿权利的人。对胎儿的保护义务还要求在咨询时向孕妇介绍国家提供的社会救助措施和其它救济手段。

可见，保护义务不仅对咨询内容的设计，还对咨询人的资格和能力都提出了很高要求。咨询人除了要具备专业知识，国家还必须保证咨询人的人数充裕，从而使每一位咨询人都有充足的咨询时间。立法需要进行相应的规定。此外，当咨询人遇到棘手问题时，可以咨询包括医生在内的其他专家。在此，实施堕胎的医生不得成为咨询人。如果无法避免咨询机构追求自身利益，那么就必须避免咨询机构在组织、经济、制度等方面与实施堕胎的机构融合在一起。国家需要定期依法审查咨询机构的资质。

咨询手段必须考虑到与孕妇关系密切的人，尤其在未获得胎儿的父亲以及未成年孕妇的父母支持的情况下，咨询通常无法有效的解决问题。

虽然对被咨询人施加的压力会对保护孕育中的生命产生消极影响，但法律仍然须规定只有在咨询可以被视为结束的情况下，咨询机构才可以出具证明，当然这绝对不得导致拖延已经决定堕胎孕妇的时间直至超过 12 周期限。如果要求孕妇做出负责任的决定，则必须留给她与亲友讨论以及个人思考的时间。

五、 医生的义务

医生是保护方案中的又一当事人，负责提供建议和帮助。“被请求实施堕胎的医生是为数不多知晓怀孕一事的人，其职业本身就要求对胎儿进行保护。” “国家的保护义务要求医生因孕妇利益的参与行为必须同时起到保护孕育中生命的作用。” 医生不得只是实施孕妇要求的堕胎行为，而必须承担起行为责任， 国家必须确保医生能够履行相关职责。在此，国家可以将医生的保护任务与其职业义务联系起来，但在堕胎问题上还需要进行一定的调整。医生必须知道堕胎免受刑事处罚的前提条件，需要对矛盾状况做出判断，并将此作为谈话的基础。医生必须审查孕妇是否已经接受了咨询，是否遵守了咨询和堕胎之间的思考期限，尤其要关注到底是孕妇内心希望堕胎还是受到外界影响，并致力于消除孕妇的心理障碍。在进行谈话时，医生需要在不增加孕妇内心恐惧和精神负担的前提下，以适当的方式讲述相关知识，并说明堕胎构成扼杀生命，原则上是错误的想法，做出这样的决定往往是因为欠缺相

关知识。如果在接受了咨询和医生的建议之后，孕妇仍然要求堕胎，那么宪法允许立法者将堕胎排除出刑事处罚范畴。此时，堕胎是否受到刑事处罚将不取决于医生的适合堕胎鉴定。“在宪法上（基本法第 1 条第 1 款），子女的存在不可能在法律上构成损失的来源。因此，对子女的抚养义务不得被视为损失。”

“对于未被确认为合法的堕胎行为，基本法不允许赋予法定医保给付请求权，但对于那些根据咨询规定不受刑事处罚的堕胎行为，在经济上有需要的情况下提供社会救助以及继续支付劳动报酬在宪法上并无异议。”联邦宪法法院认为这会避免使公众误以为堕胎原则上不再是非正义行为，立法者必须明确态度和立场，清楚的表明在整个怀孕期间，堕胎原则上属于非正义行为，须被法律禁止。

六、 防御来自孕妇周围人的侵害

“那些通常——以应受刑罚的方式——对孕妇阻止分娩的人也应当被纳入保护方案。”“防御那些源于孕妇和家庭的当前以及未来可预见的真实生活条件的危险也属于保护义务范畴。” 保护义务尤其包括防御那些来自孕妇家人以及其它社会环境中成员的危害。如果周围人迫使孕妇堕胎，并提示孕妇堕胎不受刑事处罚且其本人有最终决定权，那么会导致咨询成果付诸东流。根据科学和实践调查，不少孕妇最终选择堕胎的首要原因并非经济和社会困难，而是对影响伴侣关系的担忧以及来自孩子的父亲或者孕妇的父母的阻力。因此，保护方案需要将与孕妇关系亲密的人，甚至包括雇主、房东等加入其中。对于强迫孕妇堕胎的家人，立法者不仅可以通过刑法施加处罚，甚至还应要求他们在孕妇怀孕期间提供必要的帮助。对于其它社会成员相应的作为和不作为，立法者也可以考虑是否采用刑事处罚手段。

七、 涉及规定的违宪性

（一）新刑法第 218a 条第 1 款的违宪性

根据新刑法第 218a 条第 1 款，怀孕开始的 12 周内，在依照新刑法第 219 条做出咨询后，在孕妇的要求下由医生实施的堕胎行为不违法。这与基本法第 1 条第 1 款暨第 2 条第 2 款第 1 句对生命权的保护不符，因此无效。

这一规定明确了一个堕胎的正当理由，而这一正当理由与新刑法 218a 条第 2 款和第 3 款规定的正当理由（适合堕胎鉴定）在效果上等同。在保护基本法益时，由于刑法的正当理由会对整个法律秩序产生穿透力，因此其效果并不局限于免除刑事处罚。联邦宪法法院认定，

正当理由仅可能存在于无法指望继续怀孕的情形，而新刑法第 218a 条第 1 款本质上是以紧迫状况为出发点，对于矛盾状况的内涵并无明确和详细的界定，其中的咨询方案并不能使堕胎正当化。

由于新刑法第 218a 条第 1 款以第 219 条的咨询为前提，而第 219 条的规定并不符合宪法要求，因此第 218a 条第 1 款与基本法第 1 条第 1 款暨第 2 条第 2 款第 1 句不符，从而无效。

（二）新刑法第 219 条的违宪性

在保护方案中，咨询起着核心作用，立法者必须将其视为国家任务，对其实施过程承担全部责任。咨询任务的目的、内容和程序规定必须与由宪法发展出来的原则一致。立法者要考虑所要保护法益的重要性以及这一法益在孕妇权衡是否堕胎的那一刻受到威胁的程度。此外，立法者必须对咨询任务的实施做出明确规定，规定须简明易懂且无需解释即可适用。

联邦宪法法院判定：新刑法第 219 条无法满足宪法保障孕育中生命的要求，因而无效。理由如下：

该条款仅考虑到咨询的目的在于保护孕育中的生命，却未通过赋予国家充分的权限和义务来确保对咨询机构的组织与监督，因此无法充分履行国家的保护义务。新刑法第 219 条第 2 款规定，咨询必须在法律认可的咨询机构进行且实施堕胎行为的医生不得成为咨询人，但并未在咨询机构的组织、基本观点和成员能力与人数方面做出规定，因而无法确保咨询机构对孕妇提供有效咨询。此外，该规定无法避免这些咨询机构与实施堕胎机构之间在组织上或经济利益上的关联。在监督方面，国家必须依法定期审查咨询机构的资质以及是否满足宪法和法律提出的要求，这就要求法律必须赋予国家相关权限，包括获取信息的权限。

在此，没有必要继续审查新刑法第 219 条中关于目标、内容和咨询实施的规定是否符合宪法。但联邦宪法法院认为，立法者在做出新规定时一定要做到明确和易懂，从而满足国家保护义务的要求。依照新刑法第 219 条第 1 款第 1 至 3 句，咨询的目的是通过提供建议来帮助孕妇克服紧迫和矛盾状况，最终达到保护孕育中生命的目的。在此，宪法要求的咨询目的及其主要内容并未充分明确的表达出来，第 219 条第 3 款第 2 句的规定会让人误以为咨询的重点就是提供信息。虽然在实施咨询时不得事先确定咨询结果，但咨询不得没有目标且最终没有结果，整个咨询过程必须明确以保护孕育中生命为导向，咨询人必须尽力鼓励孕妇继续怀孕并使其看到有孩子生活的希望，纠正其原则上对于堕胎的错误认识，比如认为孕妇的自主决定权优先于胎儿生命。

（三）孕妇与家庭救助法相关规定的违宪性

即使不考虑新刑法第 218a 条第 1 款和 219 条在宪法上的缺陷，孕妇与家庭救助法中关于接受咨询后堕胎的规定也不符合宪法对孕育中生命的保护要求。立法者并未在上文阐明的范围内确定堕胎医生和孕妇家庭成员的特别义务，更未规定违背这些义务要受到刑事处罚。由于新刑法第 218a 条和 219 条无效，因此立法者需要将孕妇与家庭救助法的这一缺陷一并修正。

（四）删除堕胎统计的规定违宪

宪法对立法者的约束不仅局限于颁布法律的那一刻，立法者必须始终保持法律的合宪性。通常来讲，只有在发现法律违宪甚至明显违宪时，立法者才对其进行修正。但对于保护生命这一具有重要价值的法益，考虑到胎儿受到威胁的方式，必须对立法者提出更高的要求（参见 BVerfGE 49, 89 [130, 132]），立法者有义务随时关注法律保护方案实际上是否真正发挥了所期待的作用，随时避免因方案本身或者在执行过程中存在的缺陷而违背宪法的最低保护原则（参见 BVerfGE 56, 54 [82 ff.]）。

这一观察义务恰也适用于立法者变更保护方案的情况，立法者须在其权限范围内有计划的提取、搜集或评估对于判断法律效果必要的数据，包括堕胎绝对数目以及堕胎数占全部人口总数、占有生育能力的妇女人数、占怀孕人数的相对比例等。立法者如果认为必要，还可以提取其它数据。立法者当然可以改变原来关于联邦统计的规定，但不得在毫无替代规定的情况下将其删除，这与保护孕育中生命的义务不符。

【两次堕胎判决涉及的重大理论问题】

（一） 国家保护义务

基本权利首先具有保障个体自由不受国家权力侵犯的防御权功能。相对于国家来说，公民行使基本权利不需要任何正当理由，而国家限制公民的基本权利在宪法上则必须具有正当性。除了防御权功能，德国联邦宪法法院还为基本权利发展出了其它功能，其中最重要的两项功能就是国家保护义务功能和国家给付义务功能。

早在吕特案 BVerfGE 7, 198 (205f.)裁决 (Lueth-Entscheidung)中，联邦宪法法院就承认了基本权利的客观法价值决定属性。在两次堕胎案裁决中，联邦宪法法院对其进行了进一步的确认。联邦宪法法院在堕胎案、核电厂案（Kalkar—Entscheidung， BVerfGE 49, 89）等一系列相关裁决中表明，基本权利不仅是个体针对公权力的主观防御权，同时还是宪法的客

观法价值决定。在第一次堕胎裁决中，联邦宪法法院从基本权利的客观法价值决定属性中发展出来了基本权利的国家保护义务功能。依照国家保护义务理论，当公民基本权利遭到其他私人的侵害时，国家有义务采取积极有效的保护措施。在生命权问题上，正如联邦宪法法院裁决中所言，宪法基本权利条款不仅禁止国家直接侵害孕育中的生命，还要求国家对这一生命提供保护和救助。而国家给付义务则是指国家为了使公民实际上能够真正实现基本权利而积极创造客观条件（主要是物质方面条件）的义务，比如对科研自由的保障还包含了国家通过积极促进措施为科研创造客观物质条件的义务。

防御权功能保障公民的基本权利不受国家侵犯，国家在此首先负有不作为义务；而国家保护义务功能和国家给付义务功能却与之相反，它们首先要求国家积极作为，个体处于只有在国家采取某种积极措施，即从国家那里受益的情况下才能够实现其自由的状态，因此两项功能可以统称为基本权利的受益权功能。[10] 但是由于国家保护义务保障公民的自由不受侵犯，因此它同防御权一样首先体现了法治国家中的自由权理念，而不是社会国家中的社会权理念，在这一点上它与国家给付义务不同。

既然立法是国家保护公民基本权利最重要且最有效的方式，那么保护义务首要约束立法机关。在客观条件成熟的情况下，立法机关要通过具体化努力使基本权利的价值得以实现，从而使行政机关和司法机关可以直接适用这些法律。立法者在具体化过程中要理智的平衡社会上相互冲突的利益。依照联邦宪法法院第二次堕胎裁决中的论述，若客观情况随着时间的推移发生了较大变化，立法者还必须及时对相关的法律规范进行修改或补充，在必要时甚至要制定新的规范，否则它同样违反了保护义务。

（二）基本权利的冲突与保护手段的选择

国家履行保护义务无法回避基本权利的冲突问题，因为保护一方的权利必然意味着限制另一方的权利。这就要求国家理智的平衡相互冲突的利益，慎重选择保护强度和手段。在保护强度和手段的选择上，国家既要充分保护被侵害方的基本权利，又得照顾侵害方的基本自由。联邦宪法法院一方面要求确保全部保护措施的共同作用必须能够提供一种与所保护法益的重要性相匹配的保护，另一方面又明确只有在无法通过其它方式实现宪法所要求的保护时，立法者才有义务制定刑法来保护孕育中的生命，即要求国家在履行保护义务的同时，还必须尽可能使对另一方基本权利的限制最小化。如果国家对受害方的保护效果无法达到宪法要求，则违背了“保护不足之禁止”原则；若国家保护过度从而侵害了另一方的基本权利，

[10] 参见张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务》，载《中国法学》2006 年第 1 期。

那么则违背了“保护过度之禁止”原则，另一方在满足特定条件的情况下可以利用防御权功能进行防御。可见，无论是违反保护不足之禁止原则还是过度禁止原则，均构成违宪。

依照已成为主流观点的“实践中的调和”学说以及“最受保护的平衡”理论，冲突的法益必须都成为现实，而不得像“期限规定”那样，将一方的法益在总体上绝对优先考虑，哪怕仅在某一特定时期内。但如果孕妇在继续怀孕的情况下生命会受到威胁或者健康可能受到严重损害，那么国家不得要求其继续怀孕，即构成无法指望的情形。立法者还可以将类似严重的非同寻常的负担视为无法指望由孕妇来承受的负担，这些情况下的堕胎免受刑事处罚。

虽然立法者受到“保护不足之禁止”和“保护过度之禁止”的双重限制，但基于分权原则，其在履行保护义务时仍然享有一定的决定空间。这主要体现在两个方面：第一，立法者可以选择在公法还是在私法领域进行保护。当其它手段无法有效保护受到威胁的具有重大意义的法益时，应当制定刑法规范。第二，立法者既可以向被侵害方提供某种保护措施，又可以直接对侵害方进行干预；后者除了监督、限制或禁止特定行为，还包括制定预防性和引导性规范，比如在堕胎案中立法者通过设计咨询制度来鼓励并促使孕妇继续怀孕，增强其责任感，从而履行保护胎儿生命的义务。

联邦宪法法院在裁决中还明确了一点，就是在立法者选择保护手段时，必须考虑到法律本身对公众价值判断所起到的导向作用，这尤其适用于刑法规范。对于未被确认为合法的堕胎行为，基本法不允许赋予法定医保给付请求权，否则将会对公众产生误导，使公众误以为堕胎原则上不再是非正义行为。立法者必须明确态度和立场，清楚的表明在整个怀孕期间，堕胎原则上属于非正义行为，须被法律禁止。但对于那些根据咨询规定不受刑事处罚的堕胎行为，在经济上有需要的情况下提供社会救助以及继续支付劳动报酬在宪法上并无异议。

在堕胎问题上，联邦宪法法院将国家保护义务与给付义务进行了结合，后者在特定条件下同样能够起到前者的作用。在第二次堕胎案中，联邦宪法法院明确表示，国家的保护义务不仅局限于防御来自他人对孕育中生命的侵害，还包括使孕育中生命免受那些阻止分娩意愿的，源于孕妇家庭和其它社会环境影响的，或者源于孕妇和家庭的当前以及未来可预见的真实生活条件的危险。为孕妇提供的救助以及在住房条件和学习工作方面实施的一系列福利措施原本属于国家给付义务，但却在特定条件下可以起到保护胎儿生命这一重要法益的效果，至少可以作为配套的预防性措施增强履行保护义务的实际效果。

【后续影响及借鉴意义】

除了两次堕胎案以及上文提及的核电厂案，联邦宪法法院还在施莱耶案（BVerfGE 46, 160）、Mülheim-Kärlich 案（BVerfGE 53, 30）、飞机噪音案（BVerfGE 56, 54）、贮藏化学武器案（BVerfGE 77, 170）、航空安全法案（BVerfGE 115，118）等裁决中强调了基本权利具有主观权利和客观价值秩序的双重属性，国家一方面不得侵犯公民的基本权利（从主观权利属性中导出），另一方面还有义务积极保护这一宪法最重要的价值不受侵害（从客观法价值决定属性中导出）。但在针对航空安全法的裁决中，联邦宪法法院对从基本权利的客观价值秩序中导出的保护义务进行了内容上的限制。在此，联邦宪法法院阐明，国家的保护义务绝对不得比基本权利的主观权利作用范围更广。

联邦宪法法院做出第一次堕胎裁决之后，在学界产生了很大争议，主要集中在两个问题上。第一，基本权利的国家保护义务功能到底能够在何种程度上从基本权利的客观内涵中授权国家介入第三人的基本权利，毕竟国家对公民基本权利的介入需要接受宪法的正当性审查。传统自由主义者主张国家尽可能减少对公民自由领域的干预。如果基本权利的首要功能是防御权，那么其客观价值秩序属性与主观权利属性冲突时，是否应当优先考虑后者？第二，联邦宪法法院在两次堕胎案裁决中，不仅通过明确国家保护义务履行了自身的护宪任务，还通过具体的指令约束了立法者的活动，限制了立法者的决策空间，这是否符合德国基本法的分权原则也是值得商榷的。

此外，虽然国家保护义务和给付义务均属于基本权利的受益权功能，且联邦宪法法院在两次堕胎案中认定国家的给付措施同样可以起到保护胎儿生命权的作用，但学界一般仍然将保护义务与给付义务作为基本权利两项不同的功能分开讨论，仅有少数学者将基本权利的受益权功能统称为“对基本权利的保护”。[11]

[11] 参见 Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, 26 Auflage, Heidelberg 2010, Rn. 88ff.

合同无效中的损害社会公共利益与违法之辨

——“海南康力元公司、康力制药公司与海口奇力制药公司转让合同案”评析

高放*

[内容摘要] 我国合同无效制度中规定了损害社会公共利益、违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。由于对强制性规定的限缩解释，司法实践中损害社会公共利益常以漏洞补充的地位被用作无效合同的判定依据。这一方面体现了《合同法》52条第5项只能以转介条款的角色在个案中加以适用，也体现出损害社会公共利益所能统摄之含义的广泛。而且，法院在以往案例中也已经肯定了社会公共利益的概念之广。借鉴外国相关私法制度的发展，将损害社会公共利益作为合同无效的根本原因能够更完善地解决《合同法》52条在实务中出现的问题。

[关键词] 合同无效；损害社会公共利益；违法合同；案例分析

我国《合同法》52条规定了合同无效制度，[1]其中第5项“违反法律、行政法规的强制性规定”引发的争论一直是学界与司法实践关注的焦点。相较之52条第4项“损害社会公共利益”在合同无效判定中的作用并未得到相应的重视。事实上，在法院的审判活动以及国外的相关私法制度中，损害社会公共利益不仅对以违法合同认定合同无效起到补充漏洞之作用，而且其社会公共利益之内涵大有扩张之势，以损害社会公共利益作为判定合同无效的根本原因或许可以解决第5项在适用中出现的种种问题。下文将评析的最高人民法院公报的这则案例，以合同效力认定作为再审裁判的首要问题与核心内容，且当事人在再审中也明确提出了“损害社会公共利益”的合同无效的意见，因此，本案为解决合同无效中损害社会公共利益与违法之辨提供了难得的机会。

一、案例梳理[2]

（一）案情概要

2000年4月26日，海南康力元药业有限公司（以下简称康力元公司）与海口奇力制药股份有限公司（以下简称奇力制药公司）签订《关于合作开发、生产、经营注射用头孢哌酮钠—他唑巴坦钠（以下简称头孢新药）的协议》（以下简称4·26协议）。由康力元公司出资，奇力制药公司负责新药技术开发和相关证书申请事宜。2001年6月8日，奇力制药公司与海南通用康力制药有限公司（以下简称康力制药公司）签订《关于合作开发头孢新药的协议》（以下简称6·8协议）。双方约定康力制药公司负责提供研发资金，奇力制药公司在新药技术开发和领取相关证书后将其一并转给康力制药公司，康力制药公司独家享有新药独家受让和生产权。

2004年6月12日，奇力制药公司与康力元公司、康力制药公司签订《关于转让头孢新药的合同》（以下简称转让合同）。以奇力制药公司为甲方，康力元公司、康力制药公司为乙方。合同首部载明：“由于国家政策和实际情况发生变化，6·8协议不再履行”。协议约定：1、甲方目前正在进行的头孢新药临床工作结束后，立即向国家药监部门申报新药证书及生产批件，并在获得批准后将头孢新药产品转让给乙方，该产品的所有权归乙方；2、囿于有关药品管理法规的制约，该新药产品的生产批文上所载的生产单位仍为甲方，但甲方承诺在取得生产批文后积极配合乙方办理委托加工手续，并在获准后立即转交乙方生产，甲方派人指导生产。三方同时约定：自合同生效之日起，甲方不再与第三方洽谈本头孢新药产品合作、转让事宜；乙方付清80%转让款后，甲方不再生产、销售本头孢新药；转让完成后，甲方不再拥有本新药产品，乙方独家拥有本产品并对其生产、销售负责；转让合同生效之日起，4·26协议、6·8协议均自行失效。

2006年12月31日，海南药监局认为康力制药公司药品生产不符合《药品生产质量管理规范》的要求，决定收回其所有的《药品生产质量管理规范认证证书》（以下简称药品GMP证书），并要求康力制药公司按药品GMP证书相关标准进行整改，整改完成后按法定程序申请复查。2007年5月21日，国家药监局向奇力制药公司核发载明药品名称为“头孢新药”的《新药证书》。同日，奇力制药公司获得国家药监局核发的药品名称为“头孢新药”的《药品注册批件》，药品监测期为4年，至2011年5月20日。奇力制药公司取得上述《新药证书》及《药品注册批件》后自行进行生产，并于2007年12月开始由其全资子公司交其他企业和个人代理销售。

2008年，奇力制药公司单方解除转让合同并通知了康力元公司和康力制药公司。

一审法院确认了本案的转让合同的标的为奇力制药公司研发的头孢新药技术之相关权利，认定了转让合同为技术转让合同，对其效力的阐述仅为“转让合同系三方真实意思表示，且合同内容未违反国家法律或行政法规的禁止性规定，属有效合同”。而二审法院对于转让合同的效力问题，认为虽然转让合同违反了《药品管理法实施条例》和国家药监局2007年10月施行的《药品注册管理办法》对监测期内批准新药的生产的相关规定，但是由于上述法规不属于效力性强制性规定，且《药品注册管理办法》实为部门规章，无法作为合同无效的法定事由，因此判定转让合同为有效合同。

康力元公司与康力制药公司不服二审判决，向最高法申请再审。奇力制药公司在提交的再审意见中称，转让合同违反了监测期内新药技术不得转让、不得批准其他企业生产和进口的规定，且转让合同受让方不具备受让头孢新药的法定资质。同时，认为转让合同违反了《药品注册管理办法（试行）》和《药品生产监督管理办法》的相关内容，因此违反了法律、行政法规的强制性规定，转让合同无效。最后奇力制药公司提出：“转让合同损害社会公共利益，应属无效合同”。

* 高放，浙江大学光华法学院民商法博士研究生。

[1] 《合同法》第52条为：有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

[2] 案件全称为“海南康力元药业有限公司、海南通用康力制药有限公司与海口奇力制药股份有限公司技术转让合同纠纷案”，最高人民法院（2011）民提字第307号民事判决书，载《最高人民法院公报》2013年第2期，第29-46页。下文简称“本案”。

（二）争点及裁判

虽然本案涉及了转让合同的效力问题、转让合同的履行、违约情况及能否继续履行问题、违约责任承担问题等相关争点，[3]但是根据最高院公报的“裁判摘要”，本案焦点主要集中在了转让合同效力的判定上，即“在合同效力的认定中，应该以合同是否违反法律、行政法规的强制性规定为判断标准，而不宜以合同违反行政规章的规定为由认定合同无效。在技术合同纠纷案件中，如果技术合同涉及的生产产品或提供服务依法须经行政部门审批或者许可而未经审批或者许可的，不影响当事人订立的相关技术合同的效力。”

本案最终裁判转让合同有效。最高院认为转让合同既涉及到新药技术转让和新药委托生产两方面内容，因此从这两方面阐明了转让合同有效的理由，其判决原文具体如下：

关于新药技术转让问题，我国一直由国家药监局以行政规章及规范性文件的方式加以规定。本案当事人签订转让合同时法律和行政法规没有关于新药技术转让的强制性规定，虽然行政规章对此有具体规定，但是这并不属于《合同法》52 条第 5 项中违反法律、行政法规的强制性规定而归于合同无效的情形。因此本案关于新药技术转让的约定是有效的。

关于药品委托生产的问题，《药品管理法》规定，经有关药品监督管理部门批准，药品生产企业可以接受委托生产药品。《药品管理法实施条例》规定，接受委托生产药品的，受托方必须持有与其受托生产的药品相适应的药品 GMP 证书。本案转让合同订立时，康力制药公司持有与涉案药品相适应的《药品生产许可证》和药品 GMP 证书，因此双方当事人关于委托康力制药公司生产涉案新药的约定不违反法律和行政法规规定。康力元公司虽没有相关资质，但其负责的是药品销售部分。因此，本案当事人关于药品委托生产的约定是有效的。

最高法《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条第一款规定，生产产品或者提供服务依法须经有关部门审批或者取得行政许可，而未经审批或者许可的，不影响当事人订立的相关技术合同的效力。因此康力制药公司是否能获得生产涉案新药的《药品生产许可证》和药品 GMP 证书，并不影响转让合同的效力。综上，转让合同应认定为有效合同。

二、《合同法》52 条第 4 项与第 5 项在司法审判中的适用

《合同法》52 条第 5 项规定了“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效。自最高院解释将此条款限缩为仅限于违反法律及行政法规的效力性强制性规定后，[4]对于违法合同效力的判定始终是理论界及司法实践中存在争议的问题。最高院公报的这则案例进一步明确了对行政规章的违反以及技术合同中当事人缺乏行政审批、行者许可资质并不影响合同的效力。这对进一步完善在审判实践中违法合同的具体内涵有重要的指导与明示作用。值得注意的是，就转让合同的效力问题，奇力制药公司在提交的再审意见中，明确提出了“转让

[3] 就本案的后两个争议焦点，最高院认为奇力制药公司未尽及时通知的合同义务，构成违约，应当承担违约责任。康力元公司与康力制药公司基于 4·26 协议和 6·8 协议已支付 110 万的研发费已转作转让合同价款。康力制药公司因药品 GMP 证书被收回影响其是否能得到新药行政审批及受让后能否生产该新药属于政府职能部门监督范畴，其后果自担，与奇力制药公司实现其转让合同债权无关，不属于因不可抗力使合同目的无法实现，因此不能判定解除转让合同，双方应继续履行该转让合同。就转让合同有效之后与此合同相关的合同解除、合同履行及违约问题与本文拟探讨的合同效力问题关系不大，故在后文中不做探讨。

[4] 1999 年最高院《合同法解释（一）》第 4 条；2009 年最高院《合同法解释（二）》第 14 条。

合同损害社会公共利益，属于无效合同”的请求，但是最高法在判决书中并没有涉及转让合同是否损害了社会公共利益的相关判定，也没有做出具体理由说明。根据《合同法》52 条第 4 项的规定，“损害社会公共利益”的合同无效。法律、行政法规、行政规章等任何法律性规范的制定都是以维护社会公共利益为基本目的和根本出发点的。那么，本案中对“行政规章”的违反或者行政资质、许可的欠缺或许也可以认定为因不利于维护社会公共利益继而造成了对社会公共利益的损害。这就牵涉到损害社会公共利益的合同与违法合同在无效合同认定中的适用关系问题，而且会产生即使不满足《合同法》52 条第 5 项规定，合同有效，但符合第 4 项损害社会公共利益合同应当无效的相反结果。暂且不论最高院在判决中没有说明不支持当事人请求的理由可能存在的失职问题，但就上述合同无效的两项规定而言，最高院并没有正面回应违法与损害社会公共利益在判定合同无效中的适用关系问题，也就错失了解决问题的机会。

以过往案例为出发点，能够清晰展现出《合同法》第 4 项与第 5 项在适用中出现的问题。就判定合同无效而言，涉及第 5 项之应用者占相当多数，而运用第 4 项社会公共利益的案例相对较少。这一方面证明实践中就第 5 项之限缩解释产生的争议数量可观，另一方面表现了第 4 项在适用中或许较难实际操作的问题。以下就能够涉及第 4 项与第 5 项之联系，特别是体现第 4 项社会公共利益原则之运用的典型案例做一简要介绍，以期找出在审判合同无效的实践中适用第 4 项与第 5 项的规律。[5]

（一）本案公报前的案例列举

1、江苏华电设计院诉泰州开泰房地产公司建设工程设计合同案[6]

该案中，华电设计院在签订设计合同时并无相应等级设计资质，交付设计图纸时，开泰房地产只签收了部分图纸，但在其签收部分图纸后，华电设计院取得了涉案设计合同所需要的等级的设计资质。

法院认为，最高院司法解释中“建设施工合同承包人在工程竣工前取得相应资质的，不影响其超越资质等级而签订的施工合同的效力”的规定在案件中可以类推适用，即合同履行中，成果交付前，取得相应资质不影响合同效力。因为其规范的目的都是为确保建设工程质量。合同有效。

2、海南安特电子公司与中国热带农业科学院债权转让合同案[7]

该案中，金融不良债权转让的程序、当事人资质和转让合同效力的相关规定由最高法发布的某《纪要》和国家部委的若干《通知》规定，涉案债权转让合同的内容违反了以上规定。

法院认为，虽然上述规定不属于效力性强制性规定，但是根据最高院《纪要》的精神，上述规定是为规范、管理和保障不良债权处置而发布的，是为了防止损害国家利益和社会公共利益。因此涉案合同内容因违反《纪要》规定会损害国家利益或社会公共利益，根据《合同法》52 条第 4 项，合同无效。

[5] 未经特别说明，以下案例均出自北大法宝案例数据库。

[6] 江苏省无锡市中级人民法院（2010）锡商再终字第 0003 号。

[7] 海南省高级人民法院（2011）琼民二终字第 23 号。

3、海南天雨投资公司、天源证券与西宁天行投资公司借款合同案[8]

该案中，签订涉案借款合同的当事人需要为有相应资质的金融机构。

法院认为，合同当事人均系无贷款经营资质的法人，借款协议违反了国家金融管理法规、扰乱了国家金融秩序，根据《合同法》52 条，认定合同无效。

4、巴菲特投资公司诉上海自来水投资建设公司股权转让纠纷案[9]

该案中，双方就国有产权委托他人以拍卖方式转让，签订股权转让协议。

法院认为，国资委、财政部制定实施的某《管理暂行办法》及上海市政府的某《管理办法》中的规定了与涉案合同相关的内容。虽上述规范性文件不是行政法规，但仍系依据国务院的授权对某《管理暂行条例》（系行政法规）的实施所制定的细则，符合其防止国有资产流失、避免国家利益、社会公共利益受损的原则。因此，违反上述规范性文件的规定损害了社会公共利益，根据《合同法》52 条第 4 项，合同无效。

5、张云龙与百汇公司外汇买卖委托合同案[10]

该案中，双方签订外汇买卖委托管理合同。张云龙为中国境内公民，百汇公司为住所地在外国的受托人。

法院认为，涉案外汇买卖合同违反了中国人民银行颁布的《个人外汇管理办法》的规定，违反了中国现行外汇管理制度，因此外汇买卖行为严重扰乱了我国市场经济管理秩序，损害了我国国家利益。根据《合同法》52 条第 4 项，合同无效。

6、上海弘正律师事务所诉中国船舶及海洋工程设计研究院服务合同案[11]

该案中，双方签订的代理服务协议上有“设计院如有调解、和解及终止代理等需与弘正律师所协商一致，否则以约定律师代理费额补偿弘正律师所经济损失”的约定。

法院认为，律师为获取自身利益最大化限制当事人依法享有的诉讼权利之行为不受法律保护，上述约定是一种对设计院试图单方调解或和解时的违约责任条款，这些行为加重了当事人的诉讼风险，侵犯了委托人的自主处分权，不利于促进社会和谐，损害社会公共利益，根据《合同法》52 条第 4 项，合同无效。

（二）第 4 项与第 5 项在适用中的交错

从《合同法》52 条第 4 项与第 5 项在适用上的关系来看，上述法院的裁判都承认了法律、行政法规、行政规章及其他的规范性法律文件均维护了社会公共利益。第 5 项被限缩为效力性强制性规范后，一些争议合同所违反的法律规范不符合第 5 项的要求，但仍然可以第 4 项违反社会公共利益为依据判定合同效力。如案例 2、案例 4 与案例 5，都涉及了违反法律、行政法规之外的非效力性强制规定，法院以损害社会公共利益认定了合同无效。法院的做法承认了《合同法》52 条第 4 项的法律漏洞补充作用，也就等同于承认了损害社会公共利益能够涵盖违反法律等规范性文件的情形，这也为理论上和实践中实现合同无效制度以损害社会公共利益为根本原因供佐证。

就涉及合同当事人资质、审批、许可等当事人资格问题的案例而言，案例 2 与案例 3 的涉案合同都因当事人欠缺相应资质而损害社会公共利益继而无效。理论上，某些合同因其

[8] 最高人民法院（2010）民二终字第 134 号。

[9] 上海市高级人民法院（2009）沪高民二（商）终字第 22 号。

[10] 上海市高级人民法院（2009）沪高民四（商）终字第 34 号。

[11] 上海市第二中级人民法院（2009）沪二中民四（商）终字第 450 号。

特殊性要求当事人具有特殊的缔约能力，即取得相关资质、审批、或许可，这是法律基于对合同履行以及合同目的实现的特殊利益保护而做出的要求。[12]例如技术开发者需有技术开发能力、建设工程的承包人需要有建筑施工企业资质等，这无非是以特殊合同标的之公益保护为根本原则。但是案例 1 所适用的规则似乎于此相悖。此案中合同订立时当事人超越其本有资质，但是法院判定合同履行中、成果交付前取得相应资质合同应当为有效。事实上本案最高院也做出了即使合同履行中当事人失去相关资质也不影响合同效力的判定。这种解释论上的扩张就引发了同法但案例结论相悖之尴尬。在合同当事人资质等相关问题中，若法律或行政法规规定了当事人应该当具有某种资格，那么欠缺资质是否属于第 5 项强制定规定的范畴合同应当无效？若第 5 项无法适用，基于社会公共利益保护的角度而要求特殊合同的当事人具有相应资质的案件中，当事人无资质是否又符合第 4 项损害社会公共利益即上述案件 2 与案件 3 的情形合同也应当无效，合同履行中的资质丧失又会不会影响社会公共利益？这是否与因没有资质而损害社会公共利益的问题相同？这一系列的问题都因《合同法》52 条第 4 项与第 5 项在司法实践中的适用界限不清而出现。而现在这种司法审判中的混乱基本是依靠具体的司法解释（例如本案中技术合同问题的相关解释）在个案中一一解决，这难免展现出我国合同无效制度立法上的缺陷。

（三）损害公共利益概念之扩张的可能

从《合同法》52 条第 4 项损害社会公共利益的内涵来看，上述案例体现出其不仅包括社会经济秩序（案例 3）、保护国有资产（案例 4）、国家利益（案例 5），甚至包括了私人利益和对行业秩序的保护（案例 6），这从某种程度上表明社会公共利益的含义完全可以将国家利益、社会利益、经济秩序、私人利益等《合同法》52 条的规定涵盖其中。这表明，法院在司法实践中也从某一侧面肯定了以损害社会公共利益作为合同无效唯一标准的可能。而事实上，最高院在 2009 年发布的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》中，就已经提出：“人民法院应当综合法律法规的意志，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。”并提到“如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。”[13]该意见本身就是对损害社会公共利益为合同无效根本原因的肯定。

三、损害社会公共利益的解释及发展

对于无效合同的判定，针对司法解释中“效力性强制性规范”的讨论已经很多，在此不再赘述。[14]但是对于损害社会公共利益而使合同无效的问题，无论是学说上或是审判实践中，都没有得到过多的重视。

从《合同法》52 条确立的合同无效制度本身来看，如何准确定位其第 4 项损害社会公

[12] 当事人缔结合同资质问题本涉及到《民法通则》中民事法律行为的实质要件问题，但因本文以《合同法》及合同理论为切入点，因此在文中不作出与《民法通则》相关的展开。

[13] 《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》，法发[2009]40 号第 16 点。

[14] 对于这个问题，耿林博士在其《强制规范与合同效力：以合同法第 52 条第 5 项为中心》一书中有详尽论述，中国民主法制出版社 2009 年版。

共利益会对其余几项的适用产生影响。52 条第 1 项“以欺诈、胁迫手段订立合同”与第 2 项“恶意串通”都要求了损害国家利益这一程度要件，第 2 项恶意串通要求损害国家、集体或者第三人利益，那么在同一法条中，如何区分国家利益、集体利益、第三人利益与社会公共利益？以国家利益为例，损害国家利益也会对社会公众产生不利影响，是不是也属于损害社会公共利益的范畴？针对违法合同，从法律维护社会秩序、保障基本权益的角度看，违法是否也是违反社会公共利益的体现？如此看来，损害社会公共利益或许是合同无效最基本的原因。

我国学界对合同无效制度的研究，虽学者们对《合同法》52 条第 5 项，尤其是对第 5 项的限缩解释颇有微辞，但较少主张将合同无效缘由完全转向损害社会公共利益上。如在 52 条第 4 项与第 5 项的适用关系上，崔建远教授认为，虽然两项规定都有强行法的特征，但第 5 项具有指引具体的强制性规定及引入公法强制性规定的功能，而第 4 项可能包含的强制性规定具有法律适用上的价值补充与漏洞填补功能，第 5 项只是第 4 项的特别法，为避免规范适用上的矛盾，应将第 4 项做目的性限缩。[15]王泽鉴教授就台湾地区的类似法条适用也有基本一致的观点。[16]

在全国人大法工委的解释中，《合同法》52 条第 1 项中损害国家利益的规定从目的上看是为了保护国有资产，防止国有资产流失；第 3 项以代理人与第三人勾结而损害被代理人利益为例，说明其立法目的主要是为了“维护正常的合同交易”。而对于第 4 项，明确说明了其来源为《民法通则》第 58 条第 5 项确立的社会公共利益原则，即“违反法律或社会公共利益”的民事行为无效，并且指出，在许多国家与此项规定相关的法律都规定违反公序良俗或者公共秩序的合同无效。[17]这样的解释呈现了《合同法》52 条各项规定之间层次分明、各司其职的立法目的，不过在很多国家的合同无效制度中，对上述解释中各种权益的保护都是归结在社会公共利益（或公序良俗、公共秩序）这一个概念之中的。[18]

作为大陆法系的代表，德国民法中法律行为无效事由由德国民法典第 134 条与 138 条规定。[19]其 134 条为：法律不另有规定的，违反法定禁止的法律行为无效。138 条第 1 款规定：违反善良风俗的法律行为无效。[20]我国《合同法》52 条的架构与此类似。在评价适用之中，德国民法 134 条的“违反法定禁止”并没有得到很好的效果。梅迪库斯教授指出，“第 134 条并不是径自规定违反法律禁令的行为无效，而只是规定，行为在‘法律没有相反规定的情况下’才是无效的”，即“不能从第 134 条规定本身推导出无效的后果，而只有通过对有关法律禁令的解释，才能得出这种无效性”。因此梅迪库斯教授称第 134 条为“几乎没有什么作用的规范”。而对于第 138 条的善良风俗条款，与 134 条相较，其所指应属于“非法律的秩序”。[21]通过对典型案例的列举式说明，违反善良风俗至少包含了信贷担保（如过度担

15 参见崔建远：《合同法总论（上卷）》（第二版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 328 页。

16 参见王泽鉴：《民法概要》，北京大学出版社 2011 年版，第 76 页。

17 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 2013 年版，第 101、103、104 页 。

18 在合同无效制度的范围内，各国采取的概念为公序良俗、公共政策或社会公共利益，其含义差别不大，因此在下文中对这几个概念不作区分。

19 由于大陆法系许多国家将合同视为典型的民事法律行为，因此合同无效之相关规定都直接援引法律行为无效之规定。

20 陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社 2010 年版，第 49、50 页。

21 [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 483、510 页。

保危害债权人）、违反职业道德、违反性道德、暴利行为等内涵。[22]最近的欧洲示范民法典草案中，规定了违反欧盟成员国法律确认的基本原则的合同无效，同时规定，根据上述原则并非无效但违反了法律强制性规定的合同，“如果强制性规定明确规定了违反该规定对合同效力的影响，从其规定”。[23]

从立法发展的趋势看，德国或言欧洲私法的无效制度仍然保留了二元理论，即违法与违反公序良俗并存。但就梅迪库斯教授提出的问题，仍然无法得到圆满解决。对于违法合同，解释论上的工作仍是判定合同无效的重中之重，与我国《合同法》52 条第 5 项在适用中产生相似问题也依然无法解决。如苏永钦教授所言，此项违法合同的规定无法单独适用作为判案的依据，它只能以转介条款的角色充当连接公法与私法的桥梁，这使我们陷入了“以问答问”的困难局面。[24]这样也必然增加司法审判成本，引起社会资源的不必要浪费。

反观英美法系合同无效制度的规定，以美国法为例，则以违反公共政策的合同没有强制执行力为基本规则，采取典型的合同无效事由一元论。[25]在第一次合同法重述中，规定了违法协议（illegal bargains）没有强制执行效力，但在条文的评论中指出此违法协议所依据的规则是“成文法或者法院根据公共政策发展的法律”，同时说明更经常的合同无强制执行力的原因是“承诺的对价或者履行是违背公共政策的”。[26]发展到第二次合同法重述即美国目前最普遍适用合同法规则时，学者们舍弃了违法协议的说法，以单独章节规定违反公共政策的合同没有强制执行效力，并将违法合同纳入违反公共政策的范畴之中。[27]虽然自 19 世纪以来英美法系国家就试图为公共政策进行分类以期将过往判例及成文规范涉及的内容全部涵盖其中，但是法学家和法官们总是很难达成这个目的。不过能够总结出的一点规律是：在公共政策原则的适用中，法官们无需对具体合同违反的“法”之效力位阶做出解释，只需运用自由裁量权做出制度利益与公共利益的衡量，就能解决合同强制执行力的判定问题。

就德国法与美国法中合同合同无效制度的发展来看，二者都证明了违法并非判定合同无效最便捷、最直接的理由。而美国法中从违法合同论到公共政策说的变化更加明显得体现了合同无效制度理论的变化趋势。实际上我国学者也有主张将损害社会公共利益作为合同无效的根本原因。[28]当然，需要强调的是，损害社会公共利益的合同无效并不等于一刀切的做法，由法官在个案中做出合同效力缓和及具体的利益衡量也是合同无效制度中的关键问题。

四、损害社会公共利益在本案中适用的可能

本案再次印证了《合同法》52 条第 5 项无法在判定合同无效中直接适用、必须依靠法

22 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 511-547 页。

23 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著：《欧洲示范民法典草案：欧洲私法的原则、定义和示范规则》，高圣平译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 178-179 页。

24 参见苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社 2012 年版，第 293-314 页。

25 美国合同制度中没有合同无效的概念，与之相对应的是合同没有强制执行力的规则，因此本文以此作为比较法之出发点。

26 Restatement (First) of Contracts § 512 (1932), Comment a & d.

27 Restatement (Second) of Contracts § 178 (1981).

28 黄忠博士为少数支持在我国实行与美国类似的合同无效公共利益一元论的学者，其观点在《违法合同效力论》一书中有详尽的阐述，法律出版社 2010 年版。

院在个案中进行具体解释的问题。如前文论及，第 5 项只能以转介条款的角色连接公法与私法，其自身无法直接适用必然引起在每一例相关案件中都要解释可能涉及的法律文件的效力位阶及具体规定的定位问题。虽然这为各法院留下了庞大的解释上的工程，但就此而言，最高院公报至少利用本案了说明某些法律性文件不符合第 5 项的规定。具体而言，转让合同的内容违反了《药品管理法实施条例》对于新药在监测期内不得转让的规定，虽然《药品管理法实施条例》是国务院颁布的行政法规，但是本案所涉及的规定不属于效力性强制性规定，因此并不适用。2007 年颁布的《药品注册管理办法》虽也对药品监测期及新药技术转让有相关规定，在本案中依然无法适用。原因是此办法的出台时间在合同签订后、履行中，按照法无溯及既往之效力不得引做依据，更重要的是此办法本身就属于部门规章而无法作为定案依据。虽然在最高院判决书中仅草草几句排除了行政规章和非强制性规定的适用，但是结合一审与二审法院认定的事实，至少能将其解释为上述规范性法律文件及相关内容。

本案裁判强调的最高院解释“技术合同涉及的生产产品或提供服务依法须经行政部门审批或许可而未经审批或许可的，不影响相关技术合同的效力”，扩充了当事人资质对合同效力影响的相关规定。但是，前述案例 1 与本案都属于与理论相悖的特殊司法解释，突破了当事人资质的特别规定。从合同的有效要件看，当事人缺乏缔约能力本就是对民事行为有效的法定条件的违反，合同自然不该有效。最高院在本案中的采用的司法解释或许直接相悖于法律规定。[29]当然，以本案之特殊性为出发点，确认转让合同的效力更能有效保护合同当事人的利益，最高院裁判并无不妥。仅在合同无效范围内讨论，如果试图为缔约当事人缺乏缔约资质寻找合理的依据，那只能依靠《合同法》52 条第 5 项，但第 5 项又着实被限缩在有限的概念范围内，此时，第 4 项就可能成为最贴切的规范依据。结合前文提及德国及美国的合同无效制度发展，也能略微体会到扩充社会公共利益的适用能够起到将复杂问题简单化的作用。

以反面观之，最高院在本案中忽视奇力制药公司关于“损害公共利益”的请求，对此一可能颠覆裁判结果的问题没有任何理由阐述，实为遗憾。作为最高院公报的一则重要案例，其成为先例规范案例的可能性不言而喻，若能够在本案中解决《合同法》52 条第 5 项与第 4 项的适用交叉问题，其指导性价值则会更为突出。假设以美国法之违反公共政策为借鉴，在本案中以当事人缺乏资质违反了相应的规范性法律文件，从而有损于此法律文件所保护的公共政策，在我国即为损害了社会公共利益，本案也可以得到圆满解决。且根据前文典型案例的列举，我国司法实践实际上已经将社会公共利益的内涵扩大化，本案以此为依据也尚无不可。不过，就个案的特殊性而言，法官自当需要具体分析并妥善衡量其损害的公共利益之程度，最终判定是否要因此而决定合同无效。

本案转让合同标的十分特殊，是与药品相关的技术转让和委托生产。抛开技术合同当事人需要特殊资质之争点，单独讨论康力制药公司没有头孢新药的药品 GMP 证书却接受该药品技术转让，会存在威胁国家药品安全的隐患。药品不同于一般的商品和货物，它直接关系到人民的生命健康安全，对药品生产和药品安全的严格控制是维护社会公共利益、维护社会成员利益的重要内容。前述公报前的案件已经为社会公共利益容纳社会金融、经济秩序、保

[29] 对缔约人资质相关问题，崔建远教授明确指出：“从立法论的角度审视，我国现行法关于缔约人的资质影响合同效力的规定，有的需要反思。”参见崔建远：《合同法总论（上卷）》（第二版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 298 页。

护国有资产、维护外汇制度甚至保护私人利益、维护行业秩序等内容做出了肯定，可见在合同无效中的社会公共利益概念之运用并非学者所提倡的“目的性限缩”解释。[30]本案中，若转让合同有效，康力制药公司在未来的头孢新药生产中造成了对药品管理以及国家药品安全的危险，损害了社会公共利益，此时相关药品生产资质审批的行政部门可能存在失职行为，但是判决转让合同有效的最高法或许也应该承担部分责任。本案转让合同包含技术转让与委托生产两部分，衡量社会公共利益的影响也要从不同方向考虑。就委托生产而言，此类承揽合同以完成工作即药品生产为主要义务，因此与建设工程合同类似，要求承揽人必须具有完成工作之资质，缺乏相关资质自然存在当事人不适格的问题，所以对合同效力产生决定性影响。但是技术转让合同则与买卖合同类似，原则上，除非转让的标的属于限制或禁止流通物，当事人资质本身不会影响到合同的效力问题。而依现代合同法理论，通常认为即使是限制流通物，其最多涉及合同履行不能，而不会影响合同本身的效力问题。若仅以合同的未来履行可能损害社会公共利益而否定技术转让合同的效力，会产生法律对当事人意思自治的过分干预，也不利于保障交易自由。因此，在损害社会公共利益的运用上，法院应当有严格的把握与控制。

五、余论

将损害社会公共利益作为判定合同无效的根本事由，综上之讨论，能够进一步解决对“效力性强制性规定”的争议，也能简化《合同法》52 条特别是 52 条第 5 项在司法审判中的适用，但是，就损害社会公共利益的判断上看，仍存在一定的疑问。社会公共利益具体规范合同的哪一个阶段尚未明确。合同的订立、合同的主给付义务本身、合同的履行都分别可能对社会公共利益造成损害。例如毒品生产的合同效力究竟如何考量；若仅在合同履行中损害了社会公共利益，据此否定合同的效力是否合适等问题都有待讨论。

结合本案来看，以合同无效之理论而言，本案康力制药公司在合同签订后才丧失了药品 GMP 证书，即在合同履行时，当事人失去了履行合同所必需的资质，这时除了需要判定合同效力的问题之外，也可能涉及合同解除的情形。合同成立后符合生效要件即为有效，继而发生合同权利义务的履行。康力制药公司失去药品 GMP 证书产生的直接后果是无法完成新药的委托生产，即合同履行不能，且属于在合同成立后发生履行不能的情况，属于嗣后履行不能。而“依通常见解，嗣后不能并不影响合同的效力”，[31]仅会引发合同解除或风险负担等后果 。本案转让合同自身也违反了合同签订后颁布的新法即《药品注册管理办法》关于监测期内新药不得转让的规定。在扩大损害社会公共利益之运用的层面上，可暂且不论该新法的效力位阶。则转让合同的嗣后违法产生了合同效力判定问题。那么，合同嗣后履行不能与嗣后违法的效果究竟在同一合同中要做怎样的判断？我国的无效是自始、绝对、当然的无效，自始无效的法律行为“成立时即存在无效事由而致无效”，与之相应的嗣后无效则是指“法律行为成立后始发生无效的原因为归于无效”。而“法律行为的内容嗣后违背善良风俗或与嗣后颁行的法律禁令相抵触”被视为典型的嗣后无效情形。[32]理论上讲，本案无论从康力制

[30] 参见崔建远：《合同法总论（上卷）》（第二版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 328 页。

[31] 韩世远：《合同法总论》（第三版），法律出版社 2011 年版，第 410 页。

[32] 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 301 页。

药公司被收回药品 GMP 证书可能会损害社会公共利益的角度看，还是从转让合同违反之后的《药品注册管理办法》看，都属于上述嗣后无效的情形，此时合同的无效是否为我国《合同法》52 条规定的范畴？“嗣后无效在中国尚未形成完善的法律制度及其理论，需要站在立法论的立场加以探讨”。[33]就合同嗣后与新法冲突该适用合同解除还是无效的问题，崔建远教授指出：“假如新法或者修正了既有的法律致使合同违法，仍然适用合同解除制度，则可能因解除权的不行使而使违法的合同得以存续乃至履行完毕，导致新的法律规范形同虚设，立法目的落空。”[34]如此看来，本案中同时存在了因合同嗣后履行不能产生的合同解除与因合同嗣后违法产生的合同无效两个问题，此二者的冲突亦是本案遗留的问题之一，尚待解决。而最高院对本案合同嗣后违法的排除适用，恰能为解决上述问题的指导体现一二。但若损害社会公共利益之缘由在本案中做扩大性适用，问题则相较复杂。这也在一定程度上证明，损害社会公共利益在司法实践中也并非可以做无限制的扩大性解释。衡量损害社会公共利益与违法的损益将会是合同无效制度发展中的关键。

利用法律将合同判定无效，本就是限制私法自治及契约自由的典型表现，应当严格限制。最高院虽然在本审判中存在纰漏之处，但其进一步明确的强制性规定问题仍对此后的审判工作有十分积极的指导意义。当然，其忽略的社会公共利益之处也可能成为今后法院在司法实践中的明镜。

[33] 崔建远：《合同法总论（上卷）》（第二版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 304 页。
[34] 崔建远：《合同效力瑕疵探微》，载《政治与法律》2007 年第 2 期。

“目的性限缩”在行政审判中的适用规则

——基于最高人民法院指导案例21号所作的分析

黄　锴*
（浙江大学光华法学院，浙江杭州 310008）

摘　要：指导性案例的参照效力一直来众说纷纭，指导案例 21 号带来了一种新的可能性，即裁判思路的“参照”。在该案中，法官面对适用既有规定可能带来不正义的情况下，采用了目的性限缩的方法进行裁判。目的性限缩需要规则悖反作为适用的前提，规则悖反的处理与现代行政法之间并不存在抵触，在个案中认定规则悖反则需要以“不可容忍的程度”作为标准。同时，目的性限缩需要限缩技术作为依托，在对行政法规范的立法目的进行把握时尤其应当注意逆推法与体系性思考，在对构成要件进行类型化时则需紧密结合立法目的的内在层次。指导性案例 21 号在裁判思路上与学理上目的性限缩的适用规则相差甚远，仍需精细化、说理化。

关键词：指导性案例　目的性限缩　规则悖反　立法目的

目次

一、指导性案例的另一种可能：裁判思路的“参照”
二、指导案例 21 号之剖析
（一）案情概要
（二）判决思路
三、规则悖反：目的性限缩适用的前提
（一）规则悖反及其属性
（二）规则悖反与依法行政
（三）规则悖反在个案中的认定
四、限缩技术：目的性限缩适用的依托
（一）立法目的之探究
（二）构成要件之类型化
（三）小结
五、结语

* 作者简介：黄锴，浙江大学光华法学院博士研究生。

一、指导性案例的另一种可能：裁判思路的“参照”

自 2010 年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》出台以来，最高人民法院已先后发布五批、共计 26 个指导性案例，其中行政法案例 5 个。行政法学界对已发布的指导性案例给予了密切的关注和深入的研究，[1]已有的成果均把研究的重心放到“裁判要点”之上，对实体问题梳理展开，寄希望指导性案例的“裁判要点”对下级法院的判决产生拘束力，发挥“同案同判”的效能。[2]遗憾的是，至今在行政审判实践当中指导性案例的这一作用未曾显现。部分学者开始思考：《最高人民法院关于案例指导工作的规定》所称的“参照”效力究竟为何？[3]其实早在案例指导制度设立之前，时任最高人民法院副院长、“案例指导制度与司法统一研究”课题负责人苏泽林就公开撰文论证建立案例指导制度的初衷，其中将目前司法中存在的问题归结为两点：一是立法粗糙，司法解释仍然不能弥补立法的不足；二是法官职业素养和职业道德参差不齐，错误地行使自由裁量权，使得法律和司法解释得不到有效落实。[4]可见，案例指导制度从建立初始就预设了双重目标，除了现下被广泛关注的实体规则的提供之外，另一重目标——裁判思路的授予是我们所一直忽略的。笔者以为，案例指导制度并非强行地统一所有相同或相似案件的判决内容，而是为了统一判决所依赖的判决理由的形成方式、分析方法和法律思维模式，也只有在这个意义上，“参照”也才具有实际价值。

笛卡尔曾说：“行动十分迂腐的人，只要始终循着正道前进，就可以比离开正道飞奔的人走在前面很多。”[5]从指导性案例中提取的裁判思路的重要性在某种程度上将大于从中提取的实体问题解决方案：一方面，经过最高人民法院审查并发布的裁判思路可以为今后法官判决相似乃至不同的案件提供一种捷径；另一方面，经过分析修正的裁判思路可以对法律适用者的裁判过程进行事后审查，发现他们在思考过程中是否遗漏了重要的环节。基于以上分析，指导案例 21 号（内蒙古秋实房地产开发有限责任公司诉呼和浩特市人民防空办公室人防行政征收案）需要我们给予足够的重视和系统的解剖，因其涉及到的行政审判中“目的性限缩”（teleologische Reduktion）[6]方法的适用问题在当下规范制定主体纷乱、规范制定水平低下的行政法领域具有相当的普适性。下文将以该案为分析对象，重现法官在本案判决过程中的思考，继而从学理的角度对其进行解释和剖析，论述目的性限缩方法在行政审判中运用的正

[1] 截至 2014 年 3 月，笔者检索到的以指导案例 5 号和指导案例 6 号的研究已有将近 10 篇，遑论以此为素材的论述。其中具有代表性的研究有：章剑生：《行政诉讼中规章的“不予适用”——基于最高人民法院第 5 号指导案例所作的分析》，《浙江社会科学》2013 年第 2 期；章志远：《法定行政程序的扩张性解释及其限度——最高人民法院 6 号指导案例之评析》，《浙江社会科学》2013 年第 1 期；张旭勇：《“不予适用”的依据与参照适用范围——最高人民法院指导案例 5 号评析》，《浙江社会科学》2013 年第 1 期；李文海：《地方政府规章设定行政许可的“上位法”限制——以最高人民法院发布的指导案例 5 号裁判要点 1 为分析对象》，《政治与法律》2013 年第 2 期；石肖雪：《行政处罚听证程序使用范围的发展——以法规范与案例的互动为中心》，《华东政法大学学报》2013 年第 6 期。

[2] 相关观点参见王利明：《我国案例指导制度若干问题研究》，《法学》2012 年第 1 期；张志铭：《中国法院案例指导制度价值功能之认知》，《学习与探索》2012 年第 3 期。

[3] 如陈兴良教授认为，指导性案例只是一种与司法解释相似规则载体而已，其与“判例”的功能有本质差别。陈兴良：《我国案例指导制度功能之考察》，《法商研究》2012 年第 2 期；秦宗文副教授认为，指导性案例所具备的是一种柔性的调控功能，法官在实践中可以选择用或者不用。秦宗文：《案例指导制度的特色、难题与前景》，《法制与社会发展》2012 年第 1 期。

[4] 苏泽林、李轩：《论司法统一与案例指导制度的完善》，《中国司法》2009 年第 3 期。

[5] [法]笛卡尔：《谈谈方法》，王太庆译，商务印书馆 2000 年版，第 8 页。

[6] 需要注意的是，目的性限缩又常常被翻译为“目的论限缩”，考虑到行文的统一性，本文均使用“目的性限缩”这一表述。

当性及其规则，为法官今后在其他案件中遇到相似情形提供裁判思路。

二、指导案例 21 号之剖析

（一）案情概要

由于本案原告秋实房地产公司在呼和浩特市如意开发区新建的经济适用住房“秋实第一城”工程未同时修建战时可用于防空的地下室，2009 年 6 月 18 日被告呼市人防办对秋实房地产公司作出《呼和浩特市人民防空办公室征收防空地下室易地建设费决定书》，根据《人民防空工程建设管理规定》、《内蒙古自治区实施<中华人民共和国人民防空法>办法》等相关规定，决定征收防空地下室易地建设费 172.46 万元。秋实房地产公司不服征收决定，提起行政诉讼。原告提出的主要理由为，根据《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》、《经济适用住房管理办法》的规定，作为行政事业性收费的防空地下室易地建设费应属于免除的范畴，被告的行政决定违反该规定。

本案的争点可以归纳为：（1）易地建设费是否属于行政事业性收费；（2）若属于行政事业性收费，则意味着上述《人民防空工程建设管理规定》、《内蒙古自治区实施<中华人民共和国人民防空法>办法》与《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》、《经济适用住房管理办法》存在法律冲突，在适用中应该优先适用何种规定；（3）当选取某一种规定时，是否可以径行适用，而无需考虑其他因素。

（二）判决思路

对于以上三个争点，本案二审判决书所呈现的思路基本也是可以一一对应的。对于争点（1），根据《人民防空工程建设管理规定》第 54 条第 2 款之规定，“建设单位缴纳易地建设费后，人民防空主管部门应当向建设单位出具由财政部或者省、自治区、直辖市人民政府财政主管部门统一印制的行政事业性收费票据”，由于财政票据与收费性质存在对应关系，[7]可以判定本案中所收取的易地建设费属于行政事业性收费。由此，我们将面临争点（2），为便于分析，笔者将该争点所涉及到的法条整理如下：

名称	制定机关	制定时间	相关条文及内容
《人民防空工程建设管理规定》	建设部、财政部等四部委	2003 年 2 月 21 日	第 48 条第 1 款：按照规定应修建防空地下室的民用建筑，因地质、地形等原因不宜修建的，或者规定应建面积小于民用建筑地面首层建筑面积的，经人民防空主管部门批准，可以不修建，**但必须按照应修建防空地下室面积所需造价缴纳易地建设费**，由人民防空主管部门统一就近易地修建。
《内蒙古自治区实施<中华人民共和国人	内蒙古自治区人大常委会	1999 年 9 月 24 日	第 38 条：城市新建民用建筑应建防空地下室而不建又拒不交纳易地建设费的，由旗县以上人民防空主管部门对当事人给予警告，**责令限**

[7] 《财政票据管理办法》（财政部令第 70 号）第 3 条第 2 款规定：“财政票据是财务收支和会计核算的原始凭证，是财政、审计等部门进行监督检查的重要依据。”

民防空法>办法》			**期修建或者缴纳易地建设费**，并处建设单位十万元以下罚款。
《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》	国务院	2007年8月7日	第16条：廉租住房和经济适用住房建设、棚户区改造、旧住宅区整治**一律免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费**和政府性基金。
《经济适用住房管理办法》	建设部、财政部等七部委	2007年11月19日	第8条：经济适用住房建设项目**免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费**和政府性基金。

通过表格，可以清晰地看到四个规范性文件之间的紧张关系：根据《人民防空工程建设管理规定》、《内蒙古自治区实施<中华人民共和国人民防空法>办法》的规定，未建防空地下室的建设项目（该处的项目显然是包括经济适用住房建设项目）应缴纳易地建设费；根据《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》、《经济适用住房管理办法》的规定，经济适用住房建设项目免收易地建设费（在上述争点中已将易地建设费纳入到行政事业性收费当中）。《立法法》第79条规定："行政法规的效力高于地方性法规、规章。"《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》相当于行政法规，[8]其效力高于作为地方性法规的《内蒙古自治区实施<中华人民共和国人民防空法>办法》和作为部门规章的《人民防空工程建设管理规定》，所以在本案中适用《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》的规定亦不存在异议。[9]于是，我们将所有目光聚焦到争点（3），也即在本案中我们能否径行适用《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第16条之规定，免除秋实房地产公司的易地建设费呢？根据法适用的一般逻辑，[10]因"秋实第一城"工程系经济适用住房项目，符合规范的构成要件，应当产生规范的法律效果，即免除属于行政事业性收费的易地建设费，这似乎是顺理成章的。然而本案主审法官却作出了相反的论证：

> 国务院《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第十六条和七部委的《经济适用住房管理办法》第八条虽然规定经济适用住房建设免收各种行政事业性收费，但该规定调整的对象是合法建设的行为人，不包括违法行为人，否则就会造成违法行为的成本小于守法成本的情形，违反立法的目的。秋实房地产公司对必须建设的人防工程没有建设，属于违法行为，不适用上述规定。

在这里法官在上述规范的构成要件部分加入了一个新的变量，即"合法建设行为人"。唯有

8 这里需要强调的是对于"国发"、"国办发"的文件效力学界一直存在争议，但在实务中，司法机关普遍将其效力等同于行政法规。章剑生：《依法审判中的"行政法规"——以<行政诉讼法>第52条第1句为分析对象》，《华东政法大学学报》2012年第2期。

9 关于争点（2），二审判决书中虽无展开之阐述，然而在最高院行政庭编辑的本案评析中有充分之论证。论证中对四个规范性文件的位阶、新旧、特别与一般均进行了分析，笔者以为，若在位阶上已分出高下，其后的新旧、特别与一般实无分析之必要。参见最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》（第2卷），中国法制出版社2011年版，第60号案例，第128-130页。

10 拉伦兹指出，法适用的逻辑是：只要构成要件在某具体案件事实中被实现，对此案件即应赋予法效果。[德]拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第150页。

在符合"经济适用住房项目"和"合法建设行为人"两个构成要件时，才能产生"免除易地建设费"的法律效果。但是"合法建设行为人"这一要件却并不当然地蕴含在规范的文义之中。在本案的评析中，最高人民法院行政庭指出这是一种"目的性限缩"的方法。[11]

司法裁判应当追求正义，然而这一追求必须被严格限制在法律容许的范围内。[12]何谓"法律容许的范围"？笔者认为，在实体上，它必须符合普遍承认的法律原则；在程序上，它必须是透过精密的解释或者漏洞补充规则予以实现。在本案中，法官在判决中用到了"造成违法行为的成本小于守法成本的情形"这一理念对规范进行了"目的性限缩"。那么在本案中运用目的性限缩是否存在适用的前提——实体上是否符合行政法的基本原理？同时，在本案中运用目的性限缩是否依托于精致的技术——程序上是否能通过系统论证达到法律适用的目的？下文将分两部分对此展开分析论证。

三、规则悖反：目的性限缩适用的前提

在指导案例21号中，法官所面临的困境是，案件事实看似已达到法规范的构成要件，但却不适宜产生法规范的法律效果。该种困境并非只出现在本案当中，可以说在我国的行政审判实践中是广泛存在的。笔者对最高人民法院行政庭编的《中国行政审判案例》已出版的四册，共计160个案例进行了分析，即发现其中的第32号案例（上海盈元服饰有限公司诉上海市浦东新区人力资源和社会保障局社会保障行政确认案）[13]、第65号案例（吕贵国诉辽宁省大连经济技术开发区国土资源和房屋局房屋拆迁行政裁决案）[14]等案件也存在类似困境。其实，学理上早已发展出"规则悖反"这一概念作为该种现象的分析工具。

（一）规则悖反及其属性

所谓规则悖反，是指规则对某一事实问题虽已设有规定，但依法律的内在体系及规范目的，应将其视为一种特殊情况（即适用规则的裁判结果让人难以接受），而应设置文义外的限制性规则的情形。[15]换言之，一项规则据其字面意思可能过于宽泛，以致从正义的角度来看不应适用该条规范的情况也一并纳入其适用范围。[16]需要指出的是：（1）规则悖反所面临的问题是案件事实有规则可依，只是适用规则将导致不正义；（2）规则悖反需要通过设置限制的方式来消解，该限制不属于规则文义的范畴之内。

法律适用的基本方法可以归纳为法律解释、法律续造两种，[17]法律续造又可根据续造的程度不同区分为法律漏洞补充和创设型法律续造。[18]由于规则悖反的消解依赖于在文义之外

11 最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》（第2卷），中国法制出版社2011年版，第60号案例，第130页。

12 [德]拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第144页以下。

13 在本案中若径直适用《工伤保险条例》第16条第（一）项的规定，上下班途中驾驶未经年检的机动车发生事故导致的受伤不能认定为工伤。最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例》（第1卷），中国法制出版社2010年版，第173-177页。

14 在本案中若径直适用建设部《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》第8条的规定，由于拆迁人原因导致房屋灭失，当事人提出行政裁决申请，房屋拆迁管理部门不予受理。最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》（第2卷），中国法制出版社2011年版，第158-162页。

15 陈林林：《基于法律原则的裁判》，《法学研究》2006年第3期。

16 [德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第94页。

17 法律解释与法律续造的不同之处在于，法律解释只在可能的文义范围内为之；而法律续造，只在可能的文义范围外为之。黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第445页。

18 有关法律漏洞补充与创设型法律续造的区别详见黄锴：《法律续造在行政处罚法中的适用及限制——以"黄灯案"为分析对象》，《政治与法律》2013年第8期。

设置限制，所以其非法律解释所能解决，而系法律续造所针对之对象。由于规则悖反的解决仍攀附于规则本身，而非脱离规则之创造，所以其非创设型法律续造的对象，而系法律漏洞。更进一步，法律漏洞又有明显的漏洞和隐藏的漏洞之分：明显的漏洞是指对于某一类型事物，法律应当予以规范却没有规范，或者说有若干指示，但欠缺期待中的具体规则；隐藏的漏洞是对于某一类型事物，按照法律体系精神本应该消极地设定限制，却没有设定限制。[19]规则悖反又可被纳入到隐形的漏洞的行列之中。基此，可以将规则悖反的属性归纳为法律漏洞中的隐形漏洞问题。

（二）规则悖反与依法行政

传统行政法学的问题意识在于如何调整处于不平等地位的行政机关与相对人之间的关系，由此产生“法治国家”的理念，并分化为“法律优位”和“法律保留”两大原则。[20]法律保留原则进一步生发出“自限”原则，即行政机关要受其自定规则的约束。[21]由此，行政行为必须囿于整个规范系统，超出规范系统所作的行为即为不法行为。我国行政法发源于苏联“行政管理法”的理念，然而随着西方学理的传入，“管理行政法”的理念、“控权”的思想很快为我国学界所接受。[22]理论的呼吁得到实践的反馈，1999 年至 2010 年十余年间国务院和国务院办公厅先后发布四个推进依法行政的文件，这使得“依法行政”成为支撑我国行政法学理和实践的价值基点。一般认为，依法行政是指行政行为只有依法而行，才能具备合法律性。[23]同时，依法之“法”则往往被扩张解释为法律、法规和规章。[24]那么，是否意味着由于存在法律、法规和规章的高压线，行政机关难以径行处理须在文义之外解决的规则悖反难题呢？不得不承认，面对纷繁复杂的社会现实，在行政实践中若一味要求行政机关遵循规范之文义将会使现实中的问题得不到实效性的解决，但若给予其肆意“造法”的权力又将导致行政行为缺失了权力分立所带来的正当性。

齐佩利乌斯教授指出，能否处理规则悖反“这一权衡并非在任何时代都是以同样的方式得到解决的。在人类的法历史上，存在更强调形式主义和法律安定性的时代，也存在更强调个案正义的时代。这些倾向对法产生影响，直至具体的司法判决”。[25]改革开放以来，中国社会进入到高速发展的时代，新兴领域不断产生，相应的法律规范也不断出台，不可避免地滞后的规范难以跟上瞬息万变的事实，而产生诸多的“体系违反”，规则悖反即是其中一类。此时行政机关能动地适用条文的价值远大于被动地困守条文原意，因此实质合法或称正义比之形式合法或称法的安定性为公众更能接受。[26]随之而来的，传统的“传送带”模式因法律适用者的能动性格难以发挥其本来的作用，控制行政的手段不得不另寻他途，此时，人们发

19 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 265 页。

20 [德]沃尔夫等：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆 2002 年版，第 334-347 页。

21 [法]里韦罗等：《法国行政法》，鲁仁译，商务印书馆 2008 年版，第 37 页。

22 据笔者的整理，最早接受这一观念的文献为：罗豪才主编：《行政法学》，中国政法大学出版社 1989 年版。

23 王锡锌：《依法行政的合法化逻辑及其实现情景》，《中国法学》2008 年第 5 期。

24 国务院《全面推进依法行政实施纲要》（国发（2004）10 号）第 5 条规定：“行政机关实施行政管理，应当依照法律、法规、规章的规定进行；没有法律、法规、规章的规定，行政机关不得做出影响公民、法人或其他组织合法权益或增加公民、法人或其他组织义务的决定。”

25 [德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社 2009 年版，第 95 页。

26 相关观点及实例参见何海波：《实质法治：追求行政判决的合法性》，法律出版社 2009 年版，第 293 页；沈岿：《公法变迁与合法性》，法律出版社 2010 年版。

现通过设计一系列行政程序可以促进行政行为的准确性、合理性以及可审查性。[27]然而，由于程序是一个角色分配的体系，[28]程序的进行必须通过行政相对人的参与，此时行政相对人与行政机关站在同一个高度上交涉对话。因此，传统行政法的问题意识，即调整处于不平等地位的行政机关与相对人之间的关系不再是行政法学的核心命题，“自限”、“控权”等理念也不再具有基石的地位。[29]

随着行政法的结构性变迁，我们对依法行政的理解也应从传统走向现代，即依法行政不再是被动的恪守教条，而是主动的适用法律。易言之，所谓依法行政应当理解为只要行政机关不违反法律的强制性规定，基于行政任务而创造性地从事行政活动，也是具有合法性的。正如学者指出的：“传统经由解释以确定法概念内涵或外延之方法已无法因应变动不拘之各种行政事项，期概念之确定往往必须大幅度参照或依赖具体情事发展状况后，予以重新界定。简言之，法规范之适用，已非单纯‘垂直的、阶层式的法解释’问题，尚须考虑‘水平的、类推式的法具体化（法创造）’问题。”[30]因此，依法行政与规则悖反的处理之间的张力可以得到消解，作为法律适用者的法官在对行政行为进行审查时也须切实把握依法行政的新内涵，通过法律适用方法促进行政机关能动地执行法律。

（三）规则悖反在个案中的认定

规则悖反的处理须以规则悖反的存在为前提，这就需要回答在个案中如何认定规则悖反的问题。拉德布鲁赫针对“实定法与正义冲突之际”的解决公式为我们提供了一种认定的思路，这一解决公式即为著名的“法律的不法与超法律的法”：“依据国家权力并正确制定的实证法规则具有优先地位，即使该规则可能是不公正的，并且违背大众福利。但当规则违背正义达到不可容忍的程度以至事实上成为‘非法的法律’时，它必须向正义作出让步。”[31]在这里所谓“实定法向正义作出让步”，就是要求法官着眼于具体正义，针对规则悖反创设既有规则的限制性例外。然而，该标准在具体适用时仍存在其不足之处，即这里的“不可容忍的程度”仍是一个不确定的概念，需要法官在个案中予以把握。

当我们将目光回到指导案例 21 号中时，我们发现若法官按照《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第 16 条判决免除原告易地建设费后，将会导致自本案开始的经济适用住房项目的建设者出于利益的考虑均以地质、地形等不宜修建为由拒绝修建防空地下室，并不缴纳易地建设费的后果。根据《人民防空工程建设管理规定》第 48 条之规定，收取的易地建设费将用于就近易地修建防空地下室，因此经济适用住房项目的建设者不缴纳易地建设费可能导致如下后果：

1.由于易地修建防空地下室的经费不够，经济适用住房所对应的防空地下室不能修建，经济适用房住户的权利得不到保障。根据《人民防空法》第 8 条之规定：“一切组织和个人都有得到人民防空保护的权利。”该条规定可上溯到《宪法》第 29 条第 2 款之规定：“国家

27 [美]斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岿译，商务印书馆 2002 年版，第 1-2 页。

28 季卫东：《法律程序的意义：对中国法制建设的另一种思考》，《中国社会科学》1993 年第 1 期。

29 对此转变一个明显的例证是：2013 年政府工作报告中“坚持依法治国，充分尊重宪法和法律的权威，确保决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调，确保国家行政机关按照法定权限和程序行使权力”的表述在 2014 年政府工作报告中转变为“用法治思维和法治方式履行职责。加强政府法制工作，改革行政执法体制。创新政府管理理念和方式，健全决策、执行、监督机制，推进政府向社会购买服务的改革。”

30 赖恒盈：《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》，台湾政治大学法律学系 2002 年博士论文。

31 [德]拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社 2001 年版，第 161 页以下。

加强武装力量的革命化、现代化、正规化的建设，增强国防力量。”因此，该种后果已经达到违反《宪法》和法律的程度，自属“不可容忍的程度”的范畴。

2.为保证防空地下室的易地修建，地方政府只得通过预算调整和预算调剂予以实现。[32]预算调整是指在执行预算过程中因特殊情况需要增加支出，[33]预算调剂是指不同预算科目间预算资金的流动。[34]由于预算收入中税收收入是重要的来源，预算支出中基础设施建设是重要的用途，所以增设预算科目既可能增加公众的税收压力，也可能导致部分基础设施建设的延缓，间接侵犯到公民的财产权利或者妨碍国家各项基础事业的进展。显然，也属“不可容忍的程度”。

至此，我们虽不能得出“不可容忍的程度”的具体标准，但由于指导案例 21 号中规范的缺陷可能与《宪法》的相关规定相抵触，自是“不可容忍的程度”的一种情形无疑，因此，《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第 16 条、《经济适用住房管理办法》第 8 条在本案中存在规则悖反的情形可以得到认定。需要指出的是，本案二审判决书中法官仅以“造成违法行为的成本小于守法成本”作为“不可容忍”的论证尚存缺漏，因为拉德布鲁赫所谓之“正义”若以一般之理念来衡量，将导致法官认定规则悖反的权限过大。该处的正义应限定为法体系或法原则所蕴含的正义理念，法官在认定规则悖反的理据仍应在法的内部，借此保证正义与法安定性之间的在某种程度的平衡。[35]

四、限缩技术：目的性限缩适用的依托

正如上文所言，规则悖反的发现和认定是目的性限缩的前提，唯有在规则悖反存在处才能为目的性限缩。下一个棘手问题是，面对规则悖反时我们应当运用怎样的程序和技术去处理，易言之，目的性限缩方法应当如何操作。笔者以为，根据目的性限缩的定义，“以贯彻该规定的立法意旨，显有对原为其文义所涵盖之案型予以类型化，然后将与该立法意旨不符的部分排除于其适用范围外”[36]，可将其操作程序划分为两步，即立法目的之探究——构成要件之类型化。本部分即以此步骤展开分析。

（一）立法目的之探究

目的性限缩应当是以法律目的为要求缩小适用的范围，以确保公正的结果。[37]诚然，仅以“目的性限缩”这一名词本身而言，立法目的就占据主导之地位，换言之，唯有把握立法目的这一价值基点，目的性限缩方法的适用方有可能。拉伦兹曾指出：“探求法律在今日法秩序的标准意义（其今日的规范性意义），只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法，才能确定法律在法秩序上的标准意义。”[38] 立法目的之于规范适用的重要意

32 《人民防空法》第 4 条规定：“人民防空经费由国家和社会共同负担。中央负担的人民防空经费，列入中央预算；县级以上地方各级人民政府负担的人民防空经费，列入地方各级预算。有关单位应当按照国家规定负担人民防空费用。”

33 《预算法》第 53 条。

34 《预算法》第 57 条。

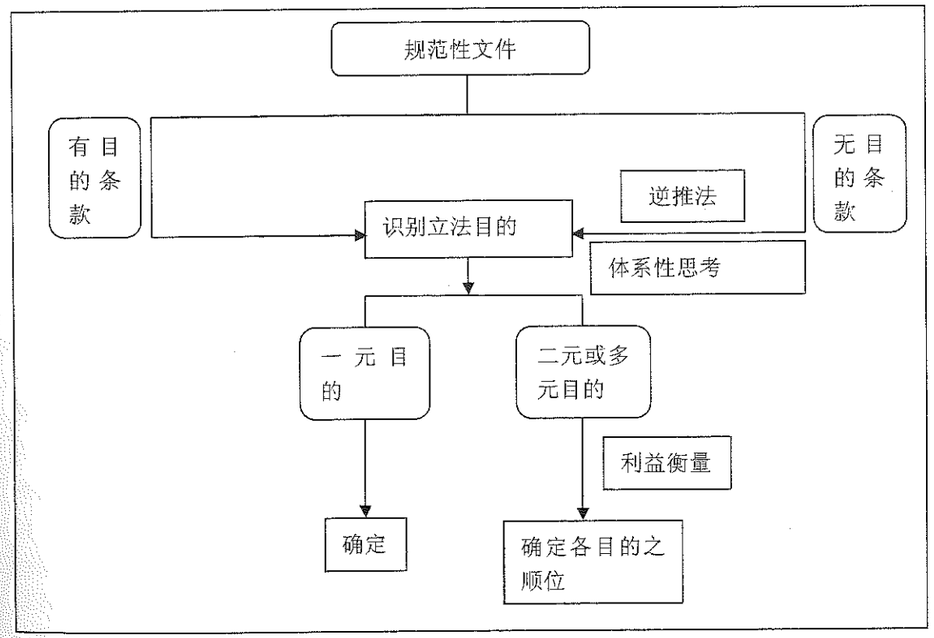
35 正是在这一基础上，拉德布鲁赫提出了“相对主义”的主张。他认为法的这种“二律背反”是难以调和的，它只能在一定时代通过某种体系达到适当平衡。[德]拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版，第 76-77 页。

36 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 495 页。

37 国家法官学院、德国国际合作机构：《法律适用方法——行政法案例分析》，中国法制出版社，第 29 页。

38 [德]拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 199 页。

义毋庸置疑，探究立法目的的过程却较为繁琐，按照通说，立法目的的觅得须经如下之步骤：“法律目的，在于法律中予以明定者；有虽于法律中未规定，惟可直接从法律名称中，觅其目的者；有法律未明目的，亦无从于法律名称中觅其目的者，则必以‘逆推法’予以探求，盖法律个别规定或多数规定所欲实现之‘基本价值判断’，较为具体，易于觅致，以之加以分析、整合，不难理出多数个别规定所欲实现目的，斯即规范目的。[39]”鉴于行政法的特殊性，在此基础上还需特别强调两点：（1）须特别重视体系性的思考。因为一方面行政法缺乏法典，法律规范往往分散在各个单行法的条文之中；另一方面，多元的立法主体又更加剧了这种分散性，一个完整的行政法规范甚至要在不同的主体制定的行政法条文中才能获得。[40]（2）须特别强调多重目的之间的衡量。行政法归根到底是一种调控利益关系的规范体系，它所面临的是复杂的社会脉络构造，[41]因此一项行政法规范的目的往往是二元或多元的。在个案的分析中须通过上述体系性的思考、“逆推法”的适用以选取更需维护的立法目的。至此，我们可以将行政法规范的立法目的之探究归纳为如下步骤：



在指导案例 21 号中，法官虽指出了“立法目的”，但并未对此进行展开论述，甚至未在判决书中言明其认定的立法目的究竟为何。但笔者以为，法官在判决书的形成过程中势必经过一个识别并确定立法目的的过程，以下即让我们用上述方法去试图还原法官的这一过程。需要特别说明的是，由于《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》不具有法规范的结构，更接近于立法说明性文件，因此在解读立法目的时，我们将其视为背景材料予以运用，而径行分析《经济适用住房管理办法》的立法目的。《经济适用住房管理办法》第 1 条即开

39 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 127 页。

40 王旭：《行政法规范论》，载舒国滢主编：《法学方法论论丛》（第一卷），中国法制出版社 2012 年版。

41 [德]阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社 2012 年版，第 21 页。

宗名义："为改进和规范经济适用住房制度，保护当事人合法权益，制定本办法。"[43]由此，可将该办法的立法目的归纳为两项：（1）改进和规范经济适用住房制度；（2）保护当事人合法权益。根据该办法第 2 条有关经济适用住房的概念，"本办法所称经济适用住房，是指政府提供政策优惠，限定套型面积和销售价格，按照合理标准建设，面向城市低收入住房困难家庭供应，具有保障性质的政策性住房"，该项制度是由宪法第 45 条所规定的公民的物质帮助权所引申而来的。可知改进和规范经济适用住房制度的目的在于保护公民的物质帮助权，具言之，即最低水平的住房权利。从《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》的首句"住房问题是重要的民生问题"这样的政治性表述中我们亦可得到相似的结论。由此，目的（2）中的一部分合法权益，即最低水平的住房权利与目的（1）呈现出一种递进的关系，即改进和规范经济适用住房制度是立法目的的第一层次或称直接目的，而保护公民最低水平的住房权利则是立法目的的第二层次或称间接目的，直接目的是实现间接目的的手段，两者具有统合性，不存在矛盾的可能。[44]

那么目的（2）中除最低水平的住房权利之外的权益与目的（1）又是什么关系呢？逆推法可以给我们很好的引导。《经济适用住房管理办法》第 27 条、第 28 条规定了经济适用住房的购买流程、购买限制，第 30 条规定了经济适用住房的有限产权，从该些条文的意旨中可以发现，为保证更多公民最低水平的住房权利，公民购买房屋的自由、房屋的产权等财产性权利受到了一定程度的限制，可以推出目的（2）中的这部分权益在立法者看来保护的必要性低于最低水平的住房权利。与之相反该办法第 18 条规定："经济适用住房建设单位对其建设的经济适用住房工程质量负最终责任，向买受人出具《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》，并承担保修责任，确保工程质量和使用安全。有关住房质量和性能等方面的要求，应在建设合同中予以明确。"该条所规定的建设单位对房屋质量所承担的责任与《商品房销售管理办法》第 32 条[45]、第 33 条[46]的规定并无二致。由此可见，在涉及到人身安全等公民人身权利的部分，该办法并未给予任何优惠政策，而要求建设单位予以严格保障。换言之，保护公民人身安全等人身权利的权重在这里大于改进和规范经济适用住房制度，即保护公民最低水平的住房权利。至此，目的（2）可以阐述为三项子目的：①保护公民购买房屋、房屋产权等财产权利；②保护公民最低水平的住房权利；③保护公民人身安全等人身权利。其中子目的②与目的（1）是间接目的与直接目的的关系，可以视为一个目的的两个侧面。根据逆推法和体系性思考，立法者眼中三个子目的之间的关系是：①保护公民购买房屋、房屋产权等财产权利＜②保护公民最低水平的住房权利＜③保护公民人身安全等人身权利。

43 当然在这里还存在一个识别立法目的条款的问题。一般我们可以通过特定的标识语与语句来识别法条的性质，如句式为"为了（为）A，B，C，根据 X，制定本法"或者"为了（为）A，B，C，制定本法"可以确定为是立法目的条款。刘风景：《立法目的条款之法理基础及表述技巧》，《法商研究》2013 年第 3 期。

44 恩吉施教授曾对立法的直接目的和间接目的有过一个经典的表述，即在立法过程中，"存在着或近或远，或低或高的目的。目的的概念——是灵活和多义的。它的范围根据内容，包括从具体现实的效率，如确立针对一个并摈弃的行为的相反的动机，到抽象和理想的目标，如：维护法的确定性，促进和平，维护公共秩序，社会福利，'预设生活'，人道，维护法律行为中的信任，满足合理的感觉，促进司法等诸如此类的"。[德]卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社 2004 年版，第 92-93 页。

45 《商品房销售管理办法》第 32 条规定："销售商品住宅时，房地产开发企业应当根据《商品住宅实行质量保证书和住宅使用说明书制度的规定》（以下简称《规定》），向买受人提供《住宅质量保证书》、《住宅使用说明书》。"

46 《商品房销售管理办法》第 33 条规定："房地产开发企业应当对所售商品房承担质量保修责任。当事人应当在合同中就保修范围、保修期限、保修责任等内容做出约定。保修期从交付之日起计算。"

（二）构成要件之类型化

立法目的的识别和确定为目的性限缩提供了价值基点，在此基础上，需要对构成要件进行类型化，继而将部分类型排除该规定的范畴。正如杨仁寿先生所说："法院为目的性限缩的补充时，必须将原文义所涵盖的类型，加以审视，分为合乎规范意旨的类型，与其外之类型，而后依限缩的剔除作用，将不合乎规范意旨部分的类型，排除在该法律的适用范围之外，其补充的过程始告完成。"[47]该过程可以表述为如下之公式：

M 是 P（大前提），M_1 非 M（小前提），故 M_1 非 P

在这里最为核心的工作即是找到 M1 与 M 之间的那条界限，该界限是存在于原构成要件的内部，根据立法目的而划定的。表现在文字上，即是在原构成要件上加一定语，使其余部分的类型无法产生法律效果。

《经济适用住房管理办法》第 8 条的构成要件即是"行政事业性收费"，对此构成要件规范上一般分为两类，即行政性收费和事业性收费。行政性收费是指国家机关、事业单位为加强社会、经济、技术管理所收取的费用；事业性收费是指国家机关、事业单位为社会或个人提供特定服务所收取的费用。[48]行政性收费采职权标准，而事业性收费采服务标准。然而，对于个案来讲，这样的分类意义不大，因它并非基于法官所认定的立法目所定。在指导案例 21 号的判决书中，法官指出："……，但该规定调整的对象是合法建设的行为人，不包括违法行为人"，将行政事业性收费分为合法建设行为所产生的行政事业性收费和违法建设行为所产生的行政事业性收费，继而将易地建设费排除出适用的范畴。笔者认为，法官的这一论述值得商榷。根据《人民防空工程建设管理规定》第 48 条之规定："按照规定应当修建防空地下室的民用建筑，因地质、地形等原因不宜修建的，或者规定应建面积小于民用建筑地面首层建筑面积的，经人民防空主管部门批准，可以不修建，但必须按照应修建防空地下室面积所需造价缴纳易地建设费，由人民防空主管部门就近易地修建。"可知，易地建设费并非违法建设行为所导致的具有处罚性质的行政事业性收费，它是一种由修建防空地下室义务在特定情况下所转化而来的行政事业性收费。故而，这一类型化处理虽能达到法官之目的，但说理实在勉强。

上文中，笔者通过对立法目的的解读，得出《经济适用住房管理办法》立法者所要保护的三种权益的位序。据此，我们可以得出两条适用标准：（1）在个案中，若公民最低水平的住房权利与购买房屋、房屋产权等财产权利发生冲突，应优先满足公民最低水平的住房权利；（2）在个案中，若公民最低水平的住房权利与人身安全等人身权利发生冲突，应优先保护人身安全等基本权利。据此，我们可以认为，为推动经济适用住房制度，可以适当限制公民购买房屋、房屋产权等财产权益，却不能丝毫触及人身安全等人身权利，因此作为鼓励经济适用住房制度的一项优惠政策，免除行政事业性收费应以公民人身安全等人身权利为限。换言之，与公民人身安全等基本权利有涉的行政事业性收费不能免除，其余部分的行政事业性收费可以免除。由于易地建设费将用于就近易地修建防空地下室，其影响到战时公民的人身安全，显然不属能够免除之列。

47 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 153 页。

48 国家物价局、财政部《关于加强行政事业性收费管理的通知》（[1988]价涉字 278 号）。

（三）小结

本部分以目的性限缩的定义为据，将该方法的适用化为立法目的之探究——构成要件之类型化两项步骤：（1）在立法目的探究阶段，须特别注意的是，由于行政法规范的庞杂性以及立法目的的多样性，在识别和确定立法目的时须借助于体系性思考和逆推法；（2）在构成要件类型化阶段，须特别注意的是，以立法目的为价值基点，划定构成要件的内在界限，而非再行添加其他构成要件。

在对相关理论进行梳理的同时，还审视了指导案例 21 号中法官适用目的性限缩的方法、步骤。总体而言，在本案中法官意识到径行适用《经济适用住房管理办法》第 8 条可能导致的不正义，然而在法律适用技术上仍未呈现出清晰之思路，具体而言包括未对立法目的进行阐释以及未正确划定构成要件之内在界限，虽能达致相同的判决结果，但其说理部分却大异其趣了。

五、结语

19 世纪末的英美法国家，当传统意义上的三权分立依旧为人们所追捧，社会管理事务尚未呈现出纷乱复杂之际，法官每天所从事的工作即是对法律进行严格的字面解释，1892 年英国 Regina v. City of London 一案的判决中，法官指出："如果一部法律的文字是清楚的，就必须遵从它，即使这会导致明显的荒诞的结果。对于立法机关是否做了荒诞的事情，法官是无权加以判断的。"[49]然而进入到 20 世纪后，以至 20 世纪下半叶，法官们开始认为在处理一些没有为制定法所直接针对的问题的时候，可以把制定法看成是类似于普通法原则的一种法律渊源，并加以类推适用。在这一转折中起到关键性作用的，却是一个案例——Moragne v. States Marine Lines，Inc.案。[50]今日之中国，司法一方面如温顺的小猫般不敢跃出权力边缘一步，另一方面却在判决中呈现出缺乏裁判思路的肆意和随意，难以跟上不断膨胀的行政权力和日益扩张的行政领域。指导性案例制度似为这一困局带来了一种可能性，通过指导性案例呈现裁判思路和法律适用方法，为司法判决建筑一条轨道，既可以保证其不偏离轨道，又可以使其走得更远。

指导案例 21 号中，法官所运用的目的性限缩方法让我们对这种可能性抱有一丝希望，因法官在法律存在规则悖反的情况下未束手就擒，而是采取积极的方法对规范本身予以纠偏并运用于个案。然而通过与本文所导出的"目的性限缩"在行政审判中的适用规则相对比，法官在裁判思路上的随意性、断裂性，却让我们不得不叹息指导性案例制度的发展仍旧任重而道远。

---

[49] Willaim Burnham，Introduction to the Law and Legal System of the United States， West Group，(2002)，pp.51-52.

[50] 金振豹：《法律适用模式的比较考察：以德国和美国为例》，载舒国滢主编：《法学方法论论丛》（第一卷），中国法制出版社 2012 年版。

行政机关针对涉嫌犯罪违法行为行政处罚决定的违法性要件

——《中国行政审判指导案例》第 14 号案例评析

练育强

一、案情介绍

【事实概要】

2004 年 8 月 20 日，山东省枣庄市国家税务局（被告、上诉人，以下简称市国税局）向枣庄永帮橡胶有限公司（原告、被上诉人、以下简称橡胶公司）发出《调取账簿资料通知书》、《税务检查通知书》，调取橡胶公司 2002 年 1 月 1 日至 2003 年 12 月 31 日期间内的账簿、凭证及其他纳税资料，对橡胶公司该期间内涉税情况进行检查。同年 9 月 14 日，市国税局将案件移送公安机关立案侦查。9 月 22 日，被告将账册退还，同时公安机关调走账册。2004 年 10 月 28 日市国税局在将案件移送公安机关后，又以橡胶公司涉嫌偷税立案。2005 年 7 月 18 日市国税局作出《税务处理决定》，责令原告补缴税款 5203425.33 元；7 月 22 日，市国税局又作出《税务处罚决定》，认定橡胶公司行为已构成偷税，依照《中华人民共和国税收征收管理法》第六十三条第一款之规定，决定处罚款 5203425.33 元。橡胶公司对处罚不服，申请山东省国家税务局复议，山东省国家税务局经复议维持该处罚决定。

2004 年 9 月 15 日，枣庄市公安局针对橡胶公司总经理宗克永因涉嫌虚开增值税专用发票罪予以刑事拘留，10 月 22 日逮捕。12 月 31 日橡胶公司法定代表人孙龙被逮捕。2005 年 10 月 19 日山东省人民检察院济南铁路运输分院决定对孙龙不起诉。2006 年 1 月 4 日，济南铁路运输中级法院作出刑事判决，以虚开增值税专用发票罪，判处橡胶公司罚金 150 万元，判处公司总经理有期徒刑十年。

针对市国税局的《税务处罚决定》，橡胶公司不服，申请山东省国税局复议，在山东省国家税务局维持该处罚决定后，提起行政诉讼。

诉讼争议的焦点是：涉嫌犯罪的违法行为在移送公安机关追究刑事责任后，在司法机关对该违法犯罪行为作出最后处理之前，行政执法机关能否作出行政处罚决定。

【判决理由】

一审法院审理后认定市国税局在将案件移送公安机关后又对橡胶公司作出行政处罚，属于程序违法、适用法律错误。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第

2目、第3目的规定，判决撤销被告市国税局于2005年7月22日作出的枣国税罚字[2005]第002号《税务行政处罚决定书》。2009年4月10日，二审法院作出判决，维持原判。理由如下：

根据《行政处罚法》第7条第2款、第28条、《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第3条、第5条、第8条、第11条规定，如果违法行为已构成犯罪，应当依法追究刑事责任，行政机关不得以行政处罚代替刑事处罚，必须依法向公安机关移送，即使行政机关已经作出人身罚或者财产罚的行政处罚，相关的行政处罚和刑事处罚也必须进行折抵。[1]

这些规定说明两点：其一，在实体上，有关人身权和财产权的刑事处罚优于行政处罚，相关的行政处罚必须和刑事处罚进行折抵；其二，在程序上，有关人身权和财产权处罚的刑事程序优于行政程序。如果违法行为已构成犯罪，必须依法向公安机关移送。在司法机关对该违法犯罪行为未作出最后处理之前，行政机关如在向公安机关移送之前未作出有关人身权和财产权的行政处罚，则不再针对同一违法行为作出该类行政处罚，否则构成程序违法。

本案被告在已发现原告行为涉嫌犯罪并移送公安机关后，应等待司法机关作出处理，如司法机关认定构成犯罪并对原告处以人身和财产的刑罚，被告就不应再作罚款的行政处罚。如原告行为不构成犯罪，依照《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》，公安机关应将本案退回本案被告，被告才可追究原告行政责任，给予行政处罚。

【裁判要旨】

根据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第三条、第五条、第八条、第十一条的规定，行政执法机关在依法查处违法行为构成中，发现违法事实涉嫌构成犯罪，依法需要追究刑事责任的，必须依照规定向公安机关移送；税务机关在发现涉嫌犯罪并移送公安机关进行刑事侦查后，不再针对同一违法行为作出行为罚和申诫罚以外的行政处罚；行政执法机关将案件移送公安机关立案侦查后，又以当事人涉嫌偷税立案，并作出罚款的行政处罚决定，属于行政程序违法，缺乏法律依据，依法应予撤销。

裁判要旨包括了三层含义：第一层含义从行政法规的规定出发，明确了行政执法机关对于涉嫌犯罪的违法行为应移送公安机关追究刑事责任的行政法规上的义务；第二层含义立足于本案指出了行政执法机关在移送追究刑事责任后的禁止性规定，即不再针对同一违法行为作出行为罚和申诫罚以外的行政处罚；第三层含义指出了行政执法机关对于涉嫌犯罪的违法行为移送后又作出行政处罚决定的违法性质是程序违法、缺乏法律依据。

二、评析

（一）违法性的要件及性质

1、要件

从裁判要旨及法院判决的理由来看，法院在认定行政机关对于涉嫌犯罪的违法行为所作出的行政处罚决定是违法的，需要同时具备以下三个方面的要件：

（1）行为要件。行为要件是指行政机关作出行政处罚决定的违法行为与涉嫌构成犯罪的行为是同一违法行为。对此，“裁判要旨”与“一审判决”中都强调了不再针对同一违法行为实施行政处罚。

（2）时间要件。对于涉嫌犯罪的违法行为作出行政处罚决定涉及四个时间点：一是移送公安机关之前；一是移送公安机关后至立案侦查前；一是移送公安机关立案侦查至司法机关对该违法犯罪行为最后处理之前；一是司法机关处理之后。从“裁判要旨”以及“判决内容”来看，对于涉嫌犯罪的违法行为能否作出行政处罚主要涉及二个时间点：其中“裁判要旨”中强调的是对于涉嫌犯罪的违法行为在公安机关立案侦查后，行政执法机关不应再作出行政处罚；而“法院判决”则未提到“立案侦查”，强调的是，在司法机关对该违法犯罪行

---

[1] 《行政处罚法》第7条第2款：违法行为构成犯罪，应当依法追究刑事责任，不得以行政处罚代替刑事处罚。

第28条：违法行为构成犯罪，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期。

违法行为构成犯罪，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金。

《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第3条：行政执法机关在依法查处违法行为过程中，发现违法事实涉及的金额、违法事实的情节、违法事实造成的后果等，根据刑法关于破坏社会主义市场经济秩序罪、妨碍社会管理秩序罪等罪的规定和最高人民法院、最高人民检察院关于破坏社会主义市场经济秩序罪、妨碍社会管理秩序罪等罪的司法解释以及最高人民检察院、公安部关于经济犯罪案件的追诉标准等规定，涉嫌构成犯罪，依法需要追究刑事责任的，必须依照本规定向公安机关移送。

第5条：行政执法机关对应当向公安机关移送的涉嫌犯罪案件，应当立即指定2名或者2名以上行政执法人员组成专案组专门负责，核实情况下提出移送涉嫌犯罪案件的书面报告，报经本机关正职负责人或者主持工作的负责人审批。

行政执法机关正职负责人或者主持工作的负责人应当自接到报告之日起3日内作出批准移送或者不批准移送的决定。决定批准的，应当在24小时内向同级公安机关移送；决定不批准的，应当将不予批准的理由记录在案。

第8条：公安机关应当自接受行政执法机关移送涉嫌犯罪案件之日起3日内，依照刑法、刑事诉讼法以及最高人民法院、最高人民检察院关于立案标准和公安部关于公安机关办理刑事案件程序的规定，对所移送的案件进行审查。认为有犯罪事实，需要追究刑事责任，依法决定立案的，应当书面通知移送案件的行政执法机关；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任，依法不予立案的，应当说明理由，并书面通知移送案件的行政执法机关，相应退回案卷材料。

第11条：行政执法机关对应当向公安机关移送的涉嫌犯罪案件，不得以行政处罚代替移送。

行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件前已经作出的警告，责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚决定，不停止执行。

依照行政处罚法的规定，行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件前，已经依法给予当事人罚款的，人民法院判处罚金时，依法折抵相应罚金。

为未作出处理之前不再作出行政处罚决定，在“一审法院认为”中提到的也是“被告在将案件移送公安机关后又对原告作出行政处罚，违反前述规定，属程序违法、适用法律错误”。

显然，如行政执法机关在移送之前以及司法机关最终处理之后作出的行政处罚决定都是合法的。现在的问题是对于移送之后至公安机关立案侦查之前的这段时间，行政执法机关作出行政处罚决定是否合法，“裁判要旨”和“法院判决”似乎有着不同的看法，对此，笔者认为“裁判要旨”更多反映的是最高人民法院行政审判庭的主张，应采用其规定，即判断对于涉嫌犯罪的违法行为作出行政处罚决定是否合法的时间要件以公安机关对于移送的案件是否采取了“立案侦查”措施为准。立案是我国刑事诉讼中一个独立、必经的诉讼阶段，是刑事诉讼活动开始的标志。[2]因此，只有在公安机关已经立案，即刑事诉讼活动开始启动后，行政执法机关才不能作出有关行政处罚决定。

（3）处罚种类要件。对于公安机关立案侦查后，行政执法机关并不是一概不能实施行政处罚，只是一定种类的行政处罚不能实施。学理上将行政处罚的种类分为四种：申诫罚、财产罚、行为罚、人身罚。对此，“裁判要旨”采取了排除式方式，即不再针对同一违法行为作出行为罚和申诫罚以外的行政处罚，如作出行为罚或申诫罚还是可以的。而“一审判决”中则直接强调了行政机关如在向公安机关移送之前未作出有关人身权和财产权的行政处罚，则不在针对同一违法行为作出该类行政处罚。

2、性质

一审法院认为市国税局在将案件移送公安机关后又对橡胶公司作出行政处罚，该行政处罚决定在性质上属于“程序违法、适用法律错误”，同时符合《行政诉讼法》的第五十四条第（二）项第2目、第3目中规定的具体行政行为应判决撤销或部分撤销的情形，即该行政处罚决定不仅仅“违反法定程序”，同时还“适用法律、法规错误”。

从判决中分析可知，这里的“程序违法”是指违反了《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第3条、第5条、第8条、第11条中关于程序要求的规定，即如果违法行为已构成犯罪，必须依法向公安机关移送。在司法机关对该违法行为未作最后处理之前，行政机关如在向公安机关移送之前未作出有关人身权和财产权的行政处罚，则不再针对同一违法作出该类行政处罚，否则构成程序违法。

所谓“适用法律错误”，并不是指市国税局在认定橡胶公司偷税行为时所适用的《中华

2 陈光中主编：《刑事诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2002年版，第233页。

人民共和国税收征收管理法》第63条第1款是错误的。根据二审判决，适用法律错误是指“市国税局在依法将案件移送公安机关立案侦查后，又对橡胶公司以涉嫌偷税立案并作出罚款的行政处罚决定，缺乏法律明确授权”。

（二）案例对制度的突破与理论的冲击

该案例对于制度的突破与理论的冲击都体现在“刑事优先”的原则上。所谓“刑事优先”原则，是指针对同一不法行为，需要同时予以行政处罚与刑事处罚时，应当优先追究其刑事责任。

1、制度上的突破——刑事优先原则的确立

目前关于涉嫌犯罪的违法行为移送司法机关追究刑事责任的规定主要规定于《行政处罚法》和《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》中。

《行政处罚法》中共有5个条文涉及移送的规定，分别是第7条第2款、第22条、第28条、第38条第1款第4项、第61条。这5个条文主要规定了三个方面的内容：第一，第7条第2款、第22条、第38条第1款第4项规定强调的是同一内容，即违法行为构成犯罪，行政机关必须将案件移送司法机关，依法追究刑事责任，不得以行政处罚代替刑事处罚；第二，第28条规定的是行政处罚与刑事处罚的折抵问题，即违法行为构成犯罪，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金；第三，第61条规定了不移送构成犯罪案件的法律责任。

《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》共19条，其中核心的条款是第1条、第3条、第5条、第8条、第11条。这5个条文也主要涉及三个方面的内容：第一，第1条立法目的直接指出该行政法规的制定的目的是“为了保证行政执法机关向公安机关及时移送涉嫌犯罪案件”，第3条规定了行政执法机关发现违法事实涉嫌构成犯罪必须依照本规定向公安机关移交；第二，第5条、第8条分别规定了行政执法机关和公安机关对于涉嫌犯罪案件的移送和接受的程序性的规定；第三，第11条规定了行政执法机关对于涉嫌犯罪的案件移送公安机关后已经作出的行政处罚决定如何执行，即行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件前已经作出的警告，责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚决定，不停止执行，已经依法给予当事人罚款的，人民法院判处罚金时，依法折抵相应的罚金。

显然，无论是从《行政处罚法》还是《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》中的相

关规定来看，是无法得出“针对同一违法行为”刑事责任的追究优先于行政责任的追究，其规定的核心内容是涉嫌犯罪必须要追究刑事责任，不能以罚代刑，至于是不是先追究刑事责任然后再追究行政责任从条文上是无法推导出的。相反从《行政处罚法》的第 28 条以及《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》的第 11 条可以得出在刑事责任追究之前行政处罚决定作出是合法的。

此外，从《刑法》第 201 条第 4 款有关针对同一逃税行为的行政处罚与刑事处罚之间的关系的表述中中也能反映出对于涉嫌犯罪的违法行为作出行政处罚决定是合法的。该条是关于逃税罪的规定，第 1 款规定的是“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”第 4 款规定的是“对于第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任”。从该款的规定来看，甚至可以说采取的行政责任追究优先做法。

该案例对于制度的突破之处就在于从《行政处罚法》和《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》相关条文中推导出刑事优先原则。判决的说理部分指出相关规定说明了两点：其一，在实体上，有关人身权和财产权的刑事处罚优于行政处罚，相关的行政处罚必须和刑事处罚进行折抵；其二，在程序上，有关人身权和财产权处罚的刑事程序优于行政程序。

2、理论上的冲击——有限刑事优先原则

当前，学界有关“刑事优先”原则的论述和反思主要集中于同一案件既涉及犯罪需要追究刑事责任，同时又涉及民事纠纷需要追究民事责任时，法律赋予刑事责任的追究予以优先权。此外，也有学者指出只要有关责任的追究，其中一旦涉及刑事责任就应优先追究，该学者指出，“刑事优先”原则是指在一切调查处理程序中发现有犯罪事实存在时应当首先由有权管辖该案件的侦查或者司法机关依照刑事诉讼程序进行追究。因此，“刑事优先”原则应当在纪律调查程序、行政处罚程序、民事诉讼程序以及其他任何涉及到刑事犯罪的调查处理过程中加以贯彻，以保障和维护有关管辖的司法机关对犯罪案件启动刑事司法程序的决定权。[3]

[3] 张智辉：《刑法改革的价值取向》，载《中国法学》2002 年第 6 期。

在行政执法与刑事司法衔接中，学界也普遍提出了“刑事优先”原则，即行政执法机关在处理行政违法案件时，发现相关行为已涉嫌构成违法犯罪时，应当及时将案件移送司法机关立案追究。如有理论提出，“在对行政犯罪实行双重处罚时，应当优先追究其刑事责任，在追究刑事责任以后，除刑事处罚吸收行政处罚的情形外，可以再行由行政机关予以行政处罚”[4]；有理论提出，“在适用程序上衔接行政处罚与刑罚处罚的关系，首先必须遵循刑事优先原则”[5]；有理论提出，“衔接机制的目的在于依法追究犯罪分子的刑事责任。这一目的决定了衔接机制必须以刑事执法机关为中心来建立。”[6]

之所以提出必须刑事优先，有研究指出，“第一，行政犯罪与行政违法行为相比，社会危害性更严重，应优先审查；第二，刑罚处罚与行政处罚相比，制裁程度更为严厉，应优先施行；第三，行政机关先作出行政处罚，并不是司法机关审理行政犯罪案件的必经程序，作为行政处罚的事实和证据依据，对司法机关并不具有当然的效力，还需经司法机关重新调查、核实和认定，而司法机关认定的犯罪事实和审查的证据，对行政机关具有当然的效力”[7]；还有研究指出，“实行刑事优先原则有利于打击犯罪，实行刑法的防卫机能。当然对于个别在追究刑事责任的同时需要及时追究行政责任的，可以采取刑事附带行政的方式解决”[8]。

从理论的论述来看，所谓“刑事优先”原则，是指全面的刑事优先，即一旦违法行为涉嫌犯罪，相应的行政执法行为则应完全停止，待刑事责任完全确定之后在追究行政责任。显然该案例并未完全采取理论上的论述，而是采取的有限的刑事优先原则，主要体现在处罚种类上，即并不是涉嫌犯罪的违法行为在移送司法机关追究刑事责任后一概不能作出行政处罚决定，对此，法院判决说理部分只是认定了人身权和财产权在实体和程序上的刑事优先，裁判要旨中也明确指出“税务机关在发现涉嫌犯罪并移送公安机关进行刑事侦查后，不再针对同一违法行为作出行为罚和申诫罚以外的行政处罚”。从判决理由以及裁判要旨中可以看出，在处罚种类上，刑事优先原则并不是绝对的，在移送后行政执法机关仍然能够作出行为罚和申诫罚，因此，可以认定其为有限的刑事优先原则。

（三）案例延伸思考

1、同一案件涉及多个违法行为，有些涉及犯罪，有些未涉及犯罪，对于未

[4] 陈兴良：《论行政处罚与刑罚处罚的关系》，载《中国法学》1992 年第 4 期。
[5] 周佑勇、刘艳红：《论行政处罚与刑罚处罚适用衔接》，载《法律科学》1997 年第 2 期。
[6] 刘远、汪雷、赵玮：《行政执法与刑事执法衔接机制立法完善研究》，载《政法论丛》2006 年第 5 期。
[7] 周佑勇、刘艳红：《论行政处罚与刑罚处罚适用衔接》，载《法律科学》1997 年第 2 期。
[8] 陈兴良：《论行政处罚与刑罚处罚的关系》，载《中国法学》1992 年第 4 期。

涉及犯罪的行为能否作出行政处罚

从《行政处罚法》和《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》的立法视角来看，《行政处罚法》针对的是“违法行为”涉嫌犯罪必须移送追究司法机关追究刑事责任，而《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》制定的目的则是为了保证行政执法机关向公安机关及时移送涉嫌犯罪“案件”，显然涉嫌犯罪的“案件”与“违法行为”不是一回事。同一个案件可能涉及多个违法行为，有些涉及犯罪，有些未涉及犯罪，对于未涉及犯罪的违法行为能否在案件移送侦查后能否作出相应的行政处罚呢？

就行政执法实践来看，既有区分一般违法行为与涉嫌犯罪违法行为，对于一般违法行为就直接作出行政处罚，而对于涉嫌犯罪的违法行为则移交司法机关追究刑事责任，也有不作如此区分，只要整个案件中有违法行为涉嫌犯罪一概移送司法机关追究刑事责任。如中国证监会在2001年至2011年共作出428份行政处罚决定书，其中10份行政处罚决定书含有“涉嫌犯罪移送公安机关追究刑事责任”的表述。这10份行政处罚决定书有6份行政处罚决定书中区分了一般违法行为与犯罪行为，针对犯罪行为则移送司法机关予以追究刑事责任，然后再根据情况予以行政处罚，而针对不构成犯罪的一般违法行为，则直接予以行政处罚。[9]有4份行政处罚决定书未区分一般违法行为与犯罪行为，而是将案件作为一个整体，无论有多少种违法行为，只要其中有违法行为涉嫌犯罪，则先移送追究刑事责任，如何根据刑事制裁的结果再实施行政处罚。[10]

就第14号案例而言，其在标题中明确的“案件”，即“行政机关将案件移送司法机关追究刑事责任后一般不宜再对行政相对人作出行政处罚”，但在裁判要旨以及判决说理中强调的都是“同一违法行为”，如裁判要旨中指出“税务机关在发现涉嫌犯罪并移送公安机关进行刑事侦查后，不再针对同一违法行为作出行为罚和申诫罚以外的行政处罚”。事实上，该案例也确实存在着对于偷税行为与虚开增值税专用发票罪是否是“同一违法行为”之争，在该案的讨论过程中有一种意见就提出，“人民法院和税务机关对橡胶公司违法行为性质认定不同。刑事判决认定橡胶公司的行为构成虚开增值税专用发票罪，市国税局认定橡胶公司的行为构成偷税”。[11]

由于【事实概要】中有关橡胶公司的违法事实的表述极为简单，无法判断其实施了多少涉及税收领域的违法行为，但从行政处罚决定书中所确定的违法行为和刑事判决书所确定

9 这6份行政处罚决定书分别是2002年第10号、2004年第31号、2005年第43号、2006年第16号、2009年第20号、2010年第46号，http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/。

10 这4份行政处罚决定书分别是2008年第25号、2010年第13号、2011年第29号、2011年第52号。

11 行政审判庭编：《中国行政审判指导案例》第1卷，中国法制出版社2011年版，第73页。

的犯罪行为显然不能认定为同一违法行为。

市国税局认定橡胶公司的违法行为已构成偷税，依照《中华人民共和国税收征收管理法》第63条第1款的规定作出行政处罚决定。[12]从第63条第1款的规定中可以看出，偷税的违法行为有三种：第一种，纳税人伪造、编造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证；第二种，在账面上多列支出或者不列、少列收入；第三种，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报。这三种行为的目的都是为了不缴或者少缴纳税款，属于偷税的违法行为。该违法行为涉嫌犯罪对应的是《刑法》第201条逃税罪中的规定，即“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

刑事判决中认定的橡胶公司构成的犯罪是虚开增值税专用发票罪，该罪规定于《刑法》的第205条中，根据该条的规定，虚开增值税专用发票罪是行为犯，即只要实施了虚开增值税专用发票的行为，原则上就可以认定为犯罪，而不存在数额多少，情节是否严重之分，就需要判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金。因此，对于虚开增值税专用发票的行为是不存在行政违法的可能的，也就自然谈不上移送的问题。

因此，从该案例的分析而言，其立足点是整个案件，只要案件中有违法行为涉及犯罪就应移送司法机关追究刑事责任，即使是不构成犯罪的违法行为也不能作出除行为罚与申诫罚以外的行政处罚。

2、行政强制能否实施的问题

该案例明确指出了行政机关在将案件移送司法机关追究刑事责任后，不得再针对同一违法行为作出行为罚和申诫罚以外的行政处罚，这是立足于行政处罚与刑事处罚的衔接而言。但是如果从行政执法与刑事司法衔接的视角来看，除了行政处罚外，行政检查、行政强制等能否实施也就成为了两者衔接必须思考的问题，尤其是行政强制对于行政秩序的维护和相对人的权益保护都具有重要的意义。对此，《行政强制法》第21条规定了“违法行为涉嫌犯罪应当移送司法机关的，行政机关应当将查封、扣押、冻结的财物一并移送，并书面告知当事

12 《中华人民共和国税收征收管理法》第63条第1款：纳税人伪造、编造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，或者在账面上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，是偷税。对纳税人偷税的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

人。”

根据《行政强制法》的规定，行政强制包括了行政强制措施和行政强制执行。就行政强制措施而言，主要包括两大类：一是涉及公民人身权，即限制公民的人身自由；一是涉及财产权，包括了查封场所、设施或者财物，扣押财物，冻结存款、汇款。对此，能否根据一审判决说理部分中有关人身权和财产权的刑事处罚无论是实体上还是程序上都应优于行政处罚的论述直接推导出涉及人身权和财产权的行政强制措施在案件移送司法机关追究刑事责任后也就不能实施了呢？由于行政强制措施只是一种暂行性控制措施，并不对当事人的人身权、财产权作出最终处分，是为了便于行政决定的作出或者行政目的的实现，不是一种制裁手段，特别是行政机关对于移送司法机关追究刑事责任的违法行为仍能作出行为罚和申诫罚的行政处罚决定，因此，不能简单的将有关法院针对行政处罚和刑事处罚中关于人身权、财产权的衔接论述直接运用于行政强制措施与刑事司法的衔接上。

对于限制人身自由的行政强制措施一般行政执法机关是无法行使的，大多只能由公安机关行使，如衔接也只是涉及公安机关内部工作部门的衔接，对于在目前体制之下，应不存在什么问题。但是对于涉及财产权的强制措施，在移送司法机关追究刑事责任后，行政机关能否实施呢？由于移交司法机关，行政机关仍然能否作出行为罚，即责令停产停业、暂扣或吊销许可证或执照，因此，为了保证行政处罚决定作出的有效执行，应允许行政机关在移送司法机关追究刑事责任后仍然能够作出涉及财产权的行政强制措施。立足于这一视角，对于《行政强制法》第 21 条规定的“违法行为涉嫌犯罪应当移送司法机关的，行政机关应当将查封、扣押、冻结的财物一并移送”规定的必要性也就值得重新思考了。

对于行政强制执行而言，由于该案例并不排斥行政机关对于涉嫌犯罪的违法行为在移送司法机关追究刑事责任之前作出涉及人身权和财产权的行政处罚决定，该行政处罚决定一旦作出之后，如果相对人在法定期限内没有提出救济，那么该行政处罚决定生效后自然应得到有效的执行。对于涉嫌犯罪的违法行为在移送司法机关后，行政机关仍然可以作出责令停产停业、暂扣或吊销许可证或执照的行政处罚决定，如果该行政处罚决定生效后，自然也应得的有效执行。

比例原则在商标侵权行政处罚案件中的合理适用

——“鼎盛公司案”评析

梁铭明*

摘要：本文从现实生活中实际发生的商标侵权案例出发，通过对案件的整体分析，并从比例原则的角度对行政处罚行为的适当性、必要性以及法益均衡性作了相应的探究，力图将本案判决中所蕴含的比例原则从事实判断上升到法规范的高度，从而对行政机关在未来作出有关商标侵权案件的行政处罚行为提供一定的方向引导和路径选择，推进依法行政的进程，促进行政法治的完善。

关键词：比例原则，商标侵权，行政处罚，案例分析

一、案情简介

原告苏州鼎盛食品有限公司因不服被告江苏省苏州工商行政管理局工商行政处罚（责令停止侵权行为和罚款人民币 50 万元），向苏州市中级人民法院提起诉讼。苏州市中级人民法院一审认为：鼎盛公司使用“乐活 LOHAS”的行为构成对东华公司注册商标专用权的侵害，苏州工商局在作出行政处罚决定时认定事实基本清楚，适用法律正确。鼎盛公司不服一审判决，向江苏省高级人民法院提起上诉。江苏省高级人民法院经过二审，认定被上诉人苏州工商局的“行政处罚显失公正”，将行政处罚决定变更为：责令停止侵权行为。

二、法院对行政处罚决定的态度

本案诉讼过程中，双方的争议焦点为鼎盛公司对涉案标识的使用是否构成对东华公司注册商标专用权的侵犯以及工商局对鼎盛公司做出的行政处罚是否合法。对于第一个争议焦点，法院认为，首先“乐活 LOHAS”与“I will 爱维尔”连用后作为一个整体标识，起到区别商品来源的功能，属于“商标性使用”。其次，由于鼎盛公司所使用的商标具有造成市场混淆的可能性，构成与东华公司注册商标的近似商标，从而符合我国《商标法》第五十二条第一项规定（现为《商标法》第五十七条第二项），未经商标注册人的许可，在同一种商品

* 作者简介：梁铭明，华东政法大学 2013 级宪法学与行政法学硕士研究生

或者类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标，属于侵犯注册商标专用权的行为。对于第二个争议焦点，鼎盛公司在诉讼中指出工商局的多次听证行为违反《行政处罚法》的相关规定构成行政处罚程序上的瑕疵，属于程序违法的问题。法院认为，我国《行政处罚法》并未对听证的次数作出明确的规定，因此工商局的处罚程序并不违法。但是，对于工商局做出的“责令停止侵权行为”和“罚款人民币 50 万元”的两项处罚决定，两级法院的态度并不一致。第一条处罚决定，两级法院均以“认定事实清楚”表示认可，但二审法院在审理过程中以“行政处罚显示公正”为由撤销了“罚款人民币 50 万元”这一处罚决定。

根据这一判决，便引出了新的问题，即法院判断行政处罚是否显失公正的标准是什么，以及法院以“显失公正”为由撤销行政处罚决定的行为是否构成对行政权的侵犯？本案的二审法院认为，虽然我国《商标法》第五十三条（现为第六十条）规定，工商行政管理部门在处理侵犯注册商标专用权纠纷时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，并可以处以罚款。但对该条的正确理解是工商行政机关对商标侵权行为作出行政处罚时，在责令立即停止侵权行为的同时，可以对是否并处罚款做出选择。因此，工商行政机关在行使该自由裁量权时，应当根据《行政处罚法》第四条第二款确定的“过罚相当”的原则，在综合考虑处罚相对人的主观过错程度、违法行为的情节、性质后果及危害程度等因素以后，决定是否对相对人并处罚款。由此可以看出，二审法院在判断规划局做出的行政处罚是否显失公正时，实际上是以行政机关在进行行政管理过程中保障行政目标的实现与损害相对人的权益之间是否平衡作为审查标准的。法院要求，在实现行政目标的过程中，行政机关应当选择对相对人权益侵害最小的一种手段，如果行政机关作出的行政处罚明显违背“过罚相当原则”，使行政处罚结果与违法程度不相适应，则应当认定属于行政处罚显失公正。

三、法院实际上采用的审查标准是比例原则

我国《行政处罚法》第四条规定：行政处罚遵循公正、公开的原则，设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。《行政诉讼法》第五十四条规定：人民法院经过审理，认为行政处罚显失公正的，可以判决变更。这就在法律的层面上建立了一种利用法院的司法权去制约行政权适用的机制，抑制了行政权的恣意使用，维护了公平正义的社会秩序。二审法院最终以“行政处罚显失公正”为由变更了原来的行政处罚决定，便是法院依法行使对行政行为的合法性进行审查的权利。但是由于我国

法律尚未对法院审查行政行为“是否显失公正”的标准作出明确的规定，这就造成法院对审查结果的合法性和合理性存在一定的局限。

按照当前的理论理解，上述二审法院在判决中对显失公正的解释，实际上是借助了行政法理论上被称作为“比例原则”的东西。比例原则的基本原理就是要求行政主体在实施行政管理，做出行政行为时，应当寻求行政目标的实现和保护行政相对人的权益两者之间的平衡。[1]之所以会有这样的比例要求，是因为宪法赋予公民基本权利，其本身就蕴含着对抗国家权力对于自由领域的不当侵害与限制的意味，也就是预设了国家权力行使的例外和权力有限的内在思想，当国家行使公权力而与基本权利发生冲突时，就必须凭借某种审查标准来判断上述公权力的行使是否为宪法所允许，国家权力对公民权利的侵害是否适度、合比例，在其间便要有比例原则来发挥决定性作用，作为保护基本权利而“加诸国家之上的分寸要求”。[2]

由于法律的稳定性和滞后性与行政活动的复杂性和灵活性之间的矛盾，这就决定了行政行为可以在法律规定的范围内具有一定程度上的自由裁量空间。而且，随着社会的发展，行政裁量已构成了现代行政法上行政权的核心，[3]行政机关可以在法定条件下根据自己的判断做出其认为最为合理的决定，从而提高行政权的效率。但这种裁量的使用必须受到一定的限制，比例原则便是为了限制自由裁量的使用而产生。如果将不得越权看作是行政权的外在界限,那么比例原则就是行政权行使的内在界限。[4]因此，比例原则就不仅仅是行政机关做出行政决定时行使自由裁量权的限度要求，同时也可以作为法院审查行政机关行为合法性的标准。

德国对比例原则的法释义学上的贡献最大，使该原则不再是抽象的法律原则，而是具有了规范性质，并可能进入司法层面进行操作。对该原则的最著名、也是最通常的阐述为“三阶段论”，也称三项“构成原则”，即手段的妥当性、必要性和法益相称性原则。所谓妥当性是指，行政机关所做出的行政行为必须与行政目标的方向相一致，行政行为的实施必须有利于行政目标的推进和实现。必要性是指，行政机关在对行政相对人采取相关措施的同时，必须在各种行为的选择中实施对行政相对人损害最小的方式，从而保证对相对人权益的损害最小。法益相称性，也叫狭义的比例原则或者均衡性，就是要求行政行为所要实现的行政目标的利益与侵害的利益符合比例，即行政行为所侵害的利益不得大于要保护的利益，这也是要求公权力在运行的过程中，必须对公民权利给予足够的尊重，必须充分衡量权力行为的效果与对公民权利造成的损害的大小，使人民因此受到的损害，比起公权力由此获得的利益而言要小得多，是人民可以合理忍受的程度，否则，公权力的行使便有违法、违宪之嫌。在本案的审理过程中，法院基本上是按照比例原则的“三阶段论”作为对该行政处罚的审查标准的。

1、妥当性审查

两级法院都认为：鼎盛公司对“I will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用标识的使用系商标性使用，该标识与东华公司“乐活 LOHAS”注册商标构成近似，其行为侵害了东华公司注册商标专用权，因此苏州工商局认定鼎盛公司的行为侵犯注册商标专用权，并作出“责令停止侵权行为”的行政处罚正确。

首先，按照我国《商标法》的规定，商标是指任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，并且应具有显著特征和便于识别的功能。判断一个商品标识是否属于商标的重要标准便是，该标识的使用能否有效区分该特定商品与其他商品的界限。虽然鼎盛公司认为“乐活 LOHAS”只是作为其月饼款式中一款的商品名称使用，但其并未在月饼包装上规范且以显著方式突出使用自己的“爱维尔”系列注册商标，而且在“I will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用的标识中，“乐活 LOHAS”与“I will 爱维尔”连用，融为一体，标识性效果十分明显。因此，从涉案“I will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用标识的实际使用情况来看，无法看出“乐活 LOHAS”的使用方式属于其注册商标或“I will 爱维尔”商标项下的一种款式名称，“乐活 LOHAS”与“I will 爱维尔”连用后作为一个整体标识，起到区别商品来源的功能，属于商标性使用。

其次，《商标法》第十三条规定：就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。第五十七条规定：未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，属于侵犯注册商标专用权。本案的一大诉讼争点便是鼎盛公司的商品标识是否构成与东华公司商标的近似商标从而导致市场的混淆行为。混淆行为是指经营者在市场经营活动中，以种种不实手法对自己的商品或服务作虚假表示、说明或承诺，或不当利用他人的智力劳动成果推销自己的商品或服务，使用户或者消费者产生误解，扰乱市场秩序、损害同业竞争者的利益或者消费者利益的行为。需要注意的是，这里的混淆不仅仅指实际上发生的混淆，还指混淆的可能。因为很难证明事实上确已造成混淆，根据民事诉讼中“高度盖然性”的证据原则，只要证明存在混淆的可能性即可。如《反不正当竞争示范法》注释第 2 条规定：不必要求实际发生了混淆，因为混淆的可能性足以成为主张不正当竞争行为的基础。[5]本案中，鼎盛公司在“I will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用的标识中，不仅并未突出其自有商标“I will 爱维尔”，相反却突出了“乐活 LOHAS”，造成“乐活 LOHAS”的标识相对整体标识的标识效果更为明显。而东华公司在案发之前就已将“乐活 LOHAS”经工商局的确认为本公司的注册商标，按照商标法其

对该商标具有专用权。鼎盛公司的这种标识与东华公司的注册商标具有很大的相似性，而且两个公司的标识都使用在“第 30 类商品”之上，这种同种商品相似标识的商品存在很容易造成商品的混淆和消费者的误认，因此，按照《商标法》的内容来看，鼎盛公司所使用的标识都构成了对东华公司注册商标的近似商标，从而侵犯了东华公司的注册商标专用权。

按照《商标法》第六十条的规定，侵犯注册商标专用权行为引起纠纷的，商标注册人可以请求工商行政管理部门处理。工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，也可以并处罚款。《反不正当竞争法》第二十一条也规定了，经营者擅自使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的，监督检查部门应当责令停止违法行为，也可以根据情节并处罚款。因此，在本案中，工商局为了维护稳定的市场竞争秩序，保障消费环境的法治化，制止侵犯注册商标专用权的行为，保护商标专用权所有人的合法权益，针对鼎盛公司的侵犯他人注册商标专用权的行为所做出的行政处罚决定是合法有效的，同时这一行政行为与所要实现的行政目标的方向都是一致的，行政行为的做出也有利于行政目标的推进和实现，符合比例原则中妥当性和适当性的审查标准。

2、必要性审查

针对鼎盛公司的违法行为，工商局共做出了“责令停止侵权行为”和“罚款人民币 50 万元”的两项处罚决定，两级法院在审理过程中，对这一行政处罚的审查结果也有所不同，特别是二审法院撤销了“罚款人民币 50 万元”的决定，可见两级法院在裁判过程中所使用的审查标准并不相同。

依照《行政处罚法》的规定，工商局针对鼎盛公司侵犯东华公司注册商标专用权的行为可以“责令停止侵权行为”，也可以并处“罚款”，但无论行政机关做出何种处罚决定，其根本的行政目标即在于保护东华公司的注册商标专用权，打击市场中的不正当竞争行为，维护稳定有序的市场发展秩序。从实现这一行政目标的角度出发，行政机关所采取的行政行为也具有了一定的合法性，而且行政机关在法律规定的范围内所采取行为的选择也具有一定的自由裁量权。但是，按照现代行政法的理念来看，在政府“干预行政”向“给付行政”的发展过程中，行政法对行政机关行为的内容和程序都提出了更高的要求，对行政机关的行为选择也形成了更多的限制，行政机关在实施行为的时候，要更加注重对行政相对人权益的保护，对相对人的权益给予更多的尊重，而不能滥用行政权造成对相对人权益的过度侵害。这也要求，公权力为了实现一定的法定目标时，在多种可能对私权利造成侵犯的行为中，必须选择其中对私权利侵犯最小的手段，正所谓“杀鸡焉用宰牛刀”，必要性更加关注的是由法定目

的所界定的国家对公民自由干预的程度。

按照必要性审查标准的要求，行政机关在对行政相对人采取相关措施的同时，必须在各种行为的选择中实施对行政相对人损害最小的方式，从而保证对相对人权益的损害最小。这反映了在一定程度上，公权力的行使需要对私权利给予适当的尊重，既要实现社会的公共利益，也需要对私权利的限制保持一定的范围，不能一味地为了保护公权力而对私权利造成过分的干预和侵犯，行政行为如果能够采取较温和的手段，就不要采取较激烈的手段。本案的二审过程中，法院便是在充分考虑到了鼎盛公司违法行为的实际后果，经过权衡各种处罚决定对其的实际损害大小以后，最终撤销了“罚款”的决定。正如二审判决书中所说，“工商行政机关在行使该自由裁量权时，应当根据《行政处罚法》第四条第二款确立的‘过罚相当原则’，综合考虑处罚相对人的主观过错程度、违法行为的情节、性质、后果及危害程度等因素，决定是否对相对人并处罚款。也就是说，在保证行政管理目标实现的同时，兼顾保护行政相对人的合法权益，行政处罚以达到行政执法目的和目标为限，并尽可能使相对人的权益遭受最小的损害。工商行政机关如果未考虑应当考虑的因素，违背过罚相当原则，导致行政处罚结果显失公正的，人民法院有权依法判决变更。”法院的这种行为方式正是体现了必要性审查的原则和内涵。

3、法益相称性审查

行政机关在行政管理的过程中，经常会不可避免地侵犯公民权利，因此，为了更好地适应现代社会发展的要求，增加对公民权利的保护和尊重，公权力的行使不仅仅要考虑适当性和必要性的要求，同时也要加大对行政行为的法益相称性做进一步的考量，即更加系统充分地分析和衡量行政目标所要实现的利益和侵犯相对人的利益的大小，保证相对人所被损害的利益要小于行政目标所要实现的利益，从而实现二者利益冲突的合理解决。同时，在公权力处理私权利主体之间的利益纠纷时，也必须注意行政行为所要保护的一方主体的利益大于对另一方主体所造成的损害，这样才符合行政目标和手段之间的平衡。

比例原则表现在行政和司法领域，则意味着，行政和司法不单是要遵守法律授权的明确规定，还要考察为达成目的所采取的的必要性手段，是否侵害到一个更高法益，因为每个基本人权的条款都具有宪法位阶，行政和司法理所应当有所顾及。[8]这也是对行政机关行使职权时提出了新的义务要求，即全面衡量与公权力有关的公共利益和私人利益以及不同私人主体之间的私人利益，保证行政目标所要保护的利益必须大于所损害的利益，实现行政目标和行政手段之间的比例协调。只是在衡量过程中又会产生新的问题，即这种利益衡量的标准是什么。特别是法院在审查行政机关的行政行为时，如果法院的审查标准与行政机关有较大出

入，在一定程度上也容易造成司法权对行政权的过度干预。按照现代行政法的要求，行政行为的作出要尊重和保护公民的基本权利，在对二者的利益做出价值衡量后，采取可行性协调原则来解决两权冲突问题，按照宪法的整体性要求去寻找双方都满意的解决方法，两种权利都要受到一定的限制，以最大程度地实现各自的效率。比例原则在我国现行行政法中尚无明确的规定，但《行政处罚法》第四条中的“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”的规定在一定程度上则反映了比例原则中法益均衡性的要求。通过这一要求，可以更好地加强对行政自由裁量权的监督和控制，完善我国的行政法律制度，推进依法行政的进程，更好地保障相对人的合法权益。

二审法院经过审理认为，一方面，在“乐活 LOHAS”注册商标核准之前，上诉人鼎盛公司就进行了相应的包装设计并委托生产，鼎盛公司不存在攀附被上诉人东华公司注册商标声誉的主观恶意。而且，鼎盛公司的侵权时间非常短暂，且涉案注册商标尚未实际使用，故鼎盛公司的侵权行为对商标权人东华公司并未造成实际损害后果。同时，从“I will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用的标识使用情况来看，鼎盛公司并未对使用该标识的月饼进行专门、广泛、大量的宣传，其对商品的销售模式也仅限于其专卖店销售或直接推销。加之“乐活 LOHAS”注册商标因未使用不存在市场知名度，尚未造成市场中相关公众实际的混淆和误认，故其侵权行为和情节显著轻微，对东华公司造成的损害后果也很有限。因此，工商局在对鼎盛公司进行行政处罚时，责令其停止侵权行为即足以达到保护注册商标专用权以及保障消费者和相关公众利益的行政执法目的，但工商局未考虑鼎盛公司上述主观上无过错，侵权性质、行为和情节显著轻微，尚未造成实际危害后果等因素，同时对鼎盛公司并处 50 万元罚款，使行政处罚的结果与违法行为的社会危害程度之间明显不适当，其行政处罚缺乏妥当性和必要性，应当认定属于显失公正的行政处罚。从判决书中可以看出，法院在审查行政行为的过程中，充分考虑了鼎盛公司违法行为的行为性质、情节以及后果，同时也对东华公司所受损害利益进行了价值判断，并对行政行为的做出提出了更高的要求，既要保护行政管理目标的实现，又要保护相对人的合法权益，从而实现行政机关和相对人“双赢”的效果。

四、比例原则的在类似案件中的引入适用

比例原则虽然在现行法律中尚无明确的规定，但在实践中却已经常被适用于行政管理的过程中，也产生了积极的社会效果。于是将这一事实行为上升到法规范的高度，从而对行政

行为的做出更好的要求和指引便具有了现实的实践价值。比例原则要求行政机关在做出行政行为时需要考虑更多的因素。

1、行政处罚是为了维护注册商标专用权

一般认为，关于商标权的保护及纠纷应适用民事法律途径解决，但商标权又明显具有公共权益的内容，多数侵犯商标权的行为不仅侵犯了权利人的利益，同时也会造成市场的混淆，损害消费者的合法权益和稳定的市场秩序。因此，对于侵犯商标权的违法行为必须通过行政行为加以制止，通过一定的行政措施保护商标所有权人和消费者的合法权益，维护市场秩序的合法稳定运行。

《商标法》第一条即规定了立法的目的是为了保护商标专用权，促使生产、经营者保证商品和服务质量，以保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济的发展。同时也规定了商标注册人享有商标专用权，受法律保护，并列举了多种侵犯商标专用权的行为和行政机关的相应职权，也赋予了工商行政管理部门依法处理商标专用权纠纷的权力。《行政处罚法》也规定了，公民、法人或其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，由行政机关依法实施，没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。这些法律规定都对行政处罚的作出提出了一定的要求，即行政处罚以维护行政管理秩序为宗旨，以实现一定的行政目标为目的，以保护商标专用权所有人的权益为原则，并按照法定依据和程序进行。

2、行政处罚以对相对人的侵害最小为原则

在惩罚的严厉性方面，行政处罚相对刑事处罚的强度较低，其打击的对象也只是违反行政管理秩序而尚未违反刑法的行为。同时，行政处罚要遵守处罚与教育相结合的原则进行，在对侵权人进行惩罚的同时具有教育公民、法人或者其他组织自觉守法的功能。而且，在现代行政法的发展过程中，依法行政对行政机关的行为提出了更高的要求，出于对行政权扩张性的限制，以及对相对人权利的尊重和保护，行政机关在作出行政处罚等干预性行政措施时必须选择对相对人权益侵害最小的方式，即尽量采取负担性行政行为，不采用禁止性行政行为，尽量采用较温和的行政行为，不采用较激烈的行政行为。

《商标法》规定工商行政管理部门认定侵权行为成立的，可以责令立即停止侵权行为，并可以处以罚款，同时针对不同的侵权情节和程度做了区分，按照违法的程度决定罚款的数额。这就在法律规范的层面上对行政处罚的限度作了限制，工商局必须以相对人实际的侵权行为作为处罚的标准，在保证实现行政目标的前提下采取对相对人侵害最小的行政处罚，而不能“用大炮打小鸟”，否则过度的行政处罚既是对行政权力的滥用，更是对公民权利的过

度侵犯。

3、行政处罚要与违法的程度相均衡

行政机关在作出行政处罚决定时必须与所要达到的行政目标相均衡，即行政目标所要实现的利益必须要大于对相对人损害的权益。按照行政处罚法的规定，行政处罚要严格遵守“过罚相当”的原则进行，一旦行政处罚超过必要的限度，此时的行政机关便有滥用职权的嫌疑，这种行政行为也要受到更加严格的合法性和合理性的审查，在诉讼过程中，法院可以通过认定该行为“显失公正”来变更此种行政行为。因此，为了进一步规范行政行为的作出，促使行政机关依法行政，保障相对人的合法权益，必须将均衡性审查纳入行政机关的工作要求中来，严格拘束行政机关依照法定权限行使职权，而且，这种行政处罚决定也更容易被相对人接受，从而提升行政管理的效率。

均衡性在商标侵权案件中则是要求，工商行政管理部门在针对侵犯商标专用权的案件中，对相对人作出处罚决定时必须考虑到行为人侵权的行为性质、情节严重性以及实际危害后果等因素，在科学合理地衡量和计算之后，实事求是地作出相应的处罚决定，维持行政目标与行政处罚效果的均衡，保证行政权力的依法合理运行，最终保护好商标专用权，促使生产、经营者保证商品和服务质量，维护商标信誉，保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济的发展。

参考文献

（1）胡锦光.中国十大行政法案例评析[M].北京：法律出版社，2005：170

（2）蔡宗珍.公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心[J].政大法学评论，1999（12）

（3）章剑生.现代行政法基本理论[M]北京：法律出版社，2014：102

（4）杨解君,肖泽晟.行政法学[M].北京：法律出版社，2000:：63

（5）刘春田.知识产权法，[M]北京：高等教育出版社，2010：375

（6）姜昕.比例原则研究——一个宪政的视角[M]北京:法律出版社，2008：4

美国判例研究基本方法

林彦

上海交通大学凯原法学院

一、确定主题

以乞讨权为例

二、查找综述

素材来源：ALR (American Law Reporter)等

目的：立法、司法现状摸底

主要内容：历史演变；主要判决类型（代表性法院）；未决问题等

三、个案分析及类案比较

以法官为中心（多数、少数、协同意见）

核心争议

审查标准

利益衡量、政策考量

四、趋势分析

影响未来判决尺度的主要因素有哪些？

黄东方抢劫、以危险方法危害公共安全案

——实施其他犯罪中驾驶车辆冲撞行为的认定

刘丹丹[①]

一、基本情况

被告人黄东方，男，32岁，1980年7月16日出生，汉族，河北省人，初中文化程度，河北省阜城县古城镇古城村农民，住该村1369号。因涉嫌抢劫罪、以危险方法危害公共安全罪，于2008年1月14日被北京市公安局顺义分局刑事拘留，同年2月21日被北京市公安局逮捕。

被告人黄东方预谋抢劫，并于2008年1月13日15时许，在本市顺义区农业银行顺义支行门口骗乘被害人王淑伶驾驶的夏利牌轿车（车牌号：京GDB639），当该车行至顺义区木林镇木林村西环路6号院西侧马路时，黄东方持事先准备的尖刀猛刺王头面部、背部、手臂等处数十刀，致王淑伶轻伤（偏重），抢得王淑伶的人民币500余元及夏利牌轿车1辆（价值人民币33 376元），所抢款物共计价值人民币33 000余元。被告人黄东方实施抢劫后，驾驶所抢的夏利牌轿车逃跑，当车行至本市顺义区木林镇顺密路木燕路路口及木邵路时，先后撞击被害人吴继生、吕维军、任友发、魏金爽（男，殁年13岁）、高晗等五人，致魏金爽重度颅脑损伤死亡，吕维军重伤，高晗轻伤，吴继生、任友发轻微伤。

本案由北京市公安局侦查终结，以黄东方涉嫌抢劫罪、以危险方法危害公共安全罪，于2008年4月21日移送审查起诉。北京市人民检察院第二分院于2008年5月19日将黄东方以抢劫罪、以危险方法危害公共安全罪，向北京市第二中级人民法院提起公诉。

北京市第二中级人民法院认为，被告人黄东方无视国法，以非法占有为目的，采用暴力手段劫取他人财物，致人轻伤，且抢劫数额巨大，其行为已构成抢劫罪；黄东方在驾驶所抢机动车逃跑过程中，不计后果，在公共场所连续撞倒数人，致一人死亡、一人重伤、一人轻伤、二人轻微伤，其行为还构成了以危险方法危害公共安全罪，犯罪性质恶劣，情节、后果特别严重，对其所犯数罪应依法并罚。

北京市第二中级人民法院判决被告人黄东方犯以危险方法危害公共安全罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利三年，

[①] 北京市人民检察院第二分院公诉一处助理检察员，法学硕士。

并处罚金人民币三万元，决定执行死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处罚金人民币三万元。

二、主要问题

本案涉及的主要问题是：黄东方实施抢劫犯罪过程中驾驶车辆冲撞路人的行为是否构成以危险方法危害公共安全罪。

三、评析意见

（一）分歧意见

第一种意见认为：黄东方在实施抢劫行为后驾车冲撞路人的行为构成交通肇事罪，应以抢劫罪、交通肇事罪数罪并罚。

第二种意见认为：黄东方在实施抢劫行为过程中驾车撞人，其行为构成抢劫致人重伤、死亡的加重情节，应当以抢劫罪一罪定罪处罚。

第三种意见认为：黄东方的行为构成抢劫罪、以危险方法危害公共安全罪，应数罪并罚。

（二）分析意见

笔者同意第三种意见，分析如下：

首先，黄东方的行为不构成交通肇事罪。

区分黄东方驾车冲撞行人的行为构成交通肇事罪或是以危险方法危害公共安全罪的关键是行为人的主观方面。犯罪的主观方面分为故意和过失。根据刑法第 14 条、15 条规定："明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。""应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。"

黄东方在实施抢劫行为之后开车冲撞行人，且黄东方明知自己没有学习过驾车技术，以前没有开过汽车，属于无证驾驶，仍然开车上路，按照一般常识判断，其对于自己无证开车的行为可能会造成危害他人生命健康安全的结果是有一定的预见的，由此可以排除犯罪过失心态中"应当预见可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见"的情况。同时，从其实施抢劫之后的状态分析，其没有驾车故意向行人冲撞的故意，因此也排除了犯罪故意心态中的直接故意。

主观心态中间接故意与过于自信的过失之间存在着一定程度上的异同。二者从主观认识上都可以预见到自己的行为有可能会发生危害后果，并且都不追求危害后果的发生。但是，

二者也存在着本质上的区别：间接故意所反映的是对法益的积极蔑视态度，过于自信的过失所反映的是对法益消极不保护的态度。

[1]从黄东方的供述来看，其只想开车逃跑，并不追求驾车撞人的结果，似乎其持轻信自己能够避免撞人结果发生的态度，但黄的这种"轻信"是没有任何依据的。黄东方没有驾驶过汽车，只在老家开过拖拉机，没有学习过驾驶汽车的技术，其驾驶汽车上路存在着极大的社会危险性，黄东方所指望的凭借自己的能力驾驶汽车逃跑的情况根本就不存在或者存在的几率非常之小，也就是说黄东方在驾车时完全是抱着侥幸心理，其开车发生了连撞五人的结果，不是出于过于自信的过失，而是间接故意心态。黄东方的主观心态已经超越了交通肇事罪的过失犯罪的范围，应认定为故意犯罪，因此，黄东方的行为不构成交通肇事罪。

其次，黄东方的行为不构成抢劫致人重伤、死亡的情形。

根据《刑法》第 263 条规定，以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：……（五）抢劫致人重伤、死亡的。其中"抢劫致人重伤、死亡"的含义包括：杀害财物所有人、保管人；对阻止行为人实施抢劫的他人使用暴力致其死伤的；当场对与财物所有人、保管人有同一利益关系的他人实施暴力行为致人重伤、死亡，迫使财物所有人、保管人交付财物的等等。不仅包括对财物的交付者实施暴力，还包括对与其有关联的他人实施暴力，根据司法实践中存在的不同情况，还可能存在其他多种情形。但从抢劫罪的犯罪特征和立法目的来看，无论暴力的实施对象为何人，"抢劫致人重伤、死亡"的情况应仅限于暴力行为的实施与获取财物的结果之间存在着刑法中的因果关系，即实施暴力行为的目的是获取财物，转化型抢劫中的窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证的行为也可以认为是具有获取财物的目的。

而对引起重伤、死亡结果的原因行为进行分析，目前存在以下几种学说：（一）手段说认为，伤亡结果的原因行为必须是抢劫中的暴力、胁迫等手段行为；（二）机会说认为，伤亡结果的原因行为必须是在抢劫机会中所实施的行为，而且仅此就够了；（三）关联说认为，伤亡结果的原因行为必须是在其抢劫机会中实施的，与抢劫具有一定的关联性、牵连性的行为。[2]对此我们采纳关联说，且关联说为目前通说。死伤结果与抢劫行为之间应当有一定联系，这种联系意味着死伤结果是由与抢劫相关联的行为所引起，但不能要求死伤结果必须作

[1] 参见张明楷《刑法学》第三版，第 241 页。

[2]参见[日]西田典之：《刑法各论》，弘文堂 2007 年第 4 版，第 171 页以下。

为抢劫手段的暴力、胁迫行为所直接产生。[3]实施盗窃、诈骗、抢夺等行为，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力致人死伤的，死伤结果和暴力之间也存在因果联系。[4]即行为人实施了暴力行为，其目的是为了排除阻碍其实现抢劫行为的障碍，在此情况下，会出现上述交付财物者与暴力的承受者不一致的情况，如：甲抢劫乙的财物，乙拒绝并反抗，此时丙路过此地见状要报警，甲控制住丙并用刀扎刺丙并威胁乙，乙担心甲会用同种方法伤害自己，故交出财物，丙因被扎致失血性休克死亡。丙的行为构成了对甲实施抢劫行为的障碍，甲为了达到抢劫的目的，故对丙使用暴力，同时对乙产生了恐吓，从而乙向甲交付了财物。甲对丙实施暴力与从乙处取得财物具有密切的关联，故可以认定甲的行为符合抢劫致人死亡的加重情形。

本案中，黄东方所实施的在抢劫过程中驾车冲撞的行为与取得财物的目的并不存在上述关联。黄东方在抢劫被害人王淑伶夏利轿车及现金过程中，持尖刀刺王数刀，该暴力行为指向的对象与取得财物的对象均为王淑伶，犯罪数额巨大，故黄东方的上述行为成立抢劫罪。而黄东方在实施抢劫行为后，驾驶所抢的夏利牌轿车逃跑，其间王淑伶打开车门喊救命并反抗，黄东方开车加速，导致撞击多人，并造成一人死亡。黄东方所撞击的路人并不是对其进行拦截或阻止其实施抢劫的人，而是正常在路上出行的人，与抢劫的事实并无刑法上的关联关系，因此，黄东方驾车冲撞多人的行为不符合抢劫致人重伤、死亡的加重情形。

第三，黄东方的行为构成抢劫罪、以危险方法危害公共安全罪。

实施抢劫行为致人死亡，仅限于在抢劫过程中为了取得财物而当场杀害他人的情况，并不意味着都要认定为构成抢劫罪一罪，如果其行为构成其他犯罪，可以与抢劫罪实行数罪并罚。区分构成一罪与数罪，要依据其犯罪行为所触犯的法益，侵害了何种法律所保护的利益或权利。犯罪的客观构成要件是行为的违法性，即对法律所保护的法益的侵害，否则不构成犯罪，可见犯罪行为的法益侵害性是构成犯罪的基础和依据。

抢劫罪侵犯的法益包括法律所保护的公司财产的所有权和被害人的人身权利，因此抢劫罪侵犯的是双重法益。以危险方法危害公共安全罪侵犯的法益为不特定多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全，因此该罪是危害到社会公共安全利益的犯罪。由此可见，抢劫罪所侵犯的法益与以危险方法危害公共安全罪所侵犯的法益有根本的区别，即行为人的犯罪行为所产生的危害及其所侵犯的权益不可能介于二者之间，是非此即彼的关系。

[3] 参见[日]阿部纯二等编：《刑法基本讲座》，第5卷，130页，东京，法学书院，1993年。
[4]参见陈兴良、周光权《刑法学的现代展开》第601页。

本案中，黄东方先前实施了抢劫行为，抢得了王淑伶的夏利汽车和现金，并持刀对王进行伤害，其行为侵犯了王淑伶的人身健康权和个人的财产安全。而后黄东方在无驾驶证的情况下驾驶抢得的汽车在公路上加速行驶，连撞五人，而被撞的五人与抢劫的被害人王淑伶并无联系，双方不属于抢劫罪所保护的一个整体利益，不构成抢劫罪的结果加重犯。黄东方驾车冲撞五人的行为所侵犯的是公共安全，即侵犯了在该路段所有人员、财产的安全，该死伤的五人只是黄东方行为所造成的后果。因此，黄东方所侵害的公民人身权利是不特定的，其社会危害性要远大于驾车冲撞特定人员的危害性，因此法律将此种行为规定为危害公共安全的犯罪。认定黄东方的行为构成以危险方法危害公共安全罪，符合了其所侵犯的法益，对其造成的社会危害也可以进行正确的评价。

黄东方在实施驾车冲撞行人的行为之时，被害人王淑伶进行了反抗和呼救，但此时黄东方已经对被抢车辆、现金实施了控制，被害人则处于受伤的情形，其所能够进行的反抗也不过是用脚踢黄东方并开门呼救，黄东方并没有对被害人王淑伶继续实施伤害行为，而是加速逃跑。在逃跑过程中，黄东方明知自己无驾驶证件，且并不熟悉驾车技术，而强行开车上路，对其行为可能产生的危害而听之任之。在撞上第一个被害人之后，汽车前挡风玻璃损坏，看不清方向，同时被害人在车内反抗，黄东方应当明知自己的驾驶技能无法避免再次发生与他人相撞并造成他人死伤的情况，其不但不采取弃车逃跑、或减速慢行等方式避免与他人相撞的情况再次发生，反而为逃跑加速行驶，在八百余米的距离内与五人及一个路边路桩相撞，造成一死、一重伤、多人轻伤、轻微伤的严重后果。黄东方主观上具有危害公共安全的间接故意，并在逃离过程中冲撞行人致人伤亡，其行为已经超出抢劫罪的基本行为特征之外，对于此种情况下造成的他人伤亡结果，应进行数罪并罚。[5]

综上所述，对被告人黄东方应以抢劫罪、以危险方法危害公共安全罪定罪，数罪并罚。

[5] 张明楷《刑法学》第三版，第717页。

代位权的行使与合同效力的确定

——“(2011)民提字第7号”判决评释

龙　俊※

摘要：我国《合同法》将代位权的行使客体仅限于到期金钱债权，过于狭窄，实践中易生弊端，本案即为此例。本案判决回避了上述问题，通过认定合同无效的方式，将本来应该代位行使的形成权或者其他诉讼上的权利变成了到期债权，从而肯定了代位权的行使。判决结果值得赞同，但是证成方式有待商榷。本文认为与其广泛认定合同无效，倒不如在形成权等场合类推适用代位权制度。

关键词：代位权　合同效力　无效　效力待定　无权处分

案情简介①

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：中国银行股份有限公司汕头分行（代位权的行使主体，主债权人），文中简称X行

再审被申请人（一审被告、二审被上诉人）：广东发展银行股份有限公司韶关分行（代位权的行使对象，次债务人），文中简称Y行

第三人：珠海经济特区安然实业公司（主债务人），文中简称Z公司

其他与本案相关的主体文中皆以甲、乙等代称。

具体案情如下：

1992年期间，甲行曾与乙公司联合开发珠海市横琴岛一块荒地，因乙公司无款付给甲行，于1994年4月28日函告珠海市横琴岛经济开发区管理委员会，言明该公司因无力筹借足够资金投资开发该地，同意该地使用权归甲行，并由甲行办理有关手续。后来甲行领取了土地的红线图和建设用地规划许可证，但是并未取得土地使用权证书。

1994年2月28日，甲行与Z公司签订了一份《合作权转让协议》，协议约定：甲行同意将上述土地的开发权转给Z公司，转让费等分三期付清；付清款后，甲行把该土地开发经营权全部交给Z公司，Z公司如违约，即视为自愿放弃接收开发权，甲行有权收回开发权，并没收定金。后来Z公司仅支付了部分土地款1500万元。

2004年12月3日，甲行被注销，其债权债务由Y行承担。

※ 北京大学法学院博士后研究人员

① 本文所涉及的案情信息全部来自于“最高人民法院民事判决书 (2011)民提字第7号”，载于《北大法宝》数据库。

经另案生效判决确定：Z公司应返还X行借款人民币2764．4万元及利息，但是Z公司未履行判决义务，且下落不明（法定代理人入狱，公司也搬迁了办公地点，却没有到工商部门办理变更登记手续）。

于是X行提起代位权诉讼，请求法院判令Y行返还1500万元购地款，用于偿还Z公司所欠X行的债务。

判决要旨

本案争议的焦点问题之一是Z公司是否对Y行享有到期的、非专属Z公司自身的金钱债权（最高人民法院《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(一)》第十一条所规定的代位权行使的要件）。

一审法院认为：Y行是否欠Z公司的债务，目前不能认定，因为，甲行（Y行的承继对象）与Z公司在1994年2月28日签订《合作权转让协议》后虽然Z公司履行了部分付款义务，但对于协议的效力、应否继续履行、能否履行、未能履行的原因、合同责任的承担等事实均未能确定，Z公司对Y行是否享有怠于行使的到期债权的事实亦未确定，故认定在该转让关系中甲行是债务人，Z公司是债权人的证据不足。

二审法院认为：甲行（Y行的承继对象）与Z公司于1994年2月28日签订的《合作权转让协议》时，并未取得转让土地的使用权，此后直至本案诉讼时也未取得该土地的使用权或征得有批准权的人民政府的同意。根据《中华人民共和国土地管理法》第五十五条“以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的建设单位，按照国务院规定的标准和办法，缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后，方可使用土地”及最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第九条“转让方未取得出让土地使用权证书与受让方订立合同转让土地使用权，起诉前转让方已经取得出让土地使用权证书或者有批准权的人民政府同意转让的，应当认定合同有效”的规定，《合作权转让协议》应认定无效。原审判决对此未作认定不当。X行该项请求具有法律依据，依法予以支持。X行作为利害关系人，有权以提起诉讼的方式请求人民法院确认甲行与Z公司签订的上述《合作权转让协议》无效。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还。因此，甲行应将Z公司支付的1500万元购地款及相应利息返还给Z公司。上述债权为金钱债权，且不属于最高人民法院《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(一)》第十二条规定的专属于Z公司自身的债权。因此，Z公司对Y行享有到期的、非专属于Z公司自身的债权的事实足以认定。

再审法院（最高院）维持了二审判决中的上述内容。

评释

一、问题的提出

在本案中，X 行欲对 Y 行行使代位权拿回那 1500 万，一个绕不开的障碍就是 Z 公司与 Y 行之间存在一个《合作权转让协议》。由于该合同的存在，那么 Z 公司支付给 Y 行的 1500 万就属于正当的合同履行，Y 行保有这 1500 万天经地义，Z 公司无权请求返还；并且又由于 Z 公司没有支付完全部价款，故 Z 公司也没有权利请求 Y 行交付土地。[①] 相当于 Z 公司支付了 1500 万元，却没有什么可以对 Y 行主张。因此 X 行欲对 Y 行行使代位权，就必须击破《合作权转让协议》这一障碍。那么应该如何击破这一障碍呢？

本案中 X 行采取了确认合同无效的方案。如果合同的效力被否定，那么 Y 行取得的 1500 万就成了不当得利，Z 公司就对 Y 行有了“到期金钱债权”（司法解释所确定的代位权行使要件），X 行也就能行使代位权。

最终判决也采纳了该意见，并认为 X 行作为“利害关系人”可以主张合同无效。从最终判决结果来看，合情合理：X 行回收了其合法债权；Y 行事实上不用再为对待给付，却保有 1500 万确实有违公平，现在交出来也是理所当然。

但是本案的逻辑证成行得通吗？本文认为至少存在如下疑问：

首先，本案中的《合作权转让协议》真的是一个无效的合同吗？判决中认定该合同无效的原因是，合同订立时甲行（Y 行的承继对象）未取得转让土地的使用权，继而认为该行为违反了司法解释的规定而无效。从学理上看，该合同属于无权处分合同，无权处分合同的效力问题在我国大陆存在重大争议，就此问题后文详细展开。

其次，即使该合同的效力存在瑕疵。那么这种瑕疵是否可以由合同外的第三人主张呢？是否如判决中所表述的那样，“利害关系人”都可以主张呢？还是说存在特别的主体限定呢？

再次，如果合同无效的方案行不通，本案的最佳解决途径是什么呢？

下文将分别就上述问题展开论述，以期抛砖引玉，求教于学界前辈及同仁。

二、合同的效力

① 进一步而言，即使 Z 公司支付完了全部价款，Z 公司可以请求 Y 行交付土地，但是由于该权利并非“具有金钱给付内容的到期债权”，按照我国现行司法解释，X 行也无法行使代位权。

（一）合同会因为无处分权而存在效力瑕疵吗？

我国大陆民法学界在是否承认独立的物权行为这一问题上存在重大争论，由此导致在诸多相关问题上难以形成共识，其中就无权处分合同的效力问题就存在效力待定说和有效说之争，有代表性的观点有三种：

第一种学说认为无权处分合同的效力待定。该说的前提是不区分债权行为和物权行为，认为当事人设定债权的效果意思和变动物权的效果意思均“捆绑”在一个法律行为——合同中（由于不承认独立的物权行为，所以也很难将之称为债权合同）。于是欠缺处分权的瑕疵，也就成为整个法律行为的瑕疵，必须取得有处分权人的追认合同才有效。[①] 该说是大陆目前的多数说，《合同法》第 51 条就是基于该说制定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”

第二种学说认为无权处分合同有效。该说的前提是区分债权行为和物权行为，认为处分权的瑕疵仅存在于物权行为中，对于债权行为的效力不生影响。该说是大陆目前的有力说，但是由于该说和《合同法》第 51 条的规定相抵触，所以提出该说的学者多从纯法理的角度或者立法论的角度加以阐释。也有少数学者从解释论的角度阐释该说，认为《合同法》第 51 条的“合同”与其他条文的合同意义不同，特指物权合意。[②]

第三种学说也认为无权处分合同有效。但是与第二种学说不同的是，该说的前提和第一种学说相同，即也不承认存在独立于合同之外的物权行为。但是该说与第一种学说不同的是，该说认为处分权的欠缺对整个法律行为的效力不产生影响，即使欠缺处分权，合同仍然是有效的。但是由此产生了一个悖论，既然合同是有效的，那么岂不是无权处分人只要向受让人交付了标的物（或者办理了登记），受让人就能无负担地取得标的物上的权利？为了解决上述悖论，该说同时又认为，物权变动除了要有有效的合同、交付（登记）要件之外，还需要独立的处分权要件。[③]

由于物权行为的争论尚未尘埃落定，故在学界上述三种观点争执不下。在实践中，由于第一种观点最符合法条的文义解释，所以多采此观点。但是此观点却存在一个急需解决的问题，那就是实践中广泛存在着“种类物买卖”、“未来物买卖”、“连环交易”等情形。这些情形下，订立合同时，出让人往往尚未获得标的物的处分权，难道这种合同都是存在效力瑕疵

① 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2001 年版，第 202 页。王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 182 页。崔建远：《无权处分辨——合同法第 51 条规定的解释与适用》，载《法学研究》2003 年第 1 期。

② 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2004 年版，第 262 页。

③ 王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 209 页以下。

的吗？

面对上述问题，崔建远教授做出了解答，认为不宜把《合同法》第 51 条的所谓“处分权”一律解释为物权的一种具体权能，而应解释为处分能力乃至履行能力。所谓处分能力，指的是作为权利人对其财产处置的能力或者说资格，在特定物买卖场合表现为处分该物的具体权能，同时表现为处分能力；在种类物、未来物的买卖场合，于履行合同时体现为处分它们的具体权能，在合同订立时表现为出卖人对其一般财产具有处分能力。[①]

因此，判断本案中无权处分合同的效力，如果采取物权行为独立理论（上述第二种学说）或者处分权独立理论（上述第三种学说），该合同就不会因为欠缺处分权而存在效力瑕疵，自不待言；即使采取物权行为债权行为不区分的理论（上述第一种理论），该合同也未必就存在效力瑕疵，还要区分合同的类型分别对待。

我们接下来考察本案中合同的类型。本案中甲行是在领取了土地的红线图和建设用地规划许可证后，才和 Z 公司签订了《合作权转让协议》。也就是说甲行虽然尚未取得土地使用权，但是也并非在随意处分他人之物。只要资金到位，在缴纳了土地出让金后，进一步取得土地使用权是顺理成章的事情。我们可以假想一种情形：如果是因为《合作权转让协议》的相对方违反合同约定不支付价款，导致甲行无法取得土地使用权，那么此时认定合同因欠缺处分权无效，岂不是在鼓励违约？实际上，实践中这种连环交易非常常见。连环交易的居中一环，往往要得到下一环的资金后，才能履行与上一环的合同。只要这种连环交易没有违反法律法规的强行性规范，没有违反公序良俗，承认其完全有效又有何弊端呢？

因此，笔者认为本案中宜承认甲行具有“处分能力”，该合同不因为欠缺处分权而存在效力瑕疵。

（二）合同会因为违反法律规定而无效吗？

既然合同不会因为欠缺处分权而存在效力瑕疵，那么该合同是否会因为违反法律的规定而无效呢？

依据《合同法》第 52 条第 5 项的规定，合同违法无效的“法”应该限定在“法律、行政法规的强制性规定”。从“法”的层级看，应限于全国人大及其常委会制定的“法律”和国务院制定的“行政法规”，地方性法规和部门规章不包括在内；从“法”的性质看，应该仅限于强制性规定，任意性规定不包括在内。[②] 但是在本案中，法院在判断合同效力时凭据的却是最高院制定的司法解释。单以此作为依据笔者认为是欠缺说服力的。

① 崔建远：《无权处分辨——合同法第 51 条规定的解释与适用》，载《法学研究》2003 年第 1 期。

② 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2004 年版，第 199 页。

退一步而言，抛开规范性文件的层级不谈，单就该司法解释的理解而言，笔者认为由此判断合同无效也是有问题的。最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第九条规定“转让方未取得出让土地使用权证书与受让方订立合同转让土地使用权，起诉前转让方已经取得出让土地使用权证书或者有批准权的人民政府同意转让的，应当认定合同有效”。显然该条规定的是哪种情况下合同有效，就文义解释而言，并不能得出“不符合这几种情况的合同就无效”的逻辑学上的结论。法律的规定难免挂一漏万，也许制定该条的人当时只是就某几种特殊类型的案件做的总结，并非意欲制定一个排他性的条款呢？除了“有土地使用权证书”或者“政府同意”之外，是否还有其他情形可以“认定合同有效”呢？单从该条的文义中我们无法判断。既然如此，要借助该条否定合同的效力，就必须借助论理解释中的反对解释。但是既然是论理解释，就必须包括除了文义外的实质性理由。但是在本判决中笔者看不到这种理由。

因此，笔者认为最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第九条无论是规范层级还是规范内容，都不足以否定该合同的效力。

三、主张合同效力瑕疵的主体

退一步而言，即使认为该合同存在效力瑕疵，那么这种瑕疵可以由合同外的第三人主张吗？笔者认为应该区分合同瑕疵的类型进行讨论。

《合同法》第 52 条规定了合同无效的 5 种类型：“（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”考察这 5 种无效类型我们就会发现，合同无效原因往往都是损害了国家、集体和社会上不特定第三人的利益，易言之往往都是对于公共法益的侵害而非对于私人法益的侵害。原因在于，对于公共法益的侵害，仅仅通过当事人之间的意思自治是无法消除的。因此必须抛开当事人的意思，一律认定为无效。正如学者所指出的，如果合同无效，不论当事人是否提出主张，是否知道无效的情况，也不论是否经过人民法院或仲裁机构确认，该合同都是无效的。人民法院或仲裁机构在诉讼或仲裁中只是对一个已经存在的事实加以确认而已。[①] 因此，对于这种无效的合同而言，合同外的第三人都可以主张。

但是除了上述因为侵害了公共法益而导致合同无效的情形之外，还存在诸多合同效力瑕

① 魏振瀛：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 160 页。

疵的情形，仅仅侵害了合同相对人或者合同外的特定第三人的利益。由于受侵害对象的特定化，对于这种类型的合同，我国现行《合同法》没有一概认定为无效，而是赋予了当事人以选择权，或规定为可撤销，或规定为效力待定。同样的道理，对于这种合同瑕疵效力的主张主体，也应该仅仅限于法律认为因为该合同而受到侵害的主体。

在本案中，如果说《合作权转让协议》存在效力瑕疵的话，这种效力瑕疵也仅仅存在于欠缺处分权这一点上。而处分权欠缺的瑕疵，至多只能算作对于私法益的侵害。既然如此，就并非合同外的任何第三人都可以主张合同存在这种瑕疵，而应有所限定。可撤销的合同应限定为有撤销权的一方，效力待定的合同应限定为有同意权的一方。

本案判决中，法院认为“利害关系人”就可以主张这种合同瑕疵，笔者认为这种界定过于宽泛。假想一种情形：假如本案中 Z 公司并未下落未明，这时候由于地价上涨，出现了一个竞争者也想获得该土地，他能否起诉主张上述土地使用权的转让协议无效呢？显然这是对他人合同的无理干涉。

因此，笔者认为即使承认本案中的合同存在效力瑕疵，这种瑕疵也并非所有“利害关系人”都可以主张。

四、问题的实质——代位权的客体范围过窄

写至此处可能就有人会问，既然本文作者认为该合同不存在效力瑕疵，又认为即使存在效力瑕疵也并非“利害关系人”都可以主张，那么难道就应该让这个合同的效力保持下去吗？难道就应该让本案中 X 行的债权无法实现，而 Y 行却不劳而获吗？

笔者的答案是否定的。本文认为通过合同无效的方式解决本案并非良策，应该探寻其他途径。

为了发现这一途径，我们的思维先回到问题的原点。正如文初所述，X 行欲对 Y 行行使代位权，一个绕不开的障碍就是 Z 公司与 Y 行之间存在一个《合作权转让协议》，因此必须击破这个障碍。但是击破这个障碍的途径就只有确认无效吗？为什么不考虑解除合同呢？

由此就涉及了本案的真正问题——代位权的客体范围问题。

我国《合同法》第 73 条规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。”将代位权的客体仅限于“到期债权”。而我国司法解释（法释[1999]19 号）更是将之进一步限缩为“具有金钱给付内容的到期债权”。这种狭窄的客体范围限制将形成权以

及诉讼上的权利排除在代位权的客体范围之外。因此，如果主张解除合同，恐怕难以得到现行法的支持。[①]

笔者认为代位权的客体范围过窄已经成为司法实践中的一大障碍。

本案中，所谓的合同欠缺处分权实际上只是一个借口，真正的问题在于这个合同已经无法履行。试想一下，如果本案中的 Z 公司并没有消失不见，并且还有继续履行这个合同的可能，X 公司以 Y 公司没有处分权为由主张该合同无效，法院有可能支持吗？实际上，在这种合作开发合同中，在所有的开发条件都齐备之前就订立合同是很正常的事情。至于是一方先取得土地使用权还是一方先交付价金，完全取决于当事人的约定。如果轮到 Y 行移转土地使用权时却没有相应处分权，Z 公司完全可以依据合同主张继续履行，否则追究 Y 行的违约责任，完全没有必要否定该合同的效力。

我们再从另外一个角度考虑，实际上本案中 Y 行欠缺处分权只是一个很偶然的因素。试想一下，如果本案中的 Y 行并不欠缺处分权，其他的条件不变，就显然不可能以合同效力瑕疵为理由否定该合同。从 Y 行的角度来讲，其不用任何付出就占有 1500 万元，还不构成不当得利，当然不会自己解除合同。但是难道我们要让这样一个实际上已经无法履行的合同一直存在下去吗？X 行明明有生效判决所确定的债权却永远无法执行吗？

上述这些问题都指向了一个目标：为什么不能让代位权人代位行使解除权呢？如果肯定这一点，上述问题都迎刃而解。

实际上，我国对于代位权客体的严格限制主要是基于历史原因，当初在《合同法》中设置代位权制度，主要目的就是为了解决“三角债”问题（多个以给付金钱为内容的债之循环）。但是认为作为一部法律不能仅以解决当时当下的问题为唯一任务，必须有一定的普适性和前瞻性。

也有学者从实质的角度赞同我国司法解释的做法，理由在于，对非金钱给付内容的权利行使代位权对于债权的保障意义不大且程序复杂，并有过多干预债务人权利之嫌，故合同法解释将代位权的标的限定在具有金钱给付内容的债权，债务人的其他权利不得作为代位权的标的。[②] 笔者认为这些理由主要是出于保守的考虑，避免过于干涉债务人。但是问题在于如果不采取代位解除的方式，而像本案判决一样采取确定合同无效的方式，只能说对合同的干涉程度更大。

---

① 本案中 X 行曾试图采取这种途径，主张“《合作权转让协议》事实上已经解除”，但是在二审法庭调查中，X 行改变了上述立场，转而主张合同无效。这一转变的理由判决主文中并未言明，但是本文揣测恐怕和前述我国《合同法》的对代位权客体的限缩有关，代位权人解除合同，在我国现行法上找不到依据。

② 曹守晔：《对合同法中代位权的理解与适用（上）》，载《人民法院报》2000 年 3 月 3 日第 3 版。

从比较法来看，《法国民法典》第 1166 条规定，债权人得行使债务人的一切权利和诉权。日本和台湾地区的立法和理论，可代位行使的权利，也很广泛，除了债权之外，还包括物权及物上请求权；除了请求权之外，还包括形成权(如合同的解除权、撤销权)，甚至债权人代位权、撤销权本身又可以成为代位权的标的；并且不仅限于私法上的权利，甚至包括一些公法上的权利，内容非常广泛。

崔建远教授和韩世远教授也认为《合同法》在这一问题上存在法律漏洞，应该通过目的性扩张予以填补。债权人代位权的客体除债权之外，还应包括：(1)物权及物上请求权。如所有物权返还请求权、土地妨害除去请求权、债务人对第三人财产上存在的担保物权等；(2)形成权。合同解除权、选择之债的选择权、买回权、抵销权以及对因重大误解或显失公平而成立的民事行为的撤销权和变更权；(3)债权人代位权和撤销权。如果债权人本人作为第三人的债权人享有代位权或撤销权，但怠于行使该权利，从而危及其债权人的债权实现时，同样该代位权或撤销权也可以成为债权人代位权的标的，债权人可以代债务人之位向第三人及其相对人行使代位权或撤销权。(4)诉讼法上的权利或公法上的权利。如中断诉讼时效的权利、代位提起诉讼的权利、申请强制执行的权利和各种登记请求权等。[①]

笔者认为这种解释路径恰恰适应了我国的司法实务，应当肯定。

五、结论

我国《合同法》将代位权的行使客体仅限于到期金钱债权，过于狭窄，实践中易生弊端，本案即为此例。本案判决回避了上述问题，通过认定合同无效的方式，将本来应该代位行使的形成权或者其他诉讼上的权利变成了到期债权，从而肯定了代位权的行使。判决结果值得赞同，但是证成方式有待商榷。

从表面上看，限定代位权的行使客体可以避免对于当事人实务的过度干预，有利于维护合同的相对性。但是动辄认定合同无效，这种干预程度相较于代位权的行使而言是有过之而无不及的。并且即使宽泛地认定合同无效，但是也并非在每一个类似于本案的僵局中，都存在着可以借以否定合同效力的因素，那么在这种情况下难道要让僵局一直持续下去？

因此，本文认为与其宽泛地认定合同无效，倒不如宽泛地肯定代位权的客体。在目前法律条文没有修改的前提下，可以在形成权等场合类推适用代位权制度。

[①] 崔建远；韩世远：《合同法中的债权人代位权制度》，载《中国法学》1999 年第 3 期。

论消费者保护法上的告知义务

——兼评最高人民法院第 17 号指导性案例

陆　青

内容摘要：指导案例 17 号对经营者的告知义务规范体系的确立发挥了重要的作用，肯定了“应告知未告知”的欺诈行为类型，对于理解和适用《中华人民共和国消费者权益保护法》第 49 条的惩罚性赔偿也有重要参考价值。但在如何进一步明确经营者告知义务的范围、告知义务的举证责任、欺诈认定的构成要件、欺诈认定的举证责任、《合同法》和《消费者权益保护法》之互动关系以及瑕疵责任与缔约过失责任竞合时的处理规则，由于缺乏请求权基础的方法指引，本指导案例无法形成参照效力，仍有待今后的判例学说作进一步发展。

关键词：消费者保护　告知义务　欺诈　惩罚性赔偿

一、概说

近年来，消费者权益保护问题日益引起社会重视。2013 年 10 月 25 日，全国人民代表大会常务委员会通过《关于修改〈中华人民共和国消费者权益保护法〉的决定》，从充实细化消费者权益的规定、强化经营者的义务与责任、规范网络购物等新的消费方式、进一步发挥消费者协会的作用和进一步明确行政部门的监管职责进行了大幅度的修改，对保护消费者合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济健康发展，发挥了重要的立法意义。

现代经济学的研究表明，消费者作为市场经济中的弱势群体，其“弱势”主要体现与经营者在交易信息上的不对称地位。因此，对症下药，消费者权益保护上的法律规制的重心在于解决和缓和双方的信息不对称地位。由此存在两条根本路径：一是扩大消费者的知情权和反悔权，使其能更全方位、更真实地了解消费产品和服务的相关信息，从而相对自由、成熟地作出交易选择，二是课以经营者具体的告知义务，并规定违反告知义务的种种责任承担方式。两条路径，实为问题的正反两面。新近欧盟消费者立法和理论的发展以及前述我国《消费者权益保护法》的修改完善，都体现了这种立法思路。然而，如何针对不同的消费市场和消费行为，整合告知义务的规范体系，平衡消费者和经营者的利益，成为消费者权益保护的重要课题。在这样的背景下，最高人民法院于前述《消费者权益保护法》修改决定通过后仅 10 余天，就在“第五批指导性案例”（法〔2013〕241 号）中颁布相关案例——第 17 号指导性案例 “张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案”，可谓用心良苦。此

项案例，就消费者权益保护法上告知义务之规范，具有指导性，涉及若干重要基本问题，实值作进一步的分析检讨。

二、第 17 号指导性案例梳理

（一）基本案情

2007 年 2 月 28 日，原告张莉从被告北京合力华通汽车服务有限公司（简称合力华通公司）购买上海通用雪佛兰景程轿车一辆，价格 138000 元，双方签有《汽车销售合同》。该合同第七条约定："……卖方保证买方所购车辆为新车，在交付之前已作了必要的检验和清洁，车辆路程表的公里数为 18 公里且符合卖方提供给买方的随车交付文件中所列的各项规格和指标……"合同签订当日，张莉向合力华通公司交付了购车款 138000 元，同时支付了车辆购置税 12400 元、一条龙服务费 500 元、保险费 6060 元。同日，合力华通公司将雪佛兰景程轿车一辆交付张莉，张莉为该车办理了机动车登记手续。2007 年 5 月 13 日，张莉在将车辆送合力华通公司保养时，发现该车曾于 2007 年 1 月 17 日进行过维修。

审理中，合力华通公司表示张莉所购车辆确曾在运输途中造成划伤，于 2007 年 1 月 17 日进行过维修，维修项目包括右前叶子板喷漆、右前门喷漆等多项内容。送修人系该公司业务员。合力华通公司称，对于车辆曾进行维修之事已在销售时明确告知张莉，并据此予以较大幅度优惠，该车销售定价应为 151900 元，经协商后该车实际销售价格为 138000 元，还赠送了部分装饰。为证明上述事实，合力华通公司提供了车辆维修记录及有张莉签字的日期为 2007 年 2 月 28 日的车辆交接验收单一份，在车辆交接验收单备注一栏中注有"加 1/4 油，此车右侧有钣喷修复，按约定价格销售"。合力华通公司表示该验收单系该公司保存，张莉手中并无此单。对于合力华通公司提供的上述两份证据，张莉表示对于车辆维修记录没有异议，车辆交接验收单中的签字确系其所签，但合力华通公司在销售时并未告知车辆曾有维修，其在签字时备注一栏中没有"此车右侧有钣喷修复，按约定价格销售"字样。

（二）争点

本案争点可以归纳为三点：一是原告购买汽车的行为是否属于《消费者权益保护法》调整对象；二是被告是否履行了所售车辆已经维修的瑕疵告知义务，三是被告行为是否存在欺诈，并应承担退车还款和双倍赔偿责任。

（三）裁判结果和理由

一审法院判决撤销双方签订的《汽车销售合同》，双方分别退还轿车和购车款，同时合力华通公司赔偿张莉购置税、服务费、保险费，以及加倍赔偿张莉购车款。宣判后被告提出上诉。二审驳回上诉，维持原判。

法院生效裁判认为："原告张莉购买汽车系因生活需要自用，被告合力华通公司没有证据证明张莉购买该车用于经营或其他非生活消费，故张莉购买汽车的行为属于生活消费需要，应当适用《中华人民共和国消费者权益保护法》。

根据双方签订的《汽车销售合同》约定，合力华通公司交付张莉的车辆应为无维修记录的新车，现所售车辆在交付前实际上经过维修，这是双方共同认可的事实，故本案争议的焦点为合力华通公司是否事先履行了告知义务。

车辆销售价格的降低或优惠以及赠送车饰是销售商常用的销售策略，也是双方当事人协商的结果，不能由此推断出合力华通公司在告知张莉汽车存在瑕疵的基础上对其进行了降价和优惠。合力华通公司提交的有张莉签名的车辆交接验收单，因系合力华通公司单方保存，且备注一栏内容由该公司不同人员书写，加之张莉对此不予认可，该验收单不足以证明张莉对车辆以前维修过有所了解。故对合力华通公司抗辩称其向张莉履行了瑕疵告知义务，不予采信，应认定合力华通公司在售车时隐瞒了车辆存在的瑕疵，有欺诈行为，应退车还款并增加赔偿张莉的损失。"

二、请求权基础

（一）第 17 号指导案例的见解

关于本案判决，首先须加澄清的是请求权基础。作为民法思维根本方法的请求权基础，因王泽鉴先生等之倡导，越来越引起理论与实务的重视。[1]但不可否认，其在我国大陆地区的审判实务中，包括本案中，在判决书的说理中运用地依然十分薄弱。因缺乏请求权基础的体系思考方法，法官说理往往言简意赅，就事论事，无法在法律适用上作更深入地探讨，进而影响司法实务通说的形成、法律解释上的案例类型化整理以及理论与实务之及时互动。这一问题，若能引起最高人民法院之重视，在未来的指导性案例上有针对性地加以选取，对发挥指导性案例的参照示范功能将大有裨益。

从公布的材料及判决内容中可以看出，本案中当事人张莉向被告提出两项核心主张：一是撤销合同及返还钱款，二是损害赔偿，包括双倍的惩罚性赔偿。这些主张，均得到了法院的支持。但其请求权基础何在，却有进一步讨论的空间。

[1] 王泽鉴：《民法思维：请求权基础理论体系》，北京大学出版社 2009 年版。

关于合同的撤销，《消费者权益保护法》并无规定，而是规定在《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第54条。其中第2款规定“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”。而关于欺诈的认定，依最高人民法院的解释，是指“一方当事人，故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为”（见《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》） 第68条）。结合本案，法院判决合同撤销的理由，似乎在于被告未告知车辆已经被维修的事项存在“故意隐瞒真实情况”的欺诈事由，导致原告在违背真实意思的情况下订立合同，因此可得撤销。

关于撤销合同的后果，《合同法》第58条规定“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”该条既是无效和撤销合同后双方当事人的返还义务的请求权基础，也是损害赔偿的请求权基础。须注意的是，因无效或撤销合同产生的损害赔偿问题，理论上认为属于《合同法》第42条规定的缔约过失责任的范畴。就《合同法》第42条规定的缔约过失中损害赔偿的范围，理论上倾向于认为此项损害包括直接利益的减少，如谈判中发生的费用，还包括与第三人订立合同的机会损失。[2] 从《合同法》第58条和《合同法》第42条的关系上看，前者的损害赔偿请求权规定属于特别规定，后者属于一般规定，因此本案中法院判决合力华通公司赔偿张莉购置税、服务费、保险费，其请求权基础应在于《合同法》第58条的规定。另外需要补充的是，《消费者权益保护法》第44条规定“经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的，按照约定履行。”此项规定，并非要求财产返还和赔偿的独立的请求权基础，而只是规定了经营者民事责任的承担方式。新修改的《消费者权益保护法》在用词上增加了“应当依照法律规定或者当事人约定承担……民事责任”的表述，可作佐证。

特别要说明的是，《合同法》第42条第（二）项规定承担损害赔偿责任的类型之一为**“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或**者提供虚假情况”。此种情况，又可能符合前述《民通意见》 第68条关于欺诈行为的认定。[3]因此，在“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”的场合，一旦构成欺诈，当事人既可以依据该条主张损害赔偿，又可以通过认定欺诈主张合同的撤销。学理上认为，“欺诈制度主要解决因此所为意思表示的效力问题，而《合同法》第42条第2项的目的则在于对因此而遭受损害之人提供救济手段，两者目的有别，并行不悖。”[4]

关于本案中法官判决的双倍惩罚性赔偿，其请求权基础在于《消费者权益保护法》第49条的规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”（修改后第54条改为两倍）。本案法官认为，“合力华通公司在售车时隐瞒了车辆存在的瑕疵，有欺诈行为”，因此适用第49条的规定加以判决。

指导性案例的意义在于其在法律适用上的指引作用，而法律适用的关键在于明晰法律关系和请求权基础。从请求权基础出发，本案的一个指导意义在于明确（尽管判决书中没有明言）：经营者提供商品时隐瞒商品瑕疵构成欺诈的场合，消费者既可以依据《合同法》第54条主张撤销合同，依据《合同法》第58条主张返还钱款和缔约过失的损害赔偿，同时可以根据《消费者权益保护法》第49条的规定主张双倍的惩罚性赔偿。

（二）进一步的困惑

以请求权基础为中心作进一步展开，本案在法律适用上产生进一步困惑：

第一，从构成要件层面，如何认定经营者构成欺诈行为。仔细解读法官判决，其判决思路依次为：A.车辆出售前已经维修，应推定存在瑕疵；B.经营者存在瑕疵告知义务，告知后即可抗辩不构成瑕疵；C.经营者没有履行告知义务，抗辩不成立；D.经营者无法证明履行了瑕疵告知义务，其隐瞒行为应认定为欺诈。

笔者认为，如此推导要有效，尤其是产生法律适用上的指导意义，其实需要依次明确以下问题：

a.哪些情况属于瑕疵范畴；b.哪些情况属于告知义务范畴；c.谁承担履行告知义务的举证责任；d.不履行告知义务是否必然认定为欺诈，由此也产生进一步问题，如果不是，而是以经营者存在故意作为认定欺诈的构成要件，此处由谁承担欺诈故意的举证责任。

本指导案例中，当事人既依据《合同法》主张因欺诈而撤销合同等救济，也依据《消费者权益保护法》第49条主张欺诈行为的惩罚性赔偿，由此产生一个根本性问题，即上述

---

[2] 胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》（第3版），法律出版社2013年版，第82页。

[3] 当然，严格来说，《合同法》第42条第（二）项本身并不能直接说明存在欺诈，要构成欺诈，依然需要满足《民通意见》 第68条规定的欺诈认定的其他要件。关于这个问题，后文第四部分将作进一步说明。

[4] 韩世远：《合同法总论》（第三版），法律出版社2011年版，第130页。

关于告知义务和欺诈行为的认定及法律适用问题，是否在传统合同法领域和消费者保护领域应该有所区分?基于消费者的天然信息不对称地位，经营者的告知义务在内容、程度、举证责任以及责任承担上是否应该作出区分，进而对欺诈的认定要求上是否也应该有所区分？

第二，商品存在瑕疵，消费者既可以对方未尽告知义务存在欺诈为由寻求救济，理论上也可以产品质量瑕疵主张瑕疵担保责任。前者因撤销合同而属于缔约过失责任的范畴，后者因履行合同不符合约定而属于违约责任范畴。[5] 当事人是否可以选择适用不同的救济路径，在规范效果上是否相同?本案中当事人寻求和法院采纳的是前一种救济方案，是否在未来类似案件的审理中排除后一种救济的可能?

这两个问题中，前一个问题实则涉及告知义务之规范体系整合问题，后一个问题涉及缔约过失责任与瑕疵担保责任之竞合问题。在这两个大问题上，指导案例似乎没有充分展开，需要结合案件情况，联系相关法律、理论与实务作进一步说明。

三、告知义务之规范体系

（一）合同法中的告知义务

告知义务涉及合同成立、履行及终止的整个过程。具体来说，前述《合同法》第 42 条和第 54 条分别规定了缔约过失责任和因欺诈撤销合同，针对的是合同成立时的告知义务（先合同义务）规范。《合同法》第 60 条第 2 款和第 92 条规定了合同履行阶段（附随义务）和合同终止阶段的告知义务（后合同义务）。违反前两项告知义务属于缔约过失责任范畴，违反后两项告知义务属于违约责任范畴。

实际上，与告知义务相关的还包括合同的成立要件问题。比如，在一些合同中，如果合同的内容（《合同法》第 12 条）没有被明确告知，合同可能需要被补全（《合同法》第 60-62 条），或直接被认定为不能成立（《合同法》司法解释（二）第 1 条反面推论）。针对格式条款，《合同法》第 39 条第 1 款专门规定了提供格式条款一方必要的提请注意和说明义务。理论上认为，如果当事人没有尽到这些义务的话，相应的条款将被视为没有订入合同。[6] 另外，《合同法》就各种有名合同中的告知义务进行了规定，这些告知义务因此直接纳入合同义务或不真正义务（如第 158 条的通知义务）范畴，而非先合同义务的范畴。[7]

---

5 关于我国合同法上的瑕疵责任是否属于违约责任的范畴，国内理论界存在争议。崔建远教授认为瑕疵担保责任与违约责任并没有实质统合，韩世远教授认为我国法遵循国际统一合同法和德国债法改革的趋势进行了统合。本文支持韩世远教授的观点。具体讨论，可参见崔建远：《物的瑕疵担保责任的定性和定位》，《中国法学》2006 年第 6 期；韩世远：《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》，《中国法学》2007 年第 3 期。

6 前引 4，韩世远书，第 734 页。

7 《合同法》第 158 条、第 191 条、第 228 条、第 230 条、第 232 条、第 256 条、第 257 条、第 278

（二）消费者权益保护法上的告知义务

关于告知义务，《消费者权益保护法》第二章和第三章中有所规定。在第二章“消费者的权利”分别规定了消费者的知情权（第 8 条，未修改）和受教育权（第 13 条，未修改），即间接规定了消费者有被告知相关信息的权利；在第三章“经营者的义务”中明确规定了经营者关于可能危及人身财产安全的产品的说明和警示义务（第 18 条，修改后第 18 条第 1 款和第 19 条）、商品和服务的质量、性能、用途、有效期限等信息的真实、全面告知义务以及在被消费者询问情况下对商品或服务的质量和使用方法的告知义务以及产品明码标价义务（第 19 条，修改后第 20 条）、经营者真实名称和标记的告知义务（第 20 条，修改后第 21 条）。

关于违反告知义务应承担何种责任，《消费者权益保护法》未作统一规定，而是散见于以下条文：

第 24 条就经营者利用格式条款作出了专门规定。有意思的是，修改后的第 26 条增加一款“经营者使用格式条款，应当以明显方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。”

第 40 条（修改后第 48 条）规定了违反告知义务的一些情况下，比如 “不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的”和“法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形”，经营者应当依照该法、《产品质量法》和其他有关法律法规承担相应的民事责任；

如果经营者违反告知义务导致消费者人身财产权益受到侵害的话，后者似乎也应该有“依法获得赔偿的权利”（第 11 条）。具体的责任承担方式规定在该法第七章（法律责任）：对于人身权益受侵的救济方式规定在该法第 41-43 条（修改后第 48-51 条），关于财产权益受侵害的救济方式规定在该法第 44-49 条（修改后第 52-55 条）。当然，严格来说，第 49 条（修改后第 55 条）规定的惩罚性赔偿也包括了人身损害赔偿的双倍惩罚问题。该法第 51-54 条（修改后第 56-61 条）则规定了公法上的规制措施。

关于消费者权益受侵害（包括违反告知义务）时主张赔偿的对象（生产者和销售者），通用该法第六章“争议的解决”第 35 条（修改后第 40 条）规定。

（三）合同法与消费者权益保护法之互动关系

比较《合同法》和《消费者权益保护法》对告知义务的规范，得出如下结论：

在告知义务的内容上看，《合同法》仅从诚信原则基础上对告知义务的内容作一般规定，而作为民事特别法的《消费者权益保护法》，因侧重解决消费者的信息不对称问题，对告知义务的规范内容更为具体、详细和有针对性。

在告知义务的程度上，《合同法》对告知义务的要求也较为一般，通过考察合同性质、

条、第 298 条、第 309 条、第 338 条、第 370 条、第 373 条、第 384 条、第 389 条、第 390 条、第 399 条、第 413 条。

目的和交易习惯等因素解读诚信原则下的告知义务程度，特别是在缔约阶段，原则上当事人并不存在告知义务。学界普遍认为，只有根据特别的法律规定、诚实信用原则或者交易习惯的要求，单纯的沉默才可能构成欺诈。在缔约过失的认定上，仅约束当事人告知与合同订立有关的“重要事实”（第 42 条第 2 项的反面解读）。《消费者权益保护法》对告知义务的程度要求显然更为严格。根据第 8 条第 2 款的规定，根据商品或者服务的不同情况，“商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等”信息都属于法定的告知义务的范畴。同时，第 19 条（修改后第 20 条）规定了真实、全面的告知义务。

在违反告知义务的救济上，表面看来，《消费者权益保护法》提供了民法、刑法和行政法等多元救济途径，比《合同法》的保护显然更为全面，但在对消费者民事救济的问题上，与欧洲法上发展出违反告知义务的种种救济手段（合同无效、不成立、可撤销、相对无效、部分无效、反悔权行使期间的延长等）不同，[8] 我国法上除了惩罚性赔偿外，《消费者权益保护法》并没有就违反告知义务作太多规定，而是如本案一样，当事人依然需要依据《合同法》关于缔约过失、因欺诈撤销合同、违约责任等一般规定进行救济。换句话说，在构成要件层面，《消费者权益保护法》对经营者告知义务的要求显然高于《合同法》对一般主体告知义务的要求，但在法律效果层面，（除惩罚性赔偿外），两者又基本一致。这样就出现了一个法律适用上非常有意思的困惑，即《消费者权益保护法》关于告知义务内容和程度的种种规定是否可能成为“空中楼阁镜中花”——因为在法律效果上必须适用《合同法》的相关规定，会不会导致在构成要件层面，也往往需要依据《合同法》而非《消费者权益保护法》提供的标准来判断当事人是否尽到了必要的告知义务。如果当事人如本指导案例中那样，既依据《合同法》又依据《消费者权益保护法》主张权利时，这个问题就变得更为突出了。[9]

（四）争议问题解答

前述分析，让我们认识到了现行法，尤其是《消费者权益保护法》在对消费者的告知义务进行规范上的长处和短板，鸟瞰全貌，对于我们分析消费欺诈和惩罚性赔偿相关规则有重要价值。下面我们将针对本文第三部分提出的四个问题进行进一步分析。

[8] G. De Cristofaro, *La direttiva 2011/83/UE sui 《diritti dei comsumatori》: ambito di applicazione e disciplina degli obbblighi informativi precontrattuali,* in *Annuario del contratto 2011*, Torino, 2012, p. 36 ss.

[9] 比如，如果对《合同法》上的欺诈和《消费者权益保护法》上的欺诈采取不同的认定标准，试想，对经营者未履行某些信息的告知义务的情况，可能依据《合同法》此类信息并不属于合同订立上的重要信息，因此构不成欺诈，而依据《消费者权益保护法》，此类信息又属于该法法定的告知义务的内容，因此不履行此类告知义务可能构成欺诈的话，就会得出一方面依《合同法》规定，合同无法撤销，而另一方面依据《消费者权益保护法》，当事人可以主张惩罚性赔偿的怪异结论。或许正是为了避免此类法律适用上的逻辑和体系困境，倒逼人们反思传统民法不区分行为主体的不同身份，采取一般人、理性人的标准是否合理。德国法上不得不通过修改民法典中关于民事主体的一般规定，将民法上的主体区分消费者和经营者（《德国民法典》第 13、14 条），从一元主体走向“一般主体和消费者”的两元规范体系，可能原因也在于此。关于欺诈的认定，下文将作一步展开。关于消费者权益保护法和合同法传统之间的互动关系，不妨阅读：Hans-W. Micklitz, *Do consumers and businesses need a new architecture of consumer law? a thought-provoking impulse*, EUI Working Paper LAW, 2012/23, copy available at: http://ssrn.com/abstract=2169226（2013/12/11 访问）。

1. 瑕疵的认定

瑕疵认定非本文分析的重点，指导性案例对此问题也着墨甚少，而是当然地认为出售的新车已经存在维修记录属于瑕疵无疑。商品存在瑕疵，未必是指质量不合格（维修后可能同样没有质量问题），而是指“当事人履行合同义务不符合约定”（《合同法》第 107 条）。《合同法》第 153 条（标题为“标的物的瑕疵担保”）也采类似的理解。该条规定“出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。”本案中，法院实际上也是依当事人的约定来确定瑕疵问题。其在判决中提到“根据双方签订的《汽车销售合同》约定，合力华通公司交付张莉的车辆应为无维修记录的新车”。不过，严格来说，在该案事实部分的描述中，只提到合同中明确约定了提供新车，但并没有“无维修记录的新车”的表述。推敲法官的意思，似乎所谓“新车”，即包含了无维修记录的意思，但此种推断是否严谨，依然有商榷的必要。

须注意的是，关于商品是否存在瑕疵的举证责任问题，《中华人民共和国最高人民法院公报》2006 年第 10 期公布的“张志强诉徐州苏宁电器有限公司侵犯消费者权益纠纷案”（以下简称“张志强案”）已有涉及，其摘要为：“商品经营者为消费者提供商品或服务时，应当遵循诚实信用原则，消费者亦有权知悉其所购买、使用的商品或接受的服务的真实情况。在侵犯消费者权益纠纷案件中，消费者主张商品经营者提供的商品存在品质问题，并提供了相应证据的，商品经营者如主张该商品不存在品质问题，应对其主张承担举证责任。”在该案的判决书中反映，法院认为举证责任倒置必须有法律的明确规定，因此在商品是否存在瑕疵问题上，并不适用举证责任倒置。但消费者尽到了一定程度的举证义务后，将由经营者就商品不存在品质问题承担举证责任，在证明责任上采取的是“主张——对抗——再对抗”的思路。指导案例 17 号似乎也采取了同样的举证分配方式。[10]

2. 告知义务的认定

对于告知义务的范围，《合同法》第 42 条要求当事人告知“与合同订立有关的重要事实”，《消费者权益保护法》则对经营者课以更广泛的告知义务内容。就何种信息属于告知义务的范畴，指导性案例本身并没有给出任何指引，而是潜在地认为车辆已经维修的信息属于经营者应告知的内容。从《消费者权益保护法》第 8 条看，并非明确列举的应告知的商品信息范畴。但解释上似乎可以放入该条所说商品的“性能”范畴。须注意的是，该法第 19

[10] 实践中，王艳春与东莞中汽南方汽车销售服务有限公司买卖合同纠纷上诉案(2013)东中法民二终字第 469 号与本指导案例极为相似。当事人主张其购买的车辆应该是 2012 版路虎神行者 2 柴油汽车，而实际交付车辆是 2011 版，因此经营者没有履行告知义务，应认定为欺诈。法官没有支持原告，其认为：“案涉《乘用车买卖合同》并未约定标的车辆的版本，王艳春主张双方口头约定的车辆版本为 2012 版，应提供证据证明。王艳春提供了录音资料予以证明，但中汽公司对该录音资料不予确认，王艳春亦未提供其他证据予以佐证，且王艳春在中汽公司交付车辆时亦未对此提出异议并一直使用至今，故原审不予支持王艳春的诉请并无不当，本院予以维持。”

条（修改后第 20 条）规定了经营者“真实、全面”的信息告知义务要求，因此维修记录的信息显然可以包含在内。另外，案情介绍中并没有明确双方签订的《汽车销售合同》是否属于格式条款。如是，则根据新修改的《消费者权益保护法》第 26 条的规定，对于一些“与消费者有重大利益关系的内容”，经营者都有按照消费者的要求说明的义务。至于维修记录信息是否属于“与合同订立有关的重要事实”和“与消费者有重大利益关系的内容”，法官需要根据新车购买的交易实践和惯例进行判断。本案中，法官显然持肯定态度的。

3. 履行告知义务的举证责任

对于履行告知义务的举证责任，《合同法》和《消费者权益保护法》都没有相关规定。在民事举证规则上，原则上采取“谁主张谁举证”的责任分配方式。基于消费者在信息不对称情况下的弱势地位，是否发生举证责任的倒置，理论上存有争议。本案中，判决书并没有交代原告是否提供了相关证据。被告则：1）提供了车辆维修记录及车辆交接验收单来证明自己尽到了告知义务；2）说明了车辆本身存在降价处理的情况。法官认为：1）原告主张其签字的车辆交接验收单中并没有“此车右侧有钣喷修复，按约定价格销售”字样；2）车辆交接验收单由被告单方保存，且备注一栏内容由该公司不同人员书写，不为原告所认可；3）折价本身不能说明原告对商品存在瑕疵知情，因此认为被告并没有尽到履行告知义务的举证责任。本案中，法官把履行告知义务的最终举证责任似乎放在了经营者，也即告知义务的主体身上，但消费者是否也同样应该履行一定程度的说明义务和举证责任，指导案例中并没有任何反映。

补充说明的是，在欧洲法上，最近关于消费者权益保护的《2011/83 号指令》区分一般消费者合同和远程合同和上门推销合同，只有在后者情况下经营者才承担告知义务的举证责任。[11] 此类举证责任的分配，似乎更好地平衡了经营者与消费者的利益，也尊重了不同交易实践在信息不对称性上的区别，可供参考。[12]

4. 欺诈行为的认定

在本指导案例中，法官“对合力华通公司抗辩称其向张莉履行了瑕疵告知义务，不予采信，应认定合力华通公司在售车时隐瞒了车辆存在的瑕疵，有欺诈行为”，实际上并没有

[11] :《欧洲议会和欧盟理事会 2011 年 10 月 25 日颁布的关于修改欧盟理事会 93/13 号指令和欧洲议会及欧盟理事会 1999/44 号指令，以及废除欧盟理事会 85/577 号指令和欧洲议会及欧盟理事会 97/7 号指令的 2011/83 号消费者权益保护指令》第 6 条第 9 款。
其英文电子稿见：http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:EN:PDF（最后访问时间 2013 年 12 月 9 日）

[12] S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, n. 4, 2011, pp. 861–909.

对《合同法》和《消费者权益保护法》上欺诈认定的构成要件作深入分析。法官在论证欺诈成立上，用的是“应认定”这样一种当然地表述方式，但就欺诈的构成上，实际上仅说明了经营者并没有尽到瑕疵告知义务，即“该告知而未告知”，存在欺骗他人的行为。那么，是否未尽到必要的告知义务就“应认定”为欺诈呢？

关于《消费者权益保护法》第 49 条（修改后第 55 条）欺诈行为的构成要件，是否同样适用《民通意见》第 68 条的规定？学理上存在不同意见。有的学者认为第 49 条（修改后第 55 条）欺诈行为的规定，目的在于惩罚经营者的行为，因此作出惩罚性赔偿的规定，本身并不关注合同效力以及对方是否因此作出错误的意思表示，在构成要件上应该与合同法上的欺诈区别开来。“只要欺诈方主观上有欺诈的故意，客观上实施了欺诈行为，并使对方的合法权益受到损害，即可认定为构成民法上的“欺诈”，至于对方是否被欺诈在所不问。”[13] 理论和司法实践中更多支持同样适用《民通意见》第 68 条来认定《消费者权益保护法》第 49 条（修改后第 55 条）欺诈行为的构成要件，即要认定欺诈实际上必须具备四个条件：一是欺诈人有欺诈的故意；二是欺诈人实施了欺诈行为；三是被欺诈人因欺诈而陷入错误判断；四是被欺诈人基于错误判断而为的意思表示。[14] 笔者也持同样态度。理由在于：

首先，《消费者权益保护法》是民事特别法，在其没有特别规定的场合，应当适用民事一般规定。[15]《民通意见》是对《中华人民共和国民法通则》的司法解释，属于一般规定的范畴。[16] 其次，惩罚性赔偿在民法上属于例外制度，因此在适用上必须采取严格认定的标准。在法经济学上看，一味强调对经营者的过重惩罚，违背市场正常运作的规律，最终反而会使得消费者利益受到影响。再次，同一案件中可能既存在合同因欺诈而撤销的诉讼请求，

[13] 孙玉荣：《民法上的欺诈与《消费者权益保护法》第 49 条之适用》，《法律适用》2005 年第 4 期。

[14] 梁慧星：《论《消费者权益保护法》第 49 条的解释与适用》，载《人民法院报》2001 年 3 月 29 日。司法实务中，除公报案例“张志强诉徐州苏宁电器有限公司侵犯消费者权益纠纷案”外，《最高人民法院副院长唐德华在国家法官学院中级法院院长培训班上的讲话——高度重视对民事权益的保护》，【法规编号】51783，其中提到：“在什么情况下消费者应当获得加倍赔偿，无论是在实践中还是在理论上都有不同理解和做法，同样的案件裁判结果完全不同。必须明确，加倍赔偿是有个前提条件的，就是必须有“欺诈”行为存在，**至于什么样行为构成欺诈，最高人民法院有明确的司法解释**，没有欺诈就不能请求加倍赔偿。消费者、生产者、经营者，在法律面前是平等的，不能有“消法”保护消费者权益，就加重生产者或经营者的责任，只有在符合法定条件时，才能加重责任。”

[15] 学理上也有观点认为消费者权益保护法属于经济法范畴，而不是民法范畴，如关于刘蔚文：《论消费者知情权的性质》，《河北法学》2010 年第 3 期；徐孟洲、谢增毅：《论消费者及消费者保护在经济法中的地位——“以人为本”理念与经济法主体和体系的新思考》，《现代法学》2005 年第 4 期。但更多学者是从民法角度理解消费者权益保护问题，将其归入民法范畴，进而反思传统民法的不足，如谢鸿飞：《“现代民法中的‘人’”》，《北大法律评论》2000 年第 3 卷，第 2 辑；朱岩：《社会基础变迁与民法双重体系建构》，《中国社会科学》2010 年第 6 期。

[16] 前引 14，梁慧星文：“按照民法解释学，同一法律或者不同的法律使用同一概念时，原则上应作同一解释。既然消法对‘欺诈行为’没有定义，我们就应该按照民法通则五十八条规定的‘欺诈行为’进行解释。该条也只规定了‘欺诈’的法律效果，即欺诈的民事行为无效，而没有规定什么是‘欺诈’，没有给‘欺诈’下定义。按照民法解释学，法律上有定义的，应当严格按照该定义解释，如果没有定义，则应当参考学说解释和最高法院的解释。”

也存在消费者主张欺诈的双倍赔偿的诉讼请求，如果对欺诈的认定采取不同的标准，只会让法律适用更为复杂和矛盾。最后，《消费者权益保护法》要求经营者全面真实地履行种种告知义务，与传统民法相比，本身大大加大了欺诈认定的可能范围（沉默型欺诈的前提在于存在该告知而未告知的情况，而《消费者权益保护法》中对与商品和服务相关的大量信息都属于该告知的范畴，因此，经营者只要对任何此类信息不予告知，就存在认定为欺诈和课以惩罚性赔偿的可能，存在“打击面过广”的可能），需要通过对欺诈的严格认定来加以控制和平衡。换句话说，不能仅以经营者存在欺诈行为就直接认定为欺诈成立，而是需要同样适用《民通意见》相关规定，满足诱使消费者作出错误意思表示这一条件才能认定欺诈。

事实上，正是为了控制第 49 条（修改后第 55 条）惩罚性赔偿的适用，理论和实务倾向于将商品房买卖等交易行为排除出《消费者权益保护法》的保护范围，理由往往在于商品房交易的价值过大，“动辄数十万元、上百万元，判决双倍赔偿将导致双方利害关系的显失平衡，例如一套三十万元的商品房因木地板材质不符约定或多计算了几个平方米面积，便判决双倍赔偿六十万元，在一般人的社会生活经验看来很难说是合情、合理、合法的判决。”[17] 但以商品价格是否巨大作为是否适用《消费者权益保护法》惩罚性赔偿的依据，法理基础上有待商榷。比如，本指导性案例提出的一个重要标准，即因生活需要自用购车可以适用《消费者权益保护法》第 49 条的规定。而家用汽车同样价值不菲。若依前述观点，将会得出在家用汽车消费交易时，依然需要根据车辆交易价格的大小控制惩罚性赔偿的适用的结论。笔者以为，与其如此迂回判断，不如通过直接控制欺诈认定中的构成要件加以抉择。比如，尽管经营者就某些商品和服务的相关信息没有告知，但这种情况并不足以影响消费者作出错误订立合同的瑕疵意思表示，不能直接认定为欺诈，进而课以惩罚性赔偿。[18]

17 前引 14，梁慧星文。

18 学理上有观点主张将是否“至于有背于诚信原则之程度”作为认定欺诈的另一个构成要件，事实上其关注的重点也在于根据社会经验来判断此类诈欺是否足以（因果关系上）引起意思表示的瑕疵。史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 425 页。

实务中，“孙垚诉芬廸（上海）商业有限公司买卖合同纠纷案”，《人民法院案例选》，2012 年第 3 辑明确认为存在瑕疵和经营者未尽告知义务并不意味着经营者必然存在欺诈。认定欺诈依然需要满足欺诈的构成要件，尤其是行为人的故意要件：“在消费者权益保障纠纷中，消费者对于商家的经营行为一般都主张构成欺诈，而实际上有些纠纷是由于商家的经营行为存在瑕疵引发的，这种瑕疵行为并不构成民法意义上的欺诈。在此类纠纷处理过程中，应当注意区分欺诈行为与错误行为，以合理确定商家应承担的民事责任。所谓“欺诈”，是一方当事人故意告知对方虚假情况，或故意隐瞒真实情况，而使他人陷入错误，作出不真实的意思表示。可见，欺诈的构成要件之一是销售者主观上是故意的。因此，商品的英文标签和中文标签中所注明的产地不一致，且销售商未事先告知消费者的，如果销售者事先不知道该事实，主观上不具备欺诈故意，则消费者不能主张惩罚性赔偿。”类似案例还有“叶某某诉某某现购自运有限公司买卖合同纠纷案”，(2013)普民一(民)初字第 3600 号、“肖某买卖合同纠纷案”，(2011)沪一中民一(民)终字第 2731 号。本文案例若无特别说明出处，均来自“北大法宝”数据库。

有意思的是，国家工商行政管理总局于 1996 年颁布《欺诈消费者行为处罚办法》（工商总局令第 50 号）第 2 条规定“本办法所称欺诈消费者行为，是指经营者在提供商品或者服务中，采取虚假或者其他不正当手段欺骗、误导消费者，使消费者的合法权益受到损害的行为”，第 3 条专门规定了在经营者在向消费者提供商品中有“销售掺杂、掺假，以假充真，以次充好的商品的”等十三种列举情况的属于欺诈消费者行为，为司法实务认定欺诈行为提供了类型化的指引。[19] 但此《办法》属于部门规章，效力层级上并不等同于法律法规。另外，该条规定本身采取开放式的立法模式（包括了“以其他虚假或者不正当手段欺诈消费者的行为”的兜底条款），本身仅说明了欺诈行为的几种表现形式，但如何认定欺诈其实依然需要通过对民法上相关规定进行解释适用。比如，该《办法》中列举的几种欺诈行为，除第（六）项“不以自己的真实名称和标记销售商品的”外，都属于经营者积极作为下的欺诈行为，至于未尽必要告知义务是否构成第（十三）项规定的“以其他虚假或者不正当手段欺诈消费者的行为”，依然需要法官通过解释《民通意见》第 68 条来确定。

特别值得一提的是，在 2014 年 1 月 14 日公布的“第六批指导性案例”（法〔2014〕18 号）第 23 号指导案例（“孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案”）中，法院认为“消费者购买到不符合食品安全标准的食品，要求销售者或者生产者依照食品安全法规定支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准赔偿的，不论其购买时是否明知食品不符合安全标准，人民法院都应予支持。”此处容易被解读为消费者“知假买假”的情况下，一律允许惩罚性赔偿。笔者认为，《食品安全法》第 96 条和《消费者权益保护法》第 49 条（修改后第 55 条）在构成要件和法律效果上都存在区别，《食品安全法》第 96 条第二款主张的惩罚性赔偿的构成要件是“生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品”，并未强调经营者构成“欺诈”，在法律效果上，《消费者权益保护法》第 49 条（修改后第 55 条）针对经营者欺诈行为导致的消费者财产和人身损失，分别规定了不同的惩罚性赔偿规则。因此不能简单地认为，在适用《消费者权益保护法》第 49 条（修改后第 55 条）认定经营者欺诈时，同样不需要考察当事人（消费者）是否因受到欺诈而作出错误意思表示的事实。

进一步的问题是，对于欺诈的认定，尤其是欺诈人故意要件的认定，是否可以适用举证责任倒置？

19 笔者在北大法宝中搜索 2013 年的相关案例，徐向阳与南京利之星汽车咨询服务有限公司买卖合同纠纷上诉案，(2013)宁民终字第 1942 号；田某某诉某品牌投资有限公司等产品责任纠纷案，(2013)浏民初字第 00177 号；傅某某与宋某某买卖合同纠纷再审案(2013)浙商提字第 7 号均援引该《办法》认定欺诈。

在合同法上，通常认为因欺诈的意思表示的一切成立要件，都应由主张欺诈的当事人来证明，此点盖无疑义。[20] 而针对《消费者权益保护法》第 49 条，梁慧星教授认为“依据消法对消费者特殊保护的立法目的及参考发达国家法院的经验，应当采用举证责任转换的法技术。即不要求消费者举证证明经营者具有‘故意’，而是要求经营者就自己不具有‘故意’举证。”[21] 王利明教授持类似的观点，主张“一旦消费者证明经营者将假货当作真货出售，便可以初步认定经营者具有故意出售假货、欺骗消费者的故意，然后，应由经营者对其故意的不存在负举证责任，若无相反证据，则认为欺诈要件满足。”[22] 其核心理由也是基于消费者的弱势地位、举证能力以及经营者对商品本身性能品质的控制能力。[23] 前述《欺诈消费者行为处罚办法》第 4 条专门规定了经营者在向消费者提供商品中，有“销售失效、变质商品的”等五种情形之一，且不能证明自己确非欺骗、误导消费者而实施此种行为的，应当承担欺诈消费者行为的法律责任，采取了类似的举证责任分配方式。但该条是否可以适用于五种法定情形之外，尚有疑问。

司法实务中，最高人民法院并未就此有明确的表态，在前述“张志强案”中间接提到举证责任的问题，该案法官认为“再审申请人张志强主张苏宁公司承担惩罚性赔偿责任，即**应对苏宁公司是否存在欺诈行为承担举证责任。**本案中，张志强已经提供了其制作的录像带，用以证明苏宁公司为其调换的第二台冰箱不是新机器，且存在诸多的表面缺陷。同时，第二台冰箱如果是新机器，应当附有随机单证，苏宁公司亦承认未向张志强提供第二台冰箱的随机凭证(合格证、维修单、使用说明书等)。根据《中华人民共和国产品质量法》第二十七条的规定，产品或者其包装上的标识必须真实，并应当有产品质量检验合格证明；根据产品的特征和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量的，应当用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，也应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料。该规定是强制性规定，苏宁公司作为商品销售者对此应当明知，却不向作为消费者的张志强提供第二台冰箱的随机单证，其行为属于故意隐瞒真实情况，应认定为欺诈。”

[20] 前引 18，史尚宽书，第 426 页。

[21] 前引 14，梁慧星文。

[22] 王利明：《也谈王海现象与惩罚性赔偿的运用》，《判解研究》2000 年第 1 辑。

[23] 同前引文：“采取此种方式的原因在于，一方面，消费者欠缺相关知识，而且力量单薄、财力有限，主观故意又难以外化，极难把握。若由他们来举证，无疑存在很大的困难，而且消费者大多为弱势一方，法律应予以特别保护。另一方面，相对于广大的消费者，经营者至少具有更多的经验和资源使其能够辨明真假，而消费者却不具有此种能力。经营者具有的商品知识远比普通消费者要多。经营者也知道合格产品的市价应为多少，它们因误进假货而受骗的可能性远远小于普通消费者。此外，经营者也十分了解进货的渠道，从而知道商品的真假。因此在正常情况下，它们是不会购进假货并卖给消费者的，一旦出现此种情况，则可以推定其具有欺诈的故意，如果不存在此种故意，则应当由其反证。所以，由经营者承担其不具有故意的举证责任是合理的。”

此判决在举证责任的分配上颇值玩味。一方面，该公报案例依然肯定消费者负有认定欺诈的举证责任，但另一方面，又以经营者“应当明知”一些事项而不提供，认为属于故意隐瞒真实情况，故认定为欺诈。

笔者认为，从理论上讲，明知或者应当明知商品有瑕疵或其他事项本身并不直接等同于当事人存在欺诈的故意。欺诈要成立，诈欺人须有二层的故意。第一层为使相对人陷于错误之故意，即对于自己行为之为虚伪有认识，及因此相对人有陷于错误之可能有认识（以未必的故意为己足），第二层故意在于“使相对于依其错误而为一定之意思表示”。[24]《民通意见》第 68 条提到“故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为”，解释上也应理解为此处的“故意”包含了“诱使对方当事人作出错误意思表示的”故意。当然，当事人是否存在“诱使对方当事人作出错误意思表示的”故意，本身的确很难证明，若一味将此举证责任课加在消费者身上，往往会给后者过重的举证负担。正因如此，“张志强案”中法官实际上采取了与王利明教授类似的观点，即一旦消费者证明产品存在瑕疵以及对方并未告知等基本情况，便可以初步认定经营者具有欺诈的故意，然后，应由经营者对其故意的不存在负举证责任，若无相反证据，则认为欺诈成立。

回到指导案例 17 号。就欺诈认定的举证责任问题，该案显然并没有提供更多的参照适用上的规范指引——很显然，未尽告知义务本身并不能导致欺诈，但认定欺诈需要满足其他哪些构成要件，以及相关举证责任如何分配等诸多实践难题，指导案例并没有任何展开。[25]

四、缔约过失责任与瑕疵担保责任

消费商品存在瑕疵，而经营者对此未尽到告知义务，消费者除可根据指导性案例第 17 号的审判思路，主张对方存在欺诈外，是否可以商品存在瑕疵主张瑕疵担保责任。此问题涉及瑕疵责任与缔约过失责任的竞合问题，本指导性案例并没有直接加以说明，有进一步讨论的必要。

在买卖标的物不符合质量要求的情况下，买受人可以根据《合同法》第 155 条、第 107 条和第 111 条主张违约责任，包括修理、更换、重做、退货、减少价款或者报酬等责任。《消费者权益保护法》第 44 条也有类似规定。《合同法》第 148 条前句规定“因标的物质量不

[24] 前引 18，史尚宽书，第 424-425 页。

[25] 有意思的是，在实践中存在于本指导案例十分接近的案件，但法官完全得出相反的结论，如“陆某与北京国服信奥兴汽车有限公司买卖合同纠纷上诉案”，(2012)一中民终字第 15352 号案中，“购车时，国服信公司未告知车辆曾进行修理。陆某将车辆开回后，发现车钥匙上标有“左前杠有划伤”字样。后陆某向国服信公司核实，确认该车辆的确被维修过。法院认为，涉案车辆的车钥匙上已标明事故情况，车钥匙上的标签极为明显，记载内容亦很明确，国服信公司未主动将记有车辆划伤的标签去除，陆某将车辆开回后即依据车钥匙上的标签发现问题，国服信公司的上述行为与故意隐瞒的表现不符，故不能认定国服信公司具备欺诈的主观故意，其行为不构成欺诈。”

符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同”。学理上认为，瑕疵责任和缔约过失责任的主要区别在于规则的着眼点不同，前者着眼于标的物的客观品质，强调一方不应在订约后不按合同的内容履行；后者则着眼于当事人的订约行为，强调一方不得在订约中干扰或影响他人的自由意志，正因如此，两者在请求权基础、证明责任和法律后果上都有所不同。但与此同时，在买卖合同中，当告知所及的事项与标的物、价款直接相关时，是否履行了告知义务就会直接影响瑕疵责任的成立，从而对买卖关系中出卖人的最基本义务（交付标的物）的履行发生影响，引起与瑕疵规则竞合的问题。两者竞合的基础建立在二者相同的基本考虑上——买卖双方的履行和对付履行应符合当事人的共同预期或特定的标准。[26]

在瑕疵责任与缔约过失责任的竞合时，有观点否认买受人具有选择权，而是认为“鉴于买卖法是在长期交易中确立下来的制度，且救济方式多样，在标的物有具有通用的品质判断标准时，或当事人对品质问题有明确约定时，能够为纠纷的解决提供更准确、更恰当的方案，因此应当被优先适用。对于某些没有特定品质标准的物或权利的买卖，当事人又没有对品质作特殊约定的，缔约过失责任可以弥补买卖法上瑕疵责任制度的不足。另外，在欺诈的情况下，考虑到特别保护受欺诈方的需要，应优先适用特别法规定或允许受欺诈人做出选择。”[27] 笔者对此持保留态度，主张赋予当事人选择权。既然瑕疵责任和缔约过失责任的规则着眼点不同，又有不同的请求权基础、证明责任和法律后果，为何仅在欺诈时需要考虑受欺诈人的需要，而在不属于欺诈的场合不需要考虑守约方多元救济的需要呢？同时，标的物具有通用的品质判断标准或当事人对品质问题有明确约定，为何就能说明瑕疵责任规则比缔约过失责任规则“更准确、更恰当”呢？标的物具有通用的品质判断标准或当事人对品质问题有明确约定，对于当事人是否存在缔约过失或者欺诈同样提供判断上的便利。更何况，法律适用上的难易程度本身并不足以成为限制当事人选择不同救济方案的合法理由。

需要补充的是，缔约过失责任涉及合同缔结阶段，瑕疵责任涉及合同履行阶段。那么，是否一旦合同进入履行阶段，就应该排除或者限制当事人选择缔约过失责任的救济方案呢？《最高人民法院公报》 2012 年第 10 期公布的“刘超捷诉中国移动徐州分公司电信服务合同纠纷案”间接涉及这个问题，可作进一步讨论。该案的裁判要旨中提到：“《消费者权益保护法》第九条第一款规定，消费者有自主选择商品或者服务的权利，经营者提供服务包含限制性条件的，经营者负有告知义务，并且应当在订立合同前告知，以便消费者进行选择。

[26] 许德风：《论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合》，《法学》2006 年第 1 期。
[27] 同上文。

没有履行告知义务的，违反了《消费者权益保护法》第十九条关于经营者应当向消费者提供有关服务的真实信息的规定。即使是经营者在合同订立之后，告知消费者限制条件的内容，因合同已经订立，已经形成了对消费者自主选择权的侵害。因此，经营者不能在合同订立后再履行告知义务，经营者如果在服务合同履行过程中实施该限制条件的内容，属于违约行为。”在对经营者告知义务的规范上，此公报案例可谓意义重大。表面看来，这一案例似乎在于说明，有无尽到告知义务属于合同订立时应当考察的内容，但一旦合同进入了订立后的履行阶段，不再考察告知义务的问题，而是判断违约责任的问题。但实际上，这一案例的重心并不在违约行为的认定上。该案其实确立了另外一个重要的规则，即 “在合同订立时经营者未履行必要的告知内容，此类内容将不能纳入合同约定内容”。这实际上是对《合同法》第 39 条第 1 款关于格式条款必要提醒和说明义务的规范延伸。正因这类内容无法纳入合同内容，合同履行过程中经营者的限制行为才被认为是一种瑕疵履行，才应承担违约责任（瑕疵责任）。[28] 换句话说，该公报案例的真正意义在于对经营者违反告知义务的规范体系作了法律适用上的重大拓展，而并不是说合同订立过程中告知义务的违反只生缔约过失责任的问题，而不会影响到合同违约责任或瑕疵责任规则。[29]

前述讨论事实上引申出另一个根本性的理论问题，即合同订立过程中一方没有尽到必要的告知义务，对方在损害赔偿上是否仅能主张信赖利益而非履行利益的损害赔偿？传统理论认为，合同订立过程中一方没有尽到必要的告知义务，只能主张缔约过失的信赖利益损害，而针对合同履行的瑕疵责任才有履行利益赔偿的问题。但实际上，已有学者指出，《合同法》第 42 条规定的缔约过失损害赔偿，本身并没有在立法用语上将损害范围限制于信赖利益的

[28] 《欧洲示范民法典草案----欧洲私法的原则、定义和示范规则》（简称“DCFR”）第 2-3：109“违反告知义务的救济措施”第 2 款明确经营者未履行必要的告知义务，且合同已经订立的，经营者由于未能提供信息或者提供错误信息的，应当承担对方当事人可以合理期待的合同债务。经营者不履行这些义务的，适用债务不履行的救济措施，是对上述最高人民法院公报案例的最好注解。译文参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组（克里斯蒂安•冯•巴尔等主编，高圣平译，《欧洲示范民法典草案----欧洲私法的原则、定义和示范规则》，中国人民大学出版社 2012 年版。

新的《消费者权益保护法》第 25 条增加一款规定了“经营者使用格式条款，应当以明显方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。”但并未规定经营者违反这种提醒义务的责任承担问题，可参照“刘超捷诉中国移动徐州分公司电信服务合同纠纷案”进行适用。

[29] 在这一方面，欧洲法似乎走得更远，：《欧洲议会和欧盟理事会 2011 年 10 月 25 日颁布的关于修改欧盟理事会 93/13 号指令和欧洲议会及欧盟理事会 1999/44 号指令，以及废除欧盟理事会 85/577 号指令和欧洲议会及欧盟理事会 97/7 号指令的 2011/83 号消费者权益保护指令》第 6 条第 5 款规定该条第 1 款所列举的经营者的告知义务将成为合同的一部分，除非当事人双方明确约定，不得修改。这样规定的理由主要在于对远程合同或上门推销合同的消费者来说，往往这些应告知的信息是决定其是否订立合同的根本考量因素。而随后双方订立的合同中的权利义务条款，即使附上书面材料，消费者往往不会真正关注。因此，为了避免消费者由于这些告知内容上的误解，进而作出错误的选择，指令对经营者课以更高的告知要求，并将其直接视为合同内容。同时，规定只有双方明确的合意才可以修改这些应告知的信息内容，目的在于限制经营者的单方修改权。此前的欧共体理事会 1990 年 6 月 13 日关于“一揽子旅游”的指令（90/314/EEC）也曾采取过这种立法技术。

赔偿上。究竟如何赔偿，应关注损害本身及其与行为之间的因果关系。[30] 因此，笔者认为，如果缔约过程中违反告知义务最终导致当事人在合同履行时遭到损失的，（即使当事人不是选择瑕疵责任救济，而是选择主张合同撤销或缔约过失责任）应根据损害的具体情况及其与对方未尽告知义务之间的因果关系确定损害赔偿的数额和内容。这既符合《合同法》第 42 条的规范内容，也体现了以救济为中心的合同法保护理念，也使得当事人在选择缔约过失责任和瑕疵责任时的效果尽量趋同——正义的本质在于同等事情同等对待。同一行为造成同一后果，但如果适用不同的法律规则会产生不同的法律效果，本身就是法律适用和解释时应该尽量避免的情况。当然，值得注意的是，在消费者保护领域，因《消费者权益保护法》第 49 条对损害赔偿作出特别规定，并不存在信赖利益或履行利益的确认问题。

进一步需要思考的问题是，在合同法一般领域，当事人一旦选择了主张瑕疵责任，理论上不能同时主张缔约过失责任或者撤销合同。盖前者的前提在于合同依然有效，属于违约责任范畴，而后者情况则是在否定合同效力。两者存在矛盾。但在消费者权益保护领域，当事人一旦选择主张瑕疵责任，如果同时可以证明经营者存在欺诈行为，是否可以在损害赔偿上依然要求适用《消费者权益保护法》第 49 条关于惩罚性赔偿的规定？笔者认为，从条文的规范意旨上看，《消费者权益保护法》第 49 条侧重对经营者欺诈行为的处罚，其法律效果上仅针对消费者的赔偿问题，本身并不以合同撤销或者存在缔约过失为前提，因此在瑕疵责任场合，只要符合《消费者权益保护法》第 49 条的要件，应同样可以适用该条的惩罚性赔偿规定。 更为重要的是，《合同法》第 113 条第 2 款规定“经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”从体例结构上说，该损害赔偿规定在第七章“违约责任”而不是规定在《合同法》第 42 条关于缔约过失责任的规定中，进一步肯定了在违约之诉（瑕疵担保责任之诉）中消费者同样可以主张惩罚性赔偿。[31]

第 17 号指导性案例中，购买车辆已经维修过的事实，是否可以认定为“标的物质量不符合质量要求”，尚有讨论的空间。而当事人如果要以此主张物的瑕疵责任，同时希望根据

30 周江洪：《缔约过程中的磋商义务及其责任》，《绍兴文理学院学报》2010 年第 6 期。对于缔约过失责任中信赖利益损害赔偿规则，不少学者提出反思，如叶金强：《论中断磋商的赔偿责任》，《法学》2010 年第 3 期，第 99 页。苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社 2012 年版，第 395 页。

31 严格来说，这一体例结构上的安排将该惩罚性赔偿纳入“违约责任”范畴，似乎反而对当事人主张合同因欺诈撤销或者缔约过失责任的场合可否同时主张惩罚性赔偿产生解释上的困难。如王利明：《惩罚性赔偿研究》，《中国社会科学》2000 年第 4 期：“总之，消费者请求双倍赔偿，必须是在合同责任存在的情形下提出。合同不存在，也就谈不上合同责任的适用；惩罚性赔偿也就成了无本之木、无源之水。因此，合同若被宣告无效或者被撤销，当事人反而失去了双倍赔偿的请求依据。”通过前文分析可知，指导案例 17 号肯定了主张合同撤销场合对经营者惩罚性赔偿的可能。笔者也认为，《合同法》第 113 条第 2 款规定放在“违约责任”章节中，本身并不说明在其他场合就不能主张惩罚性赔偿。

《合同法》第 148 条解除合同，以及返还钱款的话，更需要证明该维修事实足以“致使不能实现合同目的”。同时，如果主张惩罚性赔偿的话，依然需要证明对方存在欺诈行为。或许正是基于这些考量，当事人选择了主张因欺诈而撤销合同和惩罚性赔偿。当然，在瑕疵责任与缔约过失责任的竞合问题上，该案例并未有任何提及，因此在相关法律适用问题上，其指导意义就更无从谈起了。

五、结论

“指导案例 17 号张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案，旨在明确个人为生活消费需要购买家用汽车的，其权益应受《中华人民共和国消费者权益保护法》的保护。销售者出售汽车有欺诈行为的，消费者有权依法要求增加赔偿其受到的损失。这对于进一步保护消费者的合法权益，倡导诚信经营，加强社会诚信建设，维护公平的市场交易秩序具有引领意义。”[32] 此点指导意义殊值肯定。但作为指导性案例，要发挥法律适用上的指导功能，尤其是对同类案件的参照作用，本案依然遗留下不少问题有待澄清。结合现有理论和实务，本文得出如下结论：

（1）经营者提供商品时隐瞒商品瑕疵构成欺诈的场合，消费者既可以依据《合同法》第 54 条主张撤销合同，依据《合同法》第 58 条主张返还钱款和缔约过失的损害赔偿，同时可以根据《消费者权益保护法》第 49 条的规定主张双倍的惩罚性赔偿。

（2）就告知义务而言，《合同法》和《消费者权益保护法》都有相关规范。从体系整合的角度看，两者存在某种互动关系。一方面，《消费者权益保护法》在经营者告知义务的内容和程度上都比《合同法》有所拓展，但违反告知义务的法律后果上，依然需要大量适用《合同法》的规范来调整。另一方面，对消费者作为信息不对称弱势方的特别保护，又会促进传统合同法的体系更新和理论发展。

（3）经营者未尽必要告知义务并不当然构成欺诈。认定《合同法》和《消费者权益保护法》中的欺诈行为都需要适用《民通意见》第 68 条，结合欺诈人有欺诈的故意、欺诈人实施了欺诈行为、被欺诈人因欺诈而陷入错误判断和被欺诈人基于错误判断而为的意思表示四个构成要件加以严格判断，避免《消费者权益保护法》第 49 条惩罚性赔偿的泛化适用。

（4）在举证责任分配上，就是否尽到必要的瑕疵告知义务，国内理论和实务一般认为应由经营者承担举证责任，但是否需要结合不同的交易类型作出区分，有进一步探讨的必要。就商品存在瑕疵以及经营者是否存在欺诈，国内实务一般并不采取严格的举证责任倒置的责

32 张先明：《最高人民法院发布第五批指导性案例》，《人民法院报》2013 年 11 月 26 日第 3 版。

任分配方式，而是采取 “主张——对抗——再对抗”的证明责任方式，即原则上由消费者提供初步证据证明对方商品存在瑕疵或对方存在欺诈行为（和故意），而由经营者举证证明自己的商品不存在瑕疵或自己不存在欺诈行为（和故意）。此种分配方式较好地平衡了经营者和消费者的利益，但在具体判断适用上存在一定的弹性。

（5）消费商品存在瑕疵，而经营者对此未尽到告知义务，消费者除了可以主张因对方存在欺诈而撤销合同外，也可以商品存在瑕疵主张瑕疵担保责任。在瑕疵责任与缔约过失责任竞合时，应赋予消费者选择权。但无论选择何种途径救济，在经营者存在欺诈行为的时候，都可以根据《消费者权益保护法》第 49 条主张相应的惩罚性赔偿。

就上述诸问题，指导案例 17 号本身并没有深入展开，因此无法形成参照效力。究其原因，在于指导性案例的选取和归纳上并没有对法律适用的请求权基础有足够关注，由此导致了法理阐释上的相对薄弱无力。法官判决就法律规范的构成要件和法律效果没有充分展开，“没有聚焦”，在对案件的解读上就存在多种解释甚至误解的可能性，进而削弱了其在法规范意义上的指导效果。此类弊病，实值重视。

Obligations of information in the view of consumer protection law

- Some comments on the 17 th guiding case of the Supreme People's Court

Abstract: the present 17 th Guiding case of the Supreme People's Court Consumer proposes a new type of fraud case, which fouces on the non performance of obligation of information of the business man. It has an importante reference value for the courts to understand and apply the punitive damages in the consumer protection area. However, with regard to some important legal questions, such as the content and the form of the obligations of information, the burden of proof, the identification of fraud in contract law, the interrelationship between the consumer protection law and the contract law and, the legal solution of the combination of contractual and precontractual responsibility for the breach of the obligation of information, this Guiding case can not offer a clearly criteria for the giurisprudence.
Keywords: Consumer Protection; Obligation of Information; fraud; punitive damages

关于罚金刑易科制度的几点思考

马 雷

摘要： 罚金刑易科是指在不能执行罚金刑时采取其他措施来替代执行罚金刑的制度。刑罚具有确定性，且罚金刑与自由刑之间存在一定的替代关系，因此罚金刑易科作为一种替代措施，对解决罚金刑执行难问题是十分必要的。虽然这种制度目前还存在一些弊端，还有一些问题亟需解决，但是我们并不能因此而否定其积极意义。我们应当建立我国的罚金刑易科制度，并将该制度不断完善。

关键词： 罚金刑 易科 自由刑

罚金刑属于我国刑法明确规定的法定刑的一种，即可附加主刑适用，也可单独适用。在刑法规定的四百多个罪名中，涉及到罚金刑的有一百六十多个，占总数的百分之四十左右。作为以剥夺罪犯财产利益为内容的刑罚方法，罚金刑对抑制贪利型犯罪，剥夺犯罪分子的再犯能力有着重要作用。但是从当前的司法实践来看，罚金刑执行的实际状况与立法初衷相去甚远，大量的罚金刑判决未能及时进入执行程序，或者执行无果。罚金刑执行中存在的诸多问题，其执行的困难程度并不亚于民事执行，常出现罚金刑空判的窘境。出于慎行目的配置的罚金刑要发挥其刑罚效用，罚金刑的易科执行引起了实务界和理论界的广泛关注。

一、罚金刑易科制度概述

当前，国内外关于罚金刑易科的方式主要有以下几种：

一是罚金刑易科为劳役。即对不能缴纳罚金的人易服不剥夺自由的劳动改造。有些反对罚金易科自由刑的国家，往往规定罚金易科劳役。比如我国台湾刑法就有“罚金应于裁判确定后两个月内完纳，期满而不完纳的，强制执行。其无力完纳者，易服劳役。易服劳役以一元以上三元以下，折算一日。但劳役期限不得逾六个月”的规定。学者林山田认为：“从‘易服劳役’的词义上可知其重点应是劳务的提供，而非自由的剥夺，而且我国台湾的刑事诉讼法规定，罚金易服劳役者，应与处徒刑或拘役之人犯分别执行。可见刑事法律上并未把易服劳役当作自由刑，这显然与西德立法例中‘易科自由刑’有异，但是目前在执行实务上，由于执行机构的场所所限，除少数监狱外，服劳役者也可能从事些简单的劳务，其劳务不但不具教育效果，而且也无经济价值。更由于易服劳役者与服自由刑者共处同一狱舍，共同参与劳务，所以，服劳役即无异于服短期自由刑，这显然与设立罚金刑易科劳役的本意有违。”

二是罚金刑易科自由刑。即受刑人不能缴纳罚金时，可易科自由刑以代替罚金刑。西方许多国家的刑法中都有罚金易科为自由刑的制度。比如德国刑法中有“不能追缴之罚金，以自由刑代之。一单位日额金相当于一日自由刑。代替的自由刑以一日为其最低度”的规定。对于罚金刑易科自由刑，国内外刑罚学者有两种截然不同的观点，持否定说的学者认为，判处罚金刑在很大程度上是为了避免自由刑的弊害，如果以不能缴纳为理由又易科自由刑，则违反了罚金刑的本来意图。而且，采取易科自由刑的制度，必然造成同罪异罚的现象。持肯定说的学者认为，拓展视野就可以看到，世界上各种缺乏有效执行方式的刑罚，如保护观察、社会服务令、矫正劳动、限制自由等，都最终依赖于剥夺自由刑。

三是罚金刑易科训诫。即以训诫代替罚金的执行。民国时期的刑法中就有类似的规定。但是，这种方式现在极为罕见，因为仅依靠训诫以达到对犯罪人威慑和改造的目的，其不合理是显而易见的。

罚金刑的执行难问题促成了易科制度的产生，法律制定的再好，若不能得到执行，那就是一纸空文。各国根据本国的国情规定了不同的罚金刑易科制度，这其中不乏值得我国借鉴之处。

二、罚金刑易科制度的利弊之争

罚金刑易科虽然已为很多国家所采用，但在理论界学者们对其褒贬不一，存在着两种不同观点。

(一)否定说

否定说主要针对的是罚金刑易科为自由刑的情形，其理由如下：首先，刑罚性质的转换，缺乏逻辑基础，更缺少理论支持。从刑罚的性质和严厉性程度来讲，应当说，“最小的身体刑也重于任意的金钱刑”。这一点是人所共知的，也是难以批驳的。客观的讲，量刑中刑种和刑度的决定，取决于受刑人原先犯罪的犯罪情节等因素。根据我国《刑法》第61条的规定，应当根据犯罪的事实、犯罪性质、情节和对于社会的危害程度，对于犯罪分子决定适用的刑罚的种类和幅度。同时，《刑法》第52条明确地规定，判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。因此，某一具体犯罪是否存在罚金刑，是立法根据该种犯罪的特定情况预先设定的，而是否能够适用罚金刑、在何种情况下适用罚金刑，则是根据上述综合因素决定。

其次，罚金刑易科为自由刑，与基本的刑法理论和立法规则相悖。从刑法学的基本理论和刑事立法的基本规则来分析，同样性质刑罚的转换或者折抵，由于刑罚本身具有同质性，因而不会出现严厉程度的过度差异性。但是，如果刑罚的严厉性程度略有差异性，则此时的

刑罚转换或者说折抵，虽然原则上依然不允许转换，但是出现特殊情况时，可以允许从重刑到轻刑的折抵，然而绝对禁止从轻刑到重刑的逆向转换或者说折抵。以限制自由刑的折抵为例：我国刑法规定，对于管制的刑期，如果判决执行以前先行羁押的，则羁押一日折抵刑期两日。此种折抵规则意味着，判处较为轻缓的限制自由刑即管制刑的，由于出现了特殊情况，即判决之前的先行羁押行为，则此时先前羁押的期限，由于是剥夺自由，在严厉程度上重于限制自由的管制，因而可以一日折抵两日。但是，同样是剥夺自由刑和限制自由刑的折抵和转换，如果数罪并罚．同一犯罪人基于数罪的不同情况，而被同时判处剥夺自由的刑种和限制自由的管制的，则绝对不允许为了执行便宜，而将管制刑逆向折抵和转换，两日管制转换或者折抵为一日剥夺自由刑。

第三，罚金刑易科为自由刑，与现行的刑事政策相悖。和谐社会的整体环境要求宽严相济的刑事政策。这一刑事政策不仅在我国得到广泛的认可和支持，而且在其他国家和地区也得到不同方式的认可和支持。而罚金刑易科的做法，则是直接对宽严相济的刑事政策的反向冲击。宽严相济的刑事政策提倡事后的由自由刑向罚金刑转换的轻缓化转换。宽严相济的刑事政策，并不否定当严则严，也不否定刑罚的转换。但是，当严则严，是对于原先犯罪在定罪量刑过程中的严，而非事后的转换上的加重性从严。而在刑罚的转换上，包括定罪中的倾向性刑罚选择，尤其是事后的刑罚执行中的刑种转换，应当是当宽则宽。

(二)肯定说

持肯定说的学者们认为，罚金刑易科制度对解决执行难问题是十分必要的，理由如下：第一，罚金刑易科的目的不在于监禁犯罪人，而是确保罚金刑的执行或维护罚金必然的原则，它是作为罚金刑的 “压力刑”而存在的，旨在使犯罪人在权衡利弊后能主动缴纳罚金。第二，由于犯罪人的贫富差异，在罚金刑易科问题上，对同一刑罚的执行可能会出现不同方式，确实存在不平等的现象，但是应该看到，这种不平等是原本存在的客观事实，是由社会的政治、经济制度及各方面的原因造成的，并不是刑罚本身所产生的。同时，从某种意义上来说，“这种执行上的不平等较之刑罚不执行造成的不平等和负面影响要少得多，二者比较取其轻者是符合公正的”。第三，罚金和自由刑在刑罚体系中同等重要，都是刑罚的方式，易科并不存在“以刑代罚”。所谓“以刑代罚”的观点本身就犯了轻视罚金刑的错误，自由刑和罚金刑都是刑罚的一种，而并非只有自由刑才是刑罚。第四，对于一些有抗拒心理的被执行人，只有受自由刑的威慑时，才会被迫缴纳罚金，因此，将自由刑作为罚金刑的压力刑使用，使罚金刑具有较强威慑力，以保障罚金刑的执行。

(三)笔者观点

笔者比较赞成肯定说的观点。否定论中的观点固然有其道理，但是从目前各国罚金刑易科制度的实践操作来看，虽然有些弊端，但依然有其存在的理论和现实基础，特别是在罚金刑执行难问题亟待解决的今天，我们不能因为其弊端而拒绝它，任何事情都不可能是绝对的好。刑罚体系中的各种刑种都有弊端，但如果因噎废食，则是不可取的，我们应该做的是寻求更妥当的办法，以避免这些弊端。

笔者认为持否定论者的诸多理由是经不起推敲的，比如认为刑罚易科有违平等，其实只是看到了一种表象，因为绝对的平等本身是不存在的，况且这种表面上的不平等并非不可解决，只要在立法和实践中明确易科的条件、标准和方式，例如对有缴纳能力而不缴纳者实施易科自由刑，对确无缴纳能力者易服公益劳动或实行执行中止，这样就可以避免这种不平等的出现。至于否定论者所说的易科有违罚金刑立法初衷之说也并不是不能解决，例如，可以在易科时考虑犯罪人所判处的主刑不同而采取不同的替代措施，对单处罚金的可易服民事拘禁等，更何况我国刑法中单处罚金的只是极少数，对有主刑和罚金刑并存的判决中，易服自由刑并不会出现所谓的“重蹈”短期自由刑之“覆辙”的弊端。

持否定论者的一个重要理由是刑罚易科违反了刑法基本原则。笔者对此并不认同。反对刑罚易科的人中有很多人认为刑罚易科制度是“以钱赎刑”，“对穷人不公”，笔者认为罚金刑易科并不当然等同于“以钱赎刑”，而且也并未违反公平原则。理由如下：首先，“以钱赎刑”的本义是犯罪人在获得量刑之后，交纳一定数额的金钱，就可以避免实际服刑。所以，易科自由刑只是不同刑罚方法的转换而不是从刑罚到非刑罚的赎买，更不是从有罪到无罪的赎买。罚金易科自由刑的本质是“以刑换刑”，是罚金刑执行的变通性代替措施，不是一个独立存在的事物。它反映及受制于罚金刑执行情况，依附于罚金刑，是罚金刑的执行制度，正像死缓是死刑的执行制度一样。因此，它与本来意义的自由刑是有本质的区别的。其次，罚金易科自由刑也能体现平等观念。美国著名学者约翰·罗尔斯认为，正义即公平，而正义包含“每个人都是平等的权利去拥有可以与别人的类似自由权并存的最广泛的基本自由权”和“对社会和经济不平等的安排应能使这种不平等不但可以合理地指阿望符合每个人的利益；而且与所有人开放的地位和职务联系在一起”，表面上看，罚金易科自由刑在形式上来看是不平等的，但是我们不能仅从对象的主观感受性来看问题，必须放在特定的社会背景下分析。“社会不平等是人的自觉活动造成的，是可以选择，可以进行道德评价的”，其平等性表现在罚金刑易科自由刑对有钱人和无钱人的不平等受到社会基本平等观念的严格限制；法官在判定罚金的过程中就充分考虑了由于经济情况的不同而作出不同量刑标准；在执

行过程中法院尽量首先考虑了延期执行、分期执行等，易科只是作为最后的手段；而且易科自由刑可以保证一个国家对罚金的最后执行，从国家整体上保证了法律尊严的平等性。所以，那种认为罚金易科自由刑是“以钱赎刑”的观点和易科不公正的观点，都有值得商榷之处。

此外，有学者指出，实行易科制度的各国在司法实践中的适用率也并不高，即使适用了，有很多到最后也是以交纳罚金了结，所以他们认为罚金刑易科也不具有执行可能性。对此，笔者也不敢苟同，实践中适用的少并不表示不能适用，以交纳罚金了结也并不表示易科的失败，相反，这恰恰反映了易科作为一种威慑后盾或称“压力刑发挥了应有的效用，因为我们知道，易科的目的是为了保障罚金刑的执行，正如法律一样，不能因为犯罪率低而否认其存在价值。

三、我国刑法罚金刑易科制度的程序设计

由于罚金刑执行标的与罪犯人身的分离性，导致罚金刑“空判”的现象日益困扰着司法实务界，也成为理论界研究的焦点。如何建立罚金刑易科制度，是个仁者见仁，智者见智的问题。对此，笔者有以下主张：

（一）罚金刑易科制度适用前提和适用对象

对于罚金刑易科执行的前提，有两种思路：一是遵循主动缴纳——强制缴纳——易科执行的程序；一是超过罚金缴纳的期限即转化为易科之刑。笔者认为，第一种思路则体现了司法对罪犯的宽宥，给予其合适的缴纳的期限，是与刑罚轻缓化的改革目标吻合的，操作起来也较容易，关键是不给反对罚金易科者以口实。

而第二种易科的思路显得简单，无法体现罚金刑作为刑罚方式应有的作用，反而与市场经济社会对财富的重视理念相悖，不益于体现罚金刑的惩戒与交易功能。

对于罚金刑的易科对象，有学者建议对不能缴纳或不能完全缴纳罚金的犯罪人均实行易科；也有学者建议对愿意缴纳但无财产收入的犯罪人易科公益劳动，对既无收入来源又丧失劳动能力的犯罪人易科训诫，对其他情形的犯罪人均不易科。笔者认为，对于客观原因无法缴纳罚金的犯罪人易科为其他刑罚（主要是自由刑），有以刑代罚的嫌疑，也是部分学者反对罚金刑易科的理由之一，容易导致穷人监禁而富人无须监禁的不良局面出现，虽然监禁与罚金在本质上有共通之处。所以对因主观原因而不缴纳的犯罪人易科为其他刑罚符合现阶段刑罚的主流，能引起社会公众的共鸣。

（二）罚金刑易科的执行方式

综合考量世界各国及地区的罚金刑易科执行方式，笔者认为将罚金刑易科为自由刑或公

益劳动比较符合我国实际情况。

1、罚金刑易科自由刑制度

我国澳门地区刑法典第 47 条规定了将不缴纳罚金转换为监禁的制度。其中规定“不自愿缴纳或者在强制下仍不缴纳非以劳动代替之罚金者，即使所犯之罪不可处以徒刑，仍须服监禁，而监禁时间减为罚金时间之三分之二”；“被判刑者证明不缴纳罚金之理由为不可归责于其本人者，监禁得暂缓 1 年至 3 年执行，但暂缓执行监禁时，须规定被判刑者履行某些义务或遵守某些行为规则，而该等义务或行为规则之内容系非属经济或财力性质者。如不履行该等义务或不遵守该等行为规则，则执行监禁；如已履行或遵守者，则宣告刑罚消灭”。笔者认为可以结合内地情况加以借鉴：首先，可以根据一定比值把罚金数额折算成天数，确定比值的方式可以参照犯罪人的平均工资；在没有工资收入时，可以参照平均收入；没有固定收入的，参照当地的平均收入；其次，对于已经缴纳的部分，应当从易科总额中扣除。刑期可以规定为两年以下，并科时不超过三年，在此范围内由法官规定具体的刑期。在服刑期间，应当允许犯罪人随时缴纳罚金以结束自由刑，从而发挥易科自由刑作为压力刑的作用。但不能允许对其实行减刑或假释，因为，易科自由刑与真正的法定自由刑不同，它只是执行罚金刑的最后执行方式而已。在适用后果上，罚金刑易科自由刑后，在法律上仍视为执行罚金刑，不产生自由刑的其他法律后果。例如，不产生可能出现累犯的效果等。这是因为，罚金刑易科自由刑其本质是罚金刑执行的一种救济方法，而并非本来意义上的自由刑，两者不能混淆。剥夺自由执行完毕，视为行刑完毕，不得再行追缴受刑人的财物。

2、罚金刑易科公益劳动制度

公益劳动首先是一种劳动，由于其无偿性，对受刑者来说，其创造的价值就归属了社会和国家。这种劳动是为公共利益而作的，具有经济效益的同时更具有较大的社会效益。犯罪人在劳动中也得到了改造。相对于易科自由劳动制度存在一系列难以解决的问题，易科公益劳动较为简便可行。建立具体的易科公益劳动制度时，可以规定其适用对象是确实因客观原因不能缴纳罚金的主观上又不存在恶意的犯罪人，在现行法律体系下，其可以与减免罚金制度分别适用，在因天灾人祸而不能缴纳罚金的情况下，可以适用减免罚金制，其他主观无恶意不缴纳罚金的情形可以适用罚金刑易科公益劳动制度。这项制度的主要形式为清理公共卫生、修路、植树等等，至于劳动的时间和待遇可以参照当地的工作制度的一般标准而定。比如可以规定每日工作八小时、实行五天工作制、允许正常请假等等，易科公益劳动的时间可以规定为 6 个月至半年。

（三）罚金刑易科执行的配套制度

配套制度的建立主要是确保罚金刑易科的执行，当前应当首先明确罚金刑执行的程序，包括明确罚金刑执行的启动主体、执行主体以及罚金刑执行过程中需要贯彻的执行原则；其次应当加大执行投入，包括保障开展执行工作所需的经费、配备必要的物质等。

四、罚金刑易科制度应继续关注的重点

随着刑罚轻缓化进程的加快以及我国社会主义市场经济建设的不断深化，罚金刑适用范围的扩大已是在所难免。这就要求我们高度重视罚金刑易科自由刑制度的作用，将该制度与我国司法实践相结合，设计出适合我国国情的罚金刑易科自由刑制度来，从而有效解决罚金刑执行难的问题。法律实务的创新依靠法学理论的先行，从理论上探索罚金刑易科自由刑制度在我国实行是否有足够的依据予以支持是在这条路上迈出的第一步，接下来的一步应该是对罚金刑易科自由刑制度的操作步骤、具体方法如何设计的讨论。笔者认为当前应重点关注以下几个问题：

（一）如何有效避免短期自由刑的弊端

在这一问题上，目前比较一致的看法是罚金刑易科自由刑在社会上造成的不公平感不可能在短期内消除，虽然持肯定说观点的学者提出不能指望通过罚金刑易科制度来消除社会上本来就存在的各种不平等现象，但是法律作为一种社会公于器，运用分配的正义和矫正的正义来实现社会正义，这是它无法回避的责任。罚金刑易科自由刑制度既然是一种法律手段，就不能对不公正的现象置之不理。而在这方面，由于受到我国立法、司法技术、法治环境、社会基础等条件的限制，罚金刑易科自由刑制度还不能充分发挥其维护公平正义的作用，只能通过其程序的正当来实现相对的公平。但是随着相关环境的不断改善以及该制度自身的不断完善，相信其所维护的公平正义程度会越来越高。

至于说到短期自由刑的弊端，可以通过以下方法来减少不利影响：首先，缩短监禁期限，如澳门地区刑法规定监禁时间减为罚金时间的三分之二；其次，对主刑中没有自由刑的易科人采取同其他自由刑犯分别监禁的办法，如将其置于看守所；第三，易科自由刑的监禁应当采取相对宽松的管理制度，更加突出劳动与教育的结合。

（二）如何在单位犯罪中适用罚金刑易科自由刑制度

罚金刑作为惩罚单位犯罪的唯一手段，主要是考虑到单位这一抽象主体无法适用其他刑罚方式，所以如何对单位犯罪适用易科成了一个难题，否定说拿它作为一个重要的筹码，肯定说也往往避而不谈。但笔者觉得可以从以下三个方面来予以考虑：首先，单位犯罪，其全

部行为仍需由具体的人来实施，因此作为单位犯罪中的当事人并不能推卸其所应承担的责任；其次，我国刑法第 31 条规定:单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。因此对直接负责的主管人员和其他直接责任人员实行易科也完全有据可依，同时，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员进行易科也有助于督促单位缴纳罚金；第三如果出现对单位和单位人员均需易科的情况时，可按照数罪并罚的原则处理，但最终决定易科的期限不得超过易科制规定的上限。

（三）易科后的减刑、假释的适用问题

在这一问题上，学术界目前有争论，尚未形成统一的观点。有论者主张可以适用，认为满足适用减刑或假释制度的要求，表明受刑人的悔罪心理和悔罪行为，也是行刑人道的体现。也有论者主张不允许对其实行减刑或假释，认为罚金刑易科自由刑与真正的法定自由刑不同，它只是罚金刑的变通执行方式而已。笔者比较赞同后一种观点，认为罚金刑易科自由刑主要是通过迫使受刑人劳动的手段来实现偿付罚金的目的，只有在确定的天数内进行劳动才能实现这一目的。这里考查的不是受刑人的悔罪表现，而是考查其缴纳罚金的表现，只要缴足罚金，随时可以解除自由刑。

目前来看，以上三个问题在现阶段的研究工作尚未深入，所以这些具体规划应当在罚金刑易科自由刑制度的理论依据得到论证以后再进一步展开。这样一步步地向前迈进，最终在我国建立罚金刑易科自由刑制度，以达到彻底解决罚金刑执行难的目的。

四、结语

罚金刑是近现代西方国家建立的刑罚体系中的一部分，我国只是进入二十世纪以后才在学习西方先进法律文化的过程中逐渐引入。罚金刑易科自由刑制度也是西方国家创立的包含在罚金刑体系中的一部分，是罚金刑易科的主要形式，西方发达国际的法律中对此多有规定。结合我国当前实际，笔者认为我们应当重视罚金刑易科自由刑制度存在的价值，建立起我国的罚金刑易科制度，以扭转罚金刑的执行困境。笔者从罚金刑易科的适用前提、适用对象出发，提出了我国罚金刑易科制度的程序设计。当然，一项制度要从理论落到实处，还需要做大量工作，当前也有许多薄弱的环节需要继续深入研究，比如如何有效避免短期自由刑的弊端等问题，同时在今后的研究中，还需要相关法律规定的配套跟进，立法者、司法者以及广大人民群众意识的提高。只有这样，才能使罚金刑执行难的问题早日得以解决。

参考文献：

1、高铭暄、赵秉志：《刑罚总论比较研究》[M]，北京大学出版社，2008 年版。

2、马克昌：《刑罚通论》[M]，武汉大学出版社，2007 年第 2 版。

3、谢望原：《欧陆刑罚制度与刑罚价值原理》[M]，中国检察出版社，2004 年版。

4、[意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》[M]，黄风译，中国法制出版社，2005 年版。

5、魏东：《当代刑法重要问题研究》[M]，四川大学出版社，2008 年版。

6、侯国云：《刑罚执行问题研究》[M]，中国人民公安大学出版社，2005 年版。

7、包雯、李玉华等著：《21 世纪刑罚价值取向研究》[M]，知识产权出版社 2006 年版。

8、王洪青：《附加刑研究》[D]，华东政法大学博士学位论文，2008 年 5 月。

9、李希慧：《罚金刑执行难的原因与对策》[J]，山东警察学院学报，2007 年第 5 期。

10、张芳英：《罚金刑易科制度探析》[J]，中国矿业大学学报，2005 年第 2 期。

11、于志刚：《关于罚金刑易科制度的批判性思考法学评论》[J]，2008 年第 2 期。

12、范娟萍：《替代性执行能否适用于军事刑罚——军事刑罚易科制度述评》[J]，西安政治学院学报，2013 年第 1 期。

13、董文辉：《论我国司法实践中的罚金刑易科》[J]，河南警察学院学报，2011 年第 5 期。

法律教义学与法学研究的本土化[1]

泮伟江

法学研究的本土化一直是困扰着中国法学的一个老话题。自苏力的《法治及其本土资源》以来，中国的法学研究必须具备中国问题意识，必须本土化，似乎已经成为中国法学研究者的共识。这是中国法学研究者的一个很重要的进步。问题是，究竟什么样的法学研究才算是具有中国问题意识，法学研究本土化的具体含义为何，至今仍然缺乏清晰的定义。

在许多人看来，中国法学研究之所以无法做到以中国问题为中心，主要的原因在于中国的法律系统是“生搬硬套”地移植自西方的，而不是从中国的本土中“生长”出来的，因此是无根的。在这个过程中，法律教义学扮演了一种非常核心的角色，因此也可以说是中国法治建设之方向偏离的幕后真凶与罪魁祸首。他们因此提倡一种新的法学研究方法论，就是将社会科学的方法引入到法学研究，补充甚至替换传统的法律教义学研究，美其名曰“法与社会科学研究”。[2]

此种法的社会科学研究对最近二十年的中国法学研究造成了一种很严重的困扰与身份焦虑。各种关于法学研究自主性的困惑与讨论，都与此种困扰与身份焦虑有着深刻的联系。[3]文化大革命结束，恢复法学研究以后，中国的法律教义学研究突飞猛进，已实现质的飞跃，但“法律教义学等于法学研究的非本土化，法的社会科学研究等于法学研究的本土化”的偏见，在许多中国法学研究者的心中已经根深蒂固，似乎已经被看做是不需要再做讨论的常识。最近几年，已经出现了不少高质量的研究文献，对法律教义学的内涵、功能进行了积极与正面的描述与评价，[4]同时也出现了对中国的“法与社会科学研究”的系统批评，[5]然而对于此种将法律教义学研究与法学研究的本土化对立起来，从而污名化法律教义学研究的偏见，仍

[1] 本文为提交会议讨论的初稿，专供判例沙龙讨论导引之用，请勿引用和外传。

[2] 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996 年；苏力：《送法下乡》，中国政法大学出版社，2000 年。强世功：《法治与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社 2003 年第 1 版；凌斌：“普法、法盲与法治”，《法治与社会发展》，2004 年第二期；凌斌：“法治的两条道路”，《中外法学》，2007 年第一期；

[3] 关于这一点，参见泮伟江：“法学的社会学启蒙”，《读书》，2013 年第 12 期。

[4] 例如，张翔：“宪法教义学初阶”，《中外法学》2013 年第 5 期；陈兴良：“刑法教义学方法论”，《法学研究》2005 年第 2 期；许德风：“论法教义学与价值判断：以民法方法为中心”，《中外法学》2008 年第 2 期；白斌：“论法教义学：源流、特征及其功能”，《环球法律评论》2010 年第 3 期。

[5] 陈景辉：“法律与社会科学研究的方法论批判”，《政法论坛》2013 年第 1 期。

然没有在理论上被系统地处理过。这实际上已经影响和阻碍了人们对中国法治转型、法学研究更深入研究的可能性。因此，笔者不揣浅陋，愿意在此抛砖引玉，试图以一孔漏见，就中国法学研究本土化问题，为法律教义学研究正名。

本文的核心论点是：**中国法学研究的本土化不但不以对法律教义学的排斥与放逐为前提，反而必须以法律教义学研究的制度化与成熟为前提条件。**用法经济学研究的流行术语来表达这个命题，那就是：法律教义学的繁荣与发达，与中国法学研究的本土化程度之间，是一种正相关的关系。要论证这个命题，首先必须澄清一些基本概念的问题，它们是：中国问题、本土化与法律教义学研究。下面，我们就围绕这几个核心概念的阐释，来论证本文的这个核心命题。

一、什么是法学研究的中国问题意识背景

与法学研究本土化问题紧密关联的一个问题，就是中国问题意识的问题。自该口号被提出以来，“中国问题意识”几乎已经成了所有人文社会科学研究者的口头禅，以至于这个口号本身也有可能被泛滥成某种陈词滥调的危险。就像中国的社会科学研究，一旦通过官僚系统的考核机制被 CSSCI 化与指标化以后，对研究成果与质量的鉴定就异化成了小学数学计算题一样，中国问题意识，在许多报刊编辑那里也被技术性地简化成文章里是否出现了“中国”二字。他们不明白，在特殊的政治与社会语境中，最具有中国问题意识的文章，往往谈的是世界，而不是中国。

毫无疑问，中国正在经历伟大的转型时代，中国文明也正在经历最痛苦的涅槃和再生的过程。因此，在这种“中国”泛滥，“问题意识”匮乏的“伪中国问题意识”大潮下，仔细辨析何谓“中国问题意识”，法学研究是否需要中国问题意识的问题，仍然是很有必要的。

（一）中国问题意识的方法论问题

已经有学者对泛滥成灾的“中国问题意识”话语进行了尖锐而系统的批评，其中，陈景辉的“法律与社会科学研究的方法论批判”是最富有成效和代表性的批评。陈景辉的批评主要集中在如下这一点，即他提醒我们，对中国问题意识的澄清，首先必须明确何谓“中国”。陈景辉对中国问题意识的批判与结构，主要采用的策略是揭示中国问题意识内在逻辑的矛盾性：中国问题意识既要通过“中国”的特殊性来对抗西方理论的“普适性”，同时又要保证

“中国”相对于更小单位，例如中国内部某个省、市、县、乡，甚至是某个特定之村庄而言的普适性与统一性。因此，如果将中国特殊性的逻辑贯彻到底，“中国”概念自身就要被裂解，从而难以保持其内部的统一性与完整性。如果要保证“中国”内在的完整性与统一性，则中国的特殊性就很难被证成。[6]

就对极端中国问题特殊性论调（陈文中谈及的“文化论”）的辩驳而言，此种批判有一定的力量。然而，此种普遍性与特殊性质辩证法并不构成对中国问题意识的回应。因为此种极端形态的中国问题并不是“中国问题”的真正含义，中国问题意识的存在，并不以抗拒普遍性与规范性为前提条件，而是对教条主义的批判下才产生的。因此，中国问题反对的并非是普遍性与规范性，而是教条主义的普遍性与规范性。[7]例如，陈景辉批判的第三种形态的“中国问题意识”，即法治现代化的特殊阶段论，[8]反对的就不是普遍性，而是在具体问题研究过程中的教条主义——此种教条主义过分注重中国法律与世界接轨，却没有注意到当下中国法治面临的“时间叠合”的特殊时代背景。“时间叠合”的概念表明，当下中国法治面临的并非“后发优势”，而是“后发劣势”，因为我们既没有时间和条件，重走一遍西方法治建设的老路，也很难跨越西方早期现代所面临的那些问题，跨越式的直接对接到当代西方法治建设中所面临的那些具体问题。[9]因此，我们可能要同时解决西方国家通过时间的序列而分别解决的那些时代问题。

因此，提倡法学研究的“中国问题意识”，仍然是真实的，可以成立的。我们当然可以依据同样的逻辑，提倡湖南问题意识或者浙江问题意识，但这并不否认存在着中国问题意识。从抽象的一般方法论层次上讲，这种可能性是成立的。

当然，陈景辉的批评也是有益的，因为他进一步追问的是，构成中国问题意识，湖南问题意识和浙江问题意识的关键要素是什么？或者说，何以“中国问题意识”要比“湖南问题意识”或“浙江问题意识”更为重要，更具有一般的理论分析的价值？理论上的重要性，显然并不是根据“主权单位”或者“行政区划”来进行划分的。因此，陈景辉的潜台词是，为何“中国问题意识”在一般法理学的层面，具有特别重要的理论价值？因此，我们可以说，

6 陈景辉：“法律与社会科学研究的方法论批判”，《政法论坛》2013 年第 1 期。
7 这在中国马克思主义意识形态发展史中也可见一斑：毛泽东主义同样追求普适主义，输出革命，它反对的是教条主义与本本主义。邓小平强调实事求是，一切从实际出发，反对的同样是教条主义的马克思主义。
8 陈景辉：“法律与社会科学研究的方法论批判”，《政法论坛》2013 年第 1 期。
9 舒国滢：“中国法治建构的历史语境”，载舒国滢《在法律的边缘》，中国法制出版社，2000 年，第 149-157 页。

陈景辉的批评之所以还有力度，就在于语境论的法与社会科学研究没有，或者无法提供对这个问题的答案。而语境论的法与社会科学研究之所以无法回答这个问题，根子还在于其基本的方法论预设存在问题。

早在 20 世纪 70 年代，德国社会学家卢曼就指出了法社会学研究中的一个特殊难题，就是如何确定研究边界的问题。在卢曼看来，法律直接或间接地影响了社会生活的所有领域，因此很难从社会生活中分离出专门的法律现象。就此而言，相对于家庭社会学、组织社会学、政治社会学和科学社会学等其他专业社会学研究门类，法社会学与知识社会学的研究存在着特殊的困难，前者试图将规范取向的问题转化为专业社会学领域内的问题，而后者则试图将认知取向的问题转化为专业社会学的问题。[10]

因此之故，社会学研究尝试了许多替代性研究的方案，例如将法社会学研究的焦点从“法律”转向“法律人”，研究法律人的角色，例如法官角色、辩护律师、行政律师、商务律师、企业律师等角色的表演。如此一来，法社会学研究就被替换成一种特殊的“职业社会学”研究。[11]另外一种替代性方案则“试图澄清与法律裁判有关的小群体行为，即司法主体行为”。此种研究将司法主体当做“自然实验对象”，将其进行相对隔离，从而形成一个“可观察的小系统”，从而对其“社会地位、好恶、互动频率、克服内部不同意见的能力等因素的影响进行观察”。[12]简单地说，此种法社会学研究有点类似于人类学家的田野调查。在他们的研究中，“在判决中，谁的意见以及这些意见基于拿些因素发挥了作用的问题，取代了当事人所涉利益的公正与不公正问题。”[13]第三种替代性方案，就是“充分利用现代公共舆论研究技术取得的进展，把关于法律的舆论，而不是法律，变成了研究的核心课题。”[14]

我们看到，当代中国的法社会学研究中，这三种研究进路都不同程度地存在着，其中影响最大的是第二种研究进路，也就是陈景辉所着力批判的，通常被称作“法与社会研究”的进路。

这三种研究进路共同的问题，就是在他们的研究中，法律本身是缺席的。由此导致这些研究“缺乏内在的融贯性”，而“只能观察到一些粗俗的联系，例如，来自上流社会的教育

10 卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海人民出版社，2013 年，第 40 页。
11 同上注，第 41 页。
12 同上注，第 42 页。
13 同上注。
14 同上注。

良好的法官不会做出一个回应人民声音的判决。”[15]更要命的是，这些研究进路之所以会有如此缺陷，根本原因在于它们的基本社会学工具的缺陷，因为在它们“可以把握的方法库和理论库中，要么假设了一些小型系统，只有少数变量发生关联，这里，‘条件不变’的要求可以得到满足；要么假设了大量相似的随机分散因素，这些因素可以通过统计方法来处理。”[16]

很显然，“小型系统”进路的研究，无法容纳诸如“中国法治转型”等如此大容量的复杂单元的观察和研究，而统计学意义的随机因素的研究，也很难研究作为一个“复杂巨系统”的现代法治。因此，法的社会科学研究无法真正承接和研究“法治建设的中国问题”，至此已经一目了然。但这并不表明法治建设的中国问题并不存在，这就是陈景辉的批评所没有想到的地方。

（二）中国问题的实质内容

需要补充的是，陈景辉的文章虽然将“中国问题意识”作为讨论的重点，但其批判靶心所瞄准的对象，却并非是“中国问题意识”本身，而是法与社会科学研究所定义的“中国问题意识”。因此，陈文实际上是在说，法与社会科学研究中不断被强调的“中国问题意识”的话语，实际上是一出“没有事先声明的魔术表演”，在这套魔术表演的背后，乃是对现代法治理念基本原理的拒绝和否定。这是陈景辉的文章最不能容忍的。

确实，在方法论层面，语境论的“法与社会科学研究”预设了法与社会之间的关系乃是一种“镜像关系”，把法律看做是具体社会关系与社会生活的“反映”与“镜像”，因此有什么样的社会关系与社会事实，就必然有什么样的法律。在此种法与社会关系的镜像预设中，法律相对于社会生活与社会关系而言，不具有相对的独立性，二者之间乃是一种决定与被决定的关系。因此，有什么样的社会生活与社会关系，就必然会出现什么样的法律。

“镜像论”的法与社会的关系理论，并不符合法与社会关系的实际。首先，既然法律并不具备相对于社会的基本的自主性，也就很难称得上“法与……的关系”。其次，我们在经验世界中，也可以观察到大量法律相对独立于社会的例子，例如沃森曾经指出的法律移植的

15 同上注，第 43 页。
16 同上注，第 45 页。

例子，[17]以及各种法律多元主义等现象。[18]韦伯、伯尔曼等人的法律社会学研究也相继指出，相对自主的西方法律传统对西方社会的塑造作用。[19]

陈景辉也正确地指出了，法律的自主性问题，本质上是与法律的规范性联系在一起的。否定了法律的规范性，也就否定了法律的自主性。即便如此，陈景辉的批判也仍然是不够的。问题并不在于指出此种镜像论的荒谬，而是要明白此种镜像论的缺陷，根源仍然在于其“方法库与理论库”的装备不足，只适合于小型系统的研究，而难以触及作为复杂巨系统的法律社会学研究。那么，什么是中国法学研究的问题意识呢？我们不妨仍从法与社会科学研究在实质层面关于中国问题意识的描述与分析为起点讨论这个问题。

谈到法与社会科学研究的中国问题意识，我们就难免会想到苏力的《送法下乡》。恰恰是在《送法下乡》中，苏力将他对法律教义学研究的批评引向了高潮，同时也最清晰地交待了法与社会科学研究的中国问题意识。在该书中，它对中国的法治建设（包括立法与司法在内的一整套法律体系的运作机制）与法学知识生产（法律教义学研究）之间的相互关系，做了非常简明扼要的描述与概括，从而描述了一幅漫画式的，可供批判的“中国法治谜局图”：法学教义学负责法学知识的生产，而此种生产的本质是一种西方知识的“搬运工”，将西方法学知识照搬照抄地复制到中国，在中国的法学院中进行复制与传播。然而，此种自西方复制与抄袭而来的知识，通过专家起草立法文件，参与立法的模式被转化成中国的制定法。然而，根据法治原则，法官必须受到成文法的约束，因此中国的法官被各种纪律强迫适用移植自西方的制定法，因此造成了司法实践的错乱。[20]

苏力因此提倡一种相反的法学知识生产路线，也是一种本土化法治系统生成的路线图。那就是由基层法院的法官，基于其日常司法裁判活动来生产与制作原创性的，只有中国法官才能够生产的中国法学知识。然后再将此种知识重新输送到法学院与立法者那里去。

苏力在《送法下乡》中所概述的这两种中国法学研究与法治建设的理想类型式的对比，清晰地展现了法与社会科学研究的中国问题意识。在此种问题意识中，中国农村基层司法的

17
18
19
20 苏力：《送法下乡》，中国政法大学出版社，2000 年。

经验与困惑，占据了核心的位置。苏力在《送法下乡》中描述的遗产分割案和耕牛案，[21]强世功描述的陕北乡村民事调解案，[22]都是农村基层的司法案件。在这些案件中，苏力和强世功都认为中国基层司法的案件所呈现出来的问题，最应该能够代表中国法治转型的的核心问题。这个问题就是移植自西方的法律不适应中国普通老百姓的生活，因此是无根的。中国应该已这些案例中的那些基层老百姓熟悉的方式来裁判纠纷，以此种基层纠纷解决的经验与教训为经验基础生产法律知识，形成中国自己的法学研究，也就是本土化的“中国法学”的研究。

我们将逐步展开对此种逻辑的全面分析，包括下文将重点讨论的法学研究本土化的问题。这一章我们重点聚焦于此种逻辑最基础的部分，也就是中国问题意识的问题。需要提醒读者注意的是，本文的讨论虽然以苏力为标本，但并非是针对苏力的一种批评。与对具体苏力个人观点的批评相比，本文更重视由苏力所开启，并提供核心思路的此种法学研究与思考的路线与立场。我们不妨将其称作是苏力式的路线与立场。因此，许多在苏力的文章中仅仅是暗示性或萌芽式的内容，但却在此后许多其他人的研究中不断发酵、蔓延、发展与成熟的思路（例如强世功、凌斌、喻中等学者对这些思路的发展与成熟化表述），也将被吸收到本文的分析与回应之中。笔者认为，苏力个人的影响（蛊惑力），经过中国法学研究最近十多年的发展、分化与成熟，已经大不如前。许多年轻的法学研究者在这个过程中，已经通过接种疫苗，或者自然演化，具备了对苏力的某种抗体与抵抗力。然而，由苏力所开创的此种法学研究的路线与立场，却在不同的学者那里不断升级与转化，以各种改头换面的时髦话语呈现出来，仍然影响着许多人。当然，更加重要的是，此种路线与立场，虽然具有毒性，却包含着某些重要的洞见与真理。因此，需要对他们进行认真严肃的理论处理，从而化解其毒性，提炼其中的深刻性与真理的成分。

如果本文对苏力式的“中国问题意识”的概括是正确的，那么我们就可以看到，在苏力式的中国问题意识中，基层司法的经验发挥了关键性的作用。也就是说，苏力式的中国问题意识是建立在中国基层，尤其是中国偏远地区农村基层的司法经验（苏力式的中国经验）的基础之上的。强世功的研究则指出，此种中国偏远地区农村基层的司法经验，与中国共产党根据地时期的马锡五式的审判经验，是一致的。[23]如此一来，苏力式的中国问题意识，又与

21 同上注。
22 强世功：《法治与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社 2003 年第 1 版；
23 强世功：《法治与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社 2003 年第 1 版；

中国共产党根据地时期一来的治理经验联系起来，从而获得了文化之外的另外一种正当性。由此可见，苏力的中国问题意识，与中国仍然有 10 亿多农民生活在乡村社会，中国仍然是一个以乡土文明为主要特征的国家与社会，是紧密联系在一起的。此种问题意识确实也存在着某种强大的正当性：如果中国法治建设以忽略 10 亿多农民为前提，将他们的利益感受排除在法治建设进程之外，这种法治建设还仍然是正当的吗？

正是在此种逻辑下，凌斌在晚近的一篇论文中，用晚晴的时局图来批判中国的法律教义学研究。它认为，中国的法律教义学研究，有的受德国影响，有的受美国影响，还有的则是苏联的影响，日本的影响，就像晚晴列强瓜分中国的势力范围后，那副著名的列强瓜分中国时局图。[24]

如果上文中概括的苏力式的中国问题意识是能够证立的，那么凌斌的此种批评也确实有几分道理——如果这些来源不同的法律教义学，罔顾中国居住在乡村的 10 亿多农民的生活与需求，又与当年列强罔顾中国人民利益与不顾的做法何异？

然而问题在于，基层司法是否足以概括中国法治转型的问题意识？中国的基层司法确实存在严重的问题，实际上，中国一直就不存在真正意义的基层司法。因此，中国的初审法院一直承担着基层司法与初审法院的双重功能。由此带来的基层司法的过度专业化问题，这是很有可能的。正如我在多个场合强调的，中国有必要学习美国的做法，区分基层的不存卷法院与作为正式司法系统底端的初审法院。[25]

然而，基层司法机制的匮乏与过度专业化，并不能掩盖中国司法存在的另外一个问题，就是正式司法机制严重的专业化不足。相对于后者而言，不存卷法院过度教义学化所面临的问题，乃是中国法治建设的一个局部问题，不应该将其扩大化为一个中国法治转型的全局问题。[26]基层司法的功能是个案纠纷的解决，相对来说，整个现代正式司法机制的功能则是为现代陌生人社会提供稳定的规则和预期。为了个案纠纷的合理解决，有时候需要动用各种不同的纠纷解决手段，例如调解、裁判、仲裁等。相对而言，司法裁判不过是众多纠纷解决的方式之一。因此，基层司法一般都是结果取向的，纠纷双方只要能够和平地接受司法的结果，从冲突状态回归到和平状态，便可算是成功。因此，相对于调解等各种替代性纠纷解决机制，

24
25
26

专业化的司法裁判往往并非是最佳的纠纷解决手段。就此而言，参与基层纠纷化解的各种基层司法，相对于正式的司法机制而言，需要放松各种严格的程序性设置，弱化法律教义学的专业性要求，都是可以理解的。就此而言，基层司法可以被看做是一种准司法活动，与正式的司法机制相比，是一种能够打点折扣的司法。

然而，一旦案件越过基层司法，进入国家正式的初审法院，甚至逐级上诉到上诉法院和最高法院，则司法裁判的性质与功能就发生了实质性的变化。此时，最重要的已经不是具体个案纠纷中的双方是否满意于司法判决，二者的纠纷是否能够良好的解决，已经不是司法裁判最关心的。因为这个问题，不但取决于二者之间客观的法律关系，同时也于案件当事人的性格、心情，心理承受能力，双方当事人的私人关系以及过去的恩怨纠葛等联系在一起。这些或许都是基层纠纷解决过程中，调解人所需要考虑的关键要素。但在国家正式的法庭中，案件的当事人只能被预设为一种标准意义的理性的人，一个已经被标准化和一般化的人。

对于处于上诉机制中的案件来说，最重要的问题是通过案件的审理，是否能够确立一个先例与规则。此种先例与规则可能并不完整，也需要后续的“判例”来补充它，但作为先例，它足以向社会发出足够确定的信息，从而调整和管理社会中相关人的预期。在现代陌生人社会，多数人的预期是依靠司法裁判机制所创造的先例中蕴含的规则所管理和调整的。这就是现代司法裁判的核心功能，也是司法为何必须独立，司法裁判必须足够客观和稳定的原因。如果司法裁判的此种独立性与客观性被破坏了，那么全社会的统一预期就丧失了，由此会带来现代陌生人治理的双重欧联性困境。在这个双重欧联性困境中，常规的做法不再可靠，因为常规经常被例外化，从而形成“常规的例外化与例外的常规化”的局面。我们遗憾地看到，当代中国社会的治理，正在逐渐沦落到此种“常规的例外化与例外的常规化”的困局之中。例如，2008 年轰动全国的三聚氰胺事件，2012 年以来蔓延全国的雾霾事件，以各种形式爆发的假冒伪劣商品的事件，中国的司法裁判普遍不被民意信任的现象等。[27]我们看到，这些现象的受害者的多数，恰恰就是生活在农村的人口。

我们看到，陈景辉对苏力语境论的批判，因此确实是成立的。因为苏力的问题意识着眼于乡土基层社会的纠纷解决，而纠纷解决是高度依赖于个人化与情境化的语境的。因此，实际上不但不存在着一个全中国都能够统一和接受的纠纷解决模式和知识，也不存在着全中国统一的乡村社会的纠纷解决模式。不但乡村社会存在着个性化的纠纷解决模式，城市的社区

27

中，也存在着高度个性化的纠纷解决模式。此种碎片化的现象基础，并不足以形成一个“中国问题意识”，更难以支撑起“中国法学”。

与此相反，真正构成中国法治转型问题意识的背景的，则是如下现象基础：中国 960 万平方公里和 13 亿多的人口，使得中国成为一个超大规模的国家。现代性的通讯工具和交通技术，以及中国正在快速进行的经济市场化改革与城市化进程，使得中国的人口高速流动，并且日益成为一个由陌生人所组成的，多元而抽象的现代社会。[28]由此带来了现代大规模人群的陌生人社会治理的问题。现代大规模人群的陌生人社会治理的问题，最核心的疑难问题就是陌生人人际交往的双重偶联性问题。

所谓的双重偶联性，研究的是社会如何可能的问题。它将社会简化成两个抽象主体之间的互动问题。很显然，任何主体之间要形成交往，就会对对方的行动形成某种预期。然而，由于对方是自主的个体，因此对方的行动既可能符合自己的预期，也可能不符合自己原先的预期。反之，亦然。

如果对方行为不符合自己的预期，这种情形就叫做失望。面临失望，有两种选择，一种选择是调整和改变自己的行为和预期，这就是对失望采取认知的立场。另一种选择是选择坚持原先的行为和预期，这就是对失望情形采取规范的立场。

如果每当对方的行动不符合自己预期的时候，当事人都做出改变，就会带来一个严重的后果，就是使得自己的行动，也变得很难被其他人事先预期了。一旦自己的行为变得更难以预期，则对方也就会更频繁地调整自己的行动。如此一来，人际之间就很难形成稳定的互动和交往。著名的囚徒困境，讲得就是这个道理。

大规模的陌生人群的治理问题中，此种双重偶联性问题在现代科技的推波助澜下，变得更为深刻与彻底。与二十年前苏力提出的那种“对面相见不相识”的陌生人概念不同，在现代高科技的背景下，陌生人的概念已经越来越被虚拟化与符号化，因此人与物之间的界限甚至也被打破了。人与人之间的关系，更多地被表现为人与物的关系，甚至是人与某种“物”

28 关于陌生人社会，也是中国法学研究者耳熟能详的一个概念。曾经有一位学者因此质疑笔者的观点——陌生人社会是一个二十多年前就已经出现的概念，早已被充分讨论与消化，此时旧话重提，是否早已过时？笔者同意，陌生人社会的概念是比较早出现在法学圈的一个重要社会学概念，苏力对这个概念的引介工作，功不可没。然而，说这个概念早已经被充分讨论与消化，则其实言过其实。很可能恰恰由于这个概念出现得过早，导致该概念的内涵在仍没有充分展开时，人们就对它形成了某种固定而刻板的偏见，从而阻碍了这个概念真实内涵的清晰展开，从而阻碍了人们对这个概念的真正理解与把握。

或“商品”的制造、检验、销售、传输所构成的生产链条之间的关系。我们当然说，在这种背后仍然是某种人与人之间的关系。但这样说毫无意义，因为此种关系中的人，并非是某种具体生动的个人，在这种关系中，起作用的也并非是某个具体的个人，而是由这些个人所构成的某种结构。在此种结构化的、抽象化的双重偶联性困境中，通过传统的政治化治理模式，也就是通过对某个关键个人的惩罚与替换，就很难化解由某种结构化的和动态的驱动设置所造成的问题。例如，大面积的雾霾污染的问题，就无法仅仅通过撤换某个的政府官员，或者某个污染企业的老总的方式而获得解决。又例如，结构性的贪腐，就无法通过对贪腐者的刑事责任的追究而获得解决。相反，我们看到在结构性贪腐的情形中，贪官们前赴后继，“视死如归”的奇异景象。

因此，在现代大规模陌生人群治理中所出现的结构化的“双重偶联性”困境，就必须通过某种结构化的方式来得到解决。双重偶联性困境，有多重的维度，在不同的维度有不同的解决之道。其中，涉及到时间维度的期待稳定性问题，就必须通过法治的方式而得到解决。换句话说，在此种大规模陌生人群的治理中，法治扮演了相当重要的角色。

很显然，在现代大型陌生人社会中出现的“双重偶联性”问题，法与社会科学研究通过“微型系统”的定性和定量研究所揭示出来的那种个性化的变量，很难提供什么有益的贡献。相反，有意地漠视甚至屏蔽这些个性化的变量，采取某种抽象化与一般化的“权利”话语，反而是对解决双重偶联性问题是很有帮助的。因此，以中国问题为核心的研究，启示我们，法学研究的中国问题，其实就要尽快地建立起一种具有高度稳定性与客观性的现代法治体系，从而在时间面向中解决中国正在快速形成的大规模的陌生人群的治理困境。

二、法律本土化与法的开放性问题

上一节关于中国问题意识的辩论，为我们这一节“本土化”概念的进一步澄清扫清了障碍。法与社会科学研究的中国问题意识，由于其方法论的根本局限性，只能进行局部性的“微观系统”层面的观察和研究，导致其只能在基层纠纷解决的层次理解现代法治的功能，而无法观察和测定作为“复杂巨系统”的现代法治的功能问题，也无法理解法律的规范属性和相对自主性。陈景辉所代表的“规范分析法学”正确地指出了这一点。然而，规范分析法学进一步要求将“社会”的因素从中国法治转型的研究中剔除出去，希望进行一种“纯粹”的法的“内在观点”层面的法学研究，却导致了对中国法治转型的“中国问题意识”的消抹，同

样是存在问题的。

由此推导出来的逻辑结论，就是对法律本土化的彻底否定。这一点在陈景辉对作为法治转型阶段性问题的中国概念的批判和否定中体现得非常明显。当然，即便如此，陈景辉的批评仍然是有力的。因为，陈文正确地指出，指明中国处于法治转型的特殊阶段，仍然无法证成法学研究的“本土化命题”——因为这种特殊性，仍然内在与西方的法治概念的内部，而难以体现出中国的特殊性。而法学研究与法治建设的本土化，恰恰就要体现出中国的特殊性。因此，要彻底回应陈景辉对本土化命题的批判，就必须进一步指出，本土化的特殊性究竟是什么，如何体现出来。

毫无疑问，本文所提倡的法学研究的本土化，绝对不是法与社会科学研究所谓的本土化，即否定现代法治基本原理的本土化。但下文的论证将指出，在此种本土化逻辑之外，还存在着另外一种本土化的逻辑，是陈景辉的批评所不能否定的。这种本土化基于特定时空背景下中国法治的具体实践，在此实践的基础上，提炼出来的中国法治建设的特殊经验、概念与体系。

通过上面的分析，我们已经可以区分两种法学研究的本土化路径：一种法学研究的本土化路径，就是法与社会科学研究的本土化路径，是一种驱逐与抛弃现代法治的本土化，其预设了现代法治的建构与法学研究的本土化是不兼容的，是互相排斥的。因此，本土化命题本身就预先排除了现代法治建构的可能性，并在这个基础上展开。另外一种法学研究的本土化，则坚持现代法治的基本立场，认为中国法学研究的本土化，与现代法治是兼容的。

这两种关于中国法学研究本土化的理解，据称都是基于中国问题意识的考察与分析而形成的。然而，两种本土化的思路，对中国问题的理解和描述本身，就形成了极大的差异。对此，上文已做了详细的描述与分析，在此不再赘述。

为了让大家更加清晰地理解两种本土化思路的差异，我们不妨举一个现实的例子来说明这一点。在中国互联网风起云涌的初期，大量的海外跨国公司也来到中国淘金，最著名的有google 公司，亚马逊、Tom.com、Ebay 网。中国互联网最近十几年大浪淘沙式地发展已表明，这些照搬照抄本公司在西方世界经营理念与工作方式的跨国大公司，最后几乎都无一例外地在中国市场遭遇到了滑铁卢。几乎所有人，包括这些跨国公司自身，都认为其在中国市场的失败，在于它没有做好本土化的工作。

然而，分析到这一步还远不够。马上在此基础上会出现两种截然不同的分析立场。一种立场因此得出结论说，中国的互联网不应该发展 B2C 式的网上商务模式，也不应该发展网络即时通讯技术，互联网搜索也不适合中国人民的生活方式。你到中国的乡村看看，中国人自古勤劳，环保，他们更喜欢乡村田野牧歌式的生活。对互联网有需求的只是少数知识分子和大城市的白领阶层。因此，一种中国式的生活方式将拒绝互联网。

第二种结论则是说，网络即时通讯、B2C 式的网络购物，将是未来中国通讯市和销售市场的革命性变革，并将逐渐成为某种主流的通讯模式与商务模式。这些跨国公司在中国市场的失败，并非是此种需要补存在的证明，或者是对此种基本架构的根本否定。他们的失败是因为他们没有做好本土化的工作，但本土化仍然以网即时通讯技术和 B2C 商业模式为前提。

我们看到，坚持第二种信念的人，虽然也有许多人失败了，但还是有许多人取得了巨大的成功。例如，模仿 Google 的百度取得了成功，模仿 ICQ 的腾讯取得了成功，模仿 Ebay 的淘宝和支付宝取得了成功，模仿亚马逊的当当网与京东商城也取得了成功，模仿推特的新浪微博与模仿 Facebook 的人人网也取得了很大的成功。而这些成功不但深刻改变了中国，又刺激了中国互联网的进一步创新与发展。

这些取源于中国互联网的例子举不胜举，直观而有说服力。那么，何以中国法治建设的本土化，就必须要以取消法治的基本原则与架构为基础，才可能实现本土化呢？

当然，这种类推式的论证方式，对于探讨和分析中国法学研究的本土化问题，仍然是远远不够的。因此，我们仍然必须深入到中国法学研究本土化的这个特定问题结构中，从内部来剖析它，把他切开来，摊开，将其内部结构展示出来给大家看，才能够真正把这个问题说清楚。下面我们就来开展这个工作。

我们看到，将法学研究的本土化与现代法治体系的建构区分与切割开来，此种思路与立场并不仅仅是对“中国问题意识”理解的偏差所导致的。隐藏在此种思路与立场的，还有一种重要的偏见，那就是对现代西方法治体系运作机制的误解与无知。此种误解与无知认为，现代西方法治体系的运作模式，是一种罔顾社会现实变迁，机械适用法条的“自动售货机”。因此，法与社会科学研究通过法律与社会关系的视角，突出了现代西方法治与当下中国社会二者之间的矛盾性。如果类比到本文举出的互联网的例子，此种思路其实暗含着一个基本判

断，那就是**现代西方法治体系内在的蕴含了某种本土化的“不可能性”**。这一点在苏力《送法下乡》中概括两种法治类型的描述中也隐约可见。

这个问题并非无足轻重。虽然我们在“中国问题意识”那部分的分析过程中，强调现代司法裁判核心功能的发挥，并不以某个具体个案裁判的妥适性为前提。但如果现代司法裁判机制从根本上与个案裁判的妥适性是矛盾的，因此在大量的个案裁判过程中，个案事实的独特性问题都无法被观察与测定，那么现代司法裁判机制一定还是存在严重问题的，其通过先例创设规则的功能，也就难以实现。

也就是说，法与社会科学研究预设了现代法治体系本质上是无法适应现代社会变迁的。现代法治相对于现代社会变迁的此种滞后性是根本性的，乃是由于现代法治的基本原理决定的，因此是无法在坚持现代法治核心原理的前提下，通过现代法治体系的内部调整而实现这一点。因此，现代法治的社会适应性与现代法治的存在本身，构成了一种非此即彼的二元矛盾性。如果我们要选择其中的一个，就必须放弃另外一个。

这也就是苏力所描述的法律知识传送机制隐含的关键含义。如果现代司法机制所使用的法律教义学规则、概念、术语和内容，都不是基于中国法律实践所产生的，而仅仅对西方规则、概念、术语和内容的移植与输送，那么中国法律机制，包括中国的法学研究就很难称得上是本土化的。尤其是，法律教义学在阻隔中国法治的本土化过程中扮演了特别坏的角色，而原因是法律教义学研究本身就不能做到本土化。

通过对“中国问题意识”的辨析，我们虽然已经清晰地指出，至少苏力们以基层司法经验为基础所提炼的“法与社会科学研究”是很难称得上具有中国问题意识的研究的，因此苏力所设想的“法学知识逆向传播机制”就是不可能的。但这并无法回应苏力关于法学知识传播机制的描述与批评。恰恰也是在这一点上，陈景辉提出普遍性与特殊性之辩证法进路，也回应不了中国法治与法学研究的本土化问题。

要回应法与社会科学研究以“本土化”为由对现代司法裁判机制的这种指责，我们就必须深入到现代司法裁判机制的内部，重新描述和理解现代西方法治的内部运作结构与体系。

那么，如此坚硬的，非此即彼的二元矛盾是否存在呢？我们看到，在法与社会科学研究所构建的此种二元性矛盾，其矛头指向，其实是现代法治的自主性问题。用卢曼的社会系统

的语言来说，此种现代法治的自主性，就是现代法治的运作封闭性。法的社会科学研究反对现代法治的此种运作封闭性，他们认为，恰恰是现代西方法治的此种坚硬的运作性封闭，导致了法律系统与社会现实之间的脱节，从而根本性地决定了现代西方法治与现代中国社会需要的背离。在本文的第一部分，我们已经清晰地指出，中国社会的现实，恰恰需要这样一个略带滞后性的现代法治体系。但这还不够，我们还必须指明，这样一个现代法治体系尽管略带滞后性，但并非是对社会完全封闭，罔顾社会发展变迁的任何需要。恰恰相反，通过现代法治体系的内部运作，它能够实现对社会变迁的足够快速的回应与调整。

这是通过现代法治体系的认知开放性实现的。所谓的认知开放性，乃是以现代法治体系运作封闭性为前提所形成的一种运作特性。此种封闭性之所以是必要，是前提，是因为在现代大型的陌生人社会，双重偶联性的问题释放出了大量的可能性，由此导致了可能性的严重过剩。作为一种结构化的复杂的巨系统，现代法治系统必须排除多数的剩余可能性，否则现代法治系统的结构就不可能建立，也就难以实现自身的功能。[29]

卢曼的研究表明，现代法治系统通过两种途径，建立在运作封闭性基础上的认知开放性。一种途径是通过现代法律的实证化来实现。简单地说，就是通过“立法权”的创制，以及“立法权”与“司法权”的区分来实现这一点。在古典时代，虽然也存在立法行为，但立法活动被看做是对已然存在之自然法的确认与具体化，因此法律本质上是客观理性的体现，是不可更改的。立法权的创制改变了这一点。由于立法权的出现，现代法律被看做是决断的产物，因此是可以被改变的。通过法律渊源理论和立法程序的设计，立法权进一步地被法律科学所接纳与包容之中，从而使得立法权所体现出来的开放性与现代法律系统的封闭性进一步统一起来。立法权的民主化则使得法律创制活动的敏感度与适应性进一步增强。这就使得社会的发展与变迁，能够通过民主的立法过程反映到法律系统内部，从而引起现代法律体系内部结构性的调整，使得法律能够快速适应社会生活的变迁。

尽管如此，现代法理学仍然指出了，通过民主立法机制使得现代法律系统适应社会发展的做法，仍然存在缺陷。这就是立法的滞后性问题。由于社会问题的发生，形成规模化效应，然后通过民主政治的过程反映到立法过程，需要消耗较长的时间，同时由于民主过程自身的结构性扭曲所导致的信息失真，使得在某些阶段，实证法仍然与社会发展的变迁存在着较大

29 卢曼的法社会学研究已经充分证明，现代法治系统承担的功能是“保障行为预期的稳定性”，从而化约过剩的复杂性。现代法治系统要做到这一点，就必须建立起内部的复杂性。而此种内部复杂性的建立，就必须建立起与其他社会系统的边界为前提。

的偏离。[30]

许多法理学家因此主张放松“法官必须受实证法的约束”这一现代法律的核心原理，提倡赋予法官更多的自由裁量权，以及在法律解释过程中“结果取向之考量”的权力。此种思想经过几代法学家的提倡与实践，逐渐征服了多数法律人的心灵，形成了一股很强大的法理学思潮，也逐渐松动了现代法治系统的运作封闭性。由此有引起了一批坚持法治基本立场的法学家的反向批判。

20 世纪下半期的法理学论辩，基本上就集中在了“自由裁量权”问题的论辩之中，形成了许多重要的理论成果，但问题本身的解决却鲜有进展。卢曼的社会系统理论，尤其是其裁判理论，对这个问题的解决，提出了全新的理论视野，提供了这个疑难杂症解决的可能性与希望。

具体来说，法的社会系统理论是通过对裁判逻辑的重新塑造来解决这个问题的。此种理论进路并不否认，在裁判过程中，存在着形式化的“涵摄”推理力所不逮的“决断空间”。然而此种决断空间，并非完全是恣意的。既有的实证化的法律条文、法律理由仍然对此种决断空间提供了重要的限制。更重要的是，决断本身仍然存在“先例”的“链状结构”之中，因此，当下的“决断”既受先前“决断”的制约，同时又被整个“链状结构”所吸收，能够被链状的裁判结构所吸收，从而被“转化”为新的“先例”，从而导致整个现代法律体系内部结构的重新调整。如此一来，通过对旧法律无法覆盖的新案件的裁判，现代裁判机制能够不断地在微观层面观察和分析社会的发展，有条件地通过此种观察和吸收，进行内部调整，适应社会生活的变迁。

法的社会系统理论所揭示出来的现代法律系统的两种认知开放性途径，使得现代法律系统变成了一种不断随着社会变迁不断进行自我调整的演化系统。对现代法律系统的此种“演化性质”的发现与强调，是我们承认与肯定法治建设与法学研究中国本土化的理论基础。

现代法律系统的此种演化性质表明，任何法律系统的运作与演化，都是在具体的时空环境下进行的，因此确实不是普适的。对任何法律系统的分析，都不能脱离具体的时空语境，尤其是不能脱离任何具体时空语境下的实质性的法律实践过程。因此，任何一种纯形式化的，

30 关于民主立法过程的结构性扭曲导致的信息失真问题，参见程春明、泮伟江：“现代社会中的司法”……

仅仅停留在方法论层面的法理学分析，都不足以分析当代中国丰富的法律实践经验。因此，法治建设的中国本土化不但可能，而且必要。法治建设的本土化必然导致法学研究的本土化。

三、法律教义学与法学研究的本土化

当然，指出中国法治建设与法学研究本土化的可能性与必要性，仍然是远远不够的。否则，许多人必然会在具体操作的层面将本文所提倡的法学研究的本土化与法的社会科学研究的本土化混为一谈。然而实际上，当我们详细了解此种本土化的具体含义时，便可以发现两者的具体面貌，实在是大相径庭。

有一点可以清晰地将二者区分开来，就是本文提倡的法学研究的本土化，承认和强调法律教义学研究在法治建设本土化中扮演了极为重要的角色，从而使得坚持法律教义学的基本立场，构成了中国法学研究本土化的基本前提。与此相反，法与社会科学研究的本土化，由于方法论的根本缺陷，过分重视司法裁判过程中结果导向的方法，从根本上否定和放弃法律教义学研究在法治建构与法学研究中的重要地位。

导致法律教义学研究与法律本土化之间尖锐二元对立的一个重要原因，就是传统上对待法律教义学研究的态度，主要是在“理论与实践”的二元结构中理解法律教义学理论的。理论与实践的二元区分，起源于自然科学研究的理论研究与应用研究的二元区分，然后通过自然科学向人文学科渗透的结果，即自然科学研究而被带入到人文与社会科学领域，变成了一般方法论准则。就制度层面而言，理论与实践的此种二元区分，通过法学院的法学教育实践，又被再次强化。在普通法律师会馆中学徒化的法律教育模式中，理论与实践的区分并不成立，但大学的法学院出现并打败律师会馆之后，法学教育进入大学，一般社会科学的方法论准则开始渗透到法学教育中，法学知识不断地被系统化、科学化和概念化。法学教育的内容，也与法律实践的过程区分开来，形成了各自相对独立的发展样式。恰恰是在这个阶段，关于法律理论与法律实践的断裂与鸿沟的问题凸显出来，并不断地被提出和讨论。

法的社会科学研究所提倡的法学研究和法学教育的本土化，必须被放到法学教育发展的此种制度化语境中才能够被理解。以此种现象为基础，他们提出理论要适应实践的需要，因此要根据实践的需要来改革法律教义学的研究。他们因此指出，应该根据对实践中规范和制约人们行动的“真实”规则的研究，来取代传统的法律教义学研究。为法律教义学研究辩护

的学者则援引凯尔森“效力与实效”的二分，指出实效问题并不能否认效力的存在。法律教义学对法律规范结构的研究，具有独立于实践的意义。他们因此指责法律教义学研究的批判者们僭越规范与事实的界限。

两种思路都强调，法学研究必须要有一个科学化的研究对象和研究课题，然后根据研究对象的特性发展处各自的研究方法——只是前者将此研究对象设定为“行为”，后者则将研究对象设定为“规范”。如果研究对象是行为的话，则探究行为背后的规律性，就成了研究的主要内容与目标，反过来说，如果研究对象是“规范”，则规范的根据，就成了知识探寻的主要目标。如此一来，前一种研究必然是社会科学实证研究的路径，后一种研究则是规范分析的进路。按照科学系统运作的规律，当对研究对象的分析与理解达到一定程度时，就可以形成关于研究对象的结论。此种理论与实践的关系，在自然科学的实验与自然科学应用等方面，当然是没有问题的。当关于研究对象的某种体系化理论形成后，就必须在自然科学实验室里经受严格的检验，以被证实或证伪。此时，由此，理论与实践的一致性得到了担保。

社会科学就相对困难得多。社会学、经济学、心理学等典型的社会科学理论，部分可以通过实验室的实验进行证成或证伪，部分则是通过社会调查来实现这一点。规范性的科学则通过规范与事实的分立，否定和取消实践问题来捍卫自己。但即便如此，规范仍然有实践需求，此时规范与实践的关系就不是通过实践来证成或证伪实践，而是通过规范要求实践。

就此而言，两种思路都受到了大学中一般社会科学的方法论规则的束缚，甚至以此为前提开展思考，从而忽略了法学研究的另外一个更重要的制度性背景，即现代法学研究既内在于大学的科学系统内，同时也内在于整个现代法律机制运作的结构中。用卢曼的社会系统理论的语言来说，法学院是法律系统与科学系统的结构耦合。因此，法学院的法学研究院与教育，在科学系统来看，是科学研究和教学，在法律系统看来，则是法律系统运作的一个必要步骤。

因此，要了解法律教义学的双重特性，就不能仅仅从科学系统的角度看问题，或者将法律教义学与整个现代法律体系运作的整体隔离出来，单独进行分析。一旦我们将法律教义学纳入到现代法律系统的运作网络中，就可以发现，单单通过法律教义学研究对象的确定与调整，并无法回应中国法律的本土化问题。

如果把法律教义学放到整个现代法律系统运作的大背景下进行理解，那么“理论与实践”

的这种二元框架就是不合适的。这是因为，在整个现代法律系统的运作中，法律教义学并不直接与实践发生关系，而是通过司法裁判这个中介与法律实践发生联系。因此，中国法律本土化的关键是司法裁判的实践，而非法律教义学。因此，法律教义学与中国法律实践的关系问题，必须通过法律教义学与司法实践关系这个中介问题，才能够被讨论。这才是讨论法律教义学与中国法律本土化的真正的语境。

一旦我们进入到这个语境之中，我们就必须明白，对中国法治转型而言，建构法律的自主性，形成法律系统的运作性封闭，从而解决中国社会面临的大规模人群治理问题，是核心和重中之重的问题。任何有关中国法律的问题，包括本土化问题，都必须在这个语境和前提下，才能够展开。

那么，法律教义学在现代法律体系中何以如此重要？原因仍然在于现代法治运作封闭性与认知开放性的辩证关系。我们不妨以现代法律的认知开放性的第一种途径，也就是立法过程为例说明这一点。

众所周知，立法过程首先是一种政治过程。从理论上讲，通过政治过程中民意代表的选举，立法过程中各种利益的博弈与辩论的过程，各种重要的社会利益都能够通过立法过程反映到法律制定的过程中来。然而，单单此种政治过程仍然不能产生法律。通过立法过程中民意的汇聚形成的“公意”，仍然不是法律。要形成法律，它就必须经过立法程序的转化，通过法律的概念和语言表达出来，并且通过法律专家的预先“违宪审查”，与既有法律体系的协调与一致化，然后通过表决和公布的程序，才能够被转变成法律。此种“公意”的法律化转化的过程，就是法律教义学发挥作用的过程。

“公意”之所以必须要经过法律教义学的此种法律化的转化过程，乃是因为“意志”本身仍然还不是法律，因为“意志”仅仅是一种宣示性的存在，而无法在司法实践中被具体适用的纯粹宣示性存在不能成为法律。纯粹的宣示性存在可以是一种“权力”，但无法成为一种“法律”。法律作为一种规范，其内在就蕴含了规范的适用。而权力则可以通过宣示而压制另外一种意志。

法律规范必须被适用，这乃是法律系统成立的前提条件。由此导致了法官不得拒绝裁判的原因。即只要规范的条件被满足，规范就必须被适用。而一旦案件到达法官那里，法官就必须判定条件是否已经被满足。法律系统的内部因此产生了再分化，即立法与司法的分化，

立法作为法律系统的边缘而存在，司法则作为法律系统的核心而存在。

也就是说，法律规范必须被适用，产生了法律系统内部的功能迫令，而此种功能迫令则是导致法律系统生生不息地进行运作的根本原因。从一般系统理论来说，系统内部的运作必须不间断的运作，否则系统就会因为运作的停滞而崩溃，从而系统与环境之间的界限也就消失了。相反，对于系统与环境之间的关系来说，系统又必须保持自己的自主性，并不因环境的任何风吹草动而随风起舞。因此，在系统的核心区域，存在着必须运作的功能迫令，而在系统的边缘区域，则不存在着这样的功能迫令。对于法律系统来说，法官不得拒绝裁判，就是法律系统核心区域存在的这种系统的功能迫令。而对于法律边缘区域来说，则不存在着这样一种功能迫令：某一部法律草案被提交立法机构审议后，立法机构审议通过该法案，也可以以各种理由搁置法案的通过；正在谈判过程中的合同可以被订立，也可以无限期地被搁置而不被订立。但是案件一旦符合要求被法院所受理，司法裁判的程序一旦被启动，司法判决就必须被做出，哪怕之前并没有适用于个案中法律事实的相关法律规范也是如此。[31]当然，有时候立法也会面临着某种压力，迫使某个法案必须被通过，合同的签订也会面临着合同必须被签订的压力。但是，这些压力都是外来的压力，而不是法律系统赖之以存在的内部循环性地和自我指涉性的运作所带来的功能迫令。因此，立法与合同可以因为政治和经济的理由被驱使发生改变，但是法律系统在面临这些系统外的压力时，却能够自由决定，这些压力究竟是与法律相关的还是不相关的，从而自由决定要对这些压力有所反应还是拒绝做任何调整。[32]法官只需要，并且也只允许根据法律的理由对其所处理的个案进行裁决。

此种法律系统内部的功能迫令，在一般法理学的理论中，是通过规范的封闭性表达出来的。“就规范的性质只能从规范获得（不论人们对推论过程的逻辑品质及论证的逻辑品质有怎样的评价）这一点来说，它是封闭的；就认知的观点在上述过程中扮演了一个角色来说，它是开放的。”。[33]法律系统在纲要层次上所体现的封闭性，其实也就是法律的效力问题：一个新的法律规则的效力，往往被看作是更高一级的法律规则所赋予的。姑且不论这样一种渊源论意义的法律效力等级观是否正确，至少它正确地指出了法律规范之间的在法律效力问题

31 同上注书，320 页。当然，法官不得拒绝裁判这一规则也必须被设置许多补充性的条件。例如，美国普通法的政治性案件并应成为司法裁判的对象、举证责任的规则、各种关于司法程序的时间方面的限制程序性原则等。这意味着并不是任何纠纷和冲突都能够进入到司法程序之中的。但是一旦案件被受理，纠纷进入到司法裁判程序之中，则法官必须做出司法裁判。也见上书。

32 同上注书，324 页。

33 鲁曼（卢曼）：《生态沟通：现代社会能应付生态危害吗？》，汤志杰、鲁贵显译，台湾桂冠图书股份有限公司，2001 年，第 104 页。

上的这种传递的性质。因此，法律的规范性效力这个问题，表明了法律系统的封闭性，不仅仅是一种运作的封闭性，同时也是一种规范的封闭性（Luhmann，1993）[76-94]。法律系统的规范封闭性表明了规范和事实之间的区分，在法律系统中占据了一个特殊的地位。因此，法律系统的开放，仅仅是对新事实的开放，但是在规范上仍然是封闭的。通过立法途径所引入到法律系统内部的，也仅仅是某些新类型的事实，但这些新类型的事实所引起的法律效果，仍然必须从封闭的规范性中引申出来。

这尤其体现在法律系统纲要乃是一种条件式纲要这一点上（Luhmann，1993）[195-203]。[34] 所谓的条件式纲要，往往采取“如果……那么……”这样一种逻辑的形式。当所发生案件的事实与法律规范所设定的条件符合时，法律规范所设定的法律效果就自动实现。哪怕法律规范在现实中并没有得到具体的遵守，或者法官在具体的裁判过程中做出的错误的判断，法律规范的规范性效力也并不因此而受到损害，因此法律系统的规范性封闭也自然没有因此而被打破。而法律系统的认知开放性，则是通过新的案件事实的出现，以及通过区分规则将这些新的案件事实同先前的条件式纲要中所设定的行为构成要件进行区分而逐渐实现的。

如此看来，社会变迁要反映到法律系统内部，关键问题就是社会变迁是否能够被转化成“法律系统可以描述的事实”。或者更明确地说，由于社会变迁产生的新事实，能否被转化成法律系统内部条件式纲要的结构“如果……那么……”中“如果”后面的事实。这是新的社会事实能否被法律系统所消化与吸纳的关键环节。如果新的事实能够变成条件式刚要中如果后面规定的事实，那么法律系统就必须对这个事实做出恰当的规范性评价——要么合法，要么非法。

法律教义学研究的重要性，就体现在：法律系统只能通过法律教义学的语言，来描述与建构条件式纲要的“如果……那么……”中的“事实”。这是现代法律系统运作本身的性质决定的。否定了法律教义学研究，就必然连带地从根本上否定现代法律系统的运作逻辑。

中国法治建设与法学研究的本土化的可能性，恰恰也就存在于法律系统条件式纲要的此种“如果……那么……”的结构之中。当中国的法律系统通过认知开放性观察与吸纳中国社会的演变过程时，如果某些新的社会事实能够通过法律教义学这个中介，被转化成“如果……那么……”结构中的话，那么法律系统就可以对这个新事实进行合法与非法的二元评价。如

[34] Ibid,S195-203.

果这个新事实足够的新，是任何西方社会发展过程中都不曾出现过的，那么就会出现具有中国独特性的法律实践。

事实上，这种情况必然会出现。因为一旦中国现代法律体系正常运作，它在分派合法/非法的二值代码时，就必然是根据这架法治机器在具体时空中的运作过程。这个运作过程的每一步，都可能对法治实践的未来发生或大或小的影响。这架现代法治智能机器乃是一部“时间机器”，必然会产生自己的法律实践与解释学传统。因此，即便这架机器的初始语言，仍然是来自西方的，它也能够发展出与西方不同的法治实践传统与法律解释学传统。在这个中国自己的法律实践传统与法律解释学传统中，法律教义学的概念与规则，随着中国法律体系与中国全社会环境的互动，就能够逐渐发生变异，从而形成中国本土化的法律概念与规则。这是现代法律体系内在逻辑的自主展开，也是一个必然会发生的过程。

如果本文对法律教义学与现代法律体系运作的描述是正确的，那么，那些来自于西方的法律概念，虽然确实反映了西方法律传统的实践与经验，但这并不妨碍中国法律体系的本土化，也不妨碍中国法律教义学研究的本土化。因为重要的并非这些概念所指涉的内容本身，而是此种概念建构的技术与过程。反应西方法律实践与传统的这些法教义学概念，只是中国法律体系运作的初始值，只要这套法治机制正常运作起来，这些初始值就会不断地发生流变，那些真正能够适应中国社会的法律概念能够保留下来，那些无法适应的则会通过这套法律机制的运作不断地被修正，替换。经过一段时间的运作，此种来自西方的法律教义学的技术与形式将永久保留下来，不断发挥作用，但概念所指涉的内容，则有可能会被中国法治实践形成的内容全部替换掉。就此而言，我们可以套用一句西方政治学的谚语：法律教义学已死，法律教义学长存。

四、法学研究本土化的制度条件与可能性

行文至此，关于法律教义学与中国法学研究的本土化之间的内在关联，已经在理论上阐释得非常清楚。然而，对照中国法学研究的现实，许多人对这个问题仍然存有疑虑。因为一旦回到现实中，人们便会发现，正如中国当下经济乃是一种外向型的经济模式，当下中国法学研究也仍然是一种“外向型的研究”，每年的法学期刊，大量出现的仍然是对西方法治实践和西方法律教义学最新发展的追踪与评介。

这就涉及到对中国法律教义学研究现状的描述和评价。这个工作总体上超出了本文的体量与能力，在此只能略做分析。

首先，作为法治后发国家，尤其是在法治建设的初级阶段，当代中国的法学研究更多地集中于比较法的研究，这是可以理解的。如果说，经过三十多年的探索和积累，尤其是抓住经济全球化的机遇后，中国的经济建设，无论从总量和规模上，都已经初有小成，因此显示出某种中国崛起的征兆的话，那么相对而言，中国的法律建设，仍然处于开山拓林的初级阶段。目前，中国法治建设与法学研究的总体水平，仍然是很低的。这既表现在目前的许多法学理论的争论，仍然停留在要不要法治，究竟要纠纷解决型的法治还是现代法治的程度上，也体现在中国法治建设的一些核心内容，例如现代司法机制建设，仍然是缺位的。因此，目前中国法治仍然需要大量吸收西方法治的成功经验，大量引进西方法治建设的技术和手段。如此一来，比较法的方法就很重要。在这方面，中国的法学研究者必须保持一种高度开放的心态，不能以“中国问题意识”为挡箭牌，封闭自己的心灵与视野。

另外，一方面，正如上文所分析的，中国法学研究的本土化，必须以中国法律系统的某些核心内容与机制为前提，尤其是中国司法机制的建设，对中国法律教义学研究的本土化，至关重要。

在法律人群体中，关于法律教义学有一种基本的划分方式，就是立法论与解释论的区别。与现代法律系统的两种认知开放性途径相对应，立法论针对的是现代法律系统通过立法的的途径观察和适应现代社会的变迁，解释论针对的是现代法律系统通过司法的途径适应现代社会的变迁。我们看到，随着中国社会主义法律体系建设的逐渐完成，中国的法律教义学研究也逐渐从以立法论为主过渡到以解释论为主。此种变迁具有深刻的意涵。

就立法论而言，由于当代中国特殊的政治体系，全国人民代表大会的立法权，存在着某种根本的结构性缺陷。这表现在全国人民代表大会的立法权，仅仅是宪法承认的形式性的立法权。立法机构的代表，也仅仅是一种样本意义的代表，而非社会多元主体利益代言人意义的民意代表。整个中国的实质立法权主要掌握在执政党中国共产党的手中。而中国共产党的立法机制，则是一种群众路线式的立法机制，通过样本意义的人民代表，中国共产党将民意当做某种研究对象与客体，通过党的社会调研机制来采集与吸收民意。这导致中国立法机制的实质是一种精英主义的立法机制——全国人民代表大会和国务院的行政部门都被当做当

的某种国家工具发挥作用，都是党的民意采集机制的触角。因此，国务院的行政部门由于掌握了大量的社会管理权力，从事一线的社会管理时间，从而比全国人民代表大会掌握着更多的社会调研的资源与经验，因此在立法过程中起到了实质性的作用，尽管在形式上，所有的民意采集机制所收集的信息最后都会汇集到党的最高机构，并且通过党的最高机构再分配到全国人民代表大会，然后由全国人民代表大会通过立法程序转化成国家正式法律。

在这样一种立法过程中，从事法律教义学研究的学术精英，确实容易变成部门利益的代言人，或者成为党的立法调研与立法决策的实质承包者。从事法律教义学的法学精英的学术背景和趣味，因此也更容易地对立法过程产生影响，从而导致中国法律移植照搬照抄西方法律实践与经验的可能性与机会。

由于对立法权与立法过程的结构性改造与转化，涉及到对中国政府治理机制的根本性改造与转化，同时涉及到许多宪法层面的问题，因此这个问题的解决相当困难，需要政治宪法学研究的的加强与发力。就目前而言，在技术层面上加强中国法律的社会适应性，加强中国法治建设的本土化，主要的力量还是集中在司法裁判的层面。因为司法裁判居于法律系统的核心地位，禁止法官拒绝裁判的功能迫令，也能够使得法官每天都可以解除和提炼大量的案件，从而给了法官通过法律教义学的工具提炼新型案件事实，提供法律教义学本土化丰富素材。

中国司法裁判确实也到了突破基层司法经验的误导，摆脱纠纷解决之功能定位的拘束的时候了。我们看到，经过很长一段时间的曲折摸索，十八界三种全会公布的司法改革措施，表明决策者也认识到了司法改革问题的重要性，并且中国司法改革也正在朝向正确的方向和目标前进。

在此，笔者也不揣浅陋，提出一些个人的意见。首先，中国的正式司法机制，必须与基层的准司法机制进行区分，形成以正式司法机制为主，基层准司法机制为辅的两套司法机制并存的运作机制。基层的准司法机制以正式司法机制的运作为背景，适当地放宽准司法机制裁判的专业性和程序性要求，以纠纷调解为主要功能。通过对正式司法机制纠纷调解的功能负担的释放与解除，更加清晰化地定位国家正式司法机制制造先例，创设规则的功能。其次，区分正式司法机制中事实审与法律审，由初审法院主要承担事实审的功能，将上诉法院从事实审的功能中解放出来，更加集中于法律审的工作，从而通过释放上诉法院筛选与审理疑难

案件的功能，主要通过上诉机制来制定可靠的指导性案例与创设规则的功能。第三，排除政法委等行政权力对法官独立审判的干涉，加强对法官裁判过程中“说明理由”的要求，加强司法判决书的公开，改进判例汇编的技术与能力，从而使得法律教义学研究与司法裁判机制更紧密的汇合与互动。

从“一般条款”到“个案规范”[1]

——阿列克西原则理论的民法适用

彭诚信*

引言：问题的提出

在我国，适用相关法律原则的案例很多，其中的争议也很多。有关法律原则针对具体个案司法适用的几个核心难题是，何种情况下适用法律原则？如何识别具体适用的原则？原则应如何适用或者说具体化？适用原则的法律效果如何？看似人人通常皆知的问题，但要阐明其中的任何一个皆绝非易事。本文无意对这些问题在理论上逐一讨论，而仅探讨它们是如何贯穿于具体个案适用的。

第一类案例：可简单概括为“侵害‘祭奠权’纠纷案”。

第二类案例：可简单概括为“赠与（含遗赠）情妇财产案”。

第三类案例：可简单概括为“买卖凶宅案”。

第四类案例：可简单概括为“产权式商铺纠纷案”（含“权利冲突”案）。

本文便以原则在具体个案中的法律适用逻辑（即，何种情形下适用原则、如何选择具体适用的原则、原则如何适用或者具体化、适用原则的法律效果等）为序展开讨论。

一、原则的适用前提：规则的穷尽或排除

从上述案例的裁判中，可以看出适用原则的逻辑前提主要有两种情形，一是没有具体的规则可以直接适用（如第一类案例）；二是尽管有规则，但基于既有规则与原则有冲突而被原则排除（如第二至四类案例）。

（一）无既有规则可直接适用

（二）既有规则因与原则相冲突而被排除

1．规则与原则存在冲突可能。

2．规则与原则发生冲突的实践表现。

3．规则与原则发生冲突的本质。

*彭诚信：上海交通大学凯原法学院教授。

[1] 本文初稿已五万余字，为节约纸张，这里仅提供提纲。有对该问题感兴趣的同仁，可向我索要电子版。

4．解决规则与原则冲突的既有理论启示。

5．解决规则与原则冲突的实践策略。

（三）本文讨论的问题范围

1．针对一个具体个案，没有既定的规则，仅有原则 P 可供适用，而且也没有与 P 相冲突的其他原则存在，此时便只能使用终局性原则 P 来解决该案。

2．针对一个具体个案，尽管有相应的规则 R 以及赋予 R 正当性的实质原则 Ps，但存在与 R 相冲突的实质原则 P。

3．适用原则的一个具体情形。针对某具体个案，无既有规则，却有两个相冲突的原则（P1 与 P2）可供适用，这就需要法官在 P1 与 P2 之间经由权衡而决定适用何者，通常所说的权利冲突便属于此种情形。

二、终局性原则在具体个案中的识别

（一）我国司法实践终局性原则选择之乱象

1．针对性原则选择之乱象。

2．竞争性原则选择之乱象。

3．只有先把“终局性原则”P 确定下来，才能使之进一步具体化。

（二）终局性原则在我国选择混乱之成因

1．我国民法对基本原则有法律规定。

2．我国民法对基本原则的名称与类型还没有相对统一与相对固定。

（三）原则的存在样态：识别终局性原则的前提

1．原则概念在两大法系是不同的。英美法系由于适用的主要是判例，其原则并没有一个统一的名称，完全可由法官针对个案具体提炼具体原则，因为“普通法的实质是先判案，后确立原则”。

2．大陆法系由于适用的主要是成文法典，其中往往有“诚实信用”、“公序良俗”、“禁止权利滥用”等所谓民法基本原则的规定。

3．我国民法基本原则名称的假定。

（四）终局性原则适用个案中的识别因素

1．以案例性质作为考量因素。

2．以选择变量或者优先条件时的主体站位作为考量因素。

3．以原则的核心适用条件或前提作为考量因素。

4．以法律思维与适用逻辑为考量因素。

5．终局性原则选择的实例演示——以竞争性原则的确立为例。

三、终局性原则的具体适用：原则在具体案例中的规则化

（一）变量或者优先条件的找寻依据

1．英美法系有关原则的司法实践就非常注重现实生活对法律含义（包括原则与规则）的引领。

2．在大陆法系，尤其是德国学界所提炼出的“事物本质”概念，对原则的司法适用（尤其是变量或优先条件的寻找）亦能带来重要的启示。

（二）针对性原则在具体个案中的规则化

（三）竞争性原则在具体个案中的规则化

1．竞争性原则在具体个案中的规则化：以公序良俗原则的适用为例

2．竞争性原则在具体个案中的规则化：以诚实信用原则的适用为例

3．竞争性原则在具体个案中的规则化：以禁止权利滥用原则的适用为例

4．竞争性原则在具体个案中的规则化：以权利冲突案例为例

（四）个案规范的具体功能

1．直接作为裁判依据。

2．沟通终局性原则与作为裁判依据之既有规则的中介。

四、适用原则的法律效力——个案规范的多元效力表现

（一）适用法律原则的多元法律后果表现

（二）适用法律原则产生多元法律后果的原因

（三）法律原则理论的完善与提升

五、结语

原则的正确适用决定着规则的终极实现程度，原则本质上就是具体规则的补充。其补充具体权利、义务性质的不同，所产生的法律后果也就不同。原则理论其实就是权利（义务）理论，在终极意义上也是法的理论。原则是一个抽象概念，也是一个抽象规范，却不能被抽象适用。其适用需以规则化为前提，即具体化为实在的权利、义务。在此意义上，原则与规则才皆为真正的法律规范。原则是实在的法律规范，但需要实在的法律人来适用。唯此，原则才有可能从“世上最糟糕的东西”变成“世上最美好的事物”！

王某某组织卖淫案折射出的三大社会管理问题及对策建议

秦鹏[1]

2009年12月中央提出要深入推进“社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法”三项重点工作，其中，参与社会管理创新是对检察机关提出的新要求、新任务，对于检察机关来说是一项全新考验。有鉴于此，我院在办理王某某组织卖淫一案过程中，针对该案所折射出的三大社会管理问题进行了深入分析与思考。

一、基本案情

被告人王某某犯罪集团组织卖淫、协助组织卖淫、敲诈勒索、行贿一案，是迄今为止本市查获的最大的一起组织卖淫案件。该案中王某某、孙某某、王某某一家自2003年起，先后独立或与他人合股开办或承包了5家洗浴场所。被告人王某某、孙某某、王某某以上述洗浴场所的经营作为掩护，组织、领导、策划、指挥、控制大量卖淫人员从事卖淫活动，并为卖淫活动的顺利进行提供相关保障。经审查，我们还发现，2009年3月26日，王某某为逃避法律制裁，谋取不正当利益，给予北京市公安局崇文分局民警崔某某捷达牌小轿车一辆。

该案呈现出以下五个突出特点：一是犯罪持续时间长，王某某犯罪集团实施组织卖淫等犯罪活动的时间自2003年开始，长达六年之久；二是犯罪活动涉及范围广，涉案的5家洗浴场所分布在崇文、东城、朝阳等多个城区；三是涉案人员众多，全案涉案人员总计163人，其中批准逮捕的有56人，取保候审的有84人，劳动教养的有4人，收容教养的有19人；四是非法获利大，该犯罪集团大肆从事组织卖淫等违法犯罪活动，攫取了大量财富，仅在一年零四个月的时间里便获利三千余万元；五是社会影响恶劣，王某某等人经过严密组织，形成犯罪集团，组织多人多次卖淫，仅在一年零四个月的时间里组织卖淫三万余次，该犯罪集团的行为导致卖淫、嫖娼现象泛滥，严重破坏了国家对社会风尚的管理。该案除了具有上述鲜明特点之外，在办案过程中，我们还发现该案还反映出在社会管理方面存在着诸多问题。

二、该案折射出的社会管理问题

（一）外来人口管理中的问题

[1] 北京市人民检察院第二分院公诉一处助理检察员，法学硕士。

中央在深入推进三项重点工作的有关文件中，关于推进社会管理创新，首当其冲的就是要求加强对特殊人群的服务管理，而特殊人群中的重点之一就是流动人口（或者称之为外来人口），近年来，随着经济社会的快速发展和城市化程度的不断提高，外来人口大量涌入城市的现象以及随之而来的各种社会问题，已经相当突出。在该案中，除了被告人王某某、孙某某、王某某、乔徽4人为北京市本地人外，其他涉案的53人和所有被收容教养的30余名卖淫女都是外地来京人员，他们身上所表现出来的问题在一定程度上也反映出当前本市外来人口管理中存在的一些突出问题。

1．暂住登记制度未得到有效执行

《北京市外地来京人员户籍管理规定》第5条规定：本市对外地来京人员实行暂住登记和《暂住证》制度……对未取得《暂住证》的外地来京人员，任何单位和个人不得向其出租房屋或者提供经营场所。第4条规定：雇用、留宿外地来京人员的单位和个人，应当协助公安机关做好外地来京人员的户籍管理工作。第7条规定：暂住在企业的人员，由留住单位向暂住地公安派出所申报暂住登记、申领《暂住证》。由此可见，有关法规对于外地来京人员的户籍管理已经做出了十分详尽的规定。

反观该案，五家洗浴中心及其雇佣的外地来京人员均未办理申报手续，所有外地来京人员也都没有取得《暂住证》，在这种情况下，这五家洗浴中心依然雇佣这些人员，并为其提供了住宿，显然违反了上述。但六年来，地跨三个区的五家洗浴中心既没有受到公安机关的检查，也没有对违反规定的洗浴中心依据《北京市外地来京人员户籍管理规定》第18条的规定予以处罚。主管机关在如此长的时间里对分散在不同区域的如此多的违规单位都没有进行有效管理，这说明对来京暂住登记制度的执行不力绝非个别情况，而是一种带有普遍性的现象。

这种执行不力使得对外来务工人员的管理处于真空状态，不利于和谐社会的建设。一方面，外来务工人员的情况无法及时被相关机关掌握，一旦此类人员实施违法行为，查找该人则存在较大的困难。例如：在办理该案过程中，发现很多犯罪嫌疑人和重要证人因缺少相关的身份资料而无法查找归案，有的甚至连真实姓名都无法确定，给案件的办理增加了很大的难度。另一方面，外来务工人员的身份和行踪不被司法机关所掌握，社会对其约束力就较本地居民为差，这就使得处于社会底层、文化水平较低、工作流动性较大的外来务工人员缺少外在和内在的约束，不利于增加社会的稳定因素。

2．对外来务工人员的法律教育工作没有受到足够重视

该案中，有11人曾供述，明知自己工作的洗浴中心里有卖淫嫖娼的行为，但没想到自己收银、服务的行为也会构成犯罪，如果知道一定不会参加，而上述11人无一例外都是外地来京人员。

由此可见，部分外地来京人员是各地农村剩余劳动力的转移，其自身的文化水平有限，法律意识较为淡漠，对于什么行为是犯罪行为缺乏正确认识。而北京的相关机关也没有对外来务工人员的法律教育工作给予足够重视，只在《北京市外地来京人员户籍管理规定》第17条规定：雇用、留宿外地来京人员的单位和个人，必须对外地来京人员进行遵纪守法的宣传教育。但因为规定较为原则，缺乏对相关单位相应的检查和处罚制度，在实践中往往难以得到执行，这就使得外地来京人员难以接受系统的法制教育，法律意识较为淡薄。

（二）洗浴行业管理中的问题

1．缺少专门针对洗浴行业的规范性法律文件

依据《北京市旅馆业治安管理规定》第2条的规定，以洗浴形式提供住宿休息服务的场所纳入《北京市旅馆业治安管理规定》的调整范畴。据此，我市对洗浴行业进行管理的法律规范包括《北京市洗浴经营企业安全管理规范》和《北京市旅馆业治安管理规定》，但两个规范性法律文件更多的是从安全角度和特种行业特许经营的角度对洗浴行业进行管理，而都没有规定有针对性的管理措施。这就形成了当前没有一部针对洗浴行业特点的规范性法律文件，洗浴行业自身的特点在管理上没能引起有关部门足够的重视，对可能出现问题的隐患没能从制度上有效防范，这就难以从源头上预防卖淫嫖娼等违法行为的发生。

2．公安机关履行职责的情况不受监督

公安机关内保部门负责对洗浴场所是否有违法行为进行检查，但在本案中，在六年的时间里，仅有一个店的经理受过一次刑事处罚，一名卖淫女被现场查获。这两次都未能涉及真正组织卖淫的王某某一家，而且在卖淫女被查获后，正是因为王某某利用其与主管机关的特殊关系使得该洗浴中心未受到任何处罚，公安机关个别人员的这种放纵行为也未受到任何监督。更有甚者，涉案崇文分局治安支队民警崔某某及崇文区体育馆路派出所所长董某某更是以身试法，向组织卖淫犯罪分子通风报信，帮助犯罪分子逃避处罚，并收受贿赂。由此可见，正是由于公安机关对洗浴场所的监管少有外部监督，导致执法民警的执法随意度过大，执法不严、监管不力的现象较为普遍和突出，甚至一定程度上为腐败行为的发生提供了温床。

3．报警灯、手机信号屏蔽器等特种设备的管理不完善

在王某某一家开办的五家洗浴中心里，报警灯和手机信号屏蔽器已经成为逃避执法机

关检查的必备物品。但这种可能被违法犯罪分子所利用，而成为对抗执法工具的特种设备，竟可以随意购买，并被堂而皇之的广泛应用，在公安机关进行例行检查之时，对此也未提出任何异议。这凸现出当前对此类特种设备管理的重视程度不够，专项检查与日常检查脱节，无法达到应有的社会管理力度。

（三）出租车行业管理方面的问题

该案中反映出，犯罪集团的核心成员王某某为了扩展自家洗浴中心的卖淫业务，制定了给为其洗浴中心拉客的出租车司机高额提成的制度，并给出租车司机群发短信达四万条，鼓励其拉客，从而极大地扩大了其洗浴中心的客源，使得出租车司机拉来的客源占到了其洗浴中心全部客源的60%以上。从被告人供述、证人证言和洗浴中心群发电话记录可以看出，大量出租车司机为这五家洗浴中心拉过客人并接受了洗浴中心的提成，仅在破案抓获当天便有十余名出租车司机为洗浴中心拉客。这种出租车司机有偿为乘客推荐消费的行为，一方面加剧了市场上的不正当竞争，另一方面也为违法犯罪活动的实施留下了隐患，本案中出租车司机的行为就在客观上扩大了组织卖淫犯罪活动的社会危害性。

三、对策建议

（一）关于外来人口管理方面的建议

我们认为，对外来人口，要按照中央精神，坚持“公平对待、服务至上、合理引导、完善管理”的原则，逐步建立起统一的外来人口管理体系，积极探索“以证管人”的服务管理新模式，进一步提升外来人口服务管理工作水平，具体要做好以下两个方面的工作：

1．加强暂住登记制度的执行力度

针对我市来京务工人员较为普遍的情况，在当前的户籍管理制度下，应当成立包括公安、工商、街道办事处等机关在内的联合执法检查部门，严格执行外地来京人员暂住登记制度，这对于稳定社会秩序，增强社会监管，有着重要意义。应由公安、工商等治安和行政执法部门定期对辖区内的洗浴、娱乐、餐饮等可能雇佣较多外来人员的单位进行检查，要求其严格遵守《北京市外地来京人员户籍管理规定》，带领或督促外地来京人员办理暂住登记。对于不符合规定要求的单位，要严格予以处理，并督促其尽快改正，督促结果应及时通报，对于问题严重的单位及其负责人，应当给予罚款或责令停业整顿等相应处罚，从而提高重点单位执行暂住登记制度的自觉性。

2．加强针对外来务工人员的法律教育

一方面，应对《北京市外地来京人员户籍管理规定》中第17条的规定作进一步的细化，要求雇佣单位保留法律教育记录，以备检查，并对没有进行法律教育的单位予以处罚，从而督促相关单位积极承担起法律教育的义务。另一方面，承担法律宣传职责的司法局和司法所等相关部门应提高对外来务工人员法律教育工作的重视程度，应将该人群作为法律宣传的重点对象，通过有组织、有计划的法律教育，以及类似本案的警示教育，可以切实提高该人群的法律意识，减少社会不稳定因素。

（二）关于洗浴行业管理方面的建议

1．健全洗浴行业的监管制度

针对当前洗浴行业易产生卖淫嫖娼等违法行为的特殊情况，制订一部较为全面的、针对洗浴行业特点的规范性法律文件，从源头上减少违法犯罪发生的隐患，才能有效杜绝在洗浴行业中可能滋生的违法犯罪问题。在制定的规范性法律文件中应明确以下几个方面的内容：一是洗浴行业的全体从业人员实名登记，并定期体检，将其健康证明存档保留；二是洗浴内公共场所安装公安机关管理的图像采集装置；三是不论是否提供住宿服务，对进入洗浴消费人员一律实名登记；四是洗浴场所的控股股东须签订合法经营的承诺书，约定存在卖淫行为须承担法律责任。

2．加强对公安机关行政执法行为的监督

行政法领域有句法彦："权力导致腐败，绝对的权力绝对导致腐败。"如果公安机关对洗浴场所的监管能游离于法律监督之外，仅凭内部教育不可能改变执法随意性的现状，不可能根除腐败的隐患。只有将不受监督的权力变为受监督的行为，才可能使执法行为真正回归法制的轨道。一方面应加强对执法行为的实时监督，由检察机关职务犯罪预防部门随机参加公安机关的执法活动，督促其正确行使执法权。另一方面，应明确公安机关执法失职或徇私枉法的法律责任，当洗浴场所出现卖淫嫖娼行为时，检察机关渎检部门第一时间介入，对行使执法权的民警是否具有违法犯罪行为进行调查。

3．加强对特种设备的管理

随着社会的发展，应从立法上及时调整警用设备和特种设备的范围，及时将可能对执法办案产生影响的物品归入其中，并明确检查制度，将其贯穿于日常执法当中，使得执法力度能长期保有，避免执法行为只体现在专项检查活动时期。

（三）关于出租车行业管理方面的建议

应加强对出租车行业从业人员的教育，明确出租车司机有偿为乘客推荐消费为不正当的

行为，形成行业内统一的职业道德。同时加强对出租车行业的规范化管理，鼓励乘客和商家对出租车司机有偿为乘客推荐消费的行为进行举报，并对查证属实的司机给予罚款等处罚，从而规范出租车行业的管理。

相似外观设计专利的司法认定标准探讨

——最高人民法院(2012)行提字第14号判决评析

沈广明*

内容摘要：涉及外观设计专利的法律纠纷不断增多，司法实践中涌现出大量新问题，对相似外观设计专利的判断标准也存在争议。最高人民法院公报案例对同类案件的审判有指导意义。针对公报案例“张迪军案”的个案分析，厘清法官审判思路，有助于明晰成文法的概念用语在现实中的内涵，使个案结论辐射到未来同类案件中，实现“法规则”创设。该案的争议焦点包括外观设计专利性判断主体“一般消费者”以及功能性外观设计的判断标准的认定。“一般消费者”的知识水平和认知能力应以该外观设计专利产品的购买者和使用者为准。功能性设计特征的判断标准在于一般消费者看来，该设计特征是否仅仅由特定功能所决定。

关键词：“一般消费者”；功能性设计特征；外观设计专利；公报案例

在我国，知识产权的发展方兴未艾。随着对知识产权保护的力度加强以及国人的知识产权维权意识的提升，一方面外观设计专利的申请数量增多，到2011年底，我国有效专利共计274万件，其中有效外观设计专利92.2万件，同比增长16.3%。[①]另一方面，涉及外观设计专利的法律纠纷也在不断增长。根据北大法律信息网的数据显示，以涉及外观设计的专利行政案件为例，从2004年至2008年，该类案件数为68件；而从2009至2013年，该类案件数为206件，数量是上一个五年的三倍。[②]在外观设计专利的司法审判中也涌现了许多亟待解决的新问题。认识源于实践，针对司法实践中典型案例进行研究，分析内含的学术理论问题及法官审判逻辑，从个案中提炼抽象、具有法规范意义的基本准则，指导今后相似的案件审判。这样的进路，或者可以使得我们的研究不至于游谈无根，使得法学家能采取有别于社会科学家的进路来解释法律，来适应社会现实的多变需求，从而使得我们的法学植根于中国的沃土之上。[③]其中，对公报案例的研究有重要意义。《最高人民法院公报》为官方创办，最高院也曾发文强调若其发出的内部文件凡与公报不一致的，均已公报为准。“在案件相同或者近似的情况下，如果下级法院不遵循最高人民法院刊登在公报上的裁判，甚至有可能产

* 作者简介：华东政法大学2013级宪法学与行政法学硕士研究生。

① 参见薛飞：《我国外观设计水平持续提升》，载《中国知识产权报》2012年4月25日第1版。

② 此结论系笔者在北大法律信息网中搜索标题含“外观设计专利”的行政案例所得出，此统计方法虽不全面，但也能大致反映问题。

③ 宋华琳：《当场行政处罚中的证明标准及法律适用》，载《交大法学》2010年第1期。

生解释义务”，[①]它对全国的司法审判有指导作用，其折射出的制度性效应可能成为中国式判例的雏形。因此，本文拟通过案例分析法，以公报案例——“张迪军与国家知识产权局专利复审委员会、慈溪市鑫隆电子有限公司外观设计专利无效行政案”（以下称“张迪军案”）为研究起点，辅之以其他相关案例，厘清法官审判思路以及相似外观设计专利的司法认定有关“一般消费者”和功能性设计特征判断标准，明晰判决超越个案的规范作用，探究其规范性对今后司法裁判可能产生的影响力。

一、案件概要及争议焦点

张迪军不服专利复审委员会于2009年9月15日作出的专利无效宣告请求审查决定，于2009年12月21日向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼。张迪军诉称，其是名称为“逻辑编程开关（SR14）”外观设计专利（以下简称本专利）的专利权人，专利复审委员会宣告本专利权无效是错误的，本专利与在先设计既不相同，也不相近似。持有在先设计专利权的第三人鑫隆公司提交意见称，主要由技术功能决定的设计特征及对整体视觉效果不产生影响的材料、内部结构等特征，不应作为认定整体视觉效果是否近似的考虑因素，请求予以维持，驳回原告的诉讼请求。一审法院认为，判断外观设计是否构成相同或近似，相关领域的判断主体对判断结论的客观认定具有重要作用，其在选择此类产品时，会施以较大注意力关注该产品的矩形凹槽和引脚位置。上述部位的差别对整体视觉效果产生了显著的影响，不会造成对两者的混淆误认，因此撤销专利复审委员会的无效宣告请求审查决定。专利复审委员会和持有在先设计的第三人鑫隆公司不服上诉，二审法院维持原判。专利复审委员会不服二审判决，向最高人民法院申请再审。[②]

本案的争议焦点有两个，第一个是外观设计专利性判断主体——“一般消费者”的认定，第二个是对功能性外观设计的判断标准。下面，笔者对这两个问题分别作一些讨论。

二、对外观设计专利性判断主体“一般消费者”认定的讨论

（一）现行法对“一般消费者”未明确规制系司法实践存在不同判断的成因

本案中，专利复审委员会和鑫隆公司认为“一般消费者”应当是普通的、不具有相关知识背景和专业认知能力的消费者；而一审法院认为“一般消费者”应当是电器产品专业生产和采购人员。事实上，对于“一般消费者”的认定在学术界一直存在不同意见，前者所称的“一般消费者”对应的是学界中认为的“无关人群”，而后者所称“一般消费者”对应“本

① 余凌云：《法院如何发展行政法》，载《中国社会科学》2008年第1期。

② 参见：《最高人民法院公报》2013年第10期（总第204期）。

领域的设计人员”和“被控侵权产品的购买者”两种类型。[①]学界对这一概念的阐释存在不同看法的一个重要原因是现行法律法规未对其作出明确规定。《中华人民共和国专利法》和《专利法实施细则》没有“一般消费者”的相关规定。较早对相似外观设计专利的判断主体作出规定的是1993年的《专利审查指南》，其提出了“一般购买者”的概念，认为一般购买者是不具备专业知识的产品购买者，专利审查人员须从一般购买者的角度判断专利之间是否存在相似性。2009年最高人民法院作出《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》，其中第10条规定：“人民法院应当以外观设计专利产品的一般消费者的知识水平和认知能力，判断外观设计是否相同或者近似。”第一次将“一般消费者”作为相似外观设计专利的判断主体，之后的司法审判一直沿用此标准，但由于对“一般消费者”概念界定仍不甚明了，再加上司法实务中涌现的诸多问题对该概念的冲击，“一般消费者”标准受到了越来越多的质疑。尽管2010年版《专利审查指南》规定了“一般消费者”应当具备的两项特点，并增加了“对涉案专利申请日之前相同种类或者相近种类产品的外观设计及其常用设计手法具有常识性的了解”这一新特征，但特征是概念的充分而不必要条件，此规定回避了对概念的明确界定，治标不治本。[②]稳定性是防止法律朝令夕改，促使司法实践同案同判，维护司法公正与权威的重要因素。对“一般消费者”概念的明确界定是促进法律稳定性的方式之一。接下来，笔者尝试通过分析学理上对相似外观设计专利判断主体的不同标准，这些标准在司法审判中的反映，探究在具有指导性作用的公报案例中法院最终认可的判断主体标准。

（二）学理上对相似外观设计专利判断主体标准的讨论

学界对于相似外观设计专利的判断主体主要有六种观点。有一种观点较为主流，认为判断一项外观设计与在先设计是否相同或相似时，应当以“一般消费者”为判断主体。一般消费者应当符合以下标准：具有一般的知识水平和认知能力，能够辨认产品的形状、图案以及色彩，对被比外观设计产品的同类或者相近类产品的外观设计状况有常识性的了解；在购买被比外观设计产品时，仅以被比外观设计产品具有的要素作为辨认是否为同一产品的因素，不注意和分辨其他产品包含的其他要素，不注意和分辨产品的大小、材料、功能、技术性能

① 无关人群是指是指对相关产品不具备普通知识的人。文中所述“一般消费者”对应的三种学理名称参见：钱亦俊：《论外观设计专利性判断主体》，载《知识产权》2011年第8期。胡充寒：《外观设计侵权判断一般消费者标准的反思与修正》，载《法学杂志》2013年第12期。

② 对《专利审查指南》的效力，有学者称由于其为部门规章而不能直接使用于司法实践，进而得出我国法律为对“一般消费者”的界定作出尝试的结论值得商榷。我国法律规定，在司法审判中，规章参照使用；由于实际情况的需要，法院对规章的法律适用已经有所突破。在“张迪军与国家知识产权局专利复审委员会、慈溪市鑫隆电子有限公司外观设计专利无效行政案”的判决书中，法院直接引用《专利审查指南》作为论证观点的依据。可见，规章的效力问题并不是“一般消费者”标准认定难的主要原因。

和内部结构等因素；以一般注意力分辨产品的外观设计，使用时不易见到的部分的外观以及不具有一般美学意义的部位的外观和要素设计不会给其留下视觉印象，不会注意到产品的形状、图案以及色彩的微小变化。[①]

除以上主流观点外，学术界还有其他几种不同的声音。第二种观点认为，应当以本领域的专业技术人员，甚至以工业美术专业的技术人员为判断主体，因为外观设计具有高度专业性，既然由专业技术人员制作，也应当由其进行审查，保持标准的统一性；另外，外观设计的审查标准之一是“美感”，因此也有必要由工业美术专业的技术人员审查。第三种观点认为，判断主体不能称为“一般消费者”，而应是特定消费者，其对该产品需具有必要的知识储备和认知水平。例如欧共体认为外观设计相同或者相似的判断主体不是一般消费者，也不是本领域普通设计人员，而是与本产品有接触的特定使用人群。第四种观点认为，若把判断主体仅限定为“一般消费者”或者特定技术人员，则在实践中缺乏灵活变通的能力，因而采用“判断主体”的称谓，此基础上再根据实际需要阐明判断主体应当具备的条件。第五种观点认为，可继续使用“一般消费者”的说法，但“一般消费者”的内涵应包括专业设计人员，以及工业美术专业技术人员。该观点事实上为旧瓶装新酒。第六种观点认为，消费者标准没有存在必要，它是专利审查者或法官承载自己判断标准的工具，界定外观设计是否相同或相似原本就属于专利审查者或法官自由裁量的范围，故应当废除“一般消费者”标准。外观设计本来由专业人员设计，现在却以消费者的标准来决定是否授权或侵权，不甚合理。[②]总之，学界对于此概念的认定一直是众说纷纭，未达成一致意见；事实上，若不与司法实践中的具体情况相联系，辩证看待而纯粹从法学理论上以应然角度说理，也不可能达成一致意见。

（三）司法实践中法官对相似外观设计专利判断主体“一般消费者”的认定

1.本案中法官的裁决

在该案的二审中，北京市高级人民法院对上诉人和一审法院所持的不同观点作了裁判。二审法院认为，在判断外观设计是否相近似时，首先要确定判断主体。不同的判断主体，由于对被比设计产品的知识水平和认知能力存在差异，在判断两项外观设计是否相近似时，可能得出不同的结论。根据《专利审查指南》的规定，在判断外观设计是否相近似时，应当基于被比设计产品的一般消费者的知识水平和认知能力进行评价。所述的“一般消费者”是具体的，不同类别的被比设计产品具有不同的消费者群体。本案在先设计的公开日早于本专利

① 北京市高级人民法院知识产权庭：《知识产权诉讼实务研究》，知识产权出版社2008年版，第58页。

② 参见：北京市高级人民法院知识产权庭：《知识产权诉讼实务研究》，知识产权出版社2008年版，第59页。

的申请日，且二者属于同一类别产品，可以用于评判本专利是否符合专利法第二十三条的规定。[①]本专利与在先设计均系电器设备元件，相关产品的生产和采购人员对此类电器元件产品具有一定的认知能力，客观上熟知此类产品外观功能，一审法院将其作为该类产品的“一般消费者”并无不当。专利复审委员会有关原审法院确定“一般消费者”的判定主体错误的上诉理由不能成立，不予支持。[②]

从判决中我们可以看到，二审法院根据《专利审查指南》的规定，认为“一般消费者”是具体的，“不同类别的被比设计产品具有不同的消费者群体”。由此可见，此裁判对应的正是前文中学理上的第一种观点。它同时解决了学理上对日常用品和非日常的专业产品相似外观设计的判断主体的定位分歧。作为日常用品的外观设计的判断主体的一般消费者的知识储备和认知水平应当接近于社会大众，而非日常生活用品的专业类产品的外观设计侵权判断的主体则应该是对该专业类产品具有常识性了解的一般消费者，非专业技术人员。

2.其他同类案件中法院的作法

最高人民法院在2010年的“申请再审人国家知识产权局专利复审委员会、浙江今飞机械集团有限公司与被申请人浙江万丰摩轮有限公司专利无效行政纠纷案”（以下称“摩轮案”）[③]中其实早已做出过相似判决。此案中，最高院认为，“一般消费者”虽然是一个抽象的、法律拟定的人，但在具体的外观设计相同或相近似的判断时，必须结合所要判断的外观设计产品，需要将“一般消费者”这个抽象的概念具体化为与该产品相关的人群，即以对摩托车车轮产品具有常识性了解的一般消费者为判断主体。作为一个涉及外观设计专利的经典案例，它对于“一般消费者”标准的认定效力在公报案例“张迪军案”中又被进一步认可和强化了。

此外，在“摩轮案”中，法院还对中间产品的外观设计判断主体作了规范，认为“由于一种外观设计专利产品是否为中间产品本身对于确定一般消费者的知识水平和认知能力并无直接关联，无论外观设计产品是否为所谓的中间产品，其一般消费者的知识水平和认知能力应以外观设计专利产品的购买者和使用者为准”，“判断主体既包括组装商、维修商，又包括一般的购买者、使用者”。[④]可见，“一般消费者”是一个须辩证看待的法律概念，面对不同的外观设计产品，其对应的消费者不同，对“一般消费者”的具体界定也应当不同。只有

① 《专利法》第二十三条规定：“授予专利权的外观设计，应当不属于现有设计；也没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中。授予专利权的外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当具有明显区别。授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。”

② 参见：《最高人民法院公报》2013年第10期（总第204期）。

③ 最高人民法院（2010）行提字第5号判决。

④ 最高人民法院（2010）行提字第5号判决。

坚持辩证法思想，具体问题具体分析，才不至于使法律和司法审判趋于僵化。有学者建议借鉴美国经验，将“一般消费者”统一认定为“被控侵权产权的实际购买者”，认为只有这样才能消除司法实践中同案不同判的现象。[①]笔者对此观点不敢苟同：第一，不考虑我国实际国情，盲目地照搬发达国家的法律概念，容易水土不服。第二，为了形式上的统一而机械限定“一般消费者”的概念，更有可能造成不同案同判，引起司法不公正。第三，只有从活生生的司法实践中典型案例判决中抽象出具有普遍规范作用的基本准则，才能既避免法规范的僵化运用，又脚踏实地地解决法律问题，维护法制统一。

三、功能性设计判断标准的讨论

（一）功能性设计应当排除在外观设计专利保护之外

功能性设计的产生源于人们对工业产品的基本要求，属于发明、实用新型专利保护的范畴。产品是工业制造的、能够满足人们需要的具有特定功能的物品。[②]产品首先必须具备特定功能，某种产品出现时一定有一种主要功能，可称为原始功能，如：电饭煲据偶烹饪的功能，钢笔具有书写的功能等。而实现此功能所需的设计方案可以是产品的形状、构造或其结合，由此产生的产品外观是由产品对生产、生活的有力作用决定的，可称为产品的功能性外观。[③] 这种智慧创造一般属于发明、实用新型专利保护的范畴。随着人类精神、文化生活的丰富以及对美的追求，产品仅仅具备有用性已经不能满足需要，人们还希望产品能够符合当下的审美观念，这就产生了与功能性外观相对应的装饰性外观，属于外观设计专利保护范围。功能性设计与装饰性设计必须分类保护，以促进技术创新，维护社会公共利益；反之，则会导致技术垄断，阻碍技术创新。例如，若把外观设计专利的保护扩展至功能性设计，则会出现以下情形：某一功能性设计的专利权人实际上会将其他具有不同功能，但外观与之相似的产品纳入到其专利保护范围，挫伤其他专利人的财产利益以及发明创造的积极性。因此，司法审判有将功能性设计排除在外观设计专利保护的范围之外的必要。

（二）对功能性设计特征的判断标准的传统看法

本案中，专利复审委员会和张迪军对该专利矩形凹槽的设计是否属于功能性设计特征产生了分歧：前者认为，“功能性设计则受到产品功能或技术条件的限制，不具有可选择性或者选择性受到功能需求或技术规格的限定。作为标准化生产的电子配件，本专利和在先设计的引脚设置方式是由技术规格限定的，中部环形柱上的凹槽是为了和开关的驱动装置啮合，

① 参见：胡充寒：《外观设计侵权判断一般消费者标准的反思与修正》，载《法学杂志》2013年第12期。

② 苏杭：《试述外观设计的创作性》；程永顺：《外观设计专利保护实务》，法律出版社2005年版，第35页。

③ 王鹏：《功能性外观应排除在外观设计专利保护范围之外》，载《人民司法（案例）》2009年第16期。

凹槽的形状和大小也由技术规格所限定。”，应当属于功能性设计特征；而后者认为，“中部环形柱上的凹槽，有的产品有，有的产品没有，说明凹槽不是由产品的功能所唯一限定的，不能将其视为由产品功能所决定”，不属于功能性设计特征。[①]从原被告对本专利相关部件是否属于功能性设计特征的辩论来说，我们可以看出其争议焦点在于该设计特征是否由所要实现的特定功能所唯一决定。这也正好与学术界在判断是否为功能性设计特征时提倡的“功能唯一性”原则相对应。该原则是指“产品的装饰效果和美感要求可以与产品的有利作用脱离，具有可选择性，而功能性设计往往不具备可选择性，一旦改变就不可能实现原来的有利作用”，[②]可见，一般认为功能性设计特征的判断标准系该设计特征是否因功能或技术条件的限制而不具有可选择性。[③]

（三）本案中法官对功能性设计特征的判断标准及推理

首先，法官肯定了学理上“功能唯一性”原则在鉴别设计特征是否为功能性的正当性。根据2010年《专利审查指南》规定，“由产品的功能唯一限定的特定形状对整体视觉效果通常不具有显著的影响”，认为功能性设计特征是指那些在该外观设计产品的一般消费者看来，由所要实现的特定功能所唯一决定而并不考虑美学因素的设计特征。同时，功能性设计特征与该设计特征的可选择性存在一定的关联性。如果某种设计特征是由某种特定功能所决定的唯一设计，则该种设计特征不存在考虑美学因素的空间，显然属于功能性设计特征。

其次，法官认为在坚持原则的基础上，也应当考虑案件的实际情况，辩证看待及运用“功能唯一性”标准。因为任何产品的外观设计通常都需要考虑两个基本要素：功能因素和美学因素。即产品必须首先要实现其功能，其次还要在视觉上具有美感。可以说，大多数产品都是功能性和装饰性的结合。就某一外观设计产品的具体某一设计特征而言，同样需要考虑功能性和美感的双重需求，是技术性与装饰性妥协和平衡的产物。因此，产品的设计特征的功能性或者装饰性通常是相对而言的，绝对地区分功能性设计特征和装饰性设计特征在大多数情况下并不现实。只有在特殊的情形下，某种产品的某项设计特征才可能完全由装饰性或者功能性所决定。可见，在判断是否为功能性设计特征时，需要具体问题具体分析，而非照搬“功能唯一性”原则。

① 尽管最高人民法院在该案的生效判决文书中将凹槽设计认定为是一种普通、惯常设计，对整体视觉效果不具有显著影响，进而排除了凹槽是否为功能性设计特征判断的必要性。但此处原被告关于功能性设计特征的判断标准体现了学术界对其的不同认识，适合本文讨论。

② 王鹏：《功能性外观应排除在外观设计专利保护范围之外》，载《人民司法（案例）》2009年第16期。

③ 当然，也有个别学者通过对国外相关司法案例的研究，认为功能性外观与产品设计外观的对应并非具有唯一性；此原则存在争议。参见：杨凤云，官墨蓝：《功能性外观设计特征的判定原则管窥》，载《科技与法律》2012年第2期。

最后，若出现“某种设计特征是实现特定功能的有限的设计方式之一”的情况，则审判者须运用目的解释方法对《专利审查指南》中蕴涵的“功能唯一性”原则作变通解释。在法律关系中，通常存在价值与利益的相互冲突；要做到法律关系的稳定，相对次要的价值或利益就必须做出让步。[①]在本案进行功能性设计判断标准的认定时，就存在个别外观设计权利人的权益与外观设计专利保护具有美感的创新性设计方案的立法目的之价值冲突，法官在司法审判中必须对这两者有所取舍。此种权衡选择是一项极其微妙和困难的判断与评估工作。[②]通过对立法目的的探求，谨慎分析法律究竟想保护或实现何种价值或利益，可以消除法律关系中所存在的内在价值矛盾。[③]本案中，法官认为对功能性设计特征的理解需符合外观设计专利的立法目的：如果把功能性设计特征仅仅理解为实现某种功能的唯一设计，则会过分限制功能性设计特征的范围，把具有两种或者两种以上替代设计的设计特征排除在外，进而使得外观设计申请人可以通过对有限的替代设计分别申请外观设计专利的方式实现对特定功能的垄断，不符合外观设计专利保护具有美感的创新性设计方案的立法目的。因此，即使某种设计特征仅仅是实现某种特定功能的多种设计方式之一，只要该设计特征仅仅由所要实现的特定功能所决定而与美学因素的考虑无关，仍可认定其属于功能性设计特征。它的判断标准并不在于该设计特征是否因功能或技术条件的限制而不具有可选择性，而在于在一般消费者看来，该设计特征是否仅仅由特定功能所决定，从而不需要考虑该设计特征是否具有美感。具体到本案中，引脚的数量与位置分布是由与之相配合的电路板所决定的，以便实现与不同电路板上节点相适配，该特征的设计有数种方式，并非唯一。但在本专利产品的一般消费者看来，无论是引脚的位置是分布在底座的一个侧面上还是分布在两个相对的侧面上，都是基于与之相配合的电路板布局的需要，以便实现两者的适配与连接，其中并不涉及对美学因素的考虑。因此，该部位的特征系功能性设计。

四、对相似外观设计专利认定标准的规范意义

以上是笔者对“张迪军案”中的争议焦点所做的评析，并且希望藉公报案例具备的指导性，将个案事实通过个案论证思路进行甄别，将之上升为“规范事实”，使个案结论辐射到未来同类案件中，实现“法规则”创设。笔者将本案的规范事实归纳如下：首先，阐明了相似外观设计专利判断主体“一般消费者”在司法实践中的具体内涵——不同类别的被比设计

① 宋华琳：《当场行政处罚中的证明标准及法律适用》，载《交大法学》2010年第1期。

② 陈林林：《裁判的进路与方法》，中国政法大学出版社2007年版，第194页。

③ 张利春：《关于利益衡量的两种知识—兼行比较德国、日本的民法解释学》，载《法制与社会发展》2006年第5期。

产品具有不同的消费者群体，其知识水平和认知能力应以该外观设计专利产品的购买者和使用者为准。其次，摒弃了功能性设计特征中的“功能唯一性”判断原则，进而指出其判断标准并不在于该设计特征是否因功能或技术条件的限制而不具有可选择性，而在于在一般消费者看来，该设计特征是否仅仅由特定功能所决定，从而不需要考虑该设计特征是否具有美感。第三，将“一般消费者”的认知视角贯穿于案件审判逻辑，包括：判断专利设计是否为功能性，功能性与装饰性的强弱判断及对整体视觉效果是否有显著影响等，使法官所作的价值判断以“一般消费者”为依托，保持司法审判的客观公正。

参考文献：

[1]薛飞：《我国外观设计水平持续提升》，载《中国知识产权报》2012 年 4 月 25 日第 1 版。

[2]宋华琳：《当场行政处罚中的证明标准及法律适用》，载《交大法学》2010 年第 1 期。

[3]余凌云：《法院如何发展行政法》，载《中国社会科学》2008 年第 1 期。

[4]钱亦俊：《论外观设计专利性判断主体》，载《知识产权》2011 年第 8 期。

[5]胡充寒：《外观设计侵权判断一般消费者标准的反思与修正》，载《法学杂志》2013 年第 12 期。

[6]北京市高级人民法院知识产权庭：《知识产权诉讼实务研究》，知识产权出版社 2008 年版，第 58 页。

[7]苏杭：《试述外观设计的创作性》；程永顺：《外观设计专利保护实务》，法律出版社 2005 年版，第 35 页。

[8]王鹏：《功能性外观应排除在外观设计专利保护范围之外》，载《人民司法（案例）》2009 年第 16 期。

[9]杨凤云，官墨蓝：《功能性外观设计特征的判定原则管窥》，载《科技与法律》2012 年第 2 期。

[10]陈林林：《裁判的进路与方法》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 194 页。

[11]张利春：《关于利益衡量的两种知识—兼行比较德国、日本的民法解释学》，载《法制与社会发展》2006 年第 5 期。

非暴力奸淫幼女型强奸罪主观明知的认定
——评析最高法指导案例高恩军强奸案

孙威[1]

内容摘要：随着社会朝着多元化方向快速发展，奸淫幼女案件频发。最高人民法院通过审理高恩军强奸一案，对以幼女年龄是否达到 12 周岁为标准和如何认定“明知”，分别予以指导和规范。明确了被告人对被害人明知不是幼女的辩解负有举证义务，对被告人采取相对严格责任。这一规定对司法实践具有重大的进步意义，将法律规定的对幼女的特殊的、优先的保护落到了实处。

关键词：性侵幼女　高恩军案　明知　认定

2013 年全国国内一共有 125 起媒体公开报道的性侵女童案例，平均每 2.92 天就有一起曝光案例，引起了社会舆论的极大反响，为了回应社会舆论，统一执法办案的标准，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于去年 10 月联合发布了《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》，就办理性侵害未成年人犯罪案件的一些突出法律适用和政策把握问题作了明确。为确保《意见》得到准确贯彻适用，最高人民法院分别于 2013 年 10 月 24 日公布了王佳佳强迫卖淫案、杨宗榉强奸案、关天翼猥亵儿童案等三起性侵害未成年人犯罪典型案例。在仅仅 1 个多月之后，为依法惩治性侵害未成年人犯罪，加大对未成年人合法权益的司法保护，最高人民法院又公布了吕善交强奸、抢劫、盗窃案，高恩军强奸案，吴茂东猥亵儿童案等三起性侵害儿童犯罪的典型案例，具体指导司法机关实际办案，威慑震慑潜在不法分子。其中公布的高恩军强奸案对解决司法事务中遇到奸淫幼女型强奸案中的行为人明知问题具有重要的指导意义。

一、高恩军强奸案基本案情

被告人高恩军，男，汉族，犯罪时 37 岁，初中文化，农民。

2011 年春节后，被告人高恩军与山东省昌邑市 XX 中学初一学生王某某（被害人，女，时年 13 岁）开始网上聊天。2011 年 3 月，高恩军与王某某见面相识，为了便于联系，高恩军给王某某购买一部手机，并多次驾车接送王某某放学、上学。其间，高恩军先后四次在昌

[1] 北京市人民检察院第二分院未成年人案件检察处检察助理检察员，法学硕士。

邑市利民街龙丰印染厂家属院其租住的房屋内对王某某进行奸淫。同年 3 月 25 日，王某某报警称其被高恩军强奸，后高恩军自愿向王某某补偿人民币 10000 元。

法院认为，被告人高恩军目无国法，多次与幼女王某某发生性关系，给王某某的身体和心理造成了较大伤害，其行为已构成强奸罪。高恩军具有与其年龄相当的认知能力，明知王某某系初中学生，应当知道作为初中学生的王某某极大可能系不满十四周岁的幼女，仍然放任自己的行为而与该不满十四岁的女学生多次发生性关系，其奸淫幼女的动机明显，事实清楚，被告人及其辩护人亦未提供其确实不知王某某不满十四周岁的有效证据，故对其关于不明知被害人系幼女的辩解不予采信。鉴于高恩军有一定悔罪表现，可酌情对其从轻处罚。据此，依法认定被告人高恩军犯强奸罪，判处有期徒刑八年。

二、奸淫幼女型强奸罪中行为人主观明知的认定一直是困扰司法机关的难题

我国《刑法》第 236 条第 2 款规定："奸淫不满十四周岁幼女的，以强奸论，从重处罚。"

这一条款自诞生以来，关于其争论就没有停止过。首先是争论的是"奸淫幼女罪的存废问题"。1997 年 12 月最高人民法院、最高人民检察院分别制定的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》和《关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》，均将其确定为"奸淫幼女罪"，但"两高"于 2002 年 3 月发布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》，又将其改定为强奸罪(取消了奸淫幼女罪的罪名)。此后出版的比较权威的教科书也是如此，为了和刑法第 236 条第一款规定的强奸罪相区分，学界称 236 条第 2 款规定的是奸淫幼女型的强奸罪。

随着经济发展，价值多元，疑难的奸淫幼女型强奸罪出现了如下特点：一是非暴力性。犯罪嫌疑人多数以谈感情，交朋友，给予金钱等方式诱使幼女同意发生性行为。直接使用暴力、威胁等方式进行奸淫的较少；二是增速迅猛。微信等即时聊天工具的发展，打破了年龄段隔离和地域场所的限制，年长的男子可以通过虚拟世界直接接触到幼女，并且不易被人察觉，致使犯罪成本大大降低，直接导致了更多的性侵幼女案件的发生；三是网络曝光后，民愤极大。随着互联网络进入了自媒体时代后，负面信息的传播速度大大增加，性侵未成年人的案件一旦曝光，很容易吸引网民关注，有些甚至还会成为负面舆情信息。

而在司法实践中，办理未使用暴力威胁等手段奸淫幼女型强奸案难题在于确定犯罪嫌疑人主观是否明知奸淫对象是幼女。关于奸淫幼女罪是否要求行为人在主观上明知被奸淫的对

象是幼女的问题，我国刑法理论界一直有激烈的争论，概括起来，主要有三种观点：

一是否定说，认为刑法规定奸淫幼女型强奸罪是出于对幼女的特殊保护，只要对不满十四周岁的幼女实施了奸淫行为，不论行为人是否明知被奸淫的对象是幼女，一律构成奸淫幼女型强奸罪。这种学说有英美法系的司法经验予以支持，例如美国《联邦模范刑法典》规定，幼女法定性承诺能力的年龄为 10 周岁，行为人不得以不知道儿童的年龄或者相信儿童已满 10 周岁作为抗辩事由。即只要客观上实施了奸淫幼女的行为，被告就可能被定罪。意大利刑法典相关条文也明确规定了奸淫幼女犯罪人不得以不知晓被害人的年龄作为开脱罪责的理由。但是美国有些州尤其是幼女性承诺年龄定的比较高的州对绝对严格责任进行了变通，采用相对严格责任，如果被告人能证明他的这种年龄认识错误是真实的和合理的，也可以作为合法辩护的理由。

二是肯定说，认为按照主客观相统一原则，构成奸淫幼女型强奸罪除了要实施对幼女的奸淫行为之外，行为人主观上还必须明知奸淫对象是不满十四周岁的幼女。这种立法例主要见诸于大陆法系立法例，大部分大陆法系国家的刑法典对年龄认识错误没有明确规定，理论上大多主张"明知"幼女年龄系构成犯罪的必要要件。日本现行刑法第 177 条规定："以暴行或者胁迫手段奸淫十三岁以上的女子的，是强奸罪，处二年以上有期惩役；奸淫未满十三岁的女子的，亦同。" 日本刑法对未采用暴力、胁迫等强制性手段奸淫幼女，则对奸淫对象是未满十三岁的幼女必须有认识。不过，对奸淫的对象是未满十三岁的幼女，不要求行为人有确定的认识，只要其有未必的认识即可。这就意味着即便行为人并非确实知道对方是不满十三岁的幼女，但如果认识到对方有可能是未满十三岁幼女的，就应该认定其对幼女的年龄有认识。

三是折衷说，认为明知被害人是未满十四周岁的幼女，固然构成奸淫幼女罪，不是明知，但可以认识被害人是幼女的，也构成奸淫幼女罪；显然无法认识其为幼女的，则不构成犯罪。最高人民法院吸收了折衷说了部分内容，于 2003 年 1 月关于此问题作出了司法解释。《最高人民法院关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》中明确指出："行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第 236 条第 2 款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。"

然而，没有一个司法解释像 2003 年 1 月 23 日最高人民法院《关于行为人不明知是不满

十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》（以下简称《《2003年批复》》）这样，一经颁行，骤然之间引起了轩然大波，为全社会所瞩目。不仅普通百姓群起而攻之，即使在学者当中，也是指责之声雀起。北京大学法学院院长朱苏力言辞激烈地说，最高人民法院作出了“一个不公正的司法解释”，从实践上看，这一解释可能有利于某些特殊群体的犯罪和非法行为。苏立教授认为英美法国家正是通过提高了潜在违法者对于这些社会认为需要特别保护的幼女的特别责任要求，提升了他们进行这类活动的成本，即使是幼女主动要求发生性关系。潜在违法者在同一位非常年轻的女性发生性关系时，至少应主动询问一下对方的真实年龄，并获得某种确证（例如出示一下某种证件，例如学生证、身份证）。如果一个男子在同一位陌生的、非常年轻的女性发生性这种人类最亲密的关系时，如果连这一点责任都不愿负，那么他就只能如同尼采所说的那样，作为“一小片不负责任的命运”，活该如此了。

苏立教授的意见当时并没有得到主流学界的认可，很多主流的刑法专家撰文论证2003年司法解释的合理性，主流专家所谈的主客观相一致和罪刑法定在刑法理论上固然言之凿凿。

但是作为一名司法工作人员，在办理性侵犯未成年人案件时深深地感到无力。实践中，有些犯罪嫌疑人、被告人未使用暴力、胁迫或者其他强制手段与幼女发生性关系，而以各种理由辩解是与幼女正常交往，不明知被害人是幼女，给审查认定案件事实造成一定困难。因此，如何认定“是否明知被害人系幼女”的争议，主要发生在采取非强制手段与幼女发生性关系的案件中。有部分狡猾的犯罪分子与被害女孩不谈年龄、不谈学历，以谈朋友的名义多次和幼女发生性关系。例如，我办理过的一个案件，被害人13岁，通过一个14岁的女孩认识三名成年男子（这三名男子相互认识），先后多次以谈恋爱的名义与三名成年男子发生性关系。其中一名男子甲明确供认其知道被害人的年龄是13岁；另外一名男子已供认知道女孩在读中学（女孩的中学既有初中部也有高中部）；另外一名丙供认称不知道女孩的年龄和学历，女孩丙称没有明确告知三人年龄。在如何处理这三名犯罪嫌疑人问题，在检察机关内部出现了分歧，如果根据2003年的批复，男子甲可以定罪。但对于男子乙，一部分同志认为可以定罪，认为被害人是在读中学生，乙有可能预见到被害人是幼女，但是另一部分同志认为被害人就读的学校有高中部，无法从此推定乙可以认识到被害人是幼女，由于分歧较为严重倾向不起诉。至于丙，绝大多数同志认为不可以定罪。这是根据《2003年批复》得出的意见。但是试想这样的结论能够让三个嫌疑人感到公平？让被害人家属感到公平？让人民

群众接受？甲仅因为自己如实供述，就要承担定罪的后果，那坦白从宽、抗拒从严岂不是成了一句空话，甚至是一个笑话？丙是否还可以从司法机关的办案中学到犯罪经验，只要不问年龄和学历和幼女发生性关系就可以免予定罪，从而更加胆大妄为。被害人家属对处理结果也将无法接受，同样是欺负了我女儿的犯罪分子，怎么有人被抓，有人被放，检察机关的办案人员是否徇私枉法，徇情枉法？广大人民群众则认为，即使13岁的女孩身体发育得早，但是言谈举止、衣着特征、生活作息规律也和非幼女有明显差异，犯罪嫌疑人均是成年人难道不能区分幼女和非幼女，在和未成年人发生性关系就不负有确定未成年人是否是幼女的注意义务？仅仅因为不供述，司法机关就放人，司法公信力何在？

2013年经媒体曝光了的125起性侵幼女案件，其中部分案件引起了一些对司法机关负面舆情。但是，于此同时，司法机关也左右为难，激进定罪于法无据，而不严厉打击性侵幼女案件，人民群众不答应。由于《2003年批复》的存在，未使用暴力、胁迫等手段奸淫幼女型强奸罪中行为人主观明知的认定一直是困扰司法机关的难题。

三、高恩军一案的指导意义

（一）主观明知认定方面

最高人民法院是2014年1月2日发布了高恩军强奸一案的指导案例。高恩军一案中，被害人王某某时年13周岁，身高160厘米，较胖，但从身体发育这一外在特征，难以判断高恩军是否明知王某某是幼女。高恩军一直否认明知王某是幼女，但是高恩军知道王某是初中学生，甚至还接送王某上下学，初中生的年龄段可能在12-16岁之间。高恩军作案时已经37岁，应当从王某某衣着特征、生活作息规律，均完全有条件，有能力认识到王某某可能系幼女。高恩军还辩解称与王某某谈恋爱，那么高恩军更应该了解王某某的年龄等基本情况。因此，法院判决高恩军有罪。

在发布高恩军一案作为指导案例之前，最高人民法院于2013年10月发布了《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》（以下简称《性侵意见》），废止了《2003年批复》。《性侵意见》对司法机关办理性侵未成年人案件具有重要的指导意义，解决了一直困扰司法机关的被告人的主观明知问题。

《性侵意见》第19条第1款首先明确，知道或者应当知道对方是不满十四周岁的幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女，这是认定奸淫幼女等性侵害犯罪主观明知问题的总原则。继之，第19条第2款、第3款以幼女年龄是否达到12周岁为标准，对如何认定“明知”，分别予以指导和规范。

其中，第2款规定对12周岁以下幼女的严格保护，对于不满十二周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。也就是说，只要被告人和12周岁以下幼女发生了性关系，即可以认定为其构成强奸罪。即使被害人身体发育、言谈举止等呈早熟特征，被告人亦辩称其误认被害人已满十四周岁，也不应采信其辩解。主要理由在于，经过对大量审结案例进行统计分析，并广泛征求各方意见，十二周岁以下幼女基本都处在接受小学教育阶段，社会关系简单，外在幼女特征相对较为明显；即使极个别幼女身体发育早于同龄人，但一般人从其言谈举止、生活作息规律等其他方面通常也足以观察其可能是幼女，而且从对幼女进行特殊保护的立场考虑，也不应存在争议。

性侵意见对13-14岁的幼女采取了相对严格主义的保护，主要是考虑到已满十二周岁不满十四周岁年龄段的幼女，其身心发育特点与已满十四周岁的未成年少女较为接近，《性侵意见》第19条第3款规定，从被害人身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，也应当认定行为人“明知”对方是幼女。高恩军明知被害人是初中在读学生，司法机关即可以推定其应当明知被害人系幼女这一事实。

（二）被告人对明知不是幼女辩解的举证义务

对于奸淫13-14岁的幼女，高恩军一案的指导意义还体现在采取了类似于英美法相对严格责任的立法例，判决认为：“被告人高恩军及其辩护人亦未提供其确实不知王某某不满十四周岁的有效证据，故对其关于不明知被害人系幼女的辩解不予采信”。如果被告人客观上和幼女发生了性关系，则负有对不明知被害人系幼女的辩解的举证义务。高恩军一案在这点上具有重大的进步意义。

成年人和18岁以下的未成年人发生性关系是主流道德所不允许的，也并非刑法所鼓励。但是由于刑法的抑谦性，并没有把所有不鼓励的行为一概入罪，只规定与不满14周岁的幼女发生性关系构成犯罪。但是一个成年男性在与可能是未成年人的女性发生性关系时，应该承担更多的注意义务，以防止自己的行为对幼女和社会造成危害。这种注意义务就是要核实性行为的对象的年龄，如果成年男性不愿意核实性行为对象的年龄，那么就说明其并不排斥和幼女发生性关系，也就是对危害后果的发生是听之任之的，如果客观上确实和幼女发生了性关系，理应入罪。正如苏力教授所引用的尼采的名言“一小片不负责任的命运”，活该如此了。

《性侵意见》第19条第3款规定的例外情况具体可以从以下几个方面把握：（1）必须

有证据或者合理依据证明行为人根本不可能知道被害人是幼女；（2）客观上被害人身体发育情况、言谈举止、衣着、生活作息规律等特征确实更像已满14周岁；（3）行为人已经足够谨慎从事，但仍然对幼女年龄产生了误认，即使其他正常人处在行为人的场合，也难以避免这种错误判断。比如，与发育较早、貌似承认、虚报年龄的已满12周岁不满14周岁的幼女，在谈恋爱和正常交往过程中，双方自愿发生了性行为，确有证据证实行为人不可能知道对方是幼女的，才可以采纳其不明知的辩解，但应严格掌握。相反、如果行为人采取引诱、欺骗等方式，或者根本不考虑被害人是否是幼女，而甘冒风险对被害人进行奸淫等性侵害的，一般都应当认定行为人明知被害人是幼女，以实现对幼女的特殊保护，堵塞惩治犯罪的漏洞。

（三）奸淫13-14岁幼女的量刑基准

《人民法院量刑指导意见》规定，奸淫幼女一人一次的，可以在三年至五年有期徒刑幅度内确定量刑起点。对于诱奸幼女，并对幼女生殖器官未造成损害的，也应当本着对此类犯罪行为从严惩处的要求确定量刑起点，一般要高于起点刑。

奸淫幼女的次数也直接影响着量刑，奸淫次数越多，社会危害性和人身危险性就越大，因此应当将强奸的次数作为强奸罪量刑起点基础上增加刑罚量确定基准刑的影响犯罪构成的犯罪事实。

因此，对高恩军以五年为量刑起点，酌情考虑高恩军四次奸淫被害人，没奸淫一次增加一年，考虑其悔罪表现酌情减少一年，最后判处八年有期徒刑是适当的。

四、结语

未成年人特别是幼女因身心发育尚未成熟，需要给予特殊保护。就刑法第236条关于性犯罪的规定来看，体现了对幼女的特殊、优先保护。但是这种优先保护如何落到实处、得到人民群众的认可是司法机关应当破解的难题。经历了2003年到2013年的迷惘，最高人民法院终于废止了《2003年批复》，发布了《性侵意见》及高恩军案等一系列指导案例，确立了对不满12周岁幼女的绝对保护和13-14岁幼女的相对保护及被告人的举证责任。这无疑是进步的，是符合严厉打击目前性侵幼女案件高发的现实的。让我们共同关注未成年人的健康成长，斩断那一双双伸向未成年人的黑手。

陈某以危险方法危害公共安全案

——交通肇事行为与危险方法危害公共安全行为的界定

田 申[1]

一、基本案情

被告人陈某，陈某，男，1979年12月14日出生，汉族，初中文化，无业，户籍地：湖南省津市市车胤大道376号2单元附104号。因涉嫌犯交通肇事罪，于2010年5月10日被北京市公安局朝阳分局刑事拘留，因涉嫌犯以危险方法危害公共安全罪，于同年6月12日经北京市朝阳区人民检察院批准被朝阳分局逮捕。2011年3月3日，朝阳分局以被告人陈某涉嫌犯危险方法危害公共安全罪向北京市朝阳区检察院移送审查起诉。北京市朝阳区人民检察院于同年年3月3日将该案报送北京市人民检察院第二分院审查起诉。北京市人民检察院第二分院于同年4月14日以被告人陈某涉嫌犯危险方法危害公共安全罪向北京市第二中级人民法院提起公诉。

被告人陈某于2010年5月9日5时30分许驾驶“英菲尼迪”牌小型轿车（车号：京N79L86），带着薛雯、赵鹏、许晨，离开“VICS”酒吧。车上，四人一边听歌，一边聊天。车辆行驶至本市朝阳区东大桥路接近永安里路口路段（限速70公里）时，陈某从右侧车道违规强行超了一辆小货车，车速瞬间达到110.6-121.7公里/小时，车上的薛雯、赵鹏等人随之起哄，陈某则扭头与薛雯等人说话。5时36分许，车辆由北向南行驶至永安里路口时，陈某一回头发现了前方等候停止信号放行的被害人陈伟宁驾驶的“菲亚特”牌小型轿车（车号：京F30020，内乘王辉、陈启玮）。当时路口由北向南方向为红灯，陈某驾驶的车辆仍以110.6-121.7公里/小时的速度高速行驶，并未减慢车速，车辆前部直接撞飞了“菲亚特”牌小型轿车，后又撞向由司机张杰驾驶的正常左转弯行驶的639路公交车（车号：京AB1129，）左前侧，陈某所驾英菲尼迪轿车才被迫停下。事故造成陈伟宁车上三人及张杰车上乘客刘兴臣受伤，陈伟宁、陈启玮经救治无效分别于2010年5月10日、5月19日死亡，王辉所受损伤经鉴定为重伤。事故发生后，陈某弃车逃逸。

[1] 北京市人民检察院第二分院二审监督处助理检察员，法学硕士。

二、主要问题

如何界定危害公共安全与交通肇事中行为人主观方面的区别？

三、分析意见

（一）分歧意见

第一种意见认为，陈某的行为构成以危险方法危害公共安全罪。主要理由是：陈某酒后驾驶机动车超速行驶，并在明知自己行为控制力下降的情形下仍未尽必要注意义务，其行为危害了公共安全，已构成以危险方法危害公共安全罪。

第二种意见认为，陈某的行为构成交通肇事罪。主要理由是：第一，陈某在主观上不具有以危险方法危害公共安全的故意。其酒后驾车行为是在过失意志下支配完成的。第二，不能依靠事后逃逸的客观行为推定陈某的主观故意。第三，如果认定陈某的行为系危险方法危害公共安全行为，则以将所有酒后、超速驾驶的行为都认定为以危险方法危害公共安全的行为。

（二）评析意见

陈某酒后驾车肇事逃逸案一起引起社会公众强烈关注的案件。该案的分歧在于交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪的认定。由于上述两罪均属于我国刑法分则第二章所规定的危害公共安全犯罪，侵犯的法益均为公共安全。因此，构成要件符合性（行为方式）与罪责要件（行为人主观罪过）的评判，是两罪区分的重要因素。本案中，辩诉双方将诉讼焦点集中在罪责要素方面，即：行为人醉酒、超速、闯灯驾驶机动车并导致事故发生的行为是在故意意志还是在过失意志支配下实施的。检察机关与审判机关均认为，被告人陈某主观上对危害结果的发生持放任的间接故意，因此其行为构成以危险方法危害公共安全罪。我们认为，本案在认定事实过程中，认定被告人陈某主观罪责方面存在不当，导致最终案件定性值得商榷。

公诉机关与审判机关认定被告人陈某具有“间接故意”的理由是：

1.酒后不能开车、开车不能超速、不能违反交通信号、不能违规超车是机动车驾驶者必须遵守的最基本的交通规则。被告人对此当然是明知的，但却仍主动实施了酒后超速行驶，而且不看交通信号灯，对红灯不管不顾，该停不停，并在接近路口的情况下仍强行违规超车。

陈某的每一个行为都可能导致撞车撞人的危险，陈某对此能够预见。

2.陈某明知驾驶机动车时应集中注意力，更应当知道自己在熬夜泡吧、疲劳、酒后、超速行驶的状态下对车辆控制力减弱更应该集中注意力的情况下，犯罪嫌疑人非但没有比正常行驶状态下多一份谨慎注意，反而回头与车上乘客说笑，对前方路口的红灯连看都没看，根本不注意路况，基本失去了对所驾驶车辆的控制。被告人主观上并不想撞上的辩解不予采信。

3．被告人陈某的行为缺乏自信的合理依据。过于自信的过失，是因为客观上存在一定的其自以为可以避免危害结果发生的合理依据，只是过高地估计了这些因素对于防止危害结果发生所起的作用而已。而本案中，案发前，被告人明知要开车，仍大量饮酒，使得自身驾驶控制机动车的能力下降；案发过程中，被告人并未采取任何可以让自己自信避免危险发生的行为（被告人未采取打轮、踩刹车的避险措施）。

4.案发后，被告人既未实施救助行为，也未拨打110报警，公然弃车逃逸。因此，被告人陈某在主观上不是过失，而是一种无所顾忌的心态。对自己危险驾驶机动车的行为可能危害他人生命、财产安全的后果持一种漠视，虽不积极追求却不管不顾，对自己当时是否会撞车撞人、撞成什么样都在其意志范围之内，发生本案的危害结果并不违背其意志，符合间接故意的意志因素。

我们认为，上述认定被告人陈某具有“间接故意”的四点理由存在如下错误：

第一，用叠加的认识因素替代犯罪故意。所谓认识因素，是指行为人明知自己的行为可能发生危害法益的结果。在直接故意与间接故意中，认识因素是基本相同的，甚至间接故意与有认识的过失之间，认识因素也是大体相同（只是前者对于行为危害后果的盖然性认识一般要高于后者）的。如果仅凭认识因素是难以区分主观罪责要件类别的。具体到本案中，公诉机关及审判机关均认为，被告人在认识到自己违反交通管理法规的情形下（饮酒驾车），继续实施相关违法行为（超速驾车），具备对危害后果的认识因素。这一点我们不持异议。但是，公诉机关据此进一步认定，在被告人具有认识因素的前提下，不履行谨慎驾驶义务（回头与通车人说笑、不看交通信号灯）的行为体现了其对危害结果的放任心态。这种观点的基本逻辑是：先行违反规定行为证明其有违反交通管理法规的认识，后期不尽注意义务的行为加剧了被告人对危害后果的认识程度，而被告人在这一认识因素支配下继续实施高度危险行

为，则证明其主观意志对行为的结果是放任的态度。对此观点我们是难以苟同的。因为不论被告人是与车内乘客说笑，还是不按交通信号指示灯的提示行使，仍属于认识因素（认识自身行为的危害性质）的范畴。几个认识因素的叠加，也不能作为判断意志因素的基础。根据公诉机关这一逻辑，转化为公式表述则是：

条件A. 认识因素+意志因素=犯罪故意（直接或间接故意）
条件B. 认识因素（认识违法）+认识因素（认识危害性质）=意志因素（放任）
将条件B代入条件A：
认识因素+认识因素（认识违法）+认识因素（认识危害性质）=犯罪故意（间接故意）

这种逻辑显然是不合理的，这使得犯罪构成体系中的主观罪责要件内部形成了自我封闭、自我循环、自我证明的自证体系。将会使得违反规则的“认识”上升为刑法意义上的故意，导致故意范围的无限膨胀。而事实证明，认识到行为违反了交通运输管理法规，并不当然表明被告人一定认识到了结果发生的必然性，当然更不能证明被告人希望或放任危害后果的发生。

第二，对意志因素判断标准失当。在评价间接故意与有认识的过失这两种主观罪过形态的过程中，“放任”的有无是区分二者的重要意志因素。刑法意义上的“放任”，具有相应的心理内容，即：行为人经过“认真地”计算后，同意、认可危害结果的发生，而不是“情绪的附随物”2。所谓“认真地”计算，是指行为人在预见结果可能会发生的前提下，权衡利弊后，为了达成原定目标，仍然实施相关行为（表示行为人接受结果的发生）；反之，虽然行为人预见结果可能发生，但只是轻率（高估自身的控制事态发展的能力）地相信结果不会发生。3这种情形则属于有认识的过失。本案中，公诉方强调，被告人客观上无控制局势的能力证明了被告人在主观上具有“放任”的故意意志。但需要说明的是，在对意志因素进行评价时，是不能采用事后结果（未能尽到结果回避义务，证明其客观“无自信的合理依据”）来反推事前心理状态的。如果我们认同有无“自信的合理依据”是判断定被告人主观有无“放任” 的意志标准，那么将会导致“放任”意志范围的无限扩大。因为，有认识的过失中本

[2] 张明楷：《刑法原理》商务印书馆 2011年3月第一版 第228页
[3] 有关“认真地”计算这一论述，可以进一步参阅陈兴良与周光权老师的《刑法学的现代展开》一书（中国人民大学出版社 2006年5月 第179页至181页）

身就隐含着不合理的自信（否则就不能叫过于自信了）。例如行为人超速驾驶，却自信不会发生事故。超过安全速度行驶本身极具危险性，那么在这种情形下“相信自己驾驶技术高，而事故不会发生”的自信就是“合理的自信”吗？由此可以认为，几乎所有的有认识的过失都是建立在不合理的自信基础上的。如果自信是合理的，而又造成危害后果，这种情况只能评价为意外事件。

因此我们认为，评价的标准应当是行为人有无对后果进行“认真地”计算。而在公诉方所列举被告人的行为中，恰恰有多种行为是证明了被告人在驾驶过程中轻率地过高估计了自己对局势的控制能力。例如：回头与同车朋友聊天的行为正是在自认前方路况良好，不存在其他车辆的情形下进行的。超速、不按交通信号灯提示行使，也正是基于案发时行人、车辆较少的判断而进行的。未采取避让、制动等措施，正是由于其未尽注意义务来不及实施而导致的，而并非放任危害后果的行为。如果依照公诉机关的观点，被告人陈某具有容认、甚至接受危害后果的意志因素，那么将得出这样的结论：被告人在放任道路上其他不特定多数人安全的同时，也放任了自己及其同车人的生死。因为以危险状态驾驶高速交通工具所带来的危险并不仅限于“他人”，驾驶员与同车人在这种情形下均与 “其他不特定多数人”一样处于危险之中。换言之，为了超速驾驶被告人连自己的生命安全都不顾及了。这种结论显然是难以令人接受的。综上，被告人陈某的行为是一种未经“认真地”计算而作出的“轻率”行为。

其实，我们也发现，公诉方不遗余力地将“无自信的合理依据”作为被告人具有 “放任”意志的根本目的是：试图将危害结果发生的可能性上升为危害结果发生的必然性，进而为证明被告人主观罪责形态为故意奠定基础。但是这种论证自然是不能成立的，因为即使被告人具有诸多违反交通管理法规的行为，而危害结果的发生也不可能是必然的。这是基本的常识。因此，本案中，公诉机关与审判机关在判断被告人主观意志方面均以“无自信的合理依据”作为被告人心理责任的评价基础，这不能不说是最大的失误。

第三，用事后行为评价事先行为中被告人的主观意志。在刑法理论上有一个很重要的原则就是责任与行为同时存在原则。这是指事后的行为不能作为先前行为的归责依据。而本案中，公诉机关却将被告人事后逃逸行为认定为具有“放任”危害后果发生的主观意志。我们

认为，事后行为不能对案发时行为人的主观意志起到回溯印证效应。不履行救助义务，弃车逃逸的行为只能证明被告人主观上具有“逃避法律追究的目的”，而不能证明其在事故发生时具有放任危害后果的意志。如果公诉机关的这一论证成立，那么只要是交通肇事后逃逸的行为人均可以推定其主观上具有放任危害结果的故意，进而构成以危险方法危害公共安全罪。这一结论显然是极其荒谬的。

通过前文分析，认定被告人陈某主观上具有放任危害结果发生的意志观点是难以自圆其说的。其实，围绕着间接故意与有认识的过失之间的差异的争论由来已久。二者之间的界限似乎一直难以厘清，但是我们认为，如果不仅仅将目光停留在二者之间的区别上，换一种思路进行审视，也许能有新的启发。

第一种思路就是，通过“血亲”关系进行区分。具体而言，间接故意固然与有认识的过失之间在外化形式存在诸多相似，但二者仅仅是形式上的相似，本质上有着天壤之别。而间接故意与直接故意却是有着天然的“血亲”关系，二者可谓是同胞兄弟。正如张明楷老师所指出的：“直接故意与间接故意虽然存在区别，但二者在法律上的地位却是相同的，区分二者的意义是有限的。”4由此，间接故意在意志因素上（放任），必须与直接故意的意志因素（希望）具有等质性。在对结果的态度方面，二者不能存在过大差异。这也是为何在评价意志因素过程中，必须强调“认真地”计算这一心理要素。因为如果没有经过“认真地”计算，行为人对危害结果的决意程度不可能上升到与“追求”、“希望”等直接故意的意志因素相等质的地位。

第二种思路就是，通过体系考查进行区分。所谓体系考查，就是通过刑法分则条文间的协调性来检验某一结论的适当性。具体到此类案件，就应当考查将与被告人陈某类似的行为均认定为以危险方法危害公共安全罪是否会造成该罪名与其他罪名之间不协调的情形。我们发现，如果将酒后、超速驾驶机动车并导致危害后果产生的行为均认定为以危险方法危害公共安全罪，就等同于将应当适用于交通肇事罪的大部分行为与全部危险驾驶行为均纳入该罪调整范畴，进而导致架空另外两个罪名。这是因为，在大部分交通肇事犯罪中，都存在酒后、超速等违反交通管理运输法规的行为。依据陈某案的认定思路，这些行为均应纳入以危险方

[4]张明楷：《刑法原理》商务印书馆 2011 年 3 月第一版 第 237 页

法危害公共安全罪的行为。而对于危险驾驶行为，由于其行为已符合陈某案中认定的“危险方法”，在罪责要素方面，更是属于故意犯罪，故危险驾驶行为依照陈某案的处理思路均符合刑法第114条的规定，即“以其他危险方法破坏公私财产，危害公共安全，尚未造成严重后果的。”这样危险驾驶罪就没有存在的空间与必要。虽然公诉方在辩论意见中提出：“在不同的个案中，由于行为人驾驶机动车行为造成的危害结果所持的主观心态不同，故不能认为行为人主观上对危害结果的发生一概是故意或过失，进行一刀切，全部认定为以危险方法危害公共安全罪或者交通肇事罪。而应当根据个案的不同情况，综合全案证据分析认定。”但是我们认为，这种观点是自相矛盾的。因为公诉方认定被告人陈某主观具有“放任”的意志就是依据陈某的酒驾、超速以及不顾及路况和交通信号灯等违反交通运输管理法规的行为。而至于其所辩解的“具体问题具体分析”，实质就是“视危害后果而推定犯罪意志因素”的具体体现。

时至今日，陈某案已经走完了二审程序，终审判决也确认了其犯以危险方法危害公共安全罪，但是在学术层面，对于罪责要素区分等关键问题的探讨却不能因此而停止。特别是在风险社会的语境下，我们的刑事立法与刑事司法应当如何应对更是值得思考的问题。本文对陈某案的探讨仅限于学术层面。因为我们认为，争辩个案对错的价值有限，而通过探讨与思辨，启迪思维，倡导理念，才是我们所能做的，也是我们仅能做的。

从同案识别的角度析死刑案件抗诉的适用

王蕾*

内容摘要：2010年12月，最高人民检察院发布了指导案例2号忻元龙绑架案，该案例旨在要求死刑案件的抗诉，要正确把握适用死刑的条件，严格证明标准，依法履行刑事审判法律监督职责。笔者曾经办理的被告人吴某杀妻焚尸案经两次死缓抗死刑立即执行，抗诉过程及理由与该指导案例有类似之处。本文通过对这两起案例的对比，从同案识别的角度评析死刑案件抗诉的适用。

关键词：同案识别　死刑案件　抗诉

一、案情简介

1. 吴某故意杀人案

被告人吴某1974年生于北京的一个干部家庭，从小老实厚道，但自尊心很重。1995年他大专会计专业毕业后在中关村从事电子销售工作，经过数年的职场磨砺，吴某从一个没有经验、业绩一般的新人成为该领域的客户总监。2007年1月，吴某在网上聊天时认识了小他4岁的湖南女孩谢某某，几次接触后，吴某被谢某某甜美的外表和开朗的性格吸引，随即二人确立了恋爱关系，并在相识3个月后登记结婚了。时下流行的“网恋”“闪婚”带给二人短暂的甜蜜后，也为后来的惨剧埋下了隐患。婚后，谢某某辞去了工作，在家专职炒股，家庭的琐事使二人的感情由浓转淡。谢某某经常因为吴某吃饭声大、走路姿势、穿衣风格等生活细节与吴某发生争吵，吴某也开始埋怨在繁忙的工作之余还要经常接待谢某某老家来京看病、旅游的亲戚们。2007年7月，因婆媳关系不和，谢某某提出把吴某父母房子卖掉另买一处新房单独居住，吴某也勉强照做了。开始吴某对其新婚的妻子还持忍让态度，但慢慢他发现尽管自己百般迁就，谢某某依旧对自己诸多不满。案发前一个月，吴某情绪低落，少言寡语，一直处于一种压抑的状态。而这种压抑终于在2007年12月2日那天爆发了。

案发当天上午吴某去火车站接刚从老家湖南探亲回京的谢某某，二人回到家后，谢某某看见家里比较乱就开始发火，砸东西，二人随即争吵起来，越吵越气愤。吴某联想起前些天

* 北京市人民检察院第二分院公诉一处助理检察员、法学学士。

在谢某某电脑聊天记录中发现的她与一个男网友的谈话内容，有“出轨”的意思，吴某本来打算她回来彼此好好谈谈，结果一回来她却先闹起来了，吴某当时很生气也很冲动。当谢某某去洗手间洗澡的时候，吴某在家中找了一根电线，到浴室趁谢某某不备，一把勒住了她的脖子，直到她不动了。吴某把谢某某抱到卧室的床上，当他打扫完卫生间回到卧室，见谢某某还有一口气时，吴某又掐谢的脖子，慢慢地谢某某就没了动静。之后吴某到三里屯“雅秀”市场买了一个大号的旅行箱，把尸体装在箱子里运到良乡附近的一片荒地里用汽油点燃焚烧了。吴某处理完尸体回到家中就接到了岳母从湖南打来的电话，岳母要求和女儿通话，吴某骗她说谢某某睡着了。为了防止罪行败露，过了两天，吴某到平房乡派出所报案称谢某某走失了。谢某某的家人多次打电话都没有联系到谢某某，他们就从老家来了北京。谢某某的母亲发现吴某的左眼角有明显的伤，新房中有玻璃碎片，吴某否认和谢某某打架了，否认二人关系紧张。谢某某的家人就向警方反映了这种情况，警方经查吴某的灰色宝莱车于 2007 年 12 月 2 日晚到过房山区，与其所述谢某某于 12 月 2 日 7 时从湖南老家回到国美第一城的住处后，二人一直未出门，直至第二天（12 月 3 日）上午 7 时 30 分吴某才离家上班的说法不符。后通过对 2007 年 12 月 3 日北京市房山区良乡镇张谢村南关地麦田杀人焚尸案现场发现的石膏足迹比对，发现为吴某穿用的左脚皮鞋所留，现场蓝色金属水壶上发现的两枚指纹痕迹分别为吴某右手拇指及右手中指所留。于是 12 月 11 日公安机关对吴某进行传唤，吴某遂供述了杀害谢某某并焚尸的犯罪行为。

2. 高检指导性案例第 2 号：忻元龙绑架案

被告人忻元龙，男，1959 年 2 月 1 日出生，汉族，浙江省宁波市人，高中文化。2005 年 9 月 15 日，因涉嫌绑架罪被刑事拘留，2005 年 9 月 27 日被逮捕。

被告人忻元龙因经济拮据而产生绑架儿童并勒索家长财物的意图，并多次到浙江省慈溪市进行踩点和物色被绑架人。2005 年 8 月 18 日上午，忻元龙驾驶自己的浙 B3C751 通宝牌面包车从宁波市至慈溪市浒山街道团圈支路老年大学附近伺机作案。当日下午 1 时许，忻元龙见女孩杨某某（女，1996 年 6 月 1 日出生，浙江省慈溪市浒山东门小学三年级学生，因本案遇害，殁年 9 岁）背着书包独自一人经过，即以“陈老师找你”为由将杨某某骗上车，将其扣在一个塑料洗澡盆下，开车驶至宁波市东钱湖镇“钱湖人家”后山。当晚 10 时许，

忻元龙从杨某某处骗得其父亲的手机号码和家中的电话号码后，又开车将杨某某带至宁波市北仑区新碶镇算山村防空洞附近，采用捂口、鼻的方式将杨某某杀害后掩埋。8 月 19 日，忻元龙乘火车到安徽省广德县购买了一部波导 1220 型手机，于 20 日凌晨 0 时许拨打杨某某家电话，称自己已经绑架杨某某并要求杨某某的父亲于当月 25 日下午 6 时前带 60 万元赎金到浙江省湖州市长兴县交换其女儿。尔后，忻元龙又乘火车到安徽省芜湖市打勒索电话，因其将记录电话的纸条丢失，将被害人家的电话号码后四位 2353 误记为 7353，电话接通后听到接电话的人操宁波口音，而杨某某的父亲讲普通话，由此忻元龙怀疑是公安人员已介入，遂停止了勒索。2005 年 9 月 15 日忻元龙被公安机关抓获，忻元龙供述了绑架杀人经过，并带领公安人员指认了埋尸现场，公安机关起获了一具尸骨，从其浙 B3C751 通宝牌面包车上提取了杨某某头发两根（经法医学 DNA 检验鉴定，是被害人杨某某的尸骨和头发）。公安机关从被告人忻元龙处扣押波导 1220 型手机一部。

被告人忻元龙绑架一案，由浙江省慈溪市公安局立案侦查，于 2005 年 11 月 21 日移送慈溪市人民检察院审查起诉。2006 年 1 月 4 日，宁波市人民检察院以忻元龙涉嫌绑架罪向宁波市中级人民法院提起公诉。

2006 年 1 月 17 日，浙江省宁波市中级人民法院依法组成合议庭，公开审理了此案。法庭审理认为：被告人忻元龙以勒索财物为目的，绑架并杀害他人，其行为已构成绑架罪。手段残忍、后果严重，依法应予严惩。检察机关指控的罪名成立。

2006 年 2 月 7 日，宁波市中级人民法院作出一审判决：一、被告人忻元龙犯绑架罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。二、被告人忻元龙赔偿附带民事诉讼原告人杨宝风、张玉彬应得的被害人死亡赔偿金 317640 元、丧葬费 11380 元，合计人民币 329020 元。三、供被告人忻元龙犯罪使用的浙 B3C751 通宝牌面包车一辆及波导 1220 型手机一部，予以没收。

忻元龙对一审刑事部分的判决不服，向浙江省高级人民法院提出上诉。

2006 年 10 月 12 日，浙江省高级人民法院依法组成合议庭，公开审理了此案。2007 年 4 月 28 日，浙江省高级人民法院作出二审判决：一、撤销浙江省宁波市中级人民法院（2006）甬刑初字第 16 号刑事附带民事判决中对忻元龙的量刑部分，维持判决的其余部分；二、被

告人忻元龙犯绑架罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。被害人杨某某的父亲不服，于2007年6月25日向浙江省人民检察院申诉，请求提出抗诉。

浙江省人民检察院经审查认为，浙江省高级人民法院二审判决改判忻元龙死刑缓期二年执行确有错误，于2007年8月10日提请最高人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。最高人民检察院派员到浙江专门核查了案件相关情况。最高人民检察院检察委员会两次审议了该案，认为被告人忻元龙绑架犯罪事实清楚，证据确实、充分，依法应当判处死刑立即执行，浙江省高级人民法院以“鉴于本案具体情况”为由改判忻元龙死刑缓期二年执行确有错误，应予纠正。

2008年10月22日，最高人民检察院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零五条第三款之规定，向最高人民法院提出抗诉。2009年3月18日，最高人民法院指令浙江省高级人民法院另行组成合议庭，对忻元龙案件进行再审。2009年5月14日，浙江省高级人民法院另行组成合议庭公开开庭审理本案。法庭审理认为：被告人忻元龙以勒索财物为目的，绑架并杀害他人，其行为已构成绑架罪，且犯罪手段残忍、情节恶劣，社会危害极大，无任何悔罪表现，依法应予严惩。检察机关要求纠正二审判决的意见能够成立。忻元龙及其辩护人要求维持二审判决的意见，理由不足，不予采纳。

2009年6月26日，浙江省高级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零五条第二款、第二百零六条、第一百八十九条第二项，《中华人民共和国刑法》第二百三十九条第一款、第五十七条第一款、第六十四条之规定，作出判决：一、撤销浙江省高级人民法院（2006）浙刑一终字第146号刑事判决中对原审被告人忻元龙的量刑部分，维持该判决的其余部分和宁波市中级人民法院（2006）甬刑初字第16号刑事附带民事判决；二、原审被告人忻元龙犯绑架罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，并依法报请最高人民法院核准。

最高人民法院复核认为：被告人忻元龙以勒索财物为目的，绑架并杀害他人的行为已构成绑架罪。其犯罪手段残忍，情节恶劣，后果严重，无法定从轻处罚情节。浙江省高级人民法院再审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。

2009年11月13日，最高人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十九

条和《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第二条第一款之规定，作出裁定：核准浙江省高级人民法院（2009）浙刑再字第3号以原审被告人忻元龙犯绑架罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事判决。2009年12月11日，被告人忻元龙被依法执行死刑。

二、与最高人民检察院指导案例的对比

（一）从诉讼过程看，两个案例均经历了较为复杂的抗诉过程

指导案例中，被告人忻元龙绑架一案，由浙江省慈溪市公安局立案侦查，于2005年11月21日移送慈溪市人民检察院审查起诉。2006年1月4日，宁波市人民检察院以忻元龙涉嫌绑架罪向宁波市中级人民法院提起公诉。2006年2月7日，宁波市中级人民法院一审判决被告人忻元龙犯绑架罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

忻元龙对一审刑事部分的判决不服，向浙江省高级人民法院提出上诉。2006年10月12日，浙江省高级人民法院改判被告人忻元龙犯绑架罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

被害人杨某某的父亲不服，于2007年6月25日向浙江省人民检察院申诉，请求提出抗诉。浙江省人民检察院经审查认为，浙江省高级人民法院二审判决改判忻元龙死刑缓期二年执行确有错误，于2007年8月10日提请最高人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。最高人民检察院检察委员会两次审议了该案，认为被告人忻元龙绑架犯罪事实清楚，证据确实、充分，依法应当判处死刑立即执行。

笔者办理的被告人吴某故意杀人案，北京市人民检察院第二分院经审查后于2008年5月26日以被告人吴某犯故意杀人罪向北京市第二中级人民法院提起公诉。二中院于2008年10月20日一审判处被告人吴某死刑，缓期二年执行。2008年10月28日，我院以量刑不当为由，提起抗诉。2009年3月5日，本案被北京市高级法院以事实不清为由，发回重审。

发回重审后，承办人调取并补强了相关证据后，再次提起公诉。2009年6月18日，二中院再次对本案作出死缓判决。我院经依法审查后经向院检委会汇报决定于2009年6月29日，再次提出抗诉。

2009年10月30日，北京市高级法院判决认定我院抗诉理由及认为原审判决量刑不当，建议改判的意见，理由充分，予以采纳。撤销二中院死缓的刑事判决，改判被告人吴某死刑，剥夺政治权利终身。

指导案例系审判监督抗诉，而笔者办理的案例经历了发回重审后，两次二审抗诉，最终获得改判。

（二）针对死刑案件抗诉范围、抗诉标准、证据审查的同案对比

1、两个案例均达到了犯罪事实清楚，证据确实、充分。定案的物证、书证、证人证言、被告人供述、鉴定结论、现场勘查笔录等证据能够形成完整的证据体系。被告人忻元龙绑架案中，公安机关根据忻元龙的供述找到被害人杨某某尸骨，忻元龙供述的诸多隐蔽细节，如埋尸地点、尸体在土中的姿势、尸体未穿鞋袜、埋尸坑中没有书包、打错勒索电话的原因、打勒索电话的通话次数、通话内容、接电话人的口音等，得到了其他证据的印证。而被告人吴某故意杀人案，从吴某心虚报假案、购买装尸体的旅行箱、焚尸现场留脚印等证据均证实被告人吴某故意杀人的犯罪事实清楚、证据确实、充分。

2、法院从轻判决缺乏法律依据，判决确有错误。浙江省高级人民法院以“鉴于本案具体情况”为由改判忻元龙死刑缓期二年执行，二审改判的理由是认为该案证据存在两个疑点。一是卖给忻元龙波导1220型手机的证人傅世红在证言中讲该手机的串号与公安人员扣押在案手机的串号不一致，手机的同一性存有疑问；二是证人宋丽娟和艾力买买提尼牙子证实，在案发当天看见一中年妇女将一个与被害人特征相近的小女孩带走，不能排除有他人作案的可能。经审查，这两个疑点均能够排除。

吴某故意杀人案中，法院主要针对被害人谢某某是否存在婚外情问题，以事实不清为由，将刑事部分发回重审。在重审期间，承办人又重新审查了证据，关于谢某某曾经出轨的问题，仅仅是被告人吴某的怀疑，没有确实的证据证明，在案的聊天记录是吴某转存在自己的笔记本电脑中打印出来的，原始数据已无法恢复，故不能仅凭一份聊天记录就认定谢某某出轨。因此，本案不能以被害人存在过错为由减轻对被告人吴某的处罚。

3、两案例中被告人作案手段残忍、人身危险性、社会危害性极大，对其应当判处死刑立即执行。被告人忻元龙精心预谋犯罪、主观恶性极深。其为使自己的罪行不被发现，在得

到被害人家庭信息后，当天就将年仅9岁的杨某某杀害，忻元龙归案后认罪态度差。开始不供述犯罪，并隐瞒作案所用手机的来源，后来虽供述犯罪，但编造他人参与共同作案。忻元龙的犯罪行为不仅剥夺了被害人的生命、给被害人家属造成了无法弥补的巨大痛苦，二审改判忻元龙死刑缓期二年执行不被被害人家属和当地群众接受。被害人家属强烈要求判处忻元龙死刑立即执行，当地群众对二审改判忻元龙死刑缓期二年执行亦难以接受，要求司法机关严惩忻元龙。

而被告人吴某仅仅因为对妻子的猜忌、不满，在自己情绪无法排解的情况下，就起意报复杀人。作案后，为掩盖罪行实施了焚尸灭迹的行为。手段极其残忍，社会负面影响极大。

吴某在实施杀人行为后，向被害人家属谎称谢某某离家出走，甚至向公安机关报假案称谢失踪。在被害人家属发现吴某有作案嫌疑报案后，吴某仍拒不交代犯罪事实，心存侥幸、隐瞒真相。本案吴某的故意杀人行为给被害人家属造成了极大的精神创伤，吴某家属的赔偿行为并未取得被害人家属的谅解，以钱赎刑的观点是不可取的。

为维护司法公正，准确惩治犯罪，本着罪行相适应的原则，同时在充分考虑被害人家属诉求，维护被害人诉讼权益的基础上检察机关做出了抗诉的决定。

三、最高人民检察院指导案例为死刑案件抗诉提供了指引

实践证明，对一定时期内同一类型案件判决结果进行集中对比分析，通过比较发现问题，总结归纳出同类案件抗诉的关键点，是提高审判监督能力的重要方法。通过对最高人民检察院发布的指导性案例与吴某案在抗诉标准、抗诉范围、证据审查等方面进行识别，探析死刑案件抗诉的适用，对今后死刑案件抗诉工作起到了很强的指导作用，同时也为我们办理死刑抗诉案件带来诸多收获和启示。

（一）准确理解“死刑政策”，根据最高检指导案例的指引，加大对死刑案件的诉讼监督力度

作为分院一级检察机关，承办可能判处死刑的刑事案件是其主要职能之一，因此，准确理解和把握“死刑政策”，正确适用死刑，保证死刑案件的质量是分院级检察机关的重要职责。当前适用死刑的基本政策可以概括为“保留死刑、严格控制死刑和慎重适用死刑”，但对于这一死刑政策目前无论在理论界还是司法实务界还存在一些误读，尤其是对一些因婚

姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件。最高人民法院在召开的多次会议上，都强调要慎重处理因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人案件的死刑适用，理由是婚姻家庭矛盾激化引发的案件，一般事出有因，被告人针对特定的对象实施犯罪行为，其主观恶性、人身危险性与发生在社会上的严重危害社会治安的案件有所区别，在量刑时，应当综合犯罪起因、犯罪手段等因素考量，不能因为造成了被害人的死亡，就一律适用死刑。因此，对婚姻家庭、邻里纠纷引发的杀人案件司法实践中法院判处死刑立即执行的比例越来越少。对于司法审判中存在的这种现象，检察机关应辩证地看待，一方面要顺应逐步减少死刑适用的潮流，工作中贯彻“少杀、慎杀”的方针，但另一方面要注意“该精神”适用的条件性，不应当不顾案件的性质、情节、手段和后果而在婚姻家庭和邻里纠纷引发的杀人案件中一律排除适用死刑立即执行。如吴某杀妻案中，被告人吴某作案手段残忍、人身危险性、社会危害性极大，对其应当判处死刑立即执行。检察机关作为法律监督机关要充分运用各种监督手段，纠正审判实践中的不当倾向和做法，“少杀、慎杀”不等于“该杀不杀”，家庭、邻里之间纠纷引发的刑事犯罪，如果严重危及他人甚至无辜者的生命，造成十分严重后果的，也必须依法惩处。对此类案件只有予以严厉打击，才能维护社会的公正与和谐。

（二）充分考虑被害人家属的合理诉求，切实履行法律监督职能，着力从源头上预防和减少社会矛盾

最高人民检察院指导案例的抗诉成功是检察机关在执法办案过程中注重从源头上预防和减少社会矛盾，努力实现社会矛盾由事后调处向源头预防、由因时治标向着力治本转变的生动体现。

对指导案例和吴某案中检察机关对法院判决进行抗诉，其中很重要的一个原因就是在承办案件的过程中，感受到被害人家属对法院判决的强烈不满，这使我们深刻地认识到，此次抗诉案件不仅关系到个案的公正处理，更应该上升到维护社会和谐稳定的高度来处理案件，如果不能妥善处理该案，被害人家属就可能对国家和社会产生失望、不满情绪，为社会稳定留下隐患。因此，在充分考虑被害人家属合理诉求的基础上，结合案件的事实证据，切实履行法律监督职能，向法院提出抗诉。在办案过程中，我们时刻自觉落实稳定是硬任务、是第一责任的要求，注重保护被害人合法权益，没有简单地就案办案，一诉了之，而是坚持

严格公正执法，确保案件依法正确处理，主动把执法办案工作向化解社会矛盾延伸，把执法办案的过程变成化解消极因素、促进社会和谐稳定的过程，真正实现定纷止争、案结事了、息诉罢访。

（三）强化监督意识，把好三道关口，确保抗诉工作取得实效

刑事抗诉是检察机关进行法律监督的重要手段，是强化法律监督的重要内容。近年来，我们按照最高人民检察院指导案例的指引，在诉讼监督中坚持“依法、坚决、准确、有效”的原则，把抗诉工作作为督促法院正确履行审判职责、维护社会公平正义、强化法律监督的重要途径。通过对指导案例的仔细研读，我们结合实际工作探索出一套卓有成效的抗诉工作经验。一是破除了抗诉工作中普遍存在的“法院标准论”、“监督无用论”、“影响团结论”三种错误认识，树立以维护司法公正为目标，有错必纠、切实履行审判监督职能为出发点和落脚点的刑事抗诉工作新观念，为充分行使检察机关的刑事抗诉权，推动抗诉工作的开展，奠定了坚实的思想基础。二是在抗诉工作中抓住“事实证据关”、“法律适用关”、“量刑关”三道监督重点关口，找准“抗点”，认真审查，从严把握，确保抗诉案件质量。三是在抗诉工作中实行“承办人、处室领导、分管检察长以及检委会”四级层层把关，充分发挥集体智慧，不断提高抗诉质量，真正做到敢于监督、善于监督。

最高人民检察院发布的指导性案例从诉讼程序、适用法律、量刑理由等多个方面认真审查法院判决，对我们提高抗诉能力和水平提出了更高的要求，也激励我们进一步将抗诉工作作为督促法院正确履行审判职责、维护社会公平正义、强化法律监督的重要途径。

我国行政判例中的裁量收缩理论

中国政法大学法学院 王天华

一、裁量收缩理论的构造

（一）裁量收缩理论解决的问题——效果裁量及其国家赔偿问题

效果裁量：决定裁量（是否作为）、选择裁量（如何作为）和时间裁量（何时作为）/ “可以”或“有权”规定

效果裁量及其国家赔偿问题：效果裁量是否意味着不发生行政义务？私人受损是否可以请求国家赔偿？

（二）裁量收缩理论的概要——裁量收缩要件

① 被侵害法益的重要性

② 危险的可预见性

③ 损害结果的可回避性

④ 行政保护的可期待性

上述条件充足的，行政机关享有效果裁量但承担作为或不作为义务，私人因行政机关不履行该义务而蒙受损害的，可以请求国家赔偿。

（三）裁量收缩理论的构造

- 前提：效果裁量与行政义务并不矛盾（裁量一元论）。
- 基础：国家的基本权利（宪法规范）保护义务
- 实质：对相互冲突的基本权利以及行政便宜的比较衡量/行政裁量/法律的合宪性解释
- 方法：为个案量身打造裁量基准
- 思考方式：主观法思维

二、我国的行政判例

（一）“尹琛琰诉卢氏县公安局110报警不作为行政赔偿案”（载《最高人民法院公报》2003年第2期，以下简称“110报警案”）

案情：原告的门市部被盗，被盗过程中，附近市民发现有人行窃并两次报警，但是在行窃人将盗窃物品装上摩托车驶离现场的20多分钟内，被告一直未派员到场。法院判决被告赔偿原告损失的50%即12500.75元。

裁量收缩要件的充足情况：③损害结果的可回避性并未得到充分的论证

※《宪法》第13条：“公民的合法的私有财产不受侵犯。

国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”

※《人民警察法》第21条：“人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形，应当立即救助；对公民提出解决纠纷的要求，应当给予帮助；对公民的报警案件，应当及时查处。

人民警察应当积极参加抢险救灾和社会公益工作。”

（二）“王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷案”（河南省中牟县人民法院2002年3月19日审结，载《最高人民法院公报》2003年第3期；之后作为第18号案例公布于最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例》第1卷，中国法制出版社2010年版。以下简称“暂扣车辆案”）

案情：原告借用他人的3台农用小四轮拖拉机，拖带两轮拖斗运送31头生猪。途中，被告以未缴养路费为由强行将3台拖拉机开走、暂扣，拖斗内生猪因挤压和中暑而死亡15头。

裁量收缩要件的充足情况：四个要件都已充足，但④行政保护的可期待性要件充足性的论证有待补强

判决要旨：

裁量收缩的要件	充足性	理由
①侵害法益的重要性	√	15头生猪死亡损失10500元/判旨
②危险的可预见性	√	“无论暂扣车辆的决定是否合法，被告县交通局的工作人员准备执行这个决定时，都应该知道：在炎热的天气下，运输途中的生猪不宜受到挤压，更不宜在路上久留。”/判旨
③损害结果的可回避性	√	不暂扣拖拉机，拖斗中的生猪就不会闷死。/判旨
④行政保护的可期待性	√	“不管这生猪归谁所有，只有及时妥善处置后再行扣车，才能保证不因扣车而使该财产遭受损失。”/判旨
		从本案具体情况来看，由原告自行处理（如另行租车），保证生猪无损不具有现实可行性。/补充1 妥善处置生猪后再行扣车符合比例原则，也符合授权规范的法意/补充2

※《河南省公路管理条例》第53条第2款规定：“不按规定缴纳或逃缴、拒缴公路养路费的，交通行政主管部门可以暂扣车辆，待其接受处理后，立即放行车辆。

（三）“正浩印刷有限公司诉安溪县人民政府、安溪县水利局不履行开闸泄洪管理职责并要求行政赔偿案”（福建省泉州市中级人民法院2004年9月20日审结，[2004]泉行终字第99号，以下简称“开闸泄洪案”）

案情：台风、大雨导致积水威胁到原告的厂房，原告打电话给被告请求从速开闸放水，但未获积极回应。其后三小时内，原告的厂房进水，导致原料、货物及设备在水中浸泡，部分货物被冲走。原告遂已被告行政不作为为由，请求国家

赔偿。法院判决说：被告的一系列行为“符合《中华人民共和国防洪法》规定的技术操作规范要求，应当认定两被诉人积极履行了防汛抗洪的法定职责。……（原告的）厂房被淹系短时间降雨量特大引起的内涝造成，与作为不可抗力的自然灾害具有直接的因果关系”，驳回了原告的诉讼请求。

裁量收缩要件的充足情况：法院未予认定

※《防洪法》第1条规定：“为了防治洪水，防御、减轻洪涝灾害，维护人民的生命和财产安全，保障社会主义现代化建设顺利进行，制定本法。”

第2条规定：“防洪工作实行全面规划、统筹兼顾、预防为主、综合治理、局部利益服从全局利益的原则。”

※《福建省防洪条例》第36条规定：“水库管理单位应当采取先放示警流量然后逐步加大流量的方法开闸泄洪，并应当按照规定提前通知有关部门和单位。”

三、点评

（一）政治性判决的客观存在

（二）“滥用职权”判例理论背后的理论匮乏

（三）主观法思维的缺失

※基本权利的保护意识并不缺失？

※主观法思维：试图在行政法和行政法学中发现或建构一个能够与民法和民法学沟通、对话的体系，特别是以“权利”或“请求权”概念去表达行政过程中的各种利益，使这些利益的实现更为确实，使私人与行政主体特别是国家之间真正建立起权利义务关系。

作为合法性审查标准的正当程序原则

许春晖※

内容提要：在缺乏有关程序的法律依据时，构成行政机关对程序的行政裁量权。行政机关对程序的裁量违反正当程序原则的，构成滥用职权。正当程序原则的合法地位，源自《行政诉讼法》所规定的具体行政行为不得滥用职权。法院审查具体行政行为是否存在滥用职权的判断标准之一，是正当程序原则。上述规则的确立，经历了从对国外知识的学说借鉴、政策回应、司法实践和法律确认的发展过程。

关键词：行政裁量权 正当程序 滥用职权 中国化

引言

正当程序的内容在田永案[最典行 1999-4][①]中有所反映。此后，正当程序首次在我国行政诉讼中的实践，系刘燕文案[(1999)海行初字第 103 号]中原告代理人的辩论意见，法院同样采纳了正当程序的内容。在张成银案[最典行 2005-3]、彭淑华案[最参行第 20 号]和陈炯杰案[最指行第 21 号]等案件中，法院则直接运用正当程序原则来审查行政行为的合法性，推动了正当程序原则在我国司法实践中的发展。然而，“法官的结论必须不断受到检验和再检验，修改和再调整”。[②]这些案件的裁判事实上也均未说明“法院凭什么根据没有具体法条依据的正当程序原则判决”[③]，以及以合法性审查为原则的行政诉讼为什么可以审查属于合理性范畴的行政程序裁量。陈刚案[最参行第 106 号][④]终于回答了上述问题，即正当程序原则系滥用职权的判断标准之一。本案裁判要旨指出：“在法律、法规没有明确规定的情况下，人民法院可以把正当程序原则作为判断行政行为合法性的依据。被诉行政行为存在明显违反正当程序原则情形的，可以按照《行政诉讼法》第 54 条第（二）项第 5 目作出判决。被告自行纠正后原告仍然坚持诉讼，应当判决确认违法。”由此，陈刚案[最参行第 106 号]

※ 上海交通大学法学院研究生。

[①] 本文案例的缩写方法，参见叶必丰：《最高人民法院关于无效行政行为的探索》，《法学研究》2013 年第 6 期，第 45 页；叶必丰：《行政法与行政诉讼法》，高等教育出版社 2012 年版，“第二版前言”第Ⅱ页。

[②] [美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 2000 年版，第 84-85 页。

[③] 何海波：《司法判决中的正当程序原则》，载《法学研究》2009 年第 1 期，第 145 页。

[④] 参见最高人民法院行政审判庭：《中国行政审判案例》（第 3 卷），中国法制出版社 2013 年版，第 128-132 页。

实现了“通过模仿得以传播的个体的创新”，[①]一种不是大张旗鼓进行的创新。[②]本文将努力描述这一创新的过程，以及它的普遍性意义。

一、“没有法律依据”下行政裁量的正义性

（一）“没有法律依据”下的行政裁量

本案的系争行为为《限期拆除通知书》，原告的起诉理由之一是系争行为的作出未经听证程序。法院认定，系争行为的依据是《城乡规划法》、《城市市容和环境卫生管理条例》和《江苏省城市市容和环境卫生管理条例》；这些法律依据确实并未规定作出系争行为的程序，未规定是否需要告知当事人陈述申辩权、向当事人提供陈述申辩机会。确立裁判要旨的理由书认为，在这种情况下，“是否意味着就不必遵守任何程序，答案显然是否定的”；只意味着可以选择这种程序或那种程序，即“在没有法律就相关程序作出明确规定的前提下，理论上讲就进入了裁量的范畴”。也就是说，在“没有法律依据”的情况下，行政机关可以选择适当的程序，如何选择属于行政机关的权力即行政裁量权。由此表明，法院已经把一个程序问题转换为一个权力问题。

本案关于行政裁量权的推导，是对以往实践的发展。田永案[最典行 1999-4]的系争行为按退学处理，在当时的《普通高等学校学生管理规定》没有规定应告知当事人陈述申辩权的程序。刘燕文案[(1999)海行初字第 103 号]的系争行为不予颁发博士学位证书，在当时的《中华人民共和国学位条例》及《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》中也没有规定应告知当事人陈述申辩权的程序。但上述两案的裁判法院，都未指出在“没有法律依据”的情况下行政机关可以裁量行政或构成行政机关的行政裁量权。

按照大陆法系国家的主流学说，行政裁量是仅就法律规定之法律效果部分而言的。对构成要件部分，在法治国家并不允许有裁量权。[③]裁量概念既有实体法的因素，也有程序法的因素。[④]实务上承认的行政裁量类型包含法规未有规定之事项。[⑤]早前，我国的行政法学并不严格区分法律规定的法律要件和法律效果，认为均属于行政裁量的问题。[⑥]近年

[①] 同前注[2]，卡多佐书，第 68 页。

[②] 参见[美]卡尔·N.卢埃林：《普通法传统》，陈绪刚等译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 311 页。

[③] 参见陈敏：《行政法总论》，台湾新学林出版有限公司 1996 年版，第 179 页。

[④] [德]汉斯·J.沃尔夫等：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆 2007 年版，第 363 页。

[⑤] 参见翁岳生主编：《行政法》（上册），中国法制出版社 2009 年版，第 263-264 页。

[⑥] 参见王珉灿主编：《行政法概要》，法律出版社 1983 年版，第 113 页。

学说开始区分不确定法律概念的解释与法律效果的行政裁量[③]，并关注行政程序裁量的问题[④]。程序裁量，即在法律法规没有特别规定的情况下，行政机关及其他承担行政任务的主体有权选择作出行政行为的程序种类与形式，自主确定行政过程的内容。[⑤]学界目前关于行政程序裁量罕有的定义中，已有学者关注到法律没有规定的程序。本案中，法院基于法律没有规定的程序属于行政裁量或构成行政裁量权的见解，符合大陆法系国家的学说和实务，并在司法实务中首次认可我国学说的发展，形成了具有指导意义的规则，具有普适性意义。

（二）行政程序裁量的正义性

本案裁判要旨指出："在法律、法规没有明确规定的情况下，人民法院可以把正当程序原则作为判断行政行为合法性的依据。"也就是说，法院之所以从"没有法律依据"导出行政裁量权，是为了对行政行为实现司法审查。确立裁判要旨的理由书指出，《城乡规划法》未规定作出《限期拆除通知书》的程序存在法律漏洞，而"如何来进行填补，是值得探究的。"指出法律漏洞，显然是填补即司法审查的前提。

卡多佐指出："只是在宪法和制定法都沉默时，我们才踏上了这块神秘的土地，这时，法官必须从普通法中寻找适合案件的规则。"针对规则的寻找，"法官必须做的并不是确定当年立法机关心中对某个问题究竟是如何想的，而是要猜测对这个立法机关当年不曾想到的要点——如果曾想到的话——立法机关可能会有什么样的意图。"[⑥]

法院尽管有像卡多佐那样的雄心，但所面对的毕竟是一个裁量和选择。"法院在两个相互冲突的权力界限之间，或在两个令人信服的公共政策原则之间很难做出选择。"[⑦]"如果我们就该问题的两个方面的论点设计一张平衡表，那么根据对判断的积极性要素与消极性要素所作的仔细分析，我们就会发现，其间一方的论点明显占有优势。"[⑧]这个占优势的积极性要素，就是最基本的或最低限度的正义或自然正义。"对于人身、财产和承诺所需的最低

[①] 参见余凌云：《行政自由裁量论》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 33 页；郑春燕：《取决于行政任务的不确定法律概念定性——再问行政裁量概念的界定》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2007 年第 3 期，第 166-173 页；周佑勇：《行政裁量治理研究：一种功能主义的立场》，法律出版社 2008 年版，第 16 页；尹建国：《行政法中的不确定法律概念释义》，载《法学论坛》2009 年第 1 期，第 63-64 页。

[②] 参见王振宇：《行政程序裁量的司法审查标准》，载《人民法院报》2007 年 1 月 25 日第 6 版；郑春燕：《服务理念下的程序裁量及其规制》，载《法学研究》2009 年第 3 期，第 94-102 页；于立深：《违法行政程序司法审查中的争点问题》，载《中国法学》2010 年第 5 期，第 94-95 页。

[③] 郑春燕：《服务理念下的程序裁量及其规制》，载《法学研究》2009 年第 3 期，第 96 页。

[④] 同前注[2]，卡多佐书，第 7、5 页。

[⑤] [美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 584 页。

[⑥] 同前注[15]，博登海默书，第 584 页。

限度的保障，作为国内法不可或缺的特征，正是出自这种'自然的必然性'。"[①]

确立裁判要旨的理由书指出："行政机关必须严格按照法定的程序实施行政行为，这不仅是依法行政的要求，而且也是保护公民合法权益的要求。""行政程序的价值在于扩大公民参与行政权行使的途径，保护行政相对人的合法权益，同时兼顾提高行政效率"。"行政程序不但合法，而且应当正当。""正当性主要体现在：在作出不利于行政相对人的决定时，要告知其作出行政行为的理由、事实依据和法律依据；应当告知行政相对人为自己辩护，行政主体应当听取行政相对人的理由。""程序的正义，意味着程序不是权力的附庸，而是制约权力的屏障。因此，正当的行政程序实质上是对个人自由提供的一种重要保障，是现代行政法治的核心要求。"也就是说，行政机关可以对程序进行裁量，但程序裁量应导向正义。

确立裁判要旨的理由书通过对程序裁量的正义性的论证，寻找到了正当程序原则。它指出："随着民主法治社会的推进，程序的正当性越来越为法治社会所需，并为《行政处罚法》、《行政许可法》等法律所体现，本案所涉的就是一起典型的应当遵守正当程序的要求的行政行为。""行政机关在实施具体行政行为过程中应遵守法定的行政程序，即使行政程序规定的不明确具体，在对相对人科以较重义务时，也应遵循正当的行政程序，即履行告知、听证，这样才能最大限度地保护行政相对人的合法权益"。也就是说，法院应当运用正当程序原则来审查对程序的行政裁量。

田永案[最典行 1999-4]法院认为，对考试作弊者"按退学处理，涉及到被处理者的受教育权利，从充分保障当事人权益的原则出发，作出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者本人宣布、送达，允许被处理者本人提出申辩意见。"法院在该案中，对缺乏法律依据的具体行政行为提出了正当程序的要求。但是，法院的这一要求却并未以行政裁量为基础，并不是对行政裁量的正当性要求。陈刚案[最参行第 106 号]关于没有法律依据——行政裁量权——正义——自由的推导，正好弥补了田永案[最典行 1999-4]等的不足。

二、源于自然正义的正当程序对接滥用职权

（一）合法性抑或合理性原则的纠结

确立裁判要旨的理由书指出："正当法律程序原则最早起源于英国古老的自然正义原则"。研究表明，自然正义原则是不同时代广泛流行的自然法思想的一种表现[②]，是自然法

[①] [英]哈特：《法律的概念》（第二版），许家馨、李冠宜译，法律出版社 2006 年版，第 184 页。

[②] 王名扬：《美国行政法》（上），中国法制出版社 2005 年版，第 379 页。

的基本内容。[①]“自然法是那些独立于，或高于实在法的规范之总和。自然法的威力不在于它的独断制定，相反，在于它是实在法效力的根据。因此，自然法是那些其合法性不来源于合法的制定，而来源于内在的神学性的规范之总和。”[②]也就是说，对英国法自然正义原则的理解，应当立足于自然法与实在法的区分。自然正义原则是高于实在法的，可以推翻非正义的实在法；是实在法的补充，在没有实在法时提供最低限度的正义保障。

自然正义在英国近代以来通过判例，在美国开国之初通过立宪，被确立为作为一般法律原则的正当程序原则，成了实定法规则。我国既没有像自然正义的传统，也没有立法作统一规定。我国行政法学起步不久，把行政法的基本原则区分为合法性原则和合理性原则。[③]行政法基本原则的这一区分，并没有正当程序原则的容纳空间。但罗豪才教授于1988年出版的著作，尝试把自然法上的正义纳入行政合理性原则予以讨论。[④]自此，我国行政法学常常纠结于正当法律程序到底属于行政合法性原则，[⑤]抑或行政合理性原则，或者系独立于行政合法性、合理性的行政法基本原则。[⑥]

正当程序属于行政合法性抑或行政合理性原则的纠结，在《行政诉讼法》实施以后日益严重。《行政诉讼法》第5条规定：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。”这就是所谓法院在行政诉讼中对具体行政行为的合法性审查原则。“行政诉讼这一基本原则包括两项基本内容：……其二，人民法院在行政诉讼中只审查具体行政行为的合法性，而不审查具体行政行为的合理性。”[⑦]也就是说，如果正当程序属于合理性原则，那么法院很难对违反这一原则的行政行为予以司法审查；合理性原则已经法律规范规定，到底是合法性原则还是合理性原则。

（二）法院审查滥用职权的标准

本案裁判要旨指出：“被诉行政行为存在明显违反正当程序原则情形的，可以按照《行政诉讼法》第54条第（二）项第5目作出判决。”也就是说，法院并不关心正当程序是行政合法性原则还是行政合理性原则。法院所关心的是，行政裁量行为的合理与否是否属于司法审查的范围，以及运用正当程序原则来审查行政裁量是否有法律依据。无论正当程序属于行政合法性原则还是属于行政合理性原则，在我国毕竟都需要借助法律的规定。不得违反正当程序原则的法律依据，则是不得滥用职权。

法院判断行政行为合法与否的标准，主要是《行政诉讼法》第54条第（二）项的规定，即：“人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：……（二）具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1.主要证据不足的；2.适用法律、法规错误的；3.违反法定程序的；4.超越职权的；5.滥用职权的。”

在本案法院看来，要确立运用正当程序原则来审查行政裁量的合法地位，除了基于自然法，就必须把它与上述审查标准相对接。本案以前的王丽萍案[最典行2003-3]判决认为：“具体行政行为的合法性，不仅包括认定事实清楚、适用法律正确、符合法定程序，还包括行政机关在自由裁量领域合理使用行政自由裁量权，明显不合理的具体行政行为构成滥用职权。”该案针对《行政诉讼法》第54条第（二）项第5目所规定的“滥用职权”这一不确定法律概念，进行法律解释，从而把明显不合理的裁量纳入到滥用职权，实现了对行政裁量行为的司法审查。本案中的行政裁量与王丽萍案[最典行2003-3]不同，系程序裁量。程序裁量不合理也可以构成滥用职权，在学说上是认可的。早前已普遍认为《行政诉讼法》规定的“滥用职权”是自由裁量权限范围内的一种违法形式[①]，不仅包括实体裁量权滥用，也包括程序裁量权滥用。[②]

王丽萍案[最典行2003-3]指出，只有行政裁量明显不合理时才构成滥用职权。本案即陈刚案[最参行第106号]裁判遵循先例，也认为程序裁量只有在明显不合理时才构成滥用职权。王丽萍案[最典行2003-3]对实体裁量权的明显不合理标准是没有考虑相关因素。本案即陈刚案[最参行第106号]涉及程序裁量权的明显不合理，法院则采用了不同的判断标准，指出：“两被告所作责令原告限期拆除所建亭棚的《限期拆除通知书》……未告知原告享有陈述、申辩的权利，违反了行政正当程序的要求”。确立裁判要旨的理由书认为，“对于违反正当程序的行为，很多同志将其理解为广义的违反法定程序，但从逻辑和法理上看，理解为滥用职权似更为妥当。因为正当程序和法定程序在逻辑关系上是并列的，在没有法律就相关程序作出明确规定的前提下，理论上讲就进入了裁量的范畴，此时，对其违法性的断定使用滥

[①] 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年版，第152页。

[②] [德]马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，第287页。

[③] 参见应松年主编：《行政法学教程》，中国政法大学出版社1988年版，第39页；张尚鷟主编：《走出低谷的中国行政法学》，中国政法大学出版社1991年版，第63页。

[④] 参见罗豪才主编：《行政法论》，光明日报出版社1988年版，第32页。

[⑤] 参见罗豪才：《行政法学》（修订本），中国政法大学出版社1999年版，第53页；王连昌、马怀德：《行政法学》，中国政法大学出版社2002年版，第24页；胡建淼：《行政法与行政诉讼法》，清华大学出版社2008年版，第30页。

[⑥] 参见许崇德、皮纯协主编：《新中国行政法学研究综述》，法律出版社1991年版，第123页；应松年主编：《行政法与行政诉讼法》（第二版），中国政法大学出版社2011年版，第49-50页；周佑勇：《行政法原论（第二版）》，中国方正出版社2005年版，第77页。

[⑦] 姜明安：《行政诉讼法》（第二版），法律出版社2007年版，第93页。

[①] 朱新力：《行政滥用职权的新定义》，载《法学研究》1994年第3期，第32页。

[②] 江必新：《行政程序正当性的司法审查》，载《中国社会科学》2012年第7期，第128页。

用职权更为恰当。”也就是说，违反正当程序即构成行政程序裁量明显不合理，即属于滥用职权。

从法院的裁判和确立裁判要旨的理由书，我们可以发现，法院从没有法律依据导出行政裁量权是为了对接滥用职权；本案中所缺乏的法律依据系程序性法律依据，存在的法律漏洞系法定程序漏洞，行政裁量权系程序裁量权，因而需要填补的系程序规则即正当程序。张成银案[最典行 2005-3]裁判摘要将正当程序归入法定程序。但由此带来逻辑矛盾是，法律规范并没有规定的程序与法定程序之间的冲突。本案即陈刚案[最参行第 106 号]关于没有程序性法律依据——行政程序裁量权——违反正当程序——滥用职权的推导，则解决了张成银案[最典行 2005-3]的逻辑矛盾。并且，正当程序在对接滥用职权条款后，成了滥用职权的审查标准，缺乏法律依据的正当程序原则也获得了合法地位。

三、正当行政程序原则在我国的生成路径

确立裁判要旨的理由书指出：“正当法律程序原则最早起源于英国古老的自然正义原则，它的含义一是任何人不应当成为自己案件的法官，二是任何人在受到惩罚或其他不利处分前，应当为之提供公正的听证或其他听取意见的机会。美国宪法在此基础上以成文法明确规定了正当程序。”在此，它指出了正当程序原则在美国的生成路径。接着，它又描述了我国的生成路径：

（一）学说借鉴

确立裁判要旨的理由书指出：“我国行政法学理论界通常认为，‘程序正当原则’是指行政机关在对当事人作出不利决定前，应当将不利决定所依据的事实、理由和根据告知当事人，并给予当事人陈述、申辩的机会。”这其实是说明，我国学说对国外立法和学说的借鉴。我国最早介绍正当程序的，应当是徐炳于 1986 年对美国学者施瓦茨《行政法》的翻译和出版（群众出版社）。在推动正当程序中国化的过程中，贡献最大的应该是王名扬先生。他于 1987 年由中国政法大学出版社出版的《英国行政法》，用中国人的思维习惯专门介绍了英国的自然正义。他于 1995 年由中国法制出版社出版的《美国行政法》，再次用中国人的思维习惯，设专章介绍了美国“正当的法律程序”。[①]由此，为我国行政法学对自然正义、正当程序的认识和进一步加工，奠定了坚实的基础。

[①] 参见王名扬：《美国行政法》（上），中国法制出版社 1995 年版，第 382-417 页。

（二）司法实践

为什么会在只有外国法和我国学说而没有我国立法的情况下，就有关于正当程序的司法实践？为什么会在只有外国法，在我国连学说都尚未形成，更没有我国立法的情况下，就有关于严重不合理的司法实践[①]？这样的问题，有学者针对行政合同指出：“案件当事人的争议逼迫法院表明态度，法院在同类案件上的不同回应又形成了新的争议。在没有法律规范对行政合同作出统一规定的情况下，法院的回应或对争议的解决，只能借助于行政合同学说的支持。”[②]刘燕文案[(1999)海行初字第 103 号]中的正当程序，就是由原告代理人提出的。尽管法院在该案中并未作出明确回应，但启动了有关法院在类似案件中的探索和实践进程。“司法职能坚持回应了人的需求”。[③]“如果你愿意，也可以称这一过程为立法。但不管怎么说，还没有哪个成文法体系能一直摆脱对这一过程的需求。”[④]

（三）政策回应

确立裁判要旨的理由书指出：“我国国务院在 2004 年颁布的《全面推进依法行政实施纲要》中，首次将‘程序正当’列为依法行政的基本要求，并明确规定：‘行政机关实施行政管理，除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私的外，应当公开，注意听取公民、法人和其他组织的意见；要严格遵循法定程序，依法保障行政管理相对人、利害关系人的知情权、参与权和救济权。’”这是我国的特色。基于政策的灵活性，我国的许多制度往往都是政策先行。当然，到底司法实践和政策何者为先，并没有固定的模式。就正当程序来说，最早提出正当程序的案例早于上述政策，而法院作出重要回应的案例张成银案[最典行 2005-3]却在上述政策之后。

（四）法律确认

确立裁判要旨的理由书指出：“随着民主法治社会的推进，程序的正当性越来越为法治社会所需，并为《行政处罚法》、《行政许可法》等法律所体现，本案所涉的就是一起典型的应当遵守正当行政程序的要求的行政行为。”法律确认是我国制度建设的最后环节。“我国的法制建设往往是先制定单行法，在问题积累或经验成熟到一定程度后才进行整合，才着手制定统一法典的。”[⑤]正当程序原则通过上述单行法的确认显然是远远不够的，本案中的争议

[①] 参见叶必丰：《严重不合理的正常人判断》，载《行政法学研究》2012 年第 1 期，第 122 页。
[②] 参见叶必丰：《行政合同的司法探索和态度》，载《法学评论》2014 年第 1 期，第 68 页。
[③] 同前注[2]，卡多佐书，第 7 页。
[④] 同前注[2]，卡多佐书，第 5 页。
[⑤] 叶必丰：《从行政许可法与单行法的关系看法制建设的路径选择》，载《法制日报》2004 年 9 月 28 日。

及正当程序原则的适用，就表明需要有法律作统一规定。

本案确立裁判要旨的理由书所梳理的正当程序原则在我国的上述生成路径，对我国有关制度的建设也是有借鉴意义的。

结论

在缺乏有关程序的法律依据时，构成行政机关对程序的行政裁量权。行政机关对程序的裁量违反正当程序原则的，构成滥用职权。正当程序原则的合法地位，源自《行政诉讼法》所规定的具体行政行为不得滥用职权。法院审查具体行政行为是否存在滥用职权的判断标准之一，是正当程序原则。上述规则的确立，经历了从对国外知识的学说借鉴、政策回应、司法实践和法律确认的发展过程。

Due Process, Being A Review Criterion of Legality

Xu Chun – hui

Abstract: In absence of legal procedural basis, agencies constitute administrative discretionary power of procedures. Agencies constitute abuse of powers, when procedural discretion breaks due process. Lawful status of due process originates from prohibition of abusing powers regulated by Administrative Litigation Law. Hereby the court would apply due process, as one of the judging criteria to review whether agency actions abuse powers. To establish the above mentioned rules is a long-term process through foreign knowledge studying, policy response, judicial practice and legal confirmation.

Key Words: administrative discretionary power; due process; abuse of powers; sinofication

对“转发500次司法解释”[1]的合宪性探究

--以该解释第二条为分析对象

尹培培*
（浙江大学光华法学院，浙江杭州 310008）

摘要：在最高法作出的关于“转发超过500次”视为《刑法》二百四十六条第一款所规定的“情节严重”情形之一的司法解释中，司法解释所面临的“具有浓厚的立法色彩”的质疑再一次闯入人们的视野。一方面，从形式上来看，其对“情节严重”的解释已经构成了对法律的“补充”，将所谓的解释权逐渐演化为规范性法律的创制权，因而难以在宪法所规定的权力框架内自洽；另一方面，从内容上来看，以数字来界定入罪标准的手段不具有合理性，其限制转发、浏览次数的手段与保护他人名誉权的目的之间不具有正当合理的联结关系，并且对言论自由造成了消极影响，违反了禁止不当联结原则。因此，该解释无论从形式上亦或是实质上均属违宪。

关键词：转发500次；司法解释；言论自由；名誉权；禁止不当联结；合宪性

目次

一、对司法解释权的界定：从规范的视角
二、对“情节严重”进行的界定究竟是“解释”还是“立法”？
（一）对“情节严重”的界定进路
1. 法律解释
2. 法律续造
（二）“转发500次”的界定是对法律的“补充”而非“解释”
三、对“转发500次”界定的实质合宪性追问
（一）保护他人名誉权与保护公民言论自由权的平衡
（二）转发、浏览的次数并非确立言论自由边界的合理方式
1. “转发500次”的界定有违“禁止不当联结”原则
2. 该“解释”对言论自由产生消极影响
四、结语

[1] 最高人民法院、最高人民检察院公布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》一出，许多网友和专家纷纷将其简称为“转发500次要入刑”，出于文字上的简便性和理解上的通俗性，在文章题目中称其为“转发500次解释”。

* 作者简介：尹培培，浙江大学光华法学院博士研究生。

2013 年 9 月 6 日，最高人民法院、最高人民检察院公布了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《若干解释》）。其中，第二条规定："利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百四十六条第一款规定的情节严重：'同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上，或者被转发次数达到五百次以上的；"。该条将诽谤罪的适用扩展到了网络空间，同时也为其设定了非常明确的量化入刑标准。一时间，"转发 500 次可定罪"这样的字眼迅速占据了各大报纸的头条。该司法解释的出台将治理网络谣言等违法犯罪的行动进一步纳入法治轨道，同时也为网络世界拉起了明确的法律"高压线"。[2]两高公布司法解释划定网络言论法律边界引起舆论哗然，一些媒体和网民将此解读为"转发超 500 次要被抓"。在该解释公布的第二天，一幅截图就出现在网络上，据该截图透露的信息，一微博网站为了应对司法解释中关于"诽谤信息转发超 500 次将入刑"的规定，对该微博进行了权限设置，网友可对"转发设置"下的方框进行勾选，进而可将微博的转发次数限制在 499 次以内。该截图在新浪微博、腾讯微博、网易社区等多个社交网站被多次转载，也有人在转发过程中调侃似的强调"别超过 499 次"。[3]

对于两高公布的"转发 500 次"司法解释，大多数网友还仅仅停留在将该解释误读为"转发超 500 次就要判刑的"层面上，然而事实上，"转发超过 500 次、实际浏览 5000 次以上"只是对于诽谤罪中"情节严重"这一要件的界定，是否构成诽谤罪，还要符合《刑法》246 条规定的其它主客观构成要件。

该司法解释至少引发了以下几个疑问：对"情节严重"进行界定，其究竟只是解释，亦或是"立法"，是否涉及法律保留的问题？通过限定浏览、转发次数作为入罪标准是否构成了对言论自由的不当限制？该手段本身究竟与保护他人名誉权的目的之间有无正当合理的联结关系？带着这些问题，本文将以"转发 500 次解释"为中心，对该"解释"的性质进行界定，进而引入禁止不当联结原则对其内容的合理性进行分析，从形式和实质两方面探究其合宪性。

一、对司法解释权的界定：从规范的视角

2 《不排除'转发 500 次可定罪'被用作陷害工具》，http://ndnews.oeeee.com/html/201309/10/228680.html 南都网，最后访问时间 2013 年 12 月 2 日。

3 《专家谈网络诽谤定罪：数字划分利于防止罪名滥用》，http://news.sina.com.cn/c/2013-09-13/102128207838.shtm 新浪新闻，最后访问时间 2013 年 12 月 5 日。

按照广义的理解，司法解释是指司法机关在具体适用法律过程中对法律规范的内容和含义所做的解答和说明，或者是指对法律规范的含义及所使用的概念、术语、定义的进一步说明。[4]狭义上讲，司法解释是立法机关授予最高人民法院和最高人民检察院在审判过程中和检察过程中对适用法律问题所作出的具有法律效力的阐释和说明的权力。本文所指的司法解释是狭义的司法解释。

《宪法》第 67 条第 3 项规定："全国人大常委会有权在全国人大闭会期间对后者制定的法律作部分补充和修改；"第 4 项规定："全国人大常委会有权解释法律。"为了避免司法者通过背离立法原意的司法解释而导致司法权对立法权的侵越，在高扬三权分立理念的时代，"法官不得解释法律"成为思想家们给司法者的一个告诫乃至戒律。[5]然而，撇开法律规范由于存在缺漏和滞后性等情况而需要通过法律解释加以弥补不论，单就把抽象、概括的法律规范适用到具体的人和事以及克服法律规范自身所具有的的模糊和歧义而言，法律解释也必不可少。[6]况且，我国立法在相当长的一段时间内都把"粗疏"当做指导思想，也就是所谓的"宜粗不宜细"，[7]因此，从立法领域到实施领域，法律解释都是一种普遍存在的需要。1981 年的《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》（以下简称《决议》）对法律解释工作进行了分工。尽管《宪法》仅将解释法律的权力赋予了全国人大常委会，但全国人大常委会却用一个决议具体构建了中国的法律解释机制。[8]此外，《中华人民共和国人民法院组织法》第三十二条明确规定："最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题，进行解释。"这为两高发布司法解释提供了合法性依据。《决议》中对法律解释工作的分工事实上也体现出了解释权的分流。[9]

4 参见《中国大百科全书・法学卷》，第81页。

5 邱兴隆：《一个半公正的司法解释-兼与苏力教授对话》，《法学研究》2004 年第 6 期。

6 张志铭：《中国的法律解释体制》，《中国社会科学》1997 年第 2 期。

7 我国学者作了精湛的分析，主要是：第一，在长期的内忧外患、战乱频繁的历史条件下，共和国的缔造者—中国共产党强调的是组织纪律性，具体统一的领导，采取下级服从上级、全党服从中央、党政不分的首长负责制，形成上级指示、领导人讲话就是政策、代替法律的局面。在这种情况下,即使作为正式法律制定出来，也难免有随意、粗略、疏漏的弊端；第二，共和国胚胎于半封建、半殖民地的旧中国，二千年形成的封建的传统、习惯深深地渗透在各方面,在法律的制定工作中也就不会例外。封建社会的皇权至上、帝谕即法、出入人罪、司法专横等陈迹时刻发出臭气，污染着新的立法环境；第三，共和国建立后经历的政治、经济、文化等许多方面的剧烈变革，对立法工作产生了直接的影响，使得宜粗不宜细原则有着广阔的市场。参见刘守芬：《反对"宜粗不宜细"原则，完善刑事立法》，载杨敦先等编：《刑法发展与司法完善》，中国人民公安大学出版社 1989 年版，第 98 页。

8 《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》对法律解释工作进行了分工，规定："一、凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定；二、凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释；凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。"

9 在议行合一体制观念之下，立法机关在国家权力结构中的主导地位使其权能在法律实施（解释）领域也得到延伸，从而使我们理所应当的认为在法律解释方面也应当由立法机关来主导。当然，除此之外，立法

根据2007年发布的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》：“司法解释的形式分为解释、规定、批复和决定四种。同时规定：“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力”。对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式；根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式；对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式；修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。”本文所探讨的仅指以“解释”形式作出的司法解释。与传统的三权分立理念之下所形成的严格分工不同，横亘于立法和法律实施之间的这种富有中国特色的“法律解释机制”也许更多的是一种经验性事实，而非是某种制度预设的结果。然而，从数量上来看，解释法律的任务实际上主要是由最高审判机关承担的。全国人大常委会解释权的长期缺位或旁落（旁落于其办事机构或办事部门）[10]也许是法律解释权倒向司法机关的一个重要原因，而这种情形可能表明：在解释对象（皆为基本法律、法律）重合的情况下，立法解释除去立法的内容之外，实际上并没有什么不同于实施机关对法律解释的内容。[11]这也恰恰映射出了现行法律解释体制本身的不合理性。但是对法律解释机制的研究本身就是一个庞大的课题，本文也并不打算对此进行深入，而是借此来说明抽象的司法解释或曰司法解释所具有的立法色彩所产生的制度原因。不可否认，司法解释在实践中确实在一定程度上起到了积极的作用，但是，事实上的效果并不能阻断在理论上对其进行合宪性的探究。

那么接下来要讨论的问题是：对于情节严重这样的不确定法律概念的“解释”，究竟只是解释，亦或是对法律的补充？将“转发500次或实际浏览5000次”作为界定诽谤罪“情节严重”的标准，会不会对言论自由产生不当限制？

二、对“情节严重”进行的界定究竟是“解释”还是“立法”？

（一）对“情节严重”进行界定的进路

法律经常利用的日常用语与数理逻辑及科学性语言不同，它并不是外延明确的概念，毋宁是多少具有弹性的表达方式。[12]因此，法律是需要被解释的。正如在《真理与方法》中，

机关主导法律解释的思想更多受到“主观解释论”（即解释的目标在于探求立法者的原意）的影响。

[10] 自1978年以来，全国人大常委会一共进行过13次法律解释工作，其中现行有效的10个解释中，两个是由法工委作出的，分别是“法工办发4号”和“法工委复字[2005]34号”，一个是“常办[1995]秘字第233号”。

[11] 同前注⑥，张志铭文。

[12] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第193页。

伽达默尔写道：“法律不是摆在那儿供历史性的理解，而是要通过被解释变得具体地有效。”

1.法律解释

文义解释是法律解释的开始，但也是法律解释的终点。[13]解释法律，必先了解法律究竟意欲何为，以此为出发点解释法律，始能得其要领。[14] 迈尔·海奥茨适切地指出：“字义具有双重任务：它是法官探寻意义的出发点，同时也划定其解释活动的界限。”然而这并不代表法官始终不能逾越出字义的范围，其只有在特定条件下才被允许，而且此种情况已经超出法律解释的范围，跳跃到法律续造的领域了。正如一位英国学者所说：“法律的含义通常是指其语法的或者字面的含义，若非如此，立法制度就崩溃了，若总如此，就不需要撰写法律解释的论著了。”[15]

“情节严重”毫无疑问系属于不确定法律概念的范畴，其内涵和外延均属模糊状态。必须首先对其进行解释方得适用。“法律解释的最终目标只能是：探求法律在今日法秩序的标准意义(其今日的规范性意义)，而只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法，而不是完全忽视它，如此才能确定法律在法秩序上的标准意义。[16]仅从字义来看，无法明确“情节严重”的内涵所在，因此必须转向体系解释和目的解释。

回到《若干解释》的第二条，除了从浏览转发次数对诽谤罪进行界定之外，还另外列举了三种情形，分别是：“（二）造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的；（三）二年内曾因诽谤受过行政处罚，又诽谤他人的；（四）其他情节严重的情形”。第（四）项实为兜底条款。从刑法的法律体系来看，第（二）和第（三）项是可以解释的通的。比如刑法第六十五条关于一般累犯的规定：“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚。”那么该条的“五年之内再犯”的规定就是一个法条的从重处罚情节。鉴于刑法的法定最低追诉期限是五年，[17]所以这里规定为五年之内再犯是可以理解的。同样，行政处罚法规定的法定追诉期限是二年，[18]那么《若干解释》在这里将“二年内因诽谤受过行政处罚又诽谤他人的”解释为情节严重的情形依照体系解释的方法是可以自洽的。同样的，关于第（二）条对于严重后果的解释也是可以在刑法条文中找到依托的。如《中华人民共和国刑法》

[13] 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2002年版，第220页。

[14] 杨仁寿：《法学方法论》，三民书局1987年版，第78页。

[15] Far Benn ion MA（Oxon）.Statutory Interpretation: a Code, Butter worths,2002.page 15.转引自伍劲松：《行政法上不确定法律概念之解释》，载《广东行政学院学报》，2010年第22卷第3期。

[16] 同前注12，卡尔·拉伦茨书，第199页。

[17] 参见《中华人民共和国刑法》第八十七条。

[18] 参见《中华人民共和国行政处罚法》第二十九条。

第一百三十四条关于重大责任事故罪的规定："在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役……"。从这一条可以读出：所谓"其他严重后果"应当是与"发生重大伤亡事故"等价齐观的，因此第（二）条将"造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果"解释为情节严重是与刑法的体系相融的。依照德国判例之见解，如果从相关法条加以解释，即可了解其规范之意义及内容，原则上可认为已属明确。[19]最后，运用目的解释寻求立法本意，诽谤罪的设立目的在于保护他人的名誉权，对转发次数进行限制毫无疑问也具有相同的目的，然而，这个 500 次究竟是如何得出的，最高人民法院则语焉不详，仅笼统的告知大家是经过实际调查论证得来。这样的回答无疑是没有任何说服力的。解释并非毫无边际的"揣测"，其界限在于法律可能的字义。至此可以看出，仅通过法律解释是无法推出"转发达到 500 次"即可视为情节严重这个结论的。既然如此，接下来就要进入到法律续造的领域。

2.法律续造

法律续造与法律解释实质上是同一思考过程的不同阶段，当某一个"解释"超越了字义所包含的的范围，那么就应当认为该解释已经跳脱出"解释"的领域，进入下一环节的"续造"了。然而，法律续造是有前提的，即必须是在存在法律漏洞的情况下方可为之。所谓法律漏洞，即法律的"有意义的沉默"，是"一种违反计划的不圆满性"，只有在所牵涉的问题本身需要并且能够被法律规整时才有"漏洞"可言。而作为法律基础的规整计划，则必须透过法律，以历史解释及目的解释的方式求得。诽谤罪设立的初衷在于保护公民的名誉权自不待言，然而，立法者当时并未意识到网络技术的迅猛发展使得信息的传播达到如此高速便捷的地步。因此需要进一步追问：要将（在公布法律时尚未被认识的）新的案件事实涵射于法律之下前，必须审查，字义上包含新事实的法律规定，依其基本的法律思想是否确可适用于此。[20]着眼当下，所谓"新的事实"无非是诽谤罪所发生的空间发生变化，即从现实社会发展到了网络空间。回到刑法所规定的诽谤罪本身，诽谤罪的客体是他人的人格尊严和名誉；客观要件是必须有捏造并散布的行为，并且该行为必须达到情节严重才构成犯罪；主体要件即达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人；主观要件即必须是出于故意。从诽谤罪的四个构成要件可以看出，其基本思想在于对公民名誉权的保护，而且这种保护并未设置空间或者时间等限制，是一种最广泛意义上的保护。但是此种保护也并非没有条件，那就是必须达到"情节严重"的程度。网络技术的迅猛发展使得一条信息在发布出去之后极其短暂的

19 城仲模：《行政法之一般法律原则（二）》，三民书局出版社 1997 年版，第 441 页。

20 同前注 12，卡尔·拉伦茨书，第 257 页。

时间之内就可以传播到世界的每一个角落。倘若是诽谤信息，其对他人名誉权的损害的迅速性和严重程度更是原先立法者所难以想象的，这样的后果显然与保护他人名誉权的法律思想背道而驰。因此，诽谤罪的适用范围扩展到网络空间应当是其应有之意，毋庸置疑。而且上文中也已经提到，关于情节严重的解释，是可以通过体系解释来达成的。然而对转发、浏览次数的"解释"则已经超越了解释的范围，毋宁是一种新的"立法性"规定。

分析至此可以得出这样的结论，立法者当时并未故意排除网络空间的诽谤问题，即诽谤罪的界定主要是考虑达到"情节严重"才入罪，对于时间空间并无限制，因此，对于网络空间的诽谤同样适用刑法 246 条的规定。所以，并不存在所谓的法律漏洞，自然也不需要进行作为"漏洞补充"的法律续造。那么，司法机关在这种情况下将"同一诽谤信息被实际点击、浏览次数达到五千次以上，或者被转发次数达到五百次以上"解释为"情节严重"的情形之一无疑是在为法律注入新的内容，是对法律的补充，颇有立法之嫌。

（二）"转发 500 次"的界定是对法律的"补充"而非"解释"

法律解释以法律适用为目的，是一项实践性很强的活动。法律解释除具有解释活动的一般性特征之外，还具有区别于其他解释活动的特殊性：即法律解释与具体案件的关联性。包括三层意思，即法律解释往往由待处理的案件所引起，其任务在于确定法律规定对某特定法律事实是否有意义，以及法律条文应相对于一个待处理事实加以阐释并具体化。[21]因此，司法解释应当是描述性的，即在遇到具体案件时，以现行法律为依据，以展示法规范的固有含义为目的的一种解释活动。解释的过程必须要忠于作为解释对象的法律，在条文用语的逻辑含义范围之内进行，而不能超越职权范围，以解释之名，变相修改法律条文的内容，更不能脱离解释对象，创制出新的规范，否则该解释就是越权的。

两高关于诽谤罪情节严重作出的所谓的"解释"却并非描述性的，而是对情节严重的标准进行了界定，给刑法的二百四十六条注入了新的内容。因此，其对于刑法二百四十六条中所规定的"情节严重"所做的进一步细化补充其实已经超越了自己的权利范围，反而是越权行使了《宪法》所规定的全国人大常委会的权力，以"解释之名"，行"补充法律"之实。然而，在《宪法》的框架内，最高人民法院作为最高审判机关，行使审判权和监督权，并没有被赋予制定规范性法律的职权。因此，两高的事实上的"立法"行为已经僭越了宪法框架内的权力分工。事实上，从《决议》对法律解释工作的分工来看：全国人大常委会所承担的对"条文本身需要明确界限或作补充规定"的解释与两高所要承担的对"具体应用法律、法

21 同前注⑥，张志铭文。

令的问题”的解释二者之间本身界限就不够分明，存在着交叉的模糊地带。[22]通过“具体应用”这样的字眼来使司法解释的工作避开立法的意味，事实上只是在文字上达到了一种假象的理想状态，至少从司法实践来看，把司法解释权集中于最高司法机关，就会使司法解释难逃抽象性质，很难抽身于立法的意味。毕竟真正的司法解释是法律适用的一个前提，应当是与具体的案件相伴随的。正如有学者所言，“虽然中国的法院和法官也‘解释’法律，但更准确地说他们往往是运用权力的直接‘规定’或‘具体化其含义’。[23]

“当我们用‘立法化’、‘泛立法化’或类似的词语描述司法解释运作的实际状况时，这就意味着司法机关在行使这种由审判权派生的‘适用、解释法律的权力’，进而对法律文本进行阐释、说明甚至上升到创立法律未曾明确的事实范畴和行为规则时，已经超越了司法权本身，具备了立法活动的实质内容和立法活动的外观结构，而演变为一种实实在在的立法行为或‘准立法’行为，其权力基础也不再是司法权，而是立法权。”[24]司法解释因遁入立法权而欠缺形式上的合法性，这种形式合法性的欠缺无法被其实践中所发挥的积极作用所补正，更难以在宪法的框架中自洽。诚如孟德斯鸠所言：“如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由实行专断的权力，因为法官就是立法者”。[25]

三、 对“转发500次”界定的实质合宪性追问

（一）保护他人名誉权与保护公民言论自由权的平衡

《宪法》第三十五条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”同时，第五十一条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。从《宪法》第五十一条的规定来看，行使言论自由权的边界在于“不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法权益”。但宪法规范具有高度的抽象性和政治性，如何确立言论自由的边界，还需要更加具体的标准和方式。而这些具体的方式大多体现在部门法当中。[26]曾有学者给“言

[22] 如，《全国人大常委会法制工作委员会对“特定矿种”和“国家规定实行保护性开发的特定矿种”的法律适用解释意见》，法工办发4号，1990.02.05发布。该解释是由全国人大常委会发布的，然而却是关于“法律适用”的解释，从名称来看，似乎属于最高人民法院应当承担的对“具体应用法律的问题”的解释分工。

[23] 苏力：《法律与文学》，生活·读书·新知三联书店2006年版，第24页。

[24] 袁明圣：《司法解释“立法化”现象微探》，《法商研究》2003年第2期。

[25] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1997年版，第153页。

[26] 比如“在2001年通过的刑法修正案（三）当中，对于言论自由相对于其他公民权利的限制，刑法分则在第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪中规定了侮辱罪、诽谤罪、诬告陷害罪、煽动民族仇恨、民族歧视罪等罪名。” 参见高铭暄、张杰：《宪法权利的刑法保护—以言论自由为例的解读》，《湘潭大学学报》(哲学社会科学版) 2006年第6期。

论自由的界限”做了界定，即“所谓言论自由的界限，就是指言论自由在法律上的限度，即言论者可以自由的表达言论而不必担心法律之强制惩罚的界线。因此言论自由的限度也可以说成是法律之施加于言论之上的若干限制，尤其当言论自由与其他权利或者利益相冲突的时候”。[27]无庸赘言，刑法第二百四十六条诽谤罪的设立目的是保障公民的名誉权，但是与此同时，一个更加重要的问题是，如何在保护他人名誉权与保护公民言论自由权之间寻求平衡呢？原则之间的冲突不可能通过宣布一方无效来解决，而只能通过衡量来解决。倘若将宪法上的权利看作是一项项的原则，任何一方均不能主张“原则性的优越”，相反，“必须就个案的性质和具体情形决定何者退让”；任何一方的原则既不是无效的，也不是具有绝对的优先，这里充分体现了原则在“分量的维度”上所显示的相对性特征和须依具体案件进行比较衡量来解决原则冲突的理念。[28]纵使《宪法》已经明确了言论自由权的行使不得损害他人的名誉权，但对于相互冲突的权利而言，并不存在绝对的优先，也不会存在笼统的限制，因此，权利之间的平衡有赖于对个案中的具体情形进行衡量方能实现。[29]如何在维护他人名誉权和言论自由之间划出合理的分界线是一个宏大、确切的说是一个具体的命题，本文并不打算在此对之进行深入探讨。这里需要厘清的是，对言论自由的限制手段与保障名誉权的目的之间必须具有合理的联结关系。

（二）转发、浏览的次数并非确立言论自由边界的合理方式

1.“转发500次”的界定有违“禁止不当联结”原则

从宪法的精神来看，保障基本权利是其核心价值目标，为此，即使基本权利可以限制，也不可随便限制，究竟该如何限制，则需要加以审慎对待。[30]因此，一般而言，对基本权利的限制必须通过立法进行。这是对基本权利进行限制的形式要求。但是这种对基本权利的限制本身也应当受到进一步的限制，即限制本身的内容必须具有合理性。那么如何判断这种限制是否合理，主要从三个方面来看：目的合法、手段合理、目的与手段之间存在合理的关联性，即必须符合“禁止不当联结”之原则。

禁止不当联结原则系指国家权力机关在其权力作用上只应考虑合乎事物本质的要素，不可将与权力作用目的不相干的要素纳入考虑，包括立法、行政与司法作用皆不可违反此种理

[27] 饶传平：《网络法律制度-前沿与热点专题研究》，人民法院出版社2005年版，第90页。

[28] 林来梵、张卓明：《论法律原则的宪法适用位阶》，《中国法学》2006年第2期。

[29] 如果将基本权利看作是一种原则的话，在原则的冲突适用情形下，正如阿列克西认为，即使某一原则在某个案件中获胜，但在另一个案却不一定获胜，也就是说，原则之间的优先顺位会随着具体案件而改变；这是因为，原则在具体案件中会有不同的分量，原则所具有的分量并非是由其自身决定的，故非绝对的分量，而是个案中的相对分量。同上注，林来梵、张卓明文。

[30] 林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2011年版，第244页。

性上最低限度的要求，此系国家权力实质正当性的要求。[31]此原则系属法治国家原则，并与比例原则、权力滥用禁止及恣意禁止有关。[32]该原则系从比例原则中的适当性原则发展而来。起源于德国的比例原则为欧陆法系国家所采用的违宪审查模型。当认为某项法律或行政措施可能有违反宪法的疑虑时，就可以用比例原则来检验其是否违宪。若其可通过比例原则的检验，即为合宪；反之，即为违宪。德国的行政法学鼻祖奥托·麦耶在其《德国行政法学》一书中提出了“行政权追求公益应有凌越私益的优越性，但行政权力对人民的侵权必须符合目的性，并采行最小侵害之方法”，也即“比例原则”。[33]然而，比例原则所蕴含的适当性原则在实践中事实上已经遭受了质疑，因为任何一个措施本身与目的之间都会存在多多少少的关联。我国台湾地区在借鉴比例原则的基础上，巧妙的发展出了“禁止不当联结原则”。[34] 即，在检视该原则时，就要考虑某一个要素是否符合与目的之间的“正当合理联接“关系，而非仅仅以该手段与目的之间有牵连为标准。

回到转发 500 次这一解释。首先，从限制转发、浏览的次数的目的来看，毫无疑问是为了维护网络秩序，维护公益，进而保障公民的名誉权，而且该目的因具有宪法规范基础而自当具有合法性；其次，从限制的手段来看，对转发、浏览次数的限制本身又与该目的有无正当合理的联结呢？不可否认，转发次数与是否构成诽谤并非毫无牵连关系，但关键问题在于，能否以转发次数作为本质要素的呢？笔者认为，转发次数一方面涉及一种网络技术问题，比如，在发布信息时就可以将评论功能里的转发次数限定到 499 次来规避这种被入罪的风险；另一方面，信息一旦发出，对于转发次数便无法自控，即罪与非罪很大程度上掌握在他人手中，而且熟知互联网的人知道，所谓“点击”“转发”是可操纵可注水的，按此标准，水军乃至普通网民都有能力轻易使发帖人满足“情节严重”这一要件。而前者，即转发 499 次不见得达不到诽谤者所要的效果，而后者也不见得是发帖者有意为之。因此，转发 500 次作为“情节严重”的判断标准，实在有失妥当。此外，究竟造成了多大的社会影响也不能单凭数字进行衡量，网络毕竟只是一个工具，一个平台，不能用工具本身来决定一个行为的性质，而要看达成的实际效果。所以，限制转发、浏览次数的手段与保护公民名誉权的目的之间并无合理联结关系，违反了禁止不当联结原则，实属违宪。

2. 该“解释”对言论自由产生消极影响

31 李惠宗：《行政罚法之理论与案例》，元照出版社 2005 年版，第 188 页。

32 Vgl.Bonk,in:Stelkens/Bonk?sachs,VwVfG-Komm,6.Aufl.,2001, § 56,Rn4.转引自上注，李惠宗书，第 167 页。

33 叶俊荣：《论比例原则与行政裁量》，《宪政时代》1986 年第 3 期。

34 “禁止不当联结原则”应具有宪法原则之位阶而属合宪秩序，属于实质合法性的问题，纵使合乎法律保留原则，也要进一步考察其实质内容，以确保实质合法性，否则，即使满足了形式合法性，仍然有违宪的问题。参见前注 31，李惠宗书，第 167 页。

在该解释出台之后，不少网友都表现出了一种担忧，担心动一动鼠标，转发一条微博或者自己发布的某条信息被转发超过 500 次就“犯罪”了。尽管 500 次只是情节严重的界定标准之一，是否构成诽谤罪还要符合《刑法》关于诽谤罪所规定的其他构成要件，但在有些情况下，发帖者本身对于谣言的广泛散播并没有起到很大作用，反而是后续传谣者的行为导致了谣言的广泛散播，然而发帖者本人对于此种情形确是无能为力的，考虑到此种可能性，一些人会出于对这种可能出现“意外后果”的担忧而不去行使原本的言论自由。[35]此外，如果转发 500 次可定罪，则不排除该解释会被用作报复、陷害的工具，比如，有人会有意地组织水军去转发别人的帖子，以达到 500 次的标准。

此外，部分网民也表示，500 次的转发标准过于严格。在我国网络用户已经达到 5.91 亿的今天，[36]一条消息从发出到转发至 500 次是轻而易举的事情，更何况，一些网络大 V 拥有数十万粉丝，在这种情况下，他们发布一条消息，在数分钟内便可达到惊人的转发量。一方面，该解释的出台可以促使网民在发布消息之前更加深思熟虑，主动的不再发表一些可能存在风险的言论，但是另一方面，出于对成本（遭到事后追惩的可能性）与收益（自由地发表言论）的权衡，可能会使一些有益的言论被扼杀在摇篮中，这显然与言论自由的应有之意背道而驰。[37]

行文至此，也许依然面临着最初的疑惑，那就是“转发500次”解释的出台，将网络言论的法律边界明确划分到500次的根据为何，两高的新闻发言人仅用 “两高进行了一年多的深入调研，广泛征求各方面意见，经反复研究论证，制定了这部司法解释”这样一个没有任何有效信息的理由来回应大家的质疑。但是可以得出的结论是：两高对于构成诽谤罪所要达到的情节严重所做的解释实际上是一种对法律的补充，属于立法范畴，在形式上僭越了宪法框架内的权力分工；在内容上，以转发次数作为诽谤罪的入罪标准之一，该种手段与保护他人名誉权的目的之间并无正当合理的联结关系，违反了禁止不当联结原则，而且会对言论自由产生消极影响，因此，该解释在实质内容上也属违宪。

四、结语

35 就拿笔者自身而言，自“转发 500 次”的司法解释出台之后，原本作为微博达人的我，由原来的每天平均发布三条微博到现在的平均每三天发布一条微博，尽管深知“诽谤罪”的构成要件，但对于微博的转发却变为一种更加谨慎或者说是多多少少有些胆怯的态度。

36 根据《第 32 次中国互联网发展状况统计报告》，截至 2013 年 6 月底，我国网民规模达到 5.91 亿，互联网普及率为 44.1%。

37 韩宁：《微博实名制之合法性探究-以言论自由为视角》，《法学》2014 年第 4 期。

就中国的司法实践来看，人们都不否认司法解释除了适用法律外，还起到弥补立法不足的作用，包括补充立法缺漏和解决法律中的矛盾。[38]但是司法解释赖以存在的现实合理性与必要性并不能成为证成其“立法化”的正当性与合法性的论据。有学者为此专门撰文指出，“中国司法解释的存在主要有三方面原因：立法规定之粗疏，法官能力之不足以及判例制度之缺位，但也正是司法解释制度的存在造成了上述三个问题的存在，因此应当改革目前立法色彩及其浓厚的司法解释体制。”[39]实践中，各级人民法院越来越依赖这种具有抽象形式的“解释规则”来开展审判活动。我国的法官对司法解释的依赖程度之强，也让一些人认为，与其说中国的法院在依法审判，不如说是在依司法解释审判。司法解释只有以司法裁判为背景，与具体案件的裁判过程结合或者联系起来，才能体现其合理性，并显示其正当性与合法性。[40]也许，对判例的研究，应当是未来努力的方向所在。

38 周道鸾：《论司法解释及其规范化》，《中国法学》1994 年第 1 期。
39 陈兴良：《司法解释之功过之议》，《法学》2003 年第 8 期。
40 张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 256-259 页。

日本的判例制度

于佳佳※

一 概述

日本是制定法传统的国家，但司法判例对日本司法审判具有强大的支配力。日本与判例法传统的英美等国家相比，不同的是法的根干部分由成文法构筑还是司法判例构筑，由此而生的差别是，当新问题出现时，司法判断的第一次的根据是法律条文还是司法判例。[1] 实际上，就司法判例形成或创制法规则的功能而言，日本并不逊色于英美，[2] 这将是本文论述的重点。

在今日的日本法中，“判例”是法令中的固定用语。[3]战后 1948 年制定的刑事诉讼法（即现行刑事诉讼法）第 405 条 2 款中，“判例”首次作为法令用语被使用。之后在 1948 年的刑事诉讼法规则 253 条，1957 年的旧民事诉讼法规则 48 条，1996 年的民事诉讼法 318 条 1 款、337 条 2 款，1996 年的民事诉讼法规则 192 条、199 条 1 款、203 条中相继被使用。

笼统地说，判例是法官作出的一个法律判断。司法判例理论研究的核心问题是判例的约束力。判例的约束力可以在两个意义上理解。其一，判例在“此案件”中的约束力。法院法第 4 条规定，“关于此案件，上级审法院裁判中的判断约束着下级审法院。”该条应该理解为，限于“此案件”，撤销判决的意义上，上级法院的判例，特别是最高法院的判例，对下级审有约束力，这是法律上的约束力。[4] 这个意义上的约束力自不待言，重要的问题是其二，即判例

※于佳佳，东京大学法学博士，上海交通大学凯原法学院讲师。

笔者对日本判例制度的介绍参见“日本判例的先例约束力”《华东政法大学学报》2013 年第 3 期和“日本的司法判例制度”何家弘主编《外国司法判例制度》（中国法制出版社 2014 年），本文基于上述两篇论文完成。

1 田中英夫「判例による法的形成——立法による法形成との比較と中心に——」法学協会雑誌 94 巻 6 号(1966)765 頁参照。

2 平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会・1966) 238—239 頁参照。

3 中野次雄『判例とその読み方[改訂版]』(有斐閣・2002)4 頁。

4 松尾浩也『刑事訴訟法下[新版補正第二版]』(弘文堂・1999)250 頁；田尾桃三「判例の先例拘束力について」判例時報 830 号 12 頁。

的先例约束力，又称“判例的法源性”，是指判例对其他案件以及之后案件的先例约束力。[5] 在这个意义上的约束力是事实上的约束力，以下的论述将由此而展开。

在日本，司法判例理论在刑法领域和民法领域会略有不同，本文的说明会两者兼顾力求比较完整得展现司法判例支配日本司法裁判的程度和方式，但篇幅所限，两者共通的部分以阐明问题为限仅列举刑事案例。

二　判例的法源性

在日本，司法判例的地位和功能体现为判例的法源性，即判例在法规范的形成中所发挥的作用，换言之，判例作为法官裁判的指针对司法判决的支配力。

（一）判例的地位

1、事实上的法源

作为先例，判例不是制度上的法源。日本宪法 76 条 3 款规定，法官只受宪法以及法律的约束，直接肯定了宪法和法律是法源。此外，规则，政令，条例等成文的法规对法官同样具有约束力，虽无明文规定，但已形成共识。[6] 上述法规范形式对法官裁断案件有直接的约束力，是“制度上的法源”。在日本，没有任何法律明文规定判例是“法”。学者试图把宪法 76 条 3 款中的法律解释为包括判例法，由此赋予判例法源的性格。[7] 但因为判例法自身定义不清，所以这种尝试未能成功。[8]

在日本，判例难以成为制度上的法源，却是“事实上的法源”，具有事实上的先例约束力。与此有关的制度设计有两个。其一，违反判例是上告理由。[9] 在刑事领域，原判决作出“与最

[5]松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)313 頁；田尾桃三「判例の先例拘束力について」判例時報 830 号 12 頁。

[6] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)313 頁。

[7] 清宮四郎『憲法 I[新版]』(有斐閣法律学全集・1971)351 頁。

[8] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)313 頁。

[9] 在日本，日本法院系统有 3 级，分别是地方法院，高等法院和最高法院。（1）对二审终审的判决或高等法院一审终审的判决不服，或（2）越级上告达成合意的场合，对一审终审判决不服，可向上级法院提起上告，要求上级法院取消或变更原判决。上告法院原则上是最高法院，但民事诉讼中简易法院一审的案件的上告审法院是高等法院。

高法院判例相反的判断”，或者（最高法院没有判例时）作出“与大审院[10]或高等法院的判例相反的判断”，可提出上告请求。[11]“相反的判断”必须是原判决作出了违反判例的法律判断（法令解释）。[12]在民事领域，一方当事人可以原判决违反最高法院判例为由提出上告受理请求[13]或许可抗告请求[14]。通过上告制度赋予最高法院统一解释法令的权限，实现法令解释(乃至法秩序)的安定性。[15]在民事领域，给当事人提供法律上的救济作为上告理由之一受到重视。[16]其二，判例的变更程序严格。日本最高法院 15 名法官分属于三个小法庭，一般的案件都由各个小法庭来审理、裁决。但判例变更原则上须有 15 名法官全体组成大法庭作出判断。[17] 作为例外，小法庭有变更大审院判例的权限。[18] 与普通案件审判相比，判例变更在程序上更加慎重。以下，通过介绍先例约束力的根据，进一步说明两个制度设计的价值。

2、判例的功能

一般的理解是，判例的先例约束力是确保法秩序安定性的根本要求。最高法院通过作出权威性法律判断来统一法令解释，具体而言有两种统一方式。[19]其一，最高法院已有判例，以原判决违反了最高法院的判例为由提起上告。在种情况下，最高法院比照之前的判例对下级法院的法律判断进行审查，作出最终的权威性解释。最高法院可以作出两种判断，或者维持判例，撤销原判决；或者把上告案件提交大法庭审理，变更判例。前者是判例有先例约束力的典型体现。对后者，最高法院保留了变更判例的自由，保留了法律解释的最终决定权。其二，面对一个新纠纷事实，最高法院无可参照的判例；而下级法院中存在着不同的法律解释，

[10] 大审院 1875 年设置，1947 年废止，是现日本最高法院的前身。

[11] 刑事诉讼法 405 条 1 款，2 款。

[12] 松尾浩也『刑事訴訟法下[新版補正第二版]』(弘文堂・1999)248 頁。

[13] 民事诉讼法 318 条 1 款。

[14] 民事诉讼法 337 条 2 款。

[15] 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣・1958)327 頁参照。

[16] 青山善充「上告審における当事者救済機能——上告目的論への一視点」ジュリスト 591 号(1975)92 頁。

[17] 法院法 10 条 3 款。大法庭变更判例的制度并非自古就有。在大审院时代，小法庭有权变更判例（事物处理规则 9 条 6 款）。

[18] 如最三小判昭和 45・12・22 刑集 24 巻 13 号 1862 頁。

[19] 金築誠志「主論と傍論——刑事判例について」司法研修所論集 2 号(1973)131 頁。

判决结果不统一，甚至相互对立。这种情况下，位于法院组织顶点的最高法院在上告审中就争议事实阐明自己的立场，统一解释法律。如果最高法院认为高等法院相互对立的判断都不恰当，则可以变更高等法院的判例，制作新判例。

统一法令解释的目的是“同种案件同种解决”，这其中蕴含了平等的理念。[20]当事人不能选择法官，如果法官不能就某事件的处理达成共识，那么对当事人而言判决结果就变成了一场博弈，这对当事人不公平。另一方面，法院的判决是国家职能的实现，是国家意思的表示，法官不代表个人，而是站在一个国家机关的立场上解决纠纷。在行政领域，事前通过上级机关的个别性指令来统一管理具体行政事务的处理。与此相对，法官独立审判是原则，必须禁止事前统一的上级指令。由此而来的问题是，如何避免判决结果因人而异。这个问题通过上告制度来解决，在上告审中，最高法院作出最终解释，纠正下级审判中的法令解释错误，以达到全国范围内法令适用结果的统一。与行政领域中的事前统一相对，司法领域中是事后统一。并且，同样的判例反复被适用，在这种“确立判例”的过程中，法官不断反复采用相同的法律解释，这种意识不仅在法院系统内部，也通过判决的影响力在社会生活中逐渐成为一种法意识，并最终被固定下来。[21]

只强调法的安定性不能完全说明判例制度的实质。法的安定性之上，具体的正义是更上位的要求。若不考虑判例内容，要求法官绝对尊重判例，其结果会封杀一切与判例相抵触的判断，无视下级法院法官的主体性。[22] 若下级法院法官仅是顾忌判决被上级法院撤销而遵从判例，则不是一个正义的法官应采取的态度。[23]在日本，从制度设计上，法官（包括下级法院法官）有遵从判例或不遵从判例的绝对自由，换言之，不禁止法官作出与判例相抵触的判决，并且判例可以变更。

尊重法官的主体性，允许判例变更并不必然削弱判例的先例约束力。从两个方面来说明：其一，从比较法视角看。[24]允许判例变更并不是日本特有的制度设计。英国 19 世纪中期以来，法院推翻自己作出的先例被禁止，换言之，先例当时具有绝对的约束力。但 1966 年之后，英

[20] 以下阐述参见中野次雄『判例とその読み方[改訂版]』(有斐閣・2002)21-22 頁。

[21] 中野次雄『判例とその読み方[改訂版]』(有斐閣・2002) 27 頁参照。

[22] 同上 17 頁参照。

[23] 同上 18 頁参照。

[24] 这部分的论述参见田中英夫「判例による法的形成——立法による法形成との比較と中心に——」法学協会雑誌 94 巻 6 号(1966)764-765 頁。

国改变了传统的做法，允许先例变更。美国从来都承认先例有条件变更。在判例可变更这一点上，日本与英美等判例法传统的国家没有差别。其二，从判例变更的实际情况来看。在司法实践中，无论是刑事是民事领域，变更判例非常罕见，判例变更的盖然性甚微。[25]实际上，法官非常慎重地对待判例，通常法官可以透过以往判例来预测最高法院将来处理同类案件时的态度，也会尽量避免作出违反判例的判决。下级法院的法官挑战判例会很谨慎，学者指出，下级法官作出与判例相反的判决时，需尽最大努力说服最高法院，一般的判决中写事实认定、判决理由等；在挑战判例的判决中，下级法院的法官须充分地说明自己的论证或法律见解优于判例，如果做不到这一点，就应该遵循判例，如果能够做到这一点，则可以让最高法院重新审视判例，为判例的进步创造契机。[36]

（二）判例的溯及力

司法判例事实上的法源，与此相关的问题是，判例变更是否溯及既往。判例毕竟不是制定法，因此，判例的溯及力与制定法的溯及力不能简单等同。

在日本，只有最高法院有变更判例的权限。在下级法院层面，法律解释对立经常存在，但最高法院的判断必须统一，[27]因此，变更之后的新判例不是与旧判例并行存在，而是代替旧

[25] 以下是最高法院变更判例的案例（可能个别案件有遗漏）。

刑法领域中的判例变更包括：最大判昭和 37・11・28 刑集 16 巻 11 号 1593 頁；最大判昭和 43・6・12 刑集 22 巻 6 号 462 頁；最大判昭 44・6・18 集 23・7・950；最大判昭和 44・6・25 刑集 23 巻 7 号 975 頁；最大判昭和 49・5・29 刑集 28 巻 4 号 151 頁；最大判昭和 48・4・4 刑集 27 巻 3 号 265 頁。此外，公务员争议行为有关的一系列判例变更如下，①最大判昭和 41・10・26 刑集 20 巻 8 号 901 頁;②最大判昭和 44・4・2 刑集 23 巻 5 号 305 頁;③最大判昭和 44・4・2 刑集 23 巻 5 号 685 頁;④最大判昭和 48・4・25 刑集 27 巻 4 号 547 頁（变更③的判例）;⑤最大判昭和 51・5・21 刑集 30 巻 5 号 1178 頁（变更②的判例）;⑥最大判昭和 52・5・4 刑集 31 巻 3 号 182 頁（变更①的判例）。

民法领域的判例变更包括：最大判昭和 39・11・18 民集 18 巻 9 号 1868 頁;最大判昭和 43・12・25 民集 22 巻 13 号 3511 頁;最大判昭和 45・7・15 民集 24 巻 7 号 861 頁;最大判昭和 47・11・8 民集 26 巻 9 号 1489 頁;最大判平成 5・3・24 民集 47 巻 4 号 3039 頁;最大判平成 11・11・24 民集 53 巻 8 号 1899 頁;最大判平成 17・12・7 民集 59 巻 10 号 2645 頁;最大判平成 20・9・10 民集 62 巻 8 号 2029 頁;最大判平成 21・11・18 民集 63 巻 9 号 2033 頁。

[26] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)315 頁。

[27] 中野次雄『判例とその読み方[改訂版]』(有斐閣・2002) 75 頁。

判例。判例变更的原因是确立新的判例更正旧判例中法律解释的错误。在日本法中，没有关于判例变更溯及力的制度性设计，但鉴于判例对司法实践的强大支配力，判例变更溯及力的有无是理论上和实务上的重要的问题。

1、刑事法领域的讨论

根据判例变更的效果，刑事案件中，区分对被告人有利的变更和对其不利的变更。

1）对被告人有利的判例变更

刑事案件中，当有罪判决已经作出，但同样的行为根据新判例是无罪时，在伸张具体正义理念的强烈作用下，人们有理由相信应该纠正错误判决。[28]在美国，可以通过人身保护令状提供救济。但日本没有类似的制度设计，也没有固定的统一解决策。但从以往的司法实践经验来看，有以下几种救济方式曾被采用。[29]（1）事后立法解决。最高法院大法庭在 1962 年 11 月 28 日的判决中变更判例，变更后的判例认为，没收第三者所有物违反宪法。[30]新判例作出之后的第二年，1963 年“刑事案件中第三者所有物的没收手续有关的应急对策法”出台，该法附则第 2 款中规定的救济措施溯及地适用于过去被判处没收所有物的人。（2）程序法手段解决。在著名的全邮东京中邮案件中，最高院大法庭在 1966 年 10 月 26 日的判决中作出了有利与被告人的判例变更之后，[31] 其他同类案件中，检察官一审撤诉。启动非常上告程序[32]理论上也是可行的救济策，例如最高法院大法庭昭和 28 年 12 月 16 日的判决。[33]（3）行政手段解决。最高法院大法庭在 1973 年 4 月 4 日的判决中判定，依照刑法 200 条对亲属杀害加重处罚违反宪法 14 条的平等原则。[34] 该判例作出之前量刑已被确定的，通过个别特赦提供救济。

[28] 同上 83 頁。

[29] 同上 84 頁。

[30] 最大決昭和 37 ・ 11 ・ 28 刑集 16 巻 11 号 1577 頁。

[31] 最大決昭和 41 ・ 10 ・ 26 刑集 20 巻 8 号 901 頁。

[32] 日本刑事诉讼法 454 条规定了非常上告制度，即检察官总长对最高法院已经作出的有既判力的判决，可以以该案件的审判违反法令为由提出上告请求。

[33] 最高法院第一小法庭在 1952 年 7 月 11 日作出上告审判决（最二小判昭 27 ・ 7 ・ 11 刑集 6 巻 7 号 896 頁）后，检察官总长以法令违反为由提出非常上告，最高法院大法庭在 1953 年 12 月 16 日作出最终判决（最大判昭 28 ・ 12 ・ 16 刑集 7 ・ 12 ・ 2550）。参见早川義郎「刑事事件における判例変更をめぐって——生きている判例・死んだ判例」司法研修所論集 1973(1)58—59 頁。

[34] 最大判昭和 48 ・ 4 ・ 4 刑集 27 巻 3 号 265 頁。

2）对被告人不利的判例变更

行为人以旧判例为前提来预测行为的后果，根据旧判例所指示的法规范采取行动，以旧判例为判决根据，应该是无罪判决。但是案件审判中，行为时的判例被变更，新判例扩大了处罚范围，以新判例为判决根据，是有罪判决。争论的问题是，在上述情况下，是否允许根据新判例溯及处罚。

日本宪法第 39 条禁止事后法和溯及处罚。过去有力说认为判例不是制度上的法源，因此不能根据宪法 39 条禁止判例变更的溯及力。最高法院在 1996 年 11 月 18 日审理的案件中也采用相同的立场，明确指出，处罚根据行为时最高法院判例不构成犯罪的行为，不违反宪法第 39 条。[35]

过去的有力说和最高法院单纯以宪法 39 条不适用于判例变更为由，肯定判例变更的溯及力。这种观点在今天几乎不再有支持者。目前比较有影响力的学说有两个。（1）一种学说是以判例的法源性为出发点，直接否定判例变更的溯及力。这种学说认为，判例具有间接的法源性，国民可以通过判例所示的法规范预测行为后果，基于这种预测而行为的自由应该保障，并且，既然判例作为法官和国民的行为指针发挥着实际的作用，那么对判例的信赖有必要保护，因此，判例的变更不可以溯及既往。[36] 该学说有一个缺陷，不免受到如下批评：判例是针对个别案件的解决策，因此对法律的信赖与对判例的信赖不可同视。为了弥补这个缺陷，学者提出，对判例的信赖加上刑罚权行使的公正性，由这两个根据来否定判例变更的溯及力。[37]（2）另一种学说将判例变更溯及力的问题转化为违法性认识的问题，在责任论中求解。这种学说认为，判例虽然有创造法规范的功能，但终究要归结于法律解释，并非法律本身，因此，直接禁止判例变更的溯及力不恰当。[38]但是可以通过缺少违法性认识的责任阻却为行为人提供救济。[39]具体而言，行为人基于对最高法院以往判例的信赖，认为某行为不可罚而为之的，如果这种信赖足以排除违法性认识，那么行为的有责性被否定，犯罪不成立。[40]

[35] 最判平成 8 年 11 月 18 日刑集 50 巻 10 号 754 頁。

[36] 小暮得雄「刑事裁判の規範的効力」北大法学論集 17 巻 4 号(1977)107 頁；金沢文雄「罪刑法定主義の現代的課題」『現代刑法講座一巻』(1977)85 頁以下。

[37] 佐伯仁志「罪刑法定主義」法学教室 284 号 (2004) 50 頁。

[38] 西田典之『刑法総論[第二版]』(弘文堂・ 2010)51—52 頁。

[39] 林幹人『刑法総論』(東京大学出版会・ 2000)66 頁。

[40]在日本，关于违法性认识是否是刑事责任追究的前提，大审院以及此后的判例支持＂违法性

2、民事法领域的讨论

在民事法领域中，日本最高法院不禁止判例变更的溯及性适用。典型的例子是最高法院在 1965 年 7 月 8 日的判决。[41] 本案的一审和控诉审都遵照大审院的判例作出判决，但在上告审中，最高法院变更了大审院的判例，撤销原判。最高法院通过判例变更，给以大审院判例为准则行为的一方当事人带来了不利已，也没有判示任何救济措施。[42]该判决受到学者的批评。[43]学说中的如下意见值得关注，即以新判例为根据来裁判，因此给信赖旧判例、以旧判例所示规范为行为准则的一方当事人带来不利益的情况下，应该否认判例的溯及既往，保护判例变更之前已经确立下来的法律关系。[44]

三　判例形成和创设法规范的功能

（一）判例的抽取标准

并非判决理由中[45]所有的法律判断都是判例。探讨判例的甄别标准时，日本学界吸收了英美法中“主论(ratio decidendi)”和“旁论(obiter dictum)”的概念，把判决理由中有约束力的部分称为“主论”，其余部分统称为“旁论”。需要注意的是，仅吸收了英美法的概念，对概念内涵的界定，日本学者和法官有自己的标准，这些标准也不尽一致。

认识不要说＂，认为行为人即使对行为的违法性没有认识，也会被追究刑事责任。与此相对，“违法性认识必要说”的支持者认为，刑事责任的追究必须以行为人认识到行为的违法性为前提（关于日本违法性意识的具体介绍，参见拙文于佳佳，违法性之“法”的多元解释，原载《河北法学》2008 年第 26 卷第 10 期，16-19 页，转载《人大复印资料・刑事法学》2008 年 12 月 10 页以下）。为了在责任论中解决判例的不溯及性变更的问题，大审院有必要通过新的判例放弃违法性意识不要说，承认违法性意识的必要。基于以下两个理由，这样的判例发展的动向可以被期待。一是，在下级法院中，已经出现否定违法性意识不要说的判决。二是，最高法院在 1987 年 7 月 16 日的判决 (最决昭和 62 ・ 7 ・ 16 刑集 41 卷 5 号 237 頁) 中指出，行为者必须有可能认识到行为的违法性（这个问题有关的详细解说参见佐伯仁志「罪刑法定主義」法学教室 284 号 (2004) 50 頁）。

41 最一小判 40 ・ 7 ・ 8 民集 19 卷 5 号 1170 頁。

42 越山和広「判例の不遡及的な変更」法学セミナー 2011 年 9 月 128 頁。

43 青山善充「上告審における当事者救済機能」ジュリスト 591 号 92 頁以下参照。

44 中野次雄『判例とその読み方[改訂版]』(有斐閣・ 2002) 85 頁。

45 判例必须是从判决理由中可以直接发现和读取的内容。判决之后归纳总结的判决要旨可以视为定位判例的参考或索引，但不是判例。

为了方便说明问题，首先对判决理由中的法律判断进行大致的区分[46]：(1) 第一类是与“重要事实”相对应的法律判断，即判断结论。“重要事实”是指把案件的具体事实当中对结论无影响的事实剔除之后剩下的事实。重要事实中的内容被替换了，判断结论也随之改变。重要事实的内容决定了判例适用范围的宽窄，重要事实的情节越复杂，判例适用时受到的限制越多，适用范围越窄；反之，重要事实越简单，判例在其他同类案件中被适用的余地就越大。例如，“基于本案件的具体事实，本案中所涉及的合同违反公诉良俗，无效。”“该物构成刑法上的财物。”“刑法 200 条违反宪法 14 条 1 款。”(2) 第二类法律判断中附带说明理由的部分，与(1)相比具有一般性，但也可以直接导出与(1)相同的结论。例如，最高法院在 1976 年 4 月 30 日的判决中得出的判断结论是，图片复印件是公用文书伪造罪的客体。[47]判决理由中有如下两个法律判断：一是，“使用照相机，复印机等，通过机械性手段，复印原本所得到的文书——，就文书本来的性质而言，图片复印件不具有与原件同样的功能和信用性的情况除外，构成公用文书伪造罪的客体。”二是，“公用文书伪造罪的保护法益是公用文书的公共信用性，保护公用文书作为证明手段所具有的社会性功能，以此来保护社会生活的安定。”与判断结论相比，两个法律判断都附带理由说明部分，具有一般性，但只有前者可以直接导出或导出与判断结论近似度相当高的结论，属于第二类法律判断。(3) 第三类法律判断与(2)相比，导出的结论包含了比(1)更多的内容。例如，名古屋高等法院在 1962 年 12 月 22 日作出的判决中对合法安乐死的要件作出了法律解释，该解释颇具影响力。[48] 名古屋高等法院判定，合法安乐死必须满足以下 6 个前提条件：根据现代医学水平判断病人所患是不治之症，且死期迫近；本人承受剧痛，任谁目睹都于心不忍；实施安乐死的目的单纯，仅是为了缓解本人的苦痛；本人失去意识另当别论，只要本人意识尚存，需本人有求死的真挚意思表示；尽可能通过医生之手实施安乐死；死的方法也必须在伦理上能被肯定。与本案的具体事实相对应的判断结论是，未经医生之手，采用向牛奶中下毒让被害人饮用这种伦理上难以容忍的方法杀人的，不是安乐死，违法性不被阻却。可见，关于安乐死要件的法律判断所包含的内容远比判断结论丰富，不仅在本案的事实前提下适用，在其他事实前提下也可能适用，是一般性的附理由

---

46 中野次雄对法律判断进行了细致的分类，本文参照此分类。中野次雄『判例とその読み方[改訂版]』(有斐閣・ 2002) 41 頁以下参照。

47 最判昭和 51・4・30 刑集 30 卷 3 号 453 頁。

48 名古屋高判昭和 37・12・22 高刑集第 15 卷 9 号 674 頁。

说明的法律判断。（4）剩下的归为一类，主要特点是只对判决结论进行补充性说明。

学说中，（1）和（2）是主论，可以抽取出来作为判例，（4）是旁论，没有争论；争论的焦点是（3）。但司法实践中，上述四类法律判断都可能成为判例。

1、实务上的抽取标准

刑事诉讼中，上告理由是违反“判例”；不分民刑，启动判例变更程序的前提是确定变更的对象是“判例”。因此，最高法院会慎重判断判决中哪部分是真正具有先例价值的法律判断，但抽取判例的标准灵活，不区分主论和旁论。松尾浩也教授总结刑法判例，发现最高法院抽取判例有如下特点：[49]援引判例作为本案的根据时，判例抽取标准就宽缓，把有价值的部分拿来参照；反之，认为原判决对判例的引用不恰当或排除判例在本案中的适用时，判例抽取标准就相对严格，区分判例的事实前提与本案的事实前提，限制判例的适用范围。这种灵活掌握判例抽取标准的现象在下级法院也普遍存在。

最高法院不拒绝把旁论性质的法律判断也视为判例，认可违反旁论也该当刑事诉讼法 405 条规定的上告理由。[50] 典型的例子是最高法院大法庭在 1969 年 6 月 18 日作出的判决。[51]本案中，行为人昭和 40 年 1 月 28 日伪造驾驶证（手段行为），昭和 42 年 10 月 22 日至同年 12 月 1 日期间携带伪造的驾驶证驾驶经营用的机动车（结果行为），手段行为与结果行为之间这段时间内，行为人因盗窃罪和有印私用文书伪造和实行罪被处罚，该判决是有既判力的“确定判决”。原审判定，仅是驾驶机动车时携带着伪造的驾驶证，伪造的公用文书使用罪不成立。原审在旁论中，对手段行为与结果行为的罪数关系进行了进一步探讨，认为，手段行为和结果行为之间有其他犯罪的确定判决介入时，适用刑法 54 条作为牵连犯一罪处断。当时其他高等法院的判例认为，应该适用刑法 45 条后段作为并合罪处理。[52] 检察官以原判决对牵连关系的判断违反了判例，提起上告。最高法院大法庭判定，即使有确定判决介入，也不切断两行

[49] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)316-321 頁。

[50] 岩田誠「最近一年間になされた最高裁判所の判決・決定を通して観た刑事上告裁判の動き」法曹時報 6 巻 1 1 号(1954)1442 頁。

[51] 最大判昭 44 ・ 6 ・ 18 刑集 23 巻 7 号 950 頁。

[52] 東京高判 41 ・ 3 ・ 29 高刑集 19 巻 2 号 125 頁；広島高判 41 ・ 4 ・ 14 高刑集 19 巻 3 号 296 頁。

为之间的牵连关系，维持原判。其实本案中牵连关系的问题本来并不存在，与此相关的判断属于旁论，[53] 但检察官以旁论抵触判例为由提起上告，最高法院大法庭也针对此作出了最终的判断。

最高法院判决理由中的旁论部分在其他案件中被援引的例子也不乏存在。例如，最高法院在 1970 年 11 月 25 日判决中的法律解释解决的问题是“诡计自白的证据能力”。该判决理由中有如下一段论述，“虽是搜查程序，却是宪法保护之下刑事程序的一环，因此，依照刑事诉讼法第 1 条的精神，维持公共福祉和保障个人的基本人权的同时，应该恰当实施。”[54]这部分是明显的旁论。[55] 在厚木航空基地爆破计划案件的一审判决中，横滨地方法院援引最高法院的该旁论来说明，警察在没有令状的情况下打开挂肩式手提包后发现并扣押的物品属于违法获得的证据，证据能力被排除。

由此可见，在日本的司法实践中，法官比较自由地抽取判例，只要是作为裁判指南具有价值的部分，即便是旁论，也视为判例。[56]

最高法院前法官金築誠志支持实务上对判例宽松抽取的做法。金築誠志认为，“超过了事实关系的法律判断的部分没有必要与主论分割开来，一般性的判断结论也可以成为主论。一般性的判断结论，在更加广泛的范围内对事实关系的法律判断进行规范，以示判决的方向性，这是一般性法律判断能够起到的作用。”“仅是针对事实关系的法律判断未必能充分地确保法令解释的安定性和统一性。”[57]评价旁论的援引时，金築誠志认为，虽然是旁论，却表达了对法令有最终解释权的最高法院的意见，在预测判决这个意义上，即便是旁论也不容忽视。[58]

平野龙一教授基于司法现状，从判例本质入手来解释为什么日本法官普遍把一般性的法律判断也视为判例。[59]平野教授指出，采取什么样的抽取标准取决于如何理解“判例是什么”。在英美法中，判例一定是“有关重要事实的法律判断”。但是在日本，一般性的法律判断经常

[53] 早川義郎「刑事事件における判例変更をめぐって——生きている判例・死んだ判例——」司法研修所論集 1973(1)79 頁。

[54] 最大判昭和 45 年 11 月 25 日刑集 24 巻 12 号 1670 頁。

[55] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)320 頁。

[56] 同上 319 頁。

[57] 金築誠志「主論と傍論——刑事判例について」司法研修所論集 2 号(1973)158-159 頁。

[58] 同上 166 頁。

[59] 以下内容均参见平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会・ 1966) 239 頁以下。

作为判例被采用。这类一般性的法律判断既不是关于重要事实的法律判断，也不像法一样抽象到具有普遍适用性，而是处于两者之间的一种状态，平野教授称其为“中间性法律判断”。平野教授分析指出，鉴于案件庭外解决的情况增多，通过一定程度抽象化了的法律判断，法官表现出一种不仅本案，而且包括其他类似案件一并解决的倾向，如此看来，与英美相比日本的判例更具“立法性功能”。日本法官不仅是解释具体的事实，而且一有机会就进行一般性的法解释，因此，法律解释的先例约束力的辐射范围广阔。

2、学说中的抽取标准

学界的主流意见认为，判例的本质不是形成一个普遍适用的法原理，而是解决一个个具体问题的法律判断，因此，只有与重要事实对应的法律判断才是判例。

19 世纪末学界普遍的态度是把判决理由中一般性的法律命题也视为判例。穗積重遠教授在 1917 年撰文，批判以往学界的观点，提出新的判例观，是日本新判例理论的先驱。穗積教授对当时法学界中“研究判例时偏重判决理由中法理论的风气”进行批评，指出，“判决不是论述抽象性法理的学说，而是每一个具体争点的解决。……无论判决理由中有多少旁征博引，只要与该案件的具体问题没有直接关系，或超过了具体问题所涉及的范围，就停留在学说的价值，不能构成判决内容，不能成为判例。”20 世纪 20 年代，末弘严太郎教授强调判例研究的目的应当以具体为本，注重对案件事实关系的把握。其学说由其弟子川岛武宜博士继受，深受英美判例法理论影响的川岛博士将抽取判例归纳为以下三步，“(i) 将作为裁判对象的个别具体事实抽象化得到定型性事实，(ii) 再把该裁判的个别具体结论抽象化得到定型性判断结论，(iii)在此基础上，把对导出定型性结论有意义的定型性事实选出来，成为一个法律判断”，该法律判断就是判例。该学说在日本非常有影响力。[60]目前，判例理论研究颇为精深的中野次雄教授同样是主张区分主论与旁论，认为只有与重要事实相对应的法律判断（包括前面所述的第一类和第二类法律判断）才是主论，具有先例约束力。中野教授基于对判例角色的定位，深入论述了严格把握判例抽取标准的根据，指出，“法官的使命一定是解决一个个具体的案件，而不是阐明一般性的法原则。说起法律性问题，最重要的是针对该案件的论点作出什么样的结论。这也是判决中法律性判断的本质部分，作出这样的判断结论才是法官的应为之事。……与此相比，理由说明在其次，……”。[61]

[60] 金築誠志「主論と傍論——刑事判例について」司法研修所論集 2 号(1973) 136 頁。

[61] 中野次雄『判例とその読み方[改訂版]』(有斐閣・2002) 52 頁。

主论和分论的区分、判例的抽取方法在刑事法领域也有探讨。井上正治教授通过批评最高法院在 1955 年 1 月 11 日判决中的判例抽取标准，[62]要求判例与重要事实的严格对应。本案涉及的法条是规定辩护人必须在场条件的刑事诉讼法 289 条。根据该条，普通的公开审判日，辩护人必须在场。本案的争点是，宣判之日辩护人是否必须在场。最高法院的判例认为，只为了宣判而开庭的，辩护人未必出庭。本案的重要事实包括，宣判日期已经确切告知了辩护人，并且辩护人也没有提出因事不能到场、要求改变日期的请求，这两个重要事实任何一个被替换结论都可能变，例如，把前一个事实变更为没有通知辩护人，或者把后一个事实变更为辩护人提出了变更日期的请求。井上教授认为，只有与这两个重要事实对应的判断才是主论，而最高法院的判例忽略了这两个关键事实，因此该判例只是一个抽象的、一般性的判断。[63] 松尾浩也教授在分析井上教授的观点时，认为，井上教授的观点源自英美判例法，要求尽量以小尺度抽取判例，限制一个判例的适用范围，为新判例的创设留有空间，但日本毕竟是成文法传统的国家，判例通过法律解释形成规范，从这个意义上，判例的抽取标准可以相对弹性地把握。[64]但松尾教授同时也指出，为了尽可能避免判例变更，保持法的安定性，有必要对判例适用范围进行严格限定。[65] 具体而言，从判例的本质来看，判例是以一个个的具体案件为对象的法官思维活动的结晶，应该将案件的特殊性充分提炼出来作为主论，主论体现了判例最核心部分的价值，之外的部分与学说的性质类似，是旁论。[66]

综上所述，在如何甄别判例这个问题上，法官和学者基于对判例本质的不同理解，采用了不同的标准。实务上，判例抽取比较灵活，探讨主论和旁论区分的问题意义不大，处于这种抽取标准根底的是成文法传统的日本所特有的对判例理解，即成文法体系之下，判例必须经由法律解释的过程来发挥形成或创设法规范的功能。对此相对，在英美法判例制度影响下，日本的学者反思判例的本质，强调判例的本质是对具体事件的解决，不是解释性的原理，主张的严格区分主论和旁论，以小尺度抽取判例。

（二）判例中的司法解释

[62] 最判昭和 30 · 1 · 11 刑集 9 巻 1 号 8 頁。

[63] 井上正治「判例とは何か」『刑事訴訟法—判例学説』(酒井書店 · 1958)。

[64] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣 · 2004) 317 頁。

[65] 同上 318 頁。

[66] 同上 321 頁。

在成文法传统的日本，制定法规范着大部分的社会领域，判例则通过法官对制定法的解释来实现形成或创设法规范的功能。这是日本司法判例制度的特点之所在。[67]制定法（法规）解释具体是指，在司法实践中，基于法律规定，通过法的推论，形成或创设适用于具体案件的法律规范性命题。[68] 判例有形成法规范的功能，这一功能必须通过法律解释这个过程来实现。[69]

有关判例形成法规范的讨论可以追溯到日本近代司法裁判制度的草创期。1875 年 6 月 8 日太政官布告 103 号 3 条中记载着，“民事裁判中，无成文法时依据习惯，也无习惯时顺从条理进行裁判。”司法审判中，法官经常要处理“法的欠缺”，[70] 比如，能够直接适用的法律不存在；法律虽存在但法条指示的内容具有原则性，方针性；法条用语具有多义性，其语义的内涵和外延具有伸缩性，争议的事项恰属于概念表意的边缘地带。[71] 法官通过解释法律，克服法律本身的局限，明确法律适用。

在刑法领域中，受罪刑法定原则的制约，判例形成法规范会受到更多的限制。[72]当没有相应的成文法规定时，法官只能作出无罪判决。然而，司法实践中，法官因顾及罪刑法定原则而放弃解释法律的情况实在不多。[73] 在日本，即便在刑法领域，判例也在积极地发挥着形成法规范的功能，下面举案例说明。

以判例来补充法条中没有规定的内容，典型的例子是盗窃罪主观要件的法律解释。在德国刑法中，盗窃罪的主观要件在法条中有明文规定，根据德国刑法 242 条 1 款，“意图盗窃他人动产的，非法占为己有或使第三人占有的，处 5 年以下自由刑或罚金刑。”在日本，盗窃罪由刑法 235 条规定，法条原文是，“窃取他人财物的，处 10 年以下有期徒刑或 50 万日元以下罚金。”以德国刑法做比照，很明显，日本刑法 235 条条文本身没有提示盗窃罪主观要件。大

[67] 樋口範雄『はじめてのアメリカ法』(有斐閣・2010)48 頁以下参照。

[68] 土屋文昭「判例に関する覚書——民事判例の主論を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー 6 巻(2011) 225 頁。

[69] 土屋文昭「判例に関する覚書——民事判例の主論を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー 6 巻(2011) 226 頁。

[70] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)321 頁。

[71] 中村治郎『裁判の客観性をめぐって』 (有斐閣・1970) 90 頁。

[72] 団藤重光『法学の基礎[第 2 版]』(有斐閣・2007)167 頁。

[73] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)323 頁。

审院在 1915 年 5 月 21 日判决的“教育诏书案件”中，通过判例明确了盗窃罪的主观要件。该判例要求行为人主观上必须有“不法领得的意思”，不法领得意思包括排除权利人将他人之物如自己之物一样处置的意思和按照其经济上的用法利用或处分他人之物的意思。[74]前者是“排除意思”，后者是“利用意思”，两个意思缺一不可。近百年前的判例一直被沿用至今，不法领得意思作为盗窃罪的主观要件虽然没有写在刑法条文中，却如同法律一样被法官尊重、是裁判的准则。判例又对不法领得意思作出了更细致的界定，比如，行为人有毁弃、隐匿意思时，不法领得意思被否定，盗窃罪不成立，财物损毁罪成立；[75]单纯为了用一下而持有他人财物的，不构成盗窃罪，[76]但以乘船之后随即弃之的意思占据船只的，不法领得意思被肯定，盗窃罪成立。[77]上述法规则皆源自判例，却是法官断案的准则，对司法裁判具有事实上的约束力。

以判例来对应立法者未曾预想到的新问题，典型的例子是大审院在 1940 年 8 月 22 日“汽油机车翻车案件”中的法律解释。[78] 本案中，行为人在驾驶汽油机车时过失翻车，造成乘客多人重伤或轻伤。当时适用的是 1907 年刑法，立法之际，没有汽油机车，因此该法第 129 条只规定过失导致“火车或电气列车”翻车或损毁的构成犯罪。法庭的论点是，刑法第 129 条是否适用于汽油机车翻车案件。大审院认为，汽油机车在动力种类上与火车不同，但在托运着多数乘客在轨道上行驶等方面与火车相同，据此作出扩张解释，判定本条的火车包括汽油机车。该解释被学界普遍认可。[79] 考虑到立法趣旨，允许法律解释具有若干弹性。当然无论弹性多高，无论行为看似可罚性多高，刑法领域的法律解释以法条用语本身的表意范围为限，这是罪刑法定原则的要求。

法条用语本身的表意范围之内，解释的空间实则广阔，典型的例子是最高法院在 1976 年 4 月 30 日判决的案件中对公用文书伪造罪客体的法律解释。[80] 本案中，被告人篡改公用文书原件之后进行复印，将此复印件作为证明文书使用。法庭的论点是，公用文书的图片复印件是

[74] 大判大正 4 · 5 · 21 刑録 21 辑 663 頁；最判昭和 26 · 7 · 13 刑集 5 卷 8 号 1437 頁。

[75] 大判大正 4 · 5 · 21 刑録 21 辑 663 頁。

[76] 大判大正 9 · 2 · 4 刑録 26 編 26 頁。

[77] 最判昭和 26 · 7 · 13 刑集 5 卷 8 号 1437 頁。

[78] 大判明治 40 年 8 月 22 日刑録 9 輯 874 頁。

[79] 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」載『刑事訴訟法講演集』(有斐閣・2004)323 頁。

[80] 最判昭和 51 · 4 · 30 刑集 30 卷 3 号 453 頁。

否具有公文性，是否属于公用文书伪造罪的客体。札幌高等法院在原审判决中否定图片复印件的公文性，维持一审无罪判决。[81] 此前，名古屋高等法院在 1973 年 11 月 27 日判决的案件中肯定了图片复印件的公文性。检察官以札幌高等法院的原判决与名古屋高等法院的判决相抵触为由提起上告。最高法院的判例认为，“使用照相机，复印机等，通过机械性手段，复印原本所得到的文书（下文称图片复印件）------，就文书本来的性质而言，除图片复印件与原件不具有同样的功能和信用性之外，构成公用文书伪造罪的客体。”最高法院撤销原审判决，对公文性作出统一的法律解释。

在无罪刑法定原则限制的民事判决中，法官通过判例形成或创设法规范的空间更加广阔。民事法院的法官当然可以作出超越文理框架的类推解释。[82] 不止于此，民事案件中，法官甚至可以不依赖具体法条，只基于一般的法原理创设新规则，解决具体纠纷，[83]典型的例子是最高法院在 1967 年 11 月 16 日判决中的法律解释。[84]合同双方约定在特定的动产上设置抵押权，并且为了保全所有权转移请求权进行了临时登记。这种代物偿还或代物清偿制度本来的目的是担保，但被债权人恶用，以合同自由为名明目张胆地取得数倍于债务金额的不动产，这种行为违反了公平原理。最高法院基于一般的法原理，判定，“不动产的价额与偿还期为止的原本和利息合计总额相比，失去了合理平衡的情况下，若无特别情节，债权人有清算义务。”

综上所述，在日本，判例不是制度上的法源，却占据着事实上法源的重要地位。从司法实践的实情来看，判例几乎能与立法并驾齐驱，在形成、创设法规范的过程中发挥着重要的作用。[85]

四　小结

日本虽然是成文法传统的国家，但日本法中判例作为事实上的法源对司法裁判的支配力之强可媲美英美的判例法。在成文法主导的规范体系下，司法判例的功能及其实现的方式可以归纳为如下几点。

其一，虽然社会生活的大部分领域都由成文法来规范，但鉴于法律自身的特征及不可克

[81] 札幌高判昭和 50 · 9 · 18 高刑集 28 卷 4 号 367 頁。

[82] 西田典之『刑法総論[第二版]』(弘文堂 · 2010)53－54 頁。

[83] 土屋文昭「判例に関する覚書——民事判例の主論を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー 6 巻(2011) 227 頁。

[84] 最判昭和 42 年 11 月 16 日民集 21 卷 9 号 2430 頁。

[85] 田中英夫「判例の不遡及的変更」法学協会雑誌 83 卷 7 号=8 号(1966)1005－1006 頁。

服的局限，判例的可作为空间非常广阔。在日本，判例可以补充法条中不完整的规定，可以弥补制定法应变性不足，可以明确法条中模糊的概念，在民法领域，甚至可以脱离成文法限定，根据一般的法理调整各种利益关系。

其二，判例要真正发挥作用，必须要有约束力。在日本，首先通过上告制度，赋予最高法院最终解释法律的权限，由此确保法解释的统一性，实现“同样案件同样处理”。然后，又通过严格限定判例变更程序，使判例变更变得困难，提高了通过判例对将来裁判结果进行预测的可能性，同时也让法官对挑战先例持有更加谨慎的态度。另一方面，给予法官遵守或不遵守判例的绝对自由，尊重法官的主体性，法官为了实现具体的正义而善意挑战判例时，为判例的发展提供了契机。

其三，关于判例的甄别标准，日本实务界和学术界的对立体现了两种判例观的对立。在英美等判例法传统的国家，判例的本质就是一个个的具体案件的解决策，判例所示的法律判断必然与具体的事实相对应。英美法的判例观在日本学界有深远的影响。日本的司法实务对此却是绝缘的。日本最高法院一贯的态度是用大尺度灵活抽取判例，一般性的法律判断以及旁论也尽数揽入判例的范畴。这与日本成文法制度之下判例的形成特点相关联。在成文法的背景下，判例形成或创设法律必须通过法律解释这一过程来实现。在这一过程中，法官以案件的具体事实为前提，确定可适用的法规，对该法规进行法律解释，得出一般性的法律判断，很多情况下，这些一般性的法律判断即为抽取判例的标准。[86] 存在于判例抽取标准根底的是对判例本质的理解。我国案例指导制度要采用哪一种模式则需要结合我国法制度的具体特点进一步探讨。

其四，在日本，判例变更的溯及力成为罪刑法定范畴内的一个问题这本身就可以说明，判例支配日本司法裁判的强度。最高法院的判例中判例的溯及既往不被禁止，对此相对，有力的学说认为，通过判例所示的法规范，可以对将来最高法院态度进行预测，基于对判例的信赖而行为的自由应被受到保护，因此积极主张判例的不溯及性变更。判例所指示的规范会通过法官的反复适用、通过既判力的判决逐渐为国民普遍知晓，当国民可以信赖这些规则，预测自己的行为时，规则变更溯及力的有无必然要慎重讨论，这也是日本判例制度给我们的启示。

[86] 土屋文昭「判例に関する覚書——民事判例の主論を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー 6 巻(2011) 227 頁。

刑事指导性案例溯及力问题研究

——以美国刑事判例溯及既往问题的奥德赛之旅为借鉴

郑泽善 车剑锋

摘　要：由于与判例制度具有天然的亲和性，我国的刑事案例指导制度存在刑事指导性案例溯及既往效力是否存在的难题。认为判例具有完全溯及既往的效力的观点，是对于判例时间效力的误解。这种误解导致上述难题始终没有获得足够的重视与探讨。在以美国为代表的判例法国家，判例溯及既往问题在40年间经历了巨大的变化。其变化的过程可以为我国刑事指导性案例溯及既往的问题提供借鉴。考虑到我国的案例指导制度还在初创阶段，对上述问题的探讨并非急于获得确定性的答案，而是为了通过前瞻性的建构，为司法机构提供理论支持，防止在遇到指导性案例溯及既往问题时，司法机关陷入不知所措的窘境。

关键词：溯及力；案例指导制度；指导性案例；判例；罪刑法定

从2010年最高人民法院《关于案例指导工作的规定》标志着我国案例指导制度正式建立开始，到2013年11月8日《最高人民法院关于发布第五批指导性案例的通知》为止，最高人民法院一共公布了22个指导性案例，其中刑事案例一共有6个。[1]在我国案例指导制度与判例制度之间关系的问题上，学界存在不同认识。有学者主张，所谓指导性案例其实就是判例。因此，我们也可以把案例指导制度称为具有中国特色的判例制度。[2]有对立的观点认为，我国还不具备建立判例制度的条件，因而确立的是案例指导制度而不是判例制度。[3]案例指导制度是不同于西方“判例法”且有中国特色的“案例法”。[4]案例指导制度到底是判例法还是案例法，在目前该制度的初创阶段，还很难断言，但是可以肯定的是，虽然中国案例指导制度与西方判例法体系或先例制度不同，但是，从通过案例来指导法律适用来说，它们在方法论上还是有很大的共性。[5]因此，在逐渐完善我国案例指导制度的过程当中，应当对判例制度当中的关键问题进行借鉴和参考。除了遵循先例（stare decisis），判例制度当中还存在着一个重要的问题，即司法判例溯及力(retroactivity)的问题，特别是在受到罪刑法定原则约束的刑事领域。在我国学者关于刑事案例指导制度的探讨当中，鲜有关于刑事指导性案例溯及既往问题的分析。[6]本文以美国刑事判例制度溯及既往的制度变迁为基础，试图通过借鉴美国的经验，对我国刑事案例指导制度当中的溯及既往问题进行前瞻性的思考。

郑泽善，南开大学法学院教授、博士生导师；车剑锋，南开大学法学院博士生。

1 本文探讨的刑事指导性案例的溯及力问题，主要针对法庭审理的过程中，对于指导性案例所确认的“新规则”是否可以溯及既往地适用的问题。因此，对于最高人民检察院公布的指导性案例暂不做讨论。

2 陈兴良.案例指导制度的法理考察[J].法制与社会发展，2012（3）：73.

3 周道鸾.构建符合中国国情的案例指导制度——对《关于案例指导工作的规定》的诠释[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版)，2013（4）：28.

4 黄亚英.构建中国案例指导制度的若干问题初探[J].比较法研究，2012（2）：9.

5 张骐.再论指导性案例效力的性质与保证[J].法制与社会发展，2013（1）：103.

一、问题的提出：刑事指导性案例是否存在溯及既往的问题

禁止溯及既往是罪刑法定原则的派生原则之一。其要解决的问题是，新的发生效力的法律规范，是否应当适用于该规范生效之前行为。由于溯及既往的法律会侵犯到公民预测自己行为法律后果的可能性，因此我们对于溯及既往的法律存在一种本能的反感。对溯及既往的普遍反感导致了一种误解，即人们对于何为“溯及既往”具有普遍的认识和一致的见解。实际上，这种认识与见解根本不存在。7原因在于，法律溯及既往的问题存在特别的复杂性。首先是刑事法律规范与民事等其他法律规范，在溯及既往问题上存在根本的不同，在刑事领域考虑到刑罚对于公民自由的剥夺性，对于溯及既往的禁止最为严格。8而在其他领域，以民事为例，则允许一定的溯及既往的法律存在。9其次，法律溯及力问题在不同规则的层面上运行着：包括成文法、判例法和宪法三个层面，且在各个层面上都具有独特的范式。成文法解释的溯及力问题并不复杂。新的、合理的决定适用于所有案件。在判例法的场合，司法决定发生变化，规范就跟着发生变化，因此变化的规范适用范围的确定是一个复杂的问题。宪法处在居中地位，但是，在溯及力的问题上其更多的代表了判例法的范式。10根据这样的区分，在普通法系国家，法律溯及既往问题至少具有三个面向：一是，由立法机构制定的法律是否属于“事后法（Ex Post Facto Law）”，以及事后法是否可以在司法实践中适用；二是，法庭在审理的过程当中，面对变化了的社会情况和对法律条文的新理解突破先前的先例，是否会侵犯到公民对自己行为的预测可能性；三是，新的判例是否可以溯及既往的适用于已经开始审理、尚未审结或者提起审判监督程序的案件当中。我们将这三种情况概括为：立法层面上的溯及既往、司法层面上的溯及既往和判例制度溯及既往三个问题。

由于我国是成文法国家，因此，我国学者通常在立法层面上探讨禁止溯及既往的问题，即法律是否属于溯及既往的法律以及溯及既往的法律是否应当在司法实践中适用的问题。如有学者指出，溯及既往的效力，所解决的问题是，刑法生效后，对它生效前未经审判或判决未确定的行为是否具有追溯适用效力。11如果允许用事后制定的法律来处理案件，罪刑法定的人权保障功能就会化为乌有。12另有学者指出，禁止事后法，首先是对立法权的一种限制。

6 在数量庞大的文献当中，对该问题进行直接研究的论文仅有一篇。（参见张小燕.指导性案例溯及力问题初探[J].司法改革评论（第十辑），2010.）在本文看来，尽管该文作者敏锐地指出了目前案例指导制度研究存在的理论空白，但是，其并未提供可以参考的解决策略。因此，给人一种只诊断，不开方抓药的感觉。

7 Charles Sampford etc.. Retrospectivity and the Rule of Law[M]. New York: Oxford University Press, 2006: 9.

8 为论述方便，除特别说明之外，下文提到的溯及既往，专指刑法溯及既往的问题。

9 （美）富勒.法律的道德性[M].郑戈，译.北京：商务印书馆，2005:69-70.

10 Kermit Roosevelt Ⅲ. A Little Theory Is a Dangerous Thing: The Myth of Adjudicative Retroactivity[J]. Connecticut Law Review, 1999, Vol. 31: 1076.

11 张明楷.刑法格言的展开（第三版）[M].北京：北京大学出版社，2013:120.

12 李洁.论罪行法定的实现[M].北京：清华大学出版社，2006:75.

其次是对司法权的一种限制。13但是本质上，这里所谓的对于司法权的限制，主要针对事后法的适用问题，从而与法官造法的司法层面上的溯及既往存在不同。在司法层面溯及既往的问题上，有学者主张，应当与立法溯及既往相区别，前者禁止溯及的效果，后者禁止溯及的形式。以期通过对二者的区分，解决刑事司法解释溯及力的难题。14但是，关于判例制度溯及力的问题，目前在刑事法领域鲜有论述。

对于判例法是否具有溯及既往效力问题的忽视，源于我国学者对于判例法溯及力的误解，即我国学者认为判例法具有溯及既往的缺陷。15从根源上来看，由于布莱克斯通主义对于普通法系的巨大影响，在历史上，判例制度溯及既往的问题并不存在。在当时，由于法官曾经宣誓他不会根据个人的判断，而应根据众所周知的国家法律和习惯进行判案，他无权颁布一项新的法律，只能维护原有的法律并加以解释。（当先前的判决因明显违反理性而被推翻时）后来的法官也不会声称他制定了一项新法，他只是澄清了对于旧法的误解而已。16也就是说，当法官通过判例改变了对于法律的理解时，并不存在新的规范，而是规范自始就是这样的。既然如此，当然不存在法律是否应当溯及既往的问题。在美国，17随着布莱克斯通主义的式微，法律实证主义对于传统的法官是法律的留声机的观念发起了冲击。18法律实证主义将法律视为由法院发布的用来裁判案件的规则所构成，所有这些规则，都是法律，除去这些规则，并不存在“法律”这一神秘实体，而法官与其说是法律的发现者，不如说是创造者。因此，法院总是在创制溯及既往的法律。19除此之外，实证法学的旗手哈特所主张的，在所谓法律的空缺结构（open texture）的场合法官的自由裁量权（discretion），也是法官造法的典型表现。20法官造法和对于规范的尊重二者相结合，导致在法律实证主义时期，判例具有完全的溯及力。我国学者所谓的判例法具有溯及既往的特点，是对于法律实证主义时期，判例制度溯及力问题的概括。

但是，随着法律社会学派与法律现实主义运动的兴起和司法环境的变化，完全的溯及既往的方式受到越来越多的怀疑。

在法学理论方面，法律社会学派更多的考虑到法律适用所追求的社会目标，21进而强调

13 陈兴良.罪刑法定主义[M].北京：中国法制出版社，2010:54.

14 郑泽善、车剑锋.刑事司法解释溯及力问题研究[J].政治与法律，2014（2）：79-80.

15 张明楷.罪刑法定与刑法解释[M].北京：北京大学出版社，2009:35，另见，杨剑波.刑法明确性原则研究[M].北京：中国人民公安大学出版社，2010:241.

16 （英）威廉.布莱克斯通.英国法释义（第一卷）[M].游云庭、缪苗，译.上海：上海人民出版社，2006:83.

17 本文所谓的判例制度，是指美国的判例制度，之所以选取美国作为研究对象是因为，与我国类似，美国同样受到大陆法系与英美法系共同的影响，且对判例溯及力问题的争论发生于社会高速变化的时期。因此对我国具有较大的借鉴意义。

18 （美）罗伯特.麦克洛斯基.美国最高法院（第三版）[M].任东来、孙雯、胡晓进，译.北京：中国政法大学出版社，2005:13.

19 （美）约翰.奇普曼.格雷.法律的性质与渊源（原书第二版）[M].马驰，译.北京：中国政法大学出版社，2012:85-103.

20 （英）哈特.法律的概念（第二版）[M].许家馨、李冠宜，译.北京：法律出版社，2011：123.

21 关于将法律作为社会控制的手段的论述，参见：Roscoe Pound. Mechanical Jurisprudence[J]. Columbia Law Review, 1908, Vol. 8; Roscoe Pound. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence[J]. Harvard Law

法律的社会效果。该学派认为，尽管不应当放弃遵循先例原则，在某种程度上，却应当放松这一原则。普通法不是、而且也不应当是稳固不变的。司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律。22该学派以实现一定的社会目标为考量，坚持认为法律应该发生充分的变化，以适应变化的社会条件。23以实现法律的社会目标为出发点，卡多佐大法官认为：“联邦宪法对判例溯及既往的问题不置可否。州在确定遵循先例的界限时，可以自由地在溯及与禁止溯及之间做出选择。”24法律现实主义，以不再相信是法律“而非”法官在判决中起决定作用为出发点，25认为当法院将判例学说适用于任何当事人时，如果法院有理由相信某人实际上信赖着某条规则，而且这个人将会因这一规则的改变而受到实质性的损害，那么，法院就绝对不能追溯性地改变某条规则；但是，对于改变与所有其他人有关的一条非正义的规则，法院则在追溯性和前瞻性两方面都不受任何限制。26上述理论努力，为在一定条件下禁止判例溯及既往做好了准备。

在司法环境方面，一方面，在沃伦法院时期，随着司法能动主义影响的扩大，突破先前判例的判决逐渐增多。正是由于沃伦法院公布了很多影响深远的新宪法规则，其对自身决定的潜在影响较为谨慎，因此联邦最高法院放弃普通法溯及既往规则的作法并非偶然。27简言之，如果坚持完全的溯及既往原则，那么会有大量的案件侵犯当事人的预见可能性或者被改判，这会导致极大的司法社会成本。有学者指出，选择性溯及既往（selective prospectivity）在理论上很难被接受，而完全的溯及既往(full retroactivity)在实践中很难贯彻。28另一方面，受到法律社会学派的影响，在美国的司法实践当中，对于遵循先例原则的认识发生了变化，认为：“遵循先例并非一个不可克减的要求，29其是一种政策性原则，而非遵守先前决定的机械方式。30对遵循先例原则是遵守还是背离，完全是法官自由裁量权之内的问题。”31遵循先例原则标准的降低与司法能动主义的兴起相辅相成，共同导致了大量新规范的产生，因而从上世纪 60 年代开始，催生了美国判例制度溯及既往问题的奥德赛之旅。32

我们对于刑事判例制度溯及既往问题的误解和忽视，导致了在我国案例指导制度构建的

Review, 1912, Vol. 25; Roscoe Pound. The Theory of Judicial Decision[J]. Harvard Law Review, 1923,Vol. 36，等等。

22 （美）本杰明.卡多佐.司法过程的性质[M].苏力，译.北京：商务印书馆，1998:95-105.

23 （美）斯蒂芬.M.菲尔德曼.从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行[M].李传敢，译.北京：中国政法大学出版社，2005:200-201.

24 Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co., 287 U.S. 358(1932), at 364.

25 （美）卡尔.N.卢埃林.普通法传统[M].陈旭纲、史大晓、仝宗锦，译.北京：中国政法大学出版社，2002:14.

26 （美）杰罗姆.弗兰克.初审法院——美国司法中的神话与现实[M].赵承寿，译.北京：中国政法大学出版社，2007:296.

27 Joshua Dressler. Understanding Criminal Procedure(Third Edition)[M]. Newark: Matthew Bender & Company, Inc., 2002:57.

28 Kermit Roosevelt Ⅲ, supra note 10, at 1093.

29 Payne v. Tennessee, 501 U.S.808(1991), at 828.

30 Helvering v. Hallock, 309 U.S. 106(1940), at 119.

31 Hertz v. Woodman, 218 U.S. 205(1910), at 212.

32 “奥德赛之旅”原来是指希腊英雄奥德修斯在“特洛伊战争”之后近 20 年的归乡之路。本文借鉴奥德赛的表述，意在说明美国刑事司法判例溯及既往问题反复变化的过程。

过程当中，缺乏对于指导性案例溯及力问题的考虑。既然，案例指导制度具有一定的拘束力是事实，33那么当指导性案例创造了新的法律规范或者变更先前的法律规范时，是否对该案例颁布之前的行为有效的问题，就具有进行探讨的必要。对于指导性案例溯及力的前瞻性探讨，可以避免在将来某一时刻，司法实践当中的手无足措。本文意图通过对于美国判例制度溯及既往变迁的介绍和分析，为我国案例指导制度的溯及力问题提出解决建议。

二、 前车之鉴：美国刑事判例溯及既往问题的奥德赛之旅

判例制度中，判例溯及既往的问题看起来相当简单，其仅仅是法庭决定是否要将法官制定的新规则适用于新规则公布之前发生的事件而已。然而，其困难在于，如何形成有效的规则或方法，以决定新规则是否可以溯及既往的适用。[34]在美国，从1965年Linkletter案开始，之前的完全溯及既往的原则开始土崩瓦解。有美国学者概括说："再过去的四十年间，判例法（溯及力问题）发生了戏剧性的变化。"[35]这一变化的过程可以分为三个阶段，即完全溯及既往时期、选择性溯及既往时期和Harlan标准时期。本文通过介绍美国刑事判例溯及力问题发展的各个阶段及其特征，以试图尝试概括刑事判例溯及既往的一般性要素。[36]

（一）Linkletter案：判例溯及既往问题的分水岭

如上文所述，在Linkletter案之前，在美国判例具有完全溯及既往的效力。Linkletter案是根据人身保护令（Habeas Corpus）[37]提起的再审案件。其主要针对的是Mapp v. Ohio

33 就案例指导制度具有拘束力的问题，我国学者存在共识。但是在案例指导制度应当具有何种拘束力的问题上，我国学者存在较大分歧。一种观点认为，案例指导制度具有规范意义上的拘束力，相关论述参见：丁文严.案例指导制度背景下人民法院案例系统的构建[J].法律适用，2013（1）；王利明.我国案例指导制度若干问题研究[J].法学，2012（1）；朱建敏.构建案例指导制度的几个具体问题——基于效力定位的视角[J].法治研究，2008（9）。第二种观点认为，案例指导制度应当具有事实上的拘束力，相关论述参见：林维.刑事案例指导制度：价值、困境与完善[J].中外法学，2013（3）；陈兴良.案例指导制度的规范考察[J].法学评论，2012（3）；杨雄.刑事案例指导制度之发展与完善[J].国家检察官学院学报，2012（1）；王晨光.制度构建与技术创新——我国案例指导制度面临的挑战[J].国家检察官学院学报，2012（1）；夏锦文、莫良元.社会转型中案例指导制度的性质定位与价值维度[J].法学，2009（11）。第三种观点认为，案例指导制度的效力可以定位于规范拘束力与事实拘束力之间，相关论述参见：张志铭.司法判例制度构建的法理基础[J].清华法学，2013（6）：104.。本文认为，规范层面的拘束力与事实层面的拘束力的区别尽管存在，但是没有必要将其绝对化。例如，对于大陆法系国家的判例制度，我国学者通常认为具有事实意义上的拘束力，但是有学者指出，日本最高法院判决的拘束力是介于规范层面与事实层面之间的，参见：解亘.日本的判例制度[J].华东政法大学学报，2009（1）。

34 John Bernard Corr. Retroactivity: A Study in Supreme Court Doctrine" As Applied"[J].North Carolina Law Review, 1983, Vol. 61: 745-746.

35 Daniel H.Conrad. Filling the Gap: The Retroactive Effect of Vacating Agency Regulations[J]. Pace Environmental Law Review, 2011, Vol. 29, No.1: 10.

36 在美国，由于联邦最高法院的职责是进行宪法解释，那么溯及既往与否的争论实际上，不单纯存在于刑事领域，在近几十年民事案件中判例溯及既往的问题同样出现了变化，但是考虑到本文主要以解决刑事指导性案例溯及力问题为目标因此对于民事当中的溯及既往问题不做更多的介绍。关于美国民事判例制度溯及既往问题的沿革，参见：Chevron Oil Co. v. Hunson, 404 U.S. 97(1971); Lampf, Pleva, Lipkind, Prupis & Petigrow v. Gilbertson, 501 U.S. 350(1991); James B. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U.S. 529(1991); Harper v. Virginia Department of Taxation, 509 U.S. 86(1993); Reynoldsville Casket Co. v. Hyde, 514 U.S. 749(1995)，等等。

37 Habeas Corpus（又称 writ of habeas corpus）是指：用于对个人提起再审的令状（writ），通常用来确保当事人所受的监禁、拘留不违法。此外，还用来检验逮捕与定罪的合法性（Legality）。参见 Black's Law Dictionary(9th Ed. 2009)。人身保护令通过未决的联邦问题（unresolved federal questions），为州法院确定的

一案中，关于Wolf规则的新理解。在Wolf v. Colorado一案中，法庭认为，尽管宪法第四修正案中的"搜查和扣押条款"中暗含了"法定自由"的概念而对各州具有拘束力，但是"非法证据排除规则"并不在宪法第四修正案的范围内，因此并不对各州构成正当程序的限制。[38]简言之，根据Wolf规则，非法证据排除规则只针对联邦执法行为，而对各州的行为不具有拘束力。Mapp v. Ohio案中，推翻了Wolf规则，认为作为自由社会的基础，非法证据排除规则应当与严格地适用于联邦一样，适用于州的行为。[39]在Mapp案宣判之前，Linkletter案的原审诉讼程序已经终结，随后Linkletter以Mapp案中确定的新规则应当溯及既往地发挥效果为由，申请人身保护令。

在审理的过程中，法庭将判例溯及既往的问题分为两个部分：一个是在直接审理的案件（cases on direct review）当中，另一个是在间接审理的案件（cases on collateral review）当中。所谓直接审理的案件，是指原审诉讼程序尚未终结的案件，例如一审、二审等诉讼程序。所谓间接审理的案件，专指根据人身保护令提起的再审诉讼。联邦最高法院认为，在直接审理的案件当中，与法律实证主义传统相类似，判例具有完全溯及既往的效果。[40]在间接审理的案件当中，联邦最高法院突破了完全溯及既往的规则，从而提出了是否应当在某些情况下禁止判例溯及既往的问题。联邦最高法院认为，（在间接审理的案件中）宪法既不禁止亦不要求溯及既往的效果。一旦这样的前提成立，无论是否溯及既往的适用新规则，我们都需要考察争议规则历史上的目的及效果，来衡量溯及适用的利弊与其会促进还是阻碍该新规则的进一步实施。[41]换言之，在间接审理的案件中，创设新规则的判例不是绝对具有溯及既往的效力，也并不是绝对禁止其溯及既往的适用，而是要对一些列相关因素进行考虑。[42]结合Linkletter案的具体案情，法庭应当考察Mapp案中规则的目的，当事人对Wolf规则的信赖和溯及适用Mapp规则的政策性效果。[43]根据"目的、信赖和效果"三个要素的检验被称为Linkletter标准。

Linkletter标准一经公布，立刻在学术界引起了轩然大波。对于沃伦法院作法的批判之声不绝于耳。有学者指出：Linkletter案中限制判例溯及既往的思路存在疑问，但是这并不表明该案的结果是不合理的。Linkletter的关键并非在于规则是否溯及适用，而是在

犯罪提供了提起再审的通道。在州诉讼程序完结之后，被确认有罪的人可以通过联邦地区法院申请人身保护令。联邦地区法院对该申请受理后的审理，被称为"间接之诉（collateral attack）"。之后，当事人可以就联邦地区法院的审理结果上诉至联邦上诉法院和联邦最高法院。参见：Cary Federman. The Body and the State: Habeas Corpus and American Jurisprudence[M]. New York: State University of New York Press, 2006。

38 Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25(1949), at 33.

39 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643(1961), at 656.

40 参见Griffin Et Al. v. Illinois, 351 U.S. 12(1956); Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335(1963); Jackson v. Denno, 378 U.S. 368(1964)，等等。

41 Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618(1965), at 628-629.

42 Ibid, at 627.

43 Ibid, at 636.

案件审理终结后，什么情况下可以提起人身保护令程序的问题。[44]另有学者指出：新的宪法原则应当平等地适用于过去和现在的案件。完全的溯及既往既不会忽略“人身保护令”的作用，也不会制造令人难以接受的不平等。[45]

尽管受到学者的批判，Linkletter 标准仍然延续了下来，并且有判例在溯及既往的问题上采用了该案中区分直接审理案件与间接审理案件的方式。[46]自此，普通法时期判例完全溯及既往的原则被打破，同时，美国判例溯及既往的奥德赛之旅也正式扬帆起航。

（二）Stovall 案：选择性溯及既往标准的诞生

Linkletter 标准尽管获得了一定程度的认可，但是，由于只能在间接审理的案件当中适用“目的、信赖和效果”三个判断标准，因此很明显会造成不公平的状况。例如，A 和 B 是两个情节完全相同的案件，由于 A 案处理的较为迅速，其普通诉讼程序已经完结，而 B 案此时尚未宣判。这时，C 案宣判，并推翻了 A、B 两个案件当中的关键性的规则。此时，根据 Linkletter 标准，C 案的新规则应当溯及既往地适用于 B，但是在 A 的场合却需要通过三个标准进行判断。将规则的适用与否归结于法院处理案件的速度，显然是有违公平原则的。有学者甚至认为：“公平和正义是我们法律体系的基础，通常来看，二者是相辅相成的关系。不幸的是，在法律变革的场合，二者的关系并非如此。在溯及既往的问题上，对不公平的担忧要明显优越于对不正义的担忧。对此，绝对禁止溯及既往是唯一的办法。”[47]

不仅仅是直接审理案件与间接审理案件相区别的标准，在当时，有学者为了既不破坏判例法法完全溯及既往的传统，又能够应付法律现实主义和沃伦法院司法能动主义导致的法律变革的频繁发生，而提出了多种区别对待判例溯及既往效力的分类标准。例如，有学者将溯及既往的规则区分为“强意义上的溯及既往”与“弱意义上的溯及既往”；[48]另有学者将溯及既往分为“初级溯及既往”与“次级溯及既往”；[49]还有学者将溯及既往分为“方法溯及既往”与“既定权利溯及既往”。[50]但是，无论区别标准是什么，在公平原则的检视之下，区别对待不同类型案件中判例溯及既往的作法都存在疑问。因此，Linkletter 之后，美国司法实践当中表现出了明显的，在直接审理案件和间接审理案件当中，适用统一的溯及既往判断标准的倾向。

44 Paul J.Mishkin. The Supreme Court 1964 Term-Foreword: The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law[J]. Harvard Law Review, 1965, Vol. 79, No. 1: 77.

45 Herman Schwartz. Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Mishkin[J]. The University of Chicago Law Review, 1966, Vol. 33: 757.

46 参见 Tehan v. United States ex rel. Shott, 382 U.S. 406(1966)。

47 Francis X.Beytagh. Ten Years of Non-Retroactivity: A Critique and a Proposal[J]. Virginia Law Review, 1975, Vol. 61, No. 8: 1616.

48 参见 Stephen R.Munzer. Retroactive Law[J]. Journal of Legal Study, 1977, Vol. 6。

49 参见 John K.Mcnulty. Corporations and the Intertemporal Conflict of Laws[J]. California Law Review, 1960, Vol. 55。

50 参见 W.David Slawson. Constitutional and Legislative Considerations in Retroactive Lawmaking[J]. California Law Review, 1960, Vol. 48。

在 Johnson 案中，联邦最高法院指出：“规则的溯及与禁止溯及并非自动地取决于其基本的宪法条款。每一条关于刑事程序的宪法条款都具有其独特的功能、先例背景和对司法的影响，因此在不同的案例中必然不断的变化。我们应当在每一个案件中，衡量其特征以决定该规则溯及既往的问题。”[51]该案为 Stovall 案当中，选择性溯及既往的标准的确立奠定了基础。

在 Stovall 案当中，法庭认为，“新规则必须应用于其宣布的案件当中，以免新的宪法解释仅仅被视为附随意见（dictum）。没有必要区分间接审理的案件和直接审理的案件，无论哪一类案件都要经过 Linkletter 中确立的三个标准的检验。”[52]这标志着选择性溯及既往标准的诞生。

选择性溯及既往的标准要求对每一个判例是否具有溯及既往的效力都进行 Linkletter 标准的检验，因此是一种判断溯及既往问题的实质标准。事实上，法官在进行实质标准的判断时，不是传统的将法律应用于案件事实的司法活动，而是在相互冲突的价值当中进行选择的“立法活动”。[53]因而有学者担心，Stovall 及其后续案件表明，最高法院认为其有权为宪法权利的保护制定时间表。这样的观点是难以成立的。实际上，法庭暗中将其判决建立在对溯及既往后果的实用主义的政策考量或者一些其不愿公开的隐含的原则之上。[54]

选择性溯及既往标准在美国联邦最高法院持续发挥了 20 余年的作用，直到上个世纪 80 年代末被推翻为止，这一标准始终是刑事判例溯及既往效力存在与否的判断标准，但是，由于选择标准上的模糊不清，在上述时间段内，实际上在判例溯及力的问题上，美国的司法实践具有较大的随意性。

（三）Harlan 标准：对于选择性溯及既往原则的颠覆

选择性溯及既往的标准一经公布，就引发了大量的质疑和批判，除了学界，这种质疑和批判的声音还源于联邦最高法院内部。Harlan 法官在一系列判例的反对意见当中，批判了选择性溯及既往的标准，并建构了以直接审理案件与间接审理案件的区别为基础，且存在例外情况的 Harlan 标准。[55]

Harlan 法官认为，在判例溯及既往的问题上采取选择性溯及既往标准，就像从上诉审判例的溪流当中钓到一个判例，将其作为公布新宪法标准的工具，而后再允许与之相似的案例不受影响地从它身边流过，这是对司法审查模式彻底地背离。[56]考虑到公平的要求和间接

51 Johnson Et AL. v. New Jersey, 384 U.S. 719(1966), at 728.

52 Stovall v. Denno, 388 U.S. 293(1967), at 300-301.

53 James L.Huffman. Retroactivity, the Rule of Law, and the Constitution[J]. Alabama Law Review, 2000, Vol. 51, No. 3: 1103.

54 Barry Robert Ostrayer. Retroactivity and Prospectivity of Supreme Court Constitutional Interpretations[J]. New York Law Forum, 1973, Vol. 19: 307.

55 参见：Williams v. United States, 401 U.S. 646(1971); Elkanich v. United States, 401 U.S. 46(1971); Mackey v. United States, 401 U.S. 667(1971); Desist v. United States, 394 U.S. 244(1969)，等等。

56 Mackey v. United States, 401 U.S. 667(1971), at 679.

审理案件中溯及适用法律高昂的司法成本，Harlan 认为：以立法与司法权的分离为视角，如果我们不能以对相关宪法原则的最佳理解来处理面前争讼的案件的话，那么就无法解释我们到底为何要审判案件。因此，应当认可新的规则在直接审理案件当中溯及的应用。在间接审理的案件当中，不能溯及既往地适用新的规则，相反应当适用原诉讼程序开始时的标准即可。[57]但是，在两种例外的情况下，可以对间接审理的案件溯及既往地适用新的规则。一是，新的规则显著改善之前的事实发现程序的，[58]二是，保护公民基本的个人行为不受恣意的行使立法权力侵害的新宪法原则。[59]上述标准被称为 Harlan 标准，尽管在 Harlan 法官的任期之内，Harlan 标准并没有获得多数法官的支持，但是，最终推翻选择性溯及既往标准的正是之前 Harlan 的反对意见。

一方面，选择性溯及既往的标准在公平性的问题上确实存在疑问，且容易导致司法的任意性。另一方面从沃伦.伯格大法官的任期（1969-1986）到伦奎斯特当选大法官（1986），联邦最高法院始终致力于通过犯罪行为及未来的人身危险性来划定“人身保护令”请愿人的范围。实际上，联邦最高法院对于人身保护令发挥作用的范围进行了限制。[60]因此，在 80 年代末，联邦最高法院的成员已经做好抛弃选择性溯及既往标准的准备，转而接受更新、更清晰的，以对“司法权”更加准确的理解为基础的溯及力概念。这样更有利于未来溯及既往的法理回归其普通法传统，即完全的溯及既往。[61]

变革发生在 1987 年的 Griffith 案和 1989 年的 Teague 案当中，前者在直接审理的案件中接受了 Harlan 标准，后者则在间接审理的案件中接受了 Harlan 标准。在 Griffith v. Kentucky 中，联邦最高法院认为：“首先，联邦最高法院仅处理案件（Cases）和争议（Controversies）是一项既存的基本原则。与立法者不同，最高法院不在更为广阔的基础上公布新的关于刑事程序的宪法规则。其次，选择性溯及既往标准有违‘相似情况相同处理’的原则。因此，我们认为，在刑事程序中，新规则应当溯及既往地适用于所有案件。”[62]可见，在直接审理的案件当中，最高法院基本接受了 Harlan 标准的推理和结论。相似的，在 Teague v. Lane 中，法官的多数意见认为：“现在，我们赞同 Harlan 法官对间接审查案件当中溯及既往问题的观点，除非存在例外，有关刑事程序的新宪法原则，不适用于该规则生效前已经终审完结的案例。”[63]

与 Harlan 标准不同的是，在间接审理案件溯及适用规则的例外方面，Teague 及其后续

57 Desist Et Al. v. United States, 394 U.S. 244(1969), at 263.

58 Ibid, at 262.

59 Mackey, 401 U.S. at 679.

60 Cary Federman. The Body and the State: Habeas Corpus and American Jurisprudence[M]. New Youk: State University of New York Press, 2006: 125-127.

61 Paul E.Mcgreal. Back to the Future: the Supreme Court's Retroactivity Jurisprudence[J]. Harvard Journal of Law & Public Policy, 1992, Vol. 15, No. 2: 620.

62 Gfiffith v. Kentucky, 479 U.S. 314(1987), at 322-328.

63 Teague v. Lane, 489 U.S. 288(1989), at 310.

案件确立的新的例外情况，认为在以下两种情况下应当允许规则溯及既往地适用。第一个例外是新规则排除一系列先行行为的刑事责任或者由于行为人的状态或过错，禁止对该类人处以特定种类的处罚。[64]例如，一个将在家中非法持有淫秽出版物的行为合法化的新规则，[65]或者对成年强奸犯不再适用死刑的新规则。[66]第二个例外被称为“刑事程序的分水岭规则”，即如果没有改新规则，那么准确定罪的可能性会受到严重破坏的场合。[67]

由 Griffith 和 Teague 案确立的标准，在直接审理的案件和间接审理的案件当中采取了一种人格分裂般的表述。实际上，其关键在于为了保护司法公平，在直接审理的案件当中必须回复完全溯及既往的传统当中。在间接审理的场合，之前 Linkletter 标准是一种实质标准，考虑到更多的是对于受到错误司法追溯的当事人的救济，而新标准则侧重于通过人身保护令实现联邦权力与州权力之间的分配。如果认为人身保护令以纠正宪法意义上的错误定罪、错误量刑为目标，那么新的规则当然可以溯及既往地适用于间接审理的案件。相反，如果认为人身保护令以监督各州的司法行为、防止各州违反宪法的司法实践为目标，那么答案新规则就不可以具有溯及既往的效力。目前来看，联邦的多数法官认为，后者是人身保护令制度的首要目标。[68]

至此，在直接审理的案件中贯彻完全的溯及既往原则，在间接审理的案件中例外的允许判例溯及既往的 Harlan 标准，基本获得了美国司法实践的认可。但是，判例溯及既往的奥德赛之旅远未结束。直到今天，美国的学者就判例是否应当具有溯及既往的问题仍然各执一词、争论不休。而这种理论储备在将来，也很有可能酿成判例溯及既往问题的新变革。

（四）学者的论战：判例溯及既往应走向何方

判例溯及既往效力的问题实际上是多种冲突的价值相互妥协的结果，对价值存在不同偏好的学者，在该问题上，得出不同的结论，也并不奇怪。在美国，经历了 80 年代末的 Harlan 标准的确立之后，在实践层面上，没有再发生根本性的变化。但是，在理论上，以法律多元主义为背景，学者对判例溯及既往的问题提出了多种不同的观点。

第一种观点基本认同 Harlan 标准，认为采用判决时法的模式，可以使溯及既往概念的存在失去意义。在直接审理的案件当中应当以审判时对法律规则的最佳理解为依据，而在间接审理的案件当中，应当以原审判时存在的法律规则为依据。[69]

第二种观点又被成为“新布莱克斯通主义”，该观点以德沃金为代表，由于强调回归普

64 Sawyer v. Simth, 497 U.S. 227(1990), at 241.

65 Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557(1969).

66 Coker v. Georgia, 433 U.S. 584(1977).

67 Teague, 489 U.S. at 311-313.

68 Karl N. Metzner. Retroactivity, Habeas Corpus, and the Death Penalty: An Unholy Alliance[J]. Duke Law Journal, Vol. 41, No. 1: 162.

69 Kermit Roosevelt Ⅲ, supra note 10, at 1131.

通法时代法官只是“发现”而非“创造”法律，[70]因此，与上文的论述类似，判例溯及既往的问题根本不存在。在德沃金的理论当中，法律实证主义的自由裁量权（discretion）理论没有存在的必要，也缺乏生存的空间。其初衷是为了回避溯及既往地适用法律的问题。[71]

第三种观点主张，判例溯及既往的问题只能从“救济法”的角度来考虑而绝非“上诉”制度的替代。因而在间接审理的案件的场合，大量的根据人身保护令提起再审程序的作法与正当程序条款要求的公平原则存在冲突。在直接审理的案件中，Griffith 案中的规则缺乏弹性。总的来说，判例溯及既往的问题应当回归到 Stovall 标准。[72]

第四种观点以“相似案件相同处理”为出发点，引入“均衡法”的概念。均衡法的概念来源于“法律过程学派”。根据该理论可以将法律现象分为“稳定的均衡（stable equilibrium)”与“不稳定的均衡（unstable equilibrium)”两类。我们将均衡的破坏与法律变革相联系，在不稳定均衡被破坏的场合，法律进化足以创造新的平衡。因此，在稳定均衡的语境下，应当禁止溯及既往，相反，在不稳定的情况下则应当允许溯及既往。[73]

第五种观点主张应当赋予判例以完全的溯及既往的效力。持该观点的学者主张，完全溯及既往并不意味着所有当事人都将从争议中的权利或规则中获益。无论是在直接审理还是在间接审理案件中的当事人，针对其所主张的权利是否应当受到保护，应当通过判决来确定其所声称的司法错误是否存在。在此前提之下，完全溯及既往将保证回溯适用新规则的公平性，而不会导致轻纵犯罪或再审司法成本过高的问题。[74]因此，就判例而言，完全的溯及既往适用要优于前瞻性适用与混合方法适用，此外，该方法的缺点可能是理论的臆断，或者至少其优点要大于缺点。[75]

直到今天，美国联邦最高法院刑事判例的溯及既往问题仍然没有一个准确的答案。相反，各种学说之间的分歧反而出现了愈演愈烈的趋势。本文对于这场奥德赛之旅的介绍暂时需要告一段落。关键的问题是，如何概括判例法国家判例溯及既往的一般性要素，并且将其与我国案例指导制度相结合。探讨适合我国的指导性案例溯及既往与否的判断标准，才是本文的

70 德沃金反对法律实证主义所主张的在哈特所谓的空缺结构（open texture）或者德沃金所谓的疑难案件(hard cases)当中的自由裁量权(discretion)，认为即使在疑难案件中，发现各方的权利究竟是什么而不是溯及既往地创设新的权利仍然是法官的责任。（参见：德沃金.认真对待权利[M].信春鹰、吴玉章，译.上海：上海三联书店，2008:118.）“权利的法理学”要求法官以整体性（integrity）为出发点，通过符合向度（dimension of fit）和证立向度（dimension of justification）的建构性解释（constructive interpretation），求得对疑难案件的唯一正解。（参见：车剑锋.“作为整体的法”与结果无价值论的法益概念[J].武陵学刊，2013（6）：58.）这样的思路，与布莱克斯通主义具有一定的相似性。

71 Kenneth J.Kress. Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkins Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions[J]. California Law Review, 1984, Vol. 72: 374.

72 Richard H.Fallon, Jr. and Daniel J.Meltzer. New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies[J]. Harvard Law Review, 1991, Vol. 104, No. 8: 1807-1813.

73 Jill E.Fisch. Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach[J]. Harvard Law Review, 1997, Vol. 110, No. 5: 1100-1110.

74 L.Anita Richardson and Leonard B.Mandell. Fairness over Fortuity: Retroactivity Revisited and Revised[J]. Utah Law Review, 1989, Vol. 11, No. 1: 61.

75 Bradley Scott Shannon. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions[J]. Harvard Journal of Law & Public Policy, 2003, Vol. 26, No. 3: 816.

目标。

三、 对我国刑事指导性案例溯及力问题的思考及建构

通过对于美国判例溯及既往奥德赛之旅的考察，我们可以发现，在美国判例溯及既往与立法层面上的溯及既往、司法层面上的溯及既往相比，存在不同。首先，判例溯及既往不是简单的有或者无的问题，换言之，在判例溯及既往的问题上并非只有溯及既往、禁止溯及既往和从旧兼从轻三个选项。例如上文提到的 Stovall 标准中所确立的选择性溯及既往标准，就是典型的实质的判断标准，因而，是程度上的问题而非有无的问题。其次，在判例溯及既往的问题上要对多种利益、价值进行衡量。从美国的司法实践来看，在决定判例溯及既往的效力时要考虑的因素主要包括：公平的要求（相似案件相同处理）、个案正义的要求、司法环境的要求（司法能动主义与司法克制主义）、司法成本的考虑，以及法学理论的相应发展。从 Linkletter 标准到 Harlan 标准，表面上看是判例溯及既往的策略发生了改变，实际上则是各种影响因素的力量对比发生了变化。甚至于，在 Harlan 标准获得确立理由的问题上，联邦最高法院的法官最终也未能达成一致意见。[76]更不用说学者对该问题的迥异的观点。第三，判例溯及既往的问题并不具有统一的解决方案，美国的奥德赛之旅充分表现出了实用主义的特征——在不同的问题面前，可以采取不同的策略。例如，无论是 Linkletter 标准、Stovall 标准还是 Harlan 标准都将判例溯及既往的问题区分为在直接审理的案例中和在间接审理的案例中两类。在不同类别当中，由于价值衡量的偏好存在不同，因而，解决路径也同样存在不同。这就是以美国为代表的判例制度当中，刑事判例溯及既往的一般性要素。与美国的判例制度相似，我国的案例指导制度同样面临着溯及既往的问题。通过对于美国司法实践作法的考察，我们至少可以得出这样的结论：刑事指导性案例的溯及既往的问题不是简单的溯及或者禁止溯及的问题，应当区分溯及既往问题的不同情况进行分析。

这里必须说明与美国判例制度相比，我国的案例指导制度所具有的特性。在英美法系国家，先前的刑事判例如果成了法律的主要渊源，就是一种必须遵守的法律。[77]在我国，尽管均由最高法院公布，但是指导性案例和司法解释发挥作用的方式却截然不同。在目前我国的司法解释中，最高人民法院的司法解释起着与法律同等重要的作用，是我国法院和法官办案的直接依据。[78]因而，刑事司法解释已经不仅仅成为对刑法的解释这样一种附属性的体系而存在，而是作为一种相对独立的规范体系而存在，即副法体系。[79]相反，如上文所述，目前认为案例指导制度仅具有事实意义上的拘束力的观点较为有力，即案例指导制度的拘束力是内在的、事实上的作用，而不能直接援引为据，作为裁判依据适用。[80]有学者认为，“硬指

76 James B.Beam Distilling Co. v. Georgia et al., 501 U.S. 529(1991).

77 郑泽善.刑法、学说与判例——兼论构筑判例制度的必要性[J].甘肃政法学院学报，2010（3）：42.

78 郑泽善.刑法总论争议问题研究[M].北京：北京大学出版社，2013:423.

79 林维.刑法解释的权力分析[M].北京：中国人民公安大学出版社，2006:441.

80 胡云腾、罗东川、王艳彬、刘少阳.统一裁判尺度 实现司法公正——《关于案例指导工作的规定》的解

导”的“硬效力”实现很困难。相对来说，“软指导”却有着“硬效力”。[81]因而，案例指导制度在目前体制内不可能取得同司法解释完全相同的法律地位。[82]那么，我国案例指导制度与美国判例制度相比，在溯及既往问题上便多出一个层次的问题，即除了指导性案例自我变革之外，后公布指导性案例与先前公布的司法解释，甚至法律规范存在冲突的场合同样需要探讨其溯及力的问题。因此，我国指导性案例溯及既往存在以下几个问题：首先是指导性案例发生变革的场合，如何解决新的指导性案例的溯及力问题；其次是再次是后公布的指导性案例与先生效的法律、司法解释等法律渊源发生冲突的场合，该如何解决；最后，还要考虑指导性案例在原审诉讼程序尚未终结的案件和刑事审判监督程序中的案件中是否具有相同的溯及既往的效力。

（一）刑事指导性案例发生变革的场合的溯及既往问题

所谓指导性案例发生变革的场合，是指就同样一个规范问题，先后存在两个内容不同的生效的指导性案例的情况。目前指导性案例在规模上比较小，还没有出现后案例推翻前案例的情况。但是一种社会矛盾的发展往往有一个过程，在其出现之初就给出一种成熟的司法处理方案往往是不现实的。[83]因此，改变先前指导性案例所确定的司法处理方案，只是一个时间的问题。况且，实践当中发生了一系列的后案例中确立的规则产生了较大的舆论压力，从而左右了先案例再审程序的审理结果的情况，例如许霆案之于何鹏案，药家鑫案之于李昌奎案等等，有的学者将此类现象称为“公众审判”[84]或者“舆情再审”。[85]多数学者从舆论干涉司法角度对该问题进行探讨，[86]事实上，上述案例中隐含了一个重要的理论问题。后案当中的审理结果对于之前案件的影响，应当类似于判例溯及既往的问题，舆论的影响只是法院选择溯及既往地适用后案中的司法策略的理由。那么，对于后案例溯及既往问题进行前瞻性的探讨，应当说是必要的。

在这个问题上，我们应当区分刑事审判监督程序中的案件和原审诉讼程序尚未终结的案件。首先是刑事再审程序中案件的场合。在美国，如上文所述，人身保护令制度主要是为了划分联邦和州的权力而存在的制度，因此联邦最高法院在间接审理的案件中采取的“禁止溯及既往，除非存在特殊情况”的标准是一种偏向于形式的折中标准。在我国，刑事审判监督程序（又称刑事再审程序）就是对已生效裁判的错误进行纠正的特殊救济程序。其永恒的目

读[J].中国审判新闻月刊，2011（1）：12.

81 蔡琳.案例指导制度之“指导”三论[J].南京大学学报（哲学.人文科学.社会科学），2012（4）：89.

82 林维.刑事案例指导制度之发展与完善[J].中外法学，2013（3）：516.

83 秦宗文.案例指导制度的特色、难题与前景[J].法制与社会发展，2012（1）：101.

84 顾培东.公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考[J].中国法学，2008（4）：167.

85 徐阳.“舆情再审”：司法决策的困境与出路[J].中国法学.2012（2）：180-181.

86 关于此类观点的论述，参见：周安平.许霆案的民意：按照大数法则的分析[J].中外法学，2009（1）；赵秉志、张心向.刑事裁判不确定性现象解读——对“许霆案”的重新解读[J].法学，2008（8）；汪明亮.许霆恶意取款案的一个理论解读：定罪量刑模式视角[J].中国刑事法杂志，2008（4），等等。

标是发现事实真相，正确适用法律，最后实现司法公正。[87]因此，在刑事再审程序中，新的指导性案例溯及既往与否的判断标准，应当采取实质标准，即由法官判断溯及既往的适用指导性案例是否有利于实现司法公正，纠正原审程序当中的实体性和程序性错误，是否有利于当事人权利的保障，如果答案是肯定的，那么就允许该案例溯及既往的适用，相反则禁止溯及既往的适用该案例。其次，是原审诉讼程序尚未终结的案件。虽然，指导性案例会影响法庭的司法策略，但是根据目前多数学者的观点，其并非独立的法律渊源。因此。在后案例改变先案例的场合，发生改变的仅仅是法官对于法律的理解，而非法律规范本身，更重要的是，根据对于法律最为适合的理解来处理案件，正是法官的基本职责所在。因而，应当认可溯及既往地适用新的指导性案例的作法。

（二）后公布的刑事指导性案例与先公布的法律、司法解释发生冲突的场合

如上文所述，指导性案例与司法解释不同，不是正式的法律渊源。因此，从严格的意义上讲，指导性案例与法律、司法解释相冲突的情况并不存在。从案例指导制度机能的角度考虑，如果认为案例指导制度的首要机能是实现“同案同判”，即（在刑事领域）指导性案例主要在于统一量刑幅度和量刑标准。[88]那么，显然指导性案例仅仅涉及到法律的理解与适用，因而不可能和法律、司法解释等法律的正式渊源发生冲突。但是，在我国有学者主张，案例指导制度的主要功能在于创制规则，解决司法活动中规则不足的问题，它是一种规则的自我形成机制。[89]在此前提下，尽管指导性案例不是正式的法律渊源，其提供的可以作为审判依据的规则，依然可能会改变对于法律、司法解释的传统理解和认识，因而引发溯及既往与否的问题。事实上，在我国，以发生法律效力的判决确定法律适用规则的作法并不鲜见。例如，最高人民法院 1985 年 7 月 18 日《印发〈关于破坏军人婚姻罪的四个案例〉的通知》当中，就以案例的形式明确了破坏军婚罪的认定标准。[90]另外，在婚内强奸的问题上，我国的司法实践也通过白俊峰、王卫明两个案件，确立了我国婚内强奸的解释规则。[91]为了实现案例指导制度规则提供的机能，有学者主张，对指导性案例只要缺乏直接援引的形式要求，就没有乐观理由相信各地方各级法院会认真研究和“参照”最高人民法院所发布的指导性案例。[92]如果将案例指导制度的规则提供机制考虑在内，那么，对新规则溯及既往的问题就必须考虑。但是，且不说案例指导制度仅具有事实上的拘束力的观点在我国是多数说的事实，即便考虑到案例指导制度可能的规则提供机制，也仍然不能因此将其与法律、司法解释等同起来，因此，当后公布的指导性案例改变了法律、司法解释当中的审判规则、策略的场合，当然不能溯及既往地适用这种新的规则，无论是在原审程序中的案件，还是在刑事再审程序中的案件。

87 陈光中、郑未媚.论我国刑事审判监督程序之改革[J].中国法学，2005:168.

88 王杏飞.“指导性案例”法理透析[J].政治与法律，2008（2）：72.

89 陈兴良.案例指导制度的规范考察[J].法学评论，2012（3）：119.

90 张明楷.刑法学（第四版）[M].北京：法律出版社，2011:832.

91 陈兴良.婚内强奸犯罪化：能与不能——一种法解释学的分析[J].法学，2006（2）：60.

92 宋晓.判例生成与中国案例指导制度[J].法学研究，2011（4）：69-70.

由于目前刑事指导性案例的数量还非常有限，本文所进行的分析和建构的标准并没有与指导性案例紧密的结合起来，而仅仅局限于一种前瞻性的设想。本文所提供的刑事指导性案例溯及既往问题的解释策略，说是杞人忧天也好，是未雨绸缪也罢，建立在我国的案例指导制度与美国判例制度的相似性的基础上。无论如何，通过对于成熟的判例法国家的判例溯及既往原理的介绍与借鉴，前瞻性地思考我国的相似问题，总比当我国的司法实践发生了与刑事指导性案例溯及力问题相关的疑难案件时，再手忙脚乱地寻找解决策略要更加合理。

四、 结论

表面上看，本文对于刑事指导性案例溯及既往效力的问题已经初步得到了一个答案。实际上，关于指导性案例溯及力问题的探讨才刚刚开始。因为，本文所得出的结论建立在一系列目前实务界和学界对于案例指导制度共识的基础上。而我国的案例指导制度还处在初创期，由于兼具成文法与判例法的特性，该制度在未来还具有很大的变数。无论是制度本身的变革，还是制度机能的更新都会影响到刑事指导性案例溯及力的发挥。例如，如果将来案例指导制度在一定程度上发挥规则提供的机制，即具有一定规范上的拘束力，那么在其与先前法律、司法解释发生冲突的场合，就不能一概的否认其溯及既往的效力。但是，本文依然给出了一种关于刑事指导性案例溯及既往与否问题的可能性，至少根据以美国为代表的判例法国家近 40 年的作法，判例的时间效力问题，不是一句简单的“溯及既往”可以概括的。因而，指导性案例的溯及既往问题需要更多的理论投入，建立多种可能性，以提供相互冲突的价值、利益之间的不同的妥协策略，供实践部门选择。这也是探讨刑事指导性案例溯及既往问题的价值所在。

Research on the Retroactivity of Criminal Ruling Cases

——Take the Issue of Retroactivity of American Case Law for Reference

Abstract: Just like case law system, there is a controversial issue in our domestic Criminal Guidance System, that is whether the criminal ruling cases have retroactive effect or not. The perspective that case law always have retroactive effect bases on the misunderstanding about case law system, which leads to the ignorance of the time effect of our domestic ruling cases. Take the U.S. as an example, the issue of retroactivity has been through huge changes during the last forty years, which provide reference for us. Since the Case Guidance System is still in its early-stage, there is no need hurry to obtain the ultimate answer. Instead, the purpose of this perspective discussion is to provide the theoretical support for the court, in case who may encounter with the retroactivity issue in legal practice.

Key words: retroactivity; case guidance system; ruling case; case law; principle of legality

从不动产登记到违法建筑的买卖及履行

——“丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案”评释

朱晶晶

内容摘要： 由于《物权法》第 16 条第 1 款存在文义局限性，以及为贯彻“一物一权”原则的不动产登记目的，应将不动产登记的推定力理解为对权利正确性的推定。加之德国学理不承认不动产登记中事实说明的公信力，为实现和谐的私法效果，我国应同样认定不动产事实状态不具有公信力。故不动产交易标的应以现实状态为准，该事项登记错误不影响合同效力。而禁止违法建筑的强制性规范为管理性规定，违法建筑买卖合同不损害社会公共利益，买卖合同有效。履行该合同时，无论出卖人是否对违法建筑有所有权，囿于相关规定，其处分权都受到限制。可通过对建筑物进行瑕疵补正来完满处分权。从而达到履行合同的效果。但若选择拆建手段，由于原所有权会随之消灭，再进行履行时就涉及合同的变更。

关键词： 不动产登记；静态效力；违法建筑；合同效力；履行

一、案情概要与判决要旨[1]

原告丁福如与被告石磊于 2008 年 10 月 7 日签订房屋买卖合同，约定原告丁福如以 5600 万元受让被告石磊位于上海市长宁区龙溪路 189 号的 801 幢房屋（以下简称“涉讼房屋”）及该房屋占有范围内的土地使用权。并约定双方应于 2008 年 11 月 8 日前至房地产交易中心办理转让过户手续，否则被告应按原告已付房款的日万分之五支付违约金至实际过户交房之日；原告丁福如应于买卖合同经公证后支付 2100 万元首付款（其中 2000 万元由中原公司代为保管，并于双方进入交易中心后转付被告），房屋过户后支付剩余 3500 万元。后原告丁福如按约支付房款。2008 年 10 月 18 日，对于涉讼房屋，上海市长宁区房屋土地管理局向上海市长宁区交易中心发出附有违法建筑并结构相连的房屋的认定通知单，根据《上海市住宅物业管理规定》第 42 条第 3 款规定，不予办理房地产转移以及抵押登记手续。实际情况是涉讼房屋于 2006 年为被告前妻的妹妹及其丈夫拆除并重建。原告丁福如请求判令被告石磊拆除涉讼房屋上的违法建筑，恢复原状，办理过户手续，并支付相应的违约金。被告石磊提起反诉，请求法院以原建筑灭失，现存为违法建筑确认买卖合同无效。

一审法院认为，本案争议点有三：1. 买卖合同是否有效，2. 买卖合同能否继续履行，3. 如何认定被告石磊的违约责任。[2]

关于买卖合同是否有效。不动产登记簿记载的内容具有公示、公信效力，可推定登记的

[1] “丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案”，参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2012 年第 11 期，第 27-30 页，下文简称“本案”。

[2] 本文主要讨论第一和第二个争议点，未涉及第三个争议点。

权利状态、范围与现实客观状态相符。善意相对人因信赖该登记的正确性而与登记权利人签订合同的，该合同效力不因登记的错误或权利内容的状态而受影响。原、被告签订买卖合同时，合同中记载的仍为登记的房屋状况，且被告未将涉讼房屋与登记信息不符的事实告知原告，原告对本案纠纷的发生无过错，属善意信赖不动产登记信息的合同当事人。虽该合同的履行可能存在障碍，但根据我国《物权法》区分原则，转让不动产的合同，除法律另有规定或合同另有约定外，自合同成立时生效，未办理物权登记，不影响合同效力。因此，不能因涉讼房屋过户存在障碍就否认买卖合同的有效性。另原、被告就涉讼房屋签订的买卖合同，不具备我国《合同法》第52条的无效情形，应属有效。

关于买卖合同能否继续履行。虽然行政机关对涉讼房屋的权利移转作出限制，但物权未消灭，并不能就此认定买卖合同法律上或事实上履行不能。被告石磊明知涉讼房屋负有违法建筑仍予出售，应依诚实信用原则全面履行合同义务；对于涉讼房屋存在的违法状态，应自行采取相应措施予以消除后交付原告。经法院释明，原告自愿替代被告承担恢复原状的义务。

关于被告违约责任的认定。被告逾期交房的违约责任应计算至实际交付房屋时止，因中原公司向被告转交首付款的条件未成就，故以被告实际收到的100万元为计算基数。

故判决被告石磊向原告丁福如交付房屋，支付相应违约金，并在原告将涉讼房屋恢复原状和撤销行政机关限制房屋移转登记限制后协助其办理上述房屋的权属变更登记手续；原告丁福如支付剩余购房款。驳回反诉请求。

一审宣判后，石磊不服，提起上诉。二审法院在确认一审查明事实的基础上认为，行政机关已认定涉讼房屋是附有违法建筑并结构相连的房屋，不能改变其违法的性质。上诉人石磊与被上诉人丁福如买卖涉讼房屋的意思表示及交易价格系属真实，结合不动产登记的公示、公信效力，双方签订的买卖合同当属有效。因行政机关的权利限制是为督促违法行为人予以改正，在上诉人未能积极履行相应义务的情况下，被上诉人同意上诉人按现状交付房屋，并自愿替代上诉人承担恢复义务，故在被上诉人完成恢复义务，行政机关撤销限制权利转移后，双方完成权利交付是可行的，买卖合同能够继续履行。

二、不动产登记的静态效力

带着国家本位传统的印记，顺应社会本位潮流的推动，对于不动产登记模式我国选择了德国式的登记生效主义，舍弃了日本式的登记对抗主义。[3]2007年出台的《物权法》即是对

[3] 参见秦涛：《论近代中国不动产登记模式的立法选择》，载《法学评论》2010年第1期，第155页。

这一选择的践行。虽然登记机关公权力的行使、登记的强制性以及登记行为的羁束性[4]在一定程度上显示了不动产登记的行政法特性，[5]但其民事效力仍然是社会交易中最为关注的。在民事领域中，从交易的不同阶段着眼，不动产登记分别具有动态效力与静态效力。动态效力，即指不动产登记可使不动产物权的设立、变更、转让和消灭等动态变化发生效力。而静态效力，则体现于不动产登记的推定力与公信力。在现实的不动产交易中，为保护权利人之外的利害关系人，登记的静态效力往往是动态效力发生的前提，对静态效力的理解至关重要。

先着眼概念，“登记”会因语境之不同而有不同的含义，即具有多义性、模糊性。[6]首先必须明确此处所述的登记静态效力系指登记簿中登记状态的效力。其次，“不动产登记”一语也存在解释空间，是纯粹对作为物权客体的不动产本身的登记抑或对不动产物权的登记？由我国《物权法》、《城市房地产管理法》、《土地管理法》、《房屋登记办法》、《土地登记办法》等相关法律法规的规定可知，不动产登记并未止步于不动产物理属性的登记，而且是以不动产物权登记为主。故只有登记行为做成，形成登记事实，固化于不动产登记簿，才能公开揭示不动产上的物权状态以及作为证据在诉讼中起到证明作用。以此为基础，方能对我国《物权法》第16条第1款和第106条体现的不动产登记簿静态效力，即不动产登记簿的推定力和公信力，进行辐射范围的剖析。

一般认为，《物权法》第16条第1款承认了权利正确性推定原则，结合《物权法》第106条，也可以说它承认了不动产物权登记的公信力。[7]具体可以理解为“在不动产登记簿上记载某人享有某项物权时，推定该人享有该项权利，其权利内容也以不动产登记簿上的记载为准”，[8]第三人可相信登记的真实性而进行交易。国外及其他地区立法也与此相似，《德国民法典》第891条规定“在土地登记簿上，某项权利被为某人的利益而登记的，推定此人享有该项权利；某项已登记的权利被涂销的，推定该项权利不存在”[9]；我国台湾地区“民法”第759-1第1款规定“不动产物权经依法登记者，推定登记权利人适法有此权利”[10]。从逻

[4] 羁束性行政行为，是指法律明确规定了行政行为的范围、条件、程度、方法等，行政机关没有自由选择的余地，只能严格依照法律作出的行政行为。

[5] 参见王达：《对不动产登记的行政法思考》，载《行政法学研究》2007年第2期，第90-91页。

[6] 参见朱广新：《不动产登记制度探究——不动产登记簿为中心》，载《河南省政法管理干部学院学报》2010年第4期，第91页。“登记”的含义具体有：登记事实，即指称将不动产物权变动之情况登入不动产登记簿的事实；登记行为，即指将不动产物权登记之情况登入不动产登记簿的行为；登记簿，即指登记簿中登记之状态三种。

[7] 参见崔建远：《物权法》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第49页。

[8] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第24页。

[9] 陈卫佐：《德国民法典》，法律出版社2010年版，第323-324页。

[10] 参见陈忠武：《民法》，新学林出版股份有限公司2012年版，第C-18页。

辑上看，此类表述都运用了单向推定关系，即以登记的不动产真实存在为前提，仅对附着在该不动产上的权利事项进行认定。令人疑惑的是，若不动产真实存在已是前提，那么不动产登记簿中对该不动产物理属性的记载是否具有静态效力？我国《物权法》第 16 条第 1 款采用了“物权归属和内容”表述，将其补充完整即是“物权归属和物权内容”。从权利要素角度看，“物权归属”指涉的是权利主体。至于“内容”的理解，则存在不同观点，有将之与权利客体、标的等同者，亦有对其进行截然区分者。[11]但具体到《物权法》第 16 条第一款，似乎与前述概念关涉不大。该条试图确定的莫过于何人享有何种权利，“归属”对应何人；“内容”对应“何权利”，是对物权种类的认定。因为基于物权法定原则，种类法定与内容法定紧密联系，[12]一旦确定相应的物权种类，物权内容也就基本确定了。故与国外及其他地区的条文相同，仅从我国《物权法》第 16 条第 1 款的文义中难以得出依据登记簿对物权的推定可确定不动产事实状况具有推定力的解释。且单纯从登记现实来说，虽然不动产的物理属性对不动产价值有很大意义，但其内容只是登记中的技术问题，是地籍调查的结果，而几乎不涉及法律问题。

有关不动产事实状态的推定力问题，除文义不及外，尚有学界理论赞同。有学者提出依据登记簿的错误是否与不动产物权的归属、内容相关进行分类，可将登记错误分为登记簿上的权利事项错误与非权利事项错误。[13]不动产事实状态与登记簿记载不一致时，与不动产的物权归属及内容无涉，应属非权利事项错误。而《物权法》第 16 条第 1 款是关于权利正确性推定的规定，更正登记的前提是不动产登记簿所记载的权利关系与真实的权利关系不一致。[14]亦有学者列举不动产登记簿推定力所涉事项，都以权利人的正确性、权利的真实性及权利的完满性为内容，不论及非权利事项。[15]但就上文推论容易引发反驳：若不承认登记簿中不动产事实状况的推定力，何以作成依据登记簿汇总资源分配、进行税收操作的国家宏观调控。笔者认为，该种意见是混淆民事关系与行政关系的典型表现。对于不动产登记的性质向来有民事行为、行政行为以及两者兼具三种观点。[16]究竟支持何者，乃属见仁见智，但仍需承认不动产登记发挥了民事与行政的双重效用。在该双重效用中，涉及民事领域的为物权

11 参见方新军：《权利客体的概念及层次》，载《法学研究》2010 年第 2 期，第 38-39 页。
12 参见王利明：《物权法定原则》，载《北方法学》2007 年第 1 期，第 6 页。
13 参见程啸：《不动产登记簿错误之类型与更正登记》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011 年第 4 期，第 165 页。
14 参见崔建远：《物权法》（第二版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 52、57 页；杨立新：《物权法》（第四版），中国人民大学出版社 2013 年版，第 42 页。
15 参见陈华彬：《民法物权论》，中国法制出版社 2010 年版，第 127-128 页；王利明：《试论我国不动产登记制度的完善（上）》，载《求索》2001 年第 5 期，第 49-50 页。
16 参见王旭军：《不动产登记司法审查》，法律出版社 2010 年版，第 3-4 页。

归属与内容，涉及行政领域的则依行政事务不同而有所不同：如税收，涉及所有权归属及不动产相关事实状况。而本文所探讨的登记的法律效力是指活跃于私法范畴的部分，将以公益为目的、以管制为管道的公法领域[17]排除在外。故在国家税赋、财政收费等管制政策行为中，不能简单用本文提及的推定力与公信力一以贯之。

此外，我国确立的登记生效主义以及登记的推定力与公信力，“是建立不动产登记制度的各国普遍承认的原则”，[18]其中尤以德国为典型。若承认我国的不动产登记规则取道德国，则借鉴其背后理论学说亦为当然。德国学者认为，“凡在土地登记簿中所看到的，都可相信是真实的”这一推论是错误的。[19]因为作为善意取得前提之一的登记簿不正确，应指“真实法律关系与登记簿所表明之法律关系间存在分歧”，所以其民法典善意取得条款保护的范围仅指能导致法律意义上登记簿不正确之事实构成，即不包含事实说明。[20]与前文对应的表述为：非权利事项的登记不享有公信力。再者，在不动产登记中确定不动产事实状态，即自然环境、地理位置、占地面积等是为了实现“一物一权”原则，使物权客体必须是特定的，或者至少在实现该物权时其客体是可得特定的。[21]此种功效为纪录不动产上的权利状况奠定基础，实现对物的有效利用，并不涉及公信力问题。基于此，对于不动产的事实状况任何人都不能援引登记簿的推定力加以对抗；任何人也不可能因为对登记簿中不动产事实状况的记载产生信赖，进而适用不动产登记簿的公信力。[22]更何况不动产登记从古代出于国家管理需要的土地登记造册发展至如今的私权保护，设置不动产登记簿的主要目的已演变为对不动产物权归属及变动情况的公示，在不动产买卖关系中，不动产自然状况的登记较权利归属变动处于次要地位。

退一步说，即使依据内容-功能对应的理解，承认不动产登记簿是记录不动产标示及其上物权状况的具有法律效力的文件，[23]支持不动产事实状况当然应受登记保护的观点，也会在法律目的及效果间产生矛盾，难以自洽。设例说明，在不动产事实状况发生变化后，所有权人并未要求登记机关更正登记，此时买受人相信登记认为买卖的仍是符合登记簿记载状态的不动产，与所有权人签订买卖合同。若承认登记簿对不动产本身状况记载具有公信力，则

17 参见王泽鉴：《民法总则》（增订版），中国政法大学出版社 2001 年版，第 12-15 页。
18 胡康生：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 54 页。
19 参见[德]鲍尔，施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 300 页。
20 [德]鲍尔，施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 490-491 页。
21 参见程啸：《不动产登记簿之研究》，载《清华法学》2007 年第 4 期，第 67 页。
22 参见程啸：《不动产登记簿的推定力、公信力与买方信赖的保护——“丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案”》，载《交大法学》2013 年第 4 期，第 160 页。
23 参见程啸：《不动产登记簿之研究》，载《清华法学》2007 年第 4 期，第 64 页。

应进入善意取得步骤，买受人有权取得符合登记簿状态的不动产，要求出卖人进行恢复。但是，若现实情况中不动产灭失或变动巨大，恢复原状显然不可能或花费过剧，依据《合同法》第 110 条，买受人不能要求实际履行。此时，买卖即进入违约或解除状态，买受人不能善意取得符合登记簿内容的不动产。但是《物权法》之所以强调登记簿的公信力是为贯彻善意取得制度，不动产事实状态的公信力也不例外。至此，制度设计的初衷显然与法律真实的操作路径相背离，那么赋予不动产事实状态公信力又有何意义！此外，坚持非权利事项的公信力，还剥夺了当事人寻求救济的多样性，对于不动产事实状况与登记簿不符，出卖人又未说明时，本存在符合欺诈或重大误解以撤销或变更合同的可能性。[24]但若承认不动产事实状况登记的公信力，又何来欺诈、误解一说。再者，该情形下中的买受人是否值得保护，也有讨论的空间。不动产价值高昂，其交易一般具有重大性，买受人不实地勘察，仅以登记簿为依据签订合同，是其对自身权益的忽视，自甘冒险，法律只保护勤勉之人，不赋予不动产事实状态登记以公信力似更为妥当。

回归本案，一审法院认为“不动产登记簿记载的内容具有公示、公信效力，可推定登记的权利状态、范围与现实客观状态相符”，二审法院也提及“结合不动产登记的公示、公信效力”，即承认不动产事实状态的登记具有公信力，但就前文笔者论证来看，法院该观点有待商榷。另法院以原告未告知被告登记状况与事实不符，原告相信不动产登记信息，认定被告为无过错的善意相对人，应保护其信赖利益，来强化登记的公信力，以佐证合同有效。此处存在理论嫁接问题，就本案看，判决使用“善意相对人”概念显然与撤销权[25]无涉。若法院意在运用类似表见代理中的善意第三人，则完全误解了善意制度的内涵。表见代理中运用善意制度是因为合同当事人是本人，为使拘束本人的合同有效；而该案中的不动产买卖合同并不存在背后的实际权利人，合同是双方真实意思的表示当然有效，与善意无关。若法院借用的是善意取得制度中的善意，则偏离更远。善意取得是《物权法》第 106 条规定的取得不动产或动产所有权的理论，与合同效力无涉。即使合同相对人不善意，其也只是无法获得所有权，但不能以此否定合同效力。可见，合同效力问题与不动产登记的推定力、公信力无关。

此后，法院援引《物权法》第 15 条合同效力与物权效力区分的规定，否认移转登记履行障碍对合同效力的影响。同时法院亦否认合同存在《合同法》第 52 条的无效情形。若依笔者不承认不动产事实状况登记推定力、公信力的思路，则在不动产交易中，合同标的应为

[24] 参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2007 年版，第 527 页。

[25] 在我国《合同法》中，赋予限制行为能力人订立的合同及无代理权人订立的合同中的善意相对人撤销合同的权利。

现实存在的不动产。代入本案，需要继续讨论违法建筑买卖合同的效力问题，以辅助理解法院认定买卖合同不存在无效情形背后的法理。

三、违法建筑买卖合同的效力

违法建筑买卖合同的效力是一个老生常谈的问题，无论在理论界还是实务界都存在争议，想要推陈出新或万宗归一都有很大的挑战。笔者尝试以概念定性为基础，把法条解释作工具，得出一点结论，以期能在本案的情境中加以运用。为表明本案不属于特殊情况，首先须明确一个前提，即在原合法建筑上附建违法建筑时，对于违法建筑范围的认定，可借添附的有关概念进行理解。即应认为把不同的建筑物结合、混合成为一个新物，非经拆毁不能使各建筑物恢复独立状态，[26]故对此新物只存在一个所有权。在一个建筑物上，不可能并存合法与违法两种状态，故应认可违法性的传染。依据前理，附违法建筑的建筑物与违法建筑在买卖合同效力讨论中可同一视之，无须区分。以下讨论在此基础上展开。

依据《物权法》第 15 条的规定，债权行为与物权行为相分离，两者效力无牵连关系。故若仅是所有权移转登记无法作成，影响的只是物权行为的效力，与债权行为无涉，即与买卖合同的效力无关。合同作为法律行为之一种，应符合《民法通则》第 55 条规定的有效要件及《合同法》第 52 条的相关规定。其中值得注意的是对“不违反法律、行政法规的强制性规定及不损害社会公共利益”的理解。违法建筑受到法律或行政法规的否定性评价，该买卖合同是否会因此符合《合同法》第 52 条第 5 项的规定而无效？若不违反第 5 项，又是否会涉及第 4 项损害社会公共利益而被否定效力，都还有待讨论。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 14 条将《合同法》第 52 条第 5 项规定的“强制性规定”限定于效力性强制性规定。但区分效力性强制规范与管理性强制规范，存在判断上的模糊性。我国学说提出了辨识两者的标准。首先看该强制性规定是否明确违反的后果是合同无效，若规定了违反的后果是合同无效，则该规定属于效力规范；其次，若未规定违反导致合同无效，但违反该规定如使合同继续有效将损害社会公共利益的，也应当认定该规定是效力规范。[27]违法建筑虽然违反了国家法律、行政法规的强制性规定，但该规定并未表明违法建筑买卖合同无效，故应进入第二步判断。第二步判断的核心在于对公共利益的判断，与《合同法》第 52 条第 4 项重合。依此推论，本来“合

[26] 参见杨立新：《物权法》（第四版），中国人民大学出版社 2013 年版，第 59 页。法律把添附作为取得所有权的一种根据，究其原因在于添附发生后，要回复各物之原状，在事实上已不可能或经济上不合理，因此有必要使添附物归一方所有或各方共有，以解决双方的争执。

[27] 参见黄忠：《违法合同的效力判定路径之辨识》，载《法学家》2010 年第 5 期，第 67 页。

同继续有效损害社会公共利益-该规定为效力性强制规定-合同无效”的逻辑链条可以被缩减为“合同继续有效损害社会公共利益-合同无效”。“社会公共利益”成为此判断路径上，合同效力的最终归宿。在违反法律、行政法规建成违法建筑的情形中，违法性被固定于建筑之上，即合同标的违法。此外，按照民法学者的解释，我国《民法通则》及《合同法》中的“社会公共利益”相当于其他国家法律中的公序良俗。[28]相较于“社会公共利益”，“公序良俗”具有更强的可识别性。故经过进一步的抽象与具体后，标的违法的买卖合同是否违反公序良俗成为最终要讨论的问题。

公序良俗分为公共秩序与善良风俗，其中公共秩序主要用于维护社会整体利益和对弱势群体进行保护[29]；而善良风俗主要包括社会所普遍承认的伦理道德和某个区域社会所存在的风俗习惯[30]。在违法建筑买卖中并未涉及伦理道德与风俗习惯，故首先可肯定未违反善良风俗。至于公共秩序，本文讨论的不动产买卖限于民事交易，不包括商品房买卖等纯商业行为，一般不存在弱势者一说。那民间违法建筑的买卖是否不利于维护社会整体利益？虽然《房屋登记办法》规定对违法建筑不予登记，限制了违法建筑的实质流通。也有学者认为，如果允许转让违法建筑则使当事人得以规避法律。[31]但是正是由于不动产交易债权行为与物权行为的分离，使得对物权行为的限制并不当然影响债权行为。故违法建筑买卖不同于动产违禁品的流通，后者是现实危害性散播的过程，使社会利益受损。违法建筑的产生多源于未获得规划许可，危害的是行政管理及国家的宏观调控，且其危害在违法建筑建成时即已完成并不具有紧迫性，买卖合同的成立并未扩张该危害性。更何况，违法建筑的移转登记受到限制，在恢复原状之前，该买卖合同尚处于未履行阶段，更勿论履行后果一说。故违法建筑买卖合同的有效，没有违反公序良俗，即不损害社会公共利益。但是损害社会公共利益作为合同无效的充分条件，并不能给反推出不损害社会公共利益，即合同有效。只可据此认定法律、行政法规对违法建筑的禁止属于管理性强制规范。

《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》要求“人民法院应当注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力”。

28 参见梁慧星：《民法总则》，法律出版社 1996 年版，第 201 页；王家福主编：《中国民法学・民法债权》，法律出版社 1991 年版，第 356 页。

29 参见许中缘：《论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评<中华人民共和国合同法>第 52 条第 5 项》，载《法商研究》2011 年第 1 期，第 55 页。

30 参见赵万一：《公序良俗问题的民法解读》，法律出版社 2007 年版，第 113 页。

31 参见程啸：《不动产登记簿的推定力、公信力与买方信赖的保护——“丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案”》，载《交大法学》2013 年第 4 期，第 164 页。

所谓的“依据具体情形”关涉公私法作用及利益权衡的过程。那么，在该管理性强制规定下，法院是否应该认定买卖合同的效力？笔者认为尽管在当代社会，愈来愈强调公私法的协调融合，[32]但这并不表示所有公法问题都可由私法介入解决。就违法建筑而言，公法应在社会生活中发挥防止其泛滥的效能，而“绝不是将其束之高阁，强求民法去干预行政事务”。[33]另以行政法重要的基本原则——比例原则来看，应确保目的与手段间的适当性，即选择对人民权利侵害最小的手段。[34]在现实生活中，承认违法建筑买卖合同的有效性，能在一定程度上做到物尽其用，从某些方面说也促进了市场交易。简单否认该买卖合同的效力，就打破了原本的有序关系，进入互相返还的过程，不仅交易利益无法获得还增加了返还过程的费用。与之对应的违法建筑的遏制也未有改观，违法建筑依然存在。据此可否认以违法建筑为标的的买卖合同弊大于利。综上，违法建筑买卖合同应为有效合同。

本案法院认定买卖合同效力时，在区分合同效力与物权效力的基础上，直接否认具备《合同法》第 52 条的无效情形，稍感仓促。虽然最终认为买卖合同有效，但其背后复杂法理的运用、利益交错的分析远比结论的正确来得重要。

四、买卖合同的履行

在确认合同有效后，须讨论合同内容的实现，即履行问题。合同的履行是合同法律效力最集中的体现，“是全部合同制度的核心”[35]。若合同无法履行，则债务人面临违约责任、合同变更甚至解除的后果。不动产买卖合同中的双务关系是买受人支付价款，出卖人交付不动产并办理移转登记手续。对应于本案，则为原告支付购房款，被告交付房屋并办理房屋所有权移转登记手续。由前文可知，以不承认登记薄中不动产事实状况的公信力为前提，不动产买卖合同的标的应为现实中的不动产，而非符合登记薄记载的不动产。故本案中，出卖人应交付并办理所有权移转登记手续的是违法建筑。由于相关规定文件限制了违法建筑登记手续的办理，在当前情况下，出卖人必然无法履行合同约定的义务。至此，该买卖合同是否必然走向“死亡”，可以尝试在下文论证中，寻找答案。

首先，违法建筑的归属问题。本案中，涉讼房屋经拆除重建，依据《物权法》第 30 条规定，重建房屋与原房屋已不具有同一性。故原房屋所有权消灭，而重建的违法建筑所有权

32 参见苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社 2012 年版，第 54-62 页。

33 黄刚：《违法建筑之上存在权利吗？》，载《法律适用》2005 年第 5 期，第 56 页。

34 参见黄忠：《比例原则下的无效合同判定之展开》，载《法制与社会发展》2012 年第 4 期，第 47 页；周友军：《违章建筑的物权法定位及其体系效应》，载《法律适用》2010 年第 4 期，第 44 页。

35 参见李开国，张玉敏：《中国民法学》，法律出版社 2002 年版，第 552 页。

归属，碍于“合法建造”的约束，多有争论。一般理解，即使违法建筑的物权法定位不会影响买卖合同的效力，似乎也必然会涉及物权行为的作成。但笔者不以为然。由于本文要讨论的履行行为是移转登记的完成，若将违法建筑归属视为动产所有权，就否定了该履行义务的存在，动产所有权移转只需交付即可，溢出了合同约定范畴。故应以违法建筑是不动产为前提进行分析。债权行为与物权行为的区分，即是负担行为与处分行为的区分。在违法建筑买卖合同中，出卖人所谓的履行是完成物权行为，而作成物权行为必须具备处分权。在物权法概念中，所有权应包括占有、使用、收益和处分各项权能。其中最广义的处分包括事实上的处分，如对原物进行物质上的变形；与法律上的处分，包括负担行为与处分行为。[36]不动产所有权移转登记属于对既有的权利进行处分[37]，是狭义的处分，处分人必须具备处分权。但是所有权与处分权并不是简单的包含于被包含关系。对此有学者提出不完全所有权[38]概念，即指所有权受有某些限制，不能完全行使，如所有权保留买卖[39]。也许会有人提出该类概念的创设是对民法形式理性的一种伤害，但跳出概念框架，即可发现所谓对所有权的限制不过是对各种冲突权利利益的综合考量。回到违法建筑案件中，即使承认出卖人对违法建筑有所有权，由于限制登记法律法规的存在，该种所有权受到限制，无法完成对所有权的处分。与不承认出卖人对违法建筑的所有权而无法处分所有权，效果一致，可将其统称为处分权瑕疵。

此后，若坚持履行合同，则必须进行瑕疵补正。在违法建筑为标的物的买卖合同中存在两种瑕疵，其一为建筑物本身的瑕疵，其二为出卖人处分权的瑕疵，且前者是造成后者的原因，一次补正即可达到治愈两者的效果。建筑物本身的瑕疵分为可非物理性瑕疵与物理性瑕疵。非物理性瑕疵是指出卖人能够通过补办使用权证及进行规划审批等使建筑物成为合法建筑，从而出卖人的所有权恢复圆满状态，建筑物的物理状态未发生变化，可继续履行原合同。物理性瑕疵即指建筑物本身结构不符法律法规的规定，无法通过程序性手段对其进行补正，只能通过建筑物的物质上变形，即进行拆建方可使其成为合法建筑，从而获得处分权。在物理性瑕疵的情形下，首先须提出的问题是该种拆建是否可能。我国《合同法》第 110 条将债务履行费用过高或履行不能时的实际履行义务变更为金钱债务的违约责任。在违法建筑的拆建花费甚巨或根本不可能实现时，应否认合同的可履行性，而进入违约责任承担阶段。若拆建可行，则面临着判断拆建后的建筑物是否仍为合同原标的物的问题。由于本文认为合同标的是现实的违法建筑，即存有物理瑕疵的建筑物，则出卖人对该建筑物进行拆建相当于改变

36 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第四册），北京法学出版社 2009 年版，第 96 页。
37 参见田士永：《出卖人处分权问题研究》，载《政法论坛》2003 年第 6 期，第 93 页。
38 参见郭明瑞：《关于我国物权立法的三点思考》，载《中国法学》1998 年第 2 期，第 23 页。
39 参加申卫星：《所有权保留买卖买受人期待权之本质》，载《法学研究》2003 年第 2 期，第 60 页。

了合同标的物。此时，如果未与买受人达成合意，即使可进行所有权移转登记，买受人仍可以交付物与约定不同认定出卖人违约。出卖人与买受人达成拆建合意，则相当于发生合同变更，标的物为拆建后的物，出卖人要履行的是变更后的合同义务。

本案法院认为，“虽然行政机关对涉讼房屋的权利移转作出限制，但物权未消灭，并不能就此认定买卖合同法律上或事实上履行不能”。该判断是正确的，因为即使存在当下的履行障碍，也并不表明不能消除该障碍。但此后，法院以被告明知房屋为违法建筑而出售要求其依诚实信用原则全面履行合同义务，过于草率。诚实信用原则本身即为履行不能或费用过巨开辟了免于实际履行的空间，法院反以此原则强制要求履行，未考虑到履行可能存在的现实困境，有失公允。且直接允许原告对违法建筑恢复原状，是司法公权力过度介入了合同关系的私领域。对违法建筑进行买卖是双方当事人合意的结果，法院擅自支持一方当事人请求对合同标的物进行变更，剥夺了另一方当事人的自治权，以自己的意思代替了当事人的意思。此种结果是我们不愿意看到，也不应该出现的。

五、结论

公报案例刊载，作为我国构建案例指导制度的一部分，“旨在统一法律适用标准，赋予指导性案例填补法律漏洞的功能，下级法院可以在裁判理由中予以援引。”[40]正是出于各种考虑，公报案例倾向于社会效果、树立典范，[41]往往容易忽视细节。公报案例在作为标杆的同时，亦是显眼的靶子，笔者尝试在本案中打靶子，得出一些不成熟、还有待批评的结论：

1. 在不动产登记中，以登记事项是否与不动产物权的归属、内容相关进行分类，可分为权利事项与非权利事项。从我国《物权法》规定登记公信力、推定力的条文文义中不能推断出包括非权利事项。且在不动产登记中确定不动产事实状态是为了实现“一物一权”原则，使物权客体必须特定，并不涉及对第三人的保护。另从我国部分学者观点和条文参考国德国的相关理论看，不动产登记中的非权利事项不具有公信力。赋予该事项以此种权利只会使民法体系内效果的分裂。故在不动产交易中，非权利事项的登记错误，不影响合同效力，且合同标的为真实存在的不动产，而非与登记一致的不动产。

2. 在判断违法建筑买卖合同是否有效时，首先应区分合同效力与物权效力，移转登记的无法履行并不影响买卖合同的效力。此外，法律、行政法规禁止建造违法建筑的强制性规范

40 参见李仕春：《案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用》，载《法学》2009 年第 6 期，第 61 页。
41 参见袁秀挺：《我国案例指导制度的实践运作及其评析——以<最高人民法院公报>中的知识产权案例为对象》，载《法商研究》2009 年第 2 期，第 106 页。

属管理性规范，合同的继续有效及履行也不会损害社会公共利益。在承认禁止违法建筑的强制性规范为管理性规范后，应还在具体情形中考虑合同的效力问题。该具体情形包括对公私法的利益权衡以及民法规范的考虑。无论是从物尽其用、交易成本的角度考虑，还是公法效能、比例原则的基点出发，对违法建筑的规制均应在公法范畴内完成，而非由私法介入完成。

3. 违法建筑买卖合同会遇到所有权移转登记无法作成的履行障碍。该履行障碍与违法建筑的物权法定位无实质关系，因为无论是否承认出卖人对违法建筑的所有权，受制于法律法规的规定，其都欠缺处分权，存在处分权瑕疵。需明确，建筑物本身瑕疵造成了处分权瑕疵。故若可通过程序性手段弥补建筑物瑕疵时，处分权即圆满，合同可继续履行。若须通过拆建恢复建筑物合法性，则拆建后的建筑物与合同原标的物不具同一性，双方当事人可通过合意达成合同变更。在瑕疵无法补正时，出卖人应承担违约责任。

“立法目的”解释的可用性及其有限性

——指导案例第 21 号评析

朱 芒*

Ⅰ 案件概要

【事实概要】

2008 年 9 月 10 日，呼和浩特市人民防空办公室（被告，被上诉人，以下简称“人防办”）向内蒙古秋实房地产开发有限公司（原告、上诉人，以下简称“秋实公司”）送达告知书告知秋实公司新建的经济适用住房工程（以下简称“本项工程”）未按照《人民防空法》（以下简称《人防法》）第二十二条，《人民防空工程建设管理规定》（以下简称《人防工程规定》）第四十五、四十七条的规定，同时修建防空用地下室。2009 年 6 月 18 日，人防办对秋实公司作出呼人防征费字（001）号《呼和浩特市人民防空办公室征收防空地下室易地建设费决定书》（以下简称“本件决定”），决定对秋实公司的该工程项目征收“防空地下室易地建设费”172.46 万元。秋实公司不服，提起行政诉讼。

诉讼的一个争议焦点是秋实公司能否按照国务院《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》和七部委的《经济适用住房管理办法》的规定免收易地建设费。[1]

【判决理由】

一审法院判决维持“本件决定”，二审判决于 2010 年 4 月 20 日作出判决，驳回上诉，维持原判，理由概要如下。

国务院《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》（以下简称“国务院《意见》”）第十六条规定“廉租住房和经济适用住房建设、棚户区改造、旧住宅区整治一律免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费和政府性基金”。建设部等七部委《经济适用住房管理办法》（以下简称“《经适房办法》”）第八条规定“经济适用住房建设项目免收城市基础设施

---

* 上海交通大学法学院教授。为了文字表述简练，本文所称“二审判决”是指指导案例 21 号发布的内容中二审法院判决的内容。相同案例还刊登于最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例（第 2 卷）》中国法制出版社 2011 年第 126-131 页第 60 号案例，本文在引用时将该处案例简称为“行例 2-60”加页码，如“行例 2-60,126-131”。由于本文的评析对象为指导案例 21 号，因此，直接针对的内容仅限于该案例发布时的文字范围之内，只是在必要的情况下引用行例 2-60 作为参考。如无其他说明，引号之内的引用内容为二审判决的内容。

[1] 就本案例所指向的同一判决，在目前的案例制度中表现为三个文本。其一是本案二审判决内蒙古呼和浩特市中级人民法院（2010）呼行终字 16 号行政判决书；其二，行例 2-60,126-131 所载案例；其三，最高人民法院于 2013 年 11 月 8 日《最高人民法院关于发布第五批指导性案例的通知（法〔2013〕241 号）》公布的指导案例第 21 号。三个文本之间存在差异，由于本文是以指导案例第 21 号作为分析对象，所以仅以分析范围仅以该号案例内容为限。因此，尽管二审判决还涉及到的一个争议焦点是《人防工程规定》第四十八条设置的“异地建设费”是否属于行政事业性收费，但本文省略了对此问题的分析。有关该争点的相关事项可参见呼和浩特市中级人民法院二审判决，载行例 2-60,128。

配套费等各种行政事业性收费和政府性基金”。上述关于经济适用住房等保障性住房建设项目免收各种行政事业性收费的规定，虽然没有明确其调整对象，但从立法本意来看，其指向的对象应是合法建设行为。《人防法》第二十二条规定“城市新建民用建筑，按照国家有关规定修建战时可用于防空的地下室”。《人防工程规定》第四十八条规定“按照规定应当修建防空地下室的民用建筑，因地质、地形等原因不宜修建的，或者规定应建面积小于民用建筑地面首层建筑面积的，经人民防空主管部门批准，可以不修建，但必须按照应修建防空地下室面积所需造价缴纳易地建设费，由人民防空主管部门就近易地修建”。即只有在法律法规规定不宜修建防空地下室的情况下，经济适用住房等保障性住房建设项目才可以不修建防空地下室，并适用免除缴纳防空地下室易地建设费的有关规定。免缴防空地下室易地建设费有关规定适用的对象不应包括违法建设行为，否则就会造成违法成本小于守法成本的情形，违反立法目的，不利于维护国防安全和人民群众的根本利益。秋实房地产公司对依法应当修建的防空地下室没有修建，属于不履行法定义务的违法行为，不能适用免缴防空地下室易地建设费的有关优惠规定。

Ⅱ 评析

一、适用法规范中的权利义务结构

二审判决涉及到的事实关系中，相关法规范中存在的权利义务事项及其基本关系可整理如下。

①修建义务。首先，从事《人防法》第二十二条规定的新建活动者，负有该条规定的修建防空地下室的义务；

②免除①修建义务的前提事项。当①修建活动符合《民防工程规定》第四十八条前句规定的“不宜或不用”事项时，可以免除①修建义务；

③批准程序。免除①修建义务，依照《民防工程规定》第四十八条必须履行程序义务，即经主管部门批准；

④缴费义务。依据《民防工程规定》第四十八条但书规定，在免除①修建义务后，该修建义务转化为缴纳易地建设费的义务。

⑤免除④缴费义务的前提事项。根据国务院《意见》第十六条和《经适房办法》第八条规定经济适用住房建设等建设活动免除④缴费义务。

二、“经济适用住房建设工程”的范围

二审判决指出，“只有在法律法规规定不宜修建防空地下室的情况下，经济适用住房等保障性住房建设项目才可以不修建防空地下室，并适用免除缴纳防空地下室易地建设费的有关规定”。从这个理由可以看出，该判决的司法判断框架具有如下特征。

二审判决在是否可以免除缴费义务的判断方面，将判断过程建立在一个二次逐层适用的结构上，建立了一个结构性解释框架。

首先，在第一层次上，“只有在法律法规规定不宜修建防空地下室的情况下”意味着，当负有①修建义务的当事人因具有了②免除该义务的前提事项，如具有了“不宜建”的条件时，可以获得免除该修建义务方式。其实这里获得免除的不是义务本身，而是实现义务的修建行为，即实现义务的方式。该义务的实现方式因法定原因而被转化为④缴费义务。在这一层次上，免除①修建义务的要件，只能依据《民防工程规定》第四十八条但书规定。换而言之，可以免除①修建义务的规定要件中，并不包含国务院《意见》和《经适房办法》规定的“经济适用住房建设工程”。仅仅依据所建工程属于“经济适用住房建设工程”属性，并不能直接构成免除缴费义务的要件。

其次，在上一层次形成的④缴费义务也已确立的前提下，在判断是否可以免除该项缴费义务时，只有存在着⑤前提事项，即国务院《意见》和《经适房办法》关于“经济适用住房建设工程”时，上述④缴费义务才因此可以免除属于“行政事业性收费”的“易地建设费”。可见，二审判决所指的“经济适用住房等保障性住房建设项目才可以不修建防空地下室，并适用免除缴纳防空地下室易地建设费的有关规定”意味着，只有在这一层面上，⑤的事项才能作为适用根据。简而言之，⑤免除缴费义务事项只是针对④缴费义务，而不能直接针对①修建义务。

正因为二审判决建构了这样一个二次逐层适用的逻辑判断结构，二审判决和秋实公司在判断是否应该免除缴费义务方面，虽然存在着一个共同之处，即都将⑤前提事项作为免除④缴费义务的必要条件，但秋实公司将⑤直接与①修建义务关联，使⑤前提事项变成了与②免除修建义务的前提事项并列的一个事项，由免除①修建义务进而推导出理所当然可以免除由该义务转化而成的④缴费义务。而二审判决的思路则表现为，只有在第一层次的判断中确定①修建义务成立的前提下，才能考虑④缴费义务是否可以免除。显然，与二审判决的判断方式不同的是，秋实公司是将有关的权利义务放在同一个逻辑层面进行论证。

概况而言，在《经适房办法》第八条明示规定的“经济适用住房建设项目”这一概念之前，二审判决认为其存在着默示的前提限制，即该概念应该是“按照《人民防空工程建设管理规定》第四十八条的规定应缴纳易地建设费”的“经济适用住房建设项目”。这样，就法

规范文字表示的内容而言，二审判决限缩了该概念的范围。

三、“经济适用住房建设工程”的目的

如上所述，二审判决采用了一个二次逐层适用的逻辑结构判断不应免除④的缴费义务，其前提是限缩了《经适房办法》第八条规定的“经济适用住房建设项目”概念的范围。在这个逻辑结构之中，涉及到如何适用相应行政活动根据的法律规范及其条款，即如何适用《人防法》第二十二条、《民防工程规定》第四十八条、国务院《意见》和《经适房办法》，尤其是相互之间关系的问题。

一般而言，当适用行政活动根据的法规范之间出现适用冲突时，如果相应法规范为同一主体作出时，则依据《立法法》第八十三条的规定，采用特别规定优于一般规定，新的规定优于旧的规定的规则来确定应该适用的具体法规范。在上述涉及缴费义务以及免除缴费义务的法规范中，国务院《意见》之外，《经适房办法》和《民房工程规定》在发布主体方面存在重合度，且共同针对建筑行政秩序，因此，彼此之间可以认定为《经适房办法》属于特殊法和新法而《民防工程规定》属于一般法和旧法。[2]但是，二审判决采用了不同的法解释方法，排除了将《经适房办法》作为一般法和新法的地位。因此，这里需要剖析的是，二审判决为什么要建立这样的二次逐层适用的逻辑判断结构。

如“判决理由”所示，二审判决采用了从“立法本意”中判断“立法目的”的方法排除了一般意义上的新法和特殊法优位的适用规则。关于此点，二审判决指出：

> 关于经济适用住房等保障性住房建设项目免收各种行政事业性收费的规定，虽然没有明确其调整对象，但从立法本意来看，其指向的对象应是合法建设行为。……免缴防空地下室异地建设费有关规定适用的对象不应包括违法建设行为，否则就会造成违法成本小于守法成本的情形，违反立法目的，不利于维护国防安全和人民群众的根本利益。

对此需要进一步辨析的是，二审判决究竟如何确定“立法本意”中的“立法目的”，以及什么是“违法建设行为”中的“违法”。

1、“立法本意”和“立法目的”的判断方法

首先，《经适房办法》相关的条款并没有明文直接表述“立法本意”和“立法目的”。二审判决认为，关于经济适用住房等保障性住房建设项目免收各种行政事业性收费的规定“没有明确其调整对象”，即判决本身认定《经适房办法》第八条规定的“经济适用住房建设项

[2] 有关这些法规范之间的关系是否属于旧法与新法、一般法与特殊法之间的关系问题，指导案例21号所载内容中没有提及。但是，行例2-60,129的“评析”部分提到了“表面上看……本案应当适用上位法、新法和特别法”，其将这种适用作为一般意义上应该首先适用的规则。其中，其将国务院《意见》作为“行政法规性文件”的“上位法”，或许是从实际运用的功能上进行的定位，但并没有对此说明理由。

目”并没有明文设定特定的适用范围。这也正是秋实公司认为⑤免除缴费义务的前提事项可直接针对①修建义务发生作用的认识基础之一，即只要被法定属性属于“经济适用住房建设工程”的建设工程即可认定其属于《经适房》第八条的管辖范围。

其次，在没有明文规定立法目的的前提下，二审法院采用了利益衡量的方式对立法本意进行了推断，指出“免缴防空地下室易地建设费有关规定适用的对象不应包括违法建设行为，否则就会造成违法成本小于守法成本的情形，违反立法目的，不利于维护国防安全和人民群众的根本利益”。这里，二审法院比较了《经适房办法》第八条规定的“经济适用住房建设项目”在存在和不存在“违法建设行为”时，违法成本与守法成本之大小结果来推断应然的立法目的或立法本意。由此来判定该条用语“经济适用住房建设项目”的适用范围，即究竟是如其文字表述的“经济适用住房项目”还是加设了“符合《人防工程规定》第四十八条应缴纳异地建设费的”的“经济适用住房建设项目”。显然，二审判决通过衡量认为立法目的虽未明示，但不能包含“违法成本小于守法成本的情形，……不利于维护国防安全和人民群众的根本利益”的结果，从而确定了后者对“经济适用住房建设项目”范围的认定。

2、“违法建设行为”中“违法”

在上述利益衡量的判断过程中，“违法建设行为”始终是一个关键概念。在二审判决的逻辑结构中，因利益衡量中考虑了“违法建设行为”的结果而限缩了“经济适用住房建设项目”的范围。

从二审判决的内容看，这里的“违法建设行为”是指未履行①修建义务，因为“只有在法律法规规定不宜修建防空地下室的情况下，经济适用住房等保障性住房建设项目才可以不修建防空地下室，并适用免除缴纳防空地下室易地建设费的有关规定”。该①修建义务是由《人防法》第二十二条所设定，因此，“违法建设行为”中的“违法”，应该是指违反了《人防法》该条规定的义务。

这里先暂且不触及如秋实公司理解的那样，因⑤免除缴义务的前提事项而可免除①修建义务，因而不够成违法的认识，认定为未履行《人防法》第二十二条规定的修建义务，在客观上属于违法行为。但是，需要注意到的是，在上述的二次逐层适用的逻辑判断结构中，二审法院并非是因《人防法》第二十二条直接明文规定①修建义务，而秋实公司没有履行该义务而认定未履行该义务属于“违法建设行为”，而是由不同的适用规则的结果中推导而得。具体而言，是因为采用新法和特殊法适用优先这种一般的适用规范时，出现极其不妥当的结

果，因而排除这种结果。对此，最高法院行政审判庭对此判决的评析更为清晰。[3]

> 如果按照这种法律冲突的解决方法来适用法律，就会发生违法成本小于守法成本的悖论。根据人民防空法的规定，人民防空是国防的重要组成部分，平战结合的人民防空建设，已经依法纳入城市建设总体规划，以达到重点城市的人防工程面积与城市建设规模、人口密集程度相匹配的目的，从而适应国防形势的变化和发展。本案建设项目不存在因地质、地形等原因不宜修建或者其他不用修建的情况，开发商为了节约成本、追求利益最大化，对于应建工程不进行建设，又不用缴纳易地建设费由人防部门进行易地建设，从而使违法的成本小于守法的成本，且会造成当人防工程不够用时，最终由政府和纳税人给开发商买单的情况。

从这段论述可以看出，二审法院是将不妥当结果作为不应具有的立法目，且只有采用二次逐层适用的逻辑判断结构才能消除这种结果，而只有将秋实公司的不履行①修建义务定位在第二层与⑤免除缴纳费用义务相对应的位置时才能加以排除。这样，不履行①修建义务的违法性才得以成立。以此为基础，二审判决才排除会导致这种消极结果的适用规则，进而确定适用不存在这种消极结果的另外的适用规则。

四、 规范性及其范围

二审判决所采用的对“经济适用住房建设工程”解释方法，究竟能具有多少一般性意义，即其本身所具有的规范性，对其他什么样的案件可以适用？

1、“立法目的”解释的问题点

一般而言，在法解释的各种方法中，以“立法目的”为解释对象的方法或路径因学说不同而各异，概括而言，大致有三个种类。[4]

一是立法者意思解释。针对立法者明示的立法目的，确定相关条款在所在法律体系中的位置、与先例之间的关系等方面的事项来定义其内容。

二是，“法律意思”解释。这类解释不存在立法者明示的立法目的，解释者通过两种方法或进路来分析法律的目的。(1)目的论解释，指解释者在分析相关法律或制度原本所求的目的是什么的基础上进行解释；(2)目的性解释，指解释者依照自身追究的政策目的，推断出法律应有的目的的解释。

从上述二审判决所采用的解释方法看，该判决应归入第二种类型的解释方法之内。由于

[3] 行例 2-60, 129。

[4] 有关此类解释在不同的法解释学的著作中定义和归类各有不同，本文参照**笹倉秀夫『法解釈講義』東京大学出版会 2009 年第 4-8 頁**中采用的归类类型。

这类解释没有法规范明示的目的，所以所谓的法律目的或者立法目的是通过判决的推断而得。这里暂且不论推论本身是否严密以及是否与相关法规范的所处环境相契合，由于不同的推论涉及到相对人不同的权利利益，须加入更多的考虑因素。如二审判决尤其在作出限缩解释的结论时，会涉及到相对人财产权等相关利益。此外，由于二审判决通过衡量各种可能的“经济适用住房建设工程”的定义结果，在排除不妥当的结果的基础上建构自身的逻辑判断框架，从而不适用一般性的新法和特殊法优先适用的规则，这与法的安定性之间究竟应该建立怎样的关系？

在二审判决的“立法目的”解释的方法中，的确能够将“经济适用住房建设工程”定位在⑤的位置，仅仅针对“易地建设费”的缴费义务发生免缴作用，从而解释出不免除①修建义务的结论。但是，在同样的这个判断逻辑框架中，针对《经适房办法》设置的“经济适用住房建设工程”免收各种行政事业性收费的规定，判断方法就被简化为只要判断是否存在着②免除修建义务的前提事项，即只要判断是否存在着“不宜或不用”事项即可。那么，这里出现的问题是，《经适房办法》为“经济适用住房建设工程”设置免缴行政事业性等方面收费的规定，其本身的立法目的中，恐难以纳入这些地理因素。而当这些地理因素排除了“经济适用住房建设工程”本身的目的性时，法解释方法本身很难证明自身具有法的公正性。

其实，导致②“不宜或不用”事项的这些地理因素只是决定了①的修建义务是否可以转化为④缴费义务而已。《经适房办法》本身设置“经济适用住房建设工程” 免收各种行政事业性收费规定本身的目的，则没有纳入二审判决分析的范围之内，而在讨论二审判决的判例意义，即其中的判断逻辑框架能否以及到哪里为止能够规范化或一般性适用于其他同类案件时，这恰恰非常关键之处。

另一方面还需注意的是，“免缴防空地下室异地建设费有关规定的适用的对象不应包括违法建设行为”的命题当然成立，但二审判决中触及到的“违法建设行为”是应履行①修建义务而未履行的不作为，而①修建义务要转化为④缴费义务，除了需要具备②前提事项之外，在程序上还必须经过③的批准程序。因此，是否能实现义务转化，关键之处在于③之处。但秋实公司没有履行该程序义务。也正因为如此，案件事实中并不存在由①修建义务转化成的④缴费义务，且案件的事实客观上决定了不仅没有转化且也无法转化，这样，本件决定所征收“防空地下室易地建设费”并不针对④的缴费义务，而是直接针对“违法建设行为”。[5]在

[5] 行例 2-60,129“评析”部分记载的内容也说明了这一点。该处指出，“因为该建设工程已经完工，无法补建，只能收取易地建设费，由人防部门就近建设，该费用必须缴纳”。这里可以看出，在“经济适用住房建设工程”这一前提条件成立，即⑤已经具备的情况下，行政主管部门并没有考虑②的“不宜或不用”事项，而是考虑了已发生的既成事实。此外，针对不履行①的修建义务情况，《人防法》第四十八条和《内蒙古自

这样的关系之中，本件决定具有的是实质上的制裁或处罚性质。而这一现象，仅属于个案性质，不能以此作为推导一般性规范的前提事实。

2、“经济适用住房建设项目”再定位的可能性

在本文第一部分“适用法规范中的权利义务结构”中，③批准程序居于整个结构的核心位置，也是主管行政机关直接针对相对人提出申请的一个法定环节。因此，就制度的运行而言，②免除修建义务的前提事项是否能够成立，也即①修建义务能否转化为④缴费义务，③批准程序如何运行则为关键。

在③批准程序中，主管行政机关如对相关法规范的“立法本意”或“立法目的”进行考察，那么，相关作业中除了考察征收事项的“立法目的”的同时，也须等量地分析“免除事项”的“立法目的”，否则难以实现法律本身必须的公平。

但是，在进行“立法目的”解释时，如果“立法目的”本身缺乏明文规定时，法律解释者实际上从事的是“法律意思”的推断作业，其无论采用“目的论解释”还是“目的性解释”，都在一定程度上反映了解释者的政策追求。而在这种情况下，如有较之更为客观明了的解释路径，更能够为今后的相关法规范适用者提供可预见性的结果，使法规范更具有安定性的法解释方法，那么，就应该优先适用该种方法。

其实，如果就第一部分“适用法规范中的权利义务结构”中的相关权利义务作为一个体系来看，也可寻找到“经济适用住房建设工程”在其中的位置。其中最为关键之处是上述部分指出的③批准程序。

由于④免除缴费义务只能直接针对缴费义务，且该缴费义务必须为已经确定从①修建义务转化成为个案中具体相对人的主观义务，而非一般的法律秩序上的义务，那么当没有履行①修建义务时，其应承担的是由《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国人民防空法〉办法》第三十八条明文设置的具体的法律责任，即“缴纳易地建设费”义务。[6]如上所述，这里的“缴纳易地建设费”义务对应于不履行①修建义务，具有制裁属性的功能。此“缴纳易地建设费”义务不同于《人防工程规定》第四十八条规定的，作为经③批准程序，由①修建义务合法转化而成的“缴纳易地建设费”义务。[7]因此在考虑此判例所确立的规范时，应将在功能上转化为制裁的转折点也一并考虑到规范的构成部分中去。这样，即使不采用二审判决构

治区实施〈中华人民共和国人民防空法〉办法》第三十八条都设置了具体的法律责任，后者尤其规定了可责令当事人限期“缴纳易地建设费”的内容。

6 一审判决以此条款作为判决根据之一。见行例 2-60，128。

7 与二审判决注重点不同的是，行例 2-60 尤其注重这种义务转化作用。见行例 2-60,126 的标题以及【裁判要旨】部分的内容。但是行例 2-60 显然注重的是修建义务向缴费义务单方向转化的结果，而没有触及两者之间是否存在着相同性质部分。

建的逻辑判断框架，也同样可以通过适用明示的法规范达到排除不妥当的结果。

在此基础上，则可以将⑤免除缴费义务的前提事项，“经济适用住房建设工程”与②免除修建义务的前提事项并列在同一了逻辑层面上同等重要地适用。其中，正因为④缴费义务源于①修建义务的转化，两者性质相同，所以无论免除①的修建义务还是④的缴费义务，其结果都相同。

依照这样的逻辑判断框架，其在处理本件决定时会得出与二审判决相同的结论，但法解释的路径并不一致。

缺陷产品自身损害的侵权责任

—— 基于我国司法案例与比较法的视角

朱晓喆[1]、冯洁语[2]

一、问题之提出

1、产品责任的传统界定

《产品质量法》第41条第一款“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。”

产品责任：缺陷造成人身、缺陷产品“以外的财产损害”（固有利益损害）

2、产品自身的侵权责任？

《侵权责任法》第41条“因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。”

产品责任：缺陷造成他人损害，是否包括缺陷产品自身损害？

二、《侵权责任法》实施之前的典型民事判决

1、仅缺陷产品自身损害

北京市第一中级人民法院(2006)一中民终字第25号民事判决[3]

原告(上诉人)：祁庆民。

被告(被上诉人)：上海大众汽车有限公司(以下简称上海大众公司)。

北京市大兴区人民法院经审理查明：2003年4月29日，祁庆民以272000元的价格购买了上海大众公司生产的帕萨特 SVW7183DJI 型小轿车一辆，车主为祁庆民。2004年7月12日13时30分，祁庆民驾驶该车辆行至北京市大兴区鹿海园小区东侧后停车，关闭车辆后去马路对面电话亭打电话时，发现车前机盖处冒烟起火，遂拨打119火警。15分钟后消防人员赶到将火扑灭，但车辆前部发动机及其线路已烧毁。2004年7月13日，经北京市公安局消防局大兴消防监督处对火灾原因进行认定，结论为：原因不明。另查，中国人民财产保险股份有限公司北京市丰台支公司依据保险合同及双方协议，已赔偿祁庆民损失204400元，同时负责保管

[1] 上海财经大学法学院教授、比较民法与判例研究所所长，联系方式 zhuxiaozhe1027@163.com

[2] 复旦大学民商法专业博士研究生

[3] 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（总第 64 辑）》，人民法院出版社 2009 年版，第 107-114 页。

事故车辆的残值。上海大众帕萨特汽车使用维护说明书中注明：“整车质量担保：非出租车辆为两年或行驶里程六万公里，出租车辆为一年或行驶里程十万公里。时间数和公里数两者以先到达者为准。”原告诉称：上海大众公司对保险公司未赔偿的部分承担产品质量责任，赔偿汽车损失67600元、汽车附加费损失27200元及其他损失20000元，并承担诉讼费用。

被告辩称：祁庆民提出侵权损害赔偿缺乏事实依据，其已获得保险赔偿金，同时向保险公司转让了对保险标的物享有的权利，故无权再向我公司索赔。保险公司以自燃险理赔与确定本案车辆起火责任无关，故不同意祁庆民的诉讼请求。

北京市大兴区人民法院认为，当事人对自己的主张，有责任提供证据。祁庆民应先就上海大众公司生产的汽车存在缺陷承担举证责任，然后由上海大众公司就法律规定的免责事由承担举证责任。本案在审理过程中，祁庆民既未提供证据证明上海大众公司生产的汽车存在缺陷，也未在本院释明后，提出对事故车辆自燃的原因进行鉴定，故对其诉讼请求，因无事实和法律依据，不予支持。

一审宣判后，原告不服提出上诉。二审法院审理查明的事实、认定的证据与一审一致。

北京市第一中级人民法院认为，根据查明事实，祁庆民购买的帕萨特车在正常停驶状态下发生燃烧，经消防部门认定火灾原因不明。现因无证据证明车辆燃烧是外界人为原因或祁庆民使用不当所致，加之该车尚在整车质量保证期内，上海大众亦未能举证证明祁庆民曾对该车进行过不当修理，可以表明该车存在不合理的危及人身、财产安全的危险，即存在产品质量缺陷。依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四条关于“因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任”的规定，上海大众公司应就法律规定的免责事由承担举证责任，现因其未能举证，即应承担举证不能的不利后果，承担相应的民事赔偿责任。祁庆民要求上海大众公司承担侵权赔偿责任的上诉请求成立，具体赔偿数额应以车辆原价为基数，按照车辆的十年使用期限，扣除使用了一年零二个月的折旧费及保险公司已赔付的数额确定，只272000元÷120X(120-14)-204400元=35867元。综上所述，祁庆民的部分上诉请求和上诉理由，具备事实和法律依据，应予支持。原审法院认定事实清楚，但适用法律有误，应予纠正。

北京市第一中级人民法院依据《中华人民共和国产品质量法》第二十六条、第四十一条、第四十三条、第四十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(二)项之规定，作出如下判决：一、撤销北京市大兴区人民法院(2005)大民初字第6071号民事判决；二、上海大众汽车有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿祁庆民车辆损失三万五千八百六十七元；三、驳回祁庆民的其他上诉请求。

裁判法理：

根据案件裁判法院法官的评析，本案裁判重要理由如下：[4]

（1）侵权保护客体：侵权行为所侵害的客体为人身权和财产权，“侵权人仅对某一类或某部分财产承担侵权责任，无异于削弱了对受害人权利完整性的保护。”

（2）法律位阶关系：民事基本法律的《民法通则》并未对财产损害的范围作出限定，《民法通则》第122条第一句规定“因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。”这里的“他人财产”系指“所有因产品质量不合格而遭受损害的财产，也包括受损害的产品本身”。《产品质量法》第41条所称的“他人财产”中不包括缺陷产品本身。对此应明确“《产品质量法》作为民事特别法和下位法，是依据民事基本法的原则制定的，不能与基本法的原则和规定相违背。《产品质量法》着重强调生产者对产品所有人以外的他人财产损害承担赔偿责任，乃是基于《民法通则》已有明确规定且效力更高，产品所有人对自身的财产损害可直接依据《民法通则》主张权利，而非是限制其对自身权利的保护。如果将产品质量法和民法通则完全割裂开来，我们还会得出产品销售者不承担产品侵权责任的错误结论，显然不符合立法者的立法本意。”

（3）产品自身损害的请求权竞合：“如果规定受害人只能就缺陷产品以外的其他财产损害向生产者主张侵权责任，对于缺陷产品本身的财产损害，则应向销售者主张合同责任，既加重了当事人的诉讼成本，也给法院带来诉累，有违诉讼经济原则。就汽车自燃案件而言，汽车受损的价值往往大于其他财产损失，应允许受害人根据自身的利益考虑，选择向生产者主张产品侵权责任，或是向销售者主张合同责任，法院不避加以干涉。”

2、缺陷产品自身附带其他财产损害

山东省陵县人民法院(2006)民一初字第45号[5]

原告：姜风德，男，汉族，住山东省陵县边临镇边二村。

被告：德州亚飞汽车贸易有限公司(以下简称亚飞公司)。

山东省陵县人民法院经公开审理查明：2004年8月15日，原告姜风德在被告亚飞公司处购买7YPJ—1150P2三轮农用运输车一辆，价格为10 480元。同年8月21日，原告进行了机动车登记，车号为鲁NV1160。2005年11月2日上午，原告驾车在山东省武城县购买苹果一车(1 000斤)，下午返回后，将三轮车停放于角门处。晚上8时30分许，原告休息时听到响声，便

[4] 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（总第64辑）》，人民法院出版社2009年版，第111—112页。

[5] 国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2007年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社/人民法院出版社2008年版，第448页以下

起来从院子里走到角门处，当其打开角门时，三轮车突然起火。原告立即喊人救火并报警，经过周围群众和后来赶到的公安及消防干警的奋力扑救，最终将火扑灭。此次火灾不但将原告的三轮车烧坏，还将其房屋、货物、被褥、空调等物品不同程度的烧坏，其直接损失经价格认证部门认定为14 606元，其中三轮车损失4 120元。经公安机关了解和调查，排除了人为因素引起火灾的可能。

法院审理认为：“产品责任的无过错归责表现在：只要发生了与产品缺陷有关的人身或其他财产损害，生产者就应当承担赔偿责任，”……山东省陵县人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百二十条第一款、第一百二十八条，《中华人民共和国产品质量法》第四十条、第四十三条、第四十四条第二款之规定，作出如下判决：1．被告德州亚飞汽车贸易有限公司赔偿原告姜风德三轮车损失费4 120元。2．被告德州亚飞汽车贸易有限公司赔偿原告姜风德其他财产损失费10 486元。

3、否定缺陷产品自身损害侵权责任

吉林省高级人民法院（2006）吉民再字第64号民事判决

申诉人（一审被告、二审上诉人）：福建省泉州市丰泽明星塑胶有限公司。

申诉人（一审被告、二审上诉人）：陈拥辉，男、汉族，54岁。

申诉人（一审被告、二审上诉人）：陈菊慧。

被申诉人（一审原告、二审被上诉人）：陈松柏。

被申诉人（一审原告、二审被上诉人）：吴明等。

2003年2月15日，福建省泉州市丰泽明星塑胶有限公司（以下简称泉州明星公司）与陈松柏、吴明等签订塑料挤塑机购销协议书，约定：乙方陈松柏、吴明等购买泉州明星公司塑料挤塑机两台。陈松柏、吴明等提供两种塑料桶的样品给甲方泉州明星公司，甲方按乙方的样品进行开模具及制造出相应可以生产出该塑料桶的设备（注塑机除外、五金件除外）；乙方负责自购该机械设备的5种附件给甲方。该5种附件是：0．9立方空压机两台、2～3立方的储气桶两台、600型碾碎机两台、塑料拌料机一台、冷却塔及水泵一套。甲方开的模具及生产出的塑料桶要与乙方提供的样品相同，生产出的产品与原样的塑料桶一样。两台机器总价款为796，500元。签订合同时，乙方应先付50％的款项给甲方，余款待试出合格产品时一次性付给甲方。合同签订时，陈松柏、吴明等带两只容量200升、口盖直径规格不同的蓝色塑料桶样品。合同签订后，当事人双方按约定履行协议，各自购买配件。泉州明星公司加工模具组装机器，进行样品试生产。2003年5月初，泉州明星公司试车成功，生产出和样品一样的成品。陈松柏、吴明等于2003年5月18日经验收一次性付给泉州明星公司全部货款798，250

元。陈松柏、吴明等于2003年5月19日将机器提出并运回吉林市，泉州明星公司也派出技术人员到吉林市安装调试。

2004年2月，陈松柏、吴明等以该机器设备不合格、不能生产出合格产品为由停止生产。于2004年2月9日以与泉州明星公司加工承揽合同纠纷为由，向吉林市中级人民法院提起诉讼，泉州明星公司以合同履行地在泉州为由提出管辖权异议，该异议于2004年3月24日被吉林中院裁定驳回。随后，陈松柏、吴明等于2004年4月5日提出撤诉申请，吉林中院于2004年4月8日裁定准予撤诉。2004年4月19日，陈松柏、吴明等又以泉州明星公司提供的两台塑料挤塑机质量不合格，不能生产出合格产品，侵害了原告方的权利等为由，将泉州明星公司及该公司股东陈拥辉、陈菊慧诉至吉林市高新技术产业开发区人民法院。5月9日，泉州明星公司以合同履行地不在吉林为由提出管辖异议。2004年5月13日，高新区法院以该案是违约行为和侵权行为的竞合及侵权行为发生在吉林市为由，裁定驳回泉州明星公司的管辖异议请求。泉州明星公司不服，上诉至吉林市中级人民法院。吉林市中级人民法院于2004年6月4日驳回管辖权异议的上诉。

吉林市高新技术产业开发区人民法院根据《民法通则》第4条、第106条第1款、第111条、第122条判决被告泉州明星公司赔偿原告陈松柏、吴明等购买设备的货款及运费820，250元等。吉林市中级人民法院于2004年12月1日以“一审改变原告侵权之诉，按违约之诉判决程序违法”，撤销高新技术产业开发区法院（2004）吉高新民二初字第104号民事判决，发回重审。吉林市高新技术产业开发区人民法院再审维持原判。

泉州明星公司、陈拥辉、陈菊慧不服，向检察机关提出申诉。吉林省人民检察院审查抗诉。吉林省高级人民法院于2006年8月28日裁定提审本案，并于2006年10月26日作出（2006）吉民再字第64号民事判决，认为：“本案不存在产品质量违约责任和产品缺陷侵权责任的竞合。依据《中华人民共和国产品质量法》第41条“因产品缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产损害的，生产者应当承担赔偿责任”的规定，产品缺陷的侵权责任，是指生产者、销售者因产品存在缺陷而造成他人的人身、缺陷产品以外的其他财产的损害时，应当承担的赔偿责任，并不包括产品质量不合格引起的不适当履行合同的违约责任。因此，构成产品责任，必须有人身、财产损害的事实，即缺陷产品造成了消费者或第三人的人身伤害，或者造成了缺陷产品以外的财产损害。而本案泉州塑胶公司生产的两台挤塑机，未造成原告人身损害和两台挤塑机之外的财产损害，不存在产品质量责任意义上的人身、财产损害的事实。因此，本案不存在产品质量违约责任和产品缺陷侵权责任的竞合，原审对此认定事实和适用法律均有错误。”

终审判决：撤销原判，驳回陈松柏、吴明等的诉讼请求。

三、《侵权责任法》实施以后的民事判决

1、产品自身损害以及其他经济损失

河南省沁阳市人民法院（2011）沁民商初字第26号民事判决书

原告河南高远铝业发展有限公司。

被告黄石锻压剪板机有限公司。

法院认定事实如下：原、被告于2010年1月6日签订一份《机械产品订货合同》，原告向被告购买Q11-8×2500型机械剪板机一台，价格为65000元，并约定产品实行“三包”，保质期为一年等条款。合同签订后，原告依约向被告支付了65000元货款，被告也将机械剪板机交付给原告。2010年4月6日，原告员工在使用该剪板机工作时，压料板从左侧中部断裂，被告为原告更换了压料板。但原告员工于2010年4月14日在使用剪板机工作时，剪板机工作台从左侧断裂、左立柱断裂，原告随即通知给被告，被告未采取任何补救措施。为此，原告委托河南中远产品质量（机电）司法鉴定所对被告提供的剪板机质量进行鉴定，鉴定结论为：1、被鉴定剪板机工作台板采用等同于HT100牌号的低强度灰铸铁材料不能满足工况使用，属于质量缺陷；2、被鉴定剪板机无产品标牌和指示润滑、操纵、安全等要求标识的现象，不符合相关标准规定。鉴定费为7000元。原告为减少损失，将剪板业务承揽给他人完成支付加工费用22269元。此为本案事实。

本院认为：一、关于本案纠纷的性质。《中华人民共和国合同法》第一百二十二条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”本案原告以被告的违约行为侵害其财产权益为由选择依据侵权法的相关规定提起侵权之诉，符合法律规定，故本案性质为产品责任纠纷……三、关于原告请求的退货并返还货款65000元。《中华人民共和国产品质量法》第四十条规定“售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失……”。原告向被告购买的Q11-8×2500型机械剪板机，在双方约定的质量保证期内出现工作台、立柱断裂的质量问题，且该质量问题的出现原因是被告生产的产品不符合相关标准、存在质量缺陷所致。对此，被告作为生产者，应承担修理、更换之义务，该义务为被告作为生产者所应负之法定义务。被告既不修理又不更换，导致原告对该产品不能继续使用，其要求被告退货并返还货款，符合法律规定和合同关于对产品实行“三包”的约定，原告的该项诉讼请求，本院予以支持。四、关于原告主张

的剪板费用和评估费。《中华人民共和国侵权责任法》第四十一条规定“因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任”和《中华人民共和国产品质量法》第四十一条规定“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。”本案被告生产的剪板机因存在质量缺陷而不能使用后，原告为查明该剪板机出现质量问题的原因而委托中介机构对产品质量进行鉴定，为此而支付的评估费用以及原告因该产品不能使用为减少损失将自己的剪板业务承揽给他人完成支付加工费用，均是被告生产的产品存在缺陷而给原告造成的财产损害，该损害发生过错责任在被告，被告应负赔偿责任。故原告请求被告赔偿评估费7000元和加工剪板费用22269元的诉讼请求成立，本院予以支持。

判决如下：

一、被告黄石锻压剪板机有限公司出售给原告河南高远铝业发展有限公司的Q11-8×2500型机械剪板机一台按退货处理，由被告自行负责运回，并返还原告货款65000元。

二、被告黄石锻压剪板机有限公司赔偿原告河南高远铝业发展有限公司损失22269元。

三、被告黄石锻压剪板机有限公司赔偿原告河南高远铝业发展有限公司鉴定费7000元。

2、产品自身损害与由缺陷产品造成对第三者的法律责任

河南省鹤壁市山城区人民法院(2011)山民初字第1772号民事判决书[6]

原告：鹤壁市禹昌工贸有限公司。

被告：广州汽车集团客车有限公司。

本院确认如下案件事实：原告禹昌公司于2008年4月3日从被告广汽公司位于河南郑州的销售处购买骏威牌客车（发动机号为CYQD32Ti07024783，车辆识别代号为LGZ70A81570000176，登记车牌照为豫F07821）一辆，被告广汽公司随车交付给原告禹昌公司《质量保修卡》一份以及涉案车辆所使用的东风朝阳柴油机有限公司的发动机的《服务手册》。广汽客车《质量保修卡》和《服务手册》分别对涉案客车的零部件保修时间、保修里程数进行了规定。其中，发动机服务手册对车辆飞轮壳等主要零部件规定的保修时间为24月或保修25万公里里程，广汽客车的《质量保修卡》对涉案车辆飞轮壳等主要零部件规定的保修时间为18个月或4万公里。

[6] 此类民事判决还有：浙江省宁波市北仑区人民法院(2013)甬仑柴民初字第5号民事判决书（电动车缺陷造成买受人对第三人的侵权责任）。常德市中级人民法院(2013)常民一终字66号民事判决书（销售缺陷产品被处以行政处罚）。杭州市萧山区人民法院(2012)杭萧瓜民初字第284号民事判决书（电动车缺陷造成买受人对第三人的侵权责任）。河南省通许县人民法院(2011)通民初字第694号民事判决书（造成对三人的违约责任、可得利益损失）。

原告禹昌公司在购买车辆后，在车辆质量保证期内即经常出现各种质量问题，其中，2008年7月1日至2009年5月28日在车辆保修期内分别在郑州交通技校汽车修理厂、郑州宏泰汽车销售服务有限公司、三门峡市立达汽车维修有限责任公司有记录的维修为13次，其中，2009年5月28日涉案车辆送至郑州交通技校汽车修理厂维修，至2009年8月12日维修完毕。原告委托代理人段立峰于2010年4月18日，将涉案车辆从修理厂开走。随后，涉案车辆继续发生故障。原告分别于2010年6月7日、2010年8月29日、2010年9月27日、2010年10月21日对车辆进行四次维修。其中在郑州宏泰汽车销售服务有限公司、三门峡市立达汽车维修有限公司（两家均为被告所认可的发动机维修站）维修发动机、水箱、空调并三次更换主要零部件飞轮壳等。涉案车辆由原告自付维修费用如下：1、72008年7月1日维修空滤、助力带等费用合计240元；2、2008年7月13日维修雨刷电机，费用合计75元；3、2008年7月29日维修电源总开关、空滤、里程表线等，费用合计250元；4、2009年3月9日维修进气管、助力带等，费用合计700元；5、2009年4月12日维修离合器等费用共计300元；6、2009年5月11日维修发动机，费用合计170元；7、2009年5月19日维修离合器等，费用合计200元；8、2010年6月7日维修发动机等，费用4640元；9、2010年8月月29日维修压缩机等共计760元，10、2010年9月27日维修风轮壳等计3724元；11、2010年10月21日维修窗扣等费用计70元。

另查明，原告禹昌公司于2008年5月19日与案外人鹤壁市信裕旅行社有限公司签订了《车辆使用协议》一份，约定鹤壁市信裕旅行社有限公司从2008年5月20日至2011年5月19日以每月15000元的租金租用本案涉案车辆，并约定该车由原告禹昌公司派两名司机驾驶。鹤壁市信裕旅行社有限公司负担旅程中的过路费、过桥费、燃油费（汽油或柴油）、以及司机食宿费。由原告禹昌公司负担车辆维修、违章罚款等费用，如因车辆维修等各种原因不能正常履行合同义务的，除承担上述责任外，加扣每天使用费1000元。如因原告禹昌公司原因解除合同的，一次性赔偿鹤壁市信裕旅行社有限公司人民币10万元。

原告禹昌公司于2009年6月5日与案外人鹤壁市信裕旅行社有限公司对2008年5月至2009年5月涉案车辆的租车费用进行了结算，总计应付租车费用180000元，扣除因车辆维修致使原告方没有履行合同义务而发生的未出车的损失47000元，扣除车辆途中频繁故障赔偿的27000元，最后实际应结算106000元，但由于涉案车辆长期维修致使租车协议约定的原告禹昌公司的义务无法继续正常履行，鹤壁市信裕旅行社有限公司解除了与本案原告禹昌公司之间的车辆使用协议，并按照违约条款中关于违约金的约定，以违约金10万元冲抵实际应结算的车辆使用费后，仅支付了租车使用费6000元。据此，在2008年5月至2009年5月，原告禹昌公司的实际损失为174000元。

本院认为，因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产损害的，生产者应承担赔偿责任。汽车作为高速运行的交通工具，该产品的质量直接关系到车辆使用人的人身安全和交通公共安全。因此，其质量更应该严格保障。本案中，原告禹昌公司购买涉案车辆后，在质保期内，车辆即出现各种质量问题，经多次维修但故障一直未得到根本解决，车辆无法正常行驶，其中，2009年5月28日在郑州交通技校汽车修理厂维修至2009年8月21日一次维修时间长达3个月，原告禹昌公司在该次维修中因对维修效果不满，直至2010年4月18日将涉案车辆从维修厂开走。但随后车辆又多次发生故障并进行维修。由此可见，被告广汽公司出售给原告禹昌公司的涉案车辆不能正常使用。

原告禹昌公司的具体经济损失合理部分包括：1、2008年5月19日原告禹昌公司与案外人鹤壁市信裕旅行社有限公司（以下简称信裕公司）签订车辆使用协议书一份。在协议履行的一年期间内（2008年5月-2009年5月）因车辆故障维修致使未出车损失47000元及中途故障赔偿款27000元，共计74000元；2、因涉案车辆于2009年5月28日送至郑州交通技校汽车修理厂修理（至2009年8月12日维修完毕）无法履行与案外人信裕公司的协议，2009年6月5日信裕公司解除了与原告签订的车辆使用协议，并按约定扣除原告禹昌公司违约金10万元，以上合计174000元，原告禹昌公司因该车辆质量不合格造成的合理部分的损失本院予以支持。原告禹昌公司诉请的其他损失无法律依据，本院不予支持。

判决如下：

被告广州汽车集团客车有限公司自本判决生效后十日内赔偿原告鹤壁市禹昌工贸有限公司各项经济损失共计174000元。驳回原告鹤壁市禹昌工贸有限公司其他诉讼请求。

四、德国民法上的“继续侵蚀性损害”产品侵权责任

1、“继续性侵蚀损害”（Weiterfresserschäden）的构成要件

《德国民法典》并未如《法国民法典》第1382条般设有侵权行为的概括性一般条款。此种一般条款会引发这样的疑虑，责任风险过大并且不确定，行为自由的实施因此变得极有风险。[7]为了避免这一疑虑，民法典的立法者有意不采用一般条款，转而在《德国民法典》第823条以下规定了三阶段的保护。在继续侵蚀性损害中，买受人得请求合同法意义上的赔偿并无争议。问题在于，“继续侵蚀性损害”是否同样满足《德国民法典》第823条第1款的构成要件呢？

[7] Peifer, Schuldrecht Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2.Aufl., Nomos,2010, S.44.

（1）所有权受侵害？

《德国民法典》第823条第1款仅保护绝对权，因此瑕疵在何种情况下构成对所有权的继续侵蚀性损害成为解决此类案件的前提。在1976年的“浮标开关案”中，德国联邦法院认为整体设备可以与功能上可被界定开的开关（der funktional abgrenzbare Sachalter）相区分。[8]本案中，出卖人出卖给买受人的清洗设备配有一个可自动断电的浮标开关，但是该开关未能正常工作，致使清洗设备完全毁损。德国联邦法院认为，该开关的所有权并未受侵害，因为其自始即是有瑕疵的。然而，对于除该开关外的清洗设备，买受人无疑是拥有完好的所有权的。而因为该已经受损的浮标开关故障，造成了整体设备的进一步的损害。此时并不是依形式观察买受人取得自始有瑕疵之物的情况，具有决定意义的毋宁是，在所有权移转之后，在有瑕疵的开关中隐藏的危险原因（Gefahrursache）造成超过原瑕疵的损害，并因此总体上损害了取得人在该设备其他完好部分上的所有权。[9]

然而，此观点并不具说服力，学说对此批判甚巨。[10]不论是从逻辑角度、价值判断角度、还是实际操作角度，此标准均不可取。首先，部分的瑕疵同时也是整体设备的瑕疵，没有该部分则该设备同样仅具备部分功能，也并不足以保证该设备不会有使用该开关而致过热的风险。[11]其次，也并无理由将因可区分的瑕疵造成的损害赔偿请求权区别于其他种类的基于买卖标的物价值减少的请求权。[12]最后，在随后发生的案例中也证明了该观点在不具实践上的可操作性。[13]

鉴于此种情况，在1978年的“后轮胎案”（Hinterreifen-fall）[14]中，德国联邦法院首次提出了以损害素材同一性（Stoffgleichheit）作为判断是否构成所有权继续侵蚀性损害的标准。随后，在1983年的“油门案”（Gaszugfall）[15]中德国联邦法院进一步阐释了损害素材同一性标准。该案中，买受人K从出卖人L处购买了由B组装的车辆，该车辆油门负有瑕疵，加速后无法复位，导致车辆持续加速，由此引发了两次事故，K请求B赔偿车辆维修费。此时如果在判断，油门与车辆的其他部分是否功能上可分则显困难。“（功能上可区分

[8] BGHZ 67,359=NJW 1977, 379

[9] BGHZ 67, 359=NJW 1977, 379

[10] Larenz,Lehrbuch des schuldrechts,Band II/1,13.Aufl., C.H.Beck, 1986, §41II e,S.72;Reinicke/Tiedtke,Kaufrecht, 8.Auflage Carl Heymanns Verlag 2009, S.356; Peifer, Schuldrecht Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2.Auflage, Nomos,2010, S.72.

[11] Larenz, Lehrbuch des schuldrechts,Band II/1, 13.Aufl., C.H.Beck, 1986, §41II e,S.72.

[12] Esser/Weyers, SchuldR II, 6. Aufl.,1984,C.F.Müller Juristischer Verlag Heidelberg § 6 III 2, S.69.

[13] Reinicke/Tiedtke,Kaufrecht, 8.Auflage Carl Heymanns Verlag 2009, S.357

[14] NJW 1978,2241

[15] BGHZ 86, 256=NJW 1983,810

的标准）对于产品之部分负有瑕疵的运输者或制造人的合同外的责任而言，并非是封闭的区分标准。”[16]因此，德国联邦法院不再试图通过自然技术上的检验来确定是总体设备自始有瑕疵还是仅“功能上可区分”之部分负有瑕疵，转而通过对等价性利益与固有利益规范上的区分，也即素材同一性标准，来检验是否构成所有权受侵害。[17]等价性利益是指取得无瑕疵之物的合同预期，并且只受合同法保护；而固有利益指的是所有权或占有不会因交易中的物而受侵害，其受德国民法第 823 条第 1 款的保护。[18]“侵权法中的交往义务并不保护买受人对取得无瑕疵之物之价值和使用的预期，若无民法典第 826 条意义上之故意侵权，则对此种预期的保护仅是合同法规则的任务。”[19]在个案中涉及的到底是受害人的等价性利益还是固有利益，必须先对受害人取得产品所有权时，产品因瑕疵而负有的瑕疵无价值（Mangelunwert）加以确定，继而得以比较该无价值和所主张的损害。假使嗣后发生之损害与自始即负担之瑕疵无价值相一致，则可认为其“素材相同”，并无所有权受侵害；假使固有利益与等价性利益“素材”不同，则侵权损害赔偿请求权成立。[20]此种区分标准必须在个案中依据上述原则加以衡量，需综合考虑所主张损害的种类、程度、既存瑕疵、瑕疵对物之保存的意义、生产者交往义务在这些要素上的反映。在“油门案”中，具有决定性的，乃是油门的瑕疵绝不会使得还能运行的汽车自始就无价值。因油门而引发之事故，本可能避免，如得及时发现得修补之，而此种修补其并无经济上之特别花费且无需损坏其他部件。[21]

根据此原理，德国民法学说进一步发展阐释了德国联邦法院的见解。首先，“素材同一性”标准仅适用于损害由产品之一部所负瑕疵引发的损害的案型，也就说，“素材同一性”标准适用的前提是瑕疵仅存于在产品之一部分上。否则，则必然无侵权损害赔偿请求权，根本无需检验是否存在“素材同一”。其次，如果确得有“素材同一性”标准适用之前提，则第二步需检验该瑕疵是否可于物之毁损发生前被发现。如其不能，则可以认为此时损害与瑕疵“素材同一”，并无侵权损害赔偿请求权；如瑕疵必然导致损害，则也构成“素材同一”，

16 BGHZ 86, 256=NJW 1983,810

17 Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.Aufl., C.H.Beck, 2009, §823 Rn.128, S.1797.

18 Schwaz/Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Vahlen, 2011, S.277. 当然，需注意的是，固有利益并不只受侵权法所保护，在德国债法改革之前，德国联邦法院通过“积极侵害债权”对固有利益加以保护，而在债法改革之后，民法典第 280 条与给付并存的损害赔偿请求权（Schadenersatz neben der Leistung）也同样涵盖因附随义务违反而生之固有利益的损害。Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht,de Gruyter Recht Berlin, 10.Auflage,2006,S.184.

19 BGHZ 86, 256=NJW 1983,810

20 Sprau, Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C.H.Beck, 70Aufl., 2011, §823 Rn.177; Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, Sellier,1999,§823-825Rn. B110; Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.Aufl., C.H.Beck, 2009, §823 Rn.128, S.1797.

21 德国联邦法院 Z 86,256=NJW 1983,810

无侵权损害赔偿请求权。这一点也得到了德国联邦法院的认可，“合同外责任的前提并不在于将在任何情况下均会造成产品使用者或第三人其他权益受害的部分负有瑕疵之物带入交易中。”[22]如果发现瑕疵是可能，则进一步需检验，损害发生之前补正瑕疵是否存在技术上不能或经济上不能，如存在不能，则基于《德国民法典》第 823 条第 1 款的损害赔偿请求权也不成立。仅在瑕疵可补正的情况下，瑕疵无价值与随后发生的损害不具“素材同一性”，侵权损害赔偿请求权方告成立。[23]

（2）继续侵蚀性损害的加害行为

在解决了产品瑕疵在何种情况下构成对所有权的继续侵蚀性损害之后，仍需明确在继续侵蚀性损害中，加害人的侵害行为为何。侵害行为可以是作为，也可以是不作为。侵害行为所指的不论是作为还是不作为都必须是引起权利受侵害的行为（责任成立因果关系）。[24]尽管在生产或组装产品时必然存在导致瑕疵的积极行为，但是此种积极行为亦难被认作是导致继续侵蚀性损害的侵害行为。从行为时点角度上看，生产行为发生时受害人尚未取得所有权，难谓是侵害所有权的行为；从行为违法性角度上看，生产行为无疑是正常、合法的行为。

德国联邦法院认为继续侵蚀性损害中的侵害行为乃是一种不作为，损害的是交往义务（Verkehrspflicht）。[25]交往义务是凭借法律续造来设置行为义务以实现危险的控制与禁止危险的产生。[26]在继续侵蚀性损害中，此种交往义务主要指的是出卖人对瑕疵的控制义务。出卖人将有瑕疵之物带入流通中，就违反了此义务。[27]在 2004 年的一个判例中，德国联邦法院明确指出，出卖人未对轮胎的年限尽到必须的控制。[28]而使得出卖人、生产者负担此种控制义务的理由在于，将产品带入流通中，将风险置于普遍情况之人也最有可能避免此种风险。

此外，学说中也有认为此时生产者违反的是说明义务（Instruktionspflicht）。侵害行为并非是将有瑕疵的物带入到流通中，而是未说明瑕疵以及与之相关的产品损害的风险。该

22 BGHZ 86,256=NJW 1983,810

23 D.Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil,6.Auflage,Vahlen,2011, S61. Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.Aufl., C.H.Beck, 2009, §823 Rn.128, S.1797..Reinicke/Tiedike, NJW 1986,10,13.

24 Peifer Schuldrecht Gesetzliche Schuldverhältnisse 2.Auflage 2010 S.98.

25 Peifer Schuldrecht Gesetzliche Schuldverhältnisse 2.Auflage 2010 S.75; Sprau, Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C.H.Beck, 70Aufl., 2011, §823 Rn.177; Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.Aufl., C.H.Beck, 2009, §823 Rn.128, S.1797; Schiemann, Ermann Handkommentar, 12.Aufl., Dr.Otto Schmidt Köln, 2008, §823,Rn.125.

26 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht,de Gruyter Recht Berlin, 10.Auflage,2006,S.778.

27 Sprau, Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C.H.Beck, 70Aufl., 2011, §823 Rn.177.

28 NJW2004,1032.该案中，法拉利公司于 1998 年出卖给顾客一个辆二手车，并依其意愿，装了四个全新的轮胎。不久后，该公司又买回了该车，并再次出卖给 K 公司。半年之后，该车发生事故，起因是左后轮胎爆裂。经查明，该轮胎是 1993 年组装上去的，已不足以承受法拉利的行驶速度。

观点旨在通过改变生产者的义务，以避免“素材统一性”标准带来的弊端。如果我们将负有隐藏瑕疵之物自身的损害理解为说明瑕疵责任的通常情况，则无需借助诸如“素材统一性”等辅助构架。倘使物之品质悖于交易，而买受人基于此种错误不能保障物质完整性免受损害，则可认为该有瑕疵之物的所有权确受侵害。[29]如上例“浮标开关案”中，该清洗设备的生产者应该发现浮标开关负有瑕疵，应当向买受人说明此种风险。生产者应当尽到此种义务而未尽到，构成不作为的侵权。

2、继续侵蚀性损害的价值判断

自德国联邦法院创设“继续侵蚀性损害”，将瑕疵造成产品本身损害纳入侵权法的保护范围之内，学说即批判甚多。然而，任凭学界风吹雨打，德国联邦法院自岿然不动，仍旧坚持己见，显然不可能是未经考虑的。[30]

首先，“同等事物同等对待”的法理要求。产品负有瑕疵，本属合同法的规制范围。然而，合同法与侵权法分野之后，对于受害人的保护不应存在“真空”。有学者否定在此种情况下构成侵权，理由在于此时并无所有权受侵害。买受人取得的是自始就有瑕疵的所有权，何谈所有权受侵害呢？然而，在第三人毁损买受人该有瑕疵之物时，买受人理所当然可以基于侵权法请求损害赔偿，侵权人不得主张损害的物并无价值，买受人未遭损害而免责。那么又有何理由认为，在侵权人是出卖人时，买受人不得主张侵权责任呢？此外，在瑕疵构成加害给付，造成买受人其他物品所有权侵害的情况下，买受人得依侵权法请求损害赔偿，而在瑕疵造成本产品所有权侵害时，买受人为何不得依侵权法主张损害赔偿呢？[31]这一思路也反映在德国联邦法院的判例之中。在“油门案”中，德国联邦法院指出，对于取得人保有所取得之物免受损害或毁损的利益的保护不应异于取得人在其他、并不是从生产者处而来的物上的固有利益；并且生产者原则上也应顾及到这一利益。[32]而在“后轮胎案”中，德国联邦法院明确指出，并无理由拒绝受害人的侵权请求权，继而使得侵害人的地位优于损害该瑕疵之物的第三人的地位。[33]

29 Vgl. Gsell, NJW,2004,1913,该说并非主流，相反意见参见 Sprau, Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C.H.Beck, 70Aufl., 2011, §823 Rn.177. Peter W. Tetting, Wer frisst wen? Weiterfresser vs. Nacherfüllung, JZ, 13/2006, S.641-650.

30 除德国联邦法院以外，民法学界认为继续侵蚀性损害中，存在合同上的请求权与侵权上的请求权真正竞合的也不乏其数。例如，Katzenmeier, Produkthaftung und Gewährleistung des Herstellers teilmangelhafter Sachen, NJW 1997, 486. Spindler, Bamberger Kommentar zum Bürglichen Gesetzbuch, C. H. Beck, §823, Rn.65. Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, Sellier,1999,§823-825, Rn.B118.但是，对于在何种情况下继续侵蚀性损害得构成《德国民法典》第 823 条第 1 款意义上的侵权，学者的观点并不统一。

31 Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, Sellier,1999,§823-825, Rn.B115.

32 BGHZ 86,256=NJW 1983,810

33 NJW 1978,2241

其次，等价性利益与固有利益的区分也使得创设继续侵蚀性损害成为可能。尽管德国联邦法院在买卖合同的标的物上区分等价性利益与固有利益的做法尚有争议，但是，无论是否支持继续侵蚀性损害的“构想”，侵权法保护的是当事人的固有利益，而合同法上瑕疵担保责任保护当事人的等价性利益已然成为共识。[34]如果瑕疵确实能与其后发生的损害相区分，则其后发生的损害受侵权法调整也属当然。事实上，德国联邦法院试图通过两种利益的区分，将“继续侵蚀性损害”对合同法的影响控制到最小，“尽管侵权责任不应完全改造合同责任，在正确地将侵权责任限于固有利益之上，且有可能将使用利益、等价性利益在价值上相区分，并不是这种（对合同法加以改造的）情况。”[35]

再次，在 2002 年德国债法改革之前，《德国民法典》瑕疵担保的短时效制对买受人殊为不利。2002 年之前，《德国民法典》第 477 条规定，动产在交给买受人 6 个月后，瑕疵担保请求权时效届满。而依据《德国民法典》第 823 条第 1 款所生之请求权适用诉讼时效的一般规定，诉讼时效长达 3 年。二者之间相差过于巨大。

即使是 2002 年德国债法改革之后，瑕疵担保请求权的时效延长至两年，但是二者时效上的区别并未完全消除。对于瑕疵担保请求权而言，时效原则上自物交付之日起满两年即告届满。对于侵权请求权而言，适用《德国民法典》第 195 条、199 条第一款，通常而言自权利人知晓之日起满三年方届满。[36]

最后，从保护消费者的角度而言，在此种情况下，承认是侵权请求权或瑕疵担保请求权真正竞合的情况，允许消费者自由选择主张何种权利，更利于保护消费者。工业社会，生产者与销售者往往并不同一，何者更有资力难以判断。瑕疵担保请求权仅在买卖合同当事人之间发生，买受人仅得向出卖人主张瑕疵担保。此时，承认买受人的侵权损害赔偿请求权，允许买受人自主选择向谁请求损害赔偿，无疑可使买受人获得更好的保护。[37]

五、总结

1、《侵权责任法》第41条开创产品侵权责任法律适用的新领域，缺陷产品自身、缺陷产品造成的经济损失以及法律责任，均可能纳入侵权责任范畴。

2、《侵权责任法》第41条给原告带来更多的起诉便利，例如直接针对生产者、避免合同

34 Vgl. Gert Brüggemeier, Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Springer, 2006, S.455. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11.Aufl., München, 2010, S.69.

35 BGHZ 86，256=NJW 1983,810

36 Schwaz/Wandt Gesetzliche Schuldverhältnisse 4 Auflage Vahlen 2011 S278. Ermann/Schiemann, §823, Rn.124, S3460.

37 详见 Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, Sellier,1999,§823-825, Rn.B116.

违约责任的限制等，在德国法上还有消灭时效上的优点。

3、德国法上产品自身侵权责任毕竟还有严格构成要件的限制。而我国《侵权责任法》第41条则无“继续侵蚀性损害”的要求，适用范围扩大，界限不清。

4、重新思考产品侵权责任和违约责任的竞合。在产品造成固有利益损害时当然有《合同法》第122条之请求权竞合；在产品自身损害上，也有违约和侵权请求权竞合，有架空合同法违约责任之嫌。

（本文初稿，观点尚未完全成熟，欢迎批评指正）

朱晓喆

2014/4/9

预告登记的破产保护效力*

庄加园**

引言

《物权法》第20条的预告登记并非实体法上的权利，而是作为担保工具，用以确保实现将来的物权变动。学界普遍认为，预告登记具有权利保全、顺位保留、权利满足（破产保护）等效力。[1] 本文所要讨论的并非是预告登记在实体法上的效力，而是当预告登记相对人陷入破产程序后，预告登记所担保的请求权应该得到何种保护，它在破产法上究竟应该发生何种作用。

《物权法》第20条第1款第2句明示：“预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”[2]《房屋登记办法》第68条第1款也规定：预告登记后，未经预告登记的权利人书面同意，处分该房屋申请登记的，房屋登记应当不予办理。该条虽然对不动产物权人实施了处分权限制，但在破产程序开始后，预告登记相对人对其财产的处分权移转于破产管理人（以下简称管理人）。因此，该却不足以说明预告登记何以在破产程序发挥效力。[3]

有学者认为，预告登记的请求权可以对抗不动产的所有权人和其他物权人，从而保障请

---

* 未刊稿

**上海交通大学凯原法学院讲师，德国科隆大学法学博士。

1 孙宪忠：《中国物权法总论》；法律出版社2004年版，第235页；王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第169-172页。

2 从文义上比较，该条与《德国民法典》第883条的不同之处在于，后者仅使违反预告登记的处分发生相对无效的效力，而第20条则通过限制相对人处分，给予预告登记权利人以更大程度的保护。有关违反预告登记的“中间处分”究竟发生何种效力，国内学界探讨较多。不少学者认为，这一处分仅为相对无效，即对预告登记请求权人不发生效力。但预告登记并不构成土地权利人的处分权限制，土地权利人仍能实施有效处分。这一相对无效的学理来自于德国民法典第883条第2款第1句规定。因为当时的立法者仅是旨在实现预告登记的物权变动，并非为了限制不动产物权人的处分自由。由于预告登记的请求权尚未至履行期限，法律只需使得违背物权实现的处分对请求权人无效，就足以保护物权人。如果禁止不动产物权人处分其不动产，则会造成对物权人不必要的限制，妨碍不动产的流通自由。这一相对无效的解释兼顾了预告登记请求权人和不动产物权人的利益，更为合理。

3 即便是接受相对无效的观点，违反预告登记的处分对于预告登记权利人无效，也无法找到破产保护的效力。因为破产程序的启动不是私法意义上对标的物所实施的处分，而是由代表公权力机关的法院对债务人与其财产关系所进行的限制。法院一旦宣告破产，就意味着债务人失去对其财产的处分权和管理权，后者对预告登记不动产的处分权根据法律自动移转于管理人（《企业破产法》第25条第6项）。由此不能说明的是，物权人的处分权所受的私法限制为何能使得第三人的债法请求权抵御公法力量的干预。而《德国民法典》第883条第2款第1句不仅规定违反预告登记的处分对登记人不生效力，而且该条第2款第2句还规定，即使处分以强制执行或临时扣押或由管理人作出，也发生如同该条第1句的法律效果。

求权人取得不动产物权。[4]这是根据预告登记的破产保护效力所得出的逻辑推论。然而无论是《物权法》，还是《企业破产法》，都没有提及预告登记在破产程序中的效力。还有学者认为预告登记具有物权效力，房屋买卖合同如预告登记所有权，则管理人不得随意解除合同。[5]这一限制管理人行使解除权的结论将在下文分析，但主张预告登记具有物权效力的理由尚待商榷。预告登记担保的请求权仅为债法请求权，它无法直接支配义务人的财产，反而需要义务人的履行才能实现物权变动。因此，预告登记的物权在不动产登记物权之前尚非预告登记权利人所有，何谈所谓的物权效力。

虽然预告登记担保的债法请求权种类在理论上多种多样，但根据《房屋登记办法》第67条，以预购商品房设定抵押、房屋所有权转让、抵押以及法律、法规规定的其他情形。[6]考虑到现实中出现的预告登记物权类型，多为房屋所有权与房屋抵押权，本文也将围绕以上两类权利展开讨论。

一、破产保护效力的立法缺位

当预告登记相对人陷入破产程序时，他对其不动产的处分权自动移转于管理人。此时，预告登记权利人若要实现预告登记的物权，只能向管理人主张其请求权。该权利人在破产程序不仅没有得到优待，反而面临《企业破产法》第18条第1款第1句的法律障碍："管理人对于破产申请前受理而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或继续履行"。据此，管理人有权选择，究竟是履行合同，还是解除合同。一旦管理人选择解除作为预告登记担保请求权基础关系的合同，预告登记权利人将可能处于极为不利的法律地位。

（1）预告登记的物权实现落空

一旦管理人解除合同，便会导致预告登记的物权变动落空。这一结果将违背立法者在物权法上表现的立法意图：旨在防止一切潜在妨害或挫败预告登记实现的可能。根据人大法工委的解释，"预告登记的实践意义在于，权利人所期待的未来发生的物权变动对于自己有极为重要的意义，非要发生这种变动不可；而法律也认可这种变动对于权利人的意义，并以法律予以保障"。学界也认为，预告登记所担保的请求权效力在于权利满足效力（破产保护效力），是指请求权的履行期限尚未届至或履行条件并未成就时，排斥他人而保障请求权人发

4 王利明：《物权法研究》（上册），中国人民大学出版社2007年版，第358页。

5 李永军：《论破产管理人合同解除权的限制》，《中国政法大学学报》2012年第6期，第76页。

6 《土地登记办法》第62条，也对土地权利转让的预告登记设定了相应规则。这样，债权人若打算将来取得房屋所有权、设立房屋抵押权，乃至土地权利（如建设用地使用权、抵押权、地役权），都可通过预告登记而得到保护。

生指定的效果。7倘若这一功能无法实现，势必导致预告登记制度的作用大打折扣。

预告登记的必要性首先归因于物权和债权的严格分离。一旦当事人订立不动产买卖合同，买受人并未获得不动产本身的权利（物权），而仅获得针对债务人的请求权。买受人只有借助于这一请求权，才能实现买卖合同所约定的不动产物权变动。鉴于不动产权利取得通常需要经过不少阶段，而国家对于不动产物权登记又附加相当多的许可和审批程序，这一目的的实现通常耗费颇长时日。8从合同订立到物权取得的这一漫长过程中，物权取得往往面临着诸多威胁，比如预告登记相对人处分不动产，属于预告登记相对人的不动产进入强制执行或破产程序，以致债法请求权的履行随时都可能被挫败或妨害。

预告登记的引入，正是为了预防以上风险。从比较法的历史考察，预告登记制度起源于1783年《普鲁士抵押条例》，并逐渐为德国各邦采纳。德国民法典第二委员会采纳预告登记制度，是因为纯粹的金钱债权只能使债务人以其所有财产向债权人承担责任，而无法实现特定不动产的物权。因为根据民法一般原则，债权只能对特定义务人发生效力，无担保的债权在债务人破产时都应得到平等清偿。为此，实现特定不动产的物权，才需要借助于预告登记获得优先于其他债权的地位，进而突破破产程序中平等清偿所有债权的理念。9同时，物权法没有为实现特定不动产物权的债法请求权提供足够保护。一方面，请求实现特定物权变动的债法请求权不足以抵御破产程序的风险。不动产物权领域不能为以上债法请求权设立停止条件，以提供类似所有权保留买受人期待权一般的保护。另一方面，由于当事人尚未完成或需要其他审批程序，无法满足不动产物权的本登记前提，以上债法请求权人也难以马上完成特定物权的登记。

我国物权法草案（如第二、三次审议稿）考虑到实践需求，尤其是保护购房者在商品房预售中获得住房所有权的债法请求权，在预告登记的条文中明示保护"期房买卖"当事人将来取得物权的目的。房屋所有权的预告登记人基于买卖合同的要求，便是获得将来建成房屋的所有权。这一针对特定不动产的需求，在城市土地资源高度稀缺、其他给付不足替代时，表现得尤为迫切。不仅如此，预告登记的实践需求在担保领域也相当重要。倘若预告登记的物权是抵押权，那么抵押权的落空将导致债权人彻底失去担保，从而丧失抵御债务人陷入风险的能力。一旦债务人被法院宣告破产，那么预告登记权利人只能沦为普通债权人，等待最

7 孙宪忠：《中国物权法总论》：法律出版社2004年版，第235页；王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第172页；房绍坤、吕杰：《创设预告登记的几个问题》，《法学家》2003年第4期，第71页。

8 *Dorothea Assmann*, Vormerkung, Tübingen 1998, S. 6.

9 *Dorothea Assmann*, Vormerkung, Tübingen 1998, S. 5.

后的财产分配，由此破坏了贷款人当初的风险预期。

（2）预告登记落空所引起的当事人利益失衡

有意见认为，由于破产法没有明文规定，预告登记担保的请求权只能作为《企业破产法》第 113 条第 1 款第 3 项的普通破产债权。10这一理由纯就请求权性质而言，因为该请求权只是债法性质，仅指向预告登记的义务人，而不能直接支配预告登记的不动产。所以，预告登记担保的请求权若要实现，必须依赖于义务人同意办理相应的不动产权利登记。倘若相对人拒绝履行相应义务，则权利人必须通过诉讼或仲裁的方式，以胜诉的法律文书代替义务人同意物权登记的意思表示，在不动产登记机关办理物权登记后，才能获得预告登记的物权。因此，预告登记的物权，如所有权、抵押权等，在尚未完成物权登记之前，仍不属于预告登记权利人享有。

当破产程序开始后，若合同双方都未履行给付时，原合同依然继续，只是该合同的请求权暂时失去履行力。11此时，管理人选择解除合同，则原合同的权利义务消灭。相对人取得由此发生的损害赔偿请求权，该权利应作为普通破产债权等待分配。《企业破产法（试行）》第 26 条曾规定，破产企业未履行的合同，如果解除合同给相对人造成损害，其损害赔偿额将作为破产债权。现行破产法第 53 条也延续这一条文：管理人依照本法规定解除合同，对方当事人可以将由此发生的损害赔偿请求权申报破产债权。不过，若预告登记所担保的请求权沦为普通破产债权，其清偿可能性非常微弱，由此将损害预告登记权利人的利益。

不仅如此，若管理人享有自由选择权，当他解除作为请求权基础的合同时，若合同相对人部分履行，破产债务人尚未履行。那么，相对人不得要求优先返还已支付的部分给付。否则，其他破产债权人可分配的债权数额势必减少，进而造成他们的利益受损。假设预售房屋的双方当事人办理了房屋所有权的预告登记。倘使在房屋所有权移转前，出卖人陷入破产清算，管理人依据《企业破产法》第 18 条有权选择继续履行，移转房屋所有权；他也有权解除合同。若管理人选择后者，不仅能免除他基于买卖合同的房屋所有权移转义务，而且使得预告登记担保的债法请求权转化为要求损害赔偿的次给付请求权。更为重要的是，房屋买受人的预付款，作为部分给付，只能沦为普通债权。

有学者认为，部分给付可适用《企业破产法》第 42 条第 3 项："受理破产申请后发生的不当得利"为共益债务。12笔者认为，这是对共益债务的误解。《企业破产法》第 42 条第 3

10 张艳：《预告登记的物权效力》，《西南政法大学学报》2007 年第 6 期，第 63 页。
11 许德风：《论破产中尚未履行完毕的合同》，《法学家》2009 年第 6 期，第 94 页。
12 许德风：《论破产中尚未履行完毕的合同》，《法学家》2009 年第 6 期，第 97 页。

项所指的不当得利债务，并不能简单地按照字面理解，包括破产申请后因合法原因消灭而发生的不当得利，而是仅限于破产申请后进入破产财产的得利。这是因为共益债务的基本思想在于保护实施破产管理而产生的债务的优先清偿，若非如此，则无人愿意与管理人交易，破产程序也无法继续。这里的不当得利，也应限于破产申请后向债务人或管理人给付或因管理人不当行为而引起的不当得利，如无权出卖他人财产所得的价款。13因此，合同相对人部分履行所引起的给付，不能适用《企业破产法》第 42 条第 3 项。

根据以上分析可知，管理人自由行使选择权，不仅使得预告登记的目的落空，而且相对人的违约损害赔偿请求权、已经支付的部分给付也将被归入普通破产债权，由此造成当事人双方的利益严重失衡。

（3）管理人选择权的限制

《企业破产法》第 18 条第 1 款第 1 句之所以赋予管理人选择权，要么继续履行合同，要么解除原有合同，其目的在于公平地保护债权人的一般利益，而非个别债权人的利益。管理人对尚未履行的给付，争取到有利的条件来履行，对将会给破产财产带来不利益的履行，选择拒绝履行，乃至解除合同，由此使得可供债权人支配的财产只增不减，以最大程度地保护债权人的利益。14

管理人的选择权虽然旨在实现债权人支配的财产只增不减，但并不表示管理人的选择权行使就毫无限制。换言之，《企业破产法》第 18 条第 1 款第 1 句追求的目的并非绝对优先，当破产债务人的债权人与预告登记权利人发生利益冲突时，需要权衡何方利益更需保护。当《物权法》第 20 条强调预告登记的目的在于担保针对特定不动产的债法请求权得到履行，由此排除债权发生到物权实现的中间阶段所发生的一切法律风险，预告登记相对人陷入破产的风险自然也在其中。这一旨在实现将来物权变动的债法请求权不应作为普通债权而对待，而是应当打破债权平等受偿的破产法理念，承认该请求权享有破产保护效力时。据此，债权人的一般利益应当让位于预告登记担保的请求权人。

《德国破产法》已经提供了很好的立法经验。虽然《德国破产法》第 103 条也赋予管理人对破产申请前发生、尚未履行的双务合同享有选择履行或拒绝履行的权利。但立法者为保护预告登记所担保的请求权，又在第 106 条规定管理人不得拒绝履行该请求权所对应的义务。由此，第 106 条作为特殊规则，形成了第 103 条的例外：管理人对于作为预告登记担保请求权的基础合同不再享有选择自由，而是必须履行预告登记的请求权，以实现预告登记的

13 BGH NZI 2011, 143, 144.
14 李永军：《论破产管理人合同解除权的限制》，《中国政法大学学报》2012 年第 6 期，第 70 页。

物权变动。15换言之，预告登记请求权人有权要求管理人继续履行合同，以实现预告登记的物权变动，管理人不得拒绝履行，不得解除作为请求权基础的未履行合同。

有学者认为，《德国破产法》第106条使得管理人不得随意行使合同解除权，由此限制了管理人行使解除权。16这一观点指明了预告登记在双务合同中的作用，但仍须进一步补充。因为《德国破产法》第106条规范的是预告登记所担保的请求权，并非作为该请求权的基础关系（如双务合同）。所以，管理人作为债务人一方是否完全履行作为基础关系的双务合同，应视具体合同而定。倘使预告登记的基础关系是不动产买卖合同，作为请求权人的买受人经催告后，在合理期限内仍不支付买卖价款，管理人仍可依据合同法规则解除买卖合同，这一根据民法一般规定所生的合同解除权并未受到限制。17即使预告登记人实现这一请求权，双务合同也未完全履行，余下的义务可以按照《德国破产法》第103条，由管理人自由决定是否履行或解除。18

针对管理人的选择权并无疑义，有困惑的只是《企业破产法》第18条对这一选择权的行使没有施加任何限制。尽管《企业破产法》与《物权法》都施行于2007年，但早于后者四个月的《企业破产法》却未考虑后生效的《物权法》，致使预告登记未曾得到考虑。破产法2013年最新的司法解释，虽然有将近五十条之多，还是继续对预告登记在破产程序中的效力置之不理。

依笔者看来，这一遗漏并非破产法的立法者有意为之，也非法外空间，而是立法时疏漏所致。基于“不同情况，不同对待”的正义要求，当《企业破产法》并未规制预告登记，由此导致预告登记的立法目的在破产程序中完全落空。此时，《企业破产法》第18条第1款第1句就含有一个隐藏漏洞，应通过目的性限缩解释，限制《企业破产法》第18条第1款第1句管理人任意行使选择权，才能填补该漏洞。在将来的司法解释和法律修改中，最好直接在破产法增加一个条款，使得预告登记的相对人陷入破产时，管理人不得对预告登记权利人行使选择权，而由相对人选择究竟继续履行，还是解除合同。

二、“继续履行”的破产法效力

即使我们认为管理人的选择权受到预告登记的限制，不得对预告登记权利人拒绝履行原有义务，不得主张解除合同，仍未解决的问题是：预告登记所担保的请求权究竟在破产程序

15 MünchKommInsO/*Ott/Vuia*, 2013, § 106 Rn. 21.
16 李永军：《论破产管理人合同解除权的限制》，《中国政法大学学报》2012年第6期，第75-76页。
17 MünchKommInsO/*Ott/Vuia*, 2013, § 106 Rn. 19.
18 MünchKommInsO/*Ott/Vuia*, 2013, § 106 Rn. 23.

中发挥何种效力？倘使我们承认《物权法》第20条并未提供明确的规则，破产法也缺乏相应条文，就会面临以下问题：当法无明文规定时，预告登记的效力在学理上如何归类？对此，大体上有本登记的物权、取回权、别除权、共益债务几种解释路径。

1．本登记的物权

既然预告登记具有权利满足的功能，在履行期尚未到来前就能发挥排斥他人妨害将来实现物权的作用，不如将预告登记的物权视为已经成立。换言之，预告登记的物权若是所有权，预告登记权利人将被作为所有权人，他在破产程序享有取回权；预告登记的物权若是抵押权，则预告登记权利人将被视为抵押权人，他所享有的则是别除权。

这一观点不仅根本上违反了物债两分的权利划分，还会忽略预告登记担保之请求权的基础关系。首先，《物权法》第7条明确规定，不动产的物权变动需要在不动产登记机关办理登记，才能发生相应的物权发生、变更、消灭的效力。只有当《物权法》第28-31条另有规定时，如征收、法院判决、继承、建造房屋等，才允许不经登记来变动不动产物权。以上例外的共同点在于，它们都是非基于法律行为的物权变动。而预告登记担保的债法请求权虽然旨在实现物权变动，仍是基于法律行为所生，因此不享有实质意义上的例外理由。

其次，预告登记的破产保护效力在于《物权法》所赋予的特殊优待地位。但这并不表示该权利人已享有预告登记的物权。预告登记只是作为担保工具，服务于实现物权变动的债法请求权。倘使预告登记的房屋未能建成，或遭遇灾害毁灭，预告登记的权利人虽可要求相对人履行相应义务，也会因为履行不能而无法实现特定的物权变动。因为预告登记只能克服法律上的权利障碍，不能克服事实上的履行障碍，所以无法实现不可能的物权。

更为重要的是，预告登记所担保的请求权来自于债法关系，通常基于双务合同而发生。因此，权利人依然受到作为基础关系的约束。就此而言，管理人虽不能拒绝履行预告登记担保的请求权，仍可行使基于基础关系所生的抗辩权。因此，双务合同所生的同时履行抗辩权、不安抗辩权等都不应受到限制。19倘使出卖人陷入破产程序，房屋买受人虽经预告登记保障其房屋所有权移转请求权，但若买受人到期仍未付清买卖价款，则管理人有权行使同时履行抗辩权，拒绝履行房屋过户登记。这一情形在房产价格攀升时较为少见，但若房产行业不景气，房价暴跌时，购房者虽已支付首付，却经权衡再三而不愿购房，放弃继续履行的权利，自然也在情理之中。

另外，预告登记作为担保债法请求权的工具，具有明显的从属性。倘使基础关系无效或

19 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2004年版，第235页。

被撤销，则该请求权自然消灭，从属于该请求权的预告登记也随之不复存在。20倘使作为基础关系的房屋买卖合同或者抵押合同由于当事人的意思表示瑕疵被撤销、或由于违反法律、行政法规的强制性规定而无效，预告登记担保的请求权将因从属性而消灭，它所旨在实现的物权变动也就无从谈起。

2．取回权

有学者认为，预告登记担保的请求权与普通债权相比，在破产程序中具有就破产财产优先受偿的权利，这一后果则使其事实上享有类似于取回权的法律地位。21这一论断是否确定，有待分析。

所谓取回权（《企业破产法》 第 38 条），是指权利人有权取回不属于债务人的财产，以免该财产被管理人变卖，致其权利受损。行使取回权的通常为所有权人，但学说认为只要取回财产不属于破产人的财产，即使享有债法上的返还请求权的权利人，也有权向管理人要求返还破产财产。22预告登记权利人虽仅享有债法请求权，但不能仅因此断言其不得主张取回权。

支持取回权的主张可能以预告登记所有权作为出发点。请求权人根据预告登记，向义务人主张办理不动产过户登记，并在必要时借助于法院强制执行加以实现。虽然该权利的实现也导致了不动产脱离破产人的责任财产，其结果与取回权行使完全一致。但该债法请求权尚不能直接支配为实现的不动产物权，因为预告登记并不能抵御事实上风险。倘若预告登记的房屋尚未建成，或房屋因其他原因毁损、灭失，则预告登记权利人因无法取得所有权，也不可能基于所有权而主张取回权。此外，预告登记所要实现的物权变动不仅限于所有权移转，而且还包括其他一切可能的不动产物权变动。倘若预告登记的内容是抵押权，则登记权利人可以要求不动产权利人同意设立抵押权。此时抵押权人享有别除权，而非取回权。

即使纯就结果而言，预告登记的请求权也会因其所实现的物权不同，而可能导致不同的破产法效果。依笔者的观点，仅以某些情况下的履行结果来支持取回权的结论，实难得到赞同。

3．别除权

预告登记的权利人可否依据《企业破产法》第 109 条规定的别除权？所谓别除权，指担

[20] MünchKommInsO/*Ott/Vuia*, 2013, § 106 Rn. 19.

[21] 金可可：《预告登记之性质——从德国法的有关规定说起》，《法学》2007 年第 7 期，第 111 页。这一论断只注重所有权预告登记的事实结果，忽视了预告登记的物权内容不限于所有权，而可能包括其他各类他物权，因此值得商榷。

[22] MünchKommInsO/*Ganter*, 2013, § 47 Rn. 5.

保权人藉此享有就特定财产不依照破产清算程序而优先获得清偿和满足的权利。法定担保物权和特别优先权都能在破产法转化为别除权。预告登记所担保的履行请求权，虽以实现将来的物权变动为目的，却非如抵押权、质权、留置权那样的法定担保物权，但它能否作为特别优先权而能优先受偿？

《企业破产法》未规定的特别优先权大致包括：船舶优先权（海商法第 22 条）、国有土地使用权出让金的优先权（《城市房地产管理法》第 50 条）、民用航空器优先权（《民用航空器法》第 19 条）、建设工程款优先受偿权（《合同法》第 286 条）。倘若预告登记权利人至少应与建设工程款债权人、船舶优先权人、民用航空器优先权人相同对待，那么这一立场就会导致，预告登记抵押的权利人将如同真正的抵押权人一样，行使破产法上的别除权。

以上特别优先权和预告登记请求权的差别在于，前者要么希望实现以金钱为给付内容的原给付请求权、要么旨在实现因特定事故而发生的损害赔偿请求权，它们都是通过金钱给付而获得清偿。但预告登记担保的请求权只是原给付请求权，是以履行特定物权变动为给付内容的请求权。因此，仅以金钱给付难以实现预告登记目的，也不足以保障请求权人的利益。

主张别除权的观点，可能更多地以预告登记抵押作为出发点。如预告登记抵押权的权利人在债务人破产时，可要求管理人作出同意设立抵押权的意思表示。这就导致他享有抵押权，有权主张别除权。但这一过程不同于抵押权人直接行使别除权，它是经过请求权行使——义务人履行——抵押权设立的过程，才达到与抵押权相同的结果。此外，预告登记的权利类型并不相同，根据履行请求权的内容而定，若预告登记内容为所有权或其他限制物权，则最终结果未必是别除权。所以，基于单一经验的这一观察还不足以支持别除权的结论。

4．共益债务

也有学者主张，预告登记应被作为共益债务来对待。这一观点，主要考虑到预告登记请求权的优先履行地位，将其作为一种特殊的共益债务。23然而共益债务系为全体债权人利益而发生，预告登记只是为了实现特定登记人的权利。就此而言，两者泾渭分明，并无相似之处。而且，《企业破产法》第 42 条将共益债务的发生时间限定于人民法院受理破产申请后，而预告登记担保的请求权发生于破产申请前，只是该请求权的履行发生于破产申请后。更重要的是，若是破产财产不足以支付共益债务，可能导致破产程序中止。但预告登记所担保的请求权必须得到履行，破产财产是否足以支付共益债务，并无影响。24

5．小结

[23] *Häsemeyer*, Insolvenzrecht , 1. Aufl 1992, S. 412.

[24] *Dorothea Assmann*, Vormerkung, Tübingen 1998, S. 255.

由此可见，预告登记担保的债法请求权有其特殊性。一方面，它作为旨在发生物权变动的债法请求权，尚不能直接支配将来实现的物权，因此其性质不同于依据实体法权利的取回权和别除权。另一方面，基于预告登记的立法目的，预告登记担保的请求权绝不能降格为普通破产债权，否则将导致预告登记制度的效果大大降低。这就要求它的履行必须得到保证，以致将来的物权变动在破产程序中也得到实现。这一实现结果未必与取回权或别除权行使完全一致，而是根据预告登记的物权种类表现不同。预告登记所担保的债法请求权，虽不能直接支配将来的物权变动，却可绝对地贯彻这一物权变动，排除第三人的妨碍。

三、预告登记担保的履行请求权在权利冲突中的实现

预告登记在实践中被大量运用于预售商品房交易，担保消费者的购房人对将来建成房屋所有权移转请求权。当作为预告登记相对人的开发商由于各种原因而被宣告进入破产程序，往往面临着工程承包人、银行、劳动者等债权人的追讨。倘若开发商的剩余财产不足以清偿所有破产债权时，预告登记担保的请求权可能面临着与其他权利的冲突。因为预告登记所担保的请求权只有债法性质，其指向的只是债务人履行符合请求权的相应义务，并不能直接支配债务人的特定不动产。它在破产程序中得到保障的只是履行，即管理人必须继续履行债务，根据不同的请求权履行结果，本登记的物权才能实现。因此，权利冲突也将根据预告登记的权利类型，表现为不同的形式。

1.《合同法》第 286 条的优先权

建筑工程款优先权的性质存有学理争议，但无论是作为优先权，还是作为法定抵押权，都对其效力认识一致，即建设工程款优先权与建筑物抵押权同时并存时，承包人就建筑工程拍卖、变卖的价款优先于约定的抵押权受偿。25当预告登记相对人因不能清偿到期债务，而陷入破产程序时，《合同法》第 286 条的建筑工程款优先权便可能与购房者的预告登记请求权发生冲突。这时，若承包人权利优先，则房屋被拍卖或折价，购房者无法要求过户登记；要是预告登记权利人优先，那么房屋就被过户登记于他名下，承包人的优先权落空。这两项权利的内容无法相容，只有其中一项权利能够得到实现。

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释[2002]16 号，以下简称《批复》）曾有类似问题的处理方案。其第 1、2 条规定："人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第 286 条的规定，认定建筑工程承包人的优先权优于抵押权和其他债权。"尽管建筑工程承包人俨然得到"超级优先权"的

25 崔建远：《合同法》，法律出版社 2003 年版，第 406 页；王欣新：《破产别除权理论与实务研究》，《政法论坛》2007 年第 1 期，第 43 页。

地位，但这一权利还是受限于作为消费者的购房者，"消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。"

如果基于消费者的房屋所有权移转请求权只是普通债权，就认为它不应优先于建筑工程承包人的优先权，那么就会忽略预告登记所发挥的担保效力。预告登记担保的请求权旨在实现的物权变动对权利人意义重大，立法者无论如何也要保证实现。因此，预告登记所担保的所有权移转请求权即使在破产程序中也应得到继续履行。

不过，这一保障并非绝对的，无限制的，而是要求消费者必须交付购买商品房的全部或者大部分款项。这一限制的理由恐怕在于最高法院的利益权衡，究竟是消费者的生存利益较为重要，还是优先保护承包人的经营利益。26若仅以买卖价款支付多寡来确定权利的顺位，未免显得草率，也缺乏法律依据。显而易见的是，买受人付款的多少通常并不会带来权利性质的改变，也不会改变当事人之间的权利顺位。而且，根据买卖价款的支付数额决定了购房者和承包人在权利冲突的优先地位，容易滋生消费者购房后与售房者串通，改变自己的付款状况，以获得优先于其他权利人的地位。

2002 年由于《物权法》尚在起草之中，预告登记制度自然无从谈起，这一批复在当时还能发挥一定的衡平作用。当《物权法》已确定预告登记，并在实践中制定相关的登记办法，保障这一制度实现时，该批复的不合时宜性，便日显突出。尤其将"交付购买商品房的全部或者大部分款项"作为对购房者的限制，在引入预告登记后，更是违反了预告登记的根本目的，将导致预告登记所旨在实现的物权变动彻底落空。因此，笔者主张预告登记的房屋所有权移转请求权应优先于承包人的建筑工程款优先受偿权，价款支付多寡并无影响。

2. 银行的抵押权

（1）预告登记抵押权与其他抵押权

银行为担保其贷款债权设立抵押权，以便在债务人陷入破产程序中就拍卖、变卖、折价抵押财产的价款优先受偿，这一权利在破产法中表现为别除权。由于《合同法》及其司法解释确定建设工程优先权优先于抵押权和其他债权，而交付了大部分款项的购房人的权利又优于建设工程优先权，由此，逻辑上似乎可以认为，大部分款项的购房人的权利（包括办理了预告登记的情形）优于抵押权。

依笔者看来，这一逻辑推论有欠妥当。预告登记之所以能实现将来的物权变动，就在于法律赋予预告登记以"权利顺位"的功能，预告登记所担保的请求权虽仅具有债法性质，但

26 《预告登记纠纷相关的疑难问题》
http://www.chinalawedu.com/new/15700a166a2012/2012827wangyi16284.shtml

其旨在实现的将来物权却可依照预告登记的时间，享有优先顺位。换言之，预告登记的物权虽然登记在后，但其顺位却是依照预告登记的时间而确定。由此，它对预告登记后所发生的其他物权都享有优先的顺位。

虽然我国物权法赋予预告登记以处分权限制的效力，却不知何故遗漏了权利顺位的效力。有学者认为，在法无明文规定的情况下，不宜承认预告登记的这一功能，只能按照预告登记的本登记时间来确定其权利顺位。27这样一来，房屋抵押预告登记的顺位，不是根据预告登记的时间来确定，而是在房屋建成、并办理抵押权登记时。倘若在预告登记与本登记之间的中间时间内发生其它物权变动，如设立抵押权，则预告登记的物权即使完成设立登记，也将由于顺位靠后而难以优先受偿。所以，仅据此而否认顺位效力，将无法实现预告登记保障将来实现物权的目的，其直接后果就使抵押的预告登记难以发挥担保功能，其所担保的主债权将沦为无担保的债权。因此，即使法无明文，也应根据预告登记的立法目的，肯定其享有权利顺位功能。当银行也就同一不动产办理抵押预告登记，或者其它抵押权登记时，应该按照物权法规定的时间优先、权利优先的原则，来确定哪个权利得以优先受偿。

（2）预告登记抵押权与《合同法》第 286 条的优先权

预告登记的物权不限于房屋所有权，也可为抵押权。若是银行已为其贷款债权设立抵押预告登记，那么在债务人（预告登记相对人）陷入破产程序，且房屋已经建设完成，银行有权主张将预告登记转化为本登记，以完成抵押权的设立登记。这时，若作为房产开发商的债务人未支付建筑工程承包人的工程建设款，则承包人也有权主张《合同法》第 286 条的建筑工程款优先权。这两个权利之间是否会存在冲突？

预告登记所担保的请求权旨在实现抵押权设立，这一请求权必须得到履行。当预告登记权利人要求管理人同意设立抵押权时，管理人不得拒绝，而应作出同意设立抵押权的意思表示，并协助办理设立抵押权的登记。这一请求权的实现，不应受到承包人优先受偿权的干扰，也不会发生冲突。只有当抵押预告登记转化为抵押权的设立登记后，抵押权人才可能与享有优先受偿权的承包人发生冲突。他们的冲突表现为就特定不动产的拍卖、变卖、折价所得的款项都要主张优先受偿，如果该款项不足以实现他们的债权，就会发生究竟何者优先的问题。

笔者倾向于承包人的建筑工程款优先受偿权优先于预告登记转化后的抵押权。这一考虑主要依据于承包人的建筑工程款受偿权具有更强的社会政策性，具有实现工人社会存在的目的，直接关系到无数劳工大众的生存基础。承包人通常作为社会弱势的代表，往往在缺乏谈

27 崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 61 页。

判的能力，要求合同对方当事人设立抵押权。虽然这一债权并未采取登记于土地登记簿，由此缺少形式公示性，但银行在出借贷款时，有能力评估建筑工程款项拖欠所带来的风险，并将其作为核算贷款利息的因素之一。因此，承包人的建筑工程款优先受偿权不能将其作为普通的担保物权对待，而应先于担保物权而受偿。

3．破产人所欠的职工工资债权、社保债权

《企业破产法》第 113 条第 1 款第 1 项将破产人（如房产开发商）所欠的职工工资债权、社保债权及补偿金，列于破产费用、共益费用之后。这一债权是否会与预告登记所担保的请求权发生冲突？预告登记担保的请求权将根据预告登记的物权种类而表现不同。具体而言，该请求权将区分预告登记房屋所有权和预告登记房屋抵押权而有所不同。

如果预告登记的物权只是所有权，那么购房者根据买卖合同享有向开发商请求移转房屋所有权的请求权。一旦房屋过户登记于购房者名下，他将作为所有权人行使取回权，将该房屋从破产财产中分离。职工所享有的工资、社保等债权，虽然优先于普通债权而受偿，但其受偿的对象也仅限于破产财产。就此而言，两者并不存在权利冲突。

只是当预告抵押登记转化为真正的抵押权时，破产人的破产财产又不足清偿以此抵押权担保的债权与职工的工资、社保等债权时，才存在权利冲突的可能。职工的工资债权关系到其生活基础，直接牵涉到千家万户的利益，而银行的担保物权建立在正常的商业风险评估之上，倘使担保物权无法发挥担保贷款债权的作用，则会直接影响到金融信贷的稳定。新破产法以“老事老办法、新事新办法”的折衷方式解决实践中的难题。28根据《企业破产法》第 132 条，在企业破产法公布之日前发生的职工工资、社保等债权有权优先于基于担保物权所享有的别除权，就担保财产而优先受偿。而在破产法公布之后拖欠的职工债权，原则上只能优先于普通破产债权，并不能优先于别除权人而获得清偿。

结语

预告登记实现的破产保护功能，是在相对人陷入破产时，使其担保的请求权依然能否在法律上得到履行。但预告登记的立法目的却未在《企业破产法》中得到重视。该法第 18 条并未限制管理人的选择权，致使预告登记在破产程序中缺少一席之地。对此，这一立法遗漏构成法律漏洞，应对该条采取目的性限缩解释，排除管理人的自由选择权，使得预告登记相对人得以要求继续履行。

学界虽大多倾向于预告登记的破产保护功能，但难以将预告登记所担保的请求权归入取

28 王欣新：《破产别除权理论与实务研究》，《政法论坛》2007 年第 1 期，第 43 页。

回权、别除权、共益债务。一方面，这一基于合同关系所生的债法请求权，究其本质只是旨在发生特定物权变动的履行请求权，尚不能直接支配将来实现的物权，不能被列入物权范畴。因此，这一债法请求权在破产法中不同于取回权和别除权。另一方面，预告登记担保的请求权不会降格为普通破产债权，而是在破产程序得到继续履行，以实现将来的物权变动。纯就结果而论，预告登记的内容呈现为纷繁复杂的物权，根据其各自效力发挥着抵御破产风险的功能。

笔者并不认同为预告登记具有物权效力，或预告登记担保请求权发挥物权效力。从本文论述来看，该请求权依然只是针对特定义务人的请求权，不能直接支配特定人的财产。就此而言，债权和物权相区分的原则依然得到贯彻和运用，针对债权所适用的规则还是基本得到适用。预告登记作为一种实现物权变动的担保工具，其本身并无债权效力或物权效力，发挥效力的还是预告登记所担保的债法请求权。该请求权的特色在于，其实体法上的效力导致所有妨害将来物权实现的处分都不得发生效力。因此，这一请求权便可无视法律上的处分权障碍，哪怕后者陷入破产程序要求，也得以向相对人主张继续履行。正是这一特征，才使得其发挥着抵御破产程序所带来的风险。29

[29] 不过，这并不意味着抵御破产风险就是物权的效力，不仅预告登记担保的债法请求权特殊的债权可以发挥这一效力，享有租赁物返还请求权的出租人（非租赁物所有人）亦能行使取回权，以保租赁物不致落入破产财产。